كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥ هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء الأول

الطهارة، الصلاة

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

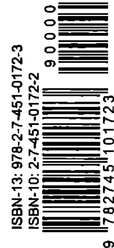
Pages (11 Vols/11 P) 5904	(١١ مجلد/١١ جزء)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2017 A.D. - 1438H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon / لبنان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) / الأولى (لونان)	الطبعة

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ١٢/١١/٨٠٤٨١٠ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

بسم الله الرحمن الرحيم

استِهْلَالٌ

الحَمْـدُ لله حَمْـداً أَسْتَجْلِبُ بِـهِ مِـن سُبْحَانِه مَزِيـدَ فَضْـلِهِ وَكَرَمِـه، وَأَشْكُرُهُ تَعَالَى وَالشُّكْرُ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ عَبْدٍ فِي حَالِ صِحَّتِهِ وَسَقمِهِ.

وَأَسْـأَلُكَ رَبِّـي وَسَـيِّدِي وَخَلَّاقِـي أَنْ تُصَـلِّيَ وَتُسَـلِّمَ عَلَـى قُـرَّةِ عَيْنِـي، وَحَبِيب فُـؤَادِي، مَـنْ بَعَثْتَهُ بِـالْحَقِّ هَادِياً إِلَـى سَـوَاءِ الصِّـرَاط، فَأَخْرَجْتَنَا بِـهِ مِـنْ مُسْـتَنْقَعِ المَعَاصِـي والجهـالات، فَنَـوَّرَ قُلُوبنـا بـالعِلم، وَسَـهَّل أَخْلَاقنـا بـالْحِلْم، صَـلَاةً وَسَـلَاماً دَائِمَـيْنِ مَـدَى الـدَّهْر، كُلَّمَـا ذَكَـرَكَ وَذَكَـرَهُ الـذَّاكِرون، وَغَفَـلَ عَـنْ ذِكْـرِكَ وَذِكْـرِهِ الغَـافِلُون، وَرَضِـيَ اللهُ عَـنْ آلِـهِ وَأَصْـحَابِهِ والتَّـابِعينَ لَهُـمْ بِإِحْسَـانٍ إِلَـى يَـوْمِ الـدِّين، الَّـذِينَ نَشَـرُوا رِسَـالَته، وَحَفظُـوا سِـيرَتَه وَهَدْيَـه، وَتَمَسَّكُوا بِتَعَالِيمِ شَرْعِهِ الحَنيف.

كَمَـا وَأَسْـأَلُكَ رَبِّـي أَنْ تَجْعَـلَ حُبَّـكَ وَحُبَّـهُ أَحَـبَّ إِلَـيَّ مِـنَ المَـاءِ البَـارِدِ عَلَـى الظَّمَـأ، وَأَسْـأَلُكَ أَنْ تَجْعَـلَ قَلْبِـي نَابِضـاً بِحُبِّـكَ وَحُبِّـه، وَأَسْـأَلُكَ أَنْ تُـدِيمَ وَصْـلَ حَبْلـي بِحَبْلِـكَ وَحَبْلِـه، وَأَنْ لَا تُـذيقني مَـرَارَةَ المَعْصِـيَة والبُعْـد عَنْـك، بَعْـدَمَا أَذَقْتَنـي حَـلَاوَةَ طَاعَتِـكَ وَوَصْـلِكَ، وَأَعُـوذُ بِنُـورِ وَجْهِـكَ مِـنَ السَّـلْبِ بَعْـدَ العَطَاء، والحور بعد الكور.

اللَّهُـمَّ؛ إِنِّـي أَعُـوذُ بِنُـورِ وَجْهِـكَ أَنْ أَقُـولَ مَـا لَا يُرْضِـيكَ عَنِّـي، وَأَسْـأَلُكَ التَّوفيـق لِمَـا يَكُـونُ مُوصِـلاً إِلَـى رِضَـاكَ وَالجَنَّـة، فِـي جِـوَارِ حَبِيبِـكَ المُصْـطَفَى، صَـلَّى اللهُ عَلَيْـهِ وَسَـلَّم، وَأَسْـأَلُكَ العَفْـوَ وَالعَافِيَـةَ، وَالمُعَافَـاةَ الدَّائِمَـةَ فِـي الـدِّينِ وَالـدُّنْيَا وَالآخِـرَة، وَأَسْـأَلُكَ أَنْ تُصْـلِحَ لِـي دِينِـي الَّـذِي هُـوَ عِصْـمَةُ أَمْـرِي، وَدُنْيَـايَ الَّتِـي فِيهَـا مَعَاشِـي، وَآخِرَتِـي الَّتِـي إِلَيْهَـا مَعَـادِي، وَأَسْـأَلُكَ الوَفَـاةَ عَلَـى الإِيمَـانِ، وَحُسْـنَ الخِتَـام، وَسَـعَادَةَ الـدَّارَيْنِ يَـا رَبَّ العَـالَمِين، لِـي وَلِجَمِيـعِ المُسْلِمِين، وَلِكُلِّ مَنْ قَالَ: (آمين).

ترجمة الشارح الإزميري [1]

(٠٠٠ - ١١٦٥ هـ) (٠٠٠ - ١٧٥٢ م)

محمد بن ولي بن رسول القير شهري، الحنفيّ، ثُمّ الإِزْمِيري، الْمُفْتي بهَا.

فَاضِلٌ مُشَارِكٌ في بعض العلوم.

الْمُتوفَّى سنة ١١٦٥هـ خَمْسٌ وَسِتِّينَ وَمِائَة وَأَلْف.

صَنَّفَ مِنَ الْكُتُب:

١. إبراز الضمائر على الأشباه والنظائر.
٢. استجلاب المرادات فِي شرح دَلَائِل الْخيرَات.
٣. بَدَائِع الْبُرْهَان فِي عُلُوم الْقُرْآن.
٤. جليل الْقدر شرح حزب الْبَحْر.
٥. حَاشِيَة على امتحان الأذكياء.
٦. حَاشِيَة على شرح ابْن الْحَاجِب لمختصر الْمُنْتَهى.
٧. حَاشِيَة على أنوار التَّنْزِيل للبيضاوي.
٨. حَاشِيَة على شرح الشَّمَائِل.
٩. حَاشِيَة على شرح الجامي فِي النَّحْو.
١٠. حَاشِيَة على شرح الفناري فِي الْمنطق.
١١. حَاشِيَة على شرح لب اللّبَاب فِي النَّحْو.
١٢. حَاشِيَة على الْمرْآة.
١٣. حَاشِيَة على هِدَايَة الْحِكْمَة.
١٤. الدُّرَر السّنيَّة فِي فَضَائِل الدولة العثمانية.
١٥. زبدة علم الْكَلَام.
١٦. شرح رِسَالَة البركوي.
١٧. شرح ذخر المتأهلين.
١٨. شرح العقائد الجديدة فِي الْكَلَام.
١٩. كَمَال الدِّرَايَة فِي جميع الرِّوَايَة من شُرُوح الْملتقى، وهو كتابنا هذا.

وأخطأ البغدادي في «الهدية» في وصفه.

---

(١) هدية العارفين ٣٢٨/٢ ، إيضاح المكنون ٢/٣، معجم المؤلفين ٩٥/١٢.

ترجمة الماتن الشيخ
إبراهيم الحلبي[1]

(٠٠٠ - ٩٥٦ هـ) (٠٠٠ - ١٥٤٩ م)

إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحَلَبي، فَقِيهٌ حَنَفِيّ، مِنْ أَهْلِ حَلَب، تَفَقَّهَ بِهَا وَبِمِصْرَ، عَالِمٌ بالعُلُومِ العَرَبِيَّة، والتَّفْسير، وَالحَدِيث، والقِراءاتِ، وَالفِقْهِ، وَالأُصُول.

اسْتَقَرَّ فِي القِسْطَنْطِينِيَّة، وَتَوَلَّى الإِمَامَةَ وَالخَطَابَةَ بِجَامِعِ الفَاتِحِ وَتُوُفِّيَ بِهَا عَنْ نَيِّفٍ وَتِسْعِينَ عَاماً، سَنَةَ ٩٥٦ هـ سِتٍّ وَخَمْسِينَ وَتِسْعِمِائَة.

لَهُ عِدَّةُ مُصَنَّفَاتٍ مِنَ الرَّسائِلِ وَالكُتُبِ؛ مِنْها:

١. شرح على منية المصلي، سماه غُنْيَةُ المُتَمَلِّي فِي شَرْحِ مُنْيَةِ المُصَلِّي.
٢. تسفيه الغبي فِي تَنْزِيه ابن الْعَرَبِيّ.
٣. تَلْخِيص الْفَتْح الْقَدِير من شُرُوح الْهِدَايَة.
٤. تَلْخِيص الْقَامُوس للفيروز آبادي.
٥. درة الْمُوَحِّدين وردة الْمُلْحِدِينَ.
٦. الرهص والوقص لمستحل الرقص فِي الرَّد على رِسَالَة الشَّيْخ سنبل.
٧. سلك النظام شرح جَوَاهِر الْكَلَام فِي العقائد.
٨. شرح ألفية العراقي فِي الحَدِيث.
٩. شرح التائية للمقري فِي التَّذْكِير.
١٠. القَوْل التَّام عِنْد ذكر وِلَادَته عَلَيْهِ السَّلَام.
١١. ملتقى الأبحر فِي الْفُرُوع، وهو متن كتابنا هذا.
١٢. نعْمَة الذريعة فِي نصْرَة الشَّرِيعَة رداً للفصوص.

وَغيرُ ذَلِكَ مِنَ الرَّسائل.

---

(١) هدية العارفين ٢٧/١، أعلام النبلاء ٥: ٥٦٩ وكشف الظنون ١٨١٤/٢ الأعلام للزركلي ٦٦/١، والشقائق النعمانية ٢٤/٢ ومخطوطات الرياض عن المدينة، القسم الأول ص ٤٨ قال الزركلي: ورأيت في مغنيسا مجموع رسائل له، كتبت سنة ٩٣١ (الرقم ٥٨٣٣) .

مُلْتَقَى الأَبْحُر
وَمَكَانَتُهُ العِلْمِيَّة

الكِتَابُ هُوَ عَمَلٌ شَهِيرٌ فِي الفِقْه الحَنَفِيّ، وَهُوَ مَرْجِعٌ يَسْتَنِدُ إِلَى أَعْمَالِ أَرْبَعَة فُقَهَاء سَابِقِين، واكْتَمَلَ في عام ١٥١٧م. وَقَدْ ظَلَّ المَصْدَر الرَّسْمِيّ لِلْكَثِيرِ مِنْ قَوَانِين الخِلَافَة العُثْمَانِيَّة إِلَى أَنْ بَدَأَت إِصْلَاحَات القَرْنِ التَّاسِعِ عَشَر.

يَحْتَوِي العَمَل عَلى أَحْكام تُغَطِّي تَقْرِيباً كُلّ مَجَالَات النَّشاط الإِنْسَانِيّ، بِمَا فِي ذلِكَ العِبَادات والعَلَاقَات الأُسَرِيَّة وَأَحْكَام المَوَارِيث وَالمُعَامَلات التِّجَارِيَّة وَالجَرِيمَة.

قَالَ حَاجِي خَليفَة فِي «كَشْفِ الظُّنُون» ١٨١٥/٢:

«**مُلْتَقَى الأَبْحُر**»، فِي فُرُوعِ الحَنَفِيَّة، للشَّيْخِ الإِمَام: إِبْرَاهِيم بِنْ مُحَمَّد الحَلَبِي.

المُتَوَفَّى: سَنَةَ ٩٥٦ هـ، سِتٍّ وَخَمْسِينَ وَتِسْعِمَائَة.

جَعَلَهُ مُشْتَمِلاً عَلَى مَسَائِل:

«**القُدُوري**» و «**المُخْتار**» و «**الكَنْز**» و «**الوِقَاية**».

بِعِبَارَة سَهْلة، وَأَضَافَ إِلَيْه بَعْضَ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ مَسَائِلِ «المجمع»، وَنَبْذَة مِنَ: «الهِدَايَة» .

وَقَدَّمَ مِنْ أَقَاوِيلِهِم مَا هُوَ الأَرْجَح.

وَأَخَّرَ غَيْره، وَاجْتَهَدَ فِي التَّنْبِيهِ عَلَى الأَصَحّ وَالأَقْوَى، وَفِي عَدَمِ تَرْكِ شَيْء مِنْ مَسَائِلِ الكُتُبِ الأَرْبَعَة.

وَلِهذا بَلَغَ صِيتُهُ فِي الآفَاقِ، وَوَقَعَ عَلَى قبُولِه بَيْنَ الحَنَفِيَّة الاتِّفَاق.

قال:

وَقَدْ تَمَّ تَبْيِيضه بَيْنَ الصَّلاتَيْن، مِنْ يَوْمِ الثُّلاثَاء، ثَالِثَ عَشَر رَجَب، سَنَة ٩٣٠هـ، ثَلَاثٍ وَعِشرِينَ وَتِسْعِمَائة.

وَنَظَراً لِأَهَمِّيَّتِه وَمَكَانَتِه العِلْمِيَّة فِي المَذْهَب أَكَبَّ العُلَمَاء عَلَى شَرْحِه، وَتَفَنَّنُوا بِذَلِك.

فمن شروحه العظيمة والمميزة :

«**كَمَالُ الدِّرَايَة وَجَمْعُ الرِّوَايَةِ والدِّرَاية** »، للعلّامة محمد بن وليّ بن رسول الإزميري، وهو كتابنا هذا.

● **وشرحه:**

تلميذه الحاج: علي الحلبي، المتوفى سنة ٩٦٧هـ، سبع وستين وتسعمائة.

أورد فيه: الاعتراض، والجروح على شروح المتون الأربعة.

● **وشرحه:**

المولى: محمد الثيروي، المعروف: بعيشي، المتوفى سنة ١٠١٦هـ، ست عشرة وألف.

● **وشرحه:**

محمد بن محمد، المعروف: بابن البهنسي، من مشايخ دمشق، إلى: كتاب البيع.

وتوفي: في جمادى الآخرة، سنة ٩٨٧هـ، سبع وثمانين وتسعمائة.

● **وشرحه:**

الشيخ، نور الدين، علي الباقاني، القادري، تلميذ: البهنسي، بدأ في أوائل سنة ٩٩٠هـ.

وفرغ: بعد تخلل العوالق، سنة ٩٩٥هـ، وسمَّاه: « مجرى الأنهر، على ملتقى الأبحر» .

أوَّله: (الحمد لله الذي شرع الأحكام ... الخ) .

وقال: لما كان «**مُلْتَقَى الأَبْحُر**» : أَجَلّ مُتُونِ المَذْهَب، وأجمعها، وأعمّها فائدة، وأنفعها.. أردت أن أشرحه، بعد أن كتب عليه شيخي، فريد دهره، شيخ الإسلام: محمد البهنسي، المتوفى: سنة ٩٨٧هـ، سبع وثمانين وتسعمائة.

وكنت أنا السبب في ذلك، بقراءتي المتن عليه، وطلبي منه ذلك، كما أشار إليه في الديباجة، بقوله:

وقد طلب مني شرحه بعض المتردِّدين عليَّ، من الأفاضل المشتغلين بتحصيل العلم، ولم يقرأ هذا المتن عليه أحد إلا الفقير، فقرأت عليه من الأول إلى النفقات، وانتهت كتابته هناك.

ثم قرأت ثانياً: إلى خيار الرؤية، وكتب: من البيوع، إليها.

ثم سافر إلى الحج.

وتُوُفِّيَ: بَعْدَما جَمَعَهُ بِسَنَةٍ.

فَشَرَعْتُ في هذا الشرح: في أوائل سنة ٩٩٠، تسعين وتسعمائة.

ووقع التخلل في هذه المدة بلا كتابة، في أيام كثيرة، بسبب الحج، سنة ٩٩٣ هـ، ثلاث وتسعين وتسعمائة.

وقد جمعت فيه: من كتب المذهب: (كالهداية) ، وشروحها، وغير ذلك.

وسَمَّاه: بِ(مَجْرَى الأَنْهُر، عَلَى مُلْتَقَى الأَبْحُر) .

● **وَمِن شُرُوحِهِ:**

شرح: إسماعيل أفندي، السيواسي، في أربعة مجلدات، وسمَّاه: (الفرائد) .

وتوفي: سنة ١٠٤٧، سبع وأربعين وألف.

● **وشرحَ الشيخُ** الإمامُ، علاء الدين: علي بن محمد الطرابلسي بن ناصر الدين، الإمام بجامع بني أمية، الدمشقي، الحنفي، المتوفى: سنة ١٠٣٢.

فرائضَه، وسمَّاه: «سكب الأنهر، على فرائض ملتقى الأبحر».

أوَّله: (الحمد لله الذي قضى بالحِمام على جميع الأنام ... الخ) .

وأتمه في: شهر جمادى الآخرة، سنة ٩٩٠، تسعين وتسعمائة.

● **وشرحه:**

شاه محمد بن أحمد بن أبي السعود الصديقي، الحنفي، المناستري، شرحاً ممزوجاً.

أوَّله: (الحمد لله الذي زين بهدايته سماء الشريعة ... الخ) .

وسمَّاه: «منتهى الأنهر، في شرح ملتقى الأبحر».

• وَشَرَحَهُ:

العلامة: محمد بن علي بن محمد بن علي، الملقب: بعلاء الدين الحصكفي، الدمشقي، المتوفى: سنة ١٠٨٨، ثمان وثمانين وألف.

وسمَّاه: «الدر المنتقى، في شرح الملتقى».

• وَشَرَحَهُ:

المولى: مصطفى بن عمر بن الشيخ محمد، المشهور بحلب، المتوفى سنة ١٠٩٣، ثلاث وتسعين وألف.

• وَشَرَحَهُ:

المولى، القاضي بالقسطنطينية، السيد: محمد بن محمد الحلبي، المتوفى سنة ١١٠٤، أربع ومائة وألف، شرحاً مشهوراً: (بالسيد الحلبي) .

• وللشَّيْخِ:

خليل بن رسولا بن عبد المؤمن السينوبي، الأقجه جايي، المتوفى: سنة ١٠٣٤، شرح مبسوط، في مجلدين، سماه: «إظهار فرائد الأبحر، وإيضاح فوائد الأنهر» .

أوَّله: (الحمد لله الكريم الواهب المنان ... الخ) .

• وللشَّيْخِ:

عثمان الوحدتي، الأدرنوي، المتوفى في حدود سنة ١١٣٥ هـ، خمس وثلاثين ومائة وألف، شَرْحٌ مَبْسوطٌ غَايَةَ البَسْطِ.

• وَلِلْمَوْلى:

علي بن شرف الدين، الشيخ عبد الباقي بن الشيخ أحمد، الشهير: بظريفي، شرح ممزوج، وسمَّاه: «نور التقى، في شرح الملتقى» .

أتمه في: محرم، سنة ١١٠٨، ثمان ومائة وألف.

أوَّله: (الحمد لله الذي فقه في الدين من أراد به خيراً ... إلخ) .

• وَمِن شُرُوحِهِ المَطْبُوعَة:

«مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر»، للإمام العلامة عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده, المعروف بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨هـ).

وله شروح أخرى، اكتفينا بما ذكرناه؛ لننوه على أهمية الكتاب وفضله.

وصف النسخة الخطية

تم الاعتماد في إخراج هذا السفر المبارك على نسخة خطية نفيسة، مؤلفة من ١٦٢١ ورقة، تتألف كل ورقة من لوحتين، في مجلدين ضخمين، متوسط عدد الأسطر ٢٥ سطراً، متوسط عدد الكلمات ١٤ كلمة في السطر الواحد.

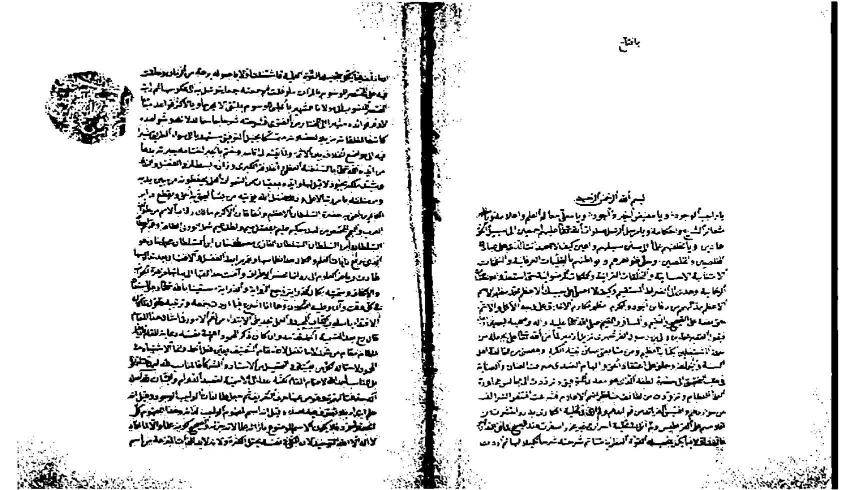
خطها نسخي معتاد، وهي من مقتنيات مكتبة كوبرلي برقم (٩٤) و (٩٥).

عليها تملكات وأختام مختلفة.

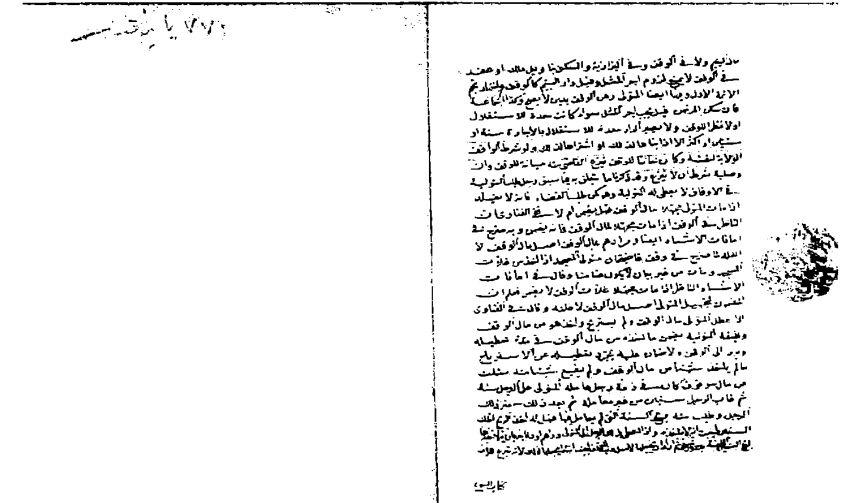
ناقصة من آخرها كتاب الفرائض، وبعض المسائل المنثورة من كتاب الخنثى، وإتماماً للفائدة تم استدراك النقص من كتاب مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، وتم الإشارة إلى ذلك في موضعه.



راموز صفحة العنوان



راموز الصفحة الأولى من المجلد الأول



راموز الصفحة الأخيرة من المجلد الأول

راموز الصفحة الأولى من المجلد الثاني

راموز الصفحة الأخيرة من المجلد الثاني

خطة العمل ومنهج التحقيق

تَمَّ الإبْحَار فِي خِضَمّ هذا اليَمّ العَظِيم، والخَوْض فِي مَسَالِكِه، وِفْقَ الخطَّة التَّالِية:

- اعْتَمَدْنا في تَحْقِيق الكِتاب عَلى نُسْخَةٍ خَطِّيَّةٍ وَاحِدة للشَّرح، وَنُسْخَتَيْنِ خَطِّيتين للمَتْن، فَأَثْبَتْنا المَتْن الصَّحيح اختِياراً مِنها، دُون الإشارة إلى الفَرق، مَا لَم يَكن بِه تَغيير للمَعْنى أو الحُكْم الفِقهيّ، بَعْدَ الرُّجوع إلى المَصَادِر والشُّروح.

- وبِالنِّسبة للمَتن فَقَد تَمَّ وَضْعه بِأَعْلى الصَّفَحَاتِ مَشْكُولاً وَمَضْبُوطاً بِعَلَامَاتِ التَّرْقِيم المُنَاسِبَة، وَتَمَّ وَضْعه فِي الشَّرْحِ بِاللَّوْنِ الأَحْمَر بَيْنَ قَوْسَيْنِ كَبِيرَيْن ( ).

- قُمنا بالرُّجوعِ إلى مَصَادِر المُؤَلّف مَا أَمْكن، وَخُصُوصاً عِندما تُشْكِل علينا عِبارة، وأحياناً كُنّا نَجِدُ بَعْض الفُروق، أَثْبَتناها في الهَامِش، وَسَيَجِدُ القَارئُ الكريم ذلك في طيّ الكتاب.

- عَملنا مُقدمات في أوّل الكِتاب للتَّعريف بالشَارِح والمَاتِن، وَذَكَرنا دراسة عن المَتن وأهمّيته وتوارد العُلَماء على شَرْحِه.

- أمّا مِن ناحِية المَظهَر الخارجيّ.. فَقَد رَصَّعْنَاه بِعَلَامَاتِ التَّرقيم المُناسِبة الّتي تُعِين عَلى قِراءَةِ النّصِ بِوُضوح وَسُهولة، وَوَضَعْنا الآيات القرآنيّة بِخَطِّ المُصْحَف الشَّريف بَيْنَ قَوْسَيْن مزهرين ﴿ ﴾، والأحاديث النَّبوية بَينَ قَوْسَيْن صغيرين « »، والمَتن بَيْنَ قَوْسَيْنِ كَبِيرَيْن ( ) باللَّوْنِ الأحمر.

- وَوَضَعْنا قَبْل جَوابِ الشَّرْطِ وَالخَبَر البَعيد نُقْطَتَيْن مُعْتَرِضَتَيْن (..)؛ لِيَسْهُل رَبْط العِباراتِ عَلى القَارِئ.

وختاماً:

ما كان ممن خير.. فمن الله، وما كان من شر.. فمن نفسي والشيطان.

وَإِنْ تَجِدْ عَيْباً فسُدَّ الخَلَلَا جَلَّ مَنْ لَا عَيْبَ فِيهِ وَعَلَا

وليعذرني القارئ لو وجد بعض الهِنات والهفوات؛ فوالذي رفع السَّماء وَبَسَطَ الأَرْض.. ما تَمَّ هذا العَمَل إِلَّا تَحْتَ هَدِيرِ الطَّائرات، وأَزِيزِ الرَّصَاص، وتَرَانيم المَدَافِع والرَّاجِمَات؛ إِذْ كَانَ تَحْقِيقه فِي الفَتْرة الَّتي عَمَّت فِيها الفِتَن بِلَادَ الشَّام ، وبِالتَّحْديد فِي الغَوْطَةِ الشَّرْقِيَّةِ مِن رِيفِ دِمَشْق.

وَمَا الحَرْبُ إِلَّا مَا عَلِمْتُم وَذُقْتُمُ وَمَا هُوَ عَنْها بِالحَدِيثِ المُرَجَّمِ

وَلَيْس مَن سَمِع كَمَن رَأَى، والدِّمَاءُ تَسِيلُ فِي الطُّرُقَاتِ كَالأَنْهَار، والأَشْلَاء تَعُمّ الأَرْجَاء، وَكَمْ قَاطَعْنَا العَمَلَ فِي الكِتَابِ لِنَنْتَشِلَ أَخاً لَنَا مِنْ تَحْتِ الرُّكَام، أو لِنَدْفُنَ حَبِيباً، ثُمّ نَعُود لِلْغَوْصِ فِي بِحَارِ العِلْمِ وَلُجَجِهِ، لِنَلْتَقِطَ مِنْ فَرَائِدِهِ وَدُرَرِهِ ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ فِي أَيِّ صُقع على هذِهِ المَعْمُورة عُذْرٌ فِي التَّقْصير والتَّوَانِي عَنِ الذبِّ عَن دِينِ اللهِ، وَنُصْرَةِ كِتَابِهِ.

أسأل الله تعالى الفرج والنصر للمستضعفين والمسلمين، وأن يكشف الغمة عن الأمة، وأن يردنا إلى ديننا رداً جميلاً؛ إنّه سميع قريب مجيب.

وختاماً:

أستودع الله لي في هذا الكتاب شهادة: أن لا إلا الله، وأن محمداً رسول الله؛ كي يردها إلى عند آخر أنفاسي، وأن يحفظ عليّ ديني وإيماني.

والصلاة والسلام على سيدنا محمد عبده ورسوله، كلما ذكره الذاكرون، وغفل عن ذكره الغافلون.

وكتبه

أبو الكميت / محمد مصطفى الخطيب

ريف دمشق - الغوطة الشرقية

من بلاد الشام المحروسة

٢٠١٧/٣/١١

شُكْرٌ وَتَقْدِير

امتِثالاً لِقَوْلِ الرَّسُولِ الكَرِيمِ صَلَوَاتُ اللهِ وَسَلَامُهُ عَلَيْه: «لَمْ يَشْكُرِ اللهَ مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ».

أَتَقَدَّم بِأَحَرِّ الشُّكْر وَأَخْلصه للحاج **محمد علي بيضون** حَفِظَهُ الله؛ مُدير دارُ الكُتُبِ العِلْمِيَّة؛ لِمَا أَسْداهُ إِلَيْنا مِنْ مَعْرُوفٍ، وَلِمَا قَدَّمَهُ مِن عَمَل.

كَمَا وَأَتَقَدَّم بِخَالِصِ شُكْري وودادي، لِلأَخَوَيْن **شادي وفادي البغدادي**، اللَّذَيْن كَانَ لَهُمَا أَهَمّ دَوْر في إنجازِ هذا العَمَل، مِنْ دَعْمٍ مَعْنَوِيّ، وإِرْشَاد إلى جادَّةِ الطَّرِيق.

وَلا أَنْسى شَرِيكَة حَيَاتي، وَرَفِيقة دَرْبي، **هنادي عيد عامر**، سَائِلاً الله عَزَّ وَجَلَّ لَها صُحْبَةَ أُمَّهاتِ المُؤمِنين في جَنَّاتِ الخُلْد، والسَّعادة والهَناء في الدُّنْيا؛ لِمَا لَها عَلَيَّ مِن فَضْل، وَلِما عانَت في فَتَراتِ اعْتِقَالي، وَغِيابي عَن دَاري وأَبْنائي.

وَلَا أَنْسَى **أولادي** الَّذِينَ عَانوا مَا عَانَتْ أُمّهم، وَاسْتَجَابوا لِتَرْبِيَتِها الصَّالِحة، رِضْوَانُ رَبِّي عَلَيْهم مَدَى الدَّهر وَالزَّمان.

كَمَا وَأَخُصّ السَّنَد الأَصيل لي فِي إِخْراج هذا الكِتَاب زَوْجَ ابْنَتِي **أبا الليث عمرواً عيد عامر**، الَّذي تَحَمّل عَنِّي أَعْبَاءَ المَنْزِل والبَيْت طِيلَةَ إِنْجاز هَذا الكِتاب.

وتَاجُ الشُّكْرِ وَأَرْصَعُهُ **لوالديَّ** حَفِظَهُمَا الله وَعَافَاهُما، وَرَزَقَنِي بِرَّهُمَا والقَارِئِين.

والشُّكْرُ المُعَطَّرُ لِأَخي الَّذِي لَمْ تَلِدْهُ أُمِّي **مهند رشوان**.

وَإِلَى جَميع مَنْ سَاعَدَنِي مِنْ قَرِيبٍ أَوْ بَعِيد.

والحَمْدُ للهِ رَبِّ العَالَمِين

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author: Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـب العلميـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages	(11 Vols/11 P.) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2017 A.D. - 1438H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon لبنـان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	الطبعة



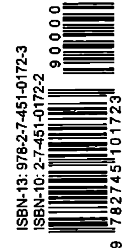
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

تأليف
العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥ هـ

اعتنى به وضبطه
محمد مصطفى الخطيب

الجزء الأول
الطهارة، الصلاة

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

(بسم الله الرحمن الرحيم)

خطْبَةُ الْكتَابِ

(بسم الله الرحمن الرحيم)

[مقدمة المؤلف]

يا واجب الوجود، ويا مفيض الخير والجود، ويا معلي معالم العلم وأعلامه، ويا مظهر شعائر الشرع وأحكامه، ويا مرسل الرسل صلوات الله تعالى عليهم أجمعين، إلى سبيل الحق هادين، ويا مُخلِفَهم علماءَ إلى سنن سبلهم داعين، كيف لا أحمدك أنت الذي [امتنت] على عبادك المخلِصين والمخلَصين، وحلّيت ظواهرهم وبواطنهم بالتجليات العرفانية، والنفحات الامتنانية الإحسانية، والتخلقات القرآنية والملكات الرضوانية، حتى استعدوا للاختصاصات الرحمانية، وهدى إلى الصراط المستقيم.

وكيف لا أصلي على حبيبك الأعظم، محمد مظهر الاسم الأعظم، ممد الهمم من دفائن الجود والكرم، مظهر مكارم الأخلاق على وجه الأكمل والأتم، حتى نفعه على الصحيح والسقيم، والمسافر والمقيم، صلى الله تعالى عليه وآله وصحبه أجمعين.

وبعد: فيقول الفقير محمد بن ولي بن رسول القرشهري نزيل أزمير: لما منَّ الله تعالى عليّ بجعله من جملة المشتغلين بكتابه العظيم، ومن متابعي سنن نبيه الكريم، وعصمني من مخالفة أهل السنة والجماعة، وحملني على اعتقاد الحق وإلهام الصدق.. صرفت العنان والعناية في طلب التحقيق إلى حضرة لطفه الذي هو مصدر التوفيق، وترددت إلى مجالس مجاورة العلماء العظام، وتزودت من لطائف مناظراتهم الأعلام، فشرعت أقتنص الشرائف من مواردهم، وأقتبس الفرائد من فوائدهم، ولم أزل في تخلية أفكاري بدُرَرٍ انتشرت من أقلامهم على القراطيس، ولم أنل في تخلية أسراري غير غُررٍ أسفرت عند الصبح في أفق التدريس، فألّفت أولاً

فيما يكمل بتحصيله القوة النظرية متناً، ثم شرحته شرحاً تكميلاً لها، ثم أردت [٢/أ] أن أؤلّف فيما يكمل بتحصيله القوة العملية، فاشتغلت أولاً بأصوله برهة من الزمان، وعلّقت فيه على المختصر الموسوم «بالمرآة» ما وفقت، ثم جمعته جمعاً يتوسل به إلى عكوسها، ثم رأيت المختصر المنسوب إلى مولانا الشهير بالحلبي الموسوم ب- «**ملتقى الأبحر**» حاوياً لأكثر قواعده، جامعاً لأوفر فوائده، مشيراً إلى المختار من الفتوى، فشرحته شرحاً جامعاً لدلائله وشواهده، كاشفاً لمغلقاته، مزيلاً لمعضلاته، متمسكاً بحبل التوفيق، مستهدياً إلى سواء الطريق، مشيراً فيه إلى مواضع الخلاف بين الأئمة، ولما تيسر لي إتمامه، وختم بالخير اختتامه.. جبرته بدعاء من أيده الله تعالى بالسلطنة العظمى، والخلافة الكبرى، وزاده بسطة في الفضل والندى، وشيد ملكه بجنود لا قِبَل لها، وأيده بمعقبات من السماوات العلى، يحفظونه من بين يديه ومن خلفه بأمر ربه الأعلى، وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، ليحق به الحق ويقطع دابر الكافرين.

أعني به حضرة السلطان الأعظم، والخاقان(١) الأكرم، مالك رقاب الأمم من طوائف العرب والعجم، المختص من لدن حكيم عليم، بفضل ميم ولطف عميم، شمل الورى ألطافه، وعمهم أعطافه، السلطان بن السلطان، السلطان الغازي مصطفى خان بن السلطان محمد خان، هو الذي رفع رايات العلم والكمال بعد انطماسها، وعمر مرابط الفضل والأفضال بعد تدارسها، فعادت رياض العلوم إلى ردائها مخضرَّة الأطراف، وآضت حدائقها إلى بهائها مزهرة الجوانب والأكناف، وسميته ب-«**كمال الدراية وجمع الرواية والدراية**» مستعيناً بالله تعالى، وهو المستعان في كل وقت وآن، وعليه التكلان.

وها أنا أشرع فيما أردت جمعه وترتيبه، فأقول: لما كان الاقتداء بأسلوب

---

(١) **الخاقان**: اسم لكل ملك ملّكه الترك على أنفسهم؛ مثل فرعون لمصر، وكسرى للفرس، وقيصر للروم.

الْحَمدُ للهِ الذِي وفَّقَنَا للتَّفقُّهِ فِي الدِّينِ، ....

الكتاب المجيد، والعمل بحديثي الابتداء من أهم الأمور في أمثال هذا المقام.. قال رحمه الله بعد التسمية: (الحمدُ) قدمه وإن كان ذكر المحمود أهم في نفسه؛ رعاية للمقام؛ فإن قيل: المقام مقام من تحمد لا ما تفعل؛ لأن مقام التصنيف يعيّنُ فعل الحمد، وإنما الاشتباه في المحمود؛ لاحتماله لكل من يُعينه في التحصيل من الأستاذ والشركاء، فالمناسب: «لله أحمد».. قلنا: ممنوع، بل المناسب «أحمد الله» لاهتمام المقام، لكنه عدل إلى الاسمية بقصد الدوام والثبات.

(للهِ) أصله إلاه حذفت الهمزة وعوض عنها حرف التعريف، ثم جعل علماً لذات الواجب الوجود.

وقيل: إنه علم ابتداء بلا تصرف فيه أصلاً.

وقيل: إنه اسم لمفهوم الواجب لذاته، وهذا المفهوم كلي انحصر في فرد، فلا يكون الاسم الموضوع بإزائه علماً؛ لأنه جزؤه.

والصحيح: كونه علماً، وإلّا.. لما أفاد «لا إله إلّا الله» التوحيد؛ لأن الكلي في نفسه يحتمل الكثرة، ولأنه لا بد للذات المنزهة من اسم [٢/ب] يجري عليه أوصافه، وذلك لا يكون إلّا بوضع العَلَمية؛ لأن الغلبة الاسمية لا يكفي في ذلك على الأصح، وإن قال بعض المحققين: فإن قيل: وضع العَلَم يقتضي عِلْم الواضع بكنه ذات العَلَم، والعِلْمُ بكنه ذات الواجب تعالى غير ممكن أو غير واقع للبشر، على الاختلاف المشهور.. قلنا: العلم بأوصافه كاف في وضع العَلَم بلا حاجة إلى العِلْم بكنهه، ولو سُلِّم.. لكان الواضع هو الله تعالى لا البشر.

ثم إنه عربي، وقيل: معرب من العبر أو العبراني أو السرياني.

(**الذي وفَّقنا للتَّفقُّهِ في الدِّينِ**) إشارة إلى المحمود عليه.

الدين: «وضع إلهي سائق لذوي العقول السليمة، باختيارهم المحمود، إلى ما هو الخير لهم بالذات».

الذِي هُوَ حبلُهُ المتينُ، وفَضْلُهُ المُبينُ، وميرَاثُ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسلِينَ، ....

فخرج بالإلهي: الأوضاع البشرية نحو الرسوم السياسية والتدبيرات المعاشية والصناعية.

وسائق: الأوضاع الإلهية الغير السائقة كإنبات الأرض وإمطار السماء.

وبذوي العقول: الأوضاع الإلهية الطبيعية التي لا تختص بذوي العقول؛ كالطباع التي تهتدي بها الحيوانات لخصائص منافعها ومضارها.

وبالاختيار: الأوضاع الاتفاقية والقسرية كالوجدانيات.

وبالمحمود: الكفر.

(الذي هو حبلُهُ المتينُ) الحبل: الرباط على ما في «القاموس»، أي: ما يربط به، ولا يخفى عليك ما فيه من التشبيه، وفي إضافته إلى الله إشارة إلى ما ذكرناه من تعريف الدين.

ومتانته: عبارة عن استحكامه بحيث لا يقبل النسخ أصلاً، وأن من تديَّن به نجا في الدارين.

(وفضلُهُ) يعطيه من يشاء؛ إذ لا وجوب ولا إيجاب عليه، يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد.

(المُبينُ) أي الواضح أو الموضّح.

(وميراثُ الأنبياءِ والمرسلينَ) من قبيل عطف الخاص على العام. والأصح: عدم التعيين في العدد.

وفيه إشارة إلى أن الأنبياء عليهم السلام كلهم على عقيدة واحدة لا خلاف بينهم في الإيمان بالله وتوحيده وأصول الدين، على ما أشار إليه قوله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقۡتَدِهۡ﴾، وإنما الخلاف في الشرائع؛ فإنها مختلفة، ولذا اختلف مشايخنا في أن نبينا ﷺ هل هو متعبَّدٌ بشريعة من قبله قبل بعثته، أم لا؟

قيل: إنه متعبِّد.

وحُجَّتُهُ الدَّامِغَةُ عَلَى الخلقِ أَجْمَعِينَ، ومَحَجَّتُهُ السَّالكةُ إِلَى أَعلَى عِلِّيِّينَ.

وقيل: لا.

ومنهم من توقف.

ثم اختلف القائلون بالتعبد.

فقيل: بشريعة نوح.

وقيل: بشريعة إبراهيم.

وقيل: بشريعة موسى.

وقيل: عيسى.

وقيل: آدم عليهم السلام.

(**وحُجَّتُهُ الدَّامِغَةُ**) أي: الواصلة إلى النفوس السليمة، بحيث يقطع عروق الشُّبَه والشكوك يقال: «دمغ رأسه» ضربه حتى وصل الضرب إلى دماغه، ولا يخفى ما فيه من التشبيه.

(**على الخلقِ أَجْمَعينَ**): فيه إشارة إلى أن نبينا خاتم الأنبياء مبعوث لجميع الخلائق؛ من الإنس والجن والمَلَكِ، حتى الجمادات بأن ركب [فيها][1] العقل وآمنت به، ولجميع من تقدمه من الأنبياء وأممهم، ولنفسه أيضاً.

وأن الأنبياء نوَّابه في تبليغ الشرائع على ما صرحوا به بقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّۦنَ لَمَآ ءَاتَيْتُكُم مِّن كِتَٰبٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِۦ وَلَتَنصُرُنَّهُۥ﴾.

(**ومحجَّتُهُ السالكةُ** [١/٣] **إلى أَعلى عِلِّيينَ**) المَحجّة بفتح الميم: جادة الطريق. والحُجة بالضم البرهان. كذا في «المصباح».

ثم لما كان نبينا ﷺ واسطة في فيضان الفيض وحصول الخير إلينا، إذ لا مناسبة

(١) في المخطوط: (أقينها)، والصواب ما أثبتناه.

وَالصَّلاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى خيرِ خَلقِهِ مُحَمَّدٍ الْمَبْعُوثِ ....

بيننا وبين الفياض المطلق.. فلا بد لنا من واسطة ذي الجهتين، ونبينا ﷺ بجهة ولايته يستفيد من الفياض، وبجهة رسالته يُفيض علينا، ولذا قيل إن ولايته ﷺ أفضل من رسالته[1]، فحق علينا أن نجعل صلاتنا عليه من روادف حمده تعالى، وإن كان هو لا يحتاج إلى صلاتنا.

فقال: (والصَّلاةُ) وهي: الرحمة من الله تعالى.

والاستغفار من الملائكة.

والدعاء من المؤمنين.

وهي فرض مرة في العمر على ما في «الشفا»، وكذا السلام، حتى قالوا: إفراد أحدهما عن الآخر في الذكر مكروه، والمستحب: جمعهما في الذكر، ولذا عطف عليه (والسَّلامُ) أي: التحية، (عَلَى خَيْرِ خَلقِهِ مُحمَّدٍ) عَلَمٌ منقول. وقيل: مرتجل[2] والصحيح: هو الأول، سماه جده عبد المطلب في سابع ولادته بإلهام من الله تعالى.

قيل: لله تعالى ألف اسم، وكذا نبينا ﷺ ألف اسم. وقيل: له تسعة وتسعون. وقيل: ثمانون. وقيل: خمس مئة. وقيل: أربع مئة. وقيل: إنه توقيفية مثل أسماء الله تعالى.

(المبعوثِ) بالنبوة على رأس أربعين سنة، وبالرسالة على رأس ثلاث وأربعين سنة.

وبه حصل التوفيق بين حديث أنس بن مالك أنه ﷺ بعث على رأس أربعين سنة، وحديث ابن عباس أنه ﷺ بعث على رأس ثلاث وأربعين سنة.

بيانه: أن الله تعالى بعثه على رأس أربعين سنة بالنبوة، فجاء جبرائيل في غار

(١) لا مرتبة فوق مرتبة النبوة، وفي كلام المصنف رحمه الله نظر. والمسألة تراجع في مظانها.

(٢) العَلم المنقول: هو ما نقل من شيء سبق استعماله فيه قبل العلمية؛ مثل: ماجد وحامد، والعلم المرتجل: هو ما وضع من أول الأمر عَلَماً، مثل: سعاد.

رَحْمَةً للْعَالمينَ،...

حراء فأنزله ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ﴾ إلى ﴿مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾ ثم فتر الوحي ثلاث سنين، وقرب بنبوته إسرافيل عليه السلام ثلاث سنين من زمان فترة الوحي، وكان إسرافيل عليه السلام يعلمه [الكلمة والشيء][1] ولم ينزل عليه بلسان إسرافيل القرآن، فلما مضى ثلاث سنين.. نزل جبرائيل عليه السلام ب- ﴿يَا أَيُّهَا الْمُدَّثِّرُ ۝١ قُمْ فَأَنذِرْ﴾ وبهذا زمان رسالته، والأول زمان نبوته، فكان نبوته مقدماً على رسالته.

(رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ) جمع عالَم، وهو اسم للقدر المشترك بين أجناس ذوي العلم.

وقيل: بين أجناس ما علم به الصانع مطلقاً.

فعلى الأول يقال: عالم المَلَك، وعالم الجن، وعالم الإنس.

وعلى الثاني يقال: عالم الأفلاك، وعالم القيام، وعالم النبات، وعالم الحيوان، وعالم الأرض أيضاً.

وعلى القولين يصح إطلاقه على كل من تلك الأجناس وعلى مجموعها أيضاً؛ كالإنسان بالنسبة إلى أفراده.

لا اسم لمجموع ذوي العلم، أو لمجموع ما علم به الصانع، وإلا.. لما صح جمعه؛ لعدم التعذر في شيء من هذين المجموعين، وإنما جمع هنا ليشمل الأجناس كلها شمولاً واضحاً على ما بينه الشريف العلامة في «حاشية الكشاف».

وقيل: إنه ليس بجمع، بل اسم جمع للعالم؛ لأن العالم يشمل ذوي العلم وغيره، والجمع بالياء والنون يختص بذوي العلم.

والجواب على القول الأول ظاهر، وعلى القول الثاني: إنه إنما جمع اعتباراً بتغليب ذوي [٢/ب] العلم على غيره.

فإن قيل: هذا لا يكفي في صحة هذا الجمع، لأن من شرطه أن يكون مفرده

(١) في المخطوط: (الكلية والشيء)، والمثبت من كتاب: «إزالة الخفا عن حلية المصطفى».

وعَلَى آلهِ وَصَحبِهِ وَالتَّابِعِينَ، وَالْعُلَمَاءِ العَاملينَ.

وبعدُ:

فيقولُ المُفتقرُ إِلَى رحمةِ ربِّهِ الغنيِّ، إبرَاهيمُ بنُ محمدٍ بنِ إبرَاهيمَ الحلبيُّ: قد سَأَلَني بعضُ طَالبي الاستفَادةِ أَنْ أجمعَ لَهُ كتَاباً يشْتَمِلُ عَلَى «مَسَائِلِ القُدُورِيِّ»

وصفاً لذوي العلم إذا لم يكن عَلَماً، والعالم ليس وصفاً اسم جنس.. قلنا: إنه وإن لم يكن وصفاً حقيقة، إلّا أن فيه معنى الوصف؛ أعني: كونه مما يعلم به، لأنه ليس إطلاقه على ما أطلق عليه، كإطلاق لفظ الجماد، ولهذا لم يجمع هذا بالواو والنون؛ لعدم معنى الوصف فيه أصلاً.

(وعلى آلهِ) إعادة كلمة «على» لإفادة نوع استقلال، والممنوع كماله.

(وصحبِهِ) وهو عند سيبويه: اسم جمع لصاحب، بمعنى الصحابي، الذي هو أخص من مطلق الصاحب.

وعند الأخفش: جمع له بالمعنى المذكور.

والصحابي: كل مسلم رأى النبي ﷺ ولو لحظة عند أهل الحديث.

وذهب أكثر الفقهاء والأصوليين إلى أنه كل مسلم رأى النبي ﷺ وطالت صحبته.

(والتابعينَ) التابعي: كل مسلم لقي صحابياً ولم يلق النبي مسلماً.

وقيل: من صحبه لحظة أو طولاً.

(والعلماءِ العاملينَ).

وبعدُ): مبنيٌّ على الضم؛ لافتقاره إلى المضاف إليه. والعاملُ فيه إما الواو لنيابته عن «إما»، وإما المقدرة في الكلام، أو الموهومة فيه وهو الأصح، لما في «الرضي» أن حذف «إما» وتقديره في نظم الكلام مشروط بكون مدخول الفاء أمراً أو نهياً، وما قبله منصوباً نحو: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾.

(فيقولُ المُفتَقِرُ إلى رَحْمَة رَبِّهِ الغنيِّ، إبراهيمُ بنُ محمدٍ بنِ إبراهيمَ الحلبيُّ: قد سألني بعضُ طالبي الاستفادةِ أن أجمعَ له كتاباً يشتملُ على «مسائلِ القُدوري»

وَ«اَلْمُخْتَارِ» و«اَلكنزِ» و«اَلوقَايَةِ» بِعِبَارَةٍ سهلةٍ غيرِ مُغلَقَةٍ.. فأجبتُهُ إِلَى ذَلِكَ وأضفتُ إِلَيْهِ بعضَ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ مِن مسَائِلِ «اَلْمجمعِ» ونبذةً مِنَ «اَلْهِدَايَةِ»، وصرَّحتُ بِذِكْرِ الْخلَافِ بَينَ أَئِمَّتنَا وقدَّمتُ مِن أَقَاوِيلِهِم مَا هُوَ الْأَرْجَحُ، وأخَّرتُ غَيرَهُ إِلَّا إِنْ قيَّدتُهُ بِمَا يُفِيدُ التَّرْجِيحَ.

وَأَمَّا الْخلَافُ الْوَاقِعُ بَينَ الْمُتَأَخِّرِينَ أَو بَينَ الْكتبِ الْمَذْكُورَةِ.. فَكلُّ مَا صدَّرتُهُ بلفظِ: (قِيلَ) أَو (قَالُوا).. إن كَانَ مَقْرُوناً ب-: (الأصحّ) وَنَحْوِهِ .. فَإِنَّهُ مَرْجُوحٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا لَيْسَ كَذَلِكَ.

وَمَتَى ذكرتُ لفظَ التَّثْنِيَةِ مِنْ غيرِ قرينَةٍ تدلُّ عَلَى مرجعهَا .. فَهُوَ لأبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

وَلَمْ آلُ جُهداً...

و«المختارِ» و«الكنزِ» و«الوقايةِ» بعبارةٍ سهلةٍ غيرِ مُغلَقَةٍ.. فأجبتهُ إلى ذلكَ، وأضفتُ بعضَ ما يُحتَاجُ إليهِ مِن مسائلِ «المجمعِ» ونبذةٌ) النبذ بلا هاء: الشيء القليل، وبالتاء وضم النون: القطعة على ما في «القاموس».

(منَ «الهدايةِ» وصرَّحتُ بذكرِ الخلافِ بينَ أئمَّتنا، وقدَّمتُ مِن أقاويلِهم ما هوَ الأَرجحُ، وأَخَّرت غيرَهُ، إلَّا إن قيَّدتُه بما يفيدُ التَّرجيح.

وأمَّا الخلافُ الواقعُ بينَ المتأخِّرينَ، أَو بينَ الكُتبِ المذكورةِ.. فكلُّ ما صدَّرتُهُ بلفظِ (قيلَ) أو (قالوا) وإن كان مقروناً ب- : (الأصحّ) ونحوِه.. فإنُه مرجوحٌ بالنسبةِ إلى [ما] ليسَ كذلكَ.

ومتى ذكرتُ لفظَ التثنيةِ مِن غيرِ قرينةٍ تدلُّ على مرجعِها فهو لأبي يوسفَ ومحمدٍ رحمهما اللهُ.

ولمْ آلُ جُهداً) من الأَلْوِ بمعنى التقصير. أو: بمعنى المنع.

فعلى الأول: يجوز أن يكون «جهداً» حالاً من فاعله؛ بمعنى مجتهداً، وأن يكون متعلقاً به بحذف الجار، أي: لم أقصر في جهدي.

وعلى الثاني: يتعدى إلى المفعولين، أي: لم أمنعك جهداً.

فِي التَّنْبِيهِ عَلَى الْأَصَحِّ وَالأقوى، وَمَا هُوَ الْمُخْتَارُ لِلْفَتْوَى، وَحَيْثُ اجْتمعَ فِيهِ منَ الكتبِ المذكورةِ.

سمّيتُهُ ب-:

«مُلْتَقَى الأَبْحُرِ»

لِيُوَافِق الِاسْمُ الْمُسَمّى، وَاللهَ سُبْحَانَهُ أَسْأَلُ أَن يَجعلَهُ خَالِصاً لوجههِ الكريمِ، وَأَنْ يَنْفَعنِي بِهِ يَوْمَ لَا ينفعُ مَالٌ وَلَا بنُونَ.. إِلَّا مَن أَتَى اللهَ بقلبٍ سليمٍ.

(في التنبيهِ على الأَصحِّ والأَقوى، وما هوَ المُختارُ للفتوى).

ثم شرع لبيان وجه التسمية بقوله: (وحيثُ اجتمعَ فيهِ الكتب المذكورة سمَّيتُه ب-«ملتقى الأَبحرِ»؛ ليوافقَ الاسمُ المسمَّى، واللهُ سبحانَه [أسألُ] أن يجعلَهُ خالصاً) من الرياء.

واعلم أن درجات الإخلاص ثلاث.

أعلاها: أن يعمل العبد لله تعالى وحده بقصد امتثال أمره وحق عبوديته، بلا ملاحظة ثواب وعقاب في الآخرة، ونفع وضر في الدنيا، حتى لو علم أن الله تعالى يعاقبه بفعله ذلك لفعله أيضاً لامتثال أمره.

وأوسطها: أن يعمل لله تعالى [٤/أ] مع قصد الثواب ورفع العقاب في الآخرة.

وأدناها: أن يعمل لله تعالى مع ملاحظة الثواب ورفع العقاب، والإكرام الدنيوي أيضاً.

وأما العمل لمحض غرض دنيوي.. فهو رياء.

(لوجهِهِ) من المشابهات على مذهب المفوضة، وعبارة ذاته المقدسة المأولة.

(الكريمِ، وأَن ينفعني بِهِ يومَ لا ينفعُ مالٌ ولا بنونَ إلَّا مَن أتى اللهَ بقلبِ سليمٍ)، وأنا أسأل الله أن يجعل كتابي هذا خالصاً لوجهه، وينفعني به يوم لا ينفع.

* * *

(كتابُ الطَّهارةِ)

(كِتَابُ الطَّهَارَة)

قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ........

(كِتَابُ الطَّهارةِ)

الكتاب في اللغة: مصدر كتب بمعنى جَمَعَ، سمي به المفعول للمبالغة. أو اسم بمعنى المكتوب، كاللباس بمعنى الملبوس، ثم أطلق على المنظوم عبارة قبل أن يُكتَب؛ لكونه مما يكتب.

وفي الاصطلاح: طائفة من المسائل اعتبرت مستقلة، شملت أنواعاً أو لا.

والطهارة في اللغة: النظافة.

وفي الاصطلاح: نظافة مخصوصة، متنوعة إلى وضوء وغسل وتيمم وغسل البدن والثوب.

وإنما وحّدها لأنها في الأصل مصدر يتناول القليل والكثير، ومن جمعها.. قصد الأنواع.

(قَالَ الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾) أي إذا أردتم القيام إليها مُحدِثين، على ما عليه الأكثرون؛ لأن كل فعل اختياري سبب من القصد والإرادة، فيصح أن يُذكَر ويُرادَ السبب.

وقال بعض أهل التفسير: إن الآية على عمومها، بلا تقدير محدثين، إلّا أن أمرَ فاغسلوا للإيجاب في حق المحدث، وللندب في حق غيره.

ويلزمه استعمال لفظ واحد في حالة واحدة في أمرين معاً.

(﴿فَٱغْسِلُواْ﴾) أي: مرة؛ لأنه لبيان الفرض، وهو مرة لما في البخاري معلقاً أن النبي ﷺ بيَّن بفعله أن فرض الوضوء مرة مرة؛ أي: لكل عضو. ولأن الأمر لإيجاد حقيقة الفعل لا للمرة ولا للكرة، والحقيقة لا يمكن وجودها إلّا في ضمن الفرد، والأقل متيقن، ولا يعدل إلى غيره بلا موجب، فيحمل عليه لتيقنه.

وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ ....

ثم الغَسل بالفتح إسالة الماء ولو قطرة، حتى لو لم يتقاطر.. لم يجز؛ بناء على العدم الأصلي؛ لأن الطهارة الشرعية حكم شرعي ثبت بنص الغسل، فبقي ما لا يتناوله على العدم؛ لأن الأصل في الحوادث العدم، وما لم يوجد فيه التقاطر.. لم يتناوله النص، فبقي على العدم، وما روي أنه ﷺ قال: «هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي» ضعيفٌ على ما صرح به النووي وغيره من أرباب الجرح والتعديل.

وقيل: إنما لم يجز بناء على أن مفهوم الخلاف حجة في الروايات عندنا، وهو ضعيف؛ لأن الآية في معرض الاستدلال، فيكون من باب الدراية، فلا تقبل المفهوم.

فإن قيل: إن من أصابه مطر فسال بنفسه، أو وقع في حوض.. فقد جاز وضوؤه ولا إسالة فيه.

قلنا: الشروط يعتبر وجودها وحصولها، لا إيجادها وتحصيلها، وقد تحقق بالسيلان.

وقال أبو يوسف إن الغسل مجزٍ بلُّ المحلِّ، سال أو لم يسل، حتى جاز الوضوء بالثلج وإن لم يتقاطر.

والحجة عليه ما بيناه؛ لأن مجرد البلِّ [٤/ب] مسح لا غسل، والدلك سنةٌ عندنا، وفرضٌ عند مالك، سواء كان في المحل نجاسة أو لا، في المشهور عنه. وفي رواية عنه: إن كان في المحل نجاسة.

قلنا: المعتبر هو الإزالة مطلقاً، بالدلك أو لا؛ إذ لا معتبر بتعيين الطريق بعد حصول المقصود.

(﴿وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ﴾) هذا دليل على فرضية غسل يد واحدة بعبارته؛ بناء على أن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد، وعلى فرضية غسل الآخر بدلالته؛ لما بينهما من التساوي، وكذا الحال في الأرجل.

قيل: دليل الأخرى الإجماع، وهو ضعيف، وإلّا لزم عدم ثبوت فرضيتهما قبل

إِلَى ٱلْمَرَافِقِ وَٱمْسَحُوا۟ بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ ....

زمن الإجماع، ولأنه إن كان عن قطعي فلا حاجة إليه لإثبات الفرضية؛ لكفاية القطعي. وإن كان عن ظني.. لزم أن لا دليل على الفرضية قبل زمن الإجماع.

وقيل: فِعله ﷺ المنقول عنه تواتراً وهو أيضاً ضعيف، لأن فعله ﷺ وإن نقل متواتراً لا يفيد الفرضية، وغاية النقل تواتراً إفادة العلم على ثبوت دوام فعله ﷺ، ولا يلزم منه كونه فرضاً.

نعم يفيد الوجوب لو قارن المنع عن تاركه.

ثم لما كان اليد في اللغة يطلق من الأصابع إلى المنكب، والمراد ههنا غير ذلك بيَّنه بقوله: (﴿إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾)، جمع مرفق، وهو مفصل الذراع في العضد.

(﴿وَٱمْسَحُوا۟﴾) أي: مرة؛ لما بيناه، فصار حجة على الشافعي فيما ذهب إليه من تكرار مسح الرأس بمياه مختلفة؛ لأنه بالتكرار يصير غسلاً لا مسحاً.

المسح في اللغة: إمرار الشيء على الشيء بالمماسة، وهو المراد في التَّيمُّم.

وفي الشرع: إصابة اليد المبتلة، وهو المراد في الوضوء.

والمقصود ههنا البلة؛ لأن اليد آلة فلا تقصد إلَّا للإيصال إلى المحل، فحيث وصل.. استغنى عن استعمالها، فالمعنى إصابة البلة مطلقاً، سواء أخذت من الإناء أو بقيت في اليد بعد غسل عضو من المغسولات، أو أصاب شيء مبتل من ماء مأخوذ للمسح، أو أصابه مطر، أو غسل وجهه مع الرأس، أو مشى في الحشيش فابتل ظاهر الخف.. فإنه يجوز في كلها، وكذا لو غمس رأسه في إناء يجوز عند أبي يوسف.

ولا يجوز ببلٍّ باقٍ في يده بعد مسح العضو الممسوح، ولا ببلٍّ مأخوذ من عضو مغسول؛ لكونه مستعملاً.

(﴿بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ﴾) قُرِئ بالنصب والجر، وكلاهما مشهوران، فتعارضا.

فذهب بعض الظاهرية إلى الجمع بين المسح والغسل.

ومحمد بن جرير إلى التخيير بينهما؛ عملاً بالدليلين.

إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ ﴾ المَائدة: ٦.

وبعضهم إلى النصب في حالة التحفِّي والجر في حالة التخفف.

والجمهور: على أنه يجب الغسل مع الكعبين. فقيل إن الجر جِواريٌّ، وهو على القراءتين معطوف على المغسول لا الممسوح؛ لما دلت عليه الأحاديث المشهورة من وجوب الغسل والوعيد على الترك، وأن الغسل أقرب إلى الاحتياط، لما فيه من معنى المسح أيضاً.

ولأن من قال بالمسح لم يجعل مغيًا بالكعبين.

وقيل: إنه معطوف على الممسوح على القراءتين، وليس الجر بجِواريّ؛ لأنه ليس موقعه، لكن في إحدى [٥/أ] القراءتين معطوف على لفظه، وفي الأخرى على محله، لا ليمسح، بل لينبه على الاقتصاد في الغسل، على ما في «الكشاف» من أن الأرجل من بين الأعضاء المغسولة مظنة الإسراف في صب الماء عليها، فعطفت على الممسوح لا ليمسح، ولكن للتنبيه على وجوب الاقتصاد في صب الماء عليها، وجيء بالغاية دفعاً للظن أنها من الممسوحات؛ لأن المسح لم يضرب له غاية في الشرع.

أقول: المسح يطلق على معنيين. **أحدهما:** الإصابة. والآخر الإسالة على ما في «المصباح» إما بالاشتراك، أو بالحقيقة والمجاز، فعلى هذا: إن الأرجل معطوف على الممسوح على القراءتين باعتبار لفظه ومحله، لكن باعتبار أن المسح في المعطوف عليه بمعنى الإصابة، وفي المعطوف بمعنى الإسالة، فإن قلنا بعموم المشترك أو عموم المجاز.. فالأمر ظاهر، وإلا فالعامل في المعطوف محذوف؛ أي: وامسحوا بأرجلكم.

ولما كان الرِّجلُ يطلق إلى الفخذين، بيَّن المراد بقوله: (﴿إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ﴾) الكعب: هو العظم الناتئ عند ملتقى الساق والقدم.

وعن هشام عن محمد عن أبي حنيفة: أنه العظم الذي في ظهر القدم عند معقد الشراك.

[مَطْلَبٌ فِي فرَائِضِ الوُضُوء]

فَفرضُ الْوضُوءِ:

والصحيح: هو الأول؛ لما روي عن نعمان بن بشير في صفة الصف في الصلاة «فرأيت الرجل منا يلزق كعبه بكعب صاحبه»، ولأن ما في ظهر القدم من العظم من كل قدم كالمرفق في اليد، فلو كان المراد ذلك العظم، لما عدل عن الجمع إلى التثنية، ولأن الاثنين من الاثنين يعبر عنه بصيغة الجمع نحو: ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ الآية؛ أي: قلباكما.

وأما الاثنين من الواحد فيعبر عنه بالتثنية، فلو كان المراد التثنية من رِجلَين، لقيل: إلى الكعبات، فعلم أن المراد التثنية من رِجل واحد.

وقيل: إن هذا سهو من هشام؛ لأن محمداً رأى ذلك، وحديث قطع المحرم الخُفَّين إذا لم يجد نعلين.

[مَطْلَب في فرائض الوضوء]

ولما ذكر الدليل، فرع عليه حكمه بقوله: (فَفَرضُ الوضوءِ) فإن قيل: الدليل مدني بالاتفاق، والصلاة فرضت بمكة، واتفقوا أن النبي ﷺ لم يصلِّ منذ فرض الصلاة إلَّا بوضوء، فبأي شيء ثبت فرضيته قبل نزول الدليل؟!

قلنا: لا، ثم إنه فرض قبله، كيف وقد قال ابن الجهم: إنَّ الوضوء كان في الإسلام سنة ثم نزل فرضيته.

ولو سلم، فيجوز تقديم الحكم على دليله؛ كما في آية الجمعة، على ما صرحوا به.

ولو سلم، فيجوز أن يثبت فرضيته قبله بالوحي الغير المتلو؛ كتعليم جبرائيل، على ما أخرجه ابن لهيعة عن الأسود مرسلاً معتضداً بوصل أحمد من طريق ابن لهيعة، أو بالأخذ من شرائع من قبلنا؛ لما روي أنه ﷺ قال حين توضأ ثلاثاً ثلاثاً «هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي»، لكن هذا مما ضعفه النووي وغيره

باختصاص الوضوء بهذه الأمة.

ثم اختلفوا في سبب فرضيته، فقيل: هو القيام إلى الصلاة؛ لظاهر ما تلوناه.

قلنا: ظاهره متروك؛ لما في مسلم أن النبي ﷺ [٥/ب] كان يصلي الصلوات يوم الفتح بوضوء واحد، ولأنه لا يمكن العمل بظاهره؛ لأنه إما أن يتوضأ جالساً أو قائماً، وكلاهما باطل، أما الأول: فلإمضائه إلى تفويت الصلاة بالاشتغال إلى الوضوء، وأما الثاني: فللزوم وجوب التوضؤ قائماً؛ لأن ما لا يمكن حصول الواجب إلَّا به فهو واجب.

وقيل: إنه الحدث.

قلنا: الحدث رافع للطهارة، فلا يصلح سبباً لها؛ لأن السبب هو المفضي إلى المسبب.

وقيل: إنه هو الصلاة.

قلنا: الصلاة مشروطة بالوضوء، متأخرة عنه، فلا يكون سبباً لما قدم عليه.

وقيل: إنه وجوب الصلاة.

قلنا: إنه لا يتمشى في النوافل.

فالصواب: أن إرادة الصلاة بشرط الحدث؛ لأن معنى الآية عند الجمهور: إذا أردتم القيام إلى الصلاة محدثين، بقرينة تعليق التَّيَمُّم بالحدث في آية التَّيَمُّم؛ لأن النص في البدل نص في الأصل، فيكون الأصل أيضاً معلقاً بالحدث، والمعلق عليه شرط لوجود المعلق فيكون الحدث شرطاً، وإرادة القيام بشرط الحدث مسبباً، على ما في الأصول.

ثم الفرض في اللغة: القطع.

وفي الشرع: ما ثبت بقطعي، وحكمه أن يستحق تاركه بلا عذر العقاب والتفسيق، ويكفر جاحده ومستخفه.

غسلُ الْأَعْضَاءِ الثَّلَاثَةِ، وَمَسُّ الرَّأْسِ.
وَالْوَجْهُ: مَا بَيْنَ قُصَاصِ الشَّعَرِ وأَسفلِ الذَّقَنِ وشحمتَي الْأُذُنَيْنِ.

وقد يطلق على ما يفوت الجواز بفوته كالوتر، يفوت بفوته جواز صلاة الفجر للمتذكر له.

(غسلُ الأعضاءِ الثَّلاثةِ، ومسحُ الرَّأسِ) أي مرة مرة؛ لما ذكرناه.

(والوجهُ) هو في اللغة: ما يتوجه إليه الإنسان من المواجهة.

وفي الشرع: (ما بينَ قُصاصِ الشَّعَرِ)، وهو مثلث القاف أعلاها الضم (إلى أَسَفَلِ الذَّقَنِ)، وهو مجمع اللحيين، والأسفل غير داخل في الوجه. والمراد: عند عدم نبات اللحية، لأن بعد نباتها لا يجب إيصال الماء إلى ما تحتها إن لم تُر بشرتها، وإلا يجب الإيصال.

واختلف في شعر اللحية بأن الواجب غسلها، أو مسح ربعها، أو ما يلاقي البشرة على ما سنذكره.

ولو أمرَّ الماء على شعر الذّقَن ثم حلقه لا يجب غسل الذقن.

وفي البقالي لو قص الشارب لا يجب تخليله.

وإن طال يجب تخليله؛ لأن قطعه مسنون فلا يعتبر قيامه في سقوط غسل ما تحته، بخلاف اللحية، فإن المسنون هو الإعفاء.

وعدّ في «التجنيس» إيصال الماء إلى منابت شعر الحاجبين والشارب من الآداب من غير تفصيل.

(وَشَحْمَتَيِ الأُذنَيْنِ) وبهذا تم حدُّ الوجه طولاً وعرضاً؛ لأن المواجهة تحصل بهذه الجملة غالباً. إنما قلنا: «غالباً»؛ لأن قوله: «من قصاص الشعر» خرج مخرج الغالب، وإلا: فحدُّه الحقيقي في الطول من ملتقى عظمي الجبهة والقحف إلى ملتقى اللحيين، كان عليه شعر أو لا.

فيُفرضُ غسلُ مَا بَينَ العِذَارِ وَالْأُذنِ؛ خلَافاً لأَبي يُوسُفَ.

فعلى هذا:

صار الفم، وموق[1] العينين، وما يظهر من الشفة عند الانضمام - على قول من لم يتبع الشفة مطلقاً للفم- داخلاً في الوجه.

والصَّلعَة، والنَّزَعتان[2]، وما يتكتم من الشفة عند الانضمام، وداخل العينين، خارجاً عنه.

لأن الأغم[3] لا يكفيه الغسل من قصاص الشعر، والأصلع لا يجب عليه الغسل إلى قصاص الشعر على الأصح، على [٦/أ] ما في «الخلاصة»؛ لأن ما جاوز حد الجبهة فمن الرأس، وما لم يبلغ إليها فمن الوجه.

ولا يجب إيصال الماء إلى داخل العينين للحرج والضرر. ومنهم من قال: لا يضم كلَّ الضمِ، ولا يفتح كلَّ الفتح حتى يصل إلى أشفان وجوانب عينيه، كذا في قاضي خان.

ولو رمدت عينه فرمضت[4] يجب إيصال الماء تحت الرمض إن بقي خارجاً بتغميض العينين، وإلا فلا.

(فيفرضُ غسلُ ما بينَ العذارِ والأُذُنِ) لأنه من الوجه على الصحيح.

والعذار: ما سال على الخد من اللحية مأخوذ من عذار الفرس.

(خلافاً لأبي يُوسفَ)، له: أن العذار أسقط حكم ما تحته كالحاجب والشارب، فكذا ما وراءه؛ لأنه أقرب إليه وأبعد من الوجه.

ولهما: أن العذار ليس بمسقط، بل ينقل حكم ما تحته إليه؛ كالشارب والحاجب، وما وراءه يبقى على ما كان قبل النابت إذ لا ناقل ثمة.

---

(١) الموق: طرف العينين مما يلي الأنف، وهو مجرى الدمع. «المعجم الوسيط».
(٢) النزعتان: ما زال عنه الشعر من جانبي الرأس. «حلية الفقهاء».
(٣) الأغم: هو الذي سال شعر رأسه حتى ضيق الجبهة. «الدر المختار» (٩٧/١).
(٤) رمضت عينه: حمئت حتى كادت أن تحترق. «تاج العروس».

وَالمرفقَانِ وَالكعبَانِ يدخلَانِ فِي الْغسْلِ.

(والمرفقان والكعبان يدخلان في) فرض **(الغسل)**، خلافاً لزفر، له: أن «إلى» للغاية فلا يدخل تحت المغيا بتعارض الأشباه، والقياس إلى الليل في الصوم ليس بشيء؛ لعدم الجامع.

ولنا: ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه توضأ فغسل يديه حتى أشرع في العضدين، وغسل رجليه حتى أشرع في الساق، وعليه انعقد الإجماع على ما صرح به الشافعي في «الأم»، والرأي في مقابلة ما رويناه وذكرناه غيرُ معتبر.

وما قيل في الدخول أن «إلى» بمعنى «مع» فليس بشيء؛ لأن اليد يطلق إلى المنكب، ولما توجه الخطاب بغسله وجب غسله بتمامه إلى وقت البيان، وجعل «إلى» بمعنى «مع» لا يدل على إسقاط البعض؛ لأنه من قبيل التنصيص على بعضِ متعلقِ الحكم باسمه، وذلك لا يُخرج ما عداه، فلا يصلح بياناً، ولو أخرج كان لمفهوم اللقب، وذلك ليس بشيء بحجة عندنا في الدرايات.

وكذا ما قيل إنه غايةٌ لمقدّر، أي: اغسلوا أيديكم مسقطين إلى المرافق؛ لأنه لا يقتضي الإسقاط عما فوق المرفق، بل يحتمل الإسقاط عما تحته؛ لاحتمال أن يكون المعنى: أسقطوا من الأصابع إلى المرفق، وأن يكون من المنكب إلى المرفق، فلم يتعين الأول، ودعوى بديهة الأول غير مسموع في محل النزاع، وكذا ما قيل: إن صدر الكلام إن كان متناً، ولا لما بعد «إلى» فهو للإسقاط، وإلا فهي للمد، وما نحن فيه من قبيل الأول؛ لأنه ينزع إلى إثبات اللغة بالرأي، ولأنه غير مطرد؛ لانتقاضه بنحو: «لا يكلمه يوماً إلى عشرة أيام»، فإنه لا يدخل العاشر مع تناول الصدر له، فالأوجه ما ذكرناه، وكذا الكلام في الكعبين.

قطعت يده أو رجله فلم يبق من المرفق والكعب شيء سقط الغسل.

ولو بقي وجب.

ولو شُلَّت يداه أو عجز عن الوضوء والتَّيمُّم، يمسح ذراعيه مع المرفقين على الأرض، ووجهه على الحائط، ولا بد عن الصلاة.

وَالمفروضُ فِي مسحِ الرَّأْسِ: قدرُ الرّبعِ.........................

وإن قطع اليدان والرجلان.. قال بعضهم: سقط عنه الصلاة على ما في «الخلاصة».

ولو خلق له يدان على المنكب.. فالتامة هي الأصلية يجب غسلها، والأخرى زائدة، فما حاذى منها محل الفرض يجب غسله، وما لا.. فلا، كذا في «فتح القدير».

وقال التنوي [٦/ب]: لو خلق للإنسان وجهان.. وجب غسلهما.

ولو خلق له ثلاث أيد أو أرجل أو أكثر وهم متساويات.. وجب غسل الجميع.

وإن كانت اليد الزائدة ناقصة وهي نابتة في محل الفرض.. وجب عليها مع الأصلية إن كان وافر الأظفار وفيها درن أو طين أو عجين أو حناء.

قال في «جامع الأصغر» جاز وضوؤه ولا يجب إيصال الماء تحتها في القروي والمصري.

وقال الدبوسي: هذا صحيح وعليه الفتوى.

وقال الإسكاف: يجب إيصال الماء إلى ما تحته إلّا الدرن، لتولده منه.

وقال الصفار: يجب الإيصال إلى ما تحته إن طال الظفر.

وقيل: هذا حسن؛ لأن الغسل وإن كان مقصوراً على الظاهر.. لكن إذا طال الظفر يصير بمنزلة عروض الحائل.

وفي «النوازل»: يجب في المصري لا القروي؛ لأن دسومة أظفار المصري مانعة لوصول الماء، بخلاف القروي.

(والمفروضُ) أي: الواجب **(في مسحِ الرَّأْسِ قدرُ الرُّبُعِ)** من أي جانب كان من الرأس؛ لإطلاق النص عن تعيين المحل.

وقال الشافعي: أقل ما ينطلق عليه اسم المسح لإطلاق النص، والمطلق يسقط بأدنى ما ينطلق ولو شعرة.

قلنا: لو كان كذا.. لفعله ﷺ ولو مرة في العمر؛ لإسقاط الواجب، ولم ينقل

إلينا عنه ما دون الناصية قطعاً، وليس في الشرع واجب لم يفعله الشارع في مدة عمره قصداً، ولم يُعلِّمه، بل إنما فعله دائماً في ضمن السنة؛ أي: الربع أو الاستيعاب، ولأنه لا يمكن المسح على شعرة إلَّا بالزيادة عليها، وما لا يمكن الواجب إلَّا به.. فهو واجب، فالزيادة واجبة، فلا تكون هي واجبة.

وقال مالك: الاستيعاب اعتباراً بقوله تعالى: ﴿فَٱمۡسَحُواْ بِوُجُوهِكُمۡ﴾ في التَّيَمُّم؛ ولأن آية الوضوء مجملة بيناها بما رواه البخاري من حديث عبد الله بن زيد أنه ﷺ توضأ ومسح رأسه واستوعب.

قلنا: لو كان الاستيعاب واجباً.. لما تركه إلى الناصية، ولأن اعتبار مسح الرأس بمسح الخف أولى من اعتباره بمسح التَّيَمُّم؛ لجامع الوضوء، ولعدم القياس بين الأصل والبدل، وحديث عبد الله محمول على الاستحباب؛ جمعاً بين الدليلين.

ولنا: أن الباء:

- قد تدخل على الآلة نحو مسحت بيدي فيكون لاستيعاب المحل.

- وقد تدخل على المحل كما نحن فيه؛ أعني: ﴿بِرُءُوسِكُمۡ﴾ فيما تلوناه فيكون لاستيعاب الآلة وهي اليد، ومقدار اليد غالباً مقدار الربع.

فإن قيل: إن الباء في ﴿بِرُءُوسِكُمۡ﴾ للتبعيض فيفيد جواز الأقل من الربع.. قلنا: ممنوع، بل هو للإلصاق؛ فإن المحققين من أهل العربية ينفون كون التبعيض معنى مستقلاً للباء، فيحمل على الإلصاق كونه معنى مجمعاً عليه، ولو سلم.. فلا ينافي ما ادعيناه؛ لأن المسح فيما نحن فيه يتعدى إليه بنفسه، تقديره: «وامسحوا برؤوسكم أيديَكم»، فيفيد استيعاب اليد، وهو لا يستوعب الرأس، فلزم البعض الذي هو مقدار اليد.

ولنا أيضاً: أن محكم الآية دلت على فرضية حقيقة [٧/أ] المسح، ولا يمكن وجودها إلَّا في ضمن الفرد المعين، وذلك إما الأقل، أو الاستيعاب، أو ما بينهما،

وَقِيْلَ: يجزئُ وَضعُ ثَلَاثِ أَصَابِعَ.

ولمّا أبطلنا الطرفين.. تعيّن الوسط، وذلك مجمل بيناه بما رواه البيهقي عن عطاء مرسلاً معتضداً بوصل أبي داود أن رسول الله ﷺ «توضأ فحسر العمامة ومسح مقدم رأسه»، ومقدم الرأس مقدار الربع، وتعيين المحل ليس بمعتبر، وقد اشتهر في كتب أصحابنا أن إجمال الآية مبين بحديث المغيرة أنه ﷺ توضأ ومسح بناصيته.

قلنا: إنما يصلح بياناً لو اقتضى ذلك استيعاب الناصية.

لم لا يجوز أن تكون الباء فيها للتبعيض على ما في «المصباح»؟ أو يكون ذكرها لدفع التوهم أنه مسح على الفود[1] أو القذال[2]؟ ولو سلم.. فكون الناصية مقدار الربع ممنوع، بل هو أقل منه على ما في «المصباح»، ولو سلم.. فلم لا يجوز أن يكون (الاقتصار عليها) بناء على عذر السفر؛ لوروده فيه؟

(وقيل: يُجزئُ) من أي جانب كان من الرأس **(وضعُ ثلاثِ أَصابعَ)**، رواه ابن رستم عن محمد وهشام عن أبي حنيفة ويعقوب واختاره كثير من مشايخنا، وفي «الظهيرية»: وعليه الفتوى.

وفي «التحفة» وهو ظاهر الرواية، وعللوه بأن الواجب إلصاق اليد، والأصابع أصلُها، والثلاث أكثرُها، وللأكثر حكم الكل.

قلنا: إن المسح من المقدرات الشرعية التي يعرف قدرها باليد، فيعتبر عين قدر اليد، ولأن الرأي في مقابلة ما رويناه غير معتبر، ولأنه لو كان كافياً عن الواجب.. لَفَعَلَه ﷺ ولو مرة تعليماً للجواز.

وقولنا: «عين قدر اليد» إشارة إلى أنه لو أصاب المطر قدر الفرض سقط، ولا يشترط إصابته باليد؛ لأنه آلة لم تقصد إلَّا للإيصال إلى المحل، فحيث وصل.. استغنى عن استعمالها.

---

(١) الفود: معظم شعر الرأس مما يلي الأذن. «تاج العروس».

(٢) القذال: جماع مؤخر الرأس. «المصباح».

لَا يجوزُ..

وفي «قاضي خان»: لو مسح بأصبعين لا يجوز، إلَّا أن يمسح بالإبهام والسبابة مفتوحتين يضعهما مع ما بينهما من الكف على رأسه، فيجوز، ويكون ذلك بمنزلة ثلاث أصابع.

(لا يَجوزُ) عند الثلاث، خلافاً لزفر بناء على أن المعتبر عنده إصابة البلة بأي وجه كان، واليد آلة غير مقصودة.

ولنا فيه وجهان:

أحدهما: أن ما على الأصابع من البلة يصير مستعملاً بمجرد الوضع وإن لم ينفصل؛ لأنه ما وضعه لإزالة الحدث أو للقربة، فلا يسقط الفرض بإمرارها، بخلاف الغسل حيث سقط الفرض فيه بالإمرار؛ لأن حكم الاستعمال يسقط في المغسول للحرج اللازم بإلزام إصابة كل جزء بإسالة غير المسال على الجزء الأخير، ولا حرج في المسح لأنه يحصل بمجرد الإصابة، بخلاف استيعاب الرأس؛ لأن الممسوح إنما يأخذ حكم الاستعمال قبل الانفصال في المفروض منه لا في المسنون منه؛ لأن مقدار السنة لا يمكن تحصيلها إلَّا بالمد، بخلاف مقدار الفرض.

وثانيهما: أن بالمد يلزم انفصال البلة الأصبع ولو حكماً، فيصير مستعملاً بالانفصال، ويؤيد هذا تعليلهم لما روي عن أبي يوسف أنه لو أدخل رأسه الإناء يجزئ عن المسح، والماء طهور على حاله، بأن الماء إنما يأخذ حكم الاستعمال بعد الانفصال، والمصاب بالرأس لم ينفصل، والباقي في الإناء ليس الذي أقيم به الفرض، فلم يصر مستعملاً، وإنما لم يكف الانفصال الحكمي في المسح المسنون.. فرقاً بينه وبين المفروض منه، وعلى الوجهين يلزم عدم جواز مد الأصابع الثلاث أيضاً إلى قدر الفرض؛ منصوبة أو موضوعة، للزوم الاستعمال فيه، وبه صرح في «البحر» حيث قال: لو مسح بثلاث أصابع ومدها حتى بلغ القدر المفروض.. لم يجز عندنا؛ خلافاً لزفر، كما في أصبع أو أصبعين، وهذا مخالف لما قدمناه من «المحيط» و«الخلاصة» من جواز مد الثلاث، تقاطر الماء أو لم يتقاطر على تصحيح

وَلَو مدَّ بإصبعٍ أَو إِصبَعَينِ..

وقوله: «وضع» إشارة إلى أن مجرد وضع الثلاث بلا مد كاف في الفرض على هذه الرواية.

وأما لو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة.. فلم يجز بالاتفاق إلَّا أن يمدها إلى القدر المفروض والماء يتقاطر؛ لما في «المحيط»: لو مسح بأطراف أصابعه والماء متقاطر.. جاز، وإن لم يتقاطر.. لا يجوز؛ لأن الماء إذا تقاطر ينزل من أصابعه إلى أطرافه، فإذا مدها صار كأنه أخذ ماء جديداً.

وعلى رواية صاحب «الخلاصة» لا يشترط فيه التقاطر حيث قال: «لو مسح بأطراف أصابعه.. يجوز، قطر الماء أو لم يقطر»، وهو الأصح.

ولو مسح بأصبع واحدة بجوانبها الأربعة.. لم يذكر في ظاهر الرواية.

وقال بعض مشايخنا: إنه لا يجوز. وصححه في «الخلاصة».

وقال بعضهم: إنه يجوز، وصححه في «البدائع».

ولو مسح بأصبع وأعاد إلى الماء ثلاث مرات.. يجوز.

(ولو مدَّ) إلى قدر الربع أو ثلاث أصابع (**أُصبعاً أو أُصبعَينِ**) مفتوحتين أو مضمومتين منتقص ماؤهما قبل البلوغ إلى مقدار الفرض، وذلك لما في «فتح القدير» أن عدم جواز مد الأصبع بناء على أن البلة فيه تتلاشى وتنقضي قبل بلوغه قدر الفرض، بخلاف الأصبعين [٧/ب] فإن الماء ينحمل فيه بين الأصبعين المضمومتين فضلُ زيادة تحتمل الامتداد إلى قدر الفرض، وهذا مشاهد أو مظنون، فوجب إثبات الحكم باعتباره، فعلى اعتبار الاكتفاء بقدر ثلاث أصابع.. يجوز مد الأصبعين المضمومتين؛ لأن ما بينهما من الماء يمتد قدر ثلاث أصابع، وعلى اعتبار [توقف الإجزاء على] الربع.. لا [يجوز] (١)؛ لأن ما بينهما مما لا يغلب على الظن بلوغه إلى مقدار الربع. انتهى.

(١) في المخطوط: (لكون)، والمثبت من «فتح القدير» (١/ ٢٠).

ويفرضُ مسحُ ربعِ اللِّحْيَةِ.

«الخلاصة»، وقد جزم في «فتح القدير» بأنه لمَ أر في مد الثلاث إلى مقدار الفرض إلَّا الجواز.

فالأوجه ههنا: اختيار طريق شمس الأئمة.. فإنه قال: إن المنع في مد أصبع أو أصبعين غير معلل باستعمال البلة، بدليل أنه لو مسح بأصبعين في التَّيَمُّم لا يجوز مع عدم شيء يصير مستعملاً، بل [الوجه عتبه] أنا مأمورون بالمسح باليد، والأصبعان منها لا تسمى يداً، بخلاف الثلاث؛ لأنها أكثر ما هو الأصل فيه، وهذا وجه [٨/أ] حسنه مشايخنا، ولا يرد عليه ما يرد على الوجهين المذكورين من عدم جواز مد الثلاث، ولكن يرد عليه لزوم تعيين الإصابة باليد، لكن اللازم منتف بمسألة المطر على ما ذكرنا.

اللهم إلَّا أن يقال إن المراد تعيينها أو ما يقوم مقامها من الآلات عند قصد الإسقاط بالفعل اختياراً، لكن لا بد أن تكون تلك الآلة التي هي غير اليد قدر ثلاث أصابع من اليد، حتى لو كان عوداً لا يبلغ ذلك القدر.. لم يجز مده، على ما نص به في «فتح القدير».

ولا يجوز المسح على القلنسوة والعمامة، ولا على الخمار.. إلَّا إذا كان الماء متقاطراً يصل إلى الشعر.

ولو كانت على رأسها خضاب فمسحت على الخضاب؛ إن اختلطت البلة بالخضاب وخرجت عن حكم الماء المطلق.. لا يجوز، على ما في «الخلاصة».

ولو كانت على رأسه ذؤابتان مشدودتان فمسح على أعلاهما.. لا يجوز، على ما في «فتح القدير».

(**ويُفرضُ مسحُ رُبُعِ اللِّحيةِ**) في رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ اعتباراً بمسح الرأس، وعنه مسح كلها، وعنه ثلثها، وعنه عدم وجوب شيء، وعنه وجوب غسل ما يلاقي البشرة، وعنه ما أشار إليه بقوله: «والأصح مسح ما يلاقي البشرة»، واختاره قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»؛ لأنه لما سقط فرضية ما تحتها.. انتقل

[مَطْلَب فِي سُنَنِ الوُضُوءِ]

وسُنَنُهُ:

غسلُ الْيَدَيْنِ إِلَى الرسغينِ ابْتِدَاءً

الوظيفة إلى الخُلف وهو المسح.

وهذا كله في غير الكثة وغير المسترسل:

أما الكثة: فيجب إيصال الماء تحتها على رواية واحدة.

وأما المسترسل عن الذقن: فلا يجب إيصال الماء إليه لا غسلاً ولا مسحاً؛ لأنه ليس من الوجه، إلَّا في رواية عن أبي يوسف.

[مَطْلَب في سُنَنِ الوُضُوءِ]

(**وسُننهُ**:

● **غسلُ**) كل من (**اليدينِ إلى الرُّسغَينِ ابتداءً**)؛ لما في «البخاري» عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه.. فليغسل يده قبل أن يدخلها في وَضوئه؛ فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده»، هكذا رواه محمد في «الموطأ».

وقوله: «فليغسل» يقتضي الوجوب، وتعليله بتوهم النجاسة يقتضي الاستحباب، فقلنا بأمر متوسط بينهما، وهو: السنة.

والمعتبر عموم العلة لا خصوص الاستيقاظ، حتى سن الغسل قبل إدخالها الإناء، سواء قام من نوم، أو لا، لمن توهم نجاسة يده.

وأما إذا تيقن نجاستها.. فالغسل واجب اتفاقاً.

وإذا تيقن طهارتها - بأن درى أين باتت يده؛ كمن لف على يده خرقة فاستيقظ وهي على حالها - فالجمهور على أن لا كراهة في الغمس في الإناء، لكن غسله مستحب على ما في «فتح الباري».

وكيفية هذا الغسل على ما في «الخلاصة»: إن كان الإناء صغيراً.. أخذه بشماله ويصب على يمينه ثلاثاً.

وإن كان كبيراً ومعه صغير.. فكذلك، ولا يدخل أصابع اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على اليمنى حتى يغسلها ثلاثاً، ثم يدخل اليمنى بالغاً ما بلغ، ويغسل اليسرى كذلك إن لم يكن على يده نجاسة [٨/ب].

وإلا يحتال بحيلة أخرى بأن يأمر غيره أن يغترف بيده ليصب على يديه ليغسلهما.

وإن لم يجد ذلك.. يرسل في الماء منديلاً ويأخذ طرفه بيده ثم يخرج من البئر، فيغسل اليد بقطراته، ثم يغسل اليد الأخرى.

أو يأخذ الثوب بأسنانه فيغسل يديه ثلاثاً، فإن يجد رفع الماء بفمه فيغسل كذلك.

وإن لم يقدر فيتيمم ويصلي ولا إعادة عليه. على ما في «المضمرات».

وقال في «الخلاصة»: لو أخذ الماء بفمه يريد به المضمضة.. لا يصير الماء مستعملاً عند محمد. وقال أبو يوسف: لا يبقى طهوراً.

والوجه في هذا - على ما ذكروا -: أن نقل البلة في الوضوء من إحدى اليدين أو الرجلين إلى الأخرى.. لم يجز، وفي الغسل جائز؛ لأن أعضاء الوضوء مختلفة حقيقة وعرفاً، ومتحدة حكماً من حيث دخولها تحت خطاب واحد، فتعارض الاختلاف الحقيقي مع اتحاد الحكمي، فرجح الاختلاف بالعرف، ولا كذلك الغسل؛ فإن جميع الأعضاء متحدة حكماً وعرفاً، فرجح الاتحاد فيه بالعرف.

وقال بعض مشايخنا: لا حاجة في هذا الغسل إلى الصب على كل يد على حدة؛ لأنه يمكنه غسل كفيه بالماء الذي صب على الكف اليمنى كما هو العادة، وليس هذا نقل البلة من عضو إلى آخر، بل هو صب الماء من عضو إلى آخر، وذلك جائز، ولا يلزمه استعمال المستعمل، وإنما يلزم لو كان مقصوده بصبه على إحدى يديه إزالة الحدث أو القربة، وأما لو كان قصده منه الصب على يده الأخرى بعد غسل ذلك اليد بصب مستقل من إناء.. فلا، فكأنه جعلها آلة لاستعمال الماء في يده

وَالتَّسْمِيَةُ، ....

الأخرى، وقد مر نظيره آنفاً من «الخلاصة».

ثم قيل: إن هذا الغسل فرض، والسنة تقديمه على ما هو الظاهر من كلام المصنف.

وقيل: إنه سنة تنوب عن الفرض، ووقته قبل الاستنجاء.

وقيل: بعده.

والأصح: قبله وبعده.

• (والتَّسميةُ)؛ أي: ابتداء بأن يقول: «بسم الله العظيم، والحمد لله على الإسلام»، وهو المنقول عن رسول الله ﷺ، على ما في «الخبارية».

وقال في «المحيط»: السنة مطلق الذكر؛ كالحمد لله، ولا إله إلَّا الله، والأصل فيها ما رواه الدارقطني عن عبد الله بن مسعود قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تطهر أحدكم.. فليذكر اسم الله»، وليس الأمر للوجوب على ما ذهب إليه أكثر أصحابنا؛ لأن النبي ﷺ لم يعلمها حين علم الأعرابي الوضوء.

وقال بعض أصحابنا: إنه للوجوب، وهو مذهب أحمد.

والحجة عليه ما ذكرناه أنه ﷺ لم يعلمها حين علم الوضوء.

وما روي عن أبي هريرة أنه ﷺ قال: «لا صلاة لمن لا وضوء له، ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله» محمول على نفي الفضيلة.

واختلف في وقتها:

قيل: قبل الاستنجاء.

وقيل: قبله وبعده وهو الأصح.

ولو نسيها ابتداء ثم ذكرها في خلال الوضوء فسمى.. لا تحصل السنة، بخلاف الأكل ونحوه؛ لأن الوضوء كله شيء واحد لا يتجزأ، فيشترط عند ابتدائه وقد فات [٩/أ] وكل لقمة من الأكل فعل مبتدأ، ولم تفت، كذا في «الزَّيْلَعي».

وَقِيْلَ: مُسْتَحبَّةٌ.

وَالسوَاكُ.

ورُدَّ بأن هذا إنما يستلزم في الأكل تحصيل السنة في الباقي، لا استدراك ما فات.

والجواب عنه: أنه استدراك لما فات، بما رواه أبو داود مرفوعاً: «إذا أكل أحدكم فنسي أن يذكر اسم الله على طعامه.. فليقل: بسم الله أوله وآخره»، ولا حديث في الوضوء.

(وقيلَ: مُستحبّةٌ)؛ لعدم اشتهار مواظبته ﷺ، ولذا لم يذكرها علي وعثمان في حكاية وضوء النبي ﷺ على ما في «البخاري»، والحجة عليه: ما رويناه، وعدم ذكرهما يحتمل أنهما ذكرا وضوءه ﷺ، والتسمية خارجة عنه.

- (والسِّواكُ) - بكسر السين على الأفصح -: يطلق على الآلة، وعلى الفعل، وهو المراد ههنا.

وعلى الأول يحتاج إلى تقدير مضاف؛ أي: استعمال السواك.

قيل: إنه واجب للصلاة على ما حكاه الماوردي.

ولو تركه.. لم تبطل صلاته.

وقيل: تبطل لو تركه عمداً.

وقيل: إنه مستحب.

وقيل: إنه سنة.

ثم اختلف القائلون بالسنية، فقال بعضهم: إنه من سنة الوضوء، وهو المشهور عند أصحابنا؛ لما رواه النسائي: «لولا أن أشق على أمتي.. لأمرتهم بالسواك عند كل وضوء». وهكذا ذكره البخاري معلقاً، وصححه الحاكم.

وقال بعضهم: إنه من سنة الصلاة؛ لرواية البخاري: «لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة، وعند كل صلاة».

وَغسلُ الْفَمِ بمِيَاهٍ، وَالْأنفِ بمِيَاهٍ.

وقال بعضهم: إنه من سنة الدين؛ لما رواه أحمد والترمذي: «من سنن المرسلين: الختان، والسواك»، وهو المنقول عن أبي حنيفة، ورجحه الحافظ العيني في «حاشية الهداية» معلِّلاً بأنه عند الصلاة ربما يجرح الفم وأخرج الدم، ثم لا يخفى عليك أن السنية لا تثبت إلَّا بالمواظبة بدون الترك، ولا شيء من الأحاديث المروية في هذا الباب يثبت المواظبة عند الوضوء أو عند الصلاة، بل غايتها: إثبات المواظبة في أحيانه مطلقاً، وبهذا يظهر قوة القول الثالث، ولهذا رجح ابن الهمام من محققي أصحابنا كونه مستحباً في الوضوء.

ولِما ذكرناه: يجمع بين كونه مستحباً في الوضوء، وسنة في الدين.

وفي «المحيط»: العلك للنساء يقوم مقام السواك للرجال؛ لأنها يخاف منه سقوط أسنانها؛ لأن مبناها ضعيف، والعلك مما يُنقِّي الأسنان ويشد اللثة. انتهى

وإن لم يجد السواك.. يفعل بأصبعه ينال ثوابه على ما في «الخلاصة».

ويستاك عرضاً لا طولاً؛ لئلا يجرح لحم الأسنان.

ويستاك عند اصفرار السن، وتغير رائحة الفم، والقيام من النوم، والقيام إلى الصلاة، والوضوء ثلاث بثلاث مياه.

- (**وغَسلُ الفمِ بمياهٍ**) أي بثلاث غرفات، جمع ماء بالهمزة، أصله: ماه بالهاء، قلبت همزة، فردت الهاء في الجمع.

(**والأَنفِ بمياهٍ**)، وإنما عدل عن المضمضة والاستنشاق؛ لأن الغسل يشعر بالاستيعاب، فكان أولى؛ لإشعاره السنة فيها، أعني: المبالغة، لقوله ﷺ: «بالغ في الاستنشاق [٩/ب] إلَّا أن تكون صائماً».

فإن قيل: حد المبالغة فيهما وصول الماء إلى رأس حلقه، وإلى ما فوق المارن، على ما في «الخلاصة»، ولم تثبت مواظبته ﷺ بذلك.

قلنا: ولم يثبت عدم مواظبته أيضاً، فرجحنا المواظبة عليها، بقوله: «بالغ» مع

وتخليلُ الأَصَابعِ ....

ثبوت المواظبة على نفس المضمضة والاستنشاق احتياطاً؛ لأن جميع من حكى وضوء النبي ﷺ فعلاً وقولاً اثنان وعشرون نفراً بحسب الاستقراء، كلهم حكى المضمضة والاستنشاق.

وفي كلامه إشارة إلى أن السنة تقديم المضمضة على الاستنشاق، وإلى أن كلاً منهما بثلاث غرفات.

وقال الشافعي: إنه يتمضمض ويستنشق بثلاث غرفات، يتمضمض من كل واحدة ثم يستنشق منها، فيتمها بثلاث غرفات.

وقيل: يجمع بينهما بغرفة واحدة، يتمضمض منها ثلاثاً ثم يستنشق منها ثلاثاً.

وقيل: يجمع بينهما أيضاً بغرفة، ولكن يتمضمض منها، ثم يستنشق، ثم يتمضمض، ثم يستنشق.

والحجة عليهم: ما رويناه.

ولو كان بين أسنانه شيء من الطعام.. يجب أن يصل الماء إلى ما تحته إن كان كثيراً يتبين للناظر، كما في سقوط السن، على ما في «الخلاصة» أي: يجب؛ لتحصيل السنة.

ولو شرب الماء ولم يمج[1] في الفم.. أجزأه عند من لم يعتبر المج في المضمضة.

• (وتخليلُ الأَصابعِ) من اليدين والرجلين؛ لما صح في سنن الأربعة أنه ﷺ قال: «إذا توضأت فأسبغ الوضوء، وخلِّل بين الأصابع»، ولم نقل به الوجوب على ما ذهب إليه مالك وأحمد، لحديث الأعرابي حيث لم يذكر فيه التخليل، فقلنا بالسُّنِّية.

والوعيدُ في قوله ﷺ: «من لم يخلل أصابعه بالماء.. خللها الله تعالى بالنار يوم القيامة». مصروف إلى ما لم يصل الماء بين الأصابع.

(١) المج: إخراج الماء من الفم. «المعجم الوسيط».

وَاللِّحْيَةِ ، وهُوَ الْمُخْتَارُ، وَقِيْلَ: هُوَ فِي اللِّحْيَةِ فَضِيلَةٌ عِنْدَ الإِمَامِ وَمُحَمّدٍ.

وكيفيته في الرِّجْلِ أن يبدأ بخنصر يده اليسرى خنصر رجله اليمنى، ويختم بخنصر رجله اليسرى، على ما ورد في الأثر.

وزاد بعضهم: «من الأسفل»، ورده في «العيني» بأن هذه الكيفية مما لا أصل لها، وإنما المروي أنه بالخنصر فقط، وكونه من أسفل، والله أعلم.

وعلى تقدير وقوعه إما أن يبدأ من أسفل الأصابع إلى فوق من ظهر القدم، وإما أن يبدأ من أسفل الأصابع إلى فوق من بطن القدم، وفي الأصابع بالتشبيك، والمراد التخليل بعد التثليث؛ لأنه سنة التثليث، على ما في «الظهيرية».

(واللِّحيَةِ) بتفريق شعرها من جهة الأسفل إلى فوق لغير المحرم، بعد التثليث، إن كانت كثيفة لا تري ما تحتها، وإلا.. يجب غسل ما تحتها على ما مر، وأما المحرم.. فلا يخللها؛ حذراً من نتف شعره.

(وهوَ) أي كون تخليل اللحية سُنَّةً (المختارُ)، وبه قال أبو يوسف ومحمد في رواية؛ لما أخرجه الترمذي من حديث عامر بن شقيق الأسدي، عن أبي وائل، عن عثمان: أن النبي ﷺ توضأ وخلل لحيته، وقال: حسن صحيح، وصححه ابن حبان والحاكم، وقال: احتج البخاري [١٠/أ] ومسلم بجميع رواته إلَّا عامر بن شقيق، ولا أعلم فيه طعناً بوجه، وله شاهد صحيح من حديث عمار بن ياسر وأنس وعائشة، ثم أخرج أحاديثهم، كلها ينطق عن تخليل النبي ﷺ لحيته.

(وقيلَ: هوَ) أي التخليل (في اللِّحيةِ فضيلةٌ) أي مستحب (عندَ الإمامِ ومحمَّدٍ)، محتجاً:

بأن الأحاديث المروية فيها لم يثبت بشيء منها المواظبة، بل مجرد الفعل، إلَّا في شذوذ من الطرق، وبذلك القدر لم تثبت السنية.

وبأن السنة لإكمال الفرض في محله، وداخل اللحية ليس بمحل الفرض، بخلاف الفم والأنف؛ فإنه من الوجه من وجه، من حيث أن لها حكم الخارج من وجه حتى لا يفسد الصوم بإدخالها شيئاً.

وتثليثُ الْغَسْلِ.

وأبو يوسف لما رأى كثرة الأحاديث فيها.. ذهب إلى سنيتها؛ لعدم اعتبار الرأي في مقابلة النص، كيف وقد ورد في حديث أنس أنه ﷺ توضأ وخلل لحيته، ثم قال: «بهذا أمرني ربي» كذا في حديث أبي داود، وأمره تعالى مغن عن صريح المواظبة؛ لأنه حامل عليها، ولهذا رجح في «المبسوط» قول أبي يوسف.

• (**وتثليثُ الغسلِ**) المستوعب؛ لما رواه أبو داود أنه ﷺ توضأ ثلاثاً ثلاثاً وقال: «هكذا الوضوء، فمن زاد على هذا أو نقص.. فقد أساء وظلم» الإساءة: تتعلق بالنقص، والظلم: بالزيادة؛ أي: من نقص من أعضاء الوضوء أو من الحد المحدود **أو زاد** عليها باعتقاد أن السنة لا تحصل إلَّا بهذه الزيادة - وإلا فالزيادة على الثلاث لطمأنينة القلب عند الشك أو بنية وضوء آخر - جائزة؛ لما روي أن الوضوء على الوضوء نور على نور، قال في «الخلاصة»: إذا فرغ من الوضوء وأتمه ثم استأنف الوضوء.. لا يكره بالاتفاق. انتهى.

واستشكل هذا بأن الوضوء عبادة غير مقصودة لذاتها، فإذا لم يؤد به عمل مما هو المقصود بالذات كالصلاة وسجدة التلاوة ومس المصحف ودخول المسجد.. ينبغي أن لا يشرع تكراره قربة؛ لكونه إسرافاً محضاً.

والجواب عنه على ما فهم من «فتح الباري»: أنه لا يشترط عند الحنفية لتجديد الوضوء شيء من أداء العبادة المقصودة بالذات، ولا اختلاف مجلس يحتمل نقض الوضوء فيه، بل لو جدد الوضوء بقصد القربة.. فهو جائز لا لوم له؛ لما رويناه، ولأنَّ الوضوء قد يقصد به القربة فيشترط فيه النية، وقد يقصد به كونه وسيلة محضة فلا يشترط فيه النية.

فباعتبار كونه وسيلة.. يجوز أن يفضي إلى فرد آخر من نوعه، باعتبار كونه قربة.

ثم اختلفوا في هذا الثلاث:

فقيل: الأول فرض، والثاني: سنة، والثالث: نفل.

وَالنِيَّةُ.

وقيل: الثاني والثالث معاً سنة.

وقيل: الثاني نفل، والثالث: سنة.

وقيل: الثلاث يقع فرضاً؛ كإطالة القيام والركوع، وهو المروي عن الإسكاف.

وأضاف التكرار إلى الغسل؛ احترازاً عن المسح؛ لأن تكراره ليس بمشروع.

• (**والنِّيةُ**) أي برفع الحدث، أو إقامة الصلاة، أو عبادة [١٠/ب] لا تصح إلَّا بالطهارة، أو الوضوء.

وأما النية بمطلق الطهارة.. فلا يكفي في حصول السنة؛ لتنوعها.

ومحلها: عند غسل الوجه، أو قبل سائر السنن عند غسل اليدين، على الاختلاف.

وقال الشافعي ومالك: إنها فرض؛ لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»، واعتباراً بالتَّيمُّم.

لنا إطلاق آية الوضوء، وسكوته ﷺ حين علَّم الأعرابي الوضوء عن بيانها، ولأن الشيء إذا خلق على أي طبع.. يوجد ذلك الطبع فيه بلا حاجة إلى النية، وما رويناه ظني الثبوت؛ لكونه خبر آحاد، وظني الدلالة؛ لكون ظاهره غير مراد، لأن كثيراً من الأعمال يحصل حساً بلا نية؛ مثل: الطلاق والعتاق، فلا بد لتصحيحه من التقدير؛ أي: حكم الأعمال بالنيات.

والحكم نوعان:

أخروي: وهو الإثم والثواب، مداره النية.

ودنيوي: وهو الصحة والفساد، مداره وجود الأركان والشروط المعتبرة في الشرع، ولا يجوز إرادتهما معاً؛ لاختلافهما، فحملناه على المتفق عليه وهو الثواب.

فإن قيل: يجوز أن يكون الحكم مشتركاً معنوياً بين النوعين، فيجوز إرادتهما معاً.

وَالتَّرْتِيبُ الْمَنْصُوصُ.

قلنا: المقدر ضرورةً لا يتعدى محلها، وقد اندفعت بتقدير الثواب فلا حاجة إلى الآخر.

والاعتبار بالتَّيَمُّم فاسد؛ لأن التطهير فيه ليس بمعقول المعنى، بل محض [تعبُّد]، فيحتاج إلى النية، بخلاف الماء؛ لكونه خلق طهوراً، ولأن التَّيَمُّم ينبئ عن القصد، يقال: يممته أي قصدته، فلا يتحقق بدون النية؛ لأن المعاني اللغوية معتبرة في الشرعية، ولأن شرط القياس:

- أن لا يكون حكم الأصل متأخراً عن حكم الفرع، والتَّيَمُّم شرع متأخراً عن الوضوء بعد الهجرة.

- وأن يكون الفرع نظير الأصل، والتَّيَمُّم ليس نظير الوضوء فالقياس عليه باطل.

واختلفوا في تعريفها، والأوجه: أنها توجُّه القلب نحو إيجاد الفعل أو تركه، موافقاً لغرض من جلب نفع، أو دفع ضر، فعلى هذا: التروك يحتاج إلى النية أيضاً على الأصح؛ لأنه كف النفس، فيكون من قبيل الفعل، ولأن التروك - لو قصد بها تحصيل الثواب وامتثال الشرع - لا بد لها من النية؛ فإنه لو ترك الزنا باعتبار تحريم الشرع لا لنفرة الطبع وغيرها من الموانع.. يثاب عليه، وكذا الشرب[1].

ولو توضأ بسؤر الحمار أو نبيذ التمر.. شرط له النية على الأصح وفي «القنية»: أنها ليست بشرط فيه.

- **(والترتيبُ المنصوصُ)** فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره.

وقال الشافعي: إنه فرض؛ لأن الفاء في آية الوضوء للترتيب والتعقيب.

قلنا: إنها مطلق وزيادة الترتيب عليه نسخ فلا يجوز، والمذكور بعد الفاء حرف الجمع المطلق وهو الواو، والفاء دخل على هذه الجملة التي لا ترتيب بين أجزائها،

(١) ومثله الأكل أيضاً: إذا قصد به دفع الهلاك عن نفسه، وهو في هذه الحالة فرض. انظر «الدر المختار» (١/٦٥).

وَاستيعَابُ الرَّأْسِ بِالْمَسْحِ. وَقِيْلَ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ مُسْتَحبَّةٌ.

فيفيد تعقيب هذه الجملة للقيام إلى الصلاة، ونحن نقول به، وكلامنا في ترتيب الأجزاء، والواو لا يفيده؛ كقول المولى لعبده: «إذا دخلت السوق فاشتر لحماً وخبزاً وعنباً»، وإنما وسط الممسوح بين المغسولين [١١/أ] للدلالة على الاقتصار في العمل على ما بيناه، لا على الترتيب، فيكون سنة لمواظبته ﷺ، والقول بأنه مستحب.. قول بلا سند.

- **(واستيعابُ الرأسِ بالمسحِ)** مرة، وقال الشافعي: ثلاثاً، بمياه مختلفة؛ لما رواه أبو داود أنه ﷺ مسح رأسه ثلاثاً، واعتباراً بالغسل.

قلنا: إن مبنى المسح على التخفيف، والتكرار ينافيه، وإنه يصير بالتكرار بمياه غسلاً لا مسحاً، وما رواه محمول على ما بدأ بمقدم رأسه ثم جر أصابعه إلى مؤخر رأسه ثم ردها إلى مقدم رأسه ثم جرها ثانياً تحقيقاً للاستيعاب بماء واحد، وهو المراد بما روي عن أبي حنيفة من جواز التثليث بماء واحد، والقياس على الغسل فاسد، للفارق بينهما.

واختلفوا في كيفية الاستيعاب، قال بعضهم: يضع بطون ثلاث أصابع من كل كف على مقدم الرأس، ويعزل السبابتين والإبهامين، ويجافي الكفين ويجريهما إلى مؤخر الرأس، ثم يمسح الفودين[1] بالكف.

وقال بعضهم: يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه ويمدهما إلى قفاه على وجهٍ يستوعب رأسه. وهو الصحيح؛ لأن القول بالتجافي لم يثبت له أصل، وما قيل من الاستعمال ليس بشيء؛ لأنه لا بد من الوضع والمد؛ فإن كان مستعملاً بالوضع الأول.. فكذا بالثاني، فلا يفيد تأخيره، ولأنه لا استعمال في إقامة السنة بدون الانفصال الحقيقي على ما قدمناه.

(وقيل): القائل هو صاحب «القدوري» **(هذهِ الثلاثةُ مستحبَّةٌ)** يثاب على فعلها ولا يُلام على تركها.

(١) الفودان: مثنى (فود). وهو: معظم شعر اللِّمَّة مما يلي الأذنين. «المصباح المنير».

[مَطْلَب فِي مُستحبَّات الوُضُوء]

ومُستحَبُّهُ:

التَّيَامُنُ.

وكيفيته: أن يمسح ظاهر الأذنين بباطن الإبهامين وباطن الأذنين بباطن السبابتين، حتى يصير ماسحاً ببلٍّ لم يصر مستعملاً، كذا قالوا، وعن الحلواني وشيخ الإسلام: أنه يدخل الخنصر في أذنيه ويجريهما.

[مَطْلَب في مستحبات الوضوء]

(ومستحبُّه:

- **التيامنُ)** لما في «الصحيحين» أن النبي ﷺ يحب التيامن في تنعُّله وترجُّله وطهوره وفي شأنه كله.

وقيل: إنه سنة.

والأصح هو الأول؛ إذ لا دليل على المواظبة، والمحبوبية المذكورة لا تستلزم المواظبة؛ لأن جميع المستحبات محبوبة، وما رواه أبو داود وابن ماجه أن النبي ﷺ قال: «إذا توضأتم فابدؤوا بميامنكم» لا يدل أيضاً على المواظبة؛ لجواز أن يكون الأمر للندب.

وقال النووي: القاعدة المستمرة في الشرع ما كان من باب التكريم والتشريف؛ كلبس الثوب، والسراويل، والخف، ودخول المسجد، والسواك، والاكتحال، وتقليم الأظافر، وقص الشارب، وترجيل الشعر، ونتف الإبط، وحلق الرأس، والسلام في الصلاة، وغسل أعضاء الطهارة، والخروج من الخلاء، والأكل، والشرب، والمصافحة، واستلام الحجر الأسود، وغير ذلك مما هو في معناه: يستحب التيامن فيه.

وأما ما كان بضده؛ كدخول الخلاء، والخروج من المسجد، والامتخاط، والاستنجاء، وخلع الثوب، والسراويل والخف، وما أشبه ذلك.. يستحب التياسر فيه.

وَالوِلَاءُ.

وَمسحُ الْأُذُنَيْنِ بِمَاءِ الرَّأْسِ.

والأصح: أنها سنة؛ لتضافر وجوه السنية فيها على ما في محله.

- **(والوِلاء)** بكسر الواو والمد: التتابع في الأفعال من غير أن يتخللها جفاف عضو مع اعتدال الهواء، كذا قالوا.

والظاهر منه: أن يختم الوضوء قبل جفاف عضو من الأعضاء، حتى إن العضو الأول إذا جف بعد الغسل الثاني.. فلا يكون ولاء.

وقيل: الولاء أن يغسل العضو الثاني قبل جفاف الأول، والظاهر منه أن ختم الوضوء بلا جفاف عضو ليس بلازم في الولاء.

وقال مالك: الولاء فرض؛ لمواظبته [عليه] ﷺ.

قلنا: دعوى الفرضية زيادةٌ على آية الوضوء، فيكون نسخاً، ولا قائل بالوجوب.. فيكون سنة.

- **(ومسحُ الأُذنينِ بماءِ الرأسِ)**.

ولو مسح بماء جديد.. فحسنٌ على ما في «الخلاصة» وهذا إذا لم يمس العمامة بأن كانت موضوعة، وإلا.. فلا بد من ماء جديد، لذهاب بلة أصبعيه.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «الأذنان من الرأس» رواه ثمانية من الصحابة. قاله حين مسح رأسه وأذنيه بماء جديد واحد.

وهذا:

لأن المراد به ليس بيان الحقيقة؛ لأن النبي ﷺ إنما بعث لبيان الأحكام.

ولا بيان أنهما ممسوحان كالرأس، لا بماء الرأس؛ لأن الاشتراك بين الشيئين في أمر لا يوجب كون أحدهما من الآخر كالرِّجل من الوجه؛ لاشتراكهما في الغسل.

بل لبيان أنهما ممسوحان بماء الرأس كما هو المناسب لذكره عند مسح الأذنين بماء واحد [١١/ب].

وَمسحُ الرَّقَبَةِ.

وإن من أعضاء الوضوء ما لا يستجب فيه التيامن، وهو: الأذنان والكفان والخدان، بل يطهران دفعة واحدة؛ فإن تعذر ذلك[1] كما في حق الأقطع ونحوه.. قدم اليمين انتهى[2].

والذي ظهر منه أن أخذ الماء لغسل الوجه باليدين معاً مستحب، حتى صرح النووي في صفة الوضوء: الصحيح عند الجمهور: أن المستحب أخذ الماء للوجه باليدين معاً؛ لكونه أسهل وأقرب إلى الإسباغ؛ لما في «الصحيحين» أنه ﷺ أدخل يديه في الإناء وأخذ الماء لوجهه باليدين، فغسل وجهه ثلاثاً.

- (ومسحُ الرَّقبةِ) بظهر اليدين؛ لعدم استعمال بلهما.

وقيل: إنه سنة.

وأما مسح الحلقوم.. فبدعة.

ومن مستحبات الوضوء: تطويل الغرة، والتحجيل؛ أي: غسل شيء من مقدم الرأس ما يجاوز الوجه زائداً على القدر الذي يجب غسله، وغسل ما فوق المرفقين والكعبين.

* * *

---

(١) أي: غسلهما دفعة واحدة.

(٢) شرح النووي على مسلم (١/٣٨٥).

[مَطْلَب فِي نوَاقِضِ الوُضُوء]

وَالمعَاني النَاقضةُ لَهُ:

خُرُوجُ شَيْءٍ مِن أَحدِ السَّبِيلَيْنِ، ....

[مَطْلَبٌ فِي نَوَاقِضِ الوُضُوء]

(**والمَعَاني النَّاقِضةُ لَهُ**) أي: العلل المؤثرة في إخراج الوضوء عما هو المطلوب منه؛ لأن النقض متى أضيف إلى الأجسام.. يراد منه إبطال تأليفها، ومتى أضيف إلى المعاني.. يراد منه إخراجه عما هو المطلوب منه، والمطلوب من الوضوء استباحة الصلاة.

- (**خُرُوجُ شَيْءٍ**) ولم يقل: «ما خرج من البدن» كما هو المشهور ههنا؛ لأن حمل المعين على المعنى لا يصح، لكن الأول هو المشهور؛ لموافقته ظاهر قوله ﷺ حين سئل ما الحدث يا رسول الله؟ قال: «ما خرج من السبيلين»، ولأن إضافة النقض إلى الخروج من قبيل الإضافة إلى علة العلة؛ لأن المؤثر في رفع الشيء وجود ضده، وضد الطهارة هي النجاسة القائمة بعين الخارج، والخروج [١٢/أ] علة لتحقق صفة النجاسة؛ لأنها صفة شرعية لا بد لها من علة، حتى لو لم تخرج لا تكون ناقضة لعدم العلة، والإضافة إلى العلة أولى من الإضافة إلى علة العلة، والمعاني الشرعية لها حكم الأعيان من حيث البقاء فيصح حمل العين عليها.

(**مِن أَحدِ السَّبيلَين**)، والمراد بالخروج ههنا: الظهور حقيقة أو حكماً، لا السيلان، فلا ينتقض بالبول النازل إلى قصبة الذكر؛ لعدم ظهوره، وينتقض بالبول النازل إلى القُلْفَة[1] على الصحيح؛ لظهوره حكماً.

وإنما لم يجب إيصال الماء تحت القلفة في الغسل عند بعض المشايخ؛ للحرج.

وعن شمس الأئمة الكردري أنه يجب، وهو الصحيح.

---

(١) على وزن غرفة، وجمعها: (قُلَف) وهي: الجلدة التي تقطع في الختان. «المصباح المنير».

سوَى ريحِ الْفرجِ وَالذَّكرِ.

وكذا المرأة إذا نزل بولها إلى داخل فرجها الخارج ولم يخرج إلى الظاهر.. ينتقض.

وكذا المني إذا نزل إلى هذا الموضع يجب الغسل.

الخنثى إذا تبين أنها رجل أو امرأة.. فالفرج الخارج منها بمنزلة الجرح يعتبر فيه السيلان لا الظهور.

وقيل: ينتقض وضوؤها بخروج شيء من فرجه جميعاً، سال أو لم يسل.

(**سوى ريحِ الفرجِ والذَّكَرِ**) على الصحيح؛ لأن الريح في الذكر متوهم ناشئ من الاختلاج، والفرج محل الوطء وليس فيه نجاسة تنجس الريح بالمرور عليها، وهو في نفسه طاهر، حتى لو لبس سراويل مبتلة وابتل من إليتيه المواضع التي يمر بها الريح، فخرج الريح.. لا تنجس.

وأشار بإطلاقه إلى أن الريح الخارج من الذكر وفرج المرأة مفضاة أو لا، منتنة أو لا، مسموعة أو لا.. غير ناقضة.

وهو الظاهر من إطلاقاتهم، لكن المفهوم من قاضي خان: أن الريح الخارج من الذكر وفرج غير المفضاة غير ناقضة بالاتفاق، منتنة أو لا.

وأما الخارج من فرج المفضاة فناقضة على قول محمد وأبي حفص البخاري، ورجح بأن الغالب في الريح كونها من الدبر.

وغير ناقضة على اختيار الكرخي، لكنه يستحب له الوضوء.

وقيل: إن كان مسموعاً أو منتناً.. فناقض، وإلا.. فلا.

والدودة الخارجة من الدبر أو الذكر وقُبُل المفضاة أو غير المفضاة ناقضة إجماعاً على ما في «السراج».

وقيل: الدودة الخارجة من قبلها لا ينقض؛ كالريح الخارج منه.

والأصح: هو الأول؛ قيل: لتولدها من النجاسة، وقيل: لاستصحابها بالنجاسة،

وَخُرُوجُ نجَسٍ منَ الْبدنِ؛ إن سَالَ ....

وكذا حال الحصا الخارجة من الذكر أو الفرج.

ولو كان به حصاة فشق ذلك الموضع وأخرجها فاستمال[1] البول إليه فكالجرح.

وإن كان بذكره شق له رأسان، أحدهما يخرج منه ماء يسيل في مجرى الذكر، والآخر في غيره، ففي الأول ينتقض بالظهور، وفي الثاني بالسيلان.

ولو حشى ذكرَهُ فالانتقاض بمحاذاة بلةِ الحشوةِ رأسَ الذكر، لا بنزوله إلى القصبة.

ولو احتشت في الفرج الداخل فالنقضُ بمحاذاة حرفه، خلافاً لأبي يوسف في قوله: إذا علمت أنها لو لم تحشه لخرج.. نقض.

ولو أدخلت أصبعها فيه.. نقض؛ لأنها لا تخلو عن بلة.

وكذا العود في الدبر كالمِحقَنةِ وغيرها، تعتبر فيه البلة إذا كان طرفٌ [١٢/ب] منه خارجاً.

ولو غيَّبَه.. نقض إذا خرج بلا تفصيل، كذا في «فتح القدير».

وذكر في «الخلاصة»: لو أدخل أصبعه في دبره عند الاستنجاء ينتقض وضوؤه ويفسد صومه.

- (**وخُرُوجُ نَجَسٍ**) هو بفتح العينِ[2]: عينُ النجاسة، وبكسرها: ما لا يكون طاهراً؛ كالثوب النجس.

(**مِنَ البدنِ**) أي بدن الحي لأنَّ الخارجَ من بدن الميت لا ينقض حتى لا يعاد غسلهُ بل يزال عين الخارج (**إِنْ سَالَ**) بأن يعلو وينحدر عند أبي يوسف، واختاره السرخسي.

(١) في المخطوط: (فاستعما)، والمثبت من «فتح القدير».

(٢) أي: عين الفعل، وهو الجيم هنا.

بِنَفسِهِ.

وعن محمد: إذا انتفخ على رأس الجرح وصار أكبر من رأسه.. نقض.

(بِنَفسهِ) فيه إشارة إلى أن الإخراج غيرُ ناقض، على ما اختاره في «الهداية»، حيث قال: إذا قشرتَ نفطة فخرج منها بنفسه ماء أو صديد أو غيره وسال عن رأس الجرح.. نقض. وإلا.. فلا.

وأما إذا عصرها فخرج بعصره.. لا ينتقض؛ لأنه مُخرَج وليس بخارجٍ.

وعليه: ما قالوا إن خرج من قرح شيء أو دم أو صديد أو قيح فسال عن رأس الجرح.. ينقض الوضوء، وإن مسحه أو أهال التراب عليه أو وضع عليه خرقة أو قطنة أو رفع الدم بنجسه؛ فإن كان بحال لو تركه سال بنفسه.. فعليه الوضوء؛ لتحقق الخروج تقديراً، وإن كان بحال لو تركه لا يسيل.. لا وضوء عليه.

وما قاله في «فتح القدير» أيضاً: إنه لو ربط الجرح فنفذت البلة إلى طاق لا إلى الخارج.. نقض إن كان بحيث لولا الرباط سال، وإلا.. فلا؛ لأن القميص لو تردد على الجرح فابتل لا يتنجس ما لم يكن كذلك؛ لأنه ليس بحدث.

وما قاله في «الرسالة البلالية» أن ما خرج بوضع الحمصة في محل من البدن بعد كي محلها عليها وعلى الورقة والخرقة الموضوعة عليها ليس ناقضاً للوضوء ولا نجساً، فما أصاب الثوب منه لا يمنع صحة الصلاة؛ لأن ما لا يكون سائلاً بنفسه لا يكون نجساً، ولا ناقضاً للوضوء.

هذا، وقال في «النوازل»: إذا عصرت القرحة فخرج منها شيء لكن بحال لو لم يعصرها لا يخرج.. ينتقض؛ لأنه حدث عمداً.

واختاره في «الخلاصة»، وقيل: هو الأصح؛ لأن الخروج لازم للإخراج، ولا بد من وجود اللازم عند وجود الملزوم، وردَّه في «العناية» بأن الإخراج ليس بمنصوص عليه وإن كان يستلزمه، فكان ثبوته غير قصدي ولا معتبر به.

قلت: الذي يقتضيه النظر أن العلة في النقض هو عين الخارج على ما قدمناه،

والعين متحقق في صورة الإخراج، فيترتب عليه حكمه، وإلا.. ينزع إلى تخصيص العلة، والمجوز مخلص، وللمانع بيان المخلص على ما عرف في الأصول.

إلى ما يلحقه حكم التطهير: الإضافة بيانية، وتحقق الخروج هنا بالسيلان لا بمجرد الظهور، فالمعنى: سيلانه إلى موضع يلحقه التطهير؛ أي: في الجملة، إما في الوضوء أو في الغسل أو في إزالة النجاسة الحقيقية، فلا يرد عليه ما قيل: إنه إذا افتصد وخرج دم كثير وسال ولم يتلطخ رأس الجرح.. فإنه ينتقض الوضوء، ولم يخرج إلى ما يلحقه حكم التطهير؛ لأن الخارج قد سال [١٣/أ] إلى موضع يلحقه التطهير من ثوب أو مكان؛ فإنه يجب تطهيرهما حالة إرادة الصلاة فيهما، كالبدن وقصبة الأنف وصماخ الأذن وداخل الفم مما يلحقه التطهير، حتى لو نزل الدم إلى واحد منها انتقض وضوؤه.

وعن محمد: إنه لا ينتقض بوصوله إلى قصبة الأنف ما لم يصل إلى المارن، كذا في «الحدادي»، وصححه الإمام السرخسي، وهو قول زفر، بخلاف داخل العينين وموضع الورم وقصبة الذكر.. فإنها ليست مما يلحقه حكم التطهير، فلا ينتقض الوضوء بالوصول إليها.

وقال الشافعي: الخارج من غير السبيلين غير ناقض؛ لأن غسل غير موضع النجاسة تعبدي غير معقول المعنى، فيقتصر على المورد، وهو مَخرج المعتاد، كالماء لا يقاس عليه سائر المائعات في تطهير الحدث.

قلنا: إن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة شرعاً، وهو القدر معقول المعنى في السبيلين، بمعنى أن زوالها إنما هو سبب أن الخارج نجس خارج من البدن؛ إذ لا أثر لخصوصية المحل، وقد وجد هذا في غير السبيلين أيضاً، فيتعدى إليه حكمه، بخلاف كون الماء مطهراً عن الحدث؛ فإنه ليس بمعقول المعنى؛ إذ ليس في أعضاء الوضوء نجاسة حتى يزال، فلا يتعدى حكمه إلى سائر المائعات، فلا يجوز الوضوء بها.

وَالقيءُ مِلْءُ الْفَمِ وَلَو طَعَامًا أَو مَاءً أَو مِرّةً أَو علقاً..............

فإن قيل: اشتراط السَّيَلان في الفرع ينافي القياس المذكور؛ لأنه ليس بشرط في الأصل.. قُلنا: إن الانتقاض إنما هو بالخروج، وهو يتحقق في الأصل بالظهور، وبالفرع بالسيلان، فكأنه علة لتحقق الفرع.

- (**والقَيْءُ**) مصدر قاء الرجل ما أكله، ثم أطلق على الطعام المقذور الخارج من المعدة، (**ملءَ الفَمِ**) وهو: ما لا يمكن إمساكه إلَّا بكلفة على ما اختاره [في] «الخلاصة»، وقيل: هو ما لا يمكن الكلام معه.

وقال الشافعي: القيء ليس بناقض؛ لما روي أنه ﷺ قاء ولم يتوضأ.

وقال زفر: لم يَشترط ملء الفم؛ لإطلاق قوله ﷺ: «القلس[1] حدث».

ولنا: ما صححه الحاكم أن النبي ﷺ قاء فتوضأ، وما رواه الشافعي محمول على القليل، وما رواه زفر على الكثير؛ جمعاً بين الدليلين.

(**ولو**) وصلية (**طعاماً أو ماءً**)، ولو من ساعة أكله وشربه.

والصبي إذا ارتضع وقاء من ساعته.. يكون نجساً، وهذا هو المختار.

وعن الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا ينتقض ما لم يستحل ويتغير، والصحيح هو المختار؛ لأنه قد خالط النجاسة في المعدة.

وقال نجم الدين الزاهدي: محل الخلاف ما إذا وصل إلى معدته، وإن كان بعد في المري.. لا ينتقض بالاتفاق.

ولو قاء دواء أو حية كبيرة ملأت فاه.. لا ينتقض على ما في «القنية»، بناء على طهارتهما في أنفسهما، ولم يتداخلها النجاسة، وما يستتبعه قليل لا يبلغ ملء الفم.

(**أو مِرَّةً**) بكسر الميم، خَلَطٌ من أخلاط البدن، أعم من الصفراء والسوداء.

(**أو عَلَقاً**) وهو ما اشتد من الدم حمرتُه وجمد، والمراد به ههنا: ما صعد من الجوف وملأ [١٣/ب] فاه، لا ما نزل من الرأس؛ لأنه غير ناقض بالاتفاق، على ما في

(١) القَلَس: ما خرج من البطن من طعام أو شراب، ملء الفمِ أو دونه.

لَا بلغماً مُطلقاً؛ خلَافاً لأَبي يُوسُفَ فِي الصّاعِدِ مِنَ الْجَوْفِ..........

«شرح المنية»؛ لأنه بالانجماد خرج عن كونه دماً، وليس بقيء لعدم خروجه من المعدة.

(**لا بلغماً مطلقاً**) أي: نزل أو صعد، ملأ الفم أو لا، اختلط بالطعام، أو لا، إلَّا إذا كانت الغلبة للطعام، بحيث يملأ الفم لو انفرد بنفسه، ولو كانت الغلبة للبلغم بحيث يملأ الفم لو انفرد.. فإنه لا ينتقض عندهما.

وأما لو استويا.. ففي «الخلاصة» أنه لا ينتقض. وفي «صلاة المحسن»: العبرة للغالب من كلٍّ من الطعام والبلغم. ولو استويا.. يعتبر كل على حدة.

وقال في «فتح القدير»: وهذا أولى مما في «الخلاصة».

(**خلافاً لأبي يُوسفَ في الصّاعدِ مِنَ الجوفِ**) إذا كان ملء الفم؛ فإنه حينئذ ناقض عنده، بناء على أن البلغم الصاعد نجس عنده، أو يتنجس بمجاورة ما في المعدة من النجاسة، وقد خرج إلى ما يلحقه حكم التطهير، بخلاف النازل؛ فإن الرأس ليس بمحل النجاسة.

ولهما: أن البلغم طاهر عندهما ولا يتخلله النجاسة للزوجيته، وما يتصل به قليل، والقليل لا ينقض في القيء ما لم يبلغ حد الكثرة - وهو ملء الفم - بخلاف ما لو قاء البلغم قليلاً قليلاً مع اتحاد المجلس أو السبب، وبلغ حد الكثرة حيث لا يصير ناقضاً؛ لأن الجمع إنما يعتبر فيما إذا كان غالباً غير مستهلك، وأما في المغلوب المستهلك.. فغير معتبر، وما يتصل بالبلغم القليل مغلوب مستهلك.

وبخلاف ما إذا وقع البلغم في النجاسة ثم ارتفع؛ حيث حكم بنجاسته وإن قل؛ لأنه بالانفصال عن البدن قلَّت ثخونته ولزوجته وازدادت رقيته.. فيقبل النجاسة.

ولو صلى ومعه خرقة المخاط.. لا يجوز عند أبي يوسف إن كان كثيراً فاحشاً؛ لنجاسته على ما في «الخلاصة».

وعن الطحاوي أنه قال: يكره أخذ البلغم بطرف كمه ويصلي معه.

وَيُشْتَرطُ فِي الدَّمِ الْمَائِعِ: مُسَاوَاةُ الْبزَاقِ لَا الْمَلْءُ خلَافاً لمُحَمدٍ،..............

وقيل: هذا القول منه دليل على ميله لقول أبي يوسف، ولا يخفى عليك أنه لا دليل فيه على ذلك؛ لأن البلغم قد يستتبعه قليل من النجاسة، والصلاة مع قليل النجاسة مكروهة بالاتفاق.

وفي «البدائع»: أنه لا خلاف بينهما في هذه المسألة؛ لأن قول أبي يوسف في الصاعد من المعدة، وهو حدث بالاتفاق، وقولهما في الصاعد من حواشي الحلق وأطراف الرئة، وهو ليس بحدث بالاتفاق.

واختلفوا في ماء فم النائم؟

قيل: إنه ملحق بالقيء إذا صعد من الجوف، بأن كان أصفر أو منتناً، واختاره أبو نصر.

وقيل: إنه طاهر عندهما، نجس عند أبي يوسف، وهو الصحيح، على ما في «الخلاصة».

قالوا: نجاسة القيء مخففة، بدليل: ما روي عن أبي حنيفة: لو قاء طعاماً أو ماء فأصاب إنساناً شبراً في شبر.. لا يمنع.

وبدليل: قول المحسن إنه لا يمنع ما لم يفحش، وتعقبه ابن الهمام بأنه لا خلاف ولا تعارض فيه، فالحكم بكونها حقيقة لا يعرى عن الإشكال.

(**ويشترطُ في الدَّمِ المائعِ**) والقيحِ (**مساواةُ البُزاقِ**)؛ فإن ساواه.. ينقض استحساناً؛ ترجيحاً لاحتمال السيلان بنفسه [١٤/أ] على السيلان بقوة البزاق؛ للاحتياط.

والمساواة. تعلم بالاحمرار، وحكم عليه أحد الطرفين يعلم دلالة.

(**لا الملءُ**) هذا عند أبي حنيفة (**خلافاً لمحمَّدٍ**) فإنه يعتبر الملء اعتباراً بسائر أنواع القيء، وقول أبي يوسف مضطرب.

واعلم أن تحقيق هذه المسألة على ما ظهر من «غاية البيان» و«المنية»

و«شرحها» و«التبيين» و«ذخيرة العقبى» وغيرها: أن الدم إما نازل من الرأس، أو صاعد من الجوف، أو خارج من نفس الفم، وعلى التقادير الثلاثة: إما منجمد، أو مائع.

فإن كان نازلاً منجمداً.. فلا ينقض بالاتفاق؛ لخروجه بالانجماد عن كونه دماً، وليس بقيء؛ لعدم خروجه من المعدة بالاندفاع، وتسميتهم قيئاً مسامحة، على ما في «شرح المنية».

وإن كان نازلاً مائعاً؛ فإن كان مختلطاً بالبزاق.. يعتبر المساواة بالاتفاق.

وإن كان غير مختلط.. ينقض قليله وكثيره بالاتفاق؛ لأنه كالرعاف، فيعتبر فيه السيلان.

وإن كان صاعداً منجمداً.. يعتبر ملء الفم بالاتفاق؛ لأنه قيء وليس بدم، وإنما هي سوداء محترقة.

وإن كان صاعداً مائعاً.. فإن كان مختلطاً بالبزاق.. يعتبر المساواة أيضاً.

وإن كان غير مختلط.. ينقض قليله وكثيره بلا اعتبار ملء الفم عندهما؛ اعتباراً بسائر الخارج من القرحة الظاهرة؛ لأن المعدة ليست بموضع الدم، فيكون من قرحة في الجوف فيتعبر كسائر القروح، خلافاً لمحمد فيه؛ فإنه يعتبر ملء الفم لما ذكرناه.

وإن كان خارجاً من نفس الفم فإن كان منجمداً.. فغير ناقض؛ لعدم كونه دماً وقيئاً، كما في النازل المنجمد.

وإن كان مائعاً مختلطاً.. فيعتبر المساواة.

وإن كان غير مختلط.. فينقض قليله وكثيره بلا اعتبار ملء الفم؛ لعدم كونه قيئاً بالاتفاق، بلا خلاف عن محمد.

فظهر منه أن محل الخلاف هو الدم الصاعد المائع الغير المختلط بالبزاق لا المخلوط ولا النازل ولا الخارج من نفس الفم ولا المنجمد ففي كلام المصنف اشتباه واختلاط.

وَهُوَ يَعْتَبِرُ اتِّحَادَ السَّبَبِ لِجَمعِ مَا قَاءَ قَلِيلاً قَلِيلاً، وَأَبُو يُوسُفَ: اتِّحَادَ الْمجْلِسِ.

ثم اختلفوا في التصحيح؛ صحح صاحبُ «المحيط» قول محمد، وصاحبُ «البدائع» قول أبي حنيفة.

أقول: قياس أبي حنيفة على سائر ما خرج من القروح الظاهرية أقوى من قياس محمد على سائر أنواع القيء؛ لأن الكلام في مطلق الدم المرتقي من الجوف إلى الفم، لا في الدم الخارج من خصوص المعدة، حتى يتعين كونه قيئاً فيقاس على سائر أنواع القيء؛ فإذا كان كذلك.. فكل دم يرتقي من الجوف إلى الفم يحتمل أن يكون من قرحة في نفس المعدة، ويحتمل أن يكون من قرحة في غير المعدة، فعلى الثاني: يتعين القياس على سائر القروح؛ لعدم كونه قيئاً، وعلى الأول: يجوز أن يقاس على سائر أنواع القيء؛ لكونه من المعدة، وعلى سائر القروح؛ لكونه من القرحة في المعدة، فيكون القياس عليها أرجح.

(**وهو يَعتبرُ اتحادَ السَّببِ**) وهو الغثيان، فإن قاء قبل سكون النفس عن [١٤/ب] الأول.. فهو متحد، وإن سكنت ثم قاء.. فهو حدث جديد. (**لجمع ما قاءَ قَليلاً قليلاً**) وكان بحيث لو جمع كان بملء الفم.

(**وأبو يُوسفَ اتحادَ المجلسِ**)، لأن له أثراً في جمع المتفرقات حتى يتحد الأقوال المتفرقة في النكاح والبيع وغيرهما من العقود باتحاد المجلس، وكذلك التلاوات المتعددة لآية السجدة.

ولمحمد أن الأصل إضافة الأحكام إلى الأسباب، وإنما ترك في بعض الصور كسجدة التلاوة؛ للضرورة؛ إذ لو اعتبر السبب.. لا يبقى التداخل؛ لأن كل تلاوة سبب.

والأصح: قول محمد على ما في «الكافي» لما ذكرناه.

ولو اتحد السبب والمجلس.. يجمع بالاتفاق.

وَمَا لَيْسَ حَدَثاً.. لَيْسَ نجساً.

ولو تعدد.. لا يجمع بالاتفاق.

وفي «المحيط» يجمع كيفما كان، وهو قول أبي علي الدقاق، ولا رواية عن أبي حنيفة في هذه المسألة.

(**وما ليسَ حدثاً**) أي ناقضاً للوضوء لعدم سيلانه.. (**ليسَ نجِساً**) على ما روي عن أبي يوسف.

وقال محمد: ما ليس حدثاً.. فهو نجس. حتى لو أخذ ما لم يسل عن رأس الجرح بقطنة فألقاها في الماء يتنجس الماء عنده.

والصحيح: قول أبي يوسف على [ما] في «الهداية»؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾؛ لأن الظاهر منه أن غير المسفوح لا يكون محرماً، فلا يكون نجساً، والدم الذي لم يسل غير مسفوح، فلا يكون نجساً، وإن كان محرماً في الآدمي، بناء على حرمة لحمه؛ لأن هذه الحرمة لا توجب نجاسته، ولأن الخارج النجس يستلزم كونه حدثاً في الحي، وانتفاء اللازم دليل على انتفاء الملزوم.

لا يقال: عدم كونه حدثاً يجوز أن يكون لكونه غير خارج، لا لكونه غير نجس؛ لأن علة النقض ذات وصفين: الخروج والنجاسة، فيجوز انتفاؤه لكونه غير خارج؛ لأنا نقول غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة ما دام في محله، وإلا.. لم يحصل لأحد طهارة أصلاً، حتى لو صلى وهو حامل سخلة أو بيضة حال مُحِّها دماً جازت صلاته؛ لكونه في محله، بخلاف قارورة فيها دم وسدت فمها؛ فإن الصلاة لم يجزيها، فكان انتفاء الخروج مستلزماً لانتفاء النجاسة، بخلاف دم الاستحاضة والجرح السائل؛ فإنهما حدث لكن لا يظهر أثره حتى يخرج الوقت، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة، لكن المخلص معروف، هذا وكان الإسكاف والهندواني يفتيان بقول محمد، لكن الأكثرين اختاروا قول أبي يوسف؛ لما ذكرناه، ولكونه أيسر على الخلق، حتى لو أصاب ثوب أحد قدر الدرهم لا يمنع الصلاة على قوله.

وَالْجُنُونُ.

وَالسُّكرُ.

وَالْإِغْمَاءُ.

• **(والجنونُ)** وهو: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلَّا نادراً، ولهذا عصم الأنبياء عليهم السلام، وإنما صار ناقضاً للوضوء؛ لعدم مبالاته وتمييز الحدث عن غيره.

• **(والسُّكرُ)** وهو: أن لا يعرف الرجل من المرأة، ولا الأرض من السماء، على ما اختاره صدر الشهيد وصاحب «الخلاصة»، وهو المعتبر في باب الحد أيضاً.

وقال الحلواني: إذا دخل في مشيته تحرك.. فهو سكر ينتقض به الوضوء. وفي «المجتبى»: وهو الأصح.

• **(والإغماءُ)** [١٥/أ] وهو: آفة توجب اختلال القوة الحيوانية بغتة، وإنه لا يخل بالأهلية والعقل كالنوم، ولهذا لم يعصم عنه الأنبياء، وهو أشد من النوم؛ لأنه حدث في كل حال، بخلاف النوم على ما سيأتي.

وبعضهم عد الغشاء[١] من النواقض أيضاً، وبعضهم أدرجه في الإغماء، وهو الصحيح؛ لأنه نوع منه.

وأما العته: فهو آفة توجب الاختلاف بالعقل بحيث يصير مختلط الكلام فاسد التدبير، إلَّا أنه لا يضرب ولا يشتم[٢].

واختلف الأصوليون في حكمه على ثلاثة أقوال:

(١) الغَشاء والغَشَيان: نوع من الإغماء.

(٢) الفرق: بين العته والإغماء. الإغماء مؤقت، والعته مستمر غالباً. الإغماء يزيل القوى كلها، والعته يضعف القوى المدركة.
والفرق بين العته والسفه:
أن العته: آفة في العقل.
والسفه: صفة تعرض للإنسان، وليست آفة في ذاتها.

وقهقهةُ بَالغٍ فِي صَلَاةٍ ذَاتِ رُكُوعٍ وَسُجُودٍ.

قيل: إنه كالصبي العاقل في كل الأحكام حتى العبادات، وسقط عنه الخطاب.

وقيل: إنه كالصبي العاقل إلَّا في العبادات، فإنها لا تسقط عنه.

وقيل: إنه كالصبي العاقل، إلَّا أنه إذا زال العته توجه عليه الخطاب بالأداء، ويقضي ما مضى إذا لم يكن فيه حرج كالقليل، عبارة الكل: الاتفاق على صحة أدائه للعبادات، فعلم منه أن العته لا ينقض الوضوء، كذا في «البحر».

• **(وقَهْقَهَةُ بالِغٍ)** نوماً أو عمداً أو سهواً أو نسياناً على الصحيح، وهو ما يكون[١] مسموعاً له ولجيرانه، وسواء ظهرت أسنانه أو لا، على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة، وحكم التَّيَمُّم فيها كالوضوء.

والضحك ما يكون مسموعاً له دون جيرانه، ويبطل به الصلاة وسجدة التلاوة والسهو وصلاة الجنازة الوضوء، على ما في «الخلاصة».

والتبسم ما لا يسمع أصلاً، وليس بمبطل لشيء منهما.

قيد بالبالغ؛ لأن الصبي إذا قهقه في الصلاة لا يبطل وضوؤه؛ لأن كون القهقهة حدثاً مبني على كونها جناية في حالة المناجاة، ولا جناية في فعل الصبي، لعدم كونه مكلفاً، لكن يبطل بها صلاته لما فيها من معنى الكلام.

وقيل: إن القهقهة نفسها حدث، وعلى هذا يبطل وضوء الصبي أيضاً.

والصحيح: هو الأول؛ لموافقتها الأحاديث الواردة فيها، إلَّا الأمر بإعادة الوضوء والصلاة، ولا يلزم منه كونها حدثاً.

(في صلاةٍ ذاتِ ركوعٍ وسجودٍ)، قال الشافعي ومالك: لا تنقض مطلقاً؛ اعتباراً بخارج الصلاة.

قلنا: هذا قياس تركناه في ذات ركوع وسجود بما رواه أبو حنيفة عن منصور عن الحسن البصري عن الخزاعي أن النبي ﷺ كان يصلي وأصحابه خلفه، فجاء

(١) في المخطوط: (ما لا يكون مسموعاً)، وهو خطأ ظاهر، والصواب ما ذكرنا.

أعرابي وفي بصره ضعف، فوقع في ركبته فضحك بعض أصحابه، فلما فرغ من صلاته.. قال: «ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعاً»، فعلى هذا: لا يبطل وضوء من صلّى المكتوبة أو التطوع راكباً بالإيماء في مصر أو قرية، أو قَهْقَهَ فيها، أو افتتح التطوع راكباً خارج المصر ثم دخل المصر ثم قَهْقَه، أو صلّى في المصر ركعة تطوعاً راكباً ثم خرج من المصر يريد به السفر ثم قَهْقَه.

وقال أبو يُوسُف: يبطل وضوؤه بناء على أن التطوع على الدابة يجوز في المصر عنده، أو قهقه الإمام أو أحدث [١٥/ب] متعمداً ثم قهقه المأموم، أو صلى فريضة عند طلوع الشمس أو عند غروبها سوى عصر يومه وقهقه فيها، أو سلم المقتدي قبل الإمام بعدما قعد قدر التشهد ثم قهقه، أو انقضت مدة مسحه في الصلاة ثم قهقه فيها.. فإنه لا يبطل وضوؤه في جميع هذه الصور؛ لوقوعها خارج الصلاة فلا يتناولها النص المذكور، ولأنه ورد في داخل الصلاة.

وكذا لا يبطل بها طهارة الغسل.

وكذا لو اقتدى الصحيح بالمومئ، أو القارئ بالأمي، أو بالذي يصلي إلى غير القبلة، أو المتوضئ بالمتيمم، ثم رأى الماء ثم قهقه المقتدي.

والأمي إذا شرع في الصلاة ثم [تعلم] سورة، أو العاري إذا شرع ثم وجد ثوباً ثم قهقه، والمملوكة إذا شرعت وهي مكشوفة الرأس ثم عتقت ومضت على صلاتها ثم قهقهت.. فإنه لا ينتقض وضوء هؤلاء بقهقهتهم؛ لوقوعها في خارج الصلاة.

ولو سلم الإمام ثم قهقه المأموم قبل أن يسلم هو بنفسه قيل: بطل وضوؤه.

وفي «الخلاصة» جعل الأصح أنه لا يبطل.

والخلاف مبني على أنه بعد سلام الإمام هل هو في الصلاة إلى أن يسلم هو بنفسه؟ أو لا.

محدث غسل بعض أعضاء الوضوء ففني الماء فتيمم وشرع في الصلاة فقهقه ثم وجد الماء، فعند أبي يوسف يغسل باقي الأعضاء ويصلي.

وعندهما يغسل جميعاً؛ بناء على أن القهقهة هل تبطل ما غسل من أعضاء الوضوء.. فعنده: لا، وعندهما: نعم.

والذي يقتضيه النظر قول أبي يوسف؛ لأن مورد النص هو الوضوء لا بعض الأعضاء.

ولو اغتسل جنب وصلى فقهقه، قيل: يبطل الوضوء ويعيد الصلاة.

وقيل: لا؛ لأنه ثابت في ضمن الغسل؛ فإذا لم يبطل المتضمن.. لا يبطل المتضمن.

والصحيح هو الأول على ما في «فتح القدير» عن «المحيط»؛ لأنه يجب إعادته عقوبة له.

ولو قهقه بعد كلام الإمام عمداً.. بطل وضوؤه على الأصح على ما في «فتح القدير»، على خلاف ما في «الخلاصة».

ولو قهقه النائم في صلاة ذات ركوع وسجود.. ينتقض وضوؤه لا صلاته، فيتوضأ ويبني عليه، على ما روى شداد بن أوس عن أبي حنيفة.

وقيل: إن قهقهة النائم لا تنقض الوضوء ولا الصلاة. واختاره فخر الإسلام في «البزدوي» وصحّحه في «التبيين»؛ لأنها ليست بحدث في نفسها، وبالنوم يبطل كونها في معنى الكلام، وكونها جناية.

وعامة المتأخرين على أنها ناقضة لها؛ احتياطاً.

ولو قهقه المومي بعذر في نفل أو فرض.. انتقض وضوؤه على ما في «فتح القدير».

واحترز بقوله: «ذات ركوع وسجود» عن صلاة الجنازة؛ لأنها لا ينتقض الوضوء فيها؛ لعدم تناولها النص المذكور.

ومبَاشرةٌ فَاحِشَةٌ، خلَافاً لمُحَمدٍ.

ونومٌ ....

• (ومباشرةٌ فاحشةٌ) وهي أن يمس بطنُه بطنَها أو ظهرَها، وفرجُه منتشراً فرجَها من غير حائل من جهة القبل أو الدبر.

وقيل: مماسة الفرج ليس بشرط.

والظاهر هو الأوّل على ما في «الزَّيْلَعي».

وقال محمد: المباشرة الفاحشة ليس [١٦/أ] بناقض ما لم يعلم خروج شيء. وهو القياس.

ولهما أنها سبب غالب لخروج المذي؛ مثل التقاء الختانين، فيقام مقامه؛ كالسفر مقام المشقة.

وفي «القنية»: وكذا المباشرة بين الرجل والغلام، وكذا بين الرجلين توجب الوضوء عليهما، ولا يجب من مجرد مسها ولو بشهوة - ولو فرجها - ولا من مس الذكر؛ خلافاً للشافعي في الأولى مطلقاً، وفي الثانية إذا مس بباطن الأصابع.

ولنا في الأول: عدم دليل النقض بشهوة وبغير شهوة، فبقي الانتقاض على العدم، وقوله تعالى: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ يراد به الجماع عند أكثر المفسرين، ونحن نأخذ به لا المس باليد، على ما سنبينه.

وفي الثاني: ما رواه أصحاب السنن غير ابن ماجه عن النبي ﷺ أنه سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلاة؟ فقال: «هل هو إلَّا بضعة منك؟!».

• (ونَوْمُ) هي: فترة طبيعية تحدث في الإنسان بلا اختيار، وتمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها، واستعمال العقل مع قيامه، فيعجز العبد به عن أداء الحقوق.

ولذا قالوا: النوم يضاد العلوم والإدراكات كلها.

وأما ما رآه النائم من الرؤيا.. فهو خلق الله تعالى في قلبه، ما رآه كخلقه في

اليقظان، وهو تعالى يفعل ما يشاء، لا يمنعه نوم ولا غيره، وربما يقع ذلك في القيظة كما رآه في المنام، وربما جعل ما رآه عَلَماً على أمر آخر يخلقه الله تعالى في الحال أو كان قد خلقه، ولا يخفى عليك أن هذا لا يقتضي إدراك العقل أو الحواس، وهو مذهب أهل السنة والجماعة في الرؤيا.

ثم هذا في نومنا.

وأما نوم النبي ﷺ.. فليس بناقض على أي وجه كان؛ لما رواه أبو حنيفة مرفوعاً: «تنام عيني ولا ينام قلبي» كذا في «الصحيحين».

وهو من خصائصه ﷺ.

فإن قيل: قد صح أن النبي ﷺ نام في الوادي عن صلاة الصبح ثم قضاها مع أصحابه فلو كان قلبه يقظان لما تركها.. أجيب: بأن نومه ﷺ نوعان:

أحدهما: ينام فيه قلبه وعيناه.

والثاني: ينام فيه عيناه دون قلبه، فيجوز أن يكون نومه ﷺ في الوادي من قبيل النوم الأول.

ثم اختلفوا في النوم؛ قيل: إنه لا ينقض على أي حال كان.

وقيل: إنه ناقض على أي حال كان.

وقيل: كثيره ناقض وقليله لا بكل حال.

وقيل: إنه لا ينقض إلَّا نوم الراكع والساجد.

وقيل: نوم الساجد فقط.

وقيل: لا ينقض في الصلاة مطلقاً، وينقض في خارجها.

وقيل: إذا نام جالساً ممكن مقعده على الأرض لم ينقض، وإلا ينقض؛ قل أو كثر، في الصلاة أو خارجها. وهو قول الشافعي.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إنه إذا نام على هيئة من هيئات المصلين؛ كالراكع

مُضْطَجِعٍ، أَو متَّكِئٍ،.......................................

والساجد والقائم والقاعد.. لا ينقض في الصلاة أو خارجها.

وإن نام على غير هذه الهيئة.. ينقض، وإليه أشار بقوله: (**مضطجع**) أو مستلقٍ أو مكب على وجهه؛ لزوال مُسكة اليقظة فيهما. لأن النوم على هذه الهيئات سبب لاسترخاء المفاصل، فلا يخلو عن خروج ريح عادة، والثابت عادة كالمتيقن به. [١٦/ب] إلَّا ترى أن من دخل الخلاء ثم شك في وضوئه.. فإنه يحكم بنقض وضوئه؛ لأن العادة جرت عند الدخول إلى الخلاء بالتبرز، بخلاف ما إذا شكّ بدون الدخول.

وأشار بإطلاقه إلى ما في «قاضي خان» من نَوْعَيّ الاضطجاع؛ قال: إن غلب عيناه فنام ثم اضطجع في حال نومه، فهو بمنزلة ما لو سبقه الحدث، يتوضأ ويبني، وإن تعمّد النوم في الصلاة مضطجعاً فإنه يتوضأ ويستقبل ولا يبني، وإلى ما في «الخلاصة» وصحّحَه الزَّيْلَعي؛ أنه لو عجز عن الصلاة قائماً أو قاعداً بمرض، فصلى بالإيماء مضطجعا ونام فيها فإنه.. ينتقض وضوؤه عند ابن المبارك.

لكن قال في «الذخيرة»: والنوم مضطجعاً؛ إنما يكون حدثاً إذا كان الاضطجاع على غيره، وأما إذا كان على نفسه فلا يكون حدثاً.

حتى إن نام واضعاً إليتيه على عقبيه، وصار شبه المنكب على وجهه، واضعاً بطنه على فخذيه.. لا ينتقض وضوؤه. كذا في «الكفاية» وعزاه في «الخلاصة» إلى محمد. وينتقض عند أبي يوسف، وهو الصحيح؛ لأنه في تلك الصورة ارتفع جانب الخلف من المقعدة، وزوال التمكن، والمسكة. ولو نام محنياً ورأسه على ركبتيه.. لا ينقض. على ما في «فتح القدير».

وقيل: ينقض (**أو مُتَّكِئٍ**) اتكاء افتعل يستعمل بمعنيين: أحدهما الجلوس مع التمكن، والثاني القعود مع تمايل معتمداً على أحد الجانبين. على ما في «المصباح»، فلا وجه لما في «غاية البيان» أن المراد بالاتكاء ههنا، وضع رأسه على ركبتيه أو على يديه؛ لأن هذه الحالة ليست باتكاء على ما ترى. بل يقال لها: الاحتباء؛ والوضوء لا ينتقض به على رواية ابن المبارك.

أَو مُسْتَنِدٍ إِلَى مَا لَو أُزِيلَ لسقطَ.......................................

والمراد بالاتكاء ههنا هو المعنى الثّاني لا الأول. لما في «الخلاصة» أنه لو نام متوركاً؛ وهو أن يبسط قدميه من جانب، ويلصق اليتيه بالأرض.. لا ينتقض وضوؤه.

وقد قال في «العناية»: المراد بالاتكاء الناقض ههنا؛ هو الجلوس على أحد وركيه؛ أي بحيث يكشف من المخرج. فحملنا على ما في «الخلاصة» على المعنى الأول، وما في «العناية» على المعنى (**أو مستند إلى ما لو أزيل لسقط**) وهذا لا يخلو؛ إمّا أن تكون مقعدته زائلة عن الأرض، أو لا.

فإن كانت زائلة.. ينتقض إجماعاً.

وإلّا.. ففي رواية الطحاوي ينتقض.

وفي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة.. لا ينتقض؛ لاستقرار مقعدته فيأمن عن خروج شيء، وهو ظاهر المذهب على ما في «الكافي». وقيل: إنه الصحيح.

وجه الطحاوي أن عين النوم ليس بحدث، ومناط النقض الحدث، فلما خفي الحدث بالنوم.. أدير الحكم على ما ينتهض مظنة له، والمظنة ما تحقق معه الاسترخاء على الكمال، وقد وجد في هذا النوم من الاستناد؛ إذ لا يمسكه إلّا سند، وتمكن المقعدة مع غاية الاسترخاء لا يمنع الخروج؛ إذ قد يكون الدافع قوياً؛ خصوصاً في زماننا؛ لكثرة الأكل والشرب، فلا يمنعه إلّا مسكة اليقظة، وقد زالت.

ولو نام في السرج والإكاف أو المحمل.. لا ينتقض وضوؤه على رواية أبي يوسف، سواء كان [١٧/أ] هابطاً أو صاعداً، لاستواء مقعدته.

إلّا إذا اضطجع في المحمل؛ فإنه حينئذ يسترخي مفاصله.

وكذا: لو نام على التنور ورجلاه مدليان.. ينتقض. ولو نام مرتبعاً بلا سند على شيء.. لا ينتقض.

وإن سند ينتقض مطلقاً، على اختيار الحلواني لا على اختيار الطحاوي.

إلّا إن كان بحيث لو أزيل السند لسقط.

لَا نومُ قَاعِدٍ أو قَائِمٍ أَو رَاكِعٍ أَو سَاجِدٍ،.......................

(لا نوم قاعد)؛ متربعا أو لا، في الأرض، أو السرج أو في الإكاف، إلّا إذا كان مضطجعاً أو مستنداً على ما مرّ.

وفي «الخلاصة»: لو نام قاعداً فسقط على الأرض، عن أبي حنيفة أنه إن انتبه قبل أن يصيب جنبه الأرض، أو عند إصابته بلا فصل.. لا ينتقض وضوؤه.

وعن أبي يوسف.. ينتقض.

وعن محمد: أنه إن انتبه قبل أن تزول مقعدته عن الأرض.. لا ينتقض، وإن زالت قبل الانتباه.. ينتقض.

والفتوى على قول أبي حنيفة.

وقال الحلواني: ظاهر المذهب عن أبي حنيفة كما روي عن محمد، قيل: هو المعتمد، وسواء سقط أو لم يسقط.

وإن نام جالسا؛ وهو يتمايل ربما تزول مقعدته عن الأرض وربما لا تزول، قال الحلواني: ظاهر المذهب: أنه لا يكون حدثاً.

(أو قائم أو راكع أو ساجد) لتعمد النوم فيها أو غلبته عيناه في ظاهر المذهب.

وعن أبي يوسف: أنه إذا تعمد النوم في سجوده.. ينتقض وضوؤه، ولو تعمّده في قيامه أو قعوده أو ركوعه.. لا ينتقض؛ لأن الغالب في نوم السّجود الاسترخاء وبالتعمد صار جانياً بخلافه غير المعتمد، لعدم تصور الجناية في حقه حالة الصّلاة. وعن بعض أصحابنا: السّجود إن كان متجافياً على وجه السنة لا ينتقض؛ لبقاء المسكة.

وإن كان لا على وجه السنة.. ينتقض لزوال المسكة.

وعن الإسبيجابي: أنه إذا نام في سجود عامداً.. ينتقض ولو غلبة النوم لا.

هذا كله في الصلاة.

وأمّا إذا نام خارجها، ففي «الخلاصة»: لا فرق بينه وبين من في الصلاة في

وَلَا خُرُوجُ دودةٍ من جرحٍ وَلحمٍ سقطَ مِنْهُ.

وَمَسُّ ذكرٍ وَامْرَأَةٍ.

ظاهر الرواية. وصحّحه في «الهداية» لاشتراكهما في العلة؛ أعني زوال المسكة، ولإطلاق ما رواه البيهقي مرفوعاً: أنه لا يجب الوضوء على من نام جالساً أو قائماً أو ساجداً حتى يضع جنبه؛ فإنه إذا اضطجع.. استرخت مفاصله.

وعن أبي شجاع عن أصحابنا: أن النوم إنما لا يكون حدثاً في هذه الأحوال في الصلاة، وأما في خارجها.. يكون حدثاً.

وقوله: (ساجد) يعم السجدة الصلاتية، والتلاوة، وكذا سجدة الشكر عند محمد، خلافاً لأبي حنيفة على ما في «فتح القدير»، وسجدة السهو داخلة في الصلاتية.

(ولا خروج دودة من جرح) لأنها لتّولدها من لحم طاهر.. طاهرة، وما يستتبعها من النجاسة قليل.

وكذا الخارجة من الأنف، والأذن، والفم.

بخلاف الخارجة من السبيلين على ما قدمناه.

(و) لا **(لحم سقط منه)** لأن الساقط منه طاهر، وما يستتبعه من النجاسة قليل.

(و) لا **(مس ذكر)** ودبر وفرج.

وهو قول أبي حنيفة.

وقال الطحاوي: لم يُعلم أحد من الصّحابة أفتى بالوضوء من مسّ الذكر، غير ابن عمر.

وقد خالفه في ذلك أكثر الصّحابة؛ لما رواه أبو داود مرفوعاً: أنه ﷺ سئل عن رجل يمسّ ذكره في الصّلاة؛ فقال: [١٧/ب] «هل هو إلّا بضعةٌ منك؟!» وصحّحه ابن حبان، وهو حجّة على الشافعي؛ في قوله: بوجوب الوضوء في مسّ الذكر والفرج إذا كان بباطن الأصبع.

(و) لا مسّ (امرأة)، من قبيل الإضافة إلى الفاعل والمفعول. والمعتبر مسّ

البشرة، لا الشعر أو السن، وقد وقع الخلاف فيها في الصدر الأول، فعن علي وابن عباس: عدم النقضِ مطلقاً، لا وضوء اللّامس ولا وضوء الملموس؛ بشهوة أو لا، كان اللامس رجلاً أو امرأة.

وعن ابن مسعود: أنه ينتقض وضوء اللّامس مطلقاً؛ بشهوة أو لا، وله في الملموس قولان؛ وهو قول الشافعي، محتجاً بظاهر قوله تعالى: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾.

قلنا: يراد بالمس ههنا: الجماع، لأنه تعالى: بيَّن حكم الحدث الأصغر والأكبر عند القدرة على الماء بقوله: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ إلى قوله: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَٱطَّهَّرُواْ﴾ فبيّن فيه أن حكم الأكبر: الغسل، ثم أراد أن يبّين حكمهما عند عدم القدرة على الماء بقوله: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ ولفظ ﴿لَٰمَسْتُمُ﴾ يستعمل في الجماع، فيجب حمله عليه ليكون بياناً لحكم الحدث الأكبر عند عدم الماء؛ كما بيّن حكمهما عند وجوده، فإذا أريد به الجماع.. لا يجوز أن يراد به المسّ باليد؛ لعدم عموم المجاز، ولا عموم المشترك.

ولو قال: ولا أكل ما مسّته النار لكان أشمل؛ لأنّ طائفة من العلماء ذهبوا إلى وجوب الوضوء بأكل ما مسّته النار، محتجين بما رواه في «الصحيحين» مرفوعاً: «توضؤوا مما مسّته النّار»، وأجاب عنه جماهير العلماء من الخلف والسلف بوجهين؛ أحدهما: أنه منسوخ بحديث جابر رضي الله عنه قال: كان آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مسّته النار، قال النووي حديث صحيح رواه أبو داود والنسائي وغيرهما، بأسانيدهم الصحيحة.

والثاني: أن المراد بالوضوء في الحديث المذكور هو وضوء ما مسته النار، وهو غسل اليدين والفم والأنف والوجه وغسل اليدين إلى الذراعين، لا وضوء الصلاة، ويدل على أنّه منسوخ بما رواه الترمذي في «الشمائل»: أن النبي ﷺ أكل من جنب مشوي ثم قام إلى الصلاة، والحال أنه ما توضأ.

* * *

[مَطْلَب فِي فرَائِضِ الغُسْل]

وَفَرضُ الغُسْلِ: غسلُ الْفَمِ وَالْأَنفِ،...

[مَطْلَب في فرائض الغسل]

(**وفرض الغسل**) من الجنابة والحيض والنفاس، لأن المضمضة والاستنشاق ليسا بشرطين في الغسل المسنون.

وهو أربعة على ما سيأتي.

ولا في الغسل المستحب وهو غسل الكافر حين أسلم ولم يكن جنبا.

(**غسل**) داخل (**الفم والأنف**) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَٱطَّهَّرُواْ﴾؛ لأن صيغة التطهير للمبالغة وهي في الغسل لا في الوضوء، إلّا أن ما تعذر أو تعسّر غسله مستثنى منه للحرج.

فلا يجب غسل داخل العينين ولو مكتحلة بالكحل النجس.

وكذا داخل القلفة في القياس.

إلا أنهم أوجبوه استحساناً.

وقال الشافعي أنهما سنتان كما في الوضوء؛ لما رواه مسلم من الفطرة وعد منها المضمضة والاستنشاق.

قلنا: إنه محمول على حالة الحدث، بدليل ما روى عن ابن عباس عن النبي ﷺ [١٨/أ] قال: «هما فرضان في الجنابة، نفلان في الوضوء» والفطرة أعم من السنة، وقياسه على الوضوء فاسد؛ إذ لم يرد في الوضوء صيغة المبالغة.

ولو اغتسل الجنب ونسي المضمضة وشرب الماء اختلفوا فيه.

قيل: لا يخرج عن الجنابة إن شرب على وجه السنة، وإن شرب لا على وجه السنة يخرج عنها.

وقيل: لا يخرج مطلقاً إلّا أن يمج الماء في فيه، واختاره الناطقي.

وَسَائِرِ الْبدنِ.. لَا دلكُهُ.

قِيلَ: وَلَا إِدْخَالُ المَاءِ جِلدَةَ الأقلفِ.

وقيل: هو الأحوط.

ولو اغتسل وبين أسنانه فرجة وتأكد فيها الطعام بحيث لا يصل الماء إليه.. قيل: لا يجوز ما لم يخرج ويجري عليه الماء، واختاره الناطقي.

وقيل: يجوز واختاره في «التجنيس» و«قاضي خان».

قيل: الأحوط هو الأول.

وقال في «فتح القدير»: والدرن اليابس في الأنف: كالخبز الممضوغ والعجين.. يمنع، ولا يمنع ما انتضح من غسله في إنائه، بخلاف ما لو قطر كله في الإناء انتهى.

(وسائر البدن)، حتى يجب تحريك القرط والخاتم الضيقين إن ظن عدم وصول الماء تحتها.

ولو اغتسلت من الحيض والنفاس أو الجنابة وفي أظفارها عجين، أو الخباز، أو الطيان، أو الصّباغ، إذا اغتسل أو توضأ في أظفاره عجين، أو طين، أو درن.. اختلفوا فيه قيل: يتم غسله ووضوؤه؛ لأنّ ذلك لا يمنع وصول الماء إلى باطنه.

وقيل: يمنع فلا يتم غسله ووضوؤه.

ويستوى في ذلك القروي والمصري.

وقيل: يجب في المصري دون القروي، وقد ذكرناه في الوضوء.

(لا دلكه) وعن أبي يوسف وهو قول مالك: أنه واجب عملاً بصيغة ﴿اطهّروا﴾ لأنها للمبالغة؛ وذلك بالدّلك.

قلنا: بتسييل جميع البدن خرجنا عن عهدة المبالغة، قلنا: دلكه سنة لإكمال الفرض في محلّه.

(قيل: ولا) يجب **(إدخال الماء جلدة الأقلف)**، واختاره في «قاضي خان».

وقيل: وهو الأصحّ للحرج.

وفي الاستحسان أنه يجب، وصحّحه الإمام الكردي؛ لأن لداخل القلفة حكم الظاهر، حتى إنَّ البَوْل إذا نزل إليه وجب الوضوء. وبالمَنِيِّ وَجَبَ الغُسْل.

* * *

[مَطْلَب فِي سُنَنِ الغُسْل]

وسُنَّتُهُ:

غسلُ يَدَيْهِ، وفرجِهِ، ونجَاسةٍ إِن كَانَت.

وَالْوُضُوءُ...

[مَطْلَب فِي سُنَنِ الغُسْل]

(**وسُنَّتُهُ:**

- **غَسْلُ يَدَيْه**)؛ لما في «البخاري» أن النبي ﷺ كان إذا اغتسل من الجنابة بدأ فيغسل يديه، ثم يتوضأ، وفي رواية وكيع عن هشام: أنه يغسل ثلاثاً.

ولذا زاد في «الخلاصة» ثلاثاً.

(**وفرجه**) هكذا روته عائشة عن النبي ﷺ، وهو أعم من القبل والدبر.

(**ونجاسة**) هكذا روي منكرا، عن حميد الدين الضريري، وفي «النهاية» وهو الأصح.

قيل: ذكر النجاسة مغن عن ذكر الفرج؛ لأن الفرج إنما يغسل للنجاسة.

قلنا: عدم الغنى غير معتبر في تعدد السنن، ولو سلم فلا غنية؛ لأن تقدم غسل الفرج ليس للنجاسة بل للسنة سواء كان فيها نجاسة أو لا؛ مثل تقديم الوضوء على غسل باقي الأعضاء؛

(**إن كانت**) أي وجدت.

- (**والوضوء**) عطف على قوله: «غسل يديه» أي: مرة قبل الغسل.

وقيل: قبله أو بعده؛ على ما في «النووي». وأمّا التوضؤ قبله وبعده.. فليس بلازم على الاتفاق؛ على ما في «النووي».

وما نقل [١٨/ب] عن شرح شروط الصّلاة: أن يتوضأ قبله وبعده.. محمول على قبله أو بعده بمعنى إن لم يتوضأ قبله سهواً أو نسياناً، يتوضأ بعده؛ لحديث عائشة أن

إِلَّا رجلَيْهِ.

وتثليثُ الْغسْلِ الْمُسْتَوْعِبِ.

ثمَّ غسلُ الرجلَيْنِ، لَا فِي مَكَانِهِ إِن كَانَ فِي مستنقعِ المَاءِ.

رسول الله ﷺ إذا أراد أن يغتسل.. توضأ قبله، وإذا نسي الوضوء قبله.. يتوضأ بعده.

وإلّا فهو مخالف للاتفاق.

واختلفوا: هل يمسح رأسه في الوضوء قبل الغسل؟ قيل: يمسح. وصحّحه «قاضي خان».

وقيل: لا، ويكتفى بغسله بعده.

(**إلا رجليه**) لما في «البخاري» أنّ رسول الله ﷺ توضأ وضوءه للصّلاة غير رجليه.

وقال الشافعي: يكمل وضوءه ولا يؤخر رجليه؛ لما في «الصحيحين» أنه ﷺ كان يتوضأ كما يتوضأ للصّلاة.. قلنا: إنه محمول على ما إذا لم يكن في مستنقع الماء؛ عملاً بالدّليلين، ولأنّ غسلهما في مستنقع الماء لا يغني عن غسلهما مرّة ثانية؛ لأن ما أصابهما من الغسلات انتقل إليه الحدث، فيكون مستعملاً، والماء المستعمل: وإن كان طاهراً عند محمّد إلّا أن الأفضل غسلهما تنزّهاً.

- (**وتثليث الغسل المستوعب**)؛ لما في «البخاري» أنه ﷺ قال: «أما أنا فأفيض على رأسي ثلاثاً».

وكيفيته: أن يفيض على منكبه الأيمن ثلاثاً، ثم منكبه الأيسر ثلاثاً، ثم على رأسه، وهو المروي عن الحلواني.

وقيل: يبدأ بالأيمن، ثم بالرّأس، ثم بالأيسر.

وقيل: يبدأ بالرأس، ثم بالأيمن، ثم بالأيسر.

- (**ثم غسل الرجلين لا في مكانه إن كان في مستنقع الماء**)؛ لما رويناه وبيّناه.

[مَطْلَب فِي موجِبَات الغُسلِ]

وَفُرِضَ لإِنزَالِ مَنيٍّ ذِي دَفْقٍ وشهوةٍ، ....

[مَطْلَب في موجبات الغسل]

• (وفرض) الغسل (لإنزال منيّ) الصّحيح: أن سبب الغسل هي الجنابة ونحوها، وأمّا الإنزال ونحوه.. فهو علة [١٩/أ] العلة، وإضافة الحكم إلى العلة، أولى من إضافته إلى علّة العلّة.

(ذي دفق) يقال: دفق الماء دفقاً اصب شدة (وشهوة).

وليس المراد بالدّفق معناه الحقيقي، وإلّا لزم أن لا يتناول اللفظ من أنزل وذكره مماسّ لشيء مانع من الدّفق، لا من الخروج، بل المراد به الدفق بالقوة؛ أي: ما يستعد الدفق، وهو: أن يكون المني بحيث يدفق عند الخروج، لو لم يمنع منه مانع، فلا يبعد أن يجعل الشهوة تفسيراً لها، وينتظم العبارة على قول أبي حنيفة ومحمّد، بلا كلفة: من أنه لا يشترط في الغسل الدفق مع الشهوة؛ على ما ذهب إليه أبو يوسف، بل الشرط عندهما هو الشهوة فقط.

وعلى مني المرأة أيضاً؛ لأن منيّها إنما هي عن شهوة لا عن دفق.

وقال الشافعي - وهو قول عن محمّد وزفر، على ما نقله في «معراج الدراية»، ومختار بعض مشايخنا أيضاً، على ما في «الذخيرة» -: أنه يجب الغسل بخروج المني مطلقاً، سواء كان بشهوة أو لا؛ لما رواه مسلم عن النبي ﷺ: «إنما الماء من الماء» ولنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾، لأن الجنب: من خرج منه المنّي على وجه الشهوة.

يقال: أجنب الرجل إذا قضى شهوته، وغيره ليس في معناه، فلا يلحقه لا قياساً ولا دلالة، فبقي على العدم الأصلي؛ لأن الغسل: فرض بعد الإسلام بمدّة، فما لا دليل عليه.. بقي على ما كان عليه قبله، وما رواه.. منسوخ عند جمهور الصحابة ومن بعدهم؛ بالأمر بالغسل بالتقاء الختانين، أو هو محمول على نفي وجوب الغسل

وَلَيْسَ عَلَى الْمَرْأَةِ نقضُ ضَفيرتِهَا وَلَا بلُّهَا إِن بلَّ أَصْلَهَا.

ولا يخفى ما فيه من الاستدراك؛ لأنّ تأخير غسل رجليه إلى ما بعد الغسل، لا يكون إلّا فيما إذا كان في مستنقع الماء.

وإلّا فلا يؤخره؛ إلّا أن يقال: إن الشرط المذكور متعلق بقوله: «ثم غسل»، لا بقوله: «لا في مكانه».

(وليس على المرأة نَقْض ضَفِيرتها ولا بَلُّها) يجوز أن يكون الضمير راجعاً إلى المرأة وإلى الضفيرة (إن بلّ أصلها): متعلّق بكلّ من النقض والبل، وأمّا إذا لم يبل أصلها؛ بأن لم يصل الماء دواخل شعرها.. ففي وجوب نقضه لغسل بواطن شعرها قولان عن أبي حنيفة.

أحدهما: وجوب النقض وهو قول مالك والشافعي.

وثانيهما: أنه لا يجب على ما في «فتح الباري».

وفي تخصيص المرأة: إشارة إلى أن حكم الرجل بخلافها؛ لأن مفهوم الخلاف: معتبر عند باقي الرّوايات؛ ففي «فتح الباري»: فرق طائفة بين الرجال والنساء فأوجبوا النقض على الرّجل بعد بلوغ الماء أصول شعره، دون المرأة، وهو الصّحيح من مذهب أبي حنيفة، واختاره صدر الشهيد.

هذا: إذا كانت ذوائبه مفتولة؛ كما يفعله العلويّون.

وأما: إذا كانت منقوضة.. فيجب إيصال الماء تحتها بالاتفاق، كما في اللّحية على ما في «كمال الدراية».

واختلفوا في تنشيف الأعضاء في الوضوء والغسل؟ قيل: إنه مستحب.

وقيل: مكروه.

وقيل: مباح.

وقيل: يكره في الصيف دون الشتاء.

وقال في «فتح الباري»: فعل التنشيف: قول أبي حنيفة وأحمد.

* * *

وَلَو فِي نومٍ؛ عِنْدَ انْفِصَالِهِ لَا خُرُوجِهِ، خلَافاً لأبي يُوسُفَ.

بالرؤية في النوم ولم يُنزِل، على ما روي عن ابن عبّاس على طريقة مفهوم الخلاف، أو على خروج المني عن شهوة؛ لأن قوله: «من الماء» يتناول المذي والودي، وليس فيهما غسل بالإجماع، فيحمل على أخصّ الخصوص؛ وهو حالة الشهوة، والخارج في هذه الحالة هو المني؛ لما رُوِيَ عن عائشة رضي الله عنها: وأما المني فهو الماء الأعظم الذي منه الشهوة وفيه الغسل.

أو على ماتأولناه من الآية: حملاً للمطلق على المقيد؛ لاتحاد الحادثة، والاتحاد كاف في حمل المطلق على المقيد عنده.

(ولو) - وصلية - **(في نوم)** لقوله ﷺ: «فلتغتسل» حين سئل عن المرأة التي ترى في منامها مثل ما يرى الرّجل.

(عند انفصاله) من الصّلب؛ متعلق بالشهوة **(لا)** عند **(خروجه)** من رأس الذكر أو الفرج عندهما؛ **(خلافاً لأبي يوسف)**، حيث شرط الشهوة عند الخروج.

واعلم: أنه لا يجب الغسل إذا انفصل عن مقرّه من الصّلب بشهوة، إلَّا إذا خرج على رأس الذكر بالاتفاق.

وإنمّا الخلاف في أنه: هل يشترط مقارنة الشهوة للخروج؟

فعند أبي يوسف.. نعم.

وعندهما.. لا. وكون محّل الخلاف هذا يُعلَم مما سنتلو عليك، من وجهي الطرفين.

ولأبي يوسف أن الغسل لا يجب إلَّا بالانفصال والخروج معاً، والشهوة حالة الانفصال شرط بالاتفاق، فكذا حالة الخروج؛ لأنه جزء علة.

ولهما: أن الغسل واجب بهما معاً، فبالنظر إلى وجود الشهوة حالة الانفصال.. يجب الغسل، وبالنظر [١٩/ب] إلى عدمها حالةَ الخروج.. لا يجب، فأوجبناه احتياطاً.

فإن قيل: الريح الخارجة من المفضاة يحتمل الخروج من القبل والدبر، فينبغي

ولرؤيةِ مستيقظٍ لم يَتَذَكَّرِ الِاحْتِلَامَ بللاً وَلَو مذياً، خلَافاً لَهُ.

أن يرجح خروجها من الدبر، حتى يكون ناقضاً للوضوء احتياطاً، كما فيما نحن فيه، لكنهم قالوا.. إنها غير ناقضة.

قلنا: لا، ثم إنها غير ناقضة.

بل هي ناقضة عند بعض المشايخ، على ما ذكرناه، ولو سلّم أنها غير ناقضة، ولكن الشك هناك جاء من الأصل، فتعارض الموجب وغير الموجب، وتساويا وتساقطا، فعملنا بالأصل الثابت يقيناً؛ وهو الطهارة.

وأما ههنا.. فقد جاء دليل عدم الوجوب من الوصف؛ وهو عدم الشهوة، ودليل الوجوب من الأصل؛ وهو وجود نفس الماء مع الشهوة.. فكان في إيجاب الاغتسال ترجيحاً لجانب الأصل على جانب الوصف، وهو صحيح؛ لأنّ دليل الوجوب قد سبق بمزايلته بالشهوة عن محلّه، وعدم الخروج بالشهوة بعد المزايلة والسبق من أسباب الترجيح.

وثمرة هذا الخلاف: تظهر فيمن احتلم، أو استمنى بكفه، أو جامع امرأته في غير الفرج فلمّا انفصل المني عن مقرّه من الصّلب بشهوة، أخذ إحليله حتى سكنت فأرسل فخرج بلا شهوة.. يجب الغسل عندهما، لا عنده.

وفيمن اغتسل بعد الجماع، قبل النوم، والبول، أو المشي، ثم خرج منه المني بلا شهوة.. يعيد الغسل عندهما، لا عنده.

وبعد أحد هذه الثالثة.. لا يعيد بالاتفاق.

وكذا.. لا يعيد الصلاة الّتي صلّاها بعد الغسل الأوّل، قبل خروج ما تأخر من المني اتفاقاً.

- **(ولرؤية مستيقظ لم يتذكر الاحتلام بللاً)** في ثوبه، أو فخذه **(ولو)** - وصلية - **(مذياً خلافاً له)**: يعني يجب له الغسل عندهما، لا عنده؛ لاحتمال انفصاله عن شهوة، ثم نسي، ورق هو بالهواء، خلافاً له.

قيل: هذا الخلاف: من ثمرة الخلاف المتقدم، وردّه ابن الهمام بأنّ هذا الاحتمال: ثابت في الخروج كذلك كما هو ثابت في الانفصال كذلك، فالحق ليست بناء على الخلاف المتقدم، بل هو يقول: لا يثبت وجوب الغسل بالشكّ في وجود الموجب.

وهما: احتياطاً؛ لقيام ذلك الاحتمال، وقاسا على ما لو تذكر الاحتلام، ورأى ماء رقيقاً، حيث يجب الغسل اتفاقاً؛ حملاً للرقة على ما ذكرناه. هذا كلامه.

ولا يخفى عليك: أنه لا يمنع البناء على الخلاف المتقدم؛ لأنّه إنما يقول: بعدم ثبوت وجوب الغسل بالشك في وجود الموجب؛ بناء على قوله السابق: من أنه لا يجب الغسل إلّا عند تحقق الموجب؛ وهو الخروج بشهوة نعم، قوله: وقاسا، وجه آخر، غير ما تقدم.

وقال ابن الهمام: قول أبي يوسف أقيس، وأخذ به خلف بن أيوب، وأبو اللّيث وفي «السراج الوهاج»: والفتوى على قول أبي يوسف في الصيف، وعلى قولهما في غيره، في الفروع كلّها.

واعلم: أنّ مسألة المستيقظ يحتمل وجوهاً؛ لأنه: إما تيقن أنّ ما رآه مني، أو مذّي، أو ودي، أو شك أنه مني أو مذّي، [٢٠/أ] أو أنه مني أو ودي، أو أنه مذي أو ودي، وكل منهما:

إمّا أن يكون مع تذكر الاحتلام، أو لا، فصار اثني عشر وجهاً.

والغسل.. يجب بالاتفاق في ستة منها:

- فيما إذا تيقن أنه منّي؛ تذكر الاحتلام أو لا.

- وفيما إذا تيقن أنه مذّي؛ وتذكر الاحتلام، أو شك أنه منّي أو مذي، أو أنه مني أو ودي، أو أنه مذي أو ودي؛ وتذكر الاحتلام في الكلّ.

ولا يجب بالاتفاق في ثلاثة منها:

فيما إذا تيقن أنه ودّي؛ تذكر الاحتلام أو لم يتذكر.

أو شك أنه مذي أو ودي ولم يتذكر الاحتلام.

ويجب عندهما، لا عند أبي يوسف في ثلاثة منها:

فيما شك أنه مني أو ودّي، أو أنه مني أو مذّي،

أو تيقن أنه مذي ولم يتذكر الاحتلام على ما في «البحر»؛ قال في «المنية»: إن المستيقظ إذا شكّ أن ما رآه مني أو مذي، ولم يتذكر الاحتلام.. لا يجب الغسل اتفاقاً، فكلام المصنف؛ يحتاج إلى تأمل صادق في تطبيقه على محلّ الخلاف من هذه الاحتمالات.

وقال في «الخلاصة»: ولسنا نوجب الغسل بالمذي لكن المني يرق بإطالة المدة؛ فكان مراده ما يكون صورته صورة المذي، لا حقيقة المذي. انتهى.

فعلى هذا: يكون مراد المصنف بقوله: «ولو مذيا» ولو على صورة مذي.

وكذا المراد بقولهم: أو تيقن أنه مذي.

ويؤيده ما قاله ابن الهمام: التيقن متعذر مع النوم.

قال في «فتح القدير»: ولو تذكر الاحتلام والشهوة؛ ولم ير بللا لا يجب الغسل اتفاقاً؛ أي: سواء خرج منه مذي بعد ساعة بعد التيقظ، أو لم يخرج؛ على ما ذكره نجم الدّين النسفي.

ولا يعارضه ما ذكر في «ذخيرة الفقهاء»: أنّ من احتلم ولم ير بللا، فتوضأ وصلى الفجر، ثم نزل منه مني.. يجب عليه الغسل؛ لأنه إنما يجب عليه الغسل بنزول المني، ولا كلام فيه. لا بالاحتلام السّابق، حتى لا يعيد صلاة الفجر؛ ولو كان بالاحتلام.. لزمه إعادتها.

وإنما يعارضه ما ذكره «قاضي خان» عن بعض الفقهاء: إذا وجدت المستيقظة لذّة الجماع؛ كان عليها الغسل وإن لم تر بللا.

ولإِيلَاجِ حَشَفَةٍ فِي قُبُلٍ أَو دبرٍ من آدَمِيّ حَيّ...................

وكذا المستيقظ على ما صرّح به في «فتح الباري».

قلنا: مراده بالاتفاق: في ظاهر الرواية، لا مطلقاً، واتفاق أكثر الفقهاء، وكلام المصنف ساكت عن هذا القول، لا مناف إلّا أن يلاحظ مفهوم الخلاف.

وروي عن محمّد في مستيقظ وجد ماء ولم يتذكر احتلاماً؛ إن كان ذكره منتشراً قبل النوم.. لا يجب الغسل، وإلا.. يجب؛ لأنه بناء على أنه عن شهوة، لكن ذهب عن خاطره، فظهر منه: أنّ مدار الوجوب كون المرأة من الماء؛ احتمال كونه منياً، والغالب في صورة الانتشار قبل النوم كونه مذياً.

فإن قيل: قد ذكر في «الظهيرية»: بال فخرج منه مني؛ إن كان ذكره منكسراً لا غسل عليه؛ وإن كان منتشراً فعليه الغسل فعلم منه أن مجرّد كون الماء منياً لا يكفي في الوجوب.. قلنا: كون الماء في هذه الصورة منياً ممنوع، كيف [٢٠/ب] وإن المنّي لا يكون إلّا عن شهوة، على ما ذكرناه عن عائشة، ولهذا نقل في التجنيس: وجوب الغسل حالة الانتشار؛ بأنه وجد الخروج والانفصال عن شهوة، هذا ولو غشي عليه، أو سكر؛ فأفاق ثم وجد مذياً لا غسل عليه بالاتفاق؛ لأن المذي لا بد له من سبب، ولا سبب له حال الغشي والسّكر، بخلاف حال النوم؛ لأنه مظنة الاحتلام، وبالمستيقظ احترز عنه.

- **(ولإيلاج حشفة)** بالحاء المهملة رأس الذكر من موضع الختان؛ **(في قُبُل)** امرأة يجامع مثلها؛ لأن الإيلاج في فرج البهيمة والميتة والصغيرة التي لا يجامع مثلها بلا إنزال.. لا يوجب الغسل عندنا.

(أو دبر من آدمّي حيّ) احترز بالآدمي عن البهيمة، وبالحّي عن الميتة؛ لما ذكرناه.

واعلم: أنّ مطلق الإيلاج في الآدمي؛ يتناول: إيلاج الذكر في القبل والدبر، وإيلاج الإصبع فيهما:

- وفي إيلاج الإصبع في الدبر خلاف في إيجاب الغسل؛ على ما في «فتح القدير».

وَإِن لم يُنزِلْ، عَلَى الْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ بِهِ.

- وفي صوم «التجنيس»: المختار أنه لا يجب الغسل بإدخال الإصبع في الدبر، ولا القضاء؛ لأنه ليس آلة للجماع، فصار كالخشبة.

وفي إضافة الإيلاج إلى الحشفة إشارة إلى «التجنيس» **(وإن)** - وصلية - **(لم ينزل على الفاعل والمفعول به)**؛ لما في «الصّحيحين» «إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جدّها.. فقد وجب الغسل».

لم يقيد بالإنزال؛ فدل على الوجوب بإيلاج القبل صراحة؛ والدبر في معناه فيلحق به بالإجماع، بخلاف البهيمة والميتة والصغيرة، التي لا تشتهى عند عدم الإنزال؛ لأنها ليست في معنى المشتهات، فلا يلحق بها.. فلا يصح إقامة السبب فيها مقام المسبب؛ وهو الموجب الغسل في الإيلاج وبدون الإنزال، وليس هذا تخصيص النص ابتداء، بالمعنى على ما ظنّ بل هو قول بموجب «إنّما الماء من الماء» يعني أنّ الغسل إنما يجب عند خروج الماء حقيقة أو حكماً، ولو سلم.

ولكنه جائز عند بعض الفقهاء.

ثم الاعتبار في الجماع تغييب الحشفة من صحيح الذكر، فإذا غيبها بكمالها.. تعلقت به جميع الأحكام.

ولا يشترط تغييب جميع الذكر بالاتفاق.

ولو غيّب بعض الحشفة.. لا يتعلق به شيء من الأحكام بالاتفاق.

وأمّا إذا كان الذكر مقطوعاً؛ فإن بقي منه دون الحشفة.. لم يتعلق به شيء من الأحكام.

وإن كان الباقي قدر الحشفة؛ فحسب تعلق الأحكام بتغييبه بكماله.

وإن كان زائداً على قدر الحشفة ففيه وجهان:

أصحّهما: أن الأحكام.. تتعلّق بقدر الحشفة منه.

والثاني.. لا يتعلق شيء من الأحكام إلّا بتغييب جميع الباقي.

ولو لف على ذكره خرقة وأولج في فرج المرأة ولم ينزل.. قيل يجب عليها الغسل.

وقيل: لا يجب.

وقيل: إن كانت الخرقة غليظة تمنع وصول اللّذة والرّطوبة.. لا يجب، وإلّا.. يجب.

والأوّل أحوط، وصحّحه النّووي.

ولو استدخلت المرأة ذكر بهيمة.. يلزمها.

بخلاف ما لو جومعت [٢١/أ] فيما دون الفرج فسبق الماء إلى فرجها.

أو جومعت البكر وبكارتها لا تزال بعد حيث.. لا غسل عليهما؛ إلّا إذا ظهر الحَبَل؛ لأنه حينئذ تحقق أنهما أنزلتا.

وبخلاف ما لو قالت: المرأة إن معي جنياً يأتيني في النّوم مراراً، وأجد ما أجد وإذا جامعني زوجي، حيث.. لا غسل عليهما ما لم تر الماء؛ على ما في «فتح القدير».

وقال في «البحر»: عليها الغسل لوجود الإيلاج؛ وكأنه عمّم الإيلاج للآدمي والجني.

فاستفيد منه: أنه لو قال رجل: إنّ معي جنية أجامعها في النوم؛ واجد معها ما أجد مع امرأتي عند الجماع.. يلزمه الغسل على ما في «البحر».

وقال في «فتح القدير» وحكي.. وجوب الغسل على ما غابت الحشفة في فرجه.

خلافاً في «المبتغى» فعلى هذا.. لا يجب الغسل بإيلاج حشفة في الفرج إلّا على الفاعل فقط؛

قلت: الذي ظهر من عبارة «المبتغى» ليس هذا؛ حيث قال فيه: وتواري حشفة

ولَانقطَاعِ حيضٍ ونفَاسٍ.

لَا لمذيٍ، ووديٍ،..

في قبل أو دبر، على الفاعل والمفعول.. يوجب الغسل أنزل أو لم ينزل.

وفي الميتة والبهيمة وما دون الفرج لا بدَّ من الإمناء.

والصّغيرة التي لا تُشتهى.. لا غسل عليها؛ ما لم تنزل على رأي. انتهى.

فإن الظاهر منه أن الخلاف: إنما هو في الصغيرة الغير المشتهاة؛ لا مطلقاً.

- **(ولانقطاع حيض ونفاس)**؛ فيه: أن الانقطاع طهر؛ فلا يوجب الأطهار؛ فالأولى أن يقول: ولحيض ونفاس؛ لأنهما سبب له؛ غير أنهما لا يفيدان حال قيامهما؛ كحال جريان البول؛ فإذا انقطع أفاد.

وحاصله: أنه يوجب الغسل بشرط الانقطاع؛ فإن قيل: إنهما دمان مخصوصان والجوهر لا يصح سبباً للمعنى.. قلنا: له نظير في الشرع؛ كالبيت للحج.

أو نقول: المراد بهما معناهما اللغوي لا الدم المخصوص.

واختلفوا فيمن ولدت ولم تر دما أصلا؟

قيل: يجب عليها الغسل.

وقيل: لا.

والأول أصحّ.

والخلاف: فيما إذا ألقت مضغة أو علقة.

(لا لمذي)؛ فيه ثلاث لغات: أشهرها فتح الميم وسكون الدال؛ وهو ماء أبيض رقيق لزج يخرج عند شهوة لا بشهوة ولا دفق، وهذا لما في «الصحيحين» أن عليّا أمر المقداد فسأل النبي ﷺ عن المذي فقال: «يغسل ذكره ويتوضأ» قال أبو حنيفة والشافعي: يغسل ما أصابه المذي من الذكر،

وقال مالك: جميعه،

وقيل: مع الأُنْثَيَيْن.

(وودي) ماء أبيض ثخين، يخرج بعد البول.

وكذا لا يجب بإيلاج الخنثى المشكل ذكره في فرج امرأة أو دبرها؛ لاحتمال أن يكون امرأة وهذا الذكر منه زائد فيصير كمن أولج إصبعه.

وكذا إذا أولج رجل ذكره في فرج خنثى مشكل بلا إنزال لجواز أن يكون الخنثى رجلاً والفرج منه بمنزلة الجرح.

* * *

وَاحتلَامٍ بِلَا بَللٍ، وإِيلَاجٍ فِي بَهِيمَةٍ أَو ميتَةٍ بِلَا إِنْزَالٍ.

فإن قيل: فعلى هذا كيف يتصور كونه من نواقض الوضوء لأنه قد انتقض بالبول؟

قلنا: الأسباب المتعاقبة، أوجبت أحداثاً متعددة، يجزيه عنها وضوء واحد؛ لما قاله محمّد فيمن حلف لا يتوضأ من الرعاف فبال ثم رعف ثم توضأ أنه يحنث، وهذا صريح في أن الرّعاف بعد البول يوجب الحدث، هذا في ظاهر الرواية.

وقيل: الوضوء من الأول؛ وهو المروي عن الجرجاني؛ ورجحه في «فتح القدير» بما حاصله: أن العلة الأولى لما عملت عملها - كان عمل الثاني من قبيل تحصيل الحاصل، فلا تعمل، نعم؛ لو وقعت الأسباب دفعة.. أضيف الحكم إليها [٢١/ب] إلى كلها ولا ينفي ذلك كون كلّ علة مستقلة؛ لأن معنى الاستقلال: كون العلة بحيث لو انفردت عمل عمله، وهذه الحيثية ثابتة لكلّ منها في حال الاجتماع،

وعن الهندواني إن اتحد الجنس؛ كأن بال ثم بال فهو من الأول، وإلّا فمنهما.

(**واحتلام بلا بلل**) لما في «الصحيحين» جاءت امرأة إلى رسول الله فقالت: يا رسول الله هل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ قال: «نعم إذا رأت الماء» علّق الحكم بالشرط؛ فإذا عدم الشرط.. انعدم الحكم بالعدم الأصلي؛ لا لأنّ العدم علّة العدم، إذ لا تعليل بالإعدام عندنا، وقد ذكرنا بعض ما يتعلق بها في مسألة المستيقظ.

ثم ما ذكر جواب ظاهر الرواية.

وقيل: يجب الغسل على الرجل باحتلامه بلا بلل في جميع الرّوايات.

(**وبإيلاج في بهيمة أو ميتة بلا إنزال**) لنقصان السبب فيهما، فلا يقام مقام المسبب على ما ذكرناه.

ولم يذكر الصغيرة الغير المشتهاة؛ لما فيه من الخلاف السابق،

[مَطْلَب في الغسل المسنون]

وَسُنَّ لِلْجُمُعَةِ.

[مَطْلَب في الغسل المَسْنُون]

- (وَسُنَّ) الغسل (لِلْجُمُعَةِ) وقال مالك: إنه واجب؛ لما في «البخاري» مرفوعاً: «من جاء منكم الجمعة فليغتسل».

قلنا: إنه ممنوع بما صحّحه الترمذي مرفوعاً أيضاً أنه أفضل، ولئن قيل: لم يعلم له تاريخ مؤخر فلا يكون ناسخاً.. قلنا: نحمل الأمر على الندب عملاً بالدّليلين.

ومنه ظهر قوة قول من قال: غسل الجمعة مستحبّة.

ولنا أن نقول: إن حكم هذا الأمر قد انتهى بانتهاء علته؛ على ما أفاده ما رواه أبو داود عن عكرمة أنّ ناساً من أهل العراق جاؤوا فقالوا: يا ابن عبّاس أترى الغسل يوم الجمعة واجباً؟ فقال: لا، ولكنه طهور وخير لمن اغتسل، ومن لم يغتسل فليس عليه بواجب، وسأخبر كيف بدأ الغسل: كان الناس مجهودين يلبسون الصوف ويعملون على ظهورهم، وكان مسجدهم ضيقاً مقارب السّقف، فخرج رسول الله ﷺ في يوم حار، وعرق النّاس في ذلك الصّوف، حتّى ثارت منهم رياح، حتى آذى بعضهم بعضاً، فلمّا وجد رسول الله ﷺ تلك الرياح قال: «يا أيها النّاس إذا كان هذا اليوم فاغتسلوا وليمس أحدكم أمثل ما يجده من دهنه وطيبه».

قال ابن عباس: ثم جاء الله بالخير، ولبسوا غير الصوف، وكفوا عن العمل، ووسع مسجدهم. فإذا انتهى حكم هذا بانتهاء علّته؛ يعني العمل بما صحّحه الترمذي من الأفضلية فيكون مستحباً.

ثم اختلفوا؛ فقال أبو يوسف: هو لصلاة الجمعة.

وقال حسن بن زياد: ليومها.

وهذا الخلاف جارٍ في غسل العيدين وعرفة أيضاً؛ على ما في «البدائع».

وَالْعِيدَيْنِ.

وَالإِحرَامِ.

وَفِي عَرَفَةَ.

- (والعيدين) لما رواه ابن ماجه، أن رسول الله ﷺ كان يغتسل يوم الفطر ويوم النحر ويوم عرفة.
- (والإحرام)؛ لما رواه الترمذي أن النبي ﷺ تجرد لإهلاله واغتسل [٢٢/أ].
- (وفي عرفة)؛ لما رويناه.

* * *

[مَطْلَب فِي الغُسْلِ الوَاجِب]

وَوَجَبَ لِلْمَيتِ كِفَايَةً.

وعَلَى مَن أسلمَ جُنُباً.

وَإِلَّا ..نُدِبَ.

[مَطْلَب في الغُسْلِ الوَاجِب]

(وَوَجَبَ) مع اشتراط النية لإسقاط وجوبه عن المكلّف لا لتحصيل طهارة الميّتة؛ على ما في كتاب الجنائز من «فتح القدير».

- (لِلمَيت كِفَاية) إذا قام به بعض.. سقط عن الباقين.
- (وَعَلَى مَنْ أَسلَمَ جُنُباً) وهو الأصحّ واختاره الإمام السّرخسي؛ لأنّ الجنابة السّابقة باقية بعد الإسلام، فلا يمكنه أداء ما يشترط بزوالها إلَّا به فيجب، بخلاف الكافرة إذا حاضت ثم طهرت ثم أسلمت؛ لأن سبب الغسل في حقها انقطاع الحيض، والانقطاع لا يدوم، فلم يوجد بعد الإسلام، حتّى لو أسلمت حائضاً ثم طهرت.. وجب عليها الغسل، وهذا حجة على من قال إنّ الغسل لا يجب عليهم؛ لكونهم غير مخاطبين بالفروع.

ولو بلغ الصبي بالاحتلام؛ والصّبية بالحيض؛ فبعضهم قال يجب الغسل عليها لا عليه.

والأحوط يجب عليهما على ما اختاره «قاضي خان»؛ لأنّ وقت البلوغ وقت توجّه الخطاب، فيجب عليها إلَّا وقت انعقاد العلّة وإلّا.. لم يجب عليها.

(وإلّا) أي وإن لم يكن جنباً (نُدِب) الغسل بعد إسلامه ووجب الوضوء للصّلاة وإن لم يحدث بعد إسلامه، إلى وقت الصّلاة لأنّ سبب الوضوء هو القيام إلى الصّلاة؛ وقد وجد بعد إسلامه، وكذا ندب الغسل لدخول مكة، وللوقوف بمزدلفة، ولمدينة رسول الله ﷺ، وللمجنون إذا فاق، والصّبي إذا بلغ بالسّن، ومن غسل

الميت، ولمن رأى ليلة القدر، وللتأدب من الذنب، وللقادم من السفر، ولمن يراد قتله، وللمستحاضة إذا انقطع دمها.

* * *

[مَطْلَب مَا يحرم بَالحدث]

وَلَا يجوزُ لمُحْدِثٍ:

مَسُّ مصحفٍ إِلَّا بغلَافِهِ الْمُنْفَصِلِ - لَا الْمُتَّصِلِ فِي الصَّحِيحِ- وَكُرِهَ بَالكُمِّ.

[مَطْلَب ما يحرم بالحدث]

(ولا يَجُوزُ لِمُحْدِثٍ:

• **مسّ مصحف**)؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ﴾ والمراد بالمصحف ما جمع فيه القرآن.

ولو أريد به ما جمع فيه الصّحف.. يتناول سائر الكتب السماوية أيضاً؛ لأنّ مسّ المحدث بها لا يجوز أيضاً؛ على ما صرّح به في «المبتغى».

وقالوا: يكره للمحدث مسّ كتب التفسير والسّنن والفقه؛ لأنها لا تخلو عن آيات القرآن، ولا بأس بمسها بالكم.

وفي «المتبغى».. عدّ كتب التّفسير من قبيل المصحف في عدمّ الجواز.

(**إلا بغلافه المنفصل**)؛ أي الجلد الغير المشرّز، (**لا المتصل**)؛ أي المشرز (**في الصحيح**) احترز به عمّا قيل المراد بالغلاف هنا الكم.

ولا بأس بأن يرفع الطاهر المصحف إلى الصبيان المحدثين؛ لأن منعهم منه يفضي إلى تضييع حفظ القرآن؛ وفي تكليفهم بالوضوء حرج.

(**وكره**) المس تحريماً (**بالكم**) على الصّحيح؛ لأنه تابع الماس.

بخلاف كتب الشريعة لأهلها؛ حيث رخّص فيها بالكم؛ لضرورة الحاجة.

وفي «المحيط» كره بعض مشايخنا مسّ المصحف بالكم، وعامّتهم على أنه لا يكره.

وعن محمّد فيه روايتان على ما في التمرتاشي.

وَلَا مسُّ دِرْهَمٍ فِيهِ سُورَةٌ.

وَلَا لجُنبٍ دُخُولُ الْمَسْجِدِ إِلَّا لضَرُورَةٍ.

وَلَا قِرَاءَةُ الْقُرْآنِ..

وقال في «المبتغى»: ولا بأس للجنب أن يكتب القرآن والصحيفة على الأرض عند أبي يوسف، وكره ذلك عند محمّد.

• (**ولا**) يجوز (**مسّ درهم**) ونحوه؛ من لوح وغيره؛ (**فيه سورة**) أو آية تامة؛ خصّها بالذكر بناء على عادتهم من كتابة سورة الإخلاص.

والأصل فيه [٢٢/ب] ما تلوناه (إلّا بصرّته) بضم الصّاد والتشديد.

• (**ولا**) يجوز (**لجنب دخول المسجد إلّا لضرورة**)؛ لا للعبور ولا للبث؛ لما رواه أبو داود عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «واجّهوا هذه البيوت عن المسجد؛ فإنّي لا أحّل المسجد لجنب ولا حائض».

وقال الشافعي: يجوز لهم الدخول للعبور والمرور؛ لقوله تعالى ﴿إِلَّا عَابِرِى سَبِيلٍ﴾.

قلنا: إلّا ههنا بمعنى «لا»؛ على ما صرّح به أهل التفسير؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا﴾ أي ولا خطأ؛ أو المراد بالصلاة في الآية: معناها الحقيقي؛ على ما هو الأصل، لا موضع الصلاة، على ما ظنّ الشافعي، و﴿إِلَّا عَابِرِى سَبِيلٍ﴾؛ أي للمسافرين.. فإنه يباح لهم قبل الاغتسال بالتّيمّم؛ على ما رُوِيَ عن علي وابن عبّاس.

• (**ولا**) يجوز لجنب وحائض (**قراءة القرآن**) بخلاف المحدَث؛ لأن الجنابة يحل الفم، والحيض في معناها؛ بخلاف الحدث فإنه لا يحّل الفم، ولو غسل جنب فمه ليقرأ القرآن؛ أو المحدث يده ليمّس.. لا يجوز لهما ذلك على الأصحّ؛ لأن الجنابة والحدث لا يتخيران وجوداً وزوالا على الأصح، وروي عن أبي حنيفة أنه لا بأس بذلك بناء على تخييرهما واختاره نجم الأئمة البخاري.

- وَلَو دونَ آيَةٍ - إلَّا عَلَى وَجهِ الدُّعَاءِ أَو الثَّنَاءِ.

وَيجوزُ لَهُ الذِّكرُ وَالتَّسْبِيحُ وَالدُّعَاءُ.

وَالْحَائِضُ وَالنُّفَسَاءُ كَالجنبِ.

(**ولو دون آية**) على ما اختاره الكرخي؛ لعموم قوله ﷺ: «لا يقرأ الحائض والجنب شيئاً من القرآن»، وقال الطحاوي: يجوز قراءة ما دون الآية بقصد القُراة؛ على ما رواه ابن سماعة عن أبي حنيفة؛ لأنّ ما دون الآية لا يعدّ بها قارئاً حتّى لا تصحّ بها الصّلاة.

وجوّز في «الخلاصة» قراءة الآية القصيرة، حيث قال فيها: ومن حرمات الحيض قراءة القرآن إلّا إذا كانت آية قصيرة تجري على اللسان عند الكلام، كقوله «ثم نظر» أو «لم يولد» انتهى.

والمعلّمة إذا حاضت.. تعلم كلمة كلمة، وتقطع بين الكلمتين؛ على رواية الكرخي، ونصف آية ونصف؛ على رواية الطحاوي، وفي «الظهيرية»: يكره للحائض والجنب قراءة التوراة والإنجيل والزبور؛ لأن الكل كلام الله تعالى.

وكذا مسّها لهما.

ويكره لهما قراءة دعاء الوتر؛ لشبهه القرآن؛ لأنّ أبيّاً جعله من القرآن.

وفي ظاهر الرواية أنه لا يكره، وعليه الفتوى؛ لأن قراءة القرآن بقصد الدّعاء جائز وغيره أولى.

(**إلا على وجه الدعاء، والثناء**) وهو المختار عند أبي حنيفة.

وقال الهندواني لا أفتي به.

(**ويجوز له**) أي للجنب (**الذكر والتسبيح والدعاء**.

- **والحائض والنفساء كالجنب**) في الأحكام المذكورة.

* * *

(فصل)

وَتجوزُ الطَّهَارَةُ بِالْمَاءِ الْمُطلقِ؛ كَمَاءِ السَّمَاءِ، وَالْعينِ، وَالبئرِ، وَالأوديةِ، وَالبحَارِ،..

فصل

(**وتجوز**) أن يحل، وينفذ، ويمضي على الصحة؛ على ما في «المصباح».

ولكلّ منها محمل (**الطهارة**) من الخبث والحدث، (**بالماء المطلق كماء السّماء**)؛ أي المطر والثلج الذائب الإضافة لأدنى ملابسه مثل: فيء الزّوال (**والعين والبحار والبئر والأودية**).

فإن قيل: المطلق ما يتعرض للذات فقط دون الصفات، وهذه الإضافات تنافيه فلا يصح التمثيل بها؛

قلنا: الإضافة مجرد التنويع لا للتقييد كما في المقيّد، فإن القيد فيه لازم، لا يجوز إطلاق لفظه الماء عليه بدون [٢٣/أ] القيد؛ كماء الورد، والثمر، بخلاف هذه الماء، فإنه لو كان في بيت ماء بئر، أو عين، أو بحر، وماء ورد ونحوه فقيل لصاحب البيت: هات ماء ينصرف إلى هذه الماء، ويتبادر الذهن إليها، بخلاف ماء المستعمل؛ والماء المتنجس؛ فإنّ الذّهن وإن يتبادر إليهما أيضاً؛ إلّا أنه لا يجوز الطّهارة بهما؛ لمانع خارجّي، ثم الأصل ههنا قوله تعالى: ﴿وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً لِّيُطَهِّرَكُم بِهِۦ﴾ وماء العيون والبحار والبئر والأودية، كلها من السّماء، وإنما سلكت ينابيع في الأرض؛ كما قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ ٱللَّهَ أَنزَلَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً فَسَلَكَهُۥ يَنَٰبِيعَ فِى ٱلْأَرْضِ﴾.

وأما الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا﴾ وبحديث النبي ﷺ: «الماء طهور» فليس في تلك المثابة؛ لأن الدّعوى: جواز الطّهارة بهذه المياه، وليس ما يوجب ذلك.

بل إنما أفاد واصف الماء بالطهورية، وهم مصرّحون بأن ليس معنى الطهور لغة ما يطهّر غيره؛ بل إنما هو المبالغ في طهارته؛ أي طهارته قوية ولا يستلزم ذلك كونه يطهّر غيره.

وَإِن غيَّر طَاهِرٌ بعضَ أَوْصَافه؛ كَالتراب وَالزعفرَانِ وَالصَابونِ،..................

(وإن غيرّ طاهر بعض أوصافه) من الطّعم واللّون والريح، والمراد بالتغير: ما كان بلا طبخ، حتّى لو تغيّر بطبخ.. لا يجوز الطهارة به اتفاقاً.

كما إذا تغير ينجس؛ لأن بالطّبخ: يحصل كمال الامتزاج وبه.. يصير الماء مقيد إلّا إذا قصد به: زيادة التطهير؛ كالطّبخ بالسّدر، والاشنان؛ ولم يغلب على الماء.

قيدّ ببعض أوصافه؛ لأنه إذا تغير كلّ أوصافه.. لا يجوز التوضؤ به؛ لأن الغالب حينئذ أن يخرج عن رقته فصار ثخناً.

حتى لو لم يخرج عن رقته.. جاز الوضوء به وإن تغيرّ أوصافه الثلاثة على الأصحّ؛ كأوراق الأشجار وقت الخريف يقع في الحياض فتغيّر ماؤها من حيث الطعم واللّون والرائحة ثم إنهم يتوضؤون منها من غير نكير.

(كالتراب والزعفران والصّابون) وأمّا ماء الزرنيخ كماء المرق؛ على ما اختاره القدوري، وبمنزلة ماء الزعفران؛ على ما اختاره الإمام السّرخسي وصحّحه في «الهداية» وهو المروي عن أبي يوسف؛ والتوفيق بينهما: أنّ مراد القدوري ما كان الماء مغلوباً مستهلكاً، وما روى عن أبي يوسف ما كان الماء غالباً.

والإضافة في قولهم: (ماء الزعفران) ونحوه مثلها في: (ماء البئر).. فلا يكون مقيداً؛ لأنّ الكلام فيما كان المخالط مغلوباً؛ لأنّ حكم الغالب منه سيأتي مصرحاً، والمخالط المغلوب لا يسلب الإطلاق؛ حتى يجوز للقائل أن يقول: «هذا ماء» من غير زيادة عليه؛ إلّا ترى يقال في ماء المد والنيل حالة غلبة لون الطين عليه، وتقع الأوراق في الحياض زمن الخريف، فيمرُّ الرّفيقان ويقول أحدهما للآخر: هنا ماء تعال نشرب ونتوضأ؛ فيطلقه مع تغيّر أوصافه؛ وهذا حجّة على الشافعي في جعل ماء الزعفران ونحوه مقيّداً بسبب إضافته [٢٣/ب].

فإن قيل: لو حلف لا يشرب؛ فشرب ماء الزعفران ونحوه.. لم يحنث.

ولو استعمله المحرم.. لزمته الفدية.

أَو أنتنَ بَالمُكثِ.

لَا بِمَاءٍ خرجَ عَن طبعِهِ:

بِكَثْرَةِ الأوراقِ،..................................

ولو وكّل رجلاً باشتراء الماء فاشترى ماء الزعفران ونحوه.. لا يجوز، على ما صرّحوا به فهل هذا لأنّ الماء ليس ماء مطلقاً فالجواب: أن اليمين والوكالة مبنيان على العرف؛ وفي العرف أن هذا الماء لا يشرب وإن كان ماء مطلقاً.

والمحرم إنما لزمه الفدية؛ لاستعماله عين الطيب، وإن كان مغلوباً في حق جواز الطهارة.

(أو أنتن بالمكث).

وأمّا لو أنتن بالنجاسة.. فلا يجوز.

ولو شك فيه أنه بالمكث، أو بالنجاسة.. يجوز؛ إذ الأصل الطّهارة، ولا يلزمه السّؤال.

(لا) يجوز (بماء) - يجوز بالمدّ والقصر - (خرج عن طبعه)؛ أي الرقة والسّيلان (بكثرة الأوراق)، وأما إذا لم يخرج عنه.. فيجوز به الوضوء على الأصحّ، وإن تغيرّ أوصافه الثلاثة على ما قدّمناه؛ لأن العبرة في كون الماء مقيداً بمخالطة الجامد زوال رقته ولم يوجد ذلك؛ وهذه حجة على ما روي عن إبراهيم الميداني أنه لا يجوز أيضاً معلّلا بأنه صار مقيّداً.

وأمّا المعتبر في مخالطة المائع فغلبة الوصف؛ فإن كان مخالفاً للماء في وصف واحد؛ كماء البطيخ يخالفه في الطعم؛ وماء الورد يخالفه في الرائحة.. فالمعتبر غلبة ذلك الوصف؛ وإن خالفه في وصفين.. فالمعتبر غلبة أحد الوصفين كاللّبن؛ وإن خالفه في الأوصاف الثلاثة.. فالمعتبر غلبة أكثرها كالخلّ.

وإن كان لا يخالفه شيء من الأوصاف؛ كالماء المستعمل على القول بأنه طاهر غير مطهر؛ وكماء الورد المنقطع رائحته.. فالمعتبر كثرة الأجزاء، وكذا إن كانت

أَوِ اعتصرَ مِن شجرٍ وتمرٍ، أَو بِغَلَبَةِ غَيرِهِ، أَو بَالطبخِ؛ كَالأَشربةِ وَالخلِّ وَمَاءِ الْورْدِ، وَمَاءِ البَاقلَاءِ وَالمَرَقِ.

مساوية احتياطاً؛ حتى يضم إليه التَّيمُّم عند المساواة؛ وإذا لم يوجد غيره.

(**أو اعتصر من شجر أو تمر**) أشار بالاعتصار؛ إلى أن المتقاطر من الكرم ونحوه.. يجوز به الوضوء؛ على ما اختاره صاحب «الهداية» والأحوط: أنه لا يجوز؛ لكمال الامتزاج، واختاره الحلواني و«قاضي خان».

(**أو بغلبة غيره**) من الطاهر؛ كالتراب والزعفران ونحوه.

(**أو بالطبخ كالأشربة والخلّ وماء الورد وماء الباقلاء والمرق**)؛ أي ما يطبخ فيه اللحم وغيره؛ اعلم: أنه إن كان المراد بالأشربة.

ما يتخذ من الشجر؛ كشراب الرّمان والحماض، وبالخّل الخالص.. يكونان نظيري المعتصر من الشجر والثمر، ويكون ماء الباقلاء والمرق.. نظير ما غلب عليه غيره.

وإن كان المراد بها الخلّ المخلوط بالماء كالدّبس وبالخلّ المخلوط بالماء تكون الأربعة نظير الماء الذي غلب عليه غيره.

وأمّا ماء الورد يحتمل أن يكون من المعتصر من الشجر وأن يكون من المعتصر من الثمر حكماً.

ثم الأصل في جميعها: الخروج من طبع الماء، فينتقل الحكم إلى التَّيَمُّم عند عدم غيرها.

فإن قيل: إنها يجوز إزالة الحنث قياساً على الماء؛ فلم لا يجوز إزالة الحدث بها أيضاً.؟

قلنا: إنّ إزالة الخبث في الماء معقول المعنى فيصح القياس عليه.

وإما [٢٤/أ] إزالة الحدث فليس بمعقول المعنى فيه؛ إذ ليس في أعضاء الوضوء عين نجس حتّى يزال بالماء؛ وإنّما هو تعبد محض.. فلا يقاس عليه.

،..

وليست في معنى الماء من كلّ وجه؛ لأنّ الماء مبذول عادة، والمائعات ليست كذلك.. فلا يلحق به دلالة أيضاً.

ثم اعلم: أنهم اتّفقوا على أن الماء المطلق لا يخرج عن صفة الإطلاق إلّا إذا غلب عليه غيره.

واختلفت عباراتهم في تحقيق ما به الغلبة؛ ففي «الهداية» أنه الأجزاء؛ وذكر الإسبيجابي: أنها تعتبر أوّلا باللّون؛ ثم بالطعم؛ ثم بالأجزاء؛ وفي «الينابيع».

لو نقع الحمص أو الباقلاء وتغيّر لونه وطعمه وريحه.. يجوز الوضوء به؛ فإن طبخ؛ فإن كان إذا برد ثحن.. لا يجوز الوضوء به؛ أو لم يثخن ورقه الماء باقية.. جاز.

وفي الغاية عن أبي يوسف: ماء الصّابون إن كان ثخينا قد غلب على الماء.. لا يتوضأ به، وإن كان رقيقاً.. يجوز، وكذا ماء الأشنان، وفيه أيضاً: إن كان الطين غالباً عليه.. لا يجوز الوضوء به، وإن كان رقيقاً.. يجوز، وأشار القدوري إلى أنه: لو تغيّر وصفاه.. لا يجوز الوضوء به، وذكر «قاضي خان»: أن الغلبة تعتبر.. بحسب الأجزاء عند أبي حنيفة.. ومن حيث اللّون والطعم والريح عند محمّد، والصحيح: قول أبي حنيفة، فلا بد في التوفيق من بيان ضابطه؛ وهي على ما ذكره بعض مشايخنا: أن التّقييد المخرج عن الإطلاق بأمرين.

أحدهما كمال الامتزاج؛ وهو: إما بالطّبخ مع طاهر لا يقصد به التنظيف وإما بتشرب البنات بحيث لا يخرج منه إلّا بعلاج.

والثاني غلبة الممتزج؛ وذلك يكون: بالاختلاط من غير طبخ ولا تشرب بنات.

ثم هذا الممتزج لا يخلو إما أن يكون جامداً أو مائعاً؛ فإن كان جامداً فما دام الماء على رقته فالماء.. هو الغالب، وإن كان مائعاً فلا يخلو إما أن يكون: مخالفاً للماء في الأوصاف كلّها، أو في بعضها، أو لا يكون كذلك؛ فإن لم يكن مخالفاً في شيء منها كالماء المستعمل على القول بأنه طاهر غير مطهرّ.. تعتبر بالأجزاء.

وَلَا بِمَاءٍ قَلِيلٍ وَقعَ فِيهِ نجَسٌ.........................

وإن كان مخالفاً في كلّها كالخل؛ فإن غيّر الثلاث أو أكثر.. لا يجوز الوضوء به وإلّا.. جاز؛ وإن كان مخالفاً له في وصف أو وصفين.. تعتبر الغلبة من ذلك الوجه؛ كاللبن يخالفه في اللّون والطعم فإن كان واحد منهما غالباً.. لا يجوز وإلا.. يجوز؛ وكماء البطيخ يخالفه في الطعم تعتبر الغلبة بالطعم؛ فعلى هذا يحمل قول من قال: إن كان رقيقاً يجوز الوضوء به وإن تغير أوصافه؛ على ما إذا كان المخالط جامداً.

ويحمل قول من قال: إن غيّر أحد أوصافه.. جاز، وإن غيرَ الإثنان.. لا؛ على ما كان المخالط يخالفه في الثلاثة.

ويحمل قول من قال: إذا غير أحد أوصافه.. لا يجوز على ما يخالفه في وصف أو وصفين؛ ويحمل قول من قال: المعتبر في الغلبة الأجزاء على ما لا يخالفه في شيء من الصفات؛ فعلى هذه القاعدة: أن الماء المستعمل لو اختلط بالماء المطلق الأكثر منه.. لا يصير المطلق مستعملاً ما لم يكن مساوياً له [٢٤/ب] أو أكثر منه؛ على ما في «البدائع».

وقيل: يصير مستعملاً وإن قل المستعمل. والأوّل أصح؛ لما في «المحيط» إذا وقع الماء المستعمل في البئر.. يفسد الماء، وينزح كلّه عند أبي يوسف؛ لأنه نجس، وعند محمد.. لا يفسد ويجوز التوضؤ به ما لم يغلب على الماء. وهو الصّحيح؛ لأنّ الماء المستعمل.. طاهر عنده، وفي «السّراج الهندي» وهذه الرواية، هو الصحيح، وفي «التحفة» وهو المختار.

(ولا بماء قليل) غير جار؛ لأن حكم الجاري سيجيء مصرّحاً **(وقع فيه نجس)** غيّر ذلك النّجس أحد أوصافه أو لم يغيّر، قليلاً كان النجس أو أكثر، واعلم: أنهم أجمعوا على أن الماء إذا تغيّر أحد أوصافه بالنجاسة.. لا يجوز الطهارة به قليلاً كان الماء أو كثيراً راكداً كان أو جارياً وإن لم يتغير بها أحد أوصافه، فالقليل منه ينجّس دون الكثير.

ثم اختلفوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير؛ فقال مالك: إذا تغير أحد أوصافه بها.. فهو قليل لا يجوز الوضوء به.

مَا لم يكن غدِيراً لَا يَتَحَرَّكُ طرفُهُ الْمُتَنَجِّسُ بتحريكِ طرفِهِ الآخرِ، أَو لم يكن عشراً فِي عشرٍ،.........................

وإلّا.. فهو كثير.

وعلى هذا.. يختلف الحال بحسب اختلاف النجاسة في الكم.

وقال الشافعي: إذا بلغ قلّتين.. فهو كثير يجوز الوضوء به ما لم يتغير.

وإلّا.. فهو قليل لا يجوز الوضوء به وإن لم يتغير بما وقع فيه من النجاسة.

وقال أبو حنيفة في ظاهر الرواية عنه.. يعتبر فيه أكبر رأي المبتلي؛ إن غلب على ظنه أنه بحيث تصل النجاسة إلى جانب الآخر فهو قليل.. لا يجوز الوضوء به، وإلا جاز.

وعنه اعتباره بالتّحريك للاغتسال، أو الوضوء، أو اليد، وهو المروي عن أبي يوسف، وإليه أشار بقوله: **(ما لم يكن غديراً لا يتحرك طرفه المتنجس بتحريك طرفة الآخر)**، وعامة المتأخرين من أصحابنا اعتبره بعشر في عشر، وهو المروي عن محمد، واليه أشار بقوله **(أو لم يكن عشراً في عشر)**؛ أي طوله وعرضه عشرة؛ فيكون وجه الماء مائة ذراع؛ بذراع الكرباس، أو المساحة، وجوانبه أربعين زراعاً.

ومنهم من اعتبر ثمانياً في ثمان.

ومنهم من اعتبر اثني عشر في اثني عشر.

ومنهم من اعتبر خمسة عشر؛ في خمسة عشر هذا كذلك إن كان الغدير مربّعا.

وإن كان مدوّراً: فالأكثرون اعتبروا جوانبه ثمانية وأربعين احتياطاً، وفي «الظهيرية» الصحيح: أنه ستة وثلاثون؛ لأن قطرها عشرة قطعاً، وإنما نقص باعتبار كل زاوية ذراع من الجانبين، من كل جانب نصف ذراع.

وقيل أربعة وأربعون.

وإن كان مثلثاً: فعلى ما في «السراج» إن يعتبر كلّ جانب خمسة عشر ذراعاً وربع ذراع.

إذا عرفت هذا فأعلم: أنّ كثيراً من مشايخنا؛ منهم الكرخي، وصاحب الغاية والينابيع، والإمام السّرخسي؛ صحّحوا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة في الحد الفاصل واختاروها، وقال ابن الهمام: ظاهر الرواية عن أبي حنيفة.. هو الأليق بأصل أبي حنيفة؛ أعني عدم التحكم بتقدير فيما لم يرد فيه تقدير شرعي، والتفويض فيه إلى رأي المبتلي؛ بناء على عدم صحة ثبوت تقديره شرعاً.

وأما التقدير بعشر في عشر، أو ثمان في ثمان، أو اثني عشر في اثني عشر، وترجيح الأوّل؛ أخذا من حريم [٢٥/أ] البئر فهو غير منقول عن أئمة الثلاث.

وقال الحاكم: قال أبو عصمة: كان محمّد بن الحسن يوقت في ذلك بعشر في عشر، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة، وقال : لا أوقت شيئاً.

والمتأخرون إنما أفتوا بعشر في عشر توسعة على الناس؛ لما رأوا أن الرأي مختلف، بل من الناس من لا رأي له فأفتوا به توسعة عليهم.

لا لأنه مذهب أصحابنا.

ولا لأنه أصل في الشرع يرجع إليه.

فإن قيل: فإن في «شرح الوقاية»: وإنما قدر به بناء على قوله ﷺ: «من حفر بئراً فله حولها أربعون ذراعاً» فيكون له حريمها من كلّ جانب عشرة ففهم من هذا: أنه إذا أراد آخر أن يحفر في حريمها بئراً يمنع؛ لأنه يتجذب الماء إليها، وينقص الماء في البئر الأولى.

وإن أراد أن يحفر بئر بالوعة يمنع أيضاً؛ لسراية النجاسة إلى بئر الأولى، وتنجس ماؤها.

ولا يمنع فيما وراء الحريم؛ وهو عشر في عشر، فعلم: أن الشرع اعتبر العشر في العشر في عدم سراية النجاسة. أجيب عنه بثلاثة أوجه؛ أحدها: أن كون حريم البئر عشر أذرع من كل جانب قول البعض والصحيح أنه أربعون من كلّ جانب،

والثاني: أن قوام الأرض أضعاف قوام الماء فقياسه عليها في مقدار عدم السّراية غير مستقيم، الثالث: أن المعتمد في البعد بين البالوعة والبئر نفوذ الرائحة؛ أن تغير لونه، أو ريحه، أو طعمه.. يتنجس.

وإلّا فلا كذا في «الخلاصة» و«قاضي خان»: فإن قيل: وما أصل ظاهر الرواية؟ قلنا: الأصل فيها أن كلّ ما لا يقدر شرعاً فهو مفوض إلى رأي المبتلى به. فنفوض هذا إلى رأي المبتلي؛ لأن أمثال هذه الأمور: ليس ما يجب فيه على العامي تقليد مجتهد؛ على ما صرّح به ابن الهمام؛ إذ ليس فيه مدرك شرعي يرجع إليه المجتهد ثم يجب على العامي تقليده فالمعتبر هو رأي المبتلي.

وما رواه مالك: الماء طهور لا ينجسه شيء ما لم يغير أحد أوصافه.

قلنا إنه محمول على الماء الجاري؛ لأنه ورد في بئر بضاعة، وماؤها كان جارياً في البساتين.

على أن الدارقطني: ذكر أنّ حديث بئر بضاعة لم يثبت.

وما رواه الشافعي: إذا كان الماء قلتين لا يحمل خبثا فلا يصلح أن يحتجّ به؛ لأنه ضعّفه جماعة من المحدّثين؛ منهم الحافظ بن عبد البر القاضي إسماعيل بن إسحاق، وأبو بكر بن العربي المالكيّون، ومنهم البيهقي من الشافعية وفي «البدائع» عن ابن المدني: لا يثبت حديث القلتين.

وأما ما احتج به بعض مشايخنا على رواية الأصل بما في «الصحيحين»: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه» فلم يمسّ محل النزاع؛ لأن النزاع في تحديد الماء الكثير، الذي يتوقف تنجّسه على تغيره بالإجماع على ما ذكرناه.

فكلّ من مالك والشافعي يقول بموجبه؛ لأن موجبه تنجس الماء الدائم في الجملة لا جميع الماء؛ لأن اللّام فيه ليس للاستغراق؛ للإجماع على أن الكثير لا ينجس إلّا بتغيره بالنجاسة. فيقولان: إذا تغير أو لم يبلغ قلّتين ينجّس. وبذلك

وعُمقهُ مَا لَا تنحسرُ الأَرْضُ بَالغرفِ.........................

تحصل المطابقة [٢٥/ب] لمدعانا، أعني: بعض الماء ينجّس بالنَّجاسة.. فلم يصلح شيء من هذه المرويّات مدركاً لما نحن فيه.

(**وعمقه**) أي عمق الغدير المحدود بأحد الحدّين المذكورين (**ما لا تنحسر الأرض بالغرف**)؛ أي لا ينكشف؛ حتى لو انكشف ثم اتصل بعد ذلك لا يتوضأ منه. وهذا هو المروي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة واختاره أبو جعفر، وصحّحه في «الهداية» وعليه الفتوى؛ على ما في «الخلاصة» و«معراج الدراية».

وقيل: إن كان بحال لو اغترف لا يصيب يده وجه الأرض.

وقيل: مقدار ذراع.

وقيل: مقدار شبر.

وقيل: لا تقدير فيه في «ظاهر الرّواية»؛ كما في عرضه وطوله، بل إذا أخذ وجه الأرض يكفي. وصحّحه في «البدائع». وهو الموافق لما في «قاضي خان» وغيره: أن العبرة عند من قال عشر في عشر، إلى وجه الماء، لا إلى عمقه.

ولهذا قالوا: حوض أعلاه عشر في عشر وأسفله أقلّ منه جاز الوضوء والاغتسال منه.

وإن قلّ ماؤه وانتهى إلى موضع هو أقلّ من عشر في عشر.. لا يجوز.

حوض أقلّ من عشر في عشر لكنّه عميق؛ فوقعت فيه النجاسة، ثم بسط وصار عشراً في عشر.. فهو نجس.

وإن وَقَعَت فِيه النَّجَاسة وهو عشر في عشر، ثم اجتمع فصار أقل منه.. فهو طَاهِر؛ لأَنَّ العِبْرة لِوَقْت الوُقُوع. كَذَا في «الخُلَاصَة» حوض صغير تنجس ماؤه، فدخل الماء من جانب وخرج من جانب آخر.. يصير طاهراً عند أبي جعفر، وقال أبو بكر الرازي، وصدر الشهيد.. لا يطهر حتى يخرج منه ثلاث مرّات، أو مثل ما كان في الحَوْض.

فَإِنَّهُ كَالجَاري،.........................

ولو كان للماء طول دون عرض، فإن في الاختيار وغيره: الأصحّ أنه إن كان بحال لو ضم بعضه إلى بعض يصير عشراً في عشر.. فهو كثير.

ولو كان له عمق بلا سعة، لو بسط بلغ عشراً في عشر.. اختلف فيه.

ومنهم من صحّح جعله كثيراً. والأوجه خلافه؛ على ما في «فتح القدير»؛ لأنّ مدار الكثرة عند أبي حنيفة: على تحكيم الرّأي في عدم خلوص النجاسة إلى جانب الآخر.

وعند تقارب الجوانب لا شكّ في غلبة الخلوص إليه، والاستعمال يقع من السّطح لا من العمق. (**فإنه كالجاري**).. فلا يتنجّس موضع الوقوع منه ما لم يظهر أثر النجاسة ويتغير، وهو المروي عن أبي يوسف، وقال ابن الهمام: وهو الذي ينبغي تصحيحه، فينبغي عدم الفرق بين المرئية وغيرها؛ لأن الدليل إنما يقتضي عند الكثرة.. عدم التنجس إلّا بالتغير من غير فصل.

وهو الحكم المجمع عليه.

ويوافقه ما في «المبتغى» قوم يتوضؤون صفا على شط النهر.. جاز.

فكذا في الحوض؛ لأن ماء الحوض في حكم ماء جار؛ أي الحوض الكبير هذا كلام ابن الهمام.

وعلى هذا القول يتفرع قولهم: إذا توضأ من الحوض الكبير وسقط غسالته عليه.. لا يلزمه تحريك الماء حين غسل عضوه مرة ثانية؛ وقال مشايخ العراق.. أنه يتنجس موضع الوقوع، وصحّحه صاحب «المبسوط» و«البدائع» وجعله الزَّيْلَعي الأصح بلا فرق بين المرئية وغيرها.

وقال مشايخ بخارى يتوضأ في غير المرئية من جانب الوقوع وفي المرئية لا.

وألحقوا بالماء الجاري [٢٦/أ] حوض الحمام إذا كان الماء ينزل من أعلاه؛ حتى لو أدخلت القصعة النجسة، واليد النجسة فيه.. لا ينجّس.

وهل يشترط مع ذلك تدارك اغتراف الناس منه؟ فيه خلاف ذكره في «المنية» وأكثرهم على أنه.. لا ينجّس.

وكذا لو اغترفوا منه بقصاعهم.. لا ينجّس عند أكثرهم سواء كان ينزل الماء من أعلاه أو لا، ذكره «قاضي خان».

ثم لا بدّ من كون جريانه لمد وله كما في العين والنهر هو المختار؛ على ما في «فتح القدير».

وما قيل: لو استنجى بقمقمة فلما صبّ منها لاقى المصبوب البول قبل يده فهو طاهر؛ لأنه ماء جار؛ قال صاحب «الهداية» في التجنيس: فيه نظر لأنه يقتضي أنه إذا استنجى لا يصير نجساً وليس بشيء.

قال: ونظيره ما أورده المشايخ في الكتب: أنّ المسافر إذا كان معه ميزاب واسع، وأدواة ماء يحتاج إليه، ولا يتيقّن وجود الماء، لكنه على طمعه؛ قيل: ينبغي أن يأمر أحداً من رفقائه حتى يصب الماء في طرف الميزاب وهو يتوضأ وعند الطّرف الآخر إناء طاهر يجتمع فيه الماء، فإنه.. يكون الماء طاهراً وطهوراً؛ لأنه جار.

وقال بعضهم: هذا ليس بشيء؛ لأن الجاري إنّما.. لا يصير مستعملاً إذا كان له مدد؛ كالعين، والنهر، ومما أشبه ذلك: حوضان صغيران يخرج الماء من أحدهما ويدخل في الآخر فتوضأ في خلال.. جاز لو كان الممرّ طاهراً؛ لأنّه جار.

وكذا إذا وقطع الجاري من فوق؛ وقد بقي جري الماء.. كان جائزاً أن يتوضأ بما يجري في النهر.

وذكر في «قاضي خان» في المسألة الأولى: أنه الماء الذي اجتمع في الحفيرة الثانية.. فاسد؛ وهذا بناء على كون الماء المستعمل نجساً؛ وأمّا على أنه طاهر غير طهور.. فلا.

وَهُوَ مَا يذهبُ بتِبْنَةٍ.. فَيجوزُ الطَّهَارَةُ بِهِ، مَا لم يُرَ أثرُ النَّجَاسَةِ.

وَهُوَ: لونٌ، أَو طعمٌ، أَو ريحٌ.

فإن في «فتح القدير» فلتحفظ هذا ولا يفتى به.

(وهو ما يذهب بتبنة)، وهو المشهور في تعريف الماء الجاري.

وقيل: إن وضع رجل يده عرضاً في الماء لم ينقطع جريانه.

وقيل: لو اغترف الماء بكفيه ولم ينحسر وجه الأرض ولم ينقطع الجريان.

وقيل: ما لا يتكرر الاستعمال.

وقيل: ما يعدّه الناس جارياً.

وهو الأصحّ؛ على ما في «الزَّيْلَعي».

وقالوا: التوضؤ من الحوض أفضل من التوضؤ من الماء الجاري؛ وعلّلوه: بأنّ التوضؤ من الماء الجاري لم يصدر من النبي ﷺ ولا من أصحابه.

بل إنما توضؤوا من الحياض. فالتأسي بهم أفضل.

وإنّما لم يتوضؤوا من الماء الجاري لعدم وجدانهم؛ لأنّ الغالب في زمانهم الآبار، والحياض؛ وعلّله الإمام البزازي في فتاواه بقوله: رغماً للمعتزلة بناء على مسألة الجزء الذي لا يتجزأ انتهى. يعني أن المعتزلة منعوا التوضؤ من الحياض الواقع فيها النجاسة ولو كان عشراً في عشر؛ لحكمهم بنجاستها.

وقلنا: إن التوضؤ منها أفضل من التوضؤ من الجاري رغماً لهم؛ لأن نجاسة ماء الحوض بطريق السراية بناء على القول بالجزء الذي لا يتجزأ. وذلك لا يتصور في الحوض الكبير. وأنتم قائلون بالجزء الذي لا يتجزأ أيضاً. كما هو مذهب جمهور المتكلّمين. **(فيجوز الطّهارة به ما لم ير)**؛ أي لم يعلم؛ لأن الرؤية لا تنتظم الطعم والريح، **(أثر النجاسة)**.

(وهو لون أو طعم أو ريح) فإذا علم مرائية أو لا استدلال [٢٦/ب] بالأثر على المؤثر؛ لما قال محمّد في كتاب الأشربة: ولو كسرت خابية خمر في الفرات، ورجل

يتوضأ أسفل منه؛ فما لم يجد في الماء طعم الخمر أو ريحه أو لونه.. يجوز الوضوء به.

وكذا لو استقرت المرئية فيه؛ بأن كانت جيفة؛ إن ظهر أثرها.. لا يجوز.

وإلا يجوز؛ سواء أخذت الجيفة الجرية أو نصفها، وإنما العبرة لظهور الأثر.

ويوافقه ما ذكر في «الينابيع» قال أبو يوسف في ساقية صغيرة فيها كلب ميت سد عرضها فيجري الماء فوقه وتحته إنه.. لا بأس بالوضوء أسفل منه إذا لم يتغير طعمه أو لونه أو ريحه.

وقيل: ينبغي أن يكون هذا قول أبي يوسف خاصة.

أما عند أبي حنيفة ومحمّد.. لا يجوز الوضوء أسفل من الكلب انتهى.

فإن الظاهر منه عدم الفرق بين المرئية وغير المرئية؛ لأنه اعتبر ظهور الأثر في المرئية.

فاعتباره في غير المرئية علم بطريق الأولى.

لكن الظاهر من «قاضي خان» و«الخلاصة» و«المحيط» الفرق بين المرئية وغير المرئية.

وإن المعتبر في غير المرئية ظهور الأثر.

وفي المرئية النظر إلى حال الماء الجاري على النجاسة في القلة والكثرة. فإنه قال في «المحيط»: إذا وقعت النجاسة في الماء الجاري؛ فإن كانت غير مرئية كالبول.. لا يتنجس ما لم يتغير طعمه أو لونه أو ريحه، وإن كانت مرئية كالجيفة والعذرة؛ فإن كان النهر كبيراً.. لا يتوضأ من أسفل الجانب الذي فيه الجيفة، ويتوضأ من جانب الآخر.

وإن كان صغيراً: فإن لاقيها أكثر الماء فهو.. نجس؛ وإن كان أقل فهو.. طاهر، وإن كان النصف.. جاز الوضوء به في القياس.

وَالْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ طَاهِرٌ غيرُ مطهِّرٍ، ....

والأحوط أنّه لا يجوز استحساناً. وإلى هذا الفرق ذهب أبو جعفر.

ونظيره ما قالوا: إنّ ماء المطر إذا جرى في ميزاب من السّطح وكان على السطح عذرة.. فالماء طاهر إن كان الماء الذي يجري على غير العذرة.

وإن كانت العذرة أكثر عند الميزاب؛ فإن الماء كله أو أكثره أو نصفه يلاقي العذرة فهو.. نجس.

وإن كان أكثره لا يلاقي العذرة فهو.. طاهر.

وكذا ماء المطر؛ إذا جرى على عذرات واستقع في موضع.. فالجواب كذلك، ورجّح ابن الهمام القول الأوّل؛ أعني ظهور الأثر مطلقاً بلا فرق بين المرئية وغيرها؛ حيث قال إن الحديث وهو قوله ﷺ: «الماء طهور لا ينجّسه شيء» لما حمل على الماء الجاري.. كان مقتضاه جواز التوضؤ من أسفله، وإن أخذت الجيفة أكثر الماء ولم يتغيّر.

(والماء المستعمل)؛ واعلم: أن الكلام في الماء المستعمل في أربعة مواضع.

في صفته وحكمه وسببه ووقت ثبوته.

وأشار إلى الأوّل بقوله **(طاهر)**.

وإلى الثاني بقوله **(غير مطهّر)** وقد جعله «الزَّيْلَعي» من قبيل الصفة؛ بهذا رواية محمد عن أبي حنيفة؛ وهو قوله، وقول الشافعي.

ولم يذكر في ظاهر الرواية بيان صفته من الطهارة أو النجاسة.

فلهذا: لم يثبت مشايخ العراق خلافاً بين أصحابنا في صفته. وقالوا: إنه طاهر غير طهور عند أصحابنا.

وغيرهم أثبتوا الخلاف، فقالوا: عن أبي حنيفة روايتان:

في رواية محمد عنه: أنه [٢٧/أ] طاهر غير طهور.

وفي رواية أبي يوسف والحسن: أنه نجس.

هُوَ الْمُخْتَارُ...

غير أنّ أبا يوسف روى التغليظ عنه، والحسن التخفيف.

وقالوا: إنه على رواية الطّهارة لا يزيل الأحداث ولكنه يزيل الأنجاس عند أبي حنيفة؛ لأن إزالة النجاسة الحقيقية.. تجوز بالمائعات عند أبي حنيفة.

خلافاً لمحمد؛ لأن الماء المستعمل وإن كان طاهراً عنده إلّا أنه.. لا يجوز إزالة النجاسة الحقيقية بها عنده؛ لأن أصله أن إزالة النجاسة: لا يكون إلّا بالماء المطلق؛ والماء المستعمل ليس بمطلق.

ثم هذا **(هو المختار)** للفتوى عند مشايخ ما وراء النهر؛ لما في الصّحيحين عن جابر أن النبي ﷺ توضّأ فصبّ وضوءه عليه؛ ولأنّ ملاقاة الطاهر بالطّاهر.. لا يوجب التنجس؛ ولكن أقيمت به قربة، أو أزيل به حدث، فغيّرت صفته؛ كمال الزكاة فإنه لما أقيمت به القربة.. تغيّرت صفته، حتى حرم على الهاشمي والغني؛ لكونه مدنّساً ومع هذا.. لم يصل إلى حد النجاسة؛ حتى لو صلّى حامل دراهم الزكاة.. صحت.

فكذا في الماء؛ وإن تغير بسلب طهوريته.. لا يصل إلى حد النجاسة؛ ما لم يقم نصّ على نجاسته.

فإن قيل: إن الخطايا تخرج مع الماء، وهي قاذورات، ينتج من الشكل الثالث بعض القاذورات تخرج مع الماء وبذلك.. تنجس.

أما الصّغرى فلقوله ﷺ: «إذا توضأ المؤمن خرجت خطاياه من جميع بدنه حتى تخرج من تحت أظفاره».

وأما الكبرى: فلقوله ﷺ: «من ابتلي منكم بشيء من هذه القاذورات.. فليستتر بستر الله» قلنا: لا نسلم أن إطلاق القاذورات على الخطايا حقيقي أمّا لغة فظاهر، وأمّا شرعاً؛ فلجواز صلاة من ابتلي بها عقيب وضوئه؛ إذا لم تكن من النواقض؛ دون غسل بدنه كذا في «فتح القدير».

وَعَنِ الإِمَامِ: أَنَّهُ نجسٌ مغلَّظٌ...

فإن قيل: لو لم يكن نجساً لجاز الشرب والوضوء به في الأسفار، ولم يقل به أحد، ولم يفعله النبي ﷺ ولا أصحابه؛ قلنا: عدم الوضوء به لعدم طهوريته لا لعدم طهارته، وعدم الشرب؛ لاستقذار الطبيعة؛ كما استقذر النبي ﷺ الضب وترك أكله.

(وعن الإمام أنّه نجس مغلظ) رواه الحسن عنه؛ لما رواه مسلم مرفوعاً «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه وهو جنب»؛ لأن الظاهر من العطف الاشتراك في الحكم وهو.. كونه نجساً؛ فإن قيل: إنما نهى عن الاغتسال فيه لكيلا يخرج الماء عن الطهورية من غير ضرورة وهو حرام. قلنا: الماء القليل إنما يخرج عن الطهورية باختلاط غير المطهر به إذا كان الغير غالباً عليه؛ كماء الورد، واللبن.

وأمّا إذا كان مغلوباً.. فلا.

وههنا: الماء المستعمل قابلاً في البدن ولا شك أن ذلك أقلّ من غير المستعمل؛ فكيف يخرج به عن الطهورية؟

وأمّا ملاقاة النجس الطّاهر.. فتوجب تنجس الطّاهر وإن لم يغلب على الطّاهر؛ فثبت أن النهي لما قلنا.

فإن قيل: يجوز أن يكون النهي لاحتمال أن في أعضاء الجنب نجاسة [٢٧/ب].

قلنا: النهي مطلق فيجب العمل بإطلاقه؛ وقد يحتج له بالقياس أيضاً؛ بأن يقال: الماء المستعمل في النجاسة الحقيقية نجسة، فكذا المستعمل في النجاسة الحكمية؛ لجامع الاستعمال في النجاسة، بناءً على الفاء وصف الحقيقي في ثبوت النجاسة؛ وذلك لأن معنى الحقيقية: ليس إلّا كون النجاسة موصوفاً جسم محسوس مستقل بنفسه عن المكلّف. لا أنّ وصف النجاسة حقيقة لا تقوم إلّا تجسم كذلك وفي غيره مجاز. بل معناه الحقيقي واحد في ذلك الجسم وفي الحدث؛ وهذا لأنه ليس المتحقق لنا من معناها سوى أنها: اعتبار شرعي منع الشارع من قربان الصلاة والسجود حال قيامه لمن قام به إلى غاية استعمال الماء فيه، فإذا استعمله قطع ذلك الاعتبار كل ذلك؛ ابتلاء للطاعة. فأما أنّ هناك وصفاً حقيقياً، أو عقلياً أو حسياً فلا.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: مخفَّفٌ.

وَهُوَ: مَا اسْتُعْمِلَ لِقُربةٍ أَو لرفعِ حدثٍ. خلَافاً لمُحَمدٍ.

ومن ادعا فلا يقدر على اثباته؛ ويدل على أنه اعتبار اختلافه باختلاف الشرائع؛ إلَّا ترى أن الخمر محكوم بنجاسته في شريعتنا وبطهارته في غيرها؛ فعلم أنها ليست سوى اعتبار شرعي ألزم معه كذا إلى غاية كذا ابتلاء.

وفي هذا المعنى.. لا تفاوت بين الدم والحدث؛ فإنه أيضا: ليس إلَّا نفس ذلك الاعتبار؛ فظهر: أن المؤثر نفس وصف النجاسة؛ وهو مشترك في الأصل والفرع؛ فثبت مثل حكم الأصل؛ وهو.. نجاسة الماء المستعمل فيه.

(وعن أبي يوسف: مخفف) لعموم البلوى فيه؛ لتعذر صيانة الثوب عنه، ولكونه محل اجتهاد.. فأوجب ذلك خفة؛ لكنها في الثوب فقط؛ لأن البلوى فيه لا في شربه، والطبخ به، حتى.. حرم شربه وطبخه عند أبي يوسف أيضاً؛ لكون نجاسته غليظة عنده فيما عدا محل البلوى.

ووجهه في نجاسته: ما ذكرنا في رواية الحسن رواية ودراية عنه أن المستعمل: إن كان محدثاً أو جنباً فالماء.. نجس؛ وإن كان طاهراً.. فطاهر.

ومما يتفرع على نجاسة الماء المستعمل قولهم: إنه إذا توضأ في عين والماء يخرج منها؛ فإن كان في موضع خروجه.. جاز.

وإن كان في غيره.. فكذلك إن كان قدره أربعاً في أربع فأقل.

فإن كان خمساً في خمس.. اختلف فيه. واختار القدوري.. جوازه.

والخلاف مبني: على أنه هل يخرج المستعمل قبل تكرار الاستعمال إذا كان بهذه المساحة أولا.

ثم أشار إلى سببه بقوله: **(وهو ما استعمل لقربة)**؛ بأن ينوي الوضوء حتى يصير عبادة، **(أو لرفع حدث)** عندهما **(خلافاً لمحمد)**؛ حاصله: أن سبب كونه مستعملاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف: كل من رفع الحدث والقربة.

وعند محمد: القربة؛ كان معها الرفع، أو لا، وعند زفر: الرفع؛ كان معه القربة، أو لا؛ فلو توضأ محدث لقربة.. صار الماء مستعملا بالاتفاق.

ولو للتبرد.. صار مستعملاً عند الثلاثة، لا عند محمد.

ولو توضأ المتوضئ للتبرد.. لا يصير مستعملاً [٢٨/آ] بالاتفاق. ولو للقربة.. صار مستعملاً عند الثلاثة، لا عند زفر.

واستدل محمد: بأن الاستعمال يكون بانتقال نجاسة الآثام إلى الماء، وأنها لا تزال إلَّا بالقربة. وقالا: إن الاستعمال كما يكون بانتقال نجاسة الأثام؛ يكون بانتقال نجاسة الحدث أيضاً. وقال زفر: إن الماء لا يتدنس بمجرد القربة، بل بإسقاط الفرض؛ أي رفع الحدث.

ولهذا.. جاز صدقة التطوع للهاشمي؛ لعدم دنس المال بمجرد القربة؛ بدون الإسقاط.

وفيه: أنه لو لم يتدنس بمجرد القربة.. لما حرم صدقة التطوع على النبي ﷺ. ثم الأصح قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن التحقيق: أن كلاً من الإسقاط والتقرب.. مؤثر مستقل؛

أما التقرب: فلما ذكرناه؛ من حرمة صدقة التطوع على النبي ﷺ.

وأما الإسقاط: فلحرمة صدقة الزكاة على الهاشمي، لأن المؤثر في تدنس مال الزكاة هو الإسقاط؛ والنية شرط في تأثير العلة.

وقول محمد ينافي تأثير الاسقاط.

وقول زفر ينافي تأثير القربة. ثم أقول: في قول محمد نظر، لأن المتوضئ إذا توضأ للقربة.. يكون الماء مستعملاً عند محمد أيضاً؛ مع أنه: ليس فيه انتقال النجاسة أصلاً؛ اللّهم إلَّا أن يمنع كون هذا مذهب محمّد، كما قال شمس الأئمة السّرخسي؛ فإنه قال: إن تعليل قول محمد في مسألة الجنب، إذا انغمس في البئر لطلب الدلو

الماء طاهر وطهور بعدم إقامة القربة.. ليس بقوي؛ لأنه غير مروي عنه.

والصحيح عنده: أنَّ إزالة الحدث دائماً.. مفسدة له، إلَّا عند الضرورة؛ كالجنب يدخل البئر لطلب.

ومَن شَرَط القربة عند محمّد: استدل بمسألة البئر؛ وجوابه: أنه إنما لم يصر مستعملاً للضرورة.

لا لأن الماء لا يصير مستعملاً بإزالة الحدث.

فصار كما لو أدخل الجنب، أو الحائض، أو المحدث يده الماء.. لا يصير مستعملاً للضرورة.

والقياس: أن يصير مستعملاً عندهم؛ لإزالة الحدث.

ولكن: سقط؛ لضرورة الحاجة انتهى. ويدل عليه: ما ذكره في «فتح القدير» لو أدخل المحدث رجله ورأسه.. يفسدهما؛ لعدم الضرورة.

وكذا ما في كتاب الحسن عن أبي حنيفة: أن غمس جنب، أو غير متوضئ يديه إلى المرفقين، أو إحدى رجليه في إجانة.. لم يجز الوضوء بهذا؛ لأنه سقط فرضه عنه، وذلك؛ لأن الضرورة لم تتحقق في الإدخال إلى المرفقين؛ حتى لو تحققت؛ بأن وقع الكوز في الجب، فأدخل يده إلى المرفق لإخراجه لا يصير مستعملاً. نصّ عليه في «الخلاصة» قال: بخلاف ما لو أدخل يده للبئر.

وأنه: يصير مستعملاً لعدم الضرورة.

وقال الإمام عبد الله الجرجاني: إنَّ الماء يصير مستعملاً بإقامة القربة، أو رفع الحدث بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة.

وقال في «البدائع» إنَّ الخلاف لم ينقل عنهم أيضاً، وإنما تدل عليه مسائلهم؛ وممّا يدّل عليه: ما ذكرناه في «الخلاصة» أن الرجل [٢٨/ب] إذا أخذ الماء بفمه وهو جنب، ولا يريد المضمضة فغسل يديه به.. أجزأه عن غسل اليد، ولا يصير مستعملاً

عند محمد، لعدم قصد القربة؛ وإن زال الحدث عن الفم.

فإن قيل: إنَّ الصحيح من المذهب: أنَّ الجنابة والحدث لا يتجزآن ثبوتاً وزوالاً؛ فكيف يصير الماء مستعملاً بإدخال الجنب، والمحدث يديهما الإناء بلا ضرورة، ولم يزل الجنابة ولا الحدث.

أجيب: بأنها وإن لم يزولا إلَّا أن الفرض قد سقط عن ذلك العضو؛ حتى لو غسل يأتي الأعضاء لم يحتج إلى غسل ذلك العضو ثانياً.

وبإسقاط الفرض: يصير مستعملاً عندهما، أو عندهم جميعاً؛ على ما ذكرناه.

وقد يقال: إنها قدر لا موقوفاً، ثم المختار: أنه لا يشترط في نية القربة أهلية تلك القربة، حتى لو توضأ الصبي العاقل، أو اغتسل يريد به التطهر.. يصير الماء مستعملاً على الأصح.

وبتعليم الوضوء؛ إذا لم يرد سوى مجرد التعليم.. لا يصير مستعملاً.

وبوضوء الحائض.. يصير مستعملاً؛ لأن وضوؤها مستحب.

وبغسل يده قبل الطعام وبعده.. يصير مستعملاً؛ لأنه أقام قربة.

وعليه ما في «الخلاصة» قال: ولا يجوز التوضؤ بالماء المستعمل في وضوء، أو غسل شيء من البدن.

واختلفوا في هذه اللفظة: حتى لو غسل عضواً آخر، سوى أعضاء الوضوء؛ كما لو غسل فخذه، أو جنبه هل يصير مستعملاً؟ فالأصح: أنه.. لا يصير مستعملاً.

بخلاف أعضاء الوضوء.

ويكون التوضؤ بالماء المستعمل: في غير البدن؛ كما لو غسل ثوباً، أو إناءً طاهراً؛ هذا إذا كان المستعمل بالغاً.

وأمّا إذا كان صبيّاً؛ إن علم يقيناً أنّ يده طاهرة.. يجوز التوضؤ بذلك الماء.

وإن علم يقينا أنّ يده نجسة.. لا يجوز التوضؤ.

وَيصيرُ مُسْتَعْملاً إِذَا انْفَصلَ عَنِ الْبدنِ. وَقِيْلَ: إِذَا اسْتَقرَّ فِي مَكَانٍ.

وإن كان لا يعلم أنه طاهر أو نجس.. المستحب أن يتوضأ بغيره؛ فإن توضأ به.. جاز؛ وهذا إذا أدخل الصبي يده في الإناء ولم يغسلها.

أما إذا توضأ في طست هل يصير الماء مستعملاً؛ واختلف المتأخرون، والمختار أنه.. لا يصير مستعملاً؛ إذا كان الصبي عاقلاً؛ هذا كله إذا توضأ للصّلاة.

أمّا إذا غسل البالغ يده للطّعام، أو من الطعام.. يصير مستعملاً.

أمّا إذا غسل يده من الوسخ، أو من العجين.. لا يصير مستعملا. انتهى.

ثم أشار إلى وقت ثبوته بقوله: **(ويصير مستعملاً إذا انفصل عن البدن)**؛ والقياس أن يصير مستعملاً بنفس الملاقاة؛ لوجود السبب، ويؤخذ لكل جزء من العضو جزء من الماء؛ إلّا أنّا تركناه لضرورة الحرج، فسقط اعتبار حالة الاستعمال، فإذا زايل العضو زالت الضرورة.. فظهر حكم الاستعمال. ولمّا ثبت الضرورة في حق المنديل، وثوب المتوضئ.. سقط حكم الاستعمال في حقها أيضاً؛ وهذا نزع إلى تخصيص العلة.

والمخلص معروف. **(وقيل إذا استقر في مكان)**؛ سواء كان أرضاً، أو إناءً، [٢٩/أ] أو كف المتوضئ؛ واختاره الطحاوي، والثوري، والنخعي، وأبو حفص الكبير، وفي «الخلاصة» أن المختار.. لا يصير مستعملاً؛ ما لم يستقر في مكان، ويسكن عن التحرك؛ واستدلّوا عليه بمسائل: منها.

أنّه إذا توضأ؛ وبقي على عضو لمعةٌ، وأخذ البلل من ذلك العضو، وغسل اللمعة.. جاز.

ومنها: إذا اغتسل وبقي على بدنه لمعة، وأخذ البلل من أي عضو كان، وغسلها.. جاز.

ومنها: أنه لو نقل البلة مغسول إلى ممسوح.. جاز؛ وان وجد الانفصال؛ لعدم استقراره في موضع. والجواب عنه: أن النزاع فيما انفصل عن البدن، ولم يستقر في

وَلَو انغمسَ جنبٌ فِي الْبِئْرِ بِلَا نِيَّةٍ:

فَقِيْلَ: المَاءُ وَالرَّجلُ نجسَانِ عِنْدَ الإِمَامِ. وَالأَصَحُّ: أَنَّ الرَّجلَ طَاهِرٌ وَالْمَاءَ مُسْتَعْملٌ عِنْدَهُ.

وَعندَ أبي يُوسُفَ همَا بحَالِهِمَا.

مكان. لا في المأخوذ من عضو. فما ذكرناه لا يمسّ محلّ النّزاع. **(ولو انغمس جنب في البئر بلا نية)**؛ لأنه لو انغمس بنية الاغتسال.. فسد الماء بالاتفاق، على ما قدمّناه. **(فقيل: الماء والرجل نجسان عند الإمام)**؛ أمّا الماء؛ فلإسقاط الفرض به عن البعض بأوّل الملاقاة؛ لأن النية ليست بشرط لسقوط الفرض. وأما الرّجل: فلبقاء الحدث في الجميع؛ بناء على عدم التجزي، أو في بقية الأعضاء؛ بناء التجزي.

وقيل: نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل، لا بالجنابة. حتى يجوز له القراءة لو تمضمض واستنشق.

وكذا حكم الحائض، والنفساء؛ لو انغمسا بعد الانقطاع.

أما قبله وليس على بدنهما نجاسة.. فليس كذلك، بل هما على ما كانا قبله؛ كالطّاهر إذا انغمس للتبرد ولعدم خروجها من الحيض والنفاس بهذا الانغماس؛ على ما في «الخلاصة».

(والأصح أن الرجل طاهر)، لأن الماء.. لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال اتفاقاً.

(والماء مستعمل عنده).. فيتنجس الرجل بنجاسة الماء المستعمل؛ على القول بنجاسته.

(وعند أبي يوسف: هما بحالهما)؛ أمّا الرجل: فلأن الصب شرط لإسقاط الفرض عنده، في غير الماء الجاري، وما في حكمه، ولم يوجد فبقي على حاله.

وأمّا الماء: فلأنه لما لم يسقط الفرض، ولم يوجد رفع الحدث، ولا نية القربة: لم يصر مستعملاً؛ فكان على حاله.. طاهرٌ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ الرَّجلُ طَاهِرٌ وَالْمَاءُ طَهُور.

وَمَوْتُ مَا يعِيشُ فِي المَاءِ فِيهِ لَا يُنجِّسهُ؛ كَالسمكِ وَالضِّفدعِ وَالسَّرطَانِ.

ثم في اشتراط الصب عنه روايتان: في رواية: اشتراط في العضو والثوب، وفي أخرى: في العضو دون الثوب.

وعلى الروايتين يرد عليه: أنه لو كان الصب شرطاً: لما فسد الماء عند الانغماس للاغتسال بدون الصب.

(وعند محمد الرجل طاهر والماء طهور)؛ أما الرجل: فلعدم اشتراط الصب عنده؛ وأمّا الماء: فلعدم نية التقرب.. فلا يصير مستعملاً.

هذا على تخريج أبي بكر الرازي، وأما على تخريج عبد الله الجرجاني: من أنه لا خلاف بينهم في سبب كون الماء مستعملاً على ما ذكرناه؛ فإنما لا يصير مستعملاً؛ لأن زوال الحدث للضرورة، فلا يتعدى محلّها.

(وموت ما يعيش في الماء فيه لا ينجسه كالسّمك والضفدع والسّرطان).

وقال الشافعي: يفسده إلَّا السّمك؛ لأن التحريم لا بطريق الكرامة؛ أي النجاسة، والجراد كالسّمك [٢٩/ب] عنده، قلنا: إن مات في معدن: فلا يعطى له حكم النجاسة؛ كبيضة حال مُحّهَا دماً؛ حتى لو صلّى بتلك البيضة.. تجوز.

ولا تجوز بالقارورة المسدودة الفم، وفيها دم ؛لعدم كونها في معدنها، ولأنه لا دم فيها؛ لأن الدموي لا يسكن في الماء؛ للتضاد؛ والدم هو النجس، وانتفاء العلة المعينة يستلزم انتفاء المعلول. كذا في «الهداية» وقال في «البحر»: الصحيح: أنه لا خلاف للشافعي ههنا؛ بل هو مَعَنا في هذه المسألة.

ثم إذا مات واحد منها في سائر المائعات، من الخل، والعصير، والحليب؛ فعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة.. لا يفسدها لعدم الدم؛ وهو الأصح.

وقيل: يفسدها؛ وهو رواية عن أبي يوسف؛ لانعدام المعدن.

ثم لا فرق بين أن يموت في الماء، أو خارجه، ثم ينقل إليه في الصحيح، على ما في «فتح القدير».

وَكَذَا موتُ مَا لَا نَفسَ سَائِلَةٍ كَالبَقّ وَالذُّبَابِ، وَالزُّنبورِ وَالْعَقْرَبِ.

وفيه أيضاً: رُوِيَ عن محمد: إذا نفشت الضفدع في الماء كرهتُ شربَه؛ لا للنجاسة، بل لحرمة لحمه؛ وقد صارت أجزاؤه فيه.

وهذا تصريح بأن كراهة شربه تحريمية.

وبه صرح في التجنيس فقال: يحرم شربه.

واعلم أن اعتبار الدم وجه غير ظاهر الرواية؛ واعتبار المعدن.. وجه ظاهر الرواية؛

فما يعيش في الماء «وهو الذي يكون توالده ومثواه فيه» إذا مات فيه.. لا يفسده في ظاهر الرواية؛ للمعدن، سواء كان له دم سائلة، أولا؛ على ما في «السراج الوهاج».

لهذا اختلفوا في طير الماء: ففي «السراج الوهاج» أنه إذا مات في الماء.. لا ينجسه؛ لتعيشه فيه.

وفي شرح «الجامع الصغير» أنه.. يفسده، لأن له دماً.

ومثل البط، والأوز من طير الماء؛ لأنه مائي المعاش، وإن لم يكن مائي المولد.

والكلب المائي والخنزير المائي: قيل.. يفسد، وفي «الخلاصة» أنه.. لا يفسد بالإجماع.

والضفدع المائي: هو الذي بين أصابعه سترة بخلاف البري.

(وكذا): أي.. لا ينجس **(موت ما لا نفس)**؛ أي لا دم له **(سائلة كالبق)** كبار البعوض **(والزنبور والذباب والعقرب)**.

وكذا النملُ القراط، والضرار، والخنفساء، والبراغيث.

وقال الشافعي: أنها ينجسه؛ لحرمتها.

بخلاف دود الخل، وسوس الثمار؛ للضرورة؛ لنا حديث سلمان عن النبي ﷺ قال: «يا سلمان كلّ طعام وشراب وقعت فيه دابة ليس لها دم فماتت فيه فهو حلال أكله وشربه ووضوئه» رواه الدارقطني.

والحرمة: ليست من ضرورتها النجاسة؛ كالطير، والتّراب.

* * *

[مَطْلَب فِي الدبَاغة]

وكلُّ إِهَابٍ دُبغَ.. فقد طَهُرَ.

[مَطْلَب في الدباغة]

(وكُلُّ إِهابٍ) وهو: الجلد قبل الدّباغ، وأما بعده فهو: أديم في المشهور؛ إذا (دُبِغَ فَقَد طَهُرَ)؛ لما رواه الترمذي ومسلم مرفوعاً: «أيما اهاب دُبِغ فقد طَهُر» والمراد: ما يحتمل الدباغة؛ بكل شيء ينشف فضلات الجلد، ويطيبه، ويمنع من ورود الفساد عليه عند حصول الماء فيه؛ كالشب، والقرظ، وقشور الرمان، والعفص، والملح، ونحوها، ويجوز بالتشميس، والتتريب أيضا.

إلا أنّه: لو أصابه الماء بعد الدّباغ [٣٠/أ] بها.. يعود نجسا؛ لأن الدّباغ بهما حكمي.

بخلاف النوع الأوّل؛ حيث.. لا يعود نجساً؛ لكونه حقيقياً.

ولا يطهر جلد الحيّة، والفارة بالدّباغ أصلاً؛ لعدم صلاحية الدّباغ.

وكذا مصارين شاة ميتة، ومثلها.. لا يطهر بالدباغ عند أبي يوسف؛ ويطهر عند محمد؛ لاحتماله الدباغ عنده؛ على ما في «فتح القدير».

وأمّا قميص الحيّة فهو.. طاهر.

واختلفوا: في جواز الدباغ بالأدوية النجسة، كالشبب المتنجس؛ والأصحّ: جوازه.

ويجب بعد الدباغ وفي الدباغ بالطاهر.. لا يجب: الغسل.

وقيل: يجب.

وكذا الخلاف: في وجوب الغسل قبل الدباغ.

ولا يحتاج الدباغ إلى فعل فاعل على الأصحّ؛ حتى لو أطارت الريح جلد ميتة فوقع في مدبغة.. طهر وقال أحمد ومالك: لا يطهر شيء من الجلود بالدباغ؛ وقال ابن المبارك: يطهر جلد مأكول اللحم دون غيرها. والحّجة عليهم: عموم ما رويناه.

إِلَّا جلدَ الْآدَمِيِّ؛ لكرَامتِهِ.

وَالْخِنْزِيرِ؛ لنجَاسةِ عينِهِ.

فإن قيل إنّ مورده خاص فإنّ النبي ﷺ قال حين رأى شاة ميمونة: «أيّما اهاب دبغ فقد طهر» فكيف يصحّ الاستدلال بعموم لفظه؟ قلنا: نعم إلّا أنّ العبرة عندنا بعموم اللّفظ لا بخصوص السّبب.

(إلا جلد الآدَمِيّ لِكَرَامَتِه. والخِنزير؛ لِنَجَاسَةِ عَيْنِهِ) إن كان جلودهما مما يقبل الدباغ؛ على ما هو الظاهر من كلام المصنف يكون الاستثناء متصلاً، وإلّا يكون منقطعاً.

قالوا: لا تقبل جلودهما الدباغ لأنهما جلودا مترادفة بعضها فوق بعض.

واختلفوا في الكلب: ففي مبسوط شيخ الإسلام: أن ظاهر المذهب.. نجاسة عين الكلب، وفي «القنية» الصحيح: أنّ الكلب.. نجس العين عندهما، وليس بنجس العين عند أبي حنيفة، وفي «الهداية» و«البدائع» صحح طهارة عينه.. وعليه الفتوى؛ على ما في شرح المنظومة، واختار «قاضي خان» الأوّل؛ حيث قال: إذا وقع في البئر كلب، أو خنزير.. أفسده؛ مات، أو لم يمت، أصاب الماء فم الواقع، أو لم يصب؛ لأن عينهما نجس.

حتى: لو ابتل الكلب فانتفض وأصاب ثوباً أكثر من قدر الدرهم.. أفسده.

ورجّح هذا القول: بنجاسة سؤره ولحمه؛ وأجيب: أن طهارة عينه لا يستلزم طهارة جميع أجزائه، بل يجوز بطهارة بعض أجزائه؛ كعظمه، وشعره، وعصبه.

وقال في «فتح القدير»: والذي يقتضيه عموم حديث «أيّما اهاب دبغ فقد طهر»: طهارة عينه؛ ولم يعارضه ما يوجب نجاستها، فوجب حقيقة: تصحيح عدم نجاستها؛ فيطهر بالدباغ، ويصلّى عليه، ويتخذ لبود الماء، وأما جلد الخنزير: فإنه مخرج من عموم الحديث بمعارضة قوله تعالى: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ﴾؛ بناء على عود الضمير إلى المضاف إليه لا إلى المضاف، للإحتياط.

وَالفيلُ كَالسَّبعِ. وَعندَ مُحمَّدٍ: كَالخنزيرِ.

قَالُوا: وَمَا طهُرَ جلدُهُ بَالدِّبَاغِ.. طهُرَ بَالذكَاةِ..........

ولكن بقي الكلام في استثناء جلد الآدمي عن عموم الحديث، ولم يوجد له ما يعارض العموم؛ يوجب نجاسته، وغاية ما يقتضية كرامته: حُرْمَة الانتفاع بإجزاء الآدمي، لا عدم طهارته بالدباغ؛ ولهذا قال في الغاية: أنه إذا دبغ جلد الآدمي.. طهر؛ لكن.. لا يجوز الانتفاع به؛ كسائر أجزائه.

وفي «الخلاصة» [٣٠/ب] و«البزازية» عن أبي يوسف: أن جلد الخنزير.. يطهر بالدباغ.

(والفيل كالسّبع)؛ لما روي أنه ﷺ: كان يتمشط بمشط من عاج؛ أي: عظم الفيل.

فلو كان نجس العين.. لما جاز استعمال عظمه.

(وعند محمّد كالخنزير).. فلا يطهر جلده بالدباغ، و..لا يجوز استعمال عظمه، وغيره من أجزائه، والحجة عليه ما رويناه.

(قالوا: وما طَهُرَ جلدُهُ بالدِّباغِ.. طهرَ) جلدُهُ **(بالذكاة)** الصادرة من أهل الواقعة في المحل؛ على ما هو المتبادر.

ولا يشترط سيلان الدم؛ فذكاة المجوسي، والوثني، وتارك التسمية عمداً ليست بمطهِّرة، بل هي إماتة؛ وإن كان الدم سائلاً.

وكذا لو لم يقع الذبح فيما بين اللبة واللحيين.. لا يكون مطهّراً أيضاً.

ولو صدر الذبح من الأهل ووقع بينهما: يكون مطهراً، وإن لم يسل الدم بعارض؛ بأن أكلت ورق العناب.

ومن «البحر» عن «معراج الدراية» معزيا إلى «المجتبى» ذبيحة المجوسي، وتارك التسمية عمداً توجب الطهارة على الأصح؛ وإن لم يكن مأكولا.

ثم الأصل في هذا: أن الذكاة تعمل عمل الدباغ في إزالة الرطوبات النجسة.

وَكَذَا لَحْمُهُ، وَإِن لَم يُؤْكَلْ.

سيلان المذهب الدم في ظاهر المذهب مطلقاً مأكول اللحم أولا كان سؤره نجساً أو لا؛ على ما في «البدائع» لكن قال في «النهاية»: إنّ هذا اختيار بعض المشايخ، وعند بعضهم: إنما يطهر جلده بالذكاة؛ إذا لم يكن سؤره نجسا.

(وكذا): أي يطهر بالذكاة **(لحمه وإن لم يؤكل)**؛ على ما صحّحه في «الهداية» و«البدائع» و«التجنيس» واختاره الطحاوي؛ لأن الجلد: يطهر بها واللّحم متصل به.. فلا يكون نجسا.

وما قيل: إنَّ بين اللحم والجلد الغليظ جلدة رقيقة تمنع المماسة: أمر متوهم لا يراها عند السلخ.

وعلى تقدير تخففها: فإن كانت متصلة باللحم.. تنجس بنجاسة اللحم، ويلزم منه.. نجاسة الجلد الغليظ أيضا؛ لاتصاله به.

وإن كانت متصلة بالغليظ: فلا يتصور أن تكون هي نجسة، والجلد طاهرٌ فتكون طاهرة، لكن اللحم متّصل بها فتكون نجسة.. فيلزم منه أن يكون الغليظ نجساً أيضاً وذلك باطل.

فإن قيل: الحرمة فيما يصلح للأكل، لا لكرامته: أنّ النجاسة، قلنا: مسلَّم لكن علّة النجاسة هو اختلاط الدّم المسفوح بالإجزاء عند الموت لا غير. وقد انتفت بالذبح وبانتفاء العلّة المُعيّنة.. ينتفي المعلول أيضا، فيكون طاهراً.

وقال بعض مشايخنا: إنَّ ما لا يؤكل: لا يطهر لحمه بالذكاة.

وإنما يطهر جلده. وصحّحه في «الأسرار» و«التبيين» و«فتح القدير» و«الغاية» و«الكشف» ؛ لأن سؤره نجس، ونجاسة السّؤر؛ لنجاسة عين اللحم؛ وكان مقتضى هذا: أن لا يطهر الجلد بالذكاة أيضاً؛ لأنه وعاء اللحم.

إلا أنّهم قالوا: بين الجلد واللحم جلدةٌ رقيقة تمنع المماسة بينهما.. فلا ينجس برطوباته.

وَشعرُ الْميتَةِ وعظمُهَا وعصبُهَا وقرنُهَا وحَافرُهَا: طَاهِرٌ.

وقد عرفت ما فيه.

وفي «الخلاصة» بعد ما ذكر: أن المختار عدم طهارة لحوم السباع؛ من الثعلب، وغيره.

قال: ولو كان السباع باذياً مذبوحاً، أو غير البازي؛ من الطيور، [٣١/أ] أو الفأرة، أو الحيّة.. يجوز الصّلاة مع لحمها.

وكذا: كل ما لا يكون سؤره نجساً.. يجوز الصّلاة مع لحمها؛ إذا كان مذبوحاً. انتهى.

وقال في «فتح القدير» وهذا مشكل: فإن عدم طهارة لحوم السباع بالذكاة ليس لنجاسة السؤر، بل لنجاسة اللحم، غير أنه استوضح نجاسته بنجاسة السّؤر.

وعدم نجاسة سؤر ما ذكر: ليس لطهارة لحمها، بل؛ لعدم اختلاط اللّعاب بالماء في سباع الطير؛ لأنه يشرب بمنقاره وهو عظم جاف؛ فلا يصل إلى الماء منه شيء لينجّسه.

بخلاف سباع البهائم.

وسقوط نجاسة سِؤرِ الهرة، والحيّة، والفأرة؛ للضرورة اللازمة من المخالطة.

وشيء من هذا: لا يقتضي طهارة اللحم؛ لعدم تحقق المسقط للنجاسة فيه نفسه انتهى.

(وشعر الميتة، وعظمها، وعصبها، وقرنها، وحافرها طاهر) وكذا ريشها، ودبرها، وظلفها، ومنقارها، وبيضها الضعيف القشر بلا خلاف، وكذا لبنها، وأنفحتها؛ عند أبي حنيفة، وعندهما.. نجسان؛ لمجاورتها الغشاء النجس.

فإن كانت الانفحة جامدة.. تطهر بالغسل، وإلا تعذر طهرها؛ على ما في «فتح القدير» وقال الشافعي: كلّها نجس؛ لأن الميّت نجس بجميع أجزائه.

قلنا: إن المعهود في هذه الأشياء حالة الحياة: الطهارة؛ وإنما يؤثر الموت

وَكَذَا شعرُ الْإِنْسَانِ وعظمُهُ، ....

النجاسةَ فيما يحل؛ ولا يحلّها الموت؛ لعدم حلول الحياة فيها، وإذا لم يحلها الموت وجب الحكم.. ببقاء الوصف الشرعي المعهود؛ لعدم المزيل؛ ويدّل عليه قوله ﷺ في شاة مولاة ميمونة حين مرّ بها ميتة: «إنما حرم أكلها» رواه في الصحيحين.

وأمّا ما رواه أصحاب السنن عن النبي ﷺ أنه كتب لجهينة قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا بعصب. فمعلول باضطراب ميتة، وسنَدَه؛ على ما في «الخلاصة» للنووي.

قيل إنّ العصب فيه حياة وقد زالت بالموت؛ وأجيب بأنّا: لا نقول إنَّ عِلَّة طهارة هذه الأشياء عدم حلول الحياة، بل عدم علة النجاسة؛ بمعنى: أن النجاسة معنى شرعي لا بد له من علّة؛ فإذا عدمت.. ظهرت الطهارة الأصلية المعهودة.

ولا يخفى عليك: أنّه لا يدفع الاعتراض المذكور، بل الحق في الجواب: منع حلول الحياة فيه، ولو سلّم.

ولكن الموت ليس بمنجس بنفسه، بل إنما ينجس سبب اختلاط الدم المسفوح؛ والدم المسفوح إنما يتحقق في الشيء الرخو، لا في الصلب؛ كالعظم، والعصب؛ كذا في «الأسرار».

(**وكذا شعر الإنسان، وعظمه**)، وعصبه، وسنّه، وظفره في ظاهر الرواية، وهو الصحيح.

وقيل: شعر الإنسان نجس.

وقال الشافعي في قوله الجديد: كلها نجس؛ لعدم الانتفاع بها ولعدم جواز بيعها.

ولنا: ما رواه البخاري أنّ أبا طلحة كان أوّل من أخذ شعر النبي ﷺ، ولو كان نجساً.. لما أخذه وحفظه، ولا دليل على اختصاصه بالنبي ﷺ، وإذا كان طاهراً.. كان الماء الذي اغتسل به شعره طاهراً، وعليه الجمهور، وعدم الانتفاع به كان للكرامة لا للنجاسة.

فَتجوزُ الصَّلَاةُ مَعَهُ وَإِن جَاوزَ قدرَ الدِّرْهَمِ.

وَبَوْلُ مَا يُؤْكَلُ نجسٌ - خلَافاً لمُحَمدٍ - ....

وأما شعر الخنزير.. فقال «قاضي خان» [٣١/ب] في «فتاواه»: شعر الخنزير إذا وقع في الماء يفسده؛ لأنه نجس العين، وهكذا في باب البيع الفاسد من «الهداية».

ثم قال فيها: ولو وقع في الماء القليل.. أفسده عند أبي يوسف، وعند محمّد لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به للأساكفة دليل طهارته، ولأبي يوسف أن الإطلاق للضرورة، فلا يطهر إلّا في حالة الاستعمال، وحالة الوقوع تغاير حالة الاستعمال، فظهر أن شعر الخنزير طاهر عند محمد.

وقيل: إن هذا إذا لم يكن متنوفاً بل مجوذاً، وأمّا إذا كان متنوفاً.. فنجس بالاتفاق.

(**فتجوز الصّلاة معه وإن جاوز قدر الدّرهم**) وزناً، وهو المعتبر في المنجمد، قال في «الخلاصة»: ولو قلع إنسان سنه أو قطع أذنه ثم أعادهما إلى مكانهما وصلّى أو صلّى وسنّه أو أذنه في كمّه.. يجوز صلاته في ظاهر الرّواية.

وكذا لو صلّى وفي عنقه قلادة فيها سنّ كلب أو ذنب.. تجوز صلاته.

(**وبول ما يؤكل**) لحمه من الإبل والغنم وغيرهما (**نجس**) مخفّف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول الشافعي فلان الصلاة ما لم يكن كثيرا فاحشا وهذا لما في الصحيحين أن النبي ﷺ مرّ بإنسانين يعذبان في قبورهما فقال: «وما يعذبان في كبير» ثم قال: «بلى كان أحدهما لا يستنزه من البول، وكان الآخر يمشي بالنميمة»، وإنّما صار مخفّفا للتعارض، والخلاف على ما سنذكره في باب الأنجاس. واختلفوا في هذين المقبورين. والأصح: أنه لم يعرف اسمهما.

(**خلافاً لمحمد**) قال إنه طاهر حتى لو وقع في الماء القليل لا ينجسه إلّا إذا صار غالباً على الماء، فحينئذ لا يجوز التوضؤ به، لا لكونه نجساً، بل لكونه خارجاً

وَلَا يُشربُ وَلَو للتَّدَاوي، خلَافاً لأبي يُوسُفَ.

عن الطهورية، والأصل فيه: ما رواه البخاري أنَّ النبي ﷺ أمر العرنيين بشرب أبوال الإبل، ويقاس عليه بول غير الإبل مما يؤكل.

قلنا: إنه ﷺ عرف شفاءهم فيه وحياً، ولم يوجد في زماننا، أو أنه منسوخ بحديث «استنزهوا من البول؛ فإن عامة عذاب القبر منه» صحّحه ابن خزيمة.

ويؤيده اشتماله على المثلة؛ فإنها منسوخة فإن تاريخه مؤخر عن قصة العرينين على ما في «فتح الباري»، وإن العام قطعي عندنا فيصلح ناسخاً.

أو نقول: إن حديث «استنزهوا» نصّ في وجوب الاحتراز عن البول، وحديث العرنيين ظاهر في جواز شرب أبوال الإبل لا نصّ فيه؛ لأنه مسبوق لبيان الشفاء لا لإحلال شربه، وإذا تعارض الظاهر مع النص.. يقدم النص على الظاهر، وهذا الخلاف جارٍ في بول الفرس أيضاً على ما في «الخلاصة»؛ لأنه مأكول اللحم في الأصل.

وبول ما لا يؤكل نجس مغلظ بالاتفاق، فيقدر فيه بالدرهم لا بالكثير الفاحش.

وفي بول الهرة والفأرة خلاف مذكور في «الفتاوى» على ما سنذكره في الأنجاس.

(**ولا يشرب للتداوي**) ولغيره أولى، هذا عند أبي حنيفة (**خلافاً لأبي يوسف**) قال: يجوز شربه للتداوي.

وقال محمد: يجوز مطلقا؛ لطهارته عنده.

ولأبي حنيفة أنه نجس، والتداوي بالطاهر الحرام لا يجوز.. فبالنجس [٣٢/أ] أولى، ولأبي يوسف قصّة العرنيين.

والجواب عنه ما ذكرناه ثمة.

ومما يتفرع على الخلاف المذكور: أن ما يؤكل إذا أصاب الثوب.. لا يمنع جواز الصّلاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ما لم يفحش، بأن أصاب ربع الثوب أو ربع الموضع الذي أصابه البول على اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف أنه ذراع في ذراع، وفي رواية: أنه شبر في شبر.

والفاحش في الخف: أكثر الخف.

والمختار: ربعه على ما في «الخلاصة».

* * *

لَا بِنَحْوِ بَعرٍ وروثٍ وخِثيٍ،..

(لا بنحو بعر) الإبل أو الغنم (وروث) الفرس والحمار (وخثي) البقر والجاموس، ولا بتقاطر بول كرؤوس الإبر، ولا بغبار نجس؛ لأن آبار الفلوات ليس لها رؤوس حاجزة، والمواشي تبعر حولها ويلقيها الرياح فيها، فجعل القليل منها عفواً لضرورة، ولا ضرورة في الكثير، فبقي على الأصل؛ أعني: التنجس، وسيأتي بيان الفاصل بين القليل والكثير.

ثم لا فرق بين الرطب واليابس، والصحيح والمنكسر في كونها عفواً؛ لاشتمال الضرورة كلّها.

فإن قيل: فرق في «قاضي خان» بين البعر والروث والخثي حيث قال: والروث وأخثاء البقر بمنزلة البول.

ثم قال: ولو وقع بعر الغنم أو الإبل في البئر.. لا يفسد ما لم يَفحُش.

وفرق الإمام السرخسي [٣٢/ب] بين الصحيح والمنكسر حيث قال: إن الروث والمفتت من البعر مفسد.

قلنا: إن ههنا طريقين:

أحدهما: ما بيناه من الضرورة، وعلى هذه الطريقة لا فرق بينها أصلاً، وإنما الفرق بين آبار الفلوات وآبار الأمصار؛ لعدم الضرورة في الأمصار.

وثانيهما: أن للبعر صلابة، وعلى ظاهرها رطوبة الأمعاء، فلا يختلط شيء من أجزائه بأجزاء الماء.. وعلى هذه الطريقة يفرق بين البعر وغيرها، وبين الصحيح والمنكسر، كذا قيل.

ولكنه مشكل بما في «الخلاصة» أن البعر إذا وقعت في البئر من بعر الغنم أو الإبل إن كانت رطبة توجب التنجس، وإن كانت يابسة غير منكسرة إن كانت قليلاً لا توجب التنجس، وإن كانت كثيراً فاحشاً.. تنجس.

ثم على الطريقين إذا وقع بعر الشاة في المحلب وقت الحلب.. لا يتنجس إن

(فصل) [فِي مَسَائِلِ الآبَار]

تُنزَحُ الْبِئْرُ لوُقُوعِ نجَسٍ..

(فصل)

فِي مَسَائِلِ الآبَار

(تُنْزَحُ) ماء (الْبِئْرِ لوُقُوعِ نَجَس) قليلاً كان أو كثيراً مثل الدم والبول والسرقين وغيرها؛ لأن المراد بالبئر ههنا ما لم يبلغ عشراً في عشر في المربع، ولا ثمانية وأربعين في المدوّر؛ لأنه حينئذ يكون بمنزلة الماء الجاري، فلا يتنجس ما لم يتغير، وقد سبق بيانه، فيكون المراد به ههنا ما لم يبلغ القدر المذكور.. فصار كالحوض الصغير، فينجس كل مائه ولو لم يتغير بوقوع نجس ولو قليلاً، فلزم نزح كلّ مائه على ما في «قاضي خان»، وذكر في «القنية» عن شرح صدر القضاة أنه إذا كان عمق ماء البئر عشرة أذرع فصاعداً لا يتنجس بوقوع النجاسة في أصح الأقوال.

والتوفيق بينهما: أنّ الأول: على اعتبار وجه الماء طولاً وعرضاً لا عمقه، والثاني: على اعتبار جملة الماء لا على تحديده.

ثم المراد بالنجس ههنا غير ما يموت فيه من ذوي الروح؛ لأن النزح فيه على ثلاثة أقسام على ما سيأتي.

واعلم أن مسألة الآبار مبنية على الآثار لا على القياس؛ لأن القياس إمّا أن لا يطهر أصلاً كما قال شير المرسي لأنه لا يمكن غسل حجارتها وحيطانها وأوحا لها، والماء ينبع شيئاً فشيئاً.

وإمّا أن لا يتنجس أصلاً كما روي عن محمد أنه قال: اتفق رأيي ورأي أبي يوسف أن ماء البئر في حكم الماء الجاري؛ لأنه ينبع من أسفلها ويؤخذ من أعلاها، فلا ينجس بوقوع النجاسة كحوض الحمام إذا كان الماء ينصبّ من أعلاه ويغترف من أسفله؛ فإنه لا ينجس بإدخال اليد النجسة فيه، فتركنا القياس لتعارضه.. فعملنا بالآثار، وسنذكرها.

مَا لم يُستكثَرْ.

وَلَا بِخُرْءِ حَمَامٍ وعصفورٍ.. فَإِنَّهُ طَاهِرٌ.

رميت من ساعته قبل ظهور اللون في اللبن.

(ما لم يستكثر) الناظر، واختلفوا في حد الكثير:

قال بعضهم: ما يستكثر الناظر، وهو رواية عن أبي حنيفة بناء على أصله من أنه لا يقدر شيئاً بالرأي في المقدرات الشرعية، بل يفوّض إلى رأي المبتلي.

وقيل: الكثير هو ما غطى ربع وجه الماء.

وقيل: جميع وجه الماء.

وقيل: الكثير الثلاث.

وقال محمد بن سلمة: ما لا يخلو كل دلو عن بعرة أو بعرتين.

والمختار: هو الأول.

(ولا بخرء حمام) وطاووس ودجاج **(وعصفور)** قال في «الخلاصة» خرء ما يؤكل لحمه من الطير طاهر، إلَّا ما له رائحة كريهة كخرء الدجاج والإوز والبط، وهو نجس نجاسة غليظة.

وزرق سباع الطير كالبازي والحدأة طاهر.

وعند محمد: نجس نجاسة غليظة.

وفي «قاضي خان»: خرء الفأرة والهرة وبولهما نجس في أظهر الروايات، يفسد الماء والثوب.

وخرء الخفاش وبوله لا يفسدهما؛ لتعذر الاحتراز عنه.

ثم قال: زرق سباع الطير يفسد الماء إذا فحش، ويفسد ماء الأواني ولا يفسد ماء البئر لأن في البئر ضرورة دون الأواني.

(فإنه طاهر) لعدم استحالته إلى نتن وفساد، ولعدم منعهم عن اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الأمر بتطهيرها.

وَإِذَا عُلِمَ وَقتُ الْوُقُوعِ.. حُكِمَ بَالتنجُّسِ مِن وقتِهِ.

وَإِلَّا .. فَمِن يَوْمٍ وليلةٍ؛ إِن لم ينتفخِ الْوَاقِعُ أَو لم يتفسَّخْ.

وَمِن ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وليَالِيهَا إِنِ انتفخَ أَو تفسَّخَ.

وَقَالَا: من وَقتِ الوُجدَانِ.

وقيل: إنه نجس لكن سقط حكم النجاسة للضرورة، فلا يجوز الصلاة معه لعدم الضرورة فيها، وهذا قياس، والأول استحسان وهو الأصح؛ لما ذكرناه.

(وإذا علم وقت الوقوع.. حكم بالتنجس من وقته، وإلا فمن يوم وليلة إن لم ينتفخ الواقع ولم يتفسخ)، ولا يخفى عليك أن عدم التفسخ أعمّ من الانتفاخ وعدمه، والمراد ههنا ما يجامع الثاني، فلا حاجة إلى ذكره بعد ذكر عدم الانتفاخ.

(ومن ثلاثة أيّام ولياليها إن انتفخ أو تفسّخ) كل من التقديرين في حق الوضوء من حدث والغسل من جنابة، حتى إذا كانوا يغسلون ثيابهم بذلك الماء من نجاسة.. لا يلزمهم إلَّا غسله في الحال بماء آخر، ولا يلزمهم قضاء الصّلاة التي صلّوها في ذلك الثوب إلَّا إن كانوا يتوضؤون [٣٣/أ] بذلك الماء من حدث؛ لأنه من باب وجود النجاسة في الثوب في الحال، والحكم فيه كذلك؛ أي: لا يعيد شيئاً من صلاته على الصّحيح، فكذا ههنا.

(وقالا): يحكم بنجاسته **(من وقت الوجدان)** أي وقت العلم بوجوده، ولا يلزمهم إعادة ما صلّوا ولا غسل ما أصابه ماؤها قبل العلم، إنما يلزمهم غسل ما أصابه ماؤها بعد العلم، وهو القياس؛ لأن اليقين لا يزول بالشك والطهارة متيقنة فيما مضى، وقد عرض الشك في نجاستها؛ لاحتمال أنها ماتت في الحال أو ماتت في غير البئر ثم ألقاها الرياح في الحال، أو بعض السفهاء أو الطيّور، حتى قيل: رجع أبو حنيفة عن قوله إلى قولهما حين رأى حدأة في منقارها جيفة فطرحتها في بئر، ولأن وقوعها حادث، والأصل في الحوادث أن يضاف إلى أقرب الأوقات، وهو وقت الوجدان، كما إذا وجدت في ثوبه نجاسة لم يدر وقتها.. فإنه يعتبر من وقت الوجدان على الصحيح.

ولأبي حنيفة أنّ لموت الحيوان في البئر سبباً وهو الوقوع في الماء، وهو ظاهر فيحال عليه عند خفاء السبب؛ كمن جرح إنساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات، يحال موته على الجراحة، وله نظائر، إلّا أنّ الانتفاخ دليل تقادم العهد، وأوثر حد التقادم في ذلك ثلاثة أيام، إلّا ترى أنه لو دفن الميت بلا صلاة.. يصلّى عليه على قبره إلى ثلاثة أيّام لا بعدها؛ لأنه ينتفخ في هذه المدّة، وعدم الانتفاخ دليل قرب العهد، فقدّرناه بيوم.

واعلم أن محل الخلاف بينه وبينهما فيما إذا توضؤوا من ذلك الماء من حدث أو اغتسلوا منه عن جنابة أو غسلوا ثيابهم من نجاسة، لا مطلقاً على ما ذكره في «البحر» حيث قال فيه: إنّ البئر يتنجس من وقت وقوع الحيوان الذي وجد ميتاً فيها إن علم ذلك الوقت، وإن لم يعلم.. فقد صار الماء مشكوكاً في طهارته ونجاسته؛ فإذا توضؤوا منها وهم متوضئون أو اغتسلوا منها من غير جنابة أو غسلوا ثيابهم من غير نجاسة.. فإنهم لا يعيدون الصّلاة اتفاقاً؛ لأن الصّلاة لا تبطل بالشك.

ولا يلزمهم غسل البدن والثياب؛ لأن الطهارة لا تزول بالشك.

وإن توضؤوا منها وهم محدثون أو اغتسلوا من جنابة أو غسلوا ثيابهم من نجاسة.. ففي الثالث لا يعيدون الصلاة إجماعاً أيضاً، وإنما يلزمهم غسلها على الصحيح، ويحكم بنجاستها في الحال من غير إسناد؛ لأنه من باب وجود النجاسة في الثوب.

ومن وجد في ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم يدر وقته.. لا يعيد شيئاً من صلاته بالاتفاق على الصحيح، وفي الأول والثاني خلاف.

فعند أبي حنيفة على التفصيل المذكور في الكتاب.

وقالا: يحكم بنجاستها وقت العلم بها، ولا يلزمهم إعادة شيء من الصلاة، ولا غسل ما أصابه ماؤها قبل العلم. وهو القياس. انتهى.

والحاصل أنهم اتفقوا في [٣٣/ب] عدم لزوم إعادة الصلاة في الثّالث.

وَعِشْرُونَ دَلْواً...

واختلفوا في لزوم إعادتها، فأوجبه أبو حنيفة في الحال، ولم يوجبه صاحباه.

والذي يقتضيه النظر: قول الإمامين في عدم لزوم غسل ما أصابه ماؤها قبل العلم بها، والذي يقتضيه الاحتياط: قول أبي حنيفة في لزوم إعادة الصّلاة، ولهذا أفتى الصباغي بقول أبي حنيفة فيما يتعلق بالصّلاة حتى أوجب إعادتها على ما ذكر في «الكتاب»، وبقول صاحبيه فيما سوى الصّلاة حتى لم يوجب غسل ما أصاب ماؤها قبل العلم بها.

(**وعشرون دلواً**) عطف على البئر أي ينزح البئر كلّه بوقوع نجس غير حيوان، وينزح عشرون أو أربعون أو كله بوقوع الحيوان على ما سيأتي بيانه، فلا إشكال في عطفه على ما ظنه الزَّيْلَعي.

اعلم أن الواقع في البئر إمّا نجاسة أو حيوان، وحكم النجّاسة قد تقدم بيانه آنفاً.

والحيوان إما آدمي أو غيره.

وغير الآدمي إمّا نجس العين أو غيره.

وغير نجس العين إما مأكول اللحم أو غيره.

والكلّ إما إن خرج حيّاً أو ميتاً.

والميت إمّا أن ينتفخ أو لا.

فالآدمي إذا خرج حيّاً ولم يكن في بدنه نجاسة حقيقية أو حكمية وكان مستنجياً.. لم يفسد الماء، ولا يجب نزح شيء أصلاً.

وإن كان مسلماً جنباً أو محدثاً فانغمس بنية الغسل، أو لطلب الدلو أو للتبرد.. فقد تقدّم حكمه، وما فيه من الخلاف.

وإن كان كافراً ينزح ماؤها على ما روي عن أبي حنيفة لأن بدنه لا يخلو عن نجاسة حقيقية أو حكميّة.

وإن أخرج ميتاً وكان مسلماً وقع بعد الغسل.. لم يفسد الماء.

وإن كان قبله.. فسد.

والكافر يفسد قبل الغسل وبعده.

ولو وقع الشهيد.. لم يفسده، إلَّا إذا سال الدم.

ولو وقع الحائض بعد الانقطاع وليس على أعضائها نجاسة.. فهي كالجنب.

وإن وقعت قبل انقطاع الدم وليس عليها نجاسة.. فهي كالطاهر إذا انغمس للتبرّد؛ لأنها لا تخرج عن الحيض بهذا الوقوع.

والسّقط إذا استهل.. فحكمه حكم الكبير.

وإن وقع في الماء بعد غسل.. لا يفسد.

وإن كان لم يستهل.. يفسد الماء.

وإن غسل غير مرة على ما في «قاضي خان».

وخُبر غير الآدمي إن كان نجس العين؛ كالخنزير وشعره.. يفسد الماء مات أو لم يمت، أصاب فمه الماء، أو لم يصب، وكذا الكلب - على القول بنجاسة عينه - ينزح الماء كلّه.

وإن لم يكن نجس العين؛ فإن علم ببدنه نجاسة.. يفسد الماء، وإن لم يصل فمه الماء.

وإن لم يعلم ولم يصل فمه الماء؛ فإن كان مما يؤكل لحمه.. فلا يوجب التنجس أصلاً؛ سواء تيقن عدم النجاسة على بدنه، أو لم يتيقن؛ لأنهم قالوا في البقر وغيره إذا وقع في البئر وأخرج حيّاً لا يجب نزح شيء، وإن كان الظاهر اشتمال بولها على أفخادها؛ لكن يحتمل طهارتها بأن سقطت عقيب دخولها ماء كثيراً، وهذا مع الأصل وهو الطهارة قد تظافرا على عدم النزح، كذا في «فتح القدير»، لكن قال في «قاضي خان»: لو وقع الشاة وأخرجت [٣٤/أ] حية ينزح عشرون دلوا لتسكين

وسطاً إِلَى ثَلَاثِينَ...

القلب، لا للتطهير، حتى لو لم ينزح شيئاً وتوضأ.. جاز.

ثم قال: وكذا لو وقع في البئر ما يؤكل لحمه من الإبل والبقر والطيور والدجاجة المحبوسة لا يفسد الماء، ولا يجب نزح شيء إلَّا لتسكين القلب.

وإن كانت الدجاجة مخلاة فوقعت وأخرجت حية.. لا يتوضأ من ذلك البئر استحساناً احتياطاً، وإن توضأ.. جاز. هذا كلامه.

وإن كان مما لا يؤكل لحمه من السباع والطيور وغيرهما ففيه اختلاف المشايخ، والأصح: عدم التنجس.

وإن وصل فمه الماء:

فإن كان سؤره نجساً كالكلب يجوز على القول بعدم نجاسة عينه.. فالماء نجس ينزح كله.

وإن كان مكروهاً كالفأرة والهرة والحية.. فالماء مكروه، ويستحب أن ينزح عشر دلاء أو عشرين دلواً.

وإن كان مشكوكاً كالحمار والبغل.. ينزح الماء كلّه. كذا في «الخلاصة».

هذا كلّه إذا خرج حيّاً.

فإن مات وانتفخ أو تفسخ.. قالوا وجب نزح الجميع في الجميع.

وإن لم ينتفخ ولم يتفسخ.. فالمذكور في ظاهر الرواية أنه على ثلاث مراتب، نزح عشرين وأربعين، وكلّه على ما سيأتي بيانه.

(وسطاً) قيل: الوسط هو المستعمل في كل بلد.

وقيل: في كلّ بئر.

وقيل: ما يسع صاعاً، وهي ثمانية أرطال.

وقيل: عشرة أرطال.

(إلى ثلاثين) احتياطاً لاحتمال زيادة الدلو المذكور في الأثر على قدر الوسط.

بِمَوْتِ نَحْوِ فَأْرَةٍ أَو عُصْفُورٍ أَو سَامٍ أبرصَ.

(**بموت نحو فأرة**) وعن «شرح الطحاوي» إن وقعت الفأرة هاربة من الهرة يجب نزح كلّها وإن خرجت حيّاً، وكذلك الهرة إذا وقعت هاربة من الكلب؛ لأنها تبول خوفاً، وبولها نجاسة في ظاهر الرواية على ما قدّمناه.

(**أو عصفور أو سام أبرص**) والأصل ههنا من الآثار ما روي عن أنس أنه قال في فأرة ماتت في البئر فأخرجت من ساعتها ينزح عشرون.

وغيرها ملحق بها دلالة.

وحكم الفأرتين والثلاث والأربع مثل الواحدة.

وحكم الخمس إلى تسع.. كالدجاجة.

والعشر كالشاة عند أبي يوسف.

وعن محمد الفأرتان إذا كانتا كهيئة الدجاجة ينزح أربعون.

قال في «الخلاصة» إذا نزح في الفأرة عشرة فلم يبق الماء، ثم عاد الماء.. لا ينزح شيء منه.

ولو تنجّس ماء البئر فأخذ في النزح فعجز، فجاء من الغد ووجد الماء أكثر مما ترك.. قيل: ينزح جميع الماء.

وقيل: ينزح المقدار الذي تركه وهو الصحيح.

واعلم أن نزح ما قدر لا يفيد قبل إخراج ما وقع فيه؛ لأن سبب النجاسة ما دام باقياً فيه لا يتطهر، وإن نجاسة البئر بعد إخراج الفأرة ونحوها غليظة، وبقدر تخفف، فلو صب الدلو الأوّل من بئر.. وجب فيها نزح عشرين في بئر طاهرة.. ينزح من الثانية المصبوب.

وعشرون ولو صب الثاني ينزح المصبوب، وتسعة عشر، وهكذا الثالث والرابع إلى الدّلو الأخير، ولو صب الدّلو [٣٤/ب] الأخير ينزح دلو مثله فقط في رواية أبي حفص، وهو الأصح.

وفي رواية أبي سلمان: ينزح عشرون فقط في صبّ الدّلو الأوّل وتسعة عشر في صب الدّلو الثاني، وهكذا الأخير.

ولا يعتبر نزح المصبوب.

ولو صبّ ماء بئر نجسة في بئر أخرى نجسة أيضاً.. ينظر بين المصبوب وبين الواجب فيها، فأيهما كان أكثر أغنى عن الأقل؛ فإن استويا فنزح إحديهما... يكفي؛ مثاله: بئران ماتت في كلّ منهما فأرة، فنزح من إحداهما عشرة مثلا وصب في الأخرى.. ينزح عشرون، ولو صب دلواً ودلوين.. فكذلك.

ولو مات فأرة في بئر ثالثة فصب فيها من إحدى البئرين عشرون، ومن الأخرى عشرة.. فينزح ثلاثون.

ولو صب فيها من كلٍّ عشرة.. ينزح أربعون.

وينبغي أن ينزح المصبوب.

ثم الواجب فيها على رواية أبي حفص هذا كله في «الفتاوى» وفي «التجنيس» ما يخالف هذا.

عن أبي يوسف أنه قال في بئرين مات في كلّ منهما سنّور فنزح من إحديهما دلو صب في الأخرى.. ينزح ماؤها كله؛ لأنه أخذ حكم النجاسة، وكذا لو أصاب الثوب يجب غسله، فصار كما إذا وقعت فيه نجاسة أخرى. انتهى.

وهذا إنما يظهر وجهه في المسألة السّابقة، وهي ما إذا كان المصبوب فيها طاهرة.

أمّا إذا كانت نجسة.. فلا؛ لأنّ أثر نجاسة هذا الدلو إنما تظهر فيما إذا ورد على طاهر، وقد ورد هنا على أثر فلا يظهر أثر نجاسة، فتبقى الموروودة على ما كانت، فتطهر بإخراج القدر الواجب فيها.

وقال ابن الهمام: وجه دفعه عن المسألة السابقة ما في «المبسوط» من أنا نتيقن

وَأَرْبَعُونَ إِلَى سِتِّينَ بِنَحْوِ حمَامةٍ أَو دجَاجَةٍ أَو سِنَّورٍ.

وَكلُّهُ بِنَحْوِ كلبٍ أَو شَاةٍ أَو آدَمِيٍ أَو انتفَاخِ الْحَيَوَانِ أَو تفسُّخِهِ.

وَإِن لم يُمكن نزحُهَا.. نُزِحَ قَدرُ مَاءٍ كَانَ فِيهَا.

أنه ليس في البئر إلّا نجاسة فأرة، ونجاسة الفأرة يطهرها عشرون دلواً.

(وأربعون إلى ستين) استحباباً في رواية «الأصل».

وفي «الجامع الصغير»: القدر المستحب: عشرة دلاء وفي «الهداية» وهو الأظهر؛ لأن «الجامع الصغير» آخر تصنيفات محمد.

(بنحو حمامة أو دجاجة أو سنور) وكذا الورسان والبط والإوز إن كانا صغيرين.

وإن كانا كبيرين فهما بمنزلة الجمل، والأصل ههنا ما روي عن الخدري في الدجاجة إذا ماتت في البئر ينزح أربعون وغيرها ملحق بها.

(وكلّه بنحو كلب) سواء كان عينه نجساً لأنّ الكلام في النزح بعد الموت.

(أو شاة أو آدمي)؛ لما رواه ابن سيرين مرسلاً عن حديث ابن عبّاس أنه أفتى بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم. ومراسيله حجّة كمراسيل سعيد بن المسيب.

(أو انتفاخ الحيوان) دموي، صغيراً كان أو كبيراً، **(أو تفسُّخِه)**؛ لأن بهما ينتشر البلة النجسة في أجزاء الماء، فينجسه كقطرة خمر.

بخلاف ما لو أخرجت قبلهما.

وإذا سقطت شعرة الميتة أو ذنب الفأرة في البئر.. ينزح الماء كلّه على ما في «الفتاوى».

(وإن لم يمكن نزحها) أي نزح البئر كلّها بأن كانت مَعِينة ولا يمكن سدّ منابعها لغلبة الماء (.. **نزح قدر ماء**) بالمد **(كان فيها)** وقت وقوع النجاسة على ما في «العناية»، أو وقت [٣٥/أ] ابتداء النزح على ما في «الكافي».

ويُفتَى بنزحِ مَائتي دلوٍ إِلَى ثَلَاثِ مِائَةٍ.

وَمَا زَاد عَلَى الْوسطِ.. احتُسِبَ بِهِ.

واختلفوا في كيفية تقدير ما كان فيها، قال بعضهم: تحفر حفرة عمقها ودورها مثل موضع الماء وتجصّص عند البعض، ويصب فيها، فإذا امتلأت.. فقد نُزح ماؤها.

وقيل: يرجع إلى رجلين بهما بصارة في أمر الماء وهو المختار.

وقيل: يرسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم نزح منها عشر دلاء مثلاً ثم تعاد القصبة فينظر كم نقص؛ فإن نقص العشر فهو مائة.. فينزح لكل قدر منها عشر، لكن هذا إنما يستقيم إذا كان دور البئر من أوّل حدّ الماء إلى قعره متساوياً، وإلا.. فلا.

(ويفتى بنزح مائتي دلو إلى ثلاث مائة) أفتى محمد لما شاهد في بغداد من أنّ ماء آبارها لا يزيد على ثلاث مائة غالباً. وقال أبو حنيفة: إذا نزح منها مائة يكفي لما شاهد في الكوفة من قلّة ماء آبارها.

قيل: لما كان الحكم نزح الجميع.. فكيف يفتى بعدد معيّن؟

أجيب: بأنّ محمّداً بنى جوابه على غلبة ظن نزح الجميع بناءً على ما شاهد، وغلبة الظن معتبرة في أمثاله.

ولو غار الماء قبل نزح الواجب ثم عاد.. لا يعود نجساً. وفي «النوازل»: يعود نجساً؛ لأنه لم يوجد المطهر.

وفي «التجريد»: جعل الأوّل قول محمد. وقول أبي يوسف: لا يطهر ما لم ينزح.

(وما زاد على الوسط احتسب به)؛ فلو نزح بدلو عظيم مرّة مقدار عشرين ولو وسطاً.. جاز. وكذا غيره. وقال زفر: لا يجوز؛ لأن بتوال الدلاء يصير الماء كالجاري. قلنا: قد حصل المقصود بذلك واعتبار الجريان ساقط، ولهذا لو نزح في عشرة أيام في كلّ يوم دلوين.. جاز؛ لحصول المقصود، وهو ظاهر المذهب؛ لأن الانفصال ليس بشرط.

وَقِيْلَ: يعْتَبر فِي كلِّ بِئْرٍ دلوُهَا.

وإذا انفصل الدلو الأخير عن الماء.. حكم بطهارتها عند محمّد، وإن كان الماء يتقاطر في البئر.

وعندهما: لا تطهر ما لم ينفصل عن رأس البئر، فلو استقى منه قبله فغُسل به ثوب.. نجسة عندهما، خلافاً له.

ثم بطهارة البئر يطهر الدلو والرشاء والبكرة ونواحي البئر واليد؛ لأن نجاسة هذه الأشياء بنجاسة البئر، فتطهر بطهارتها على ما روي عن أبي يوسف.

ومثله: عروة الإبريق إذا كان في يده نجاسة رطبة.

ولا يجب نزح الطين في شيء من الصور؛ لأن الآثار وردت في نزح الماء على خلاف القياس.

(وقيل: يعتبر في كلّ بئر دلوها)؛ لأنها أيسر على النّاس.

* * *

[مَطْلَب فِي الأَسْآر]

وسُؤْرُ الْآدَمِيّ وَالْفرسِ وَمَا يُؤْكَلْ.. طَاهِرٌ.

[مَطْلَب فِي الأَسْآر]

(وسؤر) هو بقية الماء الّذي يبقيه الشارب، ثم استعمل في بقية الطّعام **(الآدمي والفرس وما يؤكل لحمه طاهر)**؛ لما رواه مالك أنه ﷺ شرب اللبن ثم أعطى مَن جانبه.

ولأن لعابه متولّد من لحم طاهر، فيكون طاهراً مثله، وإنما لا يؤكل لكرامته، ولا فرق فيه بين الجنب والحائض والطاهر والمسلم والكافر والذكر والأنثى والصغير والكبير؛ لما بيناه ولما في «مسلم» عن عائشة قالت: كنت أشرب وأنا حائض فأناوله النبي ﷺ فيشرب.

فإن قيل: هذا في الحائض [٣٥/ب] مُسلّم؛ لعدم كونها مخاطبة بالاغتسال وقت الحيض.

وأما الجنب.. فيجب أن يتنجس سؤره لزوال الحدث عن فمه، فيكون مستعملاً على ما صرّح به في «شرح المنية»؛ حيث قال: يكره للجنب أن يأكل ويشرب من غير غسل فمه؛ لأن سؤره مستعمِلٌ وشرب الماء المستعمل مكروهٌ.

قلنا: أصح الرّواية عن أبي حنيفة أن الحدث والجنابة لا يتجزآن ولا يسقط الفرض به، فلا يصير الماء مستعملاً.

وفي رواية أخرى عنه: أنهما يتجزآن، ويسقط الفرض، ولكن الماء لا يصير مستعملاً به.

أمّا ما يلاقي الفم؛ فلما مرّ أن حكم الاستعمال إنما يظهر بعد الانفصال؛ لضرورة الحرج.

وأمّا ما لا يلاقيه.. فظاهر، ولو سلّم أنه مستعمل.

ولكن المختار: أن الماء المستعمل طاهر وإن لم يكن طهوراً.

وأمّا الكافر.. فلما روي أنه ﷺ أنزل المشركين في المسجد؛ فلو كان نجساً.. لما أنزلهم فيه.

والمراد بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ الخبَث في الاعتقاد، لا نجاسة الذّات؛ فإذا لم يكن نجساً.. صار سؤره طاهراً على الأصل في الآدمي.

وسؤر شارب الخمر من ساعة شربه مستثنى من هذا العموم؛ لأنه نجس.

ولو مكث قدر ما يغسل فمه بلعابه ثم شرب الماء.. لا ينجس سؤره.

ولو كان شاربه طويلاً بحيث يدخل الخمر حين شرب.. يكون سؤره نجساً ولو بعد ساعات.

فإن قيل: الصب شرط في الطّهارة عند أبي يوسف، فكيف يطهر فمه بغسله بلعابه؟

قلنا: نعم، إلّا أنّ اعتبار الصب ساقط عنده ههنا.

ونظيره لو أصاب عضوه نجاسة فلحسها حتى لم يبق أثرها، أو قاء الصبي على ثدي أمّه ثم مصّه حتى زال الأثر.. طهر بالاتفاق.

قال في «الخلاصة»: سؤر الجنب والحائض طاهر بلا كراهة. والمشرك لا بأس به.

وأمّا سؤر الفرس ففي «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد: أنه عندهما طاهر، وعند أبي حنيفة أربع روايات:

طاهر بلا كراهة، وهو قولهما، وحرمة لحمه للجهاد، حتى حل لبنه بالإجماع.

وفي رواية الحسن عنه: أنه مكروه.

وفي رواية عنه: أنه مشكوك.

وفي رواية: أنه كبوله.

وسؤر الدجاجة المخلّاة مستثناة مما يؤكل لحمه، على ما سيأتي بيانه.

وسؤرُ الْكَلْبِ وَالْخِنْزِيرِ وسبَاعِ الْبَهَائِمِ.. نجسٌ.

وسؤرُ الْهِرَّةِ وَالدجَاجةِ المُخلَّاةِ وسبَاعِ الطيرِ وسوَاكنِ الْبَيْتِ كَالحيةِ وَالفأرةِ.. مَكْرُوهٌ.

(وسؤر الكلب والخنزير وسباع البهائم نجس).

أمّا الكلب؛ فلما رواه الدارقطني بسند صحيح عن عطاء موقوفاً على أبي هريرة: أنه كان إذا ولغ الكلب في الإناء أهراقه، ثم غسله ثلاث مرات.

وعنه مرفوعاً أيضا: أنه يغسل ثلاثاً، أو خمساً، أو سبعاً، وبهذه الرواية اشترط الشافعي السبع.

قلنا: إنه محمول على ابتداء الإسلام، وهذا لأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث، فما يصيبه سؤره وهو دون بوله.. أولى منه. والموقوف في أمثاله في حكم الرفع.

ثم وجه الاحتجاج بما رويناه: أنّ لسانه يلاقي الماء دون الإناء، فلمّا تنجس الإناء.. فالماء أولى منه وهذا في الحقيقة يرجع إلى الاحتجاج بدلالة الإجماع [٣٦/أ] على نجاسة الإناء على نجاسة السؤر.

ثم لا فرق بين الكلب المأذون وغيره، ولا يبين المقول بنجاسة عينه وطهارته.

وأما الخنزير: فلأنه نجس العين بالاتفاق.

وأمّا سباع البهائم: فلأنه ﷺ نهى عن أكل كلّ ذي ناب من السباع، والحرمة فيما يصلح للغذاء - لا للكرامة - آية النجاسة، ولأنه لا ضرورة فيها، وخبثُ طباعها مما يؤيد نجاستها أيضاً.

(وسؤر الهرة والدجاجة المخلّاة وسباع الطير وسواكن البيت كالحية والفأرة.. مكروهٌ).

قال أبو يوسف: قلت لأبي حنيفة: إذا قلت في شيء أكره.. فما رأيك فيه؟ قال: التحريم.

وفي «المستصفى»: وتغني من السّؤر المكروه: أنه طاهر، لكن الأولى أن يتوضأ

بغيره، فتكون الكراهة تنزيهيّة، وهو اختيار الكرخي.

واختار الطحاوي كراهة التحريم.

وعن أبي يوسف: أن سؤر الهّرة لا بأس به.

وفي «الخلاصة» أن الأصح أن كراهة سؤر الحية والفأرة والهرة تنزيهية.

والحاصل: أنهم اختلفوا في سؤر الهرة؛ فرقة قالوا إنه ليس بمكروه، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والثوري وأبو يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد وطاوس وابن أبي ليلى والكرخي والطحاوي إنه مكروه.

ثم افترق القائلون بالكراهة فرقتين؛ منهم من قال تحريمية، ومنهم من قال تنزيهية.

واستدل المنكرون بالكراهة بما رواه الدارقطني في «سننه» عن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ تمرّ به الهرّة فيصغي لها الإناء فتشرب منه، ثم يتوضأ بفضلها. يصغي بمعنى: يميل.

واحتج القائلون بالكراهة بما أخرجه الحاكم في «مستدركه» عن أبي هريرة أنه ﷺ قال: «الهرة ليست سبعاً»، وليس المراد بيان الخلقة والصورة، بل بيان الأحكام؛ لأنه ﷺ بعث لبيان الأحكام لا لبيان الخلقة، فكان الأصل أن يكون سؤرها نجسة كسائر السباع، إلّا أنه سقطت النجاسة؛ لضرورة علّة الطواف؛ لقوله ﷺ: «إنها ليست نجسة؛ لأنها من الطوافين عليكم»، وإذا سقطت النجاسة.. بقيت الكراهة، ولمّا لم ينهض دليل على تحريم الكراهة.. قلنا بتنزيهها؛ لعلة أنّها لا تحامي النجاسة، وهذا كافٍ في إثبات التنزيه.

فإن قيل: إذا سقطت النجاسة.. بقيت كراهة التحريم، فكيف يصح القول إنّها تنزيهية؟

قلنا: الملازمة؛ إذ سقوط وصف أو حكم شرعي لا يقتضي ثبوت آخر شرعي.. إلّا بدليل؛ فإثبات التحريم بمجرّد هذه الملازمة: دعوى بلا دليل.

وبهذا ظهر ضعف من قال إنها تحريمية، وما رواه المنكرون محمول على زوال توهم النجاسة بأن كانت بمرأى منه، في زمان يمكن فيه غسلها فمها بلعابها، وهذا لأن الأصل ههنا كراهية غمس اليد في الإناء للمستيقظ قبل غسلها؛ فإنه إنما نهي عنه في حديث المستيقظ؛ لتوهم النجاسة في يده، فيكون الغمس قبل الغسل حراماً، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن [٣٦/ب] الهّرة وإن لم تتحامَ النجاسة غالباً.. إلّا أنّ إصغاءها النبي ﷺ كان بمرأى منه، فزال توهم النجاسة، وهي علّة الحرمة.

ومع هذا: كان عدم تحاميها نفسها مع سباعيّتها كافياً في إثبات التنزيه.

لنا: قال في «المبسوط» و«الذخيرة»: يكره أن تلحس الهرة كفَّ الإنسان ثم يصلّي قبل غسلها، أو يأكل من بقية الطعام الذي أكلت منه؛ لقيام ريقها بذلك.

ولو أكلت فأرة فشربت على فورها الماء.. تنجّس؛ كشارب الخمر إذا شرب الماء على الفور.

ولو مكثت ساعة ثم شربت.. لا ينجس عند أبي حنيفة؛ لغسلها فمها بلعابها.

وعند محمد: ينجس؛ لأن إزالة النجاسة لا يجوز عنده إلّا بالماء المطلق، لا بسائر المائعات.

وأبو يوسف، قيل: مع محمّد ههنا؛ لعدم الصّب وقيل: مع أبي حنيفة، ويسقط اعتبار الصب للضرورة.

وأما ما قال في «غاية البيان»: ومن الواجب على العوام أن يغسلوا مواضع لحس الهرة إذا دخلت تحت لحافهم؛ لكراهة ما أصابه فمها.. فمحمول على القول بتحريم كراهة سؤرها، وقد عرفت أنها تنزيهية، فيكون غسل ما أصابها مستحبا.

وسؤرُ الْبَغْلِ وَالْحمَارِ.. مَشْكُوكٌ،..........................

وفي «البحر»: أن كراهة أكل فضلها تنزيهاً إنما هو في حق الغني؛ لقدرته على غيره.

وأما في حقّ الفقير.. فلا يكره، كما صرّح به في «السراج الوهاج» ، وهو نظير ما قالوا إنّ السؤر المكروه إنما يكون عند وجود غيره من الطاهر، وأمّا عند عدم غيره.. فلا كراهة فيه أصلاً.

واعلم: أنّ ما ذكرنا من الكراهة في سؤر الهرة الأهلية.

وأما سؤر الهرة الوحشية.. فالذي يقتضيه النظر أن تكون نجسة؛ بناء على ما قالوا إنّ الأصل في سؤر الهرة أن تكون نجسة؛ لكونها من السبع، إلَّا أنها سقطت النجاسة لعلّة ضرورة الطّواف.. فإنّ مُقْتَضى هذا القول أن يكون سؤر الهرة الوحشية نجساً؛ لعدم علّة الطواف فيها، ولا يمكن العمل بإطلاق قوله ﷺ: «أنها ليست نجسة»؛ لأنه معلّل بالطواف على ما رويناه، والنص المعلّل يعتبر بعلّته.

والمراد بالدجاجة المخلّاة: الجوّالة في عذرات الناس؛ لأن منقارها لا يخلو عن النجاسة.

ولو كانت محبوسة في بيت مغلق بابه، وعلفها وماؤها فيه، أو في بيت تكون رأسها وعلفها وماؤها في الخارج، الأول مختار «المبسوط»، والثاني مختار «الهداية»، وعلى التقديرين: لا كراهة في سؤرها.

ولما كان الطيور تشرب بمنقارها وهو عظم جاف طاهر، لكنها تأكل الميتات والجيف غالباً.. فأشبه الدجاجة المخلاة، فأورث الكراهة لذلك، وضرورة أنها تنزل من السماء فتشرب مؤثرةٌ في سقوط النجاسة، لا في سقوط الكراهة، كما في سواكن البيوت؛ فإن الضرورة فيها تسقط نجاستها لا كراهتها. والكلام في تحريمها وتنزيهها كما مر في الهّرة.

(**وسؤر الحمار والبغل: مشكوك**)، هذه عبارة أكثر مشايخنا.

كان [٣٧/أ] أبو طاهر الدباس ينكرها ويقول: لا يجوز أن يكون شيء من أحكام الله تعالى مشكوكاً فيه، بل هو محتاط فيه، فأمر بالجمع بينه وبين التَّيَمُّم، ومنع منه حالة القدرة.

وقالوا: المراد بالشكِّ التوقفُ، لا الجهل بحكم الشرع؛ لأن حكمه معلوم، وهو وجوب استعمال الماء وإنقاء النجاسة، وضمُّ التَّيَمُّم إليه عند عدم غيره للاحتياطِ. وسببُ التوقف تعارضُ الآثار والأخبار في لحمه.

روي عن ابن عبّاس أنه طاهر.

وعن ابن عمر أنه نجس.

وعن النبي ﷺ أنه قال لغالب ابن أبجر: «كل من سمين مالك» قال له حين قال له: لم يبق من مالي إلَّا الحمر الأهلية.

وعنه ﷺ أيضاً أنه حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر، كذا في «المبسوط».

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: وهذا لا يقوى؛ لأن لحمه حرام بلا إشكال؛ لأنه اجتمع المحرم والمبيح، فغلب المحرم على المبيح، كما لو أُخبر بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي، والآخر أنه ذبيحة مسلم.. لا يحل أكله؛ لغلبة الحرمة، فكان لحمه حراماً بلا توقف، ولعابه متولّد منه فيكون نجساً، فكذا سؤره.

وأجيب عنه: بأنه لم يغلب المحرم؛ لضرورة أن الحمر تربط في الدور والأفنية، ويحتاج [إليها] للركوب والحمل، وتشرب من الآنية، إلَّا أنها دون ضرورة الهرة والفأرة؛ لدخولهما المضايق.

فلو لم يكن ضرورة أصلا.. كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا شك، ولو كانت كضرورتهما.. كان مثلهما في الحكم، يسقط النجاسة، وحيث ثبت الضرورة من وجه دون وجه، واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة.. تساقطا، فصرنا إلى الأصل، وهو الطهارة في جانب الماء، والنجاسة في جانب اللعاب، وليس أحدهما

أولى من الآخر، فبقي الأمر مشكلا، فتوقف في الحكم بأحدهما، والتوقفُ عند تعارض الأدلة دليلُ العلم وغايةُ الورع، وبهذا التقرير يندفع ما قيل من أن تعارض الأخبار لا يوجب التوقف؛ كما في إخبار عدلين بطهارة الماء ونجاسته.. فإنه يحكم بطهارته، ويتوضأ بلا ضمّ تيممٍ.

ووجه الاندفاع: أن تعارض الخبرين يوجب تساقطهما، حيث ما وقع فيرجع إلى الأصل والأصل في الماء الطهارة، فرجَّحناه استصحاباً وفيما نحن فيه: لما تساقط الدليلان.. رجعنا إلى الأصل استصحاباً أيضاً، إلَّا أنّ الأصل ههنا شيئان: الطهارة في جانب الماء، والنجاسة في جانب اللّعاب، وأحدهما ليس أولى من الآخر.. فوجب التوقف، بخلاف الإخبار عن الماء؛ فإن الأصل فيه هو الطهارة فقط، فعمل به.

ثم اختلفوا في موقع التوقف، فقال بعضهم: إنه في الطهارة.

وقال بعضهم: في الطهورية.

وقال بعضهم: في كليهما جميعاً.

والجمهور على أنه في الطهورية، فعلى هذا ينجس الثوب والبدن والماء، ولا يرفع الحدث.

وقيل: لا خلاف في المعنى؛ لأن الشك في الطهورية نشأ من اختلاف الآثار والأخبار في الطهارة والنجاسة. [٣٧/ب] والمراد بالبغل ههنا: ما يكون أمّه أتاناً حتى يلحق به.

وأمّا إذا كان أمّه رمكة.. فهو يتبع بها في حكم لحمها وسؤرها، ولذا قالوا: إن الذئب إذا نزى على شاة فولدت حلّ أكل الولد، ويجوز في الأضحية تبعاً لأمّه.

واختلف في لبن الأتان؛ ففي «الهداية» و«الخلاصة» و«التبيان»: أنه طاهر، ولا يؤكل لحرمته.

وَيتوضَّأُ بِهِ ....

وفي «المحيط»: لبن الأتان نجس في ظاهر الرّواية.

وعن محمّد: أنه طاهر ولا يؤكل.

وقال التمرتاشي عن البزدوي: إنه يعتبر فيه الكثير الفاحش، وهو الصّحيح، فجعله نجاسة مخففة.

وعن عين الأئمة: الصحيح أنه نجس نجاسة غليظة؛ لأنه حرام بالاجماع.

وفي فتاوى «قاضي خان»: وفي طهارة لبن الأتان روايتان. والحاصل أنه نجس في ظاهر الرواية.

وما ذكر في «الهداية» و«الخلاصة» رواية محمد.

وأما عرق الحمار.. فعن أبي حنيفة أنه طاهر.

وعنه: أنه نجس غليظ.

وعنه: أنه خفيف.

وقال القدوري: إنه طاهر في الروايات المشهورة، واختاره في «الهداية»، وجعله «قاضي خان» ظاهر الرواية.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن عرق الحمار والبغل نجس، وإنما جعل عفواً في الثوب والبدن؛ لمكان الضرورة.

والأصح: أنه طاهر؛ لما روي أنه ﷺ ركب الحمار معروريا، والحر حرّ الحجاز، والثقل ثقل النبوة فلا بد أن يعرق الحمار.

(ويتوضأ به) أي بالمشكوك.

قيل: ويلزمه الوضوء به على الأحوط.

وفي «الخلاصة»: ولو قدر على الماء المشكوك وعلى نبيذ التمر عند أبي حنيفة يتوضأ بالنبيذ.

إن لم يجد غَيرَهُ وَيتَيَمَّم. وأيّاً قدَّمَ.. جَازَ.

وعَرَقُ كلِّ شَيْءٍ كسُؤرِهِ.

وعند أبي يوسف: يتوضأ بماء مشكوك، ثم يتيمم، ولا ينظر إلى النبيذ.

وقال محمد: يجمع بين الثلاث احتياطا، وأيّما ترك.. لا يجوز، وإذا قدم وأخر.. جاز. انتهى.

(**إن لم يجد غيره ويتيمم، وأيّاً**) من الوضوء والتَّيمُّم (**قدَّمَ.. جاز**).

وقال زفر: يجب تقديم الوضوء؛ لأنه ماءٌ واجبُ الاستعمالِ، فأشبه الماء المطلق.

ولنا: أن المطهر إمّا السّؤور أو التراب؛ فإن كان الأوّل.. فلا فائدة في استعمال الثاني، تقدَّم أو تأخر.

وإن كان الثاني.. فلا يضره التقديم والتأخير، فوجب الضم دون الترتيب.

قال في «فتح القدير»: والأفضل تقديم الوضوء به.

وهل يشترط النية في هذا الوضوء؟ ففي «فتح القدير»: الأحوط أن ينوي أي يشترط النية، والمراد بالضم: عدم خلو صلاة واحدة منهما، إلّا الجمع في حالة واحدة، حتى لو توضأ بسؤر الحمار وصلّى، ثم تيمم وصلّى تلك الصلاة.. فالصحيح أنه لا يلزمه الإعادة مرة أخرى.

وكذا لو تيمم وصلّى ثم توضأ بسؤر الحمار وصلّى.. لا يلزمه الإعادة.

ولو تيمم وصلّى، ثم أراق سؤر الحمار.. يلزمه إعادة التَّيمُّم والصلاة؛ لاحتمال أن السّؤر هو المطهر كذا في «الخلاصة».

(**وعرق كلِّ شيء كسؤره**)، وما كان سؤره طاهراً.. فعرقه طاهر، ونجساً.. فنجس، ومشكوكاً.. فمشكوك؛ لأن العرَقَ متولدٌ من اللحم كاللّعاب، فيأخذ حكمه، إلّا أنّ عرق الحمار ليس بمعتبر بسؤره في ظاهر الرواية، بل طاهر على ما ذكرنا آنفاً. [٣٨/أ]

وَإِن لم يُوجدْ إلّا نَبِيذُ التَّمْرِ.. يتَيَمَّمُ، وَلَا يتوضَّأُ بِهِ عِنْد أبي يُوسُفَ، وَبِه يُفْتِى. وَعند الإِمَام: يتوضأُ بِهِ. وَعندَ مُحَمَّدٍ: يجمعُ بَينَهمَا.

(**وإن لم يوجد**) ما يتوضّأ به (**إلّا نبيذ التمر**) وهو على ما ذكره محمّد في «النوادر» أن يلقى في الماء تميرات حتى صار الماء حلواً رقيقاً يسيل على الأعضاء، ولا يكون مشتداً مسكراً.. قيده بالتمر لأن سائر الأنبذة لا يجوز التوضؤ بها عند عامة المشايخ على الصحيح؛ لأن جوازه بنبيذ التمر على خلاف القياس، فيقتصر عليه.

وما روي عن الأوزاعي وعكرمة من الجواز مطلقا.. فغير صحيح.

(.. **تيمم، ولا يتوضأ عند أبي يوسف وبه يفتى**) وهو آخر القول عن أبي حنيفة، واختاره الطحاوي عملاً بآية التَّيمُّم؛ فإن الوظيفة انتقلت إلى التَّيمُّم عند عدم الماء المطلق.

(**وعند الإمام: يتوضأ به**) - وهو رواية «الجامع الصغير» - ويضم إليه التَّيمُّم استحباباً لا وجوباً، بالحديث ليلة الجن أنه ﷺ توضأ في تلك اللّيلة بنبيذ التمر، وصلّى صلاة الفجر.

والجواب عنه: أنه ضعيف على ما أطبق عليه السّلف.

ولو سلّم.. فهو منسوخ بآية التَّيمُّم؛ لأنها مدنية وليلة الجن كانت بمكة.

(**وعند محمد: يجمع بينهما**) وجوباً، وهو رواية عن أبي حنيفة، والحاصل: أنّ في هذه المسألة ثلاث روايات عن الإمام.

واختار كلّ من صاحبيه ما اختاره، واختار الإمام أن يتوضّأ به عملاً بحديث الجن؛ لما ثبتت أن ليلة الجنّ كانت غير واحدة، فلا يصح دعوى النسخ حتى ذكر في «آكام المرجان في أحكام الجان»: أن ليلة الجن كانت ست مرات، ولكن لما لم يخرج الحديث بهذا القدر عن مرتبة الضعف.. ترك صاحباه العمل به.

وأمّا ما قاله في «الهداية» أنه مشهور وعملت به الصحابة، وبمثله يزاد على الكتاب.. ففيه نظر؛ إذ المشهور: ما كان آحاداً في الأصل ثم تواتر في القرون

المتأخرة، وليس هذا كذلك؛ لأن كثيراً من المتأخرين تكلّموا فيه متناً وسنداً، حتى قال ابن الهمام: وجب تصحيح الرواية الموافقة لقول أبي يوسف؛ لأن آية التَّيَمُّم ناسخة له، وعلى هذا يجب التفصيل في الغسل أيضاً.

* * *

(بَابُ التَّيَمُّم)

يَتَيَمَّمُ الْمُسَافِرُ وَمَن هُوَ خَارِجَ الْمِصرِ:

(بَابُ التَّيَمُّم)

شرع في غزوة المريسيع، حيث أضلت عائشة [عِقدها]، فبعث النبي ﷺ في طلبه، فحانت الصلاة وليس معهم ماء، فأنزل الله تعالى التَّيَمُّم.

وهو في اللغة: القصد مطلقاً.

وفي الشرع: القصد إلى الصّعيد للتطهير مع الضربتين المخصوصتين، وهو من خصائص هذه الأمة، ولم يشرع قبلها.

(يتيمم المسافر ومن هو خارج المصر) .

كل من قيد السفر والخروج عن المصر.. ليس للاحتراز، بل لكونها مظنة عدم الماء غالباً، على ما صرح به في الأسرار و«فتح الباري»، من أنّه يجوز التَّيَمُّم للمقيم وفي المصر عد فقد الماء، وذكر السفر في الآية لكونه مظنة عدم الماء.

وقال قاضي خان: لو خرج من المصر أو القرية للسفر أو للاحتطاب أو للاحتشاش أو لطلب الدابة أو للذهاب إلى قرية أخرى، فحضرته الصلاة.. يجوز له التَّيَمُّم إن كان بينه وبين الماء نحو الميل.

وأما ما ذكر في «شرح الطحاوي»: أنه لا يجوز التَّيَمُّم في المصر إلَّا لخوف فوت صلاة الجنازة والعيد ولخوف [٣٨/ب] البرد للجنب.. فبناء على أن المصر مظنة الماء غالباً، حتى لو تحقق عدم الماء فيه.. لجاز التَّيَمُّم.

وأما صلاة الجنازة والعيد.. فجائز فيهما عند خوف فوتهما، سواء تحقق وجود الماء، أو لا؛ لأنهما يفوتان لا إلى خَلَفٍ، وهذا لأن الشرط عدم الماء، فأينما تحقق.. جاز التَّيَمُّم.

ويؤيّده ما ذكر في «المحيط»: وللمسافر [أن] يطأ جاريته وإن علم أنه لا يجد

الماء؛ لأن التراب شرع طهوراً حال عدم الماء ولا يكره الجنابة حال وجود الماء، فكذا حال عدمه. انتهى.

واختلفوا هل يعيد ما صلى بالتَّيَمُّم في الحضر إذا وجد الماء، أو لا؟ فقال أبو حنيفة في رواية وهو قول الشافعي: إنه يعيد، قصرت مدة عدم الماء أو طالت.

وقيل: إنه يعيد إن قصرت المدة، ولا يعيد إن طالت للحرج.

وقيل لا يعيد مطلقاً، وهو قول مالك. وهو الصحيح.

وقيل: إنه لا يصلّي حتى يجد الماء أو يسافر، وهو رواية عن أبي حنيفة على ما في «فتح الباري» وهذا كله في الصحيح.

وأما لو تيمّم المريض المقيم في المصر.. فإنه لا يعيد بالإتفاق إن جاء عذره من قِبَلِ الله، وإن جاء من قِبَلِ العباد.. فيعيد بعد وُجدان الماء؛ كمن منع عن الوضوء بالحبس أو بالتهديد بالقتل أو الضرب الشديد، أو منعه مستأجره عن الذهاب إلى الماء، والأسير في دار الحرب منعه الكفار.. فإنهم يصلّون بالتَّيَمُّم ويعيدون بعد وُجدان الماء على ما في «القنية».

واختلفوا أيضاً في فاقد الماء أو التراب؟

قيل: يجب عليه أن يصلي ويعيد بعد وُجدان أحدهما.

وقيل: لا يجب عليه أن يصلي، بل يستحب، ويجب عليه القضاء، صلّى أو لم يصلّ.

وقيل: يجب عليه أن يصلّي، ولا يجب عليه الإعادة.

وقال أبو حنيفة: يحرم عليه الصلاة، ويجب القضاء، كذا في «الكرماني».

ثم تحقق هذا الشرط؛ أعني عدم الماء على نوعين:

عدم صورة ومعنى.

والثاني: معنى فقط.

لِبُعدِهِ عَنِ المَاءِ...

• فأشار إلى النوع الأول بقوله: (لبعده عن الماء) الكافي لطهارته؛ لأنّ ما دونه كالعدم عندنا، حتى إذا أجنب وكان معه ماء يكفي للوضوء لا للغسل.. فإنه يتيمم ويصلي، ولا يجب عليه التوضُّؤ، وكذا المحدث إذا كان معه ماء يكفي لغسل بعض؛ أعضاء الوضوء دون بعض فإنه يتيمم ويصلّي، ولا يجب عليه استعماله عندنا.

وقال الشافعي: يستعمله ويتيمم للباقي؛ لأنّ الماء في قوله تعالى: ﴿فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءٗ فَتَيَمَّمُواْ﴾ نكرة في سياق النفي، فيعمم، وصار كالنجاسة وستر العورة.

قلنا: الآية سيقت لبيان الطهارة الحكمية، فكان التقدير: فلم تجدوا ماءً محلّلاً للصّلاة؛ فإن الماء النجس لا يمنع جواز التَّيَمُّم بالإجماع، وباستعمال القليل لم يثبت شيء من الحل على الكمال؛ لأنّ الحكم لا يثبت بجزء العلة، ومسألة النجاسة وستر العورة خلافية أيضاً؛ لما قال في «الخلاصة»: ولو وجد من الماء قدر ما يغسل بعض النجاسة الحقيقية، أو وجد من الثوب قدر ما يستر بعض العورة.. لا يلزمه استعماله.

ولو سلّم أنها اتفاقية كلّها [٣٩/أ] يقبلان التجزي، فيفيد استعمال القليل فيهما للتقليل ما أمكن، بخلاف الجنابة والحدث.. فإنهما لا يقبلان التجزي على أصح الرواية عن أبي حنيفة، فلا يفيد استعمال القليل.

وما في «الخلاصة» جنب اغتسل وبقي لمعة، ثم وجد ماء غير كاف لهما.. فإنه يستعمله تقليلاً للجنابة: محمول على الرواية الضعيفة عنه من قبولهما التجزي، أو على الأولوية، لا على الوجوب.

فإن قيل: قال قاضي خان وغيره: جنب يتحمم للظهر مثلاً وصلى، ثم أحدث فحضرته العصر ومعه ماء يكفي للوضوء لا للغسل.. فإنه يجب عليه الوضوء به للعصر، ولا يجوز له التَّيَمُّم. وهذا نص في وجوب استعمال القليل كما قال الشافعي.. قلنا: إنّ الجنابة لمّا زالت بالتَّيَمُّم.. لا تعود إلّا بوجدان ماء يكفيها، ولم يوجد هنا، فكان هذا الشخص بالنسبة إلى ذلك الماء محدثاً لا جنباً، فيجب عليه

ميلاً.

استعماله لكفايته لحدثه، فكان هذا من قبيل استعمال الماء الكافي لا القليل، ولو كان عنده ماء كاف للوضوء، لكنه مستحق الصّرف إلى جهة أهمّ من الوضوء.. يعدّ ذلك الماء معدوماً بالنسبة إلى الوضوء، فيجوز له التَّيَمُّم مع ذلك الماء، فلو كان على بدنه أو ثوبه نجاسة مانعة وهو محدث ومعه ماء كاف للحدث.. فإنه يصرف الماء إلى غسل النجاسة، ويتيمم للصلاة عند العامّة، حتى لو توضأ به وصلّى مع النجاسة.. أجزأه ويكون مسيئاً، على ما في «الخانية»، وبهذا ظهر ضعف ما في «المحيط». ولو تيمم أوّلاً ثم غسل النجاسة.. يعيد التَّيَمُّم؛ لأنه تيمم وهو قادر على ما يتوضأ به. انتهى.

وهذا لأنّ الماء لمّا كان مستحق الصّرف إلى غسل النجاسة.. جاز له التَّيَمُّم عند أبي يوسف، سواء كان مقدّماً أو مؤخراً؛ لأنه معدوم في حق الحدث.

وكذا الحال في الماء المستحق للعطش (ميلاً)، وعن محمد ميلين، مسافراً ومقيماً.

وقيل: إن كان مسافراً يقدّر بميلين إذا كان الماء أمامه؛ لأنه بمنزلة ميل في حقّه؛ لعدم إيابه.

وقيل: مقدر بعدم سماع الصّوت، والأقرب الميل، وهو ثلث فرسخ، والفرسخ أربعة آلاف ذراع، طوله أربعة وعشرون إصبعاً، وعرض الإصبع سبع حبات شعيرة ملصقة ظهر البطن.

وعن ابن شجاع الميل ثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة ذراع، إلى أربعة آلاف.

وعن أبي يوسف: أنّ الماء إذا كان بحيث لو ذهب إليه وتوضأ تذهب القافلة وتغيب عن بصره.. فهو بعيد، ويجوز له التَّيَمُّم.

وقال في «فتح القدير»: وهذا أحسن جداً. كذا في «الذخيرة».

وعلى التقديرين: الأصل ههنا أن بمقدار الميل من المسافة أو بما قدره أبو يوسف.. يتحقق الحرج لو أُلزم الذهاب إلى الماء بالنظر إلى جنس المكلفين، وما

أَو لمَرَضٍ خَافَ زِيَادَتهُ أَو بُطءَ بُرئِهِ.

شرع التَّيَمُّم إلّا لدفع الحرج، فرخص بهذا المقدار، ثم المعتبر عندنا؛ هو المسافة ميلاً، أو مقدّراً بذهاب القافلة وتغيبه عن البصر، لا خوف فوات الوقت على ما ذهب إليه زفر؛ فإنه يجوز [٣٩/ب] التَّيَمُّم لخوف الفوت وإن كان الماء أقلّ من الميل أو من ما قدّره أبو يوسف.

والذي ظهر من «القنية»: أن هذا أخذه مشايخنا أيضاً، حيث قال في باب التَّيَمُّم: تيمم في كلّه لخوف البق أو مطر أو حر شديد.. جاز إن خاف فوت الوقت.

ولو كان في سطح ليلاً وفي بيته ماء لكنه يخاف في الظلمة إن دخل البيت.. لا يتيمم إذا لم يخف فوت الوقت. وإذا خاف فوت الوقت.. تيمم.

ثم قال في باب من يبتلى بأمرين أيّهما يختار:

مسافر لا يقدر أن يصلّي على الأرض لأنها نجسة قد ابتلت بالمطر.. يصلى بالإيماء إذا خاف فوت الوقت، وإلا.. فيؤخرها حتى يجد مكاناً يسجد فيه.

قال مشايخنا: ويجوز التَّيَمُّم لخوف فوت الوقت، والرواية في مسألة النجاسة رواية في التَّيَمُّم؛ لعدم الفرق. انتهى.

- وأشار إلى النوع الثاني بقوله: **(أو لمرض خاف زيادته أو بطء برئه)** إمّا باستعمال الماء كالجدري، أو بالتحرك كالمبطون، ولا بد من بلوغ المرض إلى هذا الحدّ في جواز التَّيَمُّم؛ لأنه شرع رخصةً له لضرورة دفع الضرر، ولا يتحقق ذلك إلّا عند خوف الاشتداد أو الامتداد؛ لقيام غلبة الظن مقام الحقيقة.

ولا يشترط خوف تلف النفس أو العضو؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ﴾، وهو حجّة على الشافعي في اشتراط التلف، بخلاف ما لم يبلغ الحدّ المذكور من المرض.. فإنه خصّص عن عموم هذه الآية للضرورة المذكورة.

ولو كان المريض لا يضره استعماله الماء ولكن لا يقدر التوضؤ بنفسه ولا يجد من يوضّئه.. جاز له التَّيَمُّم أيضاً؛ لأنه فاقد للماء حكماً.

وأمّا لو وجد خادماً له كعبده وولده وأجيره.. فلا يجزيه التَّيَمُّم بالاتفاق، على ما نقل عن «المحيط».

ولو وجد غير خادمه ممّن لو استعان به أعانه بلا أجر، أو زوجته.. ففي ظاهر المذهب: أنه لا يتيمم أيضاً من غير خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه على ما هو الظاهر من الكتب المعتبرة.

ونقل في «التجنيس» عن شيخه خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه على قوله: «يجوز له التَّيَمُّم» وعلى قولهما: «لا».

وعلى هذا الخلاف إذا كان مريضاً لا يقدر على استقبال القبلة، أو كان في فراشه نجاسة ولا يقدر على التحول عنه ووجد من يحوله ويوجهه.. لا يفترض عليه ذلك عنده.

وعلى هذا: الأعمى إذا وجد قائداً لا يلزمه الجمعة والحج، وهذا لأن عنده لا يعتبر المكلّف قادراً بقدرة غيره.

وعندهما: يثبت القدرة بآلة الغير؛ لأنّ آلة الغير صارت كآلته بالإعانة، وكان حسام الدين يختار قولهما.

والفرق على ظاهر المذهب بين مسألة التَّيَمُّم ومسألة المريض: إذا لم يقدر على الصّلاة ومعه قوم لو استعان بهم في الإقامة والثبات.. جاز له الصّلاة قاعداً أنه يخاف على المريض زيادة الوجع في قيامه، ولا يلحقه زيادة الوجع في الوضوء، هكذا في «التجنيس»، والفرق [بين] الزوجة والمملوك، [٤٠/أ] أنّ الزوجة إذا مرضت لا يجب على الزّوج أن يؤضّئها وأن يتعاهدها، وفي العبد والجارية: يجب على المولى إذا لم يستطع المملوك الوضوء، فكذا لا يجب على الزوجة حين مرض الزوج، ويجب على المملوك حين مرض المولى، على ما هو الظاهر من «الخلاصة» و«القنية»: المريض إذا وجد من يوضئه بغير أجرة.. لا يتيمم في قولهم جميعاً، وإن طلب أجرة.. تيمم.

أَو لخوفِ عَدوٍّ أَو سبعٍ.

وقالا: إن رضي بأجر مثله.. لم يتيمم، وإلا.. يتيمم.

ولو خاف المرض أو زيادته لبرد شديد.. تيمم ولو في مصرٍ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ لأن الغالب في المصر وجود الماء السخن؛ وإنما لم يذكره.. لأنّ جوازه عنده في المصر مختص للجنب، ولا يجوز للحدث على الصحيح من الرواية عنه.

- (**أو لخوفِ عدوٍّ أو سبعٍ**) أو حيّة أو نار ونحوهما، سواء كان الخوف على نفسه أو على ماله عنده، أو كان الماء عند فاسق والمرأة تخاف على نفسها، أو كان مديوناً مفلساً يخاف الحبس لو ذهب إلى الماء؛ فإن هذه الأعذار مبيحة له التَّيَمُّم؛ دفعاً للحرج عنه، ولا يلزمه الإعادة بعد وجدان الماء؛ لأنها جاءت من قِبَل الله تعالى لا من قبل العباد، وهذا في السّبع والحية ونحوهما ظاهر.

وأمّا في العدوّ.. فلأن الظاهر من كلامهم: أن المراد من العذر الذي جاء من قِبَل العباد: هو الذي يتقدمه وعيد شديد من العبد، ومن العذر الذي جاء من قِبَل الله تعالى: ما لا يتقدمه وعيد من العبد.

والمراد بخوف العدو ههنا: هو الذي لا يتقدمه وعيد من العدو؛ كما في السّبع. ومنه يظهر وجه ما في «الخلاصة» وغيرها: الأسير في أيدي العدوّ إذا منعه الكافر عن الوضوء والصلاة.. يصلّي بالتَّيَمُّم والإيماء، ثم يعيد إذا خرج.

وكذا لو قال لعبده: إن توضأت حبستك أو قتلتك.. فإنه يصلي بالتَّيَمُّم ثم يعيد؛ كالمحبوس.

وفي «التجنيس»: رجل أراد أن يتوضأ فمنعه إنسان عن أن يتوضأ بوعيد، قيل: ينبغي أن يتيمم. ويصلّي ثم يعيد الصّلاة بعدما زال العذر؛ لأنه عذر من قِبَل العباد، فلا يسقط فرض الوضوء عنه. انتهى.

قال في «المحيط»: لو حبس في السفر وتيمم وصلّى.. صح، ثم لا يعيد؛ لأنه انضم عذر السفر إلى العذر الحقيقي، والغالب في السفر عدم الماء، فتحقق العدم من كل وجه. انتهى.

أَو عَطشٍ.

يعني جعل هذا عذراً من قبل الله.

- (أو) لخوف (عطش) لأنه مشغول لحاجته، فصار معدوماً حكماً، وكذا إذا احتاج إليه للعجين لا للمرقة؛ لأن الحاجة إليها دون حاجة العطش والعجين.

وعطش رفيقه ودابته وكلبه كعطش نفسه في الحال أو في الاستقبال، لا فرق بينهما، وقد مرّ أنه إذا احتاج إليه لإزالة النجاسة الحقيقية عن بدنه أو ثوبه.. تيمم أيضاً؛ لأنه أهم من الوضوء.

وإذا كان معه ثمن الماء وهو يحتاج إليه للزاد.. تيمم.

ولو كان مع رفيقه ماء لم يحتج إليه للعطش وهو يحتاج إليه للعطش.. كان له أن يأخذه قهراً وله أن يقاتله خوفاً عن التلف، ولو قتله.. لا قصاص [٤٠/ب] عليه ولا دية.

وفي «الخلاصة»: الماء الموضوع في الفلوات في الحبّ[1] ونحوه.. لا يمنع جواز التَّيَمُّم؛ لأنه لم يوضع للوضوء غالباً، وإنما وضع للشرب، إلَّا أن يكون كثيراً، فيستدلّ بكثرته على أنه وضع للشرب والوضوء جميعاً.

رجل في البادية معه ماء زمزم في القمقمة، وقد رصص رأس القمقمة.. لا يجوز له التَّيَمُّم، والحيلة: أن يهبها لغيره ثم يودعها منه، أو يجعل فيه ماء الورد أو غيره مما يجعله معتدّاً.

وردّه في «قاضي خان» بأنه لو رأى مع غيره ماء يبيعه بمثل الثمن أو بغبن يسير.. يلزمه الشراء، ولا يجوز له التَّيَمُّم؛ فإذا تمكن من الرجوع في الهبة.. كيف يجوز له التَّيَمُّم؟

وأجيب عنه: بأن الرجوع تملك سبب مكروه، وهو مطلوب القدم شرعاً، فيجوز أن يعتبر الماء معدوماً في حقه لذلك، وان قدر عليه حقيقة كماء الجب، بخلاف البيع.

---

(١) الحُب: بضم الحاء: الخابية.

أَو لفقدِ آلَةٍ بِمَا كَانَ من جنسِ الأَرْضِ؛ كَالتَرابِ وَالرملِ وَالنورةِ وَالجصّ وَالكحلِ وَالزرنيخِ وَالْحجرِ وَلَو بِلَا نقعٍ.........................

- (أو لفقد آلة) كالدلو والحبل أو الثوب يمكنه الإرسال ويخرج الماء قليلاً قليلاً بالبل.

وفي «الخلاصة»: ولو كان معه منديل طاهر.. لا يجزيه التَّيَمُّم.

ولو كان مع رفيقه دلو وليس معه دلو.. لا يجب عليه أن يسأل؛ فإن سأله وقال: انتظر حتى أستقي الماء ثم أرفع إليك.. فالمستحب عند أبي حنيفة أن ينتظر إلى آخر الوقت؛ فإن خاف فوت الوقت.. تيمم وصلّى.

وعندهما: ينتظر وإن خاف فوت الوقت.

وعلى هذا لو كان مع رفيقه ثوب وهو عريان، فقال: انتظر حتى أصلّي وأدفع إليك الثوب.

وأجمعوا على أنه إذا قال: أبحت لك مالي لتحج.. فإنه لا يجب عليه الحج.

(بما كان) متعلق بتيمم (**من جنس الأرض كالتراب والرمل والنورة والجص والكحل والزرنيخ والحجر ولو بلا نقع**) قال في «المستصفى» كل ما يحترق بالنار فيصير رماداً كالشجر أو ينطعج ويلين كالحديد.. فليس من جنس الأرض، وما عدا ذلك.. فهو من جنس الأرض انتهى.

فيجوز التَّيَمُّم بما ذكر وبالكبريت والياقوت والمغرة والزبرجد والزمرد والفيروزج والعقيق والبلخش والسبخة المنعقدة من الأرض لا من الماء، والأرض المحترقة في الأصح؛ لأن كلها من جنس الأرض.

وكذا يجوز بالمرجان على ما في «غاية البيان»، و«العناية» و«المحيط» و«معراج الدراية» و«التبيين»، لأنه من جنس الأرض.

وذكر في «فتح القدير»: أنه لا يجوز بالمرجان واللآلئ؛ لأن أصلهما ماء، وكذا المصنوع منهما انتهى.

قيل: إنه غلط في المرجان. قلت: الحكم بالغلط بعد تعليله بأن أصله ماء غلط؛ إذ لا خلاف أنّ ما كان أصله ماء لا يجوز به التَّيَمُّم، حتى قالوا: الملح المائي لا يجوز به التَّيَمُّم بالاتفاق وإن كان جبلياً، ففيه خلاف.

فقال أبو حنيفة إنه يجوز به، سواء كان عليه غبار أو لا.

وعندهما: لا يجوز ما لم يكن عليه غبار.

والأصح قول أبي حنيفة على ما في «الخلاصة».

وقال شمس الأئمة: الأصح أنه لا يجوز، مائياً كان أو جبلياً، فصار الخلاف في المرجان إلى أنّ أصله مائي أو لا.

وكذا يجوز التَّيَمُّم بجوهر الذهب والفضة عندهما، وأمّا لو تيمم على الذهب أو الفضة [٤١/أ] أو الشبة أو النحاس أو الرّصاص أو الدقيق أو الزجاج المتخذ من الرّمل وغيره أو على الحنطة أو على الشعير ممّا ليس من جوهر الأرض أو من جوهرها إلّا أنّه خلص عن جوهرها بالإذابة والاحتراق.. فلا يجوز بالاتفاق.

ويجوز بالآجر عند أبي حنيفة، وعن محمد فيه روايتان، وقول أبي يوسف متردد على ما في «الخلاصة».

وقال في «فتح القدير»: يجوز التَّيَمُّم بالآجر (المشوي) على الصحيح، إلّا أنه خلط به ما ليس من جنس الأرض، فحينئذ لا يجوز.

قال: كذا أطلق فيما رأيت.

مع أن المسطور في «قاضي خان»: التراب إذا خالطه ما ليس من أجزاء الأرض.. تعتبر فيه الغلبة. وهذا يقتضي أن يفصل في المخالط للَّبن بخلاف المشوي؛ لاحتراق ما فيه مما ليس من أجزاء الأرض، والخزف الجديد؟ قيل: يجوز التَّيَمُّم به، وقيل: لا إلّا إذا استعمل فيه الأدوية، فحينئذٍ لا يجوز بالاتفاق.

وكذا لا يجوز بالرّماد بالاتفاق؛ لأنه ليس من جنس الأرض. هذا عندنا. وقال

خلَافاً لِمحمدٍ.

وخصَّهُ أَبُو يُوسُفَ بِالتُّرَابِ وَالرَّملِ.

وَيجوزُ بَالنقعِ حَالَ الِاخْتِيَارِ؛..........................

الشافعي: لا يجوز التَّيَمُّم إلّا بترابٍ منبتٍ له غبار يتعلق بالعضو؛ لما رواه مسلم مرفوعاً «جعلت لنا الأرض مسجداً وتربتها طهوراً».

والحجة عليه: عموم قوله تعالى: ﴿صَعِيدًا طَيِّبًا﴾، وما رواه خبرُ واحدٍ لا يجوز الزيادة به على الكتاب، ولو سلم.. فكون المراد بتربتها التراب ممنوع، ولو سلّم.. فالعمل بمفهوم الخلاف ليس بحجة عندنا في أمثال هذا المقام.

(خلافا لمحمّد)؛ فإنه قال: إن كان الحجر مدقوقاً أو عليه الغبار.. جاز التَّيَمُّم، وإلّا.. فلا، والحجّة عليه: إطلاق ما تلوناه، ولا حجة له في قوله تعالى: ﴿فَٱمْسَحُواْ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ﴾؛ لأن الضمير المجرور يحتمل أن يرجع إلى الحدث لا إلى التراب.

(وخصّه أبو يوسف بالتراب والرمل)، والحجة عليه: ما تلوناه، ولا حجة له في قوله ﷺ: «عليكم بالأرض» حين قيل له: إنا نكون بالرمال؛ لأنا لا نمنع التَّيَمُّم بالرمل أيضاً.

ومفهوم الخلاف ليس بحجة عندنا، وقد طعن في إسناده.

(ويجوز بالنقع حال الاختيار)؛ أي: حال قدرته على الصعيد، حتى لو تيمم بغبار على ثوبه أو على ظهر حيوان أو كنس داراً أو كال حنطة أو هدم حائطاً أو هبّت الريح فارتفع الغبار فأصاب وجهه وذراعيه فمسحه بنية التَّيَمُّم.. جاز؛ لأن الغبار جزء رقيق من التراب، وإنما قلنا بمسحه؛ لأن المسح باليد شرط في التَّيَمُّم على ما في «العناية».

والذي ظهر من «الخلاصة»: أن الشرط أعم من المسح باليد؛ حيث لو أدخل رأسه في موضع الغبار بنية التَّيَمُّم.. يجوز.

خلَافاً لَهُ.

[مَطْلَب في شَرَائِطِ التَّيَمُّم]

وَشَرطه:

ولو انهدم الحائط وظهر الغبار فحرك رأسه ونوى التَّيَمُّم.. جاز.

والشرط وجود الفعل منه.

(**خلافاً لَهُ**)؛ أي: لأبي يوسف؛ فإنه قال: لا يجوز التَّيَمُّم بالغبار إلَّا عند العجز عن الصعيد؛ كأن يكون في وحل وردغة[1] بسفر أو في بحر ولا يستطيع الماء، وفي رواية [٤١/ب] عنه: لا يجوز مطلقاً، وفي رواية عنه: أنه تيمم به ويعيد.

والخلاف مبني على أنه تراب خالص أو غالب أو لا؟ فعنده: لا، وعندهما: نعم؛ إذ لم يفارقه إلَّا بالهواء، كذا في «فتح القدير».

وعلم منه ومن تخصيصه بالتراب والرمل أنه لا يجوز التَّيَمُّم بالطين عنده.

وقال في «قاضي خان» و«الخلاصة»: ولو كان في طين طاهر لا يتيمم به، بل يلطخ به بعض ثيابه أو بدنه ويتركه حتى يجف ثم تيمم به.

وقال الكرخي: يجوز التَّيَمُّم بالطين.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أنه لا ينبغي أن يتيمم بالطين؛ لأن فيه يلطخ الوجه، ولو فعل.. جاز.

وفي «البحر» عن «المحيط»: أنه يجوز التَّيَمُّم بالطين عند أبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لأنه من جنس الأرض، إلَّا إذا صار مغلوباً بالماء.

وعن الولواجي و«المبتغى»: أنه يؤخر إلى أن يخاف [قوت] الوقت، ثم تيمم بالطين. وأمّا قبل.. فلا يجوز؛ كيلا يتلطخ به.

[مَطْلَب في شَرَائِطِ التَّيَمُّم]

(**وشرطه**)؛ أي: شرط التَّيَمُّم:

---

(١) الردغة: الماء والطين والوحل الشديد.

الْعَجزُ عَنِ اسْتِعْمَالِ المَاء حَقِيقَةً أَو حكماً.

وطهَارةُ الصَّعِيدِ.

وَالَاستيعَابُ فِي الْأَصَحِّ.

وَالنِّيَّةُ، ....

- (**العجز عن استعمال الماء**) الكافي لطهارته؛ لأن ما دون الكافي غير معتبر عندنا على ما ذكرناه، (**حقيقةً**) بأن عدم الماء ميلاً، (**أو حكماً**) بأن لم يقدر على استعماله لمانع على ما مر بيانه.

- (**وطهارة الصعيد**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾؛ لأن المراد بالصعيد: وجه الأرض، وبالطيب: الطاهر؛ لأنه محتمل له، وهو مراد بالإجماع، فيحمل عليه بدلالة هذا الإجماع، ومنه قالوا: إن الأرض التي أصابتها النجاسة فجفت وذهب أثرها.. لا يجوز التَّيَمُّم بها مع جواز الصلاة عليها؛ لعدم كونه صعيداً طيباً.

ولي ههنا شبهة: أنه لما فسر الصعيد بوجه الأرض والطيب بالطاهر.. فلِمَ لا تكون الأرض المذكورة طيباً أي طاهراً وقد زال أثر النجاسة عنها بالجفاف وهو طهارتها؟ أقول: والذي تقتضيه المبالغة المفهومة من صيغتي الصعيد والطيب: الكون مطهّراً، والأرض المذكورة وإن كانت طاهرة بالجفاف وهي كافية للصلاة لعدم هذه المبالغة فيها.. لكنها غير مطهرة، فلا يجوز التَّيَمُّم بها، ويؤيده حديث: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»، فعلى هذا الأولى أن يقول: وطهورية الصّعيد.

- (**والاستيعاب في الأصحّ**)، احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن الاستيعاب ليس بلازم، ومسحُ الأكثر كافٍ؛ لأنه مسح فلا يجب فيه الاستيعاب كمسح الرّأس، فعلى هذه الرواية: لا يجب نزع الخاتم وتخليل أصابعه. وجه الأصح: أنّ الأمر بالمسح في التَّيَمُّم تعلّق باسم اليدين، وأنه يعمّ الكلّ، ولأنه بدل عن الوضوء فيجب فيه ما يجب في المبدل؛ من الاستيعاب ومسح الرأس، والخف خلف لا بدل.

- (**والنية**)، وقال زفر: ليس بشرط؛ اعتباراً بالوضوء.

وَلَا بدّ من نِيَّةِ قُربَةٍ مَقْصُودَةٍ لَا تصحُ بِدُونِ الطَّهَارَةِ.

قلنا: التطهير بالماء معقول المعنى، فلا يحتاج إلى النية، بخلاف التّراب.. فإنه ملوّث بطبعه، فالتّطهير به تعبّديّ لا بدّ من نية، فلا يقاس عليه غيره، ولأن التَّيَمُّم يدلّ على القصد، يقال: يمّمته: قصدته، والقصد هو النية، وأمرنا بالتَّيَمُّم فلا يتحقق [٤٢/أ] بدون القصد، فيشترط فيه بخلاف الوضوء؛ فإن الأمر فيه ورد بالغسل والمسح، ولا دلالة لها على النية، فلا تشترط هي فيه.

فإن قيل: إنّ ما يدل عليه التَّيَمُّم هو القصد اللّغوي، والقصد الذي هو النية المعتبرة ههنا إنما هو قصد خاص؛ أعني: قصد إباحة الصّلاة أو رفع الحدث أو الطّهارة، ولأدلة للعام على الخاص، ولأن اللغوي هو مدلول اللّفظ، والنية المعتبرة ههنا هو فعل القلب، ولا دلالة لأحدهما على الآخر.. قلنا: إن قوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾ مبني على قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ ﴾، والمراد به: فاغسلوا للصلاة، فكذا قوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُواْ﴾ للصّلاة، فدلّ بقرينة هذا التقدير على قصد خاص مُرادٍ ههنا، ومدلول اللّفظ إمّا عين فعل القلب، أو دالّ عليه، كما أنّ مدلول فاغسلوا عين فعل الجوارح، أو دالّ عليه بناءً على ما قالوا: الخطّ دالّ على اللفظ، واللفظ على ما في الواقع عند بعض، وعلى الصّورة الذهنية الدالة على ما في الواقع عند بعض.

ثم بيّن كيفية النية المشروطة فيه بقوله: (**ولا بدّ من نيّة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة**)؛ مثل نية استباحة الصّلاة أو سجدة التلاوة؛ فإن قيل: قد تقرّر في الأصول أن سجدة التلاوة ليست قربة مقصودة لذاتها، حتى لو تلاها في وقت مكروه جاز أداؤها في وقت مكروه.. قلنا: إنّ مرادهم أن هيئة السجود المخصوصة ليست مقصودة لذاتها عند التلاوة، بل لاشتمالها على معنى التواضع، فلا ينافي كونها عبادة مقصودة لذاتها بمعنى أنها شرعت ابتداء تقرّباً لله تعالى، قال في «التجنيس»: النية المشروطة ههنا هو نية التطهير. هو الصحيح. انتهى.

ويقربه ما قالوا: يجوز بنية الطهارة أو رفع الحدث، ولا ينافيه ما ذكرنا من نية

فَلَو تيَمّمَ كَافِرٌ لِلْإِسْلَامِ.. لَا تجوزُ صلَاتُهُ بِهِ.

استباحة الصّلاة؛ لأنه يتضمّن نية التطهير والطهارة ورفع الحدث كلها؛ فإن قيل: إن التطهير والطهارة ورفع الحدث إنما شرعت لأجل الصلاة لا لذاتها، فلا يكون قربة مقصودة؟ قلنا: إنها لمّا شرعت لأجلها وشرطت لإباحتها.. كانت النية لها هي النية للصلاة نفسها، وقالوا بأنه لو تيمّم لدخول المسجد أو للقراءة ولو من المصحف أو مسّه أو زيارة القبور أو دفن الميّت أو الأذان أو الإقامة أو السّلام أو ردّه أو الإسلام.. لا تجوز الصّلاة بذلك التَّيَمُّم عند عامة المشايخ إلّا من شذ وهو أبو بكر بن سعيد البلخي.

وفي «الأشباه»: وفي التَّيَمُّم لقراءة القرآن روايتان، فعند العامّة لا يجوز وهو محمول على ما إذا كان محدثاً، أما إذا كان جنباً فتيمّم لها.. جاز له أن يصلي به كما في «البدائع». انتهى.

وعن أبي حنيفة في غير ظاهر الرواية أنه لو تيمم لرد السّلام.. يجوز به الصّلاة، ولو تيمم لتعليم الغير دون الصلاة.. لا يجوز عند الثلاثة؛ لصحته بدون الطهارة، ولو تيمم لسجدة الشكر.. لا يصلّي به عندهما [٤٢/ب]؛ لعدم كونها قربة مقصودة، وعند محمد: يصلّى به؛ لكونها قربة مقصودة عنده.

ولو تيمّم لصلاة الجنازة.. لا يصلّى به لو كان مقيماً، ويصلّي لو كان مسافراً.

(**فلو تيمم كافر للإسلام.. لا تجوز صلاته به**)؛ لجوازه بدون الطهارة، وإن كان قربة مقصودة في نفسها.

ولو تيمّم للصلاة ثم أسلم.. لا تجوز صلاته به أيضاً اتفاقاً بين الثلاثة؛ لعدم أهليته للصلاة حين تيمّم؛ لعدم كونه مكلّفاً بالفروع، بخلاف ما لو توضأ ثم أسلم.. فإنه يجوز صلاته بذلك الوضوء؛ لعدم اشتراط النية فيه عندنا.

وبخلاف ما لو تيمّم المسلم للصّلاة ثم ارتد عياذاً بالله تعالى ثم أسلم.. فإنه باق على تيمّمه، يجوز به الصّلاة؛ لأن الباقي بعد التَّيَمُّم صفة كونه طاهراً لا نفس التَّيَمُّم، حتى يرتفع بورود الكفر عليه، واعتراض الكفر على تلك الصفة لا ينافيها،

خلَافاً لأبِي يُوسُفَ .
وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الْحَدثِ أَو الْجَنَابَةِ. هُوَ الصَّحِيحُ.

[مَطْلَب في صفة التَّيَمُّم]

وَصِفتهُ:
أَن يضْربَ يَدَيْهِ ....

كما لو اعترض على الوضوء، وإنما لا يصحّ من الكافر ابتداء لانعدام أهلية النية.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأنه رأس كلّ عبادة، وهو من أهله لكونه مكلّفاً به فيصح تيمّمه له، فكذا صلاته، بخلاف ما إذا نوى للصّلاة ثم أسلم.. فإنه لا يجوز صلاته؛ لعدم أهليته لها.

قلنا: لا بدّ أن يكون المنويُّ ممّا لا يجوز بدون الطهارة، والإسلام ليس كذلك.

(**ولا يشترط تعيين الحدث أو الجنابة. هو الصحيح**)، احترز به عمّا ذكره الخصّاف وأبو بكر الرازي أنه لا بد من وجوب التعيين والتمييز بينهما؛ لأن التَّيَمُّم لهما يقع على صفة واحدة، فيميز بالنية كصلوات الفرض، وليس بصحيح؛ لأنّ الحاجة إلى النية ليقع التَّيَمُّم طهارة؛ فإذا وقع طهارة.. جاز له أن يؤدي به شيئاً آخر؛ لأن الشرط تراعي وجودها لا غير، إلّا ترى أنه لو تيمّم للعصر يجوز له أن يؤدّي به الظهر، بخلاف الصّلوات حيث لا تؤدّى إلّا بالتّعيين، كذا في «الزَّيْلَعي».

ذكر في «القنية» بعلامة «الزّيادات»: بقي على جسد الجنب لمعة ثم أحدث وتيمم لهما.. جاز وينوي لهما؛ لأنه إذا نوى لأحدهما يبقى الآخر بلا نية. انتهى.

وهذا مبنيّ على رواية الحصاف على ما ذكره في «البحر».

وعلم منه أنّ عن محمد في المسألة روايتين؛ لأنه روى في «التجنيس» عن محمد: أن الجنب لو تيمم يريد به الوضوء أي التطهير.. أجزأه وإن لم ينو عن الجنابة.. وهذا مبني على رواية عدم اشتراط التمييز بينهما على ما في «البحر».

[مَطْلَب في صفة التَّيَمُّم]

(**وصفته**) لما ذكر الشروط.. شرع في بيان كيفية الضربتين اللّتين لا يتحقق التَّيَمُّم إلّا بهما، وإضافتهما إلى التَّيَمُّم لأدنى ملابسة: (**أن يضرب يديه**) وفي رواية

عَلَى الصَّعِيدِ فينفضُهمَا، ثمَّ يمسح بهمَا وَجْهَه، ثمَّ يضْربُهمَا ....

«الأصل»: أن يضع يديه، والفرق بينهما: أن الضرب يكون على وجه الشدة، والوضع على وجه اللّين، والضرب أولى؛ ليدخل التراب في أثناء الأصابع تحقيقاً للاستيعاب؛ فإنه فرض على الصحيح، حتى لو مسح وجهه وذراعيه ولم يمسح ظهر كفيه.. لم يجز، ولا بدّ من نزع الخاتم وتخليل الأصابع، وفي المرأة لا بدّ من نزع السّوار، ولو لم يمسح تحت الحاجبين فوق العينين [٤٣/أ] لا يجوز.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: الاستيعاب ليس بشرط، حتى لو مسح أكثر الكف والذراعين.. يجوز، ولا يجب نزع الخاتم على هذه الرواية، كذا في «الخلاصة».

(**على الصعيد**) الطيب، وقد ذكرنا المراد بهما، (**فينفضهما**) بأن يضرب جانب يديه مما لي الإبهام أحدهما بالآخر مرة، على ما روي عن محمد، أو مرتين على ما رُوِيَ عن أبي يوسف، والمختار: أن العدد غير مقصود، بل ينفض مقدار ما يتناثر التراب؛ كيلا يصير مُثلةً، والأصل فيه ما رواه البخاري: أنه ﷺ قال لعمّار: «إنما كان يكفيك أن تضرب بيديك الأرض، ثم تنفضهما، ثم تمسح بهما وجهك وكفيك».. قيل: هذا النفض سنّة. وقيل: مستحب.

(**ثم يمسح بهما وجهه**) كما رويناه ويجب استيعاب بشرة وجهه والشعر الذي عليه، خفيفاً كان أو كثيفاً عند الجمهور وهو الصحيح عن أبي حنيفة، وعنه: إن ترك دون درهم.. أجزأه، وعنه: إن ترك دون الربع.. أجزأه.

(**ثم يضربهما**)؛ لما رواه الدار قطني والحاكم مرفوعاً: «التَّيَمُّم ضربتان، ضربة للوجه، وضربة للذراعين»، وهو حجة على الأوزاعي وعطاء في قولهما أنه ضربة واحدة، وعلى ما حكي عن بعضهم أنه ثلاث ضربات، للوجه والكف والذراعين.

ولا تعارض بينه وبين ما رويناه آنفا عن البخاري؛ إذ لم ينص فيه على العدد.

واعلم أن قوله ﷺ: «ضربتان» يفيد أنّ الضربتين ركن فيه، ومقتضاه: أنه لو ضرب يديه للتيمم فقبل أن يمسح أحدث.. لا يجوز بتلك الضربة؛ لأنها ركن، فصار

كَذَلِك، وَيمْسَح بِكُلِّ كفٍّ ظَاهِرَ الذِّرَاع الْأُخْرَى وبَاطِنَهَا مَعَ الْمرْفقِ.

كما لو أحدث في الوضوء بعد غسل بعض الأعضاء، وبه قال السيد أبو شجاع.

وقال القاضي الإسبيجابي: يجوز، كمن ملأ كفّيه ماء فأحدث، ثم استعمله.

وقال في «الخلاصة»: الأصح أنه لا يستعمل ذلك التراب؛ كذا اختاره شمس الأئمة.

وذكر بعض نسخ «الواقعات» : أنه يستعمله المتيمم في السّفر.

ثم اعلم أن ما صرّح به مشايخنا: أنه لو ألقت الريح الغبار على وجهه ويديه فمسح بنية التَّيَمُّم.. أجزأه، وإن لم يمسح.. لا يجوز، إمّا محمول على اعتبار الوضع في التَّيَمُّم، وإمّا على اعتبار الضربة أعم من كونها على الأرض أو على العضو مسحاً، والذي يقتضيه النظر: عدم اعتبار ضربة الأرض من مسمّى التَّيَمُّم شرعاً؛ فإن المأمور به المسحُ ليس غيرُ في كتاب الله تعالى حيث قال: ﴿فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ﴾، ويحمل قوله ﷺ: «التَّيَمُّم ضربتان» إما على إرادة الأعمّ من المسحين كما ذكرناه، أو أنه أخرج مخرج الغالب على ما قاله ابن الهمام.

(**كذلك**) أي على الصعيد مع النفض، (**ويمسح بكل كف ظاهر الذراع الأخرى وباطنها مع المرفق**)، وفي «المحيط»: يضرب يديه ثانياً ويمسح بأربع أصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤوس الأصابع إلى المرفق، ثم يمسح بكفه اليسرى باطن يده اليمنى إلى الرسغ، ويمرّ باطن إبهامه اليسرى [٤٣/ب] على ظاهر إبهامه اليمنى، ثم يفعل باليد اليسرى كذلك، وهو الأحوط؛ لأن فيه احترازاً عن استعمال المستعمل بقدر الممكن؛ فإن التراب الذي على يديه يصير مستعملاً بالمسح، حتى لو ضرب يديه مرة ومسح بهما وجهه وذراعيه.. لا يجوز، ولا يجب مسح باطن الكف؛ لأن ضربهما على الأرض يغني عنه. انتهى.

وما اختاره المصنف أرفق للناس.

وفي «الخلاصة»: ولا يجوز التَّيَمُّم بأقلّ من ثلاث أصابع، ولو تيمم وهو

وَيَسْتَوِي فِيهِ الْجنبُ وَالْمُحدِثُ وَالْحَائِضُ وَالنُّفَسَاءُ.

وَيجوزُ قبلَ الْوَقْتِ، ....

مقطوع اليدين من المرفقين.. فعليه أن يمسح موضع القطع.

(**ويستوي فيه الجنب والمحدث**)، **إلّا** أن الجنب يتيمم في المصر لخوف المرض من البرد الشديد، لا المحدث على ما قدّمناه.

(**والحائض والنفساء**)، ذهب عمر بن الخطاب وابن مسعود إلى أن التَّيَمُّم مختص للحدث؛ لأن الله تعالى شرعه له على خلاف القياس؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟﴾؛ فإن المراد المسُّ باليد لا الجماع، فيقتصر على مورده.. قلنا: المراد الجماع مجازاً؛ بدلالة سياق الآية، لأن الله تعالى بيّن حكم الحدث والجنابة في آية الوضوء، ثم نقل الحكم إلى التراب عند عدم الماء، وذكر الحدث الأصغر بقوله: ﴿أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ﴾ فيحمل ﴿لَـٰمَسْتُمُ﴾ على الحدث الأكبر؛ ليصير الطّهارتان والحدثان مذكورين في آية البدل، كما ذكر في آية الوضوء.

ولو سلّم المراد المسّ باليد لكان شرعيته للجنابة، فأتت بما رواه البخاري مرفوعاً: «ما منعك أن تصلّي؟» قال: أصابتني جنابة ولا ماء، فقال ﷺ: «عليك بالصّعيد» .

والحيض والنفاس في معناها فيلحقان بها، فيتيمم لهما عند انقطاعهما تمام أكثرهما بالاتفاق، وفي انقطاعهما فيما دون أكثرهما تيمم عند بعض مشايخنا، وعند بعض لا.

(**ويجوز**) التَّيَمُّم لكلّ من الأربع (**قبل الوقت**)، وقال الشافعي ومالك: لا يجوز؛ لأنه مستغنى عنه كالتَّيَمُّم عند وجود الماء، ولأنه طهارة ضرورية، فلا يجوز قبل تحقق الضرورة؛ كطهارة المستحاضة، ولأن الله تعالى أوجب الوضوء عند القيام إلى الصّلاة عند وجود الماء، وأوجب التَّيَمُّم عند عدمه، والقيام إلى الصلاة لا يكون إلّا

وَيُصلي بِهِ مَا شَاءَ من فرض وَنفل كَالْوضُوءِ.

بعد الوقت، فكذا التَّيَمُّم؛ لأنه ورد على خلاف القياس، فيراعى فيه جميع ما ورد فيه الشرع، بخلاف الوضوء.. فإنه على القياس، فيجوز قبل الوقت وبعده.

قلنا: النصوص الواردة في التَّيَمُّم لم تفصل بين وقت ووقت، فالتقييد ببعض الوقت زيادة عليه، ولأنه بدل فله حكم الأصل، والحاجة قد تمسّ لتقديمه على الوقت ليشغل بأوّل الوقت أداء الفرض مع سنتها، والمستحاضة يجوز وضوؤها قبل الوقت أيضاً، ولو سلم.. فطهارتها قد وجدت مع ما ينافيها وهو سيلان الدم، بخلاف التَّيَمُّم.. فإنه لم يوجد دافع بعده من حدث أو وجود ماء، فيبقى على ما كان، وإن الله تعالى إنما أوجب التَّيَمُّم عقيب المجيء من الغائط عند عدم الماء بقوله تعالى: ﴿أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾، والفاء للتعقيب، وأقل الأمر: الجواز عقيبه [٤٤/أ]، وإن معنى ﴿إِذَا قُمْتُمْ﴾: إذا أردتم القيام إلى الصّلاة وأنتم محدثون، فلا ينافي جوازه قبل الوقت، كما في الوضوء.

(**ويصلي به**) أي بالتَّيَمُّم الواحد (**ما شاء من فرض**) أداء وقضاء (**أو نفل كالوضوء**)؛ لحكم البدليّة.

وقال الشافعي ومالك: إنما يصلّي به فرضاً واحداً في وقت واحد، إلّا في عرفة، ويصلّي به من النوافل ما شاء، والخلاف يبني تارة على أن التَّيَمُّم مبيح عندهم لا رافع للحدث، وعندنا رافع له.

وتارة على أنه طهارة ضرورية عندهم، مطلقة عندنا.

والجواب عن مبناهم الأول: أن اعتبار الحدث مانعية شرعية عن الصّلاة لا يشكل معه أن التَّيَمُّم دافع لكون ذلك المنع مرتفعاً به، وهو الحق إذ لم يقم على أكثر من ذلك دليل، وأما تغير الماء برفع الحدث.. إنما يستلزم اعتباره نازلاً عن وصفه الأوّل بواسطة إسقاط الفرض لا بواسطة إزالة وصف حقيقي مدنس فيجوز أن يكون التراب كذلك، كيف وقد نقلنا من «المحيط» أن التّراب يصير مستعملاً، ولأنه

لو لم يكن رافعاً.. لكان الحدث باقياً، فيلزم اجتماع المبيح والمحرم وهو باطل، ولأنه ﷺ جعله وضوءاً عند عدم الماء بقوله: «الصعيد الطيب وضوء المسلم»، فيعمل عمل الوضوء.

والجواب عن مبناهم الثاني: أن التَّيَمُّم طهور حال عدم الماء بقوله ﷺ: «التراب طهور المسلم» و«جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»؛ فإنّ المراد به: أنه مطهّر، وإلّا لما تحققت الخصوصية؛ لأن طهارة الأرض بالنسبة إلى سائر الأنبياء ثابتة أيضاً، وإذ كان مطهراً.. تبقى طهارته إلى وجود غايتها من وجود الماء أو ناقض آخر.

فإن قيل: سلّمنا أن موجب طهوريته ما لم يوجد الماء أو ناقض آخر أفاده الطهارة، لكنّ الكلام ليس فيه، بل في بقاء تلك الطهارة المفادة به بالنسبة إلى فرض آخر، وليس فيه دليل عليه فلنا أن نثبت عدم بقائها بالمعنى وهو أن اعتبار طهارته ضرورة أداء المكتوبة مع عدم الماء، والثابت بالضّرورة يتقدر بقدرها.. قلنا: إن أردتم أنها اعتُبرت لضرورة المكتوبة الواحدة فقط منعناه بل ضرورة تحصيل الخيرات المشروطة بالطهارة مطلقاً، وكيف وقد أجزتم النوافل الكثيرة بالتَّيَمُّم الواحد، فعلم أنّ اعتباره عند عدم الماء تكثير لأبواب الخيرات، وإن أردتم غير ذلك.. فلا بد من بيان حتى يتكلم عليه.

فإن قيل: ورد في حديث مجاهد عن ابن عبّاس أنّ من السنة أن لا يصلي بالتَّيَمُّم إلّا صلاة واحدة ثم يتيمم للصّلاة الأخرى.. قلنا: إنه ضعيف متناً وسنداً على ما في «فتح الباري».

فإن قيل: لو كان رافعاً للحدث لما عاد بوجدان الماء ما لم يسبقه الحدث الجديد؛ لأن المرفوع معدوم، والمعدوم لا يعاد.. قلنا: الشرع اعتبر رافعية مقيد المدة عدم القدرة على الماء، فالموجود من الحدث عند وجدان الماء هو الحدث الجديد لا المعدوم المرتفع، كيف وقد صح أنّ ابن عبّاس [٤٤/ب] أمّ للمتوضّئين

وَيجوز لخوفِ فَوتِ صَلَاةِ جَنَازَةٍ أَو عيدٍ..........

وهو متيمم، فلو لم يكن رافعاً.. لما صحّ إمامته لهم.

(ويجوز لخوف فوت صلاة جنازة) كلّها للصحيح والمريض، للولي وغيره، في المصر والمفازة، في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يجوز للولي، واختاره في «الهداية»، وصحّحه بأن للولي حقّ الإعادة، فلا فوات في حقّه، بخلاف غيره، وفي «العيني» عن «المحيط»: أنه لا يجوز للسّلطان أيضاً؛ لأنه يُنتَظر له، فلا فوات في حقه أيضاً.

ووجه الظاهر: ما رُوِيَ عن ابن عبّاس: إذا فجأتك جنازة وأنت على غير وضوء.. فتيمّم وصلِّ عليها، لم يفصل بين الولي وغيره، والسلطان وغيره، والموقوف في أمثاله في حكم المرفوع.

ولأن الانتظار للوضوء مكروه.

وفي «الخلاصة» وفي «فتاوى الصغرى»: وسواء كان مقتدياً أو إماماً.

وفي رواية الحسن: أنه لا يجوز للإمام قال الصدر الشهيد: وبه نأخذ وإن كان في ظاهر المذهب لا فرق بين الإمام والمقتدي.

ولو أتى لجنازة أخرى بعد الفراغ عن الأولى، إن وجد فرصة التوضؤ يعيد التَّيَمُّم، وهو قول أبي يوسف. وقال عمر: ليس له أن يصلي بالتَّيَمُّم، سواء وجد فرصة التوضؤ أو لا؛ لانقضاء الضرورة الأولى، وإنما قال كلّها؛ لأنه إن كان يرجو أن يدرك البعض.. لا يتيمم؛ لأنه لا يخاف الفوت لأنه يمكنه أداء الباقي وحده على ما في «البدائع» و«القنية».

(أو) صلاة **(عيد)** إماماً أو مقتدياً في ظاهر الرواية. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: الإمام لا يتيمم، وفي «قاضي خان»: لا يتيمم السّلطان لصلاة العيد.

وفي «الخلاصة»: وأما صلاة العيد؛ فإذا سبقه الحدث في الجنابة:

إن كان قبل الشروع في الصلاة إن كان يرجو إدراك شيء من الصلاة.. لا يباح

ابْتِدَاءً وَكَذَا بِنَاءً بعدَ شُرُوعِهِ متوضأً وَسبقَ حَدثُهُ. خلَافاً لَهمَا.

لَا لخوفِ فَوتِ جُمُعَةٍ أَو وقتيةٍ.

له التَّيَمُّم، وإن كان لا يرجو.. يباح.

وإن كان بعد الشروع فيها إن خاف زوال الشمس.. جاز له التَّيَمُّم بالإجماع، وإن لم يخف إن كان يرجو إدراك شيء من الصلاة.. لا يباح له التَّيَمُّم، وإن كان لا يرجو إن كان شروعه بالتَّيَمُّم.. تيمم بالإجماع.

وإن كان شروعه بالوضوء.. تيمم وبنى عند أبي حنيفة، وعندهما لا يتيمم ويتوضأ. قيل، هذا في مصلى الكوفة، وأمّا في ديارنا.. فالماء يحيط بالمصلّي فلا يتيمم للابتداء ولا للبناء، وإلى هذا التفصيل أشار بقوله: **(ابتداء)** أي: قبل الشروع بأن كان جنباً أو محدثاً وخاف الفوت لو اغتسل أو توضأ؛ لأن كل ما يفوت لا إلى بدل.. يجوز فيه التَّيَمُّم عند خوف الفوت.

(وكذا بناء بعد شروعه متوضأ وسبق حدثه) قيد بالمتوضئ لأنه لو كان شروعه بالتَّيَمُّم.. جاز بناؤه بالاتفاق على ما ذكرنا.

(خلافاً لهما)؛ لأنه من الفوات؛ إذ اللّاحق يصلّي بعد فراغ إمامه كأنّه خلفه.

قلنا: لو أوجبنا عليه الوضوء نظراً إلى أنه لاحق.. كان هذا الإيجاب فرع الحكم شرعا بوجود الماء، والحكم بأنه واجد للماء يوجب فساد الصّلاة بالتَّيَمُّم لأنّ الحكم بأنه واجد بعد سبق الحدث يستلزم الحكم بأنه واجد في الصلاة لكونه لاحقاً.

(لا لخوف فوت جمعة أو وقتيّة) لأنهما [٤٥/أ] تفوتان لا إلى بدل، الجمعة إلى الظهر، والوقتية إلى القضاء، فلا يتيمم لها، وهذا ظاهر على قول محمد من أنّ فرض الوقت هو الجمعة عنده، والظهر خلف عنه.

وأمّا على قولهما من أنّ فرض الوقت هو الظهر.. فبناء على أنّ الجمعة لو فاتت تفوت إلى الظهر عندهما أيضاً، وإن لم نقل إنه بدل عنها.

وكذا لا يَتَيَمَّم للنوافل لخوف الفوت مع وجود الماء؛ لعدم تصوّر خوف

وَلَا ينْقضهُ رِدَّةٌ.

بل نَاقضُ الْوضُوءِ.

وَالْقدرةُ عَلَى مَاءٍ كَافٍ لطهَارتِهِ ....

الفوت فيها لعدم توقّتها. وقيل: يجوز سوى سنة الفجر لخوف الفوت وغيره من الأعذار المبيحة للتيمم على ما سبق في أوّل الباب.

(ولا ينقضه ردة)، خلافاً لزفر؛ لأن الكفر فيه ابتداء وبقاء؛ كالمحرمية تنافي النكاح ابتداء وبقاء، حتى لو كان الزّوجان صغيرين فأرضعتهما امرأة ارتفع النكاح، أو كبيرين فمكنت الزوجة ابن زوجها ارتفع بعد الثبوت.

ولو تزوّج محرمه بغير علم.. يفرق بينهما.

ولنا: أنّ الباقي بعد التَّيَمُّم صفة كونه طاهراً لا نفس التَّيَمُّم؛ لأنه عرض لا [يبقى] زمانين، والكفر إنما ينافي التَّيَمُّم لا كونه طاهراً، كما لو توضأ ثم ارتد فإنه يبقي طهارته، فلا يصحّ أن يقال إنها تنقضه، والنقض بعد تصور الوجود حين كونه منقوضاً، وإنما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم أهلية النية، وليس حال البقاء كذلك.

فإن قيل: قد تقرّر أن الكفر يحبط الأعمال كلها.

قلنا: المراد ثوابها لا نفسها، ولذا قيل: إن الكافر لا يجازى بما عمل من العبادة والخيرات، لكنه لو عمل ما يختص بشريعتنا يحكم بإسلامه؛ كالصّلاة مع جماعة، وقراءة القرآن والأذان في المسجد، وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

(بل) ينقضه **(ناقض الوضوء)**؛ لكونه خُلْفَه، وناقض الوضوء قد مر بيانه.

(والقدرةُ على ماء كاف لطهارته) المفروضة من أعضاء الوضوء، والغسل فاضلاً عن حاجته الأصلية؛ لأن غيرَ الكافي والمشغولَ لحاجةٍ أهمّ منه.. كالمعدوم على ما ذكرناه.

وإنما قيدنا بالمفروضة لما في «الخلاصة» إذا وجد من الماء قدر ما يكفي لغسل أعضائه الفريضة مرة مرة ولو غسل على وجه السنة لا يكفيه.. انتقض تيمّمه وهو المختار.

وعَلَى اسْتِعْمَالِهِ، ....

(وعلى استعماله) يعني: أن المتيمم إذا وجد الماء حقيقة وقدر على استعماله بأن لم يكن معه مانع عن الاستعمال ينتقض تيمّمه، وكذا ينتقض إذا لم يجد الماء ولكنه قدر على استعماله لو وجد بأن زال ما معه من الموانع عن الاستعمال، وهذا لأنّ زوال العذر المبيح للتيمم من نواقض التَّيَمُّم على ما صرّح به في «قاضي خان»، سواء وجد معه ماء وقت زوال العذر، أو لم يوجد؛ لحصول القدرة على الاستعمال، ولهذا قال في «العمادية»: لو تيمم لعدم الماء ثم مرض مرضاً يبيح له التَّيَمُّم.. لم يجز له الصّلاة بذلك التَّيَمُّم، ويجعل الأول كأن لم يكن؛ إذ اختلاف أسباب الرخصة يمنع الاحتساب بالرخصة الأولى عن الثانية وتصير الأولى كأن لم تكن؛ انتهى [٤٥/ب].

يريد أنّ بالمبيح الثاني يزول المبيح الأوّل، وبزواله ينتقض التَّيَمُّم، لا أنه ينتقض بالمبيح الثاني؛ لأن الشيء لا ينتقض إلّا بما ينافيه، لا بالمبيح له، وبزوال المبيح الأوّل حصل القدرة بالنسبة إليه، ويؤيده ما قاله في «البحر»: إذا تيمم للمرض أو للبرد مع وجود الماء، ثم فقد الماء ثم زال المرض أو البرد.. ينتقض تيممه لقدرته على استعمال الماء وإن لم يكن الماء موجوداً.

واعلم أنهم اختلفوا في أن الناقض هو نفس القدرة على الماء أو ظهور الحدث السابق عند القدرة؟ أقول: الحق هو الأوّل؛ لأن التَّيَمُّم عندنا ليس بطهارة ضرورية مبيحة بل هو طهارة مطلقة رافعة للحدث على ما ذكرناه، فلا يبقى الحدث السّابق حتى يظهر عند القدرة، ولأن الظاهر من قوله ﷺ: «التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج، ما لم يجد الماء؛ فإذا وجده.. فليمس بشرته» هو القول الأول، سواء احتج به بقوله: «ما لم يجد الماء» باعتبار مفهوم الغاية، أو بقوله: «فإذا وجده فليمس بشرته» باعتبار مفهوم الشرط؛ لأن المراد بالوجدان في موضعين هو القدرة، ولا تعرض فيه أصلاً إلى اعتبار ظهور الحدث السّابق.

ثم الظاهر الاحتجاج بمفهوم الشرط؛ لأن حاصل الاحتجاج بمفهوم الغاية

فَلَو وُجِدتْ فِي الصَّلَاةِ.. بطُلَتْ صلَاتُهُ.

انتهاء طهوريته عند القدرة على الماء، ولا يلزم من انتهاء طهوريته انتهاء طهارته كالماء؛ فإنه تنتهي طهوريته بالاستعمال ويبقى طهارته إلى أن أحدث، فيجوز أن يكون التراب كذلك؛ لأن الماء لم يُزِل وصفاً حقيقياً مدنّساً، بل أزال معنىً شرعيّاً، وهذا لا يَرد على الاحتجاج بمفهوم الشرط، وذلك لأن حاصل الاحتجاج به أنه لما كان عدم القدرة على الماء شرطاً لمشروعية التَّيَمُّم فعند وجودها لم يبق مشروعاً لأن انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط، وإذا لم يبق مشروعاً لم يبق موجوداً، وهو المراد بالنقض.

(**فلو وجدت**) القدرة على ماء كاف للطهارة المفروضة بالإباحة أو بالتمليك وهو (**في الصّلاة.. بطلت صلاته**)، فيقطع ويتوضأ.

واعلم أن المتيمم إذا رأى مع رجل ماء كافياً فلا يخلو إمّا أن يكون في الصلاة أو خارجها، وعلى التقديرين: إما إن غلب على ظنه الإعطاء أو عدمه أو شك فيه، وعلى التقديرين إما أن يسأله أو لا، وعلى التقديرين إما إن أعطاه أو لا، فهي أربعة وعشرون.

فإن كان في الصلاة وغلب على ظنه الإعطاء.. قطع وطلب.

فإن أعطاه.. توضأ، وإلّا.. فتيممه باقٍ على حاله لعدم حصول القدرة على الماء، فلو أتمّها ثم سأله فإن أعطاه.. استأنف، وإن أبى.. تمت.

وكذا إذا أبى ثم أعطى.

وإن غلب على ظنه عدم الإعطاء أو شك.. لا يقطع صلاته.

وإن قطع وسأل فإن أعطاه.. توضأ، وإلا.. فتيمّمه باقٍ.

وإن أتم ثم سأل فإن أعطاه.. بطلت، وإن أبى.. تمت.

وإن كان خارج الصّلاة فإن لم يسأل وتيمّم وصلّى.. جازت صلاته عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير لأنه ذلّ، خلافاً لهما على ما في «الهداية» [٤٦/أ]،

وقيل: لا خلاف بينهما، ومراد أبي حنيفة: إذا غلب على ظنه منعه، ومرادهما: إذا غلب الإعطاء.

وفي «المبسوط» أنه لا يجوز صلاته بلا خلاف بين الثلاث، إلّا على قول الحسن فإنه يقول: السّؤال ذلّ وحرج والتَّيَمُّم شرع لدفع الحرج. وأجيب: بأنّ ماء الطهارة مبذول عادة، فليس في سؤاله ذل وإن سأل بعدها فإن أعطاه.. استأنف، وإلّا.. فلا، سواء ظن الإعطاء أو عدمه أو شك.

وإن سأل قبلها؛ فإن أعطاه.. فبها، وإن منع.. تيمم وصلّى، فإن أعطاه بعدما صلّى.. لا إعادة عليه وينتقض تيممه.

فعلم أنه إذا رأى في صلاته ماء كافياً لا يحكم ببطلان صلاته بمجرد رؤيته؛ لأنه لا يخلو إما إن غلبه ظن الإعطاء أو ظن عدمه أو شك.

ففي الأوّل: يبطل موقوفا.

وفي الآخرين: لا يبطل مطلقا؛ لعدم تحقق القدرة هذا في المستيقظ.

وأما في النائم: فإن كان على غير صفة توجب النقض كالنائم ماشياً أو راكباً ومرّ على ماء كاف بقدر استعماله.. ينتقض تيممه عند أبي حنيفة؛ لأن الشرع إن اعتبر هذا القدر من النوم يقظة.. كان كاليقظان، وإن لم يعتبره يقظة.. كان هذا نوماً لم يلحق باليقظة، وكلّ نوم لم يلحق بها شرعاً.. فهو حدث بالإجماع.

وقالا: لا ينتقض تيمّمه لأنه بالنعاس خرج عن قدرة استعمال الماء، والجواب عن قول الإمام: أنا نختار أنّ الشرع اعتبره يقظة ولكن لا يفيده؛ فإنّ اليقظان إذا لم يعلم بالماء لا يبطل تيمّمه، لما في «قاضي خان» أنه لو تيمّم وبقربه ماء لا يعلمه صحّ تيمّمه.

وقال في «التجنيس» صلّى بالتَّيَمُّم وفي جنبه بئر ماء لم يعلم به.. جاز على قولهم.

لَا إِنْ حصلَتْ بعْدَهَا.

وَلَو نَسيَهُ ....

ولو كان على شاطئ النهر ولم يعلم به.. عن أبي يوسف فيه روايتان؛ في رواية: لا يجوز اعتباراً بالإداوة المعلقة في عنقه. وفي رواية: يجوز لأنه غير قادر؛ إذ لا قدرة بدون العلم.

وقيل: هذا قول أبي حنيفة وهو الأصح انتهى.

فإذا كان أبو حنيفة يقول في المستيقظ حقيقة على شاطئ نهر لا يعلم به يجوز تيمّمه.. فكيف يقول في النائم حقيقة بانتقاض تيممه.

ومنه قيل: يجب أن لا ينتقض عند الكلّ.

هذا، وإن كان على صفة توجب النقض.. فإنه ينتقض تيممه بالاتفاق سواء مرّ على ماءٍ كافٍ أو لا.

واعلم أنّهم جعلوا النائم كالمستيقظ في خمسة وعشرين موضعاً؛ منها المتيمم النائم على ما ذكر في «البحر».

(**لا**) يبطل (**إن حصلت**) القدرة (**بعدها**)؛ لحصول الحق مستجمعاً لشرائطه، حتى لو حصلت القدرة بعد التشهد قبل السلام.. بطلت صلاته عند أبي حنيفة على ما سيأتي في المفسدات، وفي «الخلاصة»: لو جاء رجل بكوز ماء كاف لواحد وقال لجماعة: فليتوضأ أيكم شاء.. انتقض تيمم الكلّ.

ولو قال: هذا الماء لمن يريد منكم.. فكذلك.

ولو قال: هذا الماء لكم أو بينكم وقبضوه وسكت.. لا ينتقض تيمم الكلّ.

ولو أباحه لواحد منهم.. انتقض تيمم ذلك الواحد.

قال مشايخنا: هذا على قولهما، أمّا على قول أبي حنيفة.. فالإذن لا يعمل.

(**ولو نسيه**) احترز به عن الخطأ بأن ظنّ أن ماءه قد فني [٤٦/ب] فتيمّم وصلّى ثم تبيّن أنه لم يفن.. فإنه يعيد الصلاة بالاتفاق؛ لأنه أخطأ في ظنه وأمكن تحقيقه

الْمُسَافِرُ فِي رَحْلِهِ وَصلَى بِالتَّيَمُّم.. لَا يُعِيد. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُعِيدُ.

بالطلب؛ لأن الرحل معدن الماء عادةً، فيجب عليه الطلب، والعلم لا يبطل بالظن، بخلاف النسيان لأنه من أضداد العلم، والمراد بالماء المنسي ما وضعه بنفسه، أو غيْره بعلمه، بأمره أو بغير أمره، حتى لو وضعه غيره بلا أمره وبلا عمله ولو عبده أو أجيره.. لا يعيد ما صلّى بالاتفاق؛ لأنّ المرء لا يخاطب بفعل الغير.

وقيل: بالاختلاف على ما في «غاية البيان».

(**المسافر**) هذا خارج مخرج الغالب، وإلّا فالمسافر والمقيم سواء في الحكم على ما صرّح به فخر الإسلام.

(**في رحله**) هو للبعير كالسرج للدابة، ويقال لمنزل الإنسان ومأواه: رحل أيضاً، وههنا يصح إرادتهما، ويؤيد الأوّل ما في «الخلاصة»: لو كانت الإداوة في مقدم الرحل وهو راكب، أو كانت الإداوة في مؤخر الرّحل أو على ظهره وهو سائق.. لا يجوز له التَّيَمُّم بالاتفاق، فلو صلّى به يعيد ما صلّى؛ لأنه ممّا لا ينسى عادة.

وأمّا إن كانت الإداوة في مقدم الرحل وهو سائق، أو كانت في مؤخره وهو راكب أو قائد.. فإنه يجوز تيممه؛ لأنه محلّ النسيان عادةً.

(**وصلّى بالتَّيَمُّم لا يعيد**) عند أبي حنيفة ومحمد، سواء تذكر في الوقت أو بعده.

(**وقال أبو يوسف: يعيد**) ما دام في الوقت؛ لأنه وجد في الوقت، والنسيان لا يضاد الوجود، بل يضاد الذكر.. فلا ينتفي به الوجدان لقيام الدليل عليه؛ لأن الرحل معدن الماء فيجب الطلب قبله، فصار كما إذا كان في رحله ثوب طاهر قد نسيه وصلّى في ثوب نجس أو عرياناً أو صلّى مع النجاسة وفي رحله ماء يزيلها، أو كفّر بالصّوم وفي ملكه رقبة قد نسيها.. فإنه لا يجوز، كما لو جاء قوماً ولم ير معهم ماء فتيمم قبل طلبه وصلّى، ثم أُعلِم أنه كان معهم ماء.. لم تجز صلاته لوجود دليل الماء، فيجب الطلب عليه لهما أنه ليس بقادر على الماء حقيقة؛ لعدم العلم به لأن الرحل إنما يكون دليلاً على ثبوت ماء للشرب عادةً لا على ثبوت ماء الوضوء،

وَيسْتَحبُّ لرَاجي المَاءِ: تَأْخِيرُ الصَّلَاةِ إِلَى آخرِ الْوَقْتِ.

بخلاف العمران وإخبار المخبر ووجود الطير ووحش في الصحراء.. فإنها دليل على الماء مطلقاً فلا يجوز التَّيَمُّم معها قبل الطلب، وبخلاف الإداوة المعلقة في عنقه أو على ظهره أو على مقدم إكاف مركوبه وهو راكبه، أو مؤخره وهو سائق، أو بين يديه وهو جالس.. فإنّ النسيان فيها نسيان ما لا ينسى عادةً، وأما النسيان في السّفر.. فغالب لكثرة الاشتغال والتعب والخوف.

وكذا الماء الموضوع في الرحل المعتاد الفناء غالباً.

وأما مسألة الثوب فخلافية أيضاً على ما ذكره الكرخي، وعلى تقدير كونها اتفاقية.. فالقياس فاسد لعدم المساواة؛ لأن فرض الستر وإزالة النجاسة يفوت لا إلى بدل، وفرض الوضوء يفوت إلى بدل التَّيَمُّم، والفائت إلى بدل كَلاَ فائت.

وكذا مسألة التكفير خلافية أيضاً على ما في «الزَّيْلَعي»، وعلى تقدير كونها اتفاقية وهو الأصح.. فالقياس ممنوع؛ لأن المراد بالوجود ههنا الملك، وقد وجد [٤٧/أ]، وفيما نحن فيه القدرة لم توجد.

قالوا: إن النسيان ليس بمعفو في مواضع، منها: لو نسي المحدث أو الجنب غسل بعض أعضائه.

ومنها أنه لو صلّى قاعداً متوهّماً عجزه عن القيام وهو قادر عليه.

ومنها: أنّ الحاكم إذا حكم بالقياس ناسياً النصّ.

ومنها: لو نسي الرقبة في الكفارة فصام.

ومنها: لو توضأ بماء نجس ناسياً.

ومنها لو فعل في الصّلاة ما ينافيها ناسياً.

ومنها: محظور الإحرام ناسياً.

(ويستحب) وإنما لم يجب؛ لأن العدم ثابت يقيناً فلا يزول حكمه بالشك **(لراجي الماء تأخيرُ الصلاة إلى آخر الوقت)**؛ ليؤديها بأكمل الطهارتين، لكن لا يبالغ

وَيجبُ طلبُهُ إن ظنَّ قُربَهُ قدرَ غلوةٍ.

وَإِلَّا.. فَلَا.

في التأخير لئلا يقع في الوقت المكروه.

والمراد بالرجاء: غلبة الظن الحاصل بأمارة الماء.

وعن أبي يوسف وجوب التأخير عند هذا الظّن؛ لأنّ غالب الرّأي كالمتحقق. وأما إذا لم يكن في موضع الظن.. فلا يستحب له التأخير لعدم الفائدة في تأخيره.

واختلفوا أنه هل يؤخر عند الرجاء إلى آخر الوقت المستحب أو إلى آخر وقت الجواز؟ على ثلاثة أقوال، ثالثها: إن كان على ثقة.. فإلى آخر وقت الجواز، وإن كان على طمع.. فإلى آخر وقت الاستحباب رواه المعلى عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

(ويجب طلبه) بأن ينظر يمينه وشماله وأمامه ووراءه، ولا يلزمه المشي بل يكفيه النّظر إلى الجهات إن كان حواليه لا يستتر عنه، وإن كان بقربه جبل صغير صعده ونظر حواليه إن لم يخف على نفسه أو على ماله ولو بعث من يطلبه.. كفاه.

(إن ظنّ قربه)؛ لأنه عند غلبة الظن يصير واجداً له.

وقال الشافعي: يجب مطلقاً لقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً﴾ لأن عدم الوجدان يقتضي سابقية الطلب. قلنا: إنه مطلق عن قيد الطلب، فعلمنا بإطلاقه، والاقتضاء المذكور ممنوع؛ لقوله تعالى: ﴿أَن قَدْ وَجَدْنَا مَا وَعَدَنَا رَبُّنَا حَقًّا فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُواْ نَعَمْ﴾؛ فإنه لا يقتضي سابقية الطّلب، بخلاف العمرانات حيث يجب الطلب فيها مطلقاً بالاتفاق؛ لكونها معدن الماء عادة، وكذا إخبار المخبر؛ لأنه معدن الصدق، ووجود الطير والوحوش؛ لأنه لا يكون إلّا في معدن الماء.

(قدر غلوة) وهي مقدار رمية سهم. وعن ابن شجاع أنها ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة.

وقيل: مقدار ما يَسمع صوت أصحابه ويُسمَع صوته.

(وإلّا.. فلا) يجب، بل يستحبّ إن كان على طمع.

وَيجبُ شِرَاءُ المَاءِ إِن كَانَ لَهُ ثمنُهُ وَيُبَاعُ بِثمنِ الْمثلِ.

وَإِلَّا.. فَلَا.

وَإِن كَانَ مَعَ رَفِيقِهِ مَاءٌ.. طلبَهُ.

فَإِن مَنعَهُ.. يتَيَمَّمُ.

(ويجب شراء الماء إن كان له ثمنه)، وكذا يجب شراء الثوب للعاري إن كان له ثمنه يباع بثمن مثله، أو لا على ما في «البحر» **(ويباع)** الماء **(بثمن المثل)** الفاضل عن حاجته الأصلية؛ لأن المشغول بها كالمعدوم.

(وإلّا) أي وإن لم يوجد الأمران **(.. فلا)** يجب يعني إمّا أن يباع بثمن المثل في أقرب موضع من المواضع الذي يعزّ فيه الماء، أو بالغبن اليسير، أو بالفاحش؛ ففي الأوّل والثاني: يجب الشراء، وفي الثالث: لا يجب، بل يجوز التَّيَمُّم لدفع الضرر عن ماله؛ لأن حرمة مال المسلم كحرمة نفسه، كما إذا كان معه ثوب نجس وليس معه ماء.. فإنّه [٤٧/ب] يصلي فيه ولا يقطع موضع النجس.

واختلفوا في تفسير الغبن الفاحش؟

ففي «الخلاصة»: لو كان قيمة الماء درهماً، وهو لا يبيع إلّا بدرهمين.. فهو فاحش.

وقيل: لا يدخل تحت تقويم المقومين.

وفي رواية الحسن: إذا قدر أن يشتري ما يساوي درهماً بدرهم ونصف.. لا يتيمم.

وقيل: يتحمل في الوضوء نصف درهم، وفي الجنابة درهم.

(وإن كان مع رفيقه ماء طلبه) إن ظن الإعطاء، وإلا.. يتيمّم ويصلّي وإن شك فيه وتيمّم وصلّى ثم سأله فأعطاه.. يعيد ما صلّى بالوضوء، وقد مرَّ من قبل ما يتعلق بها.

(فإن منعه يتيمّم) ويصلّي ولا إعادة عليه، سواء أعطي بعدها أو لا على ما قدّمناه.

وَإِن تيَمّمَ قبلَ الطّلبِ، أَو الْجنبِ فِي الْمصر لخوفِ الْبَرد.. جَازَ. خلَافاً لَهمَا.

وَلَا يجمعُ بَينَ الْوضُوءِ وَالتَّيَمُّم.

فَإِن كَانَ أَكثرُ الْأَعْضَاءِ جَرِيحاً.. يتَيَمَّمُ.

(وإن تيمم) الصّحيح المحدث **(قبل الطلب أو الجنب)** الصحيح **(في المصر)** قيد به لأن الجنب الصحيح في خارج المصر جاز [له] التَّيَمُّم لخوف البرد، وكذا المحدث بعد البعد ميلاً **(لخوف)** الهلاك أو المرض من **(البرد.. جاز)** عند أبي حنيفة، **(خلافا لهما)**؛ لعدم تحقق الخوف في المصر غالباً لتيسُّر الماء الحار فيه، ثم الخلاف في مسألة المحدث في غير ظاهر الرّواية، واختاره صاحب «الهداية»، وأمّا في ظاهر الرّواية.. فلا خلاف بينهم في وجوب الطلب، هو الصحيح على ما في «الخلاصة» و«قاضي خان»، واختاره في «المبسوط».

وأمّا مسألة الجنب.. فقال في «قاضي خان»: الجنب الصحيح في المصر إذا خاف الهلاك أو المرض.. يجوز له التَّيَمُّم في قولهم جميعاً، وفي «الخلاصة» و«الكافي»: يجوز له عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، قيّدنا بالصحيح؛ لأن المريض يجوز له التَّيَمُّم محدثاً أو جنباً في المصر وخارجها بالاتفاق، ثم شرط الجواز عند من يجوز: أن لا تقدر على تسخين الماء ولا على أجرة الحمام في المصر.

واختلفوا فمن صلّى بالتَّيَمُّم في المصر للبرد هل يعيد أم لا؟ وقد تقدم بيانه.

(ولا يجمع بين الوضوء والتَّيَمُّم)؛ لأن الجمع بين الأصل والبدل ممّا لا نظير له، بخلاف الجمع بين التَّيَمُّم والوضوء بسؤر الحمار؛ لمكان الشك فيه.

وكذا لا يجمع بين الغسل والتَّيَمُّم لما ذكرناه.

(فإن كان أكثر الأعضاء) في الوضوء والغسل **(جريحاً.. تيمّم)**؛ لأن الحكم للأكثر، ولا يجب عليه استعماله في الأقل، ثم يتيمّم للأكثر الجريح.

وَإِلَّا.. غسلَ الصَّحِيحَ وَمسحَ عَلَى الجريحِ.

(وإلّا) وإن لم يكن الأكثر جريحا بل كان صحيحاً (..غسل الصحيح ومسح على الجريح) إن لم يضره المسح، وإلا.. فيمسح على الخرقة.

ولو استويا.. لا رواية فيه.

واختلف المشايخ، منهم من قال: يتيمم ولا يستعمل الماء أصلاً. وقيل: يغسل الصّحيح ويمسح على الباقي. وفي «الخلاصة»: الأوّل حسن. وفي «فتح القدير»: أنه أشبه بالفقه. وفي «المحيط»: والثاني هو الصحيح. وفي «قاضي خان»: أنه أحوط.

واختلفوا في حدّ الكثير؟

قيل: يعتبر من حيث عدد الأعضاء. وقيل: يعتبر الكثرة في نفس كل عضو، فلو كان برأسه ووجهه ويديه جراحة والرجل لا جراحة بها.. يتيمم، سواء كان الأكثر من الأعضاء الجريحة جريحا أو صحيحاً. والآخرون قالوا: إن كان الأكثر من كل عضو من أعضاء [٤٨/أ] الوضوء المذكورة جريحاً.. فهو الكثير الّذي يجوز معه التَّيَمُّم، وإلا.. فلا وقيل: هذا الخلاف في أعضاء الوضوء، والمعتبر في أعضاء الغسل هو الكثرة من حيث المساحة.

* * *

بَابُ الْمسحِ عَلَى الْخُفَّيْنِ

يجوزُ بِالسُّنَّةِ ....

(بَابُ المَسْحِ عَلَى الخُفَّيْنِ)

الخُفُّ في اللُّغة: الملبوس في الرِّجل. وفي الشَّرْعِ: اسم لما يتخذ من الجلد السّاتر للكعبين فصاعداً.

وغيره ممّا يجوز عليه المسح ملحقا به.

قال صدر الشريعة: الخف ما يستر الكعب أو يكون الظاهر منه أقلّ من ثلاث أصابع الرجل أصغرها، أمّا لو ظهر قدرها.. فلا يجوز؛ لأنه بمنزلة الخرق.

وقال في «الحاشية اليعقوبية»: هذا بيان شرط جواز المسح على الخفّ لا تفسيره؛ لأنه اسم للمتخذ من الجلد السّاتر للكعبين فصاعداً يعني أنّ شرط جواز المسح على الخفّ أن يستر كلّ الكعب أو أكثره، وذلك بأن يكون الظاهر منه أقلّ من ثلاث أصابع الرجل طولاً وعرضاً.

(يجوز) في الحضر والسفر لحاجة ولغيرها للرجل والمرأة (بالسنَّة) الفِعْلِيَّة والقَوْلِيَّة، وفيه إشارة إلى أنّ مشروعيته ليست ثابتة بالكتاب كما زعم من حمل قراءة الجر في أرجلِكم عليه؛ إذ ليس في هذه القراءة دليل عليه على ما قدمناه.

وروي جوازه عن عدد كثير من الصحابة والتابعين، وسئل أبو حنيفة عن مذهب أهل السنة؟ فقال: أن تفضل الشيخين، وأن تحبَّ الختنين، وأن ترى المسح على الخُفَّيْن.

وقال أبو يوسف: خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته.

وقال الكرخي: أخاف الكفر على من لم ير المسح على الخُفَّيْن، ولم ينكره أحد سوى الشيعة والخوارج.

واختلفوا في أن الأفضل المسح أو نزعهما وغسل الرجلين أخذاً بالعزيمة مع

اعتقاد حقيقته، فمنهم من ذهب إلى الأوّل عملاً بالرخصة، ومنهم من ذهب إلى الثاني عملاً بالعزيمة، والعمل بالرخصة أولى عند من لم يعتقد جوازه أعني الروافض؛ نفياً للتهمة عن نفسه ورغماً على منكره.

واستشكل في «الكافي» بأن المسح رخصة إسقاط فينبغي أن لا يثاب بإتيان العزيمة لعدم بقاء العزيمة مشروعة، كما في قصر الصّلاة في السفر، وأجيب: بأن العزيمة لم تبق مشروعة ما دام متخففاً، والثواب باعتبار النزع والغسل، وإذا نزع.. صار مشروعاً كترك السّفر لقصد العزيمة، وبأن المسح ليس برخصة إسقاط.. فإن الغسل مشروع وإن لم ينزع خُفَّيْه، كما إذا خاض الماء ودخل في خفه حتى انغسل أكثر رجليه يبطل مسحه، وكذا لو تكلف وغسل رجليه من غير نزع الخف.. أجزأه عن الغسل، ولولا أن الغسل مشروع.. لما بطل مسحه، ولا ينتقض وضوؤه بانقضاء مدة مسحه، لكنه لم ينتقض كذا في «الزَّيْلَعي»، ويوافقه ما في «قاضي خان» حيث قال: ماسح الخف إذا دخل الماء خفّه وابتلّ من رجله قدر ثلاثة أصابع أو أقل.. لا يبطل مسحه؛ لأنّ هذا القدر لا يجزئ عن غسل الرّجل، فلا يبطل به حكم المسح، وإن ابتّل جميع القدم وبلغ الماء الكعب [٤٨/ب] بطل المسح، روي عن أبي حنيفة انتهى. وكذا في «الخلاصة»، وفيه نظر؛ لأن المصرّح في كتب الأصول أن المسح على الخفّ رخصة إسقاط، ولأنه صرّح في «التّتمة» و«فتاوى أبي بكر» أنه إذا ابتلّ قدمه لا ينتقض مسحه على كلّ حال؛ لأنّ استتار القدم يمنع سراية الحدث إلى الرّجل، فلا يقع غسلاً معتبراً، فلا يوجب بطلان المسح. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: إن كلمتهم متفقة على أن الخف اعتبر شرعاً مانعاً سراية الحدث إلى القدم، فيبقى القدم، على طهارتها، ويحلّ الحدث بالخفّ، فيزال بالمسح، وهذا يقتضي أنّ غسل الرجل في الخف وعدم غسله سواء إذا لم يبتلّ معه ظاهر الخفّ في أنه لم يزل به الحدث؛ لأنه في غير محلّه، فلا يجوز الصّلاة به، لأنه صلّى مع حدث واجب الرّفع؛ إذ لو لم يجب والحال أنه لا يجب غسل الرجل..

مِن كلِّ حَدَثٍ مُوجبُهُ الْوضُوءُ.

لَا لمَن وَجبَ عَلَيْهِ الْغسْل؛ ....

جازت الصّلاة بلا غسل ولا مسح، فصار كما لو ترك ذراعيه وغسل محلّاً غير واجب الغسل كالفخذ ووزانُه في «الظهيّرية» بلا فرق، ولو أدخل يده تحت الجرموقين فمسح على الخُفَّيْن.. لم يجز؛ لأنه في غير محلّ الحدث. انتهى.

ولأن مراد السّائل بالمشروعيّة في قوله: «لعدم بقاء العزيمة» مشروعية الجواز في نظر الشرع، بحيث يترتّب عليه الثواب، لا أن يترتب عليه حكم من الأحكام الشرعيّة على ما يدلّ عليه تنظير قصر الصّلاة.. فإن العامل بالعزيمة ثمّة يأثم، مع أنّ فرضه يَتِمُّ فالحق في الجواب هو الأوّل.

ثم اعلم أنّ غسل الرِّجل في الخف إنما لم يعتبر شرعاً على ما ذكر في «التتمة» و«فتاوى أبي بكر» و«فتح القدير» في مدة المسح.

وأمّا بعد انقضاء مدّة المسح - فهو معتبر بالاتفاق، حتى لا يلزمه بعد انقضاء المدة نزع الخف وغسل الرجل، بل يكفيه ذلك الغسل؛ لأن الحدث نفذ إلى القدم بعد الانقضاء، فصار محلاً للغسل على ما صرّح به في «فتح القدير» وغيره.

(من كل حدث موجبه الوضوء)، إسناد الإيجاب إلى الحدث إمّا مجاز من قبيل الإسناد إلى الشرط بناء على القول بأنّ موجب الوضوء هو إرادة الصّلاة بشرط الحدث، أو حقيقي بناء على القول بأن الموجب هو الحدث وقد ذكرناه في أوّل الكتاب.

والمراد بالحدث: ما يتأخر عن الوضوء لا ما سبق عليه؛ لأن الخّف شرع مانعاً للحدث لا رافعاً له، فلو جاز المسح لحدثٍ سابق.. لزم أن يكون رافعاً، وذلك قلب الموضوع كالمستحاضة إذا لبست والدم يسيل وخرج الوقت وتوضأت فإنّها لا تمسح؛ لأنّ بخروج الوقت ظهر الحدث السّابق، فلو جوّزنا المسح.. لكان الخف رافعاً له، وكالمتّيمم إذا لبس بالتَّيمُّم ثم رأى الماء يتوضأ ولا يمسح، وإلّا لكان رافعاً.

(لا لمن وجب عليه الغسل) بما صحّحه الترمذي أنه ﷺ كان يأمر بالمسح على

الخف لا من جنابة، ولكن من بول وغائط ونوم.

قيل: الموضع موضع النفي، فلا حاجة إلى التصوير. وقيل: صورته مسافر [٤٩/أ] توضأ ولبس خُفَّيْه ثم أجنب في مدّة المسح ولا ماء معه، فتيمم للجنابة ثم أحدث ومعه ماء يكفي للوضوء.. لا يجوز له المسح؛ لأنّ الجنابة سرت إلى القدمين، والتَّيمُّم ليس بطهارة كاملة، فلا يجوز له المسح إذا لبسهما على طهارته فينزعهما ويغسلهما، فإذا نزع وغسل رجليه ولبس خفيه ثم أحدث بعد ذلك وعنده من الماء ما يكفي وضوءه.. فإنه يتوضّأ به ويمسح على خفيّه؛ لأن هذا الحدث يمنعه الخف من السريان إلى القدم لوجوده بعد اللبس على طهارة كاملة، ولو مرّ بعد ذلك بماء كثير.. عاد جنباً، فإذا دخل عليه وقت صلاة وعنده ماء يكفيه لوضوئه لا غير.. تيمّم؛ لأنه جنب، ولا يتوضأ به لأنه لا يفيد؛ فإن أحدث بعد ذلك وليس معه من الماء إلّا هذا المقدار.. فإنه يتوضأ به ويغسل رجليه ولا يمسح على خُفَّيْه وإن كان في المدة؛ لما ذكرناه أنه عاد جنباً بوجود الماء الكثير.

فإن أحدث بعد ذلك وليس معه ماء إلّا قدر ما يكفي للوضوء.. توضأ ومسح على خفيّه.

وعلى هذا تجري المسائل.

ثم الحيض والنفاس في معنى الجنابة، فيلحقان بها في عدم جواز المسح في الغسل عنهما، لكن الصّورة المذكورة لا تتمشى في الحيض إلّا على قول أبي يوسف لا على قولَ أبي حنيفة ومحمّد؛ لأنّ أقلّ الحيض عندهما ثلاثة أيّام.

فلو توضأت ولبست الخُفَّيْن ثم أحدثت وتوضأت ومسحت ثمّ حاضت.. كان ابتداء المدة من وقت الحدث؛ فإذا انقطع الدم لثلاثة أيّام.. انتقض المسح لتمام مدّته.

وإن لبستهما في الحيض فغسل الرجلين واجب أيضاً؛ لفوات شرط المسح وهو اللّبس على طهارة، والمقصود تصوير المسألة بحيث لا يوجد المانع من المسح سوى وجوب الاغتسال.

إِن كَانَا ملبوسَين عَلَى طُهرٍ تَامٍّ.....................................

وأمّا على قول أبي يوسف.. فيتمشى؛ فإنّ أقل الحيض عنده يومان وأكثر الثالث؛ فإن لبستهما المسافرة فحاضت وانقطع حيضها لعادتها وهو يومان وأكثر الثالث.. فإنها تنزعهما وتغسل رجليها ولا تيمم عليها، وأمّا في النّفاس.. فيتمشى التّصوير فيه على قول الكلّ؛ إذ لا حدّ لأقلّه؛ فإن لبست على طهارة كاملة ثم نفست وانقطع قبل ثلاثة أيّام وهي مسافرة أو قبل يوم وهي مقيمة.. فإنها تنزعهما وتغسل رجليها.

(إن كانا ملبوسين على طهر تام)؛ أي: يجوز المسح بشرط أن يكون اللبس على طهر تام، قيّده بالتّام احترازاً عن الغير التام؛ كمن بقي من أعضائه لمعة لم يصبها الماء فلبسهما ثم أحدث قبل استيعاب اللّمعة.. لا يجوز له المسح عليهما.

وكالمستحاضة ومن بمعناها من صاحب العذر إن لبسوا الخف ثم خرج الوقت.

وكالمتيمم إذا لبس خفيه ثم وجد الماء.. لا يجوز لهم المسح؛ لعدم اللبس على وضوء تامّ؛ لأنه بخروج الوقت.. طهر الحدث السّابق، وكذا بوجود الماء، فلو جاز.. لكان الخف رافعاً، وكذا يحترز به أيضاً من الوضوء بنبيذ التمر إذا تعين الوضوء به عند عدم الماء المطلق؛ فإنه وضوء ناقص، فلا يجوز المسح في رواية، ويجوز في أخرى، كما في سؤر الحمار، كذا [٤٩/ب] في «الزَّيْلَعي»، لكن فيه بحث؛ لأنه مسلّم في مسألة اللّمعة.

وأما في مسألة صاحب العذر والمتيمم.. فلا؛ لأن وضوء صاحب العذر لا نقص فيه، بل هو ما بقي شرطه كوضوء الأصحاب، وإنما لا يجوز المسح لهم بعد خروج الوقت إذا كان العذر موجوداً وقت الوضوء أو اللّبس.

وأمّا إذا كان منقطعاً وقت الوضوء واللبس.. فإنه يمسح تمام المدة كالأصحاء، يمسح يوماً وليلة لو مقيماً وثلاثة أيام ولياليها لو مسافراً.

ولو كان وضوؤه ناقصاً لما كان كذلك.

وَقتَ الْحَدثِ.

وأمّا مسألة التَّيَمُّم.. فإنه ما بقي شرطه فهو كالوضوء؛ فإن أريد بعدم كماله عدم رفع الحدث عن الرجلين.. فممنوع، وإلّا.. لزم جواز الصّلاة مع الحدث.

وإن أريد عدم إصابة الرّجلين في الوظيفة حسّاً.. فمنع تأثيره في نفي الكمال المعتبر في الطهارة التي يعقبها اللّبس، اللّهم إلّا أن يقال: إن المسح ثبت على خلاف القياس بفعله ﷺ على طهارة الماء، ولم يرد منه فعل ولا قول يوسع مورده، فيقتصر على مورده وهو الوضوء.

(**وقت الحدث**) قيد للتام لا للبس؛ يعني: أن الشرط هو تمام الطهر وقت الحدث لا وقت اللبس، حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم أتمّ الوضوء قبل أن يحدث ثم أحدث، أو توضأ إلّا رجليه ثم غسل أحد رجليه ولبس خفّه ثم غسل الأخرى ولبس خفه ثم أحدث، أو لبس خفيه ثم توضأ إلّا رجليه ثم خاض الماء وابتل رجلاه مع الكعبين ثم أحدث، أو توضأ وبقي على عضوه لمعة فليس الخف ثم غسل اللمعة ثم أحدث.. فإنه يجوز المسح في هذه الصور الأربع كلها؛ لوجود تمام الطهر وقت الحدث وإن لم يوجد وقت اللّبس، وهذا لأن الخف شرع مانعاً للسراية فيراعىٰ كمال الطهارة وقت منعه؛ لأنها لو كانت ناقصة عند ذلك كما إذا لبس خفيه بعد غسل رجليه ثم أحدث ثم أتم الوضوء.. لكان رافعاً لما يحلّ القدمين وهو قلب الموضوع.

وبهذا ظهر أنّ قوله: «وقت الحدث» ممّا لا بد منه ههنا، وإلّا لتبادر اشتراط تمام الطهر وقت اللبس، ويلزم أن تكون الصور المذكورة مما لا يجوز المسح فيها؛ لعدم الشرط.

فإن قيل: إنّ قوله «ملبوسين على طهر تام» يغني عنه؛ لأن اللّبس يطلق على ابتداء اللّبس وعلى الدوام عليه، ولهذا يحنث بالدّوام عليه في يمينه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، فيكون معناه ملبوسين على طهر تام، سواء اللبس ابتداء أو بالدوام عليه، فيشمل الصور المذكورة، فلا حاجة إلى ذكر هذا القيد على ما ذكره الزَّيْلَعي.

يَوْماً وَلَيْلَةً للمقيمِ.

وَثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وليَالِيهَا للْمُسَافِرِ.

مِن وَقتِ الْحَدَثِ.

قلنا: نعم إلّا أن المتبادر من اسم المفعول هو الحال على ما صرّحوا به، والدّوام والاستمرار إنما يستفاد منه بحسب القرائن، فلو لم يذكر ذلك القيد.. لتبادر الذهن إلى اللبس ابتداء، فلا يشمل الصور المذكورة.

فإن قيل: المفهوم من ذكر هذا القيد عدم الجواز عند كون اللبس على طهر تام وقت اللبس، مع أنه ليس كذلك.. قلنا: التام وقت الحدث أعم من التام فيه فقط، والتام فيه وقبله أيضاً، والتام وقت اللبس [٥٠/أ] يكون تاماً وقت الحدث وهذا عندنا.

وقال الشافعي: الشرط هو الطهر التام وقت اللبس.

والحجة عليه ما ذكرناه، ولا حجة له في قوله ﷺ: «إني أدخلتهما طاهرتين» على ما بيّن في محلّه.

(**يوماً وليلة للمقيم وثلاثة أيّام ولياليها للمسافر**)؛ لما في «مسلم» عن عليّ أن رسول الله ﷺ جعل المسح للمسافر ثلاثة أيّام ولياليهنّ وللمقيم يوماً وليلة.

وقال مالك في رواية: المقيم لا يمسح أصلاً، والمسافر يمسح بلا توقيت. رواه محمد عنه في «الموطأ»؛ لأن المسح للضرورة، ولا ضرورة في المقيم، ولقوله ﷺ لعمار: «إذا كنت في سفر.. فامسح ما بدا لك».. قلنا: عدم الضرورة في المقيم ممنوع، وحديث عمار شاذ لا يعارض ما رويناه.

(**من وقت الحدث**)؛ لما رويناه من حديث مسلم؛ لأن التوقيت لبيان مدة الحاجة، وقبل الحدث لا حاجة إلى المسح؛ لحصول الطهارة بالغسل، ولأن الخف شرع مانعاً، فتعتبر المدّة من وقت المنع؛ لأن التقدير في الحقيقة لمدة منعه شرعاً.

وعن محمد: أنه يعتبر من وقت المسح الأول.

وعن الحسن البصري: أنه يعتبر من وقت اللبس.

والحجة عليهم ما ذكرناه.

وفرضُهُ:

قدرُ ثَلَاثِ أَصَابِعَ ....

(وفرضه):

أي أقلّ ما يسقط به الفرض: المسحُ **(قدرَ ثلاث أصابع)**؛ لحديث المغيرة أن النبي ﷺ مسح على ظاهر الخُفَّيْن خطوطاً بالأصابع؛ لأن أقل الجمع ثلاث، ولا بدّ لهذا القدر في كلّ رجل، حتى لو مسح على رجل أصبعين وعلى الأخرى قدر خمسة.. لا يجوز.

ولو مسح بأصبع واحدة وحدها إلى أن بلغ مقدار الثلاث من غير أخذ ماء جديد.. لم يجز.

ولو مسح بإصبع واحدة ثلاث مرات وأخذ لكلّ مرة ماء.. جاز إن كلّ مرة غيّر الموضع الّذي مسحه.

ولو مسح بالإبهام والسبابة.. جاز إن كانتا مفتوحتين؛ لأن ما بينهما مقدار أصبع.

ولو مسح بإصبع بجوانبه الأربعة.. ينبغي أن يجوز بالاتفاق على الأصحّ، بخلاف مسح الرأس.. فإن فيه اختلافاً على ما ذكرناه بناء على أن تقدير الثلاث ههنا اتفاقي على الأصح.

وثمة اختلاف.

وفي «النية»: لو مسح برؤوس الأصابع وجافى أصولها والكف.. لا يجوز إلَّا أن يتقاطر الماء.

ويخالفه ما في «الخلاصة»: لو مسح بأطراف أصابعه.. يجوز؛ تقاطر الماء أو لا وهو الأصح.

وما في «المنية» أحوط.

ولو أصاب موضع المسح مطر ماء أو طل قدر الواجب أو مشى في حشيش

مِنَ الْيَدِ عَلَى الْأَعْلَى.

مبتلّ.. جاز؛ لحصول المقصود؛ أعني إصابة البلّة. وهو الأصحّ.

وقيل: لا يجوز بالطّل؛ لأنه نَفَسُ حيوان لا ماءً، وليس بصحيح كذا في «فتح القدير».

وهذا الخلاف مبني على أن المسح على الخفّ هو طهارة بالماء حتى لا يشترط فيه النية أولاً حتى يشترط فيه النية، والأكثر على الأول.

ولو مسح ببلّ باق في اليد بعد غسل الأعضاء المغسولة.. يجوز، سواء تقاطرت البلة أو لم تتقاطر على ما صرّح به في «قاضي خان»، بخلاف الباقي بعد مسح الرأس؛ لأنه مستعمل.

وفي «الخلاصة»: لو وضع الكفّ ومدّها أو مع الأصبع، كلاهما حسن، والأحسن: [٥٠/ب] أن يمسح بجميع اليد؛ أي: بأصابعها.

ولو مسح بظاهر كفه.. جاز، والمستحب أن يمسح بباطن كفّه.

(من) أصابع **(اليد)** هكذا أطلقه كثير من مشايخنا، وقيّده في «قاضي خان» بكونهما من أصغر أصابع اليد.

ثم اعتبار الأصابع من اليد هو قول العامة.

وقال الكرخي: من أصابع الرجل؛ لأن المسح يقع عليه، وهي أكثر الممسوح، فيقوم مقام الكلّ.

والأول: أصحّ؛ لأن المسح فعل يضاف إلى الفاعل لا إلى المحلّ، فيعتبر فيه الآلة كما في الرّأس.

(على الأعلى)؛ لما رويناه من حديث المغيرة لما روى عن علي: «لو كان الدّين بالرّأي.. لكان مسح باطن الخف أولى من ظاهره». وقيل: لأن باطنه لا يخلو من لوث عادة، فيصيب يده، كذا في «النهاية» نقلاً عن «المبسوط»، وهذا يفيد أن المراد بالباطن عندهم محلّ الوطء لا ما يلاقي البشرة من الرِّجل، وتعقبه في «فتح القدير»

وسنَّتُهُ:

أَنْ يبْدَأَ مِن أَصَابِعِ الرِّجلِ...

بأن بتقديره لا تظهر أولوية مسح باطنه لو كان الدين بالرأي، بل المتبادر من لفظ علي ذلك ما يلاقي البشرة، لا الجانبية المحاذي للسماء، وهذا لأن الواجب من غسل الرجل في الوضوء، ليس لإزالة الخبث، بل الحدث، ومحلّ الوطء في باطن الرجل فيه كظاهره. انتهى.

وقال الشافعي: يجوز المسح على باطنه وعقبه وجوانبه؛ لأنه خلف الغسل، فيجوز في جميع محلّ الأصل كمسح الرأس.

قلنا: إنّ ما ثبت على خلاف القياس مقصور على محلّه، وقد ثبت بما رويناه أن محلّه هو أعلى الخف، فلا يجوز غيره، ولذلك قال في «الخلاصة» في رجل قطعت إحدى رجليه وبقي منها شيء يسير فلبس الخف على الصحيحة.. فإنه لا يجوز المسح عليه، ولو لبس الخف على المقطوعة إن كان الباقي أقلّ من ثلاث أصابع.. لا يمسح أيضاً. وإن كان ثلاث أصابع لكن من العقب لا من موضع المسح.. لا يمسح كذلك. وإن كان من ظهر القدم.. جاز. انتهى.

وكذا في «قاضي خان» وزاد فيه لو قطعت رجله من الكعب.. لا يمسح؛ لأنّ غسل محلّ القطع واجب عندنا، فيجب عليه غسل الرجل الأخرى.

ولو لم يكن له إلّا رجل فلبس عليها الخف.. جاز له المسح، وقياسه على مسح الرّأس فاسد؛ لأن فعل المسح ههنا ابتداء غير معقول، فيعتبر جميع ما ورد به الشرع من رعاية الفعل والمحلّ، بخلاف مسح الرأس؛ فإن المسح ثمة على النّاصية بيان ما ثبت بالكتاب لا نصب الشرع، فيجب العمل بقدر ما يحصل به البيان وهو المقدار؛ لأن المحل معلوم بالنص فلا حاجة إلى جعل فعله بياناً له.

(وسنّته:

أن يبدأ من أصابع الرجل). وقال الشافعي ومالك: سنته أن يمسح ظاهره وباطنه؛ لما روي عن المغيرة أن النبي ﷺ مسح أعلى الخف وأسفله.

ويمدُّ إِلَى السَّاقِ، مفرّجاً أَصَابِعهُ خُطُوطاً، مرّةً وَاحِدَةً.

ويمنعُهُ الْخَرقُ الْكَبِيرُ،..

قلنا: ضعفه الترمذي، ولو سلّم.. فمعناه ما يلي الساق وما يلي الأصابع؛ توفيقاً بينه وبين ما رويناه.

(ويمدّ إلى السّاق)، ولو عكس.. جاز أيضاً.

وكذا لو مسح عرضاً.. جاز، لكنه خالف السنة.

والأصل فيه ما رواه الطّبراني عن جابر أن النبي ﷺ أمر بالمسح من مقدم الخُفَّيْن [٥١/أ] إلى أصل السّاق مرة، ولو لم يكن واجباً مع ورود الأمر به؛ لأن المقصود إصابة البلّة على المحلّ، ولا عبرة لتعيين محل الابتداء والانتهاء في مورد النص، وقد روي مسح النبي ﷺ على خُفَّيْه بلا ذكر المدّ إلى السّاق، فجعلنا الفرض أصل المسح والمدّ سنة؛ جمعاً بين الرّوايتين، ولا مجال لحمل المطلق على المقيد مع إمكان الجمع بينهما.

(مفرجّاً أصابعه خطوطاً) لما رويناه **(مرّة واحدة)** لما رويناه.

(ويمنعه الخرق الكبير) إن كان يرى ما تحته ولو في حال المشي فقط.

وقال زفر والشافعي: يمنعه القليل أيضاً، وهو القياس؛ لأن الخف عهد مانعاً؛ فإن بدى بعض رجله سرى الحدث إلى ذلك البعض لعدم المانع، فيسري إلى الكلّ؛ لعدم التجزي.

ولنا: أن الخفاف لا تخلو عن قليل الخرق؛ فإنها وإن كانت جديدة فآثار الدروز والأشافي[1]: والأشافي خروق فيه، حتى يدخلها التّراب فيلحقهم الحرج في نزع الخف عن القليل فجعل عفواً بخلاف الكثير؛ لعدم الحرج فيه لندرته.

وقال مالك: لا يمنع الكثير أيضاً؛ لأن الخف يعتبر مانعاً ما دام يطلق عليه اسم الخف. قلنا: العفو في القليل لضرورة الحرج، ولا ضرورة في الكثير فيبقى على

(١) **الأشافي**: جمع إشفى، وهي المخرز.

العدم الأصلي.

وقيل: يغسل ما ظهر ويمسح ما ستر.

قلنا: إنه جمع بين الأصل والبدل، ولا نظير له في الشرع.

قال في «الزَّيْلَعي»: والخرق المانع هو المنفرج الّذي يرى ما تحته من الرّجل، أو يكون منضمّاً لكن ينفرج عند المشي ويظهر القدم منه عند الوضع، بأن كان الخرق عرضاً، وإن كان طولاً يدخل فيه ثلاث أصابع وأكثر لكن لا يرى شيء من القدم ولا ينفرج عند المشي لصلابته.. لا يمنع المسح. انتهى.

وكذا لا يمنع لو كان الخرق أكبر من ثلاث أصابع ولكن يرى منه دون الثلاث على ما في «فتح القدير».

والخرق في أعلى الكعب لا يمنع وإن كان أكثر؛ لأنه لا عبرة بلبسه، والمعتبر في المنع هو الخرق في الكعب وما تحته من محلّ الفرض على ما صرّح به في «فتح القدير» و«الزَّيْلَعي».

ولو كان الخرق تحت القدم؛ فإن كان أكثر القدم مكشوفاً.. منع كذا في «الاختيار»، وعلّله في «الزَّيْلَعي» بأن مواضع الأصابع يعتبر بأكثرها، فكذا القدم. وتعقبه في «فتح القدير» بأن لو صح هذا التّقليل لزم أن لا يعتبر قدر ثلاث أصابع أصغرها؛ إلّا إذا كان عند أصغرها لأن كلّ موضع حينئذ إنما يعتبر بأكثره. انتهى.

والّذي ظهر منه: أنه اختار قدر ثلاث أصابع مطلقا حتّى في العقب، وهو اختيار الإمام السّرخسي على ما في «شرح الطحاوي»، وهو الظاهر من إطلاق قول المصنف: «وهو ما يبدو منه الخرق... إلخ». لكن قال في «قاضي خان»: هذا أي اعتبار ثلاث أصابع إذا كان الخرق في مقدم الخف أو في أعلى القدم أو أسفله، وإن كان الخرق في موضع العقب إن كان يخرج منه أقلّ من نصف العقب.. جاز عليه المسح، وإن كان أكثر.. لا يجوز. وعن أبي حنيفة في رواية أخرى: يمسح حتّى يبدو أكثر من نصف العقب، واختاره شمس الأئمة [٥١/ب] الحلواني والإمام المعروف

وَهُوَ مَا يَبْدُو مِنْهُ قدرُ ثَلَاثِ أَصَابِعِ الرِّجلِ.

بخواهر زاده.

ولو كان الخرق يبدو منه ثلاث من أنامل الرِّجل: الأصح أنه لا يجوز، واختاره الإمام السرخسي. وقال الحلواني: لما كان استعملها مستوراً وإن كان رأس الأنامل مكشوفاً.. لا يمنع جواز المسح عليه، كذا في «الخلاصة».

ثم بيّن الخرق الكبير بقوله: (**وهو ما يبدو منه قدر ثلاث أصابع الرجل**) أصغرها؛ لأنّ هذا القدر من الكشف يمنع قطع المسافة، فيخرج عن حد الخف، فلا يجوز عليه المسح، ولأن الثالث أكثر الأصابع، فله حكم الكلّ.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أصابع اليد اعتباراً بالمسح، وبه جزم في «الخلاصة».

قلنا: إن الخرق يمنع قطع السّفر وتتابع المشي وهو فعل الرجل، بخلاف المسح فإنه يتأتى باليد، والرأسُ محلّه، والأصل في الأفعال أن يضاف إلى فاعلها دون محالِّها؛ ففي كلّ أضيف إلى فاعله.

ثم اعتبار الأصغر رواية «الزيادات»، وصححه في «الهداية»، وقال الحلواني: المعتبر في الخرق أكبر الأصابع إن كان الخرق عند أكبرها، وأصغرها عند أصغرها، والأحوط: هو الأوّل.

وفي مقطوع الأصابع يعتبر الخرق بأصابع غيره.

وقيل: بأصابع نفسه لو كانت.

وهذا فيما إذا انكشف غير موضع الأصابع.

وأمّا إذا انكشف الأصابع نفسها.. فالمعتبر انكشافها ثلاث أصابع أيتها كانت، ولا يعتبر الأصغر؛ لأن كلّ إصبع أصل بنفسه.. فلا يعتبر بغيره، حتى لو انكشف الإبهام مع صاحبتها وهما قدر ثلاث أصابع من أصغرها.. يجوز المسح وإن كان مع صاحبتها.. لا يجوز.

وَتجمعُ فِي خُفٍّ لَا فِي خُفَّيْنِ، بِخِلَافِ النَّجَاسَةِ......................

(وتجمع) الخروق التي كانت **(في خُفّ)** لا تمنع قطع السفر به وتتابعَ المشي فيه فيخرج عن حدّ الخف، وأقل ما يجمع ما يدخل فيه المسلة، وما دونه لا يعتبر.

وعن أبي يوسف أنها لا تجمع كما في الخُفَّيْن لإمكان قطع المسافة بها عند تفرقها صغيرة كقدر الحمّصة، وإنما لا يمكن عند اجتماعها في مكان واحد حقيقة لأنه ينتفي حينئذ معنى الخف، وإذا اجتمع الخروق في أحدهما.. يمتنع المسح على الأخرى أيضاً؛ إذ لا جمع بين الأصل والبدل في الشرع في عضو واحد.

(لا في خفين)؛ لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع المسافة بالآخر؛ فلو كان الخرق في خفّ قدر أصبعين في موضع أو موضعين وفي الأخرى قدر إصبع.. جاز المسح عليهما بعد أن وقع المقدار الواجب من المسح على الخف بنفسه لا على الخرق؛ لأنه لو مسح مقدار ثلاث أصابع اليد على الخف وعلى ما ظهر من الخرق اليسير.. لا يجوز لأن المسح علي ما ظهر من الخرق اليسير ليس بمسح على الخف لا حقيقةً ولا حكماً.

أمّا حقيقةً: فظاهر.

وأمّا حكماً: فلأنّ الخرق المذكور إنما جعل عفواً في جواز المسح على خف هو فيه، لكن لا بحيث يكون ما يقع على ما ظهر منه محسوباً من القدر الواجب؛ لأنه إنما اعتبر عفواً فيه لما في اعتباره مانعاً من المسح حرج، ولا حرج في عدم احتساب ما يقع من المسح على ما ظهر منه من القدر الواجب لعدم العسر [٥٢/أ] في إيقاعه على غيره.

(بخِلافِ النَّجَاسةِ) المتفرقة في خفيه وكذا في ثوبه أو بدنه أو مكانه أو جميعها؛ لأن المانع فيها كونه حاملاً مقدار ما يمنع جواز الصّلاة وقد وجد ذلك فيجمع، بخلاف الخرق.. فإنّ المانع فيه امتناع قطع المسافة لا ذات الخرق ولا ذات الانكشاف وقد وجد ذلك المعنى في الخف دون الخُفَّيْن.

ولو كان في موضع سجوده وتحت قدميه أقلّ من قدر الدرهم لكن لو جمع

وَالَانكِشَافِ.

وينقضُهُ:

نَاقِضُ الْوضُوءِ.

يبلغ أكثر من الدرهم.. لا يجمع، ولو كان تحت قدميه تحت كل قدم أقل من قدر الدرهم لكن لو جمع يبلغ أكثر من الدرهم.. يجمع ولا يجوز معه الصّلاة على ما في «الخلاصة»، وذلك لأنّ كل ركن معتبر بنفسه وكذا موضعه، وموضع القدمين موضع واحد.

وفي «الخلاصة» أيضاً: والخرق في أذني الأضحية هل يجمع؟ اختلف المشايخ فيه، وأعلام الثوب تجمع. انتهى.

يعني لو كانت في ثوب أعلام من حرير لو جمعت بلغت أكثر من أربع أصابع.. لا يجوز لبسه.

(و) بخلاف **(الانكشافِ)** يعني: لو انكشف شيء من فرج المرأة وشيء من ظهرها وشيء من فخذها وشيء من ساقها ولو جمع لبلغ القدر المانع.. لم تجز صلاتها معه؛ لأن المانع فيه نفس انكشاف القدر المانع، وقد وجد، بخلاف الخروق على ما عرفت.

وفي «الخلاصة»: عريانة تقدر على ثوب إن صلت فيه قائمة انكشف من كل ساق منها أقل من قدر الربع، وإذا جمع كان مثل ربع أحد الساقين.. فإنها تصلّي جالسة وتجمع. انتهى.

وتمام كيفية جمعه سيأتي في شروط الصّلاة.

(وينقضه) أي المسح:

- **(ناقض الوضوء)**؛ لأنّ ما ينقض الكلّ ينقض الجزء أيضاً، أو لأنه بدل عن الغسل.. فما ينقض الأصل ينقض البدل أيضاً.

وَنزعُ الْخُفِّ.

وَمُضيُّ الْمدَّةِ إِن لم يَخَفْ تَلَفَ رِجلِهِ مِنَ الْبردِ،..........................

• (ونـزع الخّف) كلهـا أو أكثرهـا؛ لأنّ الحـدث السّـابق يسـري بعـد النـزع إلـى القـدمين لـزوال المـانع فيعمـل عملـه، وهـذا وإن كـان مـن قبيـل تخصيص العلّـة لكـن المخلص معروف.

فإن قيل: إنّ الحدث السّابق لمّا لـم يسـر إلـى القـدم بـالخف فإمّا أن يسري إلى الخف أو لا، والثاني باطل للزوم جواز الصّلاة بلا مسح عليه، وكـون المسـح عليـه لغواً.

وعلـى الأوّل: إمّـا أن لا يرتفـع بالمسـح أو يرتفـع، والأوّل باطـل للـزوم جـواز الصـلاة مـع الحـدث بـلا ضـرورة، فيلـزم أن ينـتقض المسـح بخـروج الوقـت كطهـارة المعذور.

وعلى الثاني: لزم أن لا يعود بالنزع؛ لأن المعدوم لا يعاد.

قلنا: إنّ ارتفاعه بالمسح مقيّد بمدة منع الخف، وبعد تمام المدة كأنه لم يرتفع كما في التَّيمُّم؛ فإن ارتفاعه بالتَّيمُّم بالتراب مقيّد بعدم وجدان الماء، وبعد الوجدان كأنه لم يرتفع.

• (ومضي المدة)؛ لما رويناه من حديث المدة بناء على أنّ مفهوم الغاية حجّة عندنا، ولما بيناه من معنى سراية الحدث السّابق تذكر ما ذكرنا فيه.

(إن لم يخف تلف رجله من البرد) الظاهر أنه قيد لكل من النزع والمضي؛ فإذا خـاف التلـف.. يجـوز لـه المسـح إلـى زوال هـذا الخـوف وإن طـال، علـى مـا فـي «الخلاصة»، كذا [٥٢/ب] ذكره الزَّيلَعي نقلاً عن «جوامع الفقه» و«المحيط»، وعلّله بأنه يلحق به ضرر، وهو مدفوع، ولأنه إذا كان يضرّه.. صار كالجبيرة، وهي غير مؤقّتة. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: لو تمت المدّة وهو في الصّلاة ولا ماء معه.. يمضي

فَلَو نزعَ أَو مَضَت وَهُوَ متوضئٌ.. غسلَ رجلَيْهِ فَقَط.

في صلاته على الأصّح؛ إذ لا فائدة في النزع؛ لأنه للغسل ولا ماء، خلافاً لمن قال من المشايخ تفسد. انتهى.

وتعقّبه ابن الهمام وقال: الّذي يظهر صحة القول بالفساد؛ لأن الشرع قدّر منع الخف بمدّة فيسري الحدث بعدها؛ إذ لا بقاء لهـا، فكما يقطع عند وجود الماء ليغسل رجليه.. يقطع عند عدمه ليتيمم، لا للرجلين فقط، ليلزم رفو الأصل بالخلف، بل للكلّ لأن الحدث لا يتجزأ فيصير محدثاً بحدث القدمين.

وإن كان بحيث لو اقتصر على غسلهما.. ارتفع كمن غسل ابتداء الأعضاء إلّا رجليه وفني الماء؛ فإنه يتيمم لا للرجلين فقط، وإلّا.. لكان جمع الأصل والخلف ثابتاً في كثير من الصّور، بل للحدث القائم به؛ فإنه على حاله ما لم يتم الكلّ، وهذا لأن التَّيمُّم إن لم يصب الرجل حسّاً لكنه يصيبها حكم الطهارة عنده وهو المقصود، فلا يصلح عدم الماء مانعاً السّراية بعد تمام المدة المعتبرة شرعاً غاية لمنعه، وعلى هذا فما ذكره في «جوامع الفقه» و«المحيط» من أنه إنما ينزع إذا تمت إذا لم يخف [ذهابها من شدة البرد]؛ فإن خاف.. فله أن يمسح مطلقاً.. فيه نظر؛ فإن خوف البرد لا أثر له في منع السراية، كما أنّ عدم الماء لا يمنعها، فغاية الأمر أنه لا ينزع لكن لا يمسح بل يتيمم لخوف البرد.

وعن هذا نقل عن بعض المشايخ تأويل هذا المسح بأنه مسح جبيرة لا كمسح خفّ حتى يستوعب الخف أو أكثره، ولكنـه ضـعيف لأن الخـف لا يصـدق عليـه الجبيرة، ويستلزم أيضاً بطلان كلّية جواز التَّيمُّم لخوف البرد، وهذا كما لو بقي من أعضائه لمعة ولم يجد ما يغسلها.. فإنه يتيمم ويصلي بالتَّيمُّم.

(فلو نزع) قبل المدة (أو مضت وهو متوضئ غسل رجليه فقط) وليس عليه إعـادة بقيـة الأعضـاء، خلافـاً للشـافعي؛ لعـدم التجـزي كـالمتقض بالحـدث.. قلنـا: الحدث اسم لخارج نجس، والمضي ليس كذلك، وإنما سرى إلى القدم حدث سابق، وباقي الأعضاء طاهر بالغسل، فلا يجب غسلها ما لم يوجد الحدث في

لا يتم؛ مستدلاً بأن المسح عبادة شرع فيها على حكم الإقامة، فلا يتغير بالسّفر كما إذا شرع في الصّوم وهو مقيم ثم سافر، وكما إذا شرع في الصلاة في سفينة في المصر فسافر في صلاته.. فإنهٔ لا يتغيّر؛ لأن حال الإقامة حال العزيمة، وحال السفر حال الرخصة؛ فإذا اجتمعا.. غلب العزيمة.

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «يمسح المقيم يوماً وليلة، والمسافر ثلاثة أيّام»، وهذا مسافر، فيمسحها بخلاف ما بعد كمال مدة الإقامة؛ لأن الحدث قد سرى إلى القدم.

ولنا أيضاً: أن المسح حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخر الوقت كالحائض إذا طهرت فيه.. يجب عليها الصّلاة، والطّاهرة إذا حاضت فيه.. سقطت.

والمسافر إذا أقام في آخر الوقت.. يتم صلاته، والمقيم إذا سافر فيه.. يقصر.

وقياسه فاسد؛ لعدم الجامع، وكون المسح عبادة مقصودة ممنوع، ولهذا لم يشترط فيه النية عند الأكثرين. وهو الأصّح.

ولأن الصّوم والصّلاة لا يتجزآن، فباعتبار الإقامة في أوّل الصّوم يحرم الفطر، وباعتبار السفر في آخره يبيحه، فيترجح المحرم، وكذا في الصّلاة يترجح جانب الإقامة للاحتياط.

وأمّا الوقت فما يتجزأ، فلم يجتمع الإقامة والسّفر في وقت واحد، فكان الاعتبار للموجود وهو السفر.

ولو كان جاوز عمران المصر قبل مضي يوم وليلة ودخل في الصلاة وسبقه الحدث فيها وعاد إلى مصره ليتوضأ فمضى يوم وليلة قبل أن يعود إلى مصلاه.. تفسد صلاته في القياس؛ لأنه لما عاد إلى مصره.. صار مقيماً وقد انقضت مدته وهو في الصّلاة على ما في «السراج الوهّاج»، ولا تفسد استحساناً على ما في «البحر» عن صدر الشهيد.

ولو عاد إلى مصلّاه قبل مضي يوم وليلة.. انتقلت المدة إلى السّفر، ووجب الإتمام في هذه الصّلاة احتياطاً، فكان مسافراً في حق المسح، ومقيماً في حقّ إتمام

وَخُرُوجُ أَكثرِ الْقدَمِ إِلَى سَاقِ الْخُفِّ.. نزعٌ.

وَلَو مسحَ مُقيمٌ فَسَافرَ قبلَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ.. تمَّمَ مُدَّةَ الْمُسَافِرِ.

حقّهما ولم يوجد، والموالات ليس بشرط في الوضوء عندنا، فلا يضر فوتها.

(**وخروج أكثر القدم إلى ساق الخف.. نزع**)، وهذا قول أبي يوسف، وصحّحه في «الهداية»، وروي عنه في «الإملاء»: إذا خرج نصف القدم إلى الساق.. فهو نزع.

وعن محمد: إن كان الباقي قدر محلّ الفرض - أعني ثلاثة أصابع اليد - لا ينتقض.

وعن أبي حنيفة: إذا أخرج قاصداً إخراج رجله أكثر العقب بطل المسح عليه، حتى لو بدا له إعادتها فأعادها.. لا يجوز المسح؛ لأن العقب مقدار ربع القدم، فلا يجوز المسح، وكذا لو كان أعرج يمشي على صدور قدميه وقد ارتفع عقبه عن موضع عقب الخف إلى الساق.. لا يمسح، وإلى ما دونه.. يمسح.

أما لو كان الخف واسعاً يرتفع العقب [٥٣/أ] برفع الرجل إلى الساق ويعود بوضعها.. فلا يمنع.

وقال بعضهم: إن كان الباقي بحيث يمكنه المشي فيه كذلك.. لا ينتقض، وهو مروي عن أبي حنيفة، وقال ابن الهمام: وهذا في التحقيق هو مرمى نظر الكل؛ فمن نقض بخروج العقب ليس إلّا؛ لأنّه وقع عنده أنه مع حلول العقب في السّاق لا يمكنه متابعة المشي فيه وقطع المسافة معه، بخلاف ما إذا كانت تعود إلى محلّها عند الوضع.

ومن قال: الأكثر؛ فلظنّه أنّ الامتناع منوط به.

وكذا من قال: يكون الباقي قدر الفرض، وهذه الأمور إنما تبنى على المشاهدة.

(**ولو مسح مقيم فسافر قبل يوم وليلة.. تمّم**) أي من وقت الحدث (**مدة المسافر**) أي بالاتفاق إن سافر قبل أن ينتقض طهارته الّتي لبس عليها الخفّ.

وأمّا إن سافر بعدما أحدث قبل مضي مدّة الإقامة.. ففيه خلاف الشافعي، قال:

وَلَو مسحَ مُسَافِرٌ فَأَقَامَ لتَمَامِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ.. نزعَ، وَإِلَّا.. تمَّمَهَا.

وَالمعذورُ إِن لبسَ عَلَى الِانْقِطَاعِ.. فكَالصَّحيحِ.

وَإِلَّا.. مسحَ فِي الْوَقْتِ لَا بعدَ خُرُوجِهِ.

وَيجوزُ الْمسْحُ عَلَى الجُرموقِ.........................

هذه الصلاة، وهي مسألة عجيبة.

(**ولو مسح مسافر فأقام لتمام يوم وليلة.. نزع**) الخف لتمام المدة.

(**وإلّا**) أي وإن لم يكن أقام لتمام يوم وليلة بل قبله (.. **تممّها**) أي تمّم يوماً وليلة؛ لأنه مقيم.

(**والمعذور إن لبس**) [٥٣/ب] خُفَّيْه (**على الانقطاع**) أي انقطاع العذر الّذي ابتلي به (.. **فكالصّحيح**)، فيمسح يوماً وليلةً إن كان مقيماً، وثلاثة أيّام ولياليها إن كان مسافراً.

(**وإلا**) أي وإن لم يلبس على الانقطاع بل لبسه مع سيلان العذر (.. **مسح في الوقت لا بعد خروجه**)؛ لسراية الحدث السّابق، والمانع وهو الوقت قد زال، وهذا نزع إلى تخصيص العلة، والمخلص معروف، ومسألة المعذور ستأتي مفصّلة إن شاء الله تعالى.

(**ويجوز المسح على الجرموق**) وهو ما يلبس فوق الخفّ.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لعدم الحاجة إليه غالباً، فلا يتعلّق به الرخصة، ولأنه لو جاز.. لزم البدل عن البدل، ولا نظير له في الشرع.

ولنا أن النبي ﷺ مسح على الجرموقين، صحيح الإسناد، والحاجة إليه ما ستر وقاية للخفّ، كما أنّ الخفّ وقاية للرّجل، وكلاهما تبع للرجل، فصار كخف ذي طاقين، فصار بدلاً عن الرّجل لا عن الخف، وإنما لا يبطل بنزع أحد الطاقين لأنه جزء من الخف لم يأخذ الأصالة بوجه، كما إذا غسل رجله ثمّ زال جلدها لم يجب غسلها ثانياً، بخلاف الجرموق؛ لأنه بالمسح عليه ظهرت أصالته وزالت تبعيّته، فصار كأنه الخف، فيبطل المسح بنزعه.

فَوقَ الْخُفِّ؛ إِن لبِسَهُ قبلَ الْحَدثِ.

لا يقال: لو كان بدلاً عن الرجل.. لكان ينبغي أن لا يجوز المسح على الخفّ بنزعه؛ لأن الخف لم يكن محلاً للمسح حال قيام الجرموق؛ فإذا زال.. صار محلاً للمسح؛ لزوال المانع عن محلية المسح فيمسح عليه وعلى الجرموق الباقي معه؛ لانتقاض وصفيتهما؛ لأن المسّح لا يتجزأ ثبوتاً وانتقاضاً.

وفي بعض روايات «الأصل»: ينزع الجرموق الآخر ويمسح على الخُفَّيْن على ما في «الخلاصة».

ووجه الظاهر: أنه لو لبس ابتداء على أحدهما.. كان له أن يمسح عليه وعلى الخف الآخر، فكذا هذا، والخف على الخف كالجرموق عندنا في جميع أحكامه على ما في «الخلاصة».

وكذا الخف فوق اللّفافة على ما يدل عليه ما قاله في «غاية البيان» من أنّ ما جاز المسح عليه إذا لم يكن بينه وبين الرّجل حائل.. جاز المسح عليه أيضاً إذا كان بينهما حائل كخف إذا كان تحته خف أو لفافة، وهذا صريح في أن اللّفافة على الرجل لا يمنع المسح على الخف فوقها، لكن قال في «شرح المجمع» نقلاً من «فتاوى الشاذليّ» أنّ ما يلبس من الكرباس المجرّد تحت الخفّ يمنع المسح على الخف؛ لكونه فاصلاً، وقطعة كرباس تلفّ على الرّجل لا تمنع؛ لأنه غير مقصود باللبس فلا يفصل.

والأصح: الجواز؛ لأن الخف تحت الجرموق أو تحت الخف مقصود باللّبس مع أنه لا يمنع المسح عليه على ما عرفت.

(**فوق الخف؛ إن لبسه**) أي الجرموق (**قبل الحدث**)؛ لعدم تقرره على الخف، بخلاف ما لو لبس الخف على طهارة ثم أحدث ثم لبس الجرموق.. فإنه لا يجوز المسح عليه؛ سواء لبسهما قبل المسح على الخف أو بعده؛ لتقرر الحدث على الخف، فلا يزال بمسح غيره.

وكذا لو لبسه قبل الحدث ثم أحدث لكن أدخل يده تحته فمسح على خفيّه..

وعَلَى الجورب مجلَّداً أَو مُنعَّلاً .

فإنه لا يجوز؛ لأنه مسح في غير محلّ الحدث؛ لأن [١/٥٤] محلّه هو الجرموق.

وقال في «السّراج الوهّاج»: الشرط الثاني لجواز المسح على الجرموق أن يكون الجرموق لو انفرد الجرموق [جاز] المسح عليه، حتى لو كان به خرق كبير لا يجوز المسح عليه.

ولا يجوز المسح على الجرموق إذا كان من كرباس ونحوه، إلَّا أن يكون رقيقاً يصل البلل إلى ما تحته من الخف، فحينئذٍ يجوز؛ لكونه مسحاً على الخف. كذا في «الذخيرة» و«الخلاصة».

وفيها أيضاً: ويمسح على الجرموق فوق الخف عندنا؛ فإن لبسهما وحده لا يمسح عليهما.

ثم قال: وقوله: لا يمسح إذا كان أسفله من الكرباس وإن كان من الصرم أو الجلّة.. يجوز. انتهى.

فعلم منه أنّ قول المصنف: فوق الخف ليس للاحتراز عمّا إذا لبسهما وحده على ما ظن؛ لأن الحكم فيه أيضاً كذلك بعدُ إن وجد الشرط المذكور.

وفي «الخلاصة» أيضاً: لو كان الجرموقان واسعين يفضل الجرموق من الخف ثلاثة أصابع فمسح على تلك الفضلة.. لم يجز إلَّا إذا مسح على الفضلة بعد أن يقدم رجليه على تلك الفضلة، فحينئذ جاز، ولو زال رجله عن ذلك الموضع.. أعاد المسح.

وجعل في «القنية» الخف مثل الجرموق في حكم هذه الفضلة حيث قال: إذا فضل من الجرموق أو الخف قدر ثلاث أصابع.. لم يجز المسح عليها.

(وعلى الجورب مجلّداً) بوضع الجلد على أعلاه وأسفله، **(أو منعّلاً)** بتخفيف العين وبتشديده، وهو الذي وضع على أسفله جلدة.

وَكَذَا عَلَى الثخينِ فِي الْأَصَحِّ عَنِ الإِمَامِ، وَهُوَ قَوْلُهمَا.

(وكذا على الثخين) الثخين أن يقوم على الساق من غير شد ولا يسقط ولا يشف الماء إلى نفسه.

وقيل: لا يشف الماء إلى القدم.

(في الأصح عن الإمام، وهو قولهما)، والمشهور: أن الإمام قد كان منعه أولاً ثم رجع عنه في مرض موته إلى تجويزه على ما يراه صاحباه؛ لحديث المغيرة أنه قال: توضأ رسول الله ﷺ ومسح على الجوربين، صحّحه الترمذي وابن حبّان، ولأنه يمكنه المشي المعتاد عليه إذا كانا ثخينين، وهو الأصل في الباب، ولذا منعنا جوازه على الخف المتخذ من الزجاج أو الحديد أو الخشب؛ لعدم صلاحيتها المشي المعتاد وقطع المسافة.

وجوزنا على الجاروق[١] إن كان يستتر القدم بحيث لا يرى من العقب ولا من ظهر القدم إلَّا قدر إصبع أو إصبعين، وأمّا إذا لم يسترها لكن ستر القدم بالجلد إن كان الجلد متصلا بالجاروق بالخرز.. جاز المسح عليه.

وإن شد بشيء.. لا.

ولو ستر القدم باللفافة.. جوّزه مشايخ سمرقند، ولم يجوّزه مشايخ بخارى، كذا في «الخلاصة».

وذكر «قاضي خان» المسح على الجوربين [فقال: هو على وجوه؛ إما أن يكونا] رقيقين غير منعلين أو يكونا ثخينين منعلين، أو يكونا ثخينين غير منعلين.

ففي الأول: لا يجوز بالاتفاق.

وفي الثاني: يجوز بالاتفاق.

وفي الثالث: يجوز على قول الإمامين. وروي رجوع أبي حنيفة إليه. انتهى ملخصاً.

---

(١) **الجاروق**: قال في «رد المحتار»: الظاهر أنَّهُ الخُفّ الذي يَلْبَسه الأَتْراكُ في زماننا.

لَا على عِمَامَةٍ وقلنسوةٍ وبُرقعٍ وقفَّازَين.

وَيجوزُ المسحُ على الْجَبِيرَةِ وخِرقةِ القَرحةِ وَنَحْوِهَا، وَإِن شدَّها بِلَا وضوءٍ.

وبقي قسم رابع، وهو: أن يكونا رقيقين منعلين، ولم أر من يذكره، ولعلّ حكمه الجواز؛ إلا أن يكون النعل مجلداً لا يجوز المسح عليه [٥٤/ب].

(لا على عمامة وقلنسوة) بدلاً عن مسح الرأس.

(وبرقع) بضم أوّله وسكون ثانيه وضم ثالثه وفتحه: هو الشيء الذي تجعله المرأة على وجهها، والمراد بالمسح عليه: أن يكون بدلاً عن غسل الوجه.

(وقفازين) بدلاً عن غسل اليدين، وهو ما يلبس على اليد للبرد أو الطير، وكذا لا يجوز على خمار المرأة بدلاً عن مسح الرأس، وهذا لأن المسح على الخُفّ ثبت بالنّص لرخصة الحرج، ولا حرج في نزع هذه الأشياء، وما ثبت في «الصحّيحين» من أن النبي ﷺ مسح على عمامته ليس المراد به أنه قصر المسح عليها بدلاً عن مسح الرأس، بل المراد به: أنه مسح عليها لتكميل المسح على ناصيته بعد المسح على الرأس.

(ويجوز المسح على الجبيرة) عيدان تربط على الجرح ويجبر بها العظام المكسورة، والأصل فيه ما رواه الدارقطني عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ كان يمسح على الجبائر، وما رواه ابن ماجه أنّ عليّاً رضي الله عنه قال: انكسرت إحدى زندي، فسألت النبي ﷺ؟ فأمرني أن أمسح على الجبائر؛ لأن الحرج في نزعها فوق الحرج في نزع الخُفّ.. فكان أولى بشرع المسح.

(وخرقة القرحة ونحوها)؛ لما ذكرناه من الحرج، قال في «فتح القدير»: لا فرق بين الجرح والقرحة والكي والكسر.

(وإن) وصلية **(شدّها بلا وضوء)**؛ لأنّهما إنما تربطان حالة الضرورة واشتراط الوضوء في تلك الحالة يفضي إلى الحرج.

وَهُوَ كالغَسلِ فَيُجمعُ مَعَهُ، وَلَا يَتَوَقَّت.

وَيمْسَحُ على كلِّ الْعِصَابَةِ...

(وهو) أي المسح على الجبائر وخرقة القرحة **(كالغسل)** لما تحتها؛ أي: لا بدلا عن غسل ما تحتها كالمسح على الخُفّ، حتى لو كانت الجبيرة على إحدى رجليه.. مسح عليها وغسل الرجل الأخرى، بخلاف المسح على الخُفّ؛ لأن الأول لا يفضي إلى الجمع بين الأصل والبدل، والثاني يفضي إليه.

ومنه قالوا: المسح على الجبيرة واجب بالاتفاق عند الثلاث على الأصح؛ لوجوب غسل ما تحتها، وبالعذر العارض لا يسقط المسح عليها.

(فيجمع) أي إذا كان المسح على الجبائر وخرقة القرحة كالغسل يجمع **(معه)** أي مع الغسل؛ لعدم إفضائه إلى الجمع بين الأصل والبدل على ما ذكرناه.

ومما يتفرّع على كونه كالغسل أيضاً: أنه لو مسح على خرقة رجله المجروحة وغسل الصحيحة ولبس الخُفّ عليها، ثم أحدث.. فإنه يتوضأ وينزع الخُفّ؛ لأن المجروحة مغسولة حكماً، ولا يجتمع الوظيفتان في الرجلين، لكن هذا إذا لبس الخُفّ على الصحيحة فقط؛ فإن لبس على الجريحة أيضاً بعدما مسح على جبيرتها.. فإنه يمسح عليها؛ لأن المسح عليها كغسل ما تحتها، كذا في «فتح القدير» و«الخلاصة».

(ولا يتوقت) المسح على الجبائر لأنه خلف عن غسل غير مؤقت، ولم يرد فيه أثر.

(ويمسح على كل العصابة)؛ أي: ما يشد به الجرح، قال في «الخُلاصة»: وأما المَسْح على الجَبَائِرِ على قول من يقول إنه فرض.. فالاستيعاب فرض، وهو رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية أخرى عنه: لو مُسِح الأكثر يجوز. وعليه الفتوى.

ولو ترك المسح على الجبائر إن كان يضره.. جاز اتفاقاً، وإن كان لا يضره.. فكذلك عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. هذا قول أبي حنيفة الأول، ثم رجع إلى قولهما. انتهى.

مَعَ فُرجَتِها إن ضرَّهُ حلُّهَا؛ كَانَ تحتهَا جِرَاحَةٌ، أَو لَا.

فظهر منه أن الخلاف [٥٥/أ] ههنا في موضعين، فأشار المصنف بقوله: «ويمسح» وبقوله: «ويكفي مسح أكثرها» إلى ما عليه الفتوى من كفاية مسح الأكثر من الفرض، وأشار بقوله الآتي: «ولو ترك من غير عذر... إلى آخره» إلى الاختلاف الثاني؛ إذ لا فرق بين الجبائر والعصائب في هذا الحكم.

(مع فرجتها) أي ما يكشف بين العصابة ولم تستره العصابة، وتطلق الفرجة على ما تستره العصابة من أطراف القرحة وليس فيه قرحة، وههنا يصح الحمل عليهما، قال في «الخلاصة»: رجل بإصبعه قرحة فأدخل المرارة في إصبعه أو المرهم، فجاوز موضع القرحة فتوضأ ومسح.. جاز له المسح إذا استوعب المسح العصابة، وكذا في حق المفتصد، وعليه الفتوى. وإيصال الماء إلى الموضع الذي لم تستره العصابة بين العصابة فرض. انتهى.

هذا اختيار بعض مشايخنا، وقال بعضهم: إنّ إيصال الماء إلى القرحة التي لم تسترها العصابة ليس بفرض، بل يكفي مسح العصابة.

وفي «البحر»: وعليه مشى في «مختارات النوازل» وفي «الذخيرة» وغيرها، وهو الأصح؛ لأنه لو كلّف بغسل ذلك الموضع ربما تبتل جميع العصابة وتنفذ البلة إلى موضع الفصد، فيتضرر. وكلام المصنف يناسب هذا القول؛ لأن المختار عنده أن المسح على كلّ العصابة مع فرجتها ليس بفرض، بل الفرض عنده هو مسح أكثر العصابة على ما ذكرناه، ولذا لم يقل ويفرض المسح على كل العصابة مع فرجتها، بل قال: ويمسح، ثم قال: ويكفي مسح أكثرها.

(إن ضرّه حلّها، كانت تحتها جراحة أو لا) إشارة إلى ما في «فتح القدير» على الجبيرة: إنما يجوز إذا ضره الغسل أو المسح على نفس القرحة والجراحة، حتى لو لم يضره بالماء الحارّ وهو يقدر عليه.. وجب استعماله.

وإذا زادت الجبيرة على نفس الجراحة فإن ضرّه الحل والمسح.. مسح على الكلّ تبعاً للقرحة مع الفرجة.

وَيَكْفِي مسحُ أَكْثَرِهَا؛ فَإِن سَقَطت عَن بُرْءٍ.. بطلَ المسحُ، وَإِلَّا.. فَلَا.

وإن لم يضره.. غسل ما حولها ومسحها نفسها وإن ضرّه المسح لا الحلّ.. يمسح على الخرقة التي على رأس الجرح ويغسل ما حولها تحت الخرقة الزائدة؛ إذ الثابت بالضّرورة يتقدر بقدرها.

وإذا ضره الحل لا المسح.. يمسح على الكل، وهكذا الكلام في العصابة إن ضرّه مسح على كلّها.

ومن ضرر الحلّ: أن يكون في مكان لا يقدر على ربطها بنفسه ولا يجد من يربطها. انتهى.

وقد ذكرنا أن المسح على العصابة والجبيرة واجب أو لا؟ وعلى تقدير كونه واجباً، هل هو واجب على الاستيعاب أو على أكثرها، وهو اختيار المصنف على ما ترى.

(ويكفي مسح أكثرها)، وعليه الفتوى على ما في «الخلاصة»، وهو الصحيح على ما في «الكافي».

(فإن سقطت) أي الجبيرة والعصابة **(عن برء.. بطل المسح)** لزوال المرخص، فبقي الحكم على العدم الأصلي، لا أنّ العدم علّة العدم.

(وإلّا.. فلا)؛ لقيام المرخّص.

واعلم أن الجبيرة أو العصابة إما أن تسقط عن برء أو لا عن برء.

وعلى الأوّل: إن كان خارج الصّلاة وهو متوضئ.. غسل موضع الجبيرة أو العصابة، ولا يجب غسل باقي الأعضاء.

وإن كان في الصّلاة فإن كان [٥٥/ب] بعدما قعد قدر التشهد.. فسدت صلاته عند أبي حنيفة، خلافاً لهما على ما سيأتي في المسائل الاثني عشر.

وإن كان قبل القعود.. غسل موضعها واستأنف الصّلاة؛ لأنه ظهر حكم الحدث السابق على الشروع، فصار كأنه شرع من غير غسل ذلك الموضع.

وَلَو تَركَهُ مِن غيرِ عذرٍ.. جَازَ. خلافاً لَهُما.

وعلى الثاني: لم يبطل المسح، سواء كان في الصّلاة أو خارجها، حتّى إذا كان في الصّلاة.. مضى عليها ولا يستأنفها، وإذا أعاد تلك العصابة وغيرها بدّلها وشدّها.. لا يجب عليه إعادة المسح عليها، والأحسن: أن يعيد على ما في «الخلاصة» و«قاضي خان».

وذكر في «القنية» أن الجبيرة إذا سقطت لا عن برء.. لا يبطل المسح عند أبي حنيفة، ويبطل عندهما.

وعلم منه: أن المسألة خلافية.

ولو برأ موضع الجبيرة ولم تسقط؛ فإن كان بحيث لا يضر إزالتها.. بطل المسح عليها، وإن كان بحيث يضر لشدة لصوقها.. فلا يبطل على ما في «البحر».

ثم المسح على الجبيرة يخالف المسح على الخُفّ من وجوه:

أحدها: لا يشترط شد الجبيرة على وضوء.

وثانيها: أنّ مسح الجبيرة غير مؤقت.

وثالثها: أنّ الجبيرة إذا سقطت لا عن برء.. لا ينتقض المسح.

ورابعها: أنها إذا سقطت عن برء.. لا يجب عليه إلّا غسل ذلك الموضع.

وخامسها: أن الجبيرة يستوي فيها الحدث الأصغر والأكبر.

وسادسها: أن الجبيرة يجب استيعابها بالمسح على رواية. ولا يجب استيعابها على الأخرى على ما ذكرناه.

والخف بخلافها في جميع هذه المواضع.

(ولو تركه) أي المسح على الجبيرة أو العصابة **(من غير عذر.. جاز)** عند أبي حنيفة؛ **(خلافاً لهما)**.

واعلم أنه لا نزاع في أنه إذا كان المسح على الجبيرة يضره.. يسقط عنه المسح، وإنما النزاع فيما إذا كان لا يضرّه.

وَضَعَ على شقَاقِ رجلِهِ دَوَاءً لَا يصلُ المَاءُ تَحْتَهُ.. يَجْزِيهِ إجراءُ المَاءِ على ظَاهرِ الدَّوَاءِ.

فقيل: إنه واجب عندهما، مستحب عنده؛ لأنّ العذر أسقط وظيفة المحلّ، فلا يلزمه المسح على الحائل، وإن لم يضره.

وقيل: واجب عنده، فرض عندهما؛ لانتقال الوظيفة إلى الحائل، وله أن النص أوجبها في محلّ فلا يجوز في آخر إلا بنصّ يجوز الزيادة بمثله، ولم يوجد.. فاعتبرناه في وجوب العمل دون فساد الصلاة بتركه.

وقيل: الخلاف في المجروح، وأما المكسور.. فيجب فيه اتفاقاً، وكأن بناء على أنّ خبر المسح على الجبيرة عن علي كان في المكسور على ما رويناه.

وقيل: لا خلاف بينهم؛ فقولهما بعدم جواز تركه فيمن لا يضره المسح، وقوله بجوازه فيمن يضره، فمنهم من صحّح الافتراض، ومنهم من صحّح الوجوب.

وأمّا استحبابه على الرواية عن أبي حنيفة.. فلم يثبت تصحيحه.

وفي «الخلاصة»: أن أبا حنيفة رجع عن قوله بجواز تركه إلى قولهما.

(وضع على شقاق رجله) أو عضو من أعضائه **(دواء)** أو علكاً **(لا يصل الماء تحته يجزيه إجراء الماء على ظهر الدّواء)**، ولا يجب عليه إيصال الماء إلى ما تحته للحرج والضرر كما في الجبيرة.

ثم الإجراء على الظاهر واجب إن لم يضره، وإلّا.. لا يجب، بل يكفيه المسح على ظاهره.

وإن ضره المسح عليه.. تركه.

وإن كان الشقاق في يده وقد عجز عن الوضوء بنفسه.. يستعين بغيره حتّى يوضئه، وهو مستحب [٥٦/أ] عنده، وواجب عندهما.

وإن لم يستعن وصلّى بالتيمم.. جازت صلاته عنده لا عندهما؛ بناء على أن المكلّف لا يعتبر قادراً بقدرة الغير عنده، ويعتبر عندهما.

وَلَا يفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ فِي مسحِ الخُفِّ وَالرَّأْسِ.

وإن لم يجد من يوضئه.. جازت صلاته بالتّيمم اتفاقاً، وعلى هذا التفصيل إذا كان لا يقدر على الاستقبال أو على التحول عن النجاسة ووجد من يوجهه ويحوّله، أو لم يوجد على ما بيناه في التيمم.

(**ولا يفتقر إلى نية في مسح الخُفّ والرأس**)؛ لعدم كونها عبادة مقصودة، والنية إنما شرطت فيها، وفي التيمم ثبت نصّاً ولا نص فيهما.

وقيل: شرطت في مسح الخُفّ كما في التيمم. والصّحيح: هو الأوّل لما ذكرناه، ولأن المسح على الخُفّ طهارة بالماء، فلا يفتقر إلى النية كالوضوء، بخلاف التيمم.

* * *

(بَابُ الْحيضِ)

[تعريفه]:

هُوَ دمٌ يَنفُضُهُ رحِمُ امْرَأَةٍ بَالِغَةٍ لَا دَاءَ بهَا.

(باب الحيض)

سببه ما رواه ابن عبّاس لمّا أكل آدم من الشجرة الّتي نهي عنها.. قال الله تعالى: ما حملك على أن عصيتني؟ قال: ربّ زينته لي حواء. قال: فإني أعاقبها أن لا تحمل إلا كرهاً، ولا تضع إلا كرهاً، ودميتها في الشهر مرتين، فلّما سمعت حواء ذلك.. رنّت. فقال لها: عليك الرَّنَّة وعلى بناتك.

[تعريفه]:

(**هو**) في اللغة: دم خارج، ومنه: حاضت الأرنب إذا خرج دمها.

وفي الشرع: (**دم**) حقيقيّ أو حكميّ فيدخل فيه الطهر الفاسد والألوان كلّها، سوى البياض الخالص.

(**ينفضه رحم امرأة**) خرج بالرحم دم الرعاف والجراحات وما خرج من الدّبر، ودم الاستحاضة؛ لأنها ليست من الرحم بل من العرق.

(**بالغة**) أي الّتي بلغت سناً يحكم فيها ببلوغها إذا رأت الدم وصدقت فيها لو أخبرت برؤية الدم، واختلف فيها:

فقيل: ست. وقيل: سبع. وقيل: تسع. وقيل: اثني عشرة.

والمختار تسع.

وخرج به ما رأته الصّغيرة.

(**لا داء**) خرج به دم النفاس؛ لأن النفساء في حكم المريضة، ولذا اعتبر تبرّعاتها من الثلث، ويصح إخراج المستحاضة به، لكن الأولى ما ذكرناه.

(**بها**) أي بالرحم؛ لأنّ مرض المرأة السليمة الرحم لا يمنع كون ما تراه في عادتها حيضاً.

[مدته]:

وَأَقَلُّهُ: ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ بِلَيَالِيها.

وهذا التعريف بناء على أن مسمّى الحيض خبث.

أما إن كان مسمّاه الحدث الكائن عن الدم المحرّم للتّلاوة والمسّ كاسم الجنابة للحدث الخاص لا للماء الخاص.. فتعريفه حينئذٍ مانعية شرعيّة بسبب الدم المذكور عما اشترط فيه الطهارة وعن الصوم والمسجد والقربان.

[مدته]:

(وأقله:) أي أقلّ مدته **(ثلاثة أيام بلياليها)** في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة. وروى الحسن عنه أنه ثلاثة أيام وما يتخلّلها من الليالي، وهو ليلتان. ونقل في «التجنيس» هذه الرواية عن أبي يوسف.

وقال الشافعي وأحمد: أقلّه يوم وليلة.

وقال مالك: لا حدّ لأقلّه.

والحجة عليهم: قوله ﷺ: «أقل الحيض ثلاثة أيّام، وأكثره عشرة أيّام»، أخرجه أصحابنا من طرق كثيرة، كلّ منها وإن كان لا يخلو عن ضعفٍ إلا أن مجموعها يقوى قوة الحسن، كيف وقد قال ابن الهمام بعد سرد الأحاديث بطرقه: فهذه عدة أحاديث عن النبي ﷺ متعددة الطّرق، وذلك يرفع الضعف إلى الحسن، والمقدّرات الشرعيّة [٥٦/ب] مما لا تدرك بالرأي.. فالموقوف فيها حكمه الرفع، بل تسكين النفس بكثرة ما روي فيه عن الصحابة والتابعين إلى أن المرفوع مما أجاد فيه ذلك الراوي الضعيف.

ثم لا يشترط أن يكون ممتداً ثلاثة أيّام بحيث لا ينقطع ساعة ليست كونه حيضاً؛ لأن ذلك نادر، بل يكفي رؤية الدم في طرف الثلاثة.

والانقطاع في أثنائها ساعة أو ساعتين فصاعداً لا يبطل كونه حيضاً، فحين رأت الدم تترك الصّلاة والصوم وإن احتمل انقطاعه دون الثلاث؛ لأنّ الأصل الصحة،

وَعَن أَبي يُوسُفَ: يَوْمَانِ وَأَكْثرُ الثَّالِثِ.

وَأَكْثَرُهُ: عشَرَةٌ...

والحيض دم الصحة، فيحمل عليه على ما اختاره مشايخ بخارى، وعن أبي حنيفة: أنها لا تترك حتى يستمر الدّم ثلاثة أيّام.

والصحيح: هو الأول؛ لما ذكرناه.

وعن الإمام الزاهديّ: أن هذه الأيّام واللّيالي معتبرة بالساعات، حتى لو رأت الدم حين طلع نصف قرص الشمس وانقطع في اليوم الرابع وقد طلع دون نصف.. فليس ما تراه بحيض، فتتوضأ وتقضي الصّلوات التي تركتها حين رأت، وإن طلع نصفه.. تغتسل ولا تقضي، وكذا المعتادة بخمسةٍ مثلا رأت دماً وقد طلع نصفه وانقطع في اليوم الحادي عشر وقد طلع أكثر.. اغتسلت وقضت خمسة أيّام؛ لأنها مستحاضة فيها، كذا في «الكفاية».

(وعن أبي يوسف يومان وأكثر الثالث)؛ لقيام الأكثر مقام الكلّ. والحجة عليه: ما رويناه.

(وأكثره عشرة)؛ لما رويناه.

وقال الشافعي ومالك: خمسة عشر يوماً؛ لقوله ﷺ: «شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي»، والمراد: زمان الحيض، والشطر هو النصف.

قلنا: الشطر ليس على حقيقته؛ لأن في عمرها زمن الصغر ومدة الحبل والإياس ولا تحيض فيها.. بل المراد به: ما يقرب الشطر مجازاً في زمن الحيض، وإذا قدرناه بالعشرة.. كان مقارباً لشطره، وحصل التوفيق بين الدليلين، ولو سلم أنه حقيقة وهو حاصل فيما قلنا.. فإنّ المرأة إذا بلغت الخمس عشرة ثم حاضت من كل شهر عشرة ثم ماتت بعد سنين.. كانت تاركة للصّلاة شطر عمرها، على أن هذا الحديث تكلّموا في صحّته، قال ابن الجوزي: إنه لا يعرف. والبيهقي: لم أجده. وابن منده: لم يثبت بوجهٍ عن النبي ﷺ.

وَمَا نقصَ عَن أَقَلِّهِ، أَو زَادَ على أَكْثَرِهِ.. فَهُوَ اسْتِحَاضَةٌ.

وَمَا تَرَاهُ المرأَةُ مِنَ الألوانِ فِي مدَّتهِ سوى الْبيَاضِ الْخَالِصِ.. فَهُوَ حيضٌ،

ولو سلّم صحته.. لكان دلالته على مدعاكم بطريق الإشارة؛ لأنه سيق لبيان نقصان دينهنّ لا لبيان المدة المذكورة، وما رويناه عبارة، والعبارة فوق الإشارة.

(وما نقص عن أقله) وهو اثنان وسبعون ساعة **(أو زاد على أكثره)** وهو مائتان وأربعون ساعة **(..فهو)** أي كل مما نقص أو زاد **(استحاضة)**؛ فإن قيل: قد تقدّم أنها تقطع الصّلاة حين رأت على الأصح، ودم الاستحاضة لا يمنعها.. فكيف يكون الناقص استحاضة؟ قلنا: قطعها بناء على أن الأصل كونه دم حيض، وكونه استحاضة بناء على تحقق انقطاعه دون الأقل.

(وما تراه المرأة من الألوان) وهي البياض والسّواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية **(في مدته)** أي مدّة الحيض [٥٧/أ] **(سوى البياض الخالص)** أو الغالب لأنه في حكم الخالص وهذا استثناء من الألوان؛ لأنّ الجمع المعرّف يفيد الاستغراق **(..فهو حيض)**؛ لما رواه مالك عن عائشة قالت: لا تعجلّن حتى ترين القصّة البيضاء؛ أي: ماء أبيض يخرج عقيب دم الحيض، هكذا فسّرها بعض أصحابنا.

قلت: الأولى أن يفسّرها بخروج القطنة الموضوعة في الفرج وقت الحيض بيضاء ليس عليها شيء من الصفرة والكدرة، فيكون ذلك علامة نقائها وطهارتها.

أو: يفسّر بالطهر من الحيضة على ما فسّرها في «فتح الباري»؛ لأنه لا يرد على هذا التفسير ما ذكره ابن الهمام أن مقتضى المروي عن مالك أن مجرد الانقطاع دون رؤية القصة لا يجب معه إحكام الطهارات، وكلام الأصحاب فيما يأتي كله بلفظ الانقطاع؛ حيث يقولون: وإذا انقطع دمها.. فكذا، وإذا انقطع.. فكذا مع أنه قد يكون انقطاع بجفاف من وقت إلى وقت ثم ترى القصة؛ فإن كانت الغاية القصة.. لم تجب تلك الصّلاة، وإن كان الانقطاع عن سائر الألوان.. وجبت.

وأنا متردد فيما هو الحكم عندهم بالنظر إلى دليلهم وعباراتهم في إعطاء الأحكام، ورأيت في مروي عبد الوهاب عن عمرة أنها كانت تقول للنساء: إذا أدخلت إحداكن الكرسف فخرجت متغيرة.. فلا تصلّي حتى لا ترى شيئاً وهذا يقتضي أن الغاية الانقطاع. انتهى.

ولا يخفى عليك اندفاع هذا التدافع بما ذكرناه من تفسير القصة.

ثم اعلم أن الأسود والأحمر حيض بالاتفاق في مدته، في المبتدأة والمعتادة؛ لقوله ﷺ: إنَّه أسود عبيط، والأحمر في معناه.

وأما الخضرة.. فعلى الصحيح؛ لأن الأصل في ذوات الأقراء في أيام حيضها أن تكون دماً وإنها نوع من الكدرة، وإنما تغير صورتها لفساد الغذاء؛ لعلّها أكلت نوعاً من البقول فأفسد صورتها.

وأمّا في الآيسة الكبيرة.. فلا تكون فيها حيضاً، فيحمل على فساد المنبت؛ فإن الدم في الأصل لا يكون أخضر، وإنما هو من فساد المنبت.

وأما الصفرة؛ فإن كانت في المبتدأة أو المعتادة في أيّام عادتها.. فحيض، سبقها دم أسود أو لا، وإن كانت بعد انقضاء العادة واتصلت بها ولم يفصل بينهما طهر وكانت في مدة الحيض وهي العشرة.. تكون حيضاً. وإن لم تتصل بها.. لا يكون حيضاً. وقيل: إنه حيض أيضاً.

قال في «فتح القدير»: وأما الصّفرة.. فلا شك أنها من ألوانه في سن الحيض. وأما في سن الإياس.. ففي «الفتاوى»: بنت سبع وخمسين ترى صفرة غير خالصة على الاستمرار؛ فإن كان ما ترى مثل لون التبن.. فحيض، وإن كان دون التبن.. فليس بحيض وليست بصفرة خالصة، فالظاهر أنه لفساد الرحم.. انتهى.

كذا في «الخلاصة»، وفيها أيضاً: حدُّ الصفرة ما لو نظر الناظر إليها يقول: هي أصفر، ثم قال: وفي الصفرة ما يكون لونها يضرب إلى السواد، ومنهم من شبهها بلون [٥٧/ب] الكرباس قبل أن يغسله القصار، ومنهم من شبهها بلون صفرة السن،

وَكَذَا الطُّهْرُ المتخلِّلُ بَينَ الدَّمينِ فِيهَا.

ومنهم من شبهها بصفرة الغز، ومنهم من شبهها بصفرة التبن.

وأمّا التربيّة.. فحكمها حكم الكدرة، وحكمها كونها حيضاً مطلقاً عندهما، وعند أبي يوسف ليست بحيض. ألّا ترى على أثر الدم، كذا في «الخلاصة».

ثم المعتبر في هذه الألوان حالة الرّطوبة لا اليبوسة؛ لأنّ اللّون يتغيّر بتغيّر الأسباب، حتى لو رأت بياضاً خالصاً على الخرقة ما دام رطباً؛ فإذا يبس اصْفَرّ.. فحكمه حكم البياض.

(وكذا) أي يكون حيضاً **(الطهر المتخلل بين الدّمين فيها)** أي في مدّة الحيض.

واعلم أنّ الطهر المتخلّل إذا كان أقلّ من ثلاثة.. لا يفصل بالاتفاق، وإذا كان أكثر من أربعة عشر.. يفصل بالاتفاق. وأنّ إحاطة الدّمين للطّرفين شرط بالاتفاق، لكن عند محمّد: لطرفي مدّة الحيض، وعند أبي يوسف: لطرفي الطّهر المتخلّل.

واختلفوا فيما إذا بلغ ثلاثة ولم يبلغ أكثر من أربعة عشر على ستة أقوال:

أحدها: ما رواه محمّد عن أبي حنيفة أنه حيض؛ مثاله: امرأة رأت يوماً دماً وثمانية طهراً، ويوماً دماً... فالعشرة حيض؛ لعدم اعتبار الطهر المتخلل، لأنّ استيعاب الدّم مدّة الحيض ليس بشرط إجماعاً، فيعتبر أوّله وآخره كالنصاب في باب الزكاة، وهو ضعيف لعدم الجامع؛ لأن الدم منقطع بينهما بالكلّية، وفي النصاب شرط بقاء جزء من النصاب في أثناء الحول، فعلى هذه الرواية: لو رأت المعتادة قبل عادتها يوماً دماً وتسعة طهراً ويوماً دماً.. لا يكون حيضاً لعدم إحاطة الدم طرفي الحيض في مدته.

وثانيها: ما اختاره محمّد أن الطهر المتخلل إذا بلغ ثلاثة فصاعداً في مدته؛ فإن استوى الدم والطهر أو غلب الدم.. لا يكون الطّهر فاصلاً، فيجعل الكل حيضاً، وإن غلب الطهر.. صار فاصلاً، وحينئذ إن لم يمكن جعل واحد منهما بانفراد حيضاً.. لا يكون شيء منهما حيضاً، بل يكون استحاضةً، وإن أمكن ذلك.. جعل حيضاً؛ سواء كان المقدم أو المؤخر، وإن أمكن جعل كلّ واحد منهما حيضاً.. جعل المقدم

حيضاً والمؤخر استحاضةً؛ مثاله: مبتدأة رأت يومين دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً.. فالعشرة حيض؛ لغلبة الدم؛ فإن الطهر الثاني وإن كان غالباً للدّمين المحيطين به لكنه مغلوب باعتبار عدّ الدم الحكمي المتقدم دماً؛ فإن الطهر الأوّل لما لم يكن فاصلاً.. جعل الخمسة دماً، خلافاً لأبي سهيل فإن عنده الستة الأولى حيض دون الأربعة الباقية.

ولو رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً.. لم يكن شيء منها حيضاً لغلبة الطهر.

ولو رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويومين دماً.. فالستة كلّها حيض؛ لاستوائها، فغلب الدم لأن اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة، واعتبار الطهر يوجب حلّهما فيحرم فيرجح المحرم.

ولو رأت ثلاثة دما وخمسة طهرا ويوما دماً.. فحيضها الثلاثة الأولى؛ لأن الطهر غالب فصار فاصلاً، والمتقدم [٥٨/أ] بانفراده يمكن أن يجعل حيضاً.

ولو رأت يوماً دماً وخمسة طهراً أو ثلاثة دماً.. فحيضها الثلاثة الأخيرة؛ لما بيّناه.

ولو رأت ثلاثة دما وستة طهراً وثلاثة دماً.. فحيضها الثلاثة الأولى لتقدمها والثانية استحاضة.

وثالثها: قول أبي يوسف وهو آخر الرواية عن أبي حنيفة، وهو أن الطهر المتخلل إذا كان أقلّ من خمسة عشر.. لا يفصل؛ لأنه طهر فاسد لا يصلح الفصل بين الحيضتين فكذا بين الدمين؛ لأنّ الفاسد لا يتعلق به أحكام الصحيح، فعلى هذا يجوز بداية الحيض وختمه بالطّهر؛ مثاله: مبتدأة رأت يوماً دماً وأربعة عشر طهراً ويوماً دماً.. فالعشرة من أوّل ما رأت حيض عنده، والباقي استحاضة.

امرأة عادتها في أوّل كلّ شهر خمسة مثلاً فرأت قبل خمستها دماً ثم طهرت خمستها ثم رأت يوماً دماً.. فخمستها حيض عنده إذا جاوز ما رأته عشرة؛ لإحاطة

الدّمين زمان عادتها وإن لم تر فيها شيئا، وأما إذا لم يجاوزها.. فيكون جميع ذلك حيضاً.

ولو رأت قبل خمستها دماً ثم طهرت أول خمستها ثم رأت ثلاثة دماً ثم طهرت آخر خمستها ثم استمر بها الدم.. فحيضها خمستها عنده، وإن كان ابتداؤها وخمستها بالطّهر لوجود الدم قبلها وبعدها.

ورابعها: ما رواه ابن المبارك عن أبي حنيفة وبه أخذ زفر، وهو أنه يشترط مع إحاطة الدم مدة الحيض كون الدمين نصاباً في المدة مجتمعاً ومتفرقاً؛ لأن الحيض لا يكون أقل من ثلاثة وهذا القول أخص من رواية محمّد بزيادة شرط النصاب، وأعم ممّا اختاره.

مثاله: رأت دماً ثلاثة طهراً ويوماً دماً وأربعة طهراً ويوماً دماً.. فالعشرة حيض.

وخامسها: ما اختاره ابن المبارك على ما روى عن صاحب «المشارع»: أن الطهر المتخلل لا يفصل إذا كان الدم نصاباً في مدة الحيض أو لا؛ كمن رأت يوماً دماً وتسعة طهراً ويومين دماً. فالعشرة حيض.

وسادسها: ما اختاره الحسن بن زياد من أن الطهر البالغ إلى ثلاثة أو أكثر يفصل مطلقاً، ووضعوا أمثالاً تجمع هذه الأقوال:

مبتدأة رأت يوماً دماً وأربعة عشر طهراً، ثم يوماً دماً وثمانية طهراً، ثم يوماً دماً وسبعة طهراً، ثم يومين دماً وثلاثة طهراً، ثم يوماً دماً وثلاثة طهراً، ثم يوماً دماً ويومين طهراً ثم يوماً دماً.. فهذه خمسة وأربعون يوماً، فعلى قول أبي يوسف: العشرة الأولى والرابعة حيض.

وعلى رواية محمد: العشرة بعد طهر هو أربعة عشر. وعلى ما اختاره العشرة بعد طهر هو سبعة.

وعلى رواية ابن المبارك: العشرة بعد طهر هو ثمانية.

[أحكامه]:

وَهُوَ يمْنَعُ الصَّلَاةَ.

وعلى قول أبي سهيل: الستة الأولى منها.

وعلى قول الحسن: الأربعة الأخيرة.

[أحكامه]:

ثمّ شرع لبيان أحكامه فقال:

- (**وهو يمنع الصّلاة**) لما في «الصحيحين»: «فإذا أقبلت الحيضة.. فدعي الصّلاة» اتفقوا على أنه يمنع وجوب أدائها ووجوب قضائها؛ لإطلاق ما رويناه، وللزوم الحرج في قضائها.

واختلفوا في أنه هل يمنع نفس وجوبها [٥٨/ب] أو لا. فذهبت طائفة من أصحابنا إلى منعه أيضاً؛ بناء على عدم الفرق بين نفس الوجوب ووجوب الأداء عندهم، ولأن الوجوب يقتضي فائدة من الأداء أو القضاء، وكلاهما منتف لما ذكرناه. وانتفاء اللازم دليل على انتفاء الملزوم.

وذهبت طائفة منهم إلى بقاء نفس الوجوب لقيام العقل وبقاء الذمة الصالحة للإيجاب وقدرة البدن، وهو حكم شرعي سببه الحقيقي: إيجاب الله تعالى، والظاهري: الجزء الأول من الوقت موسّعاً، وإنما السّاقط وجوب الأداء، وهو عبارة عن لزوم أداء ما ثبت في الذمة، وسببه الحقيقي: مطالبة صاحب الحق، والظاهري: لفظ الأمر.

وأجيب عنه بمنع استلزام بقاء الذمة بقاء الوجوب؛ لأنه لو بقي.. لزم وجود الملزوم بدون اللازم، بخلاف النائم والمغمى عليه؛ لأن بقاء الوجوب فيهما لترتيب فائدة القضاء عليه بعد الانتباه والإفاقة.

قالوا: نستحب لها أن تتوضأ لوقت كلّ صلاة وتقعد على مصلّاها تسبّح وتهلّل وتكبّر مقدار أداء الفرض كيلا تنسى العبادة.

وَالصَّوْمَ، وتقضيهِ دونهَا.

• (والصّوم) لما رواه البخاري «إذا حاضت.. لم تصلّ ولم تصم» اختلفوا: أهل هي مكلّفة بالصوم حال حيضها والمانع آخر الأداء إلى زمان ارتفاعه، أم لا تؤمر به حال حيضها بل تؤمر بعد طهرها، بناء على أن الحيض إنما يمنع وجوب الأداء فيه لا نفس الوجوب؛ لترتب فائدة القضاء عليه؟ قيل: لا فائدة في هذا الخلاف. وقيل: يظهر فائدته في أن الحائض إذا ماتت قبل الانقطاع.. يجب أن يطعم عنها لكل يوم أفطرت فيه على قول من قال إنها مكلّفة حال حيضها. ولا يجب على قول من لم يقل به والصحيح: هو الأوّل؛ لأنها لو كانت مكلّفة بأمر جديد بعد الطُّهْر.. لكان ما تصومه أداء لا قضاء؛ لأن القضاء يجب بما يجب به الأداء على الصحيح لا بأمر جديد.

(وتقضيه) لما في «مسلم» عن عائشة قالت: يصيبنا ذلك فنؤمر بقضاء الصوم لا الصلاة. ولأنه لا حرج في قضائه لعدم تكرره، بخلاف الصّلاة لتكررها كلّ يوم.

(دونها) لما رويناه وبيناه، اختلفوا فيه؛ فقال أبو حنيفة: إن قضاءها ساقط وإن حدث الحيض أو النفاس في آخر الوقت؛ لأنه المعتبر عنده.

وقال زفر ومالك في رواية: إنه ساقط الآن يتضايق الوقت من الفعل ويبقى منه قدر ركعة، ثم يوجد المانع؛ لأن تأخيره إلى هذا الوقت غير مشروع.

وقال الشافعي: إن حاضت قبل ذهاب وقت ممكن فيه أداء الصّلاة كلّها.. لا قضاء عليها، وإلّا؛ فإن مضى عليها وقت كذلك.. فعليها القضاء، والحجة عليها إطلاق ما رويناه؛ فإن قيل: العمل بإطلاقه يقتضي عدم قضاء صلاة النّفل الذي شرعت فيه وحاضت في أثنائه، مع أن المصرَّح في «الخلاصة» و«شرح الوقاية» و«النقاية» لزوم قضائها.

قلنا: إنها مخصصة من إطلاقه؛ لأنها وجبت بالشروع لا بالشرع، والرجل يؤاخذ بما التزمه بخلاف الصلاة المفروضة؛ لأنها وجبت بالشرع، والشرعُ [٥٩/أ] قد أسقط حقه بما رأته في أثنائها، فلا يجب قضاؤها.

وَدخُولَ الْمَسْجِد.

فإن قيل: فعلى هذا يلزمها قضاء صوم النّفل الذي شرعت فيه وحاضت في خلاله؛ لأنه وجب بالشروع أيضاً، مع أنّ المصرح في «شرح الوقاية» أنه لا يلزمها قضاؤها.. قلنا: هذه المسألة خلافية، والمصرّح في «النهاية» و«فتح القدير» من الصوم أنه لا فرق بين الصّوم النفل والصلاة النفل في لزوم القضاء فيما إذا حاضت في أثنائها، وهو المروي عن الإمام الإسبيجابي واختاره ابن نجيم.

والفرق بينهما على رواية «شرح الوقاية»: أنّ الصّوم عبارة عن الإمساك المخصوص الذي كلّه بمنزلة شيء واحد غير متجزئ، والسبب في أوّله هو السبب في آخره بعينه، وكذا المانع.. فاعتراض الحيض في أثنائه هو اعتراضه في أوّله، فصار شروعه فيه ابتداء مقترناً بالمنهي عنه، فبطل شروعه ابتداء وتوجّه المطالبة بالقطع، فلا يلزمه القضاء، بخلاف الصلاة؛ فإنها عبارة عن مجموع أركان مختلفة وأفعال متنوعة، فاعتراض الحيض في جزء منها ليس كاعتراضه في أوّله حتى يبطل شروعه فيها ابتداء باقترانه بالمنهي عنه، ويتوجه عليه المطالبة بقطعها؛ لأنّ النهي إنما ورد عن الصّلاة وهي لا تتحقق إلّا بعد انعقاد السجدة؛ فإذا قطعت قبل السّجدة.. قطعت ما لم يطلب منها قطعة فيكون مبطلاً للعمل قبل الأمر بالإبطال بعد انقضاء سبب ذلك العمل، فيلزم به القضاء؛ لأنّ شروعه ابتداء صحيح، ثم لم يبطل باعتراض المانع، وكذا الحال فيما إذا قطعت بعد السجدة اعتباراً بما قبلها للاحتياط، ثم هذا في حدوث الحيض. وأما في زواله: فقال أبو حنيفة والشافعي: إنه إذا زال في وقت يسع بعده تكبيرة الافتتاح.. يلزمها القضاء. وقال مالك: يسع بعده ركعة يلزمها القضاء، وقيل: يلزمها القضاء لو بقي قدر أداء تلك الصلاة.

قلنا: يكفي في القضاء انعقاد سبب الوجوب وهو آخر الوقت لانتقال السببية إليه، وتقرّر عليه وقد زال المانع عنه.

• (و) يمنع (دخول المسجد) ولو للعبور بما بيناه في الغسل؛ ومصلّى الجنازة والعيد له حكم المسجد عند الفقيه أبي الليث. والأصح: عدمه على ما اختاره الإمام السّرخسي.

وَالطّوافَ.

وقُربانَ مَا تَحتَ الإزارِ، وَعندَ مُحَمَّدٍ: قرْبَانَ الْفرجِ فَقَط.

قال في «قاضي خان»: الجبانة ومصلّى الجنازة لها حكم المسجد عند أداء الصّلاة، حتى يصح الاقتداء وإن لم تكن الصفوف متصلة، وليس لها حكم المسجد في حق المرور وحرمة الدخول للجنب.

وفناء المسجد له حكم المسجد في صحة الاقتداء، وإن لم تكن الصفوف متّصلة، وليس له حكم المسجد في دخول الحائض على ما في «البحر»، وكذا ظلة المسجد.

• **(والطواف)**؛ لما في «الصحيحين» عن عائشة قالت: قال النبي ﷺ لها حين تحيض: فافعلي ما يفعل الحاج، غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري»، ولأنه في المسجد فيحرم بلا طهارة، ولأن الطهارة واجبة في الطواف فتركها يحرم عليها الطواف، ولأنه صلاة فلا يجوز مع الحدث [٥٩/ب] حتى لو طافت للزيارة.. تأثم وتحتاج إلى الجبائر ببدنة وإن وقع عن ركن الحج، ويحلّ عن الإحرام قيّد بالطّواف؛ لأنه لا يمنع الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار وسائر أفعاله؛ لما رويناه.

(وقربان) زوجها **(ما تحت الإزار)** عندهما، **(وعند محمد قربان الفرج فقط)**؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾ فسّره النبي ﷺ بقوله: «اصنعوا كلّ شيء إلّا الجماع»، ولهما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾؛ لأنّه يتناول حرمة الاستمتاع بها بالجماع وغيره، ثم يخصص بالحديث المفيد لحلّ ما سوى بين السرة والركبة، فيبقى ما بينهما داخلاً في عموم النهي عن قربانه، وقد يستدل بما في «مسلم» أن النبي ﷺ يباشر نساءه فوق الإزار وهن حُيَّض، وبما رواه أبو داود مرفوعاً: «لك ما فوق الإزار»، قاله حين سئل عما يحلّ من الاستمتاع بالحائض.

وَيكفرُ مستحلُّ وَطئِهَا.

والمراد بما تحت الإزار ههنا: هو ما بين السرة والركبة، سوى الفرج بلا ستر شيء على ما هو محلّ الخلاف؛ لأنّ الاستمتاع بالفرج حرام بالاتفاق، والاستمتاع بما فوق السرة وتحت الركبة وبما بينهما من فوق الإزار حلال بالاتفاق، على ما صرّح به النووي.

وإنما الخلاف فيما ذكرناه مما بين السرة والركبة سوى الفرج بلا ستر شيء، فقالا: إنه حرام. وقال محمد: إنه جائز، لكنه مكروه، إلّا أن يستره بشيء ويستمتع من فوقه.

وممّا يدلّ على أن محلّ الخلاف ما ذكرناه: ما قاله في «فتح الباري»: يحرم الاستمتاع من الحائض بما بين السرة والركبة إلا من فوق الإزار، وهو المشهور عن أبي حنيفة. انتهى.

ومما يدل عليه أيضاً: ما قاله الحافظ العيني في «حاشية الهداية»: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز الاستمتاع بالحائض بما فوق السرة وما تحت الركبة، ويحرم المباشرة بين السرة والركبة بدون الإزار. انتهى.

وقد صرّح بعض أصحابنا أن المراد بالإزار ههنا: الاستتار؛ فإذا استتر.. حلّ له الاستمتاع عندهما، فعلى هذا لا بد أن يقيد بما ذكرناه ما قاله في «فتح القدير»: وأما الاستمتاع بالحائض بغير الجماع.. فمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي: يحرم عليه ما بين السرّة والركبة، وهو المراد بما تحت الإزار، ومذهب محمّد: لا يحرم ما سوى الفرج. انتهى.

أي ما بينهما سوى الفرج بلا ستر شيء حتى ينطبق محلّ النزاع على ما ذكرناه.

(ويكفر مستحِلُّ وطئها) أي الجماع في الفرج؛ لأنه حرام بالكتاب والسنة والإجماع، ومع هذا يثبت به الحلّ للزّوج الأول والنسب وتكميل المهر وإحصان الرجم، ولا يبطل به إحصان القذف، ولو فعله غير معتقد حلّه؛ فإن كان ناسياً أو جاهلاً بالحيض أو مكرهاً.. فلا إثم عليه ولا كفارة، وإن فعله عامداً عالماً بالحيض

مختالاً.. فقد ارتكب كبيرة يجب عليه التوبة، وفي وجوب الكفارة قولان؛ فعند أبي حنيفة ومالك: لا كفارة [٦٠/أ] عليه.

وقال الحسن البصري: يجب عليه الكفارة عتق رقبة، وقيل: دينار أو نصف دينار، وقيل: بدينار إن كان في أوّل الحيض، وبنصفه إن في آخره.

ولو قالت: حضت فكذّبها ووطئ.. لا يعمل تكذيبه، بل تثبت الحرمة بإخبارها؛ لأنه ممّا يعلم من جانبها.

واعلم أنّ حكم الحيض من حرمة الصّلاة والصّوم والقربان وما شرط فيه الطهارة على ما ذكر.. يثبت ببروز الدم عندهما، وعند محمّد يثبت بالإحساس، وثمرته تظهر فيما لو توضأت ووضعت الكرسف، ثم احتسب بنزول الدم إليه قبل الغروب ثم رفعته بعده.. تقضي الصوم عنده، خلافا لهما؛ أي: إذا لم يحاذ حرف الفرج الداخل.

فإن حاذتة البلة من الكرسف.. كان حيضاً ونفاساً اتفاقاً.

ولو وضعته ليلاً فَلَمَّا أصبحت رأت الطُّهر.. تَقْضي العشاء.

ولو كانت طاهرة فرأت البلة حين أصبحت.. تقضيها أيضاً إن لم تصل قبل الوضع؛ إنزالاً لها طاهرة في الصّورة الأولى من حين وضعه، وحائضاً في الثانية حين رفعه؛ أخذاً بالاحتياط فيهما.

ثـم إن الحيض وأحكامه مؤقّت بالإياس، وبعده تنقلب الأحوال، فما رأت بعده.. لا يكون حيضاً في ظاهر المذهب. وقال في «شرح الوقاية»: والمختار أنها [إن] رأت دماً قوياً كالأسود والأحمر القاني.. كان حيضاً، ويبطل الاعتداد بالأشهر قبل التمام، وبعده: لا.

وإن رأت صفرة أو خضرة أو تربية.. فهي استحاضة. انتهى.

وَإِنِ انْقَطعَ لتَمامِ الْعشَرَة.. حلَّ وَطْؤُهَا قبلَ الْغُسْلِ.

وَإِنِ انْقَطعَ لأَقلَّ.. لَا يحلُّ حَتَّى تَغْتَسِلَ؛..........................

هكذا نقله ابن الهمام عن الصّدر حسام الدّين، ثم قال: إنما ينتقض بالدم الخالص [الحكمُ بالإياس] فيما يستقبل لا فيما مضى، حتى لا تفسد الأنكحة المباشرة قبل معاودة الدم.

واختلفوا في الإياس وأكثر المشايخ قدّروه.

بستين سنة، ومشايخ بخارى بخمس وخمسين، وبعضهم بسبع وخمسين.

وفي «المجتبى»: والفتوى في زماننا أن يحكم بالإياس عند الخمسين.

ولمّا ذكر ما يتعلق ببروز الدم من الأحكام.. شرع لذكر ما يتعلق بانقطاعه فقال: **(وإن انقطع)** الدم **(لتمام العشرة يحلّ وطؤها قبل الغسل)**، إلّا أنه لا يستحب؛ للنهي عنه في القراءة بالتشديد [يطّهرن]، ولا يخفى عليك أن الحلّ لتمام العشرة لا يتوقّف على الانقطاع؛ لتعين كونها مستحاضة بعدها، إلّا أنه ذكره مشاكلةً لقوله **(وإن انقطع لأقل)** من العشرة عند تمام العادة **(..لا يحلّ حتّى تغتسل)**؛ لأن الدّم يدرُّ تارة وينقطع أخرى، فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع بوجود ما زاد على عادتها من مدة الاغتسال.

ولو عدمت الماء في هذه الحالة.. تيَمَّمَت، فيحكم بطهارتها حتّى يحلّ وطؤها وإن لم تصل. ولا تتزوج زوجاً آخر ما لم تصل.

وفي انقطاع الرجعة بمجرّد التيمم بدون الصّلاة خلاف على ما ذكره الإسبيجابي في «شرح مختصر الطحاوي».

وقال في «فتح القدير» عن «التجنيس»: مسافرة طهرت من الحيض فتيمّمت ثم وجدت ماء.. جاز للزوج أن يقربها، لكن لا تقرأ القرآن؛ لأنها لما تيمّمت من الحيض فلمّا وجدت الماء فإنما وجب عليها الغسل، فصارت كالجنب. انتهى.

[٦٠/ب] والظاهر منه وممّا ذكرناه من «شرح مختصر الطحاوي»: أن التيمم بدون

أَو يمْضِيَ عَلَيْهَا أدنى وَقتِ صَلَاةٍ كَامِلَة.

الصّلاة يخرجها من الحيض ويجعلها طاهرة، حتّى يجوز للزوج قربانها، وردّه ابن نجيم وقال: وليس الأمر كذلك؛ لما قال في «المبسوط»: ولم يذكر الحاكم الشهيد في «الكافي» ما إذا تيمّمت ولم تصل.. فقيل: هو على الاختلاف عندهما، ليس للزوج أن يقربها. وعند محمّد: له ذلك. والأصحّ: أنه ليس له أن يقربها عندهم جميعاً؛ لأن محمّداً إنّما جعل التيمم كالاغتسال فيما هو مبني على الاحتياط، وهو قطع الرجعة، والاحتياط في الوطء: تركه، فلم يجعل التيمم فيه قبل تأكده كالاغتسال، كما لا يجعله في الحلّ للأزواج. انتهى.

ثم جعل هذا هو الصّحيح من المذهب. (**أو يمضي عليها أدنى وقت صلاة كاملة**) يقدر فيه الاغتسال والتّحريمة؛ لأنّ الصلاة حينئذ صارت ديناً في ذمّتها فصارت من الطاهرات، فيحلّ وطؤها؛ لأن الشّرع لمّا حكم عليها بوجوب الصّلاة ولا تصح مع الحيض.. دلّ على أنها طاهرة، والمراد بأدنى وقت الصّلاة: أدناه الواقع آخراً؛ أعني: أن تطهر في وقت منه إلى خروجه قدر الاغتسال والتّحريمة، لا أعمّ منه، ومن أن تطهر في أوّله ويمضي منه هذا المقدار؛ لأن هذا لا ينزلها طاهرةً شرعاً؛ لأنّ بذلك لم تصر الصّلاة ديناً في ذمّتها لأنها إنّما تصير ديناً إذا انقطعت في آخر الوقت ووسع فيه الغسل والتحريمة، كذا في «فتح القدير».

ويؤيّده ما في «السّراج الوهّاج»: أنّ الانقطاع إذا كان في أوّل الوقت.. فلا يجوز قربانها إلّا بعد الاغتسال أو مضي جميع الوقت.

وقال في «البحر»: والحاصل أنّ الانقطاع إن كان في أول الوقت أو في أثنائه.. فلا بّد للحلّ من خروج الوقت، وإن كان في آخره، فإن بقي منه زمان قدر الاغتسال والتحريمة وخروج الوقت.. حلّ، وإلّا.. فلا.

ثم الأصل في تقدير هذه المدة أن مدّة الاغتسال معتبرة من الحيض في الانقطاع لأقلّ من العشرة وإن كان تمام عادتها، بخلاف الانقطاع للعشرة، حتى لو طهرت في الأوّل والباقي من الوقت قدر الغسل والتحريمة.. لزمها قضاء تلك

وَإِن كَانَ دونَ عَادَتِهَا.. لَا يحلُّ وَإِنِ اغْتَسَلتْ.

الصّلاة، ولو طهرت في الثاني والباقي قدر التحريمة فقط.. لزمها القضاء، ولهذا قال في «النّوادر»: وإن كان أيّامها عشرة فطهرت وبقي قدر ما تتحرم.. لزمها الفرض، ولا يشترط إمكان الاغتسال.

ومقدار التحريمة مقدّر بقول: «الله تعالى» عند أبي حنيفة، وبـ«الله أكبر» عند أبي يوسف.

ولبس الثياب يعتبر مع الغسل على ما في «المجتبى».

وهكذا جواز صومها إذا طهرت قبل الفجر.

وقيل: التحريمة غير معتبرة في حقّ صومها بل يكفي مضيُّ مدّة الغسل، قال في «المجتبى»: الأصح: أن لا يعتبر التحريمة في حق الصّوم، ثم قال: قال مشايخنا: زمان الغسل من الطهر في حق صاحبة العشرة، ومن الحيض فيما دونها، ولكن ما قالوا في حق القرآن وانقطاع الرجعة وجواز التزوج بزوج آخر لا في جميع الأحكام، ألا ترى أنها إذا طهرت عقيب غيبوبة الشفق ثم اغتسلت عند الفجر الكاذب، ثم رأت الدم في اللّيلة السّادسة عشر بعد [٦١/أ] زوال الشفق.. فهو طهر تامّ وإن لم يتم خمسة عشر من وقت الاغتسال. انتهى.

الظاهر منه: عدم اعتبار التحريمة في الصّوم، والظاهر من «السّراج الوهّاج»: اعتبارها فيه. وبهذا ظهر أن الكمال صفة الوقت بمعنى أنه الكامل في السّببية؛ فإن مقدار الاغتسال والتحريمة في الانقطاع لأقلّ من العشرة، ومقدار التحريمة فقط في الانقطاع لتمام العشرة كاف في إيجاب الصّلاة، وبإيجابها يحكم بطهارتها، ولا يشترط مضيّ وقت الصّلاة الكاملة عندنا؛ فالأولى أن يقول: «كامل».

(**وإن كان دون عادتها.. لا يحلّ**) وطؤها حتى تمضي عادتها. (**وإن اغتسلت**)؛ لأن العود في العادة غالب، فكان الاحتياط في الاجتناب، هذا في المؤمنة.

وأمّا الكتابية فيحلّ وطؤها إذا انقطع دمها بلا حاجة إلى غسل وإن انقطع دون عادتها، كذا في «الأشباه».

واعلم: أن الدّم إمّا أن ينقطع لتمام العشرة، أو دونها لتمام العادة، أو دونها.

ففي الأوّل: يحلّ الوطء بمجرد الانقطاع، ويلزمها قضاء الصّلاة بمجرّد وقت التحريمة بدون زمان الغسل.

وفي الثاني: إن اغتسلت أو تيممت وصلّت أو مضى عليها أدنى وقت صلاة كامل.. يحلّ الوطء ويلزمها القضاء.

وفي الثالث: لا يقربها وإن اغتسلت ما لم تمض عادتها، ويلزمها الصلاة والصّوم، وانقطعت الرجعة لو كانت هذه الحيضة ثالثة، ولا تتزوج بزوج آخر احتياطاً حتى تأتي عادتها؛ فإن تزوجها رجل إن لم يعاودها الدم.. جاز، وإن عاودها؛ إن كان في العشرة ولم يزد على العشرة.. فسد نكاح الثاني.

وكذا صاحب الاستبراء يجتنبها احتياطاً؛ كذا في «الخلاصة».

وقال في «فتح القدير»: ومفهوم التقييد بقوله: «ولم يزد على العشرة»: أنه إذا زاد.. لا يفسد، ومراده إذا كان العود بعد انقضاء العادة؛ أمّا قبلها.. فيفسد وإن زاد؛ لأن الزيادة توجب الرد إلى العادة والفَرَضُ أنه عاودها فيها، فيظهر أن النكاح قبل انقضاء الحيضة.

وقال الشافعي: لا يحلّ الوطء ما لم تغتسل في الأحوال الثلاث؛ لقوله تعالى: «حتى يطّهرن» بقراءة التشديد.. قلنا: مقتضى هذه القراءة عدم انتهاء الحرمة العارضة بالانقطاع، بل لا بد من الاغتسال، ومقتضى قراءة التخفيف إنهاؤها بالانقطاع مطلقاً، فجمعنا بحمل الأولى على الانقطاع لتمام العادة الّتي دون العشرة، وحمل الثانية على الانقطاع لتمام العشرة؛ لأن في توقيف قربانها في الانقطاع للأكثر على الغسل إنزالها حائضا حكماً، وهو مناف لحكم الشرع عليها بوجوب الصلاة المستلزم إنزاله إياها طاهرة قطعاً، بخلاف تمام العادة الّتي دون الأكثر؛ فإن الشرع لم يقطع عليها بالطّهر، بل يجوز الحيض بعده، ولذا لو زادت ولم تجاوز العشرة.. كان الكل حيضاً بالاتفاق.

وَأَقَلُّ الطُّهرِ: خَمْسَةَ عشرَ يَوْماً، وَلَا حدَّ لأكْثرِه، إلَّا عِنْد نصبِ الْعَادةِ فِي زمنِ الِاسْتِمْرَارِ.

لا يقال: إن مقتضى القراءة بالتشديد ثبوت الحرمة قبل الغسل؛ فرفع الحرمة قبله بخروج الوقت [٦١/ب] معارضة للنص بالمعنى؛ لأنا نقول إنّ هذه القراءة خُصّ منها صورة الانقطاع للعشرة بقراءة التخفيف، فجاز أن يخصّ ثانيا بالمعنى أيضاً؛ لأن العام الّذي خصّ منه البعض: دليل ظنيّ يجوز تخصيصه بالمعنى.

(**وأقل الطّهر**) الصّحيح (**خمسة عشر يوماً**)؛ لأنه مدّة اللّزوم، فاعتبرها بمدة الإقامة، ولإجماع الصّحابة عليه، وروى ابن الجوزي في «العلل المتناهية»: عن الخدري عنه ﷺ: «أقل الحيض ثلاث، وأكثره عشر، وأقلّ ما بين الحيضتين خمسة عشر يوماً».

(**ولا حدَّ لأكثره**) لأنه قد يمتدّ إلى سنة وسنتين فصاعداً، وقد لا تحيض أصلاً، فلا يمكن تقديره، فتصلّي وتصوم ما ترى الطهر وإن استغرق عمرها.

(**إلا عند**) الحاجة (**إلى نصب العادة في زمن الاستمرار**)؛ يعني: إذا استمر بها الدّم.. فحينئذ يقدّر لأكثره حدّ، وذلك على ثلاثة أوجه:

لأنه إمّا في المبتدأة وذلك بأن بلغت مستحاضة واستمر بها الدّم.. فحينئذ يقدّر حيضها بعشرة من كلّ شهر، وباقيه طهر بالاتفاق، فشهر عشرون وشهر تسعة عشر.

وإما في المعتادة.. فحينئذ طهرها وحيضها في زمن الاستمرار ما اعتادت قبله في جميع الأحكام بالاتفاق إن كان طهرها أقلّ من ستّة أشهر.

وإن كان أكثر منها بأن بلغت برؤية عشرة مثلاً دماً وستة طهراً، ثم استمر بها الدّم؛ لأنّ العادة تثبت بمرة واحدة، فاختلفوا في تقدير طهرها في زمن الاستمرار، فقال أبو عصمة وأبو حازم: حيضها وطهرها ما رأت قبل الاستمرار، فتنقضي عدة تلك المرأة بثلاث سنين وثلاثين يوماً، بناء على اعتبار الطّلاق أوّل الطهر.

وتعقّبه في «فتح القدير» حيث قال: والحق أنه إن كان من أوّل الاستمرار إلى

إيقاع الطلاق مضبوطاً.. فليس هذا التقدير بلازم؛ لجواز كون حسابه يوجب كونه أوّل الحيض، فيكون أكثر من المذكور بعشرة أيام أو آخر الطهر، فيقدّر بثلاث سنين وأحد وثلاثين أو اثنين أو ثلاثة وثلاثين يوماً، ونحو ذلك. وإن لم يكن مضبوطاً.. فينبغي أن تزاد العشرة إنزالاً له مطلقاً أول الحيض احتياطاً. انتهى.

وما يقال في «البحر» إنه لمّا كان الطلاق في الحيض محرّماً لم ينزلوه مطلقاً فيه حلاله على الصلاح فلا يدفع الاحتياط المذكور.

وقال محمد بن شجاع يرد طهرها إلى تسعة عشر يوماً؛ لأن أكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهر والشهر لا يكون أقلّ من تسعة وعشرين.

وقال محمد بن سلمة: يردّ إلى سبعة وعشرين؛ لأن أقل الحيض ثلاثة فنقصناه عن كلّ شهر فبقي سبعة وعشرون.

وقال محمد بن إبراهيم الميداني: إلى ستة أشهر إلا ساعة؛ لأنّ أقل المدّة التي يرتفع الحيض فيها ستة أشهر، وهو أقلّ مدّة الحمل، والأصل أن مدّة الطهر أقل من مدة الحمل، فنقصنا منه شيئاً يسيراً وهو ساعة، فتنقضي عدتها بتسعة عشر شهراً إلّا ثلاث ساعات؛ لجواز أن يكون وقوع الطلاق في أول الطهر، فيحتاج إلى ثلاث أطهار كلّ طهر [٦٢/أ] ستة أشهر إلّا ساعة، وكلّ حيض عشرة أيّام.

وقال الحاكم الشهيد: يردّ إلى شهرين؛ لأنّ العادة من المعاودة، والحيض والطهر مما يتكرر في الشهرين عادة لا في شهر؛ فإذا طهرت شهرين.. فقد طهرت في أيّام عادتها، والعادة تنتقل بمرتين، فصار ذلك الطهر عادة لها، فوجب التقدير به.

قيل: وعليه الفتوى، وعمل الأكثر على قول الميداني هذا في المعتادة الّتي لم تنس عادتها، ولو كانت معتادة قد نسيت عادتها عدداً ومكاناً.. فتتحرى وتعمل بأكبر رأيها في الطهر والحيض، فتصلي في كلّ وقت هي طاهرة فيه في أكبر رأيها، وتدع في كل وقت هي حائض فيه في أكبر رأيها، وإن لم يكن لها رأي وهي المضلّلة.. لا يحكم لها شيء من الطهر والحيض يقيناً، بل يأخذ بالأحوط في حق الأحكام من

قربان الزوج وغيره ممّا تجتنب الحائض عنه، ولا تمسك عن الصّلاة والصّوم، بل تصلّي بالوضوء: لكلّ صلاة إن كان ترددها بين دخول الحيض والطهر، وبالغسل: لوقت كل صلاة إن كان ترددها بين الطّهر والخروج عن الحيض، ثم تعيد تلك الصّلاة في وقت الثّانية قبل الوقتية احتياطاً عند أبي علي الدقاق.

والقياس: أن تغتسل في كلّ ساعة؛ لأنه ما من ساعة إلّا ويتوهم أنه وقت خروجها عن الحيض لكنها اكتفت بالغسل مرة لوقت كلّ صلاة لضرورة الحرج.

وصحّح الإمام السرخسي أنها تغتسل لكلّ صلاة احتياطاً، وتصلي المكتوبات والوتر والسنن المشهورة، وتقرأ في كل ركعة قدر ما تجوز به الصّلاة من آية أو ثلاث آيات، ولا تقنت في الوتر باللّهم إنّا نستعينك إلى آخره لشبهة القرآنية فيه. وقيل: تقرؤه.

ولا تقرأ القرآن خارج الصّلاة، ولا تمس المصحف، ولا تدخل المسجد، ولا تصلّي النّوافل.

وإن قضت فائتتها.. فعليها الإعادة بعد العشرة؛ لاحتمال أنها قضتها في الحيض.

وإن حجت.. لا تطوف للتحية، وتطوف للزيادة ثم تعيدها بعد عشرة أيّام، وتطوف للصدر أيضاً ولا تعيدها؛ لأنها واجبة على الطّاهر دون الحائض؛ فإن كانت حائضة.. فلا تجب عليها، وإن كانت طاهرة.. فقد أتتها، ولا يأتيها زوجها أبداً بالتحري؛ لأنّ الفروج لا تتحرى على ما نص محمّد.

وقيل: يأتيها بالتحري وتصوم رمضان كل الشهر؛ لاحتمال أنها طاهرة في كلّ يوم ثم تقضي خمسة وعشرين يوماً؛ لاحتمال كونها حاضت من أوّله عشرة ومن آخره خمسة أو بالعكس، ثم يحتمل أنّها حاضت في القضاء عشرة فتسلم خمسة عشر بيقين على ما في «فتح القدير».

فإذا علم أن المضلّلة لا يقدر لها الطهر في حق الأحكام بل تعمل بأكبر رأيها

وَإِذا زَادَ الدَّمُ على الْعَادةِ؛..

إن وجد، وإلا.. فبالأحوط؛ فهل يقدر لها طهر في حق العدة أم لا؟ ففيه خلاف بينهم:

فمنهم: من لم يقدر لها طهراً ولا تنقضي عدتها أبداً؛ منهم أبو عصمة والقاضي أبو حازم؛ لأن التقدير لا يجوز إلّا توفيقاً بينهم.

ومنهم: من قدّره؛ فالميداني ستة أشهر إلّا ساعة على ما مر، وعن محمد بن الحسن شهران وهو اختيار أبي سهيل، وقال محمّد بن مقاتل: سبعة [٦٢/ب] وخمسون يوماً.

(**وإذا زاد الدم على العادة**) وهي نوعان: أصليّة وجعلية.

فالأصلّية: على وجهين:

أحدهما: أن ترى دمين وطهرين متفقين على الولاء، بأن رأت مبتدأة ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً وثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً، ثم استمر الدّم؛ فإنها تدع الصّلاة من أوّل الاستمرار ثلاثة أيام وتصلّي خمسة عشر؛ لأنّ ذلك صار عادة أصلية لها بالتكرر، وكذا لو ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً وأربعة دماً وستة عشر طهراً ثم استمر الدّم.. فحيضها ثلاثة وطهرها خمسة عشر عادة أصلّية، فتصلّى من أوّل الاستمرار ستة عشر؛ لأنها حين رأت أربعة دماً فثلاثة منها حيضها ويوم من طهرها على العادة الأصلّية، إلّا أنّها لا تصلّي فيه لرؤية الدم فيه، فلمّا طهرت ستة عشر.. فأربعة عشر منها من تمام طهرها ويومان منها من حيضها الثالث، لكنها لم تر فيها دماً فتصلي فيهما، فبقي من حيضها الثالث يوم واحد واليوم الواحد لا يكون حيضاً، فتصلى إلى موضع حيضها الرابع، وذلك ستة عشر، ثم تدع الصّلاة ثلاثة وتصلي خمسة عشر للعادة الأصلية عندهما.

وعند أبي يوسف تنتقل عادتها برؤية المخالف مرّة، وهو المختار للفتوى، فتدع من أوّل الاستمرار أربعة وتصلي ستة عشر، وذلك عادتها عنده؛ لأنّ العادة تثبت بمرة عنده.

فَإِن جَاوزَ الْعشَرَةَ.. فالزائدُ كُلُه اسْتِحَاضَةٌ،.........................

والثاني: أن ترى دمين وطهرين مختلفين بأن رأت مبتدأة ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً وأربعة دماً وستة عشر طهراً ثم استمر الدّم.. فعندهما: حيضها ثلاثة وطهرها خمسة عشر، فاليوم الرابع من أربعة دم من طهرها، لكنها لا تصلي فيه لما مر، فلمّا طهرت ستة عشر.. فأربعة عشر منها بقية طهرها ويومان منها من حيضها، لكنها تصلّي فيهما لما مر، فبقي من حيضها يوم فتصلي إلى موضع حيضها، وذلك ستة عشر كما مر، ثم تترك ثلاثة من أول الاستمرار.

وعند أبي يوسف: حيضها وطهرها ما رأت آخر مرة.

والعادة الجُعلية ثلاثة أنواع:

جعلية في حق الدّم والطّهر معاً، بأن ترى أطهاراً مختلفة ودماء مختلفة بأن رأت خمسة دماً وسبعة عشر طهراً وأربعة دماً وستة عشر طهراً وثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً ثم استمر الدم.. قال بعضهم تجعل عادتها أوسط الأعداد. وبعضهم: أقل المرتين الأخيرتين.

والثاني جعلية في الطّهر فقط: بأن رأت أطهاراً مختلفة أو طهرين متفقين بينهما طهر يخالفهما، فتدع من أوّل الاستمرار ثلاثة وتصلي ستة عشر على القولين فيما رأت ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً وثلاثة دما وستة عشر طهراً وثلاثة دماً وسبعة عشر طهراً ثم استمر الدم.

والثالث جعلية في حقِ الدَّم فقط: بأن رأت دماً مختلفة أو دمين متفقين بينهما دم يخالفهما، ثم استمر الدم، فيجب البناء على أوسط الأعداد أو على أقل الآخرين، والأمثلة ظاهرة.

(**فإن جاوز**) الزائد على العادة الأصلية [٦٣/أ] أو الجعلية (**العشرة**) ولو بجزء قليل (**..فالزائد كلّه استحاضة**)؛ لما رواه ابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى النبي ﷺ فقالت: إني أستحاض فلا أطهر، أفأدع

ثم الزائد على العادة[1]؛ إما أن يكون متقدّماً عليها، أو متأخراً عنها، أو كلاهما.

(١)

<table dir="rtl">
<tr><td colspan="15">الزائد على العادة إما أن يكون</td></tr>
<tr><td colspan="3">متقدماً عليها
وهذا إما أن يكون</td><td colspan="8">متأخراً عنها
وفي هذا إما</td><td colspan="4">كلاهما
لا يخلو إما أن يكون</td></tr>
<tr><td>صالحاً للحيض</td><td colspan="2" rowspan="2">أو لا
وهذا إما أن ترى في أيام عادتها</td><td rowspan="2">أن ترى في أيامها ما يكون حيضاً وبعدها كذلك</td><td colspan="3" rowspan="2">ترى في أيامها ما يكون حيضاً وبعدها ما لا يكون حيضاً</td><td colspan="2" rowspan="2">ترى في أيامها وبعدها ما لا يكون حيضاً لكن لو جمعاً يكون حيضاً</td><td rowspan="3">رأت في أيامها ما لا يكون وبعدها ما يكون</td><td rowspan="3">لم تر في أيامها أصلاً ورأت بعدها ما يكون</td><td rowspan="3">كل من المتقدم والمتأخر نصاباً</td><td rowspan="3">لا يكون شيء منهما نصاباً</td><td rowspan="3">المقدم نصاباً والمؤخر لا</td><td rowspan="3">المؤخر نصاباً والمتقدم لا</td></tr>
<tr><td>وهذا إما</td></tr>
<tr><td>أن ترى في أيام عادتها ما يصلح حيضاً</td><td>أو ترى ما لا يصلح</td><td>أو لا ترى فيها شيئاً</td><td>ما يصلح حيضاً</td><td>ما لا يصلح حيضاً</td><td>لا ترى شيئاً أصلاً</td><td></td><td></td><td></td></tr>
</table>

وَإِلَّا.. فحيضٌ.

الصّلاة؟ فقال: «لا، اجتنبي الصّلاة أيّام حيضك ثم اغتسلي وتوضئي لكلّ صلاة، ثم صلّي وإن قطر الدم على الحصير».

ولأن الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة من جهة أنّه زيادة على المقدر؛ إذ المقدّر العادي كالمقدّر الشرعي، فالزائد عليه كالزائد عليه، فيلحق به.

وإذا كان الزائد على العادة استحاضة؛ فهل تترك الصّلاة بمجرّد رؤيتها الزيادة عليها؟ قيل: تترك ولا تؤمر بالاغتسال والصّلاة. وقيل: لا، بل تؤمر بها لأنّ هذه الزيادة مترددة بين الحيض والاستحاضة، فلا تترك الصلاة بالشك. والأصح هو الأوّل على ما في «المحيط» و«النهاية» و«التّبيين»؛ لأنّ دليل كونها حائضاً ظاهر وهو رؤية الدم في أوانه، وفي خروجها من الحيض شك، فحكمنا أنها حائض حتى يتبين أمرها؛ لأنّ هذه الزيادة لا تكون استحاضة حتى يجاوز العشرة؛ فإن جاوز.. تبيّن أنّها ليست بحائض، فتؤمر بقضاء ما تركت. (وإلّا) أي وإن لم يجاوزها (..فحيض)؛ أي: إن كان بعده طهر صحيح؛ لأنها لو كانت عادتها خمسة مثلاً في أوّل كلّ شهر فرأت ستة دماً فالسادس حيض؛ فإن طهرت بعده أربعة عشر ثم رأت الدّم.. فإنها تردّ إلى عادتها وهي خمسة؛ إذ ليس بعده طهر صحيح، فالسادس استحاضة، فتقضي ما تركت فيه من الصلاة على ما في «المحيط».

والأوّل(١): إمّا أن يكون الزائد صالحاً للحيض بأن كان ثلاثة، أو لا يصلح.

وعلى الأوّل إمّا أن ترى في أيّام عادتها ما يصلح حيضاً، أو ما لا يصلح له، أو لا ترى فيها شيئاً أصلاً.

ففي الأول عن أبي حنيفة روايتان؛ ففي رواية محمّد عنه: أن المقدم لا يكون حيضاً، وفي رواية بشر والمعلى عنه: أنه حيض تبعاً لأيام عادتها إن وقع بين الطهرين التامين.

وفي الثاني والثالث الحكم موقوف عند أبي حنيفة؛ فإن طهرت أيامها مرة أخرى في الشهر الثاني.. صار حيضها ما رأت وانتقلت عادتها في الحيض، وإلا.. فالمرئي استحاضة.

وعند أبي يوسف المتقدم حيض ويصير ذلك عادة لها.

وعند محمد المتقدم حيض بدلاً عن أيّامها لا عادة لها.

وعلى الثاني: إمّا أن ترى في عادتها ما يصلح حيضاً أو ما لا يصلح له أو لا ترى شيئاً أصلاً؛ ففي الأوّل الكلّ حيض بالاتفاق لأنّ ما رأته قبل عادتها غير مستقل لعدم النصاب، فيكون تابعاً لعادتها، وفي الثاني يصير الكل حيضاً عند أبي يوسف ومحمّد في أظهر الرّواية إن بلغ الكلّ نصاباً. وقيل: لا يكون شيء منها حيضاً لعدم النصاب على انفرادهما إلا أن ترى في موضعها الثاني مثل ذلك، فتنقل العادة إليها. وفي الثالث [٦٣/ب] لا حيض.

وهذا كله إذا لم يجاوز العشرة؛ فإن جاوزها.. ردّت إلى عادتها.

فإن رأت في أيّامها ما يكون حيضاً يكون حيضاً وما قبله استحاضة، وإن لم تر ما يكون.. فالكل استحاضة عند أبي حنيفة، وعندهما من أوّل ما رأت مثل عادتها حيض، والزيادة استحاضة، وتؤمر بترك الصّلاة عندهما حين رأت قبل عادتها إذا كان

(١) أي: الدم الزائد على العادة حالة كونه متقدماً عليها.

الباقي من أيام طهرها ما لو ضم إلى أيّام حيضها لم يجاوز العشرة، وعند أبي حنيفة، إن كان الباقي ثلاثة أو أكثر.. لم تؤمر بترك الصّلاة؛ لأن هذا المقدّم عنده ليس بحيض وإن كان يوماً أو يومين.. تؤمر بالترك عند مشايخ، وعند مشايخ بخارى: لا.

والثاني(١): لا يخلو إما إن رأت في أيّام أيّامها ما يكون حيضاً وبعدها كذلك، أو رأت في أيّامها ما يكون حيضاً وبعدها ما لا يكون حيضاً، أو رأت في أيامها وبعدها ما لا يكون حيضاً لكن لو جمعا يكون حيضاً، أو رأت في أيّامها ما لا يكون وبعدها ما يكون، أو لم تر في أيّامها أصلاً ورأت بعدها ما يكون.

ففي الثلاثة الأُوَلِ يكون الكلّ حيضا ما لم يجاوز العشرة.

وفي الأخيرين: يصير الكل حيضاً عندهما ما لم يجاوز العشرة وعند أبي حنيفة لا يصير حيضاً حتى يعاودها في الشهر الثاني على ما في «المحيط».

وفي الأصل: الكل حيض بالاتفاق.

والثالث(٢): لا يخلو إما أن يكون كل من المقدم والمؤخر نصاباً، أو لا يكون شيء منها نصاباً، أو يكون المقدّم نصاباً والمؤخر لا، أو بالعكس.

فالكل في الوجوه الأربعة حيض، وفي رواية عن أبي حنيفة المقدم ليس بحيض والأمثلة ظاهرة.

وهذا إذا لم يجاوز المجتمع العشرة؛ فإن جاوزها.. فإن كان الكل من المقدم والمؤخر بحال لو ضمّ إلى عادتها ازداد العشرة فحيضها عادتها والمقدم والمؤخر استحاضة.

وإن كان أحدهما كذلك.. فحيضها عادتها أيضاً.

(١) أي: الدم الزائد على العادة حالة كونها متأخراً عنها.

(٢) أي: الدم الزائد على العادة حالة كونها متقدماً ومتأخراً عنها.

وَإِن كَانَت مُبتَدأَةً وَزَادَ على الْعشَرَة.. فالعشَرةُ حيضٌ وَالزَّائِدُ اسْتِحَاضَةٌ.

(وإن كانت مبتدأة وزاد الدم على العشرة.. فالعشرة حيض) تترك فيها الصلاة والصّوم ابتداء الرؤية على الأصح على ما قدّمناه، وتصير تلك العشرة عادة لها عندنا؛ لأنه دم في أوانه ولا عادة لها، فنجعله عادة لها.

وعند أبي يوسف أنها تأخذ في انقطاع الرجعة والصّوم والصلاة بالأقل، وفي الحلّ للأزواج بالأكثر احتياطا.

أجيب: بأنّ دليل بقاء الحيض ظاهر فلا معنى للاحتياط.

(والزائد كله استحاضة).

اعلم أن من بلغت بالدم:

إما إن رأت دماً فاسداً مستمرّاً.. ففي كل شهر حيضها عشرة، والباقي طهرها.

وأما إن رأت دماً وطهراً فاسدين، ثم استمر الدم كأربعة عشر دماً وأربعة عشر طهراً، ثم استمر الدم.. فيجعل مستمرّاً ابتداء؛ إذ لا حكم للفاسد؛ فعادتها: عشرة من أول أربعة عشر، وبقية الشهر عشرون طهر، ومعنا ثمانية عشر إلى زمان الاستمرار، فيجعل من أول الاستمرار يومين من طهرها لتكمل عشرين فتصلي فيها، ثم تترك عشرة وتصلي عشرين، وذلك عادتها في زمن [٦٤/أ] الاستمرار.

وأما إن رأت دماً وطهراً صحيحين، ثم استمر الدم.. فما رأته من الدم والطّهر عادتها في زمن الاستمرار؛ لأن عادة المبتدأة تثبت بمرة بالاتفاق.

وأما إن رأت دماً فاسداً وطهراً صحيحاً ثم استمر الدم.. فعلى ما صححه الإمام السرخسي يكون حيضها عشرة وطهرٌ عشرون؛ لأن الدم لما فسد بالزيادة.. فسد طهرها أيضاً؛ مثلاً: لو رأت أحد عشر دماً وخمسة عشر طهراً.. صلّت في أوّل طهرها يوماً بالدم وهو الحادي عشر، وقد بقي من عشرين طهرها أربعة، فتصلي أربعة من أوّل الاستمرار، ثم تدع عشرة وتصلي عشرين، وقبل حيضها عشرة وطهرها ستة عشر.

[النفاس وأحكامه]:

وَالنِّفاسُ: دمٌ يعقِب الْوَلَد.

وَحكمُهُ: حكمُ الْحيضِ.

وأمّا إن رأت دماً صحيحاً وطهراً فاسداً ثم استمر الدم؛ مثلاً: رأت خمسة دماً وأربعة عشر طهراً ثم استمر الدم.. فحيضها خمسة وطهرها بقية الشهر خمسة وعشرون، وقد جاء الاستمرار وبقي من طهرها أحد عشر، فتصلّي من أوّل الاستمرار أحد عشر ثم تدع خمسة وتصلّي خمسة وعشرين، وذلك عادتها.

[النفاس وأحكامه]:

(والنفاس) هو في اللغة: مصدر نفست المرأة إذا ولدت فهي نفساء.

وفي الشرع: **(دم)** حقيقي أو حكّمي، فيشمل الطهر المتّخلل في المدّة.

(يعقب الولد)، فلو ولدت ولم تر دماً أصلاً.. لا تكون نفساء، لكن يجب عليها الغسل عند أبي حنيفة، وزفر احتياطاً؛ لأن الولادة لا تخلو عن قليل دم.

وعند أبي يوسف لا يجب؛ لأنه يتعلق بالنفاس ولم يوجد.

وأمّا الوضوء.. فيجب بالاتفاق.

والمراد بالدم: ما خرج من الفرج، حتى لو ولدت من قِبَلِ سرّتها بأن شقّت بطنها وخرج الولد منها.. فلا تكون نفساء، بل صاحبة جرح سائل، لكن تنقضي عادتها بها، وتصير الأم أمّ ولد إن سال الدّم من فرجها.. فحينئذ تصير نفساء أيضاً.

(وحكمه: حكم الحيض)، فتدع الصّلاة والصوم وتقضيه دونها، وغيرها من الأحكام السابقة إلّا في الفصل بين طلاقي السنة والبدعة، والعدة والبلوغ والاستبراء فإنها بالحيض نصّاً، حتى لو استبرأ جارية بعدما ولدت.. لا يعتبر نفاسها من الاستمرار، ولا يطؤها إلا بعد حيضة بعد النفاس.

[مُدَّته]:

وَلَا حدَّ لأَقَلِّهِ.

وَأَكْثَرُهُ أَرْبَعُونَ يَوْماً.

[مُدَّته]:

(**ولا حدَّ لأَقَلِّهِ**) حتّى لو رأت ساعة ثم طهرت فتلك الساعة نفاس وباقيها طهر؛ لأن دم النفاس علامة ظاهرة على كونه من الرحم وهو تقدّم الولد، فلا حاجة إلى التقدير بالمدة، بخلاف الحيض.

وفي «العناية»: إن أقل النّفاس ما يوجد، ولا حدّ له بالمدة في حق الصّلاة والصوم بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجب اعتبار أقله في انقضاء العدة بأن قال لها زوجها: إذا ولدت فأنت طالق، فقالت: انقضت عدتي، أيُّ مقدار يعتبر لأقل النّفاس مع ثلاث حيض؟ عند أبي حنيفة يعتبر أقله بخمسة وعشرين، وعند أبي يوسف بأحد عشر يوماً، وعند محمد بساعة. كذا في «النهاية».

(**وأكثره:** [٦٤/ب] **أربعون يوماً**) لما صحّحه الحاكم عن أم سلمة قالت: كانت النّفساء على عهد رسول الله ﷺ تجلس أربعين يوماً لا يأمرها النبي ﷺ بقضاء صلاة النفاس.

ولأن أكثر مدّة النّفاس أربعة أمثال مدة الحيض، فتكون أربعين، وهذا لأن الرّوح لا تدخل في الولد قبل أربعة أشهر، فتجمع الدّماء أربعة أشهر، وإذا دخل الروح.. صار الدم غذاء له، فإذا خرج الولد.. خرج ما كان محتبساً من الدم أربعة أشهر في كلّ شهر عشرة أيّام، ومتى انقطع قبل بلوغه أكثره.. فهي طاهرة، تصوم وتصلّي.

واختلفوا في الوطء، قيل: مكروه وهو المروي عن علي.

وعن أبي حنيفة والشافعي لا يكره إلّا أن ينقطع دون عادتها.

والطهر المتخلل.. لا يفصلُ وإن كثُر عند أبي حنيفة. وقالا: إن كان أقلّ من

وَمَا تَرَاهُ الْحَامِلُ حَالَ الْحملِ وَعندَ الْوَضعِ قبلَ خُرُوجِ أَكْثرِ الْوَلَدِ.. اسْتِحَاضَةٌ.

وَإِن زَادَ على أَكْثَرِهِ وَلها عَادَةٌ.. فالزائدُ عَلَيْهَا اسْتِحَاضَةٌ.

وَإِلَّا.. فالزائدُ على الْأَكْثَرِ - فَقَط - اسْتِحَاضَةٌ.

خمسة عشر.. لا يفصل، وإن كان خمسة عشر فصاعداً.. يفصل؛ فالأول نفاس والثاني حيض إذا كان نصاباً.

وقال الشافعي: أكثره ستون. والحجة عليه: ما رويناه.

(**وما تراه الحامل حال الحمل وعند الوضع قبل خروج أكثر الولد استحاضة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي رواية المعلى عنهما: أنه إذا خرج بعض الولد.. صارت به نفساء، قلَّ أو كثر.

وعن محمد في رواية هشام: لا تصير نفساء حتى يخرج نصف الولد.

وفي رواية عنه: حتى يخرج جميعه.

قالوا: يحفر حفيرة تحتها تجلس هي عليها وتصلّي كيلا يضر الولد.

(**وإن زاد على أكثره ولها عادة.. فالزائد عليها استحاضة**)، ذكر في «الأصل»: إذا كانت عادتها في النفاس ثلاثين يوماً فانقطع دمها على رأس عشرين وطهرت عشرة أيّام عادتها فصلت وصامت، ثم عاودها الدّم فاستمر حتى جاوز أربعين.. فهي استحاضة فيما زاد على الثلاثين ولا يجزيها صومها في العشرة التي صامت، فيلزمها القضاء.

وقال الحاكم الشهيد: هذا على مذهب أبي يوسف يستقيم؛ لأنه يرى ختم الحيض والنفاس بالطهر إذا كان بعده دم، وأما على مذهب محمّد.. ففيه نظر؛ لأنه لا يرى ختمهما بالطهر.

(**وإلا**) أي وإن لم يكن لها عادة (.. **فالزائد على الأكثر فقط استحاضة**)، فيكون نفاسها أربعين عادة لها.

[بِمَ تثبت العادة؟]

وَالْعَادَةُ تثبتُ وتنتقلُ بِمرَّةٍ فِي الْحيضِ وَالنّفاسِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ، وَبِه يُفْتَى.

وَعِنْدهما لَا بدَّ منَ المعاودةِ.

[بم تثبت العادة؟]

(والعادة) - أصليّةٌ أو جعليّةٌ على ما قدّمناه - (تثبت) في المبتدأة والمعتادة (وتنتقل) عدداً ومكاناً على ما ذكرناه (بمرّة) متعلق على التنازع وكذا قوله: (في الحيض والنفاس عند أبي يوسف، وبه يفتى)؛ لأن العادة فيهما تثبت برؤية الدّم مرة في المبتدأة، فكذا تنتقل برؤية خلافه مرة في المعتادة ويصير عادة تيسيراً لها، ولأن انتقال العادة في المعتادة إثبات عادة ثانية لها؛ فإذا جاز إثبات العادة الأولى في المبتدأة بمرة.. جاز إثبات الثانية في المعتادة أيضاً.

(وعندهما: لا بد من المعاودة)؛ لأن العادة من العود، فلا بدّ من التكرار في المعتادة، بخلاف المبتدأة؛ لأن الحاجة ثمة إلى نصب العادة عدداً ومكاناً، فكان اعتبار ما رأته في نصب العادة أولى من اعتبار ما لم تر [وأما] المعتادة.. فالحاجة فيها إلى نسخ العادة الأولى وإثبات الأخرى، فلا بد من التكرر [٦٥/أ]؛ مثلاً: امرأة رأت خمسة دماء في أوّل كل شهر وخمسة وعشرين طهراً وهذا عادتها الأصلية عدداً ومكاناً؛ فإن رأت في مكان خمستها ستاً مثلاً مرتين.. انتقلت عادتها عدداً بالاتفاق.

وإن رأت بمرة تنتقل عنده خلافاً لهما.

ولو كانت عادتها الأصلية في الحيض ثلاثة، وفي الطهر خمسة عشر، فرأت ثلاثة ثم طهرت أربعة وثلاثين يوماً، ثم استمر بها الدم.. فموضع حيضها الأول من خمسة عشر إلى ثمانية عشر، وموضع حيضها الثاني من ثلاثة وثلاثين إلى ستة وثلاثين؛ فإذا طهرت أربعة وثلاثين ثم استمر بها الدم.. فهذه امرأة لم تر في موضعها

ونِفاسُ التوأمينِ منَ الأوّلِ. خلافاً لمُحَمدٍ.

مرة أصلاً، ومضى في موضع حيضها الثاني يوم، وبقي يومان، ويومان لا يمكن أن يجعل حيضاً فلم تر هي حيضها في موضعها مرتين، فانتقلت عادتها مكاناً، والعدد على حاله، فتستأنف الحساب من أول الاستمرار، فتدع الصّلاة من أول الاستمرار ثلاثة أيّام، ثم تصلي خمسة عشر، ثم تدع ثلاثة، ثم تصلي خمسة عشر، وذلك عادتها.

(ونفاس التوأمين) - هما: الولدان بين ولادتيهما أقل من ستة أشهر-

(من الأوّل) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فلا تصوم ولا تصلّي بعد الأوّل، وإن كان بينهما أربعون يوماً، والدم الذي بعد الثاني استحاضة لا نفاس؛ إذ لا يتوالى نفاسان ليس بينهما ستة أشهر، كما لا يتوالى حيضان ليس بينهما طهر خمسة عشر.

ولو ولدت ثلاثة أولاد وبين الأول والثاني أقل من ستّة أشهر وكذا بين الثاني والثالث، لكن بين الأول والثالث أكثر من ستة أشهر.. فالصحيح: أنه يجعل الثلاثة من بطن واحد.

(خلافاً لمحمد) قال: إنه من الثاني، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن النّفاس متعلق بالولادة؛ لأنه مأخوذ من: تنفس الولد، أو من: تنفس الرحم، ولم يتحقق الولادة من كلّ وجه؛ لقيام الولد الثاني، والصلاة كانت واجبة بيقين قبل الولادة.. فلا يسقط بالاحتمال، كما لو خرج أقل الولد.. قلنا: النفاس اسم لدم يتنفس به الرحم عقيب الولادة، وبولادة الأول انفتح فم الرّحم وتحققت الولادة من كل وجه بخروج الولد، فالدم الذي يعقبها يكون نفاساً.

وقيل: إنه اسم لما فضل عن غذاء الولد من دم الحيض الممنوع خروجه بانسداد فم الرحم بالحبل، وبالولد الأوّل ظهر انفتاحه، فظهر أن الخارج هو ذاك الذي كان ممنوعاً، وقد حكم الشرع بأن ما كان منه ينتهي بأربعين، حتى لو زاد استمر الدم عليها في الولد الواحد.. حكم بأنه من غير ذلك، فيلزم أن الخارج بعد الثاني بعد الأربعين غير ذلك وأنه استحاضة.

وانقضاءُ الْعُدَّةِ: من الْأَخيرِ إِجْمَاعاً.

[أحكام السقط]:

والسِّقطُ إِن ظهرَ بعضُ خَلقِهِ.. فَهُوَ ولدٌ، تصيرُ بِهِ أمُّهُ نُفَسَاءَ، وَالْأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ الْمُعَلَّقُ بِالْولادَةِ، وتنقضي بِهِ الْعِدَّةُ.

(**وانقضاء العدة من الأخير إجماعاً**) لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وبوضع الأول لم تضع حملها، ولأنها يتعلق بفراغ الرحم ولم يوجد بوضع الأوّل.

[أحكام السقط]:

(**والسّقط إن ظهر بعض خلقه**) من يد أو رجل أو إصبع أو ظفر أو شعر (.. **فهو ولد تصير به أمه نفساء والأمة أم الولد**) إن ادعاه سيّدها؛ لأن الدعوة شرط فيه، (**ويقع الطلاق المعلق بالولادة**) [٦٥/ب] وكذا العتق، ويحنث فيما علّقها من اليمين؛ لوجود الشرط، ونقصان الخلقة لا يمنع ثبوت الأحكام، حتى لو أسقطته ميّتا من ضرب رجل تجب الغرة على عاقلة الضارب، ولو أسقطته حيّا فمات.. تجب الدية الكاملة.

(**وتنقضي به العدة**) لما تلوناه وبيّنّاه.

وإن لم يظهر بعض خلقه.. فليس بولد ولا يتعلق به الأحكام، فلا يكون ما يعقبه من الدّم نفاساً، بل يكون حيضاً إن كان نصاباً، وإلا.. فاستحاضة.

وإن رأت قبل السّقط دماً واستمر بعده؛ فإن كان مستبين الخلقة.. فما رأته قبله لا يكون حيضاً؛ لكونها حاملاً بل استحاضة، وتكون هي نفساء، وإن لم يكن مستبين الخلقة.. فما رأته قبله حيض إن وافق أيام عادتها ومرئيّاً بعد طهر تام وبلغ نصاباً، وما رأته بعده.. استحاضة. وإن رأت قبله يوماً أو يومين دماً.. فما يكمّل عادتها مما رأت بعده حيض، والباقي استحاضة.

وَدمُ الِاسْتِحَاضَةِ كرُعافٍ دَائِمٍ، لَا يمْنَعُ صَلَاةً وَلَا صوماً وَلَا وطأً.

(**ودم الاستحاضة**) وهو: ما رأته الحامل، والزائد على العادة المجاوز للأكثر، والزائد على الأكثر من الحيض والنّفاس، وما لا يبلغ الأقل من الحيض.

(**كرعاف**) بضم الراء ما خرج من الأنف من الدم (**دائم لا يمنع صلاة ولا صوماً**) فرضاً أو نفلاً (**ولا وطئا**) ولا غيرها من الأحكام؛ لأن المنع عنها بعد ثبوتها لا بدّ من مانع كما في الحيض والنفاس ولم يوجد.

* * *

(فَصْل [فِي الأَعْذَار])

الْمُسْتَحَاضَةُ، وَمَن بِهِ سلسُ بَوْلٍ، أَو استطلاقُ بطنٍ، أَو انفلاتُ ريحٍ، أَو رُعَافٌ دَائِمٌ، أَو جرحٌ لَا يَرقأُ.. يتوضَّؤونَ لوقتِ كلِّ صَلَاةٍ، وَيصلُّونَ بِهِ........

(فَصْل [فِي الأَعْذَار])

(المستحاضة، ومن به سلس بول) قال في «المصباح»: سلس البول استرساله وعدم استمساكه لحدوث مرض بصاحبه وصاحبه: سلِس بالكسر.

(أو استطلاق بطن) أي عرض له مرض مسهل **(أو انفلات ريح)** انفلت خرج بسرعة **(أو رعاف دائم أو جرح لا يرقأ)** أي لا يسكن **(يتوضَّؤون لوقت كلّ صلاة)**؛ لما روته عائشة أن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت أبي حبيش وهي مستحاضة: «توضئي لوقت كلّ صلاة» ذكره محمد في «الأصل»، وهو حجة على مالك في قوله: يتوضؤون لكل صلاة فرضاً أو نفلاً، وعلى الشافعي: يتوضؤون لكل فرض، ولا حجة لهما فيما روي عن عائشة أيضاً أنه ﷺ قال لفاطمة بنت أبي حبيش: «توضئي لكلّ صلاة» على ما ذكرناه؛ لاحتمال أن يكون المراد بالصّلاة وقتها، أو يكون اللام للوقت كما في قوله تعالى: ﴿لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ﴾ بقرينة ما رويناه من المفسر.

(ويصلّون به) أي بالوضوء الذي توضؤوا للعذر المبتلى به، سواء توضؤوا مع سيلان أو مع انقطاعه ثم سال في الوقت.

وتفصيله على ما ذكره في شرحه لِـ «المُنْيَة» وشرح «صاحب المجمع»: أن صاحب العذر: إما أن يتوضأ وصلّى مع انقطاع عذره فيهما ودام الانقطاع مستوعباً للوقت الثاني.

أو مع سيلانه فيهما ثم انقطع ودام الانقطاع في الوقت الثاني.

أو يتوضأ على الانقطاع ويصلّي على السّيلان في الوقت.

أو يتوضأ على السيلان ويصلي على الانقطاع في الوقت.

ففي الصّور الثلاث الأُوَل لا إعادة عليه؛ أما في الأوّل.. فلأنه صحيح صلّى

فِي الْوَقْتِ مَا شاؤوا من فرضٍ وَنفلٍ.

بطهارة الأصحاء، وأما في الثانية.. فلأنه معذور صلى بطهارة المعذورين [٦٦/أ] وأما في الثّالثة.. فلأنّ العذر إنما اعتبر للأداء وهو قائم وقت الأداء.

وفي الصّورة الرّابعة: إن دام الانقطاع باستيعاب الوقت الثاني.. فعليه الإعادة؛ لأنه صلّى صلاة المعذورين والعذر منقطع، وإن لم يدم الانقطاع بأن عاد عذره في الوقت الثاني.. فلا إعادة عليه على ما في «التّبيين»؛ لعدم الانقطاع التّام، فيتصل الدم الثاني بالأوّل، فيجعل مستمرّاً.

والحكم أيضاً كذلك في الصورة الأولى والثانية إذا لم يدم الانقطاع فيهما، بل هو أولى فيهما.

فظهر من هذا: أن صاحب العذر إذا توضأ لما ابتليَ به من العذر مع انقطاعه ثم سال في الوقت لا ينتقض بالسيلان وضوؤه، بل ينتقض بخروج الوقت على ما سيتضح.

بخلاف ما إذا توضأ لحدث آخر غير ما ابتلي به - والحدث الذي ابتلي به منقطع عند التوضؤ ثم سال ما ابتلى به - فإنه ينتقض وضوؤه بالسيلان؛ لأنَّ وضوؤه لم يقع للعذر المبتلى به، بل وقع لغيره، وإنما لا ينتقض وضوؤه بالسيلان في الوقت إذا كان توضأ لعذره الذي ابتلي به؛ لأنه هو المبيح للصلاة مع السّيلان.

(في الوقت) لا بعده؛ لانتقاض وضوئه بخروجه إن توضأ مع السيلان أو وجد السيلان بعد وضوئه في الوقت، لا بدّ من هذا القيد على ما سنبينه.

(ما شاؤوا من فرض) وواجب أداء وقضاء **(ونفل)** لإطلاق ما رويناه، ولأن وضوءهم لما ابتلوا به من العذر لا ينتقض بسيلانه في الوقت ما لم يخرج الوقت أو يحدث حدث آخر، كما إذا سال الدم من أحد منخريه فتوضأ، ثم سال من المنخر الآخر في الوقت.. فعليه الوضوء لأنه حدث جديد.

بخلاف ما إذا سال منهما جميعاً فتوضأ ثم انقطع أحدهما.. فهو على وضوئه ما بقي الوقت.

وَيبْطلُ بِخُرُوجِهِ..................................

وكذا يلزمه الوضوء لو كان معه دماميل أو جدري بعضها سائلة وبعضها منقطعة فتوضأ وبعضها سائلة ثم سالت التي لم تكن سائلة انتقض وضوؤه؛ لأن الجدري قروح متعددة لا قرحة واحدة فالسيلان من المنقطعة حدث آخر، بخلاف ما لو كانت جميعها سائلة فتوضأ ثم انقطع بعضها فهو على وضوئه على ما في «الخلاصة» و«البدائع».

(ويبطل بخروجه) أي إذا توضأ والدم سائل أو سال بعد الوضوء في الوقت وهو منقطع عند التوضؤ.

وأما إذا لم يكن سائلاً عند الوضوء ولم يسل بعده في الوقت.. فلا ينتقض بخروجه، حتى لو توضأ والدم منقطع ولم يسل ثم خرج الوقت وهو على وضوئه.

وله أن يصلي بذلك الوضوء ما شاء ما لم يسل عذره أو يحدُث حدثٌ آخر، خلافاً لعيسى بن أبان؛ فإنه قال: ينبغي أن يعيد الوضوء إذا دخل الوقت الثاني؛ لأنه انقطاع ناقص فلا يمنع اتصال الدم الثاني بالأول، فكان كالمستمر، وهذا لأن وضوءه واقع للسيلان، بدليل أنه لا يحتاج إلى وضوء آخر إذا سال في الوقت، والوضوء الواقع للسيلان ينتقض بخروج الوقت.

قلنا: إنّ وضوءه وضوء الطّاهر إذا لم يوجد [٦٦/ب] بعده حدث؛ لأن وضوءه يرفع ما قبله من الحدث مثل وضوء غير المعذور، ولا يرفع ما بعده فيعذر للحرج في حق الحدث المتأخر عن الوضوء إن وجد.

وأمّا إن لم يوجد كما نحن فيه.. فلا يجعل معذوراً، بل يكون من الطاهر، ولا ينتقض وضوؤه بخروج الوقت كسائر الأصحاء، وهذا لأن الشرع جعل الحدث الموجود حقيقة معدوماً حكماً للعذر، وفيما قاله عيسى يلزم جعل الحدث المعدوم حقيقة موجوداً حكماً، وهو عكس المشروع.

ولو جدد الوضوء في الوقت والمسألة بحالها ثم سال الدم.. انتقض وضوؤه؛ لأن تجديد الوضوء وقع من غير حاجة ولم يقع للسيلان، فلا يعتد به.. بخلاف ما

إذا توضأ بعد السيلان في الوقت الثاني؛ حيث لا ينتقض، وعلى قياس ما قاله عيسى لا ينتقض الوضوء المجدّد حتى يخرج الوقت الثاني. كذا في «الزَّيْلَعيّ».

ثم المراد بالخروج ههنا: خروج وقت المفروضة، لا مطلقاً؛ لأن المعذور لو توضأ لصلاة العيد.. لم يبطل وضوؤه بخروج وقت العيد، بل يصلي به الظهر عند أبي حنيفة ومحمّد. وقيل: ينتقض وضوؤه بخروجه والصحيح: هو الأوّل على ما في «الهداية» و«الزَّيْلَعيّ»؛ لأنها ليست بفرض، فصار كما لو توضأ للضحى؛ **فإن قيل**: قد صرّح في «المحيط» وغيره أن المعذور لو توضأ في وقت الظهر للعصر له أن يصلّي العصر بذلك الوضوء، كما لو توضأ قبل الزوال للظّهر ثم زالت الشمس: له أن يصلّي الظهر به؛ لجواز تقديم طهارة المعذور على الوقت، لضرورة أنّ الشرع جعل العزيمة للمكلّف أن يشتغل كلّ الوقت بالأداء، وذا لا يحصل إلّا بتقديم الطهارة على الوقت، وهذا نص على أن وضوء المعذور لم ينتقض بخروج وقت المفروضة أيضاً.. **قلنا**: هذا المسألة خلافية، والأكثر على انتقاض وضوئه بخروج وقت المفروضة مطلقاً، ولا يصلّي به العصر، وصحّحه الإمام؛ لأن القياس عدم طهارتهم مع قيام الحدث معهم، إلّا أنّ الشرع جعل الوقت في حقهم مانعاً عن تأثير الحدث لضرورة الحاجة إلى الطهارة لأداء الفرض، فلمّا زال المانع.. ظهر تأثير العلة مطلقاً، فانتقض الوضوء، ولهذا لا يجوز لهم المسح على الخُفّين بعدما خرج الوقت والحدث قائم عند لبسهما والتوضؤ.

وكذا لا يجوز لهم البناء إذا خرج الوقت وهم في الصّلاة، وأمّا لو كان الدّم منقطعاً عند اللّبس والوضوء معاً ثم سال.. فيمسح تمام المدة كالصحيح.

وكذا لو خرج الوقت وهو في الصّلاة.. يتوضأ ويبني كمصلّ سبقه الحدث، وهذا على طريقة تخصيص العلة، والمخلص معروف.

ومنه ظهر أن إضافتهم انتقاض الوضوء إلى خروج الوقت ودخوله مسامحة؛ لأنه إنما ينتقض بالحدث السّابق عند خروجه لا بالخروج نفسه.

فَقَط.

وَقَالَ زفرُ: بِدُخُولِهِ فَقَط.

وَقَالَ أَبُو يُوسُف: بِأَيِّهِمَا كَانَ.

فالمتوضِّئُ وَقتَ الْفجْرِ.. لَا يُصَلِّي بِهِ بعدَ الطُّلُوع إِلَّا عِنْد زفرَ.

والمتوضِّئُ بعدَ الطُّلُوعِ.. يُصَلِّي بِهِ الظّهْرَ، خلافاً لَهُ.

(فقط) عندهما **(وقال زفر: بدخوله فقط. وقال أبو يوسف: بأيهما)** من الدخول والخروج **(كان)**؛ لأن طهارته ضرورية، ولا ضرورة قبل الوقت وبعده، ولزفر: أن طهارته قبل الوقت غير معتبرة فتنقض عند الدخول، ومعتبرة بعد الدخول فلم ينتقض [٦٧/أ] عند الخروج.

ولهما: أنّ طهارته لضرورة الحاجة إليها، والدّخول دليل الحاجة، والخروج دليل زوالها؛ فإضافة الانتقاض إلى دليل زوالها أولى من إضافته إلى دليل ثبوتها.

(فالمتوضئ وقت) طلوع **(الفجر يصلّي به بعد الطّلوع)**؛ أي: طلوع الشمس لوجود الخروج الناقض عندهم، **(إلّا عند زفر)**؛ لعدم النّاقض عنده وهو الدّخول.

(والمتوضئ بعد الطلوع) أي طلوع الشمس **(يصلّي به الظهر)** عندهما لعدم الخروج، **(خلافاً له)** ولأبي يوسف؛ لوجود الدّخول.

وقال أبو بكر الرّازي: لا خلاف بين أصحابنا في أن طهارة المعذور تنتقض عند الخروج، وإنما لم تنتقض في الصّورة المذكورة عند زفر بالطّلوع؛ لأنّ قيام الوقت جعل عذراً وقد بقيت شبهته، فصلحت لبقاء حكم العذر تحقيقاً، وإنما يلزم الوضوء بدخول وقت الظهر عنده وعند أبي يوسف؛ لأن طهارته ضرورية، ولا ضرورة في تقديمها على الوقت، لا لأنّ طهارته انتقضت عند الدخول؛ يعني: أنها لم تصح أصلاً، لا أنّها صحّت وانتقضت، لكن عدم صحّتها بالنسبة إلى الوقتية لا إلى النّوافل والقضاء، حتى يصح النوافل والقضاء عندهما بعد الدخول بالوضوء الّذي توضأ قبله، بخلاف الرواية الأولى؛ حيث لا يجوزان عندهما في تلك الرّواية؛ للانتقاض.

والمعذورُ: من لَا يمْضِي عَلَيْهِ وَقتُ صَلَاةٍ إِلَّا وَالَّذِي ابتُلِيَ بِهِ يُوجد فِيهِ.

ولما بيّن أحكام المعذور لكونه أهمّ.. شرع في بيان حدّه فقال: **(والمعذور من لا يمضي عليه وقت صلاة إلّا والعذر الذي ابتلي به يوجد فيه)**.

اعلم: أنّ للعذر أحوالاً ثلاثة: حال ثبوته، وحال بقائه، وحال زواله.

وهم اتفقوا:

- على أن استيعاب الانقطاع لتمام الوقت شرط لزواله؛ حتى لو توضأ مع السّيلان وصلّى مع الانقطاع إن عاد في الوقت الثاني.. فلا إعادة عليه لعدم الانقطاع التام، وإن لم يعد.. فعليه الإعادة لوجود الانقطاع التام على ما قدّمناه.

- وعلى أنّ وجود العذر الذي ابتلي به في جزء من الوقت ولو مرة.. كاف في بقائه بلا اشتراط الاستيعاب، حتى لو توضأ مع الانقطاع ثم سال في جزء من الوقت.. لا ينتقض وضوؤه به.

واختلفت عباراتهم في ثبوته، والذي ظهر من عامة كتب الحنفيّة: أنّ استيعاب العذر وسيلانه: لتمام الوقت شرطٌ في ثبوته ابتداء، وكون صاحبه صاحب عذر اعتباراً باستيعاب الانقطاع في زواله؛ حتى لو سال دمه في بعض وقت صلاة فتوضأ وصلّى ثم خرج الوقت وانقطع دمه في وقت صلاة فتوضأ وصلّى ثم خرج الوقت وانقطع دمه في وقت صلاة أخرى.. أعاد تلك الصّلاة؛ لعدم الاستيعاب.

وإن لم ينقطع في وقت صلاة أخرى حتى خرج.. لا يعيدها؛ لوجود الاستيعاب، ولهذا قالوا: لو سال جرحه انتظر آخر الوقت؛ فإن لم ينقطع.. توضأ وصلّى قبل خروجه؛ فإذا فعل ذلك فدخل وقت أخرى فانقطع فيه.. أعاد الأولى، وإن لم ينقطع.. فلا.

والذي ظهر من كلام «الكافي»: عدم اشتراط الاستيعاب في ثبوته؛ حيث قال: إنما يصير صاحب عذر إذا لم يجد في وقت صلاة زماناً يتوضأ ويصلّي فيه خالياً عن الحدث؛ فإن الظاهر منه [٦٧/ب] أن استمرار العذر بحيث لا ينقطع في الوقت ليس

بشرط في كونه صاحب عذر، وإنما الشرط عدم وجدانه وقتاً يسع فيه الوضوء والصّلاة.

وفي «الزَّيْلَعيّ»: الأظهر هو الأول.

وقال ابن الهمام: إنّ ما في «الكافي» يصلح تفسيراً لما في عامة الكتب؛ إذ قلّما يستمر كمال وقت بحيث لا ينقطع لحظة فيؤدّي إلى نفي تحققه إلّا في الإمكان، بخلاف جانب الصحة منه؛ فإنه بدوام انقطاعه وقتاً كاملاً، وهو مما يتحقق.

وتعريف المصنف باعتبار حال البقاء.

ثم اعلم أن الانقطاع المعتبر في زواله أعمّ ممّا كان بنفسه، أو بعمل من صاحب العذر بالربط أو الحشو.

وإنَّ منعه لازم عليه متى قدر؛ لأنه قال في «قاضي خان»: صاحب الجرح السائل إذا منع خروج الدّم بعلاج أو رباط.. لا يكون صاحب جرح سائل، والمفتصد ليس بصاحب جرح؛ لأنه متمكن من منع الدّم بعصابة أو غيرها. انتهى.

وقال في «الخلاصة»: تفسير الجرح السائل أن لا يمضي عليه وقت الصّلاة إلا والدم الذي ابتلي به يوجد فيه، ولو منع الجرح من السيلان.. خرج من أن يكون صاحب الجرح السائل. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: ومتى قدر المعذور على رد السيلان برباط أو حشو، أو كان لو جلس لا يسيل، ولو قام سال.. وجب ردّه؛ فإنه يخرج بردّه عن أن يكون صاحب عذر، بخلاف الحائض إذا منعت الدرور.. فإنها حائض، ويجب أن يصلّي جالساً بإيماء إن سال بالميلان؛ لأن ترك السّجود أهون من الصلاة مع الحدث. انتهى.

فإن الظاهر من هذه النُّقُول وجوب المنع عليه متى قدر عليه، وإنه يخرج من أن يكون صاحب عذر بعد المنع لو استمر الانقطاع لتمام الوقت، وأما إذا لم يمنع مع قدرته عليه بعد تحقق كونه صاحب عذر؛ فهل يخرج من أن يكون صاحب عذر

بمجرّد قدرته على المنع، أو لا يخرج بل يكون صاحب عذر لكنه يأثم بترك الواجب على ما هو مفهوم ما في «فتح القدير»، قلت: إنّه يخرج بمجرّد قدرته؛ لما قاله في «البزازية»: وإذا قدرت المستحاضة أو ذوا الجرح أو المفتصد على منع دم بربط، وعلى منع النشِّ بربط الخرقة.. لزم، وكان كالأصحاء، وإن لم يقدر عليه.. فهو ذو عذر بخلاف الحائض؛ حيث لا تخرج بالربط عن كونها حائضاً؛ لأن الدرور في تحقق الاسم لا يلزمه ثمة، وهنا يلزم.

ومتى تحقق أنّه ذو عذر وقدر على الربط.. لا يلزم. انتهى.

أي: لا يلزم العذر: أي: خرج من أن يكون صاحب عذر بقرينة قوله السابق: إذا قدر على المنع بربط.. لزم ذلك؛ فظهر دلالته على ما ادّعيناه قوله: ومتى تحقق... إلى آخره، وأظهر منه ما ذكره في «شرح النقاية» عن الزاهديّ: يجب منع السيلان بربط، أو حشو، أو جلوس في الصلاة، أو إيماء؛ فلو لم يعالج مع القدرة عليه وصلى مع السيلان.. لم يجز، انتهى.

وكذا المفهوم ممّا نقلناه من «قاضي خان»؛ لأن مراده بقوله: إذا منع خروج الدم.. أنه إذا قدر على المنع لا المنع بالفعل؛ بقرينة قوله: والمفتصد ليس بصاحب جرح؛ لأنه [٦٨/أ] متمكن من منع الدم، فظهر من هنا: أن من جرح محلاً من بدنه بالكيّ بلا ضرورة مجوّزة له.. لا يكون صاحب عذر؛ لأنه قادر على منعه ابتداء بتركه الكيّ وبعد ابتلائه به أيضاً بترك الحمصة الموضوعة عليه؛ لعدم الضّرورة المرخّصة.

وأمّا بعد تحقق الضّرورة بأن أخبره الطبيب الحاذق: بأن آخر الدواء لمرضه الكيّ، فابتلي به واستمر السّيلان بوضع الحمصة عليه، فهل يكون بها صاحب عذر؟

أقول: بعد تحقق الضرورة المرخصة عملاً بالخبر المأثور: «آخر الدواء الكي»، يكون هذا بمنزلة العذر السّماوي، وإن كان بصنعه؛ فيكون صاحبه صاحب عذر، ولم أر فيه صريحاً لا نفياً ولا إثباتاً في المعتبرات.. إلا ما في «الرسالة البلالية» قال فيها:

ما دامت جراحة الكيّ معصبة بالعصابة والحمصة في داخل الكليّ والورقة عليها والخرقة فوق ذلك.. لا ينقض الوضوء، ولو ظهر الدم، أو القيح، أو الصّديد فوق الورقة والخرقة.. ما لم يسل من جوانب الخرقة، أو ينفذ منها ويسيل، ومتى سال من جوانبها أو نفذ منها وسال.. انتقض وضوؤه؛ لتحقق السّيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير.

ثم لا يصير صاحبه صاحب عذر بدوام استمراره لتمام الوقت؛ لأنّه يمكنه أن لا يضع الحمصة وينضم ذلك الكي فلا يخرج منه شيء، وصاحب العذر متى قدر على منع عذره.. لزمه منعه ويصير كالأصحاء، فلا صحة لوضوئه وصلاته إلّا بالتشفّع في اعتقاد أن الخارج من غير السّبيلين لا ينقض الوضوء. انتهى.

أقول: فيه بحث؛ أمّا أولاً: فلأنّ قوله: لأنه يمكنه أن لا يضع الحمصة ممنوع؛ لأنّه إنّما وضعها بعد تحقق ضرورة حاجة الكيّ ووضع الحمصة، فكيف يمكنه عدم وضعها؟ وإنما يمكنه ذلك في الكيّ الذي فعله بدون الضرورة على ما ذكرناه، والفرض خلافه.

وأمّا ثانياً: فلأن قوله: وينضم ذلك الكيّ فلا يخرج منه شيء؛ إن أراد به أنّه ينضم ولا يخرج منه شيء عقيب ترك الحمصة.. فهو ممنوع؛ لأنه لا ينضم بعد ترك الحمصة ثلاثة أيّام فصاعداً، ويخرج منه دم وصديد، وإن أراد به أنه ينضم ولا يخرج منه شيء، ولو بعد أيّام.. فلا يفيد؛ لأنّه إنما يلزمه المنع بالربط أو الحشو فيما تحقق انقطاعه بالربط أو الحشو حين ربط واحتشى إلى تمام الوقت، حتى يخرج عن كونه صاحب عذر؛ وأمّا لو تحقق عدم انقطاعه بها حين الربط.. فلا يلزمه ذلك؛ لعدم فائدته، وفيما نحن فيه: عدم الضم بعد ترك الحمصة متحقق، فلا يفيد تركها.

وأمّا انضمامه بعد أيام.. فلا يعتبر، وإنّما المعتبر وقت المعالجة بترك الحمصة أو وضع الحشو إلى تمام الوقت.

فإذا ثبت أن صاحب الكي صاحب عذر.. فلا وجه للتشفّع في وضوئه وصحة

صلاته، ثم هل يجب غسل الثوب من النجاسة التي ابتلي بها؟ قيل: لا؛ إلحاقاً لها بالقليل للضّرورة، وقيل: إذا أصابه خارج الصّلاة.. يغسله؛ لأنه قادر على أن يشرع بثوب طاهر، وفي الصلاة يمكنه التحرز [٦٨/ب] عنه.

وفي «المجتبى»: قال القاضي: لو غسلت المستحاضة ثوبها وهو بحال يبقى طاهراً إلى أن تفرغ لا إلى أن يخرج الوقت.. فعندنا: تصلي بدون غسل، وعند الشافعي: لا؛ لأن الطهارة عندنا مقدرة بخروج الوقت، وعنده بالفراغ.

وفي «النوازل»: وإذا كان به جرح سائل وشدّ عليه خرقة فأصابه الدم أكثر من قدر الدّرهم، أو أصاب ثوبه فصّلى ولم يغسله؛ إن كان لو غسله تنجس ثانياً قبل الفراغ من الصّلاة.. جاز أن لا يغسله، وإلا.. فلا، وهو المختار، كذا في «فتح القدير».

وقال محمد بن مقاتل: يغسل ثوبه في وقت كل صلاة مرة؛ كالوضوء.

* * *

(بَابُ الأَنْجَاس)

يطهرُ بدنُ الْمُصَلِّي وثوبُهُ من النَّجَسِ الْحَقِيقِيِّ.. بِالْمَاءِ، وَبِكُلِّ مَائِعٍ طَاهِرٍ

(بَابُ الأَنْجَاس)

أي: باب بيان ما يطهر به محلّ الأنجاس.

(**يطهر بدن المصلّي وثوبه من النجس الحقيقي بالماء**) المطلق وكذا الحال في غير المصلّي، وإنما خصّه بالذكر للاهتمام، وإلّا.. فالمقصود من هذا الباب: بيان ما يزيل النجس، وبيان حال المصلّي سيأتي في شروط الصّلاة.

ثم التطهير من النجس واجب؛ لكنه مقيّد بالإمكان، وبما إذا لم يستلزم ارتكاب ما هو أشد، حتى لو لم يتمكن من إزالتها إلّا بإبداء عورته للناس.. يصلي معها؛ لأن كشف العورة أشدّ، فلو أبداها لإزالة النجاس.. فسق، إذ من ابتلي بين بليّتين فعليه أن يرتكب أهونهما، أمّا من به نجاسة وهو محدث إذا وجد ماء يكفي أحدهما فقط.. إنما وجب صرفه إلى النجاسة لا الحدث ليتيمّم بعده، فيكون محصّلاً للطّهارتين؛ لا لأنها أغلظ من الحدث، ولا أنه صرف إلى الأحق، حتى يرد إشكالاً على القاعدة المذكورة، كما قاله حمّاد، حتّى أوجب صرفه إلى الحدث.

وأمّا إذا لم يتمكن من الإزالة؛ لخفاء خصوص المحل المصاب مع العلم بتنجس الثوب؟ قيل: الواجب غسل طرف منه، فإن غسله بتحرّ أو بلا تحرّ طهر، وقيل: يغسل كله على ما سيأتي في آخر الباب.

(**وبكلّ مائع طاهر**) احترز به عما قيل: إنّ الطهارة ليست بشرط في التطهير، حتى لو غسل الثوب المتنجس بالدم ببول ما يؤكل لحمه زالت نجاسة الدم وبقيت نجاسة البول، فلا يمنع ما لم يفحش، **والصّحيح**: اشتراطها على ما اختاره الإمام السرخسي، وحسّنه ابن الهمام: بأنّ سقوط التنجس حال كون المستعمل في المحل لضرورة التطهير، وليس البول مطهّراً للتضاد بين الوصفين، فيتنجس بنجاسة الدّم، فما ازداد الثوب بهذا إلا شراً، إذ يصير جميع المكان المصاب بالبول متنجساً

مُزِيلٍ؛ كالخلِّ وَمَاءِ الْوَرْدِ، لَا الدُّهنِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ لَا يطهرُ إِلَّا بِالْمَاءِ.

بنجاسة الدّم، وإن لم يبق عين الدّم.

أقول: يمكن أن يكون النزاع لفظياً بأن يقال: إنّ مراد من قال: يحصل التّطهير ببول ما يؤكل.. أن النجاسة الغليظة قد تزول عينها عن المحلّ، لا أن المحلّ يطهر، ويؤيده ما في «الزَّيْلَعيّ» عن أبي يوسف: لو غسل الدّم بدهن أو سمن أو زيت حتى ذهب أثره.. جاز.

(**مزيل**) أي من شأنه الإزالة؛ لأنّه بهذه الصفة يزيل شيئاً من النجاسة في كلّ مرة، حتّى يتغيّر لونه فينهي أجزاء النجاسة لكونها مركبة من أجزاء لا تتجزأ، فإذا انتهت أجزاؤها.. بقي المحل طاهراً؛ [٦٩/أ] لعدم المجاوزة، بخلاف ما لم يكن مزيلاً. (**كالخلّ وماء الورد**)، وكذا الريق، حتى لو أصابته نجاسة فلحسها بلسانه حتّى ذهب أثرها.. طهر.

وكذا إذا أصابت السّيف فلحسها، وكذا الصّبي إذا قاء على ثدي أمّه ثم مصّ مراراً.. طهر.

وكذا لو شرب خمراً ثم تردّد ريقه في فيه مراراً طهر، على ما في «المحيط».

(**لا الدّهن**) وكذا اللبن والدبس ونحوهما على ما في «العناية» و«الزَّيْلَعيّ»، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمّد**) وزفر والشافعي: (**لا يطهر إلّا بالماء**) في البدن وغيره، وهو رواية عن أبي يوسف في البدن؛ بناء على أنّ حرارة البدن جاذبة والماءَ أدخلُ فيه من سائر المائعات، فيتعين هو.

ولمحمّد: ما رواه البخاري: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: إحدانا يصيب ثوبها من دم الحيض، كيف تصنع به؟ قال: «تحتّه ثم تقرصه بالماء»؛ ولأنّ المائع يتنجّس بأوّل الملاقاة؛ لخروج بعض أجزاء النجاسة فيه، ولا يخرج مع العصر، والنّجس لا يفيد الطهارة.

وهذا هو القياس في الماء أيضاً؛ إلّا أنّه ترك فيه للنص وللضرورة؛ ولأنه ينعصر بالعصر فيخرج أجزاء النجس معه، بخلاف سائر المائعات؛ إذ لا نص فيها ولا ضرورة، ولا الخروج مع العصر حتى يلحق بالماء.. فيبقى على العدم الأصلي، ولهما ما رواه البخاري: عن عائشة رضي الله عنها قالت: ما كان لإحدانا إلّا ثوب واحد تحيض فيه؛ فإذا أصاب به شيء من دم الحيض.. قالت بريقها فمصعته بظفرها؛ ولأنّ هذه المائعات قالعة لعين النجاسة؛ لأنها مزيلة شيئاً من النجاسة في كل مرة.

والنجاسة متناهية لتركها من أجزاء لا تتجزأ؛ فإذا انتهت أجزاؤها بالإزالة والقلع يبقى المحل طاهراً على ما ذكرناه.

وطهورية الماء لعلة القلع والإزالة، فتعتبر بالماء، وما رواه محمّد خارج مخرج الغالب فلا يكون حجة، على أن حجّيته على طريقة مفهوم الخلاف، فلا يعتبر عندنا.

واعلم أنّ القياس المذكور تركه محمّد لما ذكرناه.

وسواء كان الماء وارداً على الثوب النجس، أو كان الثوب النجس وارداً على الماء.

وأما زفر والشافعي.. فقد تركاه في الماء الوارد على الثوب النجس دون العكس؛ لأنّ الماء المورود نجس عندهما، ولما ترك هذا القياس عندهما في الماء الوارد وبقي طاهراً حال كونه في الثوب.. بقي كذلك عندهما بعد انفصاله بالعصر أيضاً، ما لم يظهر في المنفصل أثر النجاسة من لونها وريحها؛ لأنّه كان محكوماً عليه بطهارته حال مخالطته في الثوب، ولم يوجد بعده إلّا الانفصال، وليس ذلك بمنجس، بخلاف ما إذا تأثر؛ لأنّ بقاء الأثر مخالطة بعد الانفصال فيتنجس.

وعند محمد وصاحبيه: الماء طاهر في المحلّ، نجس إذ انفصل؛ لأنّ الحكم بالطّهارة مع مخالطة النجس إنما هو لضرورة تحصيل الطّهارة؛ فإذا زالت بالانفصال.. ظهر أثر المخالطة؛ لأنّ ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، ولا أثر

للوارد على النجس؛ لأنّه ليس جارياً حقيقة، ألا يرى أنه لو وضع الثوب النجس في الإجانة ثم أورد عليها الماء.. تحصّل فيها مخالطاً للنجاسة، وهذا هو الموجب لثبوت قياس النجاسة، وهو بعينه في الماء المورود أيضاً، فاتحد القياس فيهما ثم ترك للضرورة [٦٩/ب].

وهذا في الماء الأوّل والثّاني، وأمّا الثّالث: فهو طاهر عند أبي يوسف ومحمّد بعد الانفصال أيضاً؛ لأنّه كان طاهراً وانفصل عن محلّ طاهر، وعند أبي حنيفة: نجس؛ لأنّ طهارته في المحلّ لضرورة تطهيره وقد زالت، وإنما حكم شرعاً بطهارة المحلّ عند انفصاله بدلالة الحديث: «حتى يغسلها ثلاثاً»، ولا ضرورة في اعتبار الماء المنفصل طاهراً مع مخالطة النجس، فيكون نجساً، بخلاف الماء الرابع؛ فإنه لم يخالط ما هو محكوم شرعاً بنجاسته في المحلّ فيكون طاهراً.

ومما يتفرع على قول الإمامين: ما ذكره في «التجنيس»: غسل ثوباً ثم قطر منه على شيء إن عصره في الثالثة حتى صار بحال لو عصره لا يسيل منه شيء.. فاليد طاهرة والبلل طاهر، وإن كان بحال يسيل.. فنجسة. انتهى.

وهذا لأنّ بلّة اليد بعض الماء الثالث مع أنّها طاهرة فيلزمه طهارة الثالث. ثم القياس المذكور بما سقط في الماء لم يفرق محمّد بين تطهير الثوب النجس في الإجانة، والعضو النجس، بأن يغسل كلّا منهما في ثلاث إجّانات طاهرات، أو ثلاثاً في إجانة بمياه طاهرة؛ فيخرج من الثالث طاهراً، وقال أبو يوسف بذلك في الثوب فقط.

أما العضو المتنجس إذا غمس في إجانات طاهرات.. نجس الجميع، ولا يطهر بحال، بل بأن يُغسل في ماء جار أو يصبّ عليه الماء؛ لأنّ القياس يأبى حصول الطّهارة لهما بالغسل في الأواني، فسقط في الثياب للضرورة، وبقي في العضو لعدمها.

وهذا يقتضي أنه لو كان المتنجس من الثوب موضعاً صغيراً قدر درهم ولم

وَالْخُفُّ إِنْ تنجَّسَ بِنَجِسٍ لَهُ جِرمٌ.. بالدلكِ المبالغِ إِن جفَّ، خلافاً لمُحَمدٍ.

يصب الماء عليه وإنما غسله في الإناء؛ فإنه لا يطهر عند أبي يوسف؛ لعدم الضرورة ليتيسر الصبّ، كذا في «البحر».

ثم تنجس الماء وغيره من المائعات مفيد بما إذا كان بحيث يخرج بعض أجزاء النجاسة في الماء، ألا ترى إلى ما ذكر في «الخلاصة» وغيرها: من أنّه لو مشى ورجله مبتلة على أرض أو لبد نجس جاف.. لا يتنجس، ولو كان على القلب، وظهرت الرطوبة في رجله.. تنجس.

والمراد بالرّطوبة: البلل لا النداوة، لما ذكر في «الخلاصة»: إذا لف الثوب النجس الرطب في الثوب الطاهر الجاف فظهرت فيه ندوة، ولم يصر بحيث يقطر منه شيء إذا عصر.. اختلف المشايخ فيه، والأصحّ: أنه لا يتنجّس.

وكذا لو بسط على النجس الرطب فتندّى، وليس بحيث يقطر منه شيء إذا عصر.. الأصح فيه: أنّه لا يتنجس، ذكره الحلواني، وتعقبه في «فتح القدير» بقوله: ولا يخفى عليك أنّه قد يحصل بليّ الثوب وعصره، نبع رؤوس صغار ليس لها قوة السّيلان، ليتصل بعضها ببعض فيقطر، بل تقرُّ في مواضع نبعها، ثم ترجع إذا حل الثوب.

ويبعد في مثله الحكم بطهارة الثوب مع وجود حقيقة المخالط، فالأولى: إناطة عدم النجاسة بعدم نبع شيء عند العصر؛ ليكون مجرّد ندوة لا بعدم التقاطر. انتهى.

• **(والخف)** ونحوه كالفرو **(إن تنجس بنجس له جرم.. يطهر بالدلك المبالغ إن جف)** النجس، **(خلافاً لمحمّد)**؛ فإنّه لا يجوز التطهير بغير الماء.. إلّا في المنيّ بالفرك لما ذكر، وروي رجوعه عنه.

وأمّا ما روي عنه في المسافر: إذا أصاب يده [٧٠/أ] نجاسة يمسحها بالتّراب.. فمحمول على تقليل النجاسة لا على تطهيرها، وإلّا فهو مشكل على قول الكلّ؛ لأن محمّداً لم ير التطهير بغير الماء، وأبا حنيفة وأبا يوسف إنما جوّزا التطهير بالدلك

وَكَذَا إِن لم يجِفَّ عِنْد أَبي يُوسُفَ، وَبِهِ يُفْتى.

وَإِن تنجَّسَ بمائعٍ فَلَا بدَّ منَ الْغسْلِ.

والمسح على الأرض في الخُفّ ونحوه، لا في البدن والثوب.

(وكذا) أي يطهر **(إن لم يجف عند أبي يوسف، وبه يفتى)** على ما في «المحيط» و«الخلاصة» لإطلاق ما روى أبو داود من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «إذا جاء أحدكم إلى المسجد.. فلينظر؛ فإن رأى في نعليه أذى أو قذراً فليمسحه وليصل فيهما»، وعن أبي هريرة رضي الله عنه: «طهور النّعلين التراب».

ثم لا فرق بين كون الجرم من نفس النجاسة أو من غيرها، بأن ابتل الخُفّ بخمر أو بول، فمشى به على رمل أو رماد فاستجسد فمسحه بالأرض حتى تناثر، طهر.

روي ذلك عن أبي حنيفة وأبي يوسف على ما في «فتح القدير»، وصحّحه الإمام السّرخسي.

(وإن تنجسّ) الخُفّ ونحوه **(بمائع فلا بدّ من الغسل)** بالاتفاق، والأصل ههنا أنّ المتنجّس من البدن والثوب لا يطهر إلّا بالغسل، وأمّا الخُفّ ونحوه؛ فإن كان ما أصاب به من النجاسة ذي جرم كالرّوث والعذرة والدّم أو المستجسد على ما ذكرناه.. يطهر بالحكّ والدّلك بالأرض إن كانت يابسة لما رويناه، ولأنّ النّجاسة ثخنة، والجلد له صلابة، فلا ينتشر بها إلا قليلاً، وذلك عفو.

وقال محمّد: لا يطهر إلّا بالغسل بالماء، والحجة عليه ما رويناه وذكرناه، وروي أنّه رجع بالرأي إلى قولهما.

وإن كانت رطبة.. لا يطهر إلا بالغسل بالماء، وعند أبي يوسف: يطهر بالدّلك بالتراب لما ذكرناه.

وإن لم يكن ذي جرم فلا بدّ من الغسل رطباً كان أو يابساً.

والمنيُّ نجسٌ ويطهرُ إن يبسَ بالفركِ،........................

ولو أصاب الخُفّ الماء بعد الجفاف يعود نجساً في رواية عن أبي حنيفة.

• **(والمنيّ)** من الرجل والمرأة **(نجس)** لما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: كنت أفركه من ثوب رسول الله ﷺ، وكان ﷺ يغسل المنيّ من ثوبه ثم يخرج إلى الصّلاة.

وقال الشافعي: إنّه طاهر، لما رويناه من حديث الفرك؛ لأنّه لو كان نجساً.. لا يكفيه الفرك.

قلنا: إنّه محمول على اليابس، وحديث الغسل: على الرطب؛ جمعاً بين الدّليلين، وفعله ﷺ وإن لم يفد الوجوب.. إلّا أنّا حملناه عليه لما أخرجه الدارقطني عن عمّار بن ياسر رضي الله عنهما أنّه ﷺ قال له: «يا عمّار إنّما يغسل الثوب من خمس: من الغائط، والبول، والقيء، والدم، والمنّي».

وقيل: الخلاف في منيّ الرجل، وأمّا منيّ المرأة.. فنجسة بالاتفاق، وإنّما يطهر الآدمي بالاستحالة.

(ويطهر) المنيّ في الثوب والبدن **(إن يبس.. بالفرك)** لما رويناه، وهذا إذا لم يسبقه بول أو مذيّ، فإن سبقه.. لا يطهر: إلّا بالغسل، وعن هذا قال شمس الأئمة: مسألة المنيّ مشكلة؛ لأنّ كلّ فحل يمذي ثم يمني، والمذي لا يطهر بالفرك فكيف يطهر المني به؟. إلّا أن يقال: إنّه مغلوب بالمنيّ مستهلك فيه فيجعل تبعاً. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: وهذا ظاهر، فإنّه إذا كان الواقع أنّه لا يمني حتى يمذي وقد طهّره الشرع بالفرك يابساً.. يلزم أنّه اعتبر هذا الاعتبار، أعني: كونه مستهلكاً للضرورة، بخلاف ما إذا بال ولم يستنج [٧٠/ب] بالماء حتى أمنى.. فإنه لا يطهر حينئذ إلّا بالغسل؛ لعدم الملجئ كما قالوا.

وقيل: لو بال ولم ينتشر البول على رأس الذكر بأن لم يجاوز الثقب فأمنى.. لا يحكم بتنجس المنّي، وكذا إن جاوز لكن خرج المني دفقاً من غير أن ينتشر على رأس الذكر؛ لأنّه لم يوجد سوى مروره على البول في مجراه، أعني: داخل الذكر،

وَإِلَّا.. يُغسَلُ.

وَالسيفُ وَنَحْوُهُ بِالْمَسْحِ مُطلقاً.

وَالْأَرْضُ بالجفافِ........................

ولا أثر لذلك في الباطن، ولو كان للموضع المصاب بطانة نفذ إليها.. اختلف فيه، قال التمرتاشي: والصحيح أنّه يطهر بالفرك؛ لأنّه من أجزاء المني.

وعن الحسن: عن أبي حنيفة: أنّ المني لا يطهر بالفرك في البدن؛ لأنّ حرارة البدن تجذب رطوبته بخلاف الثوب.

قلنا: إنَّ تشرب البدن أقل منه في الثوب، والبلوى فيه أكثر منه، فالنص في الثوب نص في البدن بطريق الدلالة، ثم الثّوب أعمّ من الغسيل والجديد، وقيل: المراد: الغسيل والجديد لا يطهر إلّا بالغسل.

(وإلّا.. يُغْسَل) بطاهر.

• **(والسيف ونحوه)** أي في الصقالة وعدم المسام؛ حديداً كان أو لا كالمرآة والظفر والزجاجة والخشب الخراطي والبوريـاء القصب والأنبوس وصفائح الذهب والفضة إذا لم تكن منقوشة.. فإن كلّها يطهر **(بالمسح)**؛ لما صحّ أنّ الصّحابة كانوا يقتلون الكفّار بسيوفهم ثم يمسحون ويصلون معها.

(مطلقاً) أي: رطبة أو يابسة، لها جرم أو لا على ما في «المحيط» عن «مختصر الكرخي».

وفي «الأصل»: أنّ البول والدم لا يطهر إلّا بالغسل، والعذرة الرطبة كذلك، واليابسة تطهر بالحت عندهما، خلافاً لمحمد، والفتوى على ما في «المختصر» لما رويناه.

ثم قيل: يطهر حقيقة؛ حتى لو قطع به بطيخ أو لحم.. يحلّ أكله، وقيل: لا، بل تقلّ نجاسته، والمختار هو الأول على ما في «المحيط».

• **(و)** تطهر **(الأرض بالجفاف)** بالشمس أو النار أو الريح.

وَذَهَابِ الْأَثَرِ لِلصَّلَاةِ لَا لِلتَّيَمُّمِ،..........

(**وذهاب الأثر**) من اللّون والريح؛ لما روي أنّه ﷺ قال: «زكاة الأرض يبسها» أخرجه ابن أبي شيبة عن أبي قلابة؛ ولأنّ من طبع الأرض أن تحيل الأشياء إلى طبعها، فيطهر بالاستحالة؛ كالخمر إذا تخلّلت.

(**للصّلاة لا للتيمم**)؛ لأنّ طهارة الصّعيد تثبت شرطاً في التيمم، بعبارة قوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾، فلا تتأدى بما تثبت طهارته بخبر الواحد؛ لأنه لا يفيد القطع، فلا تكون الطهارة بالجفاف قطعيّة، فإن قيل: طهارة المكان ثبتت بدلالة قوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾، والثابت بالدّلالة قطعيّ الثبوت؛ كالثابت بالعبارة، فوجب أن لا تجوز الصلاة عليها كما لا يجوز التيمم بها.. أجيب: بأنّ قوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾ خصّ منه حالة غير الصّلاة والنجاسة القليلة؛ فيجوز تخصيصه بعده بخبر الواحد أيضاً، وقد يقال: يحتمل أن يراد به تطهير النفس عن الأخلاق الردية على ما ذهب إليه بعض أهل التفسير؛ فيكون ظني الدّلالة على طهارة المكان، فتتأدى بما ثبت طهارته بخبر الواحد، وفيه بحث.

أمّا أوّلاً: فلأنّ ما في «الكافي» من أن قوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾ لا عموم له في الأحوال؛ لأنّها غير داخلة تحته، وإنما ثبت ضرورة، والتخصيص يستدعي سبق التعميم.

وأمّا ثانياً: فلأن الطيب في قوله تعالى: ﴿صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ يحتمل الطّاهر والمُنبت، وعلى الثاني حمله الشافعي وأبو يوسف، [٧١/أ] فيكون ظني الدّلالة على الطهارة كما في قوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾.. فالأولى في الجواب أن يقال: إنّ الصعيد علم قبل التنجس طاهراً أو طهوراً، بالتنجس.. علم زوال الوصفين، ثم ثبت بالجفاف شرعاً، أحدهما - أعني: الطّهارة - فبقي الآخر على ما علم من زواله، وإذا لم يكن طهوراً.. لا يتيمم به.

وفي «الفتاوى»: إذا احترقت الأرض بالنّار فتيمّم بذلك التراب.. قيل: يجوز، وقيل: لا، والأصح: الجواز.

وَكَذَا الْآجرُّ المفروشُ والخُصُّ الْمَنْصُوبُ وَالشَّجرُ والكلأُ غيرُ الْمَقْطُوعِ. هُوَ الْمُخْتَار.

قال في «فتح القدير»: إذا قصد تطهير الأرض صبّ عليها الماء ثلاثاً وجففت في كلّ مرّة بخرقة طاهرة، وكذا لو صبّ عليها ماء بكثرة. ولم يظهر لون النجاسة ولا ريحها.. فإنّها تطهر ولو كبسها بتراب ألقاه عليها، إن لم توجد رائحة النجاسة.. جازت الصّلاة على ذلك التراب؛ وإلّا.. فلا.

(**وكذا الآجر المفروش**)، وكذا اللبن المفروش.

وأمّا لو كانا موضوعين على الأرض ينقلان.. فإنهما حينئذ لا يطهران بالجفاف؛ لأنهما ليسا بأرض على ما في «البحر».

وقال في «النهاية»: إن كانت الآجر مفروشة في الأرض.. فحكمها حكم الأرض، وإن كانت موضوعة عليها تنتقل وتحول؛ فإن كانت النجاسة على الجانب الذي يلي الأرض.. جازت الصلاة عليها وإن كانت على الجانب الذي قام عليه المصّلي.. لا تجوز صلاته.

وإذا رفع الآجر أو اللّبن عن الفرش هل يعود نجساً؟ فيه روايتان، والمختار: عدم العود على ما في «الخلاصة»، واختاره الإسبيجابي.

(**والخص**) بضم الخاء المعجمة والصّاد المهملة، بيت من القصب، وقيل: السترة التي تكون على السطوح من القصب (**المنصوب**) على الأرض، أو على السطوح (**والشجر والكلأ**) بالهمزة والقصر مثل سَبَب وحَمَل على ما في «القاموس» و«المصباح» (**غير المقطوع، هو المختار**) أي: حكمهما حكم الأرض فتطهر بالجفاف على المختار على ما في «الخلاصة».

وأما الحجر فقيل: إنّه لا يطهر بالجفاف، وقيل: إن كان الحجر أملس.. فلا بدّ من الغسل، وإن كانت تشرب النجاسة كحجر الرحى.. فهو كالأرض، والحصا بمنزلة الأرض، كذا في «البحر».

والمنفصلُ والمقطوعُ لَا بدَّ مِن غسلِهِ.

• (**والمنفصل**) من الأرض من الآجر، أي: الموضوع على الأرض غير داخل فيها (**والمقطوع**) من الشجر والكلأ (.. **لا بد من غسله**)؛ لأنّه حينئذ خرج من حكم الأرض.

واعلم أنّ ما حكم بطهارته بغير المائعات من الدلك والمسح والحك والحت والجفاف، إذا أصابه ماء هل يعود نجساً؟ فذكروا فيها روايتين عن أبي حنيفة، قال في «فتح القدير»: إن الأرض إذا طهرت بالجفاف، والخف بالدلك، والثوب بفرك المني، والسكين بالمسح، والبئر إذا غاب ماؤها بعد تنجسها قبل النزح، وجلد الميتة إذا دبغ تشميساً أو تتريباً، ثم أصابها الماء.. هل تنجس إذا ابتلت بعد ذلك؟ فيه روايتان عن أبي حنيفة.

والآجرة المفروشة إذا تنجست فجفت، ثم قلعت.. هل تعود نجسة؟ فيه الروايتان.

ومن المشايخ من يقتصر في بعضها على حكاية الخلاف، والأولى طرد الروايتين في الكلّ؛ لأنها نظائر.

وقد قال: تصير في البئر بالطهارة، وهو رواية «الأصل» على ما في «الخلاصة» [٧١/ب].

وقال محمد بن سلمة بالنجاسة، وهو رواية عن محمّد على ما في «الينابيع».

واختار صاحب «التجنيس» و«المحيط» في السكين الطهارة، فلو قطع به البطيخ أو اللحم.. يؤكل.

واختار القدوري [عكسه]، فلا يؤكل البطيخ المقطوع به.

واختار «قاضي خان» في فرك المني النجاسة، وصاحب «التجنيس» و«الخلاصة» الطّهارة.

وأمّا جفاف الخُفّ.. فقد قال في «الخلاصة»: هو كالمني في الثوب؛ يعني:

وطهارةُ المرئيّ بِزَوَالِ عينِهِ،..

المختار عدم العود نجساً، وفي «السّراج الوهاج»: الصّحيح أنه يعود نجساً.

وأمّا جفاف الأرض.. ففي «قاضي خان»: الصحيح تعود نجسةً، وفي «المجتبى»: الصحيح عدم عودها نجسةً.

وأمّا جلد الميتة إذا دبغ.. فمقتضى عامّة المتون والشروح والفتاوى: الطّهارة؛ فإنهم قالوا: «كلّ إهاب دبغ.. فقد طهر» إنّ مقتضاه عدم عودها نجسة، لكن قال الزَّيْلَعيّ: إذا فرك.. يحكم بطهارته عندهما، وفي أظهر الروايتين عن أبي حنيفة: تقلّ النجاسة ولا تطهر، حتى لو أصابه ماء.. عاد نجساً عنده، لا عندهما، ولها أخوات؛ فمن ذلك: الخُفّ وجفاف الأرض والدباغة ومسألة البئر، قال: فكلّها على الروايتين.

وظاهره: كون الظّاهر النجاسة في الكلّ.. والأولى اعتبار الطّهارة في الكل، كما اختاره شارح «المجمع» في الأرض، وهي أبعد الكلّ؛ إذ لا صنع فيها أصلاً ليكون تطهيراً، وهذا لأنّه محكوم بطهارته شرعاً بالجفاف ونحوه.

وملاقاة الماء الطّاهر بالطّاهر لا يوجب التنجيس، بخلاف المستنجي ونحوه لو دخل في الماء القليل.. فإنه ينجسه على ما قالوا؛ لأنّ غير المائع لم يعتبر مطهّراً في البدن.. إلا في المني، على رواية.

وجواز الاستنجاء بغير المائع.. لسقط ذلك المقدار عفو؛ إلا لطهارة المحلّ، فعنه أخذوا كون قدر الدرهم في النجاسات عفواً.

• (**وطهارة المرئي**) أي ما له جرم (**بزوال عينه**)؛ لأنّ تنجس المحل باعتبار العين؛ فيزول بزوالها ولو في مرّة بلا شرط العدد.

وعن محمّد: يطهر بمرة إذا عصر.

وقيل: يغسل بعد زوال العين ثلاثاً كما في غير المرئية، وقيل: مرتين، وزوال العين أعمّ من أن يكون بالغسل أو الفرك والدلك أو الحك.

ويُعفَى أثرٌ شقَّ زَوَالُهُ.

وَغيرُ المرئيِّ بِالْغَسْلِ ثَلَاثاً أو سبعاً وَالْعصرِ كلَّ مرّةٍ إن أمكنَ عصرُهُ.

(**ويعفى عن أثر**) أي: رائحة؛ لأنّ الطعم يزول بزوال العين ألبتة، ولا نجاسة باللون؛ لأنّ شيخ الإسلام قال في «المبسوط»: إنّما كانت بالنّتن والعين، لا اللّون.

(**يشق زواله**) بأن احتاج إلى الصّابون ونحوه من غير الماء؛ لأن الحرج مدفوع، وقد قال ﷺ لخولة حين قالت له: فإن لم يخرج الدم يا رسول الله؟ قال: «يكفيك الماء»، ولهذا قالوا: لو صبغ ثوبه أو بدنه بصبغ أو حناء نجس.. فغسل إلى أن صفا الماء.. يطهر مع بقاء اللّون.

• (و) طهارة (**غير المرئي**) كالبول ونحوه (**بالغسل ثلاثاً**)؛ لأنّ الرّطوبات النجسة المتشرّبة لا تزول بمرة غالباً وتزول بمرات، فقدّرنا بالثلاث على ما ورد في حديث المستيقظ مع توهم النجاسة فيه، ثم تقدير الثلاث مختار مشايخ بخارى، ومختار أهل العراق - وهو ظاهر الرواية -: غلبة الظّن كاف، لكن الغالب أنّ غلبة الظن يحصل عند الثلاث؛ فاعتبر بذلك، لا لكونه شرطاً لازماً، فيكون المدار [٧٢/أ] غلبة الظن بالاتفاق.

(**أو سبعاً**) وعن أبي يوسف يطهر بمرّة سابعة.

(**والعصر**) عطف على الغسل (**كلّ مرة؛ إن أمكن عصره**) في ظاهر الرواية؛ لأنّ العصر: هو المستخرج، وعن محمّد: عصره في الثالثة فقط، وعن الحلواني: أنّ النجاسة إذا كانت دماً أو بولاً أو ماء نجساً وصب عليه الماء.. كفاه بلا عصر، كما روي عن أبي يوسف في الإزار في الحمام إذا صب عليه ماء.. يطهر بلا عصر، لكن هذا لضرورة ستر العورة.. فلا يلحق به غيره، وتترك الرواية الظاهرة فيه.

وعلى تقدير اشتراط العصر: ينبغي أن يبالغ بقوة العاصر في الثالثة، بحيث لم يتقاطر منه؛ وإلّا.. لا يطهر على ما في «المحيط»، هذا في الغسل في الإجانة؛ سواء كان الماء وارداً على النجس، أو بالعكس، وقد مر تفصيله عقيب الباب.

وَإِلَّا.. فيطهرُ بالتَّجفيفِ كلَّ مرّةٍ حَتَّى يَنْقَطِعَ التَّقاطُرُ. وَقَالَ: مُحَمَّدٌ بِعَدَمِ طَهَارَةِ غيرِ المُنعَصرِ أبداً.

ويَطهرُ بِسَاطٌ تنجَّس بجْرِي المَاءِ عَلَيْهِ يَوْماً وَلَيْلَةً.

وَنَحْوُ الروثِ والعَذِرَةِ بالحرقِ حَتَّى يصيرَ رَمَاداً عِنْد مُحَمَّدٍ. هُوَ الْمُخْتَارُ،

وأمّا إذا غسل في الماء الجاري.. فلا يشترط فيه العصر بالاتفاق؛ لزوال أجزاء النجاسة بالجريان.

• (**وإلّا**) أي: وإن لم يمكن عصره كالحنطة واللحم والخف والخزف والحصير والآجر (.. **فبالتجفيف كلّ مرة، حتى ينقطع التقاطر**)، هذا إشارة إلى حدّ التّجفيف.

وفي «الخلاصة»: حد التجفيف أن لا يبقى فيه الندوة.

وفي الكوز: إذا كان فيه خمر.. فتطهيره أن يجعل فيه الماء ثلاثاً، كل مرة سابغة إن كان الكوز جديداً عند أبي يوسف، وعند محمّد: لا يطهر أبداً.

وفي «البزازية»: جعل الخمر في كوز جديد، يجعل فيه الماء ثلاث مرات، ويترك في كل ساعة.. يطهر، وعند محمّد: لا يطهر أبداً.

وقال في «قاضي خان»: إنّ الخمر إذا غسل ثلاثاً، وكان عتيقاً مستعملاً.. يطهر، وكذا لو صبّ فيه الخلّ.. يصير طاهراً انتهى.

(**وقال محمّد بعدم طهارة غير العصير أبداً**)؛ بناء على أن النجاسة لا تزول بدون العصر عنده، قلنا: التجفيف فيما لا ينعصر قائم مقام العصر استحساناً للضرورة.

• (**ويطهر بساط تنجس بجري الماء عليه يوماً وليلة**)، وقيل: إنَّه إذا جرى الماء عليه إلى أن يتوهم زوال النجاسة.. يطهر، واختاره الإمام السّرخسي؛ لأنّ الجري فيه قائم مقام العصر فلا يتقدر باليوم.

• (و) طهارة (**نحو الروث والعذرة بالحرق حتى يصير رماداً عند محمد، وهو المختار**،) وأبو حنيفة في رواية؛ لأنّه استحالة بطبعه وصورته، والنجاسة إنما كانت بالنتن والعين على ما ذكرناه.. فتطهر بالاستحالة؛ كخمر تخلّل، وبئر بالوعة صار

خلافاً لأبي يُوسُفَ.

وَكَذَا يطهر حمَارٌ وَقع فِي المملحةِ فَصَارَ مِلحاً.

طيناً، ودهن نجس صار صابوناً، وميتة وقعت في المملحة وصارت ملحاً، وفأرة وقعت في عصير ورميت ثم صار خمراً ثم خلّاً، وطين نجس أخذ منه كوز أو قدر وجعل في نار.. فإنّ كلها طاهرات بالاستحالة، (**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأنّ الرّماد أجزاء ذلك النجس فتبقى النجاسة من وجه.

قلنا: الطهارة كما تكون بالغسل والمسح والدّلك والجفاف والفرك والدباغ والحت والزكاة والنزح والجري، كذلك تكون بالاستحالة بالإحراق أو بالغليان؛ لأنّ الحكم يتعلق بالعين المخصوص وقد انقلبت.

• (**وكذا يطهر**) عند محمّد (**حمار**) أو خنزير أو ميتة (**وقع في المملحة** [٧٢/ب] **فصار ملحاً**)؛ لانقلاب العين.

وفي «الظهيريّة»: لو صبّ الخمر في قدر فيها لحم، إن كان قبل الغليان.. يطهر اللّحم بالغسل ثلاثاً، وإن كان بعد الغليان.. لا يطهر، وقيل: يغلى ثلاثاً بماء طاهر ويجفّف في كلّ مرة بالتبريد.

وفي «قاضي خان»: الخل النجس إذا صب في خمر فصار خلّاً.. يكون نجساً؛ لأنّ النجس لم يتغير دون العصير إذا غلى واشتد وقذف بالزبد وسكن عن الغليان وانتقص، ثم صار خلّاً، إن ترك الخلّ فيه حتى طال مكثه وارتفع بخار الخلّ إلى رأس الدن.. يصير طاهراً في قول من يقول بتطهير النجاسة بما سوى الماء من المائعات.

كذا الثوب الذي أصابه الخمر، إذا غسل بالخلّ.

وإلى هنا.. علم أنّ التطهير يكون بأحد عشر على ما ذكرناه آنفاً.

[المعفوّات من النجاسة]:

وعُفيَ قدرُ الدِّرْهَمِ...

[المعفوات من النجاسات]:

- (**وعفي قدر الدّرهم**) وقال الشافعي وزفر: لا عفو؛ لأنّ قليل النجاسة ككثيره؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾.

قلنا: إنّ ما لا يدركه طرف العين كوقع الذباب مخصوص منه بالاتفاق؛ لضرورة عدم إمكان التحرز عنه، وكذا موضع الاستنجاء مخصوص بالإجماع، فيجوز تخصيصه بعده بقدر الدرهم أيضاً بنص الاستنجاء بالحجر، أو بدلالة الإجماع؛ لأنّ موضعه قدر الدّرهم، ولم يكن الحجر مطهّراً له، بل مقلّل للنجاسة.. حتى لو دخل في قليل ماء ينجّسه، فإذا خصّ منه.. صار عفواً، والمراد بالعفو: جواز الصلاة معه لا عدم الكراهة، لما في «السّراج الوهّاج»: إن كانت النجاسة قدر الدّرهم تكره الصّلاة معها إجماعاً، وإن كانت أقلّ وقد دخل في الصلاة نظر؛ إن كان في الوقت سعة.. فالأفضل إزالتها واستقبال الصّلاة، وإن كان تفوته الجماعة التي حضرها؛ فإن كان يجد الماء وجماعة أخرى.. في موضع آخر.. فكذلك أيضاً؛ ليكون مؤدياً للصلاة الجائزة بيقين، وإن كان في آخر الوقت أو لا يدرك الجماعة في موضع آخر.. يمضي على صلاته ولا يقطعها.

وفي «المحيط»: ويكره أن يصلّي ومعه قدر الدرهم أو دونه من النجاسة وهو عالم به، وإن لم يعلم.. جاز من غير كراهة.

ثم المعتبر وقت الإصابة، فلو كان دهناً نجساً قدر درهم فانفرش؛ فصار أكثر منه.. لا يمنع في اختيار المرغيناني وجماعة، ومختار غيرهم: المنع؛ فلو صلّى قبل اتساعه.. جازت، وبعده.. لا، ولا يعتبر نفوذ المقدار إلى الوجه الآخر إذا كان الثوب واحداً؛ لأنّ النجاسة حينئذ واحدة في الجانبين، فلا يعتبر متعذراً، بخلاف ما إذا كان ذا طاقين؛ لتعددها فيمنع، وعن هذا فرع المنع، لو صلّى مع درهم متنجس الوجهين؛

مساحةً كعرضِ الْكَفِّ فِي الرَّقِيقِ، ووزناً بِقدرِ مِثْقَالٍ فِي الكثيفِ مِن نَجَسٍ مغلَّظٍ؛..

لوجود الفاصل بين وجهيه وهو جوهر سمكه، ولأنّه ممّا لا ينفذ نفس ما في أحد الوجهين فيه، فلم تكن النجاسة فيهما متحدة، ثم إنما يعتبر المانع مضافاً إليه، فلو جلس الصّبي المتنجس الثوب والبدن في حجر المصلّي وهو يستمسك، أو الحمام المتنجس على رأسه.. جازت صلاته؛ لأنّه الذي يستعمله فلم يكن حامل النجاسة، بخلاف ما لو حمل من لا يستمسك حيث يصير مضافاً إليه، فلا يجوز، كذا في «فتح القدير».

ولو حمل ميتاً؛ إن كان كافراً.. لا يصحّ مطلقاً، [٧٣/أ]، وإن كان مسلماً لم يغسل.. فكذلك، وإن غُسِّل فإن استهلّ.. صحّت، وإلّا.. فلا.

ثم بيّن قدر درهم بقوله: **(مساحة كعرض الكف)** وهو رواية «النوادر»، والمراد به: ما وراء مفاصل الأصابع من باطن كفه، على ما في «غاية البيان»، **(في الرقيق)** كالبول، **(ووزناً بقدر مثقال)** وزنه عشرون قيراطاً، وهو رواية «الأصل».

(في الكثيف) وهذا إشارة إلى أنّ المختار.. هو التّوفيق بين الرّوايتين، وهو اختيار أبي جعفر الهندواني، وصحّحه الإمام السّرخسي؛ لأنّ إعمال الروايتين إذا أمكن أولى، خصوصاً مع مناسبة هذا التوزيع، وصحّح في «الهداية» رواية «النّوادر».

والحاصل: أنّهم اتفقوا على أنّ قدر الدّرهم عفو، فاختلفوا في اعتبار الدّرهم.

فمنهم من أخذ رواية «النّوادر» مطلقاً في الرقيق والكثيف.

ومنهم من اعتبر رواية «الأصل» مطلقاً.

ومنهم من وفق بينهما كما ترى.

(من نجس مغلّظ)، وهو على ما روي عن أبي حنيفة: ما ثبت نجاسته بنصّ لا يعارضه نصّ يدل على طهارته ولا حرج في اجتنابه، وإن اختلف العلماء في نجاسته وطهارته؛ لأنّه لا عبرة بالاجتهاد في مقابلة النّص.

كَالدَّمِ،...

وعندهما: ما اتفق العلماء على نجاسته وليس في إصابته ضرورة وبلوى، والحاصل: أنّ العبرة في ضابط الغليظة والخفيفة إلى اختلاف العلماء وعدم اختلافهم عندهما، وإلى تعارض النّصين وعدم تعارضهما عند الإمام، ويؤيّد قولهما أنّ اختلافهم إمّا: من عدم النص في طهارته ونجاسته. ومن تعارض النصين فيهما؛ إذ لا اختلاف لهم في النصوص بلا تعارض؛ **(كالدم)** لما في «الصّحيحين»: «تحتّه ثم تقرصه بالماء وتنضحه وتصلّي فيه» قاله حين سئل عن دم الحيض، لكن العبرة لعموم اللّفظ لا لخصوص المورد عندنا، ولإجماعهم على نجاسته؛ فإنهم اتفقوا في حديث: «لعن الله الواشمة والمستوشمة» على أن الموضع الذي وشم يصير نجساً؛ فإن أمكن إزالته بالعلاج.. وجبت الإزالة، وإن لم يمكن إلا بالجرح؛ فإن خيف منه شين أو فوات عضو.. لم تجب الإزالة كذا في الكرامني والعلقمي، لكنه قال في «القنية»: إنه لا يلزمه المسح، فعلى ما في الكرامني والعلقمي أن إمامة صاحب الوشم لا تجوز، وإن جازت صلاته عند تعذر الإزالة؛ لأن جواز صلاته عند تعذر الإزالة ضروري، فلا يتعدى إلى جواز الإمامة.

وهذا إذا كان موضع الوشم زائداً على قدر الدرهم.

إذا عرفت هذا.. فكان نجساً مغلّظاً باتفاقهم؛ لعدم تعارض النّصين، ولعدم اختلافهم في نجاسته أيضاً، ولكن المراد منه هو الدم المسفوح، لا ما بقي في العروق واللحم إذا قطع؛ فإنه ليس بنجس؛ لعدم كونه مسفوحاً، كذا ذكره الكرخي في «مختصره».

ولا الدم القليل الذي لا يسيل من رأس الجرح.. فإنه طاهر على ما روي عن أبي يوسف، وعن محمد: أنه نجس، حتى لو أخذه بقطنة وألقاها في الماء.. صار الماء نجساً عنده، وعن أبي يوسف أن ما بقي في العروق واللحم معفو في حق الأكل للضرورة دون الثوب؛ لعدمها فيه.

ودم قلب الشاة طاهر على ما روي عن الناطفي، وكذا دم الطحال [٧٣/ب]

وَالْبَوْلِ - وَلَو من صَغِيرٍ لم يَأْكُلْ-..........

والكبد، وفي «القنية» و«التجنيس»: أنه نجس، وعلّله في «التجنيس» بأنه إن لم يكن دماً.. فقد جاور الدم، والشيء ينجس بمجاورة النجس.

ودم الشهيد طاهر ما دام عليه؛ فإذا أبين.. كان نجساً، حتى لو حمله متلطخاً به في الصّلاة.. صحّت، كما إذا أصاب ثوب صاحب العذر شيء مما ابتلي به من الدم وغيره.. صحّت صلاته، ولا يجب غسله إن لم يكن الغسل مفيداً وإن كان مفيداً.. يغسله على ما ذكرناه قبيل الباب، بخلاف قتيل غير شهيد لم يغسل أو غسل وكان كافراً.

[وعين المسك] قالوا: يجوز أكله والانتفاع به فيكون طاهراً، مع أن المشهور أنه دم حيوان.

قال في «فتح القدير»: ولم أر به تعليلاً، وذاكرت بعض المغاربة في الزباد، فقلت: يقال: إنه عَرَق حيوان محرم الأكل، فقال: ما يحيله الطبع إلى صلاح كالطيبة.. يخرج من النجاسة كالمسك.

وليس دم البق والبراغيث والسّمك بشيء.

(والبول) سواء كان بول آدميّ أو غيره مما لا يؤكل، إلا بول الخفاش؛ فإنه طاهر للضرورة.

وبول ما يؤكل حقيقة على ما سيأتي.

(ولو من صغير لم يأكل)، وقال الشافعي: إنه طاهر لما في «البخاري» أنه ﷺ: أجلس الصبي في حجره فبال على ثوبه، فدعا بماء فنضحه ولم يغسله.

ولنا: ما رواه البخاري عن عائشة قالت: أتي رسول الله ﷺ بصبي فبال على ثوبه، فدعا بماء فأتبعه إياه.

والنضح فيما رواه بمعنى الغسل، على ما صرّح به ابن العصّار، وقوله: ولم يغسله مدرج من الرّاوي، وقال النووي من أئمة الشافعية: لا خلاف في نجاسة بول

وكلِّ مَا يخرجُ من بدنِ الْآدَمِيّ مُوجباً للتطهيرِ، وَالْخمرِ، وخُرءِ الدَّجَاجِ وَنَحْوِهِ، وَبَوْلِ الْحمارِ والهرَّةِ والفأرةِ،..........

الصبي، وما حكي عن الشافعي من طهارته حكاية باطلة.

(وكلّ ما خرج من بدن الآدميّ موجباً للتطهير)، من المنيّ والمذي والودي والغائط والقيح والصّديد والقيء ملء الفم؛ فإن ما دونه طاهر على ما هو المختار من قول أبي يوسف، وقد مرّ في نواقض الوضوء.

(والخمر)، وأمّا بقية الأشربة المحرّمة كالطلاء والسكر ونقيع الزبيب والعرق.. ففيها ثلاث روايات؛ مغلّظة في رواية، مخففة في أخرى، طاهرة في أخرى على ما في «البدائع»، والأرجح: هو الأوّل.

وأما الخمر.. فنجس مغلّظ بالاتفاق.

(وخرء الدجاجة ونحوه) كالبط الأهلي؛ لوجود معنى النجاسة فيه؛ لأنه مستقذر؛ لتغيره إلى نتن، وفساد رائحته.

وأما البط الغير الأهلي.. فكالحمامة على ما في «البزازية».

وفي الإوز عن أبي حنيفة روايتان، روى أبو يوسف: أنه ليس بنجس مغلّظ، وروى الحسن: أنه نجس مغلّظ كالدجاجة.

(وبول الحمار) مغلظ بالاتفاق؛ لعدم الضرورة فيه.

(و) بول **(الهرة والفأرة)** وفي «المحيط»: بول الهرة مغلظ، وبول الفأرة مختلف فيه، قيل: مغلظ، وقيل: مخفف، وقيل: بول الهرة لا ينجس الثوب للضرورة، وينجس الماء.

وفي «قاضي خان»: بول الهرة والفأرة مختلف فيه، نجس، وفي أظهر الروايات: يفسد الماء والثوب إذا زاد على قدر الدرهم، وقيل: لا يفسد أصلاً، وقيل: يفسد إذا فحش.

وقال في «الخلاصة»: إذا بالت الهرة في الإناء أو على ثوب.. ينجس، وكذا

وَكَذَا الروثُ والخِثيُ؛ خلافاً لَهما.

بول الفأرة، وقال الفقيه أبو جعفر: ينجس الإناء دون الثوب [٧٤/أ] انتهى.

ثم قال في فصل ما يكون نجساً وما لا يكون: بول الهرّة والفأرة إذا أصاب الثوب.. لا يفسد، وقال بعضهم: يفسد إذا زاد على قدر الدّرهم، وهو الظاهر. انتهى.

واعلم أنّ الأشياء المذكورة من الدّم إلى هنا نجس مغلّظ بالاتّفاق؛ لعدم التّعارض والخلاف على ما في «فتح القدير»، وإن لم يكن أدلّة بعضها قطعيّة؛ لأن دليل التّغليظ لا يشترط أن يكون قطعيّاً على ما في «البحر»، وأمّا ما قاله في «الهداية» بعد ذكر النجاسات الغليظة؛ لأنه ثبت بدليل مقطوع به.. فمعناه على ما في «فتح القدير»: أنه مقطوع بوجوب العمل به، فإن العمل بالظني واجب قطعاً في الفروع، وإن كان نفس وجوب مقتضاه ظنيّاً، وقال في «العناية»: مراده بالدّليل القطعي: أن يكون سالماً من الأسباب الموجبة للتخفيف، من تعارض النّصين، وتجاذب الاجتهاد، والضرورات المحقّقة.

(وكذا الرّوث) للحمار والفرس، وإنما فصله عما قبله بتغير الأسلوب؛ لأن تغليظ ما قبله اتفاقي كما ترى.

(والخثي) للبقر والفيل وبعر الإبل ونحو الكلب ورجيع السباع.. كلّها مغلظ عند أبي حنيفة لما في «البخاري»: أن النبي ﷺ ألقى الروثة حين أتي بها للاستنجاء، وقال: «هذا ركس»، ولا يعارضه ما رواه عن أبي هريرة: أن العظم والروث من طعام الجنّ؛ لأنه يدلّ على الطّهارة بطريق الإشارة، وما رويناه يدلّ على النجاسة بطريق العبارة، فلا يعارضه.

(خلافاً لهما).

قالا: الأرواث والأخثاء مخففة؛ لاختلاف مالك وزفر في نجاستها، وهو الأصل عندهما على ما ذكرناه، خصّ الخلاف بالرّوث والخثي؛ لأن نحو الكلب ورجيع السباع مغلّظ عندهما أيضاً.

ومرارةُ كلِّ شيءٍ كَبولِهِ. وَمَا دونَ رُبعِ الثَّوْبِ من مخفَّفٍ؛ كبولِ الْفرسِ. وَمَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ.

- **(ومرارة كل شيء كبوله)**.

وجلد مرارة الغنم نجس، ومثانة الغنم حكمها حكم بوله، كذا في «الفتاوى».

وجرّة البعير كسرقينه، وعلّله في «التجنيس» بأنه واراه جوفه.

ألا ترى أن ما يواري جوف الإنسان بأن كان ماء ثم قام فحكمه حكم بوله. انتهى.

وهذا يقتضي أنه كذلك.

وإن قاء من ساعته، وهو المختار، وعن الحسن: أنه ليس كذلك.. ما لم يتغيّر على ما قدّمناه في النّواقض.

- **(وما دون)** عطف على قدر الدرهم **(ربع الثوب)**، أي الثوب الذي تجوز فيه الصّلاة، أعني ما يستر عورته كالمئزر، وهو المروي عن أبي حنيفة، وقيل: ربع الموضع الذي أصابه؛ كالزيل والكم والدّخريص إن كان المصاب ثوباً، وربع العضو إن كان المصاب بدناً؛ كاليد والرجل، وقيل: ربع جميع ثوب عليه، وإنما اعتبر الرّبع، لقيامه مقام الكل كما في مسح الرأس، وعن أبي يوسف: أنه اعتبر شبراً في شبر، وعن أبي حنيفة: أن ما عدّه طباع المبتلى به فاحشاً.. منع، وما لا.. فلا، وهو الموافق لأصل أبي حنيفة في أمثاله من تفويضه إلى رأي المبتلي، ولا يقدر فيه شيئاً.

والحاصل: أن المعتبر ههنا هو الكثير الفاحش، فاختلفوا في تفسيره؛ فمنهم من فسّر بالربع، ومنهم من فسّر شبراً في شبر، ومنهم من فوّض إلى رأي المبتلى به **(من مخفف)**، وهو عنده: ما تعارض النّصان في نجاسته، وعندهما: ما اختُلف في نجاسته؛ **(كبول الفرس)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد أنه طاهر، وإنما كره حينئذ لحمه تنزيهاً أو تحريماً على الخلاف؛ لكونه آلة الجهاد [٧٤/ب] لا لنجاسته.

(و) بول **(ما يؤكل لحمه)** كالإبل والبقر والغنم، وقال محمّد: إنه طاهر، وقد مرّ

وخرءُ طيرٍ لَا يُؤْكَلُ لحمُهُ.

وجه الطّرفين فيما تجوز به الطّهارة، وأبو حنيفة مرّ على أصله في التخفيف فيهما؛ لأن حديث العرنيين يعارض حديث: «استنزهوا من البول» على ما ذكرناه، وأبو يوسف مرّ على أصله أيضاً؛ لاختلاف العلماء في نجاسته.

- (**وخرء طير لا يؤكل لحمه**) روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: لو أصابه خرء ما يؤكل لحمه من الطّيور أكثر من قدر الدّرهم.. أجزأت الصلاة فيه، وقال محمّد: لا تجوز.

ثم اختلفوا فيه، فقال الكرخي: إن الخلاف بينهما في طهارته ونجاسته، فقالا: إنه طاهر تجوز الصّلاة معه، ولو بالغاً ما بلغ، وقال محمّد: إنه نجس مغلّظ لا يجوز الصلاة معه بأكثر من الدرهم، وقال الهندواني: الخلاف بينهما في تخفيف نجاسته وتغليظه، فقالا: إنه نجس مخفّف، فيقدّر بالكثير الفاحش لا بالدّرهم، وقال محمّد: نجس مغلّظ، واختار المصنف رواية الهندواني؛ لكونها أصحّ على مافي «الهداية»، وصاحب «المبسوط» اختار رواية الكرخي، ثم قال محمّد: لا ضرورة فيه؛ لعدم مخالطته، فلا يخفف، وقالا: إنها تزرق من الهواء، والتحامي عنه متعذر، فتحققت الضرورة، فعلم منه أنّ علّة التّخفيف لا تنحصر في تعارض النّصين عند أبي حنيفة، بل الضرورة توجب التخفيف أيضاً عنده.

ولو وقع في الإناء.

قيل: يفسده، بناء على أنه نجس خفيف أو غليظ على الخلاف المذكور، والاحتراز عنه ممكن بتجمير الإناء بشيء؛ إذ هو معتاد، فلا يتحقق فيه ضرورة، بخلاف الثوب والبدن؛ لتحقق الضرورة فيهما.

وقيل: لا يفسده؛ إمّا لطهارته، أو لسقوط حكم نجاسته للضرورة، كما قال أبو يوسف في شعر الخنزير: حتى لو وقع في الماء أفسده، مع إطلاق الانتفاع للخراذين للضرورة، ولو وقع في البئر.. لا يفسده بالاتفاق؛ لتحقق الضّرورة فيه، خصوصاً آبار الفلوات؛ فإن قيل: ما الفرق لمحمّد بين خرء الطّيور المحرمة أكلها، وبين بول الهرة

وَبَوْلٌ انتضحَ مثلَ رُؤُوسِ الإِبرِ عَفْوٌ.

وَدمُ السّمكِ وخرءُ طيورٍ مأكولةٍ طَاهِرٌ؛.........................

التي تعتاد البول على الناس، حيث روي فيه: أنه طاهر.. فالجواب: كأنه بني نجاسة الخرء على عدم الضرورة، إذ قد يصيب النّاس وقد لا يصيب، بل قلّما يشاهد مصاب، بخلاف ذلك السّنور؛ فإنّ الضرورة فيه متحققة، وهما بنيا قيام الضرورة على عدم قدرة الاحتراز عنه، هذا على تقدير صحّة هذه الرّواية، وإلا.. ففي «التجنيس»: بال السنور في البئر ينزح كلّه؛ لأنّ بوله نجس باتفاق الروايات، ولذا لو أصاب الثوب.. أفسده.

وقال في «فتح القدير»: والحقّ صحة تلك الرّواية عنه، وحمل الرّوايات على الرّوايات الطاهرة أو مطلقاً، والمراد: السنور الّذي لا يعتاد البول على الناس.

ويؤيّده ما ذكرناه من الخلاف في بول الهرة من أنه لا ينجس الثوب عند أبي جعفر.

- (**وبول انتضح مثل رؤوس الإبر عفو**) هكذا روي عن محمّد، وقالوا: يشير إلى أنه لو كان مثل رؤوس المسلّة.. منع، وقال الهندواني: يدلّ على أنّه لو كان مثل الجانب الآخر ليس بعفو، وغيره من المشايخ: لا يعتبر الجانبين دفعاً للحرج.

ثم ما لم يعتبر إذا أصابه ماء.. فكثير لا يجب غسله لأن المعتبر وقت الإصابة، وفي «المجتبى»: في «نوادر المعلّى» لو انتضح ويرى أثره.. لا بدّ من غسله.

وقالوا: لو ألقى عذرة أو بولاً في [٧٥/أ] ماء فانتضح عليه ماء من فوقها.. لا ينجس، ما لم يظهر لون النجاسة أو يعلم أنه البول.

وما ترشش على الغاسل من غسالة الميّت مما لا يمكنه الاحتراز عنه ما دام في علاجه.. لا ينجّسه؛ لعموم البلوى، بخلاف الغسالات الثلاث إذا استنقعت في موضع فأصاب شيئاً.. نجّسته.

أمّا الماء الثالث وحده.. فعلى الخلاف الّذي ذكرناه عقيب الباب.

- (**ودم السّمك وخرء طيور مأكولة طاهر**).

أمّا دم السّمك.. فلأنّه ليس بدم حقيقة حتى يبيضُّ إذا يبس؛ ولأن الدّم يقتضي

إِلَّا خُرء الدَّجَاج والبطّ وَنَحْوهُمَا.

ولعابُ الْبَغْلِ وَالْحمارِ طَاهِرٌ، وَعندَ أَبي يُوسُفَ: مخفَّفٌ.

وَمَاءٌ وَرَدَ على نجسٍ نَجِسٌ كَعَكْسِهِ.

وَلَو لُفَّ ثوبٌ طَاهِرٌ فِي رطب نجسٍ فظهرَت فِيهِ رطوبتُهُ؛ إِن كَانَ بِحَيْثُ لَو عُصِرَ قطَرَ.. تنجَّسَ، وَإِلَّا.. فَلَا...

الحرارة فلا يجامع الماء، وعن أبي يوسف: أنه اعتبر فيه الكثير الفاحش، فاعتبره نجساً محقّقاً، وعنه: أن السّمك الكبير إذا سال منه شيء فاحش.. يكون نجساً مغلّظاً، وهو مخالف لأصله من أنه لا يقول التغليظ مع وجود الخلاف فيه.

وأما خرء طيور مأكولة؛ فلعدم علة النجاسة فيه.

(**إلّا خرء الدجاج والبط**) الأهلي (**ونحوهما**)، مما لا يزرق في الهواء، فإنها مغلّظة؛ لوجود معنى النجاسة فيها على ما قدمّناه بخلاف ما يزرق في الهواء؛ للضرورة والبلوى.

- (**ولعاب البغل والحمار طاهر**) في ظاهر الرّواية، حتى لو أصاب الثوب.. لا ينجّسه، لكن لو أصاب الماء القليل.. أفسده، كذا في «الخلاصة».

(**وعن أبي يوسف: مخفف**)، وعنه: أنه مغلّظ، والصّحيح: جواب ظاهر الرّواية.

وكذا عرقه على ما مرّ في مسائل الآبار.

- (**وماء**) بالمدّ (**ورد على نجس نجس كعكسه**)؛ لأن المؤثر في «التنجيس» اختلاط أجزاء النجاسة بالماء، وذا لا يختلف في الصورتين، وفي عكسه خلاف زفر والشافعي على ما ذكرناه عقيب الباب.

(**ولو لف ثوب طاهر في ثوب رطب نجس، فظهرت فيه رطوبته إن كان بحيث لو عصر**) الطّاهر (**قطر.. تنجس، وإلا.. فلا**) أي على الأصح لما قال في «الخلاصة»: إذا لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر جاف، فظهرت فيه ندوة ولم يصر بحيث يقطر منه شيء إذا عصر، اختلف فيه المشايخ، والأصحّ أنه لا يتنجّس،

كَمَا لَو وُضِعَ رطباً على مُطيَّنٍ بطينٍ نجسٍ جَافٍّ.

وَلَو تنجَّس طرفٌ فنسيَهُ وَغسلَ طرفاً بِلَا تحرٍّ.. حُكِمَ بِطَهَارَتِهِ؛ كحنطةٍ بَالَتْ عَلَيْهَا حُمُرٌ تدوسُها، فَغُسِلَ بَعْضُهَا أَو ذهبَ.. طَهُرَ كلُّهَا.

وكذا لو بسط الثوب الطّاهر على الثوب النجس أو على أرض نجسة مبتلّة وأثّرت تلك النجاسة في الثوب، لكن لم يصر رطباً بحال لو عصر يسيل منه شيء ولكن يعرف موضع النّدوة.. اختلف المشايخ، والأصحّ: أنه يصير نجساً. انتهى.

(**كما لو وضع**) ثوب (**رطباً على مطيّن بطين نجس جاف**).

وفي «المحيط» و«الخلاصة» إذا وضع رجله على أرض نجسة أو على لبد نجس إن كانت الرِّجل رطبة والأرض أو اللبد يابساً، وهو لم يقف عليه بل مشى.. لا تتنجس رجله، ولو كانت الرجل يابسة والأرض رطبة، وظهرت الرطوبة في الرِّجل.. تتنجس رجله. انتهى.

والمراد بالرطوبة ههنا البلل لا الندوة؛ لما ذكرناه آنفاً في «الخلاصة»: من أنه لا يتنجس بالندوة على الأصح.

ولو استنجى بالماء ولم يمسحه بالمنديل حتى نسي.. اختلف فيه المشايخ، وعامتهم: على أنه لا يتنجس ما حوله.

(**ولو تنجس طرف**) من ثوبه (**فنسيه وغسل طرفاً بلا تحرّ.. حكم بطهارته؛ كحنطةٍ بالت عليها حمر**) قيد بها؛ لأن بولها مغلظة بالاتفاق (**تدوسها فغسل بعضها**) وذهب بعضها (**طهر كلّها**).

والوجه فيه: أن يغسل بعض الثوب، وبإخراج بعض الحنطة - مع أنّ الأصل طهارة [٧٥/ب] الثوب والحنطة - وقع الشك في قيام النّجاسة؛ لاحتمال كون المغسول والمخرج محلّها، فلا يقضي بالنّجاسة بالشك، كذا ذكره الإسبيجابي في «شرح الجامع الكبير»، وقال: سمعت تاج الدّين أحمد بن عبد العزيز يقوله ويقيسه على مسألة في «السير الكبير»، هي إذا فتحنا حصناً وفيهم ذمي لا يعرف.. لا يجوز

قتلهم؛ لقيام المانع بيقين، فلو قتل البعض أو أخرج.. حلّ قتل الباقي للشك في قيام المحرم كذا هنا.

وقال ابن الهمام: وهذا الوجه مشكل عندي، فإن غسل طرف يوجب الشك في طهر الثوب بعد اليقين بنجاسته من قبل.

وحاصله: أنه شك في الإزالة بعد تبيّن قيام النجاسة، والشك لا يرفع المتيقن قبله، والحقّ: أن ثبوت الشك في كون الطرف المغسول من الثوب، والمخرج من الرجل والحنطة هو مكان النّجاسة، والمعصوم الدم يوجب ألبتة الشك في طهارة الباقي وإباحة دم الباقين، ومن ضرورة صيرورته مشكوكاً ارتفاع اليقين عن تنجسه ومعصوميّته، وإذا صار مشكوكاً في نجاسته.. جازت الصّلاة معه، إلا أنّ هذا إن صحّ لم تبقَ لكلمتهم المجمع عليها - أعني قولهم: اليقين لا يرفع بالشك - معنى، فإنه حينئذ لا يتصور أن يثبت شك في محل ثبوت اليقين، ليتصور ثبوت شك فيه لا يرتفع به ذلك اليقين، فعن هذا حقّق بعض المحقّقين أن المراد بقولهم هذا: أنه لا يرفع حكم اليقين، وعلى هذا التقدير يخلص الإشكال في الحكم لا الدّليل، فنقول: وإن ثبت الشك في طهارة الباقي ونجاسته، لكن لا يرتفع حكم ذلك اليقين السّابق بنجاسته، وهو عدم جواز الصّلاة، فلا يصح بعد غسل الطّرف؛ لأنّ الشك الطّارئ لا يرفع حكم اليقين السّابق، على ما حقّق من أنه هو المراد من قولهم: اليقين لا يرتفع بالشّك، فقتل الباقي والحكم بطهارة الباقي مشكل. انتهى كلام ابن الهمام.

ويؤيده ما في «الواقعات» و«الظّهيرية»: الثوب إذا كان عليه نجاسة لا يدرى مكانها.. يغسل كلّه، وما في «الخلاصة» أيضاً قال: إذا تنجّس طرف من الثوب ونسيه، فغسل طرفاً منه بلا تحرّ.. حكم بطهارة الثوب وهو المختار، فلو صلّى مع هذا الثوب صلوات ثم ظهر أن النجاسة في الطرف الآخر.. يجب الإعادة. انتهى.

فإن وجوب الإعادة يناسب لما في «الواقعات» من وجوب غسل الكلّ، وأجاب المصنف: عن الإشكال المذكور في «شرح المنية»: بأنه قد تصوّر ذلك فيما إذا ثبت

وإنفَحَةُ الْميتَةِ ولبنُها طَاهِرٌ؛..

حكم لمحلّ معلوم، ثم شك في زواله عنه باحتمال وجود دليل الزوال وعدمه على السّواء، كما إذا شك في الحدث بعد تيقن الطهارة أو بالعكس، أو شك في طلاق امرأته، أو عتق عبده، أو نجاسة الماء، أو طهارة النجس، أو نجاسة الثوب، أو الطعام، قال في كلها: لا يزول اليقين بالشك، بخلاف مسألة نجاسة طرف من الثوب والحنطة، والذي قال النجاسة، وحرمة القتل لم تثبت لمحلّ معلوم بل ثبتت لمحلّ مجهول، مع أن ضدّها وهو الطهارة وحل القتل ثابتاً بيقين لمحلّ معلوم، إلّا أنه امتنع العمل به؛ لثبوت ذلك المجهول فيه يقيناً؛ فإذا زال اليقين وقع الشك في بقاء ذلك المجهول [٧٦/أ] وعدّه.. لا يمنع العمل بما كان ثابتاً يقيناً، أعني: الطهارة وحلّ القتل؛ لأن اليقين لا يزول بالشك.

والأصل فيه: أنّ الشك قسمان:

شك طارئ على اليقين أي حاصل بأمر خارج عنه،

وشك طارئ باليقين أي بمعارضة دليل مع دليل آخر.

فالأوّل: لا يزيل اليقين، والثاني: يخرجه عن كونه يقيناً.

هذا ولا يخفى عليك أنّ الأحوط ما ذكرناه من «الواقعات» و«الظهيرية».

(**وإنفخة الميتة**) احترز به عن إنفَحَة المذكاة؛ فإنها طاهرة بلا خلاف وكذا لبنها الإنفحة بكسر الهمزة، وفتح الفاء، وتثقيل الخاء المعجمة[1]: شيء يستخرج من بطن الجدي، ولا يسمى إنفخة إلّا وهو رضيع؛ فإذا رعي.. قيل: استكرش؛ أي: صارت إنفخته كرشاً.

(**ولبنها طاهر**) عند أبي حنيفة لعدم حلول الحياة فيهما، ولأن نجاسة المحلّ لم تكن مؤثرة فيهما قبل الموت وكذا بعده.

(١) ما جرى عليه الشارح رحمه الله هنا من أن (الإنفخة) بالخاء المعجمة وتشديدها... هو لغة فيها. والأفصح أنها: بالحاء المهملة والتخفيف. انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» مادة (نفح).

بل يمسحُهُ بنَحْوِ حجرٍ حَتَّى يُنْقِيه، يُدْبِرُ بِالْحجرِ الأولِ، وَيُقبِلُ بِالثَّانِي، وَيُدبرُ بالثالثِ فِي الصَّيفِ.

وَيُقبِلُ الرَّجلُ بِالْأَوَّلِ وَيُدبرُ بِالثَّانِي وَالثَّالِثِ فِي الشتَاءِ.

وغسلُهُ بِالْمَاءِ بعد الْحجرِ أفضلُ،..

إلّا أن يكون موسوساً، فيقدّر في حقّه الثلاث.

(بل يمسحه بنحو حجر حتّى ينقيه) وقال الشافعي: لا بدّ من الثلاث لقوله ﷺ: «ليستنج بثلاث أحجار»، ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: أتيت النبي ﷺ بحجرين وروثة للاستنجاء، وألقى الروثة ولم يطلب ثالثاً، رواه البخاري.

وما رواه الشافعي متروك الظّاهر؛ فإنه لو استنجى بحجر له ثلاث أحرف.. جاز بالإجماع، فلا يصح الاستدلال به، وما أخرجه أحمد في «مسنده»: أنه طلب ثالثاً.. فضعيف بأبي إسحاق.

(يدبر بالحجر الأوّل، ويقبل بالثاني، ويدبر بالثالث في الصّيف)؛ لأن في الصّيف خصيتان مدليتان، فلو أقبل بالأول.. تتلطخ خصيتاه.

(ويقبل الرجل بالأول ويدبر بالثاني والثالث في الشتاء) لعدم ما كان في الصّيف وهذه الكيفية [٧٦/ب] ليست بشرط، بل استحسانّي؛ لأن المقصود هو الإنقاء، فيختار ما هو الأبلغ فيه.

والمرأة تفعل مثل ما فعله في الشتاء أبداً على ما في «الزّيْلَعي»، وقيل: مثل ما فعله في الصّيف أبداً.

(وغسله بالماء بعد الحجر أفضل) إن أمكنه ذلك بلا كشف العورة، لحديث ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: نزلت هذه الآية في أهل قباء: ﴿فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُوا۟ وَٱللَّهُ يُحِبُّ ٱلْمُطَّهِّرِينَ﴾، فسألهم رسول الله ﷺ فقالوا: إنا نتبع الحجارة الماء.

وفي «الخلاصة»: ومن مشايخنا من قال: هذا في الزمن الأوّل وأمّا في زماننا.. فسنة؛ لما رواه البيهقي عن علي رضي الله عنه قال: من كان قبلكم كانوا يبعرون بعراً

خلافاً لَهما.

[مَطْلَب فِي الاِسْتِنْجَاء]

والاستنجاءُ سُنَّةٌ مِمَّا يخرجُ من أحدِ السَّبِيلَيْنِ غيرِ الرّيحِ.

وَمَا سُنَّ فِيهِ عددٌ،..

(خلافاً لهما)؛ لنجاسة محلّها بالموت فكذا ما فيه، إلا أن الإنفحة الجامدة تطهر بالغسل؛ لكون نجاستها بالمجاورة، والجواب: أن نجاسة المحلّ غير مؤثرة فيها.

[مَطْلَب فِي الاِسْتِنْجَاء]

وإذا تلطخ ضرع شاة بسرقينها، فحلبها راع بيد رطبة.. ففي نجاسته روايتان.

(والاستنجاء) أي غسل موضع النجو أو مسحه بحجر أو مدر (سنة) مؤكدة، إن جاوزت النجاسة الموضع ولم يكن قدر الدرهم وزناً في الكثيف، ومساحة في المائع؛ لأنها إن لم تجاوز المخرج.. فالاستنجاء مندوب؛ لأن المخرج عفو.

وإن جاوزت وكانت قدر الدرهم.. فواجب، وإن زادت عليه.. ففرض، فعلى هذا لا بدّ من تقييد قوله: (ممّا خرج من أحد السبيلين) بما ذكرناه.

وإذا بال ولم يتغوّط.. يستحب أن يغسل إليتيه.

(غير الرّيح) قيل: الاستنجاء منه بدعة، وقيل: مكروه، قال في «القاموس»: النجو ما يخرج من البطن من ريح أو غائط، واستنجى: اغتسل بالماء منه، أو يمسح بالحجر، وهذا يشعر جواز الاستنجاء من الريح أيضاً، لكنه محمول على معناه اللّغوي، والمراد: بيان معناه الشرعي، على أن الجواز لا ينافي الكراهة.

وينبغي أن يستثنى دم الحيض والنّفاس والمنيّ أيضاً؛ لأن إزالتها ليس من قبيل الاستنجاء في اصطلاح الشرع، بل من قبيل إزالة النجاسة العينية؛ مع أنّها خارجة من السّبيلين.

(وما سنّ فيه عدد) من ثلاث أو سبع أو غير ذلك من الأعداد التي ذكروها، بل الصحيح: أن يفوّض إليه حتى يقع في قلبه أنه قد طهر.

يغسلُ يَدَيْهِ أَوَّلاً ثمَّ الْمَخْرجَ بِبَطنِ إِصْبعٍ أو إِصبعينِ أَو ثَلَاثٍ.

وَلَا برؤسِها، ويُرخي مُبَالغَةً؛.........................

وأنتم تثلطون ثلطاً، فأتبعوا الحجارة الماء.

ثم إن لم يتبعوها به.. فما بقي من النجاسة بعد الاستنجاء بالحجر ساقط العبرة في حق العرق بإجماع المتأخرين على ما في «فتح القدير».

حتى لو سال العرق منه، وأصاب الثّوب والبدن أكثر من قدر الدّرهم.. لا يمنع.

ولو قعد في ماء قليل.. ينجّسه.

(**يغسل يديه أوّلاً ثم المخرج ببطن إصبع أو إصبعين أو ثلاث**) يُصعِد ببطن الوسطى فيغسل ملاقيها، ثم البنصر كذلك، ثم الخنصر حتى يغلب على ظنّه الطّهارة، والمرأة تصعد بنصرها والوسطى جميعاً خوف أن يقع إصبعها في فرجها فيجب عليها الغسل كذا عن «الظّهيرية»، (**ولا بروؤسها**)؛ احتراز عن الاستمتاع بالأصابع، وقيل: المرأة تستنجي بروؤس أصابعها؛ لأنها تحتاج إلى تطهير فرجها الخارج، ولا يخفى عليك أن خوف الاستمتاع بالأصابع أشد فيها من الرّجل.

(**ويرخي مبالغة**) في الإنقاء، قال في «الخلاصة»: إن كان المستنجي لابس الخُفّين، يحكم بطهارة الخُفّين بطهارة موضع الاستنجاء.

وكذا لو استنجى على لوح بالماء.. اللوح طاهر.

ولو أصاب كمّه أو ذيله إن أصاب الماء الأول والثالث.. يتنجس بنجاسة غليظة، وأصابه الماء الرّابع.. يتنجس بنجاسة الماء المستعمل، وقد عرف الخلاف فيه.

فإن دخل الماء الأوّل والثالث داخل الخُفّ والمكعب.. يتنجس، ولا يطهر باطن الخُفّ واللفافة بطهارة موضع الاستنجاء. انتهى.

وهذا لأنّ في ظاهر الخُفّين ضرورة وبلوى، بخلاف الكم والذيل وداخل الخُفّ.

إن لم يكن صَائِماً.

وَيجبُ إِن جَاوزَ النَّجسُ الْمخْرجَ أَكثرَ من دِرْهَمٍ.

(**إن لم يكن صائماً**) لأنه لو كان صائماً.. عسى أن يصل الماء إلى باطنه فيفسد صومه، ولهذا قالوا: لا يتيقن في الاستنجاء إذا كان صائماً.

ويحترز من دخول الإصبع المبتلة؛ لئلا يفسد صومه، وإذا خرج دبره وهو صائم، ينبغي أن لا يقوم من مقامه حتى ينشف موضعه بخرقة، كي لا يصل الماء إلى باطنه.

ويستحب لغير الصائم أيضاً أن ينشف موضعه بخرقة حفظاً لثوبه من الماء المستعمل، كذا في «فتح القدير».

وقال في كتاب الصّوم من «الخلاصة»: إنما يفسد صومه إذا وصل إلى موضع الحقنة، وقلّما يكون ذلك. انتهى.

ثم يغسل يديه ثانياً على الأصح، وقيل: الأوّل يكفي.

(**ويجب**) أي يفرض الاستنجاء بالماء إن أمكنه ذلك بغير كشف العورة، وإلّا تركه ولو على [٧٧/أ] شط نهر، إذ لو استنجى مع الكشف.. لكان فاسقاً، وإنما فسّرنا بيفرض لقوله: (**إن جاوز النجس المخرج أكثر من**) قدر (**الدّرهم**)؛ لأن الوجوب فيما يجاوز المخرج قدر الدّرهم لا أكثر، ولو جاوزه دون الدّرهم.. فسنة على ما ذكرناه.

وعن محمّد: يجب مطلقاً بعد أن جاوز المخرج، سواء جاوزه أكثر من الدرهم، أو قدر الدّرهم، ثم الأصل ههنا أن المسح بالأحجار غير مزيل للنجاسة، حتى لو دخل في الماء القليل.. يفسده، إلا أنه اكتفي به في موضع الاستنجاء للضرورة، فلا يتعداه غيره، فيجب غسله بالماء، أقول: ههنا بحث من وجهين:

أمّا أوّلاً: فلأنه كما اكتفي في موضع الاستنجاء للضرورة.. فكذلك صار ما كان في موضع الاستنجاء من النجاسة عفواً للضرورة، فما الفرق بينهما؟! لم يتعد المسح غير موضع الاستنجاء حتى وجب غسله بالماء، وتعدّى العفو غيره حتى صار قدر الدّرهم من النجاسة في غير موضع الاستنجاء عفواً أيضاً، مع أن كلّا منهما ضروريّ.

وَيعْتَبرُ ذَلِك وَرَاءَ مَوضِعِ الِاسْتِنْجَاءِ.

وأمّا ثانياً: فلأن قولهم: إن المسح بالحجر لا يزيل ممنوع؛ لجواز اعتبار الشرع طهارته بالمسح به كما في البقل ومسح الخُفّ للحدث.

وقولهم -: لو دخل في الماء القليل يفسده، قلنا: قياسه على ما مرّ من نظائره من أن الأرض إذا أصابتها النجاسة فجفت، والثوب إذا فرك منه المني، والخف إذا دلك منه النجاسة ثم أصابتها الماء وابتلّت.. فالمختار عند كثير أنها لا تعود نجساً - يقتضي أن تجري الروايتين في مسألة المبتلّة أيضاً، ويكون المختار فيه أيضاً: عدم عوده نجساً بالدخول في الماء، وإن ادعي الإجماع في تنجيس السّبيل بدخوله في الماء على ما هو الظاهر من عامّة الكتب، حيث لم ينقل خلاف أصلاً.. قلنا: لا بد للإجماع من سند، حتّى ينظر فيه ويتكلم عليه.

(**ويعتبر ذلك**) أي قدر الدّرهم (**وراء موضع الاستنجاء**) عن أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنّ ما على المخرج عفو للضرورة، حتى لا يضم إلى ما في سائر بدنه من النجاسة حتى إذا كان ما تجاوز عن المخرج مع ما على المخرج أكثر من قدر الدرهم.. لا يمنع الصّلاة عندهما.

وعند محمّد يعتبر قدر الدّرهم مع موضع الاستنجاء، حتى إذا كان المجموع ممّا على المخرج ومما على غيره من البدن أكثر من قدر الدرهم.. يفرض غسله، ويمنع الصّلاة معه؛ وهذا لأن المخرج في حكم الظاهر عنده، وفي حكم الباطن عندهما.

ثم هذا إذا كانت النجاسة على الموضع قدر الدّرهم أو أقلّ.

واختلفوا فيما إذا كانت مقعدته كبيرة، وكان فيها نجاسة أكثر من قدر الدّرهم، ولم تتجاوز المخرج، فقال أبو بكر: الزائد غير عفو، ولا يجزئه الاستنجاء بالأحجار كذا عن محمّد، وقال ابن شجاع: يجزئه، ومثله عن أبي حنيفة وعن الطحاوي، وفيه عن أبي يوسف روايتان.

أقول: والّذي يقتضيه النظر قول أبي بكر؛ لأن كون قدر الدرهم عفواً في غير المخرج، مأخوذ من المخرج فلو كان الزائد على قدر الدّرهم عفواً في المخرج..

وَلَا يستنجي بِعظمٍ وروثٍ وَطَعَامٍ وَلا بيَمِينِهِ.

وَكُرِهَ: اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ واستدبارُها لبولٍ وَنَحْوهِ وَلَو فِي الْخَلَاءِ.

لكان ينبغي أن يكون عفواً أيضاً في غير المخرج.

وإذا أصاب موضع الاستنجاء نجاسة من الخارج أكثر من [٧٧/ب] قدر الدّرهم.. الصّحيح: أنه يجب عليه غسله بالماء، ولا يكفي المسح بالأحجار؛ لعدم الضرورة فيه، وقيل: يكفيه اعتباراً بما خرج من الموضع.

وفي «الخلاصة»: إذا خرج من الموضع المعهود قيح أو دم.. لا يكفيه الحجر، بل يجب عليه غسله.

(**ولا يستنجي بعظم وروث وطعام**)؛ لقوله ﷺ حين قيل له: ما بال العظام والروثة؟: «هما من طعام الجنّ»، فيلحق به جميع المطعومات والمحترمات دلالة.

وفي «الغاية»: يكره الاستنجاء بعشرة أشياء بالعظم، والرّجيع، والروث، والطعام، واللحم، والزجاج، والورق، والخزف، وورق الشجر، والشعر.

(**ولا بيمينه**) لما رواه السّتة: أنه ﷺ قال: «إذا بال أحدكم.. فلا يأخذن ذكره بيمينه، ولا يستنجي بيمينه» قيل: النهي تحريم عند الجمهور، وقيل: تنزيه.

(**وكره**) تحريماً (**استقبال القبلة واستدبارها لبول ونحوه ولو**) وصلية (**في الخلاء**) لما في «الصحيحين» أنه ﷺ: «قال إذا أتى أحدكم الغائط.. فلا يستقبل القبلة، ولا يولّها ظهره، شرقوه أو غربوه»»، وقال الشافعي: لا يحرم في البنيان، وإنما يحرم في الصّحراء، لما في «البخاري» أنّ رسول الله ﷺ: استقبل لبيت المقدس لحاجته على لبنتين، وهكذا رواه أحمد، وقيل: لا يجوز الاستقبال مطلقاً. ويجوز الاستدبار، وعن أبي يوسف: يجوز الاستدبار في البنيان فقط.

وحكي الإجماع عن الخطابي: على عدم تحريم استقبال بيت المقدس، إلّا أن يستدبر الكعبة في استقباله إليه، قلنا: الحجة عليهم أنّ المحرّم مقدم على المبيح.

* * *

(كتاب الصّلاة)

(كتاب الصَّلَاة)

وَقتُ الْفَجْرِ: ....

(كتاب الصّلاة)

فرضت ليلة الإسراء، قيل: كان قبل الهجرة بسنة، وقيل: ثلاث سنين، وقيل: ستة أشهر، وقيل: كان بعد البعثة بخمسة عشر شهراً، وقيل: بخمس سنين.

وهي من المنقولات الشرعية، ومعناها اللّغوي: عبارة عن الدّعاء، والشرعي: عبارة عن الأركان المعلومة، والأفعال المخصوصة المشتملة على الدّعاء؛ فلذا سمّيت بالصّلاة، وفرضيّتها ثابتة بالكتاب والسّنة والإجماع، منكرها كافر حكمه حكم المرتد والعياذ بالله تعالى وتاركها عمداً تكاسلاً.. فاسق يحبس حتى يصلّي، وقيل: يضرب حتى يسيل منه الدّم، ويحكم بإسلام فاعلها بالجماعة؛ لأنّ فعلها بالجماعة من خصائص هذه الأمّة.

● (وقت) صلاة (الفجر) قدّم بيان الوقت؛ لأنه سبب الوجوب وشرط للأداء، وكلّ من السّبب والشرط مقدّم طبعاً، فقدّمه وضعاً، لكن السّبب ليس كلّ الوقت، وإلّا.. لوقع الأداء بعده؛ لوجوب تقدّم السّبب بجميع أجزائه على المسبّب، فلا يكون أداء بل يكون قضاء، ولا دليل يدلّ على قدر معيّن منه كالرّبع أو الخمس أو السّدس أو غيرها، فوجب أن يجعل بعض منه سبباً، وأقلّ ما يصلح لذلك: الجزء الذي لا يتجزأ لتيقنه، والجزء السّابق من تلك الأجزاء أولى لسلامته عن المزاحم، إذ المعدوم لا يزاحم الموجود؛ فإن اتّصل به الأداء.. تعيّن لحصول المقصود، وهو الأداء، وإن لم يتّصل.. انتقل إلى الجزء الّذي يليه ثم وثم، إلى أن يتضيّق الوقت، ولم يتقرّر على الجزء الماضي، وإلّا.. لكانت الصّلاة في آخر الوقت قضاء، وليس كذلك، بل هو أداء لأن أداء [١/٧٨] العصر في آخر الجزء، أعني الجزء المضيق.. جائز بالإجماع على ما سنبيّنه، بل يتقرّر على الجزء المضيق، ثم إن لم يقع الأداء فيه تنتقل السّببية إلى كلّ الوقت؛ لأن الانتقال من الكلّ إلى الجزء كان لضرورة وقوع الأداء خارج الوقت على تقدير سببية الكلّ، وقد زالت هذه الضرورة فيعود كلّ

من طُلُوعِ الْفجْرِ الثَّانِي - وَهُوَ الْبيَاضُ الْمُعْتَرِضُ فِي الْأُفقِ - إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ.

الوقت سبباً، فكان السّبب المتعين إمّا جزء يتصل به الأداء بلا فصل، أو الجزء المضيق، أو كلّ الوقت، إن لم يقع الأداء في جزء منه، وإن وقع في جزء منه.. يكون الكلّ ظرفاً.

وأمّا الشرط.. ففيه اختلفت عباراتهم، قيل: هو مطلق الوقت، وقيل: الجزء المقارن بالأداء، وقيل: هو الجزء الأوّل.

(من طلوع الفجر الثّاني وهو البياض المعترض في الأفق إلى طلوع الشّمس) معناه أن كلّ جزء ممّا بين الطلوعين هو وقت الفجر، لا أن مجموع ما بينهما هو وقت الفجر، وإلّا.. لكان السّبب هو المجموع، وذلك باطل لما ذكرناه، ثم الأصل ههنا ما رواه أبو داود والترمذي وابن حبّان عن ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: «أمّني جبريل عليه السلام عند البيت مرّتين، فصلّى بي الظهر في الأول منهما حين زالت الشّمس، فكان الفيء مثل الشراك، ثم صلّى العصر حين كان ظلّ كل شيء مثله، ثم صلّى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم، ثم صلّى العشاء حين غاب الشفق، ثم صلّى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم، وصلّى المرّة الثانية الظهر حين كان ظل كلّ شيء مثله لوقت العصر بالأمس، ثم صلّى العصر حين صار ظل كلّ شيء مثليه، ثم صلّى المغرب لوقته الأوّل، ثم العشاء حين ذهب ثلث اللّيل، ثم صلّى الصّبح حين أسفرت الأرض، ثم التفت جبريل عليه السلام فقال: يا محمّد هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين الوقتين وقت لك ولأمتك».

قوله: كان الفيء مثل الشراك، أي استبان الفيء في أصل الحائط من الجانب الشرقي عند الزّوال، فصار في رؤية العين كقدر الشراك، وهذا قلّ ما يعلم به الزوال وليس تحديداً له، وشراك النعل سيرها الذي على ظهر القدم، كذا في «المصباح».

قيّد بالثاني؛ لأنّ الفجر الأوّل لا عبرة به لقوله ﷺ: «لا يغرنكم أذان بلال ولا

وَوقتُ الظُّهرِ: من زَوَالهَا إِلَى أَن يصيرَ ظلُّ كلِّ شَيْءٍ مثلَيْهِ سوى فِيءِ الزَّوَالِ. وَقَالا: إِلَى أَن يصيرَ مِثلاً.

الفجر المستطيل، إنما الفجر هو المستطير في الأفق» وإنما قدم بيان وقت الفجر؛ لأنه متفق عليه في أوّله وآخره؛ ولأن صلاة الفجر أوّل من صلّاها آدم عليه السلام، حين أهبط من الجنة وأظلمت عليه الدّنيا وجنّ الليل ولم يكن يرى قبل ذلك، فخاف خوفاً شديداً، فلمّا انشق الفجر.. صلّى ركعتين شكراً لله تعالى، ثم فرضت علينا.

• **(ووقت الظهر من زوالها)** أي من خطّ نصف نهار البلد؛ لقوله تعالى: ﴿لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾، على تقدير كون اللّام للوقت لا للتعليل، وقد قيل: هو الأصح؛ ولما رويناه من قوله ﷺ: «صلّى بي الظهر في اليوم الأوّل حين زالت الشمس»؛ لأنه لبيان أقل وقته.

(إلى أن يصير ظل كلّ شيء مثليه سوى فيء الزوال) عند أبي حنيفة، **(وقالا: إلى أن يصير مثلاً)** سوى الفيء.

واعلم أنّ الروّايات عن أبي حنيفة اختلفت في آخر وقت الظهر، روى محمّد عنه: إذا صار ظلّ كلّ شيء مثليه سوى فيء [٧٨/ب] الزوال.. خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر، وهو الّذي عليه أبو حنيفة، وروى الحسن بن زياد عنه: إذا صار ظل كل شيء مثله سواه.. خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر، وبه أخذ أبو يوسف ومحمّد وزفر والشافعي؛ لما رويناه أن جبريل عليه السلام صلى الظهر في اليوم الثّاني حين كان ظل كلّ شيء مثله.

وروى أسد بن عمرو عنه: إذا صار ظل كلّ شيء مثله.. خرج وقت الظهر، ولم يدخل وقت العصر، حتى يصير ظل كل شيء مثليه، وعلى هذه الرّواية يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل؛ كما بين الظهر والفجر، قال الكرخي: وهذه أعجبت الروايات إلي، ولأبي حنيفة ما رواه البخاري عن أبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ: «أبردوا بالظهر؛ فإنّ شدّة الحرّ من فيح جهنم»، وأشد الحر في ديارهم فيما إذا صار ظل كلّ شيء مثله، فهذا دلّ على أنّ وقت الظهر لا يخرج حين صار ظل كل شيء

وَوقتُ الْعَصْرِ: مِنِ انْتِهَاءِ وَقتِ الظّهْرِ إِلَى غرُوبِ الشَّمْسِ.

مثله سوى الفيء، وما رويناه من حديث إمامة جبريل عليه السلام دلّ على خروجه.. فتعارضا، وإذا تعارضت الآثار.. لا ينقضي الوقت الثابت بيقين بالشك، وقد يقال: نضرة للإمام أيضاً أن إمامة جبريل مقدّم على الأمر بالتبريد، فيكون المؤخر ناسخاً لا معارضاً، ثم الفيء في اللغة الرّجوع، وفي الاصطلاح ظلّ راجع من جانب المغرب إلى المشرق، حين يقع على خطّ نصف النّهار، وإضافته إلى الزّوال؛ لأدنى ملابسة لحصوله عند الزّوال وطريق معرفته إن يغرز خشبة على سطح مستو قبل الزّوال، فما دام ظلّ الخشبة على النقصان لم تزل الشمس بعد، وإن وقف ولم ينقص ولم يزد.. فهو وقت قيام الشمس، وإذا أخذ في الزيادة.. فالشمس قد زالت، فخطّ على رأس موضع الزّيادة خطّاً، فيكون من رأس الخطّ إلى الخشبة فيء الزّوال، وإذا صار ظلّ الخشبة مثليه، من رأس الخّط لا من الخشبة.. خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر، وهذا فيما إذا لم تكن الشمس مسامتة للرأس في الزّوال، بأن كانت جنوبياً أو شمالياً من سمت الرّأس فيكون في هذا الوقت للأشياء ظل في جانب الشمال أو الجنوب وأما إذا كانت مسامتة للرأس فلا ظل لها حينئذ؛ كما في مكة والمدينة في أطول أيام السنة؛ لأن الشمس تأخذ فيهما الحيطان الأربعة على ما في «المبسوط».

• **(ووقت العصر من انتهاء وقت الظهر)** هذا أوّله على الخلاف السّابق، **(إلى غروب الشمس)** وهذا آخره لما في السنة مرفوعاً: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس.. فقد أدركها»، وهذا معارض لحديث إمامة جبريل عليه السلام على ما رويناه، وأجيب تارة: بأن هذا ناسخ لحديث جبريل، وأخرى: بأن المراد بقول لجبريل: «الوقت فيما بين هذين» هو الوقت غير المكروه.

وقال الحسن بن زياد: آخر وقت العصر إلى الاصفرار لما في «مسلم» مرفوعاً: «ووقت العصر ما لم تصفر الشمس» قلنا: محمول على وقت الاستحباب، قال أبو حنيفة - وهو المروي عن أكثر الصّحابة رضي الله عنهم-: الصّلاة الوسطى هي العصر، وقيل: هي الظهر، [٧٩/أ] وقيل: هي الصّبح، وقيل: هي المغرب، وقيل: هي

وَوقتُ الْمغربِ: من غُرُوبِهَا إِلَى مغيبِ الشَّفقِ؛ وَهُوَ الْبيَاضُ الْكَائِنُ فِي الْأُفقِ بعد الْحمرَةِ. وَقَالا: هُوَ الْحمرَةُ. قيلَ: وَبِه يُفْتى.

العشاء، وقيل: إحدى الخمس مبهماً، وقيل: جميع الخمس، وقيل: صلاة الجمعة.

الأصح: أنها العصر على ما في «النووي»، قيل: أوّل من صلّى العصر يونس عليه السلام حين أنجاه الله تعالى من أربع ظلمات وقت العصر، ظلمة الزلة، وظلمة اللّيل، وظلمة الماء، وظلمة بطن الحوت، صلّاها شكراً تطوعاً، وصار فرضاً علينا.

وأوّل من صلّى الظهر إبراهيم عليه السلام، حين أمر بذبح الولد، صلّاها نفلاً وصار فرضاً علينا.

● **(ووقت المغرب من غروبها)** وهذا أوّله **(إلى مغيب الشفق)** وهذا آخره لما رواه الترمذي من حديث محمّد بن فضيل، عن الأعمش، عن أبي صالح، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أول وقت المغرب حين تغرب الشمس، وآخره حين يغيب الشفق»، وقال الشافعي: إذا مضى بعد الغروب وقت وضوء وأذان وإقامة وقدر خمس ركعات.. فقد انقضى الوقت؛ لإمامة جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد.

قلنا: إنما فعله كذلك احترازاً عن وقت الكراهة؛ ولأنّ إمامته حكاية فعل، وما رويناه قول فيقدم.

(وهو) أي الشفق **(البياض الكائن في الأفق)** أي أفق البلد **(بعد الحمرة)** عند أبي حنيفة وزفر، لما رويناه من حديث أبي هريرة مرفوعاً؛ لأنّ غيبوبته لا تكون إلّا بعد زوال البياض، **(وقالا: هو الحمرة)** التي كانت قبل البياض، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه: الشفق هو الحمرة، قلنا: إنه موقوف عليه، فلا يعارض ما رويناه مرفوعاً؛ فإن قيل: الموقوف على الصحابي حجة في حكم المرفوع.. قلنا: نعم، لو لم يكن في مقابلة المرفوع.

(قيل: وبه يفتى) والأحوط قول أبي حنيفة؛ لأنه مما وقع التردّد بين الحمرة والبياض، فالاحتياط في إبقاء الموجود، وروي: رجوعه إلى قول الإمامين، قيل: أوّل

وَوقتُ الْعشَاءِ وَالْوترِ: مِنِ انْتِهَاءِ وَقتِ الْمغربِ إِلَى الْفجْرِ الثَّانِي، وَلَا يقدَّمُ الْوترُ عَلَيْهَا؛ للتَّرْتِيبِ.

من صلى المغرب عيسى عليه السلام تطوّعاً، ثم فرض علينا.

● **(ووقت العشاء والوتر من انتهاء وقت المغرب)** على الخلاف السابق في الشفق، هذا قول أبي حنيفة، وقالا: أوّل وقت الوتر بعد العشاء.

له: أنّ الوتر فرض عملاً، والوقت إذا جمع صلاتين واجبتين.. كان وقتاً، لهما جميعاً؛ كالوقتية والغائبة، إلا أنه لا يجوز تقديم الوتر عليه، عند تذكر الترتيب بينهما، بناء على الترتيب المأمور به في الحديث الآتي، ولهما أنّه سنة، والسنة تبع للفرض فيكون بعده، وثمرة الخلاف تظهر فيمن صلّى الوتر قبل العشاء ناسياً، لو صلاهما مرتبين، ثم ظهر فساد العشاء دون الوتر، بأن صلّى العشاء بغير وضوء، ثم نام فقام فتوضأ فصلّى الوتر، ثم تذكر أنه صلّى العشاء بغير وضوء، فإنه يعيد العشاء وحده دون الوتر عند أبي حنيفة؛ لأن التّرتيب سقط بمثل هذا العذر، وعندهما يعيد الوتر أيضاً؛ لأنه تبع له، فلا يصح قبله.

ولو صلّى الوتر قبل العشاء متعمداً.. أعاد الوتر بالاتفاق؛ لعدم العذر المسقط كذا في «العناية».

(إلى الفجر الثاني) وهو آخر وقته، وقال الشافعي: إلى ثلث الليل؛ لإمامة جبريل عليه السلام في اليوم الثاني كذلك، وفي رواية عنه وعن أبي حنيفة: إلى نصف اللّيل على ما ثوب عليه البخاري، ولنا حديث أبي هريرة مرفوعاً: «آخر وقت العشاء حتى يطلع الفجر».

وإمامة [٧٩/ب] جبريل عليه السلام ليس لنفي ما رواه؛ بل لبيان ما كان فيه، ولو سلّم ولكنّه فعل.. فلا يعارض القول.

(ولا يقدّم) أي عمداً على ما ذكرناه **(الوتر عليها)** أي على صلاة العشاء **(للترتيب)** المأمور به في قوله ﷺ: «[إن الله زادكم] صلاة إلى صلواتكم ألا وهي

وَمَن لم يجدْ وقتَهما.. لَا يجبانِ عَلَيْهِ.

وَيسْتَحبُّ:

الْإِسْفَارُ بالفجرِ ....

الوتر، فصّلوها بين العشاء إلى طلوع الفجر» فلو قدّمه عمداً.. أعاده اتفاقاً على ما قدّمناه.

(ومن لم يجد وقتهما) أي وقت العشاء والوتر كما في بلد يطلع فيه الفجر قبل أن يغيب الشفق كبلغار في أقصر أيام السّنة (.. **لا يجبان عليه**)، وعليه فتوى البلقاني والمرغيناني وبرهان الدّين؛ لأن الوقت شرط لأدائها، وسبب لوجوبها، فعند عدمه.. ينبغي الوجوب، وأفتى بعض مشايخنا بوجوبها، ويرد عليهم الفرق بين مقطوع اليدين، وبين فاقد الوقت حيث إنّ الفرض في حقّ مقطوع اليدين ثبت لفوات محل الرابع، وفاقد الوقت فائت لشرط الخامس.

وقيل في الفرق: إن الوقت سبب جعلي، جعل علامة ومعرفاً على الوجوب الخفي الثابت في نفس الأمر، فانتفاء الوقت لا يستلزم انتفاء الوجوب؛ لأن الشيء يجوز أن يثبت بأدلة شتى وهو إطلاق النّص الخامس؛ حيث لا فرق فيه بين أهل قطر وقطر، بخلاف جواب المحلّ، ثم على القول بوجوبهما، فهل ينوي الأداء أو القضاء؟ فيه خلاف، وقال في «فتح القدير»: الصحيح أنه لا ينوي القضاء لفقد وقت الأداء.

ولمّا ذكر أصل الوقت.. شرع في الأوقات المستحبّة، فقال: (**ويستحبّ الإسفار بالفجر**) عندنا وهو المروي عن عثمان وعلي في السفر والحضر في الصّيف والشّتاء، إلا يوم مزدلفة.. فإن المستحب فيه التغليس، والأصل فيه ما أخرجه الترمذي والنسائي مرفوعاً: «أسفروا بالفجر؛ فإنه أعظم للأجر»، وهو بإطلاقه يدلّ على الإسفار في البدأة والختم، وهو ظاهر الرواية، وقيل: المستحب أن يبدأ بالتغليس ويختم بالإسفار، وقال الشافعي: المستحب التغليس ابتداءً وختماً، لما رواه مسلم:

بحيثُ يُمكنُ أَدَاؤُهُ بترتيلِ أَرْبَعِينَ آيَةً أَو أَكثرَ. ثمَّ إِن ظهرَ فَسَادُ الطَّهَارَةِ يُمكنهُ الْوضُوءُ وإِعادتُهُ على الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ.

والإِبرادُ بِظهْرِ الصَّيفِ.

كان رسول الله ﷺ يصلي الصّبح، فتنصرف النساء متلفعات بمروطهن، لا يعرفهن أحد من الغلس، قلنا: هذا حكاية فعل، وما رويناه قول، فيقدم عليه ويعمل بإطلاقه.

فإن قيل: قد صح مرفوعاً: «أفضل الأعمال الصّلاة لأوّل وقتها».

قلنا: الرواية المشهورة: «الصلاة لوقتها»، ولو ثبتت تلك الزيادة.. فيحتمل أوّل وقت الاستحباب، وأوّل وقت الوجوب، فلا يصلح حجّة.

ثم أشار إلى حدّ الإسفار: (**بحيث يمكن أداؤه بترتيل أربعين آية أو أكثر، ثم إن ظهر فساد الطّهارة.. يمكنه الوضوء، وإعادته على الوجه المذكور**) وقيل: يؤخّرها جدّاً؛ لأنّ الفساد موهوم، فلا يترك المستحب لأجله، لكن لا يؤخر بحيث يقع الشك في الطلوع. وقيل: حدّ الإسفار أن يصلّي في النصف الثاني.

- (و) يستحب (**الإبراد بظهر الصيف**) في الحضر والسّفر، في الحرّ الشديد أو لا، في جماعة أو لا، قصدها الناس من مكان بعيد أو لا.

وقال [٨٠/أ] الشافعي: لا يستحب الإبراد إلا في شدة الحرّ في البلاد الحارة، لمن صلّى بجماعة في موضع يقصده الناس من بعيد، والحجة عليه ما رواه البخاري: كان النبي ﷺ إذا اشتد البرد بكر بالصّلاة، وإذا اشتد الحرّ برّد بالصّلاة، والمراد الظهر.

واختلفوا في حدّ الإبراد؟

قيل: يكون بين الفراغ وبين آخر وقت الصلاة فصل.

وقيل: إذا أخر إلى نصف وقتها.. لم يفرط، وإذا أخرها حتى كان وقت الصلاة الأخرى أقرب.. فقد فرّط.

وقيل: وهو المرويّ عن الشافعي: حقيقة الإبراد أن يؤخر عن أوّل الوقت بقدر

وَتَأْخِيرُ الْعَصْرِ مَا لم تَتَغَيَّرِ الشَّمْسُ.

وَالْعِشَاءِ. ....

ما يحصل للحيطان فيء يمشي فيه طالب الجماعة، ولا يؤخر عن النصف الأوّل.

ولا إبراد في العصر أصلاً، إلّا عند أشهب من المالكية.

وكذا لا إبراد في الجمعة؛ إلّا عند بعض أصحاب الشافعي، على ما صرح به النّووي، فما في «البحر» أن الجمعة كالظهر أصلاً واستحباباً في الزمانين، ليس على ما ينبغي.

• (**وتأخير العصر**) في غير يوم الغيم في الصيف والشتاء (**ما لم تتغير الشمس**) وهو مختار العراقيين، وقال أهل الحجاز: تعجيلها في أوّل وقتها أفضل؛ لما رواه البخاري: أن النبي ﷺ يصلي العصر والشمس مرتفعة حية، فيذهب الذاهب إلى العوالي فيأتيهم والشمس مرتفعة، ووجه الأوّل ما رواه أبو داود: أنه ﷺ كان يؤخر العصر ما دامت الشمس بيضاء نقية؛ ولأن في التأخير إلى ما لم يتغير تكثيرُ النوافل؛ لكراهتها بعد العصر.

واختلفوا في حدّ التغير:

قيل: أن يتغير الشعاع على الحيطان.

وقيل: أن تتغير الشمس بصفراء وحمرة.

وقيل: إذا بقي مقدار رمح.. لم يتغير، ودونه قد تغيّرت.

وقيل: طشت في أرض مستوية؛ فإن ارتفعت الشمس على جوانبه.. فقد تغيرت، وإن وقعت في جوفه.. لا.

وقيل: إن كان يمكن النظر إلى القرص من غير كلفة.. تغيرت، وإلّا.. فلا.

وقيل: إن كان القرص بحال لا تحار فيه الأعين.. تغيرت، وهو الصحيح على ما في «الهداية».

• (و) يستحب تأخير (**العشاء**) في الصيف والشتاء وهو المختار. وقيل: يعجل

إِلَى ثلثِ اللَّيْلِ.

وَالْوترِ إِلَى آخِرِهِ لمَن يَثِقُ بالانتباهِ، وَإِلَّا.. فَقبلَ النّومِ.

وتعجيلُ ظهرِ الشتَاءِ وَالْمغْربِ.

في الصّيف احترازاً عن تقليل الجماعة (**إلى ثلث الليل**)؛ لما رواه الترمذي مرفوعاً: «لولا أن أشق على أمّتي.. لأخّرت العشاء إلى ثلث الليل ونصفه»؛ فإن قيل: ما الفرق بينه وبين قوله ﷺ: «لولا أن أشق على أمّتي.. لأمرتهم بالسّواك» حيث أفادت هذه السّنية وما نحن فيه الاستحباب؟

أجيب: بأنّ في حديث السّواك انتفى الأمر بمانع المشقة، ومقتضى الأمر: الوجوب؛ فإذا انتفى.. بقيت السنية، وفيما نحن فيه: المنتفي هو التأخير، وهو لا يقتضي الوجوب، بل غايته الاستحباب، وقد يقال: معناه: لأخرت العشاء على وجه المواظبة حتى يصير سنة؛ فإذا انتفى هذا التّأخير.. بقي الاستحباب.

وقال في «مختصر القدوري»: إلى ما قبل ثلث اللّيل، وما في الكتاب مختار الطحاوي، وهو أوسع.

• (و) يستحب تأخير (**الوتر إلى آخره**) لما رواه مسلم مرفوعاً: «من خاف أن لا يقوم آخر اللّيل.. فليوتر أوّله، ومن طمع آخر الليل.. فليوتر آخره» (**لمن يثق بالانتباه، وإلّا.. فقبل النوم**) لما رويناه.

• (و) يستحب [٨٠/ب] (**تعجيل ظهر الشتاء**) أي أداؤها في النصف الأوّل، لما رويناه في ظهر الصّيف، وفي آخر إيمان «الخلاصة»: إن كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والصّيف.. فهو على حسابهم، وإلّا.. فالشتاء: ما اشتد فيه البرد على الدوام، والصّيف: ما اشتد فيه الحرّ على الدّوام.

وقيل: الشتاء؛ ما يحتاج فيه الناس إلى الوقود ولبس الحشو، والصّيف: خلافه.

والخريف ملحق بالصيف، والرّبيع بالشتاء على ما في «البحر».

• (و) يستحب تعجيل (**المغرب**) في غير الغيم في الشتاء والصّيف، لما في

وتعجيلُ الْعَصْرِ وَالْعشَاءِ يَوْمَ الْغَيْمِ.

وَتَأْخِيرُ غَيرِهِمَا.

وَمُنع عَن:

الصَّلَاةِ وَسجْدَةِ التِّلَاوَةِ ....

«الصحيحين»: أنه ﷺ كان يصلي المغرب إذا غربت الشمس وتوارت بالحجاب.

ويكره تأخيرها إلى وقت اشتباك النجوم بلا عذر؛ كالسّفر مثلاً على ما صحّحه في «القنية»؛ لما فيه من التشبه باليهود.

وفي رواية الحسن: لا يكره مطلقاً.

واختلفوا في تأخيرها إلى الاشتباك بتطويل القراءة، قيل: يكره، وقيل: لا.

• (و) يستحب (**تعجيل العصر والعشاء يوم الغيم**)؛ لأن في تأخير الأوّل توهّم وقوعها في الوقت المكروه، وفي تأخير الثاني تقليل الجماعة؛ لاحتمال المطر والطين.

• (**وتأخير غيرهما**) في يوم الغيم؛ لتوهّم الوقوع قبل الوقت، ولا وقت مكروه في الفجر والظهر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: يستحب تأخير الكلّ في يوم الغيم؛ لأن في التأخير تردّداً بين الأداء والقضاء، وفي التعجيل تردّد بين الصحة والفساد، فكان التأخير أولى.

(ومنع عن:

• **الصّلاة**) شروع في بيان الأوقات التي كرهت الصّلاة فيها، والمراد بالمنع: عدم الحلّ، [وهو] أعم من عدم الصّحة والكراهة؛ لأن النّفل في هذه الأوقات أي الآتي ذكرها صحيح مع الكراهة، والفرض والواجب والمنذور الغير المقيد بوقت الكراهة.. لا يصحّ أداؤه وقضاؤه.

(و) عن (**سجدة التلاوة**) الّتي تلاها قبل هذه الأوقات؛ لأنها وجبت كاملة فلا

وَصَلَاةِ الْجِنَازَةِ عِنْدَ الطُّلُوعِ والاستواءِ والغروبِ ....

تؤدّى ناقصة، وأمّا إذا تلاها فيها.. جاز أداؤها فيها بلا كراهة؛ لكن الأفضل تأخيرها.

وقيل: يكره للتشبّه وهو الأحوط.

وكذا سجدة السّهو على ما في «المحيط»، حتى لو دخل بعد السّلام وقت الكراهة وعليه سهو.. فإنه لا يسجد له ويسقط عنه.

(**وصلاة الجنازة**) الّتي حضرت قبل هذه الأوقات، ولو حضرت فيها.. صلّوها؛ لما بيّناه، والتأخير مكروه فيها؛ لقوله ﷺ: «ثلاث لا يؤخّرون...» وذكر منها الجنازة (**عند الطلوع والاستواء والغروب**)، لما رواه الجماعة إلّا البخاري ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ: ينهانا أن نصلي فيهن وأن نقبر موتانا، حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل، وحين تضيّف للغروب حتى تغرب، معنى تضيّف بمثل، ومعنى نقير أن نصلي صلاة الجنازة؛ لأنّ الدفن في هذه الأوقات ليس بمكروه، والمراد بالنّهي التّحريم؛ لأن النهي الظنيّ الثبوت يفيد التحريم ما لم يعرف عن مقتضاه بصارف ولم يوجد، فإن كان ما صلّاه في هذه الأوقات قضاء ما وجب بالشرع أو بالشروع كاملاً.. لا تصح؛ لأن ما وجب كاملاً لا يؤدى ناقصاً، وإن كانت نوافل شرعت فيها يصحّ [٨١/أ] شروعه وإتمامه؛ لأنه أدّاه كما وجب، لكن الواجب قطعه وقضاؤه في وقت كامل، وقيل: القطع أفضل، ولو لم يقطع وأتمه.. لخرج عن العهدة على التقديرين.

فإن قيل: لو شرع في الصّلاة وترك بعض الواجبات منها.. صحت الصّلاة، مع أنها وجبت كاملة وأديت ناقصة.

قلنا: ترك الواجب لا يدخل النقص في الأركان، بل يؤديها كما كان، بخلاف الصّلاة في هذه الأوقات؛ فإنها تدخل النقص في الأركان نفسها؛ لأن المنع عن الصّلاة في هذه الأوقات ليس لذات الوقت؛ لأنه وقت كسائر الأوقات، بل لمعنى متّصل بالوقت وهو شبه فعله في ذلك الوقت لعبادة الكفار، فيكون النقص في فعله في الحقيقة، ولا يقال: فعلى هذا ينبغي أن لا تصح الصّلاة في الأرض المغصوبة؛

لأن النّهي ثمة ليس لذات المكان، بل لمعنى متصل به؛ لأنّا نقول: اتصال الزمان بالصّلاة أشدّ من اتصال المكان بها، فكذا المعاني المتصلة بهما.

والحاصل: أنه لو قضى في هذه الأوقات شيئاً من الفوائت الكاملة أو شرع فرضاً غير عصره.. يلزمه إعادته، ولو شرع النّافلة فيها وأتمها.. لا يلزمه الإعادة، لكن يجب قطعها للإكمال في وقت كامل، وذلك ليس إبطال للعمل، بل إكمال وذلك مشروع.

وقال الشافعي: يجوز القضاء في البلدان في هذه الأوقات كلّها؛ كمطلق الصّلاة فرضاً أو نفلاً أداء وقضاء بمكة، لإطلاق قوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها.. فليصلّها إذا ذكرها»، ولقوله ﷺ: «لا تمنعوا أحداً طاف بالبيت وصلى أيّة ساعة شاء».

قلنا: إنه معارض بما رويناه، وإذا تعارض المحرم والمبيح.. يقدم المحرم.

وعن أبي يوسف: أن وقت الاستواء وقت نهي إلّا يوم الجمعة، ولا حجة له بذلك.

فإن قيل: الكافر والصبي والمجنون إذا أسلم وبلغ وأفاق في الجزء المكروه فلم يؤد حتى خرج الوقت.. فالسبب في حقهم لا يمكن جعله كلّ الوقت بعد أن خرج، إذا لم يدركوا مع الأهليّة إلّا ذلك الجزء، فليس السبب في حقهم إلّا إياه، ومع هذا لو قضوا في ذلك الوقت المكروه.. لا يجوز، مع أنه وجب ناقصاً.

قلنا: لا نسلّم أنه لا يجوز القضاء لهم في الوقت المكروه، بل يجوز على ما صرّح به في «التقرير» نقلاً عن «الفوائد الظهيرية»، ولو سلّم أنه لا يجوز.. فلا نسلّم أنه وجب ناقصاً؛ لأن الثابت في ذمتهم في ذلك الوقت كامل؛ إذ لا نقص في الوقت نفسه، بل المفعول فيه يقع، غير أن تحمُّل ذلك النقص لو أدى فيه العصر.. ضروري لأنه مأمور بالأداء فيه؛ فإذا لم تؤد.. لم يوجد النقص الضروري، وهو نفسه كامل، فثبت في ذمته كذلك، فلا يخرج عن عهدته إلا لكامل. كذا في «فتح القدير».

إِلّا عصرَ يَوْمِهِ.

(إلا عصر يومه)؛ فإنها تجوز بلا كراهة عند الغروب، وإنما الكراهة في تأخيره إلى هذا الوقت لا في أدائه فيه؛ لأنه مأمور بأدائه فيه لما رواه البخاري مرفوعاً: «إذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر قبل أن تغرب الشمس.. فليتم صلاته»؛ ولأنه أداها كما وجبت فلا يكره؛ وهذا لأن سبب وجوبها هو الوقت، لكن ليس كلّه، وإلّا لزم تقدّم المسبّب [٨١/ب] على السبب لو أدّاها في الوقت، أو وقوع الأداء بعد الوقت لو أدّاها بعد خروج الوقت، على ما هو مقتضى السّببيّة، وكلاهما باطل فيكون السبب بعضه، ولا دليل على قدر معيّن منه فتعيّن الأقلّ، والجزء الأوّل أولى به؛ لعدم المزاحم.

فإن اتّصل به الأداء.. تعين للسّببيّة، وإلّا.. انتقل إلى الجزء الأخير، فيتقرر فيه السّببية ويتوجه عليه الخطاب.

وإن لم يتصل الأداء به أيضاً.. تنتقل السّببيّة إلى كل الوقت السابق؛ لزوال المانع على ما ذكرنا في أوّل الكتاب، وذلك هو وقت القضاء.

ثم الجزء الّذي يتعين سبباً يعتبر صفته من الصحة والفساد؛ فإن كان صحيحاً بأن لا يكون موصوفاً بالكراهة ولا منسوباً إلى الشيطان؛ كالظهر مثلاً.. وجب المسبّب كاملاً فلا يتأدّى ناقصاً، وإن كان فاسداً بأحد هذين الأمرين؛ كالعصر يبتدأ وقت التغير والاحمرار.. وجب ناقصاً فيتأدى ناقصاً؛ لأنه أداه في وقته كما وجب.

فإن قيل: لو تقرر السبب في الجزء الأخير وتوجه عليه الخطاب.. جاز قضاؤه في اليوم الثاني وقت التغير والاحمرار أيضاً؛ لأنه أدّاه كما وجب، لكنه لم يجز..

قلنا: لما خرج الوقت ولم يبتدئ لها في جزء منه، وانتقل السببية إلى الكل، لما ذكرناه.. وجب القضاء كاملاً، فلا يتأدى ناقصاً، بخلاف الكافر والصبي والمجنون إذا أسلم وبلغ وأفاق في الجزء الأخير حيث لا يجوز لهم الأداء في ذلك الجزء، ولا تنتقل السببية بعد الخروج إلى الكل في حقّهم، على ما ذكرناه آنفاً.

وفي تصريح العصر إشارة إلى أن فجر يومه يفسد بالطلوع، وهو المذهب

وَعَنِ التَّنَفُّلِ وركعتَي الطّوافِ بعدَ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَالْعصرِ............

عندنا، لكن أصل الصّلاة تبقى عندهما، حتى لو قهقه ينتقض وضوؤه ولا يتم حتى تبيض الشمس، وتبطل عند محمّد، وقيل: لا يفسد بالطّلوع، ولكنه يصبر ويتم بعد ارتفاع الشمس ليقع بعض أجزائه في الوقت، وهو المروّي عن أبي يوسف، والفرق أن السّبب في العصر جزء ناقص، فإذا أدّاها فيه.. كان أدّاها كما وجبت، ووقت الفجر كلّه كامل فوجبت كاملة، فأيّ جزء يوجد فيه الشروع.. يبطل للطلوع.

فإن قيل: روى البخاري مرفوعاً: «من أدرك الركعة من الصّبح قبل أن تطلع الشمس.. فقد أدرك الصّبح».

قلنا: هذا معارض بما رويناه من حديث النهي في الأوقات الثلاثة، فعملنا بالناهي على ما هو الأصل عندنا، ونوقض بما رويناه في العصر قبل أن تغرب بأنه مبيح، وقد رجحتم على الناهي، وأجيب: بأن عملنا ثمة بالقياس، فرجحناه على المحرم.

• (و) منع (عن التنفل) أي قصداً، ولو تحية سجدة على ما في «البحر»، ويدخل فيه المنذور المطلق الذي لم يقيّد بهذا الوقت؛ لأنه نفل في الأصل، وإنما النذر سبب لالتزامه، وكذا يدخل فيه النفل الذي شرع فيه ثم أفسده، حتى لا يصلّيها في هذين الوقتين على ما في «الزيلعي» قيّدنا النذر بالمطلق؛ لأن المنذور فيهما يجوز أداؤه فيهما؛ لأنه أدّاه كما التزم.

(و) عن (ركعتي الطّواف بعد صلاة الفجر) إلى أن ترتفع الشمس، (و) بعد صلاة (العصر)؛ لما رواه في «الصحيحين»: «لا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس، ولا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس» وهو بعمومه يتناول الفرائض، إلا أنهم [٨٢/أ] أخرجوها منه بالمعنى، وهو أنّ الكراهة فيهما كانت لحقّ الفرض، ليصير الوقت كالمشغول به، لا لمعنى في الوقت، فلم يظهر في حق الفرائض، وقد بحث فيه ابن الهمام بأن هذا الاعتبار ممّا لا دليل عليه، حيث قال: الله أعلم بما دلّ على هذا الاعتبار، ثم النظر إليه يستلزم نقيض قولهم: العبرة في

لَا عَن قَضَاءِ فَائِتَةٍ وَسجْدَةِ تِلَاوَةٍ وَصَلَاةِ جَنَازَةٍ.

المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص؛ لأنه يستلزم معارضة النص بالمعنى، والنظر إلى النصوص يفيد منع القضاء تقديماً للنهي العامّ على حديث التذكر، أعني: «من نسيها.. فليصلّها إذا ذكرها»، نعم يمكن إخراج صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بأنهما ليستا بصلاة مطلقة، ويكفي في إخراج القضاء من الفساد العلم بأن النهي ليس لمعنى في الوقت، وذلك هو الموجب للفساد، وأما من الكراهة ففيه ما سبق. انتهى.

حاصله: أن الدّليل يقتضي ثبوت الكراهة في كلّ صلاة فيهما، وتخصيصه بلا مخصّص شرعيّ لا يجوز والله أعلم بالمخصّص.

ولو نذر صلاة فيهما.. فالأفضل تأخيرها إلى وقت مباح، ولو صلّاها.. خرج عن العهدة لما ذكرناه.

ولو أفسد سنة الفجر.. لا يقضيها بعد الفجر على الأصحّ، وعن محمد بن الفضل: يقضيها، وقيل: لو أراد قضاء سنة الفجر قبل طلوع الشمس.. فالحيلة أن يشرع فيها، ثم يفسدها على نفسه، ثم يشرع في صلاة الإمام، ثم يقضيها بعدها؛ لأنها صارت ديناً، وقيل: يشرع في السنة ويكبر لها، ثم يكبر مرة أخرى بلا رفع يد لصلاة الإمام ويقتدي به، فيخرج بهذه التكبيرة من السنة ويدخل في الفرض مع الإمام، ولا يصير مفسداً للعمل، فإذا سلم الإمام.. قضاها بلا سلام معه.

(لا عن قضاء فائتة وسجدة تلاوة) على السّامع أو على التالي.

(وصلاة جنازة) لما ذكرناه من أن المنع في هذين الوقتين لحق الفرض ليصير الوقت كلّه مشغولاً بالفرض تقديراً لا لمعنى في الوقت كما في الأوقات الثلاثة الماضية، فلم يظهر في حق الفرض والواجب بإيجاب الله؛ لأنهما لا يمنعان اشتغال الوقت للفرض تقديراً، بخلاف النفل وركعتي الطواف والمنذور؛ لأن وجوبها لغيرها؛ وهو صيانة المؤدى، وختم الطّواف، وإيفاء النّذر، والاشتغال بهما يمنع اشتغال الوقت بفرض الله، وهو القياس في المنذور فيهما، إلا أنه يجوز لأدائه كما التزم، لكن الأفضل تأخيره أيضاً؛ لأن المعنى ههنا ليس الأداء كاملاً أو ناقصاً، بل

وَعَنِ النَّفْلِ بعدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ بِأَكْثَرَ من سنَّتِهِ.

وَقبلَ الْمغربِ.

المعنى هو اشتغال الوقت بالفرض.

فإن قيل: هذا تخصيص النص، أعني ما رويناه من «الصحيحين» بالمعنى: وذا لا يجوز.. قلنا: ممنوع لأن النّص إنما ورد في صلاة مطلقة، وصلاة الجنازة، وسجدة التلاوة، وكذا السهو ليس كذلك، بل عبادة أخرى أوجبها الله تعالى علينا في مطلق الأوقات والقضاء لما فاتها شرف الوقت.. صارت كأنها عبادة أخرى أوجبها الله تعالى، لا بخيار الفائت في مطلق الأوقات، فلا يكون شيء منها من متناولات النص حتى يخصص بالمعنى، [٨٢/ب] فيكون المعنى المذكور من قبيل بيان المانع، لا بيان المخصص.

• (و) منع أيضاً (عن النفل) أي قصداً لما في «الظهيرية»: لو شرع في التّطوع قبل طلوع الفجر فلمّا صلّى ركعة طلع الفجر؟ قيل يقطع الصّلاة، والأصحّ: يتمها، ولا تنوب عن سنة الفجر على الأصح، وقيل: تنوب. انتهى.

(بعد طلوع الفجر) الصادق قبل صلاة الفجر؛ لأن حكم التنفل بعدها قد سبق (بأكثر من سنته) لما في «مسلم»: أن النبي ﷺ نهى عن الصّلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس، إلا ركعتين أي بعد طلوع الفجر الصّادق، لكن رخصنا فيه القضاء، وسجدة التلاوة، وصلاة الجنازة؛ لما ذكرناه آنفاً من أن المنع ليس بمعنى في الوقت بل لحقّ الفرض.

• (و) منع أيضاً عن التنفل بعد الغروب (قبل) صلاة (المغرب) لا لمعنى في الوقت؛ بل لاستلزامه تأخير المغرب والمستحب تعجيله، قالوا: لكن استلزام تأخير المستحب الكراهة ممنوع، وقال الشافعي في رواية: يستحب قبل المغرب ركعتان؛ لما رواه البخاري: «صلّوا قبل المغرب ركعتين»، ورجّحه بعض مشايخنا بما في «القنية»: أن تأخير صلاة المغرب لا يكره على الأصحّ، إن كان التأخير قليلاً، أو من عذر، والركعتان لا تزيد على القليل.

وَوقتَ الْخُطَبِ أيّاً كَانَت.

والجواب: أن عدم كون الركعتين على وجه السنة زائداً على القليل ممنوع، والظاهر: أن بين غروب الشمس وآخر الحمرة التي هي وقت المغرب عندهما، وعند الشافعي لا يسع ركعتين وسلاماً وإقامة، ثم ثلاث ركعات على وجه السنة.

وعن النخعي: أن الركعتين قبل المغرب بدعة، وأن النّاس اتفقوا على ترك العمل بحديث الشافعي.

وأمّا قضاء الفائتة، وصلاة الجنازة، وسجدة التلاوة، فجائز على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة»، يعني من غير كراهة.

(و) منع أيضاً عن التنفل (وقت الخطبة) أي من وقت الخروج إلى بيت الخطبة إلى أن يفرغ من الصّلاة، وقيل: من الشروع للخطبة (أيّا كانت) خطبة عيد، أو جمعة، أو كسوف، أو استسقاء، أو حجّ، أو ختم القرآن، أو نكاح، والنفل أعم من سنة الجمعة، وتحية المسجد، وغيرهما من النفل.

وقال الشافعي: لا يمنع عن تحية المسجد؛ لقوله ﷺ للداخل وقتها: «صل ركعتين».

ولنا ما رواه الستة مرفوعاً: «إذا قلت لصاحبك يوم الجمعة: أنصت والإمام يخطب.. فقد لغوت»؛ لأن المنع من الأمر بالمعروف وهو أعلى من السنة وتحية المسجد.. يدل على المنع عنهما بطريق الأولى؛ ولأن استماع الخطبة فرض، والاشتغال بالصلاة يخله.

وما رواه الشافعي خبر واحد؛ ولأن المحرم مقدّم على المبيح؛ ولأنه يجوز أن يكون ذلك في الوقت الذي كان الكلام مباحاً في الصّلاة؛ إذ لا يعلم تاريخه، وإنما قلنا: «عن التنفل»؛ لأن المنع عن قضاء الفوائت، وسجدة التلاوة، وصلاة الجنازة وقتها مختلف فيه، فقال صدر الشريعة والفاضل الشمسي في «شرح النقاية»: يكره الفوائت، وصلاة الجنازة، وسجدة التلاوة، إذا خرج الإمام للخطبة، وقال القهستاني: لا تكره هذه الثلاثة إذا خرج الإمام للخطبة، وهو الظاهر من كلام «النقاية»، وقال

وَقبلَ صَلَاةِ الْعِيدِ.

صاحب «النهاية» و«العيني» و«الحاوي القدسي»: [٨٣/أ] تجوز الفائتة وقت الخطبة من غير كراهة، واختاره صاحب «الدّرر»، والذي يقتضيه الوجهان: المذكوران: المنع عنها أيضاً.

● (و) منع أيضاً عن التنفل (**قبل صلاة العيد**) في بيته، أو في المسجد وبعدها أيضاً في المسجد لا في البيت، على ما في «البحر».

وكذا منع عن التنفل عند الإقامة يوم الجمعة على ما في «الخلاصة»، وأما في غير يوم الجمعة.. فلا يكره بمجرد الأخذ في الإقامة ما لم يشرع الإمام في الصّلاة، وبعد شروعه لا يكره أيضاً سنة الفجر.. إذا علم أنه يدرك الركعة الثانية أو التشهد على ما فيه من الخلاف.

وكذا لا يكره بقية السنن.. إذا علم أنه يدرك قبل الركوع في الركعة الأولى، لكن يكره في جميع ذلك أن يصلّي مخالطاً للصفّ، أو خلف الصف بلا حائل، بل يصلّي خلف أسطوانة أو خارج المسجد، والظّاهر: أنّ هذا هو السبب في الكراهة عند الإقامة للجمعة؛ لأنه يوم زحام فلا يخلو عن مخالطة الصف على ما ذكره في شرح «المنية»، وهو المروي عن أبي حنيفة وأصحابه، والأصل فيه ما رواه أبو إسحاق عن الحرث عن علي رضي الله عنه: أن النبي ﷺ: كان يصلّي الركعتين عند الإقامة؛ أي: سنة الفجر، وضعفه ابن الحجر: بأن الحرث فيه ضعف، وأبو إسحاق لم يسمع منه، وقال: مذهب أبي حنيفة والشافعي: أنهما كرّها سنة الفجر وغيرها من السنن عند الإقامة؛ لما رواه مسلم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: قال: «إذا أقيمت الصّلاة.. فلا صلاة إلا المكتوبة»، ولو خالف هذا وصلّى بعد الإقامة، اختلفوا فيه؟ قيل: تنعقد سنة مع الكراهة، وقيل: تبطل.

والظاهر: أنه تنعقد سنة على ما في «فتح الباري»، هذا كلّه في ابتداء التطوع بعد الإقامة، وأما إن كان قد ابتدأ بالتطوع قبل الإقامة ثم أقيمت الصّلاة.. ففيه قولان:

أحدهما: أن يتمّ وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي.

وَعَنِ الْجمعِ بَينَ صَلَاتَيْنِ فِي وَقتٍ إِلَّا بِعَرَفَةَ ومزدلفةَ.

والثاني: يقطعها، وهو قول سعيد بن جبير.

وقيل: يسرع الصّلاة حتى يلحق الإمام، هذا في التطوع.

وأما إذا كان يصلّي فرضاً وحده، ثم أقيمت تلك الصّلاة.. ففيه أقوال: قيل: إنه يتم نفلاً ثم يصلّي مع الجماعة، وقيل: يتمه فرضاً، وقيل: إن كان يصلّي أكثر الفرض.. أتمّه فرضاً، وإلّا أتمّه نفلاً، ثم يصلّي مع الجماعة، وهو قول أبي حنيفة ومالك والنخعي.

وأمّا إن أقيمت الصّلاة وعليه فائتة؛ فمن قال: لا يجب الترتيب بين الفائتة والحاضرة.. فإنه يرى أنه يصلّي مع الإمام فريضة الوقت ثم يقضي الفائتة، وأمّا من أوجب الترتيب؛ فاختلفوا فيه: فمنهم من أسقط الترتيب في هذه الحالة لخشية فوات الجماعة، ومنهم من قال: إنّه يشتغل بقضاء الفائتة، والأوّل أظهر؛ لأنّ هذا مخالف لما روي: «إذا أقيمت [الصلاة].. فلا صلاة إلّا الّتي أقيمت».

● (و) منع أيضاً (**عن الجمع بين صلاتين في وقت**) من أوقات المكتوبات للسّفر أو المطر أو المرض، (**إلّا**) عن الجمع بينهما (**بعرفة**)، يجمع فيها بين الظهر والعصر مكتوبتين في وقت الظهر؛ بسبب الشك فيهما، (**ومزدلفة**) يجمع فيها المغرب والعشاء؛ في وقت العشاء؛ بسبب الشك فيهما، وقال الشافعي: يجوز الجمع [٨٣/ب] بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء في وقت أيّهما شاء للسفر، وفي وقت الأولى للمطر، وفي الجمع للمرض عنه روايتان: فإن جمعهما في وقت الأولى في السّفر.. فالشّرط عنده: أن يقدمهما، وينوي الجمع قبل فراغه من الأولى، وأن لا يفرق بينهما، وإن جمعهما في وقت الثّانية.. وجب أن ينويه في وقت الأولى، ويكون قبل ضيق وقتها، بحيث يبقى من الوقت ما يسع تلك الصّلاة؛ فإن أخّرها بلا نية.. عصى، وصارت قضاء، وإذا أخّرها بالنّية.. استحب أن يصلّي الأولى أولاً وأن ينوي الجمع، وأن لا يفرق بينهما، وله في ذلك ما رواه البخاري: كان رسول الله ﷺ: يجمع بين صلاتي الظّهر والعصر، وبين المغرب والعشاء في السفر.

ولنا: النصوص الواردة لتعيين الأوقات من الآيات والأحاديث الصحاح؛ منها: حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: ما صلّى رسول الله ﷺ صلاة قط إلا لوقتها.. إلّا صلاتين، جمع بين الظهر والعصر بعرفة، وبين المغرب والعشاء بمزدلفة، وتأويل ما رواه الشافعي: أنه ﷺ: صلّى الظهر في آخر وقتها والعصر في أوّل وقتها، وكذا فعل بالمغرب والعشاء، فيصير جمعاً بينهما فعلاً لا وقتاً، وهو المراد ههنا، وإلى هذا التأويل أشار محمّد في «الموطأ».

وفي قضاء الفوائت من «البحر»: يجوز تأخير الصلاة عن وقتها كما قال الولوالجي في «فتاواه»: القابلة إذا اشتغلت بالصّلاة تخاف أن يموت الولد.. لا بأس أن تؤخر الصّلاة وتقبل على الولد؛ لأنّ تأخير الصّلاة عن الوقت يجوز بعذر، ألا ترى أنّ رسول الله ﷺ أخر الصّلاة عن وقتها يوم الخندق.

وكذا إذا خاف من اللّصوص وقطاع الطّريق.. جاز لهم أن يؤخروا الوقتية؛ لأنه بعذر. انتهى.

فظهر منه جواز الجمع بين مكتوبتين في وقت غير عرفات ومزدلفة لعذر يؤدي إلى هلاك النّفس.

فإن قيل: الجمع في عرفات ومزدلفة على أن يكون المؤخر عن وقته أداء لا قضاء؛ لأنه تأخير بإذن الشرع فكان في وقته، وفي الصّور المذكورة: المؤخر عن وقته قضاء لا أداء.. فلا يكون جمعاً بين المكتوبتين أداء.

قلنا: لما كان التأخير ههنا أيضاً بإذن الشرع، أنهم قد صرّحوا أن تأخير الفرض عن وقتها كبيرة، والقضاء إنما يزيل الإثم الحاصل عن ترك الفرض لا الإثم الحاصل عن تأخيره، بل هذا الإثم باقٍ لا يزول بالقضاء المجرّد عن التّوبة، فلا بدّ أن يفرق بين التأخير بإذن الشرع وبين غير إذن الشرع، فيكون الأوّل أداء والثاني قضاء، وأمّا القول بأن القضاء على قسمين؛ أحدهما: ما يترتب عليه الإثم، والثاني: ما لا يترتب.. فمما لم يصرح به أحد.

وَمَن طهُرَت في وقتِ عصرٍ أو عشاءٍ.. صلتْهُما فقط.

وَمَن هُوَ أهلُ فرضٍ فِي آخرِ وَقتٍ يَقْضِيهِ ذَلِكَ.........

(**ومن طهرت**) من حيض أو نفاس (**في وقت عصر أو عشاء.. صلّتهما فقط**)، أي دون الظهر والمغرب؛ لعدم جواز الجمع بينهما في وقت واحد، ولا قضاء عليها على ما مر في الحيض، خلافاً للشّافعي فيهما؛ لجواز الجمع عنده.

(**ومن هو أهل فرض في آخر وقت**) أي الجزء الأخير من وقت الصّلاة، بأن بلغ أو أسلم، أو أفاق من الجنون، أو انتبه من النوم، أو طهرت لأكثر [٨٤/أ] الحيض أو النّفاس وقد بقي من الوقت قدر التّحريمة، أو طهرت لأقلّ من أكثرهما وقد بقي منه قدر التحريمة والغسل معاً (**يقضيه ذلك**)؛ لأن العبرة لآخر الوقت عندنا، بناء على أن السّبب يتقرّر فيه، والخطاب يتوجه عليه، على ما ذكرناه في أوّل الباب، وقد وجد فيه الأهليّة فيترتب عليه لزوم القضاء، يبنى على الأداء، والأداء في ذلك غير ممكن، فكيف يلزمه القضاء ولا تفريط عنه؟ قلنا: يكفي في القضاء إمكان القدرة على الأداء، ولا يشترط له حقيقة القدرة، وإنّما شرطت هي لنفس الأداء، والفرض فيما نحن فيه: هو القضاء لا الأداء، وإمكان القدرة على الأداء ثابت ههنا؛ لاحتمال امتداد الوقت بقدرة الله تعالى، كما وقع لسليمان عليه السلام نظيره.

مسألة: الحلف بمسّ السّماء، فإنه ينعقد اليمين؛ لإمكان البر في الجملة؛ لاحتمال الصّعود إلى السّماء؛ كما وقع للنبي ﷺ؛ فإمكان الأصل وهو البر.. كاف لوجوب الخلف، وهو الكفارة للحنث، فإمكان الأداء كاف لوجوب القضاء؛ ولأنّ القضاء يبنى عندنا على نفس الوجوب المسبب عن وجود جزء من الوقت، وقد وجد ذلك لا على وجوب الأداء على ما في «الأصل».

وقال زفر: لا يجب عليهم القضاء؛ لعدم القدرة على الأداء، والحجة على ما رويناه.

اعلم أنّ ما يأتي به النائم والمغمى عليه بعد اليقظة والإفاقة بعد خروج الوقت: قضاء على ما هو المشهور في كلام القوم، لكن مقتضى الأصول: أن يكون أداء:

لَا من حَاضَت فِيهِ.

أما أوّلاً: فلأنّ الأداء تسليم نفس الواجب بالأمر، وما وجب عليهما بالأمر ما يأتيان به بعد خروج الوقت.

وأمّا ثانياً: فلأنّ القضاء تسليم مثل الواجب بالأمر، والمثل إنما يتحقق إذا كان المكلّف مخاطباً بالأصل وقد فاته، فوجب عليه مثله، وهما ليسا كذلك؛ لعدم أهليتهما لفهم الخطاب.

فإن قيل: إن الأداء في الاصطلاح هو ما يكون في الوقت؛ لأن الوقت شرطه، وهنا ليس كذلك.

قلنا: نعم، إلا أن شرطه هو الوقت الذي ورد فيه الخطاب، لا الوقت المطلق، ولا المار حالة النوم والجنون، والوقت الذي ورد فيه الخطاب: هو وقت اليقظة والإفاقة، فوجد شرطه؛ وهذا كانتقال وقت صلاة المغرب في المزدلفة إلى وقت العشاء، وإلى هذا أشار ﷺ بقوله: «من نام عن صلاة أو نسيها.. فليصلّها إذا ذكرها؛ فإن ذلك وقتها».

وأمّا ما وقع في كلام القوم من تسمية صلاتها قضاء.. فتسمية مجازية، باعتبار ما خرج عن وقته المعهود على ما صرّح به الشيخ أكمل الدّين في «شرح البزدوي»، واختاره الشيخ أبو المعين من أصحابنا على ما فصلناه في حاشيتنا على «المرآة في الأصول».

(لا) تقضي (من حاضت فيه) أي في آخر الوقت أو نفست، لعدم تقرر السببية فيما قبله؛ ولعدم توجه الخطاب عليها قبله وقد زالت الأهلية قبل توجه الخطاب، والله أعلم.

* * *

(بَابُ الْأَذَانِ)

سنَّ..

(باب الأذان)

هو في اللغة: الإعلام. وفي الشريعة: الإعلام [٨٤/ب] بدخول الوقت بألفاظ مخصوصة.

شرع بعد الهجرة في السّنة الأولى، وقيل: في الثانية؛ لما روي أنّ النّاس كانوا في عهد رسول الله ﷺ قبل أن يأمر بالأذان ينادي مناد رسول الله ﷺ الصّلاة جامعة فيجتمع الناس، فلمّا صرفت القبلة إلى الكعبة.. أمر بالأذان؛ لأنّ القبلة صرفت في السّنة الثانية، ورده في «فتح الباري» بأنّ المسلمين أوّل ما قدموا المدينة ورسول الله ﷺ معهم لم يكونوا ينادوا، وإنما كانوا يتحينون للصّلاة وليس ينادى بها، فتكلموا يوماً في ذلك: فقال بعضهم: اتخذوا ناقوساً مثل ناقوس النصارى، وقال بعضهم: قرناً مثل قرن اليهود، فقال عمر: أولا تبعثون رجلاً ينادي بالصّلاة؟ قال رسول الله ﷺ: «يا بلال قم فناد بالصّلاة» يحتمل أن مراده أن ينادي في الطرقات الصّلاة الصلاة، وهو ظاهر الحديث، على ما قاله القاضي عياض في «شرح مسلم»: ويكون ذلك قبل أن يشرع الأذان، ويحتمل أن مراده الأذان، وهو أظهر على ما في «فتح الباري»: يحتمل أن عمر أشار بذلك بعد أن رآه في منامه.

(سن) سنة مؤكّدة في قوة الواجب على أهل المصر والقرى، وكذا الإقامة، حتى قالوا: يقاتلون إذا اجتمع أهل بلد على تركه؛ لما فيه استخفاف علامة الدّين، وعن أبي يوسف: يضربونهم ولا يقاتلوهم.

وقيل: الأذان واجب؛ لما رواه البخاري: «إذا حضرت الصّلاة.. فليؤذن لكم أحد».

قلنا: الأمر ليس للوجوب؛ لأن النبي ﷺ علّم الأعرابي الصّلاة، ذكر له الوضوء، واستقبال القبلة، وسائر أركان الصّلاة، وشرائطها، ولم يذكر الأذان، ولو

للفرائِضِ دونَ غَيرِهَا.

وَلَا يُؤَذَّنُ لصَلَاةٍ قبلَ وَقتِهَا، ويُعادُ فِيهِ لَو فَعَلَ؛ خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِي الْفَجْرِ.

كان واجباً.. لذكره؛ ولأن الأصل براءة الذمة، وخبر الواحد لا يكون حجة فيما يعم به البلوى، فيكون الأمر للندب، والسنية تثبت بالمواظبة مع عدم الإنكار على تاركه، وإن لم يتركه مرة، وبهذا ظهر ضعف ما قيل في «فتح القدير»: إنه ينبغي أن يكون واجباً؛ لأن المواظبة مع عدم الترك مرة دليل الوجوب (**للفرائض**) أداء وقضاء، ويدخل فيه الجمعة (**دون غيرها**) من الوتر، وصلاة الجنازة، والعيد، والكسوف، والخسوف، والتراويح، وسنن الرّواتب؛ لأنها أتباع للفرض.

(**ولا يؤذن قبل وقتها**)؛ لأنه شرع لإعلام الوقت، فلا يجوز قبله لفوات المقصود.

(**ويعاد فيه**) أي في الوقت (**لو فعل**) المؤذن قبل الوقت في الفجر وغيره عندهما، (**خلافاً لأبي يوسف في الفجر**) حيث جوّز أذانه في النصف الثاني من اللّيل، ولا يلزم الإعادة بعد طلوع الفجر عنده، وهو قول مالك، والشافعي، وأهل الحديث، وعليه عمل أهل الحرمين لما في «البخاري» مرفوعاً: «إنّ بلالاً يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتّى يؤذن ابن أم مكتوم».

ولهما ما روي عن رسول الله ﷺ قال لبلال: «لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا، ومدّ بيديه عرضاً»، أخرجه البيهقي وقال: رجاله ثقات، وحديث البخاري ليس فيه إلّا إخباره ﷺ بفعل بلال، وقد نهاه عن ذلك بما رويناه، وفعله لا يعارض نهي النبي ﷺ، ولو سلّم [٨٥/أ] فالمحرّم مقدّم على المبيح.

فعلى هذا لو وقع بعض كلمات الأذان قبل الوقت وبعضها في الوقت.. ينبغي أن يعيد الأذان كله.

وأن الإقامة لا تصحّ بالأولى، وإذا قام في الوقت ولم يصلّ على فوره؛ هل تبطل إقامته أم لا؟ إن طال الفصل.. تبطل، وإلّا.. فلا على ما في «البحر».

وَيُؤَذِّنُ للفائتةِ وَيُقِيمُ، وَكَذَا لأُولى الْفَوَائِتِ، وَخُيِّرَ فِيهِ للبواقي.

(**ويؤذن للفائتة**) منفرداً وبجماعة، (**ويقيم**) لما رواه أبو داود: أنه ﷺ أمر بلالاً بالأذان والإقامة حين ناموا عن الصّبح، وصلّوها بعد ارتفاع الشّمس، واعترض عليه بأن قصّة قضائهم الصّبح روي عن أبي هريرة بطرق متعددة، ولم يذكر فيها الأذان، بل اكتفى بالإقامة.

وأجيب: بأن القصّة فيهما واحدة، أعني: قصّة التعريس، فالعمل بالزيادة أولى، وإن لم يتحد الرّاوي.

قلت: فيه نظر لما في «فتح الباري»، والنووي، وشرح «الهداية» للعيني: أن القصّة متعددة لا متحدة، فالأولى في الجواب ما في «النّووي»: أنه لا يلزم من ترك ذكر الأذان أنه لم يؤذن، فلعله أذن، وأهمل الراوي ذكره أو لم يعلم به، وفي إطلاق المصنف إشارة إلى أنه يؤذن ويقيم فيما لو قضى في بيته، وفي المسجد أيضاً على ما في «البحر»، لكن ذكر في «الزاهدي» و«المجتبى»: أنّ الأذان سنة القضاء في البيت دون المساجد؛ لما فيه من تشويش الخلق، ويؤيده ما صرّحوا به: أن الفائتة لا تقضى في المساجد؛ لما فيه من إظهار تكاسله في الصلاة.

ويكره ترك الأذان في القضاء في البيت دون الأداء في البيت، على ما سيأتي، ولا يلزم رفع صوته في أذان القضاء في البيت منفرداً، ويرفعه في الصحراء، وكذا في القضاء بجماعة، واحترز بالفائتة من الفاسدة إذا أعيدت؛ فإنه لا يعاد الأذان والإقامة معها على ما في «المجتبى».

(**وكذا**) أي يؤذن (**لأولى الفوائت، وخير فيه**) أي في الأذان (**للبواقي**) من الفوائت، لما روي أنه ﷺ: شغله المشركون يوم الأحزاب عن أربع صلوات، فقضاهنّ على الولاء، وأمر بلالاً أن يؤذن ويقيم لكلّ واحدة منهنّ؛ ولأنّ الأذان للاستحضار وهم حضور، فلذا جاز تركه في البواقي، فظهر منه أن الإقامة لا بدّ منه في الكل؛ لأنه روي أنه ﷺ: شغله المشركون يوم الخندق عن أربع صلوات، فأذن وأقام وصلّى الظهر، ثم أقام وصلّى العصر، ثم أقام وصلّى المغرب، ثم أقام وصلّى العشاء.

وَكُرِهَ تَرْكُهُمَا مَعاً لِلْمُسَافِرِ، لَا لمصلٍّ فِي بَيْتِهِ فِي الْمِصرِ.

ونُدِبا لَهُما، ....

(وكره تركهما معاً) أي جميعاً (للمسافر) منفرداً وبجماعة؛ لما رواه البخاري: أتى رجلان إلى النبي ﷺ: يريدان السّفر، فقال ﷺ: «إذا أنتما خرجتما.. فأذنا ثم أقيما، ثم ليؤمكما أكبركما»، وفي كلامه إشارة إلى أن ترك أحدهما أي الأذان لا يكره، وأمّا ترك الإقامة.. فمكروه؛ لقول علي رضي الله عنه: المسافر بالخيار؛ إن شاء أذن وأقام، وإن شاء أقام.

(لا) يكره تركهما (لمصلّ) منفرداً وبجماعة (في بيته في المصر)؛ لما روي عن علقمة قال: صلّى ابن مسعود بي وبالأسود بغير أذان، ولا إقامة، فقيل له: [٨٥/ب] ألا تؤذن وتقيم؟ فقال: أذان الحي يكفينا، أخرجه البيهقي؛ ولأن المؤذن نائب عن أهل المحلّة في الأذان والإقامة؛ لأنهم نصبوه لهما؛ بخلاف المسافر إذ لا نائب عنه.

وروي عن أبي حنيفة وأصحابه: أنه يكفيه أذان أهل المصر دون إقامته، وعنه أيضاً: أنه يكفيه أذان أهل المصر وإقامته إن صلّى وحده، وإن صلّوا بجماعة وتركوا الأذان.. أساؤوا، والتقّييد بالبيت ليس احترازيّاً، بل المصلّي في المسجد إذا صلّى بعد صلاة الجماعة لا يكره له تركهما، بل ليس له الأذان، سواء صلّى منفرداً أو بجماعة بعد أذان الجماعة الأول؛ إلّا إن أذنوا الجماعة الأولى مخافتةً، بحيث لم يسمع غيرهم؛ فإنه حينئذ تؤذن الجماعة الثانية وتقيم، ولا عبرة لأذان الجماعة الأولى على ما في «الخلاصة»، والقروي.. كالمصري؛ إن كان فيها مسجد، وإلّا.. فكالمسافر.

(وندبا) أي: الأذان والإقامة (لهما) أي: للمصلّي في بيته في المصر، والمسافر؛ ليكون الأداء على هيئة الجماعة.

أقول: فيه بحث؛ لأنّ كونهما مندوباً لهما لا يلائم قوله: وكره تركهما للمسافر؛ إذ لا كراهة في ترك المندوب، وحمل الكراهة في هذا القول على كراهة تنزيه، لا يساعده قوله: لا يكره تركهما لمصل. تأمّل.

لَا لِلنِّسَاءِ.

وَصِفَةُ الْأَذَانِ مَعْرُوفَةٌ.

وَيُزَادُ بعدَ فلاحِ أَذانِ الْفجْرِ: «الصَّلَاةُ خيرٌ منَ النّومِ» مرَّتَيْنِ.

وَالْإِقَامَةُ مثلُهُ، ....

والمسافر إذا أذن راكباً.. لا يكره، وينزل للإقامة.

(لا) يندبان (للنساء)؛ لأنّهما من سنن الجماعة المستحبة، وجماعتهنّ ليست كذلك، ولو صلّت المرأة منفردة.. جاز لها الإقامة لا الأذان، على ما في «البحر».

(وصفة الأذان معروفة) وهي: كما أذّن الملك النازل جبريل عليه السلام أو غيره على الخلاف، والأصل فيه: ما روى أبو داود في «سننه» بإسناده إلى عبد الله بن زيد رضي الله عنه أنّه قال: طاف بي وأنا نائم رجل يحمل ناقوساً في يده، فقلت يا عبد الله أتبيع النّاقوس؟ قال: وما تصنع به؟ فقلت: ندعو به إلى الصّلاة، قال: أفلا أدلّك على ما هو خير من ذلك؟ فقلت: بلى، فقال: تقول: الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر، أشهد أن لا إله إلّا الله، أشهد أن لا إله إلّا الله، أشهد أنّ محمّداً رسول الله، أشهد أنّ محمّداً رسول الله... فساقه بلا ترجيع، قال: ثم استأخر عني غير بعيد، ثم قال: تقول إذا أقمت الصّلاة: الله أكبر الله أكبر.. فساقه الإقامة، وأفردها، وثنى لفظة الإقامة، قال: فلما أصبحت.. أتيت النبي ﷺ فذكر باقي الحديث، وفيه: فسمع ذلك وهو في بيته، فجعل يجر ردائه ويقول: والذي بعثك بالحق لقد رأيت مثل ما أرى، فقال: ﷺ: «فلله الحمد».

(ويزاد بعد فلاح أذان الفجر: الصّلاة خير من النّوم مرّتين)؛ لأنّ بلالاً قاله فاستحسنه النبي ﷺ، وقال: «اجعله في أذانك»؛ ولأنّ وقت الفجر وقت، فخص بزيادة الإعلام.

(والإقامة مثله) في كونها سنة الفرائض، وفي عدد كلماته، وتكرره، وترتيبه؛ لما رويناه من حديث عبد الله رضي الله عنه وهو حجة على الشّافعي ومالك في القول

وَيُزَادُ بعد فلاحِها: «قد قَامَتِ الصَّلَاةُ» مرَّتَيْنِ.

ويترسَّلُ فِيهِ،..

بأن الإقامة فرادى كلّها، سوى التكبير في أوّلها وآخرها؛ فإنه مرّتين، وأنّ بلالاً ثنّى الأذان والإقامة إلى أن توفي.

(وتزاد بعد فلاحها: **قد قامت الصّلاة مرتين**)؛ لما رويناه وذكرناه [٨٦/أ].

وقال في «الخلاصة»: إذا انتهى المؤذن إلى قد قامت الصّلاة.. إن شاء أتمّها في مكانه، وإن شاء مشى إلى مكان الصّلاة إماماً كان المؤذّن أو غيره، وإن أذن وأقام غيره بأذنه.. لا بأس به ولا يكره.

(**ويترسل فيه**) أي: في الأذان؛ بأن يفصل بين كلمتيه بسكتة، لما رواه الترمذي أن النّبي ﷺ قال لبلال: «إذا أذنت.. فترسّل، وإذا أقمت.. فأحدر»؛ ولأن المقصود الأذان الإعلام، والتّرسل يناسبه.

والذي ظهر من «الظّهيرية»: أنّه لو ترك الترسل فيه.. أعاده، ولو ترك الحدر في الإقامة.. لم يتكرر؛ لأنّ تكرار الإقامة مكروه دون تكرار الأذان، وقد مرّ من «البحر»: أنّه لو أقام في الوقت ولم يصلّ على الفور.. يعيد الإقامة؛ إن طال الفصل.

وقال في «قاضي خان»: أذّن ومكث ساعة؛ ثم أخذ في الإقامة.. فظنها أذاناً فصنع كالأذان فعرف يستقبل الإقامة؛ لأنّ السنة في الإقامة الحدر فإذا ترسّل ترك سنة الإقامة، وصار كأنه أذن مرتين.

واختلف في ترك التّرسّل في الأذان، قيل: إنّه مكروه، وقيل: لا، وفي «فتح القدير»: والحق أنّه مكروه؛ لأنّ التّوارث على الترسل فيه.

وفيه أيضاً: عن جامعي «قاضي خان» و«التمرتاشي»: السكتة الفاصلة عند الأذان قدر ثلاث آيات قصار أو آية طويلة، وعنه: قدر ثلاث خطوات أو أربع، كذا في «الزّيلعي».

ويَحدِرُ فِيهَا.

وَيُكرَهُ: الترجيعُ ....

(**ويحدر فيها**) أي: في الإقامة لما رويناه، (**ويكره الترجيع**) وهو: أن يأتي بالشهادتين مرتين مخافتةً، ثم يرجع بعد قوله في المرة الثانية: أشهد أن محمداً رسول الله خفياً إلى قوله في المرة الأولى أشهد أن لا إله إلّا الله رافعاً صوته.. فكرّر الشهادتين، فيقول لكل واحدة منها أربع مرّات مرتين على الإخفاء ومرتين على الجهر.

وقال الشافعي ومالك: الترجيع في الأذان ثابت؛ لما رواه الترمذي: عن أبي محذورة: علّمني رسول الله ﷺ الأذان تسع عشرة كلمة.. والإقامة سبع عشرة كلمة، وإنما كان الأذان تسع عشرة كلمة بالتّرجيع؛ وإلّا.. فهو خمس عشرة كلمة.

قلنا: الأصل في الأذان ما رويناه من حديث عبد الله؛ ولا ترجيع فيه؛ ولأنّ أذان بلال بحضرة النبي ﷺ كان بلا ترجيع إلى أن توفّي ﷺ، وما روياه محمول على التعليم؛ فظنوا منه الترجيع، يعني: أنّ أبا محذورة لم يمدّ صوته في الشهادتين.. حياء من قومه؛ لأنّه كان في أوّل إسلامه، فقال ﷺ: «أرجع فمدّ صوتك، لا حياء في ديننا» كذا قاله الطّحاوي.

لكنه مشكل بما في «أبي داود» بإسناد صحيح عن أبي محذورة قال: قلت: يا رسول الله؛ علمني سنة الأذان قال: «تقول: الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر، أشهد أن لا إله إلّا الله، أشهد أن لا إله إلّا الله، أشهد أن محمّداً رسول الله، أشهد أن محمّداً رسول الله.. تخفض بها صوتك؛ ثم ترفع بها صوتك». فهذا يفيد الترجيع وهو ظاهر، فالأولى إثبات التّعارض بين روايتي أبي محذورة؛ فإنّه روى الطبراني في «الأوسط» بسند عن ابن أبي محذورة أنّه يقول: إنّه سمع أبا محذورة يقول: ألقى علّي رسول الله ﷺ الأذان حرفاً حرفاً: الله أكبر، الله أكبر، إلى آخره، ولم يذكر فيه ترجيعاً، فتعارض المرويتان عنه فتساقطا، ويبقى ما رويناه من [٨٦/ب] حديث عبد الله سالماً عن المعارض، قال في «البحر»: الظاهرمن عباراتهم أنّ الترجيع عندنا مباح

والتَّلحينُ.

وَيسْتَقْبِلُ بهما الْقِبْلَةَ، ويحوّلُ وَجهَهُ يمنةً ويَسرةً عِنْدَ: «حَيَّ على الصَّلَاةِ، وَحيَّ على الْفَلاحِ».

ويتسديرُ فِي صومعتِهِ إِن لم يَقدِرِ التَّحْوِيلَ واقفاً.

وَيجْعَلُ أصبعيهِ فِي أُذُنَيْهِ.

في الأذان، لا مكروه، وهذا مخالف لما في «النّووي»، قال أبو حنيفة والكوفيّون: لا يشرع الترجيع في الأذان، وكذا الظاهر من «الزيلعي» حيث قال: وكذا لا يحلّ التّرجيع في قراءة القرآن.

(و) يكره أيضاً **(التلحين)**.. بزيادة حرف، أو حركة، أو سكون، أو بنقص شيء منها، وأما مجرّد تحسين الصّوت بلا تغيير وتغنّ.. فحسن فيه؛ لأنّه أنسب للمقصود من الأذان.

وعن الحلواني: أنّه لا بأس بالتلحين بزيادة مدّ أو نحوه في الحيعلتين، وإنما يكره ذلك في الأذكار، وكذا يكره تنحنح المؤذن عند الأذان والإقامة بلا ضرورة؛ لأنّه بدعة.. كذا في «فتح القدير».

(ويستقبل بهما القبلة) أي: بالأذان والإقامة للتّوارث؛ ولأنّ ما رواه عبد الله بن زيد في منامه من الملك النّازل عليه فعله كذا، **(ويحوّل وجهه يمنة ويسرة عند: حيّ على الصّلاة وحيّ على الفلاح)** أي: يقول الحيعلة الأولى في اليمين مرتين، والثانية في اليسار مرتين.. وهو المتوارث، وقيل: يقول الأولى في اليمين واليسار، وكذا الثانية.

(ويستدير في صومعته) أي: المئذنة للمبالغة في الإعلام.. **(إن لم يقدر التحويل واقفاً)** وإن قدر.. اكتفي بتحويل الوجه؛ لحصول المقصود به.

(ويجعل أصبعيه) أي: أنامل إصبعيه **(في أذنيه)**، لما رواه أبو محمّد بن حيّان بالمثناة من تحت ابن همام: أنّه ﷺ أمر بلالاً أن يدخل إصبعيه في أذنيه وقال: «إنّه

وَلَا يتَكَلَّمُ فِي أثنائِهما.

أرفع لصوتك» هكذا أخرجه الحاكم عن سعد القرظي مؤذن رسول الله ﷺ والأمر فيه للندب.. فيكون مستحباً، حتى لو لم يفعله.. لكان الأذان حسناً، على ما صرّح به في «الهداية»؛ لأنّه ليس من السنن الأصلية، بل إنما شرع كيفية للأذان المسنون، على ما دلّ عليه التعليل بقوله: «إنّه أرفع لصوتك».

ولا يستحب هذا في الإقامة؛ لأنّها أخفض من الأذان.

(ولا يتكلم في أثنائهما)، لما فيه من ترك الموالات والتعظيم.

وفي «فتح القدير»: إن تكلّم في الأذان.. استأنف، ولعلّ مراده: التكلم بكلام كثير؛ وإلّا.. ففي «الخلاصة»: وإن تكلّم بكلام يسير.. لا يلزمه الاستئناف.

أطلق التكلّم: فيشمل جميع الكلام، فلا يحمد لو عطس هو، ولا يشمت عاطساً، ولا يسلّم وفي ردّه السّلام - وكذا في ردّ المصلّي والقارئ والخطيب على من سلم عليهم - خلاف؛ فعن أبي حنيفة: لا يلزمهم الرد أصلاً، لا حالاً، ولا بعد الفراغ.. بل يرده في نفسه بعد الفراغ، وعن محمّد: يردّه بعد الفراغ، وعن أبي يوسف: لا بعده ولا قبله ولا في نفسه، وهو الصحيح، على ما في «الخلاصة»، و«فتح القدير»، و«البحر».

وأجمعوا على أنّ المتغوط لا يلزمه الردّ في الحال ولا بعده؛ لأنّ السّلام عليه حرام، بخلاف من في الحمام.. إذا كان يميز، روي عن أبي حنيفة: يرد المصلّي بعد الفراغ، قال أبو جعفر: تأويله إذا لم يعلم أنّه في الصّلاة، وعلى هذا سلّم على المتغوط.

وفي «قاضي خان»: إذا سلّم على القاضي والمدرّس.. قالوا: لا يجب عليه الرد.

وفي «البحر العميق» لابن الصباغ: يكره السّلام في [٨٧/أ] خمسة مواضع كما ذكرَ في «الرّوضة»، في بعضها: يردّ الجواب، وفي بعضها: لا.

أحدها: عند الخطبة: يأثم المسلِّم ولا يردُّ الخطيب.

والثاني: السّلام على القارئ: يأثم المسلّم ويردّ القارئ.

والثّالث: السّلام على المصلّي: يأثم المسلم ولا يرد المصلّي.

والرّابع: عند مذاكرة العلم: يكره السّلام عليهم ويردّ عليه.

والخامس: عند الأذان والإقامة: يأثم المسلّم ويرد عليه.

وقالوا: يكره السّلام عند الطّعام ويردّ عليه المسلّم.

وفي «القنية»: لا يسلّم على من جلس في المسجد؛ لأنّه ما جلس فيه.. إلّا للقراءة وللتّسبيح، أو لانتظار الصّلاة.. لا لدخول الزائرين عليه؛ فليس هذا أوان السّلام، ولهذا قالوا: لو سلّم عليهم الدّاخل وسعهم أن لا يجيبوه.

هذا، والسّابع: للأذان.

يجيب ذكوراً وإناثاً، على ما صرّح به في «فتح الباري»: أوجبنا. على ما في «الخلاصة». فيقول: مثل ما يقول المؤذن.. إلّا في الحيعلتين فيحوقل عندهما، وقيل: يحوقل عند الأولى، ويقول عند الثانية: ما شاء الله.. كان، وما لم يشأ.. لم يكن، وقيل: إنّه مخيّر فيهما، بين أن يقول مثل ما يقول المؤذن، وبين الحوقلتين، ويقول عند الصلاة خير من النّوم: صدقت وبررت.

واختلفت عباراتهم في أنّ إجابة المؤذن هل هي واجبة أو مستحبة؟ ففي «فتح القدير»، وظاهر «الخلاصة»، و«الفتاوى»، و«التحفة»: وجوبها.

وقول الحلواني: الإجابة بالقدم؛ فلو أجاب بلسانه ولم يمش.. لا يكون مجيباً، ولو كان السامع في المسجد.. فليس عليه أن يجيب باللّسان، حاصله: نفي وجوب الإجابة باللّسان، وبه صرّح جماعة، وأنّه مستحب.

قالوا: إن قال.. نال الثواب الموعود، وإلّا.. لم ينل، أمّا إنّه يأثم أو يكره فلا.

وفي «التجنيس»: لا يكره الكلام عند الأذان بالإجماع؛ استدلالاً باختلاف أصحابنا في كراهيته عند أذان الخطبة، فإن أبا حنيفة: إنما كرهه؛ لأنّه يلحق هذه

الحالة بحالة الخطبة، فكان هذا اتفاقاً على أنّه لا يكره في غير هذه الحالة، كذا ذكره شمس الأئمة السّرخسي.

لكن ظاهر الأمر في قوله ﷺ: «إذا سمعتم المؤذن.. فقولوا مثل ما يقول»، الوجوب؛ إذ لا تظهر قرينة تصرفه عنه، بل ربّما يظهر استنكار تركه؛ لأنّه يشبه عدم الالتفات إليه والتشاغل، وفي «التحفة»: ينبغي أن لا يتكلم ولا يشتغل بشيء حال الأذان والإقامة.

وفي «النهاية»: تجب عليهم الإجابة لقوله ﷺ: «أربع من الجفاء ، - ومن جملتها -: من سمع الأذان والإقامة ولم يجب» انتهى.

لكن هذا غير صريح في إجابة اللسان؛ إذ يجوز أن يكون مراده الإجابة بالإتيان إلى الصلاة بقرينة قوله: أو الإقامة؛ لأنّ إجابة الإقامة باللّسان لم يسمع عن أحد وجوبها.. إلا أنها مستحبة على ما في «فتح القدير»، وقال في «البحر»: السامع للأذان لا يقرأ، ولا يسلّم، ولا يردّ، ولا يشتغل بشيء سوى الإجابة، ولو كان السامع يقرأ.. يقطع القراءة ويجيب.

وفي «الظّهيرية»: لو كان الرجل في المسجد يقرأ القرآن فسمع الأذان.. لا يترك القرآن؛ لأنّه أجابه بالحضور، ولو كان في منزله.. يترك القراءة ويجيب، وهذا ظاهر في لزوم الإجابة بالقدم [٨٧/ب] لا باللّسان.

وقال في «فتح الباري»: القول بلزوم الإجابة باللسان مذهب بعض الظّاهرية، وفي «التّفاريق»: إذا كان في المسجد أكثر من مؤذن واحد.. أذّنوا واحداً بعد واحد.. فالحرمة للأوّل.

وسئل ظهير الدّين عمن سمع في وقت من جهات، ماذا عليه؟ قال: إجابة أذان مسجده بالفعل، وقال في «فتح القدير»: وهذا ليس مما نحن فيه؛ إذ مقصود السّائل: أي مؤذن يجيب باللّسان استحباباً أو وجوباً على الخلاف؟ والذي ينبغي.. إجابة الأوّل، سواء كان مؤذن مسجده أو غيره؛ لأنّه حيث سمع الأذان.. ندب له الإجابة،

أو وجبت على الخلاف؛ فإذا فرض أن مسموعه من غير مسجده.. تحقّق في حقّه السّبب، فيصير كتعددهم في المسجد الواحد، وإن سمعهم معاً.. أجاب معتبراً كون جوابه لمؤذن مسجده، ولو لم يعتبر هذا الاعتبار.. جاز، وإنما فيه مخالفة الأولى.

وفي «القنية»: سمع الأذان وهو يمشي.. فالأولى أن يقف ساعة ويجيب.

وعن عائشة رضي الله عنها: إذا سمع الأذان.. فما عمل بعده فهو حرام، وكانت تضع مغزلها.

وفي «العيون»: قارئ سمع الأذان.. فالأفضل أن يمسك ويسمع ثم يمضي في قراءته إن كان في المسجد، وإن كان في بيته.. فكذلك، إن لم يكن أذان مسجده هذا.

واعلم: أنّ القول بالحوقلة عند الحيعلتين على ما قدمناه، وإن خالف ظاهر ما رويناه من قوله ﷺ: «قولوا مثل ما يقول المؤذن». لكنه ورد فيه حديث مفسر كذلك رواه مسلم مرفوعاً قال: «إذا قال المؤذن الله أكبر الله أكبر فقال أحدكم مثل ما قال - إلى الشّهادتين - ثم إذا قال: حيّ على الصلاة.. قال: لا حول ولا قوّة إلا بالله ثم قال: حي على الفلاح، قال: لا حول ولا قوة إلا بالله، ثم قال: لا إله إلا الله مخلصاً من قلبه.. دخل الجنة»، فحملوا ذلك العام على ما سوى الحيعلتين؛ عملاً بالدّليلين.

وردّه ابن الهمام قائلاً: بأنّ المخصص الأوّل ما لم يكن متصلاً.. لم يخصّص، بل يعارض؛ فيجري فيه حكم المعارضة، أو يقدم العام على قول من لم يشترط ذلك؛ فإنما يلزم التّخصيص إذا لم يمكن الجمع؛ بأن تحقق معارضاً للعام في بعض أفراده بأن يوجب نفي الحكم المعلق بالعام عنها؛ فيخرجها عنه.

وفيما نحن فيه ليس كذلك؛ فإنّه لم يلزم من وعده ﷺ لمن أجاب كذلك، وقال عند الحيعلتين الحوقلة، ثم هلّل بدخول الجنة، نفي أن يحيعل المجيب مطلقا.. ليكون مجيباً على الوجه المسنون حتى يكون معارضاً لعمومه، بل هو ساكت عنه.

وأما تعليل الحديث المذكور؛ بأنّ إعادة دعاء الدّاعي يشبه الاستهزاء كما يفهم في الشاهد، بخلاف ما سوى الحيعلتين؛ فإنّه ذكر يثاب عليه من قاله وليس بدعوة،

وَيجْلِسُ بَيْنَهمَا...

فلا يتم؛ إذ لا مانع من صحة اعتبار المجيب بها، داعياً لنفسه، محركاً منها السّواكن، مخاطباً لها.

فكيف وقد ورد طلبها صريحاً في «مسند أبي يعلى» عن أبي أمامة عن النبي ﷺ: «إذا نادى المنادي للصلاة... وإذا قال حي على الصّلاة.. قال: حيّ على الصّلاة، وإذا قال حيّ على الفلاح.. قال: حيّ على الفلاح...» الحديث، فهذا يفيد أنّ عموم الأوّل معتبر، وقد رأينا من مشايخ السّلوك من يجمع بينهما فيدعو نفسه، ثم يتبرأ من الحول [٨٨/أ] والقوّة ليعمل بالحديثين.

وقال في «المجتبى»: في ثمانية مواضع: إذا سمع الأذان.. لا يجيب في الصّلاة، واستماع خطبة الجمعة، وصلاة الجنازة، وفي تعلّم العلم وتعليمه، والجماع، والمستراح، وقضاء الحاجة، والتغوط.

وعلى تقدير إجابته في الصّلاة.. لا تبطل صلاته؛ لأنّه اذكار.. إلّا إذا أراد المخاطبة؛ فإنه حينئذ يكون في معنى الكلام، فتبطل صلاته عند أبي حنيفة ومحمّد، وسيأتي في المفسدات.

وفي «البحر»: وكذا لا يجيب عند الطعام.

(ويجلس) المؤذن (بينهما) لقوله ﷺ لبلال: «بين أذانك وإقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله»؛ ولأنّ المقصود من الأذان الإعلام بدخول الوقت؛ ليتأهب السّامعون بالطّهارة؛ فيفصل بينهما ليحصل المقصود.

وفي حواشي «الهداية»: الوصل بينهما مكروه؛ لانتفاء المقصود وروى الحسن عن أبي حنيفة: يجلس في الفجر قدر ما يقرأ عشرين آية، وفي الظهر قدر ما يصلّي أربع ركعات يقرأ في كلّ ركعة عشر آيات، وفي العصر بقدر ركعتين يقرأ فيهما عشرين، والعشاء.. كالظهر، ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الفصل.

وقال في «فتح القدير»: وينبغي للمؤذن أن ينتظر النّاس؛ فإن علم بضعيف مستعجل.. أقام له، ولا ينتظر رئيس المحلة.

إِلَّا فِي الْمغربِ، فيفصلُ بسكتةٍ، وَقَالا: بجلسةٍ خَفِيفَةٍ.

وَاسْتحْسنَ الْمُتَأَخِّرُونَ التثويبَ فِي كلِّ الصَّلَوَاتِ.

(إلّا في المغرب فيفصل بسكتة) يسكت قائماً ساعة ثم يقيم، وقد ذكرنا: أنّ السكتة الفاصلة عند أبي حنيفة قدر ثلاث آيات قصار، أو آية طويلة، أو قدر ثلاث خطوات، أو أربع.

(وقالا: بجلسة خفيفة) كما بين الخطبتين؛ لأنَّ الوصل مكروه، والفصل لم يتحقق بمقدار السكتة؛ لوجودها بين كلمات الأذان أيضاً؛ فيجلس كما بين الخطبتين.

ولأبي حنيفة: أنّ التأخير مكروه، فيكتفى بأدنى الفصل احترازاً عنه، بخلاف الخطبة؛ لأنّ المكان فيها متحد، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنّ السّنة أن يكون الأذان في المئذنة، والإقامة في المسجد.

وقال الشافعي: يفصل بركعتين، لما رواه البخاري: «بين كلّ أذانين صلاة» أي: الأذان والإقامة.

قلنا: صلاة المغرب خصّ منه بالأحاديث الدّالّة على استحباب تعجيل المغرب؛ لأنّ تأخيره مكروه.

(واستحسن المتأخرون التثويب في كلّ الصّلوات) المفروضة، ذكر محمد في «الأصل»: أنّ التثويب الأوّل كان في الفجر، بعد الأذان: «الصلاة خير من النوم»، فأحدث الناس بعد عهد الصحابة هذا التثويب «حيّ على الصلاة حيّ على الصلاة» مرتين بعد الأذان والإقامة في الفجر خاصة، واختاره علماء الكوفة، ثمّ أحدث المتأخرون التثويب بين الأذان والإقامة على حسب ما تعارف أهل كلّ بلد من التنحنح أو قوله: الصلاة الصّلاة، أو: قامت قامت، أو غيرها.

واستحسنوه في الصلوات كلّها للأمير وغيره، فكان هذا إحداثاً بعد إحداث، وهو قول محمّد، وقيل: أبو حنيفة معه، وقال أبو يوسف: لا أرى بأساً أن يقول

وَيُؤَذِّنُ وَيُقِيمُ على طُهرٍ.

المؤذن للأمير في الصلوات كلّها: السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته، حيّ على الصلاة حي على الفلاح، يرحمك الله؛ لأنّهم مشتغلون بأمور المسلمين، فحضّهم بزيادة الإعلام؛ كي لا تفوتهم الجماعة، وعلى هذا القاضي، والمفتي، والمدرّس، على ما صرّح به «قاضي خان».

وإنما استبعده محمد.. كون الناس [٨٨/ب] سواسية في أمر الجماعة، وقد كره المتقدمون غير التثويب الأول، أعني: التثويب في الفجر بعد أذانه؛ لما روي أن عليّاً رأى مؤذنا يثوب في العشاء، فقال: أخرجوا هذا المبتدع من المسجد.

وروى مجاهد قال: دخلت مع ابن عمر مسجداً يصلّى فيه الظهر، فسمع المؤذن يثوب.. فغضب وقال: قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع، فما كان التثويب على عهد رسول الله ﷺ إلا في صلاة الفجر.

لكن اختلفت الرواية فيه، ففي رواية «الأصل»: أنّه بعد أذان الفجر على ما ترى، وفي رواية «الهداية»: أنّه في أذان الفجر، على ما صرّح به في «العناية»، والّذي يقتضيه النظر.. هو رواية «الأصل»؛ لأنّ معنى التثويب: العود إلى الإعلام بعد الإعلام، على ما صرّح به في «الهداية» وغيرها، والعود إليه لا يكون إلّا بعد الأذان لا فيه.

ثم في كلام المصنف إشارة إلى أنّ تثويب المتأخرين حسن في الصّلوات الخمس كلّها، وبه صرّح في «الهداية»، لكن قال في «العناية»: إنّ المتأخرين أحدثوا ذلك التثويب بحسب ما تعارفوه في الصّلوات كلّها.. سوى المغرب.

قلت: وهو مقتضى النظر أيضاً؛ لأنّ الناس يجتمعون في المغرب عند الأذان، فلا حاجة إلى التثويب بعده، على أنّه لا يناسب استحباب التعجيل فيه، سيما على ما روي عن الحسن. أن التثويب أن يمكث بعد الأذان قدر عشرين آية، ثم يثوب، ثم يمكث كذلك، ثم يقيم.

(ويؤذن ويقيم على طهر) لما روى البخاري عن عطاء: أنّ الوضوء حق وسنة،

وَجَازَ أَذَانُ الْمُحدثِ.

وَكُرِهَ إِقَامَتُهُ وأذانُ الْجنبِ، ويُعادُ كأذانِ الْمَرْأَةِ، وَالْمَجْنُونِ والسَّكرانِ....

يعني: في الأذان، فالإقامة أولى به؛ ولأنّ لهما شبهاً بالصلاة؛ لكونهما من مقدّماتها.

(وجاز **أذان المحدث**)، أي: بلا كراهة في ظاهر الرواية، وهو الصحيح؛ لأنّه ليس بصلاة حقيقية، بل له شبه بها، حتى شرط له دخول الوقت، فاكتفى بالطّهارة عن أغلظ الحدثين، أعني: الجنابة، وفي رواية الحسن: أنّه مكروه.

(وكره **إقامته**)؛ لأنّها لم تشرع إلّا متصلة بالصّلاة، فيكره الفصل بالاشتغال بالوضوء، وروي عدم كراهته أيضاً، والمذهب: هو الأوّل.

(و) كره (**أذان الجنب**) رواية واحدة؛ لأنّ الدعوة إلى ما لا تجيبه نفسه مكروه، بخلاف أذان المحدث؛ لأنّه يمكنه الإجابة فور وضوء.

(**ويعاد**) أذان الجنب (**كأذان المرأة، والمجنون، والسّكران**) هكذا في «قاضي خان»؛ أي: حكم بكراهية أذان هؤلاء وإعادته، وضم إليهم في الحكمين أذان الصبي الذي لا يعقل، وزاد في «فتح القدير» عليهم: أذان المعتوه؛ وعلّل لزوم الإعادة في «فتح القدير»؛ بأنّه اعتماد على أذان هؤلاء فلا يلتفت إليهم.. فربما ينتظر الناس الأذان المعتبر، والحال: أنّه غير معتبر؛ فيؤدي إلى تفويت الصّلاة، أو الشك في صحة المؤدى، أو إيقاعها في وقت مكروه.

وقال: وهذا التعليل لا ينتهض في الجنب، وغاية ما يمكن فيه: أنّه يلزم فسقه.

وصرّحوا: بكراهة أذان الفاسق دون إعادته؛ فالإعادة فيه ليقع على وجه السنة.

وفي «قاضي خان» و«الخلاصة»: خمس خصال إذا وجدت في الأذان والإقامة.. وجب الاستقبال:

إذا غشي على المؤذن في أثناء أحدهما، أو مات، أو حُصِرَ فيه [٨٩/أ] ولا ملقن له، أو خرس.. وجب أن يستقبل غيره، أو سبقه حدث فيه؛ فذهب ليتوضأ.. وجب أن يستقبل غيره، أو هو إذا رجع.

وَلَا تُعَادُ الْإِقَامَةُ.

وَيسْتَحبُّ: كَونُ الْمُؤَذِّنِ عَالماً بالسنَّةِ، ....

فإن حمل الوجوب على حقيقته.. احتيج إلى الفرق بين نفس الأذان؛ فإنه سنة، واستقباله بعد الشروع فيه وتحقق الفجر عن إتمامه، ووجه الفرق على ما في «فتح القدير»: أنه إذا شرع فيه ثم قطع.. يتبادر إلى ظن السامعين أن قطعه للخطأ؛ فينتظرون الأذان الحق، وقد تفوت بذلك الصلاة، فوجب إزالة ما يفضي إلى ذلك، بخلاف ما إذا لم يوجد أذان أصلاً.. حيث لا ينتظرون، بل يراقب كلّ منهم وقت الصّلاة بنفسه، أو ينصبون لهم مراقباً.

ولا يخفى عليك أن هذا الوجه يقتضي وجوب الإعادة فيمن ذكرناهم: من المرأة، والمجنون، والسكران، والمعتوه، والصبي، والفاسق.. غير الجنب؛ لأنّ أذانهم قد يفضي إلى تفويت الصّلاة؛ لعدم اعتبارهم على ما ذكرناه.

وقد صرّح القول بوجوب الإعادة في هؤلاء في «شرح النقاية» للقهستاني، وزاد فيه وجوب إعادة أذان الجنب، والراكب في المصر، والقاعد، والماشي، والمنحرف عن القبلة؛ وعلّله بعدم الاعتبار بأذانهم؛ ويرد عليه ما مرّ من أنّه لا ينتهض في الجنب.

ثم قال القهستاني: وقيل: إنّها مستحبّة.. فإنه معتدّ به، إلّا أنّه ناقص، وهو الأصح كما في «التمرتاشي»، وهو رواية «الجامع الصغير» على ما في «الهداية».

وقال في «الخلاصة»: لا يعاد أذان القاعد، والراكب في المصر، وينبغي أن يحمل مراده على نفي الوجوب، لا نفي الاستحباب، وإلّا.. فلا شك أنّ فيه ترك السنّة.

(**ولا تعاد الإقامة**) من هؤلاء؛ لأنّ تكرارها غير مشروعة، بخلاف الأذان كما في الجمعة.

(**ويستحبّ كون المؤذن عالماً بالسّنة**)؛ أي: بسنة الأذان، قال في «فتح القدير»:

والأوقاتِ.

وَكُرِهَ: أَذَانُ الْفَاسِقِ، ....

وهذا يفيد بالالتزام العادي، وطلب أن لا يكون صبياً، وإن كان عاقلاً.. بل بالغاً.

وعلم من قوله ﷺ: «وليؤذن لكم خياركم»: أنّ المستحب: كون المؤذن عالماً عاملاً، لا فاسقاً؛ لأنّ العالم الفاسق ليس من الخيار، ولأنّه أشدّ عذاباً من الجاهل الفاسق على أحقّ القولين.

(والأوقات)، قال في «قاضي خان»، و«الخلاصة»: المؤذن إذا لم يكن عالماً بأوقات الصّلوات.. لا يستحق ثواب المؤذنين، انتهى.

وفرع عليه في «فتح القدير» مسألة أخذ الأجر لأذانه حيث قال ففي أخذ الأجر أولى؛ يعني: عدم استحقاقه لثواب المؤذنين أولى، قالوا: إن لم يشارط مع القوم شيئاً، لكن عرفوا حاجته؛ فجمعوا له في كلّ وقت شيئاً.. لكان حسناً، ويطيب له ذلك.

وعلى هذا: المفتي لا يحلّ له أخذ شيء على ذلك؛ لكن ينبغي للقوم أن يهدوا إليه، وقال في إجارة «البزازية»: يجوز للمفتي أخذ الأجرة على كتبه الجواب بقدره؛ لأنّ اللّازم عليه الجواب باللسان لا كتبه.

فإن قلت: إذا كان الواجب عليه الجواب.. فقد حصل بالكتابة، ووقع عن الواجب؛ كما في خصال الكفارة أيُّ فردٍ يوجد.. يقع عن الواجب، فلا يجوز أخذ الأجرة كما في سائر الواجبات.

قلت: الوجوب مقصور على الجواب، والكتابة زائدة عليه، بخلاف [٨٩/ب] الخصال؛ لأنّ الواجب ثمة واحد غير متعيّن، فيتعيّن بالفعل، ولا يسبق التّعيين الموجود، وهنا التّعيين قبل الوجوب حاصل، فافترقا.

(، وكره أذان الفاسق)؛ ولو عالماً.. على ما ذكرناه.

وَالصَّبِيِّ، والقاعدِ.

لَا أَذَانُ العَبْدِ، والْأَعْمَى، والأَعرابيّ، وَولدِ الزّنَا.

وَإِذا قَالَ: «حَيّ على الصَّلَاةِ».. قَامَ الإِمَامُ وَالْجَمَاعَةُ.

وَإِذا قَالَ: «قد قَامَتِ الصَّلَاةُ».. شرعوا.

(والصبي) الذي لا يعقل؛ لعدم الوثوق بقوله، وقد علّل به الفاسق أيضاً، وأذان الصّبي العاقل غير مكروه، وفي ظاهر الرواية: وروي كراهته أيضاً.

ويشعره إطلاق المصنف.

(والقاعد)؛ لتركه سنة الأذان، إلّا إن أذن لنفسه.. فحينئذ لا يكره؛ لعدم الحاجة إلى الإعلام، وقد ذكرنا القول في لزوم إعادة أذان القاعد والراكب في المصر **(لا)** يكره **(أذان العبد والأعمى والأعرابي وولد الزنا)**؛ لأن قولهم مقبول في الأمور الدينية.. فيكون ملزماً، فيحصل به الإعلام.

وإنما كره إمامتهم؛ لأن النّاس ينفرون عن الصلاة خلفهم.

ولا يكره أيضاً أذان المسافر راكباً، وينزل للإقامة.. لئلا يلزم الفصل بينها وبين الشروع في الصّلاة.

(وإذا قال المؤذن) أي: في الإقامة: **(حيّ على الصّلاة.. قام الإمام والجماعة)** إجابة للدعوة **(وإذا قال: قد قامت الصّلاة.. شرعوا)** في الصلاة عندهما، وقال أبو يوسف: شرعوا عند فراغ المؤذن، للمحافظة على فضيلة متابعة المؤذن، ولهما: أنّ في الشروع عند قامت الصّلاة مسارعة ليست في الشروع عند الفراغ من الإقامة، وفضيلة متابعة المؤذن إنما هو في الأذان دون الإقامة.

ولو سلّم.. فقد تابعه في الأكثر، وفي «الخلاصة»: إذا انتهى المؤذن إلى قوله: قد قامت الصلاة في الإقامة.. فهو مخير إن شاء أتمها في مكانه، وإن شاء مشى إلى مكان الصّلاة إماماً كان المؤذن أو غيره.

وَإِن كانَ الإِمَامُ غَائِباً أَو هُوَ الْمُؤَذِّنُ.. لَا يقومُونَ حَتَّى يَحضُرَ.

(وإن كان الإمام غائباً أو هو) أي: الإمام **(المؤذن، لا يقومون حتى يحضر)** الإمام مكانه، وفي رواية: حتى يختلط بهم، وقيل: يقوم كلّ صف ينتهي إليه الإمام، ولو دخل الإمام من قدام.. وقفوا حين يقع بصرهم عليه كما في «كمال الدّراية».

* * *

(بَابُ شُرُوطِ الصَّلَاةِ)

هِيَ:

طَهَارَةُ بدنِ الْمُصَلِّي مِن حدثٍ وخَبَثٍ.

وثوبِهِ.

(بابُ شُرُوط الصَّلاة)

الشرط في الاصطلاح: ما يتوقف عليه شيء؛ إما في الواقع: كالحياة للألم، أو في جعل الشارع: كالشهود للنكاح، والطهارة للصّلاة، أو في جعل العبد: كدخول الدار للطّلاق مثلاً، فالأوّل حقيقيّ والثاني والثالث جعليّ.

(هي:

• **طهارة بدن المصلّي من حدث)** أصغر أو أكبر لما تلوناه من آية الوضوء والغسل، **(وخبث)**: مقدار ما يمنع الصلاة لما رواه في «الصحيحين» مرفوعاً: «استنزهوا من البول، وغيره ملحق به، ولحديث فاطمة: «اغسلي عنك الدم وصلّي».

والحدث: مانعية شرعية قائمة بالأعضاء إلى استعمال المزيل.

والخبث: عين مستقذر شرعاً.

قيل: قدم الحدث لقوته؛ لأنّ قليله مانع بخلاف قليل الخبث، وردّه في «غاية البيان»: بأنّ القطرة من الخمر أو الدم أو البول إذا وقعت في البئر.. ينجس، والجنب والمحدث إذا أدخل يده في الإناء.. لا ينجس، فالأولى أن يقال: ليس فيه اعتبار؛ لأنّ الواو لمطلق الجمع.

• (و) طهارة **(ثوبه)** لقوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾ أي: عن النجاسة، وما قيل: معناه: فقصر.. عدول عن الحقيقة من غير ضرورة، ولعموم ما رويناه من الحديثين.

وفيه إشارة إلى ما في [٩٠/آ] «الفتاوى»: لو كانت النجاسة المانعة في أحد طرفي العمامة فألقاها على الأرض، وصلّى، فإن كانت صغيرة بحيث يتحرك الطرف النجس بقيامه.. لا تجوز صلاته، وإن كانت كبيرة بحيث لا يتحرك الطّرف النجس بقيامه.. تجوز صلاته، إذ بالتحرك بقيامه يقال: إنه لابس هذا الثوب، فيكون حاملاً للنجاسة.

وإلى ما في «المحيط» أيضاً: إذا صلّى ومعه ثوب ذو طاقين، فأصابته نجاسة أقل من قدر الدّرهم، ونفذت النجاسة إلى الجانب الآخر، حتى صارت أكثر من قدر الدرهم.. لا يجوز، ولو كان الثوب ذو طاق واحد، فأصابته نجاسة ونفذت إلى الجانب الآخر، وصارت أكثر من قدر الدّرهم.. لا يمنع ذلك؛ لأنّ هذا من الجانبين واحد فلا يعتبر منفرداً، وأمّا ذو طاقين فمتعدد وهذا قول محمّد، وقال أبو يوسف: ذو طاقين مثل ذي طاق واحد؛ لأنّه بمنزلة ثوب واحد. انتهى.

وفيه أيضاً: لو صلّى وفي يده حبل مشدود على عنق الكلب.. تجوز صلاته؛ لأنّ الحبل لما سقط على الأرض.. فقد انقطع حكم الاتصال به، فصار كالعمامة الطويلة، وكذا لو كان الحبل مشدوداً في وسطه، وكذا لو كان الحبل مربوطاً في سفينة فيها نجاسة، وطرفه الآخر في يده أو وسطه.

ولو صلّى وفي كمّه كلب، قيل: لا تجوز، والأصحّ: إن كان فمه مفتوحاً.. لم تجز؛ لأنّ لعابه يسيل في كمّه، فيتنجّس كمّه فيمنع إن كان أكثر من قدر الدّرهم، وإن كان فمه مسدوداً.. جاز؛ لأنّ ظاهر كلّ حيوان طاهر ولا يتنجس إلا بالموت، ونجاسة باطنه لا تضر؛ لأنّها في معدنها، ولذا قالوا: لو صلّى وفي كمّه بيضة حال محّها دماً.. جازت صلاته؛ لأنّه في معدنه، بخلاف حامل قارورة فيها نجاسة وقد سدّت فمها حيث لا تجوز صلاته؛ لعدم كونها في معدنها.

وقال في «القنية»: إذا صلّى في الخيمة ورفع سقفها لتمام قيامه.. جازت صلاته إذا كانت الخيمة طاهرة، وإلّا.. فلا. انتهى.

وِمكانِهِ.

ومنه قالوا: إنه لو صلّى ورأسه يصل إلى سقف نجس أو صلّى في خيمة متنجّسة.. لا يجوز؛ لكونه حاملاً للنجاسة.. كما في ثوب النجس، حتى لو لم يكن حاملاً.. لا تجوز، كما إذا جلس صبيّ ثوبه أو بدنه نجس على حُجر المصلّي وهو يستمسك بنفسه، أو الحمام النجس وقع على رأس المصلّي.. فإنه لا يقال فيهما: إنه حامل للنجاسة.

- (و) طهارة (مكانه) لدلالة ما تلونا ورويناه في الثوب؛ لأنّ المكان ألزم للمصلّي من الثوب لتصور انفصاله منه دون المكان.

واعلم: أنّ المعتبر في طهارة المكان موضع القدم والسّجود.

أما موضع القدم.. فعلى رواية واحدة.

وأما موضع السّجود.. فعلى أصحّ الرّوايتين عن أبي حنيفة، وهو قولهما، ولا يجب طهارة موضع الركبتين واليدين وكذا الصّدر؛ لأنّ وضعهما ليس فرضاً عندهم، فعلى هذا لو صلّى وموضع قدميه، وركبتيه، ويديه، وصدره، وجبهته، وأنفه طاهر، أو موضع أنفه نجس والباقي طاهر، أو موضع جبهته نجس والباقي طاهر.. جازت صلاته بالاتفاق.

أمّا الأوّل: فظاهر.

وأمّا الثاني: فلأن الاقتصار على الجبهة في السجود جائز بالاتفاق، [٩٠/ب]، فكأنه اقتصر عليها ولم يسجد على الأنف، وما أخذه الأنف من النجاسة بالوضع عليها أقلّ من قدر الدّرهم.. فلم يضر اتصاله بها.

وأما الثالث: فلأنّ الاقتصار على الأنف جائز بالاتفاق إذا كان موضع الأنف طاهراً وموضع الجبهة نجساً، وإنما لا يجوز الاقتصار عليه عندهما.. إذا لم يكن في موضع الجبهة عذر، ولو صلّى وموضع قدميه ويديه وركبتيه وصدره طاهر، وموضع جبهته وأنفه نجس فإن اقتصر في السجود على أنفه وحده.. فجائز عند أبي حنيفة؛ بناء على جواز الاقتصار عليه عنده، وما أخذه الأنف من النجاسة أقل من قدر

الدّرهم، ولا يجوز عندهما؛ لأنّ الاقتصار عليه لا يجوز حينئذ عندهما.

وإن لم يقتصر بل سجد عليهما.. لا يجوز بالاتفاق.

أمّا عندهما: فلأنّ فرض السجود بوضع الجبهة لعدم جواز الاقتصار على الأنف عندهما، وقد وقع على النجس فلا يجوز.

وأمّا عند أبي حنيفة: فلأنّ فرض السجود وإن كان يتأدّى عنده بوضع الأنف متى اقتصر عليه، لكن إذا وضع الجبهة مع الأنف يتأتى الفرض بها أيضاً، فليس وضع أحدهما بأن يجعل فرضاً أولى من الآخر، وذلك يأخذ أكثر من قدر الدّرهم.

ولو صلّى وموضع قدميه وجبهته وأنفه طاهر، وموضع ركبتيه، أو يديه نجس.. جازت صلاته عندنا؛ لأنّ وضعهما ليس بفرض بل سنة، أو واجب عندنا، فلا يشترط طهارة موضعهما، فيجعل وضعهما على النجاسة كالعدم، واختاره الطحاوي، والإمام السرخسي، والصّدر الشهيد، وقال في باب الأنجاس من «فتح القدير»: فتوى مشايخنا على جوازه، وقال في «المحيط البرهاني» عن «نظم الزندوسي»: إنّه لا تجوز صلاته في ظاهر الأصول؛ لعجزه عن السجدة بدون الركبتين، وهو اختيار أبي الليث، وقال صاحب «العيون»: جوازهما رواية شاذة، وهو الظاهر من فتاوى «قاضي خان» حيث قال: تجتمع النجاسة لو كانت في موضع السّجود أو موضع الركبتين أو اليدين، ولا يجعل كأن لم يوضع على النجاسة؛ فإن بلغت أكثر من قدر الدّرهم بالجمع.. تمنع الصّلاة، وإليه ذهب زفر والشافعي، ولو كان موضع إحدى قدميه نجاسة.. لا تجوز صلاته إذا كان قد وضعها، وأمّا إذا لم يضعها.. فإنه تجوز صلاته على ما اختاره «قاضي خان».

وعلّله في شرح «المنية» بأن الفرض وضع إحدى القدمين، حتى لو رفع إحديهما.. جازت صلاته ولكن مع الكراهة، والذي يقتضيه هذا التّعليل: جواز صلاته مع الوضع أيضاً؛ لأنّ الفرض لما حصل بوضع إحديهما فيجعل وضع

وَسترُ عَوْرَتِهِ.

الأخرى كالعدم على ما سبق في وضع الكفين والركبتين، وإليه ذهب بعض مشايخنا.

وفي «المحيط»: إنّه لا تجوز صلاته بوضع إحدى القدمين؛ لأنّ القيام مضاف إليهما؛ لأنّه ليس إحديهما - بأن يضاف القيام إليها - أولى من الأخرى. فيضاف إليها.

ولو افتتح الصّلاة على مكان طاهر، ثم انتقل إلى مكان نجس، ثم [٩١/أ] إلى مكان طاهر.. جازت صلاته بالاتفاق إن لم يمكث مقدار ما يؤدي ركناً، وإن مكث.. فلا يجوز عند أبي يوسف؛ لأنّ المعفو: هو المقدار القليل لا الكثير، ويجوز عند محمّد ما لم يؤد ركناً.

ولو افتتح على مكان نجس، ثم انتقل إلى مكان طاهر.. لا يجوز بالاتفاق؛ لعدم الشروع في الصّلاة، ولو أعاد السجدة الّتي سجدها على النجاسة على شيء طاهر.. جازت صلاته عند أبي يوسف، خلافاً لهما؛ بناء على أن السّجدة على النجس تفسد السجدة لا الصّلاة عنده، وعندهما تفسد الصلاة، ولو كان المكان نجساً، وبسط عليه ثوب طاهر إن نشفه.. لا يجوز، وإلّا.. جازت، ولو كانت النجاسة على جانبيه وصلّى على طرف طاهر.. جاز، سواء تحرّك طرفه المتنجس بحركته، أو لا، وهو الصّحيح. وقيل: لا يجوز إن تحرّك.

• (وستر عورته) لقوله تعالى: ﴿خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ والمراد بالزينة: ما يواري العورة بطريق إطلاق اسم المحلّ على الحال، وهي وإن نزلت في حق الطّواف إلا أن العبرة عندنا: لعموم اللّفظ، لا لخصوص المورد.

والمسجد عام للمسجد الحرام وغيره كذا قالوا، وقيل: هب لكن لا بدّ أن يثبت الحكم أوّلاً في المورد ثم غيره على الوجه الذي ثبت فيه.

والثابت عندنا في الطّواف الوجوب، حتى لو طاف عرياناً يسقط عنه الفرض وإن أثم، وفي الصّلاة فرضية الستر حتى لا تصح دونه.. أجيب عنه: بأنّ الأصل في الطّواف الافتراض أيضاً؛ إلّا أنّه سقط بالإجماع فبقي واجباً، ولم يوجد المسقط في

الصّلاة فبقي على أصل الافتراض، وفيه بحث؛ لأنّه بعد تسليم وجود الإجماع المسقط له إنّ أمر ﴿خُذُوا﴾ إمّا أن يكون دالاً على الوجوب فيه أو لا، وعلى التقديرين يعود المحذور المذكور.

ثم يقال بعد تسليم الإجماع أيضاً: إنّه إن أريد به الوجوب وحده.. بقي الافتراض، وإن أريد الافتراض وحده.. بقي الوجوب، وإن أريد كلاهما.. يلزم جمع ما لا يحوز جمعه؛ لأنّ الوجوب والافتراض معنيان متنافيان، بناء على أن عدم إكفار الجاحد داخل في مفهوم الوجوب، ونقيضه في مفهوم الافتراض، أو هما فردا مفهوم كليٍ وهو مفهوم أمر ﴿خُذُوا﴾ أعني: الطلب الجازم أعمّ من كونه بكون الجاحد كافراً أو لا يكون، وعلى التقديرين: لا يجوز الجمع بينهما.

أمّا الأوّل: فظاهر، وأمّا الثاني: فلأنّ الكلّي وإن كان مشككاً.. لا يجوز استعماله في فردين من مفهومه في إطلاق واحد، فلا يصح به الاستدلال.

فإن قيل: إن تلك الآية قطعيّة الثبوت ظنية الدلالة، ومعنى الحديث قطعي الدّلالة ظني الثبوت، وهو ما رواه الترمذي مرفوعاً وصحّحه الحاكم وهو: «لا تقبل صلاة الحائض إلّا بخمار»؛ فإنّ المراد بالحائض: البالغة قطعاً؛ لعدم إمكان الحقيقة، فيصح الاستدلال بها على الفرضية باعتبار انضمام هذا الحديث، وعلى الوجوب [٩١/ب] مع قطع النظر عنه.

قلنا: كون الحديث قطعي الدلالة ممنوع؛ لاحتمال كون المراد به نفي الكمال كما في قوله ﷺ: «لا وضوء لمن لم يسمّ، ولا صلاة لجار المسجد إلّا في المسجد».. فالأولى الاستدلال بالإجماع على فرضية الستر في الصلاة كما نقله غير واحد من أئمة النقل.. إلى أن حدّث بعض المالكية فخالف فيه كالقاضي إسماعيل، وهو لا يجوز بعد تقرر الإجماع.

وكلّ من الآية والحديث الذي رويناه يصلح سند للإجماع، وفي إطلاق كلامه إشارة إلى جواز الستر بما لا يباح لبسه كالحرير؛ لكن الصلاة مكروهة معه لو وجد

واستقبالُ الْقِبْلَةِ.

غيره، وإلّا.. فلا كراهة، وإلى ما كان بحضرته أحد أولى، حتى لو صلّى في بيت مظلم عرياناً وله ثوب طاهر.. لا يجوز؛ رعاية لحق الله تعالى؛ لأنّه يرى المكشوف تاركاً للأدب، والمستور متأدباً.

ولو صلّى في الماء عرياناً، إن كان الماء كدراً.. صحّت، وإن كان صافياً يمكن رؤية عورته.. لا تصح.

وذكر في «المحيط البرهاني»: أن الشرط ستر العورة من غيره لا من نفسه عند عامة أصحابنا، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ما في «الخلاصة».

وفي رواية هشام عن محمد: أن عورة نفسه عورة لنفسه أيضاً، حتى لو صلّى بقميص واحد محلول الجيب وكان بحال لو نظر رأى عورته.. لا تجوز صلاته عنده، وعنه: جوازه أيضاً، وصحّحه الإمام السّرخسي.

وحدُّ السّتر: أن لا يرى ما تحته، حتى لو ستر بثوب رقيق يصف ما تحته.. لا يجوز.

واعلم: أنّ ستر العورة واجب في الخارج أيضاً ولو في الخلوة، إلا أن يكون الانكشاف عن عذر.

● (**واستقبال القبلة**): كان رسول الله ﷺ حين قدم المدينة يصلّي نحو بيت المقدس ستة عشر شهراً، أو سبعة عشر شهراً، وكان يتوقع أن تتحول القبلة إلى الكعبة، ونزل قوله تعالى: ﴿فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ وكان الناس في صلاة الصّبح فاستداروا إليها، فثبت فرضية الاستقبال؛ لكنه يتوقف على معرفة سمت القبلة، وهي نقطة تقاطع دائرة أفق البلد والدائرة المارة بسمت رأس أهل البلد.

وسمت رأس أهل مكة في جهتها، والخط الواصل بين تلك النقطة ومركز دائرة أفق البلد هو خط سمت القبلة، وهو سهم للقوس التي بني أساس المحراب عليها.

وَالنِّيَّةُ.

وعورةُ الرَّجلِ: مِن تَحتِ سرَّتِهِ إِلَى تَحتِ ركبتِهِ.

وأمّا معرفة أن القبلة غربي، وشرقي جنوبي، أو شمالي.. فيحتاج إلى معرفة طول البلد وعرضه وطول مكة وعرضها والمتكفل بها علم آخر.

● **(والنية)** أي: نية الصلاة، وأمّا نية الكعبة.. فليس بشرط على الصحيح على ما في «الخلاصة»، وقال في «قاضي خان»: إن كان يصلي إلى المحراب لا يشترط نية الكعبة، وإن كان يصلّي في الصحراء يشترط.

ثم الأصل فيها: الإجماع على ما صرّح به ابن المنذر. وقيل: قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» وفيه نظر؛ لأنّه إنما يصلح الاحتجاج به في نية الوضوء دون الصّلاة؛ لأنّه خبر واحد يثبت به السنة دون الفرض [٩٢/آ]، مع أنّه ظني الدلالة أيضاً على ما ذكرناه في الوضوء.

وقيل: إنّ ابتداء الصّلاة بالقيام والقيام متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز بينهما، إلّا بالنية.

وبيان معنى النية قد مر في الوضوء، وأمّا بيان اتصالها بالتكبيرة وعدم اتصالها ولزوم الذكر باللسان وعدم لزومه.. فسيأتي عن قريب.

ثم لما ذكر اشتراط: ستر العورة، واستقبال القبلة، والنية.. شرع في بيان تفصيل كلّ منها فقال: **(وعورة الرجل:)** من دائرة قاطعة للبدن عرضاً **(من تحت سرته)** المعهودة وهي ما قطعته القابلة.. **(إلى)** دائرتين من **(تحت ركبته)** فالسرة ليست بعورة، والركبة عورة؛ لما رواه الدّارقطني مرفوعاً: إنّ ما تحت السرّة إلى ركبتيه من العورة؛ لأنّ إلى: بمعنى مع؛ لما روي عن علي رضي الله عنه: الركبة عورة، ولا يعارضه ما رواه الدارقطني عن أبي أيوب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما فوق الركبتين عورة»؛ لأنّ مفهوم التّخصيص بالذكر ليس بحجة، على ما في «الأصول».

وَالْأَمَةُ مثلُهُ مَعَ زِيَادَةِ بَطنِهَا وظهرِهَا.

وقال الشافعي: السرة من العورة دون الركبة، والحجة عليه ما رويناه؛ ولأنّ الركبة ملتقى عظم العورة وغيرها فاجتمع الحلال والحرام.. ولا مميّز بينهما، والموضع موضع الاحتياط.. فحكمنا بكونها عورة، والسرّة ليست كذلك.

وقيل: إنّهما ليسا بعورة، وقيل: إنهما عورة، على ما في «النووي»، والكل محجوج عليه بما ذكرناه.

ثم حكم العورة في الركبة أخف من الفخذ، حتى لو رأى غيره مكشوف الركبة.. ينكر عليه برفق ولا ينازعه إن لج.

وإن رآه مكشوف الفخذ.. ينكر عليه بعنف، ولا يضربه إن لج، وإن رآه مكشوف العورة.. أمره بسترها وأدّبه على ذلك إن لج، على ما في «الظهيرية» وفي «شرح النقاية» للشمني: الصغير جدّاً لا يكون ذلك منه عورة.

(والأمة): قنّة، أو مكاتبة، أو مدبرة، أو أم ولد، أو مستسعاة، مسلمة أو كافرة، كما في كراهية القهستاني.

(مثله مع زيادة بطنها وظهرها)؛ لأنّ كلا منهما موضع مشتهى، ولهذا لو قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمّي - وأمّه أمة - يكون مظاهراً والظهار لا يكون إلّا بذكر عضو لا يحلّ النظر إليه.

ولو صلّت أمة بغير قناع، فأعتقت وهي في الصّلاة، فاستترت من ساعتها بعمل قليل.. جازت صلاتها، وإلّا.. فلا.

ولو أعتقت بعدما أحدثت في الصّلاة قبل أن تتوضأ أو بعده.. بنت عليها إن تسترت بعمل يسير على ما في «المحيط».

الخنثى إذا كان رقيقاً.. فكالأمة، وإذا كان حرّاً.. فيؤمر بستر جميع بدنه، لجواز أن يكون امرأة.

وَجَمِيعُ بدنِ الْحرَّةِ عَورَةٌ، إِلَّا وَجهَهَا، وكفَّيها، وقدمَيها فِي رِوَايَةٍ.

(وجميع بدن الحرة عورة) لقوله ﷺ: «المرأة عورة» رووه عن ابن مسعود، وللإجماع عليه.

(إلّا وجهها)، وعن الزاهدي: إحدى عينيها فحسب؛ لاندفاع الضرورة بها.

(و) إلّا (كفيها) من الرسغ إلى الأصابع على ما يدلّ عليه لفظ: الكف دون اليد، فيكون الذراع عورة، وعن أبي يوسف: أنه ليس بعورة.

وفي «المبسوط» في الذراع روايتان، والأصح: أنه عورة.

وفي «فتح القدير»: وصحح بعضهم: أنّ الذراع عورة في الصّلاة لا خارجها.

وقال في «الاختيار»: [٩٢/ب] لو انكشف ذراعها.. جازت صلاتها؛ لأنّها من الزينة الظاهرة وهو السّوار، وتحتاج إلى كشفه للخدمة، وستره أفضل، وهذا بناء على رواية أبي يوسف.

وقال في «العناية»: إن ظاهر الكف عورة في ظاهر الرّواية.

وعن مختلفات «قاضي خان»: أن ظاهره ليس بعورة للضرورة.

(و) إلّا (قدميها) من الكعب إلى الأصابع دون السّاعد على الصّحيح (في رواية)، وهو الأصحّ على ما في «الهداية»، وفي رواية أنّها عورة، واختاره القدوري. وصحّحه في شرح الأقطع؛ لقوله ﷺ: إذا تغطى قدميها.. جازت صلاتها.

والجواب: أنّه محمول على غطاء موضع الخلخال، ووجه الأصح قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾؛ لأنّ المرأة لا تجد بدّاً من مزاولة الأشياء بيديها ومن كشف وجهها، وتضطر إلى المشي في الطّرقات وظهور قدميها، وهذا معنى قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ يعني: إلّا ما جرت العادة على ظهوره؛ ولأنّ القدم ليس مشتهى.. فانتفى المناط.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يحرم النظر مطلقاً إلى وجه أيّة امرأة كانت.. قلنا: إنّما لم تكن عورة في محلّ الضرورة، وفي النظر بالشهوة لا ضرورة فيحرم.

وكشفُ ربعِ عُضْوٍ هُوَ عَورَةٌ ....

وقال في «فتح القدير»: إنّه لا ملازمة بين كونه ليس بعورة وجواز النّظر إليه، فحلُّ النظر منوط بعدم خشية الشهوة مع انتفاء العورة، ولذا.. حرم النظر إلى وجهها، ووجه الأمرد إذا شك في الشهوة، ولا عورة.

وفيه أيضاً عن «النّوازل»: أنّ نغمة المرأة عورة، وبني عليها: أن تعلمها القرآن من المرأة أحب لي، وقال ﷺ: «التسبيح للرّجال، والتصفيق للنساء»، فلا يحسن أن يسمعها الرجل. انتهى.

وفي «شرح المنية»: الأشبه: أنّ صوتها ليس بعورة؛ وهذا لأنّ صوتها لو كان عورة.. لزم فساد صلاتها بجهر القراءة في الصّلاة، ولم يذكره في المفسدات، غير أنّ ابن الهمام قال: لو قيل: إذا جهرت بالقراءة في الصّلاة فسدت.. كان متّجها.

قال في «البحر»: وكل عضو هو عورة من المرأة إذا انفصل عنها.. يجوز النظر إليه في رواية، ولا يجوز في أخرى، وهو الأصح.

وكذا الذكر المقطوع من الرجل وشعر عانته إذا حلق، والأصح: أنه لا يجوز. انتهى.

فإن قيل: كيف يستثنى الأعضاء الثلاثة مع عموم ما روينا من حديث ابن مسعود؟ قلنا: رواه الترمذي مع استثناء الوجه والكف، وزيادة الثقات مقبولة، فيكون بعض الرّواية بياناً بالبعض، والقدم في معناهما، فيلحق بهما دلالة.

(وكشف ربع عضو) من الرجل والمرأة (هو عورة) غليظة أو خفيفة عند أبي حنيفة ومحمد على ما صححه في «الخلاصة».

وقال الكرخي: المعتبر في الغليظة ما زاد على قدر الدّرهم احتياطاً كما في النجاسة الغليظة، والمعتبر في الخفيفة الربع كما في النجاسة الخفيفة.

ووجه الصّحيح: أنّ القبل والدّبر من الغليظة، وليس بأكثر من قدر الدّرهم، فلو كان المعتبر ما زاد عليه.. يؤدي إلى جواز الصلاة مع انكشافهما تماماً، وهو باطل.

يَمْنَعُ؛...

(يمنع) صحة الصّلاة إن أدى مع ذلك الانكشاف ركناً كالركوع أو السّجود مثلاً، سواء ستره بعد الأداء أو لا، وأمّا لو لم يؤد [٩٣/أ] مع ذلك الانكشاف ركناً، ولكنه مكثه مقدار الركن على وجه السنّة مقدار ثلاث تسبيحات.. فسدت صلاته عند أبي يوسف، وهو المختار للاحتياط، خلافاً لمحمّد، ولا رواية فيه عن أبي حنيفة.

ولو لم يمكث ذلك المقدار بل ستره من ساعته.. جازت صلاته بالاتفاق؛ لأنّ الانكشاف الكثير في الزمان القليل عفو؛ كالانكشاف القليل في الزمان الكثير.

واختلفوا في الحدّ الفاصل بين قليله وكثيره، فقال أبو حنيفة ومحمد: الربع كثير وما دونه قليل، وقال أبو يوسف: ما دون النصف قليل وما فوقه كثير، وفي النصف عنه روايتان على ما سيصرح به؛ لأنّ الشيء لا يوصف بالكثرة والقلّة.. إلّا إذا كان ما يقابله أقل منه أو أكثر منه؛ لأنّ القليل والكثير من الأسماء المتقابلة بالتقابل، التناصف المشهور، وذلك فيما إذا كان الانكشاف زائداً على النصف، أو أنقص منه.

وإنّ النّصف لما خرج عن حد القلّة؛ لعدم كون مقابله أكثر منه.. كان داخلاً تحت حكم الكثرة، ولمّا لم يدخل في حد الكثرة؛ لعدم كون مقابله أقلّ منه.. كان داخلاً تحت حكم القلة، وهذا وجه الروايتين عنه.

ولهما: أنّ ربع الشيء قائم مقام كلّه في مواضع الاحتياط كما في حلق رأس المحرم ومسح الرّأس.

وقد قدمنا: أن الانكشاف المتفرق يجمع، ولنزد هنا تتميماً للفائدة، قال في «الزيادات»: امرأة صلت فانكشف شيء من فخذها، وشيء من صدرها، وشيء من ساقها، وشيء من عورتها الغليظة، ولو جمع بلغ ربع أدنى عضو منها.. لم تجز صلاتها؛ لأنّ جميع الأعضاء عند الانكشاف كعضو واحد فتجمع؛ كالنجاسة المتفرقة في مواضع، والتّطيب للمحرم في مواضع، بخلاف الخروق كما مر في المسح على الخفين.

ولكن قال «الزيلعي» معترضاً عليه: ينبغي أن يعتبر بالأجزاء؛ لأنّ الاعتبار بأدنى

كالبطنِ، والفخذِ، ....

العضو يؤدي إلى أنّ القليل يمنع وإن لم يبلغ ربع المنكشف، بيانه: أنّه لو انكشف نصف ثمن الفخذ مثلاً ونصف ثمن الأذن.. يبلغ ربع الأذن وأكثر، ولم يبلغ ربع جميع العورة المنكشفة.

ومثله نصف عشر كل منهما، وبطلان الصّلاة بذلك.. يخالف القاعدة، انتهى.

حاصله: أنّه ينظر إلى مجموع الأعضاء المنكشف بعضها وإلى مجموع المنكشف؛ فإن بلغ مجموع المنكشف ربع مجموع تلك الأعضاء المنكشف بعضها.. منع، وإلّا.. فلا.

ويؤيد هذا ظاهر كلام محمّد في موضع آخر من «الزيادات» حيث قال: إذا صلّت وانكشف شيء من شعرها، وشيء من ظهرها، وشيء من فرجها، إن كان بحال لو جمع بلغ الربع.. منع، وإلّا.. فلا. انتهى.

ولم يذكر محمّد هنا أنّه بلغ ربع أدنى العضو أم أكثرها إشارة إلى ما ذكره الزيلعي.

وقال في «شرح المجمع»: إنّ انكشاف ما دون الربع معفو إذا كان في عضو واحد، وإن كان في عضوين أو أكثر ولو جمع يبلغ ربع أدنى عضو منها.. يمنع الصّلاة، ورد عليه ابن نجيم: بأنّه تفصيل لا دليل عليه؛ فإن الدّليل اقتضى اعتبار الربع مطلقاً سواء كان [٩٣/ب] في عضو واحد أو عضوين.

ولا يخفى عليك أنّ اعتبار أدنى العضو أحوط، واعتبار الأجزاء على ما بيّنه الزيلعي أوسع.

(كالبطن والفخذ) قيل: الركبة تعتبر بانفرادها من الفخذ، وقيل: تعتبر مع الفخذ عضواً واحداً وهو الأصحّ على ما في «التّبيين» و«فتح القدير»؛ لأنّها ملتقى عظم الفخذ والسّاق لا عضو مستقل.

والفخذ عورة بالاتفاق فيغلب المحرم عند تعذر التميز.

والساقِ، وشعرِها النَّازِلِ، وذَكرِهِ بمُفردِهِ، والأُنثيَينِ وحدِهِما ....

(والسّاق) أي: ساق المرأة من أسفل الركبة إلى الكعب، والكعب ليس عضواً مستقلاً؛ بل هو تبع للساق، وهما عضو واحد على الصحيح على ما في «البحر».

وأمّا ثديها؛ فإن كانت ناهضة فهي تبع لصدرها، وإن كانت منكسرة فهي أصل بنفسها.

وأذنها عورة بانفرادها.

وما بين السرة والعانة حول جميع البدن عضو على ما في «المحيط»، والعانة عضو على ما في «فتح القدير».

وفي بطن قدمها التقدير بالربع في رواية «الأصل»، وفي رواية الكرخي: ليس بعورة.

(وشعرها النّازل) أي: عن رأسها، أي: المسترسل إلى أسفل من الأذنين على ما صرّح به في «العناية»، وفي كونه عورة روايتان، ففي رواية أبي الليث: أنّه عورة احتياطاً وهو الصحيح على ما في «المحيط» و«الهداية»؛ وإلا.. جاز النظر إلى صدغ الأجنبية وطرف ناحيتها وهو يؤدي إلى الفتنة، وإنما لم يجب غسله في الجنابة؛ لضرورة الحرج، لا لعدم كونه عورة.

وقال بعض مشايخنا، ومنهم الصدر الشهيد: إنّه ليس بعورة، وإنما العورة من الشعر هو ما على الرأس.. لا النازل، ثم افترقت هذه الفرقة إلى فرقتين:

قال بعضهم: لا يحل النظر إليه مع عدم كونه عورة خوفاً من الفتنة؛ إذ لا ملازمة بين عدم كونه عورة وبين حلّ النظر إليه.

وقال بعضهم: يحلّ النظر إليه، ومنهم عبد الله البلخي، والصّحيح: هو الأوّل، وإنما صرّح في الكتاب.. النازل؛ لأنّ ما على الرأس عورة بالاتفاق.

كلّ ما ذكر، إلى هنا عورة خفيفة.

ثم ذكر العورة الغليظة، (وذكره بمفرده والأنثيين وحدهما) وهو الصّحيح؛

وحلقةِ الدُّبرِ بمفرَدِها.

وَعندَ أَبي يُوسُفَ: إِنَّمَا يمْنَعُ انكشافُ الْأَكْثَرِ، وَفِي النِّصْفِ عَنهُ رِوَايَتَانِ.

وعادمُ مَا يُزِيلُ النَّجَاسَةَ يُصَلِّي مَعَهَا وَلَا يُعِيدُ.

وَلَو وَجدَ ثوباً ربعُهُ طَاهِرٌ وَصلَّى عَارِياً.. لَا يجْزِيهِ.

للاحتياط واعتباراً بالدية، وقيل: الذكر مع الأنثيين عضو واحد.

(وحلقة الدبر بمفردها) أي: عن الأليتين، وكلّ من الأليتين عضو مستقل أيضاً، وقيل: الدبر مع الأليتين عضو واحد، والصحيح: هو الأوّل للاحتياط على ما في «الهداية».

(وعند أبي يوسف: إنّما يمنع انكشاف الأكثر) من النصف من الغليظة والخفيفة، (وفي النصف عنه روايتان) على ما بيّناه من قبل.

(وعادم ما يزيل النجاسة) أو ما يقلّلها من مائع أو غيره، والمراد بالعادم أعمّ من المقيم والمسافر على ما في شرح «المنية»، وقيده بعضهم بالمسافر؛ معلّلاً بأنّ المقيم اشترط له طهارة ما يستر به عورته وإن لم يجده، والصّحيح: هو الأول وأعم أيضاً من العادم الحقيقي؛ بأن لم يجد أصلاً، ومن الحكمي؛ بأن لم يقدر على استعماله للعطش، أو للبرد، أو غيره.

وقيد بالنجاسة؛ لأنّ المحدث إذا عدم ما يزيل به الحدث من الوضوء والتيمم.. لا يصلي عند أبي حنيفة؛ لأنّ الصّلاة لم تشرع مع الحدث لزيادة غلظه من النجاسة على ما قدمناه، وعندهما [٩٤/أ] يصلي تشبهاً، ثم يعيدها إذا وجد المزيل.

ولو وجد ما يكفي بعض أعضاء الوضوء دون الكل.. يباح له التيمم دون استعماله على ما قدّمناه، ولهذا لم يذكر المقلل في المحدث كما ذكر في النجاسة.

(يصلّي معها ولا يعيد) ما صلّى معها بعد وجدان المزيل.

(ولو وجد ثوباً ربعه طاهر) وثلاثة أرباعه نجس ولم يجد ما يزيله أو يقلّله (وصلّى عارياً.. لا يجزئه) بالإجماع؛ لأنّ ربع الشيء يقوم مقام كلّه.

وَفِي أَقلّ من رُبُعِهِ.. يُخَيَّرُ، وَالْأَفْضَلُ الصَّلَاةُ بِهِ، وَعندَ مُحَمَّدٍ تلْزَمُ.

(وفي) ثوب **(أقل من ربعه)** طاهر **(يخيّر)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف بين أن يصلي فيه قائماً بركوع وسجود، وبين أن يصلي عرياناً قاعداً يومي بالركوع والسجود، وبين أن يصلي قائماً عرياناً بركوع وسجود.

(والأفضل) من بين هذه الصّور الثلاث **(الصلاة به)** أي: بالثوب، **(وعند محمد: يلزم)** الصلاة بلا تخيير، واستدلّ عليه صاحب «الهداية»؛ بأن في الصّلاة في ذلك الثوب ترك فرض واحد أعني الطهارة، وفي الصّلاة عرياناً ترك الفروض فلا يتخير؛ بل تلزمه الصّلاة بذلك الثّوب.

ورد بأنّه لا يخلو: إمّا أن يصلي عرياناً قاعداً أو قائماً، وعلى التقديرين يثبت له الخيار بين أن يصلّي بذلك الثوب، وبين أن يصلي عرياناً.

أمّا على التقدير الأول: فلأنّه إذا صلّى عرياناً قاعداً.. فقد أتى ببعض الستر، وما قام مقام الأركان من الإيماء، وترك استعمال النجاسة، وإذا صلى بذلك الثوب قائماً.. فقد استعمل النجاسة وأتى بالأركان.. فيستويان، فيتخير.

وأمّا على التقدير الثاني: فلأنّه إذا صلّى عرياناً قائماً؛ فإنما يكون تاركاً فرض الستر فقط، وإذا صلى بذلك الثوب.. يكون تاركاً بفرض ترك استعمال النجاسة، فكان تارك فرض بإزاء الإتيان بفرض آخر، فيتخير.

فإن قيل: سلّمنا أنّه أتى بفرض وترك فرضاً لكن لا نسلم المساواة بينهما، فإن فرضية الستر أقوى من فرضية ترك استعمال النجاسة؛ لأنّ الستر غير مختص بالصّلاة، بل فرض في خارجها أيضاً، والطهارة مختصّة بها.. أجيب: بأنّا لا نسلم أنّ فرضية السّتر أقوى؛ فإنّ خطاب الستر في حق الصّلاة إنما هو في الستر بالطاهر لا بالنجس فتساويا، فثبت الخيار.

واستدل في «الأسرار» من طرف محمد: بأنّ خطاب التّطهير ساقط؛ لعدم المزيل، فصار هذا كثوب طاهر، ولم يسقط خطاب السّتر لقدرته عليه، قلنا: إنّ الفرض: هو الستر بالطّاهر وقد سقط لعدم القدرة عليه، وأمّا لزوم السّتر بالنجس..

وَإِن لم يجد مَا يسترُ عَوْرَتَهُ فصلَّى قَائِماً بركوعٍ وَسُجُودٍ.. جَازَ، ....

فلم نقدر على إثباته ما لم يقم نقل مخصوص ولم يوجد، فيبقى على النفي الأصلي، أعني: عدم جوازها بالنجس؛ لأنّ انتفاء المدرك الشرعي [يكفي لتنفي الحكم الشرعي]؛ فإذا سقط فرضية الستر.. فيميل إلى أيهما شاء من الصلاة به والصلاة عرياناً لتساويهما؛ لأن من ابتلي بأمرين متساويين يختار أيهما شاء، وهذا لأن كلّا من الانكشاف والنجاسة مستويان في كون الربع من كلّ منهما مانعاً وما دونه غير مانع، كما في النجاسة الحقيقية، فيجب أن يستويا في حق الصّلاة في ذلك الثوب [٩٤/ب] في إثبات الخيار، لكن الأفضل: الصّلاة في ذلك الثوب لكونه أهون، لما ذكروه من أنّ فرض الستر أقوى لعدم اختصاصه بالصّلاة، بخلاف الطّهارة فإنّها مختصة بها، وفيه ما ذكرناه وكذا الحكم فيما إذا كان الثوب كلّه نجساً.

(وإن لم يجد) بأن لم يوجد في ملكه وبعدم الإباحة له، حتى لو أبيح له ما يصلح للستر.. ثبت القدرة له على الأصح؛ كالمتيمم إذا أبيح له الماء.

وعن محمّد: أنّه [إذا كان] مع صاحبه [ثوبٌ] ووعده أن يعطيه [إياه] إذا فرغ من صلاته.. ينتظره وإن خاف فوت الوقت.

وعن أبي حنيفة: ينتظر ما لم يخف الفوت، وأبو يوسف مع أبي حنيفة.

(ما يستر عورته) ولو حريراً، أو حشيشاً، أو نباتاً، أو طيناً يلطخ به عورته ويبقى عليه.. لا الزجاج الذي يصف ما تحته.

ويجب استعمال ما يستر بعض عورته لو وجد؛ تقليلاً للكشف، ويستر به القبل والدبر، وإن لم يجد إلّا ما يستر أحدهما؟ قيل: يستر الدبر. وقيل: يستر القبل.

وفي «القنية»: عريان يمكنه السّتر بالدّخول بالماء.. لا يلزمه، وقد مرّ ما يتعلّق بهذا فأرجع إليه.

(فصلّى قائماً) مع الانكشاف **(بركوع وسجود.. جاز)**؛ لإتيانه بالأركان الثلاثة وإن ترك فرض السّتر.

وَالْأَفْضَلُ: أَن يُصَلِّيَ قَاعِداً بِإِيماءٍ .

(**والأفضل أن يصلّي قاعداً بإيماء**)؛ لما روي أن الصّحابة ركبوا في السفينة فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلّوا قعوداً، وهذا قد روي عنهم، ولم يرو عن أقرانهم خلاف؛ فحلّ محلّ الإجماع.

ووجه الأفضلية: أنّ الستر وجب لحقّ الصّلاة وحق النّاس، وما كان كذلك.. كان آكد؛ ولأنّ الإيماء خلف عن الأركان، فتركه كلا ترك، بخلاف الستر فإنّه لا خلف له.

فإن قيل: هذان الوجهان يقتضيان أن لا تجوز قائماً؟ قلنا: وجه الجواز قائماً موجود وهو الإتيان بالأركان بعينها، وهو خير من الإتيان بخلفها، والستر وإن كان أعمّ وجوباً ومنعاً لكنه لم يحصل بجميعه، وإذا لم يحصل بجميعه.. لم يعتبر في مقابلة ترك الركوع والسّجود، وهذا يقتضي أن لا تجوز قاعداً، فتساويا، فيميل إلى أيهما شاء، ولكن القعود أفضل؛ لما رويناه من أصحاب النبي ﷺ، وذلك القدر من الستر يصلح لترجيح جانب القعود؛ لأنّ الستر وإن كان قليلاً فهو أولى من الأركان لقيام الخلف مقامها.

وفي «المجتبى»: يصلي العراة وحداناً متباعدين؛ فإن صلّوا بجماعة.. يتوسّطهم الإمام، ولو تقدّمهم.. جاز أيضاً، ويرسل كل واحد رجليه نحو القبلة ويضع يديه بين فخذيه يومئ إيماء. وقيل: إنه يقعد كما يقعد في الصّلاة اعتباراً بالمريض إذا أمكنه القعود، وقيل: صلاة العاري قاعداً مختص بالنهار، وفي الليل يصلي قائماً بركوع وسجود؛ اعتباراً بظلمة الليل، وقال بعضهم: لا خصوص بالنهار.

وهل يعيد بعد وجدان الثوب؟ قيل: لا، وقيل: نعم، ولا يلزمه شراء ثوب وإن قدر على ثمنه.

وفي كلامه إشارة إلى أن الإيماء لا يجوز قائماً بل مختص بحالة القعود على ما هو الظاهر من «الهداية»، ولكن قال في «الزيلعي» عن «ملتقى البحار»: إن شاء صلى

وقبلةُ مَن بِمَكَّةَ: عينُ الْكَعْبَةِ.

عرياناً بركوع وسجود أو مومئاً بهما، إمّا قائما وإمّا قاعداً، وقال: فهذا نص على جواز الإيماء قائماً وسكت عليه [٩٥/أ].

(**وقبلة من بمكة عين الكعبة**)، حتى لو صلّى مكي في بيته.. ينبغي أن يصلّي بحيث لو أزيلت الجدران.. يقع استقباله على شطر الكعبة، بخلاف الآفاقي.. فإنّه لو أزيلت الموانع.. لا يشترط أن يقع استقباله على عين الكعبة، كذا في «الكافي»، وقال في «البحر»: وهو ضعيف.

لما قال في «الدراية»: من كان بينه وبين الكعبة حائل: الأصحّ أنه كالغائب، ولو كان الحائل أصلياً كالجبل.. كان له أن يجتهد، والأولى: أن يصعده ليصل إلى اليقين.

وقال في «النظم»: الكعبة قبلة من في المسجد، والمسجد قبلة من بمكة، ومكّة قبلة الحرم، والحرم قبلة العالم.

وقال صاحب «الهداية»: في «التجنيس»: هذا يشير إلى أنّ من كان بمعاينة الكعبة.. فالشرط إصابة عينها، ومن لم يكن بمعاينتها.. فالشرط إصابة جهتها. وهو المختار. انتهى.

وقال ابن الهمام ردّاً على صاحب «الدراية»: وعندي في جواز التحرّي مع إمكان صعوده إشكال؛ لأنّ المصير إلى الدّليل الظني وترك القاطع مع إمكانه.. لا يجوز.

وما أحسن قول صاحب «الهداية»: والاستخبار فوق التحري، فإذا امتنع المصير إلى ظني لإمكان ظني أقوى منه.. فكيف يترك اليقين مع إمكانه للظن؟ وقالوا: قبلة أهل المدينة عين الكعبة أيضاً؛ لأن رسول الله ﷺ نصبها بالوحي، فصارت مقطوعة، بخلاف سائر البقاع، وهذا إذا لم يمنع مانع، حتى لو كان محبوساً بمكّة، ولم يكن عنده من يسأله واشتبهت عليه.. يصلّي بالتحري، ثم تبيّن أنه أخطأ، لا إعادة عليه عند محمّد على ما في «الظهيرية».

وَمَن بعُدَ: جِهَتُهَا.

والكعبة اسم للبقعة المعينة، وما يليها من الهواء إلى عنان السّماء عند أكثر الفقهاء، وقيل: هو اسم للبناء في البقعة المذكورة، والأوّل: أصحّ.

ثم الأصل هنا أن النبي ﷺ: صلّى في المسجد الحرام متوجهاً إلى الكعبة، ومضى على ذلك الصحابة والتابعون، فكان ذلك إجماعاً عليه.

(و) قبلة **(من بعد)** من الكعبة سوى أهل المدينة لما ذكرناه: **(جهتها)** لا عينها عند عامة المشايخ؛ ولهذا لا يشترط عندهم نية الكعبة.

وقال الجرجاني: قبلة من بَعُد عين الكعبة أيضاً، حتى شرط نية الكعبة، والأول: هو الصّحيح؛ لأنّ إصابة العين لمن بعد متعذر؛ ولأنهم لو صلّوا خلف الإمام مستقبل الكعبة، وكانوا صفاً مستطيلاً جداً على الاستقامة من الغرب إلى الشرق صحت صلاتهم، مع أنهم لم يستقبلوا عين الكعبة؛ لأن عرض الكعبة أقصر من طول الصف، ثم المراد بالجهة: الجانب الذي إذا توجّه إليه المصلّي يكون مسامتاً للقبلة:

إما تحقيقاً: بحيث لو أخرجنا خطاً مستقيماً من نقطة من النقطة المفروضة على دائرة الأفق من الجانب الآخر على الاستقامة.. لكان الخط الخارج من جبين المصلي واصلاً إلى ذلك الخط من الكعبة على الاستقامة، من غير أن يكون إحدى الزاويتين الحادثتين في ملتقاهما حادة والأخرى منفرجة، بل يكون كلّ منهما قائمة، أو بحيث تقع الكعبة فيما بين خطين يلتقيان في الدماغ، فيخرجان [٩٥/ب] إلى العينين كساقي مثلث.

وإمّا تقريباً: بأن يكون المصلّي منحرفاً عن الكعبة وهوائها، انحرافاً لا يزول به المقابلة بالكلية، وذلك بأن يبقى شيء من سطح الوجه مسامتاً لها أو لهوائها؛ لأن المقابلة إذا وقعت في مسافة بعيدة.. لا تزول بما تزول به من الانحراف لو كانت في مسافة قريبة، ويتفاوت ذلك بحسب تفاوت البعد، وتبقى مسامتة مع انتقال مناسب لذلك البعد، فلو فرض مثلاً خطاً من تلقاء وجه المستقبل للكعبة على التحقيق في بعض البلاد، وخط آخر يقطعه في وجه المستقبل على زاويتين قائمتين، من جانب

فَإِن جهلها وَلم يجد من يسْأَله عَنْهَا.. ....

يمين المستقبل أو يساره.. لا تزول تلك المقابلة بالانتقال إلى اليمين واليسار على ذلك الخط القاطع له، في وجه المصلّي بفراسخ كما ذكرناه في الصف المستطيل جدّاً على الاستقامة؛ ولهذا وضع العلماء قِبلة بلد وبلدين وبلاد على سمت واحد.

وقال في «الظهيرية»: إذا تيامن أو تياسر.. يجوز؛ لأن وجه الإنسان مقوّس، فعند التيامن أو التياسر يكون أحد جوانبه إلى القبلة، وقال في «فتح القدير» عن «الفتاوى»: الانحراف المفسد: أن يجاوز المشارق إلى المغارب، وقال في «قاضي خان»: وجهة الكعبة تعرف بالدّليل، فالدّليل في الأمصار والقرى المحاريب التي نصبها الصحابة والتابعون، حين فتحوا العراق جعلوا قبلة أهلها بين المشرق والمغرب فعلينا اتباعهم، واتباعهم في استقبال المحاريب المنصوبة؛ فإن لم يكن.. فالسؤال من أهل [كل موضع] وأما في البحار والمفاوز.. فدليل القبلة النجوم إلى آخر ما فصله.

(فإن جهلها) أي جهل الآفاقي، أو المحبوس بمكة جهة القبلة، **(ولم يجد من يسأله عنها)** إذ لو وجده.. لا يجوز له التحري، بل لا بدّ له السّؤال من أهل ذلك الموضع؛ لأن العمل بالدّليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه، والاستخبار فوق التحري؛ لكونه ملزماً له ولغيره، بخلاف التحري فإنه ملزم له فقط، ولهذا قال في «قاضي خان»: رجل اشتبهت عليه القبلة، فأخبره رجلان أن القبلة إلى هذا الجانب وهو يتحرى إلى جانب آخر؛ فإن لم يكونا من أهل ذلك الموضع.. لم يلتفت إلى كلاهما؛ لأنهما يقولان عن اجتهادٍ وتحرٍ، فلا يترك تحريه بتحري غيره، وإن كانا من أهل ذلك الموضع.. فعليه أن يأخذ بقولهما ولا يجوز أن يخالفهما؛ لأن أهل الموضع يكون أعرف بقبلته من غيره عادة، وكان خبرهما عن علم. انتهى.

وإذا سأله من أهله ولم يخبره فصلّى بالتّحري، ثم أخبره.. لا يلزمه الإعادة لو كان مخطئاً؛ لأنه لم يعلم خطأه حين كان في الصلاة، وبناء على هذا ذكر في «التجنيس»: تحرى فأخطأ فدخل في الصّلاة وهو لا يعلم، ثم علم وحوّل وجهه إلى

تحرَّى وَصلَّى.

فَإِن عَلمَ بخطئهِ بعْدهَا.. لَا يُعِيدُ.

القبلة، ثم دخل رجل في صلاته وقد علم حالته الأولى.. لا تجوز صلاة الداخل؛ لعلمه أن الإمام كان على الخطأ في أول الصلاة. انتهى.

كذا في «فتح القدير»، وقال في «قاضي خان»: عن أبي يوسف: تجوز صلاة الداخل أيضاً.

ولو كانت السّماء مصحية، وله علم بالاستدلال [٩٦/أ] بالنجوم على القبلة.. لا يجوز له التحري؛ لأن ذلك فوق التّحري.

(تحرى وصلّى) إلى جهة تحرّيه لما رواه عامر بن ربيعة قال: كنا في سفر مع النبي ﷺ، في ليلة مظلمة فلم يدر أين القبلة، فصلّى كل رجل مناحياً له، فلما أصبحنا ذكرناه للنبي ﷺ، فنزلت ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّواْ فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ﴾، فدلّ أن القبلة في حقّه جهة تحرّيه.

وعنه قالوا: لو تحرّى وصلّى إلى غير جهة التحري.. يخشى عليه الكفر؛ لإعراضه عن القبلة قصداً.. وهي جهة التّحري.

وقال بعض مشايخنا: إن فعل ذلك بتأويل قوله تعالى: ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّواْ فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ﴾.. لا يكون كافراً، وأمّا صلاته.. فلا يجزئه وإن أصاب، خلافاً لأبي يوسف على ما في «فتح القدير»، وهنا إشكال سيأتي ذكره.

(فإن علم بخطئه بعدها لا يعيد)، وقال الشافعي: يعيدها إذا استدبر؛ لتيقنه حينئذ بالخطأ؛ ولأنّه لو اجتهد في الوقت وصلّى، ثم تيقن أنه صلّى قبله، أو اجتهد في الثّوب، أو الإناء، وتوضأ منه وصلّى، ثم ظهر أن الثوب، أو الإناء نجس، أو حكم الحاكم باجتهاده في حكم، ثم وجد نصّاً بخلافه.. فإنه يلزمه الإعادة في كلّها بالاتّفاق.

وَإِن عَلمَ بِهِ فِيهَا.. اسْتَدَارَ وَبنى، وَكَذَا إِن تحوَّل رَأْيُهُ.

وَإِن شرعَ بِلَا تحرٍّ.. لَا تجوزُ ....

قلنا: الواجب عليه إتيان ما في وسعه، وليس في وسعه إلّا التوجه إلى جهة تحرّيه وقد فعله، وتيقُّنُ الخطأِ ثابت في توجهه إلى جهة اليمنة واليسرة أيضاً، فجعل تيقُّن الخطأ مداراً للإعادة، يوجب الإعادة في الصور كلّها، ولا إعادة في صورة اليمنة واليسرة عندكم.. فلا يصلح مداراً.

نعم، في الاستدبار تمام البعد عن الاستقبال، وذا لا يضر؛ لأنّ العبرة إلى جهة التحري، والوقت سبب للوجوب، ولا يتصور الوجود للمسبب قبل سببه، فصلاته قبل الوقت ملحق بالعدم الأصلي.

ونجاسة الثوب والإناء، وحكم الحاكم مما يمكن الوقوف على الصواب فيها بالاستقصاء؛ نظراً إلى قيام الدّليل فيها، وهو قيام إحساسه وإمكان الاستقصاء في صون الثوب والإناء وتتبع الكتب، أمّا فيما نحن فيه.. فالدّليل منعدم على ما هو الفرض، فلا يتصور الإصابة عن الدّليل، فلم يتجه بوجه من الوجوه نسبته إلى التقصير، بخلاف صورة قيام الدّليل؛ كما في المسائل المذكورة.

وأيضاً القبلة قبلت التحول شرعاً من الشّام إلى عين الكعبة، ثم إلى جهتها، ثم إلى جهة التحري عند الاشتباه، ولا إعادة.. بخلاف النجاسة والطهارة ونحوهما؛ فإنه لم يثبت قبولهما شرط التحول شرعاً.

(وإن علم به) أي بخطئه (فيها) - أي في الصّلاة - (استدار) إلى القبلة (وبنى)؛ كما استدار أهل قباء لمّا سمعوا تحوّل القبلة إلى الكعبة من بيت المقدس في صلاة الصّبح، (وكذا) أي استدار (إن تحول) في الصّلاة (رأيه) إلى جهة أخرى؛ لأن الاجتهاد الثاني بمنزلة النسخ للأوّل، فيظهر أثره في المستقبل، فيتحول لا في الماضي فبنى عليه.

(وإن شرع) في الصّلاة (بلا تحرّ) مع اشتباه القبلة، ولا دليل معه عليها (.. لا تجوز) صلاته؛ لتركه فرض التحري.

وَإِن أَصَابَ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: إِنْ أَصَابَ.. جَازَتْ.

(وإن) - وصلية - علم في الصّلاة أنه **(أصاب)** هذا عند أبي حنيفة ومحمّد [٩٦/ب].

(وعند أبي يوسف: إن) علم في الصّلاة أو بعدها أنه **(أصاب.. جازت)** صلاته.

واعلم أن من اشتبهت عليه القبلة، لو صلّى بلا تحر.. فسدت صلاته وعليه الإعادة عند أبي حنيفة ومحمد، وإن علم أنه أصاب، إلا إن علم بعد الفراغ أنه أصاب.. فحينئذ لا يعيد؛ لأن ما افترض لغيره يشترط حصوله لا تحصيله؛ كالسّعي إلى الجمعة.

وعند أبي يوسف: جازت صلاته، إن علم في الصّلاة أو بعدها أنه أصاب، ويبني لما ذكرناه؛ ولأنه لو استقبل.. استقبل لهذه الجهة المصابة، فلا فائدة في استقباله.

قلنا: حالته قويت بالعلم، وبناء القوي على الضعيف لا يجوز، فصار كالأميّ إذا تعلّم سورة، والمومئ إذا قدر على الأركان في الصّلاة.. تفسد، وبعدها تصح، هذا في ترك التحري.

وأمّا لو ترك جهة بأن تحرى وصلّى إلى غير جهة تحريه.. ففي «الخلاصة» يخشى عليه الكفر؛ لإعراضه عن القبلة، وأمّا صلاته.. فلا تجزئه وإن أصاب مطلقاً، خلافاً لأبي يوسف، كذا قالوا.

وفي «فتح القدير»: وهي مشكلة على قولهما؛ لأن تعليلهما في هذه المسألة، وهو أن القبلة في حق جهة التحري - وقد تركها - يقتضي الفساد مطلقاً في صورة ترك التحري نفسه؛ لأن ترك جهة التحري يصدق مع ترك التحري أيضاً، وتعليلهما في ترك التحري نفسه: بأن ما فرض لغيره يشترط حصوله لا تحصيله، على ما ذكرناه.. يقتضي الصحة في ترك جهة التحري أيضاً، وعلى هذا: لو صلّى في ثوب وعنده أنه نجس، ثم ظهر أنه طاهر، أو صلّى وعنده أنه محدث فظهر أنه متوضئ، أو صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل.. لا يجزئه؛ لأنه لما حكم

بفساد صلاته بناء على دليل شرعي وهو تحريه، فلا ينقلب جائزاً إذا ظهر خلافه.

وهذا التعليل يجري فيما مر من مسألة العدول عن جهة تحريه إذا ظهر صوابه، وبه يندفع الإشكال الذي أوردناه؛ لأن دليل الشرع على الفساد وهو التحري، أو اعتقاد الفساد عن التحري، فإذا حكم بالفساد دليل شرعي.. لزم، وذلك منتفٍ في صورة ترك التحري، فكان ثبوت الفساد فيها قبل ظهور الصّواب، إنما هو لمجرد اعتقاده الفساد مؤاخذة له باعتقاد الذي ليس هو بدليل، إذا لم يكن عن دليل. انتهى.

حاصله: أن الفساد في مسألة ترك جهة التحري، وفي المسائل الثلاثة المذكورة؛ أعني: مسألة الثوب، والمحدث، والمصلي قبل الوقت قبل ظهور الصواب: ناشئ عن دليل شرعي، أعني اعتقاد الفساد عن التحري، ولهذا لم تنقلب إلى الصّحة أصلاً بعد ظهور الصواب، ولو بعد الفراغ من الصّلاة.

وأمّا في مسألة ترك التحري.. فالفساد فيها إنما نشأ لا عن دليل شرعي، فلهذا ينقلب صحة بعد ظهور الصّواب بعد الفراغ، فظهر اندفاع الإشكال المذكور.

ثم اعلم أن مسائل جنس التحري في القبلة على عشرين وجهاً؛ لأنه لا يخلو.

إما أن لم يشك ولم يتحر.

أو شك وتحرى.

أو شك ولم يتحر.

أو تحرى ولم يشك [٩٧/أ].

وكلّ وجه على خمسة أوجه؛ لأنه: إما أن يظهر أنه أصاب في الصّلاة أو بعدها، أو أنه أخطأ في الصّلاة أو بعدها، أو لم يظهر شيء.

أما الأوّل: وهو ما إذا لم يشك ولم يتحر، وصلّى في الصحراء إلى جهة؛ فإن ظهر أنه أخطأ.. لزمه الاستقبال، سواء كان في الصلاة أو بعد الفراغ عنها، وإن ظهر أنه أصاب قبل الفراغ.. ففيه اختلاف، فذهب محمد بن الفضل إلى أنه يلزمه

وَإِنْ تحرَّى قومٌ جِهَاتٍ وجهلوا حَال إِمَامِهِمْ.. جَازَتْ صَلَاةُ مَن لَم يتقدَّمْهُ، بِخِلَافِ مَن تقدَّمَهُ أَو عَلِمَ حَالَهُ وَخَالَفَهُ.

الاستقبال؛ لأن افتتاحه كان ضعيفاً وقد قوي حاله بظهور الصّواب، والقوي لا يبنى على الضعيف، والصحيح كما في «المبسوط»: لا يلزمه الاستقبال؛ لأن صلاته كانت جائزة ما لم يظهر الخطأ، فلا ينقلب فساداً بعد تبيّن الصّواب، وإن ظهر أنه أصاب بعد الفراغ بيقين، أو بأكبر رأيه، أو لم يظهر من حاله شيء، حتى غاب عن ذلك الموضع.. فصلاته جائزة؛ لأن الأصل الجواز، ولم يوجد ما يرفعه.

وأما الثاني: وهو ما إذا شك وتحرى.. فحاله ما ذكر في الكتاب، وهو الصحة في الوجوه الخمسة.

وأما الثّالث: وهو ما إذا شك أو لم يتحر.. فهي فاسدة في الوجوه كلّها، إلّا إذا تبين بعد الفراغ أنّه أصاب بيقين على ما ذكرناه، وإن كان أكبر رأيه أنه أصاب.. ففي «قاضي خان»: اختلفوا فيه، قال الإمام السرخسي: الصحيح: أنه لا تجوز صلاته.

وأما الرّابع: وهو ما إذا تحرى ولم يشك.. فهي فاسدة في الوجوه كلّها؛ لأن التحري إنما يكون عند الشك، كذا في «الفتاوى» و«البحر».

وقال في «فتح القدير» عن العتّابي: في الصورة نية أنه شك وتحرى ولم يقع تحريه على شيء، قيل: يؤخر، وقيل: يصلي إلى أربع جهات، وقيل: يخير. انتهى.

(وإن تحرى قوم) في ليلة مظلمة **(جهات)** مختلفة، **(وجهلوا حال إمامهم.. جازت صلاة من لم يتقدمه)**؛ لأن كل واحد منهم متوجه إلى القبلة، وهذه المخالفة غير مانعة لصحة الاقتداء؛ كما في جوف الكعبة، **(بخلاف من تقدّمه)**؛ فإن صلاته فاسدة؛ لتركه فرض المقام؛ كما في جوف الكعبة حين تقدم إمامه؛ وكما صلّوا واستداروا حول الكعبة حين تقدم في الجهة التي يصلي إليها الإمام.

(أو علم حال إمامه وخالفه)؛ لاعتقاده أن إمامه على الخطأ بخلاف جوف الكعبة؛ لأنه ما اعتقد إمامه على الخطأ.

وقِبلةُ الْخَائِفِ: جِهَةُ قُدرتِهِ.

ويَصِلُ قصدَ قلبِهِ الصَّلَاةَ بتحريمتِها،........................

(وقبلة الخائف) من عدو أو سبع أو لصّ، خاف على نفسه أو على ماله، أو كان في البحر على خشبة يخاف الغرق إن توجّه.

والمراد بالخائف: من له عذر، فيشمل المريض إذا كان لا يقدر على التّوجه وليس عنده من يحوله إليها، أو كان التحول يضره، ومن كان على دابة لا يقدر على النزول للطين أو غيره، ولو نزل.. لا يقدر على الركوب لجموح الدابة أو غيرها.

ولو قدر على الركوب أو النزول بمعاونة الغير.. لا يعدّ قادراً عند أبي حنيفة، وعندهما: يعد.

وكذا الخلاف في مريض لا يقدر على التوجه وعنده من يحوله، وقد ذكرناه في التيمم.

(جهة قدرته)؛ لأن الكعبة لم تعتبر لعينها، حتى قالوا: لو سجد للكعبة نفسها.. يكفر، بل إنما يعتبر للابتلاء، فسقط الابتلاء عند ضرورة الخوف [٩٧/ب].

وقال في «فتح القدير»: لو كان على الدابة يخاف النّزول للطين والردغة.. يستقبل القبلة.

قال في «الظّهيرية»: وعندي: هذا إذا كانت الدابة واقفة، وإن كانت سائرة.. يصلي حيث شاء، ولقائلٍ: أن يفصل بين كونه لو أوقفها للصلاة خاف الانقطاع عن الرفقة، أو لا يخاف.

فلا يجوز في الثاني إلا أن يوقفها ويستقبل، كما عن أبي يوسف في التيمم: إن كان بحيث لو مضى إلى الماء.. تذهب القافلة وينقطع.. جاز؛ وإلّا.. ذهب إلى الماء، انتهى.

ثم شرع لبيان وقت النية بقوله: **(ويصل قصد قلبه الصّلاة بتحريمتها)** أي لا يفصل بين النّية والتكبيرة بما لا يليق في الصّلاة كالأكل والشرب؛ لأنّ هذه الأفعال

....

تبطل الصّلاة فكذا تبطل النية.

وأمّا الفصل بما لا ينافيها كالوضوء والمشي إلى المسجد عقيبها.. فلا يضر، حتّى لو نوى ثم توضّأ أو مضى إلى المسجد وكبر ولم تحضره النية.. جاز لعدم الفصل بما ينافيها.

قال في «الخلاصة»: أمّا وقت النية.. فقد اجتمع أصحابنا أنّ الأفضل أن تكون مقارنة للشروع، ولا يكون شارعاً فيه بنية متأخرة.

وعن الكرخي: يجوز، واختلفوا فيه على قول الكرخي، قال بعضهم: إلى القعود، وقال بعضهم: إلى الركوع، وبعضهم: إلى أن يرفع رأسه من الركوع.

ولو نوى قبل الشروع، فعن محمد: أنّه لو نوى عند الوضوء أنّه يصلي الظهر أو العصر مع الإمام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصّلاة؛ إلّا أنه لما انتهى إلى مكان الصّلاة لم تحضره النية.. جازت صلاته بتلك النية.

وهكذا روي عن أبي حنيفة، وأبي يوسف.

وعن محمّد بن سلمة: إن كان عند الشروع، بحيث لو سئل عنه أية صلاة تصلّي يجيب على البديهة من غير تفكر.. فهي نيّة تامّة، وإن احتاج إلى التأمّل.. لا يجوز، انتهى.

وعبارة «التجنيس» هكذا: إذا توضأ في منزله ليصلي الظهر ثم حضر المسجد وافتتح الصّلاة بتلك النية؛ فإن لم يشتغل بعمل آخر.. يكفيه ذلك - هكذا قال محمد في «الرقيات» - لأنّ النية المتقدمة تبعتها إلى وقت الشروع حكماً كما في الصّوم إذا لم يبدلها بغيرها. انتهى.

فعلم من قولهم هنا؛ أنّ المشي إلى الصلاة من جنس أفعالها لا من جنس ما ينافيها.

أو نقول: مرادهم بما ليس من جنس الصّلاة ما يدل على الإعراض، والمشي إلى الصّلاة لا يدل على الإعراض عنها، بل يدل على الإتيان بها.

وَضمُّ التَّلَفُّظِ إِلَى الْقَصْدِ أفضلُ.

وَيَكْفِي مُطلقُ النِّيَّةِ للنَّفلِ، وَالسّنةِ، والتَّراويحِ، فِي الصَّحِيحِ.

(**وضم التلفظ إلى القصد أفضل**)؛ لاجتماع عزيمته؛ لأن الإنسان قد يغلب عليه تفرق خاطره، فإذا ذكر بلسانه كان عوناً على تجمعه، ومن لا يقدر على أن يحضر قلبه لينوي بقلبه أو شك في النية.. يكفيه التكلم بلسانه على ما في «القنية»؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾، قالوا: قد وقع الإجماع على أنه لو نوى بقلبه ولم يتكلم بلسانه.. يجوز.

واختلف في التلفظ باللّسان قيل: إنه مستحب وصحّحه في «المجتبى»، وقيل: أنه حسن واختاره في «الهداية»، وقيل: إنه سنة وعزاه في «الاختيار» إلى محمد بن الحسن.

وفي «القنية» [٩٨/أ]: أن التلفظ بدعة، إلا أن لا يمكنه إقامتها في القلب، إلّا بإجرائها على اللسان. وقال في «المحيط»: ينبغي أن يقول: اللّهمّ إنّي أريد أن أصلّي صلاة كذا فيسرها لي وتقبّلها مني.

وفي «البحر»: أن هذا الكلام يفيد أن التلفظ بالنية يكون بهذه العبارة، لا بنحو نويت أو أنوي كما عليه عامة المتلفظين بالنية. انتهى.

قلت: في هذه الإفادة بحث؛ لأن مراد صاحب «المحيط» ليس حصر التلفظ فيه، بل بيان كيفية التّلفظ على وجه يعلم منه معنى لفظ النية أيضاً؛ لأنهم فسّروها بالإرادة القلبية، كيف وإن الحصر ينافيه قوله: ينبغي، وسؤال التيسير والتوفيق، وإن عامة الكتب مصرحة بصحتها بنويت، ولعلّه حمل لفظة ينبغي على الوجوب على ما هو كذلك في بعض المحال، لكنه ليس على ما ينبغي ههنا.

ثم شرع لبيان كيفيتها فقال: (**ويكفي مطلق النية للنفل**) بالاتفاق؛ لأن مطلق اسم الصّلاة ينصرف إلى النفل؛ لأنه الأدنى منزلة، فيتعين بأن يقول: نويت الصّلاة مثلاً، (**والسنة والتراويح في الصّحيح**) احتراز عن قول جماعة: إنه لا يكفيه؛ لأن السنة

وصف زائد على أصل الصّلاة؛ كوصف الفرضية، فلا يحصل بمطلق نية الصّلاة.

ووجه الصّحيح: أن معنى السنية كون النافلة مواظَباً عليها من النبي ﷺ بعد الفرضية المعيّنة، أو قبلها؛ فإذا أوقع المصلي النافلة في ذلك المحلّ.. صدق عليه أنه فعل الفعل المسمى سنة.

فالحاصل: أنّ وصف السنة يحصل بنفس الفعل على الوجه الّذي فعله ﷺ، وهو إنّما كان يفعل على ما سمعت؛ فإنه ﷺ لم يكن ينوي السنة، بل الصّلاة لله تعالى، فعلم أن وصف السنة ثبت بعد فعله على ذلك الوجه تسميةٌ منّا لفعله ﷺ المخصوص، لا أنه وصف يتوقف حصوله على نية؛ وقد وقع النزاع في الأربع التي تصلّى بعد الجمعة ينوي بها: «آخر ظهر أدركتُ وقته، ولم أؤده بعد» في موضع شك فيه في صحة الجمعة، إذا ظهر صحة الجمعة، هل تنوب عن سنة الجمعة أو لا تنوب؟ فالأكثر: أنها تنوب، وقيل: لا.

وقال ابن الهمام: هذا الخلاف يتفرع على اشتراط تعيين السنة في النية، وعدم اشتراطه، فمن شرطه.. قال: لا، ومن لا.. فلا، والتحقيق: أنها تنوب؛ لأنه إذا نوى آخر ظهر.. فقد نوى أصل الصّلاة بوصف خاص؛ فإذا انتفى ذلك الوصف في الواقع..تبقى نية أصل الصّلاة، بناءً على المختار من المذهب: أن بطلان الوصف لا يوجب بطلان الأصل، وبأصل النية تتأدى السنة؛ لعدم اشتراط التعيين على الصحيح.

لكن ذكر قاضي خان في فصل التراويح: أن الصّحيح اشتراط تعيين النية في السنن والتراويح، فاختلف التصحيح فيها.

ويتفرع أيضاً على هذا الخلاف: أنه لو صلّى ركعتين تهجّداً، ثم تبيّن أنه صلّاهما بعد طلوع الفجر.. جازت عن السنة على تصحيح المصنف، لا على تصحيح «قاضي خان».

ولو صلّى أربع ركعات تطوّعاً، فوقع ركعتان قبل الطّلوع وركعتان بعده.. جازت عن السنة عندهما، وفي رواية عن أبي حنيفة: [٩٨/ب] وبه يفتى على ما في «الخلاصة».

وللفرضِ: شُرِطَ تَعْيِينُهُ؛ كالعصرِ مثلاً.

وقيل: لا يجزئ عنها؛ لأن السنة تؤدى بتحريمة مبتدأة.

(وللفرض) أعم من: الواجب؛ ليشمل المنذورة، والوتر، والعيد.

ومن: الأداء والقضاء أيضاً.

(شرط تعيينه)، ولو عند ضيق الوقت؛ لأن التّعيين لا يسقط بضيق الوقت؛ لبقاء السّعة فيه، بمعنى: أنه لو شرع متنفلاً.. صحّ، وإن كان حراماً على ما في أوائل «الأشباه» من بيان تعيين المنوي؛ (كالعصر مثلاً)؛ لأن الفروض متزاحمة أداء وقضاء، فلا بد من دفع التزاحم بتعيينه، وذلك يجوز بأن يقول: نويت عصر اليوم، وإن خرج الوقت؛ لأن القضاء بنية الأداء صحيح على الصّحيح، وبأن يقول: نويت عصر الوقت أو فرض الوقت، لكنه في الوقت، وأما بعد خروج الوقت.. فلا يصح بها على الصّحيح؛ لأن فرض الوقت بعد خروجه غير الفرض الأول.

والجمعة لا تصح بنية فرض الوقت؛ لأنها بدل فرض الوقت لا هو عندنا، وفرض الوقت هو الظهر، إلا أن يكون اعتقاده أنها فرض الوقت، كما هو كذلك عند الشافعي، فحينئذ تصح بنية فرض الوقت على ما صرّح به في «فتح القدير»، لكنه مبني على جواز الانتقال من مذهب إلى آخر، وفيه خلاف.

قيل: يجوز، وقيل: لا، وقيل: على التفصيل، وقد بيّناه في موضع آخر.

ولو نوى العصر فقط بلا ذكر اليوم أو الوقت.. اختلف فيه؟ قيل: لا يجزئه؛ لاحتمال فائتة عليه، واختاره في «الظهيرية»، وقيل: يجزئه؛ لأنّ الوقت متعين له فلا يصرف إلى غيره، وفي «العتابي»: وهو الأصح.

وعلم من هنا: أنه لو نوى صلاتين لا يصح؛ لعدم التّعيين لأحدهما، كما لو نوى الظهر الفائت والعصر معاً في وقت العصر مثلاً.. فإنه لا يصير شارعاً في واحدة منهما على ما في «الخلاصة» و «البزازية» نقلاً عن «الجامع الكبير».

وفيهما أيضاً نقلاً عن «المنتقى»: إن كان في الوقت سعة.. يصير شارعاً في الظهر.

وكذا لو نوى قضاء الظهر وأدائه في وقته.. وقع عن أدائه.

وإن نوى مكتوبتين فائتتين.. كانت للأولى منهما.

ولو جمع بين فرض ونفل.. جاز عن الفرض عند أبي يوسف؛ لقوته، وقالا: لا يجوز عنهما، بل يبطل كلاهما؛ لأن الصلاة الواحدة لا تتصف بالوصفين معاً، لتنافيهما، ولا بأحدهما؛ لعدم القطع بأحدهما وهو شرط لصحة المنوي.

ولا يخفى عليك أن هذا لا يقتضي عدم قطعية النية؛ لقطعها على الصلاتين جميعاً، بخلاف ما لو أدرك الإمام قاعداً، ولا يعلم أي القعدتين، فنوى في اقتدائه أنها: إن كانت الأولى اقتديت به، أو الأخيرة فلا.. فإنه لا يصح الاقتداء أصلاً؛ لأن النية متردد فيها.

وكذا لو نوى: إن كانت الأولى اقتديت به في الفرضية، وإن كانت الثانية ففي التطوع.. لا يصح اقتداؤه به في الفرضية؛ لتردده فيها.

ولو نوى: إن كان في الفرضية اقتديت به، أو التراويح أو سنة كذا اقتديت به.. صح اقتداؤه به في التراويح؛ لأنه لا تردد في نية أصل الصّلاة، وهو كاف للسنة.

بخلاف ما [٩٩/أ] لو نوى: إن كان في العشاء اقتديت به، أو في التراويح فلا.. لا يصح اقتداؤه في واحدة منهما. الكلّ في «فتح القدير».

ولو نوى: في وقت الظهر: الظهر والعصر معاً.. يصحّ عن الظهر؛ لأن العصر لا يزاحمه لعدم وجوبه قبل وقته.

وفي «القنية» عزم على صلاة الظهر وجرى على لسانه: نويت صلاة العصر يجزئه.

وهكذا في «البحر» أيضاً حيث قال فيه: لا معتبر باللسان، فلو نوى الظهر

وتلفظ بالعصر.. فإنه يكون شارعاً في الظهر.

وذكر في «الخلاصة»: افتتح المكتوبة وظن أنها تطوّع، فصلّى على نية التطوع حتى فرغ.. فالصلاة هي المكتوبة.

وكذا لو شرع في التطوع فظن أنها مكتوبة.. كانت صلاته تطوّعاً؛ لأن النية المعتبرة إنما يشترط قرانها بالجزء الأوّل.

ولو كبّر للتطوع ثم كبّر ينوي الفرضية.. يصير شارعاً في الفريضة.

وعلم من هنا أيضاً: أنه لو لم يعرف افتراض الخمس إلا أنه يصلّيها في أوقاتها.. لا تجوز.

وكذا لو اعتقد منها فرضاً ونفلاً، ولا يميز، ولم ينو الفرض فيها؛ لعدم التّعيين.. فإن الفرض في الكلّ جاز.

ولو صلّى سنين ولم يفرق النافلة من المكتوبة؛ إن ظن أن الكل فريضة.. جاز.

وإن لم يظن ولم يفرق أن البعض فرض والبعض نفل.. فكلّ صلاة صلّاها خلف الإمام.. جازت؛ إن نوى صلاة الإمام.

وإن كان يفرق الفرائض من النوافل، لكن لا يفرق ما في الصّلاة من الفريضة والسنة.. جاز.

وكما يحتاج إلى التعيين في الأداء.. كذلك في القضاء، ولذا عمّمنا الفرض للأداء والقضاء، حتى إذا كثرت الفوائت يحتاج إلى ظهر يوم كذا، أو أول ظهر، أو آخر ظهر عليه، وكذا في الباقي؛ لأنه ما يلي ذلك المقضي يصير أولاً في نية الأول، وآخراً في نية الآخر، ولو لم يعين.. جاز.

بخلاف ما لو كان عليه قضاء يومين من رمضان واحد، فقضى يوماً ولم يعين.. جاز.

والأولى أن يعين أول يوم وثاني يوم؛ لأن سبب الصلاة متعدّد، وبه يتعدد

والمقتدي يَنْوِي الْمُتَابَعَةَ أَيْضاً.

المسبب، فلا بدّ من التعيين، بخلاف الصّوم؛ لأن سببه الشهر.

ولذا لو كان من رمضانين وجب التّعيين، كذا في «قاضي خان».

ثم ذكر في كتاب الصوم، وحكى فيه اختلاف المشايخ، وصحح أنه يجزئه مع عدم التعيين إذا كانا من رمضانين، كذا في «فتح القدير».

وقال في مسائل شتى في آخر «الكنز» من «الزيلعي»: والأصح: وجوب التعيين في صومين من رمضانين؛ كما في الصلاتين من يومين، لا في صومين من رمضان واحد.

ولو فاتته عصر فصلى أربعاً عما عليه، وهو يرى أن عليه الظهر أيضاً.. لم يجز؛ كما لو صلاها قضاء عما عليه وقد جهله؛ لعدم التعيين.

ولذا قال أبو حنيفة: فيمن فاتته صلاة واشتبهت: عليه أن يصلي الخمس ليتيقن.

(**والمقتدي ينوي المتابعة أيضاً**) أي كما ينوي الفرض والتعيين؛ لأنه يلزم الفساد من جهة إمامه، فلا بدّ من التزامه، فلا بد له من ثلاث نيات: نية الفرض، ونية التعيين، ونية المتابعة.

وقال بعضهم: يكتفي بنية الاقتداء عن نية التعيين.[٩٩/ب]

وصحّحه في «التبيين»، وقال في «المحيط» السّرخسي: لو قال: نويت صلاة الإمام.. لا يجزئه؛ لأنه تعيين لصلاة الإمام وليس باقتداء به، ولا بد من تعيين الاقتداء به، وذكر الطحاوي: أنه إذا نوى صلاة الإمام.. أجزأه وقام مقام النيتين.

وفي «الخلاصة»: إن نوى صلاة الإمام.. لا يجزئه، ومنهم من قال: إذا انتظر تكبير الإمام ثم كبّر بعدما كبر الإمام.. يصح شروعه في صلاة الإمام.

قال الإمام خواهر زاده: إذا أراد المقتدي أن يسهل الأمر عليه.. يقول: شرعت في صلاة الإمام، وقال ظهير الدين: ينبغي أن يزيد على هذا ويقول: واقتديت به.

ثم قال فيها أيضاً: ولو نوى الشروع في صلاة الإمام، على ظن أنّ الإمام قد

شرع، ولم يشرع الإمام بعد، اختلف فيه، قال بعضهم: لا يجوز، وقيل: يجوز، ولو نوى الاقتداء بالإمام ويرى أنه زيد فإذا هو عمرو.. يصح؛ لأن الاقتداء لما نوى لا لما يرى، وهو قد نوى الاقتداء بالإمام.

وكذا لو اقتدى بالإمام ولم يخطر بباله أزيد هو أم عمرو.. جاز، بخلاف ما لو نوى الاقتداء بزيد فإذا هو عمرو.. لا يجوز؛ لأنه نوى الاقتداء بالغائب كذا في «الزيلعي».

ثم الأفضل أن ينوي الاقتداء عند افتتاح الإمام عند أبي حنيفة، وبعدما قال الإمام: الله أكبر عندهما، ليصير مقتدياً بالمصلّي.

ولو نوى الاقتداء حين وقف الإمام موقف الإمامة.. جاز عند العامة، وإن لم يحضر النية عند الشروع، وبه كان يفتي الإمام إسماعيل الزاهدي.

وقال أهل بخاري: لا تجوز نية الاقتداء قبل شروع الإمام.

وقال في «المحيط البرهاني»: قول إسماعيل أجود.

ولا يلزم على الإمام نية الإمامة؛ لأنه منفرد في حق نفسه، ولا يشترط نية استقبال القبلة أيضاً.

وإن نوى مقام إبراهيم: الصحيح أنه لا يجزئه، إلّا أن ينوي به جهة الكعبة، على ما في «فتح القدير».

وفيه عن «الظهيرية»: ينبغي أن لا يعين الإمام عند كثرة الجماعة؛ كيلا يظهر كونه غير المعين فلا يجوز، بل ينبغي أن ينوي القائم في المحراب كائناً من كان.

ولو رأى شخصاً فقال: نويت الاقتداء بهذا الإمام الذي هو زيد فإذا هو غيره.. جاز؛ لأنه عرفه بالإشارة فلغت التسمية.

وكذا آخر الصفوف لا يرى شخصه، فنوى الاقتداء بالإمام القائم في المحراب الذي هو زيد فإذا [هو] غيره.. جاز أيضاً لما ذكرناه.

وللجنازةِ: يَنْوِي الصَّلَاةَ للهِ تَعَالَى وَالدُّعَاءَ لِلْمَيتِ.

وَلَا تشْتَرَطُ نِيَّةُ عددِ الرَّكْعَاتِ.

(**وللجنازة ينوي الصّلاة لله تعالى والدّعاء للميّت**)؛ لأنه الواجب عليه، فيجب تعيينه، ولو لم يعرف الجنازة ذكراً أو أنثى، يقول: أصلّي مع الإمام على الميت الذي يصلي عليه.

(**ولا يشترط نية عدد الركعات**) وكذا عدد السجدات؛ لعدم الاحتياج إليها؛ لكون العدد متعيناً بتعيين الصّلاة، فيكون التعيين لغواً، حتى لو نوى الظهر ثلاثاً أو الفجر أربعاً.. جاز.

وكذا لا يشترط تعيين اليوم، حتى لو صلى الظهر ونوى أن هذا من ظهر يومه، وهو يوم الثلاثاء، فتبيّن أنّ ذلك يوم الأربعاء.. جاز ظهره كذا في «الخلاصة».

* * *

(بَابُ صِفَةِ الصَّلَاةِ)

[مطلب في فرائض الصلاة]

فَرضُهَا:

التَّحْرِيمَةُ وهِيَ شَرطٌ.

(بَابُ صِفَةِ الصَّلاة)

لمّا فرغ من الوسائل.. شرع في بيان المقصود؛ فإن في «فتح القدير» والمراد بصفة الصّلاة الأوصاف النفسية [١٠٠/أ] لها: وهي الأجزاء العقلية الصادقة على الخارجيّة الّتي هي أجزاء الهوية من القيام الجزئي والركوع والسّجود.

[مطلب في فرائض الصلاة]

(**.. فرضها: التّحريمة**) الضمير راجع إلى المضاف إليه، وإن كان المشهور في إرجاع الضمير إلى المركب الإضافي أن يرجع إلى المضاف.

ومعنى التّحريم: جعل الشيء محرّماً، والهاء لتحقيق معنى الاسميّة، والمراد به هھنا: تكبيرة الافتتاح، وإنما سمّيت بها؛ لأنّ بها تحرم الأشياء المباحة قبلها، بخلاف غيرها من التكبيرات، وهي لا تجب على الأميّ والأخرس على ما في «المحيط»؛ لعدم القدرة عليها، وهل يجب تحريك اللّسان عليهما؟ قيل: لا، وقيل: نعم، والأول أصحّ.

والأصل هھنا: قوله تعالى: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾؛ لأنّ المراد به تكبيرة الافتتاح بإجماع أهل التفسير والأمر للوجوب.

وليست بفرض في خارج الصّلاة فتكون فرضاً فيها، ولا بدّ أن يقيّد بكونها حال القيام في المكتوبات؛ لأن الافتتاح قعوداً فيها.. لا يصح ما دام قادراً على القيام، حتى لو كبّر قاعداً ثم قام.. لا يصير شارعاً؛ لأن القيام فرض حالة الافتتاح كما بعده؛ فكأنه قال: فرضُها التحريمةُ قائماً لمن قدر في المكتوبات.

(**وهي شرط على الأصح**) احتراز عمّا قاله الطحاوي، وهو قول الشافعي: إنها

وَالْقِيَامُ.

وَالْقِرَاءَةُ.

ركن؛ لقوله ﷺ: «إن هذه الصّلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هي التّسبيح والتكبير وقراءة القرآن»؛ ولأنه شرط لها ما شرط للصّلاة من استقبال القبلة والطهارة وستر العورة؛ ولأنه لا يجوز أداء صلاة بتحريمة صلاة أخرى، ولنا: قوله تعالى: ﴿وَذَكَرَ ٱسْمَ رَبِّهِۦ فَصَلَّىٰ﴾، والمراد بالذكر: التحريمة ومقتضى العطف المغايرة، إذ الشيء لا يعطف على نفسه ولا على جزئه.

وما رواه الترمذي مرفوعاً: «تحريمة الصّلاة التكبير»، والأصل أن لا يضاف الجزء إلى الكلّ، وما رواه الطحاوي متروك الظاهر؛ لأنّ التسبيح ليس بركن بالاتفاق لا يكون حجة، وقولهم: شرط لها ما شرط للصلاة ممنوع، فإنه لو كبر للتحريمة حاملاً للنجاسة فألقاه عند فراغه منها، أو مكشوف العورة فسترها عند فراغه بعمل يسير، أو شرع في التكبيرة قبل ظهور الزوال مثلاً ثم ظهر عند فراغه، أو منحرفاً عن القبلة فاستقبلها عند فراغه منها.. جازت صلاته في كلّها.

ولو سلّم.. فإنّما يشترط لما يتصل بها من الأداء.

وقولهم: لا يجوز أداء صلاة أخرى ممنوع أيضاً؛ فإنه يجوز النفل بتحريمة الفرض عند الأكثر؛ وكذا يجوز الفرض بتحريمة فرض آخر عند صدر الإسلام، بناء على أنها شرط لا ركن.

(والقيام) لقوله تعالى: ﴿وَقُومُواْ لِلَّهِ قَٰنِتِينَ﴾؛ لأنّ الأمر للوجوب، وليس القيام فرضاً في الخارج، فيكون فرضاً في الصّلاة ضرورة، وروي عن ابن عمر: أن القنوت طول القيام في الصّلاة، ولما رواه البخاري: صلّ قائماً؛ فإن لم تستطع.. فقاعداً. وعدم الاستطاعة أعمّ من حقيقة القدرة وحكمها، بأن خاف زيادة مرض، أو بطء برء، والألم الشديد، ولو قام.. لرآه اللص، أو خصمه.

(والقراءة) لقوله تعالى: ﴿فَٱقْرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ﴾؛ لأن المراد [١٠٠/ب] بها

وَالرُّكُوعُ.

وَالسُّجُودُ.

وَالْقعُودُ الْأَخيرُ قدرَ التَّشَهُّدِ.

الصّلاة لما ذكرناه من قبل، والمراد مطلق القراءة مع قطع النظر عن تعيين الفاتحة والسورة، وأولى ركعات الفرض؛ فإن هذه التعيينات من الواجبات على ما سيأتي.

وقال الشافعي: إنها فرض في الكل، ومالك: في الأكثر، والحسن البصري: في الواحدة.

قلنا: قد ثبت فرضيتها بما تلوناه، وهو مطلق عن التقييد بالكل أو الأكثر أو الواحدة، فصار التقييد بها نسخاً.

فإن قيل: إن المطلق متعرض للحقيقة، وهي لا توجد إلّا في ضمن فرد، والأقل متيقّن فيحمل عليها قبول إلى قول الحسن.. قلنا: نعم، إلّا أنّا ألحقنا الثانية بالأولى؛ لاستوائهما في الركنية فثبتت فيها بدلالة النّص، بخلاف الركعتين الأخريين؛ لأنهما زيدتا على الأوليين، بدليل أنهما تسقطان في السّفر.

(والركوع والسجود)؛ لقوله تعالى ﴿ٱرْكَعُواْ وَٱسْجُدُواْ﴾ والأمر وهو لا يدل على التكرّار، لإطلاقه، إلّا أنه ﷺ بيّنه بفعله؛ لأن كل من نقل سجوده ﷺ في الصّلاة نقله مكرّراً على طريق التواتر، فثبت التكرار بهذا النص أيضاً؛ لأن الحكم الثابت بالمجمل المبيَّن.. مضاف إلى المبيّن لا إلى المبيَّن فيكون التكرار قطعياً أيضاً.

وحقيقة السّجود: وضع بعض الوجه على الأرض، مما لا سخرية فيه، فدخل الأنف والجبهة وخرج الخد والذقن، وما إذا رفع قدميه في السّجود.. فإن السّجود مع رفع القدمين بالتلاعب والسخرية أشبهُ منه بالتعظيم والإجلال، ووضع إصبع واحد يكفيه على ما سيأتي.

(والقعدة الأخيرة قدر التشهد) إلى عبده ورسوله، وقيل: قدر ما يأتي بالشّهادتين، والأصح هو الأول على ما في «فتح القدير»، معلّلاً: بأنها إنما شرعت

لقراءته وأقل ما ينصرف إليه اسم التشهد عند الإطلاق ذلك.

قال: وعلى هذا ينشأ إشكال، وهو: أن كون ما شرع لغيره بمعنى أن المقصود من شرعيته غيره.. يكون آكد من ذلك الغير مما لم يعهد، بل وخلاف المعقول، فإذا كانت شرعية القعدة للذكر فيها والسّلام.. كانت دونهما، فالأولى أن يعيّن سبب شرعيتها الخروج من الصلاة. انتهى.

لا يقال: الخروج من الصّلاة ينافيها، فكيف يكون سبباً لشرعية ركنها؟

لأنا نقول: إنهم قد صرّحوا أن إتمام الصلاة والانتقال من ركن إلى آخر من فرائض الصلاة، وهي لا تتم إلّا بالخروج عنها، وما لا يتم الواجب إلّا به.. فهو واجب، فالخروج واجب، فيجوز أن يكون سبباً لشرعية فرض القاعدة، قالوا: النص الموجب للصلاة يوجب بهما أيضاً؛ إذ لا وجود للصلاة إلّا بالانتقال والإتمام.

ثم الأصل ههنا: قوله ﷺ: لابن مسعود رضي الله عنه: «إذا قلت هذا، أو فعلت هذا.. فقد تمت صلاتك، إن شئت.. فقم، وإن شئت.. فاقعد»، علّق تمامها بالقعود، قرأ أو لم يقرأ، وما لا يتم الفرض إلا به.. فهو فرض.

فإن قيل: هذا خبر واحد، وهو بصراحته لا يفيد القطع، فكيف مع هذا التكلّف؟

أجيب: بأن فرضية القعدة ثابتة بقوله تعالى: «أقيموا الصّلاة» بطريق [١٠١/أ] أن هذا الخبر الواحد لحقه بياناً لكونه مجملاً، والحكم بعد البيان يضاف على المبيّن، أو نقول: إنها ثابتة بالإجماع المستند بهذا الخبر، أو نقول: الخبر الواحد المتلقى بالقبول.. جاز إثبات الركنية به فأولى به إثبات الفرضية، وقد ثبت ركنية الوقوف بعرفات بحديث: «الحج عرفة»، ثم المعتبر حصول هذا المقدار من القعود في الصلاة مطلقاً بلا اشتراط الاتصال والموالاة، على ما صرّح به في «البحر» قال: رجل صلّى أربع ركعات وجلس جلسة خفيفة، فظن أنّ ذلك ركعة ثالثة فقام، ثم تذكر أنها أربعة فجلس، فقرأ بعض التشهد وتكلّم أو سلّم؛ إن كان كلا الجلستين مقدار التشهد.. جازت صلاته، وإن كان أقلّ.. فسدت. انتهى.

وَهِي أَرْكَانٌ.

(وهي) أي الفروض الخمسة المذكورة (أركان).

أما ركنية القيام بقدر القراءة فيه.. فمتفق عليه.

وأمّا القراءة.. ففي ركنيتها خلاف، والجمهور على ركنيتها، وقيل: إنها فرض ليست بركن، واختاره في «الحاوي القدسي».

وأما الركوع والسجود.. فهما ركنان بالاتفاق.

وأما القعدة الأخيرة.. ففيها أيضاً خلاف، قيل: ركن، وقيل: لا، واختاره في «الحاوي»، وقال في «فتح القدير»: واعلم أن القعدة الأخيرة فرض غير ركن؛ لعدم توقّف ماهيّة الصّلاة عليها شرعاً؛ لأنّ من حلف لا يصلّي.. يحنث بالرفع من السّجود دون توقف على القعدة، فعلم أنها شرعت للخروج؛ وهذا لأن الصّلاة أفعال وضعت للتعظيم، وليس القعود كذلك، بخلاف ما سواه؛ كذا في «المحيط» و«التبيين».

واعلم أنهم قسموا الركن إلى أصلّي وهو: ما لا يسقط إلّا لضرورة؛ كالإقرار في الإيمان، وزائد وهو: ما يسقط في بعض الصّور بلا تحقق ضرورة؛ كالقراءة في الصّلاة؛ فإنها تسقط عن المقتدي عندنا، وعن المدرك في الركوع بالإجماع.

فإن قيل: ركن الشيء عبارة عما دخل في ماهية الشيء، فكيف يوصف بالزّيادة.. أجيب عنه في «التقرير»: بأن تسميته ركناً باعتبار قيام ذلك الشيء به في حالة بحيث يستلزم انتفاؤُهُ انتفاءَه وتسميته زائداً، فلقيامه بدونه في حالة أخرى، بحيث لا يستلزم انتفاؤه انتفاءه، والمنافاة بينهما إنما هي باعتبار واحد؛ وهذا لأنّها ماهيّة اعتبارية، فيجوز أن يعتبرها الشارع تارة بأركان وأخرى بأقلّ منها.

فإن قيل: فيلزم على هذا أن يكون غسل الرجلين ركناً زائداً في الوضوء.. قلنا: إن الزائد هو ما إذا سقط لا يخلفه بدل، والمسح بدل الغسل، فليس بزائد.

ثم اعلم أنّ هذه الفرائض المذكورة إذا أتى بها نائماً فهل يحتسب أم لا؟ بل يعيدها، كما إذا قرأ نائماً، وهذه المسألة يكثر وقوعها خصوصاً في التّراويح، قيل:

وَالْخُرُوجُ بِصُنعِهِ فرضٌ، خلافاً لَهُما.

نعم، وقيل: لا؛ لأن الاختيار شرط لأداء العبادة ولم يوجد حالة النوم، هذا اختيار أكثر المشايخ، ومنهم فخر الإسلام، وصاحب «الهداية»، وفي «المحيط» و«المبتغى»، وهو الأصح، وقال [١٠١/ب] الفقيه أبو الليث تجوز صلاته؛ لأن الشارع جعل النائم كالمستيقظ في الصّلاة، تعظيماً لأمر المصلّي.

وفي «فتح القدير»: والأوجه اختيار الفقيه أبي الليث، والاختيار المشروط قد وجد في ابتداء الصّلاة، وهو كاف، ألا ترى أنه لو ركع وسجد ذاهلاً عن فعله كل الذهول.. أنه يجزئه. انتهى.

وفي «البحر»: وعلى هذا أنه لو ركع وسجد حالة النوم يجزئه، وقد نصوا على أنه لا يجزئه، قال في «المبتغى»: ركع أو سجد وهو نائم.. لا يجوز إجماعاً. انتهى.

والفرق بين القراءة، والركوع، والسّجود، بأن كلاًّ من الركوع والسّجود ركن أصليّ، بخلاف القراءة على ما سبق لا يجدي نفعاً بعد استوائهما في الفرضية.

وعرف من هذا أيضاً جواز القيام حالة النوم، وقد نص بعضهم على عدم جوازه.

وأما القعدة الأخيرة نائماً.. ففي «المنية»: إذا نام في القعدة كلّها فلمّا انتبه، عليه أن يقعد قدر التشهد، وإن لم يقعد.. فسدت صلاته.

وقال في «جامع الفتاوي»: إنه لو قعد قدر التشهد نائماً.. يعتد بها، وعلّل: بأنّ مبناها على الاستراحة، فيلائمها النوم، فيجوز أن تحتسب، بخلاف سائر الأفعال؛ فإنّ مبناها على المشقة فينافيها النوم.

(**والخروج بصنعه فرض**) عند أبي حنيفة على تخريج البردعي بكلام، أو سلام، أو حدث عمد، أو قهقهة، حتى لو طلعت الشمس بعدما قعد قدر التشهد، ولم يصنع شيئاً ممّا ذكرناه.. فسدت صلاته عنده (**خلافا لهما**)، وهي رواية عن أبي حنيفة، وهو الصّحيح على ما في «الزيلعي»؛ لأنه لو كان فرضاً لتعيّن بما هو قربة كسائر فرائض الصّلاة، لكنه قد يكون بما هو معصية من الحدث والقهقهة، وسيأتي الجواب عنه في باب الحدث في الصّلاة في المسائل الاثني عشر.

* * *

[مَطْلَبٌ فِي وَاجِبَاتِ الصَّلَاة]

وَوَاجِبُهَا:

قِرَاءَةُ الْفَاتِحَةِ.

[مَطْلَبٌ فِي وَاجِبَاتِ الصَّلَاة]

(**وواجبها**:

- **قراءة الفاتحة**) مرة قبل السورة؛ لأنه لو كرّرها في ركعة عمداً على الولاء.. كره تحريماً، ولو سهواً.. وجب السهو على ما في «المحيط»، والمراد بالفاتحة ما يعمّ كلّها وأكثرها، لما في «المحيط» أيضاً: إذا سها عن أكثر الفاتحة.. فعليه السّهو، ولو ترك أقلّها.. لا سهو عليه؛ كذا في «قاضي خان».

واختلفوا في اشتراط نية قراءة الفاتحة، ففي «القنية»: قراءة الفاتحة على قصد الدّعاء ينبغي أن لا تنوب عن القراءة، وقيل: تنوب عنها؛ لأن القراءة وجدت في محلّها فلا تتغير بقصده، ولو قرأها في الأخريين على قصد الثناء.. لا يجزئه؛ لعدم وقوعها في محلّها كذا في «المحيط»، ثم هذا عندنا، وقال الشافعي ومالك: قراءة الفاتحة ركن لما في «الصحيحين»: «لا صلاة لمن لم يقرأ الفاتحة».

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِ﴾؛ لأن القرآن مطلق، والمطلق ينطلق على أدنى ما سمي به، فيكون ما ينطلق عليه لفظ القرآن فرضاً في الصّلاة، والزيادة عليه بخبر الواحد على طريق الفرضية نسخ له فلا يجوز، [١٠٢/أ] ولكنه يوجب العمل بموجبه، فقلنا بالوجوب، ولأنه يجوز أن يكون المراد نفي الفضيلة لا الصّحة كما في قوله ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» فيكون ظني الثبوت والدّلالة معاً فلا يفيد الفرضية فضلاً عن الركنية؛ لأن الصّلاة قطعيّة بجميع أركانها وفرائضها، فلا يكون ثبوت شيء من أركانها إلّا بقطعي، بخلاف ما يكون ثبوته بظني؛ فإنه يجوز ثبوت أركانه بظني، قال في «فتح القدير»: إن الشافعية يثبتون ركنية الفاتحة على معنى الوجوب عندنا؛ فإنهم لا يقولون بوجوبها قطعاً بل ظناً، غير أنهم لا يخصّون الفرضية والركنية بالقطعي، فلهم أن يقولوا: نحن نقول: بموجب الوجه

وَضَمُّ سُورَةٍ.

وَتَعْيِينُ الْقِرَاءَةِ فِي الْأُولَيينِ.

الّذي ذكرتم، ولكن الزيادة على الكتاب ليست بلازمة ههنا، فإنا إنّما قلنا بركنيتها وافتراضها بالمعنى الذي سميتوه وجوباً، فلا زيادة، وإنما محلّ الخلاف في التحقيق: أنَّ ما تركه مفسدٌ وهو ركن.. لا يكون إلّا بقاطع أو لا، فقالوا: لا؛ لأن الصلاة مجمل، فكلّ خبر بيّنَ فيها أمراً ولم يقم دليل على أن مقتضاه ليس من نفس الحقيقة.. يوجب ذلك الخبر الركنية.

وقلنا: بل يلزم في كلها ما أصله قطعي؛ كالصلاة بخلاف ما أصله ظني على ما ذكرناه.

● (وضم سورة) أي إلى الفاتحة في كلّ من أوليي الفرض وجميع ركعات النفل، والوتر، والعيدين، والمراد بالسورة ههنا ثلاث آيات قصار، أو آية طويلة على ما صرّحوا به، وفي كلامه إشارة إلى أن تقديم الفاتحة على السورة واجب على ما في «الخلاصة»؛ لمواظبته ﷺ عليه، حتى لو بدأ حرفاً من السّورة قبل الفاتحة ساهياً ثم تذكر.. فإنه يقرأ الفاتحة ثم السورة ويسجد للسهو على ما في «البحر».

ثم الأصل هنا ما رواه أبو داود عن أبي سعيد قال: أمرنا أن نقرأ فاتحة الكتاب وما تيسر، وفي رواية الترمذي مرفوعاً: «لا صلاة لمن لم يقرأ الحمد وسورة».

● **(وتعيين القراءة)** أي قراءة كلّ من الفاتحة والسّورة **(في الأولين)** من الفرض، حتى لو قرأ في الأخريين وفي إحدى الأوليين وإحدى الأخريين ساهياً من الفرض الرباعية أو الثالث من الثلاثية.. وجب عليه السّهو؛ لأنّ محلّ القراءة المفروضة هو الأوليان عيناً على الصحيح، وأمّا الأخريان.. فقراءة السورة فيهما ليست بواجبة ولا سنة، بل مشروعة لا كراهة فيها على ما في «المحيط»، وعن أبي يوسف أنها غير مشروعة فيهما.

وأما قراءة الفاتحة فيهما.. سنة في ظاهر الرواية، وواجبة في رواية الحسن كما في الأولين على ما قاله الإمام السرخسي.

ورعايةُ التَّرْتِيبِ فِي فعلٍ مُكَرَّرٍ.

وقال برهان الدين في «المحيط»: قراءة الفاتحة في الأخريين واجبة كما في الأولين عند أبي حنيفة ومحمد في ظاهر الرواية، وعند الكل في رواية الحسن.

وفي «الخلاصة»: الأفضل أن يقرأ الفاتحة في الأخريين، فإن تركها [١٠٢/ب] عامداً.. كان مسيئاً، وإن ساهياً.. فعليه السّهو.

وعن أبي حنيفة: إن سبح لم يكن به بأس، وإن قرأ الفاتحة.. فهو أفضل، وإن سكت.. فهو مكروه.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: وهو بالخيار إن شاء قرأ الفاتحة، وإن شاء سكت، وإن شاء سبح، ولا يلزمه السّهو بترك القراءة فيهما على الأصل.

وإنما قلنا: من الفرض؛ لأنّ تعين كلّ من الفاتحة والسّورة في جميع ركعات النفل.. واجب؛ وكذا الوتر.

● **(ورعاية التّرتيب في فعل مكرّر)**، وإنّما صار واجباً؛ لمواظبته ﷺ، وقد ورد المنع عن المسيء في صلاته، ومن ترك الترتيب مسيء.

واعلم أنه: اختلفت عباراتهم في بيان ما تكرر، قال في «الكافي» و«العناية»: ما تكرر في كلّ ركعة؛ كالسجدة الثانية من الركعة الأولى مثلاً، فإن من تركها ساهياً وقام وأتمّ صلاته، ثم تذكر.. فإن عليه أن يسجد السجدة المتروكة، ويسجد للسهو لتركه الترتيب الواجب. انتهى.

يريد بالتّرتيب ما كان بين السجدة الثانية من الركعة الأولى وبين الأركان التي كانت في الركعات الآتية بعدها، وقال في «الزيلعي»: [بعد قوله: «فعل مكرر» أي:] مكرر في كلّ ركعة كالسجود، أو في جميع الصّلاة كعدد ركعاتها، حتى لو نسي سجدة من الركعة الأولى وقضاها في آخر الصّلاة.. جاز، ولو كان الترتيب فرضاً لما جاز، وكذا ما يقضيه المسبوق بعد فراغ الإمام أوّل صلاته ولو كان الترتيب فرضاً لكان آخراً، وأمّا ما شرع غير مكرّر في ركعة؛ كالقيام والركوع، أو في جميع الصّلاة؛

كالقعدة الأخيرة.. فالترتيب فيه فرض، حتى لو ركع قبل القيام أو سجد قبل الركوع.. لا يجوز، ولو قعد قدر التشهد ثم تذكر أن عليه سجدة أو نحوه.. بطل القعود لأن الترتيب فيه فرض. انتهى.

واعترض على كل منهما:

أما على الأوّل: فما في «الذخيرة» و«الكافي» و«المحيط» من أن ترتيب القراءة على الركوع واجب، حتى قال صدر الشريعة: إن ما تكرر ليس قيداً يوجب نفي الحكم عما عداه؛ فإن الترتيب بين القراءة والركوع واجب مع عدم تكررهما في ركعة واحدة، بل المراد ما تكرر في الصّلاة على سبيل الفرضية احترازاً عمّا لا يتكرر فيها على سبيل الفرضية، وهو تكبيرة الافتتاح والقعدة الأخيرة فإن الترتيب بينهما فرض، ورد بأن الترتيب إنما يكون فرضاً إذا أمكن فك الترتيب بينهما؛ ليكون مقدوراً، فيكون فرضاً.

والقعدة الأخيرة من حيث هي، وتكبير الافتتاح من حيث هو، لا يقبل فك الترتيب بينهما، ولا يخفى عليك أن هذا الرد مردود؛ لأنه يجوز أن يشرع الصّلاة بلا افتتاح تكبير ساهياً فأتمّها، وتذكّر بعد القعدة الأخيرة قبل السّلام أنه صلّاها بلا افتتاح بتكبير.. فإنه يأتي الافتتاح ويعيد ما صلّى؛ لتركه الترتيب المفروض بينهما، ولو كان واجباً.. لكفاه إتيان الافتتاح مع سجود السهو، ولا يحتاج إلى إعادة ما صلّى.

وأمّا على الثاني: فما في «البحر»: إن ما يقضيه المسبوق إنما يكون أول صلاته حكماً لا حقيقة، وأيضاً ليس هو أوّل صلاته مطلقاً، بل في حق القراءة [١٠٢/أ] فقط، وآخرها في التشهد.

أقول: الأول تفسير الزيلعي، على ما يظهر من توضيح المسألة أن المشروع في الصلاة فرضاً أربعة أنواع:

ما يتخذ في كل الصّلاة؛ كالتحريمة والقعدة الأخيرة.

أو في كلّ ركعة؛ كالقيام والقراءة والركوع.

وما يتعدد في كل الصّلاة؛ كالركعات.

أو في كل ركعة؛ كالسجدة؛ فإن السجدة الثّانية ليس من قبيل تكميل الأولى بل هي ركن مخصوص كالأولى وإن كان دون الأولى في الركنية لثبوتها ببيان فعله ﷺ، بخلاف الأولى؛ فإنها ثبتت بنص ﴿ٱسْجُدُواْ﴾ بلا بيان.

وإذا عرفت هذا فالترتيب بين القعدة الأخيرة وبين ما قبلها من الركعات والأركان من القيام، والقراءة، والركوع، والسجود، وافتتاح التكبير.. فرض.

حتى لو تذكر بعد القعدة قبل السلام أو بعده، قبل أن يأتي بمقدار ركعة أو سجدة صلبية أو للتلاوة.. فعلها وأعاد القعدة، وسجد للسهو.

وكذا إذا تذكر ركوعاً.. قضاه وقضى ما بعده من السجود وأعاد القعدة، أو تذكر قياماً أو قراءة.. صلى ركعة تامة وأعاد القعدة.

وكذا لو تذكر افتتاح التكبير.. قضاه وما صلّى تماماً.

وكذا الترتيب بين افتتاح التكبير وبين ما بعده من الأركان إلى القعدة الأخيرة.. فرض.

حتى لو تذكر في الركوع افتتاح التكبير.. قضاه وبعده من القيام والقراءة، وأعاد الركوع المتذكر هو فيه.

وكذا لو تذكره في السّجود من الركعة الأولى، أو الثانية، أو الثالثة، أو الأخيرة.. قضى الافتتاح وما بعده من الأركان إلى ما تذكره فيه من الركن، وأعاد ما تذكر فيه، وسجد للسهو.

وكذا ترتيب القيام على الركوع، والركوع على السجود.. فرض على ما ذكرناه من «الزيلعي»، وصرّح به في «فتح القدير» وغيره، ومنه ظهر أن قول «النهاية»: الترتيب ليس بفرض بين ما يتعدد في كل الصلاة، يعني الركعات، أو يتحد في كل

ركعة، يعني القيام والركوع، وبين ما يتعدد في ركعة، يعني السجدة، ليس على إطلاقه على ما صرّح به في «فتح القدير» بل بين السجود والمتحد في كل ركعة تفصيل، إن كان سجود ذلك الركوع، بأن يكونا ركوعاً وسجوداً من ركعة واحدة فالترتيب بينهما فرض؛ كما بين قيام ركعة واحدة وركوعه وسجوده، وإن كان ركوعاً من ركعة وسجوداً من أخرى بأن تذكر في سجدة ركعة ثانية ركوع ركعة أولى.. قضى الركوع مع سجدتيه.

وإن تذكر على القلب بأن تذكر في ركوع أنه لم يسجد في الركعة الّتي قبلها.. سجدها، وهل يعيد الركوع والسّجود المتذكر فيه؟ فيه خلاف.

ففي «الهداية»: لا تجب إعادته بل تستحب، معلّلاً: بأن الترتيب ليس بفرض بين ما تكرر من الأفعال.

والذي في فتاوى «قاضي خان» وغيره: أنه يعيده معلّلاً: بأنه ارتفض بالعود إلى ما قبله من الأركان؛ لأنه قبل الرفع منه يقبل الرفض، ولهذا ذكر فيما لو تذكر سجدة بعدما رفع من الركوع أنه يقضيها ولا يعيد الركوع؛ لأنه بعدما تم بالرفع لا يقبل الرفض، فعلم منه أن الترتيب بين قيام ركعة واحدة وسجودها.. فرض، [١٠٣/ب] وبين هذه الأركان الثلاثة من ركعة وبينهما من ركعة أخرى، وكذا بين أعداد الركعات.

وإن الاختلاف المذكور في إعادة الركوع أو السجود المتذكر فيه من الركعة الثانية ليس بناء على اشتراط الترتيب بينهما وبين ما قبلهما من الأركان التي في الركعة الأولى على ما هو الظاهر من تعليل «الهداية».. بل بناء على أن الركن المتذكر فيه، هل يرتفض بالعود إلى ما قبله من الأركان أو لا يرتفض على ما علّله «قاضي خان»؟ وأن الترتيب إن كان فرضاً بين المتروك وبين ما يتذكر فيه من الأركان.. يجب عليه قضاء المتروك وإعادة المتذكر فيه وما بينهما من الأركان التي أتى بها قبل التذكر بالاتفاق إن وجدت، ويسجد للسهو.

وإلّا؛ أي: وإن لم يعد.. فسدت صلاته.

وإن كان الترتيب بينهما واجباً.. يلزمه قضاء المتروك فقط، ويسجد للسهو، ولا يلزمه إعادة ما أتى به من الأركان قبل التذكر، وأمّا إعادة المتذكر فيه.. فعلى الخلاف السابق.

واختلف أيضاً في سبب لزوم سجدة السهو بعد الإعادة فيما فرض الترتيب، فالظاهر من سهو «الزيلعي»: أن سببه لزوم تأخير الفرض، والظاهر من «البحر»: لزوم ترك صورة الترتيب.

فإن قيل: قد ذكرت أن الترتيب بين القراءة والركوع واجب مع أنها مما اتحدت فرضيتها في ركعة واحدة؛ كالركوع والقيام، مع أن الترتيب بينهما فرض.

قلنا: إن للصلاة هيئة صورية تحصل من تقديم القيام على الركوع، والركوع على السجود، ولا دخل للقراءة في حصول هذه الهيئة؛ لأن الشرع لم يعين لها محلاً مخصوصاً بطريق الفرضية؛ كما عيّن لباقي الأركان، بل أينما حصلت من الركعات.. حصل الفرض، فلهذا جعلوا الترتيب بينها وبين الركوع واجباً لا فرضاً، هذا في رواية سهو «الذخيرة» و«الكافي» و«المحيط» عن أصحابنا الثلاثة.

وفي رواية سجدات «شرح الطحاوي»: أن تقديم القراءة على الركوع فرض، وحمله شارح «النقاية» على اختلاف الروايتين عن أصحابنا:

في رواية الأكثر: أنه واجب.

وفي رواية: أنه فرض.

فإن قيل: قد صرّح في «الكافي» للحاكم الشهيد: رجل افتتح الصّلاة وقرأ وركع ولم يسجد، ثم قام فقرأ وسجد ولم يركع، فهذا قد صلّى ركعة واحدة. انتهى.

فقد ظهر منه أن الشارع لم يعين للسجدة محلاً مخصوصاً.. بل يجوز عدم وقوعها عقيب الركوع بلا فاصل؛ لأنها قد وقعت في هذه الصورة بعد القيام والقراءة لا بعد الركوع بلا فاصل.

وتعديلُ الْأَركانِ، وَعندَ أبي يُوسُفَ: هُوَ فرضٌ.

قلنا: محل السجدة هو ما بعد الركوع بلا فاصل بركن آخر أي مطلقاً، والقيام والقراءة الواقعة بينهما في هذه الصورة المذكورة.. ليسا بركن، بل الركن هو القيام والقراءة السابقة على الركوع، وما وقع بعده من القيام والقراءة يعد من قبيل تطويل القومة بتطويل الذكر فيها، ويدل عليه ما قال الحاكم الشهيد أيضاً بعد ذلك القول: إنه إن ركع أوّلاً ثم قرأ وركع وسجد.. فقد صلى ركعة واحدة وكذلك إن سجد [١٠٤/أ] أوّلاً بسجدتين، ثم قام فقرأ في الثانية وركع ولم يسجد، ثم قام فقرأ وسجد في الثالثة ولم يركع.. فقد صلّى ركعة واحدة.

وكذلك إن ركع في الأولى ولم يسجد، وركع في الثانية ولم يسجد، ثم سجد في الثالثة ولم يركع.. فقد صلّى ركعة واحدة. انتهى.

• **(وتعديل الأركان وعند أبي يوسف: هو فرض)** وههنا ثلاثة أمور يضاف إليها التعديل:

أحدها: الركوع والسجود وهما ركنان مقصودان بالذات بالاتفاق، وتعديلهما وهو تسكين الجوارح حتى تطمئن المفاصل، وأدناه قدر تسبيحة فرض عند أبي يوسف والشافعي، وهو رواية عن أبي حنيفة ومحمد على ما حكاه «الطحاوي»، حتى قيل سئل محمد عن ترك تعديلهما فقال: إني أخاف أن لا تجوز صلاته، وواجب عندهما في الرّوايات المشهورة على «تخريج الكرخي»، وسنة على «تخريج الجرجاني»؛ فمن ترك تعديلهما عمداً أو سهواً.. يلزمه إعادة الصّلاة بالتّعديل على القول بفرضيته، وكذا على القول بوجوبه: لو تركه عمداً؛ بناء على أن كلّ صلاة أديت مع كراهة التحريم.. يلزمه إعادتها ويلزمه السهو لو تركه سهواً، وعلى القول بسنيته لا تلزمه الإعادة ولا السّهو، وأصل أبي يوسف ما أخرجه «الصحيحان» أنه ﷺ قال للمسيء صلاته: «ارجع فصلّ؛ فأنك لم تصلّ؛ إذا قمت إلى الصّلاة فكبّر، ثم اقرأ، ثم اركع حتى تطمئن راكعاً، ثم ارفع حتى تعدل قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تطمئن جالساً»، والأمر بالإعادة يدل على الفرضية.

ولهما قوله تعالى: ﴿ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ فإنهما لفظان خاصّان في الانحناء ووضع الجبهة على الأرض، ويوجدان بأدنى ما يطلق عليه اسمهما، والزيادة عليه بخبر الواحد على طريق الفرضية نسخ لا يجوز، فيحمل النفي على نفي الكمال، والأمر بالإعادة بناء على ترك الواجب، فيكون تعديلهما واجباً لا فرضاً ولا سنة.

وثانيها: الانتقال من ركن إلى آخر، وهو ركن بالاتفاق أيضاً، وتعديله سنة بالاتفاق على ما في «الخلاصة»، فرقاً بينه وبين الركوع والسجود؛ لأنهما ركنان مقصودان بالذات بخلاف الانتقال؛ فإنه ركن مقصود للتوصل إلى ركن آخر، فكان تعديله دون تعديل الأول، فيكون سنة.

وثالثها: القومة والجلسة، وهما سنتان عند أبي حنيفة ومحمد باتفاق الروايات المشهورة؛ ولهذا عدّهما المصنف من السنن، وفي بعض الروايات عنهما واجبان؛ لما رويناه من حديث المسيء، وللمواظبة، وبه صرح في شرح «الزاهدي» و«المحيط» و«فتح القدير».

وفرض عند أبي يوسف لحديث المسيء والجواب: الجواب؟ وتعديلهما فرض عند أبي يوسف، وسنة عند أبي حنيفة ومحمد باتفاق الروايات المشهورة عنهما، على ما في «البحر»، وواجب في بعض الروايات عنهما، وبه صرح في «القنية»، وصحّحه بعض مشايخنا، وعليه مشى الإمام المطرزي في «المغرب»، قيل: إطلاق الأركان عليهما، أما على مذهب أبي يوسف أو على تغليب الركوع والسجود [١٠٤/ب] عليهما، وعلى هذا يظهر وجه إضافة التعديل إلى الأركان.

والحاصل: أن كلّ صلاة تُرك فيها تعديلُ الركوع والسجود، أو القومة، أو الجلسة.. يلزم إعادتها على القول بفرضيته، وكذا على القول بوجوبه لو تركه عمداً، ويلزمه السّهو لو سهواً.

وعلى تقدير إعادتها، هل يكون الفرض هو الثاني أو الأوّل؟ ففيه اختلفت

عباراتهم، فقال في «القنية» بعَلامَةِ القاضي عبد الجبار وشرح أبي ذر[١]: إن الطمأنينة في الركوع والسّجود واجبة عند أبي حنيفة على اختيار الكرخي، حتى لو تركها ساهياً.. يلزمه السّجود، وعلى اختيار الجرجاني سنة، حتى لا يلزمه السّهو بتركها.

وأجمعوا على أن الاعتدال في القومة بين الركوع والسّجود، وبين السّجدتين قدر تسبيحة سنة، قال رضي الله عنه: وقد شدد القاضي الصدر في شرحه في تعديل جميع الأركان تشديداً بليغاً، فقال: وإكمال كل ركن واجب عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف والشافعي فريضة، فيمكث في الركوع والسّجود وفي القومة بينهما حتى يطمئن كل عضو منه، هذا هو الواجب عند أبي حنيفة ومحمد، حتى لو ترك شيئاً منها ساهياً.. يلزمه السّهو، ولو تركها عمداً.. يكره أشدّ الكراهة، ويلزمه أن يعيد الصّلاة، وتكون معتبرة في حق سقوط الترتيب ونحوه؛ كمن طاف جنباً.. يلزمه الإعادة، والمعتبر هو الأوّل، كذا هذا، وعندهما صلاته فاسدة. انتهى كلام «القنية».

معنى قوله: «وتكون معتبرة في حق سقوط الترتيب» على ما في بعض الحواشي أنه لو صلى فريضة بدون تعديل الأركان.. لا يسقط الترتيب؛ لأن المعتبر هو الأول لا الثاني، بل الثاني نوافل.

ومعنى قوله: «ونحوه»: أنه يجوز اقتداء المفترض فيه لا فيما صلاه ثانياً.

وقال في «الظهيرية»: قال صدر الإسلام أبو اليسر: إن من ترك الاعتدال في الركوع والسجود.. يلزمه الإعادة، وإذا أعاد.. يكون الفرض هو الثاني دون الأوّل.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه يلزمه الإعادة ولم يتعرض أن الفرض هو الثاني أو الأوّل، وقال ابن الهمام: ولا إشكال في وجوب الإعادة، إذ هو الحكم في كلّ صلاة أدّيت مع كراهة التّحريم، ويكون جائزاً للأوّل؛ لأن الفرض لا يتكرر.

(١) أي: بالرمز الذي وضعه صاحب «القنية» للقاضي عبد الجبار ولأبي ذر. وهو (قع) للقاضي عبد الجبار، و(شب) لشرح أبي ذر.
والمسألة بحالها في المخطوط «القنية» صفحة (٢٩).

وَالْقعُودُ الأوَّلُ.

والتَّشهُّدانِ.

وجعل الفرض هو الثاني يقتضي عدم سقوطه بالأول، وهو لازم ترك الركن الواجب إلّا أن يقال: المراد أنّ ذلك امتنان من الله تعالى؛ إذ يحتسب الكامل - وإن تأخر عن الفرض - لما علم سبحانه أنه سيوقعه. انتهى.

الامتنان بمعنى النعمة، يقال: امتن عليه به، بمعنى أنعم عليه به كذا في «المصباح» واللام في قوله: لما علم متعلق بيحتسب، وهذا البحث وما قبله من خواص هذا الكتاب.

• **(والقعود الأوّل)** قدر التشهد في الفرائض والواجبات والسنن المؤكدة في ظاهر الرّواية، على ما في «شرح النقاية» عن «الكافي»؛ لمواظبته ﷺ مع قيام الدّليل على عدم فرضيته، وهو ما روي أنه ﷺ قام إلى الثالثة فسبح فلم يرجع، صحّحه الترمذي.

ولو كان فرضاً.. رجع.

وعن الطحاوي والكرخي أنه سنة، وتركه مكروه، وهو القياس، وفي «البدائع»: وأكثر مشايخنا يطلقون عليه اسم [١٠٥/أ] السنة؛ إمّا لأن وجوبه عرف بالسنة فعلاً؛ أو لأن السنة المؤكدة في معنى الوجوب.

وفي «شرح النقاية» عن النظم: أنه لو تركت في النفل مطلقاً.. تفسد قياساً لا استحساناً، وفي «المتفرقات»: لا تفسد عند الشيخين خلافاً لمحمّد وزفر. انتهى.

والمراد بالأوّل هنا غير الأخير لا الفرد السابق مطلقاً، فيدخل فيه القعدة الثانية التي ليست آخرة؛ فإنّ المسبوق بثلاث في الرباعية يقعد ثلاث قعدات، كلّ من الأولى والثانية واجبة، والفرض هو الثالثة.

• **(والتشهدان)** أي في القعدتين؛ لقوله ﷺ لابن مسعود رضي الله عنه: «قل التحيات لله... إلى آخره» من غير تفرقة بين القعدتين؛ ولمواظبته ﷺ عليه وهذا

وَلَفظُ السَّلَامِ.

جواب ظاهر الرواية، واختاره عامّة أصحابنا.

وقال بعض أصحابنا: إن التشهد في القعدة الأولى سنّة وفي الأخيرة واجبة، وهو قول الشافعي، وعلّلوه: بأنّ القعدة الأخيرة لما كانت فرضاً.. كانت قراءة التشهد فيها واجباً، وإن كانت الأولى واجبة كان التشهد فيها سنّة.

قلنا: الملازمة ممتنعة؛ فإن التشهد ذكر مشروع في حالة مخصوصة، واظب عليه النبي ﷺ في القعدتين، فصار واجباً فيهما على الأصحّ، ويلزم السّهو بتركه كلّا أو بعضاً في ظاهر الرّواية على ما في «قاضي خان».

وحكى النووي في «شرح مسلم» عن أبي حنيفة ومالك: أن قراءة التشهد في القعدتين سنة، والذي ظهر من فتاوى «قاضي خان» أنه سنة فيهما عند أبي يوسف فقط.

وفي «فتح القدير»: إن التشهد، والقنوت، وتكبيرات، العيدين، ولفظ السّلام، كل منها واجب في الاستحسان - وهو الصّحيح - لا في القياس، فيكون سنّة على ما صرح به في «العناية».

• (ولفظ السلام)؛ لمواظبته ﷺ عليه، ولم يعلمه الأعرابيَّ حين علّمه أركان الصّلاة، ولو كان فرضاً.. لعلّمه أيضاً؛ لأن تأخير البيان عن وقته لا يجوز عندنا فبقي واجباً، وهو حجّة على الشّافعي ومالك في القول بأنه ركن.

وقيل: إنه سنة وهو القياس على ما ذكرناه من «فتح القدير»، والحجة عليه: ما بيناه، وفيه إشارة إلى أنّ الواجب لفظ السّلام فقط بدون عليكم، فلذا قالوا: لو اقتدى بعد أن قال الإمام «السّلام» قبل «عليكم».. لا يصير داخلاً في صلاته.

وفي «التحفة» أنه يخرج من الصّلاة بتسليمة واحدة عند العامّة، وقيل: بتسليمتين.

وفي «البحر»: الالتفات في السلام يميناً ويساراً ليس بواجب بل سنة، والواجب لفظ «السّلام» دون «عليكم».

وقنوتُ الْوِترِ.

وتكبيراتُ العيدَينِ.

واختلفوا في لفظ السّلام في الصلاة وخارجها، ففي «بدائع المعاني»: أن يقول: «السلام عليكم» بالألف واللّام أفضل من تركهما.

وفي «الظهيرية»: ولفظ السّلام في المواضع كلّها «السلام عليكم»، أو «سلام عليكم»، وبدون هذين اللّفظين كما يقول الجهال لا يكون سلاماً، وفي بعض الأخبار: «من قال لأخيه المسلم: سلام عليكم.. كتب له بها عشر حسنات، وإن قال: السّلام عليكم.. كتب له ثلاثون حسنة».

وفي «عمدة الأبرار» [١٠٥/ب] لو قال: «سلام عليكم» بغير اللام وبسكون الميم.. فليس بشيء، ولا يجب الجواب.

وفي «السراجيّة»: ينبغي لمن يسلّم على واحد أن يسلّم بلفظ الجماعة وكذا الجواب؛ لأن المؤمن لا يكون وحده من الملائكة.

وقد ذكرنا في الأذان المواضع التي لم يشرع فيها السّلام.

• (وقنوت الوتر) عند أبي حنيفة، وعندهما أنه سنة؛ كصلاة الوتر؛ له: مواظبته ﷺ؛ ولأنه يضاف إلى الصّلاة، يقال: قنوت الوتر والإضافة للاختصاص بطريق الوجوب أو الفرضية، والثاني منتف.. فتعيّن الأوّل، والمراد به الأدعية المأثورة، لا يختص بلفظ على ما في «الخلاصة»، وفيه تفصيل سيأتي في سجود السّهو.

• (وتكبيرات العيدين) أي الزوائد وهي ثلاث في كلّ ركعة، والأصل فيه المواظبة، والإضافة أيضاً، يقال: تكبيرات العيد، قال في «فتح القدير»: الاختصاص المستفاد من الإضافة إنما يعطي أنها لا وجود لها في غير الصّلاة شرعاً، وكون ذلك يستلزم الوجوب.. محلّ نظر، فالأولى أن يستدلّ في وجوب هذه الأشياء بالمواظبة المقرونة بالترك في التشهد للنسيان، فلا يلتحق بالمبيَّن أعني: الصّلاة حتى تكون

والجَهرُ فِي مَحَلِّهِ.

والإِسرارُ فِي مَحَلِّهِ.

فرضاً، أما في قنوت الوتر وتكبيرات العيد؛ فلأن أصلهما بظني، فلا تكون المواظبة فيهما محتاجة إلى الاقتران بالترك؛ ليثبت به الوجوب، والمواظبة في السّلام معارضة بقوله ﷺ لابن مسعود رضي الله عنه: «إذا قلت هذا أو فعلت هذا.. فقد تمت صلاتك»، فلم يتحقق بياناً لما تقرر جزءاً للصّلاة. انتهى.

وإنما فسّرناها بالزوائد؛ فإنّ تكبيرة الافتتاح فرض، وتكبير الركوع والسّجود سنة، وقيل: تكبير الركوع في الركعة الثانية واجب أيضاً، إلحاقاً له بالزوائد؛ لاتصاله به، وألحق بعضهم تكبيرة القنوت بها ذكره «الزيلعي» في سجود السّهو.

• **(والجهر)** أي على الإمام؛ لأن المنفرد لا يجب عليه الجهر في الجهرية، بل أفضل، ولا قراءة على المؤتم، ومعنى الجهر وإخفاء سيأتي في فصل على حدة.

(في محلّه) وهو صلاة الصّبح، وأوليي المغرب والعشاء، وصلاة العيدين، والتراويح، والوتر في رمضان؛ للمواظبة عليه في هذه المواضع.

• **(والإسرار)** أي على المصلّي إماماً كان أو منفرداً، لكنه على الإمام بالاتفاق، وعلى المنفرد على الأصح على ما في «البحر».

(في محلّه) وهو صلاة الظهر، والعصر، والركعة الثالثة من المغرب، والأخريان من العشاء، وصلاة الكسوف، والخسوف، والاستسقاء، على ما في «البحر».

واختلفت الرواية من قدرهما والأصح قدر ما يجوز الصلاة فيها؛ لأن اليسير منهما مما يمكن الاحتراز عنه، ولا بدّ أن يكونا في حال القيام، وإلّا.. يجب السّهو على ما سيأتي في بابه، إلى ههنا صار ثلاثة عشر واجباً.

وذكر في «المستصفى»: أنّ من الواجبات رعاية لفظ التكبير للافتتاح، وسيأتي بيان باقيها في السهو.

* * *

[مَطْلَبٌ فِي سُنَنِ الصَّلَاة]

وسنَّتُها:

رفعُ اليَدَيْنِ للتَّحريمةِ.

وَنشرُ أَصَابِعِهِ.

[مَطْلَبٌ فِي سُنَنِ الصَّلَاة]

(وسنّتها:

• **رفع اليدين للتحريمة)**؛ لمواظبته ﷺ مع ترك تعليمه الأعرابّي حين علّمه واجبات الصّلاة، ولو كان واجباً.. لما تركه؛ لأنّ تأخير [١٠٦/أ] البيان لا يجوز عندنا فيكون سنة؛ لأنّ ترك تعليق دليل على أن مواظبته ليس لوجوبه.

قال في «الخلاصة»: ورفع اليدين عندنا للافتتاح سنة، ولو تركه.. قال بعضهم: يأثم، وقال بعضهم: لا يأثم، والمختار أنه إن ترك أحياناً.. لا يأثم، وإن اعتاد ذلك.. يأثم. انتهى.

وبيان وقت الرفع سيأتي، ولا رفع في غير تكبيرة الإحرام.

روي أن الأوزاعي وعطاء ابن رباح لقيا أبا حنيفة في المسجد الحرام وجلسا معه، فقال الأوزاعي: حدثني الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ كان يرفع يديه عند كل خفض ورفع من الركوع، وقال أبو حنيفة: حدثني حمّاد عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن عبد الله بن مسعود: أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه في تكبيرة الافتتاح، ولا يرفع فيما سواها، فقال الأوزاعي: عجباً عن أبي حنيفة أنا أقول: حدثني الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر، وهو يقول: حدثني حمّاد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود، فقال أبو حنيفة: أمّا حمّاد فهو أفقه من الزهري، وأما إبراهيم فهو أفقه من سالم، وأما علقمة فلولا أن عبد الله بن عمر رأى رسول الله ﷺ لقلت: إنه أفقه منه، وأما عبد الله بن مسعود.. فعبد الله بن مسعود.

• **(ونشر أصابعه)** حال رفع يديه لما روي أنه ﷺ: كان إذا كبّر رفع يديه ناشراً

وجهرُ الإِمَامِ بِالتَّكْبِيرِ.

وَالثَّنَاءُ.

والتعوُّذُ.

وَالتَّسْمِيَةُ.

والتأمينُ سرّاً.

وَوضعُ يَمِينِهِ على يَسَارِهِ تَحتَ سرَّتِهِ.

أصابعه، لكن لا يفرّج كل التفريج، ولا يضمّ كل الضّم، بل تركها حالها منصوبتين، حتى تكون الأصابع مع الكف مستقبلة للقبلة.

- **(وجهر الإمام بالتكبير)** في كل موضع؛ لإعلام الدّخول في الصلاة والانتقال من ركن إلى آخر، فلا يسن للمنفرد والمقتدي؛ لعدم احتياجهما إليه.
- **(والثناء.**
- **والتعوذ.**
- **والتسمية)** كذا في أجناس الناطقي قال: لأنّ كل ذكر ليس بمقصود - وهو ما يجعل علامة لغيره - فتركه لا يلزم سجود السّهو، وما هو مقصود - وهو أن لا يجعل علامة لغيره - فتركه يلزم سجود السهو، والثلاثة المذكورة، وكذا التسميع من قبيل الأوّل فيكون سنة.

وقال في «القنية»: إن الصحيح وجوب التسمية في كل ركعة، ورجحه في «الزّيلعي» في سجود السّهو، واختاره ابن وهبان في «المنظومة».

- **(والتأمين سرّاً)** قيد للأربعة، وسيأتي بيان هذا إن شاء الله تعالى.
- **(ووضع يمينه على يساره تحت سرته)** لما في «مسلم»: أنه ﷺ كان في الصلاة يضع يده اليمنى على اليسرى، وهو حجة على مالك في الإرسال.

وأما الوضع تحت سرته.. فلم يعرف فيه شيء مرفوعاً إلّا ما رواه أبو داود عن

وتكبيرُ الرُّكُوعِ.

وتسبيحُهُ ثَلَاثاً.

وَالرَّفْعُ مِنْهُ.

وَأَخذُ رُكْبَتَيْهِ بيدَيْهِ.

وتفريجُ أَصَابِعِهِ.

وتكبيرُ السُّجُودِ.

علي: من السنة في الصلاة وضع الأكف على الأكف تحت السرة، لكنه قال النووي: اتفقوا على تضعيفه؛ لأنه من رواية عبد الرحمن بن إسحاق الواسطي، مجمع على ضعفه؛ ولهذا قال ابن الهمام: إن كونه تحت السّرة أو على الصّدر؛ كما قاله الشافعي لم يثبت له حديث يوجب العمل، فيحال على المعهود من وضعها حال قصد التعظيم في القيام، والمعهود في الشاهد منه هو تحت السرة، واختلف في كيفية الوضع، وسنبينه إن شاء الله تعالى. [١٠٦/ب]

- **(وتكبير الركوع)** لما في «مسلم»: أنه ﷺ كان يكبّر حين يركع.
- **(وتسبيحه ثلاثاً.**
- **والرفع منه)** أي من الركوع، وعن أبي حنيفة: أن الرفع من الركوع فرض، والصحيح أنه سنة؛ لأن المقصود الانتقال، وهو يتحقق بدونه بأن ينحط منه.
- **(وأخذ ركبتيه بيديه)** أي في الركوع مع تفريج أصابعه؛ لحديث أنس: «إذا ركعت.. فضع يديك على ركبتيك، وفرّج بين أصابعك»، وقال ابن مسعود وعلقمة: السنة في الركوع التطبيق، قلنا: إنه منسوخ لما في «الصحيحين» عن مصعب قال: كنا نفعل التطبيق أولاً فنهينا عنه، وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب.
- **(وتفريج أصابعه)** حين أخذ ركبتيه في الركوع لما رويناه؛ ولأنه أمكنُ في الأخذ.
- **(وتكبير السّجود)** لما في «مسلم» أنه ﷺ: يكبّر حين يسجد ثم يكبّر حين

وتسبيحُهُ ثَلَاثاً.

وَوضعُ يَدَيْهِ وركبتيهِ على الأَرْضِ.

وافتراشُ رجلِهِ الْيُسْرَى وَنصبُ الْيُمْنَى.

والقَومَةُ.

والجلسةُ.

وَالصَّلَاةُ على النَّبِيِّ صلَّى الله عَلَيْهِ وَسلمَ.

يرفع رأسه، ومن السنة: رفع رأسه من السجدة، ولم يذكره المصنف اكتفاء، وعن أبي حنيفة أنه فرض، والصّحيح أنه سنة؛ لأن المقصود الانتقال إلى الثاني، وهو يتحقق بدون الرفع بأن يسجد على وسادة ثم تنزع، ويسجد على الأرض ثانياً على ما في «الزيلعي».

● (وتسبيحه ثلاثاً) لما روي أنه ﷺ قال: «إذا سجد أحدكم.. فليقل: سبحان ربي الأعلى ثلاثاً».

● (ووضع يديه وركبتيه على الأرض) ضامّاً أصابعه كل الضم.

● (وافتراش رجله اليسرى ونصب اليمنى) للتوارث.

● (والقومة) أي الاستواء بعد الرفع من الركوع.

● (والجلسة) بين السجدتين، هذا في الرواية المشهورة عنهما، وهما واجبان في بعض الرّواية عنهما، وفرضان عند أبي يوسف، وقد بيناه في تعديل الأركان.

● (والصلاة على النبي ﷺ) بعد التشهد الأخير، وقال الشافعي وأحمد: إنها فرض؛ لقوله تعالى: ﴿صَلُّوا۟ عَلَيۡهِ﴾ والأمر للوجوب، ولا وجوب في خارج الصلاة.. فتعيّنت فيها.

قلنا: إنه ﷺ علّم الأعرابي واجبات الصّلاة ولم يعلّمه الصلاة عليه، ولو كانت واجبة.. لعلمه أيضاً؛ لعدم جواز تأخير البيان عن الوقت، ولا حجة لهم في الآية؛

وَالدُّعَاءُ.

لأن الأمر لا يقتضي التكرار، بل تجب في العمر مرة، ولو في خارج الصلاة على ما اختاره الكرخي، أو كلما ذكر اسمه على ما اختاره الطحاوي، وعلى التقديرين: قد استوفينا موجب الأمر بقولنا: السّلام عليك أيها النبي.. فلا تجب ثانياً في ذلك المجلس؛ لئلا يلزم المفضي إلى قوة عبادة أخرى.

● (والدعاء) المأثور لنفسه ولوالديه.. إن كانا مسلمين، ولجميع المؤمنين، والمؤمنات.

* * *

وَالشروعُ عِنْدَ: «قد قَامَتِ الصَّلَاةُ».

الأول قول أبي حنيفة، والثاني قول محمد، وقال زفر وأحمد: قاموا عند قد قامت الصّلاة الأولى، وقال الشافعي ومالك: قاموا عند الفراغ من الإقامة، وقيل: عند ابتداء الإقامة، والحجة عليهم ما بيناه، وهذا كلّه في القيام المبتدأ للصّلاة لمن كان جالساً في المسجد إماماً أو لا.

وأما من دخل المسجد والمؤذن يقيم الصّلاة؛ فهل يجلس ليبتدئ القيام أم يستمر قائماً؟ ففيه قولان: أحدهما أنه يجلس ليقوم إلى الصّلاة في موضع القيام المشروع، والثاني: أنه يستمر قائماً ولا يجلس؛ للنهي عن الجلوس في المسجد للداخل إليه قبل الصلاة، كذا في «فتح الباري».

وإذا لم يكن الإمام حاضراً في المسجد.. لا يقومون حتى يصل إلى مكانه في رواية، وفي أخرى: يقومون إذا اختلط بهم، وقيل: يقوم كل صف ينتهي إليه الإمام وهو الأظهر، وإليه مال الإمام السّرخسي وشمس الأئمة الحلواني؛ لأنه كلّما جاوز صفّاً صار ذلك بحال لو اقتدى به.. صحّ لتقدّمه.

● (والشروع) أي شروع الإمام (عند قد قامت الصّلاة)، وقال أبو يوسف: يشرع إذا فرغ المؤذن من الإقامة؛ محافظة على متابعته، وإعانة له على الشروع معه، لهما: أن المؤذن أمين، وقد أخبر بقيام الصّلاة فيشرع عنده؛ صوناً لكلامه عن الكذب، وفيه مسارعة إلى المناجاة، وقد تابع المؤذن في الأكثر فيقوم مقام الكلّ، وقد يقال: إن المتابعة في الأذان دون الإقامة، وقيل: إجابة الإقامة مستحبة أيضاً.

* * *

[مَطْلَبٌ فِي آدَابِ الصَّلَاة]

وآدابُها:

نظرُهُ إِلَى مَوضِعِ سُجُودِهِ.

وكظمُ فَمِهِ عِنْدَ التثاؤبِ.

وَإِخْرَاجُ كفَّيهِ من كُمَّيهِ عِنْدَ التَّكْبِيرِ.

وَدفعُ السُّعالِ مَا اسْتَطَاعَ.

وَالْقِيَامُ عِنْدَ: «حَيَّ على الصَّلَاةِ»، وَقيلَ: عِنْدَ: «حَيَّ على الْفَلَاحِ».

[مَطْلَبٌ فِي آدَابِ الصَّلَاة]

وآدابها:

● **(نظره إلى موضع سجوده)** في القيام، وأمّا في الركوع.. فإلى ظهر قدميه، وفي سجوده إلى أرنبة أنفه، وفي قعوده إلى حجره، وعند التسليمة الأولى إلى منكبه الأيمن، وعند الثانية إلى منكبه الأيسر؛ لأن المقصود إظهار الخشوع وهذه الأشياء يناسبه.

● **(وكظم فمه عند التثاؤب)**؛ لقوله ﷺ: «التثاؤب من الشيطان؛ فإذا تثاءب أحدكم.. فليكظم ما استطاع»، والمراد: إذا كان بحال لا يمكنه الامتناع عن التثاؤب، وأمّا إذا أمكنه بأن يأخذ شفته بسنه فلم يفعل، وغطى فاه بيده أو كمه.. يكره على ما روي عن أبي حنيفة. [١٠٧/أ]

● **(وإخراج كفيه من كميه عند التكبير)**؛ لأنه أقرب إلى التّواضع وأبعد من التشبه بالجبابرة؛ إلّا لضرورة البرد.

● **(ودفع السّعال ما استطاع)**؛ لأنّها ليست من أفعال الصّلاة، ولهذا لو كانت بغير عذر.. تفسد صلاته.

● **(والقيام)** للإمام والمأموم **(عند حيّ على الصّلاة وقيل: عند حيّ على الفلاح)**؛ لأنه أمر بالصّلاة فيستحب المسارعة.

(فَصْلٌ)

يَنْبَغِي الْخُشُوعُ فِي الصَّلَاةِ، وَإِذا أَرَادَ الدُّخُولَ فِيهَا.. كبَّرَ حاذفاً بعدَ رفعِ يَدَيْهِ، ....

فَصْلٌ

(ينبغي الخشوع) خشع في صلاته ودعائه: أقبل بقلبه على ذلك للمصلّي (في الصّلاة)؛ لقوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ ٱلْمُؤْمِنُونَ ① ٱلَّذِينَ هُمْ فِى صَلَاتِهِمْ خَٰشِعُونَ﴾.

(وإذا أراد الدخول فيها كبّر) قائماً إن قدر على التكبير قائماً؛ لأن الأخرس والأميّ يكفيهما الشروع بمجرد النية؛ لعدم القدرة على التكبير، وهو الصحيح؛ لأن الدخول إنما يتحقق بالنية عند التكبير لمن قدر عليه لا بالتكبير، ثم لا بد أن يكون التكبير قائماً في المكتوبات للقادر على القيام على ما قدمناه في التحريمة.

ولو جاء إلى الإمام وهو راكع فكبر منحنياً؛ إن كان إلى القيام أقرب.. صح، وإن كان إلى الركوع أقرب.. لا يصح.

واختلف في التكبير الذي يصير المصلّي به شارعاً، ففي ظاهر الرواية: أنه مجموع الله أكبر أو ما يقوم مقامه من المركّب، وفي رواية الحسن: أنه يصير شارعاً بلفظ مفرد على ما سيأتي تفصيله.

(حاذفاً) بترك مدّ الهمزة في لفظتي الجلالة وأكبر، وترك مدّ الباء في أكبر؛ لأن همزهما في أوّلهما مفسد إن إن لم يكن [١٠٧/ب] عمداً، وكفر إن كان عمداً؛ لانقلابهما بالمد إلى الاستفهام، وحملُه على التقرير كما في «العناية» بعيد.

وأمّا مدّ الألف في آخر الجلالة.. فلا يضر، لكن حذفه أولى؛ لأنه لحن، وقيل: المراد بالحذف أن لا يطول التكبير، ويمسك عن إشباع الحركة؛ لقوله ﷺ: «الأذان جزم، والإقامة جزم، والتكبير جزم».

(بعد رفع يديه) اختلف في أفضلية وقت الرفع، فقال شيخ الإسلام وقاضي خان والقدوري: إنه يرفع مقارناً للتّكبير، وهو قول أبي يوسف على ما سيصرح به، وهو

محاذياً بِإبهاميهِ شحمَتَي أُذُنَيْهِ، وَقيل: ماسّاً، ....

المحكي عن الطحاوي.

وفي «الخلاصة»: وهو المختار؛ لما رواه أبو داود: أنه ﷺ كان يرفع يديه مع التكبير، وقال شمس الأئمة السرخسي: والّذي عليه أكثر مشايخنا: أنه يرفع أوّلاً؛ فإذا استقر في موضع المحاذاة.. كبّر، وهو قول أبي حنيفة ومحمد على ما في «المجمع»، وصحّحه في «الهداية» بأن في رفعه نفي الكبرياء عن غيره تعالى، وفي تكبيره إثبات، والنفي مقدّم على الإثبات؛ كما في كلمة الشهادة، ويشهد له أيضاً ما رواه مسلم: أن رسول الله ﷺ كان إذا قام للصّلاة.. رفع يديه حذو منكبيه، ثم كبر، وقيل: يكبر أوّلاً ثم يرفع يديه، لما في «مسلم»: أنه ﷺ كان إذا صلّى.. كبّر ثم رفع يديه.

ففي الأقوال الثلاثة رواية عن النبي ﷺ: فرُجّح ما اختاره المصنف بما ذكرناه من المعنى. فإن قيل: إن تقديم النفي على الإثبات في كلمة الشهادة؛ لضرورة عدم التكلّم بالنفي والإثبات معاً، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه يمكن اجتماع النفي الفعلي مع الإثبات القولي في حالة واحدة، فلا يصلح ذلك المعنى ترجيحاً، على رواية مع التكبير.. قلنا: نعم، إلا أن الأصل في الإثبات أن يكون طارئاً على النفي فعليّاً أو قوليّاً.

وقال في «الخلاصة» قولاً رابعاً: أنه يرسل يديه إرسالاً فإذا فرغ من التكبير.. رفع، وعليه عمل الشافعيّة.

(محاذياً بإبهاميه شحمتي أذنيه) لما رواه مسلم: أنه ﷺ كان إذا كبّر.. رفع يديه حتى يحاذي بهما أذنيه، فإن قيل: يعارضه ما مر أنه ﷺ رفع يديه حذو منكبيه.. قلنا: إنه محمول على حالة العذر حين كانت عليه الأكسية والبرانيس في الشتاء؛ جمعاً بين الدليلين مهما أمكن.

(وقيل: ماسّاً) أي طرفي إبهاميه شحمتي أذنيه، وأصابعه فوق أذنيه، على ما في «قاضي خان».

وَعند أبي يُوسُف: يرفع مَعَ التَّكْبِير لَا قبله، وَالْمَرْأَة ترفع حذاء منكبيها، ومقارنةُ تَكْبِيرِ الْمُؤْتَمِ تَكْبِيرَ الإِمَام أفضلُ؛ خلافاً لَهما.

(وعند أبي يوسف يرفع مع التكبير لا قبله) ولا بعده؛ لما رويناه، والحجة عليه: ما بيناه.

ومعنى كونه معه: أن يكون ابتداؤه، وعند ابتغاء التكبير، وانتهاؤه عند انتهائه، على ما صرّح به في «شرح المنية» لا المعية في الابتداء فقط على ما قيل.

(والمرأة ترفع) يديها **(حذاء منكبيها)** على الأصح؛ لأنّه أقرب إلى الستر، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنها كالرجل لأن يديها ليستا بعورة.

وقال بعضهم: حذاء ثدييها بحيث تكون رؤوس أصابعها حذاء منكبيها.

ويمكن التوفيق بين هذا القول والقول الأول يعرف بالتأمل.

قيل هذا كله في الحرّة، أمّا في الأمة.. فكالرجل.

(ومقارنة تكبير المؤتم تكبير الإمام أفضل) عند أبي حنيفة وزفر **(خلافاً لهما)**؛ [١٠٨/أ] لما في «مسلم» عن حديث الزهري: «إنما جعل الإمام ليؤتم به؛ فإذا كبّر.. فكبّروا» والفاء: للتعقيب؛ ولأنّه يناسب معنى الاقتداء.

ولأبي حنيفة: أنّ القيام ركن، فيكون الأفضل للمؤتم المشاركة في كلّ جزء من القيام، والفاء إنما توجب التعقيب إذا دخلت على الجزاء، وما نحن فيه ليس كذلك بل بيان الحال.

وإذا لم يعلم المؤتم أنّه كبّر قبل الإمام أو بعده؛ فإن كان أكبر رأيه أنّه كبّر قبل الإمام.. لا يجزئه، وإن بعده.. يجزئه، وإن استوى الرّأيان.. يجزئه أيضاً حملاً لأمره على الصّلاح، وقد علم أنّه في الابتداء قصد الشروع في صلاة الإمام فهو على الصّواب حتى يظهر خطؤه بيقين أو غالب الظنّ، كذا في «الهارونيات».

وذكر في «شرح المنية»: والأحوط: أن يكبر ثانياً ليقطع الشك باليقين.

ولو علم أنه كبّر قبل الإمام.. لا يصير شارعاً في صلاة الإمام بالاتفاق، وكذا لا

وَلَو قَالَ بدلَ التَّكْبِيرِ: «اللهُ أجلُّ»، أَو: «أعظمُ»، أَو: «الرَّحْمَنُ أكبرُ»، أَو: «لَا إِلَه إِلَّا اللهُ»، أَو كبَّرَ بِالْفَارِسِيَّةِ.. صَحَّ.

يصير شارعاً في صلاة نفسه في رواية «النوادر»، حتى لو قهقه.. لا ينتقض وضوؤه، وقيل: يصير شارعاً في صلاة نفسه، وإليه أشار في «الأصل».

ولو كبّر هذا الرجل ثانياً بعد تكبير الإمام.. يصير شارعاً في صلاة الإمام لو كان نوى الشروع به؛ وإلّا.. فلا.

ولو كبّر مع الإمام وفرغ من قوله: «الله» قبل فراغ الإمام منه.. لا يصير شارعاً بالإجماع على ما في «الخلاصة»؛ سواء قال: «أكبر» مع الإمام، أو قبله، أو بعده على ما في «المحيط»؛ لأنّ إتمام لفظة الجلالة مع الإمام فرض اتفاقاً.

ولو قال: «الله» مع الإمام، أو بعده، ولكن فرغ من قوله: «أكبر» قبل فراغ الإمام من قوله: «أكبر».. فالأصح: أنه لا يجوز شروعه؛ لأنّه إنّما يصير شارعاً بالكل فيكون الكل فرضاً على ما في «المنية».

فظهر منه: أنّ معنى قول الإمام الأفضل مقارنة تكبيره مع تكبير الإمام أن يبتدئ معه ويختم معه لا قبله.

(ولو قال) المصلي **(بدل التكبير)** أي: الله أكبر **(الله أجلُّ)**، أو الله **(أعظم)**، **(أو)** قال: **(الرحمن أكبر، أو)** قال: **(لا إله إلا الله)**، أو **(كبّر بالفارسيّة.. صحّ)**.

وفي «الخلاصة»، عن «الأصل»: يجوز افتتاح الصلاة بالتهليل، أو بالتحميد، أو بالتسبيح؛ فلو قال: سبحان الله، أو: الله أجلّ، أو: الله أعظم، أو قال: الرب ولم يزد عليه، أو قال: لا إله إلا الله، أو: لا إله غيره، أو: تبارك الله.. يصير شارعاً في الصّلاة.

وكذا لو قال: اللّهمّ.. يصير شارعاً عند الفقهاء، وفيه اختلاف المشايخ على قولهما.

ولو قال: الكبير، أو: الأكبر، أو: أكبر بدون الله.. لا يصير شارعاً.

ولو قال: يا الله.. يصير شارعاً عندهما.

وكذا لو قال: الرحمن أكبر، أو الرحيم أكبر.. يصير شارعاً عندهما.

ولو قال: الله الأكرم، عن أبي حنيفة: أنّه يصير شارعاً.

وقال أبو يوسف: إذا كان يحسن التكبير ويعرف أنّ الصّلاة تفتتح به.. لا يصير شارعاً إلا بخمسة ألفاظ: الله أكبر، الله الأكبر، الله الكبير، الله كبير، الله الكبار.

ويجب أن يكون البداية يا الله، حتى روي عن أبي يوسف: أنّه لو قال أكبر الله.. لا يصير شارعاً.

ولو قال: الله.. يصير شارعاً على رواية أبي حنيفة، وفي «التجريد» جعل هذا رواية [١٠٨/ب] الحسن عن أبي حنيفة، وأمّا في ظاهر الرّواية.. فقد اعتبر الصفة مع الاسم، وعن محمّد.. لا يصير شارعاً إلّا بالاسم والصّفة.

وفي «الجامع الصغير»: أنه يصير شارعاً بذكر الله فحسب.

وإذا جاز الافتتاح بالتهليل والتسبيح عندهما.. فهل يكره؟ قيل: إنّه يكره، وقيل: لا، وفي «التجريد»: ذكر الكراهة عن أبي حنيفة.

وأجمعوا أنّه لو قال: اللهمّ ارزقني.. لا يصير شارعاً.

وفي «البزازية»: لو قال: عالم الغيب والشهادة، أو: عالم السر والخفيات، أو: القادر على كل شيء، أو: الرّحيم بعباده.. صحّ شروعه؛ لزوال الاشتراك.

والأصل ههنا: أنّ المقصود بالتكبير حصول محض التّعظيم، فبأي لفظ حصل ذلك؛ مفرداً أو مركباً، منكّراً أو معرّفاً.. يجوز الافتتاح به، ومالا.. فلا؛ لأنّ قوله تعالى: ﴿وَذَكَرَ ٱسْمَ رَبِّهِۦ فَصَلَّىٰ﴾ مطلق فيعم المفرد والمركب، والمنكر والمعرّف، وهذا حجة على الشافعي في قوله: لا يصح الافتتاح إلا بقوله: الله أكبر، أو: الله الأكبر.

وعلى مالك الصافي في قوله: لا يصح إلا بالله أكبر.

وَكَذَا لَو قَرَأَ بهَا عَاجِزاً عَن الْعَرَبيَّةِ،..........................

وأمّا الافتتاح بالفارسية نحو: خداي بندكست[١]، أو خداي بزركَ[٢]، أو بنام خداي بزركَ[٣].. يصير شارعاً عند أبي حنيفة سواء يحسن العربية أو لا، وعندهما: إن كان يحسن العربية.. لا يصير شارعاً؛ لأنّ النص ورد بالعربية ولا يتجاوزه بلا ضرورة، وله ما ذكرناه أن المقصود التعظيم، وهو حاصل بأي لسان كان، فمحمد مع أبي حنيفة في العربية، ومع أبي يوسف في الفارسية، هذا هو المشهور.

وفي «الخلاصة» عن بعض نسخ «الجامع الصغير»: أنه يصير شارعاً بالفارسية مطلقاً بالإجماع، وإنما الكلام في الاعتداد لا في الجواز.

(**وكذا لو قرأ بها عاجزاً عن العربية**) أي: يجوز صلاته بالاتفاق لو قرأ بالفارسيّة، أو تعوذ بها، أو أثنى، أو سبح، أو تشهد، أو قنت، أو صلّى على النبي ﷺ، أو استغفر الله إذا كان عاجزاً عن العربية، وإذا كان قادراً عليها.. يجوز أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما أن المأمور بقراءته في الصّلاة هو القرآن: وهو اسم لمجموع اللفظ والمعنى العربي على ما نطق به قوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا﴾؛ إلا أن عند العجز يكتفى بالمعنى كيلا يلزم التكليف بما لا يطاق، وله قوله: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِى زُبُرِ ٱلْأَوَّلِينَ﴾ ولم يكن القرآن بنظمه في زبر الأولين لا محالة فتعين أن يكون فيها بمعناه، والمقروء بالفارسية على سبيل الترجمة لا التفسير مشتمل على معناه، فيكون جائزاً إلحاقاً به؛ فإن قيل: قوله تعالى: ﴿قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا﴾ محكم لا يقبل التأويل، وقوله: ﴿لَفِى زُبُرِ ٱلْأَوَّلِينَ﴾ محتمل؛ لأنّ بعض المفسرين ذهب إلى أن الضمير للنبي ﷺ فكيف يترك المحكم به؟

(١) لم أجد ترجمتها فيما بين يدي من قواميس فارسية، وأغلب الظن أن التحريف اعتراها من النُّسّاخ.

(٢) خداي بزركَ؛ أي: (الله أكبر).

(٣) نام خداي بزركَ؛ أي: (بسم الله العظيم).

قلنا: إنّه تأويل بعيد يفضي إلى التّعقيد اللفظي، وكلام الله تعالى مصون عنه فلا معتبر به، فحملنا ما تلوناه على حالة الصلاة وما تلواه على غير حالة الصّلاة جمعاً بينهما؛ لأنّ النظم مقصود للإعجاز، وحالة الصلاة حالة المناجاة لا الإعجاز، فلا يكون النظم مقصوداً فيها.

هذا: واعلم أنّ القرآن اسم لمجموع اللّفظ والمعنى بالاتفاق [١٠٩/أ] عندهم على ما صرّح به في «الكشف الكبير»؛ إلا أنّ أبا حنيفة لم يجعل النظم ركناً في حق جواز الصّلاة خاصّة، بناء على أن مبنى النظم على التوسع لكونه غير مقصود، بدليل أنّ القرآن نزل أوّلاً بلغة قريش، فلمّا تعسّرت على سائر العرب.. نزل التخفيف بسؤال النبي ﷺ، وسقط وجوب رعاية اللغة أصلاً رخصة كسقوط شطر صلاة المسافر، وإنما قلنا خاصة؛ لأنّه اعتبر النظم ركناً لازماً في سائر الأحكام من وجوب الاعتقاد، حتى يكفر من أنكر كون النظم منزلاً، وحرمة كتابة المصحف بالفارسية، وحرمة المداومة والاعتياد على القراءة بها.

وزعم بعضهم: أنّ مذهب أبي حنيفة أنّ القرآن اسم للمعنى فقط استدلالاً بجواز القراءة بالفارسية مع القدرة على العربيّة.. وليس كذلك، بل مذهبه على الصّحيح ما ذكرناه، وروي رجوعه إلى مذهب الإمامين في عدم جواز القراءة بالفارسيّة عند القدرة على العربية.

وفي «الهداية» أنّ الخلاف بينهما في الاعتداد ولا خلاف في عدم الفساد، حتى إذا قرأ.. لا تفسد، وهو مخالف لما ذكره نجم الدين النسفي، وقاضي خان، و«الخلاصة»: أنّها تفسد عندهما.

ووفق ابن الهمام بينهما بحمل ما في «الهداية» على ما كان المقروء بالفارسية ذِكراً أو تنزيهاً؛ بناء على أن مبنى الصلاة على الأذكار والثناء فلا تفسد وإن لم يكن معتداً به، ويحمل ما في الفتاوى على ما إذا كان المقروء بها من القصص والأمر والنهي، فحينئذ تفسد؛ لأنّه حينئذ يتكلم بكلام غير قرآن، وليس فيها ذكر وثناء؛ كما

قالوا في القراءة الشاذة؛ فإنهم صرّحوا: أنّه لا يكتفي بها ولا تفسد، وقال في «أصول شمس الأئمة»: إنّ الصلاة تفسد بها.

فحملوا الأول: على ما كان ذكراً أو ثناء، والثاني: على ما كان غيره، ولا يخفى عليك ضعفه؛ لأنّ ركن الصّلاة: هو القراءة، لا مجرد الذكر، والثناء عند القراءة بالفارسية حالة القدرة على العربية.. يفوّت ركن القراءة عندهما؛ لكون القرآن عبارة عن مجموع اللفظ والمعنى عندهما في حق الصّلاة وغيرها من الأحكام، والشيء يفوت بفوات جزئه؛ فتفسد الصلاة عندهما، سواء اشتمل الثناء أو لا، بخلاف حالة العجز عن العربية؛ فإنه حينئذ يسقط عنه فرض القراءة كما في الأميّ والأخرس، وهو مذهب الشافعي أيضاً، فلا يلزم أداء الشيء بلا ركن فتصح صلاته.

ومعنى قولهما: يكتفي بالمعنى حالة العجز؛ أنّه يكتفي بدون القراءة كما في الأميّ والأخرس، لا بمعنى: أنّه يكتفي به على أن يكون أداء المعنى بالفارسيّة حالة العجز قراءة على ما هو مذهب أبي حنيفة.

وإلّا لورد عليها أنكم جعلتم تعبير المعنى بالفارسيّة قراءة حالة العجز عن العربية، فلِمَ لم تجعلوها قراءة حالة القدرة عليها أيضاً؟

والحاصل: أنّ الصّلاة لا تخلو عن ركن القراءة عند أبي حنيفة عند القراءة بالفارسية حالة العجز والقدرة على العربية؛ لكون القرآن اسماً للمعنى [١٠٩/ب] في حق الصّلاة.. فلا تفسد الصّلاة عنده بالقراءة بالفارسيّة في الحالتين، وأمّا عندهما: فتفسد حالة القدرة عليها؛ لفوات ركن القراءة، وتجوز حالة العجز عنها لسقوط ركن القراءة عنه كما في الأميّ؛ لكون القرآن اسماً لمجموع اللفظ والمعنى في حقّ الصّلاة وغيرها عندهما.

ومنه ظهر ضعف ما في «الهداية» أنه لا تفسد الصلاة عندهما، وضعف قول الإمامين أيضاً؛ لأنّ القراءة بالفارسيّة حالة العجز، أي: الاكتفاء بالمعنى لما لم يكن قراءة القرآن عندهما، فالقياس أن تفسد الصّلاة بتلفظ الفارسيّة حالة العجز أيضاً؛

أَو ذبحَ وَسمَّى بهَا.

وَغيرُ الفارسيَّةِ من الألسُنِ مثلُهَا فِي الصَّحِيحِ.

لكونه تكلماً بكلام النّاس؛ بل يكتفي بالسكوت كما في الأميّ والأخرس.

واعلم أنّ الظاهر من شرح «الهداية» أنّ هذا هو مذهب الشافعي فقط لا مذهب الإمامين، وإنّما مذهبهما كون الاكتفاء بالمعنى من قبيل القراءة فلا تخلو الصّلاة حالة العجز عن العربية عن القراءة عندهما.

كما قال أبو حنيفة: وليس كذلك، وإلّا لورد عليها ما ذكرناه آنفاً.

(**أو ذبح وسمّى بها**) أي: بالفارسية، وهذا بالاتّفاق؛ لأنّ الشرط في الذبح الذكر، وهو حاصل بأي لسان كان، بخلاف الصّلاة؛ لأنّ الشّرط فيها قراءة القرآن.

ولو أذن بها والنّاس يعلمون أنه أذان.. جاز لوجود الإعلام، وإلّا.. فلا على ما روى الحسن عن أبي حنيفة.

وهل يجب عليه سجدة التلاوة بالقراءة بالفارسية؟ وهل يجوز للمحدث مسّ مصحف كُتب بالفارسيّة؟ وهل يحرم قراءته بالفارسية على الجنب والحائض؟ لم يرد عن المتقدمين من أصحابنا في هذه الأحكام رواية منصوصة.

وقال بعض مشايخنا؛ منهم شيخ الإسلام خواهر زاده: إنّه يجب، ويجوز، ويحرم بناء على أنّ النّظم غير لازم في هذه الأحكام كما قال أبو حنيفة في الصّلاة، بل العبرة للمعنى.

وقال بعض مشايخنا: لزوم هذه الأحكام للاحتياط؛ لوجود المعنى لا بناء على سقوط النظم.

(**وغير الفارسيّة من الألسن مثلها في الصّحيح**)، احترز به عن قول أبي سعيد البردعي؛ فإنّه قال: إنّما جوّز أبو حنيفة القراءة بالفارسيّة دون غيرها؛ لقرب الفارسيّة من العربية.

وفي «المحيط»: إذا قرأ في صلاته شيئاً من التوراة، أو الإنجيل، أو الزبور.. لم

وَلَو شرع بـ: «اللهم اغفِرْ لي».. لَا يجوزُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِن كَانَ يُحسنُ التَّكْبِيرَ.. لَا يجوزُ إِلَّا بِهِ.

ثمَّ يعْتَمدُ بِيَمِينِهِ على رسغِ يَسَارِهِ ....

تجز صلاته، سواء كان يحسن العربية أو لا؛ لأنّه ليس بقرآن ولا تسبيح؛ بل هو كلام محض.

وقيل: إن كان ما يقرأ من التوراة أو الإنجيل مؤدياً معنى القرآن.. يجوز في قول أبي حنيفة، وإلّا.. فلا.

(**ولو شرع باللّهمّ اغفر لي؛ لا يجوز**)، وكذا لا يجوز بأعوذ بالله، أو إنّا لله، أو ما شاء الله، أو لا حول ولا قوّة إلّا بالله، أو أستغفر الله؛ لتضمنّها السّؤال؛ فلا يكون ثناء محضاً وهو المقصود من الافتتاح، وكذا لا يكون مسمّياً بها على الذبيحة.

ولو قال: بسم الله الرّحمن الرّحيم.. ففيه خلاف، وفي «الخلاصة»: لا يجوز عندهما، وفي «البحر» عن «المبتغى»: يجوز، والمختار عدم الجواز؛ لأنّه للتبرك؛ فكأنه قال: اللّهمّ بارك لي.

(**وقال أبو يوسف:** [١١٠/أ] **إن كان يحسن التكبير.. لا يجوز إلّا به**) على ما ذكرناه.

(**ثم يعتمد**) أي: يضع (**يمينه على رسغ يساره**) لما رواه في «الصّحيحين» أنه ﷺ كان يفعل كذا في الصّلاة.

ولم يذكر في ظاهر الرّواية كيفية الوضع، واختلف المشايخ، قيل: يضع على المفصل.

وعن أبي يوسف: يقبض باليمنى رسغ اليسرى.

وقال محمد: يضعها كذلك، ويكون الرّسغ وسط الكف.

وقيل: يأخذ الرسغ بالإبهام والخنصر ويضع الباقي؛ فيكون جمعاً بين الأخذ والوضع، وفي «فتح القدير» وهو المختار.

تَحتَ سرَّتِهِ فِي كلِّ قيامٍ سُنَّ فِيهِ ذِكرٌ، وَعند مُحَمَّدٍ: فِي قيامٍ شُرِعَ فِيهِ قِرَاءَةٌ، فَيَضَعُ فِي الْقُنُوتِ، وَصَلَاةِ الْجِنَازَةِ؛ خلافاً لَهُ، وَيُرْسِلُ فِي قومةِ الرُّكُوعِ وَبَينَ تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ اتِّفَاقاً.

وقد ذكر في عدد السنن أنّ في الوضع خلاف مالك، والحجة عليه ما رويناه.

(تحت سرته)، وقال الشافعي: الأفضل أن يضع يديه على الصّدر، وقد ذكرنا في السنن: أنّه لم يعرف في تحت السرة ولا في الصّدر شيء مرفوعاً، وما روي موقوفاً ضعيف، فيحال على المعهود في التعظيم، وهو الوضع تحت السّرة.

(في كل قيام سنّ فيه ذكر) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. لهما: أنّ الوضع أقرب إلى الخضوع والتعظيم، وهذا المعنى يوجد في كلّ قيام، كذلك، **(وعند محمد في)** كلّ **(قيام شرع فيه قراءة)**.

له: أنّ الوضع إنّما شرع مخافة اجتماع الدم في رؤوس الأصابع، وإنما يخاف ذلك حالة القراءة؛ لأنّ السنة فيها تطويلها، والّذي ظهر من أصلهم: أن لا يضع يده اليمنى على اليسرى في الصّلاة قاعداً على ما سنبيّنه.

(فيضع) يديه عندهما **(في القنوت)**، وعن أبي يوسف: أنّه يرسل فيه.

(وصلاة الجنازة) لسنّية الذكر فيها، وعن أبي حفص الفضلي: يسنّ الإرسال في الجنازة، والصحيح ما في الكتاب؛ لما ذكر، **(خلافاً له)** أي: لمحمد قال: السنة فيها الإرسال لا الاعتماد؛ لعدم مشروعيّة القراءة فيها.

ومن ثمرةِ الخلاف بينه وبينهما: أن المصلّي يرسل حالة الثناء عند محمّد، فإذا أخذ في القراءة.. يعتمد، وعندهما: يعتمد حالة الثناء.

(ويرسل في قومة الركوع وبين تكبيرات العيد اتفاقاً)؛ لعدم مشروعية الذكر والقراءة فيها، كذا قيل.

وردّه في «فتح القدير»؛ بأن هذا إنّما يتم إذا قيل: بأنّ التّسبيح والتحميد ليس سنة في قومة الركوع؛ بل في نفس الانتقال عليها، لكنه خلاف ظاهر النصوص.

ثمَّ يقرأُ: «سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ... إِلَى آخِرِهِ».

وَلَا يضمُّ: «وجَّهتُ وَجْهِي... إِلَى آخِره»؛ خلافاً لأبي يُوسُفَ.

والواقع: أنّه قلّ ما يقع التسميع؛ إلا في القيام حالة الجمع بينهما. انتهى.

ورده في «البحر»: بأن يقول: إنّ المراد أن الاعتماد سنّ في قيامٍ سنّ فيه ذكر، وله فيه قرار، ولا قرار له في القومة، ولا يخفى عليك ضعفه؛ لأنّ تعديل القومة والجلسة فرض عند أبي يوسف، وسنة عندهما في الرواية المشهورة عنهما، وواجب في بعض الروايات عنهما.

وأدنى التعديل: قدر تسبيحة معتدلة، وذا لا يكون إلّا بالقراءة، ولهذا رجح بعض مشايخنا أنّ التّسميع والتّحميد سنة بالانتقال من الركوع إلى القومة، وسنبيّنه إن شاء الله تعالى.

وفي «فتح القدير» عن أبي علي النسفي، والحاكم عبد الرحمن: السنة في الجنازة وتكبيرات العيد والقومة: الاعتماد؛ مخالفة للروافض؛ فإنهم يرسلون فيها، والصحيح ما ذكر في الكتاب.

(ثم يقرأ سبحانك اللهم... إلى آخره) لما رواه الدارقطني عن أنس رضي الله عنه أنّه ﷺ كان يقرأ سبحانك اللهم... الحديث، [١١٠/ب] بعد تكبيرة الافتتاح.

(ولا يضم) قبل التكبير ولا بعده ولا بعد الثناء **(وجّهت وجهي... إلى آخره)** للّذي فطر السّموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين، إنّ صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله ربّ العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين.

قال شيخ الإسلام: ولو قال: وأنا أوّل المسلمين.. اختلف في فساد صلاته، قيل: تفسد لأنّه كذب في صلاته، وقيل: لا؛ لاحتماله على أنّه أراد به قراءة القرآن لا الإخبار عن نفسه، **(خلافاً لأبي يوسف)** قال أحبّ إلي أن يزيد في الافتتاح وجهت وجهي للذي... إلى آخره، لما في «مسلم» عن علي رضي الله عنه: عن رسول الله ﷺ: أنّه كان إذا قام إلى الصّلاة قال: «وجهت وجهي للذي...» الحديث.

سرّاً لِلْقِرَاءَةِ، فَيَأْتِي بِهِ الْمَسْبُوقُ عِنْدَ قَضَاءِ ما سُبِقَ، لَا الْمُقْتَدِي،............

وفي «الهداية»: الأولى أن يقول: أستعيذ بالله؛ ليوافق القرآن.

وقيل: أن يقول: أعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان الرجيم، وهو رواية عن حفص.

والأصح: هو الأوّل؛ لأنّ معنى استعذ في القرآن: طلب العوذ؛ فقوله: أعوذ بالله امتثال مطابق لمقتضاه، والموافقة اللفظية على ما اعتبره صاحب «الهداية» غير لازم، بل مهدر.

ولذا كان المنقول من استعاذته ﷺ: أعوذ، وقوله: العظيم السميع العليم ثناء، وبعد العوذ محل القراءة لا الثناء.

(سرّاً) لما رواه ابن أبي شيبة عن ابن مسعود: «أربع يخفيهنّ الإمام: التعوذ، والتسمية، وأمين، وربنا لك الحمد».[١١١/أ]

وما روي عن ابن عمر من الجهر بالتّعوذ محمولٌ على الابتداء لا على القصد، أو على تعليم السامعين.

(للقراءة) اللّام: للتوقيت، وفيه ردّ لما قيل: إنّه يتعوذ بعد القراءة لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ ﴾.

قلنا: معناه إذا أردت القراءة على ما ذكرناه؛ ولأنّ التّعوذ لدفع وسوسة الشيطان، وإنما يحتاج إلى الدفع قبل القراءة لا بعدها، ولو تعوّذ قبل الثناء.. ينبغي أن يعيده بعده؛ لعدم وقوعه في محلّه.

(فيأتي به المسبوق عند قضاء ما سبق)؛ لأنّه يقرأ في هذه الحالة، والتعوذ تابع للقراءة، وقال أبو يوسف: يأتي مرتين؛ مرة عند الدخول بعد الثناء إن لم يجهر الإمام بالقراءة، ومرة عند قضاء ما سبق، وعنه: أنّه لا يتعوذ عند قضاء ما سبق بعد تعوّذه أوّلاً، وهو الصّحيح؛ لأنّ تكراره لم يشرع.

(لا المقتدي)؛ لعدم القراءة عليه.

ثُمَّ يَتَعَوَّذُ..

قلنا: هذا في التطوع والتهجد وكلامنا في الفرض، ولا يزاد فيه على ما اشتهر من الأثر، ولهذا لا يأتي بقوله: وجلّ ثناؤك في الفرض؛ لأنّه لم يذكر في المشاهير، وكذا التوجه لم يذكر في المشاهير.

واختلفت الرواية ههنا عن أبي يوسف، في رواية قال: المصلّي مخيّر إن شاء يقول التوجه قبل الثناء، وإن شاء يقوله بعده، وهو مختار الطحاوي وصحّحه الزاهدي.

وفي رواية عنه: يقوله قبل التكبير وبعد النية، واختاره أبو الليث.

وفي رواية: يقوله بعد الثناء، وهو الصحيح من مذهبه على ما ذكره شيخ الإسلام.

وفي رواية: يقوله قبل التكبير والنية.

وفي «الهداية»: الأولى أن لا يأتي بالتوجه قبل التكبير؛ ليصل النية بالتكبير وهو الصحيح، وهذا لأنّه يؤدي إلى تطويل مكثه في المحراب قائماً مستقبل القبلة ولا يصلّي، وهو مذموم شرعاً لما روي أنه ﷺ قال: «ما لي أراكم سامدين؟!».

(ثم يتعوّذ) أي: من الشيطان؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيْطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ﴾ معنى: فإذا قرأت فإذا أردت قراءة القرآن، وظاهره الوجوب نظراً إلى حقيقة الأمر، وإليه ذهب الثوري وعطاء؛ إلّا أنّ السلف قاطبة أجمعوا على أنه سنة بناء على أنه شرع دفعاً للوسوسة في الصّلاة، ولأنّه ﷺ علّم الأعرابي واجبات الصّلاة وسكت عن التعوذ، ولو كان واجباً.. لما سكت.

لا يقال: إنّه ﷺ إنّما علّمه واجبات الصّلاة، والتعوذ من واجبات القراءة على ما هو الظاهر ممّا تلوناه لا من واجبات الصّلاة؛ لأنّ الواجب لواجب الشيء واجب لذلك الشيء أيضاً.

ثم اختلف فيه، فاختار أكثر مشايخنا أن يقول: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم.

وَيُؤَخَّر عَن تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ، وَعندَ أَبي يُوسُفَ: هُوَ تبعٌ للثناءِ، فَيَأْتِي بِهِ الْمُقْتَدِي، وَيقدَّمُ على تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ.

وَيُسمِّي سرّاً أَوَّلَ كلِّ رَكْعَةٍ،..

(ويؤخر) أي: الإمام (عن تكبيرات العيد) أي: الزوائد؛ لأنّ القراءة بعدها وهو تابع لها هذا عندهما، (وعند أبي يوسف: هو تبع للثناء) أي: لا القراءة على ما هو عندهما.

(فيأتي به المقتدي) لأنّه يثني.

(ويقدم) إماماً كان أو مأموماً (على تكبيرات العيد)؛ لأنّه يثني ثمة.

(ويسمّي) أي: يقول بسم الله الرحمن الرحيم، لما رواه التّرمذي: كان رسول الله ﷺ يفتتح صلاته ببسم الله الرّحمن الرّحيم، وقال مالك: لا تسمية في الصّلاة أصلاً، والحّجة عليه ما رويناه.

وما رواه مسلم عن أنس رضي الله عنه قال: صلّيت خلف رسول الله ﷺ وكان يفتتح بالحمد لله ربّ العالمين، ولا يذكر ببسم الله الرحمن الرحيم.. محمول على الإخفاء.

(سرّاً): في السرية والجهريّة؛ لإطلاق ما رويناه من حديث ابن أبي شيبة.

وقال الشافعي: الجهر في الجهرية؛ لما روى ابن عباس: كان رسول الله ﷺ يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم، قلنا: محمول على الابتداء، أو على التعليم.

وقد روي أنه ﷺ يسرّ ببسم الله الرحمن الرّحيم، وروي أنه لم يجهر.

(أول كل ركعة) أي: في جميع الرّوايات من أصحابنا؛ لما في «شرح القدوري» للزّاهدي: الأحسن أن يسمي في أوّل الفاتحة في كل ركعة في قول أصحابنا كلهم، لا تختلف الرواية عنهم، وإنّما الاختلاف في وجوبها، فعندهما: تجب في الثانية كالأولى، وفي رواية هشام عن الإمام: لا تجب إلّا مرّة واحدة.

والصحيح هو الوجوب في كلّ ركعة، كذا في «القنية»، و«شرح المنظومة»،

لَا بَينَ الْفَاتِحَةِ وَالسورَةِ، خلافاً لمُحَمدٍ فِي صَلَاةِ المخافتةِ.

وَهِيَ آيَةٌ منَ الْقُرْآنِ، أُنزِلت للفصلِ بَينَ السُّوَرِ، لَيست من الْفَاتِحَة، وَلَا من كلِّ سُورَةٍ.

ورجّحه الزيلعي في السّهو، وقد ذكرناه في السنن.

(لا بين الفاتحة والسورة) لا في الجهرية ولا في السرية.

وعن الكرابيسي: أنّه أوجب السّهو بترك التسمية بين الفاتحة والسورة، وهو بعيد جدّاً على ما صرّح به في «البحر».

كما أنّ قول من قال: لا يسمّي إلّا في الركعة الأولى فقط غير صحيح.

(خلافاً لمحمد في صلاة المخافتة) يقول: يسنُّ التّسمية بينهما في المخافتة؛ لكونه أقرب على متابعة المصحف، والصحيح قولهما على ما في «البدائع».

والخلاف في الأحسنية؛ وإلّا.. فلا خلاف في عدم الكراهة.

ولهذا صرّح في «الذخيرة» أنّه إن سمّى بين الفاتحة والسّورة [١١١/ب] كان حسناً عند أبي حنيفة، سواء كانت القراءة سرّاً أو جهراً، ورجّحه ابن الهمام؛ لشبهة الاختلاف في كونها آية من كلّ سورة.

(وهي آية) واحدة برأسها (من القرآن أنزلت للفصل بين السّور، ليست) جزء (من الفاتحة) على ما ذهب إليه البعض، (ولا من كلّ سورة) على ما ذهب إليه البعض.

والصحيح عند أبي حنيفة وأصحابه ما اختاره المصنف على ما في الأصول.

فإن قيل: إنّها لو كانت آية مستقلة من القرآن لا جزء من الفاتحة أو السّورة.. لجازت الصلاة بها.

قلنا: عدم جوازها بها لا لعدم كونها آية من القرآن؛ بل لوقوع الشبهة في كونها آية تامة؛ لأنّ من مذهب الشافعي أنّها مع ما بعدها إلى رأس الآية آية تامة، فأورث شبهة في كونها آية تامة، فلا يتأتى بها الفرض المقطوع به احتياطاً، على أنّا نقول:

ثُمَّ يقرأُ الْفَاتِحَة وَسورَةً، أَو ثَلَاثَ آيَاتٍ.

وَإِذا قَالَ الإِمَامُ: ﴿ وَلَا ٱلضَّآلِّينَ ﴾.. أَمَّنَ ....

عدم الجواز بها ممنوع، على ما ذكره الإمام التمرتاشي في شرح «الجامع الصغير»: أنه لو اكتفى بالبسملة.. يجوز الصّلاة عند أبي حنيفة، والصّحيح: عدم الجواز على ما في «الكشف الكبير».

وجواز قراءتها على الحائض والجنب لقصد التيمن والذكر، وأمّا عدم إكفار منكرها؛ فلتأويل أنها نزلت للتبرك كما في أوائل الكتب.

وعن الشافعي: أنّها آية من كلّ سورة فصارت مائة وثلاث عشرة آية.

قلنا: لا تواتر فيها، وكلّ ما هو قرآن.. فهو تواتر.

(ثم يقرأ الفاتحة وسورة أو ثلاث آيات)، وقد ذكرنا في تعدد الأركان والواجبات أن تعيينها واجب، وأنّه اختلف في القراءة نائماً هل يجزئ أم لا؟ قيل: نعم، وقيل: لا، فارجع إليه.

وينبغي أن يفصل بين السّورتين اللّتين قرأهما في الركعة الأولى والثانية بثلاث سور.

ولو ترك سورتين.. قيل: يكره، والصحيح: أنه لا يكره.

ولو ترك سورة.. يكره؛ إلّا أن تكون السّورة التي تركها أطول من السّورة الّتي قرأها في الركعة الثّانية بثلاث آيات فصاعداً.

(وإذا قال الإمام ولا الضالين.. أمّن) من التأمين، أي: يقول آمين بالمد والقصر، والأول أفصح.

والميم فيها مخفّفة، وتشديدها خطأ، ولا تفسد بها الصلاة لكونها لغة فيه، وقيل: تفسد، والفتوى على الأوّل.

واعلم أنّ أمّن مشتق من آمين؛ لأنّ العرب قد يتصرفون في بعض الجوامد، فيشتقون منها أفعالاً وصفاتاً مضاهياً للاشتقاق المعهود من المصادر والأفعال،

هُوَ والمؤتمُّ سرّاً.

ثُمَّ يكبّرُ..

فيقولون: أمّن أي قال: آمين، وسجل: أي قال سبحان الله، وبسمل أي قال: بسم الله، وحوقل أي قال: لا حول ولا قوة.

(هو والمؤتم) بالاتفاق في الجهرية، وأمّا في السرية: فلا يؤمّن المؤتم على ما في «المحيط».

وعن أبي جعفر: أنّه يؤمّن لو سمع ولا الضالين.

وفي رواية عن أبي حنيفة ومالك: أنّ الإمام لا يؤمّن في الجهرية لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قال القارئ: غير المغضوب عليهم ولا الضالين.. قال من خلفه: آمين» ولنا ما في «الصحيحين» مرفوعاً: «إذا أمّن الإمام.. فأمّنوا» وتأويل ما روياه على ما في «النووي»: إذا قال الإمام ولا الضالين وقال آمين.. فقولوا معه: آمين.[١١٢/أ]

وقد قال محمد عن مالك عن الزهري عن سعيد بن المسيّب عن أبي هريرة: أنّ الإمام يؤمّن (سرّاً) في السّرّية والجهرية.

وقال الشافعي: الإمام يجهر في الجهرية؛ لحديث وائل بن حجر أنّه قال: كان رسول الله ﷺ إذا قرأ ولا الضالين.. قال: آمين ورفع بها صوته.

ولنا ما رويناه من حديث ابن أبي شيبة؛ ولأنه ذكر وليس من القرآن.. فالإخفاء فيها أولى، وما رواه على تقدير صحته محمول على الابتداء، أو على التعليم أحياناً.

(ثم يكبّر) أي: يكبّر بعد قراءة الفاتحة وضم السّورة بلا رفع يد؛ لما رواه مسلم: أنّ النبي ﷺ كان يكبّر عند كل خفض ورفع، رواه الترمذي عن ابن مسعود مرفوعاً، معناه: عند ابتداء كلّ ركن وانتهائه، ومعنى التكبير عند الخفض والرّفع: أن يقال: الله أعظم من أن يؤدّى حقه بهذا القدر من العبادة.

فإن قيل: إذا كان النبي ﷺ يكبّر عند كل خفض ورفع.. فلم لا يكبّر عند رفع

رَاكِعاً.

الرأس من الركوع؟ قلنا: المراد من التكبير أن لا يخلو جزء من أجزاء الصّلاة عن الذكر، فعند الرفع يسمّع المصلّي إن كان إماماً، ويحمد إن كانت مقتدياً، ويجمعهما إن كان منفرداً؛ فلا يخلو ذلك عن الذكر، فلم يسنّ التكبير لذلك.

(راكعاً) اختلفت الرواية ههنا، ففي رواية القدوري: ثم يكبّر ويرفع.

وفي رواية «الجامع الصّغير»: ويكبّر مع الانحطاط.

فمقتضى رواية «الجامع الصغير» مقارنة التكبير للركوع؛ لأنّ مع: للمقارنة.

ومقتضى رواية القدوري أعمّ منه ومن غيره؛ لاحتمال الواو المقارنة وعدمها.

وكلام المصنف ظاهر في رواية «الجامع الصغير»؛ لأنّ مقتضى الحال المقارنة.

ومن هنا ذهب بعض أصحابنا إلى أنّ السنّة أن يكبّر قائماً ثم يركع، وبعض أصحابنا إلى أنّ السنة أن يكبر عند الخرور، ابتداؤه: عند أول الخرور، وفراغه: عند استواء الظهر في الركوع، على ما في «غاية البيان»، و«الخلاصة»، قالوا: الأصح ما في «الجامع الصغير»؛ لئلا يخلو حالة الانحناء عن الذكر.

ولما في «الصّحيحين»: عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنّ النبي ﷺ يكبّر حين يقوم في الصّلاة ثم يكبّر حين يركع، ثمّ في قوله: ثم يكبّر راكعاً: إشارة إلى أنّ وقت الركوع بعدما فرغ من القراءة، وأنّه لا يصل بينهما، سواء كان التكبير مع الانحطاط، أو في القيام قبل الانحطاط.

أمّا إذا كان في القيام؛ فظاهر، وأمّا إذا كان مع الانحطاط؛ فلأنّ «ما» مع الـ«بعد»، بعديّة زمانية.. يكون بعداً فيكون الركوع بعداً من القراءة.

وقيل: إذا بقي من القراءة شيء في حالة الخرور.. لا بأس به؛ بعد أن يكون ما بقي حرفاً أو كلمة.

والأوّل: أصحّ؛ لأنّ القراءة شرعت في القيام لا في الركوع.

وفي «الخلاصة»: ويركع حين يفرغ من القراءة وهو منتصب. انتهى.

ويعتمدُ بيدَيْهِ على رُكْبَتَيْهِ، ويفرّجُ أَصَابِعَهُ، باسطاً ظَهرَهُ، غيرَ رَافعٍ رَأسَهُ، وَلَا منكّسٍ لَهُ.

وَيَقُولُ ثَلَاثاً: «سُبْحَانَ رَبِّيَ الْعَظِيمِ». ....

وفي «الكفاية»: لا يكره وصل القراءة بتكبير الركوع.

وعن أبي يوسف أنّه قال: ربما وصلت القراءة إلى تكبير الركوع، وربما تركت.

وكلام المصنف ظاهر في ترك الوصل، وهذا التخيير عن أبي يوسف إنّما يتمشى على تقدير كون التكبير في القيام، لا مع الانحطاط، وإلّا لو كان التكبير مع الانحطاط.. لا شك [١١٢/ب] أن الصّحيح ترك الوصل.

(ويعتمد بيديه على ركبتيه) ناصباً ساقيه، وإحناؤهما شبه القوس كما تفعل عامة النّاس؛ مكروه على ما في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: ينبغي أن يكون بين رجليه حالة القيام: قدر أربع أصابع.

واحترز بالاعتماد على ركبتيه عن التطبيق المروي عن ابن مسعود؛ لأنّه منسوخ على ما ذكرناه.

(ويفرّج أصابعه)؛ لما رواه الطّبراني أنه ﷺ قال لأنس رضي الله عنه: «إذا ركعت.. فضع كفّيك على ركبتيك، وفرّج بين أصابعك»؛ ولأنّ التّفريج أمكن من الأخذ بركبتيه.

(باسطاً ظهره)؛ لما رواه ابن ماجه: أنّه ﷺ كان إذا ركع سوى ظهره.

(غير رافع رأسه ولا منكس له)؛ لما رواه مسلم: أنّه ﷺ كان إذا ركع.. لم يشخص رأسه، ولم يصوبه، ولكن بين ذلك. إشخاص الرأس: رفعه، وتصويبه: خفضه.

(ويقول ثلاثاً: سبحان ربي العظيم)؛ لما أخرجه ابن ماجه: «إذا ركع.. فليقل سبحان ربّي العظيم ثلاث مرات، وذلك أدناه»، وليس الأمر للوجوب؛ وإلّا لعلّمه الأعرابي حين علّمه واجبات الصّلاة.

وَهُوَ أدناهُ، وتستحبُّ الزِّيَادَةُ مَعَ الإِيتارِ للمنفردِ.

ثُمَّ يرفعُ الإِمَامُ...

(وهو أدناه) هذا من لفظ ما رويناه، والمراد: أدنى الكمال؛ لا الجواز، وقيل: المراد به من حيث جمع العدد المسنون؛ فإن أقلّ جمع العدد ثلاثة، وجمع «صاحب الهداية» بين القولين وقال: المراد أدنى كمال الجمع؛ فإنّ أدنى الجمع لغة يصدق على اثنين، وكماله إنما يوجد في الثلاثة.

(وتستحب الزيادة مع الإيتار): من خمس، أو سبع، أو تسع **(للمنفرد)**؛ لأنّ الإمام لا ينبغي له أن يطول الركوع على وجه يمل القوم.. حذراً عن التنفير المكروه.

وقال الإمام السرخسي: ينبغي للإمام أن يقول ذلك خمساً؛ حتى يتمكن القوم ثلاثاً.

ولو كان الإمام في الركوع فسمع خفق النعال.. فكره له أن ينتظره.

وعن أبي مطيع: أنّه لا بأس به.

وقال الشعبي: إنّه لا بأس به مقدار التسبيحة أو التسبيحتين.

وقال بعضهم: إنّه يطوّل التّسبيحات ولا يزيد في العدد.

وقال أبو القاسم الصّفار: إن كان الجائي غنياً.. لا يجوز له الانتظار، وإن كان فقيراً.. يجوز.

وقال الفقيه أبو الليث: إن كان الإمام عرف الجائي.. لا ينتظر؛ لأنّه يشبه الميل إليه، وإن لم يعرفه.. فلا بأس به؛ لأنّ في ذلك إعانة على الطاعة.

(ثم يرفع الإمام) رأسه من الركوع والمأموم يتابعه فيه وإن لم يتم ثلاثاً، وقيل: يتم ثلاثاً ثم يرفع رأسه، والأول أصح؛ لأنّ الإمام إنّما جعل ليؤتم به، وكمال الاقتداء به في الرفع معه.

وهذا الرفع سنة، وعن أبي حنيفة أنّه فرض، والأول أصح على ما ذكرناه في عدد السنن.

قَائِلاً: «سمعَ اللهُ لمَن حَمِدَهُ»،...

(قائلاً: سمع الله لمن حمده)؛ لما رواه مسلم: أنّ النبي ﷺ يكبر حين يقوم، ثم يكبر حين يركع، ثم يقول: «سمع الله لمن حمده» حين يرفع صلبه من الركوع، ثم يقول وهو قائم: «ربنا ولك الحمد»، ثم يكبر حين يهوي ساجداً.

وهذا الحديث أفاد ترجيح مقارنة رفع الرأس من الركوع بالتسميع، ومقارنة التحميد بحالة القيام، ومقارنة التكبير بالركوع، يعني: يبتدئ التكبير حين يبتدئ الركوع، وينتهي عنه [١١٣/أ] حين يستوي ظهره، ويبتدئ بالتّسميع حين يبتدئ رفع رأسه من الركوع، وينتهي حين يستوي قائماً، ثم يبتدئ التحميد وينتهي عنه حين يشرع الانحطاط للسجود.

وقال في «فتح القدير»: وعلى وفقه ذكر في «جامع التمرتاشي» وقال فيه: فإن لم يأت بالتسميع حالة الرفع.. لا يأتي به حالة الاستواء.

وفي «شرح النقاية» عن «المبسوط» و«المحيط»: أنّه يرفع رأسه من الركوع ثم يسمّع بجزء.

وكلام المصنف ظاهر فيما أفاده الحديث من أنّ التّسميع حالة الانتقال والرفع من الركوع.

وفي «العيني»: عن «العوايد الحميدية» الهاء في حمده: للسكت والاستراحة؛ لا للكناية.

وفي «المستصفى» الهاء للكناية، كما في قوله تعالى: ﴿وَٱشْكُرُواْ لَهُۥٓ﴾.

ومعنى سمع الله: قبل الله حمد من حمده، يقال سمع الأمير كلام زيد، أي: قبله، فهو دعاء بقبول الحمد، وقيل: بمعنى أجابه.

وفي «شرح المنية»: لو قال: سمع الله لما حمده باللّام مكان النون.. يرجى أن لا تفسد لقرب المخرج، والظاهر أنّه مبنيّ على الجواب في الألثغ. انتهى.

وجواب الألثغ ذكره في «ذلة القارئ» فارجع إليه.

ويكتفي بِهِ، وَقَالا: يضمُّ إِلَيْهِ: «رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ».
ويكتفي الْمُقْتَدِي بالتَّحميدِ اتِّفَاقاً.

(ويكتفي به) عند أبي حنيفة **(وقالا: يضم إليه ربنا لك الحمد)**، أي: في نفسه على ما في «الهداية» وشرّاحه، أي: يخفيه، فعلى هذا يمكن التوفيق بين القولين بأن يحمل قول أبي حنيفة على أنّه لا يضم جهراً، وقول الإمامين: إنّه يضم إخفاءاً، فلا نزاع بينهما في الحقيقة.

ثم الوجه لهما ما رواه البخاري: كان رسول الله ﷺ إذا قال: «سمع الله لمن حمده».. قال: «اللهم ربنا ولك الحمد».

وكان غالب أحواله الإمامة؛ ولأنّ الإمام يحرض غيره على التحميد، فلا ينبغي له أن ينسى نفسه.

ولأبي حنيفة حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده.. فقولوا: ربنا لك الحمد»؛ لأنّ القسمة تنافي الشركة.

فإن قيل: قد وقعت القسمة في قوله ﷺ: «إذا قال الإمام: ولا الضالين.. فقولوا: آمين، مع أنّ الإمام مشاركهم فيه».

قلنا: إن المشاركة ههنا ثبت بدليل خارجي، أعني: قوله ﷺ؛ فإن الإمام يقولها سرّاً ولا دليل فيما نحن فيه فبقي على ظاهر القسمة؛ ولأنّه لو أتى الإمام بالتحميد.. لزم وقوعه بعد تحميد المقتدي، وهو خلاف وضع الإمامة.

وما روياه حكاية فعل فلا يعارض قوله ﷺ؛ ولأنّه محمول حالة الانفراد، والمنفرد يجمع بينهما.

ثم لا فرق بين ربنا لك الحمد، وربنا ولك الحمد على ما حكي عن الهندواني، قيل: الواو فيه زائدة، وقيل عاطفة، أي: ربنا حمدناك ولك الحمد.

(ويكتفي المقتدي بالتحميد اتّفاقاً)، أي: بين أئمتنا.

وقال الشافعي: إنّه يجمع بين التّسميع والتحميد كالمنفرد، وهو رواية شاذة عن

وَالْمُنْفَرِدُ يجمعُ بَينهمَا فِي الْأَصَحِّ، وَقِيلَ: كالمقتدي.
ثمَّ يكبِّرُ وَيسْجدُ، فَيَضَعُ رُكْبَتَيْهِ ثمَّ يَدَيْهِ ....

أبي حنيفة، والحجة عليه ما ذكرناه من خبر القسمة.

(والمنفرد يجمع بينهما في الأصح) احتراز عما سيأتي من القولين كذا في «الهداية».

وذكر في «المحيط»: أنّه لا شك على قول الإمامين أن المنفرد يأتي بهما معاً كالإمام، وأما على قول أبي حنيفة فلا رواية عنه نصاً على ما ذكره الطحاوي، واختلف فيه مشايخنا، والأصح أنّه يأتي بهما [١١٣/ب] عنده.

(وقيل: كالمقتدي) فيكتفي بالتحميد فقط، وهو رواية المعلى عن أبي يوسف، وفي «المبسوط»: وهو الأصح، وفي «المحيط»: وبه يفتي شمس الأئمة الحلواني والسرخسيّ، وفي «التّبيين»: وعليه أكثر المشايخ.

وذلك لأنّ التسميع حث لمن معه على التحميد، وليس معه غيره ليحثه عليه.

وقيل: إنّ المنفرد يأتي بالتسميع فقط على ما ذكره شيخ الإسلام عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

(ثم يكبّر)، أي: بعدما استوى قائماً يكبر.

(ويسجد) لما رويناه أنّه ﷺ يكبّر عند كل خفض ورفع، وفيه إشارة إلى أنّ التكبير يقارن حالة الانتقال من القومة إلى السجود، وقد ذكرنا في تعديل الأركان حال القومة والجلسة والانتقال وتعديلها فارجع إليه.

(فيضع ركبتيه) يمينها أوّلاً، يسارها ثانياً، **(ثم يديه)** كما في ركبتيه، لما في السنن عن وائل بن حجر رضي الله عنه قال: رأيت رسول الله ﷺ إذا سجد.. وضع ركبتيه قبل يديه، وإذا نهض.. رفع يديه قبل ركبتيه، ولا يعارضه ما في السنن عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا سجد أحدكم.. فلا يبرك كما يبرك البعير، وليضع يديه قبل ركبتيه»؛ لأنّ حديث وائل أثبت منه على ما صرّح به البغوي، وقيل:

ثمَّ وَجهَهُ بَين كفَّيهِ ضامّاً أَصَابعَ يَدَيْهِ محاذيةً أُذُنَيْهِ ويُبدي ضَبعَيهِ ويُجافي بَطْنَهُ عَن فَخذَيهِ، وَيُوجِّهُ أَصَابعَ رجلَيْهِ نَحْوَ الْقبْلَةِ.

إنّه منسوخ بحديث مصعب: كنا نضع الركبتين قبل اليدين.

(ثم وجهه بين كفّيه) لما رواه مسلم من حديث وائل: أنّه ﷺ وضع وجهه بين كفّيه حين يسجد.

ولا يعارضه ما رواه البخاري من حديث أبي حميد: أنّه ﷺ لما سجد.. وضع كفيه حذو منكبيه، وهو قول الشافعي؛ لأنّ حديث وائل أثبت منه؛ لأنّ في حديث أبي حميد، فليح بن سليمان، وضعّفه النسائي، وابن معين، وأبو داود، وأبو حازم.

(ضامّاً أصابع يديه محاذية أذنيه) لما في «مسند إسحاق بن راهويه» عن وائل قال: رمقت النبي ﷺ، فلمّا سجد.. وضع يديه حذاء أذنيه، ولأنّ وضع الوجه بين الكفين يستلزم هذا.

(ويبدي ضبعيه) لما في «الصحيحين»: أنّ النبي ﷺ كان إذا صلّى.. فرّج بين يديه حتى يبدو بياض إبطيه.

لكن هذا إذا لم يكن يؤذي لمن يصلي في جنبيه، وإلّا.. فلا.

(ويجافي بطنه عن فخذيه) لما في «مسلم» عن ميمونة قالت: كان النبي ﷺ إذا سجد.. لو شاءت بهيمة أن تمر بين يديه لمرت.

(ويوجه) أطراف **(أصابع رجليه نحو القبلة)** لما في «البخاري»: أنّ النبي ﷺ إذا سجد استقبل بأطراف أصابع رجليه نحو القبلة.

ويكره تركه على ما في «البحر» عن «التجنيس».

وأمّا وضع القدم في السجود.. ففرض لا يتحقق السجود بدونه، على ما ذكره القدوري في «شرح مختصر الكرخي» حتى لو رفع كلاهما.. لا يجوز على ما صرّح به «قاضي خان».

ولا يخفى عليك أنّ معنى رفعهما: عدم وضعهما ابتداء، حتى لو وضعهما ثم

وَالْمَرْأَةُ تنخفضُ وتُلزِقُ بَطنَهَا بفخذَيها.

رفعهما.. لم يكن مفسداً لوجود السجدة، ولو وضع إحديهما ورفع الأخرى.. يجوز على ما صرح في «الخلاصة»، و«البزازية»، وقيل: فيه روايتان: في رواية يجوز، وفي رواية أخرى لا يجوز.

وأما توجيه الأصابع نحو القبلة في السجود.. فهو سنة على ما صرّح به في «شرح النقاية» نقلاً عن «الجلابي»: أنّ توجيه الأصابع سنة.[١١٤/أ]

ويدل عليه ما نقلناه من «البحر» من أن تركه مكروه، وقال في «قاضي خان»: ويكره أن يحرف أصابع يديه أو رجليه عن القبلة في السّجود وغيره. انتهى.

وهذا لأنّ الكراهة تحصل من ترك السنة لا من ترك الفرض، هذا قال في «العناية» نقلاً عن «التمرتاشي»: إنّ وضع اليدين والقدمين سواء في عدم الفرض، ثم قال: وهو الحقّ، وتعقبه في «شرح المنية» وقال: وهو بعيد عن الحَق.

ولا يخفى عليك أنّ مراد «التمرتاشي» و«صاحب العناية» عدم فرضية وضع القدمين معاً، والحكم كذلك، وإنّما الفرض وضع أحدهما؛ فظهر حقيّة ما في «التمرتاشي»، قال في «الخلاصة» و«البزازية»: والمراد بوضع القدم ههنا: وضع الأصابع، وإن وضع إصبعاً واحدة أو ظهر القدم بلا إصبع؛ إن وضع مع ذلك إحدى قدميه.. صحّ، وإلّا.. فلا، هكذا ذكره في «شرح المنية»، ثم قال: وفهم منه أنّ المراد بوضع الأصابع: توجيهها نحو القبلة.. ليكون الاعتماد عليها، وإلّا.. فهو وضع ظهر القدم، وقد جعلوه غير معتبر. انتهى.

ولا يخفى عليك أنّه مخالف لما ذكروه من أنّ توجيه أصابع رجليه سنة، وأنّ ما ادّعاه من المفهوم ممنوع. تأمل.

(والمرأة تنخفض وتلزق بطنها بفخذيها)؛ لأنّه أستر لها.

وفي «التّبيين»: المرأة تخالف الرجل في عشر خصال:

- ترفع يديها إلى منكبيها.

وَيَقُولُ: «سُبْحَانَ رَبِّي الْأَعْلَى» ثَلَاثاً، وَهُوَ أدناهُ.

وَيسْجدُ بِأَنْفِهِ وجبهتِهِ؛ فَإِنِ اقْتصرَ على أَحدِهمَا، أَو على كُورِ عمَامَتِهِ.. جَازَ مَعَ الْكَرَاهَةِ، وَقَالا: لَا يجوزُ الِاقْتِصَارُ على الْأنفِ من غيرِ عذرٍ.

- وتضع يمينها على شمالها تحت ثدييها.
- ولا تجافي بطنها عن فخذيها.
- وتضع يديها على فخذيها تبلغ برؤوس أصابعها ركبتيها.
- ولا تفتح إبطيها في السجود.
- وتجلس متوركة في التشهد.
- ولا تفرج أصابعها في الركوع.
- ولا تؤم الرجال.
- وتكره جماعتهن.
- وتقوم وسطهن، ويزاد عليه: لا يستحب في حقها الجهر بالقراءة في الجهرية.

(ويقول:) في سجوده **(سبحان ربي الأعلى ثلاثاً، وهو أدناه)** لما رواه الترمذي: «إذا سجد أحدكم.. فليقل: سبحان ربي الأعلى ثلاث مرات، وذلك أدناه».

(ويسجد بأنفه)، وفي «المحيط»: الأنف: اسم لما صلب، وفي ذكره دليل على أنّه لا يكفيه أن يسجد على ما لان منه، وهو الأرنبة. انتهى.

(وجبهته)، لما رواه أنّه ﷺ كان إذا سجد.. مكّن أنفه وجبهته؛ **(فإن اقتصر على أحدهما أو على كور عمامته.. جاز مع الكراهة)** وفيه اشتباه، حيث إنّ الكراهة في الاقتصار على أحدهما تحريميّة، وعلى كور عمامته تنزيهيّة على ما في «البحر».

(وقالا: لا يجوز الاقتصار على الأنف من غير عذر).

والذي ظهر منه:

أنّه لو سجد على الجبهة وحدها.. جاز عند الثلاث مع الكراهة.

ولو على الأنف وحده.. جاز عند أبي حنيفة مع الكراهة، ولا يجوز عندهما إلّا من عذر في الجبهة.

وهذا مخالف لما في «التحفة» و«البدائع»: أنّه لو سجد على الجبهة وحدها من غير عذر في الأنف.. يجوز عند أبي حنيفة بلا كراهة.

ولما في «المفيد والمزيد» أيضاً: من أنّ وضع الجبهة وحدها، أو الأنف وحده.. لا يجزئ عندهما من غير عذر، والجواب: أنّ ما في هذه الكتب مخالف للمشهور.

أمّا ما في [١١٤/ب] الأولين؛ فلأنّ المشهور في «المعتبرات» كراهة الاقتصار على الجبهة بلا عذر في الأنف؛ لما رواه الستة مرفوعاً: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم: الجبهة، والأنف، واليدين، والركبتين، وأطراف القدمين».

وأمّا ما في الأخيرين؛ فلأنّ المشهور من مذهب الإمامين: أنّ الاقتصار على الجبهة جائز مع الكراهة.

ولا خلاف بينهما وبين الإمام على ما فهم من لفظ الكتاب.

وإنّما الاختلاف في الاقتصار على الأنف على ما صرّح به في «المحيط» و«النهاية»، فعنده: يجوز مع الكراهة، وعندهما: لا يجوز؛ إلّا من عذر، لما رويناه.

ولأبي حنيفة: أنّ المأمور به في الآية، السجود: وهو وضع بعض الوجه على وجه لا سخرية فيه، وهو يتحقق بالأنف وحده كما يتحقق بالجبهة وحدها، فالزيادة عليه بخبر الواحد على طريق الفرضية نسخ لا يجوز، ولفظة: «أمرت» لا دلالة فيها على الفرضية؛ لأنّ الأمر أعمّ من الوجوب والنّدب، فقولهما بالافتراض مما لا دليل عليه.

وقال بعض محققي مشايخنا: إنّه لا خلاف بينهم أصلاً.

فقول الإمام: الاقتصار على الأنف مكروه يريد به كراهة التحريم، وهي في ترك الواجب.

وَالْمَرْأَةُ تنخفضُ وتُلزِقُ بَطنَهَا بفخذَيها ....

فلو سجد على كفه وهي على الأرض، قيل: لا يجوز، وقيل: يجوز وصحّح هذا.

أو على فخذه، قيل: [١١٥/أ] لا يجوز ولو بعذر، وقيل: يجوز بلا عذر.

وقال في «فتح القدير»: وهذا - أي: الجواز بلا عذر - ليس بشيء يلتفت إليه؛ بل لا يحل عندي نقله.. كي لا يشتهر.

وصحح الجواز بعذر لا بدونه. انتهى.

وقالوا: لو سجد على ركبتيه.. لا يجوز بعذر وبدونه اتفاقاً.

وقال في «فتح القدير»: ولم نعلم فيه خلافاً، لكن إن كان بعذر.. كفاه باعتبار ما في ضمنه من الإيماء وكان عدم الخلاف فيه؛ لكون السّجود يقع على حرف الركبة، وهو لا يأخذ قدر الواجب من الجبهة.

وفي «التجنيس»: لو سجد على حجر صغير إن كان أكثر الجبهة على الأرض.. يجوز، وإلّا.. فلا.

(ويجوز على فاضل ثوبه) لو كان على مكان طاهر؛ لأنّه لو بسط كمّه على نجاسة.. لا يجوز السّجود عليه على الأصحّ؛ لأنّ كمّه تبع له، وكذا ذيله؛ فيصير به حاملاً للنجاسة بخلاف المنفصل.

وكان المرغيناني صَحح الجواز فيها.

وهذا كما إذا حلف لا يجلس على الأرض فجلس على كمّه أو على ذيله.. فإنه يحنث؛ لأنّه تبع له، ولو على منفصل.. لا يحنث، والأصل فيه ما رواه البخاري عن أنس رضي الله عنه قال: كنا نصلّي مع النبي ﷺ فسجد أحدنا على ثوبه.

وفي «الخلاصة»: إذا بسط كمّه وسجد عليه إن بسط ليتّقي التراب عن وجهه.. يكره؛ لأنّه نوع تكبر، وإن بسط ليتّقي التراب عن ثوبه أو عمامته.. لا يكره.

وعن «الزاد»: لو سجد على كمّه إن كان ثمة تراب أو حصاة.. لا يكره لدفع

وقول الإمامين: الاقتصار عليه لا يجوز بغير عذر عدم الحل: وهو كراهة التحريم.

فالسجود على الجبهة واجب بالاتفاق، وكذا على الأنف لما رويناه.

ثم المعتبر وضع الأكثر، حتى لو وقع مقدار الأنف من الجبهة على الأرض.. لا يجوز؛ لأنّ الأنف عضو كامل يعتبر مستقلاً، وهذا المقدار من الجبهة ليس بعضو كامل ولا أكثرها، على ما في «المحيط».

هذا وقد ذكرنا: أنّ وضع القدم في السجود فرض، وأمّا وضع اليدين والركبتين فليس بفرض في ظاهر الرواية وعليه الفتوى، على ما في «الخلاصة» و«المحيط»؛ بل هو واجب عند بعض مشايخنا، وسنة عند بعض، واختاره صاحب «الهداية».

وقال زفر والشافعي: إنه فرض عملاً بظاهر: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم»، قلنا: نص الكتاب إنّما أفاد السجود فقط على ما ذكرناه، والزيادة عليه بطريق الفرضية نسخ، ويجوز بطريق الوجوب فيكون واجباً، وقد أوجبه ﷺ.

وأمّا السجدة على كور عمامته، فلما في «البخاري» تعليقاً: قال الحسن: كان القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة. انتهى.

وإنّما كره ذلك لما فيه من ترك نهاية التعظيم.

وفي «البحر»: الظاهر أنّ الكراهة هنا تنزيهية، وهذا بناء على أنّ المتروك فيه نهاية التعظيم لا أصل التعظيم، وإلا.. لم يصح أصلاً؛ لأنّ الركن فعل وضع للتعظيم.

فما ذكر في «التجنيس»: أنّه يكره السجود على كور العمامة لما فيه من ترك التعظيم: محمول على ما ذكرنا، لا على أصل التعظيم؛ وهذا لأنّ العمامة حائل تابع فلا يمنع أصل التعظيم كما في السجود على كمّه، أو على ذيله.

وأمّا الحائل الذي هو جزؤه.. ففيه خلاف:

وعَلى شَيْءٍ يجدُ حجمَهُ وتستقِرُّ جبهتُهُ عليهِ، لا على مَا لا يستقِرُّ.

وَإن سجدَ للزَّحمةِ على ظهرِ من هُوَ مَعَه فِي صلَاتهِ.. جَازَ.

الأذى عن نفسه، وإن لم يكن.. جاز ويكره.

ويؤيده ما حكي عن أبي حنيفة أنّه كان يصلي ويسجد على خرقته ليتقي بها حرّ الأرض.

(وعلى شيء) منفصل كالسّجادة، وفي «البزازي»: الأولى في زماننا الصلاة على السّجادة؛ لأنّ النّاس تهاونوا في أمر الطهارة.

ولو صلّى على القباء يجعل الكتف تحت رجله ويسجد على الذيل؛ لأنّ طهارة موضع القدم في القيام شرط بالاتفاق، وموضع السجود مختلف فيه على ما ذكر في طهارة المكان، والذيل مساقط الزبل، ولأن السجود على الذيل أقرب إلى التواضع.

(يجد حجمه) فسّروا وجدان الحجم: بأن السّاجد لو بالغ.. لا يتسفل رأسه أبلغ من ذلك، وإليه أشار بقوله: **(وتستقر جبهته عليه)** فيصح السّجود على الطنفسة، والحصير، والحنطة، والشعير، والسّرير، والعجلة إذا كانت على الأرض، وأمّا إذا كانت على الحيوان.. فلا يجوز؛ لأنّ قرارها على الحيوان كالبساط المشدود بين الأشجار.

وكرهت طائفة: السجود على غير الأرض، والحجة عليهم: ما رويناه عن أنس رضي الله عنه.

(لا على ما لا يستقر)؛ لأنّه حينئذ بمنزلة الساجد على الهواء.

وفي «فتح القدير»: يجوز السجود على الحشيش، والتبن، والقطن، والطنفسة إن وجد حجم الأرض، وكذا الثلج اللبد؛ فإن كان بحال يغيب فيه وجهه ولا يجد الحجم.. لا، وإن وجد.. جاز كذا في «المحيط».

(وإن سجد للزحمة على ظهر من هو معه في صلاته.. جاز) في رواية «الأصل»، وفي رواية الحسن، وهو قول الشافعي: لا يجوز؛ لقوله ﷺ: «مكّن

وهي تتِمُّ بِالرَّفْعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ بِالْوَضْعِ.

جبهتك من الأرض» ولنا ما رواه [١١٥/ب] عمر رضي الله عنه: من وجد موضعاً.. سجد فيه، ومن لم يجد.. يسجد على ظهر أخيه، ولأنّ فيه ضرورة، ولذا لا يجوز إذا سجد على ظهر غير المصلّي، ولا على ظهر من يصلّي صلاة أخرى؛ لعدم الضرورة فيه.

وقال في «المجتبى»: لو سجد على ظهر مصل معه ساجد على ظهر مصلّ معه.. لا يجوز، فعلم منه أنه لا بد من أن يكون المسجود عليه ساجداً على الأرض لا على ظهر مصل آخر، ولو معه في الصّلاة.

وقد ذكرنا أنه لو سجد على كفه أو على فخذه لو على ركبته.. قيل: يجوز، وقيل: لا.

وفي «فتح القدير» والذي ينبغي ترجيح الفساد على الكف والفخذ، وقد ذكرنا أيضاً أنّه لا خلاف في عدم جوازه على الركبة.

ولو كان موضع سجوده أرفع من موضع قدميه مقدار لبنتين منصوبتين.. جاز، وإن كثر.. لا، على ما في «المحيط».

وفسّروا اللبنة بلبنتي بخارى وهي ربع ذراع [بعرض] ستة أصابع، فمقدار ارتفاع اللبنتين المنصوبتين: نصف ذراع [بعرض] اثني عشر إصبعاً.

(وهي): أي السجدة **(تتم بالرفع)** أي: برفع الرأس **(عند محمد)**؛ لأنّ تمام الشيء بانتهائه وانتهاء السجدة بالرفع.

(وعند أبي يوسف: بالوضع)، أي: بوضع الجبهة على الأرض؛ لأنّ السجود عبارة عن الانحطاط، وذا يتم بوضع الرأس على الأرض، وزيادة الرفع عليه زيادة على الكتاب بلا دليل.

وقول محمّد أقيس وأوفق للفتوى على ما في «الحقائق».

وثمرة الخلاف تظهر فيمن صلى الظهر خمساً ولم يقعد في الرابعة، وقيد

ثُمَّ يرفعُ رَأسَهُ مكبِّراً وَيجْلسُ مطمئِنّاً وَيكبِّرُ وَيسْجدُ مطمئناً.

ثمَّ يكبِّرُ للنهوضِ، ....

الخامسة بالسجدة وسبقه الحدث فيها.. لا يمكن إصلاح صلاته عند أبي يوسف؛ لأنّه بمجرد الوضع تم الخامسة، ففسد فرضه لفوات القعدة.

وعند محمد لم تتم الخامسة فيتوضأ ويتم بالقعود.

وقالوا: هذا الخلاف في سجدة الصّلاة؛ لأنّ سجدة التلاوة لا تتمّ بالوضع بالاتفاق في ظاهر الرواية، حتى لو تكلم أو أحدث فيها فعليه إعادتها.

(**ثم يرفع رأسه**)، وقد مرّ أنّ هذا الرفع سنّة على الأصح، وعن أبي حنيفة أنّه فرض.

واختلف في مقداره الذي يفصل بين السجدتين:

ففي «الهداية»: الأصح أنّه إن كان إلى القعود أقرب.. جاز، وإن كان إلى السجود أقرب.. لا يجوز؛ لأنّه يعد ساجداً فلا يقوم عن سجدتين.

وفي «المحيط»، و«الكفاية»، و«العناية»: أنّه إذا زايل جبهته عن الأرض ثم أعادها.. جاز عن السجدتين.

ويؤيدّه ما روي عن الحسن: أنّه إذا رفع رأسه بقدر ما يجري الريح بينهما.. يجوز.

ورجّحه في «الكافي»: بأنّ الركنية تتعلق بأدنى ما ينطلق عليه الاسم؛ كالركوع والسّجود، فكذا الرفع يكتفي بأدنى ما ينطلق عليه اسمه.

(**مكبراً**): فيه إشارة إلى مقارنة التكبير بالانتقال على ما مر في تكبير الركوع.

(**ويجلس مطمئناً ويكبر ويسجد مطمئناً**)، وقد ذكرنا أنّ هذه الجلسة، والطمأنينة فيها فرض، أو سنة، أو واجب فارجع إليه.

(**ثم يكبّر للنهوض**)، أي: للقيام إلى الركعة الثانية؛ لما رويناه أنّه ﷺ يكبر عند كل خفض ورفع.

فَيرفعُ وَجهَهُ ثـمَّ يَدَيْهِ ثـمَّ رُكْبَتَيْهِ وينهضُ قَائِماً مِن غيرِ قعُودٍ وَلَا اعْتِمَادٍ بيدَيْهِ على الأَرْضِ.

وَالثَّانيةُ كالأولى، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُثْني وَلَا يَتَعَوَّذُ وَلَا يرفعُ يَدَيْهِ إِلَّا فِي: «فقعس صمعج».

(**فيرفع وجهه، ثم يديه، ثم ركبتيه، وينهض قائماً من غير قعود**).

وقال الشافعي: يجلس جلسة خفيفة لما في «البخاري» عن مالك بن الحويرث أنّه رأى النبي ﷺ إذا كان [١١٦/أ] في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعداً.

ولنا ما رواه الترمذي: أنّ النبي ﷺ كان ينهض في الصّلاة على صدور قدميه، وما رواه محمول على حالة الكبر، أو على تعليم الجواز.

(**ولا اعتماد بيديه على الأرض**)؛ لما رواه أبو داود: نهى النبي ﷺ أن يعتمد الرجل على يديه إذا نهض في الصّلاة، وفيه إشارة إلى جواز الاعتماد على فخذيه، على ما روي عنه ﷺ.

ويكره تقديم إحدى رجليه عند النهوض على ما في «الزيلعي».

(و) الركعة (**الثانية كالأولى**) في جميع ما سبق من الأركان والواجبات والسنن والآداب.

(**إلّا أنّه لا يثني**)؛ لأنّه شُرِعَ في أول الصّلاة، ولهذا سمّي دعاء الاستفتاح.

(**ولا يتعوذ**)؛ لأنّه شرع في أوّل القراءة؛ لدفع الوسوسة فلا يتكرر إلّا بتبديل المجلس.

(**ولا يرفع يديه إلّا في**) المواضع الثمانية التي دل عليها بحروف (**فقعس صمعج**) ثلاثة منها في الصلاة.

فالفاء: لتكبيرة الافتتاح.

والقاف: للقنوت.

والعين: للعيدين.

وخمسة في الحج:

فالسين: لاستلام الحجر.

والصّاد: للصعود على الصّفا.

والميم: للمروة.

والعين: لعرفات.

والجيم: للجمرة.

والرفع في الثلاثة الأولى بحذاء الأذنين.

وفي الخمسة الباقية تفصيل: ففي استلام الحجر وعند الجمرتين الأولى والوسطى يرفع حذاء منكبيه ويجعل باطنهما نحو الكعبة في ظاهر الرواية، وعند الصفا والمروة وبعرفات يرفعها كالدعاء باسطاً يديه نحو السّماء، كذا في «الظهيرية» من المناسك.

ومنه ظهر أنّ مواضع الرفع تسعة، تاسعها: موضع الدعاء.

اكتفى المصنف منه بما فهم مما ذكر، أو يقال: مراده بيان مواضع الرفع على وجه السنة المؤكدة.

والرفع في موضع الدعاء مستحب لا سنة مؤكّدة، على ما صرّح به في «البحر».

وقد ذكرنا: أنّه لا رفع ولا تكبير عند الاستواء من الركوع، خلافاً للشافعي.

ولنا ما رواه أبو داود عن البراء رضي الله عنه قال: رأيت رسول الله ﷺ رفع يديه حين افتتح الصّلاة ثم لم يرفعهما.

وما رواه مسلم أيضاً عن جابر رضي الله عنه قال: خرج علينا رسول الله ﷺ فقال: «ما لي أراكم رافعي أيديكم كأنّها أذناب خيلٍ شُمُسٍ، اسكنوا في الصّلاة».

فَـإِذا رفـعَ رَأسَـهُ مـنَ السَّـجْدَةِ الثَّانِيَـة مـن الرَّكْعَـة الثَّانِيَـة.. افتـرشَ رجلَـهُ الْيُسْرَى فَجَلَس عَلَيْهَا، وَنصبَ يُمناهُ نصباً، وَوجَّهَ أصابعها نَحْوَ الْقِبْلَةِ، وَوضعَ يَدَيْهِ على فَخذَيهِ،...

وما رواه الشافعي في الرفع عند الاستواء من الركوع محمول على ابتداء الإسلام، ثم نسخ على ما ذكره مشايخنا.

(**فإذا رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الثانية.. افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب يمناه نصباً**) لما رواه مسلم كان رسول الله ﷺ يقول في كلّ ركعتين: «التحيات... إلى آخره»، وكان يفترش رجله اليسرى وينصب رجله اليمنى، وهو حجة على مالك فيما روي عنه من التورك.

وفي «الزاهديّ»: أنّ هذا في الفرض، وفي النفل: يقعد كيف شاء كالمريض؛ لأنّ النّفل مبناه على التّخفيف، لكن مذهب الجمهور أنّه مثل الفرض في الجلوس على ما في «النّووي».

وأيضاً الكلام في السنة، ولا خفاء في أنّ السنة في النفل مثل الفرض لا في الجواز، وإلا.. فلا خفاء في جواز التورك في الفرض أيضاً؛ لكنه تارك للسنة.

(**ووجّه أصابعها**)، أي: أصابع رجله اليمنى (**نحو القبلة**) [١١٦/ب]؛ لما رواه النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما: من سنة الصّلاة: أن ينصب القدم اليمنى، ويستقبل بأصابعها القبلة، ويجلس على اليسرى.

(**ووضع يديه على فخذيه**)؛ لما رواه مسلم: كان رسول الله ﷺ إذا قعد.. وضع يده اليمنى على فخذه اليمنى، واليسرى على فخذه اليسرى.

وذكر الطحاوي: أنّه يضع يديه على ركبتيه ويفرق بين أصابعه كحالة الركوع؛ لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ كان إذا جلس في الصّلاة وضع يديه على ركبتيه. والأول أصح على ما في «الخلاصة».

وما رواه الطحاوي محمول على الجواز، والأول على الأفضلية.

وَبسطَ أَصَابِعَهُ موجَّهةً نَحْوَ الْقِبْلَةِ، وَقَرَأَ تشهُّدَ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِي الله عَنهُ، .....

وفي «المحيط»: خيّر بين القولين بلا ترجيح.

(وبسط أصابعه) على فخذيه (موجهة نحو القبلة)، وفيه إشارة إلى أنّه لا يشير بالسّبابة عند الشهادتين، وقد اختلفوا فيه.

وفي «الخلاصة»: المختار: أنّه لا يشير.

وفي «الولوالجي» و«التجنيس»: وعليه الفتوى.

وفي «منية المفتي»: أنّها مكروهة.

وفي «التّبيين»، و«منية المصلّي»: أنّ كثيراً من مشايخنا لا يرون الإشارة.

وقال في «فتح القدير»: أنّ كثيراً من المشايخ أنكروا الإشارة في الصلاة.

وهو خلاف الدراية والرواية؛ فعن محمد أنّ الإشارة قولي وقول أبي حنيفة بأن يقبض خنصره والتي يليها، ويحلق الوسطى والإبهام، ويضع المسبحة وهكذا عن أبي يوسف في «الأماني».

ويكره أن يشير بمسبحتيه، وقيل: يقبض الوسطى والخنصر والبنصر، ويضع رأس إبهامه على حرف مفصل الوسطى الأوسط.

وعن الحلواني: أنّه يرفع الإصبع عند النفي، ويضعها عند الإثبات؛ إشارة إليها.

وفي «النووي»: الإشارة مستحبة عند الشافعي؛ لما في «مسلم»: أنّه ﷺ كان يشير بإصبعه السبابة ويوضع إبهامه على إصبعه الوسطى، وله أحاديث كثيرة، وفيه رسالة للشيخ علي القاري، ورجّح فيها الإشارة.

(وقرأ تشهد ابن مسعود رضي الله عنه)، احترز به عن تشهد ابن عباس وعمر وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم وغيرهم؛ فإنّ لكلّ منهم تشهداً.

والأفضل: تشهد ابن مسعود رضي الله عنه لما روي عنه رضي الله عنه قال: أخذ رسول الله ﷺ بيدي وعلّمني التشهد كما علّمني السورة من القرآن.

وَهُوَ: «التَّحِيَّاتُ للهِ، والصَّلواتُ والطَّيباتُ، السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ، السَّلَامُ علينا وعَلى عبادِ اللهِ الصَّالِحينَ، أشهدُ أَن لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ، وَأَشْهدُ أَنَّ مُحَمَّداً عَبدُهُ وَرَسُولُهُ».

وَلَا يزِيدُ عَلَيْهِ فِي الْقعدَةِ الأُولى..

وأنّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه علّم النّاس تشهد ابن مسعود، (وهو التّحيات)، أي: الملك والبقاء، أو العظمة، أو العبادات القولية، (لله)، أي: لا لغيره كما زعمه ملك العرب، فيكون القصر للإفراد.

(والصّلوات) أي: العبادات البدنية.

(والطيبات) أي: العبادات المالية.

(السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته)، وهذا القول من النبي ﷺ حكاية لسلامه تعالى عليه.

(السّلام علينا وعلى عباد الله الصالحين)، قيل: لا شيء أشرف من العبودية من بين صفات العباد، ولذا خصّه بالذكر.

(أشهد أن لا إله إلّا الله وأشهد أن محمّداً عبده ورسوله)، وفيه إشارة إلى أنّ العبودية أشرف من الرّسالة.

(ولا يزيد عليه في القعدة الأولى)؛ لما في «مسند أحمد»: أنّه ﷺ قال لابن مسعود: «إن كان في وسط الصّلاة نهض حين يفرغ من تشهده، [١١٧/آ] وإن كان في آخرها دعا بعد تشهده ثم يسلّم»، فلو زاد عمداً.. يكره تحريماً لكونه ترك الواجب فيجب إعادتها، ولو سهواً.. يجب السّهو بزيادة اللّهمّ صلّ على محمّد لتأخير القيام، لا لأجل خصوص الصّلاة على النبي ﷺ، وفيه حكاية مشهورة عن أبي حنيفة سيأتي ذكرها في السّهو.

وقيل: بزيادة حرف واحد يجب السّهو، والأوّل هو المختار على ما في «الخلاصة».

ويقرأُ فِيمَا بعدَ الْأُولَيينِ الْفَاتِحَةَ خَاصَّةً، وَهِيَ أفضلُ. وَإِن سبَّحَ أَو سكتَ.. جَازَ.

والقعودُ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ،..

(ويقرأ فيما بعد الأوليين) من الفرض **(الفاتحة خاصة)**، أي: بلا ضم سورة وتعوذ وثناء؛ لما في «البخاري»: أنّه ﷺ كان يقرأ بعد الأوليين من الظهر بأم الكتاب، وهكذا في العصر.

وفي «الاختيار»: إن ضم سورة في الأخريين.. فهو مكروه، ومراده: كراهة تنزيه؛ لأنّ زيادتها جائزة فيها، على ما صرّح به فخر الإسلام، وتبعه في «غاية البيان»؛ لحديث «مسلم»: أنّه ﷺ كان يقرأ في صلاة الظهر في الأخريين قدر خمس عشرة آية، لكن تركها أولى؛ لما رويناه.

فحديث مسلم محمول على تعليم الجواز، وما رويناه على الأولى.

وقد ذكرنا في عدد الواجبات ما يتعلق بها.

(وهي)، أي: القراءة فيما بعد الأوليين [بالفاتحة خاصة] **(أفضل)**، وفي رواية الحسن: أنّها واجبة، والصحيح هو الأوّل على ما في «الهداية».

(وإن سبح) ثلاث تسبيحات بدل الفاتحة.

(أو سكت) قدر تسبيحة، على ما في «النهاية»، أو ثلاث تسبيحات، على ما في «الزيلعي» **(جاز)** في ظاهر الرواية.

(والقعود الثاني كالأول) في افتراش رجله اليسرى والجلوس عليها، ونصب اليمنى، وكون التشهد واجباً، ليس مراده الحصر؛ بل القعود الثالث والرابع إلى العاشر كذلك.

ألا ترى إلى ما قاله أبو الليث في «خزانة الفقه»: وأكثر ما يقع التشهد في الصلاة الواحدة عشر مرات، وهو: أن يدرك الإمام في التشهد الأول من صلاة المغرب ويتشهد معه؛ ثم يتشهد معه الثانية، وعلى الإمام سهو فيسجد معه ويتشهد

وَالْمَرْأَةُ تتورَّكُ فيهمَا، وَهُوَ: أَن تجْلِسَ على أليتِها الْيُسْرَى، وَتُخرِجَ كِلتا رِجْلَيْهَا منَ الْجَانِبِ الْأَيْمنِ.

فَإِذا أتمَّ التَّشَهُّدَ فِيهِ.. صلَّى على النَّبِيِّ صلى الله عَلَيْهِ وَسلم، ....

الثالثة، ثم تذكر الإمام أنّ عليه سجدة تلاوة فيسجد ويتشهد معه الرابعة، ثم يسجد الإمام لهذا السهو ويتشهد معه الخامسة، ثم إذا سلَّم الإمام فقام إلى قضاء ما سبق وصلى ركعة وتشهد السادسة، ثمّ صلى ركعة أخرى وتشهد السابعة، وقد كان سها فيما يقضي فسجد للسهو وتشهد الثامنة، ثمّ تذكّر أنّه قرأ آية سجدة فيما يقضي فسجد وتشهد التاسعة ثم سجد لهذا السهو وتشهد العاشرة. انتهى.

ومراده من التّشهد بعد سجود التّلاوة وتشهد الصّلاة في القعدة الأخيرة؛ لأنَّ العود إلى سجود التّلاوة يرفع القعدة، فحينئذ يعيده ويعيد سجود السّهو؛ لبطلانه بالعود إلى سجود التلاوة كذا في «البحر».

(والمرأة تتورك فيهما)، أي: تقعد على الورك اليسرى على ما أشار إليه بقوله: **(وهو أن تجلس على إليتها اليسرى وتخرج كلتا رجليها من الجانب الأيمن.**

فإذا أتم التشهد فيه)، أي: في القعود الثاني.

وقد ذكرنا: أنّ قراءة التشهدين واجب في ظاهر الرواية.

وقيل: إنّه سنة في القعدة الأولى، واجب في الثانية.

وقيل: سنة فيهما، وعامّة مشايخنا على الأول.

وذكر في «المحيط»: إذا قعد قدر التشهد وقرأ بعضه.. فعلى قول أبي يوسف: تجوز صلاته [١١٧/ب] كما لو ترك كلّه؛ لأن قراءة التشهد واجب ليس بفرض؛ فلا تبطل صلاته بتركه.

وعلى قول محمد: تبطل صلاته؛ لأنّه إذا شرع في القراءة.. افترض عليه إتمامه، والأول أصحّ.

(صلّى على النبي ﷺ)، وهي سنة، وقد بيّناه مع دليله في السّنن، وأنّ موجب

الآية فهو الافتراض في العمر مرة؛ لأنّ الأمر لا يقتضي التكرار، وقد استوفينا مقتضاه أوّلاً، فلا يجب علينا ثانياً، على ما ذهب إليه الشافعي وأحمد.

وهذا مما لا خلاف فيه بين أصحابنا، وإنّما الخلاف بين الطحاوي والكرخي في وجوبها كلما سمع ذكره من نفسه أو من غيره، الموجب للتفسيق بالترك لا في افتراضها.

فاختار الطحاوي تكرار الوجوب، وصحّحه في «التحفة» و«المحيط»، ثم اختلف على قوله: إنّه لو تكرّر ذكره في مجلس واحد هل يتداخل الوجوب فيكفيه صلاة واحدة، أو يتكرر الوجوب من غير تداخل؟ صحّح في «الكافي» من باب سجود التلاوة: الأول، والزائد ندب، وكذا التشميت، وقيل: يجب أن يشمت في كل مرة إلى الثلاث.

وصحّح في «المجتبى» الثاني، وفرّق بينه وبين تكرار ذكر الله تعالى في مجلس واحد حيث يكفي فيه ثناء واحد دون صلاة واحدة.

واختار الكرخي: استحباب التكرار، لا وجوبه، ورجحه شمس الأئمة السرخسي وقدح في قول الطّحاوي بأنّه مخالف للإجماع.

وقال بعض أصحابنا: إنّ الأحاديث التي ورد فيها الدعاء بالرغم والإبعاد والشقاء والوصف بالبخل والجفاء لمن لم يصل عليه إذا ذكر اسمه عنده.. ترجح قول الطحاوي؛ فإنّ الوعيد بمثل هذه الأمور من علامات الوجوب.

ولعلّ السّرخسيّ ظنّ أنّ الطحاوي قائل بالافتراض كالشّافعي وأحمد، فرده عليه بالإجماع على خلافه، ومراده: هو الوجوب المصطلح عندنا الذي يثبت بخبر واحد، لا الافتراض.

ومن هنا ظهر أنّ الصّلاة على النبي ﷺ تكون فرضاً، وواجباً، وسنّة، ومستحبة، ومكروهة.

فالأول: في العمر مرة.

والثاني: كلّما ذكر، على ما صحّحه في «التحفة» و«المحيط».

والثالث: في الصّلاة.

والرابع: في جميع أوقات الإمكان.

والخامس: في الأوقات الّتي ينبغي أن لا يذكر فيها اسم الله ولا اسم الرّسول ﷺ.

ثم اختلفوا في كيفيتها، فذكر عيسى بن أبان في «كتاب الحج»: أنّ محمداً سئل عن الصّلاة على محمد ﷺ، فقال: يقول: اللّهمّ صلّ على محمد وعلى آل محمّد، كما صلّيت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، إنك حميد مجيد، وبارك على محمد وعلى آل محمّد، كما باركت على إبراهيم، إنك حميد مجيد.

وكان ابن عبّاس يزيد: اللهم ترحم على محمّد وعلى آل محمّد، كما ترحمت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، إنك حميد مجيد.

وقيل: إنّه مكروه؛ لإيهامه لتقصير الأنبياء عليهم الصلاة والسلام.

وذكر الإمام السّرخسي: أنّه لا بأس به لورود الأثر به؛ ولأنّ أحداً - وإن جل شأنه - لا يستغني عن رحمة الله تعالى، حتى جاز أن يقال: رحمهم الله تعالى، إذا ضم إلى الصّلاة عليهم حين ذكر أسماءهم.

وإنّما المنهي أن يقول رحمهم الله.

فإن قيل: ما الحكمة في قولهم: اللّهم صل على محمد كما صليت على إبراهيم مع أن محمّداً [١١٨/أ] أفضل منه؟

أجيب: بأنّ نبينا ﷺ سأل لنفسه ولأهل بيته؛ ليتم النعمة عليهم كما أتمّها على إبراهيم وآله.

وقيل: إنّه سأل ذلك لأمّته.

ودعا بِمَا شَاءَ مِمَّا يُشبهُ أَلْفَاظَ الْقُرْآنِ والأدعيةِ المأثورةِ، ....

وقيل: سأل ذلك قبل أن يعلم أنّه أفضل من إبراهيم عليه السلام.

وقيل: معناه صلِّ على محمد، وتم الكلام هنا.

ثم استأنف: وعلى آل محمد، أي: وصلِّ على آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم.

(ودعا) لنفسه ولوالديه إن كانا مؤمنين ولسائر المؤمنين.

(بما شاء مما يشبه ألفاظ القرآن)، أي: ما كان موجوداً في القرآن من الأدعية؛ لأنّ حقيقة المشابهة غير متصوّرة؛ لأنّ القرآن معجز بلفظه لا يشابهه شيء، مثل: ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا﴾، ﴿رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِي ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً﴾ **(والأدعية المأثورة)** عطف على ما يشبه، أو على ألفاظ القرآن.

ومن المأثور ما رواه مسلم: «اللّهمّ إني أعوذ بك من عذاب جهنّم ومن عذاب القبر، ومن فتنة المحيا والممات، ومن فتنة المسيح الدجال».

وإنّما أطلق المدعو له ولم يقيد بنفسه؛ لأنّ السنة أن لا يخص الدعاء بنفسه؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَغْفِرْ لِذَنۢبِكَ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾؛ إلّا أنّ المستحب تقديم نفسه في الدعاء، كما ثبت في «سنن أبي داود» وغيره.

ولذا قلنا: لنفسه ولوالديه، وإنّما قيدنا بإيمانهما؛ لأنّه لا يجوز الدّعاء بالمغفرة للمشركين.

حتى قال القرافي من المالكية: الدّعاء بالمغفرة للكافر كفر؛ لطلبه تكذيب الله تعالى فيما أخبر به بقوله: ﴿لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ﴾ ولا نقض بولد نوح عليه السلام؛ لأنّه كان مؤمناً على ما صرّح به أهل التفسير.

قيل: إنه عاص لا كافر؛ لأنّهم اختلفوا في جواز مغفرة الكفر عقلاً، فذهب الأشاعرة إلى جوازه عقلاً على ما صرّح به «شروح البزدوي» من بحث العلّة.

كما جوّزوا خلود المؤمنين في النار عقلاً، مستدلين بأنّه تصرف في ملكه فلا

يكون ظلماً فيجوزه العقل، وإن لم يساعده النقل.

وقال مشايخنا الماتريدية: لا يجوز عقلاً كما لا يجوز نقلاً؛ لأنّ قضية الحكمة تقتضي التفرقة بين المسيء والمحسن.

وما يكون على خلاف قضية الحكمة.. لا يجوز عقلاً على الله تعالى أنّ أفعاله لا تخلو عن الحكمة؛ فإذا كان جواز مغفرة الكفر عقلاً مختلفاً فيه.. فالدعاء بما جوّزه العقل ليس بكفر فيه ولا ذنب على رأي الأشاعرة.

لكن جمهور الماتريدية لمّا أجمعوا على عدم جوازه.. قلنا: إنّ الدعاء بما لا يساعده العقل والنّقل ذنب.

ومثل هذا الخلاف يكفينا في الحكم بعدم التكفير، لا بعدم الذنب، وذلك؛ لأنّ مثل هذا الخلاف مما للعقل فيه مدخل؛ إذ ليس من السّمعيات المحضة، فيكون شبهة في الإكفار.

وهل يجوز الدّعاء بمغفرة جميع ذنوب المؤمنين؟

قيل: نعم؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ﴾، و﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَغْفِرُ ٱلذُّنُوبَ جَمِيعًا﴾.

وقيل: لا، مستدلين بأنّه لا بد من نفوذ الوعيد في طائفة، ولو في فرد من المذنبين الموحدين؛ لئلا تخلو نصوص الشرع الدالة على الوعيد عن الصدق بالكلّية.

وإن جاز الخلف في الوعيد بالنسبة إلى [١١٨/ب] بعض الأشخاص لكونه كرماً، فيجب تعذيب بعض المؤمنين من مرتكبي الكبيرة بمقتضى وعيده.

وقال القرافي في الدعاء بالمغفرة لجميع المؤمنين جميع ذنوبهم: حرام؛ لأنّ فيه تكذيباً للأحاديث الصحيحة المصرّحة بأنّه لا بد من تعذيب طائفة من المؤمنين بالنار، ثم يخرجهم منها بشفاعة أو بغير شفاعة، لكنه ليس بكفر؛ كدعاء المغفرة للمشركين؛ لأنّ في دعاء المشرك بها تكذيباً للقاطع، وفي دعاء المؤمنين تكذيباً للظني.

لَا بِمَا يشبهُ كَلَامَ النَّاسِ.

وأمّا قول الدّاعي: اللّهمّ اغفر لي ولجميع المؤمنين.. فيجوز أن يريد بالمغفرة لنفسه المغفرة من جميع ذنوبه، وأمّا لجميع المؤمنين؛ فإن أراد المغفرة من حيث الجملة ولم يشركهم فيما يطلبه لنفسه.. فهو جائز، وإن أراد المغفرة لكل أحد من جميع ذنوبه.. فهو المحرم الذي ذكرناه. انتهى.

وهذا وإن ردّه الكرماني في «شرح البخاري» لكنه أشد؛ لكونه أزجر للعاصي.

(**لا بما يشبه كلام الناس**)؛ لما روي: «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام النّاس»، وهذا حجة على الشافعي في قول: إنّه يجوز الدعاء بكلّ ما شاء من أمور الدنيا والآخرة ما لم يكن إثماً، شابه القرآن والأدعية المأثورة أو لا.

ولا حجة له فيما رواه مسلم، ثم يتخير من المسألة ما شاء؛ لأنّ ما روينا محرم فيقدّم على المبيح.

واعلم أنّهم اختلفوا في تفسير ما يشبه كلام النّاس وما لا يشبه به.

فسرهما الجمهور: بما لا يستحيل سؤاله من العباد وبما يستحيل سؤاله منهم، واختاره في «الهداية» و«الكافي»، وهو رواية «الجامع الصغير».

وفسر بعضهم: ما لا يشبه به بما يستحيل سؤاله من العباد وكان في القرآن، أو في السنة.

وفسّر: ما يشبه به بخلافه، فعلى هذا لو قال: اللّهمّ زوّجني فلانة، اللّهم اكسني ثوباً، اللّهم العن فلاناً، اللّهم أعطني كذا درهماً.. تفسد صلاته باتفاق الفريقين؛ لأنّها من كلام الناس باتفاقهما.

ولو قال: اللهم أعطني الجنة، اللهم أعوذ بك من النار، اللهم ارزقني الحج، اللهم اغفر لي ولوالدي وللمؤمنين.. لا تفسد؛ لأنّها ليست من كلام الناس باتفاقهما؛ لأنّها مما يستحيل سؤالها من العباد، وإنّها وردت في السنة والقرآن.

وكذا لو قال: اللهم اغفر لي ولأخي.. لا تفسد باتفاقهما؛ لأنّه مما يستحيل

سؤاله من العباد، وقد ورد في القرآن حكاية عن موسى عليه السلام: ﴿رَبِّ ٱغْفِرْ لِي وَلِأَخِي﴾.

ومنه ظهر ضعف ما نقله في «الخلاصة» عن أبي بكر أنّها تفسد بـ: اللّهم اغفر لأخي.

والحق ما نقل عن شمس الأئمة الحلواني أنّها لا تفسد به، وصحّحه في «المحيط».

ولو قال: اللّهم اغفر لعمّي، أو لخالي، أو لي ولزيد.. لا تفسد على تفسير الجمهور؛ لأنّ المغفرة ممّا يستحيل سؤاله من العباد فلا يكون من كلام الناس.

وتفسد على تفسير البعض؛ لأنّه من كلام الناس على هذا التفسير؛ لعدم وروده في القرآن ولا في السنة، ولهذا حكم في «الخلاصة» و«الذخيرة» بفسادها بهذه الألفاظ بناء على اختيارهم تفسير البعض.

لكن قال [١١٩/أ] في «الظهيرية»: لو قال اللهم اغفر لعمّي.. تفسد اتفاقاً.

ولا يخفى عليك أنّ دعوى الاتفاق مشكل بعد اختلافهم في التفسير على ما ترى، إلا أن يقال: مراده بالاتّفاق: اتفاق الذين ذهبوا إلى تفسير البعض.

قال في «الحاوي القدسي» من سنن القعدة الأخيرة: الدعاء بشيء من صلاح الدّين والدنيا لنفسه ولوالديه وأستاذه وجميع المؤمنين، فظهر منه أنّه لو قال: اللّهم اغفر لي ولوالدي ولأستاذي.. لا تفسد صلاته مع الأستاذ، وليس بمذكور في القرآن ولا في السنة؛ فيحمل هذا على تفسير الجمهور.

ولو قال: اللّهمّ ارزقني من بقلها وقثائها وفومها وعدسها وبصلها.. لا تفسد بالاتفاق؛ لأنّ طلبة الرزق من العباد محال؛ لأنّ الرزاق هو الله تعالى لا غير، وهو مذكور في القرآن بعينه.

ولو قال: اللهم ارزقني بقلاً وقثاءً وعدساً وبصلاً.. تفسد على التفسير الثّاني؛

ثُمَّ يسلِّمُ عَن يَمِينِهِ ....

لعدم ذكره في القرآن ولا في السنة، وأمّا على التفسير الأوّل: فالقياس أن لا تفسد بناء على اختصاص طلب الرّزق بالله تعالى.

وأمّا ما في «الهداية»: من أنّه لو قال: اللّهم ارزقني: الأصح أنّها تفسد؛ لأنّه من كلام النّاس، فلو اختص طلب الرزق.. لما حكم بالفساد فيه، فقد ردَّ عليه شراحه: بأنَّ الرّزاق في الحقيقة هو الله تعالى، وقولهم رزق الأمير الجيش.. مجاز.

وكذا الحال فيما قاله في «الخلاصة»: لو قال: اللهم ارزقني فلانة.. الأصح أنّه تفسد.

ويمكن توجيه ما في «الخلاصة» بحمل كلامه على التفسير الثاني على ما هو كذلك مساق كلامه، بخلاف كلام صاحب «الهداية»؛ لأنّه اختار تفسير الجمهور.

وقال في «المضمرات»: لو قال: اللهم اقض ديني.. تفسد، ولو قال: اللّهمّ اقض دين والديّ [لا تفسد]. انتهى.

والفرق بينهما مشكل؛ لأنّ قضاء الدين لا يستحيل سؤاله من العباد، فيكون كلاهما من كلام الناس على كلا التفسيرين، فالقياس الفساد فيهما.

قال في «السراج الوهاج»: إنّ الذي يشبه كلام الناس إنّما يفسد الصلاة إذا كان قبل تمام فرائضها، أمّا إذا كان بعد التشهد.. فلا يفسدها؛ لأنّ حقيقة كلام الناس لا يبطلها، فهذا أولى، كذا في «العناية».

وقال فيه أيضاً: عدم فساد الصّلاة به ظاهر عندهما، وكذا عند أبي حنيفة؛ لأنّ كلام الناس صنع من المصلّي فتتم به صلاته لوجود الخروج بصنعه، فعلم منه أن المنع هـهنا عن الدعاء بما يشبه كلام الناس ليس للاحتراز عن فساد الصّلاة.. بل للاحتراز عن فساد الجزء الملاقي بكلام الناس عن ترك السنة؛ لأنّ المراد بالدعاء هـهنا: هو الدّعاء بعد التشهد والصّلاة على النبي ﷺ.

(ثم يسلم عن يمينه)؛ لما رواه مسلم: أنّه ﷺ كان يسلم عن يمينه وعن يساره

مَعَ الإِمَامِ، فَيَقُولُ: «السَّلَامُ عَلَيْكُم وَرَحْمَةُ اللهِ».

وَعَن يَسَارِهِ كَذَٰلِكَ ....

حتى يرى بياض خده، وهو حجّة على مالك في قوله: إنّ السنة تسليمة واحدة تلقاء وجهه، وفيه إشارة إلى أنّ السنّة تقديم اليمين.

وفي «المحيط»: إن سلّم أوّلاً عن يساره.. يسلم ثانياً عن يمينه، ولا يعيد عن يساره، وإذا سلّم تلقاء وجهه.. يعيد السّلام عن يساره.

وفي «البحر»: لو سلّم [١١٩/ب] عن يمينه ونسي عن يساره حتّى قام.. فإنه يرجع ويقعد ويسلّم ما لم يتكلّم أو يخرج من المسجد، وهذا بيان السّنة؛ لأنّ الواجب تسليمة واحدة بالاتفاق على ما في النّووي.

(مع الإمام) وهو الأصح على ما في «الخلاصة» اعتباراً بالتحريمة عند أبي حنيفة.

وفي رواية عنه: يسلّم بعد الإمام، وهو قول الإمامين في التحريمة.

والفرق له على هذه الرواية أنّ في مقارنة التكبير لتكبير الإمام سرعة إلى العبادة، وفي مقارنة السّلام سرعة إلى الخروج عنها.

(فيقول: السّلام عليكم ورحمة الله): وهو المتوارث.

ولو قال: سلام عليكم، أو السّلام بدون عليكم، أو عليكم السّلام.. أجزأه ويكون تاركاً للسنة، ومنهم من أوجب التعريف.

ولا يزيد وبركاته على ما في «المحيط»، وعلّله النووي بأنّه بدعة، لكن قال في «الحاوي القدسي»: إنّه مروي، وقال ابن أمير الحاج: إنّها جاءت في «سنن أبي داود» من حديث وائل بن حجر بإسناد صحيح وقد ذكرنا بعض ما يتعلق به في عدد الواجبات.

(وعن يساره كذلك) لما رويناه.

وَيَنْوِي الإِمَامُ بِهِ: مَن عَن يَمِينِهِ ويسارِهِ مِنَ الْحفظَةِ وَالنَّاسِ الَّذِينَ مَعَه فِي الصَّلَاةِ.

(**وينوي الإمامُ به من عن يمينه ويساره من الحفظة والنّاس الذين معه في الصلاة**)، وقيل: ينوي بالتّسليمة الأولى من عن يمينه من الحضور؛ لأنّه للتّحلل، وبالثانية: ينوي جميع عباد الله الصالحين من الملائكة والإنس والجن، على ما في «السروجي».

والأول أصح لما في «المحيط» عن محمد: أنَّ التّسليمة الأولى: للتّحية والخروج، والثانية: لتحية الحاضرين.

وإنّما احتيج إلى النية؛ لأنّه مقيم للسّنة، فينويها كسائر السّنن. ولذا ذكر شيخ الإسلام: أنّه إذا سلّم خارج الصّلاة.. ينوي السنة أيضاً.

وقال صدر الإسلام: لا حاجة للإمام إلى النّية في السّلام في آخر الصّلاة؛ لأنّه يجهر بالسّلام ويشير إليهم، وهو فوق النية.

والأول أصح؛ لأنّ الجهر: للإعلام، والنية: لإقامة السنة.

وبمجرد الإشارة.. لا يقيمها.

وفي كلامه إشارة إلى أنّه لا ينوي النّساء، وهم صرحوا أنّه لا ينوي النساء في زماننا؛ لعدم حضورهنّ الجماعة، أو للكراهة.

لكن ذكر محمد في «الأصل»: أنّه ينوي الرجال والنساء.

والتوفيق بينهما على حضورهنّ الجماعة وعدم حضورهنّ، فما ذكره محمد على حضورهنّ الجماعة في زمانه، وما ذكره المشايخ على عدم حضورهنّ.

ثم اختلفوا في كيفية نية الحفظة، قيل: ينوي الكرام الكاتبين، وقيل: جمع من معه من الملائكة من خمس، أو ستين، أو مائة وستين على الخلاف المعروف.

ومحمد قدّم الحفظة على الناس في «الأصل»، وعَكَسَه في «الجامع الصغير»، فمنه قيل: في المسألة روايتان، وقيل: إنّ المسألة مبنية على مسألة أنّ الملائكة

والمقتدي: كَذَلِك، وَيَنْوِي إِمامَهُ فِي الجانبِ الَّذي هوَ فِيهِ، وَفِيهِمَا إِن حاذاهُ.

وَالْمُنْفَرِدُ: الْحفظَةَ فَقَط.

أفضل، أو بني آدم أفضل.

فحين صنف محمد «كتاب الصّلاة» كان من رأيه تفضيل الملائكة، وحين صنف «الجامع الصغير» كان من رأيه تفضيل بني آدم.

والمسألة مبسوطة في الكلام وقد بيّناها ثمة.

(**والمقتدي كذلك**)، أي: مثل إمامه فيما مرّ.

(**وينوي**) إمامه (**في الجانب الذي هو**) - أي: الإمام - (**فيه**)، أي: في ذلك الجانب، (**وينويه فيهما**)، أي: في الجانبين (**إن حاذاه**)، [١٢٠/أ] أي: إن حاذى المقتدي الإمام.

وعن أبي يوسف: ينويه حينئذ أيضاً في الجانب اليمين ترجيحاً له على اليسار.

(و) - ينوي - (**المنفرد الحفظة فقط**)، إذ ليس معه غيرهم.

وفي «المحيط»: إنّ المنفرد ينوي جميع من هو على جانبه من الرجال والنّساء من المؤمنين، ثم بعد السّلام على جانبه؛ فإن كان إماماً وكانت صلاة يُتَنَفَّلُ بعدها.. فإنّه يقوم ويتحول على مكانه يمينه أو يساره أو خلفه، ويصلي ذلك النفل.

والجلوس مستقبلاً للقبلة بدعة على ما في «البحر».

وإن كان لا يتنفل بعدها.. يقعد مكانه، وإن شاء.. انحرف يميناً أو شمالاً أو استقبلهم بوجهه إن لم يكن بحذائه مصلّ، سواء كان في الصف الأوّل أو في الأخير؛ لأنّ الاستقبال إلى المصلّي مكروه على ما صحّحه في «البدائع».

وقال في «المحيط»: يستحب أن ينحرف عن يمين القبلة، ويمين القبلة ما يحاذي يسار المستقبل.

قال في «المنية»: إذا تمت صلاة الإمام.. فهو مخير: إن شاء انحرف عن يساره،

وإن شاء انحرف يمينه، وإن شاء ذهب إلى حوائجه، وإن شاء استقبل الناس بوجهه إن لم يكن بحذائه مصلّ في الصف الأوّل أو الآخر.

والاستقبال إلى وجه المصلّي مكروه.

وهذا - أي التّخيير المذكور بين الانحراف والانصراف والجلوس مستقبلاً إلى النّاس - إذا لم يكن بعد الصّلاة المكتوبة التي أتمها تطوع؛ كالفجر والعصر.

فإن كان بعدها تطوع.. يقوم إلى التطوع بلا فصل؛ إلّا مقدار ما يقول: اللّهمّ أنت السلام ومنك السّلام تباركت يا ذا الجلال والإكرام، ويكره تأخير السّنة عن حال أداء الفريضة بأكثر من نحو ذلك القدر.

ثم قال نقلاً عن شمس الأئمة الحلواني: هذا - أي ما ذكر من أنّه إذا كان بعد المكتوب تطوع.. تقدم إليه من غير تأخير -: ويكره تأخير السنة إذا لم يكن من قصده الاشتغال بالدعاء؛ بأن لم يكن له ورد معتاد يقرؤه عقيب المكتوبة؛ فإن كان له ورد معتاد.. يأتي به بعد المكتوبة.

وقال الفاضل الحلبي في شرحه: ويوفق بين ما ذكره المصنف وبين ما ذكره شمس الأئمة؛ بأن يحمل الكراهة على كراهة التّنزيه، ومراد الحلواني بالجواز على عدم الإساءة.

ومما ينبغي أن ينبه عليه هـهنا: أنّ من دأب السّلف الصّالحين أنّهم يسبحون ويحمدون ويكبّرون بعد الصّلاة المكتوبة؛ لما رواه في «صحيح البخاري» عن سمي عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «ألا أحدثكم بما إن أخذتم به.. أدركتم من سبقكم، تسبحون وتحمدون وتكبّرون خلف كلّ صلاة ثلاثاً وثلاثين»، قال: فاختلفنا بيننا، فقال بعضنا: نسبح ثلاثاً وثلاثين ونحمد ثلاثاً وثلاثين ونكبّر أربعاً وثلاثين، قال: فرجعت إليه، فقال: تقول: «سبحان الله والحمد لله والله أكبر حتى يكون منهنّ كلهن ثلاثاً وثلاثين».

قال الكرماني في شرحه: قوله: «ثلاثاً وثلاثين» يحتمل أن يكون المجموع هذا

المقدار، بحيث يكون كلّ واحد منها أحد عشر، وأن يكون كلّ واحد ثلاثاً وثلاثين، فهو مجمل، وتمام الحديث بيّن أن المقصود هو الثاني. انتهى.

وقال القاضي زكريّا في شرحه: المراد بالصلاة هـهنا: [١٢٠/ب] المكتوبة، وقد اختلفت الرّواية في عدد الأذكار الثلاثة، ففي رواية: ما مرّ في الحديث من أنّ كلاً منها ثلاث وثلاثون، وفي رواية أخرى: أحد عشر، وفي أخرى: عشر، وفي أخرى: ست، وفي أخرى: مرة واحدة.

وهذا الاختلاف يجوز أن يكون بسبب أنّ ما ذكر صدر في أوقات متعددة، أو أنّه ورد على سبيل التّخيير، أو أنّه يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص. انتهى.

ولو زاد على العدد المنصوص عليه.. لا يضره، وثواب العدد المنصوص عليه يحصل له؛ لأنّه بعد إتيان المنصوص عليه.. لا يضره الزيادة على ما صرح به القاضي زكريّا.

* * *

(فصل)

[في القراءة في الصّلاة]

(فصل)

في القراءة في الصّلاة

خصّ هذا الركن بفصل دون سائر الأركان؛ لكثرة ما يتعلق به من الأحكام.

ولو قرأ نائماً.. يجوز عن القراءة عند بعض؛ إلّا عند آخر، وكذا الخلاف في سائر الأركان على ما ذكرناه.

ومما يتعلّق بالقراءة: مسألة ذلّة القارئ وهي طويلة جداً، والأصل فيها: أنّ خطأ القارئ إمّا في الإعراب، أو في الحروف، أو في الكلمات، أو الآيات.

وفي الحروف: إمّا بوضع حرف مكان آخر، أو بتقديمه، أو بتأخيره، أو بزيادته، أو بنقصه.

أمّا الإعراب؛ فإن لم يتغير المعنى.. لا تفسد، وإن غيّر فاحشاً مما اعتقاده كفر؛ مثل: البارئ المصوَّر بفتح الواو.. فسدت في قول المتقدمين، واختلف المتأخرون، قال بعضهم: تفسد، وقال بعضهم: لا.

وفي «الخلاصة»: وبه يفتى.

وفي «فتح القدير»: قول المتقدمين أحوط، وقول المتأخرين إنّها لا تفسد أوسع، وهو على قول أبي يوسف ظاهر؛ لأنّه لا يغيّر الإعراب.

ويتصل بهذا: تخفيف المشدّد: عامة المشايخ على أنّ ترك المدّ والتشديد كالخطأ في الإعراب؛ فلذا قال كثير بالفساد في تخفيف ربّ العالمين، وإيّاك نعبد، والأصل فيه: أنّه لو ترك التّشديد في موضعه، أو أتى به في غير موضعه؛ فإن لم يغير المعنى.. لا تفسد، وإن غيّر المعنى.. اختلف فيه، وعامتهم على أنّها تفسد، وفي «الخلاصة»، والمختار لا تفسد، وهو الأصح على ما في «فتح القدير».

ولو ترك المدّ إن كان لا يغير المعنى.. لا تفسد، وإن كان يغير.. تفسد عند عامة

المشايخ، والمختار لا تفسد.

وأمّا الحروف؛ فإذا وضع حرفاً مكان حرف: فإمّا خطأً أو عجزاً.

فالأوّل: إن لم يغير المعنى ومثله في القرآن.. لا تفسد بالاتفاق، وإن لم يغير وليس مثله في القرآن.. لا تفسد عندهما وتفسد عند أبي يوسف، وإن غير المعنى وليس في القرآن مثله.. تفسد بالاتفاق، وإن غيّر المعنى وفي القرآن مثله.. تفسد عندهما، لا عند أبي يوسف؛ لأنّ العبرة عنده وجود المثل في القرآن لا تغير المعنى كما هو عندهما.

ولا عبرة عندهم بقرب المخرج وبعده، واعتبره بعض المتأخرين، وقال إن أمكن الفصل بين الحرفين بلا مشقة ببعد مخرجهما.. تفسد؛ كالطاء مع الضّاد.

وإن كان لا يمكن الفصل بين الحرفين إلا لمشقة كالظاء مع الضّاد.. اختلف فيه، وأكثرهم: لا تفسد، وبعضهم: تفسد، كذا في «الخلاصة».

وفرّع عليه فروعاً [١٢١/أ] كثيرة.

وقال في «فتح القدير»: هذا رأي مشايخنا المتأخرين ولم تنضبط فروعهم، فأورد في «الخلاصة» ما ظاهره التنافي للمتأمل، فَالأَوْلى قول المتقدمين. انتهى.

وفي «الخانية»: لو قرأ مثطور بالثاء موضع السّين.. لا تفسد.

والثاني: وهو الوضع عجزاً إن كان يجهد في اللّيل والنهار في تصحيحه ولا يقدر.. فصلاته جائزة، ولو ترك جهده.. ففاسدة، ولا يسعه أن يترك في باقي عمره.

وأمّا الألثغ الّذي يقرأ بسم الله بالشّين، أو مكان اللام الياء ولا يطاوعه لسانه لغيره، فقيل: إن بدّل الكلام.. فسدت؛ فإن أمكنه أن يتخذ آيات ليس فيها تلك الحروف.. يفعل، وإلّا.. يسكت.

وعلى قياس الأوّل: إن بذل جهده.. لا تفسد، وفي «فتح القدير»: وبه نأخذ كذا في «الخلاصة».

وإن لم يبدّل الكلام؛ إن أمكنه آيات ليس فيها تلك الحروف.. يتخذها؛ إلا الفاتحة، ولا ينبغي لغيره الاقتداء به، ثمّ إن وجد آيات ليس فيها تلك الحروف فقرأ ما هي فيه فيها.. فالأكثر على أنّه لا تجوز صلاته؛ فإن لم يجد.. جازت.

وهل تجوز بلا قراءة؟ اختلف فيه المشايخ، وقال في «فتح القدير»: وينبغي أن يكون هذا الخلاف فيما إذا قرأ بما فيها تلك الحروف مع وجود ما ليس هي فيها ولم يبدل الكلام، أمّا لو بدّل.. فينبغي عدم الخلاف في الفساد؛ لأنّه تبديل للمعنى من غير ضرورة.

والفأفاء: الذي لا يقدر على إخراج الكلمة إلا بتكرير الفاء.. مثل الألثغ.

وأمّا التّقديم والتّأخير:

فإن غيّر المعنى.. تفسد.

وإن لم يغيّر.. لا تفسد عند محمد، خلافاً لأبي يوسف.

وأمّا الزّيادة - ومنه فك المدغم - فإن لم يغيّر.. لا تفسد عند عامة المشايخ، وعن أبي يوسف روايتان.

وإن غير.. تفسد.

وكذا النّقصان إن لم يغيره.. لا تفسد، وإن غيّر.. تفسد، هذا إذا لم يكن الحرف الناقص من الكلمة، وأمّا إذا كان من الكلمة.. فقال في «قاضي خان»: إن كان حذف حرفاً أصلياً من كلمة وتغير المعنى.. تفسد في قول أبي حنيفة ومحمد، نحو: رزقنا بلا راء أو زاي.

ولو كانت الكلمة ثلاثة فحذف حرفاً من أوّلها أو أوسطها.. تفسد؛ إمّا لتغير المعنى، أو لكونه لغواً.

وأمّا الكلمة مكان الكلمة؛ فإن تقاربا معنى وفي القرآن مثله.. تفسد اتفاقاً، وإن لم يوجد مثله فيه.. فكذلك عندهما، وعند أبي يوسف روايتان.

وإن لم يتقاربا ولا مثل له فيه.. تفسد اتّفاقاً.

وإن كان له مثل فيه وهو ممّا اعتقاده كفر.. فعامّة المشايخ: تفسد اتّفاقاً.

وقال بعضهم: على قياس قول أبي يوسف.. لا تفسد.

وفي «فتح القدير»: وبه كان يفتي ابن مقاتل، والصّحيح من مذهب أبي يوسف: تفسد.

ومن وضع كلمة مكان أخرى أن ينسب بالبنوة إلى غير ما ينسب إليه.

فإن كان في القرآن نحو موسى بن لقمان.. لا تفسد عند محمد، ورواية عن أبي يوسف، وعليه العامّة.

وإن لم يكن كمريم ابنة غيلان.. تفسد اتفاقاً.

وقال في «قاضي خان»: إذا أراد أن يقرأ كلمة فجرى على لسانه شطر كلمة فرجع وقرأ [١٢١/ب] الأولى، أو ركع ولم يتمّها:

إن كان شطر كلمة لو أتمها لا تفسد صلاته.. لا تفسد.

وإن كان لو أتمّها تفسد صلاته.. تفسد، وللشطر حكم الكلّ، وهو الصّحيح. انتهى.

وأما التّقديم والتأخير؛ فإن لم يغيّر.. لم تفسد، وإن غيّر.. تفسد، ويمكن إدراجه في الكلمة مكان الكلمة.

وأما الزّيادة؛ فإن لم تغيّر وهي في القرآن.. لا تفسد وإن غيّرت وهي في القرآن.. فسدت، وإن لم تغيّر وليست في القرآن.. لا تفسد عندهما وتفسد عند أبي يوسف.

ولو وضع الظاهر موضع الضّمير.. تفسد عند بعض المشايخ، وفي «الخلاصة»: لا تفسد وهو الظاهر؛ لأنه زيادة لا تغيّر.

ومن الزيادة: القرآن بالألحان، أو زيادة الهمزات؛ فإذا فحش.. أفسد، كذا في «الخلاصة».

يَجْهَرُ الإِمَامُ بِالْقِرَاءَةِ فِي: الْجُمُعَةِ، وَالْعِيدَيْنِ، وَالْفَجْرِ، وأُولَي العشاءَيْنِ، أَدَاءً وَقَضَاءً.

هذه أصول فروعها في «قاضي خان»، و«الخلاصة»، وغيرهما من الفتاوى فليطلب ثمة.

واعلم أنّ المصلّي إذا لحن بالزيادة أو النّقص في قراءته لحناً يغيّر المعنى؛ كفتح لام الضالين.. لا تجوز صلاته وإن أعادها بعد ذلك على الصّواب، كذا في المنظومة وشرحها.

(**يجهر الإمام في القراءة**)، أي: يجب عليه الجهر فيها؛ ولو نائماً بناء على القول: أنّ إتيان الأركان نائماً يجزئه، وقيل: لا يجزئه، والمختار هو الأوّل على ما ذكرناه.

وقيد بالقراءة؛ لأنّ ما عداها من الأذكار فيه تفصيل:

إن كان ذِكراً واجباً للصّلاة.. فإنّه يجهر به؛ كتكبيرة الافتتاح، وعند كل خفض ورفع إن كان إماماً، أمّا المنفرد والمقتدي.. فلا يجهران به.

وإن كان يختص ببعض الصّلاة كتكبير العيدين جهر به، وكذا القنوت في مذهب العراقيين.

والمختار فيه: الإخفاء عند محققي مشايخنا، وأمّا ما سوى ذلك.. فلا يجهر به؛ مثل التشهد، وآمين، والتسبيحات؛ لأنّها أذكار لا يقصد بها الإعلام.

(**في الجمعة والعيدين**) وألحقوا بها التراويح والوتر في رمضان؛ للتوارث.

وفي «الزيلعي» أنّ المتنفل باللّيل إن كان إماماً فالجهر واجب.

(**والفجر وأولي العشاءين أداء وقضاء**)؛ لأنّ النبي ﷺ كان يجهر بالقرآن في الصّلاة وكان المشركون يؤذونه بالسبّ، فأنزل الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْهَرْ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتْ بِهَا وَٱبْتَغِ بَيْنَ ذَٰلِكَ سَبِيلًا﴾، فكان يخافت بعد ذلك في النهارية ويجهر في الليلية؛ لأنّ المشركين كانوا مشغولين بالأكل والشرب والنّوم في اللّيل فكانوا أبرّةً من الأداء بالجهر.

وَخُيِّرَ الْمُنْفَرِدُ فِي نفلِ اللَّيلِ، وَفِي الْفَرْضِ الجهريّ إن كَانَ فِي وقتِهِ، ......

وأما الجمعة والعيدين؛ فلأنّه ﷺ أقامهما بالمدينة بعد الهجرة وما كان للمشركين بها قوة يؤذونه بها.

وهذا العذر وإن زال بغلبة الإسلام.. فالحكم باق بعده؛ لأنّ بقاءه لا يحتاج إلى بقاء علته؛ ولأنه أخلفه عذر آخر وهو كثرة اشتغال الناس في النهاريّة دون غيرها.

وفي «البحر»: قالوا: لا يُجهد الإمام نفسه بالجهر.

وفي «السّراج الوهّاج»: الإمام إذا جهر فوق حاجة الناس.. فقد أساء، وأفاد أنّه لا فرق في حق الإمام بين الأداء والقضاء؛ لأنّ القضاء يحكي عن نفسه الأداء، ولما روى محمد عن أبي حنيفة عن حمّاد عن النخعي قال: عرس رسول الله ﷺ فقال: «من يحرسنا اللّيلة؟» فقال رجل من الأنصار شاب: أنا يا رسول الله أحرسكم، فحرسهم حتّى إذا كان من [١٢٢/أ] الصبح.. غلبته عينه فما استيقظوا إلّا بحرِّ الشّمس، فقام رسول الله ﷺ فتوضأ وتوضأ أصحابه، وأمر المؤذن فأذّن وصلّى ركعتين، ثم أقيمت الصلاة، فصلّى الفجر بأصحابه وجهر فيها بالقراءة.

وهذا وإن كان مرسلاً.. لكنّه حجة عندنا.

(**وخيّر المنفرد في نفل اللّيل**)، والذي ظهر منه: أن لا رجحان بين الجهر والإخفاء فيه.

ولكن الظاهر من «الهداية»: أنّ الجهر أفضل فيه حيث قال: وفي نفل اللّيل يخيّر اعتباراً بالفرض في حقّ المنفرد.

وقال في «العناية»: وهذا يدل على أنّ الجهر أفضل في حقّه؛ لأنّ الفرض في حقّ المنفرد كذلك، قيّد بنفل اللّيل؛ لأنّه يخفي في نفل النّهار حتماً اعتباراً بفرضه.

(و) خير المنفرد أيضاً (**في الفرض الجهري إن كان في وقته**)، إنما قيّد أخذاً لما في «الهداية» أنّ من فاتته العشاء فصلّاها بعد طلوع الفجر؛ إن أمّ.. جهر فيها لما رويناه من خبر التعريس، وإن كان وحده.. خافت حتماً ولا يتخير، هو الصّحيح؛ لأنّ

والأفضلُ الْجَهْرُ.

ويُخفِيانِ حتماً فِيمَا سوى ذَلِكَ.

الجهر يختصّ إمّا بالجماعة حتماً، أو بالوقت في حقّ المنفرد على وجه التّخيير ولم يوجد أحدهما. انتهى.

وفيه بحث؛ لأنّ انحصار سبب الجهر في الأمرين المذكورين ممنوع؛ لجواز أن يكون موافقة القضاء الأداء، وكونها حاكية عنهاً سبباً للجهر أيضاً في حقّ المنفرد.

ولذا قال الإمام السّرخسي، وفخر الإسلام البزدوي، وفخر الدين قاضي خان، والتمرتاشي، والمحبوبي في شروحهم لِـ«الجامع الصّغير»: إنّ الجهر أفضل في قضاء المنفرد الصّلاة الجهرية؛ لأنّ القضاء يكون على وفق الأداء، وفي الأداء المنفرد يتخيّر بين الجهر والمخافتة، والجهر أفضل، فكذلك في القضاء، وصحّحه في «الذخيرة».

وما قيل: إنّ ما ذكره صاحب «الهداية» من سببي الجهر ثابت بالإجماع، وأمّا موافقة القضاء الأداء فليس على سببيتها إجماع ولا نصّ، فجعلُها سبباً يكون إثبات سبب بالرأي ابتداء، وهو باطل فليس على ما ينبغي؛ لأنّ سبب الأداء هو بعينه سبب القضاء على الصّحيح؛ فيجب المماثلة بينهما في الذات والصّفة.

(**والأفضل الجهر**)؛ ليكون الأداء على هيئة الجماعة.

(**ويخفيان**) أي الإمام والمنفرد (**حتماً فيما سوى ذلك**)، أعني: الظهر والعصر، وثالث المغرب، وأخريي العشاء، والكسوف، والاستسقاء، ونفل النهار، بخلاف نفل اللّيل للإمام.. فإنّه يجهر فيه على ما في «الزيلعي».

وعن عصام بن يوسف: أنّ المنفرد لا يجب عليه الإخفاء فيما يخافت؛ لعدم وجوب سجود بتركه، بخلاف الإمام، فإنّه يجب السّهو عليه بتركه.

ورد بأنّ الإمام إنّما وجب عليه السّهو؛ لأنّ جنايته أعظم؛ لأنّه ارتكب الجهر والإسماع بخلاف المنفرد.

وَأدنى الْجَهْرِ: إسماعُ غَيرِهِ.

وَأدنى المخافتةِ: إسماعُ نَفسِهِ فِي الصَّحِيحِ، ....

وتعقبه في «فتح القدير» بأنّا لا ننكر أنّ واجباً قد يكون آكد من واجب، لكن لم ينط وجوب السّجود؛ إلّا بترك الواجب لا بآكد الواجبات ولا برتبة مخصوصة منه، فحيث كانت الخافتة واجبة على المنفرد.. ينبغي أن يجب بتركها السجود.

(**وأدنى الجهر إسماع غيره، وأدنى المخافتة إسماع نفسه في الصحيح**) اختلفوا في حدِّ الجهر والإخفاء وتصحيحهما، وأكثر المشايخ: على ما ذكره المصنف تحديداً وتصحيحاً، وهو قول أبي جعفر الهندواني. [١٢٢/ب]

وذهب الكرخي إلى أنّ أدنى الجهر أن يسمع نفسه، وأدنى المخافتة تصحيحُ الحروف باللّسان، وقال: لأنّ القراءة فعل اللّسان دون الصّماخ؛ فإنّ الأصم يتكلّم ولا يسمع.

وفي «البدائع»: ما قاله الكرخي أقيس وأصحّ، وإليه أشار القدوري في «مختصره» أنّ المنفرد مخيّر في الصّلاة الجهريّة إن شاء.. جهر وأسمع نفسه، وإن شاء.. خافت.

فعلى قول الهندواني: أنّ كلاً من الجهر والإخفاء من الكيفيات المسموعة.

وعلى قول الكرخي: الإخفاء من الكيفيات المبصرة، إذ لم يعتبر في مفهومه الصّوت؛ بل هو مجرد تصحيح الحروف باللّسان، والجهر من الكيفيات المسموعة.

وههنا قول ثالث في الإخفاء نقلوه عن بشر المرسي، وهو: تصحيح الحروف باللسان بحيث يسمع، وهو أخصّ من قول الكرخي بهذه الحيثية.

واختلفوا في تفسير الغير أيضاً على ثلاثة أقوال؛ ففي «الخلاصة» والزّاهدي و«الخانية»: المراد به كل من يكون معه.

واختاره مولانا العزمي في «حاشية الدّرر»، وصرّح به في «ذخيرة العقبى».

وفي «المسعودية»: المراد به الصّف الأول.

وَكَذَا كلُّ مَا يَتَعَلَّقُ بالنطقِ كَالطَّلَاقِ وَالْعتاقِ وَالِاسْتِثْنَاءِ وَغَيرِهَا.

وَلَو تركَ سُورَةَ أُولَيي الْعشَاءِ.. قَضَاهَا فِي الْأُخْرَيَيْنِ مَعَ الْفَاتِحَةِ وجهرَ بِهِما.

وَلَو تركَ فاتحتَهُما.. لَا يَقْضِيهَا.

وفي شرح «النّقاية»: المراد به واحد غيره، وعلّله بأنّ الغير بمعنى المغاير، والواحد يغايره، ثم قال: إنّ كلاً من القولين الأوّلين لا يخلو عن شيء؛ لأنّه يلزم منه أن لو كان القوم كثيراً بحيث لم يسمع الكل.. لكان مخافتة.

(وكذلك) أي كالاختلاف المذكور في الجهر والمخافتة (**كل ما يتعلّق بالنّطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها**) من التّسمية على الذّبيحة، والإيلاء، والبيع، ووجوب السّجدة بالتلاوة.

حتى لو قال: أنت طالق، أو أنت حرّ ولم يسمع نفسه.. لا يقع الطّلاق والعتاق على اختيار الهندواني.. ويقع على اختيار الكرخي.

وكذا إذا جهر بهما وخافت الاستثناء والشّرط بحيث لم يسمع نفسه.. يقعان في الحال على قول الهندواني، وعند الكرخي.. لا يقعان في الاستثناء أصلاً، ويتأخر إلى وجود الشرط في الشرط.

وفي «المحيط» عن القاضي الإمام: أنّ الصّحيح عندي أنّ في بعض التّصرفات يكتفى بسماع نفسه، وفي بعضها: يشترط بسماع غيره؛ مثلاً في البيع لو أدنى المشتري صماخه على فم البائع نسمع.. يكفي، ولو سمع البائع بنفسه دون المشتري.. لا يكفي.

وفيما إذا حلف لا يكلّم فلاناً فناداه من بعيد بحيث لا يسمع.. لا يحنث؛ لأنّ شرط الحنث وجود الكلام معه ولم يوجد.

(ولو ترك) المصلّي (**سورة أوليي العشاء.. قضاها في الأخريين مع الفاتحة وجهر بهما، ولو ترك فاتحتهما.. لا يقضيها**) عند أبي حنيفة ومحمّد، وقال أبو يوسف: لا يقضي واحدة منهما.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: يقضيها.

وقال عيسى بن أبان، ويحيى بن أكتم: ينبغي أن يقضي الفاتحة دون السورة؛ لأنّ الفاتحة واجبة دون السورة، والواجب أولى بالقضاء.

وهو وجهُ الحسن في الفاتحة، وسيأتي وجه في السّورة.

ووجه أبي يوسف: أنّ كلّ واحد منهما واجب، والواجب إذا فات عن محلّه.. لا يقضى إلّا بدليل، ولا دليل هـهنا؛ لأنّ الدّليل هو أن يكون مثل الفائت [١٢٣/أ] مشروعاً عاد ليصرف إلى ما عليه، والسّورة في الشفع الثاني غير مشروعة فلا يصرف إلى ما عليه.

وأمّا الفاتحة.. فلأنّها شرعت في الشّفع الثاني على سبيل الوجوب على رواية الحسن، أو على سبيل الاحتياط على رواية أخرى؛ فلا يمكن إتيانها فيه لا على سبيل القضاء ولا على سبيل الأداء:

أما على سبيل القضاء؛ فلأنّ القضاء صرف ما له إلى ما عليه لا صرف ما عليه من الواجب ولو احتياطاً إلى ما عليه، والفاتحة في الشفع الثاني ليست بنفل مطلق؛ بل فيها جهة الوجوب، ولو نظراً إلى الاحتياط.. فلم يستقم صرفها إلى ما عليه.

وأما على سبيل الأداء؛ فلأنّه إن قرأها مرة.. فينصرف إلى الأداء؛ لأنّها مشروعة في الشفع الثاني أداء، وإن قرأها مرّتين فتكرارها غير مشروع فلا يؤتى فيه؛ بل يسقط كتكبيرات التشريق إذا فاتت عن محلّها لا تقضى؛ لأنّ مثلها غير مشروعة في غير وقتها.

وقالا: سلّمنا أنّ السّورة غير مشروعة في الشفع الثاني على طريق الوجوب، والكلام ليس فيه؛ لأنّ القضاء صرف ما له إلى ما عليه، لا ما عليه إلى ما عليه، وعدم مشروعيتها نفلاً ممنوع.

ألا ترى أنّه لو قرأها فيه.. لا يلزمه السّهو ولا الإثم؛ ولأنّ موضع القراءة جملة

الصّلاة؛ لقوله ﷺ: «لا صلاة إلّا بقراءة»، ولقوله تعالى: ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِ﴾، لكن الشفع الأوّل تعيّن للقراءة بخبر الواحد الذي يوجب العمل، وللسورة أيضاً بخبر واحد آخر رواه جابر.. فبقي للشفع الثاني بشبهة كونه محلّاً للقراءة؛ لأنّ القيام في الشفع الثاني مثل القيام في الشفع الأوّل في كونه ركن الصّلاة، والدليل المعيّن غير قطعي الثبوت، فمن هذا الوجه لم يتحقق الفوات؛ لبقاء شبهة المحلّ في الشفع الثاني فوجب قضاؤه فيه بهذه الشبهة، وهذا قضاء يشبه الأداء.

ووجههما في عدم قضاء الفاتحة ما ذكره أبو يوسف؛ ولأنّ قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السّورة، فلو قضاها في الأخريين لترتيب الفاتحة عليها؛ لأنّ الفرض: أنّه قرأ في الشفع الأوّل السورة ثم يقضي الفاتحة في الشفع الثاني، وما وقع في الشفع الثاني مؤخر عما وقع في الشفع الأوّل، وذلك قلب المشروع، بخلاف ما إذا ترك السّورة؛ لأنّه أمكن قضاؤها على وجه المشروع، أعني ترتيبها على الفاتحة، وهذا وضع «الجامع الصغير».

وقال في «الأصل»: إذا ترك السّورة.. أحبّ إليّ أن يقضيها، ووجهه: أنّ السورة لم يمكن مراعاة وضعها من كلّ وجه في القضاء؛ لأنّها وإن كانت مؤخرة عن الفاتحة لكنها غير موصولة بها؛ لأنّ السورة في الشفع الثاني والفاتحة في الأول وقد وقع بينهما فاتحة الثانية، فلذا قال باستحباب قضائها.

ثم قوله: وجهر بهما هو الصحيح، على ما في «الهداية»؛ لأنّ الجمع بين الجهر والإخفاء في ركعة شفع واحد غير مشروع، وفي إخفائهما معاً على ما رواه هشام عن محمّد: تغيير صفة الواجب وهو السّورة لأجل مراعاة صفة [١٢٣/ب] النّفل وهو الفاتحة، وذلك شنيع.

وفي رواية ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنّه يجهر بالسّورة خاصّة؛ لأنّه في الفاتحة مؤد فيراعى صفة أدائها، وفي السّورة قاض فيجهر بها كما كان في الأداء.

وَفرضُ الْقِرَاءَةِ: آيَةٌ. وَقَالا: ثَلَاثُ آيَاتٍ قِصارٍ، أَو آيَةٌ طَوِيلَةٌ.

ولا يلزم الجمع بين الجهر والإخفاء في ركعة واحدة تقديراً؛ لأنّ القضاء يلحق بمحل الأداء، وصحّحه التمرتاشي.

ثم اختلفوا في كيفية قضاء السّورة:

قال بعضهم: يقدّمها على الفاتحة؛ لأنّها ملحقة بالقراءة في الأوليين.

وقال بعضهم: يؤخرها عن الفاتحة، وهو الأشبه على ما في «الكفاية» و«فتح القدير»؛ لأنّ تقديم السّورة على الفاتحة غير مشروعة.

(**وفرض القراءة**) في الصّلاة (**آية**) عند أبي حنيفة وهي إمّا كلمة واحدة نحو: ﴿مُدۡهَآمَّتَانِ﴾ و﴿صٓ﴾ و﴿قٓ﴾، أو كلمتان فصاعداً.

فإن كانت كلمة واحدة.. قال بعضهم: لا يجوز؛ لأنّه لا يسمّى قارئاً، وقال بعضهم: يجوز، أمّا نحو: ﴿مُدۡهَآمَّتَانِ﴾.. فظاهر، وأمّا نحو: ﴿صٓ﴾ و﴿قٓ﴾.. فلأنّ مسمّاها وإن كان حرفاً غير مَقروء لكن أسماؤها كلمة مقروءة، فيصح بها الصّلاة.

وإن كانت كلمتين نحو: ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾.. جازت عنده بلا خلاف.

ولو قرأ في ركعة نصف آية طويلة مثل آية الكرسي ونصفاً آخر في ركعة أخرى.. لا يجوز عند بعض المشايخ؛ لعدم قراءة الآية في كلّ ركعة، ويجوز عند العامّة؛ لأنّ بعض هذه الآيات تزيد على ثلاث آيات قصار أو تعدلها، فلا يكون أدنى من آية.

(**وقالا: ثلاث آيات قصار، أو آية طويلة**) وهو رواية عن أبي حنيفة؛ وذلك لأنّ الآية الواحدة وإن كانت قرآناً حقيقة.. إلا أنّه في العرف ينطلق على ثلاث آيات أو آية طويلة، فيصار إليه؛ لأنّ المجاز المتعارف أولى عندهما من الحقيقة المستعملة؛ فلا يعد الرجل قارئاً في العرف بدون ثلاث آيات أو آية طويلة، فأشبه قراءته آية قراءة ما دون الآية.. فلا يجوز.

وله قوله تعالى: ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِ﴾ من غير فصل بين آية وما فوقها،

وسنّتُها فِي السّفرِ عجلةً: الفاتحةُ وَأيُّ سُورَةٍ شَاءَ.

وأَمَنةً: نَحْوُ البروجِ وانشقّت فِي الْفجْرِ.

وَفِي الْحَضَر: أَرْبَعُونَ آيَةً أَو خَمْسُونَ.

والآية الواحدة يطلق عليها القرآن حقيقة، والحقيقة المستعملة أولى عنده من المجاز المتعارف؛ فلا يعدل عنها مع إمكان العمل بها، فيحمل عليها ويعمل بإطلاقه.

وما دون الآية لم يدخل تحت إطلاقه بالإجماع؛ لأنّ المطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل من القرآن: ما هو قرآن حقيقة وحكماً.

وما دون الآية وإن كان حقيقة.. لكنه ليس بقرآن حكماً؛ حيث جاز قراءته للجنب والحائض، والآية الواحدة.. ليست في معنى ما دونها حتى تلحق به وتخرج عن إطلاق القرآن أيضاً.

وفي «البحر»: إنّ من لا يحسن الآية.. لا يلزمه التكرار عند أبي حنيفة؛ لحصول الفرض، قالوا: وعندهما: يلزمه التكرار ثلاث مرّات.

وأمّا من يحسن ثلاث آيات إذا كرّر آية واحدة ثلاث مرات.. ففي «المجتبى»: أنه لا يتأدى به الفرض عندهما، وفي «الخلاصة»: إنّ فيه اختلاف المشايخ على قولهما.

ولو قرأ نصف آية مرّتين، أو كلمة واحدة مراراً حتى بلغ قدر آية تامّة.. فإنّه لا يجوز.

(**وسنتها في السّفر عجلةً: الفاتحة وأيّ سورة شاء**)؛ لما روي أنّه ﷺ قرأ في سفره في الفجر المعوذتين؛ ولأنّ للسّفر أثراً في إسقاط شطر الصّلاة؛ [١٢٤/أ] فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى.

(**وأَمَنَةً: نحو البروج وانشقت في الفجر**)؛ لأنّه يمكنه مراعاة السّنة مع التخفيف.

والظهر كالفجر على ما في «المحيط» و«الهداية».

وفي العصر والعشاء دون ذلك، وفي المغرب بالقصار جداً.

(**وفي الحضر أربعون آية أو خمسون**) سوى الفاتحة على ما في «الهداية».

وابستحسنوا: طِوالَ الْمُفصَّلِ فِيهَا وَفِي الظّهْرِ.

وأوساطَهُ فِي الْعَصْرِ وَالْعشَاءِ.

وقصارَهُ فِي المغربِ.

ومن الحُجُراتِ إِلَى البروجِ: طوالٌ.

وَمِنْهَا إِلَى ﴿لَمْ يَكُنِ﴾: أوساطٌ.

وَمِنْهَا إِلَى الآخر: قصارٌ.

وَفِي الضَّرُورَة بِقدرِ الْحَالِ.

وزاد في «الجامع الصغير»: أو ستون، واقتصر في «الأصل» على الأربعين.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنّه يقرأ من ستين إلى مائة، ثم هذا المقدار في الركعتين لا في ركعة، حتى يكون على رواية الأربعين مثلاً في كل ركعة عشرون على ما في «العناية».

قيل في التوفيق: رواية الحسن محمولة على الراغبين، وما في «الأصل» على الكسالى، وما في «الجامع الصغير» على الأوسط.

(**واستحسنوا طوال المفصل فيها**)، أي: في الفجر (**وفي الظهر**)؛ لما روي أنّ عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل، وفي العصر والعشاء بأوساط المفصّل، وفي المغرب بقصار المفصل.

(**وأوساطه في العصر والعشاء وقصاره في المغرب**) لما رويناه.

(**ومن الحجرات إلى البروج طوال، ومنها إلى ﴿لَمْ يَكُنِ﴾ أوساط، ومنها إلى الآخر قصار**).

وقيل: من الحجرات إلى ﴿عَبَسَ﴾ طوال، ومن ﴿كُوِّرَتْ﴾ إلى ﴿وَالضُّحَىٰ﴾ أوساط، ومنه إلى الآخر قِصار.

(**وفي الضرورة بقدر الحال**)، وفي «المحيط»: حالة الضرورة هو أن يخاف فوت الوقت.

وتُطالُ الأولى على الثَّانِيَةِ فِي الْفجْرِ فَقَط، وَعَن مُحَمَّدٍ: فِي الْكلِّ.

(وتطال) الركعة **(الأولى)** بتطويل القراءة **(على الثانية في الفجر فقط)**؛ للتوارث ولأنّه وقت نوم فينبغي أن يعين الجماعة بتطويل القراءة.. رجاء أن يدركوها.

ويعتبر التّطويل من حيث الآيات إذا كان بين ما يقرأ في الأولى وبين ما يقرأ في الثانية مقاربة من حيث الآتي:

أمّا إذا كان بين الآيات تفاوت من حيث الطّول والقصر.. تعتبر الكلمات والحروف، على ما في «المحيط».

واختلفوا في مقدار الزيادة؛ فمنهم من اعتبر الثلثَ والثُلثينِ بأن يكون الثلثان في الأولى، والثلث في الثانية.

وقيل: يزاد مقدار نصف ما قرأ في الثانية، وهو الظاهر من «الخلاصة».

قيد الإطالة بالأولى؛ لأنّ إطالة الثانية مكروهة بالاتفاق إذا كانت ثلاث آيات، وفي الآيتين اختلاف.. هذا عندهما.

(وعند محمّد) تطال الأولى **(في الكل)** أي في كل المكتوبات، وأمّا النوافل والسنن فيستوي بين ركعاتها في القراءة، إلّا فيما ورد به السنة.

وفي «المحيط»: يكره تطويل ركعة من التطوع ونقص أخرى.

وأصل محمّد ما رواه البخاري عن أبي قتادة: أنّ النبي ﷺ كان يطول الركعة الأولى من الظهر والعصر والصّبح.

ولهما حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أنّه ﷺ كان يقرأ في الظهر في الأولين في كلّ ركعة قدر ثلاثين آية، وفي العصر في الأوليين في كلّ ركعة خمس عشر آية.

وحديث أبي قتادة يحتمل أن يكون التطويل فيه ناشئاً من جملة الثناء والتعوذ والتسمية وقراءة ما دون الثلاث، [١٢٤/ب] فيحمل عليه جمعاً بين الدليلين.

وفي «الخلاصة» قول محمد أحبّ.

وَلَا يَتَعَيَّنُ شَيْءٌ من الْقُرْآنِ لصلَاةٍ بِحَيْثُ لَا يجوزُ غَيرُهُ.

وَكُرِهَ التعيينِ.

ولا يقرأُ الْمُؤْتَمُّ، ....

(ولا يتعيّن شيء من القرآن لصلاة بحيث لا يجوز غيره)، والمراد بالتّعيين: على وجه الفرضية، وإلا.. فالفاتحة متعيّنة عندنا على وجه الوجوب.

وقد يقال: إنّ الفاتحة متعيّنة بتعيين الشارع والمراد ههنا: عدم تعيين المصلّي من عند نفسه.

(وكره التعيين)، قيل: هذا مستدرك بعد ذكر ما قبله، وأجيب: بأنّ معنى الأول: أنّه ليس في شيء من الصّلاة مطلقاً تعيين شيء من القرآن بحيث لا يجوز الصلاة بدونه.

ومعنى الثاني: أنّه يكره تعيين المصلّي شيئاً من القرآن؛ مثل: ألم السّجدة وهل أتى لفجر يوم الجمعة، لا على أنّه لا يجوز غيرهما كما في الأوّل.

وقد يقال: المراد بالأوّل: نفي تعيين المصلّي، والثاني: بيان حكمه لو فعله المصلّي.. فلا تكرار أيضاً.

وإنّما كره التعيين لإيهام تفضيل بعض آية على بعض وهجر الباقي.

(ولا يقرأ المؤتم) في الجهرية والسّرية، وقال الشافعي: يجب قراءة الفاتحة في السرية وفي الرّكعات التي لا جهر فيها، وكذا يجب فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْءَانِ﴾ ولركنية الفاتحة عنده.

ولنا حديث جابر رضي الله عنه: أنّ رسول الله ﷺ قال: «من كان له إمام.. فقراءة الإمام قراءة له» وعليه إجماع أكثر الصحابة.

وما تلاه عام خصّ منه المدرك في الركوع، فيجوز تخصيصه بعده بالمقتدي بخبر الواحد، وركنيتها ممنوعة على ما قدمناه.

ولو سُلّم.. فالكلام في أن قراءة الإمام قراءة للمأموم أو لا، فاخترنا الأول لما رويناه، فلا يحتمل الركنية.

بل يستمعُ ويُنصتُ، وَإِن قَرَأَ إِمَامُهُ آيَةَ التَّرْغِيبِ والترهيبِ، أَو خطبَ، أَو صلَّى على النَّبِي ﷺ.

(بل يستمع وينصت) لقوله تعالى: ﴿فَٱسۡتَمِعُواْ لَهُۥ وَأَنصِتُواْ﴾ نزلت حين قرأ الأصحاب خلف النبي ﷺ في الصّلاة، قالوا: إنّما كانت العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.. وجب الاستماع في خارج الصّلاة أيضاً.

وفي «البحر»: لو قرأ على السّطح في اللّيل جهراً والناس نيام.. يأثم الصّبي إذا كان يقرأ القرآن وأهله يشتغلون بالأعمال ولا يستمعون؛ إن كانوا شرعوا في العمل قبل قراءته.. لا يأثمون، وإلا.. أثموا.

(وإن) وصلية (قرأ الإمام آية الترغيب)، أي: ما يذكر فيه الجنة، أو الرحمة (والترهيب) ولا يسأل الجنّة والرّحمة ولا يتعوّذ من النّار إن كان إماماً، أو مقتدياً وكذا المنفرد في الفرض إذ لا أثر فيه.

وأمّا في النفل.. فحسن؛ لحديث حذيفة رضي الله عنه قال: صليت مع رسول الله ﷺ صلاة اللّيل، فما مرَّ بآية فيها ذكر الجنة.. إلّا وقف وسأل الله الجنة.. وما مرَّ بآية فيها ذكر النّار.. إلّا وقف وتعوّذ بالله من النّار.

(أو خطب) الإمام لما في «مسلم»: أنّه ﷺ قال: «إذا قلت لصاحبك: أنصت يوم الجمعة والإمام يخطب.. فقد لغوت».

وفي «النّووي»: الإنصات واجب عند أبي يوسف والشافعي ومالك، واختلفوا في أنّه هل يجب حالة الخطبة؟ أم بخروج الإمام المنبر؟ والأول قول الشافعي ومالك، والثاني قول أبي حنيفة.

(أو صلّى) الإمام في الخطبة (على النبي ﷺ) لما رويناه؛ ولأنّ الذّكر والصّلاة على النبي ﷺ تطوّع، واستماع الخطبة فرض فلا يترك [١٢٥/أ] للتطوع.

وعن أبي يوسف: روى جواز الصّلاة على النبي ﷺ حين يصلّي الإمام على النبي ﷺ.

والنَّائي والدَّاني سَوَاءٌ.

وجواز رد السّلام وتشميت العاطس، وعن محمد: أنّه يرده في نفسه.

ودراسة الفقه والنظر فيه.. مكروه، وقيل: لا بأس به.

وعن أبي يوسف أنه كان ينظر في كتابه ويصحّحه بالقلم.

(والنّائي)، أي: البعيد عن المنبر، (والدّاني)، أي: القريب إلى المنبر بحيث يستمع الخطبة (سواءٌ) في لزوم الاستماع والإنصات، على ما اختاره الكرخي.

وعن بعض مشايخنا أن للنائي أن يقرأ القرآن إحرازاً لثوابه.

* * *

(فَصْلٌ)
[فِي بَيَانِ الإِمَامَةِ]

الْجَمَاعَةُ سُنَّةٌ مُؤَكَدَةٌ.

(فَصْلٌ)
فِي بَيَانِ الإِمَامَةِ

(الجماعة): أقلّها اثنان، أو واحد مع الإمام في غير الجمعة لما في «البخاري»: «الاثنان وما فوقهما جماعة» سواء كان ذلك الواحد رجلاً أو امرأة، حُراً أو عبداً، أو صبيّاً يعقل، في المسجد أو في بيته، حتى لو حلف لا يصلّي بجماعة وأمّ صبيّاً يعقل.. حنث في يمينه، كذا في «السّراج»، وكذا لو أمّ زوجته في بيته أو جاريته.

(سنة مؤكدة)، قيل: فرض، وقيل: واجب.

والمختار عند كثير من السّلف: سنة مؤكّدة في قوّة الواجب لما في «التحفة»: ذكر محمّد أن الجماعة واجبة، وقد سمّاها بعض أصحابنا سنة مؤكّدة وهما في المعنى سواء.

وفي «البدائع»: عن عامة المشايخ: أنّها واجبة.

وفي «المجتبى»: الظاهر أنّهم أرادوا بالتأكيد.. الواجب؛ لاستدلالهم بالأخبار الواردة بالوعيد الشّديدة في تركها.

وفي «القنية»: يجب التّعزير على تاركها بغير عذر، ويأثم الجيران بالسكوت.

وفي «المحيط»: لا يرخّص لأحد في تركها بغير عذر، حتّى لو تركها أهل مصر.. يأمرون بها؛ فإن ائتمروا فبها، وإلا.. يحلّ مقاتلتهم.

وفي «المجتبى»: ومن سمع النّداء.. كره له الاشتغال بالعمل.

وفي «الخلاصة»: يجوز التعزير بأخذ المال، ومن ذلك: رجل لا يحضر الجماعة.

وفي «شرح النقاية» للشمّني عن نجم الأئمة: رجل يشتغل بتكرار الفقه ليلاً ونهاراً ولا يحضر الجماعة.. لا يعزر ولا تقبل شهادته.

وأيضاً: رجل يشتغل بتكرار اللّغة فتفوته الجماعة.. لا يعزّر، بخلاف تكرار الفقه.

قيل: جواب الأول: فيمن واظب ترك الجماعة تهاوناً، والثاني: فيمن لا يواظب على تركها. انتهى.

فمن الأعذار المرخصة لتركها: المرض، أو كونه مقطوع اليد والرجل من خلاف، أو مفلوجاً، أو مستخفياً من السّلطان أو من المدين، أو لا يستطيع المشي كالشيخ العاجز وغيره كالزَّمِن والأعمى ولو وجدا من يقوده ويحمله.

وفي «الزيلعي»: والأعمى عند أبي حنيفة بناء على أنّه لا عبرة عنده بقدرة الغير.

وتعقبه في «فتح القدير» وقال: الظاهر أنه اتفاق، والخلاف في الجمعة لا في الجماعة.

ففي «الدراية»: قال محمد: لا تجب على الأعمى.

ومنها أيضاً: المطر والطين والبرد الشديد والظلمة الشديدة في الصّحيح.

وعن أبي يوسف: سألت أبا حنيفة عن الجماعة في الطين والردغة[1]، فقال: لا أحبّ تركها.

وفي «البحر» عن «السّراج»: أن الريح الشديد من الأعذار المسقطة لها في الليل لا في النهار.

ثم اختلفوا في أنّها هل يجوز تكرارها في مسجد واحد قد صلّى فيه إمامه الراتب [١٢٥/ب] بجماعة، أم يكره؟ فعن أبي حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك: أنّها تكره تحريماً تكرارها فيه، ويصلّون وحداناً بعد الجماعة الأولى.

وعن أبي يوسف ومحمّد وداود وعطاء: أنّها يجوز تكرارها فيه، وعليه العمل اليوم، لكنهم يصلون في موضع غير موضع الإمام الأوّل.

---

(١) الردغة: الماء والطين والوحل الشديد.

وأولى النَّاسِ بِالْإِمَامَةِ: أعلمُهُم بِالسُّنَّةِ، ثمَّ أقرؤُهم - وَعندَ أَبي يُوسُفَ: بِالْعَكْسِ - ....

(وأولى النّاس بالإمامة أعلمهم بالسنة)؛ لما في «البخاري»: أنّ النبي ﷺ اشتد مرضه فأمر أبا بكر بين الصّحابة بالصّلاة بالنّاس؛ لعلمه وفضله.

وينبغي أن يقيد الأعلم بالسنة بأن يكون مجتنباً عن الفواحش الظاهرة وإن لم يكن ورعاً، على ما في «المجتبى».

(ثم أقرؤهم)؛ لقوله ﷺ: «ليؤم القوم أعلمهم بالسّنة، فإن كانوا سواء فيها.. فأقرأهم لكتاب الله تعالى» رواه عقبة بن عمرو، والمراد بالأقرأ من كان أعلمهم بالقراءة وكيفية أداء حروفها ووقوفها باعتبار تجويده، على ما في «العناية».

وقيل: المراد من كان أكثر حفظاً للقرآن، وهو المتبادر منه، على ما في «فتح الباري».

وفيه أيضاً: إذا اجتمع أكثر حفظاً وأجود قراءة.. يقدم الأكثر حفظاً.

(وعن أبي يوسف بالعكس)؛ لما في «مسلم»: أنّه ﷺ قال: «يؤم القوم أقرأهم؛ فإن كانوا في القراءة سواء.. فأعلمهم بالسنة؛ فإن كانوا في السنة سواء.. فأقدمهم هجرة، ثم أقدمهم سنّاً» وفي رواية: «إسلاماً».

واختلفوا في الاختيار، منهم من اختار قول أبي يوسف، ومنهم من اختار قول أبي حنيفة ومحمد منهم صاحب «الهداية» وأجاب عن أبي يوسف: بأنَّ أقرأهم كان أعلمهم؛ لأنّهم كانوا يتلقون بأحكامه، فقدم في الحديث، ولا كذلك في زماننا، فقدّمنا الأعلم؛ ولأنّ القراءة يفتقر إليها لركن واحد، والعلم يفتقر لسائر الأركان.

وتعقبه في «فتح القدير»: بأنّه أفاد أنّ معنى الأقرأ: هو الأعلم بأحكام الكتاب، فصار معنى الحديث يؤم القوم أقرؤهم، أي: أعلمهم بالقراءة وأحكام كتاب الله تعالى؛ فإن كانوا في القراءة والعلم بأحكام الكتاب سواء.. فأعلمهم بالسنة، أي: المتبحر في مسائل الصّلاة.

ثمَّ أورعُهم، ....

وهذا يقتضي: **أوّلاً**: أن يكون المتبحر في القراءة وسائر العلوم - ومنها أحكام الكتاب - مقدماً على المتبحر في مسائل الصّلاة، وهذا خلاف ما صرّح به، لأنّ المصرّح: أنّ المتبحر في مسائل الصلاة بعد إحسانه القدر المسنون من القراءة مقدم على غيره، ولو كان الغير متبحراً في القراءة وسائر العلوم، ويؤيد هذا ما ذكره بقوله: ولأنّ القراءة يفتقر إليها لركن واحد والعلم لسائر الأركان.

وثانياً: أن يكون النص ساكتاً عن الحال بين من انفرد بالعلم عن الأقرئيّة بعد إحسان القدر المسنون، ومن انفرد بالأقرئيّة عن العلم؛ لأنّه استدل به على تقديم من اجتمع فيه الأقرئيّة والأعلميّة، لا على تقديم الأعلم مطلقاً، فلم يتناول المنفرد بالأقرئية والمنفرد بالأعلميّة، فلا يجوز الاستدلال به على الحال بينهما كما استدل به صاحب «الهداية»، فأحسن ما يستدل به على مختار صاحب «الهداية» - وهو مختار المصنف أيضاً -: حديث «البخاري»: «مروا أبا بكر فليصلِّ بالناس» وكان ثمة من هو أقرأ منه، لا أعلم منه.

هذا وقيد في «السّراج الوّهاج» تقديم الأعلم [١٢٦/أ] بغير الإمام الراتب، وأمّا الإمام الرّاتب.. فهو أحق من غيره وإن كان غيره أفقه منه.

(ثم أورعهم) بالاجتناب عن الشبهات، وأمّا الاجتناب عن المحرّمات وهو التّقوى.. فلا بدّ منه.

ولم يذكر الورع في الحديث السّابق، إلّا أنّ صاحب «الهداية» روى مرفوعاً: «من صلّى خلف عالم تقيّ.. فكأنّما صلّى خلف نبي»، وقال ابن الهمام: والله أعلم به، وقال الحافظ العيني: هذا الحديث غريب، إلّا أنّ الحاكم روى ما في معناه قال ﷺ: «إن سرّكم أن تقبل صلاتكم.. فليؤمكم خياركم»؛ فإن صحّ.. فبها، وإلّا فالضعيف - غير الموضوع - يعمل به في فضائل الأعمال، ثم محمله ما بعد التساوي في العلم والقراءة.

والّذي في الحديث السّابق بعد الهجرة عن مكة، وقد انتسخ وجوب الهجرة

ثُمَّ أَسنُّهم، ثمَّ أحْسنُهم خُلُقاً.

وَتُكْرَهُ إِمَامَةُ: العَبْدِ، والأعرابيّ، وَالْأَعْمَى، ....

بعد فتح مكّة؛ فوضعوا مكانها الهجرة عن الخطأ والشبهات.

(ثـم أَسَنُّهُم) لمـا رويناه؛ ولأنّ الأكبـر كـان أخشـع قلبـاً وأعظـم حرمـة ورغبـة، فيكون في تقديمه تكثير الجماعة، وقيل: المراد بالأسنّ من امتدّ عمره في الإسلام بأن كان أقدم إسلاماً على ما وقع في بعض رواية ما رويناه.

(ثـم أَحْسَنُهُم خُلُقاً)، والمـراد: حسـن الألفة بالنّاس؛ لأنّه يفضـي إلـى تكثير الجماعة؛ فإن استووا.. فأحسنهم وجهاً، أي: أكثر صلاة باللّيل، ثم الأشرف نسباً، ثم يقرع بينهم.

وهذا كلّه إذا لم يكونوا في بيت شخص ولا في مسجد له إمام راتب؛ وإلّا.. فصـاحب البيـت والإمـام الراتـب أولـى، إلا أن يكـون معـه سـلطان أو قـاض؛ لأنّ ولايتهما عامّة.

(وتكـره) تنزيهـاً - لقـول محمـد فـي «الأصـل»: إمامة غيـر هـؤلاء أحبّ إلـيّ - (إمامة العبد)؛ لعدم تفرغه من خدمة مولاه للتعلم، وفيه خلاف الشافعي.

وفـي «فـتح القـدير»: ولـو اجتمـع المعتـق والحـر الأصـلي واسـتويا فـي العلـم والقراءة.. الحر الأصلي أولى.

(والأعرابي)؛ لأنّ الغالـب عليه الجهل، والمراد: من يسكن البادية ولـم يهـاجر الأمصار.

(والأعمى)؛ لعـدم توقيـه مـن النجاسـة، ولا يهتـدي إلـى القبلـة بنفسـه، ولا يقـدر على استيعاب الوضوء غالباً.

وفي «المحيط» و«الزيلعي»: إن كان الأعمى أفضلهم.. فهو أولى بالإمامة؛ لما روي أنّ النبي ﷺ استخلف في المدينة ابن أمّ مكتوم وعيناه كانا أعميين.

وقاس عليه في «البحر» العبد والأعرابي وولد الزنا.

وَالْفَاسِقِ، والمبتدعِ، وَولدِ الزِّنَا؛ فَإِن تقدَّمُوا.. جَازَ.

وَيكرهُ: تَطْوِيلُ الإِمَامِ ....

(والفاسق)؛ لأنّه لا يهتم لأمر دينه، ولأنّ في تقديمه تعظيمه، وقد أمرنا بإهانته.

وفي «فتح القدير» عن «الدراية»: قال أصحابنا: لا ينبغي أن يقتدى بالفاسق إلّا في الجمعة؛ لأنّ في غيرها يجد إماماً غيره بأن يتحوّل إلى مسجد آخر، وقال: وعلى هذا فتكره في الجمعة إذا تعدّدت إقامتها في المصر على قول محمد، وهو المفتى به؛ لأنّه بسبيل من التحول.

وفي «المحيط»: لو صلّى خلف فاسق أو مبتدع.. أحرز ثواب الجماعة، لكن لا يحرز ثواب المصلّي خلف تقي. انتهى.

(والمبتـدع): مـن أحـدث فـي دينـه، أو نقـص علـى خـلاف الحـق المتلقـى عـن رسول الله ﷺ؛ من اعتقاد أو عمل بنوع شبهة وجعله ديناً.

ولا يحكـم بكفـره؛ لأنّ مـن يحكـم بكفـره لبدعـة.. لا تجـوز إمامتـه؛ كالجهميـة وغيرها من الفرق الضالّة الكفرة.

(وولـد الزنـا)؛ لأنّـه لـيس لـه [١٢٦/ب] أب يربّيـه ويؤدّبـه ويعلّمـه فيغلـب عليـه الجهل، وقال الحسن وعطاء: تجوز إمامته بلا كراهة.

(فإن تقدّموا.. جاز) لوجود الأهلّية للصّلاة مع أداء الأركان والشرائط؛ ولأنّ النبي ﷺ قال: «صلّوا خلف كلّ برّ وفاجر» ولأنّ ابن عمر صلّى خلف الحجّاج فمن أظلم منه؟

فإن أمكن له الصّلاة خلف غيرهم.. فهو أفضل، وإلا.. فالاقتداء بهم أفضل من أن يصلي منفرداً.

وفـي «فـتح القـدير»: ويكـره الاقتـداء بالمشـهور بأكـل الربـا، ويجـوز بالشـافعي بشروط نذكرها في باب الوتر.

(ويكره تطويل الإمام)، أي: زيادته على القدر المسنون من قراءة النبي ﷺ لما

الصَّلَاةَ، وَكَذَا جَمَاعَةُ النِّسَاءِ وحدهنَّ؛...

في «الصّحيحين» مرفوعاً قال ﷺ: «إذا صلّى أحدكم بالناس.. فليُخَفِّف؛ فإن فيهم الضعيف والسّقيم والكبير وذا الحاجة، وإذا صلّى لنفسه فليطوِّل ما شاء».

(الصّلاة) غير صلاة الكسوف؛ فإن السّنة فيها التطويل حتى تنجلي الشمس، على ما في «فتح القدير».

وفيه إشارة إلى أنّ تطويله الركوع والسجود والأدعية.. مكروه أيضاً، كذا قيل.

قال في «فتح القدير»: وينبغي أن يقرأ في الركعتين آخر سورة واحدة، لا آخر سورة في كل ركعة.. فإنه مكروه عند الأكثر.

وفي «الخلاصة»: إذا قرأ سورة واحدة في ركعتين.. اختلف فيه، والأصح: أنّه لا يكره، ولكن لا ينبغي أن يفعل، ولو فعل.. لا بأس به.

وكذا لو قرأ وسط سورة أو آخر سورة في الأولى، وفي الثانية وسط سورة أخرى أو آخر سورة أخرى.. لا ينبغي أن يفعل، ولو فعل.. لا بأس، وفي «نسخة الحلواني»: قال بعضهم: يكره.

(وكذا جماعة النساء وحدهن) أي تحريماً؛ لأنّ إمامتهنّ إمّا أن تتقدّمهنّ، أو تقف وسطهن، وكلاهما مكروه تحريماً.

أمّا الأوّل: فلما فيه من زيادة الكشف.

وأمّا الثاني: فلما فيه من ترك مقام الإمام، وهو واجب على الإمام لمواظبته ﷺ بلا ترك، [ترك] الواجب حرام.

فإن قيل: قد ثبت أنّ عائشة رضي الله عنها أمّت لهنّ وقامت وسطهن، فكيف تكره؟ بل هي مستحبّة على ما ذهب إليه الشافعي.

أجيب: بأنّ ذلك كان في ابتداء الإسلام، ثم تستحب السنية، فبقيت على أصل الجواز، وإن كانت مكروهة.

فإن قيل: إنّ النبي ﷺ أقام بمكّة بعد النّبوة ثلاث عشرة سنة على ما في

فَإِن فعلنَ.. تقفُ الإِمَامُ وسْطَهنَّ كالعُراةِ،...

«الصحيحين»، ثم تزوج عائشة بالمدينة، فكيف يصح قوله: إن فعل عائشة محمول على ابتداء الإسلام؟ وان انتفاء صفة الوجوب والسنية يستلزم انتفاء صفة الجواز على ما في «الأصول»، فإذا نسخت السّنية.. نسخ الجواز أيضاً.

قلنا: إنّه ﷺ تزوّج عائشة في مكّة قبل الهجرة على قول ما في «شرح البخاري»، ولو سلِّم أنّه كان في المدينة.. لكنه يجوز أن يكون المراد بابتداء الإسلام: ما قبل زمان النسخ، وإن الجواز الباقي هو الجواز في ضمن الكراهة، لا في ضمن السنية.

(وإن فعلن) بجماعة **(تقف الإمام وسطهنّ)** لما رويناه من حديث عائشة؛ ولأن في تقدّمها زيادة كشف والاحتراز عنه فرض، وتقدّم الإمام واجب وترك الواجب أهون من ترك الفرض، لا يقال: لو لبست حشواً من قرنها إلى قدميها وتقدّمت وأمّت [١٢٧/أ] النساء.. فلا كشف، والكراهة باقية، وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح؛ لأنّ ذلك نادر لا حكم له؛ ولأن ترك التّقدم ثابت بما رويناه، والتعليل بالكشف للإيضاح.

واستخلف الإمام امرأة وخلفه رجال ونساء.. فسدت صلاة الرجال والنّساء والإمام والمرأة المتقدمة باتّفاق أئمتنا الثلاث، على ما في «السراج الوهاج».

أمّا الرجال: فظاهر.

وأمّا النساء: فلأنّهن دخلن في تحريمة ناقصة بعد كاملة، فعلم أنّ هذه المسألة مستثناة من جواز إمامة النّساء.

كما أنّ جماعتهنّ وحدهنّ في صلاة الجنازة مستثناة عن الكراهة؛ لأن صلاة الجنازة فريضة وترك التقدم مكروه، فدار الأمر بين فعل المكروه بفعل الفرض، أو ترك الفرض لترك المكروه.. فوجب الأوّل، كذا في «فتح القدير».

(كالعراة)؛ فالأفضل في حقّهن الصّلاة فرادى، وإن صلّوا بجماعة.. تقف إمامهنّ وسطهنّ.

وَلَا يحضرْنَ الْجَمَاعَاتِ، إِلَّا الْعَجُوزُ فِي الْفجْرِ وَالْمغْرِبِ وَالْعشَاءِ، وجوَّزا حُضُورَهَا فِي الْكلِّ.

وَمَن صلَّى مَعَ وَاحِد.. أَقَامَهُ عَن يَمِينِهِ.

(ولا يحضرن)، أي: النّساء (الجماعات) أي جماعة المكتوبة والجمعة والعيدين ومجلس الوعظ.. لخوف الفتنة؛ (إلا العجوز في المغرب والعشاء والفجر فقط).. لعدم خوف الفتنة في هذه الأوقات؛ لأنّ الفسقة يشتغلون بالطّعام في المغرب، وينامون في العشاء والفجر.

(وجوّز لها)، أي: أبو يوسف ومحمّد (حضورها)، أي: العجوز (في الكل)؛ لأنّ الجماعة مشروعة في حقّهن، والفتنة معدومة؛ لأنّها غير مرغوب فيها فلا يكره.

وفي «الكافي»: الفتوى اليوم على الكراهة في الكلّ؛ لظهور الفساد.

وحضور مجالس الوعظ أولى بالكراهة.

(ومن صلّى مع واحد) بالغاً أو صبيّاً..

(أقامه) الإمامه - لو قام عن يساره أو خلفه ولم يتحوّل هو بنفسه.

(عن يمينه) مساوياً له ولا يتأخر عنه، وعن محمد: أنّه يضع أصابع رجله عند عقب الإمام؛ والظاهر قولهما لما في «مسلم»: عن جابر رضي الله عنه قال: كنت مع رسول الله ﷺ في سفر فصلّى ووقفت خلفه، فأخذ بأذني فجعلني عن يمينه، وهذا ظاهر في المساواة، وعليه أكثر العلماء.

فلو أقام الواحد عن يسار الإمام، أو خلفه.. كره، على ما في «الزيلعي».

ولا تفسد صلاتهما بالتحويل إلى اليمين؛ لأنّه عمل قليل، والعبرة في المساواة: القدم لا الرّأس، حتى لو كان الإمام أقصر من المقتدي فوقع رأس المقتدي قدام الإمام.. يجوز بعدما كان أكثر قدمه مساوياً لقدم الإمام، أو متأخراً عنه قليلاً، ولو اختلف قدمهما صغراً أو كبراً.. فالعبرة بالساق والكعب.

ويتقدَّمُ على الاثنينِ فَصَاعِداً.

ويُصَفُّ الرِّجَالُ، ثمَّ الصِّبيانُ، ثمَّ الخَناثى، ثمَّ النِّسَاء.

(ويتقدم) الإمام (على الاثنين فصاعداً)؛ لما رواه الجماعة عن مالك بن أنس رضي الله عنه: أنّ النبي ﷺ تقدّم الاثنين، وعن أبي يوسف: أنّه لا يتقدمهما بل يقوم بينهما؛ لما في «مسلم»: أنّ ابن مسعود رضي الله عنه صلى بعلقمة والأسود فقام بينهما.

قلنا: هذا دليل الجواز، وكلامنا في الأفضلية، وفعل النبي ﷺ مقدّم على فعل الصّحابة، أو يقال: إنّه منسوخ.

ولو اقتدى واحد بواحد عن يمينه فجاء ثالث وجذب المقتدي إلى نفسه بعد تكبير الثالث، أو قبله.. فلا يضره ذلك ولا تفسد صلاة المقتدي، على ما في «قاضي خان»، لكنّه لو كان هذا في الصّحراء ينبغي أن يكبّر أوّلاً ثم يجذبه، ولو جذبة أوّلاً فتأخّر ثم كبّر هو.. قيل: تفسد [١٢٧/ب] صلاة من تأخر، على ما في «نظم الزندوسي»؛ لأنّ هذا إجابة بالفعل، فتعتبر الإجابة بالقول، والأصح: أنّه لا تفسد؛ لأنّه عمل قليل، كذا في «البحر».

(ويصف الرّجال ثم الصبيان) لما في «مسلم» أنه ﷺ قال: «ليلني منكم أولو الأحلام والنّهى» ثم الذين يلونهم، والمراد به: الصبّيان؛ لاحتمال رجوليتهم، (ثم الخناثى) بفتح الخاء جمع الخنثى، (ثم النساء) لحديث أنس رضي الله عنه: صلّينا مع رسول الله ﷺ وصففنا والعجوز من ورائنا رواه الجماعة إلّا ابن ماجه، ولما بوب عليه مسلم: أنّ صفوف النساء خلف الرجال.

وإذا استوى جانب الإمام.. فالجائي يقوم عن يمينه، وإن ترجح اليمين فيقوم عن يساره، وإن وجد في الصفّ فرجة.. سدّها، وإلّا.. فينتظر حتى يجيء آخر، فإن خاف فوت الركعة.. جذب واحداً من الصف إن علم أنّه لا يؤذيه، وإن اقتدى به خلف الصف.. جاز وفي «القنية»: لو وجد في الصف الأوّل فرجة دون الثاني له أن يصلي في الأوّل ويخترق الثاني؛ لأنّه لا حرمة له؛ لتقصيرهم حيث لم يسدّوا الأوّل.

فَإِن حاذَتْهُ مشتهاةٌ فِي صَلَاةٍ مُطلقَةٍ مُشْتَرَكَةٍ تحريمةً وَأَدَاءً. ....

واختلفوا في الصّف الأوّل:

قيل: هو الّذي يلي الإمام سواء جاء صاحبه متقدّماً أو متأخراً أو سواء تخلّله مقصورة أو منبر أو لا.

وقيل: المراد به هو المتصل من طرف المسجد إلى طرفه الآخر، لا يتخلله مقصورة أو منبر، فإن تخلّل.. فليس بأوّل.

وقيل: المراد به هو الّذي جاء صاحبه أولاً، وإن صلى في صف متأخر، والأصح هو، على ما يدلّ عليه ظواهر الأحاديث الصّحاح، كذا في «فتح الباري».

وفي «النووي»: القولان الآخران غلط.

(فإن حاذته)، أي: المصلي **(مشتهاة)** صالحة للجماع بأن كانت عبلة تامة الخلق وضخمة، وقيل: من بلغت سبعاً، وقيل: تسعاً.. فهي مشتهاة.

والأوّل: أصحّ.

أطلقها فشملت الأجنبية والزوجة والمحرم والمشتهاة، حالاً أو ماضياً، فدخلت العجوز الشوهاء.

ولا حاجة إلى قيد العاقلة ليخرج به المجنون؛ لعدم تصور الاشتراك معها في الصّلاة؛ لعدم صحّة صلاتها.

(في صلاة مطلقة) أي: ذات ركوع وسجود، فخرجت صلاة الجنازة.

(مشتركة) بينهما **(تحريمة)** واحدة، بأن يكونا بانئين تحريمتهما على تحريمة إمام، أو يكون الرجل إماماً لها.

(وأداء) بأن يكون الرجل إماماً لها، أو كان لهما إمام فيما يؤديانه تحقيقاً كما في المدركين، أو تقديراً كما في اللاحقين.

فإن قيل: هذا مستدرك بعد قوله مشتركة تحريمة، قلنا: ممنوع؛ لأنّ بينهما عموماً وخصوصاً من وجه؛ لأنّ المقتدي إمّا مدرك، أو لاحق غير مسبوق، أو لاحق

فِي مَكَانٍ مُتَّحِدٍ بِلَا حَائِلٍ...

مسبوق، أو مسبوق غير لاحق.

ففي المدرك: يوجد الاشتراك تحريمة وأداء فتفسد المحاذاة فيه.

وفي الثلاثة الباقية يوجد الاشتراك تحريمة لا أداء؛ لأنّ اللاحق إذا حاذته اللّاحقة عند الذهاب إلى الوضوء، أو عند المجيء قبل الاشتغال بالصّلاة.. فلا فساد هناك؛ لعدم الاشتراك أداء حالة المحاذاة؛ لأن هذه الحالة ليست حالة الأداء الاشتراك تحريمة في هذه الحالة.

وكذا المسبوق إذا حاذته المسبوقة في قضاء ما سبقا به لعدم الاشتراك أداء؛ لأنهما منفردان فيه وإن وجد [١٢٨/أ] الاشتراك تحريمة في هذه الحالة.

ولو اقتدى كلّ منهما بإمام غير الذي اقتدى به الآخر في صلاة واحدة.. فقد وجد هنا الاشتراك أداء لا تحريمة، فظهر الفرق بينهما فلا استدراك.

ثم حكم المدرك واللاحق والمسبوق معلوم.

وأمّا حكم اللّاحق المسبوق.. فهو أنّه إذا زال عذره الذي صار به لاحقاً يصلي أوّلاً ما لحق فيه، ثم يصلّي مع الإمام ما أدركه معه، ثم يقضي ما سبق به؛ لأنّ اللّاحق يصلي على ترتيب إمامه والمسبوق يقضي بعد فراغ الإمام.

(في مكان) متعلق بحاذته **(متحد)**، حتى لو كان الرجل على الأرض والمرأة على دكان قدر قامة الرجل.. لا تفسد صلاته؛ لعدم اتحاد المكان.

(بلا حائل) من الإستوانة ونحوها، وأدناه قدر مؤخرة الرحل وغلظه مثل الأصبع.

والفرجة تقوم مقام الحائل، وأدناها قدر مقام الرجل، على ما في «فتح القدير».

وقال في «معراج الدّراية»: لو كان بينهما فرجة تسع الرجل.. قيل: لا تفسد. انتهى.

والظاهر منه: أنّ الفرجة لا عبرة لها عند بعضهم.

فَسدتْ صلَاتُه إِن نُوِيْت إِمامتُها.

(فسدت صلاته) استحساناً على ما سنبيّنه لا صلاتها، إلّا إن حاذت إمامها؛ فحينئذ فسدت صلاتها أيضاً بفساد صلاة إمامها.

(إن نويت إمامتَها) أي إمامة تلك المرأة أو النساء، وقت الشروع لا بعده، ولا يشترط حضورها عند النية في رواية، ويشترط في أخرى على ما في «السّراج الوهّاج».

والظاهر هو الأوّل، ولا يخفى عليك أنّه لا حاجة إلى هذا القيد؛ لأنّه علم من قيد الاشتراك؛ إذ لا اشتراك بينهما في تحريمة إلّا بنيّة إمامتها، إذ لو لم ينو إمامتها.. لم يصح اقتداؤها بالاتفاق في غير الجمعة والعيدين.

واختلفوا فيهما، فذهب بعضهم إلى اشتراطها فيهما أيضاً، وبعضهم لا، ثمّ إنّما اشترطت النية؛ لأنّه يلزمه الفساد من جهتها على تقدير محاذاتها إياه، فلو لم ينو إمامتها.. تفسد صلاة المرأة لا الرجل؛ لعدم صحة اقتدائها.

ولو نوى إمامتها واقتدت به مقارنةً لتكبيره محاذية.. لم تنعقد تحريمة الإمام وهو الصّحيح، على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة»؛ لأنّ المفسد للصّلاة إذا قارن الشروع.. منع من الانعقاد، وإلى هذا أشار بقوله: «فسدت» هذا عندنا.

وقال زفر والشافعي ومالك: لا تفسد صلاته بالمحاذاة؛ كصلاتها، قلنا: هذا قياس تركناه بالاستحسان؛ لحديث ابن مسعود رضي الله عنه: «أخّروهنّ من حيث أخّرهن الله تعالى» روي مرفوعاً وموقوفاً.

وهذا وإن كان خبر آحاد.. لكنه لحق بياناً لمجمل قوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ فصح الاحتجاج به على فرضيّة تأخيرهن؛ لأنّ الحكم بعد البيان يضاف إلى المبين، فإذا ثبت فرضيّة تأخيرهنّ.. فبالمحاذاة يلزم ترك فرض المقام، أعني: التأخير.. فتفسد صلاته.

حتى إذا أشار إليها بالتأخير بعدما دخلت في صلاته ونوى إمامتها فلم تتأخر

هي.. بطلت صلاتها؛ لتركها حينئذ فرض المقام، أعني: التأخر لا صلاته؛ لأنّه لم يترك فرض المقام في حقه، أعني: التأخير؛ لأنّه قد فعله بالإشارة إليها بالتأخر، وإذا لم يشر إليها بالتأخر.. فقد ترك فرض [١٢٨/ب] المقام فتفسد صلاته، كذا في «البحر».

فإن قيل: قد يمكنه التقدم بخطوة أو خطوتين فيما إذا لم تتأخر المرأة بعد الإشارة إليها بالتأخر؛ فإذا لم يتقدمها.. فسدت صلاته؛ لتركه فرض المقام، فكيف يصح قوله لا تفسد صلاته لأنّه لم يترك فرض المقام؟

أجيب عنه في «البحر»: بأنّ تقدّمه بخطوة مكروه، فلا يؤمر به.

أقول: هذا الجواب ضعيف؛ لأنّ ترك التّقدم.. يلزمه فساد الصّلاة، والتقدم.. يلزمه الكراهة، وإبطال العمل غير مشروع، فالراجح: أن يتقدم، بل الأولى في الجواب: أنّ كلاً من التّقدم والتأخر في الصلاة لا ينبغي بدون الدليل، وقد وجدناه في التأخر، أعني: ما رويناه لا في التقدم؛ فلا يؤمر بالتقدم، وقياسهم على صلاة المرأة فاسد؛ لأنّ الرّجل هو المخاطب بتأخيرهن فيما رويناه، فيكون هو التارك لفرض المقام دون المرأة.

فإن قيل: إذا كان هو مأموراً بالتأخير.. تكون هي مأمورة بالتأخر؛ لضرورة التّلازم بينهما.

أجيب بالمنع بأنّه إنّما يكون كذلك إذا لم يتحقق التأخير بدون التأخر، ولكنه قد يتأخر بأن يتقدّم عليها خطوة أو خطوتين سلّمناه لكونه مكروهاً، أو لعدم الدليل على جوازه على ما ذكرناه.

لكنه ضمني، ولا معتبر بالضمنيات في الشرع؛ فإذا علم أنّ العلّة في الإفساد ترك فرض المقام.. ظهر عدم صحة قول من قال: إنّ محاذاة الأمرو تفسد الصّلاة أيضاً، وإنّما يصح ذلك أن لو كان العلّة المشهورة وليس كذلك، ثمّ هذا الجواب عن قياسهم ظاهر فيما إذا كانت المرأة حاضرة حين شرع الرجل.. فقامت وحاذته ولم

يشر إليها بالتأخر، وأمّا إذا جاءت بعدما شرع واقتدت به وحاذته.. ففيه خلاف.

وفي ظاهر الرواية أنّه مثل الأوّل؛ لأنّه لمّا نوى صلاتها حين شرع فصارت كأنّها حاذته في ابتداء الشروع، فيلزمه ترك فرض المقام.

وفي رواية أخرى: لا تفسد صلاته؛ بل تفسد صلاتها لتركها حينئذ فرض المقام، أعني: تأخرها؛ لأنّ التأخير لا يمكن للإمام؛ لكونه في الصّلاة.

والصحيح هو الأوّل؛ لأنّ كونه في الصّلاة لا يمنع أن يفعل فرض المقام بإشارة، ثم اختلفوا في أنّ المعتبر في المحاذاة ما هو؟ قيل: هو الساق والكعب، وقيل: القدم.

وقيل: هي أن يحاذي عضو منها عضواً من الرجل، حتى لو كانت المرأة على الظلة ورجل يحاذيها أسفل منها أو خلفها، إن كان يحاذي الرّجل شيئاً.. تفسد صلاته، كذا في «الفوائد النّسفية».

وقال في «المجتبى» والمحاذاة المفسدة أن تقوم بجنب الرجل من غير حائل أو قدامه، وهذا هو الأصح.

لما في «الخلاصة» وغيرها من الفتاوى: امرأة صلّت خلف الإمام فوقعت في وسط الصف وقد نوى الإمام إمامة النساء.. أجمعوا أنّ صلاة المرأة تامّة؛ لكن تفسد صلاة ثلاثة نفر من القوم: واحد عن يمينها، وواحد عن يسارها، وواحد خلفها بحذائها، بناء على أن محاذاة المرأة الرجل في صلاة مطلقة مشتركة وقد استويا في المكان وليس بينهما حائل يوجب فساد صلاة الرجل، قلّت المحاذاة [١٢٩/أ] أو كثرت.

ثم قال في «الخلاصة» عن «الجامع الكبير» للإمام السّرخسي: اتحاد المكان شرط لتحقق المحاذاة، حتى لو كان الرجل على الدكان والمرأة على الأرض قدر قامة الرجل.. لا تتحقق المحاذاة وتجوز صلاته. انتهى.

فظهر منه ضعف القولين الأوّلين؛ فإنّ المحاذاة بالكعب والساق والقدم فيمن خلفها.

وأمّا في «الفوائد النسفية» يشعر عدم اشتراط الاتحاد في المكان.

واعلم أنّ شرط المحاذاة على ما أشار إليه ثمانية: الاشتهاء، وكون الصّلاة مطلقة، ومشتركة بينهما، وكون الاشتراك في التحريمة، وفي الأداء، والاتحاد في المكان، وعدم الحائل، والنية بإمامتها.

وبقي هنا شرطان آخران: أحدهما: اتحاد الجهة حتى لو اختلفت كما في جوف الكعبة، أو بالتحري في ليلة مظلمة.. لا تفسد، كذا في «البحر».

وثانيهما: أن تكون المحاذاة في ركن كامل، حتى لو كبّرت في صفّ وركعت في صفّ آخر وسجدت في ثالث.. فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها من كلّ صف؛ لأنّها أدت في كلّ صف ركناً، كذا في «المحيط» عن الجرجاني.

وعن أبي يوسف: أنّها لو وقفت مقدار الركن.. تفسد وإن لم تؤد الركن، وقيل: لو حاذته أقل من مقدار ركن.. فسدت صلاته عند أبي يوسف.

ويؤيده ما في «قاضي خان» و«الخلاصة»: المحاذاة توجب فساد صلاة الرجل قلّت المحاذاة أو كثرت، واستشكل ههنا بأنّهم جعلوا الفرجة كالحائل على ما مرّ، والرجل الذي هو خلفها بينه وبينها فرجة هي مقدار ما بين الصفين، فكيف تفسد صلاة من خلفها؟ أجيب: بأنّ الفرجة التي بينها وبين من خلفها من الرجل غير معتبرة، وإنّما المعتبر من الفرجة ما في يمينها ويسارها، حتى قالوا: المرأة الواحدة في صف الرّجال تفسد صلاة ثلاثة رجال: واحد من يمينها، وواحد من يسارها عند عدم الفرجة، وواحد من خلفها.

والاثنتان تفسد صلاة أربعة، والثلاثة تفسد صلاة خمسة، وقيل: الثلاث كالصف التمام؛ فتفسد صلاة جميع الصّفوف التي خلفهنّ.

وَلَا تَدخلُ فِي صلَاته بِلَا نِيَّته إِيَّاهَا.

(**ولا تدخل**) امرأة (**في صلاته**) [أي في صلاة] (**بلا نيته إياها**) الرجل، وقت الشروع لا بعده، ولا يشترط حضورهنّ وقت النّية - على ما ذكرناه - إيّاها، خلافاً لزفر اعتباراً بالرجل، قلنا: يلحق الإمام من جهتها ضرر؛ لاحتمال المحاذاة، فلا بدّ أن يلتزم صلاتها؛ لأنَّ اللّزوم فرع الالتزام، فصار كالمقتدي مع الإمام؛ فإنّه لا بد للمقتدي من نية الاقتداء ليكون الضرر اللازم من جهته جهة الإمام ضرراً مرضياً.

واعترض عليه بأنّ القارئ إذا اقتدى بالأمّي.. فسدت صلاة الأمّي من جهة القارئ، ولا يشترط نية إمامة القارئ؛ ليكون الضّرر اللّازم له من جهة المقتدي ضرراً ملتزماً.

وأجيب بالمنع بناء على قول الكرخي؛ فإنّه لا يصح عنده بدون النية، سلّمنا ذلك.. لكن كلامنا في فساد يحصل بسبب الاقتداء.

والقارئ لو صلّى وحده والأميّ وحده وأمكن الأميّ الاقتداء به.. فسدت صلاته [١٢٩/ب] أيضاً، على ما في «العناية».

فلم يكن الفساد بسبب الاقتداء، قلت: لا يخفى عليك ضعف هذا الجواب؛ لأنّ المرأة إذا حاذت الرّجل خلف الإمام وقد نوى إمامتها.. فصلاة الرجل فاسدة، وإنّما فسدت بسبب الاقتداء مع أنّه لا يلزم عليه نية صلاة تلك المرأة التي جاء الفساد من قِبَلها، ثمّ أقول رأساً: أنَّ ضرر المحاذاة للإمام إنّما يلزم إذا نوى إمامتها على ما سبق، وإذا لم ينو.. لم يلزم، فلزوم الضّرر للإمام من قِبَلها موقوف على نية، وإثبات اشتراط النية بلزوم الضرر له من قِبَلها دور.

ولو نوى إمامة النساء إلّا فلانة، فاقتدت به الفلانة وقامت بجنبه.. لم تفسد صلاته على ما روي عن أبي يوسف عملاً بالاستثناء، وتفسد صلاة المرأة.

وهل تصير شارعة في النفل؟ فيه روايتان.

أطلق الصّلاة فيشمل صلاة الجمعة والعيدين وهو الأصح، وقال بعضهم: لا

وَفَسَدَ اقْتِدَاءُ: رجلٍ بِامْرَأَةٍ أَو صبيٍّ، ....

يشترط فيها النية، بل يصح دخولها في صلاة الرجل في الجمعة والعيدين، وقال في «الخلاصة»: وهو الأصح.

(**وفسد اقتداء رجل بامرأة**) لما رويناه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

(**أو صبيّ**)؛ لأنّ صلاته نفل لعدم كونه مكلّفاً، ولا يجوز اقتداؤه به لا في الفرض ولا في النفل.

أمّا في الفرض: فلأنّه يلزم بناء الفرض على النفل، وهذا لا يجوز.

وأمّا في النفل: فلأنّ الإمام ضامن، والصبي ليس من أهل الضمان فلا يكون ما صلاه مضموناً عليه، حتى لو أفسده.. لا يجب عليه القضاء، فيكون دون تنفل البالغ فلا يجوز اقتداؤه به؛ لكونه بناء للقوي على الضعيف، هذا عند العامة.

وقال مشايخ بلخ: يجوز اقتداء البالغ بالصبي في النفل قياساً على اقتداء غير الظانّ على الظان، فإنّ من ظنّ أن عليه فرضاً ثم تبيّن خلافه.. فالاقتداء به صحيح نفلاً، مع أنّ نفل المقتدي مضمون عليه بالإفساد حتى يجب عليه قضاؤه بالإفساد، ونفل الإمام ليس بمضمون عليه.

قلنا: إنّ وجوب القضاء على الظانّ مجتهد فيه، فإنّ زفر يقول بوجوبه، فاعتبر الظنّ العارض عدماً في حق المقتدي، بخلاف الصّبي.

وقال الشافعي: تصحّ إمامة الصبي للبالغ مطلقاً؛ بناء على جواز اقتداء المفترض بالمتنفل عنده، والحجة عليه ما ذكرناه.

ثمّ إذا اقتدى الرجل بواحد من النساء والصّبيان، فهل يصير شارعاً فيها أم لا؟ ولم يذكره محمد في «الجامع الصغير»، فقال بعض مشايخنا: يصير شارعاً، وبعضهم: لا، حتى لو كان تطوعاً.. لا يجب القضاء على الأوّل؛ لصحة الشروع دون الثاني، والصحيح: هو الأوّل على ما في «المحيط» عن «الأصل».

ووجه الثاني: أنّ الشروع بمنزلة النذر، ولو نذر الرجل أن يصلّي خلف امرأة أو

وطاهرٍ بمعذورٍ،...

صبيّ.. لا يلزمه، فكذا إذا شرع.. فصار كما إذا اقتدى القارئ بالأميّ أو المحدث أو الجنب.

وأمّا الاقتداء بالخنثى؛ فإن كان المقتدي رجلاً أو خنثى مثله.. لا يصح؛ لجواز أن يكون الإمام أنثى والمقتدي رجلاً، وإن كان المقتدي امرأة.. يجوز.

الإمام [١٣٠/أ] يتقدم ولا يقوم وسط الصّف، على ما في «الخلاصة».

وفي «القنية»: يجوز اقتداء الخنثى بمثله استحساناً.

ولا يجوز الاقتداء بالسّكران والمجنون المطبق، وإلّا؛ فيجوز في حال إفاقته، على ما في «الخلاصة».

(**وطاهر بمعذور**)؛ لأنّ الإمام ضامن، والطاهر أقوى حالاً من المعذور، والشيء لا يتضمن فوقه، وإنّما يتضمن مثله أو دونه.

والمراد بالمعذور: ما ظهر عذره عند الوضوء، أو يطرأ عليه قبل أن يصلي معه؛ لأنّه لو توضأ على الانقطاع وصلى كذلك.. يصح الاقتداء به؛ لأنّه في حكم الطاهر، على ما في «البحر» عن «المجتبى».

وقيّد بالطّاهر إشارة إلى أنّ اقتداء المعذور بالمعذور جائز بالاتفاق إن اتحد عذرهما، وأمّا إذا اختلف.. فلا يصح.

فيجوز اقتداء من به انفلات ريح بمثله، لا لمن به سلس بول.

ولا يجوز اقتداء المستحاضة بالمستحاضة والضالة بالضالة[1] وإن اتّحد عذرهما؛ لاحتمال اقتدائها بالحائض، على ما في «القنية».

وفيها أيضاً: إذا كان برجل جرح سائل فتوضأ وأمّ قوماً.. قال مشايخ بلخ: لا يجوز، وقال محمد بن شجاع: صلاة القوم جائزة؛ كمتيمّم أمّ المتوضّئين، وهذا قول صحيح.

---

(١) أي: مَن أضلّت أيام عادتها، وهي المحيّرة.

وقارئٍ بأميّ، ومكتسٍ بِعَارٍ،.......................................

فقد قال في «الجامع الصغير»: صاحب الجرح السّائل أمّ الأصحاء، قيل: لا يجوز للمقتدين، وقيل: يجوز لهما، وبه قال أبو يوسف، وعلى هذا الخلاف المبطون والمستحاضة. انتهى.

وقال في «المهم الضروري على القدوري»: اقتداء الصحيح بالمعذور جائز عند زفر، وعامة العلماء على أنّه لا يجوز لما بيّناه.

(و) اقتداء (**قارئ بأميّ**)، أي: لا يحسن مقدار ما يفرض من القرآن، والأصل فيه ما ذكرناه من أنّ الأضعف لا يتضمن الأقوى؛ لأنّ الأميّ أضعف حالاً من القارئ.. فتفسد صلاة القارئ، واختلف في صلاة الأميّ، فقال أبو حنيفة: تفسد أيضاً؛ لتركه فرض القراءة مع القدرة عليه بالاقتداء بالقارئ، وقال محمد في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة: أمّي صلى بقوم أمّيين وقارئين.. فصلاتهم فاسدة.

وقال أبو يوسف ومحمد: صلاة الإمام ومن هو مثل إمامه صحيحة.

وقال الكرخي: اقتداء القارئ بالأميّ وشروعه معه صحيح، ولكن إذا جاء أوان القراءة.. تفسد صلاته.

وقال الطحاوي: لا يصح شروعه أصلاً.

فعلى قول الكرخي: يلزمه قضاء النّفل لا فساده، لا على قول الطحاوي.

ولا يجوز اقتداء الأميّ بالأخرس أيضاً؛ لأنّ الأميّ أقوى حالاً منه لقدرته على التحريمة.

وفي «المحيط» عن شرح شيخ الإسلام ما يدلّ على جوازه.

واقتداء الأخرس بالأميّ جائز بالاتفاق.

(**ومكتسٍ بعارٍ**)؛ لما ذكرناه ولأنّ صلاة العاري ضرورية، ولا ضرورة في اقتداء المكتسي به، وقيّد بالمكتسي لما في «الخلاصة»: العاري إذا أم العراة واللّابسين.. تجوز صلاة الإمام والعارين.. ولا تجوز صلاة اللّابسين بالإجماع. انتهى.

وَغيرِ مومٍ بمومٍ، ومفترضٍ بمتنفِّلٍ ....

وطولب بالفرق بينه وبين ما مر من أنّ الأمّي إذا أمّ أمّياً وقارئاً.. فسدت صلاة الكل عند أبي حنيفة؟

وأجيب: بأنّ [١٣٠/ب] الأميّ يمكنه أن يجعل صلاته بقراءة؛ بأن يقتدي بالقارئ، بخلاف العاري؛ لأنّ ستر الإمام ليس ستراً للمأموم، بخلاف قراءته.

وكذا إذا أمّ معذور بمثله وبطاهر.. تصحّ صلاة الإمام مع مثله دون صلاة الطّاهر.

والمراد بالمكتسي: مستور العورة، وبالعاري: مكشوف العورة، فلا يرد عليه ما في «السّراج الوهّاج»: «لو قال: ولا مستور العورة خلف العاري.. لكان أولى»؛ لأنّ من ستر عورته بالسّروال أو نحوه.. لا يسمّى في العرف مكتسياً، ويصحّ صلاة المُكتسي خلفه؛ لأنّه مستور العورة. انتهى.

(و) اقتداء (غير موم بموم) بما ذكرناه.

وكذا لا يجوز اقتداء الموميء قاعداً بالموميء مستلقياً؛ لأنّ القعود ركن معتبر فتثبت به القوة، كذا في «الهداية».

بخلاف ما إذا كان الإمام يصلّي قاعداً بالإيماء والمقتدي قائماً بالإيماء.. فإنّه جائز، على ما ذكره «المهم الضروري» عن «التمرتاشي» معلّلاً بأنّ حال القيام غير معتبر؛ لأنّه ليس بركن.

وذكر في «النّهاية»: اقتداء الذي يصلّي قاعداً بالإيماء بالّذي يصلّي مضطجعاً.. فيه خلاف، والأصح: أنّه يجوز على قول محمّد، وكذا الأظهر على قولهما جوازه، وذكر في «المحيط» ما يوافق رواية «الهداية».

(ومفترض بمتنفل)؛ لقوله ﷺ: «إنما [جعل] الإمام ليؤتم به.. فلا تختلفوا عليه»، والاختلاف في نية الفرض اختلاف عليه، ونوقض بعكسه، وأجيب أنّه اختلاف غير معتد به؛ لكونه بناء الضعيف على القوي بخلاف ما نحن فيه، وهو

ضعيف؛ لأنّه من قبيل تخصيص النص بالرأي، فالأولى أنّ يستدل بأنّ الاقتداء بناء أمر وجودي على مثله، والفرضية موجودة في المقتدي معدومة في الإمام، فلو صح اقتداؤه به.. لزمه بناء الموجود على المعدوم، وذلك لا يجوز بخلاف عكسه؛ لأنّ النّفلية موجودة في ضمن الفرضية.

وقال الشافعي: إنّه يجوز لما رواه البخاري: أنّ معاذاً كان يصلّي مع النبي ﷺ، ثم يأتي قومه فيصلي بهم.

واعتباراً بعكسه.

قلنا: ما رواه اعتله الإمام أحمد بوجوه على ما ذكره في محلّه، وذكر ابن شاهين: أنّ حديث معاذ هذا قد أعياه القرون الأولى، ولو سلّم.. فيجوز أن يكون ما صلاه معاذ مع النبي ﷺ نفلاً، ثم يصلي الفرضية بقومه، هكذا أوّله أئمتنا، قائلين: بأنّه إنّما فعله كذلك إحرازاً: للفضيلتين: فضيلة الصّلاة خلف النبي ﷺ، وفضيلة الجماعة مع قومه.

ولا ينافي هذا التأويل ما رواه الدارقطني والبيهقي عن ابن جريج: أنّ معاذاً كان يصلّي مع النبي ﷺ العشاء ثم ينصرف إلى قومه فيصلّي بهم، هي له تطوع، ولهم فريضة؛ لأنّ قوله: هي له تطوّع ولهم فريضة زيادة مدرجة من ابن جريج، على ما في «فتح الباري».

فلا يصلح حجّة، واعتباره بعكسه فاسد لما بيّناه. ثم اختلفوا في عدم جواز اقتداء المفترض بالمتنفل، فقيل: لا يجوز في جميع أفعال الصّلاة ولا في بعضها، وقيل: لا يجوز في جميعها ويجوز في بعضها، والأول أصح على ما في «المحيط»؛ لإطلاق ما رويناه وبيّناه.

فإن قيل: ذكر محمد في «الأصل»: أنّ الإمام إذا رفع رأسه [١٣١/أ] من الركوع فاقتدى به رجل، فقبل أن يسجد السّجدتين سبق الإمام الحدث فاستخلف هذا الرجل.. صح استخلافه، ويأتي الخليفة بالسّجدتين وتكون هاتان السّجدتان نفلاً

أَو بمفترضٍ فرضاً آخرَ.

للخليفة حتى يعيدهما حين قضاء ما سبق، وفرضاً في حقّ من أدرك أوّل الصّلاة، فهذا اقتداء المفترض بالمتنفّل في حق السّجدة وهو صحيح.

وكذلك المتنفّل إذا اقتدى المفترض في الشفع الثاني.. يجوز، مع أنّه من قبيل اقتداء المفترض بالمتنفّل في حق القراءة، قلنا: إنّ نفليّة السّجدتين في حقّ الخليفة ممنوع؛ بل فرض في حقه أيضاً؛ لصدق تعريف الفرض عليه، وهو أنّه إذا لم يؤده في محلّه.. يؤمر بالإعادة إذا قدر، والسّجدتان كذلك، غايته أنهما بمعتد بهما في صلاته، وهذا لا ينافي الفرضيّة، وإنّ صلاة المقتدي أخذت حكم الفرض بالاقتداء فكانت القراءة نفلاً في حقّ المقتدي أيضاً.

(أو بمفترض فرضاً آخر) بأن كان أحدهما يصلي الظهر والآخر يصلّي العصر، وكذا صاحب الظّهر إذا أمّ لصاحب الجمعة، أو الإمام يصلّي الجمعة والقوم يصلّون الظّهر، وكذا ظهر الأمس وظهر اليوم مختلفان، كذا في «الخلاصة».

فظهر أنّه لا يصح الاقتداء بنية القضاء بمن يصلّي الأداء؛ وهذا لأن الاقتداء شركة في التحريمة وموافقة في الأفعال، وذلك يقتضي اتحاد ما تحرما له وفعلاه، خلافاً للشّافعي؛ لأنّ الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة، وذلك موجود فيما نحن فيه.

قلنا: معنى التضمن مراعى أيضاً؛ لأنّ الإمام ضامن لما رويناه، والشيء كما لا يتضمن ما فوقه، كذلك لا يتضمن مغايره، فلا يجوز اقتداء الناذر بالناذر؛ لأنّ التزام كلّ منهما إنّما يظهر على نفسه فقط فيكون منذور كلّ منهما غير منذور الآخر، إلّا إذا نذر كلّ منهما عين ما نذره الآخر.

ولا اقتداء الناذر بالحالف؛ لعدم الاتحاد وقوّة المنذورة من المحلوف بها.

ولا المسافر بالمقيم بعد الوقت فيما تغير بالسّفر؛ لعدم الاتحاد، بخلاف اقتداء الحالف بالناذر.. فإنّه يصح؛ لقوة النذر فيتضمن الأوّل، وبخلاف اقتداء الحالف بالحالف أيضاً؛ لأنّ الواجب هناك أكثر، فبقيت الصّلاتان نفلاً في نفسها، على ما في «فتح القدير».

لا يقال: النفل مغاير للفرض، فكيف يصح اقتداء المتنفل بالمفترض مع عدم الاتحاد؟ لأنّ النفل مطلق والفرض مقيد، والمطلق جزء المقيد لا مغاير له، والمانع وجود المغايرة لا عدم الاتحاد.

واعلم أنّ المواضع الّتي لم يصحّ الاقتداء فيها، أعني: المواضع الثمانية التي ذكرناها هنا، هل يصير المقتدي إذا اقتدى شارعاً في صلاة نفسه نفلاً أم لا؟ ففيه خلاف:

قال محمد: لا يصير شارعاً؛ بل يبطل ما صلّاه أصلاً.

وعندهما: يصير شارعاً فينقلب نفلاً.

والمختار: قول محمد، على ما في «المحيط».

وقال بعض مشايخنا: إن كان الفساد لفقد شرط الصّلاة كاقتداء الطاهر بالمعذور.. لا يكون شارعاً فيه، وإن كان للاختلاف بين الصّلاتين.. يكون شارعاً [١٣١/ب] غير مضمون بالقضاء؛ لاستجماع شرائطه، وهو الأشبه بالفقه، على ما في «الزيلعي».

ثم اعلم أنّ هـهنا نوعاً آخر ممّا لا يمنع الاقتداء وهو الحائل.

قال محمد في «الأصل»: إذا كان بين المقتدي والإمام حائط.. أجزأته الصّلاة.

قال مشايخنا: هذا الذي ذكره محمد ليس على إطلاقه؛ بل في الحائط القصير الذليل؛ فإن كان غير ذليل.. لا يجوز الاقتداء به، نصّ على هذا الحاكم الشهيد حيث قال: إذا كان بينه وبين الإمام حائط ذليل.. لا يمنع الاقتداء؛ لأنه إذا كان بهذه الصّفة.. لا يكون حائلاً.

ثمّ اختلف المشايخ في الحدّ الفاصل بين القصير والذليل وغير الذليل.

فمنهم من قال: إنّ الحائط إذا كان عريضاً طويلاً يمنعه عن الوصول إلى الإمام لو أراد الوصول إليه.. يمنع صحة الاقتداء، اشتبه عليه حال الإمام أو لم يشتبه بسماع

صوته أو رؤيته من نقب الحائط؛ لأنّه إذا لم يمكنه الوصول إليه.. يختلف المكان، حتى لو كان على هذا الحائط العريض الطويل نقب يمكنه الوصول منه إليه.. يصح اقتداؤه به، سواء اشتبه عليه حال الإمام أو لم يشتبه.

وإن كان النقب صغيراً يمنعه عن الوصول.. لا يصح اقتداؤه به، وإن لم يشتبه عليه حاله.

ومنهم من قال: إذا اشتبه عليه حال إمامه.. لا يصح الاقتداء به؛ لأنّ الحائط إنّما يصير مانعاً لاشتباه حال الإمام عليه بسببه، لا لاختلاف المكان؛ لأنّ القدر الذي صار مشغولاً بالحائط لو كان خالياً عنه.. لا يختلف المكان، فالفاصل على الأول: هو المنع عن الوصول، وعلى الثاني: هو الاشتباه، والصّحيح هو الثاني على ما صرّح به في «المضمرات».

وفي «الخلاصة»: العبرة للاشتباه لا لإمكان الوصول.

والحاصل: أنّ الحائط إذا كان بحيث يمنع عن الوصول ويشتبه عليه حال الإمام.. يمنع صحة الاقتداء بالإجماع.

وإن لم يمنع عن الوصول ولا يشتبه عليه الحال.. لا يمنع صحة الاقتداء بالإجماع.

وإن كان اشتبه عليه الحال بسببه ولكنه لا يمنع عن الوصول.

وإن كان بحيث يمنع عن الوصول ولكنه لا يشتبه عليه حال الإمام.. ففيه الخلاف المذكور.

قال في «الخلاصة»: لو قام على سطح المسجد واقتدى بالإمام على هذا، إن كان للسطح باب في المسجد ولا يشتبه عليه حال الإمام.. صح الاقتداء في قولهم جميعاً، وإن لم يكن له باب في المسجد لكن لا يشتبه عليه حال الإمام.. صح الاقتداء أيضاً.

وكذا لو قام في المأذنة مقتدياً بإمام في المسجد، فإن قام على الجدار الذي يكون بين داره وبين المسجد ولا يشتبه عليه حال الإمام.. صح الاقتداء.

وإن قام على سطح داره وداره متصل بالمسجد.. لا يصح الاقتداء، وإن كان لا يشتبه عليه حال الإمام. انتهى.

وحكمه في المسألة الأخيرة بعدم الصّحة ليس باتفاقي؛ بل هذا اختيار القاضي الإمام علاء الدين في «شرح المختلفات».

وقال شمس الأئمة الحلواني في شرحه: إنّهُ يصح الاقتداء فيه؛ لأنّ سطح بيته إذا كان متصلاً بالمسجد لا يكون أشد [١٣٢/أ] حالاً من منزل بجنب المسجد يكون بينه وبين المسجد حائط، ولو صلّى في مثل هذا المنزل مقتدياً بإمام في المسجد، وهو يسمع التكبير من الإمام أو من المكبّر.. تجوز صلاته، فالقيام على السّطح يكون كذلك، كذا في «المضمرات» و«المحيط».

وفي «المضمرات» أيضاً: إذا قامت الصّفوف خارج المسجد، متصلاً بالمسجد، إن كان المسجد ملآناً.. يصح الاقتداء، وإن لم يكن ملآناً.. ففيه خلاف، والصّحيح: أنه لا يجوز، وهو اختيار الطّحاوي، وعليه ما قال في «الخلاصة»: ولو قام على دكان خارج المسجد، متصل بالمسجد.. يجوز الاقتداء، لكن شرط اتصال الصفوف، ولو كان بينه وبين إمامه طريق أعظم، أو نهر أعظم، أو صف النساء.. لا يصحّ الاقتداء أيضاً؛ لاختلاف المكان، وقد روي المنع عن النبي ﷺ.

والمراد بالطّريق الأعظم: ما تمرّ فيه العجلة أو جمل بغيره، وقيل: ما يمر فيه العامّة، هذا إذا لم تكن الصّفوف متصلة على الطريق، وإلا.. فلا منع.

وهذا إذا كان الصف الّذي على الطريق ثلاثة أو أكثر، وإن كان واحداً مقتدياً للإمام.. يكره، ولو قام رجل آخر وراء هذا الرّجل واقتدى به.. لا يصحّ الاقتداء؛ لعدم ثبوت الاتصال بذلك الرجل الواحد، وإن كان الذي على الطّريق اثنين.. قال أبو يوسف: يصح الاقتداء من خلفهما؛ لثبوت الاتصال عنده بالاثنين، وقالا: لا

وَيجوزُ **اقْتِدَاءُ**: غاسلٍ بماسحٍ، ومتنفلٍ بمفترضٍ، ومومٍ بِمثلِهِ، ....

يصح الاقتداء؛ لعدم ثبوت الاتصال بهما أيضاً، بل لا بد من الثلاثة على الطريق.

والمراد بالنهر الأعظم ما تجري فيه السفن والزواريق على الأصح.

ولو كان بينه وبين الإمام حوض ونحوه، إن كان بحال لو وقعت النجاسة في جانب يتنجس الجانب الآخر.. لا يمنع الاقتداء، وإلّا يمنع.

وفي «القنية»: السّواقي تمنع الاقتداء، كالأنهار عند أبي يوسف، وفي رواية عن أبي حنيفة.

وقال محمد: لا يمنع إلا ما يجري فيه السّفن.

واختلف في مقدار ما يمنع الاقتداء في الصحراء من الفرجة بين الصفين، فقال أبو القاسم: مقدار ما يمكن فيه الصف، وقال غيره: مقدار ما يمكن فيه الصّفّان.. يمنع الاقتداء، بخلاف مصلّى العيد حيث لا يمنع الاقتداء وإن كان بينه وبين الإمام مقدار الصّفوف؛ لأنه بمنزلة المسجد في الصّلاة، فجميعها مكان واحد.

وفناء المسجد كالمسجد، فيصح الاقتداء منه وإن لم تتصل الصفوف.

وفي المتخذ لصلاة الجنازة اختلاف المشايخ على ما في «الخلاصة».

(ويجوز اقتداء غاسل بماسح)؛ لأن الخف يمنع سراية الحدث إلى القدم، وما أصاب إلى الخف من الحدث قد زال بالمسح عليه، فصار كأنه غاسل.

وماسح الجبيرة أولى منه بالجواز؛ لأنه كالغسل لما تحته.

(ومتنفل بمفترض)؛ لأن بناء الضعيف على القوي جائز، وقد مرّ أنه لا مغايرة بين النفل والفرض، وليس فيه اقتداء المفترض بالمتنفل في القراءة، حتى يمنع الاقتداء فيه.

(وموم بمثله)؛ لاستواء حالهما، فلا يصح اقتداء المومي قاعداً بالمومي مستلقياً أو مضطجعاً، ويجوز عكسه، وفيه خلاف مرّ ذكره آنفاً.

وقائمٍ بأحدبَ، وَكَذَا **اقْتِدَاءُ** المتوضِّئِ بالمتيمِّمِ، والقائمِ بالقاعدِ، خلافاً لمُحَمدٍ فيهمَا.

(وقائم بأحدب) [١٣٢/ب] وإن بلغت حدوبته إلى حدّ الركوع على قول الإمامين، خلافاً لمحمد.

وفي «الظهيرية»: قول محمد أصح، ولم يفرق بينهما في «قاضي خان» و«الخلاصة».

(وكذا اقتداء المتوضئ بالمتيمّم) سواء كان مع المتوضئين ماء أو لا، على ما يشعر به إطلاقه، لكن قيده شيخ الإسلام بأن لا يكون مع المتوضئين ماء، وقال في «فتح القدير»: أصل هذا التقييد فرع إذا رأى المتوضئ المقتدي بمتيمم ماء في الصّلاة ولم يره الإمام فسدت صلاته؛ لاعتقاد فساد صلاة الإمامة؛ لوجود الماء، خلافاً لزفر؛ لأن وجوده لا يستلزم علم إمامه به، وينبغي أن يكون محمل الفساد أنه إذا ظن علم إمامه به. انتهى.

(والقائم بالقاعد خلافاً لمحمد فيهما) له في المسألة الأولى: أن التيمم طهارة ضرورية، والوضوء طهارة أصليّة، فلا يجوز بناء الأصلية الكاملة على الضرورية الناقصة، ولهما: ما روي أن عمرو بن العاص رضي الله عنه صلّى بهم الفجر بتيمّم في ليلة باردة، ولم يأمره النبي ﷺ بالإعادة؛ ولأنه طهارة مطلقة عند عدم الماء لا ضرورية على ما قدّمناه.. فيعمل عمله.

وتحقيقه: أنّ للتيمم جهتين: جهة الإطلاق باعتبار عدم توقيته، وجهة الضرورة باعتبار أن المصير إليه، لضرورة عدم القدرة على الماء.

فمحمد اعتبر جهة الضرورة في هذا الباب فمنع الاقتداء، وجهةُ الإطلاق في باب الرجعة.

وهما اعتبرا جهة الإطلاق وجوّزا الاقتداء، وجهة الضرورة في الرجعة.

وله في الثانية: ما رواه جابر رضي الله عنه: أنه ﷺ قال: «لا يؤُمَّنَّ أحد بعدي

وَإِن عَلمَ أَنَّ إِمَامَه كَانَ مُحدثاً.. أَعَادَ.

وَإِن اقتدى أُمِّيٌّ وقارئٌ بأمِيٍّ.. فَسدتْ صَلَاةُ الْكلِّ، وَقَالا: صَلَاةُ القارئِ فَقَط.

جالساً»، وبه أخذ مالك؛ ولأنه بناء القوي على الضّعيف.

ولهما ما في «الصحيحين»: أن النبي ﷺ: صلى بالناس في مرض موته قاعداً والناس خلفه، وحديث جابر مرسل، وهو لا يحتج بمسنده فضلاً عن مرسله، ولا نسلم أن بناء القوي على الضّعيف؛ لأن القعود قيام من وجه كالرّكوع؛ لانتصاب أحد نصفيه.

ثم اختلفوا على قولهما، فقالت طائفة: إنه يصلّى خلف القاعد قائماً مَن قدر على القيام؛ لعموم قوله ﷺ: «صلِّ قائماً؛ فإن لم تستطع.. فقاعداً».

وقالت طائفة: إن القادر على القيام.. لا يصلّي خلف الجالس قائماً، بل يصلّي جالساً لما في «البخاري» مرفوعاً: «إنما جعل الإمام ليؤتم به؛ فإذا صلّى قائماً.. فصلّوا قائماً، وإذا صلّى جالساً.. فصلّوا جالساً»، وأجيب: بأنه منسوخ.

(**وإن علم**) أي بعدما صلّى (**أن إمامه كان محدثاً أعاد**) ما صلى خلفه؛ لأنه في الحقيقة من قبيل بناء الموجود على المعدوم.. فلا يجوز.

قال في «فتح القدير»: رجل أمّهم زماناً، ثم قال إنه كان كافراً، أو صلّيت مع العلم بالنجاسة المانعة، أو بلا طهارة.. ليس عليهم إعادة؛ لأن خبره غير مقبول في الدّيانات؛ لفسقه باعترافه. انتهى.

فعلم أن محمل ما ذكره المصنف غير هذا.

(**وإن اقتدى أمّي وقارئ بأميّ.. فسدت صلاة الكلّ**) عند أبي حنيفة؛ لأن الإمام ترك فرض القراءة؛ لقدرته بالاقتداء بالقارئ، (**وقالا**) تفسد (**صلاة القارئ فقط**)؛ لأنه بناء الموجود على المعدوم في حق القراءة، وفيه خلاف بين الطحاوي والكرخي على ما قدّمناه في اقتداء القارئ بالأميّ. [١٣٣/أ]

وَلَو اسْتخْلفَ الإِمَامُ القارئُ أُمِّياً فِي الْأُخْرَيَيْنِ.. فَسدتْ.

(**ولو استخلف الإمام القارئ أمّياً في الأخريين.. فسدت**) صلاتهم، خلافاً لزفر وهي رواية عن أبي يوسف؛ لأن فرض القراءة قد تأدّى، ولنا أن كلّ ركعة صلاة.. فلا تخلو عن القراءة تحقيقاً كما في الأوليين، أو تقديراً كما في الأخريين، وليس شيء منهما موجوداً في الأمّي؛ لعدم الأهليّة.

وكذا لو قدم الأمّي قبل أن يقعد مقدار التشهد.. فسدت، وأمّا إذا قدّمه بعدما قعد قدر التشهد.. فسدت عند أبي حنيفة، خلافاً لهما على ما سيأتي في بيان المسائل الاثني عشر إن شاء الله تعالى.

وقيل: لا تفسد عند الكلّ، وجعله التّمرتاشي أولى، أمّا عندهما.. فظاهر، وأمّا عنده.. فلوجود الصنع منه.

* * *

(بَابُ الْحَدَثِ فِي الصَّلَاةِ)

مَن سبقَهُ حدثٌ فِي الصَّلَاةِ.. تَوَضَّأَ وَبنى.

بابُ الحَدَثِ فِي الصَّلَاة

(من سبقه حدثٌ) سماوي موجب للوضوء، ولا يندر وجوده (**في الصّلاة.. توضأ**) من غير توقف على ما هو المتبادر من الجزاء؛ فإن مكث مكانه قدر ركن.. فسدت، إلا إذا أحدث بالنوم فمكث ساعة ثم انتبه.. فإنه يبني.

وكذا لو مكث لعذر الزحام على ما في «الخانية».

وفي «فتح القدير» عن «المنتقى»: إن لم ينو في مقامه الصلاة.. لا تفسد؛ لأنه لم يوجد جزء من الصّلاة مع الحدث.

قلنا: هو في حرمة الصّلاة، فما وجد منه صالحاً؛ لكونه جزءاً من الصّلاة.. انصرف إلى ذلك غير مقيّد بالقصد إذا كان غير محتاج إليه.

والمراد توضأ: ثلاثاً ثلاثاً، ويأتي بسائر السّنن أيضاً، وقيل: مرة مرّة، وإن زاد.. فسدت صلاته، والأوّل: أصح على ما في «الزيلعي».

(**وبنى**) إن لم يفعل ما ينافي البناء، والمرأة مثل الرجل في جواز البناء، إذا أمكنها المسح بلا كشف الرّأس، وإلا.. فلا يجوز لها البناء.

وكشف الذراع لا يمنع البناء على ما روي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة؛ لعدم كونها عورة عنده، والصحيح: أنها تمنع لكونها عورة على الصّحيح، على ما في «المبسوط» و«الزيلعي».

وفي «الخلاصة» عن ابن رستم: لا يجوز للمرأة البناء مطلقاً، ثم قال فيها: وهذا كله إذا لم يستنج، وأما إذا استنجى.. فسدت صلاته، ولا يجوز البناء رجلاً أو امرأة.

ثم نقل عن «التجريد»: أنه يستنجي من تحت ثيابه إن أمكن، وألا.. يستقبل.

وفي «النهاية» عن أبي علي النسفي: إن لم يجد من كشف العورة بداً.. لم

تفسد، وإن وجد؛ بأن تمكن من الاستنجاء وغسل النجاسة تحت القميص، وأبدى عورته.. فسدت.

وجعل الفساد مطلقاً ظاهر المذهب.

واعلم أن للبناء شروطاً:

الأوّل: أن يكون الحدث سماوياً لا اختيارياً له فيه، ولا في سببه، فلا يبني بشجة أو عضة ولو منه لنفسه.

والثاني: أن يكون موجباً للوضوء لا للغسل.

والثالث: أن لا يندر وجوده، فلا يبني بإغماء وقهقهة.

والرابع: أن لا يفعل فعلاً له منه بدّ، فلو استقى الماء من البئر.. لا يبني، بل يستقبل على الأصح، وكذا لو كان الدّلو منخرقاً فخرزه.. لا يبني، وكذا لو وجد الماء يكفي للوضوء منه، فذهب إلى ماء أبعد منه من غير عذر النسيان ونحوه.

والخامس: أن لا يأتي بمناف للصّلاة، فلو تكلم بكلام الناس بعد أن سبقه الحدث.. لا يبني.

والسادس: أن ينصرف من ساعته، فلو مكث مقدار [١٣٣/ب] ركن بلا عذر.. لا يبني على ما ذكرناه.

والسابع: أن لا يؤدي ركناً مع الحدث، فلو سبقه الحدث في سجوده ورفع رأسه قاصداً للأداء.. لا يبني.

والثامن: أن لا يؤدي ركناً مع المشي ذهاباً وإياباً؛ فلو قرأ حين ذهب إلى الوضوء أو رجع عنه.. لا يبني.

والتاسع: أن لا يظهر حدثه السابق بعد الحدث السّماوي، فلو سبقه حدث فذهب للوضوء فانقضت مدة مسحه، أو كان متيمّماً فرأى الماء، أو كانت مستحاضة فخرج الوقت.. لا يبني.

والاستئناف أفضل.

فَإِن كَانَ إِمَاماً.. جرَّ آخرَ إِلَى مَكَانِهِ.

والعاشر: أن لا يتذكر فائتة عليه بعد الحدث السّماوي، وهو صاحب ترتيب.

وهذا في المنفرد.

وله شرط آخر في المقتدي وهو أن يعود إلى إمامه إن لم يفرغ الإمام وكان بينهما حائل يمنع الاقتداء، فإن كان إمامه قد فرغ.. فلا يعود، ولو عاد.. اختلفوا في فساد صلاته، ولو لم يكن بينهما مانع الاقتداء.. فله الاقتداء من مكان الوضوء.

والأصل في هذه الشروط: ما رواه ابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أصابه قيء، أو رعاف، أو قلس، أو مذي.. فلينصرف وليتوضأ، ثم ليبنِ على صلاته ما لم يتكلم»، وصحّحه الجماعة، وأرسله الدّارقطني، وسيأتي تعريفات هذه الشروط عن المصنف.

(**والاستئناف أفضل**)، وقال الشافعي ومالك: إنه واجب والبناء مفسد؛ لأن الحدث ينافيها، والانحراف عن القبلة والمشي يفسدها؛ كالحدث العمد، وفيه الاستئناف بالاتفاق.

ولنا: ما رويناه من حديث عائشة، والقياس على الحدث العمد فاسد؛ لأنّ السماوي فيه بلوى، فيجعل المكلّف معذوراً بخلاف العمدي.

(**فإن كان**) من سبقه حدث (**إماماً.. جرَّ آخرَ إلى مكانه**) إن صلح مكانه، وإلا؛ بأن كان من خلفه صبيّاً أو امرأة.. فسدت صلاتهم وصلاة الإمام.. إن استخلفه قصداً؛ فإن لم يكن قصداً بأن لم يكن خلفه غير صبي أو امرأة فخرج وتركه.. فسيأتي بيانه قبيل باب ما يفسد.

فإذا فسدت صلاتهم.. لزمهم الاستئناف والجر بأن يأخذ بثوب رجل إلى المحراب أو يشير إليه، ويذهب هو محدودباً ظهره، واضعاً يده على أنفه بلا تكلم.

ولو ترك ركوعاً.. يشير بوضع يده على ركبته.

أو سجوداً.. أشار بوضعها على جبهته.

أو قراءة.. أشار بوضعها على فمه.

وإن بقي ركعة واحدة.. أشار بإصبع واحدة، وإن كان اثنين.. فبإصبعين، ولسجدة التلاوة بوضع إصبعيه على الجبهة واللسان، وللسهو على الصّدر، هذا إذا لم يعلم الخليفة، وإلا.. فلا حاجة إلى الإشارة.

ثم الاستخلاف ليس بمتعيّن، حتى إذا كان في المسجد ماء يتوضأ ويبني، ولا حاجة إلى الاستخلاف على ما في «الزيلعي»؛ لأنه باق على إمامته ما دام في المسجد، وإذا لم يكن في المسجد ماء.. فالأفضل الاستخلاف على ما في «المستصفى»؛ بناء على أن الأفضل للإمام والمقتدي البناء؛ صيانة لفضيلة الجماعة، وللمنفرد الاستئناف؛ تحرزاً عن الخلاف، وصحّحه في «السّراج الوهّاج»، وظاهر ما في الكتاب وسائر المتون: أن الاستئناف أفضل في حق الكلّ، وما في «شرح المجمع» من أن الاستخلاف يجب [١٣٤/أ] على الإمام؛ صيانة لصلاة القوم.. فمنظور فيه على ما في «البحر».

ثم الإمام لا يخرج عن الإمامة بمجرد استخلافه ما دام في المسجد أو في الصّفوف في الصّحراء، حتى لو اقتدى به إنسان من ساعته في المسجد قبل الوضوء.. جاز؛ لأن تحريمه باق على ما صرّح به في «المحيط» و«شرح المجمع»، ويؤيّده ما في «الظهيريّة» و«الخانيّة»: أن الإمام لو توضأ في المسجد، وخليفته قائم في المحراب، ولم يؤد ركناً.. فإنه يتأخر الخليفة ويتقدّم الإمام، ولو خرج الإمام الأوّل من المسجد وتوضأ، ثم رجع إلى المسجد وخليفته لم يؤد ركناً.. فالإمام هو الثاني. انتهى.

ولو أحدث ولم يستخلف هو أو القوم، ولم يتقدم واحد بنفسه مقام الإمام قبل خروجه من المسجد، أو من الصفوف في الصحراء، فخرج.. فسدت صلاتهم؛ لبقائهم بلا إمام.

فَإِذا تَوَضَّأ.. عَادَ وَأَتَمَّ فِي مَكَانِهُ حتماً إِن كَانَ إِمَامُه لم يفرغْ.
وَإِلَّا.. فَهُوَ مُخَيّرٌ بَينَ الْعودِ وَبَينَ الإتمامِ حَيْثُ تَوَضَّأ؛ كالمنفرد.
وَلَو أحدث عمداً.. استأنف، وَكَذَا لَو جنَّ، أَو أُغمي، أَو احتلمَ، ....

وفي فساد صلاة الإمام روايتان، بخلافه قبل الخروج من المسجد أو من الصفوف، فإن صلاتهم لم تفسد قبله؛ لبقاء الإمام على إمامته قبل الخروج.

ولو قدم الإمام رجلاً والقوم رجلاً.. فمن قدّمه الإمام أولى.

وللخليفة الاستخلاف أيضاً إذا أحدث.

(**فإذا توضأ**) الإمام.. (**عاد وأتمّ في مكانه**) الأوّل (**حتماً، إن كان إمامه**) أي خليفته (**لم يفرغ**)، وكان بينهما مانع الاقتداء، (**وإلا**) أي وإن فرغ إمامه أو لم يكن بينهما مانع الاقتداء، (**فهو مخير بين العود وبين الإتمام حيث توضأ كالمنفرد**)، لأنّ في العود التأدي في مكان واحد، وفي الإتمام حيث توضأ قلّة المشي، فيختار أيّهما شاء.

(**ولو أحدث عمداً استأنف**) إذ البناء لضرورة البلوى في السّماوي، ولا بلوى في العمد، فلم يكن من متناولات ما رويناه.

(**وكذا لو جن أو أغمي**) عليه؛ لأن وجودهما في الصّلاة ممّا يندر، فلا بلوى فيهما أيضاً.

(**أو احتلم**) بأن نام نوماً غير ناقض للوضوء فاحتلم.. فلا يبني؛ لعدم الشرط الثاني على ما ذكرناه.

وكذا لا يبني من أصابته نجاسة موجبة للغسل مانعة من الصّلاة من غير سبق حدث له عندهما خلافاً لأبي يوسف، وإن سبقه حدث وأصابه نجاسة من حدثه.. يبني اتفاقاً.

والفرق لهما أن ذلك غسل ثوبه أو بدنه ابتداء وهذا تبعاً للوضوء.

ولو أصابته النجاسة من حدثه وغيره.. لا يبني، ولو اتحد محلّهما كذا في «فتح القدير».

أَو قَهْقَهَ، أَو أَصَابَته نَجَاسَة مَانِعَة، أَو شُجَّ، أَو ظن أَنّه أحدث فَخرج من الْمَسْجِد أَو جَاوز الصُّفُوف خَارجه ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ لم يحدث وَلَو لم يخرج، أَو لم يُجَاوز الصُّفُوف.. بنى.

(**أو قَهْقَهَ**)؛ لانتفاء الشرط الثالث؛ ولأنها في معنى الكلام، فتنافي الصّلاة، فينتفي الشرط الثالث، وفيه إشارة إلى أن الضّحك غير مانع للبناء على ما في «المحيط»؛ لأنه ليس في معنى القهقهة.

(**أو أصابته نجاسة مانعة**) من الصّلاة من غير سبق حدث له، هذا عندهما، خلافاً لأبي يوسف، ولو أصابته من حدثه.. لا يبني اتفاقاً.

وكذا لو أصابته من حدثه ومن خارج على ما ذكرناه آنفاً.

(**أو شج**) رأسه بفعل إنسان أو عضه إنسان فأدماه؛ لانتفاء الشرط الأوّل؛ لأن سببهما اختياري، هذا عندهما، وقال أبو يوسف: يبني فيها.

ولو شج رأسه سقوط مدر من السّطح، أو آجرّة، أو خشب، أو الكمثرى من الشجر، [١٣٤/ب] فأدماه بلا صنع من الإنسان أصلاً، أو دخل الشوك في رجله، أو وضع جبهته على الأرض فسال منه الدم بلا صنع، قيل: يبني، وقيل: لا يبني، وهو الصّحيح؛ لأن السقوط مضاف إلى الواضع.

(**أو ظن أنه أحدث فخرج من المسجد، أو جاوز الصفوف**) في الصّحراء، (**خارجه**) أي من جوانبه الأربعة، وإن كان منفرداً.. فالمعتبر فموضع سجوده من كلّ جانب.

ولو تقدّم قدامه.. فالحد السترة.

(**ثم ظهر أنه لم يحدث**).. بطلت صلاته ولا يبني؛ لانتفاء الشرط الخامس، بل يستأنف.

(**ولو لم يخرج**) من المسجد (**أو لم يجاوز**) الصفوف (**.. بنى**) استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمّد؛ لوجود المنافي بلا عذر، وهو الانصراف عن

وَلَو سبقه الحَدث بعد التَّشَهُّد.. تَوَضَّأ وَسلم.

القبلة، وهذا يقتضي أن يكون خلاف محمّد فيما إذا كان باب المسجد على غير حائط القبلة؛ لتحقق الانصراف.

وأما إذا كان يمشي في المسجد إلى القبلة، بأن كان باب المسجد على حائط القبلة.. لا تفسد صلاته اتفاقاً على ما في «النهاية»، وجه الاستحسان: أن انصرافه إنما هو لقصد إصلاح صلاته، وبهذا لو تحقق ما توهمه من الحدث.. يبني على صلاته، فالحق توهم الإصلاح بحقيقته، ما لم يختلف المكان بالخروج أو التجاوز، وإنما قيّد بظن الحدث؛ لأنه لو ظن أنه افتتح على غير وضوء، أو ظن أنّ في ثوبه نجاسة، أو ظن أنّ مدّة مسحه قد انقضت، أو ظن أنّ السّراب ماء وهو متيمّم، أو كان في الظهر فظن أنه لم يصل الفجر، فانتقل وتحول من القبلة في هذه الصّور.. فتفسد صلاته وإن لم يخرج من المسجد؛ لأن الانصراف فيها ليس بقصد الإصلاح بل على سبيل الرفض.

ولو خاف الحدث فانصرف، ثم سبق الحدث فتوضأ.. ليس له البناء عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه عرف نصاً على خلاف القياس، فيقتصر عليه.

والخوف ليس في معناه فلا يلحق به، وقال أبو يوسف: إنه يبني؛ لأن خوف الحدث في معناه عنده، والأول: أصح على ما في «المحيط»، هذا كله فيما إذا سبقه الحدث قبل التشهد.

وأما إذا سبقه الحدث بعده.. فأشار إليه بقوله: **(ولو سبقه الحدث بعد التشهد توضأ)** بلا توقف **(وسلّم)**؛ لأن السّلام واجب بالاتفاق، فلا بد له من الوضوء ليأتي به الواجب، فلو لم يفعل ذلك.. كره تحريماً؛ لتركه الواجب، فوجب إعادة ما صلاه؛ لأنّ كلّ صلاة أديت مع كراهة تحريم.. تجب إعادتها، وإن كان هذا إماماً.. استخلف من يسلّم بالقوم، قال في شرح «المنية»: لا خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في أنّ من سبقه الحدث بعد التشهد.. يتوضأ ويسلم، وإنما الخلاف فيما إذا لم يتوضأ حتى

وَإِن تَعَمّده فِي هَذِه الْحَالة، أَو عمل مَا ينافيها.. تمت.

وَتبطل عِنْد الإِمَام إِن رأى فِي هَذِه الْحَالة ....

أتى بمناف؛ فعند أبي حنيفة: تبطل صلاته؛ لعدم الخروج بصنعه، وعندهما: لا تبطل؛ لأنه ليس بفرض عندهما. انتهى.

وتعقبه في «البحر» بأنه لا يكاد يصح؛ لأنه إذا أتى بمناف بعد سبق الحدث.. فقد خرج منها بصنعه، ولهذا قال الشارح الزيلعي: وكذا إذا سبقه الحدث بعد التشهد ثم أحدث متعمداً قبل أن يتوضأ.. تمت صلاته، ولم يحك [١٣٥/أ] خلافاً.

(وإن تعمّده) أي الحدث **(في هذه الحالة)**، أي بعد التشهد قبل السّلام **(أو عمل ما ينافيها)** من التكلم، والخروج من المسجد، والقهقهة، ونحوها.. **(تمت)** الصّلاة بالاتفاق؛ لتمام جميع فرائضها عندهما؛ ولوجود الخروج بصنعه عند أبي حنيفة.

والمراد بتمام الصّلاة ههنا: تمام فرائضها، وإلا.. فالخروج بلفظ السّلام واجب بالاتفاق، ولم يوجد، ولذا قال في «البحر»: إن هذه الصلاة تكون مؤداة على وجه مكروه؛ لتركه الواجب وهو السّلام، فتجب إعادتها.

(وتبطل) صلاته أصلاً بحيث لا يصح البناء **(عند الإمام إن رأى)** أي قدر على الاستعمال؛ لأنه المدار، لا مجرد الرّؤية **(في هذه الحالة)** أي بعد التشهد قبل السلام، سواء قدر على استعماله قبل سبق الحدث أو بعده، على ما يشعر به إطلاقه، لكن في الثاني خلاف.

قيل: تبطل، وقيل: لا، والصحيح: هو الأول على ما في «المحيط» و«الزيلعي» عند شرح قوله: أو تمت مدة مسحه، حيث قال فيه: الصحيح أن المتيمّم إذا أحدث، فذهب للوضوء، فوجد ماء.. فإنه لا يبني؛ لأن وجدان الماء ليس بحدث، وإنما يظهر الحدث السّابق على الشروع عنده، فكأنه شرع في الصّلاة من غير طهارة.

هذا، واختار في «النهاية» الثاني حيث قال: إذا أحدث المتيمم في الصلاة فانصرف فوجد ماء.. فإنه يتوضأ ويبني؛ لأن انتقاض التيمم برؤية الماء باعتبار ظهور الحدث السابق، ورؤية الماء ههنا بعد انتقاضه بالحدث، فلم توجد القدرة حال قيام

وَهُوَ متيمم مَاء، ....

المتيمم، فلا يتحقق انتقاضه بطريق الاستناد. انتهى.

هكذا ذكره في «الزيلعي» ثم صحح الأوّل على ما ذكرناه.

وذكر في «فتح القدير» الخلاف في هذه المسألة، ثم قال: والذي يظهر: أن الأسباب المتعاقبة؛ كالبول، ثم الرّعاف، ثم القيء، إن أوجبت أحداثاً متعددة.. يجزئه عنها وضوء واحد، فالأوجه ما صحّحه في «المحيط» و«الزيلعي» وهذا هو الموافق لقول محمّد: فمن حلف لا يتوضأ من الرعاف، فبال، ثم رعف، ثم توضأ.. إنه يحنث، وإن قلنا إنها لا توجب أحداثاً متعاقبة.. فالأوجه ما في «النهاية»، وهو الحق في اعتقادي. انتهى.

(وهو) أي ذلك المصلي (متيمم ماء)؛ وهذا لأن عدم القدرة على الماء شرط لصحة التيمم ابتداء وبقاء، فعند انتفاء الشرط.. ينتفي المشروط فيظهر الحدث السّابق، فكأنه شرع بغير وضوء.. فلا يصح البناء بخلاف من سبقه الحدث، واعترض بأن تقييد البطلان عند رؤية الماء بالمتيمم غير مقيد؛ لأنه لو كان متوضئ يصلي خلف متيمّم، فرأى المؤتم الماء.. بطلت صلاته؛ لعلمه أن إمامه قادر على الماء بإخباره، وصلاة الإمام تامة؛ لعدم قدرته على الماء.

ولو قال: متيمم أو مقتد به.. لكان أشمل.

والجواب أن كلامنا في بطلان أصل الصّلاة، بحيث لا يصح البناء ويلزمه الاستئناف.

والمتوضئ المقتدي بالمتيمّم إذا رأى ماء لم يعلم به الإمام.. لم يبطل أصل صلاته، بل تنقلب نفلاً عندهما، ألا ترى إلى ما في «المحيط»: [١٣٥/ب] أن المتوضئ خلف المتيمم إذا رأى الماء، أو كان على الإمام فائتة لا يذكرها والمؤتم يذكرها، أو كان الإمام على غير القبلة وهو لا يعلمه والمؤتم يعلمه، فقهقه المؤتم.. فعليه الوضوء عندهما، خلافاً لمحمّد وزفر، بناء على أنّ الفّرضية متى فسدت.. لا تنقطع التحريمة عندهما، خلافاً لمحمد. انتهى.

أَو تمت مُدَّة الماسح، أَو نزع خفيه بِعَمَل قَلِيلٍ، أَو تعلم الْأُمِّي سُورَةً.........

(أو تمت) بعد التشهد قبل السّلام (مدّة الماسح) أطلقه، فشمل ما إذا تمت ابتداء وما تمت بعدما سبق الحدث، بأن سبقه فذهب للوضوء فتمت المدّة.. ففي كليهما لا يبني بالاتّفاق، وفي الثاني: على الخلاف.

قيل: لا تبطل صلاته، بل يتوضأ ويغسل رجليه ويبني؛ لأنه إنما لزمه غسل رجليه لحدث حلّ بهما للحال، فصار كحدث سبقه للحال.

وقيل: تبطل ويستقبل، وفي «الزيلعي»: وهو الصّحيح؛ لأنّ انقضاء المدّة ليس بحدث، وإنما ظهر الحدث السابق على الشروع عنده؛ فكأنه شرع في الصّلاة من غير طهارة؛ كما في مسألة المتيمم، ثم إنما تبطل إذا وجد الماء عند تمام المدة، وإلا فلا تبطل، بل يمضي على صلاته على الأصحّ؛ إذ لا فائدة في النزع لعدم الماء، ولا حظّ للقدم من المتيمم على ما في «قاضي خان» و«الزيلعي».

وقيل: تبطل وإن لم يجد الماء؛ لأن الحدث السّابق يسري إلى القدم فتيمم له؛ كما إذا تيمم إذا بقي لمعة من عضوه ولم يجد ماء.

(أو نزع) بعد التشهد قبل السّلام (خفيه بعمل قليل) بأن كانا واسعين؛ لأن النزع بعمل كثير لا تبطل صلاته؛ لوجود الخروج بصنعه وحكم نزع الواحد كذلك.

(أو تعلم الأميّ) بعد التشهد قبل السّلام (سورة) أي: ما يجوز به الصلاة؛ لأنه هو الفرض، وذلك بأن تذكرها أو حفظها بالسّماع من غير اشتغال بالتعلم؛ لأنه لو اشتغل بالتعلم.. تمت صلاته لوجود الخروج بصنعه.

أطلقه فشمل الإمام والمقتدي والمنفرد، إلا أنهم اختلفوا في المقتدي خلف القارئ، قيل: تبطل، وقيل: لا، وهو مختار أبي الليث بناء على أن قراءة الإمام قراءة له، فقد تكامل أوّل صلاته، وبناء الكامل على الكامل.. جائز، والأوّل مختار العامّة، بناء على أنّ الصلاة بالقراءة حقيقة فوق الصّلاة بالقراءة حكماً.. فلا يبني؛ إذ بناء القوي على الضعيف.. لا يجوز.

أَو وجد العاري ثوباً، أَو قدر المومي على الْأَركان، أَو تذكر صَاحب التَّرْتِيب فَائِتَة، أَو اسْتخْلف القارئ أُمِّياً، أَو طلعت الشَّمْس فِي الْفجْر، أَو دخل وَقت الْعَصْر فِي الْجُمُعَة، أَو زَالَ عذر الْمَعْذُور، أَو سَقَطت الْجَبِيرَة عَن بُرْء.

(**أو وجد العاري**) بعد التشهد قبل السلام (**ثوباً**) تجوز فيه الصلاة (**أو قدر المومئ**) بعد التشهد (**على الأركان، أو تذكر صاحب الترتيب**) بعد التشهد (**فائتة**) عليه أو على إمامه، وفيه تفصيل سيأتي في قضاء الفوائت.

(**أو استخلف القارئ**) بعد التشهد (**أمياً**)، وقيل: لا تبطل صلاته ههنا، واختاره فخر الإسلام؛ لوجود الخروج بصنعه بالاستخلاف مع تمام جميع فروضه.

(**أو طلعت الشمس**) بعد التشهد (**في الفجر**) وفيه خلاف الشافعي على ما ذكرناه في الصلاة في الأوقات المكروهة.

(**أو دخل**) بعد التشهد (**وقت العصر في الجمعة**) قيل: كيف يتحقق الخلاف في البطلان في هذه المسألة ودخول العصر عنده إذا صار ظل كل شيء مثليه، وعندهما [١٣٦/أ]: إذا صار مثله؟ وأجيب: تارة بأنه روي عن أبي حنيفة أن قوله في الخروج والدخول مثل قولهما، وأخرى بأن هذا على رواية الحسن عن أبي حنيفة، من أن بين الظهر والعصر وقتاً مهملاً، فإذا صار ظل كلّ شيء مثله.. يتحقق الخروج عندهم جميعاً، وتمت الصّلاة عندهما، وبطلت عنده، لكن هذا يخالف ظاهر الكتاب؛ لأنه لم يقل: أو خرج وقت الظهر.

(**أو زال**) بعد التشهد (**عذر المعذور**) أي استمر انقطاعه، يعني: إذا انقطع عذره بعد التشهد قبل السّلام.. فالأمر موقوف؛ فإن دام وقتاً كاملاً بعد الوقت الّذي صلّى فيه ووقع الانقطاع فيه.. فحينئذ يعلم أنه انقطاع، فيظهر الفساد عند أبي حنيفة فيقضيها، وإلّا.. فلا.

(**أو سقطت**) بعد التشهد قبل السّلام (**الجبيرة عن برء**)؛ لأن بسقوطها لا عن برء.. لا تبطل بالاتفاق، وقدّمنا ما يتعلّق بها في بابها.

واعلم: أن هذا اثنتا عشرة مسألة تبطل فيها الصّلاة بعروض تلك العوارض عند أبي حنيفة، بناء على أن الخروج بصنعه فرض عنده، وبترك الفرض.. تبطل الصّلاة، وقالا: لا تبطل؛ لأن عروض تلك العوارض مفسد لها؛ كالحدث والكلام، وقد عرضت بعد التمام؛ لأن الخروج بصنعه ليس بفرض؛ لقوله ﷺ لابن مسعود رضي الله عنه: «إذا قلت هذا، أو فعلت هذا.. فقد تمت صلاتك»، ولأنه لو كان فرضاً.. لاختص بما هو قربة، ولكنه قد يكون بما هو معصية؛ كالقهقهة والحدث.

قلنا: حديث ابن مسعود رضي الله عنه: مدرج منه فلا يحتج به.

فإن قيل: إدراج الصّحابي هو الوقف عليه، والموقوف عليه حكمه الرفع.

قلنا: معنى قوله: «فقد تمت»: قاربت التمام؛ لأن الشيء يسمّى باسم ما قرب إليه، وأن الفرض هو الخروج المسبب عن فعله لا نفس فعله من الحدث وغيره، ولا يلزم من قبح السبب قبح المسبب.

ولو سلم أن الفرض نفس الفعل، لكنه من حيث إنه معصية، بل من حيث إنه سبب للخروج من الصّلاة، وإنما كان الخروج بصنعه فرضاً عنده؛ لأن أداء صلاة أخرى فرض في وقتها، وذلك لا يمكن إلا بالخروج من هذه الصّلاة، وما لا يمكن التوصّل إلى الفرض إلا به.. كان فرضاً.

ثم اعلم أن واحداً من هذه العوارض لو عرض له بعدما قعد قدر التشهد، أو في سجود السّهو.. بطلت صلاته عنده، وصلاة من خلفه لو كان إماماً.

ولو سلّم وعليه سجود السّهو، ثم عرض له واحد منها؛ فإن سجد.. بطلت صلاته، وإلّا.. فلا.

ولو سلّم القوم قبل الإمام بعد التشهد.. بطلت صلاته دون القوم.

وكذا إذا سجد هو للسهو ولم يسجد القوم، ثم عرض له واحد منها على ما في «الزيلعي».

وَلَو اسْتَخْلَفَ الْإِمَامُ مَسْبُوقاً.. صَحَّ؛..............

وممّا يلحق بهذه المسائل: ما إذا كان يصلي بالثوب النجس فوجد بعد التشهد قبل السّلام ما يغسل به، وهذا مستفاد من قوله: أو وجد العاري ثوباً.

وما إذا كان يصلّي القضاء فدخل عليه الأوقات المكروهة بعد التشهد، وهو مستفاد من [١٣٦/ب] قوله: أو طلعت الشمس.

وما إذا كانت الأمة تصلّي بغير قناع فأعتقت بعد التشهد، ولم تستر من ساعتها، وهو مستفاد من قوله: أو وجد العاري ثوباً.

(**ولو استخلف الإمام مسبوقاً صحّ**) للمشاركة في التحريمة، لكن الأولى أن يقدّم مدركاً إن وجد؛ لأنه أقدر على إتمام صلاة الإمام، وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدم؛ لعجزه عن السّلام، قال في «فتح القدير»: أفاد هذا التعليل: أن الإمام إذا كان مسافراً ينبغي أن لا يقدم مقيماً ولا لاحقاً؛ لأنهما لا يقدران على إتمام صلاة الإمام، وحينئذ فكما لا ينبغي للمسبوق أن يتقدم؛ كذا لا ينبغي أن يتقدم اللاحق أيضاً، وكما لو تقدم المسبوق.. ينبغي أن يقدم مدركاً للسلام مع القوم، كذا المقيم واللّاحق ينبغي أن يقدّما مدركاً للسّلام معهم.

أمّا المقيم: فلأن المسافرين خلفه لا يلزمهم الإتمام بالاقتداء به، كما لا يلزمهم الإتمام بنية الإمام الأوّل الإقامة بعد الاستخلاف، أو بنية الخليفة لو كان مسافراً في الأصل، خلافاً لزفر؛ فإن عنده ينقلب فرضهم أربعاً للاقتداء بالمقيم.

قلنا: ليس هو إماماً إلّا لضرورة عجز الأوّل عن الإتمام لما شرع فيه، فيصير قائماً مقامه فيما هو قدر صلاته إذ الخلف يعمل عمل الأصل؛ كأنه هو، فكانوا مقتدين بالمسافر معنى، وصارت القعدة الأولى فرضاً على الخليفة؛ لقيامه مقامه.

أمّا لو نوى الإمام الأوّل الإقامة قبل الاستخلاف ثم استخلف.. فإنه يتم الخليفة صلاة المقيمين لو علم نية الإمام، بأن أشار الإمام عند الاستخلاف فأفهمه قصد الإقامة، ثم إذا تم خليفة المسافر صلاة الإمام وهي الركعتان.. يقدم مدركاً مسافراً ليسلم بهم، ثم يقضي المقيمون ركعتين منفردتين، ولو اقتدوا به بعد قيامه..

بطلت صلاتهم دون المسافرين؛ لأن اقتداءهم إنما يوجب المتابعة إلى هنا.

وأما اللّاحق.. فإنما يتحقق في حقه تقديم غيره إذا خالف الواجب؛ بأن بدأ بإتمام صلاة الإمام؛ فإنه حينئذ يقدم غيره للسلام ثم يشتغل بما فاته معه، أمّا إذا فعل الواجب بأن قدم ما فاته مع الإمام ليقع الأداء مرتباً.. فيشير إليهم إذا تقدم أن لا يتابعوه؛ فينتظرونه حتى يفرغ ممّا فاته مع الإمام، ثم يتابعونه ويسلّم بهم. هذا كلامه.

وأمّا إذا استخلف الإمام المسافر مسبوقاً.. ففي «الظهيرية»: مسافر صلّى ركعة فجاء مسافر آخر واقتدى به، فأحدث الإمام واستخلف المسبوق، فذهب الإمام الأوّل للوضوء ونوى الإقامة، والإمام الثاني نوى الإقامة أيضاً، ثم جاء الإمام الأوّل، كيف يفعل؟ قال محمد بن الفضل: إذا حضر الأوّل يقتدي بالثّاني في الذي هو باقي الصّلاة، وإذا صلى الإمام الثاني الركعة الثانية.. يقعد قدر التشهد، ويستخلف رجلاً مسافراً من الذي أدرك أوّل صلاته حتى يسلّم بالقوم، ثم يقوم الثّاني فيصلّي ثلاث ركعات، والإمام الأول يصلّي ركعتين بعد سلام الإمام الثاني، ولا يتغيّر فرضه بنية الإمام الثاني، ولا فرض الإمام الأوّل. انتهى.

وهذا مثل ما ذكرناه [١٣٧/أ] في المقيم من أنّ فرض القوم لا يتغيّر بنيّة الخليفة الإقامة.

ثم الخليفة يبتدئ من حيث انتهى إليه الإمام بانياً على ذلك، فلذا قالوا: لو استخلف في الرّباعية مسبوقاً بركعتين فصلّى الخليفة ركعتين ولم يقعد.. فسدت صلاته، كما لو استخلف مسافر مقيماً وصلّى ركعتين ولم يقعد.. فسدت صلاته وصلاة القوم، كذا هذا، كذا في «فتح القدير».

وقال في «البحر»: ولو أشار الإمام إلى المسبوق بركعتين الّذي استخلفه في الرّباعية، أنه لم يقرأ في الأوليين.. لزمه أن يقرأ في الأخريين؛ لقيامه مقام الإمام، وإذا قرأ.. التحقت بالأوليين، فخلت الأخريان عن القراءة، فصار كأن الخليفة لم يقرأ في الأخريين، فإذا قام إلى قضاء ما سبق.. لزمه القراءة فيما سبق به من الركعتين،

فَإِذَا أَتَمَّ صَلَاةَ الْإِمَامِ يقدِّمُ مُدرِكاً لِيُسلِّمَ بهم.

فقد لزمه القراءة في جميع الفرض الرباعيّة، وهذا بناء على أن المسبوق يقضي أوّل صلاته في حقّ القراءة.

(**فإذا أتمّ**) المسبوق (**صلاة الإمام يقدّم مدركاً ليسلّم بهم**)، هذا لو وجد معهم مدرك، وإلّا.. ففيه تفصيل؛ فلو أحدث الإمام وخلفه قوم كله مسبوق.. ينظر إن بقي على الإمام شيء من الصّلاة.. يستخلف واحداً من المسبوقين فيتم صلاة الإمام، ثم يقوم هو إلى قضاء ما سبق به من غير تسليم، وكذا القوم يقومون من غير تسليم ويتموا صلاتهم، وإن لم يبق على الإمام شيء.. فلهم أن يقوموا من غير تسليم ويتموا صلاتهم وحداناً، هذا إذا علم المسبوق كميّة صلاة الإمام والقوم، وأمّا إذا لم يعلم؛ فإن كان الإمام سبقه الحدث في قيامه.. صلى المسبوق الذي تقدّم ركعة وقعد قدر التشهد، ثم قام وأتم صلاته، والقوم لا يقتدون به ولكنهم يمكثون إلى أن يفرغ هذا من صلاته، فإذا فرغ.. قاموا فيقضون ما بقي من صلاتهم وحداناً؛ لأن من الجائز أن الذي بقي على الإمام آخر الركعات، فحين صلى الخليفة تلك الركعة.. تمت صلاة الإمام، فلو اقتدوا فيما يقضي هو.. كانوا اقتدوا بمسبوق فيما يقضي، فتفسد صلاتهم ولا يشتغلون بالقضاء حتى فرغ؛ لجواز أن يكون بعض ما يقضي هذا الخليفة مما بقي على الإمام الأول، فيكون القوم قد انفردوا قبل فراغ إمامهم من جميع أركان الصّلاة.. فتفسد صلاتهم، فالأحوط في ذلك ما قلنا، كذا في «البحر» عن «الظهيرية».

وقال في «فتح القدير»: ويقعد هذا الخليفة على كلّ ركعة احتياطاً.

وإن كان الإمام سبقه الحدث وهو قائم، واقتدوا به وهو قاعد، فاستخلف واحداً منهم، ولم يعلموا أنها القعدة الأولى أو الثانية، والفرض رباعي.. فيصلي الخليفة ركعتين وحده وهم جلوس، فإذا فرغ منها.. قاموا وصلى كلّ واحد منهم أربعاً وحده، والخليفة ما بقي، ولا يشتغلون بالقضاء قبل فراغه من الأوليين كما ذكرناه؛ لاحتمال أن تكون القعدة التي للإمام هي الأخيرة، وحينئذ لا يجوز لهم

ثمّ لَو فعلَ منافياً بعدَهُ.. يضرّهُ وَالْأَوَّلَ إن لم يكن فرغَ، وَلَا يضرُّ مَن فرغَ.

الاقتداء به، ويحتمل أن تكون الأولى، وحينئذ لا يجوز لهم الانفراد، وقبل فراغ إمامهم، هكذا [١٣٧/ب] ذكره في «البحر»، وادعى اختصاص بيانه بنفسه.

(**ثم**) أي بعد إتمام صلاة الإمام (**لو فعل**) المسبوق الخليفة (**منافياً**) للصّلاة من ضحك وكلام، أو خرج من المسجد وغيرها (**بعده**)، أي بعد الإتمام ففيه استدراك، (**يضرّه**) أي المسبوق ومن خلفه، ممن لم يفرغ من صلاة الإمام؛ لأن المنافي وقع في خلال صلاتهم.. فتفسد.

(**و**) يضر أيضاً الإمام (**الأوّل، إن لم يكن**) الإمام الأوّل (**فرغ**) من صلاته؛ لأنه حينئذ يصير مأموناً لخليفته، فيقع المنافي في خلال صلاته أيضاً.

(**ولا يضر من فرغ**) من القوم والإمام الأوّل؛ لوقوع المنافي في خارج صلاتهم.

واعلم أنّ حقيقة المسبوق: هو من لم يدرك لأوّل صلاة الإمام، خلاف المدرك، وله أحكام كثيرة:

● **فمنها**: أنه منفرد فيما يقضي إلا في أربع مسائل:

إحداها: أنه لا يجوز اقتداؤه ولا الاقتداء به؛ لأنه بان في حق التحريمة، حتى لو اقتدى مسبوق بمسبوق.. فسدت صلاة المقتدي، قرأ أو لم يقرأ دون الإمام، ولو ظن الإمام أن عليه سهواً فسجد للسهو فتابعه المسبوق فيه، ثم علم الإمام أنه ليس عليه سهو... تفسد صلاة المسبوق؛ لأنه اقتدى في موضع يجب الانفراد فيه.

وقال أبو الليث وأبو حفص الكبير: لا تفسد في زماننا؛ لأن الجهل غالب في القرى، ولو لم يعلم الإمام ذلك.. لم تفسد بالاتفاق، كذا في «الخلاصة».

والظاهر من «المحيط» و«قاضي خان»: أن المعتبر علم المسبوق لا علم الإمام.

وثانيتها: أنه لو كبّر ناوياً للاستئناف.. يصير مستأنفاً قاطعاً للأولى بخلاف المنفرد؛ فإنه لو كبّر ناوياً للاستئناف.. لا يصير مستأنفاً ما لم ينو صلاة أخرى.

وثالثتها: لو قام لقضاء ما سبق به، وعلى الإمام سجدتا سهو قبل أن يدخل معه.. كان عليه أن يعود فيسجد معه ما لم يقيد الركعة بسجدة، فإن قيد بها.. يسجد له في آخر صلاته بخلاف المنفرد؛ إذ لا يلزمه السّجود لسهو غيره.

ورابعتها: أنه يأتي بتكبير التشريق اتفاقاً بخلاف المنفرد؛ فإنه لا يجب عليه عند أبي حنيفة.

فإن قيل: ما ذكر في المسألة الأولى من عدم صحة الاقتداء بالمسبوق يعارضه صحة خلافته للإمام المحدث.

قلنا: صحة الخلافة مبنية على الاشتراك في التحريمة، وقد وجد في المسبوق، وصحة الاقتداء مبنية على ابتداء التحريمة للإمام، ولم يوجد في المسبوق؛ لأنه بان في حق التحريمة فلا تعارض، وقد اشتبه هذا الجواب على بعض الفضلاء، فوقع ههنا فيما وقع.

● **ومنها:** لو سلّم مع الإمام أو قبله سهواً.. لا يلزمه السّهو، وإن سلّم بعده.. لزمه السهو، وإن سلّم مع الإمام على ما ظن أن عليه السّلام مع الإمام.. تفسد صلاته؛ لأنه سلام عمدٍ.

● **ومنها:** أنه لا يقوم إلى قضاء ما سبق بعد التسليمتين، بل ينتظر فراغ الإمام بعدهما؛ لاحتمال السهو على الإمام.

● **ومنها:** أنه لا يقوم قبل سلام الإمام بعد قدر التشهد؛ لأنه يكره تحريماً، إلّا إذا خاف تمام مدة مسحه لو توقف على سلام الإمام، أو خاف في الجمعة والعيدين [١٣٨/أ] والفجر، أو المعذور خروج الوقت، أو خاف أن يبتدئ الحدث، أو أن يمر النّاس بين يديه على ما في «فتح القدير».

● **ومنها:** أن الإمام لو تذكر سجدة تلاوته وسجدها بعدما قام المسبوق؛ فإن لم يقيد المسبوق الركعة بسجدة.. يرفض ذلك، ويتابع الإمام ويسجد معه للتلاوة

وللسهو أيضاً، إن سجد الإمام للسّهو على القول بوجوب السهو؛ لتأخير سجدة التلاوة، ثم يقوم إلى القضاء، ولو لم يعد.. فسدت صلاته؛ لأن عود الإمام إلى سجود التلاوة يرفع القعدة، وهو بعد لم يصر منفرداً؛ لأن ما أتى به دون ركعة فيرتفض في حقه أيضاً، وإذا ارتفضت.. لا يجوز له الانفراد؛ لأن هذا أوان افتراض المتابعة، والانفراد في هذه الحالة.. مفسد للصّلاة، ولو تابعه بعد تقييدها بالسجدة فيها.. فسدت صلاته رواية واحدة؛ لتحقق انفراده بالتقييد.

وإن لم يتابعه:

ففي رواية كتاب الصّلاة: تفسد أيضاً، وهو الأصح على ما في «الظهيرية»؛ لأن العود إلى سجود التلاوة.. رفض القعدة، فتبيّن أنه انفرد قبل أن يقعد الإمام.

وفي رواية «النوادر»: أنها لا تفسد؛ لأن ارتفاض القعدة في حق الإمام لا يظهر في حق المسبوق؛ لأنه بعدما تم انفراده وخرج عن متابعته من كلّ وجه لا يتعدى حكمه إليه.

● **ومنها:** أن الإمام لو تذكر سجدة صلاة بعدما قام المسبوق وسجدها؛ فإن لم يقيد المسبوق ركعته بسجدة.. عاد إلى متابعة الإمام، وإلا.. فسدت صلاته، وإن قيدها بسجدة.. فصلاته فاسدة، عاد إلى المتابعة أو لم يعد؛ لأنه انفرد وعليه ركنان، السجدة والقعدة، وهو عاجز عن متابعته بعد إكمال الركعة.

● **ومنها:** أنه يقضي أوّل صلاته في حق القراءة، وآخرها في حق التشهد، حتى لو أدرك مع الإمام ركعة من المغرب.. فإنه يقرأ في الركعتين الفاتحة والسّورة، ولو ترك في إحديهما.. فسدت صلاته، وعليه أن يقضي ركعة بتشهد؛ لأنها ثانيته فيتشهد فيها، ولو أدرك ركعة من الرباعيّة.. فعليه أن يقضي ركعة ويقرأ فيها الفاتحة والسّورة ويتشهد؛ لأنه يقضي الآخر في حق التشهد، ويقضي ركعة ويقرأ فيها كذلك ولا يتشهد، وفي الثالثة: يتخير، والقراءة أفضل.

● **ومنها:** أنه لو بدأ بقضاء ما فاته قبل متابعة الإمام، ثم تابعه.. قالوا: لا تفسد

وَلَو قهقهَ الْإِمَامُ عِنْدَ الاختتامِ، أَو أحدثَ عمداً.. فَسدتْ صَلَاةُ مَن كَانَ مَسْبُوقاً، ....

صلاته، ولكنه يكره ذلك، وعلّله «قاضي خان»: بأنه خالف السنة.

وقيل: تفسد؛ لأنه عمل بالمنسوخ.

وفي «البزازية»: والأول أقوى.

وسكت عليه في «قاضي خان» و«الخلاصة»، ولم يتعرضا بالقول بالفساد أصلاً.

وفي «الظهيرية»: الأصح: تفسد صلاته، وأيّده بأنّ المسبوق لو أدرك الإمام في السجدة الأولى فركع وسجد سجدتين.. لا تفسد صلاته، ولو أدرك في السجدة الثانية فركع وسجد سجدتين.. تفسد صلاته.

● **ومنها:** أنّه يتابعه في السّهو، لا في التسليم والتكبير [١٣٨/ب] والتّلبية؛ فإن تابعه في التسليم والتلبية.. فسدت صلاته، وإن تابعه في التكبير وهو يعلم أنه مسبوق.. لا تفسد، والمراد تكبير التشريق.

(**ولو قهقه الإمام عند الاختتام، أو أحدث عمداً.. فسدت**) أي عند أبي حنيفة (**صلاة من كان مسبوقاً**)، لا صلاة الإمام ولا صلاة المدرك اتفاقاً على ما سنبيّنه. وفي صلاة اللاحق روايتان، قيل: تفسد، وقيل: لا، ثم فساد صلاة المسبوق عند أبي حنيفة مقيد بما إذا لم يكن المسبوق قضى ركعة بسجدتها قبل أن يحدث الإمام، أو قهقه بأن قام المسبوق للقضاء قبل سلام الإمام تاركاً للواجب، وهو أن لا يقوم إلا بعد سلامه، أمّا لو قام فقضى ركعة فسجد لها، ثم فعل الإمام ذلك.. لا تفسد صلاته؛ لأنه تأكّد انفراده بالسجدة، حتى لا يسجد لو سجد إمامه للسهو عليه، ولا تفسد صلاته لو فسدت صلاة الإمام بعد سجوده، وأمّا قبل سجوده.. فتفسد صلاته بفساد صلاة إمامه.

وقال في «فتح القدير»: وكذا لو كان في القوم لاحق؛ إن فعل الإمام ذلك بعد

خلافاً لهما، لَا إِن تكلَّمَ أَو خرجَ مِنَ الْمَسْجِدِ إجماعاً.

وَمَن سبقَهُ الْحَدثُ فِي رُكُوعٍ أَو سُجُودٍ.. أعادَهُما حتماً.

أن قام يقضي ما فاته مع الإمام.. [لا] تفسد، وإلا.. تفسد عنده. انتهى.

(**خلافاً لهما، لا إن تكلم أو خرج من المسجد**) أي عند الاختتام (**إجماعاً**) لأبي حنيفة: أن الحدث والقهقهة العمدين مفسدان للجزء الذي يلاقيه من صلاة الإمام والمأموم، إلّا أنّ الإمام لا يحتاج إلى البناء لتمام أركانه، وكذا المدرك معه، والمسبوق يحتاج إليه، والبناء على الفاسد فاسد، بخلاف الكلام والخروج عن المسجد؛ لأنهما منهيان كالسّلام لا مفسدان، ولهذا قالوا: لا يخرج المقتدي عن الصّلاة بسلام الإمام وكلامه وخروجه عن المسجد، بل يخرج عنها بسلام نفسه، فيلزمه السّلام.

ويخرج منها بحدث الإمام وقهقهته عمداً، فلا يسلم بعده بل يذهب على ما ذكره في «فتح القدير» و«البحر».

ولهما اعتبار صلاة المسبوق بصلاة الإمام والمدرك، واعتبار القهقهة والحدث العمد بالكلام والخروج.

قلنا: كلا الاعتبارين فاسد؛ لما ذكرناه من الفرق.

وفي «المحيط» أن وضوء الإمام باطل بهذه القهقهة العمد وإن تمت صلاته؛ لمصادفتها حرمة الصّلاة وإن تمت أركانها.

(**ومن سبقه الحدث في ركوع أو سجود أعادهما حتماً**) إن بنى؛ لأن تمام الركن لا يكون إلّا بالانتقال مع الطهارة إلى ركن آخر، ومع الحدث فيهما لا يتحقق الانتقال، فلا يتم فيعيدهما، وإلّا.. تفسد صلاته، وهذا ظاهر على قول محمّد من أن تمام الركن عنده بالرفع، وأما على قول أبي يوسف من أنه بالوضع على ما سبق.. فالسجدة وإن تمت بالوضع، لكن الجلسة بين السجدتين - وكذا القومة - فرض عنده، ولا يتحقق ذلك بغير طهارة.

وَمَن تذكَّر سَجْدَةً فِي رُكُوعٍ أَو سُجُودٍ فسجدَها.. نُدِبَ إِعادتُهما.

والانتقال من ركن إلى آخر فرض بالإجماع، ثم لا بد أن يقيده بالمنفرد؛ لأن المحدث في الركوع أو السجود لو كان إماماً واستخلف غيره وأمَّ الخليفة على ركوعه وسجوده.. لا يعيدهما؛ لأنه [١٣٩/أ] يمكنه الإتمام بالاستدامة عليه على ما صرّحوا به، وبما إذا لم يرفع رأسه من الركوع أو السّجود مريداً به الأداء، حتى لو سبقه الحدث في الركوع أو في السّجود، فرفع رأسه قائلاً: «سمع الله لمن حمده» أو «الله أكبر» مريداً به أداء ركن.. فسدت صلاته وصلاة القوم على ما في «الكافي»؛ لاشتغاله أداء ركن مع الحدث. وإذا فسدت.. لا يصح البناء عليه.

(ومن تذكر سجدة) تلاوية، أو صلبية، أو ركوعاً من الركعة الأولى، **(في ركوع أو سجود)** من الركعة الثانية، **(فسجدها)** عقيب التذكر، وله أن يؤخرها إلى آخر الصلاة فيقضيها هناك على ما صرّح به في «فتح القدير».. **(ندب إعادتهما)** عند بعض مشايخنا، واختاره صاحب «الهداية» لتقع الأفعال مرتّبة بقدر الإمكان، وللخروج عن خلاف زفر والشافعي؛ لأن عندهما يجب الإعادة، واختاره بعض مشايخنا، منهم «قاضي خان»، بناء على أن بالعود إلى المتروك.. يرتفض المتذكر فيه؛ لأنه قبل الرفع منه يقبل الرفض، بخلاف ما أتى به حيث لا يقبل الرفض؛ لأنه تأكّد بالإتمام.

قال في «قاضي خان» في آخر ما يوجب السّهو: إن كان إماماً، فصلّى ركعة وترك منها سجدة وصلى ركعة أخرى وسجد لها، فتذكر المتروكة في السّجود.. فإنه يرفع رأسه من السّجود ويسجد المتروكة، ثم يعيد ما كان فيها؛ لأنها ارتفضت، فيعيدها استحساناً، فأما ما قبل المتروكة، هل يرتفض إن كان ما تخلّل بين المتروكة وبين التي تذكر فيها ركعة تامة؟ لا يرتفض باتفاق الروايات؟ فلا يلزمه إعادة ذلك وإن لم يكن ركعة تامة، فكذلك في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يرتفض. انتهى.

ورجح ابن الهمام ما اختاره صاحب «الهداية»، حيث قال: الأصح ما في «الهداية» للقاعدة التي قدّمناها في أوّل باب صفة الصّلاة، من أن الترتيب بين ما

يتحد في كلّ صلاة من الأركان - وهو القعدة الأخيرة - وبين غيرها مطلقاً شرط، لا بين المتحد في كل ركعة - وهو المتعدد في كل الصّلاة - وبين المتعدد في كل ركعة؛ لأن الشرع علّق التمام بالقعدة، فلو جاز تأخر شيء عنها.. لكان ذلك الغير متعلقه، وهو منتف شرعاً، بخلاف تقديم سجود الركعة على ركوعها، والركوع على القيام؛ لأن الركوع شرع وسيلة إلى السجود بعده، والقيام إلى الركوع، فلا يتحقق ذلك إلا بالتقدم المعهود.

وكذا تتقدم القراءة على الركوع؛ لأنها زينته فلا تتحقق إلا فيه، فلا يتصور تقديمه عليها، وبتذكر السجدة في ركوع الثانية مثلاً من الأولى لم يتحقق تقديم له على ركوع الأولى، بل هو في محلّه من التعدية، غاية الأمر: أنه صار بعد ركوع الثانية أيضاً إذا لم يعد على ما هو الأمر الجائز، وهو في التقدير قبله، لالتحاقه بمحله من الركعة الأولى. انتهى.

فإن قيل: إن الترتيب بين سجدة الركعة الأولى وبين سجدة الركعة الثانية، وكذا بين ركوعيهما [١٣٩/ب] وبين ركوع إحديهما وسجود الأخرى وإن لم يكن فرضاً، إلا أنه واجب على ما مرّ في بيان رعاية الترتيب، فينبغي أن يكون إعادة المتذكر فيه من الركوع والسّجود واجبة كما قال زفر والشافعي.

قلنا: نعم، إلّا أنّ وجوبه سقط بالنّسيان، فبقي الأولويّة والنّدب.

فإن قيل: إن الترتيب السّاقط بالنّسيان هو الترتيب بين الفوائت من الصّلاة، وأما التّرتيب بين أفعال الصّلاة.. فحكمه إذا تُرك نسياناً؛ سجود السّهو لا السّقوط.

قلنا: إنهم لم يمنعوا ههنا وجوب السّهو، وإنّما منعوا لزوم إعادة المتذكر فيه، فالمعلّل له هو عدم لزوم الإعادة بترك التّرتيب نسياناً، لا عدم وجوب السّهو.

أقول: وبعد: فيه نظر؛ لأن هذا إنّما يتمشى أن لو علل الفرقة الثانية وجوب إعادة المتذكر فيه باشتراط الترتيب بين الركوع والسجود المتذكر فيه من الركعة الثّانية وبين السجدة المتروكة من الركعة الأولى، لكنّهم علّلوه بارتفاض المتذكر فيه

وَإِلَّا.. فَقِيلَ: يتَعَيَّنُ فتفسدُ صلاتُهما، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ لَا يتَعَيَّنُ، فتفسدُ صلَاتُهُ دونَ الْإِمَامِ.

عن المسجد روايتين، ثم قال: وعندي أنه يشكل [١٤٠/أ] فسادُ صلاة الإمام إذا لم يستخلف وخرج؛ لأن الاستخلاف ليس من أركان الصّلاة حتى تفسد الصّلاة بتركه، بل غايته الوجوب عليه؛ تحصيناً لصلاة غيره عن الفساد وهو قادر عليه، والإمام منفرد في حق نفسه، فغاية ما في خروجه بلا استخلاف تأثيمه؛ لسعيه في فساد صلاة غيره، فصار كإمام تعمد التأخر عمن خلفه حتى فسدت بتقدمهم عليه صلاتهم. انتهى.

(وإلا) أي وإن لم يكن رجلاً صالحاً للإمامة بأن كان واحداً ممن ذكرناه، (فقيل: يتعين) بنفسه، (فتفسد صلاتهما)؛ لأنه لما تعين بنفسه؛ صار كأنه استخلف من لا يصلح للإمامة، وقيل: تفسد صلاة الإمام دون المقتدي؛ لأنه لما تعيّن.. كان الإمام مقتدياً بمن لا يصلح، فتفسد صلاته، بخلاف المقتدي، (والأصح أنه لا يتعين) ما لم يعيّنه الإمام، (فتفسد صلاته)؛ لخلو مكان إمامه (دون) صلاة (الإمام)؛ لأنه لما لم يتعيّن لا بنفسه ولا بتعيين إمامه.. صار الإمام المحدث منفرداً يذهب إلى الوضوء، فلا تفسد صلاته، قيّد بالفرد؛ لأنّ المقتدي لو تعدّد يحتاج إلى تعيين الإمام أو القوم، أو يتقدّم واحد بنفسه.

ولو عيّن الإمام واحداً والقوم واحداً آخر ونوى كلّ منهما الإمامة.. فالإمام من عيّنه الإمام؛ لأنه ما دام في المسجد فحق الاستخلاف له.

وفي الفتاوى: إن نويا معاً الإمامة.. جازت صلاة المقتدي بخليفة الإمام، وفسدت على المقتدين بخليفة القوم.

وإن تقدّم أحدهما؛ إن كان خليفة الإمام.. فكذلك، وإن كان خليفة القوم فاقتدوا به ثم نوى الآخر فاقتدى به البعض.. جاز صلاة الأوّلين دون الآخرين، كذا في «فتح القدير» من أوّل باب الحدث.

وَمَن أَمَّ فَرداً فأحدثَ؛ فَإِن كَانَ الْمَأْمُومُ رجلاً.. تعيَّن للاستخلافِ وَإِن لم يستخلفْهُ.

بالعود إلى المتروك على ما ذكرناه لا بوجوب التّرتيب بينهما، نعم، لو منعوا الارتفاض بالعود إلى المتروكة.. لاستقام، وإنما قيّد بتذكر السّجدة في الركوع والسّجود؛ لأنه لو تذكر سجدة صلبيّة في القعدة الأخيرة فسجدها.. انتقضت القعدة الأخيرة؛ لفرضية الترتيب بينهما، وكذا لو تذكر في الرّكوع أنه لم يقرأ فعاد فقرأ.. انتقض الركوع؛ لفرضية الترتيب بين أركان ركعة واحدة من قيامها وركوعها وسجودها، فكذا فرض بين ما شرع في القيام من القراءة وبين الركوع، كذا قالوا: وفيه نظر لما مر في بيان رعاية الترتيب بين الأركان: أنّ التّرتيب بين القراءة والركوع واجب لا فرض.

والحاصل: أنّ التّرتيب بين الركن المتروك والركن المتذكر فيه:

إن كان فرضاً.. يلزمه قضاء المتروك، وإعادة المتذكر فيه، وقضاء ما بينهما من الأركان التي قد أتى بها، ويلزمه السّهو أيضاً.

وإن كان واجباً.. يلزمه قضاء المتروك وسجود السّهو، لا قضاء ما أتى به بعد المتروك من الأركان، واختلف في إعادة المتذكر فيه، أنها مندوبة أو واجبة على ما ترى.

(ومن أمّ فرداً فأحدث) الإمام وخرج من المسجد - لأنه ما كان في المسجد فهو على إمامته - لم يتعين له الاستخلاف؛ (فإن كان المأموم رجلاً) صالحاً للإمامة فخرج - والمحدث والصّبي والمرأة والأمّي والأخرس والخنثى والمتنفّل خلف المفترض - (تعين) ذلك الرجل (للاستخلاف، وإن لم يستخلفه) الإمام؛ لأن فيه صيانة لصلاة المقتدي، وهل فيه صيانة لصلاة الإمام المحدث أيضاً؟ فظاهر ما في «النهاية» أن فيه صيانة لصلاة المأموم والإمام المحدث، بناء على فساد صلاة الإمام إذا لم يستخلف حتى خرج عن المسجد.

وفي «فتح القدير» أن في فساد صلاة الإمام المحدث إذا لم يستخلف وخرج

وَلَو حَصِرَ عَنِ الْقِرَاءَةِ.. جَازَ لَهُ الاستخلافُ، خلافاً لَهما.

(ولو حَصِر) الإمام على وزن تعب فعلاً ومصدراً (عن القراءة) للخجل أو الخوف - أمّا إذا نسي القراءة أصلاً بحيث يمتنع عليه.. لا يجوز له الاستخلاف بالاتفاق؛ لأنه حينئذ يصير أميّاً على ما في «النّهاية» و«الغاية» - (جاز له الاستخلاف) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**).

لأبي حنيفة: أن الاستخلاف في باب الحدث لعلّة العجز عن المضي في الصّلاة، وقد وجدت تلك ههنا أيضاً، بل هي ألزم له هنا؛ لأنه ربما يجد الماء في المسجد فيتوضأ عن حدثه ويبني من غير استخلاف، بخلاف من حصر، فثبت الاستخلاف في الحصر بطريق الأولى.

ولهما: أن الاستخلاف ثبت على خلاف القياس فيما غلب وجوده وهو الحدث، فلا يتعداه غيره، قلنا: لا نسلم أنه نادر الوجود، ولو سلّم.. فالمخلص حين حصر هو الاستخلاف؛ إذ في الاستئناف إبطال العمل وهو ممنوع.

والإتمام بلا قراءة لا يجوز بالإجماع.

وما نقل في «الزيلعي» عن الإمامين: أن الإتمام بلا قراءة جائز عندهما.. سهو على ما في «الغاية»، وقالوا: هذا الخلاف فيما إذا لم يقرأ مقدار ما يجوز به الصّلاة؛ فإذا قرأ ذلك المقدار.. لا يجوز له الاستخلاف بالاتفاق، بل يركع؛ لعدم الحاجة إليه، لكن في «البحر»: يجوز له [١٤٠/ب] الاستخلاف عند الحصر مطلقاً.

* * *

(بَابُ مَا يفْسدُ الصَّلَاةَ وَمَا يُكرَهُ فِيهَا)

يُفْسِدهَا:

الْكَلَامُ وَلَو سَهواً ....

بابُ مَا يُفْسِدُ الصَّلَاة ومَا يُكْرَهُ فِيهَا

أي: في الصّلاة.

● (يفسدها: **الكلام**) الصّادر عنه بالاختيار، قبل أن يقعد قدر التشهد على ما في «الخلاصة»؛ لأنه بعد التشهد لا يفسدها بالاتفاق، وكذا الصّادر لا عن اختيار؛ لعدم إمكان الاحتراز عنه؛ كما لو عطس فحصل منه كلام.

ويدخل فيه قراءة التوراة والإنجيل والزبور.. فإنها مفسدة أيضا على ما في «البحر» عن «المجتبى»، (**ولو سهواً**) أو نسياناً أو خطأً قليلاً أو كثيراً، أسمع غيره أو لا، لحاجة أو لا، لإصلاح الصلاة أو لا، عالما بالتحريم أو لا، لما رواه البخاري ومسلم: أمرنا بالسكوت في الصلاة، ونهينا عن الكلام فيها.

وكذا يفسدها على قول الكرخي ما صحّح الحروف ولم يسمع نفسه، وقال محمد بن الفضل: لا تفسد اعتباراً بما لم يصحح الحروف، والأول أحوط؛ لأن الحكم يتعلق بتصحيح الحروف، قال الشافعي ومالك: إن كلام النّاسي والمخطئ لا يبطلها إلّا إذا طال؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»؛ ولأن العمل القليل عفو فكذا الكلام القليل.

قلنا: ظاهره ليس بمراد؛ لأنّ نفس الخطأ والنّسيان ليس بمرفوع، فيقدر الحكم [الدنيوي] وهو الجواز والفساد، والأخروي وهو الثواب والعقاب، ولا يرادان معا؛ لعدم عموم المشترك والمجاز، والأخروي مراد بالاتّفاق، فانتفى الآخر، أو لقول إنّ الحكم مقدر اقتضاء لضرورة تصحيح الكلام، ولا عموم في المقتضي، والاعتبار بالعمل القليل.. فاسد؛ لوجود الفارق، وقالت طائفة: يجوز الكلام فيها لإصلاح

أَو فِي نومٍ.

وَكَذَا الدُّعَاءُ بِمَا يُشبِهُ كَلَامَ النَّاسِ، وَهُوَ مَا يُمكنُ طلبهُ مِنْهُم.

والأنينُ.

والتَّأَوُّهُ.

والتَّأفيفُ، ....

صلاته؛ لما في «الصّحيحين» من حديث ذي اليدين: أنّ النبي ﷺ تكلّم في الصّلاة لقصد الإصلاح، ثم بنى وسجد.

قلنا: إنه منسوخ بما رويناه.

فإن قيل: تحريم الكلام في الصّلاة كان بمكة، وراوي حديثِ ذي اليدين أبو هريرة، وهو متأخر الإسلام، فكيف يصح النسخ؟

قلنا: يجوز أن يرويه أبو هريرة عن غيره من الصحابة المقدم عليه.

(أو في نوم) على ما اختاره أكثر المشايخ، وقال فخر الإسلام: لا يفسدها كلام النائم، والأول أصحّ؛ لإطلاق ما رويناه.

● **(وكذا الدّعاء بما يشبه كلام الناس، [وهو ما يمكن طلبه منهم])** لإطلاق ما رويناه؛ لأنه في معنى كلام الناس، والمراد بما يشبهه هـهنا ما كان قبل أن يقعد قدر التشهد؛ لأن ما وقع منه بعد التشهد لا يفسد الصّلاة، لا عندهما وهو ظاهر، ولا عند أبي حنيفة؛ لأن الدّعاء خروج بصنعه، وقد ذكرناه قبيل فصل القراءة، وذكرنا فيه أيضاً ما هو المراد بما يشبه كلام النّاس، وما فيه من خلاف الشافعي، ولأجل خلافه أفرده هـهنا بالذكر مع دخوله في الكلام.

● **(والأنين)**: أن يقول: آه بالمد.

● **(والتـأوه)**: أن يقـول: أوه، وقيـل: فيـه ثـلاث عشـرة لغـاة، ذكرهـا في «شـرح المنية».

● **(والتأفيف)**: أن يقول: أف أو يف أو تف، سواء أراد بها تنقية موضع سجوده،

وَلَو كَانَت بحرفينِ؛ خلافاً لأبي يُوسُفَ.

أو أراد التأفيف، كما في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾[١٤١/أ].

وفي «المحيط»: إذا نفخ التراب في موضع سجوده.. فهذا على وجهين، إن كان نفخا لا يسمع.. لا تفسد صلاته؛ لأنه تنفس فلا يفسدها، لكن إذا تعمد.. يكره، وإن كان نفخا يسمع.. تفسد عند أبي حنيفة ومحمّد.

قال بعض مشايخنا: المراد بالنفخ المسموع: ما يكون له حروف متهجّاة نحو: أف وتف، وغير المسموع عكسه.

وقال بعضهم: لم يشترط للنفخ المسموع الحروف متهجّاة.

(ولو) وصلّية **(كانت)** كل من الثلاثة **(بحرفين)**، لكن لا في كلّ حال، بل إن كانت من وجع أو مصيبة على ما في «الخلاصة» و«الهداية»؛ لأنها حينئذ في معنى: إنني مصاب.. فتفسد، وأمّا إن كانت من ذكر الجنّة أو النّار.. فلا تفسد؛ لأنها في معنى: اللّهمّ إنّي أسألك الجنّة وأعوذ بك من النّار، وهذا لا يفسد، فكذا ما في معناه، وهذا عندهما.

(خلافاً لأبي يوسف) قال في «الهداية»: إن الأنين والتأوه إن كان من ذكر الجنّة والنار.. لا تفسد، وإن كان من الجزع والتّأسف.. تفسد، ثم قال: وعن أبي يوسف أنّ قوله: آه.. لم يفسد في الحالين، أي حال ذكر الجنّة والنار، وحال الجزع والتأسف وأوه.. تفسد في الحالين، وقيل: الأصل عند أبي يوسف أن الكلمة إذا اشتملت على حرفين وهما زائدان أو إحداها.. لا تفسد، وإن كانتا أصليتين.. تفسد، وحروف الزوائد عشرة جمعوها في قولهم: «اليوم تنساه» وهذا لا يقوى؛ لأن كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود الهجاء وإفهام المعنى، ويتحقق ذلك في حروف كلّها زوائد. انتهى.

وتعقّبه صاحب «النهاية» وقال: هذا لا يرد على أبي يوسف؛ لأن كلامه في الحرفين لا في الزائد عليهما؛ فإن في الزائد عليهما قولَه كقولهما، وتبعه أكثر

والبكاءُ بِصَوْتٍ لوجعٍ أَو مُصِيبَةٍ، لَا لذِكرِ جنَّةٍ أَو نَارٍ.

الشارحين، وأجاب عنه في «العناية» و«فتح القدير»: بأنه يجوز أن يكون مراد صاحب «الهداية» بقوله: «حروف كلّها زوائد»: التثنية؛ إذ كثيراً ما يطلق الجمع ويراد به اثنان؛ مثل: «لا نكاح إلّا بشهود»، فحينئذ يكون معنى كلام «الهداية» كلام الناس في العرف عبارة عن وجود الهجاء وإفهام المعنى، وذلك يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة، فيكون من كلام الناس كغيره، فيكون مفسداً، ولا مدخل في الإفساد كون الحرفين أصليين، أقول: إن ما ذكره صاحب «الهداية»: إنما يرد على أبي يوسف لو كان أصله ما ذكره ذلك القائل، وأما على تقدير كون أصله ما ذكره صاحب «الخلاصة» حيث قال: والأصل عنده أن في الحرفين.. تفسد صلاته، وفي أربعة أحرف.. تفسد وفي ثلاثة أحرف.. اختلف المشايخ فيها على قوله، والأصح أنها لا تفسد، وهما لم يفصلا. انتهى.

فلا يرد عليه ما ذكره صاحب «الهداية»، ولا حاجة إلى الجواب عنه كما في «النهاية»، ثم أقول: فعلى ما في «الخلاصة» من أصل أبي يوسف ما روي عنه من أن قوله: آه.. لم تفسد في الحالين، وأوه تفسد.. محمول على غير الأصح من روايتي المشايخ؛ لأنّ أصح [١٤١/ب] الرواية عنهم عدم الإفساد في ثلاثة أحرف.

وأوه: بفتح الهمزة وتشديد الواو وبسكون الهاء على ما صرح به الحافظ العيني في «حاشية الهداية» ثلاثة أحرف.

وقال في «فتح القدير»: وكذا أف مشدداً أو مخففاً.. لا تفسد عند أبي يوسف؛ لما روي أنه ﷺ نفخ في صلاة الكسوف فقال: «أف»، قلنا: إنه واقعة حال لا عموم لها، فيجوز كونها قبل تحريم الكلام في الصّلاة.

وفي «المحيط» عن شيخ الإسلام: أن على قول أبي حنيفة ومحمد: تفسد الصّلاة بالصوت المسموع، فبحرف واحد أولى.

• (و) يفسدها أيضا (**البكاء بصوت لوجع أو مصيبة، لا لذكر جنة أو نار**) الظاهر أن كلاً من قوله: لوجع أو مصيبة، وقوله: لا لذكر جنة أو نار، متعلق بجميع ما ذكر

والتَّنحنحُ بِلَا عذرٍ.

من قوله: والأنين إلى قوله: والبكاء بصوت؛ لأن كلاً من الثلاثة الأولى إنما تصير مفسدة حال كونها عن وجع أو مصيبة على ما ذكرناه، وإنما قيد البكاء بالصّوت.. احترازا عن البكاء بلا صوت لما في «الخلاصة» عن «الجامع الصّغير».

ولو بكى في صلاته إن سال الدّمع من غير صوت.. لا تفسد صلاته، وإن رفع صوته وحصل به حروف؛ إن كان من ذكر الجنة والنار.. لم تفسد، وإن من وجع أو مصيبة.. تفسد عندهما خلافاً لأبي يوسف، وعن محمد: أنه إن كان بحيث لا يملك نفسه.. لا يضره ذلك. انتهى.

وعلّل في «قاضي خان» قول محمد: بأن ما لا يمكن الامتناع عنه.. يكون عفواً؛ كما لو عطس وحصل به حروف.

ثم ظاهر إطلاق المصنف الصوت ينتظم على ما رويناه عن شيخ الإسلام: من أن الصّوت المسموع يفسدها ولو بلا حرف.. إنما المدار عنده هو السّماع، بخلاف ما في «الخلاصة»؛ فإنه خصّ الصّوت بحصول الحروف، ثم الظاهر من «الخلاصة»: أن خلاف أبي يوسف جارٍ في البكاء أيضاً.

• (**والتنحنح**) وهو أن يقول أح بالفتح أو الضم (**بلا عذر**)، بأن يستطيع على الدفع ولا يضطر إليه، فإن اضطر ولا يستطيع الدّفع.. لا يفسدها بالاتفاق، حصل به الحروف أو لا؛ لأنه عفو؛ كالعطاس والجشأ؛ لحصوله من قبل من له الحق.

وكذا الأنين ونحوه إن كان بعذر، وإن استطاع على الدفع وحصل به حروف؛ فإن كان له غرض صحيح من تحسين الصّوت للقراءة، أو للإعلام أنه في الصّلاة، أو ليهتدي إمامه عند خطئه.. ففيه اختلاف المشايخ، فقال شيخ الإسلام: لا تفسد؛ لأنه يصير بمعنى القراءة معنى كالمشي للبناء؛ فإنه لكونه لإصلاح الصّلاة صار من الصّلاة، وهكذا ذكره الإمام شمس الأئمة، وقال في «المحيط» عن إسماعيل الزاهد: إنه تفسد عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه حروف مهجاة، وهكذا ذكره في «الهداية»، واعترض عليه في «العناية»: بأنّ مذهب أبي يوسف في حصول الحروف، وهو

وتشميتُ عاطسٍ.

وَقصدُ الْجَوابِ بالحمدلةِ...

المفروض في المسألة، مثل مذهب الإمامين في الإفساد، فلا معنى لتصريح الخلاف بينهما.. إلا أن يحلّ الجمع على التثنية.

قلت: وهو مدفوع بما ذكرناه من «الخلاصة»: من أن أصل أبي يوسف [١٤٢/أ] أن في الحروف الثلاثة.. لا تفسد على الأصح، فثبت الخلاف على الأصح، وإن لم يكن له غرض صحيح مما ذكر.. فهو مفسد عندهما خلافاً لأبي يوسف على ما في «البحر»، والكلام فيه كالكلام في الشق الأول، قيدنا بحصول الحروف في هذين الشقين؛ لأنه لو لم يظهر له حروف مهجاة.. لا تفسد، لكنه مكروه إن كان عمداً.

قيل: هذا بالاتفاق، لكن مقتضى ما ذكرناه عن شيخ الإسلام من أن الصوت المسموع ولو بلا حرف مفسد عندهما.. ينافي هذا الاتّفاق.

قيّد بالتنحنح؛ لأنه لو تثاءب وحصل منه صوت، أو عطس وحصل منه صوت مع الحروف.. لا تفسد؛ كذا في «البحر» عن «الظهيرية».

• **(وتشميت عاطس)** الظاهر أنه مضاف إلى مفعوله؛ لأنه إذا قال العاطس لنفسه في الصّلاة: «يرحمك الله يا نفسي».. لا تفسد؛ لأنه بمنزلة «يرحمني الله تعالى» على ما في «العناية» و«الخلاصة»، قال فيها: رجل عطس في صلاته فقال له رجل في الصّلاة: «يرحمك الله».. تفسد صلاته، أما لو قال العاطس في الصّلاة: «يرحمك الله» وخاطب به نفسه.. لم يضرّه، ولو قال: «الحمد لله».. لا تفسد، وينبغي أن يقوله في نفسه، والأحسن هو السكوت. انتهى.

ووجه الإفساد فيما تفسد أنه حينئذ يصير من كلام النّاس؛ لأنه يجري في مخاطباتهم.

• **(وقصدُ جواب)** أي للعاطس، أو لمن أخبر بخبر يسرّه **(بالحمدلة)** أي: الحمد لله، ولو قال العاطس ذلك في نفسه.. لا تفسد صلاته على ما ذكرناه، وقال في «الخلاصة»: لو عطس في الصّلاة، فقال له رجل في الصّلاة أو في غير الصّلاة:

أَو الهيللةِ أَو السبحلةِ أَو الاسترجاعِ أَو الحوقلةِ؛ خلافاً لأَبي يُوسُفَ، ....

«يرحمك الله»، فقال العاطس: «آمين».. تفسد صلاته. انتهى.

أي صلاة من قال: «آمين»، وكذا تفسد صلاة من قال في الصّلاة: «يرحمك الله» على ما ذكرناه من قبل.

وفي «البحر» عن «الظّهيرية»: رجلان يصلّيان، فعطس أحدهما، فقال رجل خارج الصّلاة: «يرحمك الله»، فقالا جميعاً: «آمين».. تفسد صلاة العاطس، لا صلاة الآخر؛ لأنه لم يدع له. انتهى.

فلا يقع تأمين الآخر جواباً له؛ لحصول الجواب بتأمين العاطس، بخلاف ما إذا أمّن المصلّي لدعاء رجل ليس في الصّلاة.. فإنه مفسد؛ لوقوع تأمينه جواباً عنه؛ إذ لا مجيب غيره، على ما في «الذخيرة».

(أو الهيللة) أي قال: «لا إله إلّا الله» لخبر يعجبه.

(أو السّبحلة) أي قال: «سبحان الله» بخبر يعجبه أيضاً.

(أو الاسترجاع) أي إنّا لله وإنا إليه راجعون في جواب خبر السّوء.

(أو الحوقلة) أي: «لا حول ولا قوة إلا بالله» في خبر السّوء. **(خلافاً لأبي يوسف)** من قوله: والبكاء إلى الحوقلة على ما اختاره بعض مشايخنا.

وقال بعض آخر منهم: إن الاسترجاع قاطع للصّلاة بالاتفاق، ولا خلاف فيه لأبي يوسف.

وله على قول الأوّل: إنها دعاء وذكر بصيغته، فلا يتغيّر بعزيمته، والدّعاء لا يبطل الصّلاة، وهذا هو الوجه.

له في الباقي أيضاً ولهما: أنها خرجت مخرج الجواب وهو يحتمله، فيحمل عليه، فيلحق بكلام النّاس، ولهذا قالوا: [١٤٢/ب] لو قال: «اللّهم صلّ على محمد»، أو قال: «الله أكبر»؛ إن لم يرد به الجواب.. لا تفسد صلاته بالإجماع، وإن أريد به الجواب.. تفسد عند الكلّ.

وَلَو أَرَادَ بذلك إِعْلَامَهُ أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ.. لَا تفْسدُ اتِّفَاقاً.

وَلَو فتحَ على غيرِ إِمَامِهِ.. فَسدتْ، ....

وكذا لو قال رجل بين يدي المصلّي: «أمع الله إله؟»، فقال المصلّي: «لا إله إلا الله» مريداً به الجواب.. تفسد صلاته.

وكذا لو كان بين يدي المصلّي كتاب وعنده رجل اسمه يحيى، فقال: «يا يحيى خذ الكتاب بقوّة» مريداً به الجواب.. تفسد.

أو كان في السفينة وابنه خارج السفينة، فقال: «يا بني اركب معنا». مريداً به الجواب.. تفسد... إلى غير ذلك مما يقصد به الجواب من الأذكار.

(**ولو أراد بذلك**) أي بكل من الحمدلة والهيللة وغيرهما (**إعلامه أنه في الصّلاة.. لا تفسد اتّفاقاً**)؛ لقصده إصلاح صلاته، فيكون من الصّلاة؛ كالمشي إلى الوضوء للبناء.

(**ولو فتح**) المصلّي (**على غير إمامه**) سواء كان مصلياً معه في صلاة واحدة، أو منفرداً في صلاة أخرى، أو لم يكن مصلياً أصلاً.. (**فسدت**) صلاة الفاتح إن قصد التعليم؛ لأنه أدخل في صلاته ما ليس من أفعالها؛ لأنه ما ينتصب معلماً في الصلاة؛ ولأن التعليم في معنى كلام الناس.. فيلحق به.

وهو القياس في الفتح على إمامه أيضاً، لكنه ترك استحساناً بالأثر على ما سيأتي، وفيه خلاف أبي يوسف بناء على أصله المار من أنه لا يخرج عن كونه قرآناً وذكراً بقصد التعليم، هل يشترط تكرار الفتح للإفساد؟ والأصح: أنه لا يشترط على ما في «الخلاصة»، وهو رواية «الجامع الصغير»؛ لأنه لمّا كان في معنى الكلام بقصد الجواب.. يفسد قليله وكثيره كالكلام، وقيل: يشترط، وهو رواية «الأصل»، هذا في صلاة الفاتح.

وأما صلاة المستفتح؛ فإن كان الفاتح خارج الصلاة، لو كان مصلياً غير صلاة المستفتح، فأخذ المستفتح من واحد منهما.. تفسد صلاته، ولو كان كلّ من الفاتح

لا إِنْ فتحَ على إِمَامِهِ مُطلقاً، في الأَصَحِّ.

والمستفتح مقتديين خلف إمام واحد: الظاهر فساد صلاة كل منهما؛ لأنهما ممنوعان عن القراءة خلف الإمام.

(**لا**) تفسد (**إن فتح على إمامه مطلقاً**) أي سواء قرأ الإمام مقدار ما يجوز به الصلاة أو لم يقرأ، وسواء انتقل الإمام إلى آية أخرى أو لم ينتقل، بل توقف يستفتح؛ لأن في فتحه على إمامه إصلاح صلاته، أما فيما لم يقرأ مقدار ما يجوز به الصّلاة.. فظاهر، وأما فيما يقرأ مقداره.. فلأنه ربما يجري على لسانه ما يكون مفسداً، وقد روي فيه أثر عن علي رضي الله عنه (**في الأصح**)؛ احتراز عما قيل: إنه لو فتح على إمامه بعدما قرأ مقدار ما يجوز به الصّلاة.. تفسد صلاته، سواء انتقل الإمام إلى آية أخرى، أو لا؛ لأنه فتح في غير موضع الحاجة، فيكون في معنى كلام الناس، والجواب: أنه قياس تركناه استحساناً بما بيناه وبما روي عن علي، قال في «الخلاصة»: ولو فتح على إمامه؛ فإن كان قبل أن يقرأ قدر ما تجوز به الصّلاة ولم ينتقل إلى آية أخرى.. لا تفسد صلاته؛ أخذ الإمام بفتحه أو لم يأخذ.

وإن كان بعدما قرأ [١٤٣/أ] قدر ما تجوز به الصّلاة إلّا أنّه انتقل الإمام إلى آية أخرى.. لا ينبغي أن يفتح؛ فإن فتح وأراد به التّعليم.. فسدت صلاته، وإن أخذ الإمام بفتحه.. تفسد صلاة الكلّ.

وإن قرأ الإمام قدر ما تجوز به الصّلاة إلّا أنه توقف ولم ينتقل إلى آية أخرى حتى فتح المقتدي.. اختلفوا فيه، والأصحّ: أنه لا تفسد صلاة المقتدي، وإن أخذ الإمام بفتحه.. لا تفسد صلاتهم. انتهى.

ولا يخفى عليك أن الظّاهر منه يخالف ما ظهر من كلام المصنف؛ فإن الظّاهر منه أن الأصح قيد لجميع ما دخل تحت قوله: مطلقا كما ترى، والظاهر من «الخلاصة» أنه قبل؛ لاحتمال واحد، لكن يرجح ما ظهر من المصنف بما في «البحر»: أنه لو فتح على إمامه لا تفسد صلاته، سواء قرأ الإمام مقدار الفرض أو لم يقرأ.

وَالسَّلَامُ عمداً.

أما الأوّل: فظاهر، وأما الثاني: فعلى الصّحيح.

ثم قال: لو فتح على إمامه بعدما انتقل إلى آية أخرى وقد قرأ مقدار الفرض.. فإنه لا تفسد صلاته عند عامة المشايخ؛ لإطلاق المرخّص، وفي «المحيط» ما يفيد أنه المذهب، وأن فيه: وذكر في «الأصل» وفي «الجامع الصّغير»: أنه إذا فتح على إمامه يجوز مطلقاً؛ لأنّ الفتح وإن كان تعليماً، ولكن التعليم ليس بعمل كثير، وإنه تلاوة حقيقة، فلا يكون مفسداً، وإن لم يكن محتاجاً إليه.

وصحّح في «الظّهيرية»: أنه لا تفسد صلاة الفاتح على كلّ حال، وتفسد صلاة الإمام إذا أخذ من الفاتح بعدما انتقل إلى آية أخرى، وصحّح في «الكافي» أنه لا تفسد صلاة الإمام أيضاً.

فصار الحاصل: أن الصّحيح من المذهب أن الفتح على إمامه.. لا يوجب فساد صلاة أحد، لا الفاتح ولا الآخذ مطلقاً في كلّ حال، فما في «الجامع الصّغير» للصّدر الشهيد: «لو قرأ قدر ما يجوز به الصّلاة قالوا: ينبغي أن تفسد صلاته وصلاة القوم إن أخذ الإمام».. خلاف الصحيح.

ثم المقتدي ينوي بفتحه الفتحَ على إمامه لا التلاوة، وهو الصّحيح على ما في «الهداية»؛ لأنه رُخِّص في الفتح على إمامه ومُنِعَ عن التلاوة خلفه.

ولا ينبغي للمقتدي أن يفتح قبل الاستفتاح، ولا ينبغي للإمام أن يلجئ المقتدي على الفتح، بل يركع إن قرأ قدر ما تجوز به الصّلاة.

● (و) بعدها (السّلام) سواء ضم إليه: «عليكم» أو لا، على ما هو الظاهر من «الخلاصة» (عمداً) هكذا قيّده في «الهداية» و«الوقاية»، وعلّلوه بأن السّلام من الأذكار المشتملة على الخطاب غالباً، فيعتبر ذكراً في حالة السّهو والنسيان، وَكَلاَ في حالة العمد، ولم يقيّده «قاضي خان»، و«الخلاصة» و«النقاية»، وقالوا: لو سلّم على إنسان أو رد السّلام.. تفسد صلاته، ولو أراد أن يسلّم على أحد ناسياً أو ساهياً فقال: «السّلام»، ثم علم أنه في الصّلاة فسكت.. تفسد صلاته. انتهى.

وردُّه.

فالتوفيق بينهما:

أنّ مراد من لم يقيّده بالعمد هو السّلام على مخاطب حاضر، على ما دلّ عليه قولهم: «على إنسان وعلى أحد»، فهذا لا فرق فيه بين العمد والنسيان في كونه مفسداً؛ لكونه من جنس كلام [١٤٣/ب] الناس.

ومراد من قيّده بالعمد أن لا يكون بمخاطب حاضر؛ فإنه لا يكون مفسداً بدون العمد، ويؤيّده ما في «البدائع» أن السّلام على إنسان.. مفسد مطلقاً؛ وأمّا السلام بدون إنسان وهو الخروج من الصّلاة.. فإنه مفسد إن كان عمداً.

والحاصل: أنّ السّلام العمدي.. مفسد مطلقاً، سواء كان المخاطب حاضراً أو لا، والسّلام على مخاطب حاضر مفسد أيضاً مطلقاً، سواء كان عمداً أو سهواً أو نسياناً، هذا في السّلام قاعداً.

وأمّا السّلام قائماً على ظنّ أنه أتم، ثمّ علم أنه لم يتم.. فاختلفوا فيه، قيل: يفسد، وقيل: لا بل يبني؛ لأنه سلّم في غير محلّه بخلاف القعود وصلاة الجنازة؛ لأنه في محلّه فيهما على ما في «القنية» عن «الهارونيات».

ولو سلّم على قصد الرفض قائماً أو قاعداً دون الإتمام.. تفسد صلاته عملاً بقصده على ما في «الخلاصة» هذا في السّلام باللّسان، ولو سلّم باليد بأن صافح رجلاً يريد بها التسليم.. فسدت صلاته على ما في «الخلاصة» و«الزّيلعي».

● (وردّه) ولم يقيّده بالعمد؛ لأن الرّد ليس من الأذكار، بل هو خطاب وكلام.. فيكون مفسداً عمداً أو سهواً أو نسياناً في الردّ بالقول، ولو ردّه بالإشارة بيده أو رأسه أو إصبعه.. لم تفسد على ما في «الخلاصة»، لكنه مكروه على ما سيأتي في المكروهات.

وفي «التبيين»: إن ردّ السّلام باليد.. تفسد صلاته.

وفي «البحر» أنّ عدم الفساد برد السّلام باليد أو الرّأس قول أبي حنيفة ومحمّد وأبي يوسف.

وقراءتُهُ مِن مصحفٍ، خلافاً لَهُما.

والفساد ليس بثابت في المذهب وإنما استنبطه بعض مشايخنا لما روي عن صهيب: مررت برسول الله ﷺ وهو يصلّي، فسلّمت عليه فردّ عليّ بالإشارة؛ فإن قيل: هذا يدلّ على عدم الكراهة أيضاً مع أنّهم عدّوه من الكراهة.. قلنا: المراد بالكراهة تنزيهيّة، وفعله ﷺ إنما كان لتعليم الجواز فلا يوصف بالكراهة.

وفي «الظّهيرية»: لو طلب من المصلّي شيئاً، فأومى برأسه أو بيده بلا أو نعم.. لا تفسد صلاته، كذا في «التبيين»، وفيه أيضاً: أنه يكره السّلام على المصلّي والقارئ والجالس للقضاء أو البحث للعلم أو التخلي، ولو سلّم عليهم.. لا يجب الرّد، وقد ذكرناه في الأذان.

● (و) يفسدها أيضاً (**قراءته**) أي المصلّي إماماً أو منفرداً، والتقييد بالإمام على ما في بعض الكتب اتفاقي (**من مصحف**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**)؛ لما روي أن زكوان مولى عائشة كان يؤمها في رمضان، وكان يقرأ من المصحف؛ ولأن القراءة عبادة انضمت إليها عبادة أخرى وهي النظر في المصحف، ولهذا كانت القراءة من المصحف أفضل، إلا أنه يكره في الصّلاة لما فيه من التشبه بفعل أهل الكتاب.

ولأبي حنيفة: أن حمل المصحف ووضعه عند الركوع والسّجود، ورفعه عند القيام، وتقليب أوراقه عمل كثير يقطع من رآه أنه ليس في الصّلاة؛ ولأنه متلقن من المصحف، فأشبه التلقن من غيره، وما روياه محمول على أنه [١٤٤/أ] كان يقرأ قبل شروعه في الصّلاة، ثم يقرأ فيها عن قلب، والّذي ظهر من وجه الأوّل أنه لو قرأ من المصحف بلا احتياج إلى وضعه ورفعه وتقليب أوراقه.. لا تفسد.

ومن الوجه الثّاني أنه تفسد فتعارضا، حتى لو قرأ من المحراب ونحوه مما كتب فيه شيء من القرآن، وهو المراد بالمصحف ههنا.. لا تفسد على الوجه الأوّل، وتفسد على الوجه الثّاني، وقيل: وهو الصّحيح.

ثم لا فرق بين القليل والكثير، والحافظ وغيره، على ما صرّح به في «البحر»، ويشعر به إطلاقه أيضاً، وهو وضع «الجامع الصّغير».

وَأكلُهُ.

وقيل: ما دون مقدار آية تامّة.. لا تفسد، وقيل: ما دون مقدار الفاتحة.. لا تفسد، وقيل: إذا كان حافظاً.. لا تفسد؛ لأن الظاهر أنه قرأ عن قلب لا عن مصحف كذا في «المحيط».

وقال الرّازي: قول أبي حنيفة محمول على من لم يحفظ القرآن، ولا يقرأ إلّا من مصحف، فأمّا الحافظ.. فلا تفسد صلاته في قولهم جميعاً، وتبعه على ذلك الإمام السّرخسي في «جامعه الصّغير»، وأبو نصر الصغار، معلّلاً بما ذكرناه من «المحيط»، ويؤيده أيضاً ما في «الخلاصة» قال: إن كان يحفظه لكن مع هذا ينظر في المكتوبات على المحراب ويقرأ.. لا شك أنه تجوز صلاته. انتهى.

ولو نظر إلى ما يكتب فيه شيء من الشعر أو الفقه أو غيرهما من المحراب أو الكتب، وتأمّل فيه وفهمه من غير أن يقرأ بلسانه.. فالصّحيح على ما في «الهداية» و«الخلاصة» لا تفسد صلاته، بخلاف ما إذا حلف أن يقرأ كتاب فلان، فنظر فيه وفهم ما فيه.. فإنه يحنث عند محمّد خلافاً لأبي يوسف، والفرق لمحمّد: أنّ المقصود في اليمين الفهم وقد وجد، وأمّا فساد الصّلاة.. فبالعمل الكثير ولم يوجد.

● (و) يفسدها أيضاً (**أكله**) وهو إيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى جوفه، مَضَغَه أو لا، حتى لو أكل شيئا من الحلاوة وابتلع عينها، ثم دخل في الصّلاة ووجد حلاوتها في فيه وابتلعها.. لا تفسد صلاته، ولو أدخل السّكر ونحوه في فيه ولم يمضغه وهو في الصّلاة، والحلاوة تصل إلى جوفه.. تفسد كذا في «الخلاصة»؛ لأنّ الأوّل لم يأكل شيئا مما يمضغ، وفي الثاني أكل وإن لم يمضغ.

أطلقه فشمل العمد والنسيان؛ لأن حالة الصّلاة مذكرة لمخالفتها العادة، فلا يعفى النسيان فيها، بخلاف الصائم.. فإنه لا مذكر فيه فيعفى النسيان فيه، وشمل القليل والكثير أيضاً، ولهذا فسّر «الحاوي القدسي» الأكل والشرب بما يصل إلى الحلق، وينبغي أن يكون هذا اتفاقياً؛ لأنّ المراد بالأكل ههنا: الأكل من خارج الفم، ولم ينقل عن أحد الفرق بين قليله وكثيره، وإنما الفرق بين قليل الأكل من بين

وشربُهُ.

وَسُجُودُهُ على نَجَسٍ؛ خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذا أَعَادَهُ على طَاهِرٍ.

وَالْعَمَلُ الْكثيرُ.

أسنانه، وكثيره عند بعض مشايخنا على ما سيأتي بيانه.

ثم الأصل ههنا أن الأكل من خارج الفم عمل كثير، وإن كان المأكول قليلاً؛ لاحتياجه إلى عمل اليد والفم والأسنان على ما علّله «قاضي خان»، ولا يرد عليه: «ما لو أخذ سمسمة فابتلعها.. تفسد صلاته»؛ لأنه قد وجد فيه أكثر الأعمال، [١٤٤/ب] وهو عمل اليد والفم.

• (وشربه) وهو إيصال ما لا يتأتى فيه المضغ إلى جوفه قليلاً أو كثيراً، عمداً أو سهواً أو نسياناً على ما مرّ في الأكل، حتى لو رفع رأسه إلى السّماء فوقع في فيه بَرَدَةٌ أو ثلجة أو قطرة مطر، ووصلت إلى جوفه.. فسدت صلاته، وكذا صومه على ما في «الخلاصة»؛ لعمده.

• (و) يفسدها أيضاً (سجوده على نجس) عندهما (**خلافاً لأبي يوسف، فيما إذا أعاده على طاهر**)، اعتباراً بما لو ترك السجدة الثانية من الركعة الأولى وأعادها آخر الصّلاة، ولهما أن السّجدة جزء.. فيفسد الكل بفساد جزئه.. وإنما لم يفسد بتأخيرها آخر الصّلاة؛ لأن الترتيب في أفعال الصّلاة ليست بفرض في مثلها على ما ذكرناه، فالقياس عليها فاسد، وعن أبي يوسف مثل قولهما أيضاً.

وفي «المحيط» أنه لو سجد على الدم لا يعيد الصلاة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، ولو وضع يديه أو ركبتيه.. لا يعيدها اتفاقاً؛ بناء على أن وضعهما ليس بفرض.

وفي «النظم»: لو وضع ركبتيه على النجس.. لا يجوز في ظاهر الأصول، وقد بيناه من قبل.

• (والعمل الكثير)؛ لأنّ الاحتراز عنه ممكن دون القليل؛ لعدم إمكان الاحتراز عنه بلا حرج، واختلفوا في الفاصل بينهما:

فقيل: الكثير ما يشمل على عدد ثلاث ولو بيد واحدة، وما دونه: قليل، حتى لو تروّح بمروحة أو بكمّه ثلاث مرّات.. تفسد، وبما دونها.. لا تفسد.

وقيل: الكثير عمل يكون مقصوداً للفاعل في مجلس على حدة، والقليل: خلافه، حتّى لو دهن رأسه أو لحيته، أو جعل ماء الورد على رأسه بتناوله القارورة قصداً.. تفسد، ولو كان الدهن أو الماء في يده، فمسح رأسه أو لحيته.. لا تفسد.

وقيل: كلّ عمل لا يمكن إقامته إلّا باليدين.. فهو كثير، وما يمكن إقامته بيد.. فقليل؛ كشد السّراويل وإلجام دابته وإسراجه؛ فإنها لا تقام إلا باليدين، بخلاف نزع السراويل واللّجام.. فإنه يقام بيد واحدة.

وقيل: كل عمل شك الناظر في عامله أنه في الصّلاة أو لا.. فهو قليل، وإن تيقّن أنه ليس في الصّلاة.. فهو كثير، واختاره العامّة.

وقيل: يفوض إلى رأي المصلّي إن استكثره.. فهو كثير، وإلّا.. فقليل.

قال شمس الأئمة الحلواني: وهذا أقرب إلى مذهب أبي حنيفة؛ لأنه من جنس هذه المسائل يفوض إلى رأي المبتلى به.

خذ هذه الأصول؛ فإن بعض قولهم في بيان الفروع ينطبق على بعض دون آخر، وهكذا، ألا ترى أن قولهم: لو ضرب إنساناً بيد واحدة أو بسوط واحد.. تفسد صلاته؛ لأنه ينطبق على القول الأوّل والثالث.

وما قال في «الظّهيرية»: لو ضرب دابّة مرة أو مرّتين.. لا تفسد، ولو ضربها ثلاثاً في ركعة واحدة.. تفسد، لا ينطبق على القول الثالث.

وما فصّله في «الزيلعي»: أنه إذا ضرب مرّة واحدة وسكن، ثم ضرب مرة أخرى وسكن، ثم ضرب مرة أخرى.. لا تفسد صلاته ينطبق على اعتبار الثالث.

وكذا قولهم: لو قتل القملة، مرارا؛ إن قتل قتلاً متداركاً.. تفسد، وإن كان بين القتلات فرجة.. لا تفسد، ينطبق [١٤٥/أ] على اعتبار الثالث.

وقولهم: لو قبّل المصلّي امرأة بشهوة أو بغير شهوة أو مسّها.. تفسد صلاته، لا ينطبق على الأوّل والثالث، بل ينطبق على الثاني والرّابع... وهكذا.

وبقي الإشكال بما في «الخلاصة»: لو كانت المرأة في الصلاة دونه، فقبلها هو بشهوة أو بغير شهوة.. فسدت صلاتها، ولو كان هو المصلّي فقبلته هي ولم يشتهها.. فصلاته تامّة، وهذا لأنه ليس من المصلّي فعل في الصّورتين، فلا ينطبق شيء من الأقوال المذكورة، فالقياس عدم الفساد فيهما.

وإن جعلنا تمكينه من الفعل بمنزلة فعله لتمكين المرأة.. فالقياس الفساد فيهما، بناء على تطبيقه على القول الرابع.

قال في «الهداية»: لا بأس بقتل الحية والعقرب في الصّلاة؛ لقوله ﷺ: «اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصّلاة»، ولأن فيه إزالة الشغل، فأشبه درء المار، ويستوي جميع أنواع الحيات على الصحيح؛ لإطلاق ما رويناه. انتهى.

وقيل: لا تقتل الحية البيضاء فإنها من الجن.

وقال الطحاوي: لا بأس بقتل الكل؛ لأنه ﷺ عاهد الجن أن لا يدخلوا بيوت أمته ولا يظهروا أنفسهم؛ فإذا خانوا.. فقد نقضوا عهدهم فلا حرمة لهم.

وقال في «فتح القدير»: إن الحلّ في قتل الكلّ ثابت، ومع ذلك فالأولى الإمساك عمّا فيه علامة الجنّ، لا للحرمة.. بل لدفع الضرر المتوهّم من جهتهم؛ لأنه قد حصل في عهد النبي ﷺ وفيمن بعده الضرر بقتل بعض الحيّات من الجّن.

وأمّا قتل القملة في الصلاة.. فقال أبو حنيفة: لا يقتلها فيها، بل يدفنها تحت الحصا ثم يقتلها، وقال محمّد: قتلها أحبّ إليّ من دفنها، وقال أبو يوسف: يكره كلاهما.

وقالوا: قتل الحية والعقرب.. لا يفسد الصّلاة ولو بضربات، إذا مرّ بين يديه وخشي أن يؤذيه، وإن كان على عكس هذا.. يكره قتلها.

وشروعُهُ فِي غَيرِهَا، لَا شُرُوعه فِيهَا ثَانِياً، وَلَا إِن نظرَ إِلَى مَكْتُوبٍ وفَهِمَه

وقيل: تفسد في ضربات، والأصح هو الأوّل؛ لأنه مرخّص فيه بنص؛ فصار كالمشي الكثير للوضوء بعد الحدث.

• (و) يفسدها أيضا (**شروعه في غيرها**) أي في غير ما صلّى، بأن صلّى ركعة من الظهر مثلاً، ثم افتتح العصر أو التطوع بتكبيرة.. فقد بطل ظهره؛ لأنه صح شروعه في الثاني؛ لأنه نوى تحصيل ما ليس بحاصل فتصح نيته، ومن ضرورة صحة الثاني بطلان الأوّل، وهذا إذا لم يكن صاحب ترتيب بأن سقط عنه بكثرة الفوائت أو ضيق الوقت.

وأما إذا كان صاحب ترتيب.. فلا يصح ما انتقل إليه من العصر، بل ينقلب نفلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه لا يلزم من بطلان الوصف عندهما، ويبطل أصلاً عند محمد.

وإن انتقل إلى عصر سابق على ما صلّى من الظهر.. فقد انتقض وصف الفرضية قبل تكبيرة العصر السابق للترتيب، فيصير منتقلا عن التطوع لا عن الفرض، على ما في «شرح الوقاية» لعلاء الدين.

(لا) يفسدها (**شروعه فيها ثانيا**) بأن صلّى ركعة من الظهر مثلاً فكبّر له أيضاً ينوي الاستئناف.. لا يفسد ما أداه، بل يحتسب بتلك الركعة، [١٤٥/ب] حتى لو لم يقعد فيما بقي رأس الثالثة بزعم أن ما أداه بطل.. تفسد صلاته؛ لتركه القعدة الأخيرة؛ فإذا لم يبطل ما أداه بل احتسب لغا نية الثانية؛ لأنها تحصيل الحاصل، قال في «الخلاصة»: هذا إذا نوى بقلبه، أمّا إذا نوى بلسانه من غير رفع اليد، حتى لو قال: نويت أن أصلّي الظهر؛ لأنه كلام والكلام مفسد.

(**ولا إن نظر إلى مكتوب**) فيه القرآن وغيره (**وفهمه**) أي فهم ما فيه بلا قراءة؛ لأن حكم القراءة من المكتوب قد سبق مفصّلاً، أطلقه فشمل المستفهم وغيره، في القرآن وغيره.

أما فهم القرآن.. فلا يفسد بالاتفاق، مستفهماً أو لا.

وَأكلُ مَا بَينَ أَسْنَانِهِ دونَ الحِمِّصَةِ.

وتفسدُ فِي قَدرِهَا.

وأما فهم غير القرآن.. فعلى الصحيح على ما في «الهداية».

وقال بعض مشايخنا: إن كان غير مستفهم.. لا تفسد بالاتفاق، وإن كان مستفهما.. تفسد عند محمد وبه أخذ أبو الليث، ولا تفسد عندهما وبه أخذ مشايخنا.

وجه محمد: اعتباره مع اليمين؛ فإنه لو حلف لا ينظر كتاب فلان، فنظر فيه وفهمه.. فإنه يحنث.

ووجه الصحيح: أن مدار الفساد صدور الفعل منه ولم يوجد؛ لأن الفهم ليس بفعل، بخلاف اليمين؛ فإن المقصود فيه الفهم لا فعل القراءة.

وإذا لم يكن مفسداً.. فهل يكره؟ ففي «البحر» أنه يكره إن كان عمداً.

(**أو أكل ما بين أسنانه دون الحمصة**)؛ لأنه قليل لكنه مكروه.

● (**وتفسد في قدرها**)؛ لأنه كثير.

واعلم أن الأكل من خارج الفم يفسد الصّلاة مطلقاً، عمداً أو نسياناً، قليلاً أو كثيراً على ما بيناه، وأمّا أكل ما خرج من بين أسنانه.. فقال محمد: إنه لا يفسد ولم يفصل، وقالوا: هذا في القليل.

وإن كان كثيرا.. يفسد، ثم اختلفوا في الحدّ الفاصل بين القلّة والكثرة.

فقال بعضهم: المعتبر فيه ملء الفم، حتى لو ابتلع ما بين أسنانه وكان ملء الفم.. تفسد صلاته لكثرته، وإلّا.. فلا تفسد وإن كان قدر الحمصة؛ لأنه قليل، وهم فرقوا بين الصّلاة والصّوم، فإن قدر الحمصة يفسد الصّوم.

وقال بعضهم: المعتبر قدر الحمصة لا الملء، حتى لو ابتلع ما بين أسنانه وكان قدر الحمصة.. تفسد صلاته وصومه وإن لم يكن ملأ الفم، وإن كان دون الحمصة.. لا تفسد، كما لا يفسد الصّوم، وهم لم يفرقوا بين الصلاة والصوم.

والأوّل: أوسع، والثاني: أحوط، ولهذا أخذه المصنف.

وَإِنْ مرَّ مارٌّ...

وشيخ الإسلام خواهر زاده مال إلى الأوّل حيث قال: لو أكل بعض اللقمة وبقي البعض في فيه حتى شرع في الصّلاة فابتلع الباقي.. لا تفسد صلاته ما لم يكن ملء الفم، وقدر الحمصة: لا تفسد.

وفي «الخلاصة»: والتقدير بالحمصة رواية أسد عن أبي حنيفة في «غريب الرّواية».

وفيها وفي «البزازية»: لو ابتلع دماً خرج من بين أسنانه.. لم تفسد صلاته إن كان أقلّ من ملء الفم.

ومرادهما بالدّم ههنا: المنجمد لا المائع لأن المائع لا يخلو من أن يكون مختلطاً بالبزاق أو لا؛ فإن كان مختلطاً به.. فالمعتبر فيه مساواة البزاق لا الملء، فإن كان مساوياً له.. ينتقض وضوؤه وتفسد صلاته؛ لانتقاض [١٤٦/أ] وضوئه لا لكثرته، وإلّا.. فلا ينتقض ولا تفسد؛ لأنه يتبع الرّيق، وإن لم يكن مختلطاً. فقليله وكثيره ناقض للوضوء مفسد للصلاة على ما مرّ في النواقض.

وملء الفم غير معتبر، وإنما يعتبر الملء في المنجمد إذا كان قيئاً، وما خرج من بين الأسنان ليس بقيء وهو ظاهر، ولا بدم أيضاً لانجماده فلا يكون ناقضاً للوضوء، وإنما يفسد الصّلاة لكثرته وذلك ملء الفم.

ثم محلّ النزاع ما إذا ابتلع ما بين أسنانه بلا مضغ ولا إخراج؛ لأنّه إذا مضغه كثيراً.. يفسد بلا خلاف وإن كان دون الحمصة، كما في مضغ العلك؛ وكذا إذا أخرجه ثم ابتلعه.

(وإن مرّ مارّ) رجلاً أو امرأة، مؤمناً أو كافراً، حائضاً أو طاهرة، حماراً أو كلباً أسود أو غيره، لما رواه البخاري عن عائشة قالت: رأيت النبي ﷺ يصلّي وأنا على السّرير بينه وبين القبلة مضطجعة، فتبدو لي الحاجة، فانسلّ من عند رجله؛ وهذا لأن المرأة لما لم تقطع مع اشتغال النفس بها أكثر من غيرها - وهو المناط في المنع - فالرجل والحمار والكلب أولى.

فِي مَوضِعِ سُجُودِهِ إِذا كَانَ على الأَرْضِ، ....

وكذا الاضطجاع مع دوامه؛ إذا لم يكن قاطعاً.. فالمرور أولى.

قيل: يقطع مرور المرأة مطلقاً، وقيل: مرور الحائض، وقيل: مرور الحمار، وقيل: مرور الكلب مطلقاً، وقيل: مرور الكلب الأسود، وقيل: مرور الكافر، والكل محجوج عليه بإطلاق ما رويناه.

(**في موضع سجوده إذا كان**) المصلّي (**على الأرض**).

اختلفوا في الموضع الذي يكره المرور فيه، قيل: إنه موضع سجوده أي صلاته، من موضع قدمه إلى موضع سجوده، واختاره صاحب «الهداية» والإمام السّرخسي و«قاضي خان» وتبعهم المصنف؛ لأن هذا القدر من المكان حق المصلّي، وفي تحريم ما رواه تضييق على المار.

وقيل: إذا صلّى رامياً بصره إلى موضع سجوده ولم يقع بصره على المار.. لم يكره، وإن وقع.. كره، واختاره فخر الإسلام وصححه في «البدائع».

وقيل: إنه مقدر بمقدار إصبعين أو ثلاثة.

وقيل: بثلاثة أذرع.

وقيل: بخمسة أذرع.

وقيل: بأربعين.

هذا في الصّحراء.

وأما في المسجد.. فقيل: لا ينبغي لأحد أن يمرّ بينه وبين قبلة المسجد.

وقيل: يمرّ ما وراء خمسين ذراعاً.

وفي «المحيط»: لو مرّ عن بعيد في المسجد.. فالأصح أنه لا يكره، وهذا في المسجد الكبير، وأمّا في المسجد الصّغير.. فيكره في أيّ موضع كان على ما في «الذخيرة».

أَو حَاذَى الْأَعْضَاءُ الْأَعْضَاءَ إذا كَانَ على الدُّكَّانِ.. أَثِمَ الْمَارُّ وَلَا تفْسدُ.

[مطلبٌ: في سُترةِ المُصلِّي]

وَيَنْبَغِي أَن يغرز أَمَامه فِي الصَّحْرَاء سُتْرَة، طُولَ ذِرَاعٍ وَغِلَظَ إِصْبَعٍ، وَيقرب مِنْهَا، ....

(**أو حاذى الأعضاء**) أي أعضاءُ المصلّي، (**الأعضاءَ**): أي أعضاء المارّ (**إذا كان**) المصلّي (**على الدكّان**)، وإنما اشترطت المحاذاة؛ لأنه لو صلّى على الدكان الّذي كان مثل قامة المار.. يكون ذلك سترة بينهما فلا يضره المرور على ما في «النهاية».

(**أثم المار**) لما رواه البخاري: «لو يعلم المار بين يدي المصلّي ماذا عليه من الإثم.. لكان يقف أربعين خيراً له من أن يمرّ بين يديه».

(**ولا تفسد**) صلاته لما رويناه من حديث عائشة، لكنه يكره ذلك للمار تحريماً، لما رويناه من تصريح الإثم [١٤٦/ب] عليه.

[مطلبٌ: في سُترةِ المُصلِّي]

(**وينبغي أن يغرز**) المصلّي (**أمامه في الصّحراء سترة**) لما صحّحه ابن حبان عن ابن عمر مرفوعاً: «إذا صلّى أحدكم في الصّحراء.. فليصلّ إلى سترة ولا يدعنَّ أحداً يمرّ بين يديه».

والظّاهر منه: أن ترك السترة في الصّحراء في موضع الخوف حرام، وقد صرّحوا بكراهته تحريماً.

وقيل: وضع السترة في الصحراء مستحب، فعلى هذا يكون تركها كراهة تنزيه، ويكون الأمر المذكور للنّدب.

(**طول ذراع وغلظ إصبع**)؛ لما رواه مسلم مرفوعاً: «إذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرّحل.. فليصلّ ولا يبال من وراء ذلك».

(**ويقرب منها**)؛ لما أخرجه أحمد مرفوعاً: «إذا صلّى أحدكم إلى سترة.. فليدن منها».

قيل في تقدير القرب: إنه بقدر الشبر، وقيل: ثلاثة أذرع، وقيل: ستة أذرع.

ويجعلها على أحد حاجبيه، وَلَا يَكْفِي الْوَضع وَلَا الْخط.

ويـدرأُ الْمَـارَّ بِالْإِشَـارَةِ أَو التَّسْبِيحِ، لَا بِهِمـا إِن عـدمَتِ السـتْرَةُ أَو قَصـدَ الْمُرُورَ بَينهُ وَبَينَهَا.

(ويجعلها على أحد حاجبيه)؛ لما أخرجه أبو داود عن المقداد قال: ما رأيت رسول الله ﷺ يصلّي إلى عود أو شجرة.. إلّا جعله على حاجبه الأيمن أو الأيسر.

(ولا يكفي الوضع) على الأرض؛ لعدم حصول المقصود به، وهو المروي عن أبي حنيفة ومحمّد. وعن النخعي: أنه كره الوضع.

وقيل: يسن الوضع عند تعذر الغرز وهو المروي عن أبي يوسف، فقيل: وضعه طولاً، وقيل: عرضاً.

(ولا الخط)؛ لما ذكرناه، وقيل: الخط كاف إذا لم يجد ما يصلح للانتصاب للسترة؛ لحديث أبي هريرة: «إن لم يجد ما ينتصب.. فليخطّ خطّاً» أخرجه أحمد.

وإذا صلّى وبين يديه ما يمنع الاستطراق من نهر أو نحوه.. فهل هو سترة؟ قالت طائفة: نعم، وقالت طائفة أخرى: لا.

(ويدرأ) المصلّي المار (بالإشارة) باليد أو بالرّأس.

(أو التسبيح، لا بهما)؛ لكفاية أحدهما، وفي «الهداية»: الجمع مكروه.

قالوا: هذا في حق الرّجال.

وأما النساء.. فيصفقن؛ لما رواه مسلم مرفوعاً: «التّسبيح للرجال، والتصفيق للنساء»، وهو أن تضرب بطن كفها الأيمن على ظهر كفها الأيسر، وهذا لما قالوا: إنّ صوت النساء عورة.

(إن عدمت السترة أو قصد المرور بينه) أي بين المصلّي (وبينها) أي بين السترة؛ لما رواه البخاري مرفوعاً: «إذا صلّى أحدكم إلى شيء يستره من النّاس، فأراد أحد أن يجتاز بين يديه.. فليدفعه؛ فإن أبى.. فليقاتله؛ فإنما هو شيطان».

وهذا وإن دلّ بمفهومه على أن الدفع مختصر لمن يصلي إلى سترة.. لكن هذا المفهوم ليس بمعتبر عندنا، بل هو من باب تخصيص بعض أفراد العموم الذي دلت

وَجَازَ تَركُهَا عندَ أَمنِ المُرورِ.

وسُترةُ الإِمَامِ مُجزِئَةٌ عَنِ الْقَوْمِ.

وَلَو صلَّى على ثوبٍ بطانتُهُ نجسةٌ.. صَحَّ؛ إِن لم يكن مُضرَّباً.

وَكَذَا لَو صلَّى على الطَّرفِ الطَّاهِرِ من بِسَاطٍ طرفٌ مِنْهُ نجسٌ؛ سَوَاءٌ تحرّكَ أَحدُهمَا بحركةِ الآخرِ أم لَا.

عليه الأحاديث التي لم يذكر فيها اشتراط السترة؛ منها: ما رواه مالك مرفوعاً: «إذا كان أحدكم يصلي.. فلا يدع أحداً يمر بين يديه، وليدرأه ما استطاع؛ فإن أبى.. فليقاتله؛ فإنما هو شيطان» أخرجه مسلم.

والمراد بالمقاتلة: الدفع العنيف.

(وجاز تركها عند أمن المرور) والأولى اتخاذها.

(وسترة الإمام مجزئة عن القوم)؛ لما في «البخاري»: عن ابن عبّاس أنّه مر بين يدي بعض الصّف الذي خلف رسول الله ﷺ ولم ينكر عليه أحد.

ومع هذا لو اتخذها القوم أيضاً.. لكان أولى،[١٤٧/أ] على ما في علاء الدّين.

لكنّه قال في «فتح الباري»: لا تشرع للمأمومين اتخاذ سترة خلف الإمام بعد اتخاذها الإمام، ولو حمل نفي المشروعيّة على نفي اللّزوم.. لم يكن منافياً للأولوية المذكورة، وهذا في ستر المرور.

وأمّا السّترة للنار.. فظاهر إطلاقاتهم أنّها مثل سترة المرور، لكن لنا فيه كلام سيأتي في المكروهات.

(ولو صلّى على ثوب بطانته نجسة.. صحّ إن لم يكن مضرباً) بخطوط؛ لأنّه في حكم ثوبين بخلاف المضرب فإنّه في حكم ثوب.

(وكذا لو صلّى على الطرف الطّاهر من بساط طرف آخر منه نجس سواء تحرّك أحدهما بحركة الآخر أو لا) على الصّحيح.

وقيل: لا يجوز إن تحرّك.

* * *

(فصل)
فيما كُرِهَ فِي الصَّلاة

وَكُرِهَ:

عبثُهُ بِثَوْبِهِ أَو بَدْلِهِ.

وقلبُ الْحَصَى، إِلَّا مرّةً ليمكنهُ السُّجُودُ.

(فصل)
فيما كُرِهَ فِي الصَّلاة

• (وكره عبثه) واختلف في تفسيره، قال في «فتح القدير»: العبث: الفعل لغرض غير صحيح؛ فلو كان لنفع كسلت العرق [عن] وجهه كالتّراب.. فليس به بأس. انتهى.

وفي «غاية البيان»: والمراد من العبث في الصّلاة: فعل ما ليس منها؛ لعدم الخشوع.

(بثوبه أو بدنه) كراهة تحريم؛ لما أخرجه القضاعي في «مسند الشهاب» مرسلا: أنّ النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى كره لكم ثلاثاً: العبث في الصّلاة، والرفث في الصّيام، والضحك في المقابر».

ولأنّه مكروه في خارج الصّلاة.. ففيها أولى.

• (وقلب الحصى إلّا مرة ليمكنه السّجود)؛ لما أخرجه الجماعة مرفوعاً: «لا تمسح الحصى وأنت تصلّي، وإن كنت لا بدّ فاعلاً.. فواحدة».

وفي «الخلاصة» أنّ التّسوية مرّة رخصة، والترك أولى؛ لأنّه أقرب إلى الخشوع.

وفي «الهداية» ما يدلّ على أنّ التّسوية مرّة أولى من الترك؛ حيث قال: ولأنّ في التّسوية مرّة إصلاح صلاته؛ أي: فيه تحصيل السّجود على الوجه المستوي، فيكون أولى.

والقيد بالمرّة جواب «ظاهر الرّواية».

وفرقعةُ الْأَصَابعِ.

والتَّخصُّرُ.

والالتفاتُ.

والإِقعاءُ.

وقيل: يسوّيها مرّة أو مرّتين.

• (وفرقعة الأصابع) بأن يغمزها أو يمدّها حتّى تصوت؛ لما رواه ابن ماجه مرفوعاً: «لا تفرقع أصابعك وأنت تصلّي»، وهي مكروهة تحريماً في الصّلاة، وتنزيهاً في خارجها بلا ضرورة.

• وكذا يكره تشبيك الأصابع لقوله ﷺ: «إذا صلّى أحدكم.. فلا يشبكن الأصابع؛ فإنه من الشيطان، وإن أحدكم لا يزال في صلاة ما دام في المسجد حتى يخرج» أخرجه أحمد، وفيه دلالة على كراهية التّشبيك في المسجد مطلقاً، وروي كراهيته أيضاً لمن ذهب إلى المسجد.

وأمّا التّشبيك لما سواه.. فلا كراهية فيه؛ لما رواه البخاري: أنّه ﷺ شبّك أصابعه خارج الصّلاة.

وكذا الفرقعة للماشي إلى الصّلاة، أو المنتظر لها مكروهة.

• (والتخصر): وهو وضع اليد على الخصر؛ أي: على وسطه، أو على الخاصرة؛ لما في «سنن أبي داود» عن أبي هريرة أنّه قال: نهى رسول الله ﷺ عن الاختصار في الصّلاة.

فعلى هذا ينبغي أن يكون الكراهة تحريمية.

• (والالتفات)؛ لما رواه البخاري: «الالتفات في الصّلاة اختلاس يختلسه الشيطان»، هذا إذا لم يكن حاجة، وإلّا فلا كراهة.

ثمّ المراد بالالتفات المكروه: تحويل وجهه عن القبلة يمنة ويسرة، على ما في [١٤٧/ب] «الزيلعي»، وأمّا النظر بموق عينيه.. فلا كراهة فيه.

• (والإقعاء)، قيل: هو أن يضع إليتيه على الأرض وينصب ركبتيه نصباً، وهو

وافتراشُ ذِرَاعَيْهِ.

وردُّ السَّلَامِ بِيَدِهِ.

والتربُّعُ بِلَا عُذرٍ.

وكفُّ ثَوْبِهِ.

الصّحيح على ما في «الهداية» و«الخلاصة».

وقيل: هو أن يضع إليتيه وينصب ركبتيه ويضعهما إلى صدره، وصححه في «الزيلعي».

وقيل: أن ينصب قدميه ويقعد على عقبيه واضعاً يديه على الأرض، واختاره الكرخي.. والكل مكروه.

فإن قيل: قد ثبت في «صحيح مسلم» أنّ الإقعاء على القدمين هي السنة.

قلنا: إنّه محمول على حالة العذر، أو يقال: إن المحرّم مقدّم على المبيح؛ لما أخرجه أحمد: أنّ النبي ﷺ نهى عن الإقعاء كإقعاء الكلب.

(وافتراش ذراعيه)؛ لما أخرجه مسلم: أنّ النبي ﷺ نهى عن أن يفترش الرجل ذراعيه افتراش السّبع.

• (وردّ السّلام بيديه) أو رأسه أو إصبعه، وقيل: إنّه مفسد، وقد ذكرناه في المفسدات.

• (والتربع بلا عذر)، وفي «الخلاصة» وهذا مكروه خارج الصّلاة أيضاً، وفي «فتح القدير»: ولا يكره خارج الصّلاة مطلقاً؛ لأنه ﷺ كان قعوده في غير الصّلاة مع أصحابه التربع، وكذا عمر رضي الله عنه.

• (وكف ثوبه) أي: تشميره؛ لقوله ﷺ: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم، ولا أكف شعراً ولا ثوباً»، أخرجه أبو داود؛ ولأنّه نوع تجبّر.

وفي «القنية»: يرسل كميه في الصلاة؛ لأنّ في إمساكهما كفاً للثوب.

وسدلُهُ.

والتثاؤبُ.

وقيل: يمسكهما ويكشف كفيه، وهو أحوط.

وتشمير كميّه إلى المرفقين في الصّلاة أَوْلَى بالكراهة.

• (وسدله) أي: إرساله من غير ضم جانبيه، على ما في «المصباح».

وهذا في القباء ونحوه، وأمّا في الطيلسان: فهو أن يجعله على رأسه وكتفيه ويرسل جوانبه، على ما في «شرح الوقاية».

وكلاهما مكروه؛ لما صحّحه الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنّ النبي ﷺ نهى عن السدل في الصّلاة.

وفي «فتح القدير»: إنّ السّدل يصدق على أن يكون المنديل مرسلاً من كتفيه كما يعتاده كثير، فينبغي على من على عنقه منديل أن يضعه عند الصّلاة، ولكنه قال في «الخلاصة»: المصلي إذا كان لابس شُقَّةٍ أو فَرَّجيَّة ولم يدخل يديه.. اختلف المتأخرون في الكراهة، والمختار أنّه لا يكره.

ويكره اشتمال الصماء في الصّلاة، وهو أن يلف بثوب واحد رأسه وسائر بدنه، فلا يدع منفذاً ليده.

وهل يشترط عدم الإزار مع ذلك؟ عن محمد: أنه يشترط، وعن غيره: لا يشترط، كذا في «فتح القدير».

والأصل: ما رواه أبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا كان لأحدكم ثوبان.. فليصل فيهما؛ فإن لم يكن إلا ثوب.. فليتّزر به، ولا يشتمل اشتمال اليهود»، أي الصماء.

• (والتثاؤب) أي: التنفس الذي ينفخ منه الفم لدفع النجارات، وهو ينشأ من امتلاء المعدة وثقل البطن؛ لما في «الصحيحين» أنّ النبي ﷺ قال: «التثاوب من

وَالتَّمطِّي.

وتغميضُ عَيْنَيْهِ.

وَالصَّلَاةُ مَعقوصَ الشَّعْرِ أَو حاسِرَ الرَّأْسِ، لَا تذللاً.

وَفِي ثِيَابِ البَذْلَةِ.

الشيطان؛ فإذا تثاءب أحدكم.. فليكظم ما استطاع؛ فإن لم يقدر.. فليضع يده أو كمه على فيه».

وفي «الزاهدي»: يضع يده اليمنى في القيام واليسرى في غيره.

• (والتّمطي) أي تمدده في الصّلاة؛ للنهي عنه.

• (وتغميض عينيه)؛ لأنّ السنة أن يرمي [١٤٨/أ] بصره إلى موضع سجوده، وفي التّغميض تركها، وينبغي أن تكون الكراهة تنزيهيّة؛ لعدم ورود النّهي، وما رواه ابن عدي عن ابن عبّاس رضي الله عنهما مرفوعاً: «إذا قام أحدكم في الصّلاة.. فلا يغمض عينيه».. فقد ضعّفه أهل الحديث.

• (والصّلاة معقوص الشعر)، وهو: أن يلف ذوائبه حول رأسه كما تفعله النساء.

وقال بعضهم: هو أن يجمع الشّعر كله من قبل القفاء، ويمسكه بخيط أو خرقة كيلا يصيب الأرض.

والأصل فيه: ما أخرجه الطّبراني: نهى النّبي ﷺ عن أن يصلّي الرّجل ورأسه معقوص. ولو فعل ذلك في الصّلاة.. تفسد صلاته؛ لأنه عمل كثير.

• (أو حاسر الرّأس)، أي: تكاسلاً بأن استثقل تغطيته ولم يرها أمراً مهتماً في الصلاة (لا تذللاً) وخشوعاً؛ لأنّ ذلك هو المقصود في الصلاة، والأولى تركه ولو تذللاً أو بتذلّلٍ بقلبه.

• (وفي ثياب البذلة) أي ما يلبسه في أوقات الخدمة والامتهان على ما في «المصباح» وقيل: ما لا يصان من الدنس ونحوه، وقيل: ما يلبس في البيت ولا يذهب بها إلى الكبار.

وَمسحُ جَبهتِهِ فِيهَا منَ التُّرابِ.

وَنَظَرُهُ إِلَى السَّمَاءِ.

وعدُّ الْآيِ أو التَّسْبِيحِ بِيَدِهِ خلافاً لَهما.

• (ومسح جبهته فيها) أي في الصّلاة (من التراب)، وفي «المحيط»: لا يكره مسح جبهته من التّراب في وسط الصّلاة؛ لأنه مما يزيل الأذى، وفي بعض الرّوايات: يكره إلا للأذى، وهو الصّحيح.

• (ونظره إلى السّماء) لما في «البخاري» أن النّبي ﷺ نهى عن ذلك، وفي «النووي»: حكي الإجماع على النهي عن ذلك، واختلفوا في كراهته في الدّعاء خارج الصّلاة؛ قيل: إنه مكروه، وقيل: لا، وعليه الأكثرون، ولو رفع رأسه فوقع في فمه مطر ونحوه.. فسدت صلاته على ما مرّ.

• (وعدّ الآي) أو السّورة (أو التّسبيح) في الركوع والسّجود (بيده)؛ لأنه ليس من أعمال الصّلاة، والحفظ بقلبه أو بتحريك أصابعه أو بغمزه.. لا بأس به على ما في «الخلاصة».

وأمّا العد باللّسان.. فتفسد الصّلاة.

واختلفوا في عدّ التسبيح في خارج الصّلاة عقيب المكتوبات، قيل: إنه مكروه ليكون أبعد من الرّياء، وقيل: لا، وهو الصّحيح.

ومن افتتح الصّلاة يريد بها وجه الله ثم دخله الرياء بعد ذلك.. فالصّلاة على ما أسّس، ولا يدخل الرياء في الفرائض على ما في «الخلاصة».

ولا بأس في اتخاذ السبحة من النوى أو غيرها مجتمعة في خيط لإحصاء عدد الأذكار والتسبيحات على ما في «البحر».

وقد اختلفت الرواية في عدد التسبيحات عقيب الصّلاة على ما ذكرناه قبيل فصل القراءة، (خلافا لهما) لحديث عمر رضي الله عنه قال: رأيت النبي ﷺ يعدّ الآي في الصّلاة، ولأنّ فيه مراعاة سنة القراءة والتّسبيح.

وَقيامُ الإِمَامِ فِي طاقِ الْمَسْجِدِ.

وانفرادُهُ على الدُّكَّانِ أَوِ الأَرْضِ.

وَالْقِيَامُ خلفَ صفٍّ فِيهِ فُرْجَةٌ.

وأجيب عن حديث عمر رضي الله عنه بأنه ضعيف، ولو سلِّم.. فهو محمول على ابتداء الإسلام. ومراعاة سنة القراءة ممكنة بدونه، قيل: هذا الخلاف في الفرائض، وفي النّوافل: يجوز بالاتفاق، وقيل: الخلاف في النوافل والفرائض لا يجوز بالاتفاق، وقيل: الخلاف في الكلّ، وهو الأظهر على ما في «الزيلعي».

● **(وقيام الإمام في طاق المسجد)** لما فيه من التشبه بأهل الكتاب، وأمّا إذا كان قدماه خارج المحراب وسجد فيه.. فلا كراهة فيه على ما سيأتي [١٤٨/ب]؛ لعدم التشبّه والاشتباه.

فلو كان المحراب مكشوفاً بحيث لا يشتبه حال الإمام وقام الإمام فيه.. يكره على الوجه الأوّل، لا الثاني.

● **(وانفراده)** أي الإمام **(على الدّكان)** والقوم أسفل منه؛ لأنه تشبه، **(أو على الأرض)** والقوم على المكان المرتفع خلفه؛ لأنه ازدراء بالإمام.

واختلفوا في قدر الارتفاع:

قيل: قدر القامة، واختاره الطّحاوي.

وقيل: قدر ما يقع به الامتياز، سواء كان قدر القامة أو دونه، ومقدار الذراع أولى.

وقيل: مقدار الذراع اعتباراً بالسترة، وفي «السبيني» وعليه الاعتماد.

ولو كان مع الإمام بعض الناس.. لا يكره بالاتّفاق.

● **(والقيام خلف صفّ فيه فرجة)**؛ لقوله ﷺ لأبي بكر رضي الله عنه حين كبّر وحده ثم التحق بالصف: «زادك الله حرصاً».

وَلُبْسُ ثوبٍ فِيهِ تصاويرُ.

وَأَن تكونَ فَوقَ رَأْسِهِ أَو بَين يَدَيْهِ أَو بحذائِهِ صُورَةٌ، ....

ولو أتى الجماعة ولم يجد في الصف فرجة.. يقوم وحده ولا يجذب أحداً، وقيل: يجذب واحداً من الصف فيصف معه.

وعن محمد: ينتظر إلى الركوع، فإن جاء رجل فبها، وإلاّ.. يجذب واحداً.

● **(ولبس ثوب فيه تصاوير)** حيوان؛ لأنه يشبه حامل الصنم، أطلقه فشمل الصلاة وخارجها، وهل يجب إعادتها؟ وفي إطلاقه إشارة إلى أنها لا تجب لكن ذكر في «التمرتاشي» أنه لو صلى وفي ثوبه صورة.. وجب إعادتها، وقال أبو اليسر: هذا هو الحكم في كلّ صلاة أدّيت مع الكراهة. انتهى.

وفي «المحيط»: رجل في يده تصاوير وهو يؤم النّاس.. لا تكره إمامته؛ لأنها مستورة بالثياب، فصار كصورة في نقش خاتم وهو غير مستبين. انتهى.

فظهر منه أن المستبين في الخاتم يكره الصّلاة معه، ولا يكره مع دنانير فيها صور وهي في صرّته.

● **(وأن يكون فوق رأسه أو بين يديه أو بحذائه صورة)** لما في «الصّحيحين» مرفوعاً: «لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة». والمراد: ملائكة الرّحمة لا الحفظة، ولأنه يشبه العبادة لها.

وفي «الهداية»: وأشدّها كراهة أن يكون أمام المصلّي، ثم فوق رأسه، ثم على يمينه، ثم على يساره، ثم خلفه.

وفي «الأصل»: لا تكره من خلفه، والكراهة فيه رواية «الجامع الصغير».

ولا يكره في موضع قيامه أو جلوسه؛ لأنه استهانة لها لا تعظيم، وكذا لا يكره على الوسادة المفروشة على ما في «المحيط».

وذكر في «فتح القدير» عن شرح «العتابي»: لو كانت الصورة خلفه أو تحت

إِلَّا أَن تكونَ صَغِيرَةً لَا تبدو للنَّاظِرِ، أَو لغير ذِي روحٍ، أَو مَقْطُوعَةَ الرَّأْسِ.
لَا: قَتلُ الْحَيَّةِ، وَالْعَقْرَبِ،.........................

رجليه.. لا تكره الصّلاة، ولكن تكره كراهة جعل الصورة في البيت؛ لما رويناه من «الصّحيحين» تأمّل.

(إلا أن تكون صغيرة لا تبدو للناظر) أي عن بعدٍ ما، فحينئذ لا تكره الصّلاة؛ لأن الصغيرة لا تعبد؛ فانتفى علّة الكراهة.

وفي «فتح القدير»: فلا يكره في البيت أيضاً؛ لانتفاء حكم الوثن، ونقل أنه كان على خاتم أبي هريرة ذبابتان، وعلى خاتم دانيال أسد ولبوة بينهما صبيّ.

(أو) تكون الصّورة (لغير ذي روح) مثل صورة النخل؛ لعدم العبادة لها.

ولو رأى صورة ذي روح في بيت غيره.. يجوز له محوها على ما في «الخلاصة».

(أو) تكون (مقطوع) [١٤٩/أ] (الرأس) أو بمحو الوجه، أو العين، أو فصل رأسها من بدنها؛ لما ذكرناه.

وفي «فتح القدير»: لو قطع رأسها بخيط ونحوه.. لا تنبغي الكراهة؛ لأن بعض الحيوانات مطوق، فلا يتحقق قطعه إلّا بمحوه بأن يجعل على رأسه شيء يخفيه، أو يطليه بطلاء يخفيه، أو يغسله، ونحو ذلك.

أمّا لو قطع يديها أو رجليها.. لا ترفع الكراهة؛ لأنّ الإنسان قد تقطع أطرافه وهو حيّ.

(لا) يكره (قتل الحية والعقرب) لما في «الصّحيحين»: «اقتلوا الأسودين في الصّلاة: الحية والعقرب».

ولا فرق بين القليل والكثير، وأنواع الحيات، في جميع المواضع؛ من الدار والبستان والصّحاري؛ لإطلاق ما رويناه، ولأنّه رخصة كالمشي للتوضؤ عند سبق الحدث في الصّلاة.

وَقيامُ الإِمَامِ فِي الْمَسْجِدِ سَاجِداً فِي طاقِهِ، وَالصَّلَاةُ إِلَى ظهرِ قَاعِدٍ يتحدَّثُ، وَإِلَى مُصحَفٍ، أَو سيفٍ مُعَلّقٍ،.........................

وقيل: ينبغي أن لا تقتل الحية البيضاء التي تمشي مستوية؛ لأنّها جان.

قلنا: إنه ﷺ عاهد معهم أن لا يدخلوا بيوت أمته ولا يظهروا أنفسهم لهم، وإذا نقضوا العهد.. فلا حرمة لهم، وقد ذكرناه في المفسدات.

وقيل: والأولى في غير الصّلاة أن يُنذِرَ الحية ويقول: ارجعي بإذن الله تعالى، أو خلِّ سبيل المسلمين؛ فإن أبت.. قتلها.

(و) لا (قيام الإمام في المسجد ساجداً في طاقه)؛ لعدم التشبه والاشتباه على ما قدّمناه.

(و) لا (الصّلاة إلى ظهر قاعد يتحدث)، وإلى ظهر قاعد لا يتحدّث، والنّائم أولى بعدم الكراهة، لما روي أن بعض الصّحابة يتذاكرون العلم والمواعظ وبعضهم يصلون، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يكره الصّلاة إلى النّائمين والمتحدثين؛ لما أخرجه البزار مرفوعاً: «نهيت أن أصلّي إلى النيام والمتحدثين».

والجواب: أنه محمول في النائمين: على ما إذا خاف ظهور صوت منهم يضحكه، أو يُخجِلُ النائمَ إذا انتبه.

وفي المتحدثين: على ما إذا كان لهم أصوات يخاف منهم التّغليط، وأما الصّلاة إلى وجه إنسان.. فمكروه.

وفي «الذخيرة»: يكره للإمام أن يستقبل المصلّي، وإن كان بينهما صفوف.

(و) لا (إلى مصحف أو سيف معلّق) قيد لهما لعدم علّة الكراهة وهو التشبه، وغير المعلّق أولى به، قيل: إنه مكروه فيهما؛ لأن في استقبال المصحف تشبهاً بأهل الكتاب، والسيف آلة الحرب والبأس.. فيكره استقباله في مقام الابتهال.

أَو إِلَى شمعٍ أَو سراجٍ، ....

والجواب: إن استقبالهم إياه للقراءة منه، لا لأنّه من أفعال تلك العبادة. وقد قلنا بكراهة استقباله لذلك. والحال ابتهال إلى الله تعالى، فهي محاربة للشيطان والنفس المخالفة، وعن هذا سمّي المحراب، كذا في «فتح القدير».

(أو إلى شمع أو سراج) لأنهما لا يُعبدان، والمجوس إنما يعبدون إلى تنور أو كانون فيه نار، وقيل: إنه مكروه، والمختار: عدم الكراهة؛ لعدم العلّة، أعني التشبه.

ولا بد من الستر بينه وبين التنور والنار. هل يكفي سترة الإمام للمأمومين أو لا يكفيهم، بل لا بد لهم أيضاً حين وقع التنور في مقابلهم أيضاً، لم أر فيه صريحاً، والذي يقتضيه القياس على اعتبار [١٤٩/ب] سترة المأموم: الاكتفاء بسترة الإمام، ولكنه يختلج في صدري أن هذا القياس غير صحيح، لأن العلة في سترة المرور وهو دفع شغل قلب المصلي، والعلة في سترة النار ليس كذلك، بل الاحتراز عن التشبه بعبدة النار، فلا يصح القياس.

وأيضاً لو وقع التنور أو النار في مقابلة المقتدي لا في مقابلة الإمام.. فعلى القياس المذكور أن لا يحتاج المقتدي إلى السترة، وهذا مما لا يرضى به العقل؛ لأن عدمه في مقابلة الإمام لا يرفع التشبه من المقتدي، فعلى هذا ينبغي السترة للمقتدي أيضاً.

وهل تفسد صلاتهم عند تركهم السترة، أو لا، بل تكره كما في ترك سترة المرور؟

والذي ظهر مما في «المنية» «وقاضي خان» وغيرهما من قولهم: يكره أن يصلي وبين يديه تنور أو كانون موقد.. كراهية الصّلاة إلى النار بلا سترة.

والذي يقتضيه القياس على ما ذكروه في الصّلاة عند الطلوع والاستواء والغروب: الفساد؛ فإن العلة في فساد الصّلاة في تلك الأوقات هو التشبه بعبادة

وعَلى بِسَاطٍ ذِي تصاويرَ؛ إن لم يسْجد عليها.

وكُرِهَ: الْبَوْلُ والتَّخلِّي والوطءُ فَوقَ المَسْجِدِ، ....

الكفار، لا ذات الأوقات على ما ذكرناه في أول كتاب الصّلاة، فكذا العلة ههنا هو التشبه بعبادة الكفار لا ذات النّار، ولا ذات المكان الذي فيه النار.

(وعلى بساط ذي تصاوير إن لم يسجد عليها)؛ لأن السجدة عليها تشبه عبادة الصنم.

(وكره البول والتخلي والوطء فوق المسجد)، شروع لبيان ما يكره خارج الصلاة، والوجه فيه: أن سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه لمن تحته إن لم يشتبه حال إمامه عليه.

ولا يبطل الاعتكاف بالصعود إليه، ولا يحل للجنب الوقوف عليه، وقد أمرنا بتطهير المسجد، والبول والتغوط ينافيه.

قال في «الزيلعي»: يحرم الوطء فوقه؛ لقوله تعالى ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمۡ عَٰكِفُونَ فِي ٱلۡمَسَٰجِدِ﴾ وفيه نظر؛ لأن دلالة الآية إنما هي على تحريم الوطء في المسجد للاعتكاف، لا لكونه مسجداً، فتفيد أن الوطء من محظورات الاعتكاف لا من محظورات المسجد، وكلامنا فيه، بل لا يدل على تحريمه فيه لكل اعتكاف بناء على ما قالوا: إن قطع نفل الاعتكاف إنهاء له لا إبطال، فلا يكون من محظورات نفل الاعتكاف وبعد اللتيا واللتي أنها ظنية الدلالة؛ لأنها تحتمل كون التحريم للاعتكاف أو للمسجد، وبمثلها لا يثبت التحريم، بل غايته كراهة التحريم، ولهذا تعقبه ابن الهمام وقال: إن الحق كراهة التحريم لا التحريم، وكذا يكره مسح الرجل من الطين بأسطوانة المسجد أو بحائطه؛ لأن له حكم المسجد أيضاً.

وإن مسح بخشبة موضوعة فيه أو بتراب مجتمع فيه أو بحشيش مجتمع فيه.. لا بأس به؛ إذ ليس له حكم المسجد.

وكذا يكره البصاق فيه؛ لأنه يصان عن القاذورات.

وغلقُ بَابِهِ، وَالأَصَحُّ: جَوَازُهُ عِنْدَ الْخَوْفِ على مَتَاعِهِ.

وَيجوزُ:

نقشُهُ بالجِصِّ وَمَاءِ الذَّهَبِ.

ويأخذ النخامة بكمه أو بشيء من ثيابه؛ فإن اضطر إلى ذلك.. كان البصاق فوق البواري خيراً من البصاق تحتها؛ لأنّ البواري ليست من المسجد حقيقة ولها حكم المسجد، والمبتلى بين البليتين يختار أهونهما [١٥٠/أ]؛ فإن لم يكن فيه بواري.. يدفنها ولا يدعها على وجه الأرض أو على وجه الجدار.

واختلف في كراهية إخراج الريح في المسجد على ما في «البحر»، والأصح: عدمه.

ويكره إدخال النجاسة بنعله ونحوه، ولذا قالوا: ينبغي لمن أراد الدخول في المسجد أن يتعاهد نعله وخفه عن النجاسة، ولا تُعمَل فيه الصّنائع؛ لأنه وضع للعبادة، ولا يتخذ فيه بئر ماء لإخلاله بحرمة المسجد، ويكره الوضوء والمضمضة فيه إلا أن يكون موضعاً فيه اتخذ للوضوء، ولا يصلي فيه.

وفي «فتح القدير»: يكره أن تكون قبلة المسجد إلى حمّام أو مخرج أو قبر لا يكون بينهما حائل.

(وغلق بابه)؛ لأنه يشبه المنع من الصلاة.

وقيل: لا بأس به إذا خيف متاع المسجد في غير أوقات الصّلاة.

وقيل: لا بأس به في زماننا للفساد بين النّاس.

وقيل: إذا تقارب الوقتان.. لا تغلق كما في المغرب العشاء.

والرّأي في الغلق لأهل المحلّة؛ فإذا اجتمعوا على أحد وجعلوه متولّياً بغير أمر القاضي.. يكون متولياً.

(والأصح: جوازه عند الخوف على متاعه)، واختاره في «الهداية».

(ويجوز نقشه بالجص وماء الذّهب) قيل: يكره؛ لقوله ﷺ: «إنّ من أشراط السّاعة تزيين المسجد».

وَالْبَوْلُ وَنَحْوُه فَوقَ بَيتٍ فِيهِ مَسْجِدٌ.

وقيل: مستحب؛ لأنه من عمارته، وفيه تعظيم المسجد وإجلال الدّين، وقد زينت الكعبة بماء الذهب والفضّة.

وقال أكثر أصحابنا: يجوز من غير كراهة ولا استحباب، وعبر عنه في «الجامع الصغير» بـ: «لا بأس»، وهذا لأن مسجد رسول الله ﷺ كان مسقفاً من جريد النخل إلى زمن عثمان رضي الله عنه، ثم رفعه عثمان رضي الله عنه وبناه وبسط فيه الحصى كما في زماننا، ومع هذا: الدّفعُ إلى الفقراء أحب منه على ما في «الزيلعي» وغيره.

ولا ينبغي أن يتكلّف في دقائق النّقش في المحراب؛ فإنه مكروه، وعليه يحمل النهي الوارد عن التّزيين، **ثم هذا إذا فعل من مال نفسه.**

فإن فعل المتولّي من مال الوقف.. ضمن؛ لأنه إضاعة، وإنّما يفعل ما يرجع إلى أحكام بنائه دون النقش، حتى لو جعل البياض فوق السّواد للنقاء.. ضمن إذا لم يكن الواقف فعل مثل ذلك على ما في «البحر».

ولو اجتمع مال المسجد وخاف المتولّي ضياعه لطمع الظلمة فيه.. قالوا لا بأس للمتولي أن يصرفه إلى النقش.

(و) يجوز **(البول ونحوه فوق بيت فيه مسجدٌ)** أي مكان أعد للصلاة فيه؛ لأنه ليس له حكم المسجد، وإن كان يستحب للإنسان أن يتخذ في داره مكاناً خالياً للصلاة، وأمر النبي ﷺ أصحابه أمر استحباب.

واختلفوا في مصلى الجنازة والعيد، والأصحّ: أنّه ليس في حكم المسجد إلّا في حقّ جواز الاقتداء؛ لكونه مكاناً واحداً، وهو المعتبر في جواز الاقتداء، كذا في «النّهاية» و«فتح القدير»، فيجوز فيه البول ونحوه.

* * *

(بَابُ الْوِتْرِ والنَّوافِلِ)

الْوِترُ وَاجِبٌ، وَقَالا: سُنَّةٌ.

(بَابُ الوِتْرِ والنَّوافِلِ)

(الوِتْرُ واجبٌ، وقالا: سُنَةٌ)، وعن أبي حنيفة فيه ثلاث روايات؛ واجب وسنة وفرض، والصحيح: هو الأوّل، وهو الظاهر من مذهبه. ومعنى كونه سنة [١٥٠/ب]: أنّ وجوبه ثبت بالسنّة.

ومعنى كونه فرضاً: أنه فرض عملاً، والاستدلال على سنّيته بعدم إكفار جاحده على ما في «الهداية» - ضعيف، فإن وجود اللّازم الأعمّ لا يستلزم وجود الملزوم، وعدم الإكفار بالجحد ثابت في الوجوب أيضاً، فلا يدلّ على السنّية، وكذا الاستدلال عليها بما روي مرفوعاً: «ثلاث كتبت عليّ ولم تكتب عليكم؛ الوتر والضحى والأضحى» ضعيف؛ لأنه في ابتداء الإسلام.

ولأبي حنيفة: قوله ﷺ: «إنّ الله تعالى زادكم صلاة على صلاتكم الخمس، ألا وهي الوتر، فحافظوا عليها»، والأمر للوجوب؛ فإن قيل: روي في «الصّحيحين» أنه ﷺ أوتر على بعيره، فلو كان واجباً.. لما صلّاه عليه بل نزل.. قلنا: إنه واقعة الحال، فلا يدلّ على العموم؛ لجواز أن يكون لعذر من طين أو مرض ونحوهما، على أنه يجوز أن يكون قبل وجوبه؛ لأن وجوبه لم يقارن وجوب الخمس بل متأخر عنه، ولهذا قال في «المحيط»: لا يجوز الوتر قاعداً مع القدرة على القيام، ولا على راحلته من غير عذر؛ لأنه واجب عنده، وأداء الواجب والفرض على الرّاحلة بلا عذر لا يجوز.

وعندهما: وإن كان سنة.. لكن صح عن النبي ﷺ أنه كان يتنفل على راحلته بلا عذر في اللّيل، وإذا بلغ الوتر.. نزل فيوتر على الأرض. انتهى.

فأفاد أنه لا يجوز أداء الوتر قاعداً وراكباً من غير عذر باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه، وصرّح في «الهداية» بأنه يجب قضاؤه إذا فاته بالإجماع، وصحّحه في

وَهُوَ ثَلَاثُ رَكعَاتٍ بِسَلامٍ وَاحِدٍ، يقرأُ فِي كلِّ رَكْعَةٍ مِنْهُ الْفَاتِحَةَ وَسورَةً،..

«التجنيس»، أمّا عنده: فلكونه واجباً، وأما عندهما؛ فلقوله ﷺ: «من نام عن وتر أو نسيه.. فليصله إذا ذكره».

(وهو ثلاث ركعات بسلام واحد)؛ لما صححه الحاكم: كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث لا يسلم إلّا في آخر هنّ، وعليه انعقد الإجماع على ما روى الحسن، وهذا حجة على الشافعي:

في القول بأنه إن شاء أوتر ركعة أو بثلاث ركعات أو خمس أو سبع أو إحدى عشَرة؛ لقوله ﷺ: «من شاء أوتر ركعة أو بثلاث أو خمس أو سبع»، وهو محمول على ابتداء الإسلام قبل استقرار الوتر.

وفي القول عنه أيضاً: أنه يسلم على رأس ركعتي الوتر.

ولا حجة له في ذلك، ولذا قال أصحابنا: لا يجوز اقتداء الحنفي في الوتر لمن سلم على رأس الركعتين من الوتر على الصّحيح، كذا في «التّبيين».

(يقرأ في كل ركعة منه الفاتحة وسورة) أي بالاتفاق؛ أما وجوب مطلق القراءة.. فلقوله تعالى: ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْءَانِ﴾، وأما وجوبها في كل ركعة منه.. فلكونه نفلاً عندهما؛ لأن النفل يجب القراءة في جميع ركعاته، وعند أبي حنيفة، فلكون وجوبه ثابتاً بالسّنة.. فلا يفيد القطع، فيجب القراءة في جميع ركعاته احتياطاً، وأما تعيين السّورة والفاتحة.. فلما رواه أبو حنيفة عن حماد: أنه ﷺ كان يوتر بثلاث، يقرأ في الأولى: ﴿سَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ وفي الثانية: ﴿قُلْ يَٰأَيُّهَا الْكَٰفِرُونَ﴾ وفي الثالثة: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ [١٥١/أ].

وقراءة السّورة بلا فاتحة لم يشرع في صلاة أصلاً، فيلزم قراءتها أيضاً.

وفي «البحر» عن «التجنيس»: لو ترك القراءة في الركّعة الثّالثة منه.. لم يجز في قولهم جميعاً. انتهى.

فأفاد أن القراءة فرض في جميع ركعاته.

ويقنتُ ....

ثم نقل عنه أيضاً: الوتر بمنزلة النفل في حق القراءة، إلا أنه يشبه المغرب من حيث إنه لو استتم قائماً في الثّالثة قبل القعود ثم تذكر لا يعود؛ لأنها صلاة واحدة، وفي النفل: يعود؛ لأن كل شفع صلاة على حدة. انتهى.

فأفاد هذا أن القعدة الأولى من الوتر واجبة لا فرض.

(ويقنت) أي يقرأ دعاء القنوت، وهو واجب عند الإمام، وليس فيه دعاء معيّن؛ لما روي أن الصّحابة [كانوا] يقنتون بأدعية مختلفة، واعتباراً على القراءة؛ لشبهه بها، لكن عيّن بعض المتأخرين من مشايخنا: «اللهم إنّا نستعينك ونستغفرك ونستهديك، ونؤمن بك ونتوب إليك...» إلى آخره؛ لاتفاق الصّحابة عليه.

ولو قرأ غيره.. يجوز.

ولو قرأ بعد هذا: «اللّهمّ.. اهدنا فيمن هديت، وعافنا فيمن عافيت، وتولّنا فيمن تولّيت، وبارك لنا فيما أعطيت، وقنا شرّ ما قضيت، إنك تقضي ولا يقضى عليك، إنه لا يذلّ من واليت، ولا يعزّ من عاديت، تباركت وتعاليت، فلك الحمد على ما قضيت، نستغفرك اللهمّ ونتوب إليك، رب اغفر وارحم وأنت خير الرّاحمين».. لكان أحسن؛ لورود الأثر فيه أيضاً.

ومن لم يعرف القنوت.. يقول: «ربّنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النّار».

وقيل: يقول: «اللّهم اغفر لي» ثلاث مرّات.

وقيل: «يا ربّ» ثلاث مرّات.

هذا بيان الأفضلية، وإلا.. يجوز لمن يعرف القنوت المعروف أن يقرأ أحد هذه الثلاث.

وقيل: القنوت عبارة عن طول القيام لا الدّعاء.

واختلف في أنه هل يجهر أو يخافت؟ والمختار: المخافتة، وهو قول محمّد؛

فِي ثالثةٍ دَائِماً ....

لأنه دعاء، والأولى في الدّعاء الإخفاء.

(في) ركعة (ثالثة) قال في «الذخيرة» و«قاضي خان»: ولو قنت في إحدى الأوليين ساهياً.. لا يقنت في الثالثة؛ إذ لم يشرع تكراره في الصّلاة الواحدة، وفيه نظر؛ لما في «التجنيس»: شك في الوتر وهو في القيام أنه في الثانية أو في الثالثة.. يتمّ تلك الركعة، ويقنت فيها؛ لجواز أنها الثالثة، ثم يقعد ويقوم فيضيف إليها ركعة أخرى، ويقنت فيها أيضاً، وهو المختار. انتهى.

لأنه إذا جاز تكراره مع الشك في كونه في محلّه ليقع في محلّه.. فمع اليقين بكونه في غير محلّه أولى أن يكون تكراره ليقع في محلّه، ولعلّ ما في «الذخيرة» مبني على القول الغير المختار على ما أشار إليه في «التجنيس» بقوله: وهو المختار.

وقد صرّح به في «المحيط»، بخلاف ما في «فتح القدير» و«البحر» أنهم أجمعوا أن المسبوق بركعتين في الوتر في رمضان إذا قنت مع الإمام في الركعة الأخيرة من صلاة الإمام.. لا يقنت فيما إذا قام إلى قضاء ما سبق؛ لأنه مأمور بأن يقنت مع الإمام، فصار ذلك محلاً للقنوت، فلو أتى بالثاني.. كان ذلك في موضعه أيضاً [١٥١/ب]، فلا يجوز؛ لأن تكراره في موضعه لا يجوز، بخلاف مسألة الشك والسّهو؛ لأنه ليس تكراراً في موضعه؛ لأن أحدهما في غير موضعه.

(دائماً) أي في جميع السّنة، خلافاً للشافعي؛ فإنّه قال: لا قنوت إلّا في النصف الأخير من رمضان.

لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما أنه لا يقنت إلا في النّصف الأخير من رمضان.

ولنا ما روي عن الحسن بن علي رضي الله عنهما قال: علّمني رسول الله ﷺ كلمات أقولهن في الوتر.. فقرأ ما رويناه.

وما رواه الشافعي مما ضعّفه النّووي في «الخلاصة» وغيره.. فلا يحتجّ به.

قبلَ الرُّكُوعِ بعدَمَا كبَّرَ وَرفعَ يَدَيْهِ.

(قبل الرّكوع بعدما كبّر ورفع يديه)، خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: يقنت بعد الركوع؛ لما روى أنس رضي الله عنه أنه ﷺ يقنت بعد الركوع.

ولنا: ما رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ كان يقنت قبل الركّوع، وما رواه الشافعي كان شهراً فقط ثم نسخ، واستقرّ الأمر على ما قلنا، ويدلّ عليه ما في الصّحيح عن عاصم الأحول: سألت أنساً عن القنوت في الصّلاة؟ قال: نعم، فقلت: أكان قبل الركوع أو بعده؟ قال: قبله، قلت: فإن فلاناً أخبرني عنك أنك قلت بعده، قال: كذب، إنما قنت رسول الله ﷺ بعد الركوع شهراً، وعاصم كان ثقة جدّاً؛ فإذا ثبت أنّ محلّه ما قبل الركوع.. خرج ما بعد الركوع عن كونه محلّاً له، فلذا روي عن أبي حنيفة أنه لو سها عن القنوت فتذكره بعد الاعتدال عن الرّكوع.. لا يقنت ويسجد للسهو، ولو تذكره في الرّكوع.. ففيه روايتان: **إحداهما**: أنه لا يقنت، **والأخرى**: يعود إلى القيام فيقنت، قال: في فصل مسائل الشك من «قاضي خان»: والصحيح: أنه لا يقنت في الركوع ولا يعود إلى القيام؛ فإن عاد إلى القيام وقنت ولم يعد إلى الركوع.. لم تفسد صلاته؛ لأن ركوعه قائم لم يرتفض.

وفي «الخلاصة» بعدما ذكر الروايتين قال: في رواية: يعود ويقنت ولا يعيد الركوع، وعليه السّهو قنت أو لم يقنت، وهذا يحقق خروج القومة عن المحليّة بالكلّية إلّا إذا اقتدى بمن يقنت في الوتر بعد الركوع، فإنه يتابعه اتفاقاً، أما لو نسي السّورة والقنوت.. فلا شك أنه يعود إذا تذكر في الركوع فيقرؤهما ويرتفض الركوع، فلو لم يركع بطلت، كذا في «فتح القدير».

وفي «الخانية»: رجل نسي القنوت ولم يتذكر حتى رفع رأسه من الركوع.. فإنه لا يقنت؛ لأن القومة التي بين الركوع والسّجود ليس لها حكم القيام، ويسجد للسهو.

وفي «البزازية»: ركع ناسياً القنوت ولم يتابعه القوم، فرجع وقنت وركع وتابعه القوم في الركوع الثاني.. فسد، لأنه اقتداء مفترض بمتنفل في الركوع الثاني.

وَلَا يقنُتُ فِي صَلَاةٍ غَيرِهَا، وَيتبعُ الْمُؤْتَمُّ قَانِتَ الْوترِ وَلَو بعدَ الرُّكُوعِ.

تذكر راكعاً ترك القنوت.. لم يعد إلى القيام، وإن عاد وقنت.. لا يركع ثانياً، وإن ركع والقوم تابعوه في الأول والثاني.. لا تفسد.

(ولا يقنت في صلاة غيرها) خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: يقنت في الصّبح أيضاً؛ حديث أبي جعفر رضي الله عنه أنه ﷺ كان يقنت في الصبح.

ولنا: ما أخرجه ابن ماجه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: كان رسول الله ﷺ لا يقنت في الصبح، وحديث أبي جعفر ضعيف.

ولو سلّم.. فهو منسوخ، ولو سلّم أنه كان [١٥٢/أ] دعا فيه للقوم أو على القوم، وذلك جائز، ولذا قال مشايخنا: إن نزلت بالمسلمين نازلة.. قنت الإمام في صلاة الفجر، وقيل: إنه مشروع في الصّلاة كلّها عند النّازلة، ويدل على ما قلنا ما أخرجه أبو حنيفة عن حماد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ لم يقنت في الفجر قط إلّا شهراً واحداً، لم ير قبل ذلك ولا بعده، وإنما قنت في ذلك الشهر يدعوا على ناس من المشركين، ولهذا لم يكن أنس رضي الله عنه بنفسه يقنت في الصبح على ما رواه الطّبراني.

وإذا أراد أن يقنت لنازلة في الصبح.. يقنت بين الركوع والسجود بعد أن يرفع رأسه من الركوع من الركعة الثانية، وهذه ثلاث خلافيات، والبحث من الطرفين طويل.. فليطلب من محلّه.

(ويتبع المُؤْتم قانت الوتر ولو بعد الركوع) على ما هو مذهب الشافعي كما ذكرنا؛ يعني يقنت المقتدي بالإمام القانت في الوتر مع الإمام، ولو كان الإمام شافعيّاً، لكن هذا في رمضان عندنا؛ إذ لا جماعة في الوتر في غير رمضان عندنا على الصّحيح.

قال في «قاضي خان»: اختلفوا أن أداء الوتر في رمضان بالجماعة أفضل أم الأداء في منزله وحده، والصحيح: أن الجماعة أفضل.

ثم قال: وإذا قنت.. يقنت المقتدي أم يسكت؟ روي عن أبي يوسف أنه بالخيار؛ إن شاء.. قنت، وإن شاء.. أمّن.

وَلَا يتبع قَانِتَ الْفجْرِ، خلافاً لأبي يُوسُفَ، بَلْ يقفُ ساكتاً فِي الْأَظْهرِ.

وعنه في رواية: يقنت المقتدي إلى قوله: «إن عذابك بالكفار ملحق»، فحينئذ يسكت.

وعند محمد: لا يقنت المقتدي، ثم ماذا يصنع؟ في رواية عنه: يسكت، وفي رواية: يسكت إلى أن يبلغ الإمام موضع الدّعاء بعد القنوت المعهود، فحينئذ يؤمّن.

واختلفوا أيضاً أن الإمام يجهر بالقنوت أم لا يجهر؟ في بعض الروايات: لا يجهر في قول محمّد، ويجهر في قول أبي يوسف، وفي بعض الرّوايات: الخلاف بالعكس.

وقيل: إن كان غالب القوم لا يعلمون دعاء القنوت.. يجهر الإمام لتعليم القوم، وإن كان القوم يعلمون القنوت.. لا يجهر الإمام؛ لأن الأصل في الأذكار والدعاء الإخفاء.

وأمّا المنفرد: فالمختار أنه يخفيه على ما ذكرناه.

(**ولا يتبع قانت الفجر**)؛ لأن القنوت فيه ليس بثابت الأصل، ولو سلّم.. فهو منسوخ، ولأنه ﷺ قنت في الفجر شهراً ثم تركه، والمنسوخ لا يتابع، فصار كما لو كبّر خمساً في الجنازة؛ فإنه لا يتابعه في الخامسة هذا عندهما، (**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأنه تبعٌ للإمام، والقنوت مجتهد فيه، فلا يترك الأصل بالشك.

ثم أضرب عن قوله: «ولا يتبع» بقوله: (**بل يقف ساكتاً في الأظهر**) من الرواية وهو المختار؛ لأن فعل الإمام يشمل على مشروع وغير مشروع، فما كان مشروعاً.. يتبعه فيه، وما لا.. فلا يتبعه فيه، كذا في «العناية».

فإن قيل: طول القيام بعد رفع الرأس من الركوع غير مشروع.. قلنا: نعم، في غير المجتهد فيه، وما نحن فيه مجتهد فيه.

وقيل: لا يقف قائماً، بل يقعد تحقيقاً للمخالفة؛ لأن السّاكت شريك الداعي.

فإن قيل: كيف يقعد تحقيقاً للمخالفة وهي مفسدة للصّلاة؟ قلنا: المخالفة فيما هو من الأركان والشروط [١٥٢/ب] مفسدة، لا في غيرها.

فإن قيل: الساكت إذا كان شريكاً للداعي ينبغي أن لا يقعد في تحقيق المخالفة؛ لأنّ السكوت موجود في القعود أيضاً.. قلنا: إن السّكوت إنما يكون دليل الشركة إذا لم توجد المخالفة، وقد وجدت، لأنه قاعد وإمامه قائم.

وقيل: يسلم قبل الإمام؛ لأنّ الإمام اشتغل بالبدعة فلا معنى لانتظاره، وفيه مخالفة ظاهرة للإمام فيما هو مشروع وهو السّلام.

ودلت المسألة على جواز اقتداء الحنفي بالشافعي، وقد منعه أبو اليسر؛ لما روى مكحول النسفي عن أبي حنيفة أن من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الرّأس منه.. تفسد صلاته، وجعل ذلك عملاً كثيراً؛ لحصوله باليدين، فصلاتهم فاسدة عندنا، فلا يصح الاقتداء بهم.

ورُدَّ بأنّ فساد الصّلاة عند رفع الرأس برفع اليدين لا يمنع صحة الاقتداء في الابتداء؛ لجواز صلاة الإمام إذ ذاك، لكنه إنما يصح الاقتداء به إذا تحامى الإمام مواضع الخلاف: بأن يتوضأ في الخارج النجس من غير السبيلين، وأن لا ينحرف عن القبلة انحرافاً فاحشاً، ولا يكون متعصباً ولا شاكاً في إيمانه، ولا يتوضأ في الماء الراكد القليل، ويغسل ثوبه من المني أو يفركه، وأن لا يقطع الوتر، ويراعي الترتيب في الفوائت، وأن يمسح ربع رأسه، ولا يرفع يديه عند الركوع، ولا عند الرفع منه، فإن علم منه شيئاً من هذه الأشياء.. لا يصح الاقتداء به، وإن لم يعلم.. جاز، ويكره.

هذا حكم الفساد الراجع إلى زعم المقتدي.

وأما حكم الفساد الراجع إلى زعم الإمام: فقد اختلف مشايخنا في ذلك، فقال الهندواني وجماعة من مشايخنا: إن المقتدي إن رأى إمامه مس امرأة ولم يتوضأ.. لا يصح اقتداؤه به، وذكر التمرتاشي أن أكثر مشايخنا جوزوه، وقال في «النّهاية»: وقول الهندواني أقيس لما أَنَّ زعم الإمام أن صلاته ليست بصلاة.. فكان الاقتداء حينئذ بناء الموجود على المعدوم في زعم الإمام وهو الأصل، فلا يصح الاقتداء، كذا في «العناية» وغيرها من حواشي «الهداية».

وتعقبه في «فتح القدير»:

بأن تعصبه إنما يوجب فسقه، وإمامة الفاسق جائزَه.

وبأن المسلم لا يشك في إيمانه، وقوله: أنا مؤمن إن شاء الله ليس للشك ابتداء في إيمانه بل باعتبار إيمان الموافاة وهو المعتبر، أو للتبرك.

وبأنّ رفع اليدين عند الركوع أو عند الرفع منه لا يقتضي فساد الاقتداء ابتداء على ما ذكرناه، على أن المختار في العمل الكثير ما لو رآه شخص من بعيد.. ظنّه أنه ليسّ في الصلاة، لا ما يحتاج إلى اليدين.

وبأن المعتبر هو اعتقاد المقتدي لا اعتقاد الإمام، فيصح الاقتداء لمن رأى إمامه مس امرأة ولم يتوضأ.

ثم قال: وفي «الفتاوى»: اقتداء حنفي في الوتر بمن يرى أنه سنة؟ قال الإمام محمد بن الفضل: يصح؛ لأن كلّاً يحتاج إلى نية الوتر، فلم تختلف نيتهما، فأهدر خلاف الاعتقاد في صفة الصلاة، واعتبر مجرد اتحاد النية، لكن قد يستشكل إطلاقه بما في «التجنيس» وغيره من أن الفرض [١٥٣/أ] لا يتأدّى بنية النفل، ويجوز عكسه، وبنى عليه عدم جواز صلاة من صلى الخمس سنين ولم يفرق النافلة من المكتوبة، مع اعتقاده أن منها فرضاً ومنها نفلاً، فأفاد هذا أن مجرد معرفة اسم الصّلاة ونيتها.. لا يجوّزها، فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز وتر الحنفي الّذي اقتدى بمن اعتقده سنة؛ لأنّه بناء الموجود على المعدوم في زعم المقتدي، هذا إذا كان في اعتقاده عند الاقتداء به وجوبه عند نفسه وسنيته عند إمامه، وأمّا لو لم يخطر بخاطره عند النية صفته أصلاً من السنية والوجوب، بل نوى مجرد الوتر واقتدى به.. فقال: في «فتح القدير»: ينبغي حينئذ أن يجوز اقتداؤه به؛ لأنّه حينئذ ينتفي المانع، لكن إطلاق مسألة «التجنيس» التي ذكرناها يقتضي عدم جوازه أيضاً، وإن لم يخطر بخاطره وجوبه ونفليّته.

* * *

[مَطْلَبٌ: في السُّنَنِ الرَّوَاتِب]

والسنَّةُ:

قبلَ الْفجْرِ وَبعدَ الظّهْرِ والْمغربِ وَالْعشَاءِ: رَكْعَتَانِ.

وَقبلَ الظّهْرِ وَالْجُمُعَةِ وَبعدَهَا: أربعٌ، وعندَ أَبِي يُوسُفَ بعد الْجُمُعَةِ: سِتٌّ.

ثم شرع لبيان النّوافل فقال:

[مَطْلَبٌ: فِي السُّنَنِ الرَّوَاتِب]

(**والسنة قبل الفجر**) بدأ بها لتأكدها باتفاق الروايات والأحاديث الصحاح، حتى حكى عن الحسن البصري عن أبي حنيفة وجوبها، (**وبعد الظهر والمغرب والعشاء: ركعتان**.

وقبل الظهر والجمعة وبعدها) أي بعد الجمعة: (**أربع**).

والأصل في غير الجمعة: ما رواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «من ثابر على اثنتي عشرة ركعة من السنة.. بنى الله تعالى له بيتاً في الجنة، أربع ركعات قبل الظهر، وركعتين بعدها وبعد المغرب والعشاء وقبل الفجر» والجمعة يومئذٍ بدل الظهر، فيصلي قبلها أربعاً، وأما بعدها.. فلما في «مسلم» مرفوعاً: «إذا صلى أحدكم الجمعة.. فليصل بعدها أربعاً».

ثم اختلفوا في لزوم سجدة السهو لو صلى على النبي ﷺ في القعدة الأولى من الأربع قبل الظهر والجمعة وبعدها.. قيل: يلزمه، وقيل: لا، وهذا بناء على أنه هل يصلي على النبي ﷺ في القعدة الأولى منها وهل يستفتح أو لا؟

وفي «المجتبى»: لا يصلي ولا يستفتح فيها.

(**وعند أبي يوسف بعد الجمعة: ست**) يصلي أربعاً ثم ركعتين بتحريمة وتسليمة، وعن محمد: أنه مخير بين الست والأربع، وأكثر المشايخ على قول أبي يوسف.

[مَطْلَبٌ: فِي الصَّلَاة المَنْدُوبة]

وَنُدِبَ:

الْأَرْبَعُ قبلَ الْعَصْرِ، أَو رَكْعَتَانِ.

والسِّتُّ بعدَ الْمغربِ.

والأَربعُ قبلَ الْعشَاءِ، وَبعدَهَا.

وَكُرِهَ:

الزِّيَادَةُ على أَربعٍ بِتَسْلِيمَةٍ فِي نفلِ النَّهَارِ، ....

واعلم أنّ اختلافهم هذا - أعني ما يصلى بعد الجمعة - يدل على أنّه ما يصلى بعدها بنية الظهر الآخر ما لا ثبت له في المذهب، وهو كذلك على ما صرّح به في «البحر» في مواضع وسنبيّنه إن شاء الله تعالى.

[مطلب: في الصَّلَاة المَنْدُوبة]

(وندب **الأربع قبل العصر**)؛ لقوله ﷺ: «رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعاً»، (**أو ركعتان**)؛ لما روى أبو داود أنه ﷺ كان يصلّي قبل العصر ركعتين.

(و) ندب (**الست بعد المغرب**)؛ لقوله ﷺ: «من صلّى بعد المغرب ست ركعات.. كتب من الأوّابين وتلا قوله تعالى:﴿فَإِنَّهُۥ كَانَ لِلْأَوَّٰبِينَ غَفُورًا﴾.

وفي «التجنيس» أنه يستحب أن يصلي الست بثلاث تسليمات؛ بناء على أن الأفضل عند الإمامين في صلاة اللّيل الاثنان بتسليمة.

(و) ندب (**الأربع قبل العشاء وبعدها**)؛ لما رواه البخاري أنه ﷺ: «صلى العشاء ثم جاء إلى منزله، فصلى أربع ركعات، ثم نام».

وقال بعض مشايخنا: يستحب الأربع بعد الظهر أيضاً، قيل: إنه بتسليمة، وقيل: بتسليمتين.

(**وكره الزيادة على أربع بتسليمة**) [١٥٣/ب] (**في نفل النّهار**)؛ لأن النّفل شرعت

لَا فِي نفلِ اللَّيْلِ إِلَى ثَمَانٍ، خلافاً لَهما.

وَلَا يُزادُ على الثَّمانِ.

وَالْأَفْضَلُ فيهمَا رُباعٍ، وَقَالَا: فِي اللَّيْلِ الْمثنى أَفضلُ.

وَطولُ الْقيامِ أفضلُ من كَثْرَةِ الرَّكْعَاتِ.

وَالْقِرَاءَةُ فرضٌ ....

توابع للفرض؛ والتبع لا يخالف الأصل، وهو القياس، وترك هذا في اللّيل بالأثر.

(**لا في نفل اللّيل إلى ثمان**)؛ لما روي أنه ﷺ: «يصلّي من الليل ثمان بتسليمة».

(**خلافاً لهما**)، والخلاف في الأفضلّية لا في الكراهة.

(**ولا يزاد على الثمان**) بتسليمة؛ لعدم الأثر فيه، فلو زاد.. فهو مكروه على ما صحّح في «البدائع»، وصحّح الإمام السّرخسي أنه لا يكره، ويؤيّده ما ذكرناه أن الخلاف في الأفضلية لا في الكراهة.

(**والأفضل فيهما**) أي في اللّيل والنّهار (رباع) بتسليمة واحدة عند أبي حنيفة.

(**وقالا: في الليل المثنى أفضل**) لما في «الصّحيحين»: «صلاة الليل مثنى مثنى».

(**وطول القيام أفضل من كثرة الرّكعات**) لما في «مسلم» مرفوعاً: «أفضل الصّلاة: طول القيام»، ولأن بطول القيام يكثر القراءة، وبكثرة الركوع والسّجود يكثر التسبيح، والقراءة أفضل منه، وعن محمد: أن كثرة الركوع والسجود أفضل؛ لقوله ﷺ: «عليك بكثرة السّجود»، ولأن في الركوع والسّجود غاية العبوديّة، وهي أفضل العبادات وأشرف أوصاف العباد حتّى الرسالة، ولذا قال: «عبده ورسوله».

(**والقراءة فرض**) أي عملي لا اعتقاديّ للاعتقاد فيها؛ لأن أبا بكر الأصم والحسن بن صالح وسفيان بن عيينة قالوا: إنها ليست بفرض في الصّلاة، بل هي مستحبّة، وعن زيد بن ثابت: أنها سنة على ما رواه البيهقي.

فِي رَكْعَتَي الْفَرْضِ وكلِّ النَّفْلِ وَالْوِترِ.

وَيلْزَمُ ....

(في ركعتي الفرض) بلا تعيين على ما قدّمناه، وقال الشافعي: فرض في جميع ركعاته، وقال مالك: فرض في أكثره، وقال زفر: في ركعة واحدة منه، والحجة عليهم قد تقدّمت.

(وكل النّفل)؛ لأنّ كل شفع منه صلاة على حدة، والقيام إلى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة، ولهذا لا يجب بالتحريمة الأولى إلّا ركعتان في المشهور عن أصحابنا.

فإن قيل: لو كان كلّ شفع منه صلاة.. لما صحت مع ترك القعدة الأولى سهواً مع أنها تصح، ويلزمه سجدة السهو ويجب العود إليها إذا تذكّرها ما لم يقيد الثالثة بالسجدة.

أجيب عنه: بأنّ القياس فسادها، وهو قول محمد على ما سيصرّح به، وبه أخذ زفر وترك القياس استحساناً؛ لأنّ التّطوع شرع أربعاً أيضاً كما شرع ركعتين فإذا تركها.. أمكننا تصحيحهما بجعلهما صلاة واحدة، فلا تفرض حينئذ القعدة الأولى؛ لأن افتراضها للختم، فإذا لم يختم إلّا بعد الرابعة.. صارت من ذوات الأربع فتكون القعدة الأولى واجبة فيجبر بالسّجدة، وإنما وجب العود بعد تمام القيام ولزمت القراءة في الشفعين، لشبهها بالظهر من وجه ومفارقتها من وجه آخر، فللشبه لا يؤمر بالعود إذا قيدها بسجدة، وللمفارقة يعود قبل السّجدة، كما إذا قام إلى الخامسة من الفرض، وهي صلاة أخرى حكماً فيقرأ في الكل.

(والوتر) للاحتياط عند أبي حنيفة، ولكونه سنة عندهما على ما بيّناه.

(ويلزم) عندنا خلافاً للشافعي؛ لأنه متبرع، ولا لزوم على المتبرع. قلنا: إن المؤدّى قربة فيجب صيانته عن البطلان؛ لقوله تعالى: [١٥٤/أ] ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ ولا يمكن ذلك إلا بلزوم المضي فيه؛ إذ لا صحة للمؤدى عبادة بدون الباقي؛ لأن الكلّ

نفلٌ شرعَ فِيهِ قصداً وَلَو عِنْدَ الطُّلُوعِ والغروبِ، ....

عبادة واحدة؛ فإن قيل: فعلى هذا فمن مات في أثناء العبادة ينبغي أن لا يثاب عليها؛ لعدم انعقاد العبادة.. قلنا: الموت مُنْهٍ لا مبطل.

(نفل) صلاةً أو صوماً فيلزم قضاؤهما بالإفساد بعذر كالحيض أو بغير عذر.

(شرع فيه قصداً) احتراز عمّا شرع فيه ظانّاً على ما سيأتي.

(ولو عند الطّلوع والغروب)، هذا في الصّلاة في ظاهر الرواية، بخلاف الصّوم؛ فإنه إذا شرع فيه في وقت مكروه.. لا لزوم ولا قضاء عليه بالإفساد، وعن أبي حنيفة: إن الصّلاة لا تقضى أيضاً قياساً على الصّوم، والفرق بينهما على ظاهر الرواية عنه سيأتي في الصّوم إن شاء الله تعالى.

واعلم أنّ الفرض والواجب والمنذور المطلق من الصلاة لا يصح عند الطّلوع والغروب والاستواء، لا أداء ولا قضاء، على ما ذكرناه في الحيض.

وأما لو شرع في النافلة فيها.. فاختلفوا فيه:

قيل: الأفضل قطعها ثم يصليها في وقت كامل.

وقيل: يجب قطعها ثم إعادتها.

وعلى القولين: لو لم يقطعها وأتّمها يخرج عن العهدة، ولا يلزمه الإعادة، والمراد بالشروع ههنا: الدخول في الصّلاة مطلقاً، سواء كان بتكبيرة الافتتاح أو بالقيام إلى الشفع الثاني بعد الفراغ من الأول صحيحاً؛ فإذا فسد الشفع الثاني من الأربع النفل.. لزمه قضاء فقط، ولا يسري إلى الأول، لما تقدم أن كل شفع منه صلاة على حدة، وقد أدي صحيحاً، فلا يسري الفساد إليه إلّا إذا صلاه ثلاث ركعات بقعدة واحدة، فإن الأصح: أنه لا يجوز، ويسري الفساد إلى الشفع الأوّل؛ لأن ما اتّصل به القعدة وهي الركعة الأخيرة فسدت؛ لأن النفل بالركعة الواحدة غير مشروع؛ لأن البتيراء ممنوعة، فتفسد بفساد ما قبلها أيضاً على ما صرّح به في «البدائع»، فيقضي الأربع.

لَا إِن شرعَ ظَانّاً أَنهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ.

وَلَو نوى أَرْبعاً وأَفسدَ بعدَ الْقعُودِ الأَوَّلِ أَو قبلَهُ.. قضى رَكْعَتَيْنِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يقْضِي أَرْبعاً لَو أفسدَ قبلَهُ.

فإن قيل: هل النفل يخرج عن النفلية بلزومه بالشروع أو يبقى عليها؟

قلنا: يبقى عليها؛ لأنهم قالوا: لو اقتدى متنفل بإمام مفترض، ثم قطعه ثم اقتدى به أيضاً. ولم ينو القضاء.. فإنّه يخرج عن عهدة ما شرع أولاً.

ولو نوى تطوعاً آخر.. ذكر في «الأصل» أنه ينوب عمّا لزمه بالإفساد، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وذكر في «الزيادات» أنه لا ينوب، كذا في «البدائع».

(لا) يلزمه **(إن شرع)** في النفل **(ظاناً أنه عليه)**؛ كما إذا شرع في الظهر فتذكر أنه قد صلاه، وهذا؛ لأن شروعه فيه غير صحيح؛ لأنه شرع فيه مسقطاً له لا ملتزماً، وكذا لو شرع في صلاة امرأة أو جنب، أو محدث؛ لعدم انعقاد التحريمة.

(ولو نوى أربعاً) من النفل **(وأفسد بعد القعود الأول أو قبله.. قضى ركعتين)** أي الشفع الأول فقط إن أفسده قبل القعود؛ لأن الفاسد حينئذ هو الأوّل لا الثاني؛ لعدم شروعه فيه بعدُ، أو الشفع الثاني فقط إن أفسده بعد القعود الأوّل، والشروعُ في الشفع الثاني بالقيام [١٥٤/ب] إليه، وإن أفسده بعد القعود قبل الشروع في الثاني لا يلزمه قضاء شيء أصلاً؛ لأن الأوّل قد تمّ، ولم يشرع في الثاني، وهذا لأنه لا يلزم بتحريمة النّفل أكثر من ركعتين، وإن نوى أكثر منهما في ظاهر الرواية؛ لأن كل شفع منه صلاة على حدة، ففساد أحدهما لا يسري إلى الآخر إلّا إذا صلّى ثلاث ركعات بقعدة واحدة، فإنه حينئذ يسري فساد الثاني إلى الأوّل، فيقضي الأربع على ما ذكرناه آنفاً، وكذا يقضي الأربع فيما إذا اقتدى المصلي الظهر متطوعاً ثم قطعها؛ سواء اقتدى في أوّلها أو في آخرها؛ لأنه بالاقتداء التزم الأربع.

(وقال أبو يوسف: يقضي أربعاً لو أفسد قبله) اعتباراً بالنذر لأنه لو نذر صلاة ونوى أربعاً.. لزمه أربع بالاتفاق، فكذا فيما لزمه بالشروع، بجامع أن كلاً منهما سببا للزوم. قلنا: إن الشروع سبب لوجوب ما شرع فيه وهو الركعة الأولى، ولوجوب ما

وَكَذَا الْخلافُ...

لا يصحّ ما شرع فيه إلا به، وهو الركعة الثانية؛ لأنّا منعنا عن البتيراء، والشفع الثاني ليس ما شرع فيه، لأن الشروع فيه بالقيام إليه، ولم يوجد على ما هو المفروض، ولا ما يتوقف صحة ما شرع فيه عليه، ولا يكون واجباً بالشروع في الشفع الأوّل فلا يجب قضاؤه، بخلاف النّذور؛ فإن نية الأربع قارنت سبب الوجوب وهو النذر، فيلزم القضاء بالإفساد، وفيما نحن فيه أن النية لم تقارن سبب الوجوب وهو الشروع؛ لأن المفروض أنه لم يشرع فيه، وهذا الخلاف جارٍ في سنة الظهر أيضاً.

وقيل: يقضي أربعاً في السنة احتياطاً؛ لأنها بمنزلة صلاة واحدة، حتى إنّ الزوج إذا خير امرأته وهي في الشفع الأوّل من هذه الصّلاة، أو أخبرت بشفعة لها فأتمت أربعاً.. لا يبطل خيارها ولا شفعها، بخلاف سائر التطوعات.

وفي «الخلاصة»، و«فتح القدير» أن أبا يوسف رجع عن هذا الخلاف إلى قولهما.

(وكذا الخلاف) شروع لبيان المسألة الملقّبة بالمسألة الثمانية والوجوه الآتية فيها ستة عشر: وهو أنّه قرأ في الجميع، ترك في الجميع، ترك في الشفع الأوّل، ترك في الشفع الثاني، ترك في الركعة الأولى، ترك في الثانية، ترك في الثالثة، ترك في الرابعة، ترك في الشفع الأول والركعة الثالثة، ترك في الأولى والرابعة، ترك في الركعة الأولى والشفع الثاني، ترك في الثانية والشفع الثاني، ترك في الركعة الأولى والثالثة، ترك في الأولى والرابعة، ترك في الثانية والثالثة، ترك في الثانية والرابعة.. فهذه ستة عشر وجهاً.

ولا فساد في الأول، فليس فيما نحن فيه والأصل فيما بقي أن عند محمد تَرْكَ القراءة في الأوليين أو في أحدهما يوجب بطلان التحريمة؛ لأنها تعقد للأفعال؛ فإذا فسدت الأفعال بترك القراءة.. بطلت التحريمة، وعند أبي يوسف: ترك القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريمة، وإنما يوجب فساد الأداء، لأن القراءة ركن

زائد، ولهذا كانت صلاة الأميّ [١٥٥/أ] جائزة، وفساد الأداء لا يكون أقوى من تركه، وترك الأداء لا يفسد التحريمة، كما لو قعد بعد التحريمة، ففساده أولى به.

وعند أبي حنيفة: ترك القراءة في الأوليين يوجب بطلان التحريمة، وفي أحدهما: لا يوجب، أما الأوّل؛ فلأن كل شفع منه صلاة على حدة، فترك القراءة فيه إخلاء للصّلاة عن القراءة بالكلية فتفسد وتبطل تحريمتها.

وأمّا الثاني: فكان القياس فيه مثل الأول، كما لو تركها في إحدى ركعتي الفجر، لكن فساد الصّلاة بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه، لم يقل به الحسن البصري، فحكمنا بالفساد في حق وجوب القضاء، كما في الفجر، وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطاً في كلّ من الحكمين.

فإذا ثبت هذا.. فنقول:

• إذا لم يقرأ في كلٍّ.. قضى ركعتين عندهما؛ لبطلان التحريمة، فلا يصح الشروع في الثاني، ولا يلزمه القضاء وبقيت عند أبي يوسف، فصح الشروع في الثاني، ثم فسد الكل فيلزم قضاء الكلّ.

• ولو قرأ في الأوليين فقط.. فعليه قضاء الأخريين بالإجماع؛ لعدم بطلان التحريمة، فصح الشروع في الثاني، ثم فسد بترك القراءة فيه، فيلزم قضاؤه فقط إن قعد بينهما.

• وإلّا فعليه قضاء الأربع؛ لأن الفساد حينئذ يسري إلى الشفع الأوّل.

• ولو قرأ في الأخريين فقط.. فعليه قضاء الأوليين بالإجماع أيضاً؛ لأن الشروع في الثاني لم يصح عندهما، وصحّ عند أبي يوسف؛ فقد أدّاها.

• ولو قرأ في الأوليين وإحدى الأخريين.. فعليه قضاء الأخريين بالإجماع.

• ولو قرأ في الأخريين وإحدى الأوليين.. فعليه قضاء الأوليين بالإجماع، فصارت سبع صور الأولى خلافية، والستّ الباقية إجماعية.

لَو جرَّدَ الْأَرْبَعَ منَ الْقِرَاءَةِ، أَو قَرَأَ فِي إِحْدَى الْأُخْرَيَيْنِ فَحسبُ.

• ولو قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين.. فعلى قول أبي يوسف: يقضي الأربع، وكذا عند أبي حنيفة على رواية محمد عنه؛ لبقاء التحريمة، وعلى قول محمد: يقضي الأوليين؛ لبطلان التحريمة عنده.

• ولو قراء في إحدى الأوليين فقط.. قضى أربعاً عندهما. وعند محمد، ركعتين.

• ولو قرأ في إحدى الأخريين فقط.. قضى عند أبي يوسف وعندهما: ركعتين فالجملة خمس عشرة صورة[1] فأشار إليها بقوله: (**لو جرّد الأربع من القراءة**) إشارة إلى الأولى (**أو قرأ في إحدى الأخريين فحسب**) إشارة إلى الصّورتين ففي صور هذه

---

(١) وبيان هذه الصور على الشكل التالي:

١- لم يقرأ في كلٍّ.

٢- قرأ في الأوليين فقط إن قعد بينهما.

٣- قرأ في الأوليين فقط ولم يقعد بينهما.

٤- قرأ في الأخريين فقط.

٥- قرأ في الأوليين فقط.

٦ و٧- قرأ في الأخريين وإحدى الأوليين؛ يعني: قرأ في الأخريين والأولى. صورة قرأ في الأخريين والثانية. الصورة الثانية.

٨+٩+١٠+١١- قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين ويشمل أربع صور:

* الأولى والثالثة.
* الأولى والرابعة.
* الثانية والثالثة.
* الثانية والرابعة.

١٢+١٣- قرأ في إحدى الأوليين فقط؛ قرأ في الأولى صورة، وقرأ في الثانية الصورة الأخرى.

١٤+١٥- قرأ في إحدى الأخريين فقط؛ قرأ في الثالثة صورة، وقرأ في الرابعة الصورة الأخرى.

وَلَو قَرَأَ فِي الْأُولَيَينِ أَو الْأُخْرَيَيْنِ فَقَط، أَو تَركهَا فِي إِحْدَى الْأُولَيَينِ أَو إِحْدَى الْأُخْرَيَيْنِ فَقَط.. قضى رَكْعَتَيْنِ اتِّفاقاً.

وَلَو قَرَأَ فِي إِحْدَى الْأُولَيَينِ لَا غير، أَو إِحْدَى الْأُولَيينِ وَإِحْدَى الْأُخْرَيَيْنِ.. قضى أَرْبعاً، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يقْضِي رَكْعَتَيْنِ.

وَلَو تركَ الْقعدَةَ الأُولى فِيهِ.. لَا تَبطُلُ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

الثلاث يقضي عندهما ركعتين، وعند أبي يوسف: أربع ركعات على ما ذكرناه، وقوله: (**ولو قرأ في الأوليين أو الأخريين فقط أو تركها في إحدى الأوليين أو إحدى الأخريين فقط**) إشارة إلى ست صور ففي كلها (.. **قضى ركعتين اتفاقاً**) على ما بيّناه.

وقوله: (**ولو قرأ في إحدى الأوليين لا غير أو**) قرأ في (**إحدى الأوليين وإحدى الأخريين**) إشارة إلى ست صور ففي كلها (.. **قضى أربعاً**) عند أبي يوسف، وكذا عند أبي حنيفة على رواية محمد عنه؛ لعدم بطلان التحريمة.

(**وقال محمد: يقضي ركعتين**) لبطلان [١٥٥/ب] التحريمة على ما بيّناه قيل: اعتمد أكثر المشايخ على قول محمد؛ لأن الأصل المذكور يساعده، ولهذا لم يرجع محمد عن هذا حين أنكر أبو يوسف عليه.

(**ولو ترك القعدة الأولى فيه**) أي في النفل الرباعي (.. **لا تبطل**) صلاته عندهما استحساناً؛ لأن القعدة الأولى إنما فرضت في النفل عند تحققها والمتنفل لما تركها وقام إلى الثالثة وأتمّ صار الكل صلاة واحدة، فكانت القعدة الأولى في حقه واجباً، كما في الظهر على ما ذكرناه؛ لأنّ الحمل على الصّلاح أولى من الحمل على الفساد، فلا تبطل بترك الواجب (**خلافاً لمحمد**)، حيث قال: يبطل الشفع الأوّل وهو القياس، تركناه بالاستحسان على ما بيّناه.

ثم شرع لبيان ما يجب بالنذر فقال: (**ولو نذر صلاة في مكان فأداها في أدنى شرفاً منه.. جاز**)، خلافاً لزفر، ولو أداها في أعلى شرفاً منه.. جاز بالاتفاق.

واعلم أنهم اختلفوا في أنه إذا أراد النفل هل الأفضل أن ينذر ثم يصلي النفل، أو يصليها ابتداء بلا نذر؟ واحتج الفريق الثاني بما في مسلم من النهي عن النذور

حجة في «البحر»، واحتج الفريق الأوّل أنّ الشروع في النذر يكون واجباً، فيحصل له ثواب الواجب به بخلاف النفل، وحديث مسلم محمول على النذر المعلق على شرط؛ لأنه حينئذ يصير حصول الشرط كالعوض للعبادة، فلا يكون مخلصاً فيها.

ثم المنذور قسمان: منجّز ومعلّق.

- **فالمنجّز**: يلزم الوفاء به إن كان: عبادة، مقصودة بنفسها، ومن جنسها واجب آخر فيحرم عليه الوفاء بنذر معصية.

ولا يلزم بنذر مباح من أكل وشرب ولبس وجماع وطلاق.

ولا بنذر ما ليس بعبادة مقصودة؛ كنذر دخول المسجد، ومس المصحف والأذان والوضوء لكل صلاة.

ولا بنذر ما ليس من جنسه واجب آخر كعيادة المريض، وتشييع الجنازة.

فلو قال: لله عليّ أن أصلّي، أو أصلّي صلاة، أو عليّ صلاة.. لزمه ركعتان؛ لأنه أدناه.

وكذا لو قال: لله عليّ أن أصلّي يوماً.. لزمه ركعتان، كما في «القنية».

ولو نذر صلوات شهر.. فعليه صلاة شهر كالمفروضات مع الوتر دون السنن.

ولو نذر أن يصلي ركعة.. لزمه ركعتان.

وإن ثلاثاً.. فأربع؛ لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كلّه.

ولو نذر نصف ركعة.. لزمه ركعتان عند أبي يوسف، وهو المختار على ما في «الخلاصة».

ولو نذر أن يصلي الظهر ثمان، وأن يزكي النصاب عشرة أو حجّة الإسلام مرّتين.. لا يلزمه الزائد؛ لأنه التزام غير مشروع.

ولو نذر صلاة بغير قراءة أو عرياناً.. يلزمه بقراءة مستوراً على المختار.

وَلَو نذرَ صَلَاةً فِي مَكَانٍ، فأَدَّاها فِي أَدنى شرفاً مِنْهُ.. جَازَ.

وَلَو نذرَتْ صَلَاةً أَو صوماً فِي غَدٍ فَحَاضَت فِيهِ.. لَزِمَهَا الْقَضَاءُ.

وَلَا يُصَلّى بعدَ صَلَاةٍ مثلهَا.

● **وأما المعلق:** ففي ظاهر الرواية أنه يلزمه الوفاء به عند وجود الشرط كما في «الظهيرية». واختار بعض مشايخنا:

إن كان نذراً معلّقاً على شرط يريد كونه؛ كإن شفى الله مريضي، أو مات عدوّي فلله عليّ صوم أو صلاة أو صدقة.. لا يجزئه إلا فعل عينه من الصّوم وغيره.

وإن كان معلقاً على شرط لا يريد كونه؛ كإن دخلت الدار، أو كلمت فلاناً.. كان مخيّراً بين الوفاء به وبين كفارة اليمين: وصحّحه في «الهداية»، وقال: إن أبا حنيفة رجع [١٥٦/أ] عن غيره.

ثم في المعلّق على الشّرط لا يجوز تعجيله قبل وجود الشرط، بخلاف المضاف؛ كإن قال: لله عليّ أن أصلي في غد، أو أصوم فيه.. فإنه يجوز تعجيله عندهما، خلافاً لمحمد، والفرق: أن المعلّق لا ينعقد سبباً في الحال، بل ينعقد عند وجود الشرط، والمضاف ينعقد في الحال، وسنبيّن مسائل النذر في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى.

(**ولو نذرت صلاة أو صوماً في غد فحاضت فيه.. لزمها القضاء**)؛ لأنه نذر مضاف فينعقد سبباً في الحال.

(**ولا يصلى بعد صلاة مثلها**) هكذا ورد فيما رواه ابن أبي شيبة عن حديث عمر رضي الله عنه: «لا يصلى بعد صلاة مثلها»، وقالوا: ظاهره متروك؛ لأنه خصّ منه البعض، فإنه يصلي بعد سنة الفجر فرضه، وسنة الظهر فرضه، وهما مثلان، فقال محمد في «الجامع الصّغير»: المراد منه: أن لا يصلي بعد أداء الظهر أربعاً ركعتان منه بقراءة، وركعتان بغير قراءة، يعني: لا يصلي النافلة كذلك حتى لا يكون مثلاً للفرض، بل يقرأ في جميع ركعاته.

وَصَحَّ النَّفْلُ قَاعِداً مَعَ الْقُدْرَةِ على الْقيامِ، ....

وقال «قاضي خان» في شرح «الجامع الصغير»: ولو حمل على النهي عن تكرار الجماعة في المسجد على الهيئة الأولى بالأذان والإقامة، أو على النهي عن قضاء الفرائض؛ لتوهم مخافة الخلل في المؤدى.. لكان حسناً؛ فإن ذلك مكروه.

وفي «البحر»: إن تكرار الصّلاة إن كان مع الجماعة في المسجد على الهيئة الأولى.. فمكروه، وإلّا؛ فإن كان في وقت يكره فيه التنفل بعد الفرض.. فمكروه أيضاً، كما بعد الصبح والعصر، وإلا؛ فإن كان لخلل في المؤدى؛ فإن كان ذلك الخلل محققاً إمّا بترك واجب، أو بارتكاب مكروه.. فغير مكروه، بل واجب.

وإن كان ذلك الخلل غير محقق بل نشأ عن وسوسة.. فهو مكروه.

(**وصح النفل قاعداً**) محتبياً كان أو متربعاً، أو كما في التشهد وهو المختار؛ لأنه القعود المعهود، وهذا في حالة القراءة.

وأما في حالة التشهد: فيقعد كما في سائر الصلوات بالإجماع على ما في «النّهاية».

وفي إطلاقه إشارة إلى أن جميع السنن والنوافل سواء في الحكم، لكن قال في «قاضي خان» من باب التّراويح: الأصحّ أن سنة الفجر لا تصح قاعداً بلا عذر، والفرق: سنة الفجر مؤكدة بلا خلاف، والتراويح دونها في التأكد انتهى.

(**مع القدرة على القيام**)؛ لما رواه البخاري مرفوعاً: «من صلّى قائماً.. فهو أفضل، ومن صلّى قاعداً.. فله نصف أجر القيام».

قال النووي: «هذا في النافلة، وأما الفريضة.. فلا يجوز القعود مع القدرة على القيام حتى قيل: يكفر إن استحلّه؛ فإن عجز عن القيام.. لم ينقص من أجره، وهذا في حقّنا، وأمّا نفل النبي ﷺ فمساو لصلاته قائماً أو قاعداً لا ينقص من أجره، وهو من خصائصه ﷺ على ما صحّحه في [«شرح] مسلم».

وَلَو قعدَ بعدمَا افتَتَحهُ قَائِماً.. جَازَ، وَيكرهُ لَو بِلَا عُذرٍ، وَقَالا: لَا يجوزُ إِلَّا بِعُذْرٍ.

ثم هذا في الابتداء فشرع في جوازه حال البناء فقال: (**ولو قعد بعدما افتتحه قائماً.. جاز**) عند أبي حنيفة استحساناً؛ لأنّ ترك القيام لما جاز ابتداء.. فهو أولى في البقاء؛ لأنه أسهل من الابتداء [١٥٦/ب] وأمّا عكس هذا.. فجائز بالاتفاق؛ لما روته عائشة رضي الله عنها: «أنه صلّى الله ﷺ كان يفتتح التطوّع قاعداً فيقرأ ورده حتى إذا بقي عشر آيات ونحوها.. قام» الحديث وهكذا كان يفعل في الركعة الثانية.

ومحمد - وإن قال: إن التحريمة المنعقدة للقعود لا تكون منعقدة للقيام، حتى إنّ المريض إذا قدر على القيام في أثناء الصّلاة.. فسدت عنده، فلا يتمّها قائماً - لم يخالف في الجواز هنا؛ لأن تحريمة التطوع لم تنعقد للقعود ألبتة، بل للقيام؛ لأنه أصل وهو قادر عليه، ثم جاز له شرعاً تركه، بخلاف المريض؛ لأنه لم يقدر على القيام، فما انعقدت إلا للمقدور، وحديث عائشة رضي الله عنها السّابق يدلّ على هذا الاعتبار، كذا في «فتح القدير».

(**ويكره**)؛ لتركه ما هو الأصل، وهو القيام مع القدرة عليه فدلّ أنّ عكسه جائز بلا كراهة؛ لإتيانه الأصل.

(**لو بلا عذر**)؛ لأن العذر يبيح المحذور بلا كراهة.

(**وقالا: لا يجوز إلّا بعذر**) وهو القياس؛ لأن الشروع معتبر بالنذر.

ومن نذر أن يصلي ركعتين قائماً.. لم يجزه أن يقعد فيهما من غير عذر، فكذا إذا شرع قائماً ثم قعد في الركعة الأولى أو الثانية.. لم يجزه بلا عذر.

والجواب: أنّ هذا قياس تركناه استحساناً لما ذكرناه، والوجوب بالنذر باسم الصلاة، فتجب بأركانها ومنها القيام. وفي الشروع بالتحريمة وهي لا توجب القيام في النفل.

ويتنفَّلُ رَاكِباً ....

(**ويتنفل راكباً**) على الدابة؛ لما أخرجه مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «رأيت رسول الله ﷺ يصلّي على حمار يومئ إيماء»، ولأن النّوافل غير مختصة بوقت، فلو ألزمناه النزول والاستقبال.. تنقطع عنه النافلة إن لم ينزل ولم يستقبل، أو ينقطع هو عن القافلة إن نزل أو استقبل.

أما الفرائض: فمختصة بوقت، فلا يشق إلزام النزول في بعض الأوقات، ولأنّ الرفقاء متظافرون معه على ذلك، فلا ينقطع، حتى لو لم يقفوا له وخاف من النزول اللّصّ أو السّبع.. جاز له أن يصلّيها راكباً، وكذا إذا كانت الدابة جموحاً لا يقدر على ركوبها إلا بالمعِين، أو هو شيخ كبير لا يجد من يركبه، وكذا الطين والمطر.

والواجبات من الوتر والمنذور، وما شرع فيه فأفسده، وصلاة الجنازة، والسجدة التي تليت على الأرض.. كالفرض في الحكم.

وأما السنن الرواتب: فتجوز على الدابة، وعن أبي حنيفة أنه ينزل سنة الفجر؛ لقوّة تأكّدها، ثم لا يشترط طهارة الدابة عند الأكثرين، سواء كانت النجاسة على السّرج، أو على الركابين، أو على الدابة على الأصح على ما في «المحيط»؛ لأنّ فيها ضرورة فسقط اعتبارها.

وقيل: إن كانت النجاسة في موضع الجلوس أو الركابين أكثر من قدر الدّرهم.. يمنع الجواز على قول محمد بن مقاتل وأبي حفص الكبير.

وقيل: إذا كانت النجاسة في الركابين.. لا بأس، وإن كان في موضع الجلوس يمنع، وأشار إلى أنه يجوز النفل راكباً فرادى وجماعة على ما هو قول محمد، لكنه إذا كان البعض يجنب البعض، بأن تكون دوابهم قريباً لدابة الإمام [١٥٧/أ] على وجه لا يكون الفرجة إلّا بقدر الصّف، قياساً على الصلاة على الأرض على ما في «المحيط».

خَارِجَ الْمِصرِ مومياً...

وإن كانا راكبين في دابّة في محمل واحد فاقتدى أحدهما بالآخر.. جاز إن كانا في شق واحد، وإن كانا في شقين.. فقيل: إن كان أحد الشقين مربوطاً بالآخر.. جاز، وإلّا.. فلا، وقيل: جاز كيفما كان.

قال في «قاضي خان»: الرجل إذا حمل امرأته من القرية إلى المصر، كان لها أن تصلي على الدابة في الطريق إذا كانت لا تقدر على الركوب والنزول. انتهى.

والذي ظهر منه أنها لا تقدر بنفسها من غير معين، حتى إذا قدرت على الركوب والنزول بمحرمها أو زوجها.. فإنه لا يجب عليها النزول. ويجوز لها الصّلاة على الدابة في الطريق، ولا يعارضه ما في «المنية» أنه إذا لم يكن معها محرم.. فإنها تجوز صلاتها على الدابة إذا لم تقدر على النزول والركوب. انتهى.

فاشترط فيه عدم المحرم، وهذا لأن ما في «قاضي خان» مبني على قول أبي حنيفة من أنّ الإنسان لا يعدّ قادراً بقدرة الغير مطلقاً، وما في «المنية» مبني على قول الإمامين؛ لأنهما اعتبرا قدرة الغير.

ولو كان في شق محمل وامرأته أو أمه في شق آخر منه، وهو يقدر بنفسه على الركوب والنّزول، ولا تقدر امرأته أو أمّه، لكنه إذا نزل يسقط المحمل أو يميل إلى السّقوط.. فهل ينزل أو يصلّي راكباً؟ ففي «البحر»: ينبغي أن تجوز صلاته راكباً وعدّ ذلك عذراً.

(خارج المصر مومياً)، مسافراً كان أو مقيماً، خرج إلى بعض النواحي قدر النزول أو لا على الصّحيح؛ لأن مبنى النفل على التّوسعة.

وعن أبي حنيفة: يجوز للمسافر خاصة.

قيد بخارج المصر؛ لأن التنفل راكباً في المصر لم يذكر في ظاهر الرواية.

ورواية محمد عن أبي حنيفة: يجوز مع الكراهة على ما في «الخلاصة».

وفي رواية عنه: لا يتنفل راكباً في المصر.

إِلَى أَيِّ جِهَةٍ تَوَجَّهتْ دَابَّتُهُ، وَبنى بنزولِهِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ، وبركوبِهِ لَا يَبْنِي.

وقال أبو يوسف: لا بأس به.

واختلفوا في حدّ خارج المصر؛ ففي «المحيط» عن «الأصل»: إذا خرج فرسخين أو ثلاثة.. فله أن يصلي على الدابة.

وقيل: إن كان بينه وبين المصر قدر ما يكون بين المصر وبين مصلى العيد.. جاز له أن يتطوع على الدّابة، وإن كان أقل.. لا.

وقيل: المعتبر مخالطة البنيان ومفارقتها، فما دام مخالطاً لها.. لا يتطوع عليها، وإذا فارقها.. جاز. واختاره الحلواني.

وعن أبي حنيفة: أنه يتطوع خارج المصر على الدّابة من غير تفصيل.

وقيل: المعتبر مقدار ميل.

(إلى أيّ جهة توجّهت دابته)، فيه إشارة إلى أن:

مدار الجواز سير الدابة بنفسها لا تسيير الراكب؛ لأنّه حينئذ لا تجوز الصّلاة عليها أصلاً؛ فرضاً أو نفلاً؛ للعمل الكثير كما في حال المشي؛ فإنه يجوز أصلاً بالاتفاق.

وإلى أنّه لا يشترط الاستقبال ابتداء.

وإلى أنّه لو صلى إلى غير ما توجهت دابته.. لا يجوز؛ لعدم الضرورة.

والعجلة إن كان طرفها على الدابة وهي تسير أو لا تسير.. فالنفل عليها جائز؛ لأنه على الدابة لا الفرض، وإن لم يكن طرفها عليها.. فهي كالسرير يجوز عليها الفرض والنفل.

(وبنى بنزوله) يعني: إذا افتتح التطوع راكباً ثم نزل يبني في ظاهر الرواية عنهم [١٥٧/ب]، **(خلافاً لأبي يوسف)**؛ فإنه يستقبل عنده، كما في عكسه المشار إليه بقوله: **(وبركوبه لا يبني)**، وجه الظاهر: أن إحرامَ الراكب انعقد مجوزاً للركوع والسجود؛ لقدرته على النّزول بلا مبطل، فكان ما صلّى بإيماء راكباً، وما صلّى نازلاً بركوع

وسجود موجبي تحريمة واحدة، فجاز بناء أحدهما على الآخر، فإذا أتى بالركوع والسجود بناء عليه.. صحّ بخلاف إحرام النازل، فإنه انعقد موجباً للركوع والسجود؛ لعدم قدرته على الركوب بلا مبطل؛ لكونه عملاً كثيراً، فلا يكون ما صلّى نازلاً بركوع وسجود، وما صلّى راكباً بإيماء موجبي تحريمة واحدة.. فلا يجوز بناء أحدهما على الآخر.

فإن قيل: يمكن القدرة على الركوب بلا مبطل كالنزول، بأن يركبه أحد ويضعه على السّرجَ.

قلنا: الاقتدار بقدرة الغير غير معتبر عند أبي حنيفة، ووجه أبي يوسف: فيما إذا كان نازلاً ثم ركب هو ما ذكرناه بعينه في وجه الظّاهر.

وأمّا فيما إذا كان راكباً ثم نزل؛ فلأنه بناء القوي على الضعيف، وذا لا يجوز؛ كالمريض المومئ إذا قدر في صلاته على الركوع والسّجود.. يستقبل ولا يبني، قلنا: إن عدم بناء المريض في الفرض لا في النفل، وكلامنا فيه، ولا رواية عنهم فيه في النفل.. فجاز أن نقول: يبني المريض في النفل، فلا يحتاج إلى الفرق بينه وبين النازل بعد الركوب، وأن نقول: إنه لا يبني، وتبيّن الفرق بينهما: بأن إيماء المريض اعتبر شرعاً بدلاً من الركوع والسجود، وهو المانع فيه لا يستلزمه الجمع بين البدل والأصل لا لذاته؛ إذ لا يعقل وجه امتناع كون بعض الصلاة قوياً، وبعضها ضعيفاً منه بعد كون كل منهما بإذن الشرع، ومعنى البدل: هو الذي لا تجوز الصّلاة به إلا عند إعواز الأصل، وهو منتف في الراكب؛ إذ يمكنه الانتصاب في الركابين والركوع والسجود على ما أمامه، فكان إيماؤه معتبراً أصلاً مستقلاً في هذه الحالة بدلاً، فكان قويّاً كالركوع والسجود، فصح البناء بها عليه، وقيل: لما جاز للراكب أن يفتتح بالإيماء مع القدرة عليها.. جاز له أن يبني بها عليه بعد الافتتاح به، بخلاف المريض، ليس له أن يفتتح به مع القدرة عليهما، وليس له أن يبني بهما بعد الافتتاح به، وهذا

يفيد أن لا يبني في المكتوبة إذا افتتحها راكباً إذ ليس له أن يفتتحها راكباً مع القدرة عليهما بالنزول.

وروي عن محمد: عكس ظاهر الرواية؛ مستدلاً بأن الراكب إذا نزل لو استقبل.. كان مؤدياً جميع صلاته بركوع وسجود، وهو أولى من أداء بعضها بهما، وبعضها بالإيماء. والنازل إذا ركب لو استقبل.. لكان مؤدياً جميعها بالإيماء، ولو بنى.. أدّى بعضها به وبعضها بها، وهو أولى.

وعنه في رواية: إذا نزل بعدما صلّى بركعة راكباً.. استقبل؛ لأنه صار صلاة، فلا يبني فيها القوي على الضعيف، وأما إذا لم يصلّها.. فهو مجرّد تحريمة، وهي شرط، والشرط المنعقد للضعيف شرط للقوي أيضاً؛ كالطهارة [١٥٨/أ] للنّافلة طهارة للفرضية أيضاً، فليس فيها بناء القوي على الضعيف.

* * *

(فَصْلٌ)

[فِي صَلَاةِ التَّرَاوِيحِ]

التَّرَاوِيحُ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، فِي كُلِّ لَيْلَةٍ مِن رَمَضَان، بَعْدَ العِشَاء، قَبْلَ الوِتْرِ وَبَعْدَهُ، بِجَمَاعَةٍ،...

(فَصْلٌ)

[فِي صَلَاةِ التَّرَاوِيحِ]

(**التراويح**) جمع ترويحة، سمّيت الأربع بها؛ لاستلزامها ترويحة، أي: استراحة النفس، فلذا قيل: ويجلس بين كلّ ترويحتين مقدار ترويحة، كذا في «فتح القدير».

(**سنة مؤكدة**) للرّجال والنّساء على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنه قد ثبت أنّ النبي ﷺ واظب عليها، وبيّن العذر في ترك المواظبة، وكذا ثبت المواظبة عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم.

وما وقع في عبارة بعض مشايخنا أنها مستحبة.. فالمراد به: أن يجتمع الناس في رمضان، ويصلون التراويح بالجماعة، لا لأن التراويح مستحبة، بل هي سنة، واجتماع الناس مستحب، وبه صرّح في «العناية».

(**في كلّ ليلة من رمضان بعد العشاء، قبل الوتر وبعده**)، وهو الأصح على ما في «الهداية»؛ لأنها نوافل سنت بعد العشاء إلى آخر اللّيل، فلو صلّى العشاء.. لا يكون تراويح.

ولو صلى بعد الوتر.. جاز، وقال عامة مشايخ بخارى - وصحّحه في «الخلاصة» -: إن وقتها بعد العشاء قبل الوتر إلى آخر الليل؛ لأنها سنة تبع للعشاء، فكانت قبل الوتر، ورجحّه في «غاية البيان» بأنّ الحديث ورد كذلك.

وقال جماعة: الليل كلّه وقتها، قبل العشاء وبعده، قبل الوتر وبعده؛ لأنه قيام اللّيل.

(**بجماعة**) متعلق بسنة.

عشرُون رَكْعةً...

وقد اختلف في سنية الجماعة في التراويح، وفي «غاية البيان»: قال الإمام حميد الدين الضريري: نفس التراويح سنّة، وأمّا أداؤها بالجماعة.. فمستحب، ثم نقل عن الشافعي وعيسى بن أبان وبكار بن قتيبة من أصحابنا وعن أحمد بن بكار والمزني: الجماعة أحبّ وأفضل. وهو الأصح. انتهى.

وقال «الزيلعي»: إنّ الجماعة في التراويح سنة عند عامتهم في ظاهر الرواية، بدليل إجماع الصحابة على ذلك، والنبي ﷺ بيّن العذر في ترك المواظبة عليها بالجماعة. انتهى.

وفي «كمال الدراية» عن «المحيط»: وإقامتها بالجماعة سنة، فمن ترك التراويح في الجماعة وصلّوها فرادى في البيت؟ قيل: فقد أساء، والصحيح: أن إقامتها بالجماعة سنّة على الكفاية، حتى لو ترك أهل المسجد كلّهم الجماعة أساؤوا، أو إن أقيمت التراويح بالجماعة في المسجد وتخلف بعضهم فصلّى في بيته منفرداً.. لم يكن مسيئاً، وإن صلّوا بالجماعة في البيت.. فقد حازوا إحدى الفضيلتين. وهي فضيلة الجماعة دون فضيلة الجماعة في المسجد. انتهى.

فظهر أن مرجع أقوالهم إلى ثلاثة: استحبابها مطلقاً، وسنيتها مطلقاً، وسنيتها على الكفاية في المسجد أو في البيت.

(**عشرون ركعة**)؛ لما روي عن ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: كان رسول الله ﷺ يصلي عشرين ركعة في رمضان، ثم يوتر، وروى البيهقي: أنّ الصّحابة كانوا يقومون على عهد عمر رضي الله عنه بعشرين ركعة، وفي عهد عثمان رضي الله عنه كذلك، فصار إجماعاً، وهو حجة على مالك، أنها ست وثلاثون ركعة سوى الوتر؛ لأن عمرَ وعلياً رضي الله عنهما كانا يصلّيان كذلك، قلنا: إنه محمول على أنهما يصليان بين كل ترويحة أربع ركعات منفرداً؛ أو أنّه ليس بمشهور فلا يعارض ما رويناه [١٥٨/ب].

بِعَشْرِ تَسْليماتٍ،..

(بعشر تسليمات) ويسلّم على رأس كلِّ ركعتين للتوازن، فلو صلّى الإمام أربع ركعات بتسليمة ولم يقعد في الثانية.. قيل: تفسد وهو القياس، وقيل: لا وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة، وأبي يوسف، ثم اختلفوا على قولهما، هل تنوب عن تسليمة أو تسليمتين؟ قال أبو الليث: تنوب عن تسليمتين، وقال أبو جعفر وابن الفضل: تنوب عن تسليمة، وهو الصّحيح على ما في «قاضي خان» و«الظهيرية» و«الخلاصة».

ولو قعد على رأس الركعتين.. فالصّحيح: أنه يجوز عن تسليمتين على ما في «قاضي خان»، وهو قول العامة، ولو صلّى ثلاث ركعات بتسليمة... فهو على وجهين: إن قعد في الثانية.. جاز عن تسليمة، ويجب عليه قضاء ركعتين للثالثة؛ لصحة شروعه في الشفع الثاني، وقد أفسده بترك الرابعة.

وإن لم يقعد في الثانية سهواً أو عمداً.. فعلى قول محمد وزفر - وهو القياس- تفسد صلاته، ويلزمه قضاء ركعتين لا غير.

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - وهو الاستحسان -:

قال بعضهم: تفسد ولا يجزئ من شيء.

وقال بعضهم: تجزئ عن تسليمة واحدة. وجه من قال: إنّه لا يجزئ عن شيء وصحّحه في «قاضي خان»: أنه ترك القعدة المشروعة، والقعدة على رأس الثالثة غير مشروعة في النفل، فصار كأنه لم يقعد أصلاً، فلا يجوز، بخلاف ما إذا صلّى أربعاً ولم يقعد في الثانية؛ لأن القعدة في الرابعة مشروعة فجازت؛ فإذا لم تجزئ الثلاث عن شيء على هذا القول.. لزمه قضاء ركعتين أوليين؛ لصحّة شروعه فيه، وهل يلزمه للثالثة شيء؟ إن كان ساهياً.. لا يلزمه شيء؛ لأنه مظنون، وإن كان عامداً يلزمه ركعتان في قول أبي يوسف؛ لأنّ عنده التحريمة لم تفسد فصحّ شروعه في الشفع الثاني، وعند أبي حنيفة لا يلزمه شيء؛ لأنه شرع في الثالثة بتحريمة فاسدة.

وأما على القول بأن الثلاث تجزئ عن تسليمة واحدة.. فهل يجب عليه لأجل الثالثة شيء؟ فإن كان ساهياً لا يجب، وإن كان عامداً يجب عليه ركعتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لصحة شروعه في الشفع الثاني، وقد أفسده بترك الرابعة، فعلى هذا إذا صلى التراويح عشر تسليمات كل تسليمة ثلاث ركعات، ولم يقعد في كل الثلاث على رأس الثانية.. فعلى قول محمد وزفر - وهو القياس -: عليه قضاء التراويح لا غير، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - وهو الاستحسان -: يلزمه قضاء التراويح على قول من لا يجوز ذلك عن التراويح عندهما، وهل يلزمه للثالثة شيء؟ فعلى قول أبي حنيفة: لا يلزمه، ساهياً أو عامداً، وعلى قول أبي يوسف: إن كان ساهياً.. فكذلك، وإن كان عامداً.. يلزمه ركعتان لكل ثالثة، فيقضي مع التراويح عشرين ركعة أخرى.

وعلى قول من قال يجوز ذلك عن التراويح عندهما: هل يلزمه للثالثة شيء آخر؟ إن كان ساهياً.. لا يلزمه، وإن كان عامداً.. يلزمه قضاء عشرين ركعة.

ولو صلى التراويح ست [١٥٩/أ] ركعات، أو ثماني ركعات، أو عشر ركعات بتسليمة واحدة، وقعد في كلّ ركعتين.. فالجواب فيه ما في الأربع إذا قعد في الثانية.

من قال يجوز ثمة عن تسليمة.. يقول هنا أيضاً: يجوز عن تسليمة.

وعلى قول العامّة: يجوز عن تسليمتين.

وقال بعضهم: في الزيادة على الأربع خلافٌ بين أبي حنيفة وصاحبيه؛ إذا صلى ست ركعات بتسليمة ساهياً، وقعد في كل ركعتين على قول صاحبيه: يجوز عن تسليمتين؛ لأن عندهما الزيادة على الأربع مكروه، فلا تنوب الزيادة عن التراويح، وعلى قول أبي حنيفة: يجزئه عن ثلاث تسبيحات؛ لأنّ عنده لا يكره النفل إلى الست بتسليمة واحدة.

وَجَلْسَةٍ بَعْدَ كُلِّ أَرْبَعٍ بِقَدْرِهَا.

وإن صلّى ثماني ركعات بتسليمة واحدة، وقعد في كل ركعتين.. فعلى قول صاحبيه: يجوز عن تسليمتين، وعلى قوله: يجوز عن ثلاث تسليمات، كما في الست في رواية «الجامع الصغير».

وعلى رواية «الأصل»: يجوز عن أربع تسليمات؛ لأن على رواية «الأصل»: الزيادة إلى ثمان غير مكروه، وما زاد عليه مكروه: وإن صلّى عشر ركعات بتسليمة واحدة، وقعد في كل ركعتين: عندهما.. يجوز عن أربع ركعات أي: عن تسليمتين، وعند أبي حنيفة في الرواية الشاذة: يجوز عن خمس تسليمات، وفي الرواية الظاهرة: عن أربع تسليمات، وفي قول العامة - وهو الصحيح على ما في «قاضي خان» -: كل ركعتين يجوز عن تسليمة واحدة.

ولو صلى التّراويح كلّها بتسليمة واحدة عمداً، وقعد في كل ركعتين.. يجوز عن الكل عند العامة، وعند البعض: يجوز عند تسليمة واحدة كما في الأربع.

وإن لم يقعد في كلّ ركعتين وقعد في آخرها: في القياس. ويجوز عن تسليمة واحدة في الاستحسان، وهو الصّحيح على ما في «قاضي خان» وكذا يجوز سورة واحدة.

(وجلسة بعد كل أربع بقدرها) أي: بقدر الأربع.

قيل: إنها سنة، وهو الظاهر من كلام المصنف.

والمختار عند أكثر مشايخنا: أنها مستحبة، واختاره في «الهداية».

وقال: وكذا بين الخامسة وبين الوتر؛ لعادة أهل الحرمين.

وفي «البحر» حسام الدين يستحب الاستراحة عند تمام كل ترويحة، وهي خمس ترويحات، فقد نص هو أيضاً: أن الجلسة بين الخامسة وبين الوتر مستحبة، ثم هو مخير فيها، إن شاء سبّح، وإن شاء هلّل، وإن شاء صلّى، وإن شاء سكت،

وَالسُّنَّةُ فيها: الخَتْمُ مَرَّةً، فَلا لِكَسَلِ القَوْمِ.

وَتُكْرَهُ قَاعِداً مَعَ القُدْرَةِ عَلى القِيامِ.

وكان أهل مكة يطوفون سبعة أشواط ويصلون ركعتي الطواف، وإنما استحب انتظار هذا المقدار؛ لأن التراويح مأخوذ من الراحة، فيفعل ذلك تحقيقاً لمعنى الاسم، وهو متوارث أيضاً.

(والسنة فيها الختم مرة) من غير فصل بين ما يقرأ في كلّ ركعة على ما هو المختار عند أكثر المشايخ.

وقيل: يقرأ في كل شفع مقدار ما يقرأ في صلاة المغرب؛ للتخفيف على الناس، وهو ضعيف؛ لأن بهذا المقدار لا يحصل الختم.

وقيل: يقرأ مقدار ما يقرأ في العشاء؛ لأنه تبع له.

وقيل: في كل ركعة يقرأ عشرين آية إلى ثلاثين.

وقيل: في كل ركعة عشر آيات، وصحّحه في «قاضي خان».

ويختم في الليلة السابعة [١٥٩/ب] والعشرين؛ لكثرة الأخبار أنها ليلة القدر.

(فلا يترك) الإمام (لكسل القوم).

إذا كان إمام مسجد حيّه لا يختم.. فله أن يترك إلى غيره على ما في «فتح القدير»، بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات؛ فإنها يجوز تركها؛ لكسل القوم دون الصّلاة على النبي ﷺ؛ لأنه سنة.

(وتكره) التراويح (قاعداً مع القدرة على القيام).

وقيل: لا يجوز.

والمختار: جوازه مع الكراهة، كذا في «قاضي خان».

وفي «الخلاصة»: إذا صلى الإمام التراويح قاعداً لعذر، أو بغير عذر، والقوم قيام خلفه.. الأصحّ: أنّه يصحّ الاقتداء بالإجماع.

وَيوترُ بِجَمَاعَةٍ في رَمَضانَ فَقَطْ.
وَالأَفْضَلُ في السُّنَنِ المَنْزِلُ.. إلَّا التَّراويحَ.

(ويوتر بجماعة في رمضان فقط) أي دون غيره، وعليه انعقد الإجماع أنه نقل من وجه، والجماعة في النفل في غير رمضان مكروه، فالأحوط تركها؛ فإن قيل: قد ثبت أنه ﷺ صلّى التّهجد بجماعة.. قلنا: إن التهجد في حقّه فرض، فيكون اقتداء المتنفل بالمفترض.

وقيل: يوتر في منزله لا بجماعة، وهو المختار على ما في «الزاهدي». والصحيح ما اختاره المصنف على ما في «قاضي خان».

وفي «القنية» بعَلاَمة «ظم»[1]: صلى العشاء وحده.. فله أن يصلي التراويح مع الإمام.

ولو تركوا الجماعة في الفرض.. ليس لهم أن يصلوا التراويح جماعة؛ لأنها تبع للجماعة. ولو لم يصلِّ التراويح مع الإمام.. فله أن يصلي الوتر معه.

«عك»[2] إذا لم يصل الفرض معه لا يتبعه في التراويح، ولا في الوتر، وكذا لو لم يتبعه في التراويح.. لا يتابعه في الوتر.

«تب»[3] إذا صلى معه شيئاً من التراويح.. يصلي الوتر معه، وكذا إذا لم يدرك شيئاً منه. وكذا إذا صلى التّراويح مع غيره له أن يصلي الوتر معه، وهو الصحيح. انتهى.

(والأفضل في السنن المنزل)؛ لأنّ المساجد بنيت للفرض **(إلّا التراويح)**؛ لأنّ الجماعة فيها سنة على ما ذكرناه فيصلي في موضع الاجتماع.

* * *

(١) أي بالعلامة التي وضعها صاحب «القنية» لظهير المرغيناني، والمسألة بتمامها في مخطوط «القنية» ص ٤٤.
(٢) هو رمز عين الأئمة الكرباسي.
(٣) هو رمز يوسف الترجماني الصغير.

الفهرس

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء الثاني

تتمة كتاب الصلاة، الزكاة،

الصوم، الحج



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 عدد الصفحات (١١ مجلد/١١ جزء)

Size 17x24 cm قياس الصفحات

Year 2017 A.D. 1438H. سنة الطباعة

Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنان

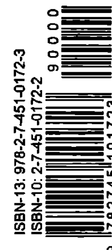
Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

(فَصْلٌ)

[فِي صَلَاةِ الكُسُوفِ]

يُصَلِّي إِمَامُ الْجُمُعَةِ بِالنَّاسِ عِنْدَ كُسوفِ الشَّمْسِ رَكْعَتَيْنِ فِي كلِّ رَكْعَةٍ رُكُوعٌ وَاحِدٌ...

(فَصْلٌ)

[فِي صَلَاةِ الكُسُوفِ]

(يصلي إمام الجمعة بالناس عند كسوف الشمس ركعتين) أو أربعاً أو أكثر على ما في «المجتبى»؛ لما في «الصحيحين»: «أنّ النبي ﷺ صلى بالناس عند كسوف الشمس ركعتين فقال: إن الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد، وإذا رأيتموهما.. فصلوا وادعوا حتى تنجليان».

ولم يذكر المصنف صفتها من الوجوب والسنّية، قال في «البحر»: ذكر في «البدائع» قولين، وذكر محمّد في «الأصل» ما يدلّ على عدم الوجوب، فإنّه قال: ولا يصلّي نافلة في جماعة إلّا قيام رمضان، وصلاة الكسوف استثناها من النافلة، والمستثنى من جنس المستثنى منه، فدلّ على كونه نافلة، لكن مطلق الأمر في قوله ﷺ: «فصلوا»: يدل على الوجوب إلّا لصارف، وما يتوهم - من أنّ ذكره مع قوله: «وادعوا» يصرفه عن الوجوب؛ فإن الدّعاء ليس بواجب إجماعاً، فكذا الصّلاة - غير صحيح؛ لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم. انتهى كلام «البحر».

وفي «النووي»: أجمعوا على أنها سنة، قيل: فرادى وقيل: بجماعة وهو الأصح. انتهى.

ولهذا قال المصنف: يصلي إمام الجمعة بالناس.

(في كلّ ركعة ركوع واحد)، وقال الشافعي ومالك: صلى ركعتين، في كل ركعة ركوعان [١٦٠/أ] وقيامان، وقراءتان؛ لما رواه الستة عن عائشة رضي الله عنها: «أن

ويُطيلُ الْقِرَاءَةَ، ويُخفِيهَا، وَقَالا: يجْهرُ.

ثمَّ يَدْعُو بعدَهمَا حَتَّى تنجليَ الشَّمْسُ.

وَلَا يخْطبُ.

فَإِن لَم يَحضُرْ.. صلّوا فُرَادَى، رَكْعَتَيْنِ أَو أَرْبعاً؛ كالخسوفِ والظُّلمةِ وَالرِّيحِ والفَزعِ.

النبي ﷺ صلّى بالقوم ركعتين بأربع ركوعات». قلت: ما رويناه موافق للقياس فيرجح.

(ويطيل القراءة) وهو الأفضل؛ لأنّ المسنون استيعاب الوقت بالصّلاة والدّعاء.

(ويخفيها)؛ لحديث ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: صلّيت مع رسول الله ﷺ الكسوف ولم أسمع منه حرفاً من القرآن، ولأنها الأصل في الصّلاة النّهاريّة، **(وقالا: يجهر)**.

(ثم يدعو بعدهما حتى تنجلي الشّمس)؛ لما رويناه.

(ولا يخطب) قال الشافعي: تسنّ الخطبة بعد الصّلاة.. قلنا: أنه لم ينقل عن النبي ﷺ.

(فإن لم يحضر) أي إمامُ الجمعة (.. **صلّوا فرادى ركعتين أو أربعاً كالخسوف والظلمة والريح والفزع)**؛ لأنه قد خسف القمر في عهد النبي ﷺ مراراً ولم ينقل أنه ﷺ جمع الناس له؛ ولأن الجمع فيه متعسّر كالزلزال، والصّواعق، وانتشار الكواكب، والضّوء الحائل باللّيل، أو الثلج والأمطار الدائمة، وعموم الأمراض، والخوف الغالب، ونحو ذلك من الأفزاع والأهوال؛ لأنّ ذلك كلّه من الآيات المخوفة، والله يخوّف عباده ليتركوا المعاصي ويرجعوا إلى الطاعات.

* * *

(فَصْلٌ)
[فِي صَلَاةِ الاسْتِسْقَاء]

لَا صَلَاةَ بِجَمَاعَةٍ فِي الاستقساءِ، بلْ دُعَاءٌ واستغفارٌ.
فَإِن صلَّوا فُرَادَى.. جَازَ.
وَقَالا: يُصَلِّي الْإِمَامُ بِالنَّاسِ رَكْعَتَيْنِ يجْهرُ فيهمَا بِالْقِرَاءَةِ.
ويخطبُ بعدَهمَا خُطبَتَينِ؛ كالعيدِ عِنْدَ محمَّدٍ.
وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: خطْبَةٌ وَاحِدَةٌ.

(فَصْلٌ)
فِي صَلَاةِ الاسْتِسْقَاء

أجمعوا على أن الاستسقاء سنة، واختلفوا: هل يسنّ له الصّلاة أو يستسقي بالدّعاء بلا صلاة؟ فذهب جمهور الصّحابة والتابعين ومن بعدهم: يسنّ له الصّلاة، ولم يخالف فيه إلّا أبو حنيفة، وتعلّق بما في «الصّحيحين» من حديث أنس رضي الله عنه الذي لم يذكر فيه الصّلاة، واحتج الجمهور بما في «الصّحيحين» أيضاً من الأحاديث التي ذكرت فيها الصّلاة، فأجابوا عما رواه أبو حنيفة بأنه محمول على نسيان الراوي، وكان في خطبة الجمعة، ويتعقبه الصّلاة للجمعة فاكتفي بها.

(لا صلاة بجماعة في الاستسقاء بل) هو **(دعاء واستغفار؛ فإن صلّوا فرادى.. جاز)** عند أبي حنيفة **(وقالا: يصلي الإمام بالناس ركعتين يجهر فيهما بالقراءة)**؛ لما في «الصحيحين»: «أنه ﷺ صلّى الاستسقاء ركعتين يجهر فيهما بالقراءة».

(ويخطب بعدهما خطبتين كالعيد عند محمّد) يعني: يفصل بينهما بجلسة خفيفة، وهو رواية عن أبي يوسف.

(وعند أبي يوسف: خطبة واحدة)؛ إذ لا صريح في المرويات يوافق قول محمد أنها خطبتان، ويحتمل أنه أخذه من المروي عن ابن عبّاس رضي الله عنهما: «أنه ﷺ صلّى في الاستسقاء ركعتين كصلاة العيد»، وقد رويت الخطبة في حديث أنس رضي الله عنه في رواية الطبراني.

وَلَا يَقلِبُ الْقَوْمُ أرديتَهم، ويقلبُ الإِمَامُ عِنْدَ محمَّدٍ.
وَيخرجُونَ..

وقال الشافعي: يخطب خطبتين قبل الصلاة كخطبة الجمعة.

(ولا يقلب القوم أرديتهم)، علله في «الهداية» بأنه: لم ينقل أنه بذلك، واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: بما عند أبي داوود: «استسقى النبي ﷺ وعليه خميصة سوداء فأراد أن يأخذ بأسفلها، فجعله أعلاها، فلمّا أثقلت.. قلبها على عاتقه». زاد الإمام أحمد وتحول الناس معه، قال الحاكم: إنّه على شرط مسلم. انتهى.

والثاني: أنه استدلال بالنفي، وهو باطل؛ لأنه احتجاج بلا دليل.

وأجيب عن الأوّل: بأنه إنما قال في «الهداية»: لأنه لم ينقل أنه أمرهم بذلك، فنقل أنهم فعلوا ذلك لا يضرّه؛ لأنّ فعلهم ذلك لا يستلزم أمره ﷺ بذلك [١٦٠/ب].

وعن الثاني: بأن التّعليل بالنّفي لا يصحّ إذا لم تكن العلّة متعيّنة، أما إذا كانت متعيّنة.. فلا بأس به، لأن انتفاء العلّة الشخصيّة يستلزم انتفاء الحكم.

وفي كلا الجوابين نظر:

أما في الأوّل: فلأن تقريرَهُ ﷺ بأنّهم إذ حوّلوا أرديتهم أحدُ الأدلة، فكان في معنى الأمر بذلك، اللهمّ إلّا أن يقال: إن تقريره الّذي هو أحد الأدلّة الشرعية ما كان عن علمه، لم يدل شيء مما روي على علمه بذلك ثم تقريره.

وأمّا في الثاني: فلأنه إنما يصحّ أن لو ثبت انحصار علّة القلب في الأمر، وليس كذلك، بل يجوز قلبهم تأسّياً لفعل النبي ﷺ.

(ويقلب الإمام عند محمّد)؛ لما في «البخاري»: «أنه ﷺ قلب رداءه» قالوا: ليتحول القحط إلى الخصب، أي يتفاءل به، وصفته على ما في «المحيط»: إن كان مربّعاً.. جعل أعلاه أسفله، وإن كان مدوّراً.. جعل الأيسر على الأيمن وبالعكس.

(ويخرجون) إلى المصلّى سوى مكة وبيت المقدّس، وفيهما يجتمعون في المسجد على ما في «فتح القدير».

ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَط.

وَلَا يَحضرُهُ أَهلُ الذِّمَّةِ.

ثم إنهم يخرجون مشاة في ثياب خلق غسيلة متذلّلين متواضعين خاشعين لله تعالى، ناكسوا رؤوسهم، ويقدمون الصدقة في كلّ يوم قبل خروجهم، ويجدّدون التوبة، ويستغفرون ويستسقون بالضعفة والشّيوخ.

(**ثلاثة أيام فقط**)؛ إذ لم ينقل أكثر من ذلك.

(**ولا يحضره أهل الذّمة**) لما روي أن عمر رضي الله عنه نهى عن ذلك؛ ولأنّ المقصود هو الدعاء باستنزال الرحمة، وإنما تنزل عليهم اللعنة والضلالة، قال الله تعالى: ﴿وَمَا دُعَآءُ ٱلْكَٰفِرِينَ إِلَّا فِى ضَلَٰلٍ﴾.

* * *

(بَابُ إِدْرَاكِ الْفَرِيضَةِ)

مَن شَرَعَ فِي فرضٍ فأُقيمَ؛ إِنْ لم يَسْجُدْ للأُولى.. يَقطَعُ ويقتدي.

بَابُ إِدْرَاكِ الفَرِيضَة

(**من شرع في فرض**) قيّد بالفرض؛ لأنّ النفل لا يقطع مطلقاً، وإنما يتمه ركعتين؛ لأن القطع إنما شرع في الفرض للإكمال بفضيلة الجماعة، ولا إكمال في النّفل، وقضاء الفوائت كالنّفل لا يقطع بل يتم، وكذلك المنذورة على ما في «الخلاصة».

واستثنى في «فتح القدير»: صلاة الجنازة حيث قال: إذا شرع في النفل، فحضرت جنازة خاف إن لم يقطعها تفوته.. يقطع النفل ثم يقضيه؛ لأن صلاة الجنازة تفوت لا إلى بدل.

وأما سنّة الظهر: فسيأتي بيانها.

(**فأقيم**) أي شرع الإمام في الفرض، وليس المراد إقامة المؤذن؛ لأنه لا يقطع حين إقامة المؤذن قبل أن يشرع الإمام، بل يتم ركعتين، ثم يدخل معهم على ما في «فتح القدير»، و«غاية البيان».

(**إن لم يسجد للأولى.. يقطع ويقتدي**) بالإمام على الصحيح؛ إحرازاً لفضيلة الجماعة، والأصل فيه: أن إبطال العمل للإكمال مشروع؛ كهدم المسجد لتجديده؛ لأنه ليس إبطالاً في الحقيقة، بل إكمال، وصلاة الجماعة لها فضيلة على صلاة المنفرد على ما في الصّحاح.

فما لم يقيّد بالسجدة.. ليس له حكم الصّلاة، حتى لو حلف لا يصلّي.. لا يحنث بهذا القدر على الصّحيح، فيقبل الرفض، فيجوز رفضه؛ للإكمال.

وإذا قيد بها.. يتم ركعتين ثم يقطع صيانة عن البطلان؛ لأنه بعد التقييد بها لا يقبل الرفض لتأكدها بها، وقد نهينا عن البتيراء، ثم هذا مقيّد بما إذا اتّحد مسجدهما،

وَإن سجدَ وَهُوَ فِي الرُّباعِيِّ.. يُتِمُّ شفعاً.

وَلَو سجدَ لثالثةٍ.. يُتِمُّ ....

حتى لو كان يصلي [١٦١/أ] في البيت مثلاً، فأقيمت في المسجد، أو صلّى في المسجد، فأقيمت في مسجد آخر، فإنه لا يقطع مطلقاً كذا في «فتح القدير» عن المرغيناني.

(وإن سجد) للأولى (وهو في الرّباعي) كالظهر والعصر - وبيان حكم الفجر والمغرب سيأتي - (.. يتم شفعاً)؛ صيانة للمؤدى عن البطلان؛ لأنّ له حكم الصّلاة، وقد نهينا عن البتيراء، فيتم شفعاً ثم يسلّم، ويدخل مع القوم في صلاة الإمام؛ إحرازاً للفضيلتين: فضيلة النفل، وفضيلة الجماعة؛ لأنه متى أمكن إدراك العبادتين.. لا يصار إلى إبطال أحدهما.

فإن قيل: كيف يبطل الفرض لإقامة السنة؛ أعني الجماعة؟

قلنا: ليس الإبطال لإقامة السّنة، بل لإقامة الفرض على وجه أكمل، وإذا كان القطع ثم الإعادة من غير زيادة إحسان جائز - كحطام الدنيا كالمرأة إذا فار قدرها، والمسافر إذا ندّت دابته، أو خاف فوت درهم من ماله - فجوازه لتحصيله على وجه أكمل وأتم.. أولى بالجواز.

فإن قيل: قد مرّ مراراً أنّ بطلان الوصف يستلزم بطلان الأصل على قول محمّد، فإذا بطل وصف الفرض لا يبقى أصل الصّلاة.. فكيف يصح القول بإحراز الفضيلتين؟

قلنا: هذا القول من محمّد، إنما هو فيما إذا لم يتمكن من إخراج نفسه عن العهدة بالمضي، كما إذا قيّد خامسة الظهر بسجدة ولم يكن قعد في الرابعة، أمّا إذا كان متمكناً بالمضي، لكن أذن له الشرع في عدمه.. فلا يبطل أصلها عنده أيضاً، بل يبقى نفلاً إذا ضم الثانية.

(ولو سجد لثالثة.. يتم) الأربع؛ لأن للأكثر حكم الكلّ، فيثبت به شبهة الفراغ.

ويَقْتَدِي مُتَطَوِّعاً، إلّا فِي الْعَصْرِ.

وَلَو فِي الْفَجْرِ أَو الْمَغْرِبِ.. يَقْطَعُ وَيَقْتَدِي مَا لَمْ يُقَيِّدِ الثَّانِيَةَ بِسَجْدَةٍ.

فَإن قيّدَ.. يُتِمُّ ....

ولو ثبت حقيقة الفراغ.. لم يحتمل النقض، فكذا شبهته، فإن كان في الثالثة بعد ولم يقيّدها بالسجدة.. يقطعها؛ لأنه بمحل الرفض قبل أن يقيد بالسّجدة، ثم هو مخير؛ إن شاء قعد وسلم؛ ليكون ختم صلاته على الوجه المشروع، وإن شاء كبّر قائماً ينوي الدّخول في صلاة الإمام، رفع يديه أو لا، وصحّحه فخر الإسلام.

وفي «المحيط»: الأصحّ: أنه يقطع قائماً بتسليمة واحدة؛ لأن القعود مشروط للتحلل، وهذا قطع لا تحلّل.

وفي «العناية» عن الحلواني: إنه لو لم يقعد.. فسدت صلاته، واختاره الإمام السّرخسي حيث قال: يعود لا محالة؛ لأنه أراد الخروج من صلاة معتدّ بها، وذلك لم يشرع إلّا في حالة القعود.

ثم اختلف إذا عاد هل يعيد التشهد؟ قيل: نعم؛ لأن الأوّل لم يكن قعود ختم، وقيل: يكفيه ذلك التشهد؛ لأنه لما قعد.. ارتفض ذلك القيام، فكأنه لم يقم.

ثم قيل: يسلّم تسليمة واحدة، وقيل: اثنتين.

(ويَقْتَدِي مُتَطَوِّعاً)؛ لأن الفرض لا يتكرر في وقت، وكراهة النفل بجماعة في خارج رمضان إنما هو إذا كان الإمام والقوم متنفّلين.

(إلّا في العصر) فإن النّافلة بعدها مكروه؛ لما رويناه في كتاب الأوقات.

(ولو) كان المصلّي (في الفَجْر أو المَغْرِب.. يَقْطَع وَيَقْتَدي) بالإمام سواء كان في الركعة الأولى أو في الثانية، (ما لم يقيد الثانية بسجدة) إحرازاً لفضيلة الجماعة [١٦١/ب] وإكمالاً للفرض؛ لأنّه لو ضمه ركعة أخرى لفاتته الجماعة؛ لوجود الفراغ حقيقة في الفجر وشبهة الفراغ في المغرب؛ لوجود أكثره على ما ذكرناه من قبل.

(فإن قيّد) الثانية بالسّجدة (.. يُتِمّ) فرضه ولا يقطعه؛ لوجود الفراغ حقيقة أو

وَلَا يَقْتَدِي.

وَلَو كَانَ فِي سنَّةِ الظُّهْرِ أَوِ الْجُمُعَةِ فأُقِيمَ أَو خَطَبَ.. يَقطَعُ على شَفعٍ.

وَقِيلَ: يُتمُّهَا.

شبهة، والفراغ لا يتصور القطع.

(ولا يقتدي) بعدهما بالإمام ولو متطوعاً؛ لكراهة النفل بعدهما؛ لما رويناه في كتاب الأوقات، ولأنه بعد المغرب يصلي ثلاثاً مع الإمام أو أربعاً.

ففي الأول: مخالفة السنة؛ لورود النهي عن البتيراء في التطوع.

وفي الثاني: مخالفة الإمام، وهي بدعة، ولو اقتدى به.. فالأحوط أن يصلي أربعاً، ثلاثة مع الإمام وواحدة بعده؛ لما فيه من زيادة الركعة، وموافقة السنة.

ومخالفة الإمام: مشروعة في الجملة، كالمسبوق فيما قضى، والمقيم إذا اقتدى بالمسافر، وهذا رواية عن أبي يوسف، واختاره فخر الإسلام.

وأجيب عنه: بأن المسبوق والمقيم إنما يفعلان المخالفة لأداء ما عليهما، وفيما نحن فيه يفعل لما له، لا لما عليه، والأوّل: أقوى، ولا يلزم من جواز المخالفة للأقوى جوازها للأضعف.

لا يقال: لما شرع في الثالثة وجب عليه الرابعة؛ لأن البتيراء ممنوع، ففعله الرابعة لما عليه؛ لأن الشروع في الثالثة إنما يكون ملزماً في النوافل إذا كان منفرداً لا مقتدياً، وعن أبي يوسف: أنه يقتدى به ويسلّم معه، ولا يتم أربعاً.

وأجيب عنه: بأن البتيراء منهي عنه في التطوع، ولا مخصّص يخصّص النهي بصورة الانفراد.

(ولو كان في سنة الظهر أو الجمعة فأقيم) أي شرع الإمام في الفرض (أو خطب) أي شرع في الخطبة (.. يقطع على شفع) آنفاً من البحث تأمّل.

(وقيل: يتمّها)؛ لأنه بمنزلة صلاة واحدة حتى أن الشفيع إذا أخبر بالشفعة.. فقام إلى الشفع الثاني.. لم تبطل شفعته، ويمنع صحّة الخلوة أيضاً، فأشبه فرض الظهر

وَكُرِهَ خُرُوجه مِن مَسْجِدٍ أُذِّنَ فِيهِ قبلَ أَن يُصَلِّيَ مَا أُذِّنَ لَهَا، إِلّا مَن تُقَامُ بِهِ جمَاعَةٌ أُخْرَى.

وَإِن صلَّى.. لَا يُكرَهُ خُرُوجه إِلّا فِي الظُّهْرِ وَالْعِشَاءِ ....

فيتمّها. وبه أفتى محمد بن الفضل البخاري، وحكى عن السفدي: كنت أفتي أنه يتم سنة الظهر أربعاً بخلاف التطوع، فإنه يقطعه شفعاً... حتى رأيت في «النوادر» عن أبي حنيفة: إذا شرع في سنة الجمعة ثم خرج الإمام؛ قال: إن كان صلّى ركعة أضاف إليها أخرى ويسلم، فرجعت.

وإليه مال الإمام السرخسي، والبقالي، وصاحب «الهداية».

وقال ابن الهمام: وهو الأوجه؛ لأنه متمكّن من قضائها بعد الفرض، ولا إبطال في التسليم على رأس الركعتين، فلا يفوت فرض الاستماع وفضيلة الجماعة.

(وكره) تحريماً؛ لما فيه من الوعيد الشديد على ما سيروى (خروجه من مسجد أُذِّن فيه)؛ لما روى ابن ماجه عن مولى عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدرك الأذان في المسجد ثم خرج، - ولم يخرج لحاجة - وهو لا يريد الرجوع.. فهو منافق»، وهكذا أخرجه أبو داود في «المراسيل» عن سعيد بن المسيب. ومراسيل سعيد تقبل.

وروي أن رسول الله ﷺ أمر أن لا يخرجوا من مسجد أُذِّن فيه [١٦٢/أ] حتى يصلّوا، ثم هذا إذا لم يصلّوا فيه مرّة، فإذا صلّى فيه مرة.. فلا بأس بالخروج عنه؛ لحصول الإجابة مرة. وإليه أشار بقوله: (قبل أن يصلي ما أذن لها) وهذا فيمن لم ينتظم معه أمر الجماعة، وإلّا بأن كان إماماً، أو مؤذناً في مسجد آخر أو ممن تفرق بغيبته الجماعة.. فإنه يخرج.

وكذا يخرج ليصلي في مسجد حيّه مع الجماعة على ما في «النّهاية»، وإليه أشار بقوله: (إلّا من تقام به جماعة أخرى، وإن صلّى) ما أذن له (.. لا يكره خروجه)؛ لما بيّناه (إلا في الظهر والعشاء)؛ لأن التطوع بعدهما مشروع، فيقتدي

إن شرعَ فِي الْإِقَامَةِ.

وَمَن خَافَ فَوتَ الْفَجْرِ بِجَمَاعَةٍ إن أدّى سنّتَهُ.. يَتْرُكُهَا ويقتدي، وَإِن رجا إِدْرَاكَ رَكْعَةٍ.. لَا يَتْرِكُ، بل يُصلِّيهَا..

تطوّعاً؛ للخروج عن اتّهام مخالفة الجماعة، لا مطلقاً، بل (**إن شرع في الإقامة**) وقبل الشروع فيها لا كراهة في الخروج.

(**ومن خاف فوت الفجر بجماعة؛ إن أدّى سنّتها.. يتركها ويقتدي**) إحرازاً لفضيلة الجماعة؛ لأن الوعيد في ترك الجماعة أثبتُ منه في ترك ركعتي الفجر، وأيضاً: الفضيلة في الفرض بجماعة أعظم من فضيلة ركعتي الفجر؛ لأنها تفضل الفرض منفرداً بسبع وعشرين ضعفاً، لا تبلغ ركعتا الفجر ضعفاً واحداً منها؛ لأنها أضعاف الفرض.

(**وإن رجى إدراك ركعة.. لا يترك، بل يصلّيها**)؛ لأن إدراك ركعة منه كإدراك الكل؛ لقوله ﷺ: «من أدرك ركعة من الفجر.. فقد أدرك الصّلاة».

وحكي عن الفقيه أبي جعفر: أنه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصلي ركعتي الفجر لو ظن إدراكه في التشهد؛ لأن إدراك التشهد عندهما كإدراك الركعة، وعلى قول محمد: لا اعتبار به، وحكي عن الفقيه إسماعيل الزّاهدي أنه كان يقول: ينبغي أن يشرع في السّنة ثم يقطعها، فيجب القضاء بالشروع، فيمكن من القضاء بعد الصّلاة ودفعه الإمام السّرخسي بأنّ ما وجب بالشروع ليس أقوى مما وجب بالنذر ونصّ محمّد: أن المنّذور لا يؤدّى بعد الفجر قبل الطّلوع. وأيضاً: إنّه شروع في العبادة بقصد الإبطال، فإن قيل: ليؤديها مرّة أخرى.. قلنا: إبطال العمل قصداً منهي عنه، ودرء المفسدة مقدّم على طلب المنفعة.

وقيل: الأحسن أن يشرع في سنة الفجر، ثم يكبر بالفريضة بلا سلام، فلا يكون مفسداً للعمل، بل يكون منتقلاً من النفل إلى الفرض، ثم إذا سلم الإمام.. قام بلا سلام معه فصلى السّنة.

عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ ويقتدي.

وَلَا تُقضَى إلّا تَبعاً للْفَرضِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: تُقضى بعدَ الطُّلُوعِ.

(**عند باب المسجد ويقتدي**)؛ لأنه لو صلاهما في المسجد.. لكان متنفلاً عند انتقال الإمام بالفريضة، وهو مكروه؛ فإن لم يجد عند باب المسجد موضعاً.. يصلي في المسجد خلف سارية.

وأشدها كراهة: أن يصلّيها مخالطاً للصف مخالفة للجماعة.

والذي يلي ذلك في الكراهة: أن يصلّيها خلف صف من غير حائل بينه وبين الصف على ما في «العناية».

(**ولا تقضى**) سنّة الفجر.

لا قبل طلوع الشمس؛ لأنها إذا فات وقتها تبقى نفلاً مطلقاً. والنفل المطلق مكروه بعد طلوع الصّبح حتى ترتفع الشمس على ما روي في «الصّحيحين».

ولا بعد طلوعها أيضاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الأصل في السنن أن لا تقضى؛ لاختصاص القضاء بالواجب؛ لأنه تسليم مثل الواجب بالأمر [١٦٢/ب]، ولا يعدل عن الأصل إلّا لداع من نص وإجماع. والدّاعي إنما ورد في قضائها تبعاً للفرض غداة ليلة التعريس، فبقي ما رواه على الأصل. ولهذا قال: (**إلّا تبعاً للفرض**) أي إذا فاتت معه تقضى معه تبعاً له، سواء صلاه بالجماعة أو لا، وهذا قبل الزّوال بالاتفاق.

وأمّا بعد الزّوال.. ففيه اختلاف؛ قيل: والصحيح أنها لا تقضى بعد الزّوال ولو كانت تبعاً للفرض؛ لأن النص - أعني حديث ليلة التعريس - ورد على خلاف القياس، فيقتصر على مورده، وهو قبل الزّوال؛ لأنه ﷺ قعد مع أصحابه قبله، وقدّمنا حديث التّعريس.

(**وعند محمّد: تقضى**) وحدها مقصودة قبل الزّوال (**بعد الطّلوع**) أي طلوع

وَيتْرُكُ سنّةَ الظّهرِ فِي الْحَالَينِ، ويَقضيها فِي وقتِهِ قبلَ شَفعِهِ.
وَغَيرُهمَا وَغيرُ الْفَرَائِضِ الْخمسِ وَالْوِترِ لَا يُقْضى أصلاً.

الشمس؛ لأنه ﷺ قضاها كذلك ليلة التعريس.

قلنا: النص الوارد على خلاف القياس يقتصر على مورده، وقضاؤه ﷺ إنما ورد تبعاً للفرض لا مقصوداً.

(**ويترك سنة الظهر في الحالين**) أي حال خوف فوت الظهر بجماعة، وحال رجاء إدراك ركعة.

أمّا الأوّل: فظاهر.

وأما الثاني: فلأنّ إدراك ركعة من الظهر ليس بإدراك جماعة على ما سيصرح به، فيتركها.

(**ويقضيها في وقته**) أي وقت الظهر على الصحيح؛ لحديث عائشة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ كان إذا فاتته الأربع قبل الظهر.. قضاهنّ بعده في وقته»، وأمّا بعد وقته فلا يقضي وحدها بالاتفاق. وفي قضائها تبعاً للفرض اختلاف.

قيل: تقضى بناء على جعل الوارد في قضاء سنة الفجر وارداً في غيره من السنن الفائتة مع فرائضها إلغاءً لخصوص المحلّ.

وقيل: لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب، وما ورد في قضاء سنة الفجر مقصور عليه، وهو الصحيح على ما في «العناية».

وقيل: لا تقضى أصلاً لا في الوقت ولا بعده.

ثم اختلف القائلون بالقضاء في الوقت، فقال بعضهم: يقضيها (**قبل شفعه**) وهو اختيار محمّد، وهو الأصحّ؛ أداء لحقّها مهما أمكن، وقيل: يقضيها بعد شفعة لئلا يلزم الفصلين.

(**وغيرهما**) أي: غير سنتي الفجر والظهر (**وغير الفرائض الخمس والوتر لا يقضى أصلاً**) لا وحده ولا تبعاً في وقته ولا بعده؛ لما ذكرناه أن الأصل في السنن:

وَمَن أَدْرَكَ رَكْعَةً وَاحِدَةً من الظّهْرِ بِجَمَاعَةٍ.. لم يصلِّهِ بِجَمَاعَةٍ، بل أَدْرَكَ فضيلَتَها.

عدم القضاء ما لم يكن داع إلى القضاء، ولم يوجد.

(**ومن أدرك ركعة واحدة من الظهر**) أي من الصلاة الرباعية ولم يدرك الثلاث منها (**بجماعة.. لم يصلّه بجماعة**) باتفاق بين أصحابنا؛ لأنه قد فاته الأكثر، ولهذا لو حلف لا يصلي الظهر مع الإمام ولم يدرك الثلاث.. لا يحنث؛ لأن شرط حنثه أن يصلي الظهر مع الإمام، وقد انفرد عنه في الأكثر، وأما لو أدرك معه ثلاث ركعات وفاته ركعة.. فعلى ظاهر الجواب: لا يحنث أيضاً على ما في «الزيلعي»، و«فتح القدير»، وشرح «الجامع الصغير»؛ لأنه لم يصلّها بل بعضها، وبعض الشيء ليس بالشيء، ولا حنث ببعض المحلوف عليه.

وقيل: يحنث، واختاره الإمام السّرخسي؛ لأن للأكثر حكم الكل، ولو أدرك معه ركعتين.. فلا يحنث بالاتفاق، هذا في المسبوق.

وأما في اللّاحق.. فالظاهر أنه لا يحنث على ما في «الزيلعي»؛ لأنه خلف الإمام حكماً، وعن [١٦٣/أ] أبي يوسف: أنه لا يحنث أيضاً، وهو القياس.

(**بل أدرك فضيلتها**) باتّفاق بين أصحابنا أيضاً على ما في «العناية» و«فتح القدير».

ولهذا لو حلف لا يدرك الجماعة.. يحنث إذا أدرك الإمام في التشهد، قال في «العناية» عن «الجامع»: إذا قال: «عبده حر إن صلّى الظهر بجماعة»، فسبق ببعضها.. لم يحنث؛ لأنه لم يصل الكل بهم؛ لانفراده بالبعض.

ولو قال: «إن أدرك الظهر».. حنث وإن أدركهم في التشهد؛ لأن مدرك الآخر للشيء مدرك لذلك الشيء، فلمّا كان مدركاً للجماعة بإدراك ركعة.. كان مدركاً لثوابها.

وَمَن أَتَى مَسْجِداً وَلم يُدْرِك جمَاعَةً.. يَتَطَوَّعُ قبلَ الْفَرْضِ مَا شَاءَ، مَا لم يَخَف فَوتَهُ.

وَمَن أَدْرَكَ الإِمَامَ رَاكِعاً فَكَبَّرَ ....

(ومن أتى مسجداً ولم يدرك جماعة.. **يتطوّع قبل الفرض ما شاء**) من السنن الرواتب وغيرها (**ما لم يخف فوته**) أي فوت الفرض؛ لأن حرمة التطوع عند ضيق الوقت.

قال محمّد: هكذا من أتى مسجداً قد صلّى فيه، فلا بأس بأن يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام الوقت.

فقيل: هذا القول من محمّد في غير سنّة الظهر والفجر؛ لأنّها آكد، فينبغي إتيانها، وأمّا التطوع قبل العصر والعشاء.. فمندوب إليه، والناس مخيرون بين إتيانه وتركه فإذن: لا بأس به.

وقيل: إنه في الجميع، لأنه ﷺ إنما واظب عليها عند أداء المكتوبات بالجماعة. ولا سنة دون المواظبة، فإن صلّاها فيما دون الجماعة.. لا يكون سنة إنما يكون تطوعاً، وهو قول صدر الإسلام، ومثله يروى عن الحسن بن زياد الكرخي.

وقال صاحب «الهداية»: الأولى أن لا يتركها مطلقاً، سواء صلى بالجماعة أو منفرداً، مقيماً أو مسافراً.

وفي «العناية»: وهكذا فعل الخلفاء الراشدون، وكبار الصّحابة والتابعون، إلّا إذا خاف فوت الوقت؛ فإنه حينئذ يتركها، ولا يقضيها بعد الوقت.

(**ومن أدرك الإمام راكعاً فكبّر**) أي: تكبيرة الافتتاح، وقيد بالركوع؛ لأنه إذا أدرك الإمام وهو قائم فكبر ولم يركع معه حتى رفع الإمام رأسه من الركوع ثم ركع، فإنه غير مدرك لتلك الركعة بالإجماع، وإذا أدرك في قومة الركوع لا يكون مدركاً لتلك الركعة بالإجماع.

وأمّا إذا أدركه وهو راكع فكبّر ولم يركع معه سواء كان متمكناً من الركوع، أو لم يكن متمكّناً.. فهو مسألة الكتاب كذا في «العناية».

ووقفَ حَتَّى رفعَ رَأسَهُ.. لم يُدْرِك تلكَ الرَّكْعَةَ.

وَمَن ركعَ قبلَ إِمَامِهِ فَأَدْرَكَهُ إِمَامُهُ فِيهِ.. صَحَّ رُكُوعُهُ.

قال في «فتح القدير»: مدرك الإمام في الركوع لا يحتاج إلى تكبيرتين، خلافاً لبعضهم.

ولو نوى بتلك التكبيرة الواحدة الركوع لا الافتتاح.. جاز ولغت نيته انتهى.

فإذا كانت تلك التكبيرة تكبيرة الافتتاح.. لا بد وأن يكون في القيام أو أقرب منه؛ لأن محلّها هو القيام.

(**ووقف حتى رفع**) الإمام (**رأسه**) أو لم يقف، بل انحط فرفع الإمام رأسه قبل ركوعه ففي الصّورتين. (.. **لم يدرك تلك الركعة**) مع الإمام، خلافاً لزفر؛ فإن عنده يصير مدركاً حتى كان لاحقاً عنده في هذه الركعة، فيأتي بها قبل فراغ الإمام؛ إذ الواجب قضاء ما فاته قبله، ولكنه لو صلاه بعد فراغه.. جاز.

وعندنا: هو مسبوق بها، فلا يأتي بها إلّا بعد فراغ الإمام.

وهو يقول: إنه أدرك الإمام فيما له حكم القيام وهو [١٦٣/ب] الركوع؛ فإن له حكمه، حتّى لو شاركه فيه صار مدركاً الركعة، ويأتي تكبيرات العيد فيه، فصار كما لو أدركه في محض القيام ولم يركع مع الإمام حتى رفع رأسه، فإنه يكون مدركاً لها اتفاقاً، حتّى كان له أن يركع بعد الإمام ويلحقه، وقد ذكرناه من قبل.

ولنا: أن الاقتداء متابعة وشركة، ولم يتحقق من هذا مشاركة لا في حقيقة القيام، ولا في الركوع.. فلم يدرك معه الركعة إذ لم يتحقق منه مسمّى الاقتداء بعد، بخلاف من شارك في القيام ثم تخلف عن الركوع؛ لتحقق مسمّى الاقتداء منه بتحقق جزئي مفهومه، فلا ينتقض بعد ذلك بالتخلف؛ لتحقق مسمّى اللّاحق في الشروع اتفاقاً، كذا في «فتح القدير».

(**ومن ركع قبل إمامه فأدركه إمامه فيه**) أي في الركوع (.. **صح ركوعه**)، ولكنه يكره فعله هذا.

وقال زفر: لا تجوز صلاته ما لم يُعد الركوع، كما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل الإمام؛ لأنّ ما أتي به قبل الإمام غير معتبر؛ لكونه منهياً عنه؛ لما في «البخاري»: «إنما جعل الإمام إماماً ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه»؛ فكذا ما يبنى عليه؛ لأن البناء على الفاسد فاسد.

ولنا: أن الشرط هو المشاركة في جزء من الركن؛ لأنه ينطلق عليه اسم الركوع حينئذ، وقد وجد ذلك ههنا، فيقع موقعه ويعتبر الركوع المقتدى فيه من حين المشاركة لا قبله، فلا يكون بانياً على الفاسد، بل مبتدئاً، وما قبله لغو، كأنه لم يوجد، فصار كما في الطرف الأول، فإنه لو ركع مع الإمام ورفع رأسه قبل الإمام.. يجوز ويكره، فكذا هذا؛ لأن للركوع طرفين، والشركة في أحدهما كافية بخلاف ما لو ركع قبله، ورفع رأسه قبله، فإنه لا يجوز بالاتّفاق؛ لعدم المشاركة في أحد طرفيه من الابتداء والانتهاء. هذا ولو سجد قبل إمامه، وأدركه إمامه.. فهو على هذا الخلاف.

وعن أبي حنيفة: أنه لو سجد قبل رفع الإمام من الركوع، ثم أدركه الإمام فيها.. لا يجزئه؛ لأنّه قبل أوانه في حق الإمام، فكذا في حقه؛ لأنه تبع له. ولو أطال الإمام في السجود فرفع المقتدي فظن أنه سجد ثانية فسجد معه؛ إن نوى بها الأولى، أو لم تكن له نية.. تكون عن الأولى، وكذا إن نوى الثانية والمتابعة ترجيحاً للمتابعة، وتلغو نيّة غيره؛ للمخالفة.

وإن نوى الثانية لا غير.. كانت عن الثانية؛ فإن أدركه الإمام فيها.. فهو على الخلاف المار مع زفر، وعلى قياس ما روي عن أبي حنيفة؛ فمن سجد قبل رفع الإمام من الركوع.. يجب أن لا تجوز؛ لأنه سجد قبل أوانه في حق الإمام، فكذا في حقه؛ لأنه تبع له، كذا في «فتح القدير».

وفي «قاضي خان» و«الخلاصة»: المقتدي إذا أتى بالركوع والسجود قبل الإمام.. فهذه على خمسة أوجه:

إمّا أتى بهما قبله.

أو بعده.

أو أتى بالركوع معه والسجود قبله.

أو أتى بالسجود معه والركوع قبله.

أو أتى بهما قبله ثم يدركه الإمام في آخر الركعات كلّها.

١- فإن أتى بهما قبله في الركعات كلها.. يجب عليه أن يصلي ركعة أخرى [١٦٤/أ] بعد الإمام بغير قراءة، ويتم صلاته؛ لما عرفت أن مدرك أوّل صلاة الإمام لاحق، وهو يقضي قبل فراغ الإمام.. ففي هذه الصّورة: إن الركوع والسّجود في الركعة الأولى قبل الإمام لم يقع معتبراً في ركوعه وسجوده في الركعة الثانية، صار قضاء عن الأولى، فتصير ركعة تامة، وكذا ركوعه وسجوده في الركعة الثالثة قضاء عن الثانية، فتصير ركعتين، وركوعه وسجوده في الرابعة قضاء عن الثالثة، فتصير ثلاث ركعات، بقيت الرابعة بغير ركوع وسجود، فصلّى ركعة بغير قراءة، ويتم صلاته.

٢- أما إذا ركع معه وسجد قبله.. فيجب عليه قضاء ركعتين؛ لأنه لما ركع في الأوّل معه.. اعتبر ركوعه؛ فإذا سجد قبله.. لم يعتبر سجوده، ثم فعل في الثانية أيضاً كذلك.. صارت السجدة في الثانية قضاء من الأولى، فصارت ركعة وبطلت الثانية؛ لأنها بقيت قيام وركوع بلا سجود، ثم لما فعل في الثالثة أيضاً كذلك لم تعتبر سجدته أيضاً، ثم فعل في الرابعة أيضاً كذلك.. صارت سجدته في الرابعة قضاء عن الثالثة، فتمت الثالثة وبطلت الرابعة، فصارت ركعتان، فيجب عليه قضاء ركعتين بغير قراءة.

٣- وأما إذا ركع قبله وسجد معه.. يجب عليه قضاء أربع ركعات بغير قراءة؛ لأن السّجود مع الإمام لا يعتبر إذا لم يتقدمه ركوع، فيلزمه أربع ركعات، وإن أدركه

الإمام في الركوع والسجود في آخرهما.. يجوز؛ لأنه أتى بما هو الواجب، لكنه يكره.

٤- وإن ركع بعد الإمام وسجد بعده.. صارت صلاته.

ولو رفع الإمام رأسه منها قبل أن يسبّح المقتدي ثلاثاً.. فاختلفوا فيه، والصحيح: يتابع إمامه؛ لأن المتابعة فرض، والتّسبيح سنّة، ولو أدرك الإمام بعد رفعه من الركوع.. يجب أن يتابعه في السجدتين، وإن لم يحتسبا له، كذا قالوا.

وفي «فتح القدير»: عن «النظم» خمسة إذا لم يفعلها الإمام.. لا يفعلها القوم:

١- القنوت.

٢- وتكبيرات العيد.

٣- والقعدة الأولى.

٤- وسجدة التلاوة إذا تلا في الصلاة ولم يسجد.

٥- أو سها ولم يسجد.

وأربعة إذا فعلها الإمام.. لا يفعلها المقتدي:

١- إذا زاد سجدة مثلاً.

٢- أو زاد في تكبيرات العيد ما يخرج به عن أقوال الصحابة وسمِع التكبير من الإمام لا المؤذن على ما سيأتي في صلاة العيد.

٣- أو خامسة في تكبيرة الجنازة.

٤- أو قام إلى الخامسة ساهياً.

وسبعة إذا لم يفعلها الإمام.. يفعلها القوم:

١- إذا لم يرفع يديه في الافتتاح.

٢- وإذا لم يثن ما دام في الفاتحة، وإن كان في السورة.. فكذا عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وقد عرف أنه إذا أدركه في جهر القراءة.. لا يثني.

٣- وإذا لم يكبر للانتقال.

٤- أو يسبح في الركوع والسجود.

٥- وإذا لم يسمع أو لم يقرأ التشهد.

٦- وإذا لم يسلم الإمام يسلم القوم. وتقدم أنه إذا أحدث.. لا يسلّمون، بخلاف ما إذا تكلم.

٧- وإذا نسي تكبير التشريق، كذا في «الخلاصة».

وفصّل فيما قام إلى [١٦٤/ب] الخامسة ساهياً، حيث قال: إذا قعد الإمام على الرابعة، وقام إلى الخامسة ساهياً.. لا يتابعه المقتدي؛ فإن لم يقيّد الخامسة بالسّجدة، وعاد وسلم.. سلم المقتدي معه، وإن قيد الخامسة بالسجدة.. سلّم المقتدي.

ولو لم يقعد الإمام على الرّابعة، وقام إلى الخامسة ساهياً، وتشهد المقتدي وسلم، ثم قيّد الإمام الخامسة بالسّجدة.. بطلت صلاتهم.

* * *

(بَابُ قَضَاءِ الْفَوَائِتِ)

التَّرتِيبُ بَينَ الفائتةِ والوقتيّةِ وبَين الْفَوَائِتِ شَرطٌ؛.........................

(باب قضاء الفوائت)

لما فرغ من ذكر الأداء.. شرع في ذكر القضاء، فالأداء تسليم عين الواجب، والقضاء تسليم مثل الواجب بالأمر الأول على الصّحيح، فلا يتصّور القضاء في غير الفائتة على ما دلّ عليه الإضافة.

(**الترتيب بين الفائتة والوقتية وبين الفوائت شرط**)؛ أي واجب لما في «الصّحيحين»: «أن رسول الله ﷺ صلّى العصر بعد ما غربت الشمس، وصلّى بعدها المغرب».. فلو لم يكن الترتيب واجباً.. لما أخر المغرب؛ لأن تأخيره مكروه، ولما رواه أحمد: أنه ﷺ شغل عن أربع صلوات يوم الخندق قضاهنّ مرتّبة وقال: «صلّوا كما رأيتموني أصلّي»، وهذا حجّة على الشافعي في القول بأنّ الترتيب مستحب لا واجب، مستدلاً بأنه لو كان شرطاً.. يلزم أن يكون أداء الفائتة شرطاً لصّحة الوقتية، وشرط الشيء تبع له، وكل صلاة أصل بنفسها، فلا يكون شرطاً لغيرها؛ لأنه رأي في مقابلة النص، فلا معتبر به على أنه منقوض:

بالإيمان: فإنه أصل كل أعمال، مع أنه شرط لصحة جميع الأعمال.

وبالظهر يوم عرفة: فإن تقديمها يومئذ شرط لصّحة العصر.

واستدل في «الهداية» بما أخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنه ﷺ قال: «من نام عن صلاة أو نسيها، فلم يذكرها إلّا وهو مع الإمام، فليصل التي هو فيها، ثم ليصل التي ذكرها، ثم ليعد التي صلى مع الإمام».

واعترض بوجوه:

الأول: أنه يدل على وجوب إعادة الوقتية. ووجوب الإعادة لا يستلزم كونه لفسادها؛ لجواز أن يكون لكراهتها بناء على ما قالوا: إن ما تؤدى مع الكراهة من الصّلاة تجب إعادتها، سلّمناه؛ لكن لا يستلزم كون الفساد لترك الترتيب الواجب،

سلّمناه؛ لكن فساد الوقتية معارض لصحّتها بالقاطع الدال على أنه وقتها، ولازمه الشرعي: الصحة فيه، ولازم القطعي قطعيّ.

وأجيب: هذا مسلم على تقدير قطعية اللّزوم، لكن قطعية لزوم الصّحة إنما هو عند استيفاء شروطه الثانية شرعاً، وقد ثبت اشتراط تقديم الفائتة بهذا النص، فيتوقف قطعية لزوم الصحة فيه على تقديمها؛ فإذا لم يوجد هذا الشرط.. لم يوجد الصحة المشروطة به أيضاً.

ورد بأنّ إثبات شرط للمقطوع به بظنيّ وإن التزمه بعض مشايخنا.. فاسد؛ لأنه من قبيل الزيادة بخبر الواحد الظنيّ على النص القاطع المطلق في الصحة، وذا لا يجوز؛ لأنه نسخ، والظنّي لا يكون ناسخاً للقطعي.

أقول: إن النصوص الواردة في حق الأوقات في الصلاة كلها مجملة لا مطلقة، فيصح بيانها بخبر الواحد، فصار هذا بياناً للمجمل لا تقييداً للمطلق حتى يكون نسخاً، والحكم بعد البيان مضاف إلى المبيّن، فثبت فرضيّة الترتيب [١٦٥/أ] بالكتاب المبين إجماله بخبر الواحد؛ نحو قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتۡ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ كِتَٰبٗا مَّوۡقُوتٗا﴾ وقوله تعالى: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾ بخلاف قوله تعالى: ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِ﴾.. فإنه ليس بمجمل، بل مطلق في حق القراءة، فلو عيّنا الفاتحة في الصّلاة على وجه.. تفسد الصّلاة بتركها بخبر الفاتحة كما عيّنا الترتيب كذلك.. لزم تقييد إطلاق النص بخبر الواحد، وذا لا يجوز، لا يقال: إن حديث ابن عمر رضي الله عنهما مشهور تلقّته الأُمّة بالقبول؛ فإنهم أجمعوا على وجوب القضاء الثابت به، فيجوز الزيادة به على إطلاق الكتاب؛ لأنّا نقول: إن أهل الجرح والتّعديل اختلفوا في رفع هذا الحديث فضلاً عن شهرته؛ كيف لو كان مشهوراً لقدموا الفائتة على الوقتية مطلقاً عند ضيق الوقت وسعته؛ لجواز الزيادة بالمشهور على الكتاب، مع أنهم قدّموا الوقتية عليها عند ضيق الوقت على ما سيأتي، ولا نسلّم أنهم أجمعوا

فَلَو صلى فرضاً ذَاكِراً فَائِتَةً.. فسد فَرْضُهُ مَوْقُوفاً عِنْدَهُ،......................

على أن وجوب القضاء ثابت بهذا الحديث؛ لجواز ثبوته بحديث آخر، ولو سلّم ذلك، لكنّه لا يلزم من إجماعهم على وجوب القضاء بهذا الحديث إجماعهم على وجوب الترتيب بهذا الحديث، وهو المدّعى.

والثاني: أنه متروك الظاهر؛ لأنه يدل على وجوب القضاء على النائم والناسي لا على العامد مع أنه واجب عليه أيضاً، ومتروك الظاهر لا يحتج به، سيما في إفادة الفرضية.

قلنا: إنّ الحديث ساكت عن وجوب القضاء على العامد لا نافٍ، فلا يكون متروك الظاهر، ووجوب القضاء على العامد غير ثابت بالإجماع، وليس الفرض من هذا الحديث الاستدلال على وجوب القضاء، بل على وجوب الترتيب، ودلالته عليه في النائم والنّاسي ظاهرة، فكذا في العامد، إذ لا فاصل ولا قائل به.

وقد يقال: إن دلالته عليه في العامد علم بطريق الدّلالة.

والثالث: أنّ الترتيب يسقط بالنّسيان وضيق الوقت، وكثرة الفوائت، وشرط الصّلاة لا يسقط بشيء من ذلك.

أجيب: بأنّ وقت النسيان ليس بوقت للفائتة؛ لأن وقتها وقت التّذكر وهو ناس، وأمّا ضيق الوقت.. فلم يكن متناول الحديث؛ لأن جعل قضاء الفائتة شرط جواز الوقتية إنما هو لتدارك الوقتية، وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها، فلم يكن شرطاً عند ضيق الوقت، وأما كثرة الفوائت.. فإنها في معنى ضيق الوقت؛ لأن الاشتغال بها مع كثرتها يفضي إلى تفويت الوقتية.

(**فلو صلّى فرضاً ذاكراً**) من الذُّكر بالضم (**فائتة.. فسد فرضه**): لإخلاله بشرط، لكن لا مطلقاً عند أبي حنيفة بل (**موقوفاً عنده**) على قضاء الفائتة قبل أن يؤدّي فرضاً سادساً؛ فإن أدّاه ذاكراً للفائتة قبل قضائها.. صحّ الخمس المؤدّاة وما صلاه، وإن قضى الفائتة قبل السادسة.. فسدت الخمسة التي صلاها ذاكراً للفائتة، وينقلب نفلاً عندهما، وتبطل أصلاً عند محمّد.

وَعِنْدَهُمَا: باتّاً.

صورته: رجل ترك صلاة الفجر وصلّى بعدها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر والظهر مع تذكر الفائتة.. جاز ظهر اليوم [١٦٥/ب] الثاني بالاتّفاق والخمسة التّي صلّاها قبله انقلب صحيحاً عند أبي حنيفة، وبقي على فسادها عندهما.

ولو كان قضى الفائتة قبل ظهر اليوم الثّاني.. فسد الخمس بالاتفاق، وهذا ما قاله في «المبسوط»:

صلاة واحدة تصحّح خمساً، وواحدة تفسد خمساً.

فالواحدة المصحّحة: هي السّادسة قبل قضاء المتروكة.

والواحدة المفسدة: هي الفائتة الّتي تقضى قبل السّادسة على ما صرّح به في «غاية البيان».

واعلم: أن صاحب «الهداية» و«النّهاية» و«العناية» و«غاية البيان» و«الزيلعي» و«الكافي» كلّهم صرّحوا أن انقلاب الخمس صحة عند أبي حنيفة يتوقف على أداء السّادسة سوى الفائتة، قبل قضائها على ما صوّرناه، واختاره المصنف أيضاً على ما سيظهر في تفريعه، وفيه نظر؛ لأن المصحّح للخمس مجرّد دخول وقت السّادسة لا أداؤها؛ لأنّ أداء السّادسة هي السابعة مع الفائتة، والكثرة المسقطة للترتيب المصححة للخمس المؤداة لا يتوقف على أداء السابعة بالاتّفاق، بل إنما يتوقّف على أداء السّادسة مع الفائتة عند أبي حنيفة، وبه صرّح في «فتح القدير» و«البحر».

وقال في «المجتبى»: اعلم أن فساد الصّلوات بترك الترتيب موقوف عند أبي حنيفة؛ فإن كثرت وصارت الصّلوات مع الفائتة ستاً.. ظهر صحّتها، وإلّا.. فلا. انتهى.

وهذا نص فيما قلنا: وهو الّذي يقتضيه استدلال أبي حنيفة أيضاً على ما سنبينّه.

(**وعندهما**): فسد فرضه (**باتاً**) أي حتماً بلا توقّف على قضاء الفائتة، لكنه عند أبي يوسف فسد وصف الفرضية لا أصل الصّلاة، فينقلب نفلاً؛ لأن بطلان الوصف

لا يقتضي بطلان الأصل؛ لأن التّحريمة انعقدت للأصل لا للوصف، وعند محمّد: بطل أصل الصّلاة، حتى لو قهقه بعد التذكر لا ينتقض وضوؤه لأن التحريمة انعقدت للفرضية؛ فإذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة فبطلت الصّلاة أيضاً، هذا لهما أن العلة في سقوط الترتيب: هو الكثرة الحاصلة بالسادسة، وكلّ حكم لا بدّ وأن يتأخر عن علّته بالضرورة، فسقوط الترتيب لا يكون إلّا فيما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها، وإلّا.. لزم وجود الحكم قبل تمام علّته، وهذا كما لو رأى عبده يبيع ويشتري، فسكت.. ثبت الإذن دلالة فيما بعد هذا البيع لا فيه بنفسه، وكذا الكلب إذا صار معلّماً بترك الأكل ثلاث مرات.. ثبت الحلّ فيما بعدها لا فيها.

ولأبي حنيفة - وهو الاستحسان -: أن الترتيب يسقط بالكثرة وهي قائمة بالكلّ، فوجب أن تؤثر في السّقوط في كل واحد من آحاد الكثرة، كما وجب أن تؤثر فيما بعد الكثرة؛ لأن الحكم يترتب على علّته أينما وجدت، فإن قيل: كلّ واحدة من آحادها جزؤها متقدمة عليها، فكيف تكون معلولة لها؟

قلنا: إنه جزؤها من حيث الوجود، ولا كلام فيه، وإنما الكلام من حيث الجواز، وذلك متأخر؛ لأنه لم يكن ثابتاً لكل واحد منها قبل الكثرة، ثم يثبت بها، ولا يمتنع أن يتوقف حكمٌ على أمر حتى يتبيّن حاله؛ كتعجيل الزكاة إلى الفقير يتوقف كونها فرضاً على تمام الحول والنصاب تامٌّ؛ [١٦٦/أ] فإن تمّ الحول مع تمام النّصاب.. كان فرضاً، وإلّا.. فنفل؛ وككون المغرب في طريق مزدلفة فرضاً يتوقف على عدم إعادتها قبل الفجر، فإن أعادها... كانت نفلاً، وكالظهر يوم الجمعة قبلها في البيت يتوقف كونها عن فرض على عدم شهوده الجمعة قبل أداء الإمام؛ فإن شهدها.. كان نفلاً.

وصحّة صلاة المعذور إذا انقطع عذره فيها.. يتوقف على عوده في الوقت الثاني، فإن لم يعد.. فسدت صلاته.

وكون الزائد على العادة حيضاً يتوقف على عدم مجاوزة الدم على العشرة، فإن جاوز.. فاستحاضة... إلى غير ذلك، فكذا يجوز أن يتوقف صحة الصّلوات الخمس التّي أدّاها. وفسادها على السّادسة هذا ما ذكروه.

ولي ههنا بحث، وهو: أن الكثرة المسقطة للتّرتيب صفة الفوائت؛ فإذا صحّت الخمس المؤداة بالسّادسة على مذهب أبي حنيفة.. لم يوجد الفوائت سوى الواحدة المتروكة، فلا يوجد الكثرة بالضرورة حتى يتصور سقوط الترتيب؛ فإن وجد الكثرة أوّلاً، ثم انتفى بترتب حكمها.. يلزم أن يكون وجود الشيء علّة لعدمه، وهو محال، وإن لم يوجد أصلاً.. فكيف يكون علّة يترتّب عليها السّقوط؟

فالأوجه في تخريج قول أبي حنيفة: أن كثرة الفوائت خارجة عن النص الموجب للترتيب، وقد رويناه في أوّل الباب بدلالته؛ لظهور أن الأمر فيه بالإعادة للاهتمام للفائتة وتداركه، ومعلوم أنّ الوقتية أولى بالاهتمام، فإذا كثرت الفوائت فالاشتغال بها.. لا يفضي إلى ترك الوقتية، وكذا الأمر بالتشبيه في قوله: «كما رأيتموني» على ما رويناه إنما هو فيما لم يؤد إلى الحرج؛ وفي رعاية الترتيب في الكثرة حرج، لكن الكثرة أمر اضافي في بعض أفرادها حرج، وفي بعضها لا، ويختلف بحسب الأشخاص والأزمان، فلا مطمع في تعيين ما يقع فيه الحرج، فاعتبر الغالب وهو بالدخول في حدّ التكرار، فأقيم السبب مقام المسبب، فأدير الحكم على السبب، وإن لم يوجد المسبب أعني: الحرج كما في السفر مع المشقّة، فإذا خرجت الكثرة من النص للحرج والإفضاء إلى تفويت الوقتية.. خرجت الصورة المذكورة أيضاً؛ أعني: ما صحّت الخمس بالسادسة، إذ لو ثبت الترتيب في هذه الصّورة.. ثبت مع الكثرة وهو محال، وما يفضي إلى المحال.. محال، فعلة السقوط في الصورة المذكورة لزوم المحال على تقدير ثبوت الترتيب فيها؛ لا وجود الكثرة، حتى يرد عليه ما ذكر فتأمّل، فإنه بالتأمل حقيق.

فَلَو قَضَاهَا قبل أَدَاء سِتٍّ.. بطلَت فَرضِيَّةُ مَا صلَّى، وَإِلَّا .. صحت عِنْده، لَا عِنْدَهُمَا.

وَالْوِترُ كالفرضِ عملاً، فَذِكرُهُ مُفسدٌ، لا عندَهُما.

وَلَو صلَّى الْعشَاءَ بِلَا وُضوءٍ نَاسِياً، ثمَّ صلَّى السنّةَ وَالْوِترَ بِهِ.. يُعِيدُ السُّنَّةَ؛ لِإعادةِ الْعشَاءِ،..

ثم فرّع على أصلها بقوله: (فلو قضاها) أي: الفائتة (قبل أداء ست) صلوات هكذا في «الهداية»، حيث قال: حتى لو صلى ست صلوات، ولم يُعِدِ الظهرَ.. انقلب الكل جائزاً وارتضاه عامة شروحها وشروح «الكنز»، لكنه ليس بصحيح؛ لأن المصحح للخمس المؤدّاة: هو دخول وقت السّادسة، لا أداؤها، وإلّا.. لزم توقف الكثرة على سبع صلوات؛ لأن السّادسة سابعة الفوائت، وقد ذكرناه آنفاً (.. بطلت فرضية ما صلّى) قبل أداء السّادسة أعني الخمس المؤدّاة وينقلب نفلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف [١٦٦/ب].

(وإلّا) أي: وإن لم يقض الفائتة قبل السّت (.. صحّت) الخمس المؤدّاة من الصّلوات (عنده لا عندهما)، بل تبقى على الفساد، ووجه الطرفين مرّ، لكنه عند أبي يوسف يبطل وصف الفرضية كما هو عند أبي حنيفة، وعند محمد: يبطل أصل الصلاة على ما سيصرح به.

(والوتر كالفرض عملاً) أي أنه واجب (فذكره) في الصّلاة (مفسد) حتى لو صلّى الفجر ذاكراً للوتر.. فسد فجره عند أبي حنيفة، إلّا أن يكون آخر الوقت فخاف فوت الفجر (لا عندهما)؛ لأنه سنة عندهما، ولا ترتيب بين الفرض والسنة.

(ولو صلّى العشاء بلا وضوء ناسياً ثم صلّى السنة والوتر به) أي بالوضوء (..يعيد السنة لإعادة العشاء)؛ لأن السنة تبع للفرض، ولا وجود للتبع بدون المتبوع.

وَلَا يُعِيدُ الْوترَ، خلافاً لَهما.

ويُبطلانِ الْفَرْضِيَّةِ.. لَا يبطلُ أَصلُ الصَّلَاةِ، خلافاً لمُحَمدٍ.

[مطلب: بِمَ يسقطُ الترتيبُ؟]

وَيسْقطُ التَّرْتِيبُ:

بِضيقِ الْوَقْتِ، ....

(ولا يعيد الوتر)؛ لأنه واجب عنده، فلا يكون تبعاً للفرض، فصار كأنه صلّى فرضاً بنسيان فرض آخر، وإنما قال: «ناسياً»؛ لأنه لو صلاها عمداً.. يخاف عليه الكفر لإنكار الفرض.

(خلافاً لهما)؛ لأن عندهما سنة فيكون تابعاً للفرض فيعيده تبعاً للفرض.

(وببطلان الفرضية لا يبطل أصل الصّلاة) عندهما، هذا إتمام لما سبق من قوله: بطلت فرضية ما صلّى (خلافاً لمحمّد) قال: إن التحريمة عقدت للفرض، فإذا بطلت الفرضية.. بطلت التحريمة أصلاً فلا تبقى صلاة، ولهما: أنها عقدت لأصل الصّلاة، لا لوصف الفرضية، وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل.

[مطلب: بمَ يسقط الترتيب؟]

(ويسقط الترتيب:

- بضيق الوقت)؛ لما ذكرناه أنه: إنما وجب لتدارك الفائتة، وليس من الحكمة تداركها بتفويت الوقتية، فلم يكن من متناول النص الذي ثبت به وجوبه، فمعنى سقوطه عند ضيق الوقت: عدم ثبوته فيه، لا أنه ثبت ثم سقط لعذر، ثم إنه لو قدم الفائتة في هذه الحالة.. صحت؛ لأنّ النهي عن تقديمها حينئذ لمعنى في غيرها، أعني كون الاشتغال بها يفضي إلى تفويت الوقتية، وذلك إنما يوجب كونه عاصياً لا كونها فاسدة، بخلاف ما إذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يصح؛ لأنه أداها قبل وقتها؛ لأن وقتها حينئذ بعد الوقتية، ثم المراد بضيق الوقت: أن يكون

وبالنِّسيانِ.

الباقي من الوقت ما لا يسع فيه الفائتة والوقتية معاً في نفس الأمر، لا في ظنه، حتى لو ظنّ ضيقه فصلّى الوقتية، ثم ظهر أنه كان فيه سعة.. بطلت وقتيته، فينظر؛ إن كان في الوقت سعة.. يصلي الفائتة أولاً ثم يعيد الوقتية، وإن لم يكن فيه سعة.. يعيد الوقتية فقط، ثم ضيق الوقت يعتبر عند الشروع، حتى لو شرع في الوقتية مع تذكر الفائتة وأطال القراءة حتى ضاق الوقت.. لا تجوز صلاته إلّا أن يقطعها وشرع فيها.

ولو شرع ناسياً وأطال القراءة حتى ضاق الوقت، ثم تذكر الفائتة عند ضيق الوقت.. جازت صلاته، ولا يلزمه القطع؛ لأنه لو شرع فيها في هذه الحالة.. كانت جائزة، فالبقاء أولى منه؛ لأنه أسهل من الابتداء، هذا فيما إذا كانت الفائتة واحدة.

وأما لو كانت [١٦٧/أ] كثيرة ولم يسقط الترتيب فيها بعذر، والوقت لا يسع الفوائت كلّها مع الوقتية؛ لكنه يسع بعضها معها.. فلا تجوز الوقتية ما لم يقض ذلك البعض، وقيل: عند أبي حنيفة: يجوز؛ لأنه ليس الصرف إلى هذا البعض أولى من الصرف إلى البعض الآخر وفي «المجتبى»: وهو: الأصح.

ثم المعتبر: أصل الوقت عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والوقت المستحب عند محمد؛ وهو المروي عن الحسن على ما ذكره الطّحاوي، حتى لو تذكر في وقت العصر أن عليه قضاء الظهر، وعلم أنه لو اشتغل بالظهر يقع العصر قبل الغروب في الوقت المكروه.. لا يسقط التّرتيب عندهما، فيصلّي الظهر في الوقت المستحب، والعصر في الوقت المكروه، وعند الحسن ومحمّد يسقط الترتيب فيصلّي العصر في الوقت المستحب، ويؤخر الظّهر إلى ما بعد المغرب. ولو بقي من الوقت المستحب قدر ما لا يسع فيه الظهر.. سقط الترتيب بالاتفاق.. لعدم جواز الظهر فيه.

• (وبالنسيان) أي: نسيان الفائتة، وقيل: لا تسقط بالنسيان، والأول أصح؛ لأن النسيان عذر سماوي؛ والناسي عاجز، ولا تكليف مع العجز، ولأن وقت المنسّية وقت تذكرها؛ لقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها.. فليصلها إذا ذكرها».

فإن قيل: كما أن النسيان معتبر في سقوط الترتيب، فهل يعتبر الظن بعدم وجوبه أيضاً؟

قلنا: فيه تفصيل على ما ظهر من «النّهاية» و «فتح القدير»: أن فساد الصّلاة إن كان قوياً كفسادها لعدم الطهارة.. فلا يعتبر، وإن كان ضعيفاً كفسادها لعدم الترتيب.. فمعتبر؛ لأنه قال في «فتح القدير»: لو صلى الظهر بغير طهارة، ثم صلى العصر ذاكراً لها.. تجب إعادة العصر وإن ظن عدم وجوب الترتيب.

ولو صلى هذه الظهر بعد هذه العصر، ولم يعد العصر حتى صلى المغرب ذاكراً لها.. تصح المغرب إذا ظن عدم وجوب الترتيب؛ لأن فساد العصر ضعيف؛ لقول بعض الأئمة بعدم فساده، فلا يستتبع فساد المغرب، بخلاف فساد الظهر، فإنه قويّ فيستتبع فساد العصر، فلا يعتبر ظنه فيه، كذا في «البحر» .

هذا في غير المجتهد؛ فإن الظن منه معتبر. مطلقاً، ولا يخالفه ما في «المحيط» عزواً إلى «النّوادر»: أو صلى الظهر على ظن أنه متوضئ، ثم توضّأ وصلّى العصر، ثم تبين يعيد الظهر خاصة لا العصر؛ لأنه بمنزلة الناسي في حق الظهر، فلم يلزمه مراعاة الترتيب. انتهى.

لأنه كان فيما قدمناه وقت العصر ذاكراً أنه صلى الظهر بغير طهارة، بخلاف ما في «المحيط» وفي «البحر» عن المجتبى: من جهل فرضية الترتيب.. لا يجب عليه؛ كالناسي، وهو قول جماعة من أئمة بلخ، وعليه ما في «القدوري الكبير».

ترك الظهر وصلى العصر ذاكراً حتى فسد، ثم قضى الظهر وصلى المغرب قبل إعادة العصر.. صحّ مغربه.

ولو علم أن عليه إعادة العصر؛ للترتيب.. لم يجز مغربه، هذا حكم نسيان الفائتة نفسها، وأما حكم نسيان الفائتة، وحكم نسيان الترتيب بين الفائتة.. سيأتي عند شرح قوله.

وبصَيرورةِ الْفَوَائِتِ سِتّاً؛......................................

● (وبصيرورة الفوائت ستاً) بخروج وقت السادسة [١٦٧/ب] وهذا لأنه حينئذ يدخل في حدِّ الكثرة بالتكرار، فيكون في معنى ضيق الوقت.

وعن محمد: أنه اعتبر في حدّ الكثرة المسقطة دخول وقت السادسة لا خروجه، والصّحيح: هو الأوّل على ما في «الهداية» و«الزيلعي»؛ لما ذكرناه.

ثم قال في «الزيلعي»: ثم المعتبر فيه: أن تبلغ الأوقات المتخللة مذ فاته ستّة وإن أدى ما بعدها في أوقاتها، وقيل: يعتبر أن تبلغ الفوائت ستاً، ولو كانت متفرقة، وثمرة الخلاف: تظهر فيمن ترك ثلاث صلوات مثلاً، الظهر من يوم والعصر من يوم، والمغرب من يوم، ولا يدري أيّتها أولى، فصلى الأوّل.. سقط الترتيب؛ لأن الأوقات المتخللة بين الفوائت كثيرة، وعلى الثاني لا يسقط؛ لأنّ الفوائت نفسها، يعتبر أن تبلغ ستاً، والأول: أصح. انتهى، وفيه بحث.

أمّا أولاً: فلأن المسقط للترتيب هو ست فوائت، لا مجرد أوقات لا فوائت فيها؛ فإنه لا معنى له إذ سقوطه بكثرة الفوائت كي لا يؤدي التزام الاشتغال بها إلى تفويت الوقتية، فمجرّد الأوقات بلا فوائت لا أثر له، فلا وجه لاعتباره، فعلى هذا لا يتصور على قول أبي حنيفة في الصورة المذكورة كون الفوائت ستاً؛ لأنه مع دخول وقت السادسة ثبت صحة الخمس المؤدّاة عنده وإن لم يؤدّ السادسة في وقتها؛ لأن المصحّح للخمس عنده: هو دخول وقت السادسة لا أداؤها - على ما ذكرناه عند قوله: «فسد فرضه موقوفاً»، فلم يتحقق على قوله: «فائتاً» سوى المتروكة، وعلى قول الإمامين: تكون الفوائت ستاً؛ لأن الخمس المؤداة تفسد عندهما باتا، فتبلغ مع المتروكة فيسقط الترتيب عندهما قطعاً، فيجب أن يحكم على الخلاف المذكور بالخطأ، ولي ههنا تخريج حسن على قول أبي حنيفة ذكرناه فيما سبق فارجع إليه.

وأما ثانياً: فلأنّ اختلاف المشايخ في لزوم السبع أو الثلاث في الصّورة المذكورة ليس بناء على ما ذُكر، بل هو بناء على أن العبرة في سقوط الترتيب، لتحقيق فوت الست حقيقة أو معنى، فمن أوجب السبع نظر إلى الأول لأنه لم يفته

حقيقة إلّا ثلاث فلم يسقط الترتيب، فيعيد ما صلاه، ومن اقتصر على الثلاث نظر إلى الثاني؛ لأن إيجاب السبع بسبب الترتيب كسبع فوائت معنى، فإذا كان الترتيب سقط ست فوائت، فالأولى أن يسقط بسبع.

وفي «فتح القدير»: قول من أسقط الترتيب أوجه؛ لأن المعنى الذي لأجله سقط الترتيب بالست موجود في إيجاب سبع أيضاً.

وفي «الحقائق»: وهو الأصح؛ لأن إعادة ثلاث صلوات في وقت الوقتية لأجل الترتيب مستقيم، أما إيجاب سبع في وقت واحد.. فلا يستقيم لتضمنه تفويت الوقتية. انتهى. فهذا يوضح لك أن مبنى الخلاف المذكور ما ذكرناه، لا ما ذكره الزيلعي، والحاصل: أنه على القول الصحيح، أعني سقوط الترتيب ما يصلي في الصورة المذكورة ثلاث صلوات فقط، وعلى القول الضعيف يصلي سبع صلوات، [١٦٨/أ] الظهر ثم العصر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر؛ لأن كلاً من الثلاث المتروكة يحتمل أن يكون أولى أو أخيرة أو متوسطة؛ لأن الفرض أنه لا يدري أيّتها أولى، ولم يقع تحريه على شيء منها، فحصل تسع احتمالات، لكن الثابت في الخارج ست؛ للتداخل؛ لأن توسط الظهر يصدق في الخارج إما مع تقدم العصر أو المغرب.. فلا يكون كلٌّ قسماً برأسه، وكذا العصر والمغرب، فسقط بواسطة كلّ منها قسم واحد، فبقي الثابت الظهر ثم العصر ثم المغرب، أو الظهر ثم المغرب ثم العصر، فهما قسما تقدم الظهر، ولتقدم العصر مثلهما، وللمغرب كذلك.

ثم إن فاته العشاء من يوم أربع مع تلك الثلاثة.. يصلي تلك السبع، ثم يصلي الرابعة وهي العشاء، فصارت ثمانية، ثم يعيد تلك السّبع على ذلك الوجه، فالجملة خمس عشرة.

فلو كانت خمساً من خمسة أيام بأن ترك الفجر أيضاً.. يصلي إحدى وثلاثين صلاة، تلك الخمس عشر على ذلك النحو، ثم يصلي الخامسة، أعني: الفجر، ثم يعيد تلك الخمس عشرة.

فالضابط: أن المتروكة؛ إن كانت ثلاثاً.. صلّى تلك الثلاث ثم الثالثة، ثم أعاد تلك الثلاث.

وإن كانت أربعاً.. صلى قضاء الثلاث، أعني: السبع المتقدمة، ثم الرابعة أعني: العشاء، ثم أعاد ما يلزمه في قضاء الثلاث، أعني: السبع المذكورة أيضاً.

وإن كانت خمساً.. يصلي الخمس عشرة المتقدمة، ثم يصلّي الخامسة، أعني: الفجر ثم يفعل ما يلزمه في الأربع، أعني: الخمس عشرة أيضاً، هذا إذا علم تعيين الفوائت، ونسي أيتها أولى.

وأما إذا نسي تعيين الفائتة.. فقال في شرح «المنية»: لو ترك صلاة من صلوات يوم وليلة ونسيها أيّ صلاة هي، ولم يقع تحريه على شيء.. يعيد صلاة يوم وليلة؛ ليخرج عما عليه بيقين.

وإن ترك صلاتين من يومين ونسيهما.. يعيد صلاة يومين للاحتياط على ما رواه أبو سليمان عن محمد.

ولو نسي ثلاث صلوات من ثلاثة أيام.. يعيد صلاة ثلاثة أيام على ما رواه إبراهيم عن محمد.

ولو نسي خمس صلوات من خمسة أيّام.. يعيد صلاة خمسة أيام على ما رواه ابن أبي عمر، وعن محمد.

ومنه اختلف أبو حنيفة وصاحباه فيمن ترك ظهراً من يوم وعصراً ولا يدري الأولى منهما، فقال أبو حنيفة: يقضي واحدة ثم الأخرى، ثم يعيد التي قدّمها ليخرج عما عليه بيقين. وقالا: لا يلزمه إعادة الّتي قدمها؛ لسقوط الترتيب بالنّسيان، فأبو حنيفة ألحق ناسي الترتيب بين الفائتين بناسي التعيين على ما مرّ فيمن ترك صلاة من صلوات يوم ونسي أية صلوات هي، فأوجب الترتيب بينهما، وصاحباه ألحقاه بناسي الفائتة نفسها، فأسقطا الترتيب، قال «قاضي خان»: والفتوى على قولهما.

حَدِيثَةً أَو قديمَةً.

وَلَا يعودُ بعودِها إِلَى الْقلَّةِ؛..

وفي «الواقعات»: وبقول أبي حنيفة نأخذ، وقول الإمامين أوسع، وقول أبي حنيفة أحوط.

ثم في كلامه إشارة إلى أن كثرة الفوائت يسقط الترتيب بينها وبين الوقتية وبين نفس الفوائت أيضاً، وعلّله في «غاية البيان» بأن الكثرة لما كانت مسقطة في غيرها فبأن تكون مسقطة في نفسها أولى.

ثم أشار إلى أنّه لا فرق بين الفائتة الحادثة والقديمة بقوله: (**حديثة أو قديمة**) [١٦٨/ب]، فلو ترك صلاة شهر مثلاً فسقاً، ثم ندم واشتغل بأداء الصلاة في أوقاتها، فقبل أن يقضي تلك الفوائت ترك صلوات دون الست، وصلّى صلاة أخرى في وقتها، وهو ذاكر للفائتة الحادثة، قال بعض مشايخنا: يجوز له الوقتية المتذكر فيها، وهو القياس؛ لكثرة الفوائت؛ لأن الاشتغال بالحديثة ليس بأولى من الاشتغال بالقديمة، فتحقق الكثرة المسقطة للترتيب فيسقط.

فإن أسقط.. يجوز ما صلاه متذكراً فيها الحديثة، وفي «النّهاية» وعليه الفتوى.

وقال بعض مشايخنا: لا يجوز ما صلاه مع تذكر الحديثة، ويجعل القديمة كأن لم تكن؛ زجراً له عن التّهاون، وأن لا تصير المعصية وسيلة إلى اليُسر والتخفيف.

(**ولا يعود**) الترتيب (**بعودها**) أي الفوائت (**إلى القلة**)؛ لأنّ الساقط لا يعود، كماء نجس قليل دخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال، ثم عاد إلى القلّة.. لا يعود نجساً صورته؛ ترك صلاة شهر مثلاً ثم يقضيها إلّا صلاة أو صلاتين أو ثلاث، ثم صلّى صلاة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه.. هل يجوز الوقتية؛ أو لم يجز؟

عن محمد: فيه روايتان، ومال إلى الجواز أبو حفص الكبير، واختاره فخر الإسلام والإمام السّرخسي و«قاضي خان» و«صاحب المحيط» و«الكافي» وصاحب «المغني»، وفي «النّهاية»: وعليه الفتوى، والوجه ما ذكرناه.

ومال إلى عدم الجواز الفقيه أبو جعفر وبعض المشايخ وصاحب «الهداية»، وعلّلوه: بأنّ علّة السّقوط: الكثرة المفضية إلى الحرج، ولم يبق بالعود إلى القلة حرج، والحكم قد ينتهي بانتهاء علّته، فكان كحق الحضانة إذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية؛ فإن حقّ الحضانة يعود، فصار من قبيل زوال المانع لا من عود الساقط، حتى يقال: السّاقط لا يعود.

وفي «الهداية»: وهو الأظهر، فإنه روي عن محمد فيمن ترك الصلاة يوم وليلة، وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة، فالفوائت جائزة على كل حال، قدّم على الوقتية أو أخر عنها. والوقتيات فاسدة إن قدمها لدخول الفوائت في حدّ القلّة، وإن أخرها.. فكذلك إلّا العشاء الأخيرة؛ لأنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها؛ لأن هذا الظن منه معتبر في فصل مجتهد فيه؛ لموافقته ظن الشافعي عدم وجوب الترتيب فيما ضعف الفساد فيه، على ما بيناه في النسيان.

وفيه نظر: إذ لا دلالة فيما روي عن محمد على عود الترتيب؛ لأنّ سقوط الترتيب إنما يكون بخروج وقت السّادسة على ما ذكرناه، ولم يوجد هنا حتى تصير الفوائت ستاً، ثم يعود خمساً بقضاء الفائتة، وبفساد الوقتية التي بدأ بها بعد الفوائت الخمس.. لم تبلغ الفوائت ستاً حتى يخرج وقت السّادسة، بل فساد هذه الوقتية يؤيّد عدم سقوط الترتيب، ولا يمكن حله على ما روي عن محمد أيضاً أنّ الترتيب يسقط بدخول وقت السّادسة؛ لأن حكمه بفساد الوقتية الّتي بدأ بها يمنع عن هذا الحل، فالأظهر ما في الكتاب.

فإن قيل: فهل يعود الترتيب بزوال ضيق [١٦٩/أ] الوقت وزوال النسيان، أم لا؟

قال في «المجتبى»: لو سقط التّرتيب بضيق الوقت ثم خرج الوقت.. لا يعود على الأصح، حتى لو خرج الوقت في خلال الوقتية.. لا تفسد على الأصحّ، وكذا لو سقط مع النّسيان ثم تذكر.. لا يعود. انتهى.

وفي «النّهاية»: أنه يعود بالتذكر وسعة الوقت.

فَمَن تركَ سِتّاً أَو أَكثرَ وَشرعَ يُؤَدِّي الوقتيّاتِ مَعَ بَقَاءِ الْفَوَائِتِ، ثُمَّ فَاتَهُ فرضٌ جَدِيدٌ فصلىَ وقتيّةً بعدَهُ ذَاكِراً لَهُ.. صحَّتْ وقتيَّتُهُ.

وَكَذَا لَو قَضَى تِلْكَ الْفَوَائِتَ إلّا فرضاً أَو فرضَينِ فصلَّى وقتيَّتهُ ذَاكِراً.

وَلَا يُقتلُ تَارِكُ الصَّلَاةِ عمداً، مَا لم يجْحَد.

وَلَو ارْتَدَّ عقيبَ فرضِ صَلَاةٍ ثُمَّ أسلمَ فِي الْوَقْتِ لزمَهُ إِعَادَتُهُ.

وَلَا يلْزمُ قَضَاءُ مَا فَاتَهُ زمَانِ الرِّدَّةِ،..........................

ثم شرع في تفريع الأصلين المذكورين بقوله: (**فمن ترك ستاً أو أكثر وشرع يؤدي الوقتيات مع بقاء الفوائت ثم فاته فرض جديد فصلّى وقتيّة بعده ذاكراً له**) أي بعد الجديد (..**صحت وقتيته**) على ما بيناه آنفاً.

(**وكذا**) أي صحت وقتيته (**لو قضى تلك الفوائت إلّا فرضاً أو فرضين، فصلى وقتيته ذاكراً**) لما بقي من الفوائت، وهذا لما بيناه من أن الساقط لا يعود.

(**ولا يقتل تارك الصّلاة عمداً**) كسلاً بل يضرب ويحبس حتى يصلّيها (**ما لم يجحد**) فرضيتها أو استخف.. فإنه حينئذ يقتل لإنكاره واستخفافه أمراً ضرورياً في الديّن.

(**ولو ارتد عقيب فرض صلاة ثم أسلم في الوقت.. لزمه إعادته**) خلافاً للشافعي؛ لأن نفس الردّة لا تبطل العمل عنده ما لم يمت عليها.

قلنا: إن العمل يبطل بنفس الكفر؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ﴾؛ فإذا بطل.. جعل كأنه لم يكن، فإذا أسلم في الوقت.. يجب عليه إعادته؛ لأن الخطاب قد توجه عليه.

(**ولا يلزم قضاء ما فاته زمان الردة**)، خلافاً للشافعي، والحجة عليه: قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾؛ لأنه يتناول المرتد أيضاً، ولأنه لم يخاطب في حال كفره بالشرائع عندنا حتى يلزم القضاء.

وَلَا قَضَاءُ مَا فَاتَهُ بعدَ إِسْلَامِهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِن جهلَ فرضيَّتَهُ.

(ولا قضاء ما فاته بعد إسلامه في دار الحرب إن جهل فرضيته)؛ لأنه عاجز عن الإتيان بالشرائع قبل العلم بوجوبها؛ لأنها من المدلولات السّمعية لا من المدلولات العقلية كمسألة التوحيد؛ إذ لا مدخل للعقل في المقادير الشرعية، بخلاف مسألة التّوحيد؛ لأن دلائل وجود الصانع ووحدته ظاهرة، والحسن والقبح العقليين ثابت عندنا، فلا يعذر بالجهل بالإيمان لا في دارنا ولا في دار الحرب، ويعذر بالجهل بالشرائع في دار الحرب لأنها دار الجهل، ولا يعذر في دارنا لأنها دار العلم.

ومن ارتد ثم أسلم.. يجب عليه إعادة حجّه؛ لأن نسبة الوقت إلى الصّلاة كنسبة العمر إلى الحج؛ فإذا أحبط بالردة، ثم أدرك وقته مسلماً.. لزمه إعادته، كذا في «فتح القدير».

* * *

(بَابُ سُجُودِ السَّهْوِ)

إِذا سَهَا بِزِيَادَةٍ أَو نُقْصَانٍ.. سجدَ..........................

(باب سجود السّهو)

الإضافة من قبيل إضافة المسبب إلى السّبب على ما هو الأصل في الإضافة، فتفيد الاختصاص، فلا سجدة في الترك عمداً؛ لأن السجدة عرفت شرعاً جابراً للنقصان المتمَكن من ترك الواجب سهواً.. فيقتصر عليه، والنقصان المتمكن بترك الواجب عمداً: فوق ذلك النقصان؛ لأنه جناية محضة، فلا يلحق به.

(إذا سها بزيادة) فعل من أفعال الصلاة في غير محله **(أو نقصان)** كائن بترك الواجب على ما سيأتي تفصيلهما **(.. يسجد)** أي يجب أن يسجد، وقيل: إنه سنة، والأول: أصح، وهو اختيار الكرخي؛ لما رواه البخاري مرفوعاً: «إذا شك أحدكم في صلاته.. فليتحر الصواب [١٦٩/ب] فليتم عليه، ثم ليسلم، ثم ليسجد سجدتين».

والأصل في الأمر الوجوب، ولأنها لو كانت سنة.. لما انجبر بها النقصان الحاصل بترك الواجب؛ لأن الشيء لا ينجبر بما دونه؛ بل بمثله، ولما ارتفع به التشهد والسّلام، وإنما لم يرتفع به القعود الأخير؛ لكونه أقوى منه لفرضيته، لكن وجوبها مقيد بما إذا كان الوقت صالحاً لها، حتى أنّ من عليه السهو في صلاة الصّبح إذا لم يسجد حتى طلعت الشمس بعد السّلام الأوّل.. سقط عنه السّجود، وكذا إذا سها في قضاء الفائتة، فلم يسجد حتى احمرت، وكذا في الجمعة إن خرج وقتها.

وكل ما يمنع البناء إذا وجد بعد السّلام.. يسقط السّهو.

وليس من شرط السّجود أن يسلّم بقصد السجود بل لو سلّم ذاكراً للسّهو ومِن عَزمِهِ أن لا يسجد.. كان عليه أن يسجد ولا يبطل سجوده؛ كمن شرع في الصّلاة

سَجْدَتَيْنِ بعدَ التَّسليمَتَيْنِ........

ومن عزمه أن يفسدها.. لا تفسد ما لم يتحقق شيء من المفسدات، ومجرّد النية لغو.

(سجدتين) لما رويناه.

(بعد التسليمتين)، وقال الشافعي: يسجد قبل السّلام؛ لما رواه البخاري: أنه ﷺ سجد للسهو سجدتين قبل أن يسلّم.

وقال مالك: يسجد قبل السلام في النقصان وبعده في الزيادة؛ لما روي في السنة أنّه ﷺ سجد بعد السلام، فحمل ما رواه الشافعي على ما إذا كان السهو بالنقصان، وما رواه على ما إذا كان السّهو بالزيادة للتناسب بينهما.

قلنا: لمّا تعارضت روايتا فعله ﷺ.. بقي التمسك بقوله ﷺ سالماً عن المعارضة، فقلنا به، وهو ما رويناه من قوله ﷺ: «ثم ليسجد سجدتين» وهذا وإن ورد في سهو الشك والتحري، لكنه لا قائل بالفصل بينه وبين تحقق الزيادة والنقص.

فإن قيل: قد تقرر في الأصول أنه إذا تعارضت الحجّتان يصار إلى ما دونهما، لا إلى ما فوقهما، كالمصير إلى السنة عند تعارض نصّي الكتاب، وإلى القياس عند تعارض السّنة، وههنا قد صير إلى ما فوقهما؛ لأن قوله ﷺ فوق فعله.

قلنا: حديث فعله صحيح، وحديث قوله حسن، والحسن دون الصحيح.

فإن قيل: قد ثبت في «صحيح مسلم»: أنّه ﷺ قال: «يسجد سجدتين قبل أن يسلم»، فتعارضت روايتا قوله أيضاً.

قلنا: لا نسلم أنه معارض لما رويناه؛ لكثرة رواة البخاري وثقاتهم، ولو سلّم أنه معارض له.. لكان ما رويناه يرجح بالمعنى؛ لأن الأصل أن لا تتأخر السجدة عن زمان السّهو؛ لعدم تخلف المعلول عن العلة، إلّا أنه تأخر لضرورة أن لا يتكرر؛ لأنه إذا سجد زمان سهوه وأمكن أن يسهو بعده فإن سها؛ فإما أن يسجد ثانياً أو لا؛ فإن لم يسجد.. بقي نقص لازم لا جبر له، وإن سجد.. تكررت السجدة في الصلاة، وهو

- وَقِيلَ: بعدَ وَاحِدَةٍ -........

غير مشروع بالإجماع، فلزم التأخير إلى ما بعد السّلام، لكنه لا وجوباً بل استحباباً في رواية «الأصل»، حتى لو سجد بعد القعدة قبل السّلام.. جاز على هذه الرواية، ولا يلزم إعادته بعد السّلام.

وروي: أنه لا يجوز؛ لأنه أداه قبل وقته.

ووجه رواية الأصول على ما في «العناية» أنا لو نجزناه.. لأمرناه [١٧٠/أ]بالإعادة وتكرر السّجدة، ولم يقل به أحد، فلأن يكون فعله على وجه قاله بعض العلماء.. أولى من أن يكون على وجه لم يقل به أحد منهم، ولا يخفى عليك ضعفه؛ لأنه يلزم منه أن يكون قول أبي حنيفة مبنياً على قول الشافعي، وهو بعده في مدّة؛ لأن النزاع هنا مع الشافعي، فالأوجه أن يقول: إنَّ تعارض حديثَي الفعل إنما وقع في الدلالة على السنية والأفضلية، لا في الدّلالة على جواز الأمرين، فسقط الأوّل بالتعارض وبقي الثاني.

(وقيل:) يسجد **(بعد)** تسليمة **(واحدة)** قال به فخر الإسلام، وشيخ الإسلام، وصاحب الإيضاح، وقال فخر الإسلام: يسلّم تسليمة واحدة تلقاء وجهه، ولا ينحرف؛ لأن الانحراف لقصد التحية للقوم، والمراد بهذا السّلام ليس التحيّة، بل المراد مجرد التحليل، والتحليل لا يتكرر.

والصحيح: هو الأوّل، وهو مختار صدر الإسلام، وشمس الأئمة، وصاحب «الهداية»؛ صرفاً للسّلام المذكور - في حديث ثوبان أنه ﷺ قال: «لكل سهو سجدتان بعد السّلام» - إلى السّلام المعهود وهو التسليمتان، ونسبوا هذا القول إلى البدعة.

وهنا قولان آخران لم يذكرهما المصنف.

أحدهما: أنه يسلّم عن يمينه فقط، وصحّحه في «المجتبى» وعليه الاعتماد على ما في «البحر»؛ لأن السّلام عن اليمين معهود.

وَتشهَّدَ وَسلَّمَ.

وَيَأْتِي بِالصَّلَاةِ على النَّبِي ﷺ وَالدُّعَاءِ فِي قعدةِ السَّهْوِ، هُوَ الصَّحِيحُ.

وثانيهما: أنه لو سلّم تسلميتين.. سقط عنه السّهو؛ لأنه بمنزلة الكلام، وعزاه في «الزيلعي» إلى خواهر زاده.

(وتشهد وسلّم) بتسليمتين، وهذا بيان لما يفعله في قعدة السّهو. وفي «البحر»: والظاهر أن كلّا من التشهد والسّلام واجب كما صرّح به في «المجتبى» وإن تكبير السّجود وتسبيحه فيها ثلاثاً سنة، كما في «المحيط» وغيره.

وأشار بذكر التشهد والسّلام إلى أن التشهد والسّلام في القعود الأخير قد ارتفعا بالعود إلى سجود السّهو. وأمّا القعود الأخير.. فلا يرتفع بسجود السهو؛ لكونه أقوى منه؛ لكونه فرضاً على ما صرّح به في «الزيلعي» و«فتح القدير».

قال في التنجيس: لو سجد للسّهو ولم يقعد.. لم تفسد صلاته؛ لبقاء القعود الذي قبل السّجود؛ بخلاف السجدة الصّلبية وسجدة التلاوة إذا تذكّرهما أو إحديهما في القعدة فسجد.. فإنهما يرفعان القعدة حتى يفترض القعود بعدهما؛ لأن محلهما قبلها؛ فإذا لم يقعد بعدهما.. تفسد صلاته لتركه الفرض، لكن هذا في السجدة الصّلبية على الاتّفاق. وفي سجدة التلاوة على إحدى الروايتين، وهو المختار على ما في «فتح القدير».

(ويأتي بالصّلاة على النبي ﷺ والدعاء في قعدة السّهو، هو الصّحيح)؛ لأن موضعهما آخر الصّلاة، وهذا اختيار الكرخي.

وقيل: يأتي بهما في القعدة الأولى فقط.

وقال الطحاوي: بهما في القعدتين، وهو الأحوط على ما في «قاضي خان» وظهير الدين.

وقال بعضهم: في المسألة خلاف بين المتقدمين؛ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يصلي ويدعو في الأولى، واختاره ذلك القائل من المتأخرين، وعند محمد: يصلي

وَيجبُ:

في الأخيرة، واختاره الكرخي، وهذا الخلاف بناء على أنّ سلام من عليه السّهو [١٧٠/ب] يخرجه منها عندهما، فكانت الأولى هي القعدة للختم، فيصلي ويدعو فيها.

وفي «الزيلعي» عن «المفيد»: وهو الصّحيح.

وعند محمد: لا يخرجه منها، فيؤخرهما إلى قعدة السّهو.

(ويجب) أي سجود السّهو وقيل: إنه سنة، والصّحيح: هو الواجب على ما بيناه في أوّل الباب.

فإذا كان واجباً.. فلا يلزم بترك الفرض؛ لأن الشيء لا ينجبر بما دونه، ولا بترك السنة؛ لعدم ورود الشرع به. فما وقع في بعض عبارة مشايخنا من أنه يجب بترك سنة.. يضاف إلى جميع الصّلاة نحو تشهد الصّلاة؛ فالمراد: ما ثبت وجوبه بالسنة.

وكذا ما وقع في عبارة أكثرهم أنه يجب بترك الواجب أو تغييره، أو تأخير ركن أو تقديمه، أو تكراره أو ترك الترتيب فيما شرع مكرّراً.. فهذا كلّه يرجع إلى ترك الواجب؛ لأن الواجب عليه أن لا يفعل شيئاً من هذه الأشياء من التغيير والتأخير والتقديم والتكرار؛ فإذا فعل.. فقد ترك الواجب، فلهذا قال في «التبيين»: والصحيح: أنه يجب بترك الواجب لا غير.

فلا بدّ من معرفة الواجب ههنا، وقد عدّه المصنف في باب صفة الصّلاة اثني عشر.. فلنعده إجمالاً:

الأوّل: قراءة الفاتحة، إن ترك أكثرها.. يجب السّهو، وإن ترك أقلّها.. لا.

والثاني: ضم السّورة أي ثلاث آيات قصار أو آية طويلة؛ فإن تركها أو أكثرها.. يجب السّهو.

والثّالث: تعيين كلّ منهما في إحدى أوليي الفرض؛ فلو أخّرها إلى ثالثة الفرض أو رابعته.. يجب السّهو.

والرابع: رعاية الترتيب في فعل مكرّر.

إِن قَرَأَ فِي رُكُوعٍ أَو قعُودٍ.

أَو قدَّمَ ركناً.

أَو أَخَّرهُ.

أَو كَرَّرَهُ.

أَو غَيَّرَ وَاجِباً.

أَو تَرَكَهُ؛ ....

والإخفاء لا يمكن الاحتراز عنه، بخلاف الكثير منهما، وقد مرّ تفصيل هذه الواجبات.

وبقي هنا واجبات أُخر، فأشار إليها: (**إن قرأ في ركوع أو قعود**) أو في سجود أو قومة أو جلسة، علّله في «الزيلعي» و«شرح المنية» بأن القراءة في هذه المواضع غير مشروعة، والتحرز عنه واجب، فيرجع إلى ترك الواجب، قال في «الزيلعي»: ولو تشهد في قيامه أو ركوعه أو سجوده.. لا سهو عليه؛ لأنه ثناء، وهذه المواضع محل ثناء.

وعن محمّد: لو تشهد في قيامه قبل قراءة الفاتحة.. لا سهو عليه، وبعدها.. يلزمه السّهو، وهو الأصحّ؛ لأن ما بعد الفاتحة محلّ قراءة السّورة؛ فإذا تشهد فيه.. فقد أخر الفاتحة، وما قبلها محلّ الثناء. انتهى.

وهذا يقتضي تخصيصه بالركعة الأولى، وذكر في «فتح القدير»: ولو قرأ القرآن في القعود.. إنما يجب السّهو إذا لم يفرغ من التشهد، أمّا إذا فرغ.. فلا يجب.

وذكر في «البدائع»: لو قرأ القرآن في ركوعه أو سجوده.. لا سهو عليه؛ لأنه ثناء، وهذه الأركان مواضع الثناء. انتهى.

فيه: أن الفَرَضَ أنه لو قرأ القرآن من جهة كونه تلاوة لا من جهة كونه ثناء، وهذه لا يصلح لها من جهة الأولى، فالصحيح ما في الكتاب.

(**أو قدّم ركناً أو أخرّه أو كرّره أو غيّر واجباً أو تركه**) أي الواجب؛ لأن بترك الفرض تفسد الصلاة.

والخامس: تعديل الأركان.

والسّادس: القعود الأول.

والسابع: التشهدان.

والثامن: لفظ السّلام، وفي «البحر» لا يتصور إيجاب السّجود بتركه؛ لأنه بعد القعود الأخير إذا لم يأت بمناف.. فإنه يسلّم، وإن أتى بمناف.. فلا يجوز، ولهذا قال في «التجنيس»: والسّهو عن السّلام؛ أن يطيل القعدة، ويقع عنده أنه خرج من الصّلاة، ثم يعلم أنه فيها.. فيسلم ويسجد للسّهو؛ لأنه أخّر واجباً أو ركناً على اختلاف الأصلين. انتهى.

والتاسع: قنوت الوتر، حتى لو ركع قبل القنوت.. لا يعود إليه بعد الرفع منه؛ لأنّ الركوع فرض، ولا يترك الفرض للواجب؛ لتأكده بالرفع منه، وأما لو تذكره في الركوع قبل الرفع منه.. ففيه روايتان، أحدهما: أنه يعود ويقنت ويعيد الركوع، والثاني: لا يعيد الركوع، هذا عند أبي حنيفة، وعندهما: أنه سنة كالوتر نفسه، وفي «فتح القدير»: ولو قرأ القنوت في الثالثة ونسي الفاتحة أو السّورة أو كليهما، فتذكر بعدما ركع.. قام وقرأ وأعاد القنوت والركوع؛ لأنه رجع إلى ما محلّه قبله، ويسجد للسّهو، بخلاف ما لو نسي سجدة التلاوة ومحلّها فتذكرها في الركّوع أو السجود أو القعود.. فإنه ينحط لها، ثم يعود إلى ما كان فيه، فيعيد استحباباً.

وألحق بالقنوت تكبيرته، وجزم الزيلعي بوجوب السّجود بتركه، وقيل: لا يجب السّجود به، ورجّحه في «البحر».

والعاشر: تكبيرات العيدين.

والحادي عشر: الجهر على الإمام فيما يجهر فيه.

والثاني عشر: المخافتة مطلقاً فيما يخافت [١٧١/أ] فيه. واختلفت الرواية في مقدارهما، والأصح: قدر ما يجوز به الصّلاة في الفصلين؛ لأن اليسير من الجهر

كركوعٍ قبلَ الْقِرَاءَةِ.

وَتَأْخِيرُ الْقيامِ إِلَى الثَّالثَةِ بِزِيَادَةٍ على التَّشَهُّدِ.

(كركوع قبل القراءة) مثال لتقديم الركن، قال في «الذخيرة»: إن سجود السّهو يجب بستة أشياء، فعد منها: تقديم ركن؛ نحو: أن يركع قبل أن يقرأ، أو يسجد قبل أن يركع، وفيه نظر؛ لما مر في صفة الصّلاة: أن الترتيب بين ما لا يتكرر في الركعة الواحدة وبين غيره فرض، فلا يكون الركوع قبل القراءة، والسجود قبل الركوع غير معتد به حتى يفترض عليه إعادة الركوع بعد القراءة، وإعادة السجدة بعد الركوع، فإذا لم يكن معتداً به.. لا يكون فيه تقديم ركن، نعم إذا فعل ذلك.. يجب عليه سجود السّهو؛ لتأخير الركن بسبب الزيادة، كذا في شرح «المنية».

(وتأخير القيام إلى الثالثة بزيادة على التشهد) مثال لتأخير الركن أي في القعدة الأولى بزيادة: اللهم صل على محمّد وعلى آل محمّد.

وبزيادة حرف في رواية عن أبي حنيفة.

وروي عنهما أنه إن قال: «اللّهم صل على محمّد».. لا يجب السهو ما لم يقل: «وعلى آل محمّد».

وحكى ظهير الدين المرغيناني أنه لا يجب بـ«اللهم صلّ على محمّد» ونحوه، وإنما المعتبر مقدار ما يؤدى فيه ركن.

حكي في مناقب أبي حنيفة أنه رأى النبي ﷺ في منامه، فقال له النبي ﷺ: «كيف أوجبت على من صلى عليّ سجود السّهو؟»، فأجاب: لأنه صلّى عليك عن قلب ساه لا عن قلب حاضر، فاستحسنه.

وفي هذا القبيل: ترك سجدة من ركعة فتذكرها في الركعة الثانية، فسجدها أو جلس بعد السجدة الثانية جلسة قبل أن يقوم إلى الركعة الثانية، ثم قام إليها - يسمّيها الشافعي: جلسة الاستراحة - فإن في هاتين الصّورتين يسجد للسهو؛ لتأخير الركن: السجدة في الأولى، والقيام في [١٧١/ب] الثانية.

وركوعَينِ.

والجهرُ فِيمَا يُخفَى.

ولو بدأ بحرف من السورة قبل الفاتحة فتذكر فقرأ الفاتحة.. يسجد للسهو للتأخير، كذا في «فتح القدير»، ثم قال: ينبغي أن لا يكتفى بقراءة حرف، بل ينبغي أن يقرأ من السّورة مقدار ما يتأدّى به ركن؛ ليجب عليه السّهو.

وهذا بناء على ما قالوا: لو افتتح فشكّ أنه هل كبّر للافتتاح أم لا؟ ثم تذكّر أنه كبّر؛ إن شغله التفكر عن أداء ركن من الصّلاة.. كان عليه السّهو، وإلّا.. فلا.

وكذا لو شك أنّه في الظهر أو في العصر، أو سها في غير ذلك؛ إن تفكر قدر ركن كالرّكوع والسّجود.. يجب عليه سجود السّهو، وإن كان قليلاً.. لا يجب.

(وركوعين) هذا مثال لتكرار الركن، ونحوه: ثلاث سجدات.

ولو كرّر الفاتحة في الأوليين.. وجب السّهو؛ لاستلزامه تأخير الواجب، وهو المناط ههنا، بخلاف ما لو قرأها ثم السّورة، ثم أعاد الفاتحة، أو كرّرها في الأخريين.

(والجهر فيما يخفى) وبالعكس مثال لتغيير الواجب من صفة إلى أخرى؛ لأن كلاًّ من صفتي الجهر والإخفاء واجب في محلّه.

واختلفوا في مقدار ما يجب به السّهو منهما، فقيل - وهو رواية «النّوادر» -: إن جَهَر فيما يخافت.. فعليه السّهو قلّ أو كثر، وإن خافت فيما يجهر.. ينظر؛ فإن خافت بفاتحة الكتاب أو أكثرها.. فعليه سجود السّهو، وإن خافت في أقلها.. لا، وإن كان من سورة.. فيعتبر قدر ما يجوز به الصّلاة على الخلاف المعروف بينه وبين صاحبيه.

وجه الفرق: أن الجهر في موضع المخافتة أغلظ من عكسه؛ لأنه عمل بالمنسوخ، فغلظ حكمه، ولأن لصلاة الجهر خطأ من المخافتة كالفاتحة في الأخريين، وكذا المنفرد يتخير فيها بين الجهر والمخافتة، ولا حظ لصلاة المخافتة من الجهر، فأوجبنا السجود في الجهر قل أو كثر، وشرطنا الكثرة في المخافتة في

وَتركُ الْقعُودِ الأوَّلِ.

وَقيلَ: كُلُّهُ يؤولُ إِلَى تركِ الْوَاجِبِ.

الفاتحة أو أكثرها؛ لأن الفاتحة كلها ثناء ودعاء، ولذا شرعت في الثانية على سبيل الدّعاء، فأعطي لها حكم الدّعاء من وجه فلم يجب السّهو وإن كانت تلاوة حقيقة، والجهر بالثناء لا يوجب السّهو، وبالتلاوة يوجب.. فيعتبر فيها الأكثر ملاحظة للجهتين.

وقيل: يعتبر في الفصلين قدر ما يجوز به الصّلاة.

وفي «الهداية» و«التبيين»: وهو الأصحّ؛ لأن اليسير من الجهر والإخفاء لا يمكن الاحتراز عنه، وعن الكثير يمكن، وما تصح به الصلاة كثير.

إلا أنه عند أبي حنيفة: آية، وعندهما: ثلاث آيات قصار أو آية طويلة، ولا فرق بين الفاتحة وغيرها.

وهذا كلّه في حقّ الإمام، أمّا المنفرد.. فلا سهو عليه في شيء من ذلك؛ لأنه مخيّر بين الجهر والمخافتة؛ لأن كلّا منهما من خصائص الجماعة.

وقال في «فتح القدير»: وقد يقال: كون المنفرد مخيّراً في الجهرية مسلّم، أما في السّرية فلنا: أن نمنع تجويز الجهر له، وقدّمنا بعض ما يتعلّق به في فصل القراءة.

(**وترك القعود الأوّل**) مثال لترك الواجب، قيد بالأوّل؛ لأن الثاني فرض فلا ينجبر تركه بالسّهو، وقيّد بالقعود مع أنّ ترك [١٧٢/أ] سائر الواجبات أيضاً كذلك؛ تنصيصاً للردّ على صاحب «الهداية»، حيث قال: إن كلا من القعدتين واجب وفي تركهما سجدة، أطلقه فشمل القعود الأوّل من التطوع أيضاً؛ لأنه لو ترك القعود الأول منه.. لا تفسد صلاته عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويلزمه السّهو على ما في «قاضي خان».

(**وقيل: كله**) أي كلّ ما ذكر مما يوجب السّهو (**يؤول إلى ترك الواجب**)؛ لأن أداء أركان الصّلاة وواجباتها وفروضها في محالها المخصوصة لها بلا تأخير ولا

وَإِن تشهَّدَ فِي الْقيامِ أَو الرُّكُوعِ أَو السُّجُودِ.. لَا يجبُ.

وَإِن سَهَا مرَاراً.. يَكْفِيهِ سَجْدَتَانِ.

وَيلْزمُ الْمُقْتَدِيَ بسهوِ إِمَامِهِ ....

تغيير.. واجبٌ؛ فإذا تركه.. يلزمه السّهو، وهذا القول أجمع ما قيل في هذا الباب، وهو الأقرب إلى التحقيق، وصحّحه في «الزيلعي»، ورجحه في «البحر».

وقال في «فتح القدير»: والتحقيق: اندراج الكل في مسمى ترك الواجب؛ لأن عدم التأخير واجب، فالتأخير ترك واجب. انتهى.

(**وإن تشهد في القيام أو الركوع أو السجود.. لا يجب**) السهو؛ لأنه ثناء، وهذه المواضع محل الثناء، هكذا أطلقه في «المحيط»، وفيه تفصيل في «الزيلعي» ذكرناه آنفاً.

وقال في «الظهيرية»: لو تشهد في القيام؛ إن كان في الركعة الأولى.. لا يلزمه السّهو، وإن كان في الثانية.. اختلف المشايخ، والصّحيح: أنه لا يجب، وهذا يقتضي تخصيصه بالركعة الأولى على ما ذكرناه.

(**وإن سها مراراً.. يكفيه سجدتان**)؛ لما مر أنها تأخرت عن زمان العلة حذراً عن التكرار، فلا يتكرر، وإلا.. فلا يعدل عن الأصل مع أنه لم يرد به الشرع.

(**ويلزم**) أي سجود السّهو (**المقتدي بسهو إمامه**)، سواء اقتدى به وقت سهوه أو قبله أو بعده أو بعد ما سجد سجدة واحدة من سجدتي السّهو، ولا يقضي الأولى؛ بل يسجد سجدة واحدة مع الإمام؛ كما لا يقضيهما، لو اقتدى به بعد ما سجد سجدتي السهو على ما في «الزيلعي»؛ لأنه حين دخل في تحريمة الإمام.. كان قد انجبر النقص، فلا حاجة له إلى الجابر.

ثم الأصل ههنا: أن السبب الموجب للسّهو قد تقرّر في حق الإمام، فيوجبه في حق المأموم أيضاً من وجهين:

إِن سجدَ، ....

أحدهما: لزوم النقص في صلاته؛ إذ هي بناء على الناقصة، ولذا تفسد بفسادها فاحتاج إلى الجابر كالإمام.

والثاني: لزوم المتابعة شرعاً، حتى قالوا: لو ترك بعض من خلف الإمام التشهد حتى قاموا معه بعد ما تشهد.. كان على من لم يتشهد معه أن يعود فيتشهد ويلحقه، وإن خاف أن تفوته الركعة الثالثة، بخلاف المنفرد، حيث لا يعود؛ لأن التشهد الأول في حقه سنة، وبعدما اشتغل بفرض القيام.. لا يعود إلى السنة.

وهنا: فرض بحكم المتابعة، وهذا بخلاف ما إذا أدرك الإمام في السجود، فلم يسجد معه السجدتين.. فإنه يقضي السجدة الثانية ما لم يخف فوت ركعة أخرى، فإن خاف ذلك.. تركها؛ لأن هناك يقضي هاتين السجدتين ضمن قضاء ركعة، فعليه أن يشتغل بإحراز ركعة أخرى إذا خاف فوتها، وهنا لا يقضي التشهد بعد هذا، فعليه أن يأتي به [١٧٢/ب] ثم يتبع، كالذي نام خلف إمامه ثم انتبه، كذا في «فتح القدير».

وعلى الوجه الثاني قالوا: المسافر إذا اقتدى بالمقيم.. يلزمه حكم الإقامة، وإذا كان هذا التشهد فرضاً بحكم المتابعة، فهل تبطل صلاته إذا لم يعد إلى التشهد.. ففي «البحر» أنها تبطل؛ لتركه الفرض.

أقول: هذا الفرض عملي، فيكون في قوّة الواجب وبترك الواجب لا تفسد الصّلاة؛ وقد ذكره صاحب «البحر» بطريق الاستنباط بلا نقل عن الأئمة.

(إن سجد) إمامه؛ لأنه لو سقط عن الإمام بسبب من الأسباب من التكلم والحدث عمداً، وخروج الوقت. فيسقط عن المقتدي أيضاً، وإلا.. يصير مخالفاً لإمامه، وما التزم الأداء.. إلّا متابعاً له، بخلاف تكبير التشريق، حيث يأتي به المؤتم، وإن تركه الإمام؛ لأنه لا يؤدى في حرمة الصّلاة. وسجود السّهو يُؤدّى في حرمتها، ولهذا يجوز الاقتداء بعدما سجد للسهو.

لَا بسهوِهِ.

(لا بسهوه)؛ لأنه لو سجد وحده.. كان مخالفاً لإمامه في نفس ما يؤديه مع الإمام حكماً.

وإن كان سجوده بعد فراغ الإمام صورة كما لو كان لاحقاً سها إمامه فيما فاته معه؛ لنومه مثلاً، فانتبه بعد ذلك، فإنا لو ألزمناه السجّود إذا فرغ والفَرَض أن إمامه لم يسجد.. لزم المخالفة؛ لأن السجود وإن كان بعد الصّلاة لكنه متصل بموضع النقص لأنه علته.

ولو كان إمامه سجد بعد ما انتبه هو أو عندما جاء من وضوئه فيما إذا كان الفوت لسبق الحدث فأدركه في السجود.. لا يسجد معه؛ لأنه يبدأ بقضاء ما فاته ويسجد في آخر صلاته، ولو سجد معه.. لا يجزئه ولا تفسد صلاته، ويسجد ثانياً في آخر صلاته، بخلاف المسبوق والمقيم المقتدي بالمسافر فيما يؤديان بعد الإمام من قضاء المسبوق وإتمام المقيم إذا سهيا في ذلك؛ لأنه لم يلتحق بمحل قبله شرعاً، فلا مخالفة، فيسجدان لسهوهما، ولو كان على الإمام سهو.. وجب عليهما متابعته، فيتكرر السجود في صلاة واحدة في هذه الصورة.

وعند الكرخي: لا يسجد المقيم المقتدي بالمسافر بسهو إمامه ولا بسهوه فيما يتمه، كاللاحق لا يسجد بسهو إمامه ولا بسهوه فيما يقضيه، وما ذكرناه هو رواية «الأصل»، وفي «فتح القدير»: وهو الصّحيح؛ لأنهم صلاتان حكماً وإن اتحدتا حقيقة؛ لتحقق الانفراد والإتمام، بخلاف صلاة اللّاحق، لأنّها واحدة حقيقة وحكماً لأنه مقيد فيما يقضيه حكماً، ولذا قالوا: لا يسجد اللاحق لما سها فيه مما يقضيه؛ لأنه معتد فيه، إلّا ترى أنه لا يقرأ فيه فيكون لو سجد مخالفاً لإمامه.

وإذا سها الإمام في صلاة الخوف.. سجد وتابعه الطائفة الثانية لكونهم مسبوقين، وأما الأولى.. فيسجدون بعد فراغهم لكونهم لاحقين، وهذا فيما سجده وحده.

والمَسبوقُ يسْجدُ مَعَ إِمَامِهِ ثمَّ يقْضِي.

سَهَا عَنِ الْقعُودِ الأوَّلِ وَهُوَ إِلَيْهِ أقربُ.. ....

وأما لو سجد إمامه معه.. لزمه انقلاب الوضع الشرعي وهو باطل.

(والمسبوق يسجد) بسهو إمامه (مع إمامه ثم يقضي)، وكذا المقيم [١٧٣/أ] خلف المسافر يسجد بسهو إمامه مع إمامه ثم يتمّ.

ولو سها فيما يتمّ.. يسجد أيضاً لسهوه على ما ذكرناه.

وأما اللّاحق.. فقد ذكرناه أيضاً.

ولو لم يسجد المسبوق مع إمامه وقام إلى قضاء ما سبق.. فإنه يسجد في آخر صلاته استحساناً؛ لأن التحريمة متحدة فجعل كأنها صلاة واحدة.

ولو سها فيما يقضي ولم يسجد لسهو إمامه معه.. كفاه سجدتان.

ولو سجد مع إمامه ثم سها.. فعليه السّهو ثانياً على ما بيّناه.

ولو سجد مع إمامه ثم تبيّن أنه لم يكن على إمامه سهو.. تفسد صلاته لكونه اقتدى في موضع الانفراد، لا لزيادة السجدتين، كذا في «البدائع».

وفصل في «المحيط» بين أن يعلم أنه ليس على إمامه سهو.. فيفسد، وبين أن لا يعلم أنه لم يكن عليه.. فلا يفسد (سها عن القعود الأوّل) من الفرض أو الواجب وكذا النفل بناء على ما ذكرناه عند قوله: «وترك القعود الأوّل» (وهو إليه أقرب) بأن كانت ركبتاه على الأرض وإليتاه مرتفعة عنها. وقيل: إن لم ينتصب النصف الأسفل.. فهو أقرب إلى القعود، وإن انتصب نصفه الأسفل وظهره منحن بعد.. فهو إلى القيام أقرب، وصحّحه في «الكافي».

وقال في «قاضي خان»: وفي رواية: إذا قام على ركبتيه لينهض.. يقعد وعليه السّهو، يستوي فيه القعدة الأولى والثانية، وعليه الاعتماد.

وإن رفع إليتيه من الأرض وركبتاه عليها.. لم يرفعهما ولا سهو عليه. وهكذا عن أبي يوسف. انتهى.

عَادَ، ....

ولا يخفى عليك أنه لا فرق بين هذين الصّورتين، فيحمل هذا على اختلاف الرواية في هذه الصّورة في إحديهما يلزمه السّهو، وفي الأخرى لا.

وفي «الأجناس»: أن عليه السّهو، وحمل في «فتح القدير» الأولى مما ذكره «قاضي خان» على ما إذا فارقت ركبتاه الأرض دون أن يستوي نصفه الأسفل شبه الجالس لقضاء الحاجة، والحاصل: أن بين عدم العود والسجود، وبين العود وعدم السجود: تلازم.

(.. عاد) لأن ما يقرب إلى الشيء يأخذ حكمه.

قيل ما ذكر من اعتبار الأقرب روايةٌ عن أبي يوسف اختارها مشايخ بخارى، أمّا ظاهر المذهب: فما لم يستو قائماً.. فإنه يعود إلى القعود، وهو الأصح على ما في «الزيلعي»، وذلك لأن التوفيق بين ما روي أنه ﷺ قام فسبحوا له فرجع إلى القعود، وبين ما روي أنه لم يرجع.. بالحمل على حالتي القرب من القيام وعدمه، ليس بأولى منه بالحمل على الاستواء وعدمه، كذا في «فتح القدير».

ثم قال: إنه لو عاد في موضع وجوب القيام.. قيل: الأصح أنها تفسد لكمال الجناية برفض الفرض لما ليس بفرض، بخلاف ترك القيام لسجود التلاوة؛ لأنه على خلاف القياس ورد به الشرع لإظهار مخالفة المستكبرين من الكفرة، وليس فيما نحن فيه معناه أصلاً، على أنا نقول: الجناية ههنا بالرفض، وليس ترك القيام لسجدة التلاوة رفضاً له، حتى لو لم يقم [١٧٣/ب] بعدها قدر فرض القراءة حتى ركع.. صحّت، هذا وصحّح في «المجتبى» و«معراج الدّراية» عدم الفساد، واختاره في «فتح القدير» حيث قال: وفي النفس من التصحيح شيء، وذلك أن غاية الأمر في الرجوع إلى القعدة الأولى أن تكون زيادة قيام مّا في الصلاة، وهو وإن كان لا يحل لكنه بالصّحة لا يخلّ؛ لما عرف أنّ زيادة ما دون ركعة لا تفسد، إلّا أن يفرق باقتران هذه الزيادة بالرفض، لكن قد يقال: المتحقق لزوم الإثم أيضاً بالرفض، أمّا الفساد.. فلم يظهر وجه استلزامه إيّاه، فيترجح بهذا البحث القول المقابل للمصحّح.

وَإِلَّا.. لَا يعودُ، ويسْجدُ للسَّهْوِ.

وَإِن سَهَا عَنِ الْأَخيرِ.. عَاد مَا لم يسْجد، وَسجدَ للسَّهْوِ.

فَإِن سجدَ.. بَطلَ فَرْضُهُ.........................

(وإلا) أي وإن لم يكن أقرب إليه (..لا يعود) إليه لما ذكرناه أن القيام فرض، فلا يجوز تركه للواجب، ولو عاد إليه.. قيل: تفسد، وقيل: لا، على ما ذكرناه آنفاً.

(ويسجد للسهو) أي فيما لم يعد إلى القعود على ما أشار إليه بقوله: «وإلا.. لا» وهذا لأن لزوم السّهو هنا اتفاقي لتركه الواجب، وأما إذا عاد إليه فيما إذا كان أقرب إليه.. فلزوم السهو فيه خلافية، والأصح: عدمه على ما في «الهداية».

وإذا عاد إليه في صورة وجوب عدم الإعادة إليه؛ فعلى القول بعدم الفساد.. يلزمه السهو.

(وإن سها عن) القعود (الأخير.. عاد ما لم يسجد) للثالثة في الفروض الثنائية والنوافل، والرابعة في المغرب والوتر، وللخامسة في الرباعية؛ لأنه ما لم يقيد بالسجدة.. لم يستحكم خروجه عن الفرض، وفي العود إلى القعود إصلاح صلاته وقد أمكنه ذلك برفض ما أتى به؛ لأنّ ما دون الركعة محلّ الرفض لإصلاح الفرض؛ لعدم كونه صلاة، حتى لو حلف لا يصلي.. لا يحنث به، أطلقه فشمل ما إذا لم يقيد أصلاً وجلس جلسة خفيفة أقل من قدر التشهد؛ فإذا عاد.. احتسب له الجلسة الخفيفة، حتى لو كانت الجلسة الثانية أقل من قدر التشهد لكن كلا الجلستين مقدار التشهد ثم خرج من الصلاة.. صحت صلاته.

(وسجد للسهو) لأنه أخر الفرض وهو القعود الأخير، فترك الواجب وهو المناط.

(فإن سجد) للثالثة أو الرابعة أو الخامسة (.. بطل فرضه) عندنا، خلافاً للشافعي؛ فإن عنده لا يبطل؛ لما روي أنه ﷺ صلى الظهر خمساً ولم يُنقَل أنه قعد في الرابعة، ولا أنه أعاد صلاته واعتبار بما لم يقيدها بالسجدة.. قلنا: استحكم

بِرَفْعِهِ عِنْدَ محمَّدٍ، وبَوضعِهِ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، وَصَارَت نفلاً، خِلافاً لمحمَّدٍ.........................

شروعه في النافلة قبل إكمال أركان الفرض، ومن ضرورته: خروجه من الفرض، بخلاف ما لم يقيدها بالسجدة، وما رواه أعمّ من ترك القعدة ومن فعلها، فلا دلالة على خصوص محلّ النزاع، فجاز أنه ﷺ كان قعد.

فإن قيل: لا نسلم أنه استحكم شروعه في النافلة مع وجود ركعات الفرض، فبطلانه ليس أولى من بطلان النافلة.. قلنا: الاستحكام يحصل بمجرد الوجود في الخارج، وهو حاصل في النافلة، والمراد ببطلان الفرض: بطلان وصفه، ولا شك أن بطلان الوصف مع بقاء أصله.. أولى من بطلان الأصل والوصف، كما هو كذلك في [١٧٤/أ] إبطال النافلة.

(برفعه) أي برفع رأسه عن الأرض (عند محمد)، وهو القياس؛ لأنّ اسم الشيء لا يطلق عليه إلّا بعد تمامه.

(وبوضعه عند أبي يوسف)، وهو رواية محمّد؛ لأن السجدة عبارة عن وضع الجبهة وقد وجد، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا سبقه الحدث في هذا السّجود فذهب يتوضأ ثم تذكر أنه لم يقعد في الرّابعة.. فعند محمد يتوضأ ويعود إلى القعدة ويبني على صلاته بإتمامها بالتشهد والسّلام ويسجد للسّهو، وعند أبي يوسف: لا يبني ؛ لأن صلاته قد فسدت بوضع الجبهة، ولا بناء على الفاسد.

وقال فخر الإسلام: المختار للفتوى قول محمّد؛ لأنه أرفق وأقيس؛ لأن السجود لو تمّ قبل الرفع وجعل دوامه كتكراره.. لم ينقضه الحدث، لكن الاتفاق على لزوم إعادة كل ركن وجد فيه سبق الحدث عند البناء، وعلى الاعتداد بما لحق فيه الإمام المأموم إذا سبقه المأموم في ابتدائه، ولو كان الركن تم بمجرّد وضعه.. لم يعتد به؛ لأن فعل الإمام حينئذ بعد تمامه، وكلّ ركن أدّاه المقتدي قبل إمامه.. لا يعتدُّ به.

(وصارت نفلاً) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (خلافاً لمحمّد)؛ بناء على ما مرّ مراراً من أن بطلان وصف الفرضية لا يوجب بطلان التحريمة عندهما، ويوجب عند محمّد.

فيضمُّ سادسةً إن شَاءَ.

وَإن قعدَ فِي الرَّابِعَةِ ثمَّ قَامَ.. عَادَ وَسلَّمَ مَا لم يسْجد.

وَإن سجدَ.. تمَّ فَرْضُهُ.........................

(**فيضم**) عندهما (**سادسة**)؛ بناء على أن النفل وتر، واختلفوا في لزوم سجود السّهو على قولهم، قيل: يسجد، وقيل: لا، وهو الصحيح على ما في «التبيين» و«العناية» و«فتح القدير»؛ لأنّ النقصان الحاصل بالفساد لا ينجبر بالسجدة، ولو لم يضم إليه سادسة.. لا شيء عليه، وإن كان الضم واجباً بناء على الأصل المذكور من أن النفل وتراً ممنوع، إلّا أنه مظنون فيه، وشروع الظان ليس بملزم، فلا يجب عليه، وإليه أشار بقوله: (**إن شاء**)، ومع هذا لو اقتدى به إنسان في الخامسة ثم أفسدها.. فعلى قول محمّد لا يتصور القضاء، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لزمه قضاء ست، وأبو يوسف فرّق بين هذا وبين الفصل الثاني حيث قال هناك: لو قطعها يقضي ركعتين. على ما سنذكره.

(**وإن قعد في الرابعة ثم قام**) لظن أنها الأولى (**.. عاد وسلّم**)، ولا يعيد التشهد، ويسجد للسّهو لتأخيره الواجب.

(**ما لم يسجد**) للخامسة؛ لأنّ ما دون الركعة محلّ الرفض، والتسليم في القيام غير مشروع، فيعود ليأتي به على الوجه المشروع، وهل يتبعه القوم في هذا القيام؟ قيل: نعم؛ فإن عاد.. عادوا معه، وإن مضى في النافلة.. تبعوه.

وفي «فتح القدير»: والصحيح ما ذكره البلخي من علمائنا: لا يتبعونه في البدعة، وينتظرونه؛ فإن عاد قبل السجدة.. تبعوه في السّلام، وإن سجد.. سلّموا في الحال ولا يتابعوه فيما إذا قام قبل القعدة، وقد ذكرنا بعض ما يتعلق بهذه المسألة قبيل باب قضاء الفوائت.. فارجع إليه.

(**وإن سجد**) للخامسة (**.. تمّ فرضه**)؛ لأنه لم يترك إلّا إصابة لفظ السلام، وهو ليس بفرض عنده على ما ذكرناه.

وَيسْجدُ للسَّهْوِ وَيضمُّ سادسةً.................................

(**ويسجد للسهو**) أي في الصّورتين [١٧٤/ب] في عدم تقييد الخامسة بالسّجود وتقييدها به:

ففي الأوّل: يسجد بعد أن عاد ويسلم.

وفي الثاني: يسجد بعد أن ضم ركعة سادسة على المختار.

ثم لزوم السّهو ظاهر في الأوّل على ما ذكرنا، وأمّا في الثاني.. فالقياس أن لا يسجد فيه؛ لأن النقصان المتمكن في صلاة لا ينجبر في صلاة أخرى، وقد انتقل من صلاة سها فيها إلى أخرى، لكنهم أوجبوه فيها أيضاً استحساناً، واختلفوا في وجه الاستحسان.

فقال محمد: إنه خرج من الفرض لا على الوجه المشروع، وهو الخروج بإصابة لفظ فتمكن بالنقصان في الفرض بترك الواجب، وهذا النفل مبني على تحريمة الفرض، فيجعل في حق السهو كأنها صلاة واحدة؛ كمن صلّى ستّاً تطوّعاً بتسليمة وسها في الشفع الأوّل.. يسجد في الآخر وإن كان كل شفع صلاة على حدة؛ بناء على اتحاد الحكميّ الكائن بواسطة اتحاد التحريمة.

وقال أبو يوسف: إنه دخل في النفل على الوجه المشروع؛ لأنّ الواجب أن يشرع في النفل بتحريمة مبتدأة ولم توجد، فتمكن النقص في النفل.

وقال أبو منصور الماتريدي: إنما يسجد للسهو للنقصان المتمكن فيهما.

والمختار: قول محمد على ما في «العناية» و«فتح القدير».

(**ويضم سادسة**) لما ذكرناه من أن التنفل وتراً ممنوع.

ولو اقتدى به إنسان فيهما: لزمه ست ركعات عند محمد؛ فإن اقتدى به في الخامسة.. يأتي بعد الإمام بأربع ركعات، وإن اقتدى به في السّادسة.. يأتي بعده بخمس ركعات يصلي ركعة ويقعد ثم ركعتين ويقعد ثم ركعتين.

وعندهما: لزمه ركعتان.

والركعتانِ نفلٌ، وَلَا عُهْدَةَ لَو قطعَ، وَلَا تنوبانِ عَن سنّةِ الظّهْرِ.

وَمنِ اقْتدى بِهِ فيهمَا.. صلّاهُما فَقَط.

وَإِن أفسدَ.. قضاهُما. ....

ولو أفسده المقتدي.. لا قضاء عليه عند محمد، وعندهما يقضي ركعتين على ما سنبيّنه.

ثم اختلفوا في أنه هل يضم السّادسة في وقت مكروه أيضاً كما بعد العصر والفجر، أو لا يضم؟ قيل: يضم فيهما وقيل: لا يضم فيهما لكراهة التنفل بعدهما. وقيل: يضم فيما بعد العصر لا فيما بعد الفجر، والفرق: أن الفرق تحكم، والأصح هو الأول؛ لأن المنع عن البتيراء مطلق عن التقييد بوقت دون وقت، وكراهية التنفل بعدهما فيما إذا كان عن قصد، وهنا لا عن قصد.

(**والركعتان نفل، ولا عهدة لو قطع**)؛ لما بيّناه أنه ظان، وشروع الظان ليس بملزم، لكن الأولى هنا الضم؛ لكونه آكد؛ لأنه قد تم فرضه، ولهذا لم يقل: «إن شاء» كما فيما سبق.

(**ولا تنوبان عن سنة الظهر**) هو الصحيح على ما في «الهداية»؛ لأن السنة تكون بالمواظبة، والمواظبة عليها من النبي ﷺ كانت بتحريمة مبتدأة، وإن لم يحتج إلى قصد السنة في وقوعها سنة، ولم توجد ههنا.

(**ومن اقتدى به فيهما**) أي في الركعتين اللتين قام إليهما بعدما قعد الأخيرة (.. **صلاهما فقط**) عند أبي يوسف وأبي حنيفة معه؛ لأنه استحكم خروجه عن الفرض بالانتقال إلى النفل، فلم يصر شارعاً إلّا في هذا الشفع.

(**وإن أفسد قضاهما**) فقط عندهما؛ لأن النفل مضمون في الأصل [١٧٥/أ] بالشروع، وإنما لم يصر مضموناً على الإمام لعارض، وهو الشروع ساهياً، لا عن قصد، وقد انعدم في حق المقتدي، فبقيت في حقه على الأصل، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة، والمخلص معروف، بخلاف اقتداء البالغ للصبي في النوافل؛ حيث

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يُصَلِّي سِتّاً، وَلَا قَضَاءَ لَو أفسدَ.

وَلَو سجدَ للسَّهْوِ فِي شفعِ التَّطَوُّعِ.. لَا يبْني عَلَيْهِ.

لا قضاء عليه بالإفساد، ولأنها لم تصر مضمونة عليه ابتداء لأمر أصلي وهو الصّبا، فلا يجعل معدوماً في حق المقتدي، فيكون بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل، فلا يصح شروعه ابتداء، وبخلاف ما إذا لم يقعد الإمام في القعدة الأخيرة واقتدى به إنسان؛ حيث يلزمه قضاء الست لو أفسده على ما مرّ؛ لأنه التزم صلاة الإمام وهي ست ركعات؛ لأنه لما بطل فرضه بترك القعدة الأخيرة.. كان الإحرام في الابتداء منعقداً لست ركعات؛ فإذا ا قتدى به إنسان.. لزمه موجب تلك التحريمة، وههنا الإمام لم يكن متنفلاً إلّا بركعتين؛ لتمام فرضه.. فلزم المقتدي ركعتان.

(**وعند محمد: يصلي ستاً**) لأنه لا ينقطع عنده إحرام الفرض بالانتقال إلى النفل لأنه صار شارعاً إليه بغير قصد ولا تكبيرة جديدة، وببقاء التحريمة صار شارعاً في الكلّ، وهو الأصح على ما في «المحيط».

(**ولا قضاء**) عند محمد (**لو أفسد**) لأنهما غير مضمونان على الإمام، فكذا على المقتدي؛ لأن حاله ليس أقوى من حال الإمام والأصح هنا: قول الإمامين على ما في «المحيط»؛ لما بيّنّاه.

(**ولو سجد للسهو في شفع التطوع.. لا يبني عليه**) شفعاً آخر؛ لأنه لو بنى عليه.. بطل سجوده لوقوعه في الوسط؛ وهو غير مشروع، بخلاف المسبوق فإنه يتابع إمامه فيه بخلاف المسافر لو سجد للسهو ثم نوى الإقامة فإنه يبني عليه؛ لأنه لو لم يبن قد لزمه الإتمام بنية الإقامة.. بطلت جميع صلاته، وفي البناء نقض الواجب وهو سجود السهو، ويحتمل ذلك دفعاً للأعلى.

قيد بالتطوع لأن الحكم في الفرض بطريق الأولى؛ لأنه يكره البناء على تحريمته مطلقاً، ولهذا لم يقيد في «الخلاصة» حيث قال: إذا صلى ركعتين وسها فيهما فسجد لسهوه بعد السّلام، ثم أراد أن يبني عليهما.. لم يكن له ذلك.

وَلَو بنى.. صَحَّ.

وَسَلامُ مَن عَلَيْهِ السَّهْوُ.. يُخرجهُ منَ الصَّلَاةِ مَوْقُوفاً؛..............

(ولو بنى.. صحّ) لبقاء التحريمة، وعدمُ مشروعيته لعارض لا يضر الصحة.

واختلفوا في إعادة سجود السّهو بعد البناء، والمختار: أنه يعيد لعدم الاعتداد بما وقع في الوسط.

(وسلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة موقوفاً) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

واعلم أن في الخروج الموقوف احتمالين:

أحدهما: أن يحصل الخروج في نفس الأمر وفي علمنا وحكمنا بالسلام؛ لعدم تحقق أوان الضرورة وهي السجدة، فلا يتأخر عمله، ثم إذا سجد تحقق أوان الضرورة، ويعود الدخول من حين السجود لا من حين السّلام، وإلا.. اجتمع الضدان في محل واحد في زمان واحد.

وثانيهما: أن يترددنا فيه - ولو قضاء في الحكم به - إذا سجد.. علمنا أنه لم يقع في نفس الأمر [١٧٥/ب] وفي علم الله أصلاً، حتى نحتاج إلى القول بعود الدخول، بل لا معنى له.

وإن لم يسجد.. علمنا أنه وقع من حين السلام في نفس الأمر وفي علم الله تعالى، وهذان الاحتمالان صرّح بهما في «فتح القدير»، وأشعرهما كلام صاحب «العناية» حيث قال: معنى التوقف أنه إن سجد بعد السّلام.. حكمنا ببقاء التحريمة، وإلا.. فلا.

ثم قال بعد أسطر: ليس معنى التوقف الخروج من وجه دون وجه، بل معناه الخروج من كل وجه، لكن بفرضية العود.

فإن كلامه الأول يدل على الاحتمال الثاني، وكلامه الثاني يدل على الاحتمال الأوّل، والاحتمال الثاني هو المناسب لأكثر الكتب.

إِن سجَدَ.. عَادَ إِلَيْهَا، وَإِلَّا.. لَا.

فَيصحُّ اقْتِدَاءُ مَنِ اقْتدى بِهِ بعدَ سَلَامِهِ.

وَيصيرُ فَرْضُهُ أَرْبعاً بنيَّةِ الْإِقَامَةِ.

وَيبْطلُ وضوؤُهُ بقهقهةٍ ....

ثم جعل بعض مشايخنا بهذين الاحتمالين المختلفين قولين عندهما؛ منهم من اختار الثاني، ومنهم من اختار الأول على ما نص به في «البدائع».

وقال في «الزيلعي»: وقال بعض المشايخ: يخرج من الصلاة من حين سلّم وتنقطع به التحريمة من غير توقف عندهما، وإنما التوقف في عود التحريمة ثانياً، بمعنى أنه إن عاد إلى السّجود.. عادت التحريمة، وإلا.. فلا وهذا هو الاحتمال الأول.

ثم قال: وهذا الاحتمال أسهل لتخريج المسائل، والاحتمال الآخر أصح؛ لأن التحريمة إذا بطلت.. لا تعود إلّا بإعادتها ولم توجد انتهى.

وتعقبه في «فتح القدير» بقوله: ولا يبعد جعل الشرع نفس السجود والعود إليه إعادة، أقول: بل لا وجه للاحتمال الأول؛ لأنه يستلزم أن لا يصح الاقتداء وأن لا تنتقض الطهارة بالقهقهة، وأن لا يتغير فرضه بنية الإقامة بعد السّلام قبل السجود، وإن سجد بعدها، إلّا أن تقع هذه الفروع بعد الشروع في السجدة، وهو باطل.

وأيضاً المناسب للتسمّية بالموقوف هو الاحتمال الثاني؛ لكن الظاهر من كلام المصنف هو الاحتمال الأوّل، قال «الزيلعي»: إنه أسهل حيث قال: **(إن سجد.. عاد إليها)** أي إلى الصّلاة فيدخل في تحريمتها.

(وإلّا.. لا) يعود إليها:

١- **(فيصح اقتداء من اقتدى به بعد سلامه)** قبل أن يسجد للسّهو.

٢- **(ويصير فرضه أربعاً بنية الإقامة)** بعد سلامه قبل أن يسجد له.

٣- **(ويبطل وضوؤه بقهقهة)** بعد سلامه قبل أن يسجد له.

إِنْ سجَدَ، وَإِلَّا.. فَلَا.

(إن سجد له) قيدٌ لكلّ من الثلاثة.

(وإلا.. فلا) يصح الاقتداء؛ ولا يتغير فرضه أربعاً، ولا يبطل وضوؤه.

ولا يخفى عليك أن هذا بناء على ما ظهر من كلامه، وهو الظاهر من كلام «الهداية» أيضاً، وبه صرح في «غاية البيان»، وتعقبه في «البحر» بأن الحكم في الثاني والثالث ليس كذلك عندهما؛ فإن الحكم في الثاني: أنه إذا نوى الإقامة بعد السلام قبل السّجود.. لا يتغير فرضه عندهما، ويسقط عنه سجود السّهو؛ لأنه لو سجد.. فقد عاد إلى حرمة الصّلاة، فيتغير فرضه أربعاً فيقع سجوده في خلال الصلاة، فلا يعتد به، فلا فائدة في الاشتغال به.

وأما الحكم في الثالث أن لا تفصيل فيه بين السجود وعدمه عندهما لأن القهقهة أوجبت سقوط سجود السّهو عند الكل لفوات حرمة [١٧٦/أ] الصّلاة؛ لأنه كلام، فالحكم فيه هو النقض عند محمّد، وعدمه عندهما. نقله عن «المحيط» و«شرح الطحاوي»».

أقول: إن كون الحكم في الثاني ما ذكره لا ينافي صحة تفريعه على ما قبله، غايته: أن يشعر عدم سقوط السجدة عنه، ثم إن تفريع هذه الفروع الثلاث على الاحتمال الأول من احتمالي الموقوف.. ليس على ما ينبغي على ما ذكرناه، بل الصّواب أن يفرّعها على الاحتمال الثاني منهما، وحمل عبارته على الاحتمال الثاني بعيد.

ثم وجه قولهما -أنّ السّلام محلّل بالنص والإجماع فلا ينقطع عن العمل إلّا لضرورة الحاجةُ إلى أداء سجدة السّهو، ولا ضرورة إذا لم يعد، فيعمل عمله لتحقق المقتضي وزوال المانع، وهذا على طريقة تخصيص العلّة والمخلص معروف، وهذا الوجه يؤيّد الاحتمال الثاني على ما صرّح به في «الزيلعي» تأمل.. تُفَرِّقْهُ.

وَعند مُحَمَّد: لَا يُخرجُهُ، فَتثبتُ الأحكامُ الْمَذْكُورَةُ سجدَ، أَو لَا.

وَلَو سلَّمَ مَن عَلَيْهِ السَّهْوُ بنيَّةِ أَن لَا يسْجدَ.. بطلَت نِيَّتهُ، ....

فإن قيل: إن الانقطاع عمل المحلّل، وبقاء التحريمة إذا كان لضرورة أداء السّجدة.. ينبغي أن لا يتعدى إلى جواز الاقتداء.

قلنا: إنّ صحّة الاقتداء من ضرورات التحريمة، والشيء إذا ثبت.. ثبت بجميع لوازمه.

(وعند محمد: لا يخرجه) أصلاً؛ لأن السّجدة وجبت جبراً لنقصان تمكن في المؤدّى، والجبر إنما يتحقّق إذا كان المجبور قائماً، وقيامه ببقاء التحريمة، فيحكم ببقائها تحصيلاً للفرض المطلوب (فتثبت) عنده (الأحكام المذكورة) من صحة الاقتداء، وتغير فرضه أربعاً، وبطلان وضوئه كما ثبت قبل السّلام.

(سجد أو لا)؛ لأنه في تحريمتها مطلقاً عنده.

(ولو سلّم من عليه السّهو بنية أن لا يسجد.. بطلت نيته) لأن هذا السّلام غير قاطع بالاتفاق، أما عند محمّد: فلعدم كونه محلّلاً أصلاً عنده على ما مرّ، وأما عندهما: فعلى البتات، فإذا لم يكن قاطعاً وحده فلم يكن قاطعاً مع النية أيضاً؛ لأنه تغيير للمشروع بالنية وذا لا يجوز.

ونوقض: بأن نية الإشراك بالله تغيير لا نقض المشروعات، أعني الإيمان.

وأجيب: بأنّ كلامنا أن الشرع جعل سلام الساهي غير قاطع، وهو يريد أن يجعله قاطعاً بالنية، وليس له ذلك؛ لأنه تغيير للمشروع، وليس من قِصْدِ من ينوي الإشراك أن يجعل الإيمان المشروع غير مشروع بقصده، بل قصده أن لا يأتي به.. فليس مما نحن فيه.

أقول: الأولى في الجواب أن يقال: إن النية المجردة تؤثر فيما ركنه عمل الباطن لا فيما ركنه عمل الجوارح، والإيمان عند المحققين عبارة عن التصديق المخصوص، والإقرار شرط لإجراء الأحكام.. فتؤثر فيه النية المجردة؛ لأنها من

وَله أَن يسْجدَ.

الأعمال القلبية أيضاً، بخلاف الصّلاة، وإنما كان هذا أولى لأنه هوالحاسم لمادة الإشكال بالكلية، بخلاف الجواب المذكور؛ لأنه لو أورد الاعتراض هكذا أنه بنية الخروج عن الصّلاة لا يخرج عنها وبنية الخروج عن الإيمان يخرج عنه، فما الفرق بينهما؟ حيث تؤثر في أحدهما دون الأخرى.. لا يحسم الجواب عنه، بل الحاسم عنه ما ذكرناه؛ فإن قيل: قد مرّ أنّ سلام السّاهي مخرج عن الصّلاة عندهما، فالقول هنا بعدم كونه مخرجاً يناقض.

قلنا: المراد بما سبق أن سلام الساهي من حيث [١٧٦/ب] هو معنى الماهية لا بشرط شيء مخرج على وجه التوقف، والمراد هنا: أن سلام السّاهي بشرط نية عدم السجدة بمعنى الماهية بشرط شيء غير مخرج.. فلا تناقض؛ لعدم اتحاد الموضوع.

(وله) أي: يلزمه (**أن يسجد**) أي: للسهو قبل أن يتكلم أو يقوم ويخرج من المسجد وإن انحرف عن القبلة؛ لأن الانحراف عن القبلة لا يضرّه ما دام في المسجد أو في الصفوف في الصّحراء، وهذا بناء على ما مرَّ من أنّ سلام من عليه السّهو غير قاطع لحرمة الصّلاة وإن نوى القطع؛ فإذا لم يكن قاطعاً.. يسجد له ونيته لغو.

فسّرناه بالسّهو لأنه لو سلم وعليه سجدة صلبية وهو ذاكر لها.. تفسد صلاته، والفرق على ما في «البحر»:

أن سجود السّهو يؤتى به في حرمة الصّلاة، وهي باقية على ما عرفت.

والصّلبية يؤتى بها في حقيقة الصّلاة؛ وقد بطلت بالسّلام العمد.

ولو سلم وعليه سجدة التلاوة وسجدة السّهو وهو غير ذاكر لهما، أو ذاكر للسهو فقط.. فإن سلامه لا يكون قاطعاً، فيسجد للتلاوة أولاً، ثم يتشهد ويسلّم، ثم يسجد للسهو ويتشهد ويسلّم.

ولو سلّم وهو ذاكر لهما أو ذاكر للتلاوة خاصة.. فسلامه حينئذ يكون قاطعاً، وسقطت عنه التلاوة والسّهو؛ لامتناع البناء بسبب الانقطاع.

ولو سلّم وعليه سجدة صلبيّة وسهويّة وهو ذاكر لهما أو ذاكر للصلبية خاصة.. فسلامه يكون قاطعاً، وفسدت صلاته.

وإن كان غير ذاكر لهما أو ذاكر للسهوية.. لم يكن سلامه قاطعاً، فيسجد للصلبية ويتشهد ويسلّم، ثم يسجد للسهو ويتشهد ويسلم.

ولو سلم وعليه صلبيّة وتلاويّة وسهويّة وهو غير ذاكر لهنّ أو ذاكر للسهوية.. لم يقطع ويقضي الأوليين مرتباً الأولا فالأوّل ثم يتشهد ويسلّم ثم يسجد للسهو.

وإن كان ذاكراً للصّلبيّة أو التلاويّة.. فسدت وكان سلامه قاطعاً.

وفي «فتح القدير»: وهذا في الصلبيّة ظاهر؛ لأنه سلم عمداً ذاكراً ركناً عليه، وأما في التلاويّة - فالمذكور وهو ظاهر الرواية وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف - لا تفسد؛ لأن سلامه في حق الركن: سلام سهو لا يوجب فساد الصلاة، وفي حق الواجب: عمد وهو لا يوجبه أيضاً، بخلاف ما إذا كان ذاكراً للصلبيّة دون التلاويّة.

ولو سلم وعليه السهو وتكبير التشريق والتلبية بأن كان محرماً في أيام التشريق.. لا يسقط عنه ذلك كله؛ سواء كان ذاكراً للكل أو ساهياً عن الكلّ.

وإن أراد أن يؤدي.. يقدم بعد سجدتي السّهو التكبير ثم التلبية.

ولو بدأ بالتلبية قبل السهو.. سقطت سجدة السهو والتكبير.

ولو لبى قبل التكبير.. يسقط التكبير.

ولو سلّم وعليه صلبيّة وتلاويّة وسهويّة والتكبير والتلبية غير ذاكر لهما.. يسجدهما على الترتيب في وجوبهما، ثم يفعل الباقي.

ولو بدأ بالتلبية.. فسدت، أو بالتكبير.. لا تفسد ويجب عليه إعادته بعد فعل

وَإِن شكَّ فِي صلَاتِهِ........................

هذه الأشياء. كذا في «فتح القدير» و«الخلاصة».

(وإن شك [١٧٧/أ] **في صلاته)** قيّد بالظّرف؛ لأنه لو شكّ بعد الفراغ منها أو بعدما قعد قدر التّشهد في كمّها.. لا يعتبر ويجعل كأنه صلّى تماماً؛ حملاً له على الصّلاح؛ كالمتوضئ إذا شك في مسح رأسه بعد الوضوء، إلّا إن شكّ في التّعيين لا غير، بأن تذكر بعد الفراغ أنه ترك فرضاً وشك في تعيينه؟ قالوا: يسجد سجدة واحدة ثم يقعد ثم يقوم فيصلّي ركعة بسجدتين، ثم يقعد ثم يسجد للسهو؛ لاحتمال أن المتروك الركوع.. فلا بدّ من الركعة وسجدتين؛ لأن السّجود الّذي كان أوقعه دونه.. لا عبرة به، وإن كان سجدة.. فقد سجد.

ولو تذكر في العصر أنه ترك سجدة وشك أنها منها أو من الظهر.. يتحرى؛ فإن لم يقع تحريه على شيء.. يتم العصر ويسجد سجدة واحدة؛ لاحتمال تركها منها، ثم يعيد الظهر ثم العصر احتياطاً استحباباً، ولو لم يعد العصر.. لا شيء عليه.

ولو علم أنه أدّى ركناً وشك أنه كبر للافتتاح أولاً، أو هل أحدث أوّلاً، أو أصابه نجاسة، أو هل مسح برأسه أو لا إن كان أوّل مرة.. استقبل، وإلا.. مضى ولا يلزمه الوضوء ولا غسل ثوبه؛ بخلاف ما لو شك أن هذه تكبيرة الافتتاح أو القنوت.. فإنه لا يصير شارعاً؛ لأنه لم يثبت له شروع بعد ليجعل للقنوت، ولا يعلم أنه نوى ليكون للافتتاح.

وفي الفتاوى: لو شك في تكبيرة الافتتاح فأعاد التكبير والثناء، ثم تذكر.. كان عليه السهو ولا تكون الثانية استقبالاً وقطعاً للأولى، هذا في ترك الفعل؛ فلو كان تذكر أنه ترك قراءة.. فسدت؛ لاحتمال كونها قراءة ثلاث ركعات.

ولو كان صلى صلاة يوم وليلة ثم ذكر أنه ترك القراءة في ركعة واحدة ولا يدري من أيّ صلاة.. يعيد صلاة الفجر والوتر لأنهما يفسدان بترك القراءة في ركعة، إلّا إن كان متذكراً أنه ترك في ركعتين.. فحينئذ يعيد الفجر والمغرب والوتر.

كم صلَّى؛ إِن كَانَ أَوَّلَ مَا عرضَ لَهُ اسْتَقْبلَ، وَإِلَّا.. تحرى وَعملَ بِغَلَبَةِ ظَنّهِ؛ فَإِن لم يكن لَهُ ظنٌّ.. بنى على الْأَقَلِّ،........................

ولو تذكر أنه تركها في أربع.. أعاد الرباعيات الثلاث فقط. كذا في «فتح القدير».

(كم صلّى) أي لم يدر أثلاثاً صلّى أم أربعاً، قيّد به احترازاً عن الشك الواقع في غير العدد؛ كمن يصلّي من الظهر ركعةً بنيّة الظهر ثم شك في الثانية أنه في العصر، ثم شك في الثالثة أنه في النفل، ثم في الرابعة أنه في الظهر.. قالوا: يكون في الظهر والشك غير معتبر.

(إن كان أوّل ما عرض له) اختلف في تفسيره:

قيل: أول ما وقع له في عمره من حين بلغ.

وقيل: إنه لم يكن عادة له؛ واختاره الإمام السرخسي.

وقيل: أول ما عرض له في تلك الصّلاة؛ واختاره فخر الإسلام.

(.. استقبل) صلاته؛ لقوله صلى الله عليه وسلام: «إذا شك أحدكم في صلاته.. فليستقبل الصّلاة». وذلك بأن خرج من الأولى بما ينافيها، لكن الخروج عنها بالسّلام قاعداً أولى؛ للتعارف.

(وإلا) أي: وإن لم يكن أوّل ما عرض بأحد المعاني الثلاث، بل كان يعرضه كثيراً **(.. تحرّى وعمل بغلبة ظنه)** لقوله صلى الله عليه وسلام: «من شك.. فليتحر الصواب، وليتمّ عليه» رواه في «الصحيحين».

(فإن لم يكن له ظن.. بنى على الأقل)؛ لما رواه الترمذي وابن ماجه مرفوعاً: «إذا سها [١٧٧/ب] أحدكم في صلاته ولم يدر أنّه كم صلّى.. فليبن على أقلّ ما شك، وليسجد سجدتين».

وبالحمل على هذه المواضع الثلاث اندفع التّعارض بين هذه الأحاديث الثلاث.

وَقعدَ فِي كلِّ مَوضِعٍ احْتَمَلَ أَنَّهُ مَوضِعُ الْقعُودِ.

ثـم أراد أن يبّين كيفيّة البناء فقال: (**وقعد في كل موضع احتمل أنه موضع القعود**) فرضاً كان القعود أو واجباً؛ لئلا يصير تاركاً له. بيانه: أن الشك إذا وقع في الفجر أن الّتي هو فيها: الأولى أو الثّانية.. تحرى وعمل بتحريه وسجد للسهو. وإن لم يقع تحرّيه على شيء.. بنى على الأقل، فيتمّ تلك الركعة ثم يقعد لاحتمال أنها ثانية؛ ثم يقوم فيصلّي ركعة أخرى لأنها ثانية بحكم وجوب الأخذ بالأقلّ؛ ثم يقعد ويسجد للسّهو.

وإن شك أنها ثانية أو ثالثة.. تحرّى؛ فإن لم يقع تحريه على شيء وهو قائم.. قعد ولا يتم تلك الركعة؛ لاحتمال كونها الثالثة، فيكون تاركاً لفرض القعدة، ثم يقوم فيصلي أخرى؛ لجواز كون القيام الذي رفضه بالقعود ثانية وقد تركه.. فعليه أن يصلّي أخرى ليتم صلاته.

وإن كان قاعداً والمسألة بحالها ولم يقع تحريه على شيء، أو وقع على أنها ثالثة.. تحرى في القعدات؛ فإن وقع تحريه أنه لم يقعد على ما قبلها، أو لم يقع تحريه على شيء.. فسدت؛ لأنّ صلاته في الوجهين دارت بين الصحة والفساد، فتفسد احتياطاً.

وإن شك أنها أولى أو ثالثة.. لا يتم ركعة، بل يقعد قدر التشهد ويرفض القيام ثم يقوم فيصلي ركعتين؛ ثم يتشهد ويسلّم ويسجد للسّهو، ولو كان شكّه في أنها ثانية أو أولى واقعاً في سجوده.. يمضي فيها؛ سواء كانت السّجدة الأولى أو الثانية؛ لأنها إن كانت الأولى.. لزمه المضيُّ فيها، وإن كانت الثانية.. يلزمه تكميلها، ثم إذا رفع رأسه من السجدة الثانية.. يقعد قدر التشهد، ثم يقوم فيصلّي ركعة.

ولو كان شكّه في أنها ثانية أو ثالثة واقعاً في سجوده؛ فإن كان في السجدة الأولى.. أمكنه إصلاح صلاته على قول محمّد؛ لأنه إن كانت ثانية.. كان عليه إتمام هذه الركعة، وإن كانت ثالثةً.. لا تفسد عند محمد؛ لأنه لما تذكر في السّجدة.. ارتفعت تلك السّجدة، وصار كأنها لم تكن، كما لو سبقه الحدث في السجدة الأولى

من الركعة الخامسة، وإن كان هذا الشك في السجدة الثانية.. بطلت صلاته على ما في «الخلاصة» و«فتح القدير».

وإن وقع الشك في الرباعية أنّها الأولى أو الثانية.. عمل بالتحري؛ فإن لم يقع تحريه على شيء.. بنى على الأقل، فيجعلها أولى، ثم يقعد؛ لجواز أنها ثانية والقعدة فيها واجبة، ثم يقوم ويصلّي أخرى ويقعد؛ لأنها ثانية في الحكم والقعدة فيها واجبة، ثم يقوم فيصلي أخرى ويقعد؛ لاحتمال أنها رابعة، ثم يقوم ويصّلي أخرى ويقعد؛ لأنها الأخيرة حكماً.

ولو شك في أنها الرابعة أو الخامسة أو أنها الثالثة أو الخامسة.. فهو على القياس الذي ذكرناه في الفجر، فيعود إلى القعدة ثم يصلي ركعة ويتشهد، ثم يقوم فيصلي أخرى [١٧٨/أ] ويقعد ويسجد للسّهو.

ولو شك في الوتر وهو قائم أنها ثانية أو ثالثة.. يتم تلك الركعة ويقنت فيها ويقعد، ثم يقوم فيصلي أخرى ويقنت فيها أيضاً، هو المختار.

بخلاف المسبوق في الوتر بركعتين في رمضان إذا قنت مع الإمام في الثالثة ثم قام إلى قضاء ما سبق به.. لا يقنت ثانياً في الركعة الثالثة.

وكذا لو أدرك الإمام في ركوع الثالثة.. جعل كإدراكه القنوت معه، وهذا الفرق بين المسبوق في الوتر والسّاهي فيه في حق القنوت هو مختار الصدر الشهيد. كذا في «الخلاصة».

ولم يذكر المصنف لزوم سجود السّهو في جميع صور الشك سواء عمل بالتحري أو بنى على الأقّل على ما صرّح به في «فتح القدير»، مع أنه مما لا ينبغي تركه، ولكن لزوم سجود السهو ليس على إطلاقه - وإن أطلقه في «فتح القدير» - بل مقيّد بأن يشغله الشك قدر أداء ركن ولم يشتغل حالة الشك بقراءة ولا تسبيح على ما في صرّح به في «البحر».

توهَّمَ مصلِّي الظُّهْرِ أنَّهُ أتمَّهَا فَسلَّم، ثمَّ علِمَ أنَّهُ صلَّى رَكْعَتَيْنِ.. أتمَّهَا وَسجدَ للسَّهْوِ.

ثم ذكر عن «السراج الوهّاج» أن في فصل البناء على الأقلّ: يسجد للسهو مطلقاً، وفي فصل البناء على غلبة الظن: إن شغله تفكره مقدار ركن.. وجب السّهو، وإلّا.. فلا.

وبين وجه الفرق بين الفصلين بأن في فصل البناء على الأقلّ حصل النقص مطلقاً باحتمال الزيادة، فلا بدّ من جابر؛ وفي الفصل الثاني حصل النقص بطول التفكر لا بمطلقه.

(**توهّم مصلّي الظهر أنه أتمّها فسلم ثم علم أنه صلّى ركعتين.. أتمّها وسجد للسهو**) لأن النبي صلى الله عليه وسلام فعل كذلك على ما في حديث ذي اليدين، ولأن السلام ساهياً لا يبطل صلاته؛ لكونه دعاء من وجه، بخلاف سلام العمد.. فإنه قاطع.

ولو توهم أنه مسافر، أو أنه صلى الجمعة، أو أن الظهر ركعتان، وهو قريب العهد بالإسلام فسلّم.. فإنّ صلاته في هذه الصور باطلة؛ لأنه سلام عمد.

* * *

(بَابُ صَلَاةِ الْمَرِيضِ)

عجزَ عَنِ الْقيامِ، أَو خَافَ زِيَادَةَ الْمَرَضِ بِسَبَبِهِ.. صلَّى قَاعِداً، يَرْكَعُ وَيسْجدُ.

وإِنْ تعذَّرَ الرُّكُوعُ والسُّجُودُ.. أَوْمَأَ بِرَأْسِهِ قَاعِداً، ....

(بابُ صَلاةِ المَريضِ)

ذكر صلاة المريض عقيب سجود السّهو لأنهما من العوارض السّماوية، والأول أعمّ موقعاً من الثانية فقدمه.

(**عجز عن القيام**) حقيقة: بحيث لو قام لسقط لمرضه، أو حكماً: على ما أشار إليه بقوله: (**أو خاف زيادة المرض بسببه**) أي بسبب القيام أو خاف بطء برئه (**..صلّى قاعداً يركع ويسجد**)؛ لقوله صلى الله عليه وسلام: «صلِّ قائماً؛ فإن لم تستطع.. فقاعداً؛ فإن لم تستطع.. فعلى الجنب تومئ إيماء»، أخرجه الجماعة عن عمران بن الحصين إلّا مسلماً، ولأن الطاعة بحسب الطاقة.

وفي «الخلاصة»: لو أن المريض إذا صلّى في بيته يستطيع القيام، وإذا خرج إلى الجماعة لا يستطيع القيام.. يصلي في البيت قائماً.

قال شمس الأئمة: الأورجندي: يخرج إلى الجماعة لكن يكبّر قائماً ثم يقعد عند الركوع.

والأول: أصح وبه يفتى. انتهى.

في «الأشباه»: الأصح: أن يخرج إلى الجماعة، ولو قدر على القيام متكئاً على عصى أو خادم.. قال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح: يلزمه القيام ولا يجوز له تركه، ولو قدر على بعض القيام لا كله.. لزمه ذلك القدر [١٧٨/ب]، حتى لو كان لا يقدر إلّا على التحريمة.. لزم أن يتحرم قائماً ثم يقعد.

(**وإن تعذر الركوع والسّجود.. أومأ برأسه قاعداً**)؛ لما رويناه وذكرناه.

واعلم: أن المريض الذي يصلّي قاعداً بركوع وسجود أو بإيماء.. يقعد حال التشهد مثل الأصحاء إجماعاً إن قدر عليه، وأما في حال القراءة والركوع.. فعن أبي حنيفة أنّه يجلس كيف شاء من غير كراهة: محتبياً، أو متربّعاً، أو على ركبتيه، أو على ركبته، أو كما في التشهد. وهو المختار؛ للتعارف في القعود في الصّلاة.

وقال أبو يوسف: إنّه يحتبي.

وقال محمد: إنّه يتربع.

وقال زفر: إنّه يقعد في جميع صلاته؛ كما في حال التشهد، وبه أخذ أبو اللّيث.

وفي «الخلاصة»: وعليه الفتوى.

وقال في «البحر»: والصحيح ما روي عن أبي حنيفة؛ لأنّ عذر المرض أسقط عنه الأركان.. فلأن يسقط عنه الهيئات أولى.

ثم ذكر في الكفالة وقال: ومن المسائل الّتي يفتى بقول زفر: قعود المريض في صلاته كقعود المصلّي في التشهد. انتهى.

وأقول: والّذي ظهر من جملة هذا: أنّ وضع اليد اليمنى على اليسرى من تحت سرته ليس بلازم في الصّلاة قاعداً، ومما يدل عليه: ما صرح به في «الحاوي القدسي» حيث قال: إنّ وضع اليد اليمنى على اليسرى من سنة القيام في الصلاة، وهو ساقط عن صلاة العاجز.

وممّا يدّل عليه أيضاً: ما قالوا في صفة الصّلاة: أنّه وضع يمناه على اليسرى في كلّ قيام سنّ فيه ذكر عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنّ هذا الوضع إنّما شرع لكونه أقرب إلى الخضوع والتعظيم، وهذا المعنى يوجد في كلّ قيام كذلك، حتى يضع عندهما حالة الثناء والقنوت.

وقال محمد: إنّ هذا الوضع إنّما شرع في كلّ قيام شرع فيه القراءة، فلا يضع حالة الثناء، بل يضع عند شروعه في القراءة؛ لأنّه إنّما شرع مخافة اجتماع الدم في

رؤوس الأصابع، وإنّما يخاف ذلك حالة القراءة؛ لأنّ السنة فيها تطويلها، ولا يخفى عليك أن أصلهم هذا لا يجري في صلاة القاعد؛ لعدم القيام فيها؛ ولأنّ وضع اليمنى على اليسرى حالة القعود بناء في كمال التعظيم عادة، وهذا ظاهر.

وإنّما الإشكال فيما ذكر في «شرح المنية» قال: رجل أحدب بلغت حدبته إلى الركوع.. يخفض رأسه في الركوع؛ تحقيقاً للانتقال من القيام إلى الركوع، وليس عليه غير ذلك. كذا قالوا، لكن فيه الإخلال بالسنة، وهو تسوية الرأس مع العجز وعدم تنكيسه، فكان ينبغي أن يكتفي بمجرد النية مع التكبير؛ كالمصلّي قاعداً إذا انتقل إلى الركعة الثالثة؛ وكما أنّ هناك مخالفة الوضع بكون يديه تكونان مبسوطتين على فخذيه حال التشهد، ثم يقبضهما عند الانتقال إلى الثالثة.. كذلك هناك تكون يداه مضمومتين حال القيام، ثم يعتمد بهما على ركبتيه في الركوع. انتهى.

فإن قوله أوّلاً: «ينبغي أن يكتفي بمجرد النية مع التكبير كالمصلّي [١٧٩/أ] قاعداً».. يشعر لزوم قبض اليدين.

وقوله ثانياً: «ثم يقبضهما».. يدلّ على لزوم قبضهما في حال الانتقال إلى الثالثة؛ ليعلم انتقاله من القعدة الأولى إلى الثالثة؛ لكنه لا يلزمه لزوم وضع اليمنى على اليسرى في الركعة الأولى والثانية والرابعة وقت القراءة؛ لأنّ الحكم إذا كان معلّلاً.. لا يوجد إلّا مع علته، ولم توجد علته في تلك المواضع، على أنّ القبض أعمّ من الوضع المخصوص - أعني: وضع اليمنى على اليسرى - فلا يدل عليه في الثالثة أيضاً، سلّمناه، لكن تعيين الهيئة المخصوصة مخالف لما رويناه عن أبي حنيفة، وهو المذهب على ما صرّح به في «البحر»، وقال: إنّ الأيسر على المريض عدم التقييد بكيفية من الكيفيات.

وقال في «قاضي خان»: ويجلس المريض كيف شاء، وقد ذكرنا أنّ الفتوى على القعود كما في حال التشهد؛ أي: مع جميع الخصوصيات المعتبرة فيها.. فالأولى أن يكتفي بالنية مع التكبير في الانتقال إلى الركعة الثالثة، على ما صرّح به أوّلاً.

وَجعلَ سُجُودَهُ أَخفضَ مِن رُكُوعِهِ.

وَلَا يرفعُ إِلَى وَجهِهِ شَيْئاً للسُّجُودِ؛ فَإِن فعلَ وَهُوَ يخْفضُ رَأْسَهُ.. صَحَّ إِيماءً، وَإِلَّا.. فَلَا.

وَإِن تعذَّرَ الْقعُودُ.. أَوْمَأَ: مُسْتَلْقِياً وَرِجلَاهُ إِلَى الْقبْلَةِ.

أَو مُضْطَجعا وَوَجهه إِلَيْهَا.

(وجعل سجوده أخفض من ركوعه)؛ لحديث علي رضي الله عنه: أنّه ﷺ جعل سجوده أخفض من ركوعه حين صلى بالإيماء، ولأنّ إيماءه هذا قائم مقام الركوع والسجود.. فأخذ حكمهما.

(ولا يرفع إلى وجهه شيئاً للسجود) عليه؛ لما روي أنّه ﷺ دخل على المريض فوجده يصلي كذلك.. فنهاه عنه؛ (فإن فعل) الرفع مع كونه مكروهاً تحريماً للنهي عنه (وهو يخفض رأسه) للركوع والسجود على النحو السابق (.. صح) فعله (إيماء) أي لا سجوداً؛ لما في «الولوالجي»: لو رفع المريض شيئاً سجد عليه ولم يقدر على الأرض.. لم يجز إلّا أن يخفض برأسه لسجوده أكثر من ركوعه؛ ثم يلزقه بخشبة فيجوز؛ لأنّه لما عجز عن السّجود.. وجب عليه الإيماء، والسجود على الشيء المرفوع.. ليس بإيماء، إلّا أن يحرك رأسه ويخفضه.. فحينئذ يجوز؛ لوجود الإيماء لا لوجود السجود على ذلك الشيء.

(وإلّا) أي: وإن لم يخفض رأسه للركوع والسجود (.. فلا) يصح لعدم الإيماء، وهو المناط.

(وإن تعذر القعود) مستوياً أو مستنداً.. فإنه إن قدر عليه مستنداً لزمه القعود كذلك، على ما في «فتح القدير» (.. أومأ) برأسه وجعل وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد؛ ليتمكن من الإيماء بالركوع والسجود؛ لأنّ حقيقة الاستلقاء يمنع الأصحاء عن الإيماء.. فكيف بالمريض؟ كذا في «العناية».

(مستلقياً) على قفاه (ورجلاه إلى القبلة أو مضطجعاً) على جنبه الأيمن أو الأيسر (ووجهه إليها) هذا التخيير مختار صاحب «الهداية».

وَإِن تعذَّرَ الْإِيمَاءُ بِرَأْسِهِ.. أُخِّرَت.

وقال في «القنية»: مريض اضطجع على جنبه وصلى وهو قادر على الاستلقاء.. قيل: يجوز، والأظهر: أنّه لا يجوز.

وإن تعذر الاستلقاء.. يضطجع على شقه الأيمن أو الأيسر ووجهه إلى القبلة. انتهى.

وفي «البحر»: ودعوى الأظهرية خفيٌّ، بل الأظهر: الجواز؛ وفي تقديم الاستلقاء إشارة إلى أنه الأفضل من [١٧٩/ب] الاضطجاع، وهو المشهور من الرّوايات.

وعن أبي حنيفة عكسه، وبه أخذ الشافعي، معلّلاً بأنّ استقبال القبلة يحصل بالاضطجاع، ولهذا وضع في اللحد مضطجعاً، وأمّا المستلقي.. فيكون مستقبلاً إلى السّماء، وإنما تستقبل إلى القبلة رجلاه فقط.

ولنا: ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما: عن النبي ﷺ أنّه قال في المريض: إن لم يستطع قاعداً.. فعلى القفاء يومئ إيماء، ولأنّ التّوجه إلى القبلة بقدر الممكن فرض، وهو في الاستلقاء؛ لأنّ الإيماء تحريك الرّأس، فإذا صلّى مستلقياً.. يقع إيماؤه إلى القبلة، وإذا صلى على الجنب.. يقع منحرفاً عنها.

(وإن تعذر الإيماء برأسه.. أخّرت) الصّلاة؛ لقوله ﷺ: «فإن لم يستطع.. فعلى قفاه، يومئ إيماء، فإن لم يستطع.. فالله أحّق بقبول العذر منه».

وقوله: «أخّرت» إشارة إلى عدم سقوطها، فيقضيها عند القدرة.

وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقاً وهو الصحيح على ما في «الهداية»؛ لأنّه يفهم مضمون الخطاب، بخلاف المغمى عليه.

وقال «قاضي خان»: سقط عنه الصلاة، ولا يلزمه القضاء إذا كثر وإن كان يفهم مضمون الخطاب، فجعله كالمغمى عليه. كذا في «المحيط»، واختاره شيخ الإسلام وفخر الإسلام؛ لأنّ مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب.

وَلَا يومِئُ بِعَيْنَيْهِ، وَلَا بحاجبَيهِ، وَلَا بِقَلْبِه.

وَإِن قَدَرَ على الْقِيامِ وَعجزَ عَنِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ.. يومِئ قَاعِداً، وَهُوَ أفضلُ منَ الْإِيمَاءِ قَائِماً.

واستشهد «قاضي خان» بما روي عن محمّد فيمن قطعت يداه من المرفقين ورجلاه من السّاقين.. لا صلاة عليه.

ودُفع بأن ذاك في العجز المتيقن امتداده إلى الموت، وكلامنا فيما إذا صح المريض بعد ذلك، لا فيما إذا مات قبل القدرة على القضاء.. فلا يجب عليه ولا الإيصاء به؛ كالمسافر والمريض إذا أفطرا في رمضان وماتا قبل الإقامة والصحة.

وعلى القول الأول: معنى العذر في الحديث عذر التأخير، وعلى الثاني: عذر السقوط.

(**ولا يومئ بعينيه ولا بحاجبيه ولا بقلبه**)؛ لأنّ نصب الإبدال بالرأي ممتنع، ولم يرد به الشرع، ولا قياس على الرأس؛ لأنّ الرأس مما يتأدى به ركن الصلاة دون العين وأختيه.

وقال زفر: إنه يومئ بحاجبيه؛ فإن عجز فبعنيه، وإن عجز.. فبقلبه.

وقال الشافعي: يومئ بعينه وقلبه.

وقال الحسن: يومئ بحاجبيه وقلبه، ثم يعيد إذا صح.

(**وإن قدر على القيام وعجز عن الركوع والسجود.. يومئ قاعداً**) خلافاً لزفر والشافعي؛ لأنّ القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن ركن آخر، ما لم يعجز عنه.

قلنا: ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة؛ فإن كان لا يتعقبه السجود.. لا يكون ركناً فيتخيّر، فأشار إلى ما هو أفضل بقوله: (**وهو أفضل من الإيماء قائماً**)؛ لأنّه أشبه بالسجود؛ فإنّ عند الإيماء قاعداً يصير رأسه أقرب إلى الأرض من الإيماء قائماً.

وَلَو مرضَ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ.. بنى بِمَا قَدَرَ.

وَلَو افتتَحَهَا قَاعِداً يرْكَعُ وَيسْجُدُ، فَقدرَ على الْقيام.. بنى قَائِماً.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يسْتَأْنفُ.

وَإِنِ افتتَحَهَا بِإِيماءٍ فَقدرَ على الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ.. اسْتَأْنفَ.

اعترض: بأنّ هذا تعليل في مقابلة النص؛ لأنّ حديث عمران بن حصين - على ما رويناه - يدل على أنّ المصير إلى القعود إنّما هو عند العجز عن القيام، والمفروض خلافه.

أجيب: بأنّه محمول على ما إذا كان قادراً على الركوع والسجود [١٨٠/أ] حالة القيام؛ بدليل أنّه ذكر الإيماء في حال ما يصلي على الجنب، فدلّ على أنّ المراد بحالة القيام: القدرة على الأركان.

(**ولو مرض في أثناء الصّلاة.. بنى بما قدر**) يعني: يُتِمُّ قاعداً بركوع وسجود، وإلّا.. فبإيماء؛ وإلّا.. فمستلقياً؛ لأنّه بناء الأدنى على الأعلى.

وعن أبي يوسف: إنّه إذا صار إلى حالة الإيماء.. يستقبل الصّلاة؛ لأنّ تحريمته انعقدت موجبة للركوع والسّجود، فلا يجوز بدونهما.

قلنا: إذا بنى.. كان بعض صلاته كاملاً وبعضه ناقصاً، وإذا استقبل.. كانت كلها ناقصة؛ فأداء بعضها كاملاً: أولى من أداء كلّها ناقصاً.

(**ولو افتتحها قاعداً يركع ويسجد فقدر على القيام.. بنى قائماً، وقال محمد: يستأنف**) بناء على اختلافهم في الاقتداء؛ فإنّ اقتداء القائم بالقاعد.. لا يجوز عنده، ويجوز عندهما، على ما مر. فكذا مسألة البناء؛ لأنّه إمام في حق نفسه، بخلاف الصحيح الّذي شرع التطوع قاعداً ثم قام وبنى الباقي قائماً.. فإنّه يجوز بالاتفاق؛ لأنّ تحريمته قد انعقدت للقيام أيضاً للقدرة عليه عند الشروع، بخلاف تحريمة المريض.. فإنّها ما انعقدت إلّا للقعود.

(**وإن افتتحها بإيماء فقدر على الركوع والسجود.. استأنف**)؛ لأنّ بناء القوي

وللمتطوّعِ أَن يتّكِئَ على شَيْءٍ إِنْ أَعيى.

وَلَو صلَّىَ فِي فَلَكٍ جَارٍ.. قَاعِداً بِلَا عذرٍ.. صَحَّ، خلافاً لَهُمَا.

وَفِي المَربوطَةِ.. ....

على الضعيف لا يجوز، فلو أومأ مضطجعاً ثم قدر على الإيماء قعوداً.. استأنف أيضاً، لكن ينبغي أن يقيد الكلام بما إذا قيد بركوع وسجود؛ لأنّه لو افتتحها بإيماء ولم يؤد ركناً بالإيماء وقدر على الركوع والسّجود.. يبنى عليه؛ لأنّه مجرد تحريمة، فلا يكون من بناء القوي على الضعيف. كذا في «فتح القدير» عن «جوامع الفقه».

(وللمتطوع أن يتكئ على شيء إن أعيى)، وكذا يجوز له القعود عند العي؛ لأنّه عذر عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يجوز القعود إلّا إذا عجز، ولو أتكأ بغير عذر؟ قيل: يكره، وقيل: لا. والأول أحوط.

(ولو صلى في فلك جار قاعداً) بركوع وسجود؛ إذ لا صلاة بالإيماء بلا عذر: لا الفرض، ولا التطوع، على ما في «الخلاصة».

(بلا عذر.. صحّ) عند أبي حنيفة، والخروج أفضل.

(خلافاً لهما) لأنّ القيام مقدور له.. فلا يجوز تركه.

وله: أن الغالب من حال راكب السفينة دوران الرأس عند القيام حال جريانها، والغالب كالمتحقق، إلّا أنّ القيام أفضل؛ لبعده عن شبهة الخلاف.

ولا بد أن يتوجه إلى القبلة كيفما دارت السفينة؛ سواء كان عند الافتتاح أو في أثناء الصلاة؛ لأنّ التوجه إلى القبلة فرض مهما قدر عليه.. فلا بدّ أن يتحول وجهه إليها كلّما دارت السفينة؛ بخلاف راكب الدابة؛ لأنّه مع سيرها يتعذر الاستقبال إليها. هذا الخلاف في السائرة.

(وفي المربوطة) أي بالشط -لأنّ المربوطة بالبحر في لجّة البحر وهي تضطرب: فالأصح: أنّه إن كان الريح يحركها شديداً.. فهي كالسائرة، وإن حرّكها

لَا تجوزُ بِلَا عذرٍ.

قليلاً.. فهي كالواقفة على ما في «الكفاية» و«فتح القدير» - **(لا تجوز)** الصلاة أي قاعداً **(بلا عذر)** أي: بالاتفاق على ما هو الظاهر من اختصاص الخلاف بالجارية.

وقيل: إنّ على قول أبي حنيفة [١٨٠/ب] يجوز الصّلاة قاعداً في السفينة؛ جارية كانت أو واقفة، وهكذا روي عن محمّد، والصّحيح: أنّ الخلاف بينه وبين صاحبيه في الجارية لا في المربوطة على ما في «الهداية» وحواشيه.

ثم الظّاهر من «الهداية» و«النّهاية» و«الاختيار»: جواز الصّلاة في المربوطة في الشط مطلقاً؛ حيث قال في «الهداية»: والمربوطة كالشط؛ يعني: كما جازت الصّلاة في الشط قياماً وقعوداً عند العذر.. جازت في المربوطة أيضاً.

ولكن ذكر في «الإيضاح»: إن كانت السفينة موثوقة في الشط، وهي على قرار الأرض، فصلى قائماً.. جاز؛ لأنّها إذا استقرت على الأرض.. فحكمها حكم الأرض؛ فإن كانت مربوطة ويمكنه الخروج.. لم تجز الصلاة فيها؛ لأنّها إذا لم تستقر.. فهي كالدّابة. انتهى.

بخلاف ما إذا استقرت.. فإنّها حينئذ كالسّرير.

وقال في «الكفاية»: سفينة موثوقة على شط الجيحون، وهي على ظهر الماء غير مستقرة على الأرض؛ والشط طين لا يمكنه الصّلاة فيه إلّا بالإيماء.. يصلي في الشط بالإيماء؛ لأنّ الصّلاة في السفينة لا تجوز له. انتهى.

كلام المصنف يلائم كلام «الهداية»؛ لأنّ منطوقه: عدم جواز الصّلاة قاعداً بلا عذر، ومفهومه: جوازها قائماً بلا عذر وقاعداً بعذر؛ وقد أطلق المربوطة ولم يقيّدها بالاستقرار على الأرض؛ ولا يجوز اقتداء رجل من سفينة بإمام في سفينة أخرى إلّا إذا كانت السفينتان مقارنتين، بخلاف ما إذا كانا على دابتين مقارنتين؛ حيث لا يصح؛ لاختلاف المكان.

وَمن أُغميَ عَلَيْهِ أَو جُنَّ يَوْماً وَلَيْلَةً.. قضى.

وَإِن زَادَ سَاعَةً..

(ومن أغمي عليه أو جن يوماً وليلة.. قضى) ما مضى بعد الإفاقة استحساناً، والقياس: أن لا قضاء عليه بعد استغراقهما وقت صلاة كاملة، وهو قول الشافعي ومالك؛ لما رواه الدّارقطني عن عائشة رضي الله عنها: سألت النبي ﷺ عن الرجل يغمى عليه فيترك الصّلاة؟ فقال: «ليس لشيء من ذلك قضاء»، إلّا أن يغمى عليه في وقت صلاة فيفيق فيه.. فإنه يصليها، ولأنّه عذر يعجزه عن فهم الخطاب، فيمنع قليله وكثيره الوجوب.

وقالت الحنابلة: يقضي ما فاته وإن كان أكثر من ألف صلاة؛ لأنّه فرض.

وتوسّط أصحابنا فقالوا: إن كان يوماً وليلة.. قضى؛ لما روي أنّ عليّاً رضي الله عنه أغمي عليه يوماً وليلة.. فقضى.

والجنون في معناه فيلحق به، ولأنّه قليل فلا يلحقه حرج، وهو المناط؛ لأنّ نفس الإغماء والجنون لا ينافي أهلية الوجوب؛ لبقاء الذمة ببقاء عقله حقيقة وإن لم يقدر على استعماله، وذلك إنما يوجب خللاً في القدرة، وهو يوجب التأخير لا سقوط أصل الوجوب؛ لأنّ فائدة الوجوب: إمّا الأداء أو القضاء بلا حرج، ولم يقع بالإغماء والجنون اليأسُ عن فائدة القضاء، إلّا أن يمتد ويوقعه في الحرج.. فحينئذ يكون مسقطاً.

(وإن زاد) على يوم وليلة **(ساعة)** أي جزءاً قليلاً من أجزاء الدورة.

واعلم أنّ اليوم بليله يطلق عند أصحاب الشرائع على مدة مفارقة الشمس من نقطة الغروب إلى عودها إليها.

وعند البعض: من [١٨١/أ] طلوعها إلى مثله.

وعند المنجمين: من دائرة نصف النّهار إلى مثله، وشيء من هذه الأقوال ليس بمراد ههنا، بل المراد ههنا هو زمان مفارقة الشمس من نقطة عرض فيها المرض إلى

لَا يقْضِي.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يقْضِي مَا لم يدخلْ وَقتُ سادسةٍ.

عودها إلى تلك النّقطة (.. **لا يقضي)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **(وعند محمّد: يقضي ما لم يدخل وقت سادسة)**، وهم اتّفقوا على أنّ الزّيادة على يوم وليلة يسقط القضاء، ثم اختلفوا في جهة الزّيادة المسقطة، فقالا: إنها معتبرة من حيث الساعات.

وقال محمّد: من حيث الأوقات؛ لأنّ الحرج يحصل بالكثرة، والكثرة بالتكرار، والتكرار بفوات ست أوقات.. فالصّواب أن يقول: «ما لم يخرج» بدل: «ما لم يدخل».

ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنّه أغمي عليه أكثر من يوم وليلة.. فلم يقض، وثمرة الخلاف: أنّه لو أغمي عليه قبيل الزّوال ثم أفاق من اليوم الثاني في وقت الظهر.. يلزمه القضاء عند محمّد لا عندهما، هذا في الإغماء بما ليس بصنعه؛ بأن مرض.

ولو أغمي عليه بفزع من سبع أو آدميّ أكثر من يوم وليلة.. سقط عنه القضاء بالاتفاق.

ولو شرب الخمر وذهب عقله أكثر من يوم وليلة.. لا يسقط رغماً له.

ولو شرب البنج أو الدّواء فذهب عقله أكثر منه.. لا يسقط عندهما، ويسقط عند محمّد.

ثم هذا في الإغماء الدائم.

وأمّا إذا أغمي ساعة وأفاق ساعة.. فهذا الإغماء غير معتبر ولو أكثر من يوم وليلة.

* * *

(بَابُ سُجُودِ التِّلَاوَةِ)

يجبُ...

(بَابُ سُجُودِ التِّلَاوَةِ)

من قبيل إضافة المسبّب إلى السّبب، اعترض بالسّماع والاقتداء.

وأجيب: بأنّ سبب السّماع هو التلاوة أيضاً، والسّبب على الإمام هو السّبب على المقتدي.. فالسّبب في الحقيقة هو التلاوة، فلا يجب بالكتب والتهجي.

وشرائطها: شرائط الصّلاة إلّا التّحريمة.

(يجب) أي على التراخي، وقيل: على الفور، والمختار: هو الأول؛ لأنّ دلائل وجوبها مطلقة عن تعيين الوقت.. فيتراخى الوجوب إلى آخر عمره، كما في سائر الواجبات الموسعة، هذا في غير الصلاتيّة.

وأمّا المتلوّة في الصلاة.. فإنها تجب على سبيل التّضييق في أصح الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لقيام دليل الفور فيها؛ وهو: أنّها وجبت بما هو من أفعال الصّلاة وهو القراءة فيها.. فالتحقت بأفعالها وصارت جزءاً من أجزائها، ولهذا قلنا: إذا تلا آية السجْدة فيها ولم يسجد ولم يركع فوراً حتى طالت القراءة ثم ركع ونوى السجدة فيه أو نواها في السجدة الصّلبيّة.. لم يجز؛ لأنّها صارت ديناً في الذمة، والدّين يقضى بما له لا عليه، وأكثر المشايخ لم يقدروا لطول القراءة شيئاً، بل فوّضوا إلى رأي المبتلى به كما هو مذهب أبي حنيفة في أمثاله.

وقال بعضهم: إنّ قرأ آية أو آيتين.. لم تطل، وإن قرأ ثلاثاً.. طالت وصارت بمحلّ القضاء.

وفي «البحر» عن الإسبيجابي: الظاهر أن الثلاث لا يعدم الفور.

وفيه أيضاً عن «التنجيس»: أنّه إذا قرأ آية السجدة في الصّلاة.. يكره تأخيرها، وإن قرأها خارج الصّلاة.. لا يكره تأخيرها.

وذكر الطحاوي: أنّ تأخيرها [١٨١/ب] مكروه مطلقاً، وهو الأصح. انتهى.

على:

مَن تَلا آيَةً مِن أَربعَ عشرةَ آيَةً؛ فِي: «الْأَعْرَافِ، والرَّعدِ، والنَّحلِ، والإِسراءِ،..

ومراده بالكراهة في خارج الصلاة: تنزيهيّة؛ لما ذكرنا أنّ المختار أنّها واجبة على التراخي في خارج الصّلاة.

(على من تلا آية)؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَا لَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ۝٢٠ وَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمُ الْقُرْءَانُ لَا يَسْجُدُونَ﴾ ذمّهم على ترك السّجود، وإنّما يستحق الذّم بترك الواجب، ثم التّالي أعمّ من المصلي وغيره، والإمام والمنفرد، أصم أو لا، نائماً أو مستيقظاً، مفيقاً أو سكران بعد أن كان أهلاً؛ لوجوب الصلاة بأن كان: مسلماً، عاقلاً، بالغاً، طاهراً من الحيض والنفاس؛ إذ لا يجب على كافر وصبي ومجنون وحائض ونفساء قرؤوا أو سمعوا، ويجب على المحدث والجنب.

والتلاوة أيضاً أعمّ من الجهر والإخفاء، ومن العربية والفارسية، فهم أو لا.

واختلف في السّامع، فقال أبو حنيفة: يجب عليه أيضاً، فهم أو لا؛ إذا أخبر أنّه قرأ آية سجدة.

وقالا: يشترط علمه بأنّه يقرأ القرآن، وأمّا لو قرأ بالعربيّة.. فيلزمه مطلقاً على العربي لا على العجمي، ولا يجب على الأصم من السامع. كذا في «فتح القدير».

(من أربع عشرة آية:

١- **في الأعراف)** عند قوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ عِندَ رَبِّكَ لَا يَسْتَكْبِرُونَ عَنْ عِبَادَتِهِۦ وَيُسَبِّحُونَهُۥ وَلَهُۥ يَسْجُدُونَ﴾.

٢- **(والرعد)** عند قوله: ﴿وَلِلَّهِ يَسْجُدُ مَن فِي السَّمَـٰوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا﴾.

٣- **(والنحل)** عند قوله: ﴿وَلِلَّهِ يَسْجُدُ مَا فِي السَّمَـٰوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ مِن دَابَّةٍ وَالْمَلَـٰٓئِكَةُ وَهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ﴾.

٤- **(والإسراء)** عند قوله: ﴿وَيَخِرُّونَ لِلْأَذْقَانِ يَبْكُونَ وَيَزِيدُهُمْ خُشُوعًا﴾.

وَمَرْيَمَ، وَالْحجِّ أَوَّلاً، وَالْفرْقَانِ، والنَّملِ، وألم تَنْزِيل، وص، وفُصِّلت،.........

٥- (ومريم) عند قوله: ﴿إِذَا تُتْلَىٰ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتُ ٱلرَّحْمَٰنِ خَرُّواْ سُجَّدًا وَبُكِيًّا﴾.

٦- (والحج أوّلاً) عند قوله: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ ٱللَّهَ يَسْجُدُ لَهُۥ مَن فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَن فِى ٱلْأَرْضِ وَٱلشَّمْسُ﴾.. الآية، وقال الشافعي: فيها سجدتان؛ لما رواه أبو داود مرفوعاً: «إنّ فيها سجدتين»، قلنا: نعم، إلّا أنّ الثانية صلاتيّة لا تلاويّة؛ بدليل اقترانها بالركوع؛ حيث قال تعالى: ﴿ٱرْكَعُواْ وَٱسْجُدُواْ﴾، والمعهود في مثله من القرآن كونه من أوامر ما هو ركن الصلاة بالاستقراء؛ نحو: ﴿وَٱسْجُدِى وَٱرْكَعِى مَعَ ٱلرَّٰكِعِينَ﴾.

٧- (والفرقان) عند قوله: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ ٱسْجُدُواْ لِلرَّحْمَٰنِ قَالُواْ وَمَا ٱلرَّحْمَٰنُ أَنَسْجُدُ لِمَا تَأْمُرُنَا وَزَادَهُمْ نُفُورًا﴾.

٨- (والنمل) عند قوله: ﴿أَلَّا يَسْجُدُواْ لِلَّهِ ٱلَّذِى يُخْرِجُ ٱلْخَبْءَ فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَيَعْلَمُ مَا تُخْفُونَ وَمَا تُعْلِنُونَ﴾، على قراءة العامّة، وعند قوله: ﴿ألا يا اسجدوا﴾ على قراءة الكسائي.

٩- (والم تنزيل) عند قوله: ﴿إِنَّمَا يُؤْمِنُ بِـَٔايَٰتِنَا ٱلَّذِينَ إِذَا ذُكِّرُواْ بِهَا خَرُّواْ سُجَّدًا وَسَبَّحُواْ بِحَمْدِ رَبِّهِمْ﴾.

١٠- (وص) عند قوله: ﴿فَٱسْتَغْفَرَ رَبَّهُۥ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ﴾ وقال الشافعي: هي سجدة شكر لا سجدة تلاوة، قلنا: قرأ رسول الله ﷺ على المنبر ﴿صٓ﴾ فلما بلغ السّجدة.. نزل فسجد وسجد الناس معه، ثم استقر الأمر عليه، والحاصل: أنّه لا خلاف بيننا وبينه في ثبوت سجدة التلاوة في أربعة عشر موضعاً، وإنّما الخلاف في كيفيتها، وفي تعيين الموضع، فقال: ثبوتها في موضعين في الحج على وجه السنة، وأنكر في ﴿صٓ﴾ بأن حَمَلَها على سجدة الشكر، وقلنا: وجوبها في الحج في موضع، وحملنا الآخر منه على الصّلاتيّة [١٨٢/أ] وأثبتناها[1].

---

(١) أسقط المؤلف رحمه الله تعالى الموضع الحادي عشر، وهو في سورة (فُصِّلَت) عند قوله تعالى: ﴿وَٱسْجُدُواْ لِلَّهِ ٱلَّذِى خَلَقَهُنَّ﴾.

والنَّجمِ، والانشقاقِ، والعَلق».

وعَلى مَن سمعَ وَلَو غيرَ قَاصدٍ.

وعَلى الْمُؤْتَمِّ بِتِلَاوَةِ إِمَامِهِ.

وَلَا يجبُ بتلاوتِهِ أصلاً،...

١٢- (والنجم) عند قوله: ﴿فَٱسْجُدُواْ لِلَّهِ وَٱعْبُدُواْ﴾.

١٣- (والانشقاق) عند قوله: ﴿فَمَا لَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ۝٢٠ وَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمُ ٱلْقُرْءَانُ لَا يَسْجُدُونَ﴾.

١٤- (والعلق) عند قوله: ﴿وَٱسْجُدْ وَٱقْتَرِب﴾.

(وعلى من سمع)؛ لإجماع الصّحابة (ولو) وصلية أي ولو كان السامع (غير قاصد)، فيه إشارةٌ إلى عدم الفرق بين السّماع والاستماع في كونهما سبباً للسجدة وإن كان بينهما فرق بحسب اللّغة؛ حيث السّماع يستعمل فيما إذا لم يكن للسامع قصد، والاستماع يستعمل فيما إذا كان له قصد.

وفي «المحيط»: ولو سمعها من كافر أو صبيّ عاقل أو حائض أو نفساء أو جنب أو محدث.. وجب عليه، ولو سمعها من مجنون أو نائم أو طير.. لا يجب على الأصحّ؛ لأنّ التّلاوة صدرت من غير معرفة وتمييز.. فلا يعتبر.

وفي «قاضي خان» و«الخلاصة»: الصحيح: أنّها تجب على من سمع من النائم.

وفي «نوادر الصّلاة»: إنّ الجنون إذا قصر فكان يوماً وليلة أو أقلّ.. يلزمه السجدة بالتّلاوة والسّماع حالة الجنون، فيؤديها بعد الإفاقة.

(وعلى المُؤتم بتلاوة إمامه)؛ لأنّه التزم متابعته.

(ولا يجب بتلاوته أصلاً) لا في الصّلاة ولا بعدها، ولا عليه ولا على إمامه؛ سواء قرأها في القيام أو الركوّع أو السّجود أو القعود.

إِلَّا على سامعٍ لَيْسَ مَعَهُ فِي الصَّلَاةِ.

وَلَو سَمِعَهَا الْمُصَلِّي مِمَّن لَيْسَ مَعَهُ فِي الصَّلَاةِ.. لَا يسْجدُ فِي الصَّلَاةِ،...

وعن محمد يسجدونها إذا فرغوا عن الصلاة؛ لأنّ المقتضي قد تقرّر، والمانع ارتفع.. بخلاف حالة الصّلاة؛ لوجود المانع ثمة، وهذا من قبيل تخصيص العلة والمخلص معروف.

ولهما: أنّ المؤتم محجور عن القراءة خلف الإمام، وأثر الحجر: عدم اعتبار فعل المحجور عليه وتصرفه.. فلا حكم لقراءته أصلاً، بخلاف الجنب والحائض؛ حيث تجب على من سمع منهما.. فإنهما منهيّان عن القراءة لا محجوران، وأثر النهي عن الأفعال الحسّية: تحريم الفعل لا ترك الاعتبار؛ لأنّه إنّما يعدم مشروعية النهي لا وجوده، بخلاف الحجر فإنّه يعدم وجود المحجور عنه.

توضيحه: أنّ القراءة من الأفعال الحسية، والنهي عنها بعدم مشروعيتها لا وجودها، والحجر بعدم وجودها، وسجدة التلاوة يتعلق بوجودها لا مشروعيتها؛ كمن حلف إن شرب الخمر فامرأته طالق فشربها.. يحنث وإن لم يكن شرب الخمر مشروعاً أصلاً؛ لأنّ الحنث يتعلق بوجود الشرب لا مشروعيته، وإنّما لا يجب على الحائض والنفساء بتلاوتهما وسماعهما من طاهر مع وجود القراءة فيهما؛ لانعدام أهليّة الصّلاة عنهما، ويجب على الجنب بهما؛ لأهلية الصّلاة على ما مرّ.

(**إلّا على سامع ليس معه في الصّلاة**)، وقيل: ليس عليه أيضاً؛ لأنّه محجور مطلقاً بالنسبة إلى من معه في الصلاة وإلى من لم يكن معه فيها، والصحيح: ما في الكتاب على ما اختاره العامة؛ لأنّ حجره يخصّ بمن معه في الصلاة دون غيره.

(**ولو سمعها المصلّي ممن ليس معه**) في الصّلاة (**لا يسجد في الصلاة**)؛ لأنّها ليست بصلاتيّة، لأنّ سماعه هذه السجدة ليس من أفعال الصلّاة؛ لكونه [١٨٢/ب] عن تلاوة خارجة عن الصّلاة، ومجرّد كون السماع نفسه في الصّلاة لا يقتضي كونه من

وَيسْجدُ بعْدَهَا؛ فَإِن سجدَ فِيهَا.. لَا يجوزُ وَلَا تبطلُ الصَّلَاةُ.

أفعالها؛ لأنّ أفعالها إمّا فرض أو واجب أو سنة، وهذا السماع ليس بشيء من ذلك، وما ليس من أفعال الصّلاة.. لا يؤدى فيها.

(**ويسجد بعدها**) لتقرّر سببها في ذمّته وهو السماع؛ (**فإن سجد فيها.. لا يجوز**)، بل يعيدها بعدها؛ لأنّها وجبت كاملة فلا تؤدى ناقصة؛ للنهي عن أداء ما ليس من أفعال الصّلاة في الصّلاة، لا يقال: لا نسلم أنّها وجبت كاملة.. فإنّها وجبت في وقت كان خلط غير أفعال الصّلاة بأفعالها حراماً، فكانت كالعصر وقت الاصفرار، وجبت ناقصة فتتأدى ناقصة؛ لأنّا نقول: إنّ الوقت لو كان سبباً لها.. كان الأمر كذلك، لكن سببها ما ذكرناه، لا الوقت، فوجبت كاملة.. فلا تؤدى في الصّلاة، بل تعاد بعدها لتقرر سببها إن لم يقرأ المصلي السامع تلك الآية في الصّلاة، وأمّا لو قرأها فيها وسجدها وهو غير معتد.. فلا إعادة عليه؛ سواء قرأها بعد سماعه أو قبل سماعه على الصحيح.

ولو قرأها وسجد لها، ثم أحدث فذهب وتوضأ، ثم عاد إلى مكانه وبنى على صلاته، ثم سمعها من الخارج.. فعليه أن يعيدها بعد الفراغ؛ لأنّه تحول عن مكانه فسمع الثانية بعدما تبدل المجلس. بخلاف ما إذا قرأ آية سجدة، ثم سبقه الحدث فذهب وتوضأ، ثم جاء وقرأ مرة أخرى.. لا يلزمه سجدة وإن قرأ الثانية بعدما تبدل المكان؛ لأنّ في المسألة الأولى قد تبدّل المكان حقيقة وحكماً:

أمّا حقيقة.. فظاهر.

وأمّا حكماً: فلأنّ السّماع ليس من أفعال الصّلاة ثمة، بخلاف المسألة الثانية على ما في «البدائع».

(**ولا تبطل**) أي تلك السجدة على تقدير إتيانها في الصلاةِ (**الصلاةُ**)؛ لأنّها لا تنافي إحرام الصّلاة لكونها في أصلها من أفعالها، وزيادة ما دون الركعة مما كان من جنس أفعالها.. لا يفسدها، لكنه قيده في «التنجيس» و«المجتبى» و«الولوالجية» بأن

وَلَو سَمعهَا من إِمَامٍ فاقتدى بِهِ قبلَ أَنْ يسْجدَ.. سجدَ مَعَهُ.

وَإِن اقْتدى بعدمَا سجدَ؛ فَإِن فِي تِلْكَ الرَّكْعَة.. لَا يسْجدُ أصلاً، وَإِن فِي غَيرهَا.. يَسجُدُهَا خَارجَ الصَّلَاةِ؛ ....

لا يتابع المصلي السّامع القارئَ، فإن سجد القارئ فتابعه المصلّي فيها.. فسدت صلاته للمتابعة، ولا تجزئه السجدة عما سمع.

وفي «الهداية» عن «النوادر»: أنّ تلك السجدة تفسد الصّلاة؛ لأنّه زاد فيها ما ليس منها.

وقيل: ما ذكر في «النوادر» قول محمد، وهو القياس، وما ذكر في الكتاب من عدم الإفساد: قولهما، وهو الاستحسان بناء على: أنّ زيادة ما دون الركعة لا يفسدها عندهما، وعلى قوله: زيادة السجدة يفسدها.

والصحيح: عدم إفسادها على ما في «الخلاصة» وغيرها.

(ولو سمعها من إمام فاقتدى به قبل أن يسجد.. سجد معه) تبعاً له، **(وإن اقتدى بعدما سجد؛ فإن)** كان اقتداؤه به **(في تلك الركعة.. لا يسجد أصلاً)** أي: لا في الصلاة ولا في خارجها؛ لأنّه صار مدركاً للسجدة بإدراك تلك الركعة، ولأنّه لا يمكنه أن يسجدها في الصّلاة؛ لما فيه من مخالفة الإمام، ولا بعدها لأنّها صلاتيّة فلا تؤدى [١٨٣/أ] خارجها.

(وإن) كان اقتداؤه به **(في غيرها)** أي في الركعة الّتي بعد تلك الركعة **(.. يسجدها خارج الصّلاة)**؛ لأنّه لمّا لم يدرك تلك الرّكعة.. لم يكن مدركاً أيضاً للقراءة ولا لما تعلّق بها من السّجدة.. فكانت خارجية، فتؤدى في الخارج.

وقال الإمام العتابي: إنّها تسقط لأنّها صلاتية؛ لكون التلاوة في الصّلاة.. فلا تؤدى خارجها ولا داخلها؛ للمخالفة فتسقط.

قلنا: أن النظر إلى التّلاوة يقتضي ذلك، والنظر إلى السماع يقتضي لزومها في خارجها.. فعملنا به للاحتياط.

كَمَا لَو لم يقتَدِ.

وَلَا تُقضَى الصَّلَاتيةُ خَارِجَهَا.

(كما لو لم يقتد) ذلك السامع بذلك الإمام القارئ.. فإنه يسجدها خارج الصّلاة؛ لتقرر سببها، فلو اقتضى كون التلاوة في الصّلاة كونها صلاتيّة.. لما سجدها الخارج في الخارج.

(ولا تقضى الصّلاتية) الصّواب في النّسبة: الصّلوية **(خارجها)** لأنّها من أفعال الصلاة، فلا تقضى خارجها؛ لأنّ لها مزية الصّلاة فلا تؤدي ناقصة، ومقتضى هذا: جواز تأخيرها من ركعة إلى أخرى بعد أن لا تخلو الصلاة عنها، كذا في «فتح القدير».

لكن صرّح في «البدائع» بأنّها واجبة على الفور، وأنّه إذا أخّرها حتى طالت القراءة.. تصير قضاء ويأثم؛ لأنّ هذه السّجدة صارت من أفعال الصّلاة ملحقة بنفس التلاوة، ولذا فعلت فيها مع أنّها ليست من أصل الصّلاة؛ بل زائدة، بخلاف غير الصلاتية.. فإنّها واجبة على التراخي على ما هو المختار.

وقيل: بل على الفور أيضاً. انتهى.

وهكذا في «البحر»، فعلى هذا: لا يجوز تأخيرها إلى ركعة أخرى، ولو أخرها.. يصير قضاء، وإليه أشار المصنف أيضاً بمفهومه؛ لأنّ المفهوم منه جواز قضائها في الصّلاة، وذلك بالتأخير إلى ركعة أخرى.

فإن قيل: كيف تتحقق هذه السالبة وموجبتها غير مقصودة؛ لأنّ سجدة التلاوة لا يتصور أن لا تتأدى في ضمن سجدة الصلاة، نوى أو لم ينو؟ كذا ذكره في «قاضي خان». وكذا تتأدى في ضمن الركوع مع النية.

قلنا: إنّما يرد هذا إذا ركع وسجد للصلاة على الفور، وما نحن فيه إذا لم يسجد ولم يركع على الفور، حتى لو قرأ ثلاث آيات وركع أو سجد للصلاة.. ينوي

بها للتلاوة.. لم تجزىء لأنّ السجدة صارت ديناً عليه لفوات وقتها، فلا تتأدى في ضمن الغير كذا في «فتح القدير».

ويعرف ذلك من سوق عبارة «قاضي خان» أيضاً: رجل قرأ آية السّجدة في الصلاة؛ فإن كانت السجدة في آخر السورة أو قريباً من آخرها، بعدها آية أو آيتان إلى آخرها.. فهو بالخيار؛ إن شاء ركع بها ينوي للتلاوة، وإن شاء سجد ثم يعود إلى القيام فيختم السّورة، وإن وصل بها سورة أخرى.. كان أفضل، وإن لم يسجد للتلاوة على الفور حتى ختم السّورة ثم ركع وسجد لصلاته.. سقط عنه سجدة التلاوة؛ لأنّ بهذا القدر من القراءة لا ينقطع الفور.

ولو ركع لصلاته على الفور وسجد.. تسقط عنه سجدة التلاوة؛ نوى في السجدة السجدة للتلاوة أو لم ينو. [١٨٣/ب]

فكذا إذا قرأ بعدها آيتين.

وأجمعوا: أنّ سجدة التّلاوة تتأدى بسجدة الصّلاة وإن لم ينو لها.

واختلفوا: في الركوع.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: لا بد للركوع من النية حتى ينوب عن سجدة التّلاوة، نص عليه محمّد.

وإن قرأ بعد السّجدة ثلاث آيات وركع لسجدة التلاوة.. ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده: أنه ينقطع حينئذ الفور ولا ينوب الركوع عن السّجدة.

وقال شمس الأمة الحلواني: لا ينقطع الفور: وينوب الركوع عنها ما لم يقرأ أكثر من ثلاث آيات. انتهى.

فظهر منه: أن حصولها في الصلاتية مقيد بأن يركع ويسجد للصّلاة على الفور، أو بعد تلاوة آية أو آيتين. وأما لو لم يسجد للصّلاة على الفور بل سجد لها بعد تلاوة ثلاث آيات.. لا تتأدى التلاوية في ضمنها.

وفي «فتح القدير»: وقد صرحوا بأن، إذا لم يسجد ولم يركع على الفور حتى طالت القراءة ثلاث آيات ثم ركع ونوى السجدة.. لم يجز؛ وكذا إن نواها في السجدة الصّلاتيّة؛ لأنها صارت ديناً عليه، والدين يقضى بما له لا عليه، والركوع والسجود عليه. كذا في «البدائع».

وقال في «الذخيرة»: إذا تلا آية السّجدة في صلاته وهي في آخر السورة إلّا آيات بقين؛ فإن شاء.. ركع بها، وإن شاء.. سجد.

واختلف المشايخ في قوله: «إن شاء ركع، وإن شاء سجد»، فقال بعضهم: معناه: إن شاء سجد لها سجدة على حدة؛ وإن شاء ركع لها ركوعاً على حدة، غير أن الرّكوع يحتاج إلى النّية بأنه للتلاوة، والسّجدة لا تحتاج إليها؛ لأن الواجب الأصلي هو السجدة، والركوع يخالف السجدة صورة ويوافقها معنى؛ من حيث أن المقصود منهما: الخضوع؛ فمن حيث أنه يوافقها معنى: يتأدى به الواجب، ومن حيث أنه يخالفها صورة: يحتاج إلى النية.

وقال بعضهم: معنى قوله: «إن شاء ركع».. إن شاء أقام ركوع الصلاة مقام سجدة التلاوة من غير حاجة إلى ركوع غير ركوع الصلاة، وإليه مال شيخ الإسلام خواهر زاده، وأكثرُ المحققين على ما في «الكشف الكبير» و«التقرير».

ولا يخفى عليك أن الظاهر من قول «الذخيرة».. أن الفور لا ينقطع بقراءة ثلاث آيات ما لم يزد عليها، على ما ذكره «قاضي خان»: إن شاء ركع بها، وإن شاء سجد، على ما ذكرناه.

وهو القول الأول من هذين القولين.

ولي ههنا بحث:

أمّا أولاً: فلأن قولهم -: أنه يحتاج إلى النية في إقامة الركوع مقام سجدة التلاوة فيما إذا لم تطل القراءة ثلاث آيات - فيه نظر؛ لأنَّ الحاجة إنما هي إلى

تحصيل التعظيم بالسجدة، وقد وجد ذلك في الركوع أيضاً؛ نوى أو لم ينو، كمن دخل مسجداً واشتغل بالفرض يقوم مقام تحية المسجد؛ نوى أو لم ينو.

فإن قيل: إن الواجب الأصلي ههنا هو السجدة؛ وهي مخالفة للركوع صورة.. وإن كانت موافقة له معنى، فلموافقتها له: صحت إقامته مقامهما، ولمخالفتها: احتاجت إلى النية، بخلاف الصلاة؛ لأن بينهما موافقة صورة [١٨٤/أ] ومعنى.. فلا يحتاج إلى النية في إقامة أحدهما مقام الآخر.

قلنا: إن المخالفة الصورية إن اعتبرت.. فالحكم أن لا يتأدى الواجب به وإن نوى؛ فإن من نوى إقامةَ غيرِ ما وجب عليه مقام ما وجب.. لا يقوم إذا كان بينهما تفاوت؛ وإن لم تعتبر تلك المخالفة.. فلا حاجة له إلى النية كما في الصّلاة.

وأما ثانياً: فلأنّ ما ذكروه من أن سجدة التلاوة تتأدى بسجدة الصلبيّة وإن لم ينو.. ففيه أيضاً نظر؛ لما في «البدائع» من أنه يحتاج في إقامة السجدة الصلبيّة مقام التلاويّة إلى النية أيضاً؛ لاختلاف سببَي وجوبهما.. فلا صحة لما ادّعاه «قاضي خان» من الإجماع عليه.

واعلم: أن تأدي السجود التلاويّ بالركوع في الصلاة قياس، وفي الاستحسان: لا يجوز؛ لكن هذا القياس مقدّم على الاستحسان.

واختلف في توجيهه:

قال بعض المحققين: إنه لما جاز إقامة الركوع مقام السّجود ذكراً؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَخَرَّ رَاكِعًا﴾ لما بينهما من المناسبة من حيث اشتمالهما على التعظيم والانحناء.. جاز إقامته مقامها فعلاً أيضاً لتلك المناسبة؛ وهذا القياس جليّ سبق إليه الأفهام، إلّا أنّ الاستحسان أن لا يتأدّى بالركوع كالسجدة الصّلاتيّة لا تتأدّى به؛ لأن الأمر بالشيء يقتضي حُسنَه لذاته، فيكون مطلوباً لعينه، ولا يتأدى بغيره، وهذا القياس خفيّ.. فيكون استحساناً، فقدم الأوّل عليه لكونه جليّاً.

وردّه بعض المحققين: بأن عدم تأدي المأمور به بغيره قياساً على أركان الصّلاة: أظهر وأجلى من تأدّيه به؛ قياساً على جواز إقامة الشيء مقام اسم غيره.

ثم قال: والأولى في توجيهه أن يقال: لمّا اشتمل كل من الركوع والسجود على التعظيم.. كان القياس فيما وجب بالتلاوة في الصّلاة أن يتأدى بالركوع كما يتأدّى بالسّجود؛ لما بينهما من المناسبة الظاهرة، حتى صح التعبير عنه بالركوع في قوله تعالى: ﴿وَخَرَّ رَاكِعًا﴾.. فهذا قياس جليّ:

ظاهره فاسد؛ لاستلزامه العمل بالمعنى المجازي للسجدة من غير تعذر الحقيقة، وهي: وضع الجبهة على الأرض، والركوع مجاز.

وباطنه صحيح؛ لأن سجدة التلاوة لم تجب قربة مقصودة حتى يلزم بالنذر كالطّهارة، وإنما المقصود هو التواضع ومخالفة المستكبرين وموافقة المطيعين على وجه العبادة، وهذا المعنى حاصل في الركوع في الصلاة أيضاً.. إلّا أن المأمور به هو السجود، وهو مغاير للركوع، فينبغي أن لا ينوب الركوع عنه: **كما لا ينوب عن** السجدة الصّلبية مع قرب المناسبة بينهما؛ لكونهما من أركان صلاة واحدة، **وكما لا ينوب** الركوع خارج الصلاة عن السجدة، وهذا قياس خفي سمّي استحساناً:

أثره ظاهر، وهو: العمل بحقيقة السجود وعدم تأدية المأمور بغيره.

وفساده خفي، وهو: جعل غير المقصود مساوياً للمقصود.. فعملنا بالصّحة الباطنة في القياس الجلّي وجعلنا سجدة التلاوة في الصّلاة متأدّية بالركوع فيها، بخلاف الركوع خارج الصّلاة؛ لأنه لم يشرع عبادة في خارج [١٨٤/ب] الصّلاة، وبخلاف السجدة الصّلبية.. فإنها مقصودة بنفسها كالركوع.

وقيل: محلّ هذا القياس والاستحسان: إقامة الركوع في خارج الصّلاة مقام سجدة التلاوة، وليس بصحيح؛ لما ذكرناه من أن الركوع في الخارج لم يشرع عبادة.

ثم النص عن أبي حنيفة: أن السجود بالتلاوة أفضل على ما في «البدائع».

تَلَاهَا ثمَّ دخلَ فِي الصَّلَاةِ وأعادَها وَسجدَ.. كَفَتهُ عنِ التِّلاوتَينِ.

وبيّنه ابن الهمام بأنّه إذا سجد، ثم قام وركع.. حصّل قربتين، بخلاف ما إذا ركع، ولأنه بالسّجود مؤدٍ للواجب صورة ومعنى، وأما بالركوع.. فهو مؤد معنى فقط، ثم قال: إذا سجد لها وقام فركع كما رفع رأسه دون قراءة.. كره له ذلك، سواء كانت آية السجدة في وسط السّورة، أو ختمها، أو بقي إلى الختم آيتان أو ثلاث؛ لأنه يصير بانياً الركوع على السجود، فينبغي أن يقرأ ثم يركع.

فإن كانت في وسط السّورة.. فينبغي أن يختمها إذا رفع رأسه ثم يركع.

وإن كانت عند ختمها.. ينبغي أن يقرأ آيات من سورة أخرى ثم يركع.

وإن كان بقي منها إلى الختم آيتان أو ثلاث آيات كسورة بني إسرائيل والانشقاق.. ينبغي أن يقرأ بقية السّورة ثم يركع، وإن وصل إليها سورة أخرى.. فهو أفضل.

ثـم مقـدار آيـة أو آيتـين إلـى الختـم.. لا يقطـع الفـور بالاتفـاق، ومقـدار ثـلاث آيات.. يقطعه، على الخلاف على ما ذكرناه.

(تلاها) خارج الصّلاة **(ثم دخل في الصّلاة)** قبل أن يسجد.. لها **(وأعادها)** أي تلاوة تلك الآية في الصّلاة من غير تبدل مجلس التلاوة عن مجلس الصّلاة **(وسجد)** في الصلاة (.. **كفته عن التّلاوتين**)؛ لأن المجلس متحد، والصلاتيّة أقوى، فصارت الخارجية تبعاً لها. وفي رواية «النوادر»: أنه يسجد سجدة أخرى بعد الفراغ من الصّـلاة؛ لأن للأولـى قـوّة السّـبق فاسـتويا فـي القـوة.. فـلا يكـون أحـدهما أولـى بالاستتباع، والأصح: ظاهر الرواية؛ لأن للثانية بعد التّساوي قوة أخرى مرجحة، وهو اتصال السبب بالحكم.

وفيه إشارة:

إلى أنه: لو لـم يسجد في الصّلاة أيضاً.. سقطت؛ لأن الخارجيّة أخذت حكم الصلاتيّة؛ فإذا سقطت الصلاتيّة لعدم قضائها في الخارج على ما مرّ.. سقط ما يتبعها أيضاً.

وَإِن سجدَ للأُولى ثمَّ شرعَ وأَعادَها.. يسْجدُ أُخرَى.

وإلى أنه: لو تلاها في الصّلاة ولم يسجدها حتى سلّم فأعادها في مكانه؛ إن كان بعد ما تكلّم.. يلزمه سجدة أخرى، وإن كان قبل ما تكلم.. فلا يلزمه سجدة أخرى، على ما في «المحيط».

وإلى أنّه: لو تلاها في الخارج ثم أعادها في الصّلاة قبل أن يسجد لها ولم يسجد لها في الصلاة قصداً بل اكتفى عنها بالصلاتيّة.. كفته عن التلاوتين.

وهل يلزمه تعيين النية بأن هذه السجدة لهذه التلاوة وتلك لهذه، أم لا يلزم؟ ففي «القنية» و«الأشباه»: لا يلزمه.

وأما تعيين أنها سجدة تلاوة.. فلا بد منه لدفع تزاحم سجدة الشكر والسّهو، على ما صرّح به في باب شروط الصّلاة من «البحر».

(وإن سجد للأولى)؛ أي: في خارج الصّلاة **(ثم شرع)** في الصّلاة **(وأعادها)** فيها (.. **يسجد أخرى**) لأن [١٨٥/أ] مبنى السّجدة على التداخل بالإجماع؛ دفعاً للحرج اللّازم عن إلزام التكرّر، وذلك إمّا في الحكم أو في السّبب، **والأول:** أليق بالعقوبات إظهاراً لكرم الشارع، ولأنّ مبناها على الدّرء والعفو، حتّى إذا دارت بين الثبوت والسّقوط.. سقطت. **والثاني:** أليق بالعبادات؛ لأنه لو كان في الحكم في العبادات دون السّبب.. لكانت الأسباب باقية على تعدّدها، فيلزم وجود السّبب الموجب للعبادات بدونها، وفي ذلك ترك الاحتياط؛ فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الأسباب فيها؛ ليكون جميعها بمنزلة سبب واحد يترتب عليه حكمه إذا وجد دليل الجمع؛ أعني: اتحاد المجلس. وهذا أيضاً باطل فيما نحن فيه؛ لأنّا لو جوزناه فيه إما بإلحاق الأولى بالثانية فيؤدّي إلى سبق الحكم على السبب وذا باطل، وإما بإلحاق الثانية بالأولى وذاك نقض الأصول وخلاف المعقول؛ لأنّ الثانية أقوى لكونها صلاتيّة؛ فإذا تعذر التّداخل.. فلا بد أن يسجد أخرى. هذا؛ فإن قيل: هذه المسألة إما مندرجة فيما بعدها - أعني: قوله: ولو كرّر آية واحدة في مجلس واحد - أو غير مندرجة فيها.

وَلَو كرَّرَ آيَةً وَاحِدَةً فِي مجْلِسٍ وَاحِدٍ..

فإن كانت مندرجة نظراً إلى اتحاد المجلس. فينبغي له إذا سجد للأولى ثم دخل في الصّلاة فتلاها: أن لا يسجد أخرى؛ لأن الحكم في المسألة الآتية إذا كرّرها في مجلس واحد.. اكتفي بسجدة واحدة؛ سواء قدّمها أو أخّرها أو وسّطها عن التلاوات.

وإن لم تكن مندرجة بناء على اختلاف المجلس بالصّلاة كما بالأكل ونحوه.. فينبغي أن لا يكفيه في الصّورة الأولى إلّا سجدتان. أجيب عنه: بأن موضوع هذه المسألة من جزئيات موضوع المسألة الآتية لعدم اعتبارهم اختلاف المجلس بالصلاة؛ لأن الشروع فيها عمل قليل؛ لكن خص موضوعها من حكم ذلك العامّ.. ففصّل فيها:

بين أن يسجد للأولى.. فلا يغني عن السّجود للصّلبية.

أو: للصلبية.. فيغني عن الأولى.

أو: لا يسجد لواحدة منهما.. فتسقطان على ما ذكرناه.

(**ولو كرّر آية واحدة في مجلس واحد**) قيّد بالواحدة؛ لأنّ من قرأ القرآن كلّه في مجلس واحد لزمه أربع عشرة سجدة، ولا يجوز فيه التداخل؛ لأن المجلس لا يجعل الكلمات المتفرقة بمنزلة كلمة واحدة؛ كمن أقر لإنسان بألف ولآخر بمائة ولعبد بالعتق.. لا يجعل الكلّ إقراراً واحداً مع اتحاد المجلس؛ بل إنما يجعل مرّات الكلمة الواحدة مرّة، وهذا لأن آيات السجدة محصورة، والغالب: عدم تلاوة الجميع في مجلس واحد.. فلا حرج في اعتبار كلّ منها مستقلاً بدون الجمع.

بخلاف التكرار للحفظ والتعليم والتعلم.. فإنه ليس محصور ويتفق في مجلس، فلو لم يجمعها المجلس.. لزم الحرج العظيم.

وقيّد بآية السجدة؛ لأنه لو كرّر في مجلس واحد ذكر النبي ﷺ.. قيل: كفته صلاة واحدة على النبي ﷺ. وقيل: لا.

كفتهُ سَجْدَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَإِن بدَّلَهَا أَو الْمجْلسَ.. لَا.

وكذا الخلاف في تشميت العاطس في مجلس واحد.

(.. **كفته سجدة واحدة**)؛ لجواز التداخل فيها استحساناً؛ دفعاً للحرج على ما ذكرناه؛ ولما صح أنّ جبريل عليه السلام كان ينزل بآية السجدة على رسول الله ﷺ [١٨٥/ب] ويكرر عقبه، وكان رسول الله ﷺ يسجد لها مرة واحدة؛ فلو لم يجز التداخل فيها.. لكان يسجد مراراً، وهذا التداخل: **في السبب** على ما هو الأليق بالعبادات، **لا في الحكم** على ما هو الأليق بالعقوبات على ما ذكرناه.

ثم دليل التداخل: هو اتحاد المجلس؛ لكونه جامعاً للمتفرّقات، وإليه أشار بقوله: في مجلس واحد؛ فإذا اختلف المجلس.. عاد الحكم إلى الأصل، وهو وجوب التكرار كما إذا اختلف السبب، وإليه أشار بقوله: (**وإن بدّلها**) أي آية السّجدة وإن اتحد المجلس (**أو**) بدّل (**المجلس**) وإن اتحدت الآية (.. **لا**) يكفيه السجدة الواحدة؛ لعدم الجامع، بل يتكرر الوجوب: لتعدد الأسباب، والمجلس لا يختلف بمجرد القيام، بخلاف المخيرة؛ لأن قيامها دليل الإعراض، وبهذا الدّليل يبطل خيارها، بخلاف قعودها؛ فإنها لو خيرت قائمة فقعدت.. لا يخرج الأمر من يدها؛ لعدم دليل الإعراض؛ بل الفور أجمع للرأي.

ثم اختلاف المجلس:

قد يكون حقيقة: باختلاف المكان بأن يسير من مكان إلى آخر، إلّا في السير بخطوة أو خطوتين.. فإنه لا يختلف فيها على ما في «فتح القدير».

وكلٌّ من البيت والمسجد [مجلس واحد]؛ فلو انتقل من مكان إلى آخر في البيت أو المسجد لا يتكرر الوجوب على ما روي عن محمد؛ والسفينة، وإن كانت سائرة.. لا يوجب سيرها اختلاف المكان والمجلس، والدابة إذا كانت في الصلاة وهو راكب عليها.. كالسفينة؛ لأن جواز الصّلاة عليها شرعاً اعتبار للأمكنة المتعددة

وتَسدِيَةُ الثَّوْبِ والدِّيَاسَةُ والانتقالُ مِن غُصْنٍ إِلَى آخرَ.. تبديلٌ.

مكاناً واحداً، حتى لو أحدث في صلاته بعدما قرأها فذهب للوضوء ثم أعادها بعد الفور.. لا يتكرر الوجوب؛ بخلاف المشي بالقدم.. فإنه لا موجب لاعتبار الأمكنة المتعددة فيه مكاناً؛ إذ لم تجز صلاة الماشي؛ ولذا قالوا: لو كان خلف الراكب إنسان يمشي وهو في الصّلاة عليها وتلاها مراراً.. تكرر الوجوب على الإنسان الماشي دون الراكب، أما إذا لم يكن في الصلاة والدّابة سائرة.. فيتكرر الوجوب عليه؛ لعدم الجامع.

وقيل: إذا كان المسجد والبيت كبيراً يختلف المجلس.

وقد يكون حكماً: بأن أكل أكثر من لقمتين في مكان التلاوة، أو تكلّم أكثر من كلمتين، أو شرب، أو نكح، أو نام مضطجعاً، أو أرضعت ولداً؛ أو أخذ في بيع أو شراء أو عمل يُعرَف به أنه قطعٌ لما كان قبل ذلك وإن اتحد المجلس، لا إن كان يسيراً.

واختلفوا في الصّلاة:

فعند محمّد: يوجب الانتقال فيها من ركعة إلى أخرى اختلاف المجلس.

وعند أبي يوسف: لا يوجب، فلو قرأها في ركعة ثم كررها في أخرى.. وجبت سجدة أخرى عند محمد لا عند أبي يوسف.

لمحمد: إنّ القول بالتداخل يؤدّي إلى إخلاء إحدى الركعتين عن القراءة، فتفسد الصّلاة.

ولأبي يوسف: إنه ليس من ضرورة الحكم بالاتحاد في حق حكم بطلان العدد في حق حكم آخر، فقلنا بالعدّد في حق جواز العدد بالاتحاد في حق السّجدة.

(وتسدية الثوب والدياسة والانتقال من غصن إلى آخر.. تبديل) للمجلس، فيتكرر الوجوب بتكرر القراءة، وكذا السبح في [١٨٦/أ] بحر أو نهر أو حوض.

وفي «فتح القدير» عن «التمرتاشي»: واختلف في تسدية الثوب، والدياسة، والذي يدور حول الرّحى، والذي يسبح في الماء، والذي تلا في غصن ثم انتقل إلى

وَلَو تبدَّلَ مجْلِسُ السَّامعِ.. تكَرَّرَ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ.

وَإِنِ اتَّحدَ مجْلِسُ التَّالِي.

وَإِن تبدَّلَ مجْلِسُ التَّالِي واتَّحدَ مَجْلِسُهُ.. لَا.

آخر، والأصح: الإيجاب لتبديل المجلس، ولذا يعتبر مختلفاً في الغصنين في الحل والحرم، حتى إن الحلال لو رمى صيداً على غصن شجرة أصلها في الحل والغصن في الحرم.. يجب الجزاء.

ثم تكرر الوجوب في تسدية الثوب بناء على أن يغرس الحائك خشبات يسوّي فيها السّدى ذاهباً وجائياً، وأما لو كان يديره على دائرة عظمى وهو جالس في مكان واحد.. فلا يتكرر الوجوب، كما في البلاد الإسكندرية.

(ولو تبدّل مجلس السّامع.. تكرر الوجوب عليه وإن اتحد مجلس التالي) لأن السبب القريب في حقه هو السماع، وقد تبدّل مجلسه فيه، فيتبدل الوجوب أيضاً، وقيل: إن السبب في حق السامع أيضاً هو التلاوة، والسماع شرطٌ عملَ التلاوةَ في حقه، وإنما يتكرر الوجوب على هذا القول أيضاً مع اتحاد السبب؛ لأن اتحاد مجلس التالي إنما أبطل العدد في حق التّالي فقط، فلم يظهر ذلك في حق غيره، فتكرر الوجوب في هذه المسألة كان إجماعاً على ما صرح به في «فتح القدير».

(وإن تبدل مجلس التالي واتحد مجلسه) أي مجلس السامع **(.. لا)** يتكرر الوجوب على السامع على ما صحّحه في «الهداية» على أن السبب في حق السامع: السّماع ولم يتبدل مجلسه فيه.

وقال فخر الإسلام: إن الوجوب في هذه المسألة يتكرر على السامع؛ لأن الحكم يضاف إلى السبب، والسبب في حقه: هو التلاوة، والسماع شرط عمله، وقد تكرر التلاوة بتبدل مجلس التالي، ورجحه في «الكافي» أيضاً.

وقد يقال: إن تبدل مجلس التالي قد أبطل الاتحاد في حق التالي فقط.. فلم يظهر ذلك في حق السامع، وبهذا يقال: إن عدم التكرر على السامع في هذه المسألة

وكيفِيَّتُهُ: أَن يسْجدَ بشرائِطِ الصَّلَاةِ، بَينَ تكبيرَتَينِ، مِن غيرِ رفعِ يَدٍ، وَلَا تشهُّدٍ، وَلَا سَلامٍ.

وَكُرِهَ أَن يقْرَأَ سُورَةً ويدَعَ آيَةَ السَّجْدَةِ، ....

إجماع، لكن الخلاف ثابت فيها.

(**وكيفيته: أن يسجد بشرائط الصلاة بين تكبيرتين**) وهما ستتان على ما في «العناية».

وفي «فتح القدير»: إنهما مندوبتان.

(**من غير رفع يد**)؛ لأن هذه التكبيرة للانحطاط لا للتحريمة، والرفع للتحريمة كما في الصلاة، ولا تحريمة فيها.

(**ولا تشهد ولا سلام**)؛ لأنه للتحليل، وهو يقتضي سبق التحريمة، ولا تحريم.. فلا تحليل.

ويقول فيها مثل ما يقول في سجدة الصلاة، وإن لم يذكر شيئاً.. لم يضره، على ما صحّحه في «العناية»؛ وهكذا صحّحه في «فتح القدير».

ثم قال: وينبغي أن لا يكون هذا على عمومه؛ فإن كانت السجدة في الصّلاة.. يقول فيها ما يقال فيها؛ فإن كانت فريضة.. قال: «سبحان ربي الأعلى»، أو نفلاً.. قال ما شاء مما ورد؛ ك: «سجد وجهي للذي خلقه...» إلى آخره.

وإن كان خارج الصلاة.. قال كل ما أثر عن ذلك.

وعن أبي حنيفة: لا يكبر عند الانحطاط، وعنه: يكبر عنده في الانتهاء.

ويستحب أن يقوم ويسجد.

(**وكره أن يقرأ سورة ويدع آية السجدة**)؛ لأنه يشبه الاستنكاف عنها، ولأن [١٨٦/ب] فيه قطعاً لنظم القرآن وتغيير التأليفة؛ واتباع النظم والتأليف مأمور به؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْنَٰهُ فَٱتَّبِعْ قُرْءَانَهُۥ﴾؛ أي: بالتأليف، فكان التغيير مكروهاً، كذا في «فتح القدير» عن «البدائع»، وهذان التعليلان مقتضاهما: أن يكون الكراهة تحريمية؛ لأن الاستنكاف عنها والتغيير: حرام.

لَا عَكسُهُ.

وَنُدِبَ أَن يضمَّ إِلَيْهَا آيَةً أَو آيتَينِ قبلَهَا.

وَاسْتُحْسِنَ إِخْفَاؤُهَا عَنِ السَّامعينَ.

ويَقضيهِ.

(**لا عكسه**)؛ لأن فيه مبادرة لها، لكن هذا إن لم يكن في الصّلاة، وإلّا.. فكره عكسه أيضاً على ما فهم من «قاضي خان».

(**وندب أن يضم إليها آية أو آيتين قبلها**)؛ لدفع توهم التفضيل، على ما روي عن محمّد، وليكون أدّل على مراد الآية، ولتحصل السّجدة بحق القرآن، لا بحق إيجاب السّجدة؛ إذ القراءة للسجود ليست بمستحبة، فيقرأ معها آيات ليكون قصده إلى التلاوة لا إلى إيجاب السّجود، كذا في «البدائع».

ولو قرأ آية السجدة إلّا الحرف الذي في آخرها.. لا يسجد.

ولو قرأ الحرف الذي يسجد فيه وحده.. لا يسجد، إلّا أن يقرأ أكثر آية السّجدة بحرف السّجدة على ما في «الزيلعي».

(**واستحسن إخفاؤها عن السامعين**)؛ شفقة عليهم؛ لاحتمال أنهم يتكاسلون عن أدائه.

(**ويقضيه**) عند فوات وقته؛ لكن الصّلاتيّة تقضى فيها لا في خارجها على ما مر.

وههنا بحث: لما مر أن الصحيح في الصّلاتيّة وجوبها فوراً، وفي غير الصلاتية وجوبها متراخياً، والقضاء إنما يصح على القول بالفور؛ فإن كان المراد به الصّلاتيّة.. بقي الآخر، وإن كان كلاهما.. يلزم الجمع بين القول الصحيح وغيره، وإذا تلا في وقت غير مكروه.. لا يجوز به السجود في وقت مكروه؛ لأنه وجب كاملاً.. فلا يؤدى ناقصاً، ولو تلا في وقت مكروه فسجد فيه.. يجزئه؛ لأنه أداه كما وجب، ولو لم يسجد فيه حتّى جاء وقت آخر مكروهاً فسجد لها فيه.. قيل: يجوز، وقيل: لا، كذا في «فتح القدير».

* * *

(بَابُ الْمُسَافِرِ)

مَن جَاوزَ بيُوتَ مِصرِهِ مِن جَانِبِ خُرُوجِهِ.........

(باب المسافر)

أي: في بيان صلاة السّفر؛ لأنه المقصود من عقد الباب؛ ولذا جعل الخبر القصر (**من جاوز بيوت مصره من جانب خروجه**)؛ إشارة إلى أن موضع القصر هو محل تجاوزه بيوت مصرِه من جانب خروجه على ما يدلّ عليه ما روي في الصّحيح أنه ﷺ قصر العصر بذي الحليفة، ولا بد أن يجاوز رُبُض المصر؛ وهو ما حوله من بيوت ومساكن، وإليه أشار بإطلاقه، فلو جاوز بيوت مصره من جانب خروجه وتحازيه بيوت من جانب آخر في مقدار الجانب الذي خرج منه.. جاز القصر.

فإن قيل: عند مفارقة المربض يتحقق مبدأ الفناء، إذ هو مقدّر بغلوة على ما هو المختار؛ وقيل بأكثر منها، والفناء ملحق بالمصر شرعاً، حتى جازت الجمعة والعيد فيه، ومقتضاه: أن لا يقصر بمجرد مفارقة البيوت؛ بل لا بدّ أن يجاوز الفناء.

أجيب عنه: بأن الفناء إنما ألحق به فيما هو من حوائج أهله المقيمين فيه لا مطلقاً، والجمعة وصلاة العيد كذلك، فألحق به في حقهما، بخلاف صلاة السفر؛ فلا يلحق به في حقها؛ وأمّا على قولِ من منع الجمعة فيه إذا كان [١٨٧/أ] منقطعاً عن العمران.. فلا يرد الإشكال.

وفي «قاضي خان» فصّل في الفناء فقال: إن كان بينه وبين المصر أقل من قدر غلوة ولم يكن بينهما مزرعة.. يعتبر مجاوزة الفناء أيضاً؛ وإن كان بينهما مزرعة أو كانت المسافة بينه وبين المصر قدر غلوة.. يعتبر مجاوزة عمران المصر؛ وكذلك إذا كان هذا الانفصال بين القريتين أو بين قرية ومصر.

وإن كانت القرى متّصلة بربض المصر.. فالمعتبر مجاوزة القرى، هو الصّحيح، وإن كانت القرى متّصلة بفناء المصر لا بربض المصر.. يعتبر مجاوزة الفناء، ولا يعتبر مجاوزة القرية. انتهى.

مُرِيداً سيراً وسطاً ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.........

فظهر منه اشتراط مجاوزة القرية المتصلة بربض المصر على الصحيح، وجزم به في «فتح القدير».

واعترض به على «الهداية»؛ لإشعار كلامه عدم اشتراطه.

وفي «البحر»: وظاهر كلام «المجتبى» ترجيح عدم اشتراطه.

وفي «الفتاوى»: إن كان في الجانب الذي خرج منه محلة منفصلة عن المصر - وفي القديم كانت متصلة بالمصر - لا يقصر حتى يجاوز تلك المحلّة.

(**مريداً سيراً وسطاً ثلاثة أيام**) أشار إلى اشتراط هذا القصد؛ لأن الأحوال شروط، وبناء على هذا الشّرط قالوا: أمير خرج مع جيشه في طلب العدو، ولم يعلم أين يدركهم.. فإنهم يصلون صلاة الإقامة في الذهاب وإن طالت المدة جدّاً؛ وكذا المكث في ذلك الموضع.

أما في الرجوع؛ فإن كانت مدة سفر.. قصروا عملاً بالشرع.

وصبي ونصراني خرجا قاصدين مسيرة ثلاثة أيام، ففي أثنائها بلغ الصبي وأسلم الكافر.. يقصر الذي أسلم فيما بقي، ويتم الذي بلغ؛ لعدم صحة القصدِ والنيةِ من الصبي حين أنشأ السّفر، بخلاف النصراني - فإنه أهل لها - والباقي بعد صحة النية بالبلوغ أقل [من] ثلاثة أيام فلا يقصر.

وقال أبو بكر بن الفضل: إن [كان] بينهما وبين المقصد أقل من ثلاثة أيام.. كانا مقيمين، وقيل: يصليان ركعتين.

ولو أسلم حربي في دار الحرب [كان] ولم يعلم أهل داره به، أو علموا ولم يخشهم على نفسه.. فهو على إقامته، وإن خشيهم على نفسه فهرب منهم قاصداً مسيرة ثلاثة أيام.. لم يصر مسافراً؛ لأن قصده هذا لم يعتبر؛ لأنّ مقصوده حفظ نفسه، فيجوز أن يتحصن منهم في أقل من مدة السفر.

قَصَرَ الْفَرْضَ الرُّباعيَّ، وَصَارَ فَرْضُهُ فِيهِ رَكْعَتَيْنِ.

ولو طاف الدنيا بلا نية قطع مسيرة ثلاثة أيام.. لا يقصر؛ والمراد باليوم: النهار من أقصر أيام السنة لا الليل؛ لأنها للاستراحة؛ ولا يشترط سفر كل يوم إلى الغروب، حتى لو بكّر من اليوم الأوّل ومشى إلى الزوال، ثم في اليوم الثاني كذلك.. صار مسافراً؛ لأنه لا بدّ له من النزول للاستراحة لنفسه ولدابته وللحاجة الأصلية.

وقال أبو يوسف: المعتبر يومان وأكثر الثالث.

والشافعي: يوم وليلة.

وقال بعض أصحابنا: إنه مقدر بخمسة عشر فرسخاً.

وبعضهم: بأحد وعشرين فرسخاً.

وبعضهم: بثمانية عشر فرسخاً.

والحجة عليهم: قوله ﷺ: «يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها» ثم لا بد أن يكون قصده وإرادته قبل الصلاة، ولذا [١٨٧/ب] قال في «التجنيس»: إذا افتتح الصّلاة في السفينة حال إقامته في طرف البحر، فنقلها الريح وهو في السفينة ونوى السفر.. يتم صلاة المقيم عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد؛ لأنه اجتمع في هذه الصلاة ما يوجب الإتمام والقصر، فرجح ما يوجب الإتمام احتياطاً.

(.. **قصر**): خبر «من جاوز».

(**الفرض الرباعي وصار فرضه فيه ركعتين**)؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه قال: «إنّ صلاة السفر ركعتان»، والموقوف في أمثاله في حكم الرفع، وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنه.

وهو حّجة على الشافعي في القول بأنّ فرض المسافر أربع، والقصر رخصة ترفيه لا رخصة إسقاط، فيتخيّر فيها كالصوم.. فإنه قياس في مقابلة النص؛ ولأنه فاسد لأن الصّوم يلزمه قضاؤه بخلاف الشفع الثاني من الصّلاة.. فإنه لا يقضى اتفاقاً؛ ولأنه ﷺ سماه صدقة؛ والصدقة فيما يحتمل التمليك إسقاط محض.

وَاعْتُبِرَ فِي الْوَسطِ:

فِي السَّهلِ: سَيرُ الْإِبِلِ ومشيُ الْأَقْدَام.

وَفِي الْبَحْرِ: اعْتِدَالُ الرِّيحِ..

فإن قيل: قال تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾، ولفظ: «لا جناح» ظاهر في الإباحة دون الوجوب.. فلا يجب قصره.

قلنا: علّق القصر بالخوف حيث قال تعالى: ﴿أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ﴾، والخوف ليس بشرط لقصر ذات الصّلاة بالاتفاق، فيكون شرطاً لقصر الأوصاف من ترك القيام إلى القعود، والركوع والسجود إلى الإيماء عند الخوف من العدو ونحوه، وقصر الأوصاف عند الخوف مباح عندنا أيضاً، ومحمل الآية هو هذا.

(**واعتبر في الوسط في السهل**) مقابل الجبل (**سير الإبل**) أي: إبل القافلة دون البريد على ما في «البحر»، (**ومشي الأقدام**) في أقصر أيام السنة.

قال في «فتح القدير»: وعلى اعتبار سير ثلاثة أيام بمشي الأقدام لو سارها مستعجل كالبريد في يوم واحد.. قصر فيه وأفطر؛ لتحقق سبب الرّخصة، وهو قطع مسافة ثلاثة أيام بسير الإبل ومشي الأقدام.

وفي «البحر» عن «السّراج»: إذا كانت المسافة ثلاثة أيام بالسير المعتاد؛ فسار إليها على البريد أو على الفرس مسرعاً فواصل في يومين.. قصر.

(و) اعتبر (**في البحر اعتدال الريح**) يعني: إذا كان لموضع طريقان: أحدهما: في البحر يقطع بثلاثة أيام ولياليها إذا كانت الريح هادئة، والثاني: في البر يقطع بيوم أو يومين.. لا يتعبر أحدهما بالآخر، بل اعتبر كل بنفسه؛ فإن ذهب إلى طريق الماء.. قصر، وإن ذهب إلى البّر.. يتم، ولو انعكس.. انعكس الحكم، واعتدال الريح معلوم عند الملاحين.

وَفِي الْجَبَلِ: مَا يَلِيقُ بِهِ.

فَلَو أتمَّ الْمُسَافِرُ؛ إن قعدَ فِي الثَّانِيَةِ.. صحَّت وأساءَ.

وَإِلَّا.. فَلَا تصحُّ.

(و) اعتبر (**في الجبل ما يليق به**) يعني لو كان طريق الجبل مسيرة ثلاثة أيام بسير الإبل ومشي الأقدام.. قصر ولو كان قطعه في السهل في يوم.

والحاصل: أن تعتبر المدة في أي طريق أخذ فيه، (**فلو أتم المسافر، إن قعد في الثانية**) وقرأ فيها (.. **صحت**) فرضه، ويصير الآخران نفلاً لزمه القراءة فيهما، وبطل فرض من اقتدى به فيهما؛ لكونه اقتداء المفترض بالمتنفل.

(**وأساء**) لتأخيره السلام الواجب، أو لتركه القصر الواجب؛ ولخلطه الفرض [١٨٨/أ] بالنفل قصداً، ولبنائه النفل على تحريمة الفرض.

(**وإلا**) أي: وإن لم يقعد في رأس الثانية أو لم يقرأ في الأوليين؛ لأنه لو لم يقرأ فيها فسد فرضه، وإأن قعد في الثانية وقرأ في الأخريين ما لم ينو الإقامة (.. **فلا تصح**) لأن القعدة الأخيرة من أركان الصلاة، وقد تركها.

وكذا تعيين الأوليين بالقراءة فرض في حقه؛ فلا تنوب عنه القراءة في الأخريين ما لم ينو الإقامة.

قال الإسبيجابي: لو صلّى المسافر ركعتين وقرأ فيهما وتشهد، ثم نوى الإقامة قبل التّسليم أو بعدما قام إلى الثالثة قبل أن يقيّدها بالسجدة.. فإنه يتحول فرضه إلى الأربع، إلّا أنه يعيد القيام والركوع ولا يعتد ما فعله؛ لأنه فعلٌ بنية التطوع.. فلا ينوب عن الفرض، وهو مخيّر في القراءة، ولو قيّدها بسجدة ثم نوى الإقامة.. لم يتحول فرضه، ويضيف إليها أخرى فتصير الركعتان نفلاً، ولو أفسدهما.. لا شيء عليه من القضاء ويتم فرضه.

ولو قرأ فيهما ولم يتشهد، وقام إلى الثالثة ثم نوى الإقامة.. تحول فرضه أربعاً اتفاقاً؛ فإن لم يقم صلبه.. عاد إلى التشهد؛ وإن أقامه.. لا يعود، وهو مخيّر في القراءة فيهما.

وَلَا يزَالُ على حُكم السَّفرِ حَتَّى يدْخلَ وَطنَهُ، أَو يَنْوِيَ مُدَّةَ الْإِقَامَةِ بِبَلَدٍ آخرَ أَو قَرْيَةٍ،..

ولو قيّدها بالسّجدة ثم نوى الإقامة.. فقد تأكد الفساد؛ فيضيف إليها أخرى، فيكون الأربع نفلاً على قولهما، وبطل أصلاً عند محمد؛ لأنّ عنده بعد الفساد لا ينقلب نفلاً.

ولو ترك القراءة وأتى بالتشهد ثم نوى الإقامة قبل أن يسلِّم، أو قام إلى الثالثة ثم نوى الإقامة قبل أن يقيّدها بالسجدة.. فإنه يتحول إلى الأربع ويقرأ في الأخريين قضاء من الأوليين، ولو قيّدها بالسجدة ثم نوى.. فسدت اتفاقاً، ويضيف إليها رابعة ليكون تطوعاً عندهما. انتهى.

(**ولا يزال على حكم السفر**) من القصر والإفطار (**حتى يدخل وطنه**) الأصلي، فحين دخل.. يصير مقيما؛ نوى الإقامة أو لا، لأنّ النية لتعيين المحتمل، ولا احتمال في وطنه لتعيينه الإقامة، وأشار بإطلاقه:

إلى أنه لو كان في الصّلاة فأحدث وذهب للوضوء، فدخل مصره للماء.. يصير مقيماً. بخلاف اللّاحق: فإنه إذا أحدث ودخل مصره للوضوء.. لا يصير مقيماً؛ لأنه كان خلف الإمام ولا يعتبر فعله.

وإلى أنه لو دخله بعدما سار ثلاثة أيام أو أقل.. يصير مقيماً، إلّا أنه إذا كان أقل منها.. يصير مقيماً بمجرد العزم إلى الدخول بأن يرجع إليه وإن لم يدخل على ما في «العناية»؛ لأنه رفض السّفر قبل استحكامه، وهو مما يقبل الرفض قبل الاستحكام؛ فإذا صار مقيماً بعزمه.. يصلي أربعا في المفازة.

وقال في «فتح القدير»: وقياس هذا: أن لا يحلّ فطره في رمضان؛ كما لا يجوز قصره وإن كان بينه وبين بلده يومان؛ لانتقاض سفره بمجرد عرضه.

(**أو ينوي مدة الإقامة ببلد آخر أو قرية**) والمراد: أن ينوي الإقامة حين دخل البلد أو القرية، وإلا.. فنيّة الإقامة بالبلد أو القرية متحققة حال سفره إليها قبل [١٨٨/ب] دخوله. كذا في «فتح القدير».

أطلق النية فشمل الحكميّة؛ كالخارج دخل الشام، وعلم أنّ القافلة إنما تخرج بعد خمسة عشر يوماً وعزم أن لا يخرج إلّا معهم.. فإنه يتم كناوي الإقامة على ما في «المحيط».

والتقييد بالبلد والقرية احتراز عن نية الإقامة في المفازة والبحر. فإنها لا تصح فيهما؛ لعدم صلاحيتهما الإقامة فيهما، فلا تأثير للنية، لكن ينبغي أن يقيد في المفازة بما إذا سار ثلاثة أيّام؛ لأنه لو نوى الإقامة فيها قبل ثلاثة أيام.. تصح نيته؛ لأن السّفر لمّا لم يستحكم علّة.. كانت نية الإقامة نقضاً للعارض لا ابتداءَ علّةٍ؛ وإذا كما سار ثلاثة أيّام ثم نوى [الإقامة في غير موضع] إقامة ابتداء [.. لا تصح؛ لأن هذا] إيجابٌ.. فلا يصح إلّا في محلّه.

وفي «المجتبى»: النية إنما تؤثر بخمس شرائط:

أحدها: ترك السّير، حتى لو نوى الإقامة وهو يسير.. لم يصح.

وثانيهما: صلاحيّة المحلّ، حتى لو نوى الإقامة في بحر أو جزيرة أو بعد خروج الوقت.. لم يصحّ.

وثالثها: اتحاد الموضع.

ورابعها: المدة.

وخامسها: الاستقلال بالرأي.

ولذا قالوا: اللّاحق إذا أدرك أوّل الصّلاة مع الإمام والإمام مسافر، فأحدث أو نام فانتبه بعد فراغ الإمام ونوى الإقامة.. فإنه لم يتم؛ لأن اللّاحق كان خلف الإمام، فإذا فرغ الإمام.. فقد استحكم الفرض، فلا يتغير في حقّ الإمام بنية الإقامة، فكذا في حق اللّاحق؛ لعدم استقلاله في رأيه ما دام خلف الإمام، ولأنه قاضٍ من وجه فلا يتغير على ما بيناه في حاشيتنا على «مرآة الأصول».

وَهِيَ: خَمْسَةَ عشرَ يَوْماً، أَو أَكثرَ.

وَلَو نَوَاهَا بموضعَينِ كمكَّةَ وَمِنىً.. لَا يصيرُ مُقيماً،........................

فإن قيل: قد ذكر في «الخلاصة» وغيرها: أن المسافر إذا نوى الإقامة في خلال الصّلاة في وقت تلك الصلاة.. فإنه يتحوّل فرضه أربعاً..؛ سواء نواها في أوّل الصّلاة أو في وسطها أو في آخرها؛ وسواء كان منفرداً أو مقتدياً أو مدركاً أو مسبوقاً.. فالظاهر من قولهم: «أو مقتدياً» أن المسافر إذا اقتدى مسافراً أو نوى الإقامة خلفه.. يصير مقيماً بهذه النية؛ فيتم بعد سلام الإمام؛ وهذا يخالف ما سبق من أنه ما دام خلف الإمام.. لا يستقل في رأيه.

أجيب: بأن المراد بما سبق: أنه لا يستقل في نية بعد إتمام الإمام صلاته واستحكامه، وفيما نحن فيه أنّه نوى الإقامة قبل استحكام صلاة الإمام بعد؛ فإن صلاة الإمام تحتمل الانقلاب أربعاً بنيته في خلالها أيضاً.

(وهي خمسة عشر يوماً) لأنه لا بد من اعتبار مدة؛ لأنّ السفر يجامعه اللبث؛ بمعنى أن حقيقة اللبث مع قيام حقيقة السّفر توجد في كل مرحلة؛ فلا يمكن اعتبار مطلقه.. فلا بد أن يقدر له مدّة، فقدّرناها بمدة الطّهر؛ لأنّهما مدّتان موجبتان؛ فإن مدّة الطّهر توجب إعادة ما سقط بالحيض، والإقامة توجب ما سقط بالسّفر؛ كما قدرنا أدنى مدة السّفر بأدنى مدة الحيض، أعني: ثلاثة أيام؛ لكونهما مسقطتين، وهذا التقدير [١٨٩/أ] مروي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أيضاً؛ والموقوف في أمثاله حكمه الرفع **(أو أكثر)**. كذا في «الهداية»، وهو زائد لا حاجة إليه على ما في «العناية».

(ولو نواها) أي: مدة الإقامة **(بموضعين)** مستقلين؛ لأنه لو نواها بموضعين غير مستقلّين؛ كقرية قريب مصر، بحيث تجب الجمعة على ساكنيها.. فإنه يصير مقيماً بنية الإقامة فيهما، فيتم بدخول أحدهما؛ لأنهما في الحكم كموضع واحد.

(كمكة ومنى.. لا يصير مقيماً)؛ لأن اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع إلى عشرة وخمسة عشر دفعاً للتحكم وهذا ممتنع؛ لأنه يؤدي إلى عدم

إِلَّا أَن يَبِيتَ بِأَحَدِهِمَا.

وَقصرَ إِن نوى أَقلَّ مِنْهَا،.........................

تحقق السفر أصلاً؛ لأن إقامة المسافر في مراحل لو جمعت كانت خمسة عشر وأكثر.

(**إلا أن يبيت بأحدهما**) فيصير مقيماً بدخوله فيه لا بدخوله في الآخر؛ لأن إقامة المرء تضاف إلى مبيته، إلّا ترى أن السّوقي إذا قيل له: أين تسكن؟ يقول: في محلة كذا، ونهاره كله في السّوق؟ ثم بالخروج منه إلى الموضع الآخر.. لا يصير مسافراً، ومعنى اللفظ «إلا إن نوى» أن يقيم بالليل في أحدهما مدة الإقامة، وذكر في كتاب المناسك: أن الحاجّ إذا دخل مكّة في أيام العشر من ذي الحجة ونوى الإقامة - أعني: خمسة عشر - لا يصح؛ لأنه لا بدّ له من الخروج إلى منى وعرفات فلم يتحقق الشرط.

(**وقصر إن نوى بأقل منها**) أي: مدة الإقامة، أعني: خمسة عشر، وقال الشافعي في قول: إذا نوى الإقامة أربعة أيّام.. صار مقيماً، وقول آخر: صار مقيماً في أربعة أيام وإن لم ينو.

واحتج للأوّل: بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ على القصر بالضرب في الأرض؛ ومن نوى الإقامة.. فقد ترك الضرب، والمعلّق بالشرط ينعدم عند عدم الشرط؛ إلّا أنا تركنا ما دون ذلك بدليل الإجماع.

وللثاني: بما روي عن عثمان رضي الله عنه: من قام أربعاً.. أتم، ولم يذكر النية.

قلنا: إن ترك الضرب في الأرض يحصل بنية ثلاثة أيام أيضاً، ولم ينعدم المشروط، والإجماع على عدم جوازها في الأربعة كالإجماع على ما دونها على ما ذكره الطحاوي، وقد روي عن عثمان خلاف ذلك أيضاً.. فلا يصلح حجة.

أَو لم ينوِ وَلَو بَقِيَ سِنِينَ.

وَكَذَا عَسْكَرٌ نواها بِأَرْضِ الْحَرْبِ، أَو حاصَروا مِصراً فِيهَا،...............

(**أو لم ينو وبقي سنين**) ويقول: غداً أو بعد غد أخرج، وهذا لأن ابن عمر رضي الله عنهما أقام بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر، وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك.

(**وكذا**) أي: قصر (**عسكر نواها**) - أي: الإقامة خمسة عشر يوماً - (**في أرض الحرب**) مشغولين بالحرب أو لا، (**أو حاصروا مصراً فيها**) أي: في دار الحرب، وهذا لأنّ نيّتهم لم تصادف محلّها؛ لأنهم بين الفرار عنها والقرار فيها، فلا تتم علّة في ثبوت حكم الإقامة كما في المفازة، فكانت البلد في دار الحرب قبل الفتح في حق العسكر كالمفازة من حيث إنها ليست بموضع إقامة.

بخلاف من دخل دار الحرب بأمان فنوى الإقامة فيها نصف شهر في موضع الإقامة؛ فإنه يتم لأنّ [١٨٩/ب] أهل الحرب لا يتعرّضون له بحكم الأمان، فصارت الدار موضع إقامة.

والأسير في دار الحرب إذا انفلت منهم ووطّن على الإقامة خمسة عشر يوماً.. لم يصر مقيماً مثل العسكر على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة»، وفرعه في «فتح القدير» على ما ذكرناه من أن نيته لم تصادف محلها، فلا يتم علّةً، فصار كمن دخل مصراً لقضاء حاجة معيّنة لا غير، ونوى الإقامة فيه خمسة عشر يوماً.. فإنه لا يصير مقيماً؛ فإنه متردّد بين أن يقضي حاجته فيخرج، وبين أن لا يقضي فيقيم فيه، فلم يكن موضع إقامة له.

فكذا الأسير متردّد بين أن زال خوفه فيخرج من الغار، وبين أن لا يزال فيقيم فيه.

وذكر في «قاضي خان» و«الخلاصة»: الكافر إذا أسلم في دار الحرب ولم يتعرضوا له.. فهو على إقامته، وإن علم أهل الحرب بإسلامه فهرب منهم مريداً مسيرة السفر ثلاثة أيّام ولياليها.. لم يكن مسافراً؛ لأن نيّته غير معتبرة. انتهى.

أَو حاصروا أهل الْبَغي فِي دَارِنَا فِي غَيرِهِ.

وَيُتِمُّ أهلُ الأَخبيةِ لَو نَوَوها فِي الْأَصَحِّ.

لأن مقصوده هو التخلص عنهم لا قطع تلك المدة، وحكم الأسير في دار الحرب كحكم العبد.. لا تعتبر نيته، على ما صرّح به في «قاضي خان». وسنبيّن حكم العدد في آخر الباب إن شاء الله تعالى.

(**أو حاصروا أهل البغي في دارنا في غيره**) أي غير المصر؛ سواء كان في المفازة أو في البحر على ما في «الهداية»، وعلّله بأنّ حالهم مبطل عزيمتهم، يعني: إن المحلّ وإن كان صالحاً للنيّة لكونه في يد أهل الإسلام.. لكن ثمة مانع آخر، وهو أنهم إنما يقيمون لغرض، فإذا حصل.. انزعجوا، فلا تكون نيتهم مستقرة، فلا تتم نيّتهم علّة.

وكذا لو حاصروا أهل البغي في حصنهم في دار الإسلام.. لم يقصروا وإن نووا خمسة عشر يوماً؛ لما ذكرناه.

والحاصل: أنهم متردّدون بين القرار والفرار، فلا تعتبر نيّتهم، فقوله: «في غيره» ليس قيداً احترازياً.

(**ويتم أهل الأخبية لو نووها**) إي الإقامة (**في الأصح**) وإن كانوا في المفازة؛ لأن الإقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى، هكذا علّله في «الهداية» و«الزيلعي»، والذي ظهر منه: أنهم مقيمون أبداً، لا أنهم صاروا مقيمين بنية الإقامة بعد كونهم مسافرين.

وبه صرّح في «العناية» حيث قال: ونيّة الإقامة من أهل الأخبية مختلف فيها، فمنهم من يقول: لا تصّح أبداً؛ لأنهم ليسوا في موضع الإقامة فهم مسافرون أبداً، والأصح: أنهم مقيمون على ما روي عن أبي يوسف؛ لأن الإقامة أصل، والسفر عارض يحصل عند قصد الانتقال إلى مكان بينه وبين مدة السّفر، وهم لا يقصدون ذلك، وإنما ينتقلون من ماء إلى ماء ومن مرعى إلى مرعى، فكانوا مقيمين أبداً.

وَلَوِ اقْتدى الْمُسَافِرُ بالمقيمِ فِي الْوَقْتِ.. صَحَّ وَيتمُّ.

قال في «قاضي خان» و«الخلاصة»: وموضع الإقامة: العمران والبيوت المتخذة من الحجر والمدر والخشب.. لا الخيام والأخبية والوبر.

والرعاة إذا كانوا يطوفون في المفاوز لهم خيام وأخبية.. لا يصيرون [١٩٠/أ] مقيمين.

وعن أبي يوسف: إن نزلوا موضعاً كثير الماء والكلأ، ونصبوا محاريب واتّخذوا مخابز، ونووا الإقامة فيها خمسة عشر يوماً؛ والماء والكلأ يكفيهم لتلك المدّة.. صاروا مقيمين؛ وكذا التّراكمة والأعراب. انتهى.

فظهر أن لأبي يوسف روايتين في هذه المسألة:

جعل في أحدهما: المفاوز في حقهم كالقرى في حق أهل القرى، فكان انتقالهم من مرعى إلى مرعى كالانتقال من قرى إلى قرى، فصاروا مقيمين أبداً على ما نقله «العناية» عنه.

وجعلهم في أخرى: مسافرين، ثمّ بالنية في موضع معين.. صاروا مقيمين.

والظاهر من كلام المصنف هذه الرواية؛ لأنهم على الرّواية الأولى عنه مقيمون أبداً لا يحتاجون في الإقامة إلى النّية.

ولو كان مع أهل الأخبية مسافر ونوى الإقامة معهم.. فعن أبي يوسف فيه روايتان، وعند أبي حنيفة أنه لا يصير مقيماً.

وفي «البحر»: أنهم إذا ارتحلوا عن موضع إقامتهم في الصّيف وقصدوا موضع إقامتهم في الشتاء وبينهما مسيرة السّفر.. فإنهم يصيرون مسافرين في الطّريق.

(**ولو اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت.. صحّ ويتمّ**) لأنه يتغيّر فرضه إلى الأربع بالاقتداء؛ كما في نية الإقامة في المدة بجامع الاتصال، فإن المغيّر في الأصل - وهو النيّة - متّصله بالمدّة.

وفي الفرع: - وهو الاقتداء - متصل بالسبب وهو الوقت، وفرض المسافر قابل للتغير حال قيام الوقت؛ فإنه لو نوى الإقامة فيه.. تغير إلى أربع، فيعدّ قبوله للتغير توقّف تحقّق التغيير على مجرّد وجود السّبب، وقد وجد ههنا وهو الاقتداء، فيترتب عليه الحكم بلا توقف.

فإن قيل: انعقاد الاقتداء سبب للتغيّر موقوف على صحّة اقتداء المسافر بالمقيم، وصحته موقوفة على تغير فرضه؛ إذ ما لم يتغير.. لزم أحد الأمرين من اقتداء المفترض بالمتنفّل في حقّ القعدة، أو القراءة على ما سيظهر لك، فقد توقف التغير على صحة الاقتداء، وصحّته على التغير، وهذا دورٌ.

أجيب: بأنه دور معيّة لا دور ترتب، بأن ثبت صحة الاقتداء والتغيّر معاً، إلّا أنه في الملاحظة يكون ثبوت التغير لتصحيح الاقتداء؛ لأنه مطلوب شرعاً ما لم يمنع منه مانع، ولا مانع إلّا عدم التغير، وهو ليس بلازم لغرض ثبوت التغير بما يصلح سبباً له، فليكن طلب الشرع تصحيح الاقتداء سبباً له أيضاً، فيثبت عند الاقتداء، فتثبت الصحة معه.

فإن قيل: فعلى هذا - أعني: على تقدير تغير فرضه إلى الأربع - ينبغي أن يعيد أربع ركعات لو أفسد بعدما اقتدى بالمقيم؛ كما لو اقتدى به في فرضه بنية النّفل ثم أفسد، فإنه يقضي أربعاً مع أنه يصلي ركعتين.

قلنا: إنما يلتزم بالاقتداء بالمقيم إسقاطاً للفرض عن ذمته وهو ركعتان، إلّا أنه تغير إلى الأربع حكماً للمتابعة، ولما زالت المتابعة بالإفساد.. بقي ما في ذمته من الفرض على ما كان بعد زوال علّة التغير، بخلاف المقتدي متنفّلاً؛ فإنه التزم بالاقتداء صلاة الإمام قصداً لا إسقاط الفرض كما في الأولى، وصلاة الإمام أربع فيلزمه [١٩٠/ب] كذلك.

وَبعده.. لَا يَصحُّ.

ومن ههنا ظهر وجه ما قال في «فتح القدير»: لو اقتدى المقيم بالمسافر، فأحدث الإمام المسافر فاستخلف المقيم.. لا يتغير فرضه إلى الأربع مع أنه صار مقتدياً بالخليفة المقيم؛ لأنه لما كان المؤتم خليفة عن المسافر.. كان المسافر كأنه الإمام فيأخذ الخليفة صفة الأولى؛ حتى لو لم يقعد على رأس الركعتين.. فسدت صلاة الكل من المسافرين والمقيمين.

ووجه ما قال فيه أيضاً: لو أمّ مسافر مسافرين ومقيمين، فقبل أن يسلم بعد التشهد على رأس الركعتين تكلم واحد من المسافرين، أو قام فذهب ثم نوى الإمام الإقامة.. فإنه يتحول فرضه وفرض المسافرين الذين لم يتكلّموا أربعاً؛ لوجود المغيّر في محلّه، وصلاة من تكلم تامّة؛ لأنه تكلم في وقت لو تكلم إمامه فيه.. لم تفسد؛ فكذا صلاة المقتدي إذا كان بمثل حاله.

ولو تكلم بعد نيّة.. فسدت صلاته؛ لأنه انقلب فرضه أربعاً ثم تكلّم، ولكن يجب عليه قضاء صلاة المسافرين ركعتين؛ لأن الأربع للتبعيّة، وقد زالت بفساد الصّلاة. انتهى. كذا ذكره الإسبيجابي.

(**وبعده: لا يصح**) اقتداؤه به؛ لأنه قد تقرّر فرضه في ذمته ركعتين لانقضاء الوقت، فلا يتغير بالاقتداء، كما لا يتغير بنية الإقامة بعد، فلا يصح لعدم المصحّح؛ وهذا إذا خرج الوقت قبل الاقتداء.

أما إذا اقتدى به في الوقت ثم خرج قبل الفراغ.. فلا يفسد ولا يبطل اقتداؤه؛ لأنه حين اقتدى.. صار فرضه أربعاً للتبعيّة كالمقيم، وصلاة المقيم لا تصير ركعتين بخروج الوقت.

وكذا لو نام خلف الإمام حتى خرج الوقت فانتبه.. يتمّ أربعاً بطريق الأولى.

ثم بعد خروج الوقت على المسافر لا يصح اقتداؤه بالمقيم؛ سواء خرج عليه أيضاً أو لا، بأن صلّى المقيم ركعة من الظهر مثلاً أو ركعتين ثم خرج الوقت عليه،

واقتداءُ الْمُقِيمِ بِهِ صَحِيحٌ فيهمَا.

فاقتدى به مسافر في الظهر.. فإنه لا يصح اقتداؤه في الصّورتين؛ لما ذكرناه من أن فرضه لا يتغير إلى الأربع؛ فإذا لم يتغير فإن اقتدى به؛ فإما أن يسلم على الركعتين، أو يتم الأربع مع الإمام.

وعلى الأول: تفسد صلاته؛ سواء سلّم قبل القعود أو بعده، قبل أن يقعد الإمام أو بعد أن يقعد هو؛ لأنّ في الأول: ترك الفرض وهو القعدة الأخيرة، وفي الثاني: قعوداً قبل الإمام وهو غير معتبر، وفي الثالث: يلزم اقتداء المفترض بالمتنفّل لمفترض في حق القعدة.

وعلى الثاني: يلزم اقتداء المفترض بغير المفترض في حق القعدة والقراءة معاً إن اقتدى به في أوّل صلاته وقرأ الإمام في الشفع الأوّل؛ لأن القعدة الأولى والقراءة في الشفع الأول فرض للمسافر، وليس بفرض للإمام بل واجب، أو في حق القراءة فقط إن اقتدى به في الشفع الثاني وقرأ الإمام في الشفع الأول والثاني، وإن لم يقرأ الإمام في الشفع الثاني.. يلزم بناء الموجود على المعدوم.

وأما لو قرأ الإمام في الشفع الثاني دون الأول واقتدى به المسافر في الشفع الثاني.

قيل: يصّح [١٩١/أ] هذا الاقتداء؛ لأنه ليس اقتداء المفترض بغير المفترض ولا بناء الموجود على المعدوم، بناء على ظاهر القراءة.

وقيل: لا يصّح؛ لأنّ القراءة في الشفع الثّاني قضاء، والقضاء ملحق بمحلّ الأداء، فيبقى الشفع الثاني بلا قراءة وهو الأحوط، واختاره في «المحيط».

(واقتداء المقيم به صحيح فيهما) أي: في الوقت وبعده؛ لأنّ صلاة المسافر في الحالين واحدة، والقعدة فرض في حقّه، واجب في حقّ المقتدي، وبناء الضعيف على القوي جائز.

وَيقصِرُ هُوَ ويتمُّ الْمُقِيمُ بِلَا قِرَاءَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَيسْتَحبُّ لَهُ أَن يَقُولَ لَهُم: «أَتِمُّوا صَلَاتَكُمْ؛ فَإِنِّي مُسَافِرٌ».

(ويقصر هو ويتمّ المقيم بلا قراءة)؛ لأنه مقتد في الشفع الثاني تحريمة الأداء كما في الشفع الأوّل؛ وكل من هو كذلك فهو لاحق، ولا قراءة على اللاحق.

وفي «الخلاصة»: مسافر أمّ قوماً مقيمين، فلمّا صلّى ركعتين.. نوى الإقامة.. لا؛ لتحقيق الإقامة، بل ليتم صلاة المقيمين.. لا يعتبر مقيماً، ولا ينقلب فرضه أربعاً. انتهى.

وهذا لأنّ حاله مبطل لنيّته؛ لأنه مع تلك النّية قائم على أنه إن أتمّ صلاتهم هذه.. لم يكن هو مقيماً أيضاً، فحصل التردد في الإقامة، فلم تقطع النية عليها، ولا بدّ في تحقيق حقيقة النّية من قطع القصد والعزيمة.

(في الأصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا من وجوب القراءة فيما يتمّ؛ لأنه منفرد فيه كالمسبوق، ولهذا يلزمه سجود السّهو إذا سهى فيه.

قلنا: إن المسبوق في الآخرين بالنظر إلى كونه مقتدياً.. كانت قراءته بدعة، وبالنظر إلى كونه منفرداً.. كانت فرضاً؛ لأنه لم يتأدَّ فرض القراءة فكانت عليه فرضاً، بخلاف ما نحن فيه على ما بيّناه من أنه لاحق فيه، ولا قراءة على اللّاحق.

(ويستحب له أن يقول لهم) بعد التسليمتين - وقيل بعد التّسليمة والأول أصحّ -: **(أتموا صلاتكم فإني مسافر)**؛ لقوله ﷺ: «يا أهل مكة صلّوا أربعاً.. فإنّا قوم سَفْرٌ» رواه أبو داود وصحّحه الترمذي؛ ولأنه يحتمل أن يكون خلفه من لا يعرف حاله ولا يتيسر له الاجتماع بالإمام قبل ذهابه، فيحكم حينئذ بفساد صلاة نفسه بناء على ظنّ إقامة الإمام، وإفساد صلاته بسلامه على ركعتين.

فإن قيل: هذا يقتضي أن لا يشترط العلم بحال الإمام أنه مقيم أو مسافر؛ لأن الحاجة إلى هذا القول فيما إذا لم يعرفوا حاله أنه مسافر أو مقيم، وإلّا.. يلزم العبث أو الكذب، وذلك مخالف لما في «قاضي خان» وغيره: أنّ من اقتدى بإمام لا يدري

أنه مقيم أو مسافر.. لا يصحّ اقتداؤه؛ لأنّ العلم بحال الإمام شرط الأداء بجماعة. انتهى.

فالجواب: إنَّ مرادهم أن العلم بحاله في الآخرة شرط؛ لا إنه شرط ابتداء، والمراد بما ذكرنا: عدم اشتراطه ابتداء. كذا في «العناية».

ويؤيّد هذا الجواب: ما ذكر في «المبسوط»: رجل صلّى بالقوم الظهر في قرية أو مصر ركعتين، وهم لا يدرون أمسافر هو أو مقيم.. فصلاتهم فاسدة؛ سواء كانوا مسافرين أو مقيمين؛ لأن الظاهر من حال من هو في موضع الإقامة أنه مقيم، والبناء على الظاهر واجب حتى يتبيّن خلافه؛ فإن سألوه فأخبرهم أنه مسافر.. [١٩١/ب] جازت صلاتهم. انتهى.

وإنما كان قول الإمام ذلك مستحباً لا واجباً؛ لأنّه لم يتعيّن معرفاً صحة صلاته لهم، فإنه ينبغي أن يتموا ثم يسألوه فتحصل المعرفة، هذا ولو قام المقتدي المقيم قبل سلام الإمام المسافر فنوى الإمام الإقامة قبل سجوده.. رفض ذلك وتابع الإمام، فإن لم يفعل وسجد.. فسدت صلاته؛ لأنه ما لم يسجد لم يستحكم خروجه عن صلاة الإمام قبل سلام الإمام، وقد بقي على الإمام ركعتان بواسطة التغيّر، فوجب عليه الاقتداء فيهما؛ فإذا انفرد.. فسدت، بخلاف ما لو نوى الإمام بعدما سجد المقتدي.. فإنه يتم منفرداً، فلو رفض وتابع.. فسدت؛ لاقتدائه حيث وجب الانفراد.

وبيان مسألة استخلاف الإمام المسافر مقيماً مرّ في باب الحدث؛ ونذكر هنا مسائل الزيادات.

قال: مسافر ومقيم أمّ أحدهما الآخر، فلما شرعا شكا في الإمام.. استقبلا؛ لأن الصّلاة متى فسدت من وجه وجازت من وجوه.. حكم بفسادها، وإقامة المقتدي مفسدة، واحتمال كون كل منها مقتدياً: قائم، فتفسد عليها.

قيل: تأويله: إذا افترقا عن مكانهما، أمّا قبله فيجعل من عن يمين الآخر مقتدياً حملاً على السنة.

وقيل: لا؛ لأنّ قيام المقتدي عن اليمين ليس شرطاً ليجعل دليلاً، ولو لم يشكّا حتّى أحدث أحدهما فخرج، ثم أحدث الآخر فخرج؛ ثم شكا.. فسدت صلاة من خرج أولاً لا الثاني؛ لأنّ الأوّل سواء كان إماماً أو مقتدياً لما خرج أولاً.. صار مقتدياً بالمتأخر، ثم إذا خرج الثاني.. خلا موضع المأموم عن الإمام، وذلك مفسد بخلاف الثاني: فإنه خرج وهو إمام فلا يقلق لصلاته بصلاة غيره ليلزم من فساد صلاة الغير فسادها، ويصلّي أربعاً؛ مسافراً كان أو مقيماً.

ويقرأ في الركعة الثانية ويجلس على رأس الركعتين؛ لأنّ ذلك فرض على المسافر إن كان إماماً، وعلى المقيم إن اقتدى بالمسافر، وتحوّلت إمامته إليه، واحتمال الاقتداء ثابت، وإن لم يعلم الأول خروجها فسدت صلاتهما؛ لأن صلاة المتقدم فاسدة؛ واحتمال التقدم ثابت في كلّ منهما.

كذا إن خرجا معاً لفساد صلاة المقتدي منهما لخلّو مكان الإمام، واحتمالُ الاقتداء في كلّ منهما ثابت.

ولو صلّيا ركعتين وقعدا ولم يحدثا، ثم شكّا في الإمام.. لم تفسد صلاتهما، بل يقوم المقيم ويتم أربعاً ويتابعه المسافر؛ لأنّ المقيم إن كان إماماً.. كان له أن يصلي أربعاً، وإن كان مقتدياً.. انتهى اقتداؤه إذا قعد إمامه قدر التشهد؛ ويتابعه المسافر في ذلك؛ لأنه إن كان إماماً.. تمت صلاته، فلا تضره المتابعة في الزيادة؛ وإن كان مقتدياً.. انقلب فرضه أربعاً واحتمال الاقتداء ثابت؛ حتى لو لم يتابعه.. فسدت لما قلنا.

ولو لم يشكّا حتى أحدث أحدهما فخرج ثم الآخر كذلك، ثم شكا بعدما رجعا من الوضوء.. فسدت صلاة من خرج أوّلاً دون الثاني؛ لأن الأوّل لو كان مقيماً:

فإن كان مقتدياً [١٩٢/أ] بالمسافر.. لا تفسد صلاته؛ لأنه خرج بعدما انتهى اقتداؤه.

وَيبْطلُ الوطنُ الْأَصْلِيُّ: بِمثْلِهِ،.........................

وإن كان إماماً.. فسدت صلاته؛ لأنّه لما خرج أولاً صار مقتدياً بالمسافر، فإذا خرج المسافر بعده.. فسدت صلاته.

فإن كان الأوّل مسافراً: إن كان إماماً.. لم تفسد صلاته؛ لأنه خرج بعد الفراغ عن الأركان، فلم يصر مقتدياً بالمقيم لانتهاء الاقتداء.

وإن كان مقتدياً.. تفسد صلاته لخروج [الأيام] بعده، ففسدت صلاة من خرج أوّلاً من وجه وجازت من وجه فيحكم بالفساد.

والمتأخر لا تفسد صلاته؛ لأنه منفرد عند الخروج، ويصلّي ركعتين ليصير أربعاً؛ لأنه إن كان مقيماً لا بد له من ذلك، وإن كان مسافراً فبالاقتداء يجب ذلك، واحتمال الاقتداء ثابت.

وإن شكّا في الذي خرج أولاً.. فسدت صلاتهما؛ لأن صلاة المقتدم فاسدة، واحتمال التقدم في حق كلّ ثابت.

وإن خرجا معاً.. فصلاة المقيم تامة؛ لأنّه لو كان إماماً.. لم تتحول إمامته إلى المسافر، وإن كان مقتدياً.. انتهى حكم الاقتداء، فصار منفرداً، وصلاة المسافر فاسدة لاحتمال أنه كان مقتدياً وقد خلا مكان إمامه.

وإن شكّا بعدما صلّيا ثلاثاً أو أربعاً ولم يحدثا القياس: أن تعتبر الأحوال؛ وتفسد صلاة المقيم لاحتمال أنّه كان مقتدياً بالمسافر في الشفع الثاني.

وفي الاستحسان: تجوز صلاتهما، ويجعل المقيم إماماً حملاً لأمرهما على الصحة.

(**ويبطل الوطن الأصلّي**) - وهو مولد الإنسان أو البلد الذي تأهل فيه وتوطن مع أهله وولده - (**بمثله**) بأن يتوطن في بلد آخر وينقل أهله إليه، فيخرج الأوّل من أن يكون أصليّاً، حتى لو دخله مسافراً.. لا يتم بدخوله ما لم ينو الإقامة فيه خمسة عشر يوماً، إلّا ترى أنّ النّبي ﷺ جعل نفسه مسافراً بمكة بعد الهجرة فقال: «إنا قوم

لَا بِالسَّفرِ.

ووطنُ الْإِقَامَةِ: بِمثْلِهِ، والسَّفرِ، والأَصليِّ.........................

سفر»، ولو لم ينقل أهله منه ولكنه اتخذ أهلاً أخر ببلد آخر.. لا يبطل الأوّل؛ لأن المدار وجود أهله، ولا عبرة بوجود الدّار، والقفار مع أهله على الصحيح، على ما في «المحيط».

ولو تزوج المسافر في بلد ولم ينو الإقامة فيه خمسة عشر يوماً قيل: يصير مقيماً بمجرد تأهله، وقيل: لا، على ما في «فتح القدير».

(**لا بالسفر**) ولا بوطن الإقامة، حتى لو عاد إلى الأصلي بالسّفر ودخل فيه من غير نية الإقامة.. يصير مقيماً؛ لأن الشيء إنما يبطل بما فوقه أو يساويه، وليس فوق الأصلي شيء.. فيبطل بمساويه - وهو مثله - لا بما دونه وهو الإقامة والسّفر.

(**ووطن الإقامة**) وهو الذي ينوي المسافر الإقامة فيه خمسة عشر يوماً (**بمثله، والسفر، والأصلي**)؛ لأن الشيء يبطل بمثله وبما فوقه وبضده، والأصلي فوق الإقامة، والسفر ضدّه.

فإن قيل: فهو ضدّ الوطن الأصلي أيضاً.. فلِمَ لا يُبطله؟

أجيب: بأنه إنما لم يبطله بالأثر، وهو ما روي أن النبي ﷺ كان يخرج من المدينة إلى الغزوات لم ينتقض وطنه [١٩٢/ب] بالمدينة، حيث لم يجدّد نية الإقامة خمسة عشر يوماً بعد الرّجوع.

واختلفت الرواية عن محمد في اشتراط تقدم السّفر لثبوت وطن الإقامة، ففي ظاهر الرواية عنه: لا يشترط، وفي أخرى: إنما يصير الوطن وطن إقامة بشرط أن يتقدّمه سفر، ويكون بينه وبين ما صار إليه منه مدّة سفر، حتى لو خرج من مصره لا لقصد السفر، فوصل إلى قرية ونوى الإقامة بها خمسة عشر يوماً.. لا تصير تلك القرية وطن الإقامة وإن كان بينهما مدة سفر؛ لعدم تقدّم السّفر.

وفائتةُ السّفرِ تُقضى فِي الْحَضَرِ رَكْعَتَيْنِ.

وفائتةُ الْحَضَرِ.. تُقضى فِي السّفرِ أَرْبعاً.

وَالْمُعْتَبرُ فِي ذَلِكَ: آخرُ الْوَقْتِ.

وكذا إذا قصد مسيرة سفر وخرج، فلما وصل إلى قرية مسيرتها من وطنه دون مدّة السفر نوى الإقامة بها خمسة عشر.. لا يصير مقيماً، ولا تصير تلك القرية وطن إقامة.

(وفائتة السفر تقضى في الحضر ركعتين، وفائتة الحضر تقضى في السّفر أربعاً) لأن القضاء بحسب الأداء، فمن وجب عليه أربع.. قضى أربعاً، ومن وجب عليه أداء ركعتين.. قضى ركعتين.

ثم بيّن ما هو المعتبر في السببيّة للأداء بقوله: **(والمعتبر في ذلك: آخر الوقت)** فإن كان فيه مقيماً.. وجب عليه الأربع في القضاء، وإن كان فيه مسافراً.. وجب عليه قضاء الاثنين لأنه هو المعتبر في السببيّة؛ لأنه أوانُ تقرُّرهِ ديناً في ذمته.

وصفة الدين تعتبر حال تقرّره كما في حقوق العباد؛ ولذا قالوا فيمن صلى الظهر وهو مقيم أربعاً، ثم سافر وصلى العصر ركعتين ثم تذكر أنه ترك شيئاً في منزله فرجع، فتذكر أنه صلى الظهر والعصر بلا طهارة.. فإنه يصلّي الظهر ركعتين والعصر أربعاً؛ لأن صلاة الظهر صارت كأنها لم تكن وصارت ديناً في ذمته في آخر الوقت، وهو مسافر فيه، فصارت في ذمته صلاة المسافر، بخلاف العصر.. فإنه خرج وقتها وهو مقيم في منزله، وقالوا أيضاً: لو بلغ الصبي أو أسلم الكافر أو أفاق المجنون أو طهرت الحائض في الجزء الأخير.. تجب عليهم الصلاة، بخلاف المريض إذا فاتته صلاة في مرضه الذي لا يقدر فيه على القيام.. فإنه يجب أن يقضيها في الصحة قائماً؛ لأن الوجوب بقيد القيام، غير أنه رخص له أن يفعلها حالة العذر بقدر وسعه، فحين لم يؤدها حالة العذر.. زال سبب الرخصة فتعين الأصل، ولذلك يفعلها المريض قاعداً إذا فاتت عن زمن الصحة، أمّا صلاة المسافر.. فإنها ليست إلّا ركعتين ابتداء.

والعَاصِي.. كَغَيْرِهِ.

وَنِيَّةُ الْإِقَامَةِ وَالسَّفرِ تعْتَبَرُ مِنَ الأَصْلِ دونَ التَّبعِ؛ كَالْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ والجُندِيِّ.

والمراد بآخر الوقت: هو الجزء الذي يسع التحريمة، وفيه خلاف زفر والشافعي على ما ذكرناه في أول الكتاب.

(والعاصي) في سفره - بأن خرج عاقّاً لوالديه، أو عاصياً على الإمام، أو آبقاً من مولاه، أو خرجت المرأة بلا محرم أو في العدة، أو قاطعاً للطريق - **(كغيره)** أي: كالمطيع في الرخص برخصة المسافر؛ لإطلاق النصوص، ولأن نفس السفر ليس بمعصية، وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره، [١٩٣/أ] والرخصة تتعلّق بالسفر لا بالمعصية، وهذا حجة على الشافعيّ في القول بأن سفر المعصية لا يفيد الرخصة؛ لأنّها شرعت تخفيفاً فلا تتعلق بما يوجب التغليظ.

(ونية الإقامة والسفر تعتبر من الأصل دون التبع؛ كالعبد والمرأة) إذا أداها مهر المعجّل أو دخل بها.

(والجندي) إذا كان يرزق من الأمير، وإلّا.. فله أن يذهب حيث شاء لطلب الرزق؛ وكذا الأجير مع المستأجر، والتلميذ مع الأستاذ.

وفي «فتح القدير»: التبع - كالعبد؛ والغلام والجندي والمرأة إذا أداها مهرها، والأجير، والأسير والتلميذ والمكره - تعتبر نية الإقامة والسّفر من متبوعهم دونهم، فيصيرون مقيمين ومسافرين بنيّتهم.

ولو نوى المتبوع الإقامة ولا يعلمون.. اختلفوا في وقت لزومهم حكم الإقامة:

فقيل: من وقت نية المتبوعين.

وقيل: من وقت علمهم؛ كما في توجه خطاب الشرع وعزل الوكيل.

والأحوط الأول، فيكون كالعزل الحكمي، فيقضون ما صلّوا قصراً قبل علمهم.

وفي العبد المشترك بين مسافر ومقيم: قيل: يتم، وقيل: يقصر، وقيل: إن كان بينهما مهايأة في الخدمة.. قصر في نوبة المسافر، وأتمّ في نوبة المقيم.

وقال في «شرح المنية»: وإن لم يكن بينهما نوبة.. يفرض عليه أن يقيد على رأس الركعتين ويتمّ احتياطاً.

وعلى هذا: لا يجوز له الاقتداء بالمقيم أصلاً؛ لا في الوقت ولا خارجه. انتهى.

وعلّلوه بأنّ عبد المسافر لا يصح له نية الإقامة، ولا ما هو بمنزلتها وهو الاقتداء بالمقيم، فيلزم بناء القوي على الضعيف في حق القعدة الأولى؛ لأنها فرض على المسافر دون المقيم، ولكون النية معتبرة من المتبوع قالوا: إنّ العبد لو أمّ سيّده في السفر فنوى السيد الإقامة.. صحّت، حتى لو سلم العبد على رأس الركعتين.. فسدت صلاتهما؛ وكذا لو باعه من مقيم حال سفره والعبد في الصلاة، فسلّم على رأس الركعتين.. فسدت.

وفي حكم الأسير: من بعث إليه الوالي أو السّلطان ليؤتى به من بلدة، والغريم إذا لزمه غريمه أو حبسه؛ إن كان قادراً على أداء ما عليه، ومن قصده أن يقضي دَينُه قبل خمسة عشر يوماً.. فالنية في السفر والإقامة نيته، وإلّا.. فنية الحابس. كذا في «فتح القدير».

* * *

(بَابُ الْجُمُعَةِ)

لَا تَصِحُّ إِلَّا بِسِتَّةِ شُرُوطٍ:

الْمِصرُ أَو فِنَاؤُهُ.

(باب الجمعة)

وهي فريضة محكمة بالكتاب والسنة والإجماع، يكفر جاحدها، وكونها بدلاً عن الظهر يومئذ لا ينافي فرضيتها، ولقد أطال ابن الهمام في بيان أدلّتها ثم قال: وإنما أكثرنا فيه لما نسمع عن بعض الجهالة أنهم ينسبون إلى مذهب الحنفية عدم افتراضها، ومنشأ غلطهم قول القدوري: ومن صلّى الظهر يوم الجمعة في منزله ولا عذر له.. كره له ذلك وجازت صلاته، وإنما أراد: «حرم عليه وصحت الظهر» فالحرمة: لترك الفرض، وصحة الظهر: لما سنذكره، وقد صرّح أصحابنا بأنّها فرض [١٩٣/ب] آكد من الظهر، وبإكفار جاحدها. انتهى.

وقال في «البحر»: وقد كثر ذلك من جهلة زماننا أيضاً، ومنشأ جهلهم صلاة الأربع بعد الجمعة بنية الظهر، وإنما وضعها بعض المتأخرين عند الشك في صحة الجمعة بسبب رواية عدم تعددها في مصر واحد، وليست هذه الرواية بالمختارة، وليس هذا القول - أعني: اختيار صلاة الأربع بعدها - مروياً عن أبي حنيفة وصاحبيه، حتى وقع لي أن أفتيت مراراً بعدم صلاتها خوفاً على اعتقاد الجهلة بأنها الفرض، وأن الجمعة ليست بفرض.

ثم قال في موضع آخر: إن صلاة الأربع بعد الجمعة بنيّة الظهر مما لا أصل له في المذهب.

وشروطها نوعان: أحدهما لصحته، والآخر لوجوبه.

فأشار إلى الأول بقوله: **(لا تصح)** أداؤها **(إلا بستة شروط:**

١ - **المصر أو فناؤه)** على ما سيأتي بيانها فعلى هذا الشرط لا تصح في قرية ومفازة؛ لقول علي: رضي الله عنه: «لا جمعة ولا تشريق ولا صلاة فطر ولا

أضحى.. إلّا في مصر جامع أو في مدينة عظيمة»، وقد روي مرفوعاً.

وفي «المضمرات»: إن الجمعة فرض على أهل مصر، وواجب على أهل فنائه، وسنة على أهل القرى الكبيرة المستجمعة للشرائط. نقله في «شرح النقاية» عن بعض مشايخنا.

وفي «القنية» يلزم حضور الجمعة في القرى.

وتعقبه في «البحر»: بأنها فرض على أهل فنائه، لا يجوز التخلص عنها كأهل المصر، فلا معنى للفرق بينهما بالفرض والوجوب، وبأنه لا جمعة على أهل القرى، فالقول بأداء الجمعة عليهم ليس بصحيح في المذهب؛ لأن المذهب عدم صحتها في القرى؛ فإذا دخل القرويّ المصر يوم الجمعة.

إن نوى أن يمكثَ فيه يوم الجمعة.. لزمته الجمعة.

وإن نوى الخروج من المصر من يومه ذلك قبل دخول وقت الصّلاة أو بعده.. لا تلزمه الجمعة على اختيار الفقيه أبي جعفر.

وفي «الخلاصة»: يلزمه الجمعة إن نوى الخروج بعد دخول وقتها.

والمسافر إذا قدم المصر يوم الجمعة على عزم أن لا يخرج يوم الجمعة.. لا يلزمه الجمعة ما لم ينو الإقامة خمسة عشر يوماً؛ ولو أراد المصريّ أن يسافر يوم الجمعة.. لا بأس به إذا خرج من عمران المصر قبل خروج وقت الظهر؛ لأن الجمعة إنما تجب في آخر الوقت؛ لأنه أوان تقرر الواجب على ما مرّ مراراً وهو مسافر فيه. كذا في «قاضي خان» و«الخلاصة».

وقال في «شرح المنية»: ويكره السفر بعد الزوال يوم الجمعة قبل أن يصلّيها، ولا يكره قبل الزوال؛ لعدم وجوبها قبله، وتوجه الخطاب بالسعي إليها بعده وهو الصحيح. انتهى.

وفيه أيضاً عن «الفتاوى الغياثية»: لو صلى الجمعة في قرية بغير مسجد جامع

والسُّلطانُ أَو نَائِبُهُ.

والقرية كبيرة لها قرى وفيها والٍ وحاكم.. جازت الجمعة؛ بنوا المسجد أو لم يبنوا، وهو قول أبي القاسم الصفار، وهذا أقرب الأقاويل إلى الصواب. انتهى.

٢- (والسّلطان) أي: الخليفة [١٩٤/أ] عادلاً أو جائراً أو متغلّباً سيرته سيرة الأمراء بين الرعيّة على ما في «الخلاصة».

وقال في «فتح القدير»: والمرأة إذا كانت سلطانة.. يجوز أمرها بإقامة الجمعة لا إقامتها.

(أو نائبه) أي: الأمير والقاضي والخطيب والشرطة. كذا في «البحر».

لكن في «الخلاصة»: ليس للقاضي أن يصلي الجمعة بالناس إذا لم يؤمر بها، وتجوز لصاحب الشرط وإن لم يؤمر بها، وهكذا في «قاضي خان» أيضاً.

وفيها أيضاً: والي مصرٍ مات ولم يبلغ الخليفة موته حتى مضت بهم جمع؛ فإن صلى بهم الجمعة خليفة الميّت أو صاحب الشرط أو القاضي.. أجزأهم؛ لأنه فوّض إليهم أمر العامّة؛ ولو اجتمعت العامّة على تقديم رجل لم يأمره القاضي ولا خليفة الميت.. لم يجز ولم تكن جمعة.

ولو لم يكن ثمة قاض ولا خليفة الميت، فاجتمع العامّة على تقديم رجل.. جاز للضرورة، ولو مات الخليفة وله ولاة وأمراء على أشياء من أمور المسلمين.. كانوا على ولايتهم يقيمون الجمع. انتهى.

فظهر منه أن إقامة الجمعة بمجرد اجتماع الناس على أحد عند موت الوالي جائز في موضع ليس فيه قاض ولا خليفة الميت، لا في موضع واحد فيه أحدهما، وهو المراد بما في «فتح القدير»: لو اجتمعت العامة على تقديم رجل عند موت الوالي.. لا يجوز إقامته الجمعة.

ولكنه صرّح في «العناية»: بأن الناس إذا اجتمعوا على رجل بأن صلى لهم الجمعة.. جاز إقامتها لهم بلا تقييد بموضع معيّن، وهو رواية «نوادر ابن رستم»؛ فإن

النَّاس احتاجوا إلى إقامة الفرض فاعتبر اجتماعهم مطلقاً، فيحمل ما ظهر من «قاضي خان» على رواية غير «النوادر» وقال الشافعي: السّلطان أو نائبه ليس بشرط في أداء الجمعة؛ لما روي أن عليّاً صلى الجمعة بهم حين كان عثمان محصوراً بالمدينة، وكانت الخلافة في نوبته.

قلنا: إن الجمعة تقام بجمع عظيم، وقد تقع المنازعة في التقديم والتقدم، فلا بد من السّلطان أو نائبه لقطع المنازعة بينهم، وما رواه يحتمل أن يكون بإذن عثمان رضي الله عنه، أو لاجتماع الناس عليه على رواية ابن رستم.

ويدخل في النائب: العبد إذا قلّد ولاية ناحية.. فيجوز إقامته الجمعة وإن لم تجز قضيته وأنكحته. كذا في «فتح القدير».

والعبرة لأهلية النّائب وقت الصّلاة لا وقت الاستنابة، حتى لو أمر الصّبي أو الذميّ وفوّض إليهما الجمعة قبل يوم الجمعة، فبلغ الصبي وأسلم الذمي.. كان لهما أن يصلّيا الجمعة. كذا في «الخلاصة».

وذكر فيها أيضاً قبل هذه المسألة: النّصرانيّ إذا أُمر على مصر ثم أسلم.. ليس له أن يصلي الجمعة بالناس حتى يؤمر بعد الإسلام؛ وكذا الصبي إذا أمر ثم أدرك؛ وكذا لو استقضى صبي أو نصراني ثم أدرك الصبي وأسلم النصرانيّ.. لم يجز حكمهما. انتهى.

ولا منافاة بينها وبين المسألة الأولى؛ لأن الأولى فيما فوض إليهما الجمعة صريحاً، والثانية ليست كذلك، ففرق بين الأمر الصّريح وعدمه، والذي صرّح في «فتح القدير»: أن بعض المشايخ لم يفرق بينهما حيث قال: ولو أُمِّر نصراني أو صبي على مصر فأسلم [١٩٤/ب] وبلغ.. ليس لهما الإقامة للجمعة إلّا بأمر جديد بعد الإسلام والبلوغ، ولو قيل لهما: إذا أسلمت وبلغت.. فصل، فأسلم وأدرك.. جاز لهما الإقامة؛ لأن الإضافة في الولاية جائزة.

....

وعن بعض المشايخ: إذا كان التفويض إليهما قبل الجمعة فأسلم وأدرك.. جاز لهما الإقامة؛ كالأميّ والأخرس إذا أمرا به فبرأ وحفظ، وعلى الأوّل.. يجوز؛ لأن التفويض وقع باطلاً. كذا في «قاضي خان».

فعلى هذا: المعتبرُ أهليّة النائب وقت الاستنابة.

واعلم: أن من فوض إليه أمر العامة في مصر.. فإنّ له أن يقيم الجمعة وإن لم يفوض إليه السلّطان إقامتها صريحاً، سوى المرأة السّلطانة.. فإنها لا تقيمها أصلاً، وسوى القاضي الذي لم يؤمر بإقامتها صريحاً على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة»؛ فإنهما صرّحا بأن القاضي ليس له إقامة الجمعة للناس ما لم يأمره السّلطان، لكن قيّده في «الخلاصة» بعرفهم، أي: عرف علماء ما وراء النهر.

وقال في «البحر»: بعدما نقل عبارة «الخلاصة» نقلاً عن «الظّهيرية»: وعن أبي يوسف أنه قال: أمّا اليوم فالقاضي يصلي بهم الجمعة؛ لأن الخلفاء يأمرون القضاة أن يجمعوا بالناس. انتهى.

قيل: أراد بالقاضي قاضي القضاة، أقول: ليس بشيء؛ لأنه خلاف النادر؛ ولأن أمر الخلفاء أعمّ من قاضي القضاة وقاضي البلدة.

والحاصل: أن للقاضي إقامة الجمعة والاستخلاف بها عند الحاجة، وزماننا وهو واقعة الفتوى، وهل للخطيب الاستخلاف لإقامتها وإن لم يأمر الخليفة صريحاً؟

وهذا مما لا نزاع فيه، حتى قال في «البحر»: إنه متفق عليه، وإنما وقع الاشتباه في أن الخطيب المقرّر من جهة الخليفة أو والي المصر، هل له أن يستخلف غيره للخطبة بغير إذن له صراحة؟ فقال في «العزر والدّرر»: لا يستخلف الإمام - أي الخطيب - للخطبة أصلاً، ولا للصلاة ابتداء، بل يجوز بعدما استحدث الإمام، إلّا

إذا كان مأذوناً من السّلطان للاستخلاف.. فحينئذ يجوز ذلك، وهذا مما يجب حفظه؛ فإن الناس عنه غافلون. انتهى.

وقال في «البحر»: وقد عمل بذلك بعض القضاة في زماننا، حتى أخرج خطيباً من وظيفته بسبب استنابته من غير إذن.

ثم نقل عن «التحفة»: إن إذْن السلطان أو نائبه إنما هو شرط إقامتها عند بناء المسجد؛ ثم بعد ذلك لا يشترط الإذن لكلّ خطيب؛ فإذا قرر الناظر خطيباً في مسجد.. فله إقامتها بنفسه وبنائبه وإنَّ الأذن منسحب لكل من خطب.

ثم نقل عن الولوالجي: إمام خطب، فأمر من لم يشهد الخطبة أن يصلي بهم الجمعة، فأمر ذلك الرجل من شهد الخطبة فصلى بهم الجمعة.. جاز؛ لأن الذي لم يشهد الخطبة من أهل الصّلاة؛ فصح تفويضه إلى من شهد، لكنه عجز لفقد شرط الصّلاة، وهو سماع الخطبة فملك التفويض إلى الغير، ولو صلّى من لم يشهد الخطبة ولم يأمر بغيره.. لا يجوز، بخلاف ما لو شرع في الصّلاة فأحدث ثم استخلف من لم يشهد الخطبة.. فإنه يجوز؛ لأنه إنما يؤدي الصّلاة [١٩٥/أ] بالتحريمة الأولى بتحريمة مبتدأة، والخطبة إنما هي شرط الافتتاح لا البناء. انتهى.

وقال: وجه دلالة هذا على جواز الاستخلاف؛ فإنه إن كان المراد بالإمام نائب الوالي - أي الخطيب المقرر من جهته - فقد جوز له الاستخلاف في إقامة الجمعة؛ ولم يقيّده بالحدث ولا بالعذر، وجوز لنائبه أن يستخلف أيضاً مع أنه لم يفوضّ إليه ذلك صريحاً، وإن كان المراد بالإمام هو الوالي.. فقد جوز لنائبه أن يستخلف، وكل منهما يدلّ على جواز الاستخلاف للخطيب من غير إذن صريح.

ثم استدل عليه أيضاً بما نقلة عن قضاء «الهداية» وبما في «البدائع»: أن كل من يملك إقامة صلاة الجمعة.. فإنه يملك إقامة غيره مقامه، ثم قال: وقد اتفقت كلمتهم على أن للخطيب الاستخلاف بشرط أن يكون النائب شهد الخطبة، ليكون كأن

النائب خطب بنفسه، ولم يقيدوا بإذن الحاكم ولا بالعذر، فقد بالغ في الرد على ما في «الدّرر» وصرّح هذا الرد المصنف أيضاً في «شرح المنية».

وحاصله: أن استخلاف الخطيب جائز كيفما كان؛ سواء كان مأذوناً للاستخلاف أو لا؛ وكان له عذر أولا، أقول: هذا بناء على مقدمتين:

أحدهما: ما ذكروا في كتاب القضاء أن الجمعة على شرف الفوات لتوقته، فكان الأمر بها إذناً بالاستخلاف دلالة؛ لأن السلطان يعلم أن الخطيب قد يعرض له العذر المؤدي إلى التفويت، فكان أمره بالإقامة أمراً بالاستخلاف، بخلاف القضاء؛ حيث لا يجوز للقاضي أن يستخلف غيره على القضاء بلا إذن؛ لأنها ليست على شرف الفوات لعدم توقتها.

وثانيهما: أن من قام مقام غيره لغيره فقط.. لا يجوز له الاستخلاف.

كالقاضي فإنه قائم مقام السّلطان لأجل الناس، ومن قام مقام غيره لنفسه فقط؛ أو لنفسه ولغيره معاً.. يجوز له الاستخلاف؛ كالمستعير فإن له أن يعير؛ لأنه يملك المنافع لنفسه فيملك التمليك أيضاً.

وكالخطيب فإنه قائم مقام السلطان لنفسه وللناس معاً؛ فإن أداء الجمعة واجب عليه كسائر الناس، فله أن يستخلف للخطبة وللصلاة ابتداء، وبعدما أحدث في الصلاة أو قبل الشروع فيها بعد أن خطب، ولو بلا إذن له صراحة؛ عملاً بهاتين المقدمتين، لكن لا بد في صورة الاستخلاف للصّلاة بعد أن خطب أن يكون الخليفة ممن سمع الخطبة؛ وإلّا.. فلا يجوز؛ لأنها من شرائط افتتاح الجمعة.

بخلاف ما لو خطب وافتتح الصّلاة ثم سبقه الحدث في الصّلاة.. فإن له أن يستخلف من لم يسمع الخطبَة؛ لأن الخليفة بانٍ لا مفتتحٌ؛ والخطبة ليست من شرط البناء؛ ثم الإذن بالخطبة إذن بالصلاة وبالعكس؛ ولا حاجة لكل منهما إلى الإذن مستقلاً على ما في «الفتاوى» وهذا مما لا شبهة فيه فيما إذا حدث للخطيب عذر.

ووَقتُ الظُّهْرِ.

وأما إذا لم يكن معه عذر وليس له إذن صراحة.

فبالنظر [١٩٥/ب] إلى المقدمة الأولى: أن لا يجوز الاستخلاف حينئذ؛ لأنّهم علّلوا جواز الاستخلاف وصورة عدم الإذن له صراحة بوجود الإذن دلالة، من حيث إنّ السلطان يعلم أن العوارض المانعة من الأداء بنفسه قد تعتري المأمور، وأنها على شرف الفوات؛ فالأمر بالإقامة أمر بالاستخلاف وإن لم يصرّح، فإذا لم يكن معه عذر.. لم يوجد الإذن دلالة لانتفاء المناط.

وبالنظر إلى المقدمّة الثانية: أن يجوز لأنها غير مقيدّة بالعذر؛ فالأحوط عدم الجواز؛ لأن الشيء إذا دار بين الجواز وعدمه.. فالاحتياط في عدمه، وهل تجوز خطبته عند حضور الأصل؟

ففي صورة وجود الإذن للاستخلاف ولو دلالة.. يجوز؛ لأنه في الحقيقة خليفة السّلطان، وأما في الصورة المذكورة - أعني: لم يكن له عذر ولا إذن صراحة - فبناء على ما ذكرناه.. لا يجوز؛ لعدم الإذن لاستخلافه أصلاً.

قال في «قاضي خان»: رجل خطب يوم الجمعة بغير إذن الإمام والإمام حاضر.. لا يجوز ذلك، إلّا أن يكون الإمام أمره بذلك. انتهى.

يعني إذا كان له إذن للاستخلاف ولو دلالة؛ فاستخلف رجلاً، وحضر هو مع الخليفة.. جاز، وليس مراده أن الإمام إذا أمر رجلاً للخطبة وحضر هو معه.. جاز؛ سواء كان مأذوناً للاستخلاف أو لا.

٣- (ووقت الظهر) لأن وقت الأصل وقت للبدل أيضاً، فلا تصح قبله ولا بعده؛ لأن شرعية الجمعة مقام الظهر على خلاف القياس؛ لأنه سقوط أربع بركعتين، فتراعى الخصوصيّات الّتي ورد الشرع بها ما لم يثبت دليل على نفي اشتراطها، ولم يصلّها النبي ﷺ خارج الوقت في عمره ولا بدون الخطبة فيه؛ فيثبت اشتراط كون

وَالْخطْبَةُ ....

الخطبة في الوقت، حتى لو خطب قبله.. لا يقع الشرط، وعلى اشتراط نفس الخطبة إجماع.

ولو خرج وقت الظهر قبل الفراغ عن الجمعة.. فسدت الجمعة وعليهم استقبال الظهر؛ وكذا إذا خرج الوقت بعدما قعد قدر التشهد قبل السّلام في قول أبي حنيفة: والنائم إذا انتبه بعد فراغ الإمام والوقتُ باق أنّها جمعة، وإن خرج الوقت.. فسدت.

واختلفوا في فرض الوقت:

فقال الشافعي في الجديد وزفر ومالك وأحمد ومحمد في رواية: إنه الجمعة، والظهر بدل عنها.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي في القديم: الفرض هو الظهر، لكنه أمر بإسقاطه بأداء الجمعة.

وقال محمد في رواية: فرضه أحدهما غير معين، والتعيين إليه، ولكنه رخص في أداء الظهر.

٤- (**والخطبة**) للإجماع؛ ولأنه ﷺ ما صلاها بدونها على ما ذكرناه، واشترط في «الزيلعي»: أن تكون بحضرة جماعة تنعقد بهم الجمعة وإن كانوا صماً أو نياماً.

وفي «الخلاصة» ما يفيد خلافه حيث قال: لو خطب وحده ولم يحضره أحد.. لا يجوز.

وفي «الأصل» قال: فيه روايتان.

ولو حضر واحد أو اثنان وخطب وصلى بالثلاثة.. جاز، [١٩٦/أ] ولو خطب بحضرة النساء.. لم تجز الجماعة وحدهنّ، ولو كان بحضرة الرّجال لكنهم نيام أو عبيد أو مسافرون أو صمّ أو بعيد لم يسمعوا.. جاز ولا يضرّ تباعدهم عن الإمام. انتهى.

فالظاهر منه: أنه يكفي لوقوعها شرطاً حضور واحد، أما الصلاة فلا بدّ فيها من الثلاثة على ما سيأتي.

وفي «فتح القدير»: إن الخطبة شرط لانعقاد الجمعة في حق من ينشىء التحريمة لها، لا في حق كلّ من صلاها، واشترط حضور الجمع، والواحد على الخلاف المذكور ليتحقق معنى الخطبة؛ لأنها من النسّبيات، فمن هذا قالوا: لو أحدث الإمام فيها فقدم من لم يشهد.. جاز أن يصلي بهم الجمعة؛ لأنه بانٍ لا مفتتح، والخطبة شرط لانعقاد التحريمة لا البناء، إلّا ترى إلى صحتها من المقتدين الذين لم يشهدوا الخطبة ولم يسمعوها، فعلى هذا كان القياس فيما لو أفسدها الخليفة الذي لم يشهدها أن لا يجوز أن يستقبل بهم الجمعة، لكنهم استحسنوا جواز استقباله بهم؛ لأنه لمّا قام مقام الأوّل.. التحق به حكماً، ولو أفسد الأول.. استقبل بهم، فكذا الثاني.

ولو أحدث الأول قبل الشروع في الصّلاة فقدم من لم يشهد الخطبة.. لا يجوز؛ ولو قدّم هذا المقدِّم غيره ممن شهدها: قيل يجوز، وقيل: لأنّه ليس من أهل إقامة الجمعة بنفسه فلا يجوز منه الاستخلاف.

بخلاف ما لو قدم الأول جنباً شهدها، فقدم هذا الجنب طاهراً شهدها.. حيث يجوز؛ لأنّ الجنب الشاهد من أهل الإقامة بواسطة الاغتسال، فصح منه الاستخلاف.

بخلاف ما لو قدم الأول صبياً أو معتوهاً أو امرأة أو كافراً، فقدم هؤلاء غيرهم ممن شهدها.. لم يجز؛ لأنهم لم يصح استخلافهم، فلم يصر أحدهم خليفة، فلا يملك الاستخلاف؛ فالمتقدم عن استخلاف أحدهم متقدم بنفسه؛ ولا يجوز ذلك في الجمعة وإن جاز في غيرها من الصّلوات؛ لاشتراط إذن السلطان للمتقدم صريحاً أو دلالة فيها على ما ذكرناه دون غيرها، ولا دلالة إلّا إذا كان المستخلف تحقق بوصف الخليفة شرعاً، وليس أحدهم كذلك.

قبلَهَا فِي وَقتِهَا.

وَالْجَمَاعَةُ.

وَالْإِذنُ الْعَامُّ.

والمِصرُ: كلُّ مَوضِعٍ لَهُ أَمِيرٌ وقاضٍ يُنفِّذُ الأحكامَ ويُقيمُ الْحُدُودَ.

ولو لم يقدّم الأول أحداً فتقدم صاحب الشرطة أو القاضي.. جاز؛ لأن هذا من أمور العامّة، وقد قلّدهما الإمام لأمور العامّة فنزّلا منزلته، ولو قدم أحدهما رجلاً شهد الخطبة.. جاز؛ لأنه ثبت لكل منهما ولاية التقدم، فله ولاية التقديم.

(قبلها) لأنها شرط، وشرط الشيء مقدّم عليه؛ ولأنها وقعت كذلك، فلا يصار إلى خلاف الواقع إلّا بدليل، ولا دليل.

(في وقتها) أي: وقت الجمعة، حتى لو خطب قبل الزوال وصلّاها بعده.. لا يجوز، وفي «المضمرات»: هل تقوم الخطبة مقام الركعتين؟

منهم من قال: إنها تقوم، ولهذا لا يجوز إلّا بعد دخول الوقت.

ومنهم من قال: لا تقوم، وهو الأصح لأنّه لا شرط لها بسائر شروط الصلاة من استقبال القبلة والطّهارة. انتهى.

٥- (**والجماعة**) وهي شرط لانعقاد [١٩٦/ب] الأداء عند أبي حنيفة، ولانعقاد التّحريمة عندهما، وسيأتي بيان فائدة الخلاف وبيان أقلها عند الطّرفين.

٦- (**والإذن العام**) من السّلطان أو نائبه صراحة أو دلالة، حتى لو غلق السّلطان باب قصره وصلّى بأصحابه.. لم يجز؛ لأنها من شعائر الإسلام، وإن فتح باب قصره وأذن للناس بالدخول.. يجوز ويكره؛ لعدم قضائه حق الجامع.

(**والمصر: كل موضع له أمير وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود**) على ما اختاره الكرخي والإمام السرخسيّ، وهو قول أبي يوسف، فعلى هذا: إن كل موضع قاضيه أو أميره امرأة أو محكّم.. لا يكون مصراً؛ لأنهما لا يقيمان الحدود والقصاص. كذا في «فتح القدير».

وفِناؤُهُ: مَا اتَّصلَ بِهِ...

فيفصل فيها، وإذا اشتبه على الإنسان ذلك.. ينبغي أن يصلي أربعاً بعد الجمعة ينوي بها: «آخر فرض أدركت وقته ولم أؤده بعد»؛ فإن لم تصح الجمعة.. وقعت ظهراً، وإن صحت.. كانت نفلاً.

وكذا إذا تعددت الجمعة في مصر، وشك في أنها جمعة سابقة أو لا.. ينبغي أن يصلي أربعاً بعدها على ما ذكرناه بناء على أنّ أبا حنيفة لا يجوّز تعدّدها في مصر واحد على ما سيصرّح به.

وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أنه لا يجوز في مسجدين في مصر إلّا أن يكون [١٩٧/أ] بينهما نهر كبير حتى تكون كمصرين؛ فإن لم يكن.. فالجمعة لمن سبق؛ فإن صلّوا معاً ولم يدروا السابق.. فسدتا، وعنه: أنها تجوز في موضعين إذا كان المصر عظيماً لا في ثلاثة، وهل تنوب هذه الأربع عن سنة الجمعة؟

ففي «فتح القدير»: أنه إذا زال الاشتباه بعد أداء الأربع لتحقق وقوعها نفلاً.. تنوب عنها، أما إذا دام الاشتباه قائماً.. فلا نجزم بكونها نفلاً ليقع النظر في أنها سنة، أو لا ينبغي أن يصلّي بعدها السنة؛ لأن الظّاهر وقوعها ظهراً؛ لأنه ما لم يتحقق وجود الشرط.. لم يحكم بوجود الجمعة، فلم يحكم بسقوط الفرض، وهذا بناء على الرواية المذكورة عنه، والصحيح جوازها في مواضع على ما سيأتي.

فعلى الصّحيح: يحكم بوجود الجمعة؛ ولهذا قال في «البحر»: إن الاحتياط في ترك الأربع بعد الجمعة لما في فعلها من المفسدة العظيمة من اعتقاد الجهلة أن الجمعة ليست بفرض فيتكاسلون في فعلها، وإن صلاها.. فالأولى أن يصلّيها في بيته خفية.

(**وفناؤه: ما اتّصل به**) أي بالمصر، بأن لا يكون بينه وبين عمران المصر فرجة، حتى لو كان بينهما فرجة من مزارع ومراع وغيرهما.. فلا تجب الجمعة على أهل ذلك الموضع وإن سمعوا النّداء من المصر.

وَقيل: مَا لَوِ اجْتمعَ أَهلُهُ فِي أكبرِ مساجِدِهِ.. لَا يسعُهم.

فيلزم منه أن لا تصح إقامة الجمعة في ذلك الموضع، والظاهر خلافه على ما صرّح به في «البحر» عن «البدائع» قال: إن المرأة إذا كانت سلطانة فأمرت رجلاً صالحاً للإقامة بإقامة الجمعة.. تصح إنابتها؛ لأنّها لا تصلح سلطانة فتصح إنابتها. كذا قالوا، وقد ذكره في «فتح القدير» أيضاً في أوّل الباب.

وقال في «الخلاصة»: ويشترط في المصر: المفتي إذا لم يكن القاضي أو الوالي مفتياً.

وفي «الظّهيرية»: أسقط الأمير فقال: المصر في ظاهر الرّواية أن يكون فيه مفتٍ وقاضٍ يقيم الحدود وينفذ الأحكام.

(**وقيل: ما لو اجتمع أهله**) - أي: من تجب عليه الجمعة لا كل من كان فيه - (**في أكبر مساجده.. لا يسعهم**) واختاره البلخي..

وقيل: إنّه كل موضع يكون فيه كل محترف ويعيش بحرفته، ويوجد فيه جميع ما يحتاج إليه الناس في معاشهم.

وقال أبو حنيفة: المصر كلّ بلدة فيها سكك وأسواق ورساتيق، ووال ينصف المظلوم من الظالم، وعالم يرجع إليه في الحوادث.

وعن محمّد: كلّ موضع مصّره الإمام فهو مصر، حتى لو بعث إلى قرية نائباً لإقامة الحدود والقصاص وتنفيذ الأحكام.. يصير مصراً، فإذا عزله.. يلحق القرى، وقد وقع الشك في بعض قرى مصر مما ليس فيها وال وقاض نازلان بها، بل لها قاض يسمى قاضي النّاحية، وهو: قاض يولّى الكورة بأسرها، فيأتي القرية أحياناً فيفصل ما اجتمع فيها من الدّعاوي وينصرف، ووالٍ كذلك هل هي مصر؟

ففي «فتح القدير»: والذي يظهر اعتبار كونهما مقيمين بها، وإلّا.. لم تكن قرية أصلاً، إذ كل قرية مشمولة بحكم؛ وقد يفرق بفرق بين قرية لا يأتيها حاكم يفصل بها الخصومات، حتى يحتاجوا إلى دخول المصر في كلّ حادثة لفصلها؛ وبين ما يأتيها

مُعَدّاً لمصالِحِهِ.

وَتَصِحُّ فِي مِصرٍ فِي مَوَاضِعَ، هُوَ الصَّحِيح.

وَعَنِ الإِمَامِ فِي مَوضِعٍ فَقَط.

(**معداً لمصالحه**) من مصلى الجنازة، وموضع الاجتماع، وتعليم الفرس، وهذا التعريف مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف، ولم يعتبر استماع الأذان والغلوة والميل والأميال.

وفي «البدائع»: إن أمكنه أن يحضر الجمعة ويبيت بأهله من غير تكلّف.. يجب عليه الجمعة، وإلّا.. فلا.

وفي «المحيط»: المختار: مقدار ميل أو ميلين.

وفي «الولوالجي»: المختار للفتوى قدر فرسخ، وهو ثلاثة أميال.

وعن الإمام حسام الدين: تجب على أهل المواضع القريبة إلى البلد التي هي توابع العمران الذين يسمعون الأذان على المنارة بأعلى صوت، وهو الصحيح.

(**وتصح**) - أي: الجمعة - (**في مصر في مواضع، هو الصحيح**) وهو قول محمد والرواية الصحيحية عن أبي حنيفة، وقال الإمام السّرخسيّ: الصحيح من مذهب أبي حنيفة جواز إقامتها في مصر في مواضع متعدّدة، وبه نأخذ؛ لإطلاق: «لا جمعة إلّا في مصر» حيث اشترط المصر فقط.

وفي «فتح القدير»: الأصح الجواز مطلقاً؛ خصوصاً إذا كان مصر كبير كمصر وقسطنطينيّة؛ فإن في إلزام اتحاد الموضع حرجاً بيّناً؛ لاستدعائه تطويل المسافة على الأكثر.

(**وعن الإمام: في موضع**) واحد (**فقط**) فعلى هذه الرواية: لو أدّيت في موضعين أو أكثر في مصر.. فالجمعة للأولى تحريمة، وقيل: فراغاً، وقيل: جميعاً على الاختلاف بينهم، وإن لم تعلم الأولى.. فسدتا على ما ذكرناه.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: تجوزُ فِي موضِعَينِ؛ إِن حَال بَينهمَا نهرٌ.

وَمِنىً مِصْرٌ فِي الْمَوْسِمِ تصحُ الْجُمُعَةُ فِيهَا للخليفة أَو أَمِير الْحجاز.. لَا لأمير الْمَوْسِم، وَلَا بِعَرَفَاتٍ.

وَفرضُ الْخطْبَةِ:

تَسْبِيحَةٌ أَو نَحْوُهَا.

(**وعند أبي يوسف: تجوز في موضعين**) في مصر، رواه أصحاب الإملاء عنه، واستدلوا بأنها جامع الجماعات. ورد بأن الاجتماع حاصل مع التعدد في مواضع أيضاً. (**إن حال بينهما**) أي: بين الموضعين (**نهر**) عظيم كدجلة ونحوها؛ حتى كان أبو يوسف يأمر بقطع الجسر ببغداد ليصير بذلك موضعين كل منهما مصر.

(**ومنى مصر في الموسم**) - عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنّ لها في الموسم والياً وقاضياً [١٩٧/ب].. يقيم الحدود وينفذ الأحكام، ولها بناء وأسواق وسكك، خلافا لمحمد؛ فإنه جعله كعرفات - (**تصحّ الجمعة فيها**) عندهما (**للخليفة أو أمير الحجاز**)؛ مقيما كان الخليفة أو مسافرا؛ لأن الولاية ثمة لها، وهو الصّحيح بعد كون المحل صالحاً للمصر.

والخليفة وإن كان قصد السفر للحج.. لكن السّفر إنما يرخص في التّرك، لا أنه يمنع صحتها، وسيصرّح أن المسافر يجوز أن يؤمّ في الجمعة، فكذا يجوز أن يأذن في الإقامة إذا كان ممن له الإذن، بخلاف ما إذا كان المحلّ غير صالح للتمصّر، فلذا قالوا: إذا سافر الخليفة.. فليس له أن يجمّع في القرى كالبراري.

(**لا لأمير الموسم**)؛ لأنه يلي لأمور الحج لا غير، إلّا إذا كان مأذوناً من السّلطان أو من أمير مكة.. فحينئذ يجوز؛ مسافراً أو مقيماً، وقيل: إن كان مقيماً.. يجوز له الإقامة مطلقاً، والصّحيح: هو الأوّل.

(**ولا بعرفات**)؛ لأنها مفازة لا تتمصر باجتماع الناس فيها.

(**وفرض الخطبة تسبيحة أو نحوها**) من تحميد أو تهليل؛ لإطلاق قوله تعالى:

وَعِنْدَهُمَا: لَا بدَّ من ذِكرٍ طَوِيلٍ يُسَمَّى خطْبَةً.

[مطلب: في سنن الخطبة]

وسنَنُها:

﴿فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ﴾ من غير فصل بين كونه ذكراً طويلاً يسمّى خطبة، فكان الشرط: الذكر الأعم بالدليل القاطع، غير أن المأثور عن النبي ﷺ اختيار أحد الفردين، أعني: الذكر المسمّى بالخطبة والمواظبة عليه، فكان ذلك واجباً أو سنّةً، لا أنه الشرط الّذي لا يجزئ غيره؛ إذ لا يكون بيانا له لعدم الإجمال في لفظة الذكر.

وقد علم وجوب تنزيل المشروعات على حسب أدلّتها، وقد يستدلّ عليه بقضيّة عثمان رضي الله عنه أنه لمّا خطب في أوّل جمعة ولي الخلافة صعد المنبر فقال: الحمد لله، فأرتج عليه، ونزل وصلّى بمحضر من الصحابة، ولكنه لا بد أن يقول ذلك بقصد الخطبة، حتى لو قال: الحمد لله لعاطس أو لتعجب.. لا يجزئ عن الواجب على ما في «فتح القدير».

وقال في «البحر»: لو عطس على المنبر فقال: الحمد لله على عطاسه.. لا ينوب عن الخطبة عند أبي حنيفة في رواية، كما في التسمية على الذبيحة، وعن أبي حنيفة في رواية أخرى: أنه يجزئه. انتهى.

(**وعندهما: لا بدّ من ذكر طويل يسمى خطبة**)، وهو مقدار ثلاث آيات على ما ذكره الكرخي، وقيل: مقدار التشهد على عبده ورسوله، وما دون ذلك لا يسمى خطبة عرفاً، وقال الشافعي: لا بد من خطبتين اعتباراً بالعرف، والحجة عليهم ما تلوناه وذكرناه.

ولا نسلم أن ما دون ذلك لا يسمّى خطبة، ولو سلم.. فهو عرف عمليّ وقع للاستحباب، ونحن نقول به، وإن جاز أن يكتفي بالأدنى كما في الركوع والسّجود.

[مطلب في سنن الخطبة]

(**وسننها**) قالوا: سننها خمسة عشر:

أحدها: الطّهارة حتى كرهت للمحدث والجنب، وعن أبي يوسف: لا يجوز.

أَن يَخْطُبَ قَائِماً، على طَهَارَةٍ، خطبتَينِ، يفصلُ بَينَهمَا بجلسةٍ،..........

وثانيها: القيام.

وثالثها: استقبال القوم بوجهه.

ورابعها: القعود قبل الخطبة.

وخامسها: أن يسمع القوم الخطبة، فإن لم يسمع.. أجزأه.

وسادسها: ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يخطب خطبة خفيفة، وهي تشتمل على عشرة:

أحدها: البداية بحمد الله.

وثانيها: الثناء عليه بما هو أهله.

وثالثها: الشهادتان.

ورابعها: [١٩٨/أ] الصلاة على النبي ﷺ.

وخامسها: العظة والتذكير.

وسادسها: قراءة القرآن.

وسابعها: الجلوس بين الخطبتين.

وثامنها: أن يعيد في الخطبة الثانية الحمد والثناء والصلاة على النبي ﷺ.

وتاسعها: أن يزيد فيها الدّعاء للمؤمنين والمؤمنات.

وعاشرها: تخفيف الخطبتين بقدر سورة من طوال المفصّل.

فبلغ جملتها خمسة عشر، كذا في «البحر» عن «التجنيس».

(**أن يخطب قائماً**)، للتوارث.

(**على طهارة**)؛ فلو خطب قاعداً أو بلا طهارة.. يجوز ويسيء.

(**خطبتين يفصل بينهما بجلسة**) مقدار ثلاث آيات في ظاهر الرّواية، وروى الطّحاوي مقدار ما يمسّ موضع جلوسه المنبر.

مشتملَتَينِ على:

تِلَاوَةِ آيَةٍ.

والإيصاءِ بالتَّقوَى.

وَالصَّلَاةِ على النَّبِي ﷺ.

فَيُكْرَهُ تركُ وَاحِدٍ مِنْ ذَلِكَ.

(مشتملتين على: تلاوة آية)، روي أنه ﷺ قرأ سورة العصر، ومرّة ﴿لَا يَسْتَوِيٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِۚ أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ﴾.

(والإيصاء بالتقوى، والصلاة على النبي ﷺ)، والحمد والثناء على الله تعالى، **(فيكره ترك واحد من ذلك)**؛ لأن ترك السنة مكروه.

وهل يشترط الصّلاة عقيب الخطبة بلا تراخ؟

فقد صرّح في «البحر»: أنه ليس بشرط، وهو الظاهر من «فتح القدير» حيث قال: إن الخطبة تعاد على وجه الأولويّة لو تذكر الإمام فائتة في صلاة الجمعة - ولو كانت الفائتة الوتر حتى.. فسدت الجمعة كذلك للترتيب - فاشتغل بقضائها، وكذا لو كان أفسد الجمعة فاحتاج إلى إعادتها أو افتتح التطوع بعد الخطبة، وإن لم يعد الخطبة.. أجزأه، وكذا إذا خطب جنباً. انتهى.

فالظاهر منه: أن الصّلاة عقيب الخطبة بلا تراخ من السّنة، حيث قال: تعاد على وجه الأولويّة، ثم قال: وكذا إذا خطب جنباً بطريق التشبيه.

وفصّل في «الخلاصة» فقال: ولو خطب محدثاً أو جنباً، ثم توضأ أو اغتسل وصلّى.. جاز؛ ولو خطب ثم رجع إلى بيته فتغدى، أو جامع واغتسل، ثم جاء.. استقبل الخطبة.

وكذا في «المحيط»؛ معلّلاً: بأنّ الأوّل من أعمال الصلاة، بخلاف الثاني.

وَأَقَلُّ الْجَمَاعَةِ: ثَلَاثَةٌ سوى الإِمَامِ.

وَعندَ أَبي يُوسُفَ: اثنانِ، وَقيلَ: مُحَمَّدٌ مَعَهُ.

(وأقل الجماعة: ثلاثة سوى الإمام) عند أبي حنيفة، **(وعند أبي يوسف: اثنان)** سواه، له: إن في المثنى معنى الاجتماع، والجمعة منبئة عن معنى الاجتماع؛ لأنها مشتقة عن الجماعة، وكون أقلّ مدلول الجمع الصيغي ثلاثة.. لا يمس ما نحن فيه، إذ الشرط ليس جماعة بكون مدلول صيغة الجمع، بل مدلول لفظ الجمعة، وقد تحقق ذلك بالاثنين.

ولأبي حنيفة: أن الجمعة وإن كانت منبئة عن الاجتماع مطلقاً، لكن الخطاب ورد بالجمع الصيغي في قوله تعالى: ﴿فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ﴾ وأقل الجمع الصيغي: هو الثلاث على الصحيح.

فإن قيل: فليعتبر هذا في الاثنين مع الإمام، فلا حاجة إلى الثلاث سوى الإمام.

قلنا: الجماعة شرط على حدة كالإمام، فلا يعتبر أحدهما مع الآخر شرطاً؛ ولأن قوله تعالى: ﴿فاسعوا..﴾ يقتضي ثلاثة، وقوله: ﴿إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ﴾.. يقتضي ذاكراً، فذلك أربعة، ولا بد أن يكون كلّهم ممن يصلح إماماً، حتى إذا كان أحدهم امرأة أو صبياً أو مجنوناً.. لا يجوز، بخلاف العبيد والمسافرين فإن الجماعة تتمّ بهم لصلاحيتهم للإمامة.

قد يقال: إن قوله تعالى: ﴿فَٱسْعَوْاْ﴾ خطاب عام لكلّ من استجمع شرائط الوجوب، ولا دلالة فيه على شرطية الاجتماع [١٩٨/ب] كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ وغيره، ولو سلّم لزوم شرطيّة اجتماع كل من تجب عليه الجمعة لا الثلاثة فقط؛ إذ لم يرد من العام هنا أخصّ الخصوص، وإلّا.. لكانت الجمعة فرض كفاية، وليس كذلك، فبقي مجرد الاجتماع، وذا لا يدل على الثلاثة سوى الإمام، وبهذا ظهر قوّة قول أبي يوسف.

(وقيل: محمّد معه)، والمشهور أنه مع أبي حنيفة.

فَلَو نَفَرُوا قبلَ سُجُودِهِ.. يَسْتَأْنِفُ الظّهْرَ، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَستأنفُها إلّا أَن نَفروا قبل شُرُوعِهِ.

وَتَبطُلُ بِخُرُوجِ وَقتِ الظُّهرِ.

واعلم: أنه لا خلاف في أن الجماعة شرط لصحّة الجمعة، لكنهم اختلفوا في أنها:

شرط للأداء كما ذهب إليه زفر.

أو لانعقاد الصلاة كما ذهب إليه أبو حنيفة.

أو لانعقاد التحريمة كما ذهب إليه أبو يوسف ومحمّد، فأشار إلى هذا الخلاف بقوله: (**فلو نفروا قبل سجوده**)، أي: سجود الإمام (.. **يستأنف**) أي: الإمام (**الظهر**) عند أبي حنيفة؛ لفساد الجمعة لانتفاء شرطها؛ لأن الجماعة عنده شرط لانعقاد الصّلاة، وهي لا تنعقد ما لم تتمّ، ولا تتمّ ما لم تقيّد بالسجدة؛ لأنها قبل السجدة تقبل الرفض، فيشترط دوامها إلى السجدة.

(**وعندهما: لا يستأنفها إلّا إن نفروا قبل شروعه**)، بل يبني الظهر على الجمعة؛ لعدم فسادها؛ لأنها شرط لانعقاد التحريمة عندهما وقد وجدت، ودوامها ليس بشرط، فيصح البناء عليها.

وقال زفر: إذا نفروا قبل القعدة.. بطلت؛ لأنها شرط لأدائها، فلا بد من دوامها إلى الأداء كالوقت.

قلنا: إن الأداء قد ينفك عن الجماعة كما في المسبوق واللّاحق؛ فإنهما أديّاها بلا جماعة، فلا يشترط دوامها، فصارت كالخطبة.

وإذا نفروا بعد التقييد بالسّجدة.. بنى عليها باتفاق الثلاث.

(**وتبطل بخروج وقت الظهر**)، ولو بعد القعود قدر التشهد؛ لفوات شرطها، وتنقلب نفلاً عندهما، خلافاً لمحمد على ما مر من أصله.

[مطلب: في شرائط وجوب الجمعة]

وَشرطُ وُجُوبِهَا سِتَّةٌ:

الْإِقَامَةُ بِمصْرٍ.

والذُّكورةُ.

والصِّحَّةُ.

وَالْحريَّةُ.

[مطلب: في شرائط وجوب الجمعية]

ولما فرغ من شرط صحّتها.. شرع في شرط وجوبها فقال: (**وشرط وجوبها ستة**):

١- (**الإقامة بمصر**) فلا تجب على مسافر، ولا على أهل قرية وبرّية.

٢- (**والذكورة**) فلا تجب على المرأة.

٣- (**والصحة**) فلا تجب على المريض والضعيف.

٤- (**والحرية**) فلا تجب على العبد، هكذا أطلقه في «الهداية»، فشمل على المأذون والمحجور والمكاتب، والعبد الذي حضر مع مولاه على باب المسجد لحفظ الدابة، والعبد الذي يؤدي الضريبة.

وقال في «فتح القدير»: وقد اختلفوا في المكاتب والمأذون، والعبد الذي حضر مع مولاه باب المسجد لحفظ الدابة إذا لم يخل بالحفظ، وينبغي أن يجري الخلاف في معتق البعض إذا كان يسعى، ولا تجب على العبد الذي يؤدي الضريبة.

وللمستأجر أن يمنع الأجير عن حضور الجمعة في قول أبي حفص، وقال الدقّاق: ليس له منعه؛ فإن كان قريباً.. لا يحطّ عنه شيء، وإن كان بعيداً.. يسقط عنه بقدر اشتغاله، فإن قال الأجير: حطّ عني الرّبع بقدر اشتغالي بالصّلاة.. لم يكن له ذلك.

وسلامةُ الْعَينَيْنِ وَالرّجلَيْنِ.. فَلَا تجبُ على الْأَعْمَى وَإِن وجدَ قائداً، خلافاً لَهما.

وَكَذَا الْخلافُ فِي الْحَجِّ وَمَن هُوَ خَارجَ الْمِصرِ إِن كَانَ يسمعُ النِّداءَ.. تجبُ عَلَيْهِ عِنْدَ محمَّدٍ، وَبِه يُفْتِي.

والمطر الشديد والاختفاء من السلطان الظالم مسقط أيضاً.

وفي «التجنيس»: إذا أراد العبد أن يخرج إلى الجمعة أو العيدين بغير إذن مولاه؛ إن كان يعلم أن مولاه يرضى بذلك [١٩٩/أ].. جاز، وإلّا.. فلا يحل له الخروج؛ لأن الحق له في ذلك.

٥-٦ **(وسلامة العينين والرجلين، فلا تجب على الأعمى وإن)** وصلية **(وجد قائداً)**؛ وهذا لأن المسافر وأهل القرى يلزمهم الخروج بالحضور.

وكذا المريض، والأعمى، والعبد المشغول بخدمة مولاه، والمرأة بخدمة زوجها، فعذروا دفعاً للحرج والضرر، لكن هذا في الأعمى على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يعتبر شخصاً قادراً بقدرة الغير.

(خلافاً لهما) عند وجود القائد متبرّعاً، أو بالإجارة وله مال؛ لأن القادر بقدرة الغير.. يعدّ قادراً عندهما.

ولو وجد الأعمى في الجامع وأقيمت الجمعة.. فالظاهر أنها تجب عليه لانتفاء المانع وهو الحرج.

(وكذا الخلاف في الحج ومن هو خارج المصر؛ إن كان يسمع النداء)؛ أي: من المصر **(..تجب عليه عند محمد، وبه يفتي)**.

وفي «المحيط»: ظاهر الرواية عن أصحابنا: لا يجب شهود الجمعة إلّا على من سكن المصر والأرباض المتصلة بالمصر، حتى لا تجب على أهل السّواد؛ سواء كان السواد قريباً أو بعيداً.

وَمَن لَا جُمُعَةَ عَلَيْهِ؛ إِن أَدَّاهَا.. أَجْزَأَتْهُ عَن فرضِ الْوَقْتِ.

وعن محمّد: إذا كان بينه وبين المصر ميل أو ميلان أو [ثلاثة] أميال.. فعليه الجمعة، وإن أكثر.. فلا.

وعنه أيضاً: إذا كان بينه وبين المصر أقلّ من فرسخين.. فعليه الجمعة، وإن أكثر.. فلا.

وعنه: إن كان كل موضع خرج الإمام إليه وأقام فيه الجمعة.. جازت جمعته وعدّ مصراً، فعلى أهل ذلك الموضع الحضور إلى الجمعة.

وكل موضع لو خرج الإمام إليه وجمّع.. لم يعدّ مصراً، فلا جمعة على أهله، وقد مرّ الخلاف في تعريف الفناء.

(ومن لا جمعة عليه) - أي: ممّن صار أهلاً لها؛ كالمريض والمسافر والمرأة والعبد والأعمى - **(إن أدّاها.. أجزأته عن فرض الوقت)** ويسقط عنهم الظهر؛ كالمسافر إذا صام؛ لأنهم تحملّوا الحرج المسقط عنهم، وقد ذكرنا الخلاف في فرض الوقت أنه: الظهر أو الجمعة، قيدّ بالجمعة؛ لأنّ من لا حج عليه إذا أدّى الحجّ؛ **فإن كان لفقد شرطه**.. فالحج يسقط عنه حتى لو أيسر بعده.. فلا حجّ عليه؛ لما ذكرناه من أنه تحملّ الحرج. **وإن كان لعدم أهليّته** كالعبد إذا حج مع مولاه.. فإنه لا يجزئه عن حجة الإسلام حتى يؤاخذ بحجة الإسلام بعد حرّيته.

وهل الأفضل صلاة الجمعة، أو صلاة الظهر لمن لا جمعة عليه؟

والذي ظهر من «الهداية» و«العناية»: أن الأفضل لهم صلاة الجمعة؛ لأن المذكور فيها أن صلاة الظهر لهم يوم الجمعة رخصة، فدلَّ هذا أن الجمعة لهم عزيمة، إلّا المرأة؛ لأن الأفضل لهنّ الصلاة في البيت، فيكون الظهر أفضل لهنّ.

وفي «فتح القدير» عن «الكافي»: صح أنه ﷺ أقام الجمعة بمكة مسافراً؛ فدلّ هذا أيضا أن الجمعة أفضل لهم من الظهر.

وللمسافرِ وَالْمَرِيضِ وَالْعَبْدِ أَن يَؤمَّ فِيهَا، وتنعقدُ بِهِم.

وَمَن لَا عُذرَ لَهُ؛ لَو صلَّى الظّهْرَ قبلهَا.. جَازَ مَعَ الْكَرَاهَةِ.

ولقد رأيت في بعض الحواشي على «فتح القدير» قال: قوله: «صح أنه ﷺ... إلى آخره» يقيده ما رواه أبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنه إذا كان بمكة فصلى الجمعة: تقدم فصلى ركعتين، ثم تقدم فصلى أربعاً، وإذا كان بالمدينة فصلى الجمعة، ثم رجع إلى بيته فصلّى ركعتين ولم يصل في المسجد، فقيل له.. فقال: كان رسول الله ﷺ يفعل ذلك.

وهكذا رواه ابن الهمام [١٩٩/ب] في آخر الباب، ثم قال: فقد أثبت هذا ستّاً بعد الجمعة بمكّة، فالظاهر أنّها ستّة، غير أنه إذا كان بالمدينة وفيها المنزل المهيّأ له.. صلّى فيه، وهو بمكّة في صلاة الجمعة إنّما كان مسافراً، فكان يصلّيها في المسجد، فلم يعلم ابن عمر رضي الله عنهما كلّ ما كان في بيته بالمدينة. انتهى.

فعلم منه: أنّ ما صلّاه النّاس بعد الجمعة أربعاً بنية الظهر الآخر.. لم يصلّها النّبي ﷺ، ولذا قال في «البحر»: إنه لا أصل له في المذهب.

(**وللمسافر والمريض والعبد أن يؤمّ فيها**)، وقال زفر: لا تجوز إمامتهم فيها؛ لأنه لا فرض عليهم حتى تصح إمامتهم لمن عليه الفرض؛ فأشبه الصبي والمرأة.

قلنا: هذه رخصة، فإذا حضروا.. يقع فرضاً، وأما الصبي: فلا أهلّية له، والمرأة لا تصلح لإمامة الرجل.

وقال الشافعي: تصح إمامتهم ولا تنعقد بهم الجمعة؛ لعدم الفرض عليهم.

قلنا: لما صلحوا للإمامة فلأن يصلحوا للاقتداء أولى؛ ولذا قال: (**وتنعقد بهم**) ردّاً له.

(**ومن لا عذر له: لو صلّى الظهر قبلها.. جاز مع الكراهة**) تحريما؛ لإفضائه إلى ترك السّعي الّذي هو فرض قطعّي بالاتفاق.

أطلقه فشمل:

ما إذا صلى في بيته ولم يسع إلى الجمعة.

ثمَّ إذا سعى إِلَيْهَا وَالْإِمَامُ فِيهَا.. يبطلُ ظُهرُهُ.

وَقَالَا: لَا يبطلُ مَا لم يُدْرِكِ الْجُمُعَةَ ويَشرع فِيهَا.

وما إذا صلى في الجامع ولم يصل الجمعة مع الإمام، حيث لا يبطل ظهره؛ لأنه لم يرغب في الجمعة. هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز ظهره؛ بناء على أن الأصل في هذا اليوم هو الجمعة عنده، لا الظهر كما هو كذلك عندنا.

(**ثم إذا سعى إليها والإمام فيها.. يبطل ظهره**) بمجرد السّعي إليها عند أبي حنيفة؛ فإذا بطل.. ينقلب نفلاً.

(**وقالا: لا يبطل ما لم يدرك الجمعة ويشرع فيها**)؛ لأن السّعي دون الظّهر؛ لأنه ليس مقصوداً بنفسه، بل وسيلة إلى أداء الجمعة، والظهر مقصود بنفسه، والشيء لا يبطل [ما] فوقه، وأما الجمعة فهي فوق الظهر، لأنّا أمرنا بإسقاط الظهر بها، فتبطل ما دونها بمجرد الدخول فيها مع الإمام؛ سواء أتمّ معه أو لا، على ما في «العناية».

ولأبي حنيفة: أن فرضية السّعي مختصّة بالجمعة من الصّلوات، فكان من جملة أركانها؛ لجامع الاختصاص، فكان مؤثراً في إبطال الظهر، لكن هذا ليس على إطلاقه، بل إذا كان الإمام في الصّلاة بحيث يمكنه أن يدركها.

وإن لم يدركها أو كان لم يشرع بعد، ثمّ أقامها بعد السّعي - وأما إذا كان الإمام فرغ منها، أو قارن الفراغ السّعي، أو لم يقمها أصلاً لعذر - لا تبطل.

وإن كان فيها أو لم يشرع بعد لكنه لا يرجو إدراكها للبعد ونحوه.. لا تبطل عنده عند العراقيين، وتبطل عنده في تخريج البلخيين وفي «فتح القدير»: وهو الأصح.

ثم اختلفوا في معنى السّعي عنده، والمعتبر: أنه الانفصال عن داره حتى لا يبطل قبله، وقيل: إذا خطا خطوتين في البيت الواسع.. تبطل.

وَكُرِهَ للمعذورِ والمسجونِ أَدَاءُ الظُّهْرِ بِجَمَاعَةٍ فِي الْمِصرِ يَوْمِهَا.

(**وكره للمعذور والمسجون أداء الظهر بجماعة**) قبل الجمعة وبعدها، وقال في «الخلاصة»: ويستحب للمريض أن يؤخر الصلاة إلى أن يفرغ الإمام من صلاة الجمعة، وإن لم يؤخر.. يكره، [و] هو الصّحيح. انتهى.

والذي ظهر منه: أنه يكره لهم أداء الظهر منفرداً أيضاً قبل الجمعة [٢٠٠/أ].

ولم يذكر حكم سعي المعذور بعد أداء الظهر.. ففيه خلاف بيننا وبين الشافعي:

فقال الشافعي: إذا أدّى الظهر ثم سعى إلى الجمعة.. لا ينتقض ظهره؛ لأن المعذور غير مخاطب بأداء الجمعة.

قلنا: ينتقض ظهره كظهر من لا عذر له على [ما] تقدم؛ لأنّ الأمر بالسّعي يعم المعذور وغير المعذور، فالعزيمة في هذا اليوم إقامة الجمعة مقام الظهر الذي هو أصل عندنا، لكنّ هذا ساقط من المعذور بطريق الرخصة؛ فإذا حضر الجمعة.. صار كغير المعذور.. فانتقض ظهره.

(**في المصر يومها**) وهذا لأنه يقتدي بهما غيرهما، فيؤدي إلى ترك الجمعة، وعلّله في «الهداية»: بأنّ فيه إخلالاً بالجمعة؛ إذ هي جامعة الجماعات، ويرد عليه: أنه مبني على عدم تعدّد الجمعة في مصر واحد، وقد مرّ أن هذه الرّواية غير مختارة.

قيد بالمصر: لأن الجماعة غير مكروهة في حقّ أهل السّواد؛ لأنه لا جمعة عليهم.

وفي «الولوالجي»: قوم لا يجب عليهم أن يحضروا الجمعة لبعد الموضع.. صلوا الظّهر جماعة؛ لأنه لا يؤدي إلى تقليل الجماعة.

وفي «فتح القدير»: ومن فاتتهم الجمعة في مصر فصلّوا الظّهر.. تكره لهم الجماعة أيضاً، وقيّد بالظّهر؛ لأن غيره يجوز الجماعة فيه، والمراد بالكراهة؛ تحريميّة على ما في «السّراج الوهّاج».

وَمَن أَدْرَكَهَا فِي التَّشَهُّدِ أَو سُجُودِ السَّهْوِ.. يُتِمُّ جُمُعَةً.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُتِمُّ ظُهراً إِن لم يدْرك أَكثرَ الثَّانِيَةِ.

وَإِذا خرجَ الإِمَامُ.. فَلَا صلاةَ ....

(**ومن أدركها في التشهد أو سجود السّهو.. يتمّ جمعة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (**وقال محمد: يتمّ ظهراً إن لم يدرك أكثر الثانية**)، وإن أدرك أكثرها.. بنى عليها الجمعة؛ لأن للأكثر حكم الكلّ، بخلاف من أدرك في التشهد أو بعد رفع رأسه من ركوع ركعة الثانية؛ لأنه فاته شرط الجمعة في أكثرها وهي الجماعة.. فلا يكون مدركاً لها.

ولهما: أنه مدرك للجمعة في حالة التشهد وسجود السهو حتى شرطت نية الجمعة، ومدرك الشيء يبني باقيه عليه.

بخلاف الظهر: فإنه لا يصح بناؤها على صلاة أخرى وهي الجمعة.

ووجود الجماعة في حق الإمام هو وجودها في حق المأموم أيضاً، فاستجمعت الشرائط، ثم إذا قام - هو المسبوق - إلى قضاء ما سبق.. كان مخيّراً في القراءة؛ إن شاء.. جهر، وإن شاء.. خافت. كذا في «البحر» عن «السّراج».

واختلفوا في جواز سجود السّهو في الجمعة والعيدين:

قيل: لا، وقيل: نعم، وفي «السّراج»: المختار عند المتأخرين أن لا يسجد الإمام للسّهو فيهما؛ لتوهم الزيادة عند الجهال، وكلام المصنف ظاهر في جوازه.

(**وإذا خرج الإمام**) المنبر (**..فلا صلاة**).

وإن كان قد شرع في التطوع، ثم خرج الإمام للخطبة.. فلا يقطعها، بل يتمّها ركعتين إن كانت تحية المسجد أو نفلاً مطلقاً.

وإن كانت سنّة الجمعة:

قيل: يقطع على رأس الركعتين.

وَيجبُ السَّعْيُ، وَتركُ البيعِ بِالْأَذَانِ الأَوَّلِ.

فَإِذا جلسَ على الْمِنْبَرِ.. أُذِّنَ بَينَ يَدَيْهِ ثَانِياً واستقبلوهُ مُسْتَمِعِينَ، ....

يمكن تحصيله في كلّ وقت بخلاف سماع الخطبة، وعلى هذا الوجه الثاني فرع بعضهم قول أبي حنيفة «أنّه لا يصلّى على النبي ﷺ عند ذكره في الخطبة»، وعن أبي يوسف: ينبغي أن يصلي في نفسه؛ لأنّ ذلك مما لا يشغله عن سماع الخطبة، فكان إحرازاً للفضيلتين وهو الصّواب.

وهل يحمد إذا عطس؟

الصّحيح: يحمد في نفسه.

ولو لم يتكلم لكنه أشار بعينه أو بيده حين رأى منكراً.. الصحيح: لا يكره. هذا كلّه إذا كان قريباً من الخطيب بحيث يسمع.

فإن كان بعيداً بحيث لا يسمع.. اختلف المتأخرون فيه: فمحمد بن سلمة: اختار السّكوت. ونصير بن يحيى: اختار القراءة. وعن أبي يوسف: اختيار السّكوت كقول ابن سلمة، وحكي عنه: النظر في كتابه وإصلاحه بالقلم.

وقال ابن الهمام: ومجموع ما ذكرنا هنا عن أبي يوسف أوجه.

(ويجب السعي وترك البيع بالأذان الأوّل)؛ لقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا﴾.. الآية، قيل: المعتبر هو الأذان الثاني الذي بين يدي الإمام على المنبر؛ لأنّ الأوّل لم يكن في زمن النبي عليه والسلام، والصحيح: هو الأول؛ لأنّ بعد الأذان الثاني لا يقدر على أداء السّنة قبلها، بل على استماع الخطبة.

(فإذا جلس) الخطيب **(على المنبر.. أذن بين يديه ثانياً واستقبلوه مستمعين)**، أي: للخطبة.

وَلَا كَلَامَ حَتَّى يفرغَ مِن خطبَتِهِ.

وَقَالَا: يُبَاحُ الْكَلَامُ بعدَ خُرُوجِهِ مَا لم يشرعْ فِي الْخطْبَةِ.

وقيل: يتمّها أربعاً، وهو الصحيح المختار عند المرغيناني وحسام الدّين الشهيد.

ثم الممنوع ههنا هو التطوع وسنة الجمعة؛ وأمّا الفائتة وسجدة التلاوة وصلاة الجنازة.. ففيه خلاف، قيل: يجوز، وقيل: لا على ما ذكرناه في الأوقات المكروه فيها التنفل.

(ولا كلام حتى يفرغ من خطبته)، هذا عند أبي حنيفة.

(وقالا: يباح الكلام بعد خروجه) المنبر **(ما لم يشرع في الخطبة)**، وكذا يباح [٢٠٠/ب] الكلام عندهما بعد نزوله قبل أن يكبّر للصّلاة؛ لأنّ حرمة الكلام باعتبار الإخلال بفرض الاستماع، ولا استماع في هذين الوقتين، بخلاف الصّلاة؛ لأنها قد تمتد فتفضي إلى الإخلال، وله ما رواه ابن عمر وابن عبّاس رضي الله عنهما، مرفوعاً: «إذا خرج الإمام.. فلا صلاة ولا كلام»؛ ولا يعارضه ما روي أنّه ﷺ: كان إذا نزل عن المنبر سأل الناس عن حوائجهم وعن أسعار السّوق ثم صلى؛ لجواز أن يكون هذا في أوّل الإسلام، ثم نسخ حين نهي عن الكلام في الصّلاة.

أطلق الكلام فشمل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتّسبيح، وفيه خلاف، والأصح: أنّه غير ممنوع على ما في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: يحرم في الخطبة الكلام، وإن كان أمراً بالمعروف أو تسبيحاً، والأكل والشرب والكتابة، ويكره تشميت العاطس، وردّ السلام، وعن أبي يوسف: لا يكره الرد؛ لأنّه فرض.

قلنا: ذاك إذا كان السّلام مأذوناً فيه شرعاً، وليس كذلك في حالة الخطبة، بل يرتكب بسلامه مأثماً؛ لأنّه به يشغل خاطر السامع عن الفرض؛ ولأنّ ردّ السّلام

فَإِذا أَتَمَّ الْخطْبَةَ.. أُقِيمَت.

وفي «الخلاصة»: ويستحب للرّجل أن يستقبل الخطيب بوجهه إذا كان أمام الإمام؛ وإذا كان عن يمينه أو عن يساره قريباً من الإمام.. ينحرف إلى الإمام مستعداً للسماع. انتهى.

(**فإذا أتم الخطبة.. أقيمت**) الجمعة، ليس مراده: أنّ تعقيب الخطبة بالإقامة والصّلاة شرط، بل بيان السّنة؛ لأنّ التعقيب ليس بشرط على ما ذكرناه عند قوله: «فيكره ترك ذلك».

*   *   *

(بَاب صَلَاة الْعِيدَيْنِ)

تجبُ صَلَاةُ الْعِيدِ.

[مطلب: شرائط صلاة العيد]

وشرائطُها: كشرائطِ الْجُمُعَةِ وجوباً ....

(باب صلاة العيدين)

أي: صلاتهما، وهي مقدّمة على صلاة الجنازة إذا اجتمعا، وتقدم صلاة الجنازة على الخطبة على ما في «القنية».

وفي «الدر»: تقديم [٢٠١/أ] صلاة العيد على صلاة الجنازة خلاف القياس.

ولم يبين وجهه، ولعلّه: أنّ صلاة الجنازة فرض ولو على الكفاية، وصلاة العيد واجب، ووجه الاستحسان: أنّ تعجيل صلاة العيد واجب بلا فصل بين عيد وعيد على ما في «القنية» و«البزازية»، وتعجيل صلاة الجنازة مستحب، لكن قال في «الخلاصة»: الأفضل تعجيل صلاة الأضحى، وتأخير صلاة الفطر.

فعلى هذا: وجه الاستحسان: أنّ تأخير الجنازة بعد صلاتها.. مكروه، فلو قدّمت على صلاة العيد.. لزم تأخيرها بعد الصّلاة عليها أو فوات صلاة العيد، فأخّرناها عنها.

(**تجب صلاة العيد**) وهو الصّحيح، وأمّا قول محمد في «الجامع الصغير»: عيدان اجتمعا في يوم واحد، الأول: سنة، والثاني: فريضة ولا يترك واحد منهما؟ فمراده: أنّها وجبت بالسنة، ومراده بالأول: صلاة العيد، وبالثاني: صلاة الجمعة.

[مطلب شرائط صلاة العيد]

(**وشرائطها: كشرائط الجمعة وجوباً**)، فلا تجب على المسافر والمرأة والمريض والعبد والأعمى؛ لفقدان شرطها في هؤلاء.

وَأَدَاءً، سوى الْخطْبَةِ.

وَنُدِبَ فِي الْفطرِ: أَن يَأْكُل شَيْئاً قبل صلَاتِهِ، ويَستاكُ ويَغتسلُ ويتطيَّبُ، ويَلبسُ أحسنَ ثِيَابِهِ، وَيُؤَدِّي فِطرتَهُ، وَيتَوَجَّهُ إِلَى الْمُصلَّى.

(وأداء) فلا تصلى في القرى والبوادي، ولا بدّ له من: الجماعة، والسّلطان أو نائبه، والإذن العام على ما في «الخلاصة».

(سوى الخطبة) فإنّها ليست بشرط فيهما، حتى لو لم يخطب.. صحت الصّلاة وأساء لترك السنة؛ وكذا لو قدّمها على الصّلاة، ولا يجب استماعها كما وجب في خطبة الجمعة على الأصح، وقيل: تجب فيها أيضاً.

(وندب في) يوم **(الفطر)** - أي: بعد صبح هذا اليوم - **(أن يأكل شيئا)**.

كذا في «الجامع الصغير».

وفي «الزاهدي»: يأكل حلواً من المطعومات؛ لما رواه البخاري أنه ﷺ لا يغدو يوم الفطر حتى يأكل تمرات وتراً.

(قبل صلاته، ويستاك، ويغتسل، ويتطيّب، ويلبس أحسن ثيابه)، جديداً كان أو غسيلاً.

روى الطبراني في «الأوسط»: أنّه ﷺ كان يلبس يوم العيد حلة حمراء، وقال ابن الهمام: إنّ الحلة الحمراء عبارة عن ثوبين من اليمن فيهما خطوط حمر وخضر.. لا أنّه أحمر بحت، فليكن محمل البردة الحمراء أحدهما، ويؤيده النهي عن لبس الأحمر.

(ويؤدي فطرته) قبل الخروج إلى المصلى بعد طلوع الفجر، وهو المستحب.

ولو أدّاها قبل يوم العيد أو بعده.. جاز أيضاً.

(ويتوجه إلى المصلّى) ماشياً؛ لأنّه ﷺ فعله كذلك، ولا بأس في الركوب في الرجوع إلى منزله؛ لأنّه غير قاصد إلى قربة.

وفي «فتح القدير»: والسّنة أن يخرج الإمام إلى الجبانة ويستخلف من يصلّي بالضعفاء في المصر، بناء على أن صلاة العيدين في موضعين في مصر جائزة بالاتفاق.

وعند محمد: يجوز في ثلاثة مواضع، وإن لم يستخلف.. جاز له ذلك، ويخرج العجائز للعيد لا الشباب. كذا في «الخلاصة».

وفي «التجنيس»: الخروج إلى الجبانة سنة في العيد وإن كان يسعهم المسجد عند عامة المشايخ، وهو الصّحيح.

واختلفوا في بناء المنبر بالجبانة:

قال بعضهم: يكره.

قال خواهرزاده: حسن في زماننا.

وعن أبي حنيفة: لا بأس به.

ولا يخرجون المنبر إلى الجبانة.

وفي «الخلاصة»: وتصافح الشيوخ [٢٠١/ب].

وقال في «شرح النقاية»: تهنئة العيد: «تقبل الله منا ومنكم». لا أصل له وهي مكروهة.

قلت: أصل هذا ما أخرجه ابن عساكر من حديث عبادة بن الصّامت رضي الله عنه: قال: سألت رسول الله ﷺ قول النّاس في العيدين: «تقبل الله منا ومنك» فقال: «كذلك فعل أهل الكتاب» وكرههم، وفي إسناد خالد بن زيد بن واقد الدمشقي، قال فيه البخاري منكر الحديث، وقال أبو حاتم: ضعيف، وقال النّسائي: ليس ثقة، وقال الدارقطني: متروك.

وقد أخرج الطبراني في «الكبير» عن حبيب بن عمر الأنصاري قال: حدثني أبي قال: لقيت واثلة رضي الله عنه يوم عيد فقلت: تقبل الله منّا ومنك، فقال: تقبل الله منّا ومنك.

وأخرج الأصبهاني في «الترغيب» عن صفوان بن عمر مثله.

وَلَا يَجْهرُ بِالتَّكْبِيرِ فِي طَرِيقهِ، خلافاً لَهما.

وأخرج زاهد بن طاهر في «تحفة عيد الفطر» وأبو أحمد الفرضي في مشيخته بسند حسن عن جبير بن نفير قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ إذا التقوا يوم العيد.. يقول بعضهم لبعض: تقبل الله منّا ومنك.

وأخرج البيهقي من طريق أدهم مولى عمر بن عبد العزيز قال: كنّا نقول لعمر بن عبد العزيز في العيدين: تقبل الله منا ومنك يا أمير المؤمنين، فيرّد علينا مثله.

وهكذا أخرجه الطّبراني من طرق شقه.

وكذا ابن حبّان عن علي.

ولقد دوّن السّيوطي رسالة معمولة في حق التهاني في العيد وغيره.

(**ولا يجهر بالتكبير في طريقه**) عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**) اعتباراً بالأضحى، وله أنّ الأصل في الثناء الإخفاء، والشرع ورد [به] في الأضحى؛ لأنّه يوم تكبير؛ لقوله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾ ولا كذلك يوم الفطر، وليس في معنى الأضحى حتى يلحق بها؛ لأنّها اختصت بركن من أركان الحج، وليس ذلك في الفطر.

فإن قيل: يعارضه ﴿وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ﴾، قلنا: المراد: التكبير في صلاة العيد، لا في المشي إليها.

ثمّ الخلاف بينه وبينهما في الجهر بالتكبير في الفطر لا في أصله على ما صرح به المصنف، وهكذا في «الهداية» وغيرها؛ لأنّه داخل في عموم ذكر الله، فعندهما: يجهر به كالأضحى، وعنده: لا يجهر، وعنه كقولهما.

وقال في «الخلاصة»: ولا يكبر يوم الفطر عنده، وعندهما: يكبر ويخافت، وهي أحد الروايتين عن أبي حنيفة، والأصح: ما ذكرناه أنّه لا يكبر في عيد الفطر. انتهى.

وَلَا يتَنَفَّلُ قبلَهَا.

[مطلب: وقت صلاة العيد]

ووقتُها مِنِ ارْتِفَاعِ الشَّمْسِ قدرَ رمحٍ أَو رُمْحَيْنِ إِلَى زَوَالِهَا.

وهذا ظاهر في خلاف ما ذكرناه من أنّ الخلاف بينهما في الجهر لا في أصله، وردّه في «فتح القدير»: إن ما في «الخلاصة» ليس بشيء، إذ لا يمنع من ذكر الله بسائر الألفاظ في شيء من الأوقات، بل من إيقاعه على وجه البدعة، فقال أبو حنيفة: رفع الصوت بالذكر بدعة، يخالف الأمر من قوله تعالى: ﴿وَاذْكُر رَّبَّكَ فِي نَفْسِكَ تَضَرُّعًا وَخِيفَةً وَدُونَ الْجَهْرِ مِنَ الْقَوْلِ﴾ فيقتصر فيه على مورد الشرع، وقد ورد به في الأضحى؛ أعني: ما تلوناه.

(**ولا يتنفل قبلها**) في المصلى بالاتفاق، وفي بيته اختلاف، والأصح: أنه مكروه أيضاً، وعليه العّامة لورود النهي [٢٠٢/أ] في السنة من الصّحابة على ما في «فتح القدير».

وأمّا بعدها: فهو مكروه أيضاً عند العامّة في المصلّى على ما في «التبيين» و«فتح القدير»؛ لورود النهي عنه أيضاً.

وأما في بيته: بعدها.. فلا كراهة فيه.

وفي «الخلاصة»: ويتطوع بعدها، والأفضل أن يصلي أربع ركعات. انتهى.

وذكر بعده: النساء إذا أردن أن يصلّين صلاة الضحى يوم العيد.. صلين بعدما يصلي الإمام في الجبانة.

[مطلب: وقت صلاة العيد]

(**ووقتها: من ارتفاع الشمس قدر رمح أو رمحين**)؛ لما روي أنّ النّبي ﷺ صلّاها كذلك، (**إلى**) وقت (**زوالها**)، لما روي أنّ قوماً شهدوا عند النبي ﷺ بالهلال بالأمس بعد الزوال.. فأمرهم أن يفطروا.

وإذا أصبحوا يغدوا إلى مصلّاهم، ولو جاز فعلها بعد الزوال.. لم يكن للتأخير إلى الغد معنى.

[مَطْلَب: صِفَةُ صَلَاةِ العِيد]

وصفتُها أَن يُصَلِّيَ رَكْعَتَيْنِ يكبِّرُ تَكْبِيرَةَ الْإِحْرَام، ثمَّ يُثني، ثمَّ يكبِّرُ ثَلَاثاً، ثمَّ يقرأُ الْفَاتِحَةَ وَسورَةً، ثمَّ يرْكَعُ وَيسْجدُ.

ويبدأُ فِي الثَّانِيَةِ بِالْقِرَاءَةِ، ثمَّ يكبِّرُ ثَلَاثاً، ثمَّ أُخْرَى للرُّكُوعِ.

وَيرْفَعُ يَدَيْهِ فِي الزَّوَائِدِ.

ولو زالت الشمس في الصّلاة.. فسدت.

وفي «الخلاصة»: ولو زالت الشمس يوم الفطر قبل أن يصلّي صلاة العيد.. سقطت صلاة العيد، ولا يصلي من الغد إلّا إذا تركوا بعذر، فيصلي من الغد قبل الزوال، وإن زالت الشمس من الغد.. سقطت صلاة العيد؛ سواء تركوها بعذر أو بغير عذر، وسيأتي مصرحاً.

[مطلب: صِفَةُ صَلَاةِ العِيد]

(وصفتها: أن يصلّي) الإمام بالنّاس **(ركعتين، يكبّر تكبيرة الإحرام)** وهو فرض، **(ثم يثني، ثم يكبّر ثلاثاً)**، وهي واجباته، **(ثم يقرأ الفاتحة وسورة، ثم يركع ويسجد، ويبدأ في الثانية بالقراءة، ثم يكبر ثلاثاً، ثم أخرى للركوع)**، قيل: تكبيرة الركوع الثاني واجبة إلحاقا لها بتكبيرات العيد للاتصال بها، بخلاف تكبيرة الركوع الأولى لعدم الاتصال، ثمّ هذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وبه نأخذ.

وقال ابن عباس: إنّها خمس في الأولى، وخمس في الثانية، والأول أصحّ؛ لأنّ الأخذ بالأقلّ في خلاف المعارف أولى.

وأما ما روي عن أبي يوسف أنّه فعل بقول ابن عباس.. فالجواب عنه: إنّ ذلك ليس مذهباً له، بل إنّما فعله امتثالاً لأمرها، رواه الرشيد؛ لأنّ الخلافة لما انتقلت إلى بني العباس.. أمروا الناس بالعمل بقول جدهم.

(ويرفع يديه في الزّوائد)؛ لقوله ﷺ: «لا ترفع الأيدي إلّا في سبع مواطن...» وذكر من جملتها تكبيرات الأعياد، وهو حجة على ما روي عن أبي يوسف أنّه لا

ويخطُبُ بعْدهَا خطبتينِ يعلِّمُ النَّاسَ أَحْكَامَ الْفِطْرَةِ.

وَلَا تُقضى إِن فَاتَت مَعَ الإِمَامِ.

يرفع الأيدي، بخلاف من أدرك الإمام في الركوع.. فإنه يكبر الزائد في ركوعه عندهما. بلا رفع يديه على الأصح، وقيل: يرفعهما.

(ويخطب بعدها خطبتين)؛ لأنّها ليست بشرط حتى تقدم كما في الجمعة، ويستحب أن يبدأ الأولى بتسع تكبيرات تترى، والثانية: بسبع على ما في «المجتبى».

(يعلم النّاس أحكام الفطرة)؛ لأنّها شرعت لبيانها، وهي خمسة على ما سيأتي، قيل: إنّ أداء الفطرة قبل الخروج مندوب، والخطبة بعد الصلاة فبينهما تناف، وأجيب: بأن مندوبية تقديمه لا تنافي لجواز تأخيره.. فجاز أن لا يعلم بعض النّاس كيفيّة أدائها فيعلّمهم.

(ولا تقضى) - أي: صلاة العيدين - **(إن فاتت مع الإمام)**؛ لأنها لم تشرع إلّا بشرائط لا تتّم [٢٠٢/ب] بالمنفرد، ولو فاتت مع إمام.. ذهب إلى إمام آخر؛ إن أمكنه الذهاب؛ لأنّ تعددها في المصر جائز بالاتفاق، وعن أبي يوسف: أنّه إذا دخل مع الإمام وأفسدها بعد الشروع.. يقضي؛ لأنّ شروعه ملزم؛ كالنذر على ما في «المحيط».

وتقضى تكبيراتها في الركوع، يعني: لو أدرك الإمام في صلاة العيد في الركوع.. يكبر قائماً للافتتاح، فإن أمكنه أن يأتي بتكبير العيد قائماً ويدرك الإمام في الركوع.. فعل كذلك إجماعاً، وإن خاف إن كبّر تكبيرات العيد أن يرفع الإمام رأسه.. يشتغل بتكبيرات العيد فيه عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يشتغل بتسبيحات الركوع.

له: أن محلّ التكبير القيام وقد فاتت، ولهما: أنّ الركوع يشبه القيام:

حقيقة: لاستواء النصف الأسفل من الراكع كما للقائم، وبه يفارق القائم والقاعد.

وَإِن مَنعَ عذرٌ عَنْها فِي الْيَوْمِ الأولِ.. صلُّوها فِي الْيَوْمِ الثَّانِي.

وَلَا يُصلِّي بعدَها.

والأضحى: كالفطر، لَكِن يسْتَحبُّ تَأْخِيرُ الْأكلِ فِيهَا إِلَى أَنْ يُصَلِّي.

وَلَا يُكرهُ قبلهَا فِي الْمُخْتَارِ.

وحكماً: لأن مدرك الإمام في الركوع مدرك لتلك الركعة على ما مرّ، فيأتي بها فيه، باعتبار جهة الأداء احتياطاً، وهو قضاء يشبه الأداء.

(**وإن منع عذر عنها في اليوم الأول.. صلوها في الثاني، ولا يصلى بعدها**)؛ لأنّ الأصل فيها عدم القضاء مطلقاً؛ سواء تركها بعذر أو بغير عذر، لكن شرع القضاء فيما تركها بعذر قبل الزوال لما رويناه من حديث شهادة الهلال، فبقي ما عداه على الأصل.

وعن الطحاوي عن أبي حنيفة أنّه: إن فاتته في اليوم الأول.. لم يقض أصلاً؛ لأنّ الأصل عدم القضاء، لكن تركناه في الأضحى لخصائص لم توجد هنا، وهو جواز النحر وحرمة الصّوم.

قلنا: هذا قياس تركناه استحساناً لما رويناه.

(**والأضحى**) جمع أَضْحاة بمعنى الأضحية، أي: ما يذبح في يوم النحر، كأَرطى جمع أَرطاة على ما في «المغرب». سمي به يوم النحر لمعنى صلاة الأضحى أو صلاة يوم الأضحى (**كالفطر**) أي كصلاة يوم الفطر، أو كيوم الفطر صفةً وشرطاً ووقتاً وندباً.

(**لكن يستحب تأخير الأكل فيها إلى أن يصلي**)؛ سواء كان ممن يضحي أو لا.

وقيل: لا يستحب لمن لا يضحي.

وسواء كان في المصر أو في القرى.

وقيل: لا يستحب في القرى.

(**ولا يكره قبلها في المختار**)؛ لأن ترك المستحب لا يستلزم الكراهة ما لم يقم دليل خاص.

ويَجهرُ بِالتَّكْبِيرِ فِي طَرِيقِ الْمصلَّى.

وَيُعلِّمُ فِي الْخطْبَةِ تَكْبِيرَ التَّشْرِيقِ، وَالْأُضْحِيَّةِ.

وَيجوزُ تَأْخِيرُهَا إِلَى الثَّانِي وَالثَّالِثِ بِعُذْرٍ، وَبِغيرِ عذرٍ.

والاجتماعُ يَوْمَ عَرَفَةَ تشبُّهاً بالواقفينَ لَيْسَ بِشَيْءٍ.

(**ويجهر بالتكبير في طريق المصلّى**)؛ لورود الشرع فيه على ما تلوناه، فإذا انتهى إلى المصلّى.. يترك، وفي رواية: لا يترك ما لم يفتتح الإمام الصلاة.

(**ويعلم في الخطبة تكبير التشريق والأضحية**)؛ لأنّها شرعت لها وهذا بيان الجواز، والأولى أن يعلم بتكبير التشريق في الجمعة التي قبل عيد الأضحى، كما أنه ينبغي أن يعلم أحكام صدقة الفطر في الجمعة التي قبل عيد الفطر؛ ليتعلموا؛ لأن تكبير التشريق يجب من يوم عرفة.

(**ويجوز تأخيرها**) أي: صلاة الأضحى (**إلى الثاني والثالث، بعذر وبغير عذر**)؛ لأنّها مؤقّتة بوقت الأضحية، فيجوز ما دام وقتها باقياً، لكنه مكروه بغير عذر.

وفي الفطر غير صحيح على ما مرّ.

(**والاجتماع يوم عرفة تشبهاً** [٢٠٣/أ] **بالواقفين**) في عرفات (**ليس بشيء**) أي مطلوب الاجتناب، على ما في «فتح القدير».

وقال في «النهاية» و«العناية»: أي: ليس بشيء يتعلّق بالثواب، وهو يصدق على الإباحة.

وقال في «غاية البيان»: أي ليس بشيء في حكم الوقوف؛ كقول محمّد: دم السّمك ليس بشيء في حكم الدّماء.

وفي «النهاية» عن أبي يوسف ومحمد في غير رواية «الأصول»: أنّه لا يكره؛ لما روي أنّ ابن عبّاس رضي الله عنه فعل ذلك بالبصرة.

وقال ابن الهمام: إنّ هذا يفيد أنّه يكره في رواية «الأصول»، وهو الذي يفيده تعليلهم بأن الوقوف عُهِدَ قُربةً في مكان مخصوص.. فلا يكون قربة في غيره.

[مطلب: في تَكبيرالتَّشْريق]

وَيجبُ تَكْبِيرُ التَّشْرِيقِ.

والجواب عما روي عن ابن عبّاس: أنّه ما كان للتشبه - وهو مناط الكراهة - بل للدعاء.

[مطلب: فِي تكبير التَّشْريق]

(ويجب) - على الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ فِيٓ أَيَّامٖ مَّعۡدُودَٰتٖ﴾ وقيل: إنّه سنة، وبه قال الشافعي ومالك - (تكبير التشريق)؛ هو في اللغة: تقديد اللحم في الشمس، وقيل: تقطيع اللحم وتشريحها، كذا في «المصباح»، فعلى هذا: تكون الإضافة لأدنى ملابسة، لكنه يشكل بيوم عرفة؛ إذ لا لحم فيه.

وقيل: إنّ التشريق اسم لتكبير مخصوص، فعلى هذا تكون الإضافة بيانية.

وقيل: المراد به أيام التشريق، فحينئذ تشكل الإضافة.

أمّا على قول أبي حنيفة: فلعدم وقوع شيء من التكبير وأيام التشريق على قوله على ما سيأتي.

وأمّا على قولهما: فلوقوع التكبير في غير أيام التشريق أيضاً.

أمّا على قول أبي حنيفة: فلأنه يجوز أن يكون المراد به يوم النحر.. ويوم عرفة مجازاً تسمية للشيء باسم قريبه.

وأمّا على قولهما: فلأنّ أكثره واقع في أيامه، فأضيف إليه.

ثم إنّ أيام التشريق ثلاثة، وأيام النحر ثلاثة مجازاً، كل ذلك في أربعة أيّام، فإن العاشر من ذي الحجّة نحر خاصّ، واليومان بينهما، نحر وتشريق على ما في «الخلاصة»[1].

---

(١) قال في «فتح القدير» (٨١/٢) نقلاً عن «الخلاصة»: (أيام التشريق ثلاثة، وأيام النحر ثلاثة.. ستة تنقضي في أربعة؛ لأن الأول نحرٌ فقط، والأخير تشريق فقط، والمتوسطان: نحر وتشريق).

مِن فجرِ عَرَفَةَ إِلَى عصرِ يَوْمِ الْعِيدِ.

على الْمُقِيمِ بِالْمِصْرِ.

عقيبَ فرضٍ أُدّيَ بِجَمَاعَةٍ مُسْتَحبَّةٍ.

(من فجر عرفة) - أي: عقيب صلاته، وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، وبه أخذ أئمتنا.

وقال ابن عبّاس وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم: يبدأ من عقيب صلاة الظهر من يوم النحر، وإليه رجع أبو يوسف في بعض الرّوايات - (إلى) عقيب (عصر يوم العيد) عند أبي حنيفة، فينتهي عنده بثمان صلوات، وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه؛ لأنّ الجهر بالتكبير بدعة، فكان الأخذ بالأقل أحوط.

وقد يقال: إن ما تردّد بين البدعة والواجب.. يفعل احتياطاً، وما تردد بين البدعة والسنة.. يترك احتياطاً، والتكبير واجب فالاحتياط في فعله، وبه يظهر قوة قول صاحبيه.

(على المقيم بالمصر) - فلا تكبير على المسافر، ولا على أهل القرى - (عقيب فرض) من غير أن يتخلل ما يقطع حرمة الصّلاة، حتى لو ضحك، أو أحدث، أو تكلم عمداً أو سهواً، أو خرج من المسجد.. سقط التكبير، ولا يشترط له الطهارة على الأصح، واختاره الإمام السرخسي، حتى لو سبقه الحدث؛ إن شاء ذهب فتوضأ ورجع وكبّر، وإن شاء.. كبّر من غير وضوء؛ لأنّه لا يؤدى في تحريمة الصّلاة، فلا يشترط له الطّهارة.

قيّد بالفرض؛ إذ لا تكبير عقيب الواجب على الأصّح، [٢٠٣/ب] وعقيب النافلة بالاتفاق، وعن البلخيين وأبي اللّيث: لو كبر عقيب صلاة العيد.. لا بأس به، ويدخل الجمعة في الفرض.

(أدّي بجماعة)؛ إذ لا تكبير على المنفرد (مستحبّة)؛ إذ لا تكبير على جماعة النساء وحدهن، ولا على العراة.

وبالاقتداءِ يجبُ على الْمَرْأَةِ وَالْمُسَافِرِ.

وَعِنْدَهُمَا: إِلَى عصرِ آخرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ على مَن يُصَلِّي الْفَرْضَ، وَعَلَيهِ الْعَمَلُ.

وَصفته: أَن يَقُول مرّةً (اللهُ أكبرُ اللهُ أكبرُ، لَا إِلَهَ إِلّا اللهُ، وَاللهُ أكبرُ، اللهُ أكبرُ وَللهِ الْحَمدُ).

وَلا يتركُهُ المؤتمُّ إِن تَركَهُ إِمَامُهُ.

(**وبالاقتداء: يجب على المرأة والمسافر**)، لكن المرأة تخفي صوتها؛ لأن صوتها عورة.

وعلى المسبوق أيضاً؛ لأنه مقتد تحريمة يكبّر بعد ما قضى.

(**وعندهما: إلى**) عقيب (**عصر آخر أيام التشريق**)، أي: ثالث عشر من ذي الحجّة، فينتهي بثلاث وعشرين صلاة، وهو قول عمر وعلي رضي الله عنهما؛ لأن من يوم عرفة إلى ثالث عشر.. خمسة أيام، فيكون إلى عصر الخامس ثلاث وعشرين صلاة.

(**على من يصلي الفرض**) مسافراً، أو مقيماً، أو امرأة، أو منفرداً، أو مصرياً، أو قروياً.

(**وعليه العمل**)، وهي رواية عن أبي حنيفة.

(**وصفته: أن يقول مرة**) - وقال الشافعي: يكبر ثلاثاً - (**الله أكبر الله أكبر لا إله إلّا الله، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد**)؛ لأن جبريل ﷺ لما جاء بالفداء.. خاف العجلة على إبراهيم عليه السلام، فقال: الله أكبر الله أكبر، فلمّا رآه إبراهيم عليه السلام.. قال: لا إله إلّا الله والله أكبر، فلمّا علم إسماعيل عليه السلام بالفداء.. قال: الله أكبر الله أكبر ولله الحمد، هكذا روي عن مشايخنا.

(**ولا يتركه المؤتم إن تركه إمامه**) نسياناً، أو قصداً؛ بأن كان ممن يرى عدم وجوبه.

* * *

(بَاب صَلَاة الْخَوْف)

إِنِ اشْتَدَّ الْخَوْفُ مِن عَدوٍّ أَو سَبُعٍ.. جَعَلَ الإِمَامُ طَائِفَةً بِإِزاءِ الْعَدوِّ وَصلَّى بطَائفَةٍ رَكْعَةً إِن كَانَ مُسَافِراً أَو فِي الْفَجْرِ، وَرَكْعَتَيْنِ إِن كَانَ مُقيماً أَو فِي الْمغربِ، وَمَضَت هَذِهِ إِلَى الْعَدوِّ وَجَاءَتْ تِلْكَ الطَّائِفَةُ وَصلَّى بهم مَا بَقِيَ وَسلَّم وَحدَهُ وذهبوا إِلَى الْعَدوِّ وَجَاءَتِ الطَّائِفَةُ الأُولى وَأَتمُّوا بِلَا قِرَاءَةٍ ثُمَّ الطَّائِفَةُ الْأُخْرَى وَأَتمُّوا بِقِرَاءَةٍ.

ويُبطِلُها الْمَشْيُ وَالرُّكُوبُ والمُقاتَلَةُ.

باب صلاة الخوف

(**إن اشتد الخوف من عدو أو سبع.. جعل الإمام طائفة بإزاء العدّو**)، والذي ظهر منه اشتراط اشتداد سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو، بلا ذكر الخوف والاشتداد، وقال فخر الإسلام: المراد بالخوف عند البعض: حضرة العدو لا حقيقة الخوف.

(**وصلّى بطائفة ركعة إن كان مسافراً أو في الفجر، وركعتين إن كان مقيماً، أو في المغرب، ومضت هذه**) الطائفة (**إلى العدو وجاءت تلك، وصلّى**) الإمام (**بهم ما بقي**) من صلاته، (**وسلّم**) الإمام (**وحده**)؛ لأن صلاته قد تمّت، (**وذهبوا**) أي: الطائفة الثانية بعد سلام الإمام (**إلى**) جهة (**العدّو، وجاءت الطائفة الأولى**) مكانهم الأول، (**وأتموا بلا قراءة**) وسلّموا، (**ثم الطائفة الأخرى وأتموا بقراءة**)؛ لأنهم مسبوقون لزمهم القراءة في قضاء ما سبق بخلاف الطائفة الأولى.. فإنهم لاحقون؛ فلا قراءة لهم، وهذه الهيئة هي المأثورة عن رسول الله ﷺ.

لكنه قيل: هذا إذا تنازع القوم في الصّلاة خلف إمام واحد، فقال كل طائفة منهم: نحن نصلي معك، وإلا.. فالأفضل: أن تصلي كل طائفة بإمام على حدة.

(**ويبطلها: المشي والركوب والمقاتلة**)، لأنها عمل كثير.

وَإِنِ اشْتَدَّ الْخَوْفُ وعَجَزوا عنِ الصلاةِ بهذِهِ الصِّفةِ.. صلُّوا وُحداناً ركباناً، يومِئُون إِلَى أَيِّ جِهَةٍ قَدَرُوا؛ إِن عَجَزوا عَنِ التَّوَجُّهِ.

وَلَا يجوزُ بِلَا حُضُورِ عَدوٍّ.

وَأَبُو يُوسُفَ لَا يُجيزها بعدَ النَّبِيّ صلى الله تَعَالَى عَلَيْهِ وَسلم.

(وإن اشتد الخوف وعجزوا عن الصّلاة بهذه الصّفة.. صلّوا وحداناً ركباناً يومِئُون إلى أيّ جهة قدروا)، والمراد بالاشتداد ههنا: عدم القدرة على النزول بسبب أن لا يدعهم العدو يصلون نازلين، بل يهاجمونهم على ما في «فتح القدير».

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾.

والتوجه إلى القبلة سقط للضرورة.

وقال [٢٠٤/أ] في «المحيط»: والراكب إن كان طالباً.. لا تجوز صلاته على الدابة؛ لعدم ضرورة الخوف، وإن كان مطلوباً.. فلا بأس بأن يصلي وهو سائر؛ لأن السير فعل الدابة حقيقة، وإنما أضيف إليه معنى التّسيير، فإذا جاء العذر.. انقطعت الإضافة إليه، بخلاف ما لو صلّى وهو يمشي، حيث لا يجوز لأن المشي فعله حقيقة، وهو مناف للصلاة. انتهى.

يعني لا يصلي ماشياً عندنا، بل يؤخر.

وقال الشافعي: يصلي ماشيا بالإيماء ثم يعيد.

(إن عجزوا عن التوجه) إلى القبلة، وإلا.. فلا بد لهم الاستقبال إليها.

(ولا تجوز) صلاة الخوف **(بلا حضور عدو)** ولو كان سبعاً، وفيه إشارة إلى أن مجرد حضور العدوّ.. يكفي في جواز صلاة الخوف بلا اشتراط الاشتداد على ما ذهب إليه العامّة.

(وأبو يوسف لا يُجيزها) - أي: صلاة الخوف - **(بعد النبي ﷺ)**، وهذا رواية عنه، وعنه: جوازها أيضاً، والأولى: هو القياس، لكن تركناه استحساناً بإجماع الصحابة بعد النبي ﷺ.

* * *

(بَابُ الْجَنَائِز)

يُوجَّهُ المحتضرُ إِلَى الْقبْلَةِ على شقِّه الْأَيمنِ، واختيرَ الاستلقاءُ، ويُلَقَّنُ الشَّهَادَةَ.

فَإِذا مَاتَ.. شدُّوا لَحيَيْهِ وغمَّضوا عَيْنَيْهِ.

بابُ الجَنائِز

جمع جِنازة بالكسر: السّرير، وبالفتح: الميّت، لما كان القتال والخوف قد يفضي إلى الموت.. عقبه بالجنازة.

(يوجّه المحتضر) أي: من حضره الموت، وذلك يعلم بأن تسترخي قدماه فلا تنتصبان، وينخسف صدغاه، ويتعوج أنفه.

(إلى القبلة على شقه الأيمن)، وهو المأثور المسنون في النوم أيضاً، ولما روي أن النبي ﷺ لما قدم المدينة.. سأل عن البراء، فقالوا: توفي وأوصى أن يوجه إلى القبلة لما احتضر، فقال ﷺ: «أصاب الفطرة».

(واختير الاستلقاء) وقدماه إلى القبلة؛ لأنه أيسر لخروج الروح، ولتغميضه وشد لحيته، وينبغي أن يرفع رأسه قليلاً؛ ليصير وجهه إلى القبلة.

(ويلقن الشّهادة)؛ لقوله ﷺ: «لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلّا الله» أي من قرب الموت، إذ لا تلقين بعد الموت.

(فإذا مات.. شدّوا لحييه وغمّضوا عينيه)، وعليه جرى التوارث وفيه تحسينه وفي «النتف» يقرأ عند المحتضر سورة يس، ويحضر عنده من الطيب، ويخرج من عنده الحائض والنّفساء والجنب، ويوضع على بطنه سيف لئلا ينتفخ، ويقرأ عنده القرآن على أن ترفع روحه.

وفي «التبيين» يقول مغمضه: بسم الله وعلى ملة رسول الله، اللّهمّ يسّر عليه أمره، وسهّل عليه ما بعده، وأسعده بلقائك.

وَيسْتَحبُّ تَعْجِيلُ دَفنِهِ.

وَإِذا أَرَادوا غَسلَهُ.. وُضِعَ على سَرِيرٍ مجمَّرٍ وِتراً، وتُسترُ عَوْرَتُهُ، ويُجرَّدُ، ويوضَّأُ بِلَا مضمضةٍ واستنشاقٍ.

(ويستحب تعجيل دفنه)؛ لقوله ﷺ: «عجلّوا موتاكم».

(وإذا أرادوا غسله.. وضع على سرير) طولاً إلى القبلة؛ كما في صلاة المريض، (مجمّر)؛ لئلا تغيّره نداوة الأرض، وفي التجمير تعظيمه.

(وتراً)؛ لأنه أحب إلى الله تعالى بأن يدار بالمجمرة حول السرير مرة، أو ثلاثاً، أو خمساً، أو سبعاً، ولا يزاد عليها على ما في «النهاية».

وينبغي أن يكون غاسله على الطهارة.

واختلفوا في أخذ الأجرة على غاسله، والأولى: أن لا يأخذها.

وفي «الظهيرية»: والأفضل أن يغسل الميت مجاناً؛ فإن ابتغى [٢٠٤/ب] الغاسل الأجر؛ فإن كان هناك غيره.. يجوز أخذ الأجر، وإلا.. فلا.

واختلفوا في استئجار الخياط لخياطة الكفن.

وأجرة الحاملين، والحفار، والدفان: من رأس المال.

(وتستر عورته) الغليظة في ظاهر الرواية، وهو الصّحيح على ما في «الهداية»، وقيل: أعمّ من الغليظة والخفيفة، وصحّحه في «التبيين»: ويغسل عورته تحت الخرقة بعد أن يلف على يده خرقة حذراً عن اللمس باليد.

(ويجرد) من لباسه ليمكنهم التنظيف، وغسله ﷺ في قميصه على ما روي: مخصوص به.

(ويُوَضَّأُ بِلَا مَضْمَضَةٍ واسْتِنْشاقٍ) لتعذرهما، وفيه إشارة إلى أنه يمسح رأسه، ويستنجي عندهما، وعند أبي يوسف: لا.

ويبدأ في هذا الوضوء من وجهه على ما في «المحيط».

وَيُغسَّلُ بِمَاءٍ مغليٍّ بِسِدرٍ أَو حَرَضٍ؛ إِن وُجِدَ، وَإِلَّا.. فالقَرَاحُ.

وَغُسِلَ رَأسُهُ ولِحيَتُهُ بالخِطمِيِّ، وأُضجعَ على يَسارِهِ.

فَيُغسَّلُ حَتَّى يصلَ المَاءُ إِلَى مَا يَلِي التَّختَ مِنْهُ.

ثمَّ على يَمِينِهِ كَذَلِك.

ثمَّ يُجلَسُ مُسْتَنداً، وَيُمْسَحُ بَطْنُهُ بِرِفْقٍ؛ فَإِن خرج مِنْهُ شَيْءٌ.. غَسَلَهُ، وَلَا يُعِيدُ غَسلَهُ وَلَا وضوءَهُ.

وينشِّفُهُ بِثَوْبٍ.

(ويغسل بماء مغلي بسدر أو حرض) - أي الأشنان - (إن وجد)؛ لأنه أبلغ في التنظيف، (وإلّا.. فالقراح)، أي: الماء الخالص التسخين.

(وغسل رأسه ولحيته بالخطمي)؛ للمبالغة في التنظيف، وإن لم يوجد فبالصابون ونحوه.

(وأضجع على يساره، فيغسل حتى يصل الماء إلى ما يلي التخت) - بالمعجمة، وهو السرير على ما هو الظاهر - (منه) أي: من الميت بيان لما يلي، لا التخت، (ثم على يمينه كذلك)؛ لأن السنة البداءة باليمين وذلك يحصل بما ذكر.

(ثم يجلس) من الإجلاس (مستندا) إلى نفسه، (ويمسح بطنه برفق) بعد المرتين على ما في «المحيط»، فأشار إلى الأوّل بقوله: «وأضجع فيغسل» وإلى الثاني بقوله: «ثم على يمينه كذلك»، وقوله: «ثم يجلس» على قوله: (فإن خرج منه شيء.. غسله) إشارة إلى المرة الثالثة من الغسل، وهو السنة، أي: غسل الشيء الخارج هو السنة.

(ولا يعيد غسله) أي غسل الميت، لأن غسله ثبت بالنص، وقد حصل مرة، ولا نص في الإعادة بعد غسل الخارج.

(ولا وضوءه)؛ لأن كون الخارج ناقضاً للوضوء مختص بوضوء الحي؛ لأنّ الموت حدث فوق الخارج، ولم يكن ناقضاً للوضوء.. فالخارج أولى منه، (وينشفه بثوب) كيلا يبتلّ كفنه.

وَيُجْعَلُ الحَنوطُ على رَأسِهِ ولِحيَتِهِ، والكافورُ على مساجدِهِ.

وَلَا يُسرَّحُ شعرُهُ ولحيتُهُ، وَلَا يُقَصُّ ظفرهُ وشعرهُ، وَلَا يُختَنُ.

(**ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته، والكافور على مساجده**) الثمانية: اليدان، والقدمان، والركبتان، والجبهة، والأنف؛ إكراماً للميت.

ولم يذكر استعمال القطن؛ لعدم وروده في الروايات الظاهرة.

وروي عن أبي حنيفة: أنه يجعل القطن المحلوج في منخريه وفمه. وقال بعض مشايخنا: في صماخيه أيضاً. وقال بعضهم: في دبره أيضاً، والعامة: على ظاهر الرواية.

(**ولا يسرح شعره ولحيته، ولا يقص ظفره وشعره**)؛ لأنها للزينة؛ وقد استغنى عنها، ولو تكسر ظفر الميت.. فلا بأس بأن يأخذ على ما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف على ما في «البحر».

(**ولا يختن**)؛ لأنه من خصائص الحي، ولو نسي غسله وصلى عليه.. يعاد غسله والصلاة عليه قبل أن يهال عليه التراب، وبعد الإهالة لا غسل، ولو بقي عضو منه فذكروه بعد الصّلاة [٢٠٥/أ] والتكفين.. يغسل ذلك العضو، ولا يعاد.

وإذا أجري الماء على الّميت أو أصابه المطر.. لا ينوب عن الغسل، على ما روي عن أبي يوسف؛ لأنا أمرنا بالغسل.

والغريق يغسل ثلاثاً عند أبي يوسف.

وقال محمد في رواية: إذا نوى الغسل عند الإخراج من الماء.. يغسل مرتين، وإن لم ينو.. يغسل ثلاثاً، وعنه: في رواية أخرى: يغسل مرة واحدة.

وفي «الأشباه»: إن مسألة غسل الغريق تتفرع على اشتراط النية في غسل الميت.

وفي «فتح القدير»: الظاهر أن النية شرط في غسل الميت؛ لإسقاط وجوبه عن ذمة المكلّف، لا لتحصيل طهارته، وشرط صحة الصّلاة عليه. انتهى.

والذي ظهر من «قاضي خان» أنها ليست بشرط في غسل الميت حيث قال: ميت غسله أهله بغير نية.. أجزأهم ذلك. انتهى.

واختاره في «العناية»؛ لأن غسل الحي لا يشترط النية فيه، فكذا غسل الميت، ورجّح ابن نجيم في «الأشباه» اشتراطها، كما في «فتح القدير».

ولا يغسل الزوج امرأته، ولا أمّ الولد سيدّها؛ لأنهما صارتا أجنبيتين بالموت، وعدة أمّ الولد لا لأنها من حقوق الوصلة، بل للاستبراء، بخلاف عدة الزوجة.. فإنها لحقوق الوصلة الشرعية، فلذا تغسل هي زوجها في العدة عند عدم الرجال، إلّا أن تكون معتدة عن نكاح فاسد؛ بأن تزوجت المنكوحة ففرق بينهما، وردت إلى الأول فمات، وهي عدة النكاح الفاسد.. لا تغسله، ولو انقضت عدتها بعد موته غسلته.

وإلا إن مات الزوج عن امرأتين، وهما أختان.. أقامت كل منهما النية أنه تزوجها ودخل بها، ولا يدرى الأولى منهما.

أو كان قال لنسائه: إحداكن طالق، ومات قبل البيان.. تغسله واحدة منهن، وكذا لو بانت قبل موته بسبب من الأسباب: ردتها، أو تمكينها ابنه، أو طلاقه.. فإنها لا تغسله، وإن كانت في العدة.

ولو ارتدت بعد موته فأسلمت قبل غسله.. لا تغسله؛ لارتفاع حق النكاح بالردة.

ولو كانا مجوسيين فأسلم هو ولم تسلم هي حتى مات هو.. لا تغسله؛ فإن أسلمت.. غسلته، خلافاً لأبي يوسف، كذا في «فتح القدير» عن «المبسوط».

وفيه أيضا: إنه إذا لم يكن للرجل زوجة ولا رجل يغسله.. لا تغسله بنته، ولا أحد من ذوات محارمه، بل تيممه إحداهن، أو أمته، أو أمة غيره بغير ثوب، ولا تيممه من تعتق بموته إلّا بثوب.

ثُمَّ يُكَفِّنهُ.

والصغير والصغيرة إذا لم يبلغا حد الشهوة.. يغسلهما الرجال والنساء، وقدّره في الأصل: بأن يكون قبل أن يتكلم.

والخصي والمجبوب.. كالفحل.

وإذا ماتت المرأة ولا امرأة ثمة، فإن كان محرماً.. ييممها باليد، والأجنبي بالخرقة، ويغض بصره عن ذراعيها، لا فرق بين الشابة والعجوز، والزوج في امرأته أجنبي إلّا في غض البصر.

ولو لم يوجد [٢٠٥/ب] ماء فيمموا الميت وصلوا عليه، ثم وجدوه.. غسلوه وصلّوا عليه ثانياً عند أبي يوسف، وعنه: يغسل ولا تعاد الصّلاة عليه.

وإذا وجد أطراف ميّت، أو بعض بدنه.. لم يغسل، ولم يصل عليه، بل يدفن، إلّا إن وجد أكثر من النصف من بدنه.. فيغسل ويصلى عليه، أو وجد النصف ومنه الرأس.. فحينئذ يصَلى، ولو كان مشقوقاً نصفين طولاً فوجد أحد الشقين.. لم يغسل ولم يصل عليه.

وإذا وجد ميت ولم يدرى مسلم هو أم كافر؟! **فإن** كان في قرية من قرى أهل الإسلام، وعليه سيماهم.. غسل وصلّي عليه، **وإن** كان في قرية من قرى أهل الكفرة، وعليه سيماهم.. لم يصلّ عليه.

(ثم يكفنه)، التكفين فرض كفاية، ولذا قدم على الدين، فإن كان الميت موسراً.. وجب في ماله، وإن لم يترك شيئا.. فالكفن على من تجب عليه نفقته، إلّا الزوج في قول محمد، وعند أبي يوسف: تجب على الزوج ولو تركت مالاً، وعليه الفتوى على ما في «البزازية» و«فتح القدير».

وقال في وصايا «البزازية»: أوصت المرأة بتكفينها من مهرها الذي على زوجها.. فالوصية باطلة.

وإن لم يكن لها مال:

فمحمد: أوجب في بيت المال.

وأبو يوسف: على الزوج؛ كالكسوة لقيام النكاح حتى جرى التوارث، وبقول أبي يوسف نأخذ. انتهى.

وهكذا ذكره في وصايا «الخلاصة» وقال: إن وصية المرأة بتكفينها من مهرها الذي في ذمّة زوجها باطلة، وإن لم يكن لها مال.. فكفنها في بيت المال عند محمد.

وقال أبو يوسف: يجب على الزوج، وبه نأخذ.

وإذا تعدد من وجبت النفقة عليه على ما يعرف في باب النفقة.. فالكفن عليهم على قدر ميراثهم، كما كانت النفقة واجبة عليهم.

ولو كان معتَقٌ لشخص، ولم يترك شيئاً وترك خالة موسرة.. يؤمر معتقه بتكفينه، وقال محمد: على خالته.

وإن لم يكن له من تجب عليه نفقته.. فكفنه في بيت المال؛ فإن لم يعط ظلماً أو عجزاً.. فعلى الناس، ويجب عليهم أن يسألوا له، بخلاف الحي إذا لم يجد ثوباً يصلي فيه.. لا يجب على الناس أن يسألوا له، بل يسأل هو، فلو جمع رجل الدراهم لذلك ففضل شيء منها، إن عرف صاحب الفضل.. ردّه عليه، وإن لم يعرف.. كفّن محتاجاً آخر به؛ فإن لم يقدر على صرفها إلى الكفن.. يتصدق بها.

ولو مات في مكان ليس فيه إلّا رجل واحد ليس له إلّا ثوب واحد ولا شيء للميت.. فله أن يلبسه ولا يكفن به الميت.

وإذا نبش الميت وهو طريّ.. كفن ثانياً من جميع المال.

فإن كان قسم ماله.. فالكفن على الوارث دون الغرماء وأصحاب الوصايا؛ فإن لم يكن فضل عن الدين شيء من التركة؛ فإن لم يكن الغرماء قبضوا ديونهم.. بدئ بالكفن، وإن كانوا قبضوا.. لا يسترد منهم شيء، وهو في بيت المال [٢٠٦/أ].

ولا يخرج الكفن عن ملك المتبرع به، حتى لو كفن رجلا، ثم رأى الكفن في

وسنّةُ كفنِ الرَّجلِ قَمِيصٌ، وَهُوَ: من الْمَنْكِبِ إِلَى الْقدَمِ، وإِزارٌ، ولُفافةٌ، وهما من الْقَرنِ إِلَى الْقدَمِ.

وَاسْتَحْسنَ بعضُ الْمُتَأَخِّرِينَ الْعِمَامَةَ.

يد شخص.. كان له أن يأخذه، وكذا إذا افترس الميتَ سبعٌ.. كان الكفن لمن كفنه لا لورثته.

(**وسنة كفن الرجل: قميص، وهو من المنكب إلى القدم**) كذا في «الهداية».

وزاد في «الكافي»: بلا جيب ودخريص وكمين.

وقال في «فتح القدير»: وكونه بلا جيب بعيد، إلّا أن يراد بالجيب الشق النازل على الصدر. انتهى.

وفي «المغرب» عن شمس الأئمة: القميص ما شقه إلى المنكب.

(**وإزار ولفافة**) كما رواه الستة عن عائشة رضي الله عنها: كفن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب بيض سحولية، وقد روى ابن عدي عن جابر بن شمرة رضي الله عنه قال: كفن النبي ﷺ في ثلاثة أثواب؛ قميص وإزار ولفافة؛ ولأن الثلاثة أكثر ما يلبسه في حياته، فكذا بعد مماته.

(**وهما من القرن**) أي: الشعر، وفي «فتح القدير»: لا إشكال في أن اللّفافة من القرن إلى القدم، وأمّا كون الإزار كذلك.. ففي نسخ من «المختار» وشرحه: اختلاف في بعضها: يقمص أولاً، وهو من المنكب إلى القدم، ويوضع على الإزار، وهو من القرن إلى القدم.

وفي بعضها: يقمص ويوضع على الإزار، وهو من المنكب إلى القدم، وأنا لا أعلم وجه مخالفة إزار الميت إزار الحي من السنة. انتهى.

(**إلى القدم، واستحسن بعض المتأخرين العمامة**)، كذا في «فتح القدير»، وعلّله: بأن ابن عمر رضي الله عنهما: كان يعمم الميت، ويجعل ذنب العمامة على

وكفايته: إِزَارٌ ولفافةٌ.

وسنّةُ كفنِ الْمَرْأَةِ: درعٌ، وخمارٌ، وإزارٌ، ولفافةٌ، وخرقةٌ تُرْبطُ على ثدييْها.

وجهه، وفي «البحر»: عن «المجتبى»: وتكره العمامة في الأصح، وفي «الظهيرية» استحسنها بعضهم للعلماء والأشراف فقط.

(**وكفايته: إزار ولفافة**)؛ لقوله ﷺ في المحرم الذي وقصته ناقته: «كفّنوه في ثوبين» رواه الستة؛ ولأن أدنى ما يلبس الرجل في حياته ثوبان، فاعتبر بحياته.

ويكره أن يكفن في ثوب واحد حالة الاختيار؛ اعتباراً بصلاته في حياته في ثوب واحد حالة الاختيار.

قالوا: إذا كان بالمال كثرة وبالورثة قلة.. فكفن السنة أولى من كفن الكفاية.

وقال ابن الهمام: هذا يقتضي أن كفن الكفاية - هو الثوبان - جائز في حالة السّعة، ففي حال عدمها ووجود الدين.. ينبغي أن لا يعدل عنه تقديماً للواجب - وهو الدين - على غير الواجب، وهو الثلاثة.

لكنهم صرّحوا في مواضع: إنه لا يباع منه شيء للمدين، كما في حال الحياة إذا أفلس وله ثلاثة أثواب هو لابسها.. لا ينزع عنه شيء ليباع.

(**وسنة كفن المرأة: درع**)، وهو ما تلبسه فوق القميص، وشقه إلى الصّدر، والقميص: ما شقه إلى المنكب، وهو المروي عن شمس الأئمة على ما في «المغزب».

وقال في «البحر»: وذكر بعضهم القميص للمرأة، ولم يذكر الدرع، وهو الأولى للاختلاف في الدرع.

(**وخمار، وإزار، ولفافة، وخرقة تربط على ثدييها**).

وفي «فتح القدير»: موضع الخرقة فوق الأكفان؛ كيلا تنتشر.

وعرضها: ما بين ثدي المرأة إلى السرة [٢٠٦/ب].

وكفايته: إزارٌ وخمارٌ ولُفافةٌ.

وَعندَ الضَّرُورَةِ: يَكْفِي الْوَاحِدُ وَلَا يُقْتَصرُ عَلَيْهِ بِلَا ضَرُورَةٍ.

وَيسْتَحبُّ: الْأَبْيَضُ.

وَلَا يُكفَّنُ إِلّا فِيمَا يجوزُ لَهُ لُبسهُ حَالَ حَيَاتِهِ.

وتُجمَّرُ الأكفانُ وِتراً قبلَ أَن يُدرَجَ فِيهَا.

وتُبسَطُ اللفافةُ، ثمَّ الإِزار عَلَيْهَا، ....

وقيل: ما بين الثدي إلى الركبة؛ كيلا ينتشرّ الكفن عن الفخدين وقت المشي.

وفي «التحفة»: تربط الخرقة فوق الأكفان عند الصّدر فوق اليدين.

(**وكفايته: إزار، وخمار، ولفافة**)؛ اعتباراً يلبسها في حياتها من غير كراهة، ويكره الأقل من ذلك.

وفي «الخلاصة»: كفن الكفاية للمرأة ثلاثة: قميص، وإزار، ولفافة، فلم يذكر الخمار، وذكره في «الهداية».

وقال في «فتح القدير»: عدُّ الخمار من كفن الكفاية لها أولى؛ فإن بهذه الثلاثة تكون جميع عوراتها مستورة، بخلاف ترك الخمار.

(**وعند الضرورة: يكفي الواحد، ولا يقتصر عليه بلا ضرورة**)، ولا يكفي ستر العورة فقط عند الضرورة، بل لا بد من الرأس إلى القدم على ما في «الزيلعي».

(**ويستحب: الأبيض**)؛ لما رويناه عن عائشة رضي الله عنها.

(**ولا يكفن إلّا فيما يجوز له لبسه في حال حياته**)، فيجوز من القطن والأكتان، والبرود وإن كان لها أعلام، إلّا إن كان لها تماثيل.

فلا يجوز للرّجال من الحرير، ولا من المعصفر، ولا من المزعفر، إلّا إذا لم يوجد غيرها.. فحينئذ يجوز ولا يزاد على واحد.

(**وتجمّر الأكفان وتراً**) مرة، أو ثلاثاً، أو خمساً (**قبل أن يدرج فيها، وتبسط اللفافة**) ويدور علها الطيب، (**ثم الإزار عليها**)، ويدور عليها الطيب أيضاً.

ثمَّ يقمَّصُ وَيُوضَعُ على الإِزارِ، ثمَّ يلفُّ الإِزارُ من قِبَلِ يسَارِهِ، ثمَّ من يَمِينِهِ، ثمَّ اللفافةُ كَذَلِكَ.

وَالْمَرْأَةُ تُلبَسُ الدِّرْعَ.

وَيُجْعَلُ شعرُهَا ضفيرتَينِ على صدرِها فَوْقهُ، ثمَّ الْخمارُ فَوقَ ذَلِكَ تَحت اللُّفافةِ، ويُعقَدُ الْكَفَنُ إِن خِيفَ أَن ينتشرَ.

(**ثم يقمص**) الميت بعد أن ينشف ما عليه من الماء بثوب، (**ويوضع**) بعد القميص (**على الإزار، ثم يلف الإزار، من قبل يساره، ثم من يمينه، ثم اللفافة كذلك**.

والمرأة تلبس الدرع ويجعل شعرها ضفيرتين) أي: صنفين؛ لأن الضفيرة هي الخصلة المفتولة، وذلك غير مقصود (**على صدرها فوقه**) أي فوق الدرع، (**ثم** يوضع (**الخمار فوق ذلك**)، أي: الدرع (**تحت اللّفافة، ويعقد الكفن**) بالخرقة عند الصدر فوق اليدين - على ما ذكرناه من «التحفة» - (**إن خيف أن ينتشر**)، وإلّا.. فلا، على ما ظهر من مفهوم التقييد، وهو حجة في الروايات.

* * *

(فصل)
[الصَّلاة عَلَيْهِ (على المَيِّت)]

الصَّلَاةُ عَلَيْهِ فرضُ كِفَايَةٍ.

(فصل)
[الصَّلاة عَلَيه (عَلى المَيِّت)]

(**الصلاة عليه**)؛ أي: على الميّت (**فرضُ كِفاية**)، أما فرضيتها: فبالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ﴾ فإن الحمل على المعنى الشرعي أولى من حمله على المعنى اللغوي مهما أمكن، وقد أمكن حملها على صلاة الجنازة.

وأما السنة: فقوله ﷺ: «صلّوا على صاحبكم»، والأمر للوجوب.

وقد انعقد الإجماع على ذلك من غير نكير.

هل يكفر من أنكر فرضيتها أم لا يكفر؟

ففي «التاتارخانية»: سئل عمّن أنكر فرضية صلاة الجنازة هل يكفر؟ قال: نعم؛ لأنه أنكر الإجماع. انتهى.

وفي «البحر»: وقد صرّح بكفر من أنكر فرضيتها؛ لأنه أنكر الإجماع. انتهى.

فما وقع في بعض المحال: أنها واجبة.. فالمراد بالوجوب: الفرض لأنهم كثيراً ما يعبرون عن الفرض بالوجوب.

وما وقع في بعض المحال: أنها سنة.. فالمراد: أنها ثابتة بالسنة أيضاً كما أنها ثابتة بالكتاب والإجماع.

أما كونها.. كفاية؛ فلما في «التحفة»: أن ما هو الفرض وهو قضاء حق الميت: يحصل بالبعض [٢٠٧/أ]، وكذا تكفينه وغسله ودفنه: فرض كفاية، على ما في «التبيين».

وهل يصح النذر بها؟

[مطلب: شرط صلاة الجنازة]

وَشَرطُهَا: إِسْلَامُ الْمَيِّتِ وطهارتُهُ.

ففي «البحر»: يصح؛ لكونها قربة مقصودة، بخلاف التكفين وتشييع الجنازة.. فإنهما ليسا بقربة مقصودة.

[مطلب: شرط صلاة الجنازة]

(**وشرطها: إسلام الميت وطهارته**) حتّى لا يصلى على كافر، ولا على من لم يغسل إلّا إذا دفن بلا غسل، ولا يمكن إخراجه إلّا بالنبش.. فحينئذ يصلّى على قبره بلا غسل للضرورة، بخلاف ما إذا لم يهل عليه التراب بعد.. فإنه يخرج فيغسل، ولو صُلِّي عليه بلا غسل جهلاً مثلاً ولا يخرج إلّا بالنبش.. تعاد لفساد الأولى، وقيل: تنقلب الأولى صحيحة عند تحقق العجز، فلا تعاد.

وفي «المحيط»: ولو لف في كفنه وقد بقي عضو منه لم يصبه الماء.. ينقض الكفن ويغسل، ثم يصلى عليه.

ولو بقي إصبع واحدة ونحوها.. ينقض الكفن عند محمّد ويغسل، وعندهما: لا ينقض؛ لأنه لا يتيقن بعدم وصول الماء إليه، فلعله أسرع إليه الجفاف.

ولو صلى الإمام بلا طهارة.. أعادوا، ولو صلّى القوم بلا طهارة.. لا تعاد؛ لأن صلاة الإمام صحّت، والجماعة ليست بشرط.

ثم الطهارة شرط للإمام أيضاً في الثوب والبدن والمكان، حتى لو قام على النجاسة، أو في رجليه نعلان نجسان..لم يجز، ولو افترش نعليه وقام عليهما.. جازت إن كانا طاهرين، وإلا.. فلا.

وهل تشترط الطهارة لمكان الميت أيضا؟

ففي «الخانية»: سئل «قاضي خان» عن طهارة مكان الميت، هل يشترط لجواز الصّلاة عليه؟ قال: إن كان على الجنازة.. لا شك أنها تجوز، وإن كان بغير جنازة.. لا رواية لهذا، وينبغي أن يجوز؛ لأن طهارة مكان الميت ليس بشرط.

ويشترط لصحتها أيضاً: وضع الميّت أمام المصلّي حتى لا تجوز على غائب، ولا على حاضر محمول على دابة، أو إنسان، ولا موضع متقدم عليه المصلي، وهو كالإمام من وجه، على ما في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: **وأما أركانها**: فالذي يفهم من كلامهم: أنها الدعاء والقيام والتكبير؛ فلو صلّى عليها قاعداً من غير عذر.. لا يجوز، وكذا ركباناً، ويجوز القعود للعذر، ويجوز اقتداء القائمين به، على الخلاف السابق في باب الإمامة وقالوا: كل تكبيرة بمنزلة ركعة.

وتعقبه ابن الهمام: بأن التكبيرة الأولى شرط؛ لأنها تكبيرة الإحرام.

وهل يلزم وضع الميّت أمام المصلي على الأرض كيفما كان: مستوياً، أو مرتفعاً، أو على حجر مرتفع موضوع لصلاة الجنازة - المسمّى بحجر المصلّي، كما فعله الناس في زماننا في عموم البلدان - أو على الدكان؟

قالوا: إن من شرط صحّة الصّلاة على الميّت وضع الميت أمام المصلي حتى لا يجوز على غائب، ولا على حاضر محمول على دابة أو إنسان.

وقال في «قاضي خان»: وإن لم يكبّر مع الإمام أربعاً.. كبّر هو للافتتاح قبل أن يسلم الإمام، ثم يكبر ثلاثاً قبل أن ترفع الجنازة من الأرض متتابعاً لا دعاء فيها، وإذا رفعت الجنازة من الأرض.. يقطع انتهى. وقال في «البحر»: إذا اجتمعت الجنائز للصلاة.. قالوا: الإمام بالخيار [٢٠٧/ب]؛ إن شاء.. صلّى عليهم دفعة واحدة، وإن شاء.. صلّى على كل جنازة صلاةً على حدة.

وأمّا كيفيّة وضعها: فإن كان الجنس متحداً، فإن شاؤوا جعلوها صفاً واحداً مثل صف الصّلاة، وإن شاؤوا وضعوا واحداً بعد واحد مما يلي القبلة ليقوم الإمام بحذاء الكل. انتهى.

والذي ظهر من كلام «قاضي خان» و«البحر»: أن يوضع على الأرض، ولا يلزم

[مطلب: أولى الناس بصلاة الجنازة]

وَأَولى النَّاسِ بالتقدُّمِ فِيهَا: السُّلْطَانُ، ....

الوضع على حجر مرتفع كما فعله الناس في زماننا.

أقول: لو فعلوا ذلك كما فعلوه في زماننا.. لا يمنع؛ لأن ذلك الحجر متصل بالأرض، فيكون في حكم الأرض، وإنما المنع عن الوضع على الدابة أو على الإنسان، والتعليق بحبل في التابوت وفيه أيضاً تعظيم للميت؛ خصوصاً في مواضع نجسة من الأسواق وغيرها؛ فإن طهارة مكان الميت وإن لم يكن شرطاً لصحة الصّلاة عليها.. لكن الأولى أن يضعها على مكان طاهر.

وصرّح في «الأشباه» جواز وضعه على الدكان.

[مطلب: أولى الناس بصلاة الجنازة]

(**وأولى النّاس بالتقدم فيها: السّلطان**) إن حضر؛ والمراد: من له حكومة على العامّة، فيشمل إمام المصر؛ لأنه مقدم على القاضي، على ما ذكره الحسن عن أبي حنيفة: من أنّ الخليفة أولى إن حضر.

وإلّا.. فإمام المصر أولى.

وإلّا.. فالقاضي أولى.

وإلّا.. فصاحب الشرط أولى.

وإلّا.. فخليفة الوالي أولى.

وإلا.. فخليفة القاضي.

وإلا.. فإمام الحيّ.

وإلا.. فالأقارب، وبهذه الرواية أخذ كثير من مشايخنا، على ما في «المحيط البرهاني».

وفي «قاضي خان» عن أبي جعفر: أنه إذا حضر السّلطان يقدم.

ثمَّ القَاضِي، ثمَّ إِمَامُ الْحَيّ،.........................

وإلا.. فإمام المصر.

وإلا.. فخليفة إمام المصر.

وإلا.. فالقاضي.

وإلا.. فصاحب الشرط.

وإلّا.. فإمام الحي.

وإلا.. فليس للأولياء إن تقدم المؤذن إذا حضر.

وإن حضر الوالي أو خليفته والقاضي وصاحب الشرط وإمام الحي والأولياء، فأبى الأولياء أن يقدموا أحداً من هؤلاء وأرادوا - أي: الأولياء - أن يتقدموا.. فلهم ذلك، ولهم أن يقدموا من شاؤوا، ولا يتقدم أحد من هؤلاء إلّا بإذنهم، وهذا كله قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر، وبه أخذ الحسن.

والمختار: أن الإمام الأعظم أولى.

فإن لم يكن.. فسلطان المصر.

فإن لم يكن.. فإمام المصر؛ أي: إمام الجمعة، أو القاضي.

فإن لم يكن.. فإمام الحي.

والحاصل: أنّ إمام الحي أحقّ بالصلاة على الميت من سائر الأولياء عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة: الولي أحق، كذا في «الخلاصة».

(**ثم القاضي**) أو خليفته، (**ثم إمام الحي**)؛ أي: إمام محلته وجماعته؛ لأنه رضيه في حياته.

ثمَّ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، إِلَّا الْأَبُ.. فَإِنَّهُ يقدَّمُ على الابْنِ.

وفي «فتح القدير» عن «جوامع الفقه»: إمام المسجد الجامع أولى من إمام الحي.

(**ثم الولي الأقرب فالأقرب**) على ترتيب العصبات: البنوة ثم الأبوة، ثم الإخوة لأب وأم، ثم لأب، ثم العمومة (**إلا الأب؛ فإنه يقدم على الابن**) بالاتفاق على الأصح، على ما في «فتح القدير».

وقيل: تقديم الأب قول محمد، وعندهما: الابن [٢٠٨/أ] أولى، على حسب اختلافهم في النكاح، فعند محمّد: أب المعتوهة أولى بإنكاحها من ابنها.

وعندهما: ابنها أولى.

وجه الفرق: أن الصلاة تعتبر فيها الفضيلة والأب أفضل، ولذا يقدّم الأسنّ عند الاستواء؛ كما في أخوين شقيقن أو لأب: أسنّهم أولى.

ولو قدّم الأسنّ أجنبياً.. ليس له ذلك، وللصّغير منعه؛ لأنّ الحقّ لهما؛ لاستوائهما في الرّتبة، وقالوا: إن الحقّ للابن عندهما، إلّا أنّ السنة أن يقدّم هو أباه، ولو كان أحدهما شقيقاً والآخر لأب.. جاز تقديم الشقيق الأجنبي.

ومولى العتاقة وابنه أولى من الزوج، والمكاتب أولى بالصّلاة على عبيده وأولاده.

ولو مات العبد وله ولي حرّ.. فالمولى أولى على الأصحّ، وكذا المكاتب إذا مات ولم يترك وفاء؛ فإن أديت الكتابة.. كان الولي أولى، وكذا إن كان المال حاضراً يؤمن عليه التوي[1]، وإذا لم يكن للميت وليّ.. فالزوج أولى.

ثم الجيران من الأجنبي أولى، ولو أوصى أن يصلّي عليه فلان.. ففي «العيون»: أن الوصية باطلة، وفي «نوادر ابن رستم»: جائزة، ويؤمر فلان بالصلاة عليه، قال الصدر الشهيد: الفتوى على الأوّل.

(١) التوى: الهلاك.

وللوليِّ أَن يَأْذَنَ لغيرِهِ.

فَإِن صلَّى غيرُ مَن ذُكِرَ بِلَا إِذنٍ.. أَعَادَ الْوَلِيّ إِن شَاءَ.

وَلَا يُصَلِّي غيرُ الْوَلِيّ بعدَ صلَاتهِ.

(**وللولي أن يأذن لغيره**) أي: التقدم للصلاة؛ لأنه حقّه فيملك إبطاله، لكن بشرط أن لا يكون هناك ولي آخر في رتبته، وإلا.. فله أن يمنعه.

أو للانصراف بعد الصّلاة قبل الدفن؛ لأنه لا ينبغي لهم أن ينصرفوا قبل الدفن إلّا بإذنه.

أو للإعلام بموته ليصلّوا عليه، لا سيّما إذا كان الميت ممن يتبرك به، وكره بعضهم أن ينادى عليه في الأسواق، والأصّح: أنه غير مكروه؛ لأن فيه تكثيراً للجماعة.

(**فإن صلّى غير من ذكر بلا إذن الولي.. أعاد الولي إن شاء**) والمراد بمن ذكر: من له حقّ التقدم على الولي؛ لأنه لو صلّى من له حق التقدم على الولي ممن ذكر بلا إذن الولي.. فليس للولي إعادتها؛ لأنه أولى منه، على ما في «الخلاصة».

ويدخل في غير من ذكر: من أوصى له الميت في حياته أن يصلي عليه؛ لأن هذه الوصّية باطلة، على ما في «الخلاصة»، و«العيون».. فللولي أن يعيدها إذا صلّى بلا إذن.

(**ولا يصلّي غير الولي بعد صلاته**)؛ لأن الفرض قد تأدى بالأولى، والتنفل بها غير مشروع، إلّا لمن له الحقّ وهو الولي، هذا - إذا كان المراد بالغير: من ليس له حق التقدم على الولي - ظاهر، وأما من كان له حق التقدم عليه من السّلطان والقاضي وإمام الحي.. فقد اختلفوا في إعادة هؤلاء إذا صلى الولي بغير إذنهم، فقيل لهم الإعادة اعتباراً بالمولى، وقيل: إن صلّى الولي مع حضور واحد منهم.. بغير اذنه لهم الإعادة، وإن صلّى مع عدم حضور واحد منهم.. فليس لهم الإعادة، وهو الأصح على ما في «المجتبى».

وَإِن دُفنَ بِلَا صَلَاةٍ.. صُلِّيَ على قَبرِهِ مَا لم يُظنَّ تفسُّخُهُ.

وَيقومُ حذاءَ الصَّدْرِ للرَّجلِ وَالْمَرْأَةِ.

(**وإن دفن بلا صلاة.. صلّي على قبره ما لم يظن تفسخه**)؛ لما روي أنّه ﷺ صلّى على قبر امرأة من الأنصار.

سواء كان مدفوناً بلا غسل، أو بعده، على ما رواه ابن سماعة عن محمد، وهو الصحيح.

وقيل: لا يصلّى بعد الدفن بلا غسل؛ لأن النبش [٢٠٨/ب] والصّلاة بلا غسل حرام.

واحترز بالدّفن: عمّا لا يهال عليه التّراب؛ فإنه يخرج ويصلى عليه، ولم يقدر مدة بثلاثة أيّام، على ما في بعض الكتب؛ لأن الصّحيح أن ذلك جائز إلى أن غلب الظن عدم التفسخ.

(**ويقوم**) الإمام (**حذاء الصّدر للرجل والمرأة**)؛ لأنه موضع القلب وفيه نور الإيمان، فيكون القيام عنده إشارة إلى الشفاعة لإيمانه، وهذا ظاهر الرّواية، ولو وقف في غيره.. أجزأه، على ما في «الكافي».

وعن أبي يوسف: أنه يقوم من المرأة بحذاء الصّدر، ومن الرجل مما يلي الرأس، وفيه إشارة إلى ما ذكرناه: من أن وضع الميّت أمام الإمام من شرط صحة الصّلاة عليه.

وإلى ما ذكره في «البحر»: من أنه إذا اجتمعت الجنائز للصلاة.. فالأولى على رواية الحسن: أن يضعوا واحداً بعد واحد ممّا يلي القبلة؛ ليقوم الإمام بحذاء الكلّ، وينبغي أن يكون الأفضل مما يلي الإمام، فيقدم الرجل على الصبي، والصبي على الخنثى، والخنثى على المرأة، وهي على الصبية، والحرّ على العبد.

[مطلب: كيفية صلاة الجنازة]

وَيكبِّرُ تَكْبِيرَةً يُثني عقيبَها، ثمَّ ثَانِيَةً يُصلِّي على النَّبي ﷺ بعدَها، ثمَّ ثَالِثَةً يَدْعُو لنَفسِهِ وللميتِ وللمسلمينَ بعْدَهَا، ....

[مطلب: كيفية صلاة الجنازة]

(ويكبّر تكبيرة) هذا شروع لبيان كيفية الصّلاة على الميت، وقد ذكرنا أن هذه التكبيرة شرط.

(ويثني) من الأفعال **(عقيبها)**، أي يقول: سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك... إلى آخره، وهو المروي عن أبي حنيفة، وفي بعض كتبنا وقع: يحمد الله بدل يثني، فالمراد به: ما وقع في ضمن الثناء من التحميد، أو قراءة الفاتحة بنية الثناء.

قال في «فتح القدير» قالوا: لا يقرأ الفاتحة إلّا أن يقرأها بنية الثناء، ولم تثبت القراءة عن رسول الله ﷺ. انتهى.

أو إشارة إلى ما قالوا: أنه لم يعين نوع من الثناء بعد التكبيرة الأولى كما عيّن في سائر الصّلوات؛ فإنه عيّن فيها: سبحانك اللّهم... إلى آخره.

وقال في «العناية»: اختلفوا في صلاة الجنازة بعد التحريمة فقال بعضهم: يحمد الله، وقال بعضهم: سبحانك اللهم وبحمدك... إلى آخره؛ كما في الصّلاة المعهودة.

(ثم ثانية: يصلي على النبي ﷺ بعدها)؛ كما يصلي بعد التشهد في قعود الصّلوات.

(ثم ثالثة: يدعو لنفسه وللميت وللمسلمين بعدها) ولا توقيت في الدّعاء سوى أنه بأمور الآخرة، وإن دعا بالمأثور.. فما أحسنه! وأبلغه من المأثور حديث عوف بن مالك: أنه صلّى مع رسول الله ﷺ على جنازة فحفظ من دعائه: «اللّهمّ اغفر له وارحمه، وعافه واعف عنه، وأكرم منزله ووسع مدخله، واغسله بالماء والثلج والبرد، ونقّه من الخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، وأبدله داراً خيراً من داره، وأهلاً خيراً من أهله، وزوجاً خيراً من زوجه؛ وأدخله الجنة، وأعذه من عذاب

ثمَّ رَابِعَةً وَيُسلِّمُ عقيبَها.

فَإِن كبَّر خمْساً.. لَا يُتَابعُ.

القبر وعذاب النار»، كذا في «فتح القدير».

(ثم رابعة: ويسلم عقيبها) من غير ذكر بعدها، في ظاهر الرواية، واستحسن بعض المشايخ: ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النّار.

ثم الأصل ههنا: ما رُوِيَ أن النبي ﷺ: صلّى على النجاشي فكبر أربع تكبيرات، وثبت عليها حتى توفي.. فنسخت ما قبلها من الخمس والسّبع والتسع.

فإن قيل: قد تقدم أن من شرط صحة الصّلاة [٢٠٩/أ] على الجنازة كون الميت حاضراً لا غائباً، وقد ثبت أن النجاشي غائب!

قلنا: الجواب عنه بوجهين:

أحدهما: أنه يجوز أن يرفع سرير [أمام] النبي ﷺ حتّى رآه بحضرته، فتكون صلاة من خلفه على ميت يراه الإمام، ويحضره دون المأمومين؛ وهو غير مانع من الاقتداء.

والثاني: أنّه أمر خص به النجاشي فلا يلحق به غيره.

وقال في «الظّهيرية»: ولا ينوي بالتسليمتين الميت بل ينوي من عن يمينه في الأولى، ومن عن يساره في الثانية.

وفي «فتح القدير»: ينوي بالتسليمتين الميت مع القوم.

والأوّل: هو الصحيح؛ لأنّ الميت لا يخاطب بالسّلام.

ولا يصلّون في الأوقات المكروهة، فلو فعلوا.. لم تكن عليهم الإعادة، وارتكبوا النهي.

(فإن كبّر خمساً.. لا يتابع) لأنّه منسوخ؛ فعن أبي حنيفة: أنه يسلّم في الحال تحقيقاً للمخالفة.

وعنه أخرى: أنه يمكث حتى يسلم الإمام؛ لأن البقاء في حرمة الصّلاة بعد فراغها ليس بخطأ.

وَلَا قِرَاءَةَ فِيهَا، وَلَا تشهُدَ، وَلَا رفعَ يَدٍ إلّا فِي الأُولى.

وَلَا يسْتَغْفِرُ لصبيٍّ، وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ لنا فرطاً، اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ لنا أجراً وذُخراً، واجعلهُ لنا شافعاً مشفَّعاً.

وَمن أَتَى بعدَ تَكْبِيرِ الإِمَامِ.. لَا يُكبّرُ حَتَّى يكبّرَ أُخْرَى، فيكبّرُ مَعَهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يكبّرُ ....

(ولا قراءة فيها)، وفي «المحيط»: لو قرأ الفاتحة بنية الدّعاء.. لا بأس به، وإن قرأها بنية القراءة.. لا يجوز؛ لعدم محلّها.

(ولا تشهد)؛ لأنه شرع في القعود.

(ولا رفع يد إلّا في الأولى) في ظاهر الرواية، وفي رواية البلخيين رفع اليد في كلّ تكبيرة فيها.

(ولا يستغفر لصبي) ولا لمجنون؛ لأنّه لا ذنب لهما **(ويقول)** أي: للصّبي: **(اللهم اجعله لنا فرطاً)** بفتحتين؛ أي: أجراً متقدماً، **(اللّهم اجعله لنا أجراً وذخراً)** أي: ذخر الآخرة، **(واجعله لنا شافعاً مشفعاً)** بفتح الفاء؛ أي: مقبول الشفاعة، هكذا روى عن رسول الله ﷺ.

(ومن أتى) لصلاة الجنازة **(بعد تكبير الإمام)** مرة، أو مرتين، أو مرات **(..لا يكبّر)**، بل ينتظر **(حتى يكبّر)** الإمام تكبيرة **(أخرى)** ثانية، أو ثالثة، أو رابعة **(فيكبر الآتي (معه)**، أي: مع الإمام، هذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

(وقال أبو يوسف: يكبر)، أي: تكبيرة الافتتاح، سواء كبّر الإمام مرة، أو مرتين، أو ثلاثاً، أو أربعاً قبل سلام الإمام، فلا حاجة إلى أن يكبّر بعد سلام الإمام فيما أتى بعد تكبير الإمام مرة؛ لأن الفائت هو: تكبيرة الافتتاح، وقد أتاها قبل أن يكبر الإمام التكبيرة الثّانية، ويقضي تكبيرة بعد سلام الإمام فيما أتى بعد تكبير الإمام مرتين، ويقضي تكبيرتين فيما أتى بعد تكبير الإمام ثلاثاً، ويقضي ثلاثاً فيما أتى بعد تكبير

وَلَا ينْتَظِرُ؛ كمن كَانَ حَاضراً حَال التَّحْرِيمَةِ.

وَلَا تجوزُ رَاكِباً اسْتِحْسَاناً.

الإمام أربعاً، **(ولا ينتظر)** إلى أن يكبر الإمام مرة أخرى؛ **(كمن كان حاضراً حال التحريمة)** ولم يكبر مع الإمام؛ بل تأخر عنه؛ فإنه لا ينتظر للتكبيرة الثانية.

لهما: أن كلّ تكبيرة قائمة مقام ركعة؛ لقول الصحابة: «أربع كأربع الظهر» ولذا لو ترك تكبيرة واحدة منها.. فسدت صلاته؛ كما لو ترك ركعة من الظهر، فلو لم ينتظر تكبير الإمام.. لكان قاضياً ما فاته قبل أداء ما أدرك مع الإمام، وهو منسوخ.

ولأبي يوسف: أن الأولى تكبيرة الافتتاح، والمسبوق ما يأتي به، وما بقي من التكبيرة؛ يأتي بها بعد سلام الإمام قبل رفع الجنازة على الأكتاف، ولو رفعت عليها.. قطع التكبير إذا رفعت.

وعن محمد: إن كان إلى الأرض أقرب.. يأتي [٢٠٩/ب] بالتكبيرة، لا إذا كان إلى الأكتاف أقرب.

وقيل: لا يقطع حتى تُبَاعِدَ.

قال في «العناية»: فائدة هذا الاختلاف يظهر: فيما إذا سلم الإمام فإن عندهما: يكبر المسبوق قبل أن ترفع الجنازة؛ لأنه صار مسبوقاً بها، وعند أبي يوسف: يسلّم مع الإمام. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا فيما إذا أتى بعدما كبر الإمام تكبيرة واحدة، وأمّا إذا أتى بعد ما كبر الإمام تكبيرتين أو ثلاثاً أو أربعاً.. فإنه لا يسلّم مع الإمام بالاتفاق، بل يقضي ما فاته من التكبيرات قبل رفع الجنازة على ما ذكرناه آنفاً.

ومن فائدة هذا الاختلاف ما قاله في «فتح القدير»: أنه لو أدرك الإمام بعدما كبر الرّابعة قبل السّلام.. فإنه فاتته الصّلاة على قولهما، لا على قول أبي يوسف.

(ولا تجوز) الصّلاة على الميّت حال كون المصلي **(راكباً استحساناً)**،

وَتكرهُ فِي مَسْجِدِ جماعَةٍ إن كَانَ الْمَيّتُ فِيهِ.

وَإِن كَانَ خَارِجَهُ.. اخْتلفَ الْمَشَايِخُ فيهِ.

والقياس: الجواز لجهة كونها دعاء؛ لكنا تركناه باعتبار جهة كونها صلاة، إلّا إذا تعذر النزول لطين أو مطر.

وكذا لا يجوز القعود أيضاً بلا عذر، ولا تجوز على الميت المحمول على الدابة، أو الإنسان، ولا على الموضوع خلف الإمام؛ لما ذكرناه: من أن القيام ووضع الميت بحضور الإمام من شرط صحة الصّلاة عليه.

(وتكره) الصلاة عليه تحريماً أو تنزيهاً، فيه روايتان، وفي «فتح القدير»: أن الأولى: كونها تنزيهيّة **(في مسجد جماعة إن كان الميت فيه، وإن كان خارجه.. اختلف المشايخ فيه)**.

وفي «الخلاصة»: إنها مكروهة، سواء كان الميت والقوم في المسجد، أو كان الميت خارج المسجد والقوم في المسجد، أو كان الإمام مع بعض القوم خارج المسجد والقوم الباقي في المسجد، أو الميت في المسجد والإمام والقوم خارج المسجد، هذا في «الفتاوى الصّغرى» قال: هو المختار، خلافاً لما أورده النسفي. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: وهذا الإطلاق في الكراهة بناء على أن المسجد إنّما بُنِيَ للصلاة المكتوبة وتوابعها من النوافل والذكر والتدريس.

وقيل: لا تكره إذا كان الميت خارج المسجد، وهو بناء على أن الكراهة لاحتمال تلويث المسجد.

والأوّل: هو الأوفق؛ لإطلاق قوله ﷺ: «من صلّى على جنازة في المسجد.. فلا أجر له». انتهى.

وجه الأوفقية أن قوله: «في المسجد» يحتمل أن يكون ظرفاً لقوله: «صلّى»، ويحتمل أن يكون ظرفاً للجنازة، ولكليهما معاً؛ **فإن** كان ظرفاً لأحدهما فقط.. فلا

وَلَا يُصَلَّى على عُضْوٍ، وَلَا على غَائِبٍ.

كراهة فيما إذا كان الآخر خارجاً عن المسجد، **وإن** كان ظرفاً لهما معاً.. فلا كراهة فيما إذا كان كلاهما، أو أحدهما خارجاً، ولما تعارضت الاحتمالات.. قالوا: بكراهة كلّها.

ثم الظاهر من كلام المصنف: أن الميت إذا كان في المسجد.. يكره بالاتفاق، سواء كان الإمام والقوم كلّهم، أو بعضهم في المسجد، أو خارجه.

وإن كان الميت خارجاً عن المسجد.. ففيه اختلاف، سواء كان الإمام والقوم كلهم أو بعضهم في الخارج، أو في المسجد، فكان اختلافهم في الصّور الثلاث، وهو الظاهر مما في «فتح القدير»: لا يكره إذا كان الميت خارج المسجد.

ولكنه قال في «العناية»: [٢١٠/أ] **إذا** كانت الجنازة في المسجد.. فالصلاة عليها مكروهة باتفاق أصحابنا، **وإن** كانت الجنازة والإمام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه.. لم تكره بالاتفاق، **وإن** كانت الجنازة وحدها خارج المسجد.. ففيه اختلاف المشايخ. انتهى.

والذي ظهر منه: أن محلّ الخلاف صورة واحدة؛ أعني: كون الجنازة وحدها خارجة.

وقال بعض مشايخنا: **إن** كانت علّة الكراهة: كون المسجد موضوعاً للصلاة المكتوبة وتوابعها من النوافل والذكر والتدريس.. فصلاة الجنازة فيه مكروهة مطلقاً، سواء كان الميّت فيه أو لا.

وإن كانت العلة: احتمال تلويث المسجد.. فالكراهة إنما تكون في صورة كون الميت فيه.

(ولا يصلّى على عضو)؛ لعدم ورود الأثر فيه، وصلاة الجنازة مبنية على الآثار.

(ولا على غائب)؛ لعدم وضع الميت أمام الإمام، وهو شرط لصحة الصّلاة عليه.

وَمنِ اسْتهلَّ بعدَ الْولادَةِ.. غُسِّلَ وسُمِّيَ وَصُلِّيَ عَلَيْهِ.

وإلَّا.. غُسِّلَ فِي الْمُخْتَارِ وأُدرِجَ فِي خِرقَةٍ، وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ.

وَلَو سبُيَ صبيٌّ مَعَ أحدِ أَبَوَيْهِ.. لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، إلّا إن أسلمَ أَحدُهُمَا، أَو أسلمَ هُوَ عَاقِلاً، ....

(ومن استهل)، أي: وجد منه ما يدل على حياته من صوت، أو حركة (بعد الولادة)؛ إذ لا عبرة للاستهلال في البطن.

(.. غُسِّل وسُمّيَ وصُلِّي عليه)، وفي «المحيط»: قال أبو حنيفة: إذا خرج بعض الولد وتحرك ثم مات؛ فإن كان خرج أكثره.. صلّي عليه، وإن كان أقله.. فلا يصلّى عليه. انتهى.

وخروج الرأس ليس بأكثر، حتى لو خرج رأسه وهو يصيح، ثم مات قبل أن يخرج أكثر بدنه.. لم يصلّ عليه ولم يرث، على ما في «البحر» عن «المبتغى».

(وإلا.. غسل في المختار) عند الطحاوي، وكذا التسمية، وفي ظاهر الرواية: لا غسل ولا تسمية لمن لم يستهل.

(وأدرج في خرقة)؛ لكرامة بني آدم.

(ولا يصلى عليه) بالاتفاق؛ لقوله ﷺ: «ومن لم يستهل.. لم يصلّ عليه» (ولو سبي صبي مع أحد أبويه.. لا يصلّى عليه) لأنه تبع لهما؛ لقوله ﷺ: «كلّ مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهوّدانه أو ينصّرانه أو يمجسانه، حتى يكون لسانه يعرب عنه إمّا شاكراً وإمّا كفوراً».

(إلا إن أسلم أحدهما) فيصلّى عليه؛ لأنه يتبع خير الأبوين ديناً.

(أو أسلم هو)، أي: الصبي.

(عاقلاً) اختلف في معناه.

قيل: معناه كونه عاقلاً للمنافع والمضار، وأنّ الإسلام هدى واتباعه خير، والكفر ضلالة واتباعه شر؛ لأنه صحّ إسلامه استحساناً لا قياساً، كذا في «العناية».

أَو لم يُسبَ أَحدُهمَا مَعَه.

وقيل: معناه كونه عاقلاً لصفة الإسلام؛ لأن إسلام غير العاقل غير معتبر، وصفة الإسلام ما ذكر في حديث جبريل ﷺ: «أن تؤمن بالله، وملائكته، وكتبه، ورسله، واليوم الآخر، والقدر خيره وشره من الله تعالى».

وقال في «فتح القدير»: وهذا دليل على أن مجرد قول: «لا إله إلّا الله» لا يوجب الحكم بالإسلام ما لم يؤمن بما ذكرناه.

وعلى هذا قالوا: لو اشترى جارية، أو تزوج امرأة فاستوصفها صفة الإسلام، فلم تعرفه.. لا تكون مسلمة.

والمراد من عدم المعرفة: ليس ما يظهر من التوقف في جواب، ما الإيمان ما الإسلام؟ كما يكون من بعض العوام؛ لقصورهم في التعبير؛ [٢١٠/ب] بل قيام الجهل بذلك بالباطن؛ مثلاً: بأنّ البعث هل يوجد أم لا؟ وأنّ الرسل وإنزال الكتب عليهم كان أم لا؟

لا يكون في اعتقاده اعتقاد طرف الإثبات للجهل البسيط، وقلّ ما يكون ذلك لمن نشأ في دار الإسلام.

(أو لم يُسبَ أحدهما معه)؛ فإنه يصلّى عليه تبعاً للدار، أو للسابي المسلم؛ لأن تبعية الأبوين قد انقطعت باختلاف الدار، فيحكم بإسلامه بتبعيّة الدّار أو السّابي.

واعلم: أنّ التبعية على مراتب: أقواها: تبعية الأبوين أو أحدهما، ودونها: تبعيّة الدّار وتبعيّة اليد؛ أي: السابي، واختلف في تقديمها.

قال في «الهداية» و«الغاية»: تقديم تبعية الدار على تبعيّة السّابي.

وفي «المحيط» عكسه حيث قال: عند عدم أحد الأبوين يكون تبعاً لصاحب اليد، وعند عدم صاحب اليد يكون تبعاً للدار، هكذا نقله في «الزيلعي» عن «شرح الزّيادات».

وقال في «فتح القدير»: ولعله أولى؛ فإن من وقع في سهمه صبّي من الغنيمة

وَلَو مَاتَ لمُسلمٍ قريبٌ كَافِرٌ.. غسَّلهُ غُسلَ النَّجَاسَةِ ولفَّهُ فِي خِرقةٍ وألقاهُ فِي حُفْرَةٍ، أَو دَفعهُ إِلَى أهلِ دِينِهِ.

في دار الحرب فمات.. يصلّى عليه، ويجعل مسلماً تبعاً لصاحب اليد.

وثمرة الخلاف: إذا سَبى ذمّيّ صبيّاً بلا أبويه، وأخرجه إلى دار الإسلام فمات.. يصلى عليه على القول بتبعية الدّار، ولا يصلّى على القول بتبعية اليد، والخلاف بعد الإخراج إلى دار الإسلام، وأما قبله.. فالتبعية للسابي بالاتفاق، ولهذا قالوا في صبّي خرج في سهمه، فمات في دار الحرب.. صلّي عليه بالاتّفاق.

ثم المراد بتبعية الأبوين: التبعية في أحكام الدنيا لا في العقبى، فلا يحكم بأن أطفالهم في النار البتة، بل فيه خلاف.

قيل: يكون خدام أهل الجنة.

وقيل: إن كانوا قالوا: «بلى» يوم أخذ الميثاق عن اعتقاد.. ففي الجنة، وإلّا.. ففي النّار.

وعن محمّد أنه قال فيهم: إني أعلم أن الله لا يعذّب أحداً بغير ذنب، وهذا نفي لهذا التفصيل.

وعن أبي حنيفة أنه توقف فيهم.

(ولو مات لمسلم قريبٌ كافر) غير مرتد، فإن المرتد لا يغسل ولا يكفن، بل يلقى في حفيرة، ولا يدفع إلى من انتقل إلى دينهم على ما في «فتح القدير».

(غسله غسل النجاسة ولفه في خرقة وألقاه في حفرة أو دفعه إلى أهل دينه) من قريبه، أو ممن انتقل إلى دينهم؛ لأنه ليس كالمرتد.

ولـم يذكر المصنف ما إذا مات المسلم وليس له قريب إلّا كافر.. ففي «فتح القدير»: ينبغي أن لا يلي ذلك منه، بل يفعله المسلمون، إلّا ترى أن اليهودي لمّا آمن برسول الله ﷺ عند موته قال ﷺ لأصحابه: «تولّوا أخاكم» ولـم يخل بينه وبين اليهود.

وَسُنَّ فِي حملِ الْجِنَازَةِ أَرْبَعَةٌ.

وَأَن يبْدَأَ فَيَضعَ مقدّمَها على يَمِينهِ، ثمَّ مؤخِّرَها، ثمَّ مقدِّمَها على يَسَاره، ثمَّ مؤخِّرَها.

ويُسرعوا بِهِ دونَ الخَبَبِ.

وَالْمَشْيُ خلفَهَا أفضلُ.

وَإِذا وصلوا إِلَى قَبرهِ.. كُرهَ الْجُلُوس قبلَ وَضعِهِ عَنِ الْأَعْنَاقِ.

ويكره أن يدخل الكافر في قبر قرابته من المسلمين ليدفنه، وكذا لم يذكر حكم ما إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكافرين ولم يعلم حالهم.. ففي «الأشباه» نقلاً عن «الكافي» للحاكم: إذا اختلط موتى المسلمين وموتى الكفار؛ فمن كانت عليه علامة المسلمين.. صلّي عليه، ومن كانت عليه علامة الكفار.. ترك، ومن لم يكن عليه علامة والمسلمون أكثر.. غسلوا وكفّنوا وصلّي عليهم، وينوون الصّلاة والدعاء للمسلمين دون الكفار، ويدفنون في مقابر المسلمين.

وإن كان الفريقان سواء، أو كانت الكفار أكثر.. لم يصلّ عليهم ويغسلون [٢١١/أ] ويكفنون ويدفنون في مقابر المشركين. انتهى.

(وسن في حمل الجنازة أربعة) للتوارث؛ ولأن فيه زيادة إكرام وصيانة، **(وأن يبدأ فيضع مقدّمها على يمينه، ثم مؤخّرها، ثم مقدّمها على يساره، ثم مؤخرها، ويسرعوا به دون الخبب)** بمعجمة مفتوحة وموحّدتين: ضرب من العَدْوِ، وهو مكروه يضطرب الميت به.

وفي «القنية»: ولو جهّز الميّت صبيحة يوم الجمعة.. يكره تأخير الصّلاة ودفنه؛ ليصلّي عليه الجمع العظيم بعد الجمعة ولو خافوا فوت الجمعة، بسبب دفنه.. يؤخر الدّفن.

(والمشي خلفها أفضل، وإذا وصلوا إلى قبره.. كره الجلوس قبل وضعه عن الأعناق)؛ لأن الجنازة متبوع وهم أتباع، والتابع لا يقعد قبل الأصل، ويكره القيام

وَيُحفَرُ الْقَبْرُ وَيُلحَدُ.

وَيُدخَلُ الْمَيّتُ فِيهِ من جِهَةِ الْقِبْلَةِ.

وَيَقُولُ وَاضِعُهُ: «بِاسمِ اللهِ، وعَلى مِلَّةِ رَسُولِ اللهِ».

بعد وضعها عن الأعناق، بل يجلسون على ما في «العناية»، لكن قال في «المحيط»: الأفضل أن لا يجلسوا ما لم يسووا عليه التراب؛ لأن القيام إظهار العناية بأمر الميّت.

(**ويحفر القبر ويلحد**)؛ لقوله ﷺ: «اللحد لنا والشق لغيرنا».

وصفة اللّحد: أن يحفر القبر بتمامه، ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة يوضع فيها الميّت، ويجعل ذلك؛ كالبيت المسقّف.

وصفة الشق: أن يحفر حفيرة في وسط القبر ويوضع فيها الميّت، وهذا أحسن فيما إذا كانت الأرض رخوة؛ لتعذر اللحد، على ما هو كذلك في المدينة شرفها الله تعالى؛ لضعف أراضيهم بالبقيع، [وإذا تعذر اللحد.. فلا بأس] ولا [بأس] باتخاذ التابوت عند تعذر اللّحد، على ما في «غاية البيان».

لكن السّنة أن يفترش فيه التراب.

واختلف في عمق القبر، قيل: قدر نصف القامة وقيل: إلى الصّدر، وإن زادوا.. فحسن.

ومن مات في السفينة.. يغسل ويكفن ويصلّى عليه، ويرمى في «البحر» إن لم يكن قريباً للبَر (**ويدخل الميت فيه**)، أي: في القبر (**من جهة القبلة**) وذلك أن توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر، ويحمل الميت منه فيوضع في اللّحد، فيكون الأخذ له مستقبل القبلة حال الأخذ في داخل القبر.

وقيل: صورته: أن توضع الجنازة في مقدّم القبر حتى يكون رجلا الميّت بإزاء موضع رأسه من القبر، ثم يدخل الآخذ في القبر فيأخذ برجلي الميّت ويدخلهما القبر أولاً، ويسل كذلك.

(**ويقول واضعه: باسم الله وعلى ملّة رسول الله**)، أي: بسم الله وضعناك وعلى

وَيُسجّى قبرُ الْمَرْأَةِ لَا الرجلِ.

وَيُوجَّهُ إِلَى الْقِبْلَةِ وَتحلُّ الْعقْدَةُ.

وَيُسَوَّى عَلَيْهِ اللَّبِنُ أَو الْقصبُ.

وَيُكرهُ الْآجرُ والخشبُ.

ويُهالُ التُّرَابُ، ويُسنَّمُ الْقَبْرُ وَلَا يربَّعُ.

ملّة رسول الله سلّمناك، كذا في «العناية» عن «المبسوط».

(**ويسجى**)، أي: يغطى بثوب حتى يجعل اللَّبِنَ على اللّحد (**قبر المرأة لا الرجل**)، لأن مبنى حالهنّ الستر بخلاف الرجل.

(**ويوجه إلى القبلة**)، وبذلك أمر رسول الله ﷺ، ويكون على شقه الأيمن، (**وتحلّ العقدة**)؛ لوقوع الأمن من الانتشار (**ويسوّى عليه اللَّبِنُ**)؛ لأن النبي ﷺ جعل على قبره اللبن؛ لما أخرج مسلم عن سعد بن أبي وقّاص: أنه قال في مرضه الّذي مات فيه: «ألحدوا لي لحداً وانصبوا على اللبن نصباً؛ كما صنع برسول الله ﷺ».

(**أو القصب**)؛ لما روى ابن أبي شيبة عن الشعبي: أن رسول الله ﷺ جعل على قبره طُنٌّ من قصب، الطن: بضم الطاء، حزمة القصب، ولا منافاة بينه وبين ما رويناه من حديث مسلم؛ [٢١١/ب] لجواز أن يكون قد وضع اللَّبِنُ على قبره ﷺ نصباً مع قصبٍ كُمِّلَ به لإعوازٍ في اللَّبِن أو غير ذلك، كذا في «فتح القدير».

(**ويكره الآجر والخشب**)؛ لأنهما لإحكام البناء، وكذا الحجر.

وفي «الخلاصة»: ويكره الآجر في اللحد إذا كان يلي الميت، أما فيما وراء ذلك.. فلا بأس به.

(**ويهال التراب**) سترة له، ويكره أن يزاد على التّراب الذي أخرج؛ لأن الزيادة عليه بمنزلة البناء، ولا بأس برش الماء عليه لأنه تسوية له، وعن أبي يوسف: أنه مكروه؛ لأنه يشبه التطيين.

(**ويسنم القبر ولا يربّع**) للنهي عنه، ويسنم قدر شبر، وقيل: قدر أربع أصابع،

وَيكرهُ بِنَاؤُهُ بالجصِّ والآجُرِّ والخشبِ.

وَلَا يدْفن اثنانِ فِي قبرٍ إلَّا لضَرُورَةٍ.

وَلَا يُخرَجُ منَ الْقَبْرِ إلَّا أَن تكونَ الأَرْضُ مَغْصُوبَةً.

وقيل: التسنيم واجب، وقيل: مستحب.

(**ويكره بناؤه بالجصّ والآجر والخشب**)؛ للنهي عنه على ما روي عن جابر.

(**ولا يدفن اثنان في قبر إلّا لضرورة**) فحينئذ يوضع الرجل مما يلي القبلة، ثم خلفه الغلام، ثم خلفه الخنثى، ثم المرأة، ولا يحفر قبر لدفن الآخر، إلّا إن بلي الأول فلم يبق له إلّا عظم، إلّا أن لا يوجد بدٌّ فتضم عظام الأول ويجعل بينهما حاجز من تراب.

(**ولا يخرج من القبر**)، أي: بعدما أهيل عليه التراب، سواء طالت المدّة، أو لا.

(**إلا أن تكون الأرض مغصوبة**)، أو: يأخذها شفيع، فعلى التقديرين: صاحب الأرض مخيّر: إن شاء.. أخرجه.

وإن شاء.. سوّى القبر مع الأرض ويزرع فوقه، فإنّ حقّه في باطنها وظاهرها، وإن شاء.. ترك حقّه في باطنها، وإن شاء.. استوفى حقّه.

وفي «فتح القدير»: ومن الأعذار المجوزة لإخراجه بعد إهالة التراب: أن يسقط في اللحد مال أو درهم لأحد.

وفيه أيضاً: لا يدخل النساء القبر ولا يخرجهن إلّا الرجال، ولو كانوا أجانب؛ لأن مسّ الأجنبي لها بحائل عند الضرورة جائز في حياتها، فكذا بعد موتها.

فإذا ماتت ولا محرم لها.. دفنها أهل الصلاح من مشايخ جيرانها؛ فإن لم يكونوا.. فالشباب الصّلحاء، أما إن كان لها محرم ولو من رضاع أو صهرية.. نزل في القبر وألحدها.

وَيُكرهُ وطءُ الْقَبْرِ، وَالْجُلُوسُ وَالنَّوْمُ عَلَيْهِ وَالصَّلَاةُ عِنْدَهُ.

(**ويكره وطء القبر والجلوس والنوم عليه والصلاة عنده**) للنهي عنه، وكذا قضاء الحاجة بل هو أولى.

وفي «فتح القدير»: وحينئذ فما يصنعه الناس ممن دفنت أقاربه، ثم دفنت حواليهم خلق من وطء تلك القبور إلى أن يصل إلى قبر قريبه.. مكروه.

وفي «البدائع»: لا بأس بزيارة القبور والدعاء للأموات إن كانوا مؤمنين، من غير وطء القبور؛ للتوارث إلى يومنا هذا.

وفي «المجتبى»: إنها مندوبة، وقيل: يحرم على النساء.

والأصح: أنّ الرخصة ثابتة لهن أيضاً، كذا في «البحر».

واختلف في إجلاس القارئين ليقرؤوا عند القبر.

والمختار: عدم الكراهة، على ما في «فتح القدير».

وفيه عن «التجنيس»: امرأة حامل ماتت واضطرب في بطنها شيء، وكان رأيهم أنه ولد حي.. يُشَقُّ بطنُها صيانة لحرمة الحي، بخلاف ما إذا ابتلع الرجل درة فمات ولم يدع مالاً: عليه القيمة، ولا يشق بطنه ترجيحاً لحرمة الآدمي - ولو ميتاً - على حرمة المال.

* * *

(بَابُ الشَّهِيدِ)

هُوَ: مَن قَتَلَهُ أَهلُ الْحَرْبِ، أَو الْبَغيِ، أَو قُطَّاعُ الطَّرِيقِ، أَو وُجِدَ فِي المعركةِ وَبِهِ أَثرٌ،

(باب الشهيد)

سمّي شهيداً: إما لشهود الملائكة موته إكراماً له، أو: لأنه مشهود له [٢١٢/أ] بالجنّة، أو: لشهوده، أي: حضوره حيّاً يرزق عند ربّه.

واعلم أن الشهيد على ثلاثة أنواع: شهداء أحد وهو الأصل في الباب، ومن يلحقهم؛ ومن لا يلحقهم، فعرّف الثّاني بقوله: (هو من)؛ أي: مسلم عاقل بالغ طاهر؛ لأن الكافر لا يكون شهيداً، والمسلم غير العاقل البالغ الطاهر.. يغسل ولو قتل مظلوماً، على ما سيأتي.

(قتله أهل الحرب أو البغي أو قطاع الطريق)، سواء كان قتلهم مباشرة، أو تسبيباً؛ لأن موته مضاف إليهم، حتى لو أوطؤوا دابتهم مسلماً، أو نفّروا دابّة مسلم.. فرمته دابته؛ أو كدمته دابتُّهم بفمها، أو ضربته بيدها، أو برجلها، أو بذنبها فمات، أو رموا مسلماً في نار أو ماء، أو رموه من سور وألقوا عليه حائطاً... ونحو ذلك من الأسباب فمات منها.. يكون شهيداً، لما ذكرناه أن موته مضاف إليهم.

ولو انفلتت دابة مشرك ليس عليها أحد فوطئت مسلماً، أو رمى مسلم إلى الكفار فأصاب مسلماً، أو نفرت دابة مسلم من سواد الكفار وراياتهم، أو نفر المسلمون منهم فالجؤوهم إلى خندق أو نار أو نحوه، أو جعلوا حولهم الحسك فمشى عليها مسلم فمات بذلك.. لم يكن شهيداً حتى يغسل؛ لأن الموت حينئذ لا يضاف إليهم؛ كالحريق والغريق والمبطون، **لكنهم يثابون ثواب الشهيد**، على ما شهد به رسول الله ﷺ، خلافاً لأبي يوسف؛ فإنه شهيد عنده.

وإن طعنوه حتى ألقوه في النّار أو الماء.. يكون شهيداً بالاتفاق؛ لإضافة الموت إليهم، كذا في «التبيين».

(أو وجد في المعركة وبه أثر) جراحة ظاهرة أو باطنة؛ لأنه دليل القتل، يعني:

أَو قَتلهُ مُسلمٌ ظلماً...

إذا وجد ميتاً في المعركة.. فلا يخلو:

إما أن وجد به أثر جراحة.. أو لا.

- **فإن وجد**.. فإن كان خروج دم جراحة:

ظاهرة.. فهو شهيد.

أو غير ظاهرة:

- فإن كان من موضع معتاد كالأنف والدبر والذكر.. لم يثبت شهادته؛ فإن الإنسان قد يبول دما من شدة الخوف، وقد رعف ويخرج من دبره دم للباصور.
- وإن كان من غير معتاد كالأذن والعين.. حكم بشهادته.
- وإن كان الأثر غير الدم من رض ظاهر.. وجب أن يكون شهيداً.
- **وإن لم يكن** به أثر أصلا.. لا يكون شهيداً؛ لأن الظاهر أنه لشدة خوفه انخلع قلبه.

وأما إن ظهر من الفم.. فقالوا: إن عرف أنه من الرأس؛ بأن يكون صافياً.. غسل.

وإن كان خلافه.. عرف أنه من الجوف، فيكون من جراحة فيه.. فلا يغسل، كذا قالوا.

وفي «فتح القدير»: وأنت تعلم أن المرتقي من الجوف قد يكون علقاً، فهو سوداء بصورة الدّم، وقد يكون رقيقاً من قرحة في الجوف، على ما تقدم في الطهارة، فلم يلزم كونه جراحة حادثة؛ بل هو أحد المحتملات.

(أو قتله مسلم ظلماً)؛ أي: بجارح من الحديد والنار والقصب، على ما في «فتح القدير»، وإلا.. فلا يكون شهيداً.

فيكفَّنُ وَيُصلَّى عَلَيْهِ، وَلَا يُغسَّلُ، ويُدفَنُ بدمِهِ وثيابِهِ، إلّا مَا لَيْسَ مِن جِنسِ الْكَفَنِ؛ كالفروِ والحشوِ والخفِّ وَالسِّلَاحِ.

وَيُزَادُ وَيُنْقَصُ مُرَاعَاةً لكفنِ السُّنَّةِ.

وَإِن كَانَ ....

(فيكفن) لأنه سنّة بني آدم (ويصلّى عليه)، خلافاً للشافعي في الصلاة؛ فإنه يقول: السّيف محاء للذنوب، فأغنى عن الشفاعة، كذا في «صحيح ابن حبان».

ولنا ما رواه عطاء بن رباح: أن النبي ﷺ صلّى على قتلى أحد، أخرجه أبو داود في «المراسيل»، وهو حجة عندنا.

والصلاة على الميت ليس لمحو ذنوبه؛ بل لإظهار كرامته، والشهيد أولى بها، والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدّعاء كالنبيّ والصبي.

فإن قيل: ما رويتم معارض بما رواه البخاري عن جابر رضي الله عنه: أنه ﷺ: لم يصلّ على قتلى أحد.

قلنا: ما روينا مثبت وحديث جابر ناف، فالمثبت مقدم على النافي على ما في الأصول، وأصل الشافعي في تضعيف المرسل ممنوع عندنا، ولو سلّم.. فعنده: إذا اعتضد.. يرفع معناه.

قيل: وقد روى الحاكم عن جابر رضي الله عنه: أنه ﷺ صلّى على حمزة وعلى غيره من الشهداء، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(**ولا يغسل، ويدفن بدمه وثيابه**) الذي من جنس الكفن بأن وجد، وإلا.. فيكفن ولا يدفن بلا كفن، والأصل هنا قوله ﷺ في شهداء أحد: «زمّلوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم»، وغيرهم في معناهم، فيلحق بهم.

(**إلا ما ليس من جنس الكفن؛ كالفرو والحشو والخف والسّلاح**) فإنها تنزع؛ لعدم كونها من جنس الكفن.

(**ويزاد**) في الكفن (**وينقص**) عنه (**مراعاة لكفن السنة، وإن كان**) المقتول

وَلم يَجب بقتْلهِ دِيَةٌ...

وأما قتيل أهل البغي وقطاع الطّريق.. فشهيد بأيّ آلة كان؛ إلحاقاً لهم بأهل الحرب.

وكذا [٢١٢/ب] من قتل مدافعاً عن نفسه، أو عن ماله، أو عن المسلمين، أو عن أهل الذمة.. شهيد بأيّ آلة قتل، على ما في «البحر» عن «المحيط».

وقوله: «ظلماً» احتراز عمّا قتله المسلمون رجماً أو قصاصاً، قيّد بالقتل في موضعين؛ لأنه لو مات حتف أنفه، أو تردى من موضع، أو مات تحت هدم، أو غرقاً.. لا يكون شهيداً، وإن نال ثواب الشهداء، حتى يغسل.

وفي «التجنيس»: رجل قصد العدو ليضرب، فأخطأ، فأصاب نفسه فمات.. يغسل؛ فإنه ما صار مقتولاً بفعل العدو، ولكنه ينال ثواب الشهداء؛ لأنه قصد العدو لا نفسه.

(**ولم يجب بقتله دية**)؛ لأن من وجب بنفس قتله دية؛ كما في قتل الخطأ.. ليس بشهيد حتى يغسل وإن نال ثواب الشهداء.

وقولنا: «بنفس قتله» احتراز عمّا إذا وجبت الدّية بالصّلح عن دم العمد بعدما وجب القصاص، وعما إذا قتل الوالد ولده عمداً، أو شخصاً آخر ووارثه ابنه.. فإن المقتول فيها شهيد؛ لأن نفس القتل لم يوجب الدية، بل يوجب القصاص، وإنما سقط للصلح ولمانع الأبوة.

ثم إنما كانت الدية مانعة عن الشهادة، ولم يكن القصاص مانعاً؛ لأن القصاص ليس للميت مطلقاً، بل له من وجه، وللوارث من وجه؛ لشفاء صدورهم وللمصلحة العامّة؛ فلم يكن عوضاً مطلقاً، بخلاف الدية؛ فإنها عوض مطلق.

وفي «البحر» عن «المجتبى» و«البدائع»: إن شرط الشهيد ست: العقل، والبلوغ، والقتل ظلماً، وأن لا يجب به عوض مالي، والطهارة عن الجنابة والحيض والنفاس، والارتثاث. انتهى.

وذكر هنا اثنين وسيذكر باقيها.

صَبِيًّاً أَو جُنباً أَو مَجْنُوناً أَو حَائِضاً أَو نفسَاءَ.. يُغسَّلُ، خلافاً لَهما.

(صبياً [٢١٣/أ] **أو جنباً أو مجنوناً أو حائضاً أو نفساء.. يغسل**) عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**): لا يغسل كشهداء أحد؛ لأن ما وجب بالجنابة والحيض والنّفاس - وهو: الغسل - سقط بالموت؛ لخروجه عن التكليف بالغسل عن هذه العوارض، والغسل بسبب الموت لم يجب؛ لارتفاعه بالشهادة.

ولأبي حنيفة: إن الشهادة عرفت مانعة من ثبوت التنجس بالموت وبالتلطخ.. لا رافعة، فلا ترفع الجنابة، وقد صح أن حنظلة لما استشهد جنباً.. غسلته الملائكة.

وكذا الحائض والنفساء بعد انقطاع الدم؛ فإن الغسل واجب عليها لا يرفع بالشهادة، وكذلك قبل الانقطاع على الصحيح.

فإن قيل: لو لم تكن الشهادة رافعة لوضّيء الشهيد المحدث، مع أنه لا يوضّأ بالإجماع.

أجيب: بأنه لا يلزم من أن لا يكون رافعاً للحدث الأكبر أن لا يكون رافعاً للحدث الأصغر، وبأن غسله ثبت بحديث حنظلة، ولم يوجد في الوضوء شيء.

فإن قيل: الواجب غسل بني آدم دون الملائكة، ولو كان غسل بني آدم واجباً.. لأمر النبي ﷺ بإعادة غسل حنظلة، فلا يحتج بحديثه.

أجيب: بأن الواجب هو الغسل، وأمّا الغاسل: فيجوز كائناً من كان.. إلّا ترى أن الملائكة لما غسلوا آدم عليه وسلم تأدى به الواجب، ولم يعده أولاده، ولا ينتقض بما قيل: «إن الغريق في الماء يجب غسله»؛ لأن الخطاب بالغسل توجه على بني آدم، ولم يوجد منهم شيء؛ لأن المراد: أن الخطاب توجه على بني آدم إذا لم يوجد الغسل من الملائكة في الغريق، وأما إذا وجد الغسل من الملائكة كما في حنظلة.. فلا يتوجه على بني آدم بعده.

والصبي والمجنون ليس في معنى شهداء أحد - فلا يلحقان بهم - فيغسلان.

وَيُغسَّلُ إن قُتِلَ فِي الْمِصرِ وَلم يُعلَم أَنَّه قُتِلَ عمداً ظُلماً.

(**ويغسل إن قتل في المصر**)؛ أي: العمران مصراً كان أو قريةً؛ لأنه لو وجد في مفازة ليس بقربها عمران.. لا تجب فيه قسامة ولا دية، فلا يغسل لوجود أثر القتل فيه، كذا في «البحر» عن «معراج الدراية»، لكنه مخالف لما سيأتي نقلاً عن «شرح المنية».

(**ولم يعلم أنه قتل عمداً ظلماً**)؛ لأنه حينئذ تجب فيه القسامة على أهل المحلّة أو القرية لو وجد فيهما، وتجب الدية في بيت المال لو وجد في الشارع أو الجامع وبذلك خف أثر الظلم، فيغسل، كذا في «الهداية».

والذي فهم من كلام المصنف: أنه لو علم أنه قتل عمداً ظلماً بأن يعلم قاتله.. يكون شهيداً، فلا يغسل، سواءً علم أنه قتل بحديدة أو غيرها، وينبغي أن يفصله، كما في «المحيط البرهاني» حيث قال: ومن وجد في المصر قتيلاً.. ينظر: إن حصل القتل بعصا كبيرة أو بحر كبير، ويعلم قاتله.. فعلى قول أبي حنيفة: يغسل، وعلى قولهما: لا يغسل.

وإن لم يعلم قاتله.. يغسل.

وإن حصل القتل بعصا صغيرةً.. يغسل؛ علم قاتله أو لم يعلم.

وإن حصل القتل بحديدة، فإن لم يعلم قاتله.. تجب الدية أو القسامة، فيغسل. علم قاتله.. أو لم يعلم.

وإن حصل القتل بحديدة؛ فإن لم يعلم قاتله.. تجب الدية أو القسامة، فيغسل. وإن علم قاتله.. لم يغسل عندنا. انتهى.

وفي «البحر»: أنّ من قتل بغير المحدد وعلم قاتله أو لا يعلم.. فإنه ليس بشهيد عند أبي حنيفة، [٢١٣/ب] سواءً كان بالمثقل أو بغيره؛ لوجوب الدية.

ومن قتل بالمحدد ولم يعلم قاتله.. فليس بشهيد؛ لوجوب الدية فيغسل، والاقتصار على وجوب الدية في التعليل أولى مما في «الهداية» من ضم القسامة

وَكَذَا إِنِ ارتثَّ؛ بِأَن: أَكلَ، أَو شربَ، أَو عُولِجَ، أَو باعَ، أَوِ اشْترى، .....

إليها؛ لأنه يرد عليه المقتول في الجامع أو الشارع الأعظم.. فإنه ليس بشهيد حيث لم يعلم قاتله، وليس فيه قسامة، وإنما تجب الدية في بيت المال فقط.

ثم قال نقلاً عن «البدائع»: لو قتل في المصر بغير المحدد.. لا يكون شهيداً، وإن كان في المفازة.. كان شهيداً؛ لأنه يوجب القتل بحكم قطع الطريق لا المال.

ولو نزل عليه اللصوص ليلاً في المصر فقتل بسلاح أو غيره، أو قتله قطاع الطريق خارج المصر بسلاح أو غيره.. فهو شهيد؛ لأن القتيل لم يخلف في هذه المواضع بدلاً هو مال. انتهى.

وبهذا يعلم أنّ من قتله اللصوص في بيته، ولم يعلم له قاتل معين منهم؛ لعدم وجودهم.. فإنه لا قسامة ولا دية على أحد؛ لأنهما لا يجبان إلّا إذا لم يعلم القاتل، وهنا قد علم أن قاتله اللصوص وإن لم يثبت عليهم لفرارهم، على ما في «البحر».

وجملة هذا: هو المذكور في كتب أصحابنا، والتحقيق ما ذكره المصنف في «شرح المنية»: من أن من لم يعلم قاتله.. يغسل، سواءً وجب فيه القسامة والدية أو لم تجب، وسواء قتل بحديدة أو غيرها، وسواء كان في المفازة أو في العمران؛ لأنه إذا لم يعلم قاتله.. يحتمل أنه لم يقتل ظلماً؛ بل بسبب مبيح للقتل، فلا يسقط الغسل الذي هو واجب كسائر الموتى بالشبهة والاحتمال؛ لأن سقوطه في حق الشهيد على خلاف القياس، فلا بد من تحقيق المعنى الذي يسقط لأجله الغسل فيه، وعند الاحتمال يعمل بالأصل.

(**وكذا**) أي: يغسل (**إن ارتث**) من الرث، وهو: الشيء البالي، ويسمى مرتثاً لأنه قد صار خلقاً في حكم الشهادة، فينقص معنى الشهادة.

وفي الشرع: أن ينال بعض مرافق الحياة، على ما أشار إليه بقوله: (**بأن أكل أو شرب أو عولج أو باع أو اشترى**) أو تكلم بكلام كثير، وقيل بكلمة، كذا في «الدرر».

أَو عَاشَ أَكثرَ من يَوْمٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ- خلافاً لمُحَمدٍ- أَو مضى عَلَيْهِ وَقتُ صَلَاةٍ وَهُوَ يعقلُ، ....

(**أو عاش أكثر من يوم**) أو ليلة (**عند أبي يوسف**) وهو يعقل، (**خلافاً لمحمد**) حيث قال: إن بقي مكانه حيّاً يوماً وليلة.. فهو مرتث وإن لم يعقل، وفيما دونه لا نسلم هذا بعد انقضاء الحرب، وأمّا قبل انقضائها.. فلا يصير مرتثاً بشيء مما ذكر وإن مكث في المعركة يوماً وليلة وأكثر عاقلاً متكلماً، على ما في «المحيط».

(**أو مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل**) أطلق في مضي الوقت فشمل: ما إذا كان قادراً على الأداء أو لا يقدر؛ لضعف بدنه لا لزوال عقله.

وقيّده في «الزيلعي»: بأن يقدر على أدائها حتى يجب القضاء بتركها.

وتعقبه في «فتح القدير» بقوله: «والله أعلم بصحته»، وفيه إفادة أنه إذا لم يقدر على الأداء.. لا يجب القضاء:

فإن أراد: إذا لم يقدر للضعف مع حضور العقل..، فكونه يسقط به القضاء قول طائفة.

والمختار: وهو ظاهر كلامه في باب صلاة المريض: أنه لا يسقط.

وإن أراد: لغيبة العقل.. [٢١٤/أ] فالمغمى عليه يقضي ما لم يزد على صلاة يوم وليلة، فمتى سقط القضاء مطلقاً؛ لعدم قدرة الأداء من الجريح؟ انتهى كلام «فتح القدير»:

وأجيب عنه في «البحر» بأن مراده الأولُ، وكون عدم القدرة للضعف لا يسقط به القضاء على الصحيح.. هو فيما إذا قدر بعده، أمّا إذا مات على حاله.. فلا إثم؛ لعدم القدرة عليها بالإيماء.

فاعلم: أنه إذا كان قادراً على الأداء.. تصير الصّلاة ديناً في ذمته، ويكون مخاطباً بحكم جديد من أحكام الدّنيا، فلا يصير في معنى شهداء أحد، فيغسل، وكذا الحال إذا لم يكن قادراً عليه للضعف على المذهب الصحيح من عدم سقوط

أَو آوته خيمةٌ، أَو نُقِلَ منَ المعركةِ حَيّاً، أَو أَوصى مُطلقاً عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِن أَوصى بِأَمْرٍ أُخرويٍّ.. لَا يُغسَّلُ.

القضاء، بخلاف ما إذا لم يكن قادراً؛ لزوال عقله فإنه لا يكون مرتثاً؛ لعدم كونه مخاطباً بحكم جديد.

(أو آوته خيمة أو نقل من المعركة حياً)؛ فإنه يغسل لنيله مرافق الحياة بمجرد نقله مع عقله، سواءً وصل إلى بيته أو لم يصل إليه، بل مات على الأيدي إلّا أن يكون النقل عن المعركة؛ لخوف من أن تطأهُ الخيل.. فإنه حينئذ لا يكون مرتثاً؛ لعدم نيله شيئاً من مرافق الحياة، فلا يغسل كذا في «الهداية» وغيرها، وتعقبه في «غاية البيان» بأنا لا نسلم أن الحمل من المعركة ليس بنيل راحة.

وصرّح في «البدائع»: بأن النقل من المعركة يزيده ضعفاً، فلم يتحقق يقيناً أن موته بسبب الجراحة، فلم يسقط الغسل بالشك.

(أو أوصى مطلقاً) أي: بأمور الدنيا، أو بأمور الآخرة **(عند أبي يوسف، وقال محمّد: إن أوصى بأمر أخروي.. لا يغسل)**.

قيل: الاختلاف بينهما فيما إذا أوصى بأمور الدنيا، أمّا بأمور الآخرة؛ فلا يكون مرتثاً اتفاقاً.

وقيل: الخلاف في الوصية بأمور الآخرة، وفي أمور الدنيا يكون مرتثاً اتفاقاً، وهو المذكور في الكتاب.

وقيل: لا خلاف بينهما، فجواب أبي يوسف فيما إذا كانت بأمور الدنيا، ومحمد.. لا يخالفه فيها، وجواب محمد: فيما إذا كانت بأمور الآخرة وأبو يوسف: لا يخالفه فيها.

ومن الارتثاث أن يتكلم بكلام كثير بخلاف القليل؛ فإن من شهداء أحد من تكلم قليلاً؛ كسعد بن الربيع:

وَمَن قُتِلَ بِحَدٍّ أَو قصاصٍ.. غُسِّلَ وَصُلِّيَ عَلَيْهِ.

وَمَن قتلَ لبغيٍ أَو قطعِ طَرِيقٍ.. غُسِّلَ وَلَا يُصلَّى عَلَيْهِ.

وَقيل: لَا يُغسَّلُ أَيْضاً.

وَيُصلَّى على قَاتِلِ نَفسِهِ، خلافاً لأبي يُوسُفَ.

(ومن قتل بحد أو قصاص.. غسل وصلي عليه) لأنه ﷺ غسل ماعزاً، ولأنه بذل نفسه بحق مستحق، فلا يكون في معنى شهداء أحد.

(ومن قُتِلَ) مبني للمفعول **(لبغي أو قطع طريق.. غسل ولا يصلّى عليه، وقيل: لا يغسل أيضاً)** سواء قتل في حال الحرب، أو أخذ وقتل بعدها على ما روي عن محمد.

وقيل: لو قتل بعد الحرب.. يغسل ويصلى عليه.

وفي «التبيين»: وهو أحسن؛ لأن قاطع الطريق يقتل في هذه الحالة حدّاً وقصاصاً، والباغي سياسة لكسر شوكتهم، فينزل منزلة الحد؛ لعود منفعته إلى العامة.

وأهل العصبية، أي: المكابرون في المصر بالسلاح ليلاً ملحق بقاطع الطريق، على ما في «غاية البيان».

وكذا الخناق الذي خنق غير مرة، كذا في «البحر» عن الإسبيجابي.

وقاتِلُ أحد [٢١٤/ب] أبويه لا يصلّى عليه إهانة له، كذا في «التبيين».

(ويصلّى على قاتل نفسه) عند أبي حنيفة ومحمّد، **(خلافاً لأبي يوسف)**، قال: لا يصلى عليه لأنه باغ على نفسه، ولما في «مسلم» أنه أُتي النبي ﷺ برجل قتل نفسه.. فلم يصلّ عليه، ولهما: أن دمه هدر، فصار كما لو مات حتف أنفه. والله أعلم.

* * *

(بَابُ الصَّلَاةِ فِي الْكَعْبَةِ)

صَحَّ فِيهَا الْفَرْضُ وَالنَّفْلُ.

(باب الصلاة في الكعبة)

(صحّ فيها الفرض والنفل)؛ لما روي عن بلال: أن النبي ﷺ دخل البيت وصلّى فيه، ولقوله تعالى في حق إبراهيم عليه السلام: ﴿أَن طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّآئِفِينَ وَٱلْعَٰكِفِينَ وَٱلرُّكَّعِ ٱلسُّجُودِ﴾؛ لأن الأمر بالتطهير للصلاة فيه ظاهر في صحّة الصّلاة فيه مطلقاً؛ ولأن الواجب: استقبال شطره على ما نطق به قوله تعالى: ﴿فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾، وقد وجد ذلك فيمن صلّى فيها؛ لأن القبلة هي العرصة، أو هواؤها إلى عنان السّماء.. دون البناء.

وفي «الكفاية»: المصلّي في جوف البيت يستقبل أيّ جدار شاء، ويستقبل الباب وهو مسدود، وإن كان مفتوحاً والعتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرّحل.. جاز، ولو انهدمت الكعبة.. صحت صلاته خارج العرصة متوجّهاً إليها؛ كمن صلى على أبي قبيس والكعبة تحته، وإن صلّى فيها.. لم يجز إلّا أن يكون بين يديه شجرة، أو بقية حائط، والواقف على السّطح. كالواقف في العرصة، فلو وضع شيئاً بين يديه.. لا يكفيه، ولو غرز خشبةً.. فيه وجهان. انتهى.

فظهر منه أنه لو صلّى فيها متوجّهاً إلى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرّحل.. لا يجوز، على ما صرّح به في «العناية»، وهذا محمل ما في «الهداية»، حيث قال: إن الشافعي لم ير الصلاة في الكعبة، فرضها ونفلها، يعني: إنما لم يرها فيما إذا صلى في العرصة بعد الانهدام والعياذ بالله، ولم يكن بين يديه شجرة، أو بقية حائط، وفيما إذا صلّى فيها متوجهاً على الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل، وإلا.. فالشافعي يرى الصلاة في الكعبة فرضها ونفلها مثل أصحابنا، حتى قال صاحب «النهاية» أن ما في «الهداية»: من إسناد عدم الجواز إلى الشافعي سهو من صاحب «الهداية».

وَمَن جعلَ فِيهَا ظَهرَهُ إِلَى ظهرِ إِمَامِهِ.. جَازَ.

وَلَو إِلَى وَجهِهِ.. لَا يجوزُ.

وَكُرِهَ أَن يَجْعَلَ وَجهَهُ إِلَى وَجهِهِ.

وَلَو تحلَّقوا حولَهَا وَهُوَ فِيهَا.. جَازَ.

وَإِن كَانَ خَارِجَهَا.. جَازَتْ صَلَاةُ من هُوَ أقربُ إِلَيْهَا مِنْ إمامِهِ؛ إِن لم يكن فِي جَانِبِهِ.

وَتجوزُ الصَّلَاةُ فَوْقَهَا، وَتكرَهُ.

(ومن جعل فيها ظهره إلى ظهر إمامه.. جاز)؛ لأنه استقبل إلى الكعبة، ولا يتقدم على إمامه، ولا يعتقده على الخطأ، (ولو) جعل ظهره (إلى وجهه)، أي: وجه الإمام (.. لا يجوز)؛ لوجود المانع عن الاقتداء، وهو التقدم على إمامه.

(وكره أن يجعل وجهه إلى وجهه) أما جوازه، فلما ذكرناه من استقباله إلى القبلة بلا تقدم على إمامه، وأما الكراهة.. فلشبهه بعابد الصّورة بالمقابلة، فينبغي أن يجعل بينه وبين إمامه سترة.

(ولو تحلّقوا حولها وهو)؛ أي: الإمام (فيها)؛ أي: في الكعبة (.. جاز)؛ لوجود المقتضي وارتفاع الموانع.

(وإن كان) الإمام (خارجها.. جازت صلاة من هو أقرب إليها) - أي إلى الكعبة - (من إمامه إن لم يكن في جانبه)؛ لأنه لو كان في جانب إمامه، وكان أقرب إليها من إمامه.. لا يجوز؛ لتقدمه على إمامه.

(وتجوز الصلاة فوقها)، خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: لا يجوز [٢١٥/أ] فوقها إلّا أن يكون بين يديه سترة؛ بناء على أن المعتبر عنده: البناء، وعندنا: لا معتبر للبناء؛ لأنه قد ينقل كما وقع زمن الحجاج وقبله، بل المعتبر العرصة والهواء إلى عنان السّماء، وقد وجد ذلك.

(وتكره)؛ لترك التعظيم، وللنهي عنه على ما روي عن أبي هريرة.

* * *

كتاب الزكاة

(كِتَابُ الزَّكَاة)

هِيَ تمْلِيكُ جُزْءٍ مِنَ المَالِ، مُعَيَّنٍ شرعاً، مِن فَقِيرٍ، مُسلِمٍ، غيرِ هاشمِيٍّ وَلَا مَوْلَاهُ، ....

(كِتَابُ الزَّكَاة)

لما فرغ من العبادات البدنية شرع في بيان العبادات المالية تأسّياً بقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾.

وهي في **اللغة**: عبارة عن النماء، يقال: زكّا الزرع إذا نما.

وفي **الشريعة**: يطلق على أداء حق يجب للمال وعلى المال المؤدي؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾.

وأشار إلى المعنى الأوّل بقوله: (**هي تمليك جزء من المال معيّن**) صفة جزء (**شرعاً**) وهو: ربع العشر، وما يقوم مقامه.

وإنما اختار المعنى الأوّل دون الثاني؛ لأن الزكاة توصف بالوجوب، وهو: من صفات الأفعال دون الأعيان، وفيه إشارة إلى أنّ الإباحة لا تجزئه عن الزكاة.

وكذا تمليك المنفعة؛ كإسكان الفقير في داره سنة؛ لأن الإباحة ليست بتمليك، والمنفعة ليست بعين، وإنما صارت عيناً في باب الإجارة؛ لضرورة تصحيح عقد الإجارة، فلا تتعدى غيرها.

(**من فقير**) احترز به عن الغني، (**مسلم**) احترز به عن الكافر، (**غير هاشمي، ولا مولاه**) احترز به عن الهاشمي ومولاه؛ لأن دفع الزكاة إليهم مع العلم بهم لا يجوز، وفي جوازه عند عدم العلم بهم خلافٌ سيأتي في المصرف.

وعن أبي حنيفة: جواز الدفع إلى الهاشمي في هذا الزمان، وإنما لا يجوز في الزمان؛ الأول لصرف الخمس إليهم.

مَعَ قطعِ الْمَنْفَعَةِ عَن المُمَلِّكِ مِن كلِّ وَجهٍ، لله تَعَالَى.

بخلاف العبد والصبي والمجنون إذا كانوا عاقلين القبض بأن لا يرمي ما أخذه، فإن دفع الزكاة إليهم حينئذ جائز إن لم يكن المولى والأب غنياً؛ لأن الحرية والبلوغ والعقل ليس شرطاً في المصرف، على ما في «البحر».

وإذا كان هؤلاء غير عاقلين القبض.. يجوز الدفع إليهم أيضاً إن قبض لهم من كان أهلاً للقبض؛ كالمولى والأب والوصي، وإلا.. فلا يجوز الدفع إليهم، وسيأتي تفصيل هذه المسائل في باب المصرف إن شاء الله تعالى.

ولو دفع - إلى صبيين أقاربه في أيّام العيد عيديّاً، أو إلى من أسرّه بقدوم صديقه أو لخبر يسره، أو إلى من يهدي إليه الباكورة، أو إلى سحر خوان، أو إلى المعلم، أو إلى الخليفة الّذي في المكتب، وهو لم يستأجره شيء - شيئاً بنية الزكاة.. يجزىء عن الزكاة.

وفي الخليفة إن كان بحال لو لم يدفع إليه في الأحيان الدراهم لم يعمل في المكتب.. لا يجوز، كذا في «الخلاصة».

(**مع قطع المنفعة عن المملّك من كلّ وجه**) فلا يجوز الدفع إلى أصوله وإن علا، ولا إلى فروعه وإن سفل، ولا إلى زوجته ولا إلى زوجها، ولا إلى عبده ومدبره وأمّ ولده ومكاتبه.. علم بذلك أو لم يعلم، ومعتق البعض كالمكاتب عند أبي حنيفة، على ما في «الخلاصة»، وهذا: لأن المملك لا يخلو عن المنفعة في هذه الصّورة.

(**لله تعالى**) بيان لشرط آخر: وهو النية؛ لأنّها [٢١٥/ب] عبادة، والنية شرط فيها؛ لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيّات».

[مطلب: شرط وجوب الزكاة]

وَشرطُ وُجُوبِهَا: الْعقلُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْإِسْلَامُ، وَالْحريَّةُ، وَمِلكُ نِصَابٍ: حَولِيّ، فارغٍ عَنِ الدَّينِ وَحَاجتِهِ الْأَصْلِيَّةِ، ....

[مطلب: شرط وجوب الزكاة]

(**وشرط وجوبها**) أي: فرضيتها؛ لأنها ثابتة بمحكم الكتاب، وانعقد عليه الإجماع، فهو: **إمّا مجاز** عنها في العرف بعلاقة المشترك، من لزوم استحقاق العقاب بتركه، وإنما عدل عن الحقيقة بسبب أنّ بعض مقاديرها وكيفياتها تثبت بأخبار الآحاد، **وإمّا حقيقةٌ** على ما نقله في «فتح القدير» عن بعضهم: أن الواجب نوعان: قطعي وظني، فعلى هذا: يكون اسم الواجب من قبيل المشكّك [اسماً أعم]، وهو حقيقة في كلّ نوع.

(**العقل، والبلوغ**)؛ إذ لا تكليف بدونهما.

(**والإسلام**)؛ إذ لا تكليف بالفروع بدونه على الأصح.

(**والحرية**)؛ لأنها شرط الملكية.

(**وملك نصاب حوليّ**) لتحقق المقتضي، سواءً كان ملكه بسبب خبيث أو بسبب مبيح، ولذا قالوا: لو أن سلطاناً غصب مالاً وخلطه.. صار ملكاً له حتى وجبت عليه الزكاة وَوُرِثَ عنه، على قول أبي حنيفة: من أن خلط دراهمه بدراهم غيره استهلاك عنده، فيصير ملكاً له.

وأما على قولهما.. فلا يملكه بمجرّد خلطه ما لم يضمن، ولا يورث عنه؛ لأنه مال مشترك، فإنما يورث حصة الميّت منه، كذا في «فتح القدير».

(**فارغ عن الدين وحاجته الأصلية**)؛ ليرتفع المانع فليس في دار السكنى وثياب البدن وأثاث المنزل ودوابّ الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال وآلات المحترفين وكتب العلم.. زكاةٌ، وإن لم يكن أهلاً لاستعمال الكتب؛ لعدم النّماء؛

لأن من ملك كتباً يبلغ قيمتها نصاباً ولم يقدر استعمالها.. لا زكاة عليه منها ما لم تكن للتجارة، لكن لا يكون هذا الرجل مصرفاً للزكاة.

ولو كان أهلاً لاستعماله للتدريس أو لغيره.. يكون مصرفاً أيضا، كذا في «العناية».

وفصل في «الخلاصة» حيث قال: رجل له كتب العلم ما يساوي مائتي درهم، إن كانت مما يحتاج إليها في الحفظ والدراسة والتصحيح.. لا يكون نصاباً، وحلّ له أخذ الصدقة، فقهاً كان أو حديثاً أو أدباً؛ كثياب البذلة والمهنة والمصحف على هذا إن كان زائداً على قدر الحاجة.. لا يحّل له أخذ الصدقة.

وإن كان له نسختان من كتاب النكاح أو الطّلاق؛ إن كان كلاهما تصنيف مصنف واحد.. أحدهما يكون نصاباً. هو المختار.

وإن كان كلّ واحد من تصنيف مصنف آخر.. لا زكاة فيهما.

وفي «الأشباه»: الفقيه لا يكون غنياً بكتبه المحتاج إليها إلا في دين العباد، فيباع لقضاء الدين.

كذا في «المنظومة».

رجل اشترى جوالق[1] بعشرة آلاف درهم ليؤاجرها من الناس، فحال عليها الحول.. لا زكاة عليه، وإن كان من رأسه أن يبيعها أحداً.. لا عبرة له.

وكذا الجواب في إبل المكارين وحمرهم.

صبّاغ اشترى عصفراً أو زعفراناً ليصبغ ثياب الناس بالأجر، فحال الحول على ماله.. زكّى مع ماله.

ولو اشترى صابوناً أو حرضاً ليغسل بها ثياب الناس بالأجر.. لا زكاة فيه.

---

(١) الجوالق: الأكياس الكبيرة، وهو ما يسمى في عصرنا: (شوال) أو (كيس خيش)، وهي فارسية معرّبة.

نَامٍ وَلَو تَقْدِيراً، ملكاً تَامّاً.

اشترى دوابّ البيع واشترى لها جلاجل أو براقع؛ [٢١٦/أ] فإذ لم يرد بيع هذه الأشياء معها.. لا زكاة فيها، وإن أراد بيعها.. ففيها الزكاة.

(**نامٍ**) من النماء (**ولو تقديراً**).

واعلم: أن النماء على نوعين:

تحقيقي: وهو الزيادة في المال بالتوالد والتناسل والتجارات، **وتقديري**: وهو التمكن من الزّيادة في يده أو يد نائبه.

ومحلّه على قسمين: خلقيّ وفعليّ.

فالخلقي: الذهب والفضة؛ لأنهما يصلحان للانتفاع بأعيانهما لدفع الحوائج، فلا حاجة إلى الإعداد من العبد للتجارة بالنية؛ لأن تعيين المتعين لا يجوز.

والفعلي: العروض والمواشي، لا بد فيه من نية التجارة والإسامة المتصلة بفعلهما على ما سيأتي.

(**ملكاً تاماً**)؛ أي: يداً ورقبةً، فيخرج المكاتب لأنه ملكٌ يداً لا رقبة؛ لعدم كونه حرّاً، ويخرج أيضاً النصاب المعين من السائمة التي تزوجت عليه المرأة ولم تقبضه حتى حال عليه الحول؛ فإنه لا زكاة فيه عليها عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ لأن الملك وإن تحقق بذلك، لكنه غير كامل بالنظر إلى ما هو المقصود، وصيرورته نصاب الزكاة ينبني على تمام المقصود به لا على مجرّد الملك، ولذا لم يجب في الضِّمار.

ويخرج أيضاً: المشترى للتجارة إذا لم يقبض حتى حال عليه الحول.. لا زكاة فيه؛ إذ لم يستفد ملك التصرف، وكمال الملك: بكونه مطلقاً للتصرف.

ويخرج المال المشغول بالدين لذلك أيضاً؛ إذ صاحب الدين مستحق أخذه من غير قضاء ولا رضاء، وهذا يصيّره كالوديعة والمغصوب، بخلاف الموهوب له.. فإنه

فَلَا تجبُ على مَجْنُونٍ، ....

يجب عليه الزكاة في مال الهبة بعد الحول وإن تمكن الواهب من الرجوع؛ لأنه لا يتملكه إلا بقضاء أو برضاء، كذا في «فتح القدير».

فإن قيل: المفهوم من قوله: «كالوديعة والمغصوب»: أن الغاصب لا يملك المغصوب ملكاً تاماً، والمفهوم مما نقلناه سابقاً: أن سلطاناً غصب مالاً، وخلطه.. صار ملكاً له؛ كون الغاصب مالكاً للمغصوب ملكاً تاماً فتنافيا.

قلنا: بعد ملاحظة التقييد بقوله: «وخلطه» يندفع توّهم المنافاة.

(**فلا تجب على مجنون**) خلافاً للشافعي - رحمه الله - فإنه يقول: هي غرامة مالية، فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات؛ فإن نفقة زوجة المجنون تجب في ماله، فصار كالعُشر والخراج.. فإنهما يجبان في أرض المجنون، وكذا الحال في الصبي عنده؛ فإن نفقة زوجته واجبة في ماله، والعشر والخراج واجبان في أرضه، فكذا الزكاة في ماله.. فيخاطب وليهما بدفعهما عن مالهما، وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما والجامع: كونها غرامة مالية.

قلنا: لا نسلم أن كونها غرامة مالية تمام المناط؛ فإنه منقوض بالذمي حيث لا يؤخذ من ماله الزكاة، فلو كان وجوبها بمجرد كونها غرامة مالية.. لصح أداؤها منه بدون الإسلام، بل وأجبر عليه كما يجبر على دفع نفقة زوجته، وحين لم يكن كذلك.. عُلِمَ أنه اعتُبِر فيها وصفٌ آخر لا يصح مع عدمه - وهو: وصف العبادة الزائل مع الكفر - وهذا الوصف لا يتأدى بلا قصد واختيار صحيح، وليس للمجنون والصبي ذلك؛ لأن ذلك لا يكون إلا بالعقل والرأي الكامل، ولم يوجد في المجنون والصبي، وأداء وليهما عنهما [٢١٦/ب] نيابة لا يكفي؛ لأن المقصود من إيجاب العبادات المحضة إيجاد نفس الفعل ابتلاء؛ ليظهر العاصي من المطيع، وهذا لا يتحقق إلا عن اختيار صحيح عن المكلف لا عن النائب؛ فإن اختيار النائب ليس اختيار المنيب، فلا يظهر بفعله طاعة عليه، إلا إذا كان استنابة عن اختيار صحيح، ولا يكون ذلك إلا من عاقل بالغ، بخلاف نحو العشر والخراج والنفقات وضمان

المتلفات؛ فإن المقصود منها: وصول المال إلى محلّ معيّن لا حصول الفعل، فيجوز تحصيله بالنائب.

فإن قيل: إن الصّلاة والصّوم والإيمان صحيح من الصبي اتفاقاً؛ فإن كان بالاختيار.. فلتصح الزكاة أيضاً، وإن كان لا عن اختيار.. انتقض قولكم، وكلّ ما هو عبادة: لا يتأدّى بدون الاختيار.

قلنا: إنها كانت بالاختيار.

قوله: «فلتصح الزكاة أيضا».

قلنا: إنه غير متصوَّر؛ لأن ذلك اختيار لا يستلزم ضرراً أصلاً، بخلاف الزكاة؛ **لأنا لو قلنا:** إنها واجبة عليه.. يستلزم الضررين: تنقيص المال، والوجوب عليه على الذمة، **ولو قلنا:** إنها جائزة.. يستلزم ضرراً واحداً: تنقيص المال، فلا وجوب ولا جواز ولا زكاة عليه، بخلاف العشر والخراج ونفقة الزوجة؛ فإن الخراج ليس فيها معنى العبادة، والعشر والنفقة قاصرة: فيها معنى العبادة، بل كل منهما مؤنة مالية محضة يحتاج إليها للبقاء.

أما النفقة: فظاهر.

وأما العشر والخراج: فإنهما سببان لبقاء الأراضي في أيدي الملاك؛ فإن بدعاء الفقراء وبمحاربة الغزاة تندفع سورة الكفر وتبقى الأراضي في أيديهم، وهو سبب لبقاء أنفسهم، بخلاف الزكاة: فإنها عبادة محضة فلا قياس بينهما.

ثم الجنون على نوعين:

أصلّي: وهو المتصل بزمن الصّبا بأن جن قبل البلوغ فبلغ مجنوناً.

وعارضي: بأن بلغ عاقلاً، ثم جنّ.

والعارضي على نوعين: طويل وقصير.

والطويل: يلحق بالصّبا، فيسقط معه أصل الوجوب، **والقصير:** يلحق بالنوم، فلا يسقط معه أصل الوجوب، فيلزمه القضاء بعد الإفاقة كما في النوم بعد الاستيقاظ.

فالطويل: ما يستوعب الحول في الزكاة والشهر في الصّوم، والقصير: دونه.

فلو أفاق في جزء من الشهر وجن في باقيه.. لزمه قضاء كلّه، وفي جزء من السّنة.. لزمه زكاة تلك السنة؛ لعدم استيعاب وقتهما، فلا يكون طويلاً.

وروى هشام عن أبي يوسف: أن امتداد الجنون بوجوده في أكثر السنة؛ لأن للأكثر حكم الكل ونصف السنة ملحق بالأقل.

ثم إن محمداً لم يفرق بين الجنون الأصلي والعارضي في الحكم المذكور، وهو الظاهر من الرواية، واختاره في «الهداية».

فلو أفاق في بعض السنة.. وجب الزكاة؛ سواء كان الجنون أصلياً أو عارضياً، وكذا على قول أبي يوسف؛ لأن المعتبر عنده الإفاقة في أكثر السنة من غير نظر إلى الأصلي والعارضي، على ما في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: وخصّ أبو يوسف الحكم المذكور بالعارضي؛ لأنه الملحق بالعوارض، أما الأصلي: فحكمه حكم الصّبا عنده، فيسقط الموجود [٢١٧/أ] وإن قل. انتهى.

فظهر منه روايتان لأبي يوسف.

وعن أبي حنيفة: أنه يعتبر ابتداء الحول في الأصلي من وقت الإفاقة، كما يُعتبر ابتداؤه من وقت البلوغ؛ فرقاً بين الأصلي والعارضي، على خلاف ظاهر الرّواية.

فعلى هذه الرّواية: يجب بعد الإفاقة ما بقي من الصّوم لا ما مضى من الشهر، ولا يجب ما مضى من الصّلاة ممّا هو أقلّ من يوم وليلة بعد البلوغ.

عن محمّد: الجنون مطلق عارضي؛ لأن الأصل في الجبلة السّلامة، والحكم في العارضي: أن يمنع الوجوب إذا امتد وإلا.. فلا.

وَلَا مكَاتَبٍ، وَلَا صبيٍّ، وَلَا مَديونٍ.........................

(ولا) على **(مكاتب)**؛ لعدم الملك التام لوجود المنافي وهو: الرق، ولهذا لم يكن من أهل أن يعتق عبده، وعلّله بعض مشايخنا: بأن المكاتب مصرف الزكاة بالنص، فلا تجب عليه.

وردّه في «فتح القدير»: بأنه لا منافاة في العقل: بين إيجاب الصّدقة على من جوز له أخذها، ولا في الشرع: أيضاً: كابن السّبيل، وكذا المدبر وأمّ الولد؛ لعدم الملك فيهما أصلاً، وكذا المستسعى؛ لعدم الملك فيه عند أبي حنيفة كالمكاتب.

وعندهما: أن المستسعى: حرّ مديون؛ فإن ملك بعد قضاء سعايته ما يبلغ نصاباً.. يجب الزكاة، وإلا.. فلا.

وأمّا العبد المأذون له: فإن كان يملكه.. فهو مشغول بالدّين، وإن كان يفضل عن دينه قدر نصاب.. فعلى المولى زكاته، وكذا إن فضل أقلّ وعند المولى مال آخر.. ضمّه إليه وزكّى الجميع.

(ولا) على **(صبي)**؛ لعدم القصد والاختيار الصحيح عنه، وهو المناط في العبادات المحضة، وفيه خلاف الشافعي، وقد ذكرناه مع الردّ عليه في المجنون، ولا نقض بصحة الصّوم والصّلاة من الصّبي على ما ذكرناه.

(ولا) على **(مديون)** بدين مؤجّل أو معجّل، خلافاً للشافعي فإنه يقول: تجب عليه لتحقق السّبب، وهو: ملك نصاب تام، قلنا: إن المقتضي وإن تحقق، **لكن المانع** - أعني: الشغل بالدّين - **لم يرتفع، والشرط** - أعني: الفراغ عن الشغل بالدّين - **لم يوجد.**

فإن قيل: هذا من قبيل تخصيص العلّة.

قلنا: الخصم مجوّز له، ولنا: مخلص معروف في الأصول، وبذلك الشغل اعتبر معدوماً؛ كالماء المستحق بالعطش وثياب البذلة؛ فإنه يجوز له التيمم مع ذلك الماء، ولم تجب الزكاة وإن بلغت ثياب البذلة نصاباً.

مطَالَبٍ منَ الْعبادِ.........................

ثم إذا سقط عنه الدّين بالإبراء.. اعتبر ابتداء الحول من حين سقوطه.

وعند محمد: تجب عند تمام الحول الأوّل؛ لأن الدين يمنع الوجوب للمطالبة، وبالإبراء تبين أنه لا مطالبة، فصار كأنه لم يكن.

وقال أبو يوسف: الحول لم ينعقد على نصاب المديون؛ فإنه مستحق لحاجته، فهو كالمعدوم، فاعتبر من حين سقوطه.

(مطالب من العباد) حتّى لا يمنع دين النذر والكفارة وصدقة الفطر والحج وهدي التمتع والأضحيّة؛ إذ لا مُطالِبَ لها من جهة العباد.

وكذا لو التقط وعرّفها سنة ثم تصدق بها.. فإنه تجب عليه زكاة ماله؛ لأن الدين ليس متيقناً؛ لاحتمال إجازة صاحب المال الصّدقة، كذا في «فتح القدير».

بخلاف دين القرض والثمن والأجرة والعشر [٢١٧/ب] والخراج وضمان المتلف وأرش الجراحة ونفقة الزوجة والمَحْرَمِ التي فرضت عليه بالقضاء أو بالرّضاء.. فإنها تمنع الزكاة لوجود المطالب فيها من جهة العباد.

وكذا دين المهر المعجّل من النقود أو من غيرها يمنع؛ لكونه مطالباً من جهة المرأة.

واختلف في دين المهر المؤجّل.

قيل: لا يمنعها؛ لأنه غير مطالب به عادةً.

وقيل: إن كان الزوج على عزم الأداء.. منع، وإلا.. فلا؛ لأنه لا يعد ديناً، كذا في «البحر».

وجزم في «الخلاصة» بالثاني.

وكذا دين الغصب يمنعها؛ لوجود المطالبة له من جهة العباد، ويدلّ عليه ما في «قاضي خان»: رجل له ألف درهم، فاغتصب من رجل ألفاً، واغتصب منه رجل آخر هذا الألف، وللغاصب الثاني أيضاً له ألف درهم، فاستهلك الثاني الغصب، وحال

الحول على مال الغاصبين، ثم أبرأهما المغصوب منه.. كان على الغاصب الأوّل زكاة ألفه ولا زكاة على الغاصب الثاني؛ لأن الأوّل إن ضمن الغصب للمغصوب منه.. كان له أن يرجع على الغاصب الثاني، فلم يكن ماله مشغولاً بالدين.

أما الثاني: إن ضمن الغصب.. فليس له أن يرجع بذلك على أحد، فصار ماله مشغولاً بالدّين قبل الإبراء، فلا يكون سبباً للزكاة. انتهى.

وكذا دين الزكاة يمنعها حال بقاء النصاب وبعد الاستهلاك؛ لأن الإمام يطالبه بنفسه: في السوائم، ونوّابه: - أعني: الملاك - في أموال التجارة؛ فإن الإمام كان يأخذ الزكاة بنفسه إلى زمن عثمان رضي الله عنه، ثم هو فوّضها إلى أربابها في الأموال الباطنة قطعاً لطمع الظلمة فيها، فكان ذلك توكيلاً منه لأربابها.

صورة منعها حال بقاء النصاب: له نصاب دراهم مثلاً، حال عليه حولان، ولم يزكه فيهما.. لا زكاة عليه في الحول الثاني؛ لأن خمسة منه مشغولة بدين الحول الأول، فلم يكن الفاضل في الحول الثاني عن الدين نصاباً.

ولو كان له خمس وعشرون من الإبل لم يزكها حولين.. كان عليه في الحول الأول: بنت مخاض، والحول الثاني: أربع شياه.

وصورة منعها بعد الاستهلاك: له نصاب حال عليه الحول فلم يزكه، ثم استهلكه، ثم استفاد غيره وحال على النصاب المستفاد الحول.. لا زكاة فيه؛ لاشتغال خمسة منه بدين المستهلك، بخلاف ما لو كان الأول ملك.. فإنه يجب في المستفاد؛ لسقوط زكاة الأوّل بالهلاك.

ومن فروعه: أنه إذا باع نصاب السائمة قبل الحول بيوم سائمة مثلها، أو من جنس آخر أو بدراهم يريد به الفرار من الصدقة، أو لا يريد.. لم تجب الزكاة عليه في البدل - لاشتغال بعضه على دين الأول - إلا بحول جديد، أو يكون له ما يضمه

فِي قَدرِ دَينِهِ، وَلَا فِي مَالِ ضِمارٍ، وَهُوَ:

الْمَفْقُودُ، والساقطُ فِي الْبَحْرِ، وَالْمَغْصُوبُ لَا بَيِّنَةَ عَلَيْهِ، ومدفونٌ فِي بَرِيَّةٍ نَسيَ مَكَانَهُ، وَمَا أُخِذَ مصادرةً،

إليه في صورة الدراهم، وهذا بناء على أن استبدال السائمة بغيرها مطلقاً استهلاك، كذا في «فتح القدير».

(**في قدر دينه**)، حتى لو أحاط دينه بماله.. لا زكاة عليه أصلاً، وإن كان ماله أكثر من دينه.. زكّى الفاضل لو بلغ نصاباً بالفراغة عن حاجته الأصلّية.

(**ولا في مال ضمار**) وهو **في اللّغة**: الغائب الذي [٢١٨/أ] لا يرجى، فإذا رجي.. فليس بضمار.

وفي **الشرع**: ما يكون عينه قائماً ولا ينتفع به؛ لأن المفقود وغيره ممّا ذكره المصنف كذلك.

وقال زفر والشافعي: تجب الزكاة في مال الضمار لتحقق سببه، وهو: ملك نصاب تامّ، وفوات اليد غير مخلٍ بالوجوب، كمال ابن السبيل.

ولنا: قول علي رضي الله عنه: «لا زكاة في مال الضمار»، والموقوف في مثله حكمه الرّفع، ولا نسلم تحقق السبب فيه، وهو: المال النامي تحقيقاً أو تقديراً، ولا نماء إلا بالقدرة على التصرف، ولا قدرة عليه في مال الضمار أصلاً، وابن السبيل يقدر عليه بنائبه.

(**وهو: المفقود والساقط في البحر، والمغصوب لا بينة عليه**)، بخلاف ما لو كانت عليه بينة.. فإنه تجب عليه الزكاة، إلا في غصب السّائمة، وإن كان الغاصب مقراً، على ما في «البحر» عن «الخانيّة».

(**ومدفون في برّية نسي مكانه**)، بخلاف ما دفن في البيت، على ما سيأتي.

(**وما أخذ مصادرة**) من قبل السّلطان.

وهل يسقط عن صاحب المال زكاة أمواله إذا نواها عند الدفع؟.

وَدينٌ كَانَ قد جُحِدَ وَلَا بَيّنَةَ عَلَيْهِ.

ففي «الخلاصة»: السّلطان الجائر إذا أخذ مالاً بطريق المصادرة، فنوى صاحب المال عند الدّفع.. الزكاة اختلفوا فيه:

والصّحيح: أنه يسقط عنه الزكاة، كذا قاله الإمام السرخسي، كذا في «قاضي خان».

وقال في «العناية»: تسقط عنه الزكاة إذا نوى عند الدفع؛ لأنهم بما عليهم من الحقوق فقراء، فيصح مصرفاً.

(ودين قد جحد ولا بينة عليه)، قال في «الهداية»: ومن له على آخر دين فجحده سنين، ثم قامت به بينة.. لم يزكّها لما مضى. معناه: صارت له بينة بأن أقر عند النّاس. انتهى.

وهو يفيد أنه لم تكن له بينة في الأصل، ثم قامت له به بينة بإقراره عند الناس.. فإنه لا تجب عليه زكاة ما مضى من السّنين بهذه النية وعدّ في «الهداية »: العبد الآبق من مال الضمار.

وفي «فتح القدير»: ومن جملة مال الضمار أيضاً: المال الذي ذهب به العدو إلى دار الحرب، والمودع عند من لا يعرف؛ إذا نسي شخصه سنين ثم تذكره بخلاف ما إذا أودعه عند بعض معارفه فنسي، ثم تذكر الإيداع.. زكاه لما مضى؛ فإنه ليس بضمار.

ويمكن أن يكون منه الألف التي دفعها إلى المرأة مهراً، وحال عليها الحول وهي عندنا، ثم علم أنها أمة تزوّجت بغير إذن مولاها، وردت الألف عليه.

والدية التّي قضي بها في حلق لحية إنسان، ودفعت إليه فحال عليها الحول عنده، ثم نبتت وردت الدية إليه.

والمال الذي أقرّ به لشخص ودفعه إليه فحال عليه عنده، ثم تصادقا على أن لا دين فردّ.

والمال الذي وهب وسلّم، ثم رجع فيه بعد الحول.. لا زكاة في هذه الصّور على أحد؛ لأنه كان غائباً غير مرجو القدرة على الانتفاع به. انتهى.

وفي «الخلاصة»: رجل وهب من رجل ديناً له على رجل ووكله بقبضه، فلم يقبضه حتى وجبت فيه الزكاة بحَوَلانِ الحول، ثم قبضه الموهوب له.. لا زكاة على الموهوب له، وإنما تجب على الواهب، ولو قبضه الموهوب له وحال عليه الحول.. وجبت الزكاة، ولو رجع الواهب في الهبة..[٢١٨/ب] تسقط منه الزكّاة.

وأمّا زكاة الأجرة المعجّلة عن سنين في الإجارة الطّويلة الّتي يفعلها بعض الناس عقوداً ويشترطون الخيار ثلاثة أيام في رأس كل شهر.. فتجب على الآجر؛ لأنه ملكها بالقبض، وعند الانفساخ: لا يجب عليه ردّ عين المقبوض، بل قدره، فكان كدين لحقه بعد الحول؛ فإنه لا يسقط الزكاة اتفاقاً، على ما في «البحر» عن «الخانية».

وأما الدَّين المعترض في أثناء الحول.. ففيه خلاف: فقال محمّد: إنه يمنع وجوب الزكاة بمنزلة هلاكه.

وقال أبو يوسف: لا يمنعه بمنزلة نقصانه.

وقال الإمام الزاهد محمد بن البزدوي، ومجد الأئمة السّرخسي: زكاة الأجرة المعجّلة في الإجارة الطويلة على المستأجر أيضاً؛ لأنّ الناس يعدّون مال هذه الإجارة ديناً على الآجر.

وفي بيع الوفاء تجب زكاة الثمن على البائع، وعلى قول الإمام الزّاهد والسّرخسي.. تجب على المشتري أيضاً.

وفي «الخلاصة» و«فتح القدير» عن السيد أبي الشجاع: عدم الوجوب على المستأجر، وقال في «الخلاصة»: الاحتياط يزكي كل منهما.

وفي «قاضي خان»: استشكل قول السّرخسي بأنّه: لو اعتبر ديناً عند الناس، وهو اعتبار معتبر شرعاً.. ينبغي أن لا يجب على الآجر والبائع؛ لأنه مشغول بالدّين، ولا على المستأجر والمشتري أيضاً؛ لأنه وإن اعتبر ديناً لهما.. فليس بمنتفع به؛ لأنه لا يمكنه المطالبة قبل الفسخ، ولا يملكه حقيقةً، فكان بمنزلة الدّين على الجاحد بلا بينة. انتهى.

يعني: فيكون في معنى الضمار.

وفي «الكافي»: لو استأجر داراً عشر سنين بألف، وعجلها إلى المؤخر، ثم لم يقبض الدار حتى انقضت العشر سنين، ولا مال لهما سوى الألف.. كان على المؤجر في السنة الأولى: زكاة تسع مئة؛ لظهور الدين بمئة؛ بسبب انفساخ الإجارة في حق تلك السّنة، وفي السنة الثانية: في ثمان مائة إلا قدر ما وجب من الزكاة في السّنة، وهو اثنان وعشرون ونصف، وهكذا في كلّ سنة ينقص عنه زكاة مائة وقدر ما وجب... إلى أن يصير الباقي خالصاً من دين الانفساخ أقل من مائتين.

وأما المستأجر: فإنما يجب عليه في السنة الثالثة زكاة ثلاث مئة؛ لأنه ملك ديناً على المؤجر في السنة الأولى مائة، وفي الثانية: مائتين لم يحل حولها، وفي الثالثة: حال حول المائتين، واستفاد مائة في آخر الحول فيضمها إلى النصاب، ثم تزيد زكاته في سنة مائة للانفساخ؛ إذ به يملك مائة ديناً.. فعليه في الرابعة زكاة أربع مائة، وهلّم جراً إلى العاشرة، فعليه زكاة الألف فيها.

ولو كانت المسألة على القلب، أعني: قبض المستأجر الدار ولم يعجّل الأجرة.. فالمؤجر هنا؛ كالمستأجر والمستأجر كالمؤجر.

فعلى المستأجر: أن يزكي للسنة الأولى تسعمائة، وللثانية ثمان مئة، فتنقضي في كل سنة مائة إلّا زكاة ما مضى؛ لأن الملك في الأجرة يثبت ساعة فساعة.

بِخِلَافِ: دَينٍ على مُقرٍّ مليٍّ، أَو مُعسِرٍ، أَو مُفلِسٍ، أَو جَاحدٍ عَلَيْهِ بَيّنَةٌ، أَو عَلِمَ بِهِ قاضٍ، خلافاً لمُحَمد فِي الْمُفلِس.

والمؤجر يزكي في السنة الثالثة: ثلاث مئة، وفي الرابعة: أربع مئة إلّا قدر زكاة ما مضى [٢١٩/أ] ولو كانا تقايضا في الأجرة والدّار، فظاهر أنه لا زكاة على المستأجر؛ لزوال ملكه بالتعجيل، ولم تُعَدَّ لعدم الانفساخ، كذا في «فتح القدير».

(**بخلاف دين على مقرٍّ ملي**)، أي: غني مقتدر، (**أو معسر**)؛ فإنه تجب الزكاة فيهما لإمكان الوصول إليه ابتداءً في الأول، وبواسطة التحصيل في الثانية، (**أو**) على (**مفلس**)؛ لأن تفليس القاضي لا يصح عند أبي حنيفة بعد أن كان المفلس مقراً بالدّين.

وقال محمّد: لا تجب فيما على المفلس، على ما سيصرح به.

(**أو**) على (**جاحد عليه بينة أو علم به قاض**)؛ فإنه تجب عليه زكاة ما مضى في هذه الدّيون بعد القبض؛ لأنه لا يعد تاوياً[1] لإمكان الوصول إليه ابتداء، أو بالتحصيل، أو بالبيّنة، لكن فيه ما سيأتي من التفصيل.

(**خلافاً لمحمّد في المفلّس**) بالتشديد؛ إذ لا خلاف بينهم في المفلس بالتخفيف وهو المعسر، وهو يقول: أن بالتفليس يتحقق الإفلاس أيضاً، وأبو يوسف مع محمّد في تحقق الإفلاس، ومع أبي حنيفة في حكم الزكاة رعاية للفقراء.

وروي عن محمد أيضاً: خلاف في جاحد عليه بيّنة حيث قال: لا يلزمه الزكاة لما مضى، وإن كان يعلم أنّ له بيّنة؛ إذ ليس كلّ شاهد يعدل ولا كلّ قاضي يعدل.

وفي المحاباة بين يدي القاضي للخصومة ذلّ، والبينة بدون القضاء لا تكون موجبة، بخلاف الإقرار؛ لأنه يوجب الحق بنفسه، وبخلاف ما إذا كان الدين معلوماً للقاضي؛ لأنّ صاحب الدّين هناك.. لا يحتاج إلى الخصومة؛ لأنّ القاضي يلزمه بعلمه.

---

(١) **تودياً**: هالكاً؛ من: (توى المال) إذا ذهب وهلك «التاج».

وَبِخِلَاف مَا دُفِنَ فِي الْبَيْتِ، وَنُسيَ مَكَانُهُ.

وَفِي المدفونِ فِي الأَرْضِ أَو الْكَرمِ اخْتِلَافٌ.

ويُزكَّى الدّينُ عِنْدَ قَبْضِهِ؛ فنحوُ:

بدلِ مَالِ التِّجَارَةِ: عِنْدَ قبضِ أَرْبَعِينَ.

وَبدلِ مَا لَيْسَ كَذَلِك: ....

(**وبخلاف ما دفن في البيت ونسي مكانه**)؛ فإن فيه زكاة لما مضى؛ لإمكان الوصول إليه بالحفر، والمراد بالبيت: المكان المحرز؛ سواء كان بيته، أو بيت غيره.

(**وفي المدفون في الأرض**) المملوكة، (**أو**) في (**الكرم**) المملوك: (**اختلاف**):

قيل: تجب فيه الزكاة لما مضى؛ لإمكان الوصول إليه بحفر جميع الأرض.

وقيل: لا تجب؛ لأن حفر جميعها متعذر، أو متعسّر والحرج مدفوع.

ولما ذكر زكاة الدين.. أراد أن يذكر وقت تزكيته فقال: (**ويزكي الدّين عند قبضه**).

واعلم: أن هذا غير جار على إطلاقه، بل فيه تفصيل بحسب أنواع الدّين عند أبي حنيفة، وأنواعه ثلاثة: قوّي، وضعيف، ومتوسّط.

فأشار إلى القوي بقوله: (**فنحو بدل مال التجارة**)، ويدخل فيه بدل القرض، وأجرة مال التجارة؛ كما لو أجر عبده، أو داره بنصاب وكانا للتجارة؛ لأن أجرة مال التجارة؛ كثمن مال التجارة في صحيح الرواية، على ما في «فتح القدير».

وإن لم يكونا للتجارة.. لا تجب الزكاة ما لم يحل الحول بعد القبض، فيدخل في الدين الضعيف (.. **عند قبض أربعين**)، أي تجب عند حولان الحول، ويتراخى الأداء إلى أن يقبض أربعين، ففيها درهم، وفيما إذا زاد عليها بحسابه، على ما في «فتح القدير».

وأشار إلى المتوسّط بقوله: (**وبدل ما ليس كذلك**)، أي: ليس للتجارة؛ كثمن

عِنْد قَبضِ نِصَابٍ.

وَبدلِ مَا لَيْسَ بِمَال: عَنَدَ قبضِ نِصَابٍ وحَوَلانِ حولٍ.

وَقَالا: يُزكِّي مَا قَبَضَ مِنْهُ مُطلقاً؛ إِلَّا الدِّيَةَ، وَالْأَرْشَ.

وَبدلِ الْكِتَابَةِ: فَعِنْدَ قبضِ نِصَابٍ، وحَوَلانِ حولٍ.

ثياب البذلة وأساس المنزل، وعبد الخدمة، ودار السُكنى؛ وكما إذا أعتق أحد الشريكين عبداً مشتركاً، واختار المولى تضمين العتق؛ فإنّ حكمه حكم الدين الوسط على الصحيح، سواءً كان العبد للتجارة، أو للخدمة [٢١٩/ب] (.. **عند قبض نصاب**)، ويعتبر لما مضى من الحول في صحيح الرواية.

وأشار إلى الضعيف بقوله: (**وبدل ما ليس بمال**)؛ كالمهر، والوصيّة، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد، والدية، وبدل الكتابة والسعاية، والدين الموروث على رجل في رواية، وفي رواية أخرى: أنه مثل الوسط. (.. **عند قبض نصاب وحولان حول**) بعد القبض، وقد ذكرنا أن من هذا القبيل أجرة ما ليس للتجارة؛ كأجرة عبد ليس للتجارة، وهذا كله عند الإمام.

(**وقالا: يزكي ما**)؛ أي: دين (**قبض منه مطلقاً**)؛ أي: قوياً، أو ضعيفاً، أو متوسّطاً؛ لأن الدين كلّه سواء عندهما، تجب فيها قبل القبض، وكلّما قبض.. زكّاه قلّ ما قبض أو كثر.

(**إلّا**) دين (**الدية والأرش وبدل الكتابة؛ فعند قبض نصاب وحولان حول**)؛ لأنها ليست بدين على الحقيقة، حتى لا تصح الكفالة ببدل الكتابة، وكذا السّعاية، ولا يؤخذ من تركة من مات من العاقلة الدية؛ لأن وجوبها بطريق الصّلة هذا.

واعلم: أنه وهب الدين من المديون بعد الحول ينوي به الزكاة إن كان المديون غنياً.. لا يجوز، ويضمن الواهب قدر الزكاة استحساناً، وإن كان المديون فقيراً فوهب الدين، ينوي به زكاة مال عين عند الواهب.. لا يسقط عنه زكاة ذلك المال؛

[مطلب: شِرط أَدَاءِ الزَّكَاة]

وَشرطُ أَدَائِهَا: نِيَّةٌ مُقَارِنَةٌ لِلْأَدَاءِ ....

لأن الدّين لا ينوب عن العين، وكذا لو نوى زكاة دين آخر على غيره؛ لاحتمال أن يكون ذلك الدين عيناً من المستقبل.

ولو وهب جميع الدين من المديون بنية الزكاة عن الدين.. يكون مؤدياً وتسقط عنه الزكاة.

وكذا لو وهب كل الدّين من المديون ولم ينو به الزكاة، كما لو كان النصاب عيناً فتصدق بالنصاب على الفقراء ولم ينو شيئاً.. كان مؤدياً.

ولو وهب من المديون خمسه من الدين ينوي به زكاة المائتين.. لا يجوز عن المائتين قياساً واستحساناً، وهل تسقط عنه زكاة الخمسة وهي ثمن درهم؟ وفي الاستحسان: تسقط.

وإن وهب خمسه من المائتين، ولم ينو شيئاً.. قال أبو يوسف: لا تسقط عنه زكاة الخمسة.

وكذا لو وهب من المديون مائة وخمسة وتسعين وبقي عليه خمسة.. لا يسقط عنه شيء من الزكاة عند أبي يوسف.

ولو وهب منه مائة وستة وتسعين.. يسقط عنه من الزكاة درهم، ويؤدي أربعة، وعن محمّد تسقط عنه زكاة ما وهب؛ إن وهب خمسة.. تسقط عنه زكاة الخمسة وهي: ثمن درهم، وإن وهب مائة.. تسقط عنه زكاة المائة، وإن وهب الكلّ ولم ينو شيئاً، أو نوى التطوع.. سقط عنه زكاة الكل كذا في «الخلاصة».

[مطلب: شَرط أَدَاءِ الزَّكَاة]

ولما بيّن شرط وجوبها.. أراد أن يبيّن شرط أدائها وهو: النية، وقد أشار إليه سابقاً، بقوله: «لله تعالى»، إلا أنها لا معتبر بها، إلا إذا قارنت العمل، فقال: (**وشرط أدائها: نية مقارنة للأداء**)، **إما حقيقةً**: وهو ظاهر، **أو حكماً** كما إذا دفع بلا نية، ثم

حضرته النية عن الزكاة والمال قائم في يد الفقير.. فإنه يجزئه، بخلاف ما إذا نوى عنها بعد هلاكه.. فإنه لا يجزئه عنها؛ [٢٢٠/أ] وكما إذا وكّل رجلاً بدفع زكاة ماله، ونوى المالك عند الدّفع إلى الوكيل، فدفع الوكيل بلا نية.. فإنه يجزئه؛ لأن المعتبر نية الآمر؛ لأنه المؤدّي حقيقةً سواءً كان الوكيل مسلماً أو ذمّياً، حتى لو دفعها على ذميّ ليدفعها إلى الفقير.. جاز؛ لوجود النية من الآمر.

ولو أعطى رجلا دراهم ليتصدق بها تطوّعاً، أو قال له: تصدق بها عن كفارة أيماني فلم يتصدق بها بعد، حتى نوى الموكل أن يكون من زكاة ماله ولم يقل شيئاً، ثم تصدق الوكيل بها.. جاز عن زكاته؛ لوجود النية من الآمر، كذا في «الخلاصة».

ولو أدّى زكاة غيره بغير أمره فبلغه، فأجاز.. لم يجز؛ لأنها وجدت نفاذاً على المتصدق؛ لأنه ملكه ولم يكن نائباً عن غيره، ولو تصدق عنه بأمره.. جاز، ويرجع بما دفع عند أبي يوسف؛ وإن لم يشترط الرجوع؛ كالآمر بقضاء الدين، وعند محمّد: لا يرجع ما لم يشترط الرجوع.

وكذا لو قال لآخر: أنفق على عيالي، أو: أنفق في بناء داري وليس بينهما خلطة، ولم يذكر الرجوع، فأنفق المأمور.. قال الإمام السّرخسي: يرجع على الآمر، وقال الإمام خواهرزاده: لا يرجع بغير شرط الرجوع.

وفي الجبايات والمؤن المالية إذا أمر غيره بأدائها عنه، قال الإمام البزدوي: يرجع المأمور على الآمر بغير شرط الرجل.

إذا أخذه السّلطان ليصادره، فقال لرجل: خلّصني، أو الأسير في يد الكافر إذا قال لغيره ذلك، فدفع المأمور مالاً وخلصه، اختلفوا فيه:

قال بعضهم: لا يرجع المأمور على الآمر في المسألتين بدون شرط الرّجوع.

وقال بعضهم في الأسير: يرجع، وفي مصادرة السّلطان: لا يرجع.

وقال الإمام السرخسي: يرجع فيها؛ كما في المديون إذا أمر الآخر أن يقضي دينه، كذا في «الخلاصة».

أَو لِعَزلِ الْمِقْدَارِ الْوَاجِبِ.

وَلَو تصدَّقَ بِالْكُلِّ وَلم يَنوِها.. سَقَطت،.........................

وللوكيل بأداء الزكاة أن يدفعها إلى ولده الكبير أو الصّغير أو امرأته لو كانوا محاويج، ولا يمسك لنفسه شيئاً.

(أو) مقارنةً **(لعزل المقدار الواجب)**؛ دفعاً للحرج اللازم باستحضار النية عند كلّ دفع لكل شخص، فصار كتقديم النية في الصّوم، والعزل فعل اختياريّ يصح اقتران النية به، بخلاف ما إذا نوى أداء الزكاة ولم يعزل شيئاً، فجعل يتصدق شيئاً فشيئاً على آخر السنة، ولم يحضره النية.. فإنه لم يجز عن الزكاة؛ لعدم اقترانها للأداء أو للعزل، إلا زكاة ما تصدّق به، وهذا ما قال في «الخلاصة».

قال هشام: سألت محمّداً عن رجل قال: ما تصدقت به إلى آخر السنة قد نويت عن الزكاة، ثم جعل يتصدق ولا يحضره نية؟ قال: لا يجزئه، قلت: فإن إخرج الدراهم مع صرّتها في كمّه، وقال: هذه من الزكاة، فجعل يتصدق ولا يحضره النية، قال أرجو أن يجزئه. انتهى.

(ولو تصدّق بالكلّ)، أي: بكل ماله **(ولم ينوها)**؛ أي: غير ناوٍ للزكاة بأن لم يحضره النية أصلاً، أو نوى النفل لأن نية النفل لا تمنع سقوط الفرض، بخلاف النية بها واجباً آخر من نذر، أو غيره.. فإنها تمنع سقوط فرض الزكاة، على ما في «فتح القدير».

(.. سقطت) [٢٢٠/ب] والقياس - وهو قول زفر -: أن لا تسقط؛ لأنّ النفل والفرض مشروعان، فلا بد من التعيين؛ كما في الصّلاة.

وجه الاستحسان: أن الواجب وهو ربع العشر جزء من الكلّ فكان متعيناً فيه، فلا حاجة إلى التّعيين؛ كمن عليه حجة الإسلام وأطلق نية الحج.. فإنه يصير حاجّاً عن الفرض بلا تعيين النية.

وَلَو بِالْبَعْضِ.. لَا تَسقطُ حِصَّتُهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

اعترض عليه: بأن الواجب؛ إمّا متعيّن بتعيين المؤدّي، أو بتعيين الشارع، لا سبيل إلى الأوّل؛ لكونه خلاف الفرض، والثاني إنما يعتبر إذا لم يزاحمه مزاحم؛ كصوم رمضان، وهذا ليس كذلك؛ لأن النفل مشروع.

وأجيب: بأنه متعيّن بتعيين المؤدّي بدلالة حاله؛ كمن أطلق نية الحج وعليه حجّة الإسلام، والمفروض عدم تعيينه نصاً، لا دلالة. انتهى.

أقول: فيه بحث؛ لأنه لو كان متعيناً بدلالة حاله.. يلزم أن لا يجوز فرض الزكاة إذا عيّن النّفل، كما لا يجوز عن فرض الحج إذا عيّن النّفل فيه؛ لعدم الاعتداد بالدلالة في مقابلة الصّريح، لكنه يجوز في الزكاة على ما صرّحوا به، ولو قيل في «التخّريج»: إن فرض الزكاة تكون ساقطة بتصدق الكلّ، لا أنه أدّاها به، والسقوط عنه، إنما هو تخفيف عليه، فيكتفي بمطلق النيّة تيسيراً عليه.. لكان أسلم وأسهل.

(ولو) تصدّق **(بالبعض)** بلا نية الزكاة **(..لا تسقط حصّته عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد)**، وهو يعتبر البعض بالكلّ، ولأبي يوسف أن البعض المؤدى غير متعيّن لمحلته بعض الواجب الذي يخصه؛ لكون الباقي محلّاً للواجب أيضاً، فوجدت مزاحمة سائر الأجزاء للمؤدّي، فلا يقع عن المؤدّى؛ كما لا يقع عن الباقي، بخلاف ما إذا تصدق الكلّ بلا نية؛ فإنّ المزاحمة.. انعدمت هناك، فيسقط عنه الواجب يقيناً، وبخلاف هلاك البعض؛ لعدم صنعه فيه، ومن هنا قالوا: لو كان له دين على فقير، فأبرأه عنه.. يسقط زكاته عنه؛ نوى به عن الزكاة أو لم ينو؛ لأنه كالهلاك، ولو أبرأه عن البعض. يسقط زكاة ذلك البعض لما قلنا، لا زكاة الباقي.

ولو نوى به الأداء عن الباقي؛ لأن الساقط ليس بمال، والباقي ذمته يجوز أن يصير مالاً بعد الأداء، فكان خيراً منه، فلا يجوز الساقط عنه، ولذا لا يجوز أداء الدين عن العين، بخلاف العكس، وقد ذكرناه من قبل أيضاً، وروي أنّ أبا حنيفة مع محمد.

وَتكرهُ الْحِيلَةُ لِإسقاطِها عِنْدَ محمَّدٍ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَلَو اشْترى عبداً للتِّجَارَةِ فَنوى استخدامَهُ.. بَطَلَ كَوْنُهُ للتِّجَارَةِ.

وَمَا نوى للْخدمَةِ.. لَا يَصيرُ للتِّجَارَةِ بِالنِّيَّةِ، مَا لم يَبِعْهُ.

(وتكره الحيلة لإسقاطها)، أي: لإسقاط وجوبها، وكذا لإبطال الشفعة، على ما في «الخلاصة»، **(عند محمد، خلافاً لأبي يوسف)**؛ لأنه امتناع عن الوجوب؛ لخوف أن لا يمتثل الأمر فيكون عاصياً، والفرار عن المعصية عبادة، وليس فيه إبطال لحق الغير؛ لعدم ثبوت الوجوب عليه؛ لأن الفرض كون الحيلة قبل تقرر الوجوب عليه.

ولمحمد: أن الزكاة حقّ الفقراء، وفي الحيلة إضرار بهم.

وصحّح في «المحيط» قول أبي يوسف، وكلام المصنف يشعر عكسه.

ولو دفع زكاته إلى مطلوبه المعسر، ثم دفعه إلى الطالب قضاء ما عليه من الدين.. يباح له ذلك إن كان بغير شرط، وإن كان بشرط.. لا يباح على ما في «خزانة الفتاوى».

(ولو اشترى عبداً للتجارة [٢٢١/أ] فنوى استخدامه)؛ أي: إخراجه من التجارة، وإلّا.. فمجرد نية الاستخدام بدون قصد إخراجه عن التّجارة.. غير مؤثر، على ما صرّح به في سوائم «الخلاصة»، **(.. بطل كونه للتجارة)**؛ لأن النية تؤثر في المتروك ونية الاستخدام متّصلة بترك التجارة فتؤثر فيه؛ كالمسافر يصير مقيماً بمجرد نية الإقامة؛ لاقترانها بترك السّفر، وكذا المفطر يصير صائماً بمجرد النية في وقته، والمسلم يصير كافراً بمجرد نية الكفر؛ لاقترانها بالترك، بخلاف أضداد هذه الأمور؛ حيث لا يكون مسلماً ومفطراً ومسافراً بمجرد النية؛ لأن مجرّد النية لا تعمل في الإنشاءات، وإليه أشار بقوله: **(وما نوى للخدمة)**، أي: اشتري ونوي للخدمة **(.. لا يصير للتجارة بالنية)**؛ أي: للتجارة **(ما لم يبعه)**؛ لأن التجارة إنشاء فعل، ومجرد النية لا تؤثر في الإنشاءات ما لم تقترن بالفعل؛ كالبيع.

وَكَذَا مَا وُرِثَ.

وَإِن نوى التِّجَارَةَ فِيمَا مَلَكَهُ بِهِبَةٍ أَو وَصِيَّةٍ أَو نِكَاحٍ أَو خُلعٍ أَو صُلحٍ عَن قَوَدٍ.. كَانَ لَهَا عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

ولو اشترى شيئاً تصح فيه التّجارة ونوى التجارة.. يكون للتجارة؛ لاقتران النية بالعمل، بخلاف ما لو اشترى ما لا يصح فيه التجارة؛ ونوى التجارة كما لو اشترى أرضاً خراجيّة، أو عشرية ليتجرّ فيها.. فإنه لا تجب فيها زكاة التجارة، وإلّا.. اجتمع فيه الحقّان بسبب واحد وهو الأرض.

وعن محمد: في أرض العشر اشتراها للتجارة: تجب الزكاة مع العشر، وإذا لم تجب الزكاة.. بقيت الأرض على وضعيتها التي كانت.

وكذا لو اشترى بذرا للتجارة، وزرعه في عشريه استأجرها.. كان فيها العشر لا غير، كذا في «فتح القدير».

وقال في «الأشباه»: ولو نوى التجارة فيما خرج من أرضه العشرية، أو الخراجيّة، أو المستأجرة، أو المستعارة.. لا زكاة عليه.

(وكذا)؛ أي: لا يصير للتّجارة بالنية لها **(ما ورث)**؛ لأن الميراث يدخل في ملكه بغير صنع، حتى أن الجنين يرث، فلا يكون للتجارة بمجرد النية ما لم يبعه، إلّا أن يكون ذهباً أو فضة، على ما في «غاية البيان».

(وإن نوى التجارة فيما ملكه بهبة أو وصيّة أو نكاح أو خلع أو صلح عن قود.. كان لها)، أي: للتجارة **(عند أبي يوسف، خلافاً لمحمّد)**.

له :أن النية في هذه الصّور لم تقارن العمل؛ لأن هذه العقود ليست بتجارة.

ولأبي يوسف: أنها مقارنة بالعمل وهو القبول.

والحاصل: إن ما يدخل في ملكه بغير صنعه؛ كالميراث.. لا يعتبر فيه مجّرد النية بالإتفاق، وما يدخل فيه ببدل مالي؛ كالشراء.. يعتبر فيه مجرد النية بالاتفاق، وما

وَقِيلَ: الْخلافُ بِالْعَكْسِ.

ولغا تعْيينُ النَّاذِرِ للتَّصدُّقِ الْيَوْمَ وَالدِّرْهَمَ وَالْفَقِيرَ.

يدخل فيه ببدل غير مالي، أو بلا بدل أصلاً؛ كالأمور المذكورة.. ففيه خلاف بينهما، (وقيل: الخلاف بالعكس).

(ولغا تعيين النّاذر للتصدق: اليوم، والدرهم، والفقير)، يعني لو قال: لله علّي أن أتصدّق اليوم هذا الدّرهم على هذا الفقير.. فله أن يتصدق غداً غير الدرهم على غير هذا الفقير.

* * *

(بَابُ زَكَاةِ السَّوائِمِ)

السَّائِمَةُ: الَّتِي تَكتفِي بالرَّعيِ فِي أَكثرِ الْحَولِ.

(بابُ زَكَاةِ السَّوَائِم)

هي جمع سائمة؛ من: «سَامَتِ الماشيةُ سَوْماً»؛ أي: رَعَت وأسامها صاحبها إسامة.

بدأ محمد في تفصيل أموال الزكاة بالسّوائم؛ اقتداء بكتب رسول الله ﷺ، وإنما كان في كتبه كذلك؛ لأنها كانت إلى العرب، وكان أجلّ أموالهم وأنفسها الإبل، فبدأ بها (السَّائِمَة [٢٢١/ب]: التي تكتفي بالرّعي) بالفتح: مصدر «رعت الماشية»، وبالكسر: الكلأ، والمراد هو الأوّل؛ لأن ما حمل إليه الكلأ في البيت ليس بسائمة، مع أنه اكتفى بالكلأ.

(في أكثر الحول)، هكذا عرّفها في «الهداية»، واعترض عليه في «النّهاية»؛ بأن مرادهم تفسير السائمة التي فيها إيجاب الزكاة، فلا بّد من قيد الدر والنسل والتسمين، حتى لا ينتقض بالسائمة التي للركوب والحمل أو البيع؛ لأنه صادق عليها بدون هذا القيد مع أنه لا زكاة أصلاً في السّائمة؛ للركوب والحمل.

وفي السائمة للبيع: زكاة التجارة لا زكاة السائمة، ولهذا عرّفها في «الخلاصة» بقوله: هي الراعية التي تكتفي بالرّعي يطلب منها النسل أو اللبن؛ فإن كان يعلفها في بعض السنة، ويسميها في بعض السنة.. لم تكن سائمة حتى تكون راعية في أكثر السنة؛ فإن كانت للتجارة فرعاها ستة أشهر أو أكثر.. لم تكن سائمة، إلّا أن ينوي جعلها سائمة بمنزلة عبد للتجارة على حاله، إلا أن ينوي أن يخرجه من التجارة، فيجعله للخدمة.

وإن أراد صاحب السّائمة أن يستعملها أو يعلفها، فلم يفعل حتى حال الحول.. كان فيها زكاة السائمة.

وكذا لو ورث سائمة فحال عليها الحول.. كان فيها زكاتها.

وَلَيْسَ فِي أَقَلَّ مِن خمسٍ مِنَ الْإِبِلِ زَكَاةٌ؛ فَإِذا كَانَت خمساً سَائِمَةً.. فَفِيهَا شَاةٌ.

وَفِي الْعشْر: شَاتَانِ.

وَفِي خمسَ عشرَةَ: ثَلَاثُ شياهٍ.

وَفِي عشْرينَ: أَربعُ شِيَاهٍ.

وَفِي خمسٍ وعِشْرينَ إِلَى خَمسٍ وَثَلَاثِينَ: بنتُ مَخَاضٍ، ....

ذكور السائم وإناثها، وذكورها مع إناثها في حكم الزكاة.

(**وليس في أقلّ من خمس من الإبل زكاة**)؛ لأن أقلّ ما وجب من الإبل الشاة، وهي الخمس بالنص، وفي «البخاري»: «ليس في أربع من الإبل صدقة».

(**فإذا كانت خمساً سائمة.. ففيها شاة، وفي العشر: شاتان، وفي خمس عشرة: ثلاث شياه، وفي عشرين**) إلى أربع وعشرين: (**أربع شياه**)، لما رواه البخاري: «في أربع وعشرين من الإبل فما دونها من الغنم، في كلّ خمس شاة»؛ ولأن الإبل إذا بلغت خمساً.. يكون مالاً كبيراً ولا يمكن إخلاؤه عن الواجب، ولا يمكن إيجاب واحدة منها؛ لما فيه من الإجحاف؛ ولأنه يكون خمساً والمأمور به ربع العشر، لقوله ﷺ: «هاتوا ربع عشر أموالكم».

وفي إيجاب الشقص ضرر عيب الشركة والشاة تقوم بربع عشر الإبل؛ فإن الشاة كانت تقوم بخمسة دراهم، وابنة مخاض بأربعين درهماً، فإيجاب الشاة في خمس من الإبل؛ كإيجاب الخمس في المائتين من الدراهم، فأوجبناها لذلك، كذا في «النهاية».

(**وفي خمس وعشرين إلى خمس وثلاثين: بنت مخاض**) لما رواه البخاري: «إذا بلغت خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين.. ففيها بنت مخاض أنثى»، وعليه انعقد الإجماع.

وما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: في خمس وعشرين خمس شياه، وفي ست وعشرين ابنة مخاض.. فشاذ لا يحتج به في مقابلة ما رويناه.

وَهِيَ الَّتِي طَعَنَت فِي الثَّانِيَة.

وَفِي سِتٍّ وَثَلَاثِينَ إِلَى خَمسٍ وَأَرْبَعينَ: بنتُ لَبونٍ، وَهِيَ الَّتِي طَعَنَت فِي الثَّالِثَةِ.

وَفِي سِتٍّ وَأَرْبَعينَ إِلَى سِتِّينَ: حُقَّةٌ، وَهِيَ الَّتِي طعنت فِي الرَّابِعَةِ.

وَفِي إِحْدَى وَسِتِّينَ إِلَى خَمسٍ وَسبعينَ: جَذَعَةٌ، وَهِيَ الَّتِي طَعَنَت فِي الْخَامِسَةِ.

وعن الثوري: أن هذا غلط من رجال علي رضي الله عنه وأما عليّ.. فإنه أفقه من أن يقول هذا؛ لأن في هذه موالاة بين الواجبين.

(**وهي التي طعنت في الثانية**) وإنما سميت بنت مخاض لمعنى في أمّها؛ لأنّ أمّها صارت مخاضاً بأخرى، أي: حاملاً.

(**وفي ست وثلاثين إلى خمس وأربعين: بنت لبون، وهي التي طعنت في الثالثة**)، وإنما سميت بنت لبون [٢٢٢/أ] لمعنى في أمّها؛ فإنها لبون بولادة أخرى.

(**وفي ست وأربعين إلى ستين: حقّة، وهي التي طعنت في الرابعة**) سميت بها، لأن أمّها حقت؛ لأن تركب وتحمل عليها.

(**وفي إحدى وستين إلى خمس وسبعين: جذعة**) بفتح الذال، (**وهي التي طعنت في الخامسة**) سميت بها جذعة لمعنى في أسنانها معروف عند أرباب الإبل، وهي أعلى الأسنان التي يوجد في زكاة الإبل، وبعده ثني وسديس وباذل، ولا يجب شيء من ذلك في الزكاة؛ لأن النبي ﷺ نهى السّعاة عن أخذ كرائم أموال النّاس، والثني وما فوقها كرائم؛ لأنها كبار الإبل، حتى جاز بها الأضحيّة، وما دون الشيء من الأسنان الأربعة المذكورة صغار الإبل، حتى لا يجوز بها الأضحيّة.

وفي إيجاب الصغار وتيسير للناس وإنما أوجب الإناث في زكاة الإبل دون الذكور: على ما يدلّ عليه الصّحاح، ولذا قال المصنف: «بنت مخاض»، و«بنت لبون»، و«حقة»، و«جذعة».. دون: ابن مخاض، وابن لبون توسّطاً؛ لأن الأنوثة في

وَفِي سِتٍّ وَسَبعينَ إِلَى تسعينَ: بِنْتا لبونٍ.

وفِي إِحْدَى وَتِسْعينَ حُقَّتانِ إِلَى مائَةٍ وَعشْرينَ.

ثُمَّ فِي كلِّ خمسٍ شَاةٌ إِلَى مائَةٍ وَخمْسٍ وَأَرْبَعينَ: فَفِيهَا حُقَّتانِ وَبنتُ مَخَاضٍ.

إِلَى مائَةٍ وَخمسينَ: فَفِيهَا ثَلَاثُ حِقَاقٍ.

ثُمَّ فِي كلِّ خمسٍ شَاةٌ إِلَى مائَةٍ وَخمْسٍ وَسبعينَ: فَفِيهَا ثَلَاثُ حِقاقٍ وَبنتُ مَخَاضٍ.

إِلَى مائَةٍ وستٍّ وَثَمَانِينَ: فَفِيهَا ثَلَاثُ حِقاقٍ وَبنتُ لبونٍ.

إِلَى مائَةٍ وستٍّ وَتِسْعينَ: فَفِيهَا أَربعُ حِقاقٍ.

إِلَى مِائَتَيْنِ.

الإبل تعد فضلاً دون الذكورة، فلو دفع الذكور منها.. يدفعها بحسب قيمتها.

(**وفي ست وسبعين إلى تسعين: بنتا لبون.**

وفي إحدى وتسعين: حقّتان إلى مائة وعشرين)، هكذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله ﷺ.

(**ثم**) يستأنف الفريضة، أي: لا يجب شيء فيما زاد على مائة وعشرين حتى يبلغ الزيادة خمساً؛ فإذا بلغ.. يجب (**في كل خمس شاة**) مع الحقتان (**إلى مائة وخمس وأربعين.. ففيها حقتان وبنت مخاض، إلى مائة وخمسين.. ففيها ثلاث حقاق، ثم**) يستأنف الفريضة أيضاً.

ويجب (**في كل خمس شاة**) مع ثلاث حقاق، وكل واحد من آحاد الخمسة عفو على ما مر، (**إلى مائة وخمس وسبعين.. ففيها ثلاث حقاق وبنت مخاض، إلى مائة وست وثمانين.. ففيها ثلاث حقاق وبنت لبون، إلى مائة وست وتسعين.. ففيها أربع حقاق إلى مائتين**)، وفي المائتين: بالخيار؛ إن شاء.. أدّى أربع حقاق؛ من كلّ

ثُمَّ يَفعلُ فِي كلِّ خمسينَ كَمَا فعلَ فِي الْخمسينَ الَّتِي بعدَ الْمِائَةِ وَالْخمسين.

خمسين من أول النصاب حقه، وإن شاء.. أدّى خمسة بنات لبون؛ من كل أربعين بنت لبون.

(**ثم يفعل في كل خمسين كما يفعل في الخمسين التي بعد المائة والخمسين**) يعني: في كلّ خمسٍ شاةٌ مع أربع حقاق، أو خمسةُ بنات لبون.

وفي عشر شاتان معها.

وفي خمسة عشر: ثلاث شياه معها.

وفي عشرين: أربع شياه معها.

فإذا بلغت مائتين وخمساً وعشرين.. ففيها بنت مخاض معها، إلى ست وثلاثين.. ففيها بنت لبون معها، إلى ست وأربعين ومائتين.. ففيها خمس حقاق إلى مائتين وخمسين.

ثم يستأنف كذلك، ففي مائتين وست وتسعين: ست حقاق، إلى ثلاثمئة وهكذا.

واحترز عن الاستئناف الأول، وهو الذي بعد المائة والعشرين.. فإن في ذلك الاستئناف ليس إيجاب بنت لبون، ولا إيجاب أربع حقاق؛ لانعدام وجود نصابهما؛ لأنه لمّا زاد خمس وعشرون على المائة والعشرين: [٢٢٢/ب] صار كل النّصاب مائة وخمسة وأربعين، فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين؛ فلما زاد عليها خمس وصارت مائة وخمسين.. وجبت ثلاث حقاق، هذا عندنا.

وقال الشافعي: إذا زادت على مائة وعشرين واحدة.. ففيها ثلاث بنات لبون؛ فإذا صارت مائة وثلاثين.. ففيها حقة وبنتا لبون، ثم يدار الحساب على الأربعينات والخمسينات، فيجب في كل أربعين: بنت لبون، وفي كل خمسين: حقة؛ لما روي أنه ﷺ كتب: «إذا زادت الإبل على مائة وعشرين.. ففي كل خمسين: حقة، وفي كل

وَالْبُخْتُ والعِرَابُ سَوَاءٌ.

أربعين: بنت لبون» ولم يشترط عود ما دونها. ولنا: حديث قيس بن سعد: كتب رسول الله ﷺ: **«إذا زادت الإبل على مائة وعشرين.. استأنف الفريضة»**.

فما كان أقل من خمس وعشرين.. ففيها الغنم في كل خمس زود شاة فتعمل بالزيادة؛ إذ ليس فيما رواه ما تبقى ذلك، وقد عملنا بما رواه أيضاً؛ لأنا أوجبنا في الأربعين: بنت لبون، وفي الخمسين: حقة.

(والبخت) جمع البختي، وهو المتولد بين العربي والعجمي، منسوب إلى بخت النصر، **(والعراب)**: جمع عربي **(سواءٌ)** لإطلاق الآثار، والاختلاف في الصّنف لا يخرجها عن النوع.

* * *

(فصلٌ)

[في زَكَاةِ البَقَر]

وَلَيْسَ فِي أَقلَّ مِن ثَلَاثِينَ من الْبَقرِ زَكَاةٌ.

فَإِذا كَانَت ثَلَاثِينَ سَائِمَةً: فَفِيهَا تبيعٌ، وَهُوَ: مَا طعن فِي الثَّانِيَةِ أَو تبيعةٌ.

إِلَى أَرْبَعِينَ: فَفِيهَا مُسِنٌّ، وَهُوَ: مَا طَعَنَ فِي الثَّالِثَةِ أَو مُسِنَّةٌ.

وَلَا شَيْءَ فِيمَا زَادَ إِلَى أَن يَبلُغَ سِتِّينَ.

وَعند الإِمَام: فِيهِ بِحِسَابِهِ.

(فصل)

في زكاة البقر

قدّمها على الغنم لقربها من الإبل في الضخامة.

(وليس في أقلّ من ثلاثين من البقر زكاة؛ فإذا كانت ثلاثين سائمة.. ففيها تبيع، وهو ما طعن في الثانية)، سمي الحولي من أولاد البقر بالتبيع؛ لأنه يتبع أمّه بعد، **(أو تبيعة)** أنثاه. فيه إشارة إلى أن الأنوثة لا تتعين في البقر، وكذا في الغنم، بخلاف الإبل؛ لأن الأنوثة متعينة فيها؛ لكونها فضلاً في الإبل دون البقر والغنم.

(إلى أربعين.. ففيها مسنّ، وهو ما طعن في الثالثة، أو مسنة) أنثاه، والأصل: ما صحَّ أنه ﷺ أمر معاذاً حين توجّه إلى اليمن بهذا.

(ولا شيء فيما زاد) على الأربعين **(إلى أن يبلغ ستين)**؛ على رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة، وهو قولهما؛ لقوله ﷺ لمعاذ: «لا تأخذ من أوقاص البقر شيئاً»، وفسّروه: بما بين أربعين إلى ستين.

(وعند الإمام فيه)؛ أي: فيما زاد على الأربعين: **(بحسابه)** وهو رواية «الأصل»؛ ففي الواحدة الزائدة: ربع عشر مسنة، وفي الثنتين نصف عشر مسنة؛ **لأنّ العَفْو** فيما بين الثلاثين والأربعين، وبين الستين وما فوقها **ثَبت نصّاً** على خلاف القياس؛ لما فيه من إخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي مع الأهلية، ولا نص ههنا، فأوجبنا

وَفِي السِّتينَ: تَبيعانِ.

وَفِي سَبعِينَ: مُسِنَّةٌ وتبيعٌ.

وَهَكَذَا يُحسبُ كلَّما زَادَ عشرٌ.. فَفِي كلِّ ثَلَاثِينَ: تبيعٌ.

وَفِي كل أَرْبَعِينَ: مُسِنَّةٌ.

فيما زاد بحسابه، وتحملنا التشقيص - وإن كان خلاف موضوع الزكاة - ضرورةَ تعذر إخلائه عن الواجب؛ لعدم الموجب في غير محل النص، والمراد بالأوقاص: العجاجيل ونحن نقول بذلك، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين، ثم فيها مسنة وربع مسنة، أو ثلث تبيع؛ لأن نصاب البقر مبني على أن يكون [٢٢٣/أ] بين كلّ عقدين وقص، وفي كلّ عقد: واجب؛ بدليل ما قبل الأربعين وبعد الستين، فيكون بعد الأربعين والستين كذلك، لكنه يخير بين إعطاء ربع مسنة وثلث تبيع؛ لأن الزيادة على الأربعين: عشرة، وهو: ثلث ثلاثين وربع أربعين، فيخير بينهما.

والجواب عنه: أن فيه مخالفة للقياس من وجهين: إثبات العفو بالرّأي، وكونه خارجاً عن النظير في بابه؛ فإن الثابت في هذا الباب: جعل العفو تسعاً تسعاً؛ أي: مكرّراً، وفي إيجابها في الكسور - كما في رواية «الأصل» - نظيرٌ في الجملة؛ كما في النقدين.

(**وفي الستين: تبيعان**) أو تبيعتان.

(**وفي سبعين: مسنة وتبيع، وهكذا يحسب كلما زاد عشر.. ففي كل ثلاثين: تبيع، وفي كل أربعين: مسنة**)؛ لقوله ﷺ: «في كل ثلاثين من البقر: تبيع أو تبيعة، وفي كل أربعين: مسنة»، ففي ثمانين؛ مسنّتان، وفي تسعين: ثلاث أتبعة، وفي المائة: تبيعان أو مسنة.

وعلى هذا: يتغير الفرض في كل عشرة من تبيع إلى مسنة، ومن مسنة إلى تبيع.

والجواميسُ كالبَقَرِ.

(**والجواميس كالبقر**)؛ لإطلاق الآثار، والاختلاف في الصنف دون النوع، إلا أن أفهام النّاس في عرفنا لا تسبق إلى الجواميس، ولهذا لا يحنث في يمينه «لا يأكل لحم بقر» بأكله لحم الجواميس.

* * *

(فصلٌ)

[فِي زَكَاةِ الغَنَمِ]

وَلَيْسَ فِي أَقلِّ من أَرْبَعِينَ مِنَ الْغنمِ زَكَاةٌ.

فَإِذا كَانَت أَرْبَعِينَ سَائِمَةً: فَفِيهَا شَاةٌ.

إِلَى مائَةٍ وَإِحْدَى وَعشْرينَ: فَفِيهَا شَاتَانِ.

إِلَى مِائَتَيْنِ وَوَاحِدَةٍ: فَفِيهَا ثَلَاثُ شِيَاهٍ.

إِلَى أَرْبَعمِائَةٍ: فَفِيهَا أَربعُ شِيَاهٍ.

ثمَّ فِي كلِّ مائَةٍ: شَاةٌ.

والضَّأْنُ والمَعْزُ سَوَاءٌ.

وَأَدنى مَا تَتَعَلَّقُ بِهِ الزَّكَاةُ وَيُؤْخَذُ فِي الصَّدَقَةِ: الثَّنِيُّ، وَهُوَ: ....

(فصل)

في زَكَاةِ الغَنَم

(**وليس في أقل من أربعين من الغنم زكاة.**

فإذا كانت أربعين سائمة.. ففيها شاة، إلى مائة وإحدى وعشرين.. ففيها شاتان إلى مائتين وواحدة.. ففيها ثلاث شياه، إلى أربع مائة.. ففيها أربع شياه.

ثم في كل مائة: شاة)، هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله ﷺ، وفي كتاب أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وعليه انعقد الإجماع.

(**والضّأن والمعز سواء**)؛ أي في تكميل نصاب أحدهما بالآخر، لا في أداء الواجب؛ لأن الجذع من المعز لا يجوز؛ على ما سيأتي في الضأن ذوات الصوف؛ والمعز ذوات الشعر من الغنم، وهذا: لأن لفظ الغنم شامل لهما، والنص ورد به.. فكانا نوعاً واحداً، فكمّل نصاب أحدهما بالآخر.

(**وأدنى ما تتعلق به الزكاة ويؤخذ في الصدقة**) الواجبة من الغنم: (**الثني، وهو ما تمت له سنة منها**) أي من الغنم، ولا يؤخذ الجذع.

مَا تَمَّتْ لَهُ سنةٌ مِنْهَا.

واختلفوا في تفسيرهما، فالثني عند الفقهاء: ما تمت له سنة، وعند أهل اللّغة: ما تم له سنتان ودخل في الثالثة من الغنم والبقر.

ومن الإبل: ما يستكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة.

ومن الفرس والبغل والحمار: ما استكمل الثالثة.

والجذع: ما أتى عليه ستة أشهر عند الفقهاء، وعند أهل اللغة: هو من المعز ما أتى عليه سنة، ومن الضأن ثمانية أشهر؛ على ما في «شرح الأقطع».

وإنما لا يؤخذ الجذع، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة؛ لحديث علي رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً «لا يؤخذ في الزكاة إلا الثني فصاعداً».

وقالا: يؤخذ الجذع من الضأن؛ لقوله ﷺ: «إنما حقنا في الجذع» ولأنه يأتي به الأضحية، وكذا الزكاة، ولا يجوز الجذع من المعز؛ لأنه لا يتزود ولا يلقح، والجواب: أن المراد بالجذع من الإبل بمعنى الجذعة، أو بطريق القيمة، وجواز التضّحية [٢٢٣/ب] به عرف نصاً، فلا يلحق به غيره.

تتمة

في زكاة العجاف من الإبل والبقر والغنم

لا شك أنّ الواجب الأصلّي هو الوسط؛ لرعاية جانب الفقير وربّ المال، فإيجابه فيما إذا كان الكل عجافاً إجحاف رب المال، فوجب الإيجاب بقدره، وجعلوا في تقديره حكماً في كل من الفصول الثلاثة:

ففي الإبل: جعلوه بنت مخاض.

وفي البقر: التبيع.

وفي الغنم: الثني؛ لأن كلّا من هذه الثلاثة أدنى سن يتعلق به الوجوب في كل من الفصول الثلاثة.

أما في فصل الإبل: فإن كان له خمس من الإبل وفيها بنت مخاض وسط، أو أعلى منها سناً لكنها لنقصان حالها تعدلها.. ففيها شاة وسط.

فإن لم يكن فيها بنت مخاض ولا يساويها، بل كلها عجاف.. يحكم ببنت مخاض وسط، وينظر إلى قيمته وقيمة الأفضل من تلك العجاف.

فما كان بينهما من التفاوت.. اعتبر مثله في الشاة الواجبة بالنسبة إلى الشاة الوسط.

مثلاً: لو كان قيمة بنت مخاض خمسين، وقيمة أفضلها خمسة وعشرون، فالتفاوت بالنّصف.. فتجب شاة قيمتها نصف قيمة الشاة الوسط، **وعلى هذا فقس**، إلى أن يكون الإبل خمساً وعشرين.

ولو كانت خمساً وعشرين: بنات مخاض، أو حقاق، أو جذع، أو بواذل؛ فإن كان فيها بنت مخاض وسط، أو ما يساويها في القيمة.. وجبت بنت مخاض وسط، وإن شاء دفع التي تساويها.

وإن كانت حقة، أو أعلى منها بطريق القيمة، وإن لم يكن فيها ما يساويها ولا هي.. فالواجب بنت مخاض تساوي أفضلها.

ولو كانت الإبل ستاً وثلاثين بنت مخاض، أو حقاق، أو جذاع، أو بواذل؛ فإن كان فيها ثنتان تعدلان بنتي مخاض وسط.. وجب فيها بنت لبون وسط، لم يكتف هنا بوجود واحدة تعدل بنت مخاض وسط؛ لإيجاب بنت لبون وسط؛ لأنّ الواجب هنا: ليس بنت مخاض، بل بنت لبون، وربما كان التفاوت بينهما يأتي على أكثر نصاب العجاف، فوجب ضم أخرى تعدل بنت مخاض وسط.

فلو لم يكن فيها ما يعدل بنت مخاض.. وجب بنت لبون بقدرها.

وطريقه: أن ينظر إلى قيمة بنت مخاض وسط وإلى قيمة بنت لبون وسط.. فما تفاوت به: اعتبر زيادة على بنت لبون تساوي أَفضلها فما يليها في الفضل منها.

مثلاً: كانت قيمة بنت المخاض خمسين وقيمة بنت اللبون خمسة وسبعين، فالواجب: بنت لبون تساوي أفضلها ونصف قيمة التي تليها في الفضل، حتى لو كان أفضلها يساوي عشرين وتليه أخرى تساوي عشرة.. وجب بنت لبون تساوي عشرين وخمسة دراهم.

ولو كانت خمسين ليس فيها ما يساوي بنت مخاض وسط.. نظر إلى قيمة بنت مخاض وسط وقيمة حقة وسط، فما وقع به التفاوت.. اعتبر في التي تلي أفضلها، فيجب ذلك مع أفضلها أيضاً، كما ذكر في بنت اللبون مع بنت المخاض، حتى لو كان قيمة بنت المخاض خمسين والحقة ثمانين.. ففيها حقه تساوي أفضلها وثلاثة أخماس التي تليها في الفضل.

ولو كانت الحقة تسعين [٢٢٤/أ] وبنت المخاض خمسين، وفي الإبل بنت مخاض تساوي خمسين وأخرى تساوي ثلاثين.. فالواجب حقة تساوي أربعة وسبعين؛ ليكون مثل أفضلها وأربعة أخماس التي تليها.

ولو كانت قيمة بنت المخاض خمسين والحقة مائة، وفي الإبل ثلاث تساوي كل ثلاثين.. ففيها حقة تساوي ستين، مثل ثنتين من أفضلها؛ لأن التفاوت الذي بين الحقه وبنت المخاض الضعف.

وأمّا في فصل البقر: فإن كان له ثلاثون بقراً وفيها تبيع وسط.. وجب هو، أو ما يساويه: وجب هو، أو أعلى منه بطريق القيمة عن تبيع.

وإن كان الكل عجافاً ليس فيها تبيع وسط ولا ما يساويه.. وجب أفضلها.

ولو كانت البقر أربعين، وفيها مسنة وسط أو ما يساويها.. فعلى ما عرف في الثلاثين.

وإن كان الكل عجافاً.. وجب أن ينظر إلى قيمة تبيع وسط؛ لأنه المعتبر في نصاب البقر، وما فضل عنه عفو، وإلى قيمة مسنة وسط، فما وقع فيه التفاوت.. وجب نسبته في أخرى تلي أفضلها في الفضل.

مثلاً: لو كان قيمة التبيع الوسط أربعين، وقيمة المسنة الوسط خمسين.. تجب مسنة تساوي أفضلها وربع التي تليها في الفضل، حتى لو كانت قيمة أفضلها ثلاثين والتي تليها عشرين.. تجب مسنة تساوي خمسة وثلاثين.

ولو كانت ستين عجافاً، ليس فيها ما يساوي تبيعان وسطاً.. ففيها تبيعان من أفضلها إن كانا، وإلا.. فاثنان من أفضلها وإن كان فيها تبيع وسط أو ما يساويه.. وجب البيع الوسط وآخر من أفضل الباقي.

وأمّا فصل الغنم فإن كان الكل من أربعين غنماً عجافاً فإن كانت فيه ثنية وسط تعينت، وإلا.. فواحدة من أفضلها؛ فإن كانت نصابين أو ثلاثة؛ كمائة وإحدى وعشرين، أو مائتين وواحدة، وفيها عدد الواجب وسط.. تعينت هي أو قيمتها.

وإن بعضه.. تعين هو، وكمل من أفضلها بقية الواجب.. فتجب الواحدة الوسط وواحدة أو ثنتان عجفاوان بحسب ما يكون الواجب والموجود.

مثلاً: له مائة وواحد وعشرون وعنده ثنية وسط.. وجبت هي وأخرى عجفاء، أو مائتان وواحدة، وعنده ثنتان سمينتان.. تعينتا مع عجفاء، أو واحدة تعينت مع عجفاوين من أفضل البواقي.

ولو هلكت السمينة بعد الحول جعلت كأن لم تكن عند أبي حنيفة.. ووجب عجفاوان بناءً على ما سيأتي من أن الهلاك يصرف إلى النصاب الأخير عنده، وجعل الهالك كأن لم يكن، وعندهما: بهلاك السمينة ذهب فضل السمن، فكأن الكل كانت عجافاً.. ووجب فيها ثلاث عجاف، فتسقط ثلاثة أجزاء من ثلاث شياه كل شاة مائتا جزء وجزء ويبقى الباقي: بناءً على أن الواجب واجب في الكل من النصاب والعفو، وصرف الهلاك إلى الكل: على الشيوع.

ولو هلك العجاف كلها وبقيت السمينة، فعنده: لما وجب صرف الهلاك إلى النصاب الزائد على [٢٢٤/ب] الأصل.. صار كأنه حال الحول على أربعين ثم هلك الكلّ إلا السّمينة.. فيبقى الواجب جزء من أربعين جزء من شاة وسقط الباقي.

وعندهما: يبقي سمينته وعجفاوان كلّ شاة: مائتا جزء وجزء، وحصّتها: جزء من السمينة وجزآن من العجفاوين؛ كذا في «فتح القدير» وتفصيلها في «المحيط».

* * *

(فصلٌ)
[فِي زَكَاةِ الخَيْلِ]

إِذا كَانَتِ الْخَيلُ سَائِمَةً ذُكُوراً وإِناثاً.. فَفِيهَا الزَّكَاةُ، خلافاً لَهما.

فَإِن شَاءَ أَعطى عَن كلِّ فَرَسٍ دِينَاراً، وَإِن شَاءَ قَوَّمهَا وَأَعْطى مِن قيمتِهَا رُبُعَ العُشرِ إِن بَلَغَت نِصَاباً.

(فصل)
في زَكَاةِ الخَيْل

(**إذا كانت الخيل سائمة ذكوراً وإناثاً.. ففيها الزكاة**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**)؛ لقوله ﷺ: «ليس على المسلم في عبده وفرسه صدقة؛ إلا صدقة الفطر» رواه مسلم، ولأنه: لا يجب من عينها شيء، ومبنى زكاة السائمة: على أن الواجب جزء من العين.

ولأبي حنيفة: ما رواه جابر رضي الله عنه مرفوعاً: «في كل فرس سائمة دينار أو عشرة دراهم» وما روياه: محمول على فرس الغازي، ولا يجب من عينه خوفاً من الجور؛ لأن الفرس مطمع لكلّ طامع، فيريد الآخذ أن يأخذ من عينه فيفضي إلى الجور، ولأن مقصود الفقير لا يحصل بعينه؛ لأن عينه غير مأكول فسقط اعتبار عينه، وفي «فتاوى قاضي خان» قالوا: الفتوى على قولهما، وكذا رجح قولهما، في «الأسرار».

وأمّا شمس الأئمة السّرخسي وصاحب «التحفة».. فرجحا قول أبي حنيفة.

وفي «النهاية» و«فتح القدير»: أجمعوا: على أن الإمام لا يأخذ في صدقة الخيل جبراً، وزاد في «النهاية» قوله: وإن كان له أخذ صدقة سائر السّوائم جبراً.

(**فإن شاء.. أعطى عن كل فرس ديناراً، وإن شاء.. قوّمها وأعطى من قيمتها ربع العشر إن بلغت نصاباً**) هكذا أخبره؛ لأن قيمة الفرس يومئذ كانت أربعين ديناراً، وقيل ذلك من خيل العرب لتقاربها في القيمة.

وأما في أفراسنا: فيقومها لا غير.

وَلَيْسَ فِي الذُّكُورِ الخُلَّصِ شَيْءٌ اتّفاقاً.

وَفِي الْإِنَاثِ الخُلَّصِ عَنِ الإِمَامِ رِوَايَتَانِ.

ثم اختلفوا على أصل أبي حنيفة: هل يشترط فيها النصاب أم لا؟ قيل يشترط، واختلفوا في قدره فقيل: أنه خمسة، وقيل: ثلاثة، وقيل: اثنان ذكر وأنثى، والأصح: أنه لا يشترط فيها النصاب؛ إذ لا نقل صحيح في التقدير.

(**وليس في الذكور الخلص شيء اتفاقاً**) لعدم نماء التناسل فيها، بخلاف ذكور الإبل والبقر والغنم الخلص لأن النماء فيها غير مختص بالتناسل - كما في الخيل - بل يكون باللحم وبالوبر أيضاً، لأن لحومها ووبرها مقصودة، وهما يزدادان بالسمن وزيادة السن.. فتجب فيها الزكاة، هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة: أنها تجب في الذكور الخلص من الخيل أيضاً؛ لأن السوم يخفف المؤونة على صاحبه.

والجمهور على ظاهر الرواية، ولهذا قال اتفاقاً، لكن قوله سابقاً: «ذكوراً وإناثاً» يلائم هذه الرواية.

(**وفي الإناث الخلص: عن الإمام روايتان**) والأشبه: وجوبها؛ لإمكان التناسل بالفحل المستعار والفحل الوحشي.

ولا يخفى عليك: أن في كل من الذكور الخلص والإناث الخلص روايتان عن أبي حنيفة؛ على ما ترى، لكن الصحيح في الذكور الخلص.. عدم الوجوب، وفي الإناث.. الوجوب. ولذا قال: في الإناث روايتان دون الذكور.

واعلم: أنّ الاعتبار في الولد إلى الأم في الفصول الأربع من [٢٢٥/أ] الإبل والبقر والغنم والخيل، حتى لو كان الذكور وحشياً والأم أهلياً.. كان المتولدّ منها أهلياً، فلذا قالوا: المتولد من الشاة والظبي: شاة إذا كانت الأم شاة.

وَلَا شَيْءَ فِي البِغَالِ وَالْحمِيرِ، مَا لم تَكن للتِّجَارَةِ.

وَكَذَا الفُصْلانُ والحُمْلَانُ والعَجَاجِيلُ إِلَّا أَن يَكونَ مَعهَا كَبِيرٌ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: فِيهَا وَاحِدَةٌ مِنْهَا.

والمتولد من البقر الأهلي والوحشي: أهليّ إذا كانت الأم أهليّة، فيعتبر في الزكاة.

(ولا شيء في البغال والحمير ما لم تكن للتجارة)؛ لأنه ﷺ قال حين سئل عن الحمير: «لم ينزل علي شيء فيها إلّا هذه الآية الجامعة ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ﴾» ولأن البغال لا تتناسل.. فلا نماء فيها، والمقصود من الحمير غالباً: الركوب والحمل، فتكون من الحوائج، بخلاف ما إذا كانت للتجارة؛ فإنّها حينئذ تتعلق بالماليّة.

(وكذا الفصلان) ــ جمع فصيل ــ: ولد الناقة قبل أن يصير ابن مخاض، من: «فصل الرضيع عن أمه».

وهذا: شروع في بيان حكم الصغار بعد أن فرغ عن حكم الكبار من السوائم.

(والحُملان) - بضم الحاء وكسرها -: جمع حمل بفتحتين: ولد الشاة في السنة الأولى.

(والعجاجيل) جمع عجول، من أولاد البقر حين تضعه أمّه إلى شهر.

(إلا أن يكون معها كبير).. فحينئذ يكون الكل تبعاً للكبير في انعقاد المجموع نصاباً لا في تأدية الزكاة؛ لأنها لا تدفع من الصغار بل تدفع من الكبار.

فلو كان له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملاً.. يجب فيها مسنتان.

وإذا كانت له مسنة ومائة وعشرون حملاً.. فعند أبي حنيفة ومحمد: تجب واحدة، وعند أبي يوسف: مسنة وحمل، وعلى هذا القياسِ فصلُ الإبلِ والبقرِ.

(وعند أبي يوسف: فيها واحدة منها).

وإن لم يكن معها كبار.. كان أبو حنيفة يقول أولاً حين سئل عنها: يجب فيها

شاة مسنة، وبه أخذ زفر، وهو قول مالك، ثم رجع وقال: فيها واحدة منها، وبه أخذ أبو يوسف، ثم رجع إلى ما في الكتاب وبه أخذ محمد لكونه آخر أقواله.

وجه **الأول**: أن الاسم في قوله ﷺ: «في خمس من الإبل السّائمة شاة» ينتظم الصغار والكبار؛ لكونه اسم جنس، وكذا اسم الشاة والبقر فيما ورد فيهما يتناول الصغار والكبار.

والجواب: أنّ الواجب أخذ القليل من الكثير، وأخذ المسنة من الصغار خلاف ذلك.

ووجه **الثاني**: أنا لو أوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا يوجد فيها.. كان إضراراً لصاحب المال، ولو لم نوجب شيئاً.. كان إضراراً للفقراء، فأوجبنا واحدة منها؛ كما في المهازيل على ما ذكرناه في التتمة في زكاة العجاف.

والجواب عنه: أن المهازيل والعجاف يوجد فيها ما ورد به الشرع من الأسنان فيؤخذ منه، بخلاف ما نحن فيه من الصغار، حتى لو وجد فيها مسنة.. تؤخذ هي لكونها أصلاً وقد مر آنفاً.

ولو وجد في العجاف وسط.. يؤخذ هو لا العجاف؛ على ما ذكرناه.

ووجه **الأخير**: أن المقدرات الشرعية توقيفية لا يجري فيها القياس، فما لا نص فيه.. لا حكم فيه، بل يبقى على العدم الأصلي، والنص ورد بالشاة والبقرة والناقة لا مطلقاً، بل ذات السن المعين من الثنية والتبيع وبنت المخاض مثلاً، ولم يوجد فيما نحن فيه.. فتعذر الإيجاب [٢٢٥/ب].

فإن قيل: لا نسلم أن الشرع لم يوجب الصّغار؛ كيف قد ورد في حديث أبي بكر رضي الله عنه في قتال مانعي الزكاة: «لو منعوني عناقاً مما كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ.. لقاتلتهم عليه»، فدل أن الصغار يعطى في الزكاة؟! سلّمناه، لكن إيجاب الأسنان المعينة لم يتوقف على وجودها في الموجب فيه، ألا ترى: أنه

وَلَا فِي الْحَوَامِلِ والعَوامِلِ والعَلوفَةِ.

أوجب في خمس من الإبل شاة وليست فيها، فلم يتوقف إيجابها على أن يكون عنده، بل يجب عليه أن يستحدث ملكها بطريقه ويدفعها، فكذا يجب عليه أن يستحدث ملك مسنة ويدفعها.

قلنا: **أما الأوّل**: فيدلّ على نقيه ما خرّجه النسائي من حديث سويد بن غفلة قال: أتانا مصدق رسول الله ﷺ فأتيته فجلست إليه فسمعته يقول: «في كتابي: أن لا آخذ راضع لبن»؛ فإنه دلّ بالمطابقة على عدم أخذها مطلقاً، وحديث أبي بكر رضي الله عنه لا يعارضه؛ لأن أخذ العناق.. لا يستلزم الأخذ من الصغار؛ لجواز أنّ المراد بالعناق: الجذعة أو الثنية ولو مجازاً؛ لأنه قد يستعمل فيها مجازاً؛ على ما في حديث المرتدين في صَدَقَة الغنم، ولو سلم أنه على حقيقته، لكن يجوز أخذها بطريق القيمة لا لأنها نفس الواجب، أو: هو على طريق المبالغة لا التحقيق.

وأما الثاني: فلأنه يستلزم إيجاب الكرائم، وهو منتف بما صح في قوله ﷺ لمعاذ: «إيّاك وكرائم أموالهم»، ثم عند أبي يوسف: لا يجب فيما دون الأربعين من الحملان، وفيما دون الثلاثين من العجاجيل، واختلفت الرواية عنه في الفصلان، روى محمد عنه: أنه لا شيء فيها حتى تبلغ خمساً وعشرين.. فيكون فيها فصيل، ثم لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستاً وسبعين.. ففيها فصيلان، ثم لا شيء فيها حتى تبلغ مائة وخمسة وأربعين.. ففيها ثلاث فصلان.

وروى ابن سماعه عنه: أنه يجب في الخمس خُمُس فصيلٍ، وفي العشر خُمُسا فصيل... هكذا إلى خمس وعشرين.

(ولا في الحوامل) أي ما أعدّ للحمل **(والعوامل)** أي ما أعدّ للعمل **(والعلوفة)** بالفتح: ما يعلف في البيت من الغنم وغيره.

وقال مالك: فيها الزكاة لإطلاق قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ ونحوه من إطلاقات النصوص.

وَكَذَا السَّائِمَةُ الْمُشْتَرَكَةُ إِلَّا أَن يَبلُغَ نصيبُ كلِّ مِنْهُمَا نِصَاباً.

وَمن وَجبَ عَلَيْهِ سنٌّ وَلم يُوجَدْ عِنْدَهُ.. دفع أَدنى مِنْهُ مَعَ الْفضلِ، أَو أَعلَى مِنْهُ وَأَخذَ الْفضلَ.

ولنا: ما رواه الدارقطني: «ليس في العوامل صدقة»، قال ابن القطان: سنده صحيح.

والعوامل: يصدق على الحوامل والعلوفة.. فالنفي عنها: نفي عنهما، ولأن النماء شرط، وذلك بالإسامة أو الاعتداد للتجارة، ولم يوجد فيها شيء.

فإن قيل: حديثكم بعد صحّته يحتمل كونه مقارناً لإطلاق ما تلوناه من أصل الزكاة.. فيكون مخصصاً له، ويحتمل كونه متأخراً.. فيكون ناسخاً له، ويحتمل كونه متقدماً عليه.. فيكون منسوخاً بالعام؛ لأن العام حجة قطعية عندكم، فالاستدلال به: يتوقف على ضبط التاريخ؛ فإن لم يضبط.. انتصب معارضاً، وحينئذ: يجب تقدم عموم الإيجاب؛ لأنه الاحتياط.

قلنا: عموم دليلكم مخصص بغير السائمة بالاتفاق.. فيكون ظنياً، فيترجح حديث العوامل؛ لقوة دلالته على أن أصلكم تقديم الخاص مطلقاً [٢٢٦/أ]، فيقدّم حديثنا بلا حاجة إلى ما قلنا: إنه مخصص بغير السّائمة.

(وكذا السائمة المشتركة، إلّا أن يبلغ نصيب كلّ منهما) أي من الشركاء **(نصاباً)** فيعطى كل واحد بقدر نصيبه.

(ومن وجب عليه سنّ) أي ذات سن؛ كبنت مخاض وبنت لبون في الإبل، أو تبيع أو مسن في البقر **(ولم يوجد)** ذلك الواجب **(عنده)** وهذا القيد ليس باحترازي بل اتّفاقي، حتّى لو دفع الأدنى أو الأعلى من الواجب أو دفع قيمته مع وجود الواجب عنده.. جاز أيضاً؛ على ما صرّح به في «الزّيلعي»؛ بناء على أن أخذ القيمة في «باب الزكاة» جائز عندنا؛ على ما يذكر إن شاء الله تعالى **(..دفع)** إلى المصدق **(أدنى منه مع الفضل، أو)** دفع إليه **(أعلى منه وأخذ)** من المصدّق **(الفضل)**.

وَقِيلَ: الْخِيَارُ لِلسَّاعِي.

وفي قوله: دفع الفضل وأخذه.. إشارة إلى أن جبران ما بين السنين - من بنت المخاض وبنت اللبون مثلاً - غير مقدر بشيء معيّن من جهة الشارع، بل يختلف بحسب الأوقات غلاءً ورخصاً، خلافاً للشافعي؛ فإن عنده: هو مقدّر بشاتين أو بعشرين درهماً؛ لقوله ﷺ: «من وجب في إبله بنت لبون فلم يوجد المصدّق إلّا حقّة.. أخذها وردّ شاتين أو عشرين درهماً، فما استيسرتا عليه، وإن لم يجد إلّا ابنة مخاض.. أخذها وأخذ شاتين أو عشرين درهماً، فما استيسرتا عليه».

قلنا: إنما قاله ﷺ لأن التفاوت ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر؛ لأنه تقدير شرعيّ، وكيف ذلك وربما يؤدي إلى الإضرار بالفقراء أو الإجحاف بأرباب الأموال؛ لأنه إذا أخذ الحقة ورد شاتين.. فربما يكون قيمتها قيمة الحقة، فيصير تاركاً للزكاة عليه معنى، وهو إضرار بالفقراء، وإذا أخذ بنت مخاض وشاتين.. فقد يكون قيمتهما قيمة بنت لبون، فيكون آخذاً للزكاة منها، وابنة المخاض تكون زيادة، وفيه إجحاف بأرباب الأموال.

(**وقيل: الخيار للسّاعي**) دون من عليه الواجب؛ أي: ربّ المال.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن الخيار في هذه المسألة للساعي أو لربّ المال، ذكر محمد في «الأصل»: أنه للساعي؛ أي مَن أَخَذَ الصّدقة، وهو الظاهر من عبارة «مختصر القدوري»، وقد ذكره في «الهداية».

وردّه في «النّهاية» و«المعراج» حيث قال: الصّواب: أن الخيار إلى من عليه الواجب؛ لأن الخيار شرع رفقاً بمن عليه الواجب، والرفق إنما يتحقق بتخييره، وجزم به في «فتح القدير» و«الزيلعي».

وقال في «البدائع»: إن الخيار لصاحب المال دون المصدّق، إلّا في فصل واحد وهو: ما إذا أراد صاحب المال أن يدفع بعض العين لأجل الواجب، فالمصدّق بالخيار بين أن لا يأخذ وبين أن يأخذ، بأن كان الواجب بنت لبون فأراد أن يدفع

بعض الحقة بطريق القيمة.. فالمصدّق؛ إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل؛ لما فيه من تشقيص العين، والتشقيص في الأعيان عيب، فكان له أن لا يقبل، وردّه في «الزّيلعي» لوجهين:

أحدهما: أنه مع العيب قد يساوي قدر الواجب، وهو المعتبر في الباب.

والثاني: أن فيه إجبار المصدق على شراء الزائد. انتهى.

وأجاب عنه في «البحر»: بأن جبر المصدّق على الشراء مستقيم؛ إذ لا يلزم من هذا الجبر ضرر بالمصدق [٢٢٦/ب]؛ لأنه عامل لغيره، وإن في التشقيص إضراراً بالفقراء، فلم يملكه رب المال، فاستقام ما في «البدائع».. فكان الخيار لربّ المال، ولذا رجّحه المصنف.

ثم اختلف القائلون بهذا القول: **قال بعضهم**: إن الخيار لربّ المال في الوجهين: أحدهما: أن يدفع الواجب أو أدنى منه مع الفضل.

والثاني: أن يدفع الواجب أو أعلى منه ويأخذ الفضل، وهو الظاهر من لفظ «مختصر القدوري»، على ما ذكره في «الهداية».

وقال بعضهم: إن الخيار لربّ المال في الوجه الأوّل لا الثاني، واختاره في «الزيلعي» حيث قال: والخيار في ذلك لرب المال، ويجبر السّاعي على القبول، إلّا إذا دفع أعلى منها وطلب الفضل فحينئذ لا يجبر؛ لأنه شراء للزيادة ولا إجبار فيه، وله أن يطلب قدر الواجب، كذا في «الهداية» وجزم به في «فتح القدير»، وردّه في «غاية البيان» ترجيحاً للقول الأوّل؛ بأن الزكاة وجبت بطريق اليسر؛ فإذا كان للساعي ولاية الامتناع من قبول الأعلى.. يلزم العسر، وذلك قلب الموضوع وخلاف المنقول؛ لأن من لزمه الحُقة.. تقبل منه الجذعة إذا لم يكن عنده حُقة، وكذلك من لزمه بنت لبون وعنده حقة.. تقبل منه الحقة.

وَيجوزُ دفعُ الْقِيَمِ فِي الزَّكَاةِ وَالْعُشرِ وَالْخَرَاجِ وَالْكَفَّارَاتِ وَالنّذرِ وَصدقَةِ الْفطرِ.

فالظّاهر: أنّ الخيار لربّ المال في الوجهين؛ على ما هو الظاهر من لفظ الكتاب.

(**ويجوز دفع القيم في الزكاة والعشر والخراج والكفارات والنذر**) بأن نذر أن يتصدق بهذا الدينار فتصدّق.. جاز به دراهم.

(**وصدقة الفطر**) خلافاً للشافعي؛ لقوله ﷺ: «في أربعين شاة: شاة، وفي ست وثلاثين من الإبل: بنت لبون» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على العين، فلا يجوز إبطاله بالتعليل، ولأنها قربة تعلّقت بمحل فلا يتأدّى بغيره؛ كالهدايا والضحايا.

ولنا: قوله ﷺ: «في خمس وعشرين من الإبل: بنت مخاض؛ فإن لم يكن.. فابن لبون ذكر»، وهذا ونحوه نص على جواز القيمة فيها؛ إذ ليس في القيمة إلّا إقامة شيء مقام شيء.

ولنا أيضاً: إطلاق قوله تعالى: ﴿خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ﴾ ولا تعيين فيه، ولأن المقصود من الأمر بأداء الذكاة سدُّ خلَّة الفقير، وإيصالُ الرزق الموعود بقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزۡقُهَا﴾ إليهم، وابتلاء المكلف به بالامتثال؛ ليظهر منه المطيع والمخالف، وذلك المقصود يحصل بأيّ مال كان، فيكون التقييد بالشاة ونحوها بياناً للقدر الواجب لا تعييناً للعين، إذ أرزاقهم وسدُّ خلّتهم ما انحصرت في خصوص الشاة، بل لهم حاجات مختلفة الأنواع، فظهر أن هذا ليس إبطالاً للنص بالتعليل.. بل إبطال لما زعم الخصم: أن التنصيص على الشاة ينفي غيرها مما هو قدرها في المالية.

ثم هذا ليس بالتعليل، بل مجموع نصي الوعد بالرزق والأمر بالأغنياء بالدفع إلى الموعود به مما ينساق الذهن منه إلى ذلك؛ فإنك إذا سمعت قول القائل: «يا فلان مؤونتك علي» ثم قال: «يا فلان أعطه من مالي عندك من كل كذا وكذا» لا يكاد ينفك عن فهمك، من مجموع وعد ذاك وأمر الآخر بالدفع إليه أن ذلك لا

يتجاوز [٢٢٧/أ] الوعد، فيكون جواز القيمة مدلولاً التزامياً لمجموع معنى النصين؛ لانتقال الذّهن عند سماعهما من معناهما إلى ذلك.. فيكون مدلولاً لا تعليلاً.

والحاصل: أن ههنا أربعة أحكام: وجوب عين الشاة، وصلاحيتها للصرف على الفقير، وجواز قيمتها بدلها، وصلاحية القيمة للصرف إلى الفقير.

والأوّل والثاني: ثابت بالنّص الدالّ على وجوب عين الشاة نحو: «في أربعين شاةً: شاةٌ» إلّا أنّ هذا النص معلّل بالنسبة إلى الثاني، لا لإثباتها، بل لإثبات حكم آخر عن صلاحية القيمة.

والثالث: ثابت بالنص الدال على جواز الاستدلال؛ أعني النصوص الواردة في ضمان أرزاق العباد والأمر بالأغنياء بالدفع.

والرابع: ثابت بالتعليل، ولكن هذا ليس تفسير النص بالتعليل، بل النص مقارن بالتّعليل، ومما يتفرع على أصلنا هذا: أنه لو أدى ثلاث شياه سمان عن أربع وسط، أو بعض بنت لبون عن بنت مخاض.. جاز؛ لأن المنصوص عليه الوسط.. فلم يكن الأعلى داخلاً في النص، والجودةُ معتبرة في غير الربويات.. فتقوم مقام الشاة الرابعة، بخلاف ما لو كان مثلياً: بأن أدّى أربعة أقفزة جيدة عن خمسة وسط وهي تساويها.. لا يجوز، أو ثوباً بأن أرى ثوباً يعدل ثوبين.. لم يجز إلا عن ثوب واحد، أو نذر أن يهدي شاتين وسطين، أو يعتق عبدين وسطين، فأهدى شاة أو عتق عبداً يساوي كل منهما وسطين.. لا يجوز.

أما الأوّل: فلأن الجودة غير معتبرة عند المقابلة بجنسها.. فلا تقوم الجودة مقام القفيز الخامس.

وأما الثاني: فلأن المنصوص عليه مطلق الثوب في الكفارة لا بقيد الوسط، فكان الأعلى وغيره داخلاً تحت النص.

وَتسقطُ الزَّكَاةُ بِهَلَاكِ المَالِ بعدَ الْحولِ.

وأما الثالث: فلأن القربة في الإراقة والتحرير، وقد التزم إراقتين وتحريرين.. فلا يخرج عن العهدة بواحد، بخلاف النذر بالتصدق، بأن نذر أن يتصدق شاتين وسطين فتصدق بشاة تعدلهما.. جاز؛ لأن المقصود إغناء الفقير، وبه تحصل القربة، وهو يحصل بالقيمة.

(وتسقط الزكاة بهلاك المال) أي بغير استهلاك **(بعد الحول)**.

وقال الشافعي: يضمن إذا هلك بعد التمكن من الأداء؛ بأن ظفر: من يدفع إليه الصدقة من الفقراء في الأموال الباطنة، ومن الساعي في الأموال الظاهرة، إذ بالتمكن من الأداء.. تقرر الواجب في الذمة، فلا يسقط بالعجز بعده؛ كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد، ولأنه منعه بعد كونه مطالباً بالخطاب.. فصار كالاستهلاك.

ولنا: أن الواجب ليس في الذمة، بل جزء من النصاب تحقيقاً لليسر المعتبر في باب الزكاة، وعملاً بكلمة الظرف في قوله ﷺ: «في أربعين شاةً: شاةٌ» فيسقط بهلاك محلّه؛ كدفع العبد المستحق بالجناية؛ فإنه إذا لم يدفعه المولى حتى هلك.. يسقط بهلاكه ولم يجب إقامة غيره مقامه، ولا عليه ضمانه، بخلاف صدقة الفطر والحج وديون العباد.. فإنها في الذمة، وبخلاف أداء القيمة.. فإنها وإن لم تكن [٢٢٧/ب] جزء من المحل، لكنها جائزة للإذن بالاستبدال، ومجرّد التأخير بعد توجه الخطاب بعد الحول سواءً طالبه الفقير بالأداء أو لا.. ليس باستهلاك؛ لا حقيقة: وهو ظاهر، ولا حكماً: بأن استبدل مال التجارة بغيرها؛ لأنّ المصرف ليس بفقير معيّن.. فللمالك أن يصرف إلى من شاء من الفقراء في أيّ وقت شاء.

وأما تأخيره بعد طلب الساعي.. ففيه خلاف: قيل: يضمن؛ لكونه متعيناً، واختاره الكرخي، وقيل: لا يضمن؛ إذ لا تفويت فيه على أحد ملكاً ولا يداً، ولأنه يجوز أنه منعه لاختيار الأداء في وقت آخر، واختاره أبو سهل الزجاجي و«فتح القدير»، وهو أشبه بالفقه؛ لأن الساعي وإن تعيّن.. لكن للمالك رأي في اختيار محل

الأداء بين العين والقيمة، ثم القيمة شائعة في محال كثيرة، والرأي يستدعي زماناً.. فالحبس كذلك. انتهى.

واعلم أن استبدال مال التجارة بمال التجارة ليس استهلاكاً، وبغير مال التجارة استهلاك، وذلك بأن ينوي في البدل عدم التجارة عند الاستبدال؛ إذ لو لم ينو في البدل عدم التجارة وقد كان الأصل للتجارة.. يقع البدل للتجارة، وإن لم يكن لها عند صاحبه.

وفي «الكافي»: لو تقايضا عبداً بعبد ولم ينويا شيئاً؛ فإن كانا للتجارة.. فهما للتجارة، أو للخدمة.. فهما للخدمة، أو إن كان أحدهما للتجارة والآخر للخدمة.. فبدل ما كان للتجارة: فهو للتجارة، وبدل ما كان للخدمة: فهو للخدمة، فلو استبدل بعد الحول ثم هلك البدل بغير صنع منه.. وجبت الزكاة عن الأصل، بخلاف ما إذا كان البدل مال تجارة.. لا يضمن زكاة الأصل بهلاك البدل.

واستبدال السائمة: هلاك مطلقاً، سواء استبدلها سائمة من جنسها، أو من غيره، أو بغير سائمة دراهم أو عروض؛ لتعلق الزكاة بالعين أوّلاً وبالذات، وقد تبدّلت؛ فإذا هلكت سائمة البدل.. تجب الزكاة.

هذا إذا استبدل بها بعد الحول، أما إذا باعها قبله.. فلا، حتى لا تجب الزكاة في البدل إلا بحول جديد، أو يكون له دراهم وقد باعها بأحد النقدين.

وإعادة ثوب التجارة وإقراض النصاب الدراهم بعد الحول.. ليس باستهلاك، حتى لو نوى المال على المستقرض.. لا تجب.

ولو كان له ألف درهم وقد حال عليها الحول فاشترى بها عبداً للتجارة فمات، أو عروضاً للتجارة فهلكت.. بطلت عنه زكاة الألف.

ولو كان العبد للخدمة.. لم تسقط بموته، فلو كان فيه غبن فاحش.. ضمن في **الوجه الأول** علم أولا؛ لأنه صار مستهلكاً في قدر ألفين؛ إذ لم يحصل بإزائه شيء،

وَإِن هَلَكَ بعضُهُ.. سَقَطَت حِصَّتُهُ...

ولو كان وهبها بعد الحول ثم رجع بقضاء أو غيره.. لا شيء عليه لو هلكت عنده بعد الرجوع؛ لأن الرجوع فسخ من الأصل، والنقود يتعين في مثله فيعاد إليه قديم ملكه، ثم هلك.. فلا ضمان، ولو رجع بعد ما حال الحول عند الموهوب له.. فكذلك، خلافاً لزفر فيما لو كان بقضاء.. فإنه يقول: يجب على الموهوب له.

وفي الوجه الثاني: [٢٢٨/أ] لوردّ عبد الخدمة بعيب واسترد الألف.. لم يبرأ لو هلكت؛ لأنّ وجوب الردّ لم يتعلّق بعين تلك الدّراهم، فلم يعد إليه قديم ملكه، بخلاف ما لو كان اشترى العبد بغرض التجارة وحال حوله فرد بقضاء؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه، وإن كان بغير قضاء.. ضمن؛ لأنه بيع جديد في حق الزكاة.

وعن هذا قلنا: لو باع عبد الخدمة بألف فحال على الثمن الحول فرد بعيب بقضاء أو رضاء.. زكى الثمن؛ لعدم التعيين، ولو باعه بعرض التجارة فرد بعيب بعد الحول؛ إن كان بقضاء.. لم يزكِ البائع العرض؛ لأنه مضطر، ولا العبد؛ لأنه كان للخدمة وقد عاد إليه قديم ملكه.

وإن كان بلا قضاء.. لم يزك المشتري العرض، وزكّاه البائع؛ لأنه كالبيع الجديد، حتى يصير العبد الذي اشتراه للتجارة؛ لأن الأصل كان للتجارة، فكذا البدل؛ فإن نوى فيه الخدمة.. كان زكاة العرض مضموناً عليه؛ لأنه استهلك، حيث استبدله بغير مال التجارة؛ كذا في «فتح القدير».

(وإن هلك بعضه.. سقطت حصته) اعتباراً له بالكل؛ فإن قيل: بهلاك البعض قد زال اليسر الثابت قبله.. فالواجب: أن لا يبقى عليه شيء كابتداء الوجوب؛ لأنه لا يثبت ابتداءً ببعض النصاب؛ لعدم القدرة الميسرة، وهي شرط فيها.

قلنا: اشتراط اليسر ليس من حيث النصاب يزال بزواله، بل من حيث تحقق النماء، وبهلاك البعض لا يزول النماء، وإن زال النصاب.. فلا يزال اليسر أيضاً.

وَيصرفُ الْهَالِكُ إِلَى الْعَفوِ أَوَّلاً، ثُمَّ إِلَى نِصَابٍ يَلِيهِ، ثمَّ وَثمَّ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يُصرَفُ بعدَ الْعَفوِ الأَوَّلِ إِلَى النُّصُبِ شائعاً، وَالزَّكَاةُ تَتَعَلَّقُ بالنِّصابِ دونَ الْعَفوِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: بهما.

(ويصرف الهالك إلى العفو أولاً، ثم إلى نصاب يليه، ثم وثم) إلى النصب الأول على الترتيب **(عند الإمام)** أبي حنيفة، **(وعند أبي يوسف: يصرف)**؛ أي الهلاك **(بعد العفو الأول إلى النصب شائعاً)**؛ أي إلى جميع النصب إلى الأخير أو لا؛ كما قال أبو حنيفة لأبي يوسف: إن في الصرف على النصب شائعاً صيانة للواجب، بخلاف الصرف إلى الأخير ثم وثم، ولأبي حنيفة: أن النصاب الأوّل أصل والباقي فرع؛ لأنه يبتني على الأول.. فالصرف إلى التبع أولاً أولى؛ لأن كل مال اشتمل على أصل وتبع، ثم هلك منه شيء.. فالهلاك يصرف إلى التبع أولاً؛ كمالِ المضاربة إذا كان فيه ربح.. فإنه يصرف الهلاك أولاً إلى الربح بالاتفاق، وكالعفو والنصاب؛ فإن الهلاك يصرف إلى العفو أولاً بالاتفاق.

وقال محمد: يصرف الهلاك إلى النصاب والعفو جميعاً؛ بناء على ما سيأتي من أصله، من أن الزكاة تتعلق بالنصاب والعفو جميعاً، فكذا الهلاك.

فلو كان له تسع من الإبل فهلك بعد الحول أربع منها.. لم يسقط من الزكاة شيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر.. يسقط أربعة أتساع شاة.

(والزكاة تتعلق بالنصاب دون العفو) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لقوله ﷺ: «في خمس من الإبل السائمة شاة، وليس في الزيادة شيء حتى يكون عشراً»، ولأن معنى العفو: ما يخلو عن الوجوب، فلا معنى لتعلق الوجوب إليه، ولهذا قال: الهلاك يصرف إلى العفو أولاً؛ على ما ذكرناه. [٢٢٨/ب].

(وعند محمد) وزفر: تتعلق الزكاة **(بهما)** أي بالنصاب والعفو جميعاً؛ لقوله ﷺ: «في خمس من الإبل شاة إلى تسع» أخبر أن الوجوب في الكل، ولأن

فَلَو هَلَكَ بعدَ الْحَولِ أَرْبَعُونَ مِن ثَمَانِينَ شَاةً.. تجبُ شَاةٌ كَامِلَةٌ، وَعندَ مُحَمَّدٍ: نصفُ شَاةٍ.

وَلَو هَلَكَ خَمْسَةَ عَشَرَ مِن أَرْبَعِينَ بَعِيراً.. يجبُ بنتُ مَخَاضٍ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ جزأً مِن سِتَّةٍ وَثَلَاثينَ مِن بنتِ لَبونٍ، وَعندَ مُحَمَّدٍ: نصفُ بنتِ لبونٍ وَثُمُنُهَا.

الزكاة وجب شكراً لنعمة المال الذي يتحقق به الغنى، والكل بعد وجود النصاب فيه.. كذلك، فيكون الوجوب في الكلّ: أن العفو محلّ صالح لأداء الواجب، لا لنفس الواجب، فلا معنى لتعلّقه به.

(**فلو هلك بعد الحول أربعون من ثمانين شاة.. تجب شاة كاملة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لما مر من أصلهما: أنّ الهلاك يصرف أوّلاً إلى العفو عندهما، فما بقي بعد الهلاك: هو النصاب.. فتجب شاة.

(**وعند محمّد**) وزفر: (**نصف شاة**)؛ لما مر من أصله أيضاً: أن الواجب والعفو يصرف عنده إلى النصاب والعفو معاً، فما بقي بعد الهلاك هو النصف منه.. فيجب نصف شاة.

(**ولو هلك خمسة عشر من أربعين بعيراً.. يجب بنت مخاض**) عند أبي حنيفة؛ لأن الباقي نصاب بنت مخاض؛ لما مرّ من أصله: أن الهلاك يصرف أوّلاً إلى العفو ثم إلى نصاب يليه.

(**وعند أبي يوسف: خمسة وعشرون جزأً من ستة وثلاثين من بنت لبون**)؛ لما مرّ من أصله: أن الهلاك يصرف أوّلاً إلى العفو ثم إلى النصب شائعاً، والعفو ههنا: أربعة من أربعين فعدتها أولاً وبقي نصاب بنت لبون ستة وثلاثين، فلما هلكت منه أحد عشر.. بقي خمسة وعشرون.

(**وعند محمّد: نصف بنت لبون وثمنها**)؛ لما مرّ من أصله أيضاً: أن الواجب والهلاك يتعلّق بالنصاب والعفو جميعاً؛ فإنّه إذا هلك خمسة عشر من أربعين إبلاً..

سقط خمسة عشر جزءاً من أربعين جزءاً من بنت لبون، وبقي خمسة وعشرون، وهي: نصف أربعين وثمنه.

ولو كانت له مائة وعشرون شاة، فهلك ثمانون منها.. تجب شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر: أربعون جزءاً من مائة وإحدى وعشرين جزءاً من شاتين، فلو كنّ مائتين وواحدة عجافاً إلّا واحدة وسطاً.. يجب الوسط وثنتان من أفضلها.

فإن هلكت الوسط عند أبي حنيفة.. تجب عجافاً، وإن كأنها لم تكن إلا مائتان عجاف؛ لأن الهلاك يصرف عنده إلى النصاب الأخير؛ لكونه تبعاً فصار.. كأنه لم يكن في ملكه إلا النصاب الأول والثاني، فكان الباقي نصاب الشاتين، وعند محمد وأبي يوسف.. يسقط الفضل بهلاك الوسط ويجعل كأن الكل عجاف، فكان الواجب ثلاثاً عجافاً؛ فإذا هلك واحدة.. سقط من كل شاة من الثلاث جزء من مائتي جزء وجزء، وتبقى من كل شاة عجفاء مائتا جزء؛ لأن عندهما يصرف الهلاك إلى النصاب شائعاً، ولو هلك الكل لا الوسط.. يجب جزء من أربعين جزءاً من شاة وسط عند أبي حنيفة، كأنه ليس له إلا أربعون، هلك الكل إلّا واحدة وسطاً، وعندهما: ثلاثة أجزاء من مائتي جزء من ثلاث شياه جزء من السمينة، وجزأان من العجفاوين؛ لأن الواجب عندهما.. واجب في كلّ شاة.

ولو كان له أربعون [٢٢٩/أ] شاة وعشرون سمان، أو أوساط وعشرون عجاف، هلكت واحدة من السمان بعد الحول.. تبقى تسعة وثلاثون جزءاً من أربعين جزءاً من شاة وسط؛ لأن الفضل فيما زاد على الواحدة عفو فصار؛ كأن الكل سمان وهلك منها واحدة.

وكذلك: لو هلكت عشرة من السمان.. تبقى ثلاثة أرباع شاة وسط، وعند محمد: يبقى نصف شاة وسط وربع شاة عجفاء؛ لأن الواجب شائع في المال وكان نصف السمينة في عشر من السمان وعشر من العجاف، وذلك النصف لم يتغير...

وَيَأْخُذُ السَّاعِي الْوَسَطَ، لَا الْأَعْلَى وَلَا الْأَدْنَى.

وَلَو أَخذَ الْبُغَاةُ زَكَاةَ السَّوائِمِ أَو الْعُشْرَ أَو الْخَراجَ.. يُفْتَى أَرْبَابُهَا أَن يعيدوها خُفْيَةً إن لم يَصرفوها فِي حَقِّهَا، إِلَّا الْخراجُ.

فيبقى الواجب فيه كما كان باقياً، والنصف الآخر في عشر سمان وعشر عجاف.. ذهبت سمانه وبقيت عجافه.. فكان فضل السّمن في عجاف هذا النصف سبب سمان هذا النصف.. فيبطل بهلاك السمان، فبقي ربع شاة عجفاء.

وإن هلكت سمينة واحدة.. تضم إلى ما بقي من السمان مثلها من العجاف، وذلك تسع عشرة فتصير ثمانية وثلاثين، فيجب فيها ثمانية وثلاثون جزءاً من أربعين جزءاً من سمينة، وفي العجاف الباقية جزءاً من أربعين جزء من شاة عجفاء؛ لأن فضل السمن فيها: كان سبب السمينة التي هلكت، فتبطل بهلاكها كذا في «فتح القدير».

(**ويأخذ الساعي الوسط، لا الأعلى ولا الأدنى**)؛ أي من الوسط، يعني: يأخذ وسط سن وجب، حتى لو وجب عليه بنت مخاض مثلاً: لا يأخذ خيار بنت مخاض ولا أدناها، بل يأخذ وسطها؛ لما رواه الجماعة «إياكم وكرائم أموالهم» ولا يخفى عليك أن إيجاب الوسط: إنما هو في غير العجاف؛ لرعاية جانب الفقراء وجانب رب المال.

وأما إذا كان الكل عجافاً.. فإيجاب الوسط حينئذ إجحاف لرب المال، بل الواجب حينئذ بقدر العجاف؛ على ما ذكرناه في «التتمة».

(**ولو أخذ البغاة زكاة السوائم أو العشر أو الخراج**).. لا يأخذ الإمام منهم ثانياً؛ لعدم حمايتهم، والجباية بالحماية، ولكن (.. **يفتى أربابها أن يعيدوها خفية إن لم يصرفوها في حقها**) أعني الفقراء.

(**إلا الخراج**)؛ لأن البغاة مصارف الخراج؛ لكونهم مقاتلة لأنهم يقاتلون أهل الحرب، وأما الصدقات: فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها إليهم.

وقيل: إذا نوى الدافع بدفعه التصدق عليهم.. يسقط عنه؛ على ما حكي عن أبي جعفر، وكذا الدفع على كل جائر؛ لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء، والأوّل أحوط، وعليه الفتوى؛ كذا في «الهداية».

والمراد بالأول: الإفتاء بإعادة صدقة السوائم والعشور؛ على ما صرحّ به في «العناية»، ثم علّله: بأن في ذلك خروجاً عن العهدة بيقين، وفي «الخلاصة»: السلطان الجائر إذا أخذ صدقة الأموال الظاهرة.. الظاهر: أنه يسقط عن أربابها، ولا يؤمر بالأداء ثانياً.

وإن أخذ الجبايات أو مالاً بطريق المصادرة فنوى صاحب المال عند الدفع الزكاة.. اختلفوا فيه، والصحيح: أنه تسقط عنه الزكاة؛ كذا قاله الإمام السرخسي. انتهى،

فالظاهر منه: سقوط الزكاة [٢٢٩/ب] في الأموال الظاهرة والباطنة إن نوى عنها عند الدفع، وكذا الظاهر من «الهداية»، لكن قال في «العناية»: والصحيح: أنها لا تسقط في الأموال الباطنة وإن نواها؛ لأنه ليس للطالب - أي السلطان الجائر - ولاية أخذ زكاة الأموال الباطنة، وهكذا صحّح وعلّل في «الولوالجي»، وفي قول المصنف: «زكاة السّوائم»: إشارة إليه، فاختلف التصحيح في الأموال الباطنة.

وقال في «فتح القدير» عن «المبسوط»: وما يأخذه ظلمة زماننا؛ من الصدقات والعشور والجزاء والخراج والجبايات والمصادرات.. فالأصح: أن يسقط جميع ذلك عن أرباب الأموال إذا نووا عند الدفع المتصدق عليهم؛ لأن ما في أيديهم أموال المسلمين، وما عليهم من التبعات فوق أموالهم، فلو ردّوا ما عليهم.. لم يبق في أيديهم شيء.. فكانوا فقراء.

وقال ابن مسلمة: يجوز أخذ الصدقة لعلي بن عيسى بن ماهان والي خراسان وكان أميراً ببلخ وجبت عليه كفارة يمين، فسأل فأفتوه بالصيام، فجعل يبكي ويقول

لحشمه: إنهم يقولون لي: «ما عليك من التبعات فوق ما لك من المال، فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئاً».

وعلى هذا: لو أوصى بثلث ماله إلى الفقراء فدفع إلى السلطان الجائر.. سقط. ذَكَرَهُ «قاضي خان» في «الجامع الصغير».

وهل يجوز للفقراء أخذها بغير علم صاحبه؟ ففي «الخلاصة»: من وجبت عليه الزكاة ولا يؤدي.. لا يحلّ للفقراء أن يأخذها من ماله بغير علمه، وإن أخذه.. له أن يسترده إن كان قائماً، ويضمنه إن كان هالكاً أو مستهلكاً؛ لأن الحق ليس لهذا الفقير بعينه.. انتهى.

* * *

(بَابُ زَكَاةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْعُرُوضِ)

نِصابُ الذَّهَبِ: عشرُون مِثْقَالاً.

ونِصابُ الْفِضَّةَ: مِائتَا دِرْهَمٍ.

وَفِيهِمَا رُبُعُ الْعُشْرِ.

ثُمَّ في كلِّ أربعةِ مثاقيلَ وأربعينَ درهماً بحسابِهِ.

(بابُ زَكَاةِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ والعُروض)

جمع عرض، قال في «المصباح»: العَرَض - بفتحتين -: متاع الدنيا، وبالسكون: المتاع، قالوا: الدراهم والدنانير عين، وما سواهما عرض، والجمع عروض؛ مثل: فلس وفلوس.

وقال أبو عبيد: العروض الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيواناً ولا عقار. انتهى.

والذي ظهر من كلام المصنف: هو ما قاله أبو عبيد.

(**نصاب الذهب: عشرون مثقالاً**)، وهو ما يكون: كل سبعة منها وزن عشرة دراهم.

(**ونصاب الفضة: مائتا درهم**) وهو ما يكون: العشرة منها وزن سبعة مثاقيل، الأصل ههنا: ما روي أنه ﷺ كتب إلى معاذ أن خذ من كل مائتي درهم: خمسة دراهم، ومن كل عشرين مثقالاً من ذهب: نصف مثقال.

(**وفيهما: ربع العشر**)؛ لما رويناه، أطلق الربع.. فشمل المصكوك منها وغير المصكوك، وكذا الحال في عشرة المهر، وأما في غير الذهب والفضة: فلا تجب الزكاة ما لم تبلغ قيمته نصاباً مصكوكاً من أحدهما؛ لأن لزومها مبني على التقوم، والعرف: أن يقوم بالمصكوك، وكذا نصاب السرقة احتياطاً للدَّرء؛ كذا في «فتح القدير».

(**ثم في كل أربعة مثاقيل وأربعين درهماً بحسابه**)؛ يعني لا شي فيما زاد عشرين

وَقَالا: مَا زَادَ: بِحِسَابِهِ وَإِن قلَّ.

مثقالاً إلى أن بلغ خمسه وهو أربعة مثاقيل: ففيها [٢٣٠/أ] قيراطان مع الواجب الأوّل؛ أعني: نصف مثقال؛ لأن لكلّ واحد من الأربعة نصف قيراط، فللأربعة: قيراطان، والمثقال: عشرون قيراطاً.

ولا فيما زاد على مائتي درهم إلى أن بلغ خمسه وهو أربعون.. ففيه درهم مع الواجب الأول أعني خمسة دراهم، فالعفو في الذهب: ثلاثة مثاقيل، وفي الفضة: تسعة وثلاثون درهماً، وإذا بلغ الزائد بثمانين درهماً.. ففيه درهمان مع الواجب الأول، وهكذا هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: ما زاد بحسابه وإن قلّ**) بلا عفو؛ فإذا زاد درهم.. ففيها جزء من أربعين جزءاً من درهم؛ لقول علي: «فما زاد.. فبحسابه» ولأن الزكاة: وجبت شكراً لنعمة المال، واشتراط النصاب في الابتداء ليتحقق الغناء، ولا معنى لاشتراطه بعد ذلك فيما لا يلزم التشقيص؛ كما في السّوائم، فإنه: إنما عفي فيها بعد النصاب حذراً عن لزوم التشقيص؛ لما فيه من ضرر الشركة.

ولأبي حنيفة قوله ﷺ لمعاذ: «لا تأخذ مما زاد على مائتي درهم حتى يبلغ أربعين»، ولأن الحرج مدفوع، وفي إيجاب الكسور حرج بيّن، وقول علي لا يعارض المرفوع.

ومما يبتنى على هذا الأصل أنه: لو كان له مائتان وخمسة دراهم مضى عليها الحولان، فعنده: عليه عشرة، وعندهما: خمسة؛ لأنه وجب عليه في العام الأوّل خمسة وثمن، فيبقى السالم من الدين في العام الثاني: مائتين إلّا ثمن درهم، فلا يجب فيه الزكاة، وعنده: لا زكاة في الكسور.. فيبقى السالم مائتين، ففيها خمسة أخرى.

فإن قيل: حديث معاذ وإن كان مرفوعاً.. إلا أنه لا يمنع الوجوب على ربّ المال فيما دون الأربعين؛ لأنه إنما نهى فيه المصدق عن الأخذ فيما دون الأربعين، لا الوجوب على رب المال وإعطاؤه، وحديث علي: تعرض لوجوبه.. فيقدم عليه.

وَالْمُعْتَبَرُ فيهِمَا: الْوَزْنُ وجوباً وَأَدَاءً.

وَفِي الدَّرَاهِمِ: وزنُ سَبْعَةٍ، ....

قلنا: المراد نهي المصدق عن الأخذ لا مطلقاً، بل أخذ الواجب على رب المال؛ لأنه لبيان الواجب، فيلزمه أن لا وجوب على رب المال فيما دون الأربعين؛ إذ لو كان.. لما نهي عنه، فكان المعنى: لا تأخذ ممّا زاد على مائتي درهم إلى أن بلغ أربعين؛ إذ لا وجوب عليه قبل أن يبلغ إليه.

(**والمعتبر فيهما**) أي في الذهب والفضة في الزكاة ونصاب السرقة والمهر وتقدير الديات: (**الوزن وجوباً وأداء**)؛ أي: يعتبر أن يكون المؤدّى فيهما قدر الواجب وزناً لا قيمةً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال زفر: تعتبر القيمة، وقال محمّد: يعتبر الأنفع للفقراء، حتى لو أدى عن خمسة دراهم خمسة زيوفا قيمتها أربعة جياد.. جاز عندهما، خلافاً لمحمّد وزفر، ولو أدى أربعة جيّدة قيمتها خمسة رديئة.. لا يجوز إلّا عند زفر.

وأما اعتبار الوزن وجوباً؛ أي: دون العدد والقيمة.. بالاتفاق، حتّى لو كان له إبريق فضة وزنها مائة وخمسون وقيمتها مائتان.. فلا زكاة فيها، وكذا الذهب.

(و) **المعتبر** (**في الدراهم: وزن سبعة**)؛ لأن الدراهم في الابتداء كانت على ثلاثة أصناف.

صنف منها: كلّ عشرة منه عشرة [٢٣٠/ب] مثاقيل، كل درهم مثقال.

وصنف منها: كل عشرة منه ستة مثاقيل، كل درهم ثلاثة أخماس مثقال.

وصنف منها: كل عشرة منه خمسة مثاقيل، كل درهم نصف مثقال.

وكان الناس يتصرفون بها ويتعاملون فيما بينهم إلى أن استخلف عمر رضي الله عنه، فأراد أن يستوفي الخراج بالأكثر، فالتمسوا منه التخفيف، فجمع حُسَّاب زمانه ليتوسّطوا ويوفّقوا بين الدّراهم كلّها وبين ما رامه عمر والرعية فاستخرجوا له وزن

وَهُوَ أَن تَكونَ الْعشْرَةُ مِنْهَا وزنَ سَبْعَةِ مَثَاقِيلَ.

وَمَا غلبَ ذَهَبُهُ أَو فضَّتَهُ.. فَحُكْمُهُ حكمُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ الخالصَين.

وَمَا غلبَ غِشُّهُ.. تعْتَبرُ قِيمَتُهُ لَا وَزنُهُ.

السبعة؛ لأنها كما كانت ثلث مجموع الأنواع الثلاثة.. كانت أيضاً مجموع ثلث الأنواع الثلاثة.

(وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل)، فيكون المثقال: كل سبعة منه وزن عشرة دراهم، ومنه اعترض عليه بأنه تعريف دوري؛ لأن كلاً من المثقال والدراهم أخذ في تعريف الآخر.

وأجيب: بأن كلاً منهما معروف في نفسه، وإنما المجهول نسبة كل منهما إلى الآخر، فعرف نسبة الدرهم إلى المثقال بما ذكر.

وقد يقال: إنه تعريف لفظي لا يجتنب فيه ما يجتنب عنه في الحقيقي.

(وما غلب ذهبه أو فضته) بأن يزيد على النصف (..فحكمه حكم الذهب والفضة الخالصين)؛ لأن المغلوب مستهلك.. فتجب فيه زكاة الخالصين لا زكاة العروض ولو كان أعدّها للتجارة.

(وما غلب غشّه) وكذا الفلوس الرائجة (.. تعتبر) في الزكاة (قيمته لا وزنه)؛ لأن الوزن ثبت نصاً في الحجرين؛ فإن بلغت قيمته نصاباً من أدنى الدراهم التي تجب فيها الزكاة - وهي التي غلبت فضّته - وجبت فيها الزكاة، وإلّا.. فلا.

وإن كانت الفضة والغشّ سواءً وكذا الذهب معه.. ذكر أبو نصر: تجب فيه الزكاة احتياطاً؛ كأنها كلها فضة.

وقيل: لا يجب أصلاً.

وقيل: يجب درهم ونصف، هكذا حكي.

وقال في «فتح القدير»: القول الثالث لا بد من كونه على اعتبار أن يخلص، وعنده ما يضمه إليه فيخصه درهماً ونصف، وحينئذ.. فليس في المسألة إلا قولان؛

وتُشترطُ نِيَّةُ التِّجَارَةِ فِيهِ كالعُروضِ.

لأن هذا التقدير: لا يخالفه فيه أحد، فحكاية ثلاثة أقوال غير واقع. انتهى.

ومن هنا: علم حكم الذهب المخلوط بالفضة؛ فأيهما غلب.. فالحكم له.

(وتشترط نية التجارة فيه) أي فيما غلب غشه.

ولا بد أن تكون النية حين كونه مالكاً له، لأن مجرد النية بعد الملك لا تعمل بلا اقتران عمل التجارة.

(كالعروض) فإنه لا بد في العروض من النية المقارنة للشراء، حتى يكون مال تجارة، لكن الشرط فيما غلب غشه ليس مجرد نية التجارة، بل إما بهذه، أو كونه أثماناً رائجة فإن وجد أحد هذين الشرطين.. فيعتبر قيمته في النصاب، وإلا.. فينظر: إن كانت فضته بحيث يتخلص منه وتبلغ نصاباً وحدها، أو بالضم إلى غيرها.. تجب فيها زكاة الفضة؛ لأن عين الفضة لا يشترط فيها نية التجارة ولا القيمة، وإن لم تكن بحيث يتخلص منه فضته.. فلا شيء عليه؛ لأن الفضة قد هلكت فيه؛ لعدم الانتفاع بها لا حالاً ولا مآلاً فبقيت الغش، وهي عروض، فيشترط فيه نية التجارة إن لم تكن أثماناً رائجة على الصحيح.

فإن قيل: إذا اشترى [٢٣١/أ] بمال التجارة عروضاً.. تجب فيه الزكاة، وإن لم يُنْوَ للتجارة.

قلنا: النية في الأصل كاف فيها؛ كأجرة دار التجارة وعبد التجارة.

واعلم: أنه لا بدّ من بقاء العين في لزوم الزكاة، حتى لو لم تبق العين.. لا زكاة فيه؛ لما قال في «التاتارخانية»: العمال الّذين يعملون للنّاس بأجر إذا اشتروا أعياناً للعمل بها، فحال الحول عليها عندهم - وكل عين يبقى لها أثر في العين بحيث يرى كالعصفر والزعفران وما أشبه ذلك -.. ففيها الزكاة، وما لا يبقى له أثر في العين، بحيث لا يرى كالصّابون والأشنان.. فلا زكاة في عينه وذكر في «الأصل» الخباز: إذا اشترى ملحاً أو حطباً للخبز.. فلا زكاة فيه؛ لأن معنى التجارة لا يتحقق فيه لأنه

وَتجبُ فِي تِبرِهِما وحُلِيِّهما وآنيتهِما.

وَفِي عُرُوضِ تِجَارَةٍ بلغت قيمتُهَا نِصَاباً مِن أَحدِهمَا.. تُقَوَّمُ بِمَا هُوَ أَنْفَعُ لِلْفُقَرَاءِ، ....

يصير مستهلكاً من كلّ وجه، ولو اشترى سمسماً ليجعله على وجه الخبز.. ففيه الزكاة؛ لأن عينه تبقى بعد الخبز، فيمكن تحقيق معنى التجارة فيه.. انتهى.

(**وتجب**) الزكاة (**في تبرهما**) أي ما كان غير مضروب منهما، وإذا ضرب.. كان دراهم ودنانير على ما في «المغرب».

(**وحليّهما وآنيتهما**) وقال الشافعي: لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال؛ لأنه مبتذل في مباح، فشابه ثياب البذلة.

قلنا: إن السبب مال نام، ودليل النماء، موجود وهو: الإعداد للتجارة خلقة، والدليل هو المعتبر، بخلاف ثياب البذلة؛ لعدم دليل النماء فيها، والأصل فيها الابتذال.

(و) تجب أيضا (**في عروض تجارة بلغت قيمتها نصاباً من أحدهما**) يحتمل أن يكون عطفاً على قوله: «في تبرهما» وعلى قولهما: «وفيهما» في أوّل الباب، على ما يشعر به إعادة كلمة «في» أي: وفيهما ربع العشر أيضاً.

ونوقض بما لو اشترى أرض خراج ناوياً بها للتجارة، أو اشترى أرض عشر ناوياً للتجارة وزرعها، أو اشترى بذراً للتجارة وزرعه أو اشترى عبداً للخدمة ناوياً بيعه إن وجد فيه ربحاً.. فإنه لا زكاة في كلها مع أنها عروض تجارة، حيث اشتراها للتجارة.

وأجيب: بمنع كونها للتجارة؛ فإنه مؤنة لزوم الخراج والعشر في أرضهما، والبذر يخرجها عن كونها للتجارة، وكذا كون العبد للخدمة.. يخرجه عنها.

وعن محمد: إن في الأرض التي اشتراها للتجارة زكاة.

وقد يقال: إن الأرض مطلقاً ليست بعروض.

ثم بين كيفيّة تقويم العروض بقوله: (**تقوّم بما هو أنفع للفقراء**) عند أبي حنيفة،

أي: يقوّم بما يبلغ نصاباً، فبأيهما يبلغ.. يقوّم به احتياطاً لحقّ الفقراء.

وقال أبو يوسف: يقومها بما اشترى إذا كان الثمن من النقود؛ لأنه أقرب لمعرفة المالية؛ لأن الظاهر أنه يشتريه بقيمته، وإن اشتراها بغير النقود.. يقومها بالغالب من النقود.

وعن محمد: يقومها بالغالب من النقود على كلّ حال: كما في المغصوب والمستهلك.

ويقوم في البلد الذي فيه المال، حتى لو كان بعث عند التجارة إلى بلد أخرى لحاجة فحال الحول.. تعتبر قيمته في ذلك البلد.

ولو كان في مفازة.. تعتبر قيمته في أقرب الأمصار على ذلك الموضع [٢٣١/ب].

ثم قول أبي حنيفة فيه: أن تعتبر القيمة يوم الوجوب، وعندهما: يوم الأداء، والخلاف مبني على أن الواجب.

عندهما: جزء من العين وله ولاية منعهما إلى القيمة.. فتعتبر يوم المنع؛ كما في منع الوديعة وولد المغصوب.

وعنده: الواجب أحدهما ابتداء، ولذا يجبر المصدّق على قبولها، فيستند إلى وقت ثبوت الخيار وهو وقت الوجوب.

ولو كان النصاب مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً.. كان له أن يدفع ربع عشر عينه في الغلاء والرخص اتفاقاً: فإن أحبّ إعطاء القيمة.. جرى الخلاف المذكور، وكذا إذا استهلك ثم تغير؛ لأنّ الواجب مثل في الذمة.. فصار كأن العين قائمة.

ولو كان نقصان السّعر لنقصٍ في العين بأن ابتلتّ الحنطة.. اعتبر يوم الأداء اتفاقاً؛ لأنه هلاك بعض النصاب بعد الحول.

وتُضَمُّ قيمتُهَا إِلَيْهِمَا؛ ليتمَّ النِّصابُ.

وَيَضمُّ أَحدُهمَا إِلَى الآخرِ ....

أو كانت الزيادة لزيادتها.. اعتبر يوم الوجوب اتفاقاً؛ لأن الزيادة بعد الحول لا تضم؛ نظيره:

اعورّت أمة التجارة مثلاً بعد الحول فانتقصت قيمتها.. تعتبر قيمتها يوم الأداء.

أو كانت عوراء فانجلى البياض بعده فازدادت قيمتها.. اعتبر يوم تمام الحول.

(وتضم قيمتها) أي قيمة عروض التجارة **(إليهما)** أي إلى الذهب والفضة **(ليتم النصاب)**؛ لأنّ الكل جنس واحد من حيث إنها: مال التجارة، وإن اختلفت الجهة ووجوب الزكاة باعتبار التجارة.

وكذا تضم بعض عروض التجارة إلى بعض بالقيمة، وإن اختلفت أجناسها.

بخلاف السّوائم المختلفة الجنس.. فإنها لا تضم بعضها إلى بعض بالإجماع؛ كالإبل والغنم؛ لاختلاف الجنس.

ويضم الدَّين إلى العين، حتى لو كان عنده مائة درهم وله دَين مائة على الناس.. وجب عليه الزكاة؛ على ما في «فتح القدير».

(ويضم أحدهما) أي أحد الذهب والفضة **(إلى الآخر)**؛ أي: عندنا، خلافاً للشافعي.. فإنه يقول: لا يضم أحدهما إلى الآخر، بل يعتبر كمال النصاب من كلّ واحد منهما على حدة؛ لكونهما جنسين مختلفين حكماً وحقيقةً.. فلا يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب؛ كما في السوائم.

أما اختلافهما حقيقةً: فظاهر.

وأما حكماً: فلعدم جريان ربا الفضل بينهما، مع كون الربا مما يثبت بالشبهة.

والاتحاد من حيث الثمنية.. لا يوجب اتحاد الجنس؛ كالركوب في الدواب، بخلاف ضم العروض إليها؛ لأنه من قبيل ضم ذهب وفضة؛ لأن وجوب الزكاة في العروض باعتبار القيمة، والقيمة: هي النقدان.

بِالْقِيمَةِ، وَعِنْدَهُمَا: بالأَجزاءِ.

قلنا: إنما كانا نصاب الزكاة بسبب وصف الثمنية؛ لأنه المقيد لتحصيل الأغراض وسدّ الحاجات، لا لخصوص اللون أو الجوهر، وهذا: لأن ثبوت الغنى - وهو السبب في الحقيقة -إنما هو بذلك لا بغيره، وقد اتّحدا فيه.. فكانا جنساً واحداً في حق الزكاة، وإن لم يعتبر الاتحاد في حق غيرها من الأحكام؛ كالتفاضل في البيع، فحقيقة السبب: الثمن المقدر بكذا إذا كان بصورة كذا، وبكذا إذا كان بصورة كذا، بخلاف [الركوب] فإنه: ليس المحقق للسببيّة للسوائم، فإن الغنى لم يثبت باعتباره، بل: باعتبار ماليتها المشتملة على [٢٣٢/أ] منافع شتى تستدّ بها الحاجات.

أعظمها منفعةُ الأكلُ.

ثم اختلف علماؤنا الثلاثة في كيفية الضم، وإليه أشار بقوله:

(بالقيمة)؛ أي: عند أبي حنيفة.

(وعندهما: بالأجزاء) بأن يعتبر تكميل أجزاء النصاب من الربع والنصف وباقيها؛ فإذا كان من الذهب عشرة.. يعتبر معه نصف نصاب الفضة وهو مائة، فلو كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل تبلغ قيمتها مائة درهم.. لا زكاة عليه عندهما؛ لأن المائة نصف نصاب والخمسة ربع نصاب، فالحاصل: ثلاثة أرباع نصاب واحد، فبقي ربع واحد.. فلا يتكامل الأجزاء.

وعنده: تجب؛ لأن الحاصل تمام نصاب الفضة قيمة.

وفي «المحيط»: لو كان له مائةُ دراهم وعشرةُ دنانير، قيمتها أقل من مائة.. تجب الزكاة عندهما، واختلفوا على قول أبي حنيفة؛ قيل: لا يجب؛ لأنه يعتبر القيمة وباعتبارها.. لا يتم النصاب، والصحيح: يجب عنده أيضا؛ لأنه إن لم يمكن تكميل نصاب الدّراهم باعتبار قيمة الدنانير أمكن تكميل نصاب الدنانير باعتبار قيمة الدّراهم؛ لأن قيمتها تبلغ عشرة دنانير.. فتكمل احتياطاً لإيجاب الزكاة.. انتهى.

فظهر منه: أن أبا حنيفة يعتبر القيمة، سواءً تكامل الأجزاء أو لا.. فوجب الزكاة في هذه المسألة لتكامل الأجزاء عندهما، وتكاملِ القيمة عند أبي حنيفة، لكن اعتبار القيمة عنده ليس يلزم من أحد النقدين عيناً، بل من أيهما كان.

قال في «الكافي» ولا تعتبر القيمة عند تكامل الأجزاء؛ كمائة دراهم وعشرة دنانير؛ لأنه متى انتقص قيمة أحدهما.. تزداد قيمة الآخر، فيمكن تكميل ما ينتقص قيمته بما زاد. انتهى.

وفيه بحث من وجهين:

أمّا أوّلاً: فلأن الظاهر من قوله: «ولا تعتبر القيمة عند تكامل الأجزاء».. عدم اعتبارها عند تكامل الأجزاء أصلاً، لا لهما ولا لأحدهما، ووجوب الزكاة في تلك المسألة: إنما هو لتكامل الأجزاء باتفاق الثلاث، لا لتكامل القيمة عند أبي حنيفة، وهذا مع كونه مخالفاً لما ذكرناه من «المحيط».. يلزمه أن تجب الخمسة في مائة درهم وعشرة دنانير، سواءً كانت قيمة العشرة أقل من مائة أو أكثر منها؛ كمائة وثمانين، مع أن الظاهر: وجوب السبعة حين كون القيمة مائة وثمانين، لا الخمسة؛ اعتباراً بالقيمة؛ على ما في «فتح القدير» و«البحر».

وأما ثانياً: فلأن تعليله بقوله: «لأنه متى انتقص» يفيد.. وجوب اعتبار قيمة ما زاد عند انتقاص أحدهما بعينه.. فلا ينطبق المدعى.

ثم اعلم: أنّ أصلهما ههنا أن القيمة.. لا تعتبر في عين النقدين، وإنما المعتبر فيهما الوزن؛ بدلالة حالة الانفراد، حتى لو كان له إبريق فضة وزنه مائة وخمسون، وقيمته: مائتان..لم يجب فيهما الزكاة.

ولأبي حنيفة: أن الضم للمجانسة، وهي: باعتبار المعنى، وهو القيمة، لا باعتبار الصورة، ألا ترى أنهما صارا جنساً واحداً من كونهما قيم الأشياء.. فيضمان به، بخلاف حالة الانفراد؛ لأن القيمة فيهما إنما تظهر إذا قوبل أحدهما بالآخر، أو عند

وَيَضمُّ مُسْتَفَادٌ مِن جنسِ نِصَابٍ إِلَيْهِ فِي حولِهِ وَحُكمِهِ.

الضم، ولم يوجد شيء منهما عند انفراد المصوغ، حتى لو وجب تقويمه في حقوق [٢٣٢/ب] العباد؛ بأن استهلك.. قوم بخلاف جنسه وظهرت قيمة الصنعة والجودة، بخلاف ما إذا بيع بجنسه؛ لأن الجودة والصنعة.. ساقطتا الاعتبار في الرّبويات عند المقابلة بجنسها.

(ويضم مستفاد من جنس نصاب إليه) أي إلى النصاب (في حوله)؛ لأن حولان الحول على الأصل: حولان على التبع أيضاً، قال في «فتح القدير»: إنما يضم المستفاد قبل الوجوب، حتى لو أخر الأداء فاستفاد بعد الحول.. لا يضمه عند الأداء.

(وحكمه)؛ لأن الوجوب على الأصل: وجوب على التبع المستفاد.

واعلم: أن المستفاد على ضربين:

من جنس الأصل.

ومن خلاف جنسه.

والثاني: لا يضم بالاتفاق.

والأول: إما أن يكون حاصلاً بسبب الأصل كالأولاد والأرباح، أو: بسبب مقصود.

فالأول: يضم بالاتفاق.

والثاني: مثل أن يكون عنده مقدارُ ما يجب فيه الزكاة من السائمة، فاستفاد من ذلك الجنس في أثناء الحول بشراء أو بهبة أو ميراث.. ضمّها إلى الأصل وزكى كلها عندنا، خلافاً للشافعي.

ولنا: أن علة الضم في الأولاد والأرباح: هي المجانسة، وهذه العلة موجودة في محلّ النزاع أيضاً.. فثبت حكمها أيضاً.

ونقصانُ النّصابِ فِي أَثْنَاءِ الْحولِ لَا يَضُرُّ إِن كَمُلَ فِي طَرفَيْهِ.

(ونقصان النصاب) أطلق النصاب: ليتناول كل ما يجب فيه الزكاة؛ كالنقدين والعروض والسوائم، وقيد بالنقصان: احترازاً عن هلاك الكل؛ فإنه يقطع الحول بالاتفاق.

(في أثناء الحول)، وأما نقصان قيمة النصاب بعد الحول.. فهو: مضر عند أبي يوسف ومحمد، خلافاً لأبي حنيفة.

قال في «الخلاصة» رجل اشترى متاعاً بمائتي درهم للتجارة، فحال عليه الحول وهو كذلك، ثم صار قيمته مائة وسبعين؟ قال أبو حنيفة: عليه زكاة مائتي درهم، وعندهما: زكاة ما بقي. انتهى.

(لا يضر إن كمل في طرفيه)؛ لأن في اعتبار النصاب فيما بينهما حرجاً؛ لأنه قلَّ ما يبقى المال حولاً على حاله، فاعتبرنا طرفيه احتياطاً.

لكن: لا بدّ من بقاء جزء من النصاب ولو درهماً أو فلساً - على ما في «فتح القدير» - ليضم المستفاد في آخر الحول إليه؛ لأن هلاك الكلّ.. يبطل انعقاد الحول عليه، ولهذا لو اشترى عصيراً للتجارة يساوي مائتي درهم، فتخمر في أثناء الحول، ثم تخلل، والخل يساوي مائتي درهم.. يستأنف الحول للخل، وبطل الحول الأول.

ولو اشترى شياهاً تساوي مائتي درهم فماتت كلها، ودبغ جلدها يساوي مائتي درهم.. لا يبطل الحول الأول، بل يزكيها إذا تم الحول، كذا قالوا، لكنه يخالف ما في «فتح القدير» عن ابن سماعة عن محمد: اشترى عصيراً بمائتي درهم فتخمر بعد أربعة أشهر، فلما مضت سبعة أشهر إلا يوماً صار خلاً يساوي مائتي درهم فتمت السنة.. كان عليه الزكاة؛ لأنه عاد للتجارة كما كان. انتهى.

هذا عندنا.

وَلَو عجَّلَ ذُو نِصَابٍ لسنينَ أَو لِنُصُبٍ.. صَحَّ.

وقال زفر: لا يلزم الزكاة إلا أن يكون النصاب من أول الحول إلى آخره كاملاً؛ لأن حولان الحول على المال [٢٢٣/أ] شرط للوجوب.. فكل جزء من الحول بمعنى أوله وآخره.

قلنا: إن اشتراط النصاب في الابتداء: للانعقاد، وفي الانتهاء: للوجوب، وما بينهما بمعزل عنهما جميعاً، بل اعتباره فيما بينهما حرج على ما ذكرناه، فلا يكون كلّ جزء منه بمعنى أوله وآخره.

(ولو عجّل ذو نصاب لسنين أو لنصب) متعدّدة (.. صحّ).

أما الأوّل: فلأنه أدّى بعد انعقاد سبب الوجوب - وهو النصاب - فيجوز لسنة وسنتين فصاعداً؛ كتقديم الكفارة بعد الجرح قبل السّراية؛ فلو كان له أربع مائة فعجّل عن خمس مائة ظاناً أنها في ملكه.. له أن يحتسب الزّيادة من السنة الثّانية.

ولو حال على مائتين فأدّى خمسة وعجّل خمسة ثم استفاد عشرة.. جاز.

وقال زفر.. لا يجوز المعجّل عن السنة الثانية.

وأما الثاني: فلأن النصاب الأوّل هو الأصل في السببيّة، والزائد عليه تابع، والسبب في الأصل سبب في التابع، فكان هذا تقديماً بعد وجود السبب للكل.. فجاز، وإن لم يكن بعض النصب موجوداً حال الأداء.

فلو ملك مائتين فعجل منها خمسة وعشرين عن ألف، ثم استفادها فتمّ الحول وعنده ألف.. جاز عن الألف، خلافاً لزفر.

قيّد بقوله: «ذو نصاب» تنصيصاً على شرط جواز التعجيل؛ لأنه لو عجّل قبل أن يملك النّصاب ثم تمت الحول على النّصاب.. لا يصح؛ لعدم انعقاد السبب حين الأداء، وفيه شرطان آخران.

أحدهما: أن لا ينقطع النصاب في أثناء الحول، حتّى لو عجّل خمسةً من ثمانين، ثم هلك ما في يده إلّا درهماً، ثم استفاد آخر فتم الحول على مائتين.. صح

ففي الفصل الأوّل[1]:

١- إن كانت تلك الخمسة المؤداة قائمة في يد السّاعي.. فالقياس: أن لا تجب الزكاة، ويأخذ الخمسة من السّاعي؛ لأنها خرجت عن ملكه بالدفع إلى السّاعي.

٢- وإن لم تخرج عن ملكه.. فهي في معنى الضمار؛ لأنه لا يملك الاسترداد قبل الحول، وفي الاستحسان: تجب الزكاة؛ لأن يد السّاعي في المقبوض يد المالك قبل الوجوب، فقيامه في يده كقيامها في يد المالك، ولأن المعجل يحتمل: أن يصير زكاة فتكون يده يد الفقراء، ويحتمل: أن لا يصير زكاة.. فتكون يده يد المالك، فاعتبرنا يده: يد المالك احتياطاً، وإنما لم يملك الاسترداد؛ لأنه عينها زكاة من هذه السنة، فما دام احتمال الوجوب قائماً.. لا يكون له أن يسترد؛ كمن نقد الثمن في بيع بشرط الخيار للبائع.. لا يمكنه الاسترداد، ولم يكن في معنى الضّمار؛ لأنه أعدّها بغرض والمعدّ لغرض ليس ضماراً.

٣- وكذا تجب الزكاة لو كان السّاعي استهلكها، أو أنفقها على نفسه قرضاً؛ لأن بذلك وجب المثل في ذمته، وذلك كقيام العين في يده.

٤- وكذا لو أخذها الساعي عمالة؛ لأن العمالة إنما تكون في الواجب، وما قبضه: غير واجب.. فيجب عليه الضمان، وبسبب ذلك تجب الزكاة وتقع تلك الخمسة زكاةً.

٥- بخلاف ما إذا صرفها الساعي إلى الفقراء، أو إلى نفسه وهو فقير.. لا تجب الزكاة؛ لأن السّاعي مأمور بالصّرف إليهم، ولو صرف المالك بنفسه إليهم.. يصير ملكاً لهم وينتقص به النصاب، فكذلك ههنا.

٦- وكذا: لا تجب لو ضاعت من السّاعي قبل الحول ووجدها بعده؛ لأنه بالضياع صار ضماراً، وللمالك حينئذ أن يستردها؛ كما لو ضاعت من يد المالك نفسه فوجدها بعده، وإنما يملك الاسترداد لأنه عَيَّنَها لزكاة هذه السنة ولم تصر.

(١) أي: إذا لم تزد ولم تنقص.

تعجيله، بخلاف ما لو لم يبق في يده درهم أصلاً، ثم استفاد آخر فتمّ الحول على النصاب المستفاد؛ حيث: لم يصح تعجيله عن المستفاد، بل: يعتبر الحول من ابتداء المستفاد؛ ويلزمه زكاته.

والثاني: أن يكون النصاب كاملاً في آخر الحول، حتى لو عجّل شاة عن أربعين وحال الحول وعنده تسعة وثلاثون.. فلا زكاة عليه، حتى إنّه إن كان صرفها إلى الفقراء يكون نفلاً، وإن كانت قائمة في يد السّاعي أو الإمام.. أخذها، وإن باعها الإمام لنفسه.. ضمنها، بخلاف ما لو كان أداؤها في آخر الحول.. فإنها تقع عن الزكاة، وإن انتقص النصاب بأدائه؛ كذا في «النهاية» عن «الإيضاح»، وتعقبه في «فتح القدير»؛ بأنه خلاف الصحيح في فصل السّاعي، بل الصّحيح فيما إذا كانت في يد السّاعي: وقوعها زكاة.. فلا يستردها. انتهى .

وهو المختار على ما في «الخلاصة»، حيث قال: مائتا درهم حال عليها الحول إلا يوماً، فعجّل من زكاتها شيئاً، ثم حال الحول على ما بقي.. لا زكاة عليه، وعلى هذا: لو تصدّق شاة بنية الزكاة على الفقير من أربعين شاة فتم الحول.. لا يجوز عن الزكاة.

أما لو عجّل شاة عن أربعين إلى المصدق، فتم الحول والشاة في يد المصدّق.. جاز، هو المختار؛ لأنّ الدفع على المصدق: لا يزيل ملكه عن المدفوع، أما الدفع إلى الفقير.. فيزيل. انتهى.

ويمكن الجواب عنه: بما في «شرح الزيادات» لقاضي خان: أنه إذا عجّل خمسة من مائتين؛ فإمّا أن حال الحول وعنده مائة وخمسة [٢٣٣/ب] وتسعون، أو استفاد خمسة أخرى فحال الحول على مائتين، أو انتقص من الباقي درهم فصاعداً، وهذه ثلاث فصول.

٧- ولو لم يستردها، حتى دفعها السّاعي إلى الفقير.. لم يضمن، إلا إذا كان المالك نهاه.

وفي الفصل الثاني[1]: تصير الخمسة المؤداة زكاة في الوجوه السبعة كلّها من وقت التعجيل، ولا تجب عليه زكاة تلك الخمسة وإن كانت قائمة عند الساعي.

أما عند أبي حنيفة: فلأنه لا يرى الزكاة في الكسور؛ على ما مر.

وأمّا عندهما: فلأنها ظهر خروجها عن ملكه من وقت التعجيل.

وفي الفصل الثالث: إذا انتقص عما في يده.. فلا تجب الزكاة في الوجوه كلها، فيستردّ. إن كانت في يد الساعي، وإن استهلكها أو أكلها قرضاً، أو بجهة العمالة.. ضمن، ولو تصدّق بها على الفقراء أو على نفسه وهو فقير.. لا يضمن؛ لما ذكرناه، إلا إن تصدق بها بعد الحول.. فيضمن عند أبي حنيفة، علم بالنقصان أو لم يعلم.

وعندهما: إن علم.. ضمن، ولو كان نهاه.. ضمن عند الكل.

فهذه: إحدى وعشرون احتمالاً في الفصول الثلاثة، ذكرها في «فتح القدير» عن «شرح الزيادات» فعلى ما ذكر في الفصل الثالث: يستقيم ما ذكره صاحب «النهاية».. فيحمل عليه حتى يستقيم.

ثم قال في «فتح القدير»: [٢٣٤/أ] اعلم: أنّ ما ذكره في الفصل الأوّل: أن السّاعي إذا أخذ الخمسة عمالة ثم حال الحول ولم يكمّل النّصاب في يد المالك.. تقع الخمسة زكاة، بناء على وجوب الزكاة في هذه الصّورة، بسبب لزوم الضّمان على السّاعي؛ لأنه لا عمالة في غير الواجب، ذكر في مثله من السّائمة خلافه، وقال ما حاصله:

إذا عجل شاة عن أربعين، فتصدّق بها السّاعي قبل الحول وتم الحول ولم يستفد شيئاً.. يقع تطوّعاً، ولا يضمن.

(١) أي: إذا زادت عما في يده.

ولو باعها السّاعي للفقراء وتصدّق بثمنها.. فكذلك؛ فإن كان الثمن قائماً في يده.. يأخذه المالك؛ لأنه بدل ملكه، ولا تجب الزكاة؛ لأن نصاب السائمة نقص قبل الحول، ولا يكمّل بالثمن؛ فإن كانت الشاة قائمة في يد السّاعي.. صارت زكاة كما قدّمناه؛ لأن قيامها في يده كقيامها في يد المالك.

ولو كان الساعي أخذها من عمالته وأشهد على ذلك أو جعلها الإمام له عمالة فتم الحول، وعند المالك تسعة وثلاثون والمعجل قائم في يد السّاعي.. فلا زكاة عليه ويستردّها؛ لأنه لما أخذها من العمالة.. زالت عن ملكه فانتقص النصاب.. فلا تجب الزكاة، وله أن يستردها؛ لأنها في يده بسبب فاسد.

فإن كان السّاعي باعها قبل الحول أو بعده.. فالبيع جائز؛ كالمشتري شراءً فاسداً إذا باع.. جاز بيعه ويضمن قيمته للمالك، ويكون الثمن له؛ لأنه بدل ملكه.

ثم بيّن الفرق بين السائمة وبين غيرها بأنها: لما خرجت عن ملك المعجّل بذلك السّبب.. فحين تم الحول يصير ضامناً بالقيمة، والسائمة لا يكمّل نصابها بالدَّين.

وقال في «قاضي خان»: لو عجّل الزكاة عن إحدى المالين، أسود وأبيض، فاستحق ما عجّل منه في يد المالك قبل الحول.. لم يكن المعجل عن الباقي، وكذا لو استحق بعد الحول؛ لأن في الاستحقاق عجل عما لم يكن ملكه.. فبطل التعجيل.

وفيه أيضاً: لو كان له خمس من الإبل الحوامل يعني الحِبال، فعجل شاتين عنها وعمّا في بطونها ثم نتجت خمساً قبل الحول.. أجزأه عمّا عجل.

وإن عجّل عمّا كمل في السنة الثانية.. لا يجوز.

قال في «فتح القدير»: رجل له ألف درهم بِيض وألف سُود فعجّل خمسة وعشرين عن البِيض فهلكت البِيض قبل تمام الحول، ثم تم.. لا زكاة عليه في السّود، ويكون المخرج عنها.

وَلَا شَيْءَ فِي مَالِ الصَّبِيِّ التغلبيّ.

وكذا لو عجل عن السّود فهلكت، وتم على البيض.

ولو حال وهما عنده ثم ضاع أحد المالين.. كان نصف ما عجّل عما بقي، وعليه تمام زكاة ما بقي.

وكذا لو أدّى على أحدهما بعد الحول.. كان الأداء عنها.

وفي «النوادر» خلاف هذا، قال: إذا عجّل عن أحد المالين بعينه ثم هلك بعد الحول.. لا يجوز شيء من المعجّل عن الباقي وعليه زكاته، والظاهر: الأوّل.

ولو كان له ألف فعجّل عشرين ثم حال الحول ثم هلك منها ثمانمائة درهم وبقيت مائتا درهم.. فعليه درهم واحد؛ لأن العشرين تشيع في الكلّ، فيكون قد أعطى عن كل مائتين أربعة دراهم، وبقي لكل مائتين درهمٌ.

ولو هلكت ثمانمائة قبل [٢٣٤/ب] الحول.. فلا شيء عليه؛ لأنه تبيّن أنه لا زكاة عليه إلّا في مائتين.

ولو كان له ألف درهم ومائة دينار فعجّل عن الدّنانير قبل الحول: دينارين ونصفاً، ثم ضاعت قبل الحول وحال على الدراهم.. جاز ما عجل عن الدّراهم إذا كان يساوي خمسة وعشرين درهماً وإلّا.. كمل.

وكذا لو عجل خمسة وعشرين عن الدّراهم ثم هلكت.. جاز عن الدنانير بقيمته.

وإن لم يهلك أحدهما حتى حال الحول ثم هلك المال الّذي عجّل عنه.. كان المعّجل عن المالين، إلى آخر ما ذكر في البيض والسّود.

وهذا كلّه ينص على أن تعيين النية في الجنس الواحد.. لغو.

(ولا شيء في مال الصبي التغلبي) بنو تغلب: قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الرّوم، فلمّا أراد عمر أن يوظف عليهم الجزية أبوا وقالوا: نحن من العرب تأنف من أداء الجزية؛ فإن وظّفت علينا الجزية.. لحقنا بأعدائك من الروم،

وعَلى الْمَرْأَةِ مِنْهُم مَا على الرَّجلِ.

وإن رأيت أن تأخذ ما يأخذ بعضكم عن بعض وتضعفه علينا.. فعلنا، فشاور عمر رضي الله عنه الصحابة في ذلك؟ فصالحهم على ذلك وقال: هذه جزية، سموها ما شئتم، فوقع الصلح على أن يأخذ منهم ضِعْفَ ما يأخذ من المسلمين، ثم انعقد عليه الإجماع.

(وعلى المرأة منهم: ما على الرّجل) في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يؤخذ من نسائهم شيء؛ لأن ما أخذ منهم بدل الجزية، ولا جزية على النساء.

ووجه الظاهر: أنّ ما أخذ منهم بدل الصلح، والرجال والنساء فيه سواء؛ لأنهم صالحوا على أن يضاعف عليهم ما يؤخذ منا من الصدقة، وهي: تؤخذ من نسائنا دون صبياننا.. فكذا نساؤهم وصبيانهم .

* * *

(بَابُ الْعَاشِرِ)

هُوَ: مَن نُصِّبَ على الطَّرِيقِ ليَأْخُذَ صَدقَاتِ التُّجَّار.

(بَابُ العَاشِر)

إنما ألحق بكتاب الزكاة؛ لأن ما أخذه العاشِرُ مِنَ المُسْلِمِ المَارّ عليه هو الزكاة بعينها، إلا أن هذا العاشر كما يأخذ من المسلم.. يأخذ من الذمي والمستأمن أيضاً، وليس المأخوذ منهما بزكاة، فلذا أخره عنها.

والعاشر مشتق من عشرتُ القوم إذا أخذت عشر أموالهم، وإنما سمي عاشراً باعتبار أخذه العشر من المستأمن فقط؛ لأنّ ما أخذه من المسلم والذمي ليس بعشر على ما سيأتي.

(**هو من نصب على الطريق**) - احترز به عن السّاعي، وهو الذي يسعى في القبائل ليأخذ صدقة المواشي في أماكنها - (**ليأخذ صدقات التجار**) أي من أموالهم الباطنة؛ لأن أموالهم الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر فيها إلى مرور صاحب المال عليه في ثبوت ولاية الأخذ له، فإنه يأخذ ربع العشر منهما وإن لم يمر صاحب المال عليه.

وأما في الأموال الباطنة.. فإن الأداء فيها لصاحب الأموال؛ لكونها غير محتاجة إلى الحماية لبطونها؛ فإذا أخرجها إلى المفاوز.. احتاجت إلى الحماية، فصارت كالسوائم، كذا في «العناية» و«فتح القدير».

ولك أن لا تقيد الأموال بالباطنة بل تطلقها، ووجهه ظاهر.

قيل: هذا التعريف ليس بشامل لبعض أفراده؛ لأن الأخذ من الذمي والمستأمن ليس للصّدقات، [٢٣٥/أ] بل للحماية، فلا بد من اعتبار هذا القيد.

وأجيب: بأن الأصل في نصبه أخذ الصدقات؛ لأن فيه إعانة المسلم على أداء العبادة، وما عداها تابع، لا يحتاج إلى تنصيصه بالذكر وفيه إشارة إلى أن العاشر لا

يَأْخُذُ مِنَ الْمُسلمِ: رُبُعَ الْعُشْرِ.

وَمِنَ الذِّمِّيِّ: نصفَهُ.

وَمِنَ الْحَرْبِيِّ: تَمَامَهُ ....

بد أن يكون حراً مسلماً؛ لأن العبد والكافر ليس من أهل الحماية والتولية على المسلم.

وأما تولية اليهود في زماننا على بعض الأعمال: لا شك في حرمة ذلك على ما صرّح به في «البحر».

ولهذا قال في «التنوير»: العاشر هو حر مسلم غير هاشمي أخذاً عمّا في «البحر» نقلاً عن «الغاية»، حيث قال: ويشترط في العامل أن [لا] يكون عبداً، وكافراً، ومسلماً هاشمياً؛ لعدم أهلية الولاية في العبد، ولا في الكافر على المسلم، والمسلم الهاشمي لا يحلّ له أخذ الصّدقة.

وما أخذه العاشر لا يخلو عن شبهة الزكاة، قال في «النهاية» نقلاً عن «المنتقى»: رجل من بني هاشم استعمل على الصدقة، وأجري له منها رزق.. فإنّه لا ينبغي أن يأخذ من ذلك.

وإن عمل فيها ورُزِق من غيرها.. فلا بأس بذلك، كذا في «الخلاصة» عن «النّوادر».

ثم نقل عن «مجموع النوازل» قوله ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني، ولا لفقير بني هاشم» محمول على الصدقة الواجبة، أما النفل.. فيجوز؛ وعن أبي يوسف: يجوز أن يعطوا من صدقات الأوقاف إذا سمي الأغنياء وبنو هاشم. انتهى.

(**يأخذ**) العاشر (**من المسلم**) المارّ بماله عليه (**ربع العشر، ومن الذمي: نصفه، ومن الحربي: تمامه**)، هكذا قال عمر لعشاره بمحضر من الصحابة، وانعقد عليه الإجماع؛ ولأن الذمي أكثر احتياجاً للحماية، والمسلم والحربي أكثر منه، والأخذ بقدر الحماية.

إن بلغَ مالُهُ نِصَاباً وَلم يَعلم قدرَ مَا يَأْخُذُونَ مِنَّا.

وَإِن عُلِمَ.. أَخذَ مِثلَهُ، لكن إِن أَخذُوا الْكلَّ لَا يَأْخُذهُ، بل يتْركُ قدرَ مَا يُبلِغَهُ مَأْمَنَهُ.

وَإِن كَانُوا لَا يَأْخُذُونَ شَيْئاً.. لَا يَأْخُذُ مِنْهُم شَيْئاً، وَلَا مِنَ الْقَلِيلِ وَإِن أقرّ بِأَنَّ فِي بَيتِهِ مَا يُكمِّلُ النّصابَ.

وَيُقبَلُ قَولُ مَن أَنكرَ تَمامَ الْحولِ..

(إن بلغ ماله) أي: مال الحربي (نصاباً ولم يعلم قدر ما يأخذون منا، وإن علم.. أخذ مثله)؛ لأن عمر أمر عشاره هكذا؛ ولأنا إذا عاملناهم بمثل ما يعاملونا.. كان ذلك أقرب إلى مقصود الأمن واتصالات التجار.

(لكن إن أخذوا الكل.. لا يأخذه)؛ أي: الكل لأنه غدر، (بل يترك قدر ما يبلغه مأمنه) أي داره؛ لأنّا أمرنا بتبليغه وإيصاله إلى مأمنه، فيجب علينا أن ندفع إليه قدر ما يوصله إليه، فلا فائدة في أخذه ثم ردّه عليه.

(وإن كانوا لا يأخذون شيئاً.. لا يأخذ منهم شيئاً) ليتركوا الأخذ من تجارنا؛ ولأنا أحقّ بمكارم الأخلاق.

قال في «البحر» نقلاً عن «كافي الحاكم»: إن العاشر لا يأخذ العشر من مال الصبي الحربي، إلّا أن يكونوا يأخذون من أموال صبياننا شيئاً. انتهى.

(ولا من القليل) من النصاب (وإن) - وصلية - (أقر بأن في بيته ما يكمّل النصاب)؛ لأن ما في بيته لا يحتاج على الحماية، والأخذ للحماية، إلا أن يكونوا يأخذون منا مثل ذلك، فأخذنا مثله لما بيناه.

(ويقبل قول من أنكر تمام الحول)؛ لأنه منكر للوجوب، والقول للمنكر مع يمينه، والعبادات وإن كانت يصدق فيها بلا تحليف، لكن تعلّق به هنا حق العبد وهو العاشر في الأخذ، وهو يدّعي عليه [٢٣٥/ب] معنىً لو أقر به.. لزمه، فيحلف لرجاء النكول، بخلاف حد القذف؛ لأن القضاء بالنكول متعذر في الحدود، بخلاف الصلاة

أَو الْفَرَاغَ مِنَ الدِّينِ أَوِ ادّعى الْأَدَاءَ بِنَفسِهِ إِلَى الْفُقَرَاءِ فِي الْمِصْرِ فِي غيرِ السَّوائِمِ، أَو الْأَدَاءَ إِلَى عَاشرٍ آخرَ إِن وُجِدَ عَاشرٌ آخرُ، مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا يشْتَرطُ إِخْرَاجُ الْبَرَاءَةِ.

والصيام؛ لأنه لا مكذب له فيها، فاندفع قول أبي يوسف أنه لا يحلف فيما نحن فيه لأنها عبادة.

وكذا إذا قال: هذا المال ليس للتجارة، أو هو بضاعة لفلان، كذا في «فتح القدير».

ولكنه إنما يقبل قوله مع يمينه إن لم يكذبه ظاهر الحال؛ بأن لم يكن في بيته مال آخر من جنس هذا المال تم عليه الحول، وإلّا.. فلا يقبل؛ لأن تمام الحول على المستفاد ليس بشرط على ما في «العناية».

(أو الفراغ من الدين) المستغرق، وله مطالب من جهة العباد على ما في «العناية»، وقيل: إنه أعم من المستغرق والمنقص للنصاب؛ لأن المنقص له: مانع عن وجوب الزكاة.

وفي «البحر»: وهو الحق.

(أو ادّعى الأداء بنفسه إلى الفقراء في المصر، في غير السّوائم)؛ لأن الأداء في غير السّوائم في المصر مفض إليه.. فيقبل قوله فيه.

(أو) ادعّى (الأداء إلى عاشر آخر إن وُجد عاشر آخر) أي في تلك السّنة، وإلا.. فلا يقبل؛ لظهور كذبه.

(مع يمينه) أي في الصور الأربع؛ لكونه منكراً للوجوب في كلها.

وفيها خلاف أبي يوسف، وقد ذكرنا الجواب عنه.

(ولا يشترط) فيما يصدق في السوائم وغيرها (إخراج البراءة) لأن الخط يشبه الخط، فلم يعتبر علامة، وهو ظاهر الرواية، وشرط إخراجها في «الأصل»، وهو: رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنّه ادعى، ولِصِدقِ دعواه علامةٌ.. فيجب إبرازها.

وَلَا يُقبَلُ فِي أَدَائِهِ بِنَفسِهِ خَارِجَ الْمِصْرِ، وَلَا فِي السَّوائِمِ ولو فِي الْمِصْرِ.
وَمَا قُبِلَ مِنَ الْمُسلِمِ.. قُبِلَ مِنَ الذِّمِّيّ ....

ولا يخفى عليك أن هذا الخلاف ليس في الصور الأربع المذكورة كلها، بل في صورة ادعاء الأداء إلى عاشر آخر فقط؛ إذ لا يشتبه أنه لا يأخذ من الفقراء براءة، ولا من الدائن، ولا يمكن ذلك في إنكاره تمام الحول على ما في «فتح القدير».

وهل يشترط اليمين مع البراءة على قول من شرط إخراجها؟

اختلف فيه: ففي «النهاية» عن الإمام التمرتاشي أنه لو أتى بالخط ولم يحلف.. لم يصدق عند أبي حنيفة، وقالا: يصدق؛ لشهادة الظاهر له.

(ولا يقبل) قوله وإن حلف **(في أدائه بنفسه خارج المصر)**؛ لأن الأداء بعد الخروج عن المصر ليس بمفوض إليه.

(ولا في السوائم ولو) - وصلية - **(في المصر)**؛ لأن حق الأخذ فيها إلى السلطان مطلقاً، فلا يقبل قوله: «أديت أنا في المصر إلى الفقير»، وأما إنكاره تمام الحول والفراغ من الدين ودعوى الأداء إلى عاشر آخر.. فيقبل كما في الأموال الباطنة.

وقال الشافعي: يقبل في تلك الصورة أيضاً؛ لأنه أوصل الحق إلى مستحقّه.

قلنا: لما كان حق الأخذ فيها إلى السلطان.. فلا يملك إبطاله، فيأخذ منه ثانياً، فقيل: الزكاة هو الأول والثاني سياسة، وقيل: هو الثاني والأول ينقلب نفلاً، وهو الصحيح.

(وما قبل من المسلم.. قبل من الذمي)؛ لأن ما يؤخذ منهم: ضعفُ ما يؤخذ من المسلم، [٢٣٦/أ] فتراعى فيه شرائط الزكاة من: الحول، والنصاب، والفراغ من الدين، وكونه للتجارة تحقيقاً للتضعيف؛ لأن المضعف إذا لم يكن على أوصاف المضعف عليه.. لكان تبديلاً لا تضعيفاً.

فإن قيل: إن ما يؤخذ من الذي جزية، وفي الجزية لا يصدق الذمي إذا قال: أدّيتها إلى فقراء المدينة؛ لأنهم ليسوا بمصارف الجزية، وليس له ولاية الصرف إلى

لَا مِنَ الْحَرْبِيّ، ....

مصالح المسلمين، حتى استثنى بعض مشايخنا وقال: وما قُبل من المسلم.. قُبل من الذمي إلا في قوله: «أديت أنا إلى الفقراء».

قلنا: لا نسلم أنّ ما يؤخذ من الذمي جزية، بل هو في حكمها في كونه يصرف مصارفها حتّى لا تسقط جزية رأسه في تلك السنة، إلّا إذا كان من نصارى بني تغلب؛ لأن عمر صالحهم عن الجزية على الصدقة المضاعفة، فتسقط عنهم الجزية بعد أخذ العاشر،كذا في «البحر».

(لا من الحربي) في الفصول كلها؛ لأن الأخذ منهم ليس بزكاة ولا ضعفه، بل لمحض الحماية، وما في يده يحتاج إليها، ولا يشترط فيه شروط الزكاة لعدم الفائدة؛ لأنه لو قال: لم يحل عليه الحول.. فالأخذ منه ليس باعتبار الحول؛ لأنه لا يمكن أن يقيم في دارنا حولاً، بل باعتبار الحماية، وقد وجد ذلك بنفس الأمان.

ولو قال: علي دين.. فالدّين الذي وجب عليه في دار الحرب لا يطالب به في دارنا.

ولو قال: هذا المال بضاعة.. فلا حرمة لصاحبها ولا أمان.

ولو قال: ليس للتجارة.. يكذبه الظاهر.

ولو قال: أدّيتها إلى الفقراء.. كذبه اعتقاده.

ولو قال: أدّيتها إلى عاشر آخر في تلك السنة..لم يلتفت إليه؛ لأن الأخذ للحماية، وقد وجدت بنفس الأمان.

وقيل: ينبغي أن يصدق في الصورة الأخيرة، وإلّا.. يؤدّي إلى الاستئصال، وذا لا يجوز، كذا في «الزيلعي».

قلت: قوله: «ليس للتجارة يكذبه الظاهر».. إشارة إلى أنه لو قال ذلك فيما لا يكذبه الظاهر.. يصدق على ما تقدم من قبل.

إِلَّا قَوْلَهُ لأَمَتِهِ هِيَ أُمُّ وَلَدي.

وَإِن مرَّ الْحَرْبِيُّ ثَانِياً قبلَ مُضِيِّ الْحولِ؛ فَإِن مرَّ بعدَ عَودِهِ إِلَى دَارِهِ.. عَشَرَ ثَانِياً، وَإِلَّا.. فَلَا.

ويَعْشِرُ قِيمَةَ الْخمرِ..........

(إلّا قوله لأمته: هي أمّ ولدي) ولغلامه هو ولدي؛ إن كان مثله يولد من مثله؛ لأنه إقرار بالنسب، والنسب يثبت في دار الحرب أيضاً، وأمومة الأمة تبعاً للنسب فانعدمت المالية، والأخذ لا يكون إلّا من المال، بخلاف ما إذا قال لعبيده اللذين كانوا معه: هم مدبرون.. فإنه لا يصدّق فيه؛ لأن التدبير لا يصح في دار الحرب.

(وإن مرّ الحربي) على العاشر (ثانياً قبل مضيّ الحول؛ فإن مرّ) أي ثانياً (بعد عوده إلى داره) في تلك السنة، ولو كان في يوم واحد لقرب الدارين واتصالهما على ما في «فتح القدير» (..عشر) بالتخفيف أي أخذ منه العشر (ثانياً).

(وإلا.. فلا) يعشر ثانياً حتى يحول عليه الحول حذراً عن الاستئصال؛ ولأن الأخذ بالأمان، وهو في حكم الأمان الأول ما دام في دارنا، وإنما يتجدد الأمان بمرور الحول أو الدخول إلى داره ثم خروجه إلينا ولو في يومه ذلك، ولما روى أن عمر كتب إلى عاشره: إن أخذت منه مرة.. فلا تأخذ منه أخرى في تلك السنة، كتبه لنصرانيّ مرّ [٢٣٦/ب] على عاشره بفرس ليبيعه ولم يتفق بيعه، فرجع ومرّ عليه عائداً إلى دار الحرب فطلب العاشر منه العشر مرّة ثانية في تلك السنة، فقال النصراني: إن أديت عشره كلما مررت بك.. لم يبق لي شيء منه، فترك الفرس عنده وجاء إلى عمر فقال ما قال، وكتب عمر لعاشره فيه ذلك، كذا في «الزيلعي».

(ويعشر قيمة الخمر)، تعرف قيمته بقول فاسقَين تابا، أو ذميين أسلما، وقيل: بالرّجوع إلى أهل الذمة.

وجلود الميتة: كالخمر على ما حكي عن الكرخي.

لَا قيمَةَ الْخِنْزِيرِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ إِن مرَّ بهما مَعاً يَعشِرُهما.

(لا قيمة الخِنْزير) وإن مرّ بهما معاً. (وعند أبي يوسف: إن مرّ بهما معاً.. يَعشِرهما)، وإن مرّ بكل واحد منهما.. يعشر الخمر دون الخنزير، فكأنه جعل الخنزير تبعاً للخمر؛ كبيع الشرب والطريق.

لهما: أن الخنزير من ذوات القيم، والقيمة في ذوات القيم.. لها حكم العين، وعين الخنزير ليس بمال، والخمر من ذوات الأمثال، والقيمة في ذوات الأمثال ليس لها حكم العين؛ ولأن الأخذ للحماية، والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل، فكذا يحميها على غيره، ولا يحمي خنزير نفسه، بل يجب تسييبه بالإسلام، فكذا لا يحميه على غيره.

ونوقض هذا: بما إذا اشترى الذمي داراً بخمر وخنزير، ولها شفيع مسلم.. أخذ الدار بقيمة الخمر والخنزير، فلو كان لقيمة الخنزير حكمه.. لما أخذ بقيمته.

وبما إذا أتلف أو غصب خنزير الذمي، وتحاكما.. بأمره بضمان قيمته أو برد عينه، وذلك حمايةٌ له.. فلا يصح القول أنه لا يحميه على غيره.

وبما أخذ ذمي قيمة خنزيره من ذمي وقضى بها ديناً لمسلم عليه.. طاب للمسلم ذلك.

وأجيب: بأن قيمة ذوات القيم ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة، وبمنزلتها من حيث إن الأداء لا يمكن إلا بالتعيين، ولا تعيين إلا بالتقويم، فصارت ذات وجهين؛ فباعتبار الوجه الثاني.. أخذت حكم العين؛ فلما دارت بين أن يكون بمنزلة العين وبين أن لا يكون.. أعطيت لها حكم العين في حق الأخذ والحيازة، وهو في باب الزكاة؛ لأن القيمة في باب الزكاة في حكم أخذ العين على ما مر، ولم نعطها في [حكم العين] الإعطاء لأنه موضع إزالة وتبعيد، وهو في باب الشفعة والإتلاف وإعطاء الضمان وردّ العين.

والجواب عن الأخير: إن اختلاف السبب كاختلاف العين شرعاً، وملك المسلم بسبب آخر، وهو قبضه عن الدين.

ولا يُعْشَرُ مالٌ تُرِكَ في المِصرِ، وَلَا بضَاعَةُ مُضَارَبَةٍ، وَلا كَسبُ مَأْذُونٍ، إِلَّا إن كَانَ لَا دَينَ عَلَيْهِ وَمَعَهُ مَوْلَاهُ.

وَمن مرَّ بالخَوارجِ فَعَشروهُ.. عَشَرَ ثَانياً.

(ولا يُعشر) أي لا يأخذ عشر (مال ترك في المصر)؛ لعدم دخوله تحت حماية العاشر، ولهذا لا يكمل النصاب أيضاً ليأخذ العاشر مما في يده، حتى لو مر بمائة درهم وأخبره أن له مائة أخرى في بيته.. لم يأخذ العاشر من المائة التي مر بها لقلّتها، ولا مما في بيته؛ لعدم دخوله تحت حمايته، كذا في «الزيلعي».

(ولا بضاعة) أي لا يأخذ من البضاعة؛ لأنه ليس بمالك لها، ولا نائبٍ عنه في أداء زكاته، بل إنما هو نائب في التجارة، والربح كله للمالك ولا شيء للعامل على ما هو رسم البضاعة.

(ولا مضاربة) عندهما - وعند أبي حنيفة: أخذاً - لأن [٢٣٧/أ] المضارب ليس بمالك ولا نائب عنه في أداء زكاته، فصار كالأجير، ولو كان المضارب قد ربح في مال المضاربة عشر نصيبه إذا بلغ نصاباً.

وقال الشافعي: لا يعشره بناء على أصله: أنه ليس بشريك له، وإنما يستحقه بطريق الأجرة، فلا يملكه إلا بالقبض كالعمالة.

وعندنا: يملك نصيبه من الربح.

(ولا كسب مأذون) عندهما لما بيناه في المضاربة.

وقال أبو حنيفة: يعشره لعموم الإذن.

(إلّا إذا كان لا دين عليه ومعه مولاه.

ومن مرّ بالخوارج) أي بالبغاة (فعشّروه.. عُشِّر) أي: يؤخذ منه العشر (ثانياً)؛ لأن التقصير صار من جهته حيث مرّ بهم، بخلاف ما إذا غلبوا على بلاد فأخذوا الزكاة وغيرها.. لا يؤخذ منهم ثانياً؛ لأن التقصير صارت من الإمام لعدم حمايته لهم.

* * *

(بَابُ الرِّكَازِ)

(بابُ الرِّكاز)

المال المُسْتَخْرَجُ من الأرض له أسام: الكنز، والمعدن، والرِّكاز.

الكنز: اسم لما دفنه بنو آدم، **والمعدن:** اسم لما خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلقت، **والركاز:** اسم لهما جميعاً؛ لأنه مأخوذ من ركز الرمح؛ أي: غرزه، فيجوز إطلاقه عليهما جميعاً؛ لأن كل واحد منها مركوز في الأرض.

ثم المستخرج من المعادن أنواع ثلاثة:

جامد يذوب وينطبع؛ كالذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر.

وجامد لا يذوب؛ كالجص والنورة والكحل والزرنيخ والملح والياقوت.

ومائع لا يتجمد؛ كالماء والقير والنفط.

ولا يجب الخمس إلا في النوع الأول من المعادن، بخلاف الكنز.. فإنه يجب فيه الخمس بلا تفصيل كيفما كان؛ سواء كان من جنس الأرض أو لم يكن بعد أن كان مالاً متقوماً؛ لأنه دفين الكفار فحوته أيدينا قهراً، فصار غنيمة، وفيها يشترط المالية لا غير.

ثم مسائل الباب على خمسة عشر وجهاً لأن ما يوجد تحت الأرض إما أن يكون معدناً، أو كنزاً.

وكل ذلك لا يخلو: إما أن يوجد في حيز دار الإسلام، أو حيز دار الحرب.

وكل ذلك لا يخلو عن ثلاثة أوجه: إما أن يوجد في مفازة لا مالك لها، أو في أرض مملوكة، أو دار.

فصار اثني عشر وجهاً.

مُسلمٌ أَو ذِمِّيٌ وَجَدَ مَعْدنَ ذهبٍ أَو فضَّةٍ أَو حديدٍ أَو رَصاصٍ أَو نُحَاسٍ فِي أَرضِ عُشْرٍ أَو خراجٍ.. أُخِذَ مِنْهُ خُمُسُه، وَالْبَاقِي لَهُ؛..................

ثم إذا كان ما يوجد كنزاً.. لا يخلو عن ثلاثة أوجه أيضاً: إما أن يكون على ضرب أهل الإسلام، أو على ضرب أهل الجاهلية، أو اشتبه الحال، وأحكام هذه الوجوه سيأتي في الكتاب.

(**مسلم أو ذمي وجد معدن ذهب أو فضة أو حديد أو رصاص أو نحاس.**

في أرض عشر أو خراج) وكذا إذا وجده في مفازة لا وظيفة فيها أصلاً من خراج أو عشر، ولا مالك لها أصلاً؛ لأن فيما يوجد فيها الخمس أيضاً، وتقييده بالعشرية أو الخراجية ليس للاحتراز عنها، بل ليعلم أن وظيفتها المستمرة من العشر، والخراج لا يمنع الأخذ مما يوجد فيها.

(**.. أخذ منه خمسه**) أي أخذه الإمام.

وفي «المبسوط»: من أصاب ركازاً وسعه أن يتصدق بخمسه على المساكين؛ فإذا اطلع الإمام على ذلك.. أمضى له ما صنع؛ لأن الخمس حق الفقراء وقد أوصله [٢٣٧/ب] إليهم.

وهو في إصابة الركاز غير محتاج إلى الحماية؛ فهو كزكاة الأموال الباطنة، كذا في «البحر».

وفي «البدائع»: ويجوز دفع الخمس إلى الوالدين والمولودين الفقراء؛ كما في الغنائم، ويجوز للواجد أن يصرفه إلى نفسه إن كان محتاجاً ولا يكفيه الأربعة الأخماس بأن كان دون المائتين؛ أمّا إذا بلغ المائتين.. فلم يجز له إن تناول الخمس. انتهى.

(**والباقي له**) أي: للواجد: مسلماً أو ذمياً، حراً أو عبداً، بالغاً أو صبياً، ذكراً أو أنثى، على ما في «المحيط».

إِن لم تَكُنِ الأَرْضُ مَمْلُوكَةً.

وَإِلَّا.. فلمالِكِها .

وَمَا وجدهُ الْحَرْبِيُّ.. فكلُّهُ فَيْءٌ.

وأما في الحربي والمستأمن إذا عملا بغير إذن الإمام..لم يكن لهما شيء؛ لأنه لا حقّ لهما في الغنيمة، وإن عملا بإذنه.. فلهما ما شرطه الإمام.

(**إن لم تكن الأرض مملوكة، وإلّا.. فلمالكها**).

وقال الشّافعي: لا شيء عليه فيها؛ لأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد، إلا إذا كان المستخرج ذهباً أو فضةً.. فيجب فيه الزكاة، ولا يشترط فيه الحول؛ لأنه للتنمية، وهذا كله نماء، فأشبه الزرع.

ويشترط النصاب؛ لكونه زكاة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ ولا شك في صدق الغنيمة على هذا المال؛ فإنه كان مع محله من الأرض في أيدي الكفرة، وقد أوجف عليه المسلمون فكان غنيمة، كما أن محله - أي: الأرض - كذلك.

وما أخرجه الستة أيضاً مرفوعاً عن النبي ﷺ قال: «العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس»، والركاز يعم المعدن والكنز، فكان إيجاباً فيهما.

فإن قيل: هذا مناقض لقوله: «والمعدن جبار»؛ لأن معنى الجبار: أنه هدر لا شيء، فإيجاب الخمس بعده ليس إلا مناقضاً له.

قلنا: إن المراد بكونه جبار أن إهلاكه أو الهلاك به للأجير الحافر له غيرُ مضمون، لا أنه لا شيء فيه نفسه، وإلا.. لم يجب شيء أصلاً، وهو خلاف المتفق عليه؛ إذ الخلاف إنما هو في كميته لا في أصله.

والحاصل: أنه أثبت للمعدن حكماً ثم أثبت له حكماً آخر.

(**وما وجده الحَرْبِيُّ.. فكله فَيْءٌ**) وكذا المستأمن؛ لأنه غنيمة على ما ذكرناه.

وَإِن وجدَهُ فِي دَارِهِ لَا يُخَمَّسُ، خلافاً لَهما.

وَفِي أَرضِهِ: رِوَايَتَانِ.

وَإِن وجدَ كنزاً فِيهِ عَلامَةُ الْإِسْلَامِ.. فَهُوَ كاللُّقَطَةِ، وَمَا فِيهِ عَلامَةُ الْكفْر: خُمِّسَ وَبَاقِيهِ لَهُ إِن كَانَت أَرضُهُ غيرَ مَمْلُوكَةٍ.

(وإن وجده) أي: المعدن **(في داره.. لا يخمس)** أي: لا يؤخذ خمسه عند أبي حنيفة، **(خلافاً لهما)**؛ عملاً بإطلاق ما رويناه من قوله ﷺ: «وفي الركاز الخمس».

وله: أنه من أجزاء الأرض مركب فيها، ولا مؤنة في سائر أجزائها، وكذا في هذا الجزء، بخلاف الكنز؛ لأنه غير مركب فيها، وهو مخصص من إطلاق النص؛ لأن الإمام لما خصه بهذه الدار.. فكأنّه نفّل بها، وعدم جواز التيمم به لعدم كونه من جنس الأرض.. لا ينافي كونه من أجزائها، والشيء قد يختلف من أجزاء متخالفة، وبساطة الأرض غير مثبتة.

(وفي أرضه: روايتان) عن أبي حنيفة؛ في رواية «الأصل»: لا شيء فيه اعتباراً بالدار، وفي رواية «الجامع الصغير»: يجب فيه الخمس فرقاً بينها وبين الدار بأن في الأرض مؤنة حتى وجب فيها العشر، والخراج بخلاف الدار؛ إذ لا مؤنة [٢٣٨/أ] فيه، والخمس من المؤن.

ثم شرع في بيان أحكام الكنز فقال: **(وإن وجد كنزاً فيه علامة الإسلام)**؛ مثل: أن يكتب عليه كلمة الشهادة، أو يكون عليه نقش مخصوص لأهل الإسلام **(..فهو كاللقطة)**، وسيأتي حكمها في بابها.

(وما فيه علامة الكفر)؛ مثل: أن ينقش عليه اسم الصنم أو اسم من أسماء ملوكهم **(..خمس)**؛ أي: يؤخذ خمسه؛ سواءٌ كان الموجود ذهباً أو فضةً أو رصاصاً أو غيرها؛ وسواءٌ كان الواجد صغيراً أو بالغاً، أو عبداً أو حرّاً، مسلماً أو ذمّياً، لا إن كان حربياً أو مستأمناً، **(وباقيه له)** أي: للواجد في كل حال على ما ذكرناه؛ **(إن كانت أرضه)** أي: الأرض التي وجد فيها ذلك **(غير مملوكة)**.

وَإِن مَمْلُوكَةً.. فَكَذَلِك عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَهُمَا: بَاقِيهِ لِمَن مَلَكَهَا أَوَّلَ الْفَتْحِ ....

(وإن) كانت **(مملوكة)** لواحد أو لغيره **(.. فكذلك عند أبي يوسف)** أي: يؤخذ الخمس للفقراء وأربعة الأخماس للواجد؛ سواءً كان مالكاً للأرض أو لا؛ لأن هذا المال لم يدخل تحت قسمة الغنائم؛ لعدم المعادلة.. فبقي مباحاً، فيكون لمن سبقت يده إليه؛ كما لو وجده في أرض غير مملوكة.

(وعندهما: باقيه لمن ملكها) - أي: الأرض - **(أوّل الفتح)** وهو الذي مَلَّكه الإمام هذه البقعة أوّل الفتح، بأن خطها له؛ لأن يده فيها سابقة على يد الواجد وغيره من الغانمين، وهو يد الخصوص، فيملكها مع ما في باطنها؛ كمن اصطاد سمكة وفي بطنها درة.. فإنه يملك السمكة مع الدرّة؛ لسبق يد الخصوص إلى السمكة حال إباحتها.

ثم ذلك الكنز لم يخرج عن ملكه ببيع الأرض التي هو فيها، كما لم تخرج الدرة عن ملكه ببيع السمكة، بخلاف المعدن؛ لأنه من أجزاء الأرض.. فينتقل إلى المشتري.

ثم ما ذكر في السمكة من الإطلاق: جواب ظاهر الرواية، وقيل: إذا كانت الدرة غير مثقوبة.. تدخل في البيع، بخلاف المثقوبة؛ كما لو كان في بطنها عنبر.. يملكه المشتري؛ لأنها تأكله، وكل ما تأكله يدخل في بيعها، بخلاف ما ابتلعته.. فإنه مودع فيها.

وكذا لو كانت الدرة في صدفها.. ملكها المشتري؛ لأن السّمكة تأكل الصدف، كذا في «النهاية» و«فتح القدير».

ثم تعقبه في «فتح القدير» بأن هذا الكلام لا يفيد إلا مع دعوى أن السمكة تأكل الدرة غير المثقوبة كأكلها العنبر، وهو ممنوع.

نعم قد يتفق أنها تبتلعها مرة، بخلاف العنبر.. فإنه حشيش، والصدف دسم ومن شأنها أكل ذلك. انتهى.

إن عُلِمَ، وَإِلَّا.. فلأقصى مَالكٍ عُرِفَ لَهَا فِي الْإِسْلَامِ.

وَمَا اشْتبهَ ضَربُهُ.. يُجْعَلُ كَافِرِياً فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

وَقيل: إِسلاميّاً فِي زَمَانِنَا.

وَمن دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَوجدَ فِي صحرائِهَا ركازاً.. فكلُّهُ لَهُ.

وهذا كله (**إن علم**) المختط له أوّل الفتح، (**وإلّا**) أي: وإن لم يعرف المختط له ولا ورثته - على ما في «النهاية» - (.. **فلأقصى مالك عرف لها**) أي: لتلك الأرض (**في الإسلام**) على ما اختاره الإمام السرخسي.

وقال أبو اليسر: توضع في بيت المال، وفي «فتح القدير» وهذا أوجه للتأمّل.

(**وما**) أي: كنز (**اشتبه ضربه.. يجعل كافرياً في ظاهر المذهب**)؛ لأنه أصل والإسلام طارئ عليه.

(**وقيل: إسلامياً في زماننا**) لتقادم العهد.. فالظاهر: أنه لم يبق شيء من آثار الجاهلية، ويجب البقاء مع الظاهر ما لم يتحقق خلافه.

وفي «فتح القدير»: الحق منع هذا الظاهر، بل دفينهم إلى يومنا هذا يوجد من [٢٣٨/ب] ديارنا مرة بعد أخرى.

(**ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في صحرائها**) أي: التي ليست بمملوكة لأحد من أهلها (**ركازاً**)؛ معدناً كان أو كنزاً، متاعاً أو غيره (.. **فكله له**) ولا خمس فيه؛ لأنه ليس بغنيمة؛ لأنه أخذه بطريق التّلصص؛ كالداخل بغير أمان لا بطريق العلانية والقهر حتى تكون غنيمة.

فإن قيل: مستأمنهم لو وجد في دارنا شيئاً.. فهي فيء على ما مر، فما الفرق بينهما؟

قلنا: إن دارنا دار أحكام.. فاعتبرنا فيها اليد الحكمية فيما وجد فيها، ودار الحرب ليست كذلك.. فالمعتبر فيها اليد الحقيقية فقط، والفرض عدمها.

وَإِن وجدَهُ فِي دَارٍ مِنْهَا.. ردَّهُ على مَالِكِهَا.

وَإِن وَجَدَ رِكازَ مَتَاعِهِمْ فِي أَرضٍ مِنْهَا غيرِ مَمْلُوكَةٍ.. ....

(**وإن وجده**) أي: الركاز (**في دار منها**) أي من دار الحرب (.. **ردّه على مالكها**)؛ لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصاً.. فالأخذ غدر؛ ولا غدر في الأمان، ولو لم يرد وأخرجه إلى دارنا.. يكون مالكاً له، ولا يطيب كالمملوك بشراء فاسد على ما في «المحيط».

(**وإن وجد ركاز متاعهم**) أي: ما يتمتع به في البيت من الرصاص والنحاس ونحوهما، كذا في «العناية»، وقال في «الزيلعي» و«فتح القدير»: المراد بالمتاع: غيرُ الذهب والفضة، من الثياب والسّلاح والآلات وأثاث المنازل والفصوص والزئبق والعنبر.

وكل ما يوجد كنزاً.. فإنه يخمس بشرطه؛ لأنها كانت ملكاً للكفار فحوته أيدينا قهراً، فصارت غنيمة. انتهى.

وإنما ذكر هذا لبيان أن وجوب الخمس لا يتفاوت فيما بين أن يكون الركاز من النقدين أو غيرهما.

(**في أرض منها غير مملوكة**)، الظاهر: أن الضمير راجع إلى دار الحرب، فيرد عليه أن ما وجد في أرض غير مملوكة من دار الحرب معدناً، أو كنزاً متاعاً، أو غيره.. كلّه للواجد، ولا شيء فيه على ما مرّ.

ويجاب: بأن المراد في أرض من دار الحرب بعد كونها إسلامياً، ولم يملك أحد منهم.

أو يراد: إنّه إن وجد رجلٌ ممّن دخل مع الإمام دارَهم ركازَ متاعهم في أرضهم الغير المملوكة لهم، ولا لأحد من المسلمين في ذلك الزمان.

أو يقال: إن وجد واجدٌ ركاز متاعهم في أرض من دار الحرب باعتبار الأصل، وإن كان دار الإسلام حالاً.

خُمِّسَ وَبَاقِيه لَهُ.

وَلَا خُمُسَ فِي نَحْوِ فيروزجٍ وَزَبَرْجَدٍ وُجِدَ فِي جَبَلٍ.

ويُخَمَّسُ زئبقٌ، لَا لُؤْلُؤٌ وَعَنْبَرٌ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: بِالْعَكْسِ.

(.. خُمِّسَ، وباقيه له) أي للواجد؛ لما ذكرناه من أنها غنيمة، وكذا الحكم في النقدين.

ولما فرغ من بيان النوع الأوّل من أنواع المعادن ومن بيان الكنز.. شرع في بيان النوع الثاني من المعادن فقال: (ولا خمس في نحو فيروزجٍ وزبرجد) وياقوت وكحل وزرنيخ وجص ونحوها (وجد في جبل)، قيّد به لأنه لو وجد شيء منها في خزائن الكفار فأصيب قهراً.. ففيه الخمس بالاتفاق؛ لأنه غنيمة، والأصل فيه قوله ﷺ: «لا خمس في الحجر ما لم يكن للتجارة»، وألحق به غيره مما هو في معناه مما ذكر.

ثم أشار إلى النوع الثالث بقوله: (ويخمس زئبق) يصاب في معدنه، وهو قول أبي حنيفة آخراً، وقول أبي يوسف أولاً، وقال آخراً: لا خمس فيه؛ لأنه لا ينطبع بنفسه، وهو مائع ينبع من الأرض، فأشبه القير والنفط.

ولأبي حنيفة ومحمد معه: إنه ينطبع مع غيره؛ فإنه حجر يطبخ فيسكب منه الزئبق، [٢٣٩/أ] فأشبه الرصاص والفضة.. فإنهما لا ينطبعان ما لم يخالطهما شيء.

(لا) يخمس (لؤلؤ وعنبر) عندهما، يعني: إذا استخرجا من البحر، لا إذا وجدا دفيناً للكفار.

(وعند أبي يوسف: بالعكس) قال: فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس؛ لما روي أن عمر سئل عن عنبرة وجدت على ساحل البحر فقال: مال الله تعالى يؤتيه من يشاء، وفيه الخمس، فألحق به ما هو بمعناه مما يخرج من البحر من اللّؤلؤ.

ولهما: أنّ الخمس إنما يكون فيما كان في أيدي الكفار وتناولته أيدي المسلمين قهراً، والعنبر ونحوه مما يخرج من البحر ليس كذلك؛ لأن قعر الماء لم يملكه أحد لقهر الماء عليه؛ فلا يكون غنيمة، وما رواه.. فيما دسره البحر وأصابه

جماعة المسلمين، وبه نقول، بخلاف ما لو دسره البحر من دار الحرب وأخذه واحد من المسلمين، فإنه لا خمس فيه؛ لأنه متلصص فيه، على أن في ثبوت ما رواه عن عمر نظراً، وإنما الثابت عنه على ما أخرجه عبد الرزاق: أنه أخذ من العنبر الخمس.

ولهما أيضاً: أن العنبر حشيش البحر، أو خثي دابة في البحر، واللّؤلؤ إما مطر الرّبيع يقع في الصّدف فيصير لؤلؤاً، أو: الصدف حيوان يخلق فيه اللّؤلؤ.

ولا شيء في الماء؛ ولا فيما يؤخذ من الحيوان؛ كظبي المسك. كذا في «فتح القدير».

* * *

(بَابُ زَكَاةِ الْخَارِجِ)

فِيمَا سقتهُ السَّمَاءُ أَو سُقِيَ سيحاً أَو أُخِذَ مِن ثَمَرِ جبلٍ: الْعُشْرُ، قَلَّ أَو كَثُرَ، بِلَا شَرطِ نِصَابٍ وَبَقَاءٍ.

(بابُ زَكَاةِ الخَارِجِ)

لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦ﴾، والمراد: العشر، ولقوله ﷺ: «ما سقته السماء.. ففيه العشر، وما سقي بغرب أو دالية.. ففيه نصف العشر».

وسببه: الأرض النامية بالخارج حقيقة، بخلاف الخراج؛ فإن سبب الأرض النامية حقيقةً أو تقديراً بالتمكن، **وشرط أهليته:** الإسلام.

وشرط محليته: كون الأرض عشرية، ووجود الخارج.

والعقل والبلوغ والملك.. ليس بشرط، حتى يجب العشر في أرض المجنون، والصبي، والأراضي الموقوفة، وأراضي المأذون والمكاتب.

ووقته: وقت خروج الزرع وظهور الثمر عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: وقت الإدراك، وعند محمّد: التنقية والجذاذ.

وركنه: التمليك؛ كما في الزكاة.

ومسقطه: هلاك الخارج من غير صنعه، وبهلاك البعض يسقط بقدره، وإن استهلكه غير المالك.. أخذ الضمان منه وأدى عشره، وإن استهلكه المالك.. ضمن عشره.

(**فيما سقته السماء**) أي: المطر (**أو سقي سيحا**) أي بماء جارٍ، والأصل فيها: ما رويناه، والمعتبر: هو السقي بهما في أكثر السنة.

(**أو أخذ من ثمر جبل: العُشرُ**) وكذا في ثمره نفسه إن كانت الأرض والجبل عشيرته، (**قلّ**) ما خرج من الجبل والثمر (**أو كَثُر، بلا شرط نصاب وبقاء**) هذا عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: إِنَّمَا يجبُ فِيمَا يبْقى سنةً، إِلَّا إِذا بلغَ خَمْسَةَ أَوسُقٍ.

(**وعندهما: إنما يجب فيما يبقى**)- أي بغير معالجة كثيرة على ما في «النهاية» - (**سنةً**) أي: غالباً.

(**إلّا إذا بلغ خمسة أوسق**)، قال في «النهاية»: الأصل عند أبي حنيفة: أن كل ما يستنبت في الجبال، ويقصد به استغلال الأراضي.. ففيه العشر؛ الحبوبُ والبقولُ والرطابُ والرياحينُ والوسْمةُ والزعفرانُ والوردُ والورسُ.. في ذلك سواءٌ، وهو قول ابن عبّاس [٢٣٩/ب].

وقد روي أنه حين كان والياً بالبصرة أخذ العشر من البقول من كل عشر دساتج دستجة، سواءً سقي سيحا، أو سقته السّماء.

إلا في خمسة أشياء: السعف، والتبن، والحشيش، والطرفاء، والقصب.

وذكر الإمام التمرتاشي: قال أبو حنيفة: في كل ما تنبت الأرض ويبتغى به النماء، قليلاً كان أو كثيراً، رطباً كان أو يابساً، يبقى من سنة إلى سنة أو لا يبقى، يوسق أو لا يوسق.. ففيه العشر إن سقي سيحاً، ونصف العشر إن سقي بغرب أو دالية.

وقالا: لا يجب إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق. انتهى كلام «النهاية».

واكتفى الإمام التمرتاشي بقوله: ويبتغى به النماء عن ذكر استثناء الأشياء الخمسة المذكورة؛ إذ لا يبتغى بها نماء الأرض.

ثم الخلاف بينه وبينهما في موضعين: في اشتراط النصاب، وفي اشتراط البقاء.

لهما في الأول: قوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» رواه البخاري في حديث طويل؛ ولأنه صدقة فيشترط فيه النصاب لتحقق الغنى، وليس المراد بالصّدقة الزكاة؛ لأن زكاة التجارة تجب فيما دون خمسة أوسق إذا بلغت قيمته مئتي درهم.. فتعين العشر.

ولأبي حنيفة قوله ﷺ: «ما أخرجته الأرض.. ففيه العشر»، فهو بإطلاقه دليل على ما ادّعيناه.

وتأويل ما روياه: أن يحمل على زكاة التجارة؛ لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق، وقيمة الوسق أربعون درهماً، فيكون قيمة خمسة أوسق: مئتي درهم، وهو نصاب الزكاة، والغنى صفة المالك، والمالك في باب العشر غير معتبر، حتى تجب في أرض المكاتب، والصبي، والمجنون، والأراضي الموقوفة على الرّباطات والمساجد؛ فإذا لم يعتبر المالك في العشر.. فصفته - وهو الغنى - أولى منه بعدم اعتباره، ولهذا لا يشترط الحولان؛ لأنه للاستنماء، وهو كله نماء، فلا معنى لقولهما، فيشترط فيه النصاب لتحقق الغنى، وهذا الجواب اختاره صاحب «الهداية».

وقال في «النهاية» عن «الفوائد الظهيرية»: والجواب عمّا روياه: أن الحديثين إذا وردا متعارضين، وأحدهما عام والآخر خاص؛ فإن علم أن الخاص مؤخر.. يكون مخصصاً للعام، وإن علم أن العام مؤخر.. يكون ناسخاً للخاص، وإن لم يعلم تاريخهما.. يجعل العام مؤخراً؛ لما فيه من الاحتياط، وههنا لم يعلم التاريخ بينهما.. فيجعل العام مؤخراً.

أولهما في الثاني: قوله ﷺ: «ليس في الخضروات صدقة»، وليس المراد بالصّدقة الزكاة؛ لأن الخضراوات إذا كانت للتجارة.. تجب فيها الزكاة بالاتفاق، فتعين العشر.

وله: إطلاق ما رويناه، ومرويهما محمول على صدقة يأخذها العاشر، أي: ليس للعاشر أن يأخذ من عين الخضروات لأجل الفقراء عند إباء صاحبها عن دفع القيمة؛ إذ لا نظر لهم في أخذ عينها؛ لاحتمال الفساد.

وأمّا إذا أخذ من عينها لأجل عمالته.. جاز على ما في «العناية».

وله أيضاً: إن السبب في العشر هي الأرض النّامية، وهي قد تستنمى بما لا

والوُسقُ: سِتُّونَ صَاعاً.

وَمَا لَا يُوسَقُ إذا بلغت قِيمَتُهُ خَمْسَةَ أَوسُقٍ مِن أَدنى مَا يُوسَقُ.. يجبُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعندَ مُحَمَّدٍ: يجبُ إِذا بلغَ خَمْسَةَ أَمْثَالٍ مِن أَعلَى مَا يُقدَّرُ بِهِ نَوعُهُ.

فَاعْتبرَ فِي الْقطنِ: خَمْسَةَ أحمالٍ، وَفِي الزَّعْفَرَانِ: خَمْسَةَ أَمْنَاءٍ.

وَلَا شَيْءَ فِي حَطَبٍ وقَصَبٍ فَارسيّ ....

يبقى؛ فلو لم يجب العشر فيما لا يبقى.. لكان قد وجد السبب والخارج بلا شيء، وذلك [٢٤٠/أ] إخلاء السبب عن الحكم في موضع يحتاط في إثبات ذلك، وهو لا يجوز، ولهذا يجب فيها الخراج.

(**والوسق: ستون صاعاً**) بصاع النبي ﷺ، فخمسة أوسق: ألف ومئتا مَنٍّ؛ لأن كلّ صاع أربعة أمناء عند أهل الكوفة.

وعند أهل البصرة: الوسق ثلاثمائة مَنٍّ.

(**وما لا يوسق**)؛ كالزعفران والقطن - أي: يجب فيه العشر - (**إذا بلغت قيمته خمسة أوسق من أدنى ما يوسق**) كالذرة؛ فإنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه؛ لعدم دخوله تحت الوسق، فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة؛ فإذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من الذرة.. (**يجب**) فيه العشر (**عند أبي يوسف، وعند محمد: إذا بلغ خمسة أمثال من أعلى ما يقدر به نوعه.. فاعتبر**) محمد (**في القطن خمسة أحمال**)، كل حمل ثلاثمائة منٍّ.

(**وفي الزعفران: خمسة أمناء**)؛ لأن التقدير بالوسق عندهما كان باعتبار أنه أعلى ما يقدر به نوع ذلك الشيء؛ لأنه يقدر أولاً بالصاع، ثم بالكيل، ثم بالوسق.. فكان الوسق أعلى المعيار، وأقصى ما يقدر به في القطن: الحمل؛ لأنه يقدر أولاً بالأساتير، ثم بالأمناء، ثم بالحمل.

وفي الزعفران: المن؛ لأنه يقدر أوّلاً بالسنجات، ثم بالأساتير ثم المنّ.

(**ولا شيء في حطب وقصب فارسي**) وهو ما يتخذ منه الأقلام، واحترز به عن

وحشِيشٍ وتِبْنٍ وسَعَفٍ.

وَفِيمَا سُقِيَ بِغَرْبٍ أَو دَالِيَةٍ ....

قصب السكر وقصب الذريرة؛ فإن فيهما العشر؛ لأنه يقصد بهما استغلال الأرض، بخلاف الحطب والقصب الفارسي.. فإنه لا يقصد بهما استغلال الأرض.

(وحشيش) لأنها لا يستنبت في البساتين عادة، بل ينفى عنها، فلا يستنمى بالأرض، حتى لو اتخذها مقصبة أو مشجرة أو منبتاً للحشيش.. يجب فيها العشر.

(وتبن) لأن المقصود الحبُّ، بمعنى أن العشر الواجب في الفصيل قبل إدراك الحب.. انتقل إلى الحب بعد إدراكه، فبقي التبن الذي صار فصيلاً في الأصل خالياً عن الواجب.

وعن محمد في التبن: إنه إذا يبس.. ففيه العشر.

(وسعف) وهو ورق جريد النخيل؛ لأن المقصود منه التمر لا نفسه، وكذا لا شيء بالاتفاق في الطرفاء والدلب وشجر القطن والباذنجان، ويمكن دخولها في الحطب على ما في «فتح القدير»، ولذا لم يذكرها في المستثنيات، لكن يغني ما في «الخلاصة» و«فتح القدير» أنه لا عشر:

فيما كان من الأدوية كالهليلج والكندر.

ولا فيما يخرج من الأشجار كالصمغ والقطران.

ولا فيما هو تابع للأرض كالنخل والأشجار؛ لأنها كالأرض حتى تدخل في بيعها.

ولا في كل بذر لا يطلب بالزراعة كبذر البطيخ والقثاء؛ لكونها غير مقصودة في نفسها.

(وفيما سقي بغرب) أي بدلو عظيم، (أو دالية) أي دولاب على ما فسّره الفقهاء، وقال في «المغرب»: الدولاب المنجنون التي تديرها الدابة، والدالية جذع طويل

أَو سانِيَةٍ: نصفُ الْعُشْرِ قبل رَفْعِ مُؤَنِ الزَّرْعِ.

وفي العَسَلِ: العُشرُ، قلَّ أَو كَثُرَ إِذا أُخِذَ مِن جبلٍ أَو أَرضٍ عُشريَّةٍ.

وَعند مُحَمَّد: إِذا بلغَ خَمْسَةَ أَفراقٍ، وَالْفَرَقُ: سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ رطلاً.

يركب تركيب مداق الأرز في رأسه مغرفة كبيرة يسقي بها، ويدخل في البيع الدولاب من غير ذكر دون الدالية؛ لأنها معلّقة بغيرها، وكذلك جذوعها. انتهى.

(أو سانية) أي: الناقة الّتي يستقى عليها [٢٤٠/ب]: (نصف العشر) من غير اشتراط النّصاب والبقاء عند أبي حنيفة، ومع اشتراطها عندهما على ما مر؛ وذلك لأن المؤنة فيها أكثر ممّا سقي بالسماء أو السّيح.

وقيل: إنه توقيفي.

ثم المعتبر ههنا هو السقي بها في أكثر السّنة كما في السقي بالسّماء والسّيح.

وكذا المعتبر لو سقي سيحاً وبدالية (قبل رفع مؤن الزّرع) من أجرة العمال، ونفقة البقر، وكري النهر، وغير ذلك مما يحتاج إليه في الزرع.. فيؤخذ قبل رفع هذه المؤن.

(وفي العسل: العشر قلّ أو كثر) عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يعتبر النصاب (إذا أخذ من جبل)، وهذا قد علم فيما سبق من قوله: «أو أخذ من ثمر جبل».

(أو أرض عشرية) قيّد به؛ لأنه لو أخذ من أرض خراجيّة.. لا عشر ولا خراج فيه.

وقال الشافعي: لا شيء في العسل مطلقاً؛ لأنه متولد من الحيوان؛ فأشبه الإبريسيم.

ولنا: قوله ﷺ حين كتب إلى اليمن: «إن في العسل العشر»؛ ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار، وفيهما العشر، فكذا فيما أخذ منهما، بخلاف دود القزّ؛ لأنه يتناول الأوراق ولا عشر فيها.

(وعند محمّد:) يجب العشر في العسل (إذا بلغ) العسل (خمسة أفراق، والفرق: ستة وثلاثون رطلاً) أي: بالعراقي؛ لأنه أقصى ما يقدّر به نوعه، قال في «المغرب»:

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: إِذا بلغَ عَشْرَ قِرَبٍ.

وَيُؤْخَذُ عُشرانِ من أَرضٍ عُشرِيَّةٍ لتغلبيّ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: عُشرٌ وَاحِدٌ إِن كَانَ اشْتَرَاهَا من مُسلِمٍ.

الفَرَق بفتحتين: إناء يأخذ ستة عشر رطلاً، وذلك ثلاثة أصوع، هكذا في «التهذيب» عن ثعلب وخالد بن يزيد.

قال الأزهري: والمحدثون على السكون، وكلام العرب على التّحريك، وفي «الصحاح»: الفرق: مكيال معروف بالمدينة، وهو ستة عشر رطلاً، قال: وقد يحرك.

وفي «التكملة»: الفرق بسكون الراء: من الأواني والمقادير: ستة عشر رطلاً، والصّاع: ثلث الفرق، وبالفتح: مكيل ثمانون رطلاً.

وقال بعضهم: الفرق بسكون الراء أربعة أرطال.

قلت: وفي «نوادر هشام» عن محمد: الفرق ستة وثلاثون رطلاً، ولم أجد هذا فيما عندي من أصول اللغة، وكذا ما في «المحيط» أنه ستون رطلاً. انتهى كلام «المغرب» فاعرف.

(**وعند أبي يوسف: إذا بلغ**) العسل (**عشر قرب**) لحديث بني شبابة أنهم يؤدون إلى رسول الله ﷺ من كل عشر قرب قربة، والقربة: خمسون رطلاً.

وعن أبي يوسف: أنه يعتبر فيه خمسة أوسق، وعنه: خمسة أمناء.

وكذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في قصب السكر كما في القطن والزعفران، فيعتبر أبو يوسف: بقيمة خمسة أوسق، ومحمد: بقيمة خمسة أمناء على ما في «العناية».

(**ويؤخذ عشران من أرض عشرية لتغلبي**) بأن اشتراها من مسلم، أو ملكه في الأصل، عرف ذلك بإجماع الصّحابة، هذا عندهما.

(**وعند محمد:**) يؤخذ منها (**عشر واحد إن كان اشتراها من مسلم**)؛ لأن الوظيفة لا تتغير بتغير المالك عنده، والعشر إنما يضعف عنده في الأراضي الأصلية التي وقع الصلح عليها.

وَلَو اشْتَرَاهَا مِنْهُ ذِمِّيٌ.. أُخِذَ مِنْهُ العُشرانِ.

وَكَذَا لَو اشْتَرَاهَا مِنْهُ مُسلمٌ أَو أَسلمَ هُوَ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ،..........

ولهما: أنّ الصلح وقع بيننا وبينهم على أن يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم، والعشر يؤخذ من المسلم، فيضعف عليهم.

(**ولو اشتراها**) أي: الأرض التي عليها العشر المضاعف من الأصل (**منه**) أي: من تغلبي (**ذمي.. أخذ منه العشران**) [٢٤١/أ] عندهم؛ لأن الذّمي أهل للتضعيف في الجملة؛ كما إذا مر على العاشر بمال الزكاة.

(**وكذا**) أي: يؤخذ العشران (**لو اشتراها منه**) أي: من التغلبي (**مسلم**)؛ لأن المسلم أهل للتّضعيف في البقاء، وإن لم يكن أهلاً له في الابتداء؛ كالخراج إذا اشترى أرضاً خراجيّة فينتقل التضعيف إليه أصلياً أو حادثاً كما انتقل الخراج.

(**أو أسلم هو**) أي التغلبي؛ يعني: يؤخذ منه العشران بعد إسلامه أيضاً لكونه أهلاً له في البقاء.

(**خلافاً لأبي يوسف**) فيما اشتراها من التغلبي مسلم، وفيما أسلم هو؛ فإنه يقول: يعود فيهما إلى عشر واحد؛ لزوال الداعي إلى التضعيف، وهو الكفر، ألا ترى أنه يؤخذ من أموالهم التجارية ضعف ما يؤخذ من المسلم؟! ثم بعد الإسلام أو بعد البيع إلى مسلم.. سقط التضعيف.

بخلاف ما إذا اشتراها منه ذمّي؛ لبقاء الدّاعي فيه.

قلنا: التضعيف خراج، والخراج لا يسقط بالإسلام، ولا بالانتقال إلى مسلم، بخلاف التضعيف من أموالهم التجارية؛ لأنه توظيف فيها.

فإن قيل: يلزم الحكم بلا علّة.

قلنا: بطلانه ممنوع؛ لأن الحكم الشرعي لا يستلزم العلة في بقائه، وإنما يستلزمه في ابتدائه، كالرق أثر الكفر ثم يبقى بعد إسلامه، والرمل والاضطباع في الطواف بقيا بعد زوال الحاجة إلى إظهار التجلد للمشركين.

وَقيل: مُحَمَّدٌ مَعَهُ.

وعَلى الْمَرْأَةِ وَالصَّبِيِّ مِنْهُم مَا على الرَّجُلِ.

وَلَو اشْترى ذِمِّيٌّ عشرِيَّةَ مُسلِمٍ.. فَعَلَيهِ الْخَرَاجُ.

(وقيل: محمّد معه) في عدم بقاء التضعيف، والأصح: أنه مع أبي حنيفة في بقائه على المسلم، إلا أن قوله لا يتأتى إلا في الأصلي؛ بأن ورثها التغلبي من آبائه أو تداولت الأيدي بالشراء من التغلبي إلى التغلبي؛ لأن التضعيف الحادث لا يتحقّق عند محمد؛ لعدم تغير الوظيفة عنده.

(وعلى المرأة والصبي منهم: ما على الرجل) منهم يعني: العشر المضعف في العشرية، والخراج الواحد في الخراجية؛ لأن الصلح معهم جرى على تضعيف ما يجب علينا من الصدقة دون المؤنة المحضة وهو الخراج، وعلى المرأة والصبي منا العشر؛ لأن فيه معنى العبادة؛ فكذا على نسائهم وصبيانهم ضعف ذلك.

(ولو اشترى ذمي) غير تغلبي؛ لأنه لو اشترى التغلبي من مسلم أرضاً عشرية.. يؤخذ منه العشران على ما سبق، فكان هذا غير التغلبي (عشرية مسلم.. فعليه الخراج) لو تم قبضها، حتى لو أخذها مسلم بالشفعة أو ردت على البائع.. ليس عليها الخراج، بل تبقى عشرية كما كانت؛ لعدم تأكد ملكه، وأما بعد تمام القبض.. فيتأكد ملكه، فيكون أليق بوضع الخراج؛ لأن المأخوذ؛ إما خراج، أو عشر واحد، أو عشر مضاعف، والمضاعف يعتمد على الصلح، وليس بموجود، والواحد فيه معنى العبادة، والكافر ليس من أهله.. فتعين الخراج؛ لأنّه مؤنة فيه معنى العقوبة، والكافر أهل لها.

وقال أبو يوسف: عليه العشر المضاعف، ويصرف مصرف الخراج اعتباراً بالتغلبي، وبما يمر به الذمي على العاشر؛ فإن الواجب فيهما ضعف ما على المسلم، قال: وهذا أهون من التبديل؛ لأنه تغيير في الوصف من النقصان إلى الزيادة، بخلاف الخراج؛ فإنه واجب آخر.

وَعند مُحَمَّدٍ: تبقى على حَالهَا.

وَإِن أَخذهَا مِنْهُ مُسلمٌ بشفعةٍ أَو رُدَّت على البَائِعِ لفسادِ البيعِ.. عَادَ الْعشْرُ.

وَفِي دَارٍ جُعِلَت بستاناً: خراجٌ إِن كَانَت لذِمِّيٍّ ....

(وعند محمد: تبقى على حالها) لأنه صار مؤنة لها، فلا تبديل كالخراج، ويصرف مصرف الخراج في رواية ابن سماعة [٢٤١/ب] عن محمد؛ لأن ما يصرف إلى الفقراء: ما كان لله تعالى بطريق العبادة، ومال الكافر ليس كذلك، فيصرف إلى مصرف الخراج.

وفي رواية «المبسوط» عن محمد: إنه يوضع موضع الصّدقات؛ لأن حق الفقراء تعلّق به كتعلق حق المقاتلة بالأراضي الخراجية.

(وإن أخذها) - أي: الأرض العشرية التي اشتراها ذمي غير تغلبي من مسلم - (منه) أي: من ذلك الذمي (مسلم بشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع.. عاد العشر) أي تبقى عشرية كما كانت؛ لعدم تأكّد ملك الذّمي؛ لعدم تمام قبضه ولو بعد وضع الخراج عليها؛ لأن هذا الرّد فسخ، فيجعل البيع كان أو لم يكن، وبالاستحقاق بالشفعة ينتقل إلى المسلم الشفيع الصفقة؛ كأنه اشتراها من المسلم، لكنه لا بد أن يكون الرد بقضاء القاضي؛ لأن الرد بلا قضاء ليس بفسخ بل إقالة، فيكون عقداً جديداً في حق غيرهما، فتكون الأرض خراجيّة، فصار شراء المسلم من الذمي بعدما صارت خراجيّة، فتصير على حالها، كذا في «فتح القدير».

(وفي دار جعلت بستاناً خراج إن كانت)؛ أي: الدار (لذمي)؛ سواءً سقاها بماء العشر أو بماء الخراج؛ لتعذر إيجاب العشر عليه؛ لما فيه من معنى القربة، والذمي ليس من أهلها، فتعين ما فيه العقوبة وهو الخراج؛ لكونه أليق بحاله.

فإن قيل: العبرة؛ إما للماء أو لحال من يوضع عليه الوظيفة؛ فإن كان الأوّل.. وجب عليه العشر في ماء العشر، وإن كان الثاني.. فيناقض قولهم: «إن المؤنة في

أَو لمُسلمٍ إن سَقَاهَا بِمائِهِ.

وَإِن سَقَاهَا بِمَاءِ الْعُشْرِ.. فعُشْرٌ.

مثل هذا تدور مع الماء، حتى وجب على المسلم خراج في بستانه إن سقى بماء الخراج، وعشر إن سقى بماء العشر، على ما سيصرّح به»».

قلنا: العبرة للماء، لكن قبول المحل شرط لتأثير العلة في الحكم، والكافر ليس بمحل للعشر؛ لكونه عبادة، وليس هذا من قبيل تخصيص العلّة.. بل العلة لم توجد بعد؛ لفقد شرطها.

لا يقال: على قياس قول أبي يوسف: يجب فيه العشران؛ وعلى قياس قول محمد: عشر واحد؛ لأن ذلك في أرض استقر فيها العشر وصار وظيفةً لها؛ بأن كانت في يد مسلم، وفيما نحن فيه ليس كذلك.

(**أو** كانت الدار (**لمسلم**) فجعلها بستاناً (**إن سقاها**) - أي: البستان - (**بمائه**) أي بماء الخراج.. يجب فيها الخراج، (**وإن سقاها بماء العشر.. فعشر**)؛ لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء؛ لأن وظيفة الأراضي باعتبار إنزالها، وهي إنما تكون بالماء.

فإن قيل: فيه توظيف الخراج ابتداء على المسلم، وذا لا يجوز.

قلنا: ذلك لا يجوز فيما إذا لم يكن منه صنع يستدعي وضع الخراج عليه، أو يكون منه صنع، والأول مسلّم، والثاني ممنوع، بل هو جائز على ما صرّح به في «النهاية» عن الإمام السرخسي، وقال: معنى قول محمد في «الزيادات»: «إن المسلم لا يُبتدأ بتوظيف الخراج»، أنه لا يُبتَدأ بتوظيف الخراج عليه إذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك، وفيما نحن فيه: وجد منه صنع يستدعى ذلك، وهو السقي بماء الخراج؛ إذ الخراج يجب حقاً للمقاتلة فيختص [٢٤٢/أ] وجوب الخراج فيما يسقى بماء حمية المقاتلة، ألا ترى أن المسلم إذا أحيا أرضاً ميتة بإذن الإمام وسقاها بماء الخراج.. وجب عليه الخراج.

وقد يجاب عنه على تقدير تسليم أنّ المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج مطلقاً،

وَلَا شَيْءَ فِي الدَّارِ وَلَو لذمِّيٍ.

وَمَاءَ السَّمَاءِ والبئرِ وَالْعَينِ: عشريٌّ.

وإن ما ذكره محمد على إطلاقه بأن ليس فيما نحن فيه ابتداء توظيف الخراج على المسلم، بل إنما هو انتقال ما تقرر فيه الخراج بوظيفته إليه وهو الماء؛ فإن فيه وظيفة الخراج، فإذا سقى به.. انتقل هو بوظيفته إلى أرض المسلم، كما لو اشترى أرضاً خراجيّة.

إنما قيد بالدار التي جعلها بستاناً؛ لتبيين أن الحكم الأصلي للشيء يتغير بتغير صفته؛ فإنها لو بقيت داراً كما كانت.. لم يكن فيها شيء؛ سواءً كان مالكها مسلماً أو ذمياً، وكذا لا شيء فيها إذا لم يجعلها بستاناً ولكن فيها نخيل يخرج أكراراً من تمر.. فهي في حكم الدار، حتى أنه لم يكن فيها عشر ولا خراج، كذا في «النهاية».

والبستان: عبارة عن كل أرض يحوطها حائط، وفيها نخيل متفرقة وأشجار، وإن سقاها المسلم مرّة بماء العشر ومرة بماء الخراج.. فعليه العشر؛ لكونه أليق بحاله.

وعن الإمام السرخسي: إن عليه العشر في كلّ حال.

(**ولا شيء في الدار ولو**) وصلية (**لذمي**) ذكر الإمام المحبوبي أن عمر رضي الله عنه حين وظّف الخراج والجزية سُئِلَ عن المساكن؟ فقال: المساكن عفو.

ثم انعقد عليه الإجماع؛ لعدم الاستنماء فيها، والخراج باعتباره.

اعلم: أن التكاليف ثلاثة.

منها شرعية: وهي ما وضعه أهل الشرع؛ كالزكاة والعشر والخراج والجزية وصدقة الفطر.

ومنها عرفية: وهي ما وضعه الإمام لمصلحة رآها؛ كالمقاطعات والمقابلات التي وضعها الإمام في دور البلاد.

ومنها شاقة: وهي ما أخذته الظلمة ظلماً.

(**وماء السماء والبئر والعين عشري**) وكذا البحر الذي لا يدخل تحت ولاية أحد.

وَمَاءُ أَنهَارٍ حفرَهَا الْعَجمُ: خراجيٌّ.

وَكَذَا سيحونُ وجيحونُ ودجلةُ والفراتُ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَلَيْسَ فِي عَينِ قيرٍ أَو نفطٍ فِي أَرضِ عُشرٍ شَيْءٌ.

وَإِن كَانَت فِي أَرضِ خراجٍ.. ففي حَريمِها الصَّالحِ للزِّرَاعَةِ: الْخراجُ لَا فِيهَا.

وَلَا يَجْتَمعُ عُشْرٌ وخراجٌ فِي أَرضٍ وَاحِدَةٍ.

(**وماء أنهار**) صغار (**حفرها العجم**)؛ مثل: نهر الملك ويزدجر ومروروز (**خراجي**)؛ لأن أصل تلك الأنهار بمال الخراج، فصار ماؤها خراجيّاً، وصارت الأرض أيضاً خراجية تبعاً، كذا في «النهاية» عن «مبسوط» فخر الإسلام.

(**وكذا**) أي خراجي (**سيحون**) نهر الترك، (**وجيحون**) نهر ترمذ، (**ودجلة**) نهر بغداد، (**والفرات**) نهر الكوفة، (**عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد**) قال: إنه عشري؛ لأنه لا يَحمِها أحد، فصار كالبحار.

ولأبي يوسف: إنه يتخذ عليها القناطر من السفن، وهذا يد عليها.

(**وليس في عين قير**) أي الزفت وزفت (**أونفط**) بفتح النون، وكسرها أفصح: دهن يكون على وجه الماء في العين (**في أرض عشر شيء**)؛ لأنه ليس من إنزال الأرض وإنما هو عين فوارة كعين الماء.

(**وإن كانت**) عين قير أونفط (**في أرض خراج.. ففي حريمها الصالح للزراعة الخراج**)؛ لأن الحريم في الأصل صالح للزراعة، وإنما عطله صاحبه لحاجته، والقدرة الممكنة كافية في الخراج، (**لا فيها**)؛ لأن موضع العين لا يصلح للزراعة.

وقيل: ولا في حريمها أيضاً؛ لعدم الصلاحية للزراعة.. فكانت كالأرض السبخة، والأول[٢٤٢/ب] أصح.

(**ولا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة**)؛ لأنّ في العشر معنى العبادة، وفي الخراج معنى العقوبة.. فلا يجتمعان.

وقال الشافعي: يجتمعان في الخراجيّة؛ لأن سبب الخراج عنده: الأرض، وسبب العشر: الخارج من الأرض، فيجتمعان.

قلنا: سببهما الأرض النامية، لكن النماء في العشر لا بد وأن يكون تحقيقياً بالخارج، والخراج أعمّ من التحقيقي والتقديري حتى يكفيه التمكن للزّراعة وإن لم يزرعها.

واعلم أنّ الأراضي العشرية خمسة أنواع:

أرض العرب كلّها. وكل أرضٍ أسلم أهلها طوعاً. والأراضي التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين. وبستان مسلم كان داراً له.

وأرض الموات التي أحياها مسلم وكانت من توابع الأرض العشرية.

وسيأتي بيان الخراجية إن شاء الله تعالى.

ثم اعلم أن من عليه العشر أو الخراج إذا مات قبل الأداء.. يؤخذ ذلك من تركته في ظاهر رواية أصحابنا، وفي رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة: إنه يسقط بالموت، كذا في «قاضي خان» و«التاتارخانية».

وقال في «الحاوي القدسي»: ولا يؤخذ العشر من التركة إن لم يوص به، وروي أنه يؤخذ، ثم قال: ولو مات من عليه الخراج.. لا يؤخذ من تركته. وقيل: يؤخذ، والأصح الأول. انتهى.

وقد وقع فتوى مشايخ الإسلام على ظاهر الرواية، وهكذا أفتيت.

* * *

(بَابُ الْمَصرِفِ)

١- هُوَ: الْفَقِيرُ، وَهُوَ من لَهُ شَيْءٌ دونَ نِصَابٍ.

٢- والمسكين: مَن لَا شَيْءَ..................................

(بَابُ المَصْرِف)

وهو ثمانية أنواع؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَـٰكِينِ وَٱلۡعَـٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ...﴾ الآية، وسقط منها: المؤلفة قلوبهم بأنواعهم الثلاثة بعد النبي ﷺ، قيل: بطريق نسخ ما ثبت بالكتاب بالإجماع، وقيل: بطريق انتهاء الحكم بانتهاء علته؛ لأن إعطاء النبي ﷺ كان لدفع شرهم وإعزاز الدين، وبعده انتهت، هذه العلة بقوة الإسلام، وقيل: بطريق نسخ ما ثبت بالكتاب بدليل ناسخ؛ لأن إجماعهم على السقوط يدل على ناسخ؛ إذ الإجماع بلا سند غير مقبول، لكن لا يلزمنا تعيين هذا الدليل في محل الإجماع، بل الواجب: الحكم بثبوته، وهذا أقوى الوجوه؛ لأن زمن الإجماع ليس زمن النسخ.. فلا يكون الإجماع ناسخاً للكتاب.

وإن الحكم لا يحتاج في بقائه إلى العلة كالرَّمَل في الحج، فيجوز بقاؤه بعد انتهاء علّته.

وأمّا ما قاله بعض محققي مشايخنا- من أن هذا تقرير لما كان في زمن النبي ﷺ من حيث المعنى لا من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته، وذلك أن المقصود بالدفع إليهم في زمنه ﷺ كان لإعزاز الدين؛ لضعفه في ذلك الوقت لغلبة أهل الكفر، ولما تبدل الحال بغلبة أهل الإسلام.. صار الإعزاز في المنع لا في الدفع، فكان الدفع في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الآلة لإعزاز الدين، والإعزاز هو المقصود، وهو باق على حاله.. فلم يكن منسوخاً ولا منتهياً. انتهى - **فلا يخفى عليك** أن هذا القول في الحقيقة راجع إلى القول بانتهاء الحكم بانتهاء علته.

١- **(هو: الفقير، وهو)** [٢٤٣/أ]: **(من له شيء دون نصاب)** أو قدر نصاب غير نام وهو مستغرق في الحاجة، على ما في «فتح القدير».

٢- **(والمسكين من لا شيء له)**، فيكون أسوأ حالاً من الفقير، على ما يدل عليه

وَقِيلَ: بِالْعَكْسِ.

قوله: ﴿أَوۡ مِسۡكِينٗا ذَا مَتۡرَبَةٖ﴾ أي: لاصقاً بالتراب من الجوع والعري.

(وقيل: بالعكس) لقوله تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتۡ لِمَسَٰكِينَ يَعۡمَلُونَ فِي ٱلۡبَحۡرِ﴾، والمذهب: هو الأوّل.

والجواب عن الثاني: بأن السفينة لم تكن لهم، بل هم أُجراء فيها أو عارية لهم، أو: قيل لهم مساكين ترحماً، فعلى هذا: إنّ المساكن يحل له السّؤال لقوت يومه أو ما يستر بدنه، بخلاف الفقير.. فإنه لا يحل له السؤال لقوته؛ لأن السؤال حرام لمن يملك قوته بعد سترة بدنه.

وقال بعضهم: لا يحلّ لمن كان كسوباً أو يملك خمسين درهماً.

ويجوز صرف الزكاة لمن لا يحل له السؤال بعد كونه فقيراً، ولا يخرجه عن الفقر مِلكُ نُصُبٍ كثيرة غير نامية إذا كانت مستغرقة بالحاجة، ولذا قالوا: يجوز للعالم وإن كانت له كتب تساوي نصباً كثيرة إذا كان محتاجاً إليها للتدريس أو الحفظ أو التصحيح، وقدمنا تفصيله في أول الزكاة.

ولو كانت الكتب ملك رجل عامي وليس له نصاب نام.. لا يحل دفع الزكاة؛ لأنها غير مستغرقة في حاجته، فلم تكن كثياب البذلة.

وعلى هذا: جميع آلات المحترفين إذا ملكها صاحب تلك الحرفة وغيره.

والحاصل: أن النصب ثلاثة:

نصاب يوجب الزكاة على مالكه، وهو: النامي خلقةً أو إعداداً مع سلامته عن الدّين.

ونصاب لا يوجبها، وهو: ما ليس بنام خلقة أو إعداداً؛ فإن كان مستغرقاً لحاجة مالكه.. حلّ له أخذها، وإلّا.. حرمت عليه؛ كثياب تساوي نصاباً لا يحتاج إلى كلّها، أو أثاث لا يحتاج إلى استعماله كله في بيته، وعبد وفرس لا يحتاج إلى خدمته

٣- وَالْعَامِلُ يُعْطَى بِقدرِ عملِهِ وَلَو غَنِياً.

وركوبه، ودار لا يحتاج إلى سكناها؛ فإن كان محتاجاً إلى ما ذكرنا حاجةً أصليةً.. فهو فقير يحل دفع الزكاة إليه، ويحرم السؤال عليه.

ونصاب يحرّم السؤال، وهو: ملك قوت يومه، أو لا يملكه لكنه يقدر على الكسب، أو يملك خمسين درهماً، على الخلاف في ذلك، كذا في «فتح القدير».

واختلفوا في أنهما صنفان أو صنف واحد في حق الزكاة، والصحيح: أنهما صنفان لأن العطف فيما تلوناه دليل المغايرة.

وكذا اختلفوا في حق الوصية والوقف والنذر، فقال أبو حنيفة: إنهما صنفان فيها أيضاً، وقال أبو يوسف: صنف واحد، والصحيح: قول أبي حنيفة على ما ذكر فخر الإسلام؛ فلو أوصى ثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين.. فلفلان نصف الثلث، وللفقيرين النصف الآخر عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة: لفلان ثلث الثلث وللفقيرين الثلثان.

وكذا: على فلان وعلى الفقراء والمساكين، أو نذرهم.

٣- (**والعامل**) وهو الذي يعينه الإمام لجباية الصّدقات، ولا يكون هاشمياً على ما سيصرح به؛ لأن الهاشمي وإن جاز كونه عاملاً لجمع الصّدقات.. لكن [٢٤٣/ب] لا يجوز أخذه مما جمعه من الصدقات الواجبة، إلا أن يعطى له من غير ما جمعه من الصدقات الغير الواجبة، وقد ذكرناه في العاشر، (**يعطى بقدر عمله ولو غنياً**)؛ أي: مع أعوانه يعطى بالوسط مدّة ذهابهم وإيابهم ما دام المال باقياً؛ لأنه فرّغ نفسه لهذا العمل فيستحق الأجرة كالقاضي والمفتي والمدرس والمقاتلة، وليس ذلك على طريق الإجازة؛ لأنها لا تكون إلا على عمل معلوم في مدة معلومة بقدر معلوم.. بل على طريق الكفاية، ولهذا يأخذ بقدر كفايته مع أعوانه ولو كان غنياً، إلا إن استغرقت كفايته الزكاة.. فحينئذ لا يزاد على النصف؛ لأن التنصيف عين الإنصاف، ولكن لما فيه من شبهة الصّدقة - بناء على أن الزكاة سقطت عن ذمّة المؤدّي - لا يأخذها

٤- وَالْمكَاتَبُ يُعانُ فِي فكِّ رَقَبَتِهِ.

٥- ومديونٌ لَا يَملكُ نِصَاباً فَاضلاً عَن دَينِهِ.

العامل الهاشمي تنزيهاً لقرابة النبي ﷺ عن شبهة الوسخ، والغني لا يوازيه في الكرامة، فلم يعتبر الشبهة في حقّه.

وعلى الإمام أن يبعث من يرضى بالوسط بلا إسراف ولا تقتير على ما في «غاية البيان»؛ ولهذا قيدناه بالوسط.

والأفضل: أن لا يعجل العامل عمالته قبل الوجوب، ولو عجل.. جاز على ما في «البزازية».

ولو أخذ الصدقة وضاعت في يده.. بطلت عمالته ولا يعطى من بيت المال شيئاً على ما في «البحر» عن «الأجناس»، ولذا قيدناه بالبقاء.

وفي قوله: «بقدر عمله» ردّ على الشافعي؛ فإنه يقول: يعطى للعامل الثمن.

والحجة عليه: ما بيناه.

فإن قيل: إن التسمية فيما تلوناه تقتضي المساواة مع باقي الأصناف في الأصل، فيكون بياناً لحصته وهو الثمن.

قلنا: سهم المؤلفة قلوبهم قد سقط بالإجماع.. فلم تبق السهام ثمانية حتى يكون له الثمن، وسهم المسلمين من المؤلفة ليس من حيث إنهم مؤلفة قلوبهم، بل من حيث إنهم من إحدى السبعة.

٤- (**والمكاتب يعان في فك رقبته**) وهو المراد بقوله تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ مما تلوناه وقال ﷺ فك رقبة أن يعين في رقبته وليس الدفع إلى المكاتب هو الدفع إلى مولاه كما في القن لأنه حر يداً فيجوز الدفع إليه ولو كان مولاه غنياً بخلاف العبد فإنه لا يجوز الدفع إليه لو كان مولاه غنياً.

٥- (**ومديون لا يملك نصاباً فاضلاً عن دينه**) وهو المراد بالغارم فيما تلوناه، وإذا ملك نصاباً فاضلاً عن دينه.. صار غنياً.

٦- ومُنقطعُ الْغُزَاةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

٧- وَالْحجِّ عِنْدَ محمَّدٍ إن كَانَ فَقِيراً.

٨- وَمَن لَهُ مَالٌ فِي وَطنِهِ لَا مَعَه.

٦- (ومنقطع الغزاة) وهو المراد بقوله تعالى: ﴿وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ (**عند أبي يوسف**)؛ لأنه المتفاهم عند الإطلاق.

٧- (و) منقطع (**الحج عند محمد**)؛ لما روي أن رجلاً جعل له بعيراً له في سبيل الله.. فأمر رسول الله ﷺ أن يحمل عليه الحاج.

وقيل: المراد به: طلب العلم.

(**إن كان**) كلٌّ مِن منقطع الغزاة والحج على الاختلاف (**فقيراً**).

فإن قيل: فعلى هذا فما فائدة إفرادها بالذكر عن الفقير؟

أجيب: بأن فيهما زيادة معنى غير الفقير، وهو الانقطاع في سبيل الله.

وقال الشافعي: يجوز دفع الصدقة [٢٤٤/أ] إلى أغنياء الغزاة؛ لقوله ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني إلّا لخمسة.. الغازي في سبيل الله، والعامل عليها، والغارم، ورجل اشتراها بماله، ورجل تصدق بها على المساكين فأهداها المسكين إليه»؟

قلنا: معناه أن المستغني بكسبه لقوة بدنه لا يحل له طلب الصدقة إلا إذا كان غازياً أو عاملاً عليها.

٨- (**ومن له مال في وطنه لا معه**) وهو المراد بقوله تعالى: ﴿وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ وبه تم الأصناف السبعة، ولا يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته، والأولى له أن يستقرض إن أمكن، لكن لا يلزم ذلك؛ لجواز عجزه عن الأداء، وألحق به كل من هو غائب عن ماله وإن كان في بلده ولا يقدر عليه، كذا في «فتح القدير».

ومثله ما في «المحيط» حيث قال: ويلحق ابن السبيل تاجر له ديون على الناس لا يقدر على أخذه ولا يجد شيئاً، فيحلّ له أخذ الزكاة لأنه فقيرٌ يداً؛ كابن السبيل.

وَيجوزُ دَفعَهَا إِلَى كلِّهم وَإِلَى بَعضِهِم.

وَلَا تُدفَعُ لبنَاءِ مَسْجِدٍ، أَو تكفينِ ميّتٍ، أَو قَضَاءِ دَينِهِ،...............

وهل يلزم أن يتصدق ما فضل في يده من مال الزكاة عند قدرته على ماله.. ففي «فتح القدير»: لا يلزمه التصدق، كما لا يلزم: على الفقير إذا استغنى، وعلى المكاتب إذا عجز وعندهما شيء من مال الزكاة أن يتصدق بها.

(**ويجوز دفعها إلى كلّهم**) أي كل السبعة، (**وإلى بعضهم**).

وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلاثة من كلّ صنف، وهم واحد وعشرون نفراً؛ لأنه تعالى أضاف جميع الصدقات إليهم بلام الملك فيما تلوناه، وأشرك بينهم بالواو فكانت الزكاة حقاً لهم، وقد ذكرهم بلفظ الجمع، وأقل الجمع: ثلاثة.

قلنا: المراد بالآية بيان الأصناف التي يجوز الدفع إليهم.. لا تعيين الدفع إليهم وبيان استحقاقهم؛ لأن الزكاة حق الله تعالى لا حقّهم، وبعلّة الحاجة صاروا مصارف لها لأنه تعالى ذكرهم بأوصاف بشيء من الحاجة، وكل واحد منهم في هذه العلة سواء، فيجوز الصّرف إلى كل منهم، وهذا قول عمر وعلي وابن عبّاس رضي الله عنهم، ولم ينقل خلاف عن باقي الصحابة.

واللام فيما تلوناه للعاقبة لا للملك والاستحقاق كما في: «لِدُوا للموت»، والجمع المحلّى باللّام: يراد به الجنس لا الجمع، حتى لو حلف لا أتزوج النساء.. يحنث بالواحدة.

وحرم على النبي ﷺ تزوج امرأة واحدة بعد التسع بقوله تعالى: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعْدُ﴾.

(**ولا تدفع لبناء مسجد أو تكفين ميت أو قضاء دينه**)؛ لعدم التمليك، وهو شرط، وهذا في الأول ظاهر.

وكذا في التكفين؛ لأنه ليس تمليكاً للكفن من الميت ولا الورثة، حتى لو أخرجته السباع فأكلته.. فالكفن لصاحبه لا لهم.

وأما في الثالث: فلأنه لو قضى دين الحي ثم تصادقا على أن لا دين عليه.. يسترده الدافع لا المديون؛ لعدم التمليك إليه.. فقضاء دين الميت أولى. كذا قالوا، ولكن هذا إذا كان بغير إذن الحي؛ أما إذا كان بإذنه وهو فقير.. فيجوز عن زكاته؛ لما ذكره في «النهاية» عن «شرح الطحاوي»: ولو قضى دين حي والمديون فقير؛ فإن قضى [٢٤٤/ب] بغير أمره.. يكون متبرعاً.

ولا يجوز عن زكاة ماله.

ولو قضى بأمره.. جاز عن زكاته؛ فكأنه تصدّق على الغريم.. فيكون الدّائن القابض يقبضه عن المديون نيابة، ثم يقبضه لنفسه.

قال في «الزيلعي» و«فتح القدير» نقلاً عن «الغاية»: لو قضى بها دين حي أو ميت بأمره.. جاز عن زكاته. انتهى.

فالمفهوم منه: أنه لو قضى دين ميت بأمره.. جاز عن زكاته كما في الحي لو كان فقيراً، وهو الظاهر من فتاوى «قاضي خان» أيضاً.

لكن قال في «الخلاصة»: لو بنى مسجداً بنية الزكاة أو حج أو أعتق أو قضى دين حي أو ميت بغير إذن الحي.. لا يجوز عن زكاته. انتهى.

ولا يخفى عليك أن الظاهر من قوله: «بغير إذن الحي» دون: «بغير إذنهما» عدمُ الجواز في الميت مطلقاً، وهو الظاهر من إطلاق «الهداية» أيضاً، وهذا هو المذهب، فيحُلُّ عبارة «الغاية» على هذا بإرجاع ضمير أمره إلى الحي، وذلك لأنه لا بد في الزكاة من التمليك للمديون، والتمليك لا يقع عند أمره، بل عند أداء المأمور وقبض النائب، وفي هذا الوقت لم يكن المديون أهلاً للتّمليك لموته.. فلا يصح قبض الدّائن نائباً عنه، فلم يوجد التمليك، والتمليك للفقير.

أَو ثَمَنِ قِنٍّ يَعْتِقُ.

وَلَا إِلَى ذِمِّيٍّ.

وههنا بحث أورده ابن الهمام على ما ذكرناه من قولهم إنه لو قضى دين الحيّ بأمره ثم تصادقا على أن لا دين عليه.. يسترده الدافع لا المديون الفقير، وهو أن بالدفع وقع المدفوع ملكاً للفقير بالتمليك وقبض النائب عن الفقير.. فكيف يصح الاسترداد بعده؟ وعدم الدين في الواقع إنما يبطل به صيرورته قابضاً لنفسه بعد القبض نيابة عنه، لا التمليك الأول - أعني التمليك إلى الفقير المديون - لأن غاية الأمر أنّه ملّك فقيراً على ظن أنه مديون، وظهور عدم الدين.. لا يؤثر في عدم التمليك الأول بعد وقوعه لله تعالى.

وإذا لم يكن له أن يسترده من الفقير إذا عجل للفقير الزكاة ثم تم الحول ولم يتم النصاب المعجل عنه لزوال ملكه بالدفع.. فَلَأَن لا يملك الاسترداد ههنا أولى، بخلاف ما إذا عجّل للسّاعي والمسألة بحالها؛ حيث له أن يسترد؛ لعدم زوال الملك على ما سبق تفصيله.

(أو ثمن قن يعتق) أي لا يشتري المزكي بها عبداً فيعتق؛ لأن الإعتاق إسقاط لا تمليك، وإن أراد الصرف إلى هذه الموجودة.. تصدق بها على الفقير، ثم يأمره أن يفعل هذه الأشياء.. فيحصل للمزكي ثواب الصدقة، وللفقير ثواب هذه القرب. كذا في «النّهاية».

(ولا إلى ذمي)، خلافاً لزفر؛ عملاً بإطلاق قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ﴾.

ولنا: قوله ﷺ لمعاذ: «خذ من أغنيائهم وردّها في فقرائهم»؛ لأن الضمير للمسلمين، والكتاب خصّ منه فقراء أهل الحرب بالاتفاق بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ﴾.

وكذا أصول المزكي وفروعه وزوجته.. فيجوز بعد تخصيصه بخبر الواحد، على أنهم ذكروا أن حديث معاذ مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب.

وَصَحَّ غَيْرُهَا وَلَا إِلَى غَنِيٍّ يَمْلِكُ نِصَاباً مِن أَيِّ مَال كَانَ.

أو عَبدِهِ، أو طِفلِهِ.

(وصحّ غيرها) أي غير الزكاة من الصدقات كصدقة الفطر والكفارات [٢٤٦/أ] والنذور والنّوافل؛ لقوله ﷺ: «تصدّقوا على أهل الأديان كلّها»، رواه ابن أبي شيبة مرسلاً، وهو حجة عندنا.

والحربي والمستأمن خُصّا منه مما تلوناه من آية المقاتلة، لا يقال: إطلاقه يقتضي جواز دفع الزكاة للذمي أيضاً.

لأنا نقول: قد علم عدم جوازها إلى الذمي بحديث معاذ.. فعملنا به في غير الزّكاة من الصدقات؛ جمعاً بين الدليلين.

(ولا إلى غني يملك نصاباً من أيّ مال كان) لقوله ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني»، أخرجه الترمذي.

قيد بملك النصاب؛ لأن الغنى على ثلاث مراتب: ما يتعلق به وجوب الزكاة، وما يتعلق به وجوب صدقة الفطر والأضحية، وما يحرم به السّؤال.

والمراد به ههنا: هو الوسط، وههنا تفصيل ذكرناه من قبل.

(أو عبده أو طفله)؛ لأن الدفع إلى عبد الغني تمليك للغني، ولو كان العبد مأذوناً له.. فلا يجوز، إلا إذا كان المأذون مديوناً بما يستغرق رقبته وكسبه، فحينئذ جاز الدفع إليه عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ بناء على أن المولى لا يملك إكسابه عنده.. فهو كالمكاتب. وعندهما: يملك.

وطفل الغني غنيٌّ بيسار أبيه.. فلا يجوز؛ سواءً كان ذكراً أو أنثى، في عيال أو لا، على الصحيح على ما في «فتح القدير».

وفي «الفتاوى»: ولو دفع الزكاة إلى ابنة غني.. يجوز في رواية عن أبي يوسف، وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

وكذا إذا دفع إلى فقير له ابن موسر، وقال أبو يوسف: إن كان في عيال الغني..

بِخِلَافِ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ وَامْرَأَتِهِ إِن كَانَا فقيرَينِ، ....

لا يجوز، وإن لم يكن.. جاز، كذا في«الخلاصة».

وكذا يجوز دفع الزكاة إلى طفل الفقير وعبده؛ لأن البلوغ والحرية ليس بشرط في المصرف.

ولا يجوز إلى مدبر الغني وأم ولده، بخلاف مكاتبه؛ لأنه مصرف نصاً.

وفي «الذخيرة»: إذا كان العبد زمناً وليس في عيال مولاه ولا يجد شيئاً، أو كان مولاه غائباً.. يجوز، روي ذلك عن أبي يوسف. انتهى.

وتعقبه في «فتح القدير» بأنه لا ينتفي وقوع الملك لمولاه بهذا العارض، وهو المانع، وغاية ما في هذا: وجوب كفايته على السيد، وتأثمه بتركه، واستحباب الصدقة النافلة عليه.

وقد يجاب عنه: بأنه عند غيبة مولاه الغني وعدم قدرته على الكسب.. لا ينزل عن حال ابن السبيل.

(بخلاف ولده الكبير وامرأته إن كانا فقيرين)؛ لأن الولد الكبير للغني لا يعد غنياً بمال أبيه وإن كانت نفقته عليه بأن كان زمناً أو أعمى ونحوه.

وكذا زوجته لا تعد غنية بماله في ظاهر الرواية.. فيجوز الدفع إليها.

وكذا يجوز الدفع إلى بنت الغني الكبيرة وإن استوجبت نفقتها على أبيها بدون هذه الأعذار؛ لما ذكرناه: أنها لا تعد غنّية بمال أبيها، على ما في «فتح القدير».

وعن أبي يوسف: إنه لا يجوز دفع الزكاة إلى امرأة الغني؛ لكونها مكفية المؤنة بالنفقة على الغني، والظاهر من الرواية: جواز الدفع إليها؛ لما ذكرناه من أنها لا تعد غنية بمال زوجها، والفرق بينها وبين ولده الصغير - حيث لا يجوز الدفع إليه؛ لعدّه غنياً بمال أبيه [٢٤٦/ب] مع وجوب النفقة على الغني فيهما -: أن استيجاب النفقة للمرأة بمنزلة الأجرة، بخلاف وجوب النفقة للولد الصغير، وكذا للبنت الكبيرة؛ لأنه مسبب عن الجزئية.. فكان كنفقة نفسه، فالدفع إليه كالدفع إلى نفس الغني.

وَلَا إِلَى هاشميٍّ مِن آلِ عَليٍّ أَو عَبَّاسٍ أَو جَعْفَرٍ أَو عقيلٍ أَو الْحَارِثِ بنِ عبدِ الْمطَّلِبِ، وَلَو كَانَ عَاملاً عَلَيْهَا.

(ولا إلى هاشميّ من آل عليّ أو عباس أو جعفر أو عقيل)- مثل: كريم (أو الحارث بن عبد المطلب، ولو كان عاملاً عليها)؛ لما رواه مسلم: «إن هذه الصّدقة أوساخ الناس، ولا تحل لمحمّد ولا لآل محمّد»، حرّمها الله تعالى عليهم كرامة لهم ولذرّيتهم، ولما روي أنه ﷺ قال: «يا بني هاشم؛ إن الله كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم، وعوّضكم منها بخمس الخمس عن صدقات الناس».

اختلفوا في المراد بالهاشمي الذي حرم أخذ الصّدقة لهم:

قيل: إنه يشمل من كان ناصراً للنبي ﷺ ومن لم يكن ناصراً له كأولاد أبي لهب.. فيدخل من أسلم من أولاد أبي لهب في حرمة الصدقة لهم؛ لكونه هاشمياً، وإن تحريم الصدقة حكم يخص بالقرابة من بني هاشم بالنص، كذا ذكره في «غاية البيان»، ويلائمه إطلاق «الكنز»، وقيده في «الهداية» و«الكافي» و«الزيلعي» و«فتح القدير» بالخمسة المذكورة.

وصرّح في «البدائع» بأن الكرخي قيده بهذه الخمسة، وتبعهم المصنف.. فعلى هذا: يخرج أبو لهب وأولاده من الحكم المذكور، وبخروجهم صرّح في «الزيلعي» و«فتح القدير»؛ لأن حرمة الصدقة لبني هاشم كرامة لهم من الله تعالى وذريتهم حيث نصروه ﷺ في جاهليتهم وإسلامهم، وأبو لهب كان حريصاً على أذى النبي ﷺ.. فلم يستحقها بنوه، فجاز الدفع إلى بنيه.

واحترز بالهاشمي عن بني المطلب؛ لأنه يجوز لهم أخذ الصدقة، وليسوا كبني هاشم، وإن استووا في القرابة؛ لأن نبينا ﷺ محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، ولعبد مناف أربعة بنين: هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس، والخمسة المذكورة من بني هاشم؛ لأن العباس والحارث عمان للنبي ﷺ، وجعفر وعقيل أخوان لعليّ بن أبي طالب، وهو عمّ النبي ﷺ.

ثم إطلاق عدم جواز الدفع إلى الهاشمي هو ظاهر الرواية، وروى أبو عصمة

قِيل: بِخِلَافِ التَّطَوُّعِ.

عن أبي حنيفة أنه يجوز في هذا الزمان، وإنما كان ممتنعاً في ذلك الزمان لإعطائهم في ذلك الزمان شيئاً من الخمس.

وروي عنه وعن أبي يوسف أنه يجوز أن يدفع بعض بني هاشم زكاتهم إلى بعض، وعموم ما رويناه دليل على ظاهر الرواية، ومفهوم الخلاف ليس بحجّة عندنا في الدرايات.. فلا يستدل بمفهوم قوله: «عوّضكم بخمس الخمس» على خلاف ظاهر الرواية، ثم إنّهم جروا على موجب هذا العموم في الصدقة الواجبة حيث قالوا: لا يجوز صرف كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد وعشر الأرض والنذر وغلة الوقف إليهم.

وروي عن أبي يوسف: جواز صرف غلة الوقف إليهم إذا كان الوقف عليهم؛ لأنهم حينئذ بمنزلة الوقف على الأغنياء؛ فإن كان الوقف على الفقراء ولم يسمّ بني هاشم.. لا يجوز.

وأمّا [٢٤٧/أ] الصّدقة النافلة.. ففيها خلاف، فقال في «الزيلعي»: لا فرق بين الصدقة الواجبة والتطوع في حرمة الدّفع إليهم.

ثم قال: وقال بعض: لا يحل لهم التطوع. انتهى.

فقد أثبت الخلاف على وجه يشعر بترجيح حرمة النافلة، وهو الموافق لعموم ما رويناه.. فوجب اعتباره، فلا يدفع إليهم النافلة، وإليه أشار بقوله: (**قيل: بخلاف التطوع**)؛ حيث يجوز دفعه إليهم، فعلّلوه بأن المال في التّطوع بمنزلة التبرد بالماء.. فلا يتدنس، فيجوز الدفع إليهم.

وقال في «النّهاية»: يجوز النفل بالإجماع، وكذا يجوز النفل للغني على ما في «فتاوى العتابي». انتهى.

وقال في «الكافي»: وأما التطوع والوقف.. فيجوز الصرف إليهم؛ لأن المؤدى في الواجب يطهر نفسه بإسقاط الفرض، فتدنس المال كالماء المستعمل، وفي النفل

يتبرع بما ليس عليه.. فلا يتدنس المؤدى؛ كمن تبرد بالماء. انتهى.

وقال ابن الهمام: والحق الذّي يقتضيه النظر: إجراء صدقة الوقف مجرى النافلة؛ فإن ثبت في النافلة جواز الدفع.. يجب دفع الوقف، وإلّا.. فلا؛ إذ لا شك في أن الواقف متبرع في تصدّقه بالوقف؛ إذ لا إيقاف واجب.

ثم رجّح عدم جواز دفع النافلة إليهم مثل الواجبة؛ عملاً بعموم ما رويناه، إلّا أن يكون بطريق الهبة.. فحينئذ يجوز.

وجزم في «الهداية» بجواز دفعها حيث قال: بخلاف التطوع؛ لأن المال هنا كالماء يتدنس بإسقاط الفرض، أما التطوع.. بمنزلة التبرد بالماء. انتهى.

وتعقبه في «فتح القدير» بأن هذا القياس لا يكون مخصّصاً - لعموم الأدلة المرويّة - ابتداءً، بل بعد إخراج شيء من عمومها بسمعي، ولم يوجد ذلك لك ولو سلم، لكن كل من القياس المقصود وغير المقصود لا يتم.

أما القياس الغير المقصود: فلأنه لم يتم له أصل صحيح، وقوله: «المال هنا كالماء يتدنس بإسقاط الفرض» ظاهر، في أن الماء أصل، وليس بصحيح؛ إذ حكم الأصل لا بد من كونه منصوصاً عليه أو مجمعاً، وليس ثبوت هذا الحكم للماء كذلك، بل الماء هو المنصوص على حكمه هذا من التدنس فهو أصل للماء في ذلك.. فإثبات مثله شرعاً للماء إنما هو بالقياس على الماء؛ لعدم النص في الماء، وبهذا صرّح في بحث الماء المستعمل من «الهداية» حيث قال: إلا أنه - يعني الماء - أقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة، فجعل مال الصّدقة أصلاً.. فكيف يجعل هنا الماء أصلاً لمال الصّدقة، وليس هذا إلا تناقضاً؟

وأما القياس المقصود هنا: في قوله: «التطوع بالصّدقة بمنزلة التبرد بالماء».. فغير صحيح؛ فإنه إلحاق قربة بغير قربة، والصّواب في الإلحاق أن يقال: «بمنزلة الوضوء على الوضوء»؛ ليكون إلحاق قربة نافلة بمثلها، وبعد هذا نقول: إن ادعى أن

وَمواليهم مثلُهُم.

وَلَا يَدْفعُ إِلَى أَصلِهِ وَإِن علا، أَو فَرعِهِ وَإِن سَفَلَ، ....

حكم الأصل عدم تدنس ما أقيم به هذه.. منعنا حكم الأصل؛ فإن التدنس للماء بواسطة خروج الآثام أو إزالة الظلمة، والوضوء على الوضوء يفيد ذلك أيضاً بقدره، وقد قالوا [٢٤٧/ب] في قوله ﷺ: «الوضوء على الوضوء نور على نور»: إنه يفيد إزالة الظلمة بقدر إفادة زيادة ذلك النور، ولهذا إن الوضوء النفل إذا كان منوياً.. يصير الماء به مستعملاً.

ثم تكلموا في حق سائر الأنبياء؛ فمنهم من يقول: إنها لا تحل لسائر الأنبياء أيضاً، ولكن تحل لقراباتهم.

ومنهم من يقول: إنها تحلّ لسائر الأنبياء، وهذه خصيصة لنبينا ﷺ، كذا في «البحر» عن «مبسوط السّرخسي».

(**ومواليهم مثلهم**) استحساناً؛ لما أخرجه الترمذي وصحّحه: أنّ النبي ﷺ قال: «مولى القوم منهم، وإنا لا تحلُّ لنا الصدقة».

ولا يرد عبد كافر أعتقه قرشي؛ حيث يجب عليه الجزية، ولا جزية على القرشي؛ لأن هذا عمل بالقياس فيما لا نص فيه على خلافه.. لأن الأصل أن يكون كل من المعتق والمعتق مستقلاً بنفسه في الأحكام، لا يتبع أحدهما إلى الآخر، ونحن عملنا فيما نحن فيه بالاستحسان بالأثر على خلاف القياس.

(**ولا يدفع**) المزكي زكاته (**إلى أصله وإن علا، أو فرعه وإن سفل**)؛ لأن منافع الأملاك متصلة بينهم.. فلا يتحقق التملك على الكمال.

وفي «النّهاية»: ولا يدفع إلى المخلوق من مائه بالزنى، ولا إلى ولد أم ولده الذي نفاه.

ولو تزوجت امرأة الغائب.. قال أبو حنيفة: الأولاد من الأول، ومع هذا يجوز للأوّل دفع الزكاة إليهم. انتهى.

وفي «الخلاصة» من فصل النكاح الفاسد: رجل غاب عن امرأته وهي بكر عشر سنين، فتزوجت بآخر، وكانت تلد أولاداً.. فالأولاد للزوج الأول عند أبي حنيفة، ويجوز للأب الثاني دفع الزكاة إلى هؤلاء الأولاد، ويجوز شهادتهم له.

وروى الجرجاني عن أبي حنيفة: أن الأولاد للثاني.

والفتوى على القول الأوّل. انتهى.

وفي «قاضي خان» في فصل مسائل النسب: أن أبا حنيفة رجع عن القول الأول، وقال: لا يكون الأولاد للأوّل، وإنما هم للثاني، وعليه الفتوى. انتهى.

فاختلف فيه الفتوى.

ثم لا يخفى عليك أن قول صاحب «النّهاية» أن الأولاد من الأول ومع هذا يجوز للأول دفع الزكاة إليهم.. مشكل، ولهذا قال في «الخلاصة»: يجوز للأب الثاني دفع الزكاة إلى هؤلاء الأولاد.

وأما الدفع إلى قريب لأولاد بنيهم.. فجائز، بل هو أفضل؛ لما فيه من الصّلة مع الصدقة؛ كالإخوة والأخوات، والأعمام والعمات، والأخوال والخالات.

ولو كان بعضهم في عياله ولم يفرض القاضي النفقة له عليه فدفعها إليه ينوي الزكاة.. جاز عن الزكاة.

وإن فرضها عليه فدفعها ينوي الزكاة.. لا يجوز؛ لأنه إذا وجب في واجب آخر.. فلا يجوز، إلا إذا لم يحتسبها بالنفقة؛ لتحقق التمليك على الكمال. كذا في «فتح القدير».

وقال في «الخلاصة»: رجل له أخ قضي عليه بنفقته، فكساه وأطعمه ينوي به الزكاة.. قال أبو يوسف: يجوز، وقال محمد: يجوز في الكسوة ولا يجوز في الطعام.

وقول أبي يوسف في الإطعام خلاف «ظاهر [٢٤٨/أ] الرّواية»، وهذا خلاف ما ذكرناه من «فتح القدير»، ويوافق ما في «فتح القدير» ما ذكره في «الخلاصة» عن

أَو زَوجتِهِ.

وَكَذَا لَا تَدفَعُ إِلَى زَوجِهَا خلافاً لَهما، وَلَا إِلَى عَبدِهِ أَو مكَاتَبِهِ أَو مدبَّرِهِ أَو أمّ وَلَدِهِ، وَكَذَا عَبدِهِ الْمُعْتَقِ بعضُهُ، ....

«الفتاوى»: أنه لا يجوز عن الزكاة إن كان يحسب من النفقة، وإن لم يحسب.. جاز. انتهى.

ثم قال في «الخلاصة»: ولو دفع إلى أخته ولها على زوجها مهر يبلغ نصاباً؛ إن كان الزوج ملياً مقراً لو طلبت لا يمتنع عن الأداء.. لا يجوز، وإن كان فقيراً أو غنياً إلا أنه لا يعطي لو طلبت.. جاز الصرف إليها.

(أو زوجته) - للاشتراك في المنافع عادة - ولو كانت معتدة عن رجعيّ أو بائن؛ لقيام حقوق الزوجية فيها، على ما في الحضانة من «الدرر».

وفي «النّهاية»: لا يجوز دفع الزكاة إلى معتدته المبتوتة روايةً واحدةً، تعتد عن بائن واحد أو ثلاث. انتهى.

(وكذا لا تدفع) أي المرأة **(إلى زوجها)**؛ لما ذكرناه من اشتراك المنفعة، **(خلافاً لهما)** لما في «الصحيحين»: أنه ﷺ قال لامرأة ابن مسعود حين سألته عن التصدق على زوجها: «لك أجران: أجر الصدقة، وأجر الصلة».

والجواب: أنه في حق صدقة التطوع، وبه نقول.

(ولا إلى عبده أو مكاتبه أو مدبّره أو أمّ ولده)؛ لعدم التّمليك؛ لأن كسبهم لمواليهم، حتّى لا يجوز له أن يتزوج جارية مكابته، كما لا يجوز جارية نفسه.

(وكذا عبده المعتق بعضه) بأن يعتق مالك الكل بعضه، أو يعتق شريكه.

وفي بعض النسخ: «وكذا عبد له فيه شريك، أعتق شريكه بعضه»، وهذا نص في الصورة الثانية، وهذا بناء على أن معتق البعض عنده كالمكاتب في حق لزوم الاستسعاء للساكت بناء على تجزّي الإعتاق عنده.

واعلم: أن العبد إما أن يكون مشتركاً بينه وبين ابنه فأعتق هو نصيبه، أو يكون

خلافاً لَهما.

وَلَو دَفَعَ إِلَى مَن ظَنَّهُ مَصرِفاً فَبَانَ أَنَّه غَنِيٌ أَو هاشميٌّ، أَو كَافِر أَو أَبوهُ أَو ابْنُهُ.. أَجزَأَهُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

مشتركاً بينه وبين أجنبي فأعتق أحدهما نصيبه.

فعلى الأوّل: يلزم على العبد السعاية للابن، فلا يجوز للأب دفع الزكاة له؛ لأنه كمكاتب ابنه، وكما لا يجوز الدفع لابنه.. كذلك لا يجوز لمكاتب ابنه.

وعلى الثاني: يلزم عليه السعاية للساكت.. فلا يجوز للسّاكت الدفع إليه؛ لأنه كمكاتب نفسه.

وأما الدفع إلى معتق البعض لأجنبي وليس له فيه شركة.. فجائز؛ لأنه حينئذ يصير بمنزلة مكاتب ذلك الأجنبي عند أبي حنيفة، والمكاتب يكون مصرفاً بالنص، وإنما لا يجوز الصرف إلى مكاتب نفسه أو ابنه، كذا في «فتح القدير»، هذا كله عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لعدم جواز تجزي الإعتاق عندهما، فيكون حرّاً مديوناً للابن على الصورة الأولى، ولنفسه على الصورة الثانية التي ذكرناها آنفاً.

ويجوز أن يدفع الإنسان زكاته إلى مديون ابنه ومديون نفسه، أما لو اختار الساكت التضمين للمعتق.. كان أجنبياً عن العبد.. فيجوز له أن يدفع إليه بالاتفاق؛ كمكاتب الغير.

(**ولو دفع إلى من ظنه مصرفاً فبان أنه غني أو هاشمي أو كافر أو أبوه أو ابنه.. أجزأه**) عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً لأبي يوسف**)، وعليه الإعادة عنده، ولا يسترد ما أداه بالاتفاق ويصير [٢٤٨/ب] تطوّعاً؛ كذا في «البحر» نقلاً عن «الينابيع».

وهل يطيب للفقير أم لا؟

قيل: نعم، وقيل: لا، بل يتصدق به أو يدفعه إلى صاحبه.

ولأبي يوسف: إنّه ظهر خطؤه بيقين، والوقوف ممكن على هذه الأشياء فيعيد

كالأواني والثياب؛ فإن الأواني الطاهرة؛ إذا اختلطت بالنجسة وغلبت الطاهرة مثل أن يكون إناءان طاهران وإناء نجس.. فإنه لا يجوز له ترك التّحري؛ فإذا تحرى وتوضأ، ثم ظهر الخطأ.. يعيد الوضوء لإمكان الوقوف على الطاهرة، بخلاف ما إذا غلبت النجسة أو تساويا.. فإنه يتيمم، ولا يلزمه التحري.

والثياب الطاهرة إذا اختلطت بالنجسة، وليس ثمة علامة تعرف بها.. فإنه يلزمه التحري مطلقاً، سواء كان الثوب الطاهر غالباً، أو مغلوباً، أو مساوياً مع النجسة.

فإذا صلى بثوب منها بالتحري، ثم ظهر خطؤه.. أعاد الصّلاة.

قلنا: إذا دفع الزكاة إلى واحد من المذكورين مع التحري، ثم ظهر خلافه.. يلزمه الإعادة.

وأما عدم استرداده؛ فلأنّ فساد جهة الزكاة لا تنقض الأداء، وقد أداه بنية القربة.

ولهما: إطلاق قوله ﷺ: «يا يزيد؛ لك ما نويت، ويا معن؛ لك ما أخذت»، وقد دفع إلى معن وكيل أبيه صدقته.

ولأن الوقوف على هذه الأشياء: بالاجتهاد دون القطع، فيبني الأمر فيه على ما يقع عنده؛ كاشتباه القبلة عليه.

ثم وجوه المسألة ثلاثة:

أحدها: أنه إذا شك فتحرى فظنه مصرفاً فدفع، فظهر خلافه.. فهو ما ذكرناه من محمل الخلاف، والتحري مأخوذ فيه.

والثاني: أنه دفع من غير شك، ولا تحرّ.. فهو جائز بالاتفاق، إلا إن ظهر خلافه؛ كالغني والهاشمي وغيرهما.. فحينئذ يعيد بالاتفاق.

والثالث: أنه شك ولم يتحر ودفع، أو تحرى فغلب على ظنه غناؤه أو هاشميته ودفع.. لم يجز بالاتفاق حتى يظهر أنه مصرف.. فيجزئه في الصحيح، وقيل: لا

وَلَو بَانَ أَنَّه عَبدُه أَو مكَاتَبه.. لَا تجزئه.

وَنُدِبَ: دفعُ مَا يُغني عَنِ السُّؤَالِ يَوْمَهُ.

وَكُرِهَ: دفعُ نِصَابٍ أَو أَكثرَ إِلَى فَقيرٍ غيرِ مديونٍ.

يجزئه؛ كمسألة الصّلاة حالة الاشتباه إلى غير جهة التحري.. فإنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد وإن ظهر صوابه.

وفي «فتح القدير»: والحق: الاتفاق على الجواز هنا؛ فرقاً بين مسألة الصّلاة وبين ما نحن فيه؛ بأن الصلاة إلى تلك الجهة معصية؛ لتعمد الصلاة إلى غير جهة القبلة؛ إذ هي جهة التحري.. فلا تنقلب طاعة، وفيما نحن فيه نفس الإعطاء لا يكون به عاصياً، فصلح وقوعه مسقطاً إذا ظهر صوابه.

وفي «الهداية»: وعن أبي حنيفة في غير الغني: لا يجزئه، والظاهر: هو الإجزاء في الكل. انتهى، كذا في «النّهاية».

والذي ظهر من إطلاق لفظ «الكافر» في «ظاهر الرواية» على ما ذكره المصنف: هو الجواز؛ ذمياً كان الكافر أو حربياً أو مستأمناً، كذا نقله في «البحر» عن «المنتقى».

لكنه مخالف لما قالوا: إنه لا يجوز دفع الصدقة إلى الحربي والمستأمن مطلقاً.

وفي «غاية البيان» نقلاً عن «التحفة»: أجمعوا على أنّه إذا ظهر أنه حربي أو مستأمن.. لا يجوز.

وفي «المحيط»: إذا ظهر [٢٤٩/أ] أنه حربي.. فيه روايتان، كذا في «الخلاصة».

(ولو بان أنه عبده أو مكاتبه.. **لا تجزئه**) بالإجماع لعدم التمليك؛ لعدم أهلية المحلّ.

(**وندب دفع ما يغني عن السّؤال يومه**)؛ لقوله ﷺ: «أغنوهم عن مسألتهم»، ولأن فيه صيانة المسلم عن ذل السّؤال مع أداء الزكاة.

(**وكره دفع نصاب أو أكثر إلى فقير غير مديون**) ولا عيال له.

وأما إذا كان عليه دين.. فلا بأس، بأن يعطيه مقدار ما يقضي به دينه، ويبقي له دون المائتين بعد القضاء.

وكذا إذا كان له عيال إذا قسم على عياله.. يبقى له دون المائتين.

وعن أبي يوسف: لا بأس بإعطاء المائتين لغير مديون، ويكره فوقه؛ لأن جزءاً من المائتين مستحق لحاجته في الحال، والباقي دون المائتين، فيجوز؛ مثل المديون بلا كراهة.

وفي «الخلاصة» عن أبي يوسف: إذا نوى الرجل أن يعطي فقيراً واحداً ليس عليه دين ألف درهم زكاة ماله، فجاء المعطي بألف فوزنها مائةً مائةً، كلما وزن مائة دفعها إليه.. تجزئه ألف من الزكاة إن دفع الألف في مجلس واحد، والألف حاضر في المجلس؛ فإن كان غائباً ونوى أن يعطي ألفاً، فأتى بمائتي درهم فوزنها، ثم بعث إلى ثمانمائة فوزنها له.. جاز المائتان من الزكاة، والباقي تطوع. انتهى.

وقد ذكر قبل هذا: لو دفع رجل مائتي درهم أو أكثر زكاة ماله إلى فقير واحد.. يجوز عن زكاته؛ لكنه يكره.

فظهر منه: أن دفع قدر النصاب أو أكثر إلى فقير غير مديون.. إنما يجوز عن زكاته مع الكراهة، لو كان الدفع إليه دفعة في مجلس واحد، وأما لو كان دفعها دفعات في مجالس.. فلا يجوز عن زكاته إلا نصاب واحد، والباقي تطوع، ثم هذا عندنا.

وقال زفر: لا يجوز إعطاء المائتين؛ لأنّ الغناء قارن الأداء؛ لأنّ الحكم يقارن علته كالاستطاعة مع الفعل.

ولنا: أن الغناء حكم، وحكم الشيء يعقبه ولا يقارنه.

فإن قيل: حكم العلة الحقيقية لا يتأخر عنها، بل يجب مقارنتها.

ونقلُها إِلَى بلدٍ آخرَ، إِلَّا إِلَى قَرِيبِهِ أَو أَحْوجَ مِن أهلِ بَلَدِهِ.
وَلَا يسْأَل مَن لَهُ قوتُ يَوْمِهِ.

قلنا: إن الأداء علة الملك، والملك علة الغناء، فالغناء مضاف إلى الأداء بواسطة الملك، فكان للأداء شبهيّة السبّبية، والسبب الحقيقي هو الملك، وما كان له شبهة السببية من العلل.. له شبهة التقدم، كشراء القريب؛ فإنها علة للملك، والملك علة العتق، فكان العتق حكمه حكم الشراء، فلذلك جازت نية الكفارة عند الشراء؛ لشبهة تقدم الشراء على العتق بوجود الواسطة، ولأن الحكم يعقب العلة في العقل ويقارنها في الخارج، فبالاعتبار الأول: جاز الأداء، وبالاعتبار الثاني: يكره.

(و) كره أيضاً (**نقلها إلى بلد آخر؛ إلّا إلى قريبه أو أحوج**) أو أورع، ولذا قيل: التصدق على العالم الفقير أفضل.

(**من أهل بلده**)؛ أما النقل: فلأن المصرف مطلق الفقراء، وأما الكراهة: فلقوله ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم»، ولأن في النقل ترك رعاية حق الجوار، بخلاف قريبه؛ لما فيه من [٢٤٩/ب] الصلة والصدقة ، وبخلاف الأحوج؛ لما فيه من زيادة سدّ الخلة.

وكذا لا يكره النقل من دار الحرب إلى فقراء دار الإسلام؛ لأنهم أفضل من فقراء المسلمين الذين كانوا في دار الحرب.

وكذا لا يكره نقل الزكاة المعجّلة قبل الحول مطلقاً، على ما في «الخلاصة»؛ لأنه لم يتعلق بها قبل الحول حق لأحد من الفقراء.. فيخيَّر المزكي.

(**ولا يسأل من له قوت يومه**)؛ لأن له غنى يحرم بها السؤال ويجوز دفع الزكاة إليه، وقد ذكرنا ما يتعلق به.

* * *

(بَابُ صَدَقَةِ الْفطرِ)

(بَابُ صَدَقَةِ الفِطْرِ)

من قبيل الإضافة إلى الشرط، وهو مجاز؛ لأن الأصل في الإضافة أن تكون إلى السبب، وسببها: «رأس» على ما نبينه.

واعلم أنّ ههنا يحتاج إلى بيان أحد عشر شيئاً: سببها، وصفتها، وشرطها، وركنها، وحكمها، ومن تجب عليه، ومن تجب عنه وقدر الواجب، وما يتأدى به الواجب، ووقت الوجوب، ووقت الاستحباب، ومكان الأداء.

أما سببها: فهو رأس يمونه ويلي عليه.

وأما صفتها: فهي واجبة.

وأما شرطها: ففيمن يجب عليه.. الحرية والإسلام والغنى.

وفي الوقت: طلوع الفجر من يوم الفطر.

وفي الواجب: أن لا ينقص من نصف صاع في البر وصاع في غيره.

وأما ركنها: قدر الواجبِ الواجبُ لمن يستحقه.

وأما حكمها: فهو الخروج عن عهدة الواجب.

وأما من يجب عليه: فهو كلّ حرّ مسلم غني.

وأما قدر الواجب: فهو نصف صاع من بر وصاع في غيره.

وأما ما يتأدى به الواجب: فهو من أربعة أشياء؛ من: الحنطة والشعير والتمر والزبيب.

وأما وقت الواجب: فهو وقت طلوع الفجر من يوم الفطر.

وأما وقت الاستحباب: فهو قبل الخروج إلى المصلى.

هِيَ وَاجِبَةٌ على: الْحُرِّ،..............................

وأما مكان الأداء: فهو مكان من يجب عليه في ظاهر الرواية، بخلاف الزكاة؛ فإن الأغنياء فيها لمكان الأول، وإلى جميع هذا يأتي الإشارة في الكتاب.

(هي واجبة)، وفي «النهاية»: الوجوب ههنا على حقيقته الاصطلاحية، وهي أن تكون بين الفرض والسنة.

وذكر الإمام المحبوبي واجبات الإسلام سبع: صدقة الفطر، ونفقة ذوي الأرحام، والوتر، والأضحية، والعمرة، وخدمة الوالدين، وخدمة المرأة لزوجها.

وقال الشافعي: إنها فريضة؛ بناء على أصله أنه لا فرق بين الواجب والفريضة عنده. انتهى كلام «النهاية».

لنا ما روي في «سنن أبي داود» و«الدارقطني» عن ثعلبة أنه ﷺ قال: «أدّوا عن كل حرّ وعبد، صغير أو كبير، نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير»، وبمثله يثبت الوجوب؛ لكونه ظني الثبوت.

قيل: انه واجبة فوراً في يوم الفطر، وقيل: موسعاً في العمر كالزكاة، والراجح: هو الأوّل على ما في «البحر».

ولما ذكر صفتها.. شرع في بيان من تجب عليه، فقال: **(على الحُرّ)** احترازاً عن العبد؛ فإنه لا يتصور منه التمليك وهو الركن، وقال الشافعي: تجب على العبد أيضاً؛ لما في «الصحيحين» عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنّ رسول الله ﷺ فرض [١٥٠/أ] زكاة الفطر على كلّ حر وعبد، ذكر أو أنثى.

قلنا: كلمة على في المعطوف بمعنى عن وهو كثير؛ لأنها لو وجبت على العبد.. فالأداء؛ إما عليه، وذلك غير متصور؛ لعدم ملكه حتى يملك، وإما على مولاه وهو باطل؛ لأن معنى العبادة فيها غالبة، والمقصود من العبادة أن يصرف المكلّف منفعة نفسه لمولاه ابتلاء له، وذلك لا يتصور من الفقير، ومعنى الفرض: مجرّد التقدير، فلا دلالة فيه على الافتراض الذي ادّعى الشافعي.

الْمُسلِمِ، الْمَالِكِ لنصابٍ فَاضلٍ عَن حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ،.............

(المسلم)؛ لعدم أهلية الكافر للعبادات.

(المالك لنصاب)؛ لقوله ﷺ: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»، وهو حجة على الشافعي في القول: بأنها تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله.

وفي جعل النصاب شرطاً لا سبباً.. إشارةٌ إلى أنه لو عجّل صدقة الفطر قبل النصاب، ثم ملك النصاب.. صح؛ لأنّ السبب هو الرأس وقد وُجِد حين الأداء، كذا في «البزازية».

ثم المراد بملك النصاب: ملكه وقت الوجوب، أعني: وقت طلوع فجر يوم الفطر، حتى لو كان معسراً عند الطلوع، ثم أيسر بأن ملك نصاباً.. لم يجب عليه صدقة الفطر.

(فاضل عن حوائجه الأصلية)؛ من: مسكنه وثيابه وأثاث بيته وفرسه وسلاحه وعبيده للخدمة وحوائج عياله ودَينه الحاصل وقت الوجوب أو قبله، لا بعده.

وأما الكُتُبُ: ففي «الخلاصة»: لو كان له كتب؛ إن كانت كتب النجوم والأدب والطب والتعبير.. تعتبر نصاباً؛ أما كتب التفسير والفقه والمصحف الواحد.. لا تعتبر نصاباً.

ثم في الفقه؛ إن كان له نسختان.. يكون أحدهما نصاباً إن كان كل منهما من تصنيف مصنف واحد، وإلا.. فلا.

وقال في «النهاية»: لو كان له داران: دارٌ سكنها والدار الأخرى لا يسكنها ويؤاجرها أو لا يؤاجرها.. تعتبر قيمتها في الغنى، حتى لو كان قيمته مائتي درهم.. تجب عليه صدقة الفطر.

وكذلك لو كان له دار واحد يسكنها وفضل عن سكناه شيء.. يعتبر قيمة الفاضل في النصاب.

وكذلك في الثياب والأثاث وغيرهما، إلى هذا أشار في «المحيط». انتهى.

وَإِن لم يكن نامياً، وَبِه.....................................

وقال في أضحية «البزازية»: والغازي بفرسين والأسلحة.. لا يكون غنياً، وبالفرس الثالث: يكون غنياً، ولو من كل سلاح اثنان؛ أحدهما يساوي نصاباً.. تلزم الأضحية.

والدهقان: بفرس واحد وبحمار واحد.. لا يكون غنياً، وبالزائد عليه لو بلغ نصاباً.. غني، وببقرة واحدة.. غني لو بلغ قيمتها نصاباً، وبثورين وآلة الفدان.. لا وبثلاثة ثيران.. غني لو ساوى الثالث نصاباً.

وصاحب الثياب الأربعة: لو ساوى الرابع نصاباً.. غني، وبثلاثة.. لا.

وصاحب الكرم لو نصاباً.. غني.

والمرأة: بالمهر المعجل.. موسرة لو كان الزوج مليّاً، وبالمؤجل.. لا.

لها دار يبلغ نصاباً سكنتها مع الزوج؛ إذا قدر زوجها على الإسكان.. يلزم الفطرة والأضحية، وإلا.. لا؛ وهذا لأنّ المشغول بالحوائج الأصلية كالمعدوم، فصار كالماء المستحق للعطش [٢٥٠/ب].

ولم يقيد من تجب عليه بالعقل والبلوغ؛ لأنّ كمال الأهلية ليست بشرط فيه كما وجب في الزكاة، حتى وجب على الصبي والمجنون في مالهما، ويؤدي عنهما الولي والوصي من مالها، حتى لو لم يؤدّ من مالهما.. وجب الأداء بعد البلوغ، كذا في «البحر» عن «البدائع».

(وإن) وصلية **(لم يكن نامياً)** بالتجارة أو بالحول؛ لأنها وجبت بالقدرة الممكنة، والنمو شرط فيما وجب بالقدرة الميسرة كالزكاة، ولذا لو هلك المال بعد الوجوب.. لا تسقط عنه صدقة الفطر، بخلاف الزكاة على ما عرفت.

(وبه)؛ أي: بنصاب الفطرة، ويعلم منه حرمة الأخذ بنصاب الزكاة بطريق الأولى، بخلاف نصاب حرمة السّؤال؛ فإنه لا يحرم به أخذ الصدقة على ما مرّ بيانه.

تحرمُ الصَّدَقَةُ، وَتجبُ الْأُضْحِيَةُ عَن نَفسهِ وَعن ولدهِ الصَّغِيرِ الْفَقِيرِ وَعَبدِهِ لِلْخدمَةِ وَلَو كَافِراً،...

(تحرم) أخذ **(الصدقة، وتجب الأضحية)**، ونفقة ذوي الأرحام، ولا تجب الزكاة به ما لم يكن نامياً.

وفي أضحية «البزازية»: وعن أبي حنيفة: لا فرق بين نصاب الزكاة والأضحية، فلا تجب الأضحية إلا بما تجب به الزكاة. انتهى.

وفي «التاتارخانية» عن «فتاوى أبي الليث»: من لا يحل له أخذ الصدقة.. فالأفضل أن لا يقبل جائزة السّلطان إن أداها من بيت المال.

وإن أدّاها من مال موروث له.. جاز القبول.

وإن كان فقيراً.. يحلّ له أخذ الصدقة؛ فإن كان السّلطان يؤدي ذلك من بيت المال، ولا يؤخذ ذلك غصباً من الناس.. يحل له الأخذ.

وإن كان يأخذ ذلك غصباً؛ فإن كان لا يختلط بدراهم أخرى.. لا يحلّ له الأخذ.

وإن كان يختلط.. فلا بأس به.

ولما فرغ من بيان من يجب عليه.. شرع في بيان من تجب عنه، أي: السبب، فقال: **(عن نفسه)**؛ لأنه يمون رأسه، وهو السبب؛ لقوله ﷺ: «أدّوا عمّن تمونون»؛ فإن كلمة «تمونون» هنا لبيان سبب الحكم، لا لبيان محل الواجب على ما تبين في الأصول؛ ولأنه من تجب عليه لغيره فلأن.. تجب عليه لنفسه أولى.

(وعن ولده الصغير الفقير)، احترز به عن ضدهما على ما سيصرح به.

(و) عن **(عبده للخدمة)**، احترز به عن عبده للتجارة.

والعبد المأذون: ليس للتجارة، فتجب صدقة فطره على مولاه. وقيل: لا تجب، كذا في «القنية».

(ولو كافراً)؛ لأن السبب مؤنة الرأس وقد وجد ذلك، والكفر لا يمنعه.

وَكَذَا مُدَبَّرِهِ وأُمِّ وَلَدِهِ..........................

وكذا عن عبده المرهون إذا كان فيه وفاء.

وعن أبي يوسف: إنه ليس عليه أن يؤدي حتى يفتكه؛ فإذا افتكه.. أعطى لما مضى.

ولا تجب عن عبده المأسور، كذا في «الخلاصة».

وقال في «النهاية»: وتجب عن عبده المؤاجر والمرهون والعارية والوديعة، وعن عبده المديون المستغرق في الدين، أو كانت في رقبته جناية؛ لا عن عبده الآبق والمغصوب والمأسور.

وإذا أوصى بخدمة عبده لرجل وبرقبته لرجل آخر.. فصدقة فطره على الموصى له بالرقبة انتهى.

ثم نقل عن «المبسوط» [١/٢٥١أ]: إن كان على العبد دين مستغرق لكسبه ورقبته.. فعلى قول أبي حنيفة: لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه؛ بناء على أصله أنه لا يملك رقبته.

وعلى قول أبي يوسف ومحمّد: يجب؛ بناء على أصلهما أنّ دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه، كما لا يمنع في رقبته.

(وكذا مدبره وأم ولده)؛ لأن مؤنة رؤوسهم عليه وهو السّبب، ولهذا يقال: زكاة الرأس، وإضافتها إلى الفطر مجاز على ما ذكرناه، وهذا لأن كلمة «عن» في قوله ﷺ: «أدّوا عمّن تمونونه»؛ لانتزاع الحكم عن السبب، كما في قولهم: «أدّى الزكاة عن ماله، والخراج عن أرضه»، أو للدلالة على أن ما يجب على محلٍّ قد وجبَ.. أداه عنه غيره؛ لأنه باطل لما ذكرناه من غلبة معنى العبادة فيها، فلا يتصور الأداء عن غيره، ولأنه يتضاعف الوجوب بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم.. فهو من أَمارة السبّبية.

لَا عَن زَوجتهِ وَولدِهِ الْكَبِيرِ،..........................

لا يقال: قد يتكرر الوجوب بتكرر الوقت في السنة الثانية والثالثة مع اتحاد الرأس؛ لأن الرأس إنما جعل سبباً بوصف المؤنة، والمؤنة تتكرر بمضي الوقت، فصار الرّأس باعتبار تكرر وصفه كالمتكرر بنفسه حكماً.

(لا عن زوجته)، خلافاً للشافعي؛ لإطلاق قوله ﷺ: «أدّوا عمّن تمونونه»، والزوج يمون زوجته، وملكه لها نظير ملك المولى على أمّ ولده.

قلنا: المراد المؤنة الكاملة؛ كمؤنة العبيد وأولاده الصغار الفقراء، وليس على الزوج مؤنتها كاملة؛ فإنه لا يمونها في غير الرواتب؛ كالمداواة، ولابد من الولاية الكاملة أيضاً، ولا يليها في غير حقوق النكاح؛ ولأنّ على الزوجة أداء فطرة مماليكها.

ومن يجب عليه الأداء عن غيره.. لا يجب على الغير الأداء عنه؛ لأن نفسها أقرب إليها من مماليكها، بخلاف أم الولد؛ فإن للمولى عليها ولاية مطلقة، بسبب ملك الرقبة.

وقال في «الخلاصة»: لا يجب على الجد صدقة أولاد أولاده إن كان الأب حيّاً باتفاق الروايات، وإن كان ميتاً.. فكذلك في ظاهر الرواية؛ لأن ولاية الجد تثبت بواسطة الأب فكانت ناقصة، ولا يجب عليه بالولاية الناقصة.

وفي رواية الحسن: إن على الجد صدقة فطرهم، كذا في «فتح القدير».

(و) لا عن (ولده الكبير)، وإن كان في عياله؛ بأن كان زمناً؛ لانعدام الولاية والمؤنة، ولو أدى عنهم وعن زوجته بلا إذن.. جاز استحساناً، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن فيها معنى المؤنة حيث وجب عليه من جهة غيره؛ فيجوز أن تسقط بأداء الغير، وإن لم يوجد الإذن صريحاً لوجود دلالته؛ لأن العادة أن الزوج هو الذي يؤدي عنها.. فكان الإذن ثابتاً دلالة، بخلاف الزكاة؛ فإنها عبادة محضة لا يصح الأداء بدون الإذن عمن يجب عليه.

وَلَا عَن طِفْلِهِ الْغَنِيِّ، بل من مَالِ الطِّفْلِ.

وَالْمَجْنُونُ كالطِّفلِ.

وَلَا عَن مكَاتَبِهِ، وَلَا عَن عبيده للتِّجَارَة،..............................

(ولا عن طفله الغني، بل) يؤدي الأب أو الوصي (من مال الطفل) عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً؛ لأن الشرع أجراها مجرى المؤنة فأشبه النفقة.

ونفقة الصغير الغني [٢٥١/ب] في ماله.

وكذا يؤدي عن مماليك ابنه الصغير، على ما في «فتح القدير».

وعن محمد وزفر: إنه لا يؤدي من مال الطفل، بل من مال نفسه، ولو أدّى من مال الطفل.. ضمن؛ لأنها زكاة في الشريعة كزكاة المال، فلا تجب على الصغير، والأصح: هو الأول؛ لما ذكرناه.

(والمجنون) الكبير - لأنّ الطفل أعم - وكذا المعتوه (كالطفل) إن كان له مال.. يؤدي من ماله عندهما، وعند محمد: من مال نفسه.

(ولا عن مكاتبه)؛ لاختلال ولايته عليه بسبب الكتابة؛ فإنه صار بمنزلة الحر في حق اليد والتصرف، وفي «النهاية» عن عطاء: إنه يؤدي صدقة الفطر عن مكاتبه لقوله ﷺ: «أدّوا عن كل حرّ وعبد»، وقال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم».

قلنا: نعم؛ لأن السبب هنا الولاية الكاملة، والمؤنة الكاملة، وكلاهما منتفيان في المكاتب، وليس على المكاتب أن يؤدي عن نفسه، ولا عن مماليكه؛ لفقره، إلا عند مالك.

(ولا عن عبيده للتجارة) خلافاً للشافعي؛ فإن عنده وجوبها على العبد والأداء على المولى، بخلاف الزكاة؛ فإن وجوبها على المولى، فلا تنافي.

قلنا: وجوبها أيضاً على المولى بسبب العبد كالزكاة؛ إذ لا معنى للوجوب عليه بدون أهلية الأداء؛ فلو قلنا: بوجوبها على المولى بسببه.. يؤدي إلى الثني على

وَلَا عَن عبد آبِقٍ إِلَّا بعد عوده،..............................

المولى وهو ممنوع؛ لإطلاق قوله ﷺ: «لا ثني في الصدقة» أي: التكرر في السنة، أعني: الزكاة وصدقة الفطر.

فإن قيل: سببهما مختلف، وكذا محلّهما؛ فإن سبب الزكاة: ماليتهم، ومحلها بعض النصاب، وسبب صدقة الفطر: مؤنة رأسهم، ومحلها: ذمة من تجب عليه، فلما كانا حقّين مختلفين بسببين مختلفين في محلين مختلفين.. لم يلزم الثني؛ لأن الثني عبارة عن تكرر شيء واحد، وهما شيئان مختلفان.. فتجبان؛ كأجرة رعي السائمة مع الزكاة، ونفقة عبيد التجارة مع الزكاة.

أجيب عنه بوجهين.

أحدهما: ما اختاره السغناقي: وهو أن في صدقة الفطر جهة الصدقة غالبة، فكان حديث الثني متناولاً لها بإطلاقه، فينتفي صدقة الثني بالحديث، بخلاف الأجرة ونفقة العبيد؛ لأنه ليس فيها شائبة الصدقة.. فلا يلزم الثني.

وثانيهما: ما ذكره صاحب «الأسرار»: إن الشرع بنى هذه الصدقة على المؤنة، وهذا العبد معد للتجارة لا للمؤنة، والنفقة التي يعرفها فيهم لطلب الزيادة منهم، فيكون ساقط العبرة لحكم القصد، فصار كالمضارب يملك الإنفاق، مع أنه غير مأذون إلّا بالتجارة.

وإذا سقطت المؤنة حكماً في مال التجارة.. أشبه السقوط حقيقة.

ولو سقط حقيقة بالإباق أو الغصب أو الكتابة.. لم تجب صدقة الفطر؛ لانعدام المؤنة، فكذا هذا، فظهر أن سقوط صدقة الفطر هنا؛ لزوال سبب الوجوب: وهو المؤنة، لا لتنافٍ بين الواجبين.

وكذا لا تجب [٢٥٢/أ] على خادمه بإجارة أو إعارة؛ لقصور الولاية عليه.

(ولا عن عبد آبق)؛ لسقوط المؤنة، وكذا المغصوب والمأسور والمجحود ولا بينة.. (إلا بعد عوده) من الأبق؛ لثبوت المؤنة بعد العود.. فيؤدى فطرة السنين الماضية، وكذا لو رُدَّ المغصوب.

وَلَا عَن عَبد أَو عبيد مشتركٍ بَينَ اثْنَيْنِ.

وَعِنْدَهُمَا: تجب على كلٍّ فطْرَةُ مَا يَخُصُّهُ منَ الرُّؤوسِ دونَ الأَشقاصِ.

(ولا عن عبد أو عبيد مشترك بين اثنين)، والمراد: العبد الذي هو للخدمة لا للتجارة، كذا في «النهاية» عن «المبسوط».

وقال الشافعي: تجب على الشريكين للاشتراك؛ بناء على ما تقدم من أصله من أن وجوب الفطرة عنده: على العبد، والأداء: على المولى، والعبد ههنا كامل في نفسه، فتجب عليه.. فيؤدي عنه المولى؛ لقوله ﷺ: «أدّوا عمن تمونونه» وهما يمونان؛ فإن نفقته عليهما.

قلنا: إن الوجوب على المولى لا على العبد على ما ذكرناه، والسبب: رأس يمونه بولايته عليه كُمْلاً، ولا ولاية لواحد من الشريكين عليه على الكمال، حتى لو أراد أن يزوجه.. لا يملك ذلك، وكذا لا يمونانه كاملاً.

(وعندهما: تجب) عن عبدين وعبيد مشتركة **(على كل)** من الشريكين **(فطرةُ ما يخصه من الرؤوس دون الأشقاص)**.

حتى لو كان بينهما عبدين.. يجب على كلٍّ فطرة عبد واحد.

ولو كان بينهما ثلاثة عبيد.. تجب على كلٍّ فطرة عبد أيضاً، ولا يجب عن الثالث شيء.

وفي الأربعة: تجب على كلٍّ فطرة عبدين، وكذا في الخمسة، ولا يجب عن الخامس شيء.

فأبو حنيفة مر على أصله: أنّه لا يرى القسمة في الرقيق، فلا يملك كل منهما ما يسمى عبداً، ومحمد كذلك؛ فإنه يرى قسمة الرقيق، فكل منهما يملك البعض كاملاً، فيجب عليه عنه.

وقول أبي يوسف ههنا مضطرب، والأصح: أنّه مع أبي حنيفة، على ما في «النهاية» و«العناية».

وَلَو بِيعَ العبدُ بِخَيَارٍ.. فعلى من تَقَرَّرَ الْملكُ لَهُ.

(ولو بيع العبد بخيار) - أحدهما أو لهما، وقد مر يوم الفطر والخيار باقٍ؛ لأنه لو تم البيع.. فعلى المشتري قطعاً، ولو فسخ.. فعلى البائع - **(فعلى من تقرر الملك له)**؛ فإن تقرر للمشتري بالإجازة.. فعليه، وإن تقرر للبائع بالفسخ.. فعليه.

وقال زفر: على من له الخيار؛ لأنّ السبب: الولاية الكاملة وهي فيه.

وقال الشافعي: فعلى المالك[1] ؛ لأن خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك له عنده، والفطرة من وظائف الملك.

ولنا: أن الملك موقوف، حتى لو ردّ.. لعاد إلى قديم ملك البائع، ولو أجيز.. ثبت للمشتري.

فكذا ما ينبني عليه من الصدقة موقوف، بخلاف نفقة هذا العبد، فإنها على المشتري بالاتفاق بعد التسليم إليه؛ لأنها جزاء الاحتباس.

فعلى هذا لو كان لرجل عبد للتجارة فباعه بعروض التجارة بالخيار، فحال الحول والخيار باق.. فزكاته على من يتقرر له الملك، أو على من له الخيار، أو على المشتري؛ لأن العروض بدل العبد، والحولان على البدل كالحولان على الأصل.

وفي «فتح القدير»: فطرة العبد الموصى بخدمته على مالك الرقبة، وكذا في «النهاية» على ما ذكرناه من قبل.

فما قاله في «الزيلعي»: العبد الموصى برقبته لإنسان لا تجب فطرته.. فهو من سهو القلم على ما صرّح به في «فتح القدير».

ثم قال [٢٥٢/ب]: ولو بيع العبد بيعاً فاسداً فمرّ يوم الفطر قبل قبضه، ثم قبضه المشتري وأعتقه.. فالفطرة على البائع.

وكذا لو مرّ يوم الفطر وهو مقبوض المشتري، ثم استرده البائع؛ فإن لم يسترده وأعتقه أو باعه.. فالصدقة على المشتري؛ لتقرر ملكه.

---

(١) في المخطوط: (على المشتري)، والمثبت من «فتح القدير» (٢٨٩/٢)، وهو الصواب.

وَتجب بِطُلُوعِ فجرِ يَوْمِ الْفطرِ؛ فَمن مَاتَ قبلَهُ أَو أسلَمَ أَو وُلِدَ بعدَهُ.. لَا تجب.

وَصَحَّ تَقْدِيمُهَا بِلَا فرقٍ بَينَ مُدَّةٍ وَمُدَّةٍ.

(ويجب) الأداء (بطلوع فجر يوم الفطر) هذا بيان وقت الواجب، وهو شرط له لا سبب.

(فمن مات قبله أو أسلم أو ولد بعده.. لا تجب) فطرته؛ لعدم تحقق وجوب الأداء في حقهم.

وأما لو مات بعده، أو أسلم، أو ولد قبله في تلك الليلة.. فتجب عندنا، خلافاً للشافعي؛ لأن الوجوب عنده يتعلق بالغروب من آخر رمضان؛ لأن وجوب الفطرة تختص بالفطر من آخر رمضان، وذلك بانفصال الصوم عند غروب الشمس من آخر رمضان.

قلنا: إن الفطرة تختص بالفطر لا مطلقاً، بل الفطر المضاد للصوم، وهو في اليوم دون الليل، فيعتبر من وقت الطلوع لا الغروب، ولهذا قالوا: المراد بالفطر في قولهم: «صدقة الفطر»: فطر اليوم.

(وصح تقديمها) على وقت الطلوع؛ لأن السبب قد وجد وهو الرأس، فصار كأداء الزكاة بعد النصاب.

(بلا فرق بين مدة ومدة)، ولو عن عشر سنين فصاعداً على الصحيح، على ما في «الهداية» و«الخلاصة»:

وقال خلف بن أيوب: يجوز تقديمها بعد دخول رمضان لا قبله، وصححه في «قاضي خان».

وقيل: في النصف الأخير.

وقيل: في العشر الأخير.

وقيل: لا يجوز أصلاً كالأضحية.

وَنُدِبَ إِخْرَاجُهَا قبلَ صلَاةِ الْعِيدِ.

وَلَا تسْقطُ بِالتَّأْخِيرِ.

وَهِيَ: نصفُ صَاعٍ مِن بُرٍّ أَو دقيقِهِ أَو سويقِهِ.

(وندب إخراجها قبل صلاة العيد)؛ لأنه ﷺ يفعل كذلك، ولأن الأمر بالإغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة، وذلك بالتقديم.

(ولا تسقط بالتأخير) عن وقت الوجوب، وإن طالت المدّة؛ لأنها قربة مالية معقولة المعنى؛ لأن الصدقة المالية مشروعة في كل وقت لدفع حاجة الفقير، فلا تسقط بعد تقرر الوجوب إلّا بالأداء كالزكاة، كذا في «العناية».

وقال في «النّهاية»: ولا تسقط بتأخير الأداء وإن افتقر؛ لأنها متعلقة بالذمة دون المال، بخلاف الزكاة، كذا ذكره الإمام الولوالجي وقاضي خان، فقول صاحب «العناية»: كالزكاة.. ليس على ما ينبغي.

وعن الحسن: إنها تسقط بمضيّ يوم الفطر؛ لأنها مختصة به كالأضحية بيومها.

قلنا: فاسد؛ لأن المقصود من الأضحية إراقة الدم وهو غير معقول المعنى، فيختص بموردها، وإذا مضى.. لا تسقط، بل ينتقل الحكم إلى التصدق بها، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنها عبادة مقصودة بالذات معقولة المعنى، فيتعدى بغير وقتها، فلا تسقط.

ثم شرع لبيان ما به الأداء الواجب، فقال: (وهي: نصف صاع من بر أو دقيقه أو سويقه)؛ أي: من البر؛ لأن دقيق الشعير وسويقه كعينه، والأحوط أن يراعى فيهما القدر والقيمة معاً؛ لأن ما ورد فيهما من الآثار لم يبلغ حد الاشتهار ولا الحُسْنِ، حتى لو صُحِّحَت.. تتأدى بالقدر، وإلا.. فبالقيمة، فاعتبرا معاً احتياطاً ما يؤدى [٢٥٣/أ] من دقيق أو سويق نصف صاع يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر، حتى لو أدى مناً أو نصف منّ أو نصف صاع لم يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من برّ.. لم يكن عاملاً بالاحتياط.

أَو: صَاعٌ مِن تمرٍ أَو شعيرٍ.

وَالزَّبِيبُ كالبُرِّ.

وَعِنْدَهُمَا: كالشعيرِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ أبي حنيفةَ.

والصَّاعُ مَا يسعُ ثَمَانِيَةَ أَرْطَالٍ بالعراقيِّ مِن عدسٍ أَو قَمحٍ.

والخبز يعتبر فيه القيمة على الصحيح؛ لعدم ورود الأثر فيه، كالذرة وغيرها ممّا لم يرد فيه الأثر، وقيل: يعتبر فيه قدر منوين.

وجه الصحيح: أنّ ما لا أثر فيه.. لم يعتبر عينه، بل يلحق بما فيه الأثر بالقيمة.

(أو صاع من تمر أو شعير).

وقال الشافعي ومالك: من جميع ذلك صاع، ولا يجوز نصف صاع؛ لحديث الخدري: كنا نُخرج على عهد رسول الله ﷺ صاعاً من طعام ومن شعير ومن تمر ومن أقط ومن زبيب.

ولنا: ما رويناه من حديث ثعلبة، وهو مذهب الخلفاء الراشدين، وما رواه: محمول على الزيادة تطوعاً.

وفي لفظ الصاع إشارة إلى أنه لا تجوز الإباحة في الفطرة على ما ذكرناه في «قاضي خان».

وعن الزاهدي: أن الإباحة فيها تجوز عند الشيخين.

(والزبيب كالبر) عند أبي حنيفة؛ لتقاربها في المعنى؛ لأنه يؤكل كل واحد منهما بجميع أجزائه، بخلاف الشعير والتمر؛ لأنه يلقى من التمر نواته، ومن الشعير نخالته.

(وعندهما: كالشعير، وهو رواية عن الإمام أبي حنيفة).

لهما: أن الزبيب والتمر متقاربان في المقصود، وهو التفكه والاستحلاء.

(والصاع) عند أبي حنيفة ومحمد: **(ما يسع ثمانية أرطال بالعراقي)**، كلّ رطل: عشرون إستاراً، والإستار: ستة دراهم ونصف **(من عدس أو قمح)** بفتح القاف: البر.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: خَمْسَةُ أَرْطَالٍ وَثلثُ رَطْلٍ.

وَلَو دفعَ مَنَوَي بُرٍّ.. صَحَّ، خلافاً لمُحَمَّدٍ وَدفعُ الْبُرِّ فِي مَكَانٍ تُشترى بِهِ الْأَشْيَاءُ فِيهِ: أَفضلُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: الدَّرَاهِمُ أَفضلُ.

(وعند أبي يوسف: خمسة أرطال وثلث رطل)، وهو قول الشافعي أيضاً؛ لقوله ﷺ «صاعنا أصغر الصيعان» وخمسة أرطال وثلث رطل أصغر من الثمانية.

ولهما: أنه ﷺ يتوضأ بالمد رطلين، ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال.

وهكذا كان صاع عمر.

ولا دليل له فيما رواه؛ لأنهم كانوا يستعملون الصاع الهاشمي، وهو اثنان وثلاثون رطلاً، والنبي ﷺ استعمل العراقي، وقال: «صاعنا أصغر الصيعان» أي: أصغر من الهاشمي.

(ولو دفع)، أي: بدل نصف صاع من بر **(منوَي برّ.. صح)** عندهما، **(خلافاً لمحمد)**؛ لأن نصف صاع من بر معتبر عنده بالكيل والوزن، على ما روى ابن رستم عنه حيث ورد الآثار بالصاع، وهو: اسم المكيال.

ولهما: أن اختلافهم في مقدار الصاع أنه ثمانية أرطال، أو خمسة أرطال، أو ثلاث يقتضي الاتفاق على التقدير بما يعدل بالوزن، وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه.

(ودفع البر في مكان تشترى به الأشياء فيه أفضل)؛ لأن دفع عين المنصوص أولى من القيمة.

(وعند أبي يوسف: الدراهم أفضل)؛ لأنه أدفع للحاجة.

والأول أصح؛ لأن الثاني ينزع إلى مقابلة النص بالمعقول.

ولم يذكر جواز تفريق صدقة شخص واحد على مساكين وظاهر ما في «الزيلعي» و«فتح القدير»: عدم جوازه عند الكرخي، وجوازه عنده.

والمصرح في «الولوالجي» [٢٥٣/ب] و«قاضي خان» و«المحيط» جوازه من غير ذكر خلاف.

وفي «البحر»: هو المذهب كما في تفريق الزكاة.

وأما دفع صدقة جماعة إلى واحد.. فجائز بلا خلاف، وهل يلزمه تفريق صدقة كل واحد منهم عن الأخرى عند الدفع أولا؟

والذي في «الخلاصة»: أنّ التفريق إنما يلزم عند الإخراج والإفراز لا عند الدفع؛ حيث قال: رجل له أولاد وامرأة فكال الحنطة لأجل كلٍّ واحد منهم حتى يعطي صدقة الفطر عنهم، ثم جمع ودفع إلى الفقير بنيتهم.. يجوز عنهم. انتهى.

ويخالفه ما في ظهار «الحاشية اليعقوبية» على «صدر الشريعة»؛ فإنه قال: إن دفع لأكثر من صدقة الواحد في صدقة الفطر إلى فقير واحد دفعة واحدة.. لا يجزىء إلا عن واحد. انتهى.

فإن الظاهر منه: لزوم التفريق عند الدفع.

ثم جواز دفع القيمة هنا: مذهب أصحابنا.

وقال الشافعي ومالك: لم يجز دفع القيمة.

وهل يجوز دفع صدقة الفطر إلى الذمي أم لا؟

فيه خلاف جوزه أبو حنيفة ومنعه غيره.

* * *

(كتاب الصّوم)

(كتابَ الصَّوْمِ)

هُوَ تركُ الْأكلِ وَالشُّربِ والوطءِ مِنَ الْفَجْرِ إِلَى الْغُرُوبِ، ....

(كِتَابُ الصَّوْم)

هو ثالث أركان الإسلام بعد الإيمان كما ثبت بالكتاب والسنة والإجماع.

وسببه:

في صوم رمضان: شهود الشهر، ولهذا يضاف إليه ويقال: صوم رمضان.

وفي المنذور: النذر.

وفي صوم الكفارات: أسبابها من الحنث والقتل.

وفي القضاء: هو سبب وجوب.

وشرط وجوبه: الإسلام والعقل والبلوغ.

وشرط وجوب أدائه: هو الصحة والإقامة.

وشرط صحة أدائه: هو صلاحية المؤدي بالقدرة والتمييز والطهارة عما يمنعه، والوقت القابل له، والنية.

وركنه: الكف عن المفطرات من أول النهار إلى آخره.

وحكمه: سقوط الواجب عن ذمته في الدنيا، ونيل الثواب في الآخرة.

ومعناه لغة: هو الإمساك عن أيّ شيء كان، وفي أيّ وقت كان.

وشرعاً: هو ما ذكره بقوله: **(هو ترك الأكل والشرب)**، أي: ترك إدخال شيء في جوفي الرأس والبطن؛ سواء كان من المأكولات أو المشروبات، **(والوطء)**، والمراد بالترك ههنا: الإمساك عن هذه الثلاث؛ لأن ما يكلف به لا بد أن يكون فعلاً اختيارياً، والترك ليس كذلك؛ لأنه عدم محض.

(من الفجر) الصادق **(إلى الغروب)**، فيه إشارة إلى بيان وقته، وهو النهار دون الليل؛ لقوله تعالى: ﴿وَكُلُواْ وَاشْرَبُواْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ

مع نِيَّةٍ، من أَهله.

وَهُوَ: مُسلمٌ، عَاقلٌ، طَاهِرٌ مِن حيضٍ ونفاسٍ.

الصِّيَامَ إِلَى الَّيْلِ﴾، ولأن صوم الوصال غير ممكن؛ لتنافيه خلقة الإنسان من الابتلاء بالأكل والشرب، فلا بد من أن يعين بعض الزمان للصوم، وبعض الزمان للفطر، والقسمة من حيث الساعات متعذرة؛ لأنه لا يوقف عليها إلا بحرج، فوجبت القسمة بالأيام والليالي، والأيام: للأكل عادة، والليالي: للنوم عادة.. فكان تعيين النهار للصوم أولى من تعيين الليل؛ فإن أصل العبادة على مخالفة [٢٥٤/أ] العادة، كذا في «النهاية».

(مع نيَّة)؛ لأن العبادة لا تكون إلا مع النية، وهي شرط لصحة أدائها لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات».

وقال زفر: لما تعين الوقت معياراً له بتعيين الشارع.. استغني عن النية، والحجة عليه عموم ما رويناه؛ ولأنه لو استغني عن النية.. لزم الجبر في الصوم، واللازم باطل، والملزوم مثله.

قال في «الخلاصة»: النية ههنا عبارة عن معرفته بقلبه أن يصوم.

ثم لا بد لكل يوم من النية عندنا، خلافاً لمالك؛ فإن عنده يكتفي النية الواحدة لجميع الشهر، كذا في «قاضي خان».

(من أهله) متعلق بقوله: ترك الأكل إلى آخره، وكلمة «من»: لابتداء الغاية، وبهذا تمّ معناه الشرعي.

ثم بيّن المراد بقوله: **(وهو مسلم عاقل)** بالغ **(طاهر من حيض ونفاس)**.

الإسلام والعقل والبلوغ.. شرط لوجوبه.

والطهارة والنية.. شرط لصحّة أدائه على ما ذكرناه.

ولم يذكر شرط وجوب الأداء، وقد ذكرناه.

وقال في «فتح القدير»: وينبغي أن يزاد في الشروط: العلم بالوجوب، أو الكون

وَصَوْمُ رَمَضَانَ ....

في دار الإسلام بإخبار رجلين، أو رجل وامرأتين، أو واحد عدل، وعندهما: لا تشترط العدالة، ولا البلوغ والحرية.

ولو أسلم في دار الإسلام.. وجب عليه قضاء ما مضى بعد الإسلام؛ علم بالوجوب أو لا؛ لأن الجهل ليس بعذر في دار الإسلام؛ لأنه دار علم، بخلاف دار الحرب؛ لأنه دار كفر، فيكون الجهل فيه عذراً ؛ لأن مجرّد العقل الصحيح في أمثال الصّوم غير كاف، بل لا بد له من السّمع، بخلاف مسائل التوحيد والإيمان؛ فإن مجرد العقل كافٍ فيه، على ما بين في محلّه.

ثم شرع لبيان أقسامه، فقال: (**وصوم رمضان**)، من قبيل الإضافة إلى السّبب على ما هو الأصل في الإضافة، وهذا لأنه يتكرر بتكرر الرمضان، وهو من أقوى إمارة السبّبية.

ثم اختلفوا، فقال الجمهور: إن السبب في صوم كل يوم منه: هو شهود ذلك اليوم؛ لتكرر الصوم بتكرر كل يوم منه إلى تمام الشهر؛ ولأن صوم كل يوم عبادة مستقلة منفردة بالانتقاض عند طرآن الناقض فيستقل في تعلقه بسبب، ثم نقلت السببية إلى الجزء الأوّل من ذلك اليوم؛ لأن المعيارية تقتضي الإحاطة، والسبّبية تقتضي التقدم، فتنافيا.

فجعلوا الجزء الأول: سبباً، وكل اليوم: معياراً؛ دفعاً للمنافاة.

ولكنه يرد عليه: أن جعل الجزء الأول سبباً للوجوب ينافي المعيارية للصوم؛ لأن سبب الوجوب خارج عن محل الأداء لوجوب تقدم السبب على المسبب زماناً عندنا، فيكون ذلك الجزء من كل يوم فاضلاً، فلا يكون اليوم معياراً.

ومنه ظهر قوة ما قال الإمام السرخسي ومن تبعه: إنّ السبب هو مطلق شهود الشهر، أي الأيام بلياليها؛ لإطلاق النص ولإضافته إليه؛ فإن الشهر اسم للمجموع،

فَرِيضَةٌ على كلِّ مُسلِمٍ مُكَلَّفٍ، أَدَاءً وَقَضَاءً.
وَصَوْمُ الْمَنْذُورِ وَالْكَفَّارَةِ وَاجِبٌ.

ولهذا يجب على من كان أهلاً في أول ليلة من الشهر، ثم جن قبل الإصباح وأفاق بعد مضي الشهر [٢٥٤/ب] حتى يلزمه القضاء.

وتجوز نية أداء الفرض في الليلة الأولى مع عدم جواز النية قبل سبب الوجوب؛ كما إذا نوى قبل غروب الشمس، وسببية الليل لا تقتضي جواز الأداء فيه؛ كمن أسلم في آخر الوقت، ثم نقلت السببية إلى الجزء الأول من الشهر، أعني: الجزء الأول من الليلة الأولى من شهر رمضان؛ دفعاً للمنافاة المذكورة بين المعيارية والسببيّة، ولا يَرِدُ عليه الإيراد المذكور، على ما لا يخفى.

وأجيب من طرف الجمهور: بأن تقدم السبب على المسبب زماناً إنما شرط فيما أمكن فيه ذلك.. كما في وقت الصلاة، لا فيما لا يمكن فيه ذلك.. كما في وقت الصّوم؛ فإنه معيار له، فلا يمكن ذلك.

وقيل: إن كل يوم سبب لوجوب أدائه، ومطلق شهود الشهر سبب لنفس وجوبه، وعلى هذا: يكون النزاع بين الجمهور والإمام السرخسي لفظياً.

(**فريضة**) بالكتاب والسنة والإجماع.

(**على كل مسلم**) احترز به عن الكافر؛ لأنه ليس بمخاطب بالفروع عندنا، ولا يكون فرضاً عليه.

(**مكلف**) احترز به عن الصّبي والمجنون؛ لعدم أهليّتهما.

(**أداء وقضاء**)، فيه إشارة إلى أن القضاء ثبت بما ثبت الأداء على ما هو التحقيق من المذهب.

(**وصوم المنذور والكفارة واجب**)، قال في «فتح القدير»: صوم الفرض: رمضان وقضاؤه، والكفارات؛ للظهار والقتل واليمين وجزاء الصيد وفدية الأذى في

الإحرام، لثبوت هذه بالقاطع سنداً ومتناً، والإجماع عليها، **والواجب**: هو المنذور. انتهى.

فعلى هذا: جعل صوم الكفارة من قبيل الواجب المقابل للفرض.. ليس على ما ينبغي، وإنما كان صوم النذر واجباً لا فرضاً مع أن ثبوته بقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُواْ نُذُورَهُمْ﴾؛ لأنه عام خص منه البعض، وهو النذر بالمعصية، وبما ليس من جنسه واجب كعيادة المريض، أو كان من جنسه واجب لكنه غير مقصود لنفسه بل لغيره كنذر الوضوء لكل صلاة؛ فإنه لا يلزم الوفاء بها.

والعام الذي خص منه البعض: حجة ظنية عندنا؛ كالآية المؤوّلة، فلا يفيد القطع؛ بل يفيد الوجوب.

والإجماع المنقول على ثبوت نذر العبادات المقصودة مثل الصلاة والصّوم والحج.. ليس بقطع أيضاً؛ فإن قيل: قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ قد خص منه أيضاً المجانين والصبيان، فلا تكون قطعية أيضاً.

قلنا: إن المجانين والصبيان خارجان عنه ابتداء عقلاً، لا أنهما دخلا أولاً، ثم خصّا منه.

قيل: إن السبب في صوم النذر من العبد وهو النذر، والسبب في صوم رمضان.. كان من الله تعالى: وهو الشهر، فما كان سببه من العبد.. ينبغي أن يكون دون ما كان سببه من الله تعالى، فلذا كان صوم النذر واجباً، وليس بشيء؛ لأنه منقوض بصوم الكفارات؛ لأنه سببه أيضاً من العبد، وهو: الحنث والقتل والظهار والفطر، مع أنه فرض على ما ذكرناه من «فتح القدير»، إلا أن يلزم كونه، [٢٥٥/أ] واجباً كما قال المصنف.

واعلم أن كلّ حكم مؤقت يجوز تعجيله قبله بعد انعقاد سببه، وقبل انعقاده.. لا يجوز تعجيله.

وَغيرُ ذَلِكَ نفلٌ.

وَصَوْمُ الْعِيدَيْنِ وَأَيَّامِ التَّشْرِيقِ حرَامٌ.

وَيجوزُ أَدَاءُ رَمَضَانَ وَالنّذرِ الْمعيَّنِ بنيةٍ مِنَ اللَّيْلِ إِلَى مَا قبلَ نصفِ النَّهَارِ،

فلو نذر صوم رجب أو صوم يوم الجمعة مثلاً فصام شهراً قبله ويوماً قبله.. جاز عن المنذور؛ لأنه تعجيل بعد انعقاد سببه، وتعيين الشهر واليوم لغو.

ولو صام لكفارة قبل تحقق السّبب من الحنث والقتل والظهار.. لا يجوز؛ لأنه تعجيل قبل تحقق السبب.

وكذا: لو صام قبل رمضان.. فإنه لا يجوز عن رمضان؛ لكونه تعجيلاً قبل تحقق السبب.

(وغير ذلك)، أي: غير الفرض والواجب **(نفل)، أعمّ من: المسنون** كصوم يوم عاشوراء مع التاسع، **ومن: المندوب**؛ كصوم أيام البيض.

والنفل المطلق: ما لم يثبت كراهته.

(وصوم العيدين وأيام التشريق حرام) للنهي عنه، وصوم عاشوراء منفرداً عن التاسع مكروه تنزيهاً، وكذا صوم الوصال وصوم يوم مهرجان، على ما في «فتح القدير».

(ويجوز أداء رمضان والنذر المعين)؛ كالنذر بصوم رجب وصوم يوم الجمعة مثلاً، وكذا النفل على ما سيأتي.

(بنية من الليل إلى ما قبل نصف النهار) أي: النهار الشرعي، وهو: من طلوع الفجر إلى المغرب، كذا في «الجامع الصغير». وفي «الهداية»: وهو الأصح؛ لأنه لا بد من وجود النية في أكثر النهار، ونصفه: من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى، لا إلى وقت الزوال.. فيشترط النية قبلها؛ ليتحقق في الأكثر. انتهى.

فعلى هذا: لو نوى قبل الزوال.. لا يجوز؛ لأنه خلا أكثر اليوم عن النية.

لَا عِنْدهُ فِي الْأَصَحِّ.

ويجوز على ما في «الخلاصة»؛ حيث قال: ويجوز النية بالليل **في كل صوم**، وبالنهار قبل الزوال في النفل بالإجماع، وفي بعض المواضع: قبل نصف النهار، وهو: قرب الزوال واستواء الشمس في كبد السماء، **وفي صوم رمضان والنذر المعين** عندنا. انتهى.

هكذا رواية «مختصر القدوري».

(لا عنده) أي: لا عند نصف النهار **(في الأصح)**؛ لعدم النية في أكثر النهار وهو المعتبر عندنا.

وقال الشافعي: لا يكون الصوم الواجب إلا بنية من اللّيل لقوله ﷺ: «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ويعزم»، ولأن الجزء الأوّل قد فسد؛ لعدم النية.. فكذا الباقي؛ لأن البناء على الفاسد فاسد؛ لعدم انقلاب الفاسد صحيحاً وعدم تجزي الصوم صحة وفساداً والنية المعترضة في خلال الصّوم لا تقبل التقديم على ما مضى من الإمساكات بلا نية؛ كالنية في خلال الصّلاة لا تعتبر متقدمة، فلا بد من أن ينوي من اللّيل ويستديم إلى الغروب كما في الصّلاة.

ولنا: ما تلوناه من قوله تعالى: ﴿وَكُلُواْ وَاشْرَبُواْ﴾ إلى قوله ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ الصِّيَامَ إِلَى الَّيْلِ﴾ أباح الأكل إلى الفجر، ثم أمر بالصيام بعده بكلمة التراخي.. فتصير العزيمة بعد الفجر، وما رواه محمول على الفضيلة، أو معناه لا صيام لمن لم ينو أن صومه من وقت النية لا من الليل، والنية المتأخرة المقارنة لبعض الأجزاء لم نجعلها متقدمة، بل نجعلها متحققة حكماً ابتداءً؛ لكون [٢٥٥/ب] الصوم ركناً واحداً، كما أن النية المتقدمة من الليل التي لا تقارن شيئاً من أجزاء اليوم تعتبر متحققة مقارنة لها تقديراً بجامع التيسير ودفع الحرج عن الصائم، بخلاف الصّلاة؛ لأن لها أركاناً مختلفة.. فيشترط اقتران النية بابتداء الشروع.

يجوزُ وبمطلقِ النِّيَّةِ، وبنيةِ النَّفْلِ وَصَوْمِ رَمَضَانَ بنيةِ وَاجِبٍ آخرَ للصَّحيحِ الْمُقِيمِ.

ولا خفاء في أن الصوم لما صح بالنية المتقدمة المنفصلة في جميع الأجزاء.. فلأن يصح بالنية المتصلة بالبعض أولى.

فإن قيل: المعدوم المسبوق بالوجود يمكن أن يقدر تحققه على طريق الاستصحاب ما لم يطرأ عليه ما ينافيه، وأما المعدوم الغير المسبوق بالوجود.. فلا معنى لتقدير تحققه.

قلنا: كما أن المنقضي يجعل كائناً تقديراً باعتبار الكون.. كذلك الآتي يجعل كائناً باعتبار الأول.

وأيضاً: الاقتران ببعض الأجزاء بمنزلة الاقتران بكلّه؛ لعدم تركبه من أجزاء مختلفة مثل الصّلاة، ولأن ترجيح الصحة على الفساد باعتبار صحة كثرة الأجزاء أولى من ترجيح الفساد على الصحة باعتبار وصفه؛ لأن الأول: ذاتي، والثاني: عرضي.

ولما بيّن وقت النية.. شرع في بيان كيفيتها، فقال: **(ويجوز)** كل من صوم رمضان والنذر المعين **(بمطلق النية)** بأن يقول: نويت الصوم.

(وبنية النفل وصوم رمضان بنية واجب آخر للصحيح المقيم).

وقال الشافعي: لا يجوز صوم رمضان إلا بنية تعيين فرض الوقت لا بمطلق النية، ولا بنية النفل، ولا بواجب آخر؛ لأن وصف العبادة عبادة أيضاً، فكما يحتاج أصل الإمساك إلى التعيين.. كذلك يحتاج وصفه من الفرضية إلى التعيين بالنية، وإلا.. لزم الجبر في الوصف.

قلنا: سلمنا أن الأصل والوصف يحتاج إلى النية، لكن لا نسلم أنه لا يحصل التعيين بمطلق النية أو بنية النفل أو واجب آخر؛ لأنه متعين بوقته، والإطلاق في

لَا النّذرُ الْمعيَّنُ،..

المتعين: تعيين؛ كما إذا كان في الدار زيد وحده، وقلنا: يا إنسان.. تعين هو للإحضار بالنداء، فكذا هذا.

والخطأ في الوصف الذي لا يقبله ذلك المتعين: لا يستلزم الخطأ في الموصوف، ولا في وصف آخر متعين لذلك؛ يعني: أن الصحيح المقيم لو نوى في شهر رمضان النفل أو واجباً آخر.. بطل ما نوى من الوصف وبقي أصل الصوم بوصف الفرضية؛ إذ ليس من ضرورةِ بطلان وصف معين بطلانُ الأصل، ولا بطلان وصف آخر متعين له، أعني: الفرضية.

فإن قيل: نية النفل أو واجب آخر كلاهما إعراض عن فرض الوقت.. فيصير بمنزلة ترك النية، فلا يجوز.

قلنا: الإعراض على تقدير ثبوته إنما يثبت ضمناً، ولا معتبر بالضمنيات، بخلاف ترك النية أصلاً؛ لأن كلّ عبادة لا بدّ لها من الصارف من العادة إلى أن تصير عبادة وهي النية؛ فإذا فُقِدت أصلاً.. لم تصر عبادة.

فإن قيل: يجوز أن يكون الوقت المعين له صارفاً.

قلنا: ممنوع؛ لأنه يلزم الجبر؛ لعدم صنعه.

فإن قيل: فما معنى تعيين هذا الوقت لصوم رمضان؟

قلنا [٢٥٦/أ]: معناه أنه عُيِّنَ لأن يُجعلَ إمساكُه الذي يكون قربة بالنية صومُ رمضان لا صومٌ آخر، وهذا حجة على زفر في قوله بأن إمساكه في رمضان، ولو بلا نية.. يقع عن رمضان؛ لتعيين الوقت.

وعلى بعض الأصوليين في قولهم: بأن نية النفل من الصحيح المقيم في رمضان في غير يوم الشك كفر؛ لأنه إعراض عن أمر الله تعالى، وهذا؛ لأن الإعراض الضمني غير معتبر.

(لا) يجوز (النذر المعين) أي بنية واجب آخر؛ لأن تعيين وقت المنذور إنما

بل عَمَّا نَوَى.

وَلَو نوى الْمَرِيضُ أَو الْمُسَافِرُ فِيهِ وَاجِباً آخرَ.. وَقع عَمَّا نواه.

وَعِنْدَهُمَا: عَن رَمَضَانَ.

جعل بتعيين الناذر لا بتعيين الشارع، فيؤثر فيما هو حق الناذر، وهو: النفل، حتى ينصرف إلى ما تعين له الوقت، ولا يؤثر فيما هو حق الشارع، وهو: الواجب الآخر، فلا ينصرف إلى المنذور؛ (بل) يقع (عما نوى) من الواجب.

(ولو نوى المريض أو المسافر فيه) أي في رمضان **(واجباً آخر.. وقع عما نواه)** عند أبي حنيفة **(وعندهما: عن رمضان)**، وكذا لو نويا النفل فيه، وهذا لأن عندهما المشروع فيه: هو لا غير، في حق الجميع، لكنه رخص بالفطر للحرج، وذا لا يجعل غيره مشروعاً فيه، وإذا تحمله.. يلحق بالمقيم، وله طريقان:

أحدهما: القول بموجب العلة، وهو: سلّمنا أن المشروع فيه: هو لا غير في حق العامّة، لكن الكلام في أن المسافر لما رخص لمصالح بدنه وهو الإفطار.. فمصالح دينه وهو قضاء دينه أولى، وليس لكم ما ينفيه.

وإنما لم يشرع في حقه غير رمضان إذا أتى بالعزيمة، وأما إذا أتى بالرخصة وهو الإفطار وقضاؤه الواجب الآخر.. فعدم مشروعية الغير ممنوعة.

والثاني: أن الأداء في حقه ساقط، فصار هذا الوقت في حقه كشعبان، ولو نوى عن قضاء واجب آخر في شعبان.. يقع عنه، فكذا ههنا.

فعلى هذين الأصلين قال أبو حنيفة: إنه لو نوى المريض أو المسافر النفل فيه.. يقع عن رمضان على الأصل الأول؛ لأنه مصالح دينه، وفي رواية أخرى عنه: إنه يقع نفلاً على الأصل الثاني.

ثم التسوية بين المريض والمسافر على قول أبي حنيفة رواية الكرخي، واختاره أكثر مشايخ بخارى، وصحّحه صاحب «الهداية»؛ بناء على أن رخصة المريض

وَالنَّفْلُ كُلُّهُ يجوزُ بنيةٍ قبلَ نصفِ النَّهَارِ.

وَالْقَضَاءُ وَالنّذرُ الْمُطلقُ وَالْكَفَّارَاتُ: لَا تصحُّ إِلَّا بنيةٍ مُعيَّنَةٍ منَ اللَّيْلِ.

متعلقة بخوف ازدياد المرض لا بحقيقة العجز، فصار كالمسافر. وهو رواية عن أبي حنيفة.

وفي رواية أخرى عنه: أنه يقع عن رمضان لا عمّا نواه، واختاره فخر الإسلام والإمام السرخسي؛ بناء على أن رخصة المريض متعلقة بحقيقة العجز؛ فإذا صام.. علم أنه لا عجز معه، بل قادر عليه.

وتمام بيان هذا مذكور في حاشيتنا على «المرآة».

(والنفل كله)، أي: سواء كان سنة أو نفلاً مطلقاً، بل مكروهاً أيضاً (.. **يجوز بنية قبل نصف النهار**) من طلوع الفجر الصادق؛ لقوله ﷺ بعدما كان يصبح غير صائم: «أنا إذاً صائم»، وهذا حجة على مالك في قوله: بأن النفل لا يجوز إلا بنية من الليل، ولا حجة له في: «لا صيام [٢٥٦/ب] لمن لم ينو من الليل» على ما بيناه.

(والقضاء والنذر المطلق والكفارات) من كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد والحلف والمتعة والصوم (.. **لا تصح إلا بنية معينة من الليل**) أو مقارنة لطلوع الفجر؛ لأن الوقت في هذا الصيام غير متعين للصوم.. فلا بد من التعيين من الابتداء؛ صرفاً لذلك اليوم عن صلاحية النفل، بخلاف النفل؛ لأن المشروع الأصلي في غير رمضان هو النفل؛ كالفرض في رمضان.. فيكفي اقتران النية بالأكثر كما في رمضان، حتى جاز النفل بنية قبل نصف النهار.

ولو نوى القضاء من النهار.. يقع عن النفل على ما اختاره النسفي، ولو أفطر.. لزمه القضاء، وقيل: لا يلزم كما في المظنون.

ولو وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد.. الأولى: أن ينوي أول يوم وجب عليّ قضاؤه من هذا الرمضان، وإن لم يعين الأول.. جاز.

وَيثبتُ رمضانُ بِرُؤْيَةِ هلالهِ أَو بعدِّ شعْبَانَ ثَلَاثِين.

وَلَا يُصامُ يَوْمُ الشَّكِّ ....

بخلاف ما لو كانا من رمضانين؛ فإنه لا يجوز بلا تعيين؛ لاختلاف السبب، حتى لو نوى القضاء لا غير.. لا يجوز في الصحيح، وقيل: يجوز.

ولو وجب عليه كفارة فطر فصام إحدى وستين يوماً عن القضاء والكفارة ولم يعين يوم القضاء.. جاز.

وهل يجوز تقديم الكفارة على القضاء؟

قيل: يجوز، وهو ظاهر، كذا في «فتح القدير».

ثم قال: وإذا اشتبه على الأسير المسلم في دار الحرب رمضان.. تحرى وصام؛ فإن ظهر صومه قبله.. لم يجزه؛ لأن صحة الإسقاط لا تسبق الوجوب، وإن ظهر بعده.. جاز؛ فإن ظهر أنه كان شوَّالاً.. فعليه قضاء يوم، فلو كان ناقصاً.. فقضاؤه يومين، أو ذا الحجة.. قضى أربعة أيام؛ لمكان أيام النحر والتشريق.

(ويثبت رمضان برؤية هلاله أو بعدّ شعبان ثلاثين)؛ لما في «الصحيحين» مرفوعاً: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته؛ فإن غم عليكم.. فأكلموا شعبان ثلاثين يوماً» ولأن الأصل بقاء الشهر، فلا ينتقل عنه إلا بدليل ولم يوجد.

(ولا يصام يوم الشك)؛ لقوله ﷺ: «من صام يوم الشك.. فقد عصى أبا القاسم» رواه البخاري تعليقاً.

ويوم الشك: هو الذي يحتمل أن يكون آخر شعبان وأول رمضان؛ لعدم رؤية الهلال بأن يغم ليلة الثلاثين من شعبان فيشك في اليوم الثلاثين أهو من رمضان، أو من شعبان، أو يغم من رجب هلال شعبان فأكملت عدته، ولم يكن رُؤِيَ هلال رمضان، فيقع الشك في الثلاثين من شعبان أهو الثلاثون أو الحادي والثلاثون، قال في «الخلاصة»: إن وقع الشك في أنه يوم عرفة أو يوم النحر.. فالأفضل فيه الصوم. انتهى.

إِلَّا تَطَوّعاً، وَهُوَ أَحبُّ إِن وَافَقَ صوماً يعتادهُ.

وَإِلَّا.. فيصومُ الْخَواصُّ وَيفْطرُ غَيرُهم بعدَ نصفِ النَّهَارِ.

وَكُرهَ صَوْمُهُ عَن رَمَضَانَ أَو عَن وَاجِبٍ آخَرَ.

وَكَذَا إِذَا نوى: «إِن كَانَ رَمَضَانَ.. فَعَنْهُ، وَإِلَّا.. فَعَن نفلٍ، أَو عَن وَاجِبٍ آخرَ».

ولا يخفى عليك أنه مخالف لما في الأصول: إذا تعارض الحل والحرمة.. فالأحوط تركه.

(**إلا تطوعاً، وهو أحبّ إن وافق صوماً يعتاده**)؛ لقوله ﷺ: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين.. إلا يوافق صوماً كان يصومه أحدكم» والوجه فيه: خوف أن يظن أنه زاد [٢٥٧/أ] على صوم رمضان، وهو فعل أهل الكتاب.

(**وإلا**) أي: وإن لم يوافقه (.. **فيصوم الخواصّ**) أي من كان عالماً بالنية، وقيل: كالمفتي والقاضي.

(**ويفطر غيرهم بعد نصف النهار**)، أي: من طلوع الفجر الصادق، أعني: الضّحوة الكبرى على ما ذكرناه.

وقيل: الأفضل أن يفطر الخواص والعوام لإطلاق ما رويناه.

وقيل: الأفضل أن يصوم كلّهم؛ لأن عائشة وعلياً كانا يصومان.

والأصح: هو الأول؛ لأن فعلهما لا يعادل ما رويناه من النهي.

(**وكره صومه**) أي يوم الشك (**عن رمضان**) لما رويناه وبيناه، (**أو عن واجب آخر**) لما رويناه أيضاً، وهذا دون الأول في الكراهة؛ لعدم ما بيناه من التشبه.

(**وكذا**) أي: كره (**إذا نوى: إن كان**) الغد (**رمضان.. فعنه، وإلا.. فعن نفل أو عن واجب آخر**) لتردد النية بين أمرين مكروهين.

وَصَحَّ فِي الْكلِّ عَن رَمَضَانَ إِن ثَبتَ، وَإِلَّا.. فَمَا نوى إِن جزمَ.

وَنفلٌ إِن ردَّدَ.

(**وصح في الكل**) أي من الصور الخمس المذكورة (**عن رمضان إن ثبت**) رمضان؛ لوجود السبب، وهو شهود الشهر والحكم قد صادفه.

(**وإلا**)، أي، وإن لم يثبت (.. **فما نوى إن جزم**) أي: يكون نفلاً أو واجباً آخر، يعني: لم يردّد بين رمضان وبين النفل والواجب، ثم قيل: يقع تطوّعاً وإن نوى واجباً آخر؛ لأن في ذمته من الواجب: كامل، والصوم في ذلك اليوم؛ لكونه منهياً عنه: ناقص، فلا يتأدى به الكامل؛ كما لو صام يوم العيد عن واجب آخر، والأصح: ما في الكتاب؛ لأن المنهي عنه وهو التقدم على رمضان لا يوجد بكل صوم، بل إنما يوجد بصوم رمضان، بخلاف يوم العيد؛ لأن المنهي عنه وترك الإجابة.. يلازم كل صوم، والكراهة في الواجب الآخر إنما هي لصورة النهي السابق لا لحقيقة النهي؛ لأن حقيقته في التقدم بصوم رمضان.

ولا يخفى عليك أنه لو نوى عن رمضان.. إنما صحّ عنه إذا ثبت الغد رمضان، وإن لم يثبت رمضان، بل ظهر من شعبان.. لم يقع صومه عن رمضان، بل يقع تطوعاً وإن لم ينوه، وإن أفسده.. لا يلزمه قضاؤه؛ لكونه مظنوناً من وجه.

(**ونفل إن ردّد**) بين رمضان وبين نفل وواجب آخر؛ لأن النفل يتأدّى بأصل النية، وإذا أفسده.. لا يلزم قضاؤه لما ذكرناه.

قال في «فتح القدير»: وأما بيان حكم صوم يوم الشك.. فلا يخلو من أن يقطع النية أو يرددها، **وعلى الأول**: لا يخلو من أن ينوي به صوم رمضان، أو واجباً آخر، أو التطوع ابتداء أو لاتفاق يوم كان يصومه أو أيام؛ بأن كان يصوم مثلاً ثلاثة أيام من آخر كل شهر.

وعلى الثاني: وهو أن يُضْجَع فيها؛ **فإما في أصل النية**: بأن ينوي من رمضان إن كان منه.. وإن لم يكن منه.. فلا يصوم.

وَإِن قَالَ: «إِن كَانَ رمضانَ فأنا صائمٌ عنهُ، وإِلاَّ فلا».. لَا يَصِحُّ وَلَو ثَبتَ رمضانيَّتُهُ، وَلَا يصيرُ صَائِماً.

وَإِذا كَانَ بالسَّماءِ عِلَّةٌ قُبِلَ فِي هِلَالِ رَمَضَانَ خبرُ عدلٍ..........

أو في وصفها: بأن ينوي صوم رمضان إن كان منه، وإن لم يكن منه.. فعن واجب آخر من قضاء أو كفارة أو نذر.

أو: ينوي رمضان إن كان منه، وإلا.. فعن النفل.

والكل مكروه، إلا في: التردد في أصلها؛ فإنه لا يكون صائماً، وإلا في: النفل بلا اضجاع؛ أي: في صورة قطع النية عليه؛ سواء كان لموافقة صوم [٢٥٧/ب] كان يصومه أو ابتداء.

(وإن قال إن كان رمضان فأنا صائم عنه، وإلا فلا.. لا يصح، ولو) وصلية **(ثبت رمضانيته)**؛ لأنه تردد في أصل النية، فلم يقطع عزيمته فصار؛ كما إذا نوى أنه إن وجد غداء.. يفطر، وإلا.. يصوم.

(ولا يصير صائماً)، لا يقال: هذا مستدرك بعد قوله: «لا يصح»؛ لأن المراد بقوله: «لا يصح»: نفي صحة وقوعه عن رمضان، وبقوله هذا: نفي كونه صوماً.. فلا استدراك.

(وإذا كان بالسماء علة) من غيم أو غبار أو دخان **(قبل في هلال رمضان خبر عدل)** واحد، وكذا شهادة الواحد على الواحد مقبولة، كذا في «قاضي خان»؛ لأنه أمر ديني فيشترط فيه العدالة؛ لأن قول الفاسق لا يقبل في الدّيانات التي يمكن الوقوف عليها من عدل، وأما فيما لا يمكن الوقوف عليه من العدل.. فيقبل قوله فيه بعد التحري؛ كالإخبار بطهارة الماء ونجاسته والحل والحرمة.

وما روى عن الطحاوي: عدلاً كان أو لا، معناه: أن يكون مستور الحال لا فاسقاً، كذا في «الهداية».

يعني أنه لا خلاف في اشتراط العدالة، بل الخلاف في اشتراط ظهورها وعدم

وَلَو عبداً، أَو أُنْثَى، أَو محدوداً فِي قذفٍ تَابَ، وَلَا يشْتَرطُ لفظُ الشَّهَادَةِ.

اشتراط ظهورها، ففي «ظاهر الرواية»: اشتراط ظهورها، وفي رواية الطحاوي: لا يشترط ظهورها، بل يكتفي بالستر.

ولم يشترط العدد لما صح أنه ﷺ قبل شهادة واحد من هلال رمضان.

(ولو) وصلية؛ أي: ولو كان العدل **(عبداً أو أنثى)**؛ لأنه أمر ديني فأشبه برواية الإخبار، فلا يشترط الحرية والذكورة.

(أو محدوداً في قذف تاب)؛ لأنه خبر ديني ليس بشهادة، وهذا جواب ظاهر الرّواية.

وعن أبي حنيفة: شهادة المحدود في قذف لا تقبل وإن تاب؛ لأنها شهادة من وجه من حيث إن وجوب العمل به إنما كان بعد قضاء القاضي.

(ولا يشترط لفظ الشهادة)، ولا الدعوى أيضاً في ظاهر الرواية ، وعن أبي حنيفة: إنه يشترط الدعوى، ووجه الظاهر ما ذكرناه من أنه خبر ديني ليس بشهادة.. فلا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة من لفظ الشهادة والدعوى، كما لا تشترط الدعوى؛ كالدعوى في سائر حقوق الله تعالى من عتق الأمة وطلاق الحرة.

وصورة الدعوى - على رواية اشتراطها ما ذكره في شهادات «الخلاصة» في إثبات الرمضانية والعيدين -: يدّعي عند القاضي بوكالة رجل معلقة بدخول رمضان بقبض دين، فيقر الخصم بالوكالة وينكر دخول رمضان، فيشهد الشهود بذلك.. فيقضي عليه القاضي بالمال، فيثبت مجيء رمضان؛ لأن إثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم، حتى لو أخبر رجل عدل القاضي بمجيء رمضان.. يقبل ويأمر الناس بالصّوم إن كان في يوم غيم.

ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء، وأما في العيد.. فيشترط لفظ الشهادة والعدد وسائر شرائط القضاء، وهو يدخل تحت الحكم؛ لأنه من حقوق العباد لانتفاعهم بالفطر. انتهى.

وَفِي هِلَالِ الْفطرِ وَذي الْحجَّةِ: شَهَادَةُ حُرَّيْنِ أَو حرٍّ وحرَّتينِ بِشَرْط الْعَدَالَةِ وَلَفظِ الشَّهَادَةِ، لَا الدَّعْوَى.

وَإِن لم يكن بالسَّماءِ عِلّةٌ. فَلَا بُدَّ فِي الْكلِّ مِن جمعٍ عَظِيمٍ يَقعُ الْعلمُ بخَبَرِهم.

(و) قبل (في هلال) [٢٥٨/أ] (الفطر وذي الحجّة شهادة حرّين أو حر وحرّتين بشرط العدالة ولفظ الشهادة) وعدم الحدّ من قذف وإن تاب؛ لأنها شهادة؛ لما فيه نفع لهم، وهو: الفطر والتوسّع بلحوم الأضحيّة.. فلا بدّ من الشروط المعتبرة في الشهادة، وهذا جواب ظاهر الرواية، ذكره الحاكم، وفي رواية «النوادر» عن أبي حنيفة: أن هلال ذي الحجة كهلال رمضان؛ لأنه تعلق به أمر ديني، وهو: ظهور وقت الحج ووجوب الأضحية، والأصحّ: هو الأوّل على ما في «الهداية»، وفي «التحفة» رجحّ رواية «النوادر».

والصحيح: أنه يقبل في هلال ذي الحجة شهادة الواحد؛ لأن هذا من باب الخبر؛ فإنه يلزم المخبر أولاً، ثم يتعدى منه إلى غيره. انتهى.

وعن أبي ثور: أن هلال الفطر كهلال رمضان يقبل فيه خبر عدل، والحجة عليه: ما ذكرناه.

(لا الدعوى)؛ لما فيها من حقوق الله تعالى؛ أما في ذي الحجة: فظاهر، وأما في الفطر: فلما فيه من أحكام يوم العيد وحرمة الصوم فيه، وهذا كله إن كان بالسّماء علة.

(وإن لم يكن بالسّماء علّة.. فلا بد في الكلّ) هلال الفطر والأضحى (من جمع عظيم يقع العلم بخبرهم)؛ لأن التفرد بالرؤية في مثل هذه الحادثة ظاهر في، الغلط فيجب التوقف فيه حتى يراه جمعٌ كثير كمتفرد ناقل الزيادة من بين أهل مجلس واحد؛ فإنه لا يقبل، بخلاف ما إذا كان بالسّماء علة.

ثم اختلفوا في تقدير الجمع العظيم.

وَفِي رِوَايَة: يُكْتَفى بِاثْنَيْنِ.

وَقَالَ الطَّحَاوِيّ: يُكْتَفى بِوَاحِدٍ إِن جَاءَ من خَارجِ الْبَلَدِ أَو كَانَ على مَكَانٍ مُرْتَفعٍ.

وَلَو صَامُوا ثَلَاثِينَ وَلم يروهُ.. حلَّ الْفطرُ إِن صَامُوا بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ.

فعن أبي يوسف: أنه قدره بخمسين كما في القسامة.

وعن محمد: بتواتر الخبر من كل جانب.

وعن خلف بن أيوب: خمسمائة ببلخ قليل فبخاري لا تكون أدنى من بلخ.

وفي «فتاوى البقالي»: الألف ببخارى قليل.

لا إذا رأى خارج المصر أو في المصر على مكان مرتفع فشهد.. حينئذ تقبل شهادة هذا الواحد، هكذا ذكر في «شرح الطحاوي» و«الفتاوى الصغرى» وصاحب «الأقضية» والشيخ الإمام المرغيناني اعتمد عليه، لكن في ظاهر المذهب لا تفاوت بين المصر وخارج المصر، كذا في «الخلاصة».

وعن محمّد: أنه يفوض مقدار القلّة والكثرة إلى الإمام.

(وفي رواية) الحسن عن أبي حنيفة: (يكتفى) في الكل سواء كان في السّماء علة أو لا (باثنين) رجلين، أو رجل وامرأتين، قيل: العمل على هذه الرواية في زماننا لتكاسل الناس عن مرأى الأهلّة.

(وقال الطحاوي: يكتفى بواحد إن جاء من خارج البلد) لقلّة الموانع فيه، (أو كان على مكان مرتفع) أي في المصر، وهذا خلاف ظاهر المذهب على ما ذكرناه.

(ولو صاموا ثلاثين) يوماً (ولم يروه) أي هلال شوال (.. حلّ الفطر إن صاموا بشهادة اثنين).

قيل: إنه بالاتفاق، وقال في «الخلاصة» عن القاضي الإمام علي السعدي: إنهم لا يفطرون، وهكذا في «مجموع النوازل» حيث قال: وإن صاموا لشهادة رجلين، لكن الأول أصح. انتهى كلام «الخلاصة».

وَإِن بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ.. لَا يحلُّ.

وَمن رأَى هِلَالَ رَمَضَانَ أَو الْفطرِ وردَّ قَوْلُهُ.. صَامَ،

(وإن) صاموا (بشهادة واحد.. لا يحل) لهم الفطر حتى يصوموا يوماً آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الفطر لا يثبت بشهادة واحدة.

وعن محمّد: أنه يحلّ، لا لثبوت الفطر بشهادة واحد؛ بل لأنه لما حكم الحاكم بثبوت رمضان بقول واحد وأمر الناس [٢٥٨/ب] بالصّوم.. فبالضرورة ثبت الفطر بعد ثلاثين يوماً، وكم من شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً؛ كبيع الطريق والشرب واستحقاق الإرث بشهادة القابلة على النسب.

إذا صام أهل مصر شهر رمضان بلا رؤية هلال شعبان بثمانية وعشرين يوماً، ثم رأوا هلال شوال إن عدّوا شعبان برؤية ثلاثين يوماً ولم يروا هلال رمضان.. قضوا يوماً واحداً، وإن صاموا تسعة وعشرين يوماً، ثم رأوا هلال شوال.. لا قضاء عليهم؛ فإن عدّوا شعبان ثلاثين يوماً من غير رؤية هلال شعبان، ثم صاموا رمضان.. قضوا يومين، كذا في «الخلاصة».

إذا شهد الشهود على هلال رمضان في اليوم التاسع والعشرين أنهم رأوا هلال رمضان قبل صومهم بيوم؛ إن كانوا في هذا المصر.. ينبغي أن لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم تركوا الحسبة وقد كان حقاً عليهم؛ وإن جاؤوا من مكان بعيد.. جازت شهادتهم لانتفاء التهمة، كذا في «قاضي خان».

(ومن رأى هلال رمضان أو الفطر وردّ قوله) أي عند القاضي (.. صام)؛ لقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته» ولتحقق السبب في حقّه، وأما في هلال الفطر.. فللاحتياط.

وقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «الصوم يوم يصومون والفطر يوم يفطرون» وقيل: معنى صام في رؤية هلال الفطر: أنه لا يأكل ولا يشرب، ولكن لا ينوي الصوم الشرعي؛ لأنه يوم عيد في حقه، وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز.

وَإِن أَفطرَ.. قضى فَقَط.

وَيجبُ على النَّاسِ التمَاسُ الْهِلَالِ فِي التَّاسِعِ وَالْعِشْرينَ مِن شعْبَانَ وَمنِ رَمَضَانَ.

وقيل: إن تيقن.. أفطر ويأكل سرّاً.

(وإن أفطر.. قضى فقط) دون الكفارة.

أما في هلال رمضان: فلكونه مكذباً بحجة شرعية وهي شبهة في حقّه تندرىء بها الكفارة، وهذا حجة على الشافعي في قوله: أنه إن أفطر بالوقاع.. فعليه الكفارة.

قيد بقوله: «ورد»؛ لأنه لو أفطر قبل ردّ الإمام شهادته.. ففي لزوم الكفارة عليه روايتان، والصحيح: عدمها على ما في «المحيط» و«النّهاية».

ولو قبل الإمام شهادته.. فلا يخلو؛ إما أن يكون هو فاسقاً أو عدلاً.

فإن كان فاسقاً: ففي «الخلاصة» و«البزازية»: الفاسق إذا أبصر هلال رمضان وحده وقبل الإمام شهادته وأمر الناس بالصوم فأفطر هو أو واحد من أهل بلده، هل تلزمه الكفارة؟ قال: عامة مشايخنا تلزمه الكفارة، وقال الفقيه أبو جعفر: لا تلزمه.

وإن كان عدلاً: ففي «فتح القدير»: أنه إن كان عدلاً.. ينبغي أن لا يكون في وجوب الكفارة خلاف؛ لأن وجه النفي: كونه من لا يجوز القضاء بشهادته، وهو منتف هنا. انتهى.

هكذا نقله في «البحر» وقال: إن التفرد بالرؤية من غير ثبوت عند الحاكم موجب لإسقاط الكفارة، والحاكم إذا رأى هلال رمضان وحده ولم يصم.. فلا كفارة عليه، ولهذا قالوا: ينبغي للإمام إذا رآه وحده: أن يأمر الناس بالصوم. انتهى.

وأما في هلال الفطر: فللعمل بالحقيقة عنده؛ لأنه يوم عيد عنده في الحقيقة.

(ويجب على الناس التماس الهلال في التاسع والعشرين من) [٢٥٩/أ] (شعبان ومن رمضان)؛ لأن الشهر قد يكون تسعة وعشرين على ما ثبت في «الصحيحين».

وفي قوله: «في التاسع والعشرين» مسامحة؛ فإن الترائي إنما يجب ليلة الثلاثين لا في اليوم الذي هي عشيته.. نعم: لو رئي في التاسع والعشرين بعد الزوال.. كان كرؤيته في ليلة الثلاثين بالاتفاق، وإنما الخلاف في رؤيته قبل الزوال من الثلاثين.

فعند أبي يوسف: هو من الليلة الماضية؛ فيجب صوم ذلك اليوم، وفطره إن كان ذلك في آخر رمضان.

وعند أبي حنيفة ومحمد: هو للمستقبلة، هكذا حكى الخلاف في «الإيضاح»، وحكاه في «المنظومة» بين أبي يوسف ومحمد فقط.

وفي «التحفة»: قال أبو يوسف: فإذا كان قبل الزوال أو بعده إلى العصر.. - فهو للّيلة الماضية، وإن كان بعد العصر.. فهو للمستقبلة بلا خلاف.

وفيه خلاف بين الصحابة: روي عن عمر وابن مسعود وأنس رضي الله عنهم كقولهما، وعن عمر في رواية أخرى - وهو قول علي وعائشة رضي الله عنهم -: مثل قول أبي يوسف. انتهى.

وعن أبي حنيفة: إن كان مجراه أمام الشمس والشمس تتلوه.. فهو للماضية، وإن كان خلفها.. فهو للمستقبلة.

وتفسير الإمام: أن يكون الهلال في جانب المشرق من الشمس، والحلف: عكسه؛ لأن سير السيارة من المغرب إلى المشرق، وما تراه من العكس: هي الحركة القسرية بحركة الفلك الأعظم لا الطبيعية.

وقال الحسن بن زياد: إن غاب بعد الشفق.. فللماضية، وإن قبله.. فللراهنة.

وقال في «فتح القدير»: والمختار قولهما، وهو كونه للمستقبلة قبل الزوال وبعده، إلا أن واحداً لو رآه في نهار الثلاثين من رمضان فظن انقضاء مدة الصّوم وأفطر عمداً.. ينبغي أن لا تجب عليه كفارة، وإن رآه بعد الزوال، كذا في «الخلاصة».

وفي «واقعات الحسامي»: شهر رمضان إذا جاء يوم الخميس وجاء يوم عرفة يوم

وَإِذا ثَبت فِي مَوضِعٍ.. لزمَ جَمِيعَ النَّاسِ.

الخميس.. كان ذلك اليوم يوم عرفة لا يوم الأضحى حتى لا يضحى فيه ويصام فيه.

ولا يعتمد قول من قال: إن يوم الأضحى يكون في اليوم الذي كان فيه أول يوم رمضان معتمداً على قول علي رضي الله عنه: «يوم نحركم يوم صومكم»؛ لأنه يحتمل أنه قال ذلك العام الذي قاله فيه، لا على الأبد؛ لأن من أول يوم رمضان إلى عشر ذي الحجة ثلاثة أشهر.. فلا يوافق يوم النحر الصومَ، إلا أن يتم شهران من الثلاثة وينقص الواحد؛ فإن تمت الشهور الثلاث.. تأخرت عنه، وإذا انتقصت الشهور الثلاث أو شهران.. يقدم عليه، فلم يصح الاعتماد على هذا. انتهى.

(وإذا ثبت في موضع) رمضان أو فطر (.. لزم جميع الناس)؛ لعدم الاعتبار باختلاف المطالع، سواء كان بين البلدين تفاوت يختلف بها المطالع أو لا في ظاهر المذهب، وعليه فتوى أبي الليث، وبه كان يفتي شمس الأئمة الحلواني.

قال: لو رأى أهل المغرب هلال رمضان.. يجب الصوم على أهل المشرق؛ لأن الخطاب [٢٥٩/ب] في قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته» معلّق بمطلق الرؤية، وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية، فيثبت ما يتعلق به من عموم الحكم.. فيعم الوجوب.

لكن إنما يجب الصوم لمتأخري الرؤية إذا ثبت عندهم رؤية أولئك بطريق موجب، حتى لو شهد جماعةٌ: أهلُ بلد كذا رأوا هلال رمضان قبلكم بيوم فصاموا، وهذا اليوم ثلاثون بحسابهم، ولم ير هؤلاء الهلال.. لا يباح فطر غد، ولا تترك التراويح هذه الليلة؛ لأن هذه الجماعة لم يشهدوا بالرؤية، ولا على شهادة غيرهم، وإنما حكوا رؤية غيرهم.. فلم يكن موجباً للحكم.

ولو شهدوا: أن قاضي بلد كذا شهد عنده اثنان برؤية الهلال في ليلة كذا وقضى بشهادتهما.. جاز لهذا القاضي أن يحكم بشهادتهما؛ لأن قضاء القاضي حجة وقد شهدوا به، كذا في «الخلاصة» و«قاضي خان».

ولا يخفى عليك: أن المراد بما في «الخلاصة» و«البزازية» و«فتح القدير» من لزوم الكفارة بالإفطار بعد حكم القاضي.. ليس على إطلاقه، بل في حق من لم يفطر

وَقيل: يخْتَلفُ باخْتلَافِ الْمطَالعِ.

قبل حكم القاضي وأمره بالصوم.

وأما من أفطر قبل حكم القاضي وأمره، ثم أخبر بالرؤية وحكم به، ثم أكل ذلك الرائي أو واحد من أهل بلده ممن أكل قبل الحكم.. فلا كفارة عليه؛ لما صرح به في «قاضي خان» وغيره: أن من أفطر يوم الشك، ثم ظهر أنه من رمضان.. يلزمه إمساك بقية يومه؛ فإن هذا يفيد إطلاق ما ذكر في «الخلاصة» و«البزازية».

بخلاف ما لو شهدا على إخبار القاضي بحكمة برؤية الهلال.. فإنها لا تقبل.

وفي «البزازية»: قال الإمام الحلواني: والصحيح من مذهب أصحابنا: أن الخبر إذا استفاض في بلدة أخرى وتحقق.. يلزمهم حكم تلك البلدة. انتهى.

يعني: إذا حكم في بلدة برؤية الهلال واشتهر هذا الحكم في بلدة أخرى، وتحقق بأن أخبره جماعة.. يلزمهم ذلك الحكم.

(وقيل: يختلف باختلاف المطالع) ؛ لأن السبب الشهر، وانعقاده في حق قوم للرؤية لا يستلزم انعقاده في حق آخرين مع اختلاف المطالع، وصار كما لو زالت أو غربت الشمس على قوم دون آخرين.. وجب الأولين الظهر والمغرب دون أولئك.

ومما يؤيده حديث كريب: أنّ أم الفضل بعثته إلى معاوية بالشام، قال: فقدمت الشام، فقضيت حاجتها، واستهل عليَّ رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال يوم الجمعة، ثم قدمت إلى المدينة في آخر الشهر، فسألني ابن عباس، ثم ذكر الهلال، فقال: متى رأيتموه؟ فقلت: رأيناه ليلة الجمعة، فقال، أنت رأيته؟ فقلت: نعم، ورآه الناس وصاموا وصام معاوية، فقال: لكنا رأيناه ليلة السبت، فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه، فقلت: أولا تكتفي برؤية معاوية وصومه؟ فقال: لا، هكذا أمرنا رسول الله ﷺ.

وحد الاختلاف على ما في «شرح النقاية» نقلاً عن «الجواهر»: مسيرة شهر فصاعداً.

* * *

(بَاب مُوجب الْفسادِ)

يجبُ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ ككفارةِ الظِّهارِ ....

(باب موجب الفساد)

(يجب القضاء)؛ لتدارك المصلحة الفائتة [٢٦٠/أ] (والكفارة)؛ لتكامل الجناية (ككفارة الظهار)؛ لما رواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: هلكت وأهلكت يا رسول الله، فقال ﷺ: «ماذا صنعت؟»، فقال: واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمداً، فقال ﷺ: «أعتق رقبة»، فقال: لا أملك إلّا رقبتي هذه، فقال ﷺ: «صم شهرين متتابعين»، فقال: فهل جاءني ما جاءني إلا من الصوم، فقال: «أطعم ستين مسكيناً»، فقال: لا أجد، فأمر رسول الله ﷺ أن يؤتى بفرق من تمر، وقال: «فرّقها على المساكين»، فقال: ليس بين لابتي المدينة أحوج مني ومن عيالي، فقال: «كل أنت وعيالك، يجزئك ولا يجزىء أحداً بعدك».

ويَلحق به غيرُ الأعرابي في الأكل والشرب عمداً للاشتراك في العلة، وهو تكامل الجناية.

وهذا حجة:

على الشافعي في قوله: بعدم الكفارة في غير الوقاع وعلى المرأة، وبالتخيير في الوقاع دون الترتيب.

وعلى مالك في قوله: بعدم التتابع.

فإن قيل: إن العقوبة غالبة في كفارة الفطر؛ لقوله ﷺ: «من أفطر في رمضان متعمداً.. فعليه ما على المظاهر» حيث قيد بالتعمد الذي ينبئ عن تكامل الجناية، ثم رتب عليه الكفارة، والعقوبةُ المترتبة على الجناية الكاملة كاملةٌ، ولأنها تتداخل، حتى لو أفطر في رمضان مراراً.. لم يلزمه إلا كفارة واحدة، إلا إن أفطر وكفر عنه ثم أفطر؛ فإنه لا يتداخل فيه.

على من جَامعَ أَو جُومعَ في رمضانَ عمداً..................................

وكذا في رمضانين عند كثير من المشايخ، وتسقط بالخطأ والشبهات التي سيأتي بيانها.

وذلك من أحكام ما يكون العقوبة فيه غالبة، وكفارة الظهار ليست كذلك، بل الغالب فيها جهة العبادة على ما صرّح به السّلف؛ ولعدم التّداخل فيها، حتى لو ظاهر مرتين في مجلس واحد.. لزمه كفارتان، فلا وجه للتشبيه بينهما.

قلنا: لا نسلم أن جهة العبادة فيها غالبة، كيف والظهار منكر من القول وزور؟ ولو سلم.. فالتشبيه ليس من جهة كونهما عقوبة أو عبادة، بل في ترتيب ما لزم على المظاهر على المفطر أيضاً من عتق رقبة؛ فإن لم يجد.. فصيام شهرين متتابعين؛ فإن لم يستطع.. فإطعام ستين مسكيناً، فلو أفطر في خلال المدة.. استقبل، إلا لعذر الحيض؛ لأنها لا تجد شهرين متتابعين عادة لا تحيض فيها، لكنها تصوم عقيب انقطاعه بلا فصل.

وكذا الحال في كفارة القتل واليمين؛ فإن التتابع شرط فيهما أيضاً، بخلاف قضاء رمضان وكفارة الحلق وجزاء الصيد، حيث لا يشترط فيها التتابع.

(على من جامع)، أي: بإدخال الحشفة؛ أنزل أو لم ينزل؛ لأن بعد غيبوبة الحشفة يتحقق معنى الجماع، والإنزال شبع زائد عليه.

(أو جومع) رجلاً أو امرأة.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يجب الكفارة بالجماع في الدبر اعتباراً بالحد عنده.

وفي «الهداية»: والأصح: أنه يجب؛ لأن الجناية متكاملة لقضاء الشهوة.

(في) نهار (رمضان) إذ لا كفارة في غير رمضان، ولا في ليلته.

(عمداً)؛ إذ لا كفارة في [٢٦٠/ب] الجماع ناسياً أو خطأً أو مكرهاً، ولو حصلت الطواعية في وسط الجماع بعد أن كان ابتداؤه بغير العمد؛ لحصولها بعد الإفطار

فِي أَحدِ السَّبِيلَيْنِ، أَو أَكلَ أَو شربَ عمداً؛ غذاءً أَو دَوَاءً، وَكَذَا لَو احْتجمَ أَو اغتابَ فَظنَّ أَنَّهُ فطَّرهُ فَأَكلَ عمداً.

بالغيبوبة بغير العمد، إلا إن كان الإكراه من المرأة؛ فإن عليها الكفارة على ما في «الاختيار»، وفي «الظّهيرية»: الأصحّ أنه لا يجب عليه الكفارة؛ لأنه مكره.

(في أحد السبيلين) من آدمي حيّ غير نائم عاقل مشتهى على ما سيأتي بيانه، لكن في الدبر روايتان عن أبي حنيفة:

في رواية الحسن عنه: لا كفارة فيه، كما لا حدّ فيه عنده.

وفي رواية أبي يوسف عنه فيه كفارة أيضاً؛ لكمال الجناية، وهو الأصح.

وإنما لم يوجب الحدّ؛ لنقصان معنى الزنا فيه؛ لعدم إضاعة فراش الغير، ولا عبرة له في إيجاب الكفارة.

واختلف في وطء الصّغيرة المشتهاة، والمروي عن أبي حنيفة: عدم وجوبها فيها.

(أو أكل أو شرب)، فيه إشارة إلى أنه لو وصل جوفه من غير المسلك المعتاد أو وصل من المسلك المعتاد ما ليس بمعتاد.. لا كفارة عليه فيها.

(عمداً) في صوم لا شبهة فيه، حتى لو أكل ناسياً، ثم أكل عمداً بظن أنه فطر.. لا كفارة عليه، بل يقضيه على ما سيأتي.

(غذاء) بالغين والذال المعجمتين ما يغتذى به من الطعام والشراب.

وأما الغداء بالمعجمة، ثم المهملة: فهو طعام الغداة، وليس بمراد هنا.

(أو دواء، وكذا لو احتجم أو اغتاب فظن أنه فطره فأكل عمداً) لكمال الجناية؛ لأنه فعله عمداً، وظنّه هذا فاسدٌ لا يعتبر؛ لأنه جهل في أمور دينية في غير محلّه؛ لأن الدار دار الإسلام، إلا إذا أفتى المفتي بفساد صومه فأكل عمداً.. فحينئذٍ لا كفارة عليه؛ لأن الفتوى شبهة في حق العامي تسقط بها الكفارات، وإن كانت الفتوى خطأً في نفسها.

وَلَا كَفَّارَةَ بِإفسادِ صَوْمٍ غيرِ رَمَضَانَ.

وَيجبُ الْقَضَاءُ فَقَط لَو أفطر خطأً، أَو مكْرهاً. ....

فإن قيل: إذا كان قول المفتي شبهة في حقه؛ فقوله ﷺ: «أفطر الحاجم والمحجوم» و«من اغتاب.. فقد أفطر».. أولى بأن يكون شبهة له.

قلنا: الواجب على العامي العمل بالفتوى، لا بظاهر الحديث، فلا يكون شبهة في حقه؛ سواء علم تأويلِ الحديث أو لا، خلافاً لأبي يوسف فيما إذا لم يعرف تأويله؛ حيث يكون شبهة في حقه عنده، على ما في «الخلاصة»، هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا كفارة في غير الوقاع؛ لأنها شرعت في الوقاع، بخلاف القياس؛ لارتفاع الذنب بالتوبة.. فلا يقاس عليه غيره.

قلنا: النص في الوقاع نصٌ في غيره بطريق الدلالة لا القياس على ما ذكرناه، وهذا لأن ركن الصوم هو الكف عن المفطرات الثلاث الجماع والأكل والشرب على السّواء.. فالنص الوارد في لزوم العقوبة من فوت الكف من واحد منها.. هو النص في لزومها من فوت الكف من الآخر بعينه.

(**ولا كفارة بإفساد صوم غير رمضان**)؛ لعدم النص فيه، ولا يقاس على رمضان؛ لأن النص ورد فيه على خلاف القياس، ولا يلحقه دلالة؛ لقصور الجناية في غير رمضان.. فلا يكون في معناه.

(**ويجب القضاء**) [٢٦١/أ] (**فقط لو أفطر**) في نهار رمضان (**خطأ**)؛ كما إذا تمضمض فدخل الماء حلقه ذاكراً صومه، (**أو مكرهاً**) بالأكل أو الشرب أو الجماع، ولو كان الإكراه من امرأته على الأصح على ما ذكرناه.

وقال الشافعي: لا يجب القضاء فيهما اعتباراً بالنسيان؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

أَو احتقن، أَو استعطّ، أَو أُقطِرَ فِي أُذُنِهِ، ....

قلنا: إن المفطر قد وصل جوفه وأفسد صومه، وعدم الفساد بالنسيان ثابت بالنص على خلاف القياس، فلا يقاس عليه، ولا يصح إلحاقها به دلالة؛ لأن النسيان غالب الوجود وأنه من قبل من له الحق، بخلاف الخطأ والكره.

(**أو احتقن**)؛ في دبره فوصل الدواء إلى باطنه (**أو استعط**) الدواء في أنفه فوصل إلى قصبة أنفه. (**أو أُقطر**) أي: الدهن على بناء المفعول، ومسألة صب الماء في إذنه سيأتي ذكرها (**في أذنه**) فوصل الدهن إلى دماغه.

أي: يجب القضاء في الثلاثة؛ لوجود معنى الفطر فيها، وهو: وصول ما فيها صلاح البدن إلى الجوف، ولا كفارة فيها لانعدام صورة الفطر فيها وهو الابتلاع، كذا في «الهداية».

واعترض عليه ابن الهمام بأنه يقتضي فيما لو طعن برمح، أو رمي بسهم فبقي الحديد في بطنه، أو أدخل خشبة في دبره وغيَّبها، أو احتشت المرأة في الفرج الداخل، أو استنجى فبالغ فدخل الماء إلى داخل دبره لمبالغته فيه.. عدم الفطر؛ لفقدان صورة الفطر في هذه الصّور وهو ظاهر.

ومعناه أيضاً: لعدم وصول ما فيه صلاح البدن من الغذاء والدواء إلى الجوف فيها.

ولكن الثابت في مسألتي الطعنة والرمية اختلاف، وصحح جماعة: عدم الإفطار فيهما، وفي «التجريد»: عكسه.

ولا أعلم خلافاً في ثبوت الإفطار في تغييب الخشبة في الدبر، وفي احتشائها في الفرج الداخل، وفي دخول الماء في الدبر عند المبالغة في الاستنجاء.

أَو داوى جَائِفَةً أَو آمَّة...

بخلاف ما إذا كان طرف الخشبة بيده وطرف الحشوة في الفرج الخارج[1] والماء لم يصل إلى كثيرٍ داخل الدبر.. فإنه لا يفسد، وإنما يفسد لو وصل الماء إلى قدر المحقنة، لا يقال: الماء فيه صلاح البدن، فلا يرد مسألة الاستنجاء؛ لأنا نقول: صرحوا أن إيصال الماء إلى موضع الحقنة يورث داءً عظيماً، فضلاً عن الصّلاح.

فإن قيل: يحمل قول «الهداية»: «ما فيه صلاح البدن» على ما يصلح به وتندفع به حاجته، وإن كان قد يحصل عنده ضرر أحياناً بحيث يندفع به إشكال الاستنجاء.

قلنا: ينافي هذا الحمل ما ذكره صاحب «الهداية» في تعليل ما اختاره من عدم الفساد فيما إذا دخل الماء أذنه أو أدخله من قوله: «لانعدام المعنى والصورة».

فالأولى تفسير صورة الإفطار بالإدخال بصنعه، كما هو كذلك في كلام «قاضي خان» في تعليل ما اختاره من ثبوت الفساد فيما إذا دخل الماء في أذنه، لا إذا دخل بغير صنعه، وسيأتي بيان هذه المسألة.. فيندفع بهذا التفسير الإشكال [٢٦١/ب] بتلك المسائل.

في «الخلاصة»: الصائم إذا استقصى في استنجائه حتّى بلغ الماء موضع الحقنة.. يفسد، لكن هذا قلَّ ما يكون. انتهى.

وتعقّبه ابن الهمام بقوله: نعم، لو أخرج سرمه فغسله.. ثبت ذلك الوصول بلا استبعاد، أي: الوصول إلى موضع الحقنة؛ فإن قام قبل أن ينشفه بخرقة.. فسد صومه، بخلاف ما إذا نشفه؛ لأن الماء اتصل بظاهر، ثم زال قبل أن يصل إلى الباطن بعود المقعدة إلى الداخل. انتهى.

(أو داوى جائفة)، الجائفة: هي الطعنة التي بلغت الجوف، ونفذته، **(أو آمّة)**، وهي: جراحة وصلت إلى الدماغ، مِن: أَمَمْتُه بالعصا: ضربت أم رأسه، وهي الجلدة التي هي مجمع الرّأس.

(١) في المخطوط: (الداخل)، والصواب ما أثبتناه في «فتح القدير» (٣٤٢/٢).

فوصلَ الدَّوَاءُ إِلَى جَوْفِهِ أَو دماغِهِ،...

(فوصل الدّواء إلى جوفه) في الجائفة، **(أو دماغه)** في الآمّة.

ولا يخفى عليك أن قوله: فوصل الدواء... إلى آخره مستدرك؛ لأنه بعد أن أخذ الوصول إلى الجوف أو الدماغ في مفهوم الجائفة والآمّة مما لا حاجة إلى ذكر هذا القيد، ثم لا خلاف في ثبوت الإفطار ولزوم القضاء على تقدير الوصول إلى الجوف أو الدماغ، وإنما الخلاف فيما إذا كان الدواء رطباً في تحقق الوصول وعدم تحققه.

فقال أبو حنيفة: يفطر لوجود الوصول عادة.

وقالا: لعدم العلم بالوصول؛ لانضمام المنفذ مرة واتساعه أخرى في اليابس، فلا يفطر بالشك بعد اليقين بالصوم.

وهو يقول: سبب الوصول قائم؛ لأن رطوبة الدّواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلاً إلى الأسفل فيصل إلى الجوف، بخلاف اليابس؛ لأنه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها.

يعني: أن العبرة إلى الوصول: بالاتفاق، حتى إذا علم أن اليابس وصل.. فسد، وإن علم أن الطري لم يصل.. لم يفسد.

لكنهم اختلفوا في وصول الرطب:

فقال أبو حنيفة: إنه يصل، وقالا: لا نعلم يقيناً، ثم المعتبر في الوصول إلى الباطن: المنافذ لا المسام، حتى لو ادّهن فوجد أثر الدهن في بوله، أو اكتحل فوجد طعم الكحل في حلقه أو لونه في بزاقه.. لا يقضي.

وقيل: يقضي في الأخيرة، ويجوز، أن يكون قوله: «فوصل.. إلى آخره» متعلقاً بالاحتقان والاستعاط والإقطار.

أَو ابتلعَ حَصَاةً أَو حديداً، ....

(أو ابتلع حصاة، أو حديداً)، أي: يجب القضاء لوجود صورة الإفطار - وهو: الابتلاع - ولا كفارة؛ لعدم المعنى وهو إيصال ما فيه صلاح البدن إلى الجوف غذاء أو دواءً، فلم تتكامل الجناية.

وكذا الحكم في ابتلاع كل ما يتغذى به عادة، ولا يتداوى كالتراب ونحوه.

وكذا لا تجب الكفارة في ابتلاع الدقيق والأرز والعجين إلا عند محمد.

ولا في الملح، إلا إذا اعتاد أكله وحده، وقيل: يجب في قليله دون كثيره عملاً بالعادة.

ولا في النواة والقطن والكاغد والسفرجل إذا لم يدرك، ولا هو مطبوخ.

ولا في ابتلاع الجوزة الرطبة، وتجب لو مضغها، وابتلاع اليابسة ومضغها على هذا.

وكذا يابس اللوز والبندق والفستق، وقيل: هذا إن وصل القشر [٢٦٢/أ] أوّلاً إلى حلقه؛ أما إذا وصل اللب أوّلاً.. تجب الكفارة.

وفي ابتلاع اللوزة الرطبة تجب الكفارة؛ لأنها تؤكل كما هي، بخلاف الجوزة.. فلذا افترقا.

وابتلاع التفاحة كاللوزة، وفي ابتلاع البطيخة الصغيرة والخوخة الصغيرة، والهليلجة تجب الكفارة على رواية هشام عن محمد.

والرمانة والبيضة كالجوزة على ما في «فتح القدير».

وقال في «الخلاصة»: لو ابتلع بيضة بقشرها أو رمانة بقشرها.. لا كفارة عليه، وفي «الأجناس»: في الرمان تجب الكفارة.

وتجب الكفارة بأكل اللحم النيء، وإن كان ميتة منشأ، إلا أن دوّدت.. فحينئذٍ لا تجب؛ إذ حينئذ لا تؤكل عادة.

أَو استقاءَ مِلءَ فَمِهِ، ....

واختلف في الشحم، واختار أبو الليث: الوجوب، وإن كان قديداً.. وجبت بلا خلاف.

وتجب بأكلّ الحنطة وقضمها لا إن مضغ قمحة؛ لأنها حينئذ تتلاشى في الفم.

وتجب الكفارة بالطين الأرمني مطلقاً، إلا في رواية عن أبي يوسف، وبغيره من الطين الذي يغسل به الرأس إن كان يعتاد أكله.. تجب، وإلا.. فلا.

ولا تجب بأكل الدم إلّا على رواية.

وفي «القنية»: أفطر في رمضان مرة بعد أخرى بتراب أو مدر لأجل المعصية.. فعليه الكفارة زجراً له، والفتوى عليه، وبه أفتى أئمة الأمصار.

(أو استقاء) وهو بالمد؛ لأنه استفعل من قاء يقاء، قاء: ما أكل يقيء: إذا ألقاه، واستقاء وتقيّأ: تكلّف في قيئه، كذا في «المغرب»، والمراد بالاستقاءِ عمداً، لا لو استقاء ناسياً لصومه؛ فإنه لا يفسد به كغيره من المفطرات، على ما في «النهاية» و«العناية».

(ملء فمه)، أي: إن استقاء عمداً ملء فمه.. يجب عليه القضاء؛ لما أخرجه الترمذي أنه ﷺ قال: «من ذرعه القيء وهو صائم.. فليس عليه قضاء، ومن استقاء عمداً.. فليقض»، ولأن بصنعه يفوت ركن الصّوم، وهو: الإمساك؛ لأن في تكلفه لا بد أن يعود شيء إلى جوفه؛ على ما في «النّهاية» ولا كفارة عليه؛ لعدم معنى الإفطار وهو وصول ما له صلوح البدن إلى جوفه.

واحترز بقوله: ملء فمه عن الاستقاءِ قليلاً على ما سيصرح به، وتوضيح المسألة:

أنه: إما إن ذرعة القيء أو استقاء.

وكل منهما: إما ملء الفم أو دونه.

والكل: إما أن خرج أو عاد أو أعاده، فصار اثني عشر.

فإن ذرعه وخرج.. لا يفطر ملء الفم أو لا؛ لإطلاق ما رويناه.

وإن عاد بنفسه وهو ذاكر للصوم؛ فإن كان ملء الفم.. فسد صومه عند أبي يوسف؛ لأنه خارج شرعاً حتى انتقضت بالطهارة، وقد دخل جوفه.

وعند محمد: لا يفسد، وهو الصحيح، على ما في «الخلاصة» و«النّهاية» و«فتح القدير»؛ لأنه لم يوجد صورة الإفطار وهو الابتلاع، ولا معناه؛ إذ لا يتغذى به.

وإن كان أقل من ملء الفم.. لم يفسد بالاتفاق.

وإن أعاده؛ فإن كان ملء الفم.. فسد بالاتفاق عند أبي يوسف؛ للدخول بعد تحقق الخروج شرعاً، وعند محمد للصنع [٢٦٢/ب] فيه.

وإن كان أقلّ من ملء الفم.. لم يفسد عند أبي يوسف، وهو الصحيح على ما في «النّهاية»؛ لعدم الخروج شرعاً.

ويفسد عند محمد؛ لوجود الصنع منه.

فأصل أبي يوسف: في العود والإعادة اعتباراً بالخروج الشرعي وهو بملء الفم.

وأصل محمد: الصنع والإعادة قلّ أو كثر.

وإن استقاء عمداً وخرج؛ فإن كان ملء الفم.. فسد صومه بالإجماع لما رويناه وبيّناه.

ولا يتأتى فيه تفريع العود والإعادة؛ لأنه أفطر بمجرد القيء قبلها، والقياس: أن لا يفسد فيه كما إذا ذرعه القيء وخرج؛ لأن الفساد بما دخل لا بما خرج، لكنه ترك بما رويناه استحساناً.

وإن كان أقل من ملء الفم.. أفطر عند محمد بإطلاق ما رويناه، ولا يتأتى فيه التفريع أيضاً عنده.

ولا يفطر عند أبي يوسف، واختاره بعض مشايخنا؛ لعدم الخروج حكماً.

أَو تسحَّرَ...

ثم إن عاد هذا الأقل بنفسه.. لم يفطر عند أبي يوسف؛ لعدم الخروج، فلا يتحقق الدخول.

وإن أعاده.. ففيه عند أبي يوسف روايتان: في رواية: لا يفطر؛ لعدم الخروج.

وفي رواية: يفطر لكثرة الصنع؛ صنع الاستقاء، وصنع الإعادة.

وهذا كله إن كان القيء طعاماً أو ماء أو مرة.

وإن كان بلغماً.. فغير مفسد للصوم عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف إذا ملء الفم، بناء على الاختلاف بينهم في انتقاض الطهارة باستقاء البلغم ملء الفم؛ فإنه ناقض عنده لا عندهما على ما مر في النواقض.

وقالوا: قول أبي يوسف هنا أحسن، وقولهما في انتقاض الوضوء أحسن؛ لأن الفطر إنما أنيط بما يدخل في الجوف أو بالقيء عمداً من غير نظر إلى طهارة الداخل ونجاسته.. فلا فرق بين البلغم وغيره في الاستقاء، بخلاف نقض الطهارة على ما عرفت.

(أو تسحّر)، أي: أكل السّحور، وهو مستحب لقوله ﷺ: «تسحّروا؛ فإن في السّحُور بركة» وتأخيره مستحب أيضاً؛ لقوله ﷺ: «ثلاث من أخلاق المرسلين: تعجيل الإفطار، وتأخير السحور، والسّواك»، إلا أنه إذا شك في طلوع الفجر، بمعنى: تساوى الطرفان.. فالمستحب حينئذ أن لا يتسحر، ويدعُ الأكل تحرزاً عن الوقوع في الحرام، ولو أكل والحالة هذه.. فصومه تام ما لم يتبيّن أنه أكل بعد طلوع الفجر؛ لأن الأصل هو الليل، ولا يزول بالشك .

وإن تبين أنه أكل بعد الفجر.. فعليه القضاء لا الكفارة.

وعن أبي حنيفة: إنه إذا كان في موضع لا يتبين الفجر، أو كانت الليلة مقمرة، أو متغممة، أو كان ببصره علة وهو يشك في طلوع الفجر.. لا يأكل، ولو أكل.. أساء، لقوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك».

بظَنِّهِ لَيْلاً وَالْفَجْرُ طالعٌ، أَو أَفطرَ بظنِّ الْغُرُوبِ وَلم تغرب،.........................

(بظنه ليلاً والفجر طالع، أو أفطر بظن الغروب ولم تغرب)، يعني: يلزمه القضاء في الصورتين لا الكفارة.

توضيح المسألة:

أنه لو تسحر على يقين أن الفجر لم يطلع، أو أفطر على يقين أن الشمس قد غربت [٢٦٣/أ]؛ فإن لم يتبين له شيء.. فلا شيء عليه، وكذا لو تبيّن متيقّنة.

وإن تبيّن أن الفجر طالع والشمس لم تغرب.. يفسد صومه لفوات ركنه وهو الإمساك، وعليه إمساك بقية يومه؛ نفياً للتهمة عنه، وقضاء لحق الوقت مهما أمكن.

وعليه أيضاً قضاء ذلك اليوم؛ لأنه فوت الأداء بعد تقرر السّبب الموجب له، فيضمنه بمثل ما هو مشروع له كما في المريض والمسافر، ولا كفارة عليه؛ لأن الجناية قاصرة؛ لعدم القصد، ولا إثم عليه؛ لكونه خطأً وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم﴾.

ولو تسحّر وهو شاكٌ في طلوع الفجر وهو مسألة الكتاب.. فالمستحب أن يدع الأكل، وإن أكل.. فصومه تام ما لم يتبين أنه أكل بعد الفجر، وإن تبين أنه أكل بعد الفجر.. فصومه فاسد وعليه قضاؤه، ولا كفارة، وقد أساء على ما ذكرناه.

ولو أفطر وهو شاك في غروب الشمس.. فعليه أن يدع الأكل؛ لأن الأصل هو النهار، ولا يزول بالشك.

وإن أكل وهو شاك فيه.. يلزمه القضاء عملاً بالأصل، وهو النهار.

واختلف في لزوم الكفارة.

واختار الفقيه أبو جعفر لزومها؛ لأن الثابت حال غلبة ظن الغروب شبهةُ الإباحة لا حقيقتها، ففي حال شكه دون ذلك وهو شبهة الشبهة، وشبهة الشبهة لا تُسقِط العقوبات.. هذا إذا لم يتبين له شيء، وإن تبين أنه أفطر قبل الغروب.. فعليه الكفارة عملاً بالأصل، وهو النهار.

وفي «فتح القدير»: لا أعلم خلافاً في لزومها في هذا الوجه.

قال في «النهاية»: والفرق بين الشك في طلوع الفجر والشك في غروب الشمس - حيث لم يلزم في الأول كفارة بعد تبين الحال، ولزمت في الثاني - هو أنه متى شك في غروب الشمس فأفطر.. فقد كمل الفطر على سبيل التغذي؛ لأنه كان متيقناً بالنهار شاكاً بالليل، واليقين لا يزول بالشك، وفي طلوع الفجر على عكسه؛ لأنه كان متيقناً بالليل شاكاً بالنهار، واليقين لا يزوال بالشك.. فبقي الليل قاصداً للفطر. انتهى.

وإن تبين أنه أفطر بعد الغروب.. فلا شيء عليه.

ولو تسحّر وأكبرُ رأيه أن الفجر طالع.. فعليه قضاء اليوم على ما اختاره أكثر مشايخنا، وفيه الاحتياط، وفي ظاهر الرواية: لا قضاء عليه؛ لأن اليقين لا يزول بالشك، وصحّحه في «الإيضاح» و«النّهاية» و«العناية»، ولا كفارة عليه عند أكثر المشايخ؛ سواء تبين أنه تسحر بعد طلوع الفجر أو لم يتبين له شيء، بل هو على أكبر رأيه؛ لأنه بنى الأمر على الأصل وهو الليل، فلا تتحقق العمدية، كذا في «الهداية» و «فتح القدير».

ولو أفطر وأكبر رأيه أن الشمس لم تغرب.. فعليه القضاء رواية واحدة، وإن لم يتبين له شيء، أو تبين أنه أكل قبل [٢٦٣/ب] الغروب؛ لأن النهار كان ثابتاً يقيناً وقد انضم إليه أكبر رأيه.. فصار بمنزلة اليقين.

وكذا يلزمه الكفارة على ما في «النهاية» و«الخلاصة» و«قاضي خان» لما ذكرناه.. فصار بمنزلة اليقين.

ولم يصرّح في «الهداية» لزوم الكفارة في هذا الوجه، وكذا في «التجريد».

فإن قيل: كيف يحكم ههنا بلزوم الكفارة، ولا يخلو عن الشك، وقد قال في «الخلاصة» وغيرها: ولو شهد اثنان أن الشمس قد غابت، وشهد آخران أن الشمس

أو أكلَ نَاسِياً فَظنَّ أنَّه أفطرَ فَأكلَ عمداً، ....

لم تغب فأفطر، ثم ظهر أنها لم تغب.. فعليه القضاء دون الكفارة بالاتفاق؛ لأن تعارض الشّهادتين يورث الشك، فلم تلزمه الكفارة بسبب ذلك.. وفيما نحن فيه قد وجد الشك أيضاً، وإن زال بعد تبين الحال فكيف تلزمه الكفارة؟

قلنا: تعارض الشهادة هناك لم يورث الشك ابتداء شرعاً؛ لأن شهادة من شهد أنها لم تغب ليست بشهادة؛ لكونها على النفي.. فلا تقبل، فبقيت شهادة من شهد أنها غابت خالية عن المعارض.. فتقبل، فلم يلزمه الكفارة بسبب ذلك، بخلاف ما نحن فيه.

وعلى هذا قال في «الخلاصة» و«النّهاية»: إنه لو شهد اثنان على طلوع الفجر وشهد آخران أنه لم يطلع فأفطر، ثم ظهر أنه قد كان طلع.. فعليه القضاء والكفارة بالاتفاق؛ لأن الشهادة على الإثبات مقبولة، ولا يعارضها الشهادة على النفي، فكان الأكل بعد طلوع الفجر يقيناً.

ولو شهد واحد على طلوع الفجر وشهد الآخران على أنه لم يطلع فأكل، ثم ظهر أنه طلع.. لا تجب الكفارة؛ لأن الواحد لا يعارض الاثنين.

ولو دخل عليه جماعة وهو يتسحّر وقالوا: الفجر طالع - [فقال الرجل]: إذا لم أصر صائماً وصرت مفطراً - فأكل بعد ذلك، ثم ظهر أن أكله الأول كان قبل طلوع الفجر وأكله الثاني بعد طلوعه.. قال الحاكم الكوفي: إن كانوا جماعة وصدقهم.. لا كفارة، وإن كان واحداً.. فعليه الكفارة؛ عدلاً كان أو غير عدل؛ لأن شهادة الواحد في مثل هذا لا تقبل.

(**أو أكل ناسياً فظن أنه أفطر فأكل عمداً**)، أي: فعليه القضاء لا الكفارة لما ذكرناه.

وأما عدم الكفارة: فلأن الاشتباه استند إلى القياس؛ لأن القياس أن لا يبقى الصوم بعد الأكل؛ فإذا أكل بعده عمداً.. لم يلاق فعله الصوم، فتحقق فيه الشبهة بذلك، فلم يلزمه الكفارة.

أَو صُبَّ فِي حلقِهِ نَائِماً، أَو جُومعت نَائِمَةً أَو مَجْنُونَةً، ....

وإن بلغه قوله ﷺ: «من نسي وهو صائم...» وعلم معناه: أن صومه لم يفسد، ثم أكل عمداً.. ففي لزوم الكفارة فيه اختلاف:

في رواية عن أبي حنيفة: لا كفارة فيه، وصححه في «قاضي خان» و«النّهاية»؛ لأن الشبهة الحكمية قائمة بالنظر إلى القياس المذكور، وهو قائم لم ينتف بعد، حتى قال بعض الأئمة بالفطر: بالنظر إليه.

وعن أبي حنيفة أنه قال: لولا النص المذكور.. لقلت بالفطر بالقياس المذكور.

وعن أبي حنيفة، وكذا عن صاحبيه: أنه تجب الكفارة؛ [٢٦٤/أ]؛ لأنه بعد العلم بالحديث.. لا اشتباه له؛ لأنه علم أن القياس متروك به، والمتروك لا يورث شبهة، فلا شبهة.. فتجب الكفارة.

(**أو صب في حلقه نائماً، أو جومعت نائمة أو مجنونة**)، أي: فعليه القضاء، ولا كفارة عليه لما مر بعينه.

أما صوم النّائم والنائمة: فظاهر.

وأما صوم المجنونة: فقد تكلّموا فيه؛ فإن صحّة الصّوم لا تجامع الجنون؛ وحكي عن الجرجاني قال: لمّا قرأت على محمد هذه المسألة.. قلت له: كيف تكون صائمة وهي مجنونة؟

فقال لي: دع هذا؛ فإنه انتشر في الأفق.

فمن المشايخ من قال: إنه كتب في «الأصل»: وهي مجبورة، فظن الكاتب: وهي مجنونة، فصحف المجبورة - أي: المكرهة - إلى المجنونة، فانتشر في الأفق بحيث لم يمكن إصلاحه.

وأكثر المشايخ قالوا: تأويله أنها كانت عاقلة بالغة في أوّل النّهار، ثم جنّت نهاراً وهي صائمة فجامعها رجل.

أَو لم ينوِ فِي رَمَضَانَ صوماً وَلَا فطراً...

(أو لم ينو في رمضان صوماً، ولا فطراً) فأمسك إلى الغروب.. فعليه القضاء؛ لأن المستحق هو الإمساك بجهة العبادة، ولا عبادة إلا بالنية، وفيه خلاف زفر، ولا كفارة عليه لو أكل؛ لأنه غير صائم.. هذا عند أبي حنيفة، وعندهما كذلك إن أكل بعد الزوال.

وإن أكل قبل الزوال.. تجب الكفارة؛ لأنه فوت إمكان التحصيل في وقت النية.

فإن قيل: لو وهب كل النصاب إلى فقير.. تسقط عنه الزكاة، وإن لم ينو.

فلو لم يسقط عنه الصّوم بعد وجود الإمساك عنه، وإن لم ينو.

قلنا: إن في هبة النصاب إلى فقير قد وجد نية القربة، بخلاف ما نحن فيه.

فإن قيل: إن دلالة حال المسلم كافية في وجود النية منه.. ألا ترى أن من أغمي عليه في ليلة رمضان يكون صائماً يومها، ولا يقضي ذلك اليوم، وإنما يقضي ما بعده بناء على أن الظّاهر وجود النية من حال المسلم، فكذا فيما نحن فيه.

حتى أوّلوا هذه المسألة: بمن لا يكون حاله دليلاً على النية كالمريض أو المسافر أو المتهتك الذي اعتاد الأكل في رمضان.

قلنا: إنما أوجبنا القضاء في هذه المسألة بناء على عدم النية منه ابتداء؛ لا بأمر يوجب النسيان منه، ولا شك أنه أدرى بحاله، بخلاف من أغمي عليه؛ فإن الإغماء قد يوجب نسيانه حال نفسه بعد الإفاقة، فلم يعلم يقيناً عدم النية فبُنِيَ الأمر فيه على الظاهر من حاله، وهو وجود النية.

فعلى هذا.. لا حاجة في هذه المسألة إلى التأويل بالمريض والمسافر والمتهتك.

ومن شك أنه كان ينوي أو لا.. لم يلزمه القضاء بناء على ظاهر حاله من وجود النية كما في المغمى عليه.

وَكَذَا لَو أصبحَ غَير نَاوٍ للصَّومِ فَأكلَ.

وَعِنْدهَما تجبُ الْكَفَّارَةُ أَيْضاً.

وَلَو أكلَ أَو شربَ أَو جَامعَ نَاسِياً لَا يفْطرُ.

(وكذا) أي يجب القضاء بلا كفارة إعادة للاختلاف الآتي (لو أصبح غير ناوٍ للصوم فأكل عمداً) قبل الزوال ولم يكن نواه بعدُ أو نواه.

أما عند عدم النية: فلأنه لم يكن مفطراً؛ لأنه بعد الصوم، ولا صوم فيه؛ لعدم النية، وإذا لم يكن مفطراً.. لم تجب الكفارة.

وأما عند وجود النية: لأن النية في النهار غير معتبرة عند الشافعي، فتكون شبهة في سقوط الكفارة [٢٦٤/ب].

(وعندهما: تجب الكفارة أيضاً)؛ لأنه فوت التمكن على الصوم بنيةٍ قبل النهار، فيكون جانياً.

قلنا: الشبهة المذكورة دارئة للكفارات.

(ولو أكل أو شرب أو جامع ناسياً.. لا يفطر)، والقياس: أن يفطر، وهو قول مالك؛ لوجود ما يضاد الصّوم؛ فصار كالكلام ناسياً في الصّلاة، والجماع ناسياً في الإحرام والاعتكاف، وجه الاستحسان: قوله ﷺ للذي أكل وشرب ناسياً: «تمّ على صومك؛ فإنما أطعمك الله وسقاك»، ولا يحمل لفظ الصّوم فيه على معناه اللّغوي؛ لأن الحمل على المعنى الشرعي في لفظ الشارع واجب مهما أمكن، وحقيقة النص مقدم على القياس الصّحيح، فكيف لا يقدم على القياس الفاسد؟ فإن قياسه على الصلاة والإحرام والاعتكاف فاسد؛ لأن هيئاتها مذكّرة.. فلا يغلب فيها النسيان، ولا مذكر في الصّوم.. فيغلب فيه النسيان، فيكون عذراً في فرضه ونفله؛ لأن النص لم يفصل.

وإذا ثبت هذا في الأكل والشرب.. ثبت في الجماع أيضاً دلالة؛ للاستواء في الركنية وهو الإمساك عن المفطرات الثلاث، بخلاف الخطأ والإكراه؛ حيث يجب فيها القضاء على ما مرّ.

وَكَذَا لَو نَامَ فَاحْتَلَمَ أَو أَنزلَ بِنَظَرٍ، أَو ادَّهنَ، أَو اكتحلَ.........................

وفي «فتح القدير»: إذا أكل ناسياً، فقيل له: أنت صائم، فلم يتذكر واستمر على أكله، ثم تذكر.. فإنه يفطر عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه أُخبِر وخبر الواحد حجة في الدّيانات، وقال زفر والحسن: إنه لا يفطر؛ لأنه ناس.

(وكذا)، أي: لم يفطر (لو نام فاحتلم) لقوله ﷺ: «ثلاث لا يفطرن: القيء والحجامة والاحتلام»، ولعدم الجماع فيه صورة ومعنى.

وفي «الخلاصة»: إذا جامع امرأته قبل طلوع الفجر، فلما خشي الصبح.. أخرج فأمنى بعد الصبح لا قضاء عليه كما في الاحتلام في نهار رمضان. انتهى.

(أو أنزل بنظر)؛ لعدم الجماع صورة ومعنى؛ فصار كالمتفكر فأمنى، ولو استمنى بيده.. قيل: لا يفطر؛ لعدم الجماع صورة.

والأصح: أنه يفطر؛ لوجود معنى الجماع وهو الإنزال عن شهوة، ولا كفارة فيه؛ لعدم صورة الجماع.

(أو ادهن)؛ أي: لم يفطر؛ لعدم المنافي.

(أو اكتحل)؛ لعدم المنافي أيضاً؛ لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ يدخل عين الكحل، وما وجده في حلقه من طعمه أثرُهُ لا عينُهُ، ودموع العينين داخل من المسام ويترشح كالعرق، والداخل من المسام لا ينافي الصوم؛ كما إذا اغتسل من الماء البارد ووجد برودة الماء في الكبد.

وهل الاكتحال للرجال سنة أم لا؟

فذهب الشافعية إلى أنها سنة، والإيتار فيه مستحب، وهو: أن يكتحل في كل عين ثلاثاً، مستدلّين بما رواه ابن عبّاس عن النبي ﷺ أنه قال: «اكتحلوا بالإثمد؛ فإنه يجلو البصر وينبت الشعر».

قال مولانا عصام الدين في شرح هذا الحديث من «شرح شمائل الترمذي»: إن الأمر بالاكتحال ليس من المصالح الدينية، بل من المصالح البدنية، لا يتعلق به

أَو قَبَّلَ، أَو اغتابَ، أَو احْتجمَ، أَو غَلَبهُ الْقَيءُ، أَو تقيَّأ قَلِيلاً، أَو أَصبحَ جنباً، أَو صُبَّ فِي أُذُنِهِ مَاءٌ،.......................................

ثواب أو عقاب أصلاً، وإن الناس يتفاوتون في الائتمار به على حسب حاجتهم، ولهذا علّله ﷺ بقوله: «فإنه يجلو البصر»، ولا يخفى عليك أنه لا يظهر إذا أمر بشيء النفع البدن وبين [٢٦٥/أ] أن الأمر لنفع البدن كونه سنة أو فرضاً.

(أو قبّل) ولم ينزل؛ لعدم المنافي صورة ومعنى، بخلاف الرجعة والمصاهرة حيث يثبتان بالقبلة بلا إنزال؛ لأنهما دائرتان على سبب الجماع لا على نفسه، وبخلاف القبلة مع الإنزال حيث يفطر لوجود معنى الجماع.

(أو اغتاب أو احتجم)، أي: لم يفطر؛ لما رويناه وبيّناه، ومعنى قوله ﷺ: «أفطر الحاجم والمحجوم، ومن اغتاب.. فقد أفطر» ذهب ثواب صومه.

(أو غلبه القيء أو تقيأ قليلاً) أي من ملء الفم، أي: لم يفطر فيهما، بخلافه لو استقاء ملء الفم.. فإنه يفطر.

وهذه المسألة على اثني عشر وجهاً على ما بيّناه من قبل.

(أو أصبح جنباً)، أي: لم يفطر؛ لعدم المنافي.

(أو صب في أذنه ماء)؛ أي: لم يفطر.. فلا شيء عليه من القضاء والكفارة، هذا هو مختار صاحب «الهداية»؛ حيث قال: ولو أقطر في أذنه الماء أو دخله.. لا يفسد صومه؛ لانعدام المعنى والصورة. انتهى.

ويوافقه ما في «الخلاصة»: ولو اغتسل فدخل الماء أذنه أو صبت فيه.. لا شيء عليه.

ومختار «قاضي خان» خلاف هذا؛ حيث قال: ولو خاض الماء فدخل الماء أذنه.. لا يفسد صومه.

وإن صب الماء في أذنه.. اختلفوا فيه، والصّحيح هو الفساد؛ لأنه وصل إلى الجوف بفعله، فلا يعتبر فيه صلاح البدن. انتهى.

وَكَذَا لَو صُبَّ فِي إِحليلِهِ دهنٌ أَو غَيرُهُ.. لَا يفْسدُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَإِن دخلَ فِي حلقِهِ غُبَارٌ أَو دُخانٌ أَو ذُبَابٌ.. لَا يفْطرُ.

ويوافق هذا ما ذكره في «الخلاصة» أولاً حيث قال: وما وصل إلى جوف الرأس والبطن من الأذن والأنف والدبر.. فهو مفطر بالإجماع، وفيه القضاء. انتهى.

فعلى هذا.. فبين كلامي «الخلاصة» تنافٍ، ثم دعوى الإجماع في الإفطار ينافي الاختلاف المذكور.

(**وكذا لو صبّ في إحليله دهن أو غيره لا يفسد**)؛ أي: لم يفطر عند أبي حنيفة ومحمد في رواية «الأصل».

(**خلافاً لأبي يوسف**)، قالوا: هذا بناء على ثبوت المنفذ بين المثانة والجوف وعدم ثبوته، فوقع عند أبي يوسف ثبوته، والبول يخرج منه ويصل إلى الجوف ما يفطر فيه، ووقع عند أبي حنيفة عدم ثبوته والبول يترشح، وشك محمّد فاضطرب قوله.

وفي «قاضي خان» و«الخلاصة» عن أبي بكر البلخي: الخلاف فيما إذا وصل إلى المثانة؛ أما ما دام في قصبة الذكر.. فلا يفسد صومه بالاتفاق.

وبهذا الاتفاق ظهر فساد ما ذكره «الزيلعي» نقلاً عن «الخزانة»: أدخل قطنة في دبره أو ذكره.. يلزمه القضاء، وإن كان طرفها خارجاً.. فلا قضاء عليه. انتهى.

فإن الاتفاق على عدم الفساد فيما دام المصب في قصبة الذكر يقتضي بطلان القول بالفساد في إدخال القطنة في الذكر، هكذا ذكره في «فتح القدير»، وحكم باقتضاء الاتفاق المذكور بطلان ما نقل «الزيلعي» عن «الخزانة» اللهم، إلا أن يقال: المراد بما نقل من «الخزانة» ما وصل القطنة إلى مثانة الذكر.

وتكلّموا في الإفطار في قُبُل النساء؛ منهم من قال على الخلاف المذكور في الإحليل، ومنهم من قال: يفسد بلا خلاف، وهو الصحيح، كذا في «الخلاصة».

وهذا لأنه يشبه الحقنة وهي مفسدة بالاتفاق، فكذا ما يشبهها.

(**وإن دخل في حلقه**)، [٢٦٥/ب] (**غبار أو دخان أو ذباب.. لا يفطر**).

وَلَو مطرٌ أَو ثلجٌ.. أفطرَ فِي الْأَصَحِّ.

أما في الغبار والدخان؛ فلأنه لا يستطاع الاحتراز عن دخولهما، لدخولهما من الأنف إذا طبق الفم، وصار أيضاً كبلل يبقى في فمه بعد المضمضة به، ونظيره ما في «الخلاصة»: الدموع إذا دخلت في فم الصائم إن كان قليلاً كالقطرة والقطرتين ونحوها.. لا يفسد صومه؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، وإن كان كثيراً حتى وجد ملوحته في جميع فمه واجتمع شيء كثير وابتلعه.. يفسد صومه؛ لأنه يمكن التحرز عنه، وكذا عرق الوجه إذا دخل فم الصائم. انتهى.

والذي ظهر من قوله: «حتى وجد ملوحته»: اعتبار وجدان ملوحته في فمه في الكثرة، ويلزمه أن القطرة الواحدة قد يجد ملوحتها أيضاً، فالأولى أن لا يعتبر وجدان الملوحة، بل الوصول إلى الحلق على ما هو الظاهر من كلام «قاضي خان» ؛ حيث قال: ولو دخل ودمعه أو عرق جبينه أو دم رعافه في حلقه.. فسد صومه. انتهى.

فإنه علّق الفساد بالوصول إلى الحلق دون وجدان الملوحة، بل وجدان الملوحة دليل على وصوله إلى الحلق قطرة أو قطرتين.

أما الذباب: فالقياس فيه الإفطار؛ لوصول المفطر إلى جوفه، وإن كان مما لا يتغذى به كالتراب.

وجه الاستحسان: أنه لا يستطاع الامتناع عنه كالغبار والدخان.

(ولو دخل (**مطر أو ثلج.. أفطر في الأصح**)؛ لحصول المفطر مع إمكان الاحتراز عنه؛ لتيسر طبق الفم وفتحه أحياناً مع الاحتراس عن الدخول.

وقيل: المطر مفسد والثلج لا.

وقيل: بالعكس.

وقال عامتهم بإفسادهما، وهو الصحيح لما ذكرناه، كذا في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: ومن الناس من قال: لو فتح فاه فسقط ثلجة أو مطر فيه فابتلعه.. كان عليه القضاء. انتهى.

وَلَو وَطِءَ ميتَةً أَو بهيمةً أَو فِي غير السَّبِيلَيْنِ أَو قبّل أَو لمَس؛ إِن أنزلَ.. أفطرَ، وَإِلَّا.. فَلَا.

وَإِنِ ابتلعَ مَا بَينَ أَسْنَانِهِ؛ فَإِن كَانَ قدرَ الحمَّصَةِ.. قضى، ....

فظهر منه أن من الناس من قال عدم فساد شيء منهما حتى تكون الأقوال فيه أربعة، ولم يصرحوا لزوم الكفارة في ابتلاع المطر.

لكنه قال في «فتح القدير»: ولو دخل فمه المطر فابتلعه.. لزمته الكفارة.

ولو خرج دم من أسنانه فدخل حلقه؛ إن ساوى الريق.. فسد، وإلا.. فلا.

ولو استشم المخاط من أنفه حتى أدخله إلى فمه فابتلعه عمداً.. لا يفطر.

ولو خرج ريقه من فيه فأدخله وابتلعه؛ إن كان لم ينقطع من فيه بما في فيه كالحيط فاستشربه.. لم يفطر، وإن انقطع فأخذه وأعاده.. أفطر، ولا كفارة عليه، كما لو ابتلع ريق غيره.. فإنه يفطر، ولا كفارة عليه، إلا أن يكون ذلك الغير حبيبه.. فإنه حينئذ يلزمه الكفارة على ما صرح به المصنف في مسائل شتى في آخر الكتاب.

الصائم إذا عمل عمل الإبريسم، فإن دخل الإبريسم في فمه، فخرجت منه خضرة الصبغ، أو صفرته واختلط بالريق، فصار الريق أحمر فابتلع الصائم هذا الريق وهو ذاكر لصومه.. يفطر وعليه القضاء.

(**ولو وطئ ميتة أو بهيمة أو في غير أحد السبيلين**) كالتفخيد والتبطين، وعمل المرأتين أيضاً كعمل الرجال جماع في غير السبيلين، حتى لو أنزلت.. عليها القضاء لا الكفارة، [٢٦٦/أ] كذا في «فتح القدير».

(**أو قبّل أو لمس؛ إن أنزل أفطر**) لوجود معنى الجماع، فعليه القضاء لا الكفارة؛ لعدم صورة الجماع.

(**وإلا.. فلا**) يفطر؛ لعدم المفطر أصلاً.

(**وإن ابتلع ما بين أسنانه؛ فإن كان قدر الحمصة.. قضى**)؛ لأن هذا المقدار لا يبقى بين الأسنان عادة، فأشبه الأكل من خارج.

وَإِن كَانَ دونهَا.. لَا يقْضِي، إِلَّا إِذا أَخرجه ثمَّ أكلَهُ.

وَلَو أكلَ سمسمةً مِنَ الْخَارِجِ؛ إِن ابتلعها.. أفطرَ، وَإِن مضغها.. فَلَا.

والقيءُ مَلءَ الْفَمِ إِن عَادَ أَو أُعيدَ.. يفْسدُ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، وَإِن كَانَ قَلِيلاً.. لَا يفْسدُ. وَعند مُحَمَّدٍ: يفْسدُ بِإِعَادَةِ الْقَلِيلِ لَا بعودِ الْكثير.

وَكُرِهَ ذوقُ شَيْءٍ ومضغهُ بِلَا عذرٍ، ومضغُ العلكِ،.......................

(**وإن كان دونها لا يقضي**) لأنها تابع لريقه (**إلا إذا أخرجه، ثم أكله**)، كذا روى عن محمد.

(**ولو أكل سمسمة من الخارج؛ إن ابتلعها.. أفطر، وإن مضغها.. فلا**) يفطر؛ لأنها تتلاشى في الفم، فيكون تابعاً للريق.

(**والقيء ملء الفم إن عاد**) بنفسه (**أو أعيد.. يفسد عند أبي يوسف، وإن كان قليلاً.. لا يفسد.**

وعند محمد: يفسد بإعادة القليل لا بعود الكثير)، وقد بيّناه من قبل.. فارجع إليه.

(**وكره ذوق شيء**) لما فيه من تعريض الصوم على الفساد لقوة الجاذبة إذا كان صائماً، فلا يأمن من أن يجذب منه شيئاً إلى الباطن، وإنما لم يفسد؛ لأن الذوق: عبارة عن إدراك طعم الشيء بقوته الذائقة، وليس فيه ما يوجب الإفطار صورة ومعنى.

ولو كان زوج المرأة سيء الخلق.. لا بأس بالذوق.

(و) كره أيضاً (**مضغه بلا عذر ومضغ العلك**) أي للصائم رجلاً أو امرأة؛ لما ذكرناه من التعريض على الفساد.

وقيل: إذا لم يكن العلك ملتئماً.. يفسد؛ لأنه يصل إليه بعض أجزائه.

وقيل: إن كان أسود.. يفسد وإن كان ملتئماً؛ لأنه يتفتت، ولا يكره مضغ العلك للنساء إذا لم تكن صائمة؛ لقيامه مقام السواك، ويكره للرجال؛ إلا إذا كان للتداوي.

والقبلةُ إن لم يَأْمَن على نفسهِ لَا إن أَمِنَ، وَلَا الْكحلُ ودهنُ الشَّارِبِ والسِّواكُ وَلَو عشياً، وَلَا مضغُ طَعَامٍ لَا بدّ مِنْهُ لطفْلِهِ، وَلَا الْحجامَةُ.

وَيكرهُ عِنْدَ الإِمَامِ الِاسْتِنْشَاقُ للتبُّردِ، وَكَذَا الِاغْتِسَالُ والتلفُّفُ بِثَوْبٍ.

وَلَا يكرهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَقيل: تكرهُ الْمَضْمَضَةُ بغيرِ عذرٍ..

(و) كره (**القبلة إن لم يأمن على نفسه**) من الوقوع في الحرام؛ لما ذكرناه من التعريض عل الفساد و(لا) يكره (**إن أمن**).

(ولا) يكره، أيضاً استعمال (**الكحل**) للرجال إن لم يكن للزينة، بل للتداوي.

(**ودهن الشارب والسواك، ولو عشياً**) أطلقه فيشمل اليابس والرطب بالرطوبة الأصلية أو بالماء، على ما في «الجامع الصغير»؛ لإطلاق قوله ﷺ: خير «خصال الصائم: السواك».

وهو حجة: على أبي يوسف: في أن الرطب بالماء مكروه.

وعلى الشافعي: في أنه مكروه بالعشي.

(ولا) يكره أيضاً (**مضغ طعام لا بد منه لطفله**) بأن لا يجد من يمضغها.

(**ولا الحجامة**)؛ لعدم التعريض بالفساد.

(**ويكره عند الإمام الاستنشاق للتبرد، وكذا الاغتسال والتلفف بثوب**)؛ لما فيه من التضجر في إقامة العبادة.

(**ولا يكره ذلك عند أبي يوسف**)؛ لما رواه أنه ﷺ صب الماء على رأسه من شدة الحر وهو صائم، وفيها عون على العبادة ودفع التضجر الطبيعي.

(**وقيل: تكره المضمضة بغير عذر**)؛ أي: عذر الوضوء أو الغسل؛ لما فيه من التعريض على الإفطار بلا حاجة.

والمباشرةُ، والمعانقةُ، والمصافَحةُ فِي رِوَايَةٍ.

وَيسْتَحبُّ السّحُورُ، وتأخيرُهُ، وتعجيلُ الْفِطرِ.

(و) كره (**المباشرة**) الفاشحة، وكذا مضغ الشفة (**والمعانقة والمصافحة في رواية**) محمد عن أبي حنيفة؛ لأنه أقل ما يخلو عن الفتنة، وفي ظاهر الرواية: أنه كالقبلة إن أمن.. لا كراهة فيه.

(**ويستحب السحور، وتأخيره، وتعجيل الفطر**)؛ لما رويناه عند قوله: «والسحور». [٢٦٦/ب]

* * *

(فَصلٌ)

يُبَاحُ الْفطرُ لمريضٍ خَافَ زِيَادَةَ مَرضهِ بِالصَّوْمِ، ....

(فَصْل)

في بيان الأعذار التي يباح الفطر بها

وهي ثمانية: المرض، والسفر، والإكراه، والحمل، والرضاع إذا ضرّ بها أو بولدها، والكبر العظيم، والعطش الشديد والجوع كذلك؛ إذا خيف منها الهلاك أو نقصان العقل؛ كالأمة إذا ضعفت عن العمل وخشيت الهلاك بالصوم، وكذا الذي ذهب به متوكل السّلطان إلى العمارة في الأيام الحارة، والعمل الحثيث، فقيل: إذا خشي الهلاك أو نقصان العقل.. فإنه يفطر، ثم يقضي، ولا كفارة عليه.

وقالوا: الغازي إذا كان يعلم يقيناً أنه يقابل العدو في شهر رمضان ويخاف الضعف إن لم يفطر.. يفطر قبل الحرب مسافراً كان أو مقيماً، كذا في «فتح القدير».

(يباح الفطر لمريض خاف زيادة مرضه بالصوم).

وقال الشافعي: لا يباح إلا لخوف الهلاك أو فوات العضو، كما قاله في التيمم.

قلنا: إن زيادة المرض وامتداده قد يفضي إلى الهلاك فيجب الاحتراز عنه، قال الله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ أباح الفطر لكل مريض للحرج والحرج متحقق في الزيادة، وبطؤ البرء كتحققه في إفساد عضو، ثم يعرف ذلك باجتهاد المريض، والاجتهاد ليس مجرد الوهم، بل هو غلبة الظن عن أمارة، أو تجربة، أو بإخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق، وقيل: عدالته شرط.

ولو برأ من المرض لكن الضعف باقٍ وخاف أن يمرض، سئل عنه القاضي الإمام؟ قال: الخوف ليس بشيء.

وفي «فتح القدير»: لو كان له نوبة حمّى فأكل في نوبة حمّى قبل أن تظهر الحمّى على توهم عودها.. لا بأس به.

هذا وإن لم تعد فيه حمّاه بل أخلفته.. يلزمه الكفارة، على ما في «الخلاصة».

وفيها أيضاً: إن المرأة إذا كانت لها في الحيض عادة معروفة، فلما كان اليوم الذي هو أوّل حيضها أفطرت، ثم لم تحض.. تلزمها الكفارة.

وفي «البحر»: هذا إذا أفطر بعدما نوى الصّوم وشرع فيه؛ أما لو لم ينو.. كان عليه القضاء دون الكفارة.

ثم الضابط ههنا: أن العذر؛ إما أن يكون قائماً في أول الليل أو لا.

فإن كان قائماً: فإن ترك الصوم.. فله ذاك.

وإن صام؛ فإن كان العذر هو المرض.. يجوز الإفطار، وإن كان السفر.. لا يجوز، لكن لو أفطر.. لا كفارة عليه.

وإن لم يكن قائماً: بل إنما طرأ في أثناء النهار.. فلا بد من أن يصوم؛ فإن مضى عليه.. فذاك، وإلا.. فإما أن يطرأ العذر ثم الإفطار، أو بالعكس.

فعلى الأول: إن كان العذر المرض.. جاز الإفطار، وإن كان السفر.. لا يجوز، وإن أفطر.. لا كفارة.

وعلى الثاني: لم يجز الإفطار أصلاً، ولو أفطر.. ففي المرض تسقط الكفارة، وفي السفر.. لا؛ لأن المرض سماوي والسفر اختياري.

ففي «الخلاصة»: لو أصبح المقيم صائماً، ثم سافر فأفطر.. لا كفارة عليه.

وكذا المرأة إذا أفطرت، ثم حاضت.

وكذا أفطر متعمداً، ثم أغمي عليه ساعة.. لا كفارة عليه.

ولو أفطر في أول النهار متعمداً، ثم أكرهه السّلطان [٢٦٧/أ] على السّفر.. لا تسقط عنه الكفارة في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: تسقط، وعندهما: لا تسقط.

ولو سافر باختياره.. لا تسقط باتفاق الروايات، وكذا لو خرج بنفسه بعد الإكراه.

وللمسافرِ، وصومُهُ أحبُّ إِن لم يضرَّهُ، وَلَا قَضَاءَ إِن مَاتَا على حَالِهِمَا.

وَيجبُ بِقدرِ مَا فاتَهما إِن صَحَّ أَو أَقَامَ بِقَدرِهِ، وَإِلَّا.. فبقدرِ الصِّحَّةِ وَالْإِقَامَةِ،

والمقيم إذا نوى السّفر، ثم أفطر.. تجب الكفارة.

ولو سافر في نهار رمضان ولم يفطر حتى تذكر شيئاً في منزله قد نسيه فرجع إلى منزله وأكل شيئاً، ثم خرج من المنزل.. فعليه القضاء والكفارة؛ كالمقيم إذا أكل ثم سافر. انتهى.

(و) يباح أيضاً (للمسافر) سفر طاعة أو معصية لإطلاق ما تلوناه.

(وصومه أحب إن لم يضره)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَصُومُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ ولمصادفته شرف الوقت، وهذا حجة على الشافعي في قوله: الفطر أفضل، ولا حجّة له في قوله: ﷺ: «ليس من البّر الصيّام في السّفر»؛ لأنه محمول على حال المشقة؛ لأنه في هذه الحالة الفطر أفضل؛ كما أنه في حال خوف الهلاك الفطر واجب.

(ولا قضاء إن ماتا على حالهما) من المرض والسفر؛ لأن الله تعالى أوجب عليهما القضاء في عدة أيام أخر ولم يدركاها.

(ويجب) القضاء **(بقدر ما فاتهما)** من الصّوم **(إن صحّ أو أقام بقدره)** أي بقدر ما فاتهما.

(وإلّا)؛ أي: وإن لم يصح ولم يقم بقدر ما فاتهما **(.. فبقدر الصحة والإقامة)** على ما اختاره القدوري و«الهداية».

وقال الطحاوي: ولو زال عنه العذر وقدر على قضاء البعض دون البعض.. فإنه ينظر؛ إن قضى فيما قدر، ثم مات.. فلا يلزمه قضاء ما بقي؛ لأنه لم يدرك إلا قدر ما قضى، وإن لم يصم فيما قدر عليه حتى مات.. وجب عليه قضاء الكل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن ما قدر يصلح فيه قضاء اليوم الأول والثاني وهكذا، فكأنه قدر على قضاء الكلّ ولم يصم.

بخلاف ما لو صام ما قدر؛ لأنه حينئذ يتعين لما أداه، والصحيح: ما اختاره

فيطعم عَنهُ وليُّهُ لكلِّ يَوْمٍ كالفطرةِ.

وَيلْزمُ مِنَ الثُّلُثِ إِن أَوصى، وَإِلَّا.. فَلَا لُزُومَ.

وَإِن تبرَّعَ بِهِ.. صَحَّ.

القدوري بلا خلاف بينهم، وإنما الخلاف في النذر؛ فإنه لو نذر المريض صوم شهر فمات قبل أن يصح.. لم يلزمه شيء، وإن صح يوماً، ثم مات.. لزمه أن يوصي جميع الشهر عندهما، وقدر ما صح عند محمد.

وجه الفرق لهما: أن النذر سبب لوجوب الكلّ وقد وجد، والمانع قد زال بالبرء، فيظهر الوجوب في الكل لا محالة، ولما لم يتحقق الأداء.. يصار إلى الخلف؛ وهو: الفدية، فصار كأنه نذر في الصحة، والصحيح لو نذر ومات قبل إدراك عدة المنذور.. لزمه الكلّ، وفيما نحن فيه: السبب إدراك العدة ولم يتحقق بكماله، فيتقدر بقدره.

(فيطعم عنه) أي بعد وفاته **(وليه لكل يوم كالفطرة)**؛ أي: في المقدرة لا مطلقاً؛ لأن الإباحة كافية ههنا دون الفطرة، بل لا بد لها من التمليك.

(ويلزم من الثلث إن أوصى، وإلا.. فلا لزوم) على وليه ويسقط عنه في حكم الدنيا، خلافاً للشافعي؛ اعتباراً بديون العباد، حتى يعتبر عنده من جميع المال.

قلنا: إنها عبادة لا بد لها من الاختيار، وذلك بالإيصاء دون الوراثة، بخلاف حق العباد؛ فإن الواجب فيه وصوله إلى مستحقه لا غير، حتى لو ظفر به الغريم [٢٦٧/ب].. يأخذه ويبرأ من عليه.

(وإن تبرّع به) الورثة **(.. صحّ)** تبرعهم عن الفدية.

وذكر في «الزيلعي» و«البحر»: إنه لو لم يوص فتبرع به وليه.. يجزئه.

وكذا كفارة اليمين والقتل إذا تبرع بالإطعام والكسوة.. يجوز.

ولا يجوز التبرع بالإعتاق؛ لما فيه من إلزام الولاء للميت بغير رضاه. انتهى.

وَالصَّلَاةُ كَالصَّوْمِ، وفديةُ كلِّ صَلَاةٍ كَصَوْمِ يَوْمٍ، وَهُوَ الصَّحِيحُ.

وَلَا يَصُومُ عَنهُ وليُّهُ، وَلَا يُصَلِّي.

وَقَضَاءُ رَمَضَانَ إِن شَاءَ فرَّقَهُ، وَإِن شَاءَ تَابعَهُ؛ ....

وفيه بحث؛ لأن التكفير بالإطعام والكسوة غير مشروع في كفارة القتل، وإنما المشروع فيها: الإعتاق والصّوم فقط... فكيف يصح التبرع بما لم يشرع فيها؟!

(**والصّلاة كالصّوم**)؛ لأنها من حقوق الله تعالى، والنصُّ في الصّوم وإن كان غير معقول المعنى.. لكنه يجوز أن يكون معلّلاً بعلّة مشتركة بينهما وإن لم يدركه، فأمر مشايخنا بالفداء فيها أيضاً احتياطاً.

(**وفدية كلّ صلاة كصوم يوم، وهو الصّحيح**) احترز به عما روي عن محمد بن مقاتل: إنه يطعم عنه لصلاة كل يوم نصف صاع كما في الصّوم.

وروي رجوعه إلى ما في الكتاب؛ لأن كل صلاة فرض على حدة.. فكانت كصوم يوم.

(**ولا يصوم عنه وليه، ولا يصلّي**)؛ لما روي عن ابن عمر: لا يصوم أحد عن أحد، ولا يصلّي عنه، خلافاً للشافعي.

(**وقضاء رمضان: إن شاء.. فرّقه، وإن شاء.. تابعه**)؛ لأن الصوم المذكور في كتاب الله تعالى ثمانية: أربعة منها متابعة: صوم رمضان، وكفارة القتل، والظهار، واليمين عندنا.

وأربعة منها بالخيار: قضاء رمضان، وصوم المتعة، وكفارة الحلق، وجزاء الصيد.

والأصل فيه: أن كل ما شرع فيه العتق.. فالتتابع شرط فيه، وما لا.. فلا، ولأن نص القضاء مطلق عن التتابع.. فنعمل بإطلاقه، وقراءة أبيّ بن كعب «فعدة من أيام أخر متتابعات»: شاذة لا يجوز الزيادة بها على المتواتر، بخلاف قراءة ابن مسعود في كفارة اليمين «فصيام ثلاثة أيام متتابعات».. فإنها مشهورة إلى زمن أبي حنيفة، فيجوز

وَإِن أَخَّرهُ حَتَّى جَاءَ آخرُ.. قدَّمَ الْأَدَاءَ، ثمَّ قضاهُ، وَلَا فديَةَ عَلَيْهِ.

وَالشَّيْخُ الفاني إِذا عجزَ عَنِ الصَّوْم.. يفْطرُ وَيطْعمُ لكلِّ يَوْمٍ كالفطرةِ.

الزيادة بها على الكتاب، وهذا في الجواز.

وأما المستحب: فهو التتابع مسارعة لإسقاط الواجب.

(**وإن أخره حتى جاء آخر.. قدم الأداء**)؛ لأنه وقته (**ثم قضاه، ولا فدية عليه**)؛ لأن نص القضاء مطلق عن التوقيت والفدية، فنعمل به.

وقال الشافعي: يجب مع القضاء لكل يوم طعام مسكين؛ لأن القضاء مؤقت عنده بين رمضانين؛ لما روي أن عائشة تؤخر قضاء أيام حيضها إلى شعبان، فهذا منها بيان لآخر ما يجوز التأخير إليه؛ فإذا كان مؤقتاً مثل الأداء.. كان تأخيره عن وقته لا ينفك عن موجب؛ كتأخير الأداء عن وقته.

ولنا: إطلاق النص المذكور، وتأخير عائشة إلى شعبان؛ إن كان اتفاقياً.. فبها.

وإن قصدّياً. قلنا: إنها إنما أخرته إليه؛ لأن رسول الله ﷺ كان لا يحتاج إليها في شعبان؛ لأنه كان يصومه كلّه، ولأن إيجاب الفدية مع القدرة على الأصل مما لا أصل له في الشرع، وبمجرد التّأخير لم يثبت العجز.

(**والشيخ الفاني**) – سماه فانياً؛ لأنه أقرب إلى الفناء، أو لأنه فنيت قوّته [٢٦٨/أ] – (**إذا عجز عن الصوم.. يفطر ويطعم لكل يوم كالفطرة**)؛ أي: في المقدار، على ما ذكرناه.

وروي عن الطحاوي، وهو مذهب مالك: إنه لا فدية عليه؛ لأن أصل الصوم لم يلزمه كونه عاجزاً عنه، فكيف يلزمه خلفه؟ لأن الخلف مشروع ليقوم مقام الأصل.

ولنا: أن الصّوم قد لزمه بشهود الشهر، حتى لو تحمّل المشقة وصام كان مؤدّياً للفرض، وإليه أشار بقوله: «إذا عجز»، وإنما يباح له الفطر لأجل الحرج، وعذره ليس بعرضيّة الزّوال حتى يصار إلى القضاء فوجب الفدية، كمن مات وعليه الصّوم.

وَإِن قدرَ بعدَ ذَلِكَ.. لزمَهُ الْقَضَاءُ.

توضيحه: أنّ الصّوم لزمه لا باعتبار عينه، بل باعتبار خلفه؛ كالكفارة تجب على العبد لا باعتبار المال، بل باعتبار خلفه وهو الصوم، كذا في «النهاية».

ولنا أيضاً: ما روي عن عطاء أنه سمع ابن عباس رضي الله عنهما يقرأ: ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ قال ابن عبّاس: ليست بمنسوخة، وهي للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة لا يستطيعان أن يصوما فيطعمان مكان كل يوم مسكيناً رواه البخاري.

ومعناه: لا يطيقونه؛ لأن حذف لا جائز عند اللبس، ويؤيده قراءة حفصة «لا يطيقونه» على ما صرّح به أهل التّفسير.

(**وإن قدر بعد ذلك.. لزمه القضاء**) وإن كان قد فدى؛ لبطلان حكم الفداء بظهور القدرة على الأصل، بخلاف ما لو قدر على الماء بعد ما صلى بالتّيمم؛ حيث لا يبطل حكم الخلف مع ظهور القدرة على الأصل لأن شرط الخلفية في التّيمم مجرد العجز عن الماء بدون دوامه، وقد وجد ذلك.. فتم الخلفية، وقد حصل المقصود بها، وبعد حصوله بالخلف.. لا يبطل حكمه.

وكذا إذا صام الحانث المعسر عن الكفارة، ثم استغنى.. لا يبطل، بخلاف الفداء؛ فإن شرط الخلفية فيه دوام العجز عن الأصل إلى آخر العمر، ولم يوجد ذلك، فالفدية على الأصل كان قبل حصول المقصود بالخلف، فبطل حكمه.

قال في «النهاية»: فكان هذا نظير الآيسة في اشتراط دوام الإياس إلى موتها بخروجها عن حكم ذوات الحيض، فصارت قدرته على الصّوم هنا - وإن كانت بعد الفداء - كقدرة المتيمم على الماء في خلال الصّلاة، واستغناء الحانث المعسر في خلال صومه عن كفارته في إيجاب بطلان الحكم المتعلق بالخلف؛ لقدرته على الأصل قبل تمام الحكم بالخلف، ثم اعترض وقال: لو كان هذا نظير الإياس.. ينبغي أن لا يبطل حكم الفداء بعد تحققه؛ كما أن العجوز الكبيرة التي حكم بإياسها إذا

اعتدت بالشهور وتزوجت بزوج آخر، ثم رأت الدم.. لا يبطل النكاح.

وأجاب عنه بقوله: إن عدم بطلان الاعتداد والنكاح هنا لا باعتبار أن دوام الإياس ليس بشرط لكونها آيسة.. بل باعتبار أن الذي رأته من الدم بعد الحكم بالإياس ليس بحيض، بل لفساد الرحم أو الغذاء، كذا نقله عن «المبسوط».

هذا وقال في «فتح القدير»: ولو كان الشيخ الفاني مسافراً فمات قبل الإقامة.. ينبغي أن لا يجب عليه [٢٦٨/ب] الإيصاء بالفدية؛ لأنه يخالف غيره في التخفيف لا التغليظ، ولأن الصّوم إنما ينتقل إلى الفدية عند وجود سبب التعيين، ولا تعيين على المسافر، فلا حاجة إلى الانتقال، ولا تجوز الفدية إلّا عن صوم هو أصل بنفسه لا بدل عن غيره، فجازت عن رمضان وقضائه والنذر، حتى لو وجب عليه قضاء شيء من رمضان، فلم يقضه حتى صار شيخاً فانياً.. جازت له الفدية.

وكذا لو نذر صوم الأبد فضعف عن الصّوم لاشتغاله بالمعيشة.. له أن يفطر ويطعم؛ لأنه استيقن أن لا يقدر على قضائه.

فإن لم يقدر على الإطعام لعسرته.. يستغفر الله تعالى.

وإن لم يقدر عليه لشدة الحر.. كان له أن يفطر ويقضيه في الشتاء إذا لم يكن نذر الأبد.

ولو نذر يوماً معيناً فلم يصم حتّى صار شيخاً فانياً.. جازت الفدية عنه.

وأما لو وجب عليه كفارة يمين أو قتل، فلم يجد ما يكفر به وهو شيخ كبير عاجز عن الصّوم، أو لم يصم حتى صار شيخاً كبيراً.. لا تجوز له الفدية؛ لأن الصوم ههنا بدل عن غيره.

وكذا لا يجوز المصير إلى الصوم إلا عند العجز عما يكفّر به من المال؛ فإن مات فأوصى بالتكفير.. جاز من ثلثه.

وحاملٌ أَو مُرضِعٌ خَافت على نَفسِهَا أَو وَلَدهَا.. تفطرُ وتقضي بِلَا فديَةٍ.

وَيلْزمُ صَوْمُ نفلٍ شرعَ فِيهِ،..

وكذا في كفارة الصّوم؛ لما في «الخانية»: من وجب عليه صوم شهرين من كفارة الصوم، فلم يصم حتى صار شيخاً فانياً.. لم تجز عنه الفدية؛ لأن ذلك الصوم بدل عن التكفير بالمال؛ لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن التكفير بالرقبة، والتفدية إنما تجوز عن صوم هو أصل بنفسه، كذا في «شرح المجمع».

(**وحامل أو مرضع**)؛ أي: الظئر، على ما في «العناية»؛ لأن الأم لا تفطر إذا كان للولد أب؛ لأن الصوم فرض عليها دون الإرضاع، إلا أن يكون الأب فقيراً لا يقدر استئجار الظئر، أو كان الولد لا يأخذ ضرع غير الأم.

(**خافت على نفسها أو ولدها.. تفطر وتقضي بلا فدية**)، ولا كفارة عليها، خلافاً للشافعي فيما إذا خافت على الولد وهو يعتبرها بالشيخ الفاني في حكم وجوب الفدية بالإفطار.

قلنا: إن الفدية في الشيخ الفاني ثبت نصاً، بخلاف القياس، وهذا العذر ليس في معناه، فلا يصح إلحاقه به لا دلالة ولا قياساً.

والحامل والمرضع مأموران بصيانة الولد قصداً، فيكون الإفطار للولد عذراً في حقها، بخلاف من أكره على شرب الخمر بقتل أبيه أو ابنه، حيث لم يحل له الشرب.

(**ويلزم صوم نفل شرع فيه**)؛ أي: قصدا؛ لأن الإلزام معتبر بالالتزام، وكذا الحال في صلاة التطوع، وههنا كلام بسطناه في كتاب الحيض فارجع إليه.

لا خلاف بين أصحابنا في وجوب القضاء إذا أفسد عن قصد أو غير قصد، بأن عرض الحيض للصائمة المتطوعة، وإنما اختلفوا في نفس الإفساد هل يباح أو لا؟

ففي ظاهر الرواية: لا، إلا بعذر.

ورواية «المنتقى»: يباح بلا عذر [٢٦٨/أ].

إِلَّا فِي الْأَيَّامِ المنهيَّةِ.

وَلَا يُبَاحُ لَهُ الْفطرُ بِلَا عذرٍ فِي رِوَايَةٍ.

ثم اختلفوا على ظاهر الرواية، هل الضيافة عذر أو لا؟

قيل: نعم، وقيل: لا، وقيل: عذر قبل الزوال وبعده لا، إلا إذا كان في عدم الفطر بعده عقوق أحد الوالدين لا غيرهما، حتى لو حلف عليه رجل بالطلاق الثلاث ليفطرن.. لا يفطر.

وقيل: إن كان صاحب الطعام يرضى بمجرد حضوره وإن لم يأكل.. يباح الفطر، وإلّا.. يفطر.

وقيل: إن وثق من نفسه القضاء.. أفطر، وإلا.. فلا.

(**إلا في الأيام المنهية**)؛ أعني: الأيام الخمسة المعهودة؛ لأن شروعه فيها غير صحيح ابتداء؛ لأن النهي يقتضي القبح، فلا يكون جانياً في إفساده، بل يجب عليه قطعه حذراً عن تقرير المعصية، هذا جواب ظاهر الرواية.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف: أنه يلزم القضاء بالشروع إذا قطعه.

وفي «المبسوط»: أن عندهما: عليه القضاء؛ لأن الشروع كالنذر.

(**ولا يباح له الفطر بلا عذر في رواية**).

قال في «الهداية»: لا يباح الإفطار فيه بغير عذر في إحدى الروايتين.

وقال في «النهاية»: ذكر إحدى الروايتين ههنا مخالف لإطلاق ما ذكره شمس الأئمة السرخسي حيث ذكر مطلقاً: أن الإفطار بغير عذر لا يباح عندنا، ولكنه موافق لما ذكر في «الذخيرة» و«مبسوط» شيخ الإسلام.

فإنه ذكر في «الذخيرة»: وأما الإفطار بغير عذر بشرط القضاء.. ذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف أنه يحل، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة، وذكر الفقيه أبو بكر الرازي عن أصحابنا: أنه لا يحلّ. انتهى كلام «النهاية».

وَلَو نوى الْمُسَافِرُ الْفطرَ ثُمَّ أَقَامَ وَنوى الصَّوْمَ فِي وَقتهَا.. صَحَّ، وَيلْزَمُ ذَلِكَ إِن كَانَ فِي رَمَضَانَ، كَمَا يلْزمُ مُقيماً سَافرَ فِي يَوْمٍ مِنْهُ، ....

المضي.. يجب القضاء بتركه، كذا في «النهاية».

والذي فهم منه: أنه لو أفطر بعذر.. لا يلزمه القضاء.

(**ولو نوى المسافر الفطر**)؛ أي: في غير رمضان بدليل قوله فيما بعده: «إن كان رمضان».

(**ثم أقام ونوى الصوم في وقتها**)؛ أي: قبل الضحوة الكبرى (.. **صح**)؛ لأن السّفر لا ينافي أهلية الصّوم وجوباً وأداء، وإنما هو مرخّص؛ فإذا زال.. التحق بالمقيم.

وفي «فتح القدير»: أن نية الفطر ليس بشرط في هذا، بل إذا قدم قبل الزوال والأكلِ.. وجب عليه صوم ذلك اليوم بنية ينشئها. انتهى.

وقد ذكرنا في أوّل كتاب الصّوم: أن المختار قبل نصف النهار - أي ضحوة الكبرى - لا قبل الزوال.

وقوله: وجب عليه؛ أي: إن أراد صوم ذلك اليوم.. وجب عليه أن يصومه بنية مبتدأة؛ سواء نوى الإفطار أو لا؛ لأن الكلام في غير رمضان.

(**ويلزم**)؛ أي: المسافر الذي نوى الإفطار، ثم قدم قبل نصف النهار (**ذلك**)؛ أي: أن يصوم (**إن كان في رمضان**)؛ لزوال المرخص في وقت النية؛ لأن فرض المسألة فيما إذا قدم انتصاف النهار.

(**كما يلزم**)؛ أي: أن يصوم (**مقيماً سافر في يوم منه**)؛ أي: من رمضان؛ فإنه لا يضطر ترجيحاً لجانب الإقامة؛ لأن المرخص وهو السفر لما لم يتحقق في أوّل اليوم.. كان الخطاب متوجهاً عليه بتعين الصّوم، فلا يجوز له الفطر فيه بحدوث إنشاء السفر؛ فإذا لم يجز له الإفطار في هذه المسألة مع وجود المرخص وقت

وَيُبَاحُ بِعُذْرِ الضِّيَافَةِ، وَيلْزمه الْقَضَاءُ إِن أفطرَ.

ورواية أبي بكر الرازي عن أصحابنا هو ظاهر الرواية على ما صرّح به ابن الهمام.

(**ويباح بعذر الضيافة**)؛ أي: للمضيف والضيف.

وفي «النهاية»: هذا في التطوع، وأما في الفرض والواجب.. لا يحل الإفطار إلا بعذر، والضيافة ليست بعذر فيه، والسفر ليس بعذر في اليوم الذي أنشأ السفر فيه، عذر فيما عداه من الأيام، وقد ذكرنا ما فيها من الخلاف.

(**ويلزمه القضاء إن أفطر**)؛ عن قصد أو غير قصد، على ما في «النهاية».

والأصل فيه قوله ﷺ: «إنما دعاك أخوك لتكرمه فأفطر واقض يوما مكانه».

المراد:هو النفل الذي شرعه قصداً ثم أفسده قصداً أو غير قصد؛ لأنه لو شرع فيه على ظن أنه عليه، ثم علم أن لا شيء عليه.. كان متطوعاً فيه، ثم أفطره.. لا قضاء عليه، على ما في «المحيط».

وقال في «البحر»: وقيده في «التجنيس» بأن لا يمضي عليه ساعته من حين ظهر أن لا شيء عليه؛ فإن مضى ساعة، ثم أفطر.. فعليه القضاء؛ لأنه لما مضى عليه ساعة.. صار كأنه نوى قصداً؛ فإن كان قبل الزوال.. صار شارعاً فيه تطوعاً، فيجب عليه.

وفي «البدائع»: إذا شرع في صوم الكفارة، ثم أيسر في خلاله.. لا قضاء عليه، ثم هذا عندنا بناء على أن الشروع ملزم، ولا يباح له الإفطار بعده بغير عذر، فيصير بالإفطار جانياً فيلزمه القضاء.

وقال [٢٦٨/ب] الشّافعي: يباح له الإفطار بعد الشروع، ولو بلا عذر بناء على أن الشروع ليس بملزم؛ لكونه متبرّعاً بالمؤدى، فلا يلزمه القضاء بالإفطار؛ لعدم كونه جانياً.

قلنا: إن المؤدى قربة وعمل، فيجب صيانته بالمضي عن الإبطال، وإذا وجب

لَكِن لَو أفطرَ.. فَلَا كَفَّارَةَ فيهمَا.

وَمن أُغمِيَ عَلَيْهِ أَيَّاماً.. قَضَاهَا؛ إِلَّا يَوْماً حدثَ فِيهِ أَو فِي لَيْلَته.

الإفطار.. فلأن لا يجوز في المسألة الأولى أولى؛ لأن المرخص ليس بقائم وقت الإفطار؛ لكونه مقيما فيه.

(**لكن لو أفطر**)؛ أي: المسافر الذي أقام، والمقيم الذي سافر (.. **فلا كفارة فيهما**)؛ لوجود الشبهة فيها وهو السفر في أوّله وآخره.

وفي «الخلاصة»: المسافر إذا قدم مصره وهو صائم فأفتي أن صومه لا يجزئه فأفطر بعد ذلك متعمداً.. لا كفارة عليه، وإن لم يفت.. فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**ومن أغمي عليه أياماً**)؛ أي: في رمضان، الإغماء: مرض يعرض الدماغ أو القلب لا يعصم عنه الأنبياء عليهم السلام، ويبطل به العبادات، ويوجب الحدث في كل حال ويسقط به ما فيه الحرج وهو في الصلاة، وذلك بأن يمتد حتى يزيد على يوم وليلة، ولا يعتبر في الصوم والزكاة؛ لأنه يندر وجوده شهراً أو سنة، فلا يسقط عنه ويلزم قضاؤه على ما أشار إليه بقوله: (.. **قضاها إلا يوماً حدث فيه أو في ليلته**).

واعلم أن الإغماء:

إما أن يكون مستغرقا لرمضان: بأن عرض في شعبان ويمتد إلى آخر رمضان.

أو لا يكون مستغرقاً.

ففي الأول: يقضي كله، إلا على قول الحسن البصري؛ فإنه [٢٦٩/أ] لا قضاء عليه عنده؛ لأنه يقول: سبب وجود الأداء: شهود الشهر ولم يتحقق في حقه؛ لزوال عقله بالإغماء، ووجوب القضاء يبنى عليه.

ولنا: أن الإغماء عذر في تأخير الصوم إلى زواله لا في إسقاطه؛ لأنه مرض يضعف القوى، ولا يزيل الحجى.

وَلَو جُنَّ كلَّ رَمَضَانَ.. لَا يقْضِي، ....

والثاني: إما أن يحدث في أوّل ليلة أو في غيرها؛ فإن كان في غيرها سواء كان ليلاً أو نهاراً.. لا يقضي صوم ذلك النهار الذي حصل فيه، أو في ليلة الإغماء، ويقضي ما بعده، وكذا إذا كان في أول ليلة من رمضان؛ لأن الإمساك موجود في ذلك اليوم، وكذا النية؛ لأن ظاهر حال المسلم في ليالي رمضان أن لا يخلو عن النية حملاً له على الصّلاح، حتى لو كان متهتكاً في رمضان يعتاد الأكل فيه، أو مسافراً.. قضى ذلك اليوم أيضاً؛ لعدم ما يدل على النية.

(**ولو جن**)؛ وهو: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج واحد، ولهذا عصم عنه الأنبياء عليهم السلام، وهو:

إما ممتد، أو غير ممتد.

وكلّ منهما؛ إما أصلي: بأن بلغ مجنوناً، أو طارئ بعد البلوغ.

فالممتد **مطلقاً**: مسقط للعبادات كلها.

وغير الممتد؛ إن كان طارئاً.. فليس بمسقط؛ اعتباراً بالإغماء بجامع كونهما عذراً عارضاً زال قبل الامتداد مع عدم الحرج في إيجاب القضاء، ولأنه لا ينافي أهلية نفس الوجوب؛ لبقاء الذمة، بدليل أنه يرث ويملك.

وإن كان أصلياً: فعند أبي يوسف مسقط؛ بناء على أن الإسقاط عنده يبتنى على الأصالة أو الامتداد، وعند محمد: ليس بمسقط؛ لأن الإسقاط عنده يبتنى على الامتداد فقط، والامتداد في الصوم: أن يستوعب الشهر كله، وفي الصّلاة: أوقات ست صلوات عندهما؛ ونفس ست صلوات عند محمد (**كل رمضان.. لا يقضي**) لما فيه من الحرج بالامتداد، بخلاف الإغماء؛ لعدم استيعابه شهراً عادة، خلافاً لمالك.

وفي «النهاية» و«العناية» عن شمس الأئمة الحلواني: المراد من قوله: «جن رمضان كله» ما يمكنه الصوم فيه ابتداء، حتى لو أفاق بعد الزوال من اليوم الأخير

وَإِن أَفَاقَ سَاعَةً مِنْهُ.. قضى مَا مضى، سَوَاءٌ بلغَ مَجْنُوناً أَو عرضَ لَهُ بعدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

من شهر رمضان.. لم يلزمه القضاء؛ لأن الصوم لا يصح فيه كالليل هو الصحيح. انتهى.

(**وإن أفاق ساعة منه**)؛ أي: مما يمكن أن يصوم فيه ابتداء؛ بأن يصلح للنية على ما ذكرناه (.. **قضى ما مضى**)، خلافاً لزفر والشافعي، هما يقولان: إن أداء ما مضى لم يجب؛ لانعدام الأهلية، والقضاء يبتنى على الأداء، فصار كالمستوعب في كونه مسقطاً للكل.

ولنا: أنّ السبب وهو شهود بعض الشهر قد وجد فيما أفاق في بعض الشهر، فيلزمه القضاء إسقاطاً لما وجب في ذمته.

فإن قيل: وإن تحقق السبب، لكن يجوز أن يمنع مانع من تأثيره؛ كعدم أهلية الوجوب فيما مضى.

قلنا: أهلية الوجوب تثبت بالذمة الصالحة للإيجاب والاستيجاب، وهي متحققة ههنا؛ لأنها بالآدمية، بخلاف المستوعب حيث لا يلزمه القضاء، وإن كان آدمياً أيضاً لأنا لو أوجبنا عليه [٢٦٩/ب] بآدميته.. لأسقطنا عنه بسبب الحرج، فلا فائدة في الإيجاب عليه بآدميته.

(**سواء بلغ مجنوناً**)؛ وهو: الجنون الأصلي، (**أو عرض له بعده في ظاهر الرواية**)، وعن محمد أنه قال: إن بلغ مجنوناً، ثم أفاق في بعض الشهر.. ليس عليه قضاء ما مضى؛ لأن ابتداء الخطاب يتوجه إليه الآن، فكان كصبي بلغ بعدُ.

وروى هشام عن أبي يوسف أنه قال في القياس: لا قضاء عليه، ولكن استحسن فأوجب عليه قضاء ما مضى من الشهر؛ لأن الجنون الأصلي لا يفارق الجنون الطارئ في شيء من الأحكام، وليس فيه رواية عن أبي حنيفة، واختلف فيه

وَلَو بلغَ صبيٌّ، أَو أَسلمَ كَافِرٌ، أَو أَقَامَ مُسَافرٌ، أَو طهُرَت حَائِضٌ فِي يَوْمٍ من رَمَضَانَ.. لزمَه إِمْسَاكُ بَقِيَّةِ يَوْمِهِ.

المتأخرون على قياس مذهبه، والأصح: أنه ليس عليه قضاء ما مضى. كذا في «النهاية» و «العناية» عن «المبسوط».

وفي «الهداية»: إن ما روي عن محمد هو مختار بعض المتأخرين من أصحابنا، وأيده في «النهاية» بالطهر؛ حيث قال: لا بعد أن يفارق حكم الأصلي حكم العارضي، وإن كانت حقيقتهما واحدة؛ فإن الطهر:

إذا كان أصلياً بأن بلغت الصغيرة بالسن ولم تر بعد البلوغ دماً.. حكمها حكم الصغيرة في الاعتداد بالأشهر.

وإذا كان عارضياً بأن بلغت بالحيض، ثم امتد الطهر.. ليس حكمها حكم الصغيرة، بل تعتد بالحيض إلى أن تيأس، فكذلك ههنا. انتهى.

(**ولو بلغ صبي**)، وفي إطلاق البلوغ إشعار بأنه أعم من الإنزالي والسني، وذلك بأن تمّ عليه سن البلوغ في جزء من نهار رمضان من وقت الولادة، ولكن في كلامهم دلالة عليه.

(**أو أسلم كافر، أو أقام مسافر، أو طهرت حائض في يوم من رمضان.. لزمه إمساك بقية يومه**) قضاء لحق الوقت بالتشبه، هذا مختار بعض مشايخنا، منهم صاحب «الهداية».

وقال محمد في كتاب الصوم: فليصم بقية يومه.

وقال الصفار: الصحيح: أنه على الإيجاب.

وقال بعضهم: إمساك بقية يومهم مستحب؛ لأنه مفطر فكيف يجب عليه الكف من المفطرات؟

وأجيب عنه: بأن هذا الإمساك ليس على جهة الصوم حتى ينافي الإفطار المتقدم، وإنما هو قضاء لحق الوقت بالتشبه.

وَلَا يلْزمُ الْأَوَّلين قَضَاؤَهُ، ....

ثم الأصل ههنا: أن كل من صار بصفة في أثناء النهار أو أوّل طلوع الفجر لو كان عليها قبل طلوع الفجر واستمرت فيه.. وجب عليه الصوم؛ فإنه يجب عليه الإمساك في بقية يومه تشبهاً؛ كالحائض والنفساء يطهران بعد الفجر أو معه، والمجنون يفيق، والمريض يبرأ، والمسافر يقدم بعد الزوال أو قبله بعد الأكل.

والذي أفطر عمداً أو خطأ، أو مكرهاً، أو أكل يوم الشك، ثم استبان أنه من رمضان، أو أفطر على ظن غروب الشمس، أو تسحّر بعد الفجر.. فإنه يمسك في كلها.

ومن لم يكن كذلك.. لا يجب عليه الإمساك كما في حالة الحيض والنفاس.

ولو قدم المسافر قبل الزوال والأكل.. يجب عليه الصوم؛ لوجود المسبب وزوال المرخص وقابلية المحل. كذا في «العناية» و«فتح القدير».

(**ولا يلزم الأولين** [٢٧٠/أ] **قضاءه**) في ظاهر الرواية؛ أي: لا يلزم على من بلغ أو أسلم قضاءُ يوم بلغ فيه أو أسلم فيه؛ سواء أمسكا بقيّة ذلك اليوم أو أفطرا؛ لأن الصوم فيه غير واجب عليهما، وإنما الواجب عليهما في ذلك اليوم هو الإمساك والقضاء ليس إلا للصّوم، ولا قضاء ما مضى من الأيام قبل البلوغ والإسلام؛ لعدم الخطاب فيه؛ لأن الخطاب لا يكون إلا عند الأهلية، ولا أهلية لهما فيه.

فإن قيل: انتفاء الأهلية في أوّل النهار لا يمنع وجوب القضاء؛ فإن المجنون إذا أفاق في يوم رمضان قبل الزوال والأكل ونوى الصّوم.. يقع عن الفرض، ولو أفطر.. وجب عليه القضاء، مع أن الصّوم لم يكن واجباً عليه وقت طلوع الفجر.

أجيب: بأنّا لا نسلم أن الوجوب لم يكن ثابتاً عليه في ذلك الوقت، بل الوجوب في حقه كان ثابتاً إلا أنه لم يظهر أثره عند الاستغراق؛ فإذا لم يستغرق.. ظهر أثر الوجوب، كذا في «النهاية» هذا عندنا.

وقال زفر: إذا أسلم الكافر، ولو بعد الزّوال.. يجب عليه قضاء ذلك اليوم؛ لأن إدراك جزء من الوقت بعد الأهلية موجب كما في الصّلاة؛ فإنه يجب قضاؤها إذا بلغ أو أسلم.

قلنا: إن السبب في الصلاة وهو الجزء القائم من الوقت عند الأهلية أي جزء كان من الجزء المتصل بالأداء، فتحقق الموجب للصلاة في حقّهما، وأما في الصوم: فهو الجزء الأول من اليوم ولم يصادفه أهلاً، فلم يتحقق الموجب.

فإن قيل: لو كان السبب هو الجزء الأول.. لزم أن لا يجب الصوم في ذلك الجزء لوجوب تقدم السبب على المسبب، ولذا قالوا في وقت الصلاة: إن السببية تضاف إلى الجزء الأول؛ فإن لم يؤد عقيبه.. تنتقل إلى ما يلي الشروع ثم وثم إلى آخر الجزء، ففيه تقررت السببية، ولم تنقل إلى ما بعده، مع أن الصّوم واجب في الجزء الأول.. فكيف يكون سببا له؟

قلنا: لزوم تقدم السبب على المسبب إنما هو عند إمكانه كما في وقت الصلاة؛ فإنه ظرف لها، فأمكن تقدم السبب على المسبب فيها، حتى لو لم يمكن فيها أيضاً بأن شرع فيها في الجزء الأول.. سقط اشتراط تقدم السبب على المسبب، وأما عند عدم إمكانه كما في الصّوم؛ فإن وقته معيار له يزيد بزيادته وينقص بنقصانه، فلا يشترط فيه تقدم السبب على الحكم، بل يكتفى فيه بالمقارنة، كيف وقد صرح في «الكشف الكبير» بأن السبب في الصوم مقارن للمسبب؛ فإن قيل: كون الوقت معياراً يقتضي كون السبب هو مجموع الوقت لا الجزء الأول.

قلنا: ليس مرادهم بكون الجزء الأول سبباً: أنه سبب مستقل، بل مرادهم: أن له مدخلاً تاماً في السببية لانتقالها من المجموع إليه، حتى يجب الحكم عند وجوده وإن كان السبب في الحقيقة هو المجموع، هذا عند الجمهور.

وقال شمس الأئمة السرخسي: إنّ السبب في [٢٧٠/ب] الصّوم هو مجموع الليالي والأيّام، لا الأيّام فقط.

بِخِلَافِ الأَخيرينِ.

فعلى هذا: يصح تقدم السبب على المسبب في الصوم أيضاً، فوجوبه في الجزء الأوّل لتقدم السبب؛ أعني الجزء الأول: الليل.

هذا، وقال أبو يوسف: إذا زال الكفر أو الصبا قبل نصف النهار.. فعليهما القضاء لإدراكه وقت النية؛ كمن أصبح ناوياً للفطر، ثم نوى الصوم قبل الزوال.. أجزأه الصوم مع أن نية الفطر منافية للصوم.

قلنا: إن الكافر ليس بأهل في أوّل النهار قبل إسلامه، بخلاف من أصبح ناوياً للفطر؛ فإنه أهل للصوم، ومجرد نية الفطر لا تنافي الصوم حقيقة ما لم يوجد منه المنافي الحقيقي من الأكل وغيره.

ووجه ظاهر الرواية: أن الصوم لا يتجزأ وجوباً، ولا أهلية لهما للوجوب في أوّل الليل، فكذا في باقيه، إلا أن للصبي أن ينوي التطوع حين بلغ قبل نصف النهار دون الكافر؛ لأن الكافر ليس بأهل للتطوع أيضاً، والصبي أهل له قبل البلوغ، كذا في «الهداية».

وذكر في «العناية»: أن الصبي والكافر في صحة نية التطوع قبل الزوال سواء.

(**بخلاف الأخيرين**)، حيث يلزمهما قضاء ذلك اليوم وما مضى؛ سواء أمسكا بقية يومهما أو لا؛ لبقاء أصل الوجوب عليهما، والمتأخر هو وجوب الأداء.

ولو أقام المسافر وطهرت الحائض قبل نصف النهار ولم يفطرا.. لزمهما صوم ذلك اليوم، ولا قضاء عليهما لذلك اليوم، ولو أفطرا.. لا كفارة على ما سبق.

* * *

(فصلٌ)

(فصل)

في بيان ما أوجب العباد على أنفسهم بالنذر

ذكر في «النهاية» عن شيخه: أن النذر لا يصح إلا بشروط ثلاثة في الأصل، إلا إذا قام الدليل على خلافه.

أحدها: أن يكون واجب من جنسه شرعاً.

والثاني: أن يكون مقصوداً لا وسيلة.

والثالث: أن لا يكون واجباً عليه في الحال، أو في ثاني الحال.

فلذلك لم يصح النذر بعيادة المريض؛ لانعدام الشرط الأول، ولا بالوضوء وسجدة التلاوة وتكفين الميت؛ لانعدام الشرط الثاني، ولا بصلاة الظهر وغيرها من المفروضات؛ لانعدام الشرط الثالث.

فإن قلت: يشكل على هذا: النذر بالحج ماشياً، والاعتكاف وإعتاق الرقبة حيث تجب هذه الأشياء بالنذر عندنا، مع أن الحج بصفة المشي غير واجب شرعاً، وكذلك نفس الإعتاق من غير مباشرة سبب موجب الإعتاق غير واجب، وكذلك الاعتكاف غير واجب.

قلت: هذه الصور من المستثنى الذي قام الدليل على وجوبه، بخلاف القياس. انتهى.

يعني: أن هذه الصور مما يقوم الدليل على وجوبها، فيجب بالنذر بدون الشروط المذكورة؛ لأن الشروط قائمة فيها أيضاً؛ لأن الحج ماشياً: من جنسه واجب؛ لأن أهل مكة ومن حولها لا يشترط في حقهم الراحلة، بل يجب المشي على كل من قدر منهم على [٢٧١/أ] المشي، كما صرّح به في «الزيلعي» في آخر الحجّ.

وأما الاعتكاف: وهو اللّبث في مكان مخصوص: من جنسه واجب، وهو القعدة الأخيرة في الصّلاة.

وأما الاعتاق.. فلا شك أنّ من جنسه واجباً وهو الإعتقاق في الكفارة، وأما كونه من غير سبب.. فليس بمراد، كذا في «البحر».

ثم لا بد ههنا من شرط رابع: وهو أن لا يكون مستحيل الكون، حتى لو نذر صوم أمس أو اعتكاف شهر مضى.. لم يصح نذره؛ لعدم إمكانه، ولا ينعقد يميناً أيضاً، وليس كمسألة مسّ السماء؛ لكونه محالاً.

ومن شرط خامس أيضاً: وهو: أن لا يكون المنذور معصية، حتى لا يصحّ نذر المعاصي؛ لكونه منفياً شرعاً، كذا قالوا، واستدلّوا عليه بما روي في «السنن» عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «لا نذر في معصية، وكفارته: كفارةُ يمين»، وقال ابن الهمام: المراد بالنفي في الحديث - وفي قولهم: أنه منفي شرعاً -: نفي جواز الإيفاء بالمنذور نفسه، لا نفي انعقاده؛ لأنه ينعقد لما صرّح به في حديث النسائي عن عمران بن الحصين: سمعت رسول الله ﷺ: «النذر نذران؛ فمن كان نذر في طاعة الله.. فذلك لله تعالى وفيه الوفاء به، ومن كان نذر في معصية الله.. فذلك للشيطان فلا وفاء، ويكفره ما يكفر اليمين» فإيجاب الكفارة في النص يفيد أنه انعقد ولم يلزم الوفاء ولم يلغ، وكذا في حديث عائشة: المنفي هو الوفاء به، لا نفي انعقاده، فكان وزان قوله ﷺ: «لا يمين في قطيعة رحم» مع أنها تنعقد للكفارة.

غير أن الانعقاد في نذر المعصية يكون لأمرين: **أحدهما:** للقضاء فيما إذا كان جنس المنذور مما يخلو بعض أفراده عن المعصية؛ كنذر صوم يوم من الأيام المنهية؛ فإن الصوم وهو جنس المنذور مما يخلو بعض أفراده عن المعصية؛ كصوم غير الأيام المنهية؛ فإذا نذر صوم الأيّام المنهية.. انعقد، فيفطر، ثم يقضي في يوم لا كراهة فيه.

وثانيهما: للكفارة فيما إذا كان جنس المنذور لا يخلو شيء من أفراده عن

المعصية؛ كالنذر بالزنا وبالسّكر: ينعقد لكفارة اليمين.

قال بعض مشايخنا: إنما تنعقد هذه الكفارة إذا قصد به اليمين، وإلا.. فيلغو ضرورة أنه لا فائدة في انعقاده.

وقال ابن الهمام: ومقتضى الظاهر: أن ينعقد مطلقاً للكفارة؛ قصد اليمين أو لم يقصد إذا تعذر الفعل، وعليه مشى أكثر المشايخ.

قال الطحاوي رحمه الله: لو أضاف النذر إلى سائر المعاصي كقوله: «لله عليّ أن أقتل فلانا».. كان يميناً ولزمته الكفارة بالحنث.

وإنما لا يلزم اليمين بلفظ النذر إلا بالنية في نذر الطاعة؛ كالحج والصّلاة والصدقة على ما هو مقتضى الدليل.. فلا تجزئ الكفارة عن الفعل به، وبه أفتى السفدي، وهو الظاهر عن أبي حنيفة.

وعنه أيضاً: أنه رجع عنه قبل موته بسبعة أيام، وقال: تجب فيه الكفارة، قال الإمام السّرخسي: وهذا اختياري؛ لكثرة البلوى به في هذا [٢٧١/ب] الزمان.

قال: وهو اختيار الصدر الشهيد في «فتاواه الصغرى» وبه يفتى.

ثم إذا لم يلزم الإيفاء في نذر المعصية مع انعقاده لو فعل نفس المنذور.. عصى وانحل النذر؛ كالحلف بالمعصية.. تنعقد للكفارة، ولو فعل المعصية المحلوف عليها.. سقطت اليمين وعصى.

قال الشيخ قاسم في «شرح درر البحار»: وأما النذر الذي ينذره أكثر العوام على ما هو مشاهد؛ كأن يكون لإنسان غائب أو مريض أو له حاجة ضرورية، فيأتي مرقد بعض الصلحاء فيجعل سترة على رأسه ويقول: يا سيدي فلان؛ إن ردّ غائبي أو عوفي مريضي أو قضيت حاجتي.. فلك من الذهب كذا، أو من الفضة كذا، أو من الطعام كذا، أو من الشمع كذا، أو من الزيت كذا.. **فهذا النذر باطل بالاجماع**؛ لوجوه:

نذرَ صَوْمَ يومَي العيدِ وَأَيَّامِ التَّشْرِيقِ.. صَحَّ،..............................

منها: أنه نذر لمخلوق، والنذر للمخلوق لا يجوز لأنه عبادة، والعبادة لا تكون لمخلوق.

ومنها: أن المنذور له ميت، والميت لا يملك.

ومنها: إن ظن أن الميت يتصرف في الأمر دون الله.. فاعتقاده ذلك كفر؛ اللهم إلا إن قال: يا الله إني نذرت لك إن شفيت مريضي أو رددت غائبي أو قضيت حاجتي أن أطعم الفقراء الذين بباب السيدة نفيسة، أو الفقراء الذين بباب الإمام الشافعي مثلاً، أو أشتري حصيراً لمساجدهم أو زيتاً أو دراهم لمن يقوم شعائرها... إلى غير ذلك مما يكون فيه نفع للفقراء.. فإنه يجوز؛ لكونه لله تعالى ويصرف للفقراء، كذا في «البحر».

(**نذر صوم يومي العيد وأيام التشريق**) بأن قال: لله علّي صوم يوم النحر، أو قال: صوم يومي العيد، أو قال: أيام التشريق، أو قال: صوم غد، والغد يوم النحر (.. صح) النذر عندنا في جميع هذه الصور.

قال زفر والشافعي: لا يصح، وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة.

هما يقولان: الصوم غير مشروع في هذه الأيام؛ لكونه منهياً عنه، وليس للعبد شرع ما ليس بمشروع كالصوم ليلاً؛ ولأن أدنى درجات النهي: أن يكون المنهي عنه ممنوعاً، والممنوع لا يكون مأذون التحصيل.

ومن شرط صحة النذر: كون المنذور مأذون التحصيل.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: إنه إذا نص على يوم النحر أو التشريق.. فقد صرّح في نذره المنهي عنه.. فلا يصح، وإذا قال: غداً، والغد يوم العيد.. صح نذره؛ لأنه لم يصرّح في نذره المنهي عنه؛ كالمرأة إذا قالت: لله على أن أصوم يوم حيضي.. لم يصح نذرها، ولو قالت: غداً، والغد يوم حيضها.. صح نذرها.

ولنا: أن النهي عن الشرعيات يقتضي أن يكون المنهي عنه متصور الوجود؛ بحيث لو أقدم عليه لوجد، حتى يكون العبد مبتلى بين أن يقدم عليه فيعاقب، وبين أن يكف عنه نفسه فيثاب، ولهذا قال محمد: إن النبي ﷺ نهانا عما يتكون، لا عما لا يتكون؛ لأن النهي عنه لغو، ولا يقال للأعمى: لا تبصر، وإلا.. لزم المنع عن الممتنع، وذلك باطل، فإذا كان متصور الوجود.. صح نذره.

فإن قيل: مجرّد كونه متصور الوجود غير كاف في صحة النذر؛ لأن من شرط صحته [٢٧٢/أ]: كونه مأذون التحصيل، والصّوم في هذه الأيام ممنوع التحصيل.

قلنا: إن الصوم في هذه الأيام من حيث ذاته – أعني: أنه قهر النفس على قصد التقرب -: حسن ومشروع، ومن حيث إنه ترك إجابة دعوة الله تعالى.. قبيح ممنوع، فيصح نذره باعتبار حسنه الذاتي، ويلزمه الإفطار باعتبار قبحه العارضي، ثم يقضيه لصحة أصله.

فإن قيل: إنما صح لحسن قهر النفس أن لو كان قهر النفس في تلك الأيام مأذوناً فيه، وليس كذلك؛ لأنها أيام أكل وإفطار بالنص.

قلنا: إنه مأذون فيه في تلك الأيام من حيث إن قهره لها لاقى الأيام لا الليالي؛ فإن تلك الأيام أيام كسائر الأيام في أصله، وإنما جاء النهي باعتبار ترك إجابة دعوة الله تعالى فيها، وترك الإجابة إنما نشأ من صفة هذه الأيام – أعني: كونها أيام عيد وأكل وشرب - لا من أصلها، فبالنظر إلى أصلها.. يكون مأذوناً فيها في قهر النفس بترك الأكل والشرب على قصد التقرب وإن لم يكن مأذوناً بالنظر إلى وصفها.

فإن قيل: قولنا: «يوم العيد» مثل قولنا: «يوم الحيض للمرأة» من حيث الوصف، والمرأة إذا نذرت أن تصوم يوم حيضها.. لا يصح، فينبغي أن لا يصح النذر بصوم يوم العيد أيضاً.

وَأَفْطَرَ، وَقضى.

وَكَذَا لَو نذرَ صَوْمَ السّنةِ يفْطرُ هَذِهِ الْأَيَّامَ، ويقضيها،........................

قلنا: لا نسلمَ أن الحيض وصف لليوم، بل هو وصف للمرأة لا لليوم، وقد ثبت أن كون المرأة طاهرة من الحيض شرط الصّوم؛ كعدم سبق الأكل، فصار نذر يوم الحيض كما إذا قال: «لله عليّ أن أصوم يوماً أكلت فيه» حتى أنها إذا لم تذكر لفظ الحيض.. يصح وإن كان ذلك اليوم يوم حيضها.

والحاصل: أن الصّوم في هذه الأيام مما لا معصية فيه باعتبار ذاته.. فصح نذره، وإنما المعصية في شروعه.. فلا يصح شروعه.

فإذا شرع.. لزمه الإفطار، ثم القضاء، وإليه أشار بقوله: (**وأفطر**)؛ لعدم صحة شروعه (**وقضى**)؛ لصحة أصله؛ أي: قضى في أيام لا نهي فيها.

قال في «فتح القدير» و«البحر»: أراد بقوله: «أفطر» على وجه الوجوب خروجاً عن المعصية.

وفي «النهاية»: أنه على وجه الأفضلية؛ حيث قال: وهذا الحكم لبيان الأفضل ولصيانة ارتكاب المنهي؛ لأنه لو صامها.. يخرج عن عهدة نذره. انتهى.

(**وكذا**)؛ أي: كما أفطر وقضى فيما إذا نذر تلك الأيام نفسها.. كذلك (**لو نذر صوم السنة**) بأن قال: لله عليّ صوم هذه السنة على ما هو المتبادر منها؛ سواء قاله عن جد أو أراد أن يقول: «صوم يوم» فجرى على لسانه السنة، وكذا إذا أراد أن يقول كلاماً فجرى على لسانه النذر.. لزمه؛ لأن هزل النذر وجِدَّه سواءٌ؛ كالطلاق.

(**يفطر هذه الأيّام**): يوم الفطر، ويوم النحر، وأيام التشريق.

والمراد: يفطر على وجه الوجوب؛ خروجاً عن المعصية، أو على وجه الأفضلية على ما ذكرنا.

(**ويقضيها**) إسقاطاً لما وجب بالنذر؛ لأن النذر بالسمة المعينة نذر بهذه الأيام؛ لأنها لا تخلو عنها، لكنه لا يلزمه قضاء رمضان [٢٧٢/ب] الذي صامه، وإن لم تخلو

السنة عنه أيضاً؛ لأنه لا يصح التزامه بالنذر؛ لأن صومه مستحق عليه بجهة أخرى.. فانتفى الشرط الثالث الذي ذكرناه.

ولو نذرت المرأة صوم السنة.. تقضي مع هذه الأيام: أيامَ حيضها؛ لأن تلك السنة قد تخلو عن الحيض فيصح الإيجاب؛ كما لو نذرت صوم الغد فوافق حيضها.. فإنها تقضيه؛ لجواز خلو الغد عن الحيض.

قال في «الغاية» قولهم: لو قال: «لله عليّ صوم هذه السنة» أفطر الأيام المنهية وقضاها.. محمول على ما إذا نذرها قبل عيد الفطر؛ أما إذا قال في شوال: لله علّي صوم هذه السنة.. لا يلزمه قضاء يوم الفطر، وكذا لو قاله بعد أيام التشريق.. لا يلزمه قضاء يوم العيد وأيام التشريق، بل يلزمه صيام ما بقي من السنة.

وقال في «الزيلعي»: وهذا سهو لأن قوله: «هذه السنة» عبارة عن اثني عشر شهراً من وقت النذر إلى وقت النذر، وهذه المدة لا تخلو عن هذه الأيام، فيكون نذراً بها. انتهى.

وتعقبه في «فتح القدير» وقال: وهذا سهو، بل المسألة كما هي في «الغاية»؛ لأن كل سنة عربية معينة عبارة عن مدة معينة لها مبدأ ومختم خاصان عند العرب: مبدؤها: المحرّم، وآخرها: ذو الحجة؛ فإذا قال: «هذه السنة».. فإنما تفيد الإشارة على التي هو فيها، فحقيقة كلامه: أنه **نذرٌ بالمدةِ المستقبلةِ** إلى آخر ذي الحجة، **والمدةِ الماضيةِ** التي مبدؤها المحرم إلى وقت التكلم، فيلغو في حق هذه المدة الماضية، كما يلغو في قوله: «لله عليّ أن أصوم هذا اليوم: أمس» أو: «أمس هذا اليوم».. لزمه صوم اليوم. انتهى.

ويؤيده ما ذكر في «قاضي خان» و «الخلاصة» حيث قالا: لو قال لله عليّ أن أصوم الشهر.. فعليه صوم بقية الشهر الذي هو فيه. وكذا لو قال: لله عليّ صوم هذه السنة.. يلزمه الصوم من حيث حلف إلى أن تمضي السنة، وليس عليه قضاء ما مضى قبل اليمين من تلك السنة.

ولو قال: لله علّي صوم شهر منكَّراً.. فعليه صوم شهر كامل. انتهى.

فإن الظاهر منه: أن شهر العربي والسنة العربية محدودة بحدّ معين؛ فلو نذرها معرفة.. يصرف إلى ما قبل النذر إلى تمام المدة منها، ويلغو في حق المدة الماضية منها، ولو نذرهما منكراً.. يصرف إلى تمامها.

ولو قال: «لله عليّ صوم سنة» منكراً؛ فإن شرط التتابع بأن قال: متتابعة.. فحكمهُ حكم المعينة بعينها، حتى يلزمه قضاء الأيام المنهية لا قضاء رمضان من تلك السنة؛ لأن السنة المتتابعة لا تخلو عن رمضان كما لا تخلو المعينة، لكنه يقضي تلك الأيام في هذا الفصل موصولاً؛ تحقيقاً للتتابع مهما أمكن، بخلاف الفصل الأول؛ أعني المعينة؛ فإنه يقضيها فيه موصولاً ومفصولاً؛ لعدم اشتراط التتابع فيه نصاً.

وإن لم يشترط التتابع، بل قال: «لله عليّ صوم سنة».. يقضي خمسة وثلاثين يوماً؛ خمسة للأيام المنهية، وثلاثون [٢٧٣/أ] لرمضان؛ لأن السنة المتكررة بلا شرط التتابع يجوز خلوها عن رمضان؛ لأنها اسم لاثني عشر شهراً، لا بقيد كون رمضان وشوال وذي الحجة منها.

وكذا يجوز خلوها عن الأيام المنهية أيضاً؛ لكونها اسماً للأيام المعدودة المعينة، لا بقيد كون يوم الجمعة والإثنين ويوم العيد والتشريق منه، فلم يكن النذر بالسّنة المنكرة بلا شرط التتابع نذراً بتلك الأيام، فيجب عليه قضاء خمسة وثلاثين يوماً.

حتى لو صام تلك الأيّام.. لا يخرج عن العهدة كما خرج في المعينة والتتابع، بل يلزمه إعادتها.

وهل يجب وصل صوم تلك الأيام بما مضى؟

قيل: نعم، وفي «التجنيس»: هذا غلط، بل ينبغي أن يجزئه.

وَلَا عُهْدَةَ لَو صامها.

قال في «فتح القدير»: إذا أفسد يوماً في الواجب المتتابع قصداً كصوم الكفارات والمنذور بشرط التتابع.. لزمه الاستقبال والإعادة، وفي المتتابع ضرورةً؛ كما إذا نذر صوم هذه السنة أو رجب.. لا يلزمه سوى ما أفسده، غير أنه يأثم بذلك الإفساد، كما إذا أفسد يوماً من رمضان وهو واجب التتابع ضرورة.. لا يلزمه قضاء غيره مع المأثم. انتهى.

فظهر منه: أن بين المعيَّنة والمنكَّرة المشروطة بالتتابع فرقاً في الحكم من وجه.

والحاصل: إن ههنا ثلاثة فصول: نذر السنة المعينة، ونذر المنكرة بشرط التتابع، ونذر المنكرة بلا شرط التتابع.

فالأول والثاني متحدان في: لزوم قضاء الأيّام المنهية.

وفي: عدم لزوم قضاء رمضان.

أما لزوم الأوّل.. فلصحة نذرها على ما ذكرناه.

وأما عدم لزوم الثاني.. فلعدم صحة نذره وقد أداه.

وفي: خروج العهدة فيما إذا صامها.

ومختلفان في لزوم الاستقبال بالإفساد في الثاني، وعدم لزومه في الأول.

وأما الثالث: فهو متحد مع الأولين في لزوم قضاء الأيام المنهية، ومخالف لها في لزوم قضاء رمضان أيضاً فيه دونها.

(**ولا عهدة لو صامها**)، أي: لو صام الأيام المنهية في نذر السنة المعينة.

وفي المتكررة المشروطة بالتتابع.. يخرج عن عهدة نذره؛ لأنه أدّاه كما وجب ناقصاً، بخلاف نذر صوم السنة المنكَّرة بلا شرط التتابع؛ فإن صوم الأيام المنهية وكذا صوم رمضان.. لا يجزىء عنه، بل يلزمه قضاء خمسة وثلاثين يوماً على ما ذكرناه آنفاً.

ولو صام في هذه الأيام المنهية بلا سبق نذر منه.. أفطر ولا قضاء عليه عند أبي

حنيفة في ظاهر الرواية، ويقضيها عندهما؛ لأن الشروع ملزم كالنذر عندهما كما في سائر الأيام، والنهي لا يمنع صحة الشروع في حق القضاء، وإنما يمنع في حق الأداء.

وله: أنه مأمور بنقضه في هذه الأيام ولم يجب عليه إتمامه؛ لارتكابه المنهي عنه بنفس شروعه، ووجوب القضاء يبنى على وجوب الأداء، فلم يجب القضاء، بخلاف النذر؛ لأنه لم يكن مرتكباً المنهى عنه بنفس المنذور؛ لأنه إيجاب بالقول في الذمة، وهو أمر عقلي، وجاز للعقل أن يجرد أصل المنذور عن الوصف المنهي عنه، [٢٧٣/ب] فلم يكن مرتكباً له.

وبخلاف الشروع في الصّلاة في الأوقات المكروهة، حيث يجب القضاء في وقت غير مكروه بإفسادها؛ لأن بالشروع فيها في تلك الأوقات لم يكن مرتكباً للمنهي عنه، ولم يتوجه عليه طلب القطع؛ لأن المنهي في تلك الأوقات هو الصلاة، والصلاة عبارة عن مجموع أركان معلومة، فما لم يقطعها.. لا يتحقق؛ لأن وجود الشيء بوجود جميع حقيقته بأن يتم ركعة.

ولهذا لا يحنث به الحالف بأن لا يصلي.. ما لم يتم ركعة؛ فإذا قطعها.. فقد قطع ما لم يُطلب منه قطعه بعد، فيكون مبطلاً للعمل قبل الأمر بالإبطال، فيلزم به القضاء.

بخلاف الصّوم؛ فإنه بمجرد الشروع فيه.. صار صائماً، ولهذا يحنث به الحالف بأن لا يصوم؛ فإذا صار صائماً ارتكب منهياً عنه وهو الصوم، فكان مطلوب القطع، فلا يلزمه القضاء.

وعن أبي حنيفة: إنه لا يلزمه القضاء في الصلاة أيضاً.

والأصح: جواب ظاهر الرواية على ما في «الهداية» وغيرها.

ثُمَّ إِن نوى النّذرَ فَقَط أَو نَوَاه وَنوى أَن لا يكونَ يَمِيناً، أَو لم ينوِ شَيْئاً.. كَانَ نذراً، فَقَط.

وَإِن نوى الْيمنَ وَإِن لَا يكونَ نذراً.. كَانَ يَمِيناً فَحسبُ، فَيجبُ بِالْفطرِ كَفَّارَةُ الْيَمينِ لَا الْقَضَاءُ.

وَإِن نواهما أَو نوى الْيَمينَ فَقَط.. كَانَ نذراً ويميناً، فَيجبُ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ إِن أفطرَ.

فإن قيل: إن وجوب قضائها على ظاهر الرواية مطلق؛ سواء قطعها قبل تقييدها بالسجدة، أو بعد السجدة، وما ذكر في وجهه.. يقتضي عدم وجوب قضائها بعد السجدة، بل تجب لو قطعها قبل السجدة؛ لأنها بعد السجدة مطلوب قطعها؛ لأنها صارت صلاةً، فتوجه عليه قطعها، بخلاف ما قبل السجدة، فكيف يكون أصح؟

قلنا: إنه لما شرع في الصلاة.. وجب عليه إتمامها؛ لعدم كونه مرتكباً للمنهي عنه، وحرم عليه قطعها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ فلما قيدّها بسجدة.. حرم عليه المضي والإتمام؛ لكونه منهياً عنه، فتعارض المحرمان، ومع أحدهما وجوب.. فقدمنا حرمة القطع وقلنا بوجوب القضاء مطلقاً، كذا في «البحر».

(**ثم إن نوى النذر**) - أي: بقوله: «لله عليّ صوم هذه الأيام أو السنة» - (**فقط، أو نواه ونوى**) معه (**أن لا يكون يميناً، أو لم ينو شيئاً**) من النذر واليمين (**.. كان نذراً فقط**) في كل من الوجوه الثلاثة؛ لأنه نذر بصيغته، وقرره بعزيمته، فينصرف إليه عند نية له، وكذا عند الإطلاق.

(**وإن نوى اليمين، وأن لا يكون نذراً.. كان يميناً فحسب**)؛ لأنه محتمل كلامه، وقد عينه بعزيمته ونفى غيره، (**فيجب بالفطر كفارة اليمين**) فقط؛ لكونه يميناً فقط، (**لا القضاء**)؛ لانتفاء موجب القضاء وهو النذر، وشروعه ليس بملزم عنده.

(**وإن نواهما**) - أي: النذر واليمن - (**أو نوى اليمين فقط.. كان نذراً ويميناً**) عند أبي حنيفة ومحمد، (**فيجب القضاء**)؛ لكونه نذراً، (**والكفارة**)؛ أي: كفارة اليمين؛ لكونه يميناً (**إن أفطر**).

وَعِنْدَ أَبِي يوسُف: نَذْرٌ في الأَوَّل وَيَمِينٌ فِي الثَّانِي.

وَلَا يُكرهُ إِتبَاعُ الْفطرِ بِصَوْمِ سِتَّةٍ مِن شَوَّالٍ، وتفريقُها أَبعدُ عَنِ الْكَرَاهَةِ والتَّشَبُّهِ بالنصارى.

وعند أبي يوسف: نذر في الأول) - أي: فيما إذا نوى النذر واليمن معاً - **(ويمينٌ في الثاني)؛ لأن هذا اللفظ: حقيقة في النذر**، فلذا لا يحتاج إلى النية، **مجاز في اليمين**، واللفظ الواحد لا ينتظمها؛ فإذا نواهما.. فالحقيقةُ أولى بالإرادة؛ وإذا نوى يميناً.. تعين مراداً.

ولهما: أن اللفظ نذرٌ بصيغته، يمينٌ بموجبه، أي: لازمه المتأخر؛ كشراء القريب، تمليكٌ بصيغته، تحريرٌ بموجبه [٢٧٤/أ]، ودلالة اللفظ على لازم معناه.. لا تكون بطريق المجاز ما لم يستعمل في ذلك اللّازم، ويراد منه مع قرينة مانعة عن إرادة ما وضع له؛ فإن الدّلالات الإلزامية كلها ليست بطريق المجاز، فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، غير أنه مستعمل فيه من جهتين لا تنافي بينهما، نشأت أحداهما من النذر؛ لأنه يقتضيه بعينه، والأخرى من اليمين؛ لأنه يقتضيه لغيره، وهو صيانة اسم الله تعالى عن الهتك، وكل واحد من المنشأين يجب العمل به مهما أمكن، فجمعناهما عملاً بهما؛ لعدم التنافي بينهما؛ لجواز كون الشيء واجباً لعينه ولغيره.

وقد يقال نصرة لأبي يوسف: إنّ معنى الجمع بين الحقيقة والمجاز هو إرادة المعنى الحقيقي والمجازي معاً، لا كون اللفظ حقيقة ومجازاً؛ فإذا أريد المعنى الحقيقي للصيغة ولازمه المتأخر.. كان جمعاً بين الحيقيقة والمجاز؛ سواء سميت الصيغة مجازاً أو لا.

(ولا يكره إتباع الفطر بصوم ستة من شوال، وتفريقها أبعد عن الكراهة والتشبه بالنصارى)، ومنهم من لا يكره الإتباع على ما في «قاضي خان»؛ لقوله عليه السلام: «من صام رمضان وأتبعه ستاً من شوال.. فكأنما صام الدهر كله»؛ والتشبه ممنوع لوقوع الفصل بيوم الفطر.

* * *

(بَابُ الِاعْتِكَافِ)

هُوَ سنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، ....

باب الاعتكاف

• **هو في اللغة** افتعال من عكف: **متعد** من باب ضرب، فمصدره العكف، **ولازم** من باب قعد فمصدره العكوف.

فالمتعدي: بمعنى الحبس؛ يقال: عكفت الشيء: حبسته، ومنه الاعتكاف في المسجد؛ لأنه حبس للنفس عن التصرفات العادية.

وأما اللازم: فهو بمعنى الإقبال على الشيء؛ يقال: عكف على الشيء عكوفاً: لازمه وواظبه، ومنه قوله تعالى: ﴿يَعْكُفُونَ عَلَىٰٓ أَصْنَامٍ لَّهُمْ﴾.

• **وفي الشرع: هو اللبث في المسجد مع الصوم والنية**، فكان زائداً على اللغوي باشتراط المسجد، والنية، والصوم، وهكذا عرّفه القدوري.

وقال صاحب «الهداية»: أما اللبث.. فركنه، والثلاثة الباقية شرطه.

(**هو سنة مؤكدة**)، قال القدوري: إنه مستحب.

وقال في «الهداية»: والصحيح أنه سنة مؤكدة؛ لأن النبي صل الله عليه وسلم واظب عليه في العشر الأواخر. والمواظبة دليل السنية. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: والحق خلاف كلّ من هذين الإطلاقين، بل الحق أن يقال: الاعتكاف ينقسم **إلى واجب**: وهو المنذور تنجيزاً أو تعليقاً، **وإلى سنة مؤكدة**: وهو اعتكاف العشر الأواخر من رمضان، **وإلى مستحب**: وهو ما سواهما. انتهى.

وهكذا جزم في «الزيلعي» و«كمال الدراية».

ومنه ظهر أن إطلاق المصنف و«الوقاية» و«النقاية» وغيرها بأنه سنة مؤكدة.. خلاف هذا الحق، بل الحق أنه ثلاثة أقسام، فلا بد من بيان كلّ من هذه الثلاثة.

١- **أما السنّة المؤكدة**: فهو اعتكاف العشر الأواخر من رمضان؛ لما رواه البخاري ومسلم عن عائشة: أن النبي ﷺ كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان حتى توفاه الله تعالى، ثم اعتكف أزواجه، وزاد في رواية [٢٧٤/ب]: في كل رمضان؛ فإنه دلّ على مواظبته ﷺ حتى توفاه الله تعالى.

والمواظبة المقرونة بعدم الترك مرّة مع عدم إنكاره على تاركه من الصحابة.. دليل على تأكّده، وقد أشعر تأكدها أيضاً بقولها، «ثم اعتكف أزواجه»، سيما على رواية في كلّ رمضان.

وقال النووي في «شرح مسلم» وابن الملقن في «شرح العمدة»: الإجماع قائم على تأكّد سنّية اعتكاف العشر الأخير من رمضان.

فإن قيل: كيف يصح القول بعدم تركه مرّة وقد ثبت في «الصحيحين»: أنه ﷺ ترك اعتكاف العشر الأخير من رمضان حين رأى خيام أزواجه في المسجد، ثم قضاه في عشر من شوّال؟ وقد أخرج النّسائي وصحّحه ابن حبّان من حديث أبيّ بن كعب: أن النبي ﷺ كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان، فسافر عاماً، فلم يعتكف، فلما كان العام المقبل.. اعتكف عشرين من رمضان.

قلنا: إنما تركه:

لضرورة خوف فوت مقصود الاعتكاف بجميع أزواجه معه في المسجد، على ما ذكره النووي وابن حجر.

والضرورة عذر السفر.

فلا يضر المواظبة؛ لأن السنة ما واظب عليها النبي ﷺ ولم يتركها بلا عذر، فتركه مع العذر لا يضر.

وهل هي سنة مؤكّدة على الكفاية أو على العين؟

ففيه اختلفت عباراتهم: فقال القهستاني في شرح «النقاية»: إنه سنة مؤكّدة مطلقاً.

وقيل: سنة على الكفاية، حتى لو ترك في بلدة لأساؤوا.

وقيل: سنة لا يأثم تاركهُ.

وقال في شرح «الفقه الكيداني»: قيل: ومن سنة الكفاية الاعتكاف. ورد بأنه رواية شاذة، والحقّ: أنه سنة العين. انتهى.

وقال المسكين في «شرح الكنز»: الاعتكاف في العشر الآخر سنة مؤكدة، إلا أنه سنة كفاية؛ كذا سمعت عن شيخي. انتهى.

وقال الشيخ الرومي في مجالسه: الاعتكاف سنة مؤكدة على طريق الكفاية في العشر الأخير من رمضان.

وقال في «الطريقة»: ومن آفات بدن غير مختص بعضو: ترك كلّ سنة مؤكدة؛ كاعتكاف العشر الأواخر من رمضان، والتراويح، والجماعة فيها؛ فإنها سنة على الكفاية.

والمتبادر من سوق كلامه إرجاع الضمير المنصوب إلى كل من الثلاثة، وبعض المحررين أرجعه إلى الجماعة، وجزم بأن الاعتكاف والتراويح سنة على العين، وهو خلاف المتبادر.

ولئن اختلج قلبك كون التراويح سنة مؤكدة على الكفاية.. فاجعل الواو في قوله: «والجماعة» بمعنى «مع» لا للعطف؛ فإن التراويح مع الجماعة سنة على الكفاية.

قلت: ويؤيّد القول بكونه سنة على الكفاية: ما ثبت من ترك أكثر الصحابة في زمن رسول الله ﷺ وبعد وفاته، وكذا ترك أكثر التابعين وتبع التابعين في قرنهم؛ فإنه

لو كان سنة على العين.. لما تركوه، ونحن على حسن الظن بهم، حاشاهم عن ترك السنة المؤكدة على أعيانهم.

٢- **وأما المستحب**، فهو ما عدا المنذور والسنة المؤكدة، ولا يلزم أن يكون في غير العشر الأخير من رمضان على ما أشعره عبارة [٢٧٥/أ] الزيلعي، بل يجوز أن يكون في العشر الأخير من رمضان، وفي غيره أيضاً؛ لأن السنة المؤكدة هي تمام العشر الأخير من رمضان على ما سنحققه، فيكون ما وقع في بعضه من يوم، أو ثلاثة أيام، أو سبعة أيام، من قبيل المستحب، ويؤيّده عبارة ابن الهمام على ما ذكرناه، وإنما قلنا: إن السنة المؤكدة تمام العشر الأخير من رمضان؛ للنقل والعقل.

أما النقل: فلما دلت عليه الأحاديث الصحيحة، ونطقت به أقوال المشايخ.

أما الأحاديث: فلما في «مسلم» و«البخاري» عن عائشة وابن عمر: أن النبي ﷺ اعتكف العشر الأواخر من رمضان؛ فإن لفظ العشر الأواخر بدون «في» نص في المعيارية؛ فيقتضي التكافؤ، وهكذا وقع ألفاظ كثير من الفقهاء كابن الهمام، وما وقع في بعض رواية البخاري: أنه ﷺ اعتكف في العشر الأخير بكلمة «في».. فمحمول على المعيارية أيضاً؛ حملاً للمحتمل على المحكم؛ لأن هذا محتمل، وما رويناه محكم.

وأما أقوال المشايخ.. فلأن ابن الملقن قال في «شرح العمدة» نقلاً عن «التهذيب»: قال ابن القاسم: بلغني أن مالكاً قال: أقل الاعتكاف يوم وليلة، فقال: أقله عشرة أيام، قال: وذلك رأيي لأن النبي ﷺ لم ينقص عن هذا، ثم قال ابن الملقن: قال أبو عمرو: روى ابن وهب عن مالك: في أقله روايتان، ويوم وليلة، وعشر أيّام، وقالوا: تقدير اليوم فيمن نذر اعتكافاً بها، وتقدير العشرة في المسنون.

وأما العقل: فلأن السنة المؤكدة هي ما واظب عليها النبي ﷺ، وما ثبت مواظبته ﷺ: هو اعتكاف تمام العشر الأخير من رمضان على البقية مخصوصة؛ أعني: أنه لا يخرج عنه بلا عذر شرعي، ولم ينقل إلينا من واحد قط أنه اعتكف في

بعضه، من يوم، أو ثلاثة أيام، أو سبعة أيام، دون تمامه، أو على غير تلك الكيفية، بل كل من نقل.. نقل أنه اعتكف تمام العشر الأخير على تلك الكيفية، ولم يتركه إلا مرّتين، وقد قضى تماماً على ما ذكرناه، فيكون الاعتكاف في بعضه، من يوم، أو ثلاثة أيام، أو سبعة، أو على غير تلك الكيفية.. من قبيل المستحب، لا من قبيل السنة المؤكدة؛ لعدم صدق تعريفها عليه؛ لأن بعض الشيء، ليس عين الشيء، على ما صرّحوا به، وإن بعض السنة ليس بسنة على ما صرّح به ابن الهمام عند قول صاحب «الهداية»: وتكرار الغسل إلى الثلاث من سنة الوضوء.

فإن قيل: إن المواظبة على الكل يستلزم المواظبة على الجزء أيضاً، فيصدق عليه تعريف السنة المؤكدة.

قلنا: نعم، إلا أنه مواظبة ضمنية لا قصدية، والسنة المؤكدة: ما واظب عليه قصداً، فلا يصدق عليه التعريف، كيف وإنه لو كان كذلك.. لزم أن يخرج عن عهدة السنة المؤكدة باعتكاف جزء يسير من العشر الأخير، ولم يقل به أحد.

ورواية «الأصل» من أن أقله ساعة.. إنما هي في المستحب، لا في السنة المؤكدة على ما سنبينه.

وكذا ما وقع في عبارة [٢٧٥/ب] «المختار» و«الوقاية» و«النقاية» من أن أقله يوم.. فالمراد به: مستحب.

والحاصل:أن السنة المؤكدة: هو ما فعله ﷺ بطريق المواظبة عليه، والخروج عن عهدتها لا يكون إلّا بإتيانه على وجهٍ صدر عنه ﷺ كمّاً وكيفاً وزماناً، حتى لو خالفه في شيء منها.. لم يكن إتياناً بالسنة المؤكدة، ويدلّ عليه ما قاله ابن الهمام في باب شروط الصلاة: إن معنى السنية: كون النافلة مواظباً عليها من النبي ﷺ؛ فإذا أوقعها في محلّها المخصوص بها.. صدق عليه أنه فعل الفعل المسمّى سنة، وإلا.. فلا.

وَيجبُ بِالنذرِ.

والحاصل:أن وصف السنية: يحصل بنفس الفعل على الوجه الذي فعله ﷺ. هكذا ذكره.

ثـم قـال فـي بـاب النوافـل: إن معنى كـون الشـيء سـنة مؤكـدة: كونـه مفعـولاً للنبي ﷺ على المواظبة في محلّ مخصوص؛ فمن فعل مثل ذلك في وقته.. فقد فعل ما يسمّى بلفظ السنة. انتهى ملخصاً.

وقد ثبت أن اعتكاف النبي ﷺ وقع في تمام العشر الأخير على وجه لا يخرج عنه إلّا لضرورة حاجة الإنسان، فما فعله بعض الناس في زماننا من أنهم يعتكفون في العشر الأخير، ويخرجون بلا ضرورة حاجة لمجرد الإفطار والأكل في بيوتهم، ويمكثـون فيهـا بـلا ضـرورة.. فليس فـي شـيء مـن السـنة المؤكـدة، بـل مـن قبيـل المستحب.

٣- (ويجب بالنذر)؛ منجزاً، أو معلقاً، على ما ذكرناه. وهذا بيان الواجب من أقسامه، وهل يجب بالشروع أيضاً أم لا يجب؟

ففيه اختلفت عباراتهم.

فقـال فـي «قاضـي خـان» و«الخلاصـة» و«البـدائع» و«المختـار» و«الخاينـة»: إنـه يجب بالشروع.

وقـال فـي «البزازيـة» و«النهايـة» و«الكـافي» وشـرح «المجمـع»: إنـه لا يجـب بالشروع، مستدلين عليه بأن كل جزء من اللبث في المسجد غير مغتفر إلى جزء آخر في كونه عبادة؛ لأن اللبث في المسجد وإن قل.. يقع على خلاف العادة، فصلح عبادة بنفسه بدون افتقار إلى جزء آخر؛ فإن قطعه في جزء منها.. لا يكون مبطلاً، بل منهياً.

بخلاف الصوم؛ فإنه إمساك مخصوص، فكل جزء منه مفتقر إلى جزء آخر في كونه عبادة؛ لأن الإنسان لا يخلو عن قليل الإمساك عادة، فكل جزء منه لا يقع عبادة

تامة؛ لكونه على وفق عادته، وإنما العبادة منه ما كان مخالفاً لعادته، وهو الإمساك من طلوع الفجر إلى الغروب، ويمكن التوفيق بينها:

بحمل مراد الفرقة الأولى: على القول بتقدير أقل الاعتكاف النفل باليوم، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهو قوله.

وبحمـل مـراد الفرقـة الثانيـة: علـى القـول بعـدم تقـديره بـاليوم، وهـو روايـة «الأصل».

فيكون النزاع لفظياً؛ ويدل عليه قول صاحب «الاختيار»؛ حيث قال: ويجب بالشروع عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، بناء على أنه لا يجوز عنده إلا بالصوم، فلا يجوز أقل من يوم، وعندهما: يجوز.

وقال في «البحر»: إن القول بوجوبه بالشروع مفرع على قول ضعيف، وهو اشتراط اليوم للتطوع، وأما على القول إن أقل النفل ساعة.. فلا يجب، إلى غير ذلك من عباراتهم [٢٧٦/أ].

وسيأتي من المصنف أيضاً ما يدل عليه؛ حيث قال: ويلزم بالشروع إلا عند محمد، وهل يجب بالنية أيضاً؟

قال في «الخزانة» و«فتح الباري» و«شرح العمدة»: إنه لا يجب بها، وكذا في «النهاية» عن «الذخيرة».

وقال في «البزازية»: لا يجب الاعتكاف إلا بالنذر، والنذر لا يكون إلا باللسان، ولو نذر بقلبه.. لا يلزم، بخلاف النية؛ لأن النذر عمل اللسان، والنية عمل القلب، والنية المشروعة انبعاث القلب على شأنٍ أن يكون لله تعالى. انتهى.

والذي ظهر منه: أنه لا يجب بالنذر القلبي، ويجب بالنية، ويؤيده ما قالوا: إن العزم المصمّم على العمل في قوة الشروع فيه، فيترتب عليه ما يترتب عليه، اللهم،

وَهُوَ اللُّبْثُ فِي مَسْجِدِ جمَاعَةٍ مَعَ النِّيَّةِ.

وَأَقلُّهُ:...

إلا أن يخصص قولهم هذا بالأحكام الأخروية من الثواب والعقاب، لا الدينوية من الوجوب والصحة والفساد.

(وهو) أي: مطلق الاعتكاف لا السنة المؤكدة فقط، وهو ظاهر.. ففيه استخدام (**اللبث في مسجد جماعة**)؛ لقول حذيفة بن اليمان: لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة، وهو الذي يكون له إمام ومؤذن، أديت فيه الصلوات الخمس أو لا.

وعن الحسن عن أبي حنيفة: إنه لا يصح إلا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس؛ لأنه عبادة انتظار الصلاة، فتختص بمكان تؤدى فيه.

وعن أبي يوسف: إن الاعتكاف الواجب لا يجوز أداؤه في غير مسجد الجماعة، وأما النفل.. فيجوز.

(مع النية)؛ لأنها شرط في جميع العبادات.

(**وأقله**)؛ أي: أقل الاعتكاف المستحب على طريق الاستخدام؛ لأن الواجب منه لا يكون أقل من يوم بالاتفاق؛ لاشتراطه بالصّوم، والسنة المؤكدة: لا تكون أقلّ من العشر الأخير بالاتفاق أيضاً على ما ذكرناه.

فإن قيل: كيف يصح القول بأن الواجب لا يكون أقل من يوم بالاتفاق وقد قال في «الخلاصة» و«الزيلعي» و«فتح القدير»: إنه لو أصبح صائماً متطوعاً، أو غير ناوٍ للصوم، ثم قال: «لله علّي أن اعتكف هذا اليوم».. لا يصح نذره، وإن كان في وقت يصح نية الصوم؛ لعدم استيعاب النهار للصوم المنذور.

وعند أبي يوسف: أقله أكثر النهار؛ فإن كان قبل نصف النهار.. لزمه بصومه؛ فإن لم يعتكف.. قضاه، هذا كلامهم.

فظهر منه أن أقل المنذور ليس بمقدر بيوم عند أبي يوسف كأقل المستحب.. فلا تصح دعوى الاتفاق في أقله.

يَوْمٌ عِنْدَ الإِمَامِ.

قلنا: إن أبا يوسف يعد اعتكاف ذلك اليوم من أوّله لا من وقت نذره، كما عدّ صوم ذلك اليوم من أوله لا من وقت نيته، إن لم يوجد منه قبل نذره ما يفسد الاعتكاف، وإلا.. فلا اعتكاف أصلاً في ذلك اليوم.

(**يوم عند الإمام**) وهو رواية الحسن عنه؛ لاشتراطه بالصوم عنده، فلو أفسده قبل تمام يوم وليلة.. فعليه القضاء عنده كالصوم النفل؛ لأنه أبطل ما شرع فيه قصداً.

قال في «النهاية»: إنما لزم القضاء فيه على رواية الحسن لضرورة لزوم القضاء في شرطه وهو الصوم، لا أن يكون الاعتكاف [٢٧٦/ب] التطوعُ لازم الإتمام في نفسه.

وردّه في «فتح القدير»: بأن إفساد الاعتكاف لا يستلزم إفساد الصّوم ليلزم قضاؤه؛ لجواز كونه مما لا يفسد الصوم به؛ كالخروج من المسجد، وغاية ما يصحح بأن يراد: أنه لما فسد.. وجب قضاؤه، فيجب لذلك استئناف صوم آخر ضرورة اشتراطه له، وهذا لا يقتضي أن لزوم القضاء للزومه في الصوم، بل بالعكس.. فلا يلزم القضاء إلا في منذور أفسده قبل إتمامه.

ومقتضى النظر: أنه لو شرع في المسنون - أعني العشر الأواخر - بنية، ثم أفسده.. أن يجب قضاؤه تخريجاً على قول أبي يوسف في الشروع في نفل الصلاة ناوياً أربعاً، لا على قولهما. انتهى.

أقول: بل مقتضى النظر: وجوب قضاء المسنون الذي شرع فيه بنية على قولهما أيضاً؛ لأن السنة المؤكدة هو تمام العشر لا بعضه بالاتفاق، فلو أفسده.. لزمه قضاؤه؛ للخروج عن عهدة ما شرع فيه بنية، بخلاف الشروع في صلاة النفل ناوياً أربعاً؛ فإنه إنما يجب قضاء الأربع فيما أفسده في الشفع الأول عندهما؛ لأن كل شفع صلاة مستقلة لا تتوقف صحة الأولى على الثانية، فلا يجب قضاء الأربع.

وَأَكْثَرُه عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَسَاعَةٌ عِنْدَ محمَّدٍ.

وَالصَّوْمُ شَرطٌ فِي الاِعتكافِ الْوَاجِبِ، وَكَذَا فِي النَّفْلِ فِي رِوَايَةٍ.

بخلاف المسنون من الاعتكاف؛ فإن كل يوم منه ليس بمسنون، بل المسنون هو مجموع العشر بمنزلة الشفع الأول من الأربع من الصلاة، فيجب قضاء الأربع بالاتفاق.

قوله: «فلا يلزم» أي: لا يلزم على ما وجه صاحب «النهاية»؛ لعدم موجب القضاء على هذا التوجيه فيما عدا المنذور، وفيما عدا التطوع الذي فسد صومه.

ثم لا يخفى عليك أن كلام صاحب «النهاية» مبني على أن النفل لا يجب بالشروع، والحق: أنه يجب بالشروع قصداً على ما صرحوا به؛ فإذا وجب بالشروع.. وجب قضاؤه بالإبطال، لا للزوم قضاء شرطه.

(وأكثره عند أبي يوسف)؛ بناءً على أن للأكثر حكم الكل.

(وساعة عند محمد) وهو رواية «الأصل»؛ حيث قال فيه: إذا دخل المسجد بنية الاعتكاف.. فهو معتكف ما أقام فيه تارك له إذا خرج، فلا يشترط فيه الصوم على هذه الرواية، ولا يكون مفسداً بالترك، بل منهياً.

واعلم: أن المشهور أن هذا قول محمد على ما هو الظاهر من لفظ الكتاب، وجعله طائفة من أصحابنا - منهم: شارحي «المبسوط»، والطحاوي، والإمام قاضي خان، وصاحب «الذخيرة» - ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة، واستنبط منه المشايخ وقالوا: إن الصوم ليس بشرط في الاعتكاف النفل في ظاهر الرواية، وفيه كلام سيأتي بيانه.

ثم شرع في بيان اشتراط الصوم فيه فقال: **(والصوم شرط في الاعتكاف الواجب)** أي: بالنذر على ما ذكرناه، **(وكذا)** أي شرط **(في النفل في رواية)**:

قال مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه والثوري وأصحابه: إن الصوم شرط في [٢٧٧/أ] الاعتكاف.

وقال الشافعي وأكثر أصحابه: ليس بشرط فيه أصلاً، لا في المنذور، ولا في غيره.

واحتج عليه:

بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس على المعتكف صوم، إلا أن يجعله على نفسه».

وبما رواه مسلم أنه ﷺ ترك اعتكاف العشر الأخير من رمضان، فاعتكف في العشر الأول من شوال.

وبما رواه البخاري أنه ترك، فلما أفطر اعتكف عشراً من شوال.

وبما رواه البخاري ومسلم: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سأل النبي ﷺ قال: كنت نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال: «فأوف بنذرك».

وبأن الصوم أصل بنفسه، فلا يصح أن يجعله شرطاً تبعاً لما دونه، وبأن المعتكف يدخل عليه الليل وهو معتكف مع أنه لا صوم في الليل.

قلنا: حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما مخالفٌ لمذهبه؛ فإن مذهبه اشتراط الصوم فيه على ما تواتر النقل عنه، فلا يقبل؛ ولأنه ما رفعه عنه إلّا عبد الله بن محمد وهو مجهول، وغيره وقفه عليه، فلا يعارض ما رواه أصحابنا مرفوعاً عن عائشة رضي الله عنهما على ما سيأتي، ولأن الضمير في أن يجعله ليس راجعاً إلى الصّوم، وهو مدار احتجاجهم، بل إلى الاعتكاف، فلا تقوم حجة لهم، بل يكون بياناً أن الصوم شرط في المنذور، وليس بشرط في النفل، ونحن نقول به، ونختص النفل بالمستحب على رواية «الأصل» على ما سيظهر.

وحديث مسلم معارض بما رواه البخاري أنه ﷺ اعتكف في العشر الأخير من شوال؛ ولأن لفظة: «في العشر الأخير» مع «في» لا يقتضي اعتكافه يوم الفطر، وهو مدار احتجاجهم، فيجوز أن يعتكف بعده مع الصوم.

وأما قول البخاري: «فلما أفطر اعتكف».. فقد أجاب عنه بعض أصحابنا بأن المراد: اعتكف في ثاني يوم الفطر؛ **ولئن قيل:** إنَّ مدخول «لما» ملزومٌ لما بعده.. فاقتضى أنه حين أفطر اعتكف بلا تراخ.

قلنا: إنه لا يعارض ما رويناه من أنه اعتكف في العشر الأخير من شوال؛ لأنه محكم، وحديث عمر رضي الله عنه محمول على أنه نذر يوماً، بدليل ما روي عن ابنه أنه نذر أن يعتكف يوماً، وبطلان كون الصوم شرطاً لغيره ممنوع.

كيف، وأن الإيمان أصل بنفسه، وهو شرط لصحة سائر العبادات، وله نظائر في الشرع، وعدم انتقاضه بدخول الليل كعدم انتقاضه بالخروج من المسجد لحاجته، مع أنّ الخروج بفعله، ودخول الليل لا بفعله؛ ولأن الشرط بغير وجوده فيما يمكن وجوده، ولا يمكن في الليل، فلا يضر عدمه، واحتج أصحابنا:

بما أخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا اعتكاف إلّا بصوم».

وبما أخرجه أبو داود عنها موقوفاً عليها قالت: السنة على المعتكف أن لا يعود مريضاً، ولا يشهد جنازة، ولا يمسّ امرأة، ولا يخرج إلا لحاجة، ولا اعتكاف إلا بصوم.

وبما أخرجه أبو داود والنسائي من حديث ابن عمر أن أباه سأل [٢٧٧/ب] النبي ﷺ فقال ﷺ: «اعتكف وصم».

وبما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: من اعتكف.. فعليه الصوم... إلى غير ذلك من الصّحاح، وهذه الأحاديث كلها دلّت على اشتراط الصّوم في مطلق

الاعتكاف منذوراً، أو مسنوناً، أو مستحباً، وكذا قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ على ما سنبينه عند قوله: «ويحرم عليه الوطئ»، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وقالوا - وهو قول أبي حنيفة، وفي رواية «الأصل»: وهو قول محمد على ما هو المشهور -: أقل اعتكاف النفل ساعة، فيكون من غير صوم، وجعل هذه الرّواية بعض أصحابنا ظاهر الرواية من إمامنا الثالث، فقال المشايخ: إن الصوم ليس بشرط في اعتكاف النفل على ظاهر الرواية، ولا يخفى عليك أن هذه الرواية على التقديرين لا مستند لها سوى ما ذكرناه من مستندات الشافعي، وقد عرفت جوابها.

وقال ابن الهمام: إن رواية «الأصل» هو قول محمد، وجعلها طائفة ظاهر الرواية، ولا يحضرني متمسك لهذه الرواية في السنة سوى حديث قِباب أزواج النبي ﷺ المتقدم في أوّل الباب في الرواية القائلة: «حتى اعتكف العشر الأول من شوال». انتهى.

قلت: وقد عرفت الجواب عنه في مستند الشافعي، ثم قال ابن الهمام: ومن مستند الرواية الظاهرة قول محمد في «الأصل»: إذا دخل المسجد بنية الاعتكاف.. فهو معتكف ما أقام فيه، وتاركٌ له إذا خرج، وفيه نظر؛ إذ لا يمتنع عند العقل القول بصحته ساعةً مع اشتراط الصوم له، وإن كان الصوم.. لا يكون أقل من يوم.

وحاصله: إن من أراد أن يعتكف.. فليصم؛ سواء أراد أن يعتكف يوماً أو دونه، ولا مانع من اعتبار شرط [يكون] أطول من مشروطه، ومن أعاده.. فهو بلا دليل، والاستنباط المذكور للمشايخ - أعني: عدم اشتراط الصوم في النفل - غير صحيح بلا موجب؛ فالاعتكاف لم يقدر شرعاً بكمية لا يصح دونها كالصّوم، بل كلّ جزء منه لا يفتقر في كونه عبادة إلى الجزء الآخر، ولم يستلزم تقدير شرطه تقديره لما.. قلنا. انتهى.

وهذا ليس بمخترع محض منه كما زعمه صاحب «البحر»، بل هذا مذهب بعض السّلف، حكاه ابن قدامة على ما صرّح به ابن الحجر، ومراده بقوله: «فالاعتكاف لم يقدر شرعاً بكمية... إلى آخره» هو المستحب، وكذا المراد به في رواية «الأصل» لا ما هو أعم منه ومن المسنون؛ لأن المسنون مقدر شرعاً بعشرة أيام على ما ذكرناه، فظهر منه قوة قول أبي حنيفة، وهو رواية الحسن عنه أن الصوم شرط في النفل أيضاً؛ إذ لا متمسك؛ لعدم اشتراطه فيه إلا أحاديث الشافعي، وقد عرفت الجواب عنها، وإلا قول محمد في «الأصل».

وقد عرفت عدم صحة الاحتجاج به على ما حققه ابن الهمام، فلم يبق الاعتماد إلا على رواية الحسن من تقديره بيوم واشتراطه بصوم، ومنه ظهر ضعف ما في «البحر» أن القول بتقديره بيوم [٢٧٨/أ] واشتراطه بصوم ضعيف، كيف وأن الأدلة كلّها تظاهرت على رواية الحسن على ما ترى.

ثم إن تأملت كلام «الوقاية» و«النقاية» و«المختار» وغيرها.. تجد دلالةً على اشتراط الصّوم في المسنون أيضاً، كما دلت عليه إطلاقات الأحاديث السّابقة.

فإن قيل: الصوم في رمضان لأجل رمضان لا لأجل الاعتكاف، فكيف يكون شرطا له؟!

قلنا: الشرط يعتبر وجوده لا إيجاده قصداً، ولهذا قال في «النهاية»: يشترط وجود ذات الصّوم لا الصوم من جهة الاعتكاف.

وما ذكره في «البحر» من أن الصّوم ليس بشرط في اعتكاف العشر الأخير من رمضان، مستدلاً بقوله: «إن القوم صرّحوا بأنّ الصوم إنما هو شرط المنذور فقط دون غيره..»، فلا يخفى ضعفه؛ لأن القوم إنما صرّحوا اشتراطه في المنذور وعدم اشتراطه في النفّل على رواية «الأصل»، ولم يصرحوا عدم اشتراطه في المسنون، ولا يلزم من عدم اشتراطه في النفل على رواية «الأصل».. عدم اشتراطه في المسنون،

وَالْمَرْأَةُ تعتكفُ فِي مَسْجِدِ بَيتهَا.

وإنما يلزم لو كان النفل في كلامهم.. أعم من المستحب والمسنون، وليس كذلك، بل المراد به هو المستحب على ما بيناه في رسالتنا المفردة في هذا الباب.

لا يقال: إنه قد تقرر في كتب «الأصول» أن عارض شرف الوقت قد أسقط اشتراط الصوم فيما إذا نذر الاعتكاف في رمضان، وإلّا.. لزم التداخل.

ففيما إذا شرعه في العشر الأخير منه بلا نذر.. أولى منه بالإسقاط؛ لأنا نقول: ليس مرادهم أن ذات الصوم سقط عنه، بل مرادهم أنه سقط جهة كونه للاعتكاف؛ لعارض شرف الوقت، وهذه الجهة ليست بشرط، بل الشرط هو ذاته على ما ذكرناه من «النهاية» وقد وجد ذلك.

ويدل عليه ما قالوا: إنه إذا نذر الاعتكاف في رمضان، ثم صامه ولم يعتكف.. لزمه قضاؤه بعده بصوم مخصوص للاعتكاف، فلو سقط ذات الصّوم.. لما لزمه؛ إذ الساقط ذاتاً ووصفاً لا يعود، فدل أنّ ذاته باق؛ فإذا زال المانع عن وصفه - أعني: جهة كونه للاعتكاف - عاد ذلك الوصف؛ إذ الذات لا تنفك عن الوصف ما لم يوجد مانع، وقد زال ذلك.

ثم إذا لم يقض بين رمضانين حتى دخل رمضان آخر.. لا يجوز قضاؤه في ذلك الرمضان؛ لأنه بعد تفويت وقت الأداء يجب عليه قضاؤه موسعاً؛ فإذا قضاه في ذلك الرمضان.. يصير مؤدّياً له ناقصاً بعد عوده إلى الكمال، وما وجب كاملاً.. لا يؤدى ناقصاً ما دام الوقت موسعاً.

(**والمرأة تعتكف في مسجد بيتها**) أي: الموضع الذي عد لصلاتها، وقال الشافعي: لا اعتكاف للرجال والنساء إلا في مسجد جماعة؛ لأنه شرع لتعظيم البقعة، فيختص ببقعة معظمة شرعاً، وهذا لا يوجد في مساجد البيوت.

قلنا: إن موضع اعتكافها هو موضع صلاتها كما في الرجال، وصلاتها في بيتها، فكذا اعتكافها.

وَلَا يَخرُج الْمُعْتَكِفُ ....

وفي «الخلاصة»: المرأة كالرجل، إلا أنها تعتكف في [٢٧٨/ب] مسجد بيتها، ولا تعتكف في مسجد جماعة في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة: إنها إن شاءت.. اعتكفت في مسجد بيتها، وإن شاءت.. في مسجد جماعة، إلا أن مسجد بيتها أفضل من مسجد حيّها، ومسجد حيّها أفضل لها من المسجد الأعظم، ولا تعتكف في بيتها في غير مسجد. انتهى.

ولم يذكر أن اعتكافها في مسجد حيّها أو في المسجد الأعظم مكروه، وقد نص عليه في «قاضي خان» قال: ولا تعتكف المرأة إلا في مسجد بيتها، ولو اعتكفت في مسجد حيّها.. جاز ويكره.

وفي «فتح القدير»: ولا تعتكف المرأة إلا بإذن زوجها؛ فإن لم يأذن لها.. كان له أن يأتيها، وإذا أذن.. لم يكن له أن يأتيها، ولا يمنعها.

وفي الأمة يملك ذلك بعد الإذن مع الكراهة المؤثمة، قال محمد: أساء وأثم.

ولو نذرت المرأة اعتكاف شهر فحاضت.. تقضي أيّام حيضها متصلاً بالشهر، وإلا.. استقبلت؛ لأن مبنى الاعتكاف على التتابع، فلا بد من اعتباره مهما أمكن، وإن لم يشترط صراحة.

(ولا يخرج) ولو لعيادة المريض وصلاة الجنازة؛ لعدم الضرورة المطلقة للخروج على ما في «غاية البيان»، والمراد بمنع الخروج: الحرمة، على ما في «البحر»، عن «المحيط».

(المعتكف) قيده في «البحر»، وفي شرح «النقاية»: بالاعتكاف الواجب، وقالوا: لأنه لو كان نفلاً.. فله الخروج؛ لأنه منة له لا مبطل؛ لعدم كونه مقدراً بيوم.

ولا يخفى عليك أن هذا منهم ترجيح لقول محمد وهو رواية «الأصل»، وقد ذكرنا أن الأرجح قول أبي حنيفة وهو رواية الحسن عنه، فعلى هذا القول.. لا يقيد بالواجب.

إِلَّا لحَاجَةِ الْإِنْسَانِ، أَوِ الْجُمُعَةِ..........................

(إلّا لحاجة الإنسان) من البول والغائط، لما رواه الستة عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف.. يدني إليّ رأسه فأُرَجِّله، وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان. فكان الخروج لحاجة الإنسان مستثنى من العقد؛ لكونها معلومة الوقوع، ولا يمكث بعد فراغه من الحاجة؛ لأن ما ثبت بالضرورة.. يتقدر بقدرها.

وفي «البحر»: إنه لو خرج لحاجة الإنسان، ثم ذهب لعيادة المريض أو لصلاة الجنازة من غير أن يكون لذلك قصداً.. فإنه جائز.

بخلاف ما إذا خرج لحاجة الإنسان ومكث بعد فراغه.. فإنه ينتقض اعتكافه عند أبي حنيفة، قلّ أو كثر، وعندهما لا ينتقض ما لم يكن أكثر من نصف يوم.

ولا يخفى عليك أن هذا مخالف لما نقلنا آنفاً من «غاية البيان» من أنه لا يخرج لعيادة المريض وصلاة الجنازة، والفرق بينها - بالخروج القصدي وغير القصدي - تحكم بعد أن لم تتحقق الضرورة المطلقة للخروج.

(أو الجمعة)؛ لأنها من أهم حوائجه وهي معلوم وقوعها، فيكون مستثنى من العقد أيضاً، وقال الشافعي: الخروج إليها مفسد؛ لأنه يمكنه الاعتكاف في الجامع، فلم تتحقق الضرورة المطلقة لخروجه.

قلنا: إن قوله تعالى: ﴿وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ يتناول المساجد كلها - صلّى فيه الجمعة أو لا، بعد أن صلى الصّلوات الخمس أو بعد، كان له إمام [٢٧٩/أ] ومؤذن - على الخلاف السّابق.. فله أن يعتكف في أيّ مسجد كان، وهو مأمور بالسعي إلى الجمعة، فكان الخروج إليها مستثنى كسائر الحاجات.

وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: المعتكف يخرج للغائط والبول والجمعة، ولا يجوز تركها صيانة للاعتكاف؛ لأنه دونها في الوجوب؛ لأنها واجبة

فِي وَقتٍ يُدْرِكُهَا مَعَ سنَّتها، وَلَا يلبثُ فِي الْجَامِعِ أَكثرَ مِن ذَلِكَ؛ فَإِن لبثَ.. فَلَا فَسَادَ. وَإِن خرجَ سَاعَةً بِلَا عُذرٍ.. فسدَ.

بإيجاب الله تعالى، وهو واجب بإيجاب العبد، وليس للعبد إسقاط ما وجب بإيجاب الله تعالى؛ فيجوز الخروج لها بالضرورة.

(في وقت يدركها مع سنتها)، وفي «الخلاصة»: يأتي الجمعة حين تزول الشمس، فيصلي قبلها أربعاً، وبعدها أربعاً، أو ستاً على الخلاف المعروف، وعن محمد: أنه إن كان منزله بعيداً من الجامع.. يخرج حين يظن أنه يبلغ الجامع عند النداء، وإن كان خروجه قبل الزوال. هو الصّحيح. انتهى.

ففي كلام المصنف إشارة إلى هذا التفصيل.

(ولا يلبث في الجامع أكثر من ذلك) أي: من أداء الجمعة مع سنتها قبلها وبعدها ومع تحية المسجد قبلها على ما في «الهداية»، وهل يصلي الأربع الذي نصلّيه بنية آخر الظهر؟

ولم أر من يصرّح به، بل المصرح في عامّة الكتب ههنا: أنه يصلي الجمعة مع سنّتها أربعاً أو ستاً، وجزم في «البحر» في مواضع أنه لم يصلّها، حتى صرّح بأن هذه الأربع مما لا أصل له في المذهب، بل إنما اختاره المتأخرون بناء على الرواية الغير المختارة.

(فإن لبث)، ولو يوماً وليلةً على ما في «الخلاصة» **(.. فلا فساد)**؛ لأنه موضع الاعتكاف، إلا أنه يكره لأنه التزم الأداء في موضع واحد، فلا يتمه في موضعين بلا ضرورة.

(وإن خرج) المعتكف أو المعتكفة من المسجد، ولو ناسياً أو كرهاً **(ساعة)** من ليل أو نهار **(بلا عذر.. فسد)** اعتكافه عند أبي حنيفة؛ لوجود منافيه، والمنافي قليله وكثيره سواء كالأكل في الصوم، والحدث في الصلاة، وهو: القياس.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يفْسدُ مَا لم يكن أَكثرَ الْيَوْمِ.

فإن قيل: لو كان الأمر كذلك.. لزم أن يؤمر بإسراع المشي، فيما إذا خرج إلى الغائط، لكنه لم يؤمر به، بل يمشي على التأني والبطء، وبقدر البطء يتخلل السكنات بين الحركات على ما عرف في موضعه، وبذلك ثبت قدر من الخروج في غير محل الحاجة، فعلم أن القليل من الخروج عفو لا يضرّ.

أجاب عنه ابن الهمام: بأن عدم المطالبة بالإسراع ليس لجواز الخروج اليسير؛ بل لأن الله تعالى يحب التأني والرفق في كل شيء، حتى طلبه في المشي إلى الصلاة، وإن كان ذلك يفوت بعضها معه بالجماعة، وكره الإسراع ونهى عنه وإن كان محصّلاً لها كلها بالجماعة؛ تحصيلاً لفضيلة الخشوع؛ لأنه يذهب بالسّرعة، والعاكف أحوج إلى الخشوع في عموم أحواله؛ لأنه سلّم نفسه لله تعالى متقيداً بمقام العبودية من الصلاة، والذكر، والانتظار للصلاة، فهو في حال المشي الجائز له داخل في العبادة التي هي الانتظار، والمنتظر للصّلاة داخل في الصلاة حكماً.. فكان محتاجاً إلى تحصيل الخشوع في حال الخروج، فكانت [٢٧٩/ب] تلك السكنات كذلك، فهي معدودة من نفس الاعتكاف لا من الخروج.

(وعندهما لا يفسد ما لم يكن أكثر اليوم)؛ لأن في القليل ضرورة، فيكون مستثنى؛ لأنه لا بدّ له من إقامة حوائجه، بخلاف الكثير؛ فإنه لا ضرورة فيه فيكون مفسداً.

والفاصل بينهما: أكثر من نصف النهار، وهو الاستحسان، كذا في «الهداية».

[وأنا لا أشك أن من خرج من المسجد إلى السوق للهو واللعب من بعد الفجر إلى ما قبل نصف النهار ثم قال: يا رسول الله أنا معتكف.. قال: «ما أبعدك عن العاكفين!!»].

ولا يتم مبنى هذا الاستحسان؛ فإن الضرورة التي يناط بها التخفيف.. هي: الضرورة اللازمة أو الغالبة الوقوع، ومجرّد عروض ما هو ملجئ.. ليس بذلك.

ألا يُرى أن من عرض له في الصلاة مدافعة الأخبثين على وجهٍ عجز عن دفعه حتى خرج منه.. لا يقال ببقاء صلاته كما يحكم به مع السلس مع تحقق الضرورة والإلجاء؟! وسمّي ذلك معذوراً دون هذا.

مع أنهما يجيزانه لغير ضرورة أصلاً؛ إذ المسألة هي: أن خروجه أقل من نصف يوم لا يفسد مطلقاً؛ سواء كان لحاجة أو لا، بل للعب][1].

ثم لا يخفى عليك أن تقييد الخروج بقوله: «بلا عذر» يفيد أنه إذا كان لعذر.. لا يفسد مطلقاً، وعليه مشى «الزيلعي» فيما إذا خرج لانهدام المسجد إلى مسجد آخر، أو لتفرق أهله، أو أخرجه الظالم كرهاً، أو خاف على نفسه، أو ماله من المكارين.. فخرج.

وقال: لا يفسد بالخروج لهذه الأعذار، وحكم بالفساد فيما إذا خرج لجنازة أو لصلاتها ولو تعينت عليه، أو لنفير عام، أو لأداء شهادة أو لإنجاء الغريق أو الحريق.

والذي في فتاوى «قاضي خان» و«الخلاصة»: إن الخروج عامداً، أو ناسياً، أو مكرهاً؛ بأن أخرجه السلطان كرهاً أو الغريم، أو خرج لبول فحبسه الغريم ساعة، أو خرج لعذر المرض، أو لانهدام المسجد.. فسد اعتكافه في جميعها عند أبي حنيفة.

وعلّل «قاضي خان» في الخروج للمرض بأنه لا يغلب وقوعه، فصار كأنه خرج بغير عذر، فلم يصر مستثنى عن العقد؛ فأفاد هذا التعليل الفساد في كل من: عيادة المريض، وحضور الجنازة أو صلاتها ولو تعينت عليه، ومن انهدام المسجد، أو تفرق أهله، ومن إنقاذ غريق أو حريق، أو جهاد عم نفيره، أو لشهادة؛ لأنها مما لم يغلب وقوعه، إلا أنه لم يأثم فيها بالخروج، كما لم يأثم بالخروج للمرض، بل يجب عليه [٢٨٠/أ] الخروج بعد تعينه، كما يجب في الجمعة، إلا أنه يفسد فيها؛ لعدم كونها

(١) في المخطوط: ههنا تقديم وتأخير تعذر ترتيبه، ونقلنا المسألة بحالها من «فتح القدير» (٢/٣٩٦-٣٩٧) تتميماً للفائدة.

مستثناة؛ لندرة وقوعها، بخلاف الجمعة؛ فإنها مستثناة لكون وقوعها معلومة كالبول والغائط، فلا يفسد بالخروج فيها.

والحاصل: أن العذر الذي لا يغلب وجوده، ولا يتعين وقوعه.. مسقط للإثم لا للفساد، وإلا.. لكان النسيان والكره أولى بعدم الإفساد؛ لأنهما عذر، ثبت شرعاً اعتبار صحة بعض الأحكام معهما، مع أنهم صرّحوا أن الخروج ناسياً أو كرهاً مفسد للاعتكاف.

ولا بأس أن يخرج رأسه من المسجد إلى بعض أهله ليغسله ويرجّله كما فعله ﷺ لعائشة رضي الله عنها.

وإن غسله في المسجد في إناء بحيث لا يلوث المسجد.. لا بأس به.

وصعود المئذنة إن كان بابها من خارج المسجد.. لا يفسد في ظاهر الرواية، وقال بعضهم: هذا في حق المؤذن؛ لأن خروجه للأذان معلوم، فيكون مستثنى؛ أما غيره.. فيفسد اعتكافه.

وصحّحه في «قاضي خان» والخلاصة: أنه قول الكل في حق الكلّ.

وفي «فتح القدير»: أن هذا القول أقيس بمذهب.

وعن الفقيه أبي الليث أنه قال: يخرج المعتكف لأداء الشهادة.

وقال ابن الهمام: تأويله: أنه إذا لم يكن شاهد آخر.. فيستوي حقّه، وإلا.. فلا يخرج.

قلت:، وليس مراده أن لا يفسد اعتكافه بالخروج بعد تعيّن الشهادة له؛ لأنه يفسد بهذا الخروج أيضاً لما ذكرناه من عدم كونها غالبة الوقوع، بل مراده: أنه لا يأثم بهذا الخروج، وإن فسد اعتكافه.

ولو أحرم المعتكف بحج.. لزمه؛ إذ لا ينافيه، ولا يجوز له الخروج، إلا إذا خاف فوت الحج، فيخرج حينئذ ويستقبل الاعتكاف.

قال في «النهاية» عن «الذخيرة»: هذا كله في الاعتكاف الواجب؛ بأن أوجب الاعتكاف على نفسه، وأما في اعتكاف النفل، وهو أن يشرع فيه من غير أن يوجبه على نفسه.. لا بأس بأن يخرج بعذر وبغير عذر في ظاهر الرواية؛ فإن اعتكاف التطوع غير مقدر في ظاهر الرواية. انتهى.

وظن بعض الناس أن اعتكاف العشر الأخير من رمضان لا فرق بينه وبين المستحب في الأحكام المذكورة، بناءً على زعم أن لفظ النفل في كلام «الذخيرة» أعم من السنة المؤكدة والمستحب بقرينة تقابله للواجب، وليس كما ظن؛ لأنّا قد ذكرنا أن اعتكاف العشر الأخير بعشرة أيام، لا أقل منه؛ وأنه مشروط بصوم، بخلاف الاعتكاف المستحب.. فإنه غير مقدر بيوم، ولا مشروط بصوم على رواية «الأصل»، فكيف يتحد معه في الأحكام؟!

وإن رواية «الأصل» إنما هي في المستحب، لا في السنة المؤكدة؛ إذ لم يقل محمّد ولا غيره من أئمتنا أن اعتكاف العشر الأخير من رمضان غير مقدر بيوم، كيف وقد ثبت أنه ﷺ لم يترك اعتكاف تمام العشر الأخير مدة عمره إلا مرّتين بعذر، وقد قضاه تماماً على ما ذكرناه؟ فكيف يصح القول أن السنة المؤكدة - أعني: اعتكاف العشر الأخير - مثل المستحب في الأحكام؟!

فإذا ثبت هذا عندك.. فلا يصح حمل كلام «الذخيرة» على الأعم من [٢٨٠/ب] السنة المؤكدة والمستحب، بل مراده بالنّفل: هو المستحب على ما دلّ عليه قوله؛ فإن اعتكاف التطوع غير مقدر بيوم في ظاهر الرواية؛ فإن المسنون من الاعتكاف مقدر بعشرة أيام في جميع الرّوايات؛ فالمسنون: إما مسكوت عنه في كلامه، أو داخل في الواجب، بأن يعم الواجب ما وجب بالنذر وما وجب بالشروع، أي: بأن أوجب على نفسه بالنذر أو بالشروع؛ لأن المسنون يجب بالشروع؛ لكونه مقدراً باليوم في أصل كلام «الذخيرة»: **أن** ما كان مقدّراً باليوم ومشروطاً بالصوم.. يفسد بما ذكر في جميع الرواية.

وَأكلُهُ وشربُهُ

ونومُهُ فِيهِ.

وَيجوزُ لَهُ أَن يَبِيعَ ويبتاعَ فِيهِ بِلَا إِحْضَارِ السِّلْعَةِ.

وَلَا يجوزُ لغيرِهِ.

وأما ما لا يكون مقدراً بيوم، وهو الاعتكاف المستحب على رواية «الأصل».. فلا يفسد بما ذكر؛ لعدم كونه مقدراً بيوم.

ومن الناس من يعتكف العشر الأخير من رمضان ويقول: نويت الاعتكاف على قول الإمامين؛ ظناً منه أنه لا يفسد بالخروج بلا عذر ساعةً فصاعداً على قولهما، ما لم يكن أكثر اليوم، وفساده ظاهر؛ إذ لا مدخل للنية في الفساد وعدمه؛ لأنه متى خرج بلا عذر ساعة.. فسد عنده لا عندهما؛ سواء نوى قول الإمامين أو قول الإمام، أو لم ينو واحداً منهما.

(**وأكله وشربه ونومه فيه**) أي في المسجد؛ لأن النبي ﷺ لم يكن له مأوى إلا المسجد؛ ولأنه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد، فلا ضرورة إلى الخروج.

وقيل: يخرج بعد الغروب للأكل والشرب، وينبغي حمله على ما إذا لم يجد من يأتي له بذلك؛ لأنه حينئذ يكون من حوائجه الضرورية، وهذا أيضاً فيما يقدر بيوم من الاعتكاف.

(**ويجوز له أن يبيع ويبتاع فيه**) أي: في المسجد؛ (**بلا إحضار السّلعة**) فيما إذا كان من حوائجه الأصلية، بخلاف ما إذا كان لمحض التجارة؛ فإنه مكروه ولو بلا إحضار السلعة؛ لعدم الضرورة فيها.

كما يكره إحضار السّلعة فيما إذا كانت من حوائجه.

(**ولا يجوز لغيره**) أي: لغير المعتكف مطلقاً؛ لقوله ﷺ: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراءكم ورفع أصواتكم»؛ ولأنه بني للعبادة لا للتجارة.

وَيحرُمُ عَلَيْهِ الوطءُ ودواعيهِ.

وَيفْسدُ بِوَطْئِهِ وَلَو نَاسِياً، ....

(ويحرم عليه) - أي: على المعتكف - (الوطء)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ﴾، كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع، ثم يغتسلون فيرجعون إلى معتكفهم، فنزلت.

واستدلوا بها على اشتراط الصوم في الاعتكاف بطريق الدلالة؛ لأن الإمساك عن الجماع أحد ركني الصوم؛ فإذا ثبتت شرطية هذا الركن لصحة الاعتكاف بهذا النص.. يلحق به الإمساك عن الأكل والشرب أيضاً؛ لتساوي الأجزاء، فكانت الأحاديث التي رويناها في اشتراط الصّوم بياناً لدلالة هذه الآية.

وظهر منه: اشتراط الصوم في اعتكاف العشر الأخير أيضاً؛ لأن دلالتها على حرمة الجماع لما كانت عامة.. فكذلك دلالتها على اشتراط الصوم سويةً بين الملحق والملحق به، ومنه ظهر ضعف قول من قال: إن اشتراط الصّوم ساقط في اعتكاف العشر الأخير، وقد ذكرناه من قبل. [٢٨١/أ]

(ودواعيه) كاللمس والقبلة؛ لأن الجماع لمّا كان من محظورات الاعتكاف، كما في الإحرام.. التحق دواعيه به، بخلاف الصّوم؛ لأن الكف عن الجماع ركنه لا محظوره، والحظر ثبت ضمناً كيلا يفوت الركن، فلم يتعد إلى دواعيه؛ لأن ما ثبت بالضرورة.. يتقدر بقدرها، ولا يتعدى غيرها؛ ولأنه لو تعدى.. لصار الكف عن الدواعي ركناً أيضاً، والركنية لا تثبت بالشبهة، والحرمة بقيت بها، فبقيت الدواعي على ما كانت عليه من الحل.

(ويفسد بوطئه)؛ أنزل أو لم ينزل (ولو ناسياً)، بخلاف الصوم؛ لأن حالة الاعتكاف مذكّرة؛ كحالة الإحرام والصلاة، وحالة الصّوم غير مذكرة، فيكون النسيان فيه عذراً، حتى لا يفسد صومه بالجماع ناسياً في نهار رمضان، ولا يكون عذراً في الاعتكاف ونحوه.. فيفسد.

أَو فِي اللَّيْلِ، وباللَّمسِ، والقبلةِ والوطءِ فِي غيرِ فَرْجٍ أَيْضاً إِن أنزلَ.

وَإِلَّا.. فَلَا.

(أو في الليل)؛ لأن الليل أيضاً محل للاعتكاف، بخلاف الصوم؛ فإن الليل ليس محلّا له، فلا يفسد صومه بالجماع في الليل.

(و) يفسد أيضاً (باللمس والقبلة والوطء في غير فرج أيضاً) أي: كما يفسد بالوطء في الفرج (إن أنزل)، أي: في هذه الثلاثة؛ لأنها حينئذ تكون في معنى الجماع، فتكون من محظورات الاعتكاف، بخلافه ما لم ينزل.

(وإلا) أي: وإن لم ينزل (.. فلا) يفسد؛ لعدم الجماع أصلاً كما في الصوم، لكنه حرام على ما في «الهداية».

فإن قيل: لمَ لمْ يفسد وإن لم ينزل، بظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ﴾.

أجيب: بأن مجازها وهو الجماع مراد، فتبطل إرادة الحقيقة؛ لامتناع الجمع بينهما.

وتعقبه ابن الهمام بأن الجماع مما صدقات المباشرة؛ لأنه مباشرة خاصّة، فتكون المباشرة بالنسبة إلى القبلة والجماع فيما دون الفرج والمسّ باليد، والجماع في القبل أو الدبر كليهما متواطئاً أو مشككاً، فأيهما أريد به.. كان حقيقةً؛ كما هو كل اسم لمعنى كلي، غير أنه لا يراد به فردان من أفراد مفهومه في إطلاق واحد في سياق الإثبات، وما نحن فيه سياق النهي، وهو يفيد العموم، فيفيد تحريم كلّ فرد من أفراد المباشرة، جماع أو غيره. انتهى.

قلت: لا شك أن المباشرة بجميع أفرادها حرام على المعتكف بهذا النص، ولا يلزم من حرمتها كونها مفسدة؛ لأن علّة الإفساد ليست حرمتها، بل كونها جماعاً ظاهراً أو معنى؛ لأنه هو المنافي، ولم توجد هذه العلة في الأمور المذكورة من أفراد المباشرة وإن كانت حراماً، فلم يكن مفسداً.

وَيُكرهُ لَهُ الصمتُ وَيكرهُ الْكَلَامُ إِلَّا بِخَيرٍ.

وَمن نذرَ اعْتِكَافَ أَيَّامٍ.. لَزِمتهُ بلياليها.

(ويكره له الصمت) قيل: معناه أن ينذر أن لا يتكلم أصلاً؛ كما كان في شريعة من قبلنا.

وقيل: أن يصمت، ولا يتكلم أصلاً من غير نذر.

وقيل: أن ينوي الصوم المعهود، وهو الإمساك عن المفطرات الثلاث مع زيادة أن لا يتكلم، وهو: الظاهر لحديث أبي هريرة رضي الله عنه: نهى النبي ﷺ عن صوم الوصال، وصوم الصمت، والمراد بصوم الصمت على ما روي عن أبي حنيفة: أن تصوم، ولا تكلم أحداً في يوم الصوم.

(ويكره) أيضاً (الكلام إلا بخير)، يريد به أن الكلام بالشر في الاعتكاف أشد حرمة منه في غيره.

(ومن نذر اعتكاف أيام) [٢٨١/ب] بأن قال: «لله عليَّ أن أعتكف عشرة أيام» مثلاً (..لزمته بلياليها) متتابعة، وإن لم يشترط التتابع صراحة، وكذا لو نذر اعتكاف شهر بغير عينه.. لزم اعتكافه بلياليه متتابعة، وإن لم يشترط التتابع؛ لأن مبنى الاعتكاف على التتابع؛ لأن الأوقات كلها ليلها ونهارها قابلة له، فيعتبر فيه التتابع وإن لم يشترط.

بخلاف الصّوم؛ لأن مبناه على التفرق؛ لأن الليالي غير قابلة للصوم، فيجب على التفرق، حتى ينص على التتابع بأن يقول: عليَّ صوم أيام متتابعة.

وأما لزومه مع الليالي؛ لأن ذكر الأيام بصيغة الجمع يتناول ما بإزائها من الليالي إن قرنت بفعل ممتد؛ يقال: ما رأيتك منذ أيام، أي بلياليها، فصار كالأيمان والإجارات والآجال في دخول الليالي؛ فإنه لو قال: لا يكلم فلاناً عشرة أيام أو شهراً، أو أجرت عشرة أيام أو شهراً، أو أجلت شهراً.. يدخل فيها الليالي.

ويعتبر الشهر الغير المعين بالعدد لا بالهلال، كما يعتبر الهلال في الشهر المعين؛ كرجب مثلاً، ثم يبتدأ كلاً من الأيام والشهر المنكرين متى شاء، ولا يلزم اتصاله بالوقت الذي نذر فيه، على ما في «النهاية».

كما لا يلزم الاتصال في قوله: «علي صوم عشرة أيام» بالوقت الذي نذر فيه، بل له أن يعين أي: وقت شاء.

ولو قال: «لله علي اعتكاف عشر ليال».. يلزم اعتكافها بنهارها متابعة على ما ذكرناه بعينه في لزوم التتابع ودخولِ الليالي في قوله: «عشرة أيام».

ولو قال: «لله علّي اعتكاف هذه الأيّام العشرة»، أو هذا الشهر، أو رجب مثلاً.. لزمه اعتكافها بلياليها متابعة أيضاً، إلّا أنه لو أفسد اعتكاف يوم في هذه الصورة؛ أعني: نذر الأيام المعنية والشهر المعين.. يجب عليه إتمام باقي الأيّام والشهر وقضاء يوم أفسده، ولا يلزمه الاستقبال؛ لأن التتابع في هذه الصورة إنما ثبت من مجاورة الأيّام لا بالنذر.

بخلاف نذر الأيام والشهر منكراً؛ فإنه لو أفسد اعتكاف يوم في تلك الصورة.. لزمه الاستقبال، ولا يجزئه قضاء ما أفسد؛ لأن التتابع فيها ثبت بالنذر قصداً، فيراعي فيه صفة التتابع، كذا في «النهاية» و«فتح القدير».

ثم لما دخلت الليالي في نذر اعتكاف الأيام.. لزمه أن يدخل في معتكفه قبل غروب الشمس من أوّل ليلة، ويخرج منه بعد غروب الشمس من آخر أيامه.

بخلاف ما لو نذر اعتكاف يوم بأن قال: «لله علي اعتكاف يوم».. فإنه لزمه يوم فقط، ولا يدخل ليلته، فيدخل المسجد قبل الفجر ويخرج بعد الغروب.

وإن نوى الليلة معه.. لزماه.

ولو نذر اعتكاف ليلة.. لم تصح؛ سواء نواها فقط، أو لم يكن له نية أصلاً.

وَإِن نذرَ يَوْمَيْنِ.. لزماه بليلتهما، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِي اللَّيْلَةِ الأُولى مِنْهُمَا.

وَإِن نوى النُّهُرُ خاصَّةً.. صحت.

(وإن نذر يومين.. لزماه بليلتهما) في ظاهر الرواية؛ لأن في المثنى معنى الجمع، لما فيه من اجتماع فرد وفرد، ولذا قال ﷺ: «الإثنان فما فوقهما جماعة»، فيلحق بالجمع احتياطاً في أمر العبادة، بخلاف الجمعة عند أبي حنيفة، حيث لم يلحق المثنى فيها بالجمع؛ لعدم الاحتياط [٢٨٢/أ] ثمة؛ لأن الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين، وذلك في الإلحاق ليس بيقين؛ لأن الجماعة في الجمعة شرط على حدة بالاتفاق، وفي كون التثنية بمعنى الجمع تردد.

وأما في الاعتكاف.. ففي إلحاقه بالجمع خروج عن العهدة بيقين.

ولو نذر ليلتين.. صح نذره؛ إذ لم ينو الليلتين خاصة، بل نوى اليومين معهما، على ما في «فتح القدير».

(خلافاً لأبي يوسف في الليلة الأولى منهما) أي: من يومين؛ لأن المثنى غير الجمع كالمنفرد، فلا تدخل الليلة الأولى، وفي المتوسط ضرورة الاتصال فيدخل، وهذه الضرورة منتفية في الليلة الأولى.

فإن قيل: فعلى هذا يرد عليه أنه لما كان المثنى غير الجمع عنده.. لزمه أن لا يكتفي بالمثنى سوى الإمام في الجمعة مع أنه اكتفى على ما مر.

أجيب: بأن في الجمعة معنى زائداً لم يوجد في غيرها، وهو: أنها سميت جمعة لمعنى الاجتماع، وفي التثنية يوجد ذلك المعنى؛ كما في الجمع.

(وإن نوى النُهر) - جمع النهار - أي: لو نوى بقوله عشرة أيام مثلاً النهار (خاصة.. صحت)؛ لأن اليوم؛ إما مشترك بين بياض النهار وبين مطلق الوقت، أو حقيقة في البياض مجاز في المطلق.

فعلى التقدير الأول: قد عين بالنية أحد محتملي اللفظ المشترك.

وَيلْزمُ التَّتَابُعُ وَإِن لم يلتزمه.

وعلى الثاني: إن ذكر الأيام على سبيل الجمع.. كان صارفاً له عن حقيقته، على ما ذكرناه في دخول الليالي، فاحتاج إلى النية، وإن كان المنوي حقيقة اللفظ دفعاً للصارف عن الحقيقة لا للدلالة عليها.

وفيه إشارة إلى أنه لو نوى بالأيام الليالي خاصة.. لم تصح نيته، ولزمه الليالي والنهر؛ لأنه نوى ما لا يحتمله اللفظ، كذا في «البحر» عن «البدائع».

وقال في «النهاية»: وهذا بخلاف ما لو أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه، فنوى الأيام دون الليالي، أو الليالي دون الأيام.. لا يصح؛ لأن الشهر اسم أحد وثلاثين يوماً وثلاثين ليلة، أو [ثلاثين يوماً و] تسعة وعشرين ليلة، وليس باسم عام، واسم العدد لا ينطلق على ما دون ذلك العدد أصلاً؛ كاسم العشرة لا ينطلق على الخمسة، لا حقيقةً ولا مجازاً.

أما لو قال: شهراً بالنُّهر دون الليالي.. لزمه؛ كما قال: عملاً بظاهر لفظه، أو استثنى فقال: شهراً إلا الليالي؛ لأن الاستثناء تكلُّمٌ بالباقي بعد الثُّنيا، فكأنه قال: ثلاثين نهاراً.

ولو استثنى الأيام.. لا يجب عليه شيء؛ لأن الباقي الليالي المجردة، فلا تصح فيها لمنافاتها شرطه، وهو الصوم، كذا في «فتح القدير».

(ويلزم التتابع) أي: تتابع الأيام والليالي في قوله: «لله على اعتكاف عشرة أيام، أو اعتكاف شهر، أو اعتكاف هذه العشرة، أو بهذا الشهر، أو شهر رجب» يعني: يلزمه التتابع؛ سواء نذر أياماً، أو شهراً؛ معينةً أو غير معينة.

(وإن) - وصلية - (لم يلتزمه) أي: التتابع، أي: بذكره قصداً، لكنه يلزم في غير المعينة من الأيام والشهر بالنذر قصداً، وفي المعينة منهما؛ لضرورة مجاورة [٢٨٢/ب] الأيام لا قصداً بالنذر، حتى لو أفسد يوماً.. لزمه الاستقبال في غير المعنية لا في المعينة على ما ذكرناه آنفاً.

والأصل ههنا: أنه متى دخل في منذور. بالليل والنهار.. يلزمه متتابعاً؛ سواء شرط التتابع أو لا؛ كنذر اعتكاف الأيام، أو الشهر؛ معيناً أو غير معين.

ومتى لم يدخل الليل في منذوره.. لا يلزمه التتابع؛ كنذر صوم شهر، حتى لو قال: «لله علي أن أعتكف شهراً».. لزمه اعتكاف شهر بالليالي والنهر متتابعاً في ظاهر الرواية.

بخلاف ما إذا نذر أن يصوم شهراً.. فإنه لا يلزمه التتابع على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة».

لكن قال في الحسن الثالث في النذر من إيمان «الخلاصة»: لو قال: «لله علي صوم شهر»؛ **إن قال:** صوم شهر بعينه؛ كرجب.. يجب عليه التتابع، ولو أفطر يوماً.. لا يلزمه الاستقبال؛ كما في رمضان، وإنما يلزمه القضاء فقط.

وإن قال: «لله علي صوم شهر» ولم يعين؛ إن قال: متتابعاً.. لزمه متتابعاً، وإن أطلقه.. لا يلزمه التتابع.

وفي الاعتكاف يلزمه بصفة التتابع في المعين وغير المعين.

ثم في الصوم والاعتكاف: إن أفسد يوماً، إن كان شهراً معيناً.. لا يلزمه الاستقبال، وإن كان غير معين.. لزمه الاستقبال في الصوم إن ذكر التتابع، وفي الاعتكاف مطلقاً؛ ذكر التتابع أو لم يذكر.

وعلّله في «المبسوط»: بأن إيجاب العبد معتبرٌ بإيجاب الله تعالى.

وما أوجب الله تعالى متتابعاً؛ إن أفطر فيه.. لزمه الاستقبال؛ كصوم الظهار، والقتل، والإطلاق في الاعتكاف؛ كالتصريح بالتتابع، بخلاف الإطلاق في نذر الصوم.

والفرق بينهما: أن مبنى الاعتكاف على التتابع لقابلية الليل له، فلا يجوز تفريقه إلا بالتنصيص عليه، والصوم على التفرق؛ لعدم قابلية الليل له، فلا يجب فيه التتابع

وَيلْزَمُ بِالشُّرُوعِ إِلَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

إلا بالتنصيص عليه.

(ويلزم) أي: الاعتكاف (بالشروع) حتى يقضيه إن أفسده.

أما عند أبي حنيفة: فلأن أقله مقدر بيوم على ما مر، فالقطع فيما دونه إبطال.

وأما عند أبي يوسف: فلأنه مقدر بأكثره عنده، فكان في حكم الكل.

(إلا عند محمد)؛ لأنه غير مقدر عنده بيوم على ما هو رواية «الأصل»، فمتى قطعه.. كان مُنْهياً له لا مبطلاً، وقد ذكرنا ما يتعلق به في أول الباب.

ولو نذر اعتكاف رمضان؛ فإن أطلقه.. لزمه في أي رمضان شاء، وإن عينه.. لزمه فيه بعينه، فلو صامه ولم يعتكف.. لزمه قضاؤه متتابعاً بصوم مقصود للنذر عند أبي حنيفة ومحمد، وفي رواية عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى عنه: إن تعذر قضاؤه.. فلا يقضي. ولا يجوز أن يعتكف عنه في رمضان آخر بالاتفاق.

ولو لم يصم ولم يعتكف.. جاز أن يقضي الاعتكاف في صوم القضاء، على ما في «الأصول».

* * *

(كتاب الحج)

(كِتابُ الْحَجِّ)

هُوَ زِيَارَةُ مَكَانٍ مَخْصُوصٍ، فِي زَمَانٍ مَخْصُوصٍ، بِفعلٍ مَخْصُوصٍ.

فرضٌ فِي الْعُمُرِ مرَّةً، ....

(كتاب الحج)

(هو) في اللغة: القصد إلى معظَّم، وفي الشريعة: (**زيارة مكان مخصوص**) أي: الكعبة المعظمة شرفها الله تعالى؛ (**في زمان مخصوص**)؛ أعني: أشهر الحج، (**بفعل مخصوص**) [٢٨٢/أ] من التلبية والطواف والوقوف وغيرها.

واعلم: أن للحج سبباً، وشرطاً للأداء، وشرطاً للوجوب.

أما الأوّل: فهو البيت المعظَّم؛ بدليل إضافته إليه في قوله تعالى: ﴿حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾، وإليه أشار بقوله: «زيارة مكان مخصوص»، والإضافة في حجة الإسلام مجاز.

وأما الثاني: فهو الإحرام والمكان والوقت، أعني: أشهر الحج: شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة، وذكر بعضهم بدل الإحرام النية؛ لاستلزامه النية وغيرها على ما سيأتي.

فإن قيل: لو كان الأشهر شرطاً للأداء.. لزم جواز الحج في أول شوال، ولكنه لم يجز.

قلنا: إنما لم يجز ذلك؛ لأن الحج لما كان له أركان مختلفة.. شرع أداء كل منها في وقت مخصوص ومكان مخصوص، لا يجوز تقديم واحد منها على آخر، ولا على وقته المخصوص، ولا في غير مكانه، حتى لو قدم.. لبطل، ولم يجز في أوّل شوال؛ لعدم كونه شرطاً.

وأما الثالث: فسيأتي تفصيله.

(فرض) لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾، (في العمر مرة)؛ لقوله ﷺ حين قيل له: الحج في كلّ عام، أو مرة واحدة؟ قال: «لا، بل مرة، فما زاد.. فهو

على الْفَوْرِ، خلافاً لمُحَمدٍ.

متطوع»؛ ولأنه سببه البيت، وإنه لا يتعدد، فلا يتكرر الوجوب.

(**على الفور**) عند أبي يوسف ، وعن أبي حنيفة: ما يدلّ عليه؛ حيث سُئِلَ عمن له [مال] أيحج به أم يتزوج؟! فقال: بل يحج به؛ **فإن إطلاق الجواب بتقديم الحج**، مع أن التزوج قد يكون واجباً في بعض الأحوال، **دليل على أن الحج لا يجوز تأخيره**، والوجه فيه: ما رواه ابن ماجه مرفوعاً قال: «من أراد الحج.. فليتعجل»؛ ولأنه يختص بوقت مخصوص، والموت في سنة واحدة غير نادر، فيتضيق الوجوب.

فإن قيل: هذا يناقض ما اتفقوا عليه، من أنه فرض في العمر مرة، حتى لو أتى به في السنة الثانية.. لكان أداءً بالاتفاق لا قضاء، والتضييق ينافيه.

قلنا: حكم أبي يوسف بالتضييق ليس لانقطاع التوسع بالكلّية، بل للاحتياط، ولهذا كان التعجيل أفضل بالاتفاق، بخلاف وقت الصلاة؛ لأن الموت في مثله نادر، فلا يتضيق فيه أصلاً.

(**خلافاً لمحمد**) وهو قول الشافعي، هو يقول: فرض على التراخي؛ لأنه وظيفة العمر، فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة، ولهذا ينوي الأداء في العام الثاني؛ ولأنه ﷺ حج في سنة عشر، وكان فرض الحج في سنة ست، ولو كان على الفور.. لما أخره، لكن التراخي عند محمد شرط أن لا يفوته بالموت؛ فإن فوته.. يأثم عنده، وعند الشافعي لا يأثم.

قلنا: إن ما نزل في سنة ست قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾، وهذا دليل على إتمام ما شرع فيه، وليس في ذلك دليل على الإيجاب من غير شروع، وإنما فرض بقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾، وهي نزلت سنة تسع، وتأخيره إلى العاشرة؛ إمّا؛ لأنها نزلت بعد فوات الوقت، أو للخوف من المشركين على أهل المدينة؛ إذ كان لهم قرب عهد في ذلك الوقت، ونحن نقول بصحة نية الأداء في العام الثاني، ولا دلالة فيها على التراخي.

[مطلب: شرائط وجوب الحج]

بِشَرْطِ: إِسْلَامٍ، وحرِّيَّةٍ،..........

ثم [٢٨٢/ب] كون ما ذكر مذهب محمّد هو المشهور.

وقال الشيخ أبو الفضل في «إشارات الأسرار»: قال محمد والشافعي: الحج يجب موسّعاً يحلّ فيه التّأخير، إلا إذا غلب على ظنه أنه إذا أخّر يفوت.

ثم ذكر في آخر كلام محمّد أنه إذا مات قبل أن يحج؛ فإن كان فجأة.. لم يلحقه إثم، وإن كان بعد ظهور أمارات.. يشهد معها قلبه بأنه لو أخر يفوت.. لم يحلّ له التأخير ويصير مضيّقاً عليه لقيام الدليل؛ فإن العمل بدليل القلب عند عدم وجود دليل فوقه واجب، هكذا ذكره صاحب «الكشف».

ثم قال: ما ذهب إليه محمد من تجويز التأخير بشرط سلامة العاقبة - أعني: شرطه أن لا يفوته بالموت، على ما ذكره الشيخان فخر الإسلام البزدوي، وشمس الأئمة السرخسي - مشكل؛ لأن العاقبة مستورة، فلا يمكن بناء الأمر عليها، فالصحيح من قول محمد ما ذكره أبو الفضل، أعني: أنه لا يأثم بالتأخير ما لم يغلب الظن بالفوت، وإذا غلب الظن به.. يكون مضيقاً، كما قاله أبو يوسف.

[مطلب: شرائط وجوب الحج]

ثم شرع في بيان **الثالث**، أعني: شرط الوجوب، فقال:

(بشرط إسلام) لا يجب على الكافر؛ لعدم أهليته؛ ولأنه غير مخاطب بالفروع عندنا.

(وحرية) فلا يجب على العبد، ولو مدبراً، أو أم ولد، أو مكاتباً، أو مبعضاً، أو مأذوناً له في الحج، ولو بمكة؛ لإطلاق قوله ﷺ: «إيما عبد حج، ولو عشر حجج، ثم أعتق.. فعليه حجة الإسلام»، أي: لو قدر عليه، ولأنه لا ملك له، فلا قدرة؛ ولأنه مشغول بخدمة مولاه، ولو اشتغل بالحج.. لفات حق المولى في مدة طويلة، وحق

وعقلٍ، وبلوغٍ، وَصِحَّةٍ، وقدرةِ زَادٍ ....

العبد مقدّم على حق الله تعالى؛ لعدم احتياجه وهو محتاج إليه، بخلاف الصلاة والصّوم؛ فإن وقتهما يسير، ولا يحتاج فيهما إلى المال والمولى إن أذنه بالحج.. فقد أعاره منفعة نفسه، وهي ملك المولى، والحج لا يجب بقدرة عارية.

(وعقل)؛ فإنه شرط لصحة جميع التكاليف.

(وبلوغ) لقوله ﷺ: «أيما صبّي حجّ ثم بلغ.. فعليه حجة الإسلام»، واختلف في المعتوه؛ قيل: لا يجب عليه، واختاره فخر الإسلام؛ لوضع الخطاب عنه كالصبي.

وقيل: يجب احتياطاً، واختاره صاحب «التقويم».

(وصحّة)، أي: صحة الجوارح؛ إذ لا استطاعة بدونها والتكليف بحسبها، فالمقعد، والمفلوج، والمريض، والأعمى، والزَّمِن، ومقطوع الرجلين، والشيخ الذي لا يثبت على الراحلة بنفسه، والمحبوس، والخائف من السلطان بحيث يمنع من الخروج، إذا قدروا على الزاد والراحلة.. لا يجب عليهم الحج، ولا الإحجاج بمالهم، ولا الإيصاء به في المرض إن لم يسبق الوجوب هذه الأمراض، والشيخوخة بأن لم يملك ما يوصله إلّا بعدها، كذا في «فتح القدير».

وهذا في ظاهر الرواية عن صاحبيه: يجب الحج على هؤلاء إذا ملكوا الزاد، والرّاحلة، ومؤنة من يرفعهم ويضعهم ويقودهم [٢٨٣/أ] إلى المناسك؛ فإذا أوجب عليهم الحج إذا ملكوا ذلك.. وجب عليهم الإحجاج.

فلو أحجوا عنهم وهم آيسون من الأداء بالبدن، ثم صحّوا.. وجب عليهم الأداء بأنفسهم، وظهرت نفلية الأوّل؛ لأنه خلف ضروريّ، فتسقط عبارة «بالقدرة على الأصل».

(وقدرة زاد)، زاد المسافر: طعامه المتخذ لسفره، على ما في «المصباح»، والمراد به ههنا: نفقته ذاهباً وجائياً بلا تقتير، ولا إسراف، وهو معتبر في حق كل شيء بما يصح به بدنه في أكله وشربه، والناس متفاوتون فيه.

وراحلةٍ، ....

(وراحلة) هي: المركب من الإبل في اللغة، قال في «البحر»: وفيه إشارة إلى أنه لو قدر على غير الراحلة من بغل أو حمار.. فإنه لا يجب، ولم أره صريحاً، وإنما صرّحوا بالكراهة. انتهى.

فيه أن اشتراط الراحلة إنما هو لدفع الحرج والمشقة عنه، لا لذاتها، حتى لا تشترط على أهل مكة؛ لعدم المشقة في حقهم، ودفع المشقة موجود في البغل والحمار أيضاً.

قال في «الهداية»: ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة، وهو قدر ما يكتري به شق محمل، أو رأس زاملة إن أمكنه أن يكتري عقبه.. فلا شيء عليه؛ لأنهما إذا كانا يتعاقبان عليها مرحلة مرحلة.. لم توجد القدرة على الراحلة في جميع سفره.

هذا، وقال في «فتح القدير»: ينبغي أن يحمل قوله: «شق محمل أو رأس زاملة» على التوزيع؛ ليكون الوجوب يتعلق بمن قدر على رأس زاملة بالنسبة إلى بعض الناس، وبالنسبة إلى بعض آخرين لا يتعلق إلا من قدر على شق محمل؛ لأن حال الناس مختلف ضعفاً وقوة وجلداً ورفاهية، فالمرفّه: لا يجب عليه الحج إذا قدر على رأس زاملة، وهو الذي يقال في عرفنا: راكب مقتّب؛ أي: البعير الذي يحمل عليه متاع المسافر لأنه لا يستطيع السفر بذلك، بل قد يهلك؛ لضعف بدنه، فلا يجب في حق هذا الشخص، إلا إذا قدر على شق محمل؛ لأن الراكب يكفي أحد جانبي المحمل؛ ومثل هذا يقال في الزاد أيضاً.

فليس كل من قدر على ما تيسر من خبز وجبن دون لحم قادراً على الزاد، بل ربما يهلك مرضاً بمداومته ثلاثة أيام إذا كان مترفّهاً، معتاد اللحم والأطعمة المترفهة؛ بل لا يجب على مثل هذا، إلا إذا قدر على ما يصح معه بدنه.

ثم المراد: قدرته على الزاد والراحلة في أشهر الحج أو وقت خروج أهل بلده، لا قبله، ولا بعده، حتى لو ملكها قبله.. فله أن يصرفها إلى حيث شاء، حتى لم يبق له شيء عند خروجهم، على ما في شرح «النقاية» عن شرح «الطحاوي»، وليس يلزم

عليه الحج، على ما في «التبيين»؛ ولهذا قال في التفسير: إذا كان له مال يكفي للحج، وليس له مسكن، ولا خادم، أو خاف العزوبة، فأراد أن يتزوج، وصرف الدراهم إلى ذلك:

إن كان قبل خروج أهل بلده إلى الحج.. يجوز؛ لأنه لم يجب الأداء بعد.

وإن كان وقت الخروج.. فليس له ذلك؛ لأنه قد وجب عليه.

وقال في «فتح القدير»: وشرط وجوبه: الإسلام، حتى لو ملك ما به الاستطاعة حال كفره، ثم أسلم بعدما افتقر.. لا يجب عليه شيء بتلك الاستطاعة، بخلاف ما لو ملكه مسلماً، فلم يحج حتى افتقر، حيث يتقرر الحج في ذمته ديناً عليه.

والحرية والعقل والبلوغ أيضاً، [٢٨٣/ب] فلا يجب قبل أشهر الحج، حتى لو ملك ما به الاستطاعة قبلها.. كان في سعة من صرفها إلى غيره، وأفاد هذا قيداً في صيرورته ديناً إذا افتقر، هو: أن يكون مالكاً في أشهر الحج، فلم يحج.

والأولى أن يقال: إذا كان قادراً وقت خروج أهل بلده؛ إن كانوا يخرجون قبل أشهر الحج لبعد المسافة، أو قادراً في أشهر الحج إن كانوا يخرجون فيها ولم يحج حتى افتقر.. تقرر ديناً، وإن ملك في غيرها وصرفها إلى غيره.. لا شيء عليه.

واقتصر في «الينابيع» على الأول فقال: ولا يجب إلا على القادر وقت خروج أهل بلده؛ فإن ملكها قبل أن يتأهب أهل بلده للخروج.. فهو في وسعة من صرفها حيث شاء؛ لأنه لا يلزمه التأهب في الحال.

وما ذكرناه أولى؛ لأن هذا يقتضي أنه لو ملك في أوائل الأشهر وهم يخرجون في أواخرها.. جاز له إخراجها، ولا يجب عليه الحج. انتهى ما في «فتح القدير».

ثم القدرة على الزاد: لا تثبت إلا بالملك لا بالإباحة.

والقدرة على الراحلة: لا تثبت إلا بطريق الملك أو الإجارة، لا بالعارية والإباحة.

وَنَفَقَةِ ذَهَابِهِ وإيابه، فضلت عَن حَوَائِجِهِ الْأَصْلِيَّةِ، ....

فلو وهب له مال ليحج به.. لا يجب عليه قبوله؛ سواء كان الواهب ممن تعتبر منته كالأجانب، أو لا تعتبر كالأبوين والمولودين؛ لأن شرائط أصل الوجوب لا يجب عليه تحصيلها عند عدمها.

(ونفقة ذهابه وإيابه فضلت) أي: كل من الزاد والراحلة **(عن حوائجه الأصلية)** من مسكنه، وفرسه، وسلاحه، وثيابه، وعبد خدمته، وآلات حرفته، وقضاء ديونه، وأثاث بيته.

ولو كان له دار يستغني عن سكناه.. يجب بيعه ليحج به؛ لأنه ليس مشغولاً بالحاجة الأصلية، بخلاف ما إذا كان سكنه وهو كبير، يفضل عنه حتى يمكنه بيعه والاكتفاء بما دونه ببعض ثمنه: ويحج بالفضل؛ فإنه لا يجب بيعه لذلك.

كما لا يجب بيع مسكنه والاقتصار على السكنى بالإجارة اتفاقاً، بل إن باع واشترى قدر حاجته وحجّ بالفضل.. لكان أفضل.

والعبد الذي لا يستخدمه والمتاع الذي لا يمتهنه كالدار التي لا يسكنها.. يجب بيعها والحج بها.

وقال في «قاضي خان»: وقال بعض العلماء: إن كان الرجل تاجراً يعيش بالتجارة، فملك مالاً مقدار ما لو دفع عنه الزاد والراحلة لذهابه وإيابه، ونفقة أولاده وعياله من وقت خروجه إلى وقت رجوعه، ويبقى له بعد رجوعه رأس مال التجارة التي كان يتجر بها.. كان عليه الحج، وإلا.. فلا.

وإن كان محترفاً: يشترط لوجوب الحج أن يملك الزاد والراحلة ذهاباً وإياباً، ونفقة أولاده وعياله من خروجه إلى رجوعه، ويبقى له آلات حرفته، وحراثته إن كان من الحراثين من البقر ونحو ذلك.. يجب عليه الحج، وإلا.. فلا، وإن كان صاحب ضيعة؛ إن كان له من الضياع ما لو باع مقدار ما يكفي لزاد وراحلة ذهاباً وإياباً، ونفقة

وَنَفَقَةِ عِيَالِهِ إِلَى حِينِ عودِهِ، مَعَ أَمنِ الطَّرِيقِ، ....

أولاده وعياله من خروجه إلى رجوعه، ويبقى له من الضيعة قدر ما يعيش بغلة الباقي.. يجب عليه الحج، وإلا.. فلا. انتهى.

ولو كان له أرض وكروم.. فهو كالضيعة كما عرفتها.

(ونفقة عياله) [٢٨٤/أ]، أي: من يلزمه نفقته شرعاً، على ما في «فتح القدير»؛ لأن النفقة حق مستحق له، وحق العبد مقدّم على حق الله تعالى، ومن نفقة عياله: كسوتهم **(إلى حين عوده)**.

وعن أبي حنيفة: لابد أن يكون له قوت يوم بعد رجوعه، وعن أبي يوسف: قوت شهره؛ لأنه لا يمكنه التكسب كما قدم، فيقدر بالشهر.

(مع أمن الطريق)؛ لأن الاستطاعة لا تثبت دونه، والمعتبراً أمنه وقت خروج أهل بلده، وإن كان مخيفاً في غيره، وحقيقة الأمن أن يكون الغالب فيه السّلامة على ما اختاره أبو الليث، وعليه الاعتماد.

وتوسط البحر عذر لعموم الأمن فيه، وقال الكرماني: إن [كان] الغالب فيه السلامة، من موضع جرت العادة بركوبه.. يجب، وإلا.. فلا.

وسيحون وجيحون والفرات أنهار لا بحار.

ثم قيل: إن أمن الطريق شرط لنفس الوجوب، حتى لا يجب عليه الإيصاء عند فقده، وهو المروي عن أبي حنيفة، وإليه ذهب ابن شجاع، وقال القاضي أبو حازم: إنه شرط لوجوب الأداء؛ لأن النبي ﷺ إنما فسّر الاستطاعة بالزاد والراحلة حين سُئِل عنها، فلو كان أمن الطريق من الاستطاعة.. لذكره أيضاً؛ لعدم جواز تأخير البيان عن محله.

فعلى هذا: يجب عليه الإيصاء إذا مات قبل أمن الطريق؛ لثبوت أصل الوجوب في ذمته على هذا القول، وأما إذا مات بعد أمن الطريق.. فالإيصاء واجب بالاتفاق، على ما في «فتح القدير».

وَزوجٌ أَو مَحْرَمٌ للْمَرْأَةِ إِن كَانَ بَينهَا وَبَين مَكَّةَ مَسَافَةُ سَفرٍ.

(**وزوج أو محرم**) - أي: من يحرم عليه نكاحها على التأبيد: بقرابة، أو رضاع، أو صهارة - (**للمرأة**)، شابة أو عجوز؛ لإطلاق النصوص، ولا بد أن تكون بالغة؛ لأن الكلام فيمن يجب عليه الحج، وأما الصبية التي لم تبلغ حدّ الشهوة.. فقالوا: تسافر هي بلا محرم؛ فإذا بلغتها.. لا تسافر إلا به.

وقال ابن الهمام: ينبغي أن يكون معنى قولهم: (فإذا بلغتها.. لا تسافر إلا به) لا تعان على السفر، ولا تستصحب؛ فإنها غير مكلفة ما لم تبلغ، وبلوغها حد الشهوة لا يستلزم بلوغها.

وكما يشترط للمرأة المحرم.. كذلك يشترط عدم العدة، على ما في «فتح القدير».

والاختلاف المارّ في أمن الطريق في أنه شرط لأصل الوجوب، أو لوجوب الأداء: ثابتٌ هنا أيضاً.

فعلى قول من قال: إنه شرط الأداء.. وجب عليها أن تتزوج وتحج إذا لم تجد محرماً.

وعلى قول من قال: إنه شرط الوجوب.. لا يجب عليها التزوج.

(**إن كان بينها وبين مكة مسافة سفر**)، لما رواه مسلم: «لا تسافر المرأة ثلاثاً إلا ومعها محرم»؛ ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة، حتى إذا لم يكن محرمها أميناً عليها.. لا يجوز السفر معه؛ لأن المقصود من المحرم الحفظ والصيانة لها، وهو مفقود فيه.

وقال الشافعي: يجوز لها السفر إذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات؛ لحصول الأمن بالمرافقة.

ولنا: ما رويناه؛ ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة، وتزداد الفتنة بانضمام غيرها من النساء إليها، حتى حرمت الخلوة بالأجنبية.

وَلَا تحجُّ بِلَا أَحدِهمَا. وَشُرِطَ: كَونُ الْمحرمِ عَاقِلاً، بَالغاً، غيرَ مَجُوسِيّ، ولا فاسقٍ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهَا، وتحجُّ مَعَهُ حجَّةَ الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوجهَا.

فَلَو أحرمَ صبيٌّ أَو عبدٌ فَبلَغَ ....

وإن كان معها غيرها، لا تقدر على الركوب والنزول. [٢٨٤/ب] وحدها، فتحتاج إلى من يركبها وينزلها من المحارم والزوج، فعند عدمهم فاتت الاستطاعة.

بخلاف من أسلمت في دار الحرب، حيث يجوز لها الخروج إلى دار الإسلام بلا محرم أو زوج، وإن طالت المدة؛ لضرورة الخوف على نفسها، حتى لو وصلت إلى جيش من المسلمين في دار الحرب وصارت آمنة.. لم يكن لها بعد ذلك أن تسافر بدون المحرم، بخلاف ما إذا لم يكن بينهما مدة سفر، حيث يجوز لها الخروج أيضاً بلا محرم؛ لعدم شرط المحرم فيها، إلا أن تكون معتدة؛ فإنها لا يجوز لها الخروج أصلاً، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: يكره لها الخروج وحدها بلا محرم مسيرة يوم.

(**ولا تحج بلا أحدهما**)، ولها أن تحج بأيهما شاءت، ولم يكن للزوج أن يمنعها من الخروج مع محرمها إذا خرجت عند خروج أهل بلدها أو قبله بيوم أو يومين؛ ويمنعها من الإحرام إلى أدنى المواقيت، وبمكة إلى يوم التروية، وإن أحرمت قبل ذلك.. له أن يحللها.

(**وشرط كون المحرم عاقلاً بالغاً**)؛ لعدم حصول الصيانة من المجنون والصبي.

(**غير مجوسي**)؛ لأنه يعتقد إباحة نكاحها فلا نأمنه على نفسها.

(**ولا فاسق**) لعدم الأمن منه على نفسها ولو مسلماً، فلا يحصل المقصود، ولا يضر كون المحرم ذمياً غير مجوسي بعد حصول الأمن.

(**ونفقته**) - أي: نفقة المحرم - (**عليها**)؛ لأنها تتوسل به إلى أداء المقصود.

(**وتحج**) - أي: المرأة - (**معه حجة الإسلام**)؛ احترازاً عن حجة التطوع؛ إذ ليس لها أن تحج مع المحرم للتطوع (**بغير إذن زوجها**).

ثم فرّع على اشتراط البلوغ والحرية، بقوله: (**فلو أحرم صبي أو عبد فبلغ**)

أَو عَتَقَ فَمضى.. لَا يجوزُ عَن فَرْضِهِ.

فَإِن جدَّدَ الصَّبِيُّ إِحْرَامَهُ لِلْفَرضِ.. صَحَّ، بِخِلَافِ العَبْدِ.

[مطلب: فرائض الحج]

وفرضه: الْإِحْرَامُ، ....

الصبي، **(أو عتق)** العبد، **(فمضى)** كل واحد منهما (**.. لا يجوز عن فرضه**)؛ أي: فرض كل منهما؛ لأن إحرامهما انعقد لأداء النفل، فلا ينقلب لأداء الفرض؛ كصبي توضأ وشرع في الصلاة وبلغ فيها بالسن، فنوى أن تكون تلك الصلاة فرضاً، فإنها.. لا تنقلب؛ لأن نيته انعقدت للنفل.

بخلاف ما إذا توضأ الصبي، ثم بلغ بالسن، ثم صلى بذلك الوضوء.. جازت صلاته؛ لعدم احتياج الوضوء إلى النية، والشرط الغير المحتاج إلى النية في وجوده.. يعتبر حصوله لا تحصيله، والإحرام شرط يحتاج في حصوله إلى النية.

(فإن جدّد الصبي إحرامه للفرض)، أي: بعد بلوغه قبل الوقوف بعرفة، ونوى به حجة الإسلام (**.. صح**) عن حجة الإسلام؛ لكونه أهلاً.

(بخلاف العبد)؛ لأن إحرام الصبي غير لازم في الابتداء؛ لعدم الأهلية، حتى لو تناول شيئاً من محظورات الحج.. لم يلزمه شيء من الجابر، فيجوز نسخه والشروع في غيره.

وأما إحرام العبد.. فلازم؛ لكونه مخاطباً به، حتى لو أصاب صيداً.. كان عليه الصيام، فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره، فلو جدده بعد عتقه.. لم يصح.

والكافر والمجنون بمنزلة الصبي، فلو أسلم أو أفاق فجدد الإحرام.. صح، كذا في «فتح القدير».

[مطلب: فرائض الحج]

(وفرضه) أي: فرض الحج، وهو أعم من الشرط والركن **(الإحرامُ)**: وهو **في اللغة** مصدر: «أحرم» إذا دخل في الحرم، **وفي الشرع**: تحريم المباحات على نفسه

وَهُوَ شَرطٌ، الْوُقُوف بِعَرَفَةَ، وَطوافُ الزِّيَارَةِ وهما ركنان.

[مطلب: واجبات الحج]

وواجبُهُ: الْوُقُوف بِمُزْدَلِفَةَ، وَالسَّعْيُ بَين الصَّفَا والمروةِ، وَرميُ الْجمارِ،

لأداء هذه العبادة، [٢٨٥/أ] وحصوله بالنية والتلبية؛ فإذا نوى ولبى.. فقد أحرم.

وثبت فرضيته بالإجماع، وهو بمنزلة تحريمة الصلاة، **(وهو شرط)** عندنا؛ لأنه يدوم إلى الحلق ويجامع كل ركن، ولو كان ركناً.. لما كان كذلك، ويجوز تقديمه على أشهر الحج أيضاً، والركن لا يجوز تقديمه.

(والوقوف بعرفة)، ولو ساعة.

(وطواف الزيارة)، وهو الطواف بعد الوقوف بعرفة في يوم من أيام النحر، ويكره تأخيره عن أيام النحر، وفرضيته ثبتت بالإجماع.

(وهما ركنان) لتوقف حقيقة الحج عليهما؛ كأركان الصلاة بعد انعقاد التحريمة، لكن عندنا الركن أربعة من سبعة أشواط، والثلاثة واجب، خلافاً للشافعي؛ فإن السبعة كلها ركن عنده.

[مطلب: واجبات الحج]

(وواجبه: الوقوف بمزدلفة) ولو ساعة، وهو موضع ازدلف فيه آدم مع حوّاء، أي: دنا.

(والسعي بين الصفا والمروة) جبلان شرقيان، الأول مائل إلى جنوب البيت، والثاني إلى شماله، وما بينهما ستة وستون وسبعمائة ذراع[1].

(ورمي الجمار) للآفاقي وغيره.

---

(١) أي: ما يقارب بالمتر: (٣٦٨)م.

وَطوافُ الصَّدَرِ للآفاقي، وَالْحلقُ أَوَ التَّقْصِيرُ، وكلُّ مَا يجبُ بِتَرْكِهِ الدَّمُ.

وَغَيرها: سنَنٌ وآدابٌ.

وأشهرُهُ: شَوَّالٌ وَذُو الْقعدَةِ وَالْعشرُ الأَوَّلُ من ذِي الْحجَّةِ.

وَيكرهُ الْإِحْرَامُ لَهُ قبلهَا.

و(وطواف الصَّدَر) ويسمى: طواف الوداع أيضاً، وقيل: إنه سنة (للآفاقي) إلا أنه خفف عن الحائض.

والمكي، ومن هو في حكمه ممن هو دون الميقات.. لا يجب عليه هذا الطواف بالاتفاق؛ لأنهم لا يفارقون البيت، والوداع للمفارق.

ولو نوى الآفاقي الإقامة قبل النفر الأول.. صار من أهل مكة، ولو نواها بعده.. لزم طواف الصدر.

(والحلق) أي: قطع شعر الرأس بالموسى عند الخروج عن الإحرام، (أو التقصير)، أي: قطع شعر الرأس بشيء.

(وكل ما يجب بتركه الدم)، على ما سيأتي بيانه (وغيرها)، أي: غير الفروض والواجبات (سننٌ وآداب) على ما سيأتي بيانه.

(وأشهره شوال وذو القعدة والعشر الأول من ذي الحجة)، وهكذا روي عن العبادلة الثلاث وعبد الله بن زبير.

(ويكره الإحرام له)، أي: للحج (قبلها) أي: قبل أشهر الحج، ولو أحرم له قبلها.. صح مع الكراهة، وانعقد حجّاً، خلافاً للشافعي؛ فإن عنده لا يصير عن الحج، بل يصير محرماً بالعمرة؛ لأنه ركن عنده، فلا يتحقق قبل أوانه، وهو شرط عندنا على ما مر، فأشبه الطهارة في حق جواز التقديم على الوقت، وإنما كره حذراً عن الوقوع في المحظور بطول الزمان لا للتقديم، وما روي مرفوعاً: «المُهلُّ بالحج في غير أشهر الحج: مُهِلٌّ بالعمرة» فشاذ لا يعتمد عليه.

وَالْعمْرَةُ سنَّةٌ.

[مطلب: في المواقيت]

والمواقيتُ للمدينيينَ: ذُو الحليفة.

وللشامِيِّينَ: جُحفةُ.

وللعراقيين: ذاتُ عِرقٍ.

(والعمرة سنة) عندنا، وقال الشافعي: فرض، لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾.

ولنا: ما رواه الترمذي عن جابر قال: سئل رسول الله ﷺ عن العمرة أواجبة هي؟! قال: «لا، وإن يعتمروا.. فهو أفضل»؛ ولأنها تؤدى بنية غيرها؛ فإن من فاته الحج يتحلل بها، وذلك أمارة السنية، ولا حجة له في الآية؛ لأن القران في النظم.. لا يقتضي القران في الحكم، ولو سلم.. فقرانها إنما هو في الإتمام، وذلك إنما يكون بعد الشروع.

[مطلب: في المواقيت]

(والمواقيت) جمع ميقات وهو الوقت المعين، واستعير للمكان المعين؛ أي: الأمكنة التي يبدأ فيها بأفعال الحج، ولا يجوز تجاوزها بلا إحرام [٢٨٥/ب].

(للمدينيين: ذو الحليفة) - بضم الحاء المهملة وبفتح اللام - موضع بينه وبين مكة نحو عشرة مراحل أو تسع، وبينه وبين المدينة نحو ستة أميال، وهو أبعد المواقيت من مكة.

(والشاميين: جحفة) - بضم الجيم وسكون الحاء المهملة - وهي على نحو ثلاث مراحل من مكة على طريق المدينة.

(وللعراقيين: ذات عرق) هو من مكة نحو مرحلتين، وهو بكسر العين وسكون الراء المهملتين.

وللنجديّينَ: قَرْن.

ولليمنييّنَ: يَلَمْلَم.

لأَهْلِهَا وَلمن مرَّ بهَا.

وَيحرمُ تَأْخِيرُ الْإِحْرَامِ عَنْهَا لمن قصدَ دُخُولَ مَكَّةَ.

وَجَازَ التَّقْدِيمُ، ....

(وللنجديين) - النجد: بلاد معروفة من جزيرة العرب، أولها من ناحية الحجاز: ذاتُ عرق، وآخرها من سواد العراق.. فهي بين الحجاز والعراق: **(قرن)** هو: بسكون الراء- جبل معروف مشرف على عرفات، ويقال له: قرن المنازل وقرن الثعالب، وقال الجوهري: هو بفتح الراء، وغلّطوه بأنه بالفتح: قبيلة باليمن يقال لهم بنو قَرَن وأويس منها، والصواب في الميقات: السكون.

(ولليمنيين: يلملم) - هو بفتح التحتانية وفتح اللامين - جبلٌ من جبال تهامة على مرحلتين من مكة.

فإن قيل: كيف يصح هذا، وقد قال في «البخاري»: إن ابن عمر يزعم أن رسول الله ﷺ قال: «ويهل أهل اليمن من يلملم»، ولم أفقه هذه من رسول الله ﷺ.

قلنا: قال الرافعي: اليمن تشتمل على نجد وتهامة ، وكذلك الحجاز، وإذا أطلق ذكر نجد.. كان المراد منه نجد الحجاز، وميقات النجديين جميعاً قرن، وإذا قلنا: ميقات اليمن يلملم.. أردنا بها تهامة لا كل اليمن، كذا في الكرماني.

(لأهلها)، أي: هذه المواقيت لأهلها، **(ولمن مرَّ بها)** هكذا وقت رسول الله ﷺ على ما في «البخاري» وغيره.

وفائدة التوقيت المنع عن تأخير الإحرام عنها لا عن تقديمها؛ لأن التقديم جائز بالإجماع، على ما أشار إليه بقوله: **(ويحرم تأخير الإحرام عنها لمن قصد دخول مكة، وجاز التقديم)**، والذي ظهر منه، أن من أتى ميقاتاً من المواقيت لقصد دخول مكة.. وجب عليه الإحرام، ويحرم تأخيره؛ سواء كان يمرّ بعده على ميقات إحرام؛

وَهُوَ أَفضلُ.

وَيحَلُّ لمن هُوَ داخلَها دُخُولُ مَكَّةَ غيرَ مُحرِمٍ، ....

كالمدني إذا أتى ذا الحليفة لقصد مكة.. وجب عليه الإحرام، ويحرم تأخيره إلى جحفة ميقات الشاميين، ويدل عليه ما روي عن أبي حنيفة: أن عليه دماً، وتعقبه في «فتح القدير»؛ حيث قال: المسطور خلافه في مواضع، ونوره بما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد قال: ومن جاوز وقته غير محرم، ثم أتى وقتاً آخر فأحرم منه.. أجزأه، ولو كان أحرم من وقته.. كان أحب. انتهى.

ويؤيد ما في «الكافي» ما روي أنه ﷺ قال: «هنّ لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن» فمن جاوز ميقاته إلى الميقات الثاني.. صار من أهل الثاني، فعلم منه أن المنع من التأخير في قوله ﷺ: «لا تجاوز الميقات إلا بإحرام» مقيد بالميقات الأخير.

قال في «النهاية»: اعلم: أن البيت لما كان معظماً مشرفاً.. جعل له حصن وهو مكة، وحميً وهو الحرم؛ وللحرم حرم وهو المواقيت، حتى لا يجوز لمن دونه أن يتجاوزه إلا بإحرام تعظيماً للبيت، والأصل فيه: أن كلّ من قصد مجاوزة ميقاتين.. لا يجوز إلا بالإحرام، [٢٨٦/أ] ومن قصد مجاوزة ميقات واحد.. حلّ له بغير إحرام.

بيانه: أن من أتى ميقاتاً بنية الحج أو العمرة أو دخول مكة.. لا يجوز إلا بالإحرام؛ لأنه قصد مجاوزة ميقاتين؛ ميقات أهل الآفاق، وميقات أهل الحل، والحيلة لمن أراد دخوله بغير إحرام أن يقصد الآفاقي بستان بني عامر، أو غيره من الحل، فلا يجب الإحرام؛ لأنه قصد مجاوزة ميقات واحد. انتهى.

(وهو) أي: التقديم **(أفضل)**؛ لأن المشقة فيه أكثر، والتعظيم فيه أوفر.

وقيل: إنما يكون أفضل إذا كان يملك نفسه أن لا يقع في محظور.

(ويحلّ لمن هو داخلها) - أي: داخل الميقات، والمراد بالداخل: غير الخارج، فيشمل من كان في نفس الميقات أيضاً - **(دخول مكة غير محرم)**، أي: لحاجته بلا

وَوَقْتُهُ: الْحلُّ، وللمكّيِّ فِي الْحَجِّ: الْحرمُ، وَفِي الْعُمرَةِ: الْحِلُّ.

قصد الحج أو العمرة؛ لأنه يكثر دخوله مكة، وفي إيجاب الإحرام في كلّ مرة حرج بيّن؛ فصاروا كأهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها، ثم دخولها بغير إحرام، بخلاف ما إذا قصد أداء النسك؛ لأنه يتحقق أحياناً.. فلا حرج فيه.

(ووقته) أي: وقت من لا يكون خارجاً عن الميقات، سواء كان في الميقات نفسها أو داخلها: (الحل)، قال في «الهداية»: معناه: الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم؛ لأنه يجوز إحرامه من دويرة أهله، وما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد. انتهى.

وقال في النّهاية: وهذا الدليل لبيان ما ادعاه من معنى الحلّ، بأن المراد من الحل المطلق في قوله: «فوقته»: الحل الذي هو بين الميقات وبين الحرم، لا الحل الذي هو خارج الميقات، إذ لو كان المراد منه خارج الميقات.. لما جاز لمن كان داخل الميقات أن يحرم من دويرة أهله، كما لا يجوز ذلك للآفاقي، الذي هو خارج الميقات؛ فلمّا حلّ لمن كان داخل الميقات أن يحرم من دويرة أهله.. علم أن المراد منه هو الحل الذي هو داخل الميقات، وبعد ذلك لا يتفاوت في حق داخل الميقات جميع أمكنة ذلك الحل، فيحرم من أيّ موضع شاء؛ لورود الأثر به. انتهى.

وهذا لأن ما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد في حقه.

(وللمكي) - أي: من سكن في مكة، أو في أرض الحرم؛ لأن حكمهما واحد في حق الميقات، على ما في «فتح القدير» - (في الحج: الحرم، وفي العمرة: الحلّ)؛ لأنه ﷺ أمر أصحابه بأن يحرموا بالحج من جوف مكة، وأمر أخا عائشة رضي الله عنها عبد الرحمن أن يعمرها من التنعيم وهي في الحل.

قيل: بينها وبين مكة أربعة أميال، وهي ميقات للمعتمرين؛ ولأن أداء الحج في عرفة وهي في الحل، فيكون الإحرام من الحرم؛ ليتحقق نوع السفر وأداء العمرة في الحرم، فيكون الإحرام من الحل، ليتحقق نوع سفر أيضاً، إلا أن التنعيم أفضل، لما رويناه من أثر عائشة.

قال في «النّهاية»: ولو خرج المكي من مكة لحاجة له، فبلغ الوقت ولم يجاوزه حتى عاد.. فله أن يدخل مكة بغير إحرام، ولو جاوز الوقت.. لم يكن له أن يدخل مكة إلا بالإحرام؛ لأنه لما وصل إلى الميقات.. صار من أهله فيحرم كأهل ذلك الموضع.

* * *

(فصلٌ)

وَإِذا أَرَادَ الإِحرامَ.. نُدِبَ أَن يُقَلِّمَ أَظَافيرَهُ، ويقصَّ شَاربَهُ، ويحلقَ عانتَهُ، ثُمَّ يتَوَضَّأُ أَو يغْتَسلُ، وَهُوَ أفضلُ، ويلبسُ إِزاراً ورداءً جديدَينِ أبيضَينِ، وَهُوَ أفضلُ، وَلَو كَانَا غَسيلَينِ أَو لَو لبسَ ثوباً وَاحِداً يسترُ عَوْرَتَهُ.. جَازَ.

وَيَتَطَيَّبُ ....

(فصل)

في بيان الإحرام بعد بيان موضعه [٢٨٦/ب]

(وإن أراد الإحرام.. ندب أن يقلم أظافيره، ويقص شاربه، ويحلق عانته، ثم يتوضأ أو يغتسل وهو أفضل)؛ لأنه ﷺ اغتسل لإحرامه، ولأن كل ذلك للنظافة، والغسل أتم فيها حتى تؤمر به الحائض، وإن لم يقع عن الغسل الفرض؛ لأنه لمحض النظافة لا لأداء الواجب، ولهذا صحّ قيام الوضوء مقامه؛ كما في الجمعة، وهو الأصل في كل غسل يكون للنظافة.

(ويلبس إزاراً ورداءً جديدين أبيضين وهو أفضل)؛ لأنه ﷺ ائتزر وارتدى؛ ولأنه ممنوع عن لبس المخيط، ولا بد من ستر العورة ودفع الحر، وذلك فيما ذكرناه، والجديد أقرب إلى الطّهارة، فيكون أفضل، والإزار من الخصر، والرداء من الكتف.

وفي «النهاية»: ويدخل الرداء تحت يمينه، ويلقيه على كتفه الأيسر، ويبقي كتفه الأيمن مكشوفاً.

(ولو كان غسيلين أو لبس ثوباً واحداً يستر عورته.. جاز) والسنة أن يلبس اثنين إزاراً ورداءً.

(ويتطيب)، أي: بأيّ طيب كان، مما يبقى عينه بعد الإحرام، أو لا يبقى في ظاهر الرواية، وعن محمد - وهو قول الشافعي -: يكره أن يتطيب مما يبقى عينه بعد الإحرام؛ لأنه ينتفع بما بقي بعد إحرامه، وهو ممنوع عن ذلك كالمسك والغالية.

وَيُصلِّي ركعتَين.

فَإِن كَانَ مُفرداً بِالْحَجِّ.. يَقُولُ عقيبهما: «اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ فيسِّرهُ لي، وتقبَّلْهُ منِّي»، وَإِن نوى بِقَلْبِه.. أَجْزَأَه، ثُمَّ يُلَبِّي فَيَقُولُ: «لبَّيْكَ اللَّهُمَّ لبيْكَ، لبيْكَ لَا شريكَ لَكَ لبَّيْك، إِنَّ الْحَمدَ وَالنعْمَةَ لَكَ وَالْملكَ، لَا شريكَ لَكَ».

ووجه الظاهر: ما رواه البخاري أن عائشة قالت: كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم وهو مطلق؛ ولأن الممنوع عنه التطيب بعد الإحرام، وما بقي في بدنه بعد إحرامه كالتابع له؛ لاتصاله به.

(ويصلي ركعتين) لحديث جابر أن رسول الله ﷺ صلى بذي الحليفة ركعتين عند إحرامه، ولا يصلي في الوقت المكروه، ويجزئه المكتوبة.

(فإن كان مفرداً بالحج) وهو الذي يريد الحج فقط **(.. يقول عقيبهما)** - أي: الركعتين -: **(اللهم إني أريد الحج فيسّره لي وتقبله مني)**؛ لأن أداءها في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة، فلا يعرى عن المشقة عادة، فيسأل الله التيسير، بخلاف الصّلاة؛ لأن مدّتها يسيرة، وأداءها متيسر، فلا حاجة إلى ذكر مثل هذا الدعاء.

(وإن نوى) الحج **(بقلبه أجزأه)** لحصول المقصود.

(ثم يلبّي) عقيب صلاته، لما روى أنه ﷺ لبّى في دبر صلاته، وإن لبّى بعدما استوت به راحلته.. جاز، ولكن الأول أفضل لما رويناه.

ثم فسّر التلبية بقوله: **(فيقول: لبّيك اللهم لبّيك، لبيك لا شريك لك لبّيك، إن الحمد)** بكسر الهمزة عند محمد والكسائي والفراء على الاستئناف لزيادة الثناء، وبفتحها عند أبي حنيفة على التعليل، أي: لبّيك؛ لأن الحمد والنعمة لك.

وعن الخطابي: الفتح رواية العامة، والأول أصح عند بعض مشايخنا.

(والنعمة لك والملك، لا شريك لك)، وهذا إجابة لدعاء الخليل على الأصح، لما صحّحه الحاكم عن ابن عباس: أنه لما فرغ إبراهيم عليه السلام من بناء البيت قال: يا رب إني قد فرغت، فقال: أذّن في النّاس بالحج، قال: يا رب وما يبلغ

وَلَا ينقصُ مِنْهَا، ويجوزُ الزيادةُ.

فَإِذا لبّى نَاوِياً.. فقد أحرمَ؛ ....

صوتي، قال: أذّن وعليّ البلاغ، قال: يا ربّ كيف أقول؟ قال: قل: يا أيها الناس كتب عليكم الحجّ، حجّ البيت العتيق، فسمعه من بين السّماء والأرض.

(ولا ينقص منها)؛ لأنها هي المأثورة باتفاق الرواة، وعن محمّد بن الفضل أنه لو قال: «اللهم» فقط.. كان على الاختلاف الذي في [٢٨٨/أ] الصلاة، فمن قال يصير به شارعاً في الصلاة.. قال: يصير به محرماً أيضاً، ومن لا.. فلا.

(ويجوز الزيادة) عليها؛ لما روي في «الصحاح» أن أجلّاء الصحابة كانوا يزيدون عليها؛ لأن المقصود الثناء وإظهار العبودية، فلا يمنع من الزيادة.

وعن الشافعي أنه يقول: إن الزيادة على المأثور مكروه؛ كما في الأذان، وهو محجوج بما عن الصحابة من الزيادة.

وكان ابن عمر يقول: إذا استوت به راحلته: لبّيك وسعديك، والخير بين يديك، والرغبات إليك، والعمل لديك.

والقياس على الأذان فاسد؛ لوجود الفارق بينهما.

(فإذا لبّى ناوياً) أي: للحج أو العمرة (.. فقد أحرم)؛ أما لزوم النية فيه.. فلكونه عبادة، وأما لزوم التلبية.. فلأنه عقد على أداء العبادة التي تشتمل على أركان مختلفة، فلا بد للشروع فيه من ذكر يقصد به التعظيم؛ سواء كان بنيته أو غيرها، عربياً أو غيره، أو ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدي، ولكن العربي أفضل.

وقال الشافعي وأبو يوسف في رواية عنه: إنه يصير شارعاً بمجرد النية بلا تلبية؛ لأنه التزم الكف عن ارتكاب المحظورات، وكل ما هو كذلك.. يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصّوم.

قلنا: التزامه الكف في الإحرام ممنوع؛ لجواز أنه التزم بنيته أداء الأفعال فقط، بخلاف الصوم؛ فإن الكف فيه ركن فشملته النية قصداً.

فليتَّقِ: الرَّفَثَ والفسوقَ، والجدالَ، وَقتلَ صيدِ الْبرّ، ....

وفي «فتح القدير»: إذا أبهم الإحرام بأن لم يعين ما أحرم به من الحج أو العمرة.. جاز، وعليه التعيين قبل أن يشرع بالأفعال؛ فإن لم يعين حتى طاف شوطاً واحداً.. كان إحرامه للعمرة، وكذا إذا أحصر قبل الأفعال والتعيين فتحلل بدم.. تعين للعمرة حتى يجب عليه قضاؤها، لا قضاء حجه، وكذا إذا جامع فأفسد ووجب عليه المضي في الفاسد.. فإنما يجب عليه المضي في عمرة.

ولو أحرم مبهماً، ثم أحرم ثانياً بحجة.. فالأول للعمرة.

أو بعمرة: فالأول للحجة.

ولو لم ينو بالثاني أيضاً شيئاً.. كان قارناً.

وإن عين شيئاً ونسيه.. فعليه حجة وعمرة احتياطاً؛ ليخرج عن العهدة بيقين، ولا يكون قارناً؛ فإن أحصر.. تحلل بدم واحد ويقضي حجة وعمرة.

وإن جامع.. مضى فيهما ويقضيهما، إن شاء.. جمع، وإن شاء.. فرّق.

(فليتق الرفث) أي الجماع، وقيل: الفحش من الكلام.

وفي «فتح القدير»: الرفث الجماع، أو ذكر الجماع ودواعيه بحضرة النساء؛ فإن لم يكن بحضرتهن.. لا يكون رفثاً.

(والفسوق) أي: الخروج عن حدود الشرع.

(والجدال) أي: الخصام مع الرفيق، والخادم، والمكاري.

وقيل: هو جدال المشركين، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾؛ لأنه نهي على صيغة النفي، وإلا.. يلزم الحلف في كلام الله تعالى؛ لوجودها من بعض الأشخاص.

(وقتل صيد البرّ) لا البحر؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾.

وَالْإِشَارَةَ إِلَيْهِ، وَالدَّلَالَةَ عَلَيْهِ، وَقتلَ الْقملِ، والتطيُّبَ، وقَلْمَ الظُّفرِ، وَحلقَ شعرِ رَأسِهِ أَو بدنِهِ، وقصَّ لحيتِهِ، وَسترَ رَأسِهِ أَو وَجهِهِ،.........................

(والإشارة إليه، والدلالة عليه)؛ الأول: لما يكون حاضراً، والثاني: لما يكون غائبا، والأصل فيه: ما في «الصحيحين» من حديث أبي قتادة أنه أصاب حمار وحش وهو حلال وأصحابه محرمون، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «هل أعنتم؟ [٢٨٨/ب] هل أشرتم؟ هل دللتم؟» فقالوا: لا، فقال: «كلوا»، ولأن كلّا منهما إزالة الأمن عن الصيد؛ لأنه آمن بتوحشه وبعده عن الأعين، فكان جناية.

(وقتل القمل، والتطيب)، والتدهن، والخضب بالحناء، وشم الرياحين والثمار الطيبة.

(وقلم الظفر)؛ لأنه من قضاء التفث؛ سواء قلمه بنفسه، أو غيره بأمره، أو قلم ظفر غيره، إلا إذا انكسر بحيث لا ينمو.. فحينئذٍ لا بأس على ما في «المحيط».

(وحلق شعر رأسه أو بدنه): من الإبط والعانة وغيرها، وشعرُ الوجه داخل في الرأس؛ لقوله تعالى ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ﴾، وشعر البدن والوجه ملحق بشعر الرأس دلالة.

(وقص لحيته)؛ لأنه في معنى الحلق، ولأن فيه إزالة الشعث وقضاء التفث.

(وستر رأسه أو وجهه)، وقال الشافعي: يجوز للرجل ستر الوجه؛ لقوله ﷺ: «إحرام الرجل في رأسه، وإحرام المرأة في وجهها».

ولنا: قوله ﷺ: «لا تخمروا وجهه، ولا رأسه؛ فإنه يبعث يوم القيامة ملبّياً» قاله في محرم توفي، ولأن المرأة لا تستر وجهها.. فالرجل أولى.

ومعنى ما رواه: الفرق في تغطية الرأس.

يعني: الفرق بين إحراميهما؛ بحيث يجوز للمرأة تغطية الرأس لا للرجل ذلك، لا أن يغطي الرجل وجهه في الإحرام.

وَغسلَ رَأسِهِ أَو لحيتِهِ بالخِطميِّ، وَلبسَ: قَميصٍ، أَو سَرَاوِيلَ، أَو قبَاءٍ، أَو عِمَامَةٍ، أَو قلنسوةٍ، أَو خُفَّيْنِ إِلَّا أَن لَا يجد نَعْلَيْنِ.. فيقطعُهُمَا مِن أَسفَلِ الكعبينِ، وَلبسَ ثوبٍ صُبِغَ بزعفرانٍ أَو وَرَسٍ أَو عصفرٍ، إِلَّا مَا غُسِلَ حَتَّى لَا يَنفُضَ.

(وغسل رأسه أو لحيته بالخطمي)؛ لأنه نوع تطيب؛ ولأنه يقتل هوام الرأس، وفيه إشارة إلى أنه لو غسل بالصابون، أو الحرض، أو الماء القراح.. ليس عليه شيء بالإجماع، على ما في «شرح الطحاوي».

(ولبس قميص، أو سراويل، أو قباء، أو عمامة، أو قلنسوة، أو خفين، إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين)؛ لما روى البخاري أنه ﷺ نهى أن يلبس المحرم هذه الأشياء، وقال في آخره: «ولا خفين، إلا أن لا يجد نعلين.. فيقطعهما أسفل من الكعبين»، أي: معقد الشراك، لا العظم الناتئ بين طرفي القدم، كما هو المراد في الوضوء.

(ولبس ثوب صبغ بزعفران أو ورس أو عصفر)؛ لقوله ﷺ: «لا يلبس المحرم ثوباً مسّه زعفران، ولا ورس» رواه البخاري.

والعصفر في معناهما.

(إلا ما غسل حتى لا ينفض) أي لا تظهر له رائحة، كذا عن محمد، ويؤيده تعليل «الهداية» بأن المنع عن لبس المصبوغ للرائحة لا للّون، ألا يرى أنه يجوز لبس المصبوغ بمغرة؛ لأنه ليس له رائحة طيبة، وإنما فيه الزينة، والإحرام لا يمنعها، حتى قالوا: يجوز للمحرمة أن تتحلى بأنواع الحلي وتلبس الحرير.

وعن محمد أيضاً: إن معناه أن لا يتعدى منه الصّبغ.

وفي «فتح القدير»: وكلا التفسيرين صحيح.

وَيجوزُ لَهُ: الِاغْتِسَالُ، وَدخُولُ الْحمَّام، والاستظلالُ بِالْبَيْتِ أَوِ المَحْمَلِ، وَشدُّ الْهِمْيَانِ فِي وَسَطِهِ، ومقاتلةُ عدوِّهِ.

وَيُكثرُ التَّلْبِيَةَ، رافعاً بهَا صَوتَهُ،..

(**ويجوز له الاغتسال ودخول الحمام**) لما روى البخاري ومسلم أن أبا أيّوب الأنصاري [اغتسل] وهو محرم، وقال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعل، وانعقد الإجماع على وجوب اغتسال الجنب محرماً.

ومن المستحب: الاغتسال لدخول مكة؛ لما في «البخاري» معلقاً: إن ابن عباس قال: يدخل المحرم الحمّام.

(**والاستظلال بالبيت أو المحمل**)، وقال مالك وأحمد: يكره الاستظلال بالفسطاط وما أشبه ذلك؛ لأنه يشبه تغطية الرأس.

ولنا: ما رواه مسلم أن النبي ﷺ كان يستظل بثوب من شدة الحر، وأن عثمان كان يضرب له فسطاط؛ ولأنه لا يمسّ بدنه [٢٨٩/أ].. فأشبه البيت.

(**وشد الهميان في وسطه**)، وقال مالك: يكره إذا كان فيه نفقة غيره؛ لأنه لا ضرورة فيه.

ولنا: إنه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان، ونوقض بشد الإزار والرداء بحبل أو غيره؛ فإنه مكروه بالإجماع، وليس في معنى لبس المخيط.

وأجيب: بأن الكراهة فيه ثبتت بنص وردت فيه، وهو قوله ﷺ: «ألق ذلك الحبل ويلك» قاله لرجل حين رآه قد شد إزاره حبلاً، ولا نص فيما نحن فيه.

(**ومقاتلة عدوه**) لضرورة الدفع.

(**ويكثر التلبية رافعاً بها**) أي بالتلبية (**صوته**)؛ لقوله ﷺ: «أفضل الحج: العج» أي: رفع الصوت بالتّلبية.

عقيبَ الصَّلَوَاتِ، وَكلَّما عَلا شرفاً، أَو هَبَطَ وَادياً، أَو لَقِيَ رَكباً، وبالأَسحارِ.

(**عقيب الصّلوات، وكلّما علا شرفاً، أو هبط وادياً، أو لقي ركباناً**) جمع راكب، وهذا خارج مخرج الغالب؛ لأنه أكثر التلبية إذا لقي بعض الحجاج بعضاً آخر؛ سواء كانوا ماشين أو راكبين، على ما أشار إليه في «النهاية».

(**وبالأسحار**)؛ لما روي أن الصحابة كانوا يلبّون في هذه الأحوال.

والتلبية في الإحرام على مثال التكبير في الصلاة، فيؤتى بها عند الانتقال من حال إلى حال، كما في الصّلاة.

* * *

(فصلٌ)

فَإِذا دخلَ مَكَّةَ.. ابْتَدَأَ بِالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ.

فَإِذا عاينَ الْبَيْتَ.. كبَّرَ وَهَلَّلَ وابتدأَ بِالْحجرِ الْأَسودِ فَاسْتَقْبلَهُ، .

(فصل)

(**فإذا دخل**) أي: المحرم (**مكة.. ابتدأ بالمسجد الحرام**)؛ لما روي أنه ﷺ كما دخل مكة.. دخل المسجد.

ويدل عليه أيضاً عموم ما في «الصحيحين»: كان النبي ﷺ إذا قدم من سفر.. بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين قبل أن يجلس، ثم يجلس للنّاس.

ولأن المقصود زيارة البيت وهو فيه.

ولا فرق بين الدخول ليلاً أو نهاراً؛ لما روى النسائي أنه ﷺ دخلها ليلاً ونهاراً، دخلها في حجه نهاراً، وليلاً في عمرته، وهما سواء في حق الدّخول لأداء ما به الإحرام.

وما روي عن ابن عمر أنه كان ينهى عن الدخول ليلاً.. فليس تقريراً للسنة، بل شفقة على الحاج من السُّرَّاق، ولأنه دخول بلدة فلا يختص باليوم والنهار.

(**فإذا عاين البيت.. كبّر وهلّل**)؛ لحديث جابر أنه ﷺ كان يكبر ثلاثاً ويقول: «لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قدير».

ويدعو لحاجته؛ لأن الدعاء عند رؤيته مستجاب.

ومحمد لم يعيّن في «الأصل» لمشاهد الحج شيئاً من الدعوات؛ لأن التوقيت يذهب بالرقة؛ كمن يكرر محفوظه، بل يدعو بما بدا له، ويذكر الله كيف بدا له متضرِّعاً، وإن تبرَّك بالمأثور منها.. فحسن.

(**وابتدأ بالحجر الأسود فاستقبله**)؛ لأنه مفتتح الطّواف، وهذا الاستقبال في ابتداء الطواف سنة لا واجب.

وَكبَّرَ وَهَلَّلَ رَافعاً يَدَيْهِ كَالصَّلَاةِ، ويُقَبِّلُهُ إِنِ اسْتَطَاعَ مِن غيرِ إِيذَاءٍ، أَو يستلمُهُ أَو يُمِسُّهُ شَيْئاً فِي يَدِهِ ويُقَبِّلُهُ، أَو يُشِيرُ إِلَيْهِ مُسْتَقْبلاً مكبّراً مهلِّلاً حامداً للهِ تَعَالَى ومُصَلِّياً على النَّبِيِّ ﷺ.

(**وكبّر، وهلّل، رافعا يديه**)؛ لما روي أنه ﷺ دخل المسجد فابتدأ بالحجر وكبر وهلّل رافعاً يديه، وقال: «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن» وذكر من جملتها: استلام الحجر.

ولما روي أنه قال لعمر: «لا تزاحم على الحجر فتؤذي الضعيف؛ إن وجدت خلوة فاستلمه، وإلا.. فاستقبله وكبّر».

(**كالصّلاة**)؛ لأن الطواف صلاة حكماً.

(**ويقبّله إن استطاع من غير إيذاء**)؛ لما رويناه من حديث عمر، ولأن الاستلام سنة، والتحرز عن إيذاء المسلمين واجب.

روي عن علي أنه قال: قال رسول الله ﷺ: إن الله تعالى لما أخذ ذرية بني آدم من ظهر آدم وقررهم بقوله: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ [٢٨٩/ب] قَالُوا بَلَىٰ﴾ أودع إقرارهم الحجر، فمن استلم الحجر.. فهو يجدد العهد بذلك الإقرار، والحجر يشهد له يوم القيامة.

(**أو يستلمه**)؛ أي: تناوله باليد، أو بالقبلة، أو مسحه بالكف وقبله.

(**أو يمسّه شيئاً في يده**) كالعرجون (**ويقبله**)؛ لما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ طاف على بعير يستلم الركن بمحجن؛ تعليما للجواز.

وفي «شرح البخاري» لقاضي زكريا عن الدّارمي: ولو أزيل الحجر والعياذ بالله تعالى.. قبّل موضعه واستلمه.

(**أو يشير إليه**) أي على الحجر (**مستقبلا مكبّرا مهللاً**) جاعلاً باطن كفيه إلى الحجر دون السماء، (**حامداً لله تعالى، ومصلياً على النبي ﷺ**)؛ لما روي أنه ﷺ أشار إليه بشيء في يده وكبر.

وَيَطوفُ آخِذاً عَن يَمينِهِ مِمَّا يَلِي الْبَابَ، وَقدِ اضْطبعَ رداءَهُ بِأَن جَعَلَهُ تَحتَ إِبطِهِ الْأَيْمنِ وَألقى طَرفَيْهِ على كتفِهِ الْأَيْسَرِ.

وَيجْعَلُ طَوَافَهُ وَرَاءَ الحطيمِ ....

(**ويطوف آخذاً عن يمينه**) أي: يمين الطائف.

هذا شروع لبيان مبدأ الطواف، وهو الحجر، وإن افتتح من غيره.. لم يذكره محمد في «الأصل».

واختلف المتأخرون؛ قيل: لا يجوز؛ لأن أمر الطّواف مجمل فالتحق فعل النبي ﷺ بياناً له، فيفرض ابتداء بالطواف.

وقيل: يجوز؛ لأن الأمر بالطواف مطلق لا مجمل، لكن الافتتاح من الحجر واجب؛ لأنه ﷺ لم يتركه.

قيد باليمين؛ لأنه لو أَخَذَ عن يساره وهو الطواف المنكوس فطاف كذلك سبعة أشواط.. يعتد بطوافه عندنا، ويعيد ما دام بمكة.

وإن رجع إلى أهله قبل الإعادة.. فعليه دم.

(**مما يلي الباب**) أي باب الكعبة، فيصير البيت في الطواف على يساره؛ لأنه كمقتد واحد للإمام، فكما أن المقتدي يقوم على يمين الإمام والإمام يصير على يساره.. فكذا هذا.

(**وقد اضطبع رداءه بأن جعله تحت إبطه الأيمن وألقى طرفيه**) بلفظ التثنية على ما في النسخ، والذي في «الهداية» و«الوقاية» بلفظ المفرد، وهو الظاهر (**على كتفه الأيسر**)، هكذا روي عن رسول الله ﷺ وأصحابه، وهو سنة.

(**ويجعل طوافه وراء الحطيم**)، هو: اسم لموضع فيه الميزاب، سُمِّي بالحطيم؛ لأنه حطم من البيت - أي كسر منه -، فيكون الفعيل بمعنى المفعول - أو لأن من دعا على من ظلمه فيه.. حطّمه الله تعالى على ما جاء به في الحديث، فيكون بمعنى الفاعل، على ما في «البحر».

سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ: يَرْمَلُ ....

وهو من البيت؛ لما رواه البخاري أن النبي ﷺ قال لعائشة: «صل ههنا؛ فإن الحطيم من البيت، إلا أن قومك قصرت بهم النفقة فأخرجوه من البيت، ولولا حدثان قومك بالجاهلية.. لنقضت بناء الكعبة، وأظهرت قواعد الخليل، وأدخلت الحطيم في البيت، ولئن عشت إلى قابل.. لأفعلن ذلك»، فلم يعش، ولم يتفرغ لذلك أحد من الخلفاء إلى زمن عبد الله بن الزبير، ففعل ذلك وأظهر قواعد الخليل وأدخل الحطيم في البيت بمحضر من الناس، فلما قتل.. كره الحَجَّاج ذلك، فنقض وبني على ما كان في الجاهلية.

فإذا كان الحطيم من البيت.. فلا بد من إدخاله في الطواف، حتى لو تركه في الطواف.. يؤمر بإعادته من الأصل أو على الحطم ما دام بمكة.

ولو لم يعده.. لزمه دم لتركه الواجب؛ إلا أنه إذا استقبل الحطيم وحده.. لا يجزيه الصلاة؛ لأن فرضية التوجه إلى الكعبة في الصلاة ثبتت بنص الكتاب، وكون الحطيم من البيت ثبتت بخبر الواحد، وما ثبت بالنص.. لا ينافي [٢٩٠/أ] بما ثبت بخبر الواحد.

وفي «فتح القدير»: وليس الحطيم كله من البيت، بل ستة أذرع منه فقط من البيت؛ لحديث عائشة عن رسول الله ﷺ قال: «ستة أذرع من الحِجْرِ من البيت، وما زاد.. ليس من البيت» رواه مسلم.

والمراد بالحجر - بكسر الحاء -: هو الحطيم.

وفي «غاية البيان»: إن فيه قبر هاجر وإسماعيل عليه السلام.

(**سبعة أشواط**)؛ أي: يطوف سبعة أشواط، كل شوط يبدأ من الحِجر، وينتهي إليه.. فهو شوط.

(**يرمل**)؛ أي: يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتخير بين الصفين، وذلك مع الاضطباع، وكان سببه إظهار الجلادة للمشركين حين قالوا: أضناهم حمى يثرب،

فِي الثَّلَاثَةِ الْأُوَلِ مِنْهَا، وَيَمْشِي فِي الْبَاقِي على هُنَيْهَتِهِ، ويستلمُ الْحجرَ كلَّما مرَّ بِهِ، وَيخْتِمُ طَوَافَهُ بالاستلامِ.

واستلامُ الرُّكْنِ الْيَمَانِيِّ كلَّما مرَّ بِهِ.. حَسَنٌ.

ثُمَّ يُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ عِنْدَ الْمقَامِ، أَو حَيْثُ تَيَسَّرَ مِنَ الْمَسْجِدِ، وهما واجبتانِ

فاضطبع رسول الله ﷺ فرمل، ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي ﷺ وبعده إلى الآن.

وروى جابر وابن عمر أن النبي ﷺ طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلاث الأُوَلِ ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع.

(في الثلاثة الأُوَل منها)؛ أي: من الأشواط السبعة.

(ويمشي في الباقي على هنيهته)؛ أي: على السكينة والوقار، على ما اتفق عليه رواةُ نسك رسول الله ﷺ، ولو زاحمه الناس في الرمل.. قام؛ فإذا وجد مسلكاً.. رمل حتى يقيمه على وجه السنة؛ لأنه لا بد له؛ فإذا فات.. فات بلا بدل، فلا بد أن يقف حتى وجد مسلكا، بخلاف الاستلام؛ لأن الاستقبال بدل له.

(ويستلم الحجر كلّما مر به) إن استطاع؛ لأن أشواط الطّواف كركعات الصّلاة، فكما يفتح كل ركعة بالتكبير يفتح كل شوط باستلام الحجر.

وإن لم يستطع.. استقبل وكبّر وهلّل.

(ويختم طوافه بالاستلام، واستلام الركن اليماني) - خلاف الشام؛ لأنها بلاد على يمين الكعبة - **(كلما مر به.. حسن)** في ظاهر الرواية.

وعن محمد: أنه سنة.

ولا يستلم غيرهما؛ فإن النبي ﷺ كان يستلم هذين الركنين لا غيرهما.

(ثم يصلي ركعتين عند المقام)؛ أي: مقام إبراهيم عليه السلام، وهو الحَجَرُ الذي فيه أثر قدميه، **(أو حيث تيسّر من المسجد، وهما واجبتان)**؛ أي: عندنا.

وقال الشافعي: سنتان؛ لعدم دليل الوجوب.

بعدَ كُلِّ أُسْبُوعٍ.

وَهَذَا طوافُ الْقدومِ، وَهُوَ سنَّةٌ لغيرِ الْمُقِيمِ بِمَكَّةَ.

ثُمَّ يعودُ ويستلمُ الْحَجَرَ وَيخرجُ إِلَى الصَّفا، ....

ولنا: قوله ﷺ: «وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين»، والأمر للوجوب، وقد ثبت في «الصحيحين» فعله ﷺ تلك الركعتين.

(بعد كل أسبوع)؛ لما رويناه.

(وهذا طواف القدوم)، ويقال له: طواف التحية، وطواف اللقاء، وطواف أول العهد.

(وهو سنة لغير المقيم بمكة).

وقال مالك: واجب؛ لقوله ﷺ: «من أتى المسجد.. فليحييه بالطواف».

ولنا: أن الله تعالى أمر بالطواف، والأمر المطلق لا يقتضي التكرار، وقد تعين طواف الزيارة بالإجماع، وفيما رواه سمّاه تحيّة، وهو دليل الاستحباب؛ لأن التحية في اللغة: اسم لإكرام يبتدىء به الإنسان على سبيل التبرع.

وليس على أهل مكة طواف القدوم؛ لانعدام القدوم في حقّهم.

(ثم يعود ويستلم الحجر)؛ لما روي أنه ﷺ لما صلى ركعتين.. عاد إلى الحجر واستلمه، ولأن كل طواف بعده سعيٌ يعود فيه إلى الحجر فيستلمه؛ لأن الطواف لما كان يفتتح بالاستلام.. فكذا السعي يفتتح به، بخلاف ما إذا لم يعده وسعى.

(ويخرج إلى الصفا) عقيب استلام الحجر [٢٩٠/ب].

وفي «التحفة»: تأخير السعي بين الصفا والمروة إلى طواف الزيارة: أولى؛ لكونه واجباً، فجعله تابعاً للفرض أولى، لكنهم جعلوه عقيب طواف القدوم؛ لأن يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة يوم شغل؛ من: الذبح، ورمي الجمار، ونحو ذلك.. فكان جعله تابعاً للسنة أولى؛ تخفيفاً على الناس.

فيصعدُ عَلَيْهِ وَيسْتَقْبِلُ الْبَيْتَ وَيكبِّرَ ويهلِّلُ ويصلِّي على النبيِّ صلى الله عليه وسلم رَافعاً يَدَيْهِ للدُّعَاءِ، وَيَدْعُو بِمَا شَاءَ.

ثمَّ ينحطُّ نَحْوَ الْمَرْوَةِ، وَيَمْشِي على مَهَلٍ؛ فَإِذا بلغَ بطنَ الْوَادِي بَينَ المِيلَينِ الأَخضرينِ.. سعى سعياً حَتَّى يُجاوزَهُما، وَيفْعلُ على الْمَرْوَةِ كَفِعْلِهِ على الصَّفَا.

وَهَذَا شوطٌ، يسعى بَينهمَا سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ، يبدأ بالصَّفا وَيخْتمُ بالمروةِ.

(**فيصعد عليه، ويستقبل البيت، ويكبر، ويهلل، ويصلي على النبي ﷺ، رافعاً يديه للدعاء، ويدعو بما شاء**) لحاجته؛ لما روي أنه ﷺ صعد الصفا، حتى إذا نظر إلى البيت.. قام مستقبل القبلة يدعو الله، ولأن الثناء والصلاة على النبي ﷺ يقدَّمان على الدّعاء تقريباً إلى الإجابة، كما في غيره من الدعوات، والرفع سنة الدعاء.

وإنما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه؛ لأن الاستقبال هو المقصود بالصعود، ويجوز الخروج إليه من أيّ باب شاء، وإنما خرج رسول الله من باب الصفا؛ لكونه أقرب الأبواب الّتي إلى الصفا، لا لأنه سنة.

(**ثم ينحط نحو المروة، ويمشي على مهل؛ فإذا بلغ بطن الوادي بين الميلين الأخضرين.. سعى سعياً حتى يجاوزهما**)؛ لما روي أن النبي ﷺ لما انتصبت قدماه في بطن الوادي.. سعى حتى التوى إزاره بساقيه، وهو يقول: «رب اغفر وارحم، وتجاوز عمّا تعلم، إنك أنت الأعزّ الأكرم».

(**ويفعل على المروة كفعله على الصّفا**) من التكبير والتهليل والصلاة على النبي ﷺ والدعاء لحاجته.

(**وهذا شوط**)؛ أي: الذهاب من الصفا إلى المروة شوط.

(**يسعى بينهما**) أي بين الصفا والمروة (**سبعة أشواط، يبدأ**) أي الشوط الأول (**بالصفا، ويختم**) أي الشوط السابع - كذا في «النهاية» - (**بالمروة**).

ظاهر المذهب - على ما في «فتح القدير» -: أن كلا من الذهاب إلى المروة والرجوع منه إلى الصفا: شوط، وعليه مشى المصنف، وهو مختار أكثر الفقهاء.

وقال الطحاوي: إنه يطوف بينهما سبعة من الصفا إلى الصفا، وهو لا يعتبر الرجوع من المروة إلى الصفا شوطاً، بل يعتبره جزءاً من الشوط، أو وسيلة لتحصيل الشوط الثاني.

وفي «النهاية» و«العناية»: والأصح: ظاهر الرواية؛ لأن رواة نسك رسول الله اتفقوا على أنه طاف بينهما سبعة أشواط، وعلى ما قاله الطحاوي: يصير أربعة عشر شوطاً؛ كذا في «المبسوط».

فإن قيل: فعلى الظاهر: ما الفرق بين الطواف والسعي حتى كان مبدأ الطواف هو المنتهي من الحجر إلى الحجر دون السعي؟

أجيب: بأن **الطواف** دوران، لا يتأتى إلا بحركة دورية، فيكون المبدأ والمنتهى واحداً بالضرورة، وأما **السعي**: فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة، وذلك لا يقتضي عوده على بدئه.

ثم هذا السعي واجب عندنا لا ركن.

وقال الشافعي: ركن؛ لقوله ﷺ: «كتب عليكم السعي.. فاسعوا».

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ ومثله يستعمل للإباحة، فتنتفي الركنية والإيجاب، إلا أنا عدلنا عنه في الإيجاب عملاً بما رواه؛ لأنه خبر واحد يوجب الإيجاب.

ولأن أول ما تلوناه: يقتضي الفرضية؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ﴾، فإن الشعائر جمع شعيرة بمعنى العلامة، فيقتضي الفرضية [٢٩١/أ].

ثُمَّ يُقِيمُ بِمَكَّةَ مُحرِماً.

وَيَطوفُ بِالْبَيْتِ نفلاً مَا أَرَادَ.

فَإِذا كَانَ الْيَوْمُ السَّابِعُ مِن ذِي الْحِجَّةِ.. خطبَ الإِمَامُ خطْبَةً يُعَلِّمُ النَّاسَ فِيهَا الْمَنَاسِكَ.

وَكَذَا يخْطبُ فِي التَّاسِعِ بِعَرَفَاتٍ.

وَفِي الْحَادِي عشرَ بِمِنىً.

وآخرها: يقتضي الإباحة فعملنا بهما، وقلنا بالوجوب، ولأن الركنية لا تثبت إلّا بدليل قطعي ولم يوجد؛ لأن ما رواه ظني الثبوت، ومعنى «كتب» محمول على الكتب استحباباً.

فإذا فرغ من السعي.. يدخل المسجد ويصلي ركعتين، كذا في «قاضي خان»، ومثله يستعمل في الإباحة.

(**ثم يقيم بمكة محرماً**)؛ لأنه محرم بالحج، فلا يتحلل قبل إتيان أفعاله.

(**ويطوف بالبيت نفلاً ما أراد**)؛ لأنه يشبه الصّلاة، والصلاة خير موضوع، فكذا الطواف، إلا أنه لا يسعى عقيب هذه الأطواف في هذه المدة؛ لأن السعي لا يجب إلّا مرة واحدة، والنفل بالسعي غير مشروع، لكن يصلي لكل أسبوع ركعتين.

(**فإذا كان اليوم السابع من ذي الحجة.. خطب الإمام خطبة**) واحدة من غير أن يجلس فيها بعد صلاة الظهر (**يعلم الناس فيها المناسك**)، أي: الخروج إلى منى، وإلى عرفات، والصلاة فيها، والوقوف، والإفاضة.

(**وكذا يخطب في**) اليوم (**التاسع بعرفات**) خطبتين، يجلس بينهما قبل صلاة الظهر.

(و) ويخطب أيضاً (**في الحادي عشر بمنى**)؛ مثل خطبة اليوم السّابع لا خطبة التاسع.

فعلى هذا: كان في الحج ثلاث خطب، يفصل بين كل خطبتين بيوم.

فَإِذا صلَّى الْفَجْرَ يَوْمَ التَّروِيَةِ.. خرجَ إِلَى منىً، فيقيمُ بهَا إِلَى صَلَاةِ فجرِ يَوْمِ عَرَفَةَ.

ثُمَّ يتَوَجَّهُ إِلَى عَرَفَاتٍ.

وقال زفر: يخطب في ثلاثة أيام متوالية، أوّلها يوم التروية؛ لأنها أيام الموسم ومجتمع الحاج.

قلنا: إن المقصود منها التعليم، فيوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال، فكان ما ذكرناه أنفع لهم.

(**فإذا صلى الفجر يوم التروية**) وهو اليوم الثاني من ذي الحجة، قيل: إنما سمي بذلك؛ لأن إبراهيم ﷺ رأى ليلة التروية كأنَّ قائلاً يقول له: إن الله يأمرك بذبح ابنك هذا، فلمّا أصبح تروى، أي: تفكر في ذلك من الصباح إلى الرّواح، أمن الله تعالى هذا الحكم، أم من الشيطان؟! فمن ثمة سمي **يوم التروية**، فلما أمسى.. رأى مثل ذلك، فعرف أنه من الله تعالى، فيسمى **يوم عرفة**، ثم رأى مثله في الثالث فهم بنحره فيسمى **يوم النحر**.

وقيل: سمي بيوم التروية؛ لأن الناس يروّون بالماء من العطش في هذا اليوم، ويحملون الماء بالروايا إلى عرفه ومنى، وإنما سمّي يوم عرفة؛ لأن جبريل عليه السلام علّم إبراهيم المناسك كلها يوم عرفة، فقال: عرفت المناسك.

(.. **خرج إلى منى**) كذا في «الهداية».

وقال في «فتح القدير»: ظاهر هذا التركيب إعقاب صلاة الفجر بالخروج إلى منى، وهو خلاف السنة.

ثم نقل عن المرغيناني أنه قال: يخرج إلى منى بعد طلوع الشمس، قال: وهو الصحيح، ويدل عليه أيضاً حديث ابن عمر على ما سنذكره.

(**فيقيم بها إلى صلاة فجر يوم عرفة، ثم يتوجه**)؛ أي: من منى بعد صلاة الفجر فيها يوم عرفة (**إلى عرفات**)، لما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ صلى الفجر يوم

فَإِذا زَالَتِ الشَّمْسُ.. خطَبَ الإِمَامُ خُطبتَيْنِ كَالْجُمُعَةِ يعلِّمُ فيهمَا الْمَنَاسِكَ، وَصلَّى بعدَ الْخُطْبَةِ بِالنَّاسِ الظّهْرَ وَالْعصرَ مَعاً ....

التروية بمكة؛ فإذا طلعت الشمس.. راح إلى منى، فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر، ثم راح إلى عرفات.

ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر، ثم غدا إلى عرفات ويمر بمنى.. أجزأه؛ لأنه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم إقامة نسك، والمكث فيها إلى طلوع الشمس ليس بنسك، بخلاف الوقوف في عرفات؛ فإنه ثبت بالدليل، ولم يوجد في ذلك، فلم يكن نسكاً فيجوز تركه، لكنه أساء لتركه الاقتداء برسول الله ﷺ.

(فإذا زالت الشمس) [٢٩١/ب] **(.. خطب الإمام خطبتين كالجمعة)**؛ أي: كخطبة الجمعة بأن جلس بينهما، إلا أنه لو ترك الخطبة ههنا أو خطب قبل الزوال.. أجزأه وأساء، بخلاف خطبة الجمعة على ما عرفت.

(يعلّم فيهما المناسك) أي: الوقوف بعرفة، والمزدلفة، ورمي الجمار، والنحر، والحلق، وطواف الزيارة.

(وصلى بعد الخطبة بالناس الظهر والعصر معاً)؛ أي: في وقت الظهر، قال في «الهداية»: هكذا فعله رسول الله ﷺ.

وتعقبه في «فتح القدير» وقال: ولم يحضرني حديث فيه تنصيص على خطبتين كالجمعة، بل ما أفاد أنه خطب قبل صلاة الظهر حديث جابر وعبد الله بن الزبير: أن النبي ﷺ لما زالت الشمس.. أمر بناقته فركب حتى أتى بطن الوادي، أي منزل الإمام الذي ينزل به بعرفة فخطب، ثم أذن بلال، ثم أقام فصلى الظهر، ثم أقام فصلى العصر.

وأما حديث أبي داود عن ابن عمر: أن النبي ﷺ: أتى منزله بعرفة فجمع بين الظهر والعصر، ثم خطب الناس، فأفاد أن الخطبة بعد الصلاة وهو مذهب مالك، وحجته حديث ابن عمر؛ لأنها خطبة وعظ وتذكير، فأشبه خطبة العيد.

بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ.

وَشرطُ الْجمعِ: صلاتُهما مَعَ الإِمَامِ - خلافاً لَهما -......................

قلنا: المقصود منها تعليم المناسك لا مجرد الوعظ، وحديث ابن عمر أعلّه ابن القطان بابن إسحاق، ثم كونها كخطبة الجمعة جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه يؤذن قبل خروج الإمام المنبر.

وعنه: أنه يؤذن بعد الخطبة؛ لما رويناه من حديث جابر.

(بأذان وإقامتين) لما رويناه؛ ولأن العصر يؤدى قبل وقته المعهود، فيفرد بالإقامة إعلاماً بأنه شرع في العصر.

ثم لا يتطوع الإمام، ولا القوم بين الصلاتين أصلاً؛ لما في «مسلم»: أنه ﷺ جمع بينهما ولم يصل بينهما شيئاً؛ ولأن سبب الجمع عندنا قضاء النسك وتحصيل الوقوف المقصود، والتطوع بينهما يخل هذا المقصود، فلو تطوع.. فعل مكروهاً، وأعاد الأذان للعصر في ظاهر الرواية، وقال محمد: لا يعيده، والأصح: ظاهر الرواية؛ لأن الجمع على خلاف القياس، فيراعي جميع ما ورد به النص.

(وشرط الجمع: صلاتهما مع الإمام، خلافاً لهما)؛ لأن سبب الجمع هو الحاجة إلى تحصيل مقصود الوقوف، والمنفرد وغيره في هذه الحاجة سواء، فيستويان في جواز الجمع أيضا، فلا يشترط الإمام.

ولأبي حنيفة: أن المحافظة على الوقت فرض بالنص، فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع به، وهو: الجمع بالجماعة مع الإمام، والتقديم إنما شرع لصيانة الجماعة؛ لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا في الموقف، لا لتحصيل الوقوف؛ إذ لا منافاة بين الوقوف والصلاة؛ لأن الوقوف لا ينقطع بالاشتغال بالصّلاة، هكذا قالوا، لكنه مخالف للأصل المار: أن سبب الجمع عندنا قضاء النسك وتحصيل الوقوف، لا أن يقال: إنه أصل الإمامين.

لكن الإمام النووي صرّح في «شرح مسلم» أنه أصل أبي حنيفة.

وَكَوْنُهُ محرماً بالحجِّ فيهمَا.

ثمَّ يقفُ رَاكِباً مَعَ الإِمَامِ بِوضُوءٍ أَو غُسلٍ، وَهُوَ السّنَّةُ قُربَ جبلِ الرَّحْمَةِ.

وعرفاتُ كلُّهَا مَوقِفٌ إِلَّا بطنَ عُرنَةَ.

وَيسْتَقْبِلُ الْقبْلَةَ ....

وقال زفر: شرط الإمام في العصر خاصة؛ لأنه هو المتغير عن وقته.

والجواب: أن ما ثبت على خلاف القياس.. يعتبر فيه جميع ما ورد به النص.

والمراد بالإمام: [٢٩٢/أ] هو الإمام الأعظم أو نائبه على ما في «التبيين» وغيره، فلا يجوز الجمع مع إمام غيرهما.

(وكونه محرماً بالحج فيهما) أي: في الصورتين عند أبي حنيفة، حتى لو صلى الظهر مع الإمام غير محرم، أو محرماً بالعمرة ثم أحرم بالحج.. صلى العصر في وقتها لا في وقت الظهر.

وعندهما: لا يشترط الإحرام إلّا في العصر على ما في «التبيين».

وكذا عند زفر على ما في «العناية».

ولأبي حنيفة: أن ما ورد على خلاف النص يعتبر فيه جميع ما ورد به النص، الإحرام فيهما.

ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال في رواية؛ لأن الشرط يتقدم المشروط، وفي رواية أخرى: يكتفي بالتقديم على الصلاة؛ لأن المقصود هو الصلاة [ثم يتوجه الإمام إلى الموقف]؛ أي: بعد الجمع بين الصلاتين.

(ثم يقف راكباً مع الإمام بوضوء أو غسل - وهو السنة - قرب جبل الرحمة، وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة): هي واد بحذاء عرفات، قيل: رأى النبي ﷺ فيه الشيطان فنهى عنه، فكان هذا نظير النهي عن الصلاة في الأوقات المكروهة.

(ويستقبل القبلة)؛ لقوله ﷺ: «خير الموقف ما استقبلت به القبلة».

رَافعاً يَدَيْهِ، باسطاً حامداً مكبِّراً مهلِّلاً ملبِّياً مُصَلِّياً على النَّبي صلَّى الله تَعَالَى عَلَيْهِ وَسلَّم، دَاعياً لحاجتهِ بِجُهْدٍ.

ويقفُ النَّاسُ وراءَ الإمامِ بقُربِهِ، مُسْتَقْبلينَ سَامِعينَ لقَوْلِهِ.

ثمَّ يفيضونَ مَعَهُ بعدَ الْغُرُوبِ إِلَى مُزْدَلِفَةَ.

وَينزلُ بِقربِ جبلِ قزَحٍ.

وَيُصلي الإمامُ الْمغربَ وَالْعشَاءَ ....

(رافعاً يديه باسطاً حامداً مكبّراً مهللاً ملبّياً)، قال مالك: يقطع التلبية كما يقف بعرفة.

قلنا: إن النبي ﷺ ما زال يلبّي حتى جمرة العقبة.

(مصلياً على النبي ﷺ داعياً لحاجته)؛ لقوله ﷺ: «أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة، وأفضل ما قلته أنا والنبيون من قبلي: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، يحيي ويميت وهو حي لا يموت، بيده الخير وهو على كل شيء قدير»، رواه الترمذي.

(بجهد)؛ لأن النبي ﷺ اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لأمته فاستجيب له، إلا في الدماء والمظالم.

(ويقف الناس وراء الإمام بقربه، مستقبلين سامعين لقوله، ثم يفيضون معه بعد الغروب إلى مزدلفة)؛ لأنه ﷺ أفاض بعد غروب الشمس، ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين؛ لأنهم كانوا يفيضون قبل غروبها، وكان ﷺ يمشي على راحلته في الطريق على هينته.

(وينزل بقرب جبل قزح)؛ لأنه ﷺ كان ينزل عنده، وكذا ولا ينزل على الطريق خوفاً عن التضييق على الناس، فينزل عن يمينه أو يساره.

(ويصلي الإمام) الأعظم أو نائبه مع الناس **(المغرب والعشاء)** في أول وقت

بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ.

العشاء مقدماً على العشاء، حتى لو أخر.. أعاد العشاء ما لم يطلع الفجر، على ما في «شرح النقاية» عن «الظهيرية».

(**بأذان وإقامة**) واحدة، وقال زفر: بأذان وإقامتين، واختاره الطحاوي لما في «الصحيحين»: أن النبي ﷺ صلّاهما بأذان وإقامتين، واعتباراً بالجمع بعرفة، ولنا ما روى عن جابر أنه: ﷺ جمع بينهما بأذان وإقامة واحدة، وقال ابن الهمام ترجيحاً لاختيار الطحاوي؛ إن ما اتفق عليه «الصحيحان» إن لم يترجح على حديث جابر.. انفرد به مسلم حتى يتساقطا.

كان الرجوع إلى الأصل يوجب تعدد الإقامة بتعدد الصلاة، كما في قضاء الفوائت، بل أولى؛ لأن الصلاة الثانية هنا في وقتها؛ فإذا أقيم للأولى المتأخرة عن وقتها المعهود [٢٩٢/ب].. كانت الحاضرة أولى أن يقام لها بعدها. انتهى.

قلت: لزوم تعدد الإقامة بتعدد الصلاة إنما هو فيما تعددت أوقاته، وهنا ليس كذلك، والقياس على القضاء فاسد؛ لأنه أداء لا قضاء؛ لأنه إنما أخرهما عن وقتها المعهود بإذن الشرع.

ثم الجواب عن قياسه على الجمع بعرفة: أن العشاء هنا في وقته المعهود، فلا يفرد بالإقامة إعلاماً لهم، بخلاف العصر بعرفة؛ لأنه مقدم على وقته، فأفرد بها للإعلام.

ثم لا يتطوع بينهما كما في الجمع بعرفة؛ لأنه يخل بالجمع، ولو تطوع أو تشاغل بشيء.. أعاد الإقامة، وكان ينبغي أن يعيد الأذان أيضاً، إلا أنا اكتفينا بإعادة الإقامة، كما روي أنه ﷺ صلى المغرب بمزدلفة، ثم أكل الطعام، ثم أفرد الإقامة للعشاء.

ولا يشترط الجماعة في هذا الجمع عند أبي حنيفة؛ لأن المغرب مؤخرة عن وقتها، بخلاف الجمع بعرفة.

وَمن صلَّى الْمغربَ فِي الطَّرِيقِ أَو بِعَرَفَاتٍ.. فَعَلَيهِ إِعَادَتُهَا مَا لم يطلعِ الْفَجْرُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

ويبيتُ بِمُزْدَلِفَةَ؛ فَإِذا طلعَ الْفَجْرُ.. صلَّى الفجرَ بِغَلَسٍ، ووقفَ بالمشعرِ الْحَرَامِ، ....

وأداء الصلاة بعد خروج وقتها المعهود ليس مخالفاً للقياس، فلا يجب مراعاة مورد النص.

(**ومن صلى المغرب في الطريق أو بعرفات.. فعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر، خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأنه أداها في وقتها، فلا يجب إعادتها كما بعد طلوع الفجر، إلا أن التأخير من السنة، فيصير مسيئاً بتركه.

ولهما ما روي أنه ﷺ قال لأسامة في طريق المزدلفة: «الصلاة أمامك» أي وقت الصلاة، وهذا القول منه دليل على وجوب التأخير؛ لأنه قاله حين سأله عن وقتها، وهذا من المشاهير في الصدر الأول لا من الآحاد، فيثبت به الوجوب، وإنما وجب التأخير ليمكنه الجمع بينهما بالمزدلفة، والإمكان ما لم يطلع الفجر، فكان عليه الإعادة ما لم يطلع الفجر؛ ليصير جامعاً بينهما.

وأما إذا طلع.. فلا يمكنه الجمع، فسقطت الإعادة.

(**ويبيت بمزدلفة؛ فإذا طلع الفجر**) يوم النحر بمزدلفة (.. **صلى**) الإمام بالناس (**الفجر بغَلَس**) لما روي عن ابن مسعود، أنه ﷺ صلاها يومئذ بغلس؛ ولأن في التغليس دفع حاجة الوقوف، فيجوز كتقديم العصر.

(**ووقف**) مع الناس، ولو ساعة (**بالمشعر الحرام**)، وهذا الوقوف واجب عندنا لا ركن، حتى لو تركه بغير عذر..

لا يبطل حجّه ويلزم الدم.

وقيل: ركن؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ﴾.

وصنعَ كَمَا فِي عَرَفَةَ.

ومزدلفةُ كلُّهَا موقفٌ إِلَّا وَادي محسِّرٍ.

فَإِذا أَسْفرَ.. نفرَ قبلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى مِنىً، فيبدأُ فِيهَا برمِي جَمْرَةِ الْعقبَةِ مِن بطنِ الْوَادي بِسبعِ حَصَيَاتٍ كحصى الْخَذَفِ..

ولنا: ما روي أنه ﷺ قدّم ضَعَفَة أهله بالليل على ما في «البخاري»، ولو كان ركناً.. لما فعل ذلك؛ لأن الركن لا يجوز تركه بغير عذر، والمذكور فيما تلاه: الذكر، وليس بركنٍ بالإجماع.

وإنما عرفنا الوجوب بقوله ﷺ: «من وقف هذا الموقف وقد كان أفاض قبل ذلك من عرفات.. فقد تم حجه» علق به تمام الحج وهو: من أمارات الوجوب.

(وصنع كما) صنع **(في عرفة)** من التحميد، والتكبير، والتهليل، والصلاة على النبي ﷺ، والدعاء لحاجته؛ لأن النبي ﷺ وقف في هذا الموقف يدعو - حتى روي في حديث ابن عباس - واستجيب له دعاؤه لأمته، حتى الدماء والمظالم.

(ومزدلفة كلها موقف، إلا وادي محسر) لقوله ﷺ: «المزدلفة كلها موقف، وارتفعوا عن وادي محسر».

(فإذا أسفر) [٢٩٣/أ] الصبح (.. **نفر**) الإمام والقوم معاً **(قبل طلوع الشمس إلى منى)**؛ لأن النبي ﷺ دفع قبل طلوعها.

(فيبدأ فيها برمي جمرة العقبة من بطن الوادي، بسبع حصيات كحصى الخذف)؛ لقوله ﷺ: «عليكم بحصى الخذف كيلا يؤذي بعضكم بعضاً».

ولو رمى بأكبر منه.. جاز، وكذا لو رماها من فوق العقبة.. جاز؛ لأن ما حولها موضع النسك، إلا أن الأفضل من بطن الوادي؛ لأنه ﷺ فعله كذلك.

ووقت جواز هذا الرمي: بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى طلوع الفجر من

يكبِّرُ مَعَ كلِّ حَصَاةٍ، وَيقطعَ التَّلْبِيَةَ بأَوَّلِها، وَلَا يقفُ عِنْدَهَا.

ثُمَّ يذبحُ إِن أحبَّ. ثمَّ يحلِقُ..

اليوم الثاني، لكنه قبل طلوع الشمس، وبعد غروبها مكروه، وبعد طلوعها إلى الزوال مستحب، وبعده إلى الغروب مباح، على ما سيأتي.

(يكبّر مع كلّ حصاة) على ما روي عن ابن مسعود، ولو سبّح مكان التكبير.. أجزأه؛ لحصول الذكر.

(ويقطع التلبية بأولها)؛ لحديث جابر أن رسول الله ﷺ قطع التلبية عند أول حصاة رمى بها جمرة العقبة.

(ولا يقف عندها)؛ لأن النبي ﷺ لم يقف عندها، وكيفية هذا الرمي أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة، ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة أذرع، على رواية الحسن عن أبي حنيفة.

ولو طرحها طرحاً.. أجزأه؛ لأنه رماها إلى قدميه، إلا أنه مسيء لتركه السنة.

ولو وضعها.. لم يجزه؛ لأنه ليس برمي.

ولو رماها **فوقعت قريباً من الجمرة.**. يكفيه؛ لأن هذا المقدار مما لا يمكن الاحتراز عنه، **ولو وقعت بعيداً منها**.. لا يجزئه.

ولو رمى سبع حصيات جملة فهذه.. واحدة، فيلزمه ست سواها، ويأخذ الحصى من أول موضع شاء إلا من عند الجمرة؛ فإن ذلك مكروه، ولو فعله.. أجزأه عن النسك لوجود الرمي.

ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض، إلا الذهب والفضة والجواهر.

(ثم يذبح) أي بعد الرمي **(إن أحبّ، ثم يحلق)** أي كل رأسه اقتداء برسول الله ﷺ، ولو اكتفى بحلق ربعه.. جاز، لكنه مسيء.

وَهُوَ أفضلُ أَو يُقصِّرُ.

واعلم: أن الترتيب المذكور بين الأفعال الثلاثة واجب عندنا؛ لقوله ﷺ: «إن أوّل نسكنا هذا اليوم أن نرمي، ثم نذبح، ثم نحلق» لأنه في معنى الأمر، وإنما علق بالمحبة؛ لأن الدم الذي يأتي به المفرد تطوع، والكلام في المفرد.

وقال الشافعي وأحمد: إن هذا الترتيب سنة؛ لما في «البخاري» أن النبي ﷺ نفى الحرج في ترك هذا الترتيب:

قلنا: المراد بنفي الحرج ثمة: هو نفي الإثم لا نفي الدم.

(وهو) - أي الحلق - (أفضل)؛ لقوله ﷺ: «رحم الله المحلقين» فقيل له: والمقصرين؟! ثم قال: «رحم الله المحلقين» حتى قال في المرة الرابعة: «والمقصرين»، كرر الدعاء بالترحم عليهم، ولأن الحلق أكمل في قضاء التفث وهو المقصود.

(أو يقصر) من رؤوس شعره مقدار الأنملة، على ما روي عن ابن عمر، ومن لا شعر له.. أمرّ الموسى على رأسه تشبهاً؛ لأنه إن عجز عن الحلق والتقصير.. لم يعجز عن التشبه.

واختلفوا في أن هذا الإمرار واجب أو مستحب:

قيل: واجب؛ لأن الواجب شيئان: إجراؤه موسى مع الإزالة، فما عجز عنه.. سقط دون ما لم يعجز عنه.

وقيل: مستحب [٢٩٣/ب]؛ لأن وجوب الإجزاء للإزالة لا لعينه؛ فإذا سقط ما وجب لأجله.. سقط هو أيضاً.

وفي «فتح القدير»: قال محمد في «المنتقى» فيمن على رأسه قروح لا يستطيع إجراء الموسى عليه، ولا يصل إلى تقصيره: حلّ عن إحرامه بمنزلة من حلق، والأحسن له: أن يؤخر الإحلال إلى آخر الوقت من أيام النحر، ولا شيء عليه إن لم يؤخره.

وَقد حلَّ لَهُ غيرُ النِّسَاءِ.

ثمَّ يذهبُ من يَوْمِهِ أَو مِنَ الْغَدِ أَو بعدِهِ إِلَى مَكَّةَ فيطوفُ للزِّيارةِ بِلَا رَمَلٍ وَلَا سعيٍ إِن كَانَ قدَّمَهُما...

ولو لم تكن به قروح، لكنه خرج إلى البادية، فلم يجد آلة أو من يحلقه.. لا يجزئه إلا الحلق أو التقصير، وليس هذا بعذر له.

ويعتبر في سنّة الحلق: البداءة بيمين الحالق لا المحلوق، ويبدأ بشقه الأيسر، ويستحب دفن شعره، ويقول عند الحلق: الحمد لله على ما هدانا وأنعم علينا، اللّهم هذه ناصيتي بيدك فتقبل مني واغفر لي ذنوبي، اللهم اكتب لي بكل شعرة حسنة، وامح بها سيئة، وارفع لي بها درجة، اللهم اغفر لي وللمحلقين والمقصرين يا واسع المغفرة. آمين.

وإذا فرغ.. فليكبر وليقل: الحمد لله الذي قضى عنا نسكنا، اللهم زدنا إيماناً ويقيناً، ويدعو لوالديه وللمسلمين.

(وقد حل له) كل شيء أي: حلّ له بسبب الحلق لا بالرمي؛ لأن الرمي ليس من أسباب التحليل عندنا؛ لعدم كونه جناية في غير أوانه، ومن شأن المحلل أن يكون جناية في غير أوانه كالحلق.

(غير النساء) هكذا صح عن النبي ﷺ، أطلقه فشمل الجماع فيما دون الفرج؛ لأنه قضاء الشهوة بالنساء، فيؤخر إلى تمام الإحلال بالطواف، خلافاً للشافعي؛ فإنه يقول: الجماع فيما دون الفرج يرتفع بالحلق، والحجة عليه إطلاق ما روت عائشة رضي الله عنها: إذا حلق الحاج.. حلَّ له كل شيء إلا النساء، ولأنه من دواعي الجماع، فيمنع عنه أيضاً.

(ثم يذهب من يومه) أي: أول يوم النحر (أو من الغد أو بعده إلى مكة فيطوف للزيارة) سبعة أشواط (بلا رَمَلَ، ولا سعي إن كان قدمهما)، أي: قدم الرمل في طواف القدوم، والسعي بعده بين الصفا والمروة؛ لما روى أنه ﷺ لما حلق أفاض

وَإِلَّا.. رَمَلَ فِيهِ، وسعى بعدَهُ، وَقد حلَّ لَهُ النِّسَاءُ.

وَوَقتُهُ: بعدَ طُلُوعِ فجرِ النَّحْرِ، وَهُوَ فِيهِ أفضلُ.

وَكُرِهَ تَأْخِيرُهُ عَن أَيَّامِ النَّحْرِ.

إلى مكة فطاف بالبيت، ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمنى.

(وإلا) أي: وإن لم يقدمهما **(.. رمل فيه)**؛ أي: في هذا الطواف، **(وسعى بعده)**؛ لأن السعي لم يشرع إلا مرة، والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعي.

(وقد حل له النساء) أي: بالحلق السابق، لا بهذا الطواف لما ذكرناه، من أن ما يكون محلّلاً يكون جنايةً في غير أوانه كالحلق.

والطواف ليس بجناية في غير أوانه كالرمي، فلا يكون محلّلاً.

فإن قيل: إذا كان المحلّل هو الحلق السابق، فلم لم يعمل عمله في حق النساء قبل طواف الزيارة؟

قلنا: تأخير عمله في حق النساء لِئلّا يقع الطواف الذي هو الركن بلا إحرام.

(ووقته) أي: وقت طواف الزيارة **(بعد طلوع فجر)** يوم **(النحر)** إلى آخر أيام النحر كوقت الأضحية، إلا أن الأضحية لم تشرع بعد أيام النحر، والطواف مشروع بعدها.

إلا أنه يكره تأخيره عن هذه الأيام على ما أشار إليه بقوله: **(وهو)** أي: الطواف **(فيه)** أي: في أوّل يوم النحر **(أفضل)** كما في التضحية، وفي الحديث: «أفضلها: أوّلها».

(وكره) [٢٩٤/أ] **(تأخيره عن أيام النحر)**، قال في «قاضي خان»: فإن أخّرها عن أيام النحر لا شيء عليه عند أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: عليه الدم. انتهى.

وهل يطوف ماشيًا أو يجوز راكباً؟

قال في «قاضي خان»: الطواف ماشياً أفضل، واعترض عليه في «فتح القدير»،

ثُمَّ يعودُ إِلَى مِنىً فَيَرْمِي الْجمارَ الثَّلَاثَ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي بعدَ الزَّوَالِ.

ويبدأُ بِالَّتِي تلِي الْمَسْجِدَ، فيرميها بِسبعِ حَصَيَاتٍ، يُكَبِّرُ مَعَ كلِّ حَصَاةٍ، وَيقفُ عِنْدَهَا، وَيَدْعُو، ثُمَّ بِالَّتِي تَلِيهَا مثلَ ذَلِكَ، ثُمَّ بجمرةِ الْعقبَةِ كَذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يقفُ عِنْدَهَا، ....

وقال: إن المشي في الطواف واجب عندنا، وما ذكره «قاضي خان» من أنه أفضل.. تساهلٌ، أو محمول على النافلة.

(ثم يعود إلى منى)، أي: بعد طواف الزيارة، والأصل في هذا: ما رويناه من أنه ﷺ لما حلق.. أفاض فطاف، ثم عاد إلى منى وصلى الظهر.

(فيرمي الجمار الثلاث في اليوم الثاني) من أيام النحر **(بعد الزوال)**، وهو أول وقته، فلو رمى قبله.. لا يجوز. وآخر وقته ممتد إلى طلوع الشمس من الغد؛ فلو رمى ليلاً.. صح وكره، كذا في «البحر» عن «المحيط».

(يبدأ بالتي)، أي: الجمرة التي **(تلي المسجد)** أي مسجد الخيف، **(فيرميها بسبع حصيات، يكبر مع كلّ حصاة ويقف عندها)** أي: عند هذه الجمرة **(ويدعو، ثم بالتي)**؛ أي: ثم يبدأ بالجمرة التي **(تليها مثل ذلك)**؛ أي: يرميها سبع حصيات مكبراً، ويقف عندها في المقام الذي يقف فيه الناس، وهو أعلى الوادي.

(ثم) يرمي **(بجمرة العقبة كذلك)**؛ أي: مكبّراً مهلّلاً حامداً داعياً، **(إلا أنه لا يقف عندها)**، هكذا روى جابر فيما نقل عنه من نسك رسول الله ﷺ مفسّراً، كذا في «الهداية».

وتعقبه في «فتح القدير» وقال: الذي في حديث جابر إنما هو التعرض لرمي جمرة العقبة لا غير، وغير ذلك لم يعرف في أحاديث جابر، فالأولى: الاحتجاج بما رواه البخاري عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه: كان إذا رمى الجمرة الأولى.. رماها بسبع حصيات، يكبر مع كلّ حصاة، ثم ينحدر أمامها فيستقبل القبلة رافعاً يديه يدعو، وكان يطيل الوقوف.

ثمَّ يفعلُ فِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ كَذَلِكَ.

ويأتي الجمرة الثانية فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة، ثم ينحدر ذات اليسار مما يلي الوادي، فيقف مستقبل البيت رافعاً يديه يدعو.

ثم يأتي الجمرة التي عند العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر كلّما رماها بحصاة، ثم ينصرف، ولا يقف عندها.

فإن قيل: هذا الترتيب بين الجمار الثلاث هل هو متعين أو أولي.

قيل: مختلف فيه:

ففي «المناسك»: **لو بدأ في اليوم الثاني بجمرة العقبة**، ثم بالوسطى، ثم بالتي تلي مسجد الخيف؛ فإن أعاد على الوسطى، ثم على العقبة في يومه.. **فحسن**؛ لأن الترتيب سنة، وإن لم يعد.. أجزأه.

وفي «المحيط»: فإن رمى كل جمرة بثلاث.. أتم الأولى بأربع، ثم أعاد الوسطى بسبع، ثم العقبة بسبع.

وإن رمى كل واحدة بأربع.. أتم كل واحدة بثلاث ثلاث، ولا يعيد؛ لأن للأكثر حكم الكل، فكأنه رمى الثانية والثالثة بعد الأولى، وإن استقبل منها.. فهو أفضل.

وعن محمد: لو رمى الجمرات الثلاث؛ فإذا في يده أربع حصيات لا يدري من أيتهن هن.. يرميهن على الأولى ويستقبل الباقين؛ لاحتمال أنها من الأولى، فلم يجز رمي الأخيرين.

ولو كن ثلاثاً.. أعاد على كل جمرة واحدة.

ولو كانت حصاة أو حصاتين.. أعاد على كل واحدةٍ واحدةً، ويجزئه [٢٩٤/ب] لأنه رمى بكل واحدة بأكثرها. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: وهذا صريح في الخلاف؛ أي في اليقين والأولوية.

وقال: والذي يقوى عندي: استنان الترتيب المذكور لا تعيُّنه.

(**ثم يفعل في اليوم الثالث**) من أيام النحر (**كذلك**)؛ أي: إذا زالت الشمس من

ثُمَّ إِن شَاءَ.. نَفَرَ إِلَى مَكَّةَ، وَلهُ ذَلِكَ قبلَ طُلُوعِ فجرِ الْيَوْمِ الرَّابعِ لَا بعدَهُ، حَتَّى يَرْمِي.

وَإِن شَاءَ.. أَقَامَ فَرمى كَمَا تقدَّمَ وَهُوَ أحبُّ.

اليوم الثالث.. رمى الجمار الثلاث على الترتيب المذكور، ويقف بعد الأولين لا بعد الثالث؛ لأن كل رمي بعده رمي.. يقف عنده؛ لأنه في وسط العبادة، فيأتي بالدعاء فيه، وكل رمي ليس بعده رمي.. لا يقف عنده؛ لأن العبادة قد انتهت.

(**ثم إن شاء**) في اليوم الثالث من منى (.. **نفر إلى مكة، وله ذلك قبل طلوع فجر اليوم الرابع**) في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة والشافعي: ليس له النفر بعد غروب الشمس من اليوم الثالث؛ لأن النفر في اليوم لا في الليل؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾.

ووجه الظاهر: أن قبل الغروب من اليوم الثالث يجوز النفر، وبه يسقط رمي اليوم الرابع، فكذا بعده يجوز إلى وقت الطلوع، ويسقط عنه الرمي بجامع أن كلاً من الوقتين لا يجوز الرمي فيه عن اليوم الرابع.

(**لا بعده**) أي: بعد طلوع فجر اليوم الرابع لزوال وقت الرمي عن اليوم الرابع، فلا يجوز النفر (**حتى يرمي**) عن اليوم الرابع.

(**وإن شاء أقام**) في اليوم الثالث إلى اليوم الرابع (.. **فرمى**) في اليوم الرابع، ووجه التخيير: قوله تعالى: ﴿فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَن تَأَخَّرَ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَىٰ﴾ أي: فمن تعجل في اليوم الثاني والثالث من أيام النحر ومن تأخر إلى اليوم الرابع.. فلا إثم عليه.

(**كما تقدم**) أي: بعد الزوال.

(**وهو**)؛ أي: القيام إلى اليوم الرابع والرمي فيه بعد الزوال (**أحب**)؛ لما روي أن النبي ﷺ صبر حتى رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع.

وَإِن رمى فِيهِ قبلَ الزَّوَالِ.. جَازَ، خلافاً لَهما.

وجازَ الرَّمْيُ رَاكِباً وراجلاً، وَغيرُ رَاكِبٍ أفضلُ فِي غيرِ جَمْرَةِ الْعقبَةِ.

فإن قيل: هذا مناف لقضية التخيير؛ لأنها تقتضي المساواة، فلهذا نفى الإثم في آية التخيير عن التقديم والتأخير.

قلنا: لا نسلم أنها تقتضي المساواة، ألا ترى أن المسافر مخير بين الصوم والإفطار، ثم الصوم أفضل؛ لأنه عزيمة إن لم يتضرر به، وإلا.. فالفطر أفضل، والآية نزلت في سبب، وهو: أن الجاهلية كانوا فرقتين: منهم من يقول: المتعجل آثم، ومنهم من يقول: المتأخر آثم، فنفي الإثم عنهما لأخذ أحدهما بالرخصة، والآخر بالعزيمة.

(**وإن رمى فيه**) أي: في اليوم الرابع (**قبل الزوال .. جاز**) عند أبي حنيفة استحساناً، (**خلافاً لهما**) قياساً على اليوم الثاني والثالث من أيام النحر، بجامع أن كلاً من اليوم الثاني والثالث، ومن اليوم الرابع يرمى فيه الجمار الثلاث، وإنما رخص له في اليوم الثالث في النفر إلى مكة؛ فإذا لم يترخص بالنفر.. التحق بهما، فكما لا يجوز الرمي فيهما قبل الزوال.. فكذا في الرابع، ولأبي حنيفة: أنه لما ظهر أثر التخفيف في اليوم الرابع في حق الترك بأن ينفر في اليوم الثالث.. فلأن يظهر في جوازه في الأوقات كلها أولى.

بخلاف اليوم الثاني والثالث؛ لأنه لا يجوز فيهما إلا بعد الزوال في الرواية المشهورة على ما مر؛ لأنه لا يجوز تركه فيهما، فبقي على أصل المروي، فصار هذا كأول [٢٩٥/أ] يوم النحر، بجامع أن كلاً منهما ظهر فيه أثر التخفيف في اليوم الأوّل، خفَّ حكم الرمي برمي جمرة واحدة لا الثلاث، وفي اليوم الرابع خف بالترك؛ فكما.. جاز الرمي في اليوم الأول قبل الزوال وبعده.. فكذلك في اليوم الرابع، إلا أنه قبل الزوال مستحب، وبعده إلى غروب الشمس مباح على ما ذكرناه.

(**وجاز الرمي راكباً وراجلاً**) لحصول المقصود، (**وغير راكب أفضل في غير جمرة العقبة**)؛ فإن الأفضل فيها الرمي راكباً؛ لما روي عن أبي يوسف: أن كل رمي

ويبيتُ ليَالِيَ الرَّمْيِ بمِنىً، وَكُرِهَ تَقْدِيمُ ثَقَلِهِ إِلَى مَكَّةَ قبلَ نَفَرِهِ؛ فَإِذا نفرَ إِلَى مَكَّةَ.. نزل بالمحصَّبِ وَلَو سَاعَةً؛ فَإِذا أَرَادَ الظَّعَنَ عَنْهَا.. طَافَ للصَّدَرِ سَبْعَةَ أَشْوَاطٍ بِلَا رَمَلٍ وَلَا سعيٍ، وَهُوَ وَاجِبٌ، ....

بعده رمي.. فالرمي فيه ماشياً أفضل؛ لأن بعده وقوف ودعاء، والماشي أقدر عليهما، وكل رمي ليس بعده رمي.. فالرمي فيه راكباً أفضل؛ إذ لا وقوف بعده، وهي جمرة العقبة.

(**ويبيت ليالي الرمي بمنى**)؛ لأن النبي ﷺ بات بها، وكان عمر رضي الله عنه يؤدب على ترك المقام بها.

ولو بات في غيرها متعمداً.. لا يلزمه شيء عندنا؛ لأن البيتوتة ليست مقصودة لنفسها، بل ليسهل عليه الرمي من الغد، فلا تكون هي من أفعال الحج حتى يوجب تركها جابراً.

(**وكره تقديم ثقله إلى مكة قبل نفره**) لما روي أن عمراً كان يمنع منه ويؤدب عليه؛ ولأنه يوجب شغل قلبه.

(**فإذا نفر إلى مكة.. نزل بالمحصَّب، ولو ساعة**) وسمي بالأبطح أيضاً، وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى، نزل به رسول الله ﷺ قصداً على الأصح، حتى يكون سنة، لما روى أنه ﷺ قال لأصحابه بمنى: «إنا نازلون غداً بخيف بني كنانة» حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم وتعاهدوا على هجران بني هاشم، فدل أنه نزل به قصداً؛ ليري المشركين لطيف صنع الله تعالى، فصار سنة؛ كالرمل في الطواف، والمراد بخيف بني كنانة: المحصب.

(**فإذا أراد الظعن عنها**) - أي: عن المحصب - (.. **طاف**) بالبيت (**للصدر**)، وسمي طواف الوداع وطواف آخر العهد.

(**سبعة أشواط بلا رمل، ولا سعي، وهو واجب**) عندنا؛ لقوله ﷺ: «من حج هذا البيت.. فليكن آخر عهده بالبيت الطواف».

إِلَّا على الْمُقِيمِ بِمَكَّةَ.

ثُمَّ يَسْتَقِي من زَمْزَمَ، وَيشْربُ، ثُمَّ يَأْتِي الْبَابَ وَيُقَبِّلُ العَتَبَةَ، وَيَضَعُ صَدرَهُ وبطنَهُ وخدَّهُ الْأَيْمن على الملتزَم.

وَيرجِعُ الْقَهْقَرَى حَتَّى يخرجَ مِنَ الْمَسْجِدِ.

ورخص للحائض والنفساء، وهو حجة على الشافعي في القول بأنه سنة مثل طواف القدوم.

(**إلا على المقيم بمكة**)؛ لأنهم لا يصدرون عن مكة حتى يودعونها مثل الآفاقي، ويلحق بأهل مكة أهل ما دون الميقات؛ لأنهم بمنزلتهم.

ومن نوى الإقامة بمكة قبل النفر الأول وهو اليوم الثالث من أيام النحر.. يصير من أهل مكة أيضاً، بخلاف ما إذا نوى الإقامة بعدما دخل النفر الأول؛ لأنه لما دخل النفر الأول.. لزمه التوديع كَنِيَّةِ الشروع فيه، فلا يسقط بعد ذلك.

(**ثم يستقي من زمزم ويشرب**)؛ لما روي أنه ﷺ استقى دلواً بنفسه فشرب منه، ثم أفرغ باقي الدلو في البئر.

(**ثم يأتي الباب ويقبل العتبة، ويضع صدره وبطنه وخده الأيمن على الملتزم**) ما بين الباب والحجر الأسود، ويتشبث بالأستار ساعةً ويدعو مجتهداً ويبكي، (**ويرجع القهقرى حتى يخرج من المسجد**) فهذا تمام الحج الذي أراد النبي ﷺ بقوله: «من حج هذا البيت، فلم يرفث ولم يفسق.. خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه»، رواه البخاري [٢٩٥/ب].

* * *

(فصلٌ)

إِن لم يدْخلِ الْمحرمُ مَكَّةَ وَتوجَّهَ إِلَى عَرَفَةَ ووقفَ بهَا.. سقطَ عَنهُ طوافُ الْقُدومِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لتَركِهِ.

وَمن وقفَ أَوِ اجتازَ بِعَرَفَةَ سَاعَةً مَا بَينَ زَوَالِ الشَّمْسِ مِن يَوْمِ عَرَفَةَ وطلوعِ الْفجْرِ مِن يَوْمِ النَّحْرِ.. فقد أَدْركَ الْحَجَّ، وَلَو: نَائِماً، أَو مغمىً عَلَيْهِ، أَو لا يعلم أَنَّهَا عَرَفَةَ.

(فصل)

(**إن لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى عرفة ووقف بها**) على وجه مر بيانه (.. **سقط عنه طواف القدوم**)؛ لأنه شرع في ابتداء الحج، فلا يكون الإتيان به على غير ذلك الوجه سنة، (**ولا شيء عليه لتركه**)؛ لأنه سنّة، وترك السنة لا يوجب الجابر.

(**ومن وقف أو اجتاز بعرفة**) - متعلق بفعلين - (**ساعة ما بين زوال الشمس من يوم عرفة**)؛ بيان لأوّل وقت الوقوف (**وطلوع الفجر من يوم النحر**)؛ بيان لآخر وقته (.. **فقد أدرك الحج، ولو نائماً، أو مغمىً عليه، أو لا يعلم أنها عرفة**)؛ لأن الركن هو الوقوف، ولو ساعة من ليل ونهار بعد الزوال إلى طلوع الفجر من يوم النحر؛ لقوله ﷺ: «الحج عرفة، فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار.. فقد تم حجّه»، ولقوله ﷺ: «من أدرك عرفة بليل.. فقد أدرك الحج، ومن فاته عرفة بليل.. فقد فاته الحج».

وأوّل وقته قد ثبت بفعله ﷺ؛ لأنه ما وقف إلّا بعد الزوال من يوم عرفة، وهذا الوقوف قد وجد من هؤلاء.

ولا يمنع ذلك الإغماء والنوم كركن الصوم، بخلاف الصلاة؛ لأنها لا تبقى بعد الإغماء، والجهل إنما يخل بالنية، وهي ليست بشرط لكل ركن بعد وجودها عند الإحرام حقيقةً أو دلالةً؛ كنية الصلاة عند تكبيرة الافتتاح، إلا أن يوجد له صارف عن النية السّابقة عند أداء الجزء، ويكون ذلك الجزء عبادة مقصودة؛ كمن طاف بالبيت

وَمَن فَاتَهُ ذَلِكَ.. فقد فَاتَهُ الْحَجُّ؛ فيطوفُ وَيسْعَى ويتحلَّلُ وَيقْضِي من قَابلٍ وَلَا دمَ عَلَيْهِ.

وَلَو أَمرَ رَفِيقَهُ أَن يُحرمَ عَنهُ عِنْد إِغمائِهِ فَفعلَ.. صَحَّ.

وَكَذَا إِن فعلَ بِلَا أَمرٍ، خلافاً لَهما.

هارباً عن العدو، أو طالب غريم، ولم ينو الطواف عن الحج؛ فإنه لم تجزه النية المتقدمة عند الإحرام؛ لأن قصده الهرب أو اللحوق، وذلك صارف له عن النية السّابقة؛ لأنها لكونها باقية بالاستصحاب.. ضعيفة تنصرف بصارف.

(ومن فاته ذلك) أي: الوقوف بعرفة ساعة (.. **فقد فاته الحج**) لما رويناه.

(فيطوف، ويسعى، ويتحلل، ويقضي من قابل، ولا دم عليه)؛ لأن الدم لجبر النقصان المتمكن في المؤدى، ولا مؤدى ههنا.

(ولو أمر رفيقه أن يحرم عنه عند إغمائه) أو نومه **(ففعل.. صح)** إحرامه عنه بالإجماع؛ لأن الإحرام شرط بمنزلة الوضوء، وليس بنسك، فاستقام النيابة عنه بعد وجود نية العبادة منه، وهي خروجه لحج البيت؛ فإذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج.. جاز.

(وكذا) أي: صح **(إن فعل)** رفيقه عنه **(بلا أمر)**.

ولو أحرم غير رفقائه بغير أمر.. قيل: يجوز، وقيل: لا.

والأصح: هو الأوّل؛ لأن هذا من باب الإعانة لا من باب الولاية، فيستوي فيه الرفيق وغيره.

(خلافا لهما)؛ لأنه لم يحرم بنفسه، ولا إذن لغيره؛ **لا صراحةً** على ما هو المفروض، **ولا دلالةً**؛ لأن الدلالة على الإذن تتوقف على العلم بجواز الإذن بالإحرام عن غيره، وجواز الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء، فكيف يعرفه العوام؟! بخلاف ما إذا أمره بذلك صريحاً على ما ذكرناه.

وله: أنه لما عاقدهم عقد الرفقة.. فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن

مباشرته بنفسه في سفره، والإحرام: هو المقصود بهذا السفر والأهم، إن كان يقصد [٢٩٦/أ] التجارة مع الحج.. فكان الإذن ثابتاً دلالةً، والعلم بجوازه ثابت؛ نظراً إلى دليله، وهو عقد الرفقة؛ وكون الإحرام شرطاً والحكم يدار مع الدليل.

توضيحه: أنهم اتفقوا أن الإحرام يقبل النيابة - لكونه شرطاً كالوضوء وستر العورة - إن كان وجد منه نية العبادة عند خروجه من بلده، وإنما اختلفوا في أن عقد الرفقة استنابة وأمر بالإحرام؛ كالإذن به صراحةً أو لا، فذهب أبو حنيفة: إلى الأول لما ذكرناه، وصاحباه: إلى الثاني لما ذكرناه؛ ولأن المرافقة إنما تراد لأمور السفر لا غير، فلا يتعدى إلى الإحرام.

وصورة ذلك على قول أبي حنيفة: أن يحرم عنه الرفقاء نيابةً، مع أنهم أحرموا عن أنفسهم أيضاً أصالةً؛ كالأب يحرم عنه ابنه الصغير معه نيابةً، وعن نفسه أصالةً، وكان المحرم حكماً في إحرام النيابة هو المنوب لا النائب، وعبارة النائب فيه كعبارة المنوب، حتى لو أصاب صيداً.. يلزمه الجزاء من جهة إهلاله عن نفسه، لا من جهة إهلاله عن المغمى عليه، وههنا بحث من وجهين:

أحدهما: أن الرفيق إذا كان محرماً عن نفسه؛ فبإحرامه عن غيره.. يلزم تداخل الإحرامين.

والثاني: أنهم شبهوا الإحرام بالوضوء في قبول النيابة، وليس مثله؛ لأن الإنسان إذا توضأ.. لا يكون غيره متوضأ به، وإن نوى الوضوء عن الغير، وههنا يصير الغير محرماً بإحرامه عنه.

وأجيب عن الأول: بأن التداخل إنما يلزم أن لو كان المحرم هو النائب في الإحرامين من كل وجه وليس كذلك، بل المحرم في إحرام النيابة هو المنوب عنه لا النائب.

وعن الثاني: بأن التشبيه بالوضوء في أن لكل واحد منهما شرطاً يحتمل النيابة، ولكن النيابة بالتوضئة؛ بأن يجري الماء على أعضاء المنوب.. فيصح له أن يصلي

وَالْمَرْأَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ كَالرَّجلِ، إِلَّا أَنَّهَا تكشفُ وَجهَهَا لَا رَأْسَهَا.

وَلَو سَدَلَت شيئاً وجافَتْهُ.. جازَ، وَلَا تجْهرُ بِالتَّلْبِيَةِ، وَلَا تَرْمَلُ، وَلَا تسْعَى بَينَ الميلينِ، وَلَا تحلقُ بل تقصِّرُ، ....

بذلك الوضوء، وفي هذا يتولى النائب الإحرام بنفسه، ثم يصير المنوب محرماً، حتى لو أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج.. جاز عنده، كما لو أمره به.

واعلم: أنهم اختلفوا فيما لو استمر الإغماء إلى وقت أداء الأفعال، هل يجب إن شهدوا به المشاهد فيطاف به ويسعى ويوقف، أو لا؛ بل مباشرة الرفقة لذلك عنه يجزئه؟ فاختار طائفة الأول، واختار آخرون الثاني، بناءً على أنه هل يجري النيابة في الأفعال نفسها كما يجري في الشروط أم لا يجري؟

فمن جوزها في الأفعال أيضاً.. اختار الثاني، ومن لم يجوز ذلك.. اختار الأول، واختاره فخر الإسلام، وجعل الثاني في «المبسوط»، و«العناية»: هو الأصح.

(والمرأة في جميع ذلك كالرجل)؛ لأنها مخاطبة كالرجال، **(إلا أنها تكشف وجهها)** لقوله ﷺ: «إحرام المرأة في وجهها» **(لا رأسها)**؛ لأنها عورة.

(ولو سدلت) على وجهها **(شيئاً وجافته.. جاز)** لما رواه أبو داود عن عائشة رضي الله عنها قالت: كانت الركبان تمرّ بنا ونحن مع رسول الله ﷺ محرمات؛ فإذا حاذونا.. سدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها؛ فإذا جاوزونا.. كشفناه.

قالوا: والمستحب أن تسدل على وجهها شيئاً وتجافيه، كذا في «فتح القدير»، وهذا [٢٩٦/ب]؛ لأنه بمنزلة الاستظلال بمحمل.

(ولا تجهر بالتلبية)؛ لأن صوتها عورة.

(ولا ترمل، ولا تسعى بين الميلين)؛ لأنه مخل بستر العورة.

(ولا تحلق، بل تقصر)؛ لأن النبي ﷺ نهى النساء عن الحلق وأمرهنّ بالتّقصير؛ ولأن حلق الشعر في حقها مثلة، كحلق اللحية في حق الرجل.

وتلبسُ الْمخيطَ، وَلَا تقربُ الْحَجَرَ الْأَسودَ إِذا كَانَ عِنْدَهُ رجالٌ.

وَلَو حَاضَت عِنْدَ الْإِحْرَامِ.. اغْتَسلت وَأَتَتْ بِجَمِيعِ الْمَنَاسِكِ، إِلَّا الطّوافَ.

وإِن حاضت بعدَ طوافِ الزِّيَارَةِ.. سقطَ عَنْهَا طوافُ الصَّدَرِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا لتَركهِ، كما يسقطُ عن من أقامَ بمكَّةَ وَلَو بعدَ النَّفرِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا يسْقطُ بِالْإِقَامَةِ بعدَهُ.

وَمن قلَّدَ بَدَنَةَ تطوعٍ أَو نذرٍ أَو جَزَاءِ صيدٍ أَو نَحوِهِ وَتوجَّهَ مَعهَا يُرِيدُ الْحَجَّ.. فقد أحرمَ وَإِن لم يُلَبِّ.

(وتلبس المخيط)؛ لأن في لبس غير المخيط كشف العورة، سواءً كان المخيط درعاً أو قميصاً، أو خماراً، وتلبس الخف والقفازين أيضاً.

(ولا تقرب الحجر الأسود إذا كان عنده رجال)؛ لأنها ممنوعة عن مماسة الرجال، وعند الاجتماع يخاف عليها المماسة، إلا أن تجد الموضع خالياً.

(ولو حاضت عند الإحرام.. اغتسلت وأتت بجميع المناسك إلا الطواف) لما رواه البخاري: أن النبي ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها حين حاضت: «تنسكِ المناسك كلها غير أن لا تطوفي بالبيت، ولا تصلي حتى تطهري»

(وإن حاضت بعد طواف الزيارة.. سقط عنها طواف الصدر، ولا شيء عليها لتركه)؛ لأنها قد رخصت في تركه وإن كان واجباً، على ما رواه في «الصحيحين» وقد ذكرناه.

(كما يسقط عن من أقام بمكة، ولو بعد النفر) الأوّل، **(عند أبي يوسف، وعند محمد لا يسقط بالإقامة بعده)**، وهو ثابت يوم النحر.

(ومن قلّد بدنة تطوع أو نذر أو جزاء صيد أو نحوه وتوجه معها يريد الحج.. فقد أحرم، وإن لم يلبّ)؛ لقوله ﷺ: «من قلّد بدنة.. فقد أحرم»؛ ولأن سوق الهدي في معنى التلبية في إظهار الإجابة؛ لأنه لا يفعله إلا من يريد الحج أو العمرة،

فَإِن بعثَ بهَا ثـمَّ توجَّـه.. فَلَا يصير محرماً حَتَّى يَلْحقهَا، إِلَّا فِي بَدَنَةِ الْمُتْعَةِ؛ ....

وإظهار الإجابة كما يكون بالقول.. كذلك يكون بالفعل، فيصير به محرماً لاتصال النية بفعل هو من خصائص الإحرام.

وصفة التقليد: أن يربط على عنق بدنته قطعة نعل أو عروة مزادة؛ لئلا يمنعها من الماء والعلف، إذا علم أنه هدي فيما تغيب عن صاحبها.

(**فإن بعث بها**) بعد تقليدها (**ثم توجّه.. فلا يصير محرماً حتى يلحقها**) ويسوقها، واختلفوا في هذه المسألة:

قيل: إذا قلدها.. يصير محرماً.

وقيل: إذا توجه في أثرها.. يصير محرماً.

وقيل: إذا أدركها وساقها.. يصير محرماً، وهو: الأصح؛ لأنه أخذ بالمتيقن؛ ولأنه إذا لم يوجد بين يديه هدي يسوقه.. لم يوجد منه إلا مجرد النية، وبمجرد النية.. لا يصير محرماً، وأما إذا أدركها وساقها.. فقد اقترنت نيته بعمله وهو من خصائص الإحرام، فيصير محرماً؛ كما لو ساقها ابتداء، وهذا؛ أي: اشتراط السوق في اللحوق رواية «المبسوط».

وفي رواية «الجامع الصغير»: لم يشترط السوق بعد اللحوق والإدراك إليه، وهو الظاهر من كلام المصنف، ولو أدرك ولم يسبق وساق غيره.. فهو كسوقه؛ لأن فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل، كذا في «العناية».

(**إلا في بدنة المتعة**) استثناءً من قوله: لا يصير محرماً حتى يلحقها، يعني أنه يصير محرماً حين توجه قبل أن يلحقها، لكنه إن نوى الإحرام وقلدها في أشهر الحج.. فهذا استحسان، والقياس: أن لا يصير محرماً ما لم يلحقها؛ لما ذكرناه أنه ما لم يلحقها لم يوجد منه إلا مجرد نية.. فلا يصير بها محرماً.

وجه الاستحسان: أن هذا الهدي مشروع من الابتداء نسكاً من مناسك [٢٩٧/أ]

فَإِنْ جلَّلها أَو أَشعرَها أَو قلَّدَ شَاةً.. لَا يكونُ مُحرِماً.

وَالْبُدنُ: مِنَ الْبَقرِ وَالْإِبِلِ.

الحج وضعاً؛ لأنه يختص بمكة في أشهر الحج، ويجب شكراً للجمع بين أداء النسكين، وغيره من الدم قد يجب بالجناية، وإن لم يصل إلى مكة، فلهذا اكتفى فيه بالتوجه مع النية، وفي غيره توقف على حقيقة الفعل.

قال في «النهاية»: ههنا قيد لا بدّ من ذكره وهو أنه في بدنة المتعة إنما يصير محرماً بالتقليد والتوجه إذا حصلا في أشهر الحج؛ فإن حصلا في غير أشهر الحج.. لا يصير محرماً ما لم يدرك الهدي ويسير معه، هكذا في «الرقيات»؛ وذلك لأن تقليد هدي المتعة في غير أشهر الحج لا يعتد به؛ لأنه فعل من أفعال المتعة، وأفعال المتعة قبل أشهر الحج.. لا يعتد بها، فيكون تطوعاً، وفي هدي التطوع ما لم يدرك ويسير معه لا يصير محرماً، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

(**فإن جلّلها، أو أشعرها، أو قلّد شاة.. لا يكون محرماً**)؛ لأن التجليل لدفع الحر والبرد، فلم يكن من خصائص الحج، والإشعار مكروه عند أبي حنيفة، فلا يكون من النسك، وعندهما: وإن كان حسناً.. فقد يفعل للمعالجة، بخلاف التقليد؛ فإنه يختص بالهدي، وتقليد الشاة غير معتاد، وليس سنة أيضاً.

(**والبدن: من البقر والإبل**)، وقال الشافعي: من الإبل خاصة؛ لما رواه مسلم: «البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة».

ولنا: قول الخليل: البدنة ناقة أو بقرة، وهو قول أكثر أصل اللغة على ما في «المصباح»؛ ولأن البدنة مأخوذ من البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا فيها.

* * *

(بَابُ الْقِرَانِ والتَّمتُّعِ)

الْقِرَانُ أفضلُ مطلقاً.

(باب القران والتمتع)

لما فرغ من ذكر المفرد.. شرع في بيان المركب، وهو القران والتمتع.

والمحرم أربعة أنواع:

مفرد بالحج: على ما مر.

ومفرد بالعمرة: وهو من ينوي العمرة بقلبه، ويقول: لبيك بعمرة، ثم يأتي بأفعالها.

وقارن: وهو من يجمع بين العمرة والحج في الإحرام وينويهما، ويقول: لبيك بحجة وعمرة، ويأتي بأفعال العمرة، ثم يأتي بأفعال الحج من غير تحلل بينهما.

ومتمتع: وهو من يأتي بالعمرة في أشهر الحج، أو بأكثر طوافها، ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ذلك، من غير أن يلم بأهله إلماماً صحيحاً.

(القران أفضل مطلقاً) أي من الأنواع الثلاثة المذكورة.

وقال الشافعي: الإفراد من كل من الحج والعمرة أفضل، ثم التمتع، ثم القران.

وقال مالك وأحمد: التمتع أفضل، ثم الإفراد، ثم القران؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ﴾ ولا ذكر للقران في القرآن.

وللشافعي: ما في «الصحيحين» من حديث عائشة قالت: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع، فمنّا من أهلّ بعمرة، ومنا من أهلّ بحجة، وأهلّ رسول الله ﷺ بحجّة، وفي «البخاري» عن ابن عمر: أنه ﷺ أهلّ بالحج وحده؛ ولأن في الإفراد زيادة التلبية والسفر والحلق؛ فإن القارن يؤدي كلّ نسك بصفة الكمال.

ولنا: ما رواه الطحاوي أنه ﷺ قال: «يا آل محمد أهلّوا بحجة وعمرة معاً»، وعن أنس أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لبيك عمرة وحجّا» رواه البخاري ومسلم، ولأن فيه [٢٩٧/ب] جمعاً بين العبادتين، فأشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله.

وَهُوَ أَن يُهلَّ بِالْعُمْرَةِ وَالْحجِّ مَعاً من الْمِيقَاتِ، وَيَقُولُ بعدَ الصَّلَاة: اللَّهُمَّ إِنِّي أُرِيد الْحَجَّ وَالْعمْرَةَ فيسِّرهما لي وتقبَّلهما منِّي.

والتلبية غير محصورة، فيكررها المفرد والقارن.

والسفر غير مقصود، فلا يوجب عدمه نقصاً.

والحلق: خروج عن العبادة، فلا يؤثر فيها، فلا ترجيح بشيء منها.

وحديث عائشة رضي الله عنها حكاية فعله ﷺ، فلا يعارض ما رويناه من قوله ﷺ، وكذا حديث ابن عمر وأنس رضي الله عنهم، لم يختلف عليه أحد من الرواة في أنه ﷺ كان قارناً، حتى قالوا: اتفق عن أنس ستة عشر راوياً أنه ﷺ قرن.

وللقران ذكر في القرآن أيضاً؛ لأن المراد من قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّواْ ٱلۡحَجَّ وَٱلۡعُمۡرَةَ لِلَّهِ﴾: أن يحرم بهما من دويرة أهله.

(وهو)؛ أي: القران **(أن يهلّ بالعمرة والحج معاً من الميقات)**، أو دويرة أهله، أو بعدما خرج من بلده قبل أن يصل إلى الميقات، على ما في «التبيين».

في أشهر الحج أو قبلها على ما في «الكافي».

(ويقول بعد الصّلاة: اللهم إني أريد الحج والعمرة فيسّرهما لي وتقبلهما مني).

وكذا يكون قارناً إذا أحرم بعمرة وطاف لها أقل من أربعة أشواط، ثم أحرم بحجة؛ لأن القران: هو الجمع بين الحج والعمرة، وقد تحقق في تلك الصورة أيضاً؛ لأن للأكثر حكم الكل، بخلاف ما لو طاف أربعة أشواط.. فإنه لا يصير قارناً بإدخال الحج عليها؛ لعدم تحقق جمع النسكين.

ومتى عزم على أدائها.. سأل الله تعالى التيسير فيهما، وقدم العمرة على الحج في عزيمته ودعائه وتلبيته، ويقول: لبيك بعمرة وحج معاً؛ لأنه يبدأ بأفعال العمرة، فكذلك يبدأ بذكرها.

وإن أخّر ذلك في الدّعاء والتلبية.. لا بأس به؛ لأن الواو للجمع.

فَإِذا دخلَ مَكَّةَ.. ابْتَدَأَ فَطَافَ لِلْعُمْرَةِ، وسعى، ثمَّ طَافَ لِلْحَجِّ طواف الْقدومِ، وسعى.

ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما بالتلبية.. أجزأه؛ اعتباراً بالصّلاة.

(**فإذا دخل**) القارن (**مكة.. ابتدأ فطاف للعمرة**) سبعة أشواط، يرمل في الثلاثة الأُوَل، ويصلي بعدها ركعتين، (**وسعى، ثم طاف للحج طواف القدوم**) سبعة أشواط، (**وسعى**) على ما مرّ في المفرد.

ولا يحلق بين العمرة والحج؛ لأن ذلك جناية على إحرام الحج، وإنما يحلق في يوم النحر، كما يحلق المفرد، ويتحلل بالحلق عندنا، لا بالذبح.

وقال الشافعي: يكتفي بأفعال الحج عن أفعال العمرة؛ لأن مبنى القران على التداخل؛ لقوله ﷺ: «دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة»، حتى اكتفي به بتلبية واحدة وبسفر وحلق واحد، فكذا في بقية الأركان، فيطوف طوافاً واحداً، ويسعى سعياً واحداً.

ولنا: ما روي أن صُبياً بن معبد طاف طوافين، وسعى سعيين، فقال له عمر: هديت لسنة نبيك، ولأن القران: ضم عبادة إلى عبادة، وذلك إنما يتحقق بأداء كل واحد على الكمال، ولا تداخل في العبادات، وإنما التداخل في العقوبات؛ لطفاً من الله تعالى.

والسفر: للتوسل، والتلبية: للتَّحَرُّم، والحلق: للتَّحَلُّل، وليست بمقاصد، بخلاف الأركان، ألا ترى أن شفع التطوع لا يتداخلان، وبِتَحْرِيمة واحدة يؤديان، ومعنى ما رواه: «دخل وقت العمرة في وقت الحج»، وذلك لأنهم كانوا يجعلون أشهر الحج قبل الإسلام للحج، فأدخل الله تعالى وقت العمرة في وقت الحج؛ إسقاطاً للسفر الجديد للعمرة؛ توسعة على الغرباء.

فَلَو طَافَ لَهما طوافَينِ وسعى سعيَينِ جَازَ وأساءَ.

ثمَّ يحجُّ كَمَا مرَّ.

فَإِذا رمى جَمْرَةَ الْعقبَةِ يَوْمَ النَّحْرِ.. ذبحَ دمَ الْقرَانِ: شَاةً، أَو بَدَنَةً، أَو سُبُعَ بَدَنَةٍ.

فَإِن عجزَ عَنهُ.. صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ قبلَ يَوْمِ النَّحْرِ، وَالْأَفْضَلُ كَونُ آخرِهَا يَوْمَ عَرَفَةَ وَسَبْعَةً إِذا فرغَ، ....

(**فلو طاف لهما**)؛ أي: للحج والعمرة (**طوافين، وسعى سعيين**) [٢٩٨/أ]؛ أي: لو والى بين الطوافين الأسبوعين وبين السعيين الأسبوعين للحج والعمرة (.. **جاز**)؛ لأنه قد أتى بما هو المستحق عليه، (**وأساء**) بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية، ولا شيء عليه؛ لأن طواف التحية سنة، وتركه لا يوجب شيئاً، فتقديمه أولى.

(**ثم يحج كما مر**)؛ أي: يأتي بباقي أفعال الحج بعد طواف القدوم والسّعي على ما مر في المفرد.

(**فإذا رمى جمرة العقبة يوم النحر.. ذبح دم القران شاة، أو بدنة، أو سبع بدنة**)؛ لأن القران في معنى المتعة في الجمع بين النسكين، والهدي منصوص عليه في المتعة بقوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ والهدي: من الإبل والبقر والغنم، فيلحق بها دلالة، ولهذا عين الذبح ههنا، وقد قال في المفرد: يذبح إن أحبّ.

(**فإذا عجز عنه.. صام ثلاثة أيام**)، شرط إجزاء هذه الثلاثة: وجود الإحرام بالعمرة في أشهر الحج، وإن كان في شوال، وكلّما أخّرها إلى آخر وقتها.. فهو أفضل؛ لرجاء أن يجد الهدي، وكذا كان الأفضل أن يصومها في سابع ذي الحجة، ويوم التروية، ويوم عرفة، ولذا قال: (**قبل يوم النحر. والأفضل: كون آخرها يوم عرفة**).

(**وسبعة إذا فرغ**) عن الحج؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا

رَجَعۡتُمۡۗ تِلۡكَ عَشَرَةٞ كَامِلَةٞۗ﴾، وهـذا وإن ورد في التمتـع.. لكـن القـران فـي معنـاه علـى مـا ذكرناه.

والمراد بالرجوع إلى الأهل: الفراغ عن الحج من باب ذكر المسبب وإرادة السبب؛ لأن الفراغ عنه سبب للرجوع إليه.. فكان الأداء بعد السبب، فيجوز؛ لأنه إذا أتى به بعد الفراغ.. فقد أتى به في وقته بالنص، فيجوز.

فإن قيل: فما قرينة هذا المجاز؟

قلت: إطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الأهل على ما صرّح به في «العناية»، ويمكن أن يكون الإجماع على أنه لو رجع إلى مكة غير قاصد للإقامة بها، حتى تحقق رجوعه إلى غير أهله ووطنه، ثم بدا له أن يتخذها وطناً.. كان له أن يصوم بها، مع أنه لم يتحقق منه الرجوع إلى وطنه، بل إلى غيره، وإنما عرض الاستيطان بعد ذلك القدر من الرجوع، ثم لم يتحقق بعد صيرورتها وطناً رجوع؛ ليكون رجوعاً إلى وطنه، وعلى أنه لو لم يتخذ وطناً أصلاً ولم يكن له وطن، بل مستمر على السياحة.. وجب عليه صومها بهذا النص، ولا يتحقق في حقّه سوى الرجوع عن الأعمال، فعلم: أن المراد بالرجوع هو الرجوع عن الأعمال؛ أي: الفراغ عنها، لا الرجوع إلى الأهل.

فإذا صام تلك السبعة قبل الفراغ عن الأعمال.. لا يجوز؛ لكونه تقديماً على وقته، بخلاف صوم الثلاثة؛ فإنه إذا صامها في أشهر الحج، ولو في شوال.. يجوز؛ لكونه في وقته، وإن كان الأفضل تأخيره إلى يوم عرفة على ما عرفته.

فإن قدر على الهدي في خلال الثلاثة أو بعدها قبل يوم النحر.. لزمه الهدي وسقط الصوم؛ لأنه خلف، وإذا قدر على الأصل قبل تأدي الحكم بالخلف.. بطل الخلف.

وإن قدر عليه بعد الحلق قبل أن يصوم السبعة في أيام الذبح أو بعدها.. لم

وَلَو بِمَكَّةَ.

فَإِن لم يصمِ الثَّلَاثَةَ قبلَ يَوْمِ النَّحْرِ تعيَّنَ الدَّمُ.

يلزمه الهدي؛ لأن التحلل قد حصل بالحلق، فوجود [٢٩٨/ب] الأصل بعده لا ينقض الخلف؛ كرؤية المتيمم الماء بعد الصلاة بالتيمم.

وكذا إذا لم يجد حتى مضت أيّام الذبح، ثم وجد الهدي؛ لأن الذبح موقت بأيام النحر؛ فإذا مضت.. فقد حصل المقصود وهو إباحة التحلل بلا هدي، وكأنه تحلّل، ثم وجده.

(ولو بمكة)؛ أي: بعد مضي أيام التشريق؛ لأن الصّوم فيها منهي عنه.

وقال الشافعي: لا يجوز في مكة إلا أن ينوي الإقامة فيها؛ لأنه معلق بالرجوع إلى أهله، والمعلق بشيء لا يجوز قبله، إلا إذا تعذر بالإقامة هناك.

قلنا: القياس: أن يصام بمكة؛ لأنه بدل الدم، وأن يكون بمكة فكذا بدله، إلا أن النص علّقه بالرجوع تيسيراً له؛ فإذا تحمله.. جاز؛ كالمسافر إذا صام، ولا نسلم أن المراد بالرّجوع هو الرجوع إلى أهله، بل المراد به الرجوع من أعمال الحج؛ أي: الفراغ عنه على ما ذكرناه.

(فإن لم يصم الثلاثة قبل يوم النحر.. تعين الدم).

وقال الشافعي: يصوم بعد أيام التشريق؛ لأن صومه مؤقت، فيقضي بعد فوات وقته.

وقال مالك: يصوم في أيام التشريق بعد يوم النحر؛ لقوله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖ فِي ٱلۡحَجِّ﴾ أي في وقت الحج، وهذا وقته.

ولنا: قوله ﷺ: «ألا لا تصوموا في هذه الأيام»، وهو مشهور يجوز تقييد نص الكتاب به، ولو سلم أنه لم يقيد.. فلا أقل من أن يورث نقصاً في هذه الأيام، وما وجب كاملاً.. لا يؤدي ناقصاً، فلا يتأدى فيها، ولا بعدها أيضاً؛ لأنه بدل من الدم،

والأبدال لا تُعرف إلا شرعاً، والنص خصّه بوقت الحج، فلا يجوز بعده. وههنا بحث:

أما أوّلاً: فلأن البدل إنما يجوز أداؤه إذا كان المبدل متصور الوجود ثمة، وههنا ليس كذلك؛ لأنه لو قدر على الهدي في الأيام الثلاثة.. لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر، فكيف يجوز أداء الصوم الذي هو بدل عنه قبل يوم النحر؟! فصار هذا بمنزلة أداء الشيخ الفاني الفدية عن صوم رمضان قبل دخول شهر رمضان، وأداء كفارة اليمين قبل توجه البر وانتقاضه، وذلك لا يجوز؛ لأن الأصل لم يتوجه عليه، فكيف يتوجه البدل؟! فكذا فيما نحن فيه.

وأما ثانياً: فلأن البدل إنما يصار إليه عند العجز عن المبدل، والعجز عنه إنما يتحقق إذا مضى أيام النحر ولم يقدر عليه، فكيف يجوز البدل عنه قبله؟!

وأما ثالثاً: فلأن تعين الدم عندنا إذا فات صوم الثلاثة قبل يوم النحر غير معقول؛ لأنه فات بنفسه وببدله، فكيف يجب بعد ذلك؟

والجواب: أن الصوم ليس بدلاً من الهدي من كل وجه:

بل هو: بدل منه إذا لم يجده بعدما أحرم بالعمرة بالنص.

وأصل من حيث إنه مؤقت بوقت معين، فبالنظر إلى أصالته.. جاز بغير تصور الأصل موقعه، وقبل تحقق تمام العجز عنه.

وبالنظر إلى بدليته.. يلزم الهدي إذا قدر عليه قبل التحلل في يوم النحر، سواء صام الثلاثة أو لا.

أما على تقدير أن يصومها.. فلبطلان صومه بقدرة الأصل في يوم النحر.

وأما على تقدير أن لا يصومها.. فلقدرته على الأصل قبل حصول المقصود.

وأما تعين الدم إذا لم يصم [٢٩٩/أ] الثلاثة قبل يوم النحر.. فبناء على أصل آخر: من أن الشيء إذا وجب في وقت معيّن ولم يقدر عليه المكلّف به.. لم يسقط عن

ذمته، ويجوز أن يأتي به بعد ذلك في أي وقت كان، وههنا وجب ولم يقدر عليه، فيأتي به في أي وقت قدر.

هذا ولو لم يجد الدم.. تحلل، وعليه دمان: دم القران، ودم التحلل قبل الهدي، كذا في «الهداية».

ثم قال في آخر باب الجناية: فإن حلق القارن قبل أن يذبح.. فعليه دمان عند أبي حنيفة، دم بالحلق في غير أوانه بعد الذّبح، ودم بتأخر الذبح عن الحلق.

وعندهما: يجب عليه دم واحد وهو الأول، ولا يجب بسبب التأخير شيء. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: هذا سهو من القلم، بل أحد الدمين: لمجموع التقديم والتأخير، والآخر: دم القران، والدم الذي يجب عندهما دم القران ليس غير، لا للحلق قبل أوانه، ولو وجب ذلك.. لزم في كلّ تقديم نسك على نسك دمان؛ لأنه لا ينفك عن الأمرين، ولا قائل به. انتهى.

كذا حمله على السهو في «العناية» و«النّهاية» وتعقبه في «البحر» وقال: كلام صاحب «الهداية» صواب في الموضعين؛ لأنه لما لم يكن هنا جانياً بتأخير الدم عن الحلق لأنه عاجز.. لم يلزم لأجله دم، وإنما لزمه دم للحلق في غير أوانه.

وأما في باب الجنايات.. فإنه لما كان جانياً بحلقه قبل الذبح.. لزمه دمان عند أبي حنيفة: دم للحلق، ودم لتأخير الذبح عنه، ولم يذكر دم القران ثمة؛ لتقدمه في باب القران، والكلام في الجناية. انتهى.

ولا يخفى عليك أن هذا وإن كان وجهاً في توجيه كلام «الهداية»، وموافقاً لما نقله في «العناية» عن بعض المشايخ: **أن دم** القران واجب إجماعاً، ودم آخر بسبب الجناية على الإحرام واجب أيضاً إجماعاً، ودم آخر عند أبي حنيفة بسبب تأخير الذبح عن الحلق، **إلا أنه مخالف** لما صرّح به في «النهاية» أنا لو قلنا: وجوب الدم

وَإن وقفَ الْقَارنُ بِعَرَفَةَ قبلَ طَوَافِهِ للْعُمْرَةِ.. فقد رفضَها، فَعَلَيهِ دمٌ لرفضِها، ويقضيها، وَسقطَ عَنهُ دمُ الْقرَانِ.

على القارن بسبب تقديم الحلق على الذبح.. ينبغي أن يجب على القارن ثلاثة دماء عند أبي حنيفة، وعندهما: دمان، ولم يقل به أحد.

وهذه المسألة من مسائل «الجامع الصغير».

وقال في أصل رواية «الجامع الصغير» لمحمد في قارن قبل أن يذبح، قال: عليه دمان؛ دم القران ودم آخر؛ لأنه حلق قبل أن يذبح، يعني على قول أبي حنيفة. انتهى كلام «الهداية».

ثم قال: لو كان الأمر على ما قاله في «الهداية».. لوجب أن يقال: على قول أبي حنيفة في تقديم نسك على نسك دمان؛ دم لتقديم النسك ودم لتأخير النسك؛ لأن في كل تقديم تقديماً وتأخيراً، ولم يقل أبو حنيفة في تقديم نسك على نسك، إلا أن يوجب دم واحد.

(**وإن وقف القارن بعرفة قبل طوافه للعمرة**)، وذلك بأن لم يدخل مكة، وتوجه إلى عرفات فوقف بها (**.. فقد رفضها**)؛ لأنه تعذر عليه أداؤها بعده؛ لأنه يصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج وذلك غير مشروع، وفيه إشارة إلى أنه لا يصير رافضاً لها بمجرد التوجه إلى عرفة ما لم يقف، وهو الصحيح من مذهب أبي حنيفة على ما في «الهداية».

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يصير رافضاً [٢٩٩/ب] لها بالتوجه إليها، قياساً على التوجه إلى الجمعة بعد أن صلى الظهر في منزله.

وجه الصحيح: أن الأمر هنالك بالتوجه بعد أداء الظهر؛ فإذا توجه.. فقد رفضها صلاة بامتثال الأمر، والتوجه في القران إلى عرفات قبل أداء العمرة منهي عنه.. فافترقا.

(**فعليه دم لرفضها ويقضيها**)؛ لأنه تحقق شروعه فيها وهو ملزم، (**وسقط عنه دم القران**) لأنه لما ارتفضت العمرة بالوقوف.. لم يوفق لأداء النسكين حتى يلزم الدم شكراً لأدائهما.

والتَّمتُّعُ أفضلُ من الْإِفْرَادِ، وَهُوَ إن يَأْتِيَ بِالْعُمْرَةِ فِي أشهرِ الْحَجِ ثمَّ يحجُّ من عَامهِ فَيحرمُ بهَا منَ الْمِيقَاتِ، وَيَطوفُ لَهَا، وَيسْعَى، ويتحلل مِنْهَا إن لم يَسقِ الْهَدْيَ، ....

(**والتمتع أفضل من الإفراد**) في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الإفراد أفضل منه؛ لأن المتمتع سفره واقع لعمرته، والمفرد سفره واقع لحجته.

ووجه الظاهر: أن في التمتع جمعاً بين النسكين، فأشبه القران، ثم فيه زيادة نسك وهو إراقة الدم، وسفره واقع لحجته وإن تخللت العمرة بينهما؛ لأنها تبع للحج؛ كتخلل السنة بين الجمعة والسعي إليها.

(**وهو**)؛ أي: التمتع في الشرع: (**أن**) يأتي المتمتع (**بالعمرة**) أو أكثرها (**في أشهر الحج، ثم يحج**)؛ أي: يحرم للحج في أشهره (**من عامه**) ذلك، من غير أن يلم بأهله إلماماً صحيحاً، وسيأتي بيانه.

(**فيحرم**) أي الآفاقي المتمتع؛ لأن أهل مكة لا تمتع لهم، على ما سيأتي، (**بها**) أي: بالعمرة (**من الميقات**)، أو من مكان قبلها في أشهر الحج أو قبله، لكنه لا بد أن يكون طوافه لها في أشهر الحج؛ لأن العبرة في التمتع أن يوجد طواف العمرة أو أكثرها في أشهر الحج، وأما إحرامه.. فيجوز قبله عندنا.

(**ويطوف**) في أشهر الحج (**لها**)؛ أي: للعمرة، (**ويسعى ويتحلل**) بأن يحلق أو يقصر (**منها**)؛ أي: من العمرة إن شاء، وإلا.. يبقى على إحرامه حتى يحرم بالحج يوم التروية، ويتحلل من الإحرامين بالحلق يوم النحر.

وهذا (**إن لم يسق الهدي**)، وإن ساقه.. فلا يتحلل حتى يبلغ الهدي محلّه، لما في «البخاري» عن ابن عمر قال: تمتع الناس بالعمرة إلى الحج، وإن النبي ﷺ لما قدم مكة قال للناس: «من كان معه هدي.. فإنه لا يحل حتى يقضي حجه، ومن لم يكن أهدى.. فليطف بالبيت وبالصفا والمروة، وليقصر، وليتحلل»، فظهر منه أنه

وَيقطعُ التَّلْبِيَةَ بِأَوَّلِ الطَّوافِ، ثمَّ يحرمُ بِالْحَجِّ مِنَ الْحرمِ يَوْمَ التَّروِيَةِ. وَقَبلَهُ: أَفضلُ.

ويحجُّ. ويذبحُ كالقارنِ؛ فَإِن عجزَ.. فكحكمِهِ.

ليس للعمرة طواف القدوم، ولا طواف الصّدر وهو المذهب؛ وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة.

(ويقطع التلبية بأول الطواف)، لما صحّحه الترمذي عن ابن عباس أن النبي ﷺ: كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم الحجر، ولأن المقصود هو الطواف، فيقطعه عند افتتاحه، ولهذا يقطعه الحاج عند افتتاح الرمي الذي هو من واجبات الحج، وهذا حجة على مالك في قوله: «أن يقطع التلبية كما وقع بصره على البيت»).

(ثم)؛ أي: بعد أن يحل من العمرة في مكة **(يحرم بالحج من الحرم يوم التروية)**؛ لأنه في معنى المكي؛ لأنه قام حلالاً في مكة فيلحق بهم، وميقات المكي في الحج: الحرم على ما مر.

(وقبله)؛ أي: قبل يوم التروية **(أفضل)**، لما فيه من المسارعة إلى العبادة.

(ويحج) كالمفرد، **إلا أنه**: لا يطوف طواف التحية؛ لأنه لما صار في حكم المكي.. سقط عنه طواف التحية، **وأنه**: يرمل في طواف الزيارة، ويسعى بعده؛ لأن هذا أوّل طواف له في الحج، بخلاف المفرد؛ لأنه قد سعى مرة.

ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم [٣٠٠/أ] للحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى.. لم يرمل في طواف الزيارة، ولا يسعى بعده؛ لعدم مشروعية التكرار.

(ويذبح)؛ أي: دم التمتع **(كالقارن)**؛ لما تلونا فيه.

(فإن عجز) أي عن الدم **(.. فكحكمه)** أي حكم القران صيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران.

وَجَازَ صَوْمُ الثَّلَاثَةِ قبلَ طوافِهَا وَلَو فِي شَوَّالٍ بعدَ الْإِحْرَامِ بهَا، لَا قبلَهُ.

فَإِن شَاءَ سوقَ الْهَدْيِ - وَهُوَ أفضلُ - أحرمَ وَسَاقَهُ، وَهُوَ أولى مِن قَودِهِ.

وَإِن كَانَت بدنةً.. قلَّدها بمزادةٍ أَو نعلٍ، وَهُوَ أولى من التَّجْلِيلِ.

والإِشعارُ جَائِزٌ عِنْدَهمَا، وَهُوَ: شقُّ سنامِها مِنَ الْأَيْسَرِ، وَهُوَ الْأَشْبَهُ بِفِعْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، ....

(وجاز صوم الثلاثة قبل طوافها) أي العمرة، **(ولو في شوال بعد الإحرام بها)**، أي بالعمرة.

وقال الشافعي: لا يجوز حتى يحرم بالحج؛ لقوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ﴾.

ولنا: أنه أداه بعد انعقاد سببه وهو الإحرام بالعمرة، والمراد بالحج في النص: وقته، لا فعل الحج؛ لأنه لا يكون ظرفاً، لكن الأفضل تأخيرها إلى يوم عرفة، ويومان قبله على ما ذكرناه في القران.

(لا قبله) أي قبل إحرام العمرة؛ لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع؛ لأنه بدل عن الهدي، وهو في هذه الحالة غير متمتع، فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه.

(فإن شاء) المتمتع **(سوق الهدي - وهو أفضل)** من عدم السوق؛ لأن النبي ﷺ ساق الهدايا مع نفسه **(- أحرم)** من الميقات، **(وساقه، وهو)** أي السوق **(أولى من قوده)**، إلا إذا كان لا ينساق.. فحينئذٍ يقاد؛ لأنه ﷺ يسوقه.

(وإن كانت بدنة.. قلدّها بمزادة أو نعل)؛ لحديث عائشة قالت: كان النبي ﷺ يفعل كذا.

(وهو أولى من التجليل)؛ لأن له ذكراً في الكتاب، نحو قوله تعالى ﴿وَلَا ٱلْهَدْيَ وَلَا ٱلْقَلَٰٓئِدَ﴾.

(والإشعار جائز عندهما، وهو شق سنامها) حتى يخرج منه الدم يلطّخ سنامها **(من الأيسر، وهو الأشبه بفعله ﷺ)**؛ لأن النبي ﷺ طعن في جانب اليسار مقصوداً، وفي جانب الأيمن اتفاقاً.

أَو منَ الْأَيْمنِ.

وَيكرهُ عِنْدَ الإِمَامِ.

ثمَّ يعْتَمرُ كَمَا تقدَّمَ وَلَا يَتحَلَّلُ، وَيحرمُ بِالْحَجِّ كَمَا مرَّ؛ ....

(أو من الأيمن) لما رويناه.

(ويكره عند الإمام) أبي حنيفة.

وسنة عند الشافعي؛ لأنه مروي عن النبي ﷺ، وعن الخلفاء.

ولهما: أن المقصود من التقليد.. أن لا يهاج إذا ورد ماء أو كلأ، أو يرد إذا ضل، وإنه في الإشعار أتم؛ لأنه ألزم لعدم احتمال انقطاعه وسقوطه، فمن هذا الوجه يكون سنّة، إلا إن عارضه جهة كونه مثله، فقلنا بحسنه.

ولأبي حنيفة: إنه مثلة، وهي منهي عنها، وإذا تعارض المبيح والمحرم.. فالترجيح للمحرّم، وإشعار النبي ﷺ لصيانة الهدي؛ لأن المشركين كانوا لا يمتنعون عن تعرضه إلّا به.

وقيل: إن أبا حنيفة كره إشعار أهل زمانه؛ لمبالغتهم فيه على وجه يخاف السراية.

وقيل: إنما كره إيثاره على التقليد.

(ثم يعتمر): معطوف على قوله: «ساقه»؛ أي: يفعل المتمتع الذي ساق الهدي أفعال العمرة إذا دخل مكة (كما تقدم)؛ أي: في متمتع لا يسوق الهدي؛ أي: يطوف ويسعى للعمرة.

(ولا يتحلل) من العمرة عند فراغه عنها كما يتحلل فيما تقدم؛ لما في «البخاري» أنه ﷺ قال: «لو استقبلت من أمري ما استدبرت.. لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها، وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي؛ لأن المقصود منه إظهار التأسف على تأتي الإحلال ليشرح صدر أصحابه بموافقته إياهم.

(ويحرم بالحج) يوم التروية أو قبله من الحرم؛ كما أحرم أهل مكة، (كما مر)

فَإِذا حلقَ يَوْمَ النَّحْرِ.. حل مِن إِحرامَيهِ.

وَلَا تمتّعَ وَلَا قِرَانَ لأَهلِ مَكَّةَ..............................

في متمتع لا يسوق الهدي، وعليه دم التمتع، [٣٠٠/ب] لما تلوناه من قوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾.

(فإذا حلق يوم النحر.. حلّ من إحراميه)؛ أي: إحرامي العمرة والحج؛ لأن الحلق في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنها.

فإن قيل: التحلل من الإحرامين يقتضي قيام كل منهما عند الحلق، ولو كان إحرام العمرة باقياً عنده.. لزم القارن دمان إذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة، وليس كذلك، بل عليه دم واحد على ما في «النهاية» و«العناية».

وأجيب: بأن إحرام العمرة قد انتهى بالوقوف في حق سائر الأحكام، وإنما يبقى في حق التحلل لا غير، ضرورة أن التحلل لا يتصور بدون الإحرام؛ كإحرام المفرد بالحج؛ فإنه ينتهي بالحلق يوم النحر في حق سائر المحظورات، ويبقى في حق الجماع خاصة لضرورة طواف الزيارة وهو ضعيف؛ لأنه يشعر بأن القارن بعد الحلق لا جناية عليه أصلاً، مع أنه لو جامع بعد الحلق قبل الطواف.. يجب عليه شاتان على ما في «التبيين».

(ولا تمتع ولا قران لأهل مكة)، وإنما لهم الإفراد خاصة، خلافاً للشافعي، وهو يقول: لهم التمتع والقران كالآفاقيّ؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾؛ فإنه بإطلاقه يعم الآفاقيّ والمكيّ، وبقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾؛ فإن ذلك إشارة إلى الهدي.

والصوم المفهوم من قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ۚ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ يعني: لهم أن يتمتعوا ويقرنوا، ولكن لا دم عليهم، ولا صوم.

قلنا: لا إطلاق في قوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ﴾، بل كلمة ﴿مَن﴾ عامة خصّت بقوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾؛ لأنه مستقل مقارن، ولا نسلم أن ذلك إشارة إلى الهدي والصوم؛ لأنه موضوع للبعيد، والهدي والصوم قريب، ولا يشار إليه حقيقة، والتمتع المفهوم من تمتَّع.. بعيد فيشار إليه؛ لكونه حقيقة؛ إذ لا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر الحقيقة، ولا تعذر هنا؛ ولأن اللام في قوله: ﴿لِمَن لَّمْ يَكُنْ﴾ تستعمل فيما لنا، لا فيما علينا، فلو كان ذلك إشارة إلى الهدي.. لقال: «ذلك على من لم يكن»؛ لأن لنا الخيار في التمتع؛ إن شئنا.. فعلنا، وإن شئنا.. لم نفعل، وأما الهدي.. فواجب علينا من غير اختيار منا.

فإن قيل: إن ذلك، وإن اقتضى الإشارة إلى التمتع بحسب الوضع العربي، لكنه لا يلزم منه أن لا تمتع ولا قران في حق أهل مكة؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على النفي عما عداه.

قلنا: إن تخصيص الشيء بالذكر كما لا يدل على نفي الحكم عما عداه.. فكذلك لا يدل على ثبوته له، والأصل فيه: العدم، فيبقى على الأصل إلى أن يدل الدليل على خلافه.

فإن قيل: إن الله تعالى شرع التمتع والقران إبانة لنسخ ما كان عليه أهل الجاهلية في تحريمهم العمرة في أشهر الحج، والنسخ عام في حق عامة الناس؛ آفاقياً أو مكياً، فيثبتان في حق المكي أيضاً.

قلنا: لا نسلم ثبوت النسخ في حق المكي، بل هو مخصص بالآفاقي؛ لأجل الترفه لهم ودفعاً [٣٠١/أ] للحرج عنهم بإسقاط أحد السّفرين، بخلاف المكي؛ لأنه لا يشق عليه هذا السّفر لقربه حتى يترفه بجمع السفرين، ولو سلم ذلك.. لكنا نقول: إن النسخ ثابت في حق المكي أيضاً، حتى لو اعتمر في أشهر الحج.. جاز، ولكنه لا يدرك فضيلة التمتع؛ لأن تمتعه نقص عن تمتع الآفاقي، بصيرورة دمه دم جبر.

وأعلم: أن قولهم: «ولا تمتع ولا قران لأهل مكة».

يحتمل نفي الوجود، حتى لو أحرم مكي بعمرة، أو بعمرة وحجّة، وطاف للعمرة في أشهر الحج، ثم حج من عامه ذلك.. لا يكون متمتعاً ولا قارناً، ويدل على هذا قولهم: «وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي.. بطل تمتعه؛ لأنه ألمَّ بأهله فيما بين النسكين إلماماً صحيحاً، وذلك يبطل التمتع» وسيصرح به المصنف أيضاً.

فإنه أفاد أن عدم الإلمام شرط لصحة التمتع، فينتفي بانتفائه، فينتفي من المكي لوجود الإلمام فيه.

ويحتمل نفي الحلّ كما في قولهم: «ليس لك أن تصوم يوم النحر»، حتى لو أنّ مكياً اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك، أو جمع بينهما.. كان متمتعاً وقارنا، لكنه أثم لفعله إياهما على وجه منهي.

ويدل عليه ما في «غاية البيان»: ليس لأهل مكة تمتع ولا قران، ومن تمتع منهم أو قرن.. كان عليه دم، وهو دم جناية لا يأكل منه.

وصح عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ليس لأهل مكة تمتع ولا قران.

وقال في «التحفة»: ومع هذا لو تمتعوا.. جاز وأساؤوا، وعليهم دم الجبر، وكذا في «العناية».

فإن لزوم دم الجبر يستلزم ثبوت صحتها؛ لأنه لا جبر إلا لما وجد بوصف النقصان، لا لما يوجد شرعاً، وعلى هذا الاحتمال لا بد أن يحمل قولهم: «عدم الإلمام بأهله شرط لصحة التمتع» على التمتع الذي لم يتعلق به نهي، وينتهض سبباً لدم الشكر وترتب الثواب عليه؛ أعني: تمتع الآفاقي؛ لأن في تمتع المكي قد وجد الإلمام بأهله.

فإن قيل: يجوز أن يكون لزوم الدم من المكي؛ لاعتماره في أشهر الحج لا للتمتع منه، على ما ذهب إليه بعض الحنفية من أهل مكة، بناء على ما وقع في «البدائع» من قوله: «ولأن دخول العمرة في أشهر الحج وقع رخصة لقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾»، قيل: في بعض وجوه التأويل؛ أي: للحج أشهر، واللام: للاختصاص، فاختصت هذه الأشهر بالحج، وذلك بأن لا يدخل فيها غيرها، لا أن العمرة دخلت فيها رخصة للآفاقي؛ ضرورة تعذر إنشاء سفر للعمرة نظراً له، وهذا المعنى لا يوجد في حق أهل مكة ومن بمعناهم، فلم تكن العمرة مشروعة في أشهر الحج في حقهم، فبقيت العمرة في أشهر الحج في حقهم معصية. انتهى.

قلت: إنكار اعتمار المكي غير صحيح؛ لأن اعتماره في أشهر الحج صحيح وإن لم يدرك فضيلة التمتع، على ما صرح به في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: إنكار اعتمار المكي في أشهر الحج إن كان لمجرد العمرة.. فخطأ بلا شك؛ لصحة عمرته فيها، وإن كان لعدم تخلفه عن الحج إذا خرج الناس للحج، [٣٠١/ب] بل يحج بعد عمرته من عامه ذلك.. فصحيح بناء على أنه حينئذ إنكار لمتعة المكي، لا لمجرد عمرته. انتهى.

فظهر منه: أن لزوم دم الجبر من المكي لمتعته لا لعمرته، لكن ثم قال في «فتح القدير»: ثم ظهر لي بعد سنين أن الوجه منع العمرة للمكي في أشهر الحج؛ سواء حجّ من عامه ذلك أو لا، وبين وجه ذلك، ثم رجّح الاحتمال الأول من الاحتمالين الذين ذكرناهما.

ثم اعلم: أنهم اختلفوا في أن عدم الإلمام الصحيح هل هو شرط في التمتع فقط، أو فيه وفي القران أيضاً.

فقال في «الهداية»: بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن به.. حيث يصح؛ لأنه عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي.

وقال شراحه: قيّد بالقران دون التمتع؛ لأن هذا المكي لو تمتع.. لا يصحّ تمتّعه ويلزمه دم جناية؛ لوجود الإلمام الصحيح منه بين النسكين حلالاً، ساق الهدي أو لم يسق، على ما في «النهاية».

فقد فرقوا بين التمتع والقران، فشرطوا في التمتع عدم الإلمام دون القران.

وقال في «فتح القدير»: إن مقتضى إطلاق التمتع في قوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ﴾ إلى أنه اشترط عدم الإلمام الصحيح للقران أيضاً، حتى لو خرج المكي إلى الكوفة، ثم عاد فأحرم بها من الميقات في أشهر الحج، ثم فعلها.. لا يكون قارناً بالقران الشرعي المستعقب لإيجاب دم الشكر، فيلزمه دم جناية على خلاف ما صرح به في «الهداية» وشرّاحه.

ورجّحه في «البحر» وقال: مقتضى الدّليل أن لا فرق بين التمتع والقران في اشتراط عدم الإلمام الصّحيح.

وذكر في «النهاية» عن الإمام المحبوبي: أن هذا المكي الذي خرج إلى الكوفة وقرن، إنما يصحّ قرانه إذا خرج من الميقات قبل دخول أشهر الحج؛ فأما إذا دخل أشهر الحج وهو بمكة.. صار ممنوعاً من القران شرعاً، فلا يتغير ذلك بخروجه من الميقات.

فأما إذا دخل أشهر الحج وهو بالكوفة.. فهو غير ممنوع من القران؛ لأنه في هذه الحالة بمنزلة الكوفي، هكذا روي عن محمد. انتهى.

وهذا يدل على الفرق المذكور بينهما.

وهل يجب دم الجبر على الآفاقي إذا تمتع وألم بأهله صحيحاً، ثم رجع وحجّ من عامه ذلك كما يجب على المكي إذا خرج من الميقات وتمتع؟

ففي «فتح القدير» و«البحر»: أنه يجب.

وَلمن هُوَ دَاخلَ الْمَيقاتِ.

(ولمن هو داخل الميقات)؛ لأنه بمنزلة المكي، سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر أو لا، ففي «العناية» عن «مبسوط شيخ الإسلام»: أن هذا راجع إلى تفسير أهل حاضري المسجد الحرام.

فعندنا: هم أهل مكة ومن كان داخل المواقيت؛ سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر أو لا.

وعند الشافعي: هم أهل مكة ومن حولها إذا لم يكن بينه وبين مكة مسيرة سفر.

وقال في «النّهاية»: ولا متعة ولا قران عندنا لمن كان وراء الميقات، على معنى أن الدم لا يجب نسكاً.

أما التمتع: فلأنه لا يتصور أن يكون متمتعاً للإلمام الذي يوجد منه بينهما.

وأما القران: فيكره، ويلزمه الرفض؛ لأن القران أصله أن يشرع القارن في الإحرامين معاً، والشروع معاً من أهل مكة لا يتصور إلا بتحلل في أحدهما؛ **لأنه إن جمع بينهما في** [٣٠٢/أ] الحرم.. كان أخل بشرط إحرام العمرة؛ فإن ميقاته الحل، **وإن أحرم بهما** من الحلّ.. فقد أخلّ بميقات الحج؛ لأن ميقاته الحرم، فلما كان الأصل في القران الشروع فيهما معاً، والأصل في الساكن وراء الميقات: أهل مكة ولم يشرع القران في حقهم، فكذلك في السّاكن وراء الميقات تبعاً.. فلذلك خص بها من لم يكن أهله حاضر المسجّد الحرام؛ لوجود شرط الجواز في حقّهم. انتهى.

وأشار بقوله: «على معنى أن الدم لا يجب نسكاً»، **إلى أن المراد بالنفي في** قولهم: «لا تمتع ولا قران لأهل مكة ولمن هو داخل الميقات» **نفي الحل لا نفي الوجود** على ما ذكرنا كلاً من الاحتمالين.

يعني: أنه يجب عليه دم جبر، ومراده بالكراهة في قوله: «فيكره» الحرمة، لكن الظاهر من دليله؛ أعني: قوله: لأن القران... إلى آخره» نفي أصل الوجود. تأمل.

فَإِن عَادَ الْمُتَمَتِّعُ إِلَى أَهلِهِ بعدَ الْعمرَةِ وَلم يكن سَاقَ الْهديَ.. بَطلَ تمتُّعهُ.

وَإِن كَانَ قد سَاقَهُ.. لَا.

وَمن طَافَ للْعُمْرَةِ قبلَ أشهرِ الْحَجِّ أقلَّ من أَرْبَعَةٍ وَأتمَّ بعدَ دُخُولِهَا وَحجَّ.. كَانَ مُتَمَتِّعاً.

والمراد بالرفض في قوله: «ويلزمه الرفض» هو: العمرة، على ما في «البحر» عن «المحيط»، قال: رفض العمرة ومضى في حجه وعليه عمرة و دم؛ فإن مضى في العمرة.. لزمه دم؛ لجمعه بينهما، وهو لا يجوز.

(**فإذا عاد المتمتع إلى أهله**) أي: بلده (**بعد العمرة ولم يكن ساق الهدي.. بطل تمتعه**)، وقد ذكرنا أن هذا يدلّ على نفي الوجود لا على نفي الحلّ، وهذا لأنه ألمّ بأهله إلماماً صحيحاً فيما بين النسكين، وبذلك يبطل التمتع على ما روي عن ابن عباس وعدّة من التابعين، ومعنى الإلمام الصحيح: أن ينزل في وطنه من غير بقاء صفة الإحرام، وهذا المتمتع كذلك، وهذا بالإجماع بين أصحابنا.

(**وإن كان قد ساقه.. لا**) يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يبطل؛ لأنه أداهما بسفرتين كما إذا كان لم يسق الهدي.

ولهما: أن العود من وطنه إلى الحرم مستحق عليه ما دام على عزم التمتع؛ لأن سوق الهدي يمنعه من التحلل ما دام على عزمه هذا، فلم يكن أنشأ لكل نسك سفراً جديداً من أهله، فلم يصح إلمامه حتى خرج من كونه متمتعاً، بخلاف من لم يسق الهدي معه على ما عرفت، وبخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي؛ حيث لم يكن متمتعاً؛ لأن العود هناك غير مستحقّ عليه.. فصّح إلمامه، وأما إذا لم يسق هذا المكي الهدي.. فهو أولى بأن لا يكون متمتعاً على ما في «العناية».

(ومن طاف للعمرة)؛ أي: بعد أن أحرم (**قبل أشهر الحج أقلّ من أربعة**) أشواط (**وأتم**)؛ أي: سبعة أشواط (**بعد دخولها**)؛ أي: دخول أشهر الحج (**وحج.. كان متمتعاً**)؛ لأن الإحرام عندنا شرط؛ فيجوز تقديمه على أشهر الحج؛ كتقديم الطهارة

وَإِن كَانَ طَافَ أَرْبَعَةً.. فَلَا.

وَلَو اعْتَمرَ كُوفِيٌّ فِي أَشْهرِ الْحَجِّ وتحلَّلَ وَأَقَامَ بِمَكَّةَ وَحجَّ.. صَحَّ تمتُّعُهُ.

وَكَذَا لو أقامَ ببصرةَ.

وَقيل: لَا يَصحُّ عِنْدَهمَا.

على وقت الصلاة، وإنما المعتبر أداء أفعال التمتع في أشهر الحج، وقد وجد الأكثر فيها، وللأكثر حكم الكل.

وهذا حجة على الشافعي في قوله: إنه إذا أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج.. لا يكون متمتعاً وإن أدّى الأعمال فيها؛ لعدم جمعه بين النسكين في أشهر الحج؛ لتقدم إحرام العمرة عليها، وهو ركن العمرة عنده لا شرطها.

وعلى مالك أيضاً في قوله: هو متمتع، وإن لم يؤد الأعمال فيها إذا كان التحلّل عن إحرام العمرة فيها؛ لأن الجمع بينهما موجود باعتبار [٣٠٢/ب] التحلل، وإن لم يكن موجوداً باعتبار الأداء والإحرام، وهو يعتبر حال التحلل.

وإنما، قلنا: «إن المعتبر أداء أفعال التمتع»؛ لأن أداء أفعال القران في أشهر الحجّ ليس بشرط لصحّة القران على ما سيأتي بيانه.

(**وإن كان طاف أربعة.. فلا**) يكون متمتّعاً؛ لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحجّ فصار متحلّلاً عن عمرته قبل أشهر الحج، ومن تحلّل قبلها.. لا يكون متمتّعاً.

(**ولو اعتمر كوفي في أشهر الحج**) – أي: أتى بأفعال العمرة فيها – (**وتحلّل**) بالحلق (**وأقام بمكة وحجّ**) من عامه ذلك (**.. صح تمتّعه**)؛ لأنه ترفّق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج من غير إلمام صحيح، وكذا لو خرج من مكة بعد التحلل عن عمرته تلك، ولكن لم يتجاوز الميقات؛ لأنه في حكم المكي.

بخلاف ما لو تجاوز الميقات.. فإنه لا يصير متمتّعاً على ما عرفت عند قوله: «فإذا عاد المتمتع إلى أهله». انتهى.

(**وكذا**)؛ أي: صح تمتعه (**لو أقام**) ذلك الكوفي (**ببصرة**) بعد تحلله عن عمرته (**وقيل: لا يصح عندهما**)، والذي ظهر منه: أنهم اختلفوا في هذه المسألة:

....

فقيل: إنه يصح تمتّعه عند الثلاث.

وقيل: عنده لا عندهما، على ما هو الظاهر من «الهداية» أيضاً.

والذي ظهر من إطلاق «الجامع الصغير» هو الأوّل، وأما الثاني: فرواية الحاكم الشهيد عن أبي عصمة.

لكن ذكر في «النهاية» و«العناية» عن «المحيط» أنه قال الجصاص: لا يصح تمتعه على قول الكل.

ثم وجه القائلين بالصّحة: أن سفره الأوّل قائم ما لم يعد إلى وطنه، فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات، وقد اجتمع له نسكان في أشهر الحج.. فصحّ تمتّعه، فوجب دم التمتع، فيصح تناوله منه؛ لكونه دم شكر لا دم جناية.

ووجه القائلين بعدم الصحة: أن المتمتع من تكون عمرته ميقاتيّة وحجته مكية، وليس هذا كذلك؛ لأن نسكاه ميقاتيان؛ لأنه بعدما جاوز الميقات حلالاً وعاد إليه.. يلزمه الإحرام من الميقات؛ فكان كالمهل بأهل ذلك الميقات.

والحاصل:

أن الأصل عند القائلين بالصحة: أنه ما لم يصل إلى أهله.. فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات.

وعند القائلين بعدم الصحة: أن من خرج من الميقات.. فهو بمنزلة من وصل إلى أهله.

ولم يذكر أشهر الحج لشهرتها وهي: شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة، على ما روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير، ولأن الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة، ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات.

ولَو أفسدَ عمرتَهُ وَأقَامَ ببصرةَ وقضاها وَحَّج.. لَا يَصحُّ تمتُّعُهُ إِلَّا أَن يعودَ إِلَى أَهلِهِ ثمَّ يَأْتِيَ بهما.

قال في «النهاية»: فائدة التوقيت: أن شيئاً من أفعال الحج لا يصح إلا فيها، والإحرام وإن صح قبلها، لكنه يكره ويكون مسيئاً، كذا في «الكشاف» و«شرح الطحاوي».

وكذا يظهر في حق المتمتع؛ فإنه لو طاف لعمرته أربعة أشواط أو أكثر قبل أشهر الحج، ثم الباقي في أشهر الحج.. لا يكون متمتعاً.

وقال: إن تخصيصهم التمتع بهذا الحكم يشير إلى أنه لا يحتاج في أفعال عمرة القارن إلى أشهر الحج، والقياس: يقتضي أن يكون حكم القارن كحكم المتمتع في ذلك؛ لأن شرعية القران إنما استفيدت من قوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ﴾، ولأن الدم واجب فيها، وذلك الشكر شرعية أفعال العمرة في أشهر الحج.

ثم أجاب [٣٠٣/أ] عن هذا القياس وقال: ما وجدت في نسخة من نسخ الفقه إلا تخصيص المتمتع بأشهر الحج في جميع نسكه دون القارن، ثم وجدت رواية في «المحيط» بأنه لا يشترط لصحة القران أن يكون أفعال عمرته في أشهر الحجّ.

وقال: وفي «المنتقى»: رجل جمع بين حجة وعمرة - أي: أحرم - ثم قدم مكة وطاف لعمرته في شهر رمضان.. كان قارناً، ولكن لا هدي عليه.

(**ولو أفسد عمرته**)؛ أي: لو قدم الكوفي مكة بإحرام العمرة فأفسدها؛ بأن جامع امرأته قبل أفعال العمرة، وأتى بها: بأن طاف وسعى وتحلل بالحلق أوالتقصير، ثم لم يبق في مكة، بل خرج منها (**وأقام ببصرة**) ولم يرجع إلى أهله، (**وقضاها**) أي: قضى في أشهر الحج العمرة التي أفسدها، (**وحجّ**) من عامه ذلك (.. **لا يصح تمتعه**) عند أبي حنيفة (**إلا أن يعود إلى أهله**)؛ أي: الكوفة؛ لأن الكلام في الكوفي.

(**ثم يأتي بهما**)؛ أي: بالعمرة والحج.. فحينئذٍ يصح تمتعه بالاتفاق؛ لأنه لما عاد إلى أهله.. انقطع سفره الأول، فصار كأن لم يكن، وإنما أنشأ السفر بعد ذلك من

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ وَإِن لم يَعُد.

وَإِن بَقِيَ بعدَ الْإِفْسَادِ بِمَكَّةَ وَقضى وَحجَّ مِن غيرِ عودٍ.. لَا يَصحُّ تمتُّعُهُ اتِّفَاقاً.

وطنه وترفق بأداء النسكين في هذا السفر على الصحة، فيكون متمتعاً.

(**وعندهما: يصح**) تمتعه (**وإن لم يعد**) إلى أهله؛ لأنه أنشأ سفراً جديداً وقد ترفق فيه للنسكين؛ لأنه لما التحق بموضع يجوز لأهله التمتع وهو البصرة.. صار هو من أهله وإن لم يصل إلى وطنه؛ لأن الخروج من الميقات بمنزلة الوصول إلى وطنه عندهما.

ولأبي حنيفة: أنه باق على سفره الأول ما لم يرجع إلى وطنه وقد انتهى ذلك بالفاسد ولم ينشأ سفراً جديداً؛ لأن الخروج من الميقات من غير أن يعود إلى وطنه كالإقامة بمكة عنده، فلا يكون متمتعاً، ولا يلزمه دم التمتع.

وقال في «النّهاية»: وهذا - أي: التي اختلف فيها - فيما إذا خرج إلى البصرة في أشهر الحج وأقام فيها، وأما إذا خرج إليها قبل أشهر الحج واعتمر وحج من عامه ذلك.. فإنه يكون متمتعاً بلا خلاف، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» و«الفوائد الظهيرية».

(**وإن بقي بعد الإفساد بمكة**) ولم يخرج إلى البصرة (**وقضى**) أي: ما أفسده من العمرة (**وحج من غير عود**) إلى أهله (.. **لا يصح تمتعه اتفاقاً**)؛ لأن سفره الأول انتهى بالفاسد وصارت عمرته الصحيحة مكية، ولا تمتع لأهل مكة، فكذا من يلحق بهم.

وحاصل هذه المسألة على خمسة أوجه على ما حرّره في «النهاية»:

وهي: كوفي قدم مكة بعمرة في أشهر الحج وأفسدها ومضى فيها بأن طاف بها وسعى وحلق، ثم حج من عامه ذلك.. لم يكن متمتعاً؛ لأن الفاسد مضمون بالقضاء ولم يقض.. فلا يكون موجبة للشكر.

وَمَا أفْسدهُ الْمُتَمَتّعُ مِن عمرتِهِ أَو حجَّته.. مضى فِيهِ وَسقطَ عَنهُ دمُ التَّمَتُّعِ.
ومن تمتّعَ فضحّى.. لَا يجزئه عَن دمِ الْتَّمتُّعِ.

وكذا لو اعتمر على الصحة وأفسد حجته بالجماع قبل الوقوف بعرفة ومضى فيها بأن يتم حجته.. لم يكن متمتعاً؛ لأنه لم يترفق بأداء النسكين على الصحة في سفر واحد.. فلا يجب عليه دم الشكر.

ولو اعتمر في أشهر الحج وأفسد عمرته ومضى فيها بأن طاف وسعى وحلق؛ فإن لم يخرج من الميقات، بل سكن في مكة أو في داخل الميقات فاعتمر عمرة صحيحة وحج من عامه ذلك.. فلا يكون متمتعاً، سواء [٣٠٣/ب] أقام في مكة، أو في موضع من داخل الميقات وإن خرج من الميقات.

إما أن يعود إلى أهله، ثم اعتمر في أشهر الحج وحجّ من عامه ذلك.. كان متمتعاً بالاتفاق، أو لا يعود إليه، بل أقام ببصرة أو الطائف، ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك.. لا يكون متمتعاً في قول أبي حنيفة، ويكون متمتعاً في قولهما على ما بيّناه من الطرفين.

وقد ذكرنا أيضاً بيان الوجه الثالث والرابع، وأشار إلى بيان الأول والثاني بقوله: (**وما أفسده المتمتع من عمرته أو حجته.. مضى فيه**)؛ أي: أتى بأفعاله ولم يتركه؛ لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بإتيان الأفعال التي وجب إتيانها في كل من العمرة والحج.

وجه الإشارة إليها يظهر مع ملاحظة قوله (**وسقط عنه دم التمتع**)؛ لأنه لم يترفق بأداء النسكين على الصحة في سفر واحد.

(**ومن تمتع فضحى.. لا يجزئه عن دم التمتع**)؛ لأن الأضحية ليست بواجبة عليه؛ لكونه مسافراً، ولئن كانت واجبة عليه بأن اشترى بنية الأضحية - فذلك واجب آخر غير ما وجب عليه بالتمتع، فلا يجزئ عنه، وإلا.. لزم التداخل في العبادات.

* * *

(بَاب الْجِنايَاتِ)

إِن طيَّبَ الْمُحرِمُ ....

(باب الجنايات)

قال في «المصباح»: جنى على قومه جناية: أذنب ذنباً يؤاخذ به، وغلبت الجناية في ألسنة الفقهاء على الجرح والقطع، والجمع: جنايات. انتهى.

وفي «المغرب»: الجناية: ما تجنيه من شرّ؛ أي تحدثه، تسميةً بالمصدر، إلا أنه خصّ بما يحرم من الفعل. انتهى.

ولا يخفى عليك أن المراد ههنا: ما تكون حرمته بسبب الإحرام أو الحرم، على ما سيظهر لك.

(**إن طيب المحرم**)؛ أي: بلا عذر؛ لأن حكم تطييبه لعذر سيأتي ذكره مصرّحاً.

التطييب: عبارة عن إلصاق عين له رائحة طيبة ببدنه أو بعضو منه، حتى لو شمّ المحرم طيباً ولم يلتصق ببدنه من عينه شيء.. لم يجب عليه شيء، على ما في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: الزعفران والبنفسج والياسمين والغالية والرّيحان والورد والورس والعصفر: طيب.

وعن أبي يوسف: القُسط[1] طيب أيضاً.

وفي الخطمي اختلافهم، ولا فرق في المنع بين بدنه وإزاره وفراشه.

وعن أبي يوسف: لا ينبغي للمحرم أن يتوسد ثوباً مصبوغاً بالزعفران، ولا ينام عليه.

ثم إن لم يكن على المحرم شيء بشم الطّيب من الرياحين وغيرها مما ذكر، لكنه يكره له ذلك.

---

(١) القُسط: نوع من البخور. «المصباح المنير».

عضواً ....

وكذا شم الثمار الطيبة كالتفاح، وهي مختلفة بين الصحابة؛ كرهه عمر وجابر، وأجازه عثمان وابن عباس.

ولا يجوز له أن يشد مسكاً في طرف إزاره، ولا بأس بأن يجلس في حانوت عطّار.

ولو دخل بيتاً قد أجمر فيه فتعلق بثوبه رائحة.. فلا شيء عليه.

بخلاف ما لو أجمره؛ قالوا: إن أجمر ثوبه بعد الإحرام؛ فإن تعلّق به كثير.. فعليه دم، وإلا.. فصدقة، وكان المرجع في الفرق بين الكثير والقليل: العرف إن كان، وإلا.. فما يقع عند المبتلى.

وما في «البحر»: إن كان في ثوبه شبر في شبر فمكث عليه يوماً.. يطعم نصف صاع، وإن كان أقلّ من يوم.. فصدقة، يفيد [٣٠٤/أ] التنصيص: على أن الشبر في الشبر داخل في [حد] القليل، وعلى تقدير الطيب في الثوب بالزمان.

ولا بأس بشم الطيب الذي تطيّب به قبل إحرامه وبقائه عليه.

ولو انتقل بعد الإحرام من مكان إلى مكان من بدنه.. لا جزاء عليه اتفاقاً، وإنما الخلاف فيما إذا تطيّب بعد الإحرام وكفّر، ثم بقي عليه الطيب؛ منهم من قال: ليس عليه بالبقاء جزاء، ومنهم من قال: عليه جزاء؛ لأن ابتداءه كان محظوراً فكان كله محظوراً، فيكون لبقائه حكم ابتدائه، بخلاف الأوّل، والرواية توافقه.

وفي «المنتقى»: عن هشام عن محمد إذا مسّ طيباً كثيراً فأراق له دماء، ثم ترك الطيب على حاله.. يجب عليه لتركه دمٌ آخر، ولا يشبه هذا الذي تطيّب قبل أن يحرم، ثم أحرم وترك الطيب.

(عضواً) كاملاً كاليد والرأس والساق والفخذ أو أزيد منه إلى أن يعم كلَّ البدن، هذا في ظاهر الرواية.

وفي «النوادر»: إذا طيب مقدار ربع الرأس وغيره من العضو.. كان عليه الدم كما في حلق ربع الرأس، وسنذكر الفرق بينهما ثمة.

ويجمع المتفرق؛ فإن بلغ عضواً.. فدم، وإلا.. فصدقة.

فإن كان قارناً.. فعليه كفارتان للجناية على إحرامين.

ثم إنما تجب كفارة واحدة بتطييب كل البدن إذا كان في مجلس واحد، وإن كان في مجالس.. فلكلّ طيب كفارة؛ كفّر للأولى أوّلاً، عندهما، وقال محمد: عليه كفارة واحدة ما لم يكفر للأولى.

وإن داوى قرحة بدواء فيه طيب، ثم خرجت قرحة أخرى فداواها مع الأولى.. فليس عليه إلا كفارة واحدة ما لم تبرأ الأولى.

ولا فرق بين قصده وعدمه.

وهل يشترط بقاء الطيب زماناً أو لا؟

ففي «فتح القدير» عن «المنتقى»: إبراهيم عن محمد: إذا أصاب المحرم طيباً.. فعليه الدم، فسألته عن الفرق بينه وبين لبس القميص لا يجب عليه الدم فيه حتى يكون أكثر اليوم.. قال: لأن الطيب يعلق به، فقلت: وإن اغتسل من ساعته؟ قال: وإن اغتسل من ساعته.

وفي «الكافي» للحاكم: إن مسّ طيباً؛ فإن لزق به.. تصدق بصدقة، وإن لم يلزق به شيء.. فلا شيء عليه، إلا أن يكون ما لزق به كثيراً فاحشاً.. فعليه دم، وفي «الفتاوى»: لا يمس بيده طيباً، وإن كان لا يقصد به التطييب.

واعلم: أن الظاهر من لفظ الكتاب ولفظ «الهداية» وعامة المتون: اعتبار الكثرة والقلة في العضو وما دونه؛ يعني: أن العضو: كثير، يجب بالجناية عليه دم، وما دونه: قليل، تجب فيه الصدقة.

ولكن ذكر الفقيه أبو جعفر: أن الكثرة والقلة تعتبران في نفس الطيب لا في العضو؛ فإن كان كثيراً مثل كفين من ماء الورد وكف من الغالية، وبقدر ما يستكثره الناس من المسك.. يكون كثيراً وإن كان قليلاً في نفسه، والقليل ما يستقله الناس وإن كثيراً في نفسه، وكف من ماء الورد.. يكون قليلاً ووفق بعض المشايخ بينهما.

وفي «الزَّيْلَعيّ»: وهو الصحيح، وقال: إن كان الطيب قليلاً.. فالعبرة للعضو، وإن كان كثيراً.. [٣٠٤/ب] فللطيب.

ويشهد له ما ذكروه: إن أكل طيباً كثيراً.. يجب الدم عند أبي حنيفة، وقالا: تجب الصدقة؛ لأنه لم يستعمله استعمال الطيب.

وله: أنه إذا استعمله كثيراً.. يلزق بأكثر فمه أو كله، وهو عضو كامل، فيجب عليه الدم.

وفي «قاضي خان»: لو جعل الملح الّذي فيه طيب في طعام قد طبخ وتغير وأكله.. لا شيء عليه، وإن لم يطبخ وريحه يوجد فيه.. يكره ذلك، ولا شيء عليه.

ولو جعل الزعفران في الملح؛ فإن كان الزعفران غالباً.. عليه الكفارة، وإن كان الملح غالباً.. لا كفارة عليه. انتهى.

فعلم منه: أنه لو خلط الطيب بطعام من غير طبخ.. فالعبرة للغالب؛ فإن كان الطيب مغلوباً.. لا شيء عليه أصلاً، وإن كان غالباً.. فهو كالخالص.

وقالوا: ولو خلطه بمشروب؛ فإن كان غالباً.. فعليه دم، وإن كان مغلوباً.. فعليه صدقة، إلا أن يشرب مراراً.

وفي «البحر»: ينبغي أن يسوى بين المأكول والمشروب المخلوط كل منها بطيب وهو مغلوب؛ إما بعدم شيء أصلاً كما هو الحكم في المأكول، أو بوجوب الصدقة فيهما كما هو الحكم في المأكول.

لزمَه دمٌ.

وَكَذَا لَو ادَّهنَ بِزَيْتٍ.

وَعِنْدَهُمَا: صَدَقَةٌ.

(لزمه دم)؛ لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق، وذلك في العضو الكامل وما فوقه، فيترتب عليه كمال الجزاء وهو الدم.

(وكذا لو ادّهن بزيت) هذا عند أبي حنيفة، (وعندهما): لزمته في الادّهان (صدقة).

وقال الشافعي: إن استعمل في الشعر.. فعليه الدم؛ لإزالته الشعث، وإن استعمله في غيره.. فلا شيء عليه لانعدامه.

ولهما: أنه من الأطعمة، إلاّ أن فيه ارتفاقاً – بمعنى: قتل الهوام - وإزالة الشعث، فكان جناية قاصرة، ولأبي حنيفة: أنه أصل الطيب؛ فإن الروائح تلقى فيه فتصير غالبة، ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة.. فيوجب الدم، وكونه مطعوماً لا ينافيه كالزعفران.

وهذا الخلاف في الزيت الخالص ودهن السمسم؛ أما الطيب منه: كالبنفسج والزنبق وما أشبههما.. فيجب باستعماله الدم بالاتفاق؛ لأنه طيب، وهذا إذا استعمله على وجه التطيب، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجله.. فلا كفارة عليه؛ لأنه ليس بطيب في نفسه، وإنما هو أصل الطيب، أو طيب من وجه، فيشترط استعماله على وجه التطيب، بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه من العنبر والكافور.. فإنها طيب بأنفسها، فلا يشترط اعتبار استعمالها، ألا ترى أنه لو أكل زعفران مخلوطاً بطعام أو طيب آخر بلا مساس النار.. لزمه الدم، وإن مسّته النار.. فلا شيء عليه؛ لكونه مستهلكاً.

وَلَو خضبَ رَأسَهُ بحنَّاءٍ أَو سَتَرهُ يَوْماً كَامِلاً.. فَعَلَيهِ دمٌ.

وإنما خص الزيت؛ فإنه لو ادّهن بالشحم أو بالسمن.. فلا شيء عليه، كذا في «النهاية» عن «التجريد».

قال في «قاضي خان»: إن اكتحل بكحل لا طيب فيه.. لا بأس به، وإن اكتحل بكحل فيه طيب، مرّة أو مرتين.. فعليه الدم في قول أبي حنيفة. انتهى.

وهذا يشعر فيه الخلاف بينه وبين صاحبيه كما في الزيت، لكنه قال في «كافي الحاكم»: إن كان في الكحل طيب.. ففيه صدقة، إلا أن يكون ذلك مراراً كثيرة.. فعليه [٣٠٥/أ] دم، ولم يحك فيه الخلاف.

ثم الظاهر منه: كون الكثرة في الفعل لا في نفس الطيب، فلا يلزم الدّم بمرة واحدة؛ لأن أدنى الكثرة هو الاثنان، بخلاف ما في «قاضي خان» حيث حكم بلزوم الدم بمرة واحدة.

(ولو خضب) بالمعجمتين (رأسه بحناء أو ستره يوماً كاملاً) أو ليلاً كاملاً - لأنه لو ستره أقل من اليوم.. لزمه صدقة، على ما في «النهاية» - (.. **فعليه دم**)؛ أما الأوّل؛ فلأنه طيب لقوله ﷺ: «الحناء طيب» رواه البيهقي، وهو حجة على الشافعي في قوله: لا تجب عليه شيء.

وهذا في المائع، ولو كان جامداً غير مائع.. فعليه دمان: دم للتطيب، ودم لتغطية الرأس.

وكذا لو خضب لحيته.. لزمه دم على ما في «الأصل»، وأما لو خضب رأسه بالوسمة – أي: شجر الخضاب - فلا شيء عليه في ظاهر الرواية؛ لأنها ليست بطيب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن عليه صدقة؛ لأنه يقتل الهوام ويلين الشعر، وعن أبي يوسف: إن خضب رأسه بالوسمة للمعالجة من الصداع.. فعليه دم باعتبار

أنه يغطي رأسه، وهو الصحيح على ما في «الهداية»؛ لأن وجوب الدم باعتبار تغطية الرأس يوماً مجمع عليه.

ولو غسل رأسه بالخطمي.. فعليه دم عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الصدقة؛ لأنه ليس طيباً، لكنه يقتل الهوام.

وقال أبو حنيفة: لا نسلم أنه ليس بطيب؛ بل له رائحة، وإن لم تكن زكية.. فكان كالحناء مع قتله الهوام، فتتكامل الجناية.. فيلزمه الدم.

وعن أبي يوسف: ليس فيه شيء، وأوّلوه: بما إذا اغتسل به بعد الرمي يوم النحر؛ لأنه أبيح له حلق رأسه.

قيل: قول أبي حنيفة في خطمي العراق، وله رائحة، وقولهما في خطمي الشام: ولا رائحة له، فلا خلاف.

ولو غسل بالصّابون والحرض.. لا رواية فيه، وقالوا: لا شيء فيه؛ لأنه ليس بطيب ولا يقتل.

وأما الثانية:

فالتقدير فيها بحسب الوقت: ما ذكر في المتن.

وأما من حيث المقدار: ففي تغطية جميعه يوماً كاملاً.. لا خلاف في لزوم الدم.

واختلف في تغطية بعضه، فالذي روي عن أبي حنيفة أنه اعتبر الربع اعتباراً بالحلق؛ فإن بلغ مقدار الربع فدام يوماً.. لزمه دم كما لزم الدم بحلق ربع الرأس أو اللحية.

والجامع بينهما: أن ستر الربع أو ارتفاق مقصود يعتاده الناس كحلق الربع.

وعن أبي يوسف: أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة.

وفي «نوادر ابن سماعة»: أن محمداً اعتبر الأكثر أيضاً.

وَكَذَا لَو لَبِسَ مخيطاً يَوْماً كَامِلاً، ....

وفي «فتح القدير»: وهذا القول - أي: اعتبار الأكثر - أوجه في النظير.

ثم قال: ومن فروع اعتبار الربع: ما لو خضب المحرم رأسه بعصابة، أو وجهه يوماً وليلة.. فعليه صدقة إلا أنه يأخذ قدر الربع.

ولو خضب موضعاً آخر من جسده.. لا شيء عليه وإن كثر، لكنه يكره من غير عذر كعقد الإزار وتخليل الرداء لشبه المخيط، بخلاف لبس المرأة القفازين؛ لأن لها أن تستر يديها بمخيط غيره، فلم يكره لها.

ولا بأس أن يغطي أذنيه وقفاه، ومن لحيته: ما هو أسفل من الذقن، بخلاف فمه وعارضه وذقنه.

(**وكذا لو لبس ثوباً مخيطاً يوماً كاملاً**) أو ليلاً كاملاً، على ما في «غاية البيان» [٣٠٥/ب].

ثم لا فرق في لزوم الدم بين ما إذا أحدث اللبس بعد الإحرام، أو أحرم وهو لابسه فدام عليه يوماً أو ليلة، بخلاف انتفاعه بعد الإحرام بالطيب السابق عليه قبله؛ فإنه لا منع عنه على ما مر للنص فيه، ولولاه.. لأوجبنا فيه أيضاً.

ولا فرق أيضاً في كونه مختاراً في اللبس، أو مكرهاً عليه، أو جاهلاً، أو نائماً فغطى إنسان رأسه أو وجهه ليلة حتى يجب الجزاء على النائم؛ لأن الارتفاق حصل له، وعدم الاختيار أسقط الإثم عنه لا الموجب.

ومفهوم التقييد بثوب مخيط ليس بمعتبر، بل لو جمع اللباس كله: القميص والعمامة والخفين يوماً.. كان عليه دم واحد كالإيلاجات في الجماع؛ لأنه لبس واحد وقع على جهة واحدة، وكذا لو دام على ذلك أيّاماً، أو كان ينزعها ليلاً ويعاود لبسها نهاراً، أو يلبسها ليلاً للبرد وينزعها نهاراً، ما لم يعزم على الترك عند الخلع؛ فإن عزم عليه، ثم لبس.. تعدد الجزاء إن كان كفر للأوّل بالاتفاق؛ لأنه لما كفّر للأوّل.. التحق بالعدم، فيعتبر الثاني لبساً مبتدأ، وإن لم يكن كفّر للأوّل.. فعليه

كفارتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: كفارة واحدة، بناء على أنه ما لم يكفر.. فاللبس على حاله، فهو واحد، بخلاف ما إذا كفر على ما ذكرناه.

ولو لبس يوماً فأراق دماً، ثم دام على لبسه يوماً آخر.. كان عليه دم آخر بلا خلاف؛ لأن الدوام على اللبس كابتدائه؛ بدليل: ما لو أحرم وهو مشتمل على المخيط فدام عليه بعد الإحرام يوماً.. فإن عليه الدم.

واعلم: أنّ ما ذكرناه من اتحاد الجزاء إذا لبس جميع المخيط: محلّه؛ ما إذا لم يتعدد سبب اللبس؛ فإن تعدد كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين؛ فإن لبسهما على موضع الضرورة.. فعليه كفارة واحدة يتخير فيها، وإن لبسهما على موضعين موضع الضرورة وغيرها كالقلنسوة مع القميص.. فعليه كفارتان، يتخير في إحداهما وهي ما يكون للضرورة، ولا يتخير فيما لا يكون للضرورة.

وتقييد اليوم بالكامل: هو الظاهر.

وعن أبي يوسف: أنه إذا لبس أكثر من نصف يوم.. فعليه دم.

وقال الشافعي: يجب الدم بنفس اللبس؛ لأن الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنِهِ.

قلنا: إن معنى الترفق مقصود من اللبس، فلا بد من اعتبار المدة ليتحصل على الكمال فيجب الدم، فقدر باليوم؛ لأنه يلبس فيه، ثم ينزع عادة، وتتقاصر فيما دونه الجناية فيجب الصّدقة، غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل.

وعن محمد في لبس بعض اليوم قسطه من الدم؛ كثلث اليوم: فيه ثلث الدم، وفي نصفه: نصفه.

ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به أو اتّزر بالسراويل.. فلا بأس به؛ لأنه لم يلبسه لبس المخيط.

أَو حلقَ ربعَ رَأسِهِ أَو لحيتِهِ، ....

وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين؛ لأنه ما لبسه لبس القباء، ولهذا يتكلف في حفظه، حتى لو زرّه ولم يدخل يديه في الكمين.. لزمه دم؛ لأنه كان لابساً؛ لأنه لا يتكلف إذا ذاك في حفظه على ما سيأتي في آخر الباب.

وكذا لو لبس الطيلسان [٣٠٦/أ] من غير أن يزره لم يكن لابساً؛ لعدم الاستمساك بلا تكلف.. فلا شيء عليه.

وإن زره يوماً.. لزمه دم؛ لحصول الاستمساك بنفسه بسبب الزر.

(أو حلق ربع رأسه أو لحيته).

وقال مالك: لا يجب فيهما إلا بحلق الكل.

وقال الشافعي: يجب بحلق القليل اعتباراً بنبات الحرم.

قلنا: إن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل؛ لأنه معتاد عند بعض الأتراك والعلوية، فتتكامل به الجناية، فتتقاصر فيما دونه، بخلاف تطييب ربع العضو؛ لأنه غير مقصود، بل المقصود فيه العضو الكامل، وكذا حلق مقدار ربع اللحية معتاد بالعراق والعرب و[بعض أهل] المغرب.

قال في «فتح القدير»: إن الحكم بلزوم الدم في حلق ربع الرأس واللحية من غير ذكر خلاف فيه.. موافق لعامّة الكتب، وهو المصحح لا ما في «جامع شمس الأئمة» و«قاضي خان» أن على قولهما في حلق الجميع الدم، وفي الأقل منه: الطّعام.

وعن أبي يوسف في رواية أخرى: إن في حلق الأكثر الدم.

وعن محمد: يجب الدم بحلق الشعر؛ لأنه يقدر به الأشياء الشرعية، فيقام مقام الكل احتياطاً.

أَو حلقَ رقبتَهُ.......................................

هذا: فلو كان أصلع على ناصيته أقل من ربع شعرها.. فإنما فيه صدقة، وكذا لو حلق كل رأسه وما عليه أقل من ربع شعره وإن كان عليه قدر ربع شعره على تقدير كون شعر رأسه كاملاً.. ففيه الدم.

وفي المرغيناني: حلق رأسه وأراق دماً، ثم حلق لحيته وهو في مجلس واحد.. فعليه دم آخر.

ولو حلق رأسه ولحيته وإبطيه وكل بدنه في مجلس واحد.. فدم واحد.

وإن اختلفت المجالس.. فلكل مجلس موجب جنايته فيه عندهما.

وعند محمد: دم واحد، وإن اختلفت المجالس ما لم يكفر للأوّل؛ اعتبره: بما لو حلق في مجلس ربع رأسه، وفي آخر ربعاً آخر حتى أتمّها في أربعة مجالس.. يلزمه دم واحد اتفاقاً ما لم يكفر للأوّل.

والفرق لهما: أن هذه جناية واحدة - وإن تعدّدت المجالس - لاتحاد محلّها وهو الرأس.

قال في مناسك الفارسي: وما سقط من شعرات رأسه ولحيته عند الوضوء.. لزمه كف من طعام، إلا أن تزيد على ثلاث شعرات؛ فإن بلغ عشراً.. لزمه دم.

وردّه ابن الهمام وقال: إنه غير صحيح؛ لأن القدر الذي يجب به الدم: هو الربع من كل الرأس واللحية لا عشر شعرات، نعم، في الثلاث كف من طعام عند محمد.

وقال في «قاضي خان»: وإن نتف من رأسه أو أنفه أو لحيته شعرات.. ففي كل شعرة كف من طعام.

والمراد بالحلق ههنا: الإزالة، سواء كان بالموسى أو غيره، وسواء كان مختاراً أو لا، وسواء أزاله بنفسه أو أزاله غيره، فيشتمل الإزالة بالنورة والاحتراق والنتف.

(أو حلق رقبته) كلها؛ لأنه عضو مقصود بالحلق يفعله الناس للراحة والزينة.

أَو إِبطَيْهِ، أَو أَحدَهمَا، أَو عانتَهُ، وَكَذَا لَو حلقَ محاجِمَهُ.

وَعِنْدَهُمَا: صَدَقَةٌ.

(أو إبطيه أو أحدهما)؛ لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق؛ لدفع الأذى ونيل الراحة.

فإن قيل: إذا كان كل منهما مقصوداً.. يجب بحلقهما دمان.

قلنا: إن جنايات المحرم إذا كانت من نوع واحد.. يجب فيها ضمان واحد.

وفي «قاضي خان»: إن كان [٣٠٦/ب] الإبط كثير الشعر.. يعتبر فيه الربع لوجوب الدم، وإلا.. فالأكثر.

(أو عانته) كلها؛ لأنه ارتفاق كامل، ولو حلق بعض رقبته أو إبطه أو عانته.. تجب الصدقة لا الدم؛ لأن كلاً من هذه الأعضاء بمنزلة ربع الرأس واللحية؛ لأن العادة لم تجز في هذه الأعضاء بالاقتصار على حلق بعضها حتى يقام ربعها مقام الكل كما في الرأس واللحية واستصرح به.

وقال في «قاضي خان»: وفي حلق العانة دم إن كان الشعر كثيراً، ولم يصرح فيه اعتبار الربع عند كثرة شعرها كما صرّح في الإبط على ما ذكرناه آنفاً.

(وكذا لو حلق محاجمه) جمع مَحجم بفتح الميم: اسم موضع من الحجامة.

(وعندهما: صدقة)؛ لأنه إنما يحلق لأجل الحجامة، وهي ليست من المحظورات، فكذا ما يكون وسيلة إليها، إلا أن فيه إزالة شيء من التفث فتجب الصّدقة.

ولأبي حنيفة: إن حلقه مقصود؛ لأنه لا يتوسل إلى المقصود إلا به، وقد وجد إزالة التفث عن عضو كامل في حق الحجامة، فيجب الدم، كذا في «الهداية».

يفيد ما ذكره في وجه أبي حنيفة: أنه إذا لم تترتب الحجامة على حلق موضع المحاجم.. لا يجب الدم؛ لأنه أفاد أن كونه مقصوداً إنما هو للتوسل به إلى الحجامة؛ فإذا لم تعقبه الحجامة.. لم يقع وسيلة، فلم يكن مقصوداً.. فلا تجب إلا

وَإِن قصَّ أظافيرَ يَدَيْهِ ورجليهِ في مجلسٍ واحدٍ.. فعليهِ دمٌ، وكذا لو قصَّ أظافيرَ يدٍ وَاحِدَةٍ أَو رِجلٍ.

الصدقة، كذا في «فتح القدير»، ونوّره، بما ذكره «الزَّيْلَعيّ» في وجهه حيث قال فيه: إن حلقه لمن لم يحتجم مقصود وهو المعتبر، بخلاف الحلق لغير الحجامة.

هذا فإن قيل: إن الحجامة كما لا يتوسل إليها بدون الحلق.. كذلك لا يتوسل إليها بدون عدمها المقدم عليها؛ لأن بعد حصولها لا يتصور تحصيلها؛ لامتناع تحصيل الحاصل، مع أن عدمها ليس بمقصود، فينتقض به وجه أبي حنيفة.

قلنا: المقصود لا يخلو؛ إما إن يكون مقدوراً لنا، أو غير مقدور.

فإن كان مقدوراً.. تكون هي مقصودة أيضاً، ويكون المقصود بالنسبة إلى تلك المقدمة مطلقاً؛ كالطهارة بالنسبة إلى الصلاة؛ فإنها واجبة مثل الصّلاة، والحلق للحجامة من هذا القبيل.

وإن كان غير مقدور.. لا يكون مقصوداً، ويكون المقصود مقيداً بالنسبة إلى تلك المقدمة؛ كالعقل والبلوغ والوقت بالنسبة إلى الصلاة؛ فإنها ليست بواجبة مثل الصلاة؛ لعدم كونها مقدوراً لنا، وعدم الحجامة من هذا القبيل.

فحاصل الكلية: أن ما لا يتوصل إلى الواجب المطلق إلا به.. فهو واجب، وتحقيق هذا في الكتب الكلامية.

(وإن قص أظافير) جمع أظفور مثل أسبوع وأسابيع (يديه ورجليه في مجلس واحد.. فعليه دم)؛ لأنه من المحظورات؛ لما فيه من قضاء التفث وإزالة ما ينمو من البدن؛ فإذا قلمها كلّها. فهو ارتفاق كامل، فيلزمه الدم، ولاتحاد النوع والمجلس.. لا يزاد على دم واحد.

(وكذا)؛ أي: دم واحد (لو قص أظافير يد واحدة أو رجل) واحدة إقامة للربع مقام الكل، كما في حلق الرأس واللحية.

وَإِن قصَّ أَظافيرَ يَدَيْهِ وَرجلَيْهِ فِي أَربعةِ مجَالِسَ.. فَعَلَيهِ أَرْبَعَةُ دِمَاءٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: دمٌ وَاحِدٌ.

فإن قيل: إقامة الربع مقام الكل في الرأس واللحية بناء على أنه معتاد على ما سبق، والمعتاد في قلم الأظفار ليس الاقتصار على طرف واحد، فلا يصح إلحاقه [٣٠٧/أ] بهما؛ لعدم الجامع.

أجيب: بأن الجامع إنما هو كمال الارتفاق لا الاعتياد، إلا أنّه لما كان قد يتردد في حصول الاعتياد بحلق ربع الرأس.. أثبتوه بالعادة؛ إذ القصد إليه على وجه العادة لمن يقصده ليس إلا لنيل الارتفاق، لا أنها هي المناط في لزوم الدم، بل المناط هو: حصول كمال الارتفاق، ولا شك في حصوله بقَلْم تمام يد، وإن كان في اليدين أكمل منه.

وفي الكل أكمل منه (**وإن قصّ أظافير يديه ورجليه في أربعة مجالس**) بأن قصّ أظافير كل طرف في مجلس (.. **فعليه أربعة دماء**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: دم واحد**)؛ لأن مبنى الكفارات على التداخل، حتى لزم على المحرم بقتل صيد الحرم قيمة واحدة، وإن كانت الجناية في حق الحرم والإحرام جميعاً، فأشبهت كفارة الفطر في رمضان، إلا إذا تحللت الكفارة لارتفاع الجناية الأولى بالتكفير.. فتصير الثانية جناية مبتدأة، على ما سبق مثله.

ولهما: أن الغالب في كفارة الإحرام معنى العبادة؛ بدليل أنها تجب على المعذور؛ كالمكره والنائم والمخطئ والناسي والمضطر، وبالنظر إلى ذلك.. لا يتداخل.

فقلنا: إن التداخل مقيد باتحاد المجلس؛ لأنه إذا كان في مجلس واحد.. فالمقصود واحد والمحال مختلفة، فرجحنا اتحاد المقصود لوجود الجامع وهو المجلس؛ لأنه جامع المختلفات كما في آي السجدة، وأما إذا اختلفت المجالس.. فيترجح جانب المحال، ويلزم لكل واحد دم؛ عملاً بالوجهين.

اعترض بأن الجنايات إذا كانت من جنس واحد.. لا تتعدد الكفارة، وإن اختلف المجلس كما إذا حلق رأسه في مجالس مختلفة.. فإن عليه كفارة واحدة؛ لاتحاد الجنس.

أجيب عنه: بأن ههنا ثلاثة أمور: اتحاد المقصود واتحاد المحل، واتحاد المجلس، وكذا اختلافهما.

فمتى اتحد الجميع.. لزمه كفارة واحدة بالاتفاق، ومتى اختلف الجميع.. لزمه الكفارة متعددة بالاتفاق أيضاً، ومتى اتحد المقصود واختلف المحال؛ فإن اتحد المجلس.. يقوى جانب الاتحاد، فلزمه كفارة واحدة، ومتى اختلف المجلس.. يقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة.

فإذا عرف هذا.. ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الواحدة عند اتحاده.

ولا يلزم حلق الرأس؛ لأن المحل – وهو: الرأس – متحد، والمقصود كذلك، بخلاف محلّ النزاع؛ لأن المحال فيه مختلفة.

ولا يشكل بحلق الإبطين؛ فإن المقصود متحد والمحال مختلفة.

ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحداً أو مختلفاً؛ لأن ذلك لا رواية فيه، ولو سلم ذلك، لكن ثمة ما يوجب اتحاد المحال وهو: التنوير؛ فإنه لو نور جميع البدن.. لم يلزمه إلا كفارة واحدة.

وقد تقدم أنّ الحلق مثل التنوير، وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك، كذا في «العناية».

ولما فرغ من بيان ما يوجب الدم في هذا الفصل من فصول الجناية.. شرع في بيان ما يوجب الصدقة منه، فقال:

وَإِن طيَّبَ أَقلَّ من عُضْوٍ أَو سترَ رَأسَهُ أَو لبسَ الْمخيطَ أَقَلَّ مِن يَوْمٍ.. فَعَلَيهِ صَدَقَةٌ.

وَكَذَا لَو حلقَ أَقلَّ مِن ربعِ رَأسهِ، أَو لحيتِهِ، أَو حلقَ بعضَ قِبعةٍ، أَو عانتِهِ، أَو أَحدَ إِبطَيْهِ، أَو رَأسَ ....

(**وإن طيّب أقل من عضو، أو ستر رأسه، أو لبس المخيط أقل من يوم.. فعليه صدقة**)؛ لقصور الجناية فيها، هذا في ظاهر الرواية.

وفي رواية [٣٠٧/ب] «النوادر»: إذا طيب ربع العضو.. فعليه دم اعتباراً بحلق الرأس، وقد ذكرنا الفرق بينهما ثمة.

(**وكذا لو حلق أقل من ربع رأسه أو**) ربع (**لحيته**) لما ذكرناه، (**أو حلق بعض رقبته أو**) بعض (**عانته أو**) بعض (**أحد إبطيه أو**) حلق حلال أو محرم (**رأس غيره**) حلالاً أو محرماً؛ يعني: أن الحالق إما حلال أو محرم.

وعلى التقديرين: المحلوق رأسه: إما حلال أو محرم.

وعلى التقديرين: إمّا بأمره أو بغير أمره، فحصلت ثمان صور:

في كلها على الحالق صدقة، إلا في صورة وهي: كونهما حلالين.

وعلى المحلوق رأسه دم إلا في صورة وهي: كونه حلالاً.

وقال الشافعي: لا يجب على الحالق شيء أصلاً؛ محرماً أو حلالاً؛ لأن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره، فانتفى موجب الجناية.

وكذا لا يجب على المحلوق المحرم شيء إذا كان بغير أمره بأن كان نائماً؛ لأن من أصله: أن الإكراه يخرج المكره عن المؤاخذة بحكم الفعل، والنوم أبلغ منه؛ لأن القصد يفسد بالإكراه وينعدم بالنوم.

قلنا في الحالق: إن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام؛ لاستحقاقه الأمان، بمنزلة نبات الحرم، وتناول محظورات الإحرام يوجب الجزاء،

سواء كان في بدنه أو في بدن غيره كما في نبات الحرم، فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره، إلا أن الجناية في شعره تتكامل فيلزم فيه الدم، وفي غيره: الصدقة.

وفي المحلوق رأسه تقرر السبب الموجب وهو نيل الراحة والزينة، وذلك يوجب الدم، والنوم والإكراه إنما ينفي الإثم فقط، لا حكم الفعل، ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق؛ لأن الدم إنما لزمه بما نال من الراحة والزينة؛ فصار كالمغرور إذا ضمن العقر لا يرجع على الغارّ؛ لأنه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع.

وقيل: إنه يرجع على الحالق؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة، والمختار: هو الأول؛ لما ذكرناه.

وإن أخذ المحرم من شارب حلال أو قلّم أظافيره.. أطعم ما شاء؛ لما ذكرناه: أن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام، ولا يعرى عن نوع ارتفاق؛ لأنه يتأذى شعث غيره.

وإن كان أقل من التأذي.. شعث نفسه، فيلزم الإطعام، كذا في «الهداية».

قال في «فتح القدير»: أما ما ذكره في الشارب.. فلا شك فيه، وأما في قلم الأظفار.. فمخالف لما في «المبسوط»، قال: الجواب في قص الأظفار هنا: كالجواب في الحلق.

وما في «المحيط» أيضاً؛ حيث قال: عليه صدقة.

هذا، وروي عن محمد أنه لا ضمان في قص الأظفار.

واعلم أن صريح عبارة «الأصل» في «المبسوط» و«الكافي» للحاكم في حق الحالق هكذا: وإن حلق المحرم رأس حلال.. تصدق بشيء، وإذا حلق المحرم رأس محرم آخر بأمره أو بغير أمره.. فعلى المحلوق دم، وعلى الحالق صدقة. انتهى.

أَو قصَّ أقلَّ من خَمْسَةِ أظفارٍ، أَو قصَّ خَمْسَةً مُتَفَرِّقَةً؛ ....

وقال ابن الهمام: إن هذه العبارة إنما تقتضي لزوم الصدقة المقدرة بنصف صاع فيما إذا حلق رأس محرم، وأما في الحلال فإنما تقتضي أن يطعم أيّ شيء؛ كقولهم: «من قتل قملة أو جرادة.. [١/٣٠٨] تصدق بما شاء»، وإرادة الصدقة المقدرة في عرف إطلاقهم: أن يذكر لفظ صدقة فقط. انتهى.

وعلى هذا: قول المصنف: «فعليه صدقة في صورة الحالق».. مخالف لهذه القاعدة.

(أو قص) المحرم **(أقل من خمسة أظفار)**، أي: فعليه أن يتصدّق بنصف صاع من بر بقلم كل ظفر، إلا أن يبلغ ذلك دماً.. فحينئذٍ ينقص منه شيئاً، على ما في «الزَّيْلَعِيّ».

وهو بقول «الهداية»: يجب عليه بكل ظفر صدقة.

وقال زفر: يجب عليه الدم بقص ثلاثة منها؛ إقامة للأكثر مقام الكل، وهو: أصابع اليد الواحدة.

قلنا: إن أظافير اليد الواحدة أقل ما يجب الدم بقلمه، وكلّ ما هو كذلك.. لا يقام أكثره مقامه؛ وذلك لأنه إنما وجب الدم فيها باعتبار قيامها مقام الكل، ففي كلتيها شبهة، ولو أقمنا ثلاثة منها مقامها وأوجبنا فيها الدم أيضاً.. لكان في كلتيها شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة، وإنما المعتبر: هو الشبهة فقط؛ ولأنها تؤدي إلى ما لا يتناهى؛ لأنه إذا أقيم الثلاث مقام الخمسة كما أقيم الخمسة مقام الكل.. يقام أكثر الثلاثة - أعني الاثنين - مقام الثلاثة، ثم يقام أكثر الاثنين – أعني: الظفر والنصف – مقام الاثنين، ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف، وهلم جرّاً إلى أن ينتهي القسمة إلى جزء لا يتجزأ.

فقلنا: إن أكثر اليد الواحدة لا يصح إقامته مقامها حتّى يجب فيه الدّم.

(أو قص) المحرم **(خمسة متفرقة)** من يديه ورجليه، أي: فعليه صدقة عندهما.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: فِي الْخَمْسَةِ المتفرِّقةِ دمٌ.

وَإِن طيّبَ أَو لبِسَ أَو حلقَ لعذرٍ.. خُيِّرَ؛ إِن شَاءَ ذبحَ شَاةً، وَإِن شَاءَ تصدَّقَ بِثَلَاثَةِ أَصْوُعٍ على سِتَّةِ مَسَاكِينَ، وَإِن شَاءَ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

(وعند محمد: **في الخمسة المتفرقة دم**)؛ اعتباراً بما لو قصها من كف واحد، وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة.

ولهما: أنّ كمال الجناية بنيل الراحة والزينة، وبالقلم على هذا الوجه يتأذى به ويشينه ذلك، بخلاف الحلق من مواضع متفرقة؛ لأنه معتاد عند بعض الناس، ويحصل الارتفاق به.

فإذا تقاصرت الجناية فيما نحن فيه.. يجب فيها الصدقة لكل ظفر طعام مسكين ، وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقاً إلى أن يبلغ ذلك دماً.. فحينئذٍ ينقص منه شيئاً مما شاء.

وفي «العناية» و«فتح القدير» قالوا: لو قص ستة عشر ظفراً؛ من كل طرف أربعة.. وجب عليه لكل ظفر صدقة إلى أن يبلغ ذلك دماً فينقص ما شاء.

هذا، وكل ما يفعله العبد المحرم مما فيه الدم عيناً أو الصدقة عيناً.. فعليه ذلك إذا أعتق لا في الحال، ولا يبدل بالصوم.

وإن انكسر ظفر المحرم فأخذه.. فلا شيء عليه؛ لأنه لا ينمو بعد الانكسار، فأشبه اليابس من شجر الحرم.

(وإن طيب) المحرم **(أو لبس أو حلق لعذر)** بأن اضطر إلى تغطية الرأس لخوف الهلاك من البرد أو للمرض أو لبس سلاح للحرب (.. **خير؛ إن شاء.. ذبح شاة، وإن شاء.. تصدق بثلاثة أصوع على ستة مساكين، وإن شاء.. صام ثلاثة أيام**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ وكلمة: «أو» للتخيير، وقد فسرّها رسول الله ﷺ بما ذكر، والآية نزلت في حق المعذور، ففي «البخاري» عن حديث كعب بن عجرة قال: حُمِلتُ إلى رسول الله ﷺ والقمل يتناثر على وجهي، فقال: «ما

وَلَوِ ارتدى أَو اتَّشَحَ بالقميصِ، أَو اتَّزرَ بالسراويلِ.. فَلَا بَأْسَ بِهِ.

وَكَذَا لَو أَدخلَ مَنْكِبَيْهِ فِي الْقَبَاءِ وَلم يُدْخِل يَدَيْهِ فِي كُمَّيهِ.

كنت أرى الوجع بلغ بك ما أرى، أتجد شاة؟» فقلت: لا، فقال: «صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين؛ لكل مسكين نصف صاع». [٣٠٨/ب].

ثم الصّوم يجزئه في [أي] موضع شاء؛ لأنه عبادة في كل موضع، وكذلك الصدقة عندنا؛ لأنها عبادة أيضاً.

وقال الشافعي: لا تجزئه الصدقة إلا في الحرم، والحجة عليه: ما ذكرناه.

وأما الذبح: فمختص بالحرم بالاتفاق؛ لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان مخصوص أو مكان مخصوص، وهذا الدم لا اختصاص له بالزمن فيختص بالمكان.

ولو اختار الطّعام.. أجزأه فيه التغدية والتعشية عند أبي يوسف؛ اعتباراً بكفارة اليمين، وعند محمد: لا يجزئه، بل لا بد له من التمليك.

(**ولو ارتدى أو اتّشح**) الاتشاح: أن يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه اليسرى (**بالقميص، أو اتّزر بالسّراويل.. فلا بأس به**)؛ لأنه لم يلبس لبس المخيط.

(**وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في كميه**)؛ لأنه ما لبسه لبس القباء، حتى يتكلف في حفظه؛ فإن زرّ القباء يوماً.. لزمه دم لحصول الاستمساك بالزر مع الاشتمال بالمخيط، وقد مر من قبل.

* * *

(فصلٌ)

وَإِن طَافَ للقدومِ أَو للصَّدَرِ جُنباً.. فعليهِ دمٌ.

وَكَذَا لَو طَافَ للرُّكنِ مُحدثاً.

(فصل)

في بيان جناية تتحقق في حق الطّواف، وفيه بيان جناية تتحقق في حق الإحرام بالجماع على ما سيأتي، وقد بين من قبل هذا جناية الإحرام بالتطيب والستر ولبس المخيط والحلق، فالأولى تعقيب هذه الجناية بجناية الإحرام بالجماع؛ لأن هذه الجناية مقدمة للجماع.

(**وإن طاف للقدوم أو للصدر جنباً.. فعليه دم**) لكمال الجناية فيها.

فإن قيل: هذا تسوية بين النفل والواجب في لزوم الدم؛ لأن طواف القدوم سُنَّة، والصدر واجب.

قلنا: الأصح - وهو مختار صاحب «الهداية» -: أنه واجب أيضاً لا سنة، وعلى تقدير القول بسنيته أنه يجب بالشروع فاستويا في موجب الجناية.

واعلم: أن ما ذكره في طواف القدوم - جنباً أو محدثاً من لزوم الدم أو الصدقة - موافق لعامة الكتب، ومروي عن محمّد أيضاً، ولكنه مخالف لما في «مبسوط شيخ الإسلام» حيث قال: ليس لطواف التحية محدثاً أو جنباً شيء؛ لأنه لو تركه أصلاً.. لم يكن عليه شيء، فكذا تركه من وجه، كذا في «النهاية».

ولعله محمول على ما روي عن محمد: أنه سنة لا يجب عليه الإعادة بتركه، لكن اعتباره مع تركه.. فاسد؛ لأن تركه ليس بجناية، وأما طوافه جنباً أو محدثاً.. فجناية يوجب الجابر.

وفي «الزَّيْلَعيّ»: لو طاف طواف القدوم جنباً.. فعليه دم إن لم يعد، ويجب عليه الإعادة كطواف الزيارة، ذكره في «المحيط».

(**وكذا لو طاف للركن**) أو أكثره – أي: طواف الزيارة - (**محدثاً**)؛ أي: يجب

أَو ترك طوافَ الصَّدْرِ، أَو أَرْبَعَةً مِنْهُ، أَو دونَ أَرْبَعَةٍ مِنَ الرُّكْنِ، أَو أَفَاضَ مِن عَرَفَةَ قبلَ الإِمَامِ، ....

عليه شاة؛ لأنه أدخل النقص في الركن، فكان أفحش من الأول، فيجبر بالدم.

(**أو ترك طواف الصدر أو أربعة منه**)؛ أي: فعليه شاة؛ لأنه ترك الواجب أو الأكثر منه، وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب في وقته.

(**أو**) ترك (**دون أربعة من الركن**)؛ لأن النقصان بترك الأقل يسير، فأشبه النقصان بسبب الحدث فلزمه شاة، فلو رجع إلى أهله.. أجزأه أن لا يعود ويبعث بشاة؛ لأنه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء.

(**أو أفاض من عرفة قبل الإمام**)، كذا في «الهداية».

واعترض [٣٠٩/أ] عليه في «النهاية»: بأن حق العبارة أن يقال: ومن أفاض قبل غروب الشمس؛ لأن المحظور عليه الإفاضة قبل غروب الشمس.

وأجاب عنه في «العناية» بما حاصله: أن الإفاضة قبل الإمام تستلزم الإفاضة قبل غروب الشمس؛ لأن الظاهر أنّ الإمام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة إلى وقت الغروب.

وفيه نظر؛ لأنّا سلّمنا أن الإمام لا يترك الاستدامة إلى وقت الغروب، لكن لا نسلم أن الإفاضة قبل الإمام تستلزم الإفاضة قبل الغروب؛ لأنه يجوز أن يستلزم الوقوف مع الإمام إلى الغروب، ثم تعجل في الإفاضة قبل الإمام، فتقع الإفاضة قبل الإمام بعد الغروب، ففي هذه الصّورة: وجدت الإفاضة قبل الإمام ولم توجد قبل الغروب، فلا استلزام، ولا دم عليه في هذه الصورة على ما صرّح به في «الزَّيْلَعيّ».

فالأولى أن يقول: مراده: مَنْ أفاض قبل الإمام في النهار، على ما في «الزَّيْلَعيّ»، لكنه ترك هذا القيد لظهوره، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا شيء عليه؛ لأن الركن أصل الوقوف وقد وجد ذلك، فلا يلزمه بترك الإطالة فيه شيء.

أَو تركَ السَّعْيَ، أَوِ الْوُقُوفَ بِمُزْدَلِفَةَ، أَو تركَ رميَ الْجمارِ كلِّهَا، ....

قلنا: إن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة؛ لقوله ﷺ: «فادفعوا بعد غروب الشمس»، فيجب بتركه الدم، بخلاف ما إذا وقف ليلاً؛ لأن استدامة الوقوف واجبة على من وقف نهاراً لا من وقف ليلاً.

اعترض بأن قوله ﷺ: «من وقف بعرفة بليل أو نهار.. فقد أدرك الحج» يقتضي أن لا يكون الامتداد شرطاً لا في الليل ولا في النهار أصلاً.

وأجيب: بأن ظاهره متروك في حق النهار بقوله ﷺ: «فادفعوا بعد غروب الشمس»، فبقي الليل على ظاهره.

ورُدَّ بأنه لو ترك ظاهره.. لزم أن لا يكون من أفاض قبل الغروب مدركاً للحج، وليس كذلك، بل الحق في الجواب: أنا لم نجعل الامتداد شرطاً للوقوف، ولم نترك ظاهر الحديث المذكور أصلاً، ولكن أثبتنا وجوب الامتداد في النهار بقوله ﷺ: «فادفعوا بعد غروب الشمس»، ولا تنافي بين الحديثين حتى يترك ظاهر أحدهما بالآخر.

(**أو ترك السعي**) بين الصفا والمروة.. فعليه دم وحجّه تام؛ لأن اللازم بترك الواجب: الدم، لا الفساد.

(**أو الوقوف بمزدلفة**).. فعليه دم؛ لأنه من الواجبات أيضاً.

(**أو ترك رمي الجمار كلها**)؛ لأنه من الواجبات، وكلها جنس واحد، فيكفيه دم واحد على الصحيح، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي؛ وهو: اليوم الرابع من أول يوم النحر؛ لأنه لم يعرف قربة إلا فيها، وما دامت الأيام الأربعة باقية.. فالإعادة ممكنة، فيرميها على الترتيب المشروع، فلا يتحقق الترك.

ثم وجوب الدم بالترك اتفاقي، وأما لو لم يترك، بل تأخر رمي يوم من الأيام إلى اليوم الثاني منه وقضاؤه فيه.. فعند أبي حنيفة: يجب الدم أيضاً، وعندهما: لا.

أَو رميَ يومٍ واحدٍ، أَو رمى جَمْرَةَ الْعقبَةِ يَوْمَ النَّحْرِ أَو أَكْثَرِهِ.
وَلَو طَافَ للقدومِ أَو الصَّدَرِ مُحدثاً.. فَعَلَيهِ صَدَقَةٌ.

وإن أخّره إلى الليل فرماه قبل طلوع الفجر من اليوم الثاني.. فلا شيء بالإجماع، إلا في آخر يوم من أيام النحر.. فإنه يجب عليه الدم بتأخيره إلى الغروب، ولا يقضي بالليل؛ لأن وقته قد خرج بغروب الشمس [٣٠٩/ب] في ظاهر المذهب.

وعن أبي يوسف: أنه خرج بزوال الشمس، على ما في «التبيين».

لكنه قال في «النهاية»: وقته إلى غروب الشمس في ظاهر المذهب، ولكنه لو رمى بالليل.. لا يلزمه شيء. انتهى.

فالظاهر منه: جواز القضاء بالليل.

(أو رمي يوم واحد)؛ لأنه نسك تام فيلزمه دم.

وقيل: هذا يستلزم أنه إذا نفر في اليوم الثالث إلى مكة.. يجب عليه الدم؛ لأنه يستلزم ترك الرمي في اليوم الرابع، مع أنه مخير في اليوم الثالث بين النفر والإقامة على ما سبق.

وأجيب: بأنّ التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع، وأما إذا طلع.. فقد وجب عليه الإقامة والرمي، فلو ترك.. وجب عليه الدّم.

(أو رمى جمرة العقبة يوم النحر أو أكثره)؛ لأنها وظيفة هذا اليوم.

وإن ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثاً.. تصدّق لكلّ حصاة نصف صاع، إلا أن يبلغ دماً فينقص ما شاء؛ لأن الأقل من المتروك يكفيه الصدقة.

(ولو طاف للقدوم أو الصدر محدثاً.. فعليه صدقة)؛ أما الصّدقة؛ فلأنه دون طواف الزّيارة وإن كان واجباً، فلا بدّ من إظهار التفاوت بإيجاب الصّدقة فيه، وبإيجاب الشاة في الزيارة.

وعن أبي حنيفة: أنه يجب الشاة فيه أيضاً، ولم يفرق بينهما، والأصح: هو الأوّل، على ما في «الهداية».

وَكَذَا لَو تركَ دونَ أَرْبَعَةٍ منَ الصَّدَرِ، ....

وأما القدوم: فلأنه واجب على الأصح، أو سنة وجبت بالشروع، وقد أدخله نقصاً بترك الطهارة الواجبة فيه على الأصح، فيجبر بالصدقة إظهاراً لدنو رتبته عن طواف الزيارة؛ كما في الصّدر على القول بوجوبه، وفرقاً بين ما وجب بالشروع وبين ما وجب بالشرع وهو طواف الزيارة على القول بسنيته.

فإن قيل: إن الصّلاة النافلة إذا أدخلها بالنقص.. ينجبر نقصها بسجدة السهّو كما يجبر الفرض بها، ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها، فليكن ههنا أيضاً كذلك.

قلنا: إن الشرع جعل إيجابه في حق الصلاة نوعاً واحداً وهو السجدة، فلا يصار إلى غيرها، وفي الحج جعله متنوعاً إلى البدنة والشاة والصّدقة، فأمكن المصير إلى ما تبين به رتبة النفل من الفرض، وقد ذكرنا في أوّل الفصل: أن لزوم الجابر من الدم والصدقة في طواف القدوم محدثاً أو جنباً مخالف لرواية «المبسوط» فارجع إليه. ثم هذا عندنا.

وقال الشافعي: إذا طاف للقدوم محدثاً.. لا يصير معتدّاً به؛ لقوله ﷺ: «الطواف صلاة، إلا أن الله تعالى أباح فيه النطق» فتكون الطهارة من شرطه.

قلنا: قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ مطلق عن الطهارة، والزيادة عليه بطريق الفرضية لا تجوز؛ لأنه نسخ، لكن الخبر الواحد يوجب العمل، فقلنا بالوجوب؛ لأن الزيادة بطريق ليس بنسخ؛ لأنه لا يرفع حكم الإطلاق، وهو: الإجزاء مطلقاً.

(وكذا)؛ أي: فعليه صدقة **(لو ترك دون أربعة من الصدر)**؛ إظهاراً للتفاوت بين ترك الأقلّ من طواف الصدر وبين ترك الأقل من طواف الزيارة؛ فإن في ترك الأقل من طواف الزيارة: شاة، على ما مر، فيجب في ترك الأقل من طواف الصدر [٣١٠/أ]:

أَو رمى إِحْدَى الْجمارِ الثَّلَاثِ.

وَلَو ترك طواف الرُّكْنِ أَو أَرْبَعَةً مِنْهُ.. بَقِيَ محرماً أبداً حَتَّى يطوفَها.

وَإِن طافَهُ جنباً.. فَعَلَيهِ بَدَنَةٌ.

وَالْأَفْضَلُ أَن يُعِيدَهُ مَا دَامَ بِمَكَّةَ ....

صدقة، ومعنى الصّدقة ههنا: أن يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة، كذا **في** «النهاية».

(أو) ترك **(رمي إحدى الجمار الثلاث)**؛ لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد، فكان المتروك أقل، إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف.. فحينئذٍ يلزم الدم لوجود ترك الأكثر.

(ولو ترك طواف الركن)؛ أي: الزيارة **(أو أربعة منه.. بقي محرماً أبداً حتى يطوفها)**، حتى لو رجع إلى أهله.. فعليه أن يعود بذلك الإحرام ويطوف؛ لأنه محرم عن النساء أبداً حتى يطوف.

(وإن طافه)؛ أي: الركن **(جنباً.. فعليه بدنة)** على ما روي عن ابن عباس، ولأن الجنابة والحيض والنفاس أغلظ من الحدث، فيجب جبر نقصانها بالبدنة إظهاراً للتفاوت بينهما، وكذا إذا طاف أكثره؛ لأن الأكثر له حكم الكل.

(والأفضل: أن يعيده)؛ أي: الركن **(ما دام بمكة)**؛ تحصيلاً للفائت بما هو من جنسه.

وقيل: وعليه أن يعيد.

وفي «الهداية»: والأصح: أنه يؤمر بالإعادة: **في الحدث**: استحباباً، **وفي الجنابة**: إيجاباً؛ لفحش النقصان بسبب الجنابة، وقصوره بسبب الحدث.

ثم إذا أعاده وقد طافه محدثاً.. لا ذبح عليه وإن أعاد بعد أيام النحر؛ لأن بعد الإعادة لا تبقى إلا شبهة النقصان.

وَيسْقطُ الدَّمُ.

وإن أعاده وقد طافه جنباً.. فلا شيء عليه إن أعاده في أيام النحر؛ لأنه أعاده في وقته، وإن أعاده بعد أيام النحر.. لزمه الدم عند أبي حنيفة بالتأخير. انتهى.

وقال في «النهاية»: مراده بشبهة النقصان؛ هي: نقصان الطواف بالحدث، لا شبهة النقصان بتأخير الطواف عن أيام النحر؛ لأنه لو كان كذلك.. لوجب عليه شيء من الدم والصدقة على قول أبي حنيفة، ولم يجب. انتهى.

وفيه نظر؛ لأن مذهب أبي حنيفة: وجوب الدم بتأخير الطواف عن أيام النحر لا شبهة التأخير، وإنما أوجب الدم بالتأخير فيما إذا أعاده بعد أيام النحر وقد طافه جنباً لتحقق التأخير عن وقته، لا لشبهة التأخير؛ لأن المعتد به من الطوافين إذا طاف الأول جنباً: هو الثاني لا الأوّل.

وأيضاً: إن نقصان الطّواف بالحدث قد انجبر بالإعادة انجباراً تم بالدم بكون الجابر من جنس المجبور.. فلم تبق شبهة النقصان بالحدث، فالأولى أن يفسر بشبهة النقصان بالتأخير كما اختاره في «الكفاية».

(ويسقط الدم) لحصول الفائت بالإعادة.

وأعلم أنه:

إن كان المراد بالدم: البدنة.. يكون السّقوط اتفاقياً، سواء كانت الإعادة بعد أيام النحر، أو في أيام النحر، وسواء كان الطّواف محدثاً أو جنباً.

وإن كان المراد به: الشاة.. فلا بدّ أن يستثنى على قول أبي حنيفة ما كان أعاده بعد أيام النحر وقد طافه جنباً؛ لأنه لزمه شاة في هذه الصورة على قول أبي حنيفة على ما ذكرناه، هذا حكم ما طافه أو أكثره محدثاً أو جنباً، ثم أعاده ما دام بمكة.

وأما لو طافه أو أكثره محدثاً أو جنباً ورجع إلى أهله قبل أن يعيده:

فإن كان طافه جنباً.. فعليه أن يعود إلى مكة؛ لأن النقص كثير بسبب الجنابة، فيؤمر بالعود إليها استدراكاً له، ويعود بإحرام جديد؛ لأن الطواف الأوّل صار معتدّاً

وَلَو طَافَ للصَّدَرِ طَاهِراً فِي آخر أَيَّامِ التَّشْرِيقِ بَعْدَمَا طَافَ للرُّكنِ مُحدثاً.. فعَلَيْهِ دمٌ.

وَلَو كَانَ بعدمَا طَافَ لَهُ جنباً.. فدمان.

وَعِنْدَهُمَا: دمٌ فَقَط أَيْضاً.

به في حق التحلل، وليس له أن يدخل الحج بغير إحرام، [٣١٠/ب] فلا بد له من إحرام جديد، وإن لم يعد إليها وبعث بدنه.. أجزأه؛ لكونها جابراً، لكن الأفضل: هو العود.

وإن كان طافه محدثاً؛ فإن عاد وطاف.. جاز، وإن لم يعد وبعث شاة.. فهو أفضل؛ لأنه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء، كذا في «الهداية».

(**ولو طاف للصدر طاهراً في آخر أيام التشريق بعدما طاف للركن محدثاً.. فعليه دم**) – أي: شاة – لأن طواف الصدر لم يتحول إلى طواف الزيارة لأنه واجب، وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب، بل مستحب، فلا يتحول الواجب إليه، فلا يلزم ترك الواجب.. فيجب الدم بسبب الحدث في طواف الزيارة.

(**ولو كان**)؛ أي: لو كان طاف للصدر طاهراً في آخر أيام التشريق (**بعدما طاف له**) – أي للركن – (**جنباً.. فدمان**) عند أبي حنيفة، (**وعندهما: دم فقط أيضاً**) كما في الوجه الأوّل، وهذا لأن طواف الصدر يتحول حينئذ إلى طواف الزيارة؛ لأنه مستحق الإعادة لكثرة الجناية بسبب الجنابة، فيصير هو تاركاً لطواف الصدر ومؤخّراً لطواف الزيارة عن أيام النحر، فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق، وبتأخير الآخر عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، بناء على أن تأخير النسك عن نسك وتقديمه: يوجب الدم عنده لا عندهما؛ فإذا تحول طواف الصدر إلى طواف الزيارة.. يؤمر بإعادة الصدر ما دام بمكة؛ إقامة للواجب في وقته، لا يؤمر بعده، وتسقط عنه البدنة لإقامة الصدر مقامه وتلغو نيته بأنه للصدر؛ لأنه وجب عليه أفعال الحج على ما رتبه الشرع، والنية على خلاف ذلك.. لغو؛ كمن عليه السجدة الصلاتية إذا سجد للسهو.. تصرف إلى الصلاتية، وهذا بناء على أصل معروف وهو: أنّ كل من وجب عليه طواف وأتى به

وَإِن طَافَ لعمرتِه وسعى مُحدثاً.. يُعيدُهما؛ فَإِن رَجَعَ إِلَى أَهلِهِ وَلم يُعدهما.. فَعَلَيهِ دمٌ، وَلا شَيْءَ لَو أَعَادَ الطّوافَ. هُوَ الصَّحِيحُ.

في وقته.. وقع عنه، سواء نواه أو لم ينوه أو نوى به طوافاً آخر؛ فالمحرم إذا دخل مكة فطاف ولم ينو شيئاً أو نوى التطوع.

فإن كان معتمراً.. وقع من العمرة.

وإن كان حاجّاً.. وقع عن طواف القدوم.

وإن كان قارناً.. وقع الطواف الأوّل للعمرة، ثم ما بعده للحج، سواء نوى التطوع أو طوافاً آخر.

وإنما كان ذلك لأن الإحرام قد انعقد لأدائه؛ فإذا أتى به.. وقع عن المستحق، ولم يتغير بنيته كما في مسألة السجدة.

(**وإن طاف لعمرته وسعى محدثاً.. يعيدهما**) ما دام بمكة.

أما إعادة طوافه.. فلتمكن النقصان فيه بسبب الحدث.

وأما إعادة السعي.. فلأنه وإن لم يفتقر إلى الطهارة إلا أنه تابع للطواف؛ لأنه لا يعد قربة بدون الطواف، فيعاد تبعاً له؛ فإذا أعادهما.. لا شيء عليه؛ لارتفاع النقصان.

(**فإن رجع إلى أهله ولم يعدهما.. فعليه دم**) لترك الطهارة، ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن؛ إذ النقصان يسير، وليس عليه شيء في السعي؛ لأنه أتى به على أثر طواف معتد به.

(**ولا شيء عليه لو أعاد الطواف**)؛ أي: فقط، ولم يعد السعي بقرينة قوله: (**هو الصحيح**)؛ إذ لا خلاف في عدم لزوم شيء فيما لو أعاد الطواف والسعي كليهما، وإنما الخلاف فيما لو أعاد الطواف فقط، فاختار [٣١١/أ] شمس الأئمة السّرخسي والإمام المحبوبي وصاحب «الهداية»: عدم لزوم شيء؛ مستدلين بأن الطهارة ليست بشرط في السعي، وإنما الشرط فيه أن يكون على أثر طواف معتد به، وطواف المحدث معتد به، حتى يتحلل به؛ فإذا أتى به مع تقدم الشرط عليه.. حصل

وَإِن جَامعَ الْمُحرمُ فِي أَحدِ السَّبِيلَيْنِ قبلَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ وَلَو نَاسِياً.. فسدَ حجُّهُ، ويمضي فِيهِ، ويقضيهِ، وَعَلِيهِ دمٌ.

المقصود؛ فإن أعاد تبعاً للطواف.. لكان أفضل، وإلا.. فلا شيء عليه، وهو مختار المصنف أيضاً.

وقال بعض مشايخنا: إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي.. كان عليه دم؛ لأنه لما أعاد الطواف.. فقد نقص الطواف الأول، وإذا انتقض ذلك.. حصل السعي قبل الطّواف فلا يعتد به، فيكون تاركاً للسعي.. فيجب عليه دم.

ثم شرع في بيان جناية الإحرام بالجماع، فقال: (**وإن جامع المحرم في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة، ولو ناسياً**)، أو مكرهاً، أو كانت المرأة نائمة أو مكرهة (**.. فسد حجّه ويمضي فيه**) بأداء أفعاله كمن لم يفسده، (**ويقضيه**) من عام قابل، (**وعليه دم**) لقوله ﷺ لمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج: «يريقان دماً ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل» هكذا روى عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم.

وقال الشافعي: يجب بدنة اعتباراً بما لو جامع بعد الوقوف؛ فإن الواجب فيه بدنة على ما سيأتي، والحجة عليه: إطلاق ما رويناه.

فإن قيل: المطلق إلى الكامل والكامل هو البدنة.

قلنا: نعم، إلا أن ههنا مانعاً من الصرف إليه، وهو: أن الجماع قبل الوقوف لمّا كان سبباً للقضاء.. خف معنى الجناية فيه لاستدراك المصلحة الفائتة بسبب القضاء ولو من قابل، فلو أوجبنا البدنة.. لزم إيجاب الجزاء الغليظ في مقابلة جناية خفيفة، وهو مقتضى خلاف الحكمة، بخلاف ما إذا كان بعد الوقوف؛ فإن الجناية فيه لم تخف؛ لعدم وجوب القضاء الجابر فيه، فإيجاب البدنة في مقابلتها.. كان على مقتضى الحكمة، ثم التسوية بين السبيلين في هذا الحكم هو الظاهر.

وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَن يفْتَرِقَ عَن زَوجتِهِ فِي الْقَضَاءِ.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يفسد بالجماع في الدبر؛ لقصور معنى الجماع فيه، حتى لا يجب الحدّ عنده.

ووجه الظاهر: أنه كامل من حيث إنه ارتفاق كامل وإن لم يوجب الحد، وهو المناط ههنا.

(**وليس عليه أن يفترق عن زوجته في القضاء**) عندنا: بأن يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه.

وقال مالك: يفترقان إذا خرجا من بيتهما.

وقال زفر: يفترقان إذا أحرما.

وقال الشافعي: يفترقان إذ انتهيا إلى المكان الذّي جامعها فيه.

والأصل فيه: أن الصحابة رضي الله عنهم قالوا: «إذا رجعا للقضاء.. يفترقان».

فمالك: أخذ بظاهر هذا اللفظ، فقال: كما خرجا.. افترقا.

وقال زفر: الافتراق نسك؛ لقول الصحابة، ووقت أداء النسك: بعد الإحرام.

وقال الشافعي: إذا قربا إلى المكان الذي جامعها فيه أن يقعا فيما وقعا فيه لتذاكرهما ذلك فيه، فيفترقان في ذلك الموضع؛ خوفاً عن وقوع الواقعة.

قلنا: إن الجامع — وهو: النكاح بينهما – قائم، فلا معنى للافتراق قبل الإحرام لإباحة الوقاع قبله، ولا بعده أيضاً؛ لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة [٣١١/ب] بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزاً، فلا معنى للافتراق.

ومراد الصحابة: أنهما يفترقان على سبيل الندب إن خافا على أنفسهما الفتنة؛ كما يندب الشاب إلى الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم، لا على سبيل كونه نسكاً من نسك الحج؛ ولأنه ليس نسكاً في الأداء؛ فكذا في القضاء؛ لأن القضاء يحكي عن الأداء.

وَإِن جَامعَ بعدَ الْوُقُوفِ قبلَ الْحلقِ.. لَا يفْسدُ، وَعَلِيهِ بَدَنَةٌ.

وَلَو بعدَ الْحلقِ قبلَ طوافِ الزِّيَارَةِ.. فَعَلَيهِ دمٌ.

(**وإن جامع بعد الوقوف قبل الحلق.. لا يفسد حجه وعليه بدنة**)، سواء جامعها مرة أو مراراً، في مجلس أو مجلسين، لكنه إذا اختلف.. فالواجب للأوّل: بدنة، وللثاني: شاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمّد: إن ذبح للأوّل.. فيجب للثاني شاة، وإلا.. فلا يجب عليه شيء لذلك؛ لأنه دخل إحرامه نقصان بالجماع الأوّل، والجماع الثاني صادف إحراماً ناقصاً.. فيكفيه شاة، كذا في «البحر» عن الإسبيجابي و«المبسوط».

ثم هذا أعم مما قبل الرّمي وبعده عندنا.

وقال الشافعي: يفسد حجّه فيما إذا جامع قبل رمي جمرة العقبة اعتباراً بما لو جامعها قبل الوقوف، بجامع أن إحرامه - قبل الرمي والوقوف - كامل، والجماع في الإحرام الكامل مفسد.

ولنا: قوله ﷺ: «من وقف بعرفة.. فقد تم حجّه»؛ أي: أمن من فساده بعده؛ لتأكده بالوقوف؛ لأن التمام من حيث أداء الأفعال ليس بمراد بالاتفاق؛ لضرورة بقاء بعض الأركان.

فإن قيل: لو تم حجه.. لما لزم البدنة.

قلنا: إنما وجبت لقول ابن عبّاس رضي الله عنهما: «حجته تامة وعليه بدنة»، ولا يعرف ذلك إلا سمعاً، ولأنه أعلى أنواع الارتفاق، فيتغلظ موجبه، ولو كان قارناً.. فعليه بدنة لحجّه، وشاة لعمرته، كذا في «الزَّيْلَعيّ».

(**ولو**) جامع بعد الوقوف والحلق (**قبل طواف الزيارة .. فعليه دم**)؛ أي: شاة، ولو كان جامع بعد أربعة أشواط منها.. فلا شيء عليه، ولو كان لم يحلق حتى طاف للزيارة أربعة أشواط، ثم جامع.. كان عليه الدم، كذا في «فتح القدير».

وذكر في «الزَّيْلَعيّ» و«الفتح» عن «الغاية» عزوا إلى «المبسوط» و«البدائع»

و«الإسبيجابي»: لو جامع القارن أوّل مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة.. فعليه بدنة للحج، وشاة للعمرة؛ لأن القارن يتحلل من إحرامين بالحلق إلا في حق النساء؛ فإنه محرم بها في حقهن، وهذا مخالف لما ذكره المصنف وغيره من «الهداية» وشروح «القدوري» وأكثر المتون؛ فإنّهم أوجبوا على الحاج شاة بعد الحلق لا بدنة.

وقال في «فتح القدير»: قول من أوجب البدنة أوجه؛ لأن إيجابها ليس إلا بقول ابن عبّاس، والمروي: ظاهره فيما بعد الحلق، ثم المعنى يساعده، وذلك أن وجوبها قبل الحلق ليس إلا للجناية على الإحرام، ومعلوم أن الوطء ليس جناية على الإحرام إلا باعتبار تحريمه له، لا باعتبار تحريمه على غيره، فليس الطيب جناية على الإحرام باعتبار تحريمه الجماع أو الحلق، بل باعتبار تحريمه للطيب، وكذا كل جناية على الإحرام ليست جناية عليه إلا باعتبار تحريمه لها لا لغيرها، فيجب أن يستوي ما قبل الحلق وما بعده في حق الوطء؛ لأن الذي به كان جناية قبله بعينه ثابت بعده، والزائل لم يكن [٣١٢/أ] الوطء جناية باعتباره.

ولا جرم أن المذكور في ظاهر الرواية: إطلاق لزوم البدنة بعد الوقوف من غير تفصيل بين كونه قبل الحلق أو بعده. انتهى.

ورجح في «البحر» قول من أوجب الشاة بعد الحلق، بما حاصله: أن باب الجناية على الإحرام ينظر فيه إلى كمال الجناية وقصورها؛ ليجب الجزاء بحسبها، والجماع بعد الحلق لما صادف إحراماً ناقصاً لخروجه عنه في حق غير النساء.. صارت الجناية عليه قاصرة، فتوجب الجزاء القاصر وهو الشاة.

ولا يخفى عليك: أن هذا لا يوجه إلا بعد منع قول ابن الهمام: والزائل لم يكن الوطء جناية باعتباره.

هذا وفي «الزَّيْلَعيّ» عن الوبري: أن القارن لو جامع بعد الحلق قبل طواف الزيارة.. تجب عليه بدنة للحج، ولا شيء عليه للعمرة؛ لأنه خرج من إحرامها بالحلق وبقي إحرام الحج في حق النساء.

وَكَذَا لَو قَبَّلَ أَو لمَس بِشَهْوَةٍ وَإِن لم يُنزِلْ.

وَكَذَا لَو جَامعَ فِي عمرتِهِ قبلَ طوافِ الْأَكْثَرِ وفسدت وقضاها.

وقال: وهو مشكل؛ لأنه إذا بقي محرماً في الحج.. فكذا في العمرة.

وتعقبه في «فتح القدير»: بأن الصواب قول الوبري؛ لأن إحرام العمرة لم يعهد بحيث يتحلل منه بالحلق من غير النساء ويبقى في حقهن، بل إذا حلق بعد أفعالها.. حل بالنسبة إلى كلّ ما حرم عليه، وإنما عهد ذلك في إحرام الحج؛ فإذا ضم إحرام الحج إحرام العمرة.. استمر كلٌّ على ما عهد له في الشرع؛ إذ لا يزيد القران على ذلك الضم فينطوي بالحلق إحرام العمرة بالكلية، فلا يكون له موجب بسبب الوطء، بل للحج فقط.

ولا يخفى عليك: أن هذا مخالف لإطلاق ما مر من «المبسوط» و«البدائع» و«الإسبيجابي» من قولهم أن القارن يتحلل من إحرامين بالحلق إلا في حق النساء، إلا أن يمنع إطلاق هذا (**وكذا**)؛ أي: عليه دم (**لو قبّل أو لمس بشهوة، وإن**) – وصلية – (**لم ينزل**) على رواية «الأصل» و«المبسوط».

وصحّح في «الجامع الصغير» «لقاضي خان»: اشتراط الإنزال، قال: ليكون جماعاً من وجه، وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج.

وعن الشافعي: أنه يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل؛ اعتباراً بالصوم.

ولنا: أن فساد الحج يتعلق بالجماع، ولهذا لا يفسد سائر المحظورات بالإجماع، وهذا ليس بجماع مقصود، فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع، إلا أن فيه معنى الارتفاق بالمرأة، وذلك محظور الإحرام، فيلزمه الدم، بخلاف الصّوم؛ لأن المحرم فيه قضاء الشهوة، ولا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج.

(**وكذا لو جامع في عمرته قبل طواف الأكثر**)؛ للنقصان الحاصل فيها، (**وفسدت**) عمرته لحصول الجناية قبل إدراك الأركان، فيمضي فيها بإتيان أفعالها كما يمضي في صحيحها.

(**وقضاها**) بعد المضي بها.

وَإِن بعدَ طوافِ الْأَكْثَرِ.. لزمَ الدَّمُ وَلَا تفْسدُ.

وَلَا شَيْءَ إِن أَنزلَ بِنَظَرٍ، وَلَو إِلَى فرجٍ.

وَإِن أَخَّرَ الْحلقَ أَو طوافَ الزِّيَارَةِ عَن أَيَّامِ النَّحْرِ.. فَعَلَيهِ دمٌ، خلافاً لَهما.

وَكَذَا الْخلافُ لَو أَخَّرَ الرَّمْيَ.

(**وإن**) كان الجماع (**بعد طواف الأكثر.. لزم الدم، ولا تفسد**) عمرته.

وقال الشافعي: تفسد في الوجهين، وعليه بدنة؛ اعتباراً بالحج بناء على أن العمرة فرض عنده كالحج.

قلنا: إنها سنة، فكانت أحط رتبة منه، فيجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهاراً للتفاوت.

فإن قيل: إن طواف الزيارة فرض مع أنه لو جامع بعد ما طاف لها أربعة أشواط.. لم يجب عليه شيء، وإيجاب [٣١٢/ب] الدم فيما نحن فيه تفضيل السنة على الفرض.

قلنا: إنما أوجبناه فيه بناء على أن طواف العمرة قبل التحلل، فكان ارتكاب المحظور في محض الإحرام، فيجب الدم، بخلاف طواف الزيارة فإنها بعد التحلل بالحلق.

غايته: أن حكمه تأخر في حق النّساء فقام أكثر أشواطه مقام كله فكأن المحظور وقع بعد الإحرام، ولا يلزم منه تفضيل السنة على الفرض.

(**ولا شيء إن أنزل بنظر ولو**) – وصلية – (**إلى فرج**) امرأة؛ لأن المحرم وهو الجماع لم يوجد.

(**وإن أخر الحلق أو طواف الزيارة عن أيام النحر.. فعليه دم**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما، وكذا الخلاف لو أخر الرمي**)؛ أي: لو أخر رمي الجمرة العقبة عن يوم النحر، ورمي الجمار من اليوم الثاني إلى الثالث، ومن الثالث إلى الرابع.

أَو قدَّمَ نسكاً على نُسُكٍ هُوَ قَبلَهُ.

وَإِن حلقَ فِي غيرِ الْحرمِ لحجٍّ أَو عمْرَةٍ.. فَعَلَيهِ دمٌ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(أو قدم نسكاً على نسك هو قبله)؛ كالحلق قبل الرمي مفرداً أو غيره، ونحر القارن أو المتمتع قبل الرمي، وحلقهما قبل الذبح.

لهما: أنّ ما فات.. مستدرك بالقضاء، ولا يجب مع القضاء شيء آخر.

وله: ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه: «من قدم نسكاً على نسك.. فعليه دم»؛ ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو مؤقت بالمكان؛ كالإحرام إذا تأخر عن ميقاته، فكذا التأخير عن الزمان فيما هو مؤقت بالزّمان احتياطاً.

(وإن حلق) في يوم النحر (في غير الحرم)؛ أي: في الحل، وإنما قلنا: في أيام النحر؛ لأنه لو حلق في غير الحرم بعد أيام النحر.. فعليه دمان عند أبي حنيفة، ودم عند محمد في الحج والعمرة، كذا في «الزَّيْلَعيّ».

(لحج أو عمرة.. فعليه دم خلافاً لأبي يوسف).

والذي ظهر منه: أن المسألتين خلافية، وقيل: خلاف أبي يوسف في المعتمر لا في الحاج؛ بناء على أن محمّداً ذكر في «الجامع الصغير» قول أبي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج، والأصح: أنّها خلافية على ما في «الهداية»؛ أي: عندهما يجب الدم فيها، وعند أبي يوسف: لا يجب شيء.

وتوضيح الخلاف: أن الحلق للحج يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: لا يتوقت بواحد منهما، وعند محمد: يتوقت بالمكان دون الزمان، وعند زفر: بالعكس لأبي يوسف - أن الحلق غير مختص بالحرم - لأن النبي ﷺ وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم، ولأن الحلق الذي هو نسك في أوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل أوانه، فكما أن ذلك لا يختص بزمان.. فكذا هذا.

فَلَو عَادَ الْمُعْتَمِرُ بعدَ خُرُوجهِ وَقصَّرَ.. فَلَا دمَ إِجْمَاعاً.

وَلَو حلقَ الْقَارِنُ قبلَ الذّبْحِ.. لزمَهُ دمانِ.

وَعِنْدَهُمَا: دمٌ.

وَالدَّمُ حَيْثُ ذُكِرَ: شَاةٌ، تجزىءُ فِي الْأُضْحِيةِ.

وَالصَّدقةُ: مَا يجزىءُ فِي الْفِطْرَةِ.

ولهما: أن الحلق لما جعل محلّلاً.. صار كالسّلام في آخر الصّلاة؛ فإنه من واجباتها وإن كان محللاً، فإذا صار نسكاً.. اختص بالحرم كالذبح، وكذا في الزمان، ولا حجة لأبي يوسف فيما رواه؛ لأن المحصر لا يجب عليه الحلق، وإنما حلق ﷺ في الحديبية ليعرف استحكام عزمه على الرجوع، ولأن بعض الحديبية حرم.. فلعلهم حلقوا فيه.

وإنما قلنا: إن الحلق للحج؛ لأن الحلق للعمرة لا يتوقت بالزمان بالإجماع؛ لأن أفعالها تتوقّت به، وتتوقت بالمكان عند أبي حنيفة ومحمّد، وقال أبو يوسف: لا تتوقت.

(فلو عاد المعتمر) إلى الحرم (بعد خروجه) من [٣١٣/أ] الحرم بدون التقصير (وقصر) في الحرم بعد عوده إليه (.. فلا دم) عليه (إجماعاً)؛ لأنه أتى به في مكانه، فلا يلزم ضمانه، ولو فعل الحاج ذلك.. لم يسقط عنه دم التأخير عند أبي حنيفة.

(ولو حلق القارن قبل الذبح.. لزمه دمان) عند أبي حنيفة: دم بالحلق في غير أوانه – وهو: دم القران – ودم بتأخير الذبح عن الحلق؛ لأن تأخير النسك عن وقته يوجب الدم عنده.

(وعندهما: دم) واحد للقران فقط؛ لأن تأخير النسك لا يوجب شيئاً عندهما.

(والدم حيث ذكر: شاة تجزئ في الأضحية)؛ أي: يراد به شاة كذلك.

(والصّدقة: ما يجزئ في الفطرة) على ما سبق ذكره.

* * *

(فصلٌ)

إِن قتلَ محرمٌ صيدَ البَرِ، أَو دلَّ عَلَيْهِ مَن قَتلَهُ.. فَعَلَيهِ الْجَزَاءُ.

(فصل)

في بيان الجناية على الإحرام بسبب الصيد

وهو نوع آخر عما سبق من أنواع الجناية.

(إن قتل المحرم صيد البر)؛ أي: ما يكون توالده ومثواه في البر؛ قيّده بالبر؛ لأن صيد البحر حلال؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾، والصيد: هو الممتنع المتوحش في أصل الخلقة، واستثنى رسول الله ﷺ الخمس الفواسق - على ما سيأتي ذكره في الكتاب - فإنها مبتدئة بالأذى، فيجوز قتلها في كلّ حال، ولا فرق في الصيد بين المملوك والمباح والمأكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كلّه.

(أو دل) المحرم **(عليه)**؛ أي: على الصّيد **(من قتله)**، سواء كان القاتل حلالاً أو حراماً (.. **فعليه**)؛ أي: على الدال المحرم **(الجزاء)**.

أما وجوبه بالقتل: فلقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾.

وأما بالدلالة: فلما رويناه من حديث أبي قتادة في باب الإحرام الذي أخرجه الشيخان، وحكي عن عطاء الإجماع: على أن على الدال الجزاء، ولأن الدلالة من محظورات الإحرام، فإنها تفوّت الأمن من الصيد؛ لأنه آمن بتوحشه وتواريه، فصارت كالإتلاف، ولأن المحرم التزم الامتناع عن التّعرض، فيضمن بترك ما التزمه؛ كالمودع إذا تعدّى بدلالته السّارق على الوديعة.

وقال الشافعي: لا جزاء في الدّلالة على الدال أصلاً؛ لأن الجزاء يتعلّق بالقتل، والدّلالة ليست بقتل، فأشبه دلالة الحلال غيره على الصّيد في الحرم أو خارجه، فإنها لا توجب شيئاً على الدال، سواء كان المدلول حلالاً أو حراماً، على ما في «العناية».

وَهُوَ: قيمَةُ الصَّيْدِ بتقويمِ عَدْلَيْنِ.

والحجة عليه ما رويناه وما ذكرناه، وقياسه على الحلال فاسد؛ لأن الحلال لم يلتزم الامتناع عن التعرض حتى يضمن بترك ما التزمه، بخلاف المحرم؛ فإنه التزم التّعرض كالمودع، فصارّ الحلال كالأجنبي إذا دلّ السارق على مال إنسان.. فإنه لا يضمن.

وعن أبي يوسف وزفر: أن في دلالة الحلال صيد الحرم ضماناً على ما في «الزّيْلَعيّ» فعلى هذا نمنع قول الشافعي.

ثم الدّلالة الموجبة للجزاء:

- أن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصّيد.
- وأن يصدِّقَه في الدلالة، حتى لو لم يكن عالماً بمكانه أو لم يصدقه.. لا ضمان عليه.
- وأن يتصل القتل بدلالته هذه، حتى لو لم يتصل.. لا ضمان عليه.
- وأن يبقى الدال محرماً إلى أن يقتل المدلول.
- وأن يقتله المدلول قبل [٣١٣/ب] أن يفلت، حتى لو صدقه ولم يقتله فانفلت، ثم قتله بعد ذلك.. لم يكن على الدال شيء؛ لأن ذلك بمنزلة جرح اندمل.

(وهو)؛ أي: الجزاء **(قيمة الصّيد)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويعرف ذلك **(بتقوم عدلين)**.

وفي «العناية»: يقومه ذوا عدل من حيث إنه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة؛ فإذا قتل المحرم بازيه المعلم.. فعليه قميته غير معلم، بخلاف ما إذا كانت الزيادة خلقة لا صنعة؛ كما إذا كان طير يصوّت فازداد قيمته لذلك؛ فإن في اعتبار ذلك روايتين:

في رواية لا يعتبر؛ لأنه ليس من معنى الصيدية في شيء.

فِي مَوضِعِ قَتلِهِ، أَو فِي أقربِ مَوضِعٍ مِنْهُ إِن لم يكن لَهُ فِيهِ قيمَةٌ.

وفي رواية أخرى: يعتبر؛ لأنه وصف ثابت بأصل الخلقة كالحمام إذا كان مطوّقاً.

وبخلاف ما إذا قتل بازي الغير المعلم، حيث تجب قيمته معلّماً؛ لأن وجوب القيمة هناك باعتبار الماليّة، وماليّته بكونه منتفعاً به، وذلك يزداد بكونه معلماً فيدخل في الضمان، كذا في «النهاية».

والمراد بالعدل ههنا: من له معرفة وبصارة بقيمة الصيد، لا العدل في باب الشهادة، وقيّد بالعدلين.

وقد قالوا: الواحد يكفي والمثنى أولى؛ لأنه أحوط وأبعد من الغلط كما في حقوق العباد.

وقيل: يعتبر المثنى هنا – أي: في جزاء الصيد – بالنص، كذا في «الهداية»، والمراد بالنص: قوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ﴾.

فالفرقة الأولى: حملوا هذا العدد في النص على الأولوية؛ بناء على أن المقصود به زيادة الإحكام والإتقان.

وقال ابن الهمام: الظاهر الوجوب، وقصد زيادة الإحكام والإتقان لا ينافيه، بل قد يكون داعيته.

(في موضع قتله)، وفي زمان قتله أيضاً؛ لأن القِيَم تختلف باختلاف الأماكن والأزمنة.

(أو في أقرب موضع منه)؛ أي: إلى موضع قتله (إن لم يكن له)؛ أي: للصيد (فيه)؛ أي: في موضع قتله (قيمة) بأن كان في برية لا يصاد فيها صيد؛ والمراد: قيمته من حيث إنه صيد لا من حيث وصفه على ما ذكرناه آنفاً.

ثُمَّ إِن شَاءَ.. اشْترى بهَا هَدياً إِن بلغت فذبحَهُ فِي الْحرمِ.

وَإِن شَاءَ.. اشْترى بهَا طَعَاماً فَتصدَّق بِهِ على كلِّ فَقيرٍ نصف صَاعٍ مِن بُرٍّ أَو صَاعاً من تمرٍ أَو شعيرٍ لَا أقلَّ.

وَإِن شَاءَ.. صَامَ عَن طَعَامِ كلِّ فَقيرٍ يَوْماً.

(ثم إن شاء)؛ أي: إذا ظهر قيمة الصيد بتقويم العدلين.. فالقاتل بعده مخيّر في القيمة؛ إن شاء (اشترى بها) – أي: بالقيمة – (هدياً إن بلغت) القيمة هدياً (فذبحه في الحرم).

(وإن شاء اشترى بها طعاماً فتصدّق به على كل فقير نصف صاع من برّ أو صاعاً من تمر أو شعير لا أقل) كما في صدقة الفطر.

(وإن شاء.. صام عن طعام كل فقير يوماً)؛ لأنه لا قيمة للصّوم، فلا يمكن بما له قيمة، وهو الفتوى، فقدرناه بالطّعام، وقد عهد في الشرع إقامة طعام مسكين مقام صوم يوم كما في باب الفدية وكفارة الظهار.

ثم إذا اختار الهدي.. فعليه الذبح في الحرم، ويتصدّق بلحمها على الفقراء، ويجوز ذبحه في غير الحرم إذا تصدق باللحم على الفقراء على الوفاء: بأن أعطى لكل مسكين من اللحم ما يساوي نصف صاع من برّ.

بخلاف: ما إذا ذبح في الحرم حيث يخرج عن العهدة بمجرد الإراقة حتى إذا سرق أو تلف بعد الذبح.. لا يجب عليه شيء.

وفيما إذا ذبح في غير الحرم.. تجب عليه قيمته؛ لأن الإراقة لم تعتبر في غير الحرم؛ لاختصاصها به، ويتصدق بالقيمة.

وإذا اختار الإطعام.. يطعم في [٣١٤/أ] أي موضع شاء؛ لأنه قربة معقولة المعنى.

وإذا اختار الصوم.. يجوز في أي موضع شاء أيضاً بالإجماع؛ لأنه عبادة قهر النفس؛ ولا تختلف باختلاف المكان.

فَإِن فَضَلَ أَقَلُّ مِن طَعَامِ فَقِيرٍ.. تصدَّقَ بِهِ أَو صَامَ عَنهُ يَوْماً كَامِلاً.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: الْجَزَاءُ نَظِيرُ الصَّيْدِ فِي الجُثَّةِ فِيمَا لَهُ نَظِيرٌ، ....

(فإن فضل أقل من طعام فقير.. تصدّق به أو صام عنه يوماً كاملاً)؛ لأن الصوم في أقلّ من يوم غير مشروع، وهذا - أي اعتبار الجزاء بقيمة الصيد - قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمد) - وهو قول الشافعي -: **(الجزاء نظير الصيد في الجثة فيما له نظير)**؛ أي: في المنظر.

واختلف في تعيين قول محمد:

حكى الطحاوي عنه: أن الخيار إلى الحكمين في تعيين واحد من الهدي والإطعام والصوم؛ فإن حكما عليه بالهدي.. نظر القاتل بعد تحكيمهما بالهدي إلى نظيره من النعم من حيث الخلقة:

إن كان الصيد مما له نظير، سواء كانت قيمة نظيره مثل قيمته، أو أقلّ، أو أكثر.. لا ينظر إلى القيمة.

وإن لم يكن له نظير كسائر الطيور.. تعتبر قيمته كقول الإمامين.

وحكى الكرخي عنه أن الخيار إلى القاتل، غير أنّه إن اختار الهدي.. تعيّن النظير فيما له نظير.

وعند الشافعي: يجب النظير ابتداء من غير اختيار أحد، وله أن يطعم، ويكون الطعام بدلاً عن النظير لا عن الصّيد، كذا في «فتح القدير».

والذي ظهر من «الهداية»: قول الطحاوي حيث قال: والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف: أن يقوّمَ الصيدَ ذوا عدل في المكان الذي قتل فيه، ثم القاتل مخير في الفداء:

إن شاء ابتاع هدياً إن بلغت القيمة هدياً وذبحه.

وإن شاء اشترى بها طعاماً وتصدّق على كلّ مسكين نصف صاع من بر، أو صاعاً من تمر أو شعير.

وإن شاء صام.

وقال محمد والشافعي: يجب في الصّيد النظير فيما له نظير، وما ليس له نظير.. يجب فيه القيمة عند محمد، وكان قوله فيه كقولهما.

ثم الخيار إلى القاتل في أن يجعله هدياً أو طعاماً أو صوماً عندهما، وإلى الحكمين في ذلك عند محمد والشافعي:

فإن حكما بالهدي.. يجب النظير فيما له نظير، وفيما ليس له نظير.. تجب القيمة كما هو عندهما.

وإن حكما بالطعام أو بالصيام.. فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف. انتهى ملخصاً.

فقد جعل الخيار في تعيين واحد من الثلاثة إلى الحكمين عند محمّد، ثم جعل النظر إلى النظير إلى القاتل؛ حيث قال: فإن حكما يجب بالهدي يجب النظير.

وكذا في «النّهاية» حيث قال: الاختلاف في هذه المسألة في فصول:

أحدها: أن الواجب على المحرم القاتل قيمة الصيد في الموضع الذي قتل فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد والشافعي: يجب النظير فيما له نظير في المنظر لا في القيمة.

والثاني: أن الذي إلى الحكمين تقويم الصيد؛ فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى القاتل بين التكفير بالهدي والإطعام والصوم في قولهما، وقال محمد: الخيار إلى الحكمين، وإذا عينا نوعاً عليه.. يلزمه التكفير به بعينه.

والثالث: يجوز للمحرم أن يختار الصّوم مع القدرة على الهدي والإطعام عندنا، لا يجوز عند زفر.

فَفِي الظَّبيِ: شَاةٌ، وَفِي الضَّبُعِ شَاةٌ، وَفِي الأَرنبِ: عَنَاقٌ، وَفِي اليَربوعِ: جَفرةٌ، وَفِي النَّعامةِ: بَدَنَةٌ، وَفِي حمار الْوَحْشِ: بقرةٌ.

والرّابع: إذا اختار الطعام: فالمعتبر قيمة الصّيد يشترى به الطعام عندنا، وعند الشافعي: المعتبر فيه قيمة النظير وهو قول محمد أيضاً، بناءً على أصلهما[٣١٤/ب]: أن الواجب هو النظير.

والخامس: إذا اختار الصّيام.. صام مكان نصف كل صاع يوماً عندنا، وعند الشافعي: يصوم مكان كل مدّ يوماً. انتهى.

ثم شرع إلى بيان ما له نظير **(ففي الظبي: شاة، وفي الضبع: شاة، وفي الأرنب: عناق)** العناق: هو الأنثى من أولاد المعز، **(وفي اليربوع: جفرة)**: وهي التي بلغت أربعة أشهر من أولاد المعز أنثى، **(وفي النعامة: بدنة، وفي حمار الوحش: بقرة)** واستدل عليه بقوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ ومثله من النعم ما يشابه المقتول صورة؛ لأن القيمة لا تكون نعماً، وروي عن الصّحابة أنهم أوجبوا النّظير من حيث المنظر في النّعامة وحمار الوحش والظبي والأرنب كما ذكر.

ولهما: أنّ الله تعالى أطلق بالمثل في النص، والمثل المطلق في عرف الشرع.. يراد به المشارك في النّوع وهو: المثل صورة ومعنى، أو المشارك في القيمة، والأوّل غير مراد بالإجماع، فيراد الثاني.

وأما المثل صورة فقط.. فلا تعتبر في الشرع أصلاً، ألا ترى أنه إذا أتلف مال إنسان.. يجب عليه مثله إن كان مثلياً لإمكان اعتبار المثل صورة ومعنى فيه، وإلا.. فتجب قيمته؛ لأنه مثل معنى فيقوم مقامه.

ولا يعتبر مثله صورة فقط، حتى إذا أتلف دابّة غيره.. لا تجب عليه قيمتها ولا دابة أخرى مثلها مع اتحاد الجنس؛ لعدم إمكان المماثلة؛ لاختلاف المعاني فيها، فما ظنك مع اختلاف الجنس؟!

فإذا لم يكن الفرس مثلاً للفرس مع اتحاد الجنس.. فكيف تكون البقرة مثلا للحمار الوحش؟،

وكيف تكون الشاة مثلاً للظبي والضبع مع اختلاف الجنس؟!.

فوجب حل المثل على المثل معنى، لا على المثل صورة؛ لعدم عرف الشرع فيه أصلاً، ولأن المثل معنى مرادٌ بالإجماع فيما لا مثل له، فلا يكون المثل صورة مراداً، وإلا.. لزم عموم المشترك، أو الجمع بين الحقيقة والمجاز، وكلاهما غير جائز على ما صرّحوا به.

فإن قيل: إن المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبين المثل معنى، ولا هو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر حتى يلزم ما ذكرتم من المحذورين بل هو مطلق يتناولهما؛ كالرقبة: تتناول المؤمنة والكافرة، فيدخل تحته المثل المطلق الصوري والمعنوي؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ دخل ما له مثل صورة ومعنى كما في المثليات، وما له: مثل معنى فقط كالقيميات.

أجيب: بأن المطلق هو الدال على الماهية فقط من حيث هي، بلا تعرّض إلى الصفات، لا بالنفي ولا بالإثبات، وذلك يتحقق تحت كل فرد من أفراده المحتملة، فلو كان المثل دالاً على المطلق لوجب النعامة عن النعامة، وليس كذلك، بل هو حقيقة عرفية في المطلق، ومجاز في غيره، والمجاز ههنا: مراد بالإجماع، فلا يكون غيره مراداً، وإلا.. لزم ما ذكرناه من المحذور، ولأن المثل المعنوي: أعم ممّا له نظير وما ليس له نظير، والمثل الصّوري: خاص لما له نظير فقط، والعمل بما هو أعم.. أولى، ومعنى النص هكذا، فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحش؛ لأن المثل فيه بمعنى القيمة على ما ذكرناه، وقوله: من النعم [٣١٥/أ] بيان لما قتل لا المثل، والمراد بالنعم: هو النعم الوحش؛ لأن الجزاء إنما يجب بقتل الأهلي، والمراد بما روي: التقدير باعتبار القيمة لا باعتبار أعيانها؛ إذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة.

وَمَا لَا نَظِيرَ لَهُ.. فكقولهما.

والعامدُ وَالنَّاسِي، والعائدُ والمبتدىءُ فِي ذَلِك سَوَاءٌ.

ثم وجه أبي حنيفة وأبي يوسف في جعل التخيير إلى القاتل بعد ظهور القيمة بتقويم العدلين: أن التخيير شرع رفقاً لمن عليه، فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين.

ووجه محمد والشافعي في جعله إلى الحكمين: قوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ لأن هـذا: إمـا تفسـير للضـمير المجـرور فـي ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ﴾، أو: مفعول لحكم الحكم على أن يكون بدلاً عن الضمير المجرور محمولاً على محله؛ أي: يحكم بالجزاء ذوا عدل هدياً، وفي ذلك تنصيص على أن التّعيين إلى الحكمين.

ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو في قوله تعالى: ﴿أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾، فيكون الخيار إلى الحكمين.

قلنا: إنما يصح استدلالكم بهذه الآية على ما ذكرتم أن لو كان «كفارة» عطفت على «هدياً» وليس كذلك لاختلاف إعرابهما، بل هي معطوفة على قوله: «فجزاء» بدليل أنه مرفوع ، وكذلك قوله تعالى: ﴿أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾ لكونه مرفوعاً، فلم تكن في الآية دلالة على اختيار الحكمين في الطعام والصّيام، فكذا في الهدي أيضاً؛ لعدم القائل بالفصل.

(وما لا نظير له فكقولهما)؛ أي: قول محمد فيه كقول الإمامين في إيجاب القيمة مثل العصفور والحمام.

(والعامد والناسي) قاتلين كانا أو دالّين (والعائد والمبتدئ)؛ أي: العائد في الحج والمتبدئ فيه ، وكذلك العائد في القتل والمبتدئ فيه، كذا في «الزَّيْلَعيّ».

والذي ظهر من «النهاية» و«العناية»: المراد بالعائد والمبتدئ: هو الثاني.

(في ذلك)؛ أي: في وجوب الكفارة (سواء).

أما العائد والناسي: فلأن هذا ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾ وكل ضمان كذلك.. فالعائد فيه كالناسي كما في غرامات الأموال.

والتقييد بالعمد في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ﴾ - الآية - لأجل الوعيد المذكور في آخر الآية وهو قوله تعالى: ﴿لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِۦ﴾ لا للاحتراز عن النّاسي.

فإن قيل: ليس هذا كغرامات الأموال، ألا ترى أن رجلين إن اشتركا في إتلاف شاة الغير.. كان على كل منهما نصف القيمة، وإن اشتركا في قتل صيد.. كان على كل منهما جزاء كامل.

أجيب: بأن مناط الإلحاق مدارية الإتلاف للضمان، وقد وجد ذلك، والاتحاد من جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس.

فإن قيل: هذا تعليل في مقابلة النص المذكور؛ لأنه صرّح فيه على المتعمد وهو مقابل الناسي.

أجيب عنه: بأن التخصيص بالذكر لا يدّل على نفي الحكم عما عداه، فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله ﷺ: «الضبع صيد وفيه شاة» من غير فصل بين عمد ونسيان، والمراد: «وفيه»: قيمة الشاة لما بيناه.

وأما العامد والمبتدئ في القتل؛ فلأن العلة الموجبة للكفارة كما وجدت ابتداء [٣١٥/ب].. فقد وجدت في المرة الثانية أيضاً، فلو تخلف الحكم عنه.. بطلت العلة، فيجب عليه جزاء آخر كما قلنا في سائر المحظورات، كذا في «النّهاية» **فإن قيل**: قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُ﴾ فقد جعل كلّ جزائه انتقام الله تعالى، فلا يكون له موجب آخر سواء.

أجيب: بأن هذا متمسك ابن عباس وداود الظّاهري في مذهبهما أن موجب العامد أن يقال له: اذهب فينتقم الله تعالى منك، ولكنا نقول: المراد منه إذا عاد

وَإِن جرحَ الصَّيْدَ، أَو قطعَ عضوَهُ، أَو نتفَ شَعرهُ.. ضمنَ مَا نقصَ مِن قِيمَتِهِ.

مستحلاً له أو مستخفاً به كما قالوا في قوله تعالى في باب الربا: «ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون» وأما إذا لم يكن كذلك.. فعليه الجزاء عملاً بدلالة النص.

(**وإن جرح الصيد أو قطع عضوه أو نتف شعره.. ضمن ما نقص من قيمته**) اعتباراً للبعض بالكل كما في حقوق العباد؛ فإن إتلاف مال إنسان يوجب ضمانه، لو كلاً.. فكلاً أو بعضاً.. فبعضاً، هذا فيما إذا لم يمت من الجرح بقرينة مقابلته لما سبق، ولو مات من جرحه.. تجب كمال القيمة.

ولو غاب ولم يعلم مات أو لم يمت.. فالقياس ضمان ما نقص للشك في سبب كمال الجناية، وفي الاستحسان: يضمن جميع القيمة احتياطاً؛ كمن أخرج صيداً من الحرم، ثم أرسله، ولا يدري دخل الحرم أم لا.. تجب قيمته؛ لأن جزاء الصيد يسلك فيه مسلك العبادة من وجه.

ولو جرح فبرأ منه.. لا يسقط الجزاء ببرئه؛ لأن الجزاء يجب بإتلاف جزء من الصيد، وبالاندمال لا يتبين أن الإتلاف لم يكن، بخلاف ما إذا جرح آدمياً فاندملت جراحته ولم يبق لها أثر؛ لأنه لا ضمان عليه؛ لأن الضمان هناك إنما يجب لأجل الشين، وقد ارتفع بالاندمال، كذا في «البحر» عن «البدائع».

والظاهر منه: لا يسقط الجزاء ببرئه؛ بقي لها أثر أو لم يبق، إلا في الآدميّ حيث يسقط الجزاء فيه ببرئه إن لم يبق أثر، وهكذا في «الغاية» عزوا إلى «البدائع».

لكنه قال في «الزَّيْلَعيّ»: إذا برأ منه وبقي أثره.. يضمن ما نقص من الصيد، وأما إذا لم يبق له أثر.. لم يضمن؛ لزوال الموجب كما في جرح الآدميّ.

وقال أبو يوسف: يلزمه صدقة للألم.

وَإِن نتفَ ريشَهُ، أَو قطعَ قوائمَهُ فَخرجَ عَن حيّزِ الامتناعِ.. فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ كَامِلَةً.

وَإِن حَلَبَهُ فقيمَةُ لبنهِ.

وَإِن كسرَ بيضَهُ.. فقيمةُ الْبيضِ.

وَإِن خرجَ مِنَ الْبيضِ فرخٌ ميتٌ.. فقيمةُ الفرخِ.

وعلى هذا: لو قلع سن صيد أو ضرب عينه فابيضت، فنبت له سنّ أو زال البياض وانجلت عينه، أو نتف شعره فنبت مكانه شعر أو ريش، ولو جرحه فكفر، ثم قتله.. كفّر أخرى، فلو لم يكفر حتى قتله.. وجب عليه كفارة واحدة، وما نقصته الجراحة الأولى ساقط.

(**وإن نتف ريشه أو قطع قوائمه فخرج عن حيّزِ الامتناع.. فعليه قيمة كاملة**)؛ لأنه فوّت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه، ثم لو عاد.. لزمه جزاء آخر، وإن عاد قبل أداء الأول.. يكفيه الجزاء الواحد كما مرّ مراراً.

(**وإن حلبه.. فقيمة لبنه**)؛ لأنه من أجزاء الصيد فيعتبر بكله.

(**وإن كسر بيضه.. فقيمة البيض**)؛ لأنه أصل الصيد فأعطي له حكمه في إيجاب الجزاء، إلا أن يفسد؛ لأنه حينئذ خرج عن استعداد كونه صيداً.. فلا يوجب [٣١٦/أ] شيئاً.

(**وإن خرج من البيض فرخ ميت.. فقيمة الفرخ**) حياً في الاستحسان، والقياس: أن لا يغرم سوى البيضة؛ لأن حياة الفرخ غير معلومة.

وجه الاستحسان: أن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي، والكسر قبل أوانه سبب لموته، فيحال الموت على الكسر احتياطاً، كذا في «الهداية».

وذكر في «العناية»: هذا فيما إذا لم يعلم أنّ موته بسبب الكسر أو لا، وأما إذا علم أن موته بسبب الكسر.. فتجب قيمته مطلقاً، وإذا علم أن موته كان قبل الكسر.. فلا شيء عليه.

وَلَا شَيْءَ بقتلِ غرابٍ وحِدْأَةٍ وذئبٍ وحيَّةٍ وعقربٍ وفأرةٍ وكلبٍ عقورٍ.

وفي كلامه: إشارة إلى أنه لو نفّر صيداً عن بيضه ففسد البيض.. ضمنه إحالةً للفساد عليه، ولو لم يفسد وجرح منه فرخ وطار.. لا شيء عليه.

وكذا إذا أخذ بيض الصيد ووضعه تحت دجاجة ففسد.. ضمنه، وإلا.. لا، كذا في «فتح القدير».

ثم إذا ضمن قيمة الفرخ الميت.. لا يجب عليه في البيض شيء؛ لأن ضمانه ليس لذاته، بل باعتبار أنه سبب الفرخ، حتى لا يجب ضمانه إذا كان ندراً أو كانت البيضة ندرة؛ فإذا ضمن الفرخ.. سقط ضمان البيض.

بخلاف ما إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنيناً ميتاً وماتت الظبية.. فإنه يجب عليه قيمة الظبية والجنين الميت معاً للاحتياط؛ فإن ضمان الصيد مقصود لذاته للاحتياط، فيجب في موضع الشك.

بخلاف ما إذا ضرب بطن جارية فألقت جنيناً ميتاً وماتت الجارية.. حيث يلزمه قيمة الجارية فقط لا الجنين؛ فإن الضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط، فلا يجب في موضع الشك، حتى لو علم أن جنين الجارية مات من ضربه.. ضمن قيمته أيضاً.

(**ولا شيء بقتل غراب**)؛ أي: ما يأكل الجيف على ما روي عن أبي يوسف؛ لأنه يبتدئ بالأذى، بخلاف العقعق؛ فإنه ليس بغراب.. حتى يجب الضّمان بقتله، ولا يبتدئ بالأذى، وكذا الغراب الذي يأكل الزرع.. فإنه يجب الضمان بقتله، على ما في «العناية».

(**وحدأة**) - بكسر الحاء مثل عنبة - طائر خبيث، كذا في «المصباح»، (**وذئب وحية وعقرب وفأرة وكلب عقور**) لما في «الصحيحين» من قوله ﷺ: «خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم: الغراب، والحدأة، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور» وفي لفظ مسلم: الحية بدل العقرب.

وأخرج الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أمر رسول الله ﷺ المحرم بقتل الذئب والفأرة والحدأة والغراب.

وكذلك أخرج الطحاوي عن حديث أبي هريرة رضي الله عنه وزاد فيه «الذئب» وبهذه الجملة ثبت حلّ قتل هذه السّبعة.

وقيل: إن الذئب في معنى الكلب العقور فيلحق به دلالة.

أقول: لا حاجة إليه بعد التصريح باسمه في النص.

وروي عن أبي حنيفة أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منها سواء؛ لأن المعتبر في ذلك الجنس؛ لما روى أبو داود في «المراسيل»، وذكر الكلب من غير ذكر وصفه بالعقورية، فلو كان الوصف معتبراً لذكره.. فعلى هذا: يكون المراد بما ذكر فيه وصف العقورية: هو الكلب الوحشي؛ لأنه يكون عقوراً مبتدئ الأذى، فصريح ذكر وصفه لا لكونه علّة الحكم، ويكون ما في «المراسيل» [٣١٦/ب] تعميم النّوع بحلّ القتل ونفي الجزاء، وهذا بناء على أن المراد بالكلب العقور: معناه الحقيقي لا الذئب، ولا الأسد؛ إذ لا مستأنس فيهما.

والفأرة أعمّ من الأهليّة والوحشية أيضاً، على ما في «الهداية»؛ لاشتراكهما في المبيح وهو فسقهما.

والسنور كذلك في رواية الحسن عن أبي حنيفة، وفي رواية هشام عن محمد: أن ما كان منه برياً.. فهو متوحش كالصيود فيجب بقتله الجزاء.

والضب واليربوع ليس من المستثنيات؛ لأنهما لا يبتدئان بالأذى، كذا في «الهداية».

وقال في «القنية»: الكلاب ثلاثة:

كلب يضر: وهو الذي أمرنا بقتله ومن ضرره: النبح على الضعيف وترويع السّائل، فيحلّ قتله.

وكلب ينفع ولا يضر: فيحل بيعه وإمساكه.

وكلب لا يضر ولا ينفع: فلا يتعرض له. انتهى.

وقال ابن الملقِّن في «شرح العمدة»: الكلاب في أصل الشرع ممنوعة الاقتناء، ولهذا أمر بقتلها أولاً كلّها، ثم نسخ ذلك، ونهى عن قتلها إلا الأسود البهيم، ثم استقر الشرع على النهي عن قتل جميع الكلاب التي لا ضرر فيها؛ سوى الأسود وغيره مما فيه ضرر، قاله إمام الحرمين.

والإجماع قائم على قتل الكلب العقور، واختلفوا فيما عداها، فقال القاضي عياض: ذهب كثير من العلماء إلى الأخذ بالأحاديث التي وردت في قتلها كما في «مسلم»، إلاّ ما استثني من كلب الصيد والزرع والغنم، وهو مذهب مالك وأصحابه، وذهب آخرون إلى جواز اتخاذ جميعها، ونسخ الأمر بقتلها، والنهي عن اقتنائها إلا الأسود البهيم.

وقال القاضي: وعندي أن النهي أوّلاً كان عاماً عن اقتناء جميعها، وأنه أمر بقتلها، ثم نهي عن قتل ما سوى الأسود، ومنع الاقتناء في جميعها، إلا كلب الصيد والزرع والماشية، وهذا الذي ذكره القاضي هو ظاهر الأحاديث الصحيحة.

وكذا يجوز اتخاذ الكلب لحراسة الدّروب؛ قياساً على كلب الصيد وغيره مما ذكر؛ للاشتراك في علة الحاجة.

وكذا يجوز اتخاذ جرو الكلب وتربيته لأجل تلك المنفعة التي تترتب عليه فيما يستقبل، كبيع ما لا ينتفع به في الحال وينتفع به في المآل. انتهى ملخصّاً.

وقال ابن الحجر في «شرح البخاري»: اتفقوا على أن المأذون في اتخاذه من الكلب هو ما لم يحصل الاتفاق على قتله، وهو الكلب العقور.

وأما غير العقور وغير المأذون في اقتنائه.. فقد اختلف، هل يجوز قتله مطلقاً أم لا؟

ولا بقتلِ نملٍ وبرغوثٍ وقَرادٍ وسلحفاةٍ.

وَإِن قتلَ قملةً أَو جَرَادَةً.. تصدَّقَ بِمَا شَاءَ.

قيل: نعم، وقيل: لا.

وقال ابن الهمام من أئمتنا الحنفية: الكلب الأهلي إذا لم يكن مؤذياً.. لا يحل قتله؛ لأن الأمر بقتل الكلاب نُسخ، فيفيد القتل بوجود الإيذاء. انتهى.

وسكت عليه ابن نجيم، والذي ظهر مما ذكرناه من «القنية» من قوله: «لا يتعرض له» عدم الحكم بحل قتله وعدم حلّه.

(ولا) شيء أيضاً (بقتل نمل وبرغوث وقراد وسلحفاة)؛ لأنها ليست بصيود، وليست بمتولدة من البدن، ثم هي مؤذية بطباعها، والمراد بالنمل: السوداء والصفراء الذي يؤذي، وما لا يؤذي.. لا يحل قتلها، ومع هذا: لو قتله.. لا يجب الجزاء بقتله؛ لعدم كونها صيوداً [٣١٧/أ] ولا متولدة من البدن.

(وإن قتل قملة) أو ألقاها في الأرض؛ سواء أخذها من رأسه أو من موضع آخر من بدنه، أو قال لحلال: ادفع هذا القمل عني، أو دفع ثوبه إليه فقتل ما فيه من القمل، أو أشار إلى قملة فقتلها الحلال.. فعليه التصدق في الكل.

أما الإلقاء في الأرض.. ففي معنى القتل بنفسه.

وأما الأمر والإشارة إليه.. فكما مر أن الدلالة والإشارة موجبة في الصيد، فكذا ما في حكمه.

والقملتان والثلاث كالواحدة، وفي الزائد على الثلاث بالغاً ما بلغ: نصف صاع، وهذا إذا قتلها قصداً، حتى لو ألقى ثوبه في الشمس لقصد قتلها.. كان عليه نصف صاع من برّ ونحوه، ولو ألقاه لا للقتل فماتت.. لا شيء عليه، كذا في «فتح القدير».

ولو وجد القملة في الأرض وقتلها.. لا شيء عليه؛ لعدم قضاء التفث فيه.

(أو) قتل (جرادة)؛ لأنها من صيد البرّ (.. تصدق بما شاء)؛ مثل: كف من طعام.

وَتَمْرَةٌ خيرٌ مِن جَرَادَةٍ.

وَلَا يتَجَاوَزَ شَاةً فِي قتلِ السَّبُعِ، ....

أما في القملة: فلكونها متولّدة من التفث الذي على البدن ففيه ارتفاق.

وأما في الجراد: فلأنه من صيد البّر؛ فإن الصّيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الآخذ، وهذا كذلك، فيكون صيداً، هذا والتخيير المذكور إنما يتمشى في الثلاث وما دونه من القمل والجراد؛ لأن فيما فوقها يتصدق نصف صاع من برّ ونحوه على ما ذكرناه في القمل، وكذا في الجراد على ما في «البحر»؛ حيث قال: ينبغي أن يكون الجراد كالقمل؛ ففي الثلاث وما دونها: يتصدّق ما شاء، وفي الأربع فصاعداً: يتصدق نصف صاع.

(و) تصدّق (**تمرة خير من جرادة**) قاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين سئل عن الجراد يقتله المحرم، فقال: «تمرة خير من جرادة».

وفي «المحيط»: مملوك أصاب جرادة وهو محرم؛ إن صام يوماً.. فقد زاد، وإن شاء جمعها حتى تصير عدّة جراد، ثم يصوم يوماً.

(**ولا يتجاوز شاة في قتل السبع**)؛ يعني: أن جزاء الصّيد ما قوّمه عدلان بالغاً ما بلغ، لكنه لا يزيد في السبع على قيمة الشّاة.

وقال زفر: تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتباراً بمأكول اللّحم.

ولنا قوله ﷺ: «الضبع صيد، وفيه الشاة» ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده، وبهذا الاعتبار لا يزيد على قيمة الشاة ظاهراً.

وقال الشافعي: لا يجب الجزاء بقتل السبع؛ لأنها داخلة في المستثنيات؛ لأنها جبلت على الأذى.

قلنا: يتناوله اسم الصيد؛ لأنه اسم للمتوحش، واسم الكلب لا يتناول السّبع عرفاً، فلا يتناوله نص الاستثناء، وإلحاقه بالمستثنيات بطريق الدلالة يبطل العدد المنصوص عليه في النص، والمراد بالسّبع ههنا: ما فيه السبعية مما لا يؤكل من

وَإِن صالَ.. فَلَا شَيْءَ عليهِ بقتْلِهِ.

البهائم والطيور - سوى المستثنيات - فيشمل الفهد والنمر والفيل والبازي والصقر معلماً وغير معلم، على ما في «فتح القدير».

وفي «المحيط»: إن قتل خنزيراً أو قرداً أو فيلاً.. تجب القيمة خلافاً لهما انتهى.

وقال في «فتح القدير»: وقول العتابي: الفيل المتوحش صيد ليس على ما ينبغي؛ فإن المستأنس يجب كونه صيداً أيضاً؛ لأن الاستئناس عارضي لا أصلي، كما قالوا في الظبي وحمار الوحش أنهما صيداً، وإن تألفا [٣١٧/ب].

وغاية الأمر: أن يجري في الفيل المتألّف روايتان، كما أن في الطّيور المصّوتة روايتين، ولكن المختار فيها: أنها صيد.

(**وإن صال**) — أي: السّبع — أي: وثب وانتهب (.. **فلا شيء عليه بقتله**) لابتدائه بالإيذاء.

والأصل فيه: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعاً وأهدى كبشاً، وقال: «إنا ابتدأناه» علّل الإهداء بالابتداء، فدل على أنّ الدفع لا يجب عليه شيء، وإلا.. لم يبق لتعليله فائدة، ومفهوم الخلاف معتبر في الروايات، كذا قالوا.

واعترض عليه في «العناية» بأن قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطاب الشرع؛ لأنه في حيّز الاستدلال به، فلا يعتبر مفهومه، وقال: إن الاستدلال إنما هو بفعله، وقوله: رواية فيفيده. انتهى.

وفيه نظر؛ لأن الفعل المروي عن عمر مجرد القتل والإهداء لا كونه مبتدئاً، حيث قالوا: إنه قتل سبعاً وأهدى كبشاً، ولو سلم أنه مروي أيضاً.. لكنه لا يصح الاستدلال به أيضاً؛ إذ مفهوم المخالفة لا يعتبر في العقل بالاتفاق، واستدل بعض مشايخنا بدلالة حديث الفواسق: بأن الفواسق إنما أبيح قتلها دفعاً للإيذاء المتوهم، فلأنْ يباح قتل السبع الصّائل دفعاً للإيذاء للتحقق.. أولى، فكان مأذوناً بقتله من الشرع، ومع وجود الإذن منه.. لا يجب الجزاء حقّاً له لسقوطه بإذنه.

فإن قيل: الإذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء؛ فإن المحرم إذا حلق رأسه أو تطيب لعذر.. فهو مأذون من الشرع ولم يسقط الجزاء.

أجيب: بأن الإذن هناك مقيد بالكفارة بالنص على خلاف القياس؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ﴾.. الآية، فلا يقاس عليه غيره، ولا يلحق به دلالة؛ لأن الضرورة في الصول ليست كالضرورة في حلق الرأس؛ لأن الأولى نادرة، والثانية كثيرة، والأظهر في الاستدلال عليه: ما رواه أبو داود عن الخدري رضي الله عنهما: سئل النبي ﷺ عما يقتله المحرم، قال: «يقتل الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادي» أطلق في عدم وجوب شيء إذا صال، فشمل ما إذا كان أمكنه دفعة بغير سلاح أو لا، هكذا أطلقوه.

وذكر في «الزَّيْلَعيّ» عن «المنتقى»: أنه إذا أمكنه دفعه بغير سلاح فقتله.. فعليه الجزاء.

وقيد «قاضي خان»: السبع بكونه غير مملوك؛ لأنه لو كان مملوكاً.. وجبت قيمته بالغة ما بلغت؛ يعني: على المحرم قيمتان: قيمة لمالكه مطلقاً، وقيمة لحق الله تعالى، لا تجاوز قيمة شاة، كذا في «البحر».

وإنما قيّدنا الصائل بالسبع؛ لأن الجمل إذا صال عليه فقتله.. وجب عليه قيمته بالغة ما بلغت، والفرق بينهما: أن الإذن في السبع الصّائل بقتله حاصل من صاحب الحقّ وهو الشارع، وأما في مسألة الجمل.. فلم يحصل الإذن من صاحبه.

فإن قيل: إن العبد إذا صال بالسيف على إنسان فقتله المصول عليه.. فإنه لا يضمنه، مع أنه لا إذن له أيضاً من مالكه.

أجيب: بأن العبد مضمون في الأصل بأنّه آدمي [٣١٨/أ] حقاً للعبد لا حقّاً للمولى؛ لكونه مكلّفاً كمولاه وغيره؛ فإذا جاء المبيح من قبله – وهو: المحاربة –

وَإِن اضْطرَّ الْمحرمُ إِلَى قتلِ الصَّيْدِ فَقتلَهُ.. فَعَلَيهِ الْجَزَاءُ.

وللمحرمِ ذبحُ شَاةٍ وبقرةٍ وبعيرٍ ودجاجٍ وبطٍّ أَهلِيّ وصيدِ سمكٍ.

وَعَلَيهِ الْجَزَاءُ بِذبحِ حَمَامٍ مُسَرْوَلٍ..........................

أسقط حقّه كما إذا ارتد وسقط ماليته التي هي ملك المولى في ضمن سقوط الأصل وهو نفسه.. فلا معتبر بها كما إذا ارتدّ.

(**وإن اضطّر المحرم إلى قتل الصّيد فقتله.. فعليه الجزاء**) معناه على ما في «الزَّيْلَعيّ» و«البحر»: أن المحرم إذا اضطرّ إلى أكل الصّيد للمخمصة فقتله وأكله عند المخمصة.. فإنه يجب الجزاء عليه – وهو: قيمة الصّيد – كما وجب عليه الفدية عند حلق رأسه أو تطييبه لضرورة العذر، وهذا لما ذكرناه: من أن الإذن بقتل الصّيد وحلق الرّأس عند الضّرورة من الشارع لا يستلزم سقوط الجزاء؛ لأن الإذن في هذه الحالة مقيد بالكفارة بالنص على ما ذكرناه، وإنما فائدة الإذن: في رفع الحرمة وسقوط الإثم لا غير.

(**وللمحرم ذبح شاة وبقرة وبعير ودجاج وبطّ أهليّ**) للإجماع عليه، ولأنه ممنوع به من الصّيد، وهذه ليست بصيود.

والمراد بالبط الأهلي: ما يسكن في المساكن والحياض ولا تطير؛ لأنه ألوف بأصل الخلقة كالدجاج، وأما التي تطير في الهواء.. فصيد، فيجب بقتلها الجزاء، وإستئناسه عارضي لا أصلي.

قال في «الزَّيْلَعيّ»: وينبغي أن تكون الجواميس على هذا التفصيل – أي: الذي ذكر في البط – فإنه في بلاد السّودان وحشي، و لايعرف منه مستأنس عندهم. انتهى.

والذي ظهر منه: أن الاعتبار لوجود الاستئناس ولو عارضاً، وإلا.. فالجواميس مستأنس في أصل الخلقة وتوحشه عارضيّ.

(**وصيد سمك**)؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾.

(**وعليه الجزاء بذبح حمام مسرول**) – بفتح الواو – حمام في رجليه ريش كأنه

أَو ذبحِ ظَبْيٍ مستأنِسٍ.

وَلَو ذبحَ صيداً.. فَهُوَ ميتَةٌ.

سراويل، وفيه خلاف مالك، هو يقول: إنه ألوف مستأنس، ولا يمتنع بجناحيه، فلا يكون صيداً.

قلنا: إنه متوحش في أصل الخلقة ممتنع بطيرانه وإن كان بطيء النهوض، والاستئناس عارضي فلم يعتبر.

فإن قيل: لو كان صيداً لحل أكله بذكاة الاضطرار، لكنه لم يحلّ، حتى لو رمى سهماً إلى برج الحمام فأصاب حماماً مسرولاً ومات قبل أن يدرك ذكاته.. لم يحل أكله.

قلنا: مدار صحّة ذكاة الاضطرار: هو العجز دون الصيدية، حتى لو ند البعير.. حلّ بذكاة الاضطرار، وليس بصيد لوجود العجز عن ذكاة الاختيار، على ما في «العناية».

والعجز في الحمام غير موجود؛ لأنه يأوي في الليل إلى برجه.

(أو ذبح ظبي مستأنس)؛ لأنه صيد في الأصل، فلا يبطله الاستئناس؛ كالبعير إذا ند.. لا يأخذ حكم الصّيد في الحرمة على المحرم حتى يحل عقره عليه.

(ولو ذبح) المحرم **(صيداً.. فهو ميتة)** لا يحل أكلها على الذابح وعلى غيره، وسواء ذبحه لنفسه أو لغيره، وسواء كان ذلك حلالاً أو محرماً.

وقال الشافعي في قول: «إذا ذبحه المحرم لغيره.. حل له أكله»؛ لأن الذابح يعمل له حين ذبحه له، فينتقل فعله إليه [٣١٨/ب] كما في سائر النيابات، فصار كأنه هو الذي ذبحه.

ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه.. جاز أن يأكله، فكذا إذا ذبح له المحرم.

قلنا: إن الذكاة فعل مشروع بالاتفاق، وذبح المحرم ليس بمشروع بالنص؛ كقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ نهاهم عنه، وهو يدل على التحريم بعينه؛ لكونه

بمعنى النفي لكونه من الأمور الحسية لا الشرعية، فصار كذبيحة المجوس، بخلاف ذبح شاة الغير بغير إذنه.. فإنه وإن كان حراماً أيضاً، لكنه ذكاة يحل أكله؛ لأن المشروع من الذبح هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيراً لهم، ولم يوجد هذا الذبح في ذبح المحرم صيداً؛ لأن الشرع لم يقم ذبحه مقام المميز حيث نهاه عنه، وأخرج الصيد عن محلّية ذبحه بالنسخ بما تلوناه، وبقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾، وقد وجد ذلك الذبح المميز في ذبح شاة الغير بغير إذنه؛ لأن الشرع لم يخرجها عن محلّية الذبح بدليل مستقل، فصار منهياً محضاً، والنهي لا يقتضي النسخ، بل يدل على مشروعية المنهي عنه على ما عرف في الأصول.

وفي «البحر» عن «الغاية»: إن الحلال لو ذبح صيد الحرم.. فإنه يكون ميتة أيضاً، وفي إطلاق الكتاب: إشارة إلى أن المحرم الذابح أعم من المضطر وغيره، واختلفت عباراتهم فيما إذا اضطر المحرم هل يذبح الصيد فيأكله أو يأكل الميتة؟

ففي «المبسوط»: إنه يتناول من الصيد ويؤدي الجزاء، ولا يأكل الميتة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لأن حرمة الميتة أغلظ؛ لعدم كونها مؤقتة، بخلاف حرمة الصّيد؛ فإنها مؤقتة بحالة الإحرام.

وفي «قاضي خان»: أن المحرم إذا اضطر.. فالأولى أن يأكل الميتة دون الصيد في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يذبح الصيد ويأكل.

ولو كان الصيد مذبوحاً.. فالصيد أولى عند الأكل.

ولو وَجَدَ لحمَ صيد وآدمي.. فلحم الصيد أولى.

ولو وجد صيداً وكلباً.. فالكلب أولى؛ لأن في الصيد ارتكاب محظورين.

وفي «البحر»: الظاهر ترجيح ما في «قاضي خان»؛ لأن في أكل الصيد ارتكاب حرامين الأكل والذبح، وفي أكل الميتة ارتكاب حرمة واحدة وهي الأكل، وكون الحرمة ترتفع لا يوجب التخفيف، وهكذا رجحه في «الزَّيْلَعِيّ» أيضاً، ثم قال: ولو

وَلَو أكلَ مِنْهُ.. فَعَلَيهِ قيمَةُ مَا أكلَ مَعَ الْجَزَاءِ، بِخِلَافِ مُحرمٍ آخرَ أكلَ مِنْهُ.

وجد صيداً حيّاً ومال مسلم.. يأكل الصيد لا مال مسلم؛ لأن الصيد حرام حقاً لله والمال حرام حقاً للعبد، فكان الترجيح لحق العبد لافتقاره.

وفي «شرح المجمع» نقلاً عن «النوادر»: لو كان ظبي قائماً في الحل ورأسه في الحرم فقتله إنسان.. لا شيء؛ لأن المعتبر في الصيد قوائمه.

ولو كان نائماً في الحلّ ورأسه في الحرم.. ضمن؛ لأنه غير مستقرّ بقوائمه، بل هو ملقى على الأرض.

(**ولو أكل منه.. فعليه قيمة ما أكل مع الجزاء**)؛ أي: لو أكل المحرم الذابح مما ذبحه من الصيد شيئاً.. فعليه قيمة ما أكل مع جزاء الصيد عند أبي حنيفة، سواء أدّى ضمان المذبوح قبل الأكل أو لا، غير أنه إن أدى قبله.. [٣١٩/أ] ضمن ما أكل على انفراده بالغاً ما بلغ، وإن أكل قبله.. دخل ضمان ما أكل في ضمان الصّيد، فلا يجب له شي عليه بانفراده.

وقال في «شرح مختصر الكرخي» لا رواية في هذه المسألة، فيجوز أن يقال: يلزمه جزاء آخر، ويجوز أن يقال: يتداخلان، وسواء تولى صيده بنفسه، أو أمر به غيره، أو أرسل كلبه.

ولا فرق بين أن يأكل المحرم، أو يطعم كلابه في لزوم قيمة ما أطعم؛ لأنه انتفع بمحظور إحرامه، كذا في «فتح القدير».

وقالا: ليس عليه جزاء ما أكل، وسيظهر وجه الطرفين.

(**بخلاف محرم آخر أكل منه**) – أي: مما ذبحه ذلك المحرم من الصّيد – حيث لا شي عليه باتفاقهم، لهما: أن هذه ميتة، فلا يلزم بأكلها شيء إلا الاستغفار كما في أكل سائر الميتات، فصار كما إذا أكله محرم آخر حيث لا يلزمه شيء سوى الاستغفار.

وَيحلُّ لِلْمحرمِ لحمُ صيدٍ صَادَهُ حَلَالٌ وذبحَهُ إِن لم يدلَّهُ عَلَيْهِ، وَلَا أمرَهُ بصيدِهِ، وَلَا أَعَانَهُ.

ولأبي حنيفة: أن حرمته باعتبار كونه ميتة، وكونه ميتة باعتبار خروجه عن محلية الذبح وخروج الذابح عن أهلية الذبح، وهذا الخروج باعتبار الإحرام، فكانت حرمة أكله مضافة إلى الإحرام بهذه الوسائط، فكان الأكل من محظورات إحرامه، فكانت حرمته عليه من جهتين: كونه ميتة، وكونه من محظورات إحرامه.

بخلاف محرم آخر؛ فإن حرمته عليه ليس إلا من جهة كونه ميتة؛ لأنه ليس من محظورات إحرامه، فلا يجب عليه شيء سوى الاستغفار.

ومن هنا قالوا: إن الحلال إذا ذبح صيداً في الحرم فأدّى جزاءه، ثم أكل منه.. لا يلزمه شيء آخر؛ لأنه لم يتناول محظورات إحرامه، وإنما وجب عليه جزاء المحلّ – وهو لا يتكرر – فكان حرمته عليه لكونه ميتة.

وقالوا أيضاً: إن المحرم إذا كسر بيض صيد فأدّى جزاءه، ثم شواه فأكله.. فلا يلزمه جزاء آخر لأكله؛ لأن أكله بعد الكسر ليس من محظورات إحرامه، وإنما محظور إحرامه هو الكسر، وقد أدّى جزاءه وهو لا يتكرر.

(**ويحلّ للمحرم صيد صاده حلال وذبحه إن لم يدل**) – أي: المحرم – (**عليه**)؛ أي: على ذلك الصيد (**ولا أمره بصيده، ولا أعانه**)، خلافاً لمالك فيما إذا اصطاده لأجل المحرم؛ لقوله ﷺ: «يأكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده أو يصاد له» أخرجه الترمذي.

ولنا: ما روي في الصحاح أنّ الصحابة تذاكروا لحم صيد صاده الحلال في حق المحرم، فقال ﷺ: «فإذن: لا بأس به» واللام – في قوله ﷺ: «أو يصاد له» – للتمليك، فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم، أو يقال: معناه أن يصاد له بأمره، والأصل في حرمة الأمر والدلالة والإعانة حديث أبي قتادة على ما سبق.

وَمن دخلَ الْحرمَ وَفِي يَدِهِ صيدٌ.. فَعَلَيهِ إِرْسَالُهُ؛ فَإِن بَاعهُ.. ردَّ البيعَ إِن كَانَ بَاقِياً، وَإِن فَاتَ.. لزمَهُ الْجَزَاءُ.

وَمن أَحرمَ وَفِي بَيتِهِ أَو فِي قفصِهِ صيدٌ.. لَا يلْزمُ إِرْسَالُهُ.

(**ومن دخل الحرم وفي يده**) - أي: في يده الحقيقيّة وهي الجارحة، حتى إذا كان في رحله أو قفصه.. لا يجب عليه إرساله على ما سيصرح به - (**صيد.. فعليه إرساله**)، وفي «البحر»: ليس المراد بالإرسال تسييبه، بل إطلاقه على وجه لا يضيع، ولا يخرج عن ملكه بهذا الإرسال، حتى لو خرج إلى الحل.. فله أن يمسكه، [٣١٩/ب] ولو أخذه إنسان.. يستردّه.

ثم المراد بالدّاخل ههنا: هو الحلال؛ لأنه لو كان محرماً.. يجب إرسال ما في يده من الصيد بمجرّد الإحرام بلا توقف على دخول الحرم، على ما في «النّهاية».

وقال الشافعي: لا يجب إرساله؛ لأن ما في يده ملكه وحق الشرع لا يظهر في ملك العبد لحاجته إليه.

قلنا: إنه لما حصل في الحرم.. وجب ترك التّعرض لحرمة الحرم، ولأنه صار بالدخول فيه من صيده، وصيده مستحق الأمن.. فيرسله.

(**فإن باعه**) بعدما أدخله الحرم (.. **ردّ البيع إن كان باقياً**)؛ لأن البيع لم يجز؛ لما فيه من التعرض لصيد الحرم، وذلك حرام.

(**وإن فات.. لزمه الجزاء**)؛ لأنه تعرّض للصيد بتفويت الأمن عليه.

(**ومن أحرم، وفي بيته أو قفصه صيد.. لا يلزم إرساله**)، وقال الشافعي: يلزم إرساله؛ لأنه متعرّض للصيد بإمساكه في ملكه، فصار كما إذا كان الصيد في يده حقيقة.. فإنه يرسله بالاتفاق.

ولنا: أن الصحابة كانوا يحرمون، وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم إرسالها، وبذلك جرت العادات وهي من إحدى الحجج، ولأن الواجب وهو ترك التعرض له حاصل؛ لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا بيده، والتعرض بالإمساك في

وَإِن أَخذَ حَلَالٌ صيداً ثمَّ أَحرمَ فَأَرْسلَهُ أحدٌ.. ضمنَ الْمُرْسلُ، بِخِلَافِ مَا أَخذَهُ محرمٌ.

ملكه ليس بمناف له؛ لأنه لو أرسله في المفازة.. فهو على ملكه أيضاً، فدل على أنه لا معتبر ببقاء الملك، وإلا.. لزم الجزاء؛ أرسل أو لم يرسل، وهذا إذا لم يكن القفص في يده.

وأما إذا كان في يده.. فاختلفوا فيه:

فقيل: يجب تركه وإن كان على وجه لا يضيع عن ملكه؛ لأن بكون القفص في يده.. يكون الصيد أيضاً في يده، فلذا يصير غاصباً له بغصب القفص.

وقيل: لا يجب؛ بناء على أن يكون القفص في يده لا بكون الصيد بيده، فلذا، جاز للمحدث أخذ المصحف بغلافه.

(**وإن أخذ حلال صيداً، ثم أحرم فأرسله أحد**)؛ محرماً كان المرسل أو حلالاً (.. **ضمن المرسل**) قيمة الصّيد عند أبي حنيفة خلافاً لهما؛ لأن المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر، وما على المحسنين من سبيل.

وله: أنه ملك الصيد بالأخذ حلالاً ملكاً محترماً؛ بدليل أن الحلال إذا أخذ صيداً ثم أحرم فأرسله حين أحرم، ثم وجده في يد شخص.. كان له أن يأخذه منه؛ لأنه ما أرسله عن اختيار، بخلاف ما لو أخذ المحرم صيداً فأرسله، ثم وجده في يد شخص بعدما حلّ من إحرامه.. فإنه لا سبيل له عليه، والملك المحترم لا يبطل بالإحرام، وقد أتلفه المرسل فيضمنه.

فإن قيل: سلّمنا أنه ملكه ملكاً محترماً، ولكن وجب إخراجه عن ملكه.

قلنا: الواجب عليه ترك التعرض لا الإخراج، ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته؛ فإذا قطع عنه يده بالإرسال.. كان متعدياً فيضمن.

(**بخلاف ما أخذه محرم**) حال إحرامه؛ لأنه لم يملكه، فلا يضمن مرسله من يده.

فَإِن قتلَ مَا أَخذَهُ الْمحرمُ محرمٌ آخرُ.. ضمنا، وَيرجع آخذُهُ على قَاتِلِهِ.

وَإِن قتلَ الْحَلَالُ صيدَ الْحرمِ.. فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ.

(**فإن قتل ما أخذه المحرم محرم آخر.. ضمنا**) – أي: كل منهما – **أما الآخذ:** فلكونه متعرضاً للصيد الآمن، **وأما القاتل:** فلأنه قرّر ذلك التعرض؛ لأنه كان بعد الأخذ متمكناً من إرساله وقد فات ذلك بقتله. [٣٢٠/أ]

وتقرر التعرض والتّقرير كالابتداء في حق التضمين؛ كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا.. فإنهم يضمنون بما قرّروا بشهادتهم ما كان على شرف السّقوط بتمكين ابن الزوج.

(**ويرجع آخذه على قاتله**) بما ضمن من الجزاء ولو كان القاتل حلالاً، خلافاً لزفر؛ لأن الآخذ بما أخذه بصنعه كمسلم غصب خنزير ذمي فأتلفه في يده آخر.. فيضمِّن الذمي الغاصب ولا يرجع الغاصب على المتلف بشيء.

وأما أن الأخذ إنما يصير سبباً للضمان عند اتصال الهلاك به.. فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علّة، فيكون قتله في معنى مباشرة علّة العلة فيضاف الضمان إليه؛ كغاصب الغاصب إذا أتلف المغصوب وضمنه الغاصب.. فإن حاصل الضمان يستقر عليه.

(**وإن قتل الحلال صيد الحرم.. فعليه قيمته**)؛ لأنه فوّت الأمن المستحق عليه بالجرم، فيجب ضمانه بالقيمة ويتصدق بها على الفقراء، والأصل فيه ما في «الصحيحين» مرفوعاً: «إن هذا البلد حرّمه الله تعالى، لا يعضد شوكه، ولا يُنفَّر صيده، ولا يختلى خلاه»؛ فإذا حرم التنفير.. فالقتل أولى، وعليه انعقد الإجماع، ولا يجزئه الصوم بالاتفاق، وفي جواز الهدي خلاف على ما سيأتي بيانه، بخلاف المحرم؛ فإن الصوم يجزئه ضمان المحرم جزاء الفعل، وضمان الحلال جزاء المحل، والصوم يصلح جزاء الفعل دون المحل.

وَإِن حلَبَهُ.. فقيمةُ لبنهِ.

وَمن قطعَ حشيشَ الْحرمِ أَو شَجَرَهُ ....

فإن قيل: إن المحرم كما يستحق الجزاء لإحرامه.. كذلك يستحقه للحرم أيضاً، فيلزمه جزاءان: جزاء الفعل وجزاء المحلّ، فيجزئه الصوم عن جزاء فعله.

قلنا: إن حرمة إحرامه أقوى من حرمة الحرم؛ لأن المحرم يحرم عليه الصيد في الحلّ والحرم جميعاً، فاستتبع الأقوى الأضعف، فيلزمه جزاء واحد استحساناً، وفي القياس: يلزمه جزاءان على ما في «العناية» عزوا إلى «الإيضاح».

(**وإن حلبه**)؛ أي: حلب الحلال صيد الحرم (.. **فقيمة لبنه**)، وكذا الحكم فيما لو حلبه المحرم على ما سبق، وهذا لأن لبنه جزء فأخذ حكمه.

(**ومن قطع حشيش الحرم أو شجره**) أطلقه، فشمل: ما كان كلّه في الحرم وما كان بعضه في الحرم وبعضه في الحل والأول ظاهر، وفي الثاني تفصيل ذكره في القاعدة الثانية من قواعد النوع الثاني من «الأشباه» نقلاً عن «الأجناس» حيث قال فيه: الأغصان تابعة لأصلها، وذلك على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون أصلها في الحرم والأغصان في الحلّ.. فعلى قاطع أغصانها القيمة.

والثاني: أن يكون أصلها في الحل وأغصانها في الحرم.. فلا ضمان على القاطع في أصلها وأغصانها.

والثالث: بعض أصلها في الحل وبعضها في الحرم.. فعلى القاطع الضمان، سواء كان الغصن من جانب الحل أو من جانب الحرم.

والحاصل: أن الاعتبار للأصل لا الأغصان، وكذا الحال في الحشيش.

ثم اعلم أن حشيش الحرم وشجره على نوعين: ما أنبته الإنسان، أو نبت بنفسه.

وكلّ واحد منهما: إما أن يكون من جنس ما ينبته الإنسان، أو لا يكون.

غيرَ منبتٍ، وَلَا مِمَّا ينبتُهُ النَّاسُ.. ضمنَ قِيمَتَهُ، إِلَّا مَا جفَّ.

وَالتَّصَدُّقُ مُتَعَيِّنٌ فِي هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ.

وَلَا يُجزئُ الصَّوْمُ. ....

والأوّل بنوعيه لا يوجب الجزاء، والأول من الثاني كذلك، وإنما يجب الجزاء [٣٢٠/ب] في الثاني منه؛ وهو: ما نبت بنفسه، وليس من جنس ما ينبته الناس، وليس بجاف، ولا منكسر.

ويستوي فيه أن يكون مملوكاً لإنسان بأن نبت في ملكه أو لم يكن، حتى قالوا في رجل نبت في ملكه أم غيلان فقطعها إنسان.. فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة أخرى لحق الشرع، ويتصدق به على الفقراء.

ولا جزاء في الأنواع الباقية؛ لأن ما ينبته الناس عادة غير مستحق الأمن بالإجماع، سواء أنبته إنسان أو نبت بنفسه؛ لعدم كمال النسبة إلى الحرم عند النسبة إلى غيره بالإنبات، وما لا ينبته الناس عادة إذا أنبته إنسان.. التحق بمحل الإجماع، فبقي نوع واحد – أعني: ما ذكرناه – وإليه أشار بقوله: (**غير منبت**) بإنبات الإنسان، بل نبت بنفسه (**ولا ما ينبته الناس**) عادة (.. **ضمن قيمته، إلا ما جف**)؛ لأن الجاف غير تام، وكذا ما انكسر، ولا شي في قطع الإذخر أيضاً بالنص.

(**والتصدق متعين في هذه الأربعة**)؛ أي: في قيمة الصيد واللبن والحشيش والشجر.

(**ولا يجزئ الصوم**)؛ لأن الجزاء فيها غرامة لا كفارة، فأشبه غرامات الأموال بجامع أنها ضمان المحل لا جزاء الفعل؛ لأنه إنما يجب بتفويت الأمن الحاصل في هذه الأشياء بسبب الحرم، بخلاف المحرم؛ لأن ضمانه جزاء الفعل بطريق الكفارة؛ لأنه إنما يجب عليه بسبب إحرامه، فيجزئه الصوم.

واختلف في إجزاء الهدي في هذه الأربعة: قيل: لا يجزئ؛ لكونه ضمان المحل، إلا أن تكون قيمته مذبوحاً مثل قيمة الصيد المقتول.

وَحرمَ رعيُ حشيشِهِ وقطعُهُ، إِلَّا الإِذخرَ.

وكلُّ مَا على الْمُفْرِدِ بِهِ دمٌ.. فعلى الْقَارِن دمانِ، إِلَّا أَن يُجَاوزَ الْمِيقَاتَ غيرَ محرمٍ.

وقيل: يجزئه، وهو ظاهر الرواية؛ لأنه فعل مثل ما جنى؛ لأن جنايته كانت بإراقة وقد أتى بمثل ما فعل.

وقال زفر: يجزئ الصوم عن هذه الأربعة اعتباراً بالمحرم، والحجة عليه ما ذكرناه من الفرق.

(**وحرم رعي حشيشه وقطعه**) لإطلاق ما رواه في «الصحيحين» من قوله ﷺ: «لا يُختلى خلاها»؛ أي: لا يقطع بالمناجل أو المشافر، فلا يحل الرعي أيضاً.

(**إلا الإذخر**) – بكسر الهمزة والخاء – نبات معروف، على ما في «المصباح».

وقال أبو يوسف: لا بأس بالرعي؛ لأن فيه ضرورة؛ فإن منع الدواب عنه متعذر، ولنا إطلاق ما رويناه.

وحمل الحشيش من الحلّ ممكن فلا ضرورة ولو سلّم، لكن الحرج والضرورة لا تعتبر في موضع النص، والإذخر استثناه الشارع فيجوز قطعه ورعيه.

والكمأة ليست من جملة النبات فيجوز تناولها.

(**وكلّ ما**)؛ أي: كل محظور من محظورات الإحرام؛ كالتطيب وقتل الصيد وغيرهما يلزم (**على المفرد**) بالحج أو العمرة (**به دم**) أو صدقة (.. **فعلى القارن**) والمتمتع الذي ساق هدياً (**دمان**) أو صدقتان: دم لحجته ودم لعمرته.

وقال الشافعي: عليه دم واحد أيضاً؛ لأنه محرم بإحرام واحد.

قلنا: إنه محرم بإحرامين على ما مرّ، وإحرام الحج ليس أقوى من إحرام العمرة حتى يحرم عليه بإحرام العمرة جميع ما يحرم بإحرام الحج.. فتساويا، فلا يستتبع أحدهما الآخر في جناية المحرم.

(**إلا أن يجاوز الميقات غير محرم**).

وقال زفر: يجب عليه دمان أيضاً؛ لأنه أخّر الإحرامين من الميقات، [٣٢١/أ] فيلزم لكلّ واحد منهما دم كباقي المحظورات.

قلنا: إن الواجب عليه عند الميقات إحرام واحد لتعظيم البقعة، حتى لو أحرم بالعمرة من الميقات.. وأحرم بالحج داخل الميقات لا يجب عليه شيء وهو قارن، وبترك واجب واحد.. لا يجب دمان، وفي هذا الاستثناء بحث من وجوه.

أما أوّلاً: فلأنّ صدر الكلام في المحرم المفرد، والمجاوزُ بغير إحرام ليس بمحرم، فلم يدخل في صدر الكلام حتى يستثنى منه.

وأما ثانياً: فلأنه لو جاوز الميقات بغير إحرام فأحرم بحج، ثم دخل الحرم فأحرم بعمرة.. فإنه يلزمه دمان، على ما في «النهاية» و«الزَّيْلَعيّ» مع أنه مجاوز الميقات بغير إحرام.

وأما ثالثاً: فلأن القارن إذا أفاض قبل الإمام من عرفات.. يجب عليه دم واحد.

وكذا إذا طاف الزيارة جنباً أو محدثاً وقد رجع إلى أهله.. يجب عليه دم واحد.

وكذا إذا وقف بعرفة، ثم قتل صيداً أو قطع شجر الحرم.. فعليه قيمة واحدة، على ما في «الأجناس».

وكذا إذا حلق قبل أن يذبح.. يجب عليه دم واحد، فكان القارن في هذه المسائل كلها يشترك مع المفرد في لزوم دم واحد، فينتقض الاستثناء بها.

وأما رابعاً: فلأن شيخ الإسلام ذكر أن وجوب الدمين على القارن مختص بما كان قبل الوقوف بعرفة من الجناية.

وأما بعد الوقوف بها: ففي غير الجماع من المحظورات.. يجب دم واحد كالمفرد؛ لأن إحرام العمرة لم يبق إلا في حق التحلل لا غير.

أجيب عن الأوّل: بأن المستثنى منقطع.

وَإِن قتلَ محرمانِ صيداً.. فعلى كلٍّ مِنْهُمَا جَزَاءٌ كَامِلٌ.

وعن الثاني: بأنا لا نسلم أن الدمين للمجاوزة خاصة، بل أحدهما: لمجاوزة ميقات الحجر، والآخر: لترك مقام العمرة؛ لأنه لمّا دخل مكة بإحرام الحجة.. التحق بأهلها، فميقات إحرامه للعمرة: الحلّ كأهل مكة، وقد أحرم هو من الحرم فترك ميقات إحرام العمرة، فيلزمه كذلك دم آخر على ما في «النّهاية».

وعن الثالث: أن وجوب الدم في مسألة الإفاضة قبل الإمام ليس للجناية على الإحرام، بل لتركه واجباً من واجبات الحج، ولا كلام فيه، بل الكلام في الأول، وكذا مسألة الطواف جنباً؛ لأنه غير محرم.

والصحيح في مسألة الصيد بعد الوقوف.. وجوب الدمين، وما في «الأجناس» ليس بصحيح.

ومسألة الحلق قبل الذبح: أن الدم فيه غير واجب على المفرد ووجوب التعدد على القارن فيما يلزم المفرد.

ومسألة قطع شجر الحرم لا تعلق له للإحرام، بل من جناية المحلّ؛ لأنه من الغرامات على ما ذكرناه.

وعن الرابع: أنه مبني على القول: «بأن إحرام العمرة قد انتهى بالوقوف بعرفة» والصحيح من القول: أنها لم ينته بالوقوف، بل يبقى إلى الحلق.. فلزمه بالجناية بعد الوقوف دمان، سواء كان جماعاً أو قتل صيد أو غيره.

وقيل: إن إحرام العمرة بعد الفراغ من أفعالها لم يبق إلا في حق التحلل خاصة، فكان قبل الوقوف وبعده سواء، فالفرق بينهما بعيد.

(وإن قتل محرمان) بعد الإحرام **(صيداً.. فعلى كل واحد منهما جزاء كامل)** فقال [٣٢١/ب] الشافعي: عليهما جزاء واحد؛ لأن ما يجب بقتل الصيد بدل محض، حتى يزداد الواجب وينقص بكبر الصيد وصغره، ولو كان كفارة.. لما اختلف

وَإِن قتلَ حلالانِ صيدَ الْحرمِ.. فعلَيْهِمَا جَزَاءٌ وَاحِدٌ.

باختلاف المتلف؛ ككفارة القتل لا تختلف باختلاف قيمة العبد المقتول، فصار كالحلالين اشتركا في قتل صيد الحرم.

قلنا: إنها كفارة من حيث إنها جناية على الإحرام وبدل من حيث تفويت المحل، فرجحنا جانب الكفارة للاحتياط، والقوة: حرمة الإحرام؛ لأنها توجب حرمات كثيرة غير الصيد، فلما تعددت الجناية.. تعدد الجزاء أيضاً؛ كالقصاص يتعدد من حيث إنه جزاء الفعل وجناية على المحل المحترم، حتى لو تعدد القاتل والمقتول واحدٌ.. أجري القصاص على جميعهم.

(**وإن قتل حلالان صيد الحرم.. فعليهما جزاء واحد**)؛ لأن الضمان ههنا بدل عن المحل لا جزاء الفعل، فيتحد باتحاد المحل؛ كرجلين قتلا رجلاً خطأً.. يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة؛ لأن الأول: جزاء المحل، والثاني: جزاء الفعل، ثم إنهما إن قتلاه بضربة.. فلا شك يلزم على كل نصف قيمته صحيحاً، وإن ضربه كل واحد منهما ضربة.. يجب على كل واحد منهما ما نقصته جراحته، ثم يجب على كل واحد منهما نصف قيمته مجروحاً بجراحتين، لأن عند اتحاد قطعهما جميع الصيد.. صار متلفاً بفعلهما، فضمن كلٌّ نصفَ الجزاء.

وعند الاختلاف: الجزاء الذي تلف بضربة كلٍّ: هو المختص بإتلافه.. فعليه جزاؤه، والباقي متلف بفعلهما، فعليهما نصف ضمانه، كذا في «فتح القدير» عن «المبسوط»، وقال في «الخانية» عزوا إلى «الكافي»: محرم وحلال قتلا صيد الحرم بضربة.. ضمن المحرم قيمته والحلال نصفها، ولو قتلاه بضربتين معاً.. ضمن كل واحد ما نقصه ضربتُهُ صحيحاً؛ لأنه حين ضرب كان المحل صحيحاً، ثم ضمن المحرم: قيمته مضروباً بضربتين، والحلال: نصف قيمته مضروباً بضربتين.

ولو بدأ الحلال ثم المحرم.. ضمن الحلال ما نقصه جراحته صحيحاً، والمحرم ما نقصه جراحته وبه الجراحة الأولى؛ فإن مات.. ضمن الحلال نصف قيمته وبه جنايتان، والمحرم كل قيمته وبه جنايتان.

وَيبْطلُ بيعُ الْمحرمِ الصَّيْدَ وشراؤُهُ.

وَمن أخرجَ ظَبْيَةَ الْحرمِ فَولدت وَمَاتَا.. ضمنَهما.

وَإِن أَدّى جزاءَها ثمَّ وَلَدَتْ.. لَا يضمنُ الْوَلَدَ.

والأصل ههنا: أن ضمان الحلال نصف ضمان المحرم، ولو اشترك المحلون والمحرمون.. وجب عليهم جزاء واحد، ويقسم الواحد على عددهم، ويجب على كل محرم مع ما خصه من ذلك الجزاء الواحد جزاءٌ آخر كامل، وإن كان معهم من لا يجب عليه الجزاء كصبي وكافر.. يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القسمة لو قسمت على الكل. على ما في «فتح القدير».

(**ويبطل بيع المحرم الصيدَ وشراؤه**)؛ لأن بيعه حياً تعرض للصيد الآمن، والتعرض للصيد الآمن بالبيع: باطل؛ لخروجه عن محليّة البيع بتحريم الشرع؛ كخروجه عن محلية الذبح، والبيع المضاف إلى غير محله: باطل، وبيعه بعدما قتله: بيع ميتة، وبيع الميتة: باطل لعدم المحلية.

(**ومن أخرج ظبية الحرم فولدت وماتا.. ضمنهما**) سواء كان المخرج حلالاً أو محرماً؛ لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقي مستحقاً للأمن [٣٢٢/أ] شرعاً؛ لأنه واجب الرد إلى مأمنه، وكل ما يستحقه الأصل شرعاً يسري إلى أولاده كالحرية والرقبة والكتابة فكان الأولاد أيضاً مستحقاً للأمن بعد الإخراج.

(**وإن أدّى جزاءها**) – أي: الظبية – (**ثم ولدت.. لا يضمن الولد**)؛ لأن بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة؛ لأن وصول الخلف كوصول الأصل.. فحينئذٍ كان الولد لا يسري إليه استحقاق الأمن، ثم بعد أداء الجزاء حلّ له ذبح الأمّ والأولاد؛ لأنه كان صيد الحلّ، ولكنه مكروه على ما في «فتح القدير» عزواً إلى «الغاية»، ثم قال: والذي يقتضيه النظر: أن التكفير – أعني: أداء الجزاء - إن كان حال القدرة على إعادة أمنها بالرّد إلى المأمن.. لا يقع كفارة، ولا يحلّ بعده التعرض لها، بل حرمة التعرض إليها قائمة.

وإن كان حال العجز عنه بأن هربت في الحل عندما أخرجها إليه.. خرج به عن عهدتها، فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها إذا مُتْنَ، وله أن يصطادها، وهذا لأن المتوجه قبل العجز عن تأمينها إنما هو خطاب الرد إلى الأمن، ولا يزال متوجهاً ما كان قادراً؛ لأن سقوط الأمن بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد، فإذا عجز.. توجه خطاب الجزاء، وقد صرّح: بأن الأخذ نفسه ليس سبباً للضمان، بل القتل بالنص، فالتكفير قبله واقع قبل السبب، فلا يقع إلا نفلاً؛ فإذا ماتت بعد هذا الجزاء.. لزمه الجزاء؛ لأنه الآن تعلق خطاب الجزاء، وهذا الذي أدين به، وأقول: يكره اصطيادها إذا أدّى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها؛ لشبهة كون دوام العجز شرط إجزاء الكفارة، إلا إذا اصطادها ليردّها إلى الحرم. انتهى.

* * *

(بَابُ مُجَاوزَةِ الْمِيقَاتِ بِلَا إِحْرَامٍ)

مَن جَاوزَ الْمِيقَاتَ غيرَ مُحرِمٍ ثُمَّ أَحرَمَ.. لزمَه دمٌ.

فَإِن عَادَ إِلَيْهِ مُحرماً ملبّياً.. سقط.

وَعِنْدَهُمَا: يسْقطُ بِعَودِهِ محرماً وَإِن لم يُلَبِّ.

(باب)

مجاوزة الميقات بلا إحرام

قال في «النهاية»: لما ذكر باب الجنايات وأنواعها.. عقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير إحرام؛ لأن هذا من الجنايات أيضاً، إلا أن هذا قبل الإحرام، وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه بعد الإحرام، ومطلق ذكر جناية الحرم.. يتناول ما بعد الإحرام، فكان كاملاً في استحقاق اسم الجناية، فلذلك قدمه على هذا الباب.

(من جاوز الميقات)؛ أي: مريداً بسفره دخول مكة للحج أو للعمرة أو للتجارة. على ما في «فتح القدير».

لأنه لو لم يرد دخول مكة.. لا يجب عليه شيء بمجاوزة الميقات.

(غير محرم، ثم أحرم)؛ أي: داخل الميقات (.. لزمه دم)؛ لأن الأصل أن يحرم من دويرة أهله، لكنه رخص التأخير إلى الميقات، فصار الميقات آخر الغايات، فإذا انتهى إليه.. وجب عليه التلبية والإحرام منه؛ فإذا تركه.. فقد ارتكب منهيّاً عنه وتمكن به في حجة نقصان، ونقصانه يجبر بالدم، فيجب عليه ذلك جبراً لما فات، وإحرامه من داخل الميقات لا يفيد بعد تقرر لزوم الجبر بالترك.

(فإن عاد) بعد ذلك (إليه)؛ أي: الميقات (محرماً ملبياً.. سقط) عنه الدم؛ لأنه قد أتى بعين ما ترك.

(وعندهما: يسقط بعوده محرماً وإن لم يلب)؛ لأن الواجب عليه: كونه محرماً في ذلك المكان، حتى لو أحرم من دويرة أهله ومرّ به ساكتاً عن التلبية.. لا شيء عليه، [٣٢٢/ب] فإذا رجع إليه محرماً.. فقد أتى المتروك، فيسقط الدم.

وَإِن عَادَ قبلَ أَن يُحرمَ فَأَحْرمَ مِنْهُ.. سقطَ.

وَكَذَا لَو أَحرمَ بِعُمْرَةٍ ثُمَّ أفسدَها وقضاها.

وَإِن عَادَ بَعْدَمَا شرعَ فِي الطَّوافِ.. لَا يسْقطُ.

وقال زفر: لا يسقط عنه الدم؛ لبى أو لم يلب؛ لأن جنايته لم ترتفع بالعود، فصار كما إذا أفاض من عرفات قبل غروب الشمس، ثم عاد إليها بعد الغروب.

والحجة عليهم: ما ذكرناه في السقوط.

بخلاف ما إذا أحرم من دويرة أهله ومر به ساكتاً؛ لأنه أتى بالعزيمة، فكان أولى.

وبخلاف ما إذا أفاض من عرفات قبل غروب الشمس؛ فإن المتروك هناك امتداد الوقوف.. فلم نبدره بالعود.

(**وإن عاد**) إلى الميقات (**قبل أن يحرم**) داخل الميقات (**فأحرم منه**)؛ أي من الميقات (.. **سقط**) عنه الدم بالاتفاق؛ لأنه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الإحرام.

(**وكذا**)؛ أي: سقط الدم (**لو أحرم**) داخل الميقات بعدما جاوز الميقات غير محرم (**بعمرة**) أو حجة (**ثم أفسدها**) ومضى فيها، (**وقضاها**)؛ أي: أحرم في القضاء من الميقات.

وقال زفر: لا يسقط عنه الدم فيهما؛ لأنه وجب بارتكاب المحظور، فلا يسقط عنه بالاجتناب في القضاء كسائر المحظورات؛ كما لو حلق، أو قتل صيداً وتطيب في إحرامه، ثم أفسده وقضاه واجتنبه في القضاء.. لا يسقط عنه الدم.

ولنا: أنه لما قضى من الميقات.. انجبر ذلك النقصان؛ لأن القضاء يحكي الأداء، وبالقضاء منه انعدم المعنى الموجب للنقصان، بخلاف سائر المحظورات؛ لأنه لا ينعدم بالقضاء ما يوجب النقص.

(**وإن عاد بعدما شرع في الطواف**) واستلم الحجر (.. **لا يسقط**) عنه الدم بالاتفاق ولو طاف شوطاً؛ لأن بعد الطواف واستلام الحجر وقع شوطاً معتداً به،

وَإِن دخلَ كُوفِيٌّ الْبُسْتَانَ لحَاجَةٍ.. فَلهُ دُخُولُ مَكَّةَ غيرَ مُحرِمٍ.

وميقاتُهُ: الْبُسْتَانُ.

وَمن دخلَ مَكَّةَ بِلَا إِحْرَامٍ.. لزمَهُ حجٌّ أَو عُمْرَةٌ.

وذلك ينافي إسقاط الدم عنه؛ لأن سقوطه بالرجوع باعتبار أنه كان مبتدأ بالإحرام من الميقات، وهذا الاعتبار - بعد الشروع في الأفعال - يستلزم اعتبار بطلان ما وجد منه من الطواف المعتد به، وذلك باطل؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾.

قال في «الهداية»: وهذا إذا كان يريد به الحج أو العمرة مشيراً به إلى ما ذكر من أول الباب إلى هنا، ومنهم من حمل على ظاهره، وقال المحقق ابن الهمام: ظاهره ليس بمراد، بل المراد بقوله: «إذا كان يريد الحج أو العمرة»: إذا أراد دخول مكة، وذلك أنه إنما يريد بيان أن ما ذكره من لزوم الإحرام من الميقات إنما هو على من قصد دخول مكة للحج أو للعمرة أو للتجارة أو السياحة.

أما من قصد مكاناً آخر من الحل داخل الميقات.. فلا يجب عليه الإحرام منه لتعظيم مكة؛ لأن الإحرام منه لتعظيم مكة لا لتعظيم ذلك المكان، ولا نفس الميقات. انتهى.

(**وإن دخل كوفي البستان**) اسم موضع بستان بني عامر (**لحاجة**) غير الحج والعمرة (**فله دخول مكة غير محرم**)؛ لأنه لما دخل البستان.. التحق بأهله؛ سواء نوى مدة الإقامة فيه أو لم ينو، في ظاهر الرواية، ولأهله دخول مكة بغير إحرام لحاجة غير الحج والعمرة.. فكذا هذا.

(**وميقاته: البستان**)؛ أي: الحل الذي بينه وبين الحرم؛ لأن من كان داخل الميقات.. فوقته: الحل مطلقاً على ما مر، وإن أحرم البستاني والداخل فيه [٣٢٣/أ] من الآفاقي من الحل، ثم وقفا بعرفة.. لم يكن عليهما شيء؛ لأنهما أحرما من ميقاتهما.

(**ومن دخل مكة بلا إحرام.. لزمه حج أو عمرة**) تعظيماً للبقعة المباركة.

فَلَو عَادَ وَأحرمَ بِحجَّةِ الْإِسْلَامِ فِي عَامهِ.. سقطَ مَا لزمَهُ بِدُخُولِ مَكَّةَ أَيْضاً.

وَإِن كانَ بعدَ عَامِهِ.. لَا يسْقطُ.

(**فلو عاد**)؛ أي: لو عاد في تلك السنة إلى ميقات من المواقيت؛ سواء كان ميقاته الذي جاوزه بلا إحرام أو غيره من ميقات الآفاقيين في ظاهر الرواية، وهو الصحيح على ما في «فتح القدير» (**وأحرم بحجة الإسلام**) أو بحجة منذورة، وكذا لو أحرم بعمرة منذورة على ما صرحوا به (**في عامه**) ذلك (.. **سقط عنه ما لزمه بدخول مكة**) من حجة أو عمرة، وفيه خلاف زفر.

(**أيضاً**)؛ أي: كما سقط عنه حجة الإسلام أو الحجة المنذورة أو العمرة المنذورة.

(**وإن كان**)؛ أي: عوده إلى الميقات وإحرامه (**بعد عامه.. لا يسقط**) بالاتفاق.

قال في «النهاية»: صورة هذه المسألة: أن الآفاقي إذا دخل مكة بغير إحرام.. لزمه بسبب دخول مكة حجة أو عمرة، ثم حج من عامه ذلك حجة الإسلام أو حجة أو عمرة نذرها.. فحجة الإسلام أو الحجة المنذورة أو العمرة المنذورة تنوب عن الحجة أو العمرة التي وجبت عليه بسبب دخول مكة بغير إحرام، حتى يسقط عنه ذلك بإتيان الحج المفروض أو غيره عندنا، خلافاً لزفر.

واعلم أن ههنا قيداً ذكره في «شرح الطحاوي» وهو: أن الآفاقي إذا جاوز الميقات قاصداً مكة بغير إحرام مراراً.. فإنه يجب عليه لكل مرة حجة أو عمرة، ثم لو خرج من عامه ذلك إلى الميقات فأحرم بحجة الإسلام أو غيرها.. فإنه يسقط عنه ما وجب عليه لأجل المجاوزة الأخيرة، ولا يسقط عنه ما وجب عليه لأجل مجاوزة قبلها؛ لأن الواجب قبل الأخيرة صار ديناً في ذمته، فلا يسقط إلا بتغيير النية.

وحاصله: أن ههنا أحكاماً أربعة:

أحدها: أنه لا يجوز للآفاقي دخول مكة بغير إحرام.

وثانيها: أن من دخل بغير إحرام.. تجب عليه إما حجة أو عمرة.

وثالثها: أنه إذا خرج من عامه ذلك وحج حجة الإسلام.. سقط عنه ما وجب عليه قبل ذلك بدخول مكة.

ورابعها: أنه إذا خرج بعد مضي تلك السنة.. لا يسقط عنه ما وجب عليه. انتهى.

وقال زفر: لا يسقط عنه وإن أحرم وحج في عامه ذلك وهو القياس؛ اعتباراً بما لزمه بسبب النذر؛ فإنه إذا كان عليه حجة منذورة وحج حجة الإسلام.. لا تسقط عنه المنذورة.

والجامع بينهما: أن الوجوب الفعلي بمنزلة الوجوب القولي؛ لأن الشروع ملزم كالنذر، فصار بهذا كما إذا تحولت السَّنَةُ ثم حجّ.. فإنه لا يقوم مقام ما لزمه بدخول مكة بالاتفاق.

قلنا: هذا قياس تركناه بالاستحسان؛ لأنه تلافى المتروك في وقته وهي تلك السنة؛ لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام على أي وجه كان، وقد حصل ذلك في تلك السنة فيجزئه عنهما؛ كما إذا أتاه محرماً عن حجة الإسلام ابتداء.. فإنه يجزئه عن تلك الحجة المنوية وعما لزمه بدخول مكة، بخلاف ما إذا تحولت السنة؛ لأنه صار ديناً في ذمته بمضي وقت [٣٢٣/ب] الحج، فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود؛ كما في الاعتكاف المنذور في رمضان.. فإنه يتأدى بصوم رمضان من تلك السنة دون العام الثاني؛ لأنه لما فات المنذور المعين.. تقرر اعتكافه في الذمة ديناً، فلا يتأدى إلا بصوم مقصود؛ لعود شرطه: وهو الصوم إلى الكمال، فلا يتأدى في ضمن صوم آخر.

وَإِن جَاوزَ مكيٌّ أَو مُتمتِّعٌ الْحرمَ غيرَ محرمٍ.. فَهُوَ كمن جَاوزَ الْمِيقَاتَ،

فإن قيل: سلمنا أن الحجة بتحول السنة تصير ديناً في ذمته ولا نسلم أن العمرة تصير ديناً كذلك لأنها غير مؤقتة، حتى لو أحرم في الابتداء من الميقات لعمرة، ثم أخر أداء أعمالها إلى السنة الثانية.. جاز ذلك، على ما صرح به في «النهاية».

أجيب عنه: أن العمرة يكره تأخيرها إلى السنة الثانية؛ فإذا أخرها إلى وقت.. يكره، بمنزلة التفويت لها، فتصير ديناً كالحج كذا في «النهاية» عن «الجامع الصغير» للسرخسي.

(**وإن جاوز مكي أو متمتع الحرم غير محرم.. فهو كمن جاوز الميقات**)؛ يعني: لو خرج المكي من الحرم إلى الحل فأحرم منه بحجة.. يلزمه دم؛ لأن وقته في الحج: الحرم لا الحل على ما مر؛ فإذا جاوزه بلا إحرام.. لزمه دم كآفاقي جاوز ميقاته بلا إحرام، هذا إذا لم يعد إلى الحرم للحج ووقف بعرفة؛ فإن عاد إليه قبل الوقوف بعرفة ولبى منه.. سقط عنه الدم عند أبي حنيفة، وإلا.. فلا.

وعندهما: يسقط مطلقاً.

وعند زفر: لا يسقط مطلقاً على ما مر في الآفاقي.

وكذا المتمتع إذا فرغ من عمرته، ثم خرج من الحرم إلى الحل فأحرم منه للحج.. لزمه دم لما ذكرناه؛ لأنه صار من أهل مكة، ووقته وقتهم، وإن عاد إلى الحرم قبل الوقوف بعرفة ولبى من الحرم.. فعلى الخلاف السابق.

ولو أحرم المكي للعمرة من الحرم.. يجب عليه دم؛ لأن وقته للعمرة: الحل لا الحرم، وقد ترك وقته؛ فإن خرج إلى الحل بعد الإحرام.. فعلى ما مر من الاختلاف أيضاً.

وكذا أهل الحل الذي بين الميقات والحرم إذا دخلوا الحرم فأحرموا بالحج أو العمرة.. يجب عليهم دم لتركهم ميقاتهم؛ فإن عادوا بعد الإحرام إلى الحل.. فعلى الخلاف السابق أيضاً على ما في «الزَّيْلَعِيّ».

ووقوفُهُ كطوافِهِ.

(**ووقوفه**)؛ أي: وقوف من جاوز الحرم إلى الكل من أهل مكة بلا إحرام من الحرم (**كطوافه**)؛ أي: كطواف من جاوز الميقات من الآفاقي بلا إحرام في عدم سقوط ما لزم عليه من الدم؛ فإنه بعد الطواف من الآفاقي لا يسقط - على ما سبق - فكذا لا يسقط من المكي بعد الوقوف بعرفة، على ما بيناه آنفاً.

* * *

(بَابُ إِضَافَةِ الْإِحْرَامِ إِلَى الْإِحْرَامِ)

مكيٌّ طَافَ لعمرتِهِ شوطاً ....

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

لما كان إضافة الإحرام إلى الإحرام مطلقاً في حق المكي ومن بمعناه جناية ، وكذلك إضافة إحرام العمرة إلى إحرام الحج في الآفاقي جناية، بخلاف إضافة إحرام الحج إلى إحرام العمرة فإنها ليست بجناية:

فباعتبار معنى الجناية: ذكرها عقيب باب الجنايات.

وباعتبار عدمه: جعله في باب على حدة.

(مكي) احترز به عن الآفاقي؛ لأنه لو أهلَّ بعمرة فطاف لها شوطاً ثم أهل بحج.. مضى فيها، ولا يرفض الحج؛ لأن بناء أعمال الحج على أعمال العمرة صحيح في حق الآفاقي، إلا أنه لو طاف لها أقل الأشواط.. كان قارناً، وإن طاف لها أكثر [٣٢٤/أ] الأشواط.. كان متمتعاً؛ **لأن المتمتع:** من يُحرم بالحج بعد عمل العمرة، وللأكثر حكم الكل، **والقارن:** يجمع بينهما على ما مر، كذا في «النهاية».

(طاف لعمرته)؛ أي: بعد أن يحرم من ميقاته، وهو: الحل؛ لأن حكم من جاوز ميقاته سبق قبيل الباب.

إنما قيد بالطواف؛ لأنه لو أحرم لها، ثم بالحج ولم يطف لها أصلاً.. رفض العمرة اتفاقاً.

وقيد الطواف بالعمرة؛ لأن المكي إذا أحرم بالحج من الحرم فطاف له شوطاً، ثم أحرم بالعمرة.. فإنه يرفض العمرة؛ لأن إحرامه للحج قد تأكد، وقبل التأكد كان يؤمر برفضها، فبعده أولى، كذا في «النهاية».

(شوطاً)؛ يعني: شوطاً واحداً، إنما قيد به؛ لأنه إذا طاف لها أربعة أشواط.. لا خلاف في رفض الحج، وأما في الشوطين والثلاثة.. فقد صرح فخر الإسلام بوجود الخلاف الذي يذكر في مسألة الكتاب، كذا في «النهاية» و«العناية».

فَأَحْرَمَ بِالْحَجِّ.. رفضَهُ، وَعَلَيهِ: دمٌ، وَقَضَاءُ حجٍّ وَعمرَةٍ.

فَلَو أتمَّهما.. صَحَّ وعَلَيْهِ دمٌ.

(فأحرم بالحج.. رفضه) - أي: الحج - عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

قالا: إنه يرفض العمرة ويقضيها، وعليه دم لرفضها؛ لأن الجمع بينهما غير مشروع في حق المكي، ولا بد من رفض أحدهما: فكانت العمرة أولى بالرفض؛ لأنها أدنى حالاً وأقل عملاً وأيسر قضاء؛ لكونها غير مؤقتة، وليس فيها إلا الطواف والسعي: وهو سنة، والحج ليس كذلك، ولأنه لو رفض العمرة.. يلزمه قضاؤها فقط، وإذا رفض الحج.. يلزمه قضاؤهما.

ولأبي حنيفة: أن إحرام العمرة تأكد بما أتى به من الطواف، ولم يتأكد إحرام الحج أصلاً، وغير المتأكد أولى بالرفض من المتأكد؛ ولأن في رفض العمرة إبطال العمل لوجود الشروع فيه، وفي رفض الحج امتناعاً عنه، فكان أولى بالترك.

(وعليه دم) لرفضه؛ لأنه تحلل قبل أوانه.

(وقضاء حج وعمرة) جميعاً؛ لأنه كفائت الحج من حيث إنه عجز عن المضي فيه على ما ذكرناه، وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة، وقد تعذر ذلك لأنه في العمرة، والجمع بين العمرتين منهي عنه، فيجب عليه قضاؤهما جميعاً.

(فلو أتمها)؛ أي: لو أتم المكي العمرة والحج بإتيان أفعالهما ولم يرفض واحداً منهما، بل مضى وأداهما (.. صح)؛ لأنه أداهما كما التزمهما؛ لأنه منهي عنهما، والنهي لا يمنع تحقق الأصل على ما في الأصول.

(وعليه دم) لجمعه بينهما، وهو: دم جبر لا يجوز له أن يأكل منه، بخلاف الآفاقي؛ حيث يجوز له الأكل؛ لأن ذلك دم شكر، على ما في «الزَّيْلَعِيِّ».

واعلم: أن إضافة الإحرام إلى الإحرام أربعة أنواع:

إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة، وقد مر بيانه.

وإدخال إحرام الحج على إحرام الحج.

وإدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة.

وإدخال إحرام العمرة على إحرام الحج.

وقدم النوع الأول على الأنواع الباقية؛ لكونه أدخل في كونه جناية، ولهذا لم يسقط عنه الدم، ثم قدم النوع الثاني على الباقيين لقوة حاله إذا كان أحدهما فرضاً، ثم قدم النوع الثالث على الرابع لاتفاقه في الكيفية وكمية الأفعال، بخلاف الرابع.

والأصل في ذلك: أن الجمع بين إحرامي الحج وإحرامي العمرة بدعة، لكن إذا جمع بينهما.. لزماه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يلزمه أحدهما، هو يقول: إن الإحرام [٣٢٤/ب] وإن كان شرطاً عندنا للأداء لا ركناً كما هو كذلك عند الشافعي.. إلا أنه ما شرع إلا للأداء، فلا يتحقق إلا على الوجه الذي يتصور فيه الأداء، وأداء حجتين أو عمرتين معاً غير متصور، فلا يتصور الإحرام لهما كالتحريمة للصلاة.

وهما يقولان: الإحرام بالحج إلزام محض في الذمة؛ بدليل: أنه يصح منفصلاً عن الأداء، والذمة تسع حججاً كثيرة، فصار من هذا الوجه كالنذر، بخلاف التحريمة للصلاة.. فإنها لا تصح منفصلة عن الأداء، إلا أنه لا بد من رفض أحدهما؛ إما احترازاً عن ارتكاب المنهي عنه، وإما لأن البقاء للأداء لا للالتزام، والجمع أداءً غيرُ متصور.

فبعد هذا قال أبو حنيفة: إذا توجه إلى أداء أحدهما.. صار رافضاً للأخرى.

وقال أبو يوسف: كما فرغ من الإحرامين.. يصير رافضاً أحدهما.

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قتل صيداً قبل أن يتوجه إلى أحدهما.. فإنه على قول أبي حنيفة يلزمه قيمتان، وعلى قول أبي يوسف يلزمه قيمة واحدة، وكذلك إذا أحصر في هذه الحالة.. يحتاج إلى هديين عند أبي حنيفة؛ خلافاً لأبي يوسف.

وَمن أحرمَ بِحَجٍّ ثُمَّ أحرمَ بحجٍّ آخرَ يَوْمَ النَّحْرِ؛ فَإِن كَانَ قد حلقَ فِي الأَوَّلِ.. لزمَهُ الثَّانِي، وَلَا دمَ عَلَيْهِ، وَإِلَّا.. لزمَهُ وعليه دمٌ، سَوَاءٌ قصَّرَ بعدَ إِحْرَامِ الثَّانِي، أَو لم يُقصِّر.

وَعِنْدَهُمَا: إِن لم يُقصِّر.. فَلَا دمَ عَلَيْهِ.

إذا عرفت هذا.. فلنأتِ إلى تطبيق ما في الكتاب على هذا الأصل، قال: (**ومن أحرم بحج**) وفرغ منه (**ثم أحرم بحج آخر يوم النحر؛ فإن كان قد حلق في الأول.. لزمه الثاني**) لما ذكرناه أنه التزام محض.

ولا يخفى عليك أن الثاني يلزمه بمجرد الإحرام الثاني، ولا يتوقف على الحلق، ولهذا قال في «الزَّيْلَعِيّ»: إذا أحرم لحج وفرغ منه، ثم أحرم لحج آخر يوم النحر.. لزمه الثاني، ثم إن كان حلق في الحج الأول قبل أن يحرم بالثاني.. فلا شيء عليه، وإن لم يحلق بينهما.. فعليه دم، سواء حلق بعد الإحرام الثاني أو لم يحلق.

(**ولا دم عليه**)؛ لأن الأول قد انتهى بالحلق نهايته.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يحلق (.. **لزمه**) الثاني أيضاً، فصار جامعاً بين إحرامي الحج.

(**وعليه دم؛ سواء قصر**) للأول في تلك السنة (**بعد إحرام الثاني أو لم يقصر**)، بل أخر إلى السنة الثانية؛ لأن في صورة التقصير وإن تحلل عن الحج الأول بالحلق، لكنه جنى على الحج الثاني بالحلق.

وفي صورة عدم التقصير: قد أخر الحلق للأول عن وقته، والتأخير جناية عنده، فيلزمه الدم فيها.

والمراد بالتقصير وعدمه ههنا: الحلق وعدم الحلق، وإنما صرح به إشارة إلى حال النساء؛ لأن الأولى في حقهن التقصير، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: إن لم يقصر.. فلا دم عليه**)؛ لأن اللازم من عدم حلقه للأول.. تأخير حلقه عن وقته، وتأخير النسك عن وقته ليس بجناية عندهما، وكذا تقديمه.

ثم الذي ظهر من مفهومه: لزوم الدم عليه عندهما إن قصر، وبه صرح في «الهداية»؛ حيث قال: وشرط التقصير عندهما - أي: في لزوم الدم - في جمع إحرامي الحج، وتعقبه في «العناية» وقال: يرد عليه شيء؛ وهو أن المذكور من مذهب محمد في هذا الأصل - أي: الذي ذكرناه - أنه إذا جمع بين إحرامين.. إنما يلزم أحدهما فقط، وهو المروي عن الإمام التمرتاشي و«الفوائد الظهيرية».

وحينئذ ينبغي أن لا يلزمه، وإن قصر؛ لعدم لزوم الآخر؛ فإما أن يكون هذا [٣٢٥/أ] سهواً في نقل مذهب محمد، ومذهبه كمذهبهما، وإما أن يكون عنه في ذلك روايتان. انتهى.

فقال في «النهاية»: إن محمداً سكت عن إيجاب الدم بسبب الجمع بين إحرامي الحج في «الجامع الصغير»، وأوجب ذلك في كتاب المناسك من «المبسوط»، فذكر بعض مشايخنا في ذلك روايتين، وذكر في «الجامع الصغير» وجوب الدم بسبب الجمع بين إحرامي العمرة من غير اختلاف الروايتين.

فوجه الرواية التي سوى بين الجمع بين إحرامي الحج وبين إحرامي العمرة؛ وهو: أن الجمع بين إحرامي الحج غير مشروع، كما أن الجمع بين إحرامي العمرة غير مشروع؛ لأنه في الصورتين صار مدخلاً للنقص في الإحرام، فلذلك وجب الدم فيهما.

ووجه الرواية التي فرق؛ وهو: أن في الحج لا يصير جامعاً في الفعل؛ لأنه لا يؤدي العمرة الثانية في هذه السنة. انتهى.

قيل: هذا بناء على تحقق الروايتين، وهو قول البعض.

وقيل: ليس فيه إلا رواية واحدة؛ وهي: وجوب الدم لأجل الجمع بين الحجين كالعمرتين، وسكوته عنه في «الجامع الصغير».. لا يدل على نفيه.

وَمن فرغ مِن أَعمالِ عمرتِهِ إِلَّا التَّقْصِيرَ فَأَحْرمَ بأُخرى.. لزمَهُ دمٌ.

وَلَو أحرمَ آفاقيٌّ بِحَجٍّ ثُمَّ بِعُمْرَةٍ.. لزماهُ.

فَإِن وقفَ بِعَرَفَةَ قبلَ أَفعَالِ الْعمرَةِ.. فقد رفضَها، لا لَوْ توجَّهَ وَلم يَقف...

وفي «العناية»: إن رواية «المبسوط» تدل على مذهب محمد كمذهب الإمامين في لزوم الإحرامين، وإلا.. لما لزم عنده شيء؛ لأن الجمع غير متحقق؛ لعدم لزوم أحدهما، إلا إذا أراد بالجمع: إدخال الإحرام على الإحرام، وإن لم يلزم إلا أحدهما.

(**ومن فرغ من أعمال عمرته إلا التقصير**)؛ أي: الحلق (**فأحرم بأخرى.. لزمه دم**)؛ أي: بالاتفاق لأنه أحرم قبل الوقت؛ لأن وقته بعد الحلق الأول ولم يوجد ذلك، ولأنه جمع بين إحرامي العمرة - وهو مكروه - فيلزمه الدم؛ وهو: دم جبر وكفارة لا يحل التناول منه.

(**ولو أحرم آفاقي بحج**) قيد بالآفاقي؛ لأن الكلام فيه (**ثم بعمرة.. لزماه**)؛ لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي فيصير قارناً، لكنه أخطأ السنة؛ وهو: إدخال الحج على العمرة لا العكس قال الله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ﴾ جعل الحج آخر الغايتين.

(**فإن وقف بعرفة قبل أفعال العمرة.. فقد رفضها**)؛ لأنه تعذر عليه أداؤها بعد؛ لأنها مبنية على الحج غير مشروعة، بل المشروع أن تكون أفعال الحج مبنية على أفعال العمرة.

(**لا لو توجه**) إلى عرفة (**ولم يقف**) بها؛ لأنه لا يصير رافضاً بمجرد التوجه إليها ما لم يقف بها على ما هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة، حتى لو بدا له فرجع من الطريق إلى مكة فطاف لعمرته وسعى، ثم وقف بعرفة.. كان قارناً.

فَإِن أحرمَ بهَا بعدَ طَوَافِهِ لِلْحَجِّ.. ندبَ رفضُها، ويقضيها، وَعَلِيهِ دمٌ.

فَإِن مضى عَلَيْهِمَا.. صَحَّ، وعليه دمٌ، وَهُوَ دمُ جبرٍ فِي الصَّحِيح.

وَإِن أهلَّ الْحَاجُّ بِعُمْرَةٍ يَوْمَ النَّحْرِ أَو أَيَّامَ التَّشْرِيقِ.. لَزِمته، وَلَزِمَهُ رفضُها وقضاؤُها ....

(فإن أحرم بها)؛ أي: بالعمرة (بعد طوافه للحج)؛ أي: طواف التحية (.. ندب رفضها) أي: العمرة؛ لأن إحرام الحج تأكد بشيء من أعماله، بخلاف ما إذا لم يطف للحج.. فإنه لم يتأكد، فالإساءة ههنا فوق الإساءة ثمة، فلذا ندب رفضها ههنا.

(ويقضيها) لصحة الشروع فيها (وعليه دم) لرفضها (فإن مضى عليهما)؛ أي: على العمرة والحج بأن قدم أفعال العمرة على أفعال الحج، على ما هو المسنون في القران (.. صح) لمشروعية الجمع بينهما للآفاقي.

(وعليه دم) لجمعه بينهما (وهو دم جبر في الصحيح) فلا يتناوله، وهو احتراز عما اختاره شمس الأئمة [٣٢٥/ب] وقاضي خان والإمام المحبوبي: أن ذلك دم قران، فيكون دم شكر.

ووجه الصحيح على ما ذكره فخر الإسلام: أنه أخطأ السنة في بناء أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه.. فكان كقران المكي، وهكذا علله في «الهداية» حيث قال: لأنه بانٍ أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه؛ أي: من جهة طواف التحية.

(وإن أهلَّ الحاج بعمرة يوم النحر أو أيام التشريق.. لزمته ولزمه رفضها وقضاؤها).

اعلم: أن المحرم بالحج إذا وقف بعرفة، ثم أحرم بالعمرة قبل الحلق أو قبل طواف الزيارة: يلزمه العمرة، ورفضها، وقضاؤها.

أما لزومها: فلأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي.

وَدمٌ.

فَإِن مضى عَلَيْهَا.. صَحَّ، وَعَلِيهِ دمٌ.

وأما رفضها؛ فلأنه قد أدى ركن الحج - أعني: الوقوف - فيصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه، وذلك ممنوع، وقد كرهت العمرة في هذه الأيام.

أما قضاؤها: فلصحة الشروع فيها ابتداء، بخلاف الصوم في هذه الأيام حيث لا يصح الشروع فيه، فلا يلزم قضاؤه.

وإذا أحرم بالعمرة بعد طواف الزيارة أو بعد الحلق.. لا يرفض العمرة على ظاهر ما ذكر في «الأصل».

وقيل: يرفضها أيضاً؛ لأن العمرة في هذه الأيام منهي عنها.

وفي «الهداية»: قال الفقيه أبو جعفر: ومشايخنا على هذا القول - أي: على الرفض - وقالوا: معنى ما ذكر في «الأصل»: أنها لا ترفض بدون رفض.

وظاهر إطلاق الكتاب ينطبق على هذا؛ لأن المتبادر من لفظ «الحاج»: من أتى أفعال الحج من الوقوف والحلق وطواف الزيارة.

(ودم)؛ أي: لرفضها.

(فإن مضى عليها)؛ أي: على العمرة التي أحرم لها يوم النحر (.. صح)؛ لأن كراهة العمرة في يوم النحر لمعنى في غيرها؛ وهو: كونه مشغولاً في هذه الأيام بأداء بقية أفعال الحج، فيجب تخليص الوقف له تعظيماً.

(وعليه دم)؛ أي: لجمعه بين الحج والعمرة.

أما في الإحرام: إن كان إحرام العمرة قبل التحلل بالحلق أو في الأعمال الباقية.. إن كان إحرام العمرة بعد الحلق وطواف الزيارة من رمي الجمار وطواف الصدر على ما صرح به في «البحر».

قالوا: وهذا دم كفارة أيضاً.

وَمن فَاتَهُ الْحَجُّ فَأَحْرمَ بِحَجٍّ أَو عمْرَةٍ.. لزمَهُ: الرَّفْضُ وَالْقَضَاءُ وَالدَّمُ.

(ومن فاته الحج) - بأن لا يدرك الوقوف بعرفة - (فأحرم بحج أو عمرة.. لزمه الرفض)؛ أي: رفض ما أحرم به من الحج أو العمرة.

أما الحج: فلأنه يصير جامعاً بين الحجين إحراماً.. فعليه رفضه كما أحرم ابتداء بحجين.

وأما العمرة: فلأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة عند أبي حنيفة ومحمد، فيصير جامعاً بين العمرتين أفعالاً.. فعليه أن يرفض التي أحرم بها كما لو أحرم بعمرتين.

(والقضاء) لصحة الشروع فيه.

(والدم) لرفضه بالتحلل. والله أعلم.

* * *

(بَابُ الْإِحْصَارِ والفواتِ)

إِن أُحْصرَ الْمحرمُ: بعدُوٍّ، أَو مرضٍ، أَو عدمِ مَحرمٍ، أَو ضيَاعِ نَفَقَةٍ.. ...

(باب الإحصار والفوات)

لما كان من الإحصار ما هو جناية على المحرم.. أعقبه باب الجنايات بباب على حدة (إن أحصر المحرم بعدو، أو مرض، أو عدم محرم) بأن مات محرم المرأة أو زوجها في الطريق بعد أن أحرمت، (أو ضياع نفقة) بأن هلكت في الطريق بعد الإحرام.

العرب تقول: «أحصر» إذا منعه خوف، أو مرض من الوصول إلى إتمام حجته أو عمرته.

وإذا حبسه سلطان [٣٢٦/أ] أو قاهر مانع.. يقول: «حصر»، فالمحصر المحرم: ممنوع عن المضي على إتمام أفعال ما أحرم لأجله مطلقاً.

وقال الشافعي: لا يكون الإحصار إلا بالعدوّ، ولأن التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة بالإحلال، والنجاة بالإحلال لا يكون إلا من العدو؛ لأن المرض لا يزول بالتحلل كما زال خوف العدو.

قلنا: إن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ وردت في الإحصار بالمرض؛ لأن أهل اللغة أجمعوا على أن الإحصار: بالمرض، والحصر: بالعدو، والقرآن نزل على لسانهم، فهذا الإجماع دل على أنه نزل في الإحصار بالمرض.

فإن قيل: إنها نزلت في رسول الله ﷺ وأصحابه عام الحديبية، وكان الإحصار بالعدو.

قلنا: إن النص الوارد في حادثة: قد ينتظمها بلفظه، وقد ينتظمها بدلالته، وههنا انتظم بدلالته؛ إذ يعلم من حكم منع المرض حكم منع العدو بطريق الأولى؛ لأن منع العدو حسي لا يتمكن معه من المضي، بخلافه في المرض؛ إذ يمكن بالمحمل والمركب والخدم؛ فإذا جاز التحلل مع هذا.. فمع ذلك أولى.

فَلَهُ أَن يبْعَثَ شَاةً تُذْبَحُ عَنهُ فِي الْحرمِ فِي وَقتٍ معِيَّنٍ.

ويتحلَّلُ بعدَ ذَبحهَا مِن غيرِ حلقٍ وَلَا تَقْصِيرٍ، خلافًا لأَبِي يُوسُفَ.

(**فله أن يبعث شاة تذبح عنه في الحرم**) وهو أدناه، ويجوز البقرة والبدنة أيضاً كما في الضحايا، ويجوز بعث قيمتها أيضاً حتى يشتري الهدي هناك فيذبح عنه.

والبعث إلى الحرم؛ لأن دم الإحصار قربة، والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان معين، فلا يقع قربة دونها، فلا يصلح أن يقع به التحلل، وإليه أشار بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾.

وقال الشافعي: لا يختص بالحرم؛ لأنه شرع رخصة، والتوقيت يبطل التخفيف.

قلنا: إن المراعى أصل التخفيف لا نهايته، وقد وجد أصله (**في وقت معين**) ظرف تذبح؛ أي: يعيّن لمن بعثه بيده يوماً بعينه تذبح فيه عند أبي حنيفة؛ لأن دم الإحصار عنده غير مؤقت على ما سيأتي، فيحتاج إلى تعيين الوقت ليعرف وقت الإحلال.

وقالا: دم الإحصار في الحج مؤقت بيوم النحر، فلا حاجة إلى تعيينه في الحج، وإنما يحتاج إليه في العمرة؛ فإذا بعث.. فهو مخير: إن شاء أقام بمكانه، وإن شاء رجع؛ لأنه لما صار ممنوعاً من الذهاب.. يخير بين المقام والانصراف.

(**ويتحلل بعد ذبحها**)، وإنما قيد به؛ لأنه إذا ظن المحصر أنه ذبح هديه ففعل ما يفعل الحلال، ثم ظهر أنه لم يذبح.. كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات إحرامه لبقاء إحرامه ذكره «قاضي خان» كذا في «النهاية».

(**من غير حلق، ولا تقصير**) عندهما (**خلافاً لأبي يوسف**) هو يقول: عليه الحلق، وإن لم يحلق.. لا شيء عليه.

له: أنه ﷺ حلق عام الحديبية وكان محصراً بها وأمر أصحابه بذلك.

وَإِن كَانَ قَارِناً.. يبْعَثُ دَمينِ.

وَيجوزُ ذَبحُهَا قبلَ يَوْمِ النَّحْرِ، لَا فِي الْحلِّ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يجوزُ قبلَ يَوْمِ النَّحْرِ إِن كَانَ مُحصراً بِالْحَجِّ.

ولهما: أن الحلق إنما عرف قربة مرتبة على أفعال الحج، فلا يكون نسكاً قبلها، وفعل النبي ﷺ وأصحابه في الحديبية ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف، هكذا أطلق قولهما في «الهداية».

وقال في «الكافي» إنما لا يحلق عندهما إن أحصر في الحل، أما إذا حصر في الحرم.. فيحلق؛ لأن الحلق مؤقت بالحرم عندهما، فعلى هذا.. كان حلقه ﷺ لكونه في الحرم؛ لأن بعض الحديبية من الحرم.

(**وإن كان**) [٣٢٦/ب]؛ أي: المحصر (**قارناً.. يبعث دمين**) دماً لحجته ودماً لعمرته؛ لأنه لإحرامه عنهما يحتاج إلى التحلل عن إحرامين.. فلا يتحلل إلا بعد الذبح عنهما.

ولو بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج وبقي في إحرام العمرة.. لم يتحلل عن واحد منهما؛ لأن التحلل منهما لم يشرع إلا في حالة واحدة.

فلو تحلل عن أحدهما دون الآخر.. تغير ما شرع.

(**ويجوز ذبحها**)؛ أي: ذبح دم الإحصار (**قبل يوم النحر**) عند أبي حنيفة؛ لما مر أن دم الإحصار غير مؤقت عنده، وهذا لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ والتقييد به بالزمان نسخ له، فلا يجوز إلا بمثله ولم يوجد مثله مقيّد له، وإنما قيد بالمكان: وهو الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾ وهو اسم للمكان، ولأنه دم كفارة.. فلا يختص بالزمان، ويختص بالمكان كسائر الكفارات.

(**لا في الحل**)؛ أي: لا يجوز ذبحها في الحل، بل يذبح في الحرم لما ذكرناه.

(**وعندهما: لا يجوز قبل يوم النحر إن كان محصراً بالحج**)؛ **لأن** هذا دم يتحلل به من إحرام الحج فيختص بيوم النحر؛ كالحلق في الحج، وكدم المتعة والقران.

وعَلى الْمُحصَر بِالْحَجِّ إذا تحلَّلَ: قَضَاءُ حجٍّ وَعُمرَةٍ.

والجواب عنهما: أن الحلق كان في أوانه فيتوقت بالزمان، بخلاف هذا الدم؛ فإنه قبل أداء الأفعال. فلا يتوقت، ودم المتعة والقران دم نسك كالأضحية فيتوقت، بخلاف دم الإحصار؛ فإنه دم جناية قيده بقوله: «بالحج»؛ لأنه لو كان محصراً بالعمرة.. فلا يتوقت بالزمان عندهما أيضاً؛ لأن أفعال العمرة لا تتوقت بالزمان، فكذا الهدي الذي يتحلل به منها.

(**وعلى المحصر بالحج إذا تحلل.. قضاء حج وعمرة**)، وهو المروي عن ابن عباس وابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم.

وعلله صاحب «الهداية»: بأن الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع فيها، والعمرة تجب؛ لأنها في معنى فائت الحج، وفائت الحج: يتحلل بالعمرة؛ فإن لم يأت بها.. قضاها فكذا هذا.

وردَّ عليه: بأن وجوب العمرة على فائت الحج إنما هو للتحلل بها، والمحصر يتحلل بالهدي.. فلا تجب العمرة عليه.

وأجيب: بأن الهدي إنما وجب عليه لتعجيل الإحلال قبل الأعمال لا لإقامته مقام العمرة الواجبة، وهذا لأنه قد تحقق أنه متى صح الشروع في إحرام الحج.. انعقد لازماً، ولا يخرج عنه إلا بأداء أفعال الحج أو العمرة وإن لم يقصد التزامه، حتى أنه إذا أحرم بالحج ينوي الفرض، ثم ظهر له أنه كان أدّاه.. لزمه المضي فيه، وإن أفسده.. وجب عليه قضاؤه، بخلاف الصوم والصلاة؛ حيث لا يلزم بالشروع فيه مظنون الوجوب؛ فإذا صح شروع المحصر.. لا يتحلل إلا بأفعال العمرة؛ كفائت الحج لعجزه عن الإتمام بعد الشروع؛ فإذا لم يفعل ذلك.. وجب عليه قضاؤها رداً إلى ما عهد من أمر الحج في الشرع، والدم إنما وجب لتعجيل الإحلال قبل الإعمال، وهو لا ينفي بقاء ذلك الواجب.

وعَلى الْمُعْتَمِرِ: عمْرَةٌ. وعَلى الْقَارِنِ: حجَّةٌ وعمرتانِ.

وهذا - أي: لزوم الحج والعمرة في القضاء على المحصر بالحج - إذا لم يقض الحج من عامه ذلك، وأما إذا قضاه فيه.. لا يجب عليه العمرة؛ لأنه لا يكون كفائت الحج هكذا روي عن أبي حنيفة.

وهل يحتاج إلى تعيين النية أنها للقضاء أم لا يحتاج؟

فعن أبي حنيفة: لا يحتاج إلى تعيين النية إذا قضاها في تلك السنة، ذكره محمد في «الأصل». [٣٢٧/أ]

وعن الحسن عن أبي حنيفة: أن عليه حجة وعمرة في الوجهين، وعليه نية القضاء - وهو قول زفر - كذا في «فتح القدير».

(**وعلى المعتمر**)؛ أي: المحصر بعمرة (: **عمرة**)؛ أي: يجب عليه قضاء العمرة التي شرع فيها لا غير، وهذا بناء على أن الإحصار عن العمرة يتحقق كما هو كذلك عندنا.

وقال مالك: لا يتحقق ذلك؛ لأنها غير مؤقتة.. فلا يتحقق خوف الفوات، ولأن النبي ﷺ وأصحابه أحصروا بالحديبية وكانوا عماراً؛ ولأن شرع التحلل لدفع الحرج، وهذا موجود في إحرام العمرة أيضاً؛ فإذا تحقق الإحصار.. فعليه القضاء إذا تحلل عنها كما في الحج.

(**وعلى القارن حجة وعمرتان**)؛ أما الحج وإحدى العمرتين؛ فلأنه في معنى فائت الحج.

وأما العمرة الأخرى: فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فيها، وهذا إذا لم يقض في سنة الإحصار؛ أما إن زال الإحصار بعد التحلل بالذبح والوقت يسع لتجديد الإحرام والأداء ففعل.. فإنما عليه عمرة القران، على ما هو رواية «الأصل»، كذا في «فتح القدير».

فَإِن زَالَ الْإِحْصَارُ بعدَ بعثِ الدَّمِ ....

(فإن زال الإحصار بعد بعث الدم)، قال في «الهداية» في هذه المسألة: «فإن بعث القارن هدياً ... إلى آخره».

وقال في «النهاية»: ذكر القارن هنا غلط ظاهر من النسخ، والصواب أن يقال: «فإن بعث المحصر»؛ لأنه يجب على القارن بعث الهديين؛ فإنه لا يتحلل بالواحد؛ فإنه ذكر من قبل: «فإن كان قارناً.. بعث دمين»، هذا وقال في «فتح القدير»: الصواب: «المحرم» مكان «القارن»، وهذا غلط ظاهر في النسخ؛ لأن هذا الحكم لا يخص القارن، فالحاجة إلى بيانه مطلقاً لا على خصوص القارن. انتهى.

فلذا ذكر المصنف على الإطلاق - لا على خصوص - القارن.

فإن قيل: إن الواجب على القارن بعث الدمين لا الدم الواحد، فكيف يشمل القارن؟

قلنا: لفظ الدم هنا اسم لجنس ما يهدى إلى الحرم، فلا يثنّى، إلا إذا قصد الأنواع، وليس بمقصود العدد، وذلك معلوم مما تقدم.

فإن قيل: كيف يحمل أول كلامه على الإطلاق مع أن ما ذكره عقيبه من الاحتمالات يخص بالمحصر بالحج؟

قلنا: نعم، لكنه لا خصوص فيه؛ لأنه اقتدى فيه رواية «القدوري» و«الجامع الصغير» فإن هذه المسألة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج.

ثم الاحتمال ههنا أربعة بحسب القسمة العقلية؛ لأنه إذا زال الإحصار.. فلا يخلو:

إما أن لا يدرك الحج والهدي أصلاً.

أو يدركهما.

أو يدرك الهدي دون الحج.

وَأَمكنهُ إِدْرَاكُهُ قبلَ ذبحِهِ وَإِدْرَاكُ الْحَجِّ.. لَا يجوزُ لَهُ التَّحَلُّلُ، وَلَزِمَهُ الْمُضِيُّ.

وَإِن أمكنَ إِدْرَاكُهُ فَقَط.. تحلَّلَ.

وَإِن أمكنَ إِدْرَاكُ الْحَجِّ فَقَط.. جَازَ التَّحَلُّلُ اسْتِحْسَاناً.

أو بالعكس، وإليه أشار بقوله: (وأمكنه إدراكه قبل ذبحه وإدراك الحج.. لا يجوز له التحلل، ولزمه المضي) بإتيان أفعال الحج؛ لزوال المانع قبل حصول المقصود بالخلف؛ فإذا أدرك هديه.. صنع به ما شاء؛ لأنه ملكه وقد كان عيّنه لمقصود استغني عنه.

(وإن أمكن إدراكه فقط)؛ أي: إدراك الهدي لا الحج (.. تحلل) بالذبح، ولا يلزمه المضي؛ لعجزه عن الأصل.

(وإن أمكن إدراك الحج فقط) دون الهدي (.. جاز التحلل استحساناً) عند أبي حنيفة، ولم يذكر حكم الاحتمال الأول - أعني: عدم إدراكه شيئاً منهما - لكونه معلوماً من حكم هذه الثلاث؛ أعني: أنه لا يلزمه أنه يتوجه، [٣٢٧/ب] بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه - وهو: أداء الأفعال - ولكنه لو توجه للتحلل بأفعال العمرة.. فله ذلك؛ لأنه كفائت الحج. **فإن قيل:** إذا كان في معنى فائت الحج.. وجب أن يؤمر بالتوجه والتحلل بأفعال العمرة كفائت الحج.

أجيب: بأن أفعال العمرة في حق فائت الحج غير مقصود لعينه، بل المقصود: هو التحلل، وهذا المقصود يحصل له بالهدي الذي بعثه ليُنحَر عنه، فله أن يقتصر بذلك ثم يقضي العمرة، وله أن يتوجه لئلا يلزمه قضاء العمرة.

فإن قيل: هذا في المفرد، وإذا كان المحصر قارناً.. ينبغي أن يجب عليه أن يتوجه ويأتي بالعمرة التي وجبت عليه بالشروع في القران؛ لأنها مقصودة بالذات في القران، وقد صار قادراً عليه بزوال المانع.

أجيب عنه: بأنه لا يقدر على أدائها على الوجه الذي التزمه - وهو: كونه على

وَمن مُنِعَ بِمَكَّةَ عَنِ الرُّكْنَيْنِ.. فَهُوَ مُحصَرٌ.

وَإِن قدرَ على أَحدِهمَا.. فَلَيْسَ بمُحصَرٍ.

وجه يترتب عليها الحج - إذ بفوات الحج.. يفوت ذلك.

ثم وجه الاستحسان: أنا لو ألزمناه التوجه.. لضاع ماله؛ لأن ما أهدى من الهدي قد ذبح ولم يحصل مقصوده، وحرمة المال كحرمة النفس من حيث كون إتلافه ظلماً، وإذا جاز استحساناً.. فله الخيار: إن شاء صبر في ذلك المكان أو في غيره ليذبح عنه فيتحلل، وإن شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالإحرام، وهو أفضل؛ لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد.

ووجه القياس: أنه قدر على الأصل - وهو الحج - قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي.

إنما قلنا: عند أبي حنيفة؛ لأن هذا الوجه من الوجوه المذكورة إنما يستقيم على قول أبي حنيفة في المحصر بالحج لا على قولهما؛ لأن دم الإحصار عندهما مؤقت بيوم النحر عندهما على ما سبق، فمن يدرك الحج.. يدرك الهدي أيضاً، وعنده: غير مؤقت، فيجوز أن يدرك الحج دون الهدي.

وأما في المحصر بالعمرة: فيستقيم بالاتفاق؛ لعدم توقت الدم بيوم النحر فيها.

(**ومن منع بمكة عن الركنين**) من الطواف والوقوف (**.. فهو محصر**)؛ لأنه تعذر عليه الإتمام، فصار كما إذا أحصر في الحل.

(**وإن قدر على أحدهما.. فليس بمحصر**)؛ أما على الطواف: فلأن فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل؛ فإذا قدر على الأصل.. فلا حاجة إلى الهدي.

وأما على الوقوف: فلوقوع الأمن من الفوات بالقدرة على الوقوف، قالوا: قد وقع في هذه المسألة خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن المحرم يحصر بالحرم، فقال: لا يكون محصراً، فقلت: أليس أن النبي ﷺ وأصحابه أحصروا بالحديبية وهي من الحرم،

وَمن فَاتَهُ الْحَجُّ بِفَوَاتِ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ.. فليتحلَّل بِأَفْعَالِ الْعمرَةِ، وَعَلَيهِ الْحَجُّ مِن قَابلٍ، وَلَا دمَ عَلَيْهِ.

وَلَا وقُوفَ للْعُمْرَةِ.

وَهِيَ: إِحْرَامٌ، وَطوافٌ، وسعيٌ.

وَتجوزُ فِي كلِّ السَّنةِ.

وَتكرهُ يَوْمَ عَرَفَةَ والنَّحرِ وَأَيَّامَ التَّشْرِيقِ.

فقال: إن مكة كانت يومئذ دار الحرب، وأما اليوم فهي دار الإسلام لا يتحقق الإحصار فيها، قال أبو يوسف: أما أنا فأقول: إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت.. فهو محصر.

وفي «الهداية»: الصحيح في الرواية: أن الممنوع عن الوقوف والطواف.. يكون محصراً بالاتفاق، وإذا قدر على أحدهما.. لا يكون محصراً، وهو مسألة الكتاب.

ولما فرغ عن الإحصار.. شرع في الفوات: (**ومن فاته الحج بفوات الوقوف** [٣٢٨/أ] **بعرفة.. فليتحلل بأفعال العمرة**) بأن يطوف ويسعى، (**وعليه الحج من قابل**)؛ لقوله ﷺ: «ومن فاته عرفة.. فقد فاته الحج، فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل»، ولأن الإحرام بعدما انعقد صحيحاً.. لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين: الحج والعمرة، وههنا عجز عن الجمع.. فتعين العمرة.

(**ولا دم عليه**)؛ لأن التحلل وقع بأفعال العمرة، فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر، فلا يجمع بينهما.

(**ولا وقوف للعمرة، وهي: إحرام وطواف**) للبيت (**وسعي**) بين الصفا والمروة.

(**وتجوز في كل السنة، وتكره يوم عرفة والنحر وأيام التشريق**)؛ لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: «لا تعتمر في خمسة أيام: يوم عرفة، ويوم النحر، وثلاث أيام التشريق، واعتمر قبلها وبعدها ما شئت»، ولأن هذه أيام الحج فكانت متعينة له.

وَيقطعُ التَّلْبِيَةَ فِيهَا بِأَوَّلِ الطَّوافِ.

وقيل: يكره في أشهر الحج، والصحيح ما في الكتاب.

وعن أبي يوسف: أنها لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال، ولو اعتمر في هذه الأيام.. صح شروعه ويبقى محرماً بها فيها؛ لأن الكراهة لغيرها، وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له، فصح الشروع، فيرفضها، ثم يقضيها وعليه دم.

(ويقطع التلبية فيها)؛ أي: في العمرة **(بأول الطواف)** على ما مر في باب التمتع.

* * *

(بَابُ الْحَجِّ عَنِ الْغَيْرِ)

تجوز النِّيَابَةُ فِي الْعِبَادَاتِ الْمَالِيَّةِ مُطلقاً.

وَلَا تجوزُ فِي الْبَدَنِيَّةِ بِحَالٍ.

وَفِي الْمركَّبِ مِنْهُمَا كَالْحَجِّ.. يجوز عِنْدَ الْعَجزِ لَا الْقُدْرَةِ.

وَيشْتَرطُ: الْمَوْتُ، أَوِ الْعَجزُ الدَّائِمُ إِلَى الْمَوْتِ.

(باب الحج عن الغير)

الأصل في هذا أن من صلى أو صام أو تصدق أو حج أو قرأ فجعل ثواب ذلك لغيره.. فهل ينجعل له بجعله، أو لا ينجعل، بل يلغو جعله؟

فقال أصحابنا، إنه ينجعل بجعله؛ مستدلين بما روي في «الصحيحين» عن النبي ﷺ أنه ضحى بكبشين أملحين؛ أحدهما عن نفسه، والآخر عن أمته، ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ، جعل تضحية إحدى الشاتين لأمته؛ أي ثوابها.

ثم العبادات أنواع: مالية محضة، وبدنية محضة، ومركبة منهما، فأراد أن يذكر حكم كل منها، فقال: **(تجوز النيابة في العبادات المالية)** كالزكاة والعشر والصدقات **(مطلقاً)**؛ أي: حالة الضرورة والاختيار؛ لأن المقصود فيها سدُّ خلَّة المحتاجين، وذلك يحصل بفعل النائب كما يحصل بفعل نفسه، وكذا المشقّة المطلوبة في العبادات تحصل بفعل النائب فيها كما تحصل بفعل نفسه؛ وهي: تنقيص المال المحبوب للنفس.

(ولا تجوز في البدنية) كالصلاة والصوم **(بحال)** لا في حال العجز ولا في حال الاختيار؛ لأن المقصود فيها إتعاب النفس الأمارة بالسوء طلباً لمرضاته، وذلك لا يحصل بفعل غيره؛ لأن فعل غيره لا يتحقق به المشقة على نفسه.

(وفي المركب منهما: كالحج.. يجوز عند العجز) عن الحج بنفسه لمرض، أو لعدم المحرم للمرأة، وهذا لحصول المشقة بتنقيص ماله **(لا)** عند **(القدرة)**؛ لعدم إتعاب النفس **(ويشترط: الموت، أو العجز الدائم إلى الموت)** لأنه وظيفة العمر،

وَإِنَّمَا شُرِطَ الْعَجزُ لِلْحَجِّ الْفَرْضِ، لَا للنَّفلِ؛ فَمن عجزَ فأَحجَّ.. صَحَّ، وَيَقَع عَنهُ.

وكل ما هو كذلك: يشترط فيه العجز الدائم لصحة النيابة؛ ليقع به اليأس عن الأداء بنفسه، حتى لو أحج عن نفسه ثم زال عنه العجز.. يلزمه أن يحج بنفسه ويبطل الأول؛ لظهور أنه لم يتحقق الشرط.

فإن قيل: إن القدرة على الأصل تبطل الخلف قبل حصول المقصود [٣٢٨/ب] بالخلف، وقد حصل المقصود ههنا بالخلف، وهو حصول المشقة بتنقيص المال.

أجيب عنه: بأن هذا ليس بناء على مسألة الأصل والخلف، بل بناء على أن الحج مركب من أمرين: أحدهما يحتمل النيابة، والأخرى: لا يحتملها، فعملنا بأحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة، وبالآخر عند العجز فجوزناها، لكن شرطنا - لكونه وظيفة العمر - أن يكون العجز دائماً.

(**وإنما شرط العجز للحج الفرض لا للنفل**)؛ لأن مبنى النفل على التوسعة، ولأنه لم يجب عليه واحد من المشقتين بدنية ومالية؛ فإذا كان له تركهما.. فله أن يتحمل أحداهما تقرباً إلى ربه، فله الاستنابة فيه صحيحاً.

(**فمن عجز فأحج.. صح**) فيه إشارة إلى من قدر عليه بنفسه وأحج ثم عجز.. لا يصح وإن استمر عجزه إلى الموت؛ لأنه أحج قبل وجود المجوز؛ وهو: العجز.

(**ويقع**) الحج (**عنه**)؛ أي: عن الآمر في ظاهر المذهب؛ لحديث الخثعمية أن النبي ﷺ قال فيه: «حجي عن أبيك واعتمري» رواه مسلم.

وعن محمد: أنه يقع عن الحاج، وللآمر ثواب النفقة، لأنه عبادة بدنية، وعند العجز: أقيم الإنفاق مقامه؛ كالفدية في باب الصوم؛ فإنه مع كونه عبادة بدنية محضة.. تقوم الفدية مقامه، فالحج أولى منه.

ومع هذا يقول: إن أصل الحج يسقط عن الآمر. على ما في «العناية».

قال شيخ الإسلام: عامة المتأخرين على قول محمد.

وَيَنْوِي النَّائِبُ عَنهُ، فَيَقُولُ: لَبَّيْكَ بِحجَّةٍ عَن فلَانٍ.
وَيردُّ مَا فضلَ مِنَ النَّفَقَةِ إِلَى الْوَصِيّ أَوِ الْوَرَثَةِ.

(**وينوي النائب عنه**)؛ أي: عن الآمر؛ لأن الأعمال بالنيات.

(**فيقول: لبيك بحجة عن فلان، ويرد ما فضل من النفقة إلى الوصي أو الورثة**).

واعلم: أن النفقة المشروطة ههنا ما يكفيه لذهابه وإيابه؛ لأنه في ذلك عامل للميت، حتى لو توطن مكة بعد الفراغ خمسة عشر يوماً.. بطلت نفقته في مال الميت؛ لأن توطينه حينئذ لحاجة نفسه لا لحاجة الميت، بخلاف ما إذا أقام أقل من ذلك.. فإنه مسافر على حاله في حاجة الميت.

وقال بعض مشايخنا: إذا أقام أكثر من ثلاثة أيام.. فالنفقة في مال نفسه، قالوا هذا في زمانهم إذا كانوا يقدرون على الخروج متى شاؤوا، أما في زماننا: فلا يمكنهم الخروج إلا مع القافلة.

حتى قالوا: إذا كان مقامه بمكة أو غيرها لانتظار قافلته.. فنفقته في مال الميت وإن كان أكثر من خمسة عشر يوماً.

فإن أقام بعد خروج القافلة.. فنفقته في مال نفسه؛ فإن بدا له بعد ذلك أن يرجع.. رجعت نفقته في مال الميت؛ لأنه كان استحق نفقة الرجوع في مال الميت.

وعن أبي يوسف: لا تعود نفقته في مال الميت؛ لأنه في الرجوع عامل لنفسه لا للميت، لكنا قلنا: أصل سفره كان للميت، فما بقي ذلك السفر.. بقيت النفقة، ولو أقام بمكة أياماً من غير نية الإقامة.. قالوا: إن كانت إقامة معتادة.. لم تسقط، وإن زاد على المعتاد.. سقطت.

ولو تعجل إلى مكة.. فهي في مال نفسه إلى أن يدخل عشر ذي الحجة، ثم تصير في مال الآمر.

ولو سلك طريقاً أبعد من المعتاد: إن كان مما يسلمه الناس.. ففي [٣٢٩/أ] مال الآمر، وإلا.. ففي ماله، وما دام مشغولاً بالعمرة بعد الحج.. فنفقته في مال نفسه؛

لكونه مشغولاً لحاجة نفسه؛ فإذا فرغ.. عادت في مال الميت.

ولو بدأ للعمرة لنفسه، ثم حج عن الميت.. قالوا: يضمن جميع النفقة.

ولو ضاعت النفقة بمكة، أو بقرب منها، أو لم تبق فأنفق من مال نفسه.. كان له أن يرجع في مال الميت وإن فعله بغير قضاء؛ لأنه لما أمر بالحج.. فقد أمره بأن ينفق عنه.

ثم المراد بالنفقة: ما يحتاج إليها من طعام - ومنه اللحم - وشرابه وثيابه وركوبه وثوبا إحرامه، وليس له أن يدعو أحداً إلى طعامه، ولا يتصدق به، ولا يقرض أحداً، ولا يصرف الدراهم بالدنانير إلا لحاجة تدعو إليه، ولا يشتري منها ماء الوضوء، بل يتيمم، ولا يدخل الحمام.

وفي «قاضي خان»: له أن يدخلها بالمتعارف، ويعطي أجرة الحارس من مال الآمر، وله أن يخلط دراهم النفقة مع الرُّفْقَة ويودع المال.

واختلف في شراء دهن السراج والادّهان؛ قيل: لا، وقيل: نعم، ولا يتداوى منه، ولا يحتجم، ولا يعطي أجرة الحلاق، إلا أن يوسع عليه الميت أو الوارث ويقول: اصنع به ما شئت، ولا ينفق على من يخدمه، إلا إذا كان ممن لا يخدم نفسه.

وله أن يشتري دابة يركبها ومحملاً وقربة وإدواة وسائر الآلات، ومهما فضل من الزاد والأمتعة.. يرده على الورثة أو الوصي، إلا إن تبرع به الوارث أو أوصى له به الميت، وهذا لأن النفقة لا تصير ملكاً للحاج بالإحجاج، وإنما له أن ينفق في ذهابه وإيابه على حكم ملك الميت؛ لأنه لو ملكه.. لكان بالاستئجار، ولا يجوز الاستئجار على الطاعات.

حتى لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك.. كان للوصي أن يحج بنفسه، إلا أن يكون الوصي وارثاً أو دفعه إلى وارث ليحج.. فإنه لا يجوز، إلا أن يجيز الورثة وهم كبار؛ لأن هذا كالتبرع بالمال، فلا يصح للوارث إلا بإجازة الباقين.

ولو قال الميت للوصي: ادفع المال لمن يحج عني.. لم يجز له أن يحج بنفسه مطلقاً.

وإذا أراد أن يكون ما فضل للمأمور من الثياب وسائر النفقة.. يقول له: وكلتك أن تهب الفضل من نفسك؛ فإن كان على موت.. قال: والباقي مني لك وصية.

وفي «الفتاوى»: لو حج المأمور ماشياً وأمسك مؤنة الكراء.. كان ضامناً مال الميت، والحج لنفسه؛ لانصراف الأمر بالحج إلى المتعارف، وهو: بالزاد والراحلة.

ولو أوصى أن يعطي بعيره هذا إلى رجل يحج عنه، فأكراه الرجل وأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشياً.. جاز عن الميت استحساناً، وهو المختار؛ لأنه ملك أن يبيعه ويحج بثمنه، فكذا يملك إيجاره، ثم يرد البعير إلى الورثة.

ولو مرض الحاج عن غيره في الطريق.. ليس له أن يدفع المال لغيره ليحج به، إلا إذا قال له الدافع: اصنع ما شئت.

واعلم: أن شرط الإجزاء كون أكثر النفقة من مال الآمر، والقياس: كون الكل من ماله، إلا أن في التزام ذلك حرجاً بيّناً، فأسقطنا اعتبار القليل واعتبرنا الأكثر [٣٢٩/ب]؛ فإن أنفق الأكثر من مال الميت.. يقع عنه، وإن أنفق من مال نفسه.. يقع عن نفسه الكل. كذا في «فتح القدير».

وقال في «التاتارخانية» إن كان الميت قال: ما بقي من النفقة فلك.. يكون للمأمور، فهذا على نوعين:

إن لم يعين رجلاً ليحج عنه.. كانت الوصية بالباقي باطلة، والحيلة في ذلك: أن يقول الموصي للوصي: أعط ما بقي من النفقة من شئت؛ فإذا أعطى الوصي الباقي من النفقة للمأمور.. كان جائزاً كما لو أوصى أن يعطي ثلث ماله من شاء الوصي.

وإن عين رجلاً ليحج عنه.. كانت الوصية بالباقي جائزة.

وَيجوزُ إِحجاجُ الصَّرُورةِ، ....

ثم قال نقلاً عن «شرح الطحاوي»: إذا أوصى الميت للحاج بما فضل في يده بعد رجوعه.. تجوز وصيته له ويحل له الفضل بالوصية، وقال مشايخنا: لا تجوز هذه الوصية؛ لأن الموصى له مجهول، إلا أن الأول أصح. انتهى.

إذا أوصى بأن يحج عنه وهو في منزله؛ إن بين مكاناً.. يحج عنه من [ذلك المكان بالإجماع، وإن لم يبين مكاناً][1].. يحج عنه من وطنه عند علمائنا.

وهذا إذا كان ثلث ماله يكفي للحج من وطنه، وإن لم يكف.. يحجّ عنه من حيث يمكن الإحجاج عنه بثلثه.

وإذا كان له أوطان شتى.. يحج عنه من أقرب أوطانه إلى مكة بلا خلاف.

وإذا خرج من مصره يريد الحج فمات وأوصى أن يحج عنه.. فيحج من حيث مات في قول أبي يوسف ومحمد، وفي قول أبي حنيفة: يحج عنه من وطنه. كذا في «التاتارخانية».

ثم نقل عن «الجامع الصغير»: أن القياس أن يحج من وطنه، وفي الاستحسان: يحج عنه من حيث مات.

وفي «قاضي خان»: إن جاوز المأمور - وهو: الوصي - المكان الذي مات فيه الآمر، ثم أمر رجلاً ليحج عنه ودفع إليه المال.. لا يجوز في قولهم جميعاً. انتهى.

أي: لا بد من أن يكون من وطن الآمر.

(ويجوز إحجاج الصّرورة) بفتح الصاد المهملة: وهو الذي لم يحج لنفسه، وقال في «الزَّيْلَعيّ» و«فتح القدير»: الأفضل أن يكون: رجلاً عالماً بالمناسك قد حج عن نفسه حجة الإسلام؛ خروجاً عن الخلاف.

وذكر في «البدائع» كراهة إحجاج الصرورة؛ لأنه تارك فرض الحج، ثم قال في

(١) سقط من المخطوط تم استدراكه من «المحيط البرهاني» (٢/٤٨٢).

وَالْمَرْأَةِ، وَالْعَبْدِ.

وَغَيرُهم أَولى.

وَمن أَمَرهُ رجلَانِ فَأَحْرمَ بِحجَّةٍ عَنْهُمَا.. ضمنَ نفقتَهما، وَالْحجّةُ لَهُ.

آخر الباب: إن حج الصرورة عن غيره؛ إن كان بعد تحقق الوجوب بملك الزاد والراحلة والصحة.. فهو مكروه كراهة تحريم، ومع ذلك يجوز؛ لأن النهي ليس لعين الحج المفعول، بل لغيره وهو خشية أن لا يدرك؛ إذ الموت في سنه غير نادر. انتهى.

ومراده بالخلاف: خلاف الشافعي؛ فإنه لا يجوز إحجاج الصرورة عنده.

(و) يجوز أيضاً إحجاج (المرأة والعبد)، وكذا الأمة؛ أي: بإذن مولاهما؛ لإطلاق ما رويناه من حديث الخثعمية، ولحصول المقصود بهم، وفيها أيضاً خلاف الشافعي.

قال في «فتح القدير»: وفي «الأصل» نص على كراهة المرأة؛ لأن حجها أنقص؛ فإنها ليس عليها رمل ولا سعي في بطن الوادي، ولا رفع صوت بالتلبية، ولا الحلق.

وذكر في «البدائع» كراهية إحجاج العبد؛ معللاً بأنه ليس أهلاً لأداء الفرض عن نفسه، فيكره عن غيره.

(وغيرهم)؛ أي: غير الصرورة والمرأة والعبد (أولى) لما ذكرناه.

(ومن أمره رجلان فأحرم بحجة عنهما.. ضمن نفقتهما [٢٣٠/أ] والحجة له)؛ لأن الآمر شخصان كل منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك، وليس أحدهما أولى من الآخر، فلا يقع عنهما ولا عن أحدهما فيقع عن المأمور، ولكنه لا يقع عن حجة إسلامه، بل يقع نفلاً على ما صرح به في «البحر».

فإن قيل: إذا وقع عن المأمور.. فليجعل عن أيهما شاء أو عنهما معاً؛ كما إذا أهل عن أبويه.. فإن له أن يجعل عن أيهما شاء على ما سيأتي.

قلنا: إنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أو لهما، فبقي على خياره بعد

وَإِن أَبهَمَ الْإِحْرَامَ ثُمَّ عيَّنَ أَحدَهمَا قبلَ الْمُضِيّ.. صَحَّ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ، وَبعده: لَا.

وَدمُ الْمُتْعَةِ وَالْقرَانِ ....

وقوعه سبباً لثوابه، وفيما نحن فيه يفعل بحكم الآمر بلا تبرع، وقد خالف أمرهما، فلا يقع عنهما، بل يقع عن نفسه، وبعد وقوعه عنه.. لا يصير لغيره، ويضمن النفقة لهما إن أنفق من مالهما؛ لأنه صرفها إلى حاجة نفسه.

(وإن أبهم الإحرام) بأن نوى عن أحدهما غير معين **(ثم عين أحدهما قبل المضي)** بالوقوف والطواف **(.. صح)** عندهما استحساناً؛ لأن هذا إبهام في الإحرام، والإحرام ليس بمقصود، وإنما شرع وسيلة إلى الأفعال، والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين.. فاكتفي به شرطاً؛ لأن الشروط يعتبر وجودها كيفما كانت، وفيه إشارة إلى أنه: لو عين المحجوج عنه وأبهم ما أحرم به من حجة أو عمرة.. يجوز بلا خلاف - على ما في «الزَّيْلَعِيّ» - وله فيه أن يعين أيهما شاء من حجة أو عمرة؛ لأن جهالة الملتزم غير مانعة من التعيين، وإنما المانع جهالة من له الحق.

نظيره: إذا أقر بمعلوم لمجهول.. لا يصح، وإن أقر بمجهول لمعلوم.. يصح.

(خلافاً لأبي يوسف)؛ أي: لم يصح التعيين، بل يقع ذلك عن نفسه بلا توقف، وضمن نفقتهما، وهو القياس؛ لأنه مأمور بالتعيين والإخلاص، فإذا لم يعين.. يخالف الآمر، فيقع عن نفسه ويضمن النفقة.

(وبعده)؛ أي: بعد المضي **(لا)** يصح تعيينه، بل يقع عن نفسه؛ لأن المؤدى لا يحتمل التعيين.. فصار مخالفاً، وأما إذا أحرم بحجة وسكت عن ذكر المحجوج عنه معيناً ومبهماً بأن أحرم ابتداء على إبهامه.. فلا رواية فيه، على ما في «الكافي».

وقال في «الزَّيْلَعِيّ» و«فتح القدير»: ينبغي أن يصح التعيين هنا إجماعاً؛ لعدم المخالفة.

(ودم المتعة والقران) بأن أمره واحد بالقران منه، أو أمره اثنان: واحد بالحج

على الْمَأْمُورِ، وَكَذَا دمُ الْجِنَايَةِ.

وَدمُ الْإِحْصَارِ على الْآمِرِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَإِن كَانَ مَيتاً.. فَفِي مَالِه.

وَإِن جَامعَ قبلَ الْوُقُوفِ ضمنَ النَّفَقَةَ.

وواحد بالعمرة وأذنا له بالقران؛ لأنه لو لم يأذنا له بالقران وقرن عنهما.. لا يجوز له ذلك، فيضمن نفقتهما لمخالفته أمرهما ويقع القران عنه، ثم في هذه الصور الثلاث دم القران **(على المأمور)**؛ لأن هذا الدم وجب شكراً لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين، والمأمور: هو المختص بهذه النعمة؛ لأن حقيقة الفعل صدر منه.

ولو أمره واحد بالحج فقرن عنه.. يصح عن الآمر، ودم القران على المأمور لما ذكرناه، وهذا عندهما؛ لأن القران أفضل من المفرد، فقد فعل المأمور به على وجه أحسن فلا يكون مخالفاً.

وقال أبو حنيفة: يقع عن المأمور ويضمن نفقة الآمر لمخالفة أمره، والأصح قولهما؛ لأن المخالفة إلى الخير خير؛ كالوكيل إذا باع بأكثر مما سمى له الموكل.

(وكذا دم الجناية)؛ لأنه الجاني فيجب عليه كفارته.

(ودم الإحصار على الآمر) عندهما؛ لأن الآمر: هو الذي [٣٣٠/ب] أدخله في هذه العهدة، **(خلافاً لأبي يوسف)** يقول: إنه على المأمور؛ لأنه وجب للتحلل لدفع ضرر امتداد الإحرام، وهذا الضرر راجع إليه، فيكون الدم عليه.

(وإن كان)؛ أي: المحجوج عنه **(ميتاً.. ففي ماله)**؛ أي: دم الإحصار في مال الميت عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف لما ذكر.

ثم قيل: من ثلث مال الميت؛ لأنه صلة كالزكاة، وقيل: من جميع ماله؛ لأنه وجب حقاً للمأمور.. فصار ديناً.

(وإن جامع قبل الوقوف.. ضمن النفقة)؛ لأنه أفسد الحج، والمأمور به: هو الحج الصحيح، وعليه دم الجناية؛ لأنه جان عن اختيار.

وَإِن مَاتَ الْمَأْمُورُ فِي الطَّرِيقِ.. يُحَجُّ مَن منزلِ آمرِهِ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ مِن مَالِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: من حَيْثُ مَاتَ الْمَأْمُورُ.

لَكِن عِنْد أَبِي يُوسُفَ: بما بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ.

وَعند مُحَمَّدٍ: بِمَا بَقِيَ مِنَ المَالِ الْمَدْفُوعِ.

وأما إذا فاته الحج.. فلا يضمن النفقة؛ لأنه ما فاته باختياره، وكذا لا يضمن النفقة إذا جامع بعد الوقوف؛ لأن حجه لم يفسد، وحصل مقصود الآمر، وعليه الدم في ماله؛ لكونه جانياً عن اختيار.

(**وإن مات المأمور**)؛ أي: إذا أوصى شخص بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلاً فمات ذلك الرجل (**في الطريق.. يحج من منزل آمره**)؛ لأن القدر الموجود من السفر قد بطل في حق أحكام الدنيا؛ لقوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم.. انقطع عمله إلا من ثلاث: ولد صالح يدعو له بالخير، وعلم ينتفع به الناس، وصدقة جارية» وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا وليس من الثلث، فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج.

(**بثلث ما بقي من ماله**) عند أبي حنيفة (**وعندهما: من حيث مات المأمور**)؛ بناء على أن الموجود من السفر لم يبطل عندهما استحساناً.

(**لكن عند أبي يوسف: بما بقي من الثلث**) الأول.

(**وعند محمد: بما بقي من المال المدفوع**) إليه إن بقي شيء، وإلا.. بطلت الوصية عنده اعتباراً بتعيين الموصي إذا عين المال ودفعه إلى رجل يحج عنه ومات فهلك المال في يد النائب.. لا يؤخذ غيره، فكذا إذا عينه الوصي؛ لأنه قائم مقامه.

ولأبي يوسف: إن الثلث هو المحل لنفاذ الوصية، فما بقي منه ينفذ عنه.

وَمَن أَهلَّ بِحجَّةٍ عَن أَبَوَيْهِ، ثمَّ عيَّنَ أَحدَهمَا.. جَازَ.

وللإنسانِ أَن يَجْعَلَ ثوابَ عملِهِ لغيرِهِ فِي جَمِيعِ الْعِبَادَات.

ولأبي حنيفة: إن قسمة الوصي وعزله المال لا يصح إلا بالتسليم على الوجه الذي سماه الموصي؛ لأنه لا خصم له ليقبض وتتم القسمة، ولم يوجد التسليم على ذلك الوجه؛ كما إذا هلك قبل الإقرار والعزل.. فيحج بثلث ما بقي.

ويرد ما فضل من النفقة إلى الوصي أو الورثة، وهذا وقع مكرراً وقد مر شرحه.

(**ومن أهلَّ بحجة عن أبويه، ثم عين أحدهما.. جاز**) تعيينه، ويجعل ثواب حجه لمن عين له.

(**وللإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره في جميع العبادات**)؛ **لأن** التبرع بجعل ثواب عمله لغيره جائز عندنا، وقدمنا ما يتعلق به في أول الباب.

* * *

(بَابُ الْهَدْيِ)

هُوَ: مِن إِبِلٍ، أَو بقرٍ، أَو غنمٍ.

وَأقلُّهُ: شَاةٌ.

وَلَا يجبُ تعريفُه.

ويُجزِئُ فِيهِ مَا يُجزِئُ فِي الْأُضْحِية:

وتُجزِئُ الشَّاةُ فِي كلِّ مَوضِعٍ، إِلَّا إِذا طَافَ للزِّيارةِ جنباً، أَو جَامعَ بعدَ وقُوفِ..........................

(باب الهَدْي)

هو ما يهدى من النعم إلى الحرم تَقَرُّباً.

(هو: من إبل، أو بقر، أو غنم).

(وأقله: شاة) وأعلاه: إبل وبقر.

(ولا يجب تعريفه) له معان ثلاثة على ما في «الكفاية»: التشبه بأهل عرفة في غيرها، والذهاب بالهدايا إلى عرفة، وتعريف الهدي - أي: إعلامها بعلامة - مثل التقليد والإشعار، وكل ذلك ليس بواجب؛ لأن الهدي يُنْبِئ عن النقل إلى الحرم للتقرب بإراقة دمه فيه، ولا يُنْبِئ عن التعريف، ولو عرف بهدي [٣٣١/أ] المتعة والقران.. فحسن؛ لتوقته بيوم النحر، فربما لا يجد من يحفظه.. فيحتاج إلى التعريف، ولأنه دم نسك فيكون مبنياً على الإشهار؛ تحقيقاً لمعنى الشعائر، ولا كذلك دم الجناية؛ فإن مبناها على الإخفاء.

(ويجزئ فيه)؛ أي: في الهدي **(ما يجزئ في الأضحية)**؛ لأنه قربة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية، فيتخصصان بمحل واحد، فلا بد أن يسلم من العيوب التي تمنع جواز الأضحية على ما سيأتي في بابها.

(وتجزئ الشاة في كل موضع، إلا إذا طاف للزيارة جنباً، أو جامع بعد وقوف

عَرَفَةَ قبلَ الْحلقِ.. فَلَا يُجزِئُ فيهمَا إِلَّا الْبَدنَةُ.

وَيَأْكُلُ مِن هديِ التَّطَوُّعِ والمُتعةِ وَالْقرَانِ، لَا من غَيرهَا.

وَخُصَّ ذبحُ هدي الْمُتْعَةِ وَالْقرَانِ بأَيَّامِ النَّحْرِ.

عرفة قبل الحلق.. فلا يجزئ فيهما إلا البدنة) على ما مر ذكره.

(ويأكل من هدي التطوع والمتعة والقران)؛ لأنه دم نسك، فيجوز الأكل كالأضحية؛ لما رواه مسلم: أنه ﷺ أكل من لحم هديه وشرب من مرقها، وهذا الأكل مستحب؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا﴾، وأقل الأمر: الاستحباب.

(لا من غيرها)؛ لأنها من دماء الكفارات، ولما صح: أن النبي ﷺ لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا.. قال: «لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئاً».

فإن قيل: مورده فيما عطب في الطريق على ما نص عليه أهل الحديث والزَّيلَعِي، والكلام فيما إذا بلغ الحرم.

قلنا: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص المورد.

(وخص ذبح هدي المتعة والقران بأيام النحر)، وكذا دم التطوع على ما ذكره القدوري؛ لأنه دم نسك مثلهما.

وذكر في «الأصل»: يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر، وذبحه يوم النحر أفضل، وهو الصحيح. على ما في «الهداية»؛ لأن القربة في التطوعات باعتبار أنها هدايا، وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم؛ فإذا وجد ذلك.. يجوز ذبحها في غير يوم النحر، وفي أيام النحر أفضل؛ لأن معنى القربة في الإراقة فيها أظهر.

أما دم المُتْعَة والقِرَان.. فلقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ۝٢٨ ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ﴾ وقضاء التفث يختص بيوم النحر، ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية.

وَالْكلُّ بِالْحرمِ.

وَيجوزُ أَن يتَصَدَّقَ بِهِ على فَقيرِ الْحرمِ وَغَيرِهِ.

وَيتَصَدَّقُ بجُلِّهِ وخِطامِهِ، وَلَا يُعْطي أَجرَ الجزَّارِ مِنْهُ، وَلَا يركبُهُ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ؛ فَإِن نقصَ بركوبِهِ.. ضمنَهُ.

وَلَا يَحلِبُهُ؛ فَإِن حَلَبَهُ.. تصدَّقَ بِهِ، وينضَحُ ضَرعَهُ بِالْمَاءِ الْبَارِدِ؛ لينقطعَ لبنُهُ.

(والكل)؛ أي: كل «الهدايا» (بالحرم) لما ذكرناه: أن الهدي اسم لما يهدى إلى الحرم.

(ويجوز أن يتصدق به على فقير الحرم وغيره)؛ لأن الصدقة معقولة المعنى، فتجوز على كل فقير، (ويتصدق بجله وخطامه، ولا يعطي أجر الجزار منه)؛ لقوله ﷺ لعلي: «تصدق بجلالها وخطمها، ولا تعطي أجر الجزار منها.

(ولا يركبه)؛ لأنه جعله خالصاً لله تعالى، فلا ينبغي أن يجعله لمنفعة نفسه، ولأن في ركوبها استهانة، وقد جعلها لله تعالى، فلا ينبغي استهانتها.

(إلا عند الضرورة؛ فإن نقص بركوبه.. ضمنه) ويتصدق بها على الفقراء دون الأغنياء.

(ولا يحلبه)؛ لأنه جعله خالصاً لله تعالى بجميع أجزائه، فلا يصرف جزء منه إلى نفسه.

(فإن حلبه.. تصدق به) على الفقراء (وينضح ضرعه بالماء البارد لينقطع لبنه) إذا كان قريباً من وقت الذبح؛ فإذا كان بعيداً منه.. يحلبه ويتصدق بلبنه على الفقراء كي لا يضر ذلك به، وإن صرفه إلى حاجة نفسه.. تصدق بمثله أو قيمته؛ لأنه مضمون عليه [٢٣١/ب].

فَإِن عَطِبَ الْهديُ الْوَاجِبُ أَو تعيَّبَ فَاحِشاً.. أَقَامَ غَيرَهُ مقَامَهُ، وصنعَ بالمَعيبِ مَا شَاءَ.

وَإِن عَطِبَ التَّطَوُّعُ.. نَحَرَهُ، وصبغَ نَعلَهُ بدمِهِ، وَضربَ بِهِ صفحتَهُ.

وَلَا يَأْكُلُ مِنْهُ هُوَ وَلَا غَنِيٌّ، وَلَيْس عَلَيْهِ غَيرُهُ.

وتُقَلَّدُ بدنةُ التَّطَوُّعِ والمُتعةِ وَالْقِرَانِ، لَا غَيرُهَا.

(فإن عطب الهدي الواجب أو تعيب فاحشاً.. أقام غيره مقامه)؛ لأن الواجب باق في ذمته، والعيب الفاحش: أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبي حنيفة، وعندهما: أن يذهب أكثر من نصفه.

(وصنع بالمعيب ما شاء)؛ لأنه بالضمان ملكه.

(وإن عطب التطوع.. نحره وصبغ نعله بدمه)؛ ليعلم الناس أنه هدي، فيأكل منه الفقير دون الغني، والمراد بالنعل: القلادة.

(وضرب به)؛ أي: بدمه (صفحته، ولا يأكل منه هو، ولا غني)؛ لما رويناه من قوله ﷺ: «لا تأكل أنت ولا رفقتك شيئاً» قاله للأسلمي.

(وليس عليه غيره)؛ لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات، بخلاف الواجب على ما ذكرناه.

(وتقلّد بدنة التطوع والمتعة والقران)؛ لأنه دم نسك، وفي التقليد إظهاره.

(لا غيرها) من دم الإحصار والجنايات؛ لأن الستر أليق بهما. والله أعلم.

*　　*　　*

(مَسَائِلُ منثورةٌ)

شهدُوا أَنَّ هَذَا الْيَوْمَ الَّذِي وقفَ فِيهِ يَوْمُ النَّحْرِ.. بطلت.

وَلَو شهدُوا أَنَّهُ يَوْمُ التَّروِيَةِ.. صحَّت.

وَمن تركَ الْجَمْرَةُ الأُولى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي؛ فَإِن شَاءَ.. رَمَاهَا فَقَط.

وَالْأَولَى أَن يَرْمِيَ الْكُلَّ.

(مسائل مثورة)

(**شهدوا أن هذا اليوم الذي وقف فيه يوم النحر.. بطلت**) شهادتهم وصحت حجتهم استحساناً؛ لأنها شهادة على النفي فلا تقبل، ولأن الاحتراز عن الخطأ غير ممكن، والتدارك متعذر، وفي الأمر بالإعادة حرج بيّن، فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه، بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية على ما سيأتي.

ولو وقع هذا الغلط في العيد بأن صلوها، فظهر أنهم صلوها بعد الزوال.. فعن أبي حنيفة فيه ثلاث روايات:

في رواية: لا يخرجون فيهما من الغد؛ لأنه في الفطر: فات الوقت، وفي الأضحى: فاتت السنة.

وفي رواية أخرى عنه: أنهم يخرجون فيها من الغد للعذر.

وفي أخرى عنه: يخرجون في الأضحى لبقاء وقته، ولا يخرجون في الفطر لفوات وقته.

(**ولو شهدوا أنه**)؛ أي: اليوم الذي وقف فيه (**يوم التروية.. صحت**) شهادتهم وعليهم الإعادة لإمكان التدارك بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة.

(**ومن ترك الجمرة الأولى في اليوم الثاني؛ فإن شاء رماها فقط**)؛ لأنه لاقى المتروك في وقته ولم يترك إلا الترتيب بين الثلاث، وذلك ليس بلازم.

(**والأولى: أن يرمي الكل**)؛ لرعاية الترتيب.

وَمَن نذرَ أَن يحجَّ مَاشِياً.. يمشي مِن بَيتِهِ حَتَّى يطوفَ للزِّيارةِ.

وَقِيل: مِن حَيْثُ يُحرمُ؛ فَإِن ركبَ.. لزمَه دمٌ.

حَلَالٌ اشْترى أَمَةً مُحرمَةً بالإذنِ.. فَلَهُ أَن يُحلِّلَها: ....

وقال الشافعي: لا يجزئه ما لم يعد الكل؛ لأنه ﷺ رماه مرتباً، فلا يكون غيره مشروعاً؛ كما إذا سعى قبل الطواف، أو طاف قبل الوقوف، أو بدأ بالمروة قبل الصفا.

قلنا: إن كل جمرة قربةٌ مقصودة بنفسها، ولا تبعية، ولا ترتيب معتبر بينها، بخلاف السعي؛ لأنه تابع للطواف فلا يعتبر قبله.

والسعي بين الصفا والمروة: قربة واحدة شرعت بدايتها بالصفا وختمها بالمروة بالنص، فلا يجوز تغييره.

وإنما قلنا: رمي الكل أولى؛ لفعله ﷺ مرتباً، وهو غاية ما يدل عليه فعله.

(**ومن نذر أن يحج ماشياً.. يمشي من بيته حتى يطوف للزيارة، وقيل: من حيث يحرم**)، والأصح: هو الأول، على ما في «الزَّيْلَعِيّ»؛ لأنه هو المراد في العرف.

(**فإن ركب.. لزمه دم**)؛ لأنه التزم القربة بصفة الكمال؛ لأن المشي أشق على النفس.. فيجب عليه الإيفاء كما التزم، وبالركوب يدخله نقص بترك الواجب.. فيلزمه الجابر.

فإن قيل: هذا نذر لا نظير له في الشرع، [٣٣٢/أ] ومن شرط صحة النذر: أن يكون له نظير في الشرع.. فلا يعمل بموجبه.

قلنا: له نظير في الشرع؛ لأن أهل مكة ومن حولها لا تشترط في حقهم الراحلة، بل يجب المشي على قدر منهم، ولو ركب.. أراق دماً، على ما صرح به في «الزَّيْلَعِيّ».

(**حلال اشترى أمة مُحرِمة بالإذن**) من مولاها (**فله**)؛ أي: للمشتري (**أن يحللها**) بالجماع أو بغيره، على ما في بعض نسخ «الجامع الصغير».

بقصِّ شعرٍ، أَو قَلمِ ظُفرٍ قبلَ الْجِمَاع.

وقال زفر: ليس له أن يحللها أصلاً؛ لأن هذا عقد سبق ملكه، فلا يقدر نقصه؛ كما إذا اشترى جارية منكوحة.

قلنا: إن المشتري قائم مقام البائع، وقد كان للبائع أن يحللها، فكذا للمشتري، إلا أنه يكره للبائع ذلك؛ لما فيه من خلف الوعد، وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري، بخلاف النكاح؛ لأنه ما كان للبائع فيه أن يفسخ إذا باشرت بإذنه، فكذا لا يكون ذلك للمشتري أيضاً.

والأولى أن يحللها (بقص شعر أو قلم ظفر قبل الجماع)؛ تعظيماً لأمر الحج. والله أعلم.

* * *

الفهرس

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء الثالث

النكاح، الرضاع، الطلاق

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري
(ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـب العلميـة - بيـروت

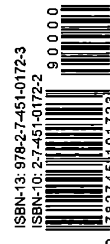
Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages	(11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء)	**عدد الصفحات**
Size	17x24 cm	**قياس الصفحات**
Year	2017 A.D. - 1438H.	**سنة الطباعة**
Printed in	Lebanon لبنـان	**بلد الطباعة**
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	**الطبعة**

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon, Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

(كتاب النكاح)

(كتابُ النِّكَاحِ)

هُوَ عقدٌ يَرِدُ على ملكِ الْمُتْعَةِ قصداً.

(كِتَابُ النِّكَاح)

لما فرغ من العبادات.. شرع في المعاملات، وقدم النكاح من بينها؛ لأنه أقرب منزلة من العبادات؛ لأن فيه مصالح الدين والدنيا، وقد اشتهرت الآثار في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه، وله معنى لغوي وشرعي:

أما اللغوي: فقال في «المغرب»: أصل النكاح الوطء، ثم قيل للتزوج: نكاح مجازاً؛ لأنه سبب للوطء المباح، وقولهم: النكاح: الضم، مجاز أيضاً، إلا أن هذا من باب تسمية المسبب باسم السبب، والأول بالعكس منه. انتهى.

وقيل: إنه حقيقة في الضم مجاز في العقد والوطء.

وقال في «المصباح»: ويؤيده أنه لا يفهم العقد إلا بقرينة؛ نحو: نكح في بني فلان، ولا يفهم الوطء إلا بقرينة؛ نحو: نكح زوجته، وذلك من علامات المجاز.

وفي الشرع: (**هو عقد يرد على ملك المتعة قصداً**).

واعلم: أن للنكاح علة:

فاعلية: وهي المتعاقدان.

ومادية: وهي الإيجاب والقبول.

وصورية: وهي ارتباط المادة ارتباطاً شرعياً.

وغائية: وهي ملك المتعة؛ أي: حل استمتاع الزوج من الزوجة، فالمراد بالعقد ههنا: مجموع الارتباط والمرتبطَين؛ لأن الغاية تترتب على هذا المجموع، ويجوز أن يراد به: الارتباط أيضاً.

وقوله: «قصداً» احتراز عن عقد يملك به المتعة ضمناً كالبيع والهبة؛ لأن المقصود فيهما ملك الرقبة لا المتعة.

وَيجبُ عِنْدَ التَّوقانِ.

وَيكرهُ عِنْدَ خوفِ الْجورِ.

وَيُسنُّ مؤكَّداً حَالَةَ الِاعْتِدَالِ.

وَيَنْعَقدُ: بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ، ....

(**ويجب عند التوقان**)؛ أي شدة الاشتياق؛ لأن التحرز عن الزنا واجب، وما لا يتم الواجب المطلق إلا به.. فهو واجب.

(**ويكره عند خوف الجور**) بأن لا يقدر على إيفاء حقوق الزوجية.

(**ويسن مؤكداً حالة الاعتدال**) حتى قالوا: إن الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلي للعبادة؛ لقوله ﷺ: «من كان على ديني ودين داود وسليمان وإبراهيم عليهم السلام.. فليتزوج؛ فإن لم يجد إليه سبيلاً.. فليجاهد في سبيل الله» فجعل النكاح من الدين، وقدمه على الجهاد، وإنه ﷺ اختار لنفسه الاشتغال به، وهذا حجة على من قال: إن التخلي للعبادة أفضل من [٣٣٢/ب] النكاح.

والمراد بالاعتدال ههنا: حالة القدرة على الوطء والمهر والنفقة مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن، فلو لم يقدر على واحد من الثلاثة، أو خاف واحداً من الثلاثة.. فليس معتدلاً، فلم تكن سنة في حقه كذا في «البحر».

(**وينعقد**) بيان للارتباط المذكور؛ أي: يحصل شرعاً (**بإيجاب وقبول**) معنى الإيجاب: هو الإثبات، ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين: إيجاباً؛ لأنه يثبت للآخر خيار القبول؛ فإذا قبل.. يسمى كلامه قبولاً، ولهذا سمي المتأخر قبولاً.

فإن قيل: قد مر أن الإيجاب والقبول كل منهما جزئي النكاح والباء تدخل على الآلة، فينافي الجزئية.

أجيب: بأن الباء ليست للاستعانة، بل للملابسة تدخل على الأجزاء، ولو سلم ذلك.. فمعناه في الحقيقة أنه يحصل شرعاً بارتباط الإيجاب والقبول ارتباطاً شرعياً، فالباء داخلة بين الحصول والتحصيل، ومن البيّن: أن الثاني سبب للأول.

كِلَاهُمَا بِلَفْظ الْمَاضِي، أَو أَحدهمَا؛ كزوِّجني، فَقَالَ: زوَّجتُ،...............

وفي «النهاية» عن بدر الورسكي: النكاح عبارة عن معنى شرعي يثبت في المحل، وقولنا زوجت وتزوجت: آلة انعقاد ذلك المعنى، وقوله: «بالإيجاب والقبول» يشير إلى هذا المعنى؛ لأن الباء تدخل على الآلة. انتهى.

ثم أشار إلى شرط هذا الانعقاد بقوله: (**كلاهما بلفظ الماضي**)؛ مثل: زوجت وتزوجت، (**أو أحدهما**) بلفظ الماضي والآخر بلفظ الاستقبال (**كزوجني**) وهو مستقبل؛ لأن الأمر طلب الفعل في المستقبل، وهذا إيجاب؛ لأن لفظ الأمر في النكاح إيجاب كما في الطلاق، حتى إذا قالت المرأة: طلقني على ألف، فقال الزوج: طلقت.. يكون بائناً بلا توقف على قول المرأة: «قبلت»، وكذلك في الخلع والكفالة بالنفس أو بالمال.

ولو قال الرجل: اكفل لي بنفس فلان أو بما لي عليه، فقال الرجل: كفلت به.. تمت الكفالة بلا توقف على القبول.

(**فقال**) الآخر: (**زوجت**) وهو قبول.

ويجوز أن يكون أحدهما مضارعاً والآخر ماضياً أيضاً، على ما في «قاضي خان»؛ حيث قال: يكون النكاح على وجه الاستقبال: بأن يقول الرجل للمرأة: أتزوجك على كذا، فتقول المرأة: قبلت.

أو يكون بلفظ الأمر بأن يقول الرجل: زوجيني نفسك مني بكذا، فتقول: زوجت.

وإنما شرط لفظ الماضي؛ لأن النكاح إنشاء تصرف شرعي.. فلا يعرف إلا من قبل الشرع، والشرع قد استعمل الموضوع للأخبار الماضوية لغة في الإنشاءات؛ ليدل على التحقق والثبوت فينعقد به، وهذا المعنى موجود فيما إذا كان أحدهما ماضياً فقط أيضاً؛ لأن قوله: «زوجيني» توكيل وإنابة، وقولها: «زوجتك» قبول وامتثال لأمره.. فينعقد به النكاح؛ لأن الواحد يتولى طرفي النكاح؛ لأن حقوق

وَإِن لم يعلمَا مَعْنَاهُمَا.

النكاح ترجع إلى الزوجين، والعاقد سفير محض، بخلاف البيع؛ حيث لا ينعقد بقوله: «بعني»، فقال: «بعتك» ما لم يقل قبلت أو اشتريت؛ لأن البيع لا يتولى الواحد طرفيه.

فإن قيل: لو كان هذا توكيلاً.. لما اقتصر على المجلس.

أجيب: بأنه توكيل [٣٣٣/أ] في ضمن الأمر بالفعل، فيكون قبوله بتحصيل الفعل في المجلس؛ فإذا قام قبل الفعل.. فقد قام قبل القبول، فيبطل.

(**وإن لم يعلما معناهما**)؛ أي: معنى لفظهما؛ سواء كان عربياً أو فارسياً، وسواء علما بأن لفظهما مما ينعقد به النكاح أو لا؛ لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يشترط لأجل القصد والإرادة، فكل عقد يستوي فيه الهزل والجد.. لا يشترط فيه العلم بمضمونه؛ كالطلاق والعتاق والتدبير والنكاح، بخلاف البيع ونحوه.

وأما الخلع.. فاختلفوا فيه:

قال بعضهم : إذا لم يعرف معنى اللفظ ولم يعلم أن هذا لفظ الخلع فيما بين الناس.. لا يصح الخلع على الصحيح.

وقيل: ينبغي أن يقع الطلاق، ولا يبرأ الزوج عن المهر ونفقة العدة فيما إذا خولعت على مهرها ونفقة عدتها، كذا في «قاضي خان».

وقال في «خزانة الفتاوى»: ولو عقد عقد النكاح بلفظ لا يفهمان كونه نكاحاً، هل ينعقد؟

اختلف المشايخ:

قال بعضهم: ينعقد، وقال بعضهم: لا ينعقد.

وقال في «الخلاصة»: لُقِّنت المرأة: «زوجت نفسي من فلان» بالعربية - وهي لا تعرف أيّ شيء هذا - وقبل فلان، وذلك بمحضر من الشهود، والشهود يعلمون أو لا يعلمون.. صح النكاح كالطلاق، وقيل: لا يصح كالبيع. انتهى.

وَلَو قَالَ: (دادي أَو پذيرفَتم) فَقَالَ: (داد أَو پذيرفت) بِلَا مِيم.. صَحَّ كَبيع وَشِرَاء.

ولو قال عند الشهود: (مَاذِن شويم).. لَا ينْعَقد.

وفي «البزازية»: والفتوى على أنه يصح، وهل ينعقد نكاح المكره؟

ففي «الفتاوى»: أنه ينعقد.

(ولو قال: دادي أو پذيرفتم، فقال: دادا أوپذيرفت بلا ميم.. صح)؛ أي: إذا قيل للمرأة: خوبشتن ترا بذني بفلان دادي، فقالت في جوابه: داد، ثم قيل للآخر: پذيرفتى، وقال پذيرفت بلا ميم.. يصح النكاح، وإن لم يقولا دارم وپذيرفتم مع ميم، والاحتياط أن يقولا بالميم، على ما في «المضمرات».

(كبيع وشراء)؛ أي: إذا قيل للبائع: فروختي، فقال: فروخت، ثم قيل للمشتري: خريدي، فقال: خريد.. يصح البيع وإن لم يقولا فروختم خريدم.

(ولو قال عند الشهود ماذن شويم.. لا ينعقد)؛ لأنه إقرار بالنكاح، والإقرار: إخبار عن أمر متقدم، ولم يتقدم النكاح.. فلا يصح الإخبار ، وكذلك إذا أقرا ببيع لم يكن، ثم أجاز.. لم يجز.

وعن «منتخب الفتاوى الصغرى»: أنه لا يكون نكاحاً عند البعض.

وقال في «قاضي خان»: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد.. لا يكون نكاحاً، وإن أقرت المرأة أنه زوجها وأقر الرجل أنها امرأته.. يكون ذلك نكاحاً، ويضمن إقرارهما بذلك إنشاء النكاح بينهما، بخلاف ما إذا أقر بعقد لم يكن؛ لأن ذلك كذب محض، وهذا كما قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل لامرأته «ليست لي بامرأة» ونوى به الطلاق.. يقع ويجعل كأنه قال: لست لي بامرأة؛ لأني قد طلقتك.

ولو قال: «لم أكن تزوجها» ونوى به الطلاق.. لم يقع؛ لأن ذلك كذب محض لا يمكن تصحيحه.

وَإِنَّمَا يَصحُّ بِلَفْظِ: نِكَاحٍ، وتزويجٍ، وَمَا وضع لتمليكِ الْعينِ فِي الْحَال؛ كَبيعٍ وَشِرَاءٍ وَهبةٍ وَصدقَةٍ وتمليكٍ.. ....

(وإنما يصح) النكاح بعد تحقق سائر الشروط **(بلفظ نكاح، وتزويج، وما وضع لتمليك العين في الحال كبيع وشراء)** بأن يقول: بعتك نفسي أو بعتك ابنتي بكذا، وقال الآخر: اشتريتك بكذا.

وقال بعض مشايخنا: إنه لا ينعقد بها كما قال الشافعي، [٢٣٣/ب] والصحيح: ينعقد على ما في «الكشف».

(وهبة وصدقة وتمليك) بأن قال: «تصدقت، ووهبت، وملكت، وجئتك خاطباً، وجعلت نفسي لك»، وكذا لو قال: «كوني امرأتي بمائة»، فقبلت، أو: «أعطيتك مائة على أن تكوني امرأتي» فقبلت، أو: «صرت لي امرأة، أو صرت لك زوجاً» فقبلت.. كان نكاحاً على ما في «البزازية».

وهل يشترط فيه النية أو لا؟

قالوا: إنها لا تشترط لصحته مطلقاً، سواء كان بالصريح من ألفاظه؛ كلفظي النكاح والتزويج، أو بكنايته مما وضع لتمليك العين، وسواء ذُكر معه مهر أو لم يذكر، لكن ذكر السرخسي: أنه إن ذكر معه مهر.. لم يحتج إلى النية؛ لعدم اللبس، وإن لم يذكر.. يحتاج إلى النية.

والصحيح: أنه لا يحتاج إليها مطلقاً، ولكنه شرط في الهبة أن يطلب الزوج منها هبة، حتى لو طلب منها التمكن من الوطء، فقالت: وهبت نفسي منك، وقبل الزوج.. لا يكون نكاحاً على ما في «المحيط» و«الكشف» و«التلويح». هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يصح بغير لفظ النكاح والتزويج؛ لأن غيرهما من الألفاظ المذكورة ليست بموضوعة للنكاح، ولا سبيل إلى المجاز لعدم المناسبة؛ لأن التزويج والنكاح للتلفيق والضم، ولا تلفيق ولا ضم بين المالك والمملوكة، وبين

الموهوب له والموهوبة، حتى لا يراعى فيها إلا مصالح المالك والموهوب له، بخلاف النكاح؛ فإنه يراعى فيه مصالح المتناكحين.

قلنا: الثابت بالنكاح: هو ملك المتعة، وما ثبت بما وضع لتمليك العين: هو ملك الرقبة، وهو سبب لملك المتعة، والسببية من أقوى علامات المجاز.. فوجد المناسبة، ولأن النكاح والتزويج لا يدلان على الملك لغة، وتلك تدل عليه لغة، فكانت أولى منهما، وإنما يصح بهما النكاح مع عدم دلالتهما على الملك لغة؛ لكونهما علمين لهذا العقد في عرف الشرع، ولا يجب في الأعلام رعاية المعنى اللغوي، ولأن النكاح بلفظ الهبة انعقد في حق النبي ﷺ لقوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾.. الآية، فكذا ينعقد في حق غيره أيضاً؛ لأن المجاز لا يختص بحضرة الرسالة.

فإن قيل: يختص به؛ لقوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾.

قلنا: الخلوص والاختصاص في الحكم لا في اللفظ؛ أي: صحة النكاح بالهبة مع عدم وجوب المهر مخصوصة لك، وأما في غيرك.. فالمهر واجب.

فإن قيل: إن ملك العين متى ورد على ملك النكاح.. أفسده، فكيف يثبت النكاح بهذه الألفاظ الدالة على إفساد النكاح؟

أجيب عنه في «النهاية»: بأن قال: إن ملك الرقبة لا يفسد ملك المتعة من حيث إنه يحرم وطء امرأته عليه، ولكن من حيث إن في ملك الرقبة إبطال مالكية المرأة؛ فإن للمنكوحة ضرب ملك على الزوج في موجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل... وغيرها، فعند ورود ملك الرقبة.. يصير الرجل مالكاً محضاً، والأمة مملوكة محضة، ونحن لم نجعل هذه الألفاظ كناية [٣٢٤/أ] عن النكاح إلا من حيث إنه سبب لملك المتعة إذا ثبت حقيقة، ومن هذا الوجه: لا يبطل بحقيقة ملك الرقبة، فلم يكن بينهما منافاة، فصلح للاستعارة. انتهى.

لَا بِإِجَارَةٍ وإِعارةٍ وَإِبَاحَةٍ وَوَصِيَّةٍ.

وإليه أشار في «الأسرار» أيضاً.

(لا بإجارة)، وعن الكرخي: أنه ينعقد بها؛ لأن المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة، وإن جعل في حكم العين، ولأن الله تعالى سمى العوض أجراً في قوله تعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، وهذا يدل على أن النكاح بمنزلة الإجارة، والصحيح: ما في الكتاب؛ لأن الإجارة لا تنعقد شرعاً إلا مؤقتة، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبداً.. فكان بينهما تناف، فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر، لكن هذا إذا كان الآجر غير المرأة؛ بأن يقول الأب: أجرتك بنتي بكذا.

وأما إذا كانت المرأة نفسها آجرة.. فينبغي أن ينعقد إجماعاً - على ما في «الزيلعي» - لأنه حينئذ يفيد ملك الرقبة.

(وإعارة) خلافاً للكرخي أيضاً، والصحيح: ما في الكتاب؛ لما ذكرناه.

(وإباحة) وإحلال؛ لأنهما لا يوجبان الملك أصلاً؛ لأن من أباح لغيره طعاماً أو أحل له.. لا يملكه، وإنما يتلفه على ملك المبيح.

(ووصية)؛ لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت، فيكون مؤقتاً فينافي النكاح، وهذا في الوصية المطلقة بأن قال: أوصيت لك بابنتي، وفي الوصية المقيدة بما بعد الموت بأن قال: أوصيت بابنتي لك بعد موتي.

وأما: «أوصيتك بابنتي في الحال».. ينعقد؛ لأنه تمليك للحال، كذا في «الزيلعي» و«قاضي خان».

وكذا لا ينعقد بلفظ التمتع والإجازة - بالزاي المعجمة - والرضاء والإبراء والوديعة ونحوها؛ لعدم إفادتها الملك.

واختلف في لفظ السَّلَم، قيل: ينعقد، وقيل: لا.

وكذا اختلف في لفظ الصرف والقرض، وكذا في لفظ الجُعل، والصحيح: أنه ينعقد به على ما في «الزيلعي».

وَشُرِط:

سَماعُ كلٍّ مِنَ الْعَاقِدَين لفظَ الآخرِ.

وهل ينعقد النكاح بالتعاطي؟

فيه خلاف: قال في «البزازية» عن صاحب «الهداية» في امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند الشهود، فلم يقل الزوج شيئاً، لكن أعطاها المهر في المجلس: أنه يكون قبولاً، وأنكره صاحب «المحيط»، وقال: لا، ما لم يقل بلسانه قبلت، بخلاف البيع؛ لأنه ينعقد بالتعاطي، والنكاح لخطره لا، حتى يوقف على الشهود، وبخلاف إجازة نكاح الفضولي بالفعل، لوجود القبول ثمة. انتهى.

وقالوا: كل لفظ لا ينعقد به النكاح.. يحصل به الشبهة، حتى يسقط به الحد ويجب مهر الأقل من المسمى ومهر المثل بالدخول بها.

(**وشُرِط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر**)؛ حتى لو سمع أحدهما دون الآخر.. لم يصح النكاح كما في سائر العقود؛ لأن عدم سماع أحدهما بمنزلة غيبته، ثم السماع أعم من أن يكون:

حقيقياً؛ كما إذا كان المتعاقدان حاضرين، حتى لو كتب أحد الحاضرين «تزوجتك»، فكتبت: «قبلت».. لم ينعقد النكاح.

أو يكون **حكمياً** كما إذا كان المتعاقدان غائبان، فكتب رجل وأشهد جماعة، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة فقرأته عندهم فقبلت.. ينعقد به النكاح؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر.

وفي «الخلاصة»: قال محمد: إذا كتب إليها ليخطبها فزوجت [٣٣٤/ب] نفسها منه.. كان صحيحاً، والأصل في ذلك: أن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر، إلا أن الكتاب من الغائب مع الخطاب من الحاضر يفترقان من وجه؛ فإن الحاضر إذا خطبها، فلم تجبه في مجلس الخطاب وأجابته في مجلس آخر.. لا يصح النكاح، وإذا بلغها الكتاب وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في ذلك

وَحُضُورُ حُرَّيْنِ، ....

المجلس، وإنما زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمع الشهود كلامها وما في الكتاب أيضاً.. يجوز النكاح.

وإذا بلغها الكتاب فقالت: زوجت نفسي من فلان، وكان ذلك بمحضر من الشهود.. لا ينعقد النكاح وإن بلغه الخبر، وأجاز عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط انعقاد النكاح، فالشهود وإن سمعوا كلامها.. لم يسمعوا كلام الزوج.

ولو قرأت الكتاب على الشهود، أو قالت: إن فلاناً كتب إلي يخطبني فاشهدوا أني قد زوجت نفسي منه.. صح النكاح.

وإذا أرسل إليها رسولاً.. فالحر والعبد والصغير والكبير والعدل والفاسق في ذاك سواء؛ لأن الرسالة تبليغ عبارة المرسل. انتهى.

وهكذا ذكره في «فتح القدير»، وقال نقلاً عن «المصفى» هكذا: هذا إذا كان المكتوب بلفظ التزوج، وأما إذا كان بلفظ الأمر كقوله: زوجي نفسك مني.. لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب؛ لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة. انتهى.

(و) شرط أيضاً (**حضور حرين**)؛ أي: عند العقد لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بالشهود».

فإن قيل: كيف يجوز تخصيص عموم قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ بخبر الواحد.

قلنا: إنه حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول، على ما ذكره في «المبسوط»، فيجوز الزيادة بمثله على الكتاب، ولأن الكتاب عام خص منه المحرمات، فيجوز بعده تخصيصه بخبر الواحد، وهذا حجة على مالك وابن أبي ليلى وعثمان البتي في اشتراطهم الإعلان دون الشهود، حتى لو أعلنوا بحضور الصبيان والمجانين.. صح.

أَو حُرٍّ وحُرَّتَينِ، مكلَّفَينِ، مُسلمَينِ إِن كانتِ الزَّوْجَةُ مسلمةً، سَامِعَينِ مَعاً لَفْظَهمَا، ....

ولو أمر الشهود أن لا يعلنوا العقد.. لم يصح؛ لقوله ﷺ: «أعلنوا النكاح ولو بالدف».

قلنا: الإعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة.

وإنما اعتبر الحرية؛ لأن العبد لا شهادة له؛ لعدم الولاية؛ قناً أو مدبراً أو مكاتباً.

(أو حر وحرتين) فيه إشارة إلى أن وصف الذكورة ليس بشرط، خلافاً للشافعي بناء على أصله: أن شهادة النساء في غير المال وتوابعه غير مقبوله عنده، على ما سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى، وإلى أن شهادة النساء وحدهن لا تجوز. على ما في «الخلاصة».

(مكلفين) فيه إشارة إلى اشتراط العقل والبلوغ؛ لأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الولاية؛ لعدم نفوذ قولهما على الغير، فلا تقبل شهادتهما.

(مسلمَين إن كانت الزوجة مسلمة)؛ لأنه لا شهادة للكافر على المسلم؛ لعدم ولايته عليه لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾.

وفي «البزازية»: والأصل ههنا: أن من صلح في النكاح ولياً بنفسه.. صلح شاهداً فيه [٣٣٥/أ] كالأعمى، والأخرس الذي يسمع، والفاسق، والمحدود في القذف، والمغفل.. لا العبد والكافر والصبي والمجنون والمكاتب.

وزاد عليها في «الخلاصة»: شهادة المدبرين والنساء وحدهن والنائمَين.

(سامعين معاً لفظهما)؛ أي: لفظ المتعاقدين.

وفي «الخلاصة»: إذا تزوج امرأة بالعربية والزوج والمرأة يحسنان العربية.. والشهود لا يعرفون العربية.. اختلف المشايخ فيه، قال في «المحيط»: الأصح: أنه ينعقد.

وعن محمد: إذا تزوج امرأة بشهادة هنديين لم يفهما ولم يمكنهما أن يعبرا.. لم يجز، وهذا خلاف الأصح.

وفي «النوازل» عن محمد أيضاً: إن أمكنهما أن يعبرا ما قالا.. جاز.

وسماع كل من العاقدين كلام الآخر شرط، ولا يشترط سماع الشاهدين كلامهما، حتى لو حضرا وهما أصمَّان.. ينعقد النكاح بحضرتهما؛ لأن الشرط: حضور الشهود دون السماع.

وعامة المشايخ قالوا: لا يجوز، وشرطوا السماع. كذا في «البزازية».

وهل يشترط معرفة الشهود المرأة ورؤية وجهها؟

ففي «الخلاصة»: امرأة وكَّلت رجلاً بأن يزوجها من نفسه، فقال الوكيل: اشهدوا أني قد تزوجت فلانة من نفسي:

إن لم يعرف الشهود فلانة.. لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها.

وإن عرف الشهود فلانة وعرفوا أنه أراد به تلك المرأة.. يجوز وإن لم يذكر أباها وجدها. كذا في «الفتاوى».

وفي «قاضي خان» عن الخصاف: رجل طلب من امرأة أن يجعل أمرها في النكاح في يده ليزوجها من نفسه على صداق كذا ففعلت، فقال الوكيل بمحضر من الشهود: زوجت من نفسي امرأة جعلت أمرها في النكاح بيدي على كذا من الصداق، وهو كفؤ المرأة.. فإنه يجوز هذا النكاح.

وقال شمس الأئمة الحلواني: هذا قول الخصاف؛ أما على قول مشايخنا ومشايخ بلخ: لا يجوز ما لم يذكر اسمها ونسبها، ثم قال شمس الأئمة: إن خصافاً كان كبيراً في العلم يجوز الاقتداء به.

وفي «فتاوى البقالي»: إذا لم ينسبها الزوج ولم يعرفها الشهود.. وسعه فيما بينه

فَلَا يَصِحُّ إِن سمعا مُتَفَرِّقِين.

وبين ربه، ولو لم ينسبها إلى أبيها وجدها.

أخوها قال: «زوجت أختي» - ولم يسمها - وله أخت واحدة، أو سماها إذا كانت له أختان.. جاز، وهذا إذا كانت المرأة غائبة؛ فإن كانت حاضرة متنقبة ولم يعرفها الشهود، فقال: تزوجت هذه المرأة، وقالت: زوجت.. جاز، هو المختار، والاحتياط أن يكشف وجهها أو يذكر أباها وجدها حتى يكون متفقاً عليه فيقع الأمن من أن يرفع إلى قاضٍ يرى فدلَّ نُصَيْرٍ أنه لا يجوز.. فيبطل النكاح.

هكذا ذكره في «الخلاصة»، ثم قال: ولو قال: اشهدوا أني قد تزوجت المرأة التي في هذا البيت، وقالت المرأة: قبلت، فسمع الشهود مقالتها ولم يروا شخصها؛ **إن كانت المرأة في البيت وحدها**.. جاز النكاح، **وإن كان معها غيرها**.. لا يجوز، وعلى هذا لو وكلت المرأة رجلاً فسمع الشهود قولها ولم يروا شخصها. انتهى.

لا بد أن يحمل مراده في مسألة الوكالة على القضاء، وإلا.. فرؤية الشهود شخص الموكلة ليس بشرط في جواز الوكالة، ولا في جواز النكاح.

ولو أنكرت المرأة التوكيل.. فلا بد للشهادة [٣٣٥/ب] من تمييز، والتمييز لا يكون إلا برؤيتها.

(**فلا يصح إن سمعا متفرقين**)؛ وذلك:

بأن عقدا بحضور واحد، ثم بعد غيبته عقدا بحضور آخر.

أو بأن عقدا بحضورهما في مجلس واحد فسمع أحدهما دون الآخر، فأعاد العقد في ذلك المجلس فسمعه الآخر دون الأول.

أو بأن عقدا بحضورهما في مجلس واحد فسمع أحدهما كلام الزوج والآخر كلام المرأة، ثم أعيد العقد فسمع كلام المرأة من سمع كلام الزوج وسمع كلام الزوج من سمع كلام المرأة.

والأصل هنا: أنهما عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان. كذا في

وَجَازَ كَونُهُمَا: فاسقَين، أَو محدودَين فِي قذفٍ، ....

«البزازية»، حيث قال: وفي «الفتاوى»: تزوج بشهادة رجلين، فسمع أحدهما ولم يسمع الآخر، فأعاد الكلام فسمع الآخر لا الأول.. لا يجوز، وهذا نص على أن سماعهما كلامهما معاً شرط.

ثم نقل عن «المنتقى»: لا يجوز إذا كان العقدان في مجلسين بوجود إشهاد فرد على كل عقد، ولو كان في مجلس.. جاز عند محمد.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز حتى يسمعا معاً. كذا في «الخلاصة».

ثم اشتراط سماع الشاهدين كلام العاقدين اختيار عامة مشايخنا على ما ذكرناه.

واختار بعض مشايخنا: أن الشرط حضور الشاهدين لا سماعهما، حتى لو عقدا عند أصمين أو نائمين.. صح، ومنه قالوا: لو برهنت امرأة على رجل أنه تزوجها أو على العكس، وقضى به القاضي ولم يكن تزوجها.. حل له وطؤها، ولها تمكينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لما روي: أن رجلاً أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدي علي رضي الله عنه، فقضى علي بذلك، فقالت المرأة: إن لم يكن لي منه بد.. فزوجني إياه، فقال علي رضي الله عنه: «شاهداك زوَّجاك».

وهل يصح النكاح بلا إذن القاضي، أم لا بد من إذنه؟

قالوا: يصح، ولا حاجة إلى إذنه، لكنه ممنوع من جهة السلطان خوفاً عن التزوير والفساد.

ومع هذا: لو عقدوا بلا إذن القاضي.. ينعقد؛ كما أفتى به مشايخ الإسلام.

قلت: ينبغي أن يعذر الناكح بلا إذن القاضي إن احتمل التزوير، وإلا.. فلا.

(**وجاز كونهما فاسقين أو محدودين في قذف**) من قبيل التخصيص بعد التعميم لنكتة سيأتي ذكرها.

وفيه خلاف الشافعي، وهو يقول: إنه لا ينعقد بحضرة الفاسقين؛ لأن الشهادة من باب الكرامة، والفاسق من أهل الإهانة.

أَو أعميَيْنِ، أَو ابْنِي الْعَاقِدَينِ، أَوِ ابْنَي أَحدِهمَا.

وَلَا يظْهرُ بِشَهَادَتِهِمَا عِنْدَ دَعْوَى الْقَرِيبِ.

قلنا: إنه من أهل الولاية على نفسه، فيكون من أهل الشهادة أيضاً؛ لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه.. لا يحرم على غيره أيضاً - أنه من جنسه - ولأنه أهل للإمامة الكبرى، ومن ضرورة كونه أهلاً لها.. أن يكون أهلاً للقضاء، فيلزمه منه أن يكون أهلاً للشهادة؛ لأنهما من واد واحد.

فإن قيل: فعلى هذا: ينبغي أن تقبل شهادة المحدود في قذف كالفاسق؛ لأنه أهل الولاية لها كالفاسق.

قلنا: ليس المراد من الصلاحية للشهادة ههنا.. صلاحية الإمام، بل المراد صلاحية التحمل للشهادة، والفائت من المحدود في قذف: هو الأداء لا صلاحية التحمل، وهو لا يستلزم صحة الأداء.

(**أو أعميين**) أو نائمين أو سكارى يذكرونه بعد الصحو. كذا في «الأشباه».

(**أو ابني العاقدين أو ابني أحدهما**)؛ أي: يصح النكاح بسماعهما كلام العاقدين وإن لم يصح الأداء.

حتى لو نكحها بحضور [٢٣٦/أ] ابني الزوج فادعى.. لم تقبل شهادة ابنيه له، وإن ادعت هي.. تقبل شهادتهما لهما.

وإن نكحها عند ابني الزوجة؛ فإن ادعت.. لا تقبل شهادتهما لها، وإن ادعى.. تقبل، والنكاح صحيح في جميعها.

وصورة شهادة ابني العاقدين: بأن وقعت الفرقة بينهما، ثم تزوجا بحضور ابنيهما.

(**ولا يظهر**)؛ أي: النكاح عند القاضي (**بشهادتهما**)؛ أي: بشهادة ابني أحد الزوجين، حتى لا يحكم بالمهر وغيره (**عند دعوى القريب**)؛ لتهمة القرب؛ فإذا عقدا بحضور ابني الزوج.. لم تقبل شهادتهما له، وإن بحضور ابني المرأة.. لا تقبل

وَصَحَّ تَزوِيجُ مُسلمٍ ذِمِّيَّةً عَند ذمِّيينِ، خلافاً لمُحَمدٍ، وَلَا يظْهرُ بِشَهَادَتِهِمَا إِنِ ادَّعَت.

وَمن أَمرَ رجلاً أَن يُزَوّجَ صغيرَتَهُ فَزَوَّجهَا عِنْدَ رجلٍ.. صَحَّ؛ إِن كَانَ الْأَبُ حَاضراً، وَإِلَّا.. فلَا.

شهادتهما لها، وإن بحضور ابنهما.. لا يقبل شهادتهما لهما، وإنما صح النكاح فيها؛ لأن صحته مبنية على تحمل الشهادة - وقد وجد ذلك - لا على أدائها عند القاضي.

(**وصح تزويج مسلم ذمية عند ذميين، خلافاً لمحمد**) وزفر؛ لأن سماع كلام العاقدين في النكاح شهادة، ولا شهادة للكافر على المسلم، فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة، وشرط انعقاده سماع الشاهدين شطري العقد ولم يوجد، فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: إن الشهادة في النكاح إنما شرطت لإثبات ملك المتعة على المرأة لإثبات المهر، وكل ما كان كذلك.. فهو شهادة عليها، فالشهادة في النكاح: شهادة عليها، فكانت من قبيل شهادة الذميين على ذمية، وذلك جائز، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام المسلم.. فإنه حينئذ لم يكونا شاهدين على العقد.

(**ولا يظهر**)؛ أي: النكاح عند القاضي (**بشهادتهما**)؛ أي: بشهادة ذميين (**إن ادعت**) الذمية على المسلم؛ لأن شهادة الكافر على المسلم لا تجوز، وتقبل على الذمية.

(**ومن أمر رجلاً أن يزوج صغيرته فزوجها عند رجل.. صح إن كان الأب حاضراً**)؛ لأن الأب يجعل مباشراً، ويكون المأمور شاهداً لاتحاد المجلس، والوكيل في باب النكاح: سفير محض.

(**وإلا.. فلا**) يصح؛ لأنه عند غيبة الأب.. يختلف المجلس، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً، فلا ينتقل كلام الوكيل إلى الأب فيبقى الرجل وحده شاهداً، وبالشاهد الواحد لا ينعقد النكاح.

وَكَذَا لَو زَوَّجَ الْأَبُ بَالِغَته عِنْدَ رجلٍ؛ إِن حضرت.. صَحَّ، وَإِلَّا.. فَلَا.

(وكذا لو زوج الأب بالغته)؛ أي: بأمرها (عند رجل) واحد (إن حضرت) البالغة (.. صح، وإلا.. فلا)؛ لأنها لو كانت حاضرة.. جعلت البالغة مباشرة والأب مع الرجل يصير شاهداً، بخلاف ما إذا لم يكن.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن من أمكن جعله مباشراً حقيقة.. يجعل مباشراً حكماً، وإلا.. فلا، ولهذا جعل؛ كزوج واطئ حكماً بالخلوة الصحيحة، ما لم يكن عاجزاً عن الوطء حقيقة أو شرعاً لعذر، وكذا الجاهل بالأحكام في دار الإسلام جعل عالماً تقديراً؛ لتمكنه من التحصيل، بخلاف ما إذا كان في دار الحرب.

ولهذا: لو زوجت المرأة ابنتها البالغة برضاها بحضرة رجل وامرأة.. جاز بحضورها، وإن كانت غائبة.. لم يجز؛ لما ذكرناه.

وإن كانت البنت صغيرة.. لم يجز، سواء كانت حاضرة أم لا؛ لعدم الانتقال؛ كالأب إذا زوج الصغيرة بحضرة رجل واحد.

ومن هذا: لو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة فعقد الوكيل [٣٣٦/ب] بحضرة رجل واحد أو امرأتين؛ فإن كان الموكل حاضراً.. جاز، وإلا.. فلا.

وكذا لو وكلت امرأة رجلاً أن يزوجها فعقد بحضرة رجل أو امرأتين.. جاز إن كانت هي حاضرة، وإلا.. فلا.

ولو وكل رجلاً أن يزوج عبده فزوج الوكيل العبد امرأة بشهادة رجل أو امرأتين والعبد حاضر.. لا يجوز؛ لأن العقد لا ينتقل إليه لعدم التوكيل من جهته.

وإن أذن لعبده أن يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل آخر معه، قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز؛ لأنه وكيل تنتقل عبارته إلى المولى، فيكون كأنه زوجه بشهادة رجل واحد.

قالوا: هذا ليس بصواب؛ لأنه مخالف لأصل أصحابنا؛ فإن أصلهم: أن العبد يتصرف بأهلية نفسه، والإذن فك الحجر وليس بتوكيل، ولا ينتقل إلى المولى فيصلح شاهداً.

ولو زوج المولى عبده البالغ امرأة بحضرة رجل واحد والعبد حاضر معه.. صح؛ لأن المولى يخرج من أن يكون مباشراً فينتقل إلى العبد، والمولى يصلح أن يكون شاهداً.

وإن كان العبد غائباً.. لم يجز، وعلى هذا: الأمة البالغة.

وقال المرغيناني: لا يجوز، ففي المسألة روايتان، كذا في «الزيلعي».

* * *

(فصلٌ في الْمُحرَّمَاتِ)

يَحرمُ على الرَّجلِ: أُمُّهُ وجدَّتُهُ، وَإِن عَلَتْ.

وبنتُهُ وَبنتُ وَلَدِهِ، وَإِن سفلت.

(فصل في المحرمات)

أي: في بيان من يحرم نكاحه بالنسبة إلى بعض بني آدم.

وأسباب الحرمة تسعة أنواع:

١- القرابة.

٢- والمصاهرة.

٣- والرضاع.

٤- والجمع.

٥- وملك اليمين.

٦- والشرك.

٧- وتقديم الحرة على الأمة.

٨- وقيام حق الغير من نكاح أو عدة.

٩- والطلقات الثلاث.

وسيأتي بيان كل منها:

• **فالأول** تسعة أنواع.

فأشار إليه بقوله: (**يحرم على الرجل:**

١- **أمه ٢-وجدته**): أم الأم وأم الأب، (**وإن علت**)، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ والجدات: أمهات؛ لأن الأم: هي الأصل لغة، فدل على حرمتها دلالة، وعليه انعقد الإجماع.

(٣- **وبنته ٤- وبنت ولده، وإن سفلت**)؛ لما تلوناه؛ لأن بنات الولد بنات له.

وَأُخْتُهُ.

وبنتُها وبنتُ أَخِيهِ، وَإِن سفلتا.

وَعَمَّتُهُ وخالَتُهُ.

وَأُمُّ امْرَأَتِهِ مُطلقاً.

(٥- **وأخته**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَٰتُكُمْ﴾ وهن أصناف: الأخت لأب وأم، والأخت لأب، والأخت لأم؛ إذ الأختية: عبارة عن المجاورة في صلب أو رحم، فكان الاسم حقيقة في الكل، فكان الأصناف الثلاثة من متناولات النص.

(٦- **وبنتها**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ شامل للأصناف الثلاثة المذكورة.

(٧- **وبنت أخيه**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ﴾ شامل للأصناف الثلاثة أيضاً (**وإن سفلتا**) لعموم ما تلوناه.

(٨- **وعمته ٩- وخالته**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَمَّـٰتُكُمْ وَخَـٰلَـٰتُكُمْ﴾، سواء كانتا: لأب وأم، أو لأب، أو لأم.

وكذا يحرم عليه: عمات الآباء والأجداد، وعمات الأم والجدات، وإن بعدن.

وكذا يحرم عليه: خالات الآباء والأمهات نكاحاً ووطئاً ودواعيه، كذا في «حاوي القدسي». هذا ما يتعلق بالنوع الأول.

• ثم أشار إلى **النوع الثاني**؛ وهو أربعة أنواع بقوله: (١- **وأم امرأته مطلقاً**)؛ أي: دخل بها أو لم يدخل بعد أن نكحها نكاحاً صحيحاً؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾، ولما روي: «نكاح البنات.. يحرم الأمهات»، وهو المروي عن: ابن عباس وعمران بن حصين وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ويدخل في [٣٣٧/أ] الأم: الجدات على ما ذكرناه.

وقال محمد بن شجاع وبشر الموسى ومالك: إن أم الزوجة لا تحرم بمجرد النكاح ما لم يدخل بها، وهو المروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهم لقوله

وَبنتُ امْرَأَةٍ قَدَ دخلَ بهَا.

تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ ذكر أمهات النساء وعطف عليهن الربائب، ثم أعقبها بذكر الشرط - وهو: الدخول - فينصرف الشرط إليهما، وهو الأصل في الشرط، فتتقيد حرمتهما بالدخول.

قلنا: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ مطلق عن الدخول، وهو كلام تام منفصل عما بعده، فلا يتعلق به، وهو الأصل.

وقولهم: «ينصرف الشرط إليهما وهو الأصل».

قلنا: ذلك في الشرط الاصطلاحي، وأما في الصفة المذكورة في آخر الكلام.. فالأصل فيها: أن تنصرف إلى ما يليها فإنك إذا قلت: جاء زيد وعمرو العالم.. تقصر الصفة على المذكور آخراً، على أنه لا يجوز أن تكون صفة لهما هنا؛ لأن العامل في: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ الإضافة، وفي: ﴿نِّسَآئِكُمُ﴾ حرف الجر، ولو كان صفة لهما.. لزم توارد العاملين المختلفين على معمول واحد - أعني: الصفة - لأن العامل في الموصوف هو العامل في الصفة.

وفي «الخلاصة» عن «الأصل»: أم المرأة حرام على الرجل، وتحرم بنفس العقد، والدخول ليس بشرط، حتى لو تزوج امرأة - أي: نكاحاً صحيحاً - وطلقها قبل الدخول.. ليس له أن يتزوج بأمها، وكذا لو ماتت المرأة قبل الدخول بها، ويحل له أن يتزوج بابنتها في الوجهين.

وإنما قيدنا النكاح ب-«الصحيح»؛ لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول، حتى لو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، ثم تركها.. له أن يتزوج أمها على ما في فصل النكاح الفاسد من «الخلاصة».

(٢- **وبنت امرأة قد دخل بها**)؛ لثبوت قيد الدخول بالنص فيما تلوناه.

والمراد بالدخول في النص: الجماع، على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الكشاف» وكذا المراد به في قول المصنف وسائر مشايخنا ههنا، ويدل عليه قوله ﷺ «وطء الأمهات يحرم البنات»، وكذا المراد بالدخول في قوله ﷺ: «من تزوج امرأة حرمت عليه أمها؛ دخل بها أو لم يدخل، وحرمت عليه بنتها إن دخل بها» بمعنى الوطء؛ بقرينة ما رويناه؛ لأن بعض النصوص يفسر بعضاً، ولا يضره عموم الدخول في قوله: «دخل بها أو لم يدخل» تأمل.

وإنما أطلقه ليشمل ما كانت في حجر الزوج وما لا تكون فيه، وقيدُ الحجر فيما تلوناه خرج مخرج العادة - فإن العادة أن تكون البنات في حجر زوج أمها - لا مخرج الشرط، ولهذا اكتفي في موضع الإحلال بنفي الدخول في قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، ولو كان الحجر شرطاً.. لما اكتفى به.

فإن قيل: يجوز أن تكون علة الحرمة مجموع الدخول والحجر، ثم تنتفي الحرمة بانتفاء أحد جزأي العلة، فلا يكون ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول دليلاً على أن الحجر ليس بشرط في الحرمة.

قلنا: نعم، إن الحكم المتعلق بالشرطين ينتفي بانتفاء أحدهما، لكن لا نسلم أن الحرمة ههنا متعلقة بالشرطين؛ [٣٣٧/ب] لأن العادة في أمثاله في مقام النفي: نفي الجزئين معاً، أو نفي العلة مطلقاً؛ فإنه لا يقال انتفى حرمة الربا بانتفاء جزء العلة؛ أعني: الجنسية أو القدر، بل يقال: انتفى لانتفاء الجنس والقدر، أو يقال: لانتفاء العلة مطلقاً، وفيما نحن فيه: لما اكتفى بنفي المعين؛ أعني: الدخول.. علم أنه هو المناط وحده.

ويدخل في البنات: بنات أولاد المرأة وإن سفلن، على ما في «الحاوي».

والخلوة بالمنكوحة هل هي كالدخول بها حتى تحرم البنت؟

ففي مسائل الخلوة من «الخلاصة» عزوا إلى «الأجناس»: إذا خلا بامرأته وهو محرم بحجة فرض أو نافلة أو في صوم رمضان، ثم طلقها.. له أن يتزوج بابنتها.

وقال أبو يوسف: لا يحل له أن يتزوج إذا طلق الأم، ثم قال: وجملته: أن الخلوة توجب كمال المهر والعدة وثبوت النفقة والنسب والسكنى في هذه العدة، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها والأمة ما دامت العدة باقية، ولا توجب الإحصان والإباحة للزوج الأول، وفي تحريم البنت عليه بعد الخلوة بالأم.. اختلفت الروايات. انتهى.

ومراده بالخلوة ههنا: هي الخلوة الصحيحة، وسيأتي بيانها في باب المهر إن شاء الله تعالى.

قال ابن شحنة في «شرح المنظومة»: إن الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطء في اثني عشر حكماً:

الأول: حرمة البنات؛ فإنه لا يحرم بنات المرأة عليه بالخلوة الصحيحة التي تصادقا على عدم الوطء فيها.

ثم استشكل، وقال: وعندي في هذا نظر؛ لأنهم بالخلوة أوجبوا العدة، والعدة إنما شرعت لصون الماء واستبراء الرحم؛ لما أن الخلوة قائمة مقام الوطء، وهو المعلق به التحريم في الآية؛ ولأنهم أثبتوا حرمة الزوجة لمسه ابنته منها وهو يظنها الأم التي هي زوجته.

والخلوة لا تخلو عن مس أو تقبيل غالباً وإن خلت عن الجماع، اللهم إلا أن تحمل الخلوة على الخلوة المجردة عن المس بشهوة، فصار الحاصل أن الخلوة المجردة عن الوطء والمس بشهوة والتقبيل.. لا تقوم مقام الوطء.

والثاني: حرمة الميراث؛ يعني: أنها لا ترثه بالخلوة إذا مات وهي في العدة، وقيل: ترثه.

والثالث: الإحصان؛ يعني: لا يصير بذلك محصناً، ولا محصنة.

والرابع: أنها لا تحل لمن طلقها قبله ثلاثاً.

والخامس: لا يسقط حقها من حبس نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر المتعارف «التعجيل».

والسادس: أنه لا يراجعها في العدة.

والسابع: أنه لو طلقها في العدة.. فقد قيل: لا يقع، وقيل: يقع.

والثامن: عدم وجوب الغسل.

والتاسع: بقاء الخيار في العنين - ومن بمعناه - عند مضي السنة قرانه لا يسقط بها.

والعاشر: عدم وجوب الكفارة عليه لو كانت في رمضان.

والحادي عشر: لا يكون فيئاً في الإيلاء، ولا يحنث في يمينه بها، ولا يقيد بها، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يطأ.. يقع الطلاق البائن.

والثاني عشر: أن العبادات التي تصدر عن الزوج في الخلوة إذا كانت مما يبطل بالجماع.. لا تبطل، وتكون صحيحة كالإحرام والصوم والاعتكاف [٣٣٨/أ].

هذا وأما الأحكام التي تقوم الخلوة مقام الوطء.. فهي عشرة على ما ذكره في «شرح المنظومة»:

الأول: لزوم كمال المهر المسمى أو المثل.

والثاني: ثبوت النسب.

والثالث: وجوب النفقة.

والرابع: لزوم السكنى فيها.

والخامس: وجوب العدة.

وَامْرَأَةُ أَبِيهِ، ....

والسادس: حرمة نكاح أختها في العدة.

والسابع: مراعاة وقت الطلاق في حقها.

والثامن: حرمة نكاح أربع سواها في عدتها.

والتاسع: حرمة نكاح الأمة عليها في مدة العدة من طلاق بائن.

والعاشر: أنه لو عقد عليها بعد ذلك والحال أنها بكر.. فإنما يعقد عليها كما يعقد على الثيبات، حتى لا يكتفى بضمانها في الإذن.

هذا، وصرح في «البزازية» خلاف العاشر؛ حيث قال: إنها تتزوج كالأبكار.

(**٣- وامرأة أبيه**) - أعم من منكوحته نكاحاً صحيحاً - دخل بها الأب أو لا؛ لثبوت الحرمة هنا بنفس العقد بالإجماع، ولا يشترط الدخول على ما في «الخلاصة».

ومن موطوءته أيضاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾؛ فإن النكاح فيه أعم من العقد الصحيح ومما يفضي هو إليه من الوطء ودواعيه - كالقبلة والمس بشهوة - وعليه انعقد الإجماع.

وأما العقد الفاسد.. فلا يثبت به الحرمة قبل الدخول بها؛ لكونه سبباً للوطء، فلا يصح إقامته مقام الوطء كما في العقد الصحيح، فيجوز نكاح امرأة ابنه بالنكاح الفاسد قبل الوطء، وكذا يجوز نكاح بنت مزنية أبيه، كما جاز له نكاح بنت مزنية ابنه، على ما وقع عليه الفتوى.

وحرمة المصاهرة إنما تمنع نكاح مزنية أبيه أو ابنه على ما سيأتي.

ولو اشترى جارية من ميراث أبيه.. يحل له وطؤها حتى يعلم أن الأب وطئها.

ولو كان لرجل جارية، وقال: وطئتها.. لا يحل لابنه وطؤها.

وَإِن علا.

وَامرأةُ ابْنِهِ، وَإِن سفلَ.

وَالْكلُّ رضَاعاً.

ولو كانت في غير ملكه.. يحل لابنه أن يطأها، إلا أن يصدق أباه، كذا في «شرح النقاية» للشمني.

والمراد بالأب هنا: أعم من النسب والرضاع، على ما سيأتي.

(**وإن علا**) من أجداده لعموم الأب فيما تلوناه وللإجماع أيضاً.

(**٤- وامرأة ابنه وإن سفل**)؛ أي: نسباً أو رضاعاً، دخل بها الابن أو لا.

وكذا يحرم نكاح أمة ابنه التي وطئها الابن، على ما في محرمات «قاضي خان».

وكذا يحرم عليه نكاح مزنية ابنه، ولا يحرم امرأة ربيبه، على ما وقع عليه فتاوى مشايخ الإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾، والمراد بالابن: الفرع، فيتناول حليلة ابن الابن وابن البنت، وذكر الأصلاب ليس لإحلال حليلة الابن من الرضاع؛ لأنه «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**»، بل لإحلال حليلة الربيب ولإسقاط اعتبار التبني، هذا ما يتعلق بالمصاهرة.

- ثم شرع في بيان **النوع الثالث** بقوله: (**والكل رضاعاً**)؛ أي: يحرم عليه جميع من تقدم ذكره من الرضاع؛ كما يحرم من النسب والصهرية، لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾، ولقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فيحرم عليه أمه وبنته وأخته وعمته وخالته وأم امرأته وبنتها، كلها رضاعية.

وكذا يحرم عليه البنات [٣٣٨/ب] الرضاعية لأخته الرضاعية، وبنات النسبية لأخته الرضاعية، وبنات الرضاعية لأخته النسبية.

على ما في «شرح الوقاية».

وَالْجمعُ بَينَ الْأُخْتَيْنِ نِكَاحاً ....

وكذا البنات الرضاعية لأخيه الرضاعي، والبنات النسبية لأخيه الرضاعي، والبنات الرضاعية لأخيه النسبي، وكذا يحرم عليه امرأة الابن والأب الرضاعيين، وكذا يحرم عليه أم أخيه الرضاعي، والبنت الرضاعية لمزنيته.

• وشرع في بيان **النوع الرابع** بقوله: **(والجمع بين الأختين)** من جهة النسب أو الرضاع. على ما في «العناية».

(نكاحاً)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾، ولقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر.. فلا يجمعن ماءه في رحم أختين»، ولأن الجمع بينهما إذا كانا من النسب.. يفضي إلى قطيعة رحم، وعليه انعقد الإجماع.

وفيه إشارة: إلى أن الجمع بين الأختين لا يتصور في عدة الوفاة.

ولهذا قال في «الخلاصة»: إذا ماتت امرأة الرجل فتزوج بأختها بعد يوم.. جاز، وكذا في «الفتاوى»، فظهر فساد ما في «شرح النقاية» للقهستاني عزوا إلى «النتف» من أن عدة الوفاة تمنع جمع الأختين أيضاً.

قال في «النتف»: وأما العدة في جميع الفرق كلها - من قبل الرجل أو المرأة، في طلاق رجعي أو بائن، واحدة كان الطلاق أو ثنتين أو ثلاثاً، في نكاح صحيح أو فاسد أو شبهة، أو وطء صحيح أو فاسد أو بشبهة، أو عدة وفاة أو غير ذلك - فإنها تمنع نكاح الغير، ولا تمنع نكاح الذي تعتد منه، إلا أن تكون حرمت عليه بثلاث إن كانت حرة، وثنتين إن كانت أمة. انتهى.

ولا يخفى عليك أن مراده: بيان أن العدة مطلقاً - وفاة أو غيرها - تمنع نكاح تلك المرأة إلى الغير، لا بيان أنها تمنع الجمع على ما ظنه القهستاني.

وكما لا يجوز الجمع بين الأختين نكاحاً ولو في عدة أحدهما.. كذلك لا يجوز الجمع بين امرأة وبنت أختها.

قال في «الحاوي القدسي»: يحرم الجمع في النكاح بين امرأتين لو قدر واحدة

وَلَو فِي عدَّةٍ مِن بائنٍ أَو رَجْعِيٍّ، أَو وطئاً بملكِ يَمِينٍ.

فَلَو تزوَّجَ أُخْتَ أَمَتِهِ الَّتِي وَطِئَهَا.. لَا يطأ وَاحِدَةً مِنْهُمَا..........

منهما ذكراً والأخرى أنثى.. لم يحل النكاح بينهما، وكذا لا يجوز أن يتزوج أحدهما في عدة الأخرى. انتهى.

(ولو) كان النكاح **(في عدة من بائن أو رجعي)**؛ وقال الشافعي: إن كانت العدة عن طلاق بائن - وهو عنده: إنما يكون بالمال - أو بالثلاث.. يجوز لانقطاع النكاح بالكلية.

قلنا: إن النكاح الأول قائم من وجه؛ لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع من الخروج والتزوج والفراش حتى يثبت نسب ولدها منه، فيكون جمعاً من وجه، فيحرم احتياطاً.

(أو وطئاً بملك يمين) لما تلوناه ورويناه، وهذا مذهب علي رضي الله عنه أخذه عامة مشايخنا.

وقال عثمان رضي الله عنه: يجوز الجمع وطئاً؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾.

قلنا: إنها خصت بما تلوناه، وقد قال علي رضي الله عنه: أحلتهما آية وحرمتهما آية، فالأخذ بالمحرم أولى احتياطاً، وفيه إشارة إلى ما في «الخلاصة» عن الإمام النسفي: رجل وطئ أخت امرأته.. لا تحرم عليه امرأته. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: إذا وطئ الرجل أخت امرأته بشبهة.. تجب العدة على الموطوءة وما لم تنقض عدتها.. لا يحل له أن يطأ المنكوحة. انتهى.

فظهر من هذين النقلين أن وطء أخت امرأته لا يوجب حرمة المصاهرة.

(فلو تزوج [١/٣٣٩] **أخت أمته التي وطئها)**، أو قبلها بشهوة، على ما في كراهية «الخلاصة» **(.. لا يطأ واحدة منهما)**، ولا يمس، ولا يقبل، ولا ينظر بشهوة إلى فرج

حَتَّى يُحرِّمَ الْأُخْرَى.

وَلَو تزوَّج أُخْتَيْنِ فِي عقدَين، ....

واحدة منهما؛ لأنه لو وطئ أمته الموطوءة قبله.. لزم الجمع وطءاً؛ لأن المنكوحة موطوءة حكماً.

ولو وطئ المنكوحة.. يلزم الجمع أيضاً - وهو ظاهر - فلا يطأ واحدة منهما.

وأما لو كانت الأمة غير موطوءة له قبل النكاح.. فيجوز وطء المنكوحة؛ لعدم الجمع حينئذ؛ لأن المملوكة ليست موطوءة حكماً كالمنكوحة، ولهذا قيد الأمة بالموطوءة.

(**حتى يحرم الأخرى**) ببيع المملوكة، أو تزويجها، أو الهبة والتسليم، أو الإعتاق، أو الكتابة، أو بتطليق المنكوحة؛ فإنه بعد تحريم الأخرى على نفسه بأحد هذه الأسباب.. يجوز وطء الباقي في ملكه؛ لوجود المقتضي وزوال المانع.

ولا يخفى عليك: أن هذا ينزع إلى تخصيص العلة والمخلص معروف.

(**ولو تزوج أختين في عقدين**) قيّد به؛ لأنه لو تزوجهما في عقد واحد.. يكون النكاح باطلاً للجمع بينهما نكاحاً، فلا يستحقان شيئاً من المهر، ولا عدة عليهما قبل الدخول، وإن دخل بهما.. وجب لكلٍّ الأقلُّ من المسمى ومن مهر المثل - كما هو حكم النكاح الفاسد - وعليهما العدة.

قال في «الخلاصة»: الواجب في النكاح الفاسد: الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن كان هناك تسمية، وإن لم يكن.. يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، وإنما يجب ذلك بالجماع في القبل، ولا يجب بالخلوة والمس عن شهوة والتقبيل والوطء في الدبر.

ولو جاءت بالولد إلى ستة أشهر في النكاح الفاسد.. ثبت النسب.

وستة أشهر: من وقت النكاح.

وعند محمد: من وقت الوطء، وعليه الفتوى.

وَلم تعلمِ الأُولى.. فُرِّقَ بَينَهُ وَبَينهمَا، ....

أما بالخلوة الصحيحة والفاسدة في النكاح الفاسد.. لا تجب العدة وكمال المهر. انتهى.

وقيد في «المحيط» بطلان نكاحهما بأن لا تكون أحدهما مشغولة بنكاح الغير أو عدته، حتى لو كانت مشغولة بهما.. صح نكاح الفارغة؛ لعدم تحقق الجمع بينهما نكاحاً؛ كما لو تزوجت امرأة زوجين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع نسوة.. فإنها تكون زوجة للآخر؛ لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هي لا تحل لأحدهما. انتهى.

(**ولم تعلم الأولى**) قيد به؛ لأنها لو علمت.. بطل نكاح الثانية، وله وطء الأولى، إلا أن يطأ الثانية.. فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية؛ كما لو وطء أخت امرأته بشبهة.. حيث تحرم عليه امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة.

وفي «فتح القدير» عن «الكامل»: لو زنى بإحدى الأختين.. لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة، وهذا مشكل. انتهى.

وجه الإشكال على ما في «البحر»: لا اعتبار لماء الزاني، ولذا: لو زنت امرأة برجل.. لم تحرم عليه وجاز له وطؤها عقيب الزنا.

(**فرق بينه وبينهما**)؛ لأن نكاح إحداهما باطل قطعاً، ولا وجه إلى:

- التعيين؛ لعدم الأولوية.

- ولا إلى: تصحيحه في إحداهما، **لا بعينها**؛ لعدم الفائدة؛ إذ لا يحل القربان للزوج أصلاً ولتضررهما لبقائهما معلقة بلا بعل، **ولا مطلقة**؛ فتعين التفريق.

وإذا أراد أن يتزوج إحداهما بعد التفريق.. فله ذلك إن كان التفريق قبل الدخول، وإن كان بعده.. فليس له ذلك حتى تنقضي عدتها [٣٣٩/ب].

وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى.. فله أن يتزوج بالمعتدة دون الأخرى كي لا يكون جامعاً بينهما، وإن دخل بإحداهما.. فله أن يتزوجها دون الأخرى ما لم

تنقض عدتها؛ لأن عدتها تمنع التزوج بأختها.

وإن انقضت عدتها.. جاز له التزوج بأيهما شاء؛ لعدم المانع.

فإنْ قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسيها؛ حيث يؤمر بالتعيين، بل يفارق كلاهما؟

أجيب: بإمكانه هناك لا هنا؛ لأن نكاحهنّ كان متيقن الثبوت، فله أن يدعي نكاح من شاء بعينه منهن تمسكاً بما كان متيقناً، ولم يثبت نكاح واحدة منها ههنا بعينها.. فدعواه حينئذ تمسك بما لا يتحقق ثبوته، وهل هذا التفريق طلاق أو فسخ؟

ففي «فتح القدير»: الظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلاق واحد.

واعلم: أن المراد بالأختين ههنا: أعم مما كانتا نسباً ومما كانتا رضاعاً، لما في «البحر» عن «الذخيرة».

ولو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة ووكل رجلاً آخر بمثل ذلك، فزوجه كل واحد منهما امرأة - وهما أختان من الرضاع - ووقع العقدان منهما معاً.. فهما باطلان؛ لأن عبارة الوكيل في باب النكاح منقولة إلى الموكل؛ فإذا خرج الكلامان معاً.. صار كأن الموكل خاطبهما بالنكاح معاً، فلو لم يوكلهما، وإنما كانا فضوليين ووقعا معاً.. فللزوج أن يجيز نكاح أحدهما.

ولو خرج إيجاب الأختين معاً بأن قالت كل واحدة منهما لرجل: زوجت نفسي منك بكذا، وخرج الكلام منهما معاً فقبل الزوج نكاح إحداهما.. فهو جائز؛ لعدم الجمع من الزوج، وأما من الأختين؛ فلأن كل واحدة زوّجت نفسها على حدة، ولا ولاية لإحداهما على صاحبتهما حتى ينقل كلام كل إلى أخرى.

وَلَهُمَا نصفُ مهرٍ.

ولو بدأ الزوج فقال: تزوجتكما كل واحدة منكما بألف، فقالت إحداهما: رضيت، وأبت الأخرى.. فنكاحها باطل؛ لوجود الجمع في الخطاب بينهما في إحدى شطري العقد. انتهى.

(**ولهما**)؛ أي: لهما معاً (**نصف مهر**)؛ لأنه وجب للأولى نصف المهر؛ لأن نكاحها صحيح وقد طلقت قبل الدخول، ولكن لم يتعين الأول للجهل بها، فينصرف إليهما، فينصف بينهما.

قالوا: لا بد ههنا من أربعة قيود:

أحدها: أن يكون المهر مسمى في العقد، فلو لم يكن مسمى.. وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر.

والثاني: أن يكون مهراهما متساويين؛ إذ لو كانا مختلفين جنساً أو قدراً.. يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها.

والثالث: أن يكون التفريق قبل الدخول؛ إذ لو كان بعد.. يجب لكل واحدة منهما المهر كاملاً؛ لأنه استقر بالدخول، فلا يسقط منه شيء.

والرابع: أن تدعي كل واحدة منهما أنها الأولى، ولا بينة لهما.

أما إذا قالتا: لا ندري أي النكاحين أول.. لا يقضى لهما بشيء؛ لأن المقضي له مجهول وهو يمنع صحة القضاء؛ كمن قال لرجلين: لأحدكما علي ألف.. لا يقضى لأحدهما بشيء، إلا أن تصطلحا بأن تتفقا على أخذ نصف المهر منه.. فيقضى لهما به، وهذا القيد الرابع زاده أبو جعفر الهندواني، وهو حسن يدفع به ما روي عن أبي يوسف: [٣٤٠/أ] أنه لا يجب لهما شيء لجهالة المقضي له.

وما روي عن محمد أيضاً: أنه يجب المهر كاملاً بينهما نصفين.

قال في «الزيلعي»: وكل ما ذكر من الأحكام بين الأختين.. فهو الحكم بين من لا يجوز جمعه من المحارم.

وَالْجمعُ بَينَ امْرَأَتَيْنِ لَو فرضتَ إِحْدَاهمَا ذكراً.. تحرمُ عَلَيْهِ الْأُخْرَى.

(**والجمع**) عطف على الجمع السابق؛ أي: ويحرم الجمع نكاحاً أو وطءاً (**بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكراً.. تحرم**) نسباً أو رضاعاً (**عليه**)؛ أي: على من يفرض ذكراً (**الأخرى**)؛ يعني: يُحرِّم نكاحُ إحدى هاتين المرأتين وعدَّتُها مطلقاً نكاحَ الأخرى منهما ووطئها ملكاً.

وكذا يُحرِّمُ وطء إحداهما ملكاً وطء الأخرى منهما نكاحاً وملكاً، لا نكاحها على ما سبق في الأختين.

فعلى هذا: لا يجوز الجمع بين امرأة وعمتها، وخالتها، وعمة أمها، وخالة أمها، وعمة أبيها، وخالة أبيها، وبنت أخيها، وبنت أختها، ولا بين امرأتين كل منهما عمة للأخرى أو خالة للأخرى.

صورة العمتين: أن يتزوج كل من الرجلين أم الآخر فولد لكل منهما بنت.. فتكون كل واحدة من البنتين عمة للأخرى.

وصورة الخالتين: أن يتزوج كل واحد من الرجلين بنت الآخر فولد لكل منهما بنت.. فتكون كل واحدة منهما خالة للأخرى.

وقال عثمان البتي وداود الظاهري: يجوز الجمع بين المحارم كلها غير الأختين؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾.

ولنا: ما رواه مسلم متفرقاً والترمذي مجموعاً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها»، وأن النبي ﷺ نهى الجمع بين عمتين وخالتين؛ ولأن الجمع بينهن يفضي إلى قطيعة الرحم، والكتاب عام خص منه بنته وعمته من الرضاع والمشركة، فيجوز تخصيصه بعده بخبر الواحد والقياس.

وقد يقال: إن الحديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز الزيادة به على الكتاب.

بِخِلَافِ الْجمعِ بَينَ امْرَأَةٍ وَبنتِ زَوجِهَا، لَا مِنْهَا.

وَالزِّنَا يُوجبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ.

فإن قيل: ما فائدة تكرار الحكم في الحديث حيث الجمع بين المرأة وبين عمتها عين الجمع بينها وبين ابنة أخيها ، وكذلك الجمع بينها وبين خالتها عين الجمع بينها وبين ابنة أختها؟

أجيب: بأنه إنما ذكر النهي من الجانبين لتأكيد التحريم، أو لإزالة توهم الجواز في العكس؛ لأنه لو اقتصر على قوله: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها».. لتوهم أن العكس جائز لفضيلة العمة والخالة عليها، كما يجوز إدخال الحرة على الأمة دون العكس، ولا يخفى ضعفه؛ لأن مفهوم الخلاف غير معتبر في الدرايات عندنا، والحديث في معرض الاستدلال.

(**بخلاف الجمع بين امرأة وبنت زوجها لا منها**)؛ أي: لا من تلك المرأة، بل من غيرها؛ لأنه لا قرابة بينهما، ولا رضاع.

وقال زفر وابن أبي ليلى: لا يجوز؛ لأن ابنة الزوج لو فرض ذكراً.. لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه.

قلنا: امرأة الأب لو فرض ذكراً.. جاز له التزوج بهذه الابنة، والشرط: أن يصور ذلك من كل جانب كما في الأختين نسباً أو رضاعاً.

وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي وبنته، وكذا يجوز الجمع بين امرأة وامرأة ابنها؛ لأنه لو فرض امرأة الابن ذكراً.. جاز له التزوج بتلك المرأة. هذا ما يتعلق بالجمع.

ثم أراد أن يبين أن الزنا [٣٤٠/ب] يوجب حرمة المصاهرة، فقال: (**والزنا يوجب حرمة المصاهرة**)، وقال الشافعي: لا يوجبها؛ لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور.

ولنا: أن الوطء سبب الجزئية بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد؛ لأنه جزء لكل واحد من الواطئ والموطوءة كملاً، حتى يضاف إلى كل واحد منهما، يقال:

ولد فلان وفلانة، وبواسطته يصير كل منهما جزء من الآخر، فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه، وتصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها، والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة نفسها، والوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته، حتى حل الوطء الشرعي، ولا من حيث إنه زنا؛ لأنه وصف له، بل من حيث إنه سبب للولد.. فأقيم مقامه؛ كالسفر مقام المشقة، ولا معصية في المسبب الذي هو الولد؛ لعدم اتصافه، بذلك فكذا السبب الذي قام مقامه؛ لأن الشيء إذا قام مقام غيره.. تعتبر فيه صفة أصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم، فلا يكون الوطء محظوراً من هذه الجهة، فلا يقال: «إنها نعمة لا تنال بالمحظور».

وقال في «البحر»: أراد بحرمة المصاهرة: الحرمات الأربع:

- حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعه نسباً ورضاعاً.
- وحرمة أصولها على الزاني نسباً ورضاعاً، ويحل لأصول الزاني وفروعه أصول المزني بها وفروعها. انتهى.

فظهر منه: أن الزنا إنما يوجب حرمة نكاح المزني بها على أصول الزاني وفروعه، لا حرمة أصول المزني بها وفروعها على أصول الزاني وفروعه، حتى جاز تزوج أصول الزاني وفروعه أصول المزني بها وفروعها.

وأشار بلفظ الزنا: إلى أنه لو أتاها في دبرها.. لا تثبت حرمة المصاهرة على ما اختاره بعض المشايخ.

ويثبت عند بعضهم، واختاره الأورخندي.

والأول أصح؛ لما ذكرنا: من أن الوطء سبب للجزئية بينهما بسبب الولد، وهذا لأن الوطء في الدبر لا يكون سبباً للجزئية.

قالوا: لو وطئها فأفضاها.. لا يحرم عليه أمها وبنتها؛ لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إن حبلت وعلم كونه منه.

وَكَذَا الْمسُّ بِشَهْوَةٍ مِن أحدِ الْجَانِبَيْنِ.

ثم المراد بالزنا: الوطء الحرام مطلقاً، وإنما خصه بالذكر؛ لكونه محل الخلاف المذكور؛ لأن حرمة المصاهرة ثابت بالاتفاق: بوطء المنكوحة نكاحاً فاسداً، والجارية المشتراة شراءا فاسداً، والجارية المشتركة والمكاتبة، وأمته المجوسية، وامرأته الحائض والنفساء، أو كان محرماً، أو صائماً، أو مظاهراً منها.

ولا تثبت حرمة المصاهرة بوطء المرأة الميتة، ولا بوطء الصغيرة الغير المشتهاة؛ لعدم إفضائه إلى الولد كما في الدبر، بخلاف وطء العجوز الشوهاء؛ لإمكان وقوعه؛ كما وقع لإبراهيم عليه الصلاة والسلام وزكريا عليه الصلاة والسلام.

وعن أبي يوسف: ثبوتها بوطء الصغيرة أيضاً اعتباراً بالعجوز الشوهاء.

والصبي الذي هو ابن أربع سنين إذا جامع امرأة أبيه.. لا تثبت حرمة المصاهرة على ما في «الخلاصة».

وفي «الحاوي»: إذا أدخلت المرأة ذكر النائم في فرجها.. ثبت حرمة المصاهرة ووجب الغسل [٣٤١/أ].

(**وكذا المس بشهوة من أحد الجانبين**) من الرجل والمرأة، لكنه لا بد أن يكون المس بلا حائل، حتى لو كان بينهما حائل يمنع وصول حرارة الممسوسة.. لا تثبت الحرمة، لما في «الخلاصة» قال: ولو مس امرأة مع الدرع إن كان يمنع وصول الحرارة إليه.. لا تثبت حرمة المصاهرة وإن انتشرت آلته، وإن كان رقيقاً لا يمنع.. تثبت حرمة المصاهرة.

وفي «الفتاوى الصغرى»: إذا لف ذكره بخرقة وجامعها كذلك؛ إن كانت خرقة لا تمنع وصول الحرارة إلى ذكر الرجل.. تحل المرأة على الزوج الأول، وإن كانت تمنع.. تصير كالمنديل، فلا تحل.

ولو مس شعر امرأة.. ثبت حرمة المصاهرة، وقيل: هذا إذا مس ما على الرأس؛ أما لو مس المسترسل.. لا تثبت.

ولو مس ظفرها بشهوة.. تثبت، وكذا أنفها.

ولو عضها بشهوة.. تثبت.

ولو مسته ومكنها.. تثبت.

ثم لا بد فيما إذا كان المس من جانب المرأة أن يصدقها الرجل أنها مسته بشهوة؛ لأنه لو كذبها ولم يقع في أكبر رأيه أنها فعلت ذلك عن شهوة.. ينبغي أن لا تحرم عليه أمها وبنتها، على ما في «العناية».

أطلقه فشمل: المس عمداً أو سهواً أو خطأً أو كرهاً. على ما في الزيلعي.

وفي «التنوير»: وحرم أصل مزنيته وممسوسته بشهوة وماسته، ولم يذكر القبلة، وهي: مما توجب حرمة المصاهرة أيضاً.

وفي «قاضي خان»: لو قبل امرأته.. تثبت الحرمة ما لم يظهر أنه قبلها عن غير شهوة، وفي المس ما لم يعلم أنه كان عن شهوة.. لا تثبت الحرمة؛ لأن تقبيل النساء غالباً يكون عن شهوة. انتهى.

هكذا ذكره في «البحر» نقلاً عن «الولوالجية»، ثم قال: إلا أنه قال في «الذخيرة»: وظاهر ما أطلق في بيوع «العيون» يدل على أنه يصدق في القبلة، سواء كانت على الفم أو على موضع آخر. انتهى.

وقد استفتينا: عن رجل قبل يد أم امرأته في الأعياد كما هو المعتاد بين أكثر الناس، هل تثبت الحرمة؟

وأجيب: بأنها دائرة على الشهوة، وأنه يصدق في قوله، والغالب في تقبيل الأيدي عدم الشهوة.

وفي «البزازية» عن الإمام الظهيري: على أن القبلة؛ إن على الفم والخد

وَنَظرُهُ إِلَى فرجِهَا الدَّاخِلِ.

ونظرُها إِلَى ذَكَرِهِ ....

والذقن.. لا يصدق في أنه لا عن شهوة، وفي غيره.. يصدق. انتهى.

(ونظره إلى فرجها الداخل ونظرها إلى ذكره)، وقال الشافعي: لا تثبت الحرمة بالمس والنظر مطلقاً؛ لأنهما ليسا في معنى الدخول، ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال، فلا يلحقان به.

ولنا: أنهما سببان داعيان إلى الوطء، فيقام مقامه في موضع الاحتياط.

أطلق النظر: فشمل النظر إلى الفرج الداخل والخارج، والمعتبر: هو الأول. على ما في «الهداية» و«الزيلعي».

ولا يتحقق ذلك، إلا إذا كانت متكئة، حتى قالوا: لو نظر إلى فرجها وهي قائمة أو قاعدة على الدكة.. لا تثبت الحرمة على الصحيح.

وعن أبي يوسف: النظر إلى منابت الشعر يكفي لثبوت الحرمة.

وقال محمد: لا تثبت حتى ينظر إلى موضع الشق، وهو الأصح، على ما في «الخلاصة».

ولو نظر إلى فرجها من الزجاج.. ثبت الحرمة؛ كما لو كانت [٣٤١/ب] المرأة في الماء فرأى فرجها في الماء بشهوة.

وأما لو رآها من المرآة.. لا تثبت الحرمة؛ لأن المرئي منها هو العكس لا الفرج؛ كما لو كانت المرأة قاعدة على رأس ماء فنظر رجل فرجها في الماء.. لا تثبت الحرمة على الصحيح؛ لأن المرئي من الماء هو العكس على ما في «الخلاصة».

وكذا لا تثبت الحرمة بالنظر إلى الدبر، ولو إلى موضع الوطء على ما أشار إليه بلفظ: «الفرج».

ولو نظر إلى فرج بنته من غير شهوة، فتمنى أن تكون له جارية مثلها، فوقعت له

بِشَهْوَةٍ.

الشهوة؛ إن كانت الشهوة على البنت.. تثبت حرمة المصاهرة، وإن وقعت الشهوة على ما تمناها.. لا تثبت.

(**بشهوة**) عند المس والنظر، حتى لو وجدا بغير شهوة، ثم اشتهى بعد الترك.. لا تثبت الحرمة.

وحد الشهوة في الشباب: أن تنتشر آلته أو تزداد انتشاراً إن كانت منتشرة، وهو الصحيح. على ما في «الهداية».

وفي الشيخ والعنين: ميل القلب أو زيادته. على ما في «المحيط».

ووجود الشهوة من أحدهما يكفي.

واعلم: أن حرمة المصاهرة كما تثبت بالوطء ونحوه مما ذكر.. كذلك تثبت بالإقرار بها. لما في «البزازية».

قيل له: ما فعلت بأم امرأتك؟ قال جامعتها: تثبت حرمة المصاهرة بهذا الإقرار، ولا يصدق في أنه كذب في قوله ذلك.

ويفتى بالحرمة مطلقاً فيما إذا سئل أنه قبل أم امرأته بلا قيد بالشهوة، لكنه إذا ادعى عدم الشهوة.. صدق في رواية؛ لأن الأصل فيه عدم الشهوة.. انتهى.

وفي «الخلاصة»: إن الإصرار ليس بشرط في الإقرار لحرمة المصاهرة. انتهى.

وظهر من هنا: أنه لو شتم امرأته بوطء أمها.. لم تحرم امرأته عليه؛ لأنه شتم، لا إقرار بوطء أم امرأته.

ولهذا أفتى مشايخ الإسلام في هذه المسألة بلزوم التعزير بالشتم لا بحرمة زوجته.

وهل يرتفع النكاح بثبوت حرمة الرضاع والمصاهرة؟

قالوا: لا يرتفع.

وَمَا دونَ تسعِ سِنِينَ غيرُ مشتهاةٍ، وَبِه يُفْتى.

وَلَو أنزلَ مَعَ الْمسِّ.. لَا تثبتُ الْحُرْمَةُ. هُوَ الصَّحِيحُ.

وَصَحَّ نِكَاحُ الْكِتَابِيَّةِ والصابئةِ المؤمنةِ بِنَبِيّ المقرَّةِ بِكِتَابٍ، لَا عابدةُ كَوْكَبٍ.

ففي «البزازية»: وثبوت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع لا يرفع النكاح، حتى لا تملك المرأة التزويج بزوج آخر إلا بعد المتاركة، وإن مضى عليها سنون، والوطء فيه.. لا يكون زنا، اشتبه عليها أو لا. انتهى.

(**وما دون تسع سنين: غير مشتهاة، وبه يفتى**) وبنت خمس ليست بمشتهاة بلا تفصيل، وبنت ست أو سبع أو ثمان؛ إن كانت عبلة ضخمة.. قيل: إنها مشتهاة، وإلا.. فلا.

(**ولو أنزل مع المس**) أو النظر (.. **لا تثبت الحرمة، هو الصحيح**)، على ما اختاره الإمام السرخسي وفخر الإسلام وصاحب «الهداية»؛ لأنه تبين بالإنزال أنه غير مفض إلى الوطء، وهو: المحرم.

وقال الأوزجندي: إنها تثبت الحرمة؛ لأن مجرد المس بشهوة تثبت الحرمة، فالإنزال بعده وإن لم يوجب زيادة الحرمة، لكنه لا يوجب خلافه، والصحيح هو الأول لما ذكرناه.

• (**وصح نكاح الكتابية**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾، وعن ابن عمر رضي الله عنهما: أنه لا يحل؛ لأنها مشركة لأنهم يعبدون المسيح وعزيراً وحمل المحصنات على المسلمات منهن.

قلنا: المشركة ليست من أهل الكتاب، ولهذا عطف على أهل الكتاب في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾؛ والمراد بالمحصنات: العفائف، ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما سيأتي.

(و) صح أيضاً نكاح (**الصابئة** [٢٤٢/أ]: **المؤمنة بنبي، المقرة بكتاب**)؛ أي: بالاتفاق (**لا**)؛ أي: لا يصح نكاح (**عابدة كوكب**)؛ أي: بالاتفاق أيضاً.

وَصَحَّ نِكَاحُ الْمحرمِ والمحرمةِ وَالْأمةِ الْمسلمَةِ والكتابيَّةِ وَلَو مَعَ طِوَلِ الْحرَّةِ، ....

وإنما الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في أن الصابئة من عبدة الأوثان أم لا؟

فقال أبو حنيفة: إنهم ليسوا بعبدة الأوثان، وإنما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم الكعبة.

وقالا: إنهم من عبدة الأوثان.

فعلى ما فسره أبو حنيفة يجوز نكاحهم بالإجماع، وعلى ما فسراه.. لا يجوز بالإجماع.

(**وصح نكاح المحرم والمحرمة**)، وقال الشافعي: لا يجوز؛ لقوله ﷺ: «لا ينكح المحرم» رواه مسلم.

ولنا: ما رواه البخاري ومسلم: أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم.

فإن قيل: قد روي أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال، فتعارضا.

قلنا: المراد بالحل في هذه الرواية ليس الحل الأصلي؛ لاتفاقهم على أنه ﷺ ليس في الحل الأصلي وقت نكاحه ميمونة، بل الحل العارض بعد الإحرام، فرواية أنه محرم: ناف للحل العارضي، ورواية أنه حلال: مثبت له، والنافي مقدم، على أن راوي أنه محرم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وراوي أنه حلال يزيد بن الأصم رضي الله عنه، ولا يعدل عبد الله، فالترجيح معنا؛ ولأنه عقد معاوضة، والمحرم غير ممنوع، وما رواه ضعيف، ولو صح.. فهو محمول على الوطء؛ لأنه الحقيقة؛ أي: لا يطأ المحرم، ولا تمكن المحرمة من الوطء والتذكير باعتبار الشخص.

(و) صح أيضاً نكاح (**الأمة المسلمة والكتابية، ولو مع طول الحرة**)، وقال الشافعي: لا يجوز للحر أن يتزوج أمة كتابية أصلاً، ولا أمة مسلمة عند القدرة على طول الحرة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ أباح نكاح الأمة بشرطين:

١- عدم الطول.

٢- والمؤمنة.

فإذا انتفى أحدهما.. انتفى الحل، ولأن جواز نكاحهن ضروري؛ لما فيه من تعريض مائه على الإرقاق، وقد اندفعت الضرورة بالقدرة على المسلمة وعلى طول الحرة.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾، وما تلاه: إنما يدل على الوجود عند الوجود لا على العدم عند العدم، بل هو ساكت عنه؛ لأن المفهوم غير معتبر، ولأن نكاح الأمة الكتابية - ولو مع طول الحرة - نكاح يملكه العبد فيملكه الحر أيضاً كسائر الأنكحة التي يملكها العبد، وقياسنا هذا أقوى تأثيراً من إرقاق مائه مع الاستغناء؛ لأن الحرية من صفات الكمال.. فينبغي أن يكون أثرها في الإطلاق، والاتساع في باب النكاح الذي هو من النعم، والرق من أوصاف النقصان.. فينبغي أن يكون أثره في المنع والتضييق، فاتساع الحل الذي هو من باب الكرامة على العبد وتضييقه على الحر بمنع نكاح الأمة مع طول الحرة قلبُ المشروع وعكسُ المعقول؛ لأن ما ثبت بطريق الكرامة يزداد بزيادة الشرف، ولأن إرقاق الماء دون تضييع الماء بالعزل؛ لأنه إتلاف حقيقة، والإرقاق إتلاف لصفة الحرية، مع أنه أمرٌ ربما يرجى زواله بالعتق فإذا جاز هذا.. فالإرقاق أولى.

فإن قيل: هذا امتناع عن اكتساب سبب الوجود، وفي الإرقاق مباشرة السبب على وجه يفضي إلى الهلاك.

قلنا: في التزوج امتناع من إيجاد صفة [٣٤٢/ب] الحرية، إذ الماء لا يوصف بالرق والحرية، بل هو قابل لأن يوجد منه الرقيق والحر، فتزوج الأمة امتناع عن مباشرة سبب وجود الحرية، فحين يخلق رقيقاً لا أنه ينتقل من الحرية إلى الرِّقيّة، وإن أثر الرق إنما هو في تنصيف الطلاق دون تحريم نكاحها.

ونكاحُ الحرةِ على الْأمةِ.

وَأَرْبعٌ فَقَط للْحرّ، حرائرُ أو إِماءٌ.

وَلِلْعَبْدِ ثِنْتَانِ.

ونكاحُ حبلى مِن زناً، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(و) صح أيضاً (**نكاح الحرة على الأمة**) لقوله ﷺ: «تنكح الحرة على الأمة»؛ ولأنها من المحللات في جميع الحالات، حالة الانفراد وحالة الانضمام؛ لعدم المنصف في حقها، فتعمل بإطلاق المقتضى عند عدم المانع، بخلاف العكس على ما سيأتي.

فإن قيل: فيه إرقاق مائه مع الاستغناء عنه بالقدرة على الحرة مع بقاء نكاح الأمة.

قلنا: ليس بإرقاق ابتداء، بل بقاء، وذلك لا يحرم؛ إذ ليس للبقاء ههنا حكم الابتداء.

(و) صح أيضاً نكاح (**أربع فقط للحر، حرائر أو إماء**)، ولا يجوز أكثر من ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ والنص على العدد ينفي الزيادة عليها.

فإن قيل: إن عطف ثلاث ورباع بالواو يقتضي جواز جمع تسع نساء نكاحاً على ما ذهب إليه القاسم بن إبراهيم والنخعي.

قلنا: إن الواو بمعنى «أو»، فلا تفيد الجمع، ضرورة أن القول بهذا الجمع خرق للإجماع؛ لأن الأمة اجتمعت على أنه لا يجوز أكثر من أربعة منها، والحجة عليه: ما تلوناه.

(**وللعبد ثنتان**)، وقال مالك: يجوز له أكثر من ذلك؛ لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده، حتى ملكه بغير إذن المولى.

ولنا: أن الرق منصف فيتزوج العبد اثنين والحر أربعاً؛ إظهاراً لشرف الحرية (و) صح أيضاً (**نكاح حبلى من زنا**) عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً لأبي يوسف**) قال:

وَلَا توطأ حَتَّى تضعَ حملَها، وموطوءةِ سَيِّدِهَا، أَو زَانٍ.

إنه فاسد كنكاح الحامل الذي قد ثبت نسب حملها، بجامع أن الامتناع في ثابت النسب من الحمل لحرمة الحمل، وهذا الحمل محترم أيضاً؛ لأنه لا جناية منه، ولهذا لم يجز إسقاطه.

ولهما: أنه من المحللات؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾ والامتناع في ثابت النسب ليس لحرمة الحمل، بل لحقّ صاحب الماء، ولا حرمة للزاني.

وروي عن أبي حنيفة في ثابت النسب من الحمل: أنه إن كان الحمل من حربي كالمهاجرة والمسبية.. يجوز النكاح، لكنه لا يطؤها حتى تضع حملها؛ كالحامل من الزنا، رواها أبو يوسف عنه، واعتمدها الطحاوي.

والمنع: رواية محمد عنه، واعتمدها الكرخي - وهو الأصح - على ما في «الزيلعي».

(**ولا توطأ حتى تضع حملها**) لئلا يسقي ماؤه زرع غيره.

وفي «النهاية»: ولا يباح وطؤها، ولا دواعيه، ويجب عليه نفقتها حتى تضع حملها؛ لأن المنع من جانبها.

وقيل: يحل وطؤها، ويجب عليه نفقتها لصحة النكاح.

(**وموطوءة سيدها**)؛ أي: صح نكاح أمة وطئها سيدها ما لم تكن حبلى؛ لأنها ليست بفراش لمولاها، حتى لو جاءت بولد.. لا يثبت النسب بلا دعوة؛ فإذا جاز النكاح.. لا يجب على الزوج الاستبراء، بل له أن يطأها قبل الاستبراء.

وقال محمد: لا أحب أن يطأها قبل الاستبراء؛ لاحتمال شغلها بماء المولى، فوجب التنزه صيانة لمائه كما في الشراء.

ولهما: أن الحكم بجواز النكاح [٣٤٣/أ] أمارة الفراغ، بخلاف الشراء؛ لأنه يجوز مع الشغل.

(**أو زان**)؛ أي: حل نكاح امرأة وطئها رجل بالزنا، وله أن يطأها قبل الاستبراء

وَلَو تزوَّجَ امْرَأَتَيْنِ بِعقدٍ وَاحِدٍ وَإحداهمَا مُحرَّمَة.. صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى. والمسمَّى كُلُّه لَهَا.

وَعِنْدَهُمَا: يُقسَم على مهرِ مثلِهِمَا.

عندهما، وعند محمد: يجب عليه الاستبراء، والوجه من الجانبين ما ذكرناه في الأمة الموطوءة.

(ولو تزوج امرأتين بعقد واحد وإحداهما محرَّمة) عليه بالنسب، أو الرضاع، أو عدة الغير، أو نكاحه كتزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن أو ثلاث، أو في نكاحها.

وفي «الخلاصة»: ولو جمع بين الأمة والحرة في عقد واحد: صح نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة، وهذا إذا كان يصح نكاح الحرة وحدها؛ فإن لم يصح.. فضمها إلى الأمة لا يوجب بطلان نكاح الأمة.

(.. صح نكاح الأخرى)؛ لأن المبطل في إحداهما دون الأخرى، بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع؛ لأنه ما يبطل بالشرط الفاسد، وقبول العقد في الحر شرط فيه، فيبطل العقد بسببه على ما سيأتي.

(والمسمى كله لها)؛ أي: للأخرى عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يقسم على مهر مثلهما)؛ يعني: إذا كان المسمى ألفاً ينظر إلى مهر مثليهما ويقسم المسمى عليهما، فما أصاب حصته التي لا تحل.. يسقط عن الزوج، وما أصاب حصة الأخرى.. يثبت عليه، وذلك لأنه قابل المسمى بالبضعين، وكل ما كان مقابلاً بشيئين، فإنما يلزم إذا سلما لمن قابل، ولم يسلم ههنا إلا أحدهما، فلا يلزمه إلا حصته؛ كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت إحداهما: دون الأخرى.

ولأبي حنيفة: إن ضم ما لا يحل له إلى ما يحل؛ كضم الجدار إلى المرأة في أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح، ولو فعل ذلك وسمى.. كان المسمى كله للمرأة، فكذا ههنا لمن يحل، بخلاف ما إذا خاطبها بالنكاح؛ لأنهما قد استويا في الإيجاب، حتى لو أجابتا.. صح نكاحهما جميعاً، فيثبت انقسام الألف بالمساواة في الإيجاب.

وَلَا يَصحُّ تزوُّجُ: أَمتِهِ، أَو سيِّدَتِهِ، ....

فإن قيل: إذا لم يكن محلاً للنكاح ولم تدخل تحت العقد.. ينبغي أن يحد إن دخل بها، ولا يحد عنده.

قلنا: إنما لم يحد لشبهة صورة العقد.

فإن قيل: إنه لو دخل بها.. يلزم مهر مثلها، ولا يجاوز به حصتها من المسمى، على ما نص عليه في «الزيادات».

ومقتضى هذا: كونها داخلة تحت العقد محلاً للنكاح، وإلا.. لوجب مهر مثلها بالغاً ما بلغ.

قلنا: في وجوب مهر مثلها روايتان: إحداهما: رواية «الزيادات»، وهو قولهما.

والأخرى رواية «المبسوط»، وهو الأصح، على ما في «الزيلعي»: أنه يجب مهر مثلها بالغاً ما بلغ.

وفي «الزيلعي»: وبعد تسليم رواية «الزيادات»: أن المنع من مجاوزة حصتها من المسمى يحصل بمجرد التسمية، ورضاها بالقدر المسمى لا بانعقاد العقد عليها ودخولها تحته، وذلك موجود في التي لا يحل نكاحها.

(ولا يصح تزوج أمته أو سيدته)؛ للإجماع على بطلانه، ولأن النكاح لم يشرع إلا مثمراً بثمرات مشتركة بين المتناكحين، يوجب له عليها: التمكين من نفسها وقرارها في بيته وخدمته داخل البيت، ويوجب لها عليه: المهر والنفقة والكسوة والسكنى والقسم [٣٤٣/ب]، والمملوكيةُ من كل وجه تنافي المالكية، فيمتنع ترتب الثمرة المشتركة عليه، فلا يشرع لفوات المقصود منه، ولأن المقصود من النكاح: النوال والإحسان، والمقصود من الرق: الامتهان والقهر.. فيتنافيان.

واعلم: أنه أشار بلفظ: «لا يصح» إلى أن هذه الأنكحة باطلة على ما صرح به

في «النهاية»؛ حيث قال نقلاً عن «مبسوط فخر الإسلام»: المراد من الفاسد ههنا: الباطل؛ لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي إنما يثبت الملك ضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت الملك وهو الفاسد.

فإن قيل: فإذا كان الأنكحة باطلة في باب النكاح.. فلم حكم في «الهداية» وغيرها على بعض الأنكحة بأنه فاسد؛ كنكاح الحامل من السبي ومن الزنا، وعلى بعضها بأنه باطل، كنكاح أم الولد الحامل؟

أجيب عنه: بأن كل نكاح باطل.. اختلفت الرواية في صحته وبطلانه، والمختار: بطلانه، عبروا عنه بالفاسد وإن كان باطلاً - كنكاح الحامل من الزنا؛ فإنه صحيح على رواية وباطل على أخرى، وكنكاح المسبية صحيح على رواية الحسن عن أبي حنيفة وباطل على غيرها - وكل نكاح لا رواية في صحته عبروا عنه بالباطل تنبيهاً على ذلك التفاوت، هذا الجواب هو المفهوم من «النهاية»، لكنه ذكر في «فصول الأسترونشي»: إن نكاح المحارم، قيل: فاسد فيترتب عليه الأحكام، وقيل: باطل فلا يترتب عليه الأحكام.

فظهر منه الفرق بين النكاح الفاسد والباطل كما في البيع، والباطل لا يترتب عليه الأحكام أصلاً، وهو مخالف لما ذكر في «التوضيح» و«التلويح» من أن النكاح بغير شهود باطل؛ كبيع المضامين والملاقيح، ومع ذلك يترتب عليه بعض الأحكام: من سقوط الحد، وثبوت النسب، ووجوب العدة والمهر؛ لشبهة العقد، وهي: وجود صورتة لا لصحة النكاح.

قال في «المضمرات»: والمراد بقولهم، «ولا يجوز للمولى أن يتزوج أمته»: عدم الجواز في أحكام النكاح من ثبوت المهر في ذمة المولى، وبقاء النكاح بعد العتق، ووقع الطلاق عليها وغير ذلك؛ أما إذا تزوجها تنزهاً عن وطئها حراماً على

أَو مَجُوسِيَّةٍ، أَو وثنيَّةٍ، وَلَا خَامِسَةٍ فِي عدَّةِ رَابِعَةٍ أَبَانهَا.

وَلَا أمةٍ على حرَّةٍ، ....

سبيل الاحتمال.. فحسن؛ لاحتمال أن تكون حرة، أو معتقة الغير، أو محلوفاً عليها بعتقها وقد حنث الحالف. انتهى.

وهذا ما يتعلق **بالخامس** من الأنواع التسعة المارة.

- ثم أشار إلى **السادس** بقوله: (**أو مجوسية**) لقوله ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم»؛ أي: عاملوهم معاملة أهل الكتاب في إعطاء الأمان.

(**أو وثنية**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾، وكذا لا يجوز وطؤهما بملك اليمين، على ما في «الزيلعي» لما رويناه وتلوناه؛ لأن النكاح حقيقة في الوطء، أو نقول: هو في موضع النفي، فيتناول الوطء والعقد.

(**ولا**) يصح أيضاً نكاح (**خامسة في عدة رابعة أبانها**) بواحد أو أكثر حتى تنقضي عدتها؛ لقيام حق النكاح قبل انقضائها.

هذا للحر، وأما للعبد.. فلا يجوز الثالثة في عدة الثانية، وفيه إشارة إلى ما في «الخلاصة»: لو كان له أربع نسوة [٣٤٤/أ] ماتت إحداهن فتزوج بالخامسة بعد يوم.. جاز نكاحها.

- ثم شرع في بيان النوع **السابع** بقوله: (**ولا أمة على حرة**) حراً كان الزوج أو عبداً، برضا الحرة أو لا؛ لما ذكره محمد: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تنكح الأمة على الحرة»، وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في قوله: «يجوز نكاح الأمة على الحرة للعبد» مستدلاً بأن منع الحر عنه لمانع إرقاق مائه مع الاستغناء عنه، وهذا لا يوجد في العبد؛ لأنه رقيق بجميع أجزائه.

وعلى مالك أيضاً في قوله: «يجوز في صورة رضا الحرة» مستدلاً بأن المنع لحق الحرة وقد أسقطته برضاها، وذلك لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر، ولأن

أَو فِي عِدَّتِهَا، ....

للرق أثراً في تنصيف النعمة، فأثبتنا الحل في حالة الانفراد عن الحرة دون حالة الانضمام إليها؛ يعني: إن الحل الذي بني عليه النكاح نعمة في الجانبين، وتنصيف تلك النعمة في طرف الرجال برقبة الزوج حتى ينكح العبد ثنتين نصف الأربع، وتنصيف أيضاً في طرف النساء برقبة المرأة، لكن لا يمكن إظهار التنصيف في طرفها بنقصان العدد؛ لأن المرأة الواحدة لا تحل إلا لواحد من الرجال، فيظهر التنصيف باعتبار الحال، والأحوال ثلاثة:

حال التقدم على الحرة.

وحال التأخر عنها.

والمقارنة معها في عقد واحد.

فيصح نكاحها مطلقاً حال التقدم، ولا يصح مطلقاً حال التأخر عنها، وأما حال المقارنة.. فيحتمل الصحة إلحاقاً لها بحال التقدم، ويحتمل عدم الصحة إلحاقاً لها بحال التأخر، فألحقناها حال التأخر تغليباً للحرمة.

وقد يقال ههنا: في الحقيقة حالتان: حالة الانفراد؛ أعني: حالة التقدم على الحرة، وحالة الانضمام.

وذلك بالمقارنة والتأخر، فأثبتنا الحل حالة الانفراد دون حالة الانضمام.

وفي «البحر» عن «المحيط»: لو تزوج أمة بغير إذن مولاها ولم يدخل بها، ثم تزوج حرة، ثم أجاز المولى.. لم يجز نكاح الأمة؛ لأن نكاحها ارتفع بنكاح الحرة؛ لأن الملك والحل إنما يثبت عند الإجازة، فكان للإجازة حكم إنشاء العقد، فيصير متزوجاً أمة على حرة، وذا لا يجوز.

ثم الممنوع ههنا: نكاح الأمة على الحرة لا رجعتها؛ لأن رجعتها على الحرة صحيح على ما صرح به في رجعة «الزيلعي».

(أو في عدتها)؛ أي: عدة الحرة من طلاق رجعي أو بائن عند أبي حنيفة.

خِلافًا لَهما فِيمَا إِذا كَانَت عِدَّةَ الْبَائِنِ.

وَلَا حَامِلٍ مِن سبيٍ، أو حاملٍ ثبتَ نسبُ حملِهَا وَلَو من سَيِّدِهَا.

(خلافاً لهما فيما إذا كانت عدة البائن)؛ لأن هذا ليس بتزوج على الحرة وهو المحرم، حتى لو حلف لا يتزوج عليها.. لا يحنث بهذا التزوج.

ولأبي حنيفة: إن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام.. فبقي المنع احتياطاً، بخلاف اليمين؛ لأن المقصود أن يدخل غيرها في قسمها ولم يدخل، فلا يحنث.

والفرق لهما بين هذه المسألة وبين المسألة المتقدمة - من أنه: إذا تزوج أخت امرأة في عدتها من طلاق بائن.. لا يجوز عندهم بالاتفاق - أن المحرَّمَ هنالك: الجمع بينهما في النكاح على ما مر، وههنا ليس الجمع، بل إدخال ناقصة الحال على كاملة الحال، وهذا لا يوجد بعد الطلاق البائن، [٣٤٤/ب] بخلاف الجمع في النكاح؛ فإن حقوق النكاح قائمة ما دامت في العدة.

(ولا حامل من سبي)؛ أي: ما لم تضع حملها؛ لأنه ثابت النسب من زوجها؛ لأن النسب يثبت في دارهم كما يثبت في دارنا، وكذا المهاجرة إلى دارنا إذا كانت حاملاً.. ليس لها أن تتزوج ما لم تضع حملها؛ لأنه ثابت النسب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة في المسبية والمهاجرة: أنها لو تزوجت.. جاز النكاح، ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها؛ لما ذكرنا، وإن لم تكن حاملاً.. يجوز النكاح لوقوع الفرقة باختلاف الدارين.

(أو حامل ثبت نسب حملها) بالإجماع؛ لاحترام صاحب الماء، بخلاف الزاني؛ إذ لا حرمة لمائه فيجوز نكاح المزنية ولو حبلى.

(ولو) كان الحمل **(من سيدها)**؛ يعني: إذا زوّج رجل أم ولده وهي حامل منه.. فالنكاح فاسد؛ لأنها فراش لمولاها حيث ثبت نسب ولدها منه من غير دعوة، فلو صح النكاح.. لحصل الجمع بين الفراشين، إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي

وَلَا نِكَاحُ الْمُتْعَةِ ولا النكاحُ المؤقتُ.

بلا لعان، فلم يعتبر هذا الفراش مانعاً ما لم يتأكد بالحمل، ومجرد الإقدام على النكاح لا يكون نفياً للنسب الثابت منه؛ لأن كلامنا فيما علم ثبوت النسب منه؛ لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح.

(**ولا نكاح المتعة**) وهو أن يقول لامرأة: أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال، أو يقول: خذي هذه العشرة لأتمتع بك بلا ذكر المدة.

وقال مالك: نكاح المتعة جائز؛ لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر ناسخه.

قلنا: ثبت النسخ؛ لإجماع الصحابة على أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة بعد إحلاله عام الفتح، وروي ثلاثة أشياء نسخت مرتين: المتعة، ولحوم الحمر الأهلية، والتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة.

وقال بعض مشايخنا: إن المتعة نسخت بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾، وذلك لأن تلك المرأة:

ليست من الأزواج بدليل انتفاءِ حكم النكاح عنها، وانتفاءِ شرطه من وجوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والإرث وصحة الإيلاء والظهار والشهود.

ولا هي مما ملكته الأيمان، فيجب حفظ الفرج والتباعد عنها؛ إذ هي ليست من المستثنيات.

وروى مسلم: أنه ﷺ قال: «كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وقد حرم الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة».

(**ولا النكاح المؤقت**) مدة طويلة أو يسيرة في ظاهر الرواية.

وعن الحسن: إذا وقتا بما لا يعلم أنهما لا يعيشان إليه.. كان النكاح صحيحاً؛ لأنه في معنى التأبيد.

وقال زفر: النكاح المؤقت صحيح مطلقاً؛ لأن التوقيت شرط فاسد والنكاح مما لا يبطل بالشرط الفاسد؛ كما لو قال لبنته: إن دخلت الدار.. زوجتك فلاناً، وقال

فلان: تزوجتها، أو قال لها وهو في رمضان: زوجتك فلاناً في شوال، وقال فلان: تزوجتها.. فالنكاح صحيح في الصورتين، والشرط والإضافة إلى المستقبل فاسد.

قلنا: إنه أتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح، والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ والصور، [٣٤٥/أ] ولهذا جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة، بخلاف التعليق بالشرط والإضافة إلى المستقبل؛ لأنهما يختصان بالإسقاطات المحضة؛ كالطلاق والعتاق، والنكاحُ لا يقبلهما أصلاً فيبطلان، فبقي أصل النكاح.

قال في «النهاية»: والفرق بين نكاح المؤقت والمتعة: أن يذكر لفظ التزويج أو النكاح في المؤقت مع ذكر التوقيت، ولفظ المتعة في نكاح المتعة. انتهى.

وذكر في «العناية» فرقاً آخر قال: إن المؤقت تكون بحضرة الشهود، ويذكر فيه مدة معينة، بخلاف المتعة.

وهل يصح النكاح على الشرط؛ بأن قال: تزوجتك على شرط كذا؟

ففيه تفصيل في فصل النكاح على الشرط من نكاح «قاضي خان»؛ حيث قال: رجل زوج امرأة على أنها طالق أو على أن أمرها في الطلاق بيدها.

ذكر محمد في «الجامع الصغير»: أنه يجوز النكاحُ والطلاقُ باطلٌ، ولا يكون الأمر بيدها.

وذكر في «الفتاوى» عن الحسن بن زياد: إذا تزوج امرأة على أنها طالق إلى عشرة أو على أن يكون الأمر بيدها بعد عشرة أيام.. أن النكاح جائز والطلاق باطل، ولا تملك أمرها.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا بدأ الزوج، فقال: تزوجتك على أنك طالق، وإن ابتدأت المرأة فقالت: زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن يكون الأمر

بيدي أطلق نفسي متى شئت، فقال الزوج: قبلت.. جاز النكاح ويقع الطلاق ويكون الأمر بيدها؛ لأن البداية.

إذا كانت من الزوج.. كان الطلاق والتفويض قبل النكاح، فلا يصح.

أما إن كانت البداية من قبل المرأة.. فيصير التفويض بعد النكاح؛ لأن الزوج لما قال بعد كلام المرأة: «قبلت» والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال.. صار كأنه قال: «قبلت على أنك طالق أو على أن يكون الأمر بيدك» فيصير مفوضاً بعد النكاح.

وكذا إذا زوج المولى أمته من عبده:

إن بدأ العبد فقال: زوجني أمتك هذه على ألف على أن أمرها بيدي أطلقها كلما شئت فزوجها منه.. يجوز النكاح، ولا يكون الأمر بيد المولى.

ولو ابتدأ المولى فقال: زوجتك أمتي هذه على أن أمرها بيدي، فقال العبد: قبلت.. جاز النكاح ويكون الأمر بيد المولى، وهكذا في الفصل العاشر من نكاح «الخلاصة».

وبيان جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد وما لا يبطل به سيأتي قبيل كتاب الصرف.

* * *

(بَابُ الْأَوْلِيَاءِ والأَكفاءِ)

نفذَ نِكَاحُ حرَّةٍ مكلَّفةٍ بِلَا وليٍّ.

وَلهُ الِاعْتِرَاضُ..

(باب الأولياء والأكفاء)

أخّر بيانهما عن المحرمات - وإن كانا من شرط النكاح - لأن حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق، بخلافهما، والمتفق عليه: أولى بالتقديم.

(نفذ نكاح حرة)؛ أي: صح ذلك، ويترتب عليه أحكامه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا أنه يمكن رفعه، فالنافذ أعم من اللازم - فإنه لا يمكن رفعه - وأخص من الصحيح والمنعقد؛ فإن نكاح الفضولي صحيح منعقد [٣٤٥/ب] وليس بنافذ، والحرة أعم من البكر والثيب، واحترز به عن الأمة؛ فإن نكاحها موقوف على إذن مولاها؛ كنكاح الصغيرة والمجنونة على إذن المولى. على ما في «قاضي خان».

(مكلفة) - أي: عاقلة بالغة إذا زوجت نفسها برضاها - احترز به عن الصغيرة والمجنونة.

(بلا ولي) ولو إلى غير كفؤ في ظاهر الرواية.

(وله) - أي: للولي عصبة أو غيرها، محرماً أو غيره، على ما في «العمادي» و«الخلاصة» - **(الاعتراض)**؛ أي: المرافعة إلى القاضي ليفسخ على ما في «شرح النقاية»، وفيه أيضاً: ولو رضي واحد من الأولياء.. ليس لمن في درجته أو أسفل اعتراض، وأما الأقرب.. فله ذلك.

وقال أبو يوسف: للباقي الاعتراض مطلقاً. كما في «الاختيار».

وفي إطلاقه: إشارة إلى أن له الاعتراض وإن ولدت أولاداً كما قيل.

وقال بعضهم: لا اعتراض إن ولدت ولداً لئلا يضيع الولد بلا مربٍّ.

فِي غيرِ الكفؤِ.

وروى الْحسنُ عَنِ الإِمَامِ عدمَ جَوَازِهِ. وَعَلِيهِ فَتْوَى قاضي خان.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: ينْعَقدُ مَوْقُوفاً وَلَو من كفؤٍ.

(**في غير الكفؤ وروى الحسن عن الإمام: عدم جوازه**) في غير الكفؤ، وإنما يجوز في الكفؤ.

(**وعليه فتوى قاضي خان**)، وقال الإمام السرخسي: وهو أقرب إلى الاحتياط؛ إذ ليس كل ولي يحسن المرافعة، ولا كل قاض يعدل، فكان الأحوط سد باب التزويج عليها من غير كفؤ.

وقال صدر الإسلام: لو زوجت المطلقة نفسها من غير كفؤ ودخل بها الزوج، ثم طلقها.. لا يحل للزوج الأول على ما في «المختار».

وفي «البحر» عن «الحقائق»: هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه.

(**وعند محمد: ينعقد موقوفاً**) على إجازة الولي؛ إن أجاز.. نفذ، وإن ردَّ.. بطل (**ولو من كفؤ**)، إلا أنه إذا كان الزوج كفؤاً.. كان للقاضي أن يجدد النكاح إذا أبى الولي أن يزوجها، كذا في «النهاية»، وهذا رواية أبي حفص عن محمد.

وفي رواية أبي سليمان عنه: إنه باطل مطلقاً عنده.

وفي رواية عن أبي يوسف: الأحوط أن يجعل العقد موقوفاً على إجازة الولي؛ إلا أن الزوج إذا لم يكن كفؤاً.. يصح فسخ الولي، وإن كان كفؤاً.. لا يصح فسخه؛ فإن كان الزوج طلقها قبل المرافعة إلى القاضي وهو كفؤ.. صح طلاقه عليها، وكذا الإيلاء والظهار، وإن مات أحدهما.. يتوارثان.

وعلى قول محمد: لا يكون ذلك طلاقاً، بل متاركة حتى لو.. أجاز الولي بعد ذلك نكاح المرأة.. لا تصح إجازته، ولكن لا تحرم المرأة بهذا الطلاق عنده، ويكره له أن يتزوجها بعد الثلاث قبل التزوج بزوج آخر. على ما في «قاضي خان».

ولو فعله.. لم يفرق بينهما عنده.

وَلَا يُجْبِرُ وليٌّ بَالِغَةً وَلَو بكراً.

وقال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً؛ لأن النكاح إنما يراد لمقاصده، والتفويض إليهن فحلٌّ بها؛ لأنهن سيئات الاختيار.

إلا أن محمداً يقول: يرتفع الخلل بإجازة الولي.

ووجه الجواز: أنها تصرف في خالص حقها، وهي من أهله لكونها مكلفة، ولهذا كان لها التصرف في الأموال ولها اختيار الأزواج؛ وإنما تطالب الولي بالتزويج.. كيلا تنسب إلى الوقاحة لمباشرتها بنفسها لهذا العقد.

(**ولا يجبر ولي** [٣٤٦/أ] **بالغة**)؛ أي: ليس له ولاية تزويج الحرة البالغة ولو بكفؤ وهي ساخطة غير راضية.

(ولو) كانت البالغة (بكراً) هو في عرف الشرع: امرأة لم توطأ بالنكاح. كما في «المبسوط».

وقيل: لم تجامع بنكاح ولا بغيره، وهذا قولهما، والأول قوله، والصحيح: أن الأول قول الكل كما في «شرح النقاية» نقلاً عن «الظهيرية».

وفيه أيضاً: أن الولي لا يجبر الحر البالغ بطريق الأولى.

وكذا لا يجبر المكاتب والمكاتبة ولو صغيرين كما في «النظم».

وقال الشافعي: للولي إجبار البالغة اعتباراً لها كالصغير، بجامع أنها جاهلة لأمر النكاح؛ لعدم تجربتها، ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها.

قلنا: إنها حرة مخاطبة مكلفة فلا يكون للغير عليها ولاية، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها، وقد كمل بالبلوغ؛ بدليل توجه الخطاب إليها.. فصار كالتصرف في مالها، وكالغلام يجوز إجباره قبل البلوغ، وبعده: لا.

وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة، حتى لا يملكه مع نهيها؛ لأن الدلالة تبطل بصريح مخالفها، وقد صح من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة.. فخيرها النبي ﷺ.

وفي «الخانية»: إن الجد كالأب في قبض المهر؛ أي: عند عدم الأب. على ما في «الفصولين».

وفي «البحر» عن «جوامع الفقه»: أنه جعل القاضي كالأب في حق قبض المهر.

وفي «المبسوط»: بخلاف سائر الأولياء؛ فإنه ليس لهم حق قبض مهرها بدون أمرها.

وفي «الذخيرة»: للأب المخاصمة مع الزوج في مهر البكر البالغة كما له أن يقبضه، ولا يشترط إحضارها للاستيفاء عندنا، خلافاً لزفر.

فإن قال الزوج للقاضي: مر الأب ليقبض المهر مني وليسلم الجارية إلي.. فإنّ القاضي يقول: اقبض المهر وادفعها إليه؛ فإن امتنع الأب من ذلك.. ليس على الزوج دفعه إليه.

وإن قال الأب: ليست في منزلي ولا أعرف مكانها.. فليس على الزوج دفعه أيضاً.

وإن قال الأب: هي في منزلي وأنا أقبض المهر وأجهزها به وأسلمها إليه.. فالقاضي يأمر الزوج بالدفع إليه؛ فإن طلب الزوج كفيلاً بالمهر.. فالقاضي يأمر الأب بكفيل بالمهر؛ فإذا أتى بكفيل.. أمر الزوج بدفع المهر، وإن سلم البنت.. برأ الكفيل.

وفي «الظهيرية»: رجل تزوج بكراً بالغة على مهر مسمى ودفع إلى أبيها بمهرها ضيعة، فلما بلغها الخبر.. قالت: لا أرضى بما فعل الأب.. ينظر، إن كان في بلد لم يجر التعارف بدفع الضيعة في المهر.. لم يجز؛ لأن هذا شراء، والبلوغ قاطع للولاية فيه، وإن كان في بلد جرى التعارف بذلك.. جاز؛ لأن هذا قبض للمهر.

وإن كانت البنت صغيرة فأخذ الأب مكان المهر ضيعة لا تساوي المهر؛ فإن كان في بلد جرى التعارف بذلك.. جاز، وإلا.. فلا. انتهى.

فَإِن اسْتَأْذَنَ الْوَلِيُّ الْبكرَ فَسَكَتَتْ أَو ضحِكت أَو بَكت بِلَا صَوتٍ.. فَهُوَ إِذنٌ، وَمَعَ الصَّوْتِ: ردٌّ ....

وفي «البحر» عن «الذخيرة»: وعليه الفتوى.

(**فإن استأذن الولي البكر**) البالغة؛ سواء كان قبل النكاح أو بعده، والسنة أن يستأذنها قبله. [٣٤٦/ب]

وفي «الحاوي»: ويستحب للولي عند الاستئذان أن يدنو إليها، ويقول بحيث تسمع وتفهم: إن فلاناً يذكرك ويسمي الزوج.

(**فسكتت أو ضحكت أو بكت بلا صوت**)، وفي «الزيلعي» عن المرغيناني: أن دمعها: إن كان بارداً.. يكون رضا، وإن كان حاراً.. لا يكون رضا. انتهى.

وكذا لو تزوجها عندها ففعلت هذه الأفعال الثلاثة.

(**فهو**)؛ أي: كل واحد من هذه الثلاثة (**إذن**) لنكاح الولي.

(**ومع الصوت: ردّ**)

أما السكوت: فلما في السنن من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح البكر حتى تستأذن»، قالوا: يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: «أن تسكت».

ولأن جنبة الرضا فيه راجحة؛ لأنها لا تستحيي عن إظهار الرغبة لا عن الرد.

وأما الضحك: فلأنه في الغالب يكون عن سرور وفرح، فيكون أدل على الرضا.

وأما البكاء: فعن أبي يوسف فيه روايتان: في رواية: يكون رداً وهو قول محمد؛ لأنه غالباً يكون عن حزن، والمختار أنه: إن كان مع الصياح.. يكون دليلاً على الرد، وإلا.. يكون دليلاً على الرضا.

ذكر في «الفصولين»: إن السكوت رضا في مسائل كالنطق؛

ومنها: سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع: إذن بقبضه.

ومنها: سكوت الشفيع حين علم بالبيع.

ومنها: سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري: إذن في التجارة.

ومنها: لو حلف المولى لا يأذن له فرآه فسكت.. حنث في ظاهر [٣٤٧/أ] الرواية.

ومنها: سكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية: إقرار برقِّهِ إن كان يعقل.

قال في «البزازية»: سكوت مجهول النسب عند البيع: إقرار منه بالرق، وكذا إذا بيع، قيل له: قم مع مولاك، فقام ساكتاً.. يكون إقراراً بالرق، حتى لا تسمع دعوى الحرية بعده منه بلا بينة، بخلاف ما إذا لم يسبقه الانقياد حيث لا يحتاج مدعي الرق عليه إلى إثباته. انتهى. وهكذا في «الخلاصة».

قلت: مرادهم بالسكوت عند البيع: هو السكوت عند البيع والتسليم إلى المشتري، وأما سكوته عند البيع بدون التسليم.. فليس بإقرار منه بالرق كما في الفصل الأربعين من «العمادية».

ومنها: لو حلف لا ينزل فلاناً في داره وهو نازل فيها فسكت.. حنث، لا لو قال: اخرج، فلم يخرج فسكت.

ومنها: سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته: إقرار فلا يملك نفيه.

ومنها: سكوت المولى عند ولادة أم ولده: إقرار به.

ومنها: السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب: فهو رضا بالعيب.

ومنها: سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولي.

منها: سكوت البكر عند استئذان الولي قبل التزويج وبعده.

ومنها: سكوتها عند قبض الأب أو الجد مهرها.

ومنها: سكوت الصبية إذا بلغت بكراً، ويبطل خيار بلوغها، لا لو بلغت ثيباً.

ومنها: بكر حلفت أن لا تزوج نفسها، فزوجها أبوها فسكتت.. حنثت في يمينها ولزم النكاح.

ومنها: تصدق على إنسان فسكت المتصدق عليه.. فسكوته قبول يثبت له الملك، لا الموهوب له.. فإن سكوته ليس بقبول. كذا في «الأشباه».

ومنها: سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه.. فهو إذن له.

ومنها: سكوت المديون عند إبراء ذمته: قبول، ويرتد بردّه.

ومنها: سكوت المقر له: قبول، ويرتد برده.

ومنها: سكوت الوكيل: قبول، ويرتد برده.

ومنها: سكوت الموصى إليه: قبول؛ يعني: لو أوصى إلى رجل فسكت في حياته فلما مات باع الوصي بعض التركة أو قضى دينه.. فهو قبول.

ومنها: سكوت المفوض إليه: قبول للتفويض، وله رده.

ومنها: سكوت الموقوف عليه: قبول، ولو رده.. قيل: يبطل، وقيل: لا.

ومنها: سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة؛ أي: تواضعا على تلجئة، ثم قال أحدهما لصاحبه: قد بدا إليَّ أن أجعله بيعاً صحيحاً، ثم سكت الآخر، ثم تبايعا.. صح البيع، وليس للساكت إبطاله.

ومنها: سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين: رضى.

ومنها: سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشتري: يسقط الخيار.

ومنها: سكوت زوجته أو قريبه عند بيع العقار، على ما صرح به في «قاضي خان» قبيل باب الربا؛ حيث قال فيه: رجل باع عقاراً وسلَّم وامرأته أو ولده أو قريبه حاضر ولم يقل شيئاً، ثم ادعى على المشتري من كان حاضراً وقت البيع أن العقار له.. اختلف المشايخ فيه:

قال مشايخ سمرقند: لا يسمع دعواه.

وقال مشايخنا: يسمع دعواه فينظر المفتي في ذلك، إن كان في رأيه أنه لا يسمع هذه الدعوى وأفتى بذلك.. كان حسناً سداً لباب التزوير، وإن لم يكن له رأي في ذلك.. يفتي بقول مشايخنا؛ لأن الفضولي إذا باع مال الغير وصاحب المال حاضر ولم يقل شيئاً.. لم يكن سكوته إجازة.

وهذا إذا لم يكن السلطان استثنى في تقليد القاضي سماع هذه الدعوى. انتهى.

وهكذا ذكره في «العمادية» و«الفصولين» و«البزازية».

وذكر «قاضي خان» في باب ما يبطل دعوى المدعي: الصحيح أن دعواه مسموعة؛ كما أفتى به مشايخنا في سكوت زوجة البائع وقريبه.

وهل هو كذلك في سكوت الأجنبي عند البيع؟

قال في آخر دعوى «البزازية» قبيل باب الاستحقاق: إن سكوت الأجنبي عند البيع لم يكن إقراراً منه أن المبيع ملك البائع، لكنه قال في «الأشباه» نقلاً عن «الفصولين»: رآه يبيع أرضاً أو داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت.. سقط دعواه. انتهى.

فالظاهر منه: أن سكوت الأجنبي عند البيع إقرار منه بأن المبيع ملك البائع مثل سكوت القريب، اللهم إلا أن يفرق بينهما ويقال: إن سكوت الأجنبي مع انضمام تصرف المشتري إقرار، بخلاف سكوت القريب؛ فإنه إقرار مطلقاً ، وبخلاف ما إذا فوض أرضه إلى رجل ورآه شخص وسكت، ثم ادعى أن تلك الأرض له.. يسمع ،

وبخلاف ما إذا رأى شخصاً يبيع [٣٤٧/ب] ملكه وسكت ولم يمنعه عن البيع.. لم يكن سكوته توكيلاً له بالبيع إلّا عند ابن أبي ليلى.

ومنها: أحد شريكي العنان قال للآخر: إني اشتري هذه الأمة لنفسي خاصة، فسكت الشريك.. يكون للمشتري كما في «الأشباه».

لكن المذكور في «العمادي» و«الفصولين»: لا يكون له ما لم يقل الشريك: نعم، بل يكون لهما.

ومنها: سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين: إني أريد شراءه لنفسي فشراه.. كان له.

ومنها: سكوت وليّ الصبي العاقل إذا رآه يبيع ويشتري.. إذنٌ له.

ومنها: سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه [.. رضا].

ومنها: سكوت الحالف لا يستخدم مملوكه، ثم خدمه بلا أمره ولم ينهه.. حِنْثٌ.

ومنها: أنها دفعت لبنتها في تجهيزها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت، فليس [له] الاسترداد.

ومنها: أنفقت الأم في جهاز ابنتها ما هو معتاد فسكت الأب.. لم تضمن الأم.

ومنها: باع جارية وعليها حلي وقرطان، ولم يشترط ذلك للمشتري، لكن سلم الجارية وذهب بها والبائع ساكت.. كان سكوته بمنزلة التسليم، فكان الحلي للمشتري.

ومنها: سكوت الراهن عند قبض المرتهن الرهن.. إذنٌ له، بخلاف ما لو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن وسكت.. لا يبطل الرهن بسكوته، ولا يكون رضا في رواية، كذا في «الأشباه».

وَكَذَا لَو زَوَّجَهَا فبلغها الْخَبَرُ.

(**وكذا لو زوجها فبلغها الخبر**) أي: لو زوّج الوليّ البكر البالغة فبلغها خبر النكاح فسكتت، أو ضحكت، أو بكت بلا صوت.. فهو إذن على ما مر.

وعن محمّد بن مقاتل: إنّه إذا استأذنها قبل العقد فسكتت.. فهو إذن منها؛ أما إذا زوّجها وبلغها الخبر فسكتت.. فليس بإذن؛ لأن الحاجة بعد العقد إلى الإجازة، والسكوت ليس بإجازة.

والمختار: هو الأوّل؛ اعتباراً بالسكوت قبل العقد، وعن أبي يوسف: سكوتها بعد العقد.

ثم المخبر إن كان فضوليّاً.. يشترط فيه العدد أو العدالة، عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

ولو كان رسولاً.. لا يشترط إجماعاً؛ له: أنّ هذا الإخبار ممّا فيه إلزام من وجه دون وجه، وكلّ ما كان كذلك.. يشترط فيه العدد أو العدالة عنده؛ كالشفيع إذا أخبر ببيع المشفوع، والوكيل بالعزل، والعبد المأذون له في التجارة بالحجر، والمولى بجناية عبده، فتصرف فيه بالعتق أو البيع بعد الإخبار، والمسلم الذي لم يهاجر إلينا بشيء من الشرائع.

وقالا: إنّ هذا الخبر ليس مما فيه إلزام أصلاً؛ كالوكالات والمضاربات، والرسالة في الهدايا، والإذن في التجارات، وكل ما كان كذلك.. لا يشترط فيه العدد أو العدالة، بل إنما يشترط فيه أن يكون المخبر مميّزا؛ سواء كان عدلا أو لا.

وفي «الخلاصة» عن «المحيط»: البكر إذا بلغها الخبر فقالت: لا أرضى، ثم قالت: رضيت.. لا نكاح بينهما.

وعن هذا استحسن مشايخنا تجديد العقد عند الزفاف؛ لأن البكر عسى تظهر الرد عند السماع.

وإذا زوّج البكر وليّان؛ كلّ واحد من رجل آخر، وهما في الدرجة سواء، فبلغها

وَشُرِطَ فيهمَا تَسْمِيَةُ الزَّوْجِ لَا الْمهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ.

العقدان فأجازتهما [٣٤٨/أ].. بطلا، ولو سكتت ولم يظهر منها رضاء.. بطلا في رواية، وفي رواية: الأمر موقوف، ليس بردّ ولا إجازة. انتهى.

فعلم منه: أن كون سكوتها رضا فيما لو زوّجها الولّي الواحد.

(**وشرط فيهما**)؛ أي: في الاستئذان وبلوغ الخبر: (**تسمية الزوج**) على وجه يحصل لها بذلك المعرفة لتظهر رغبتها فيه، حتى لو قال: أريد أن أزوجك من رجل أو أحد جيراني، أو أحد بني عمّي، أو بني تميم، فسكتت.. لا يكون سكوتها رضا؛ لأن الرضاء بالمجهول لا يتصور.

وأما لو قال لها: أريد أن أزوجك فلاناً أو فلاناً، فذكر جماعة يحصون.. فسكوتها إذن؛ فللولي أن يزوجها لمن شاء ممن يذكر.. وكذا لو قال لها: زوجتك من أحد جيراني وهم جماعة يحصون، وإلا.. فلا.

(**لا المهر، هو الصحيح**) كذا في شرح «الجامع الصغير» للإمام فخر الدين، واختاره في «الهداية» و«الخلاصة» معلّلاً: بأنّ تسمية الصّداق في النكاح ليس بشرط، فكذا في الاستئذان.

وفي «الذخيرة»: وهو المذهب.

وقيل: يشترط ذكر المهر؛ لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة.

وفي «الذخيرة»: وهو قول المتأخرين.

وقيل: إن المزوّج إذا كان أباً أو جَدّاً.. لا يشترط تسمية المهر، بل يكفي تسمية الزوج، وإن كان غيرهما.. يشترط.

وصحّحه في «الكافي» و«المعراج».

وفي «البحر»: وكأنه سهو وقع عن قائله؛ لأن التفرقة بين الأب والجد وبين غيرهما إنما هو في تزويج الصغيرة بحكم الجبر، والكلام هنا في الكبيرة التي وجب

وَلَوِ استأذنها غيرُ الْوَلِيّ الْأَقْرَبِ.. فَلَا بدّ منَ الْقَوْلِ.

وَكَذَا لَو اسْتَأْذَنَ الثّيّبَ.

مشاورتها، والأب في ذلك كالأجنبي لا يفعل شيئاً إلا برضاها.

وقيل: إن قال: زوجتك رجلاً.. جاز سكوتها بلا تسمية الزوج، ولو قال: زوجتك.. لا يجوز حتى يسمي الزوج، والصحيح: أن الإخبار كالاستئذان في شرط تسمية الزوج على ما في «الكفاية».

(**ولو استأذنها**)؛ أي: البكر البالغة (**غير الولي الأقرب**)؛ أي: مع وجود الأقرب؛ سواء كان غير الأقرب: قريباً لها كالأخ، أو أجنبياً، أو قريباً لها لكنه لا ولاية له عليها؛ بأن كان كافراً، أو عبداً، أو مكاتباً - (.. **فلا بد من القول**) الدال على الرضاء صريحاً؛ لأن هذا السكوت يجوز أن يكون لقلّة الالتفات إلى كلامه، فلم يقع دلالة على الرضاء، إلا أن يكون المستأذن رسول الولي الأقرب؛ لأنه قائم مقامه.

وعن الكرخي: إن سكوتها - عند استئذان غير الولي الأقرب - إذن؛ لأنها تستحي منه أكثر مما تستحي من الولي الأقرب، والأصح: هو الأول؛ لأن جعل السّكوت رضاء ضروري، وقد اندفعت الضرورة بجعله رضا في حق الأولياء القريب، كذا في «الزيلعي».

(**وكذا**)؛ أي: لا بد من القول: (**لو استأذن**) الولي الأقرب (**الثيب**)؛ لقوله ﷺ: «الثيب تشاور» من المفاعلة، يقتضي الفعل من الجانبين، وقد وجد النطق من الولي، فلا بد من الجانب الآخر أيضاً.

والنطق لا يعد عيباً من الثيب؛ لقلة الحياء منها بكثرة الممارسة، فلا مانع من النطق مع وجود المقتضي، فلا بدّ منه. كذا قالوا، وتعقبه في «الزيلعي» وقال: وليس في هذا الحديث دلالة على اشتراط النطق للثيب؛ فإن البكر تشاور أيضاً [٣٤٨/ب]، مع أنه لا يشترط النطق لها، فكذا لا يشترط في حق الثيب أيضاً، بل رضاها قد يتحقق.

وَمن زَالَت بكَارَتُهَا بوثبَةٍ أَو حَيْضَةٍ أَو جِرَاحَةٍ أَو تعنيسٍ.. فَهِيَ بِكرٌ.

وَكَذَا لَو زَالَت بزنا خَفِيٍّ. ....

تارةً بالقول؛ كقولها: «رضيت، أو قبلت، أو أحسنت، أو بارك الله لك أو لنا، ونحوها.

وتارةً بالدلالة؛ كطلب مهرها ونفقتها، أو تمكينها من الوطء، وقبول التهنئة، والضحك بالسّرور من غير استهزاء، فثبت بهذا: أنّه لا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضاء، وإن رضاهما قد يكون صريحاً، وقد يكون دلالة، غير أن السكوت من البكر رضا دلالة دون الثيب لقلة حياها. انتهى.

(**ومن زالت بكارتها: بوثبة، أو حيضة، أو جراحة، أو تعنيس**) - عَنَسَتْ المرأة تَعْنِسُ من باب ضرب: إذا طال مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها، ولم تتزوج حتى خرجت من عداد الأبكار - (.. **فهي بكر**)؛ أي: لها حكم الأبكار في أن سكوتها رضا في الاستئذان وبلوغ الخبر في الولي الأقرب.

وقال الشافعي: هن ثيب؛ لأن البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة، والثيب من زالت عذرتها، وهذه قد زالت عذرتها، فتكون ثيباً؛ ولهذا لو اشتراها على أنها بكر.. يردها إذا وجدها بهذه الصفة.

قلنا: إن البكر من يكون مصيبها أول مصيب لها، ومنه: «البكرة» لأوّل النهار، و«الباكورة» لأول الثمار، ولهذا تدخل في الوصية لأبكار بني فلان.

و[أما] مسألة ردّ الجارية؛ فقد قيل: لا يردّها إذا أقر المشتري بذلك.

فلنا: أن نمنع ذلك، ولو سلم ذلك، لكن ردّها ليس لكونها غير بكر، بل لفوات وصف مرغوب فيه داخل في العقد وهو العذرة؛ ولأن النطق إنما يسقط للحياء، وهو موجود في حقّهن؛ لأنها تستحي؛ لعدم الممارسة.

(**وكذا**) أي: بكر (**لو زالت**) بكارتها (**بزنا خفي**): بأن لا يظهر زناها بإقامة الحدّ عليها، وأن لا يكون الزنا عادة لها بالتكرر، هذا عند أبي حنيفة.

خلافاً لَهما.

وَلَو قَالَ الزَّوْجُ: سكتِّ..

(**خلافاً لهما**) وهو قول الشافعي، أي: لا يكتفى بسكوتها عندهم؛ لأنها ثيب حقيقة؛ لأن مصيبها عائد إليها، وهو مشتق من: «ثاب» إذا رجع، ومنه: المثوبة؛ أي: الثواب، والمثابة؛ أي: الموضع الذي يرجع إليه، والتثويب؛ أي: الإعلام بعد الإعلام.

وإذا كانت ثيباً.. وجب مشورتها بالنص على ما رويناه.

ولأبي حنيفة: إن سكوت البكر إنما جعل إذناً لعلة منصوص عليها، ولأن عائشة [قالت]: إن البكر تستحي، فقال النبي ﷺ: «سكوتها رضاها»، والكلام إذا خرج مخرج الجواب. يتضمن إعادة السؤال، فكأنه ﷺ قال: سكوتها رضاها؛ لأنها تستحي وعلة الحياء موجودة ههنا؛ لأنها ابتليت بالزنا كرهاً، أو من فرط الشبق، فلا يزول حياها بل يزداد؛ لأن الناس يعرفونها بكراً؛ فإذا وجدت العلّة.. يترتب عليها حكمها، فتمتنع عن النطق ويكتفى بسكوتها.

ولا حجة لهم في حديث المشورة؛ لأنه خص منه الأمة والمجنونة، والعمل بالعلة المنصوصة: أولى من العمل بالنص المخصوص منه البعض.

بخلاف من وطئت بشبهة أو نكاح فاسد؛ حيث لا يكتفى بسكوتها؛ لعدم الحياء هنا؛ لأن الشرع أظهره، حيث علّق به أحكاماً من لزوم [٣٤٩/أ] العدة والمهر وإثبات النسب، فلم يبق الحياء.

حتى لو أظهر الزنا بالحد أو العادة.. لا يكتفى بسكوتها أيضاً على ما ذكرناه.

وفي «الزيلعي»: ولو خلا بها زوجها، ثم طلّقها قبل الدخول بها، أو فرق بينهما بعنة أو جب.. تزوج كما تزوج الأبكار، وإن وجبت عليها العدة؛ لأنها بكر حقيقة والحياء فيها موجود.

(**ولو قال لها الزوج: سكت**) حين بلغك خبر النكاح، أو حين الاستئذان،

وَقَالَت: رددتُ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ.. فَالْقَوْلُ لَهَا...............................

(**وقالت**) المرأة: (**رددت، ولا بينة له.. فالقول لها**).

وقال زفر: القول قول الزوج؛ لأن السكوت أصل والرد عارض، فكان الظاهر شاهداً له، فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرّد بعد مضي المدّة؛ حيث لا يقبل قوله.

وكما إذا ادّعى المشتري خيار الشرط أو البائع.. فالقول لصاحبه؛ لما قلنا.

وكما إذا زوّجها الولي وهي صغيرة، ثم أدركت وادعت أنها ردت النكاح حين بلغت، وكذبها الزوج.. كان القول له.

قلنا: إنه يدعي عليها لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تنكر، فصار القول للمنكر؛ كالمودع إذا ادّعى رد الوديعة.. فالقول للمنكر بخلاف مسألة الخيار؛ لأن العقد لزم بمضي مدّة الخيار، ولم يظهر اللزوم هنا.

وبخلاف دعوى خيار الشرط؛ لأنه عارض، والأصل عدمه.

وبخلاف ما إذا زوجها الولي وهي صغيرة؛ لأن العقد نفذ عليها في حالة الصغر، والظاهر: بقاؤه، وهي بدعواها الفسخ تريد إبطاله.. فلا يقبل قولها إلا بحجة؛ وهذا لأن الشيء إذا ثبت في وقت.. فالظاهر بقاؤه، فلا يقبل منها إسناد الفسخ إلى وقت الإدراك، حتى لو قالت عند القاضي: أدركت الآن وفسخت.. صح؛ لأن القول قولها.

هذا إذا لم يكن لها بينة على ما أشار إليه لفظه، وأما إذا أقام أيّهما بينة.. قبلت بينته، وإن أقاماها معاً.. فالبينة بينة المرأة؛ لأنها تثبت خلاف الأصل وهو الرد؛ لأن الأصل هو السكوت، والبينات شرعت لإثبات خلاف الأصل؛ كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة.. فالقول قوله، والبينة بينته، كذا في «الزيلعي».

ثم ذكر عن «قاضي خان»: إن الزوج إذا أقام بينة على أنها أجازت النكاح حين أخبرت، وأقامت هي على أنها ردّت حين أخبرت.. كانت البينة بينة الزوج؛ لأنها بينة

وتحلفُ عِنْدَهمَا لَا عِنْد الإِمَامِ.

اللزوم فرجحت، بخلاف الأول؛ لأن بينة الزوج قامت فيه على أمر عدمي، وهو السكوت. انتهى.

فيه: أن البنية على السكوت ليست على العدم، بل على الوجود؛ لأنه عبارة عن ضم الشفتين، ويلزمه عدم الكلام على ما في «البحر» عن «المعراج»، وكذا في «البزازية»، ولو سلّم ذلك، لكن البينة على النفي مقبولة عند إحاطة علم الشاهد به.

كما لو ادّعت أن زوجها تكلم بكلمة الكفر في مجلس، وأقام الزوج على عدم التكلم فيه؛ فإنه تقبل بينته.

ثم ما ذكره عن «قاضي خان» مخالف لما في «الخلاصة» عن الخصاف في هذه المسألة؛ حيث قال: ولو أقام الزوج أو الأب البينة على [٣٤٩/ب] الإجازة، والمرأة على الرد.. فبينتها أولى من بينته.

ثم ذكر فيها عن «الجامع الكبير»: القول قولها، والبينة بينتها.

قيدنا بعدم الدخول بها؛ لأنه لو كان دخل بها طوعاً.. فإنها لا تصدق في دعوى الرّد، بخلاف ما إذا كان كرهاً؛ فإنها تصدق كذا في «البحر» عن «الخانية».

(وتحلف) الزوجة عند عدم بينة الزّوج **(عندهما لا عند الإمام)**، وهذا بناء على أنّ فائدة اليمين القضاء بالنكول، وهو بدل عنده، وإقرار عندهما.

وثمرة الخلاف تظهر في كل موضع لا يصح فيه البدل، وهي المسائل الست التي سيأتي بيانها في كتاب الدعوى.

وفي «الزيلعي» عزواً إلى «الغاية»: إن رجلاً لو ادعى على الأب أنه زوجه ابنته الصغيرة، فأنكر الأب.. يحلف عند أبي حنيفة، وفي الكبيرة: لا يحلف عنده؛ اعتباراً بالإقرار فيهما.

قال: وهذا مشكل جداً على قوله؛ لأن امتناع اليمين عنده لامتناع البدل، لا لامتناع الإقرار، ألا ترى أنّ المرأة لو أقرّت لرجل بالنكاح.. نفذ إقرارها، ومع هذا لا

وللوليّ نِكَاحَ الْمَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَلَو ثَيِّباً؛ ....

يحلف، والأشبه: أن يكون هذا قولهما. انتهى.

وصرح في «العمادي» كونه قولهما.

(وللولي) وهو العصبة على ترتيب الإرث، فأقرب الأولياء: الابن وابن الابن وإن سفل، ثم الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم لأب، ثم ابن الأخ لأب وأمّ، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب، ثم أعمام الجد، ثم مولى العتاقة، ثم عصبة مولى العتاقة.

وفي «البحر»: ثم المعتق وإن كان امرأة، ثم بنوه وإن سفلوا، ثم عصبته من النسب على ترتيب عصباته النّسبية، كذا في «فتح القدير» وغيره. انتهى.

لكن هذا الترتيب لا يتصور في الصغير والصغيرة؛ لأنه ليس لها ابن، بل المتصور لهما هو الترتيب بعد الأب إلى آخر العصبات، والترتيب المذكور إنما هو في المجنون والمجنونة، والمعتوه والمعتوهة.

(إنكاح المجنونة) والمجنون، **(والصغير والصغيرة)**، ولو أقر الولي نكاحهما عند القاضي.. لم يصدّق عند أبي حنيفة؛ لأنه إقرار على الغير، إلا أن يشهد الشهود على النكاح، أو يصدقه الصغير والصغيرة بعد بلوغهما.

وقالا: يصدق مطلقاً.

وكذا الخلاف في وكيل رجل أو امرأة ومولى العبد، بخلاف مولى الأمة؛ فإنه يصدق مطلقاً بالاتفاق.

صورته: أن يدعي عند القاضي رجل على أبي الصغيرة أنه زوجها منه، وأقر الأب به بين يدي القاضي؛ فإنه لا يقضي بالنكاح ما لم يأت الزوج ببينة يشهدون على ما ادعاه، وينصب القاضي إنسانا عن الصغيرة حتى ينكر النكاح، فيقم البينة عليه، أو تدرك الصغيرة فتصدق الرجل أو الأب، فحينئذٍ يقضي بالنكاح.

(ولو) – وصلية؛ أي: ولو كانت الصغيرة – **(ثيباً)**.

وقال مالك: لا يجوز لغير الأب من العصبات المذكورة؛ لأن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة، ولا حاجة في الصغير والصغيرة؛ لانعدام الشهود، إلا أن ولاية الأب [٣٥٠/أ] ثبتت نصاً على خلاف القياس، والجد ليس في معناه، فلا يلحق به.

قلنا: لا، بل هو موافق للقياس؛ لأن النكاح يتضمن المصالح من التناسل، والازدواج، وقضاء الشهوة، ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة، ولا يتحقق الكفؤ في كل زمان، فأثبتنا الولاية في حال الصغير إحراز الكفؤ لكل من يتأتى منه الإحراز، أباً أو غيره.

وقال الشافعي: لا يجوز لغير الأب والجد إذا كانت الصغيرة بكراً، وإن كانت ثيباً.. فلا ولاية لهما عليها أصلاً؛ لأن الولاية نظرية، ولا يتم النظر بالتفويض إلى غير الأب والجد؛ لقصور الشفقة وبعد القرابة، ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة؛ فلأن لا يملك في النفس أولى، ولأن الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة، فأدرنا الحكم عليها تيسيراً.

قلنا: إن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد، وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الإلزام، بخلاف التصرف في المال؛ لأنه يتكرر ببيع الولي، ثم المشتري، ثم وثم، فلا يمكن تدارك الخلل، فلا تفيد الولاية إلا ملزمة، ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام، وإنّ المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة، وقد تحققت للصغيرة لو ثيباً، ومانع قصور الشفقة قد انتفى؛ لأن الشفقة من الأب والجد متوافرة، وعند وجود المقتضي وانتفاء المانع.. يجب تحقق الحكم، وحصول الرأي للصغيرة الثيب ممنوع.

والمراد بالمجنون ههنا: المجنون المطبق على ما صرّح به في «البحر».

ثم قال: عزواً إلى «الولوالجي»: الرجل إذا كان يجن يوماً ويومين أو أقل من ذلك.. لا يثبت.

وفي «الخانية»: رجل زوّج ابنه البالغ بغير إذن، فجنّ الابن قبل الإجازة؟ قالوا: ينبغي للأب أن يقول: أجزت النكاح على ابني؛ لأن الأب يملك إنشاء النكاح عليه بعد الجنون، فيملك إجازته.

وفي «الخلاصة»: ولاية الأب على الابن في ماله: بالبيع والشراء، وفي نفسه: بالنكاح إذا بلغ مجنوناً أو معتوهاً.. تبقى، ولو بلغ عاقلاً، ثم جنّ أو عته.. قال الفقيه أبو الليث: عند أبي يوسف: لا تعود، وعند محمّد: تعود.

وقال الإمام الميداني: عند الثلاثة تعود.

والأب إذا جنّ أو عته.. على قول الكلّ لا تثبت للابن الولاية في مال الأب.

وهل تثبت ولاية التزويج للابن؟

قال في «التجريد» وليها: ابنها لا أبوها عند أبي يوسف، وعند محمّد: الأب أولى.

وفي «المحيط»: الابن أولى عند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وعند محمد: الأب أولى.

وكذا الاختلاف في الجدّ مع الابن.

والجد أولى من الأخ عند أبي حنيفة، وعندهما: سواء.

وأبو حنيفة لم يوقت في الجنون المطبق في رواية، وفي أخرى عنه: قدّره بشهر، وبه يفتى على ما في «البزازية».

وقال أبو يوسف: مقدّر بأكثر السنة، وفي رواية عنه: إنه مقدر بأكثر من يوم وليلة.

وقال محمد: مقدر بسنة كاملة، وفي رواية عنه: بتسعة أشهر؛ فإن كان يجنّ ويفيق.. ينفذ تصرفه حالة [٣٥٠/ب] الإفاقة، ولا يثبت عليه ولاية أحد لو كان جنونه يوماً أو يومين، كذا في «البزازية».

فَإِن كَانَ أَبَاً أَو جداً.. لزمَ، ....

(**فإن كان**) الولي المزوِّج (**أبا أو جداً**) أي: أب الأب (.. **لزم**) العقد؛ لأنهما كاملا الرأي وأوفرا الشفقة، فيلزم ما عقدا على الصغيرين كما إذا باشراها برضاهما بعد البلوغ، ولو بغبن فاحش عند أبي حنيفة، وليس لهما خيار البلوغ.

وكذا الحال في تزويجهما المجنون والمجنونة، وليس لهما خيار بعد الإفاقة.

ولو زوّجهما الابن.. فكذلك، بل هو أولى؛ بناء على ما ذكرناه من «التجريد» و«المحيط» من أنّ وليهما ابنهما.

وقال في «قاضي خان»: غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة؟ قالوا: الأحوط أن يزوّجها مرّتين: مرة بمهر مسمّى، ومرة بغير تسمية؛ لوجهين:

أحدهما: أنه لو كان في التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الأوّل.. يصح الثاني بمهر المثل.

والثاني: أن الزوج لو كان حلف بطلاق امرأة يتزوّجها بلفظ «إن تزوّجت امرأة.. فهي طالق»، أو بلفظ «كل امرأة أتزوجها فهي طالق»؛ فإذا تزوّجها.. ينحل اليمين بالنكاح الأوّل، ويقع عليها الطلاق، فتحل بالنكاح الثاني.

وإن كان المزوج هو الأب أو الجدّ.. ينبغي أن يباشر النكاح على هذا الوجه مرتين عند أبي يوسف ومحمد؛ لما ذكرناه من الوجهين؛ لأن عندهما الأب والجدّ لا يملكان النكاح بأقل من مهر المثل نقصاناً فاحشاً، كما لا يملك غير الأب والجد عند الكل.

وأما عند أبي حنيفة.. فهما يملكان النكاح بأقلّ من مهر المثل، فيباشر النكاح مرتين على هذا الوجه؛ احتياطاً للوجه الثاني، وإنما يباشر النكاح الثاني بغير تسمية؛ لأنه لو سمّى المهر في النكاح الثاني - وعند البعض: إن الرّجل إذا جدّد النكاح في المنكوحة - يلزم مهران، فربما يرفع الأمر إلى القاضي، يرى ذلك فيقضي عليه بمهرين. انتهى.

وَإِن كَانَ غَيرَهمَا ....

والخلاف بينه وبين صاحبيه في جواز المهر بأقل من مهر المثل في الصّاحي لا في السكران؛ لما في «الخلاصة» عزواً إلى «مجمع النوازل»: السكران إذا زوج بنته الصغيرة، ونقص عن مهر مثلها، أو زاد على مهر الابن.. لا يصح بالإجماع، والخلاف في الصاحي. انتهى.

ولو عرف منه سوء الاختيار لطمعه أو سفهه.. لا يصح اتفاقاً.

وفي «القنية»: زوّج ابنته الصّغيرة من رجل ظنه مصلياً لا يشرب الخمر، وأخبره الناس بذلك، فوجده شريباً مدمناً؛ إن لم يُعلم الأب شريباً، وكان غلبة أهل بيته الصلاح.. فالنكاح باطل بالاتّفاق. انتهى.

وفي «البحر»: أطلق الأب والجد، وقيده الشارحون وغيرهم بأن لا يكون معروفاً بسوء الاختيار، حتى لو كان معروفاً بذلك مجانة أو فسقاً.. فالعقد فاسد على الصحيح. انتهى.

(**وإن كان**) المزوج للصّغيرين (**غيرهما**)، أي: غير الأب والجد، ولو كان إماماً أو قاضياً على ما سيأتي ذكرهما.

وفي «الخلاصة»: غير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة من رجل كان جده معتق قوم وكان للصغيرة آباء أحرار، فأدركت الصغيرة وأجازت النكاح.. لا يجوز.

وكذلك لو كان جدّه [٢٥١/أ] كافراً، ثم أسلم صبي تزوج امرأة بالغة وغاب، فتزوجت المرأة بآخر، فحضر الصّبي وقد بلغ، فأجاز النكاح:

إن تزوجت قبل بلوغ الصبي.. جاز؛ لأن إقدامها على النكاح فسخ للأوّل.

وبعد بلوغه وإجازته:

إن كان النكاح بمهر المثل أو بما يتغابن النّاس فيه.. لا يجوز النكاح الثاني.

وإن كان بمهر لا يتغابن النّاس فيه، إن كان للصّغير أب أو جدّ.. جاز نكاحه؛ لأن له مجيزاً فيتوقف، وإن لم يكن.. لا يتوقّف؛ فإذا تزوّجت.. جاز. انتهى.

فَلَهُمَا الْخِيَارُ ....

فظهر منه أن جواز نكاح غير الأب والجد للصّغيرين مقيّد بكونه للكفؤ، وأن المراد بالغير ههنا أعم من سائر الأولياء الذين لهم ولاية الإنكاح، ومن نفس الصغير.

(.. **فلهما**) أي: للصغير والصغيرة (**الخيار**)؛ أي: خيار الفسخ بإلزام القاضي؛ لأن في خيار البلوغ لا تقع الفرقة ما لم يفسخ القاضي العقد؛ فإن كان ذلك قبل الدخول.. يسقط كل المهر؛ سواء كان ذلك من قبل الرجل، أو من قبل المرأة؛ لأنه ليس بطلاق، وإن كان بعد الدخول ولو حكماً.. لزمه كل المهر على ما في «قاضي خان».

وفي «البحر» نقلاً عن «التبيين»: لا يقال: النكاح لا يحتمل الفسخ، فلا يستقيم جعله فسخاً، لأنا نقول: المعنى بقولنا: «لا يحتمل الفسخ» أنه لا يحتمله **بعد التمام**، وهو النكاح الصحيح النافذ اللّازم، **وأما قبل التمام**.. فيحتمل الفسخ، وتزويج الأخ والعم صحيح نافذ، لكنه غير لازم.. فيقبل الفسخ.

ثم قال: ويرد عليه: ارتداد أحدهما؛ فإنه فسخ وهو بعد التمام ، وكذلك ملك أحد الزوجين صاحبه.. فالحق: أنه يقبل الفسخ مطلقاً إذا وجد ما يقتضيه شرعاً. انتهى.

قال في «نقد الفتاوى»: لا مهر لها في الفرقة بخيار البلوغ إن لم يدخل بها، وهذا فائدة كون الفرقة فسخاً، وفائدة أخرى: بعد الفرقة يملك بثلاث، وإن دخل بها.. فلها المسمّى، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول.. لا مهر عليه. انتهى.

واختلف في وقت دخول الصّغيرة، ففي «الخلاصة»: إذا كانت بنت خمس سنين.. لا يدخل، وإن كانت تسع سنين.. يدخل بها، وفي الست والسبع والثمان إن كانت ضخمة سمينة تحتمل الوطء.. يدخل بها، وإن كانت مهزولة.. لا.

إِذا بلغا أَو علما بِالنِّكَاحِ بعد الْبلُوغ، خلافاً لأبي يُوسُفَ.

وأكثر المشايخ: على أنه لا عبرة للسن، وإنما العبرة للطاقة كما في ختان الصبي.

واعلم: أن الفرقة أربعة عشر فرقة: **سبعة منها تحتاج إلى القضاء**: الفرقة بالجب، وبالعنة، وبإباء الزوج عن الإسلام، وباللعان، وبخيار البلوغ، وبعدم الكفؤ، وبنقصان المهر، والأربعة الأولى: طلاق، والثلاثة الأخيرة: فسخ، وكذا إباء المرأة عن الإسلام فسخ على ما في «البحر».

وسبعة منها لا يحتاج فيها إلى القضاء: الفرقة بخيار العتق، وبالإيلاء [و] بالردة، وتنجيز الزوج، وبتباين الدارين، وبملك أحد الزوجين صاحبه، ويكون النكاح فاسداً.

والأصل فيه: أن كل فرقة تبنى على سبب خفي.. يحتاج فيها إلى القضاء؛ كما في السبعة المذكورة، وكل فرقة تبنى على سبب ظاهر كما في السبعة الثانية.. لا يحتاج فيها إلى القضاء، كذا في [٣٥١/ب] «البحر».

وإذا رأت الصغيرة الدم في الليل.. تقول: فسخت النكاح وتشهد إذا أصبحت، وتقول: إنما رأيت الدّم الآن؛ لأنها لا تصدق في أن تقول: رأيت الدم في الليل وفسخت، ويسعها أن تقول هكذا وإن كان كذباً؛ لأن الكذب في بعض المواضع مباح، كذا في «الخلاصة».

(إذا بلغا) وقد كانا عالمين بالنكاح قبل البلوغ أو عنده، (**أو علما بالنكاح بعد البلوغ، خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأن النكاح عقد لازم، وقد صدر عن المولى، فلا يفسخ كما في إنكاح الأب والجد.

ولهما: أن العقد صدر ممن هو قاصر الشفقة.. فيثبت لهما الخيار إذا ملكا أنفسهما عملاً بالدليل.

يعني: أن أصل الشفقة يعمل في جواز العقد الصادر عنهم، وقصورها يعمل في إثبات الخيار.. فعملنا بالدليلين، بخلاف الأب والجد؛ إذ لا قصور في شفقتهم

وسكوتُ الْبكرِ رضىً.

وَلَا يَمْتَدُّ خِيَارهَا إِلَى آخرِ الْمجْلسِ، وَإِن جَهِلَتْ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ، بِخِلَافِ الْمُعتَقَةِ.

أصلاً، والمجنون والمجنونة لهما خيار الفسخ إذا عقلا في تزويج غير الأب والجد، كذا في «البحر».

(**وسكوت البكر رضىً**)؛ أي: سكوتها عند البلوغ رضىً إن علمت النكاح، وإن لم تعلم النكاح.. فسكوتها عند العلم به بعد البلوغ رضا.

(**ولا يمتد خيارها**)؛ أي: البكر (**إلى آخر المجلس**)؛ أي: مجلس البلوغ أو مجلس العلم، بل يبطل فوراً بمجرد السكوت، حتى لو سألت عن اسم الزوج أو المهر، أو سلمت على الشهود.. بطل خيارها على ما في «كمال الدراية».

ولو بلغت في الليل.. تختار بلسانها وتقول: نقضت النكاح، وتُشهِد إن أمكن، وإلا.. فقبل قولها مع اليمين على ما في شرح «النقاية»، وقد ذكرنا عن «الخلاصة»: أنه ينبغي أن تقول: رأيت الدم الآن، وإن كان كذباً.

ولو اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي شهرين.. فهي على خيارها؛ كخيار العيب على ما في «التبيين».

(**وإن جهلت أن لها الخيار**)؛ لأن الجهل بالخيار ليس بعذر في حقّها في دار الإسلام؛ لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع.

وعن محمد: إن العلم بالخيار شرط كالعلم بنفس النكاح.

قلنا: إنما اشترط العلم بأصل النكاح؛ لأنها لا تتمكن من التصرف بالقبول أو الفسخ ما لم يعلم النكاح، بخلاف العلم بالخيار، والدار دار الإسلام.

(**بخلاف المعتقة**) المنكوحة؛ سواء كانت قنة، أو مدبرة، أو مكاتبة، أو أمّ ولد؛ وسواء كان قبل الدخول أو بعده، حرّاً كان زوجها أو عبداً؛ فإنها معذورة بالجهل

وَخيَارُ الْغُلَامِ وَالثَّيِّبِ لَا يَبطلُ، وَلَو قاما عَن الْمجْلسِ.. مَا لم يرضيا صَرِيحاً أَو دِلَالَةً.

وَشرطُ الْقَضَاءِ للْفَسْخِ: فِي خِيَارِ الْبلُوغِ، ....

بالخيار؛ لأنها لم تتفرغ لعلم الأحكام من خدمة المولى، فيمتد خيارها إلى آخر المجلس، ويبطل بقيامها عنه.

وبخلاف المخيرة أيضاً؛ فإن خيارها يمتد إلى آخر المجلس، ويبطل بقيامها عنه.

والفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق: أن الأول يحتاج إلى القضاء، ويثبت للغلام والجارية دون الثاني، بل هو مختص بالمعتقة، ولا يحتاج إلى القضاء.

(**وخيار**) بلوغ (**الغلام**) الصغير، (**والثيب**) الحرة أو الأمة، (**لا يبطل**) بالسكوت، (**ولو**) - وصلية - (**قاما عن المجلس**)؛ لأن وقت خيارهما العمر، على ما في «البحر» (**ما لم يرضيا صريحاً**) بأن يقول: رضيت [٣٥٢/أ] أو قبلت، (**أو دلالة**) بأن فعل فعلاً يدلّ على الرضا؛ كإعطاء المهر، والتقبيل، وطلب النفقة من الزوج.

لا أكلها من طعامه وخدمتها له على ما في «الخلاصة».

ولا الخلوة بلا مسّ على ما في شرح «النقاية».

وهذا لأن خيارهما ثبت بعدم الرّضا لتوهم الخلل، فيبطل بالرضا صريحاً أو دلالة؛ لوجود المنافي دون غيرهما؛ لعدم المنافي.

(**وشرط القضاء للفسخ في خيار البلوغ**) من الغلام، والثيب، والبكر، والجارية، وفيه إشارة على أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق، وقد ذكرناه، وهل يشترط حضور الزوج في القضاء بالتفريق؟

قلت: نعم، ففي «البحر»: لو بلغت واختارت نفسها والزوج غائب.. لا يفرق بينهما ما لم يحضر الغائب، ولو كان الزوج صغيراً.. لا ينتظر كبره، ويفرق بينهما بحضرة والده أو وصيه. انتهى.

لَا فِي خِيَارِ الْعِتْقِ؛ فَإِن مَاتَ أَحدُهمَا قبلَ التَّفْرِيقِ.. وَرِثَه الآخرُ . بالغاً أَو لَا.

وفي «الجامع الأسترونشي»: زوجت صبية من صبي، فأدركت قبل بلوغه، فاختارت الفرقة.. فالحاكم لا يفرق بينهما إلّا بحضرة الخصم من جانبه من أب أو وصيه؛ فإن لم يكونا.. فالجد أو وصيه خصم؛ فإن لم يوجد أحدهما.. ينصب القاضي وصياً يخاصم عنه، ويطلب منه تبطل دعوى الفرقة ببينة على رضاها بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة؛ فإن لم يظهر الخصم وأراد تحليفها؛ فإن حلفت.. يفرق الحاكم بحضرة الخصم بلا انتظار إلى بلوغه، بخلاف خيار المخيرة؛ فإنه طلاق لا فسخ؛ لكونه من جانب الزوج، ولا تحتاج إلى القضاء.

(لا في خيار العتق)؛ لأن الفسخ في خيار العتق لدفع ضرر جلي، وهو زيادة الملك عليها، فلا يحتاج فيه إلى القضاء، بخلاف الفسخ في خيار البلوغ؛ فإنه لدفع ضرر خفي، وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة الزوج حتى شمل الذكر والأنثى فيحتاج فيه إلى القضاء على ما أصلناه.

(فإن مات أحدهما)؛ أي: أحد الزوجين اللذين كلاهما صغيران، أو أحدهما صغير والآخر كبير **(قبل التفريق)** من طرف القاضي؛ لأن الفرقة بينهما لا تقع إلا بقضاء القاضي على ما مر (.. **ورثه الآخر)**؛ لأن النكاح صحيح والملك به ثابت؛ فإذا مات أحدهما.. فقد انتهى النكاح؛ سواء مات قبل البلوغ أو بعده؛ لما ذكرناه من أن الفرقة لا تقع إلا بالقضاء، فيتوارثان، ويجب المهر كله، وإن مات قبل الدخول. كما لو جدَّ الاعتراض بعدم الكفاءة فمات أحدهما قبل القضاء بالفسخ، ولهذا حلّ له الوطء قبل التفريق بالقضاء.

بخلاف النكاح الفاسد؛ لأن أصل الملك لم يكن ثابتاً، فلا يثبت حلّ الوطء والتوارث.

وبخلاف نكاح الفضولي؛ لأن النكاح ثمة موقوف لا نافذ، فيبطل بالموت قبل الإجازة لا منته.

(بالغاً أو لا)؛ لما ذكرناه.

وَالْوَلِيُّ هُوَ الْعصبَةُ نسباً أَو سَبباً على تَرْتِيبِ الْإِرْثِ.

وَابْنُ الْمَجْنُونَةِ مقدَّمٌ على أَبِيهَا؛ خلافاً لمُحَمَّدٍ.

ولما أجمل الوليّ.. شرع في تفصيله، فقال: **(والولي هو: العصبة نسباً أو سبباً على ترتيب الإرث)** على ما ذكرناه.

(وابن المجنونة)؛ أي: الكبيرة **(مقدم على أبيها)** عند اجتماعهما، وهذا عندهما [٣٥٢/ب].

(خلافا لمحمد)، وأبو حنيفة معه في رواية.

وله: أن الأب أشفق من الابن ولأن للأب ولاية في المال والنفس، وليس للابن ولاية في المال.. فكان الأب أولى.

ولهما: أنه ﷺ جعل ولاية النكاح إلى العصبات على ترتيبهم في الميراث، فيقدم الابن عليه؛ لأن هذه الولاية مبنية على العصوبة، وزيادة الشفقة غير معتبر؛ كأب الأم مع ابن الأخ؛ فإن ابن الأخ مقدم عليه، ولا فرق بين الجنون الأصلي والطارئ؛ لوجود العجز.

خلافاً لزفر؛ فإنه قال: لا يزوجها أحد في الطارئ؛ لأن الولاية قد زالت ببلوغها عاقلة.. فلا تعود بعده.

قلنا: مناط ثبوت الولاية عليها: وجود العجز، وقد وجد ذلك، فتعود، كذا في «الزيلعي».

وفي «البحر»: التقييد بالمجنونة اتفاقي؛ لأن الحكم في المجنون كذلك.

قال في «البزازية» و«الخلاصة»: ولاية الأب على الابن المجنون ثابتة إذا بلغ مجنوناً أو معتوهاً، ولو بلغ عاقلاً، ثم جنّ أو عته.. قال الفقيه أبو الليث: عند أبي يوسف: لا تعود، وعند محمد: تعود.

وقال الإمام الميداني: تعود الولاية عند الثلاثة خلافاً لزفر، بل تعود إلى السّلطان عنده، فما في «الزيلعي» منطبق على رواية الميداني.

وَلَا ولَايَةَ لعبدٍ وَلَا صَغِيرٍ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا كَافِرٍ على وَلَدِهِ الْمُسلمِ؛ فَإِن لم يكن عصبَةٌ.. فللأُمِّ.. ثمَّ للْأُخْتِ لِأَبَوَيْنِ، ثمَّ للْأُخْتِ لأَبٍ، ....

وعن أبي يوسف: إن كلًّا من الأب والابن وليان؛ فأيهما زوَّج.. صح، وعند حضورهما.. يقدم الأب تعظيماً له، ولو كان مكان الأب الجد مع الابن.. فعلى هذا الخلاف؛ لأنه كالأب على ما في «الزيلعي».

(**ولا ولاية لعبد، ولا صغير، ولا مجنون**)؛ أي: لا على أنفسهم، ولا على غيرهم؛ لأن مبنى الولاية على النظر، ولا نظر لهم، حتى احتاجوا إلى ولاية الغير عليهم.

(**ولا كافر على ولده المسلم**)، ولا على امرأة أرادت التزوج؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ حتى لا تقبل شهادته عليه، ولا يتوارثان، وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة لاختلافهما ديناً، إلا أن يكون المسلم سيّد أمة كافرة أو سلطاناً.

وكذا لا ولاية لوصي في نكاح الصغيرة بحق وصايته على ما في «الحاوي».

(**فإن لم يكن**)؛ أي: إن لم توجد (**عصبة**) على الترتيب الذي ذكرناه إلى مولى العتاقة وعصبته (.. **فللأم**)، ثم للبنت، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم بنت ابن الابن، ثم بنت بنت البنت، وإن سفل، وإنما لم يذكرها، بل انتقل من الأم إلى الأخت؛ لأنه لا يتمشى في الصغير والصغيرة، وإنما يختص بالمجنون والمجنونة، كذا في «البحر».

(**ثم للأخت لأبوين، ثم للأخت لأب**)، وفيه إشارة إلى أن حق التقدم في تزويج الصغير والصغيرة للأم عند عدم العصبات النسبية والسببية التي ذكرناهم على ترتيبهم، وقد اختلفوا فيه: ففي «القنية» بعلامة قاضي بديع: أم الأم أولى بتزويج الصغيرة من الأم.

ثم قال بعلامة «المحيط» و«النوازل» عن عطاء السفدي: الأخت لأب وأم، أو لأب: أولى في تزويج الصغيرة.

ثم قال: والنساء اللواتي من قوم الأب لهنّ ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا، وهي الأخت والعمة، وبنت الأخ [٣٥٣/أ]، وبنت العم.

فأما الأم والنساء اللواتي من قبل الأم.. فلهنّ ولاية عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد.

ثم نقل عن «البرهان المحيطي»: وما ذكره شيخ الإسلام عطاء السفدي من الإجماع.. فمستقيم في الأخت لا في العمة؛ لأنها من ذوي الأرحام. انتهى كلام «القنية».

يعني: أن محمّدا لم ير ولاية نكاح الصغيرة لذوي الأرحام، وما ذكر في «الخلاصة» و «البزازية» مثله، حيث قالا: الأخت مقدم على الأم حال عدم العصبة؛ لأنها من قوم الأب.

ثم قالا: قال شمس الأئمة السرخسي: إنكاح الأخت، والعمة، وبنت الأخ، وبنت العمة، والتي من قوم الأب، يجوز بالإجماع.

وإنما الخلاف في الأم والخالة ونحوها، فقد سلّم ما ذكره على السفدي من الإجماع، وسكت عليه صاحب «الخلاصة».

وردّه في «البزازية» حيث قال: دعواه الإجماع يصح في الأخت لا في العمة وبنت العم؛ لأن ثبوت الولاية لذوي الأرحام مختلف فيه.

وقال في «شرح الطحاوي»: جعل الخلاف في الكل لا في الأم والخالة فقط؛ حيث قال: إن لم يكن لها من العصبات أحد، ولا مولى العتاقة.. فذوو الأرحام الأقرب فالأقرب.

وعن محمد: ليس لذوي الأرحام ولاية.

ثُمَّ لولدِ الْأُمِّ، ثُمَّ لِذَوِي الْأَرْحَامِ الْأَقْرَبِ فَالأَقْرَب - التَّزْوِيجُ عِنْدَ الإِمَامِ، .....

وفي «شرح الشافي»: الأقرب من ذوي الأرحام: الأم، ثم البنت، ثم بنت الابن، ثم بنت البنت، ثم بنت ابن الابن، ثم الأخت لأب وأم، ثم لأب، ثم لأم، ثم أولادهن، ثم العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام.

قال: ويفتى بما في «شرح الشافي»: أن الأم مقدمة على الأخت، وعليه أكثر المتون والفتوى؛ لأن الأم أقرب من الأخت، وولاية الإنكاح على القرابة الباعثة على الشفقة، ولهذا اختاره المصنف.

ومرادهم بذوي الأرحام ههنا: ليس ما ذكر في الفرائض من أنه قريب ليس بذي سهم ولا عصبة، بل مرادهم: ذات قرابة غير العصبة بقرينة مقابلته بالعصبات، ولإدخالهم الأم والبنت فيه ههنا، مع أنها من أصحاب الفروض على ما بُيّنَ في الفرائض.

وقد صرح مجيء ذوي الأرحام بهذا المعنى في حضانة «البحر».

(**ثم لولد الأم**)؛ أي: الأخ والأخت لأم؛ ذكورهم وإناثهم سواء.

(**ثم لذوي الأرحام**) من أولاد ولد الأم، ثم العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، ثم أولاد العمة والأخوال والخالات.

والمراد بذوي الأرحام في كلام المصنف: ما ذكر في الفرائض؛ لأنه صرّح ذكر أصحاب الفروض بعد العصبات من الأم وغيرها، ولم يبق ما يدخل تحت ذوي الأرحام إلا قريب ليس بذي سهم ولا عصبة، بخلاف ما ذكرناه من «شرح الشافي» و«شرح الطحاوي» على ما عرفت.

(**الأقرب فالأقرب**) على ما ذكرناه.

(**التزويج**) مبتدأٌ خبرُه مقدَّم عليه من قوله: «فللأم».

(**عند الإمام**)، والجد الفاسد أولى من الأخت عنده على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة» و «البزازية».

خلافاً لِمُحَمدٍ، وأبو يوسفَ معَ محمَّدٍ في الأَشهرِ.

ثمَّ لمولى الْمُوَالَاةِ ثمَّ لقاضٍ فِي منشورِهِ ذَلِكَ.

والظاهر من كلام المصنف عكسه؛ لأنه من ذوي الأرحام [٣٥٣/ب].

(**خلافا لمحمد**) قال: ولاية إنكاح الصغيرة إلى العصبة، إلى مولى العتاقة وعصبته، ثم إلى القاضي، وليس لذوي الأرحام - أي غير العصبات - ولاية الإنكاح لقوله؛ ﷺ: «الإنكاح إلى العصبات» اللّام للجنس؛ إذ لا عهد، فيفيد حصر جنس الإنكاح في جنس العصبة.

ومولى العتاقة عصبته.

ولأبي حنيفة أن ولاية الإنكاح نظريّة، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة، والأم وغيرها ممّا ذكر مختص بها، وما رواه محمول على حال وجود العصبة.. فلا ينفيَ ثبوت الولاية لغيرها عند عدمها.

(**وأبو يوسف مع محمّد في الأشهر**).

وفي «قاضي خان» و«الخلاصة»: قول أبي يوسف مضطرب.

(**ثم لمولى الموالاة**) وهو من والى غيره على أنه إن جنى.. فأرشه عليه، وإن مات.. فميراثه له؛ لأنه مؤخر في الإرث عن ذوي الأرحام؛ فكذا في الإنكاح.

(**ثم لقاضٍ في منشوره**) - أي: في مكتوبه الذي أعطي له من السلطان - (**ذلك**)، أي: تزويج الصغار؛ لقوله ﷺ: «السلطان وليّ من لا وليّ له»، والقاضي نائب السلطان، ولهذا احتاج إلى تصريح الإذن في منشوره. فلو زوج صغيرة، ثم أذن له السلطان بذلك، فأجاز ذلك النكاح.. لا يجوز كذا في «الخلاصة» عن «الفتاوى».

ثم قال الصدر الشهيد: الصحيح عندي: أنه يجوز؛ كما إذا أمر الرجل عبده أن يتزوج، وقد كان العبد تزوج قبل ذلك، فأجاز ذلك النكاح.. جاز استحساناً.

وفيه إشارة إلى أنّ الوصي ليس له ولاية تزويج الصغير والصغيرة، وفيه تفصيل:

وللأَبعدِ التَّزْوِيجُ إِذا كَانَ الْأَقْرَبُ غَائِباً بِحَيْثُ لَا يَنْتَظِرُ الكفؤُ الْخَاطِبُ جَوَابَهُ.

فقال في «قاضي خان»: والوصي لا يملك إنكاح الصغير والصغيرة، أوصى إليه الأب أو لم يوص، وروى هشام عن أبي حنيفة وهو قول مالك: إن أوصى إليه الأب.. جاز تزويج الصغير والصغيرة، وقال ابن ليلى: هو ولي في الوجهين. انتهى.

وفي «فتح القدير»: ليس لوصي الصغيرة ولاية تزويجها وإن أوصى إليه الأب بالنكاح، إلا إذا كان الموصي عيَّن رجلا في حياته، فزوجها الوصي به؛ كما لو وكل في حياته تزويجها، وإن لم يعين.. انتظر بلوغها لتأذن. انتهى.

ثم اعلم أن القاضي لو زوج الصغيرة التي هو وليها - وهي اليتيمة - من ابنه.. لا يجوز؛ كالوكيل مطلقاً إذا زوج موكلته من [ابنه.. لا يجوز]، بخلاف سائر الأولياء؛ لأن تصرف القاضي حكم منه، وحكمه لابنه لا يجوز، بخلاف تصرف الولي، كذا في «فتح القدير».

(وللأبعد) من الأولياء، ولو قاضياً **(التزويج إذا كان الأقرب غائباً، بحيث لا ينتظر الكفؤ الخاطب)**؛ أي: الطالب للتزوج، **(جوابه)**؛ أي: جواب الأقرب.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز تزويج الأبعد؛ لأن ولاية الأقرب قائمة؛ لأنها ثبتت حقاً له صيانة للقرابة، فلا يبطل بغيبته، حتى لو زوجها فيمن كان من المكان.. جاز بالاتفاق.

قلنا: إن هذه الولاية نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه، ففوّضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السّلطان عندنا، كما إذا كان الأقرب مجنوناً، أو رقيقاً، أو كافراً، أو صغيراً؛ فإن الأبعد مقدم على السلطان ههنا [٣٥٤/أ]، فكذا عند غيبته، ولو زوّجها الأقرب فيما كان من المكان.. فجوازه ممنوع، ولو سلم.. فللأبعد بعد القرابة وقرب التدبير، وللأقرب عكس ذلك، فنزلا منزلة وليين متساويين، فأيّهما عقد.. نفذ ولا يرد، وهذا الخلاف فيما إذا غاب الأقرب.

وَقِيل: مَسَافَةُ السّفرِ.

وَقِيل: بِحَيْثُ لَا تَصلُ القوافلُ إِلَيْهِ فِي السَّنةِ إِلَّا مَرَّةً.

وَلَا يَبطلَ بعودِهِ.

وَلَو زَوَّجهَا وليَّانِ متساويانِ.. فَالْعِبْرَةُ للأَسبقِ.

وأما إذا منع الأقرب عن التزويج بالكفؤ الخاطب.. فولاية الإنكاح تتنقل إلى الأبعد بالاتفاق على ما في «الخلاصة» و «البزازية».

وفي فتاوى مشايخ الإسلام: إذا زوجت الأمُّ الصغيرةَ بغير إذن وليها الأقرب - أعني العم - وهو في مسافة يوم.. فللعمّ فسخ النكاح، وتزويج الصغيرة إلى غيره.

(وقيل) في تفسير الغيبة: **(مسافة السفر، وقيل: بحيث لا تصل القوافل إليه في السنة إلا مرة)**، واختاره القدوري، والأصح: هو الأول، واختاره الإمام السرخسي ومحمد بن الفضل؛ لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حين غاب غيبة منقطعة؛ لعدم الانتفاع به، ولهذا قالوا: لو كان الأقرب مختفياً في البلدة.. لا توقف عليه؛ لعدم الفائدة في التوقف.

(ولا يبطل) ما عقده الأبعد **(بعوده)** أي: بعود الأقرب؛ لحصول المقصود بولاية تامة، وإنما يبطل بعوده ولاية الأبعد.

(ولو زوجها وليان متساويان) كالأخوين، أو عَمَّيْن لأب وأم **(.. فالعبرة للأسبق)**؛ لحصول المقصود بولاية تامة.

وفي «الحاوي القدسي»: وإذا كان وليّان في درجة كالأخوين والعَمَّيْن.. فلكل واحد منهما أن يستقل بنفسه في العقد؛ فإن زوّجها كلّ واحد منهما من رجل، ولا يدرى أيهما أسبق.. فسخ النكاح، وإن علم الأول.. جاز ذلك، ولغا الثاني، دخل بها أو لا، وهذا إذا كان تزوّجها بأمرها؛ فإن كان بغير أمرها وإذنها.. فلها أن تختار أيّ النكاحين شاءت.

وَإِن كَانَا مَعاً.. بطلا.

وَيصِحُّ كَونُ الْمَرْأَةِ وكيلةً فِي النِّكَاح.

(وإن كانا) عقدا (معاً)، كلّ واحد منهما عن رجل آخر ولم يعلم أيّهما أول (.. بطلا)؛ أي: العقدان؛ لعدم إمكان نفوذهما معاً، ولا لأحدهما؛ لعدم المرّجح.

(ويصح كون المرأة وكيلة في النكاح)؛ لأنها أهل لعقد الوكالة، لكن لا بد أن لا تزوج نفسها لموكلها لما في وكالة «الخلاصة».

ولو وكل الرّجل امرأة بأن تزوجه امرأة، فزوجت نفسها منه.. لم يجز في قولهم جميعاً، كما لو وكلت امرأة رجلاً بأن يزوجها من رجل، فزوجها من نفسه، أو من ابن له صغير.. لا يجوز.

وفيها أيضاً: رجل وكلّ رجلاً بأن يزوجه امرأة فزوجه بنته؛ إن كانت صغيرة.. لا يجوز، وإن كانت كبيرة.. فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز.

وكذا كل من لا تقبل شهادته لها على هذا الخلاف.

وكذا لو زوج موكلته من ابن له بالغ أو أبيه.. فعلى هذا الخلاف .

* * *

(فصلٌ)

[فِي الكَفَاءَةِ في النِّكَاح]

تعْتَبرُ الْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ ....

(فصل)

في بَيَانِ الكَفَاءة

وقد ذكرنا أن الفرقة الحاصلة بعدمها.. فسخ لا طلاق، ويحتاج فيه إلى فسخ القاضي، حتى لو لم يدخل بها.. لا شيء لها من المهر، وإن دخل بها.. فلها المهر والعدة.

وحق الاعتراض في الفسخ إلى الولي، محارم أو لا، على الصحيح كذا في «الخلاصة».

ويدل على أنّ حق الاعتراض إلى الأولياء: ما ذكره في «الخلاصة»: امرأة زوجت من رجل، ولم تعلم [٣٥٤/ب] أنه عبد أو حرّ؛ فإذا هو عبد مأذون له في النكاح.. ليس لها الخيار، وإنما الخيار للأولياء.

ولو زوجها الأولياء برضاها ولم يعلموا أنه حرّ أو عبد، ثم علموا.. لا خيار لأحدهم.

ولو أخبر الزوج أنه [حر] والمسألة بحالها.. كان لهم الخيار.

(تعتبر الكفاءة)؛ أي: عند ابتداء العقد، حتى لو زالت الكفاءة بوجه بعد العقد.. لا يضر؛ لانعقاده صحيحاً نافذاً.

(في النكاح)؛ لقوله ﷺ: «ألا لا يزوج النساء إلّا الأولياء، ولا يزوّجن إلّا من الأكفاء» رواه جابر، ولأن مصالح النكاح لا تنتظم إلا بين المتكافئين عادة؛ لأن الشريفة تأبى أن تكون فراشاً للخسيس، فلا بدّ من اعتبارها من جانبه.

بخلاف جانبها؛ لأن الزوج مستفرش، فلا تغيظه دناءة الفراش.

نسباً؛ فقريشٌ بَعضُهم أَكفاءُ بعضٍ، وَغَيرُهم مِنَ الْعَرَبِ لَيْسُوا كفؤاً لَهُم، بل بَعضُهم أكفاءُ بعضٍ.

وفي «البحر» عن «الخبازية»: الصحيح أن الكفاءة غير معتبرة من جانبها عند الكل.

(نسباً)؛ لأنه يقع به التفاخر، وفيه خلاف مالك والثوري؛ لقوله ﷺ: «الناس سواسية، لا فضل لعربي على عجمي؛ إنما الفضل بالتقوى».

قلنا: ذلك في حكم الآخرة، والنكاح من أحكام الدنيا، والعرب يتفاخرون بالنسب؛ (**فقريش**) وهو نضر بن كنانة، وقيل: هو فهر بن مالك، (**بعضهم أكفاء بعض**) كيف كانوا، حتى أن القريشي الذي ليس بهاشمي يكون كفؤ الهاشمي منهم؛ لأن النبي ﷺ زوج ابنته عثمان وكان قرشياً أموياً لا هاشمياً، وكان رسول الله ﷺ قرشياً هاشمياً.

وما روي عن محمد أنه لو تزوجت قريشية من أولاد الخلفاء قريشياً ليس من أولادهم.. فللأولياء حق الرد، محمول على تعظيم أمر الخلافة، لا على انعدام أصل الكفاءة.

(**وغيرهم**)؛ أي: غير القريشي (**من العرب ليسوا كفؤاً لهم، بل بعضهم**)؛ أي: العرب غير القريشي (**أكفاء بعض**)؛ لقوله ﷺ: «قريش بعضهم أكفاء لبعض ببطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل».

والمراد بالموالي: العتقاء والأعاجم، وإنما سمي العجم موالي؛ لأن بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب، وكان للعرب استرقاقهم؛ فإذا تركوهم أحراراً.. فكأنهم أعتقوهم.

ولم يعتبر التفاضل بين قريشي بعضها مع بعض، وعربي بعضها مع بعض.

الأنصاري والمهاجري سواء، وإنما قال في الموالي: رجل برجل.. إشارة إلى

وَبَنُو باهلةَ لَيْسُوا كفءَ غَيرِهم مِنَ الْعَرَبِ.

وَتعْتَبَرُ فِي الْعَجمِ إسلاماً وحرِّيَّةً، فَمُسلمٌ أو حُرٌّ أَبوهُ كَافِرٌ أَو رَقِيقٌ.. غيرُ كفؤٍ لمَن لَهَا أَبٌ فِي الْإِسْلَامِ أَو الْحُرِّيَّةِ.

وَمن لَهُ أَبٌ فِيهِ أَو فِيهَا.. غيرُ كفؤٍ لمَن لَهَا أَبَوَانِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

أن النسب غير معتبر فيهم؛ لأنهم ضيّعوا أنسابهم، وإنما التفاخر فيهم بالإسلام والحرية.

(**وبنو باهلة**) بن قيس بن سعد بن غيلان من العرب (**ليسوا كفء غيرهم من العرب**)؛ لشهرتهم عند العرب بالخساسة والدناءة.

(**وتعتبر**)؛ أي: الكفاءة (**في العجم إسلاماً وحرية**) لا نسباً؛ لأنهم يفتخرون بهما دون النسب؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم، فلا يكون كفؤاً للعرب، إلا أن يكون عالماً أو وجيهاً على ما في «شرح النقاية» عن «المضمرات».

وفي «الخلاصة» الكفاءة بين الموالي تعتبر بالإسلام لا بالنسب، ومراده بالموالي غير العرب؛ كما أن المراد بالعجم ههنا غير العرب.

(**فمسلم**) بنفسه، (**أو حر**) بنفسه، (**أبوه**) أي أبو كل منهما (**كافر أو رقيق.. غير كفؤٍ لمن لها أب في الإسلام أو الحرية**)؛ لأن من له [٣٠٥/أ] أب في الإسلام والحرية.. يفتخر على من ليس له أب كذلك.

وعن أبي يوسف: إن الذي أسلم بنفسه أو أعتق بنفسه، إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر.. كان كفؤاً له على ما في «النهاية».

وفيها أيضاً: إن الكفاءة إسلاماً إنما تعتبر في العجم دون العرب، والمعتبر فيها: الكفاءة نسباً؛ حيث قال: إن من لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم.. كفؤ لمن له آباء في الإسلام؛ لأن العرب يتفاخرون بالنسب، فيعدون النسيب كفؤاً لنسيب آخر إذا كانا مسلمين.

(**ومن له أب فيه**)؛ أي: في الإسلام، (**أو فيها**)؛ أي: في الحرية (.. **غير كفؤ لمن لها أبوان**) عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً لأبي يوسف**)؛ إلحاقاً لمن له أبوان فيهما.

وَمن لَهُ أَبَوَانِ كفؤٌ لمَن لَهَا آبَاءٌ.

وَتعْتَبرُ ديانَةً، خلافاً لمُحَمَّدٍ.. فَلَيْسَ فَاسقٌ كفؤاً لِبِنْتِ صَالحٍ وَإِن لم يُعلِنْ فِي اخْتِيَارِ الفُضلى.

ولهما: أن أصل النسب في التعريف إلى الأب، وتمامه بالجد، ولا يشترط أكثر من ذلك.

(ومن له أبوان) فيهما **(.. كفؤ لمن لها آباء)**؛ لما ذكرناه من أن الأكثر من الاثنين ليس بشرط.

(وتعتبر ديانةً) عندهما؛ لأنها من أعلى المفاخرة، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بصفة النسب، فكانت الديانة أولى بالاعتبار من النسب.

(خلافاً لمحمد)؛ لأن الديانة من أمور الآخرة، فلا يبتنى عليها أحكام الدنيا، إلا إذا كان يضرب على قفاه بعرض الكف، ويستحى منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران فيلعب به الصبيان.. فحينئذٍ لا يكون كفؤ الصالحة.

وعن أبي يوسف: إنه إن كان معلناً بالفسق.. فغير كفؤ، وإن كان مستتراً.. فهو كفؤ لها.

(فليس فاسقٌ كفؤاً لبنتِ صالحٍ، وإن لم يعلن) فسقه **(في اختيار الفضلى)**.

وفي «البزازية»: رجل زوج بنته من رجل ظنه مصلحاً لا يشرب مسكراً؛ فإذا هو مدمن، فقالت البنت بعد الكبر: لا أرضى بالنكاح:

إن لم يكن أبوها يشرب المسكر، ولا عرف به، وغلبة أهل بيتها صالحون.. فالنكاح باطل بالاتفاق.

والمختلف فيه بين الإمام وصاحبيه: ما إذا علم الأب عدم الكفاءة ومع ذلك زوجها منه، ثم قال:

امرأة زوجت نفسها بلا اشتراط الكفاءة، ولم تعلم أنه كفؤاً أم لا؛ ثم بان أنه ليس بكفؤ.. ليس لها الفسخ، وللأولياء طلب الفسخ ما لم تلد منه، ولا يبطل حق

وَتعْتَبرُ مَالاً.. فالعاجزُ عَن الْمهْرِ الْمُعَجَّلِ وَالنَّفقَةِ ....

الأولياء بالسكوت، وإن طال.

ولو زوّجها الأولياء برضاها، ولم يعلموا بعدم الكفاءة، ثم علموا.. لا خيار لأحد؛ أما إذا أخبر بالكفاءة أو شرطوا ذلك، ثم علم بعدم الكفاءة.. لهم الخيار. انتهى.

واختلفوا في اعتبار الكفاءة بالعقل، كذا في «الخلاصة» **(وتعتبر مالاً)** وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة في ظاهر الرواية، حتى إن من لا يملكهما أو أحدهما.. لا يكون كفؤاً؛ **أما المهر:** فلأنه بدل البضع، فلا بد من إيفائه، **وأما النفقة:** فلأن قوام الازدواج ودوامه بها.

وفي «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: والصبي كفؤ بغناء أبيه، وهو الأصح، يعني بالنسبة إلى المهر، وأما في النفقة، فلا يعد غنياً بغناء أبيه؛ لأن العادة أن الآباء يتحملون المهر عن الأبناء، ولا يتحملون النفقة.

وفيه نقلاً عن «المجتبى» [٣٥٥/ب] أيضاً: والصحيح: أنه إذا كان قادراً على النفقة على طريق الكسب.. كان كفؤاً لها، وقد اختلف التصحيح، وتصحيح «المجتبى» أظهر. انتهى.

والمراد بالمهر: قدر ما تعارفوا تعجيله، وإليه أشار بقوله: **(فالعاجز عن المهر المعجل والنفقة)**، وحكم العاجز عن كلاهما علم منه بطريق الأولى، والمراد بالنفقة: أن يكسب كل يوم قدر النفقة، وقدر ما يحتاج إليه من الكسوة، وقيل: نفقة شهر، وقيل: ستة أشهر، وإنما تعتبر القدرة على النفقة إذا كانت المرأة كبيرة أو صغيرة تصلح للجماع؛ أما إذا كانت لا تصلح.. لا تعتبر القدرة على النفقة، كذا في «الخلاصة».

وفيها أيضاً: إذا كان يجد نفقة المرأة، ولا يجد نفقة نفسه.. فهو كفؤ لها.

غيرُ كفؤٍ للفقيرةِ.

والقادرُ عَلَيْهِمَا كفؤٌ لذاتِ أموالٍ عِظَامٍ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لَهما.

وَتعْتَبرُ حِرْفَةٌ عِنْدَهمَا، وَعَنِ الإِمَام رِوَايَتَانِ؛........................

(غير كفؤ للفقيرة، والقادر عليهما: كفؤ لذات أموال عظام عند أبي يوسف)، وهو الصحيح.

(خلافا لهما) في غير رواية «الأصول»، قالا: إن من ملك النفقة ليس كفؤاً للفائقة في المال؛ لأن الناس يتفاخرون بالمال، ويعيرون بالفقر.

ووجه الصحيح: أنّ المال لا ثبات له؛ لأنه غاد ورائح.

وقيل: إن كان ذا جاهٍ كالسلطان والعالم.. يكون كفؤاً وإن لم يملك النفقة؛ لأن الخلل يجبر به؛ لأن شرف العلم أقوى وأرفع، ولهذا قالوا: الفقيه العجمي يكون كفؤاً للعربي الجاهل.

وفي «الخلاصة»: البكر إذا زوّجت نفسها من صبي ورضي وليها، ولكن الصبي ليس له طاقة المهر، ولكن قبل أبوه النكاح وهو غني.. جاز النكاح، والزوج كفؤ لها.

(وتعتبر حرفة)؛ أي: صنعة (عندهما، وعن الإمام) أبي حنيفة (روايتان) في رواية: إنه لا يعتبر، وهو الظاهر، حتى يكون البيطار كفؤاً للعطار. وفي رواية قال: الموالي بعضهم أكفاء لبعض، إلا الحائك والحجام.

وعن أبي يوسف في رواية أخرى: إنه لا يعتبر، إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ.

ووجههما: أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها.

ووجه القول الآخر: أن الحرفة ليست بلازمة، ويمكن التحول من الخسيسة إلى النفيسة.

فحائكٌ أَو حجَّامٌ أَو كنَّاسٌ أَو دبَّاغٌ.. غيرُ كفؤٍ لعطَّارٍ أَو بزَّازٍ أَو صرَّافٍ وَبِهِ يُفْتى.

وَلَو تزوَّجت غيرَ كفؤٍ.. فللوليّ أَن يفرّقَ.

وفي «الخلاصة» عن «المحيط»: الكفاءة بين الذميين لا تعتبر، وليس للولي أن يطالبه بالتفريق، إلا إذا كانت بنت ملك خدعها حائك أو كناس.. يفرق لا لانعدام الكفاءة، بل لتسكين الفتنة.

(فحائك، أو حجّام، أو كنّاس، أو دباغ.. غير كفؤ لعطّار أو بزاز أو صرّاف، وبه يفتي)، أفتى به شمس الأئمة الحلواني.

(ولو تزوجت) المرأة المكلفة نفسها (من غير كفؤ)، بلا ولي (.. فللولي) - واختلف في الولي ههنا؛ قيل: المراد به: المحارم، وقيل: أعم من المحارم وغيرها، وهو الصحيح على ما في «الخلاصة» و«قاضي خان» - (أن يفرق) بينهما قبل الدخول وبعده، ما لم تلد منه على الصحيح، ولكنه لا بد أن يكون التفريق عند القاضي؛ لأنه فسخ لا طلاق على ما ذكرناه.

فلو كان التفريق قبل الدخول والخلوة.. يسقط كل المهر، ولا عدة عليها، وإن كان بعد الخلوة.. كان عليه كل المهر ونفقة العدة.

ولو طلقها قبل تفريق القاضي والدخول بها.. كان لها نصف المهر المسمى، بناء على أن [٣٥٦/أ] هذا النكاح انعقد صحيحاً، فتبقى أحكامه من إرث أو طلاق إلى أن يفرق القاضي بينهما، والفرقة لا تكون طلاقاً، كذا في «الزيلعي»، وهو جواب ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: إنه لا ينعقد صحيحاً، وعليه فتوى «قاضي خان» على ما صرّح به في أوّل الفصل.

وفي «الخلاصة» عن «النظم»: تزوجت المرأة غير كفؤ، وفرق بينهما بعد الدخول، وألزمه المهر وألزمها العدة، ثم تزوجته في العدة.. كان عليه المهر ثانياً

وَكَذَا لَو نَقَصَت عَن مهرِ مثلِهَا: لَهُ أَن يفرِّقَ إِن لم يتمَّ، خلافاً لَهما.

وَقَبضُهُ الْمهْرَ أَو تَجْهِيزُهُ أَو طلبُهُ بِالنَّفَقَةِ.. رَضىً.

لَا سُكُوتُهُ.

كاملاً، وعليها عدة مستقبلة عندهما، خلافاً لمحمّد؛ بناء على أن الدخول في النكاح الأوّل دخول في النكاح الثاني عندهما، خلافاً لمحمّد، فعليها بقية العدة الأولى عنده.

وفي «الخلاصة» أيضاً: المرأة إذا زوّجت نفسها غير كفؤ، هل لها أن تمنع نفسها حتى يرضى الأولياء؟

أفتى الفقيه أبو الليث: أن لها ذلك، وإن كان خلاف الرّواية، وكثير من مشايخنا أفتوا بظاهر الرواية: أنه ليس لها أن تمنع نفسها، وعلى فتوى الفقيه مشى قاضي خان.

(**وكذا لو نقصت عن مهر مثلها**) فيما إذا زوجت نفسها كفؤها بلا وليّ (**له**)؛ أي: للولي (**أن يفرق**) عند القاضي، ما لم تلد منه؛ لدفع العار عن نفسه (**إن لم يتم**) أي الزوج مهرها، هذا عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**)، قالا: ليس للولي ههنا حق الاعتراض؛ لأنها تصرفت في حق نفسها لا في حقّ الولي، فصارت كما لو نكحت بمهر المثل، ثم وهبت للزوج شيئاً منه.

ولأبي حنيفة: أن المهر حق المرأة باعتبار استيفائه، وحق الولي باعتبار عدم انتقاصه عن مهر المثل؛ لأنه يعبر بنقصانه عنه، فصار كعدم الكفاءة؛ فإذا فارقها قبل الدخول.. فلا مهر لها، وإن فارقها بعده.. فلها المسمى، وكذا إذا مات أحدهما قبل التفريق.

(**وقبضُه**)؛ أي: قبض الولي (**المهر أو تجهيزه أو طلبه**)؛ أي: طلب الولي الزوج (**بالنفقة**) أو المهر (**رضىً**) في تزويجها غير كفؤ ونقصان المهر، (**لا سكوته**) عن المطالبة بالتفريق، وإن طال ذلك إلى أن تلد منه.

وَإِن رَضِيَ أحدُ الْأَوْلِيَاءِ.. فَلَيْسَ لغيرِهِ الِاعْتِرَاضُ.

(**وإن رضي أحد الأولياء.. فليس لغيره**) من الأولياء ممن هو في درجته أو أسفل منه (**الاعتراض**)؛ أي: المرافعة إلى القاضي ليفسخ.

وأما من فوقه في الولاية.. فله حق الاعتراض، على ما في «شرح النقاية».

* * *

(فصلٌ)

[في تَزْوِيجِ الفُضُوليّ]

ووُقِفَ تَزْوِيجُ فُضُوليّ أَو فضوليَّين...

فصل

في تَزْوِيجِ الفُضُوليّ

(ووقف تزويج فضوليّ) من أحد الجانبين، (أو فضوليين) من الجانبين.

والفضولي: من أوجب النكاح أو قبله لغيره بغير إذنه وليس أهلاً له، فيدخل فيه نكاح العبد والأمة بغير إذن المولى، إن قلنا: إنه فضولي، وإلا.. فهو ملحق به في أحكامه.

والأصل ههنا: أن كلّ عقد صدر من الفضولي وله مجيز حين العقد.. انعقد موقوفاً، وما لا مجيز له.. يبطل في الحال؛ كما إذا كان تحته حرة، وزوّجها الفضولي أمة أو أخت امرأته، أو كانت تحته أربع نسوة فزوجه الفضولي خامسة.. فإن العقد في هذه المواضع وقع باطلاً، ولا يتوقف على إجازة أحد، حتى لو زال الموانع بأن ماتت امرأته وأجاز العقد.. لا يجوز.

وكذا لو زوّجه خمساً في عقد واحد.. ليس له أن يجيز في بعضهنّ [٣٥٦/ب].

وعلى هذا لو باع الوصي الصبي ماله بغبن فاحش، أو تصرّف الفضولي في حق الصبي والمجنون، أو زوّج المكاتب عبده.. كان باطلاً، ولا يتوقف على إجازة أحد.

حتى لو بلغ الصبي، أو عتق المكاتب، وأفاق المجنون فأجازه.. لم يجز؛ لعدم المجيز عند العقد، بخلاف المكاتب إذا تكفل بمال، ثم عتق، أو وكّل رجلاً يعتق عبده، ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق، أو أوصى بعين ماله، ثم عتق فأجاز الوصيّة.. فإنه نفذ كل من الكفالة والوكالة والوصية وإن لم يكن له مجيز حال وقوعها؛ وهذا لأن كفالته جائزة في حق نفسه نافذة عليه؛ لأنها التزام المال في الذمة، وذمته مملوكة

على الْإِجَازَةِ.

له قابلة للالتزام، وإنما لا يظهر في الحال لحق المولى؛ فإذا زال المانع بالعتق.. ظهر موجبه.

وأما التوكيل والوصية.. فالإجازة فيهما إنشاء عقد؛ لأنها تنعقد بلفظ الإجازة، والإنشاء لا يستدعي عقداً سابقاً، ألا ترى أنه لو قال لرجل: أجزت أن تطلق امرأتي، أو تعتق عبدي، أو أن تكون وكيلي في ذلك.. كان توكيلاً صحيحاً، ثم هذا عندنا.

وقال الشافعي: إن تصرّفات الفضولي كلّها باطلة لا تتوقّف على الإجازة؛ لأن المباشر لا يقدر على إثبات حكم العقد وهو الملك؛ لعدم الولاية، فيلغو لعدم الفائدة.

ولنا: ما روى أبو داود أن النجاشي زوَّج أم حبيبة النبي ﷺ فضولاً، وأمهرها عنه أربعة آلاف درهم، وبعثها مع شرحبيل، فقبل النبي ﷺ، ولأن هذا عقد صدر من أهله، وهو عاقل بالغ مضاف إلى محلّه، وهي أنثى من بني آدم ليست بمحرم، ولا معتدة، ولا مشركة، ولا زائدة على الأربع، وكل عقد كذلك.. يجوز.

إلا أنه يتوقف (على الإجازة) عمن عقد عنه؛ لئلا يلحقه الضرر إذا أجازه بالقول أو الفعل كطلب المهر وقبوله، وطلب النفقة وقبولها، والتمكين له - بخلاف قبول الهدية؛ فإنه ليس بإجازة - وكقولها: أجزت، ونعم ما صنعت، وبارك الله لنا.

والإجازة بالفعل: بسوق المهر إليها، ولو بعثه إليها هدية أو عطية.. لم يكن؛ لعدم اختصاصها بالنكاح، بخلاف سوق المهر، ولو بعث الزوج شيئاً من المهر إلى البالغة أو إلى الولي - واختلف في اشتراط وصوله إليها - نفذ من أول العقد بطريق الاستناد، وهل يملك الفضولي فسخ العقد قبل الإجازة؟

ففي الرابع والعشرين من «العمادي»: أن الفضولي في باب النكاح لا يملك فسخ النكاح قبل الإجازة، بخلاف البيع؛ فإن الفضولي في باب البيع يملك فسخه قبل الإجازة، والفرق: أن في البيع يلحقه العهدة، فيثبت له حق الرجوع كيلا يتضرر، بخلاف النكاح؛ فإن الحقوق فيه ترجع إلى المعقود له لا إلى الفضولي، فلا يملك الرجوع. انتهى.

ويتولَّى طرفِي النِّكَاحِ وَاحِدٌ بِأَن كَانَ وليّاً منَ الْجَانِبَيْنِ، أَو وَكيلاً مِنْهُمَا، أَو ولياً وَأَصِيلاً ....

قلت: هذا في الفسخ قصداً، وأما الفسخ ضمناً.. فيملكه الفضولي، ففي «قاضي خان»: العاقدون في الفسخ أربعة:

عاقد لا يملك الفسخ لا بالفعل ولا بالقول، وهو الفضولي إذا زوج رجلاً امرأة بغير أمره، ثم قال: فسخت.. لا ينفسخ، وكذا لو زوجه أخت تلك المرأة.. يتوقف الثاني [٣٥٧/أ] ولا يكون فسخاً للأوّل.

وعاقد **يفسخ بالقول، ولا يفسخ بالفعل** وهو الوكيل؛ رجل وكّل رجلاً ليزوجه امرأة بعينها، فزوّجه تلك المرأة، وخاطب عنها فضوليّ؛ فإن هذا الوكيل يملك الفسخ بالقول، ولو زوّجه أخت تلك المرأة.. لا ينفسخ العقد الأوّل.

وعاقد يملك الفسخ بالفعل، ولا يملك بالقول؛ صورته: رجل زوّج رجلاً امرأة بغير أمره، ثم إن الزوّج وكله أن يزوّجه امرأة بغير عينها، فزوجه أخت تلك المرأة.. ينفسخ نكاح المرأة الأولى، ولو فسخ ذلك العقد بالقول.. لا يصح فسخه.

وعاقد يملك الفسخ بالقول والفعل جميعاً؛ صورته: رجل وكلّ رجلاً ليزوجّه امرأة بغير عينها، فزوّجه امرأة وخاطب عنها فضوليّ؛ فإن فسخ ذلك الوكيل ذلك العقد.. صح فسخه، ولو زوجه أخت تلك المرأة.. ينفسخ العقد الأول. انتهى.

(**ويتولى طرفي النكاح**)، وهما: الإيجاب والقبول:

(**واحد**) غير فضولي (**بأن كان ولياً من الجانبين**) كمن زوج ابن ابنه بنت ابنه الآخر، بأن يقول: زوجت فلاناً من فلانة بلا حاجة إلى تكلّمه بالقبول.

(**أو وكيلاً منهما**) كمن وكلّه رجل بالتزويج، ووكلته امرأة أيضاً، فزوّج أحدهما بالآخر.

(**أو ولياً وأصيلاً**)؛ كمن زوّج بنت عمّه الصغيرة من نفسه.

أَو ولياً ووكيلاً، أَو وكيلاً وَأَصِيلاً.

وَلَا يتولّاهما فُضُولِيٌّ وَلَو مِن جَانبٍ، ....

(**أو وليّاً**) من جانب (**ووكيلاً**) من جانب آخر؛ كمن وكله رجل بأن يزوّجه ابنته فزوجه بها أو وكلّته امراة أن يزوّجها من ابنه.

(**أو وكيلاً وأصيلاً**)؛ كمن وكلته امرأة بأن يزوجها من نفسه فتزوّجها.

إنما قلنا: من نفسه؛ لأنها لو وكلته بالنكاح مطلقاً.. لا يملك التزويج من نفسه كما في نكاح «قاضي خان».

وقال زفر والشافعي: لا يتولى واحد طرفي النكاح أصلاً؛ كما لا يتولى طرفي البيع.

قلنا: إن العاقد في النكاح لغيره معبر، حتى لا يرجع حقوق النكاح إليه، والواحد يصلح معبراً عن الجانبين، والعاقد في البيع أصيل حتى يرجع حقوق البيع إليه، والواحد لا يصلح أصيلا من الجانبين لتباين الحقوق؛ لأن كون الواحد مطالباً مباين لكونه مطالباً ومسلِّماً ومتسلّما.

(**ولا يتولاهما فضولي، ولو من جانب**)؛ أي: لا يتولى واحد فضولي طرفي النكاح:

بأن كان فضولياً من الجانبين؛ كمن قال فضولاً: زوّجت فلانة من فلان وهما غائبان.

أو كان فضولياً من جانب أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً من جانب؛ كمن قال فضولاً: اشهدوا أني قد تزوّجت من فلانة، أو لابني، أو لموكلي، أو المرأة تقول: اشهدوا أني زوجت من فلان، وفلان غائب؛ فإذا سمع الغائب وقبل.. لم ينفذ.

ولكن هذا فيما إذا تكلم فضولي بكلام واحد، وأما إذا تكلم بكلامين بأن قال الفضولي: زوجت فلانة من فلان أو من نفسي، وقبلت منه.. فجائز موقوفاً بالاتفاق على ما صرح به في «شرح الوقاية» لعلاء الدين الأسود عن «الكافي».

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَلَو أمرَهُ أَن يُزَوِّجَهُ اِمرأَةً فَزَوَّجهُ أَمةً ....

وكذا لا يجوز موقوفاً بالإجماع فيما إذا قبل منه فضولي آخر، على ما في «النهاية» و «العناية»؛ لأن الفضوليَّين [٣٥٧/ب] يتولّيا طرفي النكاح بالإجماع على ما صرّح به الإمام المحبوبي؛ كما إذا قال فضوليّ: زوجت فلانة من فلان، وقبله فضوليّ آخر، وهذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

(**خلافاً لأبي يوسف**) قال: الفضولي الواحد يتولى طرفي النكاح؛ لأنه لو كان مأموراً بالنكاح من الجانبين.. نفذ عقده؛ فإذا كان فضولياً منهما.. جاز أيضاً موقوفاً؛ لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداء، فكذا باعتبار الإجازة بقاء؛ لأن الإجازة اللّاحقة كالوكالة السّابقة؛ كما في الخلع والطلاق والإعتاق على مال؛ فإن الزوج إذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة، فبلغها الخبر، فقبلت في مجلس علمها.. جاز بالاتفاق.

وكذا الطلاق والإعتاق على مال.

ولهما: أن الموجود شطر العقد؛ لأنه شطر حالة الحضور، حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر، ويبطل بالقيام قبل قبول الآخر، ولو كان عقداً تاماً.. لم يكن كذلك، فكذا حالة الغيبة؛ لأن الدال على ذلك المعنى: هو الصيغة، وهي لم تختلف، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، فبطل عقده ولم ينعقد أصلاً.

بخلاف المأمور من الجانبين؛ فإنه ينتقل كلامه إلى العاقدين، وما جرى بين الفضوليين عقد تام لا شطره؛ لوجود الإيجاب والقبول، وكذا الخلع والطلاق والإعتاق على مال؛ لأنه تصرف يمين من جانبه، واليمين عقد تام.

(**ولو أمره أن يزوجه امرأة**) بلا تعيين - لأنه لو عيّنها وخالف الوكيل أمره.. لا يجوز بالاتفاق للمخالفة - (**فزوجه أمة**) أي؛ أمة الغير؛ لأنه لو زوجه أمة نفسه.. لا يجوز بالإجماع؛ للتهمة.

لَا يَصِحُّ عِنْدَهمَا، وَهُوَ الِاسْتِحْسَانُ.

وَعندَ الإمامِ: يَصِحُّ.

(.. **لا يصح عندهما**)، إلا أن يزوجه كفؤاً؛ لأن المطلق ينصرف على المتعارف، وهو التزوج بالأكفاء، (**وهو الاستحسان، وعند الإمام: يصح**) وعلى هذا الخلاف لو زوجه عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو رتقاء، أو مفلوجة، أو مجنونة.

لهما: أن لفظ «امرأة» مطلق، والمطلق ينصرف إلى المتعارف.

كما في التوكيل بشراء الفحم والجمد حيث يتقيد بأيّامه، وكالتوكيل بشراء اللحم حيث يتقيد بالنيئ للمقيم، وبالمطبوخ للمسافر.

ولأبي حنيفة: أن العرف مشترك؛ فإن الإنسان يتزوج الكفؤ وغيره طلباً لتخفيف المؤنة، فلا يجوز تقييده وإبطال إطلاقه، وهو عرف عملي، فلا يصلح تقييد الإطلاق به؛ كما إذا حلف لا يلبس ثوباً، أو لا يأكل لحماً، فلبس حريراً أو أكل لحم خنزير، أو لحم إنسان.. يحنث لإطلاق اللفظ وتناوله إياه لغة، وإن كان العمل بخلافه.

بخلاف ما لو حلف لا يركب دابة فركب إنساناً؛ فإنه لا يحنث؛ لأن لفظ الدابة في العرف لا يتناول الإنسان، فيصلح مقيداً للإطلاق؛ لكونه عرف لفظي.

ولفظ المرأة يتناول الحرة والأمة على السّواء، حتى لو حلف لا يتزوج امرأة فتزوّج أمة.. يحنث، والعرف في التوكيل بشراء الفحم والجمد واللحم مشتهر، وفي المرأة مشترك.

وأما لو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها، أو زوجه أخته الكبيرة. فيجوز بالإجماع على الصحيح؛ لتناول اسم المرأة عليها [٣٥٨/أ]، ولجريان العرف في تزويجها، ولا تهمة فيه.

ولو زوّجه ابنته الكبيرة.. لا يجوز عند أبي حنيفة؛ للتهمة فيها.

ويجوز عندهما؛ كذا في «الزيلعي».

وفيه: عن «المنتقى»: أنه لو وكّل رجلاً بأن يزوّجه امرأة، فزوجه ابنته الصغيرة،

أو بنت أخيه الصغيرة وهو وليّها.. لم يجز للتّهمة.

ولو وكلّ رجل امرأة أن تزوجه امرأة فزوجته نفسها.. لم يجز.

وكذا لو وكّلت رجلاً أن يزوجها فزوجها من نفسه.. لم يجز للتهمة.

والحاصل: أن المطلق مقيّد بغير مواضع التهمة عنده لا عندهما.

ولو وكّله بتزويج امرأة بعينها.. يجوز تزويجه تلك المرأة بغبن يسير بالإجماع؛ لعدم التهمة وجريان العرف، وكذا بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة؛ لعدم التهمة، خلافاً لهما؛ لأن المطلق مقيد عندهما بالعرف، ولا عرف ههنا.

ولو أمره أن يزوجه سوداء فزوجه بيضاء أو بالعكس.. لا يجوز؛ للمخالفة.

وكذا لا يجوز لو أمره بالحرة فزوجه أمة أو بالعكس؛ للمخالفة على ما في «البحر».

بخلاف ما لو أمره أن يزوجه عمياء فزوجه بصيرة؛ فإنه يجوز؛ لأن المخالفة إلى الخير الذي لا بد منه، فلا يعد مخالفاً، والعرف جار فيه، والتهمة منتفية، ومعنى «لا يجوز» ههنا: أنه لا ينعقد النكاح في الحال، إلا أن يجيزه.

قال في «قاضي خان»: والوكيل من قبل المرأة إذا زوجها من أبيه أو ابنه.. يجوز في قول أبي حنيفة، وإذا زوّجها ممن ليس بكفؤ لها.. قال بعضهم: يجوز في قول أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، وقال بعضهم: لا يصح عند الكل، وهو الصحيح.

وإن كان كفؤاً إلا أنه أعمى، أو مقعد، أو صبي، أو معتوه.. فهو جائز.

وكذا إذا كان خصياً أو عنيناً.

ثم قال فيه: امرأة وكلت رجلاً بالتصرف في أمورها، فزوجها من نفسه.. لا يجوز؛ لأنها لو وكلته بالنكاح.. لا يملك التزويج من نفسه، فههنا أولى.

وإذا وكّل رجلاً أن يزوّجه فلانة بألف درهم، فزوجها إيّاه بألفين؛ **إن أجاز الزوج**.. جاز، **وإن ردّ**.. بطل، **وإن لم يعلم الزوج بذلك** حتى دخل بها.. فالخيار

وَلَو زَوَّجَهُ امْرَأَتَيْنِ فِي عُقْدَةٍ لَا يَلْزَمُهُ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا.

باق؛ إن أجاز.. كان عليه المسمى لا غير، وإن ردّ.. بطل النكاح ويجب مهر المثل إن كان أقل من المسمى، ولا يجب المسمّى. انتهى.

وكذا الحال فيما إذا وكلت المرأة بالنكاح بألف، فزوجها بأقل من ألف.

وفي «فتح القدير»: لو كانت المرأة هي الموكلة، وسمت ألفاً، فزوجها الوكيل، ثم قال الزوج ولو بعد الدخول: تزوّجتك بدينار وصدقه الوكيل؛ إن أقر الزوج أن المرأة لم توكّله بدينار.. فهي بالخيار:

إن شاءت.. أجازت النكاح بدينار.

وإن شاءت.. ردته ولها مهر مثلها بالغاً ما بلغ، ولا نفقة عدة لها.

وإن كذبها الزوج.. فالقول قولها مع يمينها؛ فإن ردت.. فباقي الجواب بحاله. انتهى.

وهذا في «قاضي خان» و «الخلاصة».

(**ولو زوجه امرأتين في عقدة لا يلزمه واحدة منهما**)؛ لأنه فضولي فيهما لمخالفته أمره، ولا وجه إلى تنفيذهما غير عين للجهالة، ولعدم الفائدة؛ إذ لا يفيد حلّ الوطء ما لم يتعين، ولا إلى تعيين أحدهما [٣٥٨/ب]؛ لعدم الأولويّة؛ فإما أن يختار التفريق، أو يجيز نكاحهما، أو نكاح إحداهما أيتهما شاء؛ لأنه يجوز الجمع بينهما، غير أنه لا ينفذ بغير رضاه؛ لمخالفته كذا في «الزيلعي».

وكان أبو يوسف يقول أولاً: يصح نكاح إحداهما بغير عينها، والبيان إلى الزوج؛ لأن المأمور قد امتثل أمره في إحداهما، ولا يبعد أن تكون إحداهما منكوحة، والأخرى غير منكوحة؛ كما لو طلّق إحدى امرأتيه بغير عينها ثلاثاً.

وقال شمس الأئمة: وهذا ضعيف؛ لأنه إنما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط، لا يثبت في المجهول؛ لأنه تعليق بالبيان، والنكاح لا يحتمل به،

وَلَو زَوَّجَ الْأَبُ أَو الْجدُّ الصَّغِيرَ أَو الصَّغِيرَةَ بِغُبنٍ فَاحِشٍ فِي الْمهْرِ أَو مِن غيرِ كفؤٍ.. جَازَ، خلافاً لَهما.

وَلَيْسَ ذَٰلِكَ لغيرِ الْأَبِ وَالْجدِّ.

بخلاف الطّلاق، ثم رجع عن هذا إلى قولهما، وعلى قوله الأوّل: إن مات الزوج قبل أن يختار إحداهما.. كان الميراث ومهر إحداهما بينهما لهما، وعليهما عدة الوفاة.

وإنما قيّد بعقدة؛ لأنه لو زوجهما بعقدتين.. فالأول نافذ والثاني موقوف؛ كما لو أمره أن يزوجه فلانة، فزوّجها وأخرى معها في عقد واحد.. فإنه جاز نكاح فلانة للأمر به، ونكاح الأخرى موقوف على الإجازة؛ لكونه فضولياً فيه.

(**ولو زوج الأب أو الجدُّ الصغيرَ أو الصغيرةَ بغبنٍ فاحش في المهر أو من غير كفؤ.. جاز**) عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**)، يعني: لو زوج الأب أو الجدّ عند عدم الأب الصغير بزيادة المهر فاحشاً، أو الصغيرة بنقصان مهرها فاحشاً.. جاز عنده لقرب القرابة، وهو دليل النظر، والحكم يدل على الدليل.

وفي النكاح مقاصد، يزيد على المهر والكفاءة؛ من: حسن الخلق، وكرم العشرة، ولطافة الصحبة... إلى غير ذلك.

ولا يجوز عندهما؛ لأن ولايتهما مقيدة بالنظر، فعند فواته.. يبطل العقد، ولا نظر في زيادة المهر وحطه فاحشاً.

والمختار: قوله على ما مر ذكره، وكذا الحال في مسألة الكفؤ.

(**وليس ذلك**) - أي: التزويج بغبن فاحش ومن غير كفؤ - (**لغير الأب والجد**) أي من الأولياء؛ لعدم قرب القرابة، وهو دليل النظر، والذي ظهر منه: أن تزويج غير الأب والجد الصغيرَ والصغيرة بغبن فاحش أو من غير كفؤ.. لا يصح، بل يبطل عنده وعندهما جميعاً.

وقد وقع في كثير من الكتب في هذه المسألة: أن النكاح باطل، والظاهر منه: أنه لم ينعقد.

وقال في نسخة صدر الشريعة في هذه المسألة: **لو فعل الأب أو الجد** ذلك.. لا يكون للصغير والصغيرة حق الفسخ بعد البلوغ.

وإن فعل غيرهما.. فلهما أن يفسخا بعد البلوغ. انتهى.

والذي ظهر منه: أن تزويج غيرهما الصغير والصغيرة بغبن فاحش أو من غير كفؤ.. صحيح، ولكن يثبت لهما خيار الفسخ بعد البلوغ، وردّه في «إصلاح الإيضاح»، وقال: إنه وهم، ويؤيّد ما ذكره صدر الشريعة: ما في «الظهيرية»؛ حيث قال: يفرق بينهما، ولم يقل: إن التزويج باطل.

وفسّر صاحب «الذخيرة» قولهم في هذه المسألة أن النكاح باطل بقوله: «أي يبطل».

وفي «البحر»: وهو الحق؛ أي: ما ظهر من صدر الشريعة و«الظهيرية» [٣٥٩/أ] و«الذخيرة» هو الحق.

وفي «القهستاني»: يصح تزويج غير الأب والجد بغبن فاحش على ما في «الجواهر»، وبغير الكفؤ على ما في «الجامع»، فلا يصحّ قول الشارحين: إنه لا يصح أصلاً وإنه باطل.

وكذا ما قال في «التلويح»: إنه لم يوجد رواية أصلاً لصحة النكاح في هاتين الصّورتين؛ فإنه غير صحيح؛ لوجود الرواية على صحته.

والحاصل: أنهم اختلفوا في هذه المسألة: قال بعضهم: إن العقد صحيح، ولهما خيار البلوغ، والزيادة والنقصان فاسد، فيرجع إلى مهر المثل.

وقال بعضهم: إن العقد باطل، واختاره الإمام السرخسي وفخر الإسلام وصاحب «الهداية».

* * *

(بَابُ الْمَهْرِ)

يَصحُّ النِّكَاحُ بِلَا ذِكرِهِ وَمَعَ نَفْيِهِ.

وَأَقلُّه عشرَةُ دَرَاهِمَ؛ ....

(بَابُ المَهْرِ)

وهو من أحكام النكاح؛ لأنه يجب بالعقد الصحيح، وما يجب بالشيء ويترتب عليه.. يكون من أحكامه، ويقال له: الصداق والعقر أيضاً.

إنما قلنا: بالعقد الصحيح؛ لأنه في العقد الفاسد لا يجب بنفس العقد، ولا بالخلوة والمسّ، بل إنما يجب بالجماع في القبل لا في الدبر على ما صرّح به في «الخلاصة».

(يصح النكاح بلا ذكره) بالاتفاق، أي بلا ذكر المهر، **(ومع نفيه)**، وفيه خلاف مالك، قال: لا يصح مع نفيه؛ لأنه عقد معاوضة ملك المتعة بالمهر، فيفسد بشرط نفي عوضه؛ كالبيع بشرط أن لا ثمن.

قلنا: النكاح عقد انضمام وازدواج على ما يدلّ عليه معناه اللّغوي، فيتم بالمتناكحين مطلقاً؛ لقوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾ فلو شرطنا التسمية وذكر المهر.. زدنا على النص، وذا لا يجوز.

وإنما وجب في النكاح لإظهار شرف المحلّ لا لصحة النكاح؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾؛ فإنه حكم بصحة الطلاق مع عدم التّسمية، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح، فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح، وكذا نفيه، بخلاف البيع؛ فإن الثمن فيه داخل في صلب العقد، فلا يصحّ بدونه.

(وأقله عشرة دراهم) وزن سبعة مثاقيل مضروبة أو لا.

فَلَو سمى دونَهَا.. لَزِمتِ الْعشْرَةُ.

وقال الشافعي: كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع.. جاز أن يكون مهراً في النكاح؛ لما في «الصحيحين»: أنه ﷺ [قال:] «التمس ولو خاتماً من حديد»؛ ولما في «الترمذي»: أنه ﷺ أجاز نكاح امرأة بنعلين، ولأنه حقّها، فيكون التقدير إليها.

ولنا: حديث جابر قال: «لا مهر أقلّ من عشرة دراهم»، ولأنه حق الشرع، حيث وجب شرعاً لإظهار شرف المحل، فيتقدّر بما له خطر، وهو العشرة كما في نصاب السرقة.

فإن قيل: هذا خبر واحد لا يجوز الزيادة به على إطلاق قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾.

قلنا: زدنا عليه بإشارة قوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾؛ لأن الفرض بمعنى التقدير، فكان المراد: بأموالكم مالاً مقدّراً، والحديث بيّن مقداره، وما رواه: محمول على المهر المعجّل.

(فلو سمّى دونها.. لزمت العشرة).

وقال زفر: لزم مهر المثل؛ لأن تسمية ما لا يصح مهراً كانعدامه؛ كما في تسمية الخمر والخنزير.

قلنا: إن فساد هذه التسمية لحق الشرع، وقد صار مقضياً بالعشرة، وهي لا تتجزأ في كونها مهراً، وذكر بعض ما يتجزأ كذكر كله، وأما ما زاد على العشرة [٣٥٩/ب] من حقها.. فقد رضيت بسقوطه؛ لأن الرضاء بما دون العشرة رضى بالعشرة، ولا معتبر بانعدام التسمية؛ لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرّماً وتفضّلاً، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير؛ لإيهامه الخساسة، فلا يكون انعدام التسمية دليلاً على الرضاء بالعشرة، فلذلك لم تجب العشرة فيه، وإنما يجب مهر المثل، فلا يصح قياسه على انعدامه.

وَإِن سَمَّاهَا أَو أَكثرَ.. لزم المسمَّى بِالدُّخُولِ أَو موتِ أَحدِهمَا.
وَنصفُهُ بِالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ وَالْخلْوَةِ الصَّحِيحَةِ.

(**وإن سمّاها**) - أي العشرة - (**أو أكثر لزم المسمى بالدخول**)، والخلوةُ الصحيحةُ بمنزلة الوطء والدخول في إيجاب كمال المهر، على ما في «الخلاصة» و«البزازية» و«الزيلعي»، وإنما لم يذكرها لانفهامه فيما بعد.

(**أو موت أحدهما**)؛ **أما بالدخول**؛ فإنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل، وبه يتأكد البدل وهو المهر؛ كتسليم المبيع يتأكد به وجوب الثمن، وكذا بالخلوة الصحيحة.

وأما بالموت؛ فلأن النكاح ينتهي بالموت؛ لأن الموت مُنْهٍ لا مبطل، والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكّد بجميع مواجبه الممكنة؛ كالإرث، والعدة، والمهر، والنسب.

وفي «البحر»: إن المهر يجب بالعقد ويتأكد بإحدى ثلاث: الوطء، والدخول والموت.

وينبغي أن يزاد رابع، وهو: وجوب العدة عليها منه؛ فإنه - كما سيأتي في العدة - لو طلقها بائناً بعد الدخول، ثم تزوّجها ثانياً في العدة.. وجب كمال المهر الثاني بدون الخلوة والدخول؛ لأن وجوب العدة عليها فوق الخلوة.

وينبغي أن يزاد خامس، وهو: ما لو زالت بكارتها بحجر ونحوه.. فإن لها كمال المهر. انتهى.

(و) لزم (**نصفه**)؛ أي: نصف المسمى معجلاً أو مؤجّلاً (**بالطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة**)؛ سواء كانت الزوجة صغيرة أو كبيرة؛ وسواء كان المسمى عشرة، أو زائداً عليها، أو أقلّ منها.

أما في العشرة والزائد عليها.. فبالاتفاق.

وفي الأقل: خلاف زفر، قال: تجب المتعة إذا سمى أقل من عشرة، بناء على ما تقدم من مذهبه أنّه كانعدامه، وقد مرّ جوابه.

ثم الأصل هنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، وقد تعارض القياسان:

قياس: يقتضي سقوط كل المهر؛ لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالماً إليها، فيجب أن يسقط كل البدل كما إذا تبايعا، ثم تقايلا.

وقياس آخر: يقتضي وجوب كل المهر؛ لأن الزوج فوّت ما ملكه باختياره، وذلك يقتضي وجوب كل المهر؛ كالمشتري إذا تلف المبيع قبل القبض في يد البائع.

وعند تعارض الأقيسة.. وجب المصير إلى النص، وهو ما تلوناه.

فإن قيل: قد تقرر في الأصول أن عند تعارض الحجّتين.. يصار إلى ما بعدهما لا ما فوقهما، والنص فوق القياس، فكيف يصار إليه بعد التعارض؟!

قلنا: هذا النص خصّ منه صورة الطلاق بعد الخلوة وتسمية الخمر ونحوها؛ لأن الواجب في الأول: كل المهر، وفي الثاني: المتعة، ولا خلاف في أن القياس يعارض مثل هذا النص، وإنما الخلاف في جواز الاحتجاج به بعد التخصيص، وقد وجدنا القياس المعارض لهذا النص معارضاً بمثله أيضاً، فتركنا ورجعنا إلى النص الذي يقتضي التنصيف [٢٦٠/أ]، وهذا في الحقيقة عمل بكل واحد من القياسين من وجه في التنصيف:

فإن القياس المقتضي لوجوب الكل.. يعمل به في إيجاب النصف.

والقياس المقتضي لسقوط الكل يعمل به في إسقاط النصف، وهو مقتضى النص أيضاً.

واعلم: أن الخلوة الصحيحة.. توجب كمال المهر، والعدة، والنسب، والنفقة، والسكنى في هذه العدة، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها، والأمة ما دامتِ العدَّةُ، ومراعاة وقت الطلاق في حقها؛ إلا الإحصان والحلّ للزّوج الأول.

وفي تحريم البنت عليه بعد الخلوة الصحيحة بالأم اختلفوا، فلا بد من معرفة ما به تكون الخلوة صحيحة:

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: إن خلا بها وهو محرم أو صائم من رمضان، ثم طلقها.. له أن يتزوّج بنتها عندهما، خلافاً لأبي يوسف؛ لعدم صحة الخلوة عندهما، وصحتها عنده.

قال القدوري: الصحيح أن صوم النفل والنذر والقضاء لا يمنع الخلوة، ولا تصح خلوة الغلام الذي لا يجامِعُ مثلُه، ولا الصغيرة التي لا يُجامَع مثلُها.

صغير يقدر على الإيلاج، ولكن ليس له شهوة، زفت إليه امرأته وهي صغيرة يجامع مثلها، دخل بها.. لا يجب كمال المهر؛ كالمريض إذا لم يشته.

ولو كان معهما ثالث.. لا تصح الخلوة، إلا أن يكون الثالث ممّن لا يشعر كصغير جدّاً، أو المغمى عليه.

أدخلها في بيته، وفيه عشر جوارٍ له.. تصح الخلوة، ولو كانت جاريته، فكذلك في «الصحيح».

وإن كانت امرأته الأخرى.. فهي والجارية سواء.

ويحل الوطء بحضرة الضرة، كذا أفتى محمد، ثم رجع وقال: لا يحلّ.

ولو كان معهما مجنون مطبق أو مغمى عليه، إن كان في النهار.. لا تصح الخلوة، وإن في الليل.. تصح، وكذا الأعمى في الأصح.

ولا تصح في الطريق الأعظم.

وإن معهما نائم.. صحت في الليل والنهار.

والكلب العقور يمنع الخلوة.

وإن لم يكن عقوراً.. قيل: إن كان للمرأة.. منع، وإن للزوج.. لا يمنع.

وَإِن سكتَ عَنهُ أَو نَفَاهُ.. لزمَ مهرُ الْمِثلِ بِالدُّخُولِ أَوِ الْمَوْتِ.

وإن خلا بها في المسجد أو الحمام؛ إن ليلاً.. صح، وإن نهاراً.. لا.

وخلوة المجنونة صحيحة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وكذا الخلوة بالرتقاء توجب العدة وكمال المهر؛ لأنه يتمكن من الوطء بالفتق.

وكذا خلوة المجبوب والعنين؛ لأنهما يتمكنان بالسّحق، كذا في «البزازية».

وفيها أيضاً: الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا توجب العدة وكمال المهر.

وكذا الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح **إن كان المانع حسيّاً**؛ كالمرض المدنف، أو صغرهما، أو صغر أحدهما، **وإن كان المانع فيها شرعيّاً**؛ كالصوم والحيض والإحرام.. توجب العدة.

دخلت على الزوج وهو نائم.. صحت الخلوة، علم أو لم يعلم.

والخلوة ليس لها حكم الوطء **في المراجعة**، فلا يصير مراجعا بها، **ولا في الميراث**، حتى لو طلّقها ومات وهي في عدة الخلوة.. لا ترث.

واختلفوا في أنه هل يقع عليها طلاق آخر في عدة الخلوة؛ قيل: نعم، وقيل: لا، وفي «البزازية»: والمختار: أنه يقع.

(**وإن سكت عنه**)، أي: عن ذكر المهر (**أو نفاه**)؛ أي: حين العقد (.. **لزم مهر المثل**)؛ أي: تقرره في الذّمة [٣٦٠/ب]، وأما نفس وجوبه.. فيثبت بمجرّد العقد بلا توقف إلى زمان الدخول أو الموت، على ما في بحث الخاص من «الأصول».

(**بالدخول أو الموت**)؛ أي: موت أحدهما.

وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت.

له: أن المهر خالص حقها، فتمكن من نفيه ابتداء، كما يتمكن من إسقاطه انتهاء.

وبالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ وَالْخلْوَةِ: مُتْعَةٌ مُعْتَبَرَةٌ بِحَالِهِ فِي الصَّحِيحِ.
وَلَا تنقصُ عَن خَمْسَةِ دَرَاهِمَ، وَلَا تُزادُ على نصفِ مهرِ الْمِثْلِ.

قلنا: المهر وجب حقاً للشرع على ما قدّمناه، وإنما يصير حقها في حالة البقاء، فتملك الإبراء دون النفي.

(وبالطلاق) احترز به عن الفرقة الحاصلة من جانب المرأة بردتها، أو تقبيلها ابن زوجها بشهوة، أو إرضاعها زوجته الصغيرة، واختيارها الفسخ بالبلوغ والإعتاق؛ فإنها لا تجب لها المتعة فيها.

(قبل الدخول والخلوة: متعةٌ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾، والأصل في الأمر المطلق: الوجوب، فتكون المتعة واجبة.

وقال مالك: هي مستحبّة؛ لأن الله تعالى سمّاها إحساناً في قوله: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾.

قلنا: ذلك مصروف التي لها مهر أو نصف مهر كيلا يعارض الأمر، فالمعنى على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك إحساناً منهم.

(معتبرة بحاله) أي: بحال الزوج **(في الصحيح)**، اختاره أبو بكر الرازي عملاً بنص قوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

وقال الكرخي: هي معتبرة بحالها؛ لقيامها مقام نصف المهر.

وجه الصحيح: أن الرأي لا يعمل به في مقابلة النص.

(ولا تنقص) أي المتعة **(عن خمسة دراهم، ولا تزاد على نصف مهر المثل)** وذلك لأن المتعة:

إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا.

فإن كانت زائدة.. فلها نصف مهر المثل؛ لأن مهر المثل هو العوض الأصلي، ولكن تعذر بتنصيفه؛ لجهالته، فيصار إلى خلفه وهو المتعة، فلا يزاد على نصف مهر المثل.

وَهِي دِرعٌ وخِمارٌ وَمِلْحَفَةٌ.
وَكَذَا الحُكمُ لَو تزَوَّجها بِخَمْرٍ أَو خِنْزِيرٍ، ....

وإن لم تكن زائدة؛ فإما أن تكون مساوية له أو لا.

فإن كانت مساوية.. فلها المتعة اتباعاً.

وإن لم تكن؛ فإما أن تكون أقل من خمسة دراهم أو لا.

فإن كانت أقلّ.. فلها الخمسة؛ لأن المهر هو الأصل والمتعة خلف، ولا مهر أقل من عشرة دراهم، فلا متعة أقل من خمسة دراهم.

وإن لم تكن أقل.. فلها المتعة بالنص.

فإن قيل: نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل.. ففيها تقييد له وهو نسخ.

أجيب: بأن قوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ دلّ على أن المهر مقدر شرعاً؛ لأن الفرض بمعنى التقدير، وقوله ﷺ: «ولا مهر أقل من عشرة دراهم» والإيجاب بالتسمية في مهور من يعتبر بمهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل، فكان معارضاً لنص المتعة، والتفصيل المذكور كان توفيقاً بينهما كذا في «العناية».

(وهي) أي المتعة: **(درع وخمار وملحفة)** على ما روي عن عائشة وابن عباس؛ لأنها تصلي في ثلاثة أثواب، وتخرج فيها عادة.

(وكذا الحكم) - أي: يجب مهر المثل بالدخول، والموت، والمتعة بالطلاق قبل الدخول - **(لو تزوّجها بخمر أو خنزير)**؛ لأن المسمى ليس بمال متقوم [٣٦١/أ] في حق المسلم، فكان شرط قبوله شرطاً فاسداً، إلا أن النكاح لمّا لم يبطل بالشروط الفاسدة.. صحّ النكاح، ولغا الشرط، ووجب مهر المثل.

بخلاف البيع بها حيث يبطل؛ لأنه مما يفسد بالشروط الفاسدة، وهذا حجة على مالك في قوله: «النكاح فاسد، ولا يجب شيء اعتباراً له بالبيع».

أو بهذا الدَّنِّ مِنَ الْخلِ.. فَإِذا هُوَ خمرٌ، خلافاً لَهما.

أَو بِهَذَا العَبْدِ.. فَإِذا هُوَ حرٌّ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وبخلاف ما إذا تزوج على عبد الغير بعينه؛ فإنه تجب قيمته عليه لا مهل المثل؛ لصحّة التسمية، وكونه ملك الغير لا يمنع صحة التسمية لقيام المالية، حتى لو ملكه الزوج بشراء، أو هبة، أو إرث قبل القضاء بالقيمة.. يجب عليه تسليمه، وتجبر المرأة على القبول؛ لكونه عين المسمّى بالعقد حقيقة.

ولو أعتقه، أو كاتبه، أو باعه قبل التسليم إليها.. نفذ؛ لأنه صادف ملكه.

ولو أعتقته المرأة أو باعته قبل التسليم والقبض.. لا ينفذ؛ لأن بتبدل الملك إلى الزوج من المالك تبدل عين المسمّى حكماً، فكان غير المسمى حكماً، فلم تملك المرأة قبل القبض، ولم تنفذ تصرفاتها فيه قبل القبض.

وأما لو ملكه الزوج بعد القضاء بالقيمة.. فلم يعد حقها إلى العبد، فلا يجبر على القبول؛ لأن حقّها نقل من العين إلى القيمة، وتقرر فيها بالقضاء، فلم يعد بعده.

وكذا لو تزوج على عبده وهو ابن المرأة أو أبوها، فاستحق ذلك العبد؛ فإنه يجب عليه قيمته لصحة التسمية أيضاً، حتى لو ملكه من المستحق بشيء من أسباب الملك.. وجب عليه تسليمه على ما ذكرناه.

(أو بهذا الدن من الخل؛ فإذا هو خمر، خلافاً لهما.

أو بهذا العبد؛ فإذا هو حرّ، خلافاً لأبي يوسف) يعني: يجب مهر المثل في المسألتين عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يجب مثل وزن الخمر من الخل، وقيمة الحر لو كان عبداً.

ومحمد مع أبي حنيفة في العبد، ومع أبي يوسف في الخل.

وجه أبي يوسف: أنه أطعمها مالاً وعجز عن تسليمه، فيجب قيمته في القيمي، ومثله في المثلي؛ كما إذا تزوجها على عبد واستحق أو هلك قبل القبض.

ولأبي حنيفة: أن الإشارة قد اجتمعت مع التسمية، فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ

في المقصود وهو التعريف؛ لأنها بمنزلة وضع اليد على المشار إليه؛ فكأنه تزوج على خمر أو حرّ بعينهما.

ولمحمد: أنه متى اجتمعت التسمية والإشارة:

فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد.. كان المعتبر هو المشار إليه، ويتعلق العقد به؛ لأن التسمية هناك لا تدل على ماهية أخرى غير ما تدل عليه الإشارة، وإنما تدل على الصفة، وهي تتبع الموصوف في الاستحقاق وعدمه، والموصوف - أي: المسمى - موجود في المشار إليه؛ لأنه هو المشار إليه لولا الصفة، ولم تعتبر الصفة لتبعيتها.

وإن كانا من جنسين.. فالمعتبر هو المسمّى، ويتعلق العقد به لا المشار إليه؛ لأن التسمية حينئذ تدل على ماهية أخرى غير المشار إليه؛ لاختلاف الجنس، فيكون المسمّى مثل المشار إليه في استحقاقه أن يكون مراداً، ولا يكون تابعاً له والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين من حيث إنها [٣٦١/ب] تعرف الماهية من حيث هي، والإشارة إنما تعرف ذاتاً مشاراً إليه من غير دلالة على حقيقته.

ألا ترى أن من اشترى ياقوتاً أحمر؛ فإذا هو أصفر.. ينعقد العقد لاتحاد الجنس، ولو تبين أنه زجاج.. لا ينعقد؛ لاختلاف الجنس، وفيما نحن فيه: الحر مع العبد واحد لقلة التفاوت بينهما في المنافع؛ فإن صفة كونه عبداً لو ارتفعت.. عاد حرّاً؛ لعدم الواسطة كما في الميتة والذكية، والذكر والأنثى، بخلاف الخل مع الخمر.. فإنهما جنسان يفحش التفاوت بينهما من حيث الاسم والصّفة؛ كالحموضة في الخل، والحدة في الخمر، والمعنى كالإسكار وعدمه، فالخل المسمّى مال متقوم تعلق به العقد، ولم يقدر تسليمه، فيجب مثل الخمر منه، والحر المشار إليه ليس بمال، فيجب مهر المثل.

وذكر في «النهاية» و«العناية»: إن الأصل عندهم أن المعتبر:

هو الإشارة عند أبي حنيفة في الفصول كلها.

أَو بِثَوْبٍ أَو بِدَابَّةٍ لم يُبيِّن جنسُهما.

أَو بتعليمِ الْقُرْآنِ أَو بِخِدْمَةِ الزَّوْجِ الحرِّ لَهَا سنةً، وَعند مُحَمَّدٍ: لَهَا قيمَة الْخدمَةِ.

وعند محمد: في الجنس الواحد يعتبر الإشارة، وفي الجنسين يعتبر التسمية.

وعند أبي يوسف: يعتبر التسمية في الفصول كلها.

وفيه بحث؛ لما ثبت أن المعتبر عند اختلاف الجنس: المسمّى، وعند اتحاده: المشار إليه في جميع العقود من النكاح والبيع والإجارة، فالأولى أن يقال على ما ذكره في «الإيضاح»: أنه لا خلاف بينهم في أن المعتبر المشار إليه، إذا كان المسمى من جنسه، وإن كان من خلاف جنسه.. فالمعتبر المسمّى، على ما ذكرناه في وجه محمد.

وإنما الخلاف في التخريج: هو أن الحر والعبد، وكذا الخل والخمر، من جنس واحد عند أبي حنيفة، فيعتبر الإشارة فيهما.

وعند أبي يوسف: الحر والعبد جنسان، وكذا الخل والخمر جنسان؛ لأن المسمّى يصلح مهراً، والمشار إليه لا يصلح، فيتعلق العقد بالمسمى.

وعند محمد: العبد مع الحر جنس واحد، والخل مع الخمر جنسان على ما مر، وهذا أصل متفق عليه في العقود كلها.

(**أو بثوب أو بدابة لم يبين جنسهما**) بأن ذكر الثوب، أو الدابة، أو الحيوان، ولم يزد عليه من الأوصاف؛ كالفرسية والحمارية، والقطن والكتان والإبريسم.

ووجهه: أن الثوب والحيوان أجناس مختلفة، والجهالة في الجنس متفاحشة، فلا تصح التسمية، فيجب مهر المثل.

(**أو بتعليم القرآن أو بخدمة الزوج الحر**) - قيده بالحر؛ لأن حكم خدمة الزوج العبد سيأتي مصرحاً - (**لها سنة**) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمّد: لها قيمة الخدمة**)؛ لأن المسمى؛ أي: الخدمة مال عنده، إلا أنه

وَكَذَا يجبُ مهرُ الْمثلِ فِي الشِّغَارِ، وَهُوَ: أَن يُزَوِّجَهُ بنتَهُ على أَن يُزَوِّجهُ بنتَهُ أَوَ أُخْتَهُ مُعَاوضَةً بالعَقدينِ.

عجز عن التسليم؛ لمكان المناقضة؛ لأن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوماً؛ لقوله ﷺ: «النكاح رق»، وفي جعل خدمة الزوج الحر مهراً لها: عكسُ ذلك.

بخلاف الزوج العبد، فصار كالتزويج على عبد الغير، وفيه قيمة المسمى، فكذا هذا.

ولهما: أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال؛ لقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ وتعليم القرآن وخدمة العبد: ليس بمال؛ لأن التمول يعتمد البقاء في [٣٦٢/أ] زمانين، والخدمة عرض لا يبقى زمانين، بل يتجدد بالأمثال على المشهور، ولأن خدمة الزوج الحر لا تستحق بعقد النكاح؛ لاستلزامه قلب الموضوع على ما ذكرنا؛ فإذا لم يكن مالاً.. وجب مهر المثل؛ كما في تسمية الخمر والخنزير.

وقال الشافعي: لها تعليم القرآن وخدمة الزوج كما في الزوج العبد؛ لأن ما يصلح أخذاً لعوض بالشرط.. يصلح مهراً عنده؛ لأن بذلك تتحقق المعاوضة، والتعليم والخدمة كذلك؛ كما في صورة الإجارة، فصار كما إذا تزوجها على خدمة حرّ آخر، وقد رضيه، أو على رعي غنمها.

قلنا: خدمة الزوج العبد ابتغاء بالمال؛ لتضمنه تسليم رقبته، وكذلك خدمة حرّ آخر؛ لعدم المانع والمناقضة فيه؛ كما في الزوج الحر فيجوز ولها: **عين خدمة الحر** على ما في «قاضي خان» و«الهداية»، **وقيمة الخدمة** على الزوج على ما في «التبيين» عن «الغاية».

ورعي الغنم من باب القيام على حقوق الزوجية، فلا مناقضة أيضاً.

(**وكذا يجب مهر المثل في الشغار**) من الشغور، وهو الرفع والإخلاء، وسمّي به هذا العقد؛ لأنهما بهذا الشرط كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه (**وهو: أن يزوجه بنته**) أو أخته (**على**) شرط (**أن يزوجه بنته أو أخته معاوضة بالعقدين**).

وَلَو تزَوَّج على خدمتِهِ لَهَا سنةً وَهُوَ عبدٌ.. فلهَا الْخدمَةُ.

وَلَـو أعتـقَ أَمَتَـهُ علـى أَن يَتَزَوَّجهَـا فعِتْقُهـا صَـدَاقُهَا عِنْـد أَبِـي يُوسُـفَ، وَعِنْدَهُمَا: لَهَا مهرُ الْمثلِ.

وَلَو أَبَت أَن تتزوَّجَهُ.. فعلَيْهَا قيمتها لَهُ إِجْمَاعاً.

وقال الشافعي: يبطل العقدان؛ لما رواه مسلم أنه ﷺ قال: «لا شغار في الإسلام»؛ ولأنه جعل نصف البضع مهراً ونصف الآخر منكوحاً؛ لأنه لما جعل ابنته منكوحة الآخر ومهر ابنته.. اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين، نصفه للزوج بحكم النكاح، ونصفه لابنته بحكم المهر، فيلزم الاشتراك، ولا اشتراك في النكاح.

قلنا: هذا من قبيل الشروط الفاسدة في النكاح؛ لكونه تسمية لما ليس بمال، والنكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة، وما رواه من النهي: محمول على الإخلاء عن تسمية المهر، واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شيء آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية، أو محمول على الكراهة، والاشتراك في البضع إنما يلزم لو صلح البضع مهراً لامرأة أخرى، ولكنه لم يصلح، فبقي شرطاً فاسداً، فلا يفسد به النكاح.

(**ولو تزوج**)؛ أي: بإذن سيّده، (**على خدمته لها سنة وهو**) - أي: الزوج - (**عبد.. فلها الخدمة**)؛ لأنه ابتغاء بالمال على ما مر، ولا مانع فيه؛ لعدم المناقضة؛ لوجود إذن مولاه على ما هو المفروض.

(**ولو أعتق أمته على**) شرط (**أن يتزوجها.. فعتقُها صداقها عند أبي يوسف، وعندهما: لها مهر المثل**) بناء على أن العتق مال عنده، وليس بمال عندهما؛ فإذا لم يكن مالاً عندهما.. لم تصح التسمية، فلها مهر المثل، هذا فيما إذا قبلت حين قال أُعتِقُك على أن تزوجني نفسك، (**ولو أبت أن تتزوجه.. فعليها قيمتها له**) أي للمولى (**إجماعاً**)؛ لأنها غرته على العتق، وكذا أم الولد، لكن لا قيمة له عليها عند [٣٦٢/ب] إبائها عن التزوج.

وللمفوّضةِ مَا فُرِضَ لَهَا بعدَ العقدِ إِنْ دخلَ بها أَو مَاتَ أحدهما.

والمتعةُ إِن طلَّقَ قبلَ الدُّخولِ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: نصفُ مَا فَرَضَ، وَإِن زَاد فِي مهرِهَا بعدَ العقدِ.. لَزِمت.

ولو قالت لعبدها: أعتقتك على أن تتزوجني بألف فقبل.. عتق، وعليه قيمته لها إن أبى أن يتزوجها، وإلا.. قسم الألف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها، فما أصاب رقبته.. فهو قيمته، وما أصاب المهر.. فهو مهرها، ويتنصف بالطلاق قبل الدخول.

(**وللمفوّضة**) - من التفويض، وهو التسليم وترك المنازعة، وهو بكسر الواو: المرأة التي أذنت لوليها أن يزوجها من غير تسمية المهر، أو على أن لا مهر لها فزوجها كذلك، وقد يروى بفتح الواو على أن الولي فوضها لزوجها بلا مهر، وكذا الأمة إذا زوجها سيدها بلا مهر، وكذا المرأة التي نكحت نفسها بلا ولي بلا مهر على ما في «التلويح» - (**ما فرض لها بعد العقد**)؛ بأن تراضيا بعد العقد على تسميته، وإن لم يتراضيا على شيء أصلاً.. فلها مهر المثل بمجرد العقد عندنا على ما في «الأصول».

(**إن دخل بها أو مات أحدهما**)؛ لأن بالدخول يتأكد النكاح والمتعة، تراضيا على تسميته أو لم يتراضيا.

(**والمتعة إن طلق قبل الدخول**) والخلوة الصحيحة؛ لقوله تعالى ﴿إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ هذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

(**وعند أبي يوسف: نصف ما فرض**) وهو قول الشافعي.

له: أنه مفروض، فيتنصف بمقتضى قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾.

ولهما: أنّ هذا الفرض تعيين الواجب بالعقد، وهو مهر المثل، وذلك لا يتنصف، فكذا ما هو بمنزلته والمراد بالآية: الفرض عند العقد؛ لأنه المتعارف.

(**وإن زاد في مهرها بعد العقد.. لزمت**) الزيادة.

وقال زفر والشّافعي: لا تجوز تلك الزيادة؛ لأن الزّوج قد ملك البضع بالمهر المسمّى عند العقد، فكانت الزيادة عوض ملكه، فلا يصح، فتكون هبة، فيشترط فيها شرط الهبة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾؛ ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر، حتى جاز فرضه فيه إذا لم يفرض عند العقد، فكانت حالة الزيادة كحالة العقد، فيستدعي إلى حالة العقد.

ومن فروع صحة هذه الزيادة مسائل:

الأولى: ما ذكره في «قاضي خان»: رجل طلق امرأته طلاقاً رجعيّاً، ثم راجعها، وقال لها: زدت في مهرك.. لم يصح؛ لكونها مجهولة، ولو قال: راجعتك بمهر ألف درهم؛ فإن قبلت.. لزمت الزيادة، وإلا.. فلا؛ لأن هذه زيادة في المهر، فتتوقف على قبولها. انتهى.

فظهر منه لزوم القيدين في كلام المصنف، أحدهما: كون الزيادة معلومة، والثاني: قبول المرأة.

والمسألة الثانية: ما ذكره في «قاضي خان» و«الخلاصة»: لو تزوج امرأة بألف درهم، ثم جدّد النكاح بألفي درهم.. اختلفوا فيه:

ذكر الإمام خواهر زاده: أنّ على قول أبي حنيفة ومحمد: لا يلزمه الألف الثانية، ومهرها ألف درهم .

وعلى قول أبي يوسف: يلزمه الألف الثانية.

وبعضهم ذكروا الخلاف على عكس هذا.

وذكر عصام أن عليه الغبن، ولم يذكر فيه خلافاً، وذكر شمس الأئمة الحلواني: إذا جدد النكاح [٣٦٣/أ] في المنكوحة.. روي عن أبي حنيفة يلزمه المهر الثاني، ويكون زيادة في المهر.

قال مولانا رضي الله عنه: وينبغي أن لا يلزمه الألف الثانية؛ لأنها ليست بزيادة لفظاً، ولو ثبتت الزيادة.. إنما ثبتت في ضمن النكاح؛ فإذا لم يصح النكاح الثاني.. لم يثبت ما في ضمنه؛ ولهذا لو باع شيئا بألف، ثم باعه بألف وخمسمائة.. كان البيع الثاني فسخاً للبيع الأوّل، والزيادة في الثمن وفي المهر سواء، ولو أمكن أن يجعل العقد الثاني بألف.. لا يجعل المال الثاني زيادة في المهر.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا جدّد العقد.. يجب كلا العقدين.

وفتوى القاضي الإمام: الأصل على أنه لا يجب بالعقد الثاني شيء، إلا إذا عنى به الزيادة في المهر، فحينئذٍ يجب المهر الثاني.

والثالث: ما ذكره في «الخلاصة» من مسألة المواضعة: رجل يتزوج امرأة على مهر في السرّ، وسمّع في العلانية بأكثر من ذلك؛ إن تواضعا في السر على مهر، وتعاقدا في العلانية بأكثر.. فالمهر مهر العلانية، إلا أن يكون الزوج أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السّر، والعلانية تسمعة.. فحينئذٍ المهر مهر السر.

والإمام خواهر زاده جعل هذه المسألة على وجهين؛ إما إن اتفقا على أن العلانية هزل، أو اختلفا.

فإن اتفقا.. لا يجب العلانية، والمهر مهر السر.

وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت المرأة.. فالقول قولها.

وفي البيع: الثمن ما تعاقدا عليه في العلانية، اتفقا على المواضعة أو اختلفا، عند أبي حنيفة.

هذا إذا تعاقدا بجنس ما تواضعا عليه، ولكن بأكثر.

أما إذا تعاقدا على خلاف جنس ما تواضعا عليه.. فإنه ينعقد النكاح بمهر المثل إن اتفقا على المواضعة.

وَتسقطُ بِالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخولِ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: تتنصَّفُ أَيْضاً.

وَإِن حطَّت عَنهُ مِنَ الْمهْرِ.. صَحَّ.

وَإِذا خلا بهَا بِلَا مَانعٍ مِنَ الوطءِ حسّاً أَو شرعاً أَو طبعاً؛ كَمَرَضٍ يمْنَعُ الْوَطْءَ ورَتْقٍ..

هذا إذا تواضعا في السر وتعاقدا في العلانية بأكثر.

وإن تعاقدا في السّر بألف وأظهرا في العلانية ألفي درهم؛ إن اتفقا على المواضعة.. فالمهر ما تعاقدا عليه في السّر، وإن اختلفا.. فالقول قول المرأة في دعوى الجِدِّ؛ فإن أقام الرجل عليها البينة أو على وليّها.. ثبت ما ادّعاه، ولو عقدا في السرّ بألف، ثم عقدا في العلانية بألفين.

وإن أشهدا أن العلانية تسمعة.. فالسر.

وإن لم يُشهدا: قال الصدر الشهيد عن أبي حنيفة: المهر مهر السر.

وعند محمد: مهر العلانية، وسيأتي لهذا زيادة تفصيل إن شاء الله تعالى في بيان جواز النكاح بالهزل.

(وتسقط) تلك الزيادة **(بالطلاق قبل الدخول)** عند أبي حنيفة ومحمد، **(وعند أبي يوسف)** وهو قول الأول **(تتنصف)** تلك الزيادة **(أيضاً)** أي كالأصل، وذلك لأن التنصيف في النص المذكور يختص بالمفروض عند العقد عندهما، وعند أبي يوسف المفروض بعده كالمفروض في العقد.

(وإن حطت) المرأة **(عنه من المهر.. صحّ)** حطّها؛ لأن المهر بقاء حقّها، والحطّ يلاقيه حالة البقاء [٣٦٣/ب].

ثم شرع في بيان الخلوة الصحيحة وقد ذكرناها في أوائل الباب.

(وإذا خلا بها بلا مانع من الوطء) أي: من أحد الجانبين **(حسّاً، أو شرعاً، أو طبعاً؛ كمرض)** في أحدهما **(يمنع الوطء)**، وهذا نظير لمانع الحسّي، ويدخل فيه ما به يلحق الزوج ضرر من الوطء، **(وَرَتَقٍ)** وقرن وصغر لا يمكن معه الجماع، ولو كان

وَصَوْمِ رَمَضَانَ وإِحرامِ فرضٍ أَو نفلٍ وحيضٍ ونفاسٍ.. لزمَهُ تَمامُ الْمهْرِ، وَلَو كَانَ خَصياً أَو عِنِّيناً، وَكَذَا لَو كَانَ مجبوباً، خلافاً لَهما.

يشتهي وتتحرك آلته قال شرف الأئمة: ينبغي أن يجب كمال المهر.

(وصوم رمضان، وإحرام فرض) الحج، أو عمرة **(أو نفل)**، هذه الثلاثة نظير للمانع الشرعي؛ لأن الوطء فيها يوجب القضاء والكفارة، وكذا صلاة الفرض على ما سيأتي.

(وحيض ونفاس): نظيران للمانع الطبيعي والشرعي معاً.

(.. لزمه تمام المهر) لصحة الخلوة فيها.

وقال الشافعي في الجديد: يجب نصف المهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ الآية؛ ولأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء، فلا يتأكد المهر دونه.

ولنا: قوله ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها.. وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل» رواه الدارقطني؛ ولأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع، وذلك وسعها، فتأكد حقها في البدل اعتباراً بالبيع؛ فإن تخلية المبيع برفع الموانع تسليم له، ويجب به تسليم الثمن، وما تلاه عام خصّ منه البعض على ما ذكرناه، فيجوز تخصيصه بعده بما رويناه، ويجوز أن يكون المراد بالمس: الخلوة، بطريق إطلاق اسم المسبب على السبب.

(ولو كان) الزوج **(خصياً)** - أي: مقطوع الأنثيين - **(أو عنيناً)** أي: لا يقدر على الجماع أصلاً، أو على جماع البكر، أو على جماع امرأة معينة، **(وكذا لو كان مجبوباً)** أي: مقطوع الذكر والأنثيين معاً عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما) في الجب.

لهما: أن المجبوب أعجز من المريض؛ لعدم الآلة فيه أصلاً، وقد يجامع المريض، بخلاف العنين؛ فإن الوقوف على حقيقة العنة متعذر، وسلامة الآلة وجود

وَصَوْم قَضَاءٍ غيرُ مَانعٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَكَذَا صَوْمُ النّذرِ فِي رِوَايَةٍ.

وَفي فرضِ الصَّلَاةِ مَانعٌ.

وَالْعِدَّةُ تجبُ بالخلوةِ وَلَو مَعَ الْمَانِعِ؛ احْتِيَاطاً.

سببٍ إلى الوطء؛ إذ الأصل: السلامة في الوصف أيضاً، فيدار الحكم عليه، وكذا في الخصي.

ولأبي حنيفة: أن المستحق عليها التسليم في حق المستحق وقد أتت به.

(**وصوم قضاء**) - أي: قضاء رمضان وغيره - (**غير مانع**) عن الخلوة (**في الصحيح**)؛ لعدم وجوب الكفارة بالإفساد.

(**وكذا**) أي: غير مانع (**صوم النذر في رواية**)، قال القدوري: الصحيح أن صوم التطوع والقضاء والنذر لا يمنع الخلوة، وكذا صوم الكفارات؛ إذ لا يلزم الكفارة بإفسادها، وفي رواية عن أبي حنيفة: إنّ صوم التطوع يمنع صحة الخلوة؛ لأنه يمنعه عن الوطء شرعاً لصيانة المؤدّي عن البطلان.

(**و في فرض الصلاة مانع**)، بخلاف نفلها؛ اعتباراً بالصوم.

(**والعدة تجب بالخلوة**) صحيحة أو لا، على ما أشار إليه بقوله: (**ولو مع المانع**) من الموانع المذكورة (**احتياطاً**)؛ لتوهّم الشغل، ولأن العدة حق الشرع والولد، ولهذا لا يملك الزوجان إبطالها، ويجري فيها التداخل، وحق العبد لا يتداخل، وأما أنّه حق الولد.. فلقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر.. فلا يسقينَّ [٣٦٤/أ] ماؤه زرع غيره» والمقصود منه: رعاية نسب الولد، فلا يصدق الزوج في قوله «لم أطأها»، ولا المرأة في قولها «لم يطأني»، بخلاف المهر؛ فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة؛ لأنه مال لا يحتاط في إيجابه.

وعن «شرح القدوري»: إن المانع إن كان شرعياً.. تجب العدّة؛ لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصّغر.. لا تجب العدة؛ لعدم التمكن حقيقة،

والمتعةُ وَاجِبَةٌ: لمطلَّقةٍ قبلَ الدُّخُولِ لم يسمَّ لَهَا مهرٌ.

ومستحبَّةٌ: لمطلَّقةٍ بعدَ الدُّخُولِ.

وَغيرُ مُسْتَحبَّةٍ: لمطلَّقةٍ قبلَهُ سُمّي لَهَا مهرٌ.

فكان كالطّلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل، كذا في «فتح القدير».

ويؤيّده ما قاله في «قاضي خان»: وإن كان عاجزاً عن الجماع حقيقة.. لا تجب العدّة. انتهى.

واعلم: أنّ وجوب العدّة وتمام المهر بالخلوة مطلقاً، صحيحة أو فاسدة.. إنما هو في النكاح الصحيح، وأما النكاح الفاسد.. فلا تجب فيه العدّة، ولا تمام المهر بالخلوة مطلقاً ما لم يدخل بها حقيقة، كذا في «الخلاصة» وغيرها.

(**والمتعة واجبة: لمطلّقة قبل الدخول لم يُسمَّ لها مهرٌ**) وقد مرّ هذا في المفوّضة.

(**ومستحبّة: لمطلّقة بعد الدّخول**) سُمّي لها مهر أو لم يُسمَّ على ما في «العناية».

(**وغير مستحبة: لمطلّقة قبله**)؛ أي: قبل الدخول (**سمّي لها مهر**)؛ لأن نصف المهر في حقها قام مقام المتعة.

وقال الشافعي: تجب المتعة للمدخول بها؛ لأن ما سلم لها.

وقيل: إنها مستحبة فيها أيضاً من جميع المهر في مقابلة البضع، لا في مقابلة العقد؛ ولأنه أوحشها بالطلاق، فيجب دفعاً للوحشة، غير أنّ التي لم يدخل بها وقد سُمِّيَ لها مهر.. وجب لها نصف المهر بطريق المتعة، ولا يجب لها ثانياً.

قلنا: إن المتعة خُلفٌ عن مهر المثل في المفوضة، فلا يجامعه ولا شيئاً متصلاً به، وهو: المسمى وبعضه.

والمهر كلّه وجب بالعقد، حتى إنّ لها أن تطالبه بالجميع قبل الدخول بها، والدخول إنما يتقرر به ما وجب بالعقد، فما سلم لها.. لم يكن في مقابلة البضع

وَلَو سمَّى لَهَا ألفاً وقبضَتْهُ ثمَّ وهَبَتْهُ لَهُ ثمَّ طَلَّقهَا قبلَ الدُّخولِ.. رَجَعَ عَلَيْهَا بِنصفِهِ.

وَكَذَا كلُّ مَكِيلٍ وموزونٍ.

وَلَو قبَضَتِ النّصْفَ ثمَّ وَهَبتِ الْكلَّ أَوِ الْبَاقِيَ.. لَا يرجعُ، خلافاً لَهما.

على ما زعمه الشافعي، بل وجب بالعقد، والإيحاش ليس بجناية له؛ لأن الطلاق مشروع، ولا جناية في فعل المشروع.

(**ولو سمّى لها ألفاً وقبضته**) أي الألف كلّه، (**ثم وهبته له**) أي: المقبوض كلّه له، (**ثم طلقها قبل الدخول.. رجع عليها بنصفه**) خمسمائة درهم؛ لأنه يجب عليها أن تردّ نصف المهر إلى الزوج بالطلاق قبل الدخول بها، ولم يصل إليه بالهبة عين ما يستحقه؛ لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ، فكانت هبة هذه الألف كهبة ألف أخرى؛ فإذا لم يصل إليه عين ما يستحقه.. فله الرجوع.

(**وكذا كل مكيل وموزون**) غير معيَّنَين سُمّيا مهراً فقبضتهما، ثم وهبت، ثم طلّقها قبل الدخول.. رجع عليها بالنصف؛ لأنهما لما كانا غير معينين.. صارا ديناً في الذمة، والدّيون لم تتعين بالتعيين، حتى لا يجب عليها ردّ عين ما قبضته منه، فكانت هبته كهبة شيء آخر، فلم يصل إليه عين ما يستحقه.. فله الرجوع، وأما إذا كانا معينين فحكمه حكم العروض على ما في «فتح القدير»، وسيأتي حكم العروض.

(**ولو قبضت النصف**) [٣٦٤/ب]؛ أي: نصف المسمى من الدراهم أو المكيل أو الموزون، (**ثم وهبت الكل**)، أي: المقبوض وغير المقبوض، (**أو**) وهبت (**الباقي**) من المقبوض، ثم طلقها قبل الدخول (.. **لا يرجع**) واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**) قالا: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل، ولا هبة البعض الذي في ذمته حطّ، وهو يلحق بأصل العقد، ويخرج من أن يكون مهراً، فكان المقبوض هو كل المهر حكماً.

وَلَو وَهَبَتْ أقلَّ مِنَ النّصْفِ وقبضتِ الْبَاقِيَ.. رَجَعَ عَلَيْهَا إِلَى تَمامِ النّصْفِ، وَعِنْدَهُمَا: بِنصْفِ الْمَقْبُوضِ.

وَلَو لم تقبض شَيْئاً فوهبته.. لا يرجع أحدهما على الآخر وكذا لَو كَانَ الْمهْرُ عَرَضاً فَوَهَبته قبلَ الْقَبْضِ أَو بعدَهُ.

ولأبي حنيفة: إنّ مقصود الزوج - وهو سلامة نصف المهر بلا عوض - قد حصل قبل الطلاق، فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق، والحط إنما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد معاينة يحتاج إلى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحطّ، والنكاح ليس كذلك، ولهذا لم تلتحق الزيادة في المهر بعد العقد بأصل العقد، حتى لا تتنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق بالطلاق قبل الدخول.

(**ولو وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي.. رجع عليها إلى تمام النصف**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: بنصف المقبوض**)؛ مثلاً: إذا تزوج على ألف، فوهبت مائتين وقبضت الباقي، فعنده: يرجع عليها بثلاثمائة، وعندهما: بأربعمائة؛ لأنه اعتبر ما سلم للزوج، وهما اعتبرا المقبوض، فكأنه تزوجها على ما قبضت، فيتنصف المقبوض.

(**ولو لم تقبض شيئاً**) من المهر المسمى، (**فوهبته**) كله (.. **لا يرجع أحدهما على الآخر**) بشيء فيما طلقها قبل الدخول استحساناً، والقياس: أن يرجع عليها بنصف الصداق، وهو قول زفر؛ لأنه سلّم له المهر بالإبراء، فلا يكون عين ما يستحقه بالطلاق، وهو براءة منه عمّا عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، فلا يبرأ الزوج عما يستحقّه الزوج.

وجه الاستحسان: إن ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر، وقد وصل إليه ذلك، لكن بسبب آخر، ولا يبالى باختلاف الأسباب عند حصول المقصود.

(**وكذا لو كان المهر عرضاً فوهبته قبل القبض أو بعده**) فطلقها قبل الدخول..

وَإِن تزَوَّجهَا بِأَلفٍ على أَن لَا يُخرجَهَا مِنَ الْبَلَدِ، أَو على أَن لَا يتَزَوَّجَ عَلَيْهَا؛ فَإِن وَفى.. فلهَا الْألفُ، وَإِلَّا.. فمهرُ الْمِثلِ.

وَلَو تزَوَّجهَا على ألفٍ إِن أَقَامَ بهَا وعَلى أَلفَيْنِ إِن أَخرجهَا؛ فَإِن أَقَامَ.. فلهَا الْألفُ، وَإِلَّا.. فمهُر الْمِثلِ لَا يُزَادُ على أَلفَيْنِ وَلَا يَنقُصُ عَن الألفِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَهَا أَلفَانِ إِن أَخرجهَا.

لا يرجع أحدهما على الآخر بشيء استحساناً، وفي القياس - وهو قول زفر -: يرجع عليها بنصف قيمته؛ لأن الواجب فيه ردّ نصف عين المهر على ما مر من قبل.

ووجه الاستحسان: أن حقه عند الطلاق سلامة نصف عين المقبوض من جهتها، وقد وصل إليه، ولهذا لم يكن لها أن تدفع شيئا آخر مكانه، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً في ذمته على ما في المسألة الأولى.

(**وإن تزوّجها بألف على أن لا يخرجها من البلد، أو على أن لا يتزوج عليها؛ فإن وفى**) بالشرط (.. **فلها الألف**)؛ لأنه صلح مهراً، وقد تم رضاها به.

(**وإلا.. فمهر المثل**)؛ لأنها إنما رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فيما إذا كان لها فيه نفع كما في الشرطين، فعند فواته.. ينعدم رضاها بالألف، فيكمل مهر مثلها؛ كما إذا سمّى مع الألف أن يكرمها، ولا يكلّفها الأعمال الشاقة، وما يتعيب به، وأن يهديها هدية مع الألف.

(**ولو تزوّجها على ألف إن أقام بها** ، [٣٦٥/أ] **وعلى ألفين إن أخرجها؛ فإن أقام.. فلها الألف، وإلّا.. فمهر المثل لا يزاد على ألفين، ولا ينقص عن الألف**) عند أبي حنيفة، (**وعندهما: لها ألفان إن أخرجها**)؛ لأن الشرطين جائزان عندهما.

وقال زفر الشرطان جميعاً فاسدان، ويكون لها مهر المثل لا يزاد على ألفين، ولا ينقص عن الألف.

ووجه زفر: أنه ذكر في مقابلة شيء واحد وهو البضع لشيئين مختلفين على سبيل النقد، وهما ألف أو ألفان، فتفسد التسمية للجهالة، ويجب مهر المثل.

وَلَو تزَوَّجهَا بِهَذَا العَبْدِ أَو بِهَذِه الأَمَةِ:

فلهَا الْأَعْلَى إِن كَانَ مهر مثلِهَا أَو أقلَّ.

والأدنى إِن كَانَ مثلَهُ أَو أَكثرَ.

وَمهرُ مثلهَا إِن كَانَ بَينهمَا.

ولأبي حنيفة: أن الشرط الأول قد صح؛ لعدم الجهالة فيه، فيتعلق العقد به، ثم لم يصح الثاني؛ لأن الجهالة نشأت منه، ولم يفسد النكاح بالشرط الفاسد.

وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا تزوجها على ألفين إن كانت جميلة، وعلى ألف إن كانت قبيحة، حيث يصح فيها الشرطان جميعاً بالاتفاق.

وأجيب: بأن في الأولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية؛ لأنه لا يدري أن الزوج يخرجها أو لا، وفي المسألة الثانية: لا مخاطرة؛ لأن المرأة إما جميلة في نفس الأمر، وإما قبيحة، غير أن الزوج لا يعرفها، وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة، فيصح الشرطان جميعاً.

وكذا فيما إذا تزوجها على أنها إن كانت حرة الأصل على ألفين، وإلا.. فعلى ألف، أو على ألفين إن كانت له امرأة، أو على ألف إن لم تكن له امرأة؛ لعدم المخاطرة في الشرط.

(**ولو تزوجها بهذا العبد أو بهذه الأمة.. فلها الأعلى إن كان**) الأعلى (**مهر مثلها**) وهو ظاهر.

(**أو أقل**) من مهر مثلها؛ لأنها رضيت بالأقل منه.

(**والأدنى إن كان**) الأدنى (**مثله**)، وهو ظاهر أيضاً.

(**أو أكثر**) من مهر مثلها؛ لأنها ما رضيت الأقل من أدنى ما سمّي لها.

(**ومهر مثلها إن كان**) مهر مثلها (**بينهما**) بين الأعلى والأدنى، هذا عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: لَهَا الْأَدْنَى بِكُلِّ حَالٍ.

وَإِن طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ.. فلهَا نصفُ الْأَدْنَى إِجْمَاعًا.

وَإِن تزَوَّجهَا بِهَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ؛ فَإِذا أَحدُهمَا حرٌّ.. فلهَا العَبْدُ فَقَط عِنْدَ الإِمَامِ إِن سَاوَى عشرَةً، ....

(**وعندهما: لها الأدنى بكل حال.**

وإن طلقها قبل الدخول.. فلها نصف الأدنى) في الصور كلها (**إجماعاً**).

لهما: أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى؛ لأن الضمان الأصلي عندهما هو المسمى، وقد أمكن إيجاب الأدنى لتيقنه، كما في الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه؛ فإن الأدنى في ذلك متعين، فلا يصار إلى مهر المثل مع إمكان الضمان الأصلي.

ولأبي حنيفة: أن الموجب الأصلي عنده مهر المثل؛ إذ هو الأعدل، وإنما يعدل عنه عند صحة التسمية، وقد فسدت لمكان الجهالة، بخلاف الخلع والإعتاق على مال؛ لأنه لا موجب له في البدل، وإنما يجب البدل فيهما بالتسمية، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأعلى.. فالمرأة كانت راضية بالحط، وإذا كان أنقص من الأدنى.. فالزوج قد رضي بالزيادة، وإنما وجب نصف الأدنى دون الأعلى فيما إذا طلقها قبل الدخول؛ لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول فيما تكون التسمية فاسدة: المتعة، ونصف الأدنى يزيد عليها عادة، فوجب لاعترافه بالزيادة.

(**وإن تزوجها بهذين العبدين وإذا أحدهما حر.. فلها العبد فقط عند الإمام**) [٣٦٥/ب] (**إن ساوى عشرة**)؛ لأنه مسمّى، ووجوب المسمّى وإن قلّ.. يمنع وجوب مهر المثل؛ لتعذر اجتماعهما.

فإن قيل: وجوب المسمّى يقتضي صحّة التسمية وقد فسدت بفساد جزئها.

قلنا: المعتبر عند الإشارة، والإشارة إلى الحرّ يخرجه عن العقد، فكانت التسمية ابتداء على العبد.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: العَبْدُ مَعَ قِيمَةِ الْحرِّ لَو كَانَ عبداً.

وَعند مُحَمَّدٍ: العَبْدُ وَتَمامُ مثلِ الْمهْرِ إِن هُوَ أَقلُّ مِنْهُ.

وَإِن تزَوَّجهَا على فرسٍ أَو ثوبٍ هَرَوِيٍّ بَالغَ فِي وَصفِهِ أَو لَا.. خُيِّرَ بَينَ دفعِ الْوسطِ أَو قِيمَتِهِ.

(**وعند أبي يوسف: العبد مع قيمة الحر لو كان الحر عبداً**)؛ لأنه أطمعها سلامة العبدين، وعجز عن تسليم أحدهما، فيجب قيمته.

(**وعند محمّد: العبد وتمام مهر المثل إن هو**)؛ أي: قيمة العبد (**أقل منه**)؛ أي: من مهر المثل؛ لأنهما لو كانا حرين.. يجب تمام مهر المثل عنده؛ فإذا كان أحدهما عبداً.. يجب العبد وتمام مهر المثل.

(**وإن تزوجها على فرس**) أو حمار، هذا شروع في بيان حكم العقد على ما بيّن جنسه من الحيوان والثوب، بعد أن بيّن حكم العقد على ما لم يبين جنسه.

(**أو ثوب هروي بالغ في وصفه**) بحيث وصل إلى حدّ يجوز فيه عقد السلم (**أو لا**) يبالغ في وصفه (.. **يخيّر بين دفع الوسط**) من الفرس والثوب، (**أو قيمته**)؛ أي: قيمة الوسط؛ لأن لكل من الوسط والقيمة جهة أصالة:

القيمة: في حق الإيفاء؛ لأن إيفاء الوسط يتوقف على معرفته، ومعرفته على قيمته، فصارت أصلاً.

والوسط، في حق التسمية؛ لأن التسمية وقعت عليه، فيتخير بينهما، فتجبر المرأة على القبول بأيّهما أتى الزوج.

وفي رواية عن أبي حنيفة - وهو قول زفر -: إن الزوج يجبر على تسليم الوسط، ولا خيار له فيما إذا بالغ في وصفه؛ لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال، ولهذا يجوز فيه السّلم، والجواب: منع كونها من ذوات الأمثال، بدليل: أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبيد.

وَكَذَا لَو تزَوَّجهَا على مَكِيلٍ أَو مَوْزُونٍ بَيَّنَ جنسَهُ لَا صفتَهُ.

وَإِن بَيَّنَ صِفتَهُ أَيْضاً.. وَجبَ هُوَ لَا قِيمَتُهُ.

وَقيل: الثَّوْبُ مثلُهُ إِن بُولِغَ فِي وَصفِهِ.

وَإِن شَرطَ الْبكَارَةَ فَوَجَدَهَا ثَيِّباً.. لزِمَهُ كلُّ الْمهْرِ.

(**وكذا**) أي يخير الزوج بين الوسط والقيمة (**لو تزوّجها على مكيل أو موزون بين جنسه لا صفته**) مثل أن يقول: تزوجتك على كرّ حنطة أو منّ من زعفران، ولم يزد على ذلك، والوجه فيه ما مرّ سابقاً.

(**وإن بين صفته**) من الوسط أو الردي (**أيضاً**)؛ أي: كما بين جنسه (.. **وجب هو**) أي الوسط (**لا قيمته**)؛ لأن الموصوف من كل منهما ثبت في الذمة ثبوتا صحيحاً، حالاً أو مؤجلاً، ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه.

(**وقيل: الثوب مثله**)؛ أي: يخير الزوج فيه أيضاً على الوسط (**إن بولغ في وصفه**)، وجهه: ما مر آنفاً في وجه قول زفر، والجواب: هو الجواب.

(**وإن**) تزوّجها (**بشرط البكارة فوجدها ثيباً.. لزمه كل المهر**)؛ لأن البكارة لا تستحق النكاح على ما في «المحيط»؛ وكذا لو شرط أنها شابة جميلة فوجدها عجوزاً شوهاء، والمراد بكل المهر: جميع مهر المثل بلا تسمية، وجميع المسمّى بلا نقصان مع التسمية، فلو قوبل البكارة بشيء زائد على مهر المثل.. لزم الزيادة، فلو أعطاها الزوج إيّاها.. لم يرجع عليها، كذا في «شرح النقاية».

وقال في «العمادية»: تزوج امرأة على أنها بكر؛ فإذا هي غير بكر، وقد أعطاها المعجل، هل له أن يرجع عليها مما زاد على دستيمان مثلها؟

فعلى قياس ما اختاره صدر الإسلام البزدوي ومن وافقه من مشايخ بخارى في مسألة الجهاز [٣٦٦/أ]: ينبغي أن يكون له ذلك.

وكذلك - على قياس ما ذكر من الفوائد المسموعة من صاحب «المحيط» -: تزوج امرأة على أنها بكر على زيادة مهر مثلها، فوجدها ثيباً، هل تجب تلك الزيادة؟

وَإِنِ اتَّفقَا على قدرٍ فِي السِّرِّ وأَعلنا غَيرَهُ عِنْدَ العقدِ.. فَالْمُعْتَبرُ مَا أَعلناهُ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ مَا أَسرَّاهُ.

أجاب رحمه الله: أنه لا يجب؛ لأنه قابل الزيادة بما هو مرغوب وقد فات، فلا يجب ما قوبل به، وينبغي أن يكون له الرجوع فيما زاد على دستيمان مثلها، غير أنه ذكر في «فوائد الظهيرية» [لعلاء] الدين المرغيناني: أنه لا رجوع له، وكذا ذكر في المسألة الأولى أنه تجب الزيادة على خلاف ما ذكره صاحب «المحيط». انتهى كلام «العمادية».

فظهر منه أن كلًّا من لزوم الزيادة على مهر مثلها ومن جواز الرجوع عليها في الزيادة بعد الأخذ: خلافية.

ومال صاحب «الفصولين» إلى عدم لزوم الزيادة وجواز الرجوع، وقال في «القنية»: لا تجب الزيادة.

(**وإن اتفقا على قدر في السر وأعلنا غيره عند العقد.. فالمعتبر ما أعلناه، وعند أبي يوسف: ما أسراه**) هذا إشارة إلى صحة النكاح بالهزل.

وتوضيحه على ما في «شرح البزدوي»: أنهما **إما أن يهزلا بأصل العقد** بأن يقول لامرأة: إني أريد أن أتزوجك بألف تزوجاً باطلاً وهزلاً، ووافقته المرأة أو وليّها على ذلك، وعقدا عند الشهود.. يصح العقد بما سمّياه، والهزل باطل؛ لقوله ﷺ: «ثلاث جدّهنّ جد وهزلهّن جدّ: النكاح، والطلاق، واليمين»؛ ولأن الهزل إنما يؤثّر فيما يحتمل الفسخ كالبيع، والنكاح لا يحتمله.

وإما أن يهزلا في قدر المهر بأن يقول لها: إني أريد أن أتزوجك بألف، وأظهر في العلانية ألفين فقبلت هي، وعقدا عليه.. فهذا على أربعة أوجه:

إما أن يتفقا على الأعراض من الهزل.

أو يتفقا على البناء عليه.

أو يتفقا على أنه لم يحضرهما عند العقد شيء من الأعراض والبناء.

أو اختلفا فيه.

ففي الأوّل: المهر ألفان بالاتفاق.

وفي الثاني: ألف بالاتفاق.

وفي الثالث والرابع: اختلفت رواية الصاحبين عن أبي حنيفة.

فروى محمد عنه: أن النكاح جائز بألف، بخلاف البيع في هاتين الصورتين؛ فإنه ينعقد بألفين عنده.

وروى أبو يوسف عنه: أن المهر ألفان، وأن التسمية في الصحة مثل ابتداء البيع، من حين أنّ التسمية في النكاح لا تثبت إلّا قصداً ونصّاً.

وفي ابتداء البيع ههنا جعل أبو يوسف العمل بصحة الإيجاب أولى من العمل بصحة المواضعة والهزل؛ ترجيحاً للصحة على الفساد، فكذا المهر.

وقال فخر الإسلام البزدوي: قول أبي يوسف أصحّ؛ لأن فيه إهدار الهزل واعتبار الجد الذي هو أصل في الكلام.

وإما أن يهزلا في جنس المهر بأن يذكرا في العقد مائة دينار على أن يكون المهر في الحقيقة ألف درهم، فصار أيضاً على أربعة أوجه:

إما أن يتفقا على الأعراض عن الدرهم إلى الدينار.

أو يتفقا على البناء.

أو يتفقا على أنه لم يحضرهما شيء.

أو يختلفا.

ففي الأول: المهر هو الدينار المسمى بالاتفاق.

وفي الثاني: مهر المثل بالاتفاق أيضاً؛ لأنه حينئذ صار كالمتزوج بدون ذكر المهر [٣٦٦/ب]، وفي ذلك يجب مهر المثل، فكذا هذا، بخلاف البيع؛ فإنه لا يصح

وَلَا يجبُ شَيْءٌ بِلَا وطءٍ فِي عقدٍ فَاسدٍ وَإِن خلا بهَا؛ ....

بدون تسمية الثمن، فيجب فيه الإعراض عن المواضعة واعتبار التسمية.

وفي الثالث والرابع: فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة: يجب مهر المثل بلا خلاف؛ لأن المهر تابع، فيجب العمل بالهزل لئلا يصير مقصوداً بالهزل، وإذا وجب العمل بالهزل.. بطلت التسمية، فيجب مهر المثل.

وعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة: يجب المسمّى وتبطل المواضعة كما في البيع؛ لأن التسمية في الصحة مثل ابتداء البيع.

وعندهما: يجب مهر المثل كما في رواية محمد عنه، كذا في «التقرير»، وقد ذكرنا ما يتعلق بهذا في جواز الزيادة في المهر.

(**ولا يجب شيء**)؛ أي: من مهر المثل، والمسمّى، والمتعة، والعدة، والنفقة، (**بلا وطء في عقد فاسد**)، وهو كتزوج الأخت في عدة الأخت، أو الخامسة في عدة الرابعة، أو الأمة على الحرة، أو نكاح محارمه، أو نكاح أمته، أو سيدته، أو زوجة الغير على زغم أن لا زوج لها، أو بغير شهود، أو نكاح مجوسية أو وثنية على ما مر في المحرّمات.

(**وإن خلا بها**)؛ لأن وجوب المال في النكاح الفاسد:

ليس للعقد؛ لعدم صحته، حتى لا يجب به حرمة المصاهرة والعدة ما لم يدخل بها، وكان لكل من الزوجين فسخه قبل الدخول بغير محضر من الآخر؛ كما في البيع الفاسد قبل القبض.

ولا للخلوة أيضاً وإن صحيحة؛ لأن وجوب المهر بالخلوة في النكاح الصحيح إنما هو لقيامها مقام الوطء لتمكنه منه؛ لعدم المانع؛ بخلاف الخلوة في العقد الفاسد، حيث لا تقوم مقام الوطء؛ لوجود المانع منه وهو الحرمة، بل إنما يجب المهر فيه باستيفاء منافع البضع، أعني الوطء في القبل، حتى لا يجب شيء بالوطء في الدبر، والتفصيل على ما صرّح به في «الخلاصة».

فَإِن وطىء.. وَجبَ مهرُ الْمثلِ لَا يُزَادُ على الْمُسَمّى،

(.. **فإن وطئ**) أي في القبل (.. **وجب مهر المثل**) لحصول استيفاء المنفعة، وهل يتكرر مهر المثل بتكرر الوطء؟

ففي «البحر»: إنه متى حصل الوطء عقيب شبهة الملك مراراً.. لم يجب إلّا مهر واحد؛ لأن الوطء الثاني صادف ملكه؛ كما لو وطئ جارية ابنه، أو جارية مكاتبه، أو وطئ منكوحته ثم بان أنه حلف بطلاقها، ومتى حصل الوطء عقيب شبهة الاشتباه مراراً؛ فإنه يجب لكل وطء مهر على حدة؛ لأن كل وطء صادف ملك الغير كوطء الابن جارية أبيه أو أمه، أو جارية امرأته مراراً إلى آخر ما ذكره (**لا يزاد على المسمى**) عندنا.

وقال زفر: يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، اعتباراً بالبيع الفاسد، حيث يجب فيه القيمة إذا امتنع الرد بالغة ما بلغت.

ولنا: أن المستوفى من مال منافع البضع ليس بمال، فليس بمتقوم، وإنما يتقوم بالتسمية، وهي غير صحيحة.. فلا يصح التقوم بها، ولا بد من تقوم المستوفى شرعاً، فصرنا إلى ما هو قيمتها شرعاً وهو مهر المثل؛ فإن زادت هي على المسمى.. لم تجب الزيادة؛ لأنها أسقطت حقها في الزيادة برضاها، وإن زاد المسمى على مهر المثل.. لم تجب زيادته أيضاً؛ لعدم صحة التسمية [٣٦٧/آ]، بخلاف المبيع في البيع الفاسد؛ لأنه مال متقوم في نفسه، فيتقدّر بدله بقيمته.

قال في «العناية»: وهل هذا إلّا تناقض؟! لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه، وهي إن كانت فاسدة.. يجب شمول العدم، وإن كانت صحيحة.. يجب شمول الموجب.

وأجاب عنه: بأنها صحيحة من وجه دون وجه، صحيحة من حيث إن المسمّى مال متقوّم؛ لأن فرض المسألة فيه فاسدة من حيث إنها وجدت في عقد فاسد؛ فاعتبرنا فسادها إذا زادت، وصحتها إذا نقصت؛ لانضمام رضاها إليها.

قال في «الخلاصة»: التصرفات الفاسدة عشرة:

منها: النكاح الفاسد، والواجب فيه الأقل من المسمّى، ومن مهر المثل إن كان هناك تسمية، وإلّا.. فمهر المثل بالغاً ما بلغ، وهو مسألة الكتاب على ما مرّ آنفاً.

ومنها: البيع الفاسد وهو مضمون بالقيمة أو بالمثل إن كان مثلياً بعد الهلاك والاستهلاك، ولو كان قائماً.. فلكلّ واحد منهما حق النقض.

ومنها: الإجارة الفاسدة والواجب فيها الأقل من المسمّى ومن أجرة المثل إن كان هناك تسمية، وإلا.. يجب كمال أجرة المثل، والمستأجر أمانة في يد المستأجر.

ومنها: الرهن الفاسد، وهو رهن المشاع، وللراهن أن ينقضه كالبيع الفاسد، ولو هلك في يد المرتهن.. يهلك أمانة عند الكرخي.

ومنها: الصلح الفاسد، ولكل واحد منهما النقض.

ومنها: القرض الفاسد، وهو قرض الحيوان وما كان متفاوتاً، ومع هذا لو استقرض وباع.. صحّ البيع.

ومنها: الهبة الفاسدة؛ فهي مضمونة بالقيمة يوم القبض؛ لأنها لا تفيد الملك.

ومنها: المضاربة الفاسدة، والمال أمانة في يد المضارب.

ومنها: الكتابة الفاسدة، والواجب فيها الأكثر من المسّمى ومن القيمة.

ومنها: المزارعة الفاسدة، والخارج فيها لصاحب البذر؛ فإن كان البذر من قِبَلِ ربّ الأرض.. فعليه أجر مثل العامل، ويطيب له، وإن كان البذر من العامل.. فعليه أجر مثل الأرض، والخارج له.

وزاد عليها في «العمادي» و«الفصولين»: الشركة الفاسدة، والكفالة الفاسدة، وتفصيل أحكام هذه التصرفات الفاسدة في هذين الكتابين فارجع إليهما.

وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وابتداؤها مِن حِينِ التَّفْرِيقِ لَا من آخرِ الوطءات، هُوَ الصَّحِيحُ. وَيثبتُ فِيهِ النّسَبُ.

(وعليها العدة) أي بعد الوطء في القبل؛ لأن العقد الفاسد يلحق الصحيح في موضع الاحتياط تحرزاً عن اشتباه النسب؛ بخلافه قبل الوطء؛ لعدم خوف اشتباه النسب، فلا يلحق بالعقد الصحيح في لزوم العدة.

(وابتداؤها) أي ابتداء العدة في النكاح الفاسد (من حين التفريق) - كالطلاق في النكاح الصحيح - (لا من آخر الوطءات) على ما اختاره زفر وأبو القاسم الصفار، حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطءات قبل التفريق فقد انقضت عدتها عندهما، (هو الصحيح)؛ لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول، وشبهة النكاح ترتفع بالتفريق، أو بمتاركة الزوج بأن يقول: تاركتك، أو تاركتها [٣٦٧/ب]، أو خلّيت سبيلها.

وفي كلامه إشارة إلى أنه لا بدّ من مفرّق في رفع هذا النكاح، ولكنه ليس بلازم، بل لكل واحد من الزّوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ؛ قبل الدخول وبعده.

وقال بعض مشايخنا: إن دخل بها.. ليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه؛ كما في البيع الفاسد.

(ويثبت فيه)؛ أي: في المولود في النكاح الفاسد (النسب)؛ لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد، فيترتب على الثابت من وجه، ومن هنا: أفتى مشايخ الإسلام فيمن تزوج امرأة غاب عنها زوجها، فولدت من الثاني، ثم جاء الأول وفرقت المرأة من الثاني.. بأن الولد للثاني مع فساد نكاحه، وهو اختيار الصدر الشهيد، واختار بعض مشايخنا أن الولد من الأول.

والمسألة مذكورة في الفصل الثالث عشر من نكاح «الخلاصة»؛ حيث قال: رجل غاب عن امرأته وهي بكر عشر سنين، فتزوجت بآخر، وكانت المرأة تلد كل

ومدَّتُهُ مِن حِينِ الدُّخولِ عِنْدَ محمَّدٍ، وَبِه يُفْتى.

سنة ولداً، فالأولاد للزوج الأول عند أبي حنيفة، ويجوز للأب الثاني دفع الزكاة إلى هؤلاء الأولاد، ويجوز شهادتهم له.

ولو ولد ولد منه على وجه الزنا.. لا يجوز ذلك.

وروى الجرجاني عن أبي حنيفة: أن الأولاد للثاني، والفتوى على القول الأول.

قال المصنف: هذا اختيار ظهير الدين المرغيناني، والصدر الشهيد اختار قول الجرجاني، وهو قول ابن أبي ليلى.

وكان أبو يوسف يقول: إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها.. فالولد للزوج الأوّل، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً.. فالولد للزوج الثاني.

وقال محمد: إن جاءت بالولد لأقل من سنتين منذ دخل بها [الزوج الثاني].. فالولد للأول، وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها [الزوج الثاني].. فالولد للثاني.

ولو ادعت الطلاق فاعتدت وتزوّجت والزوج الأول جاحد.. على هذا الخلاف.

وفي «المنتقى»: لو كان الزوج الأول حاضراً والمسألة بحالها.. فالولد للزوج الأول في هذه المواضع. انتهى ما في «الخلاصة».

وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

وقال في «قاضي خان»: إن أبا حنيفة رجع عن قوله الأول وقال: الولد للثاني. وعليه الفتوى، ولهذا اختار مشايخ الإسلام هذا القول، وأفتوا بأنّ الولد للثاني، وبه أفتيت.

(ومدته) أي مدة النسب.. فهي ستة أشهر (من حين الدخول عند محمد، وبه يفتى) على ما في «الهداية» و«التّبيين».

وقالا: من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح؛ لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح.

ووجه محمد: أن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء لحرمته حتى لا تثبت به حرمة المصاهرة بدون الوطء، أو اللمس بشهوة، أو التقبيل، وإقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أنه داع إليه.

وذكر في «الغاية»: أن الأحوط أن يعتبر مدة النسب من وقت التفريق اعتباراً له بمدة العدة.

وقال في «الزيلعي»: وهذا وهم لا تحقق له؛ لأنهم إنما اعتبروه من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد؛ إقامة [٣٦٨/أ] للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء، حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد؛ ولأقل منها من وقت الوطء.. يثبت نسبه كما في «الصحيح».

ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق.

ألا ترى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح، ولم يفارقها، بل هي معه.. يثبت نسبه، ولو كان الاعتبار لوقت العقد لا غير.. لما ثبت.

وكذا لو فارقها بعد عشر سنين.. لا يمكن اعتبارها من وقت العقد.

ولو خلا بها ثم جاءت بولد.. يثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن أبي يوسف، وعنه: لا يثبت، ولا يجب المهر، ولا العدة وهو قول زفر.

وإن لم يَخْلُ بها.. لا يلزمه الولد. انتهى.

والحاصل: أنه يعتبر من وقت التفريق إذا وقعت فرقة، وأما إذا لم تقع.. فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف.

وَمهرُ مثلِهَا يُعْتَبَرُ بِقومِ أَبِيهَا إِن تَسَاويا سِنًّاً، وجمالاً، ومالاً، وعقلاً، وديناً، وبلداً، وعصراً، وبكارةً، وثيابةً.

فَإِن لم يُوجد مِنْهُم.. فَمنَ الأَجانِبِ،.........................

وذكر في «الأصل»: أنه معتبر من وقت النكاح لا من وقت الدخول، ولم يحك فيه خلافاً؛ حيث قال: إذا تزوجت الأمة بغير إذن مولاها، ودخل بها الزوج، وولدت لستة أشهر منذ تزوجها، فادعاه المولى والزوج.. فهو من الزوج. انتهى.

قال الحلواني: هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد، خلافاً لما يقوله البعض أنه لا ينعقد إلا بالدخول.

وذكر شيخ الإسلام: أن الفراش لا ينعقد في النكاح الفاسد إلا بالدخول. وتأويل هذه المسألة: أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهل، فحينئذٍ تستوي المدتان.

(**ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها**) من الأخوات لأب وأم، أو لأب، والعمات، وبنات الأعمام؛ لقول ابن مسعود: لها مهر مثل نسائها، وهن أقارب الأب، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه، والأخوات لأم ليس من قوم أبيها، بل من قوم أمها، فلا يعتبر مهر مثلها بمهرها.

(**إن تساويا سنّاً**) - أي: في زمان التزوج على ما في «العناية» - (**وجمالاً ومالاً وعقلاً وديناً وبلداً وعصراً وبكارة وثيابة**)؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف.

وكذا يعتبر التساوي في العلم والأدب وكمال الخلق، وأن لا يكون لها ولد لما ذكرناه.

وفي «الخلاصة»: ومنهم من قال: لا يعتبر الجمال في الحسيبة.

(**فإن لم يوجد منهم**) أي من قوم أبيها من هي مثل حالها في تلك الأوصاف (.. **فمن الأجانب**) من قبيلة هي مثل قبيلة أبيها.

وإِن لم يُوجد جَمِيعُ ذَلِك.. فِمَا يُوجدُ مِنْهُ.

وَلَا يُعْتَبرُ بأُمِّهَا أو خالتِها إِن لم تَكُونَا من قومِ أَبِيهَا.

وصَحَّ ضَمَانُ وَليِّهَا مهرَهَا.

وعن أبي حنيفة: إنها لا تعتبر بالأجنبيات.

(**وإن لم يوجد جميع ذلك**) الأوصاف في امرأة من قوم أبيها، ولا من الأجانب (**.. فما يوجد منه**)؛ أي: فالمعتبر ما يوجد من تلك الأوصاف؛ لأن اجتماع تلك الأوصاف في امرأتين متعذر أو متعسر.

وفي «الخلاصة»: يشترط أن يكون المخبر بمهر المثل: رجلين، أو رجلاً وامرأتين، ويشترط لفظ الشهادة؛ فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول.. فالقول قول الزوج مع يمينه.

ثم مهر المثل إنما يجب في [٣٦٨/ب] مواضع منها: إذا تزوج امرأة على دار، أو ثوب، أو دابة، أو على ما يثمر نخيله العام، أو على تعليم القرآن، أو خدمتها، أو بخراج أرضه، أو بكسب غلامه، أو ما في بطون غنمه، أو جاريته، أو طلاق الضرة، أو العفو عن القصاص، أو تزوجها على دراهم ولم يسمّ كم هي، أو على حكمها، أو حكمه، أو حكم أجنبي، ففي هذه الوجوه.. يجب مهر المثل.

(**ولا يعتبر بأمّها أو خالتها إن لم تكونا من قوم أبيها**) بأن يكون أبوها تزوج بنت عمّه؛ فإن أمّها وخالتها تكون من قبيلتها، والوجه فيه: ما ذكرناه.

(**وصح ضمان وليها**) بنفسه أو برسوله - على ما في «شرح النقاية» - (**مهرها**).

قال في «الزيلعي»: ويتناول ولي الصغيرة والكبيرة، بأن زوج ابنته الصغيرة أو الكبيرة وهي بكر أو مجنونة رجلاً، وضمن عنه مهرها.. صح ضمانه؛ لأنه سفير ومعبر فيه، وليس بمباشر، وهو من أهل الالتزام، وقد أضاف الضمان إلى ما يقبله، أعني المهر؛ لأنه دين، والدين مما يصح فيه الكفالة والضمان.

وتطالبُ مَن شَاءَت مِنْهُ وَمنَ الزَّوْجِ.

وَيرجعُ الْوَلِيُّ على الزَّوْجِ إذا أَدَّى؛ إِن ضمنَ بأَمْرِهِ، وَإِلَّا.. فَلَا.

ولا يخفى عليك أن هذا مقيد بكون الضمان في الصحة؛ أما في مرض الموت.. فلا يصح؛ لأنه تبرع لوارثه في مرض موته، وكذلك كل دين ضمنه عن وارثه أو لوارثه.

وأما إذا لم يكن وارثاً له.. فالضمان في مرضه من الثلث، كذا في «البحر».

(**وتطالب**) المرأة (**من شاءت: منه**)؛ أي: من الولي؛ لكونه ضامناً، (**ومن الزوج**)؛ لكونه مالكاً، إن كانت أهلاً للمطالبة بأن كانت عاقلة وبالغة، وكذا الزوج لا بد أن يكون عاقلاً بالغاً؛ لأنه إذا لم يكن عاقلاً بالغاً.. فإنّما لها مطالبة أبيه؛ ضمن أو لم يضمن، كذا في «فتح القدير» نقلاً عن «شرح الطحاوي».

(**ويرجع الولي على الزوج إذا أدّى إن ضمن بأمره، وإلّا.. فلا**)؛ اعتباراً له بسائر الكفالات، بخلاف ما إذا باع مال ولده الصغير أو الصغيرة وضمن الثمن عن المشتري، حيث لا يجوز؛ لأنه أصيل فيه، حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه، ويصح إبراؤه المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد، لكنه يضمنه للولد لتعدّيه بالإبراء، ويملك قبض الثمن بعد بلوغه، فلو صح الضمان.. لصار ضامناً لنفسه.

وذلك لا يجوز، بخلاف النكاح؛ لأنه سفير محض فيه، فلا يلزمه أن يكون ضامناً لنفسه.

فإن قيل: إن الأب يملك قبض مهر الصغيرة فصار كالبيع.

أجيب عنه: بأنه إنما ملكه بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد، ولهذا لا يملكه بعد بلوغها إلا برضاها، ويطالب زوجها أو وليّها.

هذا، ولو زوج ولي الصغير ابنه الصغير امرأة، وضمن عنه مهرها.. صح ضمانه؛ كما صح ضمان ولي الصغيرة؛ لما مر أن الولي سفير ومعبر، وليس بمباشر، بخلاف

وللمرأَةِ منعُ نَفسها مِنَ الوطءِ وَالسّفرِ حَتَّى يوفيها قدرَ مَا بُيّنَ تَعْجِيلُهُ مِن مهرِهَا كُلّاً أَو بَعْضاً.

وَلها السّفرُ وَالْخُرُوجُ مِنَ الْمنزلِ أَيْضاً.

وَلها النَّفَقَةُ لَو مَنَعَت نفسها لذَلِكَ، وَهَذَا قبلَ الدُّخُولِ، وَكَذَا بعدَهُ، خلافاً لَهما

ما لو اشترى له شيئاً، ثم ضمن عنه الثمن للبائع.. حيث لا يجوز؛ لأنه أصيل فيه، فيلزمه الثمن؛ ضمن أو لم يضمن.

ثم للمرأة أن تطالب الولي بالمهر؛ فإذا أدّى الولي من مال نفسه.. فله أن يرجع في مال الصغير إن أشهد أنه يؤديه ليرجع عليه، وإن لم يُشهِد.. فهو متطوع، فلا يكون له الرجوع في ماله، وليس لها أن تطالب الزوج قبل البلوغ؛ فإذا بلغت.. تطالب [٣٦٩/أ] أيّهما شاءت، كذا في «الزيلعي».

وذكر في «الخلاصة»: إن هذا إذا لم يكن للصّبي دين على الأب، وأما إذا كان عليه دين فأدّى مهره ولم يُشهِد، ثم قال بعد ذلك: إنما أدّيت مهره عن دينه الّذي عليّ.. صُدّق، ولو كان الابن كبيراً.. يكون تبرّعاً؛ لأنه لا يملك الأداء بغير أمره. انتهى.

(**وللمرأة منع نفسها من الوطء والسفر حتى يوفيها قدر ما بُيّنَ تعجيلُه من مهرها كلّا أو بعضاً**) أي: سواء كان ما بين تعجيله كل المهر أو بعضه.

(**ولها السفر والخروج من المنزل**)؛ أي: منزل الزوج إلى قضاء حاجتها وزيارة أهلها بلا إذن الزوج (**أيضاً**)؛ أي: كما أنّ لها منع نفسها من الوطء والسفر.

وفي الفصل الخامس من نكاح «الخلاصة»: أراد أبو المرأة البالغة أن يتحول إلى بلدة أخرى ويذهب بينته، ليس للزوج أن يمنعه إذا لم يعط المعجل، وإن أعطى.. له ذلك.

(**ولها النفقة**)؛ أي: على زوجها (**لو منعت نفسها لذلك**) أي لاستيفاء المعجل من المهر، (**وهذا قبل الدخول، وكذا بعده**) عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**) قالا: ليس

فِيمَا لَو كَانَ الدُّخُولُ بِرِضَاهَا غيرَ صبيَّةٍ وَلَا مَجْنُونَةٍ.

لها منع نفسها بعد الدخول، (**فيما لو كان الدخول برضاها غير صبية، ولا مجنونة**)؛ أما إذا كانت مكرهة أو صبيّة أو مجنونة، فلا يسقط حقّها في المنع بالاتفاق.

قال في «الخلاصة»: صغيرة زوجت، فذهبت إلى بيت زوجها بدون أخذ المهر.. كان لمن هو أحق بإمساكها قبل التزويج أن يمنعها حتى يأخذ من له حق الأخذ جميع المهر.

والعم وغير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة وسلّمها إلى الزوج قبل قبض جميع الصّداق.. فالتسليم فاسد، وترد إلى بيتها، والأب إذا سلم البنت إليه قبل القبض.. له أن يمنعها.

بخلاف ما لو باع مال الصغير وسلّم قبل قبض الثمن.. فإنه لا يسترد.

وفي الصغيرة: لأبيها أن يطالب زوجها بالمهر وإن لم يمكنه الانتفاع بها؛ لأن المهر إنما يجب بالخلوة لا بالاستمتاع؛ أما النفقة إن كانت محل الاستمتاع بها.. يجب، وإلا.. فلا.

ثم قال في الفصل الثاني عشر عزواً إلى «الفتاوى»: رجل تزوج امرأة على مهر معلوم، فأرادت أن تمنع نفسها حتى تستوفي جميع المهر.. ليس لها ذلك في عرفنا، وإنما هو في عرفهم، ولكنا ننظر إلى المسمّى وإلى المرأة: أنَّ مثل هذه المرأة ومثل هذا المسمى كم يكون منه معجّل وكم يكون منه مؤجّل في العرف، فيقضى بالعرف، ويؤمر بطلب ذلك القدر من المعجّل، كذا اختاره الفقيه أبو الليث، وعليه الفتوى.

ولو شرط تعجيل الكل في العقد.. يعجّل الكل، ولو جعل الكل مؤجلاً.. ذكر شيخ الإسلام نجم الدين النسفي في «فتاواه»: أنه لا يصح، قال: تأويله إذا جعله مؤجلاً إلى وقت الطلاق وإلى وقت الموت، وبعضهم قالوا: يصح، وهو الصحيح؛ كما في تأجيل البعض، هذا كلامه، كذا في «البزازية».

وفهم منه: أن ليس للمرأة أن تطالب زوجها بالمؤجل ما دام في نكاحه.

وَإِن لم يُبيَّن قدرَ الْمُعَجَّلِ.. فقدرُ مَا يُعَجَّلُ مِن مثلِهِ عُرفاً، غيرَ مُقَدّرٍ بِربعٍ وَنَحْوِهِ.

وَلَيْسَ لَهَا ذَلِك لَو أُجِّلَ كُلُّهُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

لولي الجناية، ثم إذا جنى الأخرى.. يتبع وليّ الجناية الثانية وليّ الجناية الأولى؛ لتحقق المزاحمة.

وإن كان الكل مؤجلاً: فسيأتي ذكره على الخلاف الواقع بينهم.

وإن كان بعضه معجلاً وبعضه مؤجّلاً.. كان لها منع نفسها والخروج إلى أهلها قبل أداء المعجّل على ما مر من التفصيل؛ فإذا أدّى.. لم يكن لها ذلك إلّا بإذنه، هذا إذا بين قدر المعجّل.

(**وإن لم يبيّن قدر المعجّل.. فقدر ما يعجّل من مثله عرفاً**)؛ أي: ينظر إلى المرأة وإلى المهر المسمّى، أن مثل هذه المرأة ومثل هذا المسمّى كم يكون منه معجل؟! وكم يكون منه مؤجّل؟! على ما ذكرناه آنفاً.

(**غير مقدر بربع ونحوه**)؛ لأن العمل بما ثبت عرفاً.. كالعمل بما ثبت شرطاً، ولا عرف في التقدير بالربع ونحوه.

قال في «الخلاصة»: لو أجل أجلاً مجهولاً .. يطالبه بنصف المهر في عرف سمرقند.

وجوابنا: العمل بالعرف على الوجه الذي ذكرناه.

(**وليس لها ذلك**)؛ أي: المنع والخروج، دخل بها أو لم يدخل، (**لو أجل كلّه**) وقد ذكرنا أن تأجيل كل المهر جائز أو لا، والصحيح: أنه جائز، وهذا عندهما، (**خلافاً لأبي يوسف**) قال: لها منع نفسها، وعليه الفتوى على ما في «الولوالجي» و«البحر»، وهذا لأن النكاح يوجب عند الإطلاق تسليم المهر أولاً، عيناً أو ديناً، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد.. فقد رضي بتأخير حقّه إلى أن يوفي المهر بعد حلول الأجل، بخلاف البيع؛ لأن [٣٧٠/أ] تسليم الثمن أوّلاً ليس من

وصرّح به في «الخانية» قال: رجل تزوج امرأة بألف درهم على أن كلّ الألف مؤجّل؛ إن كان الأجل معلوماً.. صح التأجيل. وإن لم يكن معلوماً.. لا يصح، وإذا لم يصحّ [٣٦٩/ب].. يؤمر الزوج بتعجيل قدر ما تعارفه أهل البلدة، ويؤخذ منه الباقي بعد الطّلاق أو بعد الموت، ولا يجبر القاضي على تسليم الباقي، ولا يحبسه.

والجملة ههنا: إنه إذا تزوج امرأة على مهر؛ فإما أن يكون المهر كله معجّلاً، أو مؤجّلاً، أو بعضه معجّلاً وبعضه مؤجّلا:

فإن كان الكل معجّلاً؛ فإمّا إن دخل بها، أو لم يدخل:

فإن لم يدخل.. فلها منع نفسها حتى تأخذ المهر كله، ومنعه عن إخراجها ليتعيّن حقّها في البدل وهو المهر؛ كما تعيّن حقّه في المبدل وهو البضع كالبيع؛ فإن للبائع أن يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن، وليس للزوج منعها من السفر والخروج إلى أهلها حتى يوفيها المهر كله؛ لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق، وليس حق الاستيفاء قبل الإيفاء.

وإن دخل بها.. فكذلك الجواب عند أبي حنيفة.

وقالا: ليس لها المنع إذا كان الدّخول برضاها، ولا صبية ولا مجنونة، وإلا.. فلها المنع بالاتفاق، ولها استحقاق النفقة مدة المنع عنده؛ لأنه منع لحق، ولا يستحقها عندها؛ لأنها ناشزة.

لهما: أنّ المعقود عليه كله قد صار مسلّماً إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة، ولهذا يتأكدها جميع المهر؛ كالبائع إذا سلّم المبيع، فليس له حق الحبس بعده.

ولأبي حنيفة: أنها منعت منه ما قابل البدل؛ لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم، فلا يتحقق تسليم كله، والتأكد بالواحدة من الوطءات لجهالة ما وراءها.. فلا يصلح مزاحماً للمعلوم ما لم يوجد؛ فإذا وجد.. صار معلوماً وتحققت المزاحمة، وصار المهر مقابلاً بالكلّ؛ كالمدبّر إذا جنى جناية.. يدفع المولى قيمته

وَإِذا أَوفاها ذَلِكَ.. فَلهُ نَقْلُهَا حَيْثُ شَاءَ مَا دونَ السَّفرِ.

وَقيلَ: لَهُ السَّفرُ بهَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَالْفَتْوَى على الأَوَّلِ.

موجبات البيع لا محالة، فلم يكن المشتري راضياً بتأخير حقّه في المبيع إلى أن يوفي الثمن.

ولهما: أنها أسقطت حقّها بالتأجيل.

(وإذا أوفاها ذلك)؛ أي: ما قدر تعجيله (.. **فله**) - أي: للزّوج - **(نقلها حيث شاء ما دون السّفر)** وهل للمرأة أن تطالبه بالمسكن بعد إيفاء المعجّل؟ فسيأتي بيانه في آخر باب النفقة.

(وقيل: له السفر بها في ظاهر الرّواية).

قال في «الزيلعي»: وإذا أوفاها مهرها وكان كلّه مؤجّلاً.. ينقلها حيث شاء؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾، وكذلك إذا دخل بها برضاها عندهما؛ لسقوط حق الحبس.

وعند أبي حنيفة: ليس له ذلك لبقائه. انتهى.

وهذا ميل منه إلى القول الثاني، حيث لم يقيد بما دون السّفر.

(والفتوى على الأوّل)؛ لأن قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ الآية، مخصوص بدليل مستقلّ مقارن وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾؛ وفي مقدار السّفر تتضرّر بالسفرية، وفيما دون السّفر لا تتضرر؛ لعدم تحقّق الغربة فيه.

قال في «القنية» بعلامة شرف الدين المكي: تزوج في البلد، ثم أخرجها إلى الرستاق فأبت ذلك.. فلها ذلك إذا حبست نفسها بالصّداق، وإلّا.. فلا.

ثم قال بعلامة ركن الدين الصباغي والبدر الظاهر: بلديةٌ في البلد فولدت منه، ثم أراد إخراجها إلى الرستاق.. فلها الإباء، ولو أخرجها ثم أبت.. فلها ذلك.

ثم قال بعلامة نجم الأئمة: له أن يخرجها إلى الرستاق إن كان الرستاق قريباً، فقيل له: ما القريب؟ قال: ما دون السفر.

قال: وهو الصّواب، وتأويل ما قال شرف الدين وركن الدين والبدر الظاهر ما كانت المسافة سفراً؛ فإن أبا القاسم الصغار هو الذي يختار قول أبي حنيفة في منع نفسها عن السفر بها لأجل المهر، ومع هذا قال: للزوج أن يخرجها إلى ما دون السفر، وإن لم يوف مهرها بعد، فعرف بهذا: أن للزوج أن يخرجها من البلد إلى القرية إذا لم تكن المسافة سفراً باتفاق من أبي حنيفة وصاحبيه، وإن لم يوف مهرها. انتهى.

وقال قاضي خان: إذا أراد الرجل أن ينقل المرأة من بلد إلى بلد بغير إذنها؛ إن كان ذلك قبل إيفاء المهر.. لا يملك، وبعد إيفائه.. يملك في ظاهر الرواية.

وقال أبو القاسم الصغار: لا يملك نقلها من بلد إلى بلد، وإن أوفى مهرها، وبه أخذ الفقيه أبو الليث؛ لأن الزمان قد فسد، فيخاف عليها من الضرر في القرية ما لا يخاف عليها مع عشيرتها، وله أن يخرجها من المصر إلى القرية، ومن القرية إلى المصر، ومن القرية إلى القرية؛ لأن النقل بما دون السفر لا يعد غربة. انتهى.

ولا يخفى عليك: أنّ ما نقله عن أبي القاسم من عدم تملك نقلها إلى مدة السفر بعد إيفاء مهرها مخالف لما فهم من ظاهر ما نقلنا من «القنية»؛ فإن المفهوم من قوله: «إن أبا القاسم يختار قول أبي حنيفة في منع نفسها عن السفر لأجل المهر» عدم تملك المنع عن السّفر بعد إيفاء المهر، وإطلاق «الزيلعي» يؤيد ما في «قاضي خان»؛ حيث قال: وكان أبو القاسم يفتي بقول أبي حنيفة في المنع عن السفر، وبعض [٣٧٠/ب] المشايخ أفتى بقول أبي القاسم الصّغار على ما في «شرح المجمع».

وفيه أيضاً: وقيل: إنه إذا أوفى المعجّل والمؤجل من المهر، وهو مأمون عليها.. سافر بها حيث شاء، وإن لم يكن أوفاها المهرين، أو لم يكن مأموناً عليها.. لا يسافر بها، وهذا القول أقرب إلى التحقيق، وبه يفتى. انتهى.

وَإِنِ اخْتلفَا فِي قدرِ الْمهْرِ.. فَالْقَوْلُ لَهَا إِن كَانَ مهرُ مثلِهَا كَمَا قَالَت أَو أَكثرَ.
وَلهُ إِن كَانَ كَمَا قَالَ أَو أَقلَّ.

وفي «التاتارخانية»: إن أقرت المرأة بدين لأبيها، أو لأمّها، أو لأجنبي.. فللمقرّ له أن يمنعها من الخروج من بلدها. انتهى.

(**وإن اختلفا في قدر المهر**) هذه المسألة على وجوه:

إما أن يكون الاختلاف في حياتهما.

أو بعد مماتهما بين الورثة.

أو بعد موت أحدهما.

والأول: إما أن يكون قبل الطلاق، دخل بها أو لا، أو بعد الطلاق دخل بها أو لا وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون الاختلاف في مقدار المسمّى، أو في أصل التسمية، وسيأتي بيان كل ذلك.

فإن اختلفا حال حياتهما قبل الطلاق، دخل بها أو لم يدخل، أو بعد الطّلاق بعد الدخول (.. **فالقول لها**) مع يمينها في إنكار الحط (**إن كان مهر مثلها كما قالت أو أكثر**)؛ فإن حلفت.. فلها جميع ما ادعت، بقدر ما أقر به الزوج على أنه مسمّى؛ لاتفاقهما عليه، والزائد بحكم أنه مهر المثل لا باليمين، حتى يخير فيه الزوج بين الدّراهم والدنانير لأن يمينها لدفع الحط الذي يدّعيه الزوج لا لإثبات الزيادة.

وإن نكلت.. فلها ما أقرّ به الزوج على أنه مسمى لا إقرارها به.

(**وله**) أي للزوج مع يمينه في إنكار الزيادة، وهل يلزم اليمين في كل موضع يكون القول فيه قول إنسان أو لا يلزمه؟

ففي باب الاستحلاف من كتاب أدب القاضي من «القنية» أنّ كثيراً من المواضع يكون القول فيها قول إنسان بدون اليمين، ثم ذكر مسائل كثيرة وسنذكرها في باب الاستحلاف إن شاء الله تعالى.

(**إن كان**) مهر المثل (**كما قال أو أقل**)؛ فإن حلف.. لزمه ما أقر به تسمية، وإن

وَإِن كَانَ بَينهمَا.. تحَالفَا وَلزِمَ مهرُ الْمِثلِ.

وَفِي الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ: القَوْلُ لَهَا إِن كَانَت مُتْعَةُ الْمِثلِ كَنِصْفِ مَا قَالَت أَو أَكثرَ.

وَله إِن كَانَت كَنِصْفِ مَا قَالَ أَو أَقلَّ.

نكل.. لزمه ما تدعيه المرأة على أنه مسمّى؛ لإقراره أو بذله بالنكول.

والحاصل: أن مهر المثل يحكّم بينهما، ثم يحلفان، فمن شهد له مهر المثل.. فالقول له مع يمينه.

وإن لم يشهد له مهر المثل لواحد منهما.. فإليه أشار بقوله: (**وإن كان**) مهر المثل (**بينهما**) بأن كان أكثر مما ادّعاه الزوج، وأقل مما ادّعته المرأة؛ فإن لم يكن لهما بَيِّنَة (.. **تحالفا ولزم مهر المثل**) إن حلفا، فقدر ما أقر به الزوج يجب على أنه مسمّى؛ لاتفاقهما عليه، والزائد بحكم مهر المثل، حتى يخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير، وأيّهما نكل.. لزمه دعوى صاحبه؛ لأنه إقرار أو بذل بالنكول، كذا في «الزيلعي».

وقال في «النهاية»: إن نكلت المرأة.. وجب لها ما يدعيه الزوج، وإن نكل الزوج.. يقضى بما بينهما من مهر المثل، لا بما تدعيه المرأة؛ مثلاً: لو ادعت المرأة ألفين والزوج ألفاً، ومهر المثل ألف وخمسمائة؛ فإن نكل الزوج يقضى.. بألف وخمسمائة؛ كما لو أقرّ بذلك صريحاً، وقال بعض المتأخرين؛ وهذا غلط ترجيحاً لما في «الزيلعي».

(**وفي الطلاق**) [٣٧١/أ] أي: إن اختلفا في قدر المهر بعد الطّلاق (**قبل الدّخول: القول لها**) مع يمينها (**إن كانت متعة المثل كنصف ما قالت أو أكثر، وله**)؛ أي: للزوج مع يمينه (**إن كانت كنصف ما قال أو أقل**) يعني تحكّم متعة مثلها بينهما؛ فإن وافقت نصف ما قالت أو أكثر.. فالقول لها، وإن وافقت نصف ما قال أو أقلّ.. فالقول له.

وَإِن كَانَت بَينهمَا.. تحَالفا ولَزِمتِ الْمُتْعَةُ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: القَوْلُ لَهُ قبلَ الدُّخُولِ وَبعدَهُ، إِلَّا أَن يُذكرَ مَا لَا يُتَعَارَفُ مهْراً لَهَا.

(وإن كانت) متعة المثل **(بينهما.. تحالفا ولزمت المتعة)** إن حلفا، وإلا؛ فأيّهما نكل.. لزمه دعوى صاحبه.

واعلم: أن جعل المتعة ههنا حكماً هو وضع «الجامع الكبير»، وذكر في «الجامع الصغير» والمبسوط: أن القول قول الزوج في نصف المهر، ووفق المشايخ بينهما: أنه وضع المسألة في الألف والألفين، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة، فلا يفيد بحكمها ووضعها في «الجامع الكبير» في العشرة والمائة، ومتعة المثل عشرون فيفيد التحكيم، والمذكور في «الجامع الصغير» ساكت عن ذكر المقدار، فيحمل على ما هو المذكور في «المبسوط».

ثم هذا - أي: أنه يجعل مهر المثل حكماً، ثم يتحالفان، وكذا في متعة مثلها - تخريج الرازي.

وقال الكرخي: يتحالفان أولاً في الفصول الثلاثة، أعني كون مهر مثلها شاهداً له، أو لها، أو ما بينهما، وكذا في المتعة، ثم يحكم مهر المثل، واختاره في «المبسوط»؛ لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية، وذلك بعد التحالف؛ فإن ما يدّعيه كل واحد منهما من المسمّى ينتفي بيمين صاحبه، فيبقى العقد بلا تسمية، فيصار إلى مهر المثل لخلوّ العقد عن التسمية، وقبل ذلك لم يوجد ما ينفي التسمية، فلا يعتبر مهر المثل.

ووجه تخريج الرازي: أنه إنما يصار إلى التحالف إذا لم يكن ترجيح قول أحدهما بشهادة الظاهر؛ فإذا أمكن بشهادة مهر المثل.. فلا يصار إلى التحالف واختاره «قاضي خان» وشراح «الجامع الصغير»، وهذا كله قول الإمامين.

(وعند أبي يوسف)، وقال «قاضي خان» وهو الأصح -: **(القول له)** مع يمينه، ولم يجعل مهر المثل حكماً **(قبل الدخول وبعده، إلا أن يذكر ما لا يتعارف مهراً لها)**، وهذا

وَأَيُّهمَا بَرهَنَ.. قُبِلَ.

وَإِن برهنا.. فبيِّنَتُهُ أَولى حَيْثُ يَكُونَ القَوْلُ لَهَا، وبيِّنَتُها أولى حَيْثُ يكونُ القَوْلُ لَهُ.

لأن المرأة تدعي الزيادة عليه، وهو ينكرها، والقول للمنكر مع يمينه، ولأن الأصل: براءة الذمة، إلا أن يكذبه الظاهر بأن يذكر ما لا يتعارف مهراً لها، أو يذكر أقلّ من عشرة دراهم، ولأن تقوم منافع البضع ضروري، فمتى أمكن إيجاب شيء.. لا يصار إلى مهر المثل.

ولهما: أن القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر، والظاهر يشهد لمن شهد له مهر المثل؛ إذ هو الموجب الأصلي في باب النكاح؛ فصار كالصّباغ مع صاحب الثوب، إذا اختلفا في مقدار الأجر.. يحكم بقيمة الصبغ.

وكما لو زوج رجل ابنته وجهزها فماتت، فقال الأب: إن ما دفعت إليها من الجهاز أمانة أو عارية عندها، وقال الزوج: إنما دفعتها بطريق التمليك.. فالقول قول الزوج؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن في الظاهر أن الأب إنما جهز ابنته عند التزويج بطريق التمليك، إلا أن يقيم الأب البينة على ما ادعاه، فيحكم له.

وفي «قاضي خان»: ينبغي أن يكون [٣٧١/ب] الجواب في مسألة الجهاز على التفصيل: **إن كان الأب من الكرام والأشراف..** لا يقبل قول الأب؛ لأن مثله يأنف عن الإعارة والأمانة في تجهيز ابنته.

وإن كان من أوساط النّاس.. يكون القول قول الأب؛ لأنه هو الدافع، وليس بمكذب فيما قال من حيث الظّاهر.

(وأيّهما) - أي: من الزوج والزوجة - **(برهن)** على مدّعاه من الحط والزيادة **(.. قبل)** برهانه؛ لأنه نوّر دعواه بالبرهان في الوجوه كلّها، أي: فيما شهد مهر المثل له أو لهما.

(وإن برهنا.. فبيّنته أولى حيث يكون القول لها)؛ أي: للمرأة، **(وبينتها أولى حيث يكون القول له)**؛ أي: للزوج، والأصل ههنا: أن البيّنات شرعت لإثبات ما ليس

وَإِنِ اخْتلفَا فِي أَصلِهِ.. وَجبَ مهرُ الْمثلِ.

بثابت، ومن شهد له الظاهر.. كانت بينته مثبتة لما ثبت بحكم الأصل، وهذا خلاف وضع البينات، هذا فيما إذا شهد مهر المثل لأحدهما.

وأما إذا كان بينهما فأقاما البيّنة.. فالصحيح: أنّهما تهاترتا؛ لاستوائهما في الدعوى والإثبات؛ لأن الظاهر لم يشهد لواحد منهما حتى تكون بينة خلافه أولى، فيجب مهر المثل كلّه، فيخير الزوج بين دفع الدّراهم والدنانير؛ لأن بيّنة كلّ منهما بينة صاحبه، فخلا العقد عن التسمية، فيجب مهر المثل.

بخلاف التحالف على ما مر، حيث وجب فيه قدر ما يقر الزوج بحكم الاتفاق على التسمية، فلا خيار فيه، والزائد بحكم مهر المثل، فيثبت فيه الخيار، كذا في «الزيلعي».

وقيل: يجب قدر ما اتفقا عليه في صورة إقامة البيّنتين على أنه مسمّى، فلا خيار، والزائد على أنه مهر المثل فيخير فيه الزوج كما في صورة التحالف.

(**وإن اختلفا في أصله**)؛ أي: أصل المسمّى، بأن ادّعاه أحدهما وأنكره الآخر؛ فإن أقام المدّعي البيّنة.. قبلت، وإلّا.. يستحلف المنكر اتّفاقاً؛ فإن نكل.. ثبتت دعوى التسمية، وإن حلف (.. **وجب مهر المثل**) بالاتفاق.

أما عندهما؛ فلأنّ أحدهما ادعى التسمية والآخر ينكره، فالقول للمنكر فيما حلف، وكذا عند أبي يوسف لتعذر النقصان بالمسمّى.

بخلاف ما تقدّم؛ لأنه أمكن القضاء بالمتفق عليه وهو الأقل ما لم يكن مستنكراً عرفاً أو شرعاً.

قال في «صدر الشريعة»: إن اختلفا فقال أحدهما: لم يُسمَّ مهر، وقال الآخر: قد سُمّي؛ فإن أقام البيّنة.. لا شك في قبولها، وإن لم تقم البيّنة.. فعندهما: يحلف؛ فإن نكل تثبت دعوى التسمية، وإن حلف.. يجب مهر المثل.

وأما عند أبي حنيفة: ينبغي أن لا يحلف؛ لأنه لا يحلف عنده في النكاح، فيجب مهر المثل. انتهى.

وَمَوْتُ أَحدِهِمَا: كحياتِهما.

وَفِي مَوْتِهمَا إِنِ اخْتلفَ الْوَرَثَةُ فِي قَدرِهِ.. فَالْقَوْلُ لوَرَثَةِ الزَّوْجِ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَلَا يُسْتَثْنَى الْقَلِيلُ.

واعترض عليه بأن الكلام في المهر دون النكاح، ويجري الحلف في المال اتفاقاً.

(**وموت أحدهما كحياتهما**)؛ أي: فالجواب فيما كان الاختلاف بعد موت أحدهما بين الحي وورثة الميّت.. كالجواب في حياتهما في الأصل والمقدار:

في الأصل: يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله حال قيام النكاح، بأن تزوجها ودخل بها ومات أحدهما بعد الدخول، أو تزوّجها ومات أحدهما قبل الدخول والطلاق، ثم اختلف الحي وورثة الميّت [٣٧٢/أ] في أصل المسمّى.. يجب مهر المثل لتأكّد النكاح بالدخول في الأوّل، وبالموت في الثاني.

وتجب المتعة قبل الدخول؛ كما لو تزوّجها وطلّقها قبل الدخول، ثم مات أحدهما، ثم اختلف الحي وورثة الميّت في أصل المسمى.. فإنه تجب المتعة كما لو طلّقها قبل الدخول، ثم اختلفا حال حياتهما في أصل المسمّى؛ فإن القول في الصورتين للمنكر، فكأنها لم يسمّ لها مهر، فتجب المتعة على ما في «البحر».

وفي المقدار: عندهما: يحكم مهر المثل؛ لأن مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما.

وعنده: يعتبر قول الزوج أو ورثته لما تقدم.

(**وفي موتها**) أي لو مات الزوجان قبل الدخول أو بعده.. لتأكد العقد بالموت كتأكده بالدخول.

ثم (**إن اختلف الورثة في قدره.. فالقول لورثة الزوج عند الإمام**) بناء على أنه لا يحكم لمهر المثل بعد موتها عنده، (**ولا يستثنى القليل**) المستنكر عرفاً أو شرعاً، بل يصدق ورثة الزوج عنده إذا ادّعوا شيئاً قليلاً.

خلافا لأبي يوسف، وَعند مُحَمَّدٍ: كالحياةِ.

وَإِنِ اخْتلفُوا فِي أَصلِهِ.. يجبُ مهرُ الْمثلِ عِنْدَهمَا، وَبِه يُفْتى، وَعند الإِمَامِ: القَوْلُ لمُنكرِ التَّسْمِيَةِ، وَلَا يجبُ شَيْءٌ.

(خلافا لأبي يوسف)؛ فإن القول لورثة الزوج ههنا عنده أيضاً، إلا أنه يستثنى القليل على ما تقدّم.

(وعند محمد: كالحياة)؛ أي: بحكم مهر المثل بناء على أن مهر المثل له حكم بعد موتهما عنده.

(وإن اختلفوا)؛ أي: الورثة (في أصله)؛ أي: أصل المسمّى، بأن ادّعى ورثتها المسمّى، وأنكره ورثته (.. يجب مهر المثل عندهما، وبه يفتى)، كذا في «قاضي خان».

وقال بعض مشايخنا: هذا كلّه إذا لم تسلم المرأة نفسها، فإن سلّمت، ثم وقع الاختلاف في الحياة وبعدها.. فإنه لا يحكم مهر المثل، بل يقال لها: إما أن تقري بما أخذت، وإلا.. حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل، ثم يعمل في الباقي على ما ذكر؛ لأنها لا تسلم نفسها إلّا بعد قبض شيء من المهر عادة، كذا في «الزيلعي».

(وعند الإمام: القول لمنكر التسمية)؛ أي: ورثة الزوج، (ولا يجب) على ورثة الزوج لورثة الزوجة (شيء) عنده، إلا أن تقوم بينة على مهر مسمّى.

والأصل ههنا: أن مهر المثل ليس له حكم بعد موتها عنده؛ لأن موتها يدلّ على انقراض أقرانها، فلم يبق من يقدر القاضي بمهرها مهر مثلها، ففي المقدار المسمّى.. يحكم بما أقرّ به ورثة الزوج بلا استثناء القليل، وفي أصله: لا يحكم بشيء على ورثة الزوج.

وقال محمّد: لمهر المثل حكم بعد موتها في المقدار والأصل؛ لأن مهر المثل هو الأصل في الباب، فصار ديناً في ذمة الزوج كالمسمّى، فلا يسقط بالموت؛ كما إذا مات أحدهما.

وَإِن بعثَ إِلَيْهَا شَيْئاً فَقَالَت هُوَ هَدِيَّةٌ. وَقَالَ: مهرٌ.. فَالْقَوْلُ لَهُ فِي غيرِ مَا هو للْأَكْلِ.

وأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار إلا أنه استثنى القليل، ومع محمد في الأصل.

(وإن بعث)؛ أي: الزوج (إليها شيئاً فقالت: هو هدية وقال)؛ أي: الزوج (مهر.. فالقول له) مع يمينه (في غير ما هو للأكل)؛ لأنه المملك، فكان أعرف بجهة التمليك؛ كما إذا قال: أودعتك هذا الشيء، فقالت: بل وهبته لي، ولأن الظاهر يشهد له؛ لأنه يسعى في إسقاط ما في ذمته، إلا في الطعام المهيأ للأكل؛ كالشوي، واللحم المطبوخ، والفواكه التي لا تبقى.. فإن القول قولها استحساناً؛ لجريان العادة بإهدائها، فكان الظاهر [٣٧٢/ب] شاهداً لها.

بخلاف ما إذا لم يكن متهيأ للأكل؛ كالعسل، والسمن، والجوز، واللّوز.

وقيل: ما يجب عليه من الخمار والدرع ونحو ذلك.. ليس له أن يحسبه من المهر؛ لأن الظاهر يكذبه.

بخلاف ما لا يجب عليه كالخف والملاءة؛ لأنه لا يجب عليه أن يمكنها من الخروج، بل له أن يمنعها، وهذا هو المنقول عن أبي القاسم الصّفار.

وقال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

ثم إذا كان القول قول الزوج، هل تردّ المرأة عليه المتاع؟

فقال في «الخلاصة»: رجل بعث إلى امرأته متاعاً وهدايا، والمرأة عوضته كذلك عوضاً وزفّت إليه، ثم وقعت الفرقة، فادعى الزوج أنها عارية، وأراد أن يستردها، وأرادت المرأة أن تسترد ما دفعت إليه، .. يسترد كل واحد منهما ما أعطى.

ولو لم تبعث المرأة إليه، لكن بعث إليه أبوها متاعاً بعدما بعث الزوج، ثم قال الزوج: الذي بعثته من المهر.. القول قوله مع يمينه؛ فإن حلف والمتاع قائم.. فالمرأة ترد المتاع وترجع بما بقي من المهر.

وفي «الخلاصة»: امرأة ماتت، فاتخذت والدتها مأتما، فبعث زوج الميتة بقرة لذبحها في المأتم، فذبحت، ثم طلب الزوج حق البقرة، وقالت والدة المرأة: كانت هدية؛ إن ذكر الزوج القيمة وأمرهم أن يذبحوا ويطعموا.. له أن يرجع بالقيمة، وإن لم يذكر.. لا يرجع، وإن اختلفا.. لا يرجع أيضاً.

رجل أنفق على معتدة الغير [٣٧٣/أ]، على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدتها، فلما انقضت عدتها.. أبت أن تتزوج؛ إن شرط في الإنفاق التزوج.. يرجع عليها بما أنفق، زوجت نفسها أو لا، ذكره صدر الشهيد.

والصحيح: أن لا يرجع لو زوجت نفسها.

وإن لم يشترط، لكن أنفق على هذا الطمع.. اختلف المشايخ فيه، والأصح: أنه لا يرجع، كذا قال الصدر الشهيد.

وقال الأستاذ: الأصح أنه يرجع عليها، زوجت نفسها منه أو لم تتزوج؛ لأنه رشوة، وهكذا اختاره في «المحيط».

وهذا إذا دفع إليها الدراهم لتنفق على نفسها؛ أما إذا أكلت معه.. لا يرجع عليها بشيء. انتهى.

بقي الكلام فيما بعث الزوج إلى أب الزوجة، وأمها، وأخيها، وبعض أقربائها شيئاً قبل الزواج، هل له أن يأخذه منهم بعد التزوج؟

ففيه تفصيل: إن بعثه بطلبهم بأن قالوا: لم نرض النكاح حتى بعث إلينا كذا وكذا.. فله أخذه إن شاء؛ لأنه رشوة.

وإن بعثه بلا طلب منهم:

فإن كان بطريق الرشوة، وذلك بأن يعلم بأنه لو لم يبعث لتعطل أمره أو تأخر.. فله أخذه أيضاً.

وإن بعثه بطريق الهدية.. فليس له ذلك؛ لأنه تبرّع.

وإن كان هالكاً:

فإن كان شيئاً مثلياً.. ردتّ على الزوج مثل ذلك الهالك.

وإن كان قيمياً.. لا ترجع على الزوج لجميع ما بقي من المهر؛ لأنها صارت مستوفية بقدر الهالك وترجع بما بقي.

وأما الذي بعث أبو المرأة: إن كان هالكاً.. لم يرجع على الزوج بشيء، وإن كان قائماً بُعث من مال نفسه.. يرجع؛ لأنه هبة لغير ذي الرحم المحرم، وإن بُعِثَ من مال البنت البالغة برضاها.. لا يرجع؛ لأنه هبة أحد الزوجين للآخر، ولا رجوع فيها، كذا في «قاضي خان».

ثم قال: رجل تزوج امرأة وبعث إليها هدايا، وعوضت المرأة لذلك عوضاً وزفت إليه، ثم فارقها، فقال الزوج: كنت بعثت ذلك عارية، وأراد أن يسترد وأردات المرأة استرداد العوض أيضاً.

قالوا: القول للزوج في متاعه؛ لأنه منكر للتمليك، وللمرأة أن تسترد ما بعثت؛ لأنها تزعم أنها بعثت عوضاً للهبة؛ فإذا لم يكن ذلك هبة.. لم يكن ذلك عوضاً، وكان لكل واحد منهما أن يسترد متاعه.

وقال أبو بكر الإسكاف: إن صرحت حين بعث أنها عوض.. فكذلك إن لم يصرح بذلك، ولكنها قالت: حسبت ونويت أن يكون عوضاً.. كان ذلك هبة منها، وبطلت نيتها.

رجل خطب بنت رجل، فقال أبو البنت: بلى إن كنت تنقد المهر إلى ستة أشهر أو إلى سنة أزوجها منك، ثم الرجل بعد ذلك بعث هدايا إلى بيت الأب و لم يقدر على أن ينقد المهر منه، فلم يتزوج منه، هل له أن يسترد ما بعث؟

قالوا: ما بُعثَ للمهر وهو قائم أو هالك.. يسترد، وكذا كل ما بُعِثَ هدية وهو قائم، فأما الهالك والمستهلك.. فلا شيء له من ذلك. انتهى.

وَإن نكحَ ذمِّيٌّ ذِمِّيَّةً، أَو حَرْبِيٌّ حربيَّةً ثَمَّةَ على ميتَةٍ أَو بِلَا مهرٍ وَذَلِكَ جَائِزٌ فِي دِينِهم.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْه.

خلافاً لَهما.

(**وإن نكح ذمّي ذمية أو حربي حربية ثمة**)؛ أي: في دار الحرب (**على ميتة أو بلا مهر**)؛ يحتمل: نفي المهر والسكوت عنه، وقيل: في الميتة والسكوت روايتان عن أبي حنيفة؛ في رواية: يجب مهر المثل كما قالا؛ لأنها لم ترض بلا بدل.

وفي رواية: لا شيء عليه على ما صرّح في الكتاب، وعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى بيان الفرق، وأما على الرواية الأخرى وهي رواية «الأصل».. فيحتاج إلى الفرق بين النفي والسّكوت، وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال، فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين، فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض.. يكون العوض مستحقاً لها.

وأما الميتة: فإنها ليست بمتقومة عند أحد، فكان التزوج عليها كالنفي، وهو مختار فخر الإسلام من الروايتين.

ووجه الرواية الأخرى: أن أحداً لما لم يدع تقومها.. لم يدخل تحت قوله ﷺ: «اتركوهم وما يدينون» فيجب حكم الشرع.

والأصح: أن الكل على الخلاف، عنده: لا يجب شيء، وعندهما: يجب مهر المثل، كذا في «العناية».

(**وذلك**)؛ أي: النكاح على ميتة أو بلا مهر (**جائز في دينهم.. فلا شيء عليه**) عند أبي حنيفة، أي: لا مهر عليه من أحكام النكاح، لا مطلق أحكامه؛ فإن من أحكامه ما يلزمه بالاتفاق.

(**خلافاً لهما**)؛ أي: في الذمية، قالا: إن للذمية مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها، والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها، وهو قول الشافعي.

وقال زفر: لها مهر المثل في الحربيين أيضاً؛ لعموم قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾.

سَوَاءٌ وُطِئَت أَو طُلِّقَتْ قبلَهُ، أَو مَاتَ أَحَدُهمَا.

وَإِن نَكَحَهَا بخمرٍ أَو خنزيرٍ معيَّنٍ ثمَّ أَسلما أَو أَسلم أحدهما قبلَ القبضِ.. فلها ذلك.

وَإِن كَانَ غيرَ مُعَيَّنٍ.. فقيمةُ الْخمرِ وَمهرُ الْمثلِ فِي الْخِنْزِيرِ.

ولهما: أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام، وولاية الإلزام منقطعة عنهم؛ لتباين الدارين.

بخلاف أهل الذمة؛ فإن أحكام الإسلام جارية عليهم من استحقاق النفقة في النكاح، والعدة، والتوارث بالنسب، وبالنكاح الصحيح، وثبوت خيار البلوغ، وحرمة نكاح المحارم [٣٧٣/ب]، والمطلقة ثلاثاً، والزنا، والربا، وغيرها من الأحكام، وقد تحقق ولاية الإلزام مع تحقق الالتزام؛ لاتحاد الدار.

ولأبي حنيفة: أنّ أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الدّيانات كالصوم والصّلاة، وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات؛ كبيع الخمر والخنزير، وولاية الإلزام إنما تكون بالسيف والمحاجة، وليست بموجودة في حقّهم لانقطاعها عنهم بعقد الذمة، فإنّا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، فصاروا كأهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع ولاية الإلزام، بخلاف الأحكام المذكورة، فإنها جارية عليهم بالاتفاق، وليس من حيث إنها من أحكام الإسلام، بل هي ثابتة في دينهم أيضاً؛ فإن الزّنا حرام في جميع الأديان، وكذا الرّبا، ولذا استثنى ﷺ في قوله: «إلا من أربى، فليس بيننا وبينه عهد»، وكذا استحقاق النفقة والعدة بالنكاح ثابت في دينهم.

(**سواء وطئت أو طلقت قبله**) أي قبل الدخول بها، (**أو مات أحدهما**) هذا التعميم راجع إلى كل من قوله: «فلا شيء عليه»، ومن قوله: «خلافاً لهما».

(**وإن نكحها بخمر أو خنزير معين، ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض.. فلها ذلك**) المعين، (**وإن كان غير معين.. فقيمة الخمر، ومهر المثل في الخنزير**) هذا كله عند أبي حنيفة.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: مهرُ الْمثلِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: الْقيمَةُ فيهمَا.

(**وعند أبي يوسف: مهر المثل في الوجهين**) أي في المعين وغير المعين.

(**وعند محمّد**) وهو قول أبي يوسف أولاً: (**القيمة فيهما**).

وجه قولهما: أن القبض مؤكد للملك في المعين، حتى لو طلّقها **قبل الدخول بها بعد القبض**.. لا يثبت ملك الزوج في النصف إلا بالقضاء أو بالتراضي على الاسترداد، **وقبل القبض**.. يثبت له بنفس الطلاق، ولهذا لو هلك قبل القبض.. كان الهلاك على الزوج، وبعده.. على الزوجة، [فكان] للقبض شبهة بالعقد، فيمتنع القبض بالإسلام إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط، فصار كالبيع.

وفي غير المعين: يوجب الملك؛ إذ لا يملك قبله، فكان القبض ابتداء تملك العين، فيمتنع بالإسلام كالعقد؛ فإذا امتنع تسليم المعين.. فأبو يوسف يقول: يجب مهر المثل؛ كما لو أنشأ العقد بعد الإسلام.

ومحمد يقول: صحت التسمية؛ لكون المسمّى مالاً عنده، إلا أنه امتنع التسليم بالإسلام، فيجب قيمته؛ كما إذا هلك المسمى قبل القبض.

ولأبي حنيفة: أن الملك في الصداق المعين، ثم بنفس العقد، ولهذا يملك التصرف فيه من البيع والهبة، وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمان الزوجة، وذلك لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوب؛ بخلاف المشتري؛ لأن ملك التصرف فيه قد ثبت بالقبض، فصار كالعقد.

وفي غير المعين: القبض يوجب ملك العين، فيمتنع بالإسلام، فيتعذر قبضه؛ فإذا تعذر القبض.. لا تجب القيمة في الخنزير؛ لأنه من ذوات القيم، فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه، لكونه بدلاً عن عينه، بخلاف الخمر؛ لأنه من ذوات الأمثال، فلا يكون أخذ قيمته كأخذ عينه، وبخلاف ما لو اشترى ذمي داراً من ذمي بخمر أو

وَفِي الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ تجبُ الْمُتْعَةُ عِنْدَ مَن أَوجبَ مهرَ الْمثلِ، وَنصفُ الْقيمَةِ عِنْدَ مَن أَوجبهَا.

خنزير، وشفيعها المسلم يأخذها بقيمة الخمر والخنزير؛ لأن قيمة [٣٧٤/أ] الخمر والخنزير هنا بدل عن الدار المشفوعة لا عن عين الخنزير.

(**وفي الطلاق قبل الدخول: تجب المتعة عند من أوجب مهر المثل**)؛ لأن المتعة حكم مهر المثل.

(**ونصف القيمة: عند من أوجبها**)؛ أي: القيمة يعني: على قول أبي حنيفة في المعين: لها نصف المعين، وفي غير المعين في الخمر: لها نصف القيمة، وفي الخنزير: لها المتعة؛ لأن مهر المثل لا يتنصف بالطّلاق قبل الدّخول، بل في كلّ موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق، فالواجب المتعة بعد الطلاق.

وعند أبي يوسف: لها المتعة على كلّ حال.

وعند محمد: لها بعد الطلاق نصف القيمة على كلّ حال على ما في «العناية».

* * *

(بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ)

نِكَاحُ العَبْدِ وَالْأَمَةِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمكَاتَبِ وَأُمِّ الْوَلَدِ بِلَا إِذنِ السَّيِّدِ.. مَوْقُوفٌ. فَإِن أجازَ.. نفذَ، وَإِن ردَّ.. بَطل.

بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيق

هو اسم المملوك، يطلق على الذكر والأنثى، وجمعه أرقاف، وقد يطلق على الجمع أيضاً، فيقال: عبد رقيق، ثم **الرِّقُّ في اللّغة:** الضعف، **وفي الشرع:** عجز حكمي يمنع عن أهلّية بعض ما يملكه الحرّ؛ مثل: الشهادة والقضاء والولاية ونحو ذلك.

وهو حق الله تعالى ابتداء، بمعنى: أنه ثبت جزاء عن الكفر؛ فإن الكفّار لما استنكفوا عن عبادة الله، وألحقوا أنفسهم بالبهائم في عدم النظر والتأمل في آيات التوحيد.. جازاهم الله تعالى بجعلهم عبيد عبيده، ولهذا لا يثبت الرق على المسلم ابتداء، ثم صار حقاً للعبد بقاء، بمعنى: أن الشارع جعل الرقيق ملكاً من غير نظر إلى معنى الجزاء وجهة العقوبة، حتى أنه يبقى رقيقاً، وإن أسلم واتقى.

(نكاح العبد والأمة والمدبر والمكاتب وأمّ الولد بلا إذن السيد موقوف) على إذن السيد كعقد الفضولي، **(فإن أجاز)** السيد **(.. نفذ، وإن ردّ.. بطل)**.

وكذا لو أذنهم السيد بالنكاح وتزوج واحد منهم امرأة بعد إذن المولى.. لا ينفذ نكاحه ما لم يجز السيد بذلك العقد؛ فإن أجاز.. نفذ، وإلا.. فلا؛ لأن الإذن المتقدم ليس بإجازة لذلك العقد كما صرّح به في «الزيلعي»؛ حيث قال: والإذن في النكاح لا يكون إجازة؛ فإن أجاز.. جاز استحساناً. انتهى.

هذا، وخالفنا مالك في العبد، وقال: يصح نكاحه بدون إذن سيّده؛ لأنه يملك الطّلاق فيملك النكاح أيضاً.

ولنا: قوله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه.. فهو عاهر» أخرجه الترمذي، ولأن في تنفيذ نكاحه تعييباً؛ إذ النكاح عيب فيه، فلا يمكله بدون إذن مولاه.

وقوله: طَلِّقهَا رَجْعِيَّةً.. إجازةٌ، ....

وكذا الأمة، بل أظهر؛ لأن منافع بضعها ملك المولى، فلا يصح العقد عليها.

وأما الكتابة.. فإنما أوجبت فك الحجر في حق الكسب فقط، حتى يملك المكاتب أكسابه، لا في حق النكاح فبقي في حق النكاح على حكم الرق، ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده، ويملك تزويج أمته؛ لأنه من باب الاكتساب في حق المهر، والنفقة على الزوج، وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون الإذن، وتملك تزويج أمتها لما ذكرنا.

وكذا المدبر وأم الولدلان الملك قائم فيها.

قال في «الخلاصة»: أما المكاتب والمكاتبة.. فلا يجوز للمولى تزويجهما من غير رضائهما، وكذا لو كانت المكاتبة صغيرة.. لا يزوجها المولى [٣٧٤/ب]، فلو زوّجها مع ذلك.. توقف على إجازتها؛ لأنها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة؛ فإن لم ترد حتّى أدّت فعتقت.. بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها؛ لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة، بل هي صغيرة، والصغيرة ليست من أهل الإجازة.

هذا من ألطف المسائل وأعجبها حيث اعتبرت إجازة المكاتبة في حالة الكتابة، ولم تعتبر في حالة العتق لما ذكرناه من الفرق، فلو أن العبد، والمكاتب، وابن أم الولد تزوّجوا بغير إذن المولى، ثم طلّقوها ثلاثاً قبل إجازة المولى.. فهذه متاركة لا طلاق، فلا تنقص من عدد الطلاق، ولو وطئها بعد الطّلاق.. يلزمه الحدّ؛ فإن أذن المولى بعد ذلك.. لا يجوز، وإن أذن له أن يتزوجها بعد هذا الطلاق.. كرهت له أن يتزوجها، ولم يفرق بينهما إن فعل ذلك.

وقال أبو يوسف: لا كراهة، وكذا الأمة.

(وقوله) أي: قول السيد **(طلّقها رجعيّة.. إجازة)**؛ لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلّا في نكاح صحيح، فتعين الإجازة بالنكاح؛ فإن النكاح ليس بأصل في إثبات الأهلية له، فيجوز ثبوته بطريق الاقتضاء.

لَا طَلَّقهَا أَو فَارقهَا.

فَإِن نكحوا بِإِذْنِهِ.. فالمهرُ عَلَيْهِم،..

بخلاف ما لو قال لعبده: كفر عن يمينك بمال، أو تزوج أربعاً من النّساء.. فإنه لا يثبت العتق، مع أن التكفير بالمال وتزوج الأربع لا يكون إلا في الحرّ؛ لأن الإعتاق أصل في إثبات الأهلية له، فلا يجوز ثبوته اقتضاء.

(**لا: طلقها، أو فارقها**)؛ لأنه يحتمل الرد، ولأن ردّ هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقاً ومفارقة، فحملنا عليه؛ لأنه أليق بحال العبد المتمرّد، أو لأنه أدنى من الطلاق؛ لأنه دفع، والطلاق رفع، والدفع أسهل وأدنى من الرفع، فكان الحمل عليه أولى؛ لأنه لو كان إجازة.. لكان ثبوت الإجازة اقتضاء، فيلزم أن يكون هذا القول من المولى لغواً؛ لأنه حينئذ يكون هذا القول منه توكيلاً بالطلاق، وليس ذلك في وسع المولى، فيلغو بالضرورة، ومن شرط الاقتضاء: أن لا يكون المقتضي لغواً عند تقرير المقتضى، فيكون رد الإجازة.

بخلاف ما لو قال: طلِّقها تطليقة تقع عليها.. يكون إجازة؛ لأن وقوع الطلاق عليها مختص بالنكاح النافذ، فيحمل عليه؛ لعدم احتماله الرد.

وبخلاف ما لو زوج فضولي رجلاً امرأة، فقال له الرجل: طلقها، حيث يكون إجازة؛ لأنه يملك الطلاق بالإجازة، فيملك الأمر به بخلاف السيد، ولأن فعل الفضولي إعانة كالوكيل، فكان حمله على الإجازة أليق، بخلاف فعل المتمرد.

(**وإن نكحوا**) حرة أجنبيّة (**بإذنه**) - أي: بإذن السيد، وإنما قيدنا بالحرة الأجنبية؛ لأنه لو زوجه السيد أمته فاختلفوا فيه: فقال بعضهم: يجب المهر عليه ثم يسقط؛ لأن وجوبه حق الشرع. وقال بعضهم: لا يجب؛ إذ الوجوب عليه فرع إيجاب المولى عليه، ولا إيجاب منه، فلا وجوب عليه؛ لأنهما فرعان للمال، ولا مال له - (**فالمهر**) وكذا النفقة (**عليهم**) أي: لا على المولى؛ لأن الغرم بالغنم ويسقطان بموتهم؛ لفوات محل الاستيفاء، كذا في «فتح القدير» نقلاً عن «التمرتاشي».

يُبَاعُ العَبْدُ فِيهِ.

وهل يضمن المولى المهر بعد إعتاقه [٣٧٥/أ] أو لا يضمن؟

ففي «القنية» بعلامة عمر التّرجماني: زوّج عبده حرّة، ثم أعتقه.. تخيّر المرأة في تضمين المولى أو العبد.

ثم قال بعلامة شرف الدين المكي: يضمن المولى الأقل من قيمته ومن مهرها.

وأما لو باعه: ففي «القنية» أيضاً بعلامة التّرجماني: باع عبده بعدما زوجه امرأة، فالمهر في رقبة الغلام يدور معه أينما دار، هو الصّحيح؛ كدين الاستهلاك.

ثم قال بعلامة «جمع العلوم» والوبري: المهر في الثمن، كذا في «المنية» هكذا نقله في «البحر».

ثم استشكل وقال: كل من القولين مشكل؛ لأنهم جعلوا المهر كدين التجارة، وقد نقلوا في باب المأذون: السيّد إذا باع العبد المديون بغير [رضا] صاحب الدّيون.. ردّوا البيع وأخذوه، وإن كان المشتري غيّب العبد.. فهم بالخيار؛ إن شاؤوا.. ضمّنوا السيّد قيمته، أو ضمّنوا المشتري قيمته، أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن.. فكذلك هنا. انتهى.

(**يباع العبد فيه**) أي: مرة؛ فإن وفى.. فبها، وإلا.. لا يباع ثانياً، بل طولب بباقيه بعد العتق، كما لو تزوج بغير إذن سيّده فدخل بها، ثم فرق بينهما؛ فإنه لا مهر عليه حتى يعتق؛ لأنه لم يظهر في حق المولى؛ لعدم الإذن فيه.

بخلاف دين النفقة؛ فإنه يباع فيها مراراً حتى يستوفي؛ لأنها تجب ساعة فساعة، فالبيع مرّة لم يقع في مقابلة الجميع.

بخلاف دين المهر؛ فإنه وجب جملة في رقبته، وكلّ دين وجب كذلك.. تباع الرقبة فيه.

وأما وجوبه: فلأن المقتضي وهو العقد قد تحقق من جانبه وانتفى المانع، وهو حقّ المولى للإذن فيه.

وَيَسْعَى الْمُدبَّرُ وَالْمكَاتَبُ وَلَا يُباعانِ.

وإذْنُهُ لعَبْدِهِ بِالنِّكَاحِ يَشْمَلُ جائزَهُ وفاسدَهُ،

وأما كونه في رقبته: فلإذن السيد، ولدفع المضّرة عن المرأة.

وأما الكبرى: فلأن ذمته قد ضعفت بالرق عن احتمال الدين حتى لا يطالب به، إلا إذا انضم إلى الذمة مالية الرقبة والكسب جميعاً، فيستوفى من الرقبة والكسب بأن ينصرف أولاً إلى الدين الكسب إن وجد الكسب، وإلا.. يصرف إليه مالية الرقبة بأن يباع إن أمكن، وإلا.. فيستسعى كالمدبر والمكاتب.

وإليه أشار بقوله: (**ويسعى المدبر والمكاتب، ولا يباعان**)؛ لعدم إمكان بيعهما؛ لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك آخر مع بقاء الكتابة والتدبير، فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما.

وكذا إن أم الولد ومعتق البعض لا يقبل النقل، فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما، ولو عجز المكاتب وردّ إلى الرق.. فحينئذٍ يباع في المهر.

(**وإذنه**) أي السيد (**لعبده بالنكاح يشمل جائزه وفاسده**) عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يتناول إلّا الجائز؛ لأن المقصود من النكاح الإعفاف في المستقبل والتحصين عن السّفاح، وذلك بالجائز لا بالفاسد؛ لأنه لا يفيد الحل، فصار كالتوكيل بالنكاح؛ فإنه لا يتناول الفاسد بالاتفاق، بل يخص الصحيح.

ولهذا لو حلف لا يتزوج.. ينصرف إلى الجائز.

بخلاف الإجازة بالبيع؛ حيث يتناول الجائز والفاسد؛ لأن الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض.

ولأبي حنيفة: إن اللفظ مطلق، فيتناول العقد غير مقيد بالصحة أو الفساد كما في البيع، وبعض المقاصد [٣٧٥/ب] حاصلة بالنكاح الفاسد؛ كثبوت النسب بالوطء، وسقوط الحد، ووجوب المهر، والعدة، ومسألة الحلف ممنوعة على طريقة إجراء

فَيُبَاعُ فِي الْمَهْرِ لَو نكحَ فَاسِداً فوطِيءَ، وَيتمُّ الْإذنُ بِهِ، حَتَّى لَو نكحَ بعدَهُ جَائِزاً.. توقَّفَ على الْإِجَازَةِ.

وَإِن زوَّجَ عَبدَهُ الْمَأْذُونَ الْمَدْيُونَ.. صَحَّ.

وَهِي أُسْوَةٌ للْغُرَمَاءِ فِي مهرِ مثلِهَا.

اللفظ على إطلاقه، ولو سلّم.. فالأيمان مبنية على العرف، وهو في الصحيح دون الفاسد.

وثمرة الخلاف تظهر في مسألتين:

أشار إلى أحدهما بقوله: (فيباع في المهر لو نكح فاسداً فوطىء) عنده، وقالا: لا يباع، بل يؤخذ منه بعد عتقه؛ لأن الإذن لما لم يتناول الفاسد عندهما على ما ذكرناه.. فلا يكون الدين ظاهراً في حق المولى؛ لعدم إذنه، فيؤاخذ به بعد العتق.

وله: أنّ الإذن لما تناول الجائز والفاسد عنده.. يكون الدين ظاهراً في حق المولى فيباع.

وإلى الثاني بقوله: (ويتم الإذن به) أي بالنكاح الفاسد، (**حتى لو نكح بعده**) أي بعد النكاح الفاسد (**جائزاً**)؛ سواء كانت تلك المرأة أو غيرها (.. **توقف على الإجازة**) عنده؛ لانتهاء الإذن الأوّل بالعقد الأول.

وقالا: لا يتم الإذن الأول؛ لعدم تناوله الفاسد، فلا يتوقف الثاني على الإجازة.

(**وإن زوج عبده المأذون المديون.. صح**) نكاحه، (**وهي**) أي المرأة (**أسوة للغرماء**) إذا كان النكاح (**في مهر مثلها**) أو أقل على ما في «النهاية».

وأما إذا كان المسمى أكثر من مهر المثل.. فإنها لا تساوي الغرماء، بل يؤخر حقّها إلى استيفاء الغرماء ديونهم؛ كدين الصحة مع دين المرض، كذا في «التاتارخانية».

ثم صحّة هذا النكاح فلتحقق المقتضي - وهو ملك الرقبة - وانتفاء المانع وهو ملاقاة النكاح حقّ الغرماء بالإبطال مقصوداً.

وَمَن زوَّجَ أَمَتَهُ.. لَا يلْزمهُ تبوئتُها.

ويطأُ الزَّوْجُ مَتى ظَفِرَ، وَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ إِلَّا بالتبوئَةِ.

وَهِي: أَن يُخلى بَينهَا وَبَينَ الزَّوْجِ فِي منزلِهِ،

وأما المهر: فلأنه لزمه بسبب لا مرد له، وهو صحة النكاح؛ إذ هو بلا مهر غير مشروع؛ فصار كدين الاستهلاك، فيما إذا استهلك المأذون المديون عين إنسان.. صار صاحب العين أسوة للغرماء؛ وكالمريض المديون إذا تزوج.. فبقدر مهر مثلها أسوة للغرماء، وفي الزائد من مهر المثل لا نساويهم، بل تطالبه به بعد استيفاء الغرماء حقّهم؛ كدين الصحة مع دين المرض.

(ومن زوج أمته.. لا يلزمه تبوئتها، ويطأ الزوج متى ظفر)؛ لأن حق المولى أقوى من حق الزوج؛ لأنه يملك ذاتها ومنافعها سوى البضع، والزوج إنما يملك منافع البضع فقط، ولو وجبت التبوئة.. لبطل حق المولى في الاستخدام.

وعلى تقدير عدم الوجوب.. لا يبطل حق الزوج في الوطء؛ لحصوله أحياناً.

فإن قيل: التبوئة تسليم فيجب عليه.

أجيب: بأن التسليم لا يتوقف على التبوئة، بل يتحقق بأن يقال له: متى ظفرت بها.. وطئتها.

(ولا نفقة عليه) أي الزوج **(إلا بالتبوئة)**؛ لأن النفقة تقابل الاحتباس.

فإن قيل: انتفاء الاحتباس إنما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام، وبمثله لا تسقط النفقة؛ كالحرة إذا حبست نفسها عنه لاستيفاء المهر.. فإنها تستحق النفقة.

قلنا: إن الحرة إذا حبست نفسها لذلك.. فالتفويت من قبل الزوج بامتناع إيفاء ما التزم، وههنا ليس من جهة الزوج، بل من جهة من له الحق وهو المولى، فكانت كالمحبوسة بالدين، فإنها لا نفقة لها؛ فإن بوأها معه بيتاً فولدت من الزوج [٣٧٦/أ].. لم يكن عليه نفقة الولد؛ لأنه مملوك لمولاها، ونفقة المملوك على المالك.

(وهي) أي التّخلية **(أن يخلّى بينها وبين الزوج في منزله)** أي منزل المولى.

وَلَا يستخدُمها.

وَإِن بوَّأَها ثمَّ رَجَعَ.. صَحَّ، وَسَقَطتِ النَّفَقَةُ.

وَإِن خدمَتْهُ بِلَا استخدامِهِ.. لَا تسْقطُ.

وَإِن زوَّجَ أَمَتَهُ ثمَّ قَتلهَا قبلَ الدُّخولِ.. سقطَ الْمهْرُ.

(ولا يستخدمها، وإن بوّأها، ثم رجع) أي: عن التبوئة (..**صحّ**) رجوعه؛ لأن حقّه لا يسقط بها كما لا يسقط بالنكاح.

(وسقطت) بعد رجوعه **(النفقة)**؛ لعدم الموجب وهو الاحتباس.

فإن قيل: عدم العلة ليس بعلّة عندنا على ما في «الأصول».

قلنا: سقوطها ليس لعدم العلة، بل للعدم الأصلي.

(وإن خدمته بلا استخدامه.. لا تسقط)؛ لعدم صنع المولى.

(وإن زوج أمته، ثم قتلها قبل الدخول.. سقط المهر) عن ذمة الزوج عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يسقط، بل عليه المهر لمولاها اعتباراً بموتها حتف أنفها، وبقتل الأجنبي لها، وهذا لأن المقتول ميت بأجله عندنا، والقتل موت؛ إذ الموت عبارة عن انتهاء أيّام الحياة، وبالقتل ينتهي ذلك.

ولذا: لو قال لعبده: إن متُّ فأنت حر، فقتل.. عتق.

وإنما اعتبر القتل قطعاً للحياة في حق القاتل إذا لزمه ضمان من دية أو قصاص، ولم يتعلّق بقتل المولى أمته ضمان، فاعتبر في حقه موتاً لا قطعاً.

ولأبي حنيفة: أن المعقود عليه فات قبل الدخول بفعل من له المهر وهو المولى، فيجازى بمنع البدل، كما لو باعها المولى قبل الدخول، وذهب بها المشتري من المصر، أو أعتقها قبله فاختارت الفرقة، وكما إذا ارتدت الحرة قبله.

بِخِلَافِ مَا لَو قَتَلَتِ الْحرَّةُ نَفسَهَا قبلَهُ.

والقتل يعتبر قطعاً وإتلافاً إذا لزمه حكم من أحكام الدنيا، وقد لزمه الكفارة على المولى.

فإن قيل: الصغيرة إذا ارتضعت من أم زوجها، أو المجنونة إذا قبّلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول.. فقد فات المعقود عليه قبل التسليم، ولم يجاز بمنع البدل؛ لأن المهر لم يسقط عن الزوج.

قلنا: إنما لم يجازَ بذلك؛ لعدم كونها أهلاً للجزاء، ونوقض بالصغيرة العاقلة إذا ارتدت قبل الدخول.. يجازى بسقوط المهر.

وأجيب: بأن ترك مجازاة الصغيرة إنما تكون على أفعال غير محظورة في حقها، والردة محظورة إذا كانت عاقلة، وهذا إذا كان السيد كبيراً.

وإذا كان صغيراً.. قيل: سقط المهر، وقيل: لا يسقط، كذا في «الزيلعي» نقلاً عن «المصفى».

(بخلاف ما لو قتلت الحرة نفسها قبله) حيث لا يسقط المهر، خلافاً لزفر؛ اعتباراً بقتل المولى أمته وتقبيلها ابن زوجها.

قلنا: إن جناية المرء على نفسه غير معتبرة أصلاً، ولهذا إذا اقتل نفسه.. يغسل ويصلى عليه، ولأن قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتاً للمهر.. إنما يكون تفويتاً بعد موتها، وبالموت ينتقل المهر إلى الورثة، فلا يسقط.

بخلاف قتل المولى أمته؛ لأن المهر له لا للأمة، فكان مفوتاً لحق نفسه، وهو كمن قال: اقتل عبدي، فقتله.. لا يجب عليه شيء.

ولو قال: اقتلني، فقتله.. يجب عليه الدية، ولا يصح إذنه في إبطال حق الورثة.

وإنما قيد بالحرة؛ لأن الأمة إذا قتلت نفسها قبل الدخول.. ففيه روايتان، في رواية: يسقط كقتل المولى إياها، وفي رواية: لا يسقط كقتل الحرة.

واعلم: أنّ [٣٧٦/ب] الحرة إذا قتلها وارثها.. لا يسقط المهر أيضاً؛ لأنه صار

وَالْإِذنُ فِي الْعَزْلِ عَنِ الْأمةِ للسَّيِّدِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَهَا.

وَإِن تزوَّجت أَمةٌ أَو مُكَاتبَةٌ بالإذنِ ثمَّ عَتَقَتْ.. فلهَا الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ؛ حراً كَانَ زَوجُهَا أَو عبداً.

محروماً بالقتل عن الإرث، فلم يكن بالقتل مبطلاً لحق نفسه في المهر، كذا في «الزيلعي» و«فتح القدير».

(والإذن في العزل عن الأمة) المنكوحة **(للسيد)** عند أبي حنيفة.

(وعندهما: لها)؛ لأن الوطء حقّها حتى تثبت لها ولاية المطالبة، وفي العزل تنقيص حقّها، فيشترط رضاها كما في الحرة، بخلاف الأمة المملوكة؛ لأنه لا مطالبة لها، فلا يعتبر رضاها.

ولأبي حنيفة: أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى، وهو لا يملك إبطاله، فيعتبر رضاه، وبهذا فارقت الحرة.

(وإن تزوجت أمة أو مكاتبة بالإذن) أي من المولى **(ثم عتقت.. فلها الخيار في الفسخ)** أي في الحال، ولو كانت المعتقة صغيرة لا خيار لها ما لم تبلغ، كما في «البزازية».

(حرّاً كان زوجها أو عبداً).

وكذا لو زوّجها مولاها برضاها أو لا، على ما في «الزيلعي».

وقال الشافعي: الخيار لها فيما إذا كان زوجها حرّاً؛ لما في «مسلم» من حديث بريرة من رواية عائشة أن النبي ﷺ خيّرها؛ حيث قال لها: «ملكت بضعك فاختاري»، وكان زوجها عبداً، ولأن العبد ليس بكفؤ لها، فثبت لها الخيار، بخلاف الحر.

ولنا: ما رواه البخاري ومسلم وأبو داود من حديث بريرة من رواية عائشة أيضاً، أن النبي ﷺ خيرها، وكان زوجها حراً حين أعتقت، ولأن الخيار لازدياد الملك عليها، وهذا المعنى لا يختلف بين أن يكون حراً أو عبداً، وحديثنا أولى؛

وَإِن تزوَّجت بِلَا إِذنٍ فعتقت.. نفذَ.

لكونه مثبتاً للحرية؛ لاتفاقهم على أنه كان عبداً قبله، على أن ما رواه ساكت عما إذا كان الزوج حرّاً، وليس فيه دلالة على عدم الخيار فيه.

أو نقول: ما رواه محمول على أنه كان عبداً قبل أن تعتق بريرة، ثم أعتق، وكان حراً حين أعتقت بريرة؛ وتعليله «لعدم الكفؤ» ليس بمعتبر في مقابلة تعليل الشارع بقوله: «ملكت بضعك فاختاري»، حيث جعل ملك البضع علة للاختيار، ثم لا فرق في هذا بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة.

وقال زفر: لا خيار للمكاتبة؛ لأن ثبوت الخيار في الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها، وسلامة المهر لمولاها، وهذا غير موجود فيها، فإن المهر لها، والنكاح ما نفذ إلا برضاها، فصارت كالحرة.

والحجة عليه: ما رويناه من حديث بريرة وكانت مكاتبة.

فإن قيل: إنها لم تكن مكاتبة عند النكاح، فلم يكن حجة عليه.

قلنا: الظاهر أنها كانت مكاتبة؛ لأن الحال يدل على ما قبله.

(وإن تزوجت) الأمة **(بلا إذن)** سيدها **(فعتقت.. نفذ)** نكاحها.

وكذا لو باعها المولى بعد النكاح فأجاز المشتري.. نفذ على ما في «النهاية»، وهذا لأن المقتضي موجود؛ لأن الإيجاب والقبول صدر من أهله؛ لأنها من أهل العبارة، والمانع منتف؛ لأن امتناع النفوذ كان لحق المولى، وقد زال بالعتق.

بخلاف ما لو اشترت شيئا فأعتقها المولى حيث لا ينفذ ذلك الشراء، بل يبطل؛ لأن الشراء كان موجباً لملك المولى، ثم لو نفذ عليها.. لتغير المالك، ولا كذلك هنا؛ لأن الحلّ بالعقد يثبت لها في الحالين.

وبخلاف ما إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه، ثم أذن له [٣٧٧/أ] أن يتزوج، حيث لا ينفذ العقد السابق بغير إجازته لذلك العقد، وإن زال المانع بالإذن؛ لأن الإذن فك

وكذا العبدُ.

الحجر عن التصرف، ولو جاز النكاح المباشر قبل الإذن.. لا يقع الإذن فكاً، فيمتنع الجواز.

فإن قيل: مقتضى هذا: أن لا يجوز النكاح المباشر بإجازته ذلك.

قلنا: هذا قياس تركناه بالاستحسان، وقلنا بالجواز عند الإجازة له؛ لقيام الإجازة مقام النكاح؛ كما في نكاح الفضولي.

وبخلاف الولي الأبعد إذا زوّج مع وجود الأقرب، ثم انتقلت الولاية إليه بموت الأقرب أو بغيبوبته، حيث لا ينفذ العقد إلا بإجازة مستأنفة وإن زال المانع؛ لأن الأبعد حين باشر لم يكن وليّاً، ومن لم يكن وليّاً في شيء.. لا يبالي بعواقبه اتكالاً على رأي الأقرب، فلم يكن النكاح على الوجه الأصح ظاهراً، فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته ولياً؛ ليظهر كونه أصلح.

وبخلاف المكاتبة الصغيرة التي زوّجها مولاها بلا إذنها حتى توقف على إجازتها، ثم أدت المال قبل الإجازة وعتقت.. لا ينفذ ذلك العقد، وإن زال المانع بدون إجازة مستقلة من السيد مع أنه المزوج، وهذا لأنه لم يكن وليّاً حين العقد، فلا يبالي بعواقبه كالمسألة الأولى، كذا في «الزيلعي» و«فتح القدير».

وقال في «البزازية»: وهذا من ألطف المسائل حيث توقف قبل الإعتاق على إجازتها، وبعد العتق على إجازة المولى، ونفذ قبل العتق بإجازتها لا بإجازة المولى، وبعد الحرية، نفذ بإجازة المولى لا بإجازتها؛ لأنها صغيرة، والولي هو المعتق. انتهى.

(وكذا العبد) يعني إذا تزوج العبد بلا إذن سيده فعتق.. نفذ العقد لوجود المقتضي وارتفاع المانع على ما ذكرناه، بخلاف ما لو تزوّج بلا إذن سيّده، ثم أذن له السيد؛ حيث لا ينفذ ما لم يجز لذلك العقد على ما ذكرناه آنفاً.

وَلَا خِيَارَ لَهَا.

والمسمَّى للسَّيِّدِ إن وُطِئَتْ قبلَ الْعتْقِ،

(ولا خيار لها)؛ لأن النفوذ بعد العتق، فلا يتصور زيادة الملك؛ كما لو زوجت نفسها بعد العتق.

(والمسمّى للسيّد إن وطئت قبل العتق) أي: لو وطئ زوج الأمةِ الأمةَ قبل العتق، فيما إذا تزوجت بغير إذن المولى.. فالمهر للمولى؛ لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى.

فإن قيل: ملك المولى هو البضع، وقيمته هو مهر المثل، فكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل من المسمى للسيّد، وما زاد عليه للمرأة، مع أن الزائد للمولى أيضاً، وإليه أشار بإطلاقه.

قلنا: إن العقد إنما نفذ بالعتق مستنداً إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية، ووجب المسمى للمولى إن كان العتق بعد الدخول لما ذكرناه، وللأمة إن كان قبله لما سيأتي.

فإن قيل: كيف يستند نفاذ العقد بالعتق إلى وقت العقد مع قيام المانع من الاستناد؟ لأن المانع من النفاذ ابتداء هو الملك، وقد زال ذلك بالعتق مقتصراً لا مستنداً، ولهذا لو حرمت الأمة حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك، ثم تزوّجت بآخر بغير إذن مولاها فدخل بها فأعتقها مولاها.. لا تحلّ [٣٧٧/ب] على زوجها الأول؛ لأن العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق، فلو استند إلى وقت العقد.. لاعتبر هذا الدخول، ويثبت الحل للزوج الأوّل.

قلنا: لا نسلم أن المانع من النفاذ هو الملك، بل المانع هو الحاجة إلى الصيانة عن الإضرار بالمولى، فمتى أعتقها المولى.. فقد خلا هذا النكاح عن الإضرار بالمولى من وقت وجوده، فيثبت النفاذ من ذلك الوقت، وإنما لم تحل على زوجها الأول؛ لأن الاستناد يظهر في القائم دون المتلاشي، والمستوفى بالوطء متلاش، فلا

وَلها إِن وُطِئَت بعدَهُ.

وَمن وطئ أَمةَ ابْنهِ فَوَلَدَتْ فَادَّعَاهُ.. ثَبتَ نسبُه مِنْهُ، ....

يظهر الاستناد في حقه؛ فإذا ثبت لزوم المسمّى لصحة التسمية بسبب الاستناد.. لم يجب على الزوج للمولى مهران، مهر المثل بسبب دخوله قبل نفاذ نكاح، والمسمى بسبب صحّة العقد، وهو القياس.

ووجه الاستحسان: أن النفاذ لما استند إلى وقت العقد.. كان عاملاً من ذلك الوقت فوجب المسمّى به، ولو وجب مهر آخر.. لوجب بحكم العقد أيضاً لا غير، بدليل: أن الحد سقط عنه بذلك العقد، والعامل في سقوط الحد: هو العامل في وجوب المهر أيضاً، فلزم منه إيجاب المهرين بعقد واحد، وذلك باطل.

(ولها) أي: للأمة (إن وطئت بعده) أي بعد العتق؛ لأنه استوفى منافع مملوكة له.

والمراد بالمهر ههنا: المسمّى أيضاً لصحة التسمية على ما ذكرناه.

فإن قيل: ينبغي أن يكون المسمى ههنا أيضاً للمولى؛ لأنه بالاستناد تبين أن العقد ورد على ملكه، فصار كما إذا زوجها المولى، ثم أعتقها قبل الدخول، ثم دخل بها الزوج، حيث يكون المهر كله للمولى، فكذا هذا.

قلنا: حكم الاستناد إنما يظهر فيما إذا لم يختلف مستحقه، وهنا قد اختلف؛ لأن المستحق في أوان العقد هو المولى، وفي أوان الثبوت هي الأمة، فاستحقاق الأمة لا يمكن استناده؛ لأنه يبطل بالاستناد؛ لعدم ملكها وقت العقد، وحق المولى معدوم أوان الثبوت، والشيء إنما يستند إذا كان ثابتاً في الحال، بخلاف المستشهد به؛ لأن جميع المهر هناك يجب بالعقد، وإنما الدخول يتأكد به الواجب، فحالة الثبوت - وهي حالة العقد - لا حق لها، فافترقا.

(ومن وطئ أمة ابنه فولدت فادّعاه.. ثبت نسبه منه) إن كان الأب حراً مسلماً عاقلاً، حتى لو كان عبداً، أو مكاتباً، أو كافراً.. لا تصح دعوته؛ لأنه لا ولاية له على المسلم.

وَلَزِمَهُ قيمتُهَا لَا مهرُهَا ....

وكذا لو كان مجنوناً ولو أفاق، ثم ولدت لأقل من ستة أشهر.. لا يصح قياساً، ويصح استحساناً.

ولا بد أن تكون الأمة في ملك الابن من وقت العلوق إلى حين الدعوة، حتى لو حبلت في غير ملكه أو في ملكه وأخرجها الابن عن ملكه، ثم اشتراها.. لم تصح دعوته؛ لعدم الولاية؛ لأنه لا بد من الملك لصحة الاستيلاد، والملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق، فيستدعي قيام ولاية التملك من وقت العلوق إلى حين التملك.

ولا يشترط له دعوى الشبهة، ولا تصديق الابن؛ لأن له ولاية تملك [٣٧٨/أ] مال ابنه عند الحاجة إلى إبقاء نفسه؛ لما رواه عمرو بن شعيب مرفوعاً: «إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم»، وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى بقاء نفسه.. فله ولاية تملك جاريته عند الحاجة إلى بقاء نسله، لكن الحاجة إلى بقاء النفس أشد من الحاجة إلى بقاء النسل، فلهذا يتملك طعام ابنه بلا قيمة، وجاريته بقيمتها؛ ولهذا قال: (**ولزمه قيمتها**) لقصور الحاجة إليها حتى لا يجبر الابن على دفع جاريته إلى أبيه ليتسرى بها الأب، ويجبر على دفع الطعام عند حاجة أبيه إليه.

(**لا مهرها**) لأن تملك الأب إياها يثبت قبيل الاستيلاد شرطاً له؛ إذ المصحّح له: إما الملك كما في المملوكة، أو حق الملك كما في المكاتبة، وكل ذلك غير ثابت للأب، فلا بدّ من تقديم التملك بطريق الاقتضاء حتى يتبين أنه وطئ ملك نفسه، فلا يجب عليه العقر.

وقال زفر والشافعي: يجب عليه العقر بناء على أن الملك ثبت حكماً للاستيلاد عندهما، وحكم الشيء يعقبه، فلا يقع الوطء في ملكه، بدليل سقوط الإحصان عنه بهذا الوطء، وقاساه بالجارية المشتركة؛ فإنه إذا استولدها.. وجب عليه العقر، فلا بدّ من اعتبار تقديم الملك على الوطء؛ صيانة للماء وتصحيحاً للاستيلاد على ما ذكرناه؛ فإذا وجب تقديمه.. لا يجب عليه العقر.

وَلَا قيمَةُ وَلَدِهَا، وَتصيرُ أُمَّ وَلَدِهِ.

وَالْجدُّ كَالْأَبِ بعدَ مَوتِهِ، لَا قبلَهُ.

وَإِن زوَّج أمتَهُ أَبَاهُ.. جَازَ، وَعَلَيهِ مهرُهَا لَا قيمتُهَا.

(**ولا قيمة ولدها**) لما ذكرنا من أنه انعلق في ملكه، فيكون حرّاً (**وتصير أم ولده**) لما ذكرنا من صحة الاستيلاد.

(**والجدّ كالأب بعد موته لا قبله**) لقيامه مقام الأب بعد انقطاع ولاية الأب بالموت، أو الكفر، أو الرق، أو الجنون.

(**وإن زوج**) الابن (**أمته**) - غير الموطأة له؛ لأنه لو نكح أمته التي وطئها إيّاه.. لا يجوز على ما ذكر في المحرَّمات - (**أباه**) - بالباء الموحدة التحتية، أو بالمثناة التحتية - (**.. جاز**) تزويجه.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن ماله من الحق يمنع صحة النكاح؛ لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، ولهذا لو وطئ جارية ابنه عالماً بحرمتها عليه.. لم يلزمه الحدّ، وهذا كما لا يجوز له تزوج مكاتبة أو أمة من كسب مكاتبه؛ لما له من الحق فيها.

قلنا: إن المانع من النكاح حقيقة المال أو حقه، وكلاهما منتف عن الأب، ألا ترى أنه يجوز للابن أن يتصرف فيها بالوطء والإعتاق والبيع والرهن والهبة، ولا يجوز ذلك كله للأب؛ فلو كان فيها حق الأب.. لجاز له ذلك، وإنما له حق التملك، وذلك لا يمنع صحة النكاح، ألا ترى أن الواهب له التزوج بالأمة الموهبة، وإن كان له حق التملك بالاسترداد، وإنما لا يجوز تزوج المكاتبة لما فيها من حقيقة الملك، ولا تزوج كسبها لما فيها من حق الملك، وإنما لا يحد بوطئها؛ لشبهة صورة الإضافة إليه في الحديث؛ فإذا جاز نكاحها.. صار ماؤه مصوناً به، فلم يثبت له ملك اليمين لعدم الحاجة إليه.

(**وعليه مهرها**) لالتزامه بالنكاح، (**لا قيمتها**)؛ لما ذكرناه من عدم ثبوت ملك اليمين [٣٧٨/ب].

فَإِن أَتَت بِولدٍ.. لَا تصيرُ أُمَّ ولدٍ، وَهُوَ حرٌّ بقرابتِهِ.

حرَّةٌ قَالَت لسَيّدِ زَوجِهَا: أعتقهُ عنِّي بِأَلفٍ، فَفعلَ.. فسدَ النِّكَاحُ؛ ولزمَهَا الْألفُ وَالْوَلَاءُ لَهَا، وَيَصِحُّ عَن كفَّارتِها لَو نَوَت بِهِ.

وَإِن لم تقل بِأَلفٍ.. لَا يفْسدُ، وَالْوَلَاء لَهُ، ....

(**فإن أتت بولد.. لا تصير أمّ ولد**)؛ لما ذكرناه من عدم ثبوت الملك.

وقال زفر: تصير أمّ ولد له؛ لأنه لو استولدها بفجور.. صارت أمّ ولد له؛ فإذا استولدها بنكاح أو بشبهة نكاح.. كان أولى أن تصير أمّ ولده.

ولنا: ما ذكرناه أن ماءه صار مصوناً بالنكاح، فلا يحتاج إلى ملك اليمين.

(**وهو**) أي: الولد (**حرّ بقرابته**)؛ لأنه ملكه أخوه، فيعتق عليه؛ لما رواه الترمذي والنسائي: «من ملك ذا رحم محرم منه.. عتق عليه».

(**حرّة**) تحت عبد (**قالت لسّيد زوجها: أعتقه عني بألف، ففعل**) السيد (.. **فسد النكاح**).

وكذلك لو قال رجل تحته أمة لمولاها: أعتقها عني بألف، ففعل.. عتقت الأمة، وفسد النكاح، ويسقط المهر في المسألة الأولى؛ لاستحالة وجوبه على عبدها، ولا يسقط في الثانية؛ لعدم المسقط.

(**ولزمها الألف والولاء لها، ويصح عن كفارتها لو نوت به**).

وقال زفر: لا يفسد النكاح بناء على أن العتق يقع عن المأمور عنده دون الآمر، وعندنا بالعكس، حتى كان الولاء للآمر وخرج عن الكفارة لو نواها، وذلك لأنها أمرته بإعتاق عبده عنها، ولا يتصور ذلك إلا بتقديم ملكها فيه، فيقدر تقديمه بطريق الاقتضاء؛ كمن قال لامرأته: اعتدى ونوى الطلاق؛ فإنه يقع؛ لأنه لا صحة للاعتداد إلا بتقديم الطّلاق، فوجب تقديمه اقتضاء تصحيحاً للكلام، فكان قوله: «أعتق بألف» طلب التمليك بألف، ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه، وقوله: «أعتقت» تملكياً منه، ثم الإعتاق عنه، وإذا ثبت الملك للآمر.. فسد النكاح؛ للتنافي بين الملكين.

(**وإن لم يقل بألف.. لا يفسد**) النكاح، (**والولاء له**) أي للمأمور عندهما.

خلافاً لِأَبِي يُوسُفَ.

وللمولى إِجْبَارُ عَبدِهِ وَأَمَتِهِ على النِّكَاحِ، ....

(**خلافاً لأبي يوسف**) قال: هي والأولى سواء، فيفسد النكاح؛ فيعتق عنها، والولاء لها، وسقط المهر؛ لأن التمليك بغير عوض يقدم عنده على طريق الهبة تصحيحاً لتصرف الآمر، ويسقط اعتبار القبض؛ لأنه شرط في الهبة، وقد أمكن تصحيح التصرف بإسقاط القبول الذي هو الركن في البيع، فلأن يمكن بإسقاط الشرط.. أولى، فصار كما إذا كان عليه كفارة ظهار، فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل.. سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما إذا كان الطلب بعوض أو بغير عوض.

ولهما: أن الهبة من شرطها القبض بالبعض، فلا يمكن إسقاطه، ولا إثباته اقتضاء؛ لأنه فعل حسي ليس من جنس القول، فلا يثبت في ضمن قوله: «أعتقت»، ولا يمكن اعتبار سقوطه أيضاً، بخلاف البيع؛ لأنه تصرف شرعي يصح أن يثبت في ضمنه.

وفي مسألة الأمر بالإطعام، الفقير ينوب عن الأمر في القبض؛ كالفقير في الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى، ثم يصير قابضاً لنفسه؛ أما العبد.. فلا يقع في يده شيء؛ لأن الإعتاق إتلاف للملك، فلا ينوب عن الأمر.

(**وللمولى إجبار عبده وأمته**)، صغيراً أو كبيراً [٣٧٩/أ]، قنّاً أو مدبّراً أو أمّ ولد، على ما في «البحر»؛ لأن ولاية الإجبار في المملوك تعتمد على كمال الملك لا على كمال الرق، والملك كامل في المدبّر وأمّ الولد.. فيملك إجبارهما أيضاً (**على النكاح**)؛ أي: إذا باشر النكاح بدون رضاهما.. نفذ.

وقال الشافعي: لا إجبار في العبد، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن النكاح من خصائص الآدميّة، والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال، فلا يملك إنكاحه، بخلاف الأمة؛ لأنه مالك منافع بضعها، فيملك تمليكها.

دونَ مكَاتَبِهِ ومكَاتَبَتِهِ.

ولنا: أن الإنكاح ملكه؛ لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان، فيملكه اعتباراً بالأمة.

(دون مكاتبه ومكاتبته)؛ لأنهما التحقا بالأحرار تصرفاً، فيشترط رضاهما، ولهذا قال في «النهاية» و«الخلاصة»: إن المولى إذا زوج مكاتبته الصّغيرة.. يوقف النكاح على إجازتها؛ لأنها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة، ثم إنها لو لم ترد حتّى أدت بدل الكتابة فعتقت.. بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها؛ لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة، والصغيرة ليست من أهل الإجازة، وهذا من ألطف المسائل، وقد ذكرناه في أول الباب أيضاً.

واعلم: أن من لا يملك إعتاق العبد.. لا يملك تزويجه أيضاً، بخلاف الأمة؛ فالأب، والجد، والوليّ، والقاضي، والوصي، والمكاتب، والشريك المفاوض.. يملكون تزويج الأمة لا العبد.

والعبد المأذون، والصبي المأذون، والمضارب، والشريك شركة عنان.. لا يملكون تزويجها أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد، على ما صرّح به في «البزازية» و«الخلاصة».

وفيها أيضاً: لو زوّج الأب أو الوصي أمة الصبي من عبده.. لا يجوز، ولو زوج الرجل أمته من عبده.. يجوز ويجب المهر، ثم تسقط نفقتها عن الزوج على المولى.

* * *

(بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ)

إذا تزوَّجَ كَافِرٌ بِلَا شُهُودٍ أَو فِي عدَّةِ كَافِرٍ وَذَلِكَ جَائِزٌ فِي دِينِهِم ثُمَّ أَسلما.. أُقِرَّا عَلَيْهِ، خلافاً لَهما فِي الْعِدَّةِ.

بَابُ نِكَاحِ الكَافِرِ

(إذا تزوج كافر بلا شهود، أو في عدّة كافر) قيل: إنما قيّد بعدّة كافر؛ لأنه لو كان في عدّة مسلم.. كان النكاح فاسداً بالإجماع.

ورد بأنّ الكلام في نكاح أهل الشرك، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدّته، ويجوز أن يصوّر المسألة بأن أشركت بعد الطلاق، وهي في عدّة المسلم.

(وذلك) أي: النكاح المذكور **(جائز في دينهم، ثم أسلما.. أقرا)** أي: المتزوجان **(عليه)** أي: على النكاح السابق عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما في العدة).

وخلافاً لزفر في الوجهين.

له: أن الخطابات مثل قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود» ونحوه عامة، فيلزمهم الأحكام كلها، فيفسد النكاح في الوجهين، إلا أنا لا نتعرّض لهم لالتزامهم الذمة إعراضاً عنهم لا تقريراً لهم؛ كما تركناهم وعبادة الصنم إعراضاً؛ فإذا ترافعوا وأسلموا والحرمة قائمة.. وجب التفريق.

ولهما: أن النكاح في العدة لا يجوز بالإجماع، وقد التزموا أحكامنا فتلزمهم العدة، والنكاح بغير شهود مختلف فيه؛ فإن مالكاً وابن أبي ليلى يجوّزانه، ولم يلتزموا أحكامنا بجميع [٣٧٩/ب] الاختلافات.

ولأبي حنيفة: أن حرمة النكاح إنما هي للعدّة، وثبوت العدّة؛ إما لحق الشرع، أو لحق الزوج، لا سبيل إلى الأول؛ لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولهذا لم يتعرض لهم في الخمر والخنزير، ولا إلى الثاني؛ لأنه لا يعتقده على ما هو المفروض، فكأن

وَلَو تزوَّجَ الْمَجُوسِيُّ مَحرَمَهُ ثمَّ أَسلما أَو أَحدُهمَا.. فُرِّقَ بَينهمَا.

وكذ لَو ترافعا إِلَيْنَا.

وبمرافعةِ أَحدِهمَا.. لَا يُفَرَّقُ، خلافاً لَهما.

النكاح وقع ابتداء صحيحاً؛ لوجود المقتضي وهو صدور الركن من أهله مضافاً إلى محلّه وانتفاء المانع.

بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم؛ فإن المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة، وإذا صحّ ابتداء.. لا يرتفع بالإسلام والمرافعة؛ لأن ذلك حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً في البقاء، وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء؛ كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة.. تجب عليها العدة صيانة لحق الوطء، ولا يبطل النكاح القائم، وهذا إشارة إلى أن العدّة لا تجب على الكافر.

وقال بعضهم: تجب، لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح؛ بناء على اعتقادهم؛ كالاستبراء فيما بيننا، والأول أصح على ما في «العناية».

(**ولو تزوج المجوسي محرمه**) من أمّه أو ابنته أو أخته (**ثم أسلما أو أحدهما.. فرق بينهما**) بالإجماع؛ لأن لنكاح المحارم حكم البطلان عندهما كما قال في المعتدة، وإذا أسلم.. وجب التعرض به والتفريق. وعند أبي حنيفة؛ له حكم الصحة على الأصح؛ بناء على ما مر أن الحرمة إما لحق الشرع، أو لحق الزوج، لا سبيل إلى كل منهما.. إلخ، إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح.

كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة، فيفرق بينهما، بخلاف العدة؛ لأنها لا تنافي البقاء على ما ذكرناه.

(**وكذا**) أي فرق بينهما بالاتفاق (**لو ترافعا**) معاً (**إلينا**)؛ لما ذكرناه.

(**وبمرافعة أحدهما لا يفرق**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**) حيث قالا يفرق بينهما أيضاً؛ لأنه برفعه انقاد لحكم الإسلام؛ كما إذا أسلم أحدهما.

وله: أن استحقاق أحدهما لا يبطل برفع صاحبه؛ إذ لا يتغيّر به اعتقاده، بل

يعارضه، بخلاف الإسلام؛ فإن اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى؛ وكذا الحكم اختلافاً واتفاقاً فيما لو تزوج المجوسي خامسة أو جمع بين الأختين، ثم أسلما أو أحدهما، أو ترافعا أو أحدهما.

واعلم: أن الحربي إذا تزوج خمس نسوة أو بأختين، ثم أسلم وأسلمن معه.. فإن تزوّجهنَّ في عقد واحد.. بطل نكاحهنّ، وإن في عقود متفرقة.. صحّ نكاح الأربع الأُوَل وبطل نكاح الخامسة.

وكذا الحكم في الأختين؛ إن تزوجهما في عقد واحد.. بطل نكاحهما، وإن في عقدين.. بطل الثاني، هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد والشافعي: يختار أربعاً من الخمس، وواحدة من الأختين؛ سواء تزوجهما في عقد أو في عقود.

وقال محمد في «السِّيَر الكبير»: ولو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة.. كان الجواب على ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وعلى هذا لو أسلم الزوج وتحته أم وبنت وأسلما معه؛ فإن كان تزوجهما في عقد واحد.. بطل نكاحهما، ثم ينظر:

إن لم يكن دخل بها.. فله [٣٨٠/أ] أن يتزوج الابنة دون الأم، **وإن كان دخل بها**.. لم يكن له أن يتزوّج بواحدة منهما؛ وكذلك إن دخل بالأم وحدها.

وإن كان دخل بالابنة وحدها.. فله أن يتزوج الابنة دون الأم.

وإن كان تزوّجهما في عقدين.. فنكاح الأولى جائز والثاني فاسد إذا لم يدخل بهما أو دخل بالأولى.

وإن كان دخل بالثانية؛ **فإن كانت الأولى بنتاً**.. فسد نكاحهما، **وإن كانت أماً**.. فنكاح الابنة صحيح على قولهما.

وأما على قول محمّد؛ فسواء تزوّجهما في عقدين أو في عقد.. فنكاح الابنة صحيح، إلا إن كان دخل بالأم.. فحينئذٍ يفرق بينه وبينهما إذا كان دخوله بالأمّ بعدما

والطِّفلُ:

مُسلمٌ إِن كَانَ أحدُ أَبَوَيْهِ مُسلماً، أَو أسلمَ أَحدُهمَا.

وكتابيٌّ إِن كَانَ بَين كتابيٍّ ومجوسيٍّ.

وَلَو أَسلمت زَوْجَةُ الْكَافِرِ أَو الْمَجُوسِيَّةِ.. عُرِضَ الْإِسْلَامُ على الآخرِ؛ فَإِن أَسلمَ.. فهي لهُ، وَإِلَّا.. فُرِّقَ بَينهمَا.

تزوج الابنة؛ فإن كان قبل أن يتزوج الابنة.. فنكاح الأم صحيح، كذا في «التاتارخانية».

(**والطفل مسلم إن كان أحد أبويه مسلماً، أو أسلم أحدهما**)؛ لأن جعله تابعاً خيرا لأبوين ديناً انظر له، هذا إذا لم يختلف الدار؛ بأن كانا في دار الإسلام، أو في دار الحرب، أو كان الصغير في دار الإسلام وأسلم الوالد في دار الحرب؛ لأنه من أهل دار الإسلام حكماً.

وأما إذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الإسلام.. لا يتبعه ولده، ولا يكون مسلماً؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الوالد من أهل دار الحرب، بخلاف العكس.

(**وكتابي**) - أي: الطفل كتابي - (**إن كان بين كتابي ومجوسي**)؛ لأن المجوسي شرّ من الكتابي؛ لأن له ديناً سماوياً حتى تؤكل ذبيحته، ويجوز نكاح نسائهم للمسلمين، بخلاف المجوسي.

وقال الشافعي: يكون مجوسياً؛ لأن المعارضة قد تحققت فيه، فأحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحلّ، فيغلب الحرمة، بخلاف ما إذا كان أحدهما مسلماً؛ لأن الكفر لا يعارض الإسلام.

قلنا: إن حلّ الذبيحة والمناكحة من أحكام الإسلام، فيترجح بهما كما يترجح بالإسلام، فلا تتحقق المعارضة بينهما أيضاً.

(**ولو أسلمت زوجة الكافر أو المجوسية.. عرض الإسلام على الآخر؛ فإن أسلم.. فهي له، وإلا.. فرق بينهما**).

فَإِن أَبى الزَّوْجُ.. فالفرقةُ طَلَاقٌ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

واعلم: أن الزوجين؛ إما أن يكونا مجوسيين، أو كتابيين، أو الزوج مجوسي والزوجة كتابية، أو بالعكس.

فعلى الأوّل: أيّهما أسلم.. عرض الإسلام على الآخر.

وعلى الثاني: إن أسلمت هي.. فكذلك عرض على الزوج، لا إن أسلم الزوج.

والثالث كالثاني والرابع كالأوّل هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يعرض الإسلام على الآخر؛ لأن فيه تعريضاً لهم، وقد ضمنا بعقد الذمية أن لا نتعرض لهم إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام، وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض التفريق كما في الطلاق، حيث ينقطع قبل الدخول بنفسه، وبعده لا ينقطع حتى تنقضي عدّتها.

قلنا: إن عمر بن الخطاب فرق بين نصراني ونصرانية بإبائه عن الإسلام على ما ذكره الطحاوي، ولم ينكره أحد من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً، ولأن الإسلام لا ينفي مقاصد النكاح بينهما وهو الملك والازدواج [٣٨٠/ب]، فلا بدّ من سبب يبتنى عليه فوات الملك، والإسلام طاعة لا يصلح سبباً للانقطاع؛ لثبوت العصمة به.

وكذا كفر المصرِّ لاينافيه كما في حالة الابتداء، وفي حالة البقاء قبل الإسلام.

وكذا اختلاف الدين لا ينافيه؛ كما لو كان هو مسلماً وهي كتابية، فيعرض الإسلام بلا إكراه لتحصل المقاصد بالإسلام، أو الفرقة بالإباء؛ فإنه معصية تناسب زوال العصمة.

(**فإن أبى الزوج**) سواء كان بالغاً أو صبياً مميزاً؛ لأن إيمان الصبي وردّته معتبر، وإنما لم يقتل بالردة؛ لعدم أهليته بالتجربة، وإنما لم يقتل بعد البلوغ؛ لأن اختلافهم في صحة إسلامه حال الصبي شبهة في إسقاط القتل.

(**فالفرقة طلاق**) فيلزمها العدة لو كانت مدخولة بها؛ لأنها بالإسلام التزمت أحكامه، بخلاف الذمية التي طلقها زوجها الذمي على ما سيأتي في آخر العدّة.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأن الفرقة صارت بسبب يشترك فيه الزوجان وهو الإباء،

لَا إِن أَبَت هِيَ.

وَلها الْمهْرُ لَو بعدَ الدُّخُولِ، وَإِلَّا.. فنصفُهُ لَو أَبى.

وَلَا شَيْءَ لَو أَبَت.

وَلَو كَانَ ذَلِك فِي دَرَاهِم.. لَا تبينُ ....

وكل فرقة كذلك.. لا تكون طلاقاً؛ لعدم تصوره من المرأة.. ولهما: أن بالإباء امتنع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته بالإسلام، فينوب القاضي منابه في التسريح بإحسان كما في الجب والعنّة؛ فإن التفريق بسببهما طلاق، فيفرق بينهما.

(لا إن أبت هي)؛ لأن الطلاق لا يتصور من جانبها حتى ينوب القاضي منابها في الطلاق، فلا تكون الفرقة من جانبها طلاقاً.

وأطلق في الزوج فشمل الصغير والمجنون؛ لأن إباء الصغير العاقل والمجنون: طلاق على ما صرّح به في «الزيلعي» و«البحر»، مع أن الطلاق منهما لا يصح.

قالوا: وهي من أغرب المسائل؛ حيث يقع الطلاق منهما.

وفي «الزيلعي»: ونظيره إذا كانا مجنونين أو كان المجنون عنيناً؛ فإن القاضي يفرق بينهما ويكون طلاقاً اتفاقاً.

وتحقيقه: أن الصبي والمجنون أهلان للوقوع لا للإيقاع، بدليل أن الصبي إذا ورث قريبه.. يعتق عليه، وما نحن فيه وقوع الإيقاع؛ كما لو علق الزوج الطلاق بشرط وهو عاقل، ثم جنّ، ثم وجد الشرط.. وقع عليه وهو مجنون؛ لكونه أهلاً للوقوع.

(ولها) أي لتلك المرأة (المهر لو) وقعت الفرقة التي كانت بالإباء (بعد الدخول)؛ لأنه تأكد بالدخول، (وإلا) أي: إن وقعت الفرقة قبل الدخول (.. **فنصفه لو أبى**) الزوج، (**ولا شيء لها لو أبت**)؛ لأنها فوّتت المبدل قبل تأكد البدل، فأشبه الردة والمطاوعة.

(**ولو كان ذلك**) أي: إسلام أحد الزوجين المجوسيين أو الكتابيين، أو أحدهما مجوسي والآخر كتابي (**في دارهم**) أي دار الحرب (**لا تبين**) أي المرأة المسلمة

حَتَّى تحيضَ ثَلَاثاً قبلَ إِسْلَامِ الآخرِ.

(**حتى تحيض ثلاثاً**) إن كانت ذات حيض، أو تمضي عليها ثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض (**قبل إسلام الآخر**)؛ فإن حاضت ثلاثاً أو مضى ثلاثة أشهر.. بانت؛ لأن الإسلام ليس سبباً للفرقة؛ لكونه نعمة، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية، ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد، فأقمنا شرطها [٣٨١/أ] وهو مضي الحيض أو ثلاثة أشهر مقام السبب وهو تفريق القاضي عند إبائه؛ كما في حفر البئر إذا وقع فيها إنسان، ولم يمكن إضافة الحكم إلى العلة فأضيف إلى الشرط وهو الحفر.

قال في «الزيلعي»: وهذه الحيض لا تكون عدة، ولهذا استوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها، ثم إذا كان ذلك قبل الدخول.. فلا عدة عليها، وإن كان بعد الدخول والمرأة حربيّة.. فكذلك بالإجماع؛ لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها، وإن كانت هي المسلمة.. فكذلك الجواب عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي، وعندهما: تجب عليها العدّة.

وأصل هذا الخلاف في المهاجرة إذا خرجت إلى دار الإسلام مسلمة أو ذمية، وسيأتي البيان فيها.

ثم إذا وقعت الفرقة بمضي ثلاث حيض، هل يكون طلاقاً أم لا؟

ذكر في «السّير الكبير»: أنه يكون طلاقاً عندهما؛ لأن انصرام هذه المدة جعل بدلاً عن قضاء القاضي، والبدل قائم مقام الأصل.

وروي عنهما: أنها فرقة بغير طلاق؛ لأن هذه فرقة وقعت حكماً بلا تفريق القاضي، فكان بمنزلة ردّة الزوج، وملِكِه امرأته.

وكذا إذا خرج أحدهما إلى دار الإسلام بعد إسلام أحدهما في دار الحرب؛ فما لم يجتمعا في دار الإسلام.. لا يعرض على المصر؛ سواء خرج المسلم أو الآخر. انتهى.

وَإِن أَسلمَ زوجُ الْكِتَابِيَّة.. بَقِي نِكَاحُهُما.

وتباينُ الدَّاريْنِ سَبَبُ الْفرْقَةِ لَا السَّبيُ.

فَلَو خرجَ أَحدُهمَا إِلَيْنَا مُسلماً، أَو أَخرجَ مَسبيّاً.. بَانَتْ.

وَإِن سُبيا مَعاً.. لَا.

واحترز بقوله: «وإن كانت هي المسلمة» عما كان الزوج هو المسلم؛ لأنه حينئذ لا عدة عليها بالاتفاق.

ثم كون المدخول بها وغير المدخول بها مستوية مذهبنا.

وقال الشافعي: إن كان إسلام أحدهما قبل الدخول بها.. وقعت الفرقة بالإسلام في الحال، وإن كان بعد الدخول.. يتوقف على مضي ثلاث حيض.

(**وإن أسلم زوج الكتابية.. بقي نكاحهما**)؛ لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء؛ فلأن يبقى بعده أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

احترز به: عما أسلم زوج المجوسية؛ لأن حكمه أن يعرض الإسلام على الزوجة؛ فإن أسلم.. فبها، وإلا.. فرّق بينهما على ما مر آنفاً.

(**وتباين الدارين سبب الفرقة لا السّبي، فلو خرج أحدهما**) من دار الحرب (**إلينا**) إلى دار الإسلام (**مسلماً**) حقيقة أو حكماً - فيشمل الذمي أيضاً - (**أو أخرج**) أحدهما (**مسبياً.. بانت، وإن سبيا معاً.. لا**).

وخالفنا الشافعي فيها وقال: سبب الفرقة هي السبي لا تباين الدارين حتى قال: تقع الفرقة بينهما بالسبي ولو سُبيا معاً، ولا يقع بالتباين؛ لأن السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي، ولهذا لا يبقى الدين الذي كان على المسبي، ولو بقي النكاح بينهما.. لامتنع الصّفاء.

أما تباين الدارين.. فتأثيره في انقطاع الولاية، وانقطاعها لا تأثير له في إبطال النكاح؛ كالحربي المستأمن، أو المسلم المستأمن، لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته وإن تباينت دارهم حقيقة.

وَمَن هَاجَرت إِلَيْنَا.. بَانَتْ، وَلَا عدَّةَ عَلَيْهَا، خلافاً لَهما.

وكذا الخروج من منعة أهل البغي إلى منعة أهل العدل أو بالعكس.. لا يقع به الفرقة.

ولنا: أن مع التباين حقيقة أو حكماً لا تنتظم المصالح، والنكاح [٣٨٧/ب] شرع لمصالحه لا لعينه، فلا يبقى عند عدمها؛ كالمحرمية إذا اعترضت عليه، وهذا لأن أهل الحرب كالموتى، ولهذا لو التحق بهم المرتد.. تجري عليه أحكام الموتى، فلا يشرع النكاح بين الحي والموتى، بخلاف المستأمن؛ لأن تباين الدار فيه لم يوجد حكماً؛ لقصده الرجوع إلى داره؛ إذ هو لم يدخل للقرار.

وأما منعة أهل البغي.. فهي في دار الإسلام، فلم تختلف الدار، والسبي سبب موجب لملك الرقبة قصداً، وملك المتعة ثبت تبعاً لا مقصوداً، فلا يكون مبطلاً للنكاح كالشراء، وهذا لأن ملك البضع مقصوداً يختص بشرطه كالشهود، وفي السبي لا يشترط ذلك، وإنما يثبت ملك المتعة فيه تبعاً لملك الرقبة إذا كان فارغاً، حتى لو كان مالك النكاح محترماً بأن كان مسلماً أو ذمياً.. لا يبطل النكاح بالاتفاق مع تحقق السبي فيه أيضاً، ولو كان السبي سببا للفرقة.. لما اختلف بين المحترم وغير المحترم، ولأن السبي لا ينافي النكاح ابتداء، حتى لو زوّج أمته.. جاز على ما في «العناية»، فكذا لا ينافيه بقاء كسائر أسباب الملك.

وأما الدين؛ فإن كان على عبد.. لم يسقط، وإن كان على حرّ.. يسقط؛ لأن الحرّ كان دينه ثابتاً في ذمّته، فلو بقي بعد السبي.. لوجب في رقبته، ولا يمكن إبقاؤه بالصفة التي وجبت، بخلاف دين العبد؛ لأن صفته لا تختلف.

(**ومن هاجرت**) أي: تركت دار الحرب (**إلينا**) مسلمة أو ذمية على قصد أن لا ترجع أبداً (**بانت**) من زوجها وجاز تزوجها (**ولا عدة عليها**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**) قالا: عليها العدة؛ لأن الفرقة وقعت بعد أن دخلت في دار الإسلام، وكل فرقة كذلك.. يلزمها حكم الإسلام كالمسلمة والذمية.

وارتدادُ أَحدِ الزَّوْجَيْنِ.. فسخٌ.

وَعند مُحَمَّد: ارتدادُ الرَّجلِ طَلَاقٌ.

ولأبي حنيفة: أن العدة لإظهار خطر ملك النكاح، ولا خطر لملك الحربي، ولهذا لا تجب العدة على المسبية بالاتفاق.

لكنها لو كانت حاملاً.. لم تتزوج حتى تضع حملها.

وعن أبي حنيفة: أنه يصح النكاح أيضاً، ولا يقربها زوجها حتى [تضع] حملها؛ لأنه لا حرمة للحربي.. فجزؤه أولى؛ كما في الحبل من الزنا، والأول أصح؛ لأنه ثابت النسب؛ فإذا ظهر الفراش في حق النسب.. يظهر في المنع عن النكاح أيضاً احتياطاً؛ كأمّ الولد إذا حبلت من مولاها.. لا يزوجها حتى تضع.

فإن قيل: الهجرة أورثت تباين الدارين، وهو لا يربو على الموت، ولو مات.. وجبت العدة فلتجب مع الهجرة أيضاً.

أجيب: بأن الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكماً، فلزمتها العدة بحكم الملك؛ وأما تباين الدارين.. فيسقطها حقيقة وحكماً، فيزول ملكه لا إلى أثر.

والحاصل: أن التباين يربو على الموت، ألا ترى أنه يمنع التوارث، والموت يوجبه.

(**وارتداد أحد الزوجين فسخ**) في الحال عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ أي: لا يتوقف على مضي ثلاث حيض في المدخول بها كما قال الشافعي، ولا على القضاء.

(**وعند محمد: ارتداد الرجل طلاق**) اعتباراً بإبائه، والجامع: أنه امتنع عن الإمساك بالمعروف على ما مر [٣٨٨/أ] في الإباء، وأبو يوسف مر على أصله في الإباء، وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزّوجان، والطّلاق ممّا يختص بالزوج، وأبو حنيفة فرّق بين الإباء والارتداد، فجعل الفرقة بإبائه طلاقاً دون ردته؛ بناء على أن الرّدة منافية للنكاح؛ لكونها منافية للعصمة؛ لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك

والنكاح، والطلاق ليس بمناف للنكاح، بل رافع له بعد تحققه، فلا تكون الردة طلاقاً.

بخلاف الإباء؛ لأنه يفوت الإمساك بالمعروف، فيجب التسريح بالإحسان على ما مرّ، ولهذا تتوقّف الفرقة بالإباء على القضاء، ولا تتوقف بالردة.

فإن قيل: إن الردة لا تنافي ملك العين، بل تصيّره موقوفاً، فما بال النكاح لا يكون كذلك.

أجيب: بأن ما يرجع إلى المحلّ فالابتداء والبقاء فيه سواء، والردة تنافي ملك النكاح ابتداء فكذا بقاء، وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء.

فإن قيل: إنها لو كانت منافية للنكاح.. لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة؛ كما في المحرمية، لكنه يقع بالاتفاق.

أجيب عنه: بأن وقوع الطّلاق تابع لإمكان ظهور أثره، وحيث كانت المحلية متصوّرة العود بالتوبة.. أمكن ظهور أثره، وكان معتبراً، بخلاف المحرميّة؛ فإن المحلية غير متصورة ابتداء، فلا يمكن ظهور أثره، وعن هذا قالوا: إذا ارتد الرّجل ولحق بدار الحرب.. لم يقع على المرأة طلاقه؛ لأن تباين الدارين مناف للنكاح، فكان منافياً للطلاق الذي هو من أحكام النكاح؛ فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة.. وقع عليها الطلاق؛ لأن المنافي قد ارتفع، ومحلية الطلاق بالعدّة وهي قائمة، فيقع.

وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب.. لم يقع طلاق الزوج عليها؛ لأن العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية؛ لأن من كان في دار الحرب فهو كالميّت في حق العدّة، وبقاء الشيء في غير محله مستحيل، والعدة متى سقطت.. لا تعود إلا بعود سببها.

بخلاف الفصل الأول؛ لأن العدة هناك باقية ببقاء محلّها؛ لكونها في دار

وللموطوءَةِ الْمهْرُ، ولغيرها: نصفُهُ إِنِ ارْتَدَّ.

وَلَا شَيْءَ لَهَا إِنِ ارْتَدَّت.

وَإِن ارتدا مَعاً وأسلما مَعاً.. لَا تبينُ.

الإسلام، إلا أن تباين الدارين كان مانعاً من وقوع الطلاق؛ فإذا ارتفع والعدة باقية.. وقع هذا، وإن كان يشبه تخصيص العلة، لكن المخلص معروف.

واعلم: أنّ ما اختاره المصنف هو جواب ظاهر الرواية.

وقال ابن أبي ليلى: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد؛ فإن تاب.. فهي امرأته، وإلا.. فرق وجعل كالإباء.

ونحن نقول: الارتداد ينافيه، واعتراض المنافي يوجب الفرقة كالمحرمية، بخلاف ما إذا أسلم أحدهما على ما تقدّم.

وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسماً لباب المعصية.

وعامتهم على أنه تقع الفرقة وهو الصحيح، إلا أنها تجبر على الإسلام والنكاح مع زوجها الأوّل.

ومشايخ بخارى على هذا. كذا في «التاتارخانية».

(**وللموطوءة المهر**) أي: كله، وكذا عليها [٣٨٨/ب] العدّة بثلاث حيض لو كانت ممن تحيض، وبثلاثة أشهر لو آيسة أو صغيرة، وبوضع الحمل لو حاملاً، ارتدّ هو أو ارتدت هي على ما في «البحر» عن «الفصولين».

(**ولغيرها: نصفه إن ارتد**) الزوج.

(**ولا شيء لها**) من المهر والنفقة (**إن ارتدت**) المرأة ولم يدخل بها؛ لأن الفرقة كانت من قبلها فصارت كالناشزة.

وإن دخل بها.. فلها المهر أيضاً لتأكده بالدخول، وعليها العدة لما ذكرناه.

(**وإن ارتدا معا وأسلما معا.. لا تبين**)، بل يبقيان على نكاحهما استحسانا.

وَإِن أَسلما متعاقبينِ.. بَانَتْ.

وَلَا يَصحُّ تزوُّجُ الْمُرْتَدِّ وَلَا الْمُرْتَدَّةِ أَحداً.

وقال زفر: يبطل، وهو القياس؛ لأن ردّة أحدهما منافية، وفي ردتهما ردة أحدهما وزيادة، فكان أولى.

ولنا: ما روي أن بني حنيفة ارتدوا معاً، وبعث إليهم أبو بكر الصديق الجيوش، فأسلموا ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة، والصحابة متوافرة.. فحل ذلك محل الإجماع، فيترك به القياس.

(**وإن أسلما متعاقبين.. بانت**) كما لو أسلم أحدهما فقط، وهذا؛ لأن إصرار الآخر على الارتداد المنافي للنكاح.. صار كإنشاء الردة منه ابتداء.

(**ولا يصح تزوج المرتد، ولا المرتدة أحداً**) للتنافي بينهما.

وفي «التاتارخانية» نقلاً عن أبي بكر الإسكاف: امرأة ارتدت لتفارق زوجها، تجبر على الإسلام، وتعزر خمسة وسبعين سوطاً، وليس لها أن تتزوج إلّا بزوجها الأول، وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث. انتهى.

وفيه أيضا عن «جامع الجوامع»: ارتدت ولحقت بدار الحرب.. جاز التزوج بأختها، وقالا: لا يجوز بناء على أنه لا عدة عنده، ولو رجعت.. فسدت في إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي أخرى: لا.

إذا بلغت الصغيرة فعرفتِ الإسلام؛ فإن قالت: أنا أعرف الإسلام وأقدر على وصفه، إلّا أني لا أصفه، أو قالت: أنا أعرف الإسلام، ولكن لا أقدر على الوصف.. ففي الصورتين هل تبين من زوجها؟

قيل: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ، فعلى قول من يشترط الإقرار باللسان: تبين من زوجها، ولو كانت هاتان اللتان بلغتا قد عقلتا الإسلام أو الكفر قبل أن تبلغا، ولكن لم تصفا ذلك ولا غيره.. لم تبن واحدة منهما من زوجها.

وفي «الخانية»: وهذا دليل على أن من صدق قلبه كان مسلماً، وإن لم يقر بلسانه على ما روي عن أبي حنيفة، وبه أخذ الإمام أبو منصور الماتريدي وهو مذهب الشيخ أبي الحسن الأشعري، وعامة مشايخنا قالوا: لا، بل الإقرار باللّسان شرط لصيرورته مسلماً، وقد حقّقنا هذه المسألة فيما رتبناه وشرحناه في العقائد.

* * *

(بَابُ الْقَسْمِ)

يجبُ الْعدْلُ فِيهِ بيتوتةً لَا وطئاً.

وَالْبِكْرُ وَالثَّيِّبُ، والجديدةُ والقديمةُ، والمسلمةُ والكتابيةُ فِيهِ سَوَاءٌ.

باب القَسْم

هو بفتح القاف وسكون السين مصدر: «قسم القسّام المال بين الشركاء»، ومنه: القسم بين النساء. كذا في «المغرب».

(يجب العدل فيه) أي في القسم **(بيتوتة)** وملبوساً ومأكولاً ومشروباً. **(لا وطأً)** ومحبة؛ لأنها تبتنى على النشاط **(والبكر والثيب، والجديدة والقديمة، والمسلمة والكتابية)**، والمراهقة والبالغة، والعاقلة والمجنونة التي لا تخاف منها، والحائض والنفساء، والحائل والحامل [٣٨٩/أ] التي لا يمكن وطؤها، والصحيحة والمريضة والرتقاء، والمولى منها والمظاهر منها **(فيه سواء)**.

وقال الشافعي: إذا كانت الجديدة بكراً - يفضلها بسبع ليال، وإن كانت ثيباً.. فبثلاث، ثم التسوية بعده؛ لأن القديمة قد ألفت صحبته، والجديدة لا، فيفضلها بزيادة الصحبة، وللبكر زيادة نفرة من الرجال.. فيفضلها بسبع ليال.

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم.. جاء يوم القيامة وشقه مائل» رواه أبو داود.

وعن عائشة أن النبي ﷺ كان يعدل في القسم بين نسائه، وكان يقول: «اللّهمّ هذا قسمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما لا أملك»؛ يعني زيادة المحبة، رواه النسائي وابن ماجه.

ولأن القسم من حقوق النكاح، فلا تفاوت بينهن في ذلك.

والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج؛ إن شاء يبيت بكلّ منها ليلة ليلة أو فصاعداً؛ لأن المستحق هو التسوية دون طريقه؛ لأن تعيين الطريق غير معتبر.

وللأَمةِ وَالْمُكَاتبَةِ والمدبَّرةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ: نصفُ الْحرَّةِ.

وَلَا قَسْمَ فِي السَّفرِ، فيسافرُ بِمن شَاءَ، والقُرعةُ أَحبُّ.

وَإِن وَهبت قَسمهَا لضَرَّتِها.. صَحَّ.

وَلها أن ترجعَ.

(وللأمة والمكاتبة والمدبرة وأمّ الولد نصف الحرة) على ما ورد به الأثر، ولأن حل الأمة أنقص من حلّ الحرة، فلا بدّ من إظهار النقصان:

في الحقوق من القسم، والطلاق والرق قائم في المكاتبة وأختها.

وفي الغاية: بخلاف النفقة والكسوة والسكنى؛ فإنها مبنية على الكفاية، فتجب على السوية.

وتعقبه في «الزيلعي» بأن هذا لا يتمشى على قول من يعتبر النفقة بحالها، وهو المختار، وإنما يتمشى على قول من يعتبر النفقة بحال الرجل فقط.

(ولا قسم في السفر، فيسافر بمن شاء، والقرعة أحبّ).

وقال الشافعي: القرعة مستحقة؛ لما روي أنه ﷺ كان إذا أراد سفراً.. أقرع بين نسائه، إلا أنا نقول: إن القرعة لتطيب قلوبهن، فكانت من الاستحباب؛ لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج، حتى جاز له أن لا يستصحب واحدة منهن، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن، ولا يحتسب عليه بتلك المدة من نوبتها على ما في «الزيلعي».

(وإن وهبت قسمها لضرتها.. صح، ولها أن ترجع)؛ لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد، فلا يسقط؛ لأنه في الحقيقة امتناع لا إسقاط.

* * *

(كتاب الرضاع)

(كتابُ الرَّضَاعِ)

هُوَ مصُّ الرَّضِيعِ، مِن ثديِ الْآدَمِيَّةِ، فِي وَقتٍ مَخْصُوصٍ.

وَيثبتُ حكمُهُ بقليلهِ وَكَثِيرِهِ . ...

كِتَابُ الرَّضَاعِ

هو بفتح الراء، وبكسرها لغة، **وهو في اللغة:** مصّ اللبن من الثدي مطلقاً، **وفي الشريعة: (هو مصّ الرضيع)**، يقال: رضع الصبي رضعاً فهو راضع ورضيع، وذكر المص خارج مخرج الغالب، وإلا.. فالحرمة ثابتة بغير المصّ أيضاً على ما سيأتي.

(من ثدي الآدميّة) ميتة كانت الآدمية أو حية، خلافاً للشافعي قال: لا يثبت الرضاع في لبن الميتة على ما في «الخانية».

وكذا تثبت حرمة الرضاع، ولو كانت الآدمية نائمة على ما في «الأشباه» من الفن الثالث.

(في وقت مخصوص) أي: في مدة الرضاع، ولكل قيد فائدة ستظهر.

(ويثبت حكمه) أعني: الحرمة **(بقليله وكثيره)** أي: قليل الرضاع، ولو بمصّة وقطرة، لكنه لا بد أن يعلم أن اللبن قد وصل إلى بطنه، وإلا.. لم تثبت الحرمة على ما في «الخلاصة» [٣٨١/ب] حيث قال: المرأة إذا أدخلت حلمة ثديها فم الصبي، ولا يدري أدخل اللّبن حلق الصبي أم لا.. لا تثبت حرمة الرّضاع؛ لأن الأصل استمرار العدم، كذا في «البزازية».

وهذا لأن علّة الحرمة هي الجزئية، وذلك بوصول اللبن إليه لا بمجرد المصّ، والعلم بوصول اللّبن بإقرار المرأة. وفي «الخانية» عن «الينابيع»: القليل من الرضاع مفسر بما يعلم أنه وصل إلى الجوف، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يثبت الرّضاع إلّا بخمس رضاعات في خمسة أوقات، يكتفي الصغير بكلّ واحدة منهنّ؛ لما رواه مسلم عن حديث عائشة أنها قالت: كان فيما نزل من القرآن: «عشر رضاعات يحرّمن»، ثم نسخ بخمس معلومات، فتوفي

فِي مدَّتِهِ، لَا بعْدَهَا.

رسول الله ﷺ وهي فيما يقرأ من القرآن، وأنها قالت مرفوعاً: «لا تحرمه المصة، ولا المصتان، ولا الإملاجة، ولا الإملاجتان» رواه مسلم.

المصة فعل الرضيع، والإملاجة فعل المُرضِع.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ علّقه بفعل الإرضاع من غير قيد بالعدد، والتقييد به زيادة عليه، وهو نسخ لا يجوز، وما رواه في الصحيح مرفوعاً قال: «يحرم من الرضاع: ما يحرم من النسب»، ولأن علّة الحرمة هي شبهة البعضيّة، وقد وجد في القليل أيضاً، وما رواه منسوخ إن كان بعد الكتاب، أو مردود به إن كان قبله.

(في مدّته لا بعدها) لقوله ﷺ: «لا رضاع بعد الفصال» أي: مدّة الفصال، ولأن الحرمة باعتبار النشو، وذلك في المدة؛ إذ الكبير لا يشرب اللبن حتى إذا مصّ الرجل ثدي امرأته وشرب لبنها.. لم تحرم عليه امرأته؛ لكونه بعد الفصال.

وقيل: لا يباح الإرضاع بعد هذه المدة؛ لأن إباحته ضروريّة؛ لكونه جزء الآدميّ، ولا ضرورة بعدها.

وقيل: إن الإرضاع إلى المدة واجب.

وقيل: إنه واجب إلى استغناء الولد، ومستحب إلى حولين، وجائز إلى حولين ونصف.

ولو فطم في المدة ثم أرضع فيها.. تثبت الحرمة، وإن استغنى عن اللبن بالطعام في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة: إن استغنى به.. لا تثبت الحرمة.

وعنه أيضاً: أنه إن كان لا يستغني به، بل أكثر ما يتناوله اللبن.. يكون رضاعا وتثبت به الحرمة، وإن كان أكثر ما يتناوله هو الطعام.. لا يثبت الرضاع.

وَهِيَ: حولانِ وَنصفٌ.

وَعِنْدَهُمَا: حولانِ.

وفي «الخانية»: والرضاع الموجب للتحريم: ما كان في حالة الصغر دون الكبر، ولمدّة الرضاع ثلاثة أوقات: أدنى وأوسط وأقصى؛ فالأدنى: حول ونصف، والأوسط: حولان، والأقصى: حولان ونصف، حتى لو نقص عن الحولين.. لا يكون شططا، ولو زاد على الحولين.. لا يكون تعدّيا.

وفيها أيضاً: إن مدّة الرضاع عند بعض العلماء ثمان سنين.

وعند بعضهم: جميع العمر مدة الرضاع.

وعن الحسن: أربع سنين.

وعن بعضهم: عشر سنين.

وعن بعضهم: خمسة عشر سنة.

وعن بعضهم: عشرون سنة.

(وهي): أي مدّة الرضاع في حق الحرمة، وإنما قلنا: «في حقّ الحرمة» ليلائم التفريع الآتي، ولأن مدة الرضاع [٣٨٢/أ] في حقّ استحقاق الأجر.. ففيها اختلفت عباراتهم:

ففي «الخلاصة»: أجمعوا أن مدة الرّضاع في حق استحقاق الأجر على الأب سنتان.

وفي «الخانية» عن شمس الأئمة الحلواني: إنها على الخلاف المقرّر في مدّة الرضاع في حقّ ثبوت الحرمة، حتى أن المطلّقة تستحق أجرة إرضاع الولد على الأب إلى تمام (حولين ونصف) عند أبي حنيفة، وعندهما: إلى تمام حولين.

وكثير من المشايخ قالوا: إن مدّة الرّضاع في حقّ استحقاق الأجر على الأب مقدّرة بحولين عند الكل. انتهى.

حولان ونصف عند أبي حنيفة، (وعندهما حولان).

وقال زفر: ثلاث أحوال؛ لأنه لا بدّ من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن، ويحصل بغيره إبقاء لحياته، وذلك التغير لا يكون إلا بزيادة مدّة على الحولين يتعود الصبي فيها غيره؛ لأن قطع دفعه من غير أن يتعود غيره.. مهلك، والحول حسن لتلك الزيادة للتحول من حال إلى حال؛ لاشتماله على الفصول الأربعة، ولهذا أحل العنين به.

ولهما: قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ ومدة الحمل أدناها ستة، فبقي للفصال حولان، وقوله ﷺ: «لا رضاع بعد حولين»، ولأن الظاهر أن الرضيع يكتفي في الحولين باللبن، وبعدهما لا يكتفى به، فكان كالكبير، وهو لا يسمّى رضيعاً.

ولأبي حنيفة: هذه الآية أيضاً، ووجهه: أنه ذكر شيئين وضرب لهما مدة ثلاثون شهراً، وكل ما كان كذلك.. كانت المدة المضروبة مدّة لكل واحد منهما بكمالها؛ كقوله لفلان: علي ألف درهم وخمسة أفرقة حنطة إلى شهرين، يكون الشهران أجلاً لكل واحد منهما بكماله، إلا أنه قام المنقص في الحمل، وهو حديث عائشة: «الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين»، فبقي في الفصال على ظاهره.

وفيه نظر؛ لأنه يستلزم استعمال لفظ «ثلاثين» في مدلوله، وفي مدلوله أربعة وعشرين، وذا لا يجوز؛ لأنه جمع بين الحقيقة والمجاز، ولهذا استدل بعض مشايخنا بأنه لا بدّ من الزيادة على الحولين على ما ذكرناه في وجه زفر.

وقدرناها بأدنى مدة الحمل ستة أشهر؛ لأنها معتبرة؛ فإن غذاء الجنين يغايره غذاء الرضيع، كما يغاير غذاء الفطيم، وما رويناه محمول على مدة الاستحقاق؛ أي: لا يستحق على الأب أجرة الإرضاع بعد الحولين، أو لا يستحق الولد الرضاع بعدهما، وعلى هذا يحمل قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾.

فَيحرمُ بِهِ مَا يحرمُ منَ النّسَبِ.

إِلَّا جدَّةُ وَلَدِهِ، ....

(فيحرم به ما يحرم من النسب) لما رويناه من «الصحيحين»، فيحرم على الرضيع والرضيعة كل من المرضِعة وزوجها مع أصولهما وإن علا، وفروعهما وإن سفل، ومع أخواتهما وأخوة أصولهما، وأخواتهما وأخوات أصولهما، كما تحرم الأم والأب مع أصولهما وفروعهما وإخوتهما وإخواتهما على ولدهما من النسب، فتحرم عليه البنت الرضاعية للأخت النسبية.

وكذا يحرم كل من رضيعي ثدي على الآخر.

ويحرم أيضاً فروع الرضيع والمرضَعة وإن سفل وزوجها على المرضِعة وولدها وزوجها [٣٨٢/ب]، فيحرم ولد الرضيع على المرضِعة؛ لأنها جدّته، وكذا على ولدها؛ لأنه ولد أخيه، وكذا بنته على زوجها؛ لأنه جدها، وكذا زوجته على زوجها؛ لأنها زوجة فرعه، وكذا زوج الرضيعة على المرضِعة؛ لأنها أم زوجته.

قال في «الاختيار»: إذا أرضعت المرأة صبية.. حرمت على زوجها وآبائه وأبنائه، لكون المرضِعة أمّ الرضيع، وأولادها إخوته وإخوانه من تقدم وتأخر، فلا يجوز أن يتزوج شيئاً من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا، وآباؤها أجداده وأمهاتها جدّاته.

وقال في «خزانة المفتي»: لو أرضعت امرأة صبيّاً.. حرم عليه من تقدم من أولادها ومن تأخّر.

(إلا جدّة ولده) استثناء من قوله: «يحرم» أي: يحل جدة ولده من الرضاع، يصدق على صور ثلاث:

أحدها: ما إذا كان لرجل ولد من النسب وله جدّة من الرضاعة.

وثانيها: ما إذا كان له ولد من الرضاعة وله جدة من النسب.

وثالثها: ما إذا كان له ولد من الرضاعة، وله جدّة من الرضاع.

وَأُخْتُ وَلَدِهِ، وعمَّةُ وَلَدِهِ، وَأُمُّ أَخِيهِ أَوَ أُخْتِهِ، ....

فإنه يحلّ له تزوجها في الصّور الثلاث، ولا يحل ذلك من النسب؛ لأنها تكون أمه إذا كانت الجدة من قبل الأب، وأمّ امرأته إذا كانت من قبل الأم.

(و) وإلّا (أخت ولده) من الرضاع وهو يصدق على ثلاث صور أيضاً:

أحدها: إن كان له ولد من النسب، وله أخت من الرضاع.

وثانيها: إن كان له ولد من الرضاع، وله أخت من النسب.

وثالثها: إن كان له ولد من الرضاع، وله أخت من الرضاع أيضاً.

فإنه يجوز أن يتزوج أخت ولده في الصور الثلاث، ولا يجوز له أن يتزوج أخت ولده من النسب؛ لأنه لما وطئ أمّها.. حرمت عليه.

بخلاف ما لو كانت جارية بين شريكين، فجاءت بولد فادعياه وثبت النسب منهما، ولكل واحد منهما بنت من امرأة أخرى.. جاز لكلّ واحد من الشريكين أن يتزوج بابنة صاحبه، وإن كان كلّ واحد منهما متزوجاً بأخت ابنه من النسب على ما في «شرح الوقاية» لعلاء الدين الأسود.

(و) إلا (عمة ولده) من الرضاع، وهذا يصدق أيضاً على ثلاث صور على ما ذكرناه، ولا يجوز ذلك من النسب؛ لأنها تكون أخته من النسب.

(و) إلّا (أمّ أخيه أو أخته) من الرضاع، يصدق كل منهما على ثلاث صور أيضاً:

الأم الرضاعية للأخ أو الأخت النسبيين.

أو الرضاعيتين.

الأم النسبية للأخ والأخت الرضاعيتين.

فصارت ست صور يجوز أن يتزوج في كلّ منها أم أخيه أو أخته من الرضاعة، ولا يجوز من النسب؛ لأنها تكون أمّه إذا كان أخاً أو أختاً لأب وأم، أو لأم، أو موطوءة أبيه إذا كان أخاً أو أختاً لأب، وهذا المعنى معدوم في الرضاع.

وَأُمُّ عَمِّهِ أَو عمَّتِهِ، أَو خَالِهِ أَو خَالَتِهِ.

وَإِلَّا أَخا ابْنِ الْمَرْأَةِ لَهَا.

وَقِيسَ عَلَيْهِ.

(و) إلا (**أم عمّه أو عمتّه**) من الرضاع، يصدق كل منهما على ثلاث صور أيضاً:

الأم الرضاعية للعم والعمة النسبيتين.

أو الرضاعيتين.

والأم الرضاعية للعم والعمة النسبيتين.

فصارت ست صور يجوز أن يتزوج في كل منها أم عمه أو عمته من الرضاع، ولا يجوز [٣٨٣/أ] من النسب؛ لأنها تكون جدّته إذا كان عمّه أو عمته لأب وأم، أو لأم، أو موطوءة جدّه إذا كان لأب.

وكذا الحال في قوله: (**أو خاله أو خالته**) أي: يحلّ أم خاله أو خالته من الرضاع على الصور الثلاث في كل منها لا من النسب؛ لأنها جدته من النسب بخلافه من الرضاع.

وهذه الصور كلّها بيان ما يحل للرجل.

ثم شرع في بيان ما يحل للمرأة بقوله: (**وإلا أخا ابن المرأة**) أي: ويحل أخا ابن المرأة (**لها**) أي لتلك المرأة ويصدق هذا أيضاً على ثلاث صور:

الأخ والابن الرضاعيين للمرأة.

والأخ الرضاعي للابن النسبي لها.

والأخ النسبي للابن الرضاعي لها، ولا يجوز من النسب؛ لأنه يكون ابنها أو ربيبها.

(**وقيس عليه**) أي: ويحل للمرأة أن تتزوج بأبي أختها أو بأخي بنتها وبأبي حفيدتها وبجد ولدها وبخال ولدها وبعم ولدها، **كلها من الرضاع**، ولا يحل ذلك من النسب.

وَتحلُّ أُخْتُ الْأَخِ رضَاعاً ونسباً؛ كأخٍ منَ الْأَبِ لَهُ أُخْتٌ مِن أُمِّهِ تحلُّ لِأَخِيهِ من أَبيه.

وَلَا حلَّ بَينَ رضيعَي ثدي وَإِنِ اخْتلفَ زمانُهما، ولا بَينَ رَضِيعٍ وَولدِ مُرضعتِهِ وَإِن سفل، وَولدِ زوجٍ لَبَنُهَا مِنْهُ؛

(**ويحلّ**) لرجل (**أخت الأخ رضاعاً**)، يصدق على ثلاث صور:

الأول: أن يكون له أخ من النسب، ولهذا الأخ أخت رضاعية.

والثاني: أن يكون له أخ من الرضاع، وله أخت نسبية.

والثالث: أن يكون له أخ من الرضاع، وله أخت رضاعية.

(و) كذا تحل له (**نسباً كأخ من الأب له أخت من أمه.. تحل**) الأخت (**لأخيه من أبيه**)؛ لأنه ليس بينهما نسب يوجب الحرمة.

(**ولا يحلّ بين رضيعي ثدي، وإن اختلف زمانهما**)؛ لأنهما أخوان من الرضاع لكون أمّهما واحدة، ولا تأثير لاختلاف الزمان وإن كثيرا، ولا لاختلاف الثدي بأن أرضعت أحدهما من إحدى ثدييها والآخر من ثديها الآخر؛ فإن كان زوج المرضعِة مختلفاً عند الإرضاعين.. فهما أخوان أو أختان لأم، وإن كان أبوهما واحداً فهما أخوان أو أختان لأب وأم من الرضاعة.

وإن كانت تحته امرأتان، لكلّ واحدة منهما لبن، فأرضعت كلّ واحدة منهما صبية.. فهما أختان لأب من الرضاع. كذا في «الخلاصة».

(**ولا بين رضيع**) ورضيعة وولدهما (**وولد مرضعته، وإن سفل**) لما ذكرناه، وفيه استدراك، اللهم إلا أن يراد بالولد ههنا ما يكون نسباً، وفيما سبق ما يكون رضاعاً.

(**وولد زوج**) - عطف على «ولد مرضعة» - (**لبنها**) أي: لبن المرضعة (**منه**) أي: من ذلك الزوج، أشار به إلى ما في «قاضي خان»: إذا ولدت المرأة من زوجها ولداً، فطلّقها الزوج وتزوجت بآخر، فأرضعت بلبن الأول ولداً وهي تحت الزوج الثاني.. فإن الرضاع يكون من الأول؛ لأن نزول اللبن كان منه.

فَهُوَ أَبٌ للرضيعِ ....

رجل تزوج امرأة ولم تلد منه قط، ثم نزل لها لبن فأرضعت صبياً.. كان الرضاع من المرأة دون زوجها، حتى لا يحرم على الصبي أولاد هذا الرجل من غير هذه المرأة. انتهى.

وإلى ما في «المحيط»: لو ولدت من زوج وأرضعت ولدها، ثم يبس، ثم در لها اللبن فأرضعت صبية.. لا يثبت بين زوجها وبين رضيعة اللبن الثاني حرمة الرضاع؛ لأنه ليس بلبن ذلك الفحل. انتهى.

واختلفوا [٣٨٣/ب] في امرأة طلقها زوجها ولها ابن منه، وتزوجت بزوج آخر فحبلت من الثاني فأرضعت صبياً.

قال أبو حنيفة: الرضاع من الأوّل ما لم تلد من الثاني، وإذا ولدت.. كان الرضاع من الثاني.

وعن أبي يوسف: فيه روايتان، في رواية: إن عرفت أن اللبن من الحمل الثاني.. فالرضاع من الثاني وينقطع حكم الأول.

وفي رواية: إذا حبلت من الثاني.. ينقطع حكم الأول.

وقال محمد: الرضاع منهما حتى تضع الحمل الثاني؛ فإذا وضعت.. فمن الثاني لا من الأول بيقين، واحتمل كونه من الثاني.. فيجعل منهما احتياطا في الحرمات.

وكذلك يقول أبو يوسف: إلا إذا عرفنا أنه من الثاني بالحبل منه أو برقة اللبن؛ فإنه إذا رق.. فهو من الثاني، وإذا غلظ.. فهو من الأوّل.

(فهو) أي: ذلك الزوج (أب للرضيع) أي: كما أن المرضِعة أمّه.

واعلم: أنّ أمومة المرضِعة للرضيع مما لا شك في ثبوتها، وأما أبوة زوجها له.. فإنما تثبت لو كان لبن المرضِعة من ذلك الزوج، وإلا.. فلا تثبت أبوة الزوج للرضيع، بل يكون الرضيع ربيباً له من الرضاع.

كما لو تزوجت ذات لبن رجلاً، فأرضعت به صبيّا.. فإنه لا يكون ولداً لهذا

وَابْنهُ أَخٌ، وبنتُهُ أُخْتٌ، وَأَخُوهُ عَمٌّ، وَأُخْتُهُ عمَّةٌ.

وَلَا حُرْمَةَ لَو رضِعا مِن شَاةٍ، أَو مِن رجلٍ.

وَلَا فِي الاحتقان بِلَبنِ الْمَرْأَةِ.

الرجل من الرضاع، بل يكون ربيباً له من الرضاع، ويكون للأول ولداً من الرضاع حتى يجوز أن يتزوج هذا الرضيع أولاد الزوج الثاني من غير تلك المرأة، وبأخواته كما في النسب، ولا يجوز أن يتزوج لأولاد الأول وأخواته، وكذا لا يجوز أن يتزوج هذه الرضيعة الزوج الثاني لنفسه وإن كانت ربيبة؛ سواء كانت المرضعة تحت هذا الزوج أو وقعت بينهما مفارقة.

وإنّ وطء الأمهات.. يحرم البنات، ولو من جهة الرضاع. كذا في «الدّرر».

(وابنه) أي ابن الزوج **(أخ، وبنته: أخت، وأخوه: عم، وأخته: عمة)** أي من الرضاع.

والأصل فيه: أن ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع سوى المنشأ.

(ولا حرمة لو رضعا من شاة)؛ لأن الحرمة إنما هي بطريق الكرامة بواسطة شبهة الجزئية، ولا جزئية بين الآدمي والبهائم.

وحكي أن محمداً بن إسماعيل البخاري يقول: إنه تثبت به حرمة المصاهرة، وكان يفتي به حين دخل بخارى في زمن الشيخ أبي حفص الكبير، فقال له الشيخ: لا تفعل، فأبى أن يقبله، فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى.

(أو من رجل)؛ لأنه ليس بلبن على التحقيق؛ لأن اللبن لا يتصور إلّا ممن يتصور منه الولادة غذاء للولد، فصار كما إذا نزل من ثدي البكر ماء أصفر.

(ولا في الاحتقان بلبن المرأة)؛ لأن الحرمة باعتبار النشور، ولا يوجد ذلك في الاحتقان؛ لأنه يكون بالغذاء، وهو من الأعلى لا من الدبر.

وعن محمد: أنه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم.

وَلبنُ الْبِكرِ وَالْميتَةِ مُحَرّمٌ.

قلنا: الفطر يتعلق بالوصول إلى الجوف، والمحرم في الرضاع معنى النشور، ولا يوجد فيه.

وعلى هذا الخلاف أنه لو أقطر في أذنه، أو وصل إلى جائفة أو آمة، أو أقطر في إحليله.

(ولبن البكر والميتة) [٣٨٤/أ] (محرّم) أي: موجب للحرمة بشرط أن تكون البكر بلغت تسع سنين أو أكثر؛ أما لو لم تبلغ تسع سنين فنزل لها لبن فأرضعت به صبياً.. لم يتعلق به تحريم. كذا في «البحر» عزواً إلى «الجوهرة».

وقال في «قاضي خان»: بكر لم تتزوج قطّ، فنزل لها لبن فأرضعت صبياً.. صارت أماً للصّبي، ويثبت جميع أحكام الرّضاع بينهما، حتى لو تزوجت البكر رجلاً، ثم طلّقها قبل الدّخول بها.. كان لهذا الزّوج أن يتزوج تلك الصّبية، وإن طلّقها بعد الدخول.. لا يكون له أن يتزوّجها؛ لأنها صارت من الربائب الّتي دخل بأمّها. انتهى.

والذي ظهر منه: أنّ لبن البكر إنما يثبت الرضاع بين البكر ورضيعها، لا بينه وبين زوجها، وإنما حرم عليه تزوج تلك الصبيّة لكونها من الربائب التي دخل بأمها لا لحرمة الرضاع، ولكنه قال في «الخلاصة»: ولو نزل لبكر لبن وهي لم تتزوج بعد، فأرضعت ولداً.. فهو رضاع محرِّم؛ فلو تزوجت البكر.. لا تثبت الحرمة من الزوج.

قال في «المحيط»: وكذا إذا تزوج امرأة ولم تلد منه قط، ثم نزل لها لبن.. فإن اللّبن من هذه المرأة دون زوجها. انتهى كلام «الخلاصة».

وقد ذكرنا عن «قاضي خان» مثل ما نقله عن «المحيط»، والذي ظهر منه: أن لبن المرأة لا يثبت الرضاع بين الرضيع وزوج المرأة ما لم تلد منه، ولا يخالف هذا ما فهم من إطلاق ما ذكرنا من «قاضي خان» من قوله: «وإن طلّقها بعد الدخول»؛

لأن حرمة الصّبية التي في كلام «قاضي خان» على الزوج ليس للرضاع، بل لكونها من الربائب الّتي دخل بأمّها على ما ذكرناه.

وأطلق في لبن الميتة فأفاد أنه لا فرق بين أن تحلب قبل موتها فيشربه الصبي بعد موتها، أو حلبت بعد موتها على ما صرّح به في «قاضي خان»، وإذا ثبتت الحرمة بهذه الميتة.. حلّ لزوج هذه الصبية الّتي تزوجها أن يدفن الميتة وييممها؛ لأنه صار محرماً لها، لكونها أم امرأته. كذا في «البحر».

ثم الأصل في لبن البكر إطلاق النصوص الدالة على محرمية اللّبن؛ ولأنه سبب النشوء والنمو، فيثبت به شبهة البعضيّة؛ لأنه لبن حقيقة كلبن غيرها من النّساء.

وأما لبن الميتة.. ففيه خلاف:

الشافعي قال: لا يثبت بلبن الميتة حرمة الرضاع؛ لأن الأصل في ثبوت الحرمة هي المرأة نفسها، وبالموت لم تبق محلاً له حتى لا يوجب وطؤها حرمة الرضاع؛ ولأن اللبن محله الحياة، فيموت بموتها، فيكون نجساً، فلا يفيد حرمة الرضاع؛ ولأن هذا الفعل حرام، وحرمة الرضاع كرامة، فلا تناله بالحرام؛ كالزنا في ثبوت حرمة المصاهرة عنده.

ولنا: أنه لبن حقيقة كسائر الألبان، وهو سبب النشوء والنمو، فيتناوله إطلاق النصوص، ولا نسلم أنها لم تبق محلاً للحرمة، كيف وإنها لو حلبت لبنها فأوجر به صبي بعد موتها.. يثبت به التحريم على ما ذكرناه من «قاضي خان».

ولا نسلم أيضاً أنّ اللبن يموت بموتها، كيف وإنه يحل إذا بان من الحي، ولو كان يموت.. لما حلّ؛ لأن ما أبين منه.. فهو ميت بعد الإبانة [٣٨٤/ب].

وقوله: «نجس أو فعل حرام».. يبطل بما إذا خالطه خمر فأوجر به صبي؛ فإنه يتعلق به التحريم إذا كان اللبن غالباً بالإجماع؛ لما فيه من إنبات اللحم وإنشاز العظم مع أنه نجس.

وَكَذَا الإسعاطُ، والوُجورُ.

وَاللَّبَنُ الْمَخْلُوطُ بِالطَّعَامِ لَا يُحرِّمُ، خلافاً لَهما عِنْد غَلَبَة اللَّبنِ.

(وكذا الإسعاط) أي يثبت به الرضاع، وكذا الوجور؛ لأنه يصل اللبن إلى المعدة على وجه يحصل به الغذاء والنشوء.

قال في «المصباح»: السَّعُوط مثال رَسُول: دواء يصب في الأنف، والسُّعوط مثل قُعود: مصدر.

(والوَجور) بفتح الواو: الدّواء يصب في الحلق.

(واللّبن المخلوط بالطعام لا يحرم) عند أبي حنيفة أي: مطلقاً؛ سواء كان اللبن غالباً بحيث يتقاطر عند رفع اللّقمة أو لا؛ وسواء كان مطبوخاً أو لا.

(خلافاً لهما عند غلبة اللبن) أي بغير طبخ ومساس نار، حتى لو طبخ به.. لا يتعلق به التحريم بالاتفاق؛ سواء كان اللّبن غالباً أو مغلوباً؛ أما إذا كان مغلوباً.. فظاهر، وأما إذا كان غالباً.. فلأنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعاً للطعام وإن كان غالباً حتى لا يسمى لبناً مطلقاً.

ووجههما فيما لم يطبخ؛ أي: في الخلافية: أنّ المغلوب عند الغالب كالمعدوم.

ووجه أبي حنيفة: أن الطعام أصل، واللبن تابع له في حق المقصود وهو التغذي.

قيل: قول أبي حنيفة فيما إذا لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة؛ فإن تقاطر.. تثبت به الحرمة.

وقيل: لا تثبت به الحرمة بكلّ حال، وإليه مال الإمام السّرخسي، وصحّحه في «الهداية»؛ إذ لا عبرة بالتقاطر، إذ المقصود هو التغذي.

وعن شيخ الإسلام خواهرزاده: قول أبي حنيفة فيما إذا أكل الصبي الطعام لقمة لقمة؛ أما إذا حسا حسواً فتثبت به الحرمة.

وَيعْتَبرُ الْغَالِبُ لَو خُلطَ بِمَاءٍ أَو دَوَاءٍ أَو لبنِ شَاةٍ.

وَكَذَا لَو خُلِطَ بِلَبنِ امْرَأَةٍ أُخْرَى.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: تتَعَلَّقُ الْحُرْمَةُ بهما.

وذكر في «قاضي خان»: أنه لو ثرد خبزاً في لبنها وشرب الأخير اللبن، أو لتّ سويقاً بلبنها؛ إن كان يوجد منه طعم اللبن.. تثبت الحرمة، وإلا.. فلا.

(ويعتبر الغالب) - أي: بالاتفاق على المشهور - **(لو خلط)** لبنها **(بماء أو دواء أو لبن شاة)**؛ لأن المغلوب مستهلك، فالحكم يدار مع الغالب ههنا؛ فإن كان هو اللبن.. يتعلق به التحريم؛ لأن المقصود ههنا ليس التغذي بغير اللّبن كما في الطعام في قول أبي حنيفة، ولا إنبات اللحم، ولا إنشاز العظم، ولا يثبت الرضاع إلّا بها.

واختلف في تفسير الغلبة:

قيل: إذا جعل في لبن المرأة دواء فغيّر لونه ولم يغيّر طعمه أو على العكس فأوجر به صبي.. حرم؛ لأنه غالب.

وإن غيّر اللون والطعم ولم يوجد فيه طعم اللبن ولونه.. لم يحرم؛ لأنه مغلوب.

وقيل: إذا لم يغيره الدواء من أن يكون لبناً.. ثبت به الحرمة.

ولم يذكر الحكم فيما إذا كانا متساويين، وينبغي أن تثبت الحرمة احتياطاً.

(وكذا) أي يعتبر الغالب **(لو خلط بلبن امرأة أخرى)** عند أبي يوسف، وكذا عند أبي حنيفة في رواية.

(وعند محمد: تتعلق الحرمة بهما) وهو قول زفر ورواية أخرى عن أبي حنيفة.

وجهه: أن كلّ واحد منهما محرم؛ لكونه سبباً لإنبات اللحم وإنشاز العظم، ويستوي فيه القليل والكثير، ولا يختلف الحكم بالزيادة، بل يقوى بها؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس.

وَإِن أرضعت ضَرَّتهَا.. حُرِّمَتَا، ....

ولأبي يوسف: أن الأقل تابع للأكثر في بناء [٣٨٥/أ] الحكم عليه؛ كما لو اختلط بلبن الأنعام.

وفي «التبيين» عن «الغاية»: قول محمّد أظهر وأحوط.

(وإن أرضعت المرأة ضرّتها.. حرمتا) يعني: رجل تحته صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة في مدّة الرضاع.. حرمتا عليه لجمعه بين الأم والبنت رضاعاً، ولكنه له أن يتزوّج الصّغيرة إن لم يطأ الكبيرة؛ لكونها بنت امرأة لم يدخل بها، بخلاف الكبيرة؛ لأنها أمّ امرأته فتحرم عليه بمجرّد نكاح بنته، ولا يشترط فيه الدخول بالبنت على ما مرّ في المحرّمات من **أنّ وطء الأمّهات يحرّم البنات، ونكاح البنات يحرّم الأمّهات**.

ولو تزوج كبيرة وثلاث رضيعات، فأرضعتهن الكبيرة واحدة بعد واحدة، أو أرضعت واحدة، ثم الاثنتين معاً.. حرّمن عليه جميعاً: أما الكبيرة والصغيرة الأولى.. لأنهما صارتا أماً وبنتاً.

وأما الباقيتين.. فلأنهما صارتا أختين في نكاح واحد.

وإن أرضعت اثنتين معاً ثم الثالثة.. حرمت الكبيرة والأوليان، ولا تحرم الثالثة؛ لأنها صارت ابنة امرأته بعدما بانت امرأته قبل الدخول.

وإن تزوج صغيرتين وكبيرتين، فأرضعت الكبيرتان صغيرة ثم صغيرة.. بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى:

أما الكبيرة الأولى.. فلأنها بإرضاع الصغيرة الأولى صارت أم امرأة كانت له فبطل نكاحها ونكاح الصغيرة الأولى؛ لأنهما اجتمعا في نكاح واحد.

وأما الكبيرة الثانية.. فلأنها بإرضاع الصغيرة الأولى صارت أم امرأة كانت له فبطل نكاحها.

والصغيرة الثانية امرأته؛ لأنها صارت بنت امرأة بانت منه قبل الدخول، وليس

وَلَا مهرَ للكبيرةِ إِن لـم تُوطأ، وللصغيرةِ نصفُهُ، وَيرجعُ بِهِ على الْكَبِيرَةِ إِن علمت بِالنِّكَاحِ وقصدتِ الْفسادَ، ....

في نكاحه غيرها، فلا تحرم. كذا في «قاضي خان».

(ولا مهر للكبيرة إن لم توطأ)؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها كما في ردّتها، حتى لو كانت الكبيرة مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة، أو أخذ رجل لبن الكبيرة فأوجر به الصغيرة، أو كانت الكبيرة مجنونة.. فلها نصف المهر؛ لعدم إضافة الفرقة إليها.

(وللصغيرة نصفه)؛ لأن الفرقة ليست من قبلها، وفعلها غير معتبر في إسقاط حقّها؛ لأنها ليست من أهل المجازاة على الفعل، فلا يسقط مهرها، ألا ترى أنه لا تجب الكفارة عليها، ولا تحرم من الإرث، حتى لو وجد في الكبيرة أيضاً ما يمنع عن اعتبار فعلها كالجنون وغيره.. لا يسقط حقّها.

(ويرجع) أي: الزوج **(به)** أي: بنصف المهر الذي لزمه للصغيرة **(على الكبيرة إن علمت)** - أي: الكبيرة - **(بالنكاح وقصدت الفساد)** أي: فساد النكاح، وفي لفظ: «الفساد» إشارة إلى ما ذكر في «البحر» أن المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة، بل يفسد، حتى لو وطئها قبل التفريق.. لا يجب الحدّ، وبعده: يجب عليه الحدّ؛ اشتبه الأمر عليه أو لم يشتبه، نصّ عليه محمّد في «الأصل» ذكره «الزيلعي» في اللعان.

وقال في «البزازية»: وبثبوت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع لا يرتفع النكاح، حتى لا تملك المرأة التزوج بزوج آخر إلّا بعد المتاركة، وإن مضى [٣٨٥/ب] عليها سنون، والوطء فيه.. لا يكون زنا؛ اشتبه عليه أو لا.

وفي النكاح الفاسد: يجوز لها التزوج بزوج آخر قبل التّفريق. انتهى.

يعني: أنّ النكاح في حرمة الرضاع فاسد، فلا تحتاج المرأة فيه إلى تفريق القاضي في التزوج بزوج آخر على ما هو الحكم في النكاح الفاسد، وقد ذكرناه في

لَا إِن لَم تعلم بِهِ أَو قصدت دفعَ الْجُوعِ والهلاكِ، أَو لَم تعلم أَنَّهُ مُفسَدُ.

باب الولي نقلاً عن «البحر»، بل تحتاج فيه إلى المتاركة، والمتاركة في الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول بأن يقول: تركتك أو خليت سبيلك، حتى لو أنكر نكاحها وقال لها: اذهبي فتزوجي.. يكون متاركة، ولو لم يقل لها: اذهبي وتزوجي.. فبمجرد الإنكار لا يكون متاركة كذا في «الخلاصة» من النكاح الفاسد.

وفيها أيضاً عن «مجموع النوازل»: الطلاق في النكاح الفاسد يكون متاركة، ولا ينقص من عدد الطّلاق.

وعن «المحيط»: لكل واحد فسخ هذا العقد بغير محضر من صاحبه قبل الدخول، وبعد الدخول ليس لكل واحد منهما حق الفسخ بعد الدخول وقبله.

(لا) أي: لا يرجع الزوج **(إن لم تعلم)** الكبيرة **(به)** أي: بالنكاح **(أو)** علمت به ولكنها **(قصدت دفع الجوع والهلاك)**؛ لأن جهلها بالنكاح معتبر، وقصدها دفع الجوع مندوب، ودفع الهلاك فرض، فالإرضاع في الأول: مباح، وفي الثاني: مندوب، وفي الثالث: فرض، فلم تكن متعدية بإرضاعها.

(أو لم تعلم أنه) - أي: الإرضاع - **(مفسد)**، فيكون مباحاً، فلم تتعدى به أيضاً.

فإن قيل: الجهل بحكم الشرع غير معتبر في دار الإسلام.

قلنا: اعتبار الجهل ههنا ليس لدفع الحكم الشرعي، بل لدفع الفساد، وذلك لأن الحكم الشرعي - أعني: وجوب الضمان على الكبيرة - مسبوق بالتعدي، والتعدي مسبوق بقصد الفساد، وقصد الفساد مسبوق بالعلم بالفساد؛ فإذا انتفى العلم بالفساد.. انتفى قصد الفساد أيضاً، فكان الجهل معتبراً لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم الشرعي.

فإن قيل: دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم، فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم.

قلنا: لزوم ذلك ضمني، فلا معتبر به، ثم هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن محمد والشافعي: أنه يرجع عليها في الوجهين؛ لأنها أكدت على ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج مثلاً، والتأكيد يجري مجرى الإتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا.

قلنا: إنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط.. لكنها مسببة في ذلك التأكيد لا مباشرة؛ لأنها باشرت الإرضاع وهو ليس بموضوع لإفساد النكاح، بل هو سبب موضوع للحرمة، وإنما يثبت الفساد في هذه الصورة باتفاق الحال بتأديته إلى الجمع بين الأم والبنت، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديا، ولا تعدي ههنا؛ لعدم علمه وقصده بالفساد.

ونظيره: مسألة حفر البئر [٣٨٦/أ]، ألا ترى أنّ من حفر بئراً في داره.. لا يضمن ما وقع فيها، وإن حفر في الطريق.. يضمن ما أصابه، ولو رمى سهماً في داره.. يضمن ما أصابه؛ لأن المباشرة علّة وضعاً، فلا يبطل حكمها بالعذر، والتسبيب ليس بعلّة، وإنما جعل في حكم العلة صيانة للدّم عن الهدر، وإنما يستقيم إذا صلح علة لضمان العدوان، والحفر ليس بعلة للتلف، بل هو شرط في معنى العلة، على معنى أنه لولا الحفرة لما وقع فيها، فصار محصّلاً لمحل الوقوع، أعني: البئر، والثقل علة السّقوط وهو علة التلف، ثم أضيف الحكم مع هذا إلى محصل الشرط على ما بُيّن في «الأصول»، وههنا المرضعة ليست بصاحبة علّة فساد النكاح؛ لأن فساده بالجزئية وسببها الارتضاع، إلا أنّه لولا الإرضاع.. لم يوجد محل الارتضاع، فصارت محصّلة لمحلّ علّة الفساد، فيضاف الفساد إليها بوصف التعدي، والإرضاع نفسه ليس بتعد لما ذكرناه أنه إما فرض أو مندوب أو مباح.

وفي «البحر»: ولتعمُّد الفساد شروط:

الأول: أن تكون الكبيرة عاقلة، فلا رجوع على المجنونة.

الثاني: أن تعلم بالنكاح.

وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِيهِ.

وَإِنَّمَا يثبتُ الرَّضَاعُ بِمَا يثبتُ بِهِ المَالُ.

الثالث: أن تعلم أن الرضاع مفسد.

الرابع: أن تكون من غير حاجة بأن كانت شبعانة؛ فإن أرضعتها على ظن أنها جائعة، ثم ظهر [أنها] شبعانة.. لا تكون متعمدة.

الخامس: أن تكون مستيقظة، فلو ارتضعت [منها] وهي نائمة.. لا تكون متعمدة، فلا يرجع عليها.

والمصنف ذكر بعض هذه الشروط مصرّحاً، وأشار إلى بعضها تأمّلاً.

(**والقول قولها فيه**) أي: في عدم تعمد الفساد؛ لأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها، فلا بد من قبول قولها فيه.

وقال في «المعراج»: والقول فيه قولها إن لم يظهر منها الفساد.

وقال في «البحر»: وهذا القيد قيد حسن؛ لأنه إذا ظهر منها تعمد الفساد.. لا يقبل قولها لظهور كذبها.

ولو أخذ الرجل لبن الكبيرة فأوجر به الصغيرة.. فعلى الزوج نصف المهر لكل منهما، ويرجع به على الرجل الذي تعمد الفساد لا على الكبيرة.

(**وإنما يثبت الرضاع بما يثبت به المال**) وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا يجوز شهادة امرأة واحدة عليه؛ أجنبية كانت أو أم أحد الزوجين، لكنه إن وقع في قلبه صدق المخبر.. تنزه قبل العقد وبعده، ويسعها المقام معه حتى يشهد ذلك رجلان أو رجل وامرأتان عدول على ما في «الخلاصة» وغيرها.

أرضعتها بعض أهل القرية ولم تُعلم المرضِعة، ثم تزوّجها بعض أهل تلك القرية، فهو في سعة من المقام معها في الحكم، والتنزه أولى.

صغير وصغيرة بينهما شبهة الرضاع، ولا يعلم ذلك حقيقة.. لا بأس بالنكاح بينهما إذا لم يخبر به واحد؛ فإن أخبر به واحد عدل.. يؤخذ بقوله، ولا يجوز النكاح

بينهما، وإن أخبر بعد النكاح.. فالأحوط أن يفارقها؛ لأن الشك في الأول وقع في الجواز، وفي الثاني في البطلان، والدفع أسهل من الرفع. كذا في [٣٨٦/ب] «البزازية».

وقال مالك: تثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة؛ لأن الحرمة من حقوق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد كسائر حقوقه؛ كمن اشترى لحماً فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي؛ فإن الحرمة تثبت به، ولا يحل تناوله، غير أنه إذا أثبتت الحرمة بخبر عدل.. يثبت زوال ملك النكاح ضمناً، وكم من شيء يثبت ضمناً لا قصداً.

ولنا: أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في النكاح، فإبطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما في الشهادة على الطلاق، بخلاف مسألة اللحم؛ لأن حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك؛ كالعصير إذا تخمر، والدّهن إذا نجس، وجلد الميتة، فإنها مملوكة مع حرمة تناولها، فأمكن قبولها لثبوت الحرمة مع بقاء الملك، فاعتبر فيه الأمر الديني.

واعلم: أن الرضاع يثبت بما يثبت به المال قبل العقد وبعده، على ما صرح به في «قاضي خان» و«الكافي» وغيرهما.

وهل هو كذلك في عدم ثبوته بخبر الواحد؟

فقال في «الزيلعي» نقلاً عن «المغني»: إن خبر الواحد مقبول في الرضاع الطارئ، ومعناه: أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها أرضعت أمّه أو أخته أو امرأته بعد العقد، ووجهه: أن إقدامها على النكاح دليل على صحته، فمن شهد بالرضاع المتقدم على العقد.. صار منازعاً لها؛ لأنه يدعي فساد العقد ابتداء، وأما من شهد بالرضاع المتأخر عن العقد.. فقد سلّم صحة العقد، ولا ينازع فيه، وإنما يدعي حدوث المفسد فيه بعد ذلك، وإقدامها على النكاح.. يدل على صحّته، ولا يدل على انتفاء ما يطرأ عليه من المفسد؛ فصار كمن أخبر بارتداد مقارن بالعقد من أحد الزوجين حيث لا يقبل قوله.

وَلَو قَالَ: هَذِه أُخْتِي مِنَ الرَّضَاعِ ثُمَّ ادّعى الْخَطَأَ.. صُدِّقَ.

ولو أخبر بارتداد طارئ.. يقبل قوله لما قلنا، وعلى هذا: ينبغي أن يقبل قول الواحد في الرضاع قبل العقد؛ لعدم ما يدل على صحة العقد من الإقدام عليه، ولعدم إزالة الملك. انتهى.

(ولو قال: هذه أختي من الرضاع، ثم ادّعى الخطأ) ولو بعد عشر سنين - على ما في «شرح المجمع» - **(صُدّق)** يعني: لو أقر بامرأة قبل النكاح أو بعده أنها أخته من الرضاع:

فإن أصرّ على إقراره.. لم يتزوجها في الأول، وفرق بينهما في الثاني عملاً بإقراره.

وإن لم يصر على ذلك وادّعى الخطأ أو النسيان وصدّقته المرأة.. فهما مصدّقان في قولهما، فيتزوجها في الأوّل، ولا يفرق بينهما في الثاني.

وكذا لو أقرت المرأة قبل النكاح ولم تصر على إقرارها.. كان لها أن تزوج نفسها منه، وإن أقرت هي بذلك ولم تصر بعد ولم تكذب نفسها منه حتى زوجت نفسها منه.. جاز نكاحهما؛ لأن النكاح قبل الإصرار على إقراره، وقبل الرجوع عن إقراره: بمنزلة الرجوع عنه.

وإن قالت المرأة بعد النكاح: كنت أقررت قبل النكاح أنه أخي من الرضاع، وقد قلت: إن ما أقررت به حق حين أقررت بذلك.. فلم يصح النكاح ولا يفرق بينهما؛ ومثله [٣٨٧/أ] لو أقر الزوج بعد النكاح، وقال: كنت أقررت قبل النكاح أنها أختي من الرضاع، وقلت: أنه حق؛ فإن القاضي يفرّق بينها؛ لأن المرأة لو أقرّت بعد النكاح أن الزوج أخوها من الرضاع وأصرّت على ذلك.. لا يقبل قولها على الزوج، ولا يفرق بينهما، فكذا إذا أسندت إلى ما قبل النكاح، وأما الزوج لو أقر بعد النكاح وأصر على إقراره.. فرق بينهما، فكذا إذا أسند إقراره إلى ما قبل النكاح. كذا في «قاضي خان».

وقال في «الخلاصة»: لو قال لامرأته: هذه أختي أو بنتي أو أمي ولها نسب معروف.. لم يفرق بينهما وإن ثبت على إقراره؛ لأنه فيما قال مكذّب.

* * *

كتاب الطلاق

(كتابُ الطَّلَاقِ)

هُوَ رفعُ الْقَيْدِ الثَّابِتِ شرعاً بِالنِّكَاحِ.

كِتَابُ الطَّلَاق

(هو) في اللغة: عبارة عن رفع القيد مطلقاً، يقال: أطلق الفرس أو الأسير، واستعمل في النكاح بمعنى التطليق؛ كالإسلام بمعنى التسليم، وفي غيره: بمعنى الإطلاق مطلقاً؛ ولذا قالوا: لو قال: لامرأته أنت مطلّقة بتشديد اللّام.. لا يحتاج إلى النية، وبتخفيفها.. يحتاج إلى النية.

وفي الشرع: (**رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح**)، احترز به عن الإعتاق؛ لأنه رفع القيد الثابت شرعاً، لكنه لا يثبت بالنكاح.

[مطلب في شروط الطلاق]:

وشرطه: كون المطلِق عاقلاً، بالغاً، والمرأة في النكاح أو في العدة التي تصلح بها محلاً للطّلاق. كذا في «العناية».

وضبطها في «المحيط» فقال: المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق، والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق.

وتعقبه في «فتح القدير» وقال: إن هذا الضابط غير حاصر؛ إذ تتحقق العدة دونها؛ كما لو فسخ بخيار بعد الخلوة، ثم أجاب عنه بقوله: اللهم إلا أن يُلحق الخلوةَ بالوطء، فكأنها هو، وبه صرّح في «البحر» حيث قال: العدة التي تصلح محلاً للطلاق هي عدة الطّلاق لا عدة الوطء والخلوة.

ثم فصل في «فتح القدير»: ونحن نذكره إجمالاً تتميماً للفائدة، أعني: أن كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبّدة لا يقع فيها الطلاق؛ كالحرمة العارضة بتقبيل ابن الزوج؛ لأنه لا فائدة حينئذ في اعتباره؛ لأنها تتوقت بوقت حتى يفيد الطّلاق فائدته.

وأما في الفسخ بغير الحرمة المؤبدة.. فالمصرح به في العدة من خيار العتق

والبلوغ: أنه لا يلحقها طلاق؛ لأنه فسخ، فجعل كأنه لم يكن؛ وكذا في العدة بعدم الكفاءة ونقصان المهر.

وكذا إذا سبي أحد الزوجين، فوقعت الفرقة.. لا يقع طلاق الزوج عليها لعدم العدة؛ لأن المسبي إن كان الزوج.. فلا عدة على زوجته الحربية، وإن كانت المرأة.. فكذلك؛ لحلها للزوج الثاني بالاستبراء.

وكذا لو هاجر الزوج إلينا مسلماً أو ذمياً فوقعت الفرقة.. لا يقع طلاقه؛ لعدم العدة على زوجته الحربية.

وكذا الحال لو هاجرت الزوجة إلينا عند أبي حنيفة، وقالا: إن كان عليها العدة.. فهي عدة لا توجب ملك يد؛ إذ لا يد للحربي علينا.. وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد، فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد.

وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار [٣٨٩/ب] ذمياً.. فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض؛ فإذا حاضت.. وقعت الفرقة بلا طلاق، فلا يقع عليها طلاقه؛ لأن المصر منهما كأنه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع.

إلا أنه منقوض بما إذا أسلم أحد الذميين وفرقنا بينهما بإباء الآخر.. فإنه يقع عليها طلاقه وإن كانت هي الآبية، مع أن الفرقة هنا فسخ لا طلاق.

وينتقض أيضاً: بالمرتد، يقع طلاقه مع أن الفرقة بردته فسخ عند أبي حنيفة ومحمد، ولو كانت هي المرتدة.. فهي فسخ بالاتفاق، ويقع طلاقه عليها في العدة، ولهذا قال في «البحر»: إن المعتدة التي هي محل للطلاق: هي كل معتدة عن طلاق أو بعد تفريق القاضي بإباء أحدهما عن الإسلام وبعد ارتداد أحدهما مطلقاً. انتهى.

ولو هاجرت الزوجة إلينا فانفسخ النكاح، فهاجر بعدها زوجها وهي في العدة.. فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: لا يقع طلاقه، وعلى قول أبي يوسف الآخر: يقع

أَحْسنُهُ: تطليقها وَاحِدَةً، فِي طُهرٍ، لَا جماعَ فِيهِ، وَتركُهَا حَتَّى تمْضِيَ عدَّتُهَا.

طلاقه؛ كما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها، ثم أعتقها وطلقها في العدة.. لا يقع طلاقه في قول محمد وقول أبي يوسف الأول، ويقع في قول أبي يوسف الآخر.

وكذا الخلاف لو اشترت المرأة زوجها فأعتقته وطلقها.

وقال في «فتح القدير»: قالوا: ارتد ولحق بدار الحرب.. لا يقع طلاقه اتفاقاً، فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها.. فهي على هذا الخلاف، وحكمه: وقوع الفرقة مؤجّلاً بانقضاء العدة في الرجعي، وبدونه في البائن.

[مطلب: في أقسام الطلاق]:

وأقسامه ثلاث: حسن وأحسن وبدعيّ.

قال: (**أحسنه: تطليقها واحدة**) رجعية (**في طهر لا جماع فيه حتى تمضي عدتها**)؛ لما رواه محمد عن إبراهيم النخعي عن أصحاب رسول الله ﷺ أنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة، وأن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثاً في أطهار ثلاث؛ لكونه أبعد من الندامة، حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بأن يراجعها في العدة بتجديد النكاح من غير استحلال، وهذا أمر حسن شرعاً وعقلاً؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾، ولأنه أقل ضرراً بالمرأة حيث لم يبطل محلّيتها نظراً إليه؛ لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن، ولم يقل أحد بكراهته، بخلاف الحسن؛ فإن فيه خلاف مالك على ما سيأتي.

فإن قيل: كيف يكون الطلاق حسناً وقد روى أبو داود عن ابن عمر أنه ﷺ قال: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق».

أجيب: بأن معنى حسن الطلاق، وأحسنيته: بالنسبة إلى بعضه، لا أنه حسن في نفسه، وهذا لا ينافي كونه مبغضاً في نفسه مناف لكونه حلالاً.

قلنا: ليس المراد بالحلال هنا ما يستوي فعله وتركه، بل ما جاز الإقدام عليه،

وحسنُه - وَهُوَ سُنِّيٌّ:

فيكون أعم من الواجب والمندوب والمكروه، وهو المراد بكونه سنياً أيضاً، لا ما يثاب على فعله.

قيد بالواحدة؛ لأن الزائد عليها بكلمة واحدة أو متفرقات [۳۹۰/أ] في طهر واحد: بدعي على ما سيأتي.

وقيد الواحدة بالرجعيّة؛ لأن الواحدة البائنة بدعي.

وقيدٌ بالطهر؛ لأنه في الحيض بدعي.

وقيد بعدم الجماع؛ لأنه في طهر فيه جماع بدعي.

وخرج بقوله: «وتركها حتى تمضي عدتها»: الحسن، ومعناه الترك من غير طلاق آخر لا مطلق الترك؛ لأنه إذا راجعها.. لا يخرج الطلاق عن كونه أحسن على ما ذكره في «البحر» عن الإسبيجابي.

(**وحسنه: وهو سُنِّي**) وتخصيصه باسم السني بناء على ما وقع في عبارة أكثر مشايخنا، وإلا.. فكل من الأحسن والحسن سني لا بدعّي، ولهذا قال ابن الهمام: إن الطلاق سني وبدعي، والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت، والبدعي كذلك، فالسني حسن وأحسن؛ فالأحسن: أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ولا في الحيض الذي قبله، ولا طلاق فيه، وتركها حتى تنقضي عدتها. انتهى.

وقوله: «ولا في الحيض الذي قبله» احترز به عما في «البحر» عن «البدائع»: أنه لو طلّقها في طهر لا وطء فيه، لكن وطئها في الحيض الّذي قبله.. يكون بدعيّاً، وإنما وقع ذلك في عبارتهم؛ لأنه ورد في واقعة عمر، وهو ما روي أنه ﷺ قال لعمر حين طلّق ابنُه امرأتَه حالة الحيض: إن ابنك أخطأ السنة، مره أن يراجعها، ثم يدعها حتى تحيض وتطهر، ثم يطلّقها إن أحب، وقال عمر لابنه: إنك أخطأت السنة، ما هكذا أمرك الله، إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً، وتطلق لكل طهر واحدة.

تطليقُها ثَلَاثاً فِي ثَلَاثَةِ أَطهارٍ لَا جماعَ فِيهَا؛ ....

(تطليقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار لا جماع فيها).

وقال مالك: هذا بدعة؛ لأن الطلاق محظور، ولا يباح الإقدام عليه إلا لدفع حاجة التخلص عنها بتباين الأخلاق، وتنافر الطباع وسوء المعاشرة، وهذا المعنى يحصل بالواحدة، والزيادة عليها بدعة.

ولنا: ما رويناه من حديث ابن عمر، لا نسلم أنه محظور، بل يباح على ما قدمناه من أنه حلال ولو سلم أنه محظور، والإباحة ليست إلا لدفع الحاجة، ولكنا نقول: إن الحكم - أي: الإباحة - لا يدور على حقيقة الحاجة؛ لأن تباين الأخلاق وتنافر الطباع أمر باطن لا يطلع عليه، وإنما يدور على دليلها، وهو الإقدام على الطلاق في زمان الرغبة، وهو الطهر الخالي عن الجماع؛ لأن الإقدام عليه في هذه الحالة لا يكون إلا لضرورةٍ تَحمِلُه على ذلك.

والطهر الثاني والثالث نظير الأوّل في كونهما دليل الرغبة، وصارت الحاجة إليه متكررة بالنظر إلى تكرر دليلها، فأبيح تكرار الطلاق المفرق على الأطهار.

ثم اختلفوا في هذا الطلاق:

فقال بعضهم: يؤخر الإيقاع على آخر الطهر وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة؛ احترازاً عن تطويل العدة عليها.

وقال بعضهم: يطلقها كلما طهرت؛ لأنه لو أخر.. له أن يجامعها، ومن قصده التطليق، فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع، وهو بدعة.

ورجحه في «الهداية»؛ حيث قال: وهو الأظهر - أي: الأظهر من قول محمد - فإنه [٣٩٠/ب] قال: إذا أراد أن يطلّقها ثلاثاً، طلّقها واحدة إذا طهرت، ورجح ابن الهمام القول الأول بأنه أقل ضرراً فكان أولى.

وفي «الخانية» عن «شرح الطحاوي»: **إذا كان الزوج غائباً وأراد أن يطلقها للسّنة واحدة**.. فإنه يكتب إليها: «إذا جاءك كتابي هذا، ثم حضت، ثم طهرت.. فأنت طالق»؛ لجواز أن يكون قد امتد طهرها الذي جامعها فيه.

إِنْ كَانَت مَدْخُولاً بهَا.

ولغيرِها: طَلْقَةٌ وَلَو فِي الحيضِ.

وإن أراد أن يطلّقها ثلاثا للسنة.. يكتب إليها: «إذا جاءك كتابي هذا، ثم حضت وطهرت.. فأنت طالق، ثم إذا حضت وطهرت.. فأنت طالق، ثم إذا حضت وطهرت.. فأنت طالق».

واعلم: أن الطلاق السني سواء كان حسناً أو أحسن على نوعين:

من حيث الوقت سني، ومن حيث العدد.

فالثاني: يستوي فيه المدخول بها وغيرها على ما في «الهداية»، إلا أنها تنتهي بطلقة واحدة في غير المدخول بها، حتى لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً للسنة.. يقع في الحال واحدة؛ سواء كانت حائضاً أو طاهرة، وتتعلق الثانية والثالثة بالتزوج ثانياً وثالثاً؛ لأن الطّلاق السنى المرتب في حق غير المدخول بها لا يتصور إلا على هذا الوجه على ما في «البحر» نقلاً عن «المعراج».

وفي المدخول بها لا تنتهي إلا بثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار لا جماع فيها إن كانت حرة، وتطليقتان إن كانت أمة. كذا في «الخانية» عن «الينابيع».

والأول يختص بالمدخول بها وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه، وإلى هذا أشار بقوله: **(إن كانت مدخولاً بها، ولغيرها: طلقة ولو)** - وصلية - **(في الحيض)**، وهذا لما مر من أن إباحة الطلاق باعتبار الحاجة إليه، والمراعى دليله وهو الإقدام على الطّلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع؛ أما زمان الحيض.. فزمان الفترة، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة، فلم يكن فيها دليل الحاجة حتى يقوم مقامها فاختص بالمدخول بها، بخلاف غير المدخول بها؛ فإنه لما لم ينل منها شيئاً.. فالرغبة باقية فيها؛ سواء كانت في حال الحيض أو الطهر، فلم يخرج طلاقها عن السني في أيّ وقت كان، خلافاً لزفر قياساً على المدخول بها.

والآيسةُ وَالصَّغِيرَةُ وَالْحَامِلُ.. يُطَلَّقنَ للسُّنَّةِ عِنْدَ كلِّ شهرٍ وَاحِدَةً.

قلنا: إن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل في الحيض ما لم يحصل مقصوده منها، وفي المدخول بها تتجدد بالطهر.

وهذا إذا كانت المرأة ممّن تحيض وأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة، فأشار إلى بيانه بقوله: (**والآيسة والصغيرة**) التي لا يرجى منها الحيض والحبل (**والحامل يطلّقن**) كل من هذه الثلاثة (**للسنة عند كل شهر**) طلقة (**واحدة**)، يعني: إذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلّقها للسنة ثلاثاً.. طلقها واحدة؛ فإذا مضى شهر.. طلقها أخرى؛ فإذا مضى شهر.. طلقها أخرى، وهذا لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ الآية واللائي لم يحضن: لصغرهن [٣٩١/أ].. فعدّتهن ثلاثة أشهر أيضاً، ثم الشهر قائم مقام الحيض خاصة على ما اختاره صاحب «الهداية»، لا مقام الحيض والطهر معاً على ما اختار بعض أصحابنا.

وفي «المبسوط»: وقد ظن بعض أصحابنا أن الشهر في حقّ التي تحيض، وليس كذلك، بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء، ويفصل به بين طلاقين بالسنة، وهذا لأن المعتبر في حقّ ذوات القرء: الحيض، ولكن لا يتصّور تجدّد الحيض إلا بتخلل الطهر، وفي الشهور ينعدم هذا المعنى، فكان الشهر قائماً مقام ما هو المعتبر.

فإن قيل: لو أقيم الشهر مقام الحيض.. لزم إيقاع الطّلاق في الحيض في أيّ شهر أوقعه، وذلك حرام كما في حالة الحيض، ولما احتيج إلى إقامة ثلاثة أشهر، بل يكتفى إقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض؛ لحصولها في مدة شهر واحد.

قلنا: إن ما أقيم مقام الشيء لا يجوز أن يكون في معناه من كل وجه، وإلّا.. لكان عينه، فكان الأشهر قائماً مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة لا في جميع الأحكام، فلم يقم مقامه في حق إيقاع الطلاق، وإن الشّرع أقام الأشهر مقام حيض

تنقضي بها العدة، وهي لا تكون إلا في ثلاثة أشهر غالباً، فأقيمت الأشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها، ولم يقم مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد.

فإن قيل: أين تظهر ثمرة هذا الاختلاف، أعني: أنّ الأشهر قائم مقام الحيض خاصة، أو هو قائم مقام الحيض والطهر معاً عند بعض أصحابنا.

أجاب عنه في «النهاية»: بأن ثمرته تظهر في حق إلزام الحجة على البعض، فإنهم لما أجمعوا على أن الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف على الطهر، والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض.. علمنا أن الشهر قائم مقام الحيض لا غير؛ لأن الخلف إنما يعمل فيما يعمل فيه الأصل، واشتراط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض إنما كان لتحقق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ما ذكر في «المبسوط»، ولو كان لذاته.. لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض، فكانوا محجوجين بما قلنا من أثر العلة. انتهى كلام «النهاية».

ثم إيقاع الطّلاق:

إن كان في أول الشهر.. تعتبر الشهور القائمة مقامه بالأهلة؛ كاملة كانت أو ناقصة.

وإن كان في وسطه.. يعتبر بالأيّام في حق تفريق الطلاق، وذلك ثلاثون يوماً، وهذا بالاتفاق.

وأما في حق العدة.. فكذلك يعتبر بالأيّام عند أبي حنيفة حتى لا يحكم بانقضاء عدتها إلا بتمام تسعين يوماً من حين طلقها عنده.

وعندهما: يكمل الأول بالأخير، والمتوسطان بالأهلة، هذا في الآيسة والصغيرة.

وأما الحامل.. ففيه خلاف، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يطلقها للسنة ثلاثاً كما في الآيسة وللصغيرة.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا تُطلَّقُ الْحَامِلُ للسُّنَّةِ إِلاّ وَاحِدَةً.

وَجَازَ طلاقُهنَّ عقيبَ الْجِمَاعِ.

(وعند محمد: لا تطلق الحامل للسنة إلا واحدة)؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر، وقد ورد الشرع بتفريقه على فصول العدة؛ لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي: لأطهار عدّتهن [٣٩١/ب] على ما روي عن ابن عباس، ففي ذوات الأقراء فرق على الأطهار، وفي حق الآيسة والصغيرة: على الأشهر لما ذكرناه، وفي حق الحامل: ليس الشهر من فصول العدة؛ لأنه مدة الحمل وإن طالت.. فهو فصل واحد، فصارت الحامل كالممتد طهرها؛ فإن أطهر الممتد فصل واحد لا تفرق التطليقات.

ولهما: أن إباحة الطلاق للحاجة على ما تقدم، والشهر دليلها كما في الآيسة والصّغيرة؛ لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة، فيصلح أن يكون دليلاً عليها، والحكم يدار على دليلها على ما تقدم؛ فإذا وجد ما أبيح لأجله الطلاق.. فيكون مباحاً، بخلاف الممتد طهرها؛ لأن الدليل على الحاجة في حقّها تجدد الطهر، وهو مرجو منها في كل زمان؛ لأنه يمكن أن تحيض فتطهر، ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل؛ لأن الحامل لا تحيض.

(وجاز طلاقهنّ) أي حلّ طلاق كل من هذه الثلاث؛ لأن الكلام في الحل لا مطلق الجواز.

(عقيب الجماع)؛ أما الآيسة والصغيرة.. ففيهما خلاف زفر؛ فإنه يقول: يفصل بين طلاقهما ووطئهما بشهر لقيام الشهر مقام الحيض فيمن تحيض، وفيها يفصل بينهما بحيضة، فكذا هنا بشهر، ولأن الرّغبة تعتبر بالجماع، فكانت بمنزلة ذوات الأقراء إذا جومعت في الطهر، وإنما تتجدد الرغبة بزمان، فلا بد منه وهو الشهر.

ولنا: أنه لا يتوهم الحبل فيها، وكراهية الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل؛ لأن عنده يشتبه وجه العدة لها بوضع الحمل أو

وبدعيُّهُ: تطليقُها ثَلَاثاً، أَو ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، أَو فِي طُهرٍ وَاحِدٍ لَا رَجْعَةَ فِيهِ؛ إِن مَدْخُولاً بِهَا، ....

بانقضاء المدة، والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر.. لكنها تكثر من وجه آخر؛ لأنه يرغب في وطء غيرِ معلِّقٍ؛ فراراً عن مؤن الولد، فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل، وأما الحامل؛ فلأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة، وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء؛ لكونه غير معلِّق، أو في المرأة لمكان ولده منها، فلا تقل الرغبة بالجماع.

ثم شرع في بيان الطلاق البدعي بقوله: (وبدعيه: تطليقها ثلاثاً أو ثنتين بكلمة واحدة أو) بكلمات متفرقة (في طهر واحد لا رجعة فيه)، ولا تزوج فيه أيضاً؛ لأنه لو تخللت الرجعة بين الطلقتين، فلا يكره الطلاق عند أبي حنيفة، ويكره عندهما بناء على أن الرجعة ترفع حكم الطلاق عنده، وتجعله كأنه لم يكن، ولا ترفع عندهما.

ولو تخلل التزوج بينهما.. لا يكون بدعياً بالاتفاق على ما في «الزيلعي».

(إن) كانت (مدخولاً بها).

اعلم: أن الطلاق البدعي على نوعين:

بدعي من حيث العدد.

وبدعي من حيث الوقت.

فالأول: تطليقها ثلاثاً أو اثنتين بكلمة واحدة أو بكلمات متفرقة في طهر واحد لا رجعة ولا تزوج فيه على ما ذكرناه؛ سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو لا، وممن تحيض أو لا، على ما صرح به في «الخلاصة» حيث قال: والطلاق المحظور بالإجماع: هو الطلاق في الحيض وفي الطهر الذي جامعها فيه.

وأما المحظور عندنا: فهو إرسال [٣٩٢/أ] الطلقات الثلاث جملة، أو تفريقها على طهر واحد، وكذا الجمع بين الطلقتين؛ سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو غير

أَو فِي طُهرٍ جَامعهَا فِيهِ، وَكَذَا تطليقُهَا فِي الْحيضِ.

مدخول بها، وهي ممن تحيض أو لا تحيض؛ فإن اوقع هذا المحظور.. وقع عند الجمهور. انتهى.

فعلى هذا قول المصنف: «إن كانت مدخولاً بها» ليس على ما ينبغي، وهذا النوع من البدعي وإن كان وقع لكنه عاص عندنا، خلافاً للشافعي؛ لأنه مباح عنده لا يكون عاصياً به؛ لأنه تصرف مشروع حتّى يترتب عليه الحكم، والمشروعية مع الحظر لا يجتمعان، بخلاف الطلاق في حالة الحيض، وفي طهر جامعها فيه؛ لأن المحرم في الأوّل: هو تطويل العدة عليها لا نفس الطلاق، وفي الثاني: التباس أمر العدة عليها حيث لا تدري أنها حامل تعتد بوضع الحمل أو لا، فتقدر بالأقراء.

قلنا: الأصل في الطلاق الحظر؛ لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدنيوية، وكلّ ما هو كذلك.. ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع، إلا أنه أبيح للحاجة على ما مر، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث أو الاثنتين بكلمة واحدة أو متفرقات، بخلاف الطلاق الحسن المفرق على الأطهار الثلاث؛ فإن الحاجة فيه ثابتة نظراً إلى دليلها وهو الإقدام على الطّلاق في زمان تجدد الرغبة على ما ذكرناه.

والنوع الثاني: هو أن يطلقها واحدة في طهر جامعها فيه أو في الحيض الذي يليه هو، أو طلّقها واحدة في الحيض على ما في «فتح القدير»، وإلى هذا أشار بقوله: (**أو في طهر جامعها فيه**) هكذا في أكثر النسخ، وفي بعضها هكذا: «أو واحدة في طهر جامعها فيه» وهو الصحيح الموافق لعامة المتون.

(**وكذا تطليقها**) أي: واحدة (**في الحيض**) أي: في حيض المدخول بها؛ لأن التطليق في حيض الغير المدخول بها ليس ببدعي، بل سنّي على ما مرّ، وهذا النوع محظور بالاتفاق على ما ذكرناه.

واختلفت الرواية في الواحدة البائنة، وذكر في «الأصل» أنه أخطأ السنة؛ لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة.

وفي «الزيادات»: إنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً.

وَتجبُ مراجعتُها فِي الْأَصَحّ.

وَقيل: يسْتَحبُّ.

فَإِذا طَهُرت ثمَّ حَاضَت، ثمَّ طَهُرت.. طَلَّقهَا إِن شَاءَ.

وَقيلَ: يجوزُ أَن يطلّقهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِي تِلْكَ الْحَيْضَةِ.

(**وتجب مراجعتها**) فيما إذا طلّقها في الحيض (**في الأصح**) إن كانت مدخولاً بها لقوله ﷺ لعمر: «مر ابنك فليراجعها» وقد طلقها في الحيض، والأصل في الأمر: الوجوب، ولأن إيقاع الطلاق في الحيض معصية، والسبيل في المعاصي رفعها مهما أمكن - كالبيع الفاسد - برفع أثرها وهي العدة.

(**وقيل: يستحب**) مراجعتها، والأول: أصح؛ لأن حمل الأمر على الوجوب أولى منه على الاستحباب؛ لأنه حقيقة في الوجوب.

وفي «شرح الطحاوي»: والطلاق في حالة الحيض مكروه للمدخول بها، ويؤمر بأن يراجعها، ولا يجبر عليه.

وفي «الخانية» عن «الذخيرة»: والمرأة التي خلا بها زوجها في حق مراعاة وقت الطلاق بمنزلة المدخول بها؛ لأن الخلوة أقيمت مقام الدخول في هذا الحكم احتياطاً.

(**فإذا طهرت**) أي: إذا طلق امرأته المدخول بها حال الحيض وراجعها [٣٩٢/ب] وطهرت من تلك الحيضة، (**ثم حاضت**) حيضة أخرى، (**ثم طهرت.. طلقها إن شاء**)، وإن شاء أمسكها في ظاهر الرواية، وهو المذكور في «الأصل».

(**وقيل: يجوز أن يطلّقها في الطهر الذي يلي تلك الحيضة**)، وهذا رواية الطحاوي، والتوفيق بين الروايتين على ما ذكره الكرخي أن ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكر في «الأصل» قولهما.

ووجه ما في «الأصل»: ما رواه البخاري ومسلم مسنداً على نافع عن عبد الله ابن عمر أنه ﷺ قال لعمر: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم

وَلَو قَالَ للموطوءةِ: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً للسُّنّةِ».. وَقع عِنْدَ كلِّ طُهرٍ وَاحِدَةٌ.

تطهر، إن شاء.. أمسك، وإن شاء.. طلق قبل أن يمسّ».

ولأن السنة أن يفصل بين كل طلقتين بحيضة، والفاصل هنا بعض الحيضة، فتكمل بالثانية، وهي لا تتجزأ فتكمل.

ووجه رواية الطحاوي: ما رواه مسلم والترمذي عن سالم عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ، فقال: «مره فليراجعها، ثم ليطلقها إذا طهرت»، ولأن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلّقها في الحيض، فيسنّ تطليقها في الطهر الذي يليه.

وفي «الخانية»: إذا طلق امرأته وهي حامل، ثم راجعها فولدت، فاغتسلت من النفاس.. فله أن يطلّقها للسنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن لم يتم بين الطلقتين شهرٌ ودمٌ، وفصلُ النفاسِ بين الطلاقين كالحيضِ.

ولو طلقها وهي صغيرة، ثم حاضت وطهرت قبل مضي الشهر.. فله أن يطلقها أخرى في قولهم جميعاً.

وإن طلّقها وهي من ذوات الأقراء، ثم أيست.. فله أن يطلقها أخرى حين تيأس عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يطلّقها حتى يمضي شهر. انتهى.

(**ولو قال للموطوءة**) حقيقة أو حكماً - فيشمل المدخول بها - (**أنت طالق ثلاثاً للسنة.. وقع عند كل طهر واحدة**)؛ لأنه مطلق، فيتناول الكامل، هذا إذا لم ينو شيئاً، أو نوى أن يقع عند كل طهر طلقة وكانت هي من ذوات الأقراء.

وإن كانت من ذوات الأشهر.. يقع للحال طلقة، وبعد شهر طلقة أخرى؛ لقيام الشهر مقام الحيض.

وكذا الحال لو قال هذا قبل الدخول.. وقع للحال طلقة واحدة، ثم لا يقع عليها قبل التزوج.

وَإِن نوى الْوُقُوعَ جملَةً.. صحت نِيَّتُهُ.

وكذا الحال لو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، أو طلاق السنة، أو أحسن الطلاق، أو أعدله.

وفي «الخانية»: ألفاظ تحمل على السنة بلا نية، قوله: «أنت طالق للسنة» أو «بالسنة» أو «مع السنة» أو «العدة» أو «طلاق عدة» أو «أحسن طلاق» أو «أجمله» أو «طلاق الحق» أو «القرآن» أو «الكتاب» أو «العدل» أو «الدين» أو «الإسلام» أو «أعدل الطلاق».

ومنها ما يقع إن نوى، وإلا في الحال؛ كقوله: «أنت طالق في كتاب الله» أو «به» أو «معه».

وفي «شرح الطحاوي»: ولو قال: أنت طالق تطليقة نبيلة، أو جميلة، أو عدلة، أو حسنة؛ فإن ظاهر الرواية.. يقع في الحال؛ سواء كانت الحال حالة الحيض أو حالة الطهر، ولا يكون للسنة، وروي عن أبي يوسف: أنه يكون للسنة فيقع لوقت السنة.

وفي «الخانية» أيضاً: [٣٩٣/أ] إذا قال لامرأته المدخول بها وهي من ذوات الأقراء: أنت طالق للسنة.. وقع تطليقة للحال؛ إن كانت طاهرة من غير جماع. وإن كانت حائضة أو كانت في طهر جامعها فيه.. لم يقع للحال شيء حتى يأتي وقت السنة.

وفي «الخلاصة»: ولو نوى الثلاث جملة.. لا يصح ويقع متفرقاً.

وقيل: كما لو نص على الثلاث على ما سنبينه.

(**وإن نوى الوقوع جملة.. صحت نيته**) ويقع ما نوى الساعة؛ سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر.

وقال زفر: لا تصح نية الجمع؛ لأنه نوى ضد السنة، والشيء لا يحتمل ضده.

ولنا: أنه نوى ما يحتمل لفظه، وذلك لأن اللام في قوله: «للسنة» للوقت،

والمعنى: «أنت طالق ثلاث» أوقات السنة، والسنة تكون: تارة كاملة إيقاعاً ووقوعاً، وتارة تكون وقوعاً فقط - فكان كل منهما محتملاً، فعند عدم النية.. يكون اللفظ مطلقاً فينصرف إلى الكامل، وعند النية.. ينصرف إلى ما نوى؛ لأنه سني وقوعاً من حيث إن وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة، وهي: ما روي أنه ﷺ قال: «من طلق امرأته ألفاً.. بانت منه بثلاث، والباقي رد عليه» - لا إيقاعاً، فلم يتناوله مطلق كلامه؛ لعدم كماله.

ويتناوله عند نية كما لو قال: كلّ مملوك لي حرّ.. لم يتناول المكاتب إلا بالنية؛ لقصوره في المملوكية.

فإن قيل: لما كانت اللام للوقت.. كان تقديره: «أنت طالق ثلاثاً أوقات السنة»، على ما ذكرنا، ولو قال ذلك ونوى الوقوع جملة.. لا تصح نيته، فكيف يصح هنا؟!

قلنا: اللام ليست بصريحة في الوقت، بل هي مما يحتمله، فتصح النية لما يحتمله لفظه، وأما لفظه: «أوقات السنة».. فهي صريحة لا تحتمل خلافه، فلا تصح نية الوقوع جملة، بل يقع متفرقاً على الأطهار المنصوص عليها.

فإن قيل: الوقوع لا يتحقق إلا بالإيقاع؛ لأنه انفعاله؛ فإذا صح الوقوع.. صحّ الإيقاع، فكان سنياً وقوعا وإيقاعا، وليس كذلك.

أجيب: بأنّ الوقوع لا يوصف بالحرمة؛ لأنه ليس فعل المكلّف؛ ولأنه حكم شرعي وهو يوصف بالبدعة، والإيقاع يوصف بها؛ لكونه فعل المكلّف، فكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية.

وإذا قال: «أنت طالق للسنة» ولم يذكر الثلاث ولم ينو؛ **فإن كانت طاهرة لا يجامعها.. طلقت في الحال، وإن كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه..** لم تقع الساعة؛ فإذا حاضت وطهرت.. وقعت تطليقة.

وإن نوى ثلاثاً جملة.. اختلفوا فيه:

وَيَقَعُ طَلَاقُ كلِّ زوجٍ عَاقِلٍ بَالغٍ وَلَو مُكْرهاً،

قيل: لا يصح، واختاره صاحب «الهداية» وفخر الإسلام والصدر الشهيد.

وقيل: يصح كما لو ذكر ثلاثاً، واختاره صاحب «الأسرار» والإمام السرخسي وشيخ الإسلام.

وجه **الأول:** أن نية الثلاث إن صحت.. فإنما تصح من حيث إن اللام فيه للوقت، ووقت طلاق السنة متعدّد، فيفيد تعميم الوقت، ومن ضرورة تعميم الوقت: تعميم الواقع فيه؛ فإذا نوى الجمع.. بطل تعميم الوقت، فيبطل تعميم الواقع فيه أيضاً؛ لأن بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى، فلا تصح نية الثلاث، بخلاف ما إذا ذكر؛ [٣٩٣/ب] لأن الثلاث مذكور صريحاً فتصح نيته.

ووجه **الثاني:** أن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللّام نوعان: حسن وأحسن على ما مر معناهما؛ فإذا نوى الثلاث.. فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته.

والأول هو الأصح؛ لأن دليل الثاني إنما يدل على وقوع الثلاث متفرقاً على الأطهار كما ترى، والمدعى: وقوعه جملة.

(ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ) قيل: تنتقض هذه الكلية بالمبانة، حيث لا يلحقها الطلاق البائن على ما سيأتي.

وأجيب: بأن ذلك يعارض استحالة تحصيل الحاصل، حتى لو كان صريحاً يلحقها، وبأنه: لم يقل: إنه يقع كلّ طلاق كل زوج حتى ينتقض به، وطلاق هذا الزوج مما يقع في الجملة، بدليل وقوعه قبل ثبوت البينونة، ولأن المراد بالزوج: الزوج من كل وجه، وهذا الزوج ليس بزوج من كلّ وجه.

(ولو مكرهاً) خلافاً للشافعي، هو يقول: لا يقع طلاق المكره؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» والمراد: حكمه، فيشمل حكم

الدارين؛ ولأنه يسلب الاختيار، والتصرف الشرعي لا يعتبر بدون الاختيار والقصد، فصار كالإكراه على الإقرار بالطّلاق.

بخلاف الهازل؛ لأنه مختار في التكلم بالطلاق.

ولنا: ما روي مرفوعاً: «كل طلاق جائز، إلا طلاق الصبي والمجنون»، ولا نسلم أنه ينافي الاختيار؛ لأنه عرف شرين: الهلاك والطلاق، فاختار أهونهما، والاختيار الأهون: آية القصد والاختيار بإيقاعه، إلّا أنه فات رضاه بحكمه، وذلك لا يحل بوقوعه كما في الهازل، وهو الذي يقصد السبب دون الحكم، لكنه لا بد أن يتلفظ بالطلاق، حتى لو أكره على الكتابة بالطلاق وكتب مكرهاً: «فلانة بنت فلان طالق».. لا يقع، كما صرح به في «البزازية».

والحاصل: أن الإكراه مطلقاً، ملجئاً أو لا.. لا ينافي الخطاب، ولا أهلية الوجوب؛ لبقاء الذمة والعقل والبلوغ، ولأن ما أكره عليه؛ إما فرض أو مباح أو رخصة أو حرام، وكل ذلك من آثار الخطاب، حتى إنه **يؤجر على ذلك المكره عليه مرة**، كما إذا كان فرضاً، كالإكراه بالقتل على شرب الخمر، **ويأثم أخرى** كما إذا كان حراماً كالإكراه على قتل مسلم بغير حقّ، **أو يؤجر على الترك في** الحرام والرخصة، **ويأثم في** الفرض والمباح، وكل من الأجر والإثم إنما يكون بعد تعلق الخطاب؛ فإذا كان مخاطباً.. كان إيقاعه في منكوحته في حال أهليته، فلا يعرى عن حكمه البتة؛ لامتناع التخلف.

بخلاف الإكراه على الإقرار؛ لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب، وقيام السيف على رأسه يرجح جانب الكذب، ولو أقر بالطلاق حالة الاختيار.. يقع الطلاق به في الحال، والمراد بما رواه: أحكام الآخرة؛ حملاً له على المجمع عليه، ولكن القاضي إذا حكم بعدم وقوع طلاق المكره وكذا السكران.. نفذ حكمه على ما في «العمادي» و «الخلاصة»؛ لأنه حكم في فصل مجتهد فيه. **وجملة ما** [٣٩٤/أ] **يصح من الأحكام مع الإكراه عشرة**: الطلاق، والعتاق، والنكاح، والعفو عن القصاص، والرجعة،

والإيلاء، والفيء في الإيلاء، والظهار، واليمين، والنذر؛ لأن هذه تصرفات شرعية لا يفتقر وقوعها إلى الرضا، بدليل أنها تصح مع الهزل والخطأ؛ ولأنها تصرفات لا يصح أن يكون الفاعل فيها آلة للحامل حتى يسند الفعل إليه، كذا في أكثر الكتب.

وذكر في «البحر» عن «خزانة أبي الليث»: أن جملة ما تصح مع الإكراه ثمانية عشر:

تسعة منها ما ذكرناه من أكثر الكتب غير الفيء، ولم يذكر في «الخزانة» الفيء.

وتسعة منها: الحلف بالطلاق، أو عتاق، وإيجاب الصّدقة، وقبول المرأة الطلاق على مال، والإسلام، وقبول الصلح عن دم العمد على مال، والتدبير، والاستيلاد، والرضاع.

فصارت الجملة مع الفيء تسعة عشر.

وزاد في «البحر» عن «القنية»: قبول الوديعة.

فصارت الجملة عشرين.

ثم قال: والتحقيق: أنها ستة عشر؛ لأن الطلاق يشمل: المعلق، والمنجز، والطلاق على مال.

وكذا العتق: يشمل المعلق والمنجز.

والنذر: يشمل: إيجاب الصدقة.

فالزائد على العشرة: الإسلام، وقبول الصلح، والتدبير، والاستيلاد، والرضاع، وقبول الوديعة.

قال في إكراه «قاضي خان» و«الخلاصة»: لو أكره الكافر على الإسلام فأسلم.. صح إسلامه، ولكن لو ارتّد بعده.. يحبس، ولا يقتل استحساناً. انتهى.

أطلقا الكافر، وقيده في سير «قاضي خان» و«التاتارخانية» بالحربي، فإنهما قالا: إن المكره على الإسلام إذا كان ذمياً.. لم يصحّ إسلامه، وإن كان حربياً.. يصح؛ لأن

أَو سَكرَانَ، ....

إكراه الذمي على الإسلام باطل؛ لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون، بخلاف الحربي؛ لأنا أمرنا بمجادلتهم جبراً لهم على الإسلام.

(أو سكران) خلافاً للكرخي والطحاوي - وهو أحد قولي الشافعي - حيث قالوا: إن تصرفات السكران كلها لا تصح، حتى بيعه وشراؤه وإقراره، مستدلاً: بأن صحة القصد بالعقل، وهو فاقد العقل، فصار كزواله بسكر بطريق مباح؛ كسكر المضطر إلى شرب الخمر، والسكر الحاصل من الأدوية كالبنج والأفيون، والأغذية المتخذة من غير العنب؛ كالحنطة والشعير والعسل، وهذا كالإغماء والنوم.. يمنع صحة جميع التصرفات بالإجماع، حتى الطلاق والعتاق.

ولنا: أنه مخاطب شرعاً لقوله تعالى: ﴿لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ﴾؛ لأن قوله تعالى: ﴿وأنتم سكارى﴾ ليس متعلقاً بالنهي، بل المنهي عنه، والمعنى: كفُّ النفس عن الصلاة المقرونة بالسكر، يعني: أنهم خوطبوا في حالة الصحو بأن لا يقربوا الصلاة حالة السكر، فيلزم كونهم مخاطبين بذلك حالة السكر، فلا يكون السكر منافياً لتعلق الخطاب، فالسكر من الشراب المحرم.

وكذا من المثلث لا يبطل الأهلية؛ لتحقق الذمة بالعقل والبلوغ، إلا أنه يمنع استعمال العقل بواسطة غلبة السرور، فيلزمه جميع التكاليف من الصلاة والصوم وغيرهما [٣٩٤/ب] وإن كان لا يقدر على الأداء.

وتصحّ عباراته في الطلاق، والعتاق، والبيع، والإقرار، وتزويج الصّغار والإقراض، والاستقراض وغيرها؛ لأن مبنى الخطاب على اعتدال الحال؛ أعني: مرتبة العقل بالملكة من المراتب الأربعة على ما بين في محلّه، وقد أقيم البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً له، وبالسكر لا يفوت إلّا قدرة فهم الخطاب بسببٍ هو معصية، فيجعل في حكم الموجود؛ زجراً له؛ ويبقى التكليف متوجهاً في حقّ الإثم ووجوب القضاء.

بخلاف ما إذا كان بآفة سماوية كالنوم والإغماء؛ فإنه يصلح عذراً دفعاً للحرج.

وبخلاف ما إذا كان بطريق مباح؛ لأنه لم يكن زواله معصية.

على أن سكر المضطّر على شرب الخمر مختلف فيه:

قيل: يقع طلاقه، وبه جزم في «الخلاصة» معلّلاً بأنّ زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الأصل، وإن كان مباحاً بعارض الإكراه، ولكن السبب الداعي للحظر قائم، فأثر قيام السبب في حق الطلاق. انتهى.

وقيل: لا يقع، وصححه قاضي خان في شرح «الجامع الصغير» و«فتاواه»، وفي «فتح القدير»: وهو الأحسن.

وإطلاق المصنف يناسب الأول، وإنه يناسب أيضاً قول محمد من أنه لو سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فطلق امرأته.. يقع طلاقه عنده، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف، والفتوى على قول محمّد على ما في «فتح القدير»، وصحح في «قاضي خان» في فتاواه قولهما.

ولو أكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب وغاب عقله.. وقع طلاقه على ما اتفق عليه فتوى مشايخ الحنفية والشافعية؛ لإفتاهم بحرمته بعد أن اختلفوا فيها؛ فأفتى المزني بحرمتها. وأفتى أسد بن عمرو بحلّها.

وفي «فتح القدير»: إن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء من الحل والحرمة؛ لعدم ظهور شأنها في زمانهم، ثم لما ظهر من أمرها من الفساد كثير وفشي.. عاد مشايخ المذهبين إلى حرمتها وأفتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله منها.

وفي «البحر» عن «المبتغى»: من قال بحلّه.. فهو زنديق، وممّن صرّح بحرمة الحشيش والبنج والأفيون: الحدادي في «الجوهرة» في آخر الأشربة، وصرّح بتعذير من أكله.

وفي «فتح القدير» أيضاً: وعدم وقوع الطلاق بالبنج والأفيون؛ لعدم المعصية؛ فإنه يكون للتداوي غالباً، فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية، حتى لو لم يكن

للتداوي بل للهو وإدخال الآفة قصداً.. ينبغي أن يقع طلاقه؛ فإن عبد العزيز الترمذي قال: سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج، فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته، قالا: إن كان حين شرب يعلم أنه بنج.. فتطلق امرأته، وإن لم يعلم.. لم تطلق، ومعلوم أن الضرورة مبيحة.

ومن هذا قلنا: إذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق.. لا يقع طلاقه، والحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب إلّا عند عدم صلاحية العلة، أعني: الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل إلى المعلول الأخير، ولو تنزلنا عنه فالشرب ليس [٣٩٥/أ] موضوعاً للصداع، بل يثبت الصّداع اتفاقاً عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت، فصار شرب الذي وجد عند الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية، لما لم يكن موضوعاً للمعصية.. لم يوجب التشديد بمنع الترخّص، فلم يضف زوال العقل إليه لسبب التشديد.

بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل، بل زال به حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل إليه وهو المعصية، وظهر منه: أن البنج والأفيون حرام لا للتداوي.

وفي «البزازية»: الوكيل بالطّلاق طلّقها في سكره.. لا يقع؛ لأن وقوع طلاق السكران عقوبة عليه، قال الفقيه: هذا خلاف الرواية والدّراية، ويقع طلاق الوكيل كما يقع طلاق الموكل في السكر، ولأن التوكيل بالطّلاق تعليق الطّلاق بلفظ الوكيل.

وفي «الخلاصة»: وكلّ رجلاً بالطّلاق فطلّق في حال السّكر؛ إن كان وكله وهو سكران.. يقع، وإن وكّله وهو صاح حينئذ فسكر وطلق.. لا يقع، هكذا حكى فتوى شمس الأئمة.

وقيل: هذا إذا كان الطلاق على مال؛ أما في الطلاق بغير المال.. فيقع على كل حال. انتهى.

أَو أخرسَ بِإِشارتِهِ الْمَعْهُودَةِ، ....

ولو شتم في حال سكره بلفظ الجماع دين زوجته وإيمانها.. لا تكون مبانة على ما وقع عليه فتوى مشايخ الإسلام.

(**أو أخرس بإشارته المعهودة**)؛ لأن إشارته المعهودة قائمة مقام عبارة الناطق دفعاً للحرج، وعلى هذا جميع تصرّفاته إذا كانت تعرف بإشارته؛ كإعتاقه وبيعه وشرائه؛ سواء قدر على الكتابة أو لا.

وهذا استحسان بالضرورة؛ فإنه لو لم يعتبر منه ذلك.. أدى إلى موته جوعاً وعريا، ثم الشرع اعتبرها منه في العبادات، ألا يرى إذا حرّك لسانه بالقراءة والتكبير.. كان صحيحاً معتبراً، فكذا في المعاملات.

وكذا طلاق الهازل ومن سبق لسانه به.. واقع على ما في «الحاوي القدسي».

وقال في «الأشباه»: إن طلق عاقلاً أو ناسياً أو مخطئاً.. وقع، حتّى قالوا: إن الطّلاق يقع بالألفاظ الملحقة قضاء، ولكن لا بد أن يقصدها باللفظ. انتهى.

وهل يقع بالكتابة؟

قالوا: يقع، ففي «البزازية»: قال لها: إذا جاءك كتابي هذا، فوصل الكتاب إلى أبيها، فمزّقه ولم يدفعه إليها؛ **إن كان هو المتصرف في كلّ أمورها**.. فوصوله إلى أبيها في بلدها كوصوله إليها، **وإن دفع إليها ممزقا**؛ إن كان يمكن فهمه في قراءته.. وقع الطلاق، وإلّا.. لا.

الكتابة من الصحيح والأخرس على ثلاثة أوجه.

إن كتب على وجه الرسالة مصدَّراً معنوناً، وتثبت ذلك بإقراره أو بالبينة.. فكالخطاب.

وإن قال: لم أنو به الطلاق.. لم يصدق قضاء وديانة، وقيل: إنه يدين.

ولو كتب على شيء يستبين عليه امرأته أو عبده كذا إن نوى.. صح، وإلّا.. لا.

ولو كتب على الهواء أو الماء.. لم يقع شيء وإن نوى.

لَا طَلَاقُ صبيٍّ وَمَجْنُونٍ، ونائمٍ، ....

وإن كتب: «امرأته طالق.. فهي طالق؛ بعث إليها أو لا، وإن كان المكتوب «إذا وصل إليك فأنت كذا» فما لم يصل إليها.. لا تطلق.

وإن ندم ومحى من الكتاب ذكر الطلاق [٣٩٥/ب] وترك ما سواه، وبعث الكتابة إليها.. فهي طالق إذا وصل، ومحوه الطلاق كرجوعه عن التّعليق، وإنما يقع إذا بقي منه ما سمّي كتابة أو رسالة؛ فإن لم يبق هذا القدر.. لا يقع.

وإن محى الخطوط كلها وبعث إليها البياض.. لا تطلق؛ لأن ما وصل ليس بكتاب، ولو جحد الزوج الكتاب وأقامت البينة عليه أنه كتبه.. فرق بينهما في القضاء. انتهى.

(لا طلاق صبي) ولو كان عاقلاً مراهقاً على ما في «البحر».

(ومجنون)؛ لما رويناه من قوله ﷺ: «كل طلاق جائز، إلّا طلاق الصبي والمجنون»، ولأن أهلية التصرف بالعقل المميّز وهما عديما العقل؛ أما المجنون: فظاهر، وأما الصبي: فلأن المراد بالعقل ههنا هو العقل بالملكة، أي: ملكة الانتقال من الضروريات إلى النظريات، والصبي وإن اتّصف بالعقل حتى يصحّ إسلامه، لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ لقلة تجاربه، فلا يعتبر فيما له فيه مضرة، والاطلاع على تلك الملكة لمّا تعذّر، والتجاريب عند البلوغ قد تكاملت، والقوى الجسمانية التي هي مراكب القوة العقلية تعاضدت عنده.. أقام الشرع البلوغ مقام تلك الملكة وجعله مناط التكليف، ولم يجعل للصبي مناطاً له.

(ونائم)؛ لأنه عديم الاختيار في التكلم، وفي «الخلاصة»: النائم إذا طلق امرأته في المنام فلما استيقظ قال لامرأته: طلقتك في النوم.. لا يقع، ولو قال بعد ذلك: أجزت ذلك الطلاق.. لا يقع الطلاق، ولو قال: أوقعت ذلك الطلاق.. يقع.

وكذا الصبي لو قال: أوقعت ما تلفظت في حالة النوم.. لا يقع. انتهى.

وَسيِّدٍ على زَوْجَةِ عَبدِهِ.

يعني: إذا طلق الصّبي امرأته، ثم قال بعد البلوغ: أجزت.. لا يقع، ولو قال: أوقعت ذلك الطلاق.. يقع على ما صرّح به في «الخانية».

ثم قال: وكذلك لو أن رجلاً طلق امرأة الصبي، فقال الصبي بعد بلوغه: أوقعت الطلاق الّذي أوقعه فلان.. يقع، ولو قال: أجزت ذلك.. لا يقع. انتهى.

قلت: هذا بناء على ما تقرر عندهم أن كلّ عقد له مجيز حال وقوعه.. يتوقف على إجازته، وكل عقد لا مجيز له حال وقوعه.. فإنه لا يتوقف ويبطل في الحال، فطلاق الفضولي في حق النائم والصبي والمجنون لا ينعقد أصلاً، فلا يقع بإجازتهم، وأما قولهم: «أوقعت ذلك الطلاق»، فهو إنشاء الطلاق ابتداء فيقع.

وقال في «قاضي خان» قبيل هذه المسألة: إذا جمع بين امرأتين له، أحدهما صحيحة النكاح، والأخرى فاسدة، وقال: إحداكما طالق.. لا تطلق صحيحة النكاح؛ كما لو جمع بين منكوحته وأجنبية وقال: إحداكما طالق.

ولو كان له امرأتان، اسم كل واحد منهما زينب، وإحداهما صحيحة النكاح والأخرى فاسدة، فقال: زينب طالق.. طلقت صحيحة النكاح، وإن قال: عنيت به الأخرى.. لا يصدق قضاء؛ كما لو قال: زينب طالق، وامرأته زينب.. طلقت امرأته؛ فإن قال عنيت به زينب أجنبية.. لا يصدق قضاء.

وكذا لو قال: إحدى امرأتي طالق.. طلقت صحيحة النكاح.

ولو جمع بين صحيحة النكاح وفاسدة النكاح، فقال: طلقت إحداكما.. طلقت صحيحة النكاح؛ [٣٩٦/أ] كما لو جمع بين منكوحته وأجنبية، وقال: طلقت إحداكما.. طلقت منكوحته. انتهى.

(و) طلاق **(سيد على زوجة عبده)**، وإنما يقع طلاق العبد نفسه؛ رضي به المولى أو لا، لما رواه ابن ماجه أنه ﷺ قال: «ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»، ولأن ملك النكاح حق العبد؛

واعتبارُهُ: بِالنسَاءِ؛ فطلاقُ الْحرَّةِ: ثَلَاثٌ، وَلَو تَحتَ عبدٍ، وَطَلَاقُ الْأَمَةِ: ثِنْتَانِ وَلَو تَحتَ حُرٍّ.

لكونه آدمياً، وكونه مملوكاً من حيث المالية لا من حيث الآدمية، فلا منافاة بين كونه مالكاً وبين كونه مملوكاً؛ فإذا كان الملك حقه.. كان الإسقاط عليه دون المولى.

(**واعتباره**) أي: اعتبار الطلاق (**بالنساء، فطلاق الحرة: ثلاث ولو تحت عبد، وطلاق الأمة: ثنتان، ولو تحت حر**).

وقال الشافعي: الطلاق معتبر بحال الرجال؛ لقوله ﷺ: «الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء»، ولأن صفة المالكية كرامة، والآدمية مستدعية لها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾، ومعنى الآدمية في الحر أكمل، فكانت مالكيته أبلغ وأكثر.

ولنا: ما رواه الترمذي من حديث عائشة مرفوعاً أنه ﷺ قال: «طلاق الأمة اثنتان، وعدتها: حيضتان»، والمراد: جنس الأمة؛ إذ لا عهد، فلو كان الطلاق معتبراً بالرجال.. لكان لبعض الإماء اثنتين، فلم تبق اللام للجنس، ولأن حل المحلية نعمة في حقها، وللرق أثر وينصف النعمة، إلا أن العدة لا تتجزأ، فتتكامل العدتين، وتأويل ما روي: أن الإيقاع بالرجال على أنه معلول بالمعارضة بسبب إعراض الصحابة عن العمل بمضمونه، فيحمل على السهو من الراوي، أو على النسخ. والله أعلم.

* * *

(بَابُ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ)

صَرِيحُهُ: مَا اسْتُعْمِلَ فِيهِ خَاصَّةً، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ....

بَابُ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ

لما ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية: السني والبدعي.. أراد أن يبين ما به الإيقاع والوقوع، ألفاظاً مخصوصة يأتي بيانها.

(**صريحه: ما استعمل فيه**) أي: في الطّلاق (**خاصّة، ولا يحتاج إلى نية**)، علّل في «الهداية» كونه صريحاً بقوله: «لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطّلاق، ولا تستعمل في غيره» وإليه أشار المصنف بقوله: «خاصّة»، وعلّل عدم احتياجه إلى النية بقوله: «لأنه صريح في الطّلاق لغلبة الاستعمال فيه».

ولا يخفى عليك ما بين التعليلين من الدافع؛ فإن الموصوف بالغلبة في التعليل الثاني هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره، والمعتبر في مفهوم الغلبة: الاستعمال في الغير قليلاً؛ للتقابل بين الغلبة والاختصاص، فالأولى: أن يعلل عدم الاحتياج على النية بقوله: «لأنه صريح فيه»، والصريح يقوم لفظه مقام معناه؛ لكثرة استعماله فيه، وظهور المراد منه ظهوراً بيناً، وما هو كذلك: لا يحتاج إلى النية؛ لتعلق الحكم فيه بعين اللّفظ.

وقال في «البحر»: إن قولهم الصريح لا يحتاج إلى النية، إنما هو في القضاء؛ أما في الدّيانة.. تحتاج إليها، لكن وقوعه في القضاء بلا نية إنما هو بشرط أن يقصدها بالخطاب، بدليل ما قالوا: لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول: أنت طالق، ولا ينوي الطلاق.. لا يطلق.

وفي متعلم يكتب ناقلاً [٣٩٦/ب] من كتاب رجل، يقول: ثم يقف ويكتب: «امرأتي طالق» وكلما كتب.. قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية.. لا يقع عليه. انتهى.

وَهُوَ: «أَنت طَالِقٌ، ومطلَّقةٌ، وطلَّقتُكِ».

وَتَقَعُ بِكُلِّ مِنْهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ،

ويدل عليه أيضاً ما في «القنية»: امرأة كتبت «أنت طالق»، ثم قالت لزوجها: اقرأ علي، فقرأ.. لا تطلق.

(وهو: **أنت طالق ومطلَّقة وطلَّقتك**) بتشديد اللّام من التطليق لا من الإطلاق بتخفيفها؛ فإنه ليس من الصريح، بل هو ملحق بالكناية؛ لعدم استعماله في الطلاق عرفاً، وقد ذكرناه.

ثم عبارة «الكنز» أولى منه؛ حيث قال: كانت طالق ومطلقة وطلقتك بطريق التمثيل؛ فإنه يفيد عدم حصر الصريح في المذكور، بخلاف كلام المصنف؛ فإنه يفيد الحصر، والحصر ليس بمراد لما سيأتي ذكره من ألفاظ الصريح غير هذه الثلاثة.

واعلم: أن كلّ لفظ يظهر فيه عرف فاش في الطلاق.. فإنه يكون صريحاً في الطلاق عند أهل ذلك العرف على ما صرّح به في «فتح القدير» من باب إيقاع الطّلاق.

وعن هذا قال مشايخ الإسلام: إن قولهم بالتركية: «أولسون» في جواب من قال: بن دركم أو لسونمي، إن كان عرفاً عاماً في الطلاق.. يقع به الطلاق، وإلا.. فلا، يعني: أن مرادهم به: الطلاق الرجعي.

وقال في «البحر»: ومن ألفاظ الصريح: شئت طلاقك، ورضيت طلاقك، وأوقعت عليك طلاقك، وخذي طلاقك، ودفعت لك طلاقك، وأودعت لك طلاقك، ووهبت لك طلاقك... إلى غير ذلك.

ومن ألفاظ الصريح أيضاً: الألفاظ وهي خمسة: تلاق، وتلاغ، وطلاغ، وتلاك [و«ط ا ل ق»]؛ فإنه يقع بكل منها رجعيّة لكونها صريحاً.

(**وتقع بكلّ منها واحدة رجعيّة**)؛ لأنها صريحة فيه، والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾، والمراد

بالإمساك بالمعروف: هو الرجعة، وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ إنما يكون أحقّ وأولى إذا كان النكاح باقياً، وتسمية الزوج بعلاً يدل على بقاء الزوجيّة أيضاً، والرد لا يقتضي الخروج عن الملك؛ كما يقال: «ردّ البائع المبيع» إذا فسخ البيع بشرط الخيار، وبشرط الخيار لا يخرج المبيع عن ملكه.

وفي «البحر» عن «الصّيرفية»: لو قال لها: أنت طالق ولا رجعة لي عليك.. فرجعية، ولو قال: على أن لا رجعة لي عليك.. فبائن. انتهى.

وهذا لأن اللفظ صريح في الرجعية وقد وقع ذلك بأول كلامه، فلا اعتبار بنفيه ثانياً، بخلاف قوله: «على أن لا رجعة لي عليك»؛ لأنه شرط فيتوقف أول كلامه عليه، فظهر منه أن وقوع الرجعي بالصريح مقيد بعدم العارض، ولهذا قال في «فتح القدير»: إن للصريح حكمين: كونه يعقب الرجعة، وعدم احتياجه إلى نية:

أما الأول: فقيد بما إذا لم يعرض عارض من تسمية مال أو ذكر وصف بما ينبئ عن الشدة على ما سيأتي.

وفي «السراجية»: صريح الطلاق قبل الدخول: يكون بائناً، وبعده: يكون رجعياً إذا كان بلا مال. انتهى.

وذكر في «شرح النقاية» للقهستاني: أنّ الجزاء إذا كان [٣٩٧/أ] صريحاً.. فالشرط يوجب طلاقاً رجعيّاً؛ كما إذا كان بائناً.. فبائناً، ووجه وقوع الواحدة بها سيأتي بيانه.

فإن كانت الطلقة صريحة.. لم يدين في القضاء فيما إذا نوى بها الطّلاق عن وثاق؛ لأنه خلاف الظاهر، فلم تؤثر فيه النية، وليس للمرأة أن تصدقه في ذلك أيضاً، حتى لا يحلّ لها أن تمكنه على ما في «العناية».

ويدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله، ولم يدين قضاء، ولا ديانة فيما إذا نوى الطّلاق عن العمل في ظاهر الرواية؛ لأن الطّلاق لرفع القيد النكاحي، وهذا القيد غير مقيد بالعمل، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنه يدين فيما بينه

. وَإِن نوى أَكثرَ.

وبين الله تعالى؛ لأن الطلاق يستعمل للتخليص فكأنه قال: أنت مخلصة من العمل، وهذا إذا لم يصرّح بذكر العمل.

وأما إذا قال: أنت طالق من هذا العمل.. صدق ديانة - لوجود البيان الموصول - لا قضاء؛ لأن الطلاق ليس بمستعمل فيه؛ لا حقيقة ولا مجازاً، هذا كله إذا لم يقترن بالعدد أما لو اقترن به.. لم يلتفت إلى ذكره أصلاً.

ولهذا قال في «البحر»: إن ههنا ثلاثة ألفاظ: الوثاق والقيد والعمل، وكل منها؛ إما أن يذكر أو ينوي؛ فإذا ذكر: فإمّا أن يقترن بالعدد أو لا؛ فإن اقترن بالعدد.. لا يلتفت إلى ذكره ويقع الطلاق بلا نية؛ كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً من هذا القيد.. تطلق ثلاثاً، ولا يصدق في القضاء، وإن لم يقترن بالعدد.. وقع في ذكر العمل قضاء لا ديانة نحو: أنت طالق من هذا العمل.

وفي لفظي الوثاق والقيد.. لا يقع أصلاً.

وإن لم يذكر شيئاً من هذه الألفاظ الثلاثة، وإنما نواها.. لا يدين في لفظ العمل، ويدين في الوثاق والقيد.

وفي «المحيط»: لو قال: أنت طال بترخيم القاف حالة الرضاء.. لا يقع ما لم ينو؛ لأنه كالكتابة، ولو قال: «يا طال».. يقع؛ لأن الترخيم يجري كثيراً في المنادى؛ فكأنه أفصح بالقاف، ولو تهجى بالطلاق.. تطلق إذا نوى.

وفي «الخلاصة»: رجل قال لآخر: أطلّقت امرأتك؟ فقال بالهجاء: «ن ع م» يعني: نعم، أو قال لها ابتداء: «أنت ط ا ل ق»؛ يعني: طالق.. يقع، بخلاف ما لو قرأ آية السجدة بالهجاء حيث لا تلزمه السجدة؛ لأنه ليس بقرآن.

أما الطّلاق يتعلق بلفظ يدل عليه.

(وإن) - وصلية - **(نوى أكثر)** من واحدة.

وقال زفر والشافعي: يقع ما نوى؛ لأنه محتمل لفظه؛ فإن ذكر الطّالق ذكر

للطلاق لغة، كذكر العالم ذكر للعلم، ولهذا يصح قران العددية ويكون نصباً على التفسير، فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك ونوى الثلاث. فإن نيته صحيحة بالاتفاق.

وكما إذا قال: أنت بائن ونوى الثلاث، أو قال: أنت الطلاق، أو طالق الطلاق، أو طالق طلاقاً ونوى الثلاث على ما سيصرح به.

ولنا: أن ذكر طالق إنما يدل لغة على طلاق هو صفة المرأة، لا على طلاق هو صفة الرجل وهو تطليقه، وإنما يثبت التطليق بطريق الاقتضاء ضرورة أن المرأة لا تتصف بالطلاق شرعاً ما لم يثبت التطليق من قبل الزوج، وما ثبت اقتضاء [٣٩٧/ب] لا عموم له؛ لأن ما ثبت بالضرورة.. يتقدر بقدرها، وقد اندفعت بواحدة، فلا حاجة إلى أزيد منها، .. فلا يصح نية الثلاث فيه، فكذا فيما يبتني عليه؛ أعني صفة المرأة؛ إذ ليس لها تعذر في نفسها، ولا نسلم أن العدد المذكور بعده تفسير له، بل هو: تغيير إلى ما لا يحتمله اللفظ؛ لأنه نعت لمصدر محذوف تقديره: طلاقاً ثلاثاً.

ولهذا قالوا: لو قال لامرأته: «طلقتك ثلاثاً» أو: «طلقتك واحدة».. يقع الطلاق بلفظ العدد لا بلفظ طلقتك.

حتى لو ماتت قبل ذكر الواحدة أو الثلاث.. لم يقع شيء؛ لفوات المحل، فعلم: أن عمل هذا الاقتران في التغيير لا في التفسير.

ولو مات هو قبل ذكر العدد.. يقع الطلاق بقوله: «طلقتك»؛ لعدم اتصال المغير له، كما قالوا في سائر المغير له من الشرط والاستثناء؛ على ما سيأتي في باب التعليق:

بخلاف: «طلقي نفسك»؛ فإنه: مختصر من «افعلي فعل الطلاق» من غير أن يتوقف على مصدر مغاير لما ثبت في ضمن الفعل؛ لأنه لطلب الطلاق في المستقبل، فلا يتوقف إلا على تصور وجوده، فيكون الطلاق الثابت به: هو نفس مصدر الفعل، فيكون ثابتاً لغة لا اقتضاء، فيكون بمنزلة الملفوظ.. فيصح حمله على

الأقل وعلى الكل.. فتصح نيته؛ كما في سائر أسماء الأجناس، ولا تصح نية الثنتين فيه؛ لأنه عدد محض في الحرة ليس بواحد اعتباري، فلا يدل عليه لفظ الجنس كما في سائر الأجناس.

وبخلاف: «أنت بائن»؛ لأن البينونة فيه، وإن ثبتت شرعاً بحسب الاقتضاء، ولكن صحة نية الثلاث فيه ليست مبنية على عموم المقتضى، بل هو من قبيل إرادة أحد معنيي المشترك بالاشتراك اللفظي والمعنوي؛ لأن البينونة تطلق على الخفيفة وعلى الغليظة، فلفظ البينونة مشترك بينهما، إما لفظاً أو معنى، ونية أحد نوعي المقتضي المشترك.. جائزة؛ لأنه لا بد أن يثبت أحدهما البتة، ولا يمكن اجتماعهما معاً، لكن.. لا يصح فيه نية عدد معين؛ إذ لا عموم فيه، ولا كذلك الطلاق؛ فإنه لا اختلاف بين أفراده بحسب النوع، بل يختلف بحسب العدد فقط.

وبخلاف: «أنت الطلاق، أو: طالق الطلاق، أو: طالق طلاقاً» على ما سنبينه.

فإن قيل: إن ما ذكرت من الوجه ظاهر في «أنت طالق» دون «طلقتك ومطلقة» فإنهما صريحان في الدلالة على ثبوت التطليق من قِبَل الزوج.. لغة لا اقتضاء، فينبغي أن تصح فيهما نية الثلاث.

قلنا: دلالتهما بحسب اللغة: إنما هي على مصدر ماض لا على مصدر حادث، فكان ينبغي أن يكونا لَغْوَين؛ لعدم تحقق الطلاق في الزمان الماضي، إلا أن الشرع أثبت لتصحيح هذا الكلام مصدراً؛ أي: طلاقاً من قبل المتكلم في الحال، وجعله إنشاء للتطليق.. فصارت دلالتهما على هذا المصدر اقتضاء أيضاً لا لغة.

حتى لو قال لها: «طلقتك» أو قال: «أنت طالق» وأراد الخبر عما مضى كذباً.. وسعه فيما بينه وبين الله أن يمسكها، وإن لم يرد الخبر عما مضى وأراد الكذب.. فهي طالق قضاء وديانة.

وكذا إذا أراد الهزل.. طلقت قضاء وديانة [٣٩٨/أ]؛ كذا في «الخانية» عن «الصغرى» عن أمالي أبي يوسف، وقال في «الخانية» أيضاً:

أو بَائِنَةٌ.

لو قال لها: «يا مطلقة»، إن لم يكن لها زوج قبله، أو كان لها زوج لكن مات.. وقع الطلاق عليها.

وإن كان لها زوج طلقها قبله؛ إن لم ينو الإخبار.. طلقت، وإن نوى به الإخبار.. صدق ديانة وقضاء على الصحيح.

ولو نوى به الشتم.. دين فقط.

وفيها أيضاً: لو قال لها: «يا طالق» وهو اسمها ولم يقصد الطلاق.. قالوا: لا يقع؛ كيا حر وهو اسمه.

(أو) نوى **(بائنة)**؛ لما ذكرناه: من أن ثبوت الطلاق من قبل الرجل بطريق الإنشاء.. بطريق الاقتضاء، والمقتضي: ضروري، والضرورة تندفع بالرجعي، فلا حاجة إلى البائن، ولأنه بنية الإبانة خالف الشرع؛ حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة.. فيرد عليه، وذلك أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً بالمعروف؛ على ما تلوناه، والإمساك إبقاء الشيء على ما كان؛ فما دامت العدة باقية.. كانت ولاية الرجعة باقية، وإذا انقضت من غير رجعة.. بانت، فصارت البينونة معلقة بالانقضاء.

والحاصل: أن النية مما لا تأثير لها في وقوع المراد بتلك الألفاظ: لا كماً، ولا كيفاً؛ على ما ذكرناه.

وأما لو قال لها: «لك الطلاق» قال أبو حنيفة: إن نوى الطلاق.. فهي طالق، وإن لم يكن له نية.. فلا شيء؛ على ما في «الخانية» عن «المنتقى».

وقال في «قاضي خان»: إن عنى به التفويض.. يدين.

وإذا قامت عن مجلسها.. بطل.

وإن لم ينو شيئاً.. لا رواية فيه عن أبي حنيفة، وينبغي أن يقع الطلاق، وهكذا روي عن أبي يوسف، وفي رواية عن أبي يوسف: أنه إن نوى الطلاق.. فطلاق، وإلا.. فللأمر باليد.

ولو قال: «إليك الطلاق».. فهو على التفويض في قولهم.

ولو قال: «عليك الطلاق».. فهي طالق إذا نوى؛ على ما في «الخانية».

وقال في «قاضي خان»: لو قال لها: «ثلاث تطليقات عليك».. طلقت ثلاثاً.

لو قال: «لله علي طلاق امرأتي».. لا يلزمه شيء.

ولو قال لها: «طلاقك علي واجب، أو لازم، أو ثابت، أو فرض».. قال بعضهم: - يقع في الكل طلاقاً رجعياً إن كان دخل بها؛ نوى أو لم ينو.

وقال بعضهم: لا يقع وإن نوى.

وبعضهم ذكروا فيه خلافاً فقالوا: عند أبي حنيفة يقع في الكل.

وعند محمد: في قوله: «لازم».. يقع.

وعند أبي يوسف: ينوي في الكل.

وذكر الصدر الشهيد: الصحيح أنه لا يقع في الكل عند أبي حنيفة، وذكر في «واقعاته»: الصحيح: أنه يقع في الكل.

وقال أبو جعفر: في قوله: «واجب».. يقع؛ لتعارف الناس فيه. وفي قوله: «ثابت أو فرض أو لازم».. لا يقع؛ لعدم التعارف.

وفتوى ظهير الدين المرغيناني: على عدم الوقوع في الكل؛ يعني: أنه لو قال: «علي الطلاق لا أفعل كذا»، وقال: «حلفت بالطلاق» ولم يقل من زوجتي، هل يقع الطلاق إذا فعل المحلوف عليه؟ ففي «البحر»: أنه لا يقع الطلاق بدون ذكر الزوجة؛ حيث قال فيه: لو قال: «حلفت بالطلاق» ولم يضف إليها.. لا يقع؛ كما في «البزازية» من الأيمان، وعبارتها: «قال: لا تخرج من الدار إلا [٣٩٨/ب] بإذني؛ فإني حلفت بالطلاق فخرجت».. لا يقع؛ لعدم ذكره حلفه بطلاقها، ويحتمل الحلف بطلاق غيرها.. فالقول له. انتهى.

وهكذا في أواخر طلاق «قاضي خان» أيضاً.

وَقَوْلُهُ: «أَنْتِ الطَّلَاقُ، أَو أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ، أَو أَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقاً».. يَقَعُ بِكُلٍّ مِنْهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ. وَإِن نوى وثِنْتَيْنِ، أَو بائنةٌ.

وإن نوى بأنتِ طالقٌ واحدةً وبطلاقاً: أخرى.. وقعتا.

(وقوله: أنت الطلَّاق، أو: أَنْتِ طالق الطلاق، أو: أنت طالق طلاقاً.. يقع بكل منها واحدةٌ رجعيةٌ وإن نوى ثنتين أو بائنة) أو لم ينو شيئاً أصلاً.

أما وقوعه بالثاني والثالث.. فظاهر؛ لأنه لو ذكر النعت وحده.. يقع به الطلاق؛ فإذا ذكره وذكر معه المصدر الذي يزيده وكادةً.. أولى منه.

وأما وقوعه بالأول: فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم، يقال: «رجل عدل» أي عادل.. فصارت بمنزلة قوله: «أنت طالق»؛ فإن قيل: إذا كان بمنزلة أنت طالق؛ فكيف يقع به الثلاث إذا نوى به الثلاث؟

قلنا: إنه صريح في طالق، ويحتمل أن يراد على حذف مضاف؛ أي: ذات طلاق، وعلى هذا التقدير.. يصح إرادة الثلاث، أو يقال: إنه وإن أريد به طالق، لكنه لم يخرج عن كونه مصدراً.. فيصح إرادة الثلاث به؛ كذا في «فتح القدير».

وإنما لم يصح نية الثلاثة في «أنت طالق»؛ لأنه نعت فرد لا يحتمل العدد؛ لأنه ضده، وأما الطلاق.. فهو مصدر في أصله، وإن وصف به.. فلُمِحَ به جانبُ المصدرية، وصح فيه نية الثلاث؛ على ما سيأتي.

وكذا لو قال: «أنت طلاق».. يقع به واحدة رجعية أيضاً، ولا يحتاج إلى النية؛ لأنه صريح فيه.

(وإن نوى) في قوله: «أنت طالق طلاقاً» **(بأنت طالق: طلقة واحدة، وبطلاقاً)**؛ أي: ونوى بلفظة طلاقاً: طلقة **(أخرى. وقعتا)**؛ لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع؛ فكأنه قال: «أنت طالق وطالق» فيقع رجعيتان؛ إذا كانت مدخولاً بها، وإلا.. لغا الثاني، ويقع بالأول طلاق بائن.

وَإِن نوى الثَّلَاث.. وقعنَ.

وَيَقَعُ بِإِضافتِهِ إِلَى جُمْلَتِهَا كَمَا مرَّ،

(وإن نوى) بكل من هذه الألفاظ **(الثلاث.. وقعن)**؛ أي الثلاث كلها؛ لأن الطلاق مصدر، والمصدر: اسم جنس يدل على الواحد حقيقة أو حكماً، والطلاقات الثلاث من حيث المجموع.. واحد حكمي في الحرة؛ كالاثنين في الأمة؛ فإذا نواه.. فقد نوى محتمل كلامه فصحت نيته.

ولا تصح نية الثنتين فيها، خلافاً لزفر، هو يقول: إنها بعض الثلاث فتصح ضرورة صحة الثلاث؛ لأن صحة الكل تستلزم صحة الجزء.

ونحن نقول: نية الثلاث إنما صحت لكونها واحداً حكمياً يتناوله لفظ المصدر، والثنتان في الحرة: عدد محض لا يتناوله لفظ المصدر، حتى لو كانت أمة يتناوله.

فإن قيل: الطلاق المذكور في: «أنت طالق، أو طالق الطلاق» هو صفة المرأة، وقد صحت فيه نية الثلاث، وهذا مناقض لما سبق؛ من أن الطلاق الذي هو صفة المرأة.. لا يصح فيها نية الثلاث.

قلنا: إن نوى الثلاث تعين أن المراد بالطلاق هو: التطليق، فيكون مصدر الفعل محذوفاً تقديره: «أنت طالق لأني طلقتك تطليقات ثلاثاً» وقوله: «أنت الطلاق» إذا نوى الثلاث.. فمعناه «أنت ذات وقع عليك التطليقات الثلاث» لا يقال: صحة نية الثلاث موقوفة على كون الطلاق [٣٩٩/آ] مراداً به التطليق، فلو توقف ذلك على نية الثلاث.. لزم الدور؛ لأنا نقول: المتوقف على نية الثلاث هو علمنا بأنه أراد بالطلاق التطليق، لا نفس إرادته، فلا دور.

(ويقع)؛ أي: الطلاق **(بإضافته إلى جملتها كما مر)** من قوله: «أنت طالق» سواء كانت «أنت» برمّتها ضمير مؤنث، أو التاء وحده و«أن» عماد، أو «أن» واللواحق حروف تدل على خصوص المرأة؛ على ما في محله.

أَو إِلَى مَا يُعبَّرُ بِهِ عن الجملةِ؛ كالرقبةِ والعُنُقِ وَالرَّأْسِ وَالْوَجْهِ وَالرُّوحِ وَالْبدنِ والجسدِ والفرجِ، أَو إِلَى جُزْءٍ شائعٍ مِنْهَا؛ كنصفها، وثلثِها.........................

(أو إلى ما يعبّر به عن الجملة؛ كالرقبة والعنق والرأس والوجه والروح والبدن والجسد والفرج)؛ أما البدن والجسد: فظاهر.

وأما الرقبة.. فلقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾.

والعنق.. فلقوله تعالى: ﴿فَظَلَّتْ أَعْنَٰقُهُمْ لَهَا خَٰضِعِينَ﴾.

والفرج.. فلقوله ﷺ: «لعن الله الفروج على السروج» ويقال: «فلان رأس القوم»، و«يا وجه العرب» و«هلك وجهه» بمعنى نفسه.

وفي «التاتارخانية» عن «الينابيع»: فالذي يعبّر به عن الجملة: كل عضو أضاف إليه الطلاق وهو بحال لو فقد.. فقد الروح بفقده، ويقع الطلاق بإضافته إليها، وإذا أضافه إلى عضو ليس لفقد ذلك العضو فقد الروح.. لا يقع الطلاق انتهى.

وهذا لا يَصْدُق إلا على ما ذكر في الكتاب، لا على نحو اليد والرجل.

(أو إلى جزء شائع منها) أي من المرأة **(كنصفها وثلثها)**؛ لأن الشائع محل لسائر التصرفات؛ كالبيع وغيره، فكذا يكون محلاً للطلاق أيضاً.

إلا أنه لا يتجزىء في حق الطلاق.. فيثبت في الكل ضرورة؛ لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، وله نظائر على ما سنذكره.

وفي «الخلاصة»: أربعة عشر موضعاً إذا أضيف إليه الطلاق.. يقع، نحو: «أنت طالق، وجسمك، ونفسك، وجسدك، ورقبتك، ورأسك، وروحك، وفرجك، وبضعك، وبعضك، وظهرك، ودمك».

والمختار في «الظهر» و«الدم» أن لا يقع.

وأجمعوا أنه لو أضاف الطلاق إلى الجزء الشائع.. يقع، وكذا العتق.

لَا بِإِضافتِهِ إِلَى يَدِهَا أَو رجلِهَا أَو ظهرِهَا أَو بَطنِهَا.

و«استك طالق» كقوله: «فرجك طالق».

بخلاف الدبر.

ولو قال: «الرأس منك طالق» أو قال: «هذا العضو منك طالق» ووضع يده على رأسها.. لا يقع.

وفي نسخة الحلواني: لو قال: «رأسك طالق» ونوى اقتصار الطلاق على رأسها.. لم يبعد أن يقال: إنها لا تطلق. انتهى كلام «الخلاصة».

فعلم: أن وقوع الطلاق بالإضافة إلى الرأس تفصيلاً على ما نرى، وأما بالإضافة إلى البضع.. فالأصح أنه لا يقع به، على ما في «الزيلعي».

وجزم بعدم وقوعه في «فتح القدير»، ثم قال: وما وقع في بعض النسخ: لو قال: «بضع طالق» قال شمس الأئمة الحلواني: تصحيف؛ إنما هو: بضعك أو نصفك، هذا واعترض بعض الشارحين على قول «الخلاصة»: «استك طالق كقوله: فرجك طالق، بخلاف الدبر» بأن «الاست» بمعنى الدبر، فالفرق بينهما تحكُّم.

وأجاب عنه في «فتح القدير»: بأن الاتحاد في المعنى لا يقتضي الاتحاد في الحكم؛ فإن البضع بمعنى الفرج ويقع الطلاق في الفرج دون البضع؛ لجواز تعارف أحدهما في الطلاق دون الآخر، ثم قال: إن المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به [٣٩٩/ب] عن الكل.. صريح؛ إذ لم يشترط الوقوع به بالنية، والصراحة بغلبة الاستعمال.

(لا)؛ أي: لا يقع الطلاق **(بإضافته إلى يدها أو رجلها أو ظهرها أو بطنها)**.

وقال زفر والشافعي: يقع بها، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن؛ كالإصبع والشعر والظفر والسن.

لهما: أنه جزء مستمتع بعقد النكاح، وما هذا حاله: يكون محلاً لحكم النكاح، فيكون محلاً للطلاق.. فيثبت الحكم فيه توفية لحق الإضافة، ثم يسري إلى الكل؛

وَلَو طَلَّقهَا نصفَ تَطْلِيقَةٍ، أَو سدسَها أَو ربعَهَا.. طلقت وَاحِدَةً.

وَفِي: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ»: ثَلَاثٌ.

كما في الجزء الشائع، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح؛ لأن المتعدي ممتنع فيه؛ إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء، وفي الطلاق: الأمر على القلب.

ولنا: أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو؛ كما إذا أضاف إلى ريقها وظفرها، وهذا: لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد؛ لأنه ينبئ عن رفع القيد، ولا قيد في اليد ونحوها، ولهذا.. لا تصح إضافة النكاح إليها، بخلاف الجزء الشائع؛ لأنه محل النكاح عندنا، حتى تصح إضافته إليه، فكذا يكون محلاً للطلاق.

وفي «الخلاصة» عن شمس الأئمة الحلواني: إن أراد بقوله: «يدك أو رجلك طالق» العبارة عن جميع البدن.. كان لنا أن نقول: تطلق، انتهى.

ثم في عدم وقوع الطلاق بالإضافة إلى الظهر والبطن اختلاف: والصحيح: ما اختاره المصنف؛ على ما في «الهداية».

(ولو طلقها نصف تطليقة، أو سدسها، أو ربعها.. طلقت) تطليقة **(واحدة)**؛ لأن الطلاق لا يتجزأ، وذِكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله؛ كتطليق نصف المرأة.. طلقت كلها؛ على ما مر، وكالعفو عن القصاص عن بعض القاتل: فإنه يكون عفواً عن كله؛ وكعفو بعض الأولياء: فإنه سقط عن كلها.

(ويقع في: «أنت طالق ثلاثةَ أنصافِ تطليقَتين» ثلاثٌ)؛ لأن نصف تطليقتين تطليقة؛ فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة، وهذا وضع «الجامع الصغير» يعني به ثلاثة تطليقات، واستعمل في ذلك لفظة: «ثلاثة أنصاف تطليقتين»؛ على ما ذكرناه.

فإن قيل: إرادة الثلاث من هذا اللفظ ليس بحقيقة وهو ظاهر، ولا مجاز أيضاً؛ لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال.

وَفِي: «ثَلَاثَةِ أَنْصَافِ تَطْلِيقَةٍ»: ثِنْتَانِ.

قلنا: إنه مجاز، وتصوُّر الحقيقة ليس بشرط عند أبي حنيفة، والاتصال موجود؛ لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل.

وقيل: لا يقع به شيء؛ لأنه مهمل لا معنى له.

وقيل: يقع واحدة؛ لأن ذكر العدد لغو، فبقي: «أنت طالق».

(وفي: «ثلاثة أنصاف تطليقة» ثنتان)؛ على ما اختاره محمد في «الجامع الصغير»، وصححه الناطقي والعتابي؛ لأن ثلاثة أنصاف تطليقة.. يكون تطليقة ونصفاً فيتكامل النصف، فعلم منه أنه لو قال: «أربعة أنصاف تطليقة».. وقعت ثنتان أيضاً.

ولو قال: «نصفي تطليقة».. وقعت واحدة.

كما قال: «نصف تطليقتين».. تقع واحدة.

ولو قال: «نصفي تطليقتين».. فثنتان.

وكذا لو قال: «نصف ثلاث تطليقات».

ولو قال: «نصفي ثلاث تطليقات».. فثلاث؛ كذا في «البحر» [٤٠٠/أ].

ثم قال: وحاصلها: اثني عشر مسألة؛ لأن المضاف أعني النصف: إما أن يكون واحداً أو اثنين أو ثلاثاً أو أربعاً، وكل منها: إما أن يكون المضاف إليه واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً.

فإن كان النصف مضافاً إلى الطلقة فقط أو إلى الطلقتين.. فواحدة.

وإن كان مضافاً إلى الثلاث.. فثنتان.

وإن كان النصفان مضافاً إلى الواحدة.. فواحدة.

وإلى الثنتين.. فثنتان.

وإلى الثلاث.. فثلاث.

وإن كانت الثلاثة الأنصاف مضافة إلى الواحدة.. فثنتان.

وَقِيلَ: ثَلَاثٌ.

وَفِي: «وَاحِدَةً إِلَى ثِنْتَيْنِ، أَو مَا بَينَ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ»: وَاحِدَةٌ.

وإلى الثنتين.. فثلاث.

وإلى الثلاث.. فكذلك؛ استنباطاً مما قبلها لا نقلاً.

وإن كان المضاف أربعة الأنصاف.. فثنتان إن كان مضافاً إلى الواحد.

وإن كان مضافاً إلى الثنتين أو إلى الثلاث.. فثلاث؛ استنباطاً. انتهى.

ولو قال: «أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين».. يقع ثنتان؛ على ما في «العناية»؛ لأن ربع تطليقتين: نصف، فثلاثة أرباع تطليقتين: تطليقة ونصف، فيتكامل النصف، فيصير اثنان.

ويستنبط منه: أنه لو قال: «ربع تطليقة، أو ربعي تطليقة، أو ربع تطليقتين، أو ربعي تطليقتين».. يقع واحدة.

وفي «الخلاصة»: لو قال: «أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة».. يقع الثلاث في المدخول بها.

ولو قال: «نصف تطليقة وثلثها وسدسها».. يقع واحدة.

ولو قال: «نصف تطليقة وثلثها وربعها».. يقع ثنتان.

قال شمس الأئمة السرخسي: يقع واحدة في الوجهين. انتهى.

والأصل فيه: أن المُنَكَّر إذا أعيد منكَّراً.. كان الثاني غير الأول، فيتكامل كل جزء، بخلاف ما إذا أعيد مُعَرَّفاً.. فإنه يكون عين الأول، فالكل: أجزاء طلقة واحدة.

(وقيل: ثلاث)؛ لأن كل نصف يتكامل في نفسه؛ لعدم تجزؤ الطلاق، فيصير ثلاثاً.

(وفي: «واحدة إلى ثنتين» أو: «ما بين واحدة إلى ثنتين» واحدة) عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: ثِنْتَانِ.

وَفِي: «إِلَى ثَلَاثٍ»: ثِنْتَانِ.

وَعِنْدَهُمَا: ثَلَاثٌ.

(وعندهما: ثنتان.

وفي: «إلى ثلاث»: ثنتان.

وعندهما: ثلاث).

وقال زفر: لا يقع شيء في الغايتين في الأوليين، ويقع واحدة في الثالثة؛ لأن غاية الشيء لا يدخل فيه؛ كما في قولك: «بعتك من هذا الحائط إلى [هذا] الحائط».. لا يدخل الحائطان، وهو قياس محض.

وحجة أبي حنيفة؛ حيث قال له: «كم سنك؟»، فقال: «ما بين ستين إلى سبعين»، فقال له: «إذاً أنت ابن تسع سنين» فتحيّر.

ووجه قولهما: أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف.. يراد به الكل؛ كما تقول لغيرك: «خذ من مالي من درهم إلى مئة».. فإنه يدخل الغايتان.

ولأبي حنيفة: أن المراد به في العرف: الأقل من الأكثر، والأكثر من الأقل، فإنهم يقولون: «سني من ستين إلى سبعين، أو ما بين ستين إلى سبعين» ويريدون: الأقل من سبعين وأكثر من ستين، وإرادة الكل: إنما هي في طريقة الإباحة؛ كما في قولك: «خذ من مالي من درهم إلى مئة»، والأصل في الطلاق: الحظر، ثم الغاية الأولى: لا بد أن تكون موجودة لتترتب عليها الثانية؛ لأن وجود الثانية متعذر بدون الأولى، ووجودها بوقوعها، بخلاف [٤٠٠/ب] البيع؛ لأن الغاية فيه موجودة قبل البيع، ولا ضرورة في إدخالها، فالقياس عليه فاسد؛ فإن قيل: إنه لو قال: «أنت طالق تطليقة ثانية».. لم تقع إلا واحدة، ولم يضطر فيه إلى الأولى؛ لوقوع الثانية؛ وإلا.. لزم وقوع الثنتين، ومقتضى ما ذكرتم: من أن وجود الثانية متعذر بدون الأولى؛ إذ يكون وجود الأولى مضطراً فيه أيضاً ويقع فيه ثنتان.

وَفِي: «وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ»:

وَاحِدَةٌ إِن لم ينْو شَيْئاً، أَو نوى الضَّرْبَ والحسابَ.

وَإِن نوى وَاحِدَةً وثنتين أَو مَعَ ثِنْتَيْنِ.. فَثَلَاثٌ.

أجيب: بأن قوله «ثانية» صار لغواً؛ لوقوع الطلاق بأنت طالق، بخلاف قوله: «من واحدة إلى ثلاث»؛ فإنه كلام معتبر في إيقاع الطلاق بالاتفاق، ولا يتحقق ذلك إلا بعد وقوع الأولى، فلذا يقع فيه ثنتان عند أبي حنيفة.

ولو نوى في قوله: «من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث» واحدة.. صدق ديانة؛ لأنه محتمل كلامه، لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لما مر أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل، والأقل من الأكثر؛ كذا في «فتح القدير» وحواشيها.

(وفي: «واحدة في ثنتين»).. تقع **(واحدة إن لم ينو شيئاً، أو نوى الضرب والحساب).**

وقال زفر والشافعي: يقع ثنتان؛ لعرف الحساب فيه؛ لأن الواحد: متى ضرب في ثنتين.. كانت ثنتين عندهم.

ولنا: أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب؛ لأن الغرض به: إزالة كسر يقع عند القسمة، فمعنى «واحدة في ثنتين» واحدة ذات جزءين، وتكثير أجزاء الطلقة.. لا يوجب تعددها؛ كما لو قال: «أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها».. لم يقع إلا واحدة.

(وإن نوى واحدة وثنتين)؛ أي: في المدخول بها **(أو مع ثنتين)**؛ أي: في المدخول بها؛ وغير المدخول بها؛ على ما سيظهر من كلامه وبه صرح في حواشي «الهداية» **(.. فثلاث)**؛ لأنه محتمل كلامه؛ لأن بين «في» و«الواو» مناسبة؛ لاشتراكهما في إفادة معنى الجمع؛ لأن الظرف يجامع المظروف؛ كما أن المعطوف يجامع المعطوف عليه؛ وأن كلمة «في» تأتي بمعنى مع؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي

وَفِي غير الْمَوْطُوءَة: وَاحِدَةٌ؛ مثلُ: وَاحِدَةٍ وثنتينِ.

وَإِن نوى مَعَ ثِنْتَيْنِ.. فَثَلَاثٌ فِيهَا أَيْضاً.

وَفِي: ثِنْتَيْنِ فِي ثِنْتَيْنِ: ثِنْتَانِ وَإِن نوى الضَّرْب.

وَفِي: «أَنْتِ طَالِقٌ مِن هُنَا إِلَى الشَّامِ»: وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ.

﴿فِي عِبَادِي﴾، وهذا؛ لأن أحد العددين لا يصلح ظرفاً للآخر، وبين الظرف والمظروف مقارنة ومعية.. فاستعير له.

ولو نوى الظرف.. يقع واحدة؛ لأن الطلاق معنى فقهي لا يصلح أن يكون ظرفاً للغير.. فيلغو ذكر الثاني.

(وفي غير الموطوءة: واحدة، مثل: واحدة وثنتين) يعني لو قال لغير المدخول بها: «أنت طالق واحدة في ثنتين» ونوى به واحدة وثنتين.. يقع واحدة؛ كما لو قال لها: «أنت طالق واحدة وثنتين».. يقع واحدة.

(وإن نوى: مع ثنتين.. فثلاث فيها)؛ أي: في غير المدخول بها **(أيضاً)**؛ أي: كما في المدخول بها.

(وفي: «ثنتين في ثنتين».. يقع ثنتان وإن) - وصلية - **(نوى الضرب)**؛ لما ذكرناه من أن عمل الضرب: في تكثير الأجزاء، لا في زيادة المضروب، وأن العبرة للمذكور أولاً.

وقال زفر: يقع ثلاثاً بناء على أن قضية الضرب في عرف الحساب: أن يكون أربعاً، ولكن لا مزيد للطلاق على الثلاث.

(وفي: «أنت طالق من هنا إلى الشام»: واحدة رجعية). [٤٠١/أ]

وقال زفر: هي بائنة؛ لأنه وصف الطلاق بالطول، والطول يستدعي القوة، وذلك في البائن دون الرجعي.

فإن قيل: إذا صرح بذكر الطول، بأن قال: «أنت طالق تطليقة واحدة».. يقع رجعياً عنده، فكيف يصح تأويله بالطول؟

وَفِي: «أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ، أَو فِي مَكَّة»: تطلقُ فِي الْحَالِ حَيْثُ كَانَت.

وَلَو قَالَ: «إِذا دخلت مَكَّة، أَو هي دخولك».. لَا يَقع مَا لم تدْخلهَا، وَكَذَا الدَّار.

أجيب: بأنه إذا قال «للشام» كنى به عن الطول، والكناية أقوى من الصريح؛ لكونها دعوى الشيء ببينة وبرهان، وهو فن من البلاغة.

ولنا: أنه وصف الطلاق بالقصر لا بالطول؛ لأنه إذا وقع.. وقع في الأماكن كلها، بل في السماء أيضاً، فتخصيصه بذكر الشام قصير بالنسبة إلى ما وراءه، ونفس الطلاق لا يحتمل القصر؛ لأنه ليس بجسم، وأن يقصر حكمه بكونه رجعياً.

(وفي: «أنت طالق بمكة» أو: «في مكة».. تطلق في الحال حيث كانت)؛ لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر ، وكذلك قوله: «أنت طالق في الدار»، وإن عنى به: «إذا أتيت مكة».. يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى الإضمار، وهو خلاف الظاهر.

(ولو قال: «إذا دخلت مكة» أو: «في دخولك».. لا يقع ما لم تدخلها)؛ لأنه علقه بالدخول، وهو في الأول ظاهر، وفي الثاني: لما تعذرت الظرفية؛ لعدم صلاحية الفعل ظرفاً للطلاق؛ على أن يكون شاغلاً له.. حمل على الشرط لمناسبةٍ بينهما؛ لأن الظرف يسبق المظروف، والشرط يسبق المشروط.

(وكذا: «الدار»)؛ لعدم الفارق بين البلد والدار.

* * *

(فصلٌ)

قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ غَداً، أَو فِي غَدٍ».. يَقع عِنْد الصُّبْح.

وَإِن نوى الْوُقُوعَ وَقتَ الْعَصْرِ.. صحَّت ديانَةً في الأَوَّل.

وَفِي الثَّانِي: قضاءً أَيْضاً، خلافاً لَهما.

(فصل)

في إضَافَةِ الطَّلَاقِ إلى الزَّمَانِ

وهي عبارة عن تأخير حكمه عن وقت التكلم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة الشرط (**قال: «أنت طالق غداً» أو: «في غد».. يقع عند الصبح**)؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد في الأول، وذلك بوقوعه في أول جزء منه، حتى يتصف بهذه الصفة في جميع الغد، وفي جزء مبهم في الثاني، لكن الجزء الأول أولى عند عدم النية؛ لعدم المزاحم، والمراد بالصبح: طلوع الفجر؛ على ما في «فتح القدير».

(**وإن نوى الوقوع وقت العصر.. صحت**) نيته (**ديانةً في الأول، وفي الثاني قضاءً أيضاً، خلافاً لهما**)؛ يعني: لو نوى آخر النهار في الأول: تصح ديانة لا قضاء، وفي الثاني: تصح ديانة وقضاء، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يصدق فيهما قضاء ويصدق فيهما ديانة؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد في الأول.. فيقع في أول جزء منه ضرورة؛ فإذا نوى البعض.. فقد نوى التخصيص في العموم، وفيه تخفيف عليه، فلا يصدق فيه، فكذا في الفصل الثاني؛ كما إذا حلف لا يأكل طعاماً؛ فنوى طعاماً خاصاً، وهذا؛ لأن حذف «في» وعدم حذفه بمنزلة واحدة.. لا يتغير حكم الظرفية بذكر كلمة «في» وعدم ذكرها، ولهذا لا يقع فيها في أول جزء منه عند عدم النية، كما مر آنفاً، ولا فرق بين صحة «يوم الجمعة» وبين «في يوم الجمعة» لأنه ظرف في الحالين.

ولأبي حنيفة: أن كلمة «في» للظرف، والظرف لا يقتضي الاستيعاب، بل: إذا اشغل جزءاً منه.. يكفي؛ كما يقال: «قعدت في المسجد» ونحوه؛ فإذا نوى البعض..

[فقد] نوى حقيقة كلامه، فيصدق قضاء [٤٠١/ب] كما يصدق ديانة، وإن كان فيه تخفيف عليه، بخلاف قوله: «أنت طالق غداً» فإنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، **وهو الحقيقة**؛ فإذا نوى البعض: فقد نوى التخصيص في العام، **وهو مجاز**.. فلا يصدق إذا كان فيه تخفيف، ونظيره ما إذا قال: «لأصومن عمري، أو في عمري، أو الدهر، أو في الدهر، وسرت فرسخاً، أو في فرسخ، وانتظرته يوماً، أو في يوم»»، بخلاف ما استشهدا به؛ لأن اليوم لا يتجزأ في حق الصوم فاستوى فيه الحذف والذكر، والشيء قد يختلف بين تقديره وبين ذكره.

كما لو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه، فإنها تحتاج إلى الإذن في كل خرجة، بخلاف ما لو قال: «إلا أن آذن لك.. فإنها تكتفي بإذن واحد، وإن كانت الباء فيه مقدرة؛ على ما في «الزيلعي».

واعلم: أن من الأحكام ما يتوقت وقوعها، ومنها ما لا يتوقت، والنكاح والطلاق: مما لا يتوقت وقوعهما، وإنما يتوقت إيقاعهما، وإليه أشار بقوله: «يقع عند الصبح، دون في الحال»، ولهذا قال في فصل الأمر باليد من «البزازية»: لو قال: «أنت طالق إلى عشرة أيام» يكون «إلى» بمعنى «بعد»؛ لأن تأجيل الوقوع غير ممكن.. فيتأجل الإيقاع.

ولو نوى أن يقع في الحال.. يقع.

بخلاف ما لو قال: «أمرك بيدك إلى عشرة أيام».. صار الأمر في يدها ويزول بعد مضي عشرة أيام.

ولو نوى أن يكون الأمر بيدها بعد العشرة.. لا يصدق قضاء؛ لأن الأمر باليد: يحتمل التوقيت وقوعاً، والعتق والكفالة إلى شهر: كالطلاق إليه.

وعن أبي يوسف: أنه كفيل في الحال، والفتوى على أنه كفيل بعد شهر.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَداً، أَو غَداً الْيَوْمَ».. يعْتَبرُ الأَوَّلَ ذِكراً.

والبيع إلى شهر: تأجيل للثمن، والوكالة: تقبل التوقيت، حتى لو تصرف بعد الوقت.. لا يصح.

وفي رواية: يصير وكيلاً بعد مضي المدة.

وفي رواية: يصير وكيلاً مطلقاً.

وفي الإجارة إلى شهر: تعيَّن ما يلي العقد وتمت بمضيه.

والمزارعة والشركة إلى شهر: كالإجارة.

والصلح إلى شهر والقسمة إليه.. لا تصح.

والإبراء إلى شهر: كالطلاق، إلا إذا قال: أردت التأخير، فيكون تأجيلاً إليه.

والإقرار إلى شهر: إن صدقه المقر له.. يثبت الأجل، وإن كذبه.. لزم المال حالاً.

وإذن العبد لا يتوقت.

والتحكيم والقضاء لا يقبلان التوقيت.

(**ولو قال: «أنت طالق اليوم غداً» أو: «غداً اليوم».. يعتبر الأول ذكراً**)؛ لأنه لما قال: «اليوم» في الأول.. كان منجزاً، والمنجز لا يحتمل الإضافة، وإذا قال: «غداً» في الثاني.. كان إضافة، والمضاف لا ينجز؛ لما فيه من إبطال الإضافة.. فلغا اللفظ الثاني في الفصلين.

فإن قيل: لم لا يجعل غداً ظرفاً لطلاق آخر؟

أجيب: بأنه يحتاج إلى تقدير: أنت طالق، وهو خلاف الأصل، فلا يصار إليه بلا ضرورة.

فإن قيل: فيه ضرورة صون كلام العاقل عن الإلغاء.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ قبلَ أَن أتزوَّجَكِ».. فَهُوَ لَغْوٌ.

قلنا: الأصل في الطلاق الحظر، وإنما يباح لضرورة دفع الحاجة، وهي تندفع بواحدة، فلا حاجة إلى الزيادة.

ولو قال: «أنت طالق اليوم وغداً» أو: «أنت طالق غداً واليوم» بالواو.. يقع واحدة [٤٠٢/أ] في الأول، وثنتان في الثاني؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه، غير أنا لا نحتاج إلى إيقاع الأخرى في الأولى؛ لإمكان وصفها غداً بطلاق وقع عليها اليوم، ولا يمكن ذلك في الثانية.. فيقعان.

وعلى هذا: لو قال: «أنت طالق آخر النهار وأوله».. تطلق ثنتين، ولو قال: «أول النهار وآخره».. تطلق واحدة.

واعلم: أنهم جعلوا الشرط مغيراً لأول الكلام، حتى قالوا: إنه لو قال: «أنت طالق اليوم إذا جاء غد».. لا تطلق إلا بطلوع الفجر من الغد، فتوقف المنجز على الآخر؛ لاتصال المغيِّر بالأول، وقالوا: إن «اليوم» فيه لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع، ولم يجعلوا الإضافة مغيراً، فقالوا: لو قال: «أنت طالق اليوم غداً».. تطلق في الحال، ويكون ذكر اليوم لبيان وقت الوقوع.

(**ولو قال: «أنت طالق قبل أن أتزوجك».. فهو لغو**)؛ لأنه أسنده إلى حالة منافية لمالكية الطلاق.. فصار كما إذا قال: «طلقتك وأنا صبي، أو نائم، أو مجنون» وكان جنونه معهوداً.

أو قال: «طلقتك قبل أن أخلق، أو قبل أن تخلقي»، ولأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح، أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج، وجعله إنشاء ضروري، فلا يصار إليه عند إمكان الحقيقة.

بخلاف ما إذا قال لعبده: «أنت حر قبل أن أشتريك، أو أنت حر أمس» وقد اشتراه اليوم.. حيث يعتق عليه؛ لإقراره له بالحرية قبل ملكه.

وَكَذَا: «أَنْتِ طَالِقٌ أمسِ» وَقد نَكَحَهَا الْيَوْمَ.

وَإِن نَكَحَهَا قبلَ أمسِ.. وَقعَ الْآنَ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً مَا لم أُطلقْكِ، أَو مَتى لم أطلِّقْكِ» وَسكتَ.. طلقت للْحَالِ.

كما لو قال لعبد الغير: «أعتقك مولاك»، ثم اشتراه.. يعتق عليه؛ لإقراره ذلك أيضاً.

(**وكذا: «أنت طالق أمس» وقد نكحها اليوم**) يعني: يكون لغواً؛ لما ذكرناه.

(**وإن نكحها قبل أمس**)؛ أي فيما إذا قال لها: «أنت طالق أمس» (.. **وقع** الطلاق (**الآن**)؛ لأنه: ما أسنده إلى حالة منافية له، ولا يمكن تصحيحه إخباراً عن الطلاق أيضاً؛ لعدم وقوعه.. فكان إنشاء، والإنشاء في الماضي: إنشاء في الحال؛ لعدم قدرته على الإسناد.. فيقع في الحال.

(**ولو قال: «أنت طالق ما لم أطلقك» أو: «متى لم أطلقك»، أو: «متى ما لم أطلقك» وسكت**) زماناً يسع فيه التطليق (.. **طلقت للحال**)؛ لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق، وقد وجد حين سكت، وهذا؛ لأن كلمة «متى ومتى ما».. صريح في الوقت؛ لأنهما من ظروف الزمان.

وأما «ما».. فلأنها قد تستعمل في الوقت، قال الله تعالى ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ أي: مدة حياتي، وقد تستعمل في الشرط أيضاً، قال الله تعالى: ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ ءَايَةٍ﴾، لكن ترجحت جهة الوقت؛ لأن التطليق يستدعي الوقت لا محالة.

ولو قال: «كلما لم أطلقك فأنت طالق» وسكت.. يقع الثلاث متتابعاً، ولا يقع جملة؛ لأنها تقتضي عموم الأفراد لا عموم الاجتماع، حتى لو كانت غير مدخول بها.. وقعت واحدة لا غير، وإنما قال: «وسكت»؛ لأنه لو لم يسكت، بل قال: «أنت طالق» موصولاً بقوله: «أنت طالق متى لم أطلقك».. فإنه لا يقع بقوله: «أنت طالق متى لم أطلقك» شيء، وإنما يقع بالموصول به استحساناً؛ لأن زمان البر مستثنى عن

حَتَّى لَو علَّقَ الثَّلَاثَ.. وقعنَ بسكوتِهِ.

وَإِن وصلَ «أَنْتِ طَالِقٌ» وَقعَ وَاحِدَةٌ.

وَلَو قَالَ: «إِن لم أطلِّقْكِ فَأَنتِ طَالِقٌ».. لَا يَقعُ مَا لم يَمُتْ أَحدُهمَا.

اليمين بدلالة حاله؛ لأن المقصود من [٤٠٢/ب] اليمين هو البر، ويمكنه تحقيق البر، إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى؛ كمن حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته.

(**حتى لو علق الثلاث**) بأن قال: «أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك».. (**وقعن**) الثلاث كله (**بسكوته**) زماناً يسع فيه الثلاث؛ لوجود الشرط.

(**وإن وصل «أنت طالق».. وقع واحدة**)؛ أي: بالموصول لا بالموصول إليه؛ على ما ذكرناه.

أطلق السكوت فشمل ما يكون لانقطاع النفَس وما يكون لا لانقطاع النفَس.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: رجل قال لامرأته: «أنت طالق» وسكت، ثم قال: «ثلاثاً» إن كان السكوت لانقطاع النفَس.. تقع الثلاث، وإن كان لا لانقطاع النفس.. لا تقع الثلاث، بل تقع واحدة.

ولو قال لها: «أنت طالق» فقيل له بعدما سكت «كم» قال: «ثلاثاً».. تقع الثلاث.

قال الصدر الشهيد: يحتمل أن هذا قول أبي حنيفة بناء على أن من قال لامرأته: «أنت طالق»، ثم قال: «جعلتها ثلاثاً».. صح عنده. انتهى.

(**ولو قال: «إن لم أطلقك.. فأنت طالق».. لا يقع ما لم يمت أحدهما**) قبل أن يطلقها؛ لأنه جعل الشرط عدم الطلاق، وذلك لا يتحقق إلا باليأس من الحياة؛ لأنهما ما داما حيين.. يمكن أن يطلقها، فلا يقع المعلق عليه، فهو كقوله: «إن لم آت البصرة.. فأنت طالق»؛ فإن فيه لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان بها بالموت.

وَ«إذا» بِلَا نِيَّة.. مثل: «إن».

وَعِنْدَهُمَا: مثل «مَتى».

(و«**إذا**» **بلا نية**) بشيء من الشرط [٤٠٣/أ] أو الوقت (.. **مثل** «**أن**») في جميع ما ذكرناه عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: مثل** «**متى**»).

حتى إذا قال لها: «أنت طالق إذا لم أطلقك، أو إذا ما لم أطلقك»، ولم ينو شيئاً.. لم تطلق حتى يموت أحدهما عنده.

وقالا: طلقت حين سكت الزوج.

أصل هذا الخلاف: أن «إذا» تستعمل **عند الكوفيين**:

للظرف بمعنى وقت حصول مضمون مدخوله؛ فيستعمل فيما هو قطعي الوجود.. فلا يجزم به الفعل.

وللشرط أيضاً على السواء بالاشتراك اللفظي فيجزم به الفعل، فيستعمل فيما هو على خطر الوجود؛ فإذا استعمل في أحدهما.. لم يبق الآخر مراداً؛ كسائر الألفاظ المشتركة، وذهب إليه أبو حنيفة.

وقال البصريون: إنها موضوعة للوقت خاصة؛ كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّيۡلِ إِذَا يَغۡشَىٰ﴾، وقد تستعمل في الشرط مجازاً من غير سقوط معنى الوقت، حتى لم يجزموا به المضارع؛ لعدم خلوصه في الشرط؛ لفوات معنى الإبهام اللازم للشرط، وذهب إليه أبو يوسف ومحمد، وجعلا ذلك نظير «متى» في كونها للوقت، لا يسقط عنها معنى الوقت أصلاً؛ سواء استعملت في الشرط أو في الاستفهام، والجمع بين المعنى الحقيقي والمجازي.. جائز إذا لم يكن بينهما منافاة؛ كما فيما نحن فيه؛ فإن الوقت يصلح شرطاً.

فإذا عرفت هذا.. فقال أبو يوسف ومحمد: إنه إذا لم يسقط الوقت عن «إذا»؛ إن استعمل شرطاً.. صار الطلاق مضافاً إلى زمان خال عن إيقاع الطلاق، وقد وجد

ثم إن مات الزوج.. وقع الطلاق عليها قبيل موته؛ لتحقق عجزه عن الإيقاع، فيتحقق شرط الحنث.

فإن كان لم يدخل بها.. فلا ميراث لها؛ لعدم العدة، وإن دخل بها.. فلها الميراث بحكم الفرار.

فإن قيل: في الجزء الأخير من الحياة عاجز عن التكلم بالطلاق، ومِن شرطِه القدرة عليه؛ لأن المعلق بالشرط كالملفوظ لذي الشرط.

قلنا: هذا الطلاق أمر حكمي، فلا يشترط له ما يشترط لحقيقة التطليق، ويكتفى بوجود القدرة عند التعليق؛ كما إذا علق الطلاق، ثم جن فوجد الشرط حال جنونه.. فإنه ينزل الجزاء، وإن لم يتصور منه حقيقة التطليق.

ثم موتها بمنزلة موته في ظاهر الرواية، وهو رواية «الأصل» وهو الصحيح.

وذكر في «النوادر»: أنه لا يقع بموتها؛ لأن الزوج قادر على الإيفاء ما لم تمت، والعجز إنما يتحقق بَموتها؛ فإذا ماتت.. فاتت المحلية، فلا يتصور الوقوع؛ كما لو قال: «إن لم آت البصرة.. فأنت طالق».. فإنها تطلق بموته قبل الإتيان دون موتها؛ لأنه قادر على الإتيان.

ووجه الظاهر: أن الإيقاع من حكمه الوقوع، وقد تحقق العجز عن الإيقاع قبيل موتها؛ لأنه لا يعقبه الوقوع لفوات المحل؛ كما لو قال: «أنت طالق مع موتك»؛ فإنه يقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل، ولا ميراث للزوج؛ لأن الفرقة وقعت بينهما قبيل موتها بإيقاع الطلاق عليها.

والفرق بين مسألة الكتاب وبين قوله: «إن لم آت البصرة فأنت طالق»، حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه: أن الشرط قد تحقق قبيل موتها في مسألة الكتاب، بخلاف قوله: «إن لم آت البصرة»؛ لأنه لا يتحقق الشرط بموتها؛ لأنه قادر على إتيانه البصرة بعد موتها.

وَمَعَ نِيَّةِ الشَّرْطِ أَوِ الْوَقْتِ.. فَمَا نوى.

وَالْيَوْمُ: للنهارِ مَعَ فعلٍ ممتَدٍّ.

ولمطلقِ الْوَقْتِ مَعَ فعلٍ لَا يَمْتَدُّ؛ ....

ذلك حين سكت.. فيقع الطلاق، ولهذا لو قال: «أنت طالق إذا شئت».. لم تتقيد المشية بالمجلس؛ مثل: «متى شئت»، ولو سقط الوقت.. لتقيد به؛ كما في «إن شئت».

وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشتركة.. لم يجز استعمالها فيهما دفعة؛ فإن أريد بها الشرط.. لم تطلق في الحال، وإن أريد بها الوقت.. طلقت، فلا تطلق بالشك والاحتمال حتى يموت أحدهما، بخلاف ما لو قال: «أنت طالق إذا شئت»؛ لأنه **على اعتبار أنه للوقت:** لا يخرج الأمر من يدها، **وعلى اعتبار أنه للشرط:** يخرج، والأمر صار في يدها، فلا يخرج بالشك.

واعترض عليه: بأن الأمر إنما ثبت في يدها بقوله: «إذا شئت» لا قبله، فلا يمكن أن يكون هذا القول مخرجاً للأمر عن يدها على اعتبار أنه للشرط، وإلا.. لزم أن يكون الشيء الواحد علة للضدين.

والجواب عنه: أن الكلام فيما إذا لم يكن للزوج نية، وبقوله: «إذا شئت».. علم أن المراد به التفويض، فثبت الأمر في يدها بمجرد التكلم بهذا اللفظ، ثم وقع الشك في أنه مثل «متى»، فلا يكون مخرجاً للأمر عن يدها، أو مثل: «إن»، فيكون مخرجاً، فاعتبار كونه مخرجاً غير اعتبار كونه مثبتاً.

والحاصل: أن زمان عروض الشك بهذا اللفظ، متأخر عن زمان ثبوت الأمر بيدها بهذا اللفظ أيضاً.

(**ومع نية الشرط أو الوقت.. فما نوى**)؛ أي: بالاتفاق؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه.

(**واليوم: للنهار**) أي البياض (**مع فعل ممتد، ولمطلق الوقت**)؛ أي: لجزء من الزمان مطلقاً (**مع فعل لا يمتد**).

واعلم: أن لفظ اليوم قد يستعمل [٤٠٣/ب] في بياض النهار، وقد يستعمل في مطلق الوقت ؛ على أن يكون **حقيقة** في الأول، **مجازاً** في الثاني عند الأكثرين، **وعلى الاشتراك اللفظي بينهما؛** عند بعض المشايخ.

والصحيح: هو الأول؛ لأن حمل الكلام على المجاز: أولى من الاشتراك؛ لعدم اختلاف الفهم بوجود القرينة.

وعلى التقديرين: لا بد في ترجيح أحد معنييه على الآخر من قرينة:

فإذا كان الفعل الذي تعلق به اليوم ممتداً؛ أي ما يصح فيه تقدير المدة؛ كاللبس والركوب والمساكنة ونحوها؛ لصحة أن يقال: «لبست يومين»، وكذا: «ركبت أو ساكنت».. يحمل على بياض النهار.

وإذا لم يكن الفعل ممتداً؛ كالخروج والدخول والقدوم؛ لعدم صحة تقديرها بمدة؛ إذ لا يقال خرجت أو دخلت أو قدمت يوماً.. يحمل على مطلق الوقت؛ اعتباراً للتناسب بين الظرف والمظروف؛ لأن الفعل المتعلق بظرف الزمان بدون «في» يقتضي أن يكون الظرف معياراً له غير زائد عليه؛ مثل: «صمت الشهر»؛ فإذا امتد الفعل.. امتد الظرف ليكون معياراً، فيصح حمل اليوم على بياض النهار، وإذا لم يمتد الفعل.. لم يمتد الظرف أيضاً؛ لأن الممتد لا يكون معياراً لغير الممتد، فحينئذٍ: لا يصح حمل اليوم على حقيقته، بل يحمل على مطلق الوقت.

ثم المعتبر عند المحققين في الامتداد وعدمه: هو الفعل الذي تعلق به اليوم لا الفعل الذي أضيف إليه اليوم.

وما وقع في إيمان «الهداية»، وفي «الجامع الصغير»، ففي كلام بعض المشايخ؛ من أن المعتبر فيهما: هو المضاف إليه لا المتعلق به، حيث قالوا في مثل «أنت طالق يوم أتزوجك، أو أكلمك» أن التزوج أو التكلم لا يمتد.. **محمول على المسامحة،** حيث لم يختلف الجواب؛ لتوافق المتعلق به والمضاف إليه في الامتداد وعدمه.

فَلَو قَالَ: «أَمرك بِيَدِك يَوْمَ يقدُمُ زيدٌ»

فَقدمَ لَيْلاً.. لَا تتخيَّرُ.

وأما إذا اختلفا؛ كما في «أمرك بيدك يوم يقدم زيد».. فقد اتفقوا على أن المعتبر هو المتعلق به لا المضاف إليه.

فإن قيل: التكلم مما يقبل التقدير بمدة فكيف جعلوه غير ممتد؟

قلنا: امتداد الأعراض إنما هو بتجدد الأمثال؛ لعدم بقائها؛ كالضرب والجلوس والركوب، بخلاف التكلم.. فإن المتحقق منه في المرة الثانية لا يكون مثل ما في المرة الأولى.

فإن قيل: كما أن اليوم ظرف للفعل المتعلق به.. كذلك هو ظرف للمضاف إليه، فيجب امتداده بامتداده، وعدمه بعدمه أيضاً، فيحمل على مطلق الوقت عند عدم امتداد المضاف إليه.

قلنا: إن ظرفيته للعامل قصدية لا ضمنية، وحاصلة لفظاً ومعنى فقط، بخلاف المضاف إليه، فاعتبار العامل أولى عند اختلافهما بالامتداد وعدمه.

(**فلو قال: «أمرك بيدك يوم يقدم زيد» فقدم ليلاً.. لا تتخير**)؛ لأن المراد باليوم ههنا: هو بياض النهار؛ لاقترانه فعلاً ممتداً؛ أعني: الأمر باليد.

فإن قيل: قد ذكر في «الجامع الصغير» أنه لو قال: «أمرك بيدك اليوم وغداً» دخلت الليلة.

قلنا: ليس مبنياً على أن اليوم لمطلق الوقت، بل على أنه بمنزلة «أمرك بيدك اليومين»، وفي مثله يستتبع [٤٠٤/أ] اسم اليوم الليلة أيضاً؛ كما لو قال: «أمرك بيدك رأس الشهر»؛ فإن الأمر بيدها الليلة التي يهل فيها الهلال، ومن الغد إلى الليل؛ كذا في «الخلاصة».

وَإِن قَالَ: «يَوْم أتزوَّجُكِ فَأَنتِ طَالِقٌ» فنكحها لَيْلاً.. وَقعَ.

وَلَو قَالَ: «أَنا مِنْكِ طَالِقٌ».. فَهُوَ لَغْوٌ وَإِن نوى.

(**وإن قال: «يوم أتزوجك فأنت طالق» فنكحها ليلاً.. وقع**)؛ لأن المراد باليوم ههنا: مطلق الوقت؛ كما في قوله تعالى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ ﴾؛ لأنه قرن بفعل غير ممتد وهو الطلاق؛ على ما ذكرناه.

ولو قال: «عنيت به بياض النهار خاصة».. دين في القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، فيكون من باب بيان التقرير قطعاً؛ لاحتمال المجاز.

فإن قيل: كيف جعلوا التخيير والأمر باليد مما يمتد، والطلاق والعتاق ونحوهما مما لا يمتد، مع أنه إن أريد إنشاء الأمر وحدوثه.. فهو غير ممتد في الكل، وإن أريد كون المرأة مخيرة ومفوضة أمرها إليها.. فهو ممتد، فكذا كونها مطلقة أو معتقاً ممتد أيضاً؟

قلنا: **أريد في الطلاق والعتاق:** وقوعهما؛ لأنه لا فائدة في تقييد كون الشخص مطلقاً أو معتقاً بالزمان؛ لأنه لا يقبل التوقيت بالمدة، **وفي التخيير والتفويض:** كونها مخيرة ومفوضة؛ لأنه يصح أن يكون يوماً أو يومين أو أكثر، ثم ينقطع، فيفيد توقيته بالمدة.

(**ولو قال: «أنا منك طالق».. فهو لغو وإن نوى**) الطلاق.

وقال الشافعي: يقع الطلاق إن نوى؛ لأن ملك النكاح مشترك بينهما، وكذا الحل مشترك بينهما، والطلاق وضع لإزالتهما.. فيصح مضافاً إليه كما يصح مضافاً إليها.

قلنا: لا، نسلم أن الطلاق وضع لإزالة النكاح والحِل المشتركين بينهما، بل: وضع لإزالة القيد، وهو فيها دون الزوج، ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوج والبروز؟

سلمنا ذلك، لكن ملك النكاح عليها؛ لأنها مملوكة والزوج مالك، ولهذا

وَلَو قَالَ: «أَنا مِنْكِ بَائِنٌ، أَو عَلَيْكِ حرَامٌ».. بَانَتْ إِن نوى.

سميت منكوحة، ومن ههنا يظهر وجه الفرق بين المسألتين ذكرهما «قاضي خان»؛ حيث قال:

ولو جمع بين منكوحته ورجل، فقال: «أحدكما طالق».. لا يقع الطلاق على امرأته في قول أبي حنيفة، وعن أبي يوسف: أنه يقع.

ولو جمع بين امرأته وأجنبية، وقال: «طلقت إحداكما».. طلقت امرأته، ولو قال: «إحداكما طالق»، ولو لم ينو شيئاً.. لا تطلق امرأته، وعنهما: أنها تطلق.

ولو جمع بين امرأته وما ليس بمحل للطلاق؛ كالبهيمة والحجر، وقال: «إحداكما طالق».. طلقت امرأته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تطلق.

ولو جمع بين امرأته الحية والميتة، وقال: «إحداكما طالق».. لا تطلق الحية. انتهى.

واعترض عليه في «البحر»: بأن الرجل ليس بمحل للطلاق، وكذا الميتة، فينبغي الوقوع فيهما على امرأته؛ كما في البهيمة والحجر، ولذا قالوا: لو قال لامرأته: «أنا منك طالق».. لا يقع الطلاق، وإن نوى الطلاق؛ لأنه ليس محلاً للطلاق، ثم أجاب عنه بمسألة نقلها عن «المحيط»، وهي: أن إضافة الطلاق إلى الرجل، وإن لم تصح.. فحكمه يثبت في حقه وهو الحرمة، ولذا لو أضاف الزوج الحرمة إلى نفسه، وقال: «أنا منك حرام».. صح فصار كالأجنبية، فظهر منه الفرق بين جمعِ منكوحته مع رجل أو مع المرأة الميتة، وبين جمعهِ بينها وبين البهيمة والحجر.

(**ولو قال: «أنا منك** [٤٠٤/ب] **بائن، أو عليك حرام».. بانت إن نوى**) الطلاق؛ لأن الإبانة لإزالة الوصلة المشتركة بينهما، والتحريم لإزالة الحل المشترك بينهما.. فيصح إضافتهما إليهما، بخلاف الطلاق، حيث لا يصح إضافته إلا إليها؛ على ما ذكرناه.

فإن قيل: لو كان الزوجان مشتركان في الإبانة والحل.. لاتّحدا في حق إضافة الإبانة والحرمة إليهما، واللازم منتف؛ فإنه إذا قال: «أنت بائن أو حرام» ولم يزد عليه ونوى الطلاق.. وقع؛ لتعيين إزالة ما بينهما من الوصلة، ولو قال: «أنا بائن أو حرام» ونوى الطلاق.. لم يقع ما لم يقل منك وعليك.

أجيب: بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك، بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها؛ فإنه ليس عليها ملك غيره، ولا تحل على غيره ما دامت تحته، فكانت الجهة متعينة، فاكتفى بقوله: «أنت بائن أو حرام».

وأما الزوج: فله ملك على غيرها أيضاً ويحل على غيرها، وإن كانت تلك تحته.. فلا بد من ذكر «منك وعليك» تعييناً للجهة.

قال في «القنية» بعلاَمَة فتاوى العصر[1]: لو قال: «أنت حرام» وقال: ما نويت به الطلاق.. لا يصدق، وليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب فيتركا العرف.

ثم قال: بتلك العلامة وبعلامة مجد الدين الترجماني[2]: لا يحتاج إلى كلمة «على».

ثم نقل عن شمس الأئمة السرخسي: لو قال لها: «أنا بائن» ولم يقل منك، أو «أنا حرام» ولم يقل عليك.. فليس هذا بشيء.

بخلاف ما إذا قال: «أنت بائن أو أنت حرام».

وفي «خزانة الأكمل»: لو قال: «أنت حرام أو بائن» ولم يقل مني.. فهو باطل.

وهذا سهو منه، حيث نقله من «العيون»، وفي «العيون» ذكر ذلك من جانب

---

(١) وهي الرمز الذي وضعه له اختصاراً في كتابه وهو (فع)، والمسألة بحالها في مخطوط «القنية»ص (٩٦).

(٢) أي: برمز (مت) والمسألة في مخطوط «القنية» ص (٩٦).

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ موتِي، أَو مَعَ موتِكِ».. فَهُوَ لَغْوٌ.

وَكَذَا لَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَو لا». خلافاً لمُحَمَّدٍ فِي رِوَايَةٍ.

المرأة فقال: ولو جعل أمر امرأته بيدها فقالت للزوج: «أنت علي حرام»، أو «أنت مني بائن»، أو «أنا عليك»، أو «بائن».. وقع، ولو قالت: «أنت بائن أو حرام» ولم تقل مني.. فهو باطل.

ووقع في بعض نسخ «العيون»: «ولو قال» بغير تاء التأنيث بدل، «ولو قالت»، فظن صاحب الأكمل أنها مسألة مبتدأة، وظن أنه لو قال ذلك الرجل لامرأته.. فهو باطل، قال رحمه الله: وعند هذا ازداد سهو شيخنا نجم الأئمة البخاري فزاد فيها لفظة «لها» فقال: «ولو قال لها: أنت حرام أو بائن».. فهو باطل»، والمسألة بحالها مع تاء التأنيث مذكورة في «الواقعات الكبرى» فعرف سهوهما. انتهى.

(ولو قال: «أنت طالق مع موتي، أو مع موتك».. فهو لغو)؛ لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له؛ لأن موته ينافي الأهلية، وموتها ينافي المحلية، ولا بد منهما.

(وكذا لو قال: «أنت طالق واحدة أو لا») عند أبي حنيفة، وأبي يوسف آخراً، **(خلافاً لمحمد في رواية)** وهو قول أبي يوسف أولاً.

ذكر المسألة في «الجامع الصغير» من غير ذكر خلاف.

ثم ذكر قول محمد في طلاق «المبسوط»: أن عنده تطلق واحدة رجعية فيما إذا قال: [٤٠٥/أ] «أنت طالق أو لا»، ولا فرق بين الوصفين، وفهم منه: أن عن محمد في المسألة روايتين، ووجه محمد: أنه إذا دخل الشك في الواحدة؛ لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي.. فيسقط اعتبار الواحدة، وبقي قوله: «أنت طالق»، بخلاف قوله: «أنت طالق أو لا»؛ لأنه دخل الشك في أصل الإيقاع.. فلا يقع.

ولهما: أن الوصف؛ أي: «أنت طالق» متى قرن بالعدد بأن قال: «أنت طالق واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً».. كان الوقوع بذكر العدد لا بالوصف؛ لأن أول الكلام

وَإِن ملك امْرَأَتَهُ أَو شِقْصَها، أَو ملكَتْهُ أَو شِقصَهُ.. بَطَلَ العقدُ.

فَلَو طَلَّقَهَا بعدَ ذَلِكَ.. لَغَا.

وَلَو قَالَ لَهَا وَهِي أَمَةٌ: «أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ إِعْتَاقِ سَيِّدِكِ إِيَّاكِ» فأعتقها.. ملكَ الرَّجْعَةَ.

يتوقف على آخره إذا كان آخره مغيراً لأوله، ولهذا لو قال لغير المدخول بها: «أنت طالق ثلاثاً».. تطلق ثلاثاً، ولو كان الوقوع بالوصف.. للغا ذكر الثلاث.

ولو قال: «أنت طالق واحدة» فماتت قبل قوله واحدة.. لم يقع شيء، ولو كان الوقوع بالوصف.. لوقع، وإذا كان الوقوع بذكر العدد.. كان الشك داخلاً في الإيقاع.. فلا يقع؛ كما في «أنت طالق أو لا»؛ لأن الواقع في الحقيقة هو المنعوت المحذوف، ومعناه: أنت طالق تطليقة واحدة.

(وإن ملك امرأته أو شقصها أو ملكته أو شقصه.. بطل العقد)؛ للمنافاة بين الملكية وبين المالكية؛ أما ملكها إياه: فللاجتماع بين المالكية والمملوكية، وأما ملكه إياها: فلأن ملك النكاح ضرورة ضعيف، ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين القوي فينتفي النكاح عند وجود القوي.

فإن قيل: الحل لا يثبت بالشقص.

قلنا: نعم، إلا أن ملك اليمين دليل الحل فقام مقام الحل تيسيراً، وإلا ينتقض هذا بالمكاتب إذا اشترى زوجته.. لا يبطل النكاح؛ لأنه ليس له ملكاً عليها، بل له حق الملك، وذلك لا يمنع بقاء النكاح.

(فلو طلقها بعد ذلك) أي بعد شراء أحدهما: صاحبه **(..لغا)**؛ لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح، ولا بقاء له مع وجود المنافي، لا من وجه، ولا من كل وجه.

(ولو قال لها وهي أمة) لغيره : **(«أنت طالق ثنتين مع إعتاق سيدك إياك» فأعتقها [ملك] الرجعة)**؛ لأنه علق التطليق بالإعتاق؛ لأنه متردد بين الوجود والعدم،

وَإِن علَّقَ طلقتها بمجيءِ الْغَد، وعلَّقَ مَوْلَاهَا عِتقَهَا بِهِ فجَاءَ.. لَا تحلُّ لَهُ إلاّ بعدَ زوجٍ آخرَ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يملكُ الرّجْعَةَ. وَتعْتَدُّ كَالْحرَّةِ إِجْمَاعًا.

فيصلح شرطاً، والمعلق يوجد بعد الشرط.. فتطلق وهي حرة، فلا يحرم بالطلقتين حرمة غليظة.. فيملك الرجعة.

فإن قيل: كلمة «مع» للمقارنة، فيكون منافياً لمعنى الشرط.

قلنا: قد يراد بها التأخر؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾، فيحمل عليه تصحيحاً لكلام العاقل، وقد يعارض بأنه يلزم على ذلك التقدير: أن يقع طلاق من قيل لها وهي أجنبية: «أنت طالق مع نكاحك»، ولكنه لا يقع.

وأجيب: بأن العدول عن معنى القران: الذي هو حقيقة «مع»؛ لضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزاً وتعليقاً مطلقاً، وفيما ذكر ليس ذلك؛ فإنه لا يملك التنجيز ولا التعليق إلا بعد النكاح، ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقاً: صيانة كلام من ليس كذلك.

(**وإن علق طلقتيها**) أي الأمة (**بمجيء الغد**) بأن قال: «إذا جاء الغد فأنت طالق ثنتين» [٤٠٥/ب] (**وعلق مولاها عتقها به**)؛ أي بمجيء الغد؛ بأن قال: «إذا جاء الغد فأنت حرة»، ولا بد أن يكون التعليق بـ«إذا» لا بـ«أن»؛ لأن «إن»: تدخل على ما هو على خطر الوجود البتة؛ لكونه خالصاً في الشرط، بخلافه «إذا»؛ فإنه يدخل على متحقق الوقوع، ومجيء الغد كذلك (**فجاء**) الغد (.. **لا تحل له إلا بعد زوج آخر**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد يملك الرجعة وتعتد**)؛ أي في المسألتين؛ (**كالحرة إجماعاً**)؛ أي ثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء.

والأصل ههنا: أن العلة والحكم مطلقاً؛ شرعيةً أو عقليةً.. يقترنان زماناً عند جمهور المحققين؛ كالاستطاعة مع الفعل، وعند بعض المشايخ: يتعاقبان في

الشرعية بناء على أن العلل الشرعية لها بقاء؛ لكونها في حكم الأعيان، والأصل تقدم المؤثر على الأثر، فلا يترك ذلك فيما أمكن، وقد أمكن في العلل الشرعية، بخلاف الاستطاعة مع الفعل؛ لأنها عرض، فلو تقدمت.. كان الفعل بلا استطاعة؛ لعدم بقاء الأعراض وهو محال، وعلى هذا: يمكن أن يخرج قول محمد على أوجه:

الأول: أنه يجوز أن يختار قول الجمهور في العتق وقول البعض في الطلاق.. فيقع الطلاق عليها وهي حرة.

والثاني: أن المعلق كالمرسل عند الشرط، فيكون كأن المولى والزوج أرسلا في ذلك الوقت.. فيقع أوجز القولين أولاً وهو المعتق؛ لأن قوله: «أنت حرة» أوجز من قوله: «أنت طالق ثنتين».. فيقع الطلاق وهي حرة، فلا تحرم بهما حرمة غليظة.

والثالث: أن العتق والطلاق: وإن كانا مقترنين مع علتيهما أو يتعاقبان، لكن حكم التطليق متأخر عن حكم الإعتاق في الوجود؛ لكون الطلاق محظوراً والإعتاق مندوباً إليه، كما في البيع إذا كان صحيحاً.. يفيد الحكم في الحال، وإذا كان فاسداً.. يتأخر حكمه إلى وجود القبض؛ لكونه محظوراً.

والرابع: أنهما لما علقا التطليق والإعتاق بشرط واحد؛ أعني: مجيء الغد.. كانا مقترنين في السببية لحكمهما أيضاً، والعتق يقارن الإعتاق، والطلاق يقارن التطليق، بناء على أن الحكم لا يتأخر عن علته؛ على ما مر.. فيلزم منه مقارنة الطلاق؛ لأن الطلاق مقارن للتطليق، والتطليق مقارن للإعتاق والإعتاق مقارن للعتق؛ لما ذكرناه، فالطلاق مقارن للعتق؛ لمقدمة أجنبية منتجة في قياس المساواة، من أن مقارن المقارن: مقارن كذلك، فكان قد وقع الطلاق عليها وهي حرة.. فلا تحرم حرمة غليظة، وهذا الوجه ضعيف على ما سيظهر لك.

والخامس: أن الاحتياط في الاستصحاب؛ أعني بقاء ما كان على ما كان؛ لأن الملك والحل كان ثابتاً بيقين.. فلا يزول بالشك احتياطاً، ولهذا كانت عدتها ثلاث حيض.

ولهما: أنهما علقا بشرط واحد؛ أعني مجيء الغد، والعتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلقتان.. فتحرم بهما حرمة غليظة، وهذا: لأن زمان ثبوت العتق هو زمان ثبوت [٤٠٦/أ] الطلاق؛ لما ذكرناه، فلا يصح القول أن الطلقتين يصادفها وهي حرة؛ على ما مر في الوجه الرابع، بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه علق التطليق بالإعتاق.. فيقع الطلاق بعد العتق بالضرورة ، وبخلاف العدة: لأنها حكم الطلاق.. فتعقبه، أو لأنه يحتاط فيها، وكذا الحرمة الغليظة يحتاط فيها.

* * *

(فصلٌ)

لَو قَالَ لَهَا: «أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا» مُشِيراً بأصابعِهِ.. وَقعَ بعدَدِها.

فَإِن أَشارَ ببطونِها.. تعْتَبرُ المنشورةُ، ....

فصل
في تَشْبِيهِ الطَّلَاقِ وَوَصْفِه

(قال لها: «أنت طالق هكذا» مشيراً بأصابعه) شبه عدد الطلاق بعدد أصابعه المشار إليه بكلمة «ذا» (.. يقع بعددها)؛ لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفاً وشرعاً؛ إذا اقترنت بالاسم المبهم؛ لحديث البخاري: أنه عليه الصلاة والسلام قال: «الشهر هكذا، وهكذا وهكذا»، وأشار بأصابعه العشرة، ثم قال: «الشهر هكذا، وهكذا وهكذا» وخنس إبهامه في الثالثة، يعني تسعة وعشرين.

فإن أشار بالواحدة.. طلقت واحدة، وبالثنتين.. فثنتين، وبالثلاث.. فثلاث.

وأشار بقوله: «هكذا» إلى أنه لو قال: «أنت طالق» وأشار بأصابعه ولم يقل «هكذا».. يقع واحدة؛ لأن الإشارة تفسير للقدر المبهم ولم يوجد.. فلغت، فيكون العامل فيه قوله «أنت طالق».

وفي «المحيط»: لو قالت لزوجها: «طلقني»، فأشار إليها بثلاث أصابع وأراد به الطلاق الثلاث.. لا يقع ما لم يقل «هكذا».

وفي «الخانية»: بين الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناس الإشارة بها وبين الأصابع الأخر، وإن أشار بثلاث أصابع وقال: عنيت بهذه الأمثال التشبيه بالكف دون الأصابع.. لا يصدق قضاء، ويدين ديانة.

ولو قال: «أنت طالق مثل هذا» وأشار إلى ثلاثة أصابع ونوى ثلاثاً.. فثلاث، أو واحدة.. فواحدة.

وإن أشار بالأصابع كلها وقال: «أنت طالق» ولم يقل: «هكذا».. تقع واحدة.

(فإن أشار ببطونها تعتبر المنشورة) للعرف والسنة؛ فإنه عليه الصلاة السلام لما

وبظهورها.. تعْتَبَرُ المضمومةُ.

وَلَـو وصفَ الطَّلَاقَ بِضَرْبٍ منَ الشدَّةِ؛ بأن قالَ: «أنتِ طالقٌ بائنٌ» أَو اَلْبَتَّةَ،

خنس إبهامه في الثالثة؛ فيما رويناه.. علم أن الاعتبار بما نشر دون ما عقد.

ولو أراد الإشارة بالمضمومتين.. صدق ديانة لا قضاء، حتى يقع ثنتان ديانة.

وكذا لو نوى الإشارة بالكف حال كون الأصابع منشورة.. صدق ديانه؛ لأنه محتمل.. فيقع واحدة ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

(وإن بظهورها.. تعتبر المضمومة) وهو أن يجعل ظهر الكف إليها وبطون الأصابع إلى نفسه.

وقيل: إن كان بطن كفه إلى السماء.. فالعبرة للنشر، وإن كان إلى الأرض.. فالعبرة للضم.

وقيل: إن كان نشراً عن ضم.. فالعبرة للنشر، وإن كان ضماً عن نشر.. فالعبرة للضم.

(ولو وصف الطلاق بضرب من الشدة بأن قال: «أنت طالق بائن أو البتة»).

وقال مالك والشافعي وأحمد: يقع رجعياً؛ إذا كان بعد الدخول؛ لأن قوله: «أنت طالق» صريح.. فيكون رجعياً، ووصفه بالبائن أو البتة تغيير له.. فيلغو.

ولنا: أنه وصفه بما يحتمله؛ ألا ترى أن البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به، ولو لم يكن من محتملاته.. لم يحصل به، فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين وتبييناً له لا تغييراً له.

فإن قيل: إنه لو كان [٤٠٦/ب] من محتملاته.. لجاز نيتها فيقع بقوله: «أنت طالق» طلقة واحدة بائنة إذا نوى، وليس كذلك.

قلنا: النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع، ونية البائن من قوله: «أنت طالق».. تغيير المشروع؛ لأن التصريح يعقب الرجعة شرعاً؛ على ما ذكرناه.

أَو أَفحشَ الطَّلَاقِ، أَو أَخبثَهُ، أَو أَشدَّهُ، أَو طَلَاقَ الشَّيْطَانِ، أَوِ الْبِدْعَةِ، أَو كالجبلِ، أَو كألفٍ،

(أو أفحش الطلاق أو أخبثه) أو أسوأه؛ لأنه لا يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة.. فصار كقوله بائن.

(أو أشده)، أو أشره، أو أكبره؛ لما ذكرناه.

فإن قيل: هذه صيغة تفضيل فيقتضي فاحشاً وأفحش، والفاحش هو البائن، والأفحش منه هو الثلاث.. فينبغي أن يقع الثلاث به، نوى أو لم ينو.

أجيب: بأن «أفعل»: قد يكون لإثبات أصل الوصف من غير زيادة؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾.

(أو طلاق الشيطان أو البدعة)؛ لأن الرجعي هو السنة، فيكون طلاق البدعة والشيطان.. بائناً.

وعن أبي يوسف في: «أنت طالق للبدعة».. أنه لا يكون بائناً إلا بالنية؛ لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع أيضاً في حال الحيض.. فلا بد من النية.

وعن محمد: أنه إذا قال: «أنت طالق للبدعة، أو طلاق الشيطان».. يكون رجعياً؛ لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في الحيض، فلا تثبت البيونة بالشك.

(أو كالجبل)، أو مثل الجبل؛ لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة، وذلك بإثبات زيادة الوصف وهي البينونة.

وعن أبي يوسف: يقع رجعياً؛ لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهاً في توحده.

(أو كألف)؛ لأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة، وفي العدد أخرى؛ رجل كألف ويراد به القوة.. فيصح نية الأمرين، وعند فقدان النية.. ثبت أقلهما وهو: الواحد البائن.

وعن محمد: أنه يقع الثلاث عند عدم النية؛ لأنه عدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهراً فصار كما إذا قال: «أنت طالق كعدد ألف».

أَو مَلءَ الْبَيْتِ، أَو تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً، أَو طَوِيلَةً، أَو عريضةً»..

وعن محمد: أنه لو.

قال: «أنت طالقَ كالنجوم».. تقع واحدة و«كعدد النجوم».. ثلاث، فيحتاج إلى الفرق بينه وبين قوله «كألف»؛ أن الألف موضوع للعدد، فيكون التشبيه به لتكثيره، بخلاف النجوم؛ لأنه يحتمل التشبيه في الإيضاء.

(**أو ملء البيت**)؛ لأن الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه، وقد يملؤه لكثرته، فأيهما نوى.. صحت نيته، وعند انعدامها.. يثبت الأقل لتيقنه.

(**أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة**)؛ لأن ما لا يمكن تداركه.. يشتد عليه، وهو البائن، وما يصعب تداركه يقال: «لهذا الأمر طول وعرض».

وعن أبي يوسف: أنه يقع بهذه الثلاثة رجعية؛ لأن الوصف لا يليق له.. فيلغو.

ثم الأصل ههنا: أنه متى وصف الطلاق؛ إن كان وصفاً لا يوصف به الطلاق.. يلغو الوصف ويقع رجعياً؛ مثل: «أنت طالق طلاقاً لم يقع عليك، أو على أنه بالخيار، أو عدد التراب».

ومتى وصف بصفة يوصف بها الطلاق؛ فإما [٤٠٧/أ] أن لا ينبئ عن زيادة؛ كقوله: «أحسن الطلاق، أو أفضله، أو أسنه، أو أجله، أو أعدله، أو أخيره».

أو ينبئ عن زيادة نحو «أشد الطلاق، أو أفحشه» وغيرهما مما ذكر.

فالأول: رجعي.

والثاني: بائن؛ على أصولهم.

فأصل أبي حنيفة فيه: أنه متى شبه الطلاق بشيء.. يقع بائناً، أيَّ شيء كان المشبه به؛ ذكر العظم أو لم يذكر؛ لما مر أن التشبيه يقتضي زيادة وصف وهو البائن.

وعند أبي يوسف: إن ذكر العظم.. يكون بائناً، وإلا: فيكون رجعياً، أيَّ شيء كان المشبه به؛ لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد، وذكر العظم للزيادة لا محالة.

وَقع وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ.

وعند زفر: إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس.. يقع بائناً، وإلا.. فرجعيّ؛ ذكر العظم أو لا.

وقول محمد مضطرب؛ قيل: مع أبي حنيفة، وقيل: مع أبي يوسف.

ثمرة الخلاف تظهر في قوله: «أنت طالق مثل رأس الإبرة».. يقع به واحدة بائنة؛ عند أبي حنيفة خاصة لو كان محمد مع أبي يوسف.

ولو قال: «مثل عظم رأس الإبرة».. يقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

ولو قال: «مثل الجبل».. يقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وزفر ومحمد إن كان هو مع أبي حنيفة.

ولو قال: «مثل عظم الجبل».. يقع واحدة بائنة بالاتفاق.

إذا عرفت هذا؛ فلو وصف الطلاق بشيء من المذكور (.. **وقع واحدة بائنة**) بلا نية؛ على ما ذكرناه.

وفي «التاتارخانية» عن البقالي: إذا قال لها: «أنت طالق عامة الطلاق، أو قال: جل الطلاق».. فيقع ثنتان.

ولو قال: «أكتر الطلاق».. فهو ثلاث.

ولو قال لها: «كل الطلاق».. فهي واحدة.

ولو قال: «أكثر الطلاق».. فهي ثنتان.

وفي «التنوير»: لو قال: «أكبر الطلاق» بالباء الموحدة من تحت.. تقع واحدة. انتهى.

فعلم منه: أن المذكور في «الخانية» أولاً من قوله: «أكثر الطلاق، فهو ثلاث» بالتاء المثنات من فوق، وبه صرح في «التنوير» أيضاً.

وَكَذَا إن نوى الثِّنْتَيْنِ.

إلاّ إذا نوى بقولِهِ: «طَالِق» وَاحِدَةً، وَبِقَوْلِهِ: «بَائِنٌ، أَو الْبَتَّةَ» طَلْقة أُخْرَى.. فَيَقَعُ بائنانِ.

وأن قوله ثانياً: «أكثر الطلاق فهي ثنتان» بالثاء المثلثة من فوق.

والحاصل: أن الواقع بقوله أكبر الطلاق بالباء الموحدة.. طلقة واحدة، وبقوله أكثر الطلاق بالثاء المثلثة من فوق.. ثنتان، وبقوله: «أكتر الطلاق» بالتاء المثناة من فوق.. ثلاث.

وهذا - والله أعلم -: أن المراد بوصفه بالكبر الشدة، فيكون بياناً لكيفية الطلاق.. فيقع واحدة بائنة.

والمراد بقوله: «أكثر» بالمثلث مجرد بيان كمية الطلاق، وأقله واحد، وبالثنتين يصير كثيراً، فلا حاجة إلى إثبات الثلاث، وقد ذكرنا أنه ليس بصيغة التفضيل معناه الحقيقي، بل: لإثبات أصل المعنى، ومعنى الكثر القدر؛ على ما في «القاموس»، ومعلوم أن قدر الطلاق: هو الثلاث في الحرة.. فيقع بأكثر: ثلاثاً، وعلى ما ذكرناه ينبغي أن يحمل ما قال في «فتح القدير» عزواً إلى «كاف الحاكم»: أنه لو قال: «أنت طالق أكثر الطلاق».. فهي ثلاث لا يدين فيها إذا قال نويت واحدة. انتهى.

يعني: مراده بلفظ أكثر ما كان بالتاء من فوق؛ على ما ذكرناه، لكنه يشكل ما في «البحر» من أن قوله: «أنت طالق أكثره» بالثاء المثلثة.. يقع به الثلاث. انتهى.

ولعل الصواب ما ذكرناه. تأمل.

(وكذا)؛ أي: يقع واحدة **(إن نوى** [٤٠٧/ب] **الثنتين)** في الحرة؛ لأن الثنتين في الأمة بمنزلة الثلاث في الحرة.. فتصح النية بها في الأمة، **(إلا إذا نوى بقوله طالق** طلقة **(واحدة)**.

(وبقوله: «بائن أو البتة» طلقة أخرى فيقع بائنان)؛ لأن وصف البائن أو البتة: يصلحان لابتداء الإيقاع؛ بأن قال: «أنت بائن أو أنت بتة» ونوى به الطلاق، فكذا إذا

وَصحَّت نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي الْكُلِّ.

نوى به تطليقة أخرى؛ فكأنه قال: «أنت طالق، أنت بائن»، وكان ينبغي أن يكون الأول رجعياً؛ عملاً بقوله: «أنت طالق»، إلا أنا جعلنا بائناً؛ لعدم الإمكان؛ لأن الثاني يكون بائناً لا محالة عندنا فيستتبع الأول.

(وصحت نية الثلاث في الكل)؛ لأن الثلاث في الحرة واحد حكمي يتناوله لفظ الطلاق، فيكون من محتملاته.. فصحت نيته، بخلاف الثنتين؛ فإنه عدد محض في الحرة.. لا يتناوله لفظ الطلاق؛ لأنه اسم جنس.. لا يحتمل العدد المحض؛ على ما مر في باب الإيقاع، ولهذا قال في «الخانية»: لو قال: «أنت طالق عدداً من الطلاق».. فهو ثنتان ، وكذلك إذا قال: «عدد الطلاق».

* * *

(فصلٌ)

طلَّقَ غيرَ الْمَدْخُولِ بهَا ثَلَاثاً.. وقعنَ.

وَإِن فرَّقَ.. بَانَتْ بِالْأُولَى، وَلَا تقعُ الثَّانِيَةُ.

فصل
في الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُول

(**طلق غير المدخول بها ثلاثاً.. وقعن**)؛ أي: الثلاث اعتباراً لعموم قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ سواء قال: «أوقعت عليك ثلاث تطليقات، أو أنت طالق ثلاثاً».

ولا خلاف في الأول؛ على ما صرح به في «فتح القدير»؛ حيث قال: فإنه يقع الثلاث عند الكل.

وفي الثاني: خلاف الحسن البصري، وعطاء، وجابر بن زيد، فإنهم قالوا: إذا قال: «أنت طالق».. تبين به واحدة لا إلى عدة، وقوله: «ثلاثاً» يصادفها وهي أجنبية.. فلا يقع به شيء؛ كما لو قال: «أنت طالق طالق طالق» بالواو أو لا.

ولنا: أن الواقع عليها هو المصدر المحذوف؛ والمعنى: طلاقاً ثلاثاً؛ لأن الوصف متى قرن بالعدد.. كان الوقوع بذكر العدد لا بالوصف، حتى لو ماتت قبل ذكر العدد بعد قوله: «أنت طالق».. كان لغواً؛ على ما مر، فلا بد لذلك من تقدير شيء يحتمل التعدد؛ لأن الوصف نعت المرأة لا يحتمل التعدد، فقدرنا المصدر لدلالة الوصف عليه، وهو يحتمل التعدد؛ فإذا كان الواقع هو المصدر المحذوف.. لم يكن قوله: «أنت طالق» إيقاعاً على حدة، وإلا.. لزاد عدد الطلاق، وهو غير مشروع.. فيقعن جملة، وصار الكل كلاماً واحداً.

بخلاف: «أنت طالق طالق طالق» بالواو أو لا ، وكذا: «أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق»؛ لكونها جملة، فيكون كل واحد إيقاعاً على حدة، وتبين بالأولى، ولا تقع الثانية والثالثة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير أوله، حتى يتوقف عليه؛ لأن الثانية صادفتها وهي مبانة؛ على ما أشار إليه بقوله: (**وإن فرق**)؛ أي الطلاق؛ على ما ذكرناه (.. **بانت بالأولى، ولا تقع الثانية**)؛ لما بيناه.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً».. وَقعَ وَاحِدَةٌ.

وينبغي أن يكون المراد بالتفريق ههنا: بغير الواو؛ ليحسن مقابلته بقوله: (**ولو قال**) لغير المدخول بها: («**أنت طالق واحدة وواحدة**».. **وقع واحدة**)؛ لما ذكرناه أنها بانت بالأولى، والثانية صادفتها وهي مبانة، بخلاف قوله: «أنت طالق ثلاثاً إن شئت»، فقالت: شئت واحدة وواحدة [٤٠٨/أ] وواحدة.. فإنه يقع عليها ثلاث مع التفريق؛ لأن تمام الشرط بآخر كلامها؛ فلما لم يتم الشرط.. لا ينزل الجزاء قبل تمامه.

قال مالك والشافعي وأحمد في القديم: أنها تطلق ثلاثاً إذا كان بعطف؛ مثل «واحدة وواحدة وواحدة»؛ لأن الواو للجمع المطلق بغير ترتيب، والملفوظ بحرف الجمع كالملفوظ بلفظ الجمع، حتى لو زوجه فضولي أختين في عقدين، فقال: «أجزت نكاح هذه وهذه».. بطلا.

ولو مات شخص وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، فقال ابنه أعتق أبي هذا، وهذا.. وهذا يكون الثلاث بينهم على السواء.

ولو قال لغير المدخول بها: «أنت طالق ونصف، أو واحدة وأخرى».. يقع ثنتان، أو «واحدة وعشرين».. يقع ثلاثاً.

قلنا: إنها لما بانت بالأولى لا إلى عدة.. لم يبق للثاني محلاً، بخلافه المجموع بلفظ الجمع، فإنها تقع جملة واحدة.

وقوله: «واحدة ونصف، أو واحدة وعشرين» ليس لهما عبارة أخصر منهما، فكان فيها ضرورة، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه يمكن تثنيته أو جمعه.

وقوله: «واحدة وأخرى».. إنما وقع به ثنتان؛ لأن لفظة أخرى لم تستعمل ابتداء واستقلالاً للإيقاع.

ونكاح الأختين ومسألة الوارث: لأن آخر كلامه مغير لصدره.. فيتوقف عليه كما يتوقف على الشرط؛ لأن نكاح المرأة متى صح.. بطل نكاح أختها فكان مغيراً،

وَكَذَا لَو قَالَ: «وَاحِدَةٌ قبلَ وَاحِدَةٍ، أَو بعْدهَا وَاحِدَةٌ».

وَلَو قَالَ: «بعدَ وَاحِدَةٍ، أَو قبلَهَا وَاحِدَةٌ، أَو مَعَ وَاحِدَةٍ، أَو مَعهَا وَاحِدَةٌ».. فثنتان.

وكذا إقرار الوارث بالعتق للثاني والثالث بغير الصدر؛ لأنه لو سكت على إقراره للأول.. كان له الثلث كله؛ فإذا أقر لغيره أيضاً معه كان شاركه فيه فنقص حقه.. كان مغيراً.

(**وكذا لو قال واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة**)؛ لأنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف؛ فإن قرنهما بالضمير.. كان صفة للمذكور آخراً؛ كقوله: «جاءني زيد قبله عمرو»، وإن لم يقرن بالضمير.. كان صفة للمذكور أولاً؛ كقوله: «جاءني زيد قبل عمرو» فالقبلية في قوله: «واحدة قبل واحدة» صفة للأولى.. فتبين بها، فلا تقع الثانية؛ لعدم المحل.

والبعدية في قوله: «بعدها واحدة» صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى فكان في معنى: «أنت طالق واحدة قبل واحدة أخرى تقع عليك».. فتبين بالأولى، وفي معنى: «بعدها واحدة أخرى تقع عليك».. فتبين بالأولى قبل الأخرى.

(**ولو قال**: «أنت طالق واحدة» **بعد واحدة**).. يقع ثنتان؛ لما ذكرناه أن البعدية صفة للأولى، فكان معناه: «أنت طالق واحدة بعد واحدة أخرى كانت وقعت عليك»، فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبل هذا في الماضي، وهذا منه إسناد للثانية إلى وقت ماض، وليس في وسعه ذلك، فيكون موقعاً لها في الحال مع الأولى، فكان وقوع الواحدة بالإنشاء، والأخرى بالإقرار.. فيكون ثنتين.

(**أو: «قبلها واحدة»**).. يقع ثنتان لما ذكرناه أيضاً أن القبلية ههنا: صفة للثانية؛ لاتصالها بالهاء فكان معناه: «أنت طالق واحدة قبلها أخرى وقعت عليك» فاقتضى [٤٠٨/ب] إيقاع الواحدة في الحال والأخرى في الماضي، وليس في وسعه.. فيكون موقعاً له في الحال مع الأولى؛ كما ذكرناه من قبل.

(**أو: «مع واحدة» أو: «معها واحدة».. فثنتان**)؛ لما بيناه في الأولين، والوجه في

وَفِي الْمَوْطُوءَةِ: ثِنْتَانِ فِي الْكلِّ.

وَلَو قَالَ: «إِن دخلتِ الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً» فَدخلت.. تقعُ وَاحِدَةٌ، وَعِنْدَهُمَا: ثِنْتَانِ.

وَلَو أَخَّرَ الشَّرطَ.. فثنتانِ اتِّفَاقاً.

هذه: أن «مع» للقران فتتوقف الأولى على الثانية تحقيقاً لمراده.. فوقعا معاً.

وعن أبي يوسف في قوله: «معها»: أنه يقع واحدة؛ لأن الكناية تستدعي سبق المكنى عنه وجوداً، وذلك في الطلاق بالوقوع.

(**وفي الموطوءة**)؛ أي المدخول بها (.. **ثنتان في الكل**)؛ أي في كل من الوجوه المذكورة من «قبل» و«بعد» بالكناية وغيرها؛ لقيام المحلية بعد وقوع الأولى للعدة.

(**ولو قال**) - أي لغير المدخول بها؛ إذ في المدخول بها يقع ثنتان أيضاً، في صورتي تقديم الشرط وتأخيره - (: «**إن دخلت الدار.. فأنت طالق واحدة وواحدة**» **فدخلت.. تقع واحدة**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: ثنتان**).

ولو أخر الشرط)؛ بأن قال: «أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار».. (**فثنتان اتفاقاً**).

لهم في بيان أصل الطرفين طريقان:

أحدهما: أن الواو عندهما للمقارنة، وقد دخلت بين الأجزية فتجمع بينها فيتعلقن جملة ويقعن جملة؛ كما لو قال: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً»؛ وكما في صورة تأخير الشرط.

وعند أبي حنيفة: أنها للترتيب؛ لأنها لو حملت على القران.. يقعن جملة، ولو على الترتيب.. تقع واحدة، فكان في الزائد شك، فلا يقع فتحمل على الترتيب.. فتقع واحدة؛ كما في المنجز بقوله: «أنت طالق واحدة وواحدة».

وثانيهما: أن تعليق الأجزية بالشرط عنده على سبيل التعاقب والترتيب؛ لأن

قوله: «إن دخلت الدار.. فأنت طالق» جملة كاملة مستغنية عما بعدها فيحصل بها التعلق بالشرط، وقوله: «وطالق» جملة ناقصة؛ لعدم ظهور الشرط فيها مفتقرة في الإفادة إلى الأولى، فيكون تعليق الثانية بعد تعليق الأولى، والثالثة بعدهما؛ فإذا كان تعليق الأجزية بالشرط على التعاقب.. كان وقوعها أيضاً كذلك؛ لأن المعلق بالشرط.. كالمنجز عند وجود الشرط، وفي المنجز: تبين بالأولى، فكذا في المعلق.. فتلغو الثانية والثالثة؛ لعدم المحل.

بخلاف ما إذا كرر الشرط.. فإن الكل يتعلق بالشرط بلا واسطة.

وبخلاف ما إذا قدم الأجزية.. فإن الكل يتعلق بالشرط دفعة؛ لأنه إذا كان في آخر الكلام ما يغير أوله.. يتوقف الأول على الآخر، فلا يتعاقب في التعليق والوقوع.

وعندهما: يقع الكل دفعة؛ لأن زمان الوقوع هو زمان وجود الشرط، والتفريق إنما هو في أزمنة التعليق لا في أزمنة التطليق؛ لأن الترتيب إنما هو في التكلم لا في صيرورة اللفظ تطليقاً، وتحقيقه: أن عطف الناقصة على الكاملة.. يوجب تقدير ما في الكاملة تكميلاً للناقصة، حتى لو قال: «هذه طالق وهذه».. يجب تثليث طلاق الثانية أيضاً.

وفي الكاملة: الشرط مذكور، فيجب تقديره في الناقصة، فيصير [٤٠٩/أ] بمنزلة ما إذا قال لغير المدخول بها: «إن دخلت الدار.. فأنت طالق إن دخلت الدار، فأنت طالق إن دخلت الدار، فأنت طالق» فعند الدخول.. يقع الثلاث فكذا هنا؛ لأن المقدر: كالملفوظ، والمعتمد: هي هذه الطريقة؛ لأنه لو كان الواو للترتيب عنده، والمقارنة عندهما.. لما اتفقوا على وقوع الواحدة في المنجز في: «أنت طالق وطالق»، وعلى وقوع الثلاث في تقديم الأجزية وتأخير الشرط.

ولو عطف بالفاء: فهو على هذا الخلاف؛ فيما ذكره الكرخي والطحاوي، وعلى ما ذكره أبو الليث: أنه تقع واحدة بالاتفاق؛ لأنها للتعقيب، وهو الأصح؛ على ما في

وَيَقَعُ بِعَدَدٍ قُرِنَ بِالطَّلَاقِ لَا بِهِ، فَلَو مَاتَت قبلَ ذِكرِ الْعدَدِ فِي قَوْلِهِ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً».. لَا تطلقُ.

«الهداية».. فصارت كـ«ثم» و«بعد» وأخر الشرط؛ كـ: «أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق إن دخلت الدار».

فإن كانت مدخولاً بها.. تقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط عند أبي حنيفة؛ لأنها للتراخي، وأثر التراخي يظهر عنده في التعليق، فكأنه فصل بسكوت بين كلمتين.

ولو سكت.. وقع الأول بلا توقف، فكذا هنا.

وإذا وقع الأول.. بقيت محلاً للثانية فتقع الثانية أيضاً وتتعلق الثالثة بدخولها الدار.

وإن كانت غير مدخول بها.. تقع واحدة في الحال وتلغو الباقية؛ لانتفاء محليتها.

وإن قدم الشرط، فقال: «إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق»، وهي مدخول بها.. تعلقت الأولى بالشرط ووقعت الثانية والثالثة.

وإن لم تكن مدخولاً بها.. تعلق الأول ووقع الثاني ولغا الثالث؛ هذا عنده.

وعندهما: أن أثر التراخي يظهر في الوقوع عند وجود الشرط لا في التعليق، فالكل يتعلق بالشرط عندهما، قدم الشرط أو أخر، إلا أنهما عند وجود الشرط.. تطلق ثلاثاً، إن كانت مدخولاً بها. وإلا.. تطلق واحدة.

(**ويقع**)؛ أي الطلاق (**بعددٍ**) أعم من الحقيقي والحكمي، فيشمل الواحد أيضاً، (**قرن بالطلاق لا به**)؛ أي لا بلفظ الطلاق؛ لما ذكرناه مراراً أن الوصف متى قرن بالعدد.. كان الوقوع بالعدد لا بالوصف؛ بناء على ما قرر أنه إذا ذكر في آخر الكلام ما يغير أوله.. يتوقف أوله على آخره.

(**فلو ماتت**) المرأة (**قبل ذكر**) الزوج (**العدد في قوله: «أنت طالق واحدة».. لا تطلق**)؛ لأنه بالموت بطل المحل فيرث منها.

بخلاف ما لو مات الزوج قبل ذكر العدد.. فإنها تطلق واحدة؛ لأن قوله: «أنت طالق».. يعمل بنفسه في الوقوع، ولا اعتبار بقصده العدد ما لم يتلفظ به.

ولو قال لنسائه الأربع: «بينكن تطليقة»، أو قال: «تطليقتان» أو قال: «ثلاث تطليقات»، أو قال: «أربع تطليقات».. طلقت كل واحدة منهن تطليقة، إلا أن ينوي قسمة كل تطليقة إلى نسائه الأربع بالأجزاء؛ فإذا كمل كل جزء بحكم عدم قبول الطلاق التجزيء.. تطلق كل واحدة ثنتين في الثاني، وثلاثاً في الثالث والرابع.

ولو قال لنسائه الأربع: «بينكن خمس تطليقات».. يقع على كل واحدة منها طلاقان؛ بأن يجعل لكل واحدة منهن طلقة واحدة، ويجعل الخامس بينهن، ثم يكمل [٤٠٩/ب] كل جزء، لما مر فيحصل لكل منهن طلاق، وهكذا إلى ثمان تطليقات؛ فإن زاد عليها.. طلقت كل واحدة ثلاثاً.

أما في التسع: فلأنا قسمناه على الأربع، ثم كملناه فصار ثلاثاً، وهكذا.

وفي «فتح القدير» عن «المبسوط»: لو قال لامرأتين: «أنتما طالقان ثلاثاً» ينوي أن الثلاث بينهما.. يصدق ديانة، فيقع على كل منهما ثنتان؛ لأنه من محتملاته، ولا يصدق قضاء؛ لكونه خلاف الظاهر.. فتطلق كل منهما ثلاثاً قضاء.

وكذا لو قال لأربع: «أنتن طوالق ثلاثاً»؛ ينوي أن الثلاث بينهن.

وفي «الدرر»: قال: «امرأتي طالق» وله امرأتان أو ثلاث.. تطلق واحدةٌ، وللزوج خيار التعيين هو الصحيح.

وقيل: يقع على كل واحدة منهن طلاق.

فعلم أنه لو قال: «امرأتي طالق ثلاثاً» وله امرأتان أو ثلاث.. تطلق واحدة منهن ثلاثاً، وللزوج خيار التعيين، وهكذا أفتى به شيخ الإسلام.

* * *

(فصلٌ)

وكنايتُهُ: مَا احتملَهُ وَغَيرَهُ، وَلَا يَقع بهَا إِلَّا بنيَّةٍ أَو دلَالَةِ حَالٍ.

(فصل)

فِي بَيانِ الكِناياتِ

وهو عند الأصوليين: ما استتر المراد به، حقيقة كان أو مجازاً، وإلا.. فصريح.

فالحقيقة التي لم تهجر: صريح.

والتي هجرت وغلب معناها المجازي: كناية.

والمجازي المتعارف: صريح.

وغير المتعارف: كناية.

وعند البيانيين: أن يذكر لفظ ويراد معناه لا لذاته، بل لينتقل منه إلى معنى ثان هو ملزوم للمعنى الأول.

وحكمها: أن لا يجب العمل بها إلا بالنية، أو ما يقوم مقامها؛ من دلالة الحال؛ لأنها غير موضوعة لما استعملت فيه، بل يحتمله وغيره من التعيين بشيء.

وأشار إلى قول الأصوليين بقوله: (وكنايته)؛ أي: الطلاق؛ لكونه مذكوراً قبل الفصل: (ما احتمله وغيره)، ثم أشار إلى حكمها بقوله: (ولا يقع) أي الطلاق (بها) أي بالكناية (إلا بنية أو دلالة حال) كحال مذاكرة الطلاق، أو حال الغضب؛ كذا في «الدرر».

وفي «البحر»: لو قال لها: «أنت طالق إن شئت واختاري» فقالت: «شئت واخترت».. يقع طلاقان، أحدهما: بالمشيئة والآخربالاختيار من غير نية؛ لتقدم الصريح عليها. انتهى.

فعلم منه: أن تقدم صريح الطلاق كاف في الدلالة، وإن لم يكن مذاكرته منهما.

فَمِنْهَا: اعْتَدِّي، واستبرئي رَحِمَكِ، وَأَنتِ وَاحِدَةٌ.. يَقَعُ بِكُلِّ مِنْهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ.

ثم قال في «البحر»: إن وقوع الطلاق بها بدلالة الحال.. إنما هو في القضاء؛ لأنه لا يقع ديانة إلا بالنية، ولا عبرة بدلالة الحال. انتهى.

هكذا ذكره في «الأشباه» أيضاً.

وقال الشافعي: لا اعتبار بالدلالة، بل لا بد من النية.

قلنا: دلالة الحال أقوى من النية؛ لأنها ظاهرة، والنية باطنة.

(فمنها: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، يقع بكل منها واحدة رجعية).

أما الأولى:

فلأنها يحتمل عد الدراهم، أو نعم الله عليك، أو ما يعد من الأقراء، فاستتر المراد منها؛ فإذا نوى ما يعد من الأقرار.. يثبت الطلاق بطريق الاقتضاء؛ ضرورة أن وجوب عد الأقراء.. يقتضي سابقية الطلاق، تصحيحاً للأمر، والضرورة ترتفع بإثبات واحد رجعي، فلا يصار إلى الزائد، وفيه انتقال من اللازم [٤١٠/أ] إلى الملزوم، الذي هو لازم متقدم على ما هو المعتبر في الاقتضاء، فيكون كناية على الاصطلاحين المذكورين من قبل، هذا فيما إذا كان بعد الدخول.

وأما إذا قال ذلك قبل الدخول بها.. فلا جهة للاقتضاء وإرادة حقيقة الأمر بعد الإقرار لينتقل منه إلى الطلاق المتقدم؛ لأن طلاق غير المدخول بها.. لا يوجب العدة، فيجعل قوله: «اعتدي» مجازاً عن «كُوْني طالقاً»؛ بطريق إطلاق اسم المسبب على السبب؛ لأن الطلاق سبب لوجوب الاعتداد.

والحاصل: أنه لما جاز إرادة المعنى الحقيقي في المدخول بها.. جعل اللفظ كناية على الاصطلاحين، ولما تعذر ذلك في غير المدخول بها.. جعل مجازاً على اصطلاح البيان، وكناية على اصطلاح الأصول؛ لاستتار المراد به.

وأما الثانية:

فلأنها تفسير لاعتدي وتوضيح لما هو المقصود من العدة؛ أعني: طلب براءة

وَمَا سواهَا.. يَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ بائنةٌ، إِلَّا أَن يَنْوِيَ ثَلَاثاً.. فيقعنَ.

الرحم، إلا أنه يحتمل للوطئ، وطلب الولد، وأن يكون ليتزوج بزوج؛ فإذا نوى ذلك.. يثبت الطلاق اقتضاء أو مجازاً؛ على قدمناه.

وأما الثالثة: فلأنها تحتمل «أنت واحدة في قومك، أو واحدة النساء في الجمال، أو منفردة عندي، أو تطليقة واحدة»؛ على أنها وصف للمصدر؛ فإذا نوى ذلك.. وقع الطلاق، بمنزلة: «أنت طالق طلقة واحدة».. فيقع رجعياً مثله، وهذا كناية؛ على اصطلاح الأصول لا البيان، ولا معتبر بإعراب الواحدة؛ عند عامة المشايخ؛ فإنه يقع بها رجعياً مرفوعة كانت أو منصوبة أو موقوفة على الصحيح.

وقيل: يقع بها إذا نصب وإن لم ينو؛ لكونه صفة للطلقة، ولا يقع إذا رفع وإن نوى؛ لأنه حينئذ صفة شخص.

(وما سواها) أي ما سوى الثلاثة المذكورة من ألفاظ الكناية **(يقع بها واحدة بائنة)** إذا نوى الطلاق؛ لما مر من لزوم النية؛ لقطع الاحتمال، إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق، أو في حال تقدم ذكره صريحاً؛ على ما قدمناه؛ فإن القاضي حينئذ يحكم بوقوعه، وإن ادعى الزوج عدم النية.

(إلا أن ينوي ثلاثاً.. فيقعن)؛ لأن الواقع بما سواها إذا كان بائناً.. فالبينونة تتصل المرأة للحال من قبله.

ولاتصالها جهتان:

انقطاع يرجع الملك.. فتكون البينونة غليظة.

وانقطاع يرجع إلى المحل.. فتكون البينونة خفيفة، فتعدد المقتضى بتعدد المقتضي؛ على الاحتمال.. فيصح تعيينه بالنية؛ إلا في «اختاري».. فإنه لا يصح نية الثلاث فيه؛ على ما سيصرح به في باب التفويض.

وَلَا تصحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ.

وَهِيَ: بائِنٌ بتَّةٌ، بتلةٌ، حرَامٌ، خليَّةٌ، بَرِيَّةٌ، حبلُكِ على غَارِبِكِ، الحقي بأهلِكِ، وَهبتُكِ لأَهْلِكِ، سرَّحتُكِ، فارقتُكِ، أَمرُكِ بِيَدِكِ، اخْتَارِي، ....

(ولا تصح نية الثنتين)؛ لما مر من أنه عدد محض في الحرة، فلا يتناوله الجنس، بخلاف الثلاث؛ فإنه واحد حكمي يتناوله اسم الجنس؛ فإذا لم تصح نيته.. وقعت واحدة.

(وهي)؛ أي ما سوى الثلاثة:

(بائن، بتة، بتلة، حرام) إطلاق لفظ الكناية على هذه الألفاظ بطريق المجاز؛ لأن هذه الألفاظ معانيها ظاهرة غير مستترة على أهل اللسان، لكنها شابهت الكناية من جهة الإبهام فيما تعمل هذه الألفاظ، مثلاً: إن البائن معلوم المعنى، إلا أن محل البينونة هي الوصلة، وهي متنوعة أنواعاً مختلفة؛ [٤١٠/ب] كوصلة النكاح، ووصلة القوم، وغيرها، فاستتر المراد لا في نفسه، بل: باعتبار إبهام المحل الذي يظهر أثر البينونة فيه؛ فاستعير لها لفظ الكناية؛ فاحتاجت إلى النية ليزول إبهام المحل، وتتعين البينونة عن وصلة النكاح، ويقع الطلاق البائن بموجب الكلام نفسه، من غير أن يجعل «أنت بائن» كناية عن «أنت طالق»، حتى يلزم كون الواقع به رجعياً هذا هو المشهور في إطلاق لفظ الكناية على هذه الألفاظ.

واعترض عليه: بأنهم إن أرادوا بكونها معلومة المعاني: أن معانيها اللغوية معلومة فمسلم، لكنه لا يلزم منه أن لا يكون كناية حقيقة؛ لأن المعنى المراد منها مستتر.. فيصدق عليها الكناية حقيقة؛ لأن الكناية عند الأصوليين: ما استتر المراد، وإن أرادوا أن المراد منها معلوم.. فممنوع؛ كيف ولا يتعين المراد منها إلا بالنية، أو دلالة الحال؛ لاستتاره؟ فالأولى أن يقال: هذه الألفاظ كناية حقيقة عن البينونة عن وصلة النكاح؛ لاستتارها لا عن صريح الطلاق؛ كما قاله الشافعي، فيكون الواقع بينونة لا رجعياً.

(**خلية، برية، حبلك على غاربك، الحقي بأهلك، وهبتك لأهلك، سرحتك، فارقتك، أمرك بيدك، اختاري**).

أَنْتِ حرَّةٌ، تقنَّعي، تخمَّري، استَتِري، اغرُبي، اخْرُجِي، اذهبي، قومِي، ابْتغِي الْأَزْوَاجَ.

قال في «النهاية»: الكنايات على نوعين:

كناية في إنشاء الطلاق؛ كقوله: «أنت بائن وحرام» ونحوهما.

وكناية في تفويض الطلاق؛ كقوله: «اختاري وأمرك بيدك»؛ فإنه لا يكون الأمر بيدها بهذين اللفظين، إلا عند نية الزوج الطلاق بهذا التخيير، ثم لا يقع الطلاق بهما، وإن كان في مذاكرة الطلاق، إلا بعد أن تقول المرأة: «طلقت نفسي»، فذكرهما من باب كناية الطلاق ههنا باعتبار احتمالهما معنى آخر سوى الطلاق؛ من اختيار الدخول والخروج والطبخ.

وقال في «الحاشية السعدية»: قوله: «أمرك بيدك».. كناية عن التفويض، فلا يناسب ذكره المقام، ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين، فزعم أنه يقع به الطلاق، وأفتى به وحرم حلالاً، نعوذ بالله تعالى. انتهى.

(**أنت حرة**)، أو حررتك، أو أعتقتك. ناوياً الطلاق، (**تقنعي، تخمري، استتري، اغربي، اخرجي، اذهبي، قومي ابتغي الأزواج**).

واعلم: أن وقوع البينونة بهذه الألفاظ كلها مذهبنا.

وقال الشافعي: يقع بها رجعي كالثلاثة الأول؛ لأنها كنايات عن الطلاق، وهو يعقب الرجعة كالصريح.

ولنا: أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية، وكل ما كان كذلك.. كان صحيحاً لا محالة؛ أما الأهلية والمحلية، فظاهر، وأما الولاية الشرعية: فلأن الحاجة إلى الطلاق البائن ماسة؛ كيلا ينسد عليه باب تدارك دفع المرأة عن نفسه، ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد، وليست هذه كنايات على التحقيق؛ لأنها عوامل في حقائقها، وإنما تصح نية الثلاث فيها؛ لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة، وعند انعدام النية ثبت [٤١١/أ] الأدنى.

فَلَو أنكرَ النِّيَّةَ. صُدِّقَ مُطلقاً حَالَةَ الرِّضاءِ.

وَلَا يُصدَّقُ قَضَاءً عِنْدَ مذاكرةِ الطَّلَاقِ فِيمَا يصلحُ للجوابِ دونَ الرَّدِّ،

وَلَا عِنْدَ الْغَضَبِ فِيمَا يصلحُ للطَّلَاقِ دونَ الرَّدِّ والشَّتمِ.

وَيَصدَّقُ ديانَةً فِي الْكلِّ.

(**فلو أنكر** النية - تفريع على لزوم النية في وقوع الطلاق بهذه الألفاظ - (..صدق) مع يمينه، وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية: إنما يصدق مع يمينه؛ لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره، والقول قول الإمامين مع اليمين (مطلقاً)، أي في الأقسام الثلاثة التي سيأتي ذكرها.

(**حالة الرضا، ولا يصدق قضاءً عند مذاكرة الطلاق**)، وهي أن تسأله المرأة طلاقها، أو يسأله أجنبي (**فيما يصلح للجواب دون الرد**) وهي ثمانية ألفاظ.

(**ولا عند الغضب فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم**) وهي ثلاثة ألفاظ.

(**ويصدق ديانةً في الكل**).

واعلم: أن القدوري سوى بين ألفاظ الكنايات المذكورة كلها في جواز وقوع الطلاق بها حال مذاكرة الطلاق بدون النية، وليس الأمر كذلك، بل: إنما يقع ببعضها؛ أعني ما لا يصلح رداً دون بعض آخر، ولذا فصلها المصنف على ما ترى.

وجملة الأمر في ذلك: أن الأحوال ثلاثة: حالة الرضا، وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب.

والكنايات على ثلاثة أقسام:

منها ما يصلح جواباً ورداً، لا سباً ولا شتماً، وهو سبعة ألفاظ: «اخرجي، اذهبي، اغربي، قومي، تقنعي، استتري، تخمري».

أما صلاحيتها للرد: فبأن يريد الزوج بقوله: «اخرجي»، اتركي سؤال الطلاق ، وكذلك «اذهبي واغربي وقومي».

وأما «تقنعي».. فمن القناعة، وقيل: من القناع؛ وهو الخمار، ومعنى الرد فيه:

هو أن ينوي اقنعي بما رزقك الله تعالى مني؛ من أمر المعيشة، واتركي سؤال الطلاق، أو اشتغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من سؤال الطلاق.

وكذا قوله: «استتري وتخمري»؛ لأنها من الستر والخمار.

ومنها ما يصلح جواباً وشتماً لا رداً، وهو خمسة ألفاظ: «خلية، برية، بائن، بتة، حرام».

ومنها ما يصلح جواباً لا رداً، ولا شتماً، وهي ثلاثة: «اعتدي، أمرك بيدك، اختاري».

إذا عرفت هذا: **ففي حالة الرضا**.. لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية؛ لما مر أنها تحتمل الطلاق وغيره، فلا بد من النية لتعيين المراد، والقول قوله في إنكار النية مع يمينه.

وفي حالة مذاكرة الطلاق.. لم يصدق قضاء في إنكاره النية فيما يصلح جواباً لا رداً، أعني: الألفاظ الثمانية المذكورة في القسم الثاني والثالث؛ لأن الظاهر: أن مراده الطلاق عند سؤاله، والحاكم إنما يتبع الظاهر.

ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً، أعني: الألفاظ السبعة المذكورة في القسم الأول.

وفي حالة الغضب.. يصدق في جميع القسم الأول والثاني؛ لاحتمال الرد والشتم، ولا يصدق في القسم الثالث؛ لأن الغضب يدل على الطلاق، وعن أبي يوسف: أنه إذا قال في حالة الغضب: «لا ملك لي عليك»، و«لا سبيل لي عليك» و«خليت سبيلك» و«فارقتك»، وقال: «لم أنو الطلاق».. صدق؛ لما فيها من احتمال معنى السب.

وقيل: لفظة «الحقي بأهلك» من هذا القبيل عند أبي يوسف؛ لاحتمالها [٤١١/ب] السب أيضاً.

وفي «البزازية»: قوله: «أنت علي حرام» في غير حالة مذاكرة الطلاق إن نوى طلاقاً.. فبائن، وإن نوى ثلاثاً.. فثلاث، وثنتين لا تصح إلا في الأمة، وإن ظهاراً.. فظهار، وإن نوى اليمين أو لم ينو شيئاً.. فيمين؛ فإن نوى الكذب.. فكذلك؛ في ظاهر الرواية.

وكذا: «حرمتك علي»، أو لم يقل «علي»، أو «أنت محرمة علي»، أو «حرام علي»، أو لم يقل «علي»، أو «أنا عليك حرام»، أو «محرم» أو «حرمت نفسي عليك»، ويشترط قوله «عليك» في تحريم نفسه لا نفسها، حتى لو قال: «حرمت نفسي» ولم يقل «عليك» ونوى الطلاق.. لا يقع، وكذا في البينونة، بخلاف نفسها، هذا عند المتقدمين.

وقال الإسكاف وأبو بكر بن سعيد: إنه طلاق بلا نية. انتهى.

والمراد بقوله: «فيمين».. الإيلاء والتحريم؛ على ما صرح به في «الخلاصة»، وفي آخر باب الإيلاء من هذا الكتاب.

وقال في «المحيط»: قالت له: «أنت علي حرام»، أو «أنا عليك حرام».. فيمين، وإن لم تنو كما في جانبه، حتى لو مكنت الزوج.. لزمتها الكفارة، وفي «الفتاوي»: قال لها: «أنت علي حرام»، والحرام عنده طلاق.. وقع وإن لم ينو.

وذكر ظهير الدين المرغيناني: لا نقول لا تشترط النية، لكن يجعل ناوياً عرفاً، ولو قال: «كل حل علي حرام» أو: «هرجه مرا حلال أست برمن حرام» قال في «الفتوى»: لا بد من النية.

وفي «المحيط»: نوى أولا يمين.. فينصرف إلى الطعام والشراب لا المرأة إلا بالنية، ومشايخ بلخ: على أنه تدخل امرأته بلا نية.

وفي نوع آخر من «البزازية»: لو قال: «اذهبي إلى جهنم» ونوى الطلاق.. يقع.

وَلَو قَالَ: ثَلَاثَ مَرَّاتٍ: «اعْتَدِي» وَنَوى بِالْأُولَى طَلَاقاً، وبالباقي: حيضاً.. صُدِّقَ.

وَإِن لم ينوِ بِالْبَاقِي شَيْئاً.. وَقَعَ الثلاثُ.

(ولو قال ثلاث مرات: «اعتدي» ونوى بالأولى طلاقاً وبالباقي حيضاً.. صدق) قضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، فيكون بيان تقرير، ولأنه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق، فكان الظاهر شاهداً له.

(وإن لم ينو بالباقي شيئاً.. وقع الثلاث)؛ لأنه لما نوى بالأولى الطلاق: صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة، فلا يصدق في نفي النية.

بخلاف ما لو قال: «لم أنو بالكل الطلاق»؛ حيث لا يقع شيء؛ لأنه لا ظاهر يكذبه.

وبخلاف ما إذا قال: «نويت بالثالثة الطلاق دون الأولين»؛ حيث لا يقع إلا واحدة؛ لأن الحال عند الأوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق.

ولو قال: «نويت بهن طلقة واحدة».. فهو كما قال ديانة؛ لأنه يحتمله، لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، فلا يصدقه القاضي.. بل يقع الثلاث؛ كما إذا قال: «أنت طالق طالق طالق» وقال: «أردت به التكرار».. صدق ديانة لا قضاء؛ كذا في «الزيلعي».

واعلم: أن هذه المسألة تحتمل أربعة وعشرين وجهاً، كلها مبنية على الاقتضاء، وعلى حال مذاكرة الطلاق، وعلى أن النية تبطل مذاكرة الطلاق، وتلك الوجوه:

أنه نوى بالجميع طلاقاً.. وقعت ثلاثاً.

أو نوى بالأولى فقط.. وقعت ثلاثاً.

أو نوى بالجميع حيضاً.. وقعت واحدة.

أو لم ينو شيئاً.. لم يقع شيء.

أو نوى بالثانية [٤١٢/أ] طلاقاً لا غير.. وقعت ثنتان.

وَتطلقُ بلستِ لي بِامْرَأَةٍ، أَو لستُ لَكِ بِزَوْجٍ إِن نوى الطَّلَاق.

أو نوى بالثالثة طلاقاً لا غير.. وقعت واحدة.

أو نوى بالأولى حيضاً لا غير.. وقعت ثلاثاً.

أو نوى بالثانية حيضاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالثالثة حيضاً لا غير.. وقعت واحدة.

أو نوى بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير.. فثنتان.

أو نوى بالثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً لا غير.. وقعت واحدة.

أو نوى بالأوليين طلاقاً لا غير.. وقعت ثلاث.

أو نوى بالأخريين طلاقاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأوليين حيضاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأخريين حيضاً لا غير.. وقعت واحدة.

أو نوى بالأولى والثالثة طلاقاً لا غير.. وقعت ثلاثاً.

أو نوى بالأولى والثالثة حيضاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأولى والثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأولى والثالثة طلاقاً وبالثانية حيضاً.. فثنتان.

أو نوى بالثانية والثالثة طلاقاً وبالأولى حيضاً.. وقعت ثلاث.

أو نوى بالأولى والثانية حيضاً وبالثالثة طلاقاً.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأولى والثالثة حيضاً وبالثالثة طلاقاً.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالثانية والثالثة حيضاً وبالأولى طلاقاً.. وقعت واحدة.

(وتطلق بلست لي بامرأة أو لست لك بزوج إن نوى الطلاق) عند أبي حنيفة.

وقالا: لا تطلق؛ لأنه نفى النكاح.. فلا يكون طلاقاً، بل يكون كذباً، فصار كما لو قال: «لم أتزوجك» ونوى به الطلاق.

وله: أن هذه الألفاظ تصلح إنكاراً للنكاح وتصلح إنشاء للطلاق، ألا ترى أنه يجوز أن يقول: «لست لي بامرأة لأني طلقتك»؛ فإذا نوى الطلاق.. صحت نيته؛ لأنه من محتملات كلامه.

وفي «الخلاصة»: إنه إذا قال: «لم يكن بيننا نكاح» أو قال لها: «لم أتزوجك».. فلا يقع الطلاق وإن نوى.

ولو قال: «لا نكاح بيني وبينك».. يقع الطلاق إن نوى.

ولو قال لها: «لست لي بامرأة» عندهما.. لا يقع وإن نوى، وعند أبي حنيفة.. يقع إذا نوى.

وفي «الأجناس»: أجمعوا أنه لو قال لها: «لا نكاح بيني وبينك»، و«لا سبيل لي عليك».. يقع إذا نوى.

وفي «المحيط»: لو قال: «لم يبق بيني وبينك شيء» ونوى الطلاق.. لا يقع.

ولو قال: «لست لي بامرأة» ولم يواجهها.. لا يقع وإن نوى عند أبي حنيفة.

ولو قال: «صرت غير امرأتي» في رضاء أو سخط أو قال: «فسخت النكاح».. تطلق إذا نوى.

ولو قال: «ما لي امرأة».. لا يقع وإن نوى.

ولو قال: «والله لست لي بامرأة».. لا يقع وإن نوى.

ولو قالت له: «لست لي بزوج» فقال الزوج: «صدقت» فهذا.. كقول الزوج «لست لي بامرأة» على السواء.

ولو قال لامرأته: «أنت لي مثل فلانة» لزوجة، وفلانة مطلقة من زوجها، ونوى به الطلاق، فهل يقع به الطلاق أم لا يقع؟ فذكر مولانا عصام الدين في آخر شرح

والصَّرِيحُ يلْحقُ الصَّرِيحَ، والبائنُ ....

حديث أم زرع [٤١٢/ب] من «شرح شمائل الترمذي»: أن تشبيه زوجته بالمرأة المطلقة: من كنايات الطلاق.. فيقع به الطلاق إن نوى الطلاق ولم يكن التشبيه مقيداً بالنفع، بل كان مطلقاً.

ولو قال لزوجته حالة الغضب: «كن ابنتي بعد اليوم»، أو قال: «كن أمي أو أختي».. يقع به الطلاق بائناً إن نوى الحرمة؛ مثل حرمة ابنته وأمه وأخته؛ على ما أفتى به مشايخ الإسلام.

(والصريح يلحق الصريح) فلو قال لها: «أنت طالق»، ثم قال لها: «أنت طالق».. يقع الطلاق بالثانية أيضاً، والمراد بالصريح هنا: ما وقع به الرجعيّ مطلقاً، فيشمل الكنايات التي يقع بها الرجعي؛ مثل «اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة»؛ في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه.. لا يقع بها كونها كناية.

والأصح: جواب ظاهر الرواية؛ لأن الواقع بها رجعي، فكانت في معنى الصريح؛ كذا في «البحر».

(والبائنَ) بالنصب: عطفٌ على معمول يلحق، فلو قال لها ناوياً الطلاق: «أنت بائن»، أو خالعها، أو طلقها على مال، ثم قال في العدة: «أنت طالق»، أو قال لها: «اعتدي واستبري رحمك».. طلقت بالثانية أيضاً ما دامت في العدة.

واعلم: **أن الفرقة التي كانت عن طلاق بائن؛** سواء كانت بطريق، أو بالطلاق على مال، أو بقوله: «أنت بائن مني».. يلحقها الصريح، حتى لو وقعت البينونة لا عن طلاق.. لا يلحقها الصريح؛ كما لو وقعت الفرقة بينهما بخيار البلوغ أو بخيار العتق بعد الدخول، ووجب عليها العدة؛ فلو طلقها الزوج في هذه العدة.. لا يقع؛ على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية».

والأصل فيه: ما ذكر في «المحيط»: أن المعتدة بعدة الطلاق.. يلحقها الطلاق، والمعتدة بعدة الوطء.. لا يلحقها الطلاق.

وكذا لو اشترت المرأة زوجها أو بالعكس، أو ملك أحدهما الآخر؛ بالشراء أو الإرث، ثم أعتقته، ثم طلقها والعدة باقية.. فعن أبي يوسف فيه روايتان، في رواية: يقع، وفي أخرى: لا يقع، وهو قول محمد وزفر؛ على ما في «القنية».

وأما الفرقة التي كانت عن ردة الزوج، فهل يلحقها الصريح؟

ففي فصل أحكام المرتد من «فتح القدير» عند قول صاحب «الهداية»: «وما باعه المرتد أو شراه»: أن الفرقة بالردة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة؛ نقله عن «المحيط»، ثم هذا مذهبنا.

وقال الشافعي: الصريح لا يقع بعد الخلع والطلاق على مال؛ لأن الطلاق شرع لإزالة النكاح وقد زال بينهما، فصار كما إذا طلقها بعد العدة.

لنا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، ثم قال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾؛ فإن الفاء خاص في التعقيب؛ على ما في الأصول، فيكون نصاً على جواز وقوع الطلاق بعد الخلع؛ لأن المراد بافتداء المرأة هو الخلع؛ فإنها نزلت في زوجة ثابت وقد خالعها ثابت بحضرة الرسول عليه الصلاة والسلام برَدِّ حديقةٍ أخذها منها، فقول الخصم من قبيل ترك العمل بالنص.

وعن الخدري عن النبي عليه الصلاة والسلام: «المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت [٤١٣/أ] في العدة»؛ على ما فصلناه في حاشيتنا على «المرآة».

إذا عرفت هذا.. فاعلم: أن المراد بالصريح اللاحق بالبائن: هو ما يكون بائناً، لا ما يكون أعم من البائن والرجعيّ؛ لما ذكره في «الخلاصة» عزوا إلى «الزيادات»:

أن الطلاق الذي يلحق البائن.. لا يكون رجعياً، والصريح.. يلحق البائن إن لم يكن رجعياً. انتهى.

وعلله في «فتح القدير» و«البحر»: بأن البينونة السابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بإبانة، فلو أبانها ثم قال لها: «أنت طالق بائن».. يلغو ذكر بائن؛ لعدم تصور الرجعة بعد البينونة فكان ذكره وتركه سواء.

ثم ذكر في «فتح القدير»: أن رجلاً أبان امرأته، ثم طلقها ثلاثاً في العدة.. وقعت الثلاث؛ بناء على أن الصريح وإن كان بائناً.. يلحق البائن.

وقال في «الخلاصة» في الجنس السادس: طلق امرأته على مال بعد الخلع في العدة.. وقع الطلاق ولم يجب المال؛ أما وقوع الطلاق؛ فلأنه صريح وإن كان بائناً، فيلحق بالبائن. انتهى.

فعلم منه: أن المراد بالبائن في قولهم: «البائن لا يلحق البائن» هو: ما كان بلفظ الكناية؛ على ما صرح به في «فتح القدير» في موضع آخر، وسنذكره.

فتلخص من هذا: أن البائن من الصريح.. يلحق البائن.

وأن الرجعي من الصريح.. لا يلحق البائن.

والبائن من الكناية.. لا يلحق البائن أيضاً.. فهل الرجعي من الكناية - أعني الألفاظ الثلاثة المذكورة «اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة» - يلحق البائن أم لا؟

ففي «البزازية»: قيل: الكنايات لا يلحق المختلعة لو بائناً؛ أما التي تقع بها الرجعية.. فتلحقها.

وقال في «شرح منظومة ابن الوهبان» عزوا إلى «شرح المسعودي»: والمختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة.

والكناية أيضاً يلحقها إذا كانت في حكم الصريح نحو: «اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة».

ثم نقل عن «تجريد أبي الفضل الكرماني»: أن لفظ الكنايات التي تقتضي البينونة.. لا تقع على المبانة.

وما هو في حكم الصريح منها.. يلحقها، فذكر الألفاظ الثلاثة.. فعلم منه: أن الرجعي من الكناية يلحق البائن.

وأما ما في «الظهيرية»: من أنه لو قال لها: «أنت بائن» ناوياً الطلاق، ثم قال لها في العدة «اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة» ناوياً الطلاق.. لا يقع. انتهى.. فهو محمول على ما روي عن أبي يوسف: من أن الكنايات مطلقاً لا تلحق البائن؛ على ما صرح به في «البحر».

بقي الكلام في الفرق بين الرجعي من الصريح، وبين الرجعي من الكنايات.. لا يلحق الأول البائن، ويلحقه الثاني، مع أن التعليل الذي ذكرناه عن «فتح القدير» يأبى عن هذا الفرق.

وأما الفرق بين البائن من الصريح، والبائن من الكناية، حيث يلحق الأول البائن دون الثاني: فهو - على ما تقتضيه تعليلاتهم في بيان عدم لحوق البائن البائن -: أن ما تعذر حمله على الإخبار.. يكون [٤١٣/ب] إنشاء في الطلاق، فيلحق بما قبله، وما أمكن حمله على الإخبار.. يكون إخباراً لا إنشاء في الطلاق، فلا يلحق بما قبله.

فالبائن الذي يكون بصريح الطلاق.. يكون ظاهراً في الإنشاء، فيصح إلحاقه البائن.

فلو قال للمختلعة في العدة: «أنت طالق».. يقع ويصير هو بائناً باللحاق.

وأما البائن الذي يكون بلفظ الكناية.. فليس بظاهر في الإنشاء في الطلاق، فلا يصح إلحاقه بالبائن.

يلْحقُ الصَّرِيحَ ....

وكذا لو قال بعد الخلع: «أنت بائن».. لا يقع الطلاق؛ لإمكان جعله صادقاً في هذا الإخبار، فلا حاجة إلى جعله إنشاء؛ لأنه اقتضاء ضرورة لا يصار إليه إلا عند الضرورة.

والبائن (**يلحق الصريح**)؛ لأن قيد النكاح باق ما دامت في العدة.

فلو قال لها: «أنت طالق»، ثم قال لها في العدة: «أنت بائن» أو خالعها.. وقعت الثانية أيضاً ما دامت في العدة ويجب المال.

والمراد بالبائن ههنا: أعم من أن يكون بلفظ البائن، أو بالطلاق على مال، أو بالخلع؛ كما فيما سبق.

وأما المراد بالصريح: ففي «البحر» قال: إذا خالعها، أو طلقها على مال بعد الطلاق الرجعي.. يصح ويجب المال.

وقال في «الخلاصة»: لو طلقها على مال، أو خلعها بعد الطلاق الرجعي.. يصح، فالظاهر من كلامهما: ما يكون رجعياً.

ثم قال في «البحر»: وهذا يشكل بما في «القنية» بعلامة شمس الأئمة الأوزجندي؛ حيث قال: طلقها على ألف فقبلت، ثم قال في عدتها: «أنت بائن».. لا يقع. انتهى.

وجه الإشكال: أن الطلاق على مال: صريح؛ على ما صرحوا به، والخلع بائن، مع أنه لم يلحق بالصريح، فانتقضت القاعدة المذكورة.

قلت: لا إشكال فيه؛ لأن المراد بالبائن الذي يصح لحوقه بالبائن: ما يصح أن يكون إنشاء؛ على ما سيظهر لك عن قريب.

وقوله: «أنت بائن».. لا يصح إنشاء مجمل على الإخبار.. فلا يصح لحوقه، على أن بعد تخصيص الصريح بالرجعي يندفع النقض أيضاً؛ لأن الطلاق على مال.. صريح بائن.

لَا البائِنَ، ....

وفيه إشارة إلى أنه: لو طلقها رجعياً، ثم جعله قبل الرجعة بائناً بأن قال: «جعلت ذلك الطلاق بائناً».. صار بائناً، وهذا عندهما.

وقال محمد: لا يصير بائناً؛ لأنه قصد تغيير المشروع.

لهما: أنه يملك الطلاق البائن ابتداء، فكذا يملكه إلحاقاً.

وإلى أنه: لو طلقها واحدة، ثم جعلها ثلاثاً.. تصير ثلاثاً، وهذا عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

(**لا البائن**)؛ أي: لا يلحق البائنُ البائنَ، والأصل ههنا: أنه أمكنه جعل الثاني خبراً عن الأول، وهو صادق فيه، فلا حاجة إلى جعله إنشاء؛ لأنه اقتضاء ضروري، وقد اندفعت الضرورة بجعله خبراً عن الأول، حتى لو لم يكن خبراً عن الأول بأن قال: «عنيت بالثانية الحرمة الغليظة»؛ ينبغي أن يعتبر وتثبت بها الحرمة الغليظة؛ لأنها ليست بثابتة في المحل، فلا يمكن جعله إخباراً، فيجعل إنشاء ضرورة؛ على ما في «الزيلعي».

وقيل: لا يعتبر؛ لأن التغليظ صفة البينونة؛ فإذا لم تعتبر نيته بأصل البينونة بالثانية؛ لكونها حاصلة بالأولى.. فصفتها أولى بعدم الاعتبار.

والجملة ههنا: [٤١٤/أ] أن الطلاق السابق واللاحق، لا يخلو عن أربعة أحوال:

إما أن يكونا صريحين.

أو يكون الأول صريحاً والثاني بائناً.

أو يكون عكس هذا، وقد سبق بيان هذه الأقسام الثلاثة.

أو يكونا بائنين، وفي هذا: لا يصح إلحاق الثاني بالأول؛ على ما أصلناه آنفاً، والذي يقتضيه هذا الأصل: أنه إذا تعذر حمل الثاني على الإخبار.. يكون إنشاء، فيصح إلحاقه بالأول، وإذا أمكن حمله على الإخبار.. لا يكون إنشاء، فلا يصح إلحاقه، ومن هنا قال في «البزازية»: إنه قال للمبانة: «أنت طالق بائن».. تقع أخرى،

ولو قال لها: «أنت بائن».. لا تقع؛ لأنه إخبار، بخلاف الأول، ولو قال لها: «أبنتك بتطليقة».. لا تقع؛ لأنه يصلح إخباراً، ولو قال لها: «أبنتك بأخرى».. يقع؛ لأنه لا يصلح إخباراً. انتهى.

وقال في «القنية» راقماً لشمس الأئمة الأوزجندي «طلقها على ألف فقبلت»، ثم قال في عدتها: «أنت بائن».. لا يقع، ثم رقم للمنتقى، وقال: لو قال: «أنت بائن»، ثم قال في عدتها: «أنت بائن بتطليقة أخرى».. يقع، ثم رقم للمحيط، وقال لمبانة: «أبنتك بتطليقة».. لا تقع أخرى. انتهى.

والوجه فيه: ما عرفت مما ذكرناه من «البزازية» ومما قبله.

وقال في «فتح القدير»: قد عرف من استدلالهم الذي أطبقوا عليه: أن المراد من البائن الذي لا يلحق البائن.. ما هو بلفظ الكناية؛ لأنه هو الذي ليس ظاهراً في الإنشاء في الطلاق؛ لأنهم جعلوه مقابل الصريح، ولا يقابله البائن، إلا إذا كان كناية؛ لأن الصريح أعم من البائن؛ لأنه ما لا يحتاج إلى نية، بائناً كان الواقع به أو رجعياً، والكناية: ما يحتاج إليها، غير أنه لا يقع بها - في غير «اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة» - إلا بائن، انتهى.

وهكذا صرح به في «البحر».

ومن هنا قال في «الخلاصة» في الجنس السادس: لو قال لها بعد البينونة: «خلعتك» ينوي الطلاق.. لا يقع شيء. انتهى.

لأن «خلعتك» ليس ظاهراً في الإنشاء، فلا يلحق، وهذا في البائن الثاني، وأما المراد بالبائن الأول ههنا: فالذي ظهر من «الخلاصة»: أنه أعم مما هو بلفظ الكناية، ومما هو بلفظ الصريح؛ حيث قال في الجنس السادس قبيل هذا القول: ولو طلقها بمال، ثم خلعها في العدة.. لا يصح. انتهى.

لأن الطلاق بمال.. صريح بائن.

إِلاَّ إِذَا كَانَ مُعَلَّقاً بِالشَّرطِ.

ويدل على ما ذكرناه أيضاً: ما نقلناه آنفاً من شمس الأئمة الأوزجندي.

(**إلا إذا كان معلقاً بالشرط**) بأن قال لها: «إذا دخلت الدار.. فأنت بائن» ناوياً الطلاق، ثم أبانها منجزاً بأن قال: «أنت بائن» في العدة، ثم وجد الشرط في العدة؛ فإنه يقع عليها الطلاق المعلق بالشرط المذكور؛ لأنه لا يمكن جعله خبراً؛ لصحة التعليق قبله، فيحمل على الإنشاء، وعند وجود الشرط هي محل للطلاق؛ لكونها في العدة.. فيلحق بالأول؛ لأن المعلق بالشرط: كالمنجز عند وجود الشرط، فكأنه قال في العدة: «أنت طالق بائن».

قال في «البحر»: [٤١٤/ب] والمراد بالمعلق بالشرط ههنا: ما يكون معلقاً قبل المنجز؛ لأنه لو علق البائن بعد البائن المنجز بأن قال: «أنت بائن» ناوياً الطلاق، ثم قال: «إن دخلت الدار فأنت بائن» ناوياً الطلاق.. لم يصح التعليق اعتباراً بالتنجيز، نقله عن «البدائع».

وقد قال من قبل عزواً إلى «البدائع» أيضاً: الصريح يلحق الصريحَ والبائنَ منجزاً ومعلقاً إذا وجد شرطه في العدة، فلما يقع في العدة منجزاً.. يقع إذا وجد شرطه.

أيضاً فيها: وأما إذا علقه في العدة.. فإنه يصح في جميع الصور، إلا إذا كان الطلاق بائناً، ثم علق البائن في العدة.. فإنه غيرصحيح اعتباراً بتنجيزه. انتهى.

والمضاف: كالمعلق بشرط، حتى لو قال لها: «أنت بائن غداً» ناوياً الطلاق، ثم أبانها، ثم جاء الغد.. وقعت أخرى، ولو قال لها: «إن دخلت الدار فأنت بائن» ناوياً الطلاق، ثم قال لها: «إن كلمت زيداً فأنت بائن»، ثم دخلت الدار ووقعت الطلقة، ثم كلمت زيداً.. فإنه يقع أخرى، كذا في «البحر» عزواً إلى «الذخيرة».

* * *

(بَابُ التَّفْوِيضِ)

وَإِذا قَالَ لَهَا: «اخْتَارِي» يَنْوِي الطَّلَاقَ فَاخْتَارَتْ نَفسَهَا فِي مجلسِها الَّذِي عَلِمَت بِهِ فِيهِ.. بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ.

(بَابُ التَّفْوِيضِ)

وهو ثلاثة أصناف:

التفويض بلفظ التنجيز.

وبلفظ الأمر باليد.

وبلفظ المشيئة.

فقدم الأول؛ لثبوته بالإجماع **(وإذا قال لها: «اختاري» ينوي تفويض الطلاق)** هذا إشارة إلى أن النية شرط فيها؛ بناء على أن الأحوال شروط، وهذا؛ لأن اللفظ من الكنايات؛ على ما تقدم، فلا بد من النية؛ لأنه يحتمل أنه خيرها في النفقة والكسوة والسكنى أو في نفسها، فلا يتعين إلا بالنية عند التفويض، حتى يقع الطلاق بعد اختيار المرأة نفسها، إلا أن دلالة الحال من مذاكرة الطلاق والغضب: قائمة مقام النية قضاء لا ديانة.

والقول قوله مع يمينه في عدم النية والدلالة، وتقبل بينتها على إثبات المذاكرة والغضب لا على النية، إلا إذا أقيمت على إقراره بها، كذا في «البحر».

وهل له الرجوع بعد التفويض؟

ففي «فتح القدير»: لا يقدر على الرجوع؛ لأنه تمليك يتم بالمملك وحده بلا حاجة إلى القبول.

(فاختارت نفسها في مجلسها الذي علمت به) التفويض **(فيه.. بانت بواحدة)**.

والقياس: أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق؛ لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ، حتى لو قال: «اخترتك من نفسي، أو اخترت نفسي منك».. لا يقع شيء، ومن لا يملك شيئاً.. لا يملك تمليكه لغيره، لكنهم تركوا القياس

وَلَا تصحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ.

بالاستحسان؛ لإجماع الصحابة: على أن الرجل إذا خير امرأته.. كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، ولأنه سبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها.. فيملك إقامتها مقام نفسه في هذا الحكم، وإنما اقتصر على المجلس؛ لما قدمناه من الصحابة: من أنه كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، ولأنه تمليك لها، والتمليكات: تقتضي جواباً في المجلس؛ كما في البيع؛ لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة ما لم يتبدل بالقيام منه، أو الشروع في عمل آخر؛ على ما سيأتي.

فإن قيل: كيف [٤١٥/أ] يكون التخيير تمليكاً مع بقاء ملكه، حتى أن الزوج يملك الطلاق في ذلك المجلس، والشيء يستحيل أن يملكه شخصان، كل واحد منهما كله؟

قلنا: إنه تمليك الإيقاع لا تمليك العين، فلا يستحيل، وإنما كان ذلك تمليكاً لا توكيلاً؛ لأن التوكيل يقتضي أن يكون الوكيل عاملاً لغيره، والمرأة بعد التخيير إنما تعمل لنفسها، على ما هو مقتضى التمليك، لكن الظاهر من قولهم المتقدم: من أنه يملك إقامتها مقام نفسه في هذا الحكم.. أن يكون هذا توكيلاً، وإنما وقعت بائنة؛ لأن اختيارها نفسها: بثبوت اختصاصها بها، وذلك بالبائن لا بالرجعي.

(ولا تصح نية الثلاث) من الزوج؛ لأن الاختيار ينبئ عن الخلوص، وهو غير متنوع، بخلاف البينونة؛ لأنه متنوع إلى غليظة وخفيفة، فأيهما نوى.. صح.

وبخلاف الأمر باليد؛ لأنه ينبئ عن التمليك وضعاً بصفة العموم؛ فإذا نوى الثلاث.. فقد نوى تمليك جميع ما يملك، وهو محتمل لفظه، فيصح؛ على ما سيصرح به.

وأما التخيير.. فليس بتمليك وضعاً، وإنما جعل؛ لإجماع الصحابة.

وَإِن قَامَت مِنْهُ، أَو أَخَذَت فِي عملٍ آخرَ.. بَطلَ.

(وإن قامت) المرأة أو أقامها زوجها؛ لما في «الخلاصة»: رجل خير امرأته، فقَبْل أن تختار نفسها أخذ الزوج بيدها فأقامها أو جامعها طوعاً أو كرهاً.. خرج الأمر من يدها.

(منه)؛ أي في المجلس، وهذا شروع في بيان ما به يتبدل المجلس.

(أو أخذت في عمل آخر.. بطل) الخيار؛ والمراد بالعمل ههنا: ما يدل على الإعراض لا مطلقاً، ولهذا قال في «الخلاصة»: إنه لو قال لامرأته: «ثلاث طلقاتك بيدك»، فقالت: لم لا تطلقني بلسانك؟ ثم قالت: «طلقت نفسي».. تطلق.

وكذا لو قال لها: «أمرك بيدك وأمر هذه أيضاً - لامرأة له أخرى - بيدك»، فقالت: «طلقت فلانة»، ثم قالت: «طلقت نفسي».. جاز.

وبهذا: لا يتبدل المجلس، وكذا لو قالت: «لله علي عتق نسمة، وهدي بدنة، وحجة، والحمد لله رب العالمين شكراً لما فعلت إلي، وقد طلقت نفسي».. جاز، وبما قالت لا يتبدل المجلس، ولو لم تقل هكذا، ولكنها قالت: «ما تصنع بالولد؟»، ثم طلقت نفسها.. لا يبطل الخيار بهذا القول أيضاً.

ولو قالت: «أعطني كذا إن طلقتني»، فقال الزوج «لا أدري ما هذا؟» فقالت: «إن جعلت أمري بيدي فقد طلقت نفسي».. لا تطلق؛ لبطلان الأمر باليد.

وفي «المحيط»: إن قامت.. بطل الأمر.

وإن اضطجعت، قال بعضهم: لا يبطل الأمر، وقال بعضهم: إن هيئت الوسادة؛ كما يفعل للنوم.. يبطل.

ولو كانت راكبة فأجابت، ثم سارت، أو لما سمعت التفويض أجابت وأسرعت حتى سبق جوابها خطوتها.. بانت منه، وإن سبقت خطوتها جوابها.. لم تبن منه.

ولو ذهبت بنفسها لطلب الشهود، ولم تجد أحداً.. قال بعضهم: يبطل، وقال بعضهم: لا يبطل.

وإن ابتدأت الصلاة يبطل، ولو كانت في صلاة الفريضة.. لا يبطل بإتمامها.

ولو كانت في النفل؛ إن قامت إلى الشفع الثاني.. يبطل.

وإن سلمت على رأس الشفع.. لا يبطل.

والأربعُ قبل الظهر والوترُ: بمنزلة الفريضة.

والأكل [٤١٥/ب] يبطل، وإن قل.

وقال القدوري: إن قل.. لا يبطل.

والشرب لا يبطل أصلاً.

ولو امتشطت، أو اغتسلت، أو مكنت زوجها.. يبطل.

أو قرأت، أو سَبَّحَت قليلاً.. لا يبطل.

وإن طال.. يبطل، كذا في «البزازية».

وسيأتي في الكتاب بعض ما يتعلق به.

والأصل في الكل: تبدل المجلس وعدم تبدله.

ثم اعلم: أن هذا في التخيير المطلق، وأما لو كان مؤقتاً.. فالحكم فيه ما ذكره في «الخلاصة» و«البزازية» في الأمر باليد، من أن الأمر باليد لا يخلو: إما أن يجعل في يدها، أو في يد فلان مرسلاً، أو معلقاً بالشرط، أو مؤقتاً.

فإن كان مؤقتاً.. كان الأمر بيدها ويد فلان ما دام الوقت باقياً؛ علمت هي أو فلان أو لم يعلم، ويزول بمضي المدة عَلِما أو لم يعلما؛ لأن الأمر يحتمل التوقيت، بخلاف الطلاق؛ على ما ذكرناه فيما سبق، فلو قال: «أمرك بيدك إلى عشرة أيام» صار الأمر بيدها، ويزول بعد مضي عشرة، ولو نوى الأمر بيدها بعد العشرة.. لا يصدق قضاء، والقبول ليس بشرط، لكن لو رد المفوض إليه.. يجب أن يرتد، وإن كان مطلقاً فالأمر.. يصير بيدها في مجلس العلم.

وَلَا بدّ من ذِكرِ النَّفسِ أَوِ الاختيارةِ فِي أَحدِ كلاميهما.

وإيقاع الطلاق: قبول منها، ويرتد بالرد.

وقيل: لا يرتد بالرد؛ لأنه تمليك شيء لازم.. فيلزم.

وقال الإمام البزازي: والتوفيق بينهما: أنه يرتد بالرد عند التفويض، وأما بعده.. فلا يرتد بالرد. انتهى.

وإن كان معلقاً بالشرط.. يصير الأمر بيدها إذا وجد الشرط.

وفي مجلس العلم.. يملك الإيقاع، ويرتد بالرد.

ولو أوقع المفوض إليه الطلاق قبل العلم، ثم علم التفويض.. هل يقع الطلاق؟

قالوا: لا يقع؛ كالوكيل لا يصير وكيلاً قبل العلم بالوكالة، حتى لو تصرف.. لا يصح تصرفه.

(ولا بد من ذكر النفس أو الاختيارة) أو التطليقة **(في أحد كلاميهما)** أي كلامي الزوجين، حتى لو قال لها: «اختاري»، فقالت: «اخترت».. فهو لغو لم يقع به شيء؛ لأن كونه طلاقاً: عرف على خلاف القياس؛ بإجماع الصحابة، وقد ورد ذلك في المفسرة في أحد الجانبين فيقتصر عليه، وهذا؛ لأن انضمام المبهم إلى المبهم لا يفيد التعيين، فلا بد من التفسير في أحد الجانبين، وإن كان التفسير في الجانبين.. فبطريق الأولى.

ولا بد أن يكون ذكر النفس متصلاً، وإن كان منفصلاً؛ فإن كان في المجلس.. صح؛ بناء على أن بيان التفسير يجوز موصولاً ومفصولاً، وإلا.. فلا يصح؛ لوجود ما يدل على الإعراض، فلو قال: «اختاري نفسك» فقالت: «اخترت».. تقع واحدة بائنة؛ لأن كلامه مفسر ذكر النفس، وكلامها خرج جواباً له.. فيتضمن إعادته.

وقوله: «اختاري اختيارة» كقوله: «اختاري نفسك، في التفسير»؛ لأن تاءها تنبىء عن الاتحاد؛ لأنها للمرة، والاتحاد إنما يكون في اختيارها نفسها دون اختيار زوجها.

لأن اختيارها نفسها يتحد مرة؛ بأن قال لها: «اختاري نفسك بتطليقة»، فقالت: «اخترت».. فإنه يقع به واحدة.

ويتعدد أخرى، بأن قال لها: «اختاري نفسك بما شئت» [٤١٦/أ] أو بثلاث، أو قال: «اختاري اختاري اختاري» فقالت: «اخترت».. فإنه يقع الثلاث فلما قيد بالواحدة.. ظهر أنه أراد تخييرها في الطلاق؛ لأن الاتحاد والتعدد من لوازم الطلاق، فصار مفسراً من جانبه، بخلاف اختيارها زوجها؛ فإنه لا يتعدد؛ لكونه: عبارة عن إبقاء النكاح، وهو غير متعدد.

وكذا ذكر التطليقة: يقوم مقام ذكر النفس.

وكذا الحال في قولها: «اخترت اختيارة» بعد قول الزوج «اختاري».

وكذا لو قالت: «اختار أبي، أو أمي، أو أهلي، أو الأزواج»، بعد قوله: «اختاري»؛ يعني عن ذكر النفس.

بخلاف قولها: «اخترت أخي، أو عمي، أو قومي، أو ذا رحم محرم».. فإنه لا يقع به، كذا في «الزيلعي» مقتصراً على أخي أو عمي.

وقال في «فتح القدير»: وينبغي أن يحمل هذا على ما إذا كان لها أب أو أم؛ أما إذا لم يكن لها أب أو أم، ولها أخ، فقالت: «اخترت أخي».. فإنه ينبغي أن يقع به؛ لأنها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين.

ثم قال: ولو قال: «اختاري» فقالت: «اخترت نفسي لا بل زوجي».. يقع.

ولو قدمت: «زوجي».. لا يقع؛ لخروج الأمر من يدها.

ولو قالت: «اخترت نفسي أو زوجي».. لم يقع.

ولو عطفت بالواو.. فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده.

ولو خيرها، ثم جعل لها شيئاً على أن تختاره فاختارته.. لا يقع، ولا يجب المال؛ لأنه رشوة؛ إذ هو: اعتياض عن ترك حق تملك نفسها.

لهما: أن الأولى والوسطى والأخيرة: كل منها اسم لفرد مرتب، وليس المحل محل ترتيب.. فيلغو الترتيب ويبقى الإفراد، وكأنها قالت: «اخترت التطليقة الأولى» [٤١٦/ب]، وفي ذلك.. يقع واحدة، فكذا ههنا.

ولأبي حنيفة: أن هذا وصف لغو؛ لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه؛ كالمجتمع في المكان؛ فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان: لا يقال هذا أول، وهذا آخر، وإنما الترتيب في فعل الأعيان، يقال: «هذا جاء أولاً، وهذا جاء آخراً»، وكل ما لا ترتيب فيه: ذكر ما يدل على الترتيب؛ [يلغو، وهو الأولى وأختاها] أعني الوسطى والأخرى، وإذا لغا من حيث الترتيب.. يلغو من حيث الإفراد أيضاً؛ لأن الترتيب: أصل، والإفراد من ضروراته، وإذا لغا في حق الأصل.. لغا في حق البناء أيضاً، وإذا لغا في حقها.. بقي قولها: «اخترت»، وهو يصلح جواباً للكل.. فيقع الثلاث.

فإن قيل: إن «الأولى» اسم لفرد سابق، فكان الإفراد أصلاً والترتيب بناء عليه؛ لكونه يفهم من وصفه.

قلنا: إن كلاً من ذلك صفة، والصفة: ما دل على ذات باعتبار معنى هو المقصود، فيكون «الأولى» دالاً على الفرد السابق، ومعنى السبق هو المقصود.. فصح أن الترتيب أصل والإفراد من ضروراته؛ لأن الصفة: لا تقوم إلا بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود.

هذا: وإنما لا يحتاج إلى النية، وإن كانت من الكنايات؛ لدلالة التكرار على الطلاق به؛ إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر، فكان متعيناً له، فلا يحتاج إلى النية، ولا إلى ذكر النفس؛ لزوال الإبهام، بخلاف نحو: «اعتدي اعتدي اعتدي» حيث لم يقع فيه شيء بلا نية؛ على ما عرفت سابقاً.

وبخلاف اختيارها الزوج؛ لأنه لا يتعدد؛ على ما عرفت آنفاً، فلا يحتمل ما يتكرر من لفظ اختاري.

وَإِن قَالَ لَهَا: «اخْتَارِي» فَقَالَت: «أَنَا أَخْتَارُ نَفسِي، أَو اخْتَرْتُ نَفسِي».. تطلق.

وَإِن قَالَ لَهَا ثَلَاث مَرَّات: «اختاري» فَقَالَت: «اخْتَرْتُ الأُولى، أَو الْوُسْطَى، أَو الْأَخِيرَة».. يَقعُ الثَّلَاثُ بِلَا نِيَّةٍ، وَعِنْدَهُمَا: وَاحِدَةٌ بائنةٌ.

(**وإن قال لها: «اختاري»**)؛ أي ناوياً به الطلاق؛ إذ لا بد له من النية على ما سبق (**فقالت: «أنا أختار نفسي»**) والقياس.. لا تطلق بها؛ لأنها مجرد وعد؛ إن أرادت بها الاستقبال، أو يحتمله إن لم ترد الاستقبال؛ فصار كما إذا قال لها: «طلقي نفسك» فقالت: «أنا أطلق نفسي».

وجه الاستحسان: حديث عائشة في «صحيح مسلم»: أنها قالت: «لا، بل اختار الله ورسوله» واعتبره النبي عليه الصلاة والسلام جواباً منها، مع أنه على صيغة المضارع، ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال تجوز في الاستقبال على المشهور، والحقيقة: يمكن أن تراد كما في كلمة الشهادة وأداء الشهادة بصيغة أشهد، بخلاف قولها: «أنا أطلق نفسي»؛ لأن الحمل على الحقيقة متعذر؛ إذ ليس ثمة حالة قائمة بالتكلم يقع قوله: «أطلق نفسي» حكاية عنه؛ لأنه إنما يقوم باللسان في زمان واحد، وهذا محال، ولا كذلك: «أختار نفسي»؛ لأنه حكاية عن حالة قائمة بها، وهي: اختيارها نفسها؛ لأن الاختيار من عمل القلب، فيكون الذكر باللسان: حكاية عن أمر قائم لا محالة.

(**أو: «اخترت نفسي».. تطلق**) إذا نوى الزوج؛ لأن كلامها مفسر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه.

(**وإن قال لها ثلاث مرات: «اختاري»، فقالت: «أختار الأولى أو الوسطى أو الأخيرة».. يقع الثلاث بلا نية**) الزوج، ولا ذكر النفس؛ على ما سنبينه، وهذا عند ابي حنيفة.

(**وعندهما: واحدة بائنة**).

وَلَو قَالَت: «اخْتَرْتُ اختيارة».. وَقَعَ الثَّلَاثُ اتِّفَاقاً.

وَلَو قَالَت: «طلَّقتُ نَفسِي، أَو اخْتَرْتُ نَفسِي بتطليقةٍ».. بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

ثم عدم اشتراط النية: رواية «الجامع»، واختاره الصدر الشهيد والعتابي وصاحب «الهداية».

وفي رواية «الزيادات»: تشترط النية، وإن كرر قوله «اختاري واختاري».

وقال في «الجامع»: «اختاري اختاري اختاري بألف»، ينوي الطلاق.. فقد شرط النية أيضاً مع ذكر المال والتكرار، مع أن ذكر المال يرجح جانب الطلاق.

وقال في «الزيلعي» عزوا إلى «الكافي»: قيل: لا بد من ذكر النفس، وإنما حذف لشهرته؛ لأن غرض محمد: التفريع دون بيان صحة الجواب.

وعلى هذا: ينبغي أن تكون النية حذفت لهذا المعنى أيضاً، لا لأنها ليست بشرط.

وفي «البدائع» ما يدل على اشتراطها أيضاً، بل يصرحه؛ فإنه قال لها: «اختاري اختاري»، فاختارت نفسها، فقال: «نويت بالأولى الطلاق وبالباقيين التأكيد».. لم يصدق قضاء؛ لأنه لما نوى بالأولى الطلاق.. كان الحال حال مذاكرة الطلاق، وكان طلاقاً ظاهراً.

(ولو قالت)؛ أي: بعد قول الزوج: «اختاري اختاري اختاري»، بغير عطف، أو بعطف بالواو، أو الفاء، أو ثم: على ما في «الزيلعي»: **(اخترت اختيارة)**؛ أو «اختيارة واحدة»، أو «الاختيارة»، ففي هذه الصور (.. **وقع الثلاث اتفاقاً**)؛ لأن التاء للمرة، فصار كما إذا صرح بها؛ نحو: «اخترت مرة، أو بمرة، أو ودفعة، أو بدفعة، أو واحدة، أو بواحدة»، ولأن «اختيارة» للتأكيد، وبدون التأكيد؛ [٤١٧/أ] كقولها: «اخترت» بدون ذكر «اختيارة».. يقع الثلاث، فمع التأكيد أولى.

(ولو قالت)، أي بعد قول الزوج: «اختاري» بلا تكرار؛ على ما في «فتح القدير»: («**طلقت نفسي، أو اخترت نفسي بتطليقة**».. **بانت بواحدة في الأصح**) وهو

وَقِيلَ: يملكُ الرّجْعَةَ.

رواية «المبسوط» و«الجامع» و«الزيادات» و«الأوضح» وشرح «الجامع الصغير» وجوامع الفقه.

أما وقوع الواحدة: فلأن التطليقة لا تتناول أكثر من ذلك، وإنما تكون بائنة؛ لأن العامل فيه: تخيير الزوج لا إيقاعها، والواقع بالتخيير هو البائن لا الرجعي؛ لأنه تمليك النفس منها.

(وقيل: يملك) الزوج **(الرجعة)** لا غير هكذا في «الهداية» وهو رواية «الجامع الصغير» لصدر الإسلام.

وقال عامة الشراح: هذا سهو؛ لأن الواقع بها ليس إلا البائن؛ على ما ذكرناه.

ووجه بعضهم: بأن قولها: «طلقت نفسي، أو اخترت نفسي بتطليقة».. يوجب البينونة بعد انقضاء العدة؛ لكونه صريحاً.

وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة: كان عند الوقوع رجعياً.

فإن قيل: فعلى هذا لا يكون الجواب مطابقاً للتفويض المذكور؛ لأن المفوض إليها: الاختيار، وهو يفيد البينونة؛ لما ذكرناه.

أجيب: بأنها اختارت نفسها بعد العدة، فكان مطابقاً من حيث إن الاختيار قد وجد منها؛ لكونها من الكنايات.

ورد: بأن المرأة إنما تصرف حكماً للتفويض، وهو بتطليقة بائنة؛ لكونه من الكنايات.. فتملك الإبانة لا غير.

فإن قيل: ينبغي أن لا يقع الطلاق بقولها: «طلقت» في جواب قوله: «اختاري»؛ لأن المفوض إليها هو الاختيار، فلا ينبغي جوابه التطليق؛ كما لو قال لها: «طلقي نفسك»، فقالت: «اخترت نفسي».

قلنا: التطليق دخل في ضمن التخيير، فقد أتت ببعض ما فوض إليها.. فصلح جواباً؛ كما لو قال لها: «طلقي نفسك ثلاثاً» فطلقت واحدة، بخلاف الاختيار؛ فإنه

وَلَو قَالَ: «أَمرُكِ بِيَدِكِ فِي تَطْلِيقَةٍ، أَو اخْتَارِي» فَاخْتَارَتْ نَفسهَا.. وَقعت وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ.

لم يفوض إليها لا قصداً، ولا ضمناً.

(ولو قال: «أمرك بيدك في تطليقة، أو اختاري تطليقة»، فاختارت نفسها.. وقعت واحدة رجعية)؛ لأنه جعل لها الاختيار، لكن بتطليقة، وهي تعقب الرجعة.

فإن قيل: فعلى هذا: كان قوله هذا بمنزلة قوله: «طلقي نفسك»، وقولها: «اخترت» لا يصلح جواباً لقوله: «طلقي نفسك»، بل يلغو.

أجيب: بأن قولها: «اخترت»، إنما لا يصلح جواباً عن «طلقي»؛ لكونه أضعف منه؛ فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار، ولهذا صلح بالعكس؛ لكون الطلاق أقوى، وههنا: لم يكن أضعف؛ لأن صحة هذا الجواب بالنظر إلى ظاهر كلامه، وهو الأمر باليد والاختيار، دون ما يؤول إليه من المعنى.

* * *

(فصلٌ)

[فِي بَيَانِ حُكْمِ الأَمْرِ بِاليَد]

وَلَو قَالَ: «أَمرُكِ بِيَدِكِ».

[فصلٌ]

[فِي بَيَانِ حُكْمِ الأَمْرِ بِاليَد]

(ولو قال: «**أمرك بيدك**») هذا شروع في بيان الصنف الثاني من التفويض؛ أعني الأمر باليد، وقد ذكرنا في أول الباب أنه لا يخلو: إما أن يكون مرسلاً، أو معلقاً بشرط، أو مؤقتاً.. فارجع إليه في معرفة أحكام كل منها، وإنما جعله في باب واحد مع التخيير.. ولم يجعله باباً على حدة؛ كما في «الهداية» و«الكنز»؛ لكونهما قريبان في الأحكام ففي «فتح القدير»: [٤١٧/ب] والأمر باليد: كالتخيير في جميع مسائله؛ من اشتراط ذكر النفس، أو ما يقوم مقامه، ومن عدم تملك الزوج الرجوع، وغير ذلك مما قدمنا، سوى نية الثلاث؛ فإنه: تصح ههنا لا في التخيير؛ على ما مر.

وقال في «الحاوي القدسي»: قوله «اختاري».. كقوله: «أمرك بيدك» في جميع الأحكام، المطلق كالمطلق، والمؤقت كالمؤقت، إلا في الموضعين:

أحدهما: أن الزوج إذا نوى به الثلاث.. لا يقع، وفي قوله: «أمرك بيدك».. يقع.

والثاني: أنه لا بد من ذكر النفس في التخيير في كلامه أو في كلامها. انتهى.

كذا في «البحر» عن «البدائع»، والذي ظهر منه: أن ذكر النفس ليس بشرط في الأمر باليد، وإنما اشترط ذلك في التخيير فقط، على خلاف ما ذكرناه من «فتح القدير»، وقد صرح في «الزيلعي» اشتراطه في الأمر باليد أيضاً؛ على طبق ما في «فتح القدير»؛ حيث قال: ذكر النفس في جواب أمرك بيدك.. خرج مخرج الشرط، حتى لو لم يذكرها.. لا يقع، كما لا يقع في جواب التخيير إلا به. انتهى.

أقول: يمكن التوفيق بينهما بأن يحمل ما في «الحاوي» على أن ذكر النفس أو ما يقوم مقامها: شرط في التخيير في أحد الجانبيين، وأما في الأمر باليد: فليس ذكره

يَنْوِي ثَلَاثاً، فَقَالَت: «اخْتَرْتُ نَفسِي بِوَاحِدَةٍ، أَو بِمرَّةٍ وَاحِدَةٍ».. وَقعَ الثَّلَاثُ.

وَإِن قَالَت: «طلقتُ نَفسِي وَاحِدَةً، أَوِ اخْتَرْتُ نَفسِي بتطليقة».. فَوَاحِدَةٌ بائنةٌ.

في أحد الجانبين شرطاً، ويحمل ما في «الزيلعي» و«فتح القدير»: على أن ذكر النفس: شرط في الأمر باليد في جانب فقط، فلا منافاة بينهما.

(**ينوي ثلاثاً، فقالت**) - في جوابه -: (**«اخترت نفسي بواحدة، أو بمرة واحدة».. وقع الثلاث**)؛ إذ يكون الاختيار جواباً عن الأمر باليد، فلأن الأمر باليد.. تمليك؛ كالتخيير، فتساويا في القوة والضعف.

وأما دلالته على الثلاث: فلأن الواحدة صفة الاختيارة، فصار كأنها قالت: «اخترت نفسي باختيارة واحدة»، وبذلك.. يقع الثلاث؛ لأن معناه: اخترت جميع ما فوضت إليَّ اختيارةً واحدة، وحين نوى الزوج الثلاث: فقد فوض إليها ذلك.

وفي «الخلاصة»: قولها: «اخترت نفسي».. يصلح جواباً لقوله: «أمرك بيدك»، ولقوله: «اختاري نفسك»، ولا يصلح جواباً لقوله: «طلقي نفسك».

وقولها: «طلقت نفسي».. يصلح جواباً للكل.

(**وإن قالت**) - في جواب: «أمرك بيدك» -: (**«طلقت نفسي واحدة، أو اخترت نفسي بتطليقة».. فواحدة بائنة**)؛ لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف.. فوجب إثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق، وهو في الأولى: طلقت، فيقدر تطليقة، وبذلك يقع واحدة، إلا أنها تكون بائنة؛ لأن أمرك بيدك من الكتابة، والواقع بها: بائن، فكأن التفويض في البائن، وكلامها خرج جواباً له، فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع أيضاً؛ للتطابق بينهما، وقد ذكرنا أن ذكر النفس في الجواب: شرط فيه، وإنما تصح نية الثلاث في قوله: «أمرك بيدك»، دون «اختاري»؛ لأنه يحتمل العموم والخصوص؛ لأن الأمر اسم عام يتناول كل شيء، والطلاق من جملة الأشياء؛ فإذا نواه.. صار كناية عن قوله: «طلاقك بيدك»، والطلاق مصدر

وَلَو قَالَ: «أَمرُكِ بِيَدِكِ الْيَوْمَ وَبعدَ غَدٍ».. لَا يدْخلُ اللَّيلُ، وَإِن ردَّتْه الْيَوْمَ.. لَا يرْتَدُّ بعدَ غَدٍ.

وَإِن قَالَ: «الْيَوْمَ وَغداً».. يدْخلُ اللَّيْلُ، وَإِن ردَّتهُ الْيَوْمَ.. لَا يبْقى غَداً.

يحتمل العموم [٤١٨/آ] والخصوص.. فتكون نية الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله: «اختاري»؛ لأنه لا يحتمل العموم؛ لعدم تنوعه؛ على ما في أول التفويض.

(**ولو قال: «أمرك بيدك اليوم وبعد غد».. لا يدخل الليل**)، حتى لو اختارت نفسها في الليل.. لا يقع؛ لأن ذكر اليوم بعبارة الفرد.. لا يتناول الليل في عرفهم.

(**وإن ردته**)؛ - أي الأمر - (**اليوم.. لا يرتد بعد غد**)، بل يبطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر في يدها بعد غد؛ لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما، وهو الغد، ولم يتناوله الأمر، حتى لو اختارت نفسها في الغد.. لا تطلق، فكانا أمرين، فَبَرَدِّ أحدهما: لا يرتد الآخر.

وقال زفر: هما أمر واحد، بمنزلة قوله: «أنت طالق اليوم وبعد غد».. في كون أحدهما معطوفاً على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر.

قلنا: الطلاق لا يحتمل التوقيت، فكانت الطالق اليوم.. طالقاً غداً وبعد غد، بخلاف الأمر باليد، وكذا الاختيار؛ فإنه يحتمل التوقيت.. فيتوقت بالأول، ويجعل الثاني أمراً مبتدأ؛ فكأنه قال: «وأمرك بيدك بعد غد» (**وإن قال: «اليوم وغداً».. يدخل الليل**)؛ لأنه لم يتخلل بين الوقتين وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر.. فكان أمراً واحداً، والليلة لا تفصلهما؛ لأنهم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل، ولا تنقطع مشورتهم ومجلسهم، فصار كما إذا قال: «أمرك بيدك في يومين» بناء على أن الجمع بحرف الجمع: كالجمع بلفظ الجمع.

(**وإن ردته اليوم.. لا يبقى**) الأمر باليد (**غداً**)؛ لما ذكرناه أنه أمر واحد.

وعن أبي حنيفة: أنها إذا ردت الأمر في اليوم.. لها أن تختار نفسها غداً؛ لأنها لا تملك رد الأمر الذي صدر عنه بقوله: «أمرك بيدك» كما لاتملك رد الإيقاع الذي

وَلَو مكثت بعدَ التَّفْوِيضِ يَوْماً وَلم تَقُم، ....

صدر عنه بقوله: «أنت طالق»؛ بجامع عدم اشتراط القبول فيهما في المجلس.. فصار بمنزلة قيامها عن المجلس واشتغالها بعمل آخر، حيث خرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس بعدما خيرها في اليوم وغد.

ووجه الظاهر: أنها اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد، فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر؛ لأن المخير بين الشيئين: لا يملك إلا اختيار أحدهما؛ كذا في «الهداية».

ويمكن التوفيق بين الروايتين:

بحمل الرد في الرواية الأولى: على الرد بالقبول؛ بأن تقول عقيب التفويض: «رددت التفويض».

وفي الرواية الظاهرة: على الرد بالفعل؛ بأن اختارت زوجها، فيكون النزاع لفظياً.

وفي «الهداية»: وعن أبي يوسف: أنه إذا قال: «أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً» أنهما أمران؛ بما أنه ذكر لكل وقت خبراً مقدماً. انتهى.

وقال شمس الأئمة: هذه هي الرواية الصحيحة، وجعلها «قاضي خان» أصل الرواية، ولم يذكر أحداً.

ولو قال: «أمرك بيدك يوم يقدم زيد»، فقدم ليلاً.. لا تتخير؛ على ما مر في فصل إضافة الطلاق، فارجع إليه.

(ولو مكثت بعد التفويض)؛ أي بالأمر باليد، أو بالتخيير؛ على ما صرح به في «الهداية» **(يوماً ولم تقل ولم تقم)**؛ أي: لا يبطل خيارها ما لم تأخذ [٤١٨/ب] في عمل آخر؛ لأن هذا تمليك الطلاق منها، والتمليكات تقتصر على المجلس؛ على ما مر في فصل الاختيار، إلا إذا وصل بالأمر باليد «متى شئت أو إذا شئت».. فحينئذٍ لم يقتصر على المجلس؛ على ما سيصرح به.

ثم اعلم: أنا قد ذكرنا في أول التفويض: أن الأمر باليد قد يكون مؤقتاً، وقد يكون معلقاً بشرط، وقد يكون مطلقاً؛ فإن كان مؤقتاً.. فالأمر في يدها في الوقت المضروب، وإن كان معلقاً.. فالأمر في يدها إذا وجد الشرط، وإن كان مطلقاً؛ فإن كانت تسمع.. يعتبر مجلس استماعها، وإن كانت لا تسمع؛ لصمم أو غَيبة.. فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها.

ولا يعتبر مجلسه، وهذا؛ لأن الأمر باليد تمليك فيه معنى التعليق؛ لأن معنى «أمرك بيدك»: إن أردت طلاقك.. فأنت طالق، فباعتبار التمليك يحتمل التوقيت؛ لأنه من باب تمليك المنافع، كالإجارة والإعارة، لا من باب تمليك الأعيان؛ كالبيع.

وإذا احتمل التوقيت.. صح توقيته.

وباعتبار التعليق.. لا يحتمل التوقيت.

فإذا كان مؤقتاً: اعتبرنا جانب التمليك فقط، فقلنا بالاقتصار على ذلك الوقت المضروب.

وإذا كان مطلقاً: اعتبرنا جانب التمليك، فقلنا بالاقتصار على المجلس؛ لعدم ما يدل على وقت معين.

واعتبرنا جانب التعليق، فقلنا ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت لا تسمع؛ عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

ولا يعتبر مجلسه، حتى لو قام وهي جالسة.. فالخيار باق؛ لأن التعليق لازم في حقه، حتى لا يقدر على الرجوع؛ على ما سيأتي بيانه.

فإذا اعتبر مجلسها: فالمجلس يتبدل تارة بالتحول إلى مجلس آخر، ومرة بالأخذ في عمل آخر، وتارة بمجرد القيام عنه؛ لأنه دليل الإعراض، بخلاف ما إذا مكث يوماً ولم يقم ولم يأخذ في عمل آخر؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر.. فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه، أو يدل على الإعراض.

أَو كَانَت قَائِمَةً فَجَلَست، أَو جالسةً فاتَّكأت، أَو متَّكئةً فَقَعَدَت، أَو على دَابَّةٍ فوقَفَت، أَو دعت أَبَاهَا للمشورةِ، أَو شُهُوداً للإِشهادِ.. ....

وقوله: «يوماً» ليس للتقدير به؛ لأنه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض.. فالأمر باق.

(أو كانت قائمة فجلست).. فالأمر في يدها؛ لأنه دليل الإقبال؛ فإن القعود أجمع للرأي.

(أو جالسة فاتكأت أو متكئة فقعدت)؛ لأن هذا انتقال من جلسة إلى أخرى، فلا يكون إعراضاً.

وقيل: إذا كانت جالسة فاتكأت.. لا خيار لها؛ لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر.. فكان إعراضاً، والأول أصح؛ على ما في «الهداية»؛ لأن من أصابه أمر قد يستند للتفكر.

(أو على دابة) تسير **(فوقفت)** عن السير، **(أو دعت أباها للمشورة، أو)** دعت **(شهوداً للإشهاد)**؛ لأن الاستشارة لتحري الصواب، والإشهاد للتحري، فلا يكون دليل الإعراض.

ووقوف الدابة وسيرها: مضاف إلى المرأة.

وفي «الخلاصة»: المخيرة إذا قامت لتدعو الشهود؛ بأن لم يكن عندها أحد يدعو الشهود، لا يخلو: إما أن تحولت عن موضعها أو لم تتحول:

فإن لم تتحول.. لا يبطل الخيار بالاتفاق [٤١٩/أ].

وإن تحولت: اختلف المشايخ [فيه بناء على أن المعتبر في بطلان الخيار إعراضها أو تبدل المجلس][1] عند البعض: أيهما وجد، وعند البعض: الإعراض، وهذا أصح. انتهى.

---

(١) نقص في المخطوط وتم الاستدراك من «البحر الرائق» ج ٣. ص٣٥٠.

لَا يبطلُ خِيَارُهَا.

وَإِن سَارَتْ دابَّتهُا.. بَطلَ.

لَا بسيرِ فُلْكٍ هِيَ فِيهِ.

(لا يبطل خيارها) في جميع هذه الصور؛ لما ذكرناه.

(وإن سارت دابتها.. بطل) خيارها؛ لما ذكرناه أن سير الدابة مضاف إلى المرأة.

(لا بسير فُلْكٌ هي فيه)؛ لأن سير السفينة: لا يضاف إلى راكبها؛ لعدم قدرته على الإيقاف والتسيير، بل يضاف إلى السفينة نفسها.. فثبت لها ما دامت في مجلسها، وإن تحولت.. بطل.

وعن أبي يوسف: أن السفينة إن كانت واقفة فسار.. بطل خيارها اعتباراً بالدابة، وقد ذكرنا ما يتعلق بهذا البحث في أول التفويض.

وقال في «الخلاصة» في بطلان الأمر باليد: لو قال لامرأته اختاري، ثم طلقها بائناً.. بطل الخيار، وكذا الأمر باليد.

وأما لو كان الطلاق رجعياً.. لا يبطل الخيار ولا الأمر باليد، وهذا بناء على ما مر؛ من أن البائن يلحق الصريح، ولا يلحق البائن؛ فإذا بطل الخيار والأمر: فلو تزوجها في العدة أو بعدها.. لا يعود الخيار والأمر باليد بعد البطلان.

بخلاف ما إذا كان الأمر باليد معلقاً بشرط، ثم أبانها، ثم وجد الشرط، حيث لا يبطل الأمر، بل لها الخيار حين وجد الشرط؛ لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده.

* * *

(فصلٌ)

وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسك» وَلم ينوِ، أَو نوى وَاحِدَةً فَطلَّقت.. وَقعت رَجْعِيَّةً.

وَكَذَا لَو قَالَت: «أَبنتُ».

وَإِن طلَّقت ثَلَاثاً ونواهُ.. وقعنَ

[فصل]
[في تطليقها نفسها]

(**ولو قال لها: «طلقي نفسك» ولم ينو أو نوى واحدة فطلقت نفسها.. وقعت رجعية**)؛ لأن معنى قوله: «طلقي» «افعلي الطلاق»، وهو اسم جنس يقع على الأدنى، مع احتمال الكل عند عدم النية؛ كسائر أسماء الأجناس.. فينصرف إلى الواحد؛ أعني الأدنى: عند عدم النية، وعند وجودها أولى، وتكون الواحدة رجعية؛ لأن المفوض إليها صريح الطلاق، وهو رجعي.

(**وكذا لو قالت: «أبنت» نفسي**)؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق، حتى لو قال: «أبنتك» ينوي الطلاق، أو قالت: «أبنت نفسي»، فقال الزوج: «قد أجزت».. بانت، وألفاظ الطلاق توافق ما فوض إليها؛ لكونه تطليقاً، فكانت الإبانة موافقة للتفويض في الأصل.. فكان صحيحاً أن يكون جواباً من حيث الأصل، إلا أن المرأة زادت فيه وصفاً، وهو تعجيل الإبانة؛ لأن الرجعية: إنما تفيد الإبانة بعد العدة لا في الحال.

فإذا كان كذلك؛ فإما أن يبطل الأصل لأجل الوصف الزائد، أو يلغو ذلك الوصف لرعاية الأصل، وإلغاء الوصف أولى.. فيصار إليه، فتقع رجعية؛ كما لو قالت في جواب طلقي نفسك: «طلقت نفسي تطليقة بائنة».

وعن أبي حنيفة: أنه لا يقع بقولها: «أبنت نفسي» شيء؛ لأنها أتت بغير ما فوض إليها؛ إذ الإبانة تغاير الطلاق، والصحيح: هو الأول.

(**وإن طلقت**)؛ أي لو قال لها: «طلقي نفسك» فطلقت هي نفسها (**ثلاثاً ونواه**)؛ أي نوى الزوج بقوله: «طلقي» الثلاث (.. **وقعن**) الثلاث؛ لما ذكرناه من أن الطلاق

ولغت نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ.

وَلَو قَالَت: «اخْتَرْتُ نَفسِي».. لَا تطلقُ ....

اسم جنس يقع على الأدنى، مع احتمال الكل عند عدم النية؛ لأن مع الاحتمال إلى الكل.. تصح النية له.

واعلم: أنهم اختلفوا في هذه المسألة على أقوال، بناء على أن الأمر هل يوجب التكرار، أو لا يوجبه، بل يحتمله، أو لا يحتمله أيضاً [٤١٩/ب]:

فقال من ذهب إلى أنه يوجب التكرار: أنه ينصرف إلى الثلاث، فتملك المرأة أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلاثاً، جملة، أو على التفاريق؛ إذا لم ينو الزوج شيئاً، أو نوى ثلاثاً.

وأما إذا نوى واحدة أو ثنتين.. فيقتصر على ما نوى؛ لأنه وإن أوجب التكرار عندهم، لكن يمنع عنه بدليل، والنية دليل عليه.

وقال من ذهب إلى أنه لا يوجب التكرار ولكن يحتمله - وهو المروي عن الشافعي - : أنه يقع على الواحدة إن لم ينو الزوج شيئاً أو نوى واحدة، وإن نوى ثنتين أو ثلاثاً.. فهو على ما نوى؛ لأنه نوى محتمل كلامه.

وقال من ذهب إلى أنه لا يوجب التكرار ولا يحتمله، وهو مذهب عامة الحنفية: أنه ينصرف إلى الأدنى، وهي الواحدة؛ إن لم ينو شيئاً، أو نوى ثنتين على احتمال الأعلى، وهو الثلاث عند نية الزوج الثلاث؛ لأن الثلاث من محتمل اللفظ.. فيتعين بالنية؛ فإذا نواه.. يقعن جملة.

وإن طلقت نفسها واحدة: فلها أن تطلقها ثانية وثالثة، على ما في «الكشف» و«السراج الهندي»، وقد ذكرناه في «حاشيتنا على المرآة».

(**ولغت نية الثنتين**)؛ لأنه عدد محض في الحرة، ولا يحتمله اسم الجنس؛ أي لفظ الطلاق، ونية ما لا يحتمله اللفظ.. غير صحيح.

(**ولو قالت: «اخترت نفسي»**)؛ في جواب «طلقي نفسك» (.. **لا تطلق**)؛ لأن

وَلَا يملكُ الرُّجوعَ بعدَ قَوْله.. «طَلِّقِي نَفسَكِ».

ويتقيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، إِلاَّ إِذا قَالَ: «مَتى شِئْتِ».

ولو قَالَ: «لَهَا طَلِّقِي ضرَّتَكِ» أَو لآخر: «طَلِّقِ امْرَأَتي».. يملكُ الرُّجُوعَ، وَلَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، إِلاَّ إِذا زَادَ: «إِن شِئْتِ».

الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق؛ مثل الإبانة، وإنما وقع به الطلاق: على خلاف القياس بإجماع الصحابة؛ فيما إذا كان جواباً للتخيير؛ على ما مر.. فيقتصر على مورده، وقوله: «طلقي» ليس بتخيير.. فلا يصح الاختيار جواباً عنه.

(ولا يملك الرجوع بعد قوله: «طلقي نفسك»)؛ لأنه تعليق فيه معنى اليمين من جانبه، واليمين تَصَرُّفٌ لازم لا يحتمل الرجوع.

(ويتقيد بالمجلس)؛ لأنه تمليك، والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس على ما مر مراراً.

(إلا إذا قال: «متى شئت»)؛ لأن «متى»: عامة في الأوقات كلها؛ كما إذا قال لها: «في أي وقت شئت».

(ولو قال لها: «طلقي ضرتك»، أو قال لآخر: «طلق امرأتي».. يملك الرجوع، ولا يتقيد بالمجلس)؛ لأن الأولى: توكيل وإبانة، والثاني: توكيل واستعانة، لا تمليك ويمين، مثل: «طلقي نفسك».. فلا يقتصر على المجلس، ويقبل الرجوع.

وذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه لو قال لأجنبي: «أمر امرأتي بيدك».. يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع؛ على ما نص عليه في «الفتاوى الصغرى».

وفي «المحيط»: وهو الأصح.

فصار كقوله لامرأته: «أمرك بيدك»؛ لأنه تمليك.

وقيل: إنه توكيل لا تمليك؛ لأنه صرح بالأمر.. فيقتصر على المجلس.

(إلا إذا زاد: «إن شئت»).. فحينئذٍ يقتصر على المجلس، ولا يقدر الزوج الرجوع.

وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسَكِ ثَلَاثاً» فَطَلَّقت وَاحِدَةً.. وَقعَ وَاحِدَةٌ، وَفِي عَكسه: لَا يَقعُ شَيْءٌ، وَعِنْدَهُمَا: يَقعُ وَاحِدَةٌ.

وقال زفر: هذا والأول سواء؛ لأن التصريح بالمشيئة كعدم التصريح؛ لأنه يتصرف عن مشيئته؛ لأن الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها، وإذا تساويا.. كان الثاني توكيلاً أيضاً مثل الأول، وصار كما لو قال للوكيل بالبيع: «بع إن شئت»؛ فإن تلك المشيئة لا تخرجه عن التوكيل إلى التمليك.

ولنا: أنه تمليك؛ لأنه علقه بالمشيئة، والمالك: هو الذي يتصرف عن مشيئة، يترتب عليها [٤٢٠/أ] استحسان الفعل وتركه، وقد وجد ذلك في صورة النزاع، وما ثبت في الوكيل من المشيئة ليس هذا النوع، بل نوع آخر منها يحتاج إليها كل ما يتحرك بحركة إرادية، والقياس على البيع ليس بصحيح؛ لأن الطلاق يحتمل التعليق، بخلاف البيع؛ لأنه لا يحتمله.

(ولو قال لها: «طلقي نفسك ثلاثاً» فطلقت واحدة.. وقع واحدة)؛ لأنها ملكت إيقاع الواحدة في الثلاث ضرورة.

(وفي عكسه لا يقع شيء) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يقع واحدة)؛ لأنها أتت مما ملكته وزيادة، فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً.

ولأبي حنيفة: أنها أتت بغير ما فوض إليها، فكانت مبتدئة لا مجيبة، وهذا: لأن الزوج ملكها الواحدة، والثلاث غير الواحدة.

فإن قيل: قد ثبت من مذهبنا: أن الواحد من العدد ليس عينه، ولا غيره.

قلنا: ذلك في العدد الموجود، أو المتصور، والثلاث ههنا: معدوم صرف، والواحد الموجود غير المعدوم.

فإن قيل: سلمنا المغايرة، لكن إذا قال لها: «أمرك بيدك» ونوى الواحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً.. وقعت واحدة، وقد أتت بغير ما فوض إليها.

وَفِي: «طَلِّقِي نَفسَكِ ثَلَاثاً إِن شِئْت» فَطَلَّقت وَاحِدَةً.. لَا يَقعُ شَيْءٌ.

وَكَذَا فِي عَكسِهِ، وَعِنْدَهُمَا: تقعُ وَاحِدَةٌ.

وَلَو أَمرَهَا بالبائِنِ أَوِ الرَّجْعِيِّ فعكست.. وَقعَ مَا أَمرَ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ إِن شِئْتِ» فَقَالَت: «شِئْتُ إِن شِئْتَ»، فَقَالَ: «شِئْتُ» يَنْوِي الطَّلَاقَ.. لَا يَقعُ شَيْءٌ.

أجيب: بأن التفويض هناك لم يتعرض لشيء، فقد يكون خاصاً وقد يكون عاماً؛ فإذا نوى الواحدة: فقد قصد تفويضاً خاصاً، وهو غير مخالف للظاهر، فلما أوقعت ثلاثاً: فقد وافقته فيما هو أصل التفويض، وهو لا يكون أقل من الواحدة.. فتقع الواحدة.

(وفي: «طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت» فطلقت واحدة.. لا يقع شيء)؛ لأن معناه «إن شئت الثلاث»، وهي بإيقاع الواحدة: ما شاءت الثلاث، فلم يوجد الشرط.

(وكذا في عكسه) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: تقع واحدة)؛ لأن مشيئة الثلاث.. مشيئة الواحدة عندهما، كما أن إيقاع الثلاث.. إيقاع الواحدة عندهما، فوجد الشرط.

وله: أن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها.

(ولو أمرها بالبائن أو الرجعي فعكست المرأة.. وقع ما أمره)؛ لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها من البينونة والرجعة.. فلا حاجة للمرأة بعد ذلك إلا إلى إيقاع أصل الطلاق، لا تعيين وصفه، فما عينته من الوصف صار لغواً؛ فكأنها اقتصرت في الإيقاع على الأصل.. فيقع بالصفة التي عينها الزوج، ولأنها في الثانية أتت بالأصل وزيادة وصف.. فيلغو الوصف ويبقى الأصل.

(ولو قال: «أنت طالق إن شئت» فقالت: «شئت إن شئت» فقال: «شئت» ينوي الطلاق.. لا يقع شيء)؛ لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة، وهي أتت بالمعلقة، فلم يوجد الشرط، وهو اشتغال منها بما لا يعنيها.. فخرج الأمر من يدها، ولا يقع

وَكَذَا لَو علَّقتِ المشيئةَ بمعدومٍ.

الطلاق بقوله: «شئت» وإن نوى الطلاق؛ لأن كلامه بناء على كلامها، وليس في كلامها ذكر الطلاق ليصير الزوج شائياً طلاقها، وإنما فيه ذكر المشيئة، فيكون شائياً لمشيئتها لا لطلاقها.

فإن قيل: إن كلامها مبني على الكلام الأول، وفيه ذكر الطلاق.

قلنا: كلامها قد لغا بالاشتغال بما لا يعنيها، فيلغو ما يبتنى عليه أيضاً.

فإن قيل: وإن لم يكن في كلامها ذكر الطلاق، لكنه قد نوى الطلاق [٤٢٠/ب] فينبغي أن يقع الطلاق.

قلنا: النية لا تعمل في غير المذكور، حتى لو قال: «شئت طلاقك».. يقع إذا نوى؛ لأنه إيقاع مبتدأ، إذ المشيئة تنبئ عن الوجود؛ لأنها مأخوذة من الشيء، وهو اسم للموجود عندنا، فكان قوله: «شئت» بمنزلة: «أوجدت»، وإيجاد الطلاق بإيقاعه ابتداء.

فإن قيل: فعلى هذا لا حاجة إلى النية.

قلنا: نعم، إلا أن قوله: «شئت طلاقك»، قد يقصد وجوده ملكاً، وقد يقصد وجوده وقوعاً، فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً، بخلاف ما لو قال: «أردت طلاقك»؛ لأنه لا ينبئ عن الوجود؛ لأنه في اللغة: عبارة عن الطلب.

فإن قيل: قد ثبت في مذهبنا في الكلام: أن الإرادة والمشيئة واحدة.

قلنا: هذا التفرقة بالنسبة إلينا، وتلك الوحدة بالنسبة إلى الله تعالى؛ لأن ما شاء الله وما أراده.. كان لا محالة، بخلاف العباد.

(وكذا لو علّقت المشيئة بمعدوم)؛ أي لو قالت في جواب قوله: «أنت طالق إن شئت»: «شئت إن كان كذا»؛ لأمر لم يجئ بعد.. لا يقع الطلاق، وبطل الأمر؛ لما ذكرناه أن المأتي به مشيئة معلقة، فلم يوجد الشرط.

وَإِن علّقت بموجودٍ.. وَقعَ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ مَتى شِئْتِ، أَو مَتى مَا شِئْتِ، أَو إِذا شِئْتِ، أَو إِذا مَا شِئْتِ» فَردَّتِ الْأَمرَ.. لَا يرْتَدُّ، وَلها وَاحِدَةٌ مَتى شَاءَت، وَلَا تزيدُ.

وَلَو قَالَ لَهَا: «أَنْت طَالِقٌ كلَّما شِئْتِ».. فلهَا أَن تطلِّقَ ثَلَاثاً مُتَفَرِّقاً، لَا مجموعاً،

(**وإن علقت**) المشيئة في جواب قوله المذكور (**بموجود**) بأن قالت: «شئت إن كان كذا»؛ لأمر قد مضى وجوده.. (**وقع**) الطلاق؛ لأن التعليق بشرط كائن: تنجيز.

(**ولو قال: «أنت طالق متى شئت [أو متى ما شئت]، أو إذا شئت» فردت الأمر.. لا يرتد، ولها أن تطلق واحدة متى شاءت، ولا تزيد**)؛ أي على الواحدة.

أما «متى ومتى ما».. فلأنهما عامة في الأوقات كلها فلا يقتصر على المجلس، ولو ردت.. لم يكن رداً؛ لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة حتى يرتد بردها، وإنما تطلق واحدة فقط؛ لأنها تعم الأزمان دون الأفعال.. فتملك التطليق في كل زمان، ولا تملك تطليقاً بعد تطليق.

وأما كلمة «إذا، وإذا ما».. فهي مساوية لمتى عندهما.

وعند أبي حنيفة: أن «إذا» كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت، لكن جعل ههنا للوقت؛ لأن الأمر صار بيدها، ولا يخرج من يدها بالقيام، والرد بالشك؛ على ما مر في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان.

فإن قيل: وجب أن يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحاً للرد.

قلنا: إنما يجب حملها على الشرط إن كان الرد صادراً ممن صدر منه التعليق، تصحيحاً لتصرفه ونفياً للتناقض في كلامه، وأما إذا صدر الرد من غيره.. فلا حاجة إلى هذا التأويل؛ لعدم التناقض.

(**ولو قال لها: «أنت طالق كلما شئت».. فلها أن تطلق ثلاثاً متفرقاً لا مجموعاً**) لأن «كلما»: يوجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع، فلا تملك الإيقاع جملة.

وَلَا بعدَ زوجٍ آخرَ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ حَيْثُ شِئْتِ، أَو أَيْنَ شِئْتِ».. لَا تطلقُ مَا لم تشأ فِي مجلسِها.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ كَيفَ شِئْت»؛ فَإِن شَاءَت مُوَافقَةً لنيَّتهِ رَجْعِيَّةً أَو بائنةً

(**ولا بعد زوج آخر**)؛ لأنها وإن أوجب تكرار الأفعال على سبيل الانفراد، إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم، والملك الحاصل له بعد زواج آخر: هو ملك محدث متجدد، لا ما قام أولاً.

(**ولو قال: «أنت طالق حيث شئت، أو أين شئت».. لا تطلق ما لم تشأ في مجلسها**)؛ لأنها من أسماء المكان، والطلاق لا تعلق له بالمكان.. فيلغو، ويبقى ذكر المشيئة، فيقتصر على المجلس [٤٢١/أ]، بخلاف الزمان؛ لأن له تعلقاً به، حتى يقع في زمان دون زمان، فوجب اعتباره.

خصوصاً: كما لو قال: «أنت طالق غداً».

وعموماً: كما لو قال: «أنت طالق في أي وقت شئت».

فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان.. بقي قوله: «أنت طالق شئت» فينبغي أن يقع الطلاق في الحال؛ كما لو قال: «أنت طالق دخلت الدار»؛ فإنه يقع الساعة.

أجيب: بأن «حيث وأين»: يفيدان ضرباً من التأخير، وحرف الشرط أيضاً: يفيد ضرباً من التأخير، فيشتركان في تحقيق معنى التأخير، فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط.

فإن قيل: إذا جعلا مجازاً عن حرف الشرط.. لماذا يبطل بالقيام عن المجلس؟، وإنما يبطل بالقيام عنه إذا جعلا مجازاً عن حرف «إن»، وأما إذا جعلا مجازاً عن كلمة «إذا ومتى».. فلا يبطل بالقيام عنه، فلم لم يجعل مجازاً عن «إذا» و«متى»؟

أجيب: بأن جعلهما مجازاً عن «إن» أولى؛ لما أنها لمحض الشرط، فكانت أصلاً في الباب، والاعتبار بالأصل أولى من غيره، كذا في «العناية».

(**ولو قال: «أنت طالق كيف شئت»؛ فإن شاءت موافقة لنيته رجعية أو بائنة**

أَو ثَلَاثًا.. وَقعَ كَذَلِك

وَإِن تخالفا.. تقعُ رَجْعِيَّةٌ. وَكَذَا إِن لم تَشأ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يَقعُ شَيْءٌ.

وَإِن لم تكن لَهُ نِيَّةٌ.. يَقعُ مَا شَاءَت.

(أو ثلاثاً.. وقع كذلك، وإن تخالفا.. تقع رجعية).

(وكذا إن لم تشأ).

(وعندهما: لا يقع شيء) ما لم تشأ.

(وإن لم تكن له نية.. يقع ما شاءت).

اختلفوا فيما إذا قال: «أنت طالق كيف شئت»، هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أو لا:

فقال أبو حنيفة: لا يتعلق، بل يقع طلقة واحدة قبل مشيئتها؛ فإن كانت غير مدخولة.. بانت، فلا مشيئة لها بعد وقوع الأصل؛ لعدم بقاء المحل.. فيلغو التفويض، وإن كانت مدخولة بها.. وقعت واحدة رجعية.

والمشيئة إليها في المجلس بعد ذلك: بأن تجعلها بائنة أو ثلاثاً.

ثم لا يخلو من أن ينوي الزوج شيئاً، أو لم ينو:

فإن لم ينو.. اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف.

وإن نوى: فإن اتفقت نيته ومشيئتها.. فذاك.

وإن اختلفتا؛ بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثاً، أو بالعكس.. تعارضا، فتساقطا، فيبقى أصل الطلاق وهو الرجعي، هذا هو المشهور في كتب أصحابنا في تقرير مذهب أبي حنيفة.

واعترض عليه بعض محققي أصحابنا: بأن المعقول أن لا يحتاج ههنا إلى نية الزوج؛ لأنه لما فوض الأمر إلى المرأة.. يجب أن تستقل بإثبات ما فوض إليها،

اعتباراً بعامة التفويضات؛ على ما روي عن أبي بكر الرازي والطحاوي: من أن نية الزوج ليست بشرط.

وللمرأة أن تجعل الطلاق بائناً أو ثلاثاً في قول أبي حنيفة.

وقال صاحب «النهاية» ناقلاً عن «الفوائد الظهيرية»: وقد راجعت الفحول في جواب هذا الإشكال، فما قرع سمعي جوابه.. فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي.

وأجاب عنه في «التقرير»؛ بأنه إنما فوض إليها حال الطلاق، وهي مشتركة بين البينونة والعدد.. فيحتاج إلى نية الزوج لتعيين أحدهما.

ورد: بأن اختيار المرأة كاف في هذا التعيين بلا حاجة إلى نية الزوج.

ودفع: بأن المفوض إلى المرأة ليس أصل الطلاق، بل وصفه وهو مبهم لتنوعه، فلا بد [٤٢١/ب] من بيان المبهم.. فيحتاج إلى نية الزوج.

وقالا: يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها.. فلا يقع شيء قبل مشيئتها لا قبل الدخول، ولا بعده؛ فإذا شاءت.. أوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث؛ لأنه فوض التطليق إليها على أي صفة شاءت؛ على ما هو مقتضى كلمة «كيف».. فيلزم منه تفويض نفس الطلاق أيضاً، ضرورة أنه لا يكون بدون حال من الأحوال ووصف من الأوصاف.

وتحقيقه: أن ما لا يكون محسوساً من التصرفات الشرعية؛ مثل: الطلاق والعتاق والبيع والنكاح وغيرها.. فحاله وأصلة سواء؛ لأن وجوده لما لم يكن محسوساً: كان معرفة وجوده بآثاره وأوصافه، فافتقرت معرفة ثبوته إلى معرفة أثره ووصفه؛ كثبوت الملك في البيع، والحل في النكاح، والوصف أيضاً مفتقر إلى الأصل.. فاستويا، وصار تعليق أحدهما هو تعليق الآخر.

ولأبي حنيفة: أن «كيف» لطلب الوصف لا لطلب الأصل، فكان التفويض في

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ كم شِئْتِ، أَو مَا شِئْتِ».. طلقت مَا شَاءَت.

وَإِن قَالَ: «طَلِّقِي نَفسَكِ مِن ثَلَاثٍ مَا شِئْتِ».. فلهَا أَن تطلِّقَ مَا دونَ الثَّلَاثِ، لَا الثَّلَاثَ، ....

وصف الطلاق دون أصله، والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله، وإلا لكان «كيف» لطلبه، وليس كذلك، ووجود الطلاق بوقوعه.

(ولو قال: «أنت طالق كم شئت أو ما شئت»... طلقت ما شاءت) واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً؛ على ما ذكره في أصل «الجامع الصغير».

وهل يشترط مقارنة إرادة الزوج؛ كما في المسألة السابقة؟

ففي «كشف الكبير» أنها تشترط، قال: هكذا رأيت بخط شيخي معلماً بعلامة البزدوي، وذلك لأن «كم» لما كان للعدد المبهم.. كان له التغيير إلى مبهمه ما دام في المجلس لا بعده؛ لأن «كم» للعدد، و«ما»، وإن استعملت للوقت.. استعملت للعدد أيضاً، وحملناها عليه ههنا؛ لأن هذا تفويض بمعنى التمليك، والتمليكات تقتصر على المجلس، وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت.

فإن قيل: إن فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح:

والجواب: أنه تمليك فيه معنى التعليق، فكان التمليك كالأصل والتعليق كالتبع.. فالترجيح بالأصل أولى؛ فإذا كانتا للعدد: فقد فوض إليها أي عدد شاءت، فطلقت بما شاءت من العدد ما دام في المجلس؛ فإذا قامت عنه.. بطلت؛ لما ذكرناه أنه يقتصر على المجلس، وإن ردت.. كان رداً لأن هذا أمر واحد؛ إذ ليس فيه ما يدل على التكرار.

(وإن قال: «طلقي نفسك من ثلاث ما شئت».. فلها أن تطلق ما دون الثلاث) من واحدة وثنتين **(لا الثلاث)** عند أبي حنيفة.

خلافاً لَهما.

(خلافاً لهما) قالا: تطلق ثلاثاً أيضاً؛ لأن «ما» محكم في التعميم، وكلمة «مِن» قد تكون للتمييز والبيان، وقد تكون للتبعيض، فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل، فيحمل المحتمل على المحكم، ويجعل بياناً؛ كما إذا قال: «كل من طعامي ما شئت»، أو «طلق مِن نسائي مَن شئت».

ولأبي حنيفة: أن كلمة «مِن» حقيقة في التبعيض، و«ما» للتعميم، والعمل بهما ممكن، من حيث أن يجعل المراد بعضاً عاماً، والثنتان كذلك؛ لأنه بالنسبة إلى الواحدة [٤٢٢/أ] عامة، وبالنسبة إلى الثلاث: بعض.

فإن قيل: فعلى هذا لا يتناول الواحد؛ لأنه ليس بعام.

أجيب: بأنه يتناوله دلالة؛ فإذا كان العمل بهما ممكناً.. لا يهمل أحدهما، وفيما استشهدا ترك التبعيض؛ لدلالة إظهار السماحة في الأول، ولعموم صفة المشيئة في الثاني.

حتى لو قال: «من شئت».. كان على الخلاف؛ كذا في «العناية».

* * *

(بَابُ التَّعْلِيقِ)

إِنَّمَا يَصِحُّ فِي الْمِلكِ؛ كَقَوْلِهِ لمنكوحتهِ: «إِن زُرتِ.. فَأَنتِ طَالِقٌ»، ......

(بَابُ التَّعْلِيق)

وقد يترجم بباب (الأيمان في الطلاق)؛ على ما في «الهداية»، وهو عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط، إنما يسمى يميناً مجازاً؛ لما فيه من معنى السببية، وتعبير المصنف أولى مما في «الهداية»؛ لأن التعليق: شمل التعليق الصوري، وإن لم يكن يميناً؛ كالتعليق بحيضها وطهرها، أو بأحدهما فقط، أو بحيضها حيضة، أو بما لا يمكنه الامتناع عنه؛ كطلوع الشمس، ومجيء الغد، أو بفعل من أفعال قلبها؛ كالمحبة والمشيئة، أو بفعل من أفعال قلبه؛ فإنه في هذه المواضع ليس بيمين؛ على ما في «البحر» عن «المحيط».. فلا يحنث بها لو كان حلف أن لا يحلف.

(إنما يصح)؛ أي التعليق **(في الملك)** بالاتفاق؛ **(كقوله لمنكوحته: «إن زرت فأنت طالق»)**.. يقع الطلاق عقيب الشرط بالاتفاق؛ لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط استصحاباً.. فصح يميناً عندنا، وإيقاعاً عند الشافعي؛ فإن المعلق بالشرط: ينعقد سبباً عنده، ويتأخر حكمه إلى زمان الشرط؛ على ما هو تأثير الشرط عنده، فيكون نفس المعلق إيقاعاً في الحال عنده.

ولا ينعقد سبباً عندنا، بل ينعقد يميناً.

وإنما يصير سبباً عند وجود الشرط؛ بناء على أن الشرط مع الجزاء: كلام واحد بمنزلة المبتدأ والخبر، ولا حكم في الجزاء بدون الشرط عندنا، كما هو عند الشافعي، وعلى أن تخصيص العلة: جائز عنده غير جائز عندنا.

والحاصل: أنه لا خلاف في أن الجزاء لا يتحقق قبل تحقق الشرط، بل إنما يتحقق عقيب تحقق الشرط بالاتفاق متصلاً.. حتى لو قال الزوج: «إن لم أطلقك

أَو مُضَافاً إِلَى الْمِلكِ؛ كَقَوْلِه لأجنبيَّةٍ: «إِن نكحتُكِ.. فَأَنتِ طَالِقٌ»: فَيَقَعُ إِن نَكَحَهَا.

فأنت طالق».. لا يقع الطلاق إلا قبيل الموت، بحيث لا يسع فيه «أنت طالق»؛ لتحقق الشرط في ذلك الوقت؛ لأنه: حال العجز عن الإيقاع حقيقة.

فإذا مات الزوج.. طلقت امرأته، وترث هي منه لو كانت مدخولة بها؛ لكونه فاراً، ولو كانت غير مدخولة بها.. لا ترث.

وإذا ماتت المرأة.. طلقت أيضاً في الظاهر، ولا يرث هو منها؛ لكون الفرقة من قِبَله.

وفي رواية «النوادر»: لا تطلق هي في صورة موتها.

وإنما الخلاف في أن المعلق بالشرط: هل ينعقد سبباً عنده، أو يصير سبباً عند وجود الشرط؟

وقوله: «إذا لم أطلقك فأنت طالق» مثل: «أن لم أطلقك فأنت طالق»؛ عند أبي حنيفة، ومثل: «متى لم أطلقك فأنت طالق» في وقوع الطلاق عند الفراغ عن التكلم بهذا اللفظ عند أبي يوسف ومحمد؛ لكون «إذا» بمعنى الوقت عندهما مثل «متى»، ولكونه مشتركاً بين الوقت والشرط؛ عند أبي حنيفة.

(أو مضافاً إلى الملك؛ كقوله لأجنبية: «إن نكحتك فأنت طالق».. فيقع إن نكحها).

واعلم: [٤٢٢/ب] أنّ إضافة الطلاق والعتاق والظهار ونحوها - مما يحتمل تعليقه بالشرط - إلى الملك.. جائزة عندنا، سواء كانت على الخصوص؛ كما ذكره المصنف، أو على العموم؛ كقوله: «كل امرأة أتزوّجها.. فهي طالق» أو «إن كلمت زيدا.. فكل امرأة أتزوجها فهي طالق».

وقال الشافعي: لا يجوز التعليق على ملك لا خصوصاً، ولا عموماً.

وهو قول ابن عباس؛ لما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص: أنه ﷺ قال: «لا طلاق قبل النكاح».

ولأن المعلّق بالشرط: ينعقد سببا عنده، ووجود الملك.. شرط عند وجود السبب بالاتفاق؛ فإذا علق الطلاق ونحوه بالملك.. لزم وجود السبب بدون الملك.

قلنا: إن هذا تصرف يمين؛ لوجود الشرط والجزاء.. فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال.

ولا ينعقد سببا في الحال؛ كاليمين لا يكون سببا للكفارة؛ لأن التعليق يمنع انعقاد العلة عندنا.

ولا يصير المعلّق علّة للحكم إلا عند الشرط، والملك يتحقق عنده، وتنعقد العلة، ويقع الطلاق عقيبه.

وما رواه محمول على نفي التنجيز؛ على ما هو المأثور عن السلف.

وقال مالك: إن عمّم بأن قال: «كل امرأة أتزوجها طالق» ونحوه.. لا يجوز، وإن خصّص بلداً أو قبيلة بأن قال: «كل امرأة من مصر، أو من بني تميم، أو كل بِكر، أو ثيب أتزوجها طالق».. صح؛ لأن في التعميم سدّ باب النكاح على نفسه.. فلا يصح، بخلاف ما إذا قال: «كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمّي»، حيث يصح مع العموم ويصير مظاهراً إذا تزوج؛ لأن الحرمة ترفع بكفارتها، فلا سدّ فيه.

قلنا: لا نسلم أن باب النكاح ينسدّ عليه؛ لأن كلمة كل تقتضي التعميم دون التكرار، فيمكنه أن يتزوّجها بعدما وقع الطلاق عليها:

ثم المراد بالإضافة إلى الملك، هو التعليق به؛ فإن كان التّعليق به بصريح الشرط: مثل أن يقول: «إن تزوجت» ونحوه.. كان معلقا كيفما كان، وإن كان بمعنى الشرط: مثل أن يقول: «المرأة التي أتزوجها فهي طالق».. فإنما يعلق إذا كانت غير معينة.

وأما إذا كانت المرأة معينة؛ مثل أن يقول: «هذه التي أتزوجها طالق».. فلا يصح، حتى لو تزوجها.. لا يقع الطلاق؛ لأنه عرفها بالإشارة، ولا يراعى فيها الصفة، وهو التزوج، فبقي قوله: «هذه المرأة طالق»؛ كذا في «الزيلعي».

وقال في «البحر» عن «الذخيرة»: إن التعريف بالاسم والنسب: كالتعريف بالإشارة، فلو قال: «فلانة بنت فلان أتزوجها طالق»، فتزوجها.. لم تطلق؛ لعدم صحة التعليق.

ثم اعلم: أن لصحة التعليق شروطا أخرى غير ما ذكر:

منها: كون الشرط معدوماً على خطر الوجود، حتى لو كان محقق الوجود؛ كقوله: «أنت طالق إن كانت السماء فوقنا»، يكون تنجيراً لا تعليقا.. فتطلق في الحال، ولو كان محالا: كقوله: «أنت طالق إن كان شريك الباري موجوداً».. لا يقع أصلا؛ لأن غرضه منه: تحقيق النفي، حيث علّقه بأمر محال، وهذا بناء على أن إمكان البر.. شرط لانعقاد اليمين عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

ومن فروع هذا: ما ذكر في «الخانية»: أنه لو قال لها: «إن لم تردي [٤٢٣/أ] عليّ الدينار الذي أخذته من كيسي فأنت طالق»؛ فإذا الدينار في كيسه.. لا تطلق امرأته؛ لأنه تعليق بالمحال.

ولو قال: «إن حضت وهي حائض، أو مرضت وهي مريضة».. فعلى حيضة مستقبلة، ولو قال لصحيحة: «إن صححت فأنت طالق».. طلقت الساعة، وكذا لو قال: «إن أبصرت أو سمعت»، وهي بصيرة أو سميعة؛ لأن الصحة والسمع والبصر: أمر يمتد.. فكان لبقائها حكم الابتداء، بخلاف الحيض والمرض؛ فإنهما ممّا لا يمتد.

وبهذا علم أن قولهم: «إن ما كان محققا تنجيز».. ليس على إطلاقه، بل فيما لبقائه حكم ابتدائه.

وَلَو قَالَ للأجنبيَّةٍ: «إِن زُرتِ فَأَنتِ طَالِقٌ»، فنكحها، فزارت.. لَا تطلقُ.

ومنها: **أن لا يفصل بين الشرط والجزاء بأجنبي،** حتى لو كان الفاصل ملائما وذكر لإعلام المخاطبة ولتأكيد ما خاطبها به بمعنى قائم في المنادى.. لا يضر؛ لما في «البزازية»: أنه قال لامرأته: «أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار».. طلقت، ولا حدّ، ولا لعان؛ كقوله: «أنت طالق يا طالق إن دخلت الدّار».. تطلق بالأوّل والثاني باطل، وإنما لا يلزم الحدّ؛ لأن الطلاق وقع بدخول الدار؛ لأنه معلّق به، ولا يصير يا زانية فاصلا؛ لأنه نداء.

وفي «البحر»: ولا حدّ، ولا لعان فيه؛ لأنه ذكر لتأكيد ما خاطبها به، كقوله: «يا زينب»، بخلاف قوله: «يا زانية أنت طالق إن دخلت الدار»؛ فإنه قاذف عليه اللعان، ولا يلزمه الطلاق بلا دخول.

ومنها: **وجود رابط حرف الفاء؛** على ما سيأتي.

ومنها: **أن لا يسكت بين الشرط والجزاء.**

ثم اعلم: أن عبارة «الكنز»؛ أعني قوله: «فتقع بعده».. أولى من قول المصنف: «فيقع إن نكحها»؛ لأن ما في «الكنز»: صريح في الدلالة؛ على ما هو المختار، من أن الحكم يتأخر عن وقوع الشرط، والطّلاق المقارن للنكاح لا يقع.

حتى لو قال: «أنت طالق مع نكاحك، أو في نكاحك».. لا يقع؛ لأن الطّلاق ينافي النّكاح، فلا يتصور أن يثبت الشيء مع منافيه.

وكذا لو قال لها: «تزوجتك على أنك طالق».. صح النكاح ولم يقع شيء؛ لأنه تعذر اعتباره بدلاً أو شرطاً؛ لأن البدل يقارن، والشرط يتقدم.. فلغا هذا الشرط وصح النكاح، بخلاف عبارة المصنف: فإنها عارية عن هذه الدّلالة.

(**ولو قال للأجنبيّة: «إن زرت**) - قال في «المصباح»: الزيارة في العرف: قصد المزور إكراماً له استئناسا، فلو حلف أنه لا يزوره، فلقيه من غير قصد وإكرام له.. لا يحنث - (**فأنت طالق» فنكحها، فزارت.. لا تطلق**)؛ لأن تعليق الطلاق: لا يصح إلّا

بأن يكون الحالف مالكا له، أو يضيفه إلى ملك، أو سببه؛ كالتزوج والنكاح والشراء؛ لأن الجزاء لا بد أن يكون غالب الوجود؛ ليكون مخيفا بوقوعه، فيتحقق معنى اليمين، وهو قوة نزول الجزاء، ولا يكون غالب الوجود إلا بأحد هذين الأمرين، والحالف فيما نحن فيه: ليس بمالك، ولم يضفه إلى الملك وسببه.

فإن قيل: لم لا يجوز أن يقدر هكذا: «إن تزوّجتك وزرت فأنت طالق» صيانة عن الفاء، فالجواب: أن المقدر إمّا محذوف أو مقتضى، وليس بمحذوف؛ لأن المذكور ليس بمتوقف عليه لغة، ولا مقتضى [٤٢٣/ب]؛ لأن من شرطه أن يكون المقدّر أحطّ رتبة من المذكور، وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر، وكلاهما منتفيان ههنا:

أما الأول: فلأن التزوج أعلى رتبة من الزيارة.

وأما الثاني: فلأن الشرط قبل التصريح هو الزيارة وحدها، وبعده هي مع التزوج، فصار ما كان شرطا بعضا منه.

وقد يجاب: بأن اليمين مذموم به صاحبه، فلا يجوز تصحيح الكلام على وجه يؤدي إلى ذم صاحبه، وهو ضعيف؛ لأنه قد يكون ممدوحا أيضا شرعا؛ كما إذا قال: «إن اشتريتك ودخلت الدار فأنت حرّ».

إذا عرفت هذا.. فاعلم: أنه لو قال: «كل امرأة أجتمع معها في فراش فهي طالق»، فتزوج امرأة.. لا تطلق، ولو قال: «كلّ جارية أطؤها فهي حرّة»، فاشترى جارية فوطئها.. لا تعتق؛ لأنه لم يضف الطلاق والعتق إلى الملك.. فلا يصح التعليق، بخلاف ما لو قال لأجنبية: «إن طلقتك فعبدي حرّ»؛ فإنه يصح تعليقه، ويصير كأنه قال: «إن تزوّجتك وطلقتك فعبدي حرّ» بطريق الافتضاء.

ولو قال لوالديه: «إن زوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثة»، فزوجاه امرأة بغير أمره.. لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح؛ لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح؛ لعدم أمره إيّاهما بالتزويج عند التعليق؛ كذا في «البحر» نقلا عن «المحيط».

وألفاظُ الشَّرْطِ: «إِن، وَإِذا، وَإِذمَا، وكل، وَكلّما، وَمَتى، وَمَتى مَا.. ....

ثم نقل عن «المعراج»: أنه لو قال لغيره: «إن زوجتني امرأة فهي طالق» فزوجها بأمره أو بغيره.. لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح. انتهى.

فعلم منه: أنه لا حاجة إلى تقييده بغير أمره؛ كما وقع فيما نقل عن «المحيط».

ولو قال: «إن تزوجت امرأة، أو أمرت من يزوّجنيها فهي طالق»، ثم أمر إنسانا فزوّجها إياه ذلك المأمور.. لا تطلق امرأة الحالف؛ لأنه حنث بمجرد أمره لا إلى جزاء وانحل؛ لأن التعليق بالأمر ليس تعليقا بالملك.

وهذا نظير ما روي عن أبي يوسف: لو قال رجل: «إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق» فخطب تلك امرأة وتزوجها.. لا يحنث بالتزوج؛ لأنه حنث بالخطبة لا إلى جزاء؛ لما ذكرناه.

ولو قال: «إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق»، فأمر إنسانا فزوجها المأمور له.. طلقت؛ لأنهما يمينان، فانحلال أحدهما: أعني اليمين على الأمر.. لا يوجب انحلال الآخر.

ولو قال: «إن تزوجت، وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق»، فأمر فزوجها منه.. لم تطلق؛ لأن اليمين واحد، والشرط شيئان: الأمر والتزوج؛ فبمجرد الأمر.. لا ينحل اليمين، وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا بذلك.. لا تطلق؛ لأنه بعض الشرط؛ فإن أمر بعد ذلك رجلا، فقال: «زوجني فلانة» وهي امرأته على حالها.. طلقت؛ لأنه كل الشرط؛ كذا في «البزازية» و«البحر».

(وألفاظ الشرط: إن، وإذا، وإذما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما)؛ لأنها سمعت مستعملة في مواضع الشرط، وطريق معرفة الموضوعات اللغوية: هو السّمع.

ثم كلمة «إن» حرف للشرط؛ لأنه ليس فيها معنى الوقت والظرف، وغيرها ملحق بها؛ لما فيها من معنى الوقت والظرف، فلم يتمحض للشرط.

وكلمة «كلّ» ليس بشرط حقيقة [٤٢٤/أ] لأنّ ما يليها اسم، والشرط: ما يتعلق به الجزاء، والأجزئة: تتعلّق بالأفعال، إلا أنّه ألحق بالشروط؛ لتعلّق الفعل بالاسم الذي يليها؛ مثل قولك: «كل عبد اشتريته فهو حرّ».

ومن جملة ألفاظ الشرط: «لو، ومَن، وأيّان، وأين، وأنّا».

إلا: أن «لو» للشرط وضعاً، مثل «إن»، وهذه الخمسة: ملحقة بها، وإنما لم يذكر كلمة «لو» مع أنها أصل في الشرط؛ مثل «إن»: لأن كلمة «لو» تعمل عمل الشرط معنىً لا لفظاً، حتى لا تجزم، وهذه الألفاظ: تعمل عمله لفظا ومعنى، فإنها في موضع الجزم.. تجزم، وفي غير مواضع الجزم.. لزم دخول الفاء في جوابهن، بخلاف «لو»؛ كذا في «النهاية».

وقد يقال: إن التعليق يمين، واليمين يعقد للحمل أو المنع، وذلك إنما يكون في المستقبل، و«لو» موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي.. فلا مدخل له في ذلك؛ كذا في «العناية».

واعلم: أنّ الجواب إذا تأخر عن الشرط.. يكون بالفاء؛ إن لم يؤثّر فيه الشّرط لا لفظاً ولا معنىً، وذلك في سبع مواضع؛ على ما في «الزيلعي»، وإذا تقدّم.. فلا يدخل فيه الفاء.

واختلفوا فيه: هل هو الجزاء، أو يقدّر الجزاء بعد الشرط على وفق المقدّم؟

فلو قال لامرأته: «إن دخلت الدّار فأنت طالق».. طلقت بدخولها الدّار؛ لأنه تعليق.

ولو قال لها: «إن دخلت الدار أنت طالق».. طلقت للحال؛ لأنه تنجيز لا تعليق؛ لعدم الرابط وهو الفاء.

وإن نوى تعليقه.. يديّن فيما بينه وبين الله، لا في القضاء.

وكذا إن نوى تقديمه يديّن.

وفي رواية عن أبي يوسف: أنه تعليق لا تنجيز؛ حملا لكلامه على الفائدة، وهو أولى من إلغائه، فيُضَمَّن الفاء.

ويبطل هذه الرواية: ما جاء بالواو؛ فإنه تنجيز لا تعليق، والشرط لغو، مع أنه يمكن تعليقه.

حتى لو نواه يديّن فيما بينه وبين الله.

وفي القضاء روايتان: على ما في «الزيلعي» نقلا عن «الغاية» وتوضيحه ما في «الخانية»: أنه إذا قال: «وإن دخلت الدار أنت طالق».. تطلق للحال، وإن عنى التعليق.. ديّن فيما بينه وبين الله.

وكذلك إذا قال لها: «أنت طالق وإن دخلت الدار».. فإنها تطلق للحال؛ لأن الواو في مثل هذا للتحقيق، ومعنى كلام الزوج: «أنت طالق على كل حال»، وإن عنى التعليق.. لا يدين أصلا لا في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله.

ولم يذكر محمّد ما إذا نوى به بيان الحال، ومعناه: «أنت طالق في حال دخولك الدار».

وحكي عن الكرخي أنه قال: يجب أن تصح نيته. انتهى.

وإذا تقدم الجواب على الشرط.. فالتعليق صحيح وإن لم يذكر الفاء؛ إذا لم يتخلل بينهما سكوت، فلو قال لها: «أنت طالق إن دخلت الدار».. طلقت بالدخول وإن لم يذكر الفاء؛ كذا في «الخانية».

وقال في «الزيلعي»: إذا تقدم الجواب.. فلا يدخل فيه الفاء، ولو أدخل الفاء فيه.. لا رواية فيه.

ويمكن أن يقال: إنه تنجيز؛ لأن الفاء فاصلة، ويمكن أن يقال: إنه تعليق؛ لأن الفاء حرف تعليق، فما في «الخانية»: محمول على القول الثاني.

فَفِي جَمِيعِهَا إِذا وُجدَ الشَّرْطُ.. انْتَهَتِ الْيَمِينُ.

إِلاّ فِي «كُلّما».. فَإِنَّهَا تَنْتَهِي فِيهَا بعدَ الثَّلَاثِ، مَا لم تدخلْ على التَّزَوُّجِ؛

ولو قال لها: «أنت طالق»، ولم يذكر بعده فعلاً.. لم يذكر محمّد هذه المسألة في الظاهر، وفي «نوادره»: [٤٢٤/ب] المسألة مذكورة على الخلاف؛ على قول محمّد: يقع الطّلاق، وعلى قول أبي يوسف: لا يقع.

(**ففي جميعها**)؛ أي: جميع صور ألفاظ الشرط: (**إذا وجد الشّرط**)، ولو في غير ملكه؛ لأن الملك ليس بشرط في انحلال اليمين؛ على ما سيصرح به (.. **انتهت اليمين**)؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة.

فبوجود الفعل مرة.. يتم الشرط ويوجد الحنث، ولا بقاء لليمين بدون الشرط، فلا يتصور الحنث مرة أخرى إلا بيمين أخرى، أو بعموم تلك اليمين، ولا عموم لها.

فلو قال لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا»، ثم طلّقها واحدة قبل الدخول، ثم وجد الدخول بعد انقضاء العدة، ثم نكحها ثانيا.. لم يقع عليها الثلاث بالدخول؛ لانتهاء اليمين بالدخول مرّة، والملك ليس بشرط لانحلال اليمين.

(**إلّا في «كلّما» فإنها تنتهي فيها بعد الثلاث ما لم تدخل على التزوج**) فإنها تقتضي تعميم الأفعال؛ كما في قوله تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم﴾ الآية.

ومن ضرورة التعميم: التكرار؛ فإذا وجد الفعل مرة.. حنث وانحلت اليمين في حقّه، ولا يتصور عود ذلك الفعل بعده، وبقيت في حق غيره من الأفعال.. فيحنث كلّما وجد الفعل المحلوف؛ لأنه غير الأول، غير أن المحلوف عليه: طلقات هذا الملك.. فينتهي اليمين بتناهيه، فيتكرر إلى الثلاث، فينتهي عنده؛ لانتهاء الملك.

فإن: تزوّجها بعد زواج آخر وتكرر الشرط.. لم يقع شيء؛ لعدم بقاء الملك الأوّل واليمين، إلا أن يدخل على التزوج؛ فإنه حنث بكلّ مرّة وإن كان بعد زواج آخر؛ لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج، وهو غير محصور.

فإن قيل: إن كلمة «كل» قد عد من ألفاظ الشرط أيضا، وعند وجود الشرط مرّة.. لم ينته اليمين فيه أيضاً؛ فإن من قال: «كل امرأة أتزوّجها فهي طالق» فتزوج امرأة.. طلقت، ولو تزوج امرأة أخرى.. طلقت أيضا، وهكذا، فلم ينته اليمين في «كل» كما في «كلّما» فكان الواجب أن يدخلها في الاستثناء.

أجيب: بأن شرطية هذه الألفاظ: إنما هي باعتبار ما يليها من الأفعال؛ كما أن تعميمها باعتبار تلك الأفعال، وبهذا الاعتبار: قد انتهت اليمين، ولهذا، لو تزوج تلك المرأة ثانيا.. لم تطلق، وعدم الانتهاء باعتبار عموم الأسماء لم ينشأ من منشأ الشرط، فلهذا لم يدخلها في الاستثناء.

وذكر في «الغاية»: رجل قال لنسوة له: «من دخل منكن الدار فهي طالق» فدخلت واحدة منهن مرارا.. طلقت بكلّ واحدة تطليقة؛ لأن الفعل وهو الدخول: أضيف إلى جماعة فيراد به تعميم الفعل عرفاً مرة بعد أخرى؛ كقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ﴾ الآية، أفاد العموم.

ويدل عليه ما في «السير الكبير»: إذا قال الإمام: «من قتل قتيلا فله سلبه» فقتل واحد قتيلين.. فله سلبهما. انتهى.

فعلى هذا: ينبغي أن يدخل «مَن» في الاستثناء المذكور، لكن استشكله في «الزيلعي»: بأن عموم الصيد؛ لكون الواجب فيه مُقَدَّراً بقيمة المقتول، فتختلف القيم باختلاف المقتول، لا لكلمة «من»، وفي السلب: بدلالة حاله، وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل.

قيل: إنّ «متى» يقتضي التكرار مثل «كلما»، وفي [٤٢٥/أ] «المحيط» و«جوامع الفقه»: لو قال: «أيّ امرأة أتزوّجها».. فهي على امرأة واحدة، بخلاف: «كلّ امرأة أتزوّجها» حيث يعمّ بعموم الصفة.

واستشكله أيضا في «الزيلعي»: بأنه يعم قوله: «أي امرأة أتزوّجها» بعموم

فَلَو قَالَ: «كلَّما تزوَّجتُ امْرَأَةً فَهِيَ طَالِقٌ».. تطلُق بِكُلِّ تزوُّجٍ، وَلَو بعدَ زوجٍ آخرَ.

الصفة. وقال في «الخانية»: لو قال: «أيّ امرأة أتزوجها فهي طالق».. يقع على امرأة واحدة، إلا أن ينوي العموم، وهكذا ذكره في الفصل الرابع من إيمان «الخلاصة» أيضا.

ثم قال فيه: لو قال: «أيّ امرأة زوّجت نفسها مني فهي طالق».. يتناول جميع النساء. انتهى.

والفرق بين المسألتين: أن كلمة «أيّ» خاصة في الأولى وعامة في الثانية بعموم صفتها، وهي التزوج في الأولى: صفةُ المتكلم، وهو خاص، فكذا صفته. وصفةٌ «لأيّ» في الثانية؛ لرجوع صيّره إليه.. فيكون عاما.

وكذا لو قال: «أية نسائي كلمتها فهي طالق» فكلّمهن.. طلقت واحدة، إلا أن ينوي الجميع.

ولو قال: «أية نسائي كلمتك فهي طالق» فكلمنه جميعا.. طلقن جميعا؛ لما ذكرناه من الفرق في المسألة الأولى.

وله نظائر: (**فلو قال: «كلّما تزوّجت امرأة فهي طالق».. تطلق بكلّ تزوج، ولو بعد زوج آخر**)؛ لما ذكرناه آنفا.

وعن أبي يوسف: أنه إذا قال: «كلما تزوّجت امرأة فهي طالق» فتزوج امرأة.. طلقت؛ فإن تزوجها ثانيا.. لم تطلق، ولا يحنث في امرأة واحدة مرتين، كما في كلمة «كلّ».

ولو قال: «كلما تزوّجت فلانة».. تكرر دائما، فَرّقَ بين المعينة وغير المعينة.

واستوضح ذلك بما إذا قال: «كلّما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة» أو «كلما ركبت هذه الدابة فعليّ صدقة كذا».. يلزمه بكلّ مرة ما التزم.

وَإِن قَالَ: «كلَّما دَخَلْت فَأَنْتِ طَالِقٌ».. لا تطلق بَعْدَ الثَّلاث وَزَوْج آخرَ

ولو قال: «كلما اشتريت ثوبا، أو كلّما ركبت دابة فعليّ كذا».. لا يلزمه إلا مرة واحدة.

وقال في «قاضي خان»: رجل قيل له: «ألك امرأة غير هذه»، فقال: «كل امرأة لي فهي طالق».. لا تطلق امرأته، وهذا، بخلاف ما إذا قالت المرأة لزوجها: «إنك تريد أن تتزوج عليّ»، فقال: «إن تزوجت امرأة فهي طالق» وأبانها، ثم تزوجها.. تطلق مرة أخرى.

وكذا لو قالت له امرأته: «إنك تزوجت عليّ امرأة»، فقال: «كلّ امرأة طالق».. تطلق المخاطبة، إلا رواية عن أبي يوسف.

والفرق: أن كلام الزوج في هاتين المسألتين؛ بناء على كلام المرأة، فيدخل في كلامه ما دخل في كلام المرأة، والمذكور في كلام المرأة في المسألتين: امرأة، وهذا الاسم يتناول أيّ امرأة كانت.. فتدخل المخاطبة في كلام الزوج في المسألتين، وأما في المسألة الأولى: قول السائل: «ألك امرأة غير هذه» لا يتناول المرأة بحال، فلا يتناولها جواب الزوج. انتهى.

(**وإن قال: «كلّما دخلت فأنت طالق».. لا تطلق بعد الثلاث وزوج آخر**)؛ لما ذكرناه من أن المحلوف عليه طلقات هذا الملك.. فينتهي بانتهائه.

قال في «البزازية»: «كلما طلقتك فأنت طالق»، ثم طلّقها واحدة.. يقع اثنتين، بخلاف ما لو قال: «كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق»، ثم طلّقها، حيث يقع الثلاث؛ لأن الطلاق معلّق بالوقوع، وقد تكرّر الوقوع فيتكرر الطّلاق، إلّا [٤٢٥/ب] أنّ الطلاق لا مزيد له على الثلاث، وفي الأوّل: الطلاق معلّق بالإيقاع، ولم يوجد الإيقاع بعد الحلف إلّا مرّة.. فيقع واحدة بحكم الإيقاع، والآخر بحكم التعليق.

ولو قال: «إذا طلقتك فأنت طالق وإذا لم أطلقك فأنت طالق»، فلم يطلّقها حتى ماتت.. وقع اثنتين؛ لأنه وقع اليأس عن التطليقة.. فوقع باليمين الثانية، ووقع أخرى باليمين الأول.

ولو قال: «إذا لم أطلّقك فأنت طالق وإذا طلقتك فأنت طالق» ولم يطلّقها حتّى مات.. يقع واحدة؛ لأن شرط وقوع الطّلاق باليمين الثاني: طلاق بإيقاع بعد اليمين الثاني ولم يوجد.

واعلم: أنه لو قال: «كلما تزوّجت امرأة فهي طالق» أو قال: «كلّ امرأة أتزوجها فهي طالق» أو قال: «إن فعلت كذا فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق»، ثم أراد التزوج من غير وقوع الطّلاق، فالحيلة فيه: أن يزوجه فضوليّ ويقبله هو بالفعل؛ بسوق المهر إليها، لا بالوطء أو القبلة؛ لأنه حرام قبل نفوذ العقد.

وههنا حيلة أخرى والفتوى على ما ذكرناه.

ولو بعث إليها هدية.. لم يكن إجازة؛ لعدم اختصاصها بالنكاح، بخلاف سوق المهر.

ولو بعث إليها شيئا من المهر ولم يدفعه المأمور إليها.. لا رواية فيه، وقيل: يكون إجازة.

ولو دفع وقال: «إنه مهرك».. فإجازة قولاً.

والتقبيل: إجازة، لكنه حرام قبل النفوذ.

والخلوة بها: إجازة.

وبعث النفقة: لا؛ لما ذكرناه من عدم الاختصاص بالنكاح.

ولو حلف أن لا يتزوجها فزوجه فضوليّ، ثم تزوّجها بنفسه.. لا يحنث؛ كما لو حلف لا يدخل هذه الدار فأدخله غيره، ثم دخل بنفسه؛ كذا في «البزازية».

هذا إذا زوجه الفضولي بعد اليمين.

وَزَوَالُ الْمِلكِ لَا يبطلُ الْيَمينَ.

وأما لو زوجه فضولي امرأة، ثم حلف ان لا يتزوج امرأة فأجاز ذلك النكاح الفضولي ولو بالقول.. لا يحنث؛ لأن الإجازة ليست بعقد؛ على ما في «البزازية».

وفيها أيضا: أن نكاح الفضولي والقَبُول فعلا: أولى من فسخ اليمين في زماننا، وينبغي أن يجيء إلى عالم ويقول له ما حلف واحتياجه إلى نكاح الفضولي فيزوجه العالم امرأة ويجيز بالفعل، أو قال لجماعة: «لي حاجة إلى نكاح الفضولي» فزوجه واحد منهم وأجازه فعلاً.

وأما إذا قال لرجل: «اعقد لي عقد فضولي»؛ فإنه يكون توكيلاً.. فيحنث به.

ولو قال: «كل امرأة وأتزوجها أو يزوجها إلي غيري لأجلي فهي طالق» فالحيلة فيه: أن يزوجها فضولي، ثم يتزوجها بنفسه.. فلا يقع الطّلاق لانحلال اليمين.

(وزوال الملك لا يبطل اليمين) والمراد: زواله بطلقة أو طلقتين؛ لأن زواله بطلقات ثلاث يبطلها؛ على ما سيصرّح به بقوله: «ويُبْطِل تنجيزَ الثلاث تعليقَه» يعني: لو علّق طلاق امرأته بشرط، ثم طلّقها قبل وجود الشرط في ملكه طلقة واحدة أو ثنتين، رجعياً كان أو بائناً، وانقضت عدتها قبل وجود الشرط.. لم يبطل اليمين؛ لأن بقاءه بالشرط والجزاء، والشرطُ باقٍ على ما هو المفروض، وكذا الجزاء؛ لبقاء محلّه وهو المرأة فيبقى اليمين على ما كانت في محلّها، وهو ذمّة الحالف؛ لأنه لا يحتاج إلى الملك ابتداء؛ بدليل جواز: إن تزوجتك فأنت طالق» [٤٢٦/أ].

وأمّا لو طلّقها بعد التّعليق قبل وجود الشرط بطلقات ثلاث.. فيبطل اليمين، إلا إذا كان التعليق بالملك أو بسببه؛ على ما مرّ: أنها حينئذ لا تبطل بالثلاث؛ لأن صحّة هذا اليمين باعتبار ملك سيحدث؛ على ما مرّ، كذا في «الزيلعي».

فلو قال لامرأته: «إن دخلت الدّار فأنت طالق»، ثم طلّقها واحدة أو اثنتين وانقضت عدّتها قبل وجود الشرط، ثم تزوّجها، ثم دخلت الدّار.. طلّقت؛ لبقاء اليمين.

ولو طلّقها بثلاث تطليقات قبل وجود الشرط، ثم تزوّجها بعد زواج آخر، ثم دخلت الدّار.. لم تطلق بالدّخول؛ لبطلان اليمين بالثلاث.

ولو قال: «إن تزوّجت فلانة فهي طالق»، ثم طلق فلانة قبل تزوجها بثلاث تطليقات، ثم تزوجها.. طلقت واحدة لبقاء اليمين؛ لأن الطلقات الثلاث كانت قبل حدوث الملك، فلا عبرة بها.

وفي «الخانية»: لو قال لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا»، ثم طلقها ثلاثاً، ثم عادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار.. لم يقع شيء.

وقال زفر: يقع الثلاث، أطلق الملك: فشمل ملك النكاح وملك اليمين.

حتى لو قال لعبده: «إن دخلت الدّار فأنت حرّ» فباعه، ثم اشتراه، ثم دخل الدار.. عتق؛ على ما في «البحر».

وقيد بزوال الملك دون إمكان البر؛ لأن زوال إمكان البرّ مبطل لليمين؛ لأن إمكانه شرط لصحة الحلف، حتى لو حلف «والله لأمسّ السّماء».. تجب الكفارة على ما سيأتي في الأيمان، وهذا: لأن الأصل وهو البرّ ممكن في حقّ البشر؛ كما كان للنبي ﷺ فينعقد اليمين ويلزمه الكفارة للحنث بفوت الأصل، بخلاف ما لو حلف: «لأشربنّ الماء الذي في هذا الكوز»، ولا ماء فيه.. لا تجب الكفارة؛ لعدم إمكان الأصل وهو البرّ.. فلا حنث.

ولو حلف: «لأقتلنّ فلانا» وهو ميّت، أو «ليقلبنّ الحجر ذهبا».. تجب الكفارة؛ لإمكان الأصل بإمكان إعادة حياته؛ كما وقع في حق الأنبياء.

وتقدير: «أن خلقه الله» في قوله: «لأشربن الماء الذي في هذا الكوز».. غير ممكن؛ لأن الماء الذي في هذا الكوز إشارة إلى موجود؛ لكونه مشاراً إليه، وتقدير الشرط يقتضي عدمه، فيلزم اتصاف الشيء بالوجود والعدم وهو محال.

ولو قال: «إن لم أدفع إليك الدينار الذي عليّ إلى شهر فعبدي حرّ» فأبرأه قبل

الشهر.. بطل اليمين؛ لعدم إمكان الأصل، فلم يحنث، كذا قالوا.

وفي «القنية»: إن لم يخرب بيت فلان غدا، فقُيِّد ومُنِع، فلم يخربه حتى مضى الغد، اختلف فيه، والمختار للفتوى: الحنث.

قال لها وهي في بيت أمّها: «إن لم أذهب بك إلى داري فأنت طالق ثلاثاً» فأخرجها من دار أمّها ففرت منه، فلم يقدر على أخذها.. وقع الثلاث.

حلف «لا يسكن هذه الدّار» فأوثق، فلم يقدر على الخروج إلا بطرح نفسه من الحائط.. لم يحنث.

حلف «لا يسكنها» فخرج فوجد بابه مغلقا بحيث لا يمكنه فتحه.. يحنث، وقيل: لا يحنث.

ولو حلف «إن لم يخرج من هذا المنزل اليوم» فقيد ومنع.. حنث.

وكذا لو قال لها في منزل والدها: «إن لم تحضري منزلي الليلة فأنت طالق» فمنعها الوالد [٤٢٦/ب] من الحضور.. تطلق، هو: المختار.

ولو قال لأصحابه: «إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي فكذا» فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم العسس فحبسهم.. لا يحنث.

قال لها: «اذهبي إلى فلان واستردي منه كذا واحمليه إلي الساعة، وإن لم تحملي به هذه السّاعة إليّ فأنت طالق» فذهبت إليه ولم تقدر على استرداده إلا في اليوم الثاني.. حنث.

وقيل: ينبغي أن لا يحنث، وعجزها عن الاسترداد كالقيد في المسألة المتقدمة.

وعن أبي يوسف: «ليركبنّ هذه الدّابة اليوم» فأوثق وحبس حتى مضى اليوم.. حنث، وعلى قياس مسألة السّكنى.. لا يحنث.

«إن لم أعمل هذه السّنَة بتمامها في المزارعة فهي طالق»، ثم مرض، فلم يتم.. حنث، ولو حبسه السّلطان.. لا يحنث.

وَالْمِلكُ شَرطٌ لِوُقُوعِ الطَّلَاقِ الْمُعَلَّقِ، لَا لانحلالِ الْيَمينِ؛ فَإِن وَجِدَ الشَّرْطُ فِيهِ.. انْحَلَّتِ الْيَمينُ وَوَقعَ الطَّلَاقُ، وإلاّ.. انْحَلَّت وَلَا يَقعُ.

ولو قال لها: «إن لم تردّي ثوبي الساعة فأنت طالق» فأخذه هو قبل أن تدفع إليه.. لا يحنث، وقيل: يحنث.

ومثله «إن لم تجيئي بفلان فأنت طالق» فجاء فلان من جانب آخر بنفسه، فالحاصل: أنه متى عجز عن الفعل المحلوف عليه واليمين مؤقّتة.. بطلت عند أبي حنيفة ومحمّد، خلافاً لأبي يوسف. انتهى.

والأصل ههنا: إمكان البر وعدم إمكانه في نفسه.

(**والملك شرط لوقوع الطلاق المعلق**) ونحوه من العتاق وغيره، وهذا: لأن بزوال الملك لم يبق محلّا للطلاق، فلا بدّ منه (**لا لانحلال اليمين**) لما ذكرناه.

(**فإن وجد الشرط فيه**)؛ أي في الملك؛ كما إذا قال لامرأته: «إن دخلت الدار فأنت طالق» فدخلت الدار قبل الطلاق، أو طلّقها بعد التعليق، ثم تزوجها، ثم دخلت الدار، ففي الصورتين (.. **انحلت اليمين**) بوجود الشرط.

حتى لو دخلت مرّة أخرى.. لا يقع الطلاق؛ لأن اللفظ لا يدل على التكرار، فبوجود الشرط مرة: بطل اليمين (**ووقع الطلاق**)؛ لأن الشرط وجد في الملك، والمحل: قابل للجزاء فينزل.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يوجد الشرط في الملك كما إذا وجد قبل التزوج ثانياً بعد التطليق (.. **انحلت**) اليمين؛ لوجود الشرط.

حتى لو قال: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا» فطلّقها واحدة، وانقضت عدّتها، ثم دخلت الدار.. انحلت اليمين لوجود الشرط، والملك ليس بشرط لانحلالها، حتى لو نكحها ثانيا، ثم دخلت الدار.. لا يقع عليها الطّلاق من جهة تلك اليمين؛ لانحلالها.

(**ولا يقع**) الطلاق لانعدام المحلّ.

وَإِن اخْتلفَا فِي وجودِ الشَّرْطِ.. فَالْقَوْلُ لَهُ،

(وإن اختلفا في وجود الشرط)، فقالت المرأة: وجد الشرط في الملك فوقع الطلاق، وقال الزوج بخلافه (.. **فالقول له**) مع يمينه، سواء كان الظاهر شاهداً له أو لها؛ لأنه ينكر وقوع الطلاق وهي تدعيه.. فالقول قول المنكر.

حتى لو قال لها: «إن لم تدخلي هذه الدار اليوم فأنت طالق» فقالت: لم أدخلها، وقال الزوج: بل دخلتها.. فالقول له؛ لأنه منكر للسبب، وإن كان الظاهر شاهداً لها؛ أعني عدم الدخول.

وكذا لو قال لها: «إن لم أجامعك في حيضتك».. فالقول له؛ لكونه منكراً للسبب، وإن كان الظاهر شاهداً لها؛ أعني أن الأصل عدم الجماع، سيّما وقت الحيض؛ لأنه حرام فيه؛ كذا في «الزيلعي» [٤٢٧/أ].

ولو قال لها: «أنت طالق للسنة»، ثم قال لها: «جامعتك في حيضتك» فأنكرت.. فالقول قولها إن كانت طاهرة؛ لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السّبب والمضاف إليه معاً.

أما الأوّل: فلأنّ المضاف سبب في الحال.

وأما الثّاني: فلأنّ الوقت وقت طلاق السنة على الفرض؛ كذا في «فتح القدير».

قيّده بقوله: «إن كانت طاهرة»؛ لأنها إن كانت حائضاً.. فالقول قول الزوج؛ لأنه يملك إنشاء الوطء، وإن كان حراماً شرعاً، فلا يتهم في قوله؛ كذا في «الزيلعي».

ويوضحه ما ذكره في «البحر» عزواً إلى «الكافي»: أنه قال لامرأته الموطوءة: «أنت طالق للسنة».. لا يقع إلا في طهر خال عن الطلاق والوطء، عقيب حيض خال عن الجماع والطّلاق؛ فإذا حاضت وطهرت وادعى الزوج جماعها أو طلاقها في الحيض.. لا يقبل قوله في منع الطلاق السني؛ لانعقاد المضاف سببا للحال، وإنما يتراخي حكمه فقط، فدعوى الطّلاق أو الجماع: بعد دعوى المانع.. فلا يقبل قوله في منع وقوع الطّلاق في الطهر، لكن يقع طلاق آخر بإقراره بالطلاق في الحيض.

وإن ادّعى الطّلاق أو الجماع وهي حائض.. صدق.

ولو قال: «إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق» فادعى الجماع في الحيض.. لا تطلق؛ لأنه علق الطّلاق بصريح الشّرط، والمعلّق بالشرط: إنما ينعقد سبباً عند الشرط؛ فإذا أنكر الشرط.. فقد أنكر السبب، فيقبل قوله.

وكذا لو قال: «والله لا أقربك أربعة أشهر» فمضت المدّة، ثم ادعى قربانها في المدة.. لا يقبل؛ لأن الإيلاء سبب في الحال، وإنما يتراخى حكمه؛ وهو الطلاق، إلى معنى المدّة، وقد مضت المدّة.. ووقع ظاهرا، فدعوى القربان في المدة: دعوى المانع.. فلا يعتبر.

ولو قال: «عبدي حر إن طلقتك»، ثم خيّرها، فقالت: «اخترت نفسي» في المجلس وادعى أنك أخذت بعمل آخر قبل الاختيار، وأنكرت.. وقع الطلاق والعتق؛ لأن سبب الطلاق وجد، والظاهر وقوعه، فدعواه الإعراضَ دعوى المبطل، فلا يقبل، وإذا ثبت الطلاق ثبت العتق أيضاً؛ لابتنائه عليه.

ولو باع عبده بالخيار ثلاثة أيام للبائع، ثم قال: «إن تم البيع بيننا فعبدي حر» فمضت مدّة الخيار، ثم ادعى النقض في المدة.. لا يقبل قوله، ويثبت الملك والعتق؛ لأن المدة إذا مضت.. فالظاهر ثبوت الملك.. نظراً إلى السبب، وإذا ثبت الملك.. ثبت العتق.

ولو قال: «إن لم أنقض البيع في الثلاث.. فعبدي حرّ» فادّعى النقض بعده.. لم يعتق؛ لإنكاره شرط العتق، والملك ثابت؛ لما مر. انتهى.

فظهر من هنا: أنّ كل موضع أنكر فيه انعقاد السبب.. فالقول له، وكل موضع ادّعى فيه المبطل بعد وجود السبب.. لا يقبل.

وذكر فيه أيضاً: من كتاب الأيمان: أنه لو قال: «كل أمة لي حرّة إلا أمّهات أولادي»، ثم ادعى أُمِّيَّة الولد فيهنّ.. لا يصدّق، سواء كان معهنّ ولد أو لا.

إلاّ إذا برهنت.

والأصل فيه: أنّ السيّد إذا أوجب العتق بلفظ [٤٢٧/ب] عام، واستثنى بوصف خاص، ثم ادّعى وجود ذلك الوصف؛ فإن كان الوصف عارضياً.. لا يقبل قوله، وإن كان أصلياً.. يقبل قوله؛ لأن القول لمن يتمسّك بالأصل.

وإن أوجب العتق بلفظ خاصّ، ثم أنكر وجود ذلك الوصف.. يقبل؛ لأنه ينكر الإعتاق أصلاً، وهناك أوجب العتق بلفظ عام واستثنى بوصف خاص عارضي، فكان مدّعياً إبطال العتق الثابت أصلاً.. فلم يصدّق، وقيام الولد لا يدلّ على صدق دعواه؛ لاحتمال أن يكون من غيره، ولكن يثبت نسب الولد منه؛ لحصول الدعوة في ملكه، ويعتق الولد، ولم تصر الأمة أمّ ولد؛ لأنها عتقت بالإيجاب العام.

ولو قال: «كلّ أمة لي حرّة إلّا أمة خبازة، أو اشتريتها من زيد، أو نكحتها البارحة، أو إلا ثيباً» وادعى ذلك الوصف.. لا يصدق؛ لأنه وصف عارضي، لكن القاضي يريها النساء؛ فإن قلن: «الثيب».. لا يعتق، ويحلف السيد؛ لأن شهادتهن ضعيفة، فلا بدّ من مؤيد، وهو حلف المولى، وإن قلن: «بكر»، أو أشكل عليهن.. عتقت بالإيجاب العام؛ لعدم ثبوت صفة المستثنى، ويجري هذا في الطلاق أيضاً، حتى لو قال: «كل امرأة لي طالق إلّا خبازة أو وطئتها البارحة» ونحوه، ثم ادّعى ذلك الوصف.. لا يقبل.

قال في «العمادي»: لو قال لها: «أمرك بيدك إن لم تصل النفقة إليك في وقت كذا»، ثم اختلفا في وصولها.. فالقول قولها على الأصح. انتهى.

وهكذا صحّح في «الخلاصة» و«البزازية».

وقيل: القول قوله في الوصول وبه جزم في «القنية».

وجه الأصحّ: أن كلّ موضع يدّعي الزوج فيه إيفاء حقّ وهي تنكر.. فالقول لها.

(إلا إذا برهنت) الزّوجة على دعواها؛ أعني الشرط، وهذا؛ لأنها نوّرت دعواها بالحجّة.. فتقبل.

أطلقه: فشمل ما إذا كان الشرط عدمياً؛ فإن برهانها عليه مقبول، وإن كان على النفي؛ لأن هذا مما يقبل فيه البينة على النفي؛ على ما في «الخلاصة» و«البزازية» و«الفصولين»؛ حيث قال فيه: الشرط يجوز إثباته ببينة.

ولو كان نفياً؛ كما لو قال لقنه: «إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر» فبرهن القنّ أنه لم يدخل.. يعتق.

ولو جعل أمرها بيدها إن ضربها بغير جناية، ثم ضربها، وقال: «ضربتها بجناية» وبرهنت هي أنه ضربها بلا جناية، ينبغي أن تقبل بينتها وإن على النفي؛ لكونها على الشرط.

حلف «إن لم تجئ صهرتي في هذه الليلة فامرأتي طالق» فشهد أنه حلف كذا ولم تجئ صهرته في تلك الليلة وطلقت امرأته.. تقبل؛ لأنها على النفي صورة وعلى إثبات الطّلاق حقيقة والعبرة للمقاصد لا للصور.

كما لو شهد أنه أسلم واستثنى وشهد آخران أنه أسلم ولم يستثن.. تقبل بينة إثبات الإسلام، ولو فيها نفي؛ إذ غرضها إثبات إسلامه. انتهى.

وقال في «البزازية»: لو شهدوا أنه طلق أو خالع بلا استثناء، أو شهدوا بأنه لم يستثن.. تقبل وإن كانت على النفي؛ لأنه في معنى أمر وجودي؛ لأنه عبارة عن ضم الشّفتين [٤٢٨/أ] عقيب التكلم بالموجب. انتهى.

فإن قيل: إنهم ذكروا في كتاب الأيمان: أنه لو قال: «عبده حرّ إن لم أحجّ العام» فشهدا بنحره بالكوفة في هذا العام.. لم يعتق عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن هذه الشهادة قامت على النفي معنى؛ لأنها بمعنى «لم يحج العام» فهذا التصريح منهم يدل على أن شهادة النفي لا تقبل على الشرط.

قلنا: إنهم اختلفوا في تعليل هذه المسألة، فعلّلها بعضهم بما ذكرناه، وهو مختار صاحب «الهداية»، وعلّلها بعضهم بأنها إنّما لم تقبل؛ لأن الدعوى شرط في

شهادة عتق القن ولم توجد الدعوى، فلم تقبل الشهادة عليه؛ لانتفاء شرطها، لا لقيامها على النفي، وهو مختار صاحب «الفصولين».

حتّى قال فيه: فعلى هذا: لو وضعت المسألة في الأمة ينبغي أن تعتق وفاقاً؛ إذ دعوى الأمة العتق لا تشترط في الشهادة، بل هي تقبل بلا دعوى منها حسبة لله:

كطلاق المرأة؛ فإن الشّهادة عليه مقبولة بلا دعوى منها حسبة؛ لأن فيه تحريم الفرج.

وكذا لا يشترط حضور المرأة والأمة وقت الشهادة، بل يكفي حضور الزوج والمولى، فعلى هذا: لا إشكال فيما نحن فيه، وإنما الإشكال فيه بناء على ما اختاره صاحب «الهداية»، لكن الأوجه: هو مختار صاحب «الفصولين»؛ لأنهم صرّحوا في مواضع أن الشهادة على الشرط مقبولة، ولو نفياً.

واعلم: أن المصنف لو قال: «إلا إذا شهدت الشهود».. لكان أولى؛ بناء على ما ذكرناه آنفا؛ من أن دعوى المرأة ليست بشرط في الشهادة على طلاق المرأة، وكلام المصنف يشعر اشتراطها.

فإن قيل: إنه قد صرح في «الفصولين» بعلامة الطحاوي: تحضر المرأة ليشير إليها الشهود فهذا يدلّ على اشتراط دعوى المرأة.

قلنا: ممنوع؛ لأن الحضور لمجرّد إشارة الشهود إليها لا يستلزم توقف الصحة على دعواها، ولا دعواها.

بقي الكلام في الاختلاف في الاستثناء، وفيه تفصيل ذكره في أواخر تعليق «قاضي خان»: قال: إذا ادعت المرأة الطلاق، وقال الزوج: «كنت قلت لها أنت طالق إن شاء الله» وكذبت المرأة في الاستثناء، ذكر في الروايات الظاهرة أن القول قول الزوج، وعند بعض المتأخرين.. لا يقبل قوله إلا ببينة.

فِيمَا لم يُعلَمْ إِلاّ مِنْهَا.. القَوْلُ لَهَا فِي حقِّ نَفسِهَا، لَا فِي حقِّ غَيرِهَا، فَلَو قَالَ: «إن حِضْتِ فَأَنتِ طَالِقٌ، وفلانةٌ» فَقَالَت: «حِضْتُ».. طلقت هِيَ لَا فُلَانَةٌ.

ولو قال الزوج: «طلقتك أمس وقلت إن شاء الله» في ظاهر الرواية: يكون القول قول الزوج.

وذكر في «النوادر» خلافاً بين أبي يوسف ومحمّد، فقال: على قول أبي يوسف.. يقبل قول الزوج، ولا يقع الطّلاق، وعلى قول محمّد.. لا يقبل قول الزوج، ويقع الطلاق، وعليه الاعتماد والفتوى؛ احتياطاً لأمر الفرج في زمان غلب على الناس الفساد.

وإن خالع امرأته، ثم ادّعى الاستثناء في الخلع، في ظاهر الرواية: هذا والطلاق سواء، وإن ذكر البدل في الخلع فقال: «خالعتك على كذا» فقبلت، ثم ادعى الاستثناء: ذكر عصام وغيره: أنه لا يصدق قضاء. انتهى.

وإن اختلفا.

(فيما)؛ أي: في شرط (لم يعلم إلا منها)؛ أي: من جهة المرأة بإخبارها.. (القول لها) [٤٢٨/ب] (في حق نفسها)؛ لأنها أمينة في حق نفسها؛ إذ لا يعلم ذلك إلّا من جهتها فيقبل قولها؛ كما في حق العدّة بانقضائها أو بعدم انقضائها، وكما في حقّ الوطء: بأنها طاهرة فيحلّ وطؤها، أو حائض فيحرم وطؤها، أو بوطء الزوج الثاني.

(لا في حق غيرها)؛ لأنها شاهدة في حق غيرها، بل هي متّهمة، فلا يقبل قولها.

(فلو قال: «إن حضت فأنت طالق وفلانة» فقالت: «حضت» طلقت هي لا فلانة)، والقياس: أن لا يقع الطلاق عليها أيضاً؛ لأنها تدعي الحنثَ على الزّوج وَوُقوع الطّلاق، والزوج منكر، فيكون القول له، ولا تصدق المرأة إلا بحجّة؛ كما في سائر الشروط.

ووجه الاستحسان: أنّ هذا أمر لا يعرف إلّا من جهتها، وقد ترتب عليه حكم

شرعيّ، فيجب عليها أن تخبر كيلا يقع في الحرام، فيجب قبول قولها؛ ليخرج عن عهدة الواجب، ولأنها مأمورة بالإظهار بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾، ولو لم يقبل قولها.. لم يكن للإخبار فائدة.

واعلم: أنّ هذا فيما إذا كذبها الزّوج في قولها: «حضتُ»، وأما إذا صدّقها.. فإنه يقع طلاق فلانة أيضاً؛ لثبوت الحيض في حقّها بتصديقه، وفيما إذا أخبرت والحيض قائم.

وأما إذا انقطع، ثم أخبرت.. لا يقبل قولها في حقّ نفسها أيضاً؛ لأنه ضروريّ.. فيشترط فيه قيام الشرط؛ على ما في «الزيلعي».

فإن قيل: إنّ القياس: إما شمول الوجود، أو شمول العدم؛ لأنها إما حائض أو لا، فإن كانت حائضاً.. فقد وجد الشّرط، فيقع طلاقهما جميعاً، وإن لم تكن حائضاً.. لم يوجد الشّرط، فلا يقع طلاقهما أصلاً، واعتبار وجود الحيض في حقّها دون فلانة.. يستلزم كون الشيء موجوداً ومعدوماً في حالة واحدة، وهو محال.

أجيب: بأن الشرع أثبت لقولها: «حضت» في هذه الصّورة وصفين متغايرين، الأمانة والشهادة، ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما، وليس ذلك ببدع في الشرع، بل له نظير فيه:

كشهادة رجل وامرأتين: فإنها تقبل في السرقة لوجوب الضمان، ولا تقبل لوجوب الحد، ثم هذا في المرأة الواحدة؛ على ما أشار إليه بقوله: «إن حضت فأنت طالق».

وأما لو قال لامرأتيه: «إذا حضتما فأنتما طالقتان» فقالتا حضنا.. لم تطلق واحدة منهما، إلا أن يصدقهما، وإن صدق أحداهما وكذب الأخرى.. طلقت المكذبة.

وإن كن أربعاً والمسألة بحالها.. لم تطلق، إلا أن يصدّقهن.

وَكَذَا لَو قَالَ: «إِن كنتِ تحبّينَ عَذَابَ اللهِ فَأَنتِ طَالِقٌ وعبدي حرٌّ» فَقَالَت: «أُحبُّ» طلُقَتْ وَلَا يَعْتقُ.

وكذا إن واحدة أو اثنتين.

وإن صدق ثلاثاً وكذب واحدة.. طلقت المكذبة وحدها دون المصدّقات.

والأصل في هذا: أنّ حيض جميعهنّ شرط لوقوع الطّلاق عليهنّ، فلم تطلق واحدة منهن حتى يرى جميعهنّ الحيض، وإن حاضت بعضهنّ.. يكون ذلك بعض العلّة، وهي لا يثبت بها الحكم؛ فإن قلن جميعاً: قد حضنا.. لا يثبت حيض كلّ واحدة منهن إلّا في حقّها، لا في حق غيرها، إلا أن يصدقها الزوج.. فيثبت في حق الجميع، فيتم الشرط، وينزل الجزاء.

ولو صدّق البعض [٤٢٩/أ] وكذب البعض فينظر؛ فإن كانت المكذبة واحدة.. طلقت هي وحدها لتمام الشرط في حقها؛ لأن قولها مقبول في حق نفسها، وقد صُدق غيرها فتم الشرط في حقّها؛ أعني حيض الجميع، ولا يطلق غيرها؛ لأن المكذبة لا يقبل قولها في غيرها فلا يتم الشرط في حق الغير.

وإن كذب أكثر من واحدة.. لم تطلق واحدة منهن؛ لأن كلّ واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها إلا في حق نفسها، فكان الموجود بعض العلة، ولا تطلق واحدة منهن حتى يُصَدِّق غيرها جميعاً.

(وكذا لو قال: «إن كنت تحبّين عذاب الله فأنت طالق وعبدي حرّ» فقالت: «أحبّ».. **طلقت المرأة، ولا يعتق**) العبد.

وكذا لو قال: «فأنت طالق وفلانة وعبدي حرّ» طلّقت هي لا فلانة، ولا يعتق العبد؛ لأن المحبة والبغض أمر باطن لا يطلع عليه، فيتعلق الحكم بما يدل عليه من الإخبار عنه، وإن كانت كاذبة؛ [لأن أحكام الشرع لا تناط بمعانٍ خفية، بل بمعانٍ جلية، ألا ترى أن](1) الرُّخَص والحدث والجنابة والاستبراء، يتعلق بالسفر والنوم

---

(١) نقص من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٢/٢٣٧).

والتقاء الختانين وحدوث الملك مع اليد، دون نفس المشقة وخروج النجس والإنزال وشغل الرّحم، إلا أنها أمينة في حق نفسها شاهدة في حق غيرها، وشهادة الفرد مردودة.. فتعلق الحكم في حقّها بإخبارها، وفي غيرها بنفس المحبّة.

فإن قيل: كذبها متيقن؛ لأن محبة العذاب مما تأباه العقول فوجب أن لا يقبل قولها أصلا.

قلنا: لا نسلم أن كذبها متيقن؛ لأنها يجوز لشدة بغضها إيّاه قد تحب التخلص عنه بالعذاب، فلم يكن كذبها متيقناً، بل احتمل الصدق.

وإن قال لها: «إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق» فقالت «أحبك» وهي كاذبة.. طلّقت قضاء وديانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن المحبة لا تكون إلا بالقلب، فلا يفيد تقييدها به، والمعتبر إخبارها.

وقال محمد: لا تطلق ديانة، إلا إذا كانت صادقة؛ لأن الأصل في المحبة القلب، واللسان خلف عنه، والتقييد بالأصل: يبطل الخلفية.

والأصح قولهما؛ لما ذكرناه أن العبرة الحلف.

قال في «قاضي خان»: «إن كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق» قالوا: لا تطلق امرأته؛ لأن من المشركين من لا يعذب، وهكذا نقله في «المنح»، وقال: وظاهر التوجيه المفهوم من كلامه: أن المراد من المشركين في الشرط المذكور «الجميع»، فلهذا قال في تعليله: لأن من المشركين من لا يعذب، فيمكن أن يراد بهذا البعض: من يَصْدُق عليه «المشركون في الجملة» بأن يكون مشركاً في عمره، ثم يختم له بالحسنى، وإما بطريق التبعية كأطفال المشركين.. فإنهم مشركون شرعاً. انتهى.

واعترض عليه: بأن في كلا الوجهين نظرا:

أما الأول: فلأنّ من كان مشركاً طول عمره وختم له بالشقاوة: مراد قطعاً، فلو

أريد من أشرك، ثم تاب وختم له بالحسنى.. لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، وذا لا يجوز عند الحنفية. لا يقال: لا نسلم لزوم ذلك، لم لا يجوز أن يراد من يطلق عليه لفظ المشركين بطريق عموم المجاز؟ وهو جائز عندهم، لأنا نقول: لا يصار [٤٢٩/ب] إلى المجاز إلا بقرينة صارفة عن الحقيقة، وهي مفقودة ههنا.

وأما الثاني: فلأنا لا نسلم إطلاق المشركين على أطفالهم شرعاً، وإنما أجري عليهم أحكام المشركين؛ من عدم جواز الصلاة عليهم ودفنهم في مقابر الكفرة وغيرهما، ولو سلم.. فلا نسلم أنه بطريق الحقيقة، بل بطريق المجاز، فيلزم فيه أيضاً ما لزم في الأول، فالصّواب أن يقال: أن غير المعذّب من المشركين: هم الذين لم تبلغهم الدّعوة؛ من أهل الفترة، وسكّان شواهق الجبال، أو أقصى دار الحرب، فإنهم غير مكلفين بالإيمان، ولم يعتبر منهم الكفر، فلا يؤاخذون به، ولا يعذّبون، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾، وهذا مذهب أكثر الأصوليّين والأشاعرة.

نعم: هذا التوجيه لا يتمشى على مذهب الماتريدية؛ فإنهم قالوا: إن هؤلاء إن أدركوا زمان التجربة.. يكلّفون بالإيمان واجتناب الشرك، وإلّا.. فالتكليف عندهم ساقط فيعذرون، لكن من آمن منهم.. فإيمانه معتبر ، وكذلك شرك من أشرك، فالمشركون كلهم معذبون عندهم.

ولعلّ إحالة الإمام «قاضي خان» جواب عدم الحنث: إلى غيره، قال: قالوا: لأجل هذا الاختلاف بين أهل السنة.. فليتأمل. انتهى كلام المعترض.

أقول: فيه نظر من وجوه:

أما أوّلا: فلأن قوله: «فلو ارتد من أشرك، ثم تاب وختم له بالحسنى.. لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز» ممنوع، كيف وإن لفظ المشرك ليس مجازاً فيه؛ لأن معناه الحقيقي من ترك الإيمان اختياراً وأشرك بالله وهو صادق عليه، وختمه بالإيمان.. لا يضره؛ لأن الختم على الكفر: ليس معتبراً في معنى المشرك، حتى

يكون مجازاً فيه، وإلّا.. لزم أن يكون لفظ المشرك ولفظ الكافر مجازاً فيمن تاب وختم بالإيمان، وليس كذلك، بل هو حقيقة في مدة اتصافه بالشرك والكفر.

فإن قيل: فيلزم استعمال المشترك في معنييه، وذا لا يجوز أيضا.

قلنا: ممنوع، وإنما يلزم أن لو كان لفظ المشرك مشتركا لفظياً بينهما، وليس كذلك، بل هو مشترك معنويّ؛ كلفظ الإنسان بين أفراده.

وأما ثانيا: فلأنّ إطلاق لفظ المشرك على أطفال المشركين: حقيقة شرعيّة؛ بناء على القول: بأنهم في النار مع آبائهم، وإن كان هذا القول مرجوحاً.

وأما ثالثاً: فلأنّ من لم تبلغه الدعوة من أهل الفترة وسكان شواهق الجبال.. ليس بمشرك حقيقة عند الأشاعرة، وإن اعتقد الكفر؛ لأن المشرك عندهم: من اعتقد الكفر بعد بلوغ خبر البعثة، لا من اعتقد الكفر مطلقاً، بل إنما يقولون أنهم معذورون في تركهم الإيمان بالله واعتقادهم الكفر، ولا يؤاخذون به، ولم ينقل عنهم أنهم مشركون حقيقة، كيف وقد اتفقوا على عموم قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ﴾ ولم يخصّصوا عن عمومه مشركي زمان الفترة، وسكانَ شواهق الجبال.

ولو كانوا مشركين.. لزمهم تخصيص عمومه، فالحقّ في الجواب: ما ذكره في «المنح»: وتحقيقه: أن قوله: «إن كان الله يعذّب المشركين [٤٣٠/أ] فامرأته طالق» من قبيل تعليق الطّلاق مما لا توقف عليه؛ مثل «إن أراد الله فأنت طالق».. فلا تطلق به؛ لأن المراد من المشركين هو الجميع؛ لأن اللّام للاستغراق وتعذيب الله تعالى المشركين مما لا نقف عليه، ولا نعرفه؛ لأن من المشركين من لا نعرف تعذيبه تعالى؛ لأنا لم نحكم بتعذيب معيّن من المشركين غير ما أخبر الرّسول ﷺ بأنه من أهل النّار؛ مثل أبي جهل وأحزابه.. فعلى هذا يؤول قول «قاضي خان»: «لأن من المشركين من لا يعذب» ممّا ذكرناه من لا نعرف تعذيبه.

وَلَا يَقع فِي: «إِن حِضْتِ».. مَا لم يسْتَمّر الدَّمُ ثَلَاثاً؛ فَإِذا اسْتمرَّ.. وَقعَ مِن ابْتِدَائِهِ.

وَلَو قَالَ: «إِن حِضْتِ حَيْضَةً».. يَقعُ إِذا طَهُرَتْ.

(ولا يقع) أي الطّلاق **(في: «إن حضت)** فأنت طالق» **(ما لم يستمر الدم ثلاثاً)**؛ لأنه يحتمل أن ينقطع ما دونه، وما ينقطع ما دونه.. لا يكون حيضاً، فلا يقع بالشك.

(فإن استمر ثلاثاً.. وقع من ابتدائه)؛ لأنه تبيّن بالامتداد أنه من الرّحم، فكان حيضاً من الابتداء.

حتى لو كانت المرأة غير مدخولة بها فتزوّجت حين رأت الدّم.. فإنه يصحّ نكاحها.

ولو كان ما علّق بالحيض عتقَ عبده، فجنى العبد أو جني عليه بعدما رأت الدم.. فإنه يعتبر في العبد جناية الأحرار.

(ولو قال: «إن حضت حيضة) فأنت طالق» (.. **يقع)** الطّلاق **(إذا طهرت)** من حيضها، وذلك بالانقطاع على العشرة، أو بمضيّها إن لم ينقطع، أو بالانقطاع والاغتسال، أو بما يقوم مقام الاغتسال إذا انقطع دون العشرة، وذلك لأن الحيضة اسم للكامل من الحيض، ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وهو قوله ﷺ: «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهنّ، ولا الحبالى حتى يحضن بحيضة» وكمالها بالانتهاء، وذلك بإحدى الوجوه الثلاثة التي ذكرناها.

وكذا إذا قال: «إن حضت نصف حيضة فأنت طالق»؛ لأنها اسم كامل وهي لا تتجزأ على ما في «التبيين».

بخلاف قوله: «إن حضت.. فأنت طالق»؛ فإنه يدل على الجنس، وهو الحيض، ولهذا قالوا: الطّلاق يكون بدعيّا في «إن حضت» وسُنيّاً في «إن حضت حيضة»؛ لأنه يقع بعدما طهرت.

وفي الأول: من حين رأت.

ونظيره: ما إذا قال لها: «أنت طالق إذا صمت» فإنها إذا صامت ساعة مع النية.. وقع الطلاق.

بخلاف ما إذا قال لها: أنت طالق إذا صمت صوماً.. فإنها حينئذ طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه؛ كما في قوله: «إذا صمت يوما».

وفي «الخانية» عن «الذخيرة»: قال محمد في «الجامع»: إذا قال الرجل لامرأته: «إن حضت حيضة فأنت طالق» فمكثت عشرة أيام، ثم قالت: «حضت حيضة وطهرت واغتسلت» وكذبها زوجها.. فالقول قولها.

والأصل فيه: أن المرأة إذا أخبرت عما هو شرط الحنث في اليمين بطلاقها، وكذبها زوجها في ذلك، ينظر: إن كان ذلك الشرط مما يطلع عليه غيرها.. لا يقبل قولها إلا بحجة، وإن كان مما لا يطلع عليه غيرها؛ كالطهر والحيض.. فالقول قولها في حق طلاقها، وإن كان ما ادّعت من الشرط قائماً وقت الإخبار، وإن لم يكن قائما وقت الإخبار.. لا يقبل قولها.

فأما إذا قال: «إن حضت حيضة» والحيضة اسم للكامل، ولا كمال [٤٣٠/ب] إلّا بوجود الجزء الأوّل من الطّهر؛ فإذا أخبرت عن الطّهر والطّهر قائم.. فقد أخبرت عمّا هي مؤتمنة فيه حال قيام الائتمان.. فيجب قبول خبرها، وإذا قبل خبرها.. ثبت المخبر به، فيثبت ما يترتب عليه؛ من الطلاق وغيره من أحكام الطهر.

ولو قالت: «حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى».. لا يقبل قولها، ولا يقع عليها الطلاق؛ لأنها أخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها وانعدامها، فلا تصدق، ولا يقع الطلاق، إلا إذا أخبرت عند الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة.. فحينئذٍ يقع الطلاق؛ لإخبارها عما هو شرط وقوع الطّلاق حال قيامه. انتهى.

ثم هذا في الواحدة؛ على ما أشار إليه بقوله: «إن حضت».

وَلَو قَالَ: «إِن ولدتِ ذكراً فَأَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَإِن ولدتِ أُنْثَى فَأَنتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ» فولدتهما وَلَم يُدرَ الأَوَّلُ.. تطلقُ وَاحِدَةً قَضَاءً، وثنتينِ تنزُّهاً، ....

وأما في غير الواحدة.. ففي «المحيط»: قال لنسائه الأربع: «إذا حضتنّ حيضة فأنتنّ طوالق» فقالت واحدة: «حضت حيضة» وصدّقها الزوج.. طلقن؛ لأن شرط وقوع الطلاق عليهنّ حيضة واحدة منهنّ؛ لأن اجتماعهن على حيضة واحدة لا يتصور، فيجعل ذلك مجازاً عن حيضة إحداهن؛ كما لو قال لامرأتيه: «إذا حضتما حيضة فأنتما طالقان» فحاضت إحداهما.. طلقتا، وإن كذبت.. طلقت وحدها تطليقة؛ لأنها مصدقة في حقّها دون ضرّتها.

ولو قالت كلّ واحدة: «حضت حيضة».. طلقت كل واحدة تطليقة، صدقها الزوج أو كذبها؛ لأن كل واحدة مصدقة شرعاً فيما بينها وبين زوجها.

ولو قال: «كلما حضتن حيضة فأنتن طوالق» فقالت كل واحدة منهنّ: «حضت حيضة»؛ فإن كذبهن.. طلقت كلّ واحدة تطليقة؛ لأنه ثبت حيضة كل واحدة في حق نفسها خاصّة دون صواحبها، فلم يوجد في حق كلّ واحدة إلا شرط طلاق واحدة.

وإن صدق واحدة دون الثلاث.. طلقت كلّ واحدة من الثلاث اثنتين، وطلقت المصدّقة واحدة؛ لأنه ثبت في حق المصدّقة دون حيض صواحبها وثبت في حق كل واحدة من المكذبات حيضتان: حيضها بإخبارها، وحيض المصدقة بالتصديق.

وإن صدّق ثنتين.. طلقت كل مصدّقة ثنتين؛ لوجود حيضتين في حق كلّ واحدة؛ حيضها وحيض صاحبتها المكذبات، وكل مكذبة ثلاثاً، لوجود ثلاث حيض في حقها؛ حيضتها وحيضتي المصدقتين.

وإن صدّق ثلاثاً.. طلقت كلّ واحدة ثلاثاً؛ لثبوت ثلاث حيض في حق المصدقات، وأربع حيض في حق المكذبة. انتهى؛ كذا في «البحر».

(ولو قال: **«إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق ثنتين»، فولدتهما ولم يدر الأوّل.. تطلق واحدة قضاء، وثنتين تنزهاً**)؛ وهو التباعد

وتنقضي الْعِدَّةُ.

وَلَو علَّق بِشَرْطَيْنِ.. شُرِطَ للوقوعِ وجودُ الْمِلكِ عِنْدَ آخرِهما؛ ....

عن السوء، حتى لو كان طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها تنزها، حتى تنكح زوجا غيره؛ لاحتمال أنها مطلقة، وترك وطء امرأة يحل له وطؤها: خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه؛ كذا في «العناية».

(وتنقضي العدة) بوضع الثاني، والأصل: أنها لو ولدت الغلامَ أولاً.. وقعت واحدة فتنقضي عدتها بوضع الجارية بعده [٤٣١/آ]؛ لأنها حامل بها، وانحلّت اليمين الأخرى بوضع الثاني؛ لوجود الشرط، ولا يقع به طلاق أخرى؛ لأنه حال انقضاء العدّة، والطّلاق المقارن لانقضاء العدّة.. لا يقع.

ولو ولدت الجاريةَ أولاً.. وقعت طلقتان، وانقضت عدّتها بوضع الغلام بعدها؛ لما ذكرناه، ولا يقع به شيء آخر؛ لما ذكرناه أنه حال انقضاء العدّة؛ فكانت هي في حال تقع واحدة، وفي حال تقع ثنتان، فلا تقع الثّانية بالشكّ، وتقع الواحدة لتيقّنها، لكن الأولى أن يأخذ بالثنين تنزّهاً؛ لاحتمال تقدم الجارية.

والعدّة منقضية يقيناً؛ لما ذكرناه من أنّ عدة الحامل بوضع الحمل.

(ولو علق) الطلاق والعتاق وغيرهما **(بشرطين.. شرط للوقوع)**؛ أي وقوع المعلّق من الطلاق وغيره **(وجود الملك عند آخرهما)**.

قال في الثالث من أيمان «البزازية»: والطلاق المضاف إلى وقتين: ينزل عند أوّلهما.

والمعلّق بالفعلين: ينزل عند آخرهما.

والمضاف إلى أحد الوقتين؛ كقوله: «غداً أو بعد غد».. طلقت بعد غد.

ولو علّق بأحد الفعلين.. ينزل عند أوّلهما.

والمعلق بفعل ووقت.. يقع بأيّهما سبق.

فَإِنْ وُجِدا أَو آخِرهُمَا فِيهِ ..وَقَع.

وإن وُجِدا أَو آخِرهُمَا لا فِيهِ .. لا يَقَع.

وفي «الزيادات»: إن وجد الفعل أوّلاً.. يقع، ولا ينتظر وجود الوقت، وإن وجد الوقت أولاً.. لا يقع ما لم يوجد الفعل.

وعن الإمام: الثاني إذا وجد الفعل أوّلاً.. لا يقع حتّى يوجد الوقت أيضاً.

(فإن وجدا) أي جميعاً **(أو آخرهما)**، وفي هذا خلاف زفر **(فيه)** أي في الملك **(..وقع)** الطلاق.

(وإن وجدا أو آخرهما لا فيه) أي في غير الملك **(.. لا يقع)** بالاتفاق؛ لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك؛ يعني: لو قال لها: «إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف.. فأنت طالق ثلاثاً»، مثلاً: يشترط لوقوع الطّلاق أن يكون آخرهما في الملك؛ سواء وجد الأول في الملك أولا؛ فإذا وجد آخرهما في الملك.. وقع الطلاق، وإلا.. فلا.

حتى لو طلّقها بعد هذا التعليق فانقضت عدتها، ثم وجد أول الشرطين، ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر.. وقع عليها الطّلاق المعلّق؛ لوجود الآخر في الملك.

واليمين لا يبطل بزوال الملك؛ على ما مر.

وقال زفر: لا تطلق حتى يوجد الأول أيضاً في الملك؛ اعتباراً بالشرط الثاني؛ لأنهما في حكم الطّلاق كشيء واحد؛ من حيث لا يقع الطّلاق إلّا بهما.

ولو كان الشرط واحداً.. لما وقع الطّلاق بدون الملك، فكذا هذا.

ولنا: أنّ حال وجود الشرط الأوّل حال البقاء، فلا يشترط الملك؛ للاستغناء عنه في حال البقاء.

وإنما اشتراط الملك في وقت التعليق؛ ليكون الجزاء غالب الوجود؛ استصحاباً إلى وقت وجود الشرط.

فإن الملك إذا كان موجوداً وقت التّعليق.. فالظاهر بقاؤه إلى وجود الشرط، وفي وقت وجود الشرط أيضاً.. ينزل الجزاء وما بينهما حال البقاء، وبقاء اليمين بذمة

الحالف وهي سالمة، فيكون اليمين باقياً ببقائها، فلا يشترط له الملك؛ كالنصاب يشترط عند انعقاد السبب، وعند الوجوب، لا فيما بينهما.

واعلم [٤٣١/ب]: أن المراد بالشرطين ههنا: الفعلان اللّذان يتعلق بهما الطلاق، ولا يقع إلّا بهما، لا بأحدهما؛ سواء كانا شرطين متغايرين حقيقة؛ بتكرر ذات الشرط أو لا، بل يكون فعلاً واحداً متعلقاً بشيئين متغايرين، فيتغاير باعتبارهما، **والثاني**: كما مثلناه وكما لو قال: «إن جاء زيد وعمرو.. فأنت طالق»، و«إن دخلت هذه الدار وهذه الدار» ونحوها، فإنها شرط واحد في الحقيقة، لا بد من وجودهما للوقوع.

إلا أن ينوي الوقوع بأحدهما: فإنه يصدّق؛ لأنه ينوي ما يمكن تصحيحه بإضمار حرف الشرط، أو تقديم الجزاء على الشرط، وفيه تغليظ على نفسه؛ على ما في «قاضي خان».

ولا بد من قيام الملك عند آخرهما؛ على ما بيناه.

وأما الأول: وهو أن يكونا شرطين متغايرين حقيقة.. فقد يكون بعطف أحدهما على الآخر، والجزاء مؤخر عنها، وحرف الشرط مكرّر؛ نحو: «إن كلمت زيداً وإن كلمت عمرواً فأنت طالق».. فلا يقع الطلاق حتى تكلمهما؛ على قول محمد.

ويقع بأحدهما على ما روي عن أبي يوسف.

والمختار: قول محمد؛ لأنه عطف شرطا محضاً على آخر مثله، ولا حكم له، ثم ذكر الجزاء.. فيتعلّق بهما، فصارا شرطاً واحداً، فلا يقع إلّا بوجودهما، والملك شرط عند آخرهما، وتصح النية بأحدهما؛ على ما ذكرناه قبل.

ولو قدم الجزاء ههنا: نحو: «أنت طالق إن أكلت كذا وإن شربت كذا» يقع الطّلاق بأحدهما وجد أوّلاً وانحلت اليمين؛ على ما في «الخلاصة».

وقد يكون بغير عطف مع تكرر حرف الشرط، والجزاء مؤخر «إن أكلت إن لبست»، ونحو «إن دخلت إن كلمت فأنت طالق».. فحينئذٍ لا يقع الطلاق ما لم

تلبس، ثم تأكل، أو كلمت، ثم تدخل، فيقدم المؤخر ويؤخر المقدم؛ على ما في «الخلاصة» و«القنية».

وكذا إذا كان الجزاء مقدماً؛ على ما في «البحر» عن «المحيط»، فيكون الآخر شرطَ الانعقاد والأول شرطَ الانحلال؛ فكأنه قال لها عند التلبيس: «إن أكلت فأنت طالق» فشرط قيام الملك عند التلبيس؛ لأن اليمين لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إليه؛ فإن كانت في ملكه عند التلبيس.. ينعقد اليمين المعلق على الأكل، وإلا.. فلا.

لكن المنقول عن الإسبيجابي هذا في العربية، وأما في الفارسية فيقدم المقدم ويؤخر المؤخر، وعليه الاعتماد؛ على ما في «الخلاصة»، وعلّله في «القنية»: بأنهم لا يريدون به إلا تعليق الجزاء بجملتها أو بكل واحد منها، وهو الأظهر؛ لأنهم يريدون به التغليظ على أنفسهم بأيمان كثيرة، لكن يذكرون الجزاء بعدها اختصاراً.. فيحنث. انتهى.

وهذا فيما إذا لم يكن الشرط الثاني مرتباً على الأول عادة؛ فإن كان كذلك.. كان كل شرط في موضعه بلا تقديم ولا تأخير، نحو: «إن أكلت إن شربت فأنت طالق»؛ فإن أكلت، ثم شربت.. يقع الطّلاق، وإن عكست.. لا.

ولو قال: «إن شربت إن أكلت».. يؤخر الأول ويقدم الثّاني.

ومثله: نحو: «إن دعوتني إن أجبتك» وعكسه؛ على ما في «البحر».

والأصل فيه: أنه متى كانا مرتبين عرفاً.. أضمرت كلمة «ثم»، وإذا لم يكونا [٤٣٢/أ] مرتبين عرفاً.. لم يثبت العطف بينهما لا عرفاً ولا ذكراً، فمتى أقر كل شرط في موضعه.. لا يتصل الجزاء بأحد الشّرطين.

وقد يكون بتوسّط الجزاء بين الشرطين مع تكرّر حرف الشرط، نحو: «إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلاناً» يقرر كل شرط في موضعه، ويكون الأول

شرطَ الانعقاد والثاني شرطَ الانحلال، فلو دخلت ثم كلمت.. طلقت، وإن عكست.. لا؛ على ما في «القنية».

وقال في «البدائع»: لو قال: «إذا دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلاناً».. يشترط قيام الملك عند وجود الشرط الأول؛ لأنه جعله شرطَ انعقاد اليمين؛ كأنه قال: «عند الدخول إن كلمت فلاناً فأنت طالق».

واليمين لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إليه:

فإن كانت في ملكه عند دخول الدار.. صحت اليمين المعلّقة بالكلام؛ فإذا كلمت.. **يقع**.

وإن لم تكن في ملكه عند الدخول؛ بأن طلّقها وانقضت عدّتها، ثم دخلت.. لم يصح التعليق وإن كلمت فلاناً.

وإن طلّقها بعد الدخول، ثم دخلت وهي في العدّة، ثم كلمت فيها.. طلقت. انتهى.

وقال في «الخلاصة»: لو قال: «كلّ امرأة أتزوجها فهي طالق إن كلمت فلاناً»، ثم تزوج امرأة.. لا تطلق، ولو كلّمه ثانياً بعد التزوج.. تطلق. انتهى.

وهذا: بناء على أن الأوّل: شرط الانعقاد، والثاني: شرط الانحلال.

وقال فيها أيضا: بعد ورقة: لو قال: «إن كلمت فلاناً فامرأته طالق، وإن كلمت فلاناً».. طلقت بكلام أيهما وجد، وبطلت اليمين. انتهى.

فظهر منه: أن الشرط الثاني لو ذكر على طريق العطف.. لم يكن الأول شرط الانعقاد والثاني شرط الانحلال في صورة توسّط الجزاء، بل كلّ واحد منهما شرط الانحلال؛ كما في تقدم الجزاء؛ على ما ذكرناه.

فعلم منه: أن في كلّ صورة يكون الشرطُ الأول فيها شرطَ الانعقاد، والثاني شرطَ الانحلال؛ سواء كان الجزاء مؤخراً أو متوسطاً بينهما.. فلا بد من الملك عند الشرطين.

فلهذا قال المصنف: شرط للوقوع وجود الملك عند آخرهما؛ لأنه: إنما شرط عند أولهما للانعقاد لا للانحلال والوقوع.

هذا كلّه في صورة تكرر حرف الشرط، وقد يكون بلا تكرر حرف الشرط والجزاء مقدّم، نحو: «أنت طالق إن أكلت كذا وشربت كذا وكلمت كذا».. فإنه لا يقع الطّلاق حتى يجتمع الكلّ، إلا أن ينوي الوقوع بكل واحد منها.

وكذا لو أخر الجزاء عنها؛ كذا في «القنية» وهو المروي عن أبي القاسم الصفار:

ولو قال زت اذوى سه طلاق كرسكي خورد ومقامري كند وكبوتر دارد، وقال أكثر المشايخ: الكل شرط واحد كما في المسألة المتقدمة.

وقال محمّد بن الفضل: كلّ واحد شرط على حدة.

ولو قال سكنى بخورد ومقامري تكند وكبوتر ندارد.. فكل واحد شرط على حدة بلا خلاف؛ على ما في «الخلاصة» و«القنية».

وفي «الخلاصة» أيضا: «لا يكلم فلاناً أو فلاناً» فكلّم أحدهما.. يحنث. [٤٣٢/ب].

وكذا لو قال: «فلاناً».

وفيها أيضاً عن «المحيط»: إذا حلف بالطّلاق أن لا يذوق طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما.. لا يحنث.

قال الفضلي: ينوي في ذلك؛ فإن لم تكن له نية.. فالجواب كما قال في الكتاب. انتهى.

ثم قال فيها بعد أوراق: «حلف لا يذوق طعاماً ولا شراباً» فذاق أحدهما.. يحنث.

ولو قال: «لا أذوق طعاماً وشراباً» فذاق أحدهما.. لم يحنث. انتهى.

وَيُبْطِلُ تَنْجِيزَ الثَّلَاثِ تَعْلِيقَهُ؛ ....

فبين كلاميه تنافٍ، فيحمل في أحدهما: على وجود النية، وفي الآخر: على عدمها؛ على ما في «مختارات النوازل»؛ حيث قال: «حلف لا يذوق طعاماً ولا شراباً» فذاق أحدهما.. حنث، وقيل: لا يحنث إن نوى الكل، وعليه الفتوى. انتهى.

فالظاهر من جملة هذا: أنه إذا كرّر ذات الشرط بلا عطف.. فالوقوع يتوقف على وجودهما؛ سواء قدّم الجزاء أو أخر عنهما أو وسّط بينهما.

لكن الأوّل: شرط الانعقاد، والثاني: شرط الانحلال، ولا بدّ من الملك عندهما.

وإن كرّر بالعطف؛ فإن قدّم الجزاء أو وسّط.. فالوقوع يتوقف على أحدهما.

وإن أخر عنهما.. فالوقوع يتوقف عليهما.

وإن لم يكرّر حرف الشرط.. فلا يقع حتّى يوجد الكل؛ سواء قدم الجزاء أو أخر.

ولو عطف بأو.. فالشرط أحدهما.

ولو عاد حرف النفي.. فهو على الخلاف المذكور في «النوازل».

وهذه الأيمان كلّها للمنع، ففي بعضها لشمول العدم، وفي بعضها لعدم الشمول.. فالضابط: أنه إن كان لاجتماع الأمرين تأثير في المنع.. فلعدم الشمول، وإلا.. فلشمول العدم؛ كذا قالوا.

(ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه) قيل: الضمير راجع إلى الثلاث.

وقيل: إلى الزوج.

وقيل: إلى الطلاق مطلقاً وهو الظاهر؛ لأن إبطال تنجيز الثلاث.. لا يختص بتعليق الثلاث، بل يبطل تعليق الطلاق مطلقا واحداً أو ثنتين أو ثلاثاً.

لكن المناسب بظاهر التفريع الآتي: إرجاعه إلى الثلاث، ويمكن تأويله؛ على ما سيظهر لك.

فَلَو علَّقها بِشَرْطٍ، ثُمَّ نجزَها قبلَ وجودِهِ، ثُمَّ تزَوَّجهَا بعدَ التحليلِ فَوُجِدَ.. لَا يَقعُ شَيْءٌ.

(فلو علّقها)؛ أي الثلاث أو مطلق الطّلاق؛ بناء على ما ذكرناه من أن تنجيز الثلاث.. يبطل تعليق مطلق الطّلاق **(بشرط)**؛ بأن قال لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة» أو قال: «ثنتين» أو قال: «ثلاثاً»، **(ثم نجّزها)**؛ أي الثلاث؛ بأن قال لها: «أنت طالق ثلاثا»، وهذا الضمير: لا بد أن يرجع إلى الثلاث، وهو ظاهر، **(قبل وجوده)**؛ أي وجود الشرط المعلق عليه **(ثم تزوجها بعد التحليل، فوجد)** الشرط؛ بأن دخلت الدار **(.. لا يقع شيء)**.

وقال زفر: يقع المعلّق؛ لأنه مطلق غير مقيد بطلاق ملكٍ دون ملك.

وقد بقي احتمال الوقوع بعد تنجيز الثلاث؛ بأن نكحها ثانياً بعد زوج آخر، فيبقى اليمين، فينزل الجزاء عند وجود الشرط؛ لأنه وجد في الملك بعد صحة اليمين، وتوسّط زوال الحلّ: لا يضر؛ كما لا يضر زوال الملك.

ولنا: أن الجزاء طلاق هذا الملك بدلالة الحال؛ لأنها هي المانعة عن تحصيل الشرط؛ إذ الظاهر عدم ما يحدث من الملك الجديد بالنكاح ثانياً، وكل ما كان مانعاً عن الشرط أو حاملاً عليه.. فهو الجزاء؛ لأن اليمين إمّا للمنع أو للحمل، وههنا: عقدت للمنع، فيكون الجزاء [٤٣٣/أ] طلاق هذا الملك لا ملك جديد.

وإذا كان الجزاء طلاق هذا الملك، وقد فات تنجيز الثلاث المبطل للمحلية.. فلا يبقى اليمين.

بخلاف ما إذا علق الثلاث بشرط، ثم نجّز طلقة أو طلقتين وانقضت عدتها وتزوّجت بزوج، ثم عادت إلى الأوّل، ثم وجد الشرط.. يقع الثلاث بالاتفاق؛ لبقاء المحلّ.

أما عند محمد: فلعدم هدم الزوج الثاني ما دون الثلاث عنده، فيعود إلى الأوّل بما بقي من الطلقات.

وَلَو علَّق الثَّلَاثَ أَوِ الْعتْقَ بالوطءِ.. لَا يجبُ الْعُقْر باللُّبثِ بعدَ الْإِيلَاجِ، وَلَا يصيرُ بِهِ مراجعاً فِي الرَّجْعِيّ مَا لم ينْزع، ثمَّ يُولجِ خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وأما عندهما: فلأنه، وإن وجد الهدم بما دون الثلاث، لكن بالدخول في الدار.. يقع الثلاث؛ لكونه معلقاً بالدخول.

وبخلاف ما إذا علّق الطلقة الواحدة بالدّخول، ثم طلّقها ثنتين وتزوّجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الأوّل فدخلت الدار.. فإنه ينزل الجزاء المعلق وتثبت الحرمة الغليظة بوقوع الطّلقات الثلاث عند محمّد؛ لأن ما دون الثلاث لما لم ينهدم بزوج آخر.. بقي الحرمة الحاصلة بالطلقتين، ثم لما نزل الجزاء وهو الطلقة الواحدة.. بانت عنده بثلاث.

وعندهما: ينزل الجزاء ولم تثبت الحرمة الغليظة، بل إنما يحرم عليه بطلاق واحد؛ لتحقق هدم ما دون الثلاث عندهما، فتعود إلى الأوّل بثلاث تطليقات.

(ولو علّق الثلاث أو العتق بالوطء)؛ بأن قال لأمته: «إذا جامعتك فأنت حرة» **(.. لا يجب العقر)**، وفي «المصباح»: العُقر بالضم: دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها، ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر، **(باللبث ساعة بعد الإيلاج)**؛ أي بعد إدخال حشفة الذكر.

(ولا يصير به مراجعاً في الرجعي ما لم ينزع، ثم يولج.

خلافاً لأبي يوسف)؛ فإنه قال: يجب العقر فيما لبث أيضاً؛ لوجود الجماع بالدوام عليه، ويصير به مراجعاً لوجود المساس شهوة.

ووجه ظاهر الرواية: أن الجماع إدخال فرج في فرج، ولا دوام للإدخال حتى يكونَ لدوامه حكم الابتداء ويقالَ إنه وطأ المطلقة الثلاث فيجب عليه العقر.

بخلاف ما إذا أخرج ثم أدخل؛ لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق، إلا أن الحدّ لا يجب؛ لشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس، والمقصودُ وهو قضاء الشهوة وأَوَّلُه لا يوجب الحدّ.. فامتنع وجوبه فوجب العقر؛ إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما.

وَلَو قَالَ: «إِن نكحتُها عَلَيْكِ فَهِيَ طَالِقٌ» فنكحها عَلَيْهَا فِي عدَّةِ البائنِ.. لَا تطلقُ.

وَإِن وصل ....

(ولو قال: «إن نكحتها عليك فهي طالق» فنكحها في عدة البائن.. لا تطلق) الجديدة؛ لعدم الشرط؛ لأن التزوج عليها، وهو الشرط أن يدخل عليها من ينازعها في الفراش ويزاحمها في القسم، ولم يوجد للبينونة.

ولو قال: «إن تسريت الأمة عليك فأنت طالق».. لا يقع الطلاق بمجرّد شراء الأمة والجماع خفية عندهم؛ لأن التسري، وهو الشرط.. لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد، إلا أن يمنعها من الزنا والخروج من بيته، وبالوطء وإسكانها في بيت خال؛ أي بهذا المجموع.

وعند أبي يوسف: لا يثبت بهذا المجموع، بل لا بد عنده من طلب الولد أيضاً؛ لأن التسري: تفعّل من السر وهو السيادة، والأمة إنما تسود إذا ولدت من مولاها.

ولهما: أنه تفعل من المضاعف من السر الذي هو الجماع، [٤٣٣/ب] ومعناه: إعداد الأمة أن تكون موطوءة.. فلا يكون طلب الولد داخلاً فيه؛ كذا في كتاب العتق من «المجمع».

(وإن وصل) فيه إشارة إلى ما في الأصول؛ من أن التّعليق بالشرط والاستثناء بيان تغيير.. فيشترط فيه الاتّصال، حتى لو سكت.. يثبت حكم الكلام الأوّل، فيكون ذكر الشرط والاستثناء بعده رجوعاً عن الأوّل، لكن المراد بالوصل: عدم الفصل، بحيث يعد في العرف فصلاً، حتى لا يضر قطعه بتنفس أو سعال أو نحوهما؛ هذا قول الجمهور:

وقال ابن عباس: يجوز بيان التغيير موصولاً أو متراخياً.

تمسّك الجمهور بقوله ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها.. فليكفر عن يمينه، ثم ليأت بالذي هو خير»؛ لأنه ﷺ أوجب الكفارة، ولو جاز بيان

بقوله: «أَنْتِ طَالِقٌ» قَوْله: «إِن شَاءَ اللهُ، أَو إِن لـم يَشَأِ اللهُ، أَو مَا شَاءَ اللهَ، أَو مَا لـم يَشَأِ اللهُ، أَو إِلاّ أَن يَشَاءَ اللهُ».. لَا تطلقُ.

التغيير متراخياً.. لما وجبت الكفارة معيناً؛ لجواز أن يقول متراخياً: «إن شاء الله تعالى».. فيبطل يمينه، ولا تجب الكفارة.

فإن قيل: قد روي أنه ﷺ قال: «لأغزون قريشاً»، ثم قال بعد مكث: «إن شاء الله».

قلنا: ذلك محمول على المكث العارض؛ بنحو تنفس أو سعال؛ جمعاً بين الأدلة.

فإن قيل: فعلى تقدير ثبوت الاتصال.. يلزم اشتمال بيان التغيير على إثبات شيء ونفيه في زمان واحد، وإلا.. لما كان تغييراً.

قلنا: إنه لما وقع في كلام الله تعالى: يحمل على وجه لا يلزم منه ذلك التنافي، وذلك بأن يجعل المجموع كلاماً واحداً موجباً للحكم؛ على تقدير الشرط أو الصفة أو نحوهما، وساكتاً عن ثبوته ونفيه؛ على تقدير عدمه، فكان معنى التغيير: أنه يفهم الإطلاق على تقدير عدم المغير، فبعد ذكره يغير.

(**بقوله: «أنت طالق» قوله**) - مفعول وصل - (**«إن شاء الله أو إن لم يشأ الله أو ما شاء الله أو ما لم يشأ الله أو إلا أن يشاء الله».. لا تطلق**)؛ لما رواه النسائي مرفوعاً: «من حلف بطلاق أو عتاق، وقال: إن شاء الله متصلاً به.. فلا حنث عليه» والباقي في معناها.

ولأنه إما إبطال، أو تعليق بما لا يوقف عليه.. فلا يقع به شيء.

ولو قال: «أنت طالق، وإن شاء الله» أو «فإن شاء الله».. يقع الطلاق، ولا يكون استثناء؛ كذا في «البزازية» عن أبي يوسف.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن التقييد بمشيئة الله تعالى في هذه الصور: تعليق أو إبطال.

فقال أبو حنيفة ومحمّد: إنه إبطال للكلام بمنزلة الاستثناء، وإعدام لحكمه من الأصل.

وقال أبو يوسف: إنه تعليق بالشرط، إلا أن الشرط مما لا يوقف عليه.. فلا يقع به شيء؛ كما لو علقه بمشيئة غائب عن البصر؛ من الجن والملائكة، ولهذا: يشترط الاتصال؛ كسائر الشروط.

ولهما: أن التعليق بالشرط، وإن كان إعداماً للحال، لكن له عرضية الوجود عند وجود الشرط، وهذا إعدام للحكم أصلاً؛ إذ لا طريق للوصول إلى معرفة مشيئة الله تعالى، فكان إبطالاً.

فأبو يوسف اعتبر الصّيغة، وهما اعتبرا المعنى.

وثمرة الخلاف في مواضع:

منها: أنه إذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء، مثل: «إن شاء الله أنت طالق» فعندهما: لا يقع؛ إذ لا فرق بين التقديم والتأخير فيما كان [٤٣٤/أ] إبطالاً، ويقع عند أبي يوسف؛ لعدم الفاء.. فلا يصح تعليقاً، فيكون تنجيزاً.

ومنها: أنه إذا جمع بين يمينين؛ بأن قال: «أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حرّ إن كلمت زيداً إن شاء الله».. ينصرف إلى الجملة الأخيرة للقرب عند أبي يوسف؛ كسائر الشروط؛ على ما هو الأصل في أمثاله.

وعندهما: ينصرف إلى الكلّ؛ لعدم الأولويّة؛ لأنه إبطال:

ولو اتّصل بالإيقاعين؛ نحو: «أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله».. ينصرف إلى الكل بالإجماع.

أما عندهما.. فلما ذكرنا.

وأما عند أبي يوسف.. فلأنه كالشرط عنده، وهو إذا دخل على إيقاعين.. ينصرف إليهما جميعاً؛ على ما في «النّهاية».

ومنها: أنه يمين عنده لا عندهما، حتى لو حلف أنّه لا يحلف.. يحنث عنده.

وذكر أبو يوسف في «النّوازل»: أنه لو قال: «أنت طالق اليوم واحدة إن شاء الله، وإن لم يشأ الله.. فثنتين»؛ فإن طلّقها واحدة قبل مضي اليوم.. لم يقع إلّا تلك الواحدة، وإن لم يطلّقها قبل مضيّ اليوم.. يقع ثنتان؛ لوقوع المعلّق عليه؛ أعني عدم مشيئة الواحدة اليوم.

ولو لم يقيد باليوم فقال: «أنت طالق واحدة إن شاء الله وثنتين إن لم يشأ الله».. فلا يقع شيء؛ أما الواحدة.. فللاستثناء، وأما الثنتان: فلأن قوله ثنتين إن لم يشأ الله.. باطل؛ إذ لو صح.. لبطل من حيث صحّ؛ لأنه لو وقع الطّلاق.. لثبت مشية الله تعالى؛ لأن وجود الأشياء كلها بمشيئة الله.

ثم الخلاف المذكور جارٍ في قوله: «أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادته أو بمحبته أو برضاه».. ولا يقع شيء أيضاً؛ لأنها؛ إما إبطال، أو تعليق بما لا يوقف عليه.

وإن أضافها إلى العبد.. كان تمليكاً منه، فيقتصر على المجلس؛ كقوله: «إن شاء فلان».

وإن قال: «بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته».. يقع في الحال؛ سواء أضافه إلى الله أو إلى العبد؛ لأنه يراد بها التنجيز عادة.

وإن قال بحرف «اللام».. يقع في الوجوه كلّها؛ سواء أضافه إلى الله أو إلى العبد؛ لأنه للتعليل؛ كأنه أوقع وعلّل؛ كقوله: «أنت طالق لدخولك».

وإن قال بحرف «في» إن أضاف إلى الله.. لا يقع في الوجوه كلّها إلا في العلم.. فإنه يقع فيه للحال؛ لأن «في» تستعمل بمعنى الشرط، فيكون تعليقاً بما لا يوقف عليه؛ لأنه يذكر بمعنى المعلوم، فكأنه قال: «أنت طالق في معلوم الله» أي: هذا الطلاق ثابت في معلوم الله تعالى.

وَكَذَا لَو مَاتَت قبلَ قَوْلِهِ: «إِن شَاءَ الله».

وَإِن مَاتَ هُوَ.. يَقعُ.

وَفِي: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلاّ وَاحِدَةً».. يَقعُ ثِنْتَانِ.

وَفِي: «إِلّا ثنتينِ».. وَاحِدَةٌ.

وَفِي: «إِلاّ ثَلَاثاً».. ثَلَاثٌ.

(وكذا)؛ أي لا تطلق (لو ماتت) المرأة (قبل قوله: «إن شاء الله»)؛ لأن الكلام قد خرج بالاستثناءِ وذكرِ الشرط من أن يكون إيجاباً، وإذا بطل الإيجاب.. بطل الحكم.

فإن قيل: الإيجاب يوجد في حياتها والاستثناء بعدها، فيكون باطلاً؛ لعدم المحل بالموت، وإذا بطل الاستثناء.. صح الإيجاب، فيقع الطلاق.

قلنا: لا نسلم أن الموت يبطل الاستثناء، بل إنما يبطل الإيجاب.

أو اتصل به؛ بأن يموت قبل تمام قوله: «أنت طالق»، وذلك؛ لأن الموت مبطل للإيجاب، والاستثناء: مبطل آخر له، ولا منافاة [٤٣٤/ب] بين مبطل ومبطل، حتى يبطل أحدهما الآخر، بخلاف الموجب؛ فإن المبطل ينافيه.. فيرفعه.

(وإن مات هو)؛ أي الزوج قبل: «إن شاء الله» (.. يقع) الطّلاق؛ لأنه لم يتصل به الاستثناء.

فإن قيل: من أين علم أنه أراد بكلامه الاستثناء؟

أجيب: بأنه يعلم بقوله قبل ذلك: «أني أطلق امرأتي واستثني»؛ كذا في «العناية» و«فتح القدير».

(وفي: «أنت طالق ثلاثاً إلّا واحدة».. يقع ثنتان، وفي الاثنتين..) يقع (واحدة، وفي إلّا ثلاثاً..) يقع (ثلاث).

هذا شروع في بيان الاستثناء، وهو على نوعين: وَضعيّ وعرفيّ.

والعرفيّ: ما تقدّم من التعليق بالمشيئة:

والوضعي - وهو المراد ههنا -: هو المنع عن دخول بعض ما يتناوله صدر الكلام «بإلّا وأخواتها»، ولهذا قالوا: «إنه بيان تغيير».

واختلفوا في كيفية عمله على ثلاثة مذاهب.

الأوّل: أن العشرة في قولهم: «له علي عشرة إلا ثلاثة» مجازٌ عن السّبعة، و«إلا ثلاثة» قرينة.

والثاني: أنّ المراد بعشرة.. معناها؛ أي عشرة أفراد، ثم أخرج منها ثلاثة قبل الحكم عليها، حتى بقيت سبعة، ثم حكم على العشرة المخرج منها الثلاثة.. فلم يقع إلّا على سبعة.

والثالث: أن مجموع عشرة إلا ثلاثة.. موضوع بإزاء سبعة، حتى كأنه وضع لها اسمان: مفرد وهو «سبعة» ومركب وهو «عشرة إلا ثلاثة».

وليس اختلافهم في أن ما بعد إلّا داخل في حكم الصدر أولا، بل هم متفقون في عدم دخول ما بعد إلا في حكم الصّدر.

وإنما اختلافهم: في أنّ ما بعد «إلّا» هل يراد بالصّدر أو لا.

فحاصل المذهب الأول: أنّ صدر الكلام يتناول الكلّ، وإنه إيقاع للكل، لكنه لا يقع؛ لوجود المعارض، وهو الاستثناء الدال على النفي عن البعض، حتى كأنه قال: «إلّا ثلاثة» فإنها ليست علي، فلا تلزمه الثلاثة؛ للمعارض لأول الكلام.. فيكون الاستثناء عندهم: تصرفاً في الحكم، بمعنى: أنه يمنع الوقوع لا الإيقاع، فيكون من قبيل تخصيص العلّة، لكنه جائز عند صاحب هذا المذهب وهو الشافعي.

وحاصل المذهبين الأخيرين: أن الاستثناء تصرف في الكلام؛ بجعله عبارة عما وراء المستثنى، ويعد تكلّماً بالباقي بعد الثُّنْيا: على ما ذكره مشايخ الحنفية من أن الاستثناء يعمل عندنا بطريق البيان بمعنى الدّلالة؛ على أن البعض غير ثابت في الأصل، حتّى كأنه قيل: «عليّ سبعة» ولم يتعلق التكلم بالعشرة في حق لزوم الثلاثة.

وأجابوا عن الأوّل: بأن الكلام قد يسقط حكمه بطريق المعارضة بعدما انعقد في نفسه؛ على ما ذهب إليه الشافعي في الاستثناء.

ونظيره: التخصيص لا ينعقد بحكمه؛ كما في طلاق الصبي والمجنون، إلا أن إلحاق الاستثناء بالثاني أولى؛ لأنه لو انعقد الكلام في نفسه - مع أنه لا يوجب العشرة، بل السبعة فقط - لزم إثبات ما ليس من محتملات اللفظ؛ إذ السبعة: لا يصلح مسمّى للفظ العشرة:

لا حقيقة وهو ظاهر.

ولا مجازاً؛ لأن اسم العدد خاص في مدلوله لا يحتمل غيره.

ولو سلّم: فالمجاز خلاف الأصل، فيكون مرجوحاً.

ثم الفرق بينهما [٤٣٥/أ]: أن المذهب الثاني يفيد حكماً مخالفاً للصدر بطريق الإشارة، بخلاف الثالث؛ فإنه لا يفيد حكماً مخالفاً للصدر أصلاً لا إشارة ولا عبارة، والمذهب الأول: يفيد بطريق العبارة، هذا هو المشهور.

والتحقيق: أن الاستثناء من الإثبات: يفيد نفياً في المستثنى، ومن النفي: يفيد إثباتاً؛ عند أصحاب المذهب الأول. فَهِمَ الشافعيةُ بخلاف الحنفية: أن الاستثناء لا يفيد في المستثنى شيئاً من النفي والإثبات أصلاً، بل هو مسكوت عنه.

ومنشأ هذا الخلاف: أن الألفاظ بإزاء الأمور الخارجيّة عند الشّافعية، ولا واسطة في الأمور الخارجيّة بين النفي والإثبات، وعند الحنفية: موضوعة بإزاء الأمور الذهنية فيتيسر لهم إثبات الواسطة في المستثنى بمعنى: أن الاستثناء إنما يدل على مخالفة النسبة الذهنية في المستثنى، لا على مخالفة النسبة الخارجيّة، بل هي مسكوت عنها، وتفصيل هذا مذكور في «حاشيتنا على المرآة».

فإذا عرفت هذا.. فنقول: يصح استثناء البعض من الكل، ولا يصح استثناء الكل من الكل؛ مثل: «أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً»؛ لأنه لم يبق بعد الاستثناء شيء يصير

متكلماً به وصارفاً للفظ إليه، فيبقى كلامه الأوّل كما كان.. ويقع الثلاث.

وقيل: إنما لا يصح؛ لأنه رجوع عن الأوّل والرجوع عن الطلاق باطل، وهو منقوض بما ذكروا في الوصيّة: أن استثناء الكل باطل، مع أن الوصية تحتمل الرجوع.

وقيل: إنما لا يصح إذا كان بعين اللفظ الأول، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ.. فيصح، حتى لو قال: «كل نسائي طوالق إلا كل نسائي».. لا يصح، وتطلق كلّهن، ولو قال: «كل نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى»، ولا نساء له غيرها.. لا تطلق واحدة منهن، وذلك: أن الاستثناء تصرف لفظي.. فيصح فيما يصح فيه اللفظ، فلمّا استثنى الجزء عن الكل.. صح لفظاً، وتفصيل هذه المسألة في الأصول.

وفي «البزازية»: **ويبطل الاستثناء بأربعة**: بالسكتة، وبالزيادة على المستثنى منه؛ «كأنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً»، وبالمساواة، وباستثناء بعض الطّلاق؛ نحو: «أنت طالق إلا نصفها».

ثم ذكر نوعاً آخر مما يبطل به الاستثناء؛ أعني الفاصل؛ حيث قال: «أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله» أو «ثلاثا وواحدة إن شاء الله».. بطل الاستثناء عند الإمام.

ولو قال: «واحدة وثلاثا إن شاء الله».. لا يبطل عند الكلّ.

«إن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدي حر»؛ وهما واحدة.. فالقياس عدم الحنث حتى يدخل دخلتين فيها.

وفي الاستحسان: يحنث بدخلة واحدة، ويجعل الثاني تكراراً وإعادة.

ولقائل أن يقول: لو جعل الثاني تكراراً لزم ثبوت الحرية حالاً؛ على قول الإمام، ويصير الثاني فاصلاً؛ كما في «أنت حرّ وحرّ إن شاء الله».

ويجاب: بأن قوله: «وحرّ»: تكرار معنىً لا لفظاً؛ لأنه عطف على الأوّل، ولا يعطف الشيء على نفسه، والعبرة في هذا الباب [٤٣٥/ب] إلى اللفظ؛ فإذا انتفى التكرار لفظاً.. كان الثاني حشواً فصار فاصلاً، وفيما نحن فيه: الثاني غير معطوف على الأوّل، فأمكن جعل الثاني تكراراً، فكانا واحداً معنىً.. فلا يفصل.

ونظيره: قوله: «حرّ حرّ إن شاء الله»، وفيه لا يعتق، ولا يكون فاصلاً. انتهى.

فإن قيل: لو قال: «أنت طالق ثلاثاً بائنة إلا واحدة» أو «ثلاثاً البتة إلا واحدة».. يقع اثنتان، وبائنة والبتة: لا يكون فاصلاً، مع أنه حشو؛ كما في قوله: «حر وحر» حتّى وقع ثنتان رجعيتان.

أجيب: بأنه محمول على التأكيد لاختلاف اللفظ، وإن لم يؤدّ بمعنى زائد، بخلاف «ثلاثاً وثلاثاً» ونحوه؛ لاتحاد اللّفظ كالمعنى.. فكان تكراراً محضاً، ولأنه صفة، وهي تذكر لتأكيد الموصوف، حتى لم يفصل في: «أنت طالق بائن إن دخلت الدار»؛ كذا في «البزازية».

ثم قال: الأصل ههنا: أنّ المستثنى إذا وصف بما يليق بالمستثنى.. يجعل صفة للمستثنى، ويبطل ببطلان المستثنى.

وإن كان تليق بالمستثنى منه لا غير.. قيل: يجعل وصفاً له، حتى يثبت بثبوته؛ تصحيحاً بقدر الإمكان.

وقيل: يجعل وصفاً للكل؛ تحقيقاً للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه؛ لأنه الأصل ظاهراً.

وإن ذكروا وصفاً يليق بهما.. قيل: يجعل وصفاً للكل؛ تحقيقاً للمجانسة.

وقيل: يجعل وصفاً للمستثنى منه لا غير؛ لأنه لو جعل للمستثنى.. بطل؛ هذا: إذا ذكر زائداً.

وإن ذكر وصفاً أصلياً.. لا يعتبر أصلاً، ويجعل ذكره ولا ذكره سواء.

بيانه: «أنت طالق اثنتين إلّا واحدة بائنة»، أو: «إلا واحداً بائناً..» تطلق واحدة رجعية؛ لأنه لا يصلح صفة للمستثنى منه، لا يقال: «طلقتا بائن» فصلح صفة للمستثنى.. فبطل ببطلانه.

ولو قال: «أنت طالق اثنتين البتة إلا واحدة».. تقع واحدة بائنة؛ لصلاحية الوصف للمستثنى منه؛ يقال: «تطليقتين البتة».. فجعل صفة له، واستثنى واحدة منهما.. فيقع واحدة بائنة.

وكذا: «أنت طالق اثنتين إلا واحدة البتة».. يقع واحدة بائنة؛ لأن «البتة» لا تصلح صفة للمستثنى؛ لعدم وقوعه، وتصلح صفة للمستثنى منه، فجعل صفة للكل، أو للمستثنى منه كأنه قال: البتة إلا واحدة.

ولو قال: «أنت طالق ثلاثاً البتة إلا واحدة» أو «أنت طالق ثلاثاً بائنة إلا واحدة».. يقع رجعيتان؛ لأن كلاً منهما وصف أصليّ للثلاث لا يوجد بدونهما، فلا يفيد إلّا ما أفاد الثلاث، فلا يعتبر، فصار كأنه قال: «أنت طالق ثلاثاً إلّا واحدة».

*　*　*

(بَابُ طَلَاقِ الْمَرِيضِ)

الْحَالةُ الَّتِي يصيرُ بهَا الرجلُ فَاراً بِالطَّلَاقِ، وَلَا ينفذُ تبرُّعهُ فِيهَا إلاّ من الثُّلُثِ: مَا يغلبُ فِيهَا الْهَلَاكُ؛ كَمَرَضٍ يمنعُهُ عَن إِقَامَةِ مَصَالِحِهِ خَارجَ الْبَيْتِ،

(بَابُ طَلَاقِ الْمَرِيضِ)

(الحالة التي يصير بها الرّجل)، قيدُ الرجلِ: خارج مخرج الغالب، وإلّا.. فحكم الفرار كما يثبت من جانب الرجل.. يثبت من جانب المرأة؛ كما إذا ارتدت في مرضها؛ فإنه يرثها؛ كذا في «العناية».

(فارّاً بالطّلاق)؛ الطّلاق الحاصل في حالة تقرّبه إلى الهلاك، سمّي «طلاق الفارّ» لفراره عن حق الزّوجة؛ لأن قصده حرمانها من الإرث.

(ولا ينفذ تبرّعه فيها إلا من الثلث) عطف على ما قبله.

وقوله: **(ما يغلب فيها الهلاك)** خبرٌ للمبتدأ السابق.

والمراد بما يغلب: أعم من المرض وغيره من الحالة المهلكة؛ على ما سيظهر.

(كمرض يمنعه عن إقامة) [٤٣٦/أ] **(مصالحه خارج البيت)**، وإن أمكنه القيام في البيت؛ على ما في «الزيلعي»؛ كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد، وعجز السّوقي عن الإتيان إلى دكانه؛ كذا في «البحر»:

وأما من يقضي حوائجه في خارج البيت وهو يشتكي.. لا يكون فارّاً؛ لأن الإنسان قلّ ما يخلو عنه؛ كذا في «الزيلعي» وسيظهر به في الكتاب.

وقيل: المريض من لا يقدر على أداء الصّلاة جالساً.

وقيل: من لا يقدر أن يقوم، إلا أن يقيمه غيره.

وقيل: من لا يقدر على المشي، إلا أن يهادى بين اثنين.

وقيل: إذا تخطّى ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره.. فهو صحيح، وإلّا.. فهو مريض.

ومبارزتُهُ رجلاً، وتقديمُهُ ليقْتَلَ فِي قصاصٍ أَو رَجمٍ.

فَلَو أبانَ امْرَأَتَهُ، ....

والصحيح: ما ذكره المصنف.

ثم ما ذكره: في حق الرّجل، وأما في حق المرأة: فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت؛ على ما صرّح به في «البزازية»، وتفصيله في طلاق المريض من «العمادي» و«الفصولين».

(ومبارزته). عطف على قوله: «مرض» - (رجلاً)؛ أي: في الحرب ، وعن أبي حنيفة: أنّ المبارز كالصحيح.

(وتقديمه ليقتل في قصاص أو رجم)، أو انكسرت سفينته وبقي على لوح.

وقيل: إن من قدم لقصاصٍ: كالصّحيح؛ لأن العفو عن القصاص مندوب إليه، بخلاف الرجم.

واختلف في المشلول والمفلوج والمقعد، فقال محمد بن سلمة: إن كان لا يرجى برؤه بالتداوي.. فكالمريض، وإلّا.. فكالصحيح.

وعن الهندواني: إن كان يزداد أبداً.. فكالمريض، وإن كان يزداد مرة ويقل أخرى.. فكالصّحيح.

وفي «الذخيرة»: إن لم يزدد.. فكالصّحيح، وعليه فتوى صدر الشهيد.

(فلو أبان امرأته) بأن طلّقها طلقة بائنة أو ثلاثاً أو قال: «جامعت أمّ امرأتي وبنتها».

قيد بالإبانة؛ لأنه لو طلّقها رجعيّاً.. ورثت منه ما دامت في العدة، لكن لا باعتبار الفرار، بل باعتبار أن حكم النكاح باقٍ من كلّ وجه؛ على ما في «الزيلعي» و«العناية».

والمراد بالإبانة: بغير رضاها؛ لأنه لو أبانها في تلك الحالة بطلبها.. لا ترث منه على ما سيأتي.

وَهُوَ بِتِلْكَ الْحَالةِ، ثـمَّ مَاتَ عَلَيْهَا بذلكَ السَّبَبِ أَو بِغَيْرِهِ وَهِي فِي الْعدَّةِ.. ورِثَتْ.

(وهو بتلك الحالة، ثم مات عليها) أي تلك الحالة؛ لأنه لو لم يمت عليها بأن أبانها في تلك الحالة، ثم صحّ منها، ثم مات.. لا ترث.

(بذلك السبب أو بغيره)؛ بأن مات في تلك الحالة بغير ذلك المرض، وفيه خلاف عيسى بن أبان؛ هو يقول: أن مرض الموت ما يكون سبباً للموت، ولمّا مات بسبب آخر.. علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت.

قلنا: الموت اتصل بمرضه، حيث لم يصح حتّى مات، وقد يكون للموت سببان، فلم يتبين أنّ مرضه لم يكن مرض الموت، وأن حقّها لم يتعلق بماله.

(وهي في العدّة)؛ لأنه لو مات بعد انقضاء العدة.. لا ترث منه.

(.. ورثت) إن كانت ممّن ترث، وإلّا - بأن كانت كتابية أو أمة - لا ترث، وهذا عندنا.

وقال الشافعي في الجديد، وابن المنذر: إنها لا ترث قبل انقضاء عدّتها، ولا بعد انقضائها؛ لأن سبب إرثها منه هي الزوجية، وقد بطلت بالطلاق قبل الموت، فصار كما لو طلّقها قبل الدخول، أو في الصّحة.

ولنا: أن الزّوجية سبب إرثها منه في مرض موته، وهو قَصَدَ إبطاله [٤٣٦/ب] بالطلاق فيُرَدُّ عليه بتأخير عمل الطّلاق، وهو: الحرمان عن الإرث إلى زمان انقضاء العدة؛ دفعاً للضرر عنها.

ولا يخفى عليك أن هذا من قبيل تخصيص العلة، والمخلص معروف في الأصول.

فإن قيل: لو كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها.. وجب أن يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها، وما قبل انقضاء العدة وما بعده.

قلنا: توريثها منه بعد وقوع الطلاق: إنما يصح إذا أمكن تأخير عمل الطلاق؛

وَكَذَا لَو طَلَبَتْ رَجْعِيَّةً فَطلَّقهَا ثَلَاثاً.

ومبانةٌ قَبَّلتِ ابْنَهُ بِشَهْوَةٍ.

وَلَو أَبَانَهَا وَهُوَ مَحْصُورٌ، أَو فِي صفِّ الْقِتَالِ، أَو مَحْبُوسٌ لقصاصٍ أَو رجمٍ، أَو يقدر على الْقيامِ بمصالِحِهِ خَارجَ الْبَيْتِ لكنَّهُ مشتكٍ أَو مَحْمُومٌ.. لَا تَرِثُ.

ليكون النكاح قائماً، وإنما أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة؛ لأن النكاح باق في العدة في حقّ بعض الآثار: من حرمة التزوج، والخروج، ونكاح الأخت، ونكاح الرابعة سواها.. فجاز أن يبقى في حق إرثها منه؛ دفعاً للضرر عنها.

بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة؛ لأن التأخير فيه غير ممكن؛ لعدم بقاء النكاح أصلاً.

وبخلاف ما لو ماتت المرأة في تلك الحالة في العدة؛ حيث لا يرث الزوج منها؛ لأنه رضي بحرمانه عن الإرث منها، حيث أقدم على طلاقها، ولأنه لم يكن النكاح قائماً بوجه؛ لانقطاعه بموتها، ولأنه لم يتعلّق حقّه بمالها بعد الطلاق؛ لأنه مريض وهي صحيحة.

(وكذا)؛ أي: ترث هي منه **(لو طلبت)** طلقة **(رجعية فطلّقها ثلاثاً)**؛ لأن الرجعي لا يزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقّها.

(ومبانةٌ قبّلت ابنه بشهوة) يعني: إذا أبانها في تلك الحالة، فطاوعت ابن زوجها بالجماع أو القبل.. ورثت منه؛ لأنها بالمطاوعة ما أبطلت أهلية الإرث؛ لأن المَحْرَمِيَّة لا تنافي الإرث.

(ولو أبانها وهو محصور، أو في صف القتال، أو محبوس لقصاص أو رجم، أو يقدر على القيام بمصالحه خارج البيت، لكنه مشتك أو محموم.. لا ترث)؛ لأن الغالب فيها الصحة والسّلامة لدفع بأس العدوّ، وكذا المنعة، فلا يثبت به حكم الفرار.

وَكَذَا المختلعةُ، ومخيَّرةٌ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا، وَمَن طُلِّقَتْ ثَلَاثاً بِأَمرِهَا، أَو بِغَيْرِ أَمرِهَا لَكِن صَحَّ ثُمَّ مَاتَ، وَمنِ ارْتَدَّتْ بَعْدَمَا أَبَانَهَا ثُمَّ أَسلمت، وَكَذَا مَفرَّقةٌ بِسَبَب: الْجَبِّ، أَوِ الْعِنَّةِ، أَو خِيَارِ الْبلُوغِ، أَوِ الْعتْقِ.

وَلَو فعلت ذَلِكَ وَهِيَ مَرِيضَةٌ لَا تقدرُ على الْقيامِ بمصالحِ بَيتِهَا، ثُمَّ مَاتَت وَهِيَ فِي الْعدَّةِ.. ورِثَهَا.

(وكذا المختلعة) أي لا ترث منه، وإن مات في عدتها؛ لأنها رضيت بإبطال حقّها، وتأخير عمل الطلاق: إنما هو لحقها؛ على ما ذكرناه.

(ومخيّرة) بخيار البلوغ أو العتق أو تفويض الطلاق إليها أو الجب أو العنة **(اختارت نفسها)**، إنما لا ترث هي منه؛ لما مر أنها رضيت بإبطال حقّها.

(ومن طلّقت ثلاثاً بأمرها)؛ لما مر أيضا.

(أو بغير أمرها، لكن صحّ، ثم مات):

وقال زفر: ترث هي؛ لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدّة.

قلنا: المرض إذا تعقبه برء.. فهو بمنزلة الصحة لانعدام مرض الموت، فتبيّن أنه لا حقّ لها يتعلّق بماله، فلا يصير به فاراً.

(ومن ارتدّت بعدما أبانها، ثم أسلمت) وقد مات الزوج بتلك الحالة وهي في العدة؛ لأنها بالردة أبطلت أهلية الإرث، ولا بقاء بدون الأهلية.

(وكذا) لا ترث **(مفرقة بسبب الجب أو العنة أو خيار البلوغ أو العتق)**؛ لما ذكرناه.

(ولو فعلت) المرأة **(ذلك)**؛ أي الفرقة بسبب الأشياء المذكورة **(وهي مريضة لا تقدر على القيام بمصالح بيتها)**؛ أي: لا تقدرها في بيتها **(ثم ماتت)** [٤٣٧/أ] **(وهي في العدّة)**؛ أي عدة تلك الفرقة **(.. ورثها)**؛ أي ورث الزوج منها؛ لأن حكم الفرار كما يثبت من جانب الزّوج.. كذلك يثبت من جانب الزّوجة؛ على ما قدّمناه.

وَلَو أَبَانهَا بأَمرِها فِي مَرضِهِ، أَو تَصادقا أَنَّهَا كَانَت حَصَلَت فِي صِحَّتِهِ وَمَضَتِ الْعِدَّةُ ثمَّ أوصى لَهَا أَو أقرَّ بدَينٍ.. فلهَا الْأَقَلُّ مِن إرثِها وَمِمَّا أَوصِى، أَو أقرّ.

وَإِن علَّقَ الطَّلَاقَ بِفعلِ أَجْنَبِيٍّ أَو بمجيءِ الْوَقْتِ ....

(ولو أبانها بأمرها في مرضه أو تصادقا أنها)؛ أي الإبانة (كانت حصلت في صحته ومضت العدّة، ثم أوصى) الزوج (لها أو أقرّ بدين.. فلها)؛ أي: لتلك المرأة (الأقل من إرثها ومما أوصى أو أقر) الزّوج؛ هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمّد في المسألة الثانية: يصح وصيّته وإقراره، فلها جميع ما أوصى أو ما أقرّ وهو قول زفر في المسألة الأولى؛ لأن الميراث لمّا بطل بسؤالها.. زال المانع من صحة الإقرار والوصيّة.

ووجه قولهما في المسألة الثانية: أنهما لمّا تصادقا على الطّلاق وانقضاء العدّة.. صارت أجنبية عنه فانعدمت تهمة إيثار الزّوج الزوجةَ على سائر الورثة، ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها:

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن العدة باقية وهي سبب التهمة، والحكم يدار على دليل التّهمة.. فلا يصح إقراره ووصيّته، ولهذا: لا يجوز إقراره ووصيّته لمنكوحته وذوي قرابته، ولا عدة في المسألة الثانية.

ولأبي حنيفة في المسألتين: أن التهمة قائمة؛ لأن المرأة قد تختار الطّلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقّها، والزّوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدّة؛ ليحس بماله زيادة على ميراثها، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها، ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه، ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة ولا تهمة في حق هذه الأحكام.

(وإن علّق الطّلاق بفعل أجنبي) بأن قال: «إذا دخل فلان الدار.. فأنت طالق».

(أو بمجيء الوقت) بأن قال: «إذا جاء رجب.. فأنت طالق».

فَوُجِدَ؛ فَإِن كَانَ التَّعَلُّيقُ وَالشَّرطُ فِي مَرَضِهِ.. ورثَت، وَإِن كَانَ أَحدُهمَا فِي الصِّحَّةِ.. لَا تَرثُ، وَإِن علَّقَ بِفعلِ نَفسِهِ وهما فِي الْمَرَضِ أَوِ الشَّرْطُ فَقَط.. ورِثَتْ.

(فوجد) الشرط (؛ فإن كان التّعليق والشرط في مرضه.. ورثت) بحكم الفرار، (وإن كان أحدهما)؛ أي: التّعليق، والإضافة: للعهد (في الصّحة) والشرط في المرض (.. لا ترث).

وقال زفر: ترث؛ لأن المعلّق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فكان تطليقاً بعد تعلق حقّها بماله.

ولنا: أنه كالمنجز عنده حكماً لا قصداً، حتى لو وجد الشّرط وهو مجنون: يقع، ولو كان قصداً.. لما وقع؛ لعدم القصد منه.

ولو علّق طلاق امرأته بشرط، ثم حلف أن لا يطلق امرأته، ثم وجد الشرط.. لا يحنث، فلو كان تطليقاً.. قصد الحنث؛ فإذا لم يكن عن قصد.. لم يكن متعدياً، والفرار بالتّعدي.

(وإن علّق بفعل نفسه) سواء كان فعله مما لا بدّ منه أو لا (وهما)؛ أي: التعليق والشرط (في المرض أو الشرط فقط.. ورثت)؛ لأنه صار قاصداً إبطال حقّها بالتّعليق والشرط، أو بالشرط وحده.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون فارّا في فعله الذي لا بدّ له منه.

أجيب: بأن الاضطرار في جانب الفاعل لا ينفي الضمان؛ كمن اضطرّ إلى أكل مال الغير وقتل الجمل الصّائل عليه، وبأنه: وإن كان مضطّرا في الفعل ولكنه ليس بمضطّر [٤٣٧/ب] في التّعليق.

ومنه علم: أنه لو قال في صحته: «إن لم أخرج عن هذه القرية.. فامرأتي طالق ثلاثاً» ولم يخرج منها حتى مات فيها.. فامرأته تطلق ثلاثاً قبيل موته؛ لتحقق الشّرط قبيل موته، وترث منه؛ لأن الشرط - أعني عدم الخروج - تحقق في مرض موته،

وَكَذَا لَو علّق بِفِعْلِهَا وَلَا بدّ لَهَا مِنْهُ وهما فِي مَرضِهِ، وَكَذَا لَو كَانَ الشَّرْطُ فَقَط فِيهِ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَإِن كَانَ لَهَا بَدٌّ.. لا تَرثُ على كلِّ حَالٍ.

ووقع الطّلاق في مرض موته؛ لأن قبيل الموت: وقت مرض الموت. هذه المسألة واقعة الفتوى.

ولو ماتت المرأة والحالة هذه.. لا يرث الزوج منها؛ لأنه أبانها في مرض موتها، فيجازى بالحرمان، وبقاء العدة غير مقيد لانقطاع حق الزوجيّة بالبينونة التامّة.

(وكذا)؛ أي ترث **(لو علّق بفعلها، ولا بدّ لها منه وهما في مرضه)** كأكل الطعام وصلاة الفرض؛ لأنها مضطرّة في المباشرة؛ لأن لها في الامتناع خوف الهلاك في الدّنيا أو في الآخرة، ولا رضاء مع الاضطرار.

(وكذا)؛ أي ترث **(لو كان الشرط فقط فيه)**؛ أي: في المرض، **(خلافاً لمحمد)**، وزفر معه، قالا: لا ترث منه؛ لأنه حين علّق الطّلاق بفعلها لم يكن في ماله لها حق، فلا يتهم بالقصد إلى الفرار، ولم يوجد بعد ذلك منه صنع، غاية ما في الباب: أن ينعدم رضاها أو فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بداً، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر، وقد تقدم أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة.. فكذلك ههنا؛ لما أن الزوج لم يباشر العلّة، ولا الشرط في مرضه، فلا يكون فاراً.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنّ الزوج ألجأها إلى جعل فعلها الذي لا بدّ لها منه علّةً لإسقاط حقّها، فينتقل الفعل إليه؛ كأنّها آلة له كما في الإكراه.

(وإن كان لها منه بدّ.. لا ترث على كلّ حال) أي حال وجودهما في المرض وحال وجود الشرط فيه فقط؛ لأنها رضيت بالشّرط، والرضاء به: يكون رضاً بالمشروط.

وَإِن قَذفهَا أَو لَاعن وَهُوَ مَرِيضٌ.. ورثت.

وَكَذَا لَو كَانَ الْقَذْفُ فِي الصِّحَّةِ وَاللّعانُ فِي الْمَرَضِ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَإِن آلى مِنْهَا وَبَانَتْ بِهِ؛ فَإِن كَانَا فِي الْمَرَضِ.. وَرِثَتْ، ....

فإن قيل: لا نسلم ذلك؛ فإن أحد شريكي العبد إذا قال لصاحبه: «إن ضربتَه فهو حرّ» فضربه.. عتق، وللضارب ولاية تضمين الحالف، مع أنّ الضارب ضربه باختياره، فلم يجعل ذلك منه رضى.

أجيب: بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بإجماع الصحابة بشبهة العدوان، فيقبل حكمه أيضا بشبهة الرّضاء، ولا كذلك حكم الضمان، وقد وجد ههنا بشبهة رضى المرأة.. فكفى ذلك لنفي حكم الفرار.

(وإن قذفها أو لاعَنَ وهو مريض) في وقت القذف واللعان **(.. ورثت)** بالاتفاق.

(وكذا)؛ أي ورثت **(لوكان القذف في الصحة واللعانُ في المرض)**؛ هذا عندهما.

(خلافاً لمحمد) قال: لا ترث؛ لأن الطلاق إنما يقع بلعانها دون لعان الزوج؛ لأنه آخر اللعانين، فيكون آخر المدارين.

فإن قيل: الفرقة إنما تقع بقضاء القاضي عندنا.. فكان القضاء آخر المدارين.

أجيب: بأن اللّعان شهادة عندنا على ما سيأتي، والحكم أبداً: يثبت بالشهادة لا بالقضاء.

ووجه قولهما: أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها، إلا أنها مضطرة في ذلك الاستدفاع الفار عن نفسها [٤٣٨/أ] فكان ملحقاً بفعل المرأة الذي لا بدّ لها منه وقد تقدّم الوجه فيه.

(وإن آلى) أي الزوج **(منها وبانت)** منه **(به)** أي بسبب الإيلاء، **(فإن كانا في المرض.. ورثت)**؛ لأن القصد إلى الفرار: قد تحقق منه في حال مرضه.

وَإِن كَانَ الْإِيلَاءُ فِي الصِّحَّةِ.. لَا.

وَفِي الرَّجْعِيِّ تَرِثُ فِي جَمِيعِ الْوُجُوهِ إِن مَاتَ وَهِي فِي الْعِدَّةِ، وإِلاّ.. لَا.

(وإن كان الإيلاء في الصحة.. لا)؛ لأن الإيلاء في معنى تعليق الطّلاق؛ بمضي أربعة أشهر خال عن الجماع، فيكون بالتعليق بمجيء الوقت، وهي لا ترث فيه؛ على ما ذكرناه من أن المعلّق بالشرط.. كالمنجّز عنده حكماً لا قصداً، فلا يكون متعدّياً، والفرار بالتعدي.

(وفي الرَّجعيِّ ترث في جميع الوجوه)؛ أي: سواء كان الطلاق بسؤالها أو لا، وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله، وسواء كان الفعل ممّا لها فيه بد أو لم يكن.

(إن مات) الزوج (وهي في العّدة) لبقاء الملك؛ لأن الرجعي لا يزيل النكاح، حتى يحلّ الوطء، فكان السبب قائماً.

(وإلّا)؛ أي: وإن لم يكن في العدة (..لا) ترث لزوال الملك بالكيلة.

* * *

(بَابُ الرّجْعَةِ)

هِيَ اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ الْقَائِمِ فِي الْعِدَّةِ.

فَمن طلَّقَ مَا دونَ ثَلَاثٍ بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ أَو بِالثلَاثِ الأُوَلِ مِن كناياتِهِ وَلم يَصِفْهُ بِضَرْبٍ مِنَ الشدَّةِ،

(بَابُ الرَّجْعة)

لما كانت الرجعة متأخّرة عن الطّلاق طبعاً.. أخره وضعاً؛ ليناسب الوضعُ الطبّعَ.

و(هي) في اللغة: مصدر رجع [رَجعة] بفتح الرّاء وكسرها، والفتح أفصح.

وفي الشريعة: (استدامة النكاح القائم في العدة)؛ أي بقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدّة؛ لأن النكاح قائم لا زائل؛ لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ أي لهم حق الرجعة، لا أن يكون لها أو للأجنبي حق، فيكون البعل أولى؛ لأنها ليس لها أن تمنع البتة، ولا للأجنبي أن يتزوجها ما دام حقه باقياً.

وإنما اشترطت العدة؛ لأن بعد انقضائها لا يسمّى بعلاً، ولا له حقّ، بل هو والأجنبي فيها سواء:

وقوله: «في العدة» متعلق بالاستدامة؛ إشارة إلى هذا الشرط، ولها شروط أخر أشار إليها بقوله:

(فمن طلّق ما دون ثلاث)؛ إذ لا رجعة بعد الثلاث.

(بصريح الطلاق أو بالثلاث الأُول من كناياته)؛ أعني قوله: «اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة»؛ إذ لا رجعة بغير هذه الألفاظ؛ لأن الواقع بغيرها بائن، ولا رجعة بعد البينونة؛ لزوال الملك:

(ولم يصفه بضرب من الشدة)؛ لأن الموصوف بها بائن، ولا رجعة في البائن:

وَلم يكن بِمُقَابلَةِ مَالٍ.. فَلَهُ أَن يُرَاجِعَ وَإِن أَبَت مَا دَامَت فِي الْعِدَّةِ، بقوله: «رَاجَعتُكِ، أَو راجعتُ امْرَأَتِي»، أَو بِفعلٍ مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ مِن وطءٍ وَمَسٍّ وَنَحْوِهِ

(**ولم يكن بمقابلة مال**)؛ لأن ما يقابل المال بائن وبعد هذه الشروط (.. **فله أن يراجع وإن**) - وصلية - (**أبت**)؛ لقوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ من غير فصل بين الراضية وغيرها، ومعنى الإمساك: هو الإبقاء على ما كان، وهو معنى الرجعة.

وقوله: (**ما دامت في العدّة**): إشارة إلى اشتراط العدة في الرجعة، ولا حاجة إلى ذكره بعد قوله: «في العدة» في أوّل الباب.

ثم شرع في بيان ما به الرجعة من القول والفعل، ولا خلاف في جوازها بالقول، وفي جوازها بالفعل: خلاف الشافعي؛ على ما سيأتي.

(**بقوله: راجعتك**) أو نكحتك إن كان في حضرتها.

(**أو راجعت امرأتي**) إن كان في غيبتها بشرط الإعلام ، وكذلك قوله: رددتك أو أمسكتك.

(**أو بفعل يوجب حرمة المصاهرة من وطء ومسّ**) بشهوة (**ونحوه**)؛ من القبلة والنظر بشهوة إلى [٤٣٨/ب] فرجها الدّاخل؛ على ما في «الكفاية».

والنظر إلى دبرها ليس برجعة؛ على ما في «كمال الدراية»:

وكذا النظر إلى سائر بدنها، والمسّ بها بغير شهوة.

واختلف في الوطء في الدبر، قيل: إنه ليس برجعة.

وقيل: إنه رجعة، وعليه الفتوى؛ على ما في الزيلعي.

وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلّا بالقول مع القدرة عليه؛ لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح؛ لثبوت الحلّ بها، وابتداء النكاح: لا يصحّ بالوطء ودواعيه، فكذا هذا.

قلنا: هي عبارة عن استدامة النكاح على ما مرّ، والفعل قد يقع دليلاً على

مِن أَحِدِ الْجَانِبَيْنِ.

الاستدامة؛ كما في إسقاط الخيار؛ فإن من باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم وطئها في مدة الخيار يسقط الخيار، والأفاعيل المذكورة: تختص بالنكاح.. فيصح أن تقع دليلاً على استدامته.

بخلاف المسّ والنّظر بغير شهوة؛ لأنه قد يحلّ بدون النكاح؛ كما في القابلة والطبيب، والشهادة في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة، والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين السّاكنين، والزوج يساكنها في العدة، فلو كان النظر إليه رجعة.. لطلقها جديداً، فتطول عليها العدة، وفيه ضرر بها، فلا يجوز.

(**من أحد الجانبين**)؛ فلو قبلته أو لمسته أو نظرت إلى ذكره بشهوة وعلم الزوج ذلك.. وتركها حتى فعلت ذلك فهي رجعة عند أبي حنيفة ومحمد؛ على ما قاله الإمام السرخسي وشيخ الإسلام؛ اعتباراً بالمصاهرة.

وليس برجعة عند أبي يوسف؛ لأن الرجعة إنما تكون من جانب الزوج.

ولهما: أن فعل الزّوج إنما جعل رجعة؛ حملاً له على الحلّ.. فيستوي فيه الرجل والمرأة، ولهذا لو أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم.. يكون رجعة.

ولو أنكر الزوج أنها فعلته بشهوة فيشهدوا بها.. لا يقبل؛ على ما في «المبسوط»؛ لأن الشهوة لا يمكن إثباتها بالبينة، وتقبل على ما في «الجامع».

ولو تزوج المطلقة طلاقاً رجعياً.. يصير مراجعاً عند محمد.

ويصير لغواً عند أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف فيه روايتان.

والمختار: قول محمد؛ على ما في «الخلاصة»، وعليه الفتوى؛ على ما في «الينابيع» كذا ذكره في البحر.

وقال: وعلم منه: أن لفظ النكاح والتزوج قد يستعار للرجعة؛ يعني أن الرجعة في هذه المسألة بالقول لا بالفعل:

وَنُدِبَ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا ....

وهل يستعار لفظ الرجعة للنكاح؟ فقد ذكر في «الخلاصة»: أنه لو طلق امرأته، ثم قال: «إن راجعتها فهي طالق ثلاثاً» فانقضت عدّتها فتزوجها.. لم تطلق، ولو كان الطلاق بائناً.. تطلق. انتهى.

وعلّله في «المحيط»: بأنّها لمّا لم تكن محلاً.. انصرف إلى النكاح مجازاً؛ يعني أنه إذا أمكن انصراف اللفظ إلى حقيقته وقت التعليق وانصرف إليها.. لا يصير بعدها مجازاً، وإلا.. صار مجازاً.

ولو طلّقها رجعيّاً، ثم جنّ، ثم راجعها بفعل أو قول:

قيل: لا يصح بهما.

وقيل: يصح بهما.

وقيل: يصح بالفعل دون القول؛ كذا في «القنية».

واقتصر في «البزازية» على القول الأخير، ورجّحه في «البحر»: [٤٣٩/أ] بأنّ المجنون مؤاخذ بأفعاله دون أقواله.

(وندب الإشهاد عليها) بأن يقول لاثنين: «اشهدوا عليّ أنّي قد راجعت امرأتي»، وإن لم يشهد.. صحّت رجعته.

وعن الشافعي ومالك: أنها لا تصح بدون الإشهاد؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ والأمر للإيجاب.

ولنا: إطلاق النصوص الواردة في الرجعة عن قيد الإشهاد؛ كقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾، ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾، ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا﴾، ولأن الرجعة استدامة النكاح على ما تقدّم، والاستدامة: إنّما هي حال البقاء، والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء بالاتفاق، فكانت كالفيء في الإيلاء في أن الشهادة عليه ليست بشرط؛ لكونه حالة البقاء، إلا أنها مستحبة للاحتياط؛ كيلا يجري التناكر فيها.

وإعلامُها بهَا.

وَلَو قَالَ بعد الْعدة: «كنتُ رَاجَعتُكِ فِيهَا» فصدَّقته.. صحَّت.

وإلاّ.. فَلَا.

وَلَو قَالَ: «رَاجَعتُكِ» فَقَالَت ....

وما تلوه محمول على الاستحباب دفعاً للتناكر.

(و) ندب أيضاً: **(اعلامها)**؛ أي الرجعةَ **(بها)** أي بالمرأة؛ لأنه لو لم يعلمها.. لربّما تزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها على زعم عدم الرجعة من الزوج ويطؤها الزوج الثاني، فوقعت في العصيان، وكذا الزوج الأول؛ لتركه الإعلام، ويفرق بينها وبين الزوج الثاني؛ سواء دخل بها أو لا؛ على ما قاله الحاكم الشهيد.

ولو لم يعلمها.. لصحّت؛ لأنها استدامة النكاح القائم وليست بإنشاء، فكان الزوج بالرجعة متصرفاً في خالص حقّه، وتصرف الإنسان في خالص حقه.. لا يتوقف على علم الغير.

وفي «الخلاصة»: ويشهد على رجعتها ويعلمها؛ فإن لم يشهد أو أشهد ولم يعلمها.. كان مخالفاً للسنة.

(ولو قال) الزوج **(بعد)** انقضاء **(العدة: كنت راجعتك فيها)**؛ أي: في العدة **(فصدقته.. صحّت)**؛ لأن بتصادق الزوجين.. يثبت النكاح، فالرجعة أولى.

(وإلا)؛ أي: وإن لم تصدقه (.. **فلا**) تثبت الرجعة؛ لأن الزوج يدّعي ما لا يملك إنشاءه في الحال، وهي منكرة.. فالقول قولها بلا يمين عليها؛ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

بخلاف ما إذا كانت العدة باقية؛ حيث يكون القول فيها قوله؛ لأنه ادّعى ما يملك إنشاءه في الحال، فلا يكون منها فيه كالوكيل بالبيع إذا قال: «بعته من فلان»؛ فإنه يصدق قبل العزل لا بعده.

(ولو قال: راجعتك) فيها أي في العدة **(فقالت)** متصلاً بكلامه - لأنها لو قالت

مجيبةً لَهُ: «انْقَضتْ عِدَّتي».. فَالْقَوْلُ لَهَا، وَلَا تصحُ الرّجْعَةُ، خلافاً لَهما.

وَإِن قَالَ زوجُ الْأمةِ بعدَ الْعِدَّةِ: «كنتُ راجعتُ فِيهَا» فَصدَّقهُ سَيّدُهَا وكذَّبته.. فَالْقَوْلُ لَهَا.

وَعِنْدَهُمَا: للسَّيِّدِ.

ذلك منفصلا بعد المكث لصحت الرجعة بالاتّفاق - **(مجيبة له: انقضت عدّتي.. فالقول لها، ولا تصح الرجعة)** عند أبي حنيفة:

(خلافا لهما)؛ لأن عدّتها باقية ظاهراً إلى أن تخبر انقضائها، وقد كانت الرجعة واقعةً قبل إخبار انقضائها، فكانت واقعة في العدة.. فتصح لا محالة؛ كما لو قال لها: «طلقتك» فقالت مجيبة له: «قد انقضت عدّتي».. وقع الطّلاق على الأصح؛ على ما في «الخلاصة» عن الإمام السرخسي:

ولأبي حنيفة: أنّ الرجعة صادفت حالة الانقضاء؛ لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء، [٤٣٩/ب] وقد أخبرت بذلك، والإخبار يقتضي سبق المخبر عنه، ولا دليل على مقدار معيّن.. فيحمل على أقرب الأحوال، وهو حال قول الزوج، وإذا صادفت حالة الانقضاء: لا تكون معتبرة.

ومسألة الطّلاق خلافية أيضاً، ولو سلم أنها اتفاقية، لكن الطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء؛ لعدم التهمة، والمراجعة لا تثبت به للتهمة.

(وإن قال زوج الأمة بعد العدة كنت راجعت فيها، فصدقه فيها سيدها وكذبته) الأمة **(.. فالقول لها)**؛ أي للأمة عند أبي حنيفة:

(وعندهما للسّيد)؛ لأن منافع البضع مملوكة بعد انقضاء العدّة، فكان الإقرار بها للزوج إقراراً بما هو خالص حقّه، فلا مردّ له، فكان كالإقرار بأنه زوّج أمته من فلان.

ولأبي حنيفة: أن صحة الرجعة وعدمها يبتني على بقاء العدة وعدمه، وكل ما

وَفِي عَكسِهِ: القَوْلُ للسَّيِّدِ اتِّفَاقاً فِي الصَّحِيحِ.

وَإِن قَالَ: «رَاجَعتُكِ» فَقَالَت: «مَضَت عِدَّتي» وأنكرا.. فَالْقَوْلُ لَهَا.

وَإِذا طَهُرت مِنَ الحيضِ الْأَخيرِ لعشرةٍ.. انْقَطَعتِ الرّجْعَةُ وَإِن لم تَغْتَسِل.

وَإِنِ انْقَطعَ لأَقَلَّ.. لَا، مَا لم تَغْتَسِل، ....

هو كذلك: يبتني على قول من يكون القول قوله في ذلك؛ لكونه أميناً، والقول في العدة: قولها، فحكم الرجعة يبتني على قولها، وبتصديقه الزوج في الرجعة.. لم يبق له حق في منافع بضعها، فلا يكون إقراراً بما هو خالص حقّه، بخلاف الإقرار بتزوج أمته؛ فإنه إقرار بذلك.

(وفي عكسه)؛ أعني: صدَّقته الأمة وكذبه سيدها **(.. القول للسيد اتفاقاً في الصّحيح)**.

أما عندهما: فلأنّ منافع البضع حقه، والزوج يدعيها عليه وهو ينكره: والقول للمنكر.

وأما عنده؛ فلأنها منقضية العدة في الحال بالاتفاق، وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله.. فلا يقبل قولها فيه، بخلاف الوجه الأوّل؛ لأن المولى بالتصديق مقر بقيام العدّة عند الرجعة، ولا يظهر ملكه مع العدّة.

(وإن قال: راجعتك، فقالت: مضت عدّتي، وأنكرا)؛ أي المولى والزوج **(..فالقول لها)** بالاتفاق، فلا تصح الرجعة، إلا إذا برهن الزوج عليها؛ لأنه نوّر دعواه بالبينة.

(وإذا طهرت من الحيض الأخير)؛ أي الحيضة الثالثة **(لعشرة)**؛ أي لتمام عشرة أيام.. **(انقطعت الرجعة، وإن لم تغتسل)**؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة، فبمجرد الانقطاع لتمام عشرة.. خرجت من الحيض، فانقضت العدة وانقطعت الرّجعة.

(وإن انقطع لأقل) من العشرة **(.. لا)** تنقطع الرجعة **(ما لم تغتسل)**، ولو بسؤر

أَو يمْضِيَ عَلَيْهَا وَقتَ صَلَاةٍ، أَو تتيمَّمُ وَتُصلِّيَ.

وَعند مُحَمَّدٍ: تَنْقَطِعُ بِالتَّيمُّمِ وَإِن لم تصلِّ.

وَفِي الْكِتَابِيَّةِ: بِمُجَرَّدِ الِانْقِطَاعِ اتِّفَاقاً.

وَلَوِ اغْتَسَلت ونسيَت أَقلَّ مِن عُضْوٍ.. انْقَطَعت.

وَإِن نسِيَتْ عضواً.. لَا.

الحمار، لكنها لا تصلي به حتّى تغتسل بماء آخر أو تتيم؛ لاحتمال نجاسته.

(**أو يمضي عليها وقت صلاة أو تيمم وتصلي**.

وعند محمّد: تنقطع بالتيمم، وإن لم تصل)؛ لأن فيما دون العشرة: يحتمل عود الدم، فلا بد من أن يقصد الانقطاع بشيء من أحكام الطاهرات، وذلك بالاغتسال؛ لأنه يحل لها به القراءة ودخول المسجد والصلاة وغيرها.

أو يمضي عليها أدنى وقت صلاة؛ أي قدر ما تقدر فيه على الاغتسال والتحريمة، أو على التيمم والصلاة؛ لأنه إذا مضى عليها هذه المدة.. صارت الصّلاة ديناً في ذمّتها، وهو من أحكام الطّاهرات.

(**وفي الكتابيّة: بمجرد الانقطاع اتفاقاً**)، وإن كان لأقل من عشرة أيام، ويحلّ قربانها [٤٤٠/أ] وإن توهّم عود الدم؛ لأن القياس أن لا يعتبر الموهوم أصلاً، ولا يعارض المحقّق، إلّا أنا تركناه في المسألة استحساناً بالأثر، فيبقى في الكافرة على الأصل، ولأن الأمارة الزائدة؛ من الغسل ومضي وقت صلاة: متعذرة في حقها.. فلا تعتبر.

(**ولو اغتسلت ونسيت أقلّ من عضو.. انقطعت**) الرجعة.

(**وإن نسيت عضواً.. لا**) تنقطع استحساناً، والقياس في العضو الكامل: أن لا تنقطع الرّجعة؛ لأنها غسلت الأكثر، وله حكم الكلّ، وفي العضو الناقص: أن تبقى الرجعة أيضاً؛ لأن حكم الحدث: لا يتجزأ زوالاً؛ كما لا يتجزأ ثبوتاً، فبقيت على ما كان قبل الاغتسال.

وكلٌّ مِنَ الْمَضْمَضَةِ وَالِاسْتِنْشَاقِ كالأَقلِّ.

وَفِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ: كتمامِ الْعُضْوِ.

وَلَو طلَّق حَامِلاً أَو مَن وَلَدَتْ مِنْهُ وَأَنكرَ وَطأَهَا: لَهُ أَنْ يُرَاجِعَ.

وفي «المبسوط»: العضو وما دونه سواء، غير أني أستحسن الفرق، ولم يذكر موضع القياس والاستحسان، فقيل: موضعها: العضو الكامل عند أبي يوسف، وما دونه عند محمد.

ثم وجه الاستحسان، وهو الفرق بينهما: أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلّته، فلا يُتَيقّن؛ لعدم وصول الماء إليه، فقلنا بالانقطاع احتياطاً، ولا يحل لها التزوج بزوج آخر حتى تغتسل؛ احتياطاً أيضاً.

بخلاف العضو الكامل؛ لأنه لا يتسارع إليه الجفاف، فلمّا لم يكن مبلولاً.. علم أنه لم يصل إليه الماء؛ لعدم الغفلة عنه عادة.. فلا تنقطع الرجعة.

(**وكل من المضمضة والاستنشاق: كالأقلّ**) في ظاهر الرّواية عن أبي يوسف، وبه قال محمّد احتياطاً؛ لأن في فرضيتها اختلافاً، فإنهما سُنَّتان في الغسل عند مالك والشافعي، فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة.

بخلاف غيرهما من الأعضاء؛ إذ لا خلاف لأحد في فرضيته.

(**وفي رواية**) أخرى (**عن أبي يوسف: كتمام العضو**)، فلا تنقطع الرجعة؛ لبقاء حكم الحيض؛ لكونهما فرضين في الجنابة.

(**ولو طلّق حاملاً أو من ولدت منه وأنكر وطأها: له**)؛ أي لذلك الزوج (**أن يراجع**)؛ لأن الحَبَل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه - بأن ولدت لستة أشهر فصاعداً من يوم التزوج؛ لأن وضَع المسألة في ذلك - جعل الحبل منه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش» فكان ذلك دليل الوطء منه.

وكذا لو ولدت منه؛ أي في عصمته، في مدّة يتصور أن يكون منه؛ بأن ولدت لستة أشهر فصاعداً من يوم التزوج؛ كما مر: جُعِلَ منه ويثبت نسبه منه في

وَإِن طلَّق مَن خلا بهَا وَأنكرَ وَطأهَا.. فَلَيْسَ لَهُ أَن يُرَاجعَ.

وَإِن رَاجعهَا ثمَّ ولدَت بعدَ الرَّجْعَةِ لأَقلَّ مِن عَاميْنِ.. صحَّتِ الرَّجْعَةُ.

الموضعين، فيتأكد الملك، والطلاق في الملك المتأكد: يعقب الرجعة، ويبطل زعمه بتكذيب الشرع، حتى يثبت به الإحصان مع ثبوت تغليظ العقوبة عنده، فهذا أولى.

فإن قيل: ثبوت النسب منه: بطريق الدلالة، وإنكاره بقوله: «لم أجامعها»: صريح، والصريح فوق الدّلالة.

قلنا: نعم، إلا أن دلالة الشارع أقوى من صريح العبد.. فيعمل بها.

فإن قيل: إنه قد أقرّ بقوله: «لم أجامعها» سقوطَ حق مستحق له، وتكذيب الشارع: لا يردّه؛ كما لو أقرّ بعين في يد غيره لإنسان، ثم اشتراها منه، ثم استحقت من يده، ثم وصلت إليه بسبب من الأسباب.. يؤمر بتسليمها إلى المقرّ له، وإن كان [٤٤٠/ب] مكذباً شرعاً بالحكم المستّحق، ثم بصّحة الانتقال إليه.

أجيب: بأنه لم يتعلّق بإقراره هنا حق الغير، والموجب للرجعة، وهو الطلاق بعد الدّخول.. ثابت، فترتب عليه الحكم؛ لثبوت المقتضي وانتفاء المانع.

بخلاف المستشهد به؛ فإن المانع ثمة موجود، وهو تعلّق حقّ الغير به.

(وإن طلّق من خلا بها وأنكر وطأها.. فليس له أن يراجع)؛ لأن تأكّد الملك بالوطء، وقد أنكره، فيصّدق في حقّ نفسه، والرّجعةُ حقه.

فإن قيل: قد صار مكذباً شرعاً؛ لوجوب كمال المهر بهذا الطّلاق.

قلنا: ممنوع؛ لأن تأكد المهر المسمّى: يبتني على تسليم المبدل، وقد وجد ذلك بالخلوة الصحيحة، والتّسليم لا يستلزم قبضه؛ أعني: الوطء والتكذيب يبتني على القبض؛ لحصول التأكد به، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن الحمل وثبوت النسب منه: يستلزم قبض المبدل البتة، فيتأكد الملك به.

(وإن راجعها)؛ يعني إذا خلا بها، ثم طلّقها وأنكر وطأها، ثم راجعها **(ثم ولدت بعد)** هذه **(الرجعة لأقلّ من عامين)** من وقت الطلاق بيوم **(.. صحت الرجعة)**

وَلَو قَالَ لامْرَأَته: «إِن ولدتِ فَأَنتِ طَالِقٌ» فَولدت ولداً ثمَّ آخرَ مِن بطنٍ آخرَ.. فَهُوَ رَجْعَةٌ.

وَإِن قَالَ: «كلَّما ولدتِ فَأَنتِ طَالِقٌ» فَولدت ثَلَاثَةً فِي بطُونٍ.. فَالثَّانِي وَالثَّالِثُ: رَجْعَةٌ، وتتمُّ الثَّلَاثُ بِوِلَادَةِ الثَّالِثِ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ بالأقراءِ.

السّابقة؛ لأنه لما ثبت النسب منه؛ لمجيء الولد منها لأقّل من سنتين وهي معتدة.. لم تقر بانقضاء عدّتها، وظهر أنه صار واطئاً قبل الطّلاق، فتأكّد الملك في البضع، والطّلاق في الملك المتأكد: يعقب الرجعة.

وإنما لم يجعل واطئاً بعد الطّلاق؛ لأنه على هذا التّقدير: يزول الملك بنفس الطّلاق؛ لعدم الوطء قبل الطّلاق.. فيحرم عليه الوطء؛ لكونها أجنبيّة.. فيلزم وقوعه في الحرمة العظيمة.

بخلاف ما إذا جعل واطئاً قبله؛ لأن اللازم فيه وقوعه في الكذب، وهو أهون من الزّنا.

(ولو قال لامرأته: إن ولدت فأنت طالق، فولدت ولداً، ثم آخر من بطن آخر) بأن ولدته بأكثر من ستة أشهر، وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدّة.. **(فهو رجعة)**؛ لأنه وقع الطّلاق عليها بالولد الأوّل ووجبت العدة، فيكون الولد الثاني: من علوق حادث منه في العدة؛ لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعاً.

أما إذا كانت الولادتان من بطن واحد.. لا تثبت الرّجعة؛ لأن علوق الولد الثاني: كان حادثا مع الولد الأوّل لا بعده.

(وإن قال: كلما ولدت فأنت طالق فولدت ثلاثة) أولاد **(في بطون مختلفة.. فالثاني والثالث رجعة، وتتم)** الطّلقات **(الثلاث بولادة الثالث، وعليها العدة بالأقراء)**؛ لأنها بولادة الأوّل: وقع عليها الطّلاق؛ لوجود الشرط، فصارت معتدة بالأقراء، ثم إذا جاءت بولد آخر من بطن آخر.. صار مراجعاً؛ لما ذكرنا: أن العلوق بوطء حادث في العدّة، وبه يقع الطّلاق الثاني؛ لوجود الشرط الثاني أيضاً؛ لأن

والمطلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ تتشوَّفُ وتتزيَّنُ.

اليمين معقودة بكلمة «كلّما» ووجبت العدّة أيضاً بالأقراء، ثم جاءت بالولد الثاني: صار به مراجعاً أيضاً؛ لما ذكرناه، وتقع الطلقة الثالثة، ووجبت العدة في كلها بالأقراء. لأنها فارغة من الحمل، فتكون من ذوات الحيض حين وقع الطّلاق.

ثم لو جاءت بعد ذلك بولد آخر في [٤٤١/أ] بطن آخر.. لا تثبت المراجعة؛ لعدم تصوّرها حقيقة وحكماً، ولا يثبت نسبه منه؛ لأنها حرمت عليه حرمة غليظة بوقوع الثلاث، إلا إذا ادّعاه؛ على ما يجيء في ثبوت النسب.

وقوله: «في بطون مختلفة» احتراز عما إذا كانوا في بطن واحد؛ لأنها بوضع الأوّل: تقع عليها طلقة وهي حامل بالثاني والثالث على الفرض، فتكون عدّتها بوضع الحمل لا بالأقراء، ثم إذا وضعت الثاني.. تقع عليها طلقة أخرى، وعدّتها باقية على حالها؛ لكونها حاملاً بالثالث، ثم إذا وضعت الثالث.. انقضت عدّتها بولادته ولم يقع عليها شيء وإن وجد الشرط؛ لأن الطّلاق: لا يقع مقارنا لانقضاء العدّة؛ لعدم بقاء الملك عند الانقضاء، ولهذا: لو لم تلد الثّالث.. لم تقع الثانية أيضاً؛ لانقضاء العدّة بالثاني، فلا يقع مقارناً لانقضائها، وإنما يقع إذا كانت حاملاً بالثالث؛ لبقاء العدّة إلى وضع الثالث، حتى لو كانت هنا أيضا حاملاً بالرابع: تقع الثالثة؛ لما ذكرناه؛ كذا في «الزيلعي».

(والمطلّقة الرجعية تتشوف وتتزين)، وفي «العناية»: التشوف: خاصّ في الوجه، والتزين: عام في البدن، ويدلّ عليه: ما ذكره في «المغرب»؛ حيث قال: «المطلّقة طلاقا رجعيّا تتشوف لزوجها؛ أي: تتزين؛ بأن تجلو وجهها وتصقل خدّيها؛ من شاف الحليّ إذا جلاه. انتهى.

يعني: أنه تَفَعُّل من شاف الشيء إذا جلاه.

ثم الأصل ههنا: أن النكاح قائم بينهما؛ لكون الطلاق رجعيّاً، والتزين للأزواج مستحب؛ فيفعل به، ولأنه حامل على الرجعة، وهي مستحبة أيضاً.

وَنُدِبَ أَن لَا يدْخلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُعلِمَهَا إِن لم يقْصد رَجعتَهَا.

وَلَيْسَ لَهُ أَن يُسَافرَ بهَا حَتَّى يُرَاجِعهَا.

(وندب أن لا يدخل عليها حتى يعلمها) من الإعلام، وذلك بخفق النعل، النقل أو التنحنح ونحو ذلك **(إن لم يقصد رجعتها)**؛ حذراً عن الإضرار بها بطول العدّة؛ لأنه قد يقع بصره على موضع يصير به مراجعاً، فيحتاج تطليقاً ثانياً، وفيه كلام سنذكره.

(وليس له أن يسافر بها حتى يراجعها)؛ يعني: يحرم عليه السّفر بها؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ فإنها نزلت في الطلاق الرجعي؛ بدليل قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾، والنهي يستلزم الحرمة.

والسّفر بها ههنا: إخراجها من البيت، لا السفر الشّرعي؛ لأن الحرمة منوطة بالإخراج، لا السفر المقدّر بثلاثة أيّام؛ لوجود الحرمة في إخراجها إلى ما دون ثلاثة أيام أيضاً، ولكونه منهياً عنه.. لم يكن رجعة؛ لأن الرجعة مندوبة، والنهي ينافي الندب، فلا يكون أحدهما هو الآخر.

فإن قيل: سلّمنا أنّ سفره بها لا يكون مراجعة، لكن لم لا يجوز أن يكون هو دليلاً على المراجعة؟

أجيب عنه: بأنّ الكلام فيمن يصرّح بعدم رجعتها، ولا عبرة للدّلالة مع التصريح.

وأُورد عليه: بأن الوطء والتقبيل بشهوة: يكون رجعة دلالة، وإن صرّح بعدم رجعته.

وأجيب عنه بوجهين:

أحدهما: الفرق بينهما بالحل والحرمة؛ فإن الوطء والتقبيل حلال، والسفر بها حرام بالنص.

وثانيهما: أن الوطء والتقبيل رجعة حقيقة لا دلالة، والسفر بها رجعة دلالة؛ لأنه يستلزم شيئاً تثبت به الرجعة؛ كذا في «فتح القدير» و«شرح النقاية» للشمني [٤٤١/ب] و«البحر»، وهذا تصريح منهم بأنّ السفر بها رجعه دلالة؛ فيما إذا لم يصرّح بعدم رجعتها، بل سكت، وبه صرّح «قاضي خان» و«البدائع» و«غاية البيان».

ولكنه قال في «الزيلعي»: كون السّفر بها رجعة دلالة: يبطل بإخراجها إلى ما دون السّفر؛ فإنه حرام أيضاً للنهي عنه، ومع هذا لا تكون رجعة، والدلالة: فعل يختص بالنكاح، والمسافرة بها لايختص به، بل أعمّ، ألا ترى أنّ المسافرة تجوز لها مع المحرم؛ فصارت كالخلوة بها والخروج إلى ما دون السفر. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا بناء على حمل السّفر على السّفر الشّرعي، وليس كذلك، بل المراد به الخروج معها من البيت؛ على ما عرفت آنفاً.

واعلم: أنه كما يحرم السّفر بها.. يحرم الخلوة معها أيضاً؛ إن لم يقصد رجعتها؛ احترازاً عن الإضرار بها بطول العدة على ما ذكرناه آنفاً؛ كذا قالوا.

وقال الإمام السّرخسي: إنما تكره الخلوة بها إذا لم يأمن غشيانها؛ إذ يصير حينئذ مراجعاً بها بغير إشهاد، وهو مكروه؛ على ما سبق.

وقال ابن الهمام في «فتح القدير»: ومقتضى هذا: أنه إن أمن غشيانها.. لا تكره الخلوة معها، وإن كراهية الخلوة حينئذ: تنزيهيّة لا تحريميّة، ولم يلتفت الإمام السّرخسي إلى التعليل باحتمال النظر إلى موضع يصير به مراجعاً على ما علّله القوم؛ كأنه لبعده جدّاً، حيث كان إنما هو النظر إلى داخل الفرج وقل أن يقع مع الخلوة، حتى إنّ الإنسان مع زوجته الّتي هي في عصمته سنين: لا يقع له هذا النظر إلا إن تعمّده قصداً حالة الجماع.

ثم اعلم: أن السفر بها قبل الرجعة: حرام، سواء راجعها في العدة بعد السفر بها أو لم يراجعها؛ لإطلاق ما تلوناه.

وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحرِّمُ الْوَطْءَ.

وَلَهُ أَن يتَزَوَّجَ مُبانَتَهُ بِمَا دونَ الثَّلَاثِ ....

لكن الوجه الذي ذكره في «الهداية» وهو أن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة؛ فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة.. ظهر أنه لا حاجة، فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده؛ بدليل أن الأقراء الماضية تحتسب من العدة، فتكون مسافرته بها.. مسافرة بأجنبية، فلا تجوز.

يقتضي: أنه لو راجعها في العدّة تبيّن حاجته، وأن المبطل؛ أي الطّلاق: لم يعمل عمله أصلاً؛ أعني: قطعَ النكاح، وأن المسافرة لم تكن بأجنبية.. فزالت الحرمة:

وقال في «فتح القدير»: والأوجه: تحريم السفر مطلقاً، لإطلاق النصوص المذكورة في منع السفر بها.

(**والطّلاق الرجعي لا يحرّم الوطء**)، ولا يحرم عن الإرث أيضاً؛ لما في «قاضي خان»: رجل طلّق امرأته رجعيّاً، ثم مات وهي في العدة.. ورثت، كان الطلاق في الصّحة أو في المرض، وكذا لو ماتت المرأة في العدة.. ورثها زوجها. انتهى.

وقال الشافعي: يحرم الوطء؛ لزوال الزوجية؛ لوجود القاطع وهو الطلاق.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ وقد مرّ وجهه.

ولأن الزوجيّة قائمة لا زائلة، حتى ملك مراجعتها من غير رضاها؛ لأن حقّ الرجعة يثبت نظراً للزوج؛ ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم.

وهذا المعنى يوجب استبداده بالرجعة، [٤٤٢/أ] والاستبداد يؤذن كونها استدامة لا إنشاء، وما تلوناه من دليل الاستبداد ينافي كونها إنشاء، والقاطع ليس بمزيل لها، بل إنما أخر عمله إلى مدة المانع حاجة الزوج، ولا يخفي عليك أن هذا من قبيل تخصيص العلّة، لكن المخلص معروف.

(**وله أن يتزوّج**) - أي بلا حاجة إلى زوج آخر - (**مبانته بما دون الثلاث**)، ولو

فِي الْعِدَّةِ وَبعدَهَا.

وَلَا تحلُّ الْحرَّةُ بعد الثَّلَاثِ، ....

كانت البينونة بالخلع؛ لأن الواقع به: الواحدة البائنة.

(في العدة وبعدها)؛ متعلق بقوله: «يتزوج»، وهذا؛ لأن الحلّ الأصلي باق ما لم يتكامل العدد، والمنع إلى انقضاء العدّة؛ لعارض اشتباه النسب، ولا اشتباه في إباحته له، وإنما الاشتباه في الإباحة لغيره:

ولهذا فسد نكاح معتدة الغير في عدتها، وجاز له نكاح معتدته:

وفي «خزانة الفقه» لأبي الليث؛ من باب العدة: خمسة من النساء يجوز نكاحهن في العدّة:

المختلعة.. يتزوجها في العدّة.

وأم الولد يعتقها سيّدها.. يتزوجها في العدّة.

والأمة أعتقت فاختارت نفسها.. يتزوجها زوجها في العدة.

وإذا ارتد أحد الزوجين، ثم أسلم.. يتزوجها في العدة.

والصغيرة إذا أدركت فاختارت نفسها.. يتزوجها في العدّة.

والملاعن إذا كذب نفسه.. يتزوج الملاعنة في العدة في قول أبي حنيفة ومحمد. انتهى.

(ولا تحل الحرة بعد الثلاث)؛ سواء طلّقها رجعيّاً أو بائناً قبل الدخول بها أو بعد الدخول؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ﴾ الآية.

وذكر في «المشكاة» أن في غير المدخول بها.. تحل بلا زوج آخر.

وقال في «فتح القدير»: إنه زلّة عظيمة مصادمة للنص والإجماع على عدم الفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها بعد الثلاث؛ في الاحتياج إلى التحليل.

وقد يجاب عنه: بأنّ مراده أنه لو طلّقها قبل الدخول بها ثلاثا متفرقاً.. لا يحتاج

وَلَا الْأَمَةُ بعدَ الثِّنْتَيْنِ.. إلاّ بعدَ وطء زوجٍ آخرَ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ وَمضيّ عِدَّتِهِ.

إلى التحليل؛ لأن الفرقة حينئذ تقع بالأول، فلا تكون في المعنى مطلّقة ثلاثاً.

بخلاف ما لو طلّقها ثلاثاً بكلمة واحدة دفعة.

وقال في «الكفاية»: طلّقها أزواج كلّ زوج ثلاثا قبل الدخول بها، وتزوجت بآخر ودخل بها.. تحلّ للكلّ.

واعلم: أن المراد بالثلاث.. التطليقات الثلاث رجعياً أو بائناً، لا التفريقات الثلاث مطلقاً، ولو بطريق الفسخ؛ فإنه لو طلّق امراته اثنتين، ثم تزوجها، ثم وقعت الفرقة بطريق الفسخ؛ بأن تكلم كلمة الكفر وبانت امرأته.. فإنه يجوز تزوج تلك المرأة برضاها بلا حلّة؛ فإن الفرقة الواقعة بكلمة الكفر: فسخ لا طلاق؛ على ما أفتى به المشايخ، وهذا بناء على أن الردة فسخ لا طلاق كما صرّح به في ردّة «قاضي خان».

(ولا الأمة بعد الثنتين إلا بعد وطء زوج آخر بنكاح صحيح ومضي عدته)؛ أي: عدة طلاقه، أو عدّة وفاته.

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، والمراد بقوله **فإن طلقها**: الطلاق الثلاث في الحرة.

والثنتان في الأمة: كالثلاث في الحرة؛ لأن الرق منصف لحلّ المحل، لكن الطّلقة الواحدة لا تتجزأ، فكملت فصارت ثنتان؛ على ما عرف في الأصول.

وإنما اشترط وطء الثاني: للسنة والإجماع.

أما [٤٤٢/ب] **السنة**: فلقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة رفاعة حين أرادت العود إلى رفاعة بعد الزوج الثاني: «لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته».

فإن قيل: إنها زيادة على ما تلوناه من قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، فلا يقبل؛ لأنه نسخ.

قلنا: نعم إلا أنه مشهور والزيادة على الكتاب بالخبر المشهور: جائز؛ على أن بعض المفسرين حمل النكاح المذكور على الوطء؛ بناء على أن العقد مستفاد من قوله: ﴿زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، فعلى هذا: لا يرد السؤال المذكور ابتداء.

وأما الإجماع: فلانّ الأُمة كلها اجتمعت على اشتراط الوطء؛ سوى سعيد بن المسيّب والخوارج والشيعة، ولا عبرة بذلك؛ لعدم استنادهم إلى دليل، حتى لو قضى القاضي بقولهم.. لا ينفذ قضاؤه، وروي رجوع السعيد عنه.

وفي «الخلاصة»: ومن أفتى بهذا القول.. فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين.

وما قيل: إن الشافعي لم يشترط الوطء، بل إنما شرط النكاح على ما في شرح «النقاية».. فهو باطل؛ لأنه لا خلاف بينه وبيننا في اشتراط الوطء، وإنما الخلاف في أن الزوج الثاني: هل يهدم حكم ما دون الثلاث أم لا؟ على ما سيأتي بيانه.

ولا يشترط الإنزال؛ لأنه شبع في الوطء.

وفي «البحر»: إن الشرط هو الإيلاج؛ بشرط كونه عن قوّة نفسه وإن كان ملفوفاً بخرقة، إذا كان يجد لذة حرارة المحل.

حتى لو أولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع بمساعدة اليد.. لا يحلّها للأول.

إلا أن تنتشر آلته، وبخلاف من في آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان.. فإنها تحل به للأول.

وفي «الخلاصة» عن «شرح الطحاوي»: أن مطلقة الثلاث لا تحل لزوجها الأول: لا بنكاح ولا بملك يمين، حتى تتزوج بآخر ويدخل بها الثاني؛ سواء كان الزوج الثاني بالغاً أو غير بالغ، مجنوناً أو غير مجنون؛ إذا يجامع مثله.

وفي «فوائد شمس الأئمة»: أنه مقدر بعشر سنين؛ فإذا التقى الختانان وتوارت الحشفة.. حلت للأوّل إذا بانت من الثاني وانقضت عدّتها منه.

ولو خلا بها الثاني ومات عنها.. لا تحل للأوّل.

ولو وطئها الثاني وهي حائض أو نفساء أو هو صائم أو هي صائمة.. فإنها تحل للأوّل، والثاني عاص في فعله.

ولو تزوجها الثاني نكاحاً فاسداً ودخل بها أو لم يدخل.. فإنها لا تحل للأوّل.

ولو كان الثاني خصياً.. فإنها تحل للأوّل؛ إذا كان مثله يجامع.

ولو كان مجبوباً.. لم تحل للأوّل، إلا أن حبلت وولدت.. فإنها حينئذ حلت للأول؛ عند أبي يوسف.

ولو كان مجنوناً، أو عبداً، أو مدبّراً، أو مكاتباً تزوّجوا بإذن المولى.. حلت للأوّل.

ولو كان نصرانيّاً تزوّج نصرانية.. حلت للمسلم.

ولو كان مشلولاً فجامعها.. حلت للأول؛ عند أبي يوسف، خلافاً لزفر والحسن.

ولا بد أن تكون المرأة ممن يوطأ مثلها، كما أن الزوج لا بد أن يكون ممن يطأ مثله؛ على ما صرّح به في «المنتقى» عن محمد.

ولا بد أيضاً أن يكون الوطء في المحل يقيناً، حتى لو كانت المرأة مفضاة ودخل بها الثاني.. لا تحل للأول؛ لعدم تيقنه [٤٤٣/أ] أنّ الوطء في المحلّ؛ لاحتمال أنه وطء في الدبر، إلا إذا حبلت منه؛ فإنه حينئذ تيقن أنه في القبل.

والمراد بالنكاح الصحيح: هو النّافذ، فخرج به النكاح الفاسد والموقوف؛ كما لو تزوجّها عبد بغير إذن سيّده، ثم وطئها قبل الإجازة.. فإنها لا تحل للأوّل، إلا إذا وطئها بعد الإجازة.

وَلَا تحلُّ لَهُ بِملكِ يَمِينٍ.

وهل يشترط الكفاءة في الزوج الثاني؟ ففي «المحيط»: مطلّقة الثلاث إذا زوّجت نفسها من غير كفؤ.. حلّت للأوّل عند أبي حنيفة وزفر.

وفي «الخلاصة»: وهذا الجواب مستقيم عند أبي حنيفة؛ على ظاهر الرّواية، فأما على رواية الحسن عنه: إذا زوجت نفسها غير كفؤ لا يجوز.. فلا يستقيم.

وعن أبي يوسف: إذا زوّجت نفسها عبداً.. لا يجوز؛ لعدم الكفاءة، وقد ذكرنا رواية الحسن.

(**ولا تحلّ له**)؛ أي للزوج الأوّل (**بملك يمين**)، وهذا يشمل ثلاث صور:

الأولى: أنّ الأمة لو طلّقها زوجها ثنتين وانقضت عدّتها فوطئها المولى.. لا تحل لزوجها.

الثّانية: لو اشتراها الزوج بعد الثنتين.. لا يحلّ له وطؤها حتى تتزوج غيره.

الثالثة: لو كانت تحته حرّة فطلّقها ثلاثاً، ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب، ثم استرقها.. لم تحلّ له حتى تتزوج بزوج آخر؛ كذا في «البحر».

ثم نقل عن «مناقب الكروري»: أنه إن كان العقد بلا وليّ، بل بعبارة النساء، أو كان بلفظ الهبة، أو بحضرة فاسقين، ثم طلقها ثلاثاً، ثم أراد أن تحل له بلا زوج آخر.. فإنه يرفع الأمر إلى قاض شافعيّ فينقض ببطلان النكاح الأول ويزوجها له بعقد جديد.

ولا يَرِدُ: القضاءُ بفساد النكاح - يستلزم حرمة الوطء المتقدّم، وأن الأولاد متولدة من وطءٍ حرام.

لأنا نقول: القضاء يعمل في القائم والآتي لا في الماضي.

وفي «فتاواه»: أنها إن خافت أن لا يطلقها المحلّل.. تقول له: لا أتزوج منك حتى تقول لي: «إن تزوجتك وجامعتك فأنت طالق». انتهى.

وقال في فصل النكاح على الشرط من نكاح «قاضي خان»: مطلقة الثلاث إذا

وَيحلُّها وطءُ الْمُرَاهقِ لَا السَّيِّدِ.

أرادت أن تَزَوَّج المحلّلَ وتخاف أن لا يطلّقها.. فالحيلة لها في ذلك أن تقول: «زوجت نفسي منك على أن أمري بيدي، أطلق نفسي كلّما أريد»، ثم يقبل الزوج، فيكون الأمر بيدها بعد النكاح تطلق نفسها متى شاءت.

أو يقول المحلّل: «تزوجتك على أنك طالق بعدما تزوجتك إلى عشرة أيام» أو «على أن أمرك بيدك بعدما أتزوجك تطلقين نفسك كلما تريدين» فتقول المرأة: قبلت تطلق بعد عشرة أيام ويصير الأمر بيدها. انتهى.

ثم لا يخفى عليك: أن شمول هذا اللفظ بتلك الصّور الثلاث إنما يتمشى على تقدير أن يراد به ما هو أعم من ملك اليمين ومن الوطء به.

وأما لو كان المراد به نفس ملك اليمين - وهو المتبادر منه بقرينة ما سيأتي من قوله: «لا وطء السيد» -، فلا: تأمّل.

ثم الأصل فيه قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾.

(**ويحلّها**)؛ أي: يثبت حلّها؛ على ما هو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف؛ من أن الثاني مثبت لحل جديد.

(**وطء المراهق**)، أي: الذي يجامع مثله، وتتحرك آلته، ويشتهي الجماع.

وقد ذكرنا [٤٤٣/ب] أن شمس الأئمة قدّره بعشر سنين.

وفي «الخلاصة»: الأولى أن يكون المحلل حرّاً بالغاً؛ لأن مالكاً: يشترط الإنزال.

قالوا: ومن الحيل ههنا: أن تتزوج تلك المرأة من عبد صغير مراهق تتحرك آلته، ثم ملكته بسبب من الأسباب.. بالهبة، أو غيرها بعدما وطئها، فينفسخ النكاح بينهما.. فتحل للأوّل.

ولو جامع مثل هذا المراهق امرأته.. وجب عليها الغسل لالتقاء الختانين، لا على المراهق ولكنه يؤمر به تخلّقاً.

(**لا**) يحلّها للأوّل وطء (**السيّد**)؛ لأنه ليس بزوج، وهو الشرط بالنص السّابق.

وَالشَّرطُ: الْإِيلَاجُ دونَ الْإِنْزَالِ؛ ....

(والشرط: الإيلاج)، أي: إدخال الحشفة، ولو في الحيض، أو في الصوم على ما ذكرناه آنفاً **(دون الإنزال)**؛ لأنها كمال ومبالغة في الوطء، وكمال الشيء زائد عليه، فلا يثبت إلّا بدليل مستقلّ، ولا دليل عليه، بل الدّليل يدلّ على عدمه؛ لأنه ﷺ ذكر العسيلة فيما رويناه على صيغة التّصغير، وهي كناية عن إصابة حلاوة الجماع، وهي تحصل بالإيلاج، فكان التصغير دالاً على عدم الشبع بالإنزال، وهذا حجة على مالك في اشتراطه الإنزال.

وهل يشترط أن يكون الزوج الأوّل معترفاً؛ لوقوع الطلاق الثلاث، وبما صنعته المرأة من التحلل، أم لا؟

ففي «البحر»: أنه ليس بشرط، قال: ولهذا قالوا: لو طلقها ثلاثاً وأنكر الطّلاق.. فلها أن تتزوج بآخر وتحلل نفسها سرّاً منه إذا غاب في سفر؛ فإذا رجع.. التمست منه تجديد النكاح.

وفي «القنية» بعلامة القاضي عبد الجبار وعين الأئمة الكرابيسي: أنه قال لها: إن دخلت هذه الدار.. فأنت طالق ثلاثاً، فدخلت ومنعت نفسها عن الزوج ثلاثة أقراء، وتزوجت بآخر ودخل بها وطلّقها وانقضت عدّتها، ثم طلبت من الأوّل أن يجدّد لها نكاحاً ففعل غير عالم بما صنعت وهي في بيته.. لا يجوز لها ذلك، ولا يحلّ للأوّل.

ثم قال بعلامة الأوزجندي: طلق امرأته ثلاثاً، ثم أنكر وغاب.. فلها أن تتزوج بآخر بعد العدّة ديانةً.

ثم قال بعلامة عمر الترجماني: أنه لا يجوز في المذهب الصحيح.

ثم قال بعلامة عين الأئمة النسفي: حلف بثلاث، فظن أنه لم يحنث، وعلمت المرأة الحنث، وظنت أنها لو أخبرته به.. ينكر اليمين؛ فإذا غاب عنها بسبب من الأسباب.. فلها التحليل ديانةً لا قضاءً.

ثم نقل عن النسفي أنه قال: سألت عنها أبا شجاع فكتب أنه يجوز، ثم سألته بعد مدّة، فقال: لا يجوز. والظاهر: أنه إنما أجاب به في امرأة لا يوثق بها.

ثم قال بعلامة الأصل: شهد عدلان لامرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً، ثم ماتا وغابا قبل أن يشهدا عند القاضي.. لم يسعها المقام معه، وكذا إذا شهدا على رضاع بينهما؛ فإن قدرت على الهرب منه.. لم يسعها أن تعتدّ وتتزوج بزوج آخر؛ لأنها في الحكم زوجة الأول قبل القضاء بالفرقة.

وقال شمس الأئمة السرخسي: هذا في القضاء، ولها ذلك ديانةً.

والحاصل: أن على جواب الأوزجندي والنسفي وأبي شجاع والسّرخسي.. يحل لها أن تتزوج بزوج آخر ديانةً، وعلى جواب الباقين: لا يحل. انتهى.

وفي «العمادية» عن «الذخيرة»: وإذا غاب الرجل عن امرأته فأخبرها [٤٤٤/أ] عدل أنّ زوجها طلّقها ثلاثاً، أو مات عنها فأخبرها.. فلها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان المخبر فاسقاً.. تحرّت، كذا في «البحر» عن «السراجية».

ولم يقيدوا بالديانة، لكنه قال في «الذخيرة»: وفي إخبار العدل بالموت إنما يعتمد على خبره إذا قال عاينته ميتاً، أو شهدت جنازته؛ أما إذا قال: أخبرني مخبر بذلك.. لا يعتمد على خبره.

وقال في «البزازية»: شهد أنّ زوجها طلّقها ثلاثاً، إن كان غائباً.. ساغ لها أن تتزوج بآخر، وإن كان حاضراً.. لا؛ لأن الزوج إذا أنكر.. احتيج إلى القضاء بالفرقة، ولا يجوز القضاء بها إلا بحضرة الزوج. انتهى.

كذا في «الأصل» على ما ذكرناه.

وفي «البزازية» أيضاً: أنها سمعت بطلاق زوجها إيّاها ثلاثاً، ولا تقدر على منعه إلا بقتله إن علمت أنه يقربها.. تقتله بالدّواء، ولا تقتل نفسها.

وذكر الأوزجندي: أنها ترفع الأمر إلى القاضي؛ فإن لم تكن لها بينة.. تحلفه؛

فَإِن تزَوَّجهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيل.. كُرِهَ، وَتحلُّ لِلْأَوَّلِ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: إِنَّ النِّكَاحَ فَاسِدٌ، وَلَا تحلُّ لِلْأَوَّلِ.

وَعَن مُحَمَّد: إِنَّه صَحِيحٌ، وَلَا تحلُّ لِلْأَوَّلِ.

فإن حلف.. فالإثم عليه، وإن قتلته.. لا شيء عليها، والبائن؛ كالثلاث.

(**فإن تزوجها بشرط التحليل**) بأن قال: لها تزوجتك على أني أحلّلك له، أو قالت المرأة ذلك (**.. كره**) كراهة تحريمية عند أبي حنيفة؛ لقوله ﷺ: «لعن الله المحلّل والمحلّل له»؛ فإن محله اشتراط التحليل في العقد؛ إذ لو أضمر ذلك في القلب ولم يشترط باللّسان.. لا عبرة به، ولا يستحق به اللّعن، كذا في «الخلاصة» و«العناية».

(**وتحل**)، أي: المنكوحة بشرط التحليل (**للأول**)، أي: بعد الوطء وانقضاء العدّة.

(**وعن أبي يوسف: إن النكاح فاسد، ولا تحل للأوّل**)؛ لأن هذا في معنى نكاح المتعة في اشتراط التوقيت فيبطل.

(**وعن محمد: إنه صحيح**)؛ لأنه ليس بتوقيت للنكاح (**ولا تحل للأوّل**)؛ لأنه استعجل بالمحظور فيعاقب بالحرمان؛ كقتل المورث.

والحجة عليهما: ما رويناه؛ لأن مقتضاه: صحة النكاح؛ والحل للأول، والكراهية.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن شرط التحليل، هل هو صحيح ولازم، أم لا؟، بل هو باطل، ففي «البزازية»: زوجت المطلقة نفسها بشرط التحليل، قال الإمام: النكاح والشرط جائزان، حتّى إن أبى الثاني طلاقها.. أجبره القاضي على ذلك وحلت للأوّل.

وفي «فتح القدير»: ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلّقها المحلّل، أن تقول: زوجتك نفسي على أنّ أمري بيدي أطلق نفسي كلما أردت؛ فإذا قبل هذا.. جاز

وَالزَّوْجُ الثَّانِي يهدمُ مَا دونَ الثَّلَاثِ أَيْضاً، خلافاً لِمُحَمَّدٍ؛ فَمن طُلِّقت دونَهَا وعَادَتْ إِلَيْهِ بعدَ آخرَ.. عَادَتْ بِثَلَاثٍ.

النكاح وصار الأمر في يدها، وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح.

وذهب بعضهم: إلى أنه يصح الشرط أيضاً، حتى لو امتنع المحلّل من الطلاق.. أجبره القاضي، ونقل ذلك عن أبي حنيفة في «روضة الزندوستي»، وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية، ولا ينبغي أن يقول عليه ولا يحكم به؛ لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت.. تنبو عنه قواعد المذهب؛ لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد، والعقود في مثله على قسمين:

منها: ما يفسد العقد؛ كالبيع ونحوه.

ومنها: ما يبطل فيه الشرط ويصح العقد.

ولا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة، بل يبطل الشرط ويصح هو، فيجب بطلان [٤٤٤/ب] هذا، وأن لا يجبر على الطّلاق، نعم: يكره الشرط؛ لما تقدم من مجمل الحديث، ويبقى ما رواه وهو قصد التحليل بلا كراهة. انتهى.

وكلام المصنف ملائم لما عليه العامّة.

(**والزّوج الثاني يهدم ما دون الثلاث**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (**أيضاً**)، أي: كما يهدم الثلاث (**خلافاً لمحمّد**).

وهو قول الشافعي وزفر أيضاً.

(**فمن طلّقت دونها**) طلقة، أو طلقتين وتنقضي عدتها وتزوّجت بآخر فيطلّقها الآخر وتنقضي عدتها أيضاً، (**وعادت إليه**)، أي: إلى الأول (**بعد**) انقضاء عدة زوج (**آخر.. عادت بثلاث**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن حكم ما دون الثلاث لمّا انهدم بالزوج الثاني وثبت به الحل الجديد.. صار الباقي من الملك الأول كأن لم

وَعِنْده: بِمَا بَقِيَ.

يكن، فعادت إليه بملك مجدد تامّ؛ كما في ابتداء النكاح، فيملكها بالثلاث، فلا يحرم عليه بعد العود إليه حرمة غليظة إلا بالطلقات الثلاث.

(**وعنده: بما بقي**) من الواحدة، أو الثنتين؛ لعدم الهدم عنده بما دون الثلاث، فيحرم عليه بعد العود إليه حرمة غليظة بما بقي، وهذا فيما كان بعد الدخول.

وأما قبل الدخول.. فلا يهدم ما دون الثلاث بالاتفاق على ما صرّح به في «فتح القدير».

واعلم: أن الصحابة اختلفوا في مسألة الهدم، فقال ابن مسعود وابن عباس وابن عمر: إن وطء الزوج الثاني يهدم حرمة ما مضى من طلقات الزوج الأوّل، واحدة كانت، أو ثنين، أو ثلاثاً، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف.

وقال عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن الحصين وأبو هريرة: لا يهدم ما دون الثلاث، وبه أخذ محمد والشافعي وزفر.

ومبنى الخلاف: على أن وطء الزوج الثاني هل هو مثبت للحل الجديد، أو هو غاية للحرمة فقط؟

فمن قال بإثبات الحل الجديد.. قال: إنه يهدم ما دون الثلاث.

ومن قال: إنه غاية للحرمة الجديدة.. نفاه، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾؛ لأن المراد بالطّلاق: الطّلقة الثالثة، وقد جعل نكاح الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بتلك الطلقة، ولا تأثير للغاية في إثبات ما بعدها، هل هي منهية للمُغيَّا فقط؟!؛ لأن المغيا ينتهي بالغاية، ولا إنهاء للشيء قبل ثبوته، وفيما دون الثلاث.. لم يثبت الحرمة الغليظة، حتى يكون الزوج الثاني غاية لها، وكلمة «حتى» نصّ خاص في الغاية.. فالقول بالهدم لما دون الثلاث عمل بخلاف النص، وذلك غير جائز.

وَلَو قَالَت مُطلقَةُ الثَّلَاثِ:

«انْقَضتْ عدَّتي مِنْكَ، وتحلَّلتُ، وَانْقَضَت عِدَّتي» والمدةُ تحْتَملُ ذَلِكَ..

فإن قيل: فإذا انتهى المغيا بالزوج الثاني.. يثبت نقيضه البتة، أعني: الحل الجديد؛ لعدم جواز ارتفاع النقيضين، ولا بد له من مثبت، ولم تثبت بالزوج الثّاني.. فبأي سبب تثبت؟!.

قلنا: ثبت بالسبب السابق، وهو كونها من بنات بني آدم خالية عن الحرمات؛ كما في الأيمان المؤقتة تنتهي الحرمة الثانية بها بالغاية، ثم تثبت الإباحة بالسبب السابق.

وكما في الصّوم تنتهي حرمة الأكل والشرب بالليل، ثم يثبت الحل بالإباحة الأصلية.

واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف بقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلَّل له»، والمراد بالمحلِّل: هو الزوج الثاني وقد سمّاه محللاً، ومعناه: المثبت بالحِلّ، فالحِل الذي يثبت به؛ إما أن يكون الحل السابق، أو الحل الجديد [٤٤٥/أ] لا سبيل إلى الأوّل؛ لاستلزامه تحصيل الحاصل.. فتعين الثاني، وبالضرورة يكون غير الأوّل، والأول حِلّ ناقص وهو الحل الثابت بما بقي من الطّلاق، فيكون الحل الجديد الثابت بالزوج الثاني كاملاً وهو، ما يكون بالطّلقات الثلاث، فيملكها الأوّل بعد الثاني ملكاً تاماً بالطلقات الثلاث فيما دون الثلاث، كما في الثلاث للهدم، وإثبات الحل الجديد فيهما.

(**ولو قالت مطلقة الثلاث: انقضت عدتي منك وتحلّلت**) بزوج آخر (**وانقضت عدّتي**) من آخر أيضاً (**والمدة تحتمل ذلك**)، واختلفوا في أدنى هذه المدّة التي تصدق فيها المرأة.

فقال أبو حنيفة: إنها ستون يوماً.

فَلهُ تصديقُها إِن غلبَ على ظَنِّهِ صِدقُهَا.

وقال أبو يوسف ومحمّد: تسعة وثلاثون يوماً؛ لاحتمال أنه اطلّقها في آخر الطهر، وحيضها ثلاثة أيّام وطهرها خمسة عشر لتيقّن الأقل فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرّات.. كانت تسعة، والطّهر إن ثلاثون يوماً.. فالمجموع تسعة وثلاثون يوماً.

ووجه قول أبي حنيفة على تخريج محمّد: أنه يجعل كأنه طلّقها في أوّل الطّهر تحرّزاً عن إيقاع الطّلاق في الطّهر بعد الجماع، وطهرها خمسة عشر وحيضها خمسة؛ لأن من النادر أن تكون حيضها أقل الحيض، أو يمتد إلى الأكثر فيعتبر الوسط، فمجموع ثلاثة أطهار وثلاث حيض ستون يوماً، ويحتاج إلى مثله من الزوج الثاني أيضاً هذا في الحرة.

وأما في الأمة.. فعند أبي حنيفة: على رواية محمد عنه: أربعون يوماً، وعلى رواية الحسن: خمسة وثلاثون يوماً، وعند أبي يوسف ومحمد: أحد وعشرون يوماً.

(**فله تصديقها إن غلب على ظنه صدقها**)؛ لأنها أمينة فيما تحتمل المدة، وكذا له تصديقها لو كانت المرأة عادلة على ما صرّح به في «البزازية»؛ حيث قال فيها: إن كانت عادلة، أو غلب على ظنه صدقها.. ساغ تصديقها، وإنما اقتصر المصنف على غلبة الظن إشارة إلى أنّ عدالتها ليست بشرط، ولهذا قال في «البدائع»: لا بأس أن يصدّقها إذا كانت ثقة عنده، أو وقع في قلبه صدقها.

وقال فيها أيضاً: منكوحة رجل قالت لآخر: طلّقني زوجي وانقضت عدّتي.. جاز تصديقها إذا وقع في الظن صدقها؛ عدلة أم لا.

ولو قالت: نكاح الأول فاسد.. ليس له أن يصدّقها وإن كانت عادلة. انتهى.

فعلم منه: أنها كما تكون مصدقة في إخبارها بانقضاء عدّتها وتحليلها عند غلبة الظن بصدقها.. كذلك تصدق في أخبارها بتطليق زوجها عند غلبة الظن أيضاً.

وفيها أيضاً: سمع رجل من امرأة أنها مطلقة الثلاث، والزوج يقول: لا، بل مطلقة الثنتين.. لا يسع لمن سمع منها أن يحضر نكاحها، ويمنعها ما استطاع. انتهى.

يعني: تصديق للمرأة في قولها عند غلبة الظن.

وكلام المصنف لا يخلو عن الإشارة إليها واعلم: أن عبارة المصنف نظير ما قال في «الهداية»؛ فإنه قال فيها: وإذا طلّقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوّجت بزوج آخر ودخل بي وطلّقني وانقضت عدتي منه، والمدة تحتمل ذلك.. جاز للزوج [٤٤٥/ب] أن يصدّقها عند غلبة ظنه.

وقال في «النهاية»: إنما ذكر إخبارها هكذا مبسوطاً؛ لأنها لو قالت حللت لك فتزوّجها، ثم قالت: لم يكن الثّاني دخل بي إن كانت عالمة بشرائط الحل.. لم تصدّق، وإلا.. تصدّق.

وفيما ذكره مبسوطاً.. لا تصدق في كلّ حال.

وعن السّرخسي: لا يحل له أن يتزوّجها حتّى يستفسرها؛ لاختلاف الناس في حلّها بمجرد العقد.

وفي «التّفاريق»: لو تزوّجها ولم يسألها، ثم قالت: ما تزوّجت، أو ما دخل بي.. صدّقت؛ إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها.

واستشكل: بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته، فكانت مناقضة، فينبغي أن لا يقبل قولها؛ كما لو قالت بعد التزوج: كنت مجوسيّة، أو مرتدة، أو معتدة، أو منكوحة الغير، أو كان العقد بغير شهود. ذكره في «الجامع الكبير».

بخلاف قولها: لم تنقض عدّتي.

ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته.. تقع الفرقة كأنه طلقها، ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى، أو كماله. انتهى.

ويؤيد الإشكال المذكور: ما ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»؛ حيث قال: وفي «الفتاوى» في باب الباء، ولو قالت بعدما تزوجها الأوّل: ما تزوجت بآخر، وقال الزوج: تزوّجت بآخر ودخل بك.. لا تصدق المرأة. انتهى.

وصرح في «البزازية» خلاف الإشكال؛ حيث قال: تزوجت المطلقة، ثم قالت للثاني: تزوجتني في العِدّة؛ إن كان بين النكاح والطّلاق أقل من شهرين.. صدقت في قول الإمام، وكان النكاح الثاني فاسداً.

وإن أكثر من شهرين أو شهرين.. صح الثاني.

والإقدام على النكاح إقرار بمضي المدّة؛ لأن العدّة حقّ الأوّل، والنكاح حق الثاني، ولا يجتمعان، فدل الإقدام على المضي، بخلاف المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت بالأوّل بعد مدّة، ثم قالت: تزوجت بك قبل نكاح الثاني، حيث لا يكون إقدامها دليلاً على إصابة الثاني ونكاحه. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: ولو قال الزوج الثاني: النكاح وقع فاسداً إلا في جامعت أمّها؛ إن صدّقته المرأة.. لا تحل للزوج الأول، وإن كذبته.. تحل.

كذا أجاز القاضي الإمام، ولو قالت: دخل بي الثاني، والثاني منكر.. فالمعتبر قولها، وكذا على العكس.

وفي «النهاية»: لو قال المحلّل بعد الدخول: كنت حلفت بطلاقها أن تزوجتها، هل تحل للأول؟

قلت: يبتني الأمر على غالب ظنها، إن كان صادقاً.. فلا تحل له، وإن كان كاذباً.. تحل.

وعن الفضلي: لو قالت: تزوجني فإني تزوجت غيرك وانقضت عدّتي، فتزوّجها، ثم قالت: ما تزوجت.. صدقت، فيكون النكاح باطلاً، إلا أن تكون أقرّت بدخول الثاني.. فحينئذٍ لم تصدّق.

كأنه والله أعلم: يحمل قولها: «تزوجت» على العقد، وقولها: «ما تزوجت» على معنى ما دخل بي، لا على إنكار ما اعترفت به، ولذا قال: إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني.. فإنه لم يقبل قولها؛ فإنها حينئذ تكون مناقضة صريحة، كذا في «فتح القدير».

* * *

(بَابُ الْإِيلَاءِ)

هُوَ الْحلفُ على تركِ وطءِ الزَّوْجَةِ مدَّتَهُ.

(بَابُ الإِيلَاءِ)

وفي «النهاية» عن «الأسرار»: التّحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع: الطّلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار.

(هو) **في اللغة:** عبارة [٤٤٦/أ] عن اليمين مطلقاً، يقال: آلى يولي إيلاءً إذا حلف.

وفي الشريعة: (الحلف على ترك وطء الزوجة مدّته)، هكذا عرفه في «الحاوي» و«الكنز».

وقال في «البحر»: وهو تعريف لأحد قسمي الإيلاء الحقيقي، أعني: ما اشتمل على القسم، وهو قوله: آليت أن لا أقربك، أو حلفت، أو والله.

أو ما يؤول إليه؛ كقوله: أنا منك مولٍ قاصداً به الإيجاب، أو أنت مثل امرأة فلان قاصداً به الإيلاء، وقد كان فلان آلى من امرأته؛ لأن معنى الأول: أنا منك حالف، وكذا الثاني يؤول إليه.. فانحلّ إلى القسم.

وبهذا سقط ما اعترض به في «فتح القدير» و«الزيلعي» على التعريف المذكور من أنه يرد عليه اليمين بتعليق ما لا يشتبه على القربات؛ كقوله: إن وطئتك.. فلله علي أن أصلّي ركعتين، أو أغزو؛ فإنه لا يكون مولياً، مع أن التعريف المذكور صادق عليه، ووجه السقوط: ظاهر، مع أن في عدم كونه مولياً بهذا اختلافاً.

فإن محمّداً قال: يكون به مولياً على ما في «المجمع»، وإن كان المعتمد كونه مولياً، وهو قول أبي يوسف.

والتعريف الشامل لكل من القسمين، السالم عن الإيراد.. أن يقول:

هو اليمين على ترك قربانها أربعة أشهر فصاعداً بالقسم، أو بتعليق ما يَشقُّه على القربان.

ولهذا قال في «قاضي خان»: الإيلاء منع النفس عن قربان المنكوحة منعاً مؤكّداً باليمين بالله، أو غيره؛ من: طلاق، أو عتاق، أو صوم ونحو ذلك.

ولو لم يقصد بقوله: أنا منك مولٍ الإيجاب، بل قصد الخبر.. يكون كذباً، فلا يكون مولياً.

وكذا في قوله: أنت مثل امرأة فلان على ما في «فتح القدير».

هذا، **وأما ركنه: فهو الحلف المذكور.**

وشرطه:

محلية المرأة بأن تكون منكوحته وقت تنجيز الإيلاء، فلا يرد ما لو قال: إن تزوجتك فوالله لا أقربك فتزوّجها؛ فإنه يصير مولياً عندنا، على ما في «البحر» عن «المبسوط».

وأهلية الزوج: **الطلاق**: عند أبي حنيفة، **وللكفارة**: عندهما، فيصح إيلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو: والله لا أقربك؛ فإن قربها.. لا يلزمه كفارة، وإن مضت المدة بلا قربان.. بانت بتطليقة، ولا يصح عندهما.

وأما لو آلى بما هو قربة؛ كان قربتك.. فعلّي حج، أو صوم، أو صلاة.. فلا يصح اتفاقاً.

ولو آلى بما لا يلزم كونه قربة؛ كإن قربتك.. فعبدي حرّ ونحوه.. صح اتفاقاً، كذا في «فتح القدير».

قال في «الخانية»: إن طلاق الذمي جائز بالاتّفاق، وظهاره باطل بالاتفاق، وإيلاؤه على ثلاثة أوجه:

في وجه: يصير مولياً بالاتفاق، وهو أنه إذا قال الذمي لامرأته: إن قربتك.. فعبدي حرّ، أو قال: فامرأته الأخرى له طالق، أو هذه طالق.. فإنه يصير مولياً بالاتفاق.

وَهِيَ: أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ لِلْحُرَّةِ، وَشَهْرَانِ لِلْأَمَةِ.

فَلَا إِيلَاءَ لَو حلفَ على أقلَّ مِنْهَا.

وفي وجه: لا يصير مولياً بالاتفاق، وهو أنه إذا قال لامرأته: إن قربتك.. فعلّي الصوم أو الحج.

وفي وجه: اختلفوا فيه، وهو أنه إذا قال لامرأته: لا أقربك.. فإنه يصير مولياً في قول أبي حنيفة، وفي قولهما.. لا يصير مولياً، وبالقربان يلزمه الكفارة. انتهى.

وسببه: سبب الطلاق الرجعي، وهو عدم الموافقة [٤٤٦/ب] بينهما، وهما متشابهان في أن الإبانة فيهما مؤقّتة إلى وقت، لكن من الناس من يختار الرجعي؛ لأن التدارك فيه لا يستعقب مكروهاً، ومنهم من يختار الإيلاء؛ لما أن التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق، بخلاف الرجعي؛ فإنه يتضمنه، كذا في «العناية».

وبيان حكمه وألفاظه سيأتي في الكتاب.

(وهي)، أي: مدّة الإيلاء: **(أربعة أشهر للحرة، وشهران للأمة، فلا إيلاء لو حلف على أقل منها)** بأن يقول: والله لا أقربك شهراً، أو شهرين، أو ثلاثة أشهر.

وقال ابن أبي ليلى: هو مولٍ بهذا القول؛ إن ترك وطأها أربعة أشهر.. بانت بتطليقة، وهو قول أبي حنيفة أولاً، فلمّا بلغه فتوى ابن عبّاس: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر.. رجع عنه.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾: مطلق في الإيلاء، مقيد في التربص بأربعة أشهر، فيتقيد الإيلاء بتلك المدّة زيادة على النص، وذلك لا يجوز بفتوى ابن عباس، فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله الأوّل؟

أجيب: بأن فتوى ابن عبّاس وقع في المقدرات الشرعية، والرأي لا مدخل له في المقدّرات الشرعية، فكان مسموعاً من الشارع، ولم يرد عن أحد خلافه، فيجعل تفسيراً للنص لا تقييداً لمطلقه فكان تقديره: للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر: تربص أربعة أشهر، ترك الأول لدلالة الثاني عليه.

وَحكمهُ: وُقُوعُ طَلْقَةٍ بائنةٍ إِن برَّ، وَلُزُومُ الْكَفَّارَةِ أَو الْجَزَاءِ إِن حنثَ.

(وحكمه: **وقوع طلقة بائنة إن برّ**) في يمينه بأن لا يطأها في المدّة.

(**ولزوم الكفارة**) في الحلف بأن يقول: والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه.

(**أو الجزاء**) في الحلف بأن يقول: إن قربتك.. فعبدي حر ونحوه.

(**إن حنث**) في يمينه بأن وطئها في المدّة.

ثم شرع في بيان ألفاظه، وهي على نوعين: صريح وكناية:

فالصّريح: نحو: لا أقربك، لا أجامعك، لا أطؤك، لا أباضعك، لا أغتسل منك من جنابة.

والكناية: نحو: لا أمسك، لا آتيك، لا أغشاك، لا ألمسك، لا أغيظنك، لا أدخل عليك، لا أجمع رأسي ورأسك، لا أضاجعك، لا أدنو منك لا أبيت معك في فراش، لا يمس جلدي جلدك، لا أقرب فراشك.

ففي الصريح.. يكون مولياً بلا نية، حتى لو ادعى.. لم يعن الجماع لا يصدّق قضاءً، ويصدّق ديانةً.

وفي الكناية.. لا يكون موليا بلا نية، ويدين في القضاء، كذا في «فتح القدير» و«البحر».

وفي «فتح القدير»: أن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه، سواء كان حقيقةً، أو مجازاً لا بالحقيقة، وإلا.. لوجب كون الصريح لفظاً واحداً، أعني: لا أجامعك، فعلى هذا: صح كون الألفاظ المذكورة صريحاً.

وعن «المنتقى» قوله: لا أنام معك.. إيلاء بلا نية، فيكون هذا أيضاً من الصريح.

واعلم: أن الصريح، وإن كان لا يحتاج إلى النية، لكنه لا بد أن لا يكون صارف عن الإيلاء؛ لما في «غاية البيان» عن «الشامل»: حلف لا يقربها وهي حائض.. لا

فَلَو قَالَ لزوجته: «وَالله لَا أَقْربُكِ، أَو وَالله لَا أَقْربُكِ أَرْبَعَةَ أَشهرٍ».. كَانَ مُولياً.

يكون مولياً؛ لأن الزوج ممنوع عن الوطء بالحيض، فلا يصير المنع مضافاً [٤٤٧/أ] إلى اليمين. انتهى.

(**فلو قال لزوجته**) وأمته (: **والله لا أقربك، أو والله لا أقربك أربعة أشهر.. كان مولياً**) لما تلوناه من قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ﴾ الآية.

أشار بإطلاقه: إلى أنه صريح لا كناية، وإلّا.. لذكر النية.

وبالمثالين: إلى أنه لا فرق بين تعيين المدة، أو الإطلاق؛ لأنه كالتّأبيد.

وبذكر القسم: إلى أنه لو قال: لا أقربك ولم يقل والله.. لا يكون مولياً على ما في «البحر» عن الإسبيجابي.

وأشار أيضاً: إلى أنه لو قال لامرأته: والله لا أقربك في هذا البيت.. لا يكون مولياً.

وإلى أنه لو قال لامرأتين له: والله لا أقربكما.. يكون مولياً منهما، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب.. يقع على كل واحدة منهما تطليقة، ولو قال: والله لا أقرب إحداكما.. كان مولياً من واحدة، حتى لو مضت أربعة أشهر.. يقع الطلاق على إحداهما على ما في «قاضي خان».

وهل يصح تشريك الأخرى إليها؟

ففي «قاضي خان» أيضاً: رجل آلى من امرأته، ثم قال: أشركت في إيلائك هذه لامرأة أخرى له.. لا يكون مولياً من الثانية، ولو أشرك في الظهار.. صح إشراكه؛ لأن الكلام الأول قد تمّ، فلا يملك تغييره، وفي الظهار بإشراك الثانية: لا يتغيّر حكم الأول، وفي الإيلاء: يتغير؛ لأنه لو صح الإشراك في الإيلاء.. يتعلق الحنث بقربانهما جميعاً، فلا يصح إشراكه. انتهى.

وقال في «البدائع»: والفرق بين الإيلاء والظهار: أن الشركة في الإيلاء لو صحت.. لثبتت الشركة في المدة، فيصير كلّ واحد منهما أقل من أربعة أشهر، وهذا يمنع صحة الإيلاء، فاتضح منه معنى قول «قاضي خان»: يتعلق الحنث بقربانهما جميعاً.

وظهر منه أيضاً: أنه لو آلى منهما مدّة؛ لو قسمت تلك المدة.. خصت كلّ واحدة منهما أربعة أشهر فأكثر.. فإنه يكون مولياً من الثانية بالتشريك على ما صرّح به في «البحر».

ثم ذكر نقلاً عن الكرخي: أنه لو قال لامرأته: أنت عليّ حرام، ثم قال لامرأته الأخرى: قد أشركتك معها.. كان مولياً منهما كما في قوله: والله لا أقربكما، على ما مر آنفاً.

ولو قال: أنتما عليّ حرام.. كان مولياً من كل واحدة منهما على حدة، وتلزمه الكفارة بوطئها.

بخلاف قوله: والله لا أقربكما؛ حيث كان فيه مولياً منهما على ما مر؛ لأن هذا صار إيلاء لا يلزمه من هتك حرمة الاسم، وذلك لا يتحقق إلّا بقربانهما.

وأما قوله: أنتما عليّ حرام.. صار إيلاء باعتباره معناه، وهو إثبات التحريم، وإثبات التحريم قد وجد في كلّ واحدة منهما، فيثبت الإيلاء في حق كل واحدة منهما على حدة.

وأشار أيضاً: إلى أنه لو قال: والله لا أقربك حتى يقدم فلان، أو يموت فلان.. لا يكون مولياً في شيء من هذه الصور الثلاث؛ لاحتمال أن يقدم فلان في المدة، وكذا أن تموت هي، أو فلان في المدة، فلا يمين على أربعة أشهر يقيناً.

ولو قال: والله لا أقربهما حتى يخرج الدجال، أو حتى تطلع الشمس من مغربها.. يكون مولياً استحساناً، كذا في «قاضي خان».

وَكَذَا لَو قَالَ: «إِن قربتُكِ فعليّ حجٌّ، أَو صَوْمٌ، أَو صَدَقَةٌ، أَو فَأَنتِ طَالِقٌ، أَو عَبدي حرٌّ»؛ ....

وذكر في «الخانية» عن «الينابيع»: أنه لو جعل للإيلاء غاية؛ فإنه ينظر؛ إن كان لا يرجى وجوده [٤٤٧/ب] في مدة الإيلاء.. يكون مولياً؛ مثل أن يقول في رجب: والله لا أقربك حتى أصوم المحرّم.

أو قال: والله لا أقربك حتى آتي الكوفة، وبينه وبين الكوفة مسيرة أربعة أشهر، وإن كان أقلّ من ذلك.. لا يكون مولياً.

وإن كان رجا وجوده في المدّة، ولكن من لازم وجوده زوال النكاح؛ مثل أن يقول لامرأته: والله لا أقربك حتى أطلقك ثلاثاً.. فإنه لا يكون مولياً.

(وكذا)، أي: كان مولياً (**لو قال: إن قربتك.. فعليّ حج، أو صوم، أو صدقة، أو فأنتِ طالق، أو عبدي حرّ**)، وإنما صار مولياً بها؛ لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء، وهذه الأجزئة مانعة من الوطء؛ لما فيها من المشقة، فصار في معنى اليمين بالله تعالى، بخلاف اليمين بنحو الصّلاة والغزو لعدم المشقة فيها؛ لأنه يسهل عليه إيجادها.

وفي «الحاوي القدسي»: لو حلف بالصلاة.. لم يكن مولياً.

وقال محمد وزفر: يكون مولياً، وبه نأخذ. انتهى.

وفي الحلف بعتق عبده خلاف أبي يوسف، هو يقول: يمكنه أن يبيعه، ثم يقربها، فلا يلزمه شيء.

ولهما: أن البيع موهوم بناءً على أن الأصل عدم ما يحدث، فلا يمنع المانعية في الإيلاء، ولكن إن باع العبد.. سقط الإيلاء عنه بالإجماع؛ لأنه صار بحالٍ يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء، وإن اشتراه بعد ذلك.. لزمه الإيلاء من وقت الشراء؛ لأنه صار بحال لا يملك قربانها إلا بعتق يلزمه.

فَإِن قَرِبَهَا فِي الْمدَّةِ.. حنثَ ....

ولو كان جامعها بعدما باعه، ثم اشتراه.. لم يكن مولياً؛ لأن اليمين قد سقطت بوجود شرط الحِنْثِ بعد بيع العبد.

وإن مات العبد قبل أن يبيعه.. سقط الإيلاء؛ لأنه يتمكن من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شيء، كذا في «الكافي».

وقال في «الخانية»: إذا قال لها: «إن قربتك فعليَّ كفارة اليمين».. فهو مول.

وكذلك إذا قال لها: إن قربتك.. فعلي يمين.

ولو قال لها: «إن قربتك.. فعلي حج، أو عمرة، أو هدي، أو صدقة، أو اعتكاف، أو صيام».. فهو مول.

ثم قال نقلاً عن «الخلاصة»: وعند محمد وزفر: لا يكون مولياً.

ثم قال: وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته إذا قربتك فوالله لأطلقن فلانة، أو بفلانة، امرأة أخرى له.. فلا يكون مولياً.

ولو قال: إن قربتك ففلانة طالق بعد سنة.. فهو مول.

وذكر هشام عن محمد: إذا قال إن قربت امرأتي.. فمالي هبةٌ في المساكين؛ إن نوى الصدقة.. فهو مول، وإلا.. فليس بمول، والقول في ذلك قوله.

وفي تعليق «قاضي خان»: رجل قال لامرأته: «إن وطئتك ما دمت معي فأنت طالق ثلاثاً» ثم أراد الحيلة، قال محمد: يطلقها تطليقة بائنة، ثم يتزوجها من ساعته فيطؤها.. فلا يحنث. انتهى.

أي: لا يحنث في يمينه؛ لأنه مؤقت بملك ذلك النكاح، ويسقط الإيلاء أيضاً بوطئه.

(**فإن قربها**) - بكسر الراء - (**في المدة.. حنث**) في يمينه، ولزمته الكفارة أو الجزاء، خلافاً للشافعي؛ لأن الله تعالى [٤٤٨/أ] قال: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾، وعد المغفرة؛ والمغفور لا يجب عليه عقوبة.

وَسقطَ الْإِيلَاءُ.

وإلاّ.. بَانَتْ بمَضيّها.

وَسقطَ الْيَمِينُ إِن حلفَ على أَرْبَعَةِ أشهرٍ، وَبقيَت إِن أَطلقَ؛ ....

قلنا: وعد المغفرة في الآخرة، وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا.

(**وسقط الإيلاء**)، حتى لو مضت أربعة أشهر.. لا يقع الطَّلاق؛ لارتفاع اليمين بالحنث.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يقربها في المدّة (.. **بانت بمضيها**)، أي: مضى المدّة؛ لأن معنى الإيلاء إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك.. فأنت بائنة، فيكون في معنى التعليق.

وقال الشافعي: لا تقع البينونة بمضي المدة، ولكنه يوقف بعدها على أن يفيء إليها، أو يفارقها؛ فإن أبى أن يفعل.. تبين بتفريق القاضي؛ لأنه مانع حقّها في الجماع، فينوب القاضي منابه في التسريح؛ كما في الجب والعنة.

قلنا: إنه ظلمها بمنع حقّها، وهو: الوطء في المدّة، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة، على ما هو المأثور عن العبادلة الثلاثة.

(**وسقط اليمين**)، عطف على بانت.

(**إن حلف على أربعة أشهر، وبقيت إن أطلق**) عن قيد المدّة، بأن قال: والله لا أقربك، وكذا لو قال: أبداً، على ما في «الكفاية»؛ يعني: إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها.. فلا يخلو:

إما إن كان حلف على أربعة أشهر، أو على الإطلاق، أو على الأبد.

فإن كان الأول.. سقط اليمين؛ لكونها مؤقتة.

وإن كان الثاني والثالث.. لا تسقط؛ لعدم كونها مؤقّتة، ولم يوجد الحنث حتى يرتفع به، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج بتكرر المدة وإن كانت اليمين باقية عند

فَلَو نَكَحَهَا ثَانِياً.. عَادَ الْإِيلَاءُ؛ فَإِن مَضَت مُدَّةٌ أُخْرَى بِلَا وطءٍ.. بَانَتْ بِأُخْرَى؛ فَإِن نَكَحَهَا ثَالِثاً.. فَكَذَلِكَ؛ فَإِن تزَوَّجهَا بعدَ زوجٍ آخرَ.. فَلَا إِيلَاءَ، ...

عامة المشايخ؛ لأنه لم يوجد منه منع حقّها بعد البينونة؛ لعدم حقها بعدها في الجماع، فلا يتحقق من الظلم لها.

وقيل: يتكرر بتكرر المدة قبل انقضاء العدة؛ لأن الإيلاء في حقّ الطلاق بمنزلة الشرط المتكرر، فكأنه قال: «كلّما مضت مدّة أربعة أشهر ولم أقربك فيها.. فأنت طالق بائن»، والأصح: قول العامّة، لما ذكرناه.

وإلى هذا أشار بتفريع قوله: (**فلو نكحها ثانياً**) بعد البينونة بمضي أربعة أشهر بعد انقضاء عدّتها (**.. عاد الإيلاء**)؛ لبقاء اليمين، سواء كان نكحها قبل التزوج بزوج آخر، أو بعده، لكنه لو نكحها قبله.. يعود إليه بما بقي من الطلقة، أو الطلقتين؛ لعدم الهادم.

ولو نكحها بعده.. يعود إليه بثلاث تطليقات؛ لأن الزوج الآخر يهدم ما دون الثلاث؛ كما يهدم الثلاث على ما سيأتي من «التبيين».

(**فإن مضت مدّة أخرى بلا وطء.. بانت بأخرى**)؛ لأن اليمين كانت باقية، وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم منه بمنع حقّها، فيجازى بالطّلاق البائن؛ ليزول الظلم منها.

ولو وطئها في مدة أخرى.. سقط الإيلاء، ولزمه الكفارة والجزاء.

(**فإن نكحها ثالثاً.. فكذلك**)، لما ذكرناه من أن اليمين باقية والظلم متحقق، ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج، على ما في «الهداية»، بخلاف ما إذا تزوّجها قبل انقضاء العدّة؛ فإن ذلك الإيلاء.. يعتبر من وقت الطلاق، لا من وقت التزوج، على ما في «العناية» نقلاً عن التمرتاشي.

(**فإن تزوّجها بعد زوج آخر**)، أي: بعدما بانت بالإيلاء ثلاث مرّات على ما يشعر به تفريقه [٤٤٨/ب] (**فلا إيلاء**)، أي: لا يقع الطّلاق عليها بالإيلاء الأوّل؛ لأنه

وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ.

فَإِن وطئ. لزمَ الْكَفَّارَةَ أَو الْجَزَاءُ.

وَلَا تبينُ بِمُضِيِّ الْمدَّةِ وَإِن لم يَطَأْ.

وَكَذَا لَو آلى مِن أَجْنَبِيَّةٍ ....

مقيّد بطلاق هذا الملك، لما ذكرناه أنه بمنزلة التعليق بمضي الوقت؛ كأنه قال: كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق هذا الملك الذي حصل فيه التعليق.

(**واليمين باقية**)؛ لعدم التقييد بالوقت ولعدم الحنث.

(**فإن وطئ.. لزم الكفارة**) في اليمين بالله، (**أو الجزاء**) في اليمين لغير الله؛ لأن موجب الحنث في اليمين هو هذا.

(**ولا تبين**) المرأة (**بمضي المدّة وإن لم يطأ**)، لما ذكرناه من أنه مقيد بطلاق هذا الملك، وهذا في المبانة بالإيلاء ثلاث مرّات.

وأما لو بانت بالإيلاء مرّة، أو مرّتين، وتزوّجت بزوج آخر وعادت إلى الأوّل.. عادت بثلاث تطليقات، وتطلق كلّما مضى أربعة أشهر بلا وطء، حتى تبين منه بثلاث تطليقات، وكذا في الثاني والثالث إلى ما لا يتناهى، هذا عندهما.

وقال محمّد: عادت بما بقي من الطّلاق، بناء على ما مر من الخلاف في مسألة الهدم على ما في «التبيين».

(**وكذا**)، أي: لا يكون مولياً (**لو آلى من أجنبية**)؛ أي: لو قال لها: «والله لا أقربك» مثلاً، ثم تزوّجها.. لم يكن موليا؛ لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً؛ لانعدام المحلّية؛ إذ المحلّ نساؤنا بالنص السّابق فكان؛ كبيع الميتة، فلا ينقلب بعد ذلك صحيحاً.

وكذا لو قال لأجنبية: أنت عليَّ كظهر أمي، ثم تزوجها.. لا يكون مظاهراً، على ما في «الحاوي» و«العناية».

أَو مبانته.

أَمَّا الرَّجْعِيَّةُ.. فكالزوجة.

وَلَا إِيـلَاءَ فِيمَـا دونَ أَرْبَعَـةِ أَشـهرٍ؛ فَلَـو قَـالَ: «وَاللهِ لَا أَقْرَبُـكِ شَـهْرَيْنِ، وشهرَينِ بعدَهمَا».. كَانَ إِيلَاءً.

فَلَو مكثَ يَوْماً ثُمَّ قَالَ: «أقربُكِ شَهْرَيْنِ بعدَ الشَّهْرَيْنِ الْأَوَّلين».. فَلَيْسَ بإِيلاءٍ.

(**أو من مبانته**) لما ذكرناه، ولكن إن قربها.. كفَّر عن يمينه؛ لتحقق الحنث، إذ اليمين منعقدة في حق الحنث؛ لأنه يعتمد تصوّر المحلوف عليه، ولا يعتمد حلّه وحرمته.

(**أما الرجعيّة**) بالطَّلْقَة الرَّجْعِيّة (**فكالزوجة**)؛ لقيام الزوجيّة فيها، فيكون مولياً بالإيلاء بها، واعترض بأنّ الإيلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع، والمطلقة الرجعية ليس لها حّق في الجماع، حتى لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك، وكان المستحب للزوج أن يراجعها بغير الجماع، فلا يكون الزوج ظالماً حتى يترتب عليه الإيلاء.

أجيب: بأن الحكم في محلّ النص مضاف إلى النص دون المعنى، والمطلقة الرجعية من محل النص؛ لأنها من نسائنا.

(**ولا إيلاء فيما دون أربعة أشهر**)، كذا روي عن ابن عباس، وفيه خلاف ابن أبي ليلى، على ما قدّمناه مع جوابه.

(**فلو قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين بعدهما.. كان إيلاء**)؛ لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار؛ كالجمع بلفظ الجمع.

(**فلو مكث يوماً**)، لو ساعة بعد قوله: والله لا أقربك شهرين، (**ثم قال: لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين.. فليس بإيلاء**).

وكذا لو قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأوّلين بإعادة القسم، على ما

وَكَذَا لَو قَالَ: «لَا أَقْرَبُكِ سنةً إِلاّ يَوْماً»؛ ....

في «الهداية»، وهذا؛ لأن الثاني إيجاب مبتدأ.

وقال في «العناية»: والأصل في ذلك: أنه إذا لم يعد اسم الله في المعطوف، ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة.. دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه؛ كما في المسألة الأولى [٤٤٩/أ]، وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة.. فقد كان إيجاباً مبتدءاً، وعلى هذا في المسألة الثانية.. لا يكون مولياً؛ لفوات الأمور الثلاثة؛ لوجود المكث يوماً، وإعادة اسم الله وحرف النفي، فقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى شهرين، وبعد الثانية: مضافاً إلى الأولى بقوله: بعد الشهرين الأوّلين أربعة إلّا يوماً مكث فيه، فلم تتكامل المدّة، أعني: أربعة أشهر.. فلا يكون مولياً، ويكون كلامه يمينين مستقلّين يلزمه بالقربان؛ كفارتان.

ولو قال: والله لا أقربك شهرين، ولا شهرين.. لا يصير مولياً؛ لأنه بإعادة حرف النفي صار إيجاباً آخر وصارا أجلين وتداخلا، كما لو قال: والله لا أكلّم فلاناً يوماً، ولا يومين إن اليمين تنقضي بيومين؛ لأنه أعاد كلمة النفي، فصار الثاني منفرداً عن الأوّل، فتداخل وقتهما بعد الانفراد؛ لأن الوقت الواحد يصلح وقتاً لأيمان كثيرة؛ فإن من قال: والله لا أكلّم فلاناً شهراً، ولا أدخل هذه الدار شهراً، ولا آكل هذا الطعام شهراً، فمضى شهر واحد.. تنتهي الأيمان كلها، فكذلك ههنا إذا مضى شهران.. فقد مضت مدّة كلّ واحدة من اليمنيين، فيمكنه قربان امرأته في مدّة الإيلاء بغير شيء يلزمه، فلا يصير مولياً، بخلاف المسألة الأولى؛ فإنه لمّا لم يفرد مدّة الثانية بنفي على حدة.. كان الكل مدّة واحدة، فكان مولياً، فعلم منه: أن فيما ذكره المصنف: لا يكون مولياً؛ لفوات الأمرين من الأمور الثلاثة.

(**وكذا لو قال: لا أقربك سنة إلّا يوماً**) خلافاً لزفر؛ لأن الاستثناء مصروف عنده إلى آخر أيّامها؛ كما لو قال: أجرت داري هذه سنة إلّا يوماً، أو قال: أجلت الدّين سنة إلا يوماً، فتمت مدة المنع.

ولنا: أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه، وهذا ليس

فَإِن قربَهَا وَقد بَقِيَ مِنَ السّنةِ أَرْبَعَةُ أشهرٍ.. صَارَ إِيلَاءً.

وَلَو قَالَ: «لَا أَدخلُ بصرةَ» وَامْرَأَتُهُ فِيهَا.. لَا يكونُ مُولياً.

بصادق على ما نحن فيه؛ لأنه يمكنه القربان بلا شيء؛ إذ المستثنى يومٌ منكّرٌ، فما من يوم يمر عليه بعد يمينه.. إلا ويمكنه أن يجعله المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه.

ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة؛ لأنه معين، فيكون تغييراً لكلامه من المنكّر إلى المعيَّن بغير حاجة؛ لأن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين، بخلاف الإجارة؛ فإن الحاجة ماسّة فيها إلى الصرف إلى آخر السنة؛ لتصحيح الإجارة؛ فإنها لا تصح مع التنكير للجهالة، وتأجيل الدين كالإجارة؛ فإنه لا يصح مع الجهالة أيضاً.

(**فإن قربها وقد بقي من السنة أربعة أشهر**) أو أكثر (**.. صار إيلاء**)، أي بالاتفاق، على ما في «الخانية»؛ لأن الاستثناء قد سقط وقد بقي مدة الإيلاء، ولكنه لو قربها في يوم.. صار مولياً إذا غربت الشمس من ذلك اليوم، ولا يكون مولياً بمجرد القربان، بخلاف قوله: سنة إلّا مرّة؛ فإنه إذا قربها.. صار مولياً من ساعته، كذا في «البحر».

وفيه أيضاً: أن التقييد بالسنة في قوله: لا أقربك سنة اتفاقيٌّ؛ لأنه لو أطلق، فقال: لا أقربك إلا يوماً.. لا يكون مولياً أيضاً، لكن إذا قربها هنا.. صار مولياً مطلقاً، وكذا لا فرق بين [٤٤٩/ب] الاقتصار على اليوم وبين وصفه بقوله: إلّا يوماً أقربك فيه في عدم كونه مولياً، لكن هنا لا يصير مولياً أبداً، قرِبَها، أو لا.

وقال في «الخانية» عن «الكافي»: لو قال لامرأتيه: والله لا أقربكما إلّا يوم أقربكما فيه.. لم يصر مولياً أبداً.

ولو قال: إلّا يوماً واحداً؛ قربهما في يوم واحد.. يصير مولياً بعد مضيّه، ولو قربهما في يومين.. حنث.

(**ولو قال: لا أدخل بصرة وامرأته فيها.. لا يكون مولياً**)؛ لأنه يمكنه القربان من

غير شيء يلزمه بالإخراج من البصرة قبل مضي المدّة؛ فإن كان لا يمكنه بأن كان بينه وبين البصرة ثمانية أشهر مثلاً.. صار مولياً، على ما في «البحر» عن «جوامع الفقه».

ثم قال: وأما على ما ذكره «قاضي خان»: العبرة لأربعة أشهر، ثم تعقبه، وقال: والّذي يظهر: ضعفه؛ لإمكان خروج كلّ منهما من موضعهما إلى آخر، فليتقيان في أقل من أربعة أشهر، فالعبرة إلى ثمانية أشهر، كما في «جوامع الفقه».

قلت: الجواب عنه، على ما في «الكفاية»: أن الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه، والقدرة بالغير غير معتبرة عند أبي حنيفة، وعندهما: أن القدرة بالغير، وإن كانت معتبرة.. إلّا أنّه لا بدّ أن يكون الزّوج قادراً على اكتساب سبب القدرة، وفيما نحن فيه ليس بقادر عليه.

فإن قيل: إنّ من له أربعة نسوة، إذا قال: والله لا يقربهن.. يصير مولياً، فهن إن لم يقربهن جميعاً أربعة أشهر.. بينّ عنه عندنا، مع أنّ له أن يطأ كلّ واحدة منهنّ، إلى أن يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه، لما أنّ الحنث لا يتعلق بأجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكلّ؛ كما لو حلف: لا يدخل هذه الدُّور الأربع.. له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكلّ.

ثم لما كان في مسألة الحلف على أربع نسوة بنفي القربان مولياً في الحال في حق كلّ واحدة منهنّ.. علم أنّ إمكان القربان من غير شيء لا يمنع صحة الإيلاء، فكيف يستقيم التعليل بقولهم: لأنه يمكنه القربان؟!

أجيب عنه: بأنه إنما صار مع إمكان القربان على الوجه المذكور؛ لأن الحالف ظالم في حق كلّ واحدة منهنّ بمنع حقها في الجماع؛ كما لو عقد يمينه على كلّ واحدة منهن على الانفراد، إلا أنه.. لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن؛ لأن الكفارة موجب الحنث، فلا يجب ما لم يتم شرطه، ولكن عند تمام الشرط.. لا يكون وجوب الكفارة بقربان الأخيرة فقط، بل بقربانهنّ جميعاً.

وأما وقوع الطلاق في الإيلاء.. فباعتبار البرّ، وذلك يتحقق في كلّ واحدة

وَإِن عجِزَ الْمولي عَن وَطئِهَا؛ بمرضِهِ، أَو مَرضِهَا، أَو رَتقها، أَو صِغَرِها، أَو جَبّهِ، أَو لِأَنَّ بَينهَا وَبَينَهُ مَسَافَةَ أَرْبَعَةِ أَشهرٍ.. ....

منهنّ، فلهذا بِنَّ بمضي المدّة، كذا في «النهاية» و «العناية».

(وإن عجز المولي عن وطئها بمرضه، أو مرضها، أو رتقها، أو صغرها) فيه إشارة إلى أن صغر الزوجة لا يمنع صحة الإيلاء، بخلاف صغر الزوج؛ فإنه يمنع صحة الإيلاء على ما صرّح به في «الخانية» عن «شرح الطحاوي» قال: والصبّي، أو المجنون، أو المعتوه، أو النّائم إذا آلى من امرأته.. لا يصح إيلاؤه. انتهى.

(أو جبه، أو لأن بينها وبينه مسافة [٤٥٠/أ] **أربعة أشهر)** من وقت الحلف إلى آخر مدّة الإيلاء، وقيّد بأربعة أشهر؛ لأن فيما دونها لا يصح الفيء باللسان، بل يلزمه الجماع؛ سواء قدر على الجماع، أو يمنعه مانع؛ كما يلزمه الجماع في العجز الحكمي، على ما صرّح به في «الخانية»؛ حيث قال: والمعتبر في الفيء باللّسان هو العجز الحقيقي، دون الحكمي.

والحقيقي: أن يكون الزوج مريضاً لا يستطيع جماعها، أو كانت مريضة، أو صغيرة لا تستطيع جماعاً، أو كانت غائبة وبينهما مسافة لا تقدر على قطعها في مدة الإيلاء، أو تكون محتجبة في مكان لا يعرفها الزوج، أو تكون رتقاء.. فالفيء في جميع ذلك بالقول.

والعجز الحكمي: أن يكون أحدهما: محرماً.

ثم ذكر عن «الخلاصة»، وقال: ولو كان المانع شرعيّاً بأن كان محرماً بينه وبين الحج أربعة أشهر.. ففيئه بالجماع لا غير، والفيء باللّسان إذا كان لا يقدر أن يدخلها عليه.

ثم ذكر عن «شرح الطحاوي»: ولو آلى من امرأته وهو محبوس وهي محبوسة، أو كان بينه وبين امرأته أقل من أربعة أشهر، إلا أن العدو أو السّلطان يمنعه من ذلك.. فإن فيئه لا يصح إلّا بالفعل.

ففيئُهُ أَن يَقُولَ: «فئتُ إِلَيْهَا» إِن اسْتمرَّ الْعذرُ مِن وَقتِ الْحَلِفِ إِلَى آخرِ الْمدَّةِ. فَلَو زَالَ فِي الْمدَّةِ.. تعيَّنَ الفيءُ بالوطءِ.

وكذلك لو آلى من امرأته وهي محرمة وبينه وبين الحجّ أربعة أشهر.. فإن فيئه لا يكون إلا بالفعل وإن كان عاصياً في فعله.

ثم إنما اعتبر الفيء باللسان في حق المريض حال قيام الرجعة لا بعد البينونة، حتى أنّ المريض إذا آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر ولم يفئ إليها، حتى بانت منه بتطليقة، ثم فاء إليها بلسانه بعد ذلك.. لا يبطل الإيلاء.

حتى لو تزوجها وهو مريض على حاله، ثم مضت أربعة أشهر ولم يفئ إليها.. بانت بتطليقة أخرى.

وأما الفيء بالجماع: فكما يعتبر حال قيام الرجعة.. يعتبر بعد البينونة، وانحلت اليمين ولا تقع، حتّى أن الصحيح: إذا آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر وبانت منه بتطليقة، ثم جامعها.. يبطل الإيلاء، حتى لو تزوجها بعد ذلك ومضت أربعة أشهر أخرى من غير جماع.. لا يقع عليها طلاق آخر. انتهى.

(ففيئه) باللّسان، وذلك مثل **(أن يقول: فئت إليها)**، أو راجعت إليها، أو أبطلت الإيلاء.

(إن استمر العذر) المبيح للفيء باللسان **(من وقت الحلف إلى آخر المدة)** هذا إذا كان الإيلاء مطلقاً مرسلاً؛ أما لو كان معلقاً بشرط.. فإنه يعتبر استمرار العذر في حق جواز الفيء باللّسان وعدمه من وقت وجود الشرط، لا من وقت الحلف، حتى لو قال لامرأة وهو صحيح: لو تزوجتك فوالله لا أقربك، فتزوجها في مرض يعجز عن الجماع، ففاء بلسانه.. صح؛ لوجود العذر عند وجود الشرط، كذا في «الفصولين».

(فلو زال العجز في المدة.. تعين الفيء بالوطء).

واعلم أن مسألة عجز المولي عن وطئها على أربعة أوجه:

أحدها: أنه آلى وهو مريض واستمر عذره من وقت الحلف إلى أربعة أشهر، ففيئه باللّسان عندنا.

وقال الشافعي: إنه لا فيء إلا بالجماع، وإليه ذهب الطحاوي منا؛ لأنه لو كان فيئاً.. لكان حنثاً؛ لأن الفيء [٤٥٠/ب] يستلزم حكمين: وجوب الكفارة، وانتفاء الفرقة، ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة ، وكذلك في الآخر.

ولنا: أنه آذاها بذكر المنع لا بمنع حقّها؛ لأن الزوج إذا كان عاجزاً عن الجماع حال الايلاء.. لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في الجماع؛ إذ لا حقَّ لها فيه حينئذ، وإنما قصده الإيحاش باللسان؛ ومثل ذلك ظلم يرتفع باللّسان، وإذا أرضاها باللّسان.. ارتفع الظلم؛ لأن التوبة بحسب الجناية، فلا يجازى بالطلاق، ولا يلزم من كونه فيئاً على هذا الوجه أن تجب الكفارة؛ لأنها جزاء الحنث، والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان.

والحاصل: أن الفيء باللسان يعمل عمل الجماع في حق إبطال الإيلاء، [وفي حق الطلاق لا في حق الحنث.

فإن قيل: إذا لم يتحقق منه الظلم بمنع حقها.. وجب أن لا يتحقق الإيلاء] أيضاً لابتنائه عليه.

أجيب عنه: بأن النص يقتضي صحة الإيلاء من النساء مطلقاً بلا تقييد بوصف الصّحة، فلا يجوز اشتراطه؛ لأنه تقييد المطلق، وذلك نسخ لا يجوز، أو لأنه تعليل فيه إبطال حكم النص، والتعليل على وجه يبطل حكم النص باطل؛ لأن الحكم في موضع النص يضاف إلى النص، لا إلى العلّة، وإنما العلة لإلحاق غيره به.

وثانيها: أنه آلى وهو صحيح وبقي بعد إيلائه صحيحاً مقدار أن يستطيع فيه أن يجامعها، ثم مرض بعده في المدة.. ففيئه بالجماع عندنا، خلافاً لزفر؛ لأن المعتبر عنده آخر المدة، وهو عاجز عنده.

قلنا: لما تمكن من جماعها.. فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع، فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع.

وثالثها: أنه آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة، وفيئه بالجماع أيضاً؛ سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول، أو لم يفئ؛ أما الثاني: فظاهر، وأما الأول؛ فلأنه قدر على الأصل، وهو الجماع قبل حصول المقصود بالخلاف، وهو الفيء باللسان، وذلك لأن المقصود بالفيء باللسان: عدم ثبوت البينونة بمضي أربعة أشهر، وذلك إنما يترتب على مضي هذه المدّة، فقبل مضيّها إذا صحّ.. صار ظالماً في حقها، فيبطل الخلاف ويرجع إلى الأصل.

ورابعها: أنه آلى وهو مريض، ثم مرضت امرأته قبل أن يبرأ هو، ثم برأ وبقيت مريضة إلى انقضاء المدة؛ فإن فيئه بالوطء عندنا، وعند زفر: بالقول.

له: أنه لم يكن ظالماً في حقها بمنع الجماع؛ لاستمرار نوع المرض من وقت الحلف إلى آخر المدة.

ولنا: أنه اختلف سبب الرخصة؛ لأن كلا المرضين يوجب جواز الفيء باللّسان، واختلاف أسباب الرخصة.. يمنع الاحتساب بالرخصة الأولى عن الثانية، وتصير الأولى كأن لم تكن؛ كالمسافر إذا تيمم لعدم الماء، ثم مرض مرضاً مبيحاً له التيمم بانفراده.. لم يجز له الصلاة بذلك التيمم، كذلك المرأة يبيح الفيء بالقول، فلا يبنى حكمه على مرض الزوج، كذا في «الفصولين»، يعني: أنّ المبيح عندنا: عين المرض لا نوعه، وقد بطل عين الأول بالثاني، والثاني غير مستمر [٤٥١/أ] من وقت الحلف إلى آخر المدّة، فتعيّن الفيء بالجماع؛ لانتفاء شرط الفيء باللّسان، وهو الاستمرار على ما أشار إليه بقوله: إن استمر العذر. انتهى.

وَإِن قَالَ لَهَا: «أَنْت عليّ حرَامٌ».. كَانَ مولياً إِن نوى التَّحْرِيمَ، أَو لم ينوِ شَيْئاً.

والحاصل: أنّ الفيء باللّسان في حقّ المريض إنما يعتبر بشرطين:

أحدهما: استمرار العجز المبيح من وقت الحلف، أو من وقت وجود الشرط إلى آخر المدّة، حتى لو لم يستمر - كما في الصّور الثلاثة المذكورة - تعيّن الفيء بالجماع.

وثانيهما: قيام الزوجيّة، أي: الرجعة بينهما، حتى لو آلى وهو مريض، ومضت أربعة أشهر ولم يفئ فبانت منه، ثم صحّ ففاء في صحته بلسانه.. لم يصح فيؤه، ولم يبطل إيلاؤه؛ لعدم بقاء الزوجية حين فاء، حتى لو تزوّجها ثانياً وهو مريض ففاء بلسانه.. يرجع إيلاؤه وصحّ فيؤه عند أبي يوسف، وعندهما: لا يصح.

والأصح: هو الأوّل، على ما في «الزيلعي» وغيره؛ لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض أيضاً، وفي زمان الصحّة صارت هي مبانة لا حق لها في الجماع، فلا يعود فيه حكم الإيلاء.

ولهما: أنّ ذلك بتقصير منه؛ فإنه كان يمكنه الفيء باللّسان قبل مضي المدة، ولا تبين.

وأما الفيء بالجماع، فلا يشترط فيه قيام الزوجيّة، بل يعتبر بعد البينونة أيضاً، حتى لو آلى وهو صحيح فمضت أربعة أشهر بلا فيء فبانت، ثم جامعها.. بطل إيلاؤه، حتى لو تزوجها بعده ومضت أربعة أشهر بلا جماع.. لا تطلق، كذا في «الفصولين» وقد ذكرناه عن «الخانية».

(وإن قال لها)؛ أي: لزوجته **(أنت عليّ حرام.. كان مولياً إن نوى التحريم، أو لم ينو شيئاً)** من الكذب والطلاق والظهار والتحريم؛ أما إذا نوى التحريم؛ فلأنّ الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات، وهي: الحرمة بالإيلاء؛ لأنها دون الحرمة الثابتة بالظهار والطّلاق، وفيه تفصيل ذكرناه في الكنايات.

وَإِن نوى ظِهَاراً.. فظهارٌ.

وَإِن نوى الْكَذِب.. فكِذبٌ.

وَإِن نوى الطَّلَاقَ.. فبائنٌ.

وَإِن نوى الثَّلَاثَ. فَثَلَاثٌ.

وَالْفَتْوَى على وُقُوعِ الطَّلَاقِ بِهِ وَإِن لم ينوِ.

(وإن نوى ظهاراً.. فظهار) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمّد: ليس بظهار؛ لأنه تشبيه المحلّلة بالمحرّمة، ولا تشبيه ههنا.

ولهما أنه أطلق الحرمة وهي تحتمل أنواعاً، والظهار من محتملاتها.. فصحّت نيته.

(وإن نوى الكذب.. فكذب) لا يقع به الطلاق، ولا الإيلاء، ولا الظهار؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن المرأة كانت حلالاً له فقوله: أنت حرام، خبر غير مطابق للواقع، فيكون كذباً، فالنية به تكون بيان نفسه تفسيراً وتقريراً.

(وإن نوى الطلاق.. فبائن) إن لم ينو شيئاً من العدد، أو نوى واحدة، أو ثنتين.

(وإن نوى الثلاث.. فثلاث)؛ لأنه من الكنايات فيعمل نيته.

(والفتوى على وقوع الطّلاق به)، أي: بقوله: أنت علي حرام، ونحوه **(وإن لم ينو)** الطّلاق، على ما روي عن أبي بكر الإسكاف والهندواني، قال في: «التاتارخانية»: إذا قال لامرأتين: أنتما عليّ حرام، ينوي الطلاق في إحداهما والإيلاء في الأخرى.. فهما طالقان، على ما روي عن أبي يوسف ومحمد؛ لأن اللفظ الواحد [٤٥١/ب] لا ينتظم المعنيين المختلفين، فحمل على الأغلظ وهو الطّلاق.

وعند أبي حنيفة يمضي كما نوى.

وفي «المحيط»: وكذلك إذا نوى في أحدهما: ثلاث تطليقات، وفي الأخرى واحدة.. فهما طالقان ثلاثاً في قول أبي يوسف.

وَكَذَا بقولِهِ: كلُّ حَلَالٍ عليَّ حرَامٌ أَو (هرجه بدست راست كيرم برمن حرَام) لِلْعُرْفِ.

وقال أبو حنيفة: يمضي كما نوى، ويجب أن يكون هذا قول محمد أيضاً، وعليه الفتوى.

ولو قال: هذه علي حرام وهذه، وهو ينوي الطّلاق في إحداهما والإيلاء في الأخرى.. فهما طالقان.

ولو قال: هذه علي حرام ينوي الطلاق، وهذه علي حرام ينوي الإيلاء.. فهو كما نوى.

ولو قال: لامرأته وأمّ ولده: هما علي حرام ينوي في الحرة الإيلاء، وفي أم الولد الطلاق.. فهو إيلاء فيهما.

(وكذا بقوله: «كلّ حلال عليّ حرام»، «هرجه بدست راست كيرم بر من حرام» للعرف) على أنّ النّاس يريدون بمثل هذه الألفاظ الطّلاق.

وفي «الخلاصة» عن «المحيط»: إذا قالت لزوجها: أنت علي حرام، أو قالت: أنا عليك حرام.. كان يميناً وإن لم تنو، كما في جانب الزّوج، حتى لو مكثت زوجها.. حنث ويلزمها الكفارة.

ثم ذكر عن «الفتاوى»: إذا قال لامرأته: أنت علي حرام - والحرام عنده طلاق - لكن لم ينو طلاقاً.. وقع الطّلاق.

قال المرغيناني: لا أقول لا يشترط النية، لكن يجعل ناوياً عرفاً.

وكذا في قوله: «هرجه بدست راست كيرم برمن حرام».. لا يصدق أنه لم ينو.

ولو قال: «هرجه بدست كرفته أم» بمنزلة قوله: «كيرم».

ولو قال: «هرجه بدست جب كيرم»، قال: في «مجموع النوازل» لا يكون طلاقاً، وإن نوى.

ولو قال: «هرجه بدست راست كيرفته أم».. لا يكون طلاقاً؛ لأن العرف في قوله: «كيرم»، ولا عرف في قوله: «كرفته أم».

ولو قال: «هرجه بدست كيرم»، ولم يقل: «راست» «أوجب».. فهو بمنزلة قوله: «هرجه بدست راست كيرم».

ولو قال: كلّ حلال عليّ حرام، أو: «هرجه مرا حلال أست برمن حرام».. قال في «الفتاوى الصّغرى»: لا بد من النية، وعليه ما في «المحيط»؛ حيث قال: فإن نوى اليمين، أو لم ينو شيئاً.. كان يميناً وينصرف إلى الطعام والشراب، ولا تدخل فيه امرأته إلا بالنية استحساناً، هكذا قال محمّد.

وعن مشايخ بلخ: أنه تدخل امرأته بغير نية.

ثم على قول محمّد: إذا نوى امرأته حتى دخلت فيه.. لا يخرج الطعام والشراب من اليمين، فيحنث بأيّ ذلك وجد، وإذا تناول شيئاً من الطّعام والشراب.. حنث وانقضى حكم يمينه، حتى لو قرب امرأته بعد ذلك.. لا يحنث، ويستوي إن تناول شيئاً قليلاً أو كثيراً، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام، وذلك الطّعام مما يستوفيه واحد.. لا يحنث ما لم يستوفِ جميع ذلك، وكذا لا يدخل اللباس إلّا بالنية، وإذا دخل.. لا يخرج الطعام والشراب.

وإذا نوى الطعام والشراب.. فهو على ما نوى.

ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله.. فهو طلاق ويمين.

* * *

(بَاب الْخُلْعِ)

هُوَ الْفَصْلُ عَنِ النِّكَاحِ.

وَقيل: أن تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةُ نَفسَهَا بِمَالٍ ليخلعَها بِهِ.

(بَابُ الخُلْع)

والفرق بينه وبين الإيلاء: أنّ الإيلاء نشوز من قبل الزوج، والخلع نشوز من قبل المرأة، وأن الإيلاء [٤٥٢/أ] مجرّد عن المال، بخلاف الخلع، ولهذين المعنيين أخّره عن الإيلاء.

(هو) في اللّغة: النزع.

وفي الشريعة: (الفصل عن النكاح)، وفيه إشارة إلى أن الخلع طلاق - كما هو عندنا - لا فسخ، على ما روي عن الشّافعي في قوله القديم.

لنا: قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، بقرينة أوله، على ما بيناه في «حاشيتنا على المرآة».

(وقيل: أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها به)، أي: بالمال.

والأولى منها: ما عرّفه بعض مشايخنا: أنه إزالة ملك النكاح المتوقّفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو بما في معناه.

لأن الأوّل منقوض: بالمعنى اللّغوي؛ لأن الخلع بالضمّ قد يجيء في اللغة بمعنى الفصل عن النكاح، على ما في «القاموس».

والثاني منقوض بالطلاق على مال، وسيأتي الفرق بينهما.

وبما عري عن البدل مع أنه خلع أيضاً، على ما صرّح به في «الخلاصة» و«البزازية» وسنذكره أيضاً.

وفي «الخانية» نقلاً عن «المحيط»: إذا أمر الرجل امرأته بالخلع، فهو على أربعة أوجه:

إما أن يقول: اخلعي نفسك بألف درهم.

أو يقول: اخلعي نفسك بمال ولم يسمّه ولم يقدره.

أو يقول: اخلعي نفسك بغير شيء.

أو يقول: اخلعي نفسك ولم يزد على ذلك.

أما إذا قال اخلعي نفسك بألف درهم، أو على ألف درهم.. فخلعت نفسها على ذلك، ولم يقل الزوج بعد ذلك خلعت، هل يتم الخلع؟

فيه روايتان عن أصحابنا، والمختار: أنه يتم بناء على أن الواحد يتولى طرفي الخلع إذا كان البدل مقدّراً معلوماً، وتصير المرأة وكيلة من جانب الزوج.

وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك بمال ولم يقدر المال، أو قال: اختلعي بما شئت، فقالت: خلعت نفسي على كذا.. ففي ظاهر الرّواية لأصحابنا: لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج بعد ذلك خلعت.

وروى ابن سماعة عن محمّد: أنه يتم الخلع، وإن لم يقل الزوج بعد ذلك: خلعت، وكثير من مشايخنا أخذوا هذه الرّواية.

وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك بغير شيء، فقالت: خلعت.. يتم الخلع بقولها.

وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك ولم يزد على هذا.. ذكر شيخ الإسلام: أنه يتم الخلع بقول المرأة: اختلعت، وحكي عن الإمام أبي بكر محمّد بن الفضل البخاري أنه كان يقول به.

وروي عن محمّد: أن هذا بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بمال.

وروي عن أبي حنيفة: أنه بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بغير شيء.

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف: أنه لا يكون خلعاً.

وروى ابن سماعة عن محمّد: إذا قال لها: اخلعي نفسك، فقالت: خلعت.. يقع طلاق بائن بغير بدل؛ كأنه قال لها: أبيني نفسك، وبه أخذ أكثر المشايخ. انتهى.

فظهر منه: أن الخلع يصحّ بغير بدل، لكن المنقول عن «التجريد»: أن مطلق لفظ الخلع محمول على الطلاق بعوض، حتى لو قال لغيره: اخلع امرأتي، فخلعها بغير عوض.. لم يصح. انتهى.

فعلم منه: أن الخلع صحيح بدون ذكر البدل.

وقال «قاضي خان»: لو قال لغيره: اخلع امرأتي.. ليس له أن يخلعها إلّا بمال.

ثم قال في «الخانية»: إذا سألت المرأة زوجها [٤٥٢/ب] أن يخلعها، فهو على أربعة أوجه أيضاً.

أما إذا قالت له: اخلعني على كذا سمت ألف درهم مثلاً فخلعها على ذلك.. يتم الخلع بقبول الزوج، ولا يحتاج إلى قبول المرأة اختلعت، أو قبلت، وهو المختار، ويصير الزوج وكيلاً عن المرأة بالاختلاع.

وأما إن قالت: اخلعني عن مال ولم تسمه ولم تقدره، فقال الزوج: خلعتها على كذا.. لا يتم الخلع بقول الزوج: خلعت، ما لم تقل المرأة: قبلت، أو اختلعتُ في ظاهر الرواية.

وعلى رواية ابن سماعة.. يتم، ومعنى قولنا: لا يتم الخلع على ظاهر الرّواية: أنه لا يجب بدل الخلع، وهل يقع الطلاق؟

اختلف المشايخ، فبعضهم قالوا: يقع، وبه كان يفتي المرغيناني، وبعضهم قالوا: لا يقع، وهو الأظهر والأشبه.

وأما إن قالت: اخلعني بغير مال، فقال الزوج: خلعت.. يقع الطلاق.

وأما إن قالت: اخلعني ولم تزد على هذا، فعلى ما ذكره شيخ الإسلام.. يقع الطّلاق بقول الزوج: خلعت.

وَلَا بَأْسَ بِهِ عِنْدَ الْحَاجةِ.

وَكُرِهَ لَهُ: أَخذُ شَيْءٍ إن نشزَ، ....

وعلى قياس ما حكي عن محمد بن الفضل فيما إذا أمر الزوج المرأة بالخلع.. يجب أن يكون في المسألة روايتان.

هذا، وقال في «البزازية»: قال لها: خلعتك، فقالت: قبلت.. لا يسقط شيء من المهر، ويقع الطلاق البائن بقوله؛ إذا نوى الطلاق، ولا دخل لقبولها، حتى إذا نوى الزوج الطّلاق ولم تقبل المرأة.. يقع البائن.

وإن قال: لم أرد به الطلاق.. لا يقع ويصدّق ديانةً وقضاءً، بخلاف قوله: خالعتك، فقالت: قبلت.. يقع الطّلاق، والبراءة للزوج إن كان عليه مهر، وإلا.. يجب رد ما ساق إليها من المهر. انتهى.

فظهر منه الفرق بين «خلعتك» و«خالعتك» من وجهين:

أحدهما: أن خلعتك، غير متوقف على قبول المرأة، بخلاف خالعتك.

والثاني: أنه لا يبرأ في الأوّل، ويبرأ في الثاني.

فعلم منه ما في عبارة بعض المشايخ من الخلل؛ فإن المتوقف على قبول المرأة لفظ المخالعة لا لفظ الخلع.

(**ولا بأس به**)، أي: بالخلع (**عند الحاجة**) بأن خافا أن لا يقيما حدود الله؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، أي: لا جناح على الرجل فيما أخذ، ولا على المرأة فيما أعطت.

(**وكره له: أخذ شيء إن نشز**) الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾؛ لأنه أوحشها بالاستبدال، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال، وهو المعنى في النهي عن الأخذ في النص.

وَأَخذُ أَكثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا إن نَشَزَتْ.

وَالْوَاقِعُ بِهِ ....

(وأخذُ أكثر مما أعطاها إن نشزت) الزوجة، لما روي: أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى النبي ﷺ ناشزة، فقال ﷺ: «أتردّين إليه حديقته؟»، فقالت: وزيادة، فقال ﷺ: «أما الزيادة.. فلا».

والمراد: نفي إباحة أخذ الفضل.

فإن قيل: الظاهر منه نفي رد الزيادة، لا نفي الأخذ.

قلنا: إن الرد إذا كان غير مباح وهي ناشزة.. فكان الأخذ منه وهو غير ناشز: أولى أن لا يكون مباحاً، وإذا انتفى الإباحة.. كان مكروها.

وفي «العناية» عن «الجامع الصغير»: أنه طاب له أخذ الفضل أيضاً وإن نشزت هي؛ لإطلاق قوله تعالى: [٤٥٣/أ] ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾؛ فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره.

قلنا: إنه ترك في حقّ إباحة أخذ الزيادة بما رويناه من قوله ﷺ: «أما الزيادة.. فلا»، فيبقى معمولاً به في إباحة أخذ ما أعطاها، وفي جواز أخذ الزيادة وإن كان مكروهاً.

ولهذا قالوا: ولو أخذ الزّيادة.. جاز في القضاء، وإن كره.

فإن قيل: إن الحديث خبر واحد.. فلا يعارض الكتاب.

قلنا: إن الكتاب معارض بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾، لا به، حتى عمل بأحدهما فيما إذا نشز الزوج، وبالآخر فيما إذا نشزت، والكتاب إذا كان معارضاً بالكتاب.. يجوز معارضته بخبر واحد بعده أيضاً، على ما في «الأصول».

(والواقع به)، أي: بالخلع سواء كان بلفظ الخلع، أو بلفظ البيع، أو بالمبارأة،

وبالطلاقِ على مَالٍ: بائنٌ.

وَيلْزمُ المَالُ الْمُسَمّى.

وسواء كان بعوض، أو بغير عوض، وسواء نوى الطّلاق به، أو لم ينو ولكنّه بشرط ذكر العوض، حتى لو قال: لم أعن الطلاق مع ذكر العوض.. لا يصدق قضاء ويصدّق ديانة، على ما صرّح به في «البحر»، ويشعره إطلاق الكتاب أيضاً.

وأما إذا لم يذكر العوض.. فهو من كنايات الطّلاق، فيتوقف على النية، أو مذاكرة الطلاق.

(والطلاق على مال)؛ مثل إن قال: أنت طالق بألف درهم، أو على ألف درهم فقبلت (.. بائن).

لقوله ﷺ: «الخلع تطليقة بائنة».

ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من كنايات الطلاق، والواقع بالكناية بائن.

ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها، وذلك بالبينونة.

ولأنه معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد البدلين.. فتملك الزوجة البدل الآخر أيضاً وهو نفسها؛ تحقيقاً للمساواة بينهما.

وفيه إشارة إلى ردّ قول من قال: إن الخلع فسخ لا طلاق.

وفي «الخلاصة»: لو قضى بكون الخلع فسخاً:

قيل: ينفذ.

وقيل: لا.

وقيل: الظاهر أنه ينفذ؛ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه.

وإلى ردّ من قال: إن الواقع به طلاق رجعي.

(ويلزم المال المسمّى)؛ لأن هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية المحلّ، والزوج يستبد بالطّلاق تنجيزاً وتعليقاً لا محالة، وقد علّقه

بقبولها، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه، وإن لم يكن مالاً؛ كالقصاص، وبهذه الجملة حصلت أهليتها وصلاحية المحلّ.

قال في «الكنز»: ولزمها المال بضمير المؤنث، وعبارة المصنف أولى منه لشمولها؛ فإنه يلزم الفضولي لا المرأة.

قال في «الخلاصة»: لو أن رجلاً قال للزوج: اخلع امرأتك على عبدي هذا، أو داري هذه، أو ألفي هذا، فخلعها على هذا.. فالخلع جائز، ولا حاجة إلى قبول المرأة؛ لأن العاقد أجنبي.

ونظيره: صلح الأجنبي والمتبرع بقضاء الدّين عن إنسان.

ولو قال للزوج أجنبي: اخلعها على عبدي هذا، فقال الزوج خلعت.. تم الخلع من غير أن يقول المخاطب قبلت، وإذا تم الخلع بقبول الأجنبي.. لزمه عين البدل إن كان ممّا يتعين؛ فإن عجز عن تسليمه.. وجب تسليم مثله في [٤٥٣/ب] المثليّات، وتسليم القيمة في غير المثليّات؛ كما في قبول المرأة، هذا إذا أضاف الفضولي البدل إلى نفسه.

وأما لو جعله مرسلاً.. فالقبول والمال على المرأة؛ كما إذا قال رجل لآخر: اخلع امرأتك على هذا العبد، أو على هذه الدّار، أو على هذا الألف، فخلعها على ذلك.. فالقبول إلى المرأة، لا إلى الأجنبي؛ لأن البدل مرسل؛ كما إذا قال لغيره: بع عبدك من فلان بكذا.. توقف على قبول فلان إذا باع.

فإذا قبلت المرأة ذلك.. وجب عليها تسليم ما أشير إليه إن أمكن، وإلّا.. فمثله في المثليّات، وقيمته في القيميّات.

وأما لو قال أجنبي للزوج: اخلع امرأتك على عبد فلان.. فالقبول إلى فلان دون المرأة؛ لأنه أضاف المال إلى فلان، وخلع الزوج على ذلك، ألا ترى أن

وَمَا صَلُحَ مهْراً.. صلُحَ بَدَلاً لِلْخلعِ.

الأجنبي لو قال للزّوج: اخلع امرأتك على ألف درهم على أنّ فلاناً ضامن له، فقبل الزوج ذلك.. كان القبول في هذا على الضامن، لا على المخاطب، ولا على المرأة إن لم تكن المرأة مخاطبة في هذا.

وأما لو كانت مخاطبة فيه فقالت: اخلعني على ألف درهم، على أن فلاناً ضامن له، فخلعها.. كان واقعاً؛ فإن ضمن فلان المال.. أخذ الزوج أيّهما شاء: المرأة بحكم القبول، والفلان بحكم الضمان.

ولو لم يضمن فلان.. أخذت المرأة بالمال بحكم القبول؛ كما لو قالت المرأة لزوجها: اخلعني على دار فلان، أو على عبد فلان فخلعها.. فالخلع واقع بقبول المرأة، ولا حاجة إلى قبول فلان بعد ذلك؛ إن قدرت على تسليم ما أشير إليه بإجازة فلان.. سلمته إليه، وإلا.. فعليها تسليم المثل في المثلي، والقيمة في القيمي.

وكذلك لو قال لها الزوج: خلعتك على عبد فلان، أو دار فلان فقبلت المرأة.. صح.

ولو لم تقبل، وقبل فلان.. لم يصح؛ لأنه خاطب إلى المرأة لا إلى فلان.

ولو أن الزوج خاطب إلى صاحب العبد والدار والمرأة حاضرة، فقال له يا فلان؛ قد خلعت امرأتي بعبدك هذا.. فالقبول إلى صاحب العبد، ولا حاجة إلى قبول المرأة، كذا في «الخلاصة».

(**وما صَلُحَ مهراً صلح بدلاً للخلع**)، ولا ينعكس؛ لأن ما يصلح أن يكون عوضاً للمتقوم، وهو البضع حالة الدخول في الملك: أولى أن يصلح عوضاً لغير المتقوم، وهو البضع حالة الخروج، ولا عكس.

فإذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها، أو بطون جاريتها.. جاز وله ما في بطونها وقت الخلع دون ما حدث بعده.

ولو تزوج امرأته على ما في بطون غنمه.. وجب مهر المثل؛ لعدم صحة التسمية؛ لأن ما في البطن ليس بمال في الحال، وإن كان بعرضية أن يصير مالاً بالانفصال.

وكذا يصح الخلع بما دون العشرة، ولا يصلح مهراً.

والأصل ههنا: أن هذا في معنى التعليق بالشرط أو الإضافة، وأحد العوضين في باب النكاح - وهو منافع البضع - لا يحتمل التّعليق والإضافة.. فكذلك العوض الآخر.

وأما الخلع: فأحد العوضين فيه - وهو الطّلاق - يحتمل التعليق والإضافة.. فكذلك العوض الآخر، فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المال.

وإذا صحت التسمية.. [٤٥٤/أ] فله المسمّى إن وجد.

وإن لم يكن في بطونها شيء.. فلا شيء له؛ لأنها ما غرته؛ لأن ما في البطن قد يكون مالاً متقوماً، وقد يكون ريحاً وميتةً.

وفي «فتح القدير»: ويصح التّأجيل في بدل الخلع، ومع جهالة مستدركة؛ كالحصاد والدّياس، لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة، وحيث لا يصح التأجيل.. يجب المال حالاً، وهذا لأنه لمّا كان إسقاطاً حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية، وكان مما يجري فيه التّسامح.. فجاز المجهول، وإلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة.

وعلى هذا الأصل: يجوز اختلاعها على زراعة أرضها، وركوب دابتها، وخدمتها على وجه لا يلزم الخلوة بها، أو خدمة أجنبي؛ لأن هذه تجوز مهراً. انتهى.

ثم ذكر أنه يتفرّع على كون البضع مالاً متقوماً حالة الدخول، وغير متقوم حالة الخروج، جواز تزويج الأب ابنه الصّغير على مال الصّغير، وعدم جواز خلع الأب

وَإِن بَطَلَ الْعِوَضُ فِيهِ.. يَقع بائناً.

وَفِي الطَّلَاقِ يَقعُ رَجْعِياً بِلَا شَيْءٍ؛ ....

ابنته الصغيرة على مالها، ونفوذ تزويج المريض بمهر مثلها من جميع ماله، وكون خلع المريضة معتبراً من الثلاث.

(**وإن بطل العوض فيه**)، أي: في الخلع (.. **يقع بائناً**).

وقيل: رجعياً.

والأوّل أصح؛ لأنه لما بطل العوض.. بقي لفظ الخلع، وهو كناية، والواقع بالكنايات بائن سوى الثلاث المتقدمة.

فإن قيل: لو كان من الكنايات.. لاحتاجت إلى النية، وليس كذلك.

قلنا: ذكر المال أغنى عنها، حتى لو قال: لم أنو به الطلاق.. لم يصدّق قضاءً إن ذكر المال؛ سواء كان بلفظ الخلع، أو المبارأة، أو البيع، أو الطلاق.

وإن لم يذكر المال.. صدق في الخلع والمبارأة؛ لأنهما كنايتان لا بدّ لهما من النية، وما يقوم مقامها من مذاكرة الطّلاق، بخلاف البيع والطلاق؛ حيث لا يصدق فيهما وإن لم يذكر بدلاً؛ لكونهما قطعيين في زوال النكاح، على ما في «الكافي».

(**وفي الطلاق**) على مال (**يقع رجعياً**)؛ لأن الباقي فيه بعد بطلان العوض هو صريح الطّلاق، والواقع به رجعي على ما سبق.

وفي «فتح القدير»: وفي الطلاق يقع رجعيّاً إن كانت مدخولاً بها وهي دون الثلاث، وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث، وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد. انتهى.

(**بلا شيء**) له عليها في الخلع، وفي الطلاق على مال؛ لأنها ما سمت مالاً متقوّماً حتى تصير غاية له.

وأما اشتراكهما في وقوع الطلاق بهما مع بطلان العوض.. فلأنه علّقها بقبولها وقد قبلت، وأما الافتراق بينهما بالبيونة والرجعة: فلما ذكرناه.

كَمَا إذا خَالعهَا أَو طَلَّقهَا وَهُوَ مُسلمٌ على خمرٍ، أَو خِنْزِيرٍ، أَو ميتَةٍ.

أَو قَالَت: «خالعني على مَا فِي يَدي» وَلَا شَيْءَ فِي يَدِهَا.

(كما إذا خالعها أو طلقها وهو مسلم على خمر أو خنزير أو ميتة)، أو على طلاق ضرتها، وإلا.. فيه ما ذكرناه؛ ولأنه لا وجه لإيجاب المسمى للإسلام، على ما يشار إليه بقوله: وهو مسلم، ولا إلى إيجاب غيره؛ لعدم الالتزام، بخلاف ما إذا خالع على خلّ بعينه فظهر خمراً.. فإنه يلزم عليها ردّ المهر الّذي أخذته عند أبي حنيفة.

وعندهما: مثل ذلك القدر من خل وسط؛ لأنها سمت مالاً وغرته بذلك، فكانت ضامنة.

وبخلاف ما إذا كاتب، أو أعتق على خمر، أو خنزير [٤٥٤/ب] حيث تكون الكتابة فاسدة، وإن أداها.. عتق وعلى العبد قيمته؛ لأن ملك المولى في العبد متقوّم، وما رضي بزواله مجاناً، فلمّا لم يقدر على تسليم البدل؛ لعدم التقوم.. لزمه قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة.

أما ملك البضع في حالة الخروج.. فغير متقوّم، فلا يلزمها الشيء.

وبخلاف النكاح حيث صحّ ووجب مهر المثل، والخلع صحّ ولم يجب شيء؛ لأن البضع في حالة الدخول متقوّم، فلم يشرع تملكه بلا عوض؛ إظهاراً لشرفه.

وأما الإسقاط.. فيحصل به شرف البضع؛ للتخلّص عن ذلّة المملوكيّة، فلا حاجة فيه إلى إيجاب المال؛ إذ لم يجب إلّا لغرض تحصيل شرف البضع، وقد حصل بدونه.

(أو قالت: خالعني على ما في يدي، ولا شيء في يدها) لم يجب له عليها شيء؛ لأنها لم تغرّه بتسمية المال؛ لأن «ما» عامّةٌ تتناول المال وغيره، والمراد باليد هنا: اليد الحسيّ، لا بمعنى الملك.

وفي «البحر»: إنه لو قال: خالعتك على ما في يدي، ولا شيء في يده، فلا شيء له عليها أيضاً؛ إذ لا فرق بينه وبين مسألة الكتاب، فلو كان في يده جوهرة لها

وَإِن قَالَت: «على مَا فِي يَدي مِن دَرَاهِمَ» وَلَا شَيْء فِيهَا. لَزِمَهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِم.

وَإِن قَالَت: «من مَالٍ».. لَزِمَهَا ردُّ مهرِهَا.

فقبلت.. فهي له، وإن لم تكن علمت ذلك؛ لأنها قبلت على ذلك. انتهى.

وفي كلامه إشارة إلى هذا، وإلى ما في «الخلاصة» أيضاً، قال فيها: لو قالت: اخلعني على ما في يدي، أو في بيتي من شيء ولم يكن في يدها شيء.. لا شيء له عليها.

وعلّله في «فتح القدير» بأن الشيء يصدق على غير المال أيضاً. (وإن قالت: على ما في يدي من دراهم، ولا شيء فيها.. لزمها ثلاثة دراهم)؛ لأنها سمّت الجمع وأقلّه ثلاثة، وكلمة «مِن» للبيان دون التبعيض، فيجب الأقل المتيقن، كما لو أقرّ، أو أوصى بدراهم.

وإن كان في يده أكثر من ثلاثة دراهم.. فله ذلك؛ لصحة إطلاق الجمع عليه.

وإن كان في يدها أقل من ثلاثة دراهم.. تممت له الثلاثة، على ما في «الحاوي القدسي».

(وإن قالت: من مال.. لزمها ردّ مهرها)؛ لأنها لمّا سمّت مالاً.. لم يكن الزوج راضياً بالزوال مجاناً، ولا وجه إلى إيجاب المسمّى وقيمته للجهالة، ولا إلى قيمة البضع، أعني: مهر المثل؛ لأن البضع غير متقوّم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعاً للضرر عنه.

وفي «الخلاصة»: رجل خلع امرأته بما لها عليه من المهر؛ ظنّاً منه أنّ لها عليه بقية المهر، ثم تذكر أنه لم يبق لها عليه شيء من المهر.. وقع الطّلاق عليها بمهرها، فيجب عليها أن تردّ المهر إن قبضت، وإلّا.. برأ الزّوج؛ أما إذا علم أن لا مهر لها عليه بأن وهبت.. صح الخلع، ولا ترد على الزوج شيئاً؛ كما إذا خلعها على ما في هذا البيت من المتاع، وعلم أنه لا متاع في هذا البيت.

وَإِن خَالعهَا على عَبدِهَا الْآبِقِ على أَنَّهَا بريئةٌ من ضَمَانِهِ.. لَا تبرأُ، ولزمها تَسْلِيمُهُ إِن أَمكنَ، وإِلاّ.. فَقيمتُهُ.

وَلَو قَالَت: «طَلِّقنِي ثَلَاثاً بِأَلفٍ» فَطلَّق وَاحِدَةً.. فَلهُ ثُلُثُ الْألفِ وَبَانَتْ.

وَفِي «على أَلفٍ».. يَقعُ رَجْعِيّاً بِلَا شَيْءٍ.

وَعِنْدَهُمَا: كالباء.

(وإن خالعها على عبدها الآبق على أنها بريئة من ضمانه لا تبرأ، ولزمها تسليمه إن أمكن، وإلا.. قيمته)؛ لأنه عقد المعاوضة، فيقتضي سلامة العوض، فيكون اشتراط البراءة شرطاً فاسداً فيبطل.

إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، وكذا الحكم فيما إذا تزوج امرأة على عبد آبق أنه بريء من ضمانه.. لم يبرأ، وعليه تسليم عينه إن أمكن، وإلّا.. قيمته والشرط فاسد.

فإن قيل: سلّمنا أنّ العقد [٤٥٥/أ] لا يبطل بفساد هذا الشرط، لكن ينبغي أن تفسد التسمية؛ لعدم وجوب تسليم المسمّى، وإذا فسدت.. رجع الزوج عليها في الخلع بما ساق إليها من المهر؛ كما إذا اختلعت منه على دابةٍ.

أجيب: بأن العقد إذا كان صحيحاً.. كان ما يناقضه من الشرط ساقطاً، والسّاقط لا يؤثّر في فساد شيء، والتسمية إنما فسدت فيما إذا اختلعت على دابّة؛ للجهالة الفاحشة.

(ولو قالت: «طلّقتني ثلاثاً بألف» فطلّق واحدة.. فله ثلاث الألف) بالاتفاق؛ لأن «الباء» تدخل على الأعواض، والأعواض يقسم المعوض.

(وبانت)؛ لوجوب المال.

(وفي: «على ألف».. يقع رجعياً بلا شيء) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: كالباء)؛ لأن الطلاق على المال معاوضة من جانب المرأة، ولهذا كان الرجوع قبل كلام الزوج، وكلمة «على» تحتمل معنى الباء، فيحمل عليها في

وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسَكِ ثَلَاثاً بِأَلفٍ، أَو على أَلفٍ» فَطلَّقت وَاحِدَةً.. لَا يَقعُ شَيْءٌ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلفٍ، أَو على أَلفٍ» فَقبِلَتْ.. بَانَتْ ولزِمَها المَالُ.

المعاوضات، فيجب ثلث الألف ويقع بائناً، لما ذكرناه.

ولأبي حنيفة: أنّ كلمة «على» للشرط عنده، مجازاً، أو حقيقةً، على ما في «الأصول»، فلا يجب شيء؛ لأن أجزاء الشّرط لا تنقسم على أجزاء المشروط؛ فإذا لم يجب شيء.. يقع رجعيّاً.

وتحقيق ذلك: أن ثبوت العوض مع المعوض من باب المقابلة حتى يثبت كل جزء من هذا في مقابلة من ذلك، ويمتنع تقدم أحدهما على الآخر بمنزلة المتضايفين، وثبوت الشرط والمشروط بطريق المعاقبة ضرورة توقف المشروط على الشرط بلا عكس، فلو انقسم أجزاء الشرط على أجزاء المشروط.. لزم تقدّم جزء من المشروط على الشرط، فلا تتحقق المعاقبة.

وذكر في «الخلاصة» عن «الأصل»: أن مطلقة الثنتين إذا قالت لزوجها: طلّقني ثلاثاً على ألف درهم، فطلقها واحدة.. له عليها الألف؛ فإنه كل ما يملك. انتهى.

فعلم منه أن قول أبي حنيفة في غير مطلقة الثنتين.

(ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف، فطلقت واحدة.. لا يقع شيء)؛ لأنه لم يرض بالبينونة إلّا بسلامة الألف كلها، بخلاف قولها له: طلّقني ثلاثاً بألف؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف.. كانت ببعضها أولى.

(ولو قال: أنت طالق بألف أو على ألف، فقبلت.. بانت ولزمها المال).

ولا بد من القبول في المجلس في الوجهين؛ لأن معنى قوله: بألف: بعوض؛ يجب لي عليك، ومعنى قوله على ألف: على شرط ألف يكون لي عليك، عند أبي حنيفة.

وَإِنْ قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلفٌ» أَو قَالَ لعَبْدِهِ: «أَنْت حرٌّ وَعَلَيْكَ أَلفٌ».. طلُقَتْ وَعتقَ مجَّاناً وَإِن لم يَقبلا.

وَعِنْدَهُمَا: لَا مَا لم يقبلا.

وَإِذا قبلا.. لزَمَ المَالُ.

وعندهما: لا فرق بين «الباء» و«على» في كونهما للعوض، والعوض لا يجب بدون قبوله، فلا بدّ منه، والمعلّق بالشّرط لا ينزل قبل وجوده بكون الألف عليها، وكونها عليها: إنما يكون بالقبول، فلا بدّ منه أيضاً؛ فإذا قبلت في المجلس.. وقع الطّلاق ووجب عليها الألف.

ووجه كونه بائناً ولزوم المال: ذكرناه عند قوله: «والواقع به وبالطلاق على مال بائنٌ» ويلزم المسمى.

(**وإن قال: أنت طالق وعليك ألف، أو قال لعبده: أنت حرّ وعليك ألف.. طلقت وعتق مجّانا، وإن**) - وصلية - (**لم يقبلا**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا ما لم يقبلا، وإذا قبلا.. لزم المال**)؛ لأن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة؛ فإن قولهم: أحمل هذا المتاع ولك درهم، بمنزلة قولهم: بدرهم.

وكذا قولهم بعت هذا [٤٥٥/ب] منك ولك درهم، والخلع معاوضة، فتحمل «الواو» على معنى «الباء».

ولأبي حنيفة: أنه جملة تامّة، فلا ترتبط بما قبله إلّا بدلالة؛ إذ الأصل فيها الاستقلال، ولا دلالة؛ لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال، بل عادة الكرام فيها الامتناع عن قبول عوض، بخلاف البيع والإجارة؛ لأنهما لا يوجدان بدون المال؛ لكونها معاوضة محضة.

فإن قيل: إن هذا منقوض بما في «الخلاصة»: رجل قال لامرأته: بعت منك تطليقة، فقالت: اشتريت.. يقع مجّاناً رجعيّاً.

قلت: ممنوع؛ لأنه فيما إذا لم يذكر المال، وأما إذا ذكر معه المال.. فالطلاق

وَالْخُلْعُ: مُعَاوِضَةٌ فِي حَقّهَا، فَيصحُّ رُجُوعهَا قبلَ قَبُولِهِ بَعْدَمَا أَوجَبْتْ، وَشرطُ الْخِيَارِ لَهَا، وَيبْطلُ بِالْقيامِ عَنِ الْمجْلِسِ قبلَ قَبُولِهِ.

وَيَمِينٌ فِي حَقّهِ، فَلَا يرجعُ بَعْدَمَا أَوجبَ، وَلَا يَصحُّ شَرطُ الْخِيَارِ لَهُ، ....

بائن ويلزمها المال المذكور، على ما نقل عن أبي القاسم الصفار، على أن كونه رجعياً عند عدم ذكر المال ليس باتفاقي، بل قول أبي بكر الإسكاف وأتباعه.

وعند غيرهم: الطلاق بائن ويلزمها ردّ المهر على ما في «الخلاصة»، وعليه ما في «المحيط»: لو قال: بعت منك نفسك، فقالت: اشتريت بدون ذكر المال.. يقع بائناً.

(**والخلع معاوضة في حقّها**)؛ لأن اللازم من جهتها المال، (**فيصح رجوعها قبل قبوله بعدما أوجبت**) المرأة، وذلك بأن ابتدأت المرأة بالخلع، ثم رجعت قبل قبول الزّوج.. فإنه يصح رجوعها، علم الزوج رجوعها، أو لم يعلم على ما في «الخلاصة».

(و) يصح أيضاً (**شرط الخيار لها**)؛ سواء كان الإيجاب من طرف الزّوج بأن قال: طلقتك وخالعتك على مال كذا، على أنك بالخيار ثلاثة أيّام، أو من طرف المرأة بأن اختلعت وشرط الخيار لنفسها؛ لكونه معاوضة مالية في حقها، هذا في قول أبي حنيفة:

وعندهما: لا يصح، على ما صرّح به في «الخلاصة».

(**ويبطل بالقيام**)، أي: بقيام أيهما كان على ما في «الخلاصة»؛ حيث قال: ويبطل كلام المرأة بقيام أيهما كان.

(**عن المجلس قبل قبوله**) اعتباراً بسائر المعاوضات.

(**ويمين في حقّه**)، أي: في حق الزوج؛ لأن حاصله تعليق الطّلاق بقبولها، (**فلا يرجع**) أي: الزوج (**بعدما أوجب**) بأن كان ابتداء الخلع من جانبه.

(**ولا يصح شرط الخيار له**)، أي: بالإجماع؛ كما لا يصح في سائر الأيمان.

وَلَا يبطلُ بِالْقيامِ عَنِ الْمجْلِسِ قبل قَبُولهَا.

وجانبُ العَبْدِ فِي الْعتْقِ على مَالٍ كجانِبها.

(**ولا يبطل بالقيام**)، أي: بقيامها (**عن المجلس قبل قبولها**) اعتباراً بالأيمان، بل يصح إن قبلت بعد المجلس، ولم يتوقف على حضورها في المجلس؛ كما لا يتوقف اليمين، بل إنما يتوقف على علمها.

والطلاق على مال؛ كالخلع من جانبين في هذه الأحكام كلها.

(**وجانب العبد في العتق على مال كجانبها**)، حتى صح اشتراط الخيار للعبد دون المولى؛ لأنه معاوضة في حق العبد، ويمين في حق المولى.

واعلم أنه يبتنى على كون الخلع يميناً في حق الزوج مسائل:

منها: ما في «النوازل»: رجل قال لامرأته: كل امرأة أتزوّجها فقد بعت طلاقها منك بدرهم، ثم تزوّج امرأة.. فالقبول إليها بعد التزوج في المجلس؛ كما إذا تخالعا.

ومنها: ما في «الأصل»: إذا قال الرجل لامرأته: خلعتك على ألف درهم، أو نازعتك، أو طلقتك بألف درهم.. فالقبول إليها في مجلسها.

ومنها: ما في «التجريد» و«الزيادات» لو قال الزوج لها: إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم.. فالقبول إليها بعد مجيء الغد، وكذا لو قال لها: خلعتك إن دخلت الدّار.. فالقبول عند [٤٥٦/أ] دخول الدّار، كذا في «الخلاصة».

ثم ذكر في قبيل الفصل الرابع: أنه لو قال لامرأته: إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق.. لم تطلق إلا بالأداء في المجلس.

ولو قال لها: إذا أعطيتني، أو متى أعطيتني.. لا حاجة إلى الأداء في المجلس، بل متى أعطى المسمّى.. يقع الطّلاق.

ولو قال: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم.. طلقت بالقبول، ولا يشترط الأداء بالفعل.

ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق بغير خسران.. يشترط القبول بعد

وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلَّقتُكِ أمسِ بِأَلْفٍ فَلم تقبلي»، فَقَالَت: «بل قبلتُ».. فَالْقَوْلُ لَهُ.

وَلَو قَالَ البائعُ كَذَلِك.. فَالْقَوْلُ للْمُشْتَرِي.

دخول الدار، والخلع بغير الخسران: أن يكون بالمهر.

ثم اعلم أنهم ذكروا ههنا: أنه لا يصحّ تعليق المرأة للخلع؛ لكونه معاوضة من جانبها، قال في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية»: وكلام المرأة والعبد لا يقبل التعليق والإضافة إلى زمان مستقبل.

ثم قال في «الخلاصة»: ولا يصحّ تعليقها بالشرط، ولا إضافتها إلى وقت مستقبل؛ لكونه معاوضة وقبولاً من جانبها.

وقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «المحيط»: ويصح تعليق الزوج للخلع والإضافة إلى الأوقات؛ نحو أن يقول: إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم، وإذا قدم فلان فقد خالعتك.. كان القبول إليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان، ولا يجوز تعليقه من المرأة بشرط، ولا إضافة إلى وقت.

وقال في «فتح القدير» نقلاً عن «الكافي» للحاكم الشهيد: إنها لو قالت لزوجها: إن طلّقتني ثلاثاً فلك علي ألف درهم؛ فإن قبل في المجلس.. فله الألف، وإن قبله بعده.. فلا شيء له. انتهى.

ولا يخفى عليك أنّ هذا تعليق منها له بصريح الشرط، فعلم منه أن المسألة خلافيّة.

(**ولو قال لها: طلقتك أمس بألف، فلم تقبلي، فقالت، بل قبلت.. فالقول له**)، أي: مع يمينه على ما في «البحر» عن «العمادي».

(**ولو قال البائع كذلك**)، أي: قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس، فلم تقبل، فقال: قبلت (.. **فالقول للمشتري**).

والفرق: أن الطّلاق بالمال يمين من جانبه، فالإقرار به لا يكون إقراراً بالشرط؛ لصحته بدونه.

وأما البيع.. فلا يتم إلّا بالقبول، حتى يملك الرجوع فيه قبل القبول، فالإقرار بالبيع: إقرار بما لا يتم إلّا به، فإنكاره القبول رجوع منه عن الإقرار، فلا يسمع، ولا يصدق، حتى لو قال لها: بعتك طلاقك أمس، فلم تقبلي، فقالت: قبلت.. كان القول قولها؛ كما في بيع العروض.

وكذا لو قال لعبده: بعتك نفسك بألف، فلم تقبل، وقال العبد: قبلت.. كان القول للعبد.

ولو قال: أعتقتك أمس على ألف، فلم تقبل، وقال العبد: قبلت.. كان القول قول المولى، كذا في «الكفاية».

وقال في «فتح القدير»: ولهذه المسألة أخوات في كتب محمد، هي:

أن الزوج قال لها: طلقتك واحدة بألف فقبلتِ، فقالت: إنما سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة، فلك ثلثها.. فالقول للمرأة مع يمينها؛ فإن أقاما البينة.. فالبينة بينة الزّوج.

وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع.

أو قالت: اختلعت بغير شيء.. فالقول قولها، والبينة بينة الزوج.

أما إذا اتفقا على أنها سألته أن يطلّقها ثلاثاً بألف، وقالت هي: طلقتني واحدة، وقال [٤٥٦/ب] هو: ثلاثاً.. فالقول قوله إن كانا في المجلس.

ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف.. كان له الألف، فغاية هذا: أن يكون موقعاً الباقي في المجلس فيكون مثله.

وإن كان غير ذلك المجلس.. لزمها الثلاث.

والمبارأةُ كالخُلعِ.

وإن كانت في العدة.. فمن المتفق عليه، ولا يكون للزوج إلا ثلث الألف.

وإن قالت: سألتك إن تطلقني ثلاثاً على ألف وطلقتني واحدة.. فلا شيء لك، يعني: على قول أبي حنيفة في كلمة «على»، وقال هو: بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكيها، فالقول قولها على قول أبي حنيفة.

وإن قالت: سألتك ثلاثاً فطلقتني في المجلس واحدة والباقي في غيره، وقال: بل الثلاث فيه.. فالقول لها.

وإن قالت: سألتك أن تطلقني وضرتي على ألف، فطلقتني وحدي، وقال: طلقتها معك، وقد افترقا عن ذلك المجلس.. فالقول لها وعليها حصّتها من الألف، والأخرى طالق بإقراره.

وكذا إذا قالت: فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس. انتهى.

وكذا في «البحر» عن «الكافي».

(والمبارأة)، هي: بفتح الهمزة مفاعلة من برأ شريكه إذا أبرأ كل منهما صاحبه، وتركُ الهمزة خطأ، كذا في «المغرب» وهي أن يقول: بارأتك على ألف فتقبل، كذا في «فتح القدير».

وقال في «شرح الوقاية»: هي أن يقول: برأت من نكاحك بكذا، والفرق بينهما: أنه صرَّح في الثاني وقوع البينونة دون الأوّل.

(كالخلع)، أي: في وقوع البينونة بها، وقد صرح في «الخانية» و«الخلاصة» و«البزازية»: وقوع البينونة بها بدون النية.

وقال في «البزازية»: نية الطلاق في الخلع والمبارأة شرط الصحة، إلا أن المشايخ لم يشترطوها في الخلع؛ لغلبة الاستعمال فيه، ولأن الغالب كون الخلع بعد مذاكرة الطلاق، فلو كانت المبارأة أيضاً كذلك.. لا حاجة فيها إلى النية وإن كان من الكنايات على الأصل. انتهى.

وَيُسْقطُ كلٌّ مِنْهُمَا كلَّ حقّ لكلّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ على الآخرِ مِمَّا يتَعَلَّق بِالنِّكَاحِ، فَلَا تطالبُ هِيَ بِمهْرٍ وَلَا نَفَقَةٍ مَاضِيَةٍ مَفْرُوضَةٍ.

كذا في «البحر».

(ويسقط كلّ منهما كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) قيده به؛ لأنه لا يسقط ما لا يتعلق بالنكاح؛ كالقرض وثمن ما اشترت من الزوج، وغيره مما على الزوج من الدين سوى المهر.. فإنه لا تقع البراءة عنه في الخلع.

والمبارأة بدون الشرط، في ظاهر الرّواية عن أبي حنيفة، وفي رواية الحسن عنه: تقع البراءة عنه بدون الشّرط، على ما صرّح به في «الخانية» بعلامة «المحيط».

والمراد بالنكاح: القائم حين الخلع لا مطلقاً؛ لما في «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»: رجل تزوج امرأة على مهر مسمّى، ثم طلّقها طلاقاً بائناً، ثم تزوّجها ثانياً على مهر آخر، ثم اختلعت مع زوجها على مهرها.. برئ الزوج عن المهر الثاني دون الأوّل. انتهى.

ثم إنهما لا يسقطان كل ما يتعلق بالنكاح من الحقوق، بل يسقطان بعضه، فلهذا فرع عليه قوله: **(فلا تطالب هي بمهر، ولا نفقة ماضية مفروضة)**، بخلاف نفقة العدّة والسكنى؛ فإنهما لا تسقطان بالخلع والمبارأة، وإن كانا من حقوق النكاح، بل للمختلعة نفقة العدّة والسكنى في العدّة وإن خلعها بكل حق عليه، إلّا إن اختلعت على نفقة العدة.. فتسقط بالشرط [٤٥٧/أ]، إلا إن ظهر حملها بعده.. فإنها يفرض لها النفقة؛ كما صرّح في «نقد المسائل»؛ حيث قال: سئل ما قولكم في شخص خلع زوجته على مهرها وعلى نفقتها، ثم بعد ذلك ذكرت أنها حامل وطلبت أن يفرض لها نفقة، فهل يقبل قولها ويفرض لها القاضي النفقة، أم لا؟

أجاب: نعم يقبل قولها في ذلك، ويفرض لها القاضي النفقة.

وفي «فتاوى الأنقروي»: رجل خالع امرأته على مهرها ونفقة عدّتها، ثم ظهر

أنها حامل، ليس لها أن تطالب الزوج بمؤنة الحمل، تحقيقه: أنها لو خالعت مع زوجها على زعم أن عدّتها مع الحيض، ثم ظهر حملها من زوجها.. يلزمها نفقة العدّة، ولا تسقط بالخلع على نفقة العدّة، وأما لو خالعت على نفقة عدتها وحملُها من زوجها ظاهر وقت الخلع، وقد خالعت على نفقة عدّتها.. فإنها تسقط بالخلع عليها؛ فإن عدتها حينئذ وضع الحمل لا بالحيض.

وأما السّكنى: فقال في «فتح القدير»: إنه لا يسقط بهما وإن شرط؛ لأنه حق الشرع.

وقال في «الخانية» نقلاً عن «الولوالجية»: إن كان الزوج اشترط عليها البراءة عن النفقة والسّكنى.. برئ عن النفقة، ولا يبرأ عن السكنى؛ لأن السكنى في بيته لحقّ الشرع، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾، فلا يصح إسقاطها.

وقال في «الزيلعي»: ولا يصح للزوج إبراؤها عن السكنى؛ لأن خروجها معصية، ولو أبرأه عن مؤنة السكنى بأن التزمتها أو سكنت ملكها.. صح مشروطاً في الخلع؛ لأنه خالص حقّها.

وفي «الخلاصة»: لو اختلعت على أن لا سكنى لها.. لا يصحّ.

ولو اختلعت على أن مؤنة السكنى عليها بأن تكتري بيتاً تعتد فيه.. صحّ.

فعلم منه أن الإبراء عن السكنى لا يصح عن الزوج، ويصح عن المرأة.

وأما نفقة الولد وهي مؤنة الإرضاع.. ففي «الخلاصة» و«البزازية»: لا تقع البراءة عنها إن لم يشترط في الخلع والمبارأة بالإجماع، وإن شرط إن وقَّت لذلك وقتاً سنة، ونحوها.. جاز، وإن لم يوقت.. لا يجوز، ولا تقع البراءة عنها.

ثم إذا وقَّت وقتاً.. جاز؛ فإن مات الولد قبل تمام الوقت.. كان للزوج أن يرجع عليها بحصته إلى تمام المدة؛ فإن أرادت المرأة أن لا يرجع عليها.. فالحيلة في ذلك

وَلَا هُوَ بنفقةٍ عجَّلها وَلم تمضِ مدَّتُهَا، وَلَا بِمهْرٍ سلَّمَهُ وخَلَعَ قبلَ الدُّخُولِ.

أن يقول الزوج: خالعتك على أني بريء من نفقة الولد إلى سنتين؛ فإن مات الولد قبل تمام المدة، فلا سبيل لي عليك، كذا في «الخانية».

وقال في «الخلاصة» و«البزازية»: اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين، أو عشر سنين بنفقتها.. صحّ الخلع ويجبر على ذلك.

وإن كان مجهولاً؛ فإن تركته على زوجها وهربت.. فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها، ولها أن تطالبه بكسوة الصبي.

وأما إذ اختلعت على إمساك الولد بنفقتها وكسوتها.. ليس لها أن تطالبه بالكسوة وإن كانت الكسوة مجهولة، سواء كان الولد رضيعاً، أو فطيماً، وإنما يصحّ الخلع على إمساك الولد إذا بيّن المدة، وإن لم يبين المدة.. لا يصح سواء كان الولد رضيعاً، أو فطيماً.

وفي «المنتقى» إن كان الولد رضيعاً.. صح وإن لم تبين المدّة [٤٥٧/ب]، وترضع حولين.

وفي «الحاوي القدسي»: إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها الصغير عند الزوج.. فالشرط باطل؛ لأن هذا حقّ الولد، وحقّ الولد أن يكون عند أمّه ما دام محتاجاً إليها، وكذا شرط الزوج كون الولد عندها بعد انقطاع حق الحضانة: باطل.

(**ولا هو**)، أي: الزوج (**بنفقة عجّلها ولم تمض مدّتها**)؛ لأنها لو مضت مدّتها.. لا يطالبها بها مطلقاً.

(**ولا بمهر سلّمه**)، أي: سلّمه إلى الزوجة قبل أن يخالعها.

(**وخلع قبل الدخول**)، بخلاف ما إذا خالعها بعد الدخول على ما سيظهر لك تفصيله.

واعلم أن هذا قول أبي حنيفة.

وجملة الخلع على قوله أربعة أنواع: لأنه؛ إما إن خلعها بلا ذكر عوض أصلاً، أو خلعها على مهرها، أو على بعض مهرها، أو على مال آخر سوى المهر ولم يذكر المهر.

• **ففي الأوّل**: يبرأ كلّ واحد منهما عن صاحبه، ويقع الطلاق ويبرأ الزوج عن المهر إن كان عليه مهر، والأوجب عليها: ردّ ما ساق إليها من المهر؛ لأن المال مذكور عرفاً بذكر الخلع، فحيث لم يصرّح به.. لزم ما هو من حقوق النكاح، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وقال في «الزيلعي» و«فتح القدير»: يبرأ كلّ منهما عن حقّ الآخر ممّا لزم بالنكاح قبل الدخول وبعده، كان المهر مقبوضاً، أو لا، حتى لا يجب عليها ردّ ما قبضت لو كان قبل الدخول. انتهى.

فما في «الخلاصة» و«البزازية» من وجوب ردّ ما ساق إليها: فيما إذا كان بعد الدخول، وهذا في رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح على ما في «الخلاصة» عزواً إلى الإمام خواهرزاده. وفي رواية أخرى عنه، وهو قولهما أنّه لا يبرأ أحدهما عن صَاحِبه، ولا يسقط شيء من المهر ومن نفقة العدّة والولد إلّا بالذكر، وأما مؤنة السّكنى.. فعلى ما ذكرناه من التفصيل.

• **وأما النوع الثاني**:

- فإن خلعها بعد الدّخول بها:

* فإن لم يكن المهر مقبوضاً.. سقط كل المهر.

* وإن كان مقبوضاً.. رجع عليها بجميع المهر، عند أصحابنا الثلاث.

- وإن خلعها قبل الدخول:

* إن كان المهر مقبوضاً.. وهو ألف درهم.. لا يرجع عليها إلّا بألف استحساناً.

* وإن لم يكن مقبوضاً.. سقط عنه كل المهر، ولا يرجع عليها بشيء استحساناً.

وفي القياس: يرجع عليها في الأول بألف وخمس مائة، وفي الثاني: يرجع عليها بخمس مائة؛ لكون الطّلاق قبل الدخول، كذا في «الخانية».

• **وأما النوع الثالث:** فإن خلعها على عشر مهرها ومهرها ألف:

- فإن كان بعد الدخول، والمهر مقبوض.. رجع عليها بمائة درهم وسلم الباقي لها في قولهم.

* وإن لم يكن المهر مقبوضاً.. سقط عنه كل المهر، عند أبي حنيفة: العشر بحكم الشرط، والباقي بمقتضى لفظ الخلع. وعندهما: لا يسقط إلا عشر المهر.

ـ وإن كان قبل الدخول، والمهر كله مقبوض.. يرجع عليها بخمسين درهماً استحساناً؛ لأن ذلك عشر مهرها قبل الدخول وبرأت عن الباقي بالخلع.

وفي القياس: يرجع ست مائة يدل الخلع، وخمس مائة بالطلاق قبل الدخول.

* وإن لم يكن مقبوضاً.. سقط كل المهر عند أبي حنيفة: العشر بحكم الشرط والنصف بالطلاق قبل الدخول، [٤٥٨/أ] والباقي بالخلع.

• **وأما النّوع الرّابع:**

- فإن خلعها بد الدّخول، والمهر مقبوض.. لا يرجع عليها بشيء إلّا ببدل الخلع في قولهم، ويسقط عنه جميع المهر خلافاً لهما.

- وإن خلعها قبل الدخول، والمهر مقبوض.. يرجع عليها ببدل الخلع، ولا يسترد شيئاً من المهر بسبب الطّلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يرجع الزوج عليها بالبدل ونصف المهر.

* وإن لم يكن المهر مقبوضاً:

* فعند أبي حنيفة: لا ترجع المرأة عليه بشيء من المهر.

* وعند صاحبيه: ترجع عليه بنصف المهر، كذا في «قاضي خان»، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وقال في «الخانية»: إن النوع الرابع مشتمل على ستة وجوه:

الأول: أن يسمّي في الخلع شيئاً لا قيمة له أصلاً؛ نحو الخمر والخنزير والميتة، وتقدم في الكتاب بيان هذا.

الوجه الثاني: أن يسمّي في الخلع ما يحتمل أن يكون مالاً، وأن لا يكون مالاً بأن اختلعت على ما في بيتها، أو على ما في يدها من شيء؛ فإن في بيتها، أو يدها في تلك السّاعة شيء.. فذلك للزوج، وإلا.. فلا شيء له عليها، وقد تقدم هذا أيضاً.

ومن هذا الوجه: ما إذا اختلعت على ما في بطون غنمها، أو جاريتها ولم ينص على الولد؛ فإن كان في البطن ولد.. فهو له، وإلا.. يقع بلا شيء.

الثالث: إذا سمت في الخلع ما هو مال إلا أنه ليس بموجود في الحال بأن اختلعت بما يثمر نخلها العام، أو على ما يلدها غنمها العام، أو على ما تكتسب العام.. فعليها رد ما قبضت من المهر، وجد ذلك أم لا، وإليه رجع أبو يوسف عن القول: إن أثمرت نخلها.. فله ذلك، وإلا.. جاز الخلع بلا شيء.

الرابع: إذا سمت مالاً لا يتعلق وجوده بزمان، إلا أنه مجهول.. لا يوقف على قدره، بأن اختلعت على ما في يده من المتاع، أو على ما في نخلها من الثمار، أو على ما في بطون غنمها من الولد؛ فإن كان هنا ما سمت في الخلع.. فهو للزوج.

الخامس: إذا سمت في الخلع مالاً معلوم المقدار، بأن اختلعت على ما في يدها من دراهم، أو دنانير، أو فلوس؛ فإن كان في يدها ثلاثة دراهم فصاعداً.. فللزوج ذلك، وإن لم يكن في يدها شيء من ذلك.. فله ثلاثة؛ وزناً من الدراهم والدنانير وعدداً من الفلوس.

وإن كان في يدها درهم، أو درهمان.. فلها إتمام الثلاثة.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا يسْقطُ إِلّا مَا سمَّياهُ فيهمَا.

وَأَبُو يُوسُفَ مَعَ الإِمَامِ فِي المبارأةِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي الْخُلْع.

السادس: إذا سمت في الخلع ما هو مال، أو أشارت إلى ما ليس بمهر، بأن اختلعت على هذا الدن من الخل، فإذا هو خمر؛ فإن علم الزوج كونه خمراً.. فلا شيء له، وإلا.. رجع عليها بالمهر الذي أعطاها عند أبي حنيفة، وعندهما: له مثل ذلك الدن من الخل. انتهى.

(**وعند محمّد: لا يسقط إلا ما سمّياه فيهما**)، أي: في الخلع والمبارأة.

(**وأبو يوسف مع الإمام في المبارأة، ومع محمد في الخلع**).

له: أن كُلّاً منهما معاوضة، وفي المعاوضات يعتبر المشروط المسمّى لا غير؛ كالطلاق على مال، والإبانة بعوض، ولهذا لا يسقط بالخلع والمبارأة ما لا يتعلق بالنكاح من الدّيون، ولا نفقة العدّة بدون التسمية، ولأبي يوسف: إن المبارأة: مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين، وإنها مطلقة فقيدناها بحقوق النكاح [٤٥٨/ب]؛ لأن الغرض منها قطع المنازعة النّاشئة من النكاح بينهما.

وأما الخلع.. فمقتضاه الانخلاع، وقد حصل فيه نقض النكاح، فلا ضرورة إلى انقطاع الحقوق والأحكام بدون التسمية.

ولأبي حنيفة: أن الخلع ينبئ عن الفصل، وهو لا يكون إلا عن وصل، ولا وصل إلّا بالنكاح وحقوقه، وقد صدر مطلقاً من غير قيد بالنكاح.. فيعمل بإطلاقه؛ كما في المبارأة قولاً بكمال الفصل، وليس في لفظ الطلاق والإبانة ما يدل على إسقاط الحقوق سوى المال المسمى، حتى يسقط به، مع أنه ممنوع في رواية الحسن عن أبي حنيفة، إذا كان الطلاق على مال؛ فإنه روي عنه: أن الطلاق على مال: كالخلع، يسقط به ما يسقط بالخلع من الحقوق.

ولكن الصحيح: أن الطلاق على مال لا يوجب البراءة وإسقاط الحق على ما في «الخلاصة».

وَلَو خلعَ صغيرتَهُ مِن زَوجهَا بمالها.. لَا يلْزمُ المَالُ وَلَا يسْقطُ مهرُهَا، وَطلقت فِي الْأَصَحِّ.

(**ولو خلع**)؛ أي: الأب، وأما خلع الأم، أو الأجنبي، أو الصّغيرة نفسها من زوجها.. فسنذكر حكمه مفصّلاً.

(**صغيرته**) احترز به عن خلع صغيره من زوجته فإنه لا يصحّ، (**من زوجها بمالها**) أطلقه ليشمل مهرها أيضاً؛ لأن خلع الأب على مهرها وعلى ما سواها: سواء في الصّحيح، على ما صرّح به في «الخلاصة» و«البزازية».

(**لا يلزم المال**)؛ أي: على الصغيرة، ولا على الأب، إلا أن يضمنه الأب.. فحينئذٍ يلزمه بحكم الضّمان.

ثم أشار إلى ما ذكرناه من تعميم المال بعطف قوله: (**ولا يسقط مهرها**)؛ لأن ولاية الأب نظرية، ولا نظر له في هذا الخلع، فلم يجز، وهذا؛ لأن البضع في حالة الخروج غير متقوم، والبدل متقوّم، ومقابلة ما ليس بمتقوم بما له قيمة.. ليس من النظر في شيء، بخلاف النكاح؛ فإنه إذا زوّج ابنه الصّغير بمهر المثل.. صح؛ لأن البضع متقوم حالة الدخول، حتى يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع ما له؛ لكونه مقابلة المتقوم بالمتقوم؛ فإذا لم يجز الخلع.. لم يلزم المال، ولم يسقط المهر.

وهل له وجه يصح به خلع صغيرته، ويسقط مهرها؟ ففي «البزازية»: وإذا أراد أن يصح خلع الصغيرة على وجه يسقط المهر، والمتعة من زوجها.. يخالع له أجنبي مع زوجها على مال قدر المهر والمتعة، فيجب البدل على الأجنبي للزوج، ثم يحيل الزوج بما عليه من المهر والمتعة لمن له ولاية قبض مهرها ومتعتها على ذلك الأجنبي، فيبرأ الزوج عن المهر ويكون في ذمّة ذلك الرجل.

(**وطلقت**) الصغيرة (**في الأصحّ**).

وقيل: لا تطلق.

وَفِي الْكَبِيرَةِ: يتَوَقَّفُ على قَبُولِهَا.

وَلَو خلعَ على أَنَّه ضَامِنٌ.. لزِمَهُ المَالُ وَطلُقت.

ومنشأ هذا الاختلاف: قول محمد في «الكتاب»: إذا خالعها على مالها.. لم يجز؛ فإن قوله: «لم يجز» يحتمل إلى الطّلاق، أي: لا يصح الخلع ولا يقع الطّلاق، ويحتمل أن ينصرف إلى لزوم المال؛ أي: يصح الخلع ويقع الطّلاق، ولا يلزم المال.

والصحيح: أنه ينصرف إلى لزوم المال ويقع الطلاق، لما نصّ عليه في «المنتقى»: أنّ لسان الأب كلسانها، وإذا خالعها نفسها.. يقع الطلاق، ولا يلزم المال، فكذا إذا خالعها أبوها؛ ولأنه علّق الطلاق بقبول الأب.. فيقع عند قوله؛ كسائر الشّروط؛ فإنه لو علّق طلاقها بدخول أبيها الدار.. يقع الطلاق عند دخوله [٤٥٩/أ].

ووجه الرّواية الأخرى: أنّ الخلع في معنى اليمين، والأيمان لا تجري فيها النيابة، ولو انعقد من الأب.. انعقد نيابة، فلا يصح.

والجواب عنه: أنّ ما وجد من الأب شرط اليمين لا نفسها، وشرطها يصح من كلّ أحد.

(**وفي الكبيرة يتوقف على قبولها**)؛ فإن قبلت.. يتم الخلع ويقع الطلاق، هذا إذا خلعها الأب بلا ضمان.

(**ولو خلع على أنه ضامن.. لزمه المال وطلقت**) المرأة.

وتوضيح هذه المسألة على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية»: رجل خلع ابنته من زوجها:

- إن كانت الأبنة كبيرة، وضمن الأب بدل الخلع.. تم الخلع؛ لأن الأجنبيّ لو فعل ذلك.. يتم الخلع، فالأب أولى.

* وإن خالع الأب على صداقها وضمن.. تم الخلع أيضاً، ثم ينظر:

إن أجازت المرأة.. تصح إجازتها ويسقط المهر.

وإن لم تجز.. كان صداقها على الزوج، ويرجع الزوج بذلك على الأب بحكم الضمان.

* كأنَّ الأب قال له: خالع على صداقها:

إن أجازت.. فعليها.

وإن لم تجز.. فعليَّ مقدار ذلك.

- وإن كانت الابنة صغيرة:

* فإن ضمن الأب.. تم الخلع بقبوله، ويكون صداقها على الزوج، ثم يرجع الزوج على الأب.

وقال شمس الأئمة: على الأب لا على الزوج.

* وإن لم يضمن الأب.. لا يجب المال لا على الأب، ولا على الصغيرة؛ كما لو كانت كبيرة.

وهل يقع الطلاق مع عدم الضمان؟ إن قبلت الصغيرة.. يقع؛ كما لو كان الخلع مع الصّغيرة، وإن قبل الأب عند الخلع.. لا رواية فيه عن محمّد.

واختلف المشايخ في وقوع الطّلاق؛ لاختلاف الرواية.

قيل: لا، ما لم تقبل الصغيرة.

وقيل: يقع، ولا يجب المال على أحد.

والصحيح: أنه يقع، ويجب المال على الأب؛ لأن لسان الأب كلسانها.

وإن كان الخلع بين الزوج وأم صغيرة، إن أضافت الأم البدل إلى مال نفسها، أو ضمنت به.. يتم الخلع؛ كما لو كان الخلع مع الأجنبي، وصداقها على الزوج، ثم يرجع الزوج على الأم، إن أخذت من الزوج.

وإن لم يضف ولم يضمن، هل يقع الطّلاق كما يقع في خلع الأب؟ لا رواية فيه، والصّحيح: أنه لا يقع.

وإن كان العاقد أجنبياً ولم يضمن البدل.. هل يتوقف الخلع؟

قال: بعضهم إن كانت الصّغيرة تعقل العقد وتعبّر.. يتوقف الخلع على قبولها.

وقال بعضهم: لا يتوقف.

ولو اختلعت الصغيرة التي تعقل وتعبّر من زوجها على صداقها.. يقع طلاق بائن، ولا يسقط الصّداق.

ولو وكّلت الصغيرة وكيلاً بالخلع ففعل الوكيل.. فيه روايتان:

في رواية: يصح التوكيل ويتم الخلع بقبول الوكيل؛ كما يتم بقبول الصغيرة.

وفي رواية: إن لم يضمن الوكيل البدل.. لا يقع الطلاق؛ كما لو كان الخلع مع الأجنبي.

وذكر الخصاف في «الحيل»: أنّ الأب إذا خالع ابنته الصّغيرة على صداقها؛ إن علم الأب أن الخلع خير لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع الزوج، فخلع على صداقها على قول مالك.. يسقط الضمان عن الزوج؛ فإن قضى القاضي بذلك.. نفذ قضاؤه؛ لأنه قضاء في موضع الاجتهاد.

وقال في «البزازية»: خلع [٤٥٩/ب] الأب ابنته الكبيرة على صداقها بإذنها جارٍ عليها، ولو بلا إذنها؛ فإن أجازت.. وقع الطلاق وبرئ الزوج من الصّداق وإن لم تجز.

فإن لم يضمن الأب المهر.. لا يجوز الخلع، ولا يقع الطّلاق.

وإن ضمن.. وقع الطّلاق، واعتبر هذا الخلع معاوضة بين الزوج والمخالع، وطلاقاً بلا بدل في حق المرأة.

فإذا بلغ الخبر إليها فأجازت.. نفذ عليها وبرئ الزوج.

وإن لم تجز.. رجعت عليه بمهرها ورجع الزوج على الأب بحكم الضمان.

وتقدير هذا الخلع: كأن المخالع قال له: إذا بلغها الخبر وأجازت.. كان البدل عليها، وإن لم تجز.. فعلي، فما يجب على الخالع وهو الأب من الضمان.. إنما يجب بحكم العقد لا بحكم الكفالة، ولو كان مكانه أجنبي.. فكذلك الحكم؛ لأنه ليس للأب ولاية الخلع، فكان كالأجنبي. انتهى.

فمعنى قوله في «المتن»: «على أنه ضامن»: هو التزام المال بالعقد لا الكفالة؛ لأن الزوج لا يستحق على الصغيرة مالاً حتى يتكفل عنها أحد.

وقال في «البزازية» قبل هذا، نقلاً عن صاحب «المنظومة»: إن الصغيرة إن خلعها أبوها، أو أجنبي على صداقها؛ إن ضمن المخالع.. تم الخلع ووقع الطّلاق كائناً من كان العاقد.

وبعد البلوغ: أخذت الزوج بنصفه لو قبل الدخول، ويكمله لو بعده.

وقال شمس الأئمة: ترجع به على الأب لا على الزوج.

وإن لم يضمن الأب.. لا شك أن الصّداق لا يسقط.

وهل تقع البينونة؟! إن قبلت الصّغيرة وهي من أهل القبول.. وقع اتفاقاً، وإن لم تقبل؛ إن كان المخالع أجنبياً ولم يضمن.. لا يقع اتفاقاً، وتكلموا أنه هل يتوقف على إجازتها إذا بلغت؟ قيل: لا.

وإن كان العاقد أباً ولم يضمن الزوج.. قال بكر: اختلف المشايخ في الوقوع.

وقال الحلواني: فيه روايتان:

وفي حيل «الأصل»: أنه لا يقع ما لم يضمن الأب الدرك له.

وفي «كشف الغوامض»: أن الطلاق يقع بقبول الأب على قول محمّد بن سلمة وإن لم يضمن الأب البدل، أي: الصداق، ولا يجب البدل على الأب ولا عليها.

وعنه: أن الخلع واقع بقبول الأب، والبدل عليه وإن لم يضمن. انتهى.

وذكر في طلاق «الأصل» في خلع الأب على صداقها قبل الدخول بها: أن الخلع جائز، ولها نصف الصداق، ويضمن الأب للزوج نصف الصداق.

قالوا: كيف صح خلع الأب على صداقها وهو ملكها. ولا ولاية له في إبطال ملكها - والمراد بخلع الأب على صداقها: خلعه على مال؛ مثل صداقها - وكيف يصح ضمان الصداق للزوج وهو عليه، ولأي معنى يضمن الأب نصف الصداق للزوج وقد ضمن الزوج ذلك لها؟

وأجابوا عن ذلك: بأن الخلع على صداقها، وعلى مال سواه: سواء على الصحيح.

أما على مال سواه.. فظاهر.

وأما على صداقها.. فلأن الخلع فيه لما أضيف إلى مهرها، وذلك ملكها.. كان مضافاً إلى مالها، والإضافة إلى مال الغير؛ بأن خلع على عبد إنسان.. يصح؛ كإضافة الشراء إلى مال غيره، فلما صحّ إضافة الشراء.. فلَأَنْ يصح الخلع، وهو أقرب إلى الجواز.. أولى.

لكن في باب الشراء: يجب تسليم البدل على العاقد، وفي الخلع: لا يجب إلّا بضمان؛ لرجوع الحقوق إلى من يقع له العقد، غير أنه إذا ضمن.. رجع عليه الحقوق بالضمان [٤٦٠/أ]؛ فإذا خلع وضمن.. صحّ ووقع الطّلاق بقبوله، ووجب نصف المهر، وسقط النصف، وعلى الزوج أداء نصف إليها بإذن الأب، أو إلى الأب، ويجب للزوج على الأب نصفه بضمانه تسليم كلّ المهر إلى الزوج.

وإن كانت مدخولة بها.. فلها جميع المهر عليه، والأب يضمن للزوج كلّه؛ لأنه ضمن تسليم الكلّ، فلم يقدر فيضمن مثله، وهذا من الوجوه في خلع الصغيرة، كذا في «البزازية».

وَلَو شَرطَ المَالَ عَلَيْهَا.. طلقُت بِلَا شَيْءٍ إِن قبلت، وإِلا.. فَلَا تطلقُ.

وقولهم: وعلى الزوج أداء نصف إليها بإذن الأب، أو إلى الأب: يناسب قول شمس الأئمة، هذا كلّه إذا خلع الأب، أو الأجنبي على المهر، أو على مال مثله.

وكذا لو خلع الأب، أو الأجنبي عن النفقة وهي صغيرة، أو كبيرة ولم تأذن، ولا أجازت بعد الخلع.. جاز الخلع ووقع الطلاق، ويجب على الزوج النفقة، ثم يرجع على الأب، أو الأجنبي بالضمان، كذا في «البزازية».

(**ولو شرط المال عليها**)، أي: على الصغيرة، أي: خلع الأب ولم يضمن المال، بل شرط هو، أو الزوج المال عليها (.. **طلقت**) لصدوره عن أهله مضافاً إلى محلّه (**بلا شيء**)؛ لأن الصغيرة ليست من أهل الغرامة مطلقاً حتى السّلطانية.

(**إن قبلت**)؛ أي: الصغيرة، إذا كانت من أهل القبول، وبأن تعقل العقد، وتعبّر عن نفسها.

(**وإلا**)، أي: وإن لم تقبل الصغيرة (.. **فلا تطلق**)؛ لعدم وجود الشّرط وهو القبول، والطلاق بالخلع يعتمد القبول دون لزوم المال.

وأما لو شرط على الأب وقبله فطلقت لزم المال على الأب بالضمان على ما مر، ولو شرط على الزوج فلزم على الزوج ما شرط، لما في «الخلاصة»: ولو اختلعت مع زوجها على نفقة عدّتها ومهرها على أن على الزوج عشرين درهماً.. يصح، ويجب على الزوج عشرون درهماً، ويوافقه ما في «الأصل»: امرأة اختلعت على دار على أن يردّ الزوج عليها ألف درهم لا شفعة فيها، قال: وهذا يدلّ على أن إيجاب بدل الخلع على الزوج صحيح.

وفي صلح «القدوري»: لو ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بدله لها.. لم يجز، فهذا يدل على أنّ إيجاب بدل الخلع على الزوج لا يصح.

فوجه التوفيق بين الرّوايتين: أنها إذا اختلعت على عوض.. يجوز إيجاب بدل الخلع على الزوج، ويكون مقابلاً ببدل الخلع.

والمريضةُ مرضَ الْمَوْتِ تعْتَبر من الثُّلُث.

وكذا إن خالع ولم يذكر نفقة العدة.. يجوز أيضاً، ويكون تقديراً لنفقة العدة.

أما إذا خالعت على نفقة العدّة ولم يذكر عوضاً آخر، ينبغي أن لا يجب بدل الخلع على الزوج. انتهى كلام «الخلاصة».

(و) خلع (**المريضة مرض الموت يعتبر من الثلث**)؛ لأنه متبرع.

قال في «البزازية»: اختلعت في صحّتها والزوج مريض.. جاز الخلع بالمسمّى قلّ أو كثر، ولا ميراث لها، مات في العدّة أو بعدها.

وإن اختلعت في فرضها بمهرها الّذي عليه؛ إن كان الزوج أجنبياً غير قريب لها وهي مدخولة:

- وماتت بعد انقضاء العدّة.. ينظر إلى المسمّى في بدل الخلع، وإلى ثلث ماله:
  - فإن كان المسمّى مثل ثلث مالها أو أقلّ.. فله ذلك.
  - وإن كان أكثر من الثلث.. فليس له إلّا الثلث، إلا أن يرضي باقي الورثة.

وإن لم يكن لها مال آخر سوى المهر.. تعيّن الثلث [٤٦٠/ب] من المهر.

- وإن ماتت قبل انقضاء العدّة ينظر إلى المسمّى في بدل الخلع، وإلى قدر ميراثه منها:
  - فإن كان البدل مثل حصّته أو أقلّ.. سلّم له البدل.
  - وإن كان البدل أكثر.. لا يسلم له الزيادة إلّا برضا باقي الورثة.

وإن كانت غير مدخولة: فالنصف عاد إليه بالطلاق، قبل الدخول والنصف الآخر تبرّع منها للأجنبي.

- فإن خرج من الثلث.. فذاك، وإلّا.. فله بقدر ما خرج منه.

فإن لم يكن لها إلّا المهر.. سلم له ثلثه ورد ثلثاه هذا في خلع الحرّة كبيرة، أو صغيرة صحيحة، أو مريضة، وهل خلع الأمة والمدبرة كذلك؟

- ففي «الخلاصة»: اختلعت الأمة من زوجها، أو طلّقها على جُعلٍ.. يقع الطّلاق ونؤاخذ بالجعل بعد العتق، وإن اختلعت بإذن المولى.. تباع به، والمدبّرة وأم الولد؛ كالأمة إلا أنهم يؤدّيان البدل من كسبهما إذا كان بإذن المولى، والمكاتبة لا تؤاخذ إلا بعد العتق، وإذا اختلعت الأمة من زوجها بمهرها بغير إذن مولاها.. يقع الطلاق، ولا يسقط المهر.

* * *

(بَابُ الظِّهَارِ)

هُوَ تَشْبِيهُ زَوجَتِهِ أَو عُضْوٍ مِنْهَا يُعبَّرُ بِهِ عَن جُمْلَتِهَا، أَو جُزْءٍ شائِعٍ مِنْهَا: بعضوٍ يحرمُ عَلَيْهِ النّظرُ إِلَيْهِ مِن مَحَارِمِهِ، وَلَو رضَاعاً؛ ....

(بَابُ الظِّهَارِ)

(هو) في اللّغة: مصدر، ظاهر امرأته: إذا قال الرجل لامرأته: «أنت علي كظهر أمّي» على ما في «المصباح».

قيل: إنما خصّ ذلك بذكر الظهر؛ لأن الظهر من الدّابة موضع الركوب، والمرأة مركوبة وقت الغشيان، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة، ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الّذي هو ممتنع وهو استعارة لطيفة؛ كأنه قال: ركوبك في النكاح حرام علي.

وفي اصطلاح أهل الشرع: (**تشبيه**) المسلم العاقل البالغ ولو سكران، أو مكرهاً، أو أخرس (**زوجته**) قيد بها؛ لأنه لو قال لأمته، أو لامرأة نكحها بلا أمرها: أنت عليّ كظهر أمّي، ثم أجازت المرأة النكاح.. لا يكون مظاهراً على ما سيأتي، أطلقها فشمل: المدخولة وغيرها، الكبيرة والصغيرة، الرتقاء وغيرها، العاقلة والمجنونة، المسلمة والكتابية.

(**أو**) تشبيه (**عضو منها يعبّر به عن جملتها أو**) تشبيه (**جزء شائع منها**)، أي: من زوجته (**بعضو يحرم عليه النظر إليه من محارمه، ولو**) كانت الحرمة (**رضاعاً**)، أو مصاهرةً.

والمراد بمحارمه: من يكون محرمة عليه على التأبيد بالاتفاق، احترازاً عن قول الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر فلانة وهي أم المزني بها أو ابنتها.. فإنه لا يكون مظاهراً منها؛ لأن من الفقهاء من يقول: الحرام لا يحرم الحلال، فلا تكون حرمتهما اتفاقياً، كذا في «العناية» و«النهاية».

وكذا لو شبهها بأخت امرأته.. لا يكون مظاهراً؛ لأن حرمتها مؤقتة بكون امرأته في عصمته، لا مؤبدة.

وكذا حرمة المطلقة ثلاثاً مؤقتة بالتحليل، لا مؤبّدة.

وكذا لو قال: كظهر مجوسية.. لا يكون ظهاراً؛ لأن حرمتها مؤقتة بإسلامها أو بصيرورتها كتابية، كذا في «البحر».

وضم في «المحيط»: المرتدة إلى المجوسية.

فإن قيل: لو ظاهر من امرأته، ثم قال لأخرى: أنت عليّ مثل هذه ينوي الظِّهار.. فإنه يكون مظاهراً ولو بعد موتها وبعد التكفير على ما صرح به في «فتح القدير»، مع أن حرمة المظاهر منها ليست مؤبّدة، فانتقض به اشتراط التأبيد.

أجيب عنه: بأن ثبوت الظِّهار [٤٦١/أ] في هذه المادّة إنما هو باعتبار تضمن قوله: أنت عليّ كظهر أمّي؛ لأن تشبيهها بمن قال لها ذلك.. إنما هو في ذلك، فالظِّهار فيها باعتبار خصوص وجه الشّبه المراد، لا باعتبار نفس التشبيه بها.

وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها، فقال: أنت عليّ مثل فلانة ينوي ذلك.. صحّ ولو كان بعد موتها.

وكذا لو ظاهر من امرأته، ثم قال لأخرى: أشركتك في ظهار فلانة.

ولو شبّهها بمزنية الأب أو الابن، قال محمّد: لا يكون ظهاراً.

وقال أبو يوسف: يكون ظهاراً، وهو الصحيح.

ولو قبّل أجنبيّة بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم شبه زوجته بابنتها، أو بأمها.. لم يكن مظاهراً عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يكون مظاهراً.. كذا في «الخانية».

وقال في «الدراية» نقلاً عن شرح «القدوري»: زنى أبوه، أو ابنه بامرأة فشبه زوجته بأم تلك المرأة، أو ابنتها.. يصير مظاهراً عند أبي يوسف.

فَلَو قَالَ لَهَا: «أَنْتِ عليَّ كَظهرِ أُمِّي، أَو رَأْسُكِ وَنَحْوُهُ»،.............

ولا يصير مظاهراً عند محمد؛ بناءً على أن حكم الحاكم بحلّ أمها، أو ابنتها.. لا ينفذ عند أبي يوسف، وينفذ عند محمّد.. فلا تكون الحرمة مؤبّدة عند محمد.

وكذا منشأ الخلاف بينهما المذكور آنفاً في «التاتارخانية».

وقال في «فتح القدير»: وهذا، أي: ما ذكر في «الدّراية» مشكل؛ لأن غاية أمّ مزنية الأب والابن أن تكون كأم زوجة الأب والابن، ولا تحرم أم زوجة الأب على الابن، ولا أم زوجة الابن على الأب.. فليس التشبيه بمحرمة.

وفي «الخانية»: لو شبهها بأم امرأته، أو امرأة الأب أو الابن.. يكون ظهاراً؛ لأن حرمتها مؤبدة.

وفي كلامه إشارة إلى أن التشبيه لا بد أن يكون من الرجل لا من المرأة، وهذا لما ذكر في «الدراية»: أنها لو قالت لزوجها: أنت عليّ كظهر أمي، أو أنا عليك كظهر أمّك.. لا يصح الظِّهار عندنا.

وذكر في «فتح القدير» نقلاً عن «المبسوط»: أنه إذا لم يكن مظاهراً.. فعليه كفارة يمين عند أبي يوسف.

وقال الحسن بن زياد: وهو ظهار.

وقال محمد: ليس بشيء. وهو الصحيح. انتهى.

وهكذا ذكر الخلاف بين أبي يوسف والحسن في «الينابيع» و«الروضة»، وذكر في «شرح المختار» على عكس ذلك.

(فلو قال لها أنت عليَّ كظهر أمي) هذا نظير لتشبيه زوجته.

(أو رأسك)، **(ونحوه)**: مثل فرجك، أو وجهك، أو رقبتك، وهذه كلها نظير ما يعبر به عن جملتها، والحكم فيه يثبت أوّلاً في الجزء، ثم يتعدى إلى كلّها.

وقال في «البحر» نقلاً عن «المحيط»: إنه لو قال: أنت علي كفرج أبي، أو قريبي.. كان مظاهراً.

أَو نصفُكِ وَشِبهُهُ أَو كبطنِها أَو فَخذِهَا، أَو كَظهرِ أُخْتِي، أَو عَمَّتي وَنَحْوِهمَا».. حَرُمَ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا ودواعيه. حَتَّى يكفِّرَ.

(أو نصفك وشبهه)؛ مثل: ثلثك وربعك، هذا نظير للجزء الشائع.

(أو كبطنها)، أي: كبطن أمي، **(أو فخذها، أو كظهر أختي، أو عمتي ونحوهما)** مما حرم عليه على التأبيد **(.. حرم)** - جواب «لو» - **(عليه وطؤها ودواعيه)** من المس والتقبيل بشهوة، **(حتى يكفِّر)** عن ظهاره؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ إلى أن قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾، والظِّهار كان طلاقاً في زمان الجاهليّة، **فقرّر الشرع أصله:** وهو التحريم، **ونقل حكمه:** وهو وقوع الطلاق به إلى تحريم مؤقت بالكفارة غير مزيل للنكاح.

وإنما نقله؛ لأنه جناية؛ لكونه منكراً من القول [٤٦١/ب] وزوراً، فيناسب المجازات عليها بالحرمة، وارتفاعها بالكفارة، ثم حرمة الدّواعي مذهبنا.

وقال الشافعي: لا يحرم الدّواعي؛ لأن التحريم عرف بقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾، والتماس في القرآن كناية عن الجماع.

قلنا: إنه حقيقية في المسّ باليد، والكلام للحقيقة حتّى يقوم دليل المجاز، بخلاف الحائض والصّائم؛ حيث لا يحرم الدواعي فيها؛ لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدّواعي.. أفضى إلى الجرح.

والاعتكاف والإحرام والاستبراء؛ مثل: الظِّهار في حرمة الدواعي مثل الوطء.

قال في «فتح القدير»: إن هذه الحرمة لا ترتفع إلّا بالكفارة، لا بملك، ولا بزوج ثان، حتى لو طلّقها بعد الظِّهار ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر، أو كانت أمة فملكها بعدما ظاهر منها.. لا يحلّ قربانها، حتى يكفر فيها، وللمرأة أن تطالبه بالوطء، وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يُكفِّر، وعلى القاضي أن يجبره على التكفير دفعاً للضرر عنها بحبس؛ فإن أبى ضربه، ولا يضرب في الدَّين.

ولو قال: قد كفرت.. صدق ما لم يعرف بالكذب.

فَلَو وطِئَ قبلَ التَّكْفِيرِ.. فَلَيْسَ عَلَيْهِ غيرُ الاسْتِغْفَارِ وَالْكَفَّارَةِ الأُولى، وَلَا يعودُ حَتَّى يكفِّرَ.

وَالْعودُ الْمُوجِبُ لِلْكَفَّارَةِ: عزمُهُ على وَطئِهَا.

(فلو وطئ قبل التكفير.. فليس عليه غير الاستغفار والكفارة الأولى، ولا يعود)، أي: لا يطؤها ثانياً **(حتى يكفر)**؛ لقوله ﷺ: لمن واقع امرأته في ظهاره قبل أن يكفّر: «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر»، ولو كان شيء آخر واجباً عليه.. لبينه؛ لأن تأخير البيان عن وقته لا يجوز.

(والعود الموجب للكفارة: عزمه على وطئها) هذا بيان لسبب وجوب الكفارة، وقد اختلف فيه أصحابنا؛ فالعامّة منهم على أن السبب: مجموع الظِّهار والعود؛ لأن الكفارة دائرة بين العقوبة والعبادة، فيكون سببها دائر أيضاً بين الحظر والإباحة، حتى تتعلق العقوبة بالمحظور، والعبادة بالمباح، إلّا أنه جوز أداء الكفارة قبل العود؛ لأنها إنما شرعت لدفع الحرمة الثابتة بالظِّهار، فيجوز تقديمها عليه بعد ثبوت تلك الحرمة؛ ليرفع بها الحرمة، فيقع الفعل على وجه الحلّ؛ كما قلنا في إرادة الصّلاة: أن الظِّهار سبب للإرادة، مع أن الطهارة يجوز تقديمها على تلك الإرادة، والمراد بالمحظور في كلامهم: هو الظِّهار.

- واختلفوا في العود؛ لاختلافهم في العود المذكور في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾.

فقال الشافعي: المراد به سكوته عن طلاقها بعد الظِّهار زماناً يمكن فيه إيقاع الطلاق ولا يطلق، حتى لو طلّقها موصولاً بالظِّهار.. لا يلزمه الكفارة، واستدل عليه: بأنّ الشرط هو العود لما قالوا، والعود للشيء: هو الإتيان بما يضادّه، لا إعادته؛ لأن ذلك عود فيه، أو إليه، والظِّهار سبب الفراق، والعود له إمساكها عن الطلاق.

وقال أصحابنا: المراد به عزمه على وطئها.

وأجابوا عن الشافعي: بأن حكم الظِّهار ليس ترك المرأة وتحريم العقد، بل

وَيَنْبَغِي لَهَا أَن تَمنَعَ نَفسَهَا مِنْهُ، وتطالبَهُ بِالْكَفَّارَةِ، ويُجبرُهُ القَاضِي عَلَيْهَا.

وَاللَّفْظُ الْمَذْكُورُ لَا يحْتَمِلُ غيرَ الظِّهار.

الامتناع عن وطئها، فضدّه: العزم على وطئها، فقلنا به.

وقال مالك: المراد به هو الوطء نفسه.

قلنا: يردّه ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه: أنّ سلمة بن صخر حين واقع امرأته، وقد ظاهر منها.. أتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله [٤٦٢/أ] إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفّر، فقال: «فلا تقربها حتّى تفعل ما أمرك الله تعالى»، والمراد: الكفارة منه، وهذا يقتضي تقديم الكفارة على الوطء، وقول مالك ينافيه.

وقيل: المراد بالعود في الآية: أن يتكلّم بالظِّهار مرّة ثانية، ولا يحرّم بالأولى بدون الثانية.

قلنا: لا يحتمله اللفظ؛ إذ لو كان المراد ذلك.. لقيل: يعيدون من الإعادة لا من العود.

وقال بعضهم: سبب وجوب الكفارة هو الظِّهار وحده، وردّ بأنه منكر من القول وزور، والكفارة عبادة، فلا يكون سبباً لها.

وقال بعضهم: سبب وجوبها هو العزم على الوطء، والظِّهار شرط، وردّ بأن الحكم يتكرّر بتكرّر سببه، لا بتكرر شرطه، وهنا الأمر بالعكس.

وههنا أقوال أخر ذكرها في «البحر».

(وينبغي لها أن تمنع نفسها منه)؛ حذراً عن الوقوع في الحرام.

(وتطالبه بالكفارة، ويجبره القاضي عليها) بحبس وضرب؛ لدفع الضرر عنها على ما ذكرناه من «فتح القدير».

(واللفظ المذكور) كله من قوله: أنت عليّ كظهر أمّي... إلى آخره **(لا يحتمل غير الظِّهار)**؛ لأنها صريح فيه، حتى لو نوى به الطلاق.. لا يصحّ؛ لأنه منسوخ على

وَلَو قَالَ: «أَنْت عليّ مثلُ أُمِّي، أَو كأُمِّي»؛ فَإِن نوى الْكَرَامَة.. صُدِّقَ، أَو الظِّهار.. فظهارٌ، أَو الطَّلَاق.. فبائنٌ.

وَإِن لم ينوِ شَيْئاً.. فَلَيْس بِشَيْءٍ.

وَلَو قَالَ: «أَنْت عليّ حرَامٌ كأُمِّي» وَنوى ظِهَاراً أَو طَلَاقاً.. فَكَمَا نوى.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ عليّ حرَامٌ كَظهرِ أُمِّي» وَنوى طَلَاقاً أَو إِيلَاءً.. فَهُوَ ظِهَارٌ،

ما مرّ، فلا يتمكن إتيانه، وكذا لو نوى به الإيلاء.. لا يصح، أو لم ينو به شيئاً؛ لأنه نصّ في معناه.

(**ولو قال: أنت عليّ مثل أميّ أو كأمي**).. يرجع إلى نية؛ لأنه كناية؛ (**فإن نوى الكرامة.. صدّق**)؛ لأنه من محتملات لفظه؛ لأن التكريم بالتشبيه شائع، (**أو الظّهار.. فظهار**)؛ لأنه تشبيه بجميعها، وفيه تشبيه بالعضو، ولكنه ليس بصريح فاحتاج إلى النية، (**أو الطلاق.. فبائن**)؛ لأنه في قوة: أنت علي حرام، ونوى به الطّلاق.

(**وإن لم ينو شيئاً.. فليس بشيء**) عندهما؛ لاحتمال الحمل على الكرامة.

وقال محمد: يكون ظهاراً؛ لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً.. فالتشبيه بجميعها أولى.

وإن عنى به التحريم لا غير؛ فعند أبي يوسف: هو إيلاء؛ ليكون الثابت أدنى الحرمتين.

وعند محمّد: هو ظهار؛ لأن «كاف التشبيه» تختصّ به.

(**ولو قال: أنت عليّ حرام كأمي ونوى ظهاراً، أو طلاقاً.. فكما نوى**)؛ لأنه يحتمل: **الظّهار** للتشبيه، **والطلاق**: للتّحريم، والتشبيه تأكيد له، وإن لم يكن له نية.. فإيلاء عند أبي يوسف، وظهار عند محمّد.

(**ولو قال: أنت علي حرام كظهر أمّي ونوى طلاقاً أو إيلاءً.. فهو ظهار**) عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: مَا نوى.

وَلَا ظِهَارَ إِلَّا مِنَ الزَّوْجَةِ، ....

(**وعندهما: ما نوى**)؛ فإن نوى إيلاء.. فإيلاء، أو طلاقاً.. فطلاق، أو ظهاراً.. فظهار.

وكذا إذا لم يكن له نية؛ لأن كلّا منها من محتملات قوله: أنت عليّ حرام، وقوله: كظهر أمي توكيد له.. فلا يتغير به، غير أن محمّداً يقول: إذا نوى الطّلاق.. لا يكون ظهاراً.

وقال أبو يوسف: يكونان جميعاً؛ الظّهار بلفظه، والطلاق بنيته، ولا يصدق صرف الكلام عن ظاهره قضاء؛ كما إذا قال من له امرأة معروفة بزينب: زينب طالق، ثم قال: امرأة أخرى وإيّاها عنيت.. يقع الطّلاق على تلك: بنية، وعلى هذه المعروفة باسم زينب: بظاهر لفظه.

فإن قيل: إن الطلاق إن وقع بقوله: أنت علي حرام.. كان متكلماً بلفظ الظّهار بعدما بانت، والظّهار بعد البينونة.. لا يصح.

ولا يجوز [٤٦٢/ب] أن يقال: الظّهار مع الطلاق يثبتان معاً بقوله: أنت عليّ حرام؛ لأن اللّفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين، كذا نقل هذا الاعتراض عن شمس الأئمة السّرخسي.

وأجاب عنه الإمام ظهير الدّين: بأنه يصح ظهار المبانة عند أبي يوسف في رواية عنه، وأن هذا الكلام صريح في الظّهار، ولهذا لو لم يكن له نية.. يكون ظهاراً، فلا يصدق في إبطال حكم الظّهار، ويصدق في إرادة الطلاق؛ لاعترافه به.

ولأبي حنيفة: أن اللفظ صريح في الظّهار، فلا تعمل فيه النية، وقوله: «حرام» توكيد لمقتضاه، فلا يغيره.

(**ولا ظهار إلا من الزوجة**)، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾؛ لأن لفظ النساء يتناول المنكوحات لا غير، ولأن الحلّ في الأمة تابع لرقبتها، حتى لو اشترى

فَلَا ظِهَارَ مِن أَمَتِهِ، وَلَا مِمَّن نَكَحَهَا بِلَا أَمرِهَا وَظَاهرَ مِنْهَا فأجازتِ النِّكَاحَ.

وَلَو قَالَ لنسائِهِ: «أنتنّ عليَّ كَظهرِ أُمّي».. كَانَ مُظَاهرا مِنْهُنَّ، وَعَلِيهِ لكلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةُ.

وَإِن ظَاهرَ مِن وَاحِدَةٍ مِرَاراً فِي مجْلِسٍ أَو مجَالِسَ.. فَعَلَيهِ لكلِّ ظِهَارٍ كَفَّارَةٌ.

أمة فوجدها محرمة عليه برضاع، أو مصاهرة.. لم يثبت للمشتري ولاية الردّ بسبب تلك الحرمة، فلا يكون في معنى المنكوحة فلا تلحق بها؛ ولأن الظِّهار منقول عن الطلاق على ما مرّ، ولا طلاق في المملوكة.

(**فلا ظهار من أمته**)، لما تلوناه وذكرناه (**ولا ممن نكحها بلا أمرها**)، أي: فضولاً (**وظاهر منها فأجازت النكاح**)؛ لأنه صادق في تشبيهه في ذلك الوقت، فلا يجب عليه جزاء الزور.

(**ولو قال لنسائه: أنتنّ عليّ كظهر أمي.. كان مظاهراً منهنّ**)؛ لوجود التشبيه في كلّ منها.

(**وعليه لكلّ واحدة كفارة**)؛ لأن الحرمة ثبتت في حق كلّ واحدة منهن، والكفارة شرعت لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها، بخلاف الإيلاء منهن بقوله: والله لا أقربكن أربعة أشهر؛ لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة اسم الله تعالى، ولم يتعدد ذكر الاسم، وهذا حجة على مالك فيما روي عنه: أنه لا تتعدد الكفارة فيما نحن فيه؛ كما في الإيلاء.

(**وإنْ ظاهر من واحدة مراراً في مجلس، أو مجالس.. فعليه لكلّ ظهار كفّارة**)؛ لأن الحكم يتكرر بتكرر السبب، ولا تداخل فيه؛ كما في كفارة الصوم.

وَهِي: عتقُ رَقَبَةٍ، يجوزُ فِيهَا الْمُسلمُ وَالْكَافِرُ، ....

ثم شرع لبيان الكفارة (**وهي**)، أي: كفارة الظِّهار (**عتق رقبة**) فيه إشارة إلى ما سيصرح به، من أنه لو أعتق نصف رقبة فجامعها، ثم أعتق النصف الآخر.. لم تجز، وإن أعتق النصف الآخر قبل الجماع.. جاز.

(**يجوز فيها**)، أي: في الرقبة: (**المسلم والكافر**).

خلافاً للشافعي في الكافر.

قلنا: إن المنصوص عليه: إعتاق رقبة بلا قيد بالمؤمنة، وقد تحقق ذلك فيجوز.

فإن قيل: إن الكفارة حق الله تعالى، وحق الله تعالى لا يجوز صرفه إلى عدوّ الله؛ كالزكاة.

قلنا: إن قصد المكفّر بالإعتاق: هو أن تمكن العبد المعتق من طاعة الله تعالى بتخلصه عن خدمة المولى، وقد وجد ذلك، ثم بقاء العبد على الكفر.. يحال به إلى سوء اعتقاده واختياره.

فإن قيل: سلّمنا أن بقاءه على الكفر وسوء اعتقاده واختياره، لكن لم لا يكون تصور الكفر منه مانعاً من الصرف إليه؟ كما في الزكاة.

قلنا: إن القياس: جواز صرف الزكاة إليه أيضاً؛ لأن فيه مواساة عباد الله، لكن الحديث أخرجهم عن المصرف على ما مر ثمة، كذا في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: ويدخل في الكافر: المرتد والمرتدة، ولا خلاف في المرتدة لا تقبل بالرّدة، واختلف في المرتد؛ قيل: يجوز، وقيل: لا.

وإعتاق العبد [٤٦٣/أ] الحربي في دار الحرب.. لا يجزئه عن الكفارة.

وإعتاق المستأمن... يجزئه.

في «الخانية»: لو أعتق عبداً حربياً في دار الحرب؛ إن لم يخلّ سبيله.. لا يجزئه.

وإن خلّى سبيله.. ففيه اختلاف المشايخ؛ قيل: لا، وقيل: نعم.

وَالذَّكرُ وَالْأُنْثَى، وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ، والأَعورُ والأَصمُّ الَّذِي إِذا صِيحَ يسمعُ، ومقطوعُ إِحْدَى الْيَدَيْنِ وَإِحْدَى الرِّجلَيْنِ مِن خِلافٍ، ومكاتَبٌ لم يَؤدِّ شَيْئاً.

إذا أعتق عبداً حلال الدّم وقد قضى بدمه، ثم عفى عنه.. لم يجز.

وفي «البقالي»: أنه يجزئه.

(**والذكر والأنثى، والصّغير**) ولو كان رضيعاً (**والكبير، والأعور، والأصم الذي إذا صيح.. يسمع، ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف**)؛ لبقاء جنس المنفعة فيها.

فإن قيل: الصغير لا منافع لأعضائه، فينبغي أن لا يجوز إعتاقه عن الكفارة؛ كالزمن، وكذا لا يجوز إطعامه عن الكفارة، فكذا إعتاقه.

فالجواب عن الأوّل: أن أعضاء الصغير سليمة، لكنها ضعيفة وهي تعرض أن تصير قويّة، فأشبه المريض.

وأما إطعامه عن الكفارة.. فجائز بطريق التمليك لا الإباحة، كذا في «البحر» نقلاً عن «البدائع».

وفي «الخانية»: والمريض الذي في حد مرض الموت.. لا يجزئه، وإذا كان يرجى ويخاف عليه.. يجزئه.

(**ومكاتب لم يؤد شيئاً**)؛ لأن المكاتب رق من كلّ وجه؛ لأن المكاتب ما بقي درهم فهو رق، ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ، هذا إذا لم يعجز عن أداء بدل الكتابة.

وإما إذا عجز عنه، ثم أعتقه عنه.. يجوز؛ سواء كان أدّى شيئاً، أو لم يؤد أصلاً، وهذه هي الحيلة لمن أراد أن يعتق مكاتبه بعد أداء البعض، كذا في «الخانية».

واعلم أن الضابط في تخريج ما يجوز به الإعتاق عن الكفارة، وما لا يجوز: هو أنه متى أعتق رقبةً، كاملة الرق، في ملكه، مقروناً بنية الكفارة، وجنس ما يبتغي من المنافع فيها قائم، بلا بدل.. جاز عنها، وإلا.. فلا يجوز عنها.

وَلَا يجوزُ الْأَعْمَى، والأَصمُّ الَّذِي لَا يسمعُ أَصلاً، والأَخرسُ، ومقطوعُ الْيَدَيْنِ أَو إِبهاميهما، أَو الرِّجلَيْنِ، أَو يَدٍ وَرجلٍ مِن جَانبٍ وَاحِدٍ، وَمَجْنُونٌ مُطْبِقٌ، ومُدَبَّرٌ، وَأُمُّ ولدٍ، ومكاتَبٌ أَدَّى بَعْضاً، ومُعْتَقُ بعضُهُ.

وَلَوِ اشْترى قَرِيبَهُ بنيَّتِها.. صَحَّ.

وَكَذَا لَو حرَّرَ نصفَ عَبدِهِ عَنْهَا ثُمَّ بَاقِيهِ قبلَ وطءِ مَن ظَاهَرَ مِنْهَا.

ولا يخفى عليك صدق هذا الضابط عن جملة ما مر ذكره مما يجوز في الكفارة.

وكل قيد ذكر فيه: يخرج نوعاً مما لا يجوز، على ما أشار إليه بقوله: (**ولا يجوز الأعمى، والأصم الذي لا يسمع أصلاً، والأخرس، ومقطوع اليدين، أو إبهاميهما، أو الرجلين، أو يد ورجل من جانب واحد، ومجنون مطبق**)، والأصل: ما ذكرنا في الضابط؛ أعني: جنس ما يبتغي من المنافع لا بدّ أن يكون قائماً؛ لأن جنس ما يبتغي من المنافع فائتة فيها، حتى لو جنّ وأفاق.. يجزئه؛ لأنه غير فائت جنس ما يبتغي منه، بل هو مخلّ به، والإخلال لا يضرّ.

(**ومدبر وأمّ ولد**)؛ لعدم كمال الرق فيهما، وقد شرط ذلك في الضابط المذكور.

(**ومكاتب أدّى بعضاً**) من بدل الكتابة في ظاهر الرواية على ما ذكرناه، وهذا؛ لأنه كان ببدل، وقد شرط في الضابط: أن يكون بلا بدل.

(**ومعتق بعضه**)؛ لنقصان الرقبة فيه، ولا بد من تمامه على ما مر في الضابط.

(**ولو اشترى قريبه بنيتها**)، أي: بنية الكفارة (.. **صحّ**) عندنا، خلافاً للشافعي، وكذا الخلاف في كفارة اليمين على ما سيأتي.

وقال في «البحر»: والمراد بشراء قريبه ههنا: دخوله في ملكه مطلقاً بصنع منه؛ شراءً كان أو هبة، أو قبول صدقة، أو وصية، فخرج الإرث، حتى لو نوى وقت موت مورثه إعتاقه عنها.. لم يجز عنها.

(**وكذا لو حرّر**) [٤٦٣/ب] (**نصف عبده عنها، ثم باقيه قبل وطء من ظاهر منها**)؛

وَلَو حرَّرَ نصفَ عبدٍ مُشْتَرَكٍ وَضمنَ بَاقِيهِ.. لَا يجوزُ، خلافاً لَهما.

لأنه أعتق بكلامين، والنقصان تمكّن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، ومثله غير مانع؛ كمن أضجع شاة للأضحيّة فأصاب السكين عينها.. فإنها غير مانعة عن الأضحيّة.

بخلاف ما إذا أعتق باقيه بعد وطء من ظاهر عنها.. فإنه لم يجز عند أبي حنيفة بناءً على أن الإعتاق يتجزأ عنده، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس بالنص، وإعتاق النصف كان قد حصل بعده.

وأما عندهما: فإعتاق النصف هو إعتاق الكل؛ لعدم التجزؤ، فحصل الكل قبل المسيس.

(ولو حرّر نصف عبد مشترك وضمن باقيه) ليساره (.. **لا يجوز**) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لأنه تملك نصيب صاحبه بالضّمان؛ فصار معتقاً كلّ العبد عن الكفارة وهو ملكه، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً.. فإنه وجب عليه السّعاية في نصيب الشريك، فيكون إعتاقاً بعوض فلا يكون العتق مجاناً، وإن كان المعتق حراً مديوناً عندهما بناءً على عدم التجزؤ عندهما.

ولأبي حنيفة: أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه؛ لتعذر استدامة الملك فيه، ثم يتحول إليه بالضمان ما بقي منه، فكان في المعنى إعتاق عبد إلا شيئاً، ومثله يمنع الكفارة.

فإن قيل: المضمونات تملك بأداء الضمان بطريق الاستناد إلى زمان وجود السبب، فصار نصيب الساكت ملك المعتق في زمان الإعتاق، فكان النقصان في ملكه بجهة الكفارة، لا في ملك شريكه، ومثله لا يمنع الكفارة على ما ذكرناه من قبل.

أجيب: بأن الملك في المضمون يثبت بطريق الاستناد في حق الضّامن والمضمون له، لا في حق غيرهما، والكفارة غيرهما، فلا يثبت الملك في حقها مستنداً، ويلزم النقصان المانع.

وَكَذَا لَو حرَّرَ نصفَ عَبدِهِ ثُمَّ جَامعَ الْمُظَاهَرَ مِنْهَا، ثُمَّ حرَّرَ بَاقِيهِ.

فَإِن لم يجد مَا يَعْتِقُ.. صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابعَينِ، لَيْسَ فيهمَا رَمَضَانُ وَلَا شَيْءٌ مِنَ الْأَيَّامِ المنهيَّةِ فَإِن وَطِأَهَا فيهما لَيْلاً عامداً، ....

(وكذا لو حرر نصف عبده، ثم جامع المظاهر منها، ثم حرّر باقيه) هذا عند أبي حنيفة، خلافاً لهما على ما مر من قبل.

(فإن لم يجد ما يعتق) من الرقبة، ولا ثمنها على ما في «العناية» (.. **صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان، ولا شيء من الأيام المنهية**) الخمسة المعروفة.

أما التتابع فللنص فيه.

فإن صام بالأهلة.. جاز وإن كان كل شهر تسعة وعشرين.

وإن صام بغير الأهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوماً.. فعليه أن يستقبله.

وإن صام أحدهما بالأهلة، والآخر بالأيام.. جاز.

وكذا يستقبل إن أدخل في صيامه شهر رمضان؛ لأن رمضان لا يقع عن الظِّهار، لما فيه من إبطال ما أوجبه الله.

وكذا إن أدخل فيها الأيام المهنيّة؛ لأن الصوم فيها منهي عنه، فلا يقوم عن الواجب الكامل.

(فإن وطئها)، أي: التي ظاهر منها إنما قيد بها؛ لأنه إذا جامع غيرها نهاراً عامداً.. يلزمه الاستئناف بالاتفاق.

وإن جامعها نهاراً ناسياً، أو ليلاً عمداً أو ناسياً.. لا يلزمه الاستئناف بالاتفاق، فعلم أن محلّ الخلاف المظاهر منها **(فيهما)**؛ أي: في الشهرين **(ليلاً عامداً)** قيد العمد وقع اتفاقاً؛ لأن العمد والنسيان في وطئ المظاهر منها في الليل [٤٦٤/أ] سواء على ما في «العناية» وغيرها من شروح «الهداية»، فما وقع في «شرح المجمع»: أنه قيد الليل بالعمد؛ لأنه لو وطئ ليلاً ناسياً لا يستأنف اتفاقاً.. فغلطٌ منه على ما صرّح به في «البحر».

أَو نَهَاراً نَاسِياً.. اسْتَأْنَفَ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَإِن أَفطَرَ بِعُذْرٍ أَو بِغَيْرِ عُذْرٍ.. اسْتَأْنَفَ إِجْمَاعاً.

(**أو نهاراً ناسياً.. استأنف**) عند أبي حنيفة.

ومحمد: قيده بالنّسيان؛ لأنه إذا جامعها نهاراً عامداً.. استأنف بالاتفاق.

(**خلافاً لأبي يوسف**)، له: أن هذا وطءٌ لا يفسد به الصّوم، فلا يقطع التتابع؛ لأنه لم يزل صائماً، والشرط في كون الصّوم كفارة: هو التتابع وقد وجد ذلك.

فإن قيل: تقدم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد.

أجيب: بأنّ تقديمه على المسيس وإن كان شرطاً.. لكن فيما ذهبنا إليه تقديم البعض، وفيما قلتم من الاستئناف تأخير الكل عنه، وتأخير البعض أهون من تأخير الكل.

ولهما أن الشرط في الصّوم أن يكون قبل المسيس، وخالياً عنه ضرورة بالنّص، وبتخلل الجماع ينعدم الشرط، وكذا المشروط.. فيجب الاستئناف.

والجواب عن قوله: «إن هذا وطءٌ لا يفسد به الصّوم فلا يقطع التتابع»: أن عدم الفساد في النسيان.. ثبت بالنص على خلاف القياس، فلا يتعدّى إلى قطع التتابع، وفي العمد الواقع ليلاً، ثبت بعدم القائل بالفصل؛ لأن عمده ونسيانه سواء.

والجواب عن قوله: «وتأخير البعض أهون من تأخير الكلّ»: أن الشرط كون الصوم خالياً عن المسيس، وما ذكره ينافي ذلك، كذا في «العناية».

(**وإن أفطر**) بأكل، أو شرب، أو جماعِ غيرِها (**بعذر**) كسفر أو مرض (**أو بغير عذر.. استأنف إجماعاً**)؛ لفوات التتابع، وهو قادر عليه عادة، بخلاف ما لو أفطرت المرأة في كفارة القتل، والإفطار بعذر الحيض.. فإنها لا تستأنف، ولو أفطرت لمرض.. تستأنف؛ لأنها معذورة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما، ولا كذلك المرض.

وعن محمد: أنها لو صامت شهراً، ثم حاضت، ثم أيست.. استقبلت.

. فَإِن لَم يَستَطِعِ الصَّوْمَ.. أَطْعَم هُوَ أَو نَائِبُهُ سِتِّينَ مِسْكِيناً، كَلَّ مِسْكِينٍ كالفطرةِ ....

وعن أبي يوسف: لو حبلت في الشهر الثاني.. بَنَتْ.

ولو حاضت في كفارة اليمين.. استقبلت، كذا في «الاختيار».

ولو صام شهرين متتابعين، ثم قدر على الإعتاق في آخر يوم الشهرين قبل غروب الشمس.. وجب عليه العتق لاقتداره على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، وصار صومه تطوّعاً، والأفضل: إتمام صوم ذلك اليوم، وإن أفطر.. فلا قضاء عليه على ما في «الزيلعي».

(**فإن لم يستطع الصوم.. أطعم**)، أي: بالتمليك وبالإباحة على ما هو الأصل فيما ورد بلفظ الإطعام، وهو:

كفارة الظِّهار، والإفطار، واليمين، وجزاء الصّيد، والنذر.

بخلاف ما ورد بلفظ الإيتاء؛ فإن الشرط فيه هو التمليك.

(**هو أو نائبه**) بأن أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره ففعل.. أجزأه؛ لأنه طلب التمليك، فيصير الفقير قابضاً له أولاً، ثم لنفسه لتحقّق تملكه، ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه.

(**ستين مسكيناً**) لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ (**كلّ مسكين كالفطرة**) في قدر الواجب، حتى يجب عليه نصف [٤٦٤/ب] صاع من بر، أو صاع من تمر، أو شعير، لما رواه الأثرم بإسناده عن عمر، قال: «أطعم صاعاً من تمر، أو شعير، أو نصف صاع من بر»؛ ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكلّ مسكين، فيعتبر بصدقة الفطر في القدر، وإن كان بينهما فرق من وجه آخر، وهو أن التفريق فيما نحن فيه بأن يعطي فقيراً منّاً من حنطة، ومناً آخر فقيراً آخر لا يجوز؛ لأن الواجب إطعام ستين مسكيناً، فكان العدد معتبراً كالمقدار، ومتى فرق.. لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين.

أَو قِيمَةَ ذَٰلِكَ.

وَيصِحُّ إِعْطَاءُ مَنٍّ بَرٍّ مَعَ مَنَوَي شعيرٍ أَو تمرٍ. ....

وأما صدقة الفطر.. فالمعتبر فيها القدر دون العدد؛ لكونه مسكوتاً عنه، فيكون التفريق جائزاً، كذا في «العناية» و«الزيلعي».

وقال في «الزيلعي»: ولكن الأفضل أن لا يفرق، ويعطي مسكيناً واحداً؛ ليتحقق الإغناء.

وقد صرّح فيه في آخر كتاب صدقة الفطر خلاف ذلك؛ حيث قال: ويجب دفع صدقة فطر كل شخص إلى مسكين واحد حتى لو فرقه على مسكينين أو أكثر.. لم يجز؛ لأن المنصوص عليه هو الإغناء، ولا يستغني بما دون ذلك، وجوز الكرخي التفريق. انتهى.

(**أو قيمة ذلك**) لحصول المقصود بها وهو سدّ خلة المسكين ودفع حاجته لكل يوم، ولا بد أن يقيّدها بغير المنصوصة؛ لأن دفع القيمة غير معتبر في المنصوصة، وهي الأشياء الستة؛ البر، ودقيقه، وسويقه، والزبيب، والتمر، والشعير؛ لتعلق الحكم بأعيانها.

حتّى لو أدى أقل من صاع من تمر تساوي قيمته نصف صاع من برّ، أو أكثر منه.. لا يجوز؛ لعدم اعتبار القيمة فيها، بل المعتبر عينها؛ فإذا كانت عينها أقل مما قدّره الشرع.. لا يجوز (**ويصح إعطاء مَنٍّ برٍّ مع منوَي شعير أو تمر**)؛ لأن هذا يبلغ بالوزن نصف صاع براً، وصاع شعيراً أو تمراً، وكذا يصح إعطاء ربع صاع من بر، ونصف صاع من شعير أو تمر؛ فإنه يبلغ بالكيل نصف صاع من بر، أو صاعاً من شعير، ولما كان المقصود من هذه الأشياء شيئاً واحداً وهو الإطعام.. صاروا جنساً واحداً من هذا الوجه، فجاز التكميل بالأجزاء، بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ كما إذا أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة.. فإنه لم يجز؛ لاختلاف المقصود منها؛ لأن المقصود من الكسوة غير المقصود من الطعام، ألا ترى أن الإباحة في أحدهما يجوز دون الآخر؟

وَتَصِحُّ الْإِبَاحَةُ فِي إِطْعَامِ الْكَفَّارَاتِ والفديةِ دونَ الصَّدقَاتِ وَالْعُشرِ؛ فَإِنْ غدَّاهم وعشَّاهم، أَو غدَّاهم غداءينِ، أَو عشَّاهم عشاءينِ وأَشْبَعَهُم.. جَازَ، وَإِن قلَّ مَا أكلُوا.

وبخلاف إطعام نصف صاع تمر قيمته نصف صاع برّ؛ لما ذكرناه من أن دفع القيمة في المنصوص غير معتبر.

(**وتصح الإباحة في إطعام الكفارات والفدية دون الصدقات**) من الزكاة والفطرة (**والعشر**)، وكذا الخراج؛ لأن المنصوص عليه في الكفارات والفدية: الإطعام، وهو حقيقة في التمكين؛ لأنه عبارة عن جعل الغير طاعماً، وذلك بالإباحة وجواز التمليك فيها بدلالة النص، أو بإشارته، والعمل بها لا يمنع العمل بالحقيقة، بخلاف الصدقات والعشر؛ فإن النص فيهما ورد بما يفيد التمليك، وهذا حجة على الشافعي في إيجابه التمليك في الكفارات والفدية أيضاً.

إنما قيدنا الإطعام؛ لأن كسوة الكفارات لا يجوز الإباحة فيها.

(**فإن غداهم**) [٤٦٥/أ] (**وعشاهم، أو غداهم غداءين، أو عشاهم عشاءين وأشبعهم.. جاز وإن قلّ ما أكلوا**)؛ لأن المعتبر دفع حاجةً اليوم من حيث الشبع لا المقدار، وذلك بالغداء والعشاء عادة، أي: إطعام الغداة: وهو من طلوع الفجر إلى الظهر، وطعام العشي: وهو من الظهر إلى نصف الليل.

وفي كلمة «الواو» إشارة إلى أن الغداء وحده لا يجوز بدون العشاء، وكذا العكس، بل لا بد منهما معاً، فعلم أن المعتبر أكلتان مشبعتان؛ إما بغداءين، أو عشاءين، على ما أشار إليه ثانياً، ونصّ عليه في «المبسوط».

وفي «العناية» عن «المجرّد» عن أبي حنيفة: إذا غدا ستين وعشا ستين آخرين.. لا يجوز، والسحور كالغداء.

ولو كان فيمن أطعمهم صبي فطم.. لم يجزئه؛ لأنه لا يستوفي كاملاً، ولو كان بعضهم شبعان قبل الأكل اختلفوا فيه:

فَإِن جَامَعَهَا فِي خلالِ الْإِطْعَامِ.. لَا يسْتَأْنفُ.

وَلَو أطْعمَ سِتِّينَ فَقِيراً لكلِّ فَقيرٍ صَاعاً عَن ظِهارينِ.. لَا يَصحُّ إِلَّا عَن وَاحِدٍ.

لا حاجة له إلا سد الخلّة بصرف وظيفة أخرى إليه؛ لأنه قد اندفعت حاجته في ذلك اليوم، فالصرف إليه بعد ذلك يكون إطعام الطاعم، بخلاف كفارة أخرى؛ لأن المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة، كذا في «العناية».

وهل الأمر كذلك في كفارة الصّوم وصدقة الفطر؟

فقال في «الحاشية اليعقوبية»: ولا يخفى عليك، أن هذا يدل على أن كفارة الصوم كذلك لا يجزي دفع الأكثر من النصب الواحد إلى فقير واحد دفعة واحدة، وعلى هذا: إن دفع الأكثر من صدقة الواحد في صدقة الفطر إلى فقير [٤٦٥/ب] واحد دفعة واحدة لا تجزئ إلا عن واحد. انتهى.

يريد بقوله: أن هذا يدلّ أن الدفع بطريق التمليك في يوم واحد دفعة واحدة، يدل على أن كفارة الصّوم أيضاً كذلك.

ثم الظاهر من فطرة «الخلاصة»: أنها تجزئ عن الأكثر لو فرّق حصّة كلّ واحد منهم عند الإفراز، وقد ذكرناه ثمة.

(**فإن جامعها في خلال الإطعام.. لا يستأنف**)؛ لأن النص في الإطعام غير مقيّد بما قبل المسيس، فيعمل بإطلاقه، ولا يجوز حمله على النص المقيّد في الإعتاق والصّوم بالقياس، ولا بخبر الواحد، وهو قوله ﷺ للذي واقع امرأته قبل التكفير: «استغفر الله، ولا تعد حتى تكفر»؛ لأنه نسخ ولا يجوز بمثله، وإنما منع من الوطء قبل الإطعام لاحتمال أن يقدر على التحرير، أو الصيام فيقعان بعده، والنهي لغيره لا ينافي المشروعية بأصله.

(**ولو أطعم ستّين فقيراً لكل فقير صاعاً**) من برّ (**عن ظهارين**) سواء كانا من امرأة، أو امرأتين (**..لا يصح إلا عن واحد**) منهما عند أبي حنيفة ويعقوب.

وَلَا بدّ مِنَ الإدامِ فِي خُبزِ الشّعيرِ دونَ الْحِنْطَةِ.

وَلَو أطْعمَ فَقِيراً وَاحِداً سِتِّينَ يَوْماً.. أَجزَأَهُ.

وَإِن أعطَاهُ طَعَامَ الشَّهْرَيْنِ فِي يَوْمٍ.. لَا يُجزِىءُ إِلَّا عَن يَوْمٍ وَاحِدٍ.

قيل يجزئه؛ لأنه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا.

وقيل: لا يجوز؛ لأن الواجب عليه إشباع العدد المعيّن، واختاره في «الزيلعي».

(**ولا بدّ من الإدام**)؛ ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع (**في خبز الشعير دون الحنطة**)، والذرة كالشعير، (**ولو أطعم فقيراً واحداً ستين يوماً.. أجزأه**)، خلافاً للشافعي؛ لأن التّفريق على السّتين واجب بالنص، فلا يجوز إبطاله بالتّعليل.

قلنا: إن المقصود سدّ خلّة المحتاجين، والحاجة تتجدد بتجدد الأيّام، فكان اليوم الثاني كمسكين آخر؛ لتجدد سبب الاستحقاق.

(**وإن أعطاه طعام الشهرين في يوم.. لا يجزئ إلا عن يوم واحد**) بالاتفاق إن كان الدفع بطريق الإباحة؛ لأن المقصود سد خلة المحتاجين، والحاجة تتجدد في كلّ يوم، فالدفع إليه دفعة، أو دفعات، في يوم واحد.. لا يدفع إلا حاجة واحدة وهي أكل ذلك اليوم.

وإن كان بطريق التمليك في يوم واحد.. فلا يخلو؛ إما أن يدفع إليه دفعة.. أو دفعات.

فإن كان الأول.. لا يجوز بالاتفاق أيضاً؛ لأن التفريق منصوص عليه، فلا يجوز دونه.

وإن كان الثاني.. فقد اختلفوا فيه.

قيل: يجوز؛ لأن الحاجة إلى التّمليك كثير يتجدد في كل يوم واحد كما يتجدد في الأيام، وليس لها نهاية؛ فإذا فرق بدفعات في يوم واحد.. جاز كما في الأيّام.

وقيل: لا يجوز إلا عن يوم واحد، وهو الصحيح على ما في «التبيين»؛ لأن المقصود سد الخلة، ولهذا لا يجوز الصرف إلى الغني وبعدما استوفى وظيفة اليوم

وَلَو عَن ظِهَارٍ وإفطارٍ.. صَحَّ عَنْهُمَا.

وَكَذَا لَو حرَّرَ عَبْدَيْنِ عَن ظِهارَين، أَو صَامَ عَنْهُمَا أَرْبَعَةَ أشهرٍ، أَو أَطْعَمَ مائَةً وَعشْرينَ فَقِيراً.. صَحَّ عَنْهُمَا وَإِن لم يُعيِّنْ.

(ولو) أطعم (**عن ظهار وإفطار.. صحّ عنهما**) بالاتفاق.

وقال محمّد: صح في الظِّهارين أيضاً؛ لأن في المؤدّى وفاء بهما؛ إذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين: نصف صاع من بر، ففي الصاع وفاء بهما، والمصروف إليه محلّ لهما؛ لأن الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفاً؛ لبقاء الخلّة والنية معينة، فيقع عنهما؛ كما لو أطعم عن ظهار وإفطار، أو فرّق في الدفع.

ولهما: أن النية في الجنس الواحد لغو؛ لأنها للتمييز بين الأجناس المختلفة، والفرض عدمها، ووجوب كل ظهار بسبب على حدة لا يجعلهما جنسين حقيقة، حتى يعتبر فيه النية، فلغت النية، وإذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة؛ لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيقع عنهما؛ كما إذا نوى عن أصل الكفارة.. فإنه يقع عن أحدهما بالاتفاق.

بخلاف ما إذا فرق في الدفع؛ لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر.

فإن قيل: إنه لو أعتق عبداً عن أحد الظِّهارين بعينه.. صح نية التعيين، ولم تلغ وإن كان الجنس متحداً، حتى حلّ له وطءُ المرأة التي عينها في الإعتاق.

أجيب عنه: بأن إعتاق الرقبة تصلح كفارة عن أحد الظِّهارين قدراً ومحلاً فصحت نيته، وأما إطعام ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً؛ فإن صلح عن الظِّهارين قدراً.. لكنه لم يصلح لهما محلاً؛ لأن محلّهما مائة وعشرون مسكيناً عند عدم التفريق؛ فإذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحلّ.. وجب أن يعتبر قدر المحلّ احتياطاً؛ كما لو أعطى ثلاثين مسكيناً كلّ واحد صاعاً.

(**وكذا لو حرّر عبدين عن ظهارين، أو صام عنهما أربعة أشهر، أو أطعم مائة وعشرين فقيراً.. صح عنهما وإن**) - وصلية - (**لم يعين**)؛ لأن الجنس متحد والمحل

وَإِن حرَّرَ عَنْهُمَا رَقَبَةً وَاحِدَةً، أَو صَامَ شَهْرَيْنِ ثُمَّ عيَّنَ عَن أَحدِهمَا.. صَحَّ.

وَلَو عَن ظِهَارٍ وَقتلٍ.. لَا.

قابل، وفي المؤدّى وفاء بهما، فلا حاجة إلى تعيين النية.

(**وإن حرّر عنهما رقبة واحدة، أو صام شهرين عن أحدهما.. صح، ولو عن ظهارٍ وقتلٍ: لا**) يصح عن أحدهما.

وقال زفر: لا يصح عن أحدهما في الفصلين [٤٦٦/أ].

وقال الشافعي: له أن يجعل عن أحدهما في الفصلين؛ لأن الكفارات كلّها باعتبار اتحاد المقصود؛ أعني: الستر جنس واحد، وفي الجنس الواحد لا يفيد تعيين النّية، فبقي نية أصل الكفارة، ولو نوى أصل الكفارة.. كان له أن يجعل ذلك عن أيّهما شاء، فكذا هذا.

ووجه زفر: أنه أعتق عن كلّ ظهار نصف العبد، فليس له أن يجعل عن أحدهما؛ لخروج الأمر من يده.

ولنا: أن نية التعيين في الجنس الواحد لغو؛ لأنه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغواً؛ فإذا لغت.. صار؛ كأنه أعتق رقبة عن الظِّهارين ولم ينو عنهما، وذلك جائز وله أن يصرفها إلى أيهما شاء.. فكذلك ههنا.

بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين؛ لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة.. فلا يكون عن واحد منهما.

فإن قيل: لا نسلم اختلاف الجنس ههنا؛ لأن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق: في القتل والظِّهار واحد.

أجيب: بأنّ اختلاف الجنس في الحكم ههنا باختلاف السّبب؛ فإن القتل يخالف الظِّهار لا محالة، واختلاف السبب يدلّ على اختلاف المسبّب.

وَلَو ظَاهرَ العَبْدُ.. لَا يجزئُهُ إِلّا الصَّوْمُ وَإِن أَعْتَقَ عَنهُ سَيّدُهُ أَو أَطْعَمَ.

نظير ما يتحد الجنس فيه: أنه إذا صام في قضاء رمضان عن يومين.. يجزئه عن قضاء يوم واحد، بناءً على ما ذكرناه من أن نية التوزيع في الجنس الواحد لغو، وبقي أصل النية.

ونظير ما يختلف الجنس فيه: أنه إذا كان عليه صوم القضاء والنذر لا بد من التمييز بينهما بالنية؛ فإن نوى من الليل أن يصوم غداً عنهما.. كانت النية معتبرة، ولا يصير صائماً لاختلاف الجنس فيه.

ثم الأصل ههنا: أن ما اتحد سببه فهو المتحد، وما اختلف سببه فهو المختلف، فالصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين والعصرين من يومين، ولهذا احتاج في قضائهما إلى تعيين النية، وإلّا.. لا يقع عن واحد منهما، وصوم رمضان من سنة واحدة من قبيل المتحد؛ لاتحاد سببه، أعني: حضور شهر، ومن سنتين من قبيل المختلف؛ لاختلاف سببه.

(**ولو ظاهر العبد.. لا يجزئه إلّا الصّوم**)؛ لأنه لا ملك له، فلم يكن من أهل التكفير بالمال.

(**وإن أعتق عنه سيده أو أطعم**)؛ لأنه ليس له أهلية الملك حتى يصير مالكاً بتمليك المولى.

* * *

(بَابُ اللّعانِ)

شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَةٌ بِالْأَيمَانِ، مقرونةٌ باللَّعنِ، قَائِمَةٌ مقَامَ حدِّ الْقَذْفِ فِي حقِّ الزَّوْجِ، ومقامَ حدِّ الزِّنَا فِي حَقّهَا.

(بَابُ اللِّعَانِ)

هو في اللغة: الطرد والإبعاد والسب على ما في «المصباح».

وفي الشريعة: (**شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللّعن**) والغضب (**قائمة مقام حدّ القذف في حق الزّوج**).

والمراد بكونه قائماً مقام حد القذف في حقّه: أن يسقط حد القذف عنه إذا تلاعنا بالنسبة إلى زوجته لا مطلقاً، إذ لو كان مطلقاً.. لم تقبل شهادته أبداً، مع أنها مقبولة على ما صرّح به «الزيلعي» في باب حدّ القذف؛ حيث قال: إن شهادته تقبل، ولو كان محدوداً في حق الكل.. لما قبلت. انتهى.

وذكر في «البحر» نقلاً عن «الاختيار»: أنها لا تقبل بعد اللّعان أبداً، ولم أجده في «الاختيار»[1].

(**ومقام حدّ الزنا في حقّها**)، والمراد بكونه [٤٦٦/ب] قائماً مقام حدّ الزنا في حقّها: أن يسقط عنها حدّ الزنا بالنسبة إلى الزوج، لا مطلقاً على ما صرح به في «الزيلعي» و«البحر».

ولما كان في مقام حدّ الزنا في حقّها.. لا يثبت اللّعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضي إلى القاضي، ولا بشهادة النساء، على ما صرّحوا به.

وذكر في «البحر»: أنه ليس المراد أن اللّعان قائم مقام الحدّين في حالة واحدة، وإنما المراد أنه قائم مقام حدّ القذف في حقّه إن كان كاذباً وهي صادقة، وقائم مقام حد الزنا في حقّها إن كانت كاذبة وهو صادق.

---

(١) بل هو في «الاختيار» في باب اللّعان (١٦٨/٣).

واستفيد من كونه قائماً مقام الحد؛ سواء كان بالنسبة إليه، أو إليها:

أنه لا يحتمل العفو والإبراء والصّلح على مال، حتى لو صالحها على الترك بمال.. ردت المال، ولها المطالبة بعد العفو.

وأنه لا يحتمل التوكيل إلّا في إثباته على قول الإمام؛ كالحدّ.

ثم هذا حدّه.

- **وأما سببه:** فهو قذف الرجل امرأته قذفاً يوجب الحد في الأجنبية.
- **وأما شرطه:** فبعضه يرجع إلى القاذف خاصة، وبعضه إلى المقذوف خاصة، وبعضه إليهما جميعاً، وبعضه إلى المقذوف فيه، وبعضه إلى نفس القذف، وبعضه إلى المقذوف به:

أما الأول: فواحد وهو عدم إقامة البينة على صدقه.

وأما الثاني: فإنكارها وجود الزنا منها وعفتها عنه.

وأما الثالث: فقيام الزوجية بينهما، حتى إذا طلقها بائناً أو ثلاثاً.. سقط اللّعان، ولا يجب الحدّ والعقل والإسلام والبلوغ أيضاً.

وأما ما يرجع إلى المقذوف فيه: فهو دار الإسلام.

وأما ما يرجع إلى نفس القذف: فالرمي بصريح الزّنا.

- **وركنه:** شهادات مخصوصة جارية بكلمات معروفة، على ما أشار إليها في الحد.
- **وحكمه:** حرمة الوطء والاستمتاع؛ كما فرغا من اللّعان على ما سيأتي، ثم هذا عندنا.

فَلَو قذفَ زَوجتَهُ بِالزِّنَا وكُلٌّ مِنْهُمَا أَهلٌ للشَّهَادَةِ، ....

وقال الشافعي: هي أيمان مؤكّدات بلفظ الشهادة، لقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ﴾؛ لأن قوله تعالى: ﴿بِٱللَّهِ﴾: محكم في اليمين، والشهادة تحتمل اليمين، فيحمل المحتمل على المحكم.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾، استثنى أنفسهم عن الشهداء، فثبت أنهم شهداء؛ لأن الأصل في الاستثناء الاتصال، ثم نص على شهادتهم، فقال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ﴾ فنص على الشهادة واليمين، فقلنا: الركن: هو الشهادة المؤكّدة باليمين القائمة مقام الحدّ في الطّرفين على وجه بيّناه.

(**فلو قذف زوجته بالزنا وكلّ منهما أهل للشّهادة**)، أي: من أهل أدائها على المسلم لا لمجرد التحمّل، ولهذا لا يجري اللّعان بين:

كافرين وإن قبلت شهادة بعضهم على بعض عندنا؛ لعدم أهلية أدائها على المسلم؛ لأن اللّعان شهادات مؤكدات بالأيمان، فلا بد من أهلية اليمين أيضاً، والكافر ليس من أهل الكفارة.

ولا بين كافرة ومسلم.

ولا بين مملوكين.

ولا بين ما إذا كان أحدهما مملوكاً، أو صبيّا، أو مجنوناً، أو محدوداً في قذف.

كلها لعدم أهلية الشهادة.

بخلاف الأعميين، أو فاسقين؛ فإنه يجري اللّعان بينهما؛ فإنهما من أهل [٤٦٧/أ] الشهادة وإن لم تقبل شهادتهما للفسق وعدم التمييز، حتى لو قضى القاضي بشهادتهما.. صح قضاؤه.

بخلاف ما إذا قضى بشهادة المملوك والصبي والمجنون.. فإنها لا تصحّ.

وأشار بقوله: «بالزّنا»:

وَهِيَ مِمَّن يُحَدُّ قاذفُها، ....

إلى ما في «البدائع»: من أنه لو قذف بعمل قوم لوط.. لا لعان فيه عند أبي حنيفة، ويجب اللّعان عندهما، بناءً على الخلاف المشهور بينهما في لزوم الحدّ فيه عندهما لا عنده.

وإلى ما في «الخانية»: من أنه لو قذف رجل امرأة رجل، فقال الزوج: صدقت هي كما قلت.. كان قذفاً حتى يلاعن، ولو قال: صدقت مطلقاً من غير زيادة.. لم يكن قاذفاً. انتهى.

(**وهي ممن يحدّ قاذفها**)، أراد به: كونها عفيفة عن الزنا؛ لأن اشتراط كونها حرّة مكلفة مسلمة علم من كونها من أهل الشهادة، فلم يبق من شرائط الإحصان إلا العفّة، وإنما اشترط إحصانها؛ لأن اللّعان قائم مقام حدّ القذف.. فلا بدّ من إحصانها حتى يحدّ قاذفها.

فلو لم تكن محصنة بأن كانت وطئت بنكاح فاسد وكان لها ولد، وليس له أب معروف، أو زنت في عمرها ولو مرّة، أو وطئت وطئاً حراماً ولو بشبهة.. [لم يجز اللّعان].

وإنما خصّت المرأة بكونها ممّن يحدّ قاذفها مع أنه شرط في جانب الرجل أيضاً، حتى لو كان هو ممن لا يحدّ قاذفه.. لا يجري اللّعان بينهما وإن كانت هي ممن يحدّ قاذفها؛ لئلا يخلو القذف عن إيجاب حكم.

فإنها إذا لم تكن ممن يحد قاذفها.. لم يلزم الرّجل حد ولا لعان؛ لأنه قائم مقام حد القذف، وهو يقتضي إحصانها.

بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف.. فإنه يحد حدّ القذف، فلم يخلو القذف عن إيجاب حكم، كذا في «النهاية» و«العناية».

فإن قيل: قد عرفت أن اللّعان شهادات مخصوصة، وما المناسبة بين الشهادة والحد حتى تقوم هي مقام الحد في الطرفين؟

أَو نفى نسبَ وَلَدِهَا ....

أجيب: بأن الحدّ زاجر، والإشهاد بالله تعالى كاذباً مقروناً باللّعن على نفسه يسبب الهلاك، وفي ذلك زجر عن الإقدام على سببه، فقامت مقامه.

فإن قيل: إذا قامت هي مقامه.. فلم يجز التداخل فيه؛ كما جاز في حدّ القذف، حتى إنه لو قذف أربع نسوة له بكلمة واحدة، أو بكلمات متفرّقة.. فعليه أن يلاعن عن كلّ واحدة منهنّ على حدة؛ لعدم التّداخل فيه، ولو قذف أجنبيّات بكلمة، أو كلمات، أو أجنبية بكلمات.. فإنه يقام عليه حدّ القذف مرة واحدة للتداخل فيه.

أجيب: بأن إقامة اللّعان مقام الحدّ في حقّه إنما هو فيما إذا قذف زوجته، لا مطلقاً على ما ذكرناه سابقاً.. فلا ترد عليه الأجنبيّات.

(**أو نفي نسب ولدها**) الذي ولد على فراشه، أو الذي من غيره عن أبيه المعروف؛ لأنه لما نفي ولدها.. صار قاذفاً لها، ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة؛ لأن الأصل في النسب: الفراش الصحيح، والفاسد ملحق به، والأصل: عدمه، فنفيه عن الفراش الصحيح.. قذف به، حتى يظهر الملحق به.

وقال الشّافعي: لا يصير بنفي الولد قاذفاً لها ما لم يقل إنه من الزنا [٤٦٧/ب]؛ لجواز أن يكون من الوطء بشبهة؛ كما لو قال لأجنبية: ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك.. فإنه لا يصير قاذفاً ما لم يقل: «وإنه من الزّنا» بالاتفاق.

قال شيخ الإسلام: والقياس ما قاله، إلّا أنا تركناه لضرورة في اللّعان؛ لأن الزوج قد يعلم أنّ الولد ليس منه، بأن لم يطأها، أو عزل عنها عزلاً بيّناً، ولكن لا يعلم أنه بزناً، أو بوطءٍ عن شبهة، فاكتفى بنفي الولد حتّى ينتفي عنه نسب الولد، وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي، كذا في «العناية».

وذكر في «المحيط»: أنه إذا نفى الولد بأن قال ليس بابني، ولم يقذفها بالزنا.. لا لعان بينهما؛ لأن النفي ليس بقذف لها بالزنا يقيناً؛ لجواز أن يكون الولد من غيره بوطء عن شبهة لا عن زنا. انتهى.

وطالبَتْهُ بِمُوجَبِهِ.. وَجبَ عَلَيْهِ اللِّعانُ.

وهذا منه اختيار قول الشافعي، وعمل بالقياس.

(وطالبته بموجبه): بموجب القذف وهو: الحد، وهذا لأنه حقّها؛ لأنه باللّعان يندفع منها عار الزّنا، فلا بدّ من طلبها كسائر الحقوق، حتى لو لم تطالبه.. لا لعان، ولا بد أن يكون الطلب في مجلس القاضي على ما في «البحر» عن «البدائع».

ثم قال: وهذا إذا كان القذف بصريح الزنا، أمّا إذا كان ينفي الولد.. فالطلب حقّه أيضاً؛ لاحتياجه إلى نفي نسب من ليس منه؛ كما أن المرأة محتاجة إلى نفي الزنا عن نفسها، كذلك الولد يحتاج إلى نفي نسب الغير منه.

وأشار بعدم اشتراط الفور في الطلب إلى أن سكوتها لا يبطل حقّها وإن طالت المدّة؛ لأن تقادم الزمان لا يوجب بطلان الحق في القذف والقصاص، على ما ذكره الإسبيجابي.

وزاد في «الجوهرة»: وحقوق العباد.

وفي «خزانة الفقه»: ولو سكتت ولم ترفع إلى الحاكم.. كان أفضل، وينبغي للحاكم أن يقول لها: اتركي وأعرضي عن هذا؛ لأنه دعاء إلى الستر؛ فإن تركت مدة، ثم خاصمت.. فلها ذلك، كذا في «البحر».

(.. **وجب عليه اللّعان**) إن كانت الزوجية قائمة بأن لم تكن مطلقة بائناً، وإلا.. فلا؛ لأن شرط اللّعان قيام الزوجية بينهما.

واعلم: أن موجب قذف الرجل زوجته؛ كان حد القذف أوّلاً؛ كما في الأجنبية؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ الآية، ولما روي أنه ﷺ قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء: «ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك، وإلا.. فحدّ على ظهرك»، فقال الصحابة: الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته في المسلمين، فثبت أن موجب القذف في الزوجة كان الحدّ، ثم انتسخ بآية اللّعان، فنظرنا في آية اللّعان فوجدناها دالة على أن الأصل في اللّعان: أن تكون

فَإن أَبى.. حُبِسَ حَتَّى يُلَاعنَ أَو يكذِّبَ نَفسَهُ فَيُحَدُّ.

فَإن لَاعَنَ.. وَجَبَ اللّعانُ عَلَيْهَا.

فَإن أَبَت حُبِسَت حَتَّى تُلاعِنَ أَو تصدِّقَهُ.

شهادات مؤكدات بالأيمان، مقرونة باللّعن، قائمة مقام الحدّ في الطرفين على ما ذكرناه.

ومما يدل على الانتساخ بآية اللّعان ما رواه مسلم: أن رسول الله ﷺ قال لمن سأله عمّن قذف امرأته: «قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فَأْتِ بها»، قال سهل: فتلاعنا.

(فإن أبى) الزوج [٤٦٨/أ] عن اللّعان (.. **حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه**) فيما رمى عليها، فيحدّ حدّ القذف على تقدير تكذيب نفسه، وهذا؛ لأنه حقّ مستحق عليه وهو قادر على إيفائه، فيحبس حتّى يأتي بما هو عليه، أو يكذب نفسه؛ ليرتفع سبب اللّعان وهو التكاذب؛ لأن اللّعان لا يجب إلّا بعد أن أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه، بعد قذف الزوج امرأته بالزنا، وأما إذا أكذب نفسه.. فلم يبق التكاذب.

(فإن لاعن)، أي: الزوج (.. **وجب اللّعان عليها**)؛ أي: على الزوجة لقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾، لكن يُبتدأ بالزوج لأنه المدّعي، فيطلب منه الحجة أوّلاً.

(فإن أبت.. حبست حتى تلاعن)، وإذا تلاعنت.. يفرق القاضي بينهما، وهذه الفرقة تطليقه بائنة عند أبي حنيفة ومحمد على ما سيصرح به.

(أو تصدقه) فيرتفع اللّعان؛ لانتفاء سببه، وكذا لا حدّ عليها؛ لأن تصديقها ليس بإقرار للزنا أربع مرات حتّى يقيم عليها حدّ الزنا. وذكر في «الزيلعي» وفي بعض نسخ «القدوري»: «فتحدّ» وهو غلط؛ لأن الحدّ لا يجب بالإقرار مرّة، فكيف يجب بالتّصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات؛ لأن التصديق ليس بإقرار، فلا يعتبر في حق وجوب الحدّ، ويعتبر في درئه فيندفع به اللّعان ولا يجب به الحدّ، ولو

فَإِن لم يكنِ الزَّوْجُ مِن أهلِ الشَّهَادَةِ؛ بِأَن كَانَ عبداً، أَو كَافِراً، أَو محدوداً فِي قذفٍ وَهِيَ مِن أَهلِهَا.. حُدَّ.

وَإِن كَانَ أَهلاً وَهِيَ صَغِيرَةٌ، أَو أَمَةٌ، أَو مَجْنُونَةٌ، أَو محدودةٌ فِي قذفٍ، أَو كَافِرَةٌ، أَو مِمَّن لَا يُحدُّ قاذفُها.. فَلَا حَدَّ وَلَا لعانَ.

صدقته في نفي الولد.. فلا حد ولا لعان، وهو ولدهما؛ لأن النسب إنما ينقطع حكماً باللّعان، وهو حق الولد، فلا يصدقان في إبطال حقه. انتهى.

وبهذا ظهر ضعف ما في «صدر الشريعة» و«شرح النقاية»: أن بتصديق المرأة زوجها ينتفي نسب ولدها منه.

وأجاب عنه بعض المتأخرين: بأن المرأة إذا أكذبت زوجها في نفي الولد على ما ذكر في صفة اللّعان، وحلفت على صدقها في هذا التكذيب.. ينتفي نسب الولد.

ففي صورة التصديق: ينبغي أن ينتفي أيضاً بطريق الأولى، وأما كون النسب حق الولد.. فكما لا يفيد في صورة اللّعان: كذلك ينبغي أن لا يفيد ههنا أيضاً.

(**فإن لم يكن الزّوج من أهل أداء الشهادة بأن كان عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف وهي**) أي: الزوجة (**من أهلها.. حدّ**) حد القذف؛ لأنه تعذر اللّعان لمعنى من جهته؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، فيصار إلى الموجب الأصلي وهو حد القذف، واللّعان خلف عنه بعد النسخ على ما ذكرناه.

وصورة كون الزوج كافراً: أن يكونا كافرين قبل القذف فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الإسلام.

(**وإن كان**)، أي: الزوج (**أهلاً**) لأداء الشهادة (**وهي**)، أي: الزوجة (**أمة، أو صغيرة، أو مجنونة، أو محدودة في قذف، أو كافرة، أو ممن لا يحدّ قاذفها.. فلا حدّ، ولا لعان**)؛ لعدم إحصانها وعدم أهليتها للشهادة.

ولو كانا محدودين في قذف.. فعليه الحدّ؛ لأن امتناع اللّعان من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة.

وَصِفَتُهُ: أَن يَبتدِئَ بِالزَّوْجِ،

فإن قيل: هلا اعتبر جانبها وهي أيضاً محدودة في قذف ودرءاً للحد.

أجيب: بأنّ المانع [٤٦٨/ب] إنما يعتبر مانعاً إذا وجد المقتضي، وإذا لم يكن الزوج أهلاً للشهادة.. لم ينعقد قذفه مقتضياً للحكم وهو اللّعان، فلا يعتبر المانع، والقذف في نفسه موجب للحدّ فيحدّ، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه.. فإنه ينعقد قذفه مقتضياً له؛ فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذف.. بطل المقتضي، فلا يجب الحد؛ لأنه لم ينعقد للحدّ، بل انعقد للّعان، ولا اللّعان أيضاً؛ لبطلانه بالمانع.

(وصفته: **أن يبتدأ بالزّوج**) لما ذكرناه من أنه المدّعي، فيطلب منه الحجّة أوّلاً، أفاد هذا: أن المرأة لو ابتدأت باللّعان.. لا يصحّ لعانه، وبه صرّح في «البحر» عن «شرح الأقطع».

ولكنه قال في «الاختيار»: إذا التعنت المرأة أوّلاً، ثم الزوج.. أعادت هي؛ ليكون على التّرتيب المشروع.

فإن فرّق القاضي بينهما قبل إعادة المرأة.. جاز؛ لأن المقصود تلاعنهما وقد وجد ذلك.

وفي «البدائع»: ينبغي أن يعيد اللّعان عليها؛ لأن اللّعان شهادة، فلا يصح لعانها إلا بعد وجود شهادته؛ لأنه مدّع فيبتدئ شاهد المدعي، ثم يشاهد المدعى عليه بطريق الدّفع له؛ كما في باب الدّعوى؛ فإن لم يعد حتّى فرق بينهما.. نفذت الفرقة؛ لأن تفريقه صادف محلّ الاجتهاد؛ لأنه يزعم أن اللّعان يمين لا شهادة، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى؛ كتحالف المتبايعين فإنه لا يلزم مراعاة التّرتيب. انتهى.

ولا يخفى عليك أن مقتضاهما لزوم الإعادة عليها، لكنه قال في «الغاية»: لو بدأ بلعانها.. فقد أخطأ السنة، ولا تجب إعادته، ورجّحه ابن الهمام، وقال: وهو

فَيَقُولُ أَربعَ مَرَّاتٍ: «أَشْهَدُ بِاللهِ أَنِّي صَادِقٌ فِيمَا رميتُها بِهِ مِنَ الزِّنَا»، وَفِي الْخَامِسَة: «لعنةُ اللهِ عَلَيْهِ إن كَانَ كَاذِباً فِيمَا رميتُها بِهِ من الزِّنا»، يُشِيرُ إِلَيْهَا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

ثمَّ تَقولُ هِيَ أَربعَ مَرَّات: «أَشهدُ بِاللهِ إِنَّهُ كَاذِبٌ فِيمَا رماني بِهِ مِنَ الزِّنَا»، وَفِي الْخَامِسَة: «غضبُ اللهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ صَادِقاً فِيمَا رماني بِهِ مِنَ الزِّنَا» تُشِيرُ إِلَيْهِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

الوجه؛ لأن النّص أعقب الرّمي بشهادة أحدهما، وشهادتها الدارئة للحد عنها بقوله: ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾، ولأن «الفاء» دخلت على شهادته على وزن ماقلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه أعقب جملة الأفعال للقيام إلى الصّلاة، وإن كان دخول «الفاء» على غسل الوجه. فانظره ثمة.

(**فيقول**)، أي: الزوج (**أربع مرات: أشهد بالله أنّي صادق فيما رميتها به من الزنا**)، أو: نفي الولد.

(**وفي الخامسة: لعنة الله عليه إن كان كاذباً فيما رميتها به من الزنا**)، أو نفي الولد، (**يشير إليها في جميع ذلك**.

ثم تقول هي)، أي: المرأة (**أربع مرّات أشهد بالله إنه كاذب فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة: غضب الله عليها إن كان صادقاً فيما رماني به من الزنا، وتشير إليه**)، أي: إلى الزوج (**في جميع ذلك**).

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يأتي بلفظ الخطاب، يقول: فيما رميتك به من الزنا؛ لأنه أقطع للاحتمال؛ لأنه يحتمل أن يضمر هو مرجعاً للضمير الغائب غيرها، بخلاف الخطاب؛ لأنه لا يحتمل غيرها، وتقول هي أيضاً: إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا.

وفي «فتح القدير»: والأولى أن يقيمهما القاضي متقابلين، ويقول له التعن.

ووجه ظاهر الرواية، أعني: ما ذكر في الكتاب أن لفظة الغيبة إذا تضمنت إليه

وَإِن كَانَ الْقَذْفُ بِنَفْيِ الْوَلَدِ.. ذكرَاهُ عِوَضَ ذِكرِ الزِّنَا.

وَإِن كَانَ بِالزِّنَا وَنفيِ الْوَلَدِ.. ذكراهما.

وَإِذا تلاعنا.. فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَينهمَا.

الإشارة.. انقطع الاحتمال، وإنما خصت المرأة بالغضب؛ لأن النساء يستعملن اللّعن كثيراً؛ كما ورد في الحديث: «إنكن [٤٦٩/أ] تكثرن اللّعن وتكفرن العشير، فلا تبالين به»، بخلاف الغضب فإنهن قلما يستعملنه.. فكان أردع.

(**وإن كان القذف بنفي الولد.. ذكراه**)، أي: ذكر الزوجان.

(**عوض ذكر الزنا**)؛ بأن يقول: أشهد بالله إني لمن الصّادقين فيما رميتها به من نفي الولد، وكذا في جانبها.

(**وإن كان بالزنا ونفي الولد.. ذكراهما**) جميعاً.

(**وإذا تلاعنا.. فرق الحاكم بينهما**)، أشار إلى أن القاضي يفرق بينهما وإن لم يرضيا بالفرقة، وإلى أنها لا تبين قبل تفريقه، حتى لو مات أحدهما قبله.. ورثه الآخر.

ولو زالت أهلية اللّعان في هذه الحالة بأن أكذب نفسه، أو قذف إنساناً فحدّ، أو وطئت وطئاً حراماً، أو خرس أحدهما.. لم يفرق بينهما.

والمراد بالحاكم: هو الذي وقع اللّعان عنده، حتى لو لم يفرق هذا الحاكم حتى عزل، أو مات.. فالحاكم الثاني يستقبل اللّعان عندهما، خلافاً لمحمد، كذا في البحر.

وقال زفر: تقع الفرقة بتلاعنهما؛ لثبوت الحرمة المؤبدة به.

وقال الشافعي: تقع بلعان الزوج.

ولنا: ما رواه البخاري ومسلم: أنه ﷺ لاعن بين رجل وامرأة ففرّق بينهما وألحق الولد بأمه، وأن عويمر العجلاني لاعن امرأته عند رسول الله ﷺ فلمّا فرغا

وَهُوَ طَلْقَةٌ بائنةٌ.

وينفي نسبَ الْوَلَدِ إِن كَانَ الْقَذْفُ بِهِ، ويُلحِقُهُ بِأُمِّهِ.

من لعانهما.. قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فلطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، ولو كانت الفرقة تقع بلعانهما، أو لعانه.. لأنكر عليه رسول الله ﷺ.

(**وهو**)، أي: تفريق القاضي (**طلقة بائنة**) عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه فعل القاضي وهو ينسب لنيابته عنه، كما في العنين، ولها النفقة والسكنى في العدة.

الثابت باللّعان: تحريم مؤبد لا طلقة، حتى لا يحلّ له تزوجها أبداً على ما سنبينه، ثم إنما توقف البينونة على تفريق القاضي؛ لأنه لما حرم الاستمتاع بينهما باللّعان.. فات الإمساك بالمعروف، فوجب عليه التسريح؛ فإذا لم يسرح.. ناب القاضي منابه؛ لأنه نصب لدفع الظلم.

(**وينفي**) القاضي (**نسب الولد**) من الأب (**إن كان القذف به**)، أي: بنفي الولد لا بالزنا، (**ويلحقه بأمه**) لما رويناه من «الصحيحين»؛ ولأن مقصوده من هذا اللّعان: نفي الولد، فيوفر عليه مقصوده بلا حاجة إلى تصريح القاضي بالنفي والإلحاق؛ لأن القضاء بالتفريق يكون متضمناً لنفيه وإلحاقه.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن القاضي يفرق بينهما، ويقول قد ألزمته أمّه وأخرجته من نسب الأب، حتى لو لم يقل ذلك.. لم ينتف النسب عنه؛ لأن نفي الولد قد ينفك عن التّفريق؛ إذ ليس من ضرورة التفريق باللّعان نفي الولد، كما لو مات الولد.. فإنه يفرق بينهما باللّعان، ولا ينتفي النسب عنه، فلا بد أن يصرّح القاضي بنفي النسب.

قال في «الزيلعي»: شرط نفي نسب الولد وإلحاقه بأمه: أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللّعان، حتى لو علقت وهي أمة، أو كافرة، ثم أعتقت أو أسلمت.. لا ينفي، ولا يلاعن؛ لأن نسبه كان ثابتاً على وجه لا يمكن قطعه باللّعان، فلا يتغير بعده.

وقال في «الحاوي»: وإن نفى ولد زوجته وهما ممن لا لعان بينهما.. لزمه ولا يستطيع نفيه أبداً، ولا ينتفي [٤٦٩/ب] ولد الزوجة إلّا باللّعان. انتهى.

وقال صاحب «البدائع»: لقطع النسب من الأب شرائط ست:

الأول: التفريق.

الثاني: أن يكون التفريق بحضرة الولادة، أو بعدها بيوم، أو يومين.

الثالث: أن لا يتقدم منه إقرار به صريحاً، أو دلالة كسكوته عند التهنئة.

الرابع: أن يكون الولد حياً وقت التفريق، فلو نفاه بعد موته.. لاعن ولم يقطع نسبه، وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما.. تلاعن ولزماه، أو نفاهما، ثم مات أحدهما، أو قتل قبل اللّعان.. لزماه.

الخامس: أن لا تلد بعد التفريق ولداً آخر من بطن واحد، فلو ولدت فنفاه ولاعن الحاكم وفرق بينهما، ولزم الولد أمّه، ثم ولدت آخر من الغد.. لزماه وبطل قطع نسب الأول؛ لأنه لما ثبت الثاني.. ثبت الأول ضرورة.

وإن قال الزوج: هما ابناي.. لا حد عليه، ولا يكون مكذباً نفسه؛ لاحتمال الإخبار بما لزمه شرعاً.

السادس: أن لا يكون محكوماً بثبوته شرعاً؛ فإن حكم بثبوته.. لا ينقطع نسبه.

ويتفرع عليه: ما ذكره محمد في «الجامع الكبير» مسألتان:

إحداهما: امرأة ولدت ولداً، فانقلب هذا الولد على رضيع فمات الرضيع، وقضى بديته على عاقلة الأب، ثم نفى الأب نسبه.. يلاعن القاضي بينهما ولا ينقطع نسب الولد منه؛ لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه، فلا ينقطع بعده.

والثانية: أنه إذا قال لامرأتيه وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثاً، ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من سنتين من وقت الطلاق.. كانت الولادة بياناً لوقوعه على

الأخرى؛ لأن الولد حصل من علوق حادث بعد الطّلاق، وتعينت التي ولدت للنكاح؛ فإن نفى الولد.. لاعن القاضي بينهما، ولا ينقطع النسب؛ لأن حكم الشرع بكون الولد بياناً، حكم بكونه منه، وبعده لا ينقطع باللّعان.

ويتفرع عليه أيضاً: ما ذكره في «فتح القدير»: أنه لو قذفها أجنبي بنفي الولد ويحدّه القاضي بها.. فإنه حكم بثبوت نسبه؛ فإذا نفاه أبوه بعده.. لا ينقطع.

فإن قيل: هذا منقوض بثلاث مسائل ذكرها محمد أيضاً:

أحدها: امرأة ولدت وزوجها غائب ففطمت ولدها، وطلبت من القاضي أن تفرض النفقة لها وللولد على الزوج وبرهنت، ثم حضر الزوج ونفى الولد.. لاعن القاضي وقطع النسب، مع أنه محكوم به، حيث فرض القاضي نفقته عليه.

الثانية: أنه لو أنكر الدخول بعدما ولدت.. ثبت النسب ووجب لها كمال المهر، فلو نفاه.. يلاعن القاضي ويقطع النسب، مع أنه محكوم به حين قضى لها بكمال المهر.

الثالثة: المطلقة طلاقاً رجعياً إذا ولدت لأكثر من سنتين.. تكون رجعة، وإن نفاه.. لاعن وقطع نسبه مع أنه محكوم به حين قضى بالرجعة.

أجاب عنه محمد حين سأل عيسى بنُ أبان عن الفرق بين هذه المسائل الثلاث، وبين المسائل التي تقدّمت: بأنه متى حصل القضاء بالنسب لضرورة القضاء بأمر ليس [٤٧٠/أ]من حقوق النكاح؛ كما في هذه المسائل الثلاث.. فإنه قطع باللّعان هذا، وهل يقطع النسب عن الولد في حقّ جميع الأحكام، أم يبقى في بعض الأحكام؟

ففي «فتح القدير» عن «الذخيرة»: ثم إذا قطع نسب الملاعنة من الأب، وألحق بالأم.. يبقى النسب في حق: الشهادة، والزكاة، والقصاص على الأب بقتله، والنكاح، وعدم اللحوق بالغير.

فَإِن أَكذَبَ نَفسَهُ بعدَ ذَلِكَ.. حُدَّ وَحَلَّ لَهُ أَن يَتَزَوَّجَهَا، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ. ....

حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر، ولا صرف زكاة ماله إليه، ولا يجب القصاص على الأب بقتله، ولو كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى.. لا يجوز للابن أن يتزوجها، ولو ادّعى إنسان هذا الولد.. لا يصحّ وإن صدّقه الولد في ذلك، إلا أنه لا يجري التوارث بينهما، ولا نفقة على الأب؛ لأن النفي باللّعان ثبت شرعاً بخلاف الأصل؛ بناء على زعمه وظنه، مع كونه مولوداً على فراشه، فلا يظهر في حق سائر الأحكام.

(**فإن أكذب**)، أي: الزوج (**نفسه بعد ذلك**)، أي: بعد اللّعان (..**حدّ**)؛ لاقراره بوجوب الحدّ عليه، (**وحلّ له أن يتزوّجها**) عند أبي حنيفة ومحمّد.

(**خلافاً لأبي يوسف**).

توضيحه على ما ذكره في «فتح القدير»: أنه إذا أكذب نفسه بعد اللّعان والتفريق حدّ أو لم يحدّ.. يحلّ له أن يتزوّجها بعقد جديد عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف.

ولو أكذب نفسه بعد اللّعان قبل التفريق.. حلّت له من غير تجديد عقد النكاح.

ولو أكذب نفسه قبل اللّعان.. نظر؛ فإن لم يطلّقها قبل الإكذاب.. حدّ أيضاً، وإن أبانها ثم أكذب نفسه.. فلا حدّ عليه ولا لعان؛ لأن اللّعان أثره التفريق بينهما، فلا يأتي به بعد البينونة، ولا يجب الحدّ؛ لأن قذفه وقع موجباً للّعان، فلا ينقلب موجباً للحدّ؛ لأن القذف الواحد لا يوجب حدّين، بخلاف ما إذا اكذب نفسه بعد اللّعان؛ لأن موجب حدّه حينئذ القذف الذي تضمنته كلمات اللّعان؛ لأنه نسبها فيها إلى الزنا، وانتزع منها معنى الشهادة بإكذاب نفسه لا القذف الأوّل؛ لأنه أخذ حكمه من اللّعان، فكان هذا نظير شهود الزنا، إذا رجعوا عن شهادتهم.. فإنهم يحدّون باعتبار تضمّن شهادتهم نسبته إلى الزنا.

وَكَذَا إِن قذفَ غَيرَهَا فحُدَّ، أَو زَنَت فحُدَّت.

وعلى هذا: لو قال: يا زانية أنت طالق ثلاثاً.. لا يجب عليه حدّ، ولا اللّعان؛ لأنه قذفها وهي زوجته، ثم بانت بالثلاث، ولو أبانها بعد قذفها.. لا حد ولا لعان عليه.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية.. حدّ؛ لأنه قذفها بعد البينونة؛ وكما تحلّ له بإكذاب نفسه بعد اللّعان قبل التفريق من غير تجديد عقد النكاح.. كذلك تحلّ له لو قذف أحدهما أجنبياً بعد اللّعان فحدّ، أو زنت، أو خرس، أو ارتد أحدهما، حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلاً للشهادة؛ لارتفاع السبب الذي لأجله افتراق المتلاعنين.

وقال أبو يوسف: إذا افترق المتلاعنان.. فلا يجتمعان أبداً، فيثبت بينهما حرمة مؤبدة؛ كحرمة الرضاع، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

وإذا كانت الحرمة مؤبدة.. لا تكون طلاقاً، بل فسخاً [٤٧٠/ب] ويلزم على قولهم:

أن لا يتوقف على تفريق القاضي؛ لأن الحرمة ثابتة قبله بالاتفاق وأن الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظِّهار، أو زالت؛ فإذا فرض أن هذه الحرمة من حيث شتت ثبت: مؤبّداً.. لم يتصور توقفها على تفريق القاضي.

واستدل أبو يوسف بما روي عن النبي ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً».

ولنا: أن الإكذاب رجوع، والشهادة بعده لا حكم لها في حكم الراجع، فيرتفع اللّعان، ولهذا يحدّ ويثبت نسب الولد منه، ومعنى ما رواه: أنهما لا يجتمعان ما داما متلاعنين.

(وكذا)، أي: حل له أن يتزوّجها (إن قذف غيرها)، أي: إن قذف غيرها بعد التلاعن منها (فحدّ)، أي: حد للقذف، (أو زنت)، أي: زوجته التي تلاعن فيها (فحدّت) للزنا - كذا في «الهداية» وحواشيها - قيل: الأولى: ترك قوله: «فحدت»؛ لأن بمجرد زناها لم يبق لها أهلية اللّعان فيحل تزوّجها، والوجه ههنا ما ذكرناه آنفا،

وَلَا لعانَ بِقَذْفِ الْأَخْرَسِ وَلَا بِنَفْيِ الْحملِ، وَعِنْدَهُمَا: يُلَاعِنُ إذا أَتَت بِهِ لأَقلَّ مِن سِتَّةِ أَشهُرٍ.

وَلَو قَالَ: زَنَيْتِ، وَهَذَا الْحملُ مِنْهُ.. لاعنَ اتِّفَاقاً،

من أن أحدهما بالحد خرج من أن يكون أهلاً للشهادة واللّعان فيحلّ التّزوج.

قيل: إنه لما جرى اللّعان بينهما.. علم أنهما زوجان على صفة الإحصان، والزوجان إذا زنيا بعد إحصانهما.. يرجمان، فحينئذٍ كان معنى قوله: «فحدّت» رجمت، فبعد ذلك كيف يصح التزوج؟!

أجيب بأنّ معناه: جلدت، وتصوير المسألة: أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول، ثم إنها زنت بعد اللّعان.. فكان حدها الجلد دون الرجم؛ لأنها ليست بمحصنة؛ لأن من شروط إحصان الرجم: الدخول بعد النكاح الصحيح، ولم يوجد ذلك.

(ولا لعان بقذف الأخرس)؛ لأنه قائم مقام حدّ القذف، وهذا لا يثبت إلا بالصريح، فكذا اللّعان، خلافاً للشافعي، بناء على أن إشارة الأخرس كعبارة الناطق.

قلنا: إن الإشارة لا تعرى عن الشبهة؛ لكونها محتملة، والحدود تندرئ بالشبهات واللّعان في معنى الحدّ.

(ولا بنفي الحمل) بأن قال ليس حملك مني؛ لأنه لا يتيقن بقيام الحمل، فلم يصر قاذفاً، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يلاعن إذا أتت به لأقل من ستة أشهر)؛ لتحقق قيام الحمل وقت النفي فيتحقق القذف.

قلنا: إنه إذا لم يكن قذفاً في الحال.. يصير كالمعلق بالشرط؛ كأنه قال: إن كان لك حمل فليس مني، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط؛ لأنه يفضي إلى إبقائه إلى زمان وجود الشرط في ذمّة القاذف؛ كما في تعليق اليمين، وفي ذلك احتيال لإثبات ما يندرئ بالشبهات.

(ولو قال: زنيت، وهذا الحمل منه.. لاعن اتفاقاً) لوجود القذف منه؛ لأنه ذكر الزنا صريحاً.

وَلَا يَنْفِي القَاضِي الْحملَ.

وَلَو نفى الْوَلَدَ عِنْدَ التَّهنئةِ أَوِ ابتياعِ آلَةِ الْوِلادَةِ.. صَحَّ، ولاعَنَ.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة «قاضي خان»، حيث قال: إذا نفى الرجل حبل امرأته، وقال: هو من الزنا، عندنا: لا يجب عليه حد، ولا لعان في الحال؛ فإن جاءت بولد لستة أشهر.. فكذلك؛ لاحتمال أن الولد حدث بعد النفي، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر.. فكذلك في قول أبي حنيفة، وفي قول صاحبيه: لاعن القاضي بينهما، ويلزم الولد أمّه. انتهى. [٤٧١/أ] فقد جعلها من الخلافية لا من الاتفاقية.

قلت: الفرق: أنّ قوله: «هذا الحمل من الزنا» ليس قذفاً بالزنا صريحاً، بل هو إخبار أنّ الولد خلق من الزّنا، بخلاف قوله: زنيت؛ فإنه قذف بالزنا صريحاً بطريق الإنشاء، فلا فرق بين قوله: ليس حملك مني، وبين قوله: ليس حملك مني، بل من الزنا في الحكم.

(**ولا ينفي القاضي الحمل**)، خلافاً للشافعي؛ لأنه ﷺ نفى الولد عن هلال، وقد قذفها حاملاً.

ولنا: أن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة؛ لتمكن الاحتمال قبله، وما رواه: محمول على أنه عرف قيام الحمل بطريق الوحي.

(**ولو نفى الولد عند التهنئة**)، أي: في الحالة التي تقبل فيها التهنئة، وأما لو قبل الأب التهنئة ثم نفي.. لا يصح نفيه على ما في «النهاية».

وكذا لو سكت عند التهنئة، ثم نفى.. لا يصح نفيه؛ لأن سكوته عندها رضى في ولد المنكوحة، بخلاف ولد الأمة؛ فإن سكوته عندها فيه ليس برضى على ما في «فتح القدير».

(**أو ابتياع آلة الولادة.. صح**) نفيه (**ولاعن**)؛ لوجود القذف.

وَإِن نفى بعدَ ذَلِكَ.. لَاعنَ وَلَا يَنْتَفِي.

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ النَّفْيُ فِي مُدَّةِ النّفاسِ.

وَإِن كَانَ غَائِباً.. فحالُ عِلمِهِ كَحالِ وِلَادَتهَا.

(**وإن نفى بعد ذلك**)، أي: التهنئة وابتياع آلة الولادة (**..لاعن**)؛ لوجود القذف (**ولا ينتفي**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يصح النفي في مدّة النّفاس**)؛ لأن النّفي يصح في مدّة قصيرة، ولا يصحّ في مدّة طويلة، ففصلنا بينهما بمدّة النّفاس؛ لأنه أثر الولادة.

ولأبي حنيفة: أنه لا معنى للتقدير بمدّة؛ لأن الزمان للتّأمل وأحوال الناس فيه مختلفة؛ فاعتبرنا ما يدل على عدم النفي، وهو قبول التهنئة، أو سكوته عندها؛ فإن ذلك إقرار منه أن الولد له، وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه الولد عادة، أو مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي؛ فإذا وجد منه هذه الدلائل.. لا يصحّ النفي بعده، وهذا إذا كان الزوج حاضراً.

(**وإن كان غائباً**) ولم يعلم بالولادة، ثم قدم (**.. فحال علمه: كحال ولادتها**) فيجعل؛ كأنها ولدته الآن.. فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار قبول التهنئة.

وعندهما: في مقدار مدةّ النّفاس بعد القدوم؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به.

وعن أبي يوسف: إنه إن قدم قبل أن يمضي مدّة الفصال.. فله أن ينفيه إلى أربعين يوماً، وإن قدم بعدها.. فليس له أن ينفيه أصلاً؛ لأنه لو جاز ذلك... لجاز بعدما صار شيخاً، وهو قبيح.

وعنه أيضاً في غير رواية «الأصول»: إذا بلغه الخبر لتمام الحولين.. ليس له نفيه ويلاعن.

وعن محمد لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوماً من حين بلغه.. يلاعن بينهما ويقع نسبه.

وَإِن نفى أَوَّلَ توأَمينِ وَأَقرَّ بِالْآخرِ.. حَدَّ.

وَإِن عكسَ.. لَاعنَ وَيثبتُ نسبُهما فيهمَا.

وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة في مقدار قبول التهنئة: ثلاثة أيام.

وروى الحسن عنه: سبعة أيّام؛ لأنها أيّام التهنئة، وضعفه السّرخسي بأن نصب المقادير بالرأي متعذر.

(وإن نفى أوّل توأمين وأقر بالآخر.. حدّ)؛ لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني.

(وإن عكس)، أي: أقر بالأوّل ونفى الثاني (..**لاعن**)؛ لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والإقرار بالعفّة سابق على القذف، فصار كما إذا قال: إنها عفيفة، ثم قال: هي زانية، وفي ذلك التلاعن، ولا يكون ذلك كذاباً [٤٧١/ب] لنفسه بعد القذف على ما ظن، حتى يجب عليه الحدّ.

(ويثبت نسبهما)، أي: من الأب (**فيهما**)؛ لأنهما خلقا من ماء واحد، فثبوت أحدهما يستلزم ثبوت الآخر.

وفي «البحر»: لو جاءت بثلاث في بطن واحد فنفى الثاني، وأقر بالأوّل والثالث.. يلاعن وهم بنوه، ولو نفى الأول والثالث، وأقر بالثاني.. يحد وهم بنوه، كذا في شرح «النقاية».

اعلم: أنّ في صورة ما إذا أقر بالأوّل ونفى الثاني، إذا قال بعده: هما ابناي.. فلا حد عليه؛ لأنه صادقٍ لثبوت نسبهما منه ولا يكون رجوعاً؛ لعدم إكذاب نفسه، بخلاف ما إذا قال: كذبت عليها؛ لأنه للتصريح بالرجوع.

ولو قال: ليسا بابني.. كانا ابنيه، ولا يحدّ؛ لأن القاضي نفى أحدهما، وذلك نفي للتوأمين فليسا ولديه، فلم يكن قاذفاً لها مطلقاً بل من وجه، كذا في «فتح القدير».

* * *

(بَابُ الْعِنِّينِ)

هُوَ: مَن لَا يقدرُ على الْجِمَاعِ، أَو يقدرُ على الثّيّبِ دونَ الْبِكرِ.

فَلَو أقرَّ أَنَّهُ لَم يَصِلْ إِلَى زَوجتِهِ يؤَجّلُهُ الْحَاكِمُ سنةً قمريَّةً، وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(بَابُ العِنّين)

(هو من لا يقدر على الجماع، أو يقدر على الثّيّب دون البِكر)، أو على بعض النساء دون بعض؛ لمرض به، أو لضعف في خلقته، أو لكبر سنّه، أو لسحر، أو غير ذلك.

(فلو أقرّ أنه لم يصل إلى زوجته)؛ بكراً أو ثيباً (.. **يؤجله الحاكم سنة**) ابتداؤها من وقت الخصومة.

(قمرية، وهو الصحيح)، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، والسنة القمرية: اثنا عشر شهراً قمريّاً، والشهر القمري: هو زمان مفارقة القمر؛ أي: وضع يفرض له من الشمس إلى عوده إليه، وأظهر أوضاعه منها هو الهلال، فكان أليق بالمبدئية، ومدّتها: ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وخمس يوم وسدسه، أعني: إثنين وعشرين دقيقة من دقائق اليوم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يؤجل سنة شمسية: وهي زمان مفارقة الشمس أية نقطة تفرض من فلك البروج إلى عودها إليها بحركتها الخاصة التي هي لها من المغرب إلى المشرق.

وقد جعلوا ابتداء هذه السنة من حين حلول الشمس رأس الحمل، ومدّتها: ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم تقريباً، أي: خمس ساعات وخمس وخمسون دقيقة واثني عشر ثانية.

وأشار إلى أنّ تأجيل غير الحاكم غير معتبر كائناً من كان، ولو عزل الحاكم بعدما أجّله.. بنى المتولي على التّأجيل الأول، كذا في «فتح القدير».

وَيُحتَسَبُ مِنْهَا رَمَضَانُ وَأَيَّامُ حَيْضِهَا، لَا مُدَّةُ مَرضِهِ أَو مَرضِهَا.

فَإِن لَم يَصِلْ فِيهَا.. فُرِّقَ بَينهمَا ....

(ويحتسب منها)، أي: من مدة التأجيل (**رمضان وأيام حيضها**)، أي: لا يعوّض عنها أيام أخر، بل هما محسوبتان من مدة التّأجيل؛ لأن الصّحابة قدّروها بالسنة، ولم يستثنوا منها أيّام الحيض ورمضان، مع علمهم أن السنة لا تخلو منها.

(**لا مدة مرضه، أو مرضها**)؛ فإن السنة قد تخلو عنه، فلم يكن في معنى أيام الحيض ورمضان، فيعوض لذلك أيام آخر على ما عليه فتوى المشايخ.

وعن أبي يوسف: أنه إذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع الجماع معه؛ فإن كان أقلّ من نصف شهر.. احتسب عليه، وإن كان أكثر منه.. لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانه؛ لأن رمضان محسوب عليه، وهو قادر عليه في الليل ممنوع عنه في النهار، والنهار بدون اللّيل نصف الشهر، فثبت أنّ نصف الشهر محسوب عليه [٤٧٢/آ].

وعنه: أنهما إذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم.. تحتسب عليه بزمان المرض.

وعن محمّد: إن مرض أحدهما فيما دون الشهر.. يحتسب عليه بذلك، وإن كان المرض شهراً.. لا يحتسب، ويزاد في مدته بقدر مدّة المرض.

قال في «فتح القدير»: إن حجّ الزوج، أو غاب.. احتسب عليه؛ لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه، أو يؤخر الحج والغيبة.

ولو كان محرماً وقت الخصومة.. قال محمّد: يؤجل بعد إحرامه، فلا يكون عذراً، بخلاف ما إذا حجّت هي، أو غابت.. لا يحتسب عليه؛ لأن العجز من قبلها.

وفي «البحر»: لا يحتسب عليه حجّها وغيبتها وحبسها وامتناعها من المجيء إلى السجن بعد حبس الزوج، بعد أن يكون فيه موضع صلاة يمكنه جماعها.

(**فإن لم يصل فيها**)، أي: في السنة (**..فرق**) الحاكم (**بينهما**) على ما روي عن

إن طَلَبَتْهُ، ....

عمر، وعلي، وابن مسعود، وعليه فتوى أبي حنيفة وأصحابه، والشافعي وأصحابه، ومالك وأصحابه؛ ولأن حقّها ثابت في الوطء، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلّة معترضة، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية، فلا بدّ من مدّة معروفة لذلك، فقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة.

لأن العجز إن كان من علّة معترضة.. فلا يخلو من كونها عن غلبة حرارة، أو برودة، أو رطوبة، أو يبوسة، والفصول الأربعة تشتملها: فالصّيف حار يابس، والخريف بارد يابس، والشتاء بارد رطب، والربيع حار رطب؛ فإن كان مرضه من أحد هذه.. تم علاجه في الفصل المضاد له فيه، أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادّين فكانت السنة تمام ما يعرف به الحال، يعني أنّ العجز إن كان من فرط الحرارة.. فيتداوى بما يضاده من البرودة، أو بالعكس من ذلك، وإن كان من فرط الحرارة واليبوسة معاً.. فيتداوى بما يضادها من البرودة والرطوبة، أو بالعكس؛ فإذا مضت السنة ولم يصل إليها.. تبيّن أن العجز بآفة أصلية، ففات الإمساك بالمعروف، ووجب التّسريح بالإحسان؛ فإذا امتنع عنه.. ناب القاضي منابه، فيفرق بينهما.

(**إن طلبته**)، أي: التّفريق، وإنما اشترط الطلب؛ لأن التّفريق حقّها، فلا بد من طلبها لو لم تكن رتقاء، وإن كانت رتقاء.. فلا حق لها في الفرقة على ما صرّح به في «فتح القدير».

ولا تبطل هذه المطالبة بترك الخصومة وإن طال الزمان، ما لم ترض بذلك، حتى لو وجدته عنيناً ولم تخاصم زماناً.. لم يبطل حقّها، وكذا لو رفعت الأمر إلى القاضي وأجّله سنة ومضت السنة ولم تخاصم زماناً.. لم يبطل حقّها؛ لأنها قد لا تقدر على المخاصمة في كلّ وقت، وعلى تقدير قدرتها قد يأخره للتجربة والامتحان لا للرضاء، ولو وصل إليها مرّة، ثم عجز.. ليس لها حق الخصومة؛ لأن حقها في

وطئه واحدة؛ لحصول المقصود بها من تأكد المهر وثبوت الإحصان، وما زاد عليها: لا يجب حكماً، ويجب ديانة.

بخلاف ما لو وصل إليها، ثم وقعت الفرقة بالعنّة، ثم تزوجها بعقد جديد.. كان لها حقّ الخصومة، ويؤجل؛ كما يؤجّل [٤٧٢/ب] العنّين على ما في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: لو تزوج امرأة ولم يصل إليها وفرّق القاضي بينهما بعد مضي الأجل، ثم تزوّجها مرّة أخرى بعقد آخر.. لا خصومة لها، ولو تزوّج امرأة ولم يصل إليها وفرّق القاضي بينهما بالعنة، ثم تزوّج هذا الرّجل امرأة أخرى تعلم بحاله مع المرأة الأولى.. اختلفت الرّوايات فيه، والصّحيح: أنّ للثانية حق الخصومة؛ لأن الإنسان قد يعجز عن امرأته، ولا يعجز عن غيرها.

وفي «فتح القدير»: ولو وجدت امرأة كبيرة زوجها الصغير عنيناً.. ينتظر بلوغه؛ لأن للصبا أثراً في عدم الشّهوة. انتهى.

يعني لا يؤجّل له قبل البلوغ.

وقال في «قاضي خان»: والغلام الذي هو ابن أربع عشرة سنة إذا لم يصل امرأته وله امرأة أخرى يجامعها، أو يجامع الجارية.. كان للمرأة أن تخاصمه، ويؤجل سنة.

ولو وجدت زوجها مريضاً لا يقدر على الجماع.. لا يؤجل ما لم يصح وإن طال المرض، وهذا يؤيّد ما ذكرناه من «فتح القدير»: من أن الصبي لا يؤجل ما لم يبلغ.

ولو وجدت زوجها المجنون عنيناً.. يخاصم عنه وليّه ويؤجل سنة؛ لأن الجنون لا يعدم الشهوة، بخلاف ما لو وجدته مجبوباً وطلبت الفرقة.. فإنه لا فائدة في انتظار بلوغه؛ لأن الآلة المقطوعة لا تنبت، فيجعل وليّه خصماً، وإلا.. نصب القاضي عنه خصماً وفرق للحال ولا يؤجل.

وَهُوَ طَلْقَةٌ بائنةٌ.

ولو جاء الولي في المسألتين ببينة على رضاها بعنته أو جبه، أو على علمها بحاله عند العقد.. لزم النكاح ولا يفرق بينهما.

ولو كانت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرّق بطلب الوكيل؟

لم يذكره محمّد، واختلفوا فيه.

ولو اختلفا في الجب فادعته، فأنكره.. يريه رجلاً؛ فإن أمكن علمه به بالجس من وراء ثوب.. لا يكشف عورته وإن لم يتيقّن ذلك، وإلا.. يكشفها للضرورة.

ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين.. يثبت نسبه منه، ولا يبطل التّفريق، بخلافه في العنين، حيث يثبت نسبه منه ويبطل التفريق بذلك؛ لأنه لما ثبت نسبه منه.. لم يبق عنيناً، كذا ذكره في «الغاية» وتعقبه في «الزيلعي»: بأنه وقع الطّلاق بتفريقه وهو بائن، فكيف يبطل بعد وقوعه؟

ألا ترى أنها لو أقرّت بعد التفريق أنه كان قد وصل إليها.. لا يبطل التفريق. انتهى.

والجواب: أن التفريق في الجب والعنة، إنما ثبت بناء على ثبوت العنة والجب، وبثبوت النسب من المجبوب.. لم يزل جبه، بل هو مجبوب كما كان، فلم يبطل التفريق لقيام علته، بخلاف ثبوته من العنين؛ فإن ثبوت النسب منه: بزوال العنة، فيظهر بطلان التفريق لزوال علّته، وإلى هذا الجواب أشار صاحب «الغاية» بقوله: لأنه لما ثبت نسبه.. لم يبق عنيناً، بخلاف إقرارها بعد التفريق بالوطء؛ لأنه يحتمل الكذب، بل هي به مناقضة، فلا يبطل القضاء بالفرقة.

(**وهو**)، أي: التفريق (**طلقة بائنة**)؛ لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج؛ فكأنه طلّقها بنفسه [٤٧٣/أ].

وقال الشافعي: هو فسخ؛ لأنه فرق من جهتها، لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا بعد التمام، والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ: فسخ قبل التّمام، فكان

فَلَو قَالَ: «وَطِئتُ» وَأَنْكَرَت؛ إِن كَانَ قبلَ التَّأْجِيلِ؛ فَإِن كَانَت ثَيِّباً أَو بكراً فنظرنَ إِلَيهَا فَقُلْنَ: هِيَ ثيِّبٌ فَالْقَوْلُ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ، ....

في معنى الامتناع من التمام، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه فرقة بعد التمام، فلا يقبلها؛ كما لا يقبل الفسخ بالإقالة، وإنما تقع التطليقة بائنة ؛ لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلّا بها ؛ لأنها لو لم تكن بائنة.. لزم أن لا تكون ذات زوج، ولا مطلقة.

أما الأول: فلفوات المقصود: وهو الوطء.

وأما الثاني: فلأنها تحت زوج، فلا يحصل دفع الظلم، ولها كمال المهر إن خلا بها؛ لأن خلوة العنّين صحيحة؛ لتسليمها البضع، وتجب العدة؛ لتوهم الشغل احتياطاً، هذا إذا أقر الزوج بعدم الوصول.

وأما إذا ادّعى الوصول.. فإليه أشار بقوله: (**فلو قال: وطئت، وأنكرت**) الزوجة (**إن كان**) هذا الاختلاف (**قبل التأجيل؛ فإن كانت ثيباً، أو بكراً فنظرن**)، أي: النساء (**إليها**)، أي: إلى البكر (**فقلن: هي ثيب**)، ففي الصورتين (**..فالقول له مع يمينه**).

أما في الصوّرة الأولى، أعني: كونها ثيباً في الواقع؛ فلأنه ينكر استحقاقه حق الفرقة عليه حقيقة، وإن كان مدعياً للوصول إليها صورة، والأصل في الجبلة: السّلامة، فكان الظاهر شاهداً له، والقول قول من يشهد له الظاهر، ثم إن حلف بالله لقد أصبتها.. بطل حقّها، وإن نكل.. يؤجّل سنة.

فإذا تمت السنة؛ فإن ادّعت عدم الوصول إليها:

فإن صدقها.. خيرّت لثبوت حقّها بالتّصادق.

وإن أنكر.. فالقول له أيضاً مع يمينه لما ذكرناه.

ثم إن حلف.. فهي امرأته، وإن نكل.. خيّرت لما ذكرناه.

وأما في الصورة الثانية، أعني: كونها ثيباً بإخبار النساء.. فلإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر من الوثبة وغيرها، فيشترط اليمين مع شهادتهنّ؛ ليكون حجة.

وَإِن قُلْنَ هِيَ بِكرٌ.. أُجِّلَ.

وَكَذَا إِن نَكَلَ.

وَإِن كَانَ بعدَ التَّأْجِيلِ وَهِيَ ثَيِّبٌ أَو بكرٌ وقُلنَ: ثَيِّبٌ.. فَالْقَوْلُ لَهُ، وَإِن قُلْنَ بِكرٌ.. خُيِّرت.

وَكَذَا إِن نكلَ.

فإن حلف.. فلا حق لها، وإن نكل.. يؤجل سنة.

(**وإن قلن: هي بكر.. أُجِل**) سنة.

اختلفوا في معرفة أنها بكر، أو ثيب:

قيل: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج؛ فإن دخل بلا عنف.. فثيب، وإلا.. بكر.

وقيل: إن أمكنها أن تبول على الجدار.. فبكر، وإلّا.. فثيب.

وقيل: تكسر البيضة فتصب في فرجها؛ فإن دخلت.. فثيب، وإلا.. فبكر.

(**وكذا إن نكل**)، أي: يؤجل سنة إن نكل عن اليمين في الابتداء؛ سواء كانت ثيباً، أو بكراً وقت النكاح على ما ذكرناه آنفاً، وهذا إذا كان الاختلاف بينهما في الابتداء.

(**وإن كان**) الاختلاف بينهما (**بعد التأجيل**)، أي: في آخر السنة (**وهي ثيب**)، أي: وقت النكاح، (**أو بكر**)، أي: وقت النكاح، (**وقلن**)، أي: النساء: (**ثيب**)؛ أي: في آخر السنة (**..فالقول له**)، أي: مع يمنيه في الصورتين على ما ذكرناه.

(**وإن قلن**)، أي: في آخر السنة: (**بكر.. خيرت**) بين الإقامة معه، وبين الفرقة.

(**وكذا**)، أي: خيرت بين الإقامة معه، والفرقة.

(**إن نكل**) الزوج عن اليمين.

والحاصل: أن إراءة البكر للنساء مرّتين: مرة في الابتداء قبل الأجل؛ للتأجيل،

وَمَتى اختارَتْهُ.. بَطلَ خِيَارُهَا.

والخصيُّ كالعِنِّينِ والمجبوبِ.. يُفَرَّقُ فِي الْحَالِ.

وَحقُّ التَّفْرِيقِ فِي الْأَمَةِ لِلْمولى عِنْدَ الإِمَامِ.

ومرّة في الانتهاء بعد التأجيل [٤٧٣/ب] للتّخيير؛ فإن قلن: هي بكر، أو نكل.. خيّرت؛ لتأيّد دعوى المرأة بإخبارهنّ بنكول الزّوج عن اليمين.

(ومتى اختارته.. بطل خيارها)؛ لأنها رضيت ببطلان حقّها، وكذا بطل خيارها إذا قامت من مجلسها، أو أقامها أعوان القاضي، أو قام القاضي قبل أن تختار شيئاً؛ لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته، وذلك يتوقف بالمجلس، فكذا هذا، والتفريق كان لحقّها؛ فإذا رضيت بالإسقاط صريحاً، أو دلالة بتأخير الاختيار إلى أن قامت، أو أقيمت.. سقط حقّها، فلا تطالب بعد ذلك لشيء؛ فإن اختارت الفرقة.. أمر القاضي الزوج بأن يطلّقها بائنة، وإن أبى.. فرّق القاضي بينهما.

وقيل: تقع الفرقة بمجرّد اختيارها، ولا يحتاج إلى القضاء؛ كما في خيار العتق، وخيار المخيرة.

ولو فرّق بينهما فتزوّجها ثانياً.. لم يكن لها خيار لرضاها بحاله.

وإن تزوج امرأة أخرى عالمة بحاله مع المرأة الأولى.. لا خيار لها في رواية «الأصل»، ولها الخيار عند الخصّاف، والفتوى على الأوّل، وقد ذكرناه من قبل.

(والخصي) هو من كانت آلته قائمة ونزعت (كالعنين) في التأجيل بالسنة؛ لأن الآلة متى كانت قائمة.. يرجى منه الوطء.

(والمجبوب: يفرّق في الحال)؛ لعدم الفائدة في الانتظار والتأجيل؛ لأن الآلة المقطوعة لا تبنت، هذا قبل الوصول إليها، وأما الواجب، بعد الوصول إليها.. فلا خيار لها؛ كما إذا صار عنيناً بعد الوصول، وقد ذكرناه من قبل مفصّلاً.

(وحق التفريق في الأمة للمولى)، يعني: أن زوج الأمة إذا كان عنيناً أو مجبوباً.. كان الخيار في ذلك إلى المولى (عند الإمام)، وزفر معه.

وَلها: عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَلَا خِيَارَ لَهَا إِن وَجَدَت بِهِ جنوناً، أَو جُذاماً، أَو بَرَصاً، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَلَا لَهُ لَو وجدَ بهَا ذَلِكَ، أَو رَتْقاً أَو قَرَناً.

(ولها)، أي: حقّ التفريق للأمة (عند أبي يوسف)، له: أنها تملكت منفعة بضعها فحق الطلب لها؛ كما في العزل.

ولأبي حنيفة: أن الحق للمولى، كما في العزل عنده؛ فإن رضي المولى.. لا حق للأمة، ومحمد مع أبي حنيفة عند بعضهم، ومع أبي يوسف عند بعضهم.

(ولا خيار لها)، أي: لا خيار للمرأة في فسخ النكاح (إن وجدت به)، أي: بالزوج (جنوناً، أو جذاماً، أو برصاً، خلافاً لمحمّد)، قال: تعذر عليها الوصول إلى حقها؛ لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنّة، فتخير دفعاً للضرر عنها، حيث لا طريق لها سواه، بخلاف جانبه؛ لأنه متمكن من دفع الضرر عنه بالطّلاق.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الأصل: عدم الخيار، لما فيه من إبطال حقّ الزوج، وإنما ثبت في الجب والعنّة؛ لأنهما يخلان بالمقصود بالنكاح، بخلاف هذه العيوب.

(ولا له لو وجد بها)، أي: بالمرأة (ذلك) العيوب الثلاثة المذكورة.

(أو رتقاً) بفتح التاء: مصدر، يقال: امرأة رتقاء لا يستطيع جماعها؛ لارتياق ذلك الموضع، أي: لإنسداده.

(أو قرناً) بسكون الراء: هو إما غدة غليظة، أو لحمة مرتَتِقَةٌ، أو عظم يمنع من سلوك الذكر في الفرج على ما في «المغرب».

وقال الشافعي: يرد بهذه العيوب الخمسة؛ لأنها تمنع الاستيفاء حساً، أو طبعاً.

ولنا: أنّ هذه العيوب لا تفوت المستحق بالعقد وهو الوطء، بل توجب فيه خللاً، وفواته بالموت قبل التسليم لا يوجب الفسخ، حتى لا يسقط شيء من مهرها، فاختلاله [٤٧٤/أ] بهذه العيوب أولى أن لا يوجب.

* * *

(بَابُ الْعِدَّة)

هِيَ تربُّصٌ يلْزمُ الْمَرْأَةَ.

(بَابُ العِدَّة)

(**هي**) **في اللغة:** أيّام أقراء المرأة على ما في «المصباح».

وفي الشريعة: (**تربّص يلزم المرأة**) عند زوال النكاح المتأكد بالدخول، أو ما يقوم مقامه من الخلوة الصّحيحة والموت، كذا في «فتح القدير».

ثم قال: وينبغي أن يزاد: «وشبهتِه» بالجر عطفاً على «النكاح».

ثـم ذكـر عنـد قـول صـاحب «الهداية»: وإذا وطئت المُعْتَدَّة بشبهة، أنّ الـوطء بشبهةٍ يتحقق بصور:

منها: المرأة التي زفت إلى غير زوجها.

والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدّة بنكاح قبل زوج آخر، إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي.

والتي طلّقها بالكناية، ثم وطئها في العدّة.

أو كانت في عدّة فوطئها آخر بشبهة.

أو كانت في عصمة زوج فوطئها آخر بشبهة، ثم طلّقها الزوج. انتهى.

وقال في «البحر»: يدخل تحت قوله: «وشبهته»: النكاحُ الفاسد، ومن زفت إليه غير امرأته فوطئها، ولكن خرج عن التعريف عدّة أم الولد، إذا مات مولاها أو أعتقها.. فإن العدّة لها واجبة عندنا.. مع أنها لم تكن عند زوال النكاح وشبهته.

والجواب عنه: أن المزال عن أم الولد عند موت مولاها، أو إعتاقها: هو الفراش الصحيح، وهذا يشبه النكاح الصحيح من حيث الحكم.

وأما سبب وجوبها: فهو على ما في «فتح القدير» و«كمال الدراية»: النكاح المتأكد بالدخول، أو الخلوة الصحيحة، أو الموت، أو شبهته، وزوال ذلك النكاح، أو شبهته: شرطها.

وقال في «البدائع»: سبب وجوبها في عدّة النكاح الصحيح: الفرقة بطلاق، أو بغير طلاق بعد وطء، أو خلوة صحيحة.

وفي عدّة النكاح الفاسد: هو تفريق القاضي، أو المتاركة بعد الوطء حقيقة.

وفي عدّة الوطء عن شبهة: هو الوطء.

وفي عدّة أم الولد: إعتاق المولى، أو موته.

والظاهر: ما ذكرناه من «فتح القدير» من أن السبب: هو النكاح، أو شبهته، أو زواله: هو الشرط؛ لأن الطلاق والموت لا يصلحان للسببية؛ لأنهما مزيلان للنكاح، والشيء إذا زال.. يزول بجميع آثاره، كذا في «البحر» عن «المصفى».

وأما ركنها: فقد قالوا: إن ركنها حرمات ثابتة عند الفرقة، أعني: حرمة تزوّجها على الغير، وحرمة خروجها، وحرمة تزينها.

وقال في «فتح القدير»: وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف: هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات؛ لأنها لزومات، وإلا.. فالتّربص فعل المرأة، والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه، وعلى هذا: فما قيل في حكمها: إنه حرمة نكاحها غيره عليها، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها.. لا يصح؛ لأن الحرمات التي يثبت عند الفرقة ركنها على ما قالوا، وحرمة تزوجها بغيره من جملة تلك الحرمات، فكيف يكون من أحكامها؟!

نعم؛ حرمة تزوجه بأختها وأربع سواها لا تكون من العدة، فتكون من حكم عدتها، ولا شك أنه معنى كون الزوج في العدة: أنه كالزّوجة؛ لأن معنى العدّة

وجوب الانتظار بالتزوج إلى مضيّ المدة وهو كذلك، فهو أيضاً في العدّة، غير أن اسم العدّة في اصطلاح الشرع خصّ بتربصها [٤٧٤/ب] لا بتربّصه.

ولهذا قال في الكتاب: يلزم المرأة، ولكنه يرد عليه عدّة الصغيرة؛ إذ لا لزوم عليها في حقّها ولا تربص واجب، ولهذا يطلق أكثر المشايخ لفظ الوجوب على عدّة الصغيرة؛ لعدم خطابها، وإنما يقولون تعتد، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: ركنها: كف النفس عن الحرمات في مدّة معينة، ومن هذا الخلاف قالوا: إنه إذا وجب كفٌّ عنها في مدةٍ عن رجل، وكفٌّ آخر كذلك عن رجل آخر.. يتداخلان وتنقضيان بمدّة واحدة عندنا لا عنده.

قال: لأن هذا الكف عبادة، والعبادات لا تتداخل، إنما التداخل لائق بالعقوبات، ألا ترى أنّ من وجب عليه الكف عن شهوتين في يوم بسبب، ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد؟

ولنا: أن الركن لما كان نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة، واجتماع الحرمات في شيء واحد.. ممكن؛ كحرمة الخروج وحرمة التزوج فيما نحن فيه، في زمان واحد، بأسباب مختلفة، وكحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها في نهار رمضان للصائم أمكن التداخل فيها.

وقوله: والعبادات لا تتداخل.

قلنا: معنى العبادة فيها: تابع لا متبوع؛ بدليل تحققها في حقّ من لا تصح العبادة منه؛ كالمجنونة والصغيرة، وإنما المقصود الأصلي منها: معرفة فراغ الرحم وإظهار حظر النكاح والبضع وقد يجتمع ذلك؛ كما في ذوات الأقراء، وقد لا يجتمع؛ كما في الآيسة والصغيرة.

قال في «فتح القدير»: لا شك أنه يثبت عند تمام سبب العدّة أمور: هي حرمة الخروج، وحرمة الزينة، وحرمة التزوج في مدّة معينة، تنتهي تلك الحرمات بانتهائها

عِدَّةُ الْحرَّةِ للطَّلَاقِ أَو الْفَسْخِ:

ووجوب التربص في تلك المدة أيضاً الثابت بقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ ﴾، ولا شك أيضاً أن العدّة تطلق على كل من تلك الأمور:

أما على التربص.. ففي قولنا: وجبت العدّة ونحوه، وهذا؛ لأن الوجوب يتعلق بالأفعال.

وأما على نفس المدة: ففي قولنا: انقضت العدة.

وأما على نفس تلك الحرمات: فلكونها ركناً لها، لكن الشأن في بيان أن مسمّى لفظ العدّة في الشرع ماذا؟ فالذي يفيده حقيقة قوله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾، أنه نفس المدة الخاصة التي تعلقت بالحرمات فيها وتقيّدت بها، لا الحرمات الثابتة فيها، ولا وجوب الكف، ولا التربص، وقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ إنما يفيد لزوم التربص، لا أنه مسمّى لفظ العدّة، ولا يخفى عليك أن هذا تحقيق منه، مخالف لما اشتهر فيما بينهم من أن ركنها هي الحرمات في مدة معينة على ما مرّ.

(**عدة الحرة**) مسلمة كانت، أو كتابية تحت مسلم، صغيرة، أو كبيرة، أو آيسة، زوجها حرّ، أو عبد.

(**للطلاق أو الفسخ**) بسبب مثل خيار العتق، أو البلوغ، أو ملك أحد الزوجين صاحبه، أو ارتداد أحدهما: أو بتلفظ كلمة الكفر، أو عدم الكفاءة، أو تقبيلها ابن زوجها، أو بسبب تفريق القاضي للعنة.

وفي «فتح القدير»: أن الطلاق أعم من الرجعي، والبائن، وطلاق الخلع، واللّعان، خلافاً لمن قال: عدّة المختلعة حيضة واحدة [٤٧٥/أ].

قيل: هو بناء على أنه فسخ، والحق: أنه ابتداء لا بناء عليه؛ لما تقدم في «باب الخلع» من المنقول؛ إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثراً في نقصان العدّة، ولذا وجب ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ ونحوه. انتهى.

ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ؛ ....

ومراده بالمنقول: ما رواه في «باب الخلع» من حديث عثمان قال: ولا عدّة على المختلعة، إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة؛ خشية أن يكون بها حبل، ثم تكلم في ثبوته، فارجع إليه.

وقال في «الخلاصة» عن «مجموع النوازل»: الطلاق البائن؛ كالثلاث، ثم ذكر عن صدر الشهيد: أنه لم يجعل الطلاق على مال والخلع.. كالثلاث.

(ثلاثة قروء)، أي: حرمات ثابتة في مدة ثلاثة أقراء، وهذا لما ذكرناه من أن ركن العدة: هي الحرمات الثابتة في مدة معيّنة، وأما بناء على ما نقلناه من «فتح القدير» من أنّ مسمّى العدّة هو المدة المعينة لا الحرمات.. فلا حاجة إلى هذا التّقدير، والمراد بالحرة ههنا: هي التي تحقّق حيضها ولم تبلغ الإياس، سواء كانت تحيض، أو لا، حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام، ثم انقطع سنة، أو أكثر.. لم تنقض عدّتها حتى تحيض ثلاثة حيض، أو تدخل الإياس فتعتد بالأشهر، بخلاف ما لم تر شيئاً، أو رأت أقل من ثلاثة أيّام.. فإنها تعتد بالأشهر، كذا في «فتح القدير».

ثم ابتداء هذه العدّة من وقت الطلاق، أو الفسخ على ما سيأتي ذكره، هذا وأما إضافة «ثلاثة» إلى «قروء»، فقال الأصمعي: إن هذه الإضافة على غير قياس، والقياس ثلاثة أقراء؛ لأنه جمع قلّة؛ مثل ثلاثة أفلس، ولا يقال ثلاثة فلوس، فأوّله النحاة بأن تقديره ثلاثة من قروء؛ لأن العدد يضاف إلى مميّزه، وهو من ثلاثة إلى عشرة قليل، والمميِّز هو المميَّز، فلا يميز القليل بالكثير، قال: ويحتمل عندي أن يكون قد وضع أحد الجمعين موضع الآخر اتساعاً لفهم المعنى.

وذهب بعضهم: إلى أن مميز الثلاثة إلى العشرة.. يجوز أن يكون جمع كثرة من غير تأويل، فيقال: خمسة كلاب وستة عبيد، ولا يجب عند هذا القائل أن يقال: خمسة أكلب، ولا ستة أعبد، كذا في «المصباح».

أَي: حِيَضٍ.

ثم القروء: جمع قرء بفتح القاف، وأمّا القرء: بالضم فجمعه أقراء، مثل قُفْل وأقفال على ما في «المصباح» لكن صاحب «الكشاف» صرّح في تفسيره: بأن القروء: جمع قرء، وقرء بالفتح والكسر.

(أي حيض)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾، والفرقة بغير طلاق بسبب من الأسباب المذكورة: في معنى الطلاق؛ لأن العدّة وجبت، لتعرف براءة الرحم، أو لإظهار حظر النكاح والبضع، وهذا المعنى يتحقق في الفرقة بغير طلاق أيضاً، فيلحق بالطلاق.

والمراد بالقرء ههنا: الحيض عندنا، ولهذا فسره المصنف به.

وقال مالك والشافعي: الطهر.

قلنا: اللفظ مشترك بينهما على ما نقل عن ابن السكيت لا مجاز في أحدهما؛ لأنه من الأضداد، ولا يجوز استعمال أحد الضدين في الآخر مجازاً عند أهل الأصول والفقه؛ إذ لا مناسبة بين الضدين، ولا بد من المناسبة في المجاز؛ فإذا كان [٤٧٥/ب] مشتركاً بينهما.. لا يمكن إرادتهما معاً؛ لبطلان عموم المشترك، فلا بد من الحمل على أحدهما، والحمل على الحيض أولى لوجوه:

منها: العمل بلفظ الجمع، أي: القروء ؛ فإن أقلّ الجمع ثلاثة، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر؛ لأن الطلاق يوقع في طهر على ما هو السنة فيه؛ فإن احتسب ذلك الطهر عن الأقراء على ما مذهب من يقول: إنه طهر.. فيكون حينئذ مدة عدّتها قرئين، وبعض قرء، فيبطل العمل بصيغة الجمع بالنقصان عن مدلولها.

فإن قيل: ذلك جائز كما في قوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾.

قلنا: ذلك في الجمع المجرّد عن العدد، وأما الجمع المقرون بالعدد؛ كما فيما نحن فيه.. فلا يجوز ذلك؛ لأن لفظة «ثلاثة» خاص في مدلولها على ما في

وَكَذَا فيمن وَطِئت بِشُبْهَةٍ ....

«الأصول»، فلا يجوز النقصان والزيادة عنه، وإن لم يحتسب ذلك الطهر عن الأقراء.. لزم الزيادة على مدلولها، وذلك باطل أيضاً على ما ذكرناه.

ومنها: أن العدة؛ لبراءة الرّحم، وذلك بالحيض لا بالطّهر؛ لأن الحمل طهر ممتد، فلا يحصل التعرف بأنها حامل.

ومنها: قوله ﷺ: «وعدة الأمة حيضتان»؛ لأن الرق إنما يؤثر في تنصيف ما في الحرة، لا في النقل من الطهر إلى الحيض، فيلحق بياناً بالمشترك في الكتاب؛ فإن قيل: قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ نصّ في أن العدّة هي الطهر؛ لأن «اللام» بمعنى «في» على ما صرّح به بعض العلماء، والطلاق يوقع في الطهر فكان المعنى فطلّقوهن في عدّتهن التي هي الطهر.

قلنا: ممنوع، بل معناها: فطلّقوهنّ لاستقبال عدّتهن؛ كما يقال: دخلت المدنية لخمس بقين من الشهر، وإلّا.. لزم أن تكون العدّة متقدمة على الطّلاق حتى يقع فيها، وهذا باطل، وحمل «اللام» على معنى «في» مخالف لاستعمال أهل اللغة.

(**وكذا**)، أي: العدّة ثلاث حيض (**فيمن وطئت بشبهة**)، قد ذكرنا في أول الباب نقلاً عن «الفتح» أن الوطء بشبهة يتحقق في صور، فارجع إليها، ولنزد عليها ههنا، فاعلم أنّ المراد بالشبهة ههنا: هي الشبهة في المحل، لا الشبهة في الفعل؛ لأن الوطء بالشبهة في الفعل لا يثبت به النسب، ولا العدة؛ لأنه بمحض زنا، والزنا لا يثبت منه النسب، ولا العدّة، بل يجب فيه الحدّ، إلا إن قال: ظننت أنها تحل، ولم أعلم حرمتها.. فحينئذٍ يندرئ عنه الحد على ما سيأتي في «كتاب الحدود»، ويثبت فيه النسب، وتجب العدّة؛ لأنه حينئذ يرجع إلى الشبهة في المحل؛ لأن ظنه دليلاً.

بخلاف الشبهة في المحل؛ فإنه يثبت فيه النسب وتجب العدّة، **فالشبهة في الفعل في مواضع**، وهي:

وطئ جارية أبيه وجدّه، وإن علا.

ووطئ جارية أمّة وجدّته، وإن علت.

ووطئ جارية زوجته.

ووطئ مطلقته ثلاثاً في العدة.

ووطئ مطلقته على مال في العدة.

ووطئ مختلعته في العدة.

ووطئ أم ولده التي أعتقها في العدة.

ووطئ العبد جارية سيّده.

ووطئ المرتهن الجارية المرهونة على الأصح.

والشبهة في المحل في ست مواضع وهي: وطئ جارية ابنه.

ووطئ مطلّقته بائناً بالكنايات في العدة.

ووطئ [٤٧٦/أ] البائع الجارية المبيعة قبل تسليمها إلى المشتري.

ووطئ الزّوج الجارية المجعولة مهراً قبل تسليمها إلى الزوجة.

ووطئ الجارية التي هي مشتركة بينه وبين غيره.

ووطئ الجارية المرهونة في رواية.

فإن قيل: إنّهم صرّحوا أنّ وطء المطلّقة ثلاثاً، أو بائناً على مال، ووطء المختلعة في العدة.. يثبت منها النسب، وإذا ثبت النسب.. تجب العدّة أيضاً.

أجيب عنه: بأن ثبوت النسب منها ليس باعتبار الوطء في العدة، بل باعتبار علوق سابق على الطلاق، ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت إلى أقلّ من سنتين، ولا يثبت لتمام السنتين؛ لأنه إذا كان أقل من سنتين.. أمكن اعتبار العلوق قبل الطّلاق، بخلاف ما إذا كان لتمام السّنتين.. فلا يلزم من ثبوت النسب بهذا الوجه وجوب العدّة من هذا الوطء.

أَو بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ ....

قلت: إنما ثبت النسب والعدة في وطء المطلقة الثلاثة والمختلعة في العدّة باعتبار رجوع الشبهة فيهما إلى المحل على ما ذكرناه آنفاً، لا باعتبار كون الشبهة فيهما في الفعل.

وقال أبو حنيفة: إن الشبهة كما تثبت بالفعل والمحل.. كذلك تثبت بالعقد، وإن كان العقد متفقاً على تحريمه وهو عالم به.

وقالا: لا يثبت بهذه الشبهة إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم.

وذكر صاحب «المحيط» في شبهة العقد: وطئ المنكوحة بغير شهود، أو بغير إذن مولاها وهي أمة، ووطئ العبد من تزوجها بغير إذن سيدها، (**أو**) وطئت (**بنكاح فاسد**)، وفيه إشارة إلى ردّ ما في «البحر» وقد ذكرناه في أوّل الباب، من أنه أدرج الوطء بالنكاح الفاسد تحت الوطء بشبهة، وهو جيّد؛ إذ لا بد في العقود الفاسدة من صورة العقد، بخلاف الشبهة فتقابلا، اللهمّ إلا أن تعم الشبهة بالمحلّ والشبهة بالعقد على ما ذكرناه.

والوطء بنكاح فاسد؛ كوطء المنكوحة بغير شهود، ووطء المنكوحة في العدة، والمنكوحة لمحرمها، غير عالم بالحرمة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما على ما في «فتح القدير»، والمنكوحة بنكاح المؤقت والمتعة.

ولو تزوج منكوحة الغير، وهو لا يعلم أنها منكوحة الغير ودخل بها.. تجب العدة، وإن كان يعلم أنها منكوحة الغير.. لا تجب العدّة بالدخول، حتى لا يحرم على الزوج وطؤها، وبه يفتى على ما في «الخلاصة» و«البزازية» و«النّهاية».

وظهر منه: أنه لا عدّة على الموطوءة بالزنا، وقد صرحوا به.

وفي «البحر» عن «شرح المنظومة»: إذا زنت المرأة.. لا يقربها زوجها حتى تحيض؛ لاحتمال علوقها من الزنا، ويجب حفظه لقرابته.

ولو تزوج امرأة وغاب عنها قبل الدخول بها، وزوّجت المرأة نفسها بآخر، ودخل بها الآخر، ثم جاء الزوج الأول، وفرقت المرأة عن الآخر، ثم طلقها الأوّل قبل الدخول بها أيضاً، ثم أرادت المرأة أن تزوج نفسها بآخر، هل تلزمها العدّة عن الأول؟ وفتوى مشايخ الإسلام: على أنها.. لا تلزم؛ لأنه طلاق قبل الدخول.

وظهر منه: أن الزوج الأول لو كان دخل قبل الغيبة، أو بعدها، ثم طلقها.. لزمها العدّة [٤٧٦/ب] من الأوّل للثاني؛ كما تجب لها العدّة من الثاني للأوّل لو دخل بها الثاني.

وهل يجوز لها الإقامة مع زوجها الأوّل في عدّة النكاح الفاسد؟

قال في «البحر» نقلاً عن القاضي الإسبيجابي وللموطوءة بشبهة أن تقيم مع زوجها الأوّل، ونفقتها وسكناها على زوجها الأوّل ؛ لأن النكاح بينهما قائم، وإنما حرم عليه وطؤها قبل انقضاء العدّة، وليس لها أن تخرج إلّا بإذن زوجها الأوّل؛ فإن أذن لها.. فلها أن تخرج وإن لم تنقض عدّتها.

وقال: ومراد القاضي: إذا لم تكن المرأة راضية بالوطء؛ أما إذا كانت راضية عالمة.. فلا نفقة لها، ولهذا قال في «الخانية» المنكوحة إذا تزوّجت رجلاً ودخل بها الثاني، ثم فرّق بينهما.. لا يجب على الزوج الأوّل نفقتها ما دامت في العدة؛ لأنه لما وجبت العدّة عليها.. صارت ناشزة، وما تفرع على أن الوطء المحرّم لا يوجب العدّة والوطء بشبهة يوجبها ما ذكره في «البزازية»؛ حيث قال فيها: طلقها ثلاثاً ووطئها في العدّة مع العلم بالحرمة.. لا يستأنف العدّة، وتنقضي العدّة بثلاث حيض ويرجمان إذا علما بالحرمة ووجد شرائط الإحصان.

ولو كان منكراً طلاقها.. لا تنقضي العدة، ولو ادعى الشبهة.. تستقبل. انتهى.

ويوضحه ما ذكره في «فتح القدير»، قال: تنقضي عدّة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم، بأن وطئها وهي مُعْتَدَّة عالماً بحرمتها، بخلاف ما لو ادّعى الشبهة، أو كان منكراً طلاقها.. فإنها لا تنقضي عدتها، بل تستقبل العدة. انتهى.

وهكذا في «الخلاصة» في الجنس الثاني من فصل العدّة.

و«الباء» في قوله: بالوطء بالمحرّم بمعنى «مع» على ما صرح به في «البحر».

وهل تجب العدّة للوطء بنكاح موقوف قبل الإجازة؟

ففي «البحر»: إن المنكوحة نكاحاً موقوفاً؛ كنكاح الفضولي.. لا تجب فيه العدّة قبل الإجازة؛ لأن النسب يثبت فيه؛ لأنه موقوف، فلم ينعقد في حق حكمه، فلا يورث شبهة الملك، والحلّ والعدة وجبت صيانة للماء المحترم عن الخلط، واحترازاً عن اشتباه الأنساب. عزاه إلى «الاختيار» و«المحيط».

وقال: وهو مشكل مخالف؛ لما نقله «الزيلعي» في النكاح الفاسد: إذا تزوجت الجارية بغير إذن مولاها، ودخل بها الزّوج وولدت لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج.. فهو من الزوج، فقد اعتبره من وقت النكاح، لا من وقت الدخول، ولم يحك خلافاً.

وقال الحلواني: هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد، خلافاً لما يقوله البعض: إنه لا ينعقد إلا بالدخول. انتهى.

فهذا صريح في ثبوت النسب فيه، وتبعه وجوب العدّة، فكان ما في «المحيط» و«الاختيار» سهواً. انتهى ما في «البحر».

ويمكن أن يقال: إن ما في «المحيط» و«الاختيار» بناء على ما قاله البعض من أنّ الفراش لا ينعقد في النكاح الموقوف والفاسد إلا بالدخول، ويؤيّد هذا القول: ما قالوا: أن ثبوت الملك في البيع الفاسد.. يتوقف على القبض، ولا يثبت بمجرّد العقد فنسبته السّهو إليهما ليس على ما ينبغي.

وَفُرِّقت أَو مَاتَ عَنْهَا، وَأُمُّ ولدٍ عَتَقَتْ أَو مَاتَ عَنْهَا مَوْلَاهَا.

(**وفرقت**) [٤٧٧/أ] (**أو مات**)، أي: الزّوج (**عنها**) وهذا؛ لأن العدّة للتعرف لبراءة الرّحم والحيض هو المعرف، ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي بحيضة واحدة، أو شهر واحد؛ كما في الاستبراء، وليس كذلك.

أجيب: بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقاً للشبهة بالحقيقة؛ فإن أحكام الفاسد يؤخذ من الصحيح أبداً بالنص؛ كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة.. فإنها يفيدان إفادة الصّحيح، غير أنّ ثبوت الملك في الفاسد يتوقف على القبض، ويثبت به أجر المثل إلا المسمّى، لما فيه من الضعف، وههنا لم يثبت عدّة الوفاة لما فيه من الضّعف؛ لأن عدّة الوفاة لزيادة إظهار التأسف؛ لفوات نعمة النكاح، والنعمة في الصحيح دون الفاسد، ولكن لما كان فيه جهة النكاح.. الحق بالصحيح احتياطاً.

(**وكذا**)، أي: ثلاث حيض عدّة (**أم ولد عتقت أو مات عنها مولاها**)، والمراد: عدتها الواجبة عن مولاها، وأما عدّتها الواجبة عن زوجها.. فحيضتان على ما سيصرح به، قيد بأم الولد احترازاً عن الأمة المعتقة.

والمدبرة لا عدّة لها عن مولاهما؛ لما ذكره «الحاوي القدسي» قال: ومن أعتق أمته وكان يطؤها.. فلا عدّة عليها، ولها أن تتزوج من ساعته.

وقال في «البحر»: المدبرة والأمة إذا أعتقت، أو مات سيّدها.. لا عدّة عليها بالإجماع.

وقال الشافعي: حيضة واحدة؛ لأنها تجب بزوال ملك اليمين، فكان كالاستبراء، ولهذا لا يختلف بالحياة والوفاة.

قلنا: إنها وجبت بزوال الفراش الصحيح؛ لأنها تجب به فكانت كعدّة النكاح على ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود، بخلاف الاستبراء؛ لأنه إنما وجب على المولى بسبب استحداث الملك فلا مناسبة بينهما، وهذا إذا لم تكن أم الولد

منكوحة، أو مُعْتَدَّة لزوج، وإلا.. فلا تجب عليها العدّة عن مولاها بإعتاقه، ولا بموته؛ لعدم ظهور فراش المولى، ووجوب العدّة عن مولاها بزوال فراشه، هكذا ذكره في «البحر».

ثم قال: وفي التحقيق أن يقال: الشرط في وجوب عدّة المولى عليها.. أن لا تحرم هي عليه بسبب من الأسباب، وأسباب الحرمة عليه ثلاثة: نكاح الغير وعدّته، والثالث: تقبيل ابن المولى، فلا عدّة عليها بموت المولى، أو إعتاقه بعد تقبيل ابنه.

ولو أراد الرجل أن يزوج أمّ ولده غير حامل منه رجلاً آخر قبل إعتاقها، هل يلزم عليها العدّة من سيدها؟

قلت: لا يلزم عليها العدة؛ كما أفتى به مشايخ الإسلام، والأفضل الاستبراء بحيضة.

وقال في «مجموعة مؤيد زاده»: إذا أراد الرجل أن يزوج أم ولده ينبغي له أن يستبرئ بها بحيض، ثم يزوجها؛ فإن زوجها قبل أن يستبرئ بها.. جاز النكاح.

وقال فيها أيضاً: رجل أراد أن يتزوج جارية بعد وطء المولى، فالأفضل أن يستبرئ بها بحيضة، ثم يتزوجها، وكذا إذا أراد أن يتزوج المدبرة وأم الولد. انتهى.

قال في «خزانة الفقة» لأبي الليث: ستة من النساء يجوز نكاحهنّ في العدة: المختلعة يتزوّجها زوجها في العدة.

وأم الولد يعتقها سيّدها يتزوّجها.

وإذا ارتد أحد الزّوجين، ثم أسلم.. يتزوجها في العدّة [٤٧٧/ب].

والأمة إذا أعتقت فاختارت نفسها.. يتزوجها في العدّة.

والصّغيرة إذا أدركت واختارت نفسها.. يتزوجها في العدة.

والملاعن إذا أكذب نفسه.. يتزوج الملاعنة في العدّة في قول أبي حنيفة ومحمد، كذا في «فتاوى شيخ الإسلام الأنفروي».

ثم إذا كانت هي منكوحة، أو مُعْتَدَّة لزوج ومات الزوج والمولى، ولم يدر أيّهما مات أوّلاً.. فهي على أربعة أوجه:

● **الأوّل:**

- أن يعلم أن بين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام.. فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشراً.

* لأنه إن مات المولى أولاً، ثم الزوج وهي حرّة عند وفات الزوج.. فلا تجب العدة؛ لموت المولى لكونها منكوحة عنده، وتعتد لو مات الزوج عدّة الحرة.

* وإن مات الزوج أولاً وهي أمة.. فتعتد بشهرين وخمسة أيّام، ولا تعتد لموت المولى؛ لأنها مُعْتَدَّة الزوج:

ففي حال يلزمها عدّة الأمة.

وفي حال يلزمها عدّة الحرة فأوجبناها احتياطاً.

● **الثاني**: أن بين موتهما شهرين وخمسة أيام.. فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام أيضاً للاحتياط ولم يجب للمولى عدة.

* لأنه إن مات المولى أولاً.. يلزمها عدّة لكونها منكوحة، وبعد موت الزوج يلزمها عدّة الحرة لكونها حرة.

* وإن مات الزوج أوّلاً.. يلزمها عدّة الأمة شهران وخمسة أيّام، وقد انقضت تلك.

● **والثالث:**

أن يعلم أن بين موتهما أكثر من شهرين وخمسة أيّام.

* فإن مات المولى أولاً.. فعليها عدّة الحرة بعد موت الزوج، ولا عدّة عليها للمولى لكونها منكوحة.

وَلَا يُحْتَسبُ حيضٌ طُلِّقَت فِيهِ.

وَإِن كَانَت لَا تحيضُ لِكِبَرٍ ....

* وإن مات الزوج أولاً، ثم المولى بعد انقضاء عدتها من الزوج.. فيجب عليها ثلث حيض فيجمع بينهما احتياطاً.

● والرابع:

أن لا يعلم كم بين موتهما، ولا الأول منهما.. فهو كالثالث عندهما؛ لاحتمال أنّ المولى مات ثانياً على ما ذكرناه، وعند أبي حنيفة: تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام؛ لاحتمال أنّ الزوج مات ثانياً.

(**ولا يحتسب حيض طلقت فيه**)، وإلا.. لزم بطلان موجب الخاص، أعني: ثلاثة قروء بالنقصان، وذلك باطل؛ فإذا لم يحتسب.. وجب تكميل تلك الحيضة ببعض الرابعة، ولمّا لم تقبل الحيضة الواحدة التجزئة.. وجب إتمام الرّابعة أيضاً على ما في «الأصول».

(**وإن كانت**)، أي: الحرة (**لا تحيض لكبر**) بأن بلغت سنّ الإياس خمس وخمسون سنة، على ما عليه «الفتوى».

وقيل: خمسون سنة.

وقيل: ستون سنة.

وقيل: ثلاث وستون سنة.

وقيل: ثلاثون.

وقيل: إنه مفوّض إلى مجتهد الزمان.

وقيل: إنه مقدر بعدم رؤية الدم مرة، أو مرتين، وقيل: بثلاث، وقيل: بستة أشهر، فتنقضي العدّة بعد ذلك لستة أشهر.

قال في «البزازية»: بلغت فرأت يوماً دماً، ثم انقطع الدم ومضت حول، ثم طلقت.. فعدّتها بالأشهر.

أَو صِغَرٍ أَو بَلَغت بِالسِّنِّ ....

وإن رأت ثلاثة أيام وانقطع ومضى سنة، أو أكثر، ثم طلقت.. فعدتها بالحيض إلى أن تبلغ حدّ الإياس، وهو خمس وخمسون سنة في «المختار».

وعند مالك: عدّة ممتدة الطهر والآيسة: تسعة أشهر: ستة أشهر لاستبراء الرحم، وثلاثة أشهر [٤٧٨/أ] للعدة.

قال العلامة: والفتوى في زماننا على قول مالك في عدّة الآيسة. انتهى.

ولو عاد دمها بعد الإياس.. فبيان حكمه سيأتي مصرّحاً.

(**أو صغر**) بأن لم تبلغ سنّ الحيض (**أو بلغت بالسنّ**) قال في «الفصولين» البلوغ تارة يكون بالسنّ وتارة بالعلامة.

وعلامة الجارية: حيض، واحتلام، وحبل، وأدنى المدة فيها: تسع سنين هو المختار.

وعلامة الغلام: احتلام، وإحبال، وأدنى المدة فيه: اثني عشرة سنة.

وأما السن: ففي الغلام إذا دخل في التاسع عشر، وفي الجارية إذا دخلت في السابع عشر.

وعن أبي يوسف: أنه اعتبر نبات الشعر، وهو قول مالك.

وذكر صدر الإسلام أبو اليسر: قال أبو حنيفة: بلوغ الغلام بالسن ثماني عشر سنة، وبلوغ الجارية تسع عشرة سنة.

وقال أبو يوسف ومحمّد: بلوغهما بالسن خمس عشرة سنة.

وعن أبي حنيفة: في الغلام تسع عشرة سنة.

قالوا: والمراد واحد؛ فإن المراد برؤية ثمانية عشر سنة أنه يتم ذلك ويطعن في التاسع عشر، فلا اختلاف بين الروايتين في الحقيقة.

وَلم تَحِض.. فَثَلَاثَةُ أشهرٍ.

ولكن الغالب في زمان أبي يوسف ومحمّد: أنهما إذا بلغا خمس عشرة سنة، يظهر فيها علامة البلوغ فقد رآه به.

وأبو حنيفة احتاط زيادة، وإنما قدر في الجارية بأقل مما في الغلام؛ إذ ينازغ إليهنّ القوة عادة، ويفتى بقولهما؛ لقصور أعمار أهل زماننا. انتهى، وكذا في «العمادي».

(ولم تحض) بأن لم تر دماً أصلاً، أو رأته يوماً، أو يومين، ثم انقطع واستمر الطّهر؛ فإنه لم يثبت كونها حائضاً ما لم تر ثلاثة؛ كما قال في «الخلاصة» و«البزازية» إن من بلغت فرأت يوماً دماً، ثم انقطع الدم حتى مضت سنة، أو أكثر.. فعدتها تنقضي بالأشهر لا بالحيض؛ لعدم ثبوت الحيض، ومن بلغت وحاضت ثلاثة أيام، ثم انقطع سنة أو أكثر.. فعدّتها تنقضي بالأشهر ما لم تبلغ حدّ الإياس.

(فثلاثة أشهر) بالأهلة إذا اتفق ذلك في غرة الشهر، وبالأيام، أي: ثلاثين يوماً إذا اتفق في غيرها، عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: وهو رواية عن أبي يوسف: يجب إتمام الشهر الأول من الرابع بالأيّام، والباقي بالأهِلّة على ما في «المحيط» و«قاضي خان».

وقيل: إن هذا الخلاف في الإجارة، وأما العدة.. فبالأيام بالاتّفاق، كذا في «البحر» عن «الصغرى».

وفيه عن «المجتبى»: أنه جعله على الخلاف؛ كالإجارة والدين، وإنما تعتبر بالأيّام بالاتفاق في مدّة العنين.

واختلف في أن الصبية المطلّقة والمتوفى عنها زوجها هل يجب عليها العدة؟

وفي «أحكام الصفار» من «الأشباه»: أنها تمنع عن التزوج في العدة، ولا يقول بوجوبها على المعتمد. انتهى.

ثم الأصل ههنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ

وللموت فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ: ....

ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾، أي: فعدتهن ثلاثة أشهر أيضاً، فحذف المبتدأ والخبر بقرينة المعطوف عليه، وهذه الآية ظاهرة فيمن لا تحيض لكبر، أو صغر، ويدخل تحت إطلاقها من بلغت بالسن ولم تحض، وكذا لو رأت الدم [٤٧٨/ب] يوماً أو يومين، ثم انقطع؛ لأنه ليس بحيض.

(وللموت)، أي: عدّة الحرة للموت؛ سواء كانت مسلمة، أو كتابية تحت مسلم، صغيرة، أو كبيرة، أو آيسة؛ وسواء كان زوجها حراً، أو عبداً قبل الدخول، أو بعده، إلا أن تكون حاملاً؛ فإنها تعتد بوضع الحمل للوفاة أيضاً على ما سيأتي.

(في نكاح صحيح) إشارة إلى ما في «الخلاصة» و«الخزانة»: أن عدّة الوفاة في النكاح الفاسد بثلاث حيض، لا بالأشهر والأيام.

وزاد في «البزازية» وقال: والعدة في النكاح الفاسد للموت والطّلاق: ثلاث حيض، وهذا هو المراد بما في «الصغرى» إن عدّة الوفاة لا تجب في النكاح الفاسد، أي: لا تجب بالشهر.

ثم لا بدّ من بقاء النّكاح صحيحاً إلى الموت، حتى لو فسد قبله.. لم تجب عليها عدّة الوفاة، ولهذا قالوا: إن المكاتب لو اشترى زوجته، ثم مات المكاتب عن وفاء؛ فإن لم يكن دخل.. فلا عدّة عليها أصلاً؛ لفساد النكاح قبل الموت؛ لأنه كان يعتق في آخر جزء من حياته ويملك رقبة امرأته ووقعت الفرقة قبل الدخول وهي أمة.

وإن كان دخل بها؛ فإن ولدت منه.. فتعتد بثلاث حيض؛ لأنها أمّ ولد له عتقت بموت سيّدها، وإن لم تلد منه.. فتعتد بحيضتين؛ لفساد النكاح قبل الموت.

وإن مات لا عن وفاء.. فتبطل الكتابة ويصيرا مملوكين للمولى فتعتد بشهرين وخمسة أيّام، ودخل بها، أو لم يدخل؛ مثل رجل مات عن امرأته الأمة، كذا في «قاضي خان».

أَرْبَعَةُ أشهرٍ وَعشرَةُ أَيَّامٍ.

وعِدَّةُ الْأَمَةِ: حيضتانِ.

وَفِي الْمَوْتِ ....

(**أربعة أشهر**) بالأهلة، أو بالأيام على ما ذكرناه.

(**وعشرة أيام**) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ ولقوله ﷺ: «لا يحلّ لامرأة أن تحدّ على ميت فوق ثلاث، إلّا على زوج أربعة أشهر وعشراً».

وقيل: عدّة الوفاة: أربعة أشهر وتسعة أيام وعشر ليال؛ لأن العشر فيما تلوناه ورويناه مؤنث فيتناول الليالي ويدخل ما في خلالها من الأيام ضرورة، وذلك تسعة.

قلنا: إذا ذكر الأيام، أو الليّالي بلفظ الجمع يتناول ما بإزائها من العدد على ما عليه العرف واللغة.

(**وعدة الأمة**) التي تحيض، أي: الطّلاق، أو الفسخ بعد الدخول، أو الوطء بشبهة، أو بنكاح فاسد؛ سواء كانت قنة، أو مدبرة، أو أمّ ولد، أو مكاتبة، أو معتقة البعض على قول الإمام: (**حيضتان**)، لما رواه أبو داود والترمذي: من حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدّتها حيضتان»، ولأن الرق منصف، لقوله تعالى ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾.

فالقياس: حيضة ونصف، ولكنه وجب إتمام النصف ضرورة عدم تجزؤ الحيضة وكذلك الطّلقة، لا يقال: قد سبق آنفاً أنّ عدّة أمّ الولد ثلاث حيض، فكيف يصح تعميمها لها؟

لأنّا نقول: إنّ ما سبق في العدّة الواجبة للمولي بعد موته، أو إعتاقه، وهذه هي الواجبة للزوج وهي قنة.

(**وفي الموت**)، أي: عدّة الأمة في موت زوجها؛ لأن عدتها في موت مولاها ثلاث حيض [٤٧٩/أ] على ما مرّ.

وَعدمِ الْحيضِ: نصفُ مَا على الْحرَّةِ.

وعِدَّةُ الْحَامِلِ: وضعُ الْحملِ مُطلقاً ....

(**وعدم الحيض**) بصغرها، أو كبرها، أو بلوغها بالسن (**نصف ما على الحُرة**) لما تلوناه ورويناه وبيّناه، ففي الموت: شهران وخمسة أيّام، وفي عدّة الحيض: شهر ونصف؛ لأن الأشهر والأيّام تقبل التجزؤ، بخلاف الحيضة على ما ذكرناه.

(**وعدة الحامل: وضع الحمل مطلقاً**)، أي: سواء كانت حرّة أو أمة، مسلمة أو كتابية، عن طلاق، أو وفاة، أو فسخ، أو وطءٍ بشبهة، أو نكاح فاسد؛ وسواء كان الحمل ثابت النسب، أو لا؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

اختلف علي وابن مسعود رضي الله عنهما: في حامل توفي عنها زوجها.

فقال علي: تَعْتَدُّا بأبعد الأجلين؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾ الآية، يقتضي أنها تَعْتَدّ بأربعة أشهر وعشراً، وقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ﴾ الآية، يقتضي أنها تَعْتَدّ بوضع الحمل والتّاريخ غير معلوم، فوجب القول بالأبعد احتياطاً.

وقول ابن مسعود: تَعْتَدّ بوضع الحمل؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾ الآية، متأخر عن قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ﴾ الآية، حتى قال: من شاء باهلته أن قوله: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾ نزلت بعد قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ﴾ الآية، فصار بعمومه ناسخاً لما تقدم عليه.. فوجب الاعتداد بوضع الحمل.

حاصله على ما في «التلويح»: أنهما تعارضا في حق الحامل المتوفى عنها زوجها:

فعلى رأي علي من عدم معرفة التاريخ، وهو قول ابن عباس أيضاً.. يثبت حكم التّعارض في قدر ما تناولاه وتعارضا فيه، أعني: الحامل المتوفى عنها زوجها، فرجعا فيه إلى السنة.

وعلى رأي ابن مسعود - وهو قول عمر أيضاً، وهما عالمان بتأخر آية الأحمال عن آية التربص - كانت آية الأحمال ناسخة لآية التربص فيما تناولاه وتعارضا فيه.

فإن قيل: إن كلًّا منهما يتناول ما لا يتناوله الآخر.

فإن آية الأحمال: الحامل المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا يتناول غير الحامل منها.

وآية التربص: لا يتناول الحامل المطلقة، فما وجه ترجيح عموم آية الأحمال على عموم آية التربص حتى حكم بكونها ناسخاً لها؟

أجيب عنه: بأن المحافظة على عموم آية الأحمال أولى من محافظة عموم آية التربص؛ لأن عموم الأول بالذات وعموم الثاني بالعرض؛ لكون أزواجاً نكرة؛ ولأن الحكم في آية الأحمال معلّل لترتبه على الموصوف بأولات الأحمال، بخلافه في آية التربّص إذ لا تعرض فيها لعلة الحكم أصلاً.

فإن قيل: ما المراد بالأجلين في قول علي؟

قال في «البحر»: والمراد بالأجلين في قول علي: «تعتد بأبعد الأجلين، وضع الحمل ومضيٌّ أربعة أشهر وعشراً». يعني: أيّهما أبعد تعتد به، حتى روي عن عمر أنها لو وضعت وزوجها على سريره.. لانقضت عدتها، ويحل لها أن تتزوج بآخر، ولا يتوقف بمضي أربعة أشهر وعشراً.

ثم قال: وفسر صاحب «المعراج»: أبعد الأجلين المروى عن علي: بأربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض؛ مستدلاً بقول «قاضي خان»: وتفسير أبعد الأجلين بأربعة أشهر وعشراً [٤٧٩/ب] فيها ثلاث حيض، حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشراً ولم تحض.. كانت في العدّة ما لم تحض ثلاث حيض، ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشراً.. لا تنقضي عدّتها حتى تتم المدّة. انتهى.

وَلَو مَاتَ عَنْهَا صبيٌّ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: إِن مَاتَ عَنْهَا صبيٌّ.. فعدَّتُها بِالْأَشْهرِ.

ثم نسبه إلى السّهو، وقال إنما هذا في عدّة امرأة الفار؛ ولأنه لا دخل للحيض في عدّة الحامل أصلاً.

قلت: كون هذا التفسير في امرأة الفار مصرح به في «قاضي خان» قبيل ذلك التفسير.

(ولو) وصلية **(مات عنها صبي)** هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: إن مات عنها صبيّ.. فعدتها بالأشهر)، يعني: أن عدّة زوجة الصغير الذي مات عنها وهي حامل عند موته.. وضع الحمل عندهما، وأربعة أشهر وعشراً عند أبي يوسف، وهو قول الشافعي ومالك؛ لأن الحمل ليس بثابت النسب عنه، فصار كالحادث بعد الموت؛ فإن عدّتها بالأشهر إجماعاً.

ولهما: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج، أو من غيره، في عدّة الطلاق والوفاة، ولأن عدّة الوفاة مقدّرة بمدة وضع الحمل في حق الحامل طالت المدة، أو قصرت؛ لقضاء حق النكاح، لا للتعرف لفراغ الرحم، بدليل أنها شرعت بالأشهر مع وجود الحيض، وهذا المعنى، أي: قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي أيضاً وإن لم يكن الحمل منه، بخلاف حمل الحادث بعد الموت؛ لأنه إنما كانت عدّتها بالشهور؛ لحكمتها بفراغ رحمهما عند الموت، وألزمنا العدّة بالشهور حقاً للنكاح بآية التربص، فلا يتغير بعده بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة.. وجبت مقدرة بمدة الحمل؛ لأنها عدّة الحامل فافترقا.

فإن قيل: إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملاً.. فقد ألزمناها العدّة بالشهور، ثم إذا ظهر الحمل.. تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيّرت العدّة بحدوث الحمل.

وَإِن حَمَلت بعدَ موتِ الصَّبِيّ.. فعدَّتُها بِالْأَشْهرِ إِجْمَاعاً.

قلنا: لما كان النسب يثبت من الكبير.. فكان الحمل كالقائم عند الموت حكماً اقتضاءً؛ لأن النسب لا يمكن ثبوته بلا حمل، وحيث ثبت ههنا.. لا بد له من حمل، فجعلناه كالقائم حكماً.

وفي امرأة الصغير: لما لم يثبت النسب.. لم يحتج إلى جعل الحمل قائماً عند الموت، فكان الحمل مضافاً إلى أقرب الأوقات، فكان ابتداء عدته بالأشهر لا محالة، وإنما لم يثبت النسب من الصغير؛ سواء كان الحمل قائماً عند الموت، أو حدث بعده؛ لأن الصغير لا ماء له، فلا يتصور منه العلوق.

فإن قيل: لا شك أن النكاح موجود فيقام مقام الماء، لقوله ﷺ: «الولد للفراش».

أجيب: بأن النكاح إنما يقام مقام الماء في موضع التصور، ولا تصور في الصبي؛ بقي الكلام في تفسير حدوث الحمل بعد الموت، وفي تفسير قيام الحمل عند الموت:

فسّر الأول: في «العناية»: بأن تضع الحمل بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت وهو قول عامة المشايخ.

وقال بعضهم: بأن يأتي لأكثر من سنتين.

وفي «النهاية»: والأول أصح.

وفسّر الثاني: بأن تلد لأقلّ من ستة أشهر من وقت الموت، كذا في «الفوائد الظهيرية».

(وإن حملت بعد موت الصبي) [٤٨٠/أ]، وذلك بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً عند عامّة المشايخ على ما ذكرناه آنفاً (.. **فعدّتها بالأشهر إجماعاً**) لما ذكرناه آنفاً.

وَلَا نسبَ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَمَن طُلِّقت فِي مرضِ موتٍ رَجْعِيّاً: كَالزَّوْجَةِ.

وَإِن بائناً.. تَعْتَدُّ بِأَبعدِ الْأَجَلَيْنِ.

(ولا) يثبت **(نسب في الوجهين)**، أي: في وجه قيام الحمل عند الموت، وفي وجه حدوثه بعد الموت، وهذا؛ لأن الصبي لا ماء له، فلا يتصور منه العلوق على ما ذكرناه آنفاً.

(ومن طلقت)، أي: بغير رضاها على ما في «فتح القدير» و«البحر» **(في مرض موت؛ رجعيّاً)** واحداً، أو اثنين على ما في «شرح النقاية» (.. **كالزّوجة**)، أي: في بقاء النكاح.. فعليها عدّة الوفاة بالإجماع على ما في «العناية» ، وذلك بطريق انتقال عدّة الطّلاق إلى عدّة الوفاة، وترث منه، وذلك لأن النكاح قد كان ثبت، ثم انقطع بالموت فترث منه؛ لأن الرجعي لا يزيل حقوق النكاح.

وفي «البحر»: لو طلقها رجعيّاً، ثم مات.. فعدتها عدّة الوفاة؛ سواء طلّقها في الصحة، أو في المرض بطريق انتقال عدّة الطلاق إلى عدّة الوفاة؛ وترث منه. انتهى.

(وإن) طلّقها **(بائناً)** بواحدة، أو ثنتين، أو ثلاث (.. **تعتد بأبعد الأجلين**)، أي: بطريق انتقال عدّة الطّلاق.

قال في «البحر»: والمراد طلاقها بائناً في مرضه؛ لأنه لو طلقها بائناً في صحته، ثم مات.. لم تنتقل ولم ترث، وهكذا في «الخلاصة» و«البزازية» على ما سنذكره.

وقال في «فتح القدير»: والمراد بأبعد الأجلين ههنا: الأبعد من أربعة أشهر وعشر، وثلاث حيض، فلو تربّصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشراً.. لم تنقض عدّتها حتى تستكملها.

وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بأن امتدّ طهرها.. لم تنقض عدّتها حتّى تحيض ثلاثاً وإن مكثت سنين.. ما لم يدخل سن الإياس. انتهى.

وهذا هو المراد بما في «قاضي خان» و«العناية» و«البحر» قالوا: والمراد بأبعد الأجلين: أربعة أشهر وعشر فيها: ثلاث حيض.

وقال في «المجتبى»، يعني: بأبعد الأجلين: عدّة الوفاة إن كانت أطول، وعدة الطّلاق إن كانت أطول، وعدّة الطلاق أعني: ثلاثة حيض تعتبر من وقت الطّلاق لا الوفاة. انتهى.

فعلى هذا: يشكل ما ذكرناه من تفسير أبعد الأجلين من «فتح القدير» وغيره؛ لأن تفسيرهم يقتضي أن يكون ثلاث حيض كلها في عدّة الوفاة، بخلافه ما في «المجتبى»؛ لأن مقتضاه أنها لو حاضت حيضتين قبل وفاته، ولم تحض بعد وفاته إلّا واحدة ومضت عدّة الوفاة.. كفى ذلك، وهذا خلاف مقتضى التفسير المذكور.

وقال في «الخلاصة» و«البزازية»: والمطلقة إذا مات عنها زوجها.. صارت عدّتها عدّة الوفاة إن كان الطلاق رجعيّاً، وإن كان بائناً، أو ثلاثاً إن كانت لا ترث منه؛ لعدم الفرار.. لا تصير عدّة الوفاة، وإن ورثت منه بالفرار.. اعتدت بأربعة أشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض.

وقال أبو يوسف: عدّتها ثلاث حيض.

ولو مضى حيضة من عدّتها بعد الطّلاق، ثم مات الزوج والطلاق بائن.. تحسب هذه من العدة. انتهى. [٤٨٠/ب] وهذا ما يؤيّد ما في «المجتبى».

وقال في «قاضي خان»: إذا طلق الرجل إحدى امرأتيه لا بعينها بعدما دخل بهما وهما من ذوات الحيض، ثم مات ولم تعرف المطلقة منهما.. تجب على كل واحدة منهما عدّة الوفاة تستكمل فيها ثلاث حيض.

وكذا لو طلّق إحدى امرأتيه ثلاثاً في صحته لا بعينها، ثم مات قبل البيان.. تجب على واحدة منهما عدّة الوفاة تستكمل فيها ثلاث حيض.

وكذا لو قال لامرأتين له: إحداكما طالق ثلاثاً، ثم بين الطّلاق في إحداهما في

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: كالرَّجعيِّ.

المرض ومات قبل انقضاء العدة.. كان عليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض انتهى.

وهذا بناءً على أنّ العدّة من وقت البيان على ما صرّح به في «الخلاصة»، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: كالرّجعي).

قال في «الهداية» وحواشيه وسائر عامة الكتب: إن المطلقة بائناً إذا مات عنها زوجها.. فعدّتها ثلاث حيض عند أبي يوسف، ولا تنتقل إلى عدّة الوفاة عنده وقد ذكرناه من «الخلاصة» و«البزازية» أيضاً.

وعلّلوه: بأن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق البائن بلا خلاف، ومن انقطع نكاحها بالطّلاق.. لزمها ثلاث حيض؛ لأن عدّة الوفاة مختصة بما زال نكاحها بالوفاة، وهذه ليست كذلك.

فإن قيل: لو انقطع النكاح.. لمَ ترث من زوجها؟

قلنا: إنما ترث لاجتماع الصّحابة على توريثها ردّاً لقصده السيئ عليه، ولا دليل على انتقال عدّة الطّلاق إلى عدّة الوفاة ههنا، بخلاف الرجعي؛ لأن النكاح باق من كل وجه فتنتقل العدّة فيه إلى الوفاة، فعلى هذا: لا معنى لقوله كالرجعي؛ لأن عدّة المطلّقة رجعيّاً إذا مات عنها زوجها.. ليس بثلاث حيض، بل تنتقل إلى عدّة الوفاة بالإجماع على ما ذكرناه.

ولأبي حنيفة ومحمّد: أن النكاح لما بقي في حق الإرث.. يجعل باقياً في حق العدّة أيضاً؛ احتياطاً، لأنا إنما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكماً إلى وقت الموت، أو باعتبار إقامة العدّة مقام أصل النكاح حكماً، والميراث لا يثبت بالشك، والعدة تجب به؛ فإذا جعل النكاح في حكم الميراث؛ كالمنتهي

وَمَن عَتَقَتْ فِي عِدَّةِ رَجْعِيٍّ.. تتمُ كَالْحرَّةِ.

وَإِن فِي عِدَّةِ بائنٍ أَو موتٍ.. فكالأمةِ.

بالموت حكماً.. ففي حكم العدّة أولى، وسبب وجوب العدّة عليها بالحيض متقرر حقيقةً، فألزمناها الجمع بينهما احتياطاً.

وعلى هذا الخلاف: المرتد إذا مات، أو قتل على ردته، حيث ترث زوجته وتعتد بأبعد الأجلين عندهما، وبثلاث حيض عند أبي يوسف؛ لانقطاع النكاح بردّته لا بموته.

وقيل: هذه المسألة ليست بخلافيّة، بل تعتد فيها بثلاث حيض بالإجماع، والفرق لهما بين هذه المسألة وبين ما تقدّم: أن النكاح ما اعتبر قائماً باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث ههنا؛ لأنها مسلمة عند الموت، والمسلمة لا ترث الكافر، ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة، وبذلك السّبب لزمها العدّة بالحيض، فلا يلزمها عدّة الوفاة، وفيما تقدّم: استحقاق [٤٨١/أ] الميراث عند الموت، لا عند الطّلاق.

فقلنا: إن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت.

(**ومن**)، أي: أمة (**عتقت في عدة**) طلاق (**رجعي.. تتم عدّتها كالحرّة**)، أي: تنقلب عدّة طلاقها إلى عدّة الحرائر، فتعتد بثلاث حيض إن كانت من ذوات الحيض، وإلا.. فبثلاثة أشهر من وقت الطّلاق.

(**وإن**) عتقت (**في عدة**) طلاق (**بائن**) بواحد أو بثلاث (**أو موت.. فكالأمة**)، أي: لا تنقلب إلى عدّة الحرائر، وهذا؛ لأن النكاح قائم من كل وجه في عدّة الطّلاق الرجعي، فكمل ملك الزوج عليها، والعدة في الملك الكامل توجب ثلاث حيض، كذا في «فتح القدير» نقلاً عن «الكافي».

وقال في «الزيلعي»: لأن النّكاح قائم من كل وجه في الرجعي فتوجب انتقال عدتها إلى عدّة الحرائر؛ لكمال ملك الزوج فيها، فالطلاق في الملك الكامل.. يوجب عدّة الحرائر. انتهى.

....

وضع فيه لفظ الطلاق موضع لفظ العدّة، وتعقّبه في «فتح القدير» بأن قال: إن الطلاق لم يحدث في الملك الكامل، بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق.

قلت: مراده بالملك الكامل: هو الملك المتعلق بذلك النكاح لا مطلق الملك، وذلك النكاح لما كان قائماً من كل وجه.. كان ما يتعلق به من الملك قائماً معه؛ لأن الشيء إذا ثبت.. ثبت بجميع لوازمه، هذا في الرجعي، بخلافه؛ إذا عتقت في عدّة البائن، أو الموت؛ لأن النكاح زال فيهما، والزوجيّة انقطعت بالبينونة والموت، فلم يكمل الملك فيها بالعتق والعدة، أو الطلاق، على الخلاف السّابق بين «الكافي» و«الزيلعي» في الملك الناقص لا يوجب عدّة الحرائر، فلا تنتقل عدّتها إلى عدّة الحرائر، فتعتد للطلاق حيضتان إن كانت من ذوات الأقراء، وإلّا.. فشهران، وللموت: شهران وخمسة أيّام.

فإن قيل: إن العدّة حكم زوال الزوجيّة، وحكم الشيء يثبت عند ثبوت ذلك الشيء.. فينبغي أن لا تتحول العدّة بعدة في الرجعي أيضاً؛ لأنها عند ثبوتها عند الزوال أمة، ولأنه بمجرد الطلاق:

تم سبب عدّة الإماء، وشرطها أعني: ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح مؤكد، فلو وجبت الحرائر بعده.. كان على خلاف مقتضى السبب، فينبغي أيضاً أن لا تتحول؛ كما هو مذهب مالك وأبو ثور.

وأجيب عن الأوّل: بأنها إنما تحوّلت؛ لأن سببها وهو الزوال متردّد، فكانت متردّدة أيضاً؛ لتردّد سببها، فتغيّرت، ولهذا تتحول بموت الزوج في الرجعي من الأقراء إلى الشهور، بخلاف البائن؛ فإن سببه ليس بمتردد، فلم تتحول العدّة فيه بالعتق.

وعن الثاني: بأنا لا نسلم تأثير سبب العدّة في كمية مخصوصة، فالنكاح سبب للعدة عند الطلاق لا بقيد كمية خاصة؛ إذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية،

وَإِنِ اعْتَدَّتِ الآيسةُ ....

بل في مطلق التربص تعرفاً لفراغ الرحم تأسّفاً عن زوال النعمة، وتقدير الكمية لحكمةٍ أخرى ذكرها ابن الهمام في عدّة النكاح الفاسد.

وقال ابن الهمام أيضاً - وقد صوّر الانتقال إلى جميع كميّات العدّة البسيطة وهي أربعة - صورتها: أمة [٤٨١/ب] صغيرة منكوحة طلقت رجعياً.. فعدّتها شهر ونصف، فلو حاضت في أثنائها.. انتقلت إلى حيضتين، فلو أعتقت قبل مضيهما.. صارت ثلاث حيض، فلو مات زوجها قبل انقضائها.. انتقلت إلى الأربعة أشهر وعشر.

واعلم أن حاصل مسائل انتقال العدة.. إلى ست صور:

الأولى: المطلقة الصغيرة إذا اعتدت وبلغت في خلال العدة.. فإنها تستقبل العدّة بثلاث حيض بينونة كانت، أو رجعية.

الثانية: آيسة اعتدت ببعض الشهور فحاضت في أثناء الشهور، أو حبلت.. فإنها تستقبل العدّة في الحيض بثلاث حيض، وفي الحبل بوضع الحبل.

الثالثة: المطلقة لو اعتدت بحيضة، أو حيضتين، ثم ارتفع حيضها.. لا تخرج من العدّة ما لم تيأس؛ فإذا آيست.. تستقبل العدّة بالأشهر.

الرابعة: آيسة اعتدت بالأشهر، ففرغت من العدّة وتزوجت بزوج، ثم حاضت، أو حبلت.. تستقبل بالحيض ووضع الحمل.

الخامسة: أمة طلقت فعتقت في العدة، أو مات مولاها فعتقت في العدة.

السّادسة: الحرة المطلّقة مات زوجها في عدتها.

وهذه الصور قد تقدّم بعضها وسيأتي بعضها، ومنه ما ذكره بقوله: **(وإن اعتدت الآيسة)** أي: من قطع دمها في سنّ الإياس: وهو خمسة وخمسون سنة على ما عليه «الفتوى»، وقد ذكرناه من قبل.

بِالْأَشْهرِ ثمَّ عَادَ دَمُهَا على عَادَتهَا.. بطلت عدَّتُهَا وتستأنف بِالْحيضِ..........

(بالأشهر ثم عاد دمها) في أثناء الشهور، أو بعدها **(على عادتها.. بطلت عدتها)** بالأشهر؛ لأن الإياس يبطل بالعود، وإذا بطل.. ظهر أن العدّة بالأشهر لم تكن خلفاً عن العدّة بالحيض؛ لأن شرط الخلفية تحقق الإياس لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ﴾ الآية، والإياس لا يتحقق إلا باستدامة العجز إلى الممات؛ كالفدية في حق الشيخ الفاني، وإذا لم تكن خلفاً.. علم أن الأصل، أعني: العدّة بالحيض باق، وإن كان الأصل باقياً.. علم أن عدتها لم تنقض، إلا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضاً، وكونه حيضاً ليس بلازم من مجرّد وجوده لجواز كونه دماً فاسداً، فلهذا قيّده بقوله على عادتها؛ لأنه حينئذ ظاهر في أنه ذلك المعتاد، وعود العادة يبطل الإياس، إلا أنهم اختلفوا في تفسير العود على عادتها:

ففسره بعضهم: بأن ترى دماً سائلاً كثيراً؛ كما كانت تراه في زمان حيضها، وجعله احترازاً عمّا إذا رأت بلّة يسيرة ونحوها، وقيدوه أيضاً بأن يكون أحمر أو أسود، فلو كان أصفر، أو أخضر، أو تربيّة.. لا يكون حيضاً، بل ذلك من نتن الرحم، فكان دماً فاسداً لا يتعلّق به حكم الحيض، ومنهم من لم يتصرّف فيه.

وقال: معناه إذا رأته على العادة الجارية في زمان حيضها، وهذا التفسير يفيد أنها إذا كانت عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك، أو علقاً فرأته كذلك.. كان حيضاً مظهراً عدم انقضاء العدّة بالأشهر.

(وتستأنف) العدّة **(بالحيض)**، أي: فيمن عاد دمها، وتستأنف بوضع الحمل فيمن حبلت من زوج آخر بعد العدّة بالأشهر [٤٨٢/أ] على ما صرّحوا به، وهل يفسد نكاحها؟

واعلم أنّ في هذه المسألة أقوالاً على ما ظهر من كلامهم:

ففي «قاضي خان»: ولو اعتدت الآيسة بالأشهر ففرغت من العدّة وتزوّجت بزوج آخر، ثم حاضت، أو ولدت منه - على القول الّذي للإياس حدّ مقدّر، وما تراه الآيسة

من الدّم لا يكون حيضاً - لا يفسد نكاحها مع الثاني، وعلى القول الّذي ليس للإياس حد مقدّر، وما تراه من الدم يكون حيضاً.. يفسد نكاحها مع الثاني. انتهى.

والمصنف أطلق بطلان العدّة بالأشهر، والاستئناف يلزمه ثبوت البطلان، والاستئناف وفساد النكاح على القولين، أي: تقدير الإياس بمدّة، وعدم تقديره على خلاف في «قاضي خان».

وقال في «فتح القدير» نقلاً عن «المحيط»: إن في ذلك روايتين:

في رواية لا تقدير فيه: وإياسها على هذه الرواية: أن تبلغ من السن ما لا تحيض مثلها فيه؛ فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم.. حكم بإياسها؛ فإن رأت بعد ذلك دماً على هذه الرواية.. فيبطل الاعتداد بالأشهر، ويظهر فساد النكاح.

وفي رواية: يقدر بخمس وخمسين سنة، وعليه أكثر المشايخ.

وفي «الخلاصة»: وهو المختار وعليه الفتوى.

وقيل: ستين سنة.

وقيل: سبعين سنة.

إلى غير ذلك من الأقوال، وقد ذكرناه من قبل.

وقال الأقطع: فإذا رأت بعد ذلك دماً.. لا يكون حيضاً؛ كالدم الذي تراه الصغيرة الّتي لا تحيض مثلها، وإذا لم يكن حيضاً على هذه الرواية.. لم يظهر فساد النكاح مع الثاني.

وقيل: يكون حيضاً ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح؛ لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين إذا لم تر الدم بالاجتهاد، والدم حيض بالنص؛ فإذا رأته.. فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد.. فيبطل، وهذا يفيد أن الخلاف المذكور في أن ما تراه الآيسة من الدم حيض أم لا، وأن نكاحها مع الثاني فاسد أم لا؛ إنما هو على رواية تقدير المدة.

وأما على رواية عدم تقدير المدة.. فلا خلاف في الانتقاض والفساد على خلاف ما في «قاضي خان» أيضاً.

وذكر في «الغاية» عزوا إلى «الإسبيجابي» على رواية عدم التقدير قال: ولو اعتدت بالأشهر، ثم رأت الدم.. لا تبطل الأشهر، وهو المختار عندنا.

فظهر منه اختلاف المشايخ على الروايتين على خلاف ما في «قاضي خان» أيضاً؛ لأن الظاهر من «قاضي خان»: أنه لا خلاف في عدم الانتقاض وعدم فساد النكاح على رواية التقدير، ولا خلاف أيضاً في الانتقاض والفساد على رواية عدم التقدير.

وذكر في «فتح القدير»: إن بعض عباراتهم تفيد أن عدم انتقاض العدّة بالأشهر، وعدم فساد النكاح.. إنما هو إذا حكم القاضي بالإياس والانتقاض، والفساد إنّما هو إذا لم يحكم القاضي بالإياس.

وذكر في «الخلاصة» نقلاً عن «نوادر الصلاة» لمحمد: أنّ العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدّة الحيض.. فهو حيض.

ثم نقل عن محمّد بن المقاتل: أنه كان يقول: إن رواية «النوادر» [٤٨٢/ب] محمولة على ما إذا لم يحكم بإياسها؛ أما إذا انقطع وحكم بإياسها وهي ابنة سبعين سنة، أو نحوه فرأت الدم.. لا يكون حيضاً.

ثم ذكر بعد أسطر: أن طريق القضاء أن يدّعي أحد الزوجين فساد النكاح؛ بسبب قيام العدة، فيقضي القاضي بجوازه وبانقضاء العدّة بالأشهر، قال: وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك.. يكون حيضاً، ويفتي ببطلان العدّة بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل تمام الأشهر، وإن كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالأشهر.. لا تبطل الأنكحة، قضى القاضي بجواز ذلك، أو لم يقض.

ثم ذكر نقلاً عن «مجموع النوازل»: أنّ الآيسة إذا اعتدت بالأشهر وتزوجت،

ثم رأت الدم.. يكون النكاح فاسداً عند بعض المشايخ؛ أما إذا قضى القاضي بجواز النكاح، ثم رأت الدم.. لا يكون النكاح فاسداً، والأصح: أن النكاح جائز، ولا يشترط القضاء، وفي المستقبل العدّة بالحيض. انتهى.

فظهر منه: أنّ ما ذكره في «فتح القدير» من أنّ المفاد من بعض عباراتهم: اشتراط القضاء بالإياس في الحكم بعدم الانتقاض، وعدم فساد النكاح، وعدم القضاء في الحكم بالانتقاض، والفساد.. ليس بأصّح، بل الأصح: جواز النّكاح بلا اشتراط القضاء بالإياس، فحصل في المسألة أقوال على تقدير مدّة الإياس وعدم تقديرها:

الأول: تنتقض مطلقاً إذا رأته قبل انقضاء الأشهر، وبعد انقضائها في الماضي والمستقبل قدر مدة الإياس، أو لا.

وفي «فتح القدير» وهو مختار صاحب «الهداية» على ما ظهر من تصويره وتعليله.

قلت: وهو الظاهر من إطلاق المصنف أيضاً.

الثاني: أنها لا تنتقض مطلقاً.

الثالث: أنها تنتقض مطلقاً إن رأته قبل تمام الأشهر، وإن رأته بعدها.. لا تنتقض، ولا تفسد الأنكحة، قضي بالإياس، أو لا، وهو قول الصدر الشهيد.

الرابع: أنها تنتقض إن لم يكن قضي بإياسها، ولا تنتقض إن كان حكم بإياسها، وذلك أن يدّعي أحدهما فساد النكاح، فيقضي بصحته وبانقضاء العدة، وهو قول محمّد بن مقاتل، وصحّحه في «الاختيار».

الخامس: أنها تنتقض مطلقاً على رواية عدم تقدير المدة للإياس.

السادس: أنّها تنتقض في المستقبل، فلا تعتد فيه إلا بالحيض للطلاق بعده لا الماضي، فلا تفسد الأنكحة المباشرة بعد الاعتداد بالأشهر، وهذا هو الذي صحّحه

هُوَ الصَّحِيحُ.

وَكَذَا تسْتَأْنِفُ الصَّغِيرَةُ إِذا حَاضَت فِي خلالِ الْأَشْهرِ.

وَمنِ اعْتدَّتِ الْبَعْضَ بِالْحيضِ ثمَّ أَيِسَت.. تَعْتَدُّ بِالْأَشْهرِ.

في «مجموع النوازل» على ما ذكره صاحب «الخلاصة»، هكذا ذكر في «فتح القدير» و«البحر» هذه الأقوال الستة.

أقول: إن ما ظهر ممّا نقلناه من «قاضي خان»: ينبغي أن يكون قولاً سابعاً، تأمّل.. تعرفه.

ثم ذكر في «البحر» أنّ ظاهر الرواية عن أبي حنيفة: هو القول الأول على ما هو الظاهر من إطلاق المصنف، فعلى هذا يكون قوله: (هو الصحيح) احترازاً عن الأقوال الباقية بإرجاع الضمير مطلقاً.

(وكذا تستأنف عدّة الصغيرة) المطلقة رجعياً، أو بائناً **(إذا حاضت في خلال الأشهر)** تحرزاً عن الجمع بين الأصل والبدل.

(ومن اعتدت البعض بالحيض) بأن رأت [٤٨٣/أ] حيضة، أو حيضتين **(ثم أيست)**، أي: انقطع دمها وهي في سنّ الإياس **(.. تعتد بالأشهر)** من حين انقطع الدم، لا من وقت الطّلاق، وهذا لما ذكرناه من التحرز عن الجمع بين الأصل والبدل.

واعترض عليه بمن صلّى بوضوء، ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء.. فإنه يبنى بالتيمم، وبمن عجز عن الركوع والسجود يومئ بعدما أدّى بعض الصّلاة بها، وفي ذلك جمع بين الأصل والبدل.

أجيب: بأن الصّلاة بالتيمم ليست خلفاً عن الصلاة بالوضوء، وإنما الخلفية بين الماء والتراب، أو بين الطهارتين على الاختلاف، ولكنه لا جمع بينهما؛ لأن إحدى الطّهارتين لا تكمل بالأخرى، وكذا التراب مع الماء، وكذا الإيماء ليس خلفاً عن الركوع والسّجود؛ لأنه بعضهما، وبعض الشيء لا يكون خلفاً عنه.

وَإذا وُطِئَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ.. وَجَبت عَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَى وتداخلتا.

وَمَا تَرَاهُ يُحْتَسبُ مِنْهُمَا، فتُتِمُّ الثَّانِيَةَ إن تمَّتِ الأُولى قبلَ تَمامِهَا.

(**وإذا وطئت المعتدة**) من طلاق، أو غيره (**بشبهة**) من قبل الزوج، أو الأجنبي؛ كما لو تزوجها وهو لا يعلم أنها مُعْتَدَّة الغير، أو وجدها على فراشه وقالت النساء: إنها زوجتك (.. **وجبت عليها عدّة أخرى وتداخلتا، وما تراه**) من الدم (**يحتسب منهما فتتم**) من الإتمام (**الثانية**) من العدتين (**إن تمت الأولى قبل تمامها**)، أي: الثانية.

وأعلم أنّ الوطء بشبهة على ثلاثة أنواع:

وطءٌ بشبهة في المحل.

ووطءٌ بشبهة في العقل.

ووطءٌ بشبهة في العقد، وقد ذكرناه في أول الباب، وسيأتي في كتاب الحدود أيضاً، وهذا ما لا كلام فيه، وإنما الكلام فيما ذكره في «فتح القدير» ههنا، قال الوطء بشبهة يتحقق بصور:

المُعْتَدَّة التي زفت إلى غير زوجها.

والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدّة بنكاح قبل زوج آخر، أو في عدّته، إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي.

والّتي طلقها بائناً بالكناية، ثم وطئها في العدّة، أو كانت في عدّة فوطئها آخر بشبهة، أو في عصمة زوج فوطئها آخر بشبهة، ثم طلقها الزوج.

ففي هذه الصّور تجب عدتان وتتداخلتان، وما في «الغاية» من أن الشبهة في المطلقة ثلاثا شبهة في الفعل، والشبهة في الفعل، لا تثبت النسب بالوطء، وإن قال: ظننت أنها تحلّ لي، وإذا لم يثبت النسب.. لا تجب به العدة، سيأتي دفعه في كتاب الحدود. انتهى ما في «فتح القدير».

قال في كتاب الحدود: إن النسب لا يثبت بالوطء بشبهة في الفعل؛ لأنه زنا محض، ولهذا لا تجب به عدّة أيضاً؛ إذ لا عدّة من الزنا.

ثم قال: قيل إن هذا غير مجري على عمومه؛ فإن المطلقة ثلاثاً يثبت النسب منها؛ لأنه وطء في العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب، وكذا المطلقة بمال والمختلعة.

ثم قال: قال بعضهم: بل هو على ظاهره، وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث، أو خلع.. ليس باعتبار وطء في العدة، بل باعتبار علوق سابق على الطلاق، ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت إلى أقل من سنتين، ويثبت لتمام سنتين؛ لأنه إذا كان لأقلّ من سنتين.. أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق، بخلاف ما إذا كان لتمامها. انتهى.

فحاصل الدّفع: أنا لا نسلم أن النسب لا يثبت في الوطء بشبهة في الفعل مطلقاً [٤٨٣/ب]، بل يثبت في بعض المواضع منها؛ أعني: المطلقة ثلاثاً، أو بائناً بمال، أو المختلعة، وإن لم يثبت في المواضع الباقية منها.

قلت: ثبوت النسب بهذا الوجه - أعني: باعتبار علوق سابق على الطّلاق - لا يستلزم ثبوت عدّة أخرى للوطء الكائن في عدّة الطّلاق، فلا تندفع الشبهة بحذافيره؛ اللهمّ إلا أن يقال: إن ظنّ حلّها دليل في حقّه.. فحينئذٍ ترجع هذه الشبهة إلى الشبهة في المحل، فيلزم ثبوت النسب والعدّة باعتبار الوطء في العدّة، فتندفع الشبهة بحذافيرها ويستقيم قوله: تجب عدّتان وتتداخلان، ويؤيّد ما قلنا: ما ذكره في «البزازية» و«الخلاصة»: أنه لو طلق امرأته ثلاثاً، ووطئها في العدّة مع العلم بالحرمة.. لا تستأنف العدة، وتنقضي عدّتها بثلاث حيض، ولو كان منكراً الطّلاق، أو ادّعى الشبهة.. لا تنقضي عدتها، بل تستقبل. انتهى.

وقد ذكرناه في أول الباب أيضاً.

ثم معنى تداخل العدّتين جعل المرئي عنها، حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدّة الأولى.. فعليها حيضتان: تمامها وتحسبهما من عدّة الثاني.

توضيحه: أنّه إذا وجبت على المرأة عدّتان؛ فإمّا أن تكونا من رجلين، أو من رجل واحد.

فإن كان الثاني كما إذا طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها في العدّة قبل زوج آخر ووطئها، أو وطئ مطلّقته ثلاثاً في العدّة بلا تزوج، أو وطئ مختلعته، أو مطلّقته بائناً بمال في العدّة ظاناً أنها تحلّ له، أو وطئ مطلقته بائناً بألفاظ الكناية في العدّة.. فلا شك أنّ العدّتين تتداخلان في هذه الصّور بالمعنى الذي ذكرناه.

وإن كان الأوّل: **فإمّا أن يكونا من جنسين**: كالمتوفى عنها زوجها، إذا وطئت بشبهة.. تعتد بالشهور، وتحتسب بما تراه من الحيض في الأشهر تحقيقاً للتّداخل بقدر الإمكان في الجنسين، حتى إذا مضت الشهور ورأت فيها حيضة.. تعتد بحيضة أخرى.

أو من جنس واحد؛ كالمطلقة من بائن، أو رجعي إذا تزوجت بآخر في عدّتها فوطئها الثاني وفرّق بينهما.. تتداخلان، ويكون ما تراه من الحيض محتسباً منهما جميعاً، وإذا انقضت الأولى ولم تكمل الثانية.. فعليها إتمام الثانية.

صورتها: أن الوطء الثاني إذا كان بعدما رأت حيضة.. تجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض؛ فإذا مضت حيضتان.. تمت العدّة الأولى.. فللزوج الثاني أن يتزوّجها قبل الثالثة؛ لكونها معتدته، لا لغيره؛ لكونها مُعْتَدَّة الغير.

والحاصل: أنّ الحيضة الأولى مختصة للعدة الأولى، والرابعة للثانية، وما بينهما من الحيضتين تنوبان عن أربع حيض: اثنان من الأولى، واثنان من الثانية، وإن كان طلاق الأول رجعيّاً فراجعها في الحيضتين.. صحت الرجعة، ولكن لا يقربها حتى تنقضي عدّتها، ولو راجعها في الحيضة الثالثة.. لا تصح على ما في «الخلاصة»؛ لأنها بانت منه، وإن تكن رأت شيئاً من العدّة الأولى.. فليس عليها إلا ثلاث حيض، وهي تنوب عن ست حيض، هذا كله عندنا [٤٨٤/أ].

وَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ وَالْمَوْتِ: عقيبَهما **وَإِنْ** لم تعلَم بهِما.

وقال الشافعي وأحمد: إنهما لا يتداخلان بناءً على أنّ ركن العدّة عندهما: هو كف النّفس عن الحرمات في مدّة معينة، والكف عن الحرمات عبادة والعبادات لا تتداخل، وإنما التداخل لائق بالعقوبات، ولهذا: إن من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب، ثم وجب مثله بسبب آخر.. لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد؛ فإذا وجب عليها الكف عن المحرّمات في مدّة بسبب آخر، وكف آخر كذلك بسبب آخر.. لا يتداخلان.

قلنا: إن المقصود منها: التعرّف لفراغ الرّحم وقد حصل ذلك بالعّدة الواحدة فيتداخلان، ومعنى العبادة فيها تابع؛ لأن ركنها هو المحرمات على ما ذكرناه في أوّل الباب، والمحرّمات تتداخل؛ كصيد الحرم في حقّ المحرم؛ فإنه يحرم للإحرام وللحرم أيضاً.

(**وابتداء العدّة في الطّلاق**) مطلقاً.

(**والموت**)، ولو مات عنها قبل الدّخول بها، بخلاف الطّلاق؛ فإنه لا عدّة عليها في الطّلاق قبل الدخول.

(**عقيبهما، وإن لم تعلم**) المرأة (**بهما**) أي: بالطلاق والموت؛ لأن عدّة الطلاق والموت تتم سبب العدّة فيعتبر ابتداؤها من وقت تمام السّبب؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع، وعلمها بالسّبب وما يتمّ به السّبب.. ليس بشرط.

واختلفوا فيما إذا فارق امرأته زماناً، ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا، والمرأة تصدّقه.

فقال مشايخ بلخ وبخارى وسمرقند: إنّ ابتداء العدّة من وقت إقراره نفياً لتهمة المواضعة؛ لجواز أن يتواضعا على الطّلاق، وانقضاء العدّة ليصحّ إقرار المريض بها بالدين ووصيّته لها بشيء، أو يتواضعا على انقضاء العدة؛ لأن يتزوّج أختها، أو أربعاً سواها.

وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ: عقيبَ التَّفْرِيقِ أَوِ الْعَزْمِ على تركِ الوطءِ.

وقال محمد: تعتبر عدّتها من وقت الطلاق.

وفي «الذخيرة»: أنها تعتبر من وقت الإقرار عقوبة عليه؛ لكتمانه الطلاق، لكن لا تجب لها نفقة العدّة والسكنى وهو المختار، وكذا اختاره المتأخّرون على ما في «البزازية».

وإنما لا تجب النفقة والسكنى؛ لأن ذلك حقّها وقد أسقطه بتصديقه ، وإن لم تصدقه المرأة بل كذبته، أو قالت: لا أدري.. تجب العدّة من وقت الإقرار، وتجب لها عليه النفقة والسكنى، ولا يحل له أن يتزوج بأختها ولأربع سواها حتى تنقضي عدّتها على ما في «البزازية».

وفي «الخلاصة» و«البزازية» إنه جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها، فضربها وطلّقت نفسها، فأنكر الزوج الضرب، فأقامت المرأة البينة على الضرب وقضى القاضي بالفرقة.. فالعدة من وقت القضاء، أو من وقت الضرب، ينبغي أن يكون من وقت الضرب، وعليه ظاهر «الجامع الكبير»، ومن هنا أفتيت في امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً قبل ستة أشهر وأنكرها الزوج، وأقامت المرأة بينة على ذلك وقضى القاضي بالطلاق بانقضاء عدتها.

(**وفي النكاح الفاسد**)، أي: ابتداء العدّة في النكاح الفاسد (**عقيب التفريق أو العزم على ترك الوطء**)، وذلك [٤٨٤/ب] بأن يقول الواطئ: تركتك، أو خليت سبيلك، أو نحو ذلك، لا مجرد العزم؛ لأنه أمر باطن لا يعلم إلّا بدليل وهو الإخبار.

وقال زفر: هي من آخر الوطءات؛ لأن الوطء: هو السبب الموجب لها إذ لو لم يطأها.. لم تجب عليها العدّة.

قلنا: سلّمنا أن الوطء هو السبب الموجب لها، لكن جميع الوطءات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطأة واحدة؛ لاستناد الكلّ إلى عقد واحد، ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد، فلم تثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة، إلّا بالتفريق أو العزم؛ لأنه

وَمن قَالَت: انْقَضتْ عدَّتي بِالْحيضِ.. فَالْقَوْل لَهَا مَعَ الْيَمينِ إِن مضى عَلَيْهَا سِتُّونَ يَوْماً.

وَعِنْدَهُمَا: إِن مضى تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ يَوْماً وَثَلَاثُ سَاعَاتٍ.

وَإِن نكحَ معتدَّتَهُ مِن بائنٍ ثمَّ طَلَّقهَا قبلَ الدُّخُولِ.. لزمَ مَهْرٌ كَامِلٌ وعدَّةٌ مستأنَفَةٌ.

قبل ذلك جاز أن يوجد غيره، فلا يكون ما فرضناه آخر الوطءات آخرها، ولأن حقيقة الوطء أمر له سبب ظاهر، وهو التمكين من الوطء على وجه الشبهة، وكل ما كان كذلك.. يقام السبب فيه مقامه ويدار الحكم عليه، فمهما كان السبب باقياً.. كان الوطء أيضاً باقياً، فلا تتعين آخر الوطءات، فلا بد من التفريق أو العزم؛ ليرتفع السبب فتتعين آخر الوطءات.

فإن قلت: إن الحاجة إلى العدّة للزّوجين، وحقيقة الوطء ليست بحقيقة لهما.

قلنا: نعم، إلا أن غير الواطء، وهو الذي يريد أن يتزوجها قد يحتاج إلى معرفتها أيضاً، ولا خفاء في خفاء الوطء بالنسبة إليه.

(**ومن قالت: انقضت عدّتي بالحيض**) وكذبها الزّوج (.. **فالقول لها مع اليمين**) لأنها أمينة في ذلك.

(**إن مضى عليها ستون يوماً**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: إن مضى تسعة وثلاثون يوماً**) على ما ذكرناه في آخر باب الرجعة (**وثلاث ساعات**) إنما زادها شيخ الإسلام للاغتسال بناء على كون زمان الاغتسال من الحيض عنده.

(**وإن نكح معتدته من بائن**)، أي: بما دون الثلاث؛ لأن نكاح المُعْتَدَّة بالثلاث قبل زوج آخر.. لا يجوز، (**ثم طلّقها قبل الدخول.. لزم مهر كامل وعدة مستأنفة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وَعند مُحَمَّدٍ: نصفُ مهرٍ وإتمامُ الْعِدَّةِ الأُولى.

(وعند محمد: **نصف مهر**) ومتعة على ما في «فتح القدير».

(وإتمام العدّة الأولى).

وقال زفر: لها نصف مهر، أو متعة إن لم يكن سُمّي فيه شيء، وليس عليها عدّة مستقبلة، ولا تكملة العدّة الأولى.

وله: أنّ العدّة الأولى بطلت بالتزوج، ولا تجب عدّة بعد الطّلاق الثاني، ولا كمال المهر؛ لأنه قبل الدخول.

ومحمد يقول كذلك، غير أنّ إكمال العدّة الأولى.. وجب عنده بالطّلاق الأوّل، لكنه لم يظهر حكمه حالة التزوح الثاني؛ فإذا ارتفع بالطلاق.. ظهر حكمه.

واعلم: أنّ هذا الخلاف مبني على أصل واحد، وهو أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني أم لا؟

فقال محمد وزفر: لا.

وقال وأبو حنيفة وأبو يوسف: نعم.

ولمحمد وزفر: أن الطلاق الثاني طلاق قبل الدخول، فلا يجب فيه كمال المهر، ولا استيفاء العدة، لكن يجب عليها إكمال العدّة الأولى عند محمد؛ بسبب الطلاق الأوّل؛ لوجود المقتضي، إلا أنه لم يظهر أثره حالة التزوج الثاني حتى حلّ له وطؤها؛ لعدم اختلاط المياه، ثم إذا طلقها ثانياً قبل الدخول.. صار النكاح الثاني؛ كالمعدوم فيجب عليها إكمال العدّة الأولى [٤٨٥/أ]؛ لزوال المانع عن ظهور عمل المقتضي، ولا يخفى عليك أنّ هذا على طريقة تخصيص العلّة والمخلص معروف، وهذا كما لو اشترى زوجته التي هي أمّ ولده وكانت أمة الغير، ثم أعتقها.. فإنه تجب عليها عدّتان: عدّة للنكاح وعدّة للعتق وتداخلتا:

عدّتها للنكاح: حيضتان يجب عليها فيهما الإحداد، وتعتبران من وقت الشراء، وهما يحتسبان من العتق أيضاً للتداخل، وعدتها للعتق: حيضة خاصة لا يجب عليها

فيها الإحداد؛ لأنها عدّة أمّ ولد عتقت، وهذا؛ لأنه لما اشتراها.. فسد النكاح ووجب عليها الحيضتان؛ لكونها أمة، لكنه لم يظهر حكم العدّة في حقه حتّى يحلّ له وطؤها لمانع ملك اليمين؛ فإذا زال المانع بالعتق.. ظهر حكم العدّة في حقّه، فوجبت عليها العدّة حقّا لفساد النكاح، ويلزمها الإحداد.

وأما الحيضة الثالثة.. فإنما تجب للعتق خاصّة، فلا يلزمها الإحداد.

ولهما: أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى، وبقي أثر هذا القبض وهي العدّة؛ فإذا جدّد النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الأوّل.. ناب ذلك القبض الذي كان بالدّخول مناب القبض المستحق بالنّكاح الثّاني؛ فإذا طلقها.. صار كأنه طلّقها بعد الدّخول في النكاح الثاني.. فيجب عليه مهر كامل وعدّة مستقبلة.

فإن قيل: لو كان الطّلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول.. لكان صريحه معقبًا للرجعة، كالطلاق الصّريح بعد الدّخول، وليس كذلك؛ فإن الواقع بائن.

أجيب: بأنه ليس بطلاق بعد الدخول، وإنما هو كالطلاق بعد الدّخول، والمشابهة للشيء لا تلزم أن يساويه من جميع الوجوه.

ثم اعلم: أنّ الأصل المذكور يبتنى عليه مسائل:

أحدها: ما ذكر في الكتاب على ما بيّناه.

وثانيها: أنه لو كان النكاح الأول فاسداً، ثم تتزوّجها بعد الدخول والتفريق نكاحاً صحيحاً في عدّة الفاسد، ثم طلّقها قبل الدخول.. يجب عليه مهر كامل، وعليها عدّة مستقبلة، عندهما أيضاً.

وفي عكسه بأن كان الأول صحيحاً والثاني فاسداً.. لا يجب المهر، ولا استقبال العدّة، بل يجب إتمام الأولى بالاتفاق، والفرق لهما: أنه لا يتمكن الوطء في الفاسد، ولا يجعل واطئاً حكماً؛ لعدم إمكان حقيقته.

وَلَا عِدَّةَ فِي طَلَاقٍ قبلَ الدُّخُولِ.

وثالثها: أنه لو دخل بها في الصّحة وطلّقها بائناً، ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقّها بائناً قبل الدخول.. يكون فاراً عندهما، لا عند محمد.

ورابعها: أنها لو تزوّجت بغير كفء، ودخل بها، ففرّق القاضي بينهما بطلب الولي، ثم تزوّجها هذا الرّجل بلا ولي في العدّة بمهر، وفرّق القاضي بينهما أيضاً قبل أن يدخل بها.. كان عليه المهر الثاني كاملاً وعدة مستقبلة عندهما استحساناً.

وعند محمّد: نصف المهر الثاني، وعليها إتمام العدّة الأولى.

وخامسها: تزوجها صغيرة ودخل بها، ثم طلّقها بائناً، ثم تزوّجها في العدّة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول [٤٨٥/ب].

وسادسها: تزوجها صغيرة ودخل بها، فبلغت فاختارت نفسها، ثم تزوجها في العدّة، ثم طلقها قبل الدّخول.

وسابعها: تزوّجها ودخل بها، ثم ارتدّت وفرّقت، ثم أسلمت فتزوجها في العدة، ثم ارتدت قبل الدخول.

وثامنها: تزوجها ودخل بها، ثم طلّقها بائناً، ثم تزوجها في العدّة، ثم ارتدّت قبل الدخول بها.

وتاسعها: تزوج أمة ودخل بها، ثم أعتقت واختارت نفسها، ثم تزوجها في العدة، ثم طلّقها قبل الدخول.

وعاشرها: تزوج أمة ودخل بها، ثم طلّقها، ثم تزوّجها في العدّة فاختارت نفسها قبل الدخول، كذا في «البزازية» و«فتح القدير».

(**ولا عدّة في طلاق قبل الدخول**)؛ لعدم العلوق، واشتباه الماء قيد بالطلاق قبل الدّخول، احترازاً عن الموت قبل الدّخول؛ فإنه لو مات الزوج قبل الدخول بها.. فعليها عدّة الوفاة.

وَلَا على ذِمِّيَّةٍ طَلَّقهَا ذمِّيٌّ، أَو حربيَّةٍ خَرَجَت إِلَيْنَا، خلافاً لَهما.

(**ولا على ذمية طلّقها ذمي**)، لو مات عنها الذمي، إلا أنها لا توطأ إلّا بعد حيضة.

وعن أبي حنيفة: أنها لا تتزوج إلّا بعد حيضة على ما في «كمال الدراية».

فإن قيل: إن الذمية لو أسلمت وأبى الزوج عن الإسلام.. فإباؤه طلاق على ما مر في نكاح الكافر، مع أنه يلزمها العدّة.

أجيب: بأنها بالإسلام التزمت أحكام الإسلام وإن كانت مطلقة الذمي.

(**أو حربيّة خرجت إلينا**) مسلمة، أو ذمية، أو مستأمنة، ثم أسلمت، أو صارت ذمية على ما في «فتح القدير».

(**خلافاً لهما**) قالا: على الحربية وعلى الذمية: عدّة:

أما الذمية: فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم؛ فكما أنّ نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك، حتى لا نتعرض لهم.. كذلك الذميّة المطلقة زوجها لا عدّة عليها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك؛ لأن العدّة إمّا لحقّ الشرع، أو لحق الزوج، ولا سبيل إلى الأول مخاطبة بالفروع، ولا إلى الثاني لكون ذلك معتقده.

بخلاف ما إذا كانت مطلقة المسلم.

وبخلاف ما إذا كان زوجها الذمي لم يعتقد ذلك؛ لأن في الصورتين تجب العدّة عليها بالاتفاق.

ولهما: أنها التزمت أحكامنا فتلزم عليها.

وأما الحربيّة: فوجه قولهما فيها: أنها فرقت بعد الدخول في دار الإسلام بسبب التباين.. فتجب العدة، كما لو وقعت الفرقة بينهما بآخر؛ كالطلاق والموت.. وجبت العدة.

بخلاف ما إذا هاجر الزوج مسلماً، أو ذمياً، أو مستأمناً، ثم صار مسلماً، أو ذمّياً

وتركها في دار الحرب.. حيث لا عدّة عليها هناك إجماعاً، حتى جاز له أن يتزوج أختها، أو أربعاً سواها، كما دخل دار الإسلام؛ لعدم تبليغ أحكام الشرع في دار الحرب.

ولأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقاً، فتقييده بما بعد انقضاء العدّة زيادةٌ على النص، ولأن العدّة؛ إما لحق الشرع، أو لحق الزوج، ولا سبيل إليهما في حق الحربيّة على ما ذكرنا في الذمية، إلا أن تكون حاملاً؛ لأن في بطنها ولداً ثابت النسب فتعتد بالوضع [٤٨٦/أ].

وعن أبي حنيفة: يجوز تزوجها، ولكنه لا يطؤها كالحُبلى من الزنا.

والأصح: عدم جوازه على ما في «الهداية».

وكذا لا عدّة على أمة أعتقها مولاها على ما صرّح به في «الحاوي القدسي»، وقد ذكر في أوّل العدّة.

* * *

(فصل)

تُحِدُّ مُعْتَدَّةُ البائنِ وَالْمَوْتِ إِن كَانَت مكلَّفة ....

(فصل)

[فيما يَجِبُ على المُعْتَدّة وما لا يَجِب]

لما ذكر وجوب العدة، وكيفيّة الوجوب، وعلى من تجب ومن لا تجب.. شرع في ذكر ما يجب على المُعْتَدَّة وما لا يجب.

(تحدّ) يقال: حدّت المرأة على زوجها تحدّ حداداً بالكسر.. فهي حادة بغيرها: إذا تركت الزينة لموته كذا في «المصباح».

(مُعْتَدَّة البائن) بالطلاق، أو الإيلاء، أو اللّعان، أو بفرقة أخرى.. فلا حداد على المطلّقة قبل الدّخول، ولا على المطلّقة الرجعيّة؛ لعدم فوات نعمة النكاح لهما، حتّى يتأسفا عليها، كذا في «شرح النقاية»، وهذا عندنا.

وقال مالك والشافعي: لا حداد عليها؛ لأنه وجب إظهار التأسف على فوت زوج وفى بعهدها إلى مماته، وهذا قد أوحشها بالإبانة، فلا تأسف على فوته.

ولنا: ما روي: أنه ﷺ نهى المُعْتَدَّة أن تختضب بالحناء، وقال ﷺ: «الحِنَّاءُ طِيب» على ما روته أم سلمة، ولم يفصّل بين مُعْتَدَّة الوفاة وغيرها؛ ولأنه إنما وجب في عدّة الوفاة بالنّص، والمعنى فيه إظهار التأسّف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها، والإبانةُ أقطعُ لها من الموت.. فيوجب التأسف عليها، فيلحق بالوفاة؛ لاشتراكهما في المعنى.

(والموت) لما في «الصّحيح»: أنه ﷺ قال: «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيّام؛ إلّا على زوجها أربعة أشهر وعشراً» والمراد بالمستثنى منه: نفي نفس الإحداد، لا نفي إحلاله - لأن ما ليس بحلال ليس له وجود في الشرع - فلا يرد: أن مقتضى الاستثناء من نفي إحلال الإحداد هو حل الإحداد لا إيجابه، والمقصود: هو الثاني لا الأوّل، فلا تقريب في الدّليل.

(إن كانت مكلّفة)، أي: عاقلة بالغة، فلا إحداد على المجنونة والصّغيرة.

مسلمةً: بتركِ الزِّينَةِ وَلبسِ المُزَعفرِ والمُعَصْفَرِ، وَالطِّيبِ، والدُّهنِ، والكُحلِ، والحِنَّاءِ ....

(مسلمة)، فلا إحداد على الكافرة؛ لأنه نعمة عبادة فلا تجب إلا على المكلّف بها.

وهذه الثالثة ليست بمكلّفة، خلافاً لمالك والشافعي قالا: يجب الإحداد عليهنّ؛ لأنه يجب لموت الزوج، فيعم النساء كلها؛ كالعدّة.

قلنا: يجب الحداد عند فقد الزوج حقاً من حقوق الشرع، ولهذا لو أمرها الزوج بتركها.. لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به، ولهذا شرط الإيمان فيه؛ حيث قال ﷺ: «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر» الحديث، وقولهم كما تعم العدّة عليهنّ.

قلنا: العدّة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصّة، وعلى نفس الحرمات، وعلى مضي المدّة على ما صرّح به في «فتح القدير»، وقد ذكرناه أيضاً.

والعدّة اللّازمة لهنّ بكلّ من المفهومين الأخيرين على معنى: أن عدّة البينونة بالموت والطلاق تثبت شرعاً عدم صحة نكاحهّن إلى انقضاء مدّة معيّنة؛ فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها.. لا يصح شرعاً، ولا خطاب للعباد [٤٨٦/ب] فيه تكليفي، بل هو من ربط المسبّبات بالأسباب، بخلاف منعها عن اللّبس والطيب؛ فإنه فعلها الحسي محكوم بحرمته، فلا بدّ فيه من خطاب التكليف، بخلاف الأوّل؛ فإنه محكوم بعدم صحّته، ولا يتوقف على خطاب التكليف، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر، أو اختضبن.. لا يأثمن؛ لعدم التّكليف به، كذا في «فتح القدير».

(بترك الزينة) بالحلي والحرير (ولبس المزعفر والمعصفر والطيب)، أي: استعماله في البدن، أو الثوب.

(والدّهن)، وهذا اتفاقي في الطيب، وفي الزيت والشيرج اختلاف مالك على ما في «الشمني».

(والكحل والحناء).

إِلَّا مِن عُذْرٍ.

لَا مُعْتَدَّةُ الْعِتْقِ وَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ.

وَلَا تُخْطَبُ الْمُعْتَدَّةُ.

والمعنى في تركها وجهان:

أحدهما: إظهار التأسف.

والثاني: أنّ هذه الأشياء من دواعي الرغبة فيها، وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا يصير ذريعة في الوقوع في الحرام.

(إلّا من عذر)؛ لأن فيه ضرورة، وذلك بأن كانت فقيرة لا تجد إلا أحد هذه الأثواب، أو اشتكت رأسها، أو عينها، أو اعتادت الدهن، أو اكتحلت للمعالجة، ولا تمتشط بمشط أسنانه ضيقة؛ لأنه لتحسين الشعر وتزيينه، بخلاف الواسعة؛ لأنها لدفع الضر لا للزينة، كذا في «البزازية» و«كمال الدراية».

(لا مُعْتَدَّة العتق)، أي: لأحد، أو لأم الولد عن موت سيّدها، أو إعتاقه إيّاها.

(والنكاح الفاسد)، وكذا الموطوءة بشبهة؛ لأنه ما فاتهنّ نعمة النكاح حتى يظهرن التأسف عليها، والإباحة في الأشياء هو الأصل، فلا يمنع عن استعمال التطيب بلا محرِّم.

(ولا تخطب المعتدة)، أي: أو تحرم خطبتها؛ سواء كانت مُعْتَدَّة عن بائن أو رجعي، أو عتق، أو موت، أو غير ذلك من الفرق، يقال: خاطبه مخاطبة وخطاباً وهو الكلام بين المتكلم والسامع، ومنه اشتقاق الخطبة بضم الخاء وكسرها على اختلاف المعنيين، فيقال في الموعظة: خطب القوم خطبة بالضم، وخطب المرأة إلى القوم: إذا طلب أن يتزوج منهم، والاسم الخطبة بالكسر، كذا في «المصباح».

والمقصود ههنا: المراجعة لها في الكلام بلفظ النكاح؛ بأن قال: إني أريد أن أنكحك، أو أتزوجك.

وإنما حرم هذا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾.

وَلَا بَأْسَ بالتَّعريضِ.

وَلَا تخرجُ مُعْتَدَّةُ الطَّلَاقِ مِن بَيتِهَا ....

(ولا بأس بالتعريض) في الخطبة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾، والتعريض: أن يذكر شيئاً يدلّ به على شيء آخر، وقد فسره ابن عباس في الخطبة بقوله: «أن يقول: إني أريد أن أتزوج». فسّره سعيد بن جبير في القول المعروف بقوله: إني فيك لراغب، وإنّي أريد أن نجتمع، ونحو ذلك من قوله: إنك لجميلة، أو صالحة، ومن غرضي التزوج.

وذكر في «التبيين» و«النّهاية» و«فتح القدير»: أن التعريض المذكور: فيما إذا كانت مُعْتَدَّة عن وفاة.

أما إذا كانت مُعْتَدَّة عن طلاق.. فلا يجوز التعريض لها بالإجماع؛ لأن الطّلاق إن كان رجعيّاً.. فالزوجية قائمة، وإن كان بائناً.. فلا يمكن التعريض [٤٨٧/أ] لها على وجه لا يقف عليه الناس؛ لأنها لا تخرج ليلاً، ولا نهاراً، والإظهار بذلك قبيح، ولأن في تعريضها ما يوجب البغض والعداوة بينه وبين زوجها.

وذكر في «الاختيار»: أن مُعْتَدَّة البائن يجوز التعريض لها؛ مثل مُعْتَدَّة الوفاة.

والصحيح: ما في «التبيين» و«النّهاية» لما ذكرناه.. فعلم منه: أن حرمة خطبة المنكوحة وتعريضها بطريق الأولى.

(**ولا تخرج مُعْتَدَّة الطلاق**) رجعيّاً، أو بائناً (**من بيتها**) إذا كانت حرة مكلّفة.

وأما الأمة مطلقاً.. فيجوز الخروج لها على ما سيصرّح به.

وكذا المجنونة والمعتوهة تخرج مطلقاً على ما في «الاختيار».

وكذا الصبيّة تخرج إذا كانت مُعْتَدَّة عن طلاق بائن؛ لأنها غير مأمورة بالشرائع، وانقطع حق الزوج بالبينونة.

وأما إذا كانت مُعْتَدَّة عن رجعي.. فلا تخرج لحقّ الزوج، إلّا بإذنه على ما في التبيين.

أَصلاً.

ومُعْتَدَّةُ الْمَوْتِ تخرجُ نَهاراً وَبَعضَ اللَّيْلِ، وَلَا تبيتُ فِي غيرِ منزلِهَا.

وكذا تخرج الكتابية لما ذكرناه من عدم التّكليف بالشرائع.

وفي كلامه إشارة إلى أن المُعْتَدَّة من نكاح صحيح أو فاسد سواء في عدم الخروج.

وعن شمس الإسلام: أن مُعْتَدَّة الفاسد تخرج، كذا في «شرح النقاية».

وإطلاق قولهم: إن الإحداد على مُعْتَدَّة عن نكاح فاسد.. يؤيّد قول شمس الإسلام.

(**أصلاً**)؛ أي: لا في اللّيل، ولا في النهار؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ والمراد بالفاحشة: نفس الخروج على ما فسّره النخعي، وبه أخذ أبو حنيفة، فيكون المعنى: إلا أن يكون خروجها فاحشة؛ كما يقال: لا يزني أحد إلا أن يكون فاسقاً.

وقال ابن مسعود: المراد بها: الزنا، فحينئذٍ يخرجن لإقامة الحدّ عليهن، وبه أخذ أبو يوسف، وهو أظهر من جهة وضع اللّفظ؛ لأنّ ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ﴾ غاية، والشيء لا يكون غاية لنفسه، وما أخذه أبو حنيفة أبدع وأعذب في الكلام؛ كما يقال في الخطابيّات: لا تزنِ إلا أن تكون فاسقاً، ولا تشتم أمك إلا أن تكون قاطع رحم، ونحوه، كذا في «فتح القدير».

(**ومُعْتَدَّة الموت تخرج نهاراً وبعض الليل**)؛ لأن نفقتها عليها فتحتاج إلى الخروج لكسبها، والكسب في النهار وبعض الليل.

وروي عن محمد: المتوفى عنها زوجها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقلّ من نصف الليل.

قال الحلواني: هذه الرواية صحيحة؛ لأن المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها، والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل، نقله في «الكافي» وإليه أشار بقوله: (**ولا تبيت في غير منزلها**)، ولكن قال في «فتح القدير» نقلاً عن «الكافي»: إن نفقتها عليها

وَالْأمةُ تخرجُ فِي حَاجَةِ الْمولَى.

وَتعْتَدُّ الْمُعْتَدَّةُ فِي منزلٍ يُضَافَ إِلَيْهَا وَقت الْفِرقةِ أَوِ الْمَوْتِ.

وعسى لا تجد من يكفي مؤنتها فتحتاج إلى الخروج لنفقتها، غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي، فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليل. انتهى.

وهذا ينفي صحة الرواية المذكورة، واختلفوا في المختلعة على نفقة عدّتها، قيل: تخرج نهاراً؛ لأنها قد تحتاج إلى الخروج للمعاش كالمتوفى عنها زوجها، ولا يباح لها الخروج؛ لأنها أبطلت حقها في النفقة، فلا تؤثر في إبطال حق الشرع عليها، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، وصحّحه في جامع «قاضي خان» [٤٨٧/ب]، وهذا كما اختلعت على أن لا سكنى؛ فإن مؤنة السكنى.. تبطل عن الزوج، ويلزمها أن تكتري بيت الزوج، وأما أن يحل لها الخروج.. فلا.

وفي «فتح القدير»: والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع:

فإن علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج.. أفتاها بالحلّ.

وإن علم قدرتها.. أفتاها بالحرمة.

(**والأمة تخرج في حاجة المولى**)؛ لأن في المنع إبطال حق المولى، وحق العبد مقدّم على حق الشرع، وإن كان المولى بوّأها.. لم تخرج ما دامت على ذلك، وكذلك المكاتبة تخرج أيضاً.

(**وتعتد المعتدة**) مطلقاً (**في منزل يضاف إليها**)، أي: بالسكنى، وإليه أشار في قوله تعالى: ﴿مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾.

(**وقت الفرقة**)؛ أي: فرقة كانت، (**أو الموت**)، حتى لو طلّقها وهي زائرة.. وجب عليها أن ترجع إلى منزلها فتعتد فيه.

إِلّا أَن تَخرجَ جَبراً، أَو خَافت على مَالِهَا، أَوِ اِنهدامَ الْمنزلِ، أَو لم تقدِرْ على كرائِهِ.

وَلَا بَأْسَ بكينونتِهِما مَعاً بمنزلٍ وَإِن كَانَ الطَّلَاقُ بائناً؛ إِذا كَانَ بَينهمَا سترَةٌ، إِلّا أَن يكونَ فَاسِقاً؛ فَإِن كَانَ فَاسِقاً أَوِ الْبَيْتُ ضيّقاً.. خرجَت، وَالْأَولَى خُرُوجُهُ.

(**إلا أن تخرج جبراً**)، أي: تخرجها الورثة بأن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها، ولم ترض ورثة الزوج أن تسكن فيه.. فحينئذٍ تخرج، وإن رضي الورثة.. تسكن فيه.

(**أو خافت على مالها أو انهدام المنزل**) الذي كانت تسكنه.

(**أو لم تقدر على كرائه**)، أي: كراء البيت الّذي آجره الزوج ومات؛ فإن كراه عليها في مالها؛ فإن قدرت على الكراء.. تسكن فيه، وإلّا.. تخرج حيث شاءت؛ لأن الواجب مقيد بالإمكان، ولا إمكان مع هذه الأعذار.

والموضع الذي تنتقل إليه عند الضرورة: على الزوج في الطلاق، وأجرته عليه أيضاً، وعلى المرأة في الوفاة، وكذا أجرته عليها.

وفي «الخلاصة»: وإذا مات الزوج وهما في منزل بأجر، فأجرة المنزل في مالها؛ فإن مكّنها أهل المنزل بالمقام فيه بكراء وهي تجد ذلك.. تسكن فيه، وإن لم تجد.. تتحول.

(**ولا بأس بكينونتهما معاً بمنزل وإن**) - وصلية - (**كان الطلاق بائناً إذا كان بينهما سترة**) لئلا تقع بينهما الخلوة بالأجنبية، واكتفي بالحائل؛ لاعتراف الزوج بالحرمة.

(**إلا أن يكون فاسقاً؛ فإن كان فاسقاً أو البيت ضيّقاً.. خرجت**) الزوجة، (**والأولى: خروجه**)، أي: خروج الزوج ويترك الزوجة في ذلك المنزل؛ لأن مكثها في منزله واجب، ومكثه فيه غير واجب.

وَإِن جَعَلا بَينهَمَا امْرَأَةً ثِقَةً تقدِرُ على الْحَيْلُولَةِ.. فَحسَنٌ.

وَلَو أَبَانهَا أَو مَاتَ عَنْهَا فِي سفرٍ بَينهَا وَبَينَ مِصرِها أقلُّ مِن مدَّتِهِ.. رجعَت.

وَإِن كَانَت مسافَتُهُ مِن كُلِّ جَانبٍ.. تخيَّرت، مَعهَا وليٌّ أَو لا.

وَالْعودُ أَحْمدَ.

وَإِن كَانَ ذَلِك فِي مِصرٍ..

(وإن جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة.. فحسن، ولو أبانها، أو مات عنها في سفر بينها وبين مصرها أقلّ من مدّته)، أي: مدة السفر (.. رجعت) إلى مصرها؛ سواء كان بينها وبين مقصدها مدّة السّفر أو لا، وسواء كان معها محرم أو لا، وسواء كانت في مصر أو مفازة:

ففيما إذا كانت بينهما مدّة سفر.. فالرجوع واجب، وكذا فيما دونه إذا كانت في مفازة، وليس معها محرم.

وأما إذا كانت في مصر ومعها محرم والمدة دون السفر.. فالرجوع إلى مصرها بطريق الأولوية على ما في «كمال الدراية»، هذا في مُعْتَدَّة البائن والموت.

وأما لو طلّقها رجعيّاً في سفر كذلك.. فهي تتبع زوجها حيث مضى؛ لأن النكاح بينهما قائم، كذا في «فتح القدير».

(وإن كانت مسافته)، أي: مسافة السفر (من كل جانب.. تخيّرت) في الرّجوع، أي إلى منزلها وفي التوجه إلى مقصدها.

وعن السرخسي: [٤٨٨/أ] أنها تختار أقربهما.

(معها ولي، أو لا) والمراد بالولي: المحرم.

(والعود)، أي: إلى منزلها في مصرها (أحمد) لتعتد في منزلها.

(وإن كان ذلك)، أي: طلاقها بائناً، أو موته عنها في سفرهما (في مصر)، أي:

لَا تخرجُ مِنْهُ مَا لم تَعْتَّد، ثمَّ تخرجُ إِن كَانَ لَهَا مَحْرَمٌ، وَقَالا: إِن كَانَ مَعهَا مَحْرَمٌ.. جَازَ الْخُرُوجَ قبلَ الِاعْتِدَادِ.

موضع إقامة ولو قرية، وبعدها من كل جانب مسيرة سفر بقرينة قوله: ثم تخرج منه إن كان لها محرم؛ لأن الخروج إلى ما دون السّفر يجوز بلا محرم.

(.. لا تخرج منه ما لم تعتد) سواء كان معها محرم، أو لا عند أبي حنيفة.

(ثم تخرج) منه، أي: من ذلك المصر إلى منزلها (إن كان لها محرم)، وإلّا.. قامت فيه حتى تجد محرماً، أو قوماً فيه نساء أمنت على نفسها.

(وقالا: إن كان معها محرم.. جاز الخروج قبل الاعتداد)، وإلا.. فلا؛ لأن نفس الخروج إلى منزلها مباح بالاتفاق دفعاً لأذى الغربة والوحشة، وإنما الحرمة للسّفر وقد ارتفعت بالمحرم.. فعاد مباحاً.

ولأبي حنيفة: أن العدّة أمنع من الخروج إلى السفر من عدم المحرم؛ فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم، وليس للمُعْتَدَّة ذلك، فلمّا حرم الخروج عليها إلى السّفر بغير المحرم.. ففي العدّة أولى.

فعلى هذا لو كانت في مفازة وكانت مسيرة السفر من كلّ جانب، واختارت أحدهما فمرّت بمصر بينه وبين ما توجّهت هي إليه مسيرة سفر.. تعتدّ في ذلك المصر عند أبي حنيفة، ثم تخرج منه بمحرم.

وعندهما: لها أن لا تعتد فيه وتخرج بمحرم.

وفي «فتح القدير»: البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر في الكلأ والماء؛ فإن لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك، وإن تضررت.. فله ذلك، إذ الضرورات تبيح المحظورات.

* * *

(بَابُ ثُبُوتِ النَّسَبِ)

أقلُّ مُدَّةِ الْحَمْلِ: سِتَّةُ أَشْهرٍ.

(بَابُ ثُبُوتِ النَّسَب)

لما ذكر أنواع المُعْتَدَّات من ذوات الأقراء والأشهر والأحمال.. أراد ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الأحمال: وهو ثبوت النسب.

(أقل مدّة الحمل: ستة أشهر) بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا﴾، ثم فسّر الفصال في آية أخرى بعامين؛ حيث قال: ﴿وَفِصَـٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾، فبقي للحمل ستة، كذا في «الهداية».

واعترض عليه؛ بأنّ هذا مخالف لما قرره أبو حنيفة من أن المدّة المذكورة في هذه الآية مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال، غير أن المنقص قام في أحدهما وهو الحمل، وهو حديث عائشة رضي الله عنها «الولد لا يبقى في بطن أمّه أكثر من سنتين»، فبقيت مدّة الفصال على ظاهرها.

وأجيب عنه: بوجهين:

أحدهما: أن ما قرر في الرضاع غير صحيح؛ لأنه يلزم منه أن يراد بلفظة ﴿ثَلَـٰثُونَ﴾ في الآية في إطلاق واحد حقيقة: ثلاثين، وأربعة وعشرين، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد، ولأن أسماء العدد لا يجوز أن يراد بشيء منها غير مدلوله على ما نصّ عليه كثير من المحققين في «الأصول»؛ لأنها بمنزلة الأعلام في مدلولها حتى منعت الصرف مع سبب واحد، فصاحب «الهداية» رجع ههنا إلى ما هو الصحيح من الوجه.

والثاني: أنّ هذا التأويل تأويل ابن عباس، ذكره صاحب «الهداية» ههنا، وموضع الاستدلال [٤٨٨/ب] في الحقيقة ليس هذا، بل مورده، فنقل بعضه لينبه به عليه، وهو أن رجلاً تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهمَّ عثمان يرجمها، فقال ابن

.وأكثرُها: سنتَانِ.

وَمن قَالَ: «إِن نكحتُ فُلَانَةً فَهِيَ طَالِقٌ» فنكحها فَولدت لسِتَّةِ أشهرٍ مُنْذُ نكَحَهَا.. لزمَهُ نسبُهُ ....

عباس؛ أما أنها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى.. لخصمتكم، قال الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا﴾، وقال: ﴿وَفِصَـٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾، فلم يبق للحمل إلّا ستة أشهر، فدرأ عثمان رضي الله عنه، فالتمسّك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعاً، قال ابن الهمام: وهذا الوجه صحيح في نفسه، ومفيد لقطعية إرادة كون المدة بمجموع الفصال والحمل لا لكل منهما؛ لاتفاقهم على صحّته، حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره، لكنه يبطل التمسك في الرضاع على الوجه الذي ذكر هنا، وقد يستدل لما نحن فيه: بأن الولد ينفخ فيه عند مضي أربعة أشهر، ويتم خلقه بعد ذلك في شهرين فكان أقل مدّته ستة أشهر.

(وأكثرها: سنتان)، وهو قول الثوري والضحاك، وأخذه مشايخنا، لما روى الدارقطني والبيهقي في «سننهما»: عن حديث عائشة أنها قالت: «ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل»، وهذا حجة على الشافعي ومالك في قولهما: أربع سنين.

وعلى أبي عبيد: ليس لأكثره حدّ.

وعلى ربيعة: أنه سبع سنين.

وعلى الزهري: أنه ست سنين.

وعلى عباد بن العواد: أنه خمس سنين.

(ومن قال: إن نكحت فلانة.. فهي طالق، فنكحها فولدت لستة أشهر منذ نكحها.. لزمه نسبه)؛ لأنها فراشه؛ لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح.. فقد جاءت به لأقلّ منها من وقت الطلاق؛ لأن الطلاق مشروط بالنكاح، والشرط مقدم عليه بالزمان وإن قل ولطف؛ إذ لا يتخلل بين الشرط والجزاء آنٌ

خالٍ، بل أوّل آنانٍ يعقّبُ وجود الشرط.. يثبت فيه الجزاء: وهو الطلاق من غير افتقار إلى تحقق زمانٍ يسع التلفظ «بأنت طالق».. فحينئذٍ يكون العلوق قبل الطلاق مقارناً للنكاح.

ويتصور ذلك بوجهين:

أحدهما: بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يخالطها، والناس يسمعون كلامهما.

والثاني: وهو الأحسن على ما في «فتح القدير» بأن يجوز أنهما وكّلا بالنكاح، فباشر الوكيل النكاح وهما على المخالطة، وعلى الوجهين يكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارناً للطلاق؛ لأن الطلاق لا يقع إلّا بعد تمام الشرط، وزوال الفراش حكم الطلاق، فيكون بعده، فيكون العلوق حاصلاً قبل زوال الفراش بالضرورة، فيثبت النسب بهذا المقدار وإن ندر وجوده؛ لأن النسب ممّا يحتاط في إثباته، ولهذا قالوا: لو تزوج مغربي مشرقيّة وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر من وقت تزوجها.. ثبت نسبه منه احتياطاً للإمكان العقلي بأن يصل إليها بخطوة كرامة من الله تعالى.

ولكن شرطه: أن تلد لستة أشهر من وقت النكاح بلا زيادة ولا نقصان:

لأنها إذا ولدت لأقل منها.. لا يثبت النسب؛ لأن العلوق حينئذ كان سابقاً على النكاح.

وإذا ولدت لأكثر منها.. لا يثبت النسب أيضاً [٤٨٩/أ]؛ لأنا حين طلّقت حكمنا بأنه.. لا عدّة عليها لجواز كونها مطلقة قبل الدخول والخلوة، ولم يتبين بطلان هذا الحكم؛ لاحتمال أنه علق من زوج آخر بعد الطلاق؛ لعدم لزوم العدّة عليها، بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج؛ لأنّا تيقنا الولد في وقت الطّلاق، فبعد ذلك: إما أن يكون منه، أو غيره، فجعلنا العلوق منه احتياطاً لأمر النسب؛ إذ لو

ومهرُها.

جعلناه من غيره قبل النكاح.. لزم إضاعة الولد؛ إذ ليس لها زوج معلوم قبل هذا الزوج، كذا في «العناية» و «الكفاية» و«التبيين».

وتعقبه في «فتح القدير»: بأن نفيهم النسب فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان، ولا موجب للصّرف عنه ينافي الاحتياط في إثباته، واحتمال كونه حدث بعد الطلاق من زوج آخر؛ فيما إذا جاءت به لستة أشهر ويوم من وقت الطلاق في غاية البعد؛ فإن العادة المستمرة: كون الحمل أكثر منها، وربما يمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر، فكان الظاهر عدم حدوثه بعد الطلاق، وحدوثه احتمال ضعيف، فأي احتياط في إثباته إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه، وتركنا ظاهراً يقتضي ثبوته. انتهى.

أقول: إن في إثبات النسب، فيما إذا جاءت به لستة أشهر ضرورة؛ لعدم احتمال كونه من زوج آخر فأثبتناه منه صيانة للولد عن النسبة إلى الزنا، بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر ويوم؛ إذ لا ضرورة فيه في الإثبات منه؛ لاحتمال ثبوته من زوج آخر بعد الطّلاق قبل الدخول، وليس فيه نسبة الولد إلى الزنا حتى يضطر في إثباته منه، غايته: أن الزوج الثاني غير معلوم لنا.

والحاصل: أن الاحتياط في الصورة الأولى: في الإثبات منه، وفي الصورة الثانية: في الإثبات من الزوج الثاني، وليت شعري لأيّ شيء خفي عليه هذا الفرق.

(ومهرها)؛ لأنه لما ثبت منه النسب.. جعل واطئاً حكماً فيتأكد المهر به.

فإن قيل: لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه حتى يتأكد المهر به؛ لأن الحبل قد يكون بإدخال المني في الفرج بدون الجماع.

أجيب عنه: بأنّ هذا نادر، والظاهر هو المعتاد، وبأنّ تأكد المهر لا يستلزم حقيقة الوطء، بل يكفيه جعله واطئاً حكماً، وثبوت النسب يقتضيه.

وَإِذا أَقَرَّتِ الْمُطلقَةُ بِانْقِضَاءِ العدّة ....

وقال في «النهاية»: وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف: مهر ونصف؛ أما النصف.. فللطلاق قبل الدخول، وأما المهر.. فللدخول. انتهى.

وعبارة أبي يوسف في «الأمالي» على ما نقله أبو الليث: ينبغي في القياس: أن يجب على الزوج مهر ونصف؛ لأنه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر، ومهر آخر بالدخول، قال: إلا أن أبا حنيفة استحسن، وقال لا يجب إلا مهر واحد؛ لأنا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم، فتأكد ذلك الصّداق، وأثبته وجوب الزّيادة. انتهى. هكذا ذكره في «فتح القدير».

ثم قال: وهذه العبارة للمتأمل.. لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف، بل ظاهره في نفيه ذلك [٤٨٩/ب]؛ لأن الاستحسان مقدم على القياس، فلا تسوغ الرواية عنه بذلك، وإنما اشتبه وجوب الزيادة؛ لأنها مبنية على وقوع الطّلاق قبل الدّخول، ولا يحكم بذلك، وإلّا.. لم يثبت النسب؛ لأن الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة، بل يحكم بأنه مقارن له، أو للنكاح.. فأقل الأمر: كونه قبله، أو لا مشتبه.

(**وإذا أقرت المطلّقة**) المُعْتَدَّة عن طلاق بائن، أو رجعي (**بانقضاء العدّة**) بالأشهر، أو الحيض في مدّة تحتمل الانقضاء بأن أقرّ بعد ستين يوماً على قول أبي حنيفة، وتسعة وثلاثين يوماً على قولهما على ما تقدّم قبيل فصل الإحداد، أطلقه فشمل الآيسة أيضاً؛ لأنها كذوات الأقراء في الحكم الآتي، حتى إذا ولدت بعد الطّلاق الرجعي أو البائن.. يثبت نسب ما جاءت به لأقلّ من سنتين في البائن، وأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بإنقضاء عدّتها؛ فإن أقرّت بانقضائها مفسّراً بثلاثة أشهر، أو مطلقاً في مدّة تصلح لثلاثة أقراء، ثم ولدت لأقلّ من ستة أشهر من وقت الإقرار.. يثبت النسب، وإلا.. فلا، كذا في «العناية» و«فتح القدير» عن فخر الإسلام.

لكنه أطلق في «قاضي خان» حيث قال: إن الآيسة تعتد بالأشهر، إذا ولدت.. يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين، أقرّت بانقضاء العدّة أو لم تقر، والحكم كذلك في المُعْتَدَّة عن وفاة إذا أقرّت انقضاء العدّة بعد أربعة أشهر وعشر، ثم جاءت

. ثمَّ ولدت لأَقلَّ مِن سِتَّةِ أَشهرٍ مِن وَقتِ الْإِقْرَار.. ثَبتَ نسبُهُ.
وَإِن لِستَّةِ أشهرٍ.. لَا.

بولد لتمام ستة أشهر.. لا يثبت نسبه من الميت، وإن جاءت به لأقلّ منها.. يثبت نسبه منه على ما في «فتح القدير» و«معراج الدراية».

(**ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار**) ولأقل من سنتين من وقت الفرقة بالطلاق أو بالموت، حتى لو ولدت لأكثر من سنتين.. لا يثبت نسبه منه، وإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار؛ كما إذا أقرت بعدما مضى من عدّتها سنتان إلّا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الإقرار.. لم يثبت نسبه منه؛ لأن شرط ثبوته: أن يكون لأقل من سنتين من وقت الفرقة، وبعدها.. لا يثبت، وإن لم تقرّ بالانقضاء.. فمع الإقرار أولى، إلا إذا كانت الفرقة من طلاق رجعي على ما سيأتي، كذا في «الزيلعي» (.. **ثبت نسبه**)؛ لأنه ظهر كذبها بيقين، فيبطل إقرارها شرعاً؛ لأنه تبيّن أنّ عدّتها بوضع الحمل لا بالأقراء والأشهر؛ لأن العلوق ثبت قبل انقضاء مدّة الأقراء والأشهر، فتنتقل العدّة إلى وضع الحمل.

وهذا مشكل: بما إذا أقرّت بانقضاء عدّتها، ثم جاءت بولد لأقلّ من ستّة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من سنتين من وقت الفرقة.. فإنه ينبغي أن لا يثبت نسبه إذا كانت المدة تحتمل ذلك، بأن أقرّت بعدما مضى سنة مثلاً، ثم جاءت بولد لأقل من ستّة أشهر من وقت الإقرار؛ لأنه يحتمل أن عدّتها انقضت في شهرين، أو ثلاثة، ثم أقرت بعد زمان طويل، ولا يلزم من إقرارها بانقضاء العدّة أن تنقضي في ذلك الوقت.. فلم يظهر كذبها بيقين.

إلا إذا قالت: انقضت عدّتي في السّاعة [٤٩٠/أ]، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت، كذا في «الزيلعي».

(**وإن**) ولدت (**لستة أشهر**) من وقت الإقرار (.. **لا**) يثبت نسبه منه.

وقال الشافعي: يثبت حملاً على الصلاح مهما أمكن، صيانة عن النسبة إلى الزنا.

وَإِن لم تقرَّ.. يثبت إِن ولدت لأَقلَّ مِن سنتَيْنِ، وَإِن لِسنتَيْنِ أَو أَكثر.. لَا.

ولنا: أنها أمينة في الإخبار عما في رحمها، وقد أخبرت بمضي عدّتها، وهو ممكن.. فيقبل قولها، ثم لـم يبطل لعدم المبطل؛ لأنه يحتمل الحدوث بعد الإقرار بأن تزوجت بغيره حين أقر فحبلت منه.

بخلاف ما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار على ما مر آنفاً.

(وإن لم تقر) المُعْتَدَّة عن بائن، أو رجعي، أو موت بانقضاء عدتها (.. **يثبت**) النسب **(إن ولدت لأقل من سنتين)** من وقت الفرقة؛ إذ الغرض في عدم الإقرار؛ سواء كان لأقلّ من ستة أشهر، أو أكثر منها بعدما كان أقلّ من سنتين.

أما المُعْتَدَّة عن بائن: فلاحتمال أن يكون الولد قائماً وقت الطّلاق، فلا يتيقنّ بزوال الفراش قبل العلوق، فقلنا بالنسب احتيالاً لثبوته.

وأما المُعْتَدَّة عن رجعي: فظاهر لقيام النكاح من كلّ وجه، فيثبت النسب، وتقع البينونة بوضع الحمل؛ لانقضاء عدّتها.

وأما المُعْتَدَّة عن موت: فسيأتي.

(وإن) ولدت المُعْتَدَّة الغير المقرة **(لسنتين، أو أكثر.. لا)** يثبت النسب من زوجها؛ لأن الحمل حينئذ حادث بعد الطّلاق، وإلّا.. لزم زيادة أكثر مدة الحمل على سنتين، وذلك باطل؛ فإذا كان حادثاً بعد الطلاق.. لا يكون النسب منه؛ لأن وطأها حرام في عدّة البائن، إلا أن يدّعيه الزوج.. فحينئذٍ يثبت منه على ما سيأتي بيانه.

وإذا لم يثبت نسبه منه ههنا.. فعدتها تنقضي بوضع الحمل لا قبله عند أبي يوسف.

وعند أبي حنيفة ومحمد: يحمل على أن عدّتها انقضت قبل الولادة بستة أشهر، وتزوجت بغيره، وجاءت به منه.. فترد ما أخذت من النفقة منه في تلك المدة حملاً لأمرها على الصّلاح وإحياءً للولد على ما في «الزيلعي».

إِلّا فِي الرَّجْعِيِّ، وَيكونُ رَجْعَةً، ....

وأبو يوسف يقول: هي في العدة، ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه؛ فكأنها وطئت بشبهة، ولا يلزمها ردّ شيء **(إلّا في)** المُعْتَدَّة عن الطلاق **(الرجعي)**؛ فإنه يثبت نسب ولدها من زوجها، وإن جاءت به لسنتين أو أكثر منها ولم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة عدّة الرجعي.. فيحمل عليه؛ صوناً لها عن النسبة إلى الزنا والوطء بشبهة؛ لجواز أنها ممتدة الطهر إلى سنتين أو أكثر، فلا تنقضي عدتها قبل السنتين، والوطء في عدّة الرجعي: حلال.

(ويكون) وطؤه في عدّة الرجعي فيما جاءت به لسنتين أو أكثر.

(رجعة)؛ لأن العلوق بعد الطلاق، والظاهر: أنه منه؛ لما ذكرناه من الصون عن النسبة إلى الزنا؛ فيصير الزوج بالوطء مراجعاً.

بخلاف ما إذا جاءت به لأقل من سنتين؛ حيث يثبت النسب منه وتقع البينونة به على ما مر، ولا يصير به مراجعاً؛ لأنه يحتمل أن يكون العلوق قبل الطلاق وبعده في العدة، فلا تثبت الرجعة بالشك.

فإن قيل: الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات، وأقرب الأوقات للعلوق: هو ما بعد الطّلاق، أي: حالة العدّة [٤٩٠/ب] فينبغي أن تثبت به الرجعة.

قلنا: هذا أصل يخالفه الظاهر والعادة والسنة، فيترك؛ **لأن الظاهر المعتاد:** هو الوطء قبل الطلاق وقت قيام النكاح من كلّ وجه، وإن كان حلالاً بعده، **ولأن السنة** في الرجعة: أن يراجع بالقول والإشهاد، لا بفعل الوطء، فيضاف إلى ما قبل الطلاق، فيثبت الرجعة بالوطء.

فإن قيل: سلّمنا أن العلوق بعد الطّلاق، لكن لا نسلم أن الظاهر أنه منه، وقوله: صوناً لها عن النسبة إلى الزنا: ممنوع؛ لجواز أنّها تزوجت بعد انقضاء العدّة زوجاً آخر فعلقت منه.. فحينئذٍ لا تثبت الرجعة.

بِخِلَاف البائنِ إِلّا أَن يَدَّعِيَه،

فَيثبتُ فِيهِ أَيْضاً، وَيحملُ على الوطءِ بِشُبْهَةٍ فِي الْعدَّةِ.

قلنا: لما كان الغرض فيما لم تقر بانقضاء العدة.. كان الظاهر أنها في العدة.. فلا يصح القول أنها تزوجت بعد انقضائها، على أن الأصل إبقاء النكاح الأوّل ما لم تقرّ بانقضاء العدّة دون إنشاء نكاح آخر.

(**بخلاف البائن**)، أي: لا يثبت النسب فيه؛ فيما إذا ولدت لسنتين أو أكثر؛ لأن الحمل حينئذ حادث بعد الطلاق فلا يكون منه؛ لأن وطأها حرام، كذا في «الهداية» وقد ذكرناه آنفاً.

(**إلا أن يدعيه**) الزوج (**فيثبت فيه أيضا**)؛ لأنه التزمه حين دعواه، وله وجه شرعي: وهو الحمل على الوطء بشبهة على ما أشار إليه بقوله: (**ويحمل على الوطء بشبهة في العدة**)، واعترض عليها بوجهين:

أحدهما: أن هذه الرواية، أعني: عدم ثبوت النسب فيما إذا ولدت مُعْتَدَّة البائن لسنتين.. مخالف لرواية «الطحاوي» و«الإيضاح» و«شرح الأقطع»؛ فإن النسب يثبت بلا دعوة الزوج فيما إذا ولدت لسنتين؛ إلحاقا له لما دونه على رواياتهم.

والثاني: أن البيتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج في العدة.. كانت شبهة في الفعل، وفي شبهة الفعل لا يثبت النسب وإن ادّعاه الزوج، على ما صرّحوا به في «كتاب الحدود».

وأجيب عن الأوّل: بأن رواية عدم ثبوت النسب فيها بناءً على أن العلوق حادث بعد الطلاق على ما اختاره في «الهداية» وغيره، ورواية «الطحاوي» و«الإيضاح» و«الأقطع»: بناءً على أن العلوق حاصل حالة الطلاق على ما جعله «قاضي خان»؛ فإنه قال: إن العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارناً للطلاق قبل الدخول حاصلاً قبل زوال الفراش.. فيثبت النسب.

وعن الثاني: أن المذكور في «كتاب الحدود» محمول على المطلقة الثلاث

والمطلقة على مال، أو على المختلعة، والمذكور ههنا: محمول على المبانة بالكنايات.

قلت: الأولى أن يقال: إن المذكور في كتاب الحدود محمول على عدم دعوى الشبهة في الوطء، والمذكور ههنا: محمول على دعوى الشبهة بأن قال: إني ظننت أنها تحلّ لي لكونها في العدة؛ لأنه لو ادّعى شبهة حلّها.. يرجع إلى الشبهة في المحلّ؛ لأن ظنه هذا دليل في حقه، وفي شبهة المحلّ يثبت النسب والعدة، وقد ذكرناه في باب العدّة أيضاً، هكذا خطر ببالي، ثم وجدته مصرّحاً في «فتح القدير» ولله الحمد.

ثم اختلفوا في أنه هل يشترط تصديق المرأة دعواه ذلك أم لا؟

فيه روايتان.

وفي «فتح القدير»: والأوجه: أنه لا يشترط؛ لأنه ممكن منه وقد ادّعاه، ولا معارض، ولهذا لم يذكر [٤٩١/أ] الاشتراط في رواية الإمام السّرخسي في «المبسوط» والبيهقي في «الشامل».

ولو جاءت المُعْتَدَّة عن بائن بولدين؛ أحدهما لأقلّ من سنتين، والآخر لأكثر من سنتين.. يثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهما اعتبراه بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر لأكثر منها فادّعاهما البائع.. يثبت نسبهما ويُنقض البيع.

وعند محمد: لا يثبت النسب؛ لأن الثاني من علوق حادث بعد الإبانة فيتبعه الأول؛ لأنهما توأمان.

قيل: هو الصّواب، وليس ولد الجارية نظيره؛ لأن الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه، بخلاف الولد الثاني في المبانة، ولو خرج بعض الولد لأقلّ من سنتين وبعضه لأكثر من سنتين.. لا يلزمه النسب، حتى يكون الخارج لأقل

وَإِن كَانَتِ المبانةُ مراهقةً؛ فَإِن أَتَت بِهِ لأَقلَّ مِن تِسْعَةِ أَشهرٍ.. يثبتُ، وإلاّ.. فَلَا.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يثبتُ فِيمَا دونَ سنتَيْنِ.

من سنتين نصف بدنه، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لأقل من سنتين والباقي لأكثر من سنتين، ذكره محمد، كذا في «فتح القدير».

وقال في «الزيلعي»: المعتبر خروج الأكثر لأقل من سنتين وهو خروج الصّدر إن خرج مستقيماً، وإن كان منكوساً.. فسّرته وهو المعتبر في انقضاء العدة، وفي حق الإرث إذا مات قبل أن يخرج كلّه.

(**وإن كانت المبانة**)، الأولى: طيُّ قيدِ المبانة؛ لأن المُعْتَدَّة عن رجعي.. كالمبانة في هذا الحكم على ما صرح به في «الزيلعي»؛ حيث قال: والرجعي والبائن فيه سواء.

(**مراهقةً؛ فإن أتت به لأقلّ من تسعة أشهر.. يثبت، وإلّا.. فلا.**

وعند أبي يوسف: يثبت فيما دون سنتين).

وتوضيح هذه المسألة: أن الصغيرة المراهقة إذا طلقت؛ فإمّا قبل الدخول أو بعده:

فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطّلاق.. يثبت نسبه ليتقن بقيامه قبل الطلاق، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر.. لا يثبت نسبه منه؛ لأن الفرض أن لا عدّة عليها فيحصل العلوق وهي أجنبية، وما جاءت به.. لا يستلزم كونه قبل الطّلاق حتى يلزم العدّة، بناءً على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق.

وإن طلّقها بعد الدخول: فأمّا إن أقرّت بانقضاء العدّة بعد ثلاثة أشهر، أو لم تقر:

فإن أقرّت، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار.. ثبت نسبه

منه؛ لظهور كذبها، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر.. لم يثبت النسب؛ لانقضاء العدّة بإقرارها، وما جاءت به.. لا يلزم كونه قبلها حتى تيقنّ كذبها.

وإن لم تقر؛ فإما أن تدّعي حبلاً أو لم تدع:

فإن ادعت: فهي كالكبيرة من حيث إنها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر، فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين في البائن؛ كما في الكبيرة ولأقل من سبعة وعشرين شهراً في الرجعي لا ما فوقها.. ففيه خالفت الكبيرة؛ فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لأكثر من سنتين وإن طال إلى سنّ الإياس على ما مر.

وإن لم تدع وهي مسألة المتن.. فعند أبي حنيفة ومحمد: إن جاءت به لأقل من تسعة [٤٩١/ب] أشهر من وقت الطلاق.. يثبت نسبه وإلّا.. فلا.

وعند أبي يوسف: يثبت على سنتين في البائن، وإلى سبعة وعشرين شهراً في الرجعي.

له في البائن: أنها مُعْتَدَّة مدخولة بها ولم تقر بانقضاء العدّة فتحتمل الحبل ساعة فساعة، فيحتمل أن يكون حاملاً وقت الطّلاق، فيكون انقضاء عدّتها بوضع الحمل، ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء العدّة بثلاثة أشهر فصارت كالبالغة إذا لم تقر بالانقضاء.. يثبت نسب ولدها إلى سنتين.

وفي الرجعي: أنه يجعل واطئاً في آخر العدّة وهو ثلاثة أشهر، ثم يأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان.

ولهما: أن لانقضاء عدّتها جهة معينة وهو الأشهر الثلاث؛ لأنا عرفناها صغيرة بيقين فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء، أقرت به أو لم تقرّ، والحال إن حكم الشرع فوق إقرارها في الدّلالة على الانقضاء؛ لعدم احتماله الكذب، ولو أقرّت بالانقضاء، ثم ولدت لستّة أشهر.. لم يثبت النسب، فكذا إذا حكم الشرع.

وَمن مَاتَ عَنْهَا؛ إِن أَتَت بِهِ لأَقلَّ مِن سنتَيْنِ وَإِن كَانَت مراهقةً.. فلأَقلَّ مِن عشرَةِ أشهرٍ وَعشرَةِ أَيَّامٍ.

وإِلَّا.. فَلَا.

فإن قيل: أن لانقضاء عدّة الكبيرة - المتوفى عنها زوجها - جهة معينة وهي مضي أربعة أشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهراً، مع أنها يثبت نسب ولدها إلى سنتين، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر.

قلنا: الأصل في الكبيرة المنكوحة: الحبل، فلم يعتبر في حقها تعيّن جهة العدّة بالأشهر، بخلاف الصغيرة؛ فإن الأصل فيها: عدم الحبل، فيعتبر تعين الجهة بالأشهر.

(ومن مات عنها) زوجها ولم تقر بانقضاء العدة، ولا الحبل؛ لأن حكم المقرة قد ذكرناه؛ **(إن أتت به لأقل من سنتين)** من وقت الوفاة يثبت نسبه، وإن جاءت به لسنتين أو أكثر.. لا يثبت عندنا.

وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدتها للموت لستة أشهر.. لا يثبت النسب؛ لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور والأيام في حقّها، فصار كما إذا أقرت بالانقضاء فصارت كالمراهقة.

قلنا: لا نسلم أن الجهة لانقضاء عدتها متعينة، بل لها جهة أخرى: وهو وضع الحمل، بخلاف الصغيرة؛ لأن لها جهة متعينة: وهو الأشهر؛ لأن الأصل فيها عدم الحبل على ما ذكرناه.

(وإن كانت) المتوفى عنها زوجها **(مراهقة)** غير مقرة بالانقضاء والحبل **(.. فلأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام)**، أي: فيثبت نسب ولدها من زوجها الأول منها، **(وإلا.. فلا)**، أي: وإن لم يكن لأقل منها.. فلا يثبت نسب ولدها، يعني: أن الصغيرة توفي عنها زوجها؛ فإن أقرت بالحبل فهي كالكبيرة.. يثبت نسبه إلى سنتين؛ لأن

وَلَا تثبت ولادَةُ الْمُعْتَدَّةِ إِلَّا بِشَهَادَةِ رجلَيْنِ أَو رجلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

وَعِنْدَهُمَا: تَكْفِي شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَإِن كَانَ حَبلٌ ظَاهِرٌ أَوِ اعْترفَ الزَّوْجُ بِهِ.. يثبت بِمُجَرَّدِ قَوْلِهَا.

وَعِنْدَهُمَا: لَا بدَّ مِنْ شَهَادَةِ امْرَأَةٍ.

القول قولها في ذلك، وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشر، ثم ولدت لستة أشهر فصاعداً.. لم يثبت النسب منه.

وإن لم تدع حبلاً ولم تقر بانقضاء العدة.. فعند أبي حنيفة ومحمد: إن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيّام.. يثبت النسب منه، وإلّا.. لم يثبت.

وعند أبي يوسف: يثبت إلى سنتين، كذا في «الزيلعي»، والوجه ما ذكرناه في المُعْتَدَّة الصغيرة من الطلاق.

(ولا تثبت ولادة المعتدة)، أي: عن بائن، أو رجعي، أو موت **(إلّا بشهادة رجلين أو رجل** [٤٩٢/أ] **وامرأتين)** عند أبي حنيفة.

(وعندهما: تكفي شهادة امرأة واحدة) هذا إذا أنكر الزوج الولادة والحبل، وليس معها حبل ظاهر.

(وإن كان) معها **(حبل ظاهر أو اعترف الزوج به)**، أي: بالحبل **(.. يثبت)** النسب **(بمجرد قولها)**، عند أبي حنيفة.

(وعندهما: لا بدّ من شهادة امرأة).

توضيح المسألة: إذا ولدت المُعْتَدَّة عن طلاق بائن، أو رجعي، أو موت - على ما صرّح به في «الزيلعي» ويشعر به إطلاق «الهداية» والمصنف - وقد أنكره الزوج أو الورثة.. لم يثبت نسبه منه عند أبي حنيفة ما لم يشهد بولادتها رجلان، أو رجل وامرأتان، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر، أو اعتراف من الزوج، أو الورثة.. فحينئذٍ يثبت النسب بلا شهادة.

وقالا: يثبت في جميع ذلك؛ أي: سواء كان معها حبل ظاهر، أو لا، أو اعتراف

ـــــــــــــــــــــ

من الزوج أو الورثة أو لا، بشهادة امرأة واحدة عدلة؛ لما رواه ابن ابي شيبة عن الزهري مرسلاً: مضت السنة: أنه تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهنّ، وقول الرّاوي: «مضت السّنة».. حكمه الرفع، ولأن الفراش وهو تعيّن المرأة لماء الزوج قائم بقيام العدّة وقيامه يستلزم النسب، فلا حاجة إلى إثباته، وإنما الحاجة بعد ذلك إلى تعيين الولد، وإثبات الولادة، وذلك يثبت بشهادة امرأة واحدة عدلة؛ كما في حال قيام النكاح، أو ظهور الحبل، أو إقرار الزوج أو الورثة. وهل يشترط لفظ الشهادة على قولها؟

فيه روايتان:

فعلى قول مشايخ خراسان: لا يشترط؛ لأنها موجبة حقّاً على الغير.

وعلى قول العراقيين: لا يشترط؛ قياساً على العدد.

وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما؟ قيل: نعم، ولا يفسق؛ كما لو شهد رجلان، أو رجل وامرأتان.

ولأبي حنيفة: أنا سلّمنا أن الفراش يكون قائماً بقيام العدة، ولكن العدّة ههنا ليست بقائمة؛ لأنها تنقضي بإقرارها بوضع الحمل، والمنقضي: لا يصلح حجة، فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداءً بانقضاء فيشترط كمال الحجة، بخلاف ما إذا كان النكاح قائماً والحبل ظاهراً، أو الاعتراف والتصديق من الزوج أو الورثة صادراً؛ لأن النسب إذا ذاك ثابت قبل الولادة.. فلا يحتاج إلى إثباته، وإنما الحاجة إلى التعيين، وذلك يحصل بشهادة الواحد، هذا بناءً على عدم الفرق بين المُعْتَدَّة عن بائن، أو رجعي، أو موت في الاختلاف المذكور بينه وبين صاحبيه، وإليه ذهب «قاضي خان» وفخر الإسلام.

لكن شمس الأئمة السرخسي قيده بالبائن، فقال: لو أن رجلاً طلّق امرأته ثلاثاً، أو تطليقة بائنة، ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل، وشهدت امرأة على الولادة والزوج منكر الولادة والحبل.. لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة، ما لم

وَإِن ادَّعتها بعدَ مَوتِهِ لأَقلَّ مِن سنتَيْنِ فصدقها الْوَرَثَةَ.. صَحَّ فِي حقِّ الْإِرْثِ وَالنّسبِ، هُوَ الْمُخْتَارُ.

وَمن نكحَ فأتت بِولدٍ لِسِتَّةِ أشهرٍ فَصَاعِداً.. ثَبتَ ....

ـــــــــــــــــــــ

يشهد به رجلان، أو رجل وامرأتان، وإليه ذهب صاحب «المختلف»؛ حيث قال: إن المُعْتَدَّة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة، وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج.. لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة، ما لم يشهد به رجلان، أو رجل وامرأتان.

فإن قيل: لا يحلّ نظر الرجل إلى العورة فكيف يصح [٤٩٢/ب] شهادته.

أجيب: بأن النظر لا يلزم، إذا دخلت بيتاً بين الشهود وهم يعلمون أن ليس فيه غيرها، ثم خرجت مع الولد.. كفى لأداء الشّهادة.

(وإن ادّعتها)، أي الولادة **(بعد موته لأقلّ من سنتين فصدّقها الورثة)** بعضهم، أو كلهم ومعناه أنهم صدّقوها بما قالت، ولم يشهدوا به (.. صحّ) تصديقهم **(في حق الإرث)**؛ لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه.

(و) في حق **(النسب هو المختار)** اختلفوا في صحة تصديقهم في حق النسب بالنظر إلى غير المصدقين من الورثة بأنه، هل يثبت بالنسبة إلى غير المصدقين أو لا؟

فقالوا: إذا كانوا؛ أي: الورثة من أهل الشهادة بأن كانوا ذكوراً، أو ذكوراً مع إناث عدولاً نصاباً.. يثبت؛ لقيام الحجة، فيشارك المقرون منهم والمنكرون، وعن هذا قالوا: يشترط لفظ الشهادة.

وقيل: لا يشترط؛ لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقّهم بتصديقهم، وما ثبت بناءً على الغير.. لا يراعى فيه الشرائط؛ كالعبد مع المولى، والعسكر مع الأمير في حق الإقامة، وهو الصحيح على ما في «الكافي» و«فتح القدير».

وفيه أيضاً: إذا لم يكونوا من أهل الشهادة.. لا يثبت النسب إلا في حق المقرّين منهم.

(ومن نكح امرأة فأتت بولد لستة أشهر) من وقت النكاح **(فصاعداً.. ثبت)** نسب

مِنْهُ إِن أَقَرَّ بِالْوِلادَةِ أَو سكتَ.

وَإِن جَحَدَ.. فبشهادةِ امْرَأَةٍ؛ فَإِن نَفَاهُ.. لَاعنَ.

وَإِن لأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشهرٍ.. لَا يثبتُ.

الولد (**منه**)، أي: من الزوج (**إن أقر بالولادة أو سكت**) سواء اعترفت الزوجة به أيضاً، أو سكتت؛ لأن الفراش قائم والمدّة تامة.. فوجب القول بثبوته، وهذا ظاهر فيما زاد على ستة أشهر.

وأما فيما أتت به لستة أشهر بلا زيادة.. فلاحتمال أنه تزوّجها واطئاً لها فوافق إنزاله النكاح، والنسب يحتاط في إثباته.

(**وإن جحد**)، أي: جحد الزوج الولادة فيما جاءت به لستة أشهر فصاعداً (.. **فبشهادة امرأة**) واحدة بالاتفاق.

أما عندهما: فلما ذكرناه نقلاً وعقلاً.

وأما عند أبي حنيفة: فلتأيّدها بقيام الفراش، حتى لو نفاه بعد شهادتها.. لاعن وإليه أشار بقوله: (**فإن نفاه**)، أي: بعد الثبوت بإقراره، أو سكوته لو بشهادة امرأة.. لا ينتفي بنفيه: بل (**لاعن**)؛ لأن النسب ثبت بالفراش القائم، فلا ينتفي بعده، بل يعمل بمقتضى قذفة وهو اللّعان.

فإن قيل: اللّعان ههنا إنما أوجب بنفي الولد وهو يثبت بشهادة القابلة.. فيلزم أن يكون اللّعان أيضاً ثابتاً بشهادة القابلة، وذلك لا يجوز؛ لأن اللّعان في معنى الحد، والحدّ لا يثبت بشهادة النساء.

أجيب: بأن اللّعان يجب بالقذف، والقذف موجود؛ لأن قوله «ليس مني» قذف لها بالزنا، والقذف لا يستلزم وجود الولد؛ لصحته بدونه، فلم يعتبر نفي الولد الثابت بشهادة القابلة، وإنما أضيف اللّعان إلى القذف مجرّداً عنه.

(**وإن**) ادعت (**لأقل من ستة أشهر**) من وقت النكاح (.. **لا يثبت**)؛ لأن العلوق سابق على النكاح، فلا يكون منه.

فَإِنِ ادَّعَت نِكَاحهَا مُنْذُ سِتَّةِ أشهرٍ وَادّعى الْأَقَلَّ.. فَالْقَوْلُ لَهَا مَعَ الْيَمينِ.

وَعند الإِمَام: بِلَا يَمِينٍ.

وَإِن علَّقَ طَلَاقَهَا بِالْوِلادَةِ فَشَهِدت بهَا امْرَأَةٌ.. لَا تطلقُ،

(**فإن ادعت نكاحها منذ ستة أشهر، وادّعى**) الزوج (**الأقل**) من ستة أشهر، فقال: تزوجتك منذ أربعة أشهر مثلاً (**فالقول لها**)؛ لأن الظاهر شاهد لها، فهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح.

فإن قيل: الظاهر شاهد له أيضاً [٤٩٣/أ]؛ لأن الأصل أن تضاف الحوادث إلى أقرب الأوقات.

قلنا: إن النسب مما يحتاط في إثباته؛ فإذا تعارض الظاهر فيه.. ترجح المثبت على النافي، على أن ظاهر حالها يتأيّد بظاهر حاله، من حيث إنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد؛ فإن نكاح الحبلى فاسد.

واختلفوا في حرمتها على الزوج بهذا النفي منه، قيل: يحرم، وقيل: لا وهو الأصح؛ لأنه وإن أقرّ الحرمة بهذا القول، إلا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه، والإقرار المقابل بتكذيب الشرع باطل.

(**مع اليمين**) عند أبي يوسف ومحمد.

(**وعند الإمام: بلا يمين**)؛ لأن الاختلاف هنا في النكاح والنسب، وهو من المسائل المختلف فيها بينه وبينهما: نكاح ورجعة، وفيء وإيلاء، واستيلاد ورق، ونسب وولاء، على ما في «كتاب الدعوى».

ولهما: أن الزوج يدّعي إسناد العلوق إلى زمان سبق النكاح، وهي تنكر.. فعليها اليمين، ولا يخفى عليك أنه معارض: بأن المرأة تسند العلوق إلى زمان سابق ينكره.

(**وإن علق طلاقها بالولادة**) بأن قال إذا ولدت ولداً فأنت طالق (**فشهدت بها**)، أي: بالولادة (**امرأة**) والزوج ينكرها، ولم يكن الحبل ظاهراً، ولا أقر الزّوج به (.. **لا تطلق**) عند أبي حنيفة، ولكن يثبت النسب اتفاقاً.

خلافاً لَهما.

وَإِنِ اعْترفَ بالحَبَلِ.. تطلقُ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهَا.

(**خلافا لهما**)، قالا: تطلق أيضاً؛ لأن شهادتها حجّة في ثبوت الولادة، لما رويناه من حديث الزهري؛ فإذا كانت حجة فيها.. كذلك تكون حجة فيما يتبنى عليها من الطلاق المعلق بها؛ كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة؛ فيما إذا قال: إن كان بأمتي هذه حمل.. فهو مني، فولدت بعده لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها.. فشهدت بها امرأة، وكثبوت اللّعان بناءً على ثبوت النسب أيضاً، فيما إذا جاءت زوجته بولد، فقال: ليس مني، ولا أدري أولدته أم لا؟! فشهدت بالولادة امرأة.. فإنه يجب اللّعان، إلا أن يكون الزوج عبداً، أو حرّاً، محدوداً.. فيحد للقذف.

ولأبي حنيفة: أنها لم تدَّع الطّلاق حتى يثبت في ضمن الولادة، بل إنما تدعي الحنث وزوال الملك الثابت بيقين، فلا بدّ لها من حجّة تامة، وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة تامة؛ لكونها ضروريّة، ولو سلّم أن دعواها هي الطّلاق، لكن لا يمكن إثباته بشهادتها ضمناً؛ لأن شهادتها إنما هي في حق الولادة وما يخصّها من اللّوازم؛ لضرورة عدم حضور الرجال عندها، فلا يظهر في حقّ الطلاق؛ لأن الضّروري مقدّر بقدر الضرورة، والطلاق ليس عين الولادة، ولا المختص بها؛ لأنه قد ينفك عنها، بخلاف الأمومة فإنها من لوازم النسب ، وبخلاف اللّعان من لوازم القذف اللازم لثبوت النسب منه.

وقد يقال نصرة للإمامين: إن الكلام في الطلاق المعلق بالولادة لا مطلقاً، والمعلّق من لوازم المعلق عليه المختص به؛ فإذا ثبت.. يلازمه.

ويجاب عنه: بأن للشرع [٤٩٣/ب] ولاية قد تثبت أمراً في حق بعض الأشياء، ولا تثبتها في حق بعض آخر، هذا فيما إذا أنكر الزوج الولادة والحبل ولم يكن معها حبل ظاهر.

(**وإن اعترف**) الزوج (**بالحبل**)، أو كان معها حبل ظاهر، ثم علق طلاقها بالولادة، فقالت المرأة: ولدت، وكذبها الزوج (.. **تطلق بمجرد قولها**) عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: لَا بدَّ مِن شَهَادَةِ امْرَأَةٍ.

وَمن نكحَ أَمَةً فَطلَّقَهَا فاشتراها فَولدت لأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أشهرٍ مُنْذُ شراها.. لزِمَهُ، وإِلَّا.. فَلَا.

(**وعندهما: لا بد من شهادة امرأة**)؛ لأنها ادعت الحنث، فلا بدّ لها من حجّة، وشهادتها فيه حجة على ما مرّ.

وله: أن الإقرار منه بالحبل إقرار بالولادة؛ لأنه يفضي إليها؛ ولأنه لما أقرّ بالحبل.. فقد أقرّ بكونها مؤتمنة، والقول قول المؤتمن في دعوى ردّ الأمانة.

(**ومن نكح أمة فطلّقها**)، أي: بعد الدخول واحدة بائنة، أو خلعاً، أو رجعية (**فاشتراها**) من مولاها قبل أن يقرّ بانقضاء عدّتها (**فولدت لأقل من ستة أشهر منذ شراها.. لزمه، وإلّا**)، أي: وإن لم تلد به لأقل منها، بل لتمام ستة أشهر، أو أكثر منها (.. **فلا**) يثبت النسب منه.

لأن في الوجه الأول: هو ولد المُعْتَدَّة للمتيقن بكون العلوق سابقاً على الشراء، وولد المُعْتَدَّة يثبت نسبه بلا دعوة لقيام الفراش حكماً.

وفي الوجه الثاني: ولد المملوكة؛ لأن الحوادث تضاف إلى أقرب أوقاتها وقت كونها مملوكة، فلا بد من دعوة، وإنما قيّدناه بكونه بعد الدخول وكونه واحدا بائناً، أو خلعاً، أو رجعية؛ لأنه لو طلقها قبل الدخول.. لا يلزمه الولد إلا أن تجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها؛ لعدم العدّة عليها، ولو طلقها بعد الدخول ثنتين.. يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق؛ لأنها حرمت عليه حرمة غليظة بالطلقتين؛ كالحرة بالثلاث، فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبل الطلاق؛ لأنها لا تحل له بالشراء بعد أن حرمت عليه غليظة، وإذا لم تحل.. لا يقضى بالعلوق من أقرب الأوقات بل من أبعدها، وهو ما قبل الطلاق حملاً له على الصّلاح.. فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين، بخلاف ما إذا كان الطلاق واحداً.. يحلّ له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات.

ثم اعلم أن الطلقة الواحدة إذا كانت رجعية.. لزمه الولد، وإن جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء.

وإذا كانت بائنة.. لزمه إلى أقل من سنتين، أو تمام السنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، هذا فيما إذا اشترى زوجته الموطوءة بعد طلاقها، ولو اشتراها، ثم أعتقها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها.. لا يثبت النسب، إلا أن يدعيه الزوج؛ لأن النكاح بطل بالشراء، وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه، ولو ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء إلّا بدعوة، والعتق ما زادها إلا بعداً من الزوج.

وعند محمد: يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء؛ لأنه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة؛ لكنها لا تظهر في حقه للملك؛ وبالعتق ظهرت.

وحكم مُعْتَدَّة عن بائن لم تقر [٤٩٤/آ] بانقضاء عدّتها، ذلك ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر.. لزمه؛ للعلم بثبوته قبل الشراء، وإن كان لأكثر من سنتين من وقت العقد، وكذا لو لم يعتقها، ولكن باعها فولدت في يد المشتري لأكثر من ستة أشهر منذ باعها:

فعند أبي يوسف: لا يثبت النسب وإن ادعاه، إلا بتصديق المشتري، لما مرّ أن النكاح بطل بالشراء.

وعند محمّد يثبت بلا تصديق؛ كما قال في العتق، إلا أنه هنا لا يثبت بلا دعوة؛ لأن العدّة ظهرت ثمة ولم تظهر هنا، ولو أسلمت كتابية تحت مسلم، ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإسلام، فنفاه.. لاعن ويقطع نسب الولد منه وإن احتمل علوقه قبل الإسلام، وباعتباره لا لعان، لكن العلوق حادث والأصل في الحوادث ما قلنا.

وَمن قَالَ لأَمتِهِ: «إِن كَانَ فِي بَطْنِكِ ولدٌ فَهُوَ منِّي» فَشَهِدتِ امْرَأَةٌ بِالْولادَةِ.. فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ.

وكذا حرّ تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق، فنفاه الزوج: لاعن، وإن احتمل العلوق قبل الإعتاق.

اعترض على قولهم: «إن الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات» بثلاث مسائل:

أحدها: ما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق ثلاثاً، ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولأقل من سنتين منه، فالإيجاب على ابهامه: ولا تتعين ضرّتها للطلاق على ما ذكره في «الزيادات».

ثانيها: لو قال لها: إذا حبلت فأنت طالق، فولدت لأقل من سنتين من وقت التعليق.. لا يقع الطّلاق، فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل.

وثالثها: المطلقة الرّجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق.. لا يصير مراجعاً.

ولو كانت الحوادث مضافة إلى أقرب الأوقات.. لثبتت هذه الأحكام الثلاثة.

أعني: البيان بتعين الضرة، ووقوع الطلاق، والرّجعة.

وأجيب عنه: بأنّ الحوادث إنما تضاف إلى أقرب أوقاتها إذا لم تتضمن إبطال ما كان ثابتاً بالدليل، أو ترك العمل بالمقتضى؛ أما إذا تضمن ذلك.. فلا، ففي ثبوت الطلاق في الصورتين الأوليين إبطال ما كان ثابتاً بيقينٍ بلا يقين، وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول، كذا في «فتح القدير».

(**ومن قال لأمته: إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة.. فهي أمّ ولده**)؛ لأن سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله: «فهو مني» وإنما الحاجة إلى تعيين الولد، وهو يثبت بشهادة القابلة بالإجماع، هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار.

وَمن قَالَ لغلَامٍ هُوَ ابْني، وَمَاتَ، فَقَالَت أُمُّهُ: أَنا امْرَأَتُهُ وَهُوَ ابْنُهُ.. يرثانِهِ.

فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً.. لم يلزمه؛ لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى، فلم يكن المولى مدّعياً هذا الولد، بخلاف الأول؛ فإنا تيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت القول، فصحت الدعوى، إنما قيد بالتعليق؛ لأنه لو قال: هذه حامل مني، بغير تعليق.. يلزمه الولد [٤٩٤/ب] وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين حتى ينفيه، كذا في «البحر» نقلاً عن «غاية البيان».

(**ومن قال لغلام: هو ابني ومات، فقالت**)، أي: بعد موته (**أمّه**)، أي: أمّ الغلام: (**أنا امرأته وهو ابنه.. يرثانه**).

والقياس: أن لا يكون لها الميراث؛ لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح.. كذلك يثبت بالنكاح الفاسد، وبالوطء عن شبهة، وبملك اليمين.. فلم يكن قوله: «هو ابني» إقراراً بالزوجية منه.

ووجه الاستحسان: أن المسألة فيما إذا كانت المرأة معروفة بالحرية وبكونها أمّ الغلام.. النكاح الصحيح هو المتعيّن كذلك وضعاً وعادةً، فيحتمل عليه عند إقرارها ما لم يظهر خلافه.

واعترض عليه: بأنه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الاستحسان أيضاً؛ لأن هذا النكاح ثبت اقتضاءً فثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون الإرث.

وأجيب: بأن النكاح ليس بمتنوع إلى ما هو سبب لاستحقاق الإرث وإلى ما ليس بسبب له، فلما ثبت ولو بطريق الاقتضاء.. يترتب عليه ما هو من لوازمه المختص به وهو الإرث، ولذا لو زوج أمة من عبده فجاءت بولد فادّعاه المولى.. لم يثبت نسبه منه، وإلّا.. لزم أن ينفسخ النكاح بعدما ثبت على وجه الصحة، وهو ممّا لا يقبل الفسخ بعدما صحّ، فترتّب عليه لوازمه، والولد معتق عليه في هذه الصورة أيضاً لكون ملكه وإن لم يثبت نسبه منه لضرورة النكاح؛ كما إذا أقرّ ببنوة عبده المعروف النسب، وهذا بخلاف البيع؛ فإن المولى إذا باع أمة وولدت عند المشتري، ثم إذا ادّعاه البائع.. يثبت نسبه منه وينفسخ البيع؛ لأنه ممّا يقبل الفسخ.

فَإِن جُهِلت حرِّيَّتُها وَقَالَتِ الْوَرَثَةُ: أَنْتِ أُمُّ وَلَدِهِ.. فَلَا مِيرَاثَ لَهَا.

(**فإن جهلت حرّيتها وقالت الورثة أنت أمّ ولده.. فلا ميراث لها**)؛ لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الإرث؛ كالمفقود يجعل حياً في حق ماله حتى لا يرث غيره منه، لا في حق غيره حتى لا يرث هو من غيره، وإذا لم يكن لها ميراث.. فهل لها مهر المثل؟

ففي «فتح القدير» عن التمرتاشي: أن لها مهر المثل؛ لأنهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أمّ ولد بقولهم.

واعلم: أن الفراش على ثلاث مراتب:

قوي: وهو فراش المنكوحة، وحكمه: ثبوت النسب فيه بلا دعوة، ولا ينتفي بمجرد النفي ما لم يتلاعنا.

وضعيف: وهو فراش الأمة، وحكمه: أن لا يثبت به بلا دعوة.

ومتوسط: وهو فراش أم الولد، وحكمة: أن يثبت النسب بلا دعوة إن حلّ وطؤها، وينتفي بمجرد النفي، وإن لم يحل وطؤها له.. فلا يثبت النسب بلا دعوة أيضاً؛ كأمّ ولد كاتبها مولاها، أو حرمت عليه بالرضاع، أو بوطئه أمّها، أو بنتها، أو بوطئها أبوه، أو ابنه على ما سيأتي في باب الاستيلاد.

* * *

فهرس محتويات الجزء الثالث

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه
محمد مصطفى الخطيب

الجزء الرابع

تتمة كتاب الطلاق، الإعتاق،
الأيمان، الحدود



كمال الدراية وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAMʿ AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري
(ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـــب العلميـــة - بيـــروت

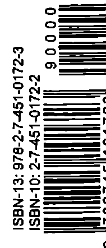
Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء) عدد الصفحات
Size 17x24 cm قياس الصفحات
Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة
Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنـــان
Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ١٢/١١/٨٠٤٨١٠ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



(بَابُ الْحَضَانَةِ)

الْأُمُّ أَحَقُّ بحضانةِ وَلَدهَا قبلَ الْفرْقَةِ وَبعدَهَا.

ثمَّ أمُّهَا وَإِن عَلَتْ.

ثمَّ أمُّ الْأَبِ.

(بَابُ الحَضَانَة)

يُقَال: حَضَنَ الصَّبي حَضْناً وحِضَانَة بالكسر: جَعَلَه في حضنه، أو رَبَّاه، والحِضْنُ بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح، كذا في «القاموس».

وفي الشريعة: تربية الأم [٤٩٥/أ] أو غيرها الصغير، أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها.

(**الأم أحقّ بحضانة ولدها قبل الفرقة وبعدها**)؛ لما روى عمرو بن شعيب: أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن ولدي هذا كان بطني له وعاءً وحِجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال ﷺ: «أنت أحق به ما لم تتزوجي»؛ ولأن الأم أشفق عليه لزيادة اتصاله بها، وأقدر على الحضانة للزومها البيت فكان الدفع إليها أنظرُ، ولا جبر لها على أخذه إن أبت، والنَّفَقة على الأب على ما سيأتي.

(**ثم أمّها**) عند عدمها، أو عدم قبولها (**وإن علت**)؛ لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات.

وعن أبي يوسف وهو قول أحمد: أنّ أمّ الأب أولى من أم الأم.

والجواب: أن أمّ الأم تدلي إلى الأم، وهي المقدمة، فمن يدلي ولاداً أولى، وتستوي فيه المسلمة والكافرة؛ لأن حق الحضانة باعتبار الشفقة، وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما في «العناية».

(**ثم أم الأب**) وإن علت؛ لأنها من الأمهات أيضاً.

ثمَّ أُختُ الْوَلَدِ لِأَبَوَيْنِ ثمَّ لأُمٍّ، ثمَّ لأَبٍ.

ثمَّ خَالَتُهُ كَذَلِك.

ثمَّ عمَّتُهُ كَذَلِكَ.

وَبَنَاتُ الْأُخْتِ أَولى مِن بَنَاتِ الْأَخِ.

وَهنَّ أَولى مِنَ العمَّاتِ.

(**ثم أخت الولد لأبوين، ثم لأمّ، ثم لأب، ثم خالته كذلك**)، أي: لأبوين، ثم لأمّ، ثم لأب، وفي رواية كتاب الطّلاق: الخالة أولى من الأخت لأب اعتباراً بأن الخالة هي المدلي للأم.

(**ثم عمته كذلك**)، أي: على الترتيب المذكور.

(**وبنات الأخت أولى من بنات الأخ، وهنّ أولى من العمّات**).

قال في «البحر»: أولاد الأخوات لأب وأمّ، أو لأم.. أحق من الخالات والعمات باتفاق الرّوايات.

وأما أولاد الأخوات لأب، ففي إحدى الرّوايتين: أحق من الخالات اعتباراً بالأصل.

والصحيح: أنّ الخالات أولى من أولاد الأخوات لأب، والأخت لأم أولى من ولد الأخت لأب وأم، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ؛ لأن الأخت لها حق في الحضانة دون الأخ، فكان المدلي بها أولى، وإذا اجتمع من له حق الحضانة في درجة.. فأورعهم أولى، ثم أكبرهم. انتهى.

وصرّح في «الزيلعي»: بأن الخالة أولى من بنت الأخ؛ لأنها تدلي بالأم وتلك بالأخ، وبنات الأخ أولى من العمات. انتهى.

فحق العبارة على هذا التفصيل أن يقول: ثم أخت الولد لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت الأخت لأبوين، ثم بنت الأخت لأم، ثم الخالة، ثم بنت الأخت لأب،

وَمن نكحت غيرَ محرَمِهِ.. سقطَ حَقُّهَا، لَا مَن نكحت مَحرَمَهُ؛ كَأُمٍّ نكحت عَمَّهُ، وَجدّةٍ نكحت جدَّهُ.

وَيعودُ الْحقُّ بِزَوَالِ نِكَاحٍ سقطَ بِهِ.

ثم بنت الأخ، ثم العمة؛ لأن المفهوم من التفصيل المذكور هو هذا الترتيب، ولا حق لبنات العمة والخالة في الحضانة؛ لأنهن غير محرمات، كذا في «الزيلعي».

وإذا لم يكن للصغير عصبة.. تدفع إلى الأخ لأم، ثم إلى ولده، ثم إلى العم لأم، ثم إلى الخال لأب وأم، كذا في «فتح القدير».

(ومن نكحت) من هؤلاء المذكورين على الترتيب **(غير محرمه)**، أي: محرم الولد **(.. يسقط حقها)** من الحضانة، لما رويناه من حديث ابن شعيب، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبياً.. يعطي الولد قليلاً وينظر إليه بغضاً، فلا نظر له، والحضانة لم تشرع إلا للنظر للولد.

(لا من نكحت محرمه، كأم نكحت عمّه)، أي: عمّ الولد [٤٩٥/ب]؛ لأن الشفقة قائمة نظراً إلى القرابة، **(وجدة نكحت جدّه)**، أي: جد الولد؛ لأنه قائم مقام أبيه فينظر له.

(ويعود الحق)، أي: حق الحضانة **(بزوال نكاح سقط)** الحق **(به)**، أي: بذلك النكاح وهو نكاح الأجنبي للولد؛ لأن المانع قد زال فيعمل المقتضي عمله، وهذا يشبه تخصيص العلّة والمخلص معروف في «الأصول».

وهل يسقط حق الحضانة باشتراط ترك الولد عند الأب؟

قالوا: لا يسقط، بل الشرط باطل، ففي «الحاوي القدسي»: إذا اختلعت من زوجها على أن تترك ولدها الصغير عند الزوج.. فالشرط باطل؛ لأن هذا حق الولد، وكذا شرط الزوج كون الولد عند الأم بعد انقطاع حق الحضانة.. باطل.

وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نفي الزَّوْجِ.

وَيكونُ الْغُلَامُ عِنْدهنَّ حَتَّى يَسْتَغْنِيَ؛ بِأَن يَأْكُلَ وَيشْربَ ويلبَس ويستنجيَ وَحدَهُ وَقُدِّرَ بتسعٍ، أَو سبعٍ.

(والقول قولها في نفي الزوج)، يعني: إذا اختلف الزوجان فادّعى الزوج أن الأم تزوّجت بزوج آخر وأنكرت المرأة.. كان القول لها؛ لأن الأصل عدم الحادث ما لم يثبت ببينة.

وإن أقرّت أنها تزوجت بزوج آخر، لكن ادعت أن ذلك الزوج طلقها وعاد حقها في الحضانة؛ فإن لم يتعين الزوج.. فالقول لها، وإن عينته.. لا يقبل قولها في دعوى الطّلاق حتى يقرّ به الزوج، كذا في «قاضي خان» و«فتح القدير».

(ويكون الغلام عندهن)؛ أي: عند واحد من هؤلاء على الترتيب المذكور.

(حتى يستغنى بأن يأكل ويشرب ويلبس ويستنجي وحده)؛ هكذا في نسخ «النوادر».

وقوله: «وحده» قيد للأربعة.

وفي «نوادر ابن الرشيد»: ويتوضأ وحده.

واختلفوا في المراد بالاستنجاء ههنا.

فمنهم من قال: المراد منه تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين.

ومنهم من قال: المراد به الطهارة من النجاسة.

(وقدر) أي مدّة الاستغناء **(بتسع)** سنين، أو **(سبع)** سنين وهو اختيار الخصّاف، وعليه «الفتوى» على ما في «فتح القدير» نقلاً عن «الكافي» وغيره.

ورد التقدير: بتسع بأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغ التسع، وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده.

ثُمَّ يُجْبرُ الْأَبُ على أَخذِهِ.

وَالْجَارِيَةُ عِنْدَ الْأُمِّ أَوِ الْجدَّةِ حَتَّى تحيضَ، وَعند مُحَمَّد، حَتَّى تُشْتَهى كَمَا عِنْدَ غَيرِهمَا، وَبِه يُفْتى؛ لفسادِ الزَّمَانِ.

ولو اختلفا، فقال الأب: هو ابن سبع وأنا أحق به، وقالت الأم: هو ابن ست وأنا أحق به.. فالقاضي لا يحلف أحدهما، لكن ينظر إلى الصبي إن رآه أنه يستغني عن الوالدة بأن يأكل وحده.. ويلبس وحده يدفع إلى الأب، وإلا.. فلا.

(ثم يجبر الأب على أخذه)؛ لأنه بعد الاستغناء عن الأم يحتاج إلى المؤدب والأب أبلغ به، وكذا الجدّ أب الأب عند عدم الأب.

وفي «الحاوي القدسي»: عند انقطاع حق الحضانة كون الصبي عند الرجال العصبات إذا لم يكن أب وجد.. أولى، وكون الجارية عند النساء إذا لم يكن أم وجدة، يتخلق كل واحد منهما بما يليق به.

(والجارية عند الأم أو الجدة حتى تحيض)؛ لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة أدب النساء من الغزل والطبخ، والمرأة على ذلك أقدر، وبعد البلوغ يحتاج إلى التحصين والحفظ، والأب أقدر.

(وعند محمد) أنها عندهما **(حتى تشتهى كما عند غيرهما)**؛ لأن الجارية تترك عند الأخوات، أو الخالات [٤٩٦/أ]، أو العمات حتّى تشتهى على رواية «القدوري».

وأما على رواية «الجامع الصغير»: تترك حتى تستغني **(وبه يفتى لفساد الزمان)**، اختلفوا في حد الشهوة.

قيل: تسع، وقيل: ثمان، وقيل: ست إن كانت عبلة، وإلا.. فلا.

وهل يجوز أخذ الولد عن أمّه قبل هذه المدة وهي مطلقة الأب ولم تنكح نفسها للأجنبي؟

ففي «خزانة المفتي»: الأم إذا كانت تشرب الشراب وتحضر مجلس الفسق بعد طلاق زوجها؛ فإن كان في حالة الرضاع.. لا يؤخذ منها الولد؛ لأن الفسق لا يخل

وَمن لَهَا الْحَضَانَةُ لَا تُجبرُ عَلَيْهَا.

بتربية الولد بالإرضاع، لكن إذا استغنى عن اللبن.. يؤخذ منها؛ لأن الولد يتخلق بالأخلاق السوء. انتهى.

(ومن لها الحضانة) من هؤلاء المذكورين **(لا تجبر عليها)** لاحتمال عجزها عن الحضانة، إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم غيره، أو لا يأخذ الولد ثدي الغير.. فحينئذٍ تجبر بالاتفاق؛ لئلا يفوت حق الولد؛ إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه.

وقال خواهرزاده وأبو الليث والهندواني: إنها تجبر ملطقاً؛ لأنها حق الولد قال الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ والمراد به: الأمر للوجوب.

قلنا: لا نسلم أنها للوجوب، بل للندب بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، ولو وجب عليها الرضاع.. لما استحقت الأجرة، وبدليل قوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾؛ حيث جعل للزوج حق الاسترضاع شرط أن لا تعاسر الأم.

ولو سلم أنّه للوجوب.. لكنه مختص بما إذا لم يرتضع الصبي إلّا من أمّه، أو لم يوجد له ظئر أو عجز الوالد عن الاستئجار على ما صرّحوا به.

واختلفوا في التصحيح والاختيار، واختيار صاحب «الهداية»: عدم الجبر؛ كما ذكره المصنف، وصحّحه في «التبيين»، وعليه «الفتوى»، كما في «الولوالجية» و«الواقعات».

وقال بعضهم: الأولى الإفتاء بقول الفقهاء الثلاث.

وهل تستحق الأجر للإرضاع؟

فقالوا: إن الأم لو طلبت الأجر للإرضاع في نكاح الأب، أو في عدة الرجعي.. لم تستحق الأجر؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة وإن لم يكن ديناً عليها لما تلوناه، ولكنها معذورة لاحتمال العجز؛ فإذا أقدمت عليه بالأجر.. ظهرت قدرتها، فكان الفعل واجباً عليها فلا تستحق أخذ الأجر، ولو طلبت بعد العدة.. تستحق الطلب لزوال النكاح بالكلية؛ فإن طلبت أكثر من أجرة الأجنبية.. فلا يجبر الأب

فَإِن لم تكنِ امْرَأَةٌ.. فَالْحقُّ للعصباتِ على ترتيبِهِم.

لَكِن لَا تُدفَعُ صبيَّةٌ إِلَى عصبَةٍ غيرِ مَحرَمٍ؛ كَابْنِ الْعمِّ وَمولَى الْعَتَاقَةِ، وَلَا إلى فَاسقٍ ماجنٍ.

وَإِنِ اجْتَمعُوا فِي دَرَجَةٍ.. فأورعُهُم أَولى، ثمَّ أسنُّهُم.

على إعطاء الولد إلى أمه، بل هو مخير؛ إن شاء.. أعطاه الأجنبية، وإن شاء.. أعطاه أمّه بما طلبت من الأجرة دفعاً للضرر عن الأب، وإن رضيت الأجنبيّة الإرضاع بدون الأجر، أو بدون أجر المثل، والأم بأجر المثل.. فالأب مخير أيضاً لما ذكرناه.

واختلفوا في عدة البائن:

قيل: يجوز استئجار الأم في عدّة البائن وهي مستحقة الطلب للأجر.

وقيل: لبقاء العدة هي من أحكام النكاح، ولو قالت الأم بعد العدة: لا أرضعه إلا بأجرة أو بالأقل، وقال [٤٩٦/ب] الأب أجد مرضعة بلا أجر.. ليس لها منع الأب، ولكن ترضعه الظئر في بيت أمه رعاية للطرفين، وسيأتي تفصيله في نفقة الطفل.

(**فإن لم تكن امرأة**)، أي: إن لم تكن للصغير والصغيرة امرأة من أهلها أو وجب الانتزاع من النساء.. أخذه الرجال، وإذا اختصموا فيه (.. **فالحق للعصبات على ترتيبهم**) المعروف في الفرائض وقد تقدم بيانه، وهذا؛ لأن الولاية بالقرب، فإنهم أقرب فهو أولى.

وقال في «فتح القدير»: وإذا لم يكن للصغير عصبة.. تدفع إلى الأخ لأم، ثم إلى ولده، ثم إلى العم لأم، ثم إلى الخال لأب وأمّ، ثم لأب، ثم لأم؛ لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة في النكاح، ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة؛ لأنه آخر العصبات.

(**لكن لا تدفع صبية إلى عصبة غير محرم كابن العم ومولى العتاقة، ولا إلى فاسق ماجن**)، أي: من المحارم؛ كالأخوة والأعمام صيانة للجارية وتحرزاً عن الفتنة.

(**وإن اجتمعوا**)، أي: مستحقوا الحضانة من الرجال (**في درجة**)؛ كأخوة وأعمام (**فأورعهم أولى، ثم أسنهم**)، أي: بعد التساوي في الورع.

وَلَا حقَّ لأَمَةٍ وَأُمّ ولدٍ فِي الْحَضَانَةِ قبلَ الْعتْقِ.

والذِّميَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسلمِ مَا لم يُخَفْ عَلَيْهِ أُلفُ الْكفْرِ.

(**ولا حق لأمة وأم ولد في الحضانة قبل العتق**)، قيل: لعجزها عنها بالاشتغال لخدمة المولى، ولأن حق الحضانة نوع ولاية، ولا ولاية لهما فتكون الحضانة لمولاه إن كان الصغير رقيقاً، ولكنه لا يفرق بينه وبين أمه إن كانا في ملكه للنهي عن التفريق بينهما، وإن كان حرّاً.. فالحضانة لأقربائه الأحرار، وإذا عتقا.. كان لهما حق الحضانة في أولادهم الأحرار؛ لأنهما وأولادهما أحرار أوان ثبوت الحق، والمدبرة كالقنة لوجود الرق فيها، والمكاتبة أحق بولدها المولود في الكتابة؛ لأنه يصير داخلاً في كتابتها تبعاً لها، بخلاف المولود قبل الكتابة، كذا في «الزيلعي».

وأوضح منه ما في «البحر»: إن كان الصغير رقيقاً.. فمولاه أحق به؛ حرّاً كان أبوه أو عبداً، ولو عتقت أمّه بعد وضعه.. فلا حق لها في الحضانة، إنما الحق للمولى أيضاً؛ سواء كانت منكوحة أبيه، أو فارقها؛ لأنه مملوكه، هذا إذا كان الولد رقيقاً.

وأما إذا كان حرّاً.. فالحضانة لأقربائه الأحرار إن كانت أمّه أمة لا لمولاها، ولا لمولاه الذي أعتقه، وإن أعتقت.. كانت الحضانة لها. انتهى.

(**والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يُخَفْ عليه أُلفُ الكفرِ**)؛ لأن الحضانة تبتني على الشفقة، وهي أشفق عليه، فيكون الدفع إليها أنظر ما لم يعقل الأديان؛ فإذا عقل.. ينزع منها لاحتمال الضرر.

ولا حق للمرتدة في الحضانة؛ لأنها تحبس وتضرب، فلا تتفرغ له، ولا في دفعه إليها نظر:

أما إذا أسلمت وتابت.. يسلم الولد إليها.

والذمية تمنع من أن تغذيه لحم الخنزير أو الخمر، وإن خيف أن تغذيه منهما.. لم ينزع منها، بل تضم إلى ناس من المسلمين، كذا في «فتح القدير» و«البحر».

وَلَيْسَ لِلْأَبِ أَن يُسَافِرَ بولدِهِ حَتَّى يبلغَ حدَّ الاستغناءِ، وَلَا للْأُمِّ إِلَّا إِلَى وطنِها، وَقد تزَوَّجهَا فِيهِ إِن لم يكن دَارَ حَرْبٍ.

(**وليس للأب أن يسافر** [٤٩٧/أ] **بولده حتّى يبلغ حدّ الاستغناء**)؛ لأن فيه إبطالاً لحق الحضانة وضرراً للولد.

(**ولا للأم إلّا إلى وطنها وقد تزوّجها فيه إن لم يكن دار الحرب**).

توضيح المسألة: إذا ثبت حقّ الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى بلد آخر.. فلا يخلو؛ إما أن يكون النكاح قائماً بينهما، أو تكون مطلقة رجعيّاً، أو بائناً.

فعلى الأوّل: كان للزوج منعها؛ لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجّل المهر خصوصاً بعد ما خرجت معه.

وكذلك الحال على الثاني؛ لأن المطلقة رجعياً حكمها حكم المنكوحة.

وعلى الثالث: إما أن تنقضي عدتها، أو لا تنقضي:

فإن لم تنقض.. كان للزوج منعها أيضاً؛ لأن معتدة البائن ليس لها الخروج قبل انقضاء العدة.

وإن انقضت عدّتها.. فلا يخلو من كون البلد التي تريد الخروج إليها بلدها التي وقع العقد فيها، أو لا.

فعلى الأول: ليس للأب منعها وإن بعدت؛ كالكوفة من الشام، لحديث ابن أبي شيبة مرفوعاً «ومن تأهّل ببلدة.. فهو منهم»؛ ولأنه التزم المقام فيها عرفاً وشرعاً.. فلا يمنع من الخروج إليها، إلا أن تكون دار الحرب وهو مسلم، أو ذمي.

وإن كانت هي حربية، ولو كانا مستأمنين.. جاز لها الخروج مع الولد إلى دار الحرب؛ لأنه لما عقد فيها.. فالظاهر أنه يقيم فيها، غير أنه إذا خرج بعده وقد أعطاها المهر.. وجب عليها المتابعة، أو تابعته بلا وجوب، وإذا زالت الزوجية.. لم تجب المتابعة، فيعود الأمر إلى الأوّل، ولو كان الأولاد غيباً بأن تزوجها مثلاً بالبصرة.. فولدت له أولاداً، فخرج الأب بهم إلى الكوفة، ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم إليها.

وَلَيْسَ ذَلِكَ لغيرِ الْأُمِّ.

وَإِن كَانَ بَين المِصرَين أَو القَرِيَتينِ مَا يُمكنُ لِلْأَبِ أَن يطَّلع عَلَيْهِ ويبيتَ فِي منزلِهِ.. فَلَا بَأْسَ بِهِ.

فإن أخرجهم بإذنها.. ليس عليه أن يجيء بهم إليها، ويقال لها: اذهبي إليهم فخذيهم.

وإن كان بغير إذنها.. فعليه أن يجيء بهم إليها.

ومن هنا علم أن مراد المصنف بالأم: هي المطلقة بائناً، وقد انقضت عدتها لا مطلقاً.

وعلى الثاني: له منعها سواء كان مصرها ولكنه لم يعقد فيه، أو عقد فيه ولكنه ليس مصرها على أصح الروايتين، إلا أن يخرج إلى مصر قريب؛ بحيث لو خرج الأب لمطالعة الولد.. أمكنه أن يبيت في أهله، أو قريته كذلك وكان العقد في قرية؛ لأنه حينئذ كالانتقال من محلة إلى محلّة في بلدة واحدة، وإن لم يكن العقد في قرية، بل في مصر.. فليس لها إخراجه إلى القرية القريبة؛ لئلا يتخلق الولد بأخلاق أهل السواد؛ كذا في «فتح القدير».

هذا فيما بين الأب والأم؛ أما لو كانت الأم ماتت وصارت الحضانة للجدة.. فأشار إليه بقوله: (**وليس ذلك**)، أي: المسافرة والخروج بالولد (**لغير الأم**) من الجدة وغيرها؛ لأنه لم يكن بينهما عقد حتى تنتقل بسببه إلى بلدها التي وقع العقد فيها.

وكذا أمّ الولد إذا أعتقت.. لا تخرج من المصر الذي فيه الغلام؛ لما أنه لا عقد بين الأب وأم الولد، كذا في «فتح القدير».

(**وإن كان بين المصرين**) [٤٩٧/ب] (**أو القريتين ما يمكن الأب أن يطلع عليه ويبيت في منزله.. فلا بأس به**)؛ أي: بالخروج بالولد؛ لأنه بمنزلة النقلة من محلّة إلى محلّة على ما ذكرناه.

وَكَذَا النُّقلَةُ مِنَ الْقَرْيَةِ إِلَى الْمصرِ، بِخِلَاف الْعَكْسِ.

وَلَا خِيَارَ لِلْوَلَدِ.

(وكذا)؛ أي: لا بأس في (النقلة من القرية إلى المصر) إن كان بينهما ما يمكن مطالعة الأب عليه، ولأنّ فيها نفعاً للولد من حيث إنه يتخلق بأخلاق أهل المصر.

(بخلاف العكس)؛ أي: النقلة من المصر إلى القرية فإن للأب منعها عنها وإن كان بينهما ما يمكن مطالعة الأب على الولد، ويبيت في منزله؛ لأنّ فيها ضرراً للولد حيث يتخلّق بأخلاق أهل السّواد، إلّا أن تكون القرية وطنها ووقع العقد فيها على ما في «التّبيين». وقد ذكرناه.

(ولا خيار للولد) غلاماً أو جارية؛ أي: لا خيار له في اختيار أحد أبويه إذا بلغ السنّ الذي يكون الأب أحقَّ به كسبع مثلاً، بل يأخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الولد ذلك.

وقال الشافعي: له الخيار بينهما إذا بلغ ذلك السنّ ويختار أيّهما شاء؛ لما أخرجه الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ خيّر غلاما بين أبيه وأمّه.

ولنا: أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخلية بينه وبين اللعب، فلا يتحقق النظر؛ وقد صحّ أن الصحابة لم يخيّروا.

والجواب عما رواه الشافعي: أن النبي ﷺ دعا للولد في ذلك الحديث قال: «اللهم اهده» فوفق الولد ببركة دعائه ﷺ لاختيار الأنظر له وهو الأب، ويحتمل أن يكون ذلك الولد بالغاً على ما في «الهداية».

* * *

(بَابُ النَّفَقة)

تَجِبُ النَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ وَالسُّكْنَى لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوجِهَا وَلَو صَغِيراً، مُسْلِمَةً كَانَت أَو كَافِرَةً، ....

(بَابُ النَّفَقَة)

هي في اللغة: اسم بمعنى الإنفاق، يقال: أنفق الرجل؛ أي: فني زاده. كذا في «المصباح».

وفي الشريعة: ما ذكره في «الخلاصة» قال: قال هشام: سألت محمداً عن النَّفَقة، قال: النَّفَقة: هي الطعام والكسوة والسكنى. انتهى.

ونفقة الشخص على غيره تجب بالزوجية وبالنسب وبالملك، قدم الزوجية لكونها أصل النسب.

(تَجِبُ النَّفَقة والكِسْوَة والسُّكْنى) والظاهر من هذا العطف: عدم شمول النَّفَقة لهما، ولكنها شاملة لهما، لأنها في الشريعة: هي الطّعام والكسوة والسكنى على ما ذكرناه آنفاً، فلا بدّ من التأويل بأن يقال: إنه من باب عطف الجزء على الكل، أو من باب عطف الخاص على العام للاهتمام بهما، أو أن النَّفَقة عنده مختص بالطعام على ما هو المناسب لمعناه اللغوي.

(للزوجة على زوجها، ولو) كان الزوج (صغيراً) بشرط أن يكون للصغير مال، وإلّا.. فلا شيء على أبيه لها على ما في «البحر».

(مسلمة كانت) الزوجة (أو كافرة)، والأصل فيه: قوله تعالى ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وقوله ﷺ في حديث حجّة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهنّ بالمعروف».

ولأن النَّفَقة جزاء الاحتباس وكل من كان محبوساً لحق مقصود لغيره.. كانت نفقته عليه؛ كالقاضي والمفتي والعامل في الصدقات، ولا فصل في هذه الدلائل بين المسلمة والكافرة.

فإن قيل: إن الرهن محبوس لحقّ [٤٩٨/أ] مقصود للمرتهن، ولذا كان أحق به من سائر الغرماء، مع أن نفقته على الرّاهن..

أجيب: بأنه محبوس لحقّ الراهن أيضاً، وهو: وفاء دينه عند الهلاك مع كونه ملكاً له.

ولم يذكر المصنف إيصال النَّفَقة إليها، وهو نوعان: تمكين وتمليك.

فالتمكين متعين فيما إذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة فتمكن المرأة مقدار كفايتها.. فليس لها أن تطالبه بفرض النَّفَقة.

وإن لم يكن بهذه الصفة؛ فإن رضيت أن تأكل معه.. فبها ونعمت.

وإن خاصمت في فرض النَّفَقة.. يفرض لها بالمعروف، **وهو التمليك**. كذا في «البحر» نقلاً عن «غاية البيان».

والذي ظهر من قوله: «وهو التمليك» أن النَّفَقة المفروضة تصير ملكاً للمرأة بمجرد الفرض من غير حاجة إلى دفعها إليها.

لكنه قال في «البحر» بعد هذا: وظاهر ما في «غاية البيان» أن النَّفَقة المفروضة تصير ملكا للمرأة إذا دفعها إليها.. فلها التصرف فيها من بيع وهبة وصدقة وادّخار. انتهى.

ثم قال: إن المرأة تملك النَّفَقة بفرض القاضي أو بدفع شيء إليها بالرّضاء، وقال: ويستفاد هذا ممّا ذكره في «القنية» قال الزوج لها: خذي هذه الدنانير الخمسة لنفقتك ولم يعيّن الوقت، فهو تمليك لا إباحة. انتهى.

ووجه الاستفادة ظاهر، والّذي ظهر من «الخلاصة» و«البزازية»: أنها لا تملك النَّفَقة بمجرّد الفرض ما لم يدفع إليها حيث قالا: إنّها إذا خاصمت بالنَّفَقة وفرضها القاضي.. فالزوج هو الذي يلي الإنفاق عليها إلّا إذا ظهر بعد الفرض مطله.. فحينئذٍ يفرضها القاضي عليه ويأمره بأن يعطيها ما تنفق على نفسها نظراً إليها؛ فإن أبى..

كَبِيرَةً أَوْ صَغِيرَةً تُوطَأُ، ....

حبسه ولا تسقط عنه النَّفَقة، وتؤمر هي بالاستدانة حتى ترجع عليه إن ظهر له مال. انتهى.

فإنها لو ملكتها بمجرد الفرض.. لم يكن للزوج حق التصرّف فيها بالاتفاق. كذا في «البحر».

(كبيرة **أو** صغيرة) تصلح أن (**توطأ**)؛ لأن الصغيرة التي لا تصلح أن توطأ.. لا نفقة لها عليه، سواء كانت في منزل الزوج أو في منزل الأب حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع؛ لأن امتناع الوطء إنما هو لمعنى فيها، والاحتباس الموجب للنفقة: ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح - وهو الجماع - أو دواعيه، ولم يوجد؛ لأن هذه لا تصلح للدواعي أيضاً لكونها غير مشتهاة.

ونقض بالرتقاء والقرناء.

ودفع بأن الدواعي غير فائتة؛ لإمكان التفخيذ وغيره هذا عندنا.

وقال الشافعي: لها النَّفَقة وإن لم تصلح للوطء؛ لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين.

قلنا: إن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد.

واختلفوا في صغيرة لا تصلح للجماع، ولكنها تصلح للخدمة، قيل: تجب لها النَّفَقة:

وقيل: لا .

وفي المحْرِمة والرتقاء والقرناء والمريضة التي لا يمكن وطؤها:

ففي ظاهر الرواية: تجب لها النَّفَقة، سواء أصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت [٤٩٨/ب] الزوج أو قبل ذلك إن لم تكن مانعة نفسها عنه.

وعن أبي يوسف: لا نفقة للرتقاء والقرناء، وتلك المريضة قبل أن ينقلها الزوج إلى بيت نفسه.

إِذا سلَّمت إِلَيْهِ نَفسَهَا فِي منزِلِهِ، أَو لَم تسلِّم لحقّ لَهَا، أَو لعدمِ طلبِهِ.

وإن انتقلت إلى بيت الزوج من غير رضاء الزوج.. يردها الزوج إلى أهلها ولهن النَّفَقة.

وكذا: يرد الصغيرة التي لم تصلح للاستئناس.

وعن محمد في الرتقاء: مثل قول أبي يوسف.

(**إذا سلمت إليه نفسها**)؛ لأنه حينئذ يوجد الاحتباس - وهي جزاؤه - فيترتب عليه، سواء كان الزوج صغيراً، أو مريضاً لا يقدر الجماع، أو كبيراً يقدره؛ لأن المانع من قبله كالمجبوب والعنين.

ولو كانا صغيرين لا يقدران الجماع.. فالمذكور في «الذخيرة»: أنه لا نفقة لها؛ لأن المانع قد تحقق من جهتها، ولا عبرة لما في الزوج.

(**في منزله**)؛ أي: منزل الزوج.

(**أو لم تسلم لحق لها**) نحو استيفاء المعجل من المهر.

(**أو لعدم طلبه**) قال في «فتح القدير»: إن تسليمها نفسها في منزله ليس شرطاً لازماً في ظاهر الرواية، بل لها النَّفَقة من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل من بيت أبيها إلى منزل زوجها إذا لم يطلب الزوج انتقالها؛ فإن طلبه فامتنعت لحقٍّ لها كمهرها.. لا تسقط النَّفَقة أيضاً.

وإن كان لغير حق.. فحينئذٍ لا نفقة لها لنشوزها.

وقال بعض المتأخرين: لا نفقة لها حتى تزف إلى منزل الزوج، وهو رواية عن أبي يوسف، واختارها القدوري، وليس الفتوى عليه.

وقول الأقطع - الشيخ أبي نصر - في «شرحه»: إن تسليمها نفسها شرط بالإجماع.. منظور فيه، ثم قرره على وجه يرفع الخلاف؛ وهو أنه: إذا لم ينقلها إلى بيته ولم تمتنع هي.. تجب النَّفَقة؛ لأنها سلمت نفسها، ولكنه رضي ببطلان حقّه حيث ترك النقلة، فلا يسقط حقها. انتهى.

وتُفْرَضُ النَّفَقة ....

والأصل ههنا على ما ذكره: في أن الفرقة متى كانت من قبل الزوج.. فلها النَّفَقة، وإن كانت من جهة المرأة؛ إن كانت بحق لها.. فلها النَّفَقة، وإن كانت بمعصية.. فلا نفقة لها، وإن كانت بمعنى من جهة غيرها.. فلها النَّفَقة.

ويتفرع على هذا الأصل: أن للملاعنة النَّفَقة والسكنى، والبائنة بالخلع والإيلاء وردة الزوج ومجامعة الزوج أمّها.. تستحق النَّفَقة.

وكذا امرأة العنين إذا اختارت الفرقة.

وكذا أم الولد والمدبرة إذا أعتقتا وهما عند زوج وقد بوّأهما المولى بيتا واختارتا الفرقة.

وكذا الصغيرة إذا أدركت فاختارت نفسها.

وكذا الفرقة؛ لعدم الكفاءة بعد الدخول؛ لأن الفرقة في بعضها: من جهة الزوج، وفي بعضها: لحق الزوجة.

وأما إذا ارتدت المرأة أو طاوعت ابن الزوج.. فلا نفقة لها؛ لأن المعصية من جهتها، بخلاف ما إذا جامعها ابن الزوج مكرهة.. حيث لها النَّفَقة؛ لأن الفرقة صارت من جهة غيرها.

ولو غاب رجل، فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني، فحضر الزوج الأول، وفرق بينها وبين الثاني.. فلا نفقة على الزوج الأول في عدة الثاني؛ لأن الفرقة صارت [٤٩٩/أ] من جانب المرأة؛ لأنها محبوسة للثاني؛ فلو طلّقها الأوّل في عدّة الثاني.. لم تجب نفقة العدة على الزوج الأول؛ لكونها محبوسة للثاني، ولا على الثاني؛ لكون النكاح فاسداً.

وكل من كان نكاحها فاسداً أو وطئت بشبهة.. فلا نفقة لها، إلا في النكاح بغير شهود.. فإنهم أجمعوا أنها تستحق النَّفَقة. على ما صرّح به في «الخلاصة».

(**وتُفْرَضُ**)؛ أي: تقدّر لها (**النَّفَقة**) أطلق ولم يذكر للتقدير، قد راعينا لما في

«الاختيار» و«البحر» وغيرهما: من أنه ليس في النَّفَقة عندنا تقدير لازم؛ لأن المقصود من النَّفَقة: الكفاية، وذلك يختلف باختلاف الأوقات، وطباع الناس وأحوالهم، والرُّخص والغلاء. وفي التقدير بمقدار معين: إضرار بأحدهما.

فإن قيل: إن محمداً ذكر: أن الزوج إن كان معسراً.. فرض القاضي لها النَّفَقة أربعة دراهم.

أجيب عنه: بأنه ليس بتقدير لازم، بل إنما قدّره لما شاهد في زمانه، فالذي يحق على القاضي في زماننا: اعتبار الكفاية بالمعروف، فيجب على الزوج ما يكفيها من الطعام والإدام والدهن؛ لأن الخبز لا يؤكل عادة إلا بالإدام، والدهن لا بد منه للنساء. على ما في «البحر».

وقال في «الاختيار»: ويقدر النَّفَقة بقدر الغلاء والرخص في كلّ وقت، ولا يقدر بالدراهم والدنانير. كذا في «قاضي خان».

قال في «الخلاصة» نقلاً عن «الأقضية»: يفرض الإدام، أعلاه: اللحم، والأوسط: الزيت، والأدنى: اللبن.

وقال بعضهم: إنما يفرض الإدام إذا كان خبز الشعير، ولا يفرض الفاكهة.

وفي «الذخيرة»: قالوا: اللحم ليس من الإدام خصوصاً - على أصل أبي حنيفة في اليمين -: من أن الادام ما يؤكل تبعاً، واللحم يؤكل وحده.

وفي «المجتبى»: والنَّفَقة: هي الخبز، واللحم، ودهن الرأس، ودهن السراج، وثمن الماء، وكف من الفاكهة.

وعلى المعسر: من الطعام: خبز الشعير إذا كان ذلك طعام فقرائهم، وعشرة أساتير من اللحم، وخمسة أساتير من الشحم والإلية، ولا شيء لها من الفاكهة. انتهى.

لكلِّ شهرٍ، وتسلَّمَ إِلَيْهَا.

ولاختلاف أقوالهم.. قال في «فتح القدير»: الحق: الرجوع في ذلك إلى عرفهم؛ فإذا أراد القاضي فرض النَّفَقة.. ينظر في سعر البلد، وفيما يكفيها بحسب عرف تلك البلدة، وتقوّم الأصناف بالدراهم، ثم يُقدِّر الدراهم باعتبار حالها على ما عليه الفتوى.

(**لكل شهر، وتسلم إليها**)؛ لأنه تعذر القضاء بها كل ساعة وكل يوم، ويتعذر لجميع المدة، فقدرناه بأشهر؛ لأنه الوسط، وهو أقرب الآجال.

وفي «الخلاصة»: طلبت من القاضي فرض النَّفَقة لها على زوجها؛ فإن كان الزوج صاحب مائدة وطعام كثير.. لا يفرضها، وإلّا.. يفرضها بالمعروف شهراً شهراً.

قال مشايخنا: يختلف ذلك باختلاف حال الرجل؛ إن كان محترفاً.. يفرض النَّفَقة يوماً يوماً [٤٩٩/ب]؛ لأنه عسى لا يقدر على تعجيل نفقة الشهر دفعة واحدة، وإن كان من التجار.. يفرض عليه شهراً شهراً، وإن كان من الدهاقين.. يفرض سنة سنة. ينظر إلى ما كان أيسر.

وثمن ماء الوضوء عليها:

إن كانت غنية.. تستأجر من ينقله، ولا تنقل بنفسها.

وإن كانت فقيرة؛ إما أن ينقله الزوج، أو يدعها تنقل بنفسها.

وثمن ماء الاغتسال على الزوج غنية كانت أو فقيرة.

وفي كتاب «رزين» جعله عليها إن طهرت من الحيض وأيامها عشرة؛ فإن كانت أقل من عشرة.. فحينئذٍ على الزوج.

وكذا لو كان الغسل من جنابة.

وعلم منه أن أجرة الحمام: على الزوج؛ لأنه مؤونة الغسل.

وَالْكِسْوَةُ كلَّ سِتَّةِ أشهرٍ.

وذكر في «البحر» عن «الواقعات»: إن ماء وضوئها عليه؛ غنية كانت أو فقيرة؛ لأنه لا بد لها منه، فصار كالشرب.

قال: فظهر منه: ضعف ما في «الخلاصة».

وأما أجرة القابلة؛ إن استأجرت هي.. فعليها، وإن استأجرها الزوج.. فعليه، وإن حضرت القابلة من غير استئجار أحد.. فلقائل أن يقول: على الزوج؛ لأنه مؤونة الجماع، ولقائل أن يقول: على المرأة. كذا في «الفتاوى».

(و) تقدر (**الكسوة كل ستة أشهر**)؛ لأنها تحتاج إليها في كل ستة أشهر؛ باختلاف الحرّ والبرد.

وقال في «الخلاصة» و«البزازية»: ولم يذكر الخف والإزار في كسوة المرأةِ، وذكرهما في كسوة الخادم، وذلك في ديارهم بحكمِ العرف.

وفي ديارنا: يفرض الإزار والمكعب وما تنام عليه.

وفي «الفتاوى»: لا يجب عليه الملاءة والخف.

وفي «الشروح»: لا يجب عليه خفها؛ لأنها منهية عن الخروج، بخلاف خف خادمها.

الحطب والصابون والأشنان: عليه.

ويفرض الكسوة في كل ستة أشهر، إلا إذا تزوج وبنى بها ولم يبعث الكسوة.. فلها الطلب بها قبل مضي ستة أشهر.

وفي «البحر» نقلاً عن «الظهيرية»: قدَّرَ محمّد الكسوة بدرعين وخمارين وملحفة في كل سنة.

واختلفوا في تفسير الملحفة:

قال بعضهم: الملاءة التي تلبسها المرأة عند الخروج.

وتقدَّرُ بكفايتها بِلَا إِسْرَافٍ وَلَا تقتيرٍ، وَيعْتَبرُ فِي ذَلِكَ حَالُهمَا؛ فَفِي الموسرينَ: حَالُ الْيَسَارِ، وَفِي المُعسرينَ: حَالُ الْإِعْسَارِ، وَفِي الْمُخْتَلِفَين: بَين ذَلِك.

وقال بعضهم: هي غطاء الليل تلبسه في الليل.

وذكر درعين وخمارين.. أراد بهما صيفياً وشتوياً.

ولم يذكر السراويل في الصيف، ولا بد منه في الشتاء، وهذا في عرفهم.

أما في عرفنا: فتجب السراويل وثياب أخرى؛ كالجبة، والفراش التي تنام عليه، واللحاف، وما يدفع به أذى الحرّ والبرد.

(**وتقدر**)؛ أي: كل من النَّفَقة والكسوة (**بكفايتها بلا إسراف، ولا تقتير**)، أشار به إلى ما ذكرناه: من أنه ليس في النَّفَقة قدر معين، وكذا في الكسوة، بل المعتبر: قدر الكفاية بحسب عرف كل بلدة، وذلك يختلف باختلاف الأوقات والطباع والرخص والغلاء.

والإدام يقدر بقدر الكفاية أيضاً.

والأصل ههنا قوله ﷺ لامرأة أبي سفيان: «خذي من مال زوجك [٥٠٠/أ] ما يكفيك وولدك بالمعروف».

(**ويعتبر في ذلك**)؛ أي: في تقدير النَّفَقة والكسوة (**حالهما**) وهو قول الخصّاف، وعليه الفتوى على ما في «الهداية» وحواشيه.

وفسّروا قوله على أربعة أقسام، وإليه أشار بقوله:

(**ففي الموسرين**).. يعتبر (**حال اليسار**).

(**وفي المعسرين.. حال الإعسار**).

(**وفي المختلفين**)؛ أي: الزوج أو الزوجة موسرة أو بالعكس (**.. بين ذلك**)؛ أي: فوق نفقة الإعسار، ودون نفقة اليسار.

وَقِيلَ: يعْتَبرُ حَالُهُ فَقَط.

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي إِعْسَارِهِ فِي حقِّ النَّفَقة، وَالْبَيِّنَةُ لَهَا.

(**وقيل**) - وهو ظاهر الرواية واختاره الكرخي وذهب إليه جمع كثير من المشايخ، وهو قول الشافعي -: (**يعتبر حاله فقط**)؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ اعتبر حال الرجال في الحالتين جميعاً.

ووجه الخصاف: ما رويناه من حديث امرأة أبي سفيان حيث اعتبر فيه حالها، واعتبار حال الزوج مستفاد من الآية، فوجب اعتبار حالها معاً؛ جمعاً للدليلين.

وذكر في «المبسوط»: إن كل جواب عرف في النَّفَقة من اعتبار حاله أو حالها.. فهو الجواب بعينه في الكسوة أيضاً؛ إذ المعنى لا يختلف، وقد تعارض فيه النّصان أيضاً؛ لأن قوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ المراد به: الكسوة، وحديث امرأة أبي سفيان: عام فيهما، فتعارضا، فيصار إلى الجمع.

(**والقول له في إعساره في حق النَّفَقة**)؛ لأنه منكر حين ادعت المرأة عليه اليسار.

(**والبينة لها**)؛ أي: على يساره؛ لأنها مدّعية.

قال في «الخلاصة»: ولو أقاما البينة.. فالبينة بينتها أنه موسر.

وأشار شيخ الإسلام خواهرزاده: أن القول لها في أنه قادر.

وبعض المتأخرين قالوا: ينظر إلى زيّه إلا في حق العلوية والفقهاء؛ لأن أكثرهم يلبسون أحسن الثياب، ولكن بيوتهم خالية عن الطعام واللباس. كذا في «البزازية».

وفيها أيضاً: وإن لم يكن لها بنية على يساره وطلبت من القاضي أن يسأل عن جيرانه.. لا يجب عليه السؤال، وإن سأل.. كان حسناً، وإن سأل فأخبره عدلان بيساره.. يثبت اليسار، بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالإخبار؛ فإن قالا: سمعناه بأنه موسراً أو بلغناه ذلك.. لا يقبله القاضي.

وتفرضُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ خَادِمٍ وَاحِدٍ لَهَا لَو مُوسِراً، وَعند أَبِي يُوسُفَ: نَفَقَةُ خادمَينِ.

قال في «قاضي خان»: ولو اختلف الزوجان بعد فرض النَّفَقة في مقدار المفروض أو فيما مضى من الزمان بعد فرض القاضي.. كان القول قول الزوج؛ لأنه ينكر الزيادة، والبينة: بينة المرأة؛ لأنها تثبت الزيادة.

(**وتفرض عليه نفقة خادم واحد لها لو موسراً**)؛ أما لزوم نفقته.. فلأنَّ كفايتها واجب عليه، والخادم من تمام كفايتها؛ إذ لا بدّ لها منه.

وأما كونه واحداً.. فقول أبي حنيفة ومحمّد.

(**وعند أبي يوسف: نفقة خادمين**)؛ لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل، وإلى الآخر لمصالح الخارج.

ولهما: أن الواحد يقوم بالأمرين، فلا ضرورة إلى اثنين؛ ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه.. كان كافياً عن الخادم، فكذا إذا أقام الواحد [٥٠٠/ب] مقام نفسه.

ثم قالوا: إن الزّوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته - وهو أدنى الكفاية - حتى ينتقص نفقة الخادم عن نفقة المرأة، لكن في حق الإدام دون الخبز على ما في «العناية».

وقد مر: أنّ أعلى الإدام: اللحم، وأدناه: الملح أو اللبن.

والمراد باليسار ههنا: نصاب حِرمان الصدقة، لا نصاب وجوب الزكاة. على ما في «العناية».

ثم اختلفوا في هذا الخادم:

فمنهم من قال: هو المملوك لها، حتى لو كانت حرّة أو لم تكن مملوكة لها.. لا تستحق النَّفَقة؛ لأن استحقاقها نفقة الخادم إنما هو باعتبار ملك الخادم؛ فإذا لم يكن لها خادم.. لا تستوجبه؛ كالقاضي إذا لم يكن له خادم.. لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وَلَو مُعسراً.. لَا تلْزمُهُ نَفَقَة الْخَادِمِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَو فُرِضَت لإعسارِهِ ثمَّ أَيسرَ فَخَاصَمته.. تمَّ لَهَا نَفَقَةَ الْيَسَارِ، وَبِالْعَكْسِ.. تلْزمُ نَفَقَةُ الْإِعْسَارِ.

وَلَا نَفَقَةَ لناشزةٍ خَرجَتْ مِن بَيتهِ ....

ومنهم من قال: كل من يخدمها؛ حرّة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها.. تستحق؛ لأن العلّة هو الخدمة وقد وجد.

وفي «الخلاصة» عن «الفتاوى الصغرى»: المنكوحة إذا كانت أمة.. لا تستحق نفقة الخادم، ونفقة الخادم لبنات الإشراف.

ولو قال الزوج لامرأته: لا أنفق على أحد من خدمك، ولكن أعطيك خادماً من خدمي وأبت المرأة.. لم يكن للزوج ذلك، ويجبر على نفقة خادم من خدم المرأة.

ولو قال لها أنا أخدمك؛ فعن أبي يوسف: أنه لا يقبل منه، وقيل: يقبل.

(ولو) كان الزوج (معسراً.. **لا تلزمه نفقة الخادم في الأصح**)؛ احتراز عما قاله محمد: إن الزوج إذا كان معسراً وكان لها خادم.. تجب عليه نفقته؛ لأنه إذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها.. فتجب عليه النَّفَقة كما لو كان موسراً.

وجه الأصح - وهو ظاهر الرواية -: أنها بحيث تكتفي بخدمة نفسها، وإنما الخادم لزيادة التنعم، فلا يلزمه إلّا حالة اليسار؛ لأن المعسر إنما يلزمه أداء الكفاية فقط.

(ولو فرضت) النَّفَقة (**لإعساره، ثم أيسر فخاصمته**) المرأة (.. **تمم لها نفقة اليسار**)؛ لأن النَّفَقة تختلف بحسب اليسار والإعسار، وما قضي به تقدير لنفقة لم تجب؛ فإذا تبدل حاله.. لها المطالبة بتمام حقّها.

(**وبالعكس.. تلزم نفقة الإعسار**) لما ذكرناه.

(**ولا نفقة لناشزة خرجت من بيته**) قيد به؛ لأنها لو نشزت عن التمكين في بيت زوجها.. لا تسقط نفقتها؛ لقدرته عليها.

بِغَيْرِ حقٍّ، ....

(بغير حقّ)؛ لأنها لو خرجت من بيته بحق لها؛ كطلب المعجل من مهرها.. لا تكون ناشزة، فلها النَّفَقة.

وقال في «قاضي خان»: الناشزة: هي الّتي خرجت من منزل الزوج بغير إذنه بغير حق؛ فإن كانت لم تسلم نفسها ومنعت نفسها لاستيفاء المهر؛ **إن كان المهر مؤجّلاً** أو وهبت مهرها، ثم منعت نفسها.. كانت ناشزة.

وإن كانت سلمت نفسها، ثم منعت لاستيفاء المهر.. لم تكن ناشزة في قول أبي حنيفة، وقال صاحباه: تكون ناشزة.

ولو كان الزوج ساكناً معها في منزلها فمنعت زوجها عن الدخول عليها.. كانت ناشزة.

إلا إذا منعت [٥٠١/أ] ليحوّلها إلى منزله أو يكتري لها منزلا.. فحينئذٍ لا تكون ناشزة.

ولو كانت مقيمة في منزله ولم تمكنه من الوطء.. لا تكون ناشزة.

فظهر منه: أنها قد تكون ناشزة بمنعه عن الدخول في بيتها.

قال الفقيه أبو الليث في «خزانة الفقه»: عشر من النساء لا نفقة لهن:

١- الصغيرة الّتي لا تحتمل الجماع.

٢- والناشزة إذا لم تكن لها عليه مهر.

٣- وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها.

٤- والمحبوسة في دين.

٥- والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها.

٦- والأمة إذا لم يبوّئها مولاها.

٦- والمنكوحة نكاحاً فاسداً.

ومحبوسةٍ بدَينٍ، ....

٧- والمرتدة.

٩- والمتوفى عنها زوجها.

١٠- والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة.

وفي «الخلاصة»: ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها.

اختلف السلف فيما إذا كانت حاملاً؛ قال بعضهم: نفقتها في جميع المال، وقال بعضهم: لا نفقة لها في مال الزوج، وهو الصحيح. انتهى.

وفيها أيضاً: إن قال الزوج: هي ناشزة.. فلا نفقة عليّ؛ فإن شهدوا أنه أوفاها المعجل وهي لم تكن في بيت الزوج.. سقطت النَّفَقة، ولو شهدوا أنها ليست في طاعة الزوج للجماع.. لا تقبل؛ لأنها تحتمل أنها تكون في بيته ولا تكون في طاعته، وإذا كانت كذلك.. تجب عليه النَّفَقة.

(ومحبوسة بدين)؛ لأن فوات الاحتباس من قبلها بالمماطلة، ولو لم يكن منها بأن كانت فقيرة - فليس منه أيضا - فلا نفقة لها أصلاً.

وذكر الكرخي: أنها إذا حبست قبل النقلة؛ فإن كانت تقدر أن تخلي بينها وبينه في الحبس.. فلها النَّفَقة.

وإن كانت لا تقدر.. فلا نفقة لها، ولو حبست بعد النقلة.. لم تبطل نفقتها؛ لأن المنع يعارض الزوال، وهو غير مضاف إليها، فلا يؤثر في إسقاط حقّها؛ كالحيض والنفاس.

وذكر القدوري: إن ما ذكره الكرخي محمول على ما إذا كانت لا تقدر على قضائه؛ أما إذا كانت تقدر، فلم تقض حتى حبست.. فلا نفقة لها؛ لأنها هي التي حبست نفسها، وهذا التفصيل رواية أبي يوسف.

ورواية محمد في «الجامع الكبير»: أنها لا تستحق النَّفَقة مطلقاً من غير فصل، والفتوى عليه على ما في «الهداية» و«فتح القدير».

ومريضة، لم تُزَفَّ، ومغصوبةٍ وصغيرةٍ لَا تُوطَأُ، وحاجَّةً لَا مَعَه، وَلَو حجَّت مَعَهُ.. فلهَا نَفَقَةُ الْحَضَرِ لَا السّفرِ وَلَا الْكِرَاءِ.

وَلَو مَرضت فِي منزلِهِ.. فلهَا النَّفَقة ....

وعلّلوه: بأن النَّفَقة عليه عوض عن احتباسها، غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته.. جعل باقياً تقديراً، فتجب مع فواته؛ فإذا كان لا لمعنى من جهته.. لم يكن تقدير قائما، ففات حقيقة وحكماً، وهو الموجب للسقوط.

وإذا حبس الزوج لحق أو لظلم.. فلها النَّفَقة كما إذا هرب؛ لعدم المانع من جهتها.

(ومريضة لم تزف) في منزل زوجها؛ لفوات الاحتباس المقصود من جهتها.

وقال في «الذخيرة»: لو مرضت في منزلها.. فلها النَّفَقة إذا لم تمنع نفسها من الزوج بغير حق.

(ومغصوبة) كرهاً؛ لفوات الاحتباس لمعنى في جهتها، وعن أبي يوسف: أنها تستحق النَّفَقة، والفتوى على أنها لا تستحق - على ما في «الهداية» - لأن فوات الاحتباس ليس منه حتى يجعل باقياً [٥٠١/ب] تقديراً.

(وصغيرة لم توطأ) لما ذكرناه من قبل **(وحاجَّة لا معه)**، وإن كانت معها محرم لما ذكرناه آنفاً.

وعن أبي يوسف: أن لها النَّفَقة؛ لأن إقامة الفرض عذر، ولكن يجب نفقة الحضر دون السفر؛ لأنها هي المستحقة عليه كما لو حجت مع زوجها.

(ولو حجّت معه)؛ أي: مع الزوج **(.. فلها نفقة الحضر لا السفر)** بالإجماع. على ما في «التبيين».

(ولا الكراء)؛ لأن المستحق عليه هي نفقة الحضر لا غير.

(ولو مرضت في منزله.. فلها النَّفَقة).

لَا لَو مَرِضَت فِي بَيتِهَا وزُفَّت إِلَيْهِ مَرِيضَةً.

وَلَا يفرَّقُ لعَجزهِ عَنِ النَّفَقة، وتُؤمَر بالاستدانةِ..............

والقياس: أن لا نفقة لها إذا كان مرضاً يمنع من الجماع؛ لفوات الاحتباس للاستمتاع.

وجه الاستحسان: أن الاحتباس قائم؛ فإنه يستأنس بها ويمسّها وتحفظ البيت، والمانع بعارض فأشبه الحيض.

وعن أبي يوسف: أنها إذا سلمت نفسها، ثم مرضت.. تجب النَّفَقة لتحقق التسليم، ولو مرضت، ثم سلمت.. لا تجب؛ لعدم صحة التسليم.

(لا)؛ أي: لا نفقة لها **(لو مرضت في بيتها، وزفت إليه)** إلى بيت زوجها **(مريضة)**؛ لأن المانع تحقق من جهتها قبل الزفاف في منزله.

ولكنه قال في «الاختيار»: إذا جاءت إلى منزل زوجها مريضة.. فلها النفقة.

(ولا يفرق) بينهما **(لعجزه)**؛ أي: لعجز الزوج **(عن النَّفَقة)** ولا لعدم إيفائه حقها لكونه غائباً ولو كان موسراً.

خلافاً للشافعي فيها؛ لأن الواجب الإمساك بالمعروف، وقد فات ذلك بالعجز أو بعدم الإيفاء.. فتعين التسريح بالإحسان كما في الجب والعنة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، ولأن في التفريق: إبطال حق الزوج بالكلية، وفي عدمه: بتجويز الأمر بالاستدانة: تأخير حقها لا إبطاله، والتأخير أهون من الإبطال، بخلاف الجب والعنة؛ فإن المقصود بالنكاح قد فات بها.

(وتؤمر) المرأة بعدما فرض لها النَّفَقة **(بالاستدانة)**؛ بأن يقول لها القاضي: استديني عليه الطعام.

واختلفوا في تفسير الاستدانة:

ففي «الخلاصة»: إنها الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج.

لتُحيلَ عَلَيْهِ.

وفي «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: أنها الاستقراض.

(لتحيل)؛ أي: المرأة غريمها **(عليه)**؛ أي: على الزوج.

وأما لو استدانت بغير أمر القاضي بعد الفرض.. فليس لها إحالة الغريم على الزوج، بل الغريم يطالبها بثمن الطعام، ثم هي ترجع على الزوج.

ولو استدانت بغير الفرض والأمر من القاضي.. لا ترجع عليه بشيء. على ما في «التحفة».

وهل يلزم الاستدانة في نفقة الصغير أيضاً في حق الرجوع على الأب؟!

ففيه تفصيل سيأتي.

ثم اختلفوا في فائدة الأمر بالاستدانة ههنا بعد الفرض: قيل: هي إثبات حق للمرأة؛ لأنها لو لم تؤمر بالاستدانة بعد الفرض؛ إما أن تموت هي جوعاً، أو يموت هو فتسقط نفقتها فيضيع حقها.

وقيل: فائدته أن يرجع الغريم على الزوج لا ما ذكر؛ لأن حق رجوعها على الزوج ثابت بمجرد فرض القاضي، سواء كانت من مال نفسها، أو استدانت بأمر القاضي، أو بغير أمره.

ذكره في «قاضي خان»؛ حيث قال: وإن فرض لها القاضي أو صالحت زوجها [٥٠٢/أ] من النَّفَقة على شيء معلوم كل شهر، فلم ينفق عليها حتّى انفقت من مال نفسها أو استدانت.. رجعت بذلك - على الزوج - أمرها القاضي بالاستدانة أو لم يأمر.

ثم قال في موضع آخر: ولو فرض القاضي لها النَّفَقة ولم يأمرها بالاستدانة فاستدانت أو صالحت زوجها من النَّفَقة كل شهر على شيء معلوم فاستدانت، أو لم تستدن.. كان لها أن ترجع على الزوج بما فرض لها القاضي ما داما حيين، وإذا مات أحدهما.. لم يكن لها أن ترجع في تركة الميت.

وقيل: فائدته: أن تعذر المرأة إحالة الغريم على الزوج وإن لم يرض الزوج، وبدونه.. ليس لها ذلك، وهو الظاهر من كلام المصنف، واختاره القدوري في «التجريد».

ثم لا بدّ للمرأة حين استدانت أن تصرح بأني أستدين على زوجي أو تنوي ذلك، وإلا.. فبمجرّد الاشتراء نسيئة لا تتحقق الاستدانة، ولو أمرها القاضي.. فلا تتمكن الرجوع والإحالة عليه. كذا في «البحر».

وهل يلزمها تصريح شرط الرجوع عليه، أو لا يلزم؟

ففي «البحر»: ظاهر المتون والشروح: أن المرأة ترجع بالنَّفَقة المفروضة عليه، سواء شرط الرجوع لها أو لا.

ثم استشكل عليه بما في «الخانية» و«الظهيرية»: القاضي إذا فرض للمرأة النَّفَقة، فقال الزوج: استقرضي كل شهر كذا وأنفقي على نفسك، ففعلت.. ليس لها أن ترجع على الزوج، إلا أن يقول وترجعين بذلك عليَّ. انتهى.

وأجاب نفسه عنه: بأن المراد بما في «الخانية» و«الظهيرية»: أنها لا ترجع بدون شرط الرجوع بما استقرضت زيادة على المفروضة، وإنما ترجع بما فرض لها.

وقال في «الاختيار»: المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسراً ولها ابن من غيره موسر أو أخ.. فنفقتها على زوجها، ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها، ويرجع على زوجها إذا أيسر.

ويحبس الابن أو الأخ إذا امتنع؛ لأن هذا من المعروف. انتهى.

فظهر من هذا: أن الأمر بالاستدانة فيما إذا كان الزوج معسراً وهي معسرة أيضاً، ولم تكن لها من تجب عليه نفقتها لولا الزوج من الابن والأخ، وإلا.. فيؤمر بها من تجب عليه النَّفَقة.

وعلى هذا: لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على إنفاقهم.. تجب نفقتهم

وَلَا تجبُ نَفَقَةُ مُدَّةٍ مَضَت إِلّا أَن يَكونَ قُضِيَ بهَا، أَو تَرَاضيا على مقدارِها.

على من تجب عليه لولا الأب؛ كالأم والأخ والعم، ثم يرجع على الأب إذا أيسر، بخلاف نفقة أولاده الكبار؛ حيث لا يرجع به عليه بعد اليسار. على ما في «التبيين».

ولو كان للزوج دين على المرأة وطلبت هي النَّفَقة المستدانة.. فهل تقع المقاصة بدين النَّفَقة بلا رضاء الزوج؟

ففي «البزازية»: لا تقع المقاصة بينهما بلا رضاء الزوج، بخلاف سائر الديون؛ لأن دين النَّفَقة أضعف، فصار كاختلاف الجنس، فأشبه ما إذا كان أحد الحقين جيّداً والآخر زيفاً.. لا يقع التقاص بلا تراض.

(**ولا تجب نفقة مدّة مضت**) ولم تصل إليها؛ إما لعجزه، أو تعنته، أو غيبته.

(**إلّا أن يكون**) القاضي (**قضى بها**) [٥٠٢/ب]؛ أي: بالنَّفَقة.

ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء.. القول قول الزوّج، والبيّنة بيّنتها. كذا في «الخلاصة».

(**أو تراضيا على مقدارها**) المعلوم لكل شهر أو سنة.. فحينئذٍ يقضى لها بنفقة ما مضى؛ لأنها صلة ليس بعوض عندنا، فلا يتملك إلّا بالقبض أو ما يقوم مقامه من القضاء أو الرضّاء؛ كرزق القاضي والمفتي في بيت المال.

وقال الشافعي: تصير ديناً عليه بلا قضاء ولا رضاء؛ لأنها عوض عن الملك كالمهر.

قلنا: لو كان عوضاً.. لوجب جملة واحدة كالمهر وثمن المبيع، ولأن ملك البضع معوض بالمهر، فلا يعوض بآخر؛ كي لا يجتمع العوضان على معوض واحد.

فإن قيل: يجوز أن يكون عوضاً عن الاستمتاع دون البضع.

قلنا: الاستمتاع بها بعد العقد الصحيح قد صار ملكه، والشخص لا يجب عليه العوض لملكه.

فإن قيل: لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب.

أجيب: بأنها صلة من وجه دون وجه، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج، وهذا لأن النَّفَقة من حيث إنها لاستيفاء حقه منها من الاستمتاع بها وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس.. تكون عوضاً، فمن هذه الحيثية: تجب على المكاتب.

ومن حيث إنها لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة بينها؛ كإعفاف كلٍّ الآخر وتحصينه من المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد: تكون صلة، فمن هذه الحيثية كرزق القاضي والمفتي، فلا تملك إلا بالقبض أو الرضاء.

والمراد بالرضاء ههنا: اصطلاحهما على قدر معيّن للنفقة؛ دراهم أو غيرها. على ما في «البحر».

والمراد بالقضاء: هو الحكم بطريق الجبر على ما هو الظاهر من عطف الرضاء عليه.

واعلم: أن النَّفَقة لا تصير ديناً عليه إلا بالقضاء أو الرضاء، ثم كل منهما قد يتغير باختلاف الأزمنة والأحوال؛ بناء على أن الواجب هو قدر الكفاية للزوجة، لا ما يتعلق به القضاء أو الرضاء مطلقاً، حتى لو قضى أو اصطلح على أزيد من قدر الكفاية.. فالزيادة ساقطة، ولو قضى أو اصطلح على أنقص من الكفاية.. فلها طلب الكفاية، والقضاء والصلح إنما يؤثران في عدم سقوط أصل النَّفَقة فقط، لا في إيجاب الزائد عليها، ولا في إسقاط قدر الكفاية.

قال في «البحر» نقلاً عن «الظهيرية»: إن القاضي إذا فرض للمرأة النَّفَقة فغلا الطعام أو أرخص.. فإن القاضي يغير ذلك الحكم.

ثم قال نقلاً عنها: أيضاً إذا صالح الرجل امرأته عن نفقة كل شهر على مائة درهم والزوج محتاج.. لم يلزمه إلا نفقة مثلها، وإذا صالحها على دانق كل شهر.. جاز، ولها أن تنقض إن لم يكفها.

ثم ذكر عن «الذخيرة»: إن القاضي إذا فرض لها ما لا يكفيها.. فلها أن ترجع عن ذلك؛ لأنه ظهر خطأ القاضي حيث قضى بما لا يكفيها.. فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها، وكذا إذا قضى على الزوج زيادة على ما يكفيها.. فله أن يمتنع عن الزيادة.

وفي «الخلاصة» و«البزازية» [٥٠٣/أ]: ولو قضى القاضي نفقة المعسرين، ثم أيسر فخاصمته.. فعليه نفقة الموسرين.

ولو صالحته على أكثر في النَّفَقة والكسوة؛ إن كان قدر ما يتغابن الناس في مثله.. جاز، وإن كان قدر مالا يتغابن الناس.. فالزيادة مردودة ويلزمه نفقة مثلها، ولا يبطل القضاء، وتبطل الزيادة.

وإذا قضى بالأقل من الدّراهم لرخص الطعام فغلا.. لها أن تطالب بالزيادة، وإذا صالحته على أقلّ ممّا يكفيها.. لها أن ترجع على ذلك.

وكذا إذا فرض على الزوج زيادة.. له أن يمنع.

قالا نقلاً عن «الأقضية»: إن كان الصلح قبل أن تصير النَّفَقة ديناً عليه بمضي مدة، أو بقضاء، أو رضاء وصلُحَ ذلك الشيء تقديراً للنفقة كالمطعومات.. يكون ذلك الصلح تقديراً للنفقة لا معاوضة، حتى يجوز الزيادة على ذلك الشيء إذا غلا السعر ولا يكفيها، ويجوز النقصان عنه أيضاً إذا رخص السعر.

وإن كان ذلك الشيء مما لا يصلح تقديراً لها؛ كالعبد والثوب والدابة.. يكون معاوضة لا تقديراً لها، حتى لا يجوز الزيادة عليه والنقصان عنه.

هذا قبل القضاء أو الرضاء، وإن كان بعد القضاء أو الرضاء، لكن قبل مضي المدّة؛ إن كان الصلح بما يمكن أن يجعل تقديراً للنفقة بأن فرض القاضي عليه كل شهر ثلاثة دراهم، فقبل مضي الشهر اصطلحا على ثلاثة مخاتيم دقيق.. كان الثاني تقديراً للنفقة لا معاوضة، ويكون ناسخاً للأول.

ومنه علم: أن ما يُصلح اللاحقَ.. يُبطِلُ القضاء السابق، وكذا الصلح السابق.

وإن كان الصلح بما لا يصلح تقديراً للنفقة كالصلح على غير المطعوم من المكيل أو الموزون بغير عينه:

فإن لم يقبض.. بطل الصلح؛ لأنه افتراق عن دين بدين.

وكذا بعد مضي المدة، وإن كان شيئاً بعينه كالعبد ونحوه.. لا يبطل.

وكذا قبل القضاء.

وإن كان الصلح بعد مضي المدة وبعد القضاء أو الرضاء على دين آخر سوى ما كان يصلح تقديراً أولا وتفرقا بلا قبض.. فالصلح باطل. انتهى.

وأوضح منه: ما ذكره في «البحر» عن «الذخيرة»: إذا صالحت المرأة زوجها من نفقتها على ثلاثة دراهم كل شهر.. فهو جائز، وكان ذلك تقديراً لنفقتها.

والأصل ههنا: أن الصلح بينهما متى حصل بشيء.. يجوز للقاضي أن يفرضه في نفقتها بحال، فالصلح تقدير للنفقة لا معاوضة، سواء كان قبل القضاء أو الرضاء أو بعد أحدهما، وإذا وقع الصلح على شيء.. لا يجوز للقاضي أن يفرضه على الزوج في نفقتها بحال؛ كالثوب والعبد؛ ينظر: إن كان الصلح بينهما قبل القضاء والرضاء على شيء لكل شهر.. تكون تقديراً، وإن كان بعد أحدهما.. تكون معاوضة.

وثمرة كونه تقديراً: جواز الزيادة عليه والنقصان عنه.

وثمرة كونه معاوضة: عدم جواز الزيادة عليه، ولا النقصان عنه.

فإذا صالحها على دراهم كل شهر، ثم قالت: لا تكفيني.. زيدت [٥٠٣/ب] عليه، ولو قال الزوج: لا أطيقه.. ينقص عنه بعد حصول علم القاضي عدم قدرته على ذلك المقدار.

فإن لم يمض شيء من الشهر، حتى لو صالحها من هذه الدراهم على شيء.. يجوز للقاضي أن يفرضه للنفقة؛ كما إذا اصطلحا عن تلك الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بعينه أو بغير عينه، فهو تقدير للنفقة.

وإن كان لا يجوز للقاضي أن يفرضه للنفقة؛ كالثوب والعبد.. فهو معاوضة.

وإن مضى الشهر وصارت الدراهم ديناً، ثم صالحها على دقيق بغير عينه.. لا يجوز؛ لأنه افتراق عن دين بدين، إلا أن يقبض الدقيق في المجلس.

وهذا كما إذا كان لرجل على آخر ثلاثة دراهم مثلاً، فصالحه من الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينه.. لا يجوز الصلح؛ لأن الصلح فيه معاوضة لوجوب الدين قبل الصلح فكان بيع دين بدين.. فلا يجوز، إلا أن يدفع الدقيق في المجلس.

ولو صالحها من نفقة سنة على ثوب.. جاز.

فإن استحق الثوب؛ **فإن وقع الصلح عليه بعد الفرض أو الرضاء..** فإنها ترجع بما فرض لها أو تراضيا عليه؛ لأن أخذها الثوب بشراء، وقد انفسخ بالاستحقاق.. فعاد دينها.

وإن كان قبل الفرض والرضاء.. رجعت بقيمة الثوب.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: إن فرض القاضي لها الكسوة لستة أشهر فتخرقت قبل مضي ستة أشهر؛ **إن لبست لبساً معتاداً** يعلم أن ذلك الثوب لم يكفيها.. فيجدد لها الكسوة؛ لأنه تبين خطؤه في التقدير.

وإن تخرقت في استعمالها.. لا يفرض أخرى؛ لأنه لا يتبين خطؤه.

وَلَو مَاتَ أَحدُهمَا أَو طُلِّقت بعدَ الْقَضَاءِ أَو التَّرَاضِي قبلَ قبضِهَا.. سَقَطت، إِلّا أَن تكونَ استدانت بِأَمْرِ قَاضٍ.

(**ولو مات أحدهما أو طلقت بعد القضاء**) ظرف للفعلين (**أو التراضي**) على مقدار معلوم (**قبل قبضها**) ظرف للفعلين أيضاً (.. **سقطت**) المقضية بها أو المرضية بالموت أو الطلاق؛ لأنها صلة عندنا، والصِّلات تسقط بالموت والطلاق قبل القبض؛ كالهبة والدية والجزية.

(**إلا أن تكون استدانت بأمر قاض**).

واعلم: أنه لا خلاف في سقوط النَّفَقة المفروضة بالقضاء أو التراضي بالموت والطلاق قبل الاستدانة، وأما بعد الاستدانة.. فقد اختلفوا فيه:

فقال الخصاف: إنها تسقط، سواء استدانت بأمر القاضي أو بغير أمره، وإطلاق «الهداية» و«الكنز» يساعده.

وقال الحاكم الشهيد: إن استدانت بأمر القاضي.. لا يسقط، وإلّا.. يسقط وهو الصحيح، على ما في «الذخيرة» و«التبيين»؛ لأن استدانتها بأمر القاضي بمنزلة استدانة الزوج بنفسه؛ لعموم ولاية القاضي، وهي لا تسقط بموت أحدهما، فكذا هذا، ولأن هذه النَّفَقة لها شبهة الصلة وشبهة الديون؛ فإن أمرها القاضي بالاستدانة.. لا تسقط كسائر الديون، وإن لم يأمر.. سقطت كسائر الصلات عملاً بالدليلين، ولهذا اختاره المصنف.

وقال في «الخلاصة»: النَّفَقة المستدانة هل تسقط بالموت؟!

فيه روايتان، ولم يقيد الاستدانة بالأمر، ثم قال: وقال في «المحيط»: إنها تسقط [٥٠٤/أ] عندنا خلافاً للشافعي.

وقال في «قاضي خان»: إنّ النَّفَقة المستدانة بعد الفرض بأمر القاضي لا تسقط بموت أحدهما على خلاف ما في «المحيط»، فعلم أن فيه روايتين.

واختلفوا أيضاً في سقوطها بالطلاق قبل القبض، قيل: تسقط مطلقاً، وهو المحكي عن أبي علي النسفي والخصاف.

وقيل: إن استدانت بلا أمر القاضي.. تسقط، وإن بأمره.. لا تسقط. وهو الصحيح، على ما في «كمال الدراية» و«الذخيرة» و«فتح القدير»، وهو مختار المصنف.

وذكر البقالي: إن على قول محمد تسقط، ولا رواية فيه عن أبي يوسف.

ثم الظاهر من كلامهم: أن لا فرق بين الطلاق الرجعي والبائن في الإسقاط، حتى عطف البائن على الطلاق في «قاضي خان» نقلاً عن الخصاف؛ حيث قال تسقط بموته وموتها، وتسقط إذا طلقها أو أبانها، لكن في سقوطها بالرجعي بحث؛ لأنهم اتفقوا على أن الزوج يحبس في النَّفَقة المفروضة إذا امتنع من دفعها، ولو كانت تسقط بالرجعي.. لطلّقها فتسقط، ثم يراجعها.

وفي «المنح»: والفتوى: أنها لا تسقط في الرجعي كيلا يتخذه الناس حيلة.

وقال في «البحر»: إن القول بسقوط المستدانة بالطلاق - ولو بائناً - ضعيف؛ لأمور:

الأول: ما ذكرناه.

الثاني: أنهم صرّحوا بجواز أخذ الكفيل بالنَّفَقة المفروضة بقدر المدة التي فرضها القاضي، مع أن الكفالة لا تصح إلّا بدين صحيح، والدين الصحيح: ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلو كان دين النَّفَقة يسقط بالطلاق.. لم يكن صحيحاً، فلم تصح الكفالة، ولا يضرنا سقوطه بموت أحدهما؛ لأنه لعارض أن أصله صلة، والصِّلاَت تسقط بالموت قبل القبض.

الثالث: ما صرّحوا به: أن الطلاق على مال لا يسقط شيئاً من حقوق النكاح، والنَّفَقة من حقوقه.

والحاصل: أن دين النَّفَقة المفروضة المستدانة دينٌ صحيح تصح عنه الكفالة، ولا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء ما داما حيّين، وإن مات أحدهما.. يسقط بالموت؛ لكونه صلة فلنذكر الكفالة والبراء عنها:

أما الكفالة: فقال في «الخلاصة»: امرأة قالت: إن زوجي يريد أن يغيب عني وطلبت كفيلاً بالنَّفَقة؛ قال أبو حنيفة: ليس لها ذلك، وقال أبو يوسف: أخذ كفيلاً بنفقة شهر واحد استحساناً. وعليه الفتوى.

فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر.. يأخذ الكفيل بأكثر من شهر عند أبي يوسف.

وعنه أيضاً: لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كلّ شهر وبقي النكاح بينهما.. صح.

وقال أبو حنيفة: يصح على شهر واحد، ولو ضمن لها نفقة سنة.. جاز وإن لم تكن واجبة.

ولو طلقها زوجها رجعياً أو بائناً.. يؤخذ من كفل بنفقة عدتها كل شهر؛ لأن العدة من أحكام النكاح. كذا في «البزازية».

وأما الإبراء عنها: ففي «الخلاصة» أيضاً: امرأة ابرأت زوجها من النَّفَقة؛ إن لم تكن مفروضة.. لا تصح، وإن فرض القاضي.. صح الإبراء عن نفقة شهر.

وكذا لو قالت: [٥٠٤/ب] أبرأتك عن نفقة سنة.. لا يبرأ إلا عن نفقة الشهر الأول؛ كما لو أجره كل شهر بكذا، ثم أبرأه عن الأجر.. صح عن الشهر الأوّل.

ولو أبرأت عما مضى.. صحّ لو ادعت المرأة عدم وصول النَّفَقة والكسوة المقدرتين في مدة مديدة فالقول لها؛ لأن الأصل بقاؤهما في ذمته؛ كالمديون إذا ادّعى دفع الدّين وأنكر الدائن، كذا في «الأشباه».

وَلَو عجَّل لَهَا النَّفَقة أَو الْكسْوَةَ لمُدَّةٍ ثمَّ مَاتَ أَحدُهمَا قبلَ تَمامِهَا.. فَلَا رُجُوعَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَإِذا تزوَّجَ العَبْدُ بِالْإِذْنِ.. فنفقتُها دينٌ عَلَيْهِ يُبَاعُ فِيهِ ....

(ولو عجّل لها النَّفَقة أو الكسوة لمدّة، ثم مات أحدهما قبل تمامها.. فلا رجوع)؛ أي: بنفقة أيام خالية عن الزوجية، هذا عندهما، **(خلافا لمحمّد)**؛ حيث قال: يسترد نفقة تلك الأيام عينها إن بقيت، وقيمتها إن استهلكت.

وأما إن هلكت.. فلا يسترد بلا خلاف.

وعنه: نفقة شهر تسترد لا أكثر. على ما في «المحيط».

وفي «الخلاصة»: والفتوى على قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

لهما: أنها صلة وقد اتصل بها القبض، فلا رجوع في الصِّلاَت بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة.

وله: أنها استعجلت عوضاً عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت، فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي والمفتي.

(وإذا تزوج العبد بالإذن) من مولاه، قيد بالإذن؛ لأنه لو تزوج بغير الإذن.. لم يصح النكاح، فلا نفقة لها ولا مهر، ولو دخل بها.. لا يباع في المهر؛ لأن وجوب المهر لم يظهر في حق المولى؛ لكونه محجوراً عليه، وإنما يطالب بالمهر بعد العتق، ولو مات بعد النكاح الصحيح والفرض.. سقطت النَّفَقة والمهر، ولا يطالب المولى بشيء لفوات محلّ الاستيفاء.

ولو كان العبد مدبراً أو مكاتباً.. فلها النَّفَقة أيضاً، إلا أنهما يؤديانها من كسبهما، ولا تباعان بها، إلا أن عجز المكاتب؛ فإنه يباع بعد العجز.

(.. فنفقتها دين عليه)؛ فإذا اجتمع عليه من النَّفَقة ما يعجز عن الأداء والمولى لم يفده **(..يباع فيه)**؛ لأنه دين في ذمته لوجود سببه - أعني: العقد الصحيح - وقد ظهر وجوبه في حق المولى بإذنه فيتعلق بملكه وهو رقبة العبد؛ كدين التجارة في

مرّةً بعدَ مرّةٍ أُخْرَى.

وَلَا يبُاعُ فِي دَينِ غَيرِهَا إِلّا مرّةً.

العبد التاجر المأذون، وللمولى أن يفدي؛ لأن حقها في النَّفَقة لا في عين الرقبة، لكن لو مات العبد.. سقطت؛ لما ذكرناه، وكذا إذا قتل في الصحيح.

وقال الكرخي: لا يسقط، بل ينتقل إلى القيمة.

وجه الصحيح: أنها صلة تبطل بالموت على ما مر.

(**مرّة بعد مرّة أخرى**)، فلو اجتمع.. عليه نفقة أخرى، بعد ما بيع مرة.. بيع ثانياً أيضاً، وكذا ثالثاً إلى ما لا يتناهى.

صورته: عبد تزوج امرأة بإذن المولى، ففرض القاضي النَّفَقة عليه، فاجتمع عليه ألف درهم، فبيع بخمس مائة - وهي قيمته - والمشتري عالم أن عليه دين النَّفَقة.. يباع مرة أخرى. كذا قاله صدر الشريعة.

وتعقبه في «البحر»: بأنه إنما يباع مرة أخرى لما يجتمع من النَّفَقة عند المشتري، لا لبقية النَّفَقة الماضية عند البائع؛ فإنه لو بيع مرة في النَّفَقة المجتمعة ولم يف [٥٠٠/أ] بكلها فاشتراه من هو عالم به.. فإنه لا يباع مرّة أخرى لبقية النَّفَقة الماضية كما في المهر؛ فإنه إذا بيع في المهر مرة.. لا يباع مرة أخرى وإن بقي شيء من ذلك المهر.

وإنما قال: «من هو عالم به»؛ لأنه إذا لم يعلم المشتري ذلك.. لا يظهر الدين في حقه، بل يكون له خيار العيب. على ما في «فتح القدير».

(**ولا يباع في دين غيرها**)؛ أي: غير دين نفقة الزوجة (**إلّا مرة**)؛ فإن أوفى الغرماء فبها، وإلا.. فيطالب بعد العتق.

والفرق بينهما: أن دين النَّفَقة يتجدد في كلّ زمان، فيكون آخر حادثاً بعد البيع، بخلاف سائر الديون؛ لأنها متحدة في جميع الأزمان.

وعَلى الزَّوْجِ أَن يُسكِنَهَا فِي بَيتٍ خَالٍ عَن أَهلِهِ وَأَهْلِهَا، وَلَو وَلَدِهِ مِن غَيرِهَا.

ويكفيها بَيتٌ مُفْردٌ مِن دَارٍ إِذا كَانَ لَهُ غُلقٌ.

ولما فرغ من بيان النَّفَقة والكسوة.. شرع في بيان السكنى، فقال: (**وعلى الزوج أن يسكنها في بيت**)؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾.

(**خالٍ عن أهله وأهلها ولو**) - وصلية - (**ولده من غيرها**) إلّا برضاها؛ لأنه لما وجب عليه السكنى لما تلوناه حقاً لها ليس له أن يشرك غيرها فيه؛ لتضررها به؛ فإنه لا تأمن على متاعها، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها، إلا أن تختار ذلك؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها.

وفي «شرح النقاية» عن «الملتقط»: كره الوطء في بيت فيه نائم أو مغمى عليه أو صبي عاقل للجماع، وأما الصغير الذي لا يفهم الجماع.. لا يمنع عن إسكانه معها على ما في «فتح القدير».

وفي كراهية «البزازية»: لا بأس بأن يجامع زوجته وأمته بحضرة النائمين إذا كانوا لا يعلمون به، وإن علموا.. يكره.

(**ويكفيها بيت مفرد من دار إذا كان له غلق**) لحصول المقصود به، اقتصر على الغلق إشارة إلى أنه: لو كان الخلاء مشتركاً بعد أن كان له غلق يخصّه.. ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر، على ما قاله القاضي الإمام، على ما في «الخلاصة»؛ لأن الضرر: بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع والمعاشرة، وقد زال ذلك.

قال في الفصل الثاني عشر من نكاح «الخلاصة»: امرأة أبت أن تسكن مع أحماء الزوج كأمّه وغيرها، إن كان في الدار بيوت وفرّغ بيتاً منها وجعل لبيتها غلقاً.. لم يكن لها أن تطالبه ببيت آخر، وإن لم يكن في الدار إلا بيت واحد.. لها أن تطالبه، هذا فيما إذا أبت مع أحماء الزوج، ولو أبت أن تسكن مع جارية زوجها..

وَله منعُ أَهلِهَا وَلَو وَلَدِهَا مِن غَيرِهِ عَنِ الدُّخُولِ عَلَيْهَا، ....

قال القاضي الإمام: هذا وما تقدم سواء؛ إن كان البيت واحداً.. لها أن تطالبه ببيت آخر أيضاً.

وذكر في «البزازية» عن «الملتقط» إذا جمع بين امرأتين في دار، وأسكن كلاً في بيت لها غلق واحدة.. لكل منهما أن تطالبه ببيت في دار على حدة؛ لأنه لا يتوفر على كل منهما حقّه، إلا إذا كان داراً على حدة، بخلاف المرأة مع الأحماء؛ فإن المنافرة في الضرائر أوفر، وإن أبت أن تسكن في بيت واحد مع جاريته أو أمّ ولده.. قيل: ليس لها ذلك، وبه أفتى برهان الأئمة؛ لأنها بمنزلة متاع البيت.

وقيل: [٥٠٥/ب] تملك مطالبة بيت لها غلق على حدة.

المنكوحة والمعتدة إذا أبت أن تطبخ أو تخبز؛ إن كان بها علة لا تقدر على الطبخ أو الخبز أو كانت من بنات الإشراف.. فعلى الزوج أن يأتيها بمن يطبخ أو يخبز، أما إذا كانت تقدر وهي ممن تخدم نفسها.. تخبز.

قال الإمام السرخسي: لا تجبر على ذلك، لكن إذا لم تطبخ.. لا يعطى لها الإدام. وهو الصحيح.

وعن محمد: للمرأة أن لا تطبخ لزوجها، ولا تخبز؛ فإن شاء الزوج.. أعطاها خبزاً - يعني: خبز البرّ - وإن شاء دقيقاً.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «أدب القاضي» للخصاف: شكت المرأة عند القاضي أن الزوج يضربها، فطلبت أن يسكنها عند قوم صالحين؛ إن علم به.. زجره، وإن لم يعلم إن كان جيرانه صالحين.. أقرّها ثمّة، لكن يسألهم إن أخبروا كما شكت.. زجره، وإن لم يكونوا صالحين أو يميلون إليه.. أمره بالإسكان عند قوم صالحين.

(**وله**)؛ أي: للزوج (**منع أهلها**) من أبويها وغيرهما (**ولو**) - وصلية - (**ولدها من غيره عن الدخول عليها**)؛ لأن المنزل ملكه.. فله حق المنع من الدخول فيه.

لَا مِنَ النّظَرِ إِلَيْهَا وَالْكَلَامِ مَعَهَا مَتى شاؤوا.

وَالصَّحِيح: أَنَّه لَا يمْنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ إِلَى الْوَالِدينِ ودخولِهما عَلَيْهَا فِي الْجُمُعَةِ مرّةً، وَفِي غَيرِهمَا فِي السّنةِ مرَّةً.

(**لا من النظر إليها والكلام معها متى شاؤوا**)؛ لما في منع النظر والكلام معها من قطعية الرحم، وليس له في ذلك ضرر.

وقيل: لا يمنعهم من الدخول والكلام، ويمنعهم من القرار عندها؛ لأن الفتنة في القرار وتطويل الكلام معها.

(**والصحيح: أنه لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ودخولهما عليها في الجمعة مرة، وفي غيرهما**)؛ أي: غير الوالدين من أقاربها (**في السنة مرة**)، احترز بالصحيح: عما روي عن أبي يوسف في «النوادر»: أنه إذا كان الأبوان قادرين على إتيانها.. لا تذهب هي إليهما، وإن كانا لا يقدران.. يأذن لها زوجها في كل شهرين ونحوه.

وعمّا روي عن محمّد بن مقاتل: أنه قدر شهر في غير الأبوين من المحارم.

وفي «الخلاصة» عن «الفتاوى»: للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال، وما هو في معنى الأربع: ترك الزينة والزوج يريدها، وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه، وترك الصلاة في رواية، وترك الغسل في أخرى، والخروج من البيت؛ أما ما لا تمنع من زيارة الأبوين في كل جمعة، وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة.

ثم قال فيها أيضاً: امرأة لها أب زمن، وليس له من يقوم عليه غير البنت ويمنعها الزوج من تعاهده.. جاز لها أن تعصي زوجها وتطيع أباها، سواء كان الأب مسلماً أو كافراً.

وفي «مجموع النوازل»: يجوز للزوج أن يأذن بالخروج إلى سبعة مواضع: زيارة الأبوين، وعيادتهما، وتعزيتهما، أو أحدهما، وزيارة المحارم؛ فإن كانت قابلة

أو غسّالة أو كان لها على آخر حق أو لآخر عليها حقّ.. تخرج بالإذن أو بغير الإذن.

والحج على هذا.

وفيما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة.. لا يأذن لها ولا تخرج، ولو أذن وخرجت [٥٠٦/أ].. كانا عاصيين.

وتُمنع من الحمام. فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضاء الزوج.. ليس لها ذلك؛ فإن وقعت لها نازلة؛ إن سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك.. لا يسعها الخروج، وإن امتنع من السؤال.. يسعها الخروج من غير رضاء الزوج.

وإن لم يقع لها نازلة، لكن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة؛ إن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر عندها.. له أن يمنعها، وإن كان لا يحفظ.. الأَولى: أن يأذن لها أحيانا، وإن لم يأذن.. فلا شيء عليه، ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة.

وفي «النوازل»: المرأة قبل أن تقبض مهرها: لها أن تخرج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج؛ فإن أعطاها المهر.. ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج.

ولا تسافر المرأة مع عبدها خصياً كان أو فحلاً.

ولا بأس بأن تسافر مع زوج بنتها، ومع ابن زوجها، ومع زوج أمّها، ولا تسافر مع أبيها المجوسي، وكذا مع من كان من أهل الكفر؛ الكبيرة، والشابة سواء في السفر؛ أما الصغيرة التي لا تشتهى.. فلا بأس بأن تسافر بغير محرم، ولا يكون الغلام الذي لم يحتلم محرماً لامرأة في السفر، إلا أن يكون مراهقاً، وحدّه: ثلاثة عشر، أو اثني عشر.

والمرأة لا تكون محرماً لامرأة في السفر في ظاهر المذهب.

وتفرض نَفَقَةُ زَوْجَةِ الْغَائِبِ وطفلِهِ وأبويهِ فِي مَالٍ لَهُ مِن جنسِ حَقِّهِم عِنْدَ مُودَعٍ أَو مضَارِبٍ أَو مديونٍ يُقِرُّ بِهِ وبالزوجيَّةِ، أَو يعلمَ القَاضِي ذَلِك، ..

رجل له والدة شابة تخرج مع الزينة إلى الوليمة والمأتم بغير إذنه ولها زوج.. ليس له أن يمنعها من الخروج ما لم يثبت عنده أنها تخرج لأجل الفساد، وإذا ثبت عنده.. لا يمنع بنفسه، لكن يرفع إلى القاضي.

(**وتفرض نفقة زوجة الغائب وطفله**)، وحكم الولد الكبير الزمن ونحوه؛ ذكراً أو أنثى: مثل حكم الطفل على ما سيأتي بيانه، فليس قيد الطفل احترازاً عنه، بل عن غيره من المحارم نحو الأخ والعم.

(**وأبويه في مال**) متعلق بتفرض (**له**)؛ أي: للغائب حال كون المال (**من جنس حقهم**) من الدراهم والدنانير والبر والطعام والثياب؛ لأنه من جنس حقهم في الكسوة، بخلاف ما لو كان المال خلاف جنس حقهم؛ كالدار والحيوان.. فإنه لا تفرض لهم النَّفَقة من ذلك المال؛ لأنه يحتاج إلى البيع، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق.

(**عند مودع**) حال من «مال».

وفيه بحث؛ لأنها يستعمل في الأمانات، فليس في موقعه بالنسبة إلى المديون، وإن جعل بمعنى «على» بالنسبة إلى المديون.. يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، إلا أن يراد عموم المجاز.

(**أو**) عند (**مضارب أو مديون يقر**)؛ أي: كل من المضارب والمودع والمديون (**به**)؛ أي: بالمال.

(**وبالزوجية**) وبالنسب نظراً إلى الطفل والأبوين.

(**أو يعلم القاضي ذلك**)؛ أي: المال والزوجية والنسب؛ فإنه يفرض لهم النَّفَقة بعلمه ذلك وإن لم يعترف مَن عندَه المال.

وقال زفر: لا يدفع إليها من الوديعة، ويأمرها [٥٠٦/ب] بالاستدانة عليه؛ لأن المودَع مأذون بالحفظ دون الدفع.

ولنا: أن صاحب اليد لما كان مقرّاً بالمال والزوجية والنسب.. فقد أقرّ لهم بحق الأخذ؛ لأن لهم أن يأخذوا بأيديهم من ماله بغير رضاء لما رويناه من حديث امرأة أبي سفيان.

وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا؛ فإن إقراره ههنا أشد قبولاً من إقراره في غير هذا الموضع؛ لتعين طريق إثبات الحق في إقراره؛ لعدم إثباته بالبينة؛ فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية والوديعة - لا تقبل بينة المرأة فيه؛ لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية.. فالمودع ليس بخصم فيه، وإن كانت لإثبات الوديعة.. فالمرأة ليس بخصم في إثبات حقوق الغائب، وكذا غيرها؛ فإذا قبل إقراره في حق نفسه حتى يؤخذ منه.. تعدى إلى غيره وهو الغائب ضرورة.

وكذا: إذا كان المال في يد مضاربه أو مديونه وأقر بالمال والزوجية والنسب، أو علم القاضي بذلك.

وإن علم أحدَهما فقط من الزوجية والنسب أو المال.. يحتاج إلى إقرار الآخر مما ليس بمعلوم له على الصحيح. كذا في «التبيين».

وحاصله على ما في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما: أن الغائب؛ إما أن يكون له مال حاضر في بيته، أو عند غيره من المودع والمضارب والمديون، أو لم يكن له مال أصلاً.

فإن لم يكن له مال أصلاً.. لا يفرض لها القاضي النَّفَقة بطريق الاستدانة عند أصحابنا الثلاث، وعند زفر: يفرض ويأمرها بالاستدانة، وهو قول أبي حنيفة أوّلاً.

ويحلِّفُها أنَّه لم يُعْطهَا النَّفَقة، وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلاً.

وإن كان له مال حاضر في بيته؛ **فإن علم القاضي بالنكاح بينهما.**. يفرض النَّفَقة ويأخذ منها كفيلا بعدما حلفها أنه لم يعطها نفقتها ولم يكن معها ما يزيل النَّفَقة من النشوز.

وإن لم يعلم القاضي بالنكاح بينهما وأقامت المرأة البينة على النكاح.. لا تقبل عند أبي حنيفة، وتقبل عند أبي يوسف وتفرض النَّفَقة عنده.

وإن لم يقض بالنكاح؛ **فإن حضر وأنكر النكاح**.. كلفها القاضي بإعادة البينة؛ فإن لم تعدها.. أمرها القاضي بردّ ما أخذته.

وإن أقرّ بالنكاح.. أمره بقضاء الدين، والقضاة في زماننا إنما تقبل بينة المرأة وتفرض لها النَّفَقة من مال الغائب لا إنه متفق عليه عند الثلاث، بل لأنه مجتهد فيه، خالف فيه زفر وأبو يوسف على ما ترى لحاجة الناس إليه، فهو أرفق بالناس.

وإن كان له مال عند المودع أو المضارب أو المديون؛ فإن كانوا مقرّين بالمال والنكاح.. أمرهم القاضي بأداء نفقتها من ذلك المال، وإن كانوا منكرين بهما أو بأحدهما - ولا يعلم القاضي - فلا يفرض لها النَّفَقة، وإن أقامت البينة.. فلا تقبل على ما ذكرناه.

هذا كله إذا كان المال في بيته أو عند غيره من جنس حقّهم، وإلا.. فلا على ما ذكرناه.

(**ويحلفها**) [٥٠٧/أ] القاضي (**أنه لم يعطها النَّفَقة**) ولم تكن ناشزة، وهذا لأن في التحليف نظراً للغائب.

(**ويأخذ منها كفيلا**)؛ لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على إيفاء نفقتها، أو على أنه طلّقها وانقضت عدتها، أو أنها ناشزة؛ فإن اتفق ذلك.. كان الزوج مخيّراً في أخذ أيّهما شاء من المرأة والكفيل، فيكون أخذ الكفيل أنظر للغائب.

فَلَو لم يقرُّوا بِالزَّوْجِيَّةِ وَلم يعلمِ القَاضِي بهَا فأَقامت بَيِّنَةً.. لَا يقْضِي بهَا.

وَكَذَا لَو لم يخلِّف مالاً فأقامتِ الْبَيِّنَةَ على الزَّوْجِيَّةِ ليفرضَ لَهَا النَّفَقة ويأمرَها بالاستدانةِ عَلَيْهِ.. لَا يسمعُ بيِّنَتَها، وَعند زفر: يسْمعُهَا ليفرض النَّفَقة لَا لثُبُوتِ الزَّوْجِيَّةِ، وَهُوَ الْمَعْمُولُ بِهِ الْيَوْمَ وَالْمُخْتَارُ.

والفرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين الورثة الحاضرين بالبينة ولم يقولوا: لا نعلم وارثاً آخر.. حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة؛ لأن هناك المكفول له مجهول، وههنا معلوم وهو الزوج.

واختلفوا في أخذ الكفيل، هل هو واجب أو حسن؟

فذهب الإمام السرخسي إلى أنه واجب على القاضي، وصحّحه الصدر الشهيد؛ لأنه نصب ناظراً.. فيجب عليه النظر.

وذهب الخصّاف إلى أنه حسن، واختاره في «الزيلعي».

(**فلو لم يقرّوا**)؛ أي: من كان في يده المال؛ من المودع والمضارب والمديون (**بالزوجية**) أو المال (**ولم يعلم القاضي بها**) بالزوجية أو المال (**فأقامت**) المرأة (**بينة**) على الزوجية أو على المال (**..لا يقضي**) القاضي (**بها**) لما ذكرناه: من أن المنكرين المذكورين ليسوا بخصم للمرأة في إثبات الزوجية، والزوجة ليست بخصم في إثبات المال للغائب، وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً: إنّ بيّنتها تقبل، ثم رجع وقال: لا تقبل.

(**وكذا لو لم يخلّف**)؛ أي: الزوج الغائب (**مالاً فأقامت البيّنة على الزوجية ليفرض لها النَّفَقة ويأمرها بالاستدانة عليه**)؛ أي: على الزوج.

(**لا يسمع بينتها**)؛ لأنه قضاها على الغائب فلا يسمع، هذا عند الثلاث.

(**وعند زفر: يسمعها ليفرض النَّفَقة لا لثبوت الزوجية وهو**) - أي: قول زفر، وهو قول أبي حنيفة أوّلاً - (**المعمول به اليوم والمختار**) للفتوى؛ لأن في قبول البينة

وَتجبُ النَّفَقة وَالسُّكْنَى لمعتدَّةِ الطَّلَاقِ وَلَو بائناً، ....

بهذه الطريقة نظرا للمرأة، وليس فيه ضرراً على الغائب؛ لأنه لو حضر وصدّقها أو أثبتت هي ذلك.. كانت أخذت حقها، وإلا.. فيرجع عليها أو على الكفيل.

(**وتجب النَّفَقة والسكنى لمعتدة الطلاق ولو بائناً**).

وقال مالك والشافعي: لا نفقة للمبانة، إلا أن تكون حاملاً؛ لما روى الجماعة إلا البخاري من حديث الشعبي عن فاطمة بنت قيس قالت: طلّقني زوجي ثلاثاً ولم يجعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة، وأمرني أن أعتد في بيت ابن أمّ مكتوم.

وفي «مسلم»: لا نفقة لها، إلا أن تكون حاملاً.

ولنا: ما رواه مسلم: أن عمر رضي الله عنه قال: لا ندع كتاب ربنا، ولا سنة نبينا ﷺ بقول امرأة لا تدري أنها حفظت أم نسيت، وفيما روى الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة الثلاث: النَّفَقة والسكنى»، وزيادة الثقات مقبولة.

والمراد بكتاب ربنا: قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ نهى في الأول: عن الإخراج والخروج، وفي الثاني: أوجب النَّفَقة والسكنى، ولم يفرق بين البائن والرجعي؛ لأن وجوبها جزاء الاحتباس لحقه، وهذا المعنى موجود فيهما.

فإن قيل: المراد [٥٠٧/ب] بالآية: المطلّقة الرجعية؛ بدليل قوله تعالى في آخرها: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾؛ إذ لا خيار له في البائن.

قلنا: صدر الآية عام، وآخرها خاصّ ببعض ما تناوله الصدر، وذلك لا يبطل عمومه؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾؛ فإنه عام في البائن والرجعي ولم يبطل عمومه بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ وهو خاصّ بالرّجعي.

هذا في النَّفَقة والسكنى، وفي لزوم الكسوة لها تفصيل:

إن استغنت عنها لقصر مدة العدّة؛ كما إذا اعتدت بالحيض وحاضت أو بثلاثة أشهر.. فلا كسوة لها، وإن احتاجت إليها لطول المدة.. لها الكسوة أيضاً، ولهذا لم يذكرها؛ لأن الغالب قصر المدة، وإذا ثبت أن للمعتدة نفقة؛ فإذا لم تأخذها حتى انقضت عدتها.. هل تسقط النَّفَقة بالانقضاء كما تسقط بالموت في العدة؟! فإن لم تكن مفروضة بالقضاء أو التراضي.. تسقط بالاتفاق؛ لكونها صلة، وإن كانت مفروضة لها... اختلفوا فيه، والمختار: أنها لا تسقط على ما ذكره الصدر الشهيد عن شمس الأئمة الحلواني.

وقيل: تسقط، وهو رواية عن الحلواني على ما في «فتاوى قاضي خان».

وفي «الذخيرة»: المعتدة إذا خرجت من بيت العدة.. تسقط نفقتها؛ فإذا عادت.. عادت النَّفَقة؛ لأنها بالخروج كانت ناشزة.

وفي «المحيط» القول قولها في انقضاء العدة؛ فإن أقام الزوج بينة على إقرارها بانقضاء العدة.. برئ من النَّفَقة؛ فإن ادعت حبلاً.. أنفق عليها ما بينها وبين سنتين منذ طلقها.

رجل أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدّتها، فلما انقضت عدتها.. أبت أن تتزوج، فهل يرجع عليها بما أنفق؟ إن شرط في الإنفاق عليها التزوج.. يرجع عليها؛ زوّجت نفسها، أم لا، على ما ذكره الصدر الشهيد.

وفي «الخلاصة»: والصحيح: أنه لا يرجع لو زوّجت نفسها، وإن لم يشترط التزوج لكن أنفق على هذا الطمع.. اختلف المشايخ فيه، والأصح: أنه لا يرجع، على ما قاله الصدر الشهيد.

وعن الشيخ الإمام: الأستاذ: الأصح: أنه يرجع عليها زوّجت نفسها منه، أو لم تزوجه؛ لأنه رشوة، وهكذا اختار في «المحيط».

والمفرَّقةِ بِلَا مَعْصِيةٍ؛ كَخِيَارِ الْعِتْقِ وَالْبُلُوغِ والتفريقِ لعدمِ الْكَفَاءَةِ.. ....

وهذا إذا دفع الدراهم إليها لتنفق على نفسها؛ أما إذا أكلت معه.. لا يرجع عليها بشيء.

ولو عمل في كَرْمِ رجل على طمع أن يزوج بنته منه، فلم يزوج.. يرجع بأجر المثل؛ شرط التزوج أم لا.. إذا عُلِم أنه يعمل لهذا الغرض.

وعن ظهير الدين: أنه لا يرجع؛ لأن المنافع إنما تتقوم عندنا بالعقد.

قلت: الفتوى على أنّ المنافع تتقوم في حق من عمل للناس بالأجر وإن لم يسم الأجر، وهو المروي عن محمد على ما في الفصل الخامس من استصناع «الخلاصة».

(**والمفرقة بلا معصية**)، أي: وتجب النَّفَقة والسكنى للمفرقة [٥٠٨/أ] بلا معصية من قبلها؛ (**كخيار العتق**)، أي: أمة تحت حرّ أعتقها مولاها فاختارت الفرقة.. فلها النَّفَقة والسكنى على الزوج ما دامت في العدّة؛ لأن الفرقة ليست لمعصية من قبلها بل لدفع مضرة زيادة الملك عليها.

(و) كخيار (**البلوغ**)؛ لأن الفرقة ليست لمعصية من قبلها أيضاً، بل لدفع مضرّة علمتها بالبلوغ.

(**والتفريق؛ لعدم الكفاءة**)؛ لأنها حبست نفسها لأجل حقّها، وذلك لا يسقط النَّفَقة؛ كما إذا حبست لاستيفاء المهر.

وكذا لا تسقط النَّفَقة للفرقة باللعان والإيلاء والعنة والجب والخلع وردة الزّوج، أو إبائه عن الإسلام حين أسلمت المرأة وعرضت عليه الإسلام، أو وطئه أمّ امرأته، أو بنتها، أو وطئها ابن زوجها مكرهة قبل الطّلاق، أو بعد وقوع الطّلاق الرجعي وهي في عدّته، أو وطئها مطاوعة منها في عدة البائن على ما سيصرّح؛ لعدم المعصية من قبلها من الكل.

لَا لمعتدَّةِ الْمَوْتِ والمفرَّقةِ بِمَعْصِيَةٍ؛ كالرِّدَّةِ، وتقبيلِ ابْنِ الزَّوْجِ.

(لا لمعتدة الموت) ولو حاملاً؛ لأن احتباسها ليس لحق الزوج، بل لحق الشرع؛ فإن التربص عبادة منها، ألا ترى أن معنى التعرف لبراءة الرحم ليس بمراعىً فيه حتى لا يشترط فيها الحيض، فلا تجب نفقتها عليه؛ ولأن النَّفَقة تجب شيئاً فشيئاً - ولا ملك له بعد الموت - فلا يمكن إيجابها لا في ملكه، ولا في ملك الورثة، وكذا لا تجب لها السكنى أيضاً عندنا لما ذكرناه؛ كما صرّح به في «البحر».

وقال الشافعي: لها السكنى.

وفي «الخلاصة»: ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها، اختلف السلف فيما إذا كانت حاملاً، قال بعضهم: نفقتها في جميع المال، وقال بعضهم: لا نفقة لها في مال الزّوج. وهو الصحيح. انتهى، وإليه أشار المصنف بإطلاقه.

(و) لا تجب النَّفَقة أيضاً لعدة **(المفرقة بمعصية)** حاصلة من قبلها **(كالردة)** الحاصلة منها، لكن هذا إذا أخرجت المرأة للحبس من بيت الزوج.

وأما إذا اعتدّت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس.. فلها النَّفَقة على ما صرَّح به في «المبسوط».

(وتقبيل ابن الزوج)؛ لأنها صارت حابسةً نفسها من الزوج بغير حقّ، فصارت كالناشزة، بخلاف المهر بعد الدخول؛ لأنه تأكد بالدخول والتسليم.. فلا يسقط.

والأصل ههنا: أن الفرقة؛ إما من قِبَله، أو من قِبَلها:

ففي الأول: لها النَّفَقة مطلقاً؛ سواء كانت بغير معصية؛ مثل الفرقة بطلاقه، أو لعانه، أو عنيته أو جَبِّه بعد الخلوة، أو بمعصية مثل: الفرقة بتقبيله بنت زوجته، أو إيلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر ونحوها.

وأما الثاني:

فإما بمعصية؛ مثل تمكينها ابن الزوج، أو إبائها إذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسيّة وردتها.. فلا تجب لها النَّفَقة.

وَلَوِ ارْتَدَّت مُطلقَةُ الثَّلَاثِ.. تسْقطُ نَفَقَتُهَا، لَا لَو مكَّنتِ ابْنَهُ.

وإما بغير معصية؛ مثل الفرقة بخيار البلوغ وغيرها.. فتجب لها النَّفَقة على ما تقدم بيانه. هذا في النَّفَقة.

وأما السكنى.. فهي واجبة لها في جميع صور الفرقة، بمعصية أو بغير معصية؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها، فلا تسقط بمعصيتها.

وأما النَّفَقة.. فواجبة لها تسقط [٥٠٨/ب] بمعصية من قبلها، كذا في «العناية».

(ولو ارتدّت مطلقة الثلاث.. تسقط نفقتها)؛ لأنها تحبس حتى تتوب، ولا نفقة للمحبوسة.

(لا) تسقط **(لو مكنت ابنه)**، أي: مكنت بعد الطّلاق البائن واحداً أو ثلاثاً؛ لأن الفرقة ثبتت بالطلاق البائن من قبله، وكذا النَّفَقة، ولا عمل فيها للتمكين من قبلها بعده، وهو القياس في الرّدة بعد الثلاث أيضاً، إلا أن لها النَّفَقة للحبس على ما ذكرناه، ولا حبس في الممكنة.

ولو مكنت ابنه في عدّة الطّلاق الرّجعي.. تسقط النَّفَقة عنه؛ لأن الطلاق الرجعي لا يوجب الفرقة، فكان وقوع الفرقة بتمكينها لا بالطّلاق .

* * *

(فَصْلٌ)

وَنَفَقَةُ الطِّفْلِ ....

(فصل)

(ونفقة الطفل) ذكراً كان أو أنثى، بخلاف البالغ: إذا كان ذكراً.. فإنه لا تجب نفقته على أبيه وعلى غيره من الأقارب على الصحيح - على ما في «الزيلعي» - وفيه تفصيل:

وهو أنّ الأب؛ إما غني أو فقير، والأولاد إمّا صغار أو كبار:

* فالأب إن كان غنياً والأولاد كباراً إناثاً أو ذكوراً:

- فالإناث: عليه نفقتهن إلى أن يتزوّجن إذا لم يكن لهنّ مال، وإذا طلّقن وانقضت عدّتهن.. عادت نفقتهن على الأب.

- والذكور: أما عاجز عن الكسب لزمانه، أو أعمى، أو شلل، أو ذهاب عقل.. فعليه نفقتهم، وكذا إذا كان من أبناء الكرام والناس لا يستأجره.. فهو عاجز، وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يهتدون إلى الكسب.. فنفقتهم على آبائهم.

* وإن كان الأب غنياً والأولاد صغاراً:

- فإن لم يكن لهم مال.. فعليه نفقتهم إلى أن تبلغ الذكور حد الكسب، وإن لم تبلغ.

- وإن كان لهم مال فإمّا حاضر أو غائب:

• فإن كان حاضراً.. فنفقتهم في مالهم.

• وإن كان غائباً.. فعلى الأب نفقتهم، ثم يَرْجِعُ في مالهم إن أنفق بإذن القاضي، أو بإشهاده على أنه أنفق ليَرجِعَ، وإن أنفق بنية الرجوع بلا إشهاد.. لا رجوع قضاءً، ويجوز ديانةً.

الْفَقيرِ على أَبِيهِ ....

وفي «العمادي»: إذا اشترى الأب الطعام للصغير من مال نفسه وللصغير مال.. فالأب متبرع استحساناً.

* وإن كان الأب فقيراً؛ فإن كانوا أغنياءً كباراً يقدرون على الكسب.. فلا شيء على الأب، وكذا إذا كانوا صغاراً أغنياء.

* وإن كان الأب فقيراً؛ فإن كانوا صغاراً وكباراً عاجزين عن الكسب والأب أيضاً عاجز عن الكسب؛ قيل: نفقتهم في بيت المال.

وإن كان الأب قادراً على الكسب.. فعليه الكسب وينفقهم من كسبه، ولو امتنع عن الكسب.. حبس، كذا في «فتح القدير».

وقال في «الخلاصة»: والذكور من الأولاد إذا بلغوا حد الكسب ولم يبلغوا الحلم في أنفسهم.. يدفعهم الأب إلى عمل؛ ليكتسبوا، ويؤاجرهم وينفق عليهم من أجرتهم وكسبهم.

وأما الإناث: فليس للأب أن يؤاجرهنّ في عمل، أو في خدمة.

فإن كان الأب مبذراً.. يدفع كسب الابن إلى أمين كما في سائر أملاكه.

ولو كان الأب زمناً.. يقضى بالنَّفَقة على الجد ولم يرجع على أحد بالاتفاق.

وذكر فيها أيضاً: لو كان للفقير أولاد صغار وجدّ موسر.. لم تفرض النَّفَقة [٥٠٩/أ] على الجد، لكن يؤمر الجدّ بالإنفاق، وذلك دين على والد الصّغار.

وذكر في «جوامع الفقه»: أن الأب إذا كان موسراً.. فعليه نفقة الطفل، وإن لم يكن موسراً وله جدّ، أو أمّ، أو خال، أو عمّ موسر.. يجبر على نفقة الطفل ويرجع بها على الأب إذا أيسر، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب.

ثم يرجع عليه **(الفقير)**، قيد بالفقير؛ لأن الغني يأكل من مال نفسه إن كان له مال حاضر على ما ذكرناه.

(على أبيه) خاصة وإن خالفه في الدين على ما في «الحاوي القدسي».

لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحدٌ؛ كَنَفَقَةِ الْأَبَوَيْنِ وَالزَّوْجَةِ.

(**لا يشاركه فيها أحد؛ كنفقة الأبوين والزوجة**)، أي: كما أن نفقة الأبوين على الابن ونفقة الزوجة على الزوج.. لا يشاركهما فيها أحد، هذا في ظاهر الرواية.

وفي رواية عن أبي حنيفة: أن نفقة الأولاد الصغار على الأب والأم أثلاثاً بحسب ميراثها.

ووجه الظاهر: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ والمولود له: هو الأب، وذلك أنه تعالى لما أوجب رزق الوالدات على الأب بسبب الولد؛ بناءً على أن الحكم المسبق يقتضي عليه المأخذ.. فلأنْ تجب نفقة الأولاد عليه: أولى.

وإنما لم يشاركه فيها أحد؛ لأنه لما نسب إليه الولد بلام الملك في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾.. دلّ بطريق الإشارة على انفراده بالإنفاق عليه؛ إذ لا يشاركه أحد في تلك النسبة.. فلا يشاركه في الإنفاق عليه أيضاً.

فإن قيل: قد مرّ مراراً أنّ علّة لزوم نفقتهن على الزّوج: هو الاحتباس، فلو كان غيره علّة أيضاً.. لزم توارد العلّتين المستقلّتين على معلول واحد شخصي، وذلك لا يجوز.

قلنا: إن العلة في الحقيقة هو الولاد؛ لأنه هو السّبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد، والاحتباس علّة العلّة، والعقد الصحيح سبب يفضي إليه، فيجوز إضافة الحكم إليه قبل تحقق الولاد؛ فإذا تحقق.. يضاف الحكم إليه.

وقد يستدل عليه بطريق السبر والتقسيم: بأن الآية المذكورة لما دلّت على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف.. دلّت على نفي المشاركة في نفقة الولد أيضاً؛ لأن كلّاً منهما لا يقبل الاشتراك.. فكذلك النَّفقة الثابتة بهما؛ فإذا انتفى الاشتراك؛ فإمّا أن تثبت على الأب، أو على غيره، أو لم تثبت على أحد، لا سبيل إلى الثاني والثالث.. فتعين الأول.

وَلَا تجبرُ أُمُّهُ على إِرضاعِهِ إِلّا إذا تعيَّنت.

ويستأجِرُ مَن تُرْضِعُهُ عِندَهَا.

وَلَو اسْتَأْجرَهَا وَهِيَ زَوجتُهُ أَو معتدَّتُهُ مِن رَجْعِيٍّ لِتُرضِعَ وَلَدَهَا.. لَا يجوزُ.

(**ولا تجبر أمّه على إرضاعه**) لما مرّ أنّ كفايته على الأب، وأجرة الرضاع: كالنَّفقة، تجب على الأب لا على الأم؛ ولأنها عست لا تقدر على الإرضاع لعذر بها.. فلا معنى للجبر.

وقال بعض أهل التّفسير: معنى قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾، أي: بإلزامها الإرضاع مع كراهتها، ومعنى قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ إخبار عن فعلهن حين فَعَلْن، لا إيجاب عليهن بطريق الأمر، ولو سلّم أنه أمر.. لكنه للنّدب، ولو سلم أنه للوجوب.. لكن لا مطلقاً، بل فيما إذا لم يوجد من يرضعه غيرها على ما أشار إليه بقوله: (**إلّا إذا تعيّنت**) [٥٠٩/ب] بعدم وجدان غيرها، أو عدم قبول الطفل ثدي غيرها.

ولو سلّم أنّه للوجوب عليها.. فيجوز أن يحمل على الوجوب عليها تديناً حتى لا يجوز استئجارها لإرضاع ولدها؛ لأن الإرضاع حق مستحق عليها ديانةً.

(**ويستأجر**) الأب (**من ترضعه**)؛ لأن الأجر عليه.

(**عندها**)، أي: عند أمّ الولد؛ لأن التربية لها بحق الحضانة، ولا يلزم أن تمكث المرضعة في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك، بل لها أن ترضعه، ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان، أو تحمل الصبي معها إليه، أو تقول: أخرجوه فترضعه عند فناء الدار، ثم تدخل الصبي إلى أمه.

(**ولو استأجرها**)، أي: استأجر أمّ الولد (**وهي**)، أي: الأم (**زوجته، أو معتدته من طلاق رجعيّ لترضع ولدها.. لا يجوز**)؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانةً لما تلوناه

وَفِي مُعْتَدَّةِ البائنِ رِوَايَتَانِ.

وَبعدَ الْعِدَّةِ يجوزُ.

من قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ إلّا أنها عذرت لاحتمال عجزها؛ لأنها لو لم تعجز.. لأرضعته لزيادة شفقتها عليه، ثم لمّا أقدمت على الإرضاع بالأجر.. ظهر عدم عجزها، فصارت قادرة عليه.. فكان الإرضاع واجباً عليها، فلا يجوز أخذ الأجر.

وهذا في معتدة الرجعي رواية واحدة لقيام النكاح من كلّ وجه.

(**وفي معتدة البائن: روايتان**)، في رواية: جاز استئجارها؛ لأن النكاح قد زال فصارت أجنبية.

وفي رواية أخرى: لا يجوز؛ لأن النكاح باق في حقّ بعض الأحكام حتى تجب لها النَّفَقة والسكنى فيها، ولا يجوز دفع زكاته إليها، ولا تقبل شهادته لها على ما في «الكفاية» و«التبيين».

(**وبعد**) انقضاء (**العدة**) من رجعّي، أو بائن (.. **يجوز**) استئجارها للإرضاع؛ لأن النكاح قد زال بالكلّية وصارت أجنبيّة.

فإن قيل: قد مرّ أنّ الإرضاع واجب عليها عند تحقق عدم العجز، وبالإقدام على الإرضاع.. تحقق عدم عجزها فكان الإرضاع واجباً عليها، فلا يجوز استئجارها في مقابلة فعل الواجب عليها، وهذا المعنى بعينه ثابت فيما إذا استأجرها لإرضاع ولدها منه بعد العدّة، ومقتضاه: أن يجوز الاستئجار بعد العدّة أيضاً كما في العدة، وهذا؛ لأن الوالدات في قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ﴾ أعم من البائنات.. فكان إيجاب الإرضاع أعم من المنكوحات والرجعيّات والبوائن قبل العدة وبعدها.

والمانع من أخذ الأجرة والاستئجار: هو الوجوب، وهو عام.. فيعم المنع الكل إذا ظهرت قدرتهن على الإرضاع بالإقدام عليه بأجر في أيّ وقت كان.

وَهِيَ أَحَقُّ إِن لم تطلُب زِيَادَةً على الْغَيْرِ.

أجيب عنه: بأن الإرضاع من نفقة الولد، وهي على الأب لا على الأم، ودفع بأن هذه النَّفَقة أوجبها الذي له ولاية الإيجاب على الأم بعد أن وجد رزقه لها بإدرار الثدي، فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري، فأوجب عليها إلقامه ثديها، وهذا الإيجاب ثبت بنص ﴿يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾.. فالحق في الجواب: أنه تعالى أوجب عليها الإرضاع مقيداً بإيجاب رزقها عليه بقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [٥١٠/أ]، ففي حال الزوجية والعدّة: هو قائم برزقها.. فيجب الإرضاع عليها عند عدم ظهور العجز، وفيما بعد العدّة: لا يقوم هو برزقها.. فتقوم الأجرة مقامه، كذا في «فتح القدير».

(**وهي**)، أي: الأم (**أحق**) من غيرها من الأجانب بعد انقضاء عدّتها لزيادة شفقتها عليه.

(**إن لم تطلب زيادة على الغير**) في الأجرة، وإن التمست الزيادة على غيرها.. لم يجبر الأب عليها؛ دفعاً للضرر عنه.

وفيه إشارة إلى أن الأم أحقّ من الأجنبية وإن كانت الأجنبية متبرعة في الإنفاق على الصغير.

وفيه تفصيل: قال في «البحر»: وظاهر المتون: أن الأم لو طلبت الأجرة - أي: أجرة المثل -، والأجنبية متبرعة بالإرضاع.. فالأم أولى؛ لأنهم جعلوا الأم أحقّ في سائر الأحوال، إلّا في حالة طلب الزيادة على أجرة الأجنبية، والمصرح به: بخلافه؛ كما في «التبيين» وغيره: أن الأجنبية أولى، لكن إنما هي أولى في الإرضاع.

أما في الحضانة.

ففي «الولوالجية» وغيرها: رجل طلق امراته وبينهما صبي، وللصبي عمة أرادت أن تربيه وتمسكه بغير أجرة من غير أن تمنع الأم عنه، والأم تأبى ذلك وتطالب الأب

بالأجرة ونفقة الولد.. فالأم أحقّ بالولد، وإنما يبطل حقّ الأم إذا تحكمت الأم في أجرة الرضاع بأكثر من أجر مثلها.

والصحيح: أنه يقال للأمّ: اما أن تمسكي الولد بغير أجر، وإما أن تدفعيه إلى العمة. انتهى.

ولم أر من صرّح بأن الأجنبية كالعمة في أن الصغير يدفع إليها إذا كانت متبرعة والأمّ تريد الأجرة على الحضانة، ولا تقاس على العمة؛ لأنها حاضنة في الجملة، وقد ذكر السؤال عن هذه المسألة في زماننا، وهو أن الأب يأتي بأجنبيّة متبرعة بالحضانة، فهل يقال للأم كما يقال لو تبرعت العمة؟! وظاهر المتون: أن الأم تأخذه بأجر المثل، ولا تكون الأجنبية أولى، بخلاف العمة على الصّحيح، إلا أن يوجد نقل صريح في أن الأجنبية كالعمة.

والظاهر: أنّ العمة ليست قيداً احترازياً، بل كلّ حاضنة كذلك، بل الخالة أولى؛ لأنها من قرابة الأم.

ثم اعلم أن ظاهر «الولوالجية»: أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد؛ لأن العطف للمغايرة؛ فإذا استأجر الأم للإرضاع.. لا يكفي عن نفقته؛ لأن الولد لا يكفيه اللبن، بل يحتاج معه إلى شيء آخر؛ كما هو الشاهد؛ خصوصاً الكسوة، فيقدر القاضي له نفقة غير أجرة الرضاع، وغير أجرة الحضانة.

فعلى هذا: يجب على الأب ثلاثة: أجرة الرضاع، وأجرة الحضانة، ونفقة الولد. هذا كله كلام «البحر».

ثم قال: لكنه قال في «الخانية»: وبعد الفطام يفرض القاضي نفقة الصغير على طاقة الأب، وتدفع إلى الأم حتى تنفق على الأولاد. انتهى.

إلا أن يقال: مراده النَّفَقة الكاملة، بخلافها في زمن الرضاع؛ فإنها قليلة.

وَلَوِ اسْتَأْجرَهَا وهِيَ زَوجتُهُ لإرضاعِ وَلَدِهِ مِن غَيرِهَا.. صَحَّ.

وَنَفَقَةَ الْبِنْتِ بَالِغَةً وَالِابْنِ زَمِناً على الْأَبِ خَاصَّةً، وَبِه يُفْتى.

وَقيل: على الْأَبِ ثُلُثاها، وعَلى الْأُمِّ ثلثُها.

وعَلى الْمُوسرِ يساراً يُحرِّمُ الصَّدَقَةَ: ....

وفي «المجتبى»: وإذا كان للصبي مال.. فمؤنة الرضاع ونفقته بعد الفطام في مال الصغير.

(**ولو استأجرها** [٥١٠/ب] **وهي زوجته**)، أو: معتدته عن طلاق (**لإرضاع ولده من غيرها.. صحّ**)؛ لِأنّ إرضاع هذا الولد غير مستحق عليها، بخلاف ولدها منه على ما مر.

(**ونفقة البنت بالغة**) قيدها بالبالغة؛ لأن نفقة الصغيرة تقدّم ذكرها في أوّل الباب.

(**والابن**) البالغ (**زمناً**)، أو أعمى، أو أشلّ (**على الأب خاصّة**) إن كان الأب غنياً وليس لهم مال، ولا يقدرون على الكسب، وإلّا.. فنفقتهم في مالهم وكسبهم على ما قدّمناه.

(**وبه**)؛ أي: بلزوم نفقة الأولاد مطلقاً على الأب (**يفتى**).

(**وقيل: على الأب ثلثاها وعلى الأم ثلثها**) وهو المروي عن الخصاف، والأول: ظاهر الرواية، وقدّمنا وجهها.

(**وعلى الموسر يساراً يحرم الصّدقة**)؛ أعني: نصاب الفطرة.

واختلفوا في معنى الموسر ههنا:

قال في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: والموسر في هذا الباب: من يملك مالاً فاضلاً عن نفقة عياله، ويبلغ الفاضل مقداراً تجب فيه الزكاة. انتهى.

وقال في «الخلاصة» نقلاً عن «نوادر» أبي يوسف: يشترط نصاب الزكاة، ثم قال: وهكذا قال الصدر الشهيد في «الفتاوى الصغرى»: أنه لو انتقص من نصاب

الزكاة درهم.. لا يجب، وبه يفتي، لكنه جزم أولاً قبل هذا بأن الشرط: هو النصاب المحرم للصّدقة.

وصحّحه في «العناية» معلّلاً: بأن النَّفَقة أشبه بصدقة الفطر؛ لكونها مؤنة من وجه، صدقة من وجه، والنَّفَقة مؤنة من كلّ وجه، فلمّا لم يشترط لوجوب صدقة الفطر نصاب الزكاة.. فلأن لا يشترط ههنا وهي مؤنة من كل وجه.. أولى. انتهى.

فاختلف في التصحيح والفتوى.

ثم الظاهر من قيد الابن بالموسر يساراً يحرم الصّدقة.. أن لا تجب النَّفَقة للأبوين على الابن المعسر الفقير ولو كسوباً.

لكنه ذكر في «الخلاصة» نقلاً عن «الأقضية»: أن نفقة الأبوين على الابن الفقير الكسوب؛ فإنه قال: الفقراء: ثلاثة أنواع:

فقير لا مال له وهو قادر على الكسب.. فالمختار أنه يدخل الأبوان في نفقته كعياله.

الثاني: فقير لا مال له وهو عاجز عن الكسب.. لا يجب عليه نفقة غيره، خلا الزوجة.

الثالث: أن يفضل كسبه عن قوته.. فإنه يجبر على نفقة ابنته الكبيرة والأبوين والأجداد، كذا في «البزازية».

ولا يخالفه ما ذكره في «البزازية»، وفي «الخلاصة» أيضاً قبل هذا؛ حيث قال نقلاً عن «الأصل»: نفقة الولد على الابن الموسر واجبة؛ سواء كان الأب قادراً على الكسب، أو عاجزاً بأن كان زمناً؛ لجواز أنّ الموسر فيه أعمّ من الموسر مالاً، ومن الموسر كسباً وعملاً، وإنما يخالفه ما ذكرنا عنه آنفاً، أعني: قوله: ويشترط النّصاب وهو المحرم للصّدقة، هذا وإنما قيّده بالموسر؛ لأنه لو كان معسراً.. لا تجب عليه نفقة أصوله لما في «الخلاصة» و«البزازية» عن «الأصل».

نَفَقَةُ أُصُولِهِ الْفُقَرَاءِ ....

إذا كان الأب والابن معسرين.. لا يجب على أحدهما نفقة الآخر.

وعن أبي يوسف: إذا كان الأب زمناً.. يضمه الابن إلى [٥١١/أ] نفسه ويدخله في عياله كيلا يضيع.

أطلق الموسر فشمل الابن الصّغير والكبير الموسرين، لا نفقة الأب المعسر على الابن الموسر لو صغيراً على ما عليه فتوى مشايخ الإسلام.

(**نفقة أصوله الفقراء**)، أي: أبويه وأجداده وجدّاته وإن خالفوه في دينه؛ فإن اختلاف الدين.. لا يسقط نفقة الوالدين والولد والزوجة والجد إذا كان الأب ميتاً.

أما الأبوان: فلقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم هو وأبت أمّه عن الإسلام ولم تأكل ولم تشرب ثلاثة أيّام حتى غشي عليها، فأتى سعد النبي ﷺ ويشتكي ذلك.. فنزلت هذه الآية.

وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك من كان سبباً له في تلك المعيشة يموت من الجوع.

وأما الزوجة: فلأنها للاحتباس وقد وجد ذلك، ثم إطلاق قوله: الفقراء، يوافق قول السّرخسي؛ فإنه قال: إذا كان الأب فقيراً.. تجب نفقته على الابن الموسر؛ سواء كان الأب قادراً على الكسب، أو لم يقدر، وهو رواية «الأصل» على ما ذكرناه آنفاً.

بخلاف قول الحلواني: أنه لا يجبر الابن على نفقة الأب الفقير إذا كان الأب قادراً على الكسب، بناءً على أن علة الاستحقاق للنفقة هو الفقر وهي تندفع بالكسب.

والإمام السرخسي فرق بين نفقة الولد ونفقة الوالد؛ فإن الولد البالغ إذا كان قادراً على الكسب.. لا يجب نفقته على الأب بالاتفاق، ووجه الفرق: أنّ للوالد فضلاً على الولد حيث اعتبرت حاجته؛ ضرورية كانت كالنَّفَقة والكسوة، أو غير ضرورية كشهوة الفرج؛ فإن للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد، وليس للولد

بِالسَّوِيَّةِ، بَينَ الابْنِ وَالْبِنْتِ، وَيعْتَبرُ فِيهَا الْقربُ والجزئيَّةُ لَا الْإِرْثُ.

فَلَو كَانَ لَهُ بنتٌ وَابْنُ ابْنٍ.. فنفقتُهُ على الْبِنْتِ، مَعَ أَنَّ إِرْثَهُ لَهما.

وَلَو كَانَ لَهُ بنتُ بنتٍ وَأَخٌ.. فنفقتُهُ على بنتِ الْبِنْتِ، مَعَ أَنَّ كلَّ إِرْثِهِ للْأَخِ.

استحقاق استيلاد جارية الوالد، فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن.. لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة.

(**بالسوية بين الابن**) الموسر (**والبنت**) الموسرة، إنما قيّدناه باليسار؛ لأن الولد لو كان معسراً.. لا يجب نفقته على ما ذكرناه آنفاً، هذا في ظاهر الرواية وهو الصحيح على ما في «الهداية»، وبه يفتى على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنها بين الابن والبنت أثلاثاً على قياس الميراث وعلى نفقة ذوي الأرحام: للذكر مثل حظ الأنثيين.

ووجه الظاهر: أن للأبوين تأويلاً في مال الولد؛ لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فكانا غنين بمال الولد بهذا التأويل، وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث من الولد على السواء، وبهذا ظهر أن الولد لا يشاركه أحد في نفقة أصوله الفقراء؛ لأنهما لما صارا غنيين بمال الولد.. لزم أن لا تجب نفقتهما على غير الولد؛ لأن الغني لا يجب نفقته على غيره.

(**ويعتبر فيها**)، أي: في نفقة الأصول: (**القرب والجزئية لا الإرث**)، أي: في ظاهر الرواية، وهو الصحيح على ما مرّ [٥١١/ب].

(**فلو كان له بنت وابن ابن.. فنفقته على البنت، مع أن إرثه لهما**) نصفان.

(**ولو كان له بنت بنت وأخ.. فنفقته على بنت البنت، مع أن كل إرثه للأخ**)، ولا شيء لبنت البنت؛ لأنها من ذوي الأرحام.

واعلم: أنّ الأصل في نفقة الوالدين والمولودين: أن يعتبر القرب والجزئية لا الميراث، وإن استويا في القرب.. تجب على من له نوع رجحان، وإن لم يكن

لأحدهما نوع رجحان.. فحينئذٍ تجب النَّفَقة بقدر الميراث.

وبيان هذا الأصل: أنه إذا كان للفقير والد وابن ابن موسران.. فالنَّفَقة على الوالد؛ لأنه أقرب إليه من ابن الابن.

وإن كانت له بنت وابن ابن.. فالنَّفَقة على البنت خاصة وإن كان الميراث بينهما؛ لأن البنت أقرب.

وإن كانت له بنت بنت وأخ لأب وأم.. فالنَّفَقة على ولد البنت ذكراً كان أو أنثى، وإن كان الميراث للأخ.

وإن سفل أولاد الولد سواء كانوا أولاد البنت، أو أولاد الابن.. فهم سواء في النَّفَقة عليهم دون الأخ.

ولو كان له والد وولد موسران.. فالنَّفَقة على ولده وإن استويا في القرب؛ لأن الولد يرجح على الوالد باعتبار التأويل في ملكه على ما ذكرناه آنفاً.

ولو كان له جدّ صحيح وابن ابن.. فالنَّفَقة عليهما على قدر ميراثهما: السدس للجد والباقي لابن الابن.

ولو كان له جدّ صحيح وأم.. فالنَّفَقة ثلثها على الأم والثلثان على الجد.

ولو كان له جدّ صحيح وجدّة.. فسدس النَّفَقة على الجدّة وباقيها على الجد، وهكذا.

واستشهدوا على هذا الأصل بمسائل المعسر، من أن المسلم المعسر إذا كان له ابنان موسران أحدهما مسلم والآخر ذمي.. فنفقته عليهما بالسوية وإن كان الإرث لا يجري بين المسلم والكافر؛ لاستوائها في القرب.

وكذا إذا كان له ابن نصراني وأخ مسلم.. فالنَّفَقة على الابن دون الأخ المسلم.

وكذا إذا كان للفقير ابنة ومولى عتاقة.. فالنَّفَقة على الابنة وإن استويا في الميراث، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وَعَلَيهِ نفقةُ كلِّ ذِي رحمٍ مَحرمٍ مِنْهُ إن كَانَ: فَقِيراً صَغِيراً، أَو أُنْثَى، أَو زَمِناً، أَو أعمى، أَو لَا يُحسنُ الْكَسْبَ لخَرَقِهِ، أَو لكَونِهِ من ذَوي ....

ولا يخفى عليك أن هذه المسائل مبنية على الأصل المذكور أيضاً: فالاستدلال بها عليه ليس على ما ينبغي.

وفي نفقة «القنية»: له عم وجدّ أب الأم موسران.. فنفقته على أب الأم وإن كان الميراث للعم.

ولو كان له أم وأب لأم موسران.. فعلى الأم، وفيه إشكال قوي؛ لأنه ذكر في الكتاب؛ أي: «المبسوط»: إذا كان له أم وعم موسران.. فالنَّفَقة عليهما أثلاثاً، فلم يجعل الأم أقرب من العم، وجعل في المسألة المتقدمة أب الأم أقرب من العم، ولزم منه: أن تكون النَّفَقة على أب الأم مع الأم، ومع هذا أوجبها على الأم.

ويتفرع عن هذه الجملة فرع أشكل الجواب فيه: وهو ما إذا كان له أم وعمّ وأب لأم موسرون، ويحتمل أن يجب على الأم لا غير؛ لأن أب الأم لما كان أولى من العم، والأم أولى من أب الأم.. كانت الأم أولى من العم، لكن يترك جواب الكتاب [٥١٢/أ]، ويحتمل أن يكون على الأم والعم أثلاثاً. انتهى.

(وعليه) - أي: الموسر، هذا شروع في بيان نفقة ذوي الأرحام بعد بيان نفقة الوالد والولد والزوجة - **(نفقة كل ذي رحم محرم منه)**، أي: من الموسر، والفرق بينهما: عموم وخصوص من وجه؛ لصدقهما على البنت.

وصدق الأول: على بنت العم دون الثاني؛ لجواز نكاحها.

وصدق الثاني دون الأول: على الأخت الرضاعية.

والمراد به ههنا: من لا يحل نكاحه على التأبيد؛ كالأخوة والأخوات، والأعمام والعمّات، والأخوال والخالات.

(إن كان فقيراً صغيراً، أو أنثى) صغيرة، أو بالغة، أو ذكراً فقيراً **(أو زمناً، أو أعمى، أو لا يحسن الكسب لخرقه)** بالخاء المعجمة: الحمق، **(أو لكونه من ذوي**

البيوتاتِ، أَو طَالبَ علمٍ.

البيوتات، أو طالب علم) لا يهتدي كسباً؛ لأن الصلة في القرابة: القريبة دون البعيدة، والفاصل بينهما: كونه ذا رحم محرم، حتى لا يجب لذي رحم ليس بمحرم، ولا لمحرم ليس بذي رحم؛ كالأخت الرضاعية.

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾؛ فإن ذلك إشارة إلى أوّل الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ فدل على أن على الوارث النَّفَقة.

وتقييده بذي الرحم المحرم: كان بقراءة ابن مسعود؛ فإنه قرأ: «وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك»؛ لأن قراءته مسموعة من النبي ﷺ، فيجوز التقييد بها.

وإنما اشترطت الصفات المذكورة من الصغر والأنوثة والزمانة؛ لأنها أمارة الحاجة؛ لتحقق العجز بها؛ فإن القادر على الكسب غنيٌّ بكسبه لا تجب النَّفَقة له على الغير، وهو القياس في الأبوين أيضاً على ما اختاره الحلواني، لكنا تركنا العمل به، وقلنا: إنهما لا يكونان غنيين بقدرتهما على الكسب، وهو ظاهر الرواية، واختاره الإمام السّرخسي على ما ذكرناه.

والمراد بطالب علم ههنا: هم المشتغلون بالعلوم الشرعية والأدبية، لا بالخلافيات الركيكة وهذيانات الفلاسفة على ما صرّح به في «البزازية».

والمراد بالعلوم: أصول الدين وأصول الفقه والحديث والتفسير والفقه.

والفرائض: داخل في الفقه.

وعلم المناظرة: في أصول الفقه.

والمنطق مقدار ما يحتاج إليه في ترتيب المقدمة، وتصوير الدليل: داخل في الكلام؛ لأن معرفة مقدار ما يحتاج إليه في الاستدلال من أمر الدين واجب، حتى قال حجة الإسلام الإمام الغزالي: من لم يعرف المنطق.. لا ثقة لعلمه؛ لأنه ميزان العلوم.

وَيُجْبرُ عَلَيْهَا، وتقدَّرُ بِقدرِ الْإِرْثِ، حَتَّى لَو كَانَ لَهُ أَخَوَاتٌ متفرِّقاتٌ.. فنفقتُهُ عَلَيْهِنَّ أَخْمَاساً، كَمَا يرثنَ مِنْهُ.

والذي منعه بعض المتأخرين من تعلم المنطق: هو الزائد على قدر الحاجة.

والمراد بالعلوم الأدبية: هو العلوم القريبة المتنوعة إلى أنواع.

(**ويجبر**)، أي: الموسر (**عليها**)، أي: على نفقة ذي رحم محرم منه، وذلك لإيفاء حق مستحق عليه.

(**وتقدر**)، أي: نفقة ذي الرحم المحرم (**بقدر الإرث**) على التنصيص على الوارث في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ تنبيهاً على اعتبار المقدار؛ لأن ترتب [٥١٢/ب] الحكم على المشتق يدل على علّية المأخذ، فيثبت الحكم بقدر علّته، ولأن الغرم بالغنم.

وعلى هذا: لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات.. كانت الوصية لهم قدر الميراث.

(**حتى لو كان له أخوات**) جمع أخت (**متفرقات**) موسرات لأب وأم ولأب ولأم (.. **فنفقته عليهنّ أخماساً كما يرثن منه**).

فإن أصل المسألة من ستة: ثلاثة منها لأب وأم، وواحد منها لأب، وواحد منها لأم فمجموع سهامهم خمسة، ومن الباقي من الرد.. ردّ عليهم، فجعلت مسألتهم من خمسة، فثلاثة أخماس الميراث لأب وأم، والخمس لأب، والخمس الآخر لأم، فكذا النَّفقة.

وعلى هذا: لو كان الرجل زمناً معسراً وله ابن موسر صغير، أو كبير زمن، وللرجل ثلاثة إخوة متفرقون موسرون.. فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم، وعلى أخيه لأم أسداساً بحسب ميراثهما، خمسة أسداس لأب وأم، وسدس لأم، وسقط الأخ لأب بالأخ لأبوين.

وَيُعْتَبرُ فِيهَا أَهْلِيَّةُ الْإِرْثِ لَا حَقِيقَتُهُ؛ فنفقةُ مَن لَهُ خَالٌ وَابْنُ عَمٍّ على خَالِهِ.

وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الْأَبِ على ابْنِهِ.

وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الابْنِ على أَبِيهِ إِن كَانَ صَغِيراً أَو زَمِناً.

وأما نفقة الولد.. فعلى الأخ لأب وأم خاصة؛ لأن ميراث الولد: عند عدم الأب خاصة؛ فإنه عم لأب وأم، فلا يرث معه العم لأب وأم.

(**ويعتبر فيها**)، أي: في نفقة ذوي الأرحام (**أهلية الإرث لا حقيقته**)، أي: كونه وارثاً في الجملة وإن كان محجوبا بغيره؛ لأن سبب استحقاق النَّفقة عند القضاء بها: قيام سبب الإرث لا حقيقة الإرث؛ لأنها لا تكون إلّا بعد موت من له النَّفقة، ولا نفقة بعد الموت، وعلى هذا: يكون المراد بالوارث في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ مَن ثبت له الميراث في الجملة، لا حقيقة الوارث، لتعذر إرادة حقيقته على ما ترى.

فإذا كان المراد أهلية الإرث: (**فنفقة من له خال وابن عم**) موسرَين (**على خاله**)؛ لأنه ذو رحم محرم منه يمكن أن يرث ممن له النَّفَقة بناء على توريث ذوي الأرحام بأن يموت ابن العم قبله وإن كان محجوباً به حال حياته.

وفي «الخلاصة»: والمراد من الوارث المذكور في الآية: كونه أهلاً للإرث لا كونه وارثاً حقيقة، وعند الاستواء في المحرمية.. يرجح من كان وارثاً حقيقة في هذه الحالة، حتى لو كان له عم وخال.. فالنَّفَقة على العم، وكذا لو كان عم وعمة وخالة.. فالنَّفَقة على العم، وكذا لو كان العم معسراً.. فالنَّفَقة على العمة والخالة أثلاثاً على قدر ميراثها، ويجعل العم كالميت.

(**ونفقة زوجة الأب على ابنه، ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان**) الابن (**صغيراً**) فقيراً (**أو زمناً**) كبيراً.

وَلَا يجبُ نَفَقَةُ الْغَيْرِ على فَقيرٍ إِلّا للزَّوْجَةِ وَالْولدِ، وَلَا مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ إِلّا للزَّوْجَةِ وقرابةِ الوِلاد أَعلَى أَو أَسْفَلَ.

وَلِلْأَبِ بيعُ عَرَضِ ابْنهِ لنفقتِهِ، ....

وفي «الخلاصة» عن «الفتاوى»: الابن يجبر على نفقة زوجة أبيه؛ أما الأب.. فلا يجبر على نفقة زوجة ابنه.

وفي النفقات لشمس الأئمة الحلواني قال: فيه روايتان، في رواية: تجب، وفي رواية: إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضاً، أو به زمانة ويحتاج إلى الخدمة، أما إذا كان صحيحاً.. فلا.

قال في «المحيط»: فعلى هذه الرواية: لا فرق بين الأب والابن؛ فإن الابن إذا كان بهذه المثابة.. يجبر الأب [٥١٣/أ] على نفقة خادمه.

(**ولا تجب نفقة الغير على فقير، إلا**) على الزوج، ولو فقيراً (**للزوجة**)؛ لأنه التزمها بالعقد.. فلا يسقط بالعجز؛ لأنها جزاء الاحتباس وقد وجد ذلك.

(**والولد**) الصغير الفقير، أو الكبير الفقير العاجز عن الكسب لزمانة، أو شلل، أو عمى؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾.

(**ولا مع اختلاف الدّين إلّا للزوجة**) لما ذكرناه أيضاً.

(**وقرابة الولاد أعلى**)؛ أي: الأبوان والأجداد والجدات.

(**أو أسفل**)، أي: الولد وولد الابن؛ لأن نفقتهم من الأعلى والأسفل باعتبار الجزئية، وجزء المرء في معنى نفسه، فكما لا يمنع نفقة نفسه بكفره.. لا يمنع نفقة جزئه أيضاً، إلّا أنهم إذا كانوا حربيين.. لا يجب نفقتهم على المسلم، وإن كانوا مستأمنين لأنا نهينا عن البر على من يقاتلنا في الدّين.

(**وللأب الفقير بيع عرض**) بفتح العين وسكون الراء: غير النقدين من المنقولات (**ابنه**) الغائب (**لنفقته**) عند أبي حنيفة استحساناً؛ لأن للأب ولاية حفظ مال ولده الغائب كالوصي، بل أولى منه؛ لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته، وبيع

لَا بيعُ عقارِهِ، وَلَا بيعُ الْعَرَضِ لِدَينٍ لَهُ على الابْنِ سواهَا.

وَلَا للأُمِّ بيعُ مَالِهِ لنفقتها،

المنقول من باب الحفظ؛ لأنه يخشى عليه التلف، ولهذا يملكه الوصي؛ فإذا باع العروض.. صار الثمن من جنس حقّه.. فله أن ينفق منه، بخلاف غيره من الأقارب؛ لأنهم ليس لهم ولاية الحفظ في ماله.

(**لا بيع عقاره**)؛ لأن العقار محصن بنفسه لا يخشى عليه التلف.. فلا يكون بيعه من باب الحفظ.

قال في «فتح القدير»: لا يجوز بيع الأب عقار الابن لنفقته إلا إذا كان الابن صغيراً، أو مجنوناً، ولا يجوز لغيره مطلقاً.

العقار في عرف الشرع العرصة المملوكة؛ مبنية كانت أو لا.

وأما البناء والأشجار.. فمن المنقولات، كذا في شرح «النقاية» للقهستاني، فعلم منه أن ما بني على الأراضي الأميرية من قبيل المنقولات، لا من قبيل العقار؛ لأن الأرض ليست بملك، والبناء مع قطع النظر عن العرصة ليس بعقار، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

(**ولا بيع العرض لدين له**)، أي: للأب (**على لابن سواها**)، أي: سوى دين النَّفَقة؛ لعدم ضرورة خوف التلف، أو الذل كما في دين النَّفَقة وهو العلة، ولأن البيع للدين سوى النَّفَقة يحتاج إلى القضاء، والقضاء على الغائب باطل عندنا.

(**ولا للأم بيع ماله**)، أي: مال الابن عرضاً، أو عقاراً (**لنفقتها**).

وفي «الخلاصة»: عن «الأقضية»: إن للأبوين بيع مال الابن للنفقة، وكذا في رواية العدوي.

والتوفيق بينهما: إما أن يحمل على الروايتين على ما هو الظاهر من «الخلاصة»؛ فإنه جزم بأن الأم لا تبيع مال الابن في ظاهر الرواية.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يجوزُ للأَبِ أيْضاً.

وَلَا ضَمَان عَلَيْهِمَا لَو أنفقا مِن مَالِ الابْنِ عِنْدَهمَا.

وَلَو أنْفقَ الْمُودَعُ مَالَ الابْنِ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ أَمرِ قَاضٍ.. ضمِنَ، ....

فما اختاره المصنف.. كان ظاهر الرواية، وجهه: أن جواز البيع للأب ثبت على خلاف القياس.. فلا يلحق به بيع الأم.

وإما أن يكون رواية الأقضية والقدوري مأولاً: بأنّ الأب هو الذي يبيع، لكنه لنفقتها، فأضاف البيع إليها من حيث إن منفعة البيع تعود [٥١٣/ب] إليهما.

وفي «العناية»: وهو الظاهر.

(**وعندهما: لا يجوز للأب أيضاً**)، وهو القياس؛ لأن ولاية الأب زالت ببلوغ الولد إلا فيما يبيعه تحصيناً كالوصي، وليس في بيعه في هذه الحالة تحصين، ولهذا لا يملكه حال حضرته، لكنا تركناه بالاستحسان؛ لما ذكرناه.

وفي «الخلاصة»: لا يجوز للأب بيع عقار الابن لنفقته عند أبي حنيفة، إلا إذا كان الابن صغيراً، وإن كان كبيراً.. لا يبيعه بالإجماع.

وأما المنقول: إذا كان الابن حاضراً.. فكذلك لا يبيعه بالإجماع.

وإن كان غائباً.. يبيعه عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.. فمحل الخلاف أمران.

(**ولا ضمان عليهما**)، أي: على الأبوين (**لو أنفقا من مال**) من جنس النَّفَقة (**للابن**) الغائب (**عندهما**)؛ لأن نفقتهما واجبة عليه قبل القضاء، فاستوفيا حقّهما.

(**ولو أنفق المودع مال الابن**) الغائب (**عليهما**)، أي: على الأبوين (**بغير أمر القاضي.. ضمن**)؛ لأنه تصرف في مال الغير من غير ولاية ولا نيابة.

بخلاف ما إذا أمره القاضي؛ لأنه ملزم لولايته عليه.

إنما قلنا: قضاء؛ لأنه لا ضمان عليه ديانةً على ما صرّح به في «فتح القدير».

وَلَا يرجعُ عَلَيْهِمَا.

وهذا لأنه لم يرد بذلك إلا الصّلاح، ثم لزوم الضمان في القضاء ليس على إطلاقه، بل في موضع كان فيه قاضٍ ولم يكن له رأي في الإنفاق.

وأما إذا لم يكن في موضع يمكنه استطلاع رأي القاضي.. لا يضمن في القضاء أيضاً استحساناً، كذا في «الخلاصة» و«البزازية» عزواً إلى «النوادر».

وكذا قال مشايخنا: في رجلين كانا فأغمي على أحدهما، فأنفق الآخر على المغمى عليه من مال المغمى عليه.. لم يضمن استحساناً.

وكذا العبد المأذون له في التجارة إذا مات مولاه فجهزه وأنفق عليه وعلى نفسه في الطريق.. لا ضمان عليه استحساناً.

وكذا عن مشايخ بلخ: في مسجد له أوقاف، ولا متولي له، فقام رجل من أهل المحلّة في جمع ريعها، وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج إليه من شراء الزيت والحصير والحشيش.. لا يضمن استحساناً، كذا في «فتح القدير».

وعن محمد: أنه مات واحد من تلاميذه فباع محمّد كتبه وأنفق في تجهيزه، فقيل له: إنه لم يأمر بذلك، فتلا قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِ﴾.

(**ولا يرجع**) المودع بعد الضمان (**عليهما**)، أي: على الأبوين؛ لأنه بالضمان ملكه مستنداً إلى وقت التعدي، فتبين أنه تبرّع بملكه.

وكذا الحكم في عبد مشترك بين اثنين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه.. فإنه متبرع في إنفاقه.

وكذا النخل والزرع.

وكذا المودع والملتقط إذا أنفق على الوديعة أو اللقطة.. فالمنفق متبرع.

وكذا في الدار المشتركة إذا استرمّت فأنفق أحدهما: في مرمّتها بغير أمر صاحبه وبغير أمر القاضي.. فهو متبرع.

وإن مات الأب وترك أولاداً صغاراً وزوجة.. فنفقة كلّ واحد في نصيبه،

وَلَو قُضِيَ بِنَفَقَةِ غيرِ الزَّوْجَةِ وَمَضَت مُدَّةٌ بِلَا إِنْفَاقٍ.. سَقَطت، إِلَّا أَن يكونَ القَاضِي أَمرَ بالاستدانةِ عَلَيْهِ.

فيشتري القاضي للصغير ما يحتاج إليه وينصب وصياً؛ فإن لم يكن في البلد قاض فأنفق الكبار [٥١٤/أ] على الصغار.. كانوا متطوّعين في القضاء.

(**ولو قُضِيَ بنفقة غير الزوجة**) من الأولاد والآباء وغيرهم من الأقارب ذوي الرحم، (**ومضت مدّة بلا إنفاق.. سقطت**)؛ لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة، حتى لا تجب مع اليسار، وقد حصلت الكفاية بمضي المدّة.

بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها؛ لأنها تجب حقاً للاحتباس حتى لا تسقط مع يسارها، فلا تسقط بحصول الاستغناء فبما مضى فيه من معنى المعاوضة على ما تقدّم.

(**إلا أن يكون القاضي أمر بالاستدانة عليه**)، أي: على الغائب، واستدان.. فحينئذٍ لا تسقط؛ لأن للقاضي ولاية عامّة فصار إذنه كإذن الغائب.

وإنما قلنا: واستدان لما في «البحر»: أن المصنف قد أخلّ بقيد لا بدّ منه وهو الاستدانة والإنفاق كما استأذنه.

كما قيده في «المبسوط» و«النهاية» وغيرهما حتى قال الطرسوسي: ولقد غلط بعض الفقهاء هنا في مفهوم كلام صاحب «الهداية» وقال: إذا أذن القاضي بالاستدانة ولم يستدن.. فإنها لا تسقط، وهذا غلط، بل معنى الكلام: إذن القاضي في الاستدانة واستدان. انتهى، كلام الطرسوسي.

قال في «المبسوط»: فلو أنفق بعد الإذن بالاستدانة من ماله، أو من صدقة تصدق بها عليه.. فلا رجوع له عليه؛ لعدم الحاجة. انتهى، كلام «البحر».

والذي ظهر منه: لزوم الاستدانة بعد الإذن بالاستدانة من القاضي في نفقة الأولاد صغاراً أو كباراً، على ما هو الظاهر من إطلاقات عامة الكتب، حتى أفتى به

مشايخ الإسلام، ولكنه قال في «الزيلعي» نقلاً عن «الحاوي»: نفقة الصغير تصير ديناً بالقضاء دون غيره. انتهى.

وظن منه: أنه إذا قضى على الأب بنفقة ولده الصغير فغاب الأب وأنفقت الأم.. يرجع على الأب بعد حضوره بدون الاستدانة، ولا بالأمر بالاستدانة.

قلت: فيه نظر؛ فإنه لا يلزم من كونها ديناً على الأب بالقضاء جواز الرجوع عليه بعد إنفاقها من مالها بلا استدانة؛ فإن من أدّى دين أحد من مال نفسه بدون أمر المديون.. يصير متبرعاً، فكذا ههنا، وأمر القاضي ههنا إنما يؤثر في ثبوت الدين في ذمته لا في حق الرجوع عليه؛ إذ لو لم يأمر القاضي.. لا يثبت الدين عليه قضاء، ويدل عليه ما ذكر في «الخانية» نقلاً عن «الحاوي» أيضاً؛ حيث قال: فرق صاحب «الحاوي» بين نفقة الصغير وبين نفقة سائر المحارم، فقال: نفقة الصغير تصير ديناً على الأب بقضاء القاضي؛ فإن كان القاضي بعد ما فرض نفقة الأولاد أمرها بالاستدانة فاستدانت، حتى يثبت لها حق الرجوع على الأب فمات قبل أن يؤدي إليها هذه النَّفَقة، هل لها أن تأخذ من ماله إن ترك مالاً؟

فذكر الخصّاف: أنه ليس له ذلك، وذكر في «الأصل» أن لها ذلك، وهو [٥١٤/ب] الصحيح، هذا إذا استدانت بأمر القاضي.

فأما إذا فرض القاضي نفقة الأولاد، ولكن لم يأمرها بالاستدانة فاستدانت، ثم مات الزوج قبل أن يؤدي إليها ذلك.. فليس لها أن تأخذ من ماله إن ترك مالاً بالاتفاق. انتهى كلام «الخانية».

فعلم منه لزوم الاستدانة بأمر القاضي في حق الرجوع على الأب في الأولاد، وإلا.. فلا ترجع عليه بعد إنفاقها من مالها.

وقال في «الخانية»: أيضاً نقلاً عن الخصّاف: إن كان الأب عاجزاً عن المال والكسب.. فالقاضي يفرض نفقة أولاده الفقراء عليه، ويأمر المرأة بالاستدانة على

الزوج؛ سواء التمست المرأة ذلك من القاضي أو لم تلتمس؛ فإذا أيسر أو قدر على الكسب.. طالبته المرأة بما استدانت.

وكذلك إن فرض القاضي النَّفَقة على الأب فغاب الأب وتركهم بلا نفقة فاستدانت بأمر القاضي وأنفقت عليهم.. فإنها ترجع بذلك.

وكذلك هذا الحكم في مؤنة الرضاع إذا كان الأب معسراً.. فالقاضي يأمر المرأة بالاستدانة؛ فإذا أيسر.. رجعت عليه بما استدانت.

وإن لم تكن المرأة استدانت بعد الفرض لكنهم يأكلون من مسألة الناس.. لم ترجع على الأب بشيء؛ فإن كان بمقدار نصف الكفاية أعطوا.. يسقط نصف النَّفَقة عن الأب، وتصح الاستدانة في النصف الآخر.

فعلم منه أيضاً: أنه لا بد من الاستدانة بأمر القاضيَ في حق الرجوع على الأب، وهكذا أفتيت به مراراً.

لكنه قال في «الخانية»: أيضاً، نقلاً عن «الحاوي»: سئل أبو بكر عن صبي بين الأبوين فَرَضَ القاضي له النَّفَقة على الأب فاجتمعت النَّفَقة، وكانت الأم تنفق من مالها؟ قال: لها أن تطلب مقدار ما تنفقه بعدما فرض القاضي. انتهى.

فعلم منه في نفقة الصغيرة: جواز الرجوع على الأب بمجرد قضاء القاضي بدون الاستدانة.

فظهر أن في المسألة روايتين.

والذي يقتضيه النظر: هو الأوّل؛ لما ذكرناه.

ويدل عليه أيضاً: ما في «قاضي خان»: رجل معسر له ولد صغير؛ إن كان الرجل يقدر على الكسب.. يجب عليه أن يكتسب وينفق على ولده، وإن كان لا يقدر على الكسب.. يفرض القاضي عليه النَّفَقة ويأمر الأم حتّى تستدين على زوجها، ثم ترجع الأم بذلك على الأب إذا أيسر. انتهى.

وعَلى الْمولى نَفَقَةُ رقيقِهِ؛ ....

فإنه قيّد الرجوع في نفقة الصغير بالاستدانة.

وهل يلزمها أن تطبخ الطعام للصغير بعد الاستدانة على الأب بأمر القاضي؟

فقد رأيت في هامش «فتاوى شيخ الإسلام الأنقروي»: أنها لا بد لها من طبخ الطعام للصغير بعد الاستدانة له بأمر القاضي، وأما إذا أكل من مائدتها.. فليس لها أن تأخذ وترجع على الأب انتهى.

وفي «الذخيرة»: أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط بالمضي، ولو بعد القضاء؛ لأنها يسيرة، ولو سقطت [٥١٥/أ] بمضي المدة اليسيرة.. لما أمكن استيفاء النَّفَقة.

وفي زكاة «الجامع الصغير»: أن نفقة الزوجات والأقارب: مانعة بعد القضاء من وجوب الزكاة؛ فسوّى بين الزوجات والأقارب، واختلفوا في توجيه مراده، فقال شمس الأئمة: مراده: إذا أذن القاضي بالاستدانة.

وقال بعضهم: مراده: إذا قصرت المدة؛ والفاصل بين المدّة اليسيرة والطويلة: هو الشهر.

(**وعلى المولى نفقة رقيقه**)؛ قنّاً أو مدبّراً أو أمّ ولد؛ لما في الصحيحين: «هم إخوتكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان له إخوة تحت يديه.. فليطعمه مما يأكل ويلبسه ممّا يلبسه».

بخلاف المكاتب؛ لأنه ملحق بالأحرار؛ على ما في «كمال الدراية».

وههنا مسألة واقعة الفتوى: وهي أن رجلاً أودع جارية عند رجل، ثم غاب عنها وترك الجارية عند المودع بلا نفقة، فهل للمودع أن يفرض النَّفَقة بأمر القاضي ليرجع عليه عند حضوره؟ ففي «الخلاصة» ما يدل على ذلك؛ حيث قال فيها: العبد إذا كان بين رجلين فغاب أحدهما، فأنفق الآخر بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه، وكذا النخل والزرع، وكذا المودع والملتقط إذا أنفق على الوديعة أو اللقطة، وكذا

فَإِن أَبى.. اكتسبوا وأَنفقوا.

وَإِن لم يكن لَهُم كسبٌ.. أُجبِرَ على بيعِهم.

في الدار المشتركة إذا استرمّت فأنفق أحدهما في مرمّتها بغير أمر صاحبه وبغير أمر القاضي.. فهو متطوّع. انتهى.

فقد دل بمفهومه: أنّ المودع إذا أنفق بأمر القاضي.. ليس بمتطوع؛ لأن المفهوم حجة في الرّوايات عندنا.

لكن المصرح في آخر نفقات «البحر» و«الدّرر»: أن المودع ليس له تقدير النَّفَقة على المودع بغير إذنه بأمر القاضي، بل القاضي يأمره بالإيجار وينفق عليه من أجرته، أو يأمره بالبيع ويحفظ ثمنه لمولاه؛ لأن المولى قد يتضرر بالإنفاق عليه؛ لاحتمال استيعاب نفقته قيمتّه.

وفي «مختصر القدوري» فيما إذا لم ينفق المولى على العبد: وإلا.. اكتسبا وأنفقا على أنفسهما؛ فإن لم يكن لهما كسب.. يجبر المولى على البيع؛ وهو ما ذكره بقوله:

(**فإن أبى.. اكتسبوا وأنفقوا**) على أنفسهم؛ نظراً لهم ببقاء أنفسهم، ولمولاه ببقاء ماله.

(**وإن لم يكن لهم كسب**)، بأن كانوا زمناً أو أعمىً أو جاريةً لا تؤجر مثلها (.. **أجبر**) أي المولى (**على بيعهم**)؛ لأنهم من أهل الاستحقاق، وفي البيع إيفاء حقهم، وإيفاء حق المولى بالخلف وهو الثمن.

بخلاف الزوج؛ فإنه لا يجبر على طلاق زوجته فيما إذا امتنع عن الإنفاق عليها؛ فإنه لو أجبر على الطلاق لفات حقه لا إلى خلف.

فإن قيل: إذا لم يجبر.. لفات حق المرأة.

أجيب: بأنه يفوت إلى خلف؛ فإن نفقتها تصير ديناً على الزوج بالقضاء أو الرضاء.

وَفِي غَيرِهم منَ الْحَيَوَانِ يُؤمرُ ديانَةً.

(**وفي غيرهم من الحيوان: يؤمر**) بالبيع حين امتنع عن الإنفاق عليه (**ديانةً**)؛ لأنه ﷺ نهى عن تعذيب الحيوان، رواه أبو داود، وفيه: ذلك، ونهى أيضاً عن إضاعة المال رواه في «الصحيحين»، وفيه: ذلك أيضاً:

ولا يؤمر قضاء؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق، والقضاء لا بد له من أهله.

وعن أبي يوسف [٥١٥/ب] أنه يؤمر قضاء أيضاً. والأول: أصح لما ذكرناه.

ولو كان له عقار وزرع وشجر.. يكره له أن لا ينفق عليها حتى تفسد؛ للنهي عن إضاعة المال، ولكن لا يفتى به؛ على ما في «كمال الدراية».

* * *

(كتاب الإعتاق)

(كتَابُ الْإِعْتَاقِ)

هُوَ: إِثْبَاتُ الْقُوَّةِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْمَمْلُوكِ.

(كِتَابُ الإِعْتَاقِ)

ذكره بعد الطّلاق؛ لمناسبته له في أنه إسقاط ينبنى على السراية واللزوم؛ كالطلاق حتى صح تعليقه؛ لكونه إسقاطاً، وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل؛ لابتنائه على السراية.

إما إفساداً في الملك عند الإمام، أو تحقيقاً للعتق عند صاحبيه.

ولم يقبل الفسخ كالطلاق؛ لابتنائه على اللزوم.

ثم العتق والعتاق في اللغة: القوة مطلقاً، يقال: عتق الفرخ؛ إذا قويَ على الطيران.

وفي الشرع: خلوص حكمي عما ثبت في الآدمي.

ويلزمه ثبوت القوة الشرعية: التي يصير المرء بها أهلاً للشهادة والولاية والقضاء.

فمعنى الإعتاق اللغوي: إثبات القوة مطلقاً.

ومعنى الإعتاق الشرعي: ما ذكره بقوله: (**هو إثبات القوة الشرعية في المملوك**).

وللعتق أسباب:

منها: الإعتاق.

ومنها: دعوى النسب.

ومنها: الاستيلاد.

ومنها: ملك القريب لنفسه.

إِنَّمَا يَصِحُّ مِن: مَالِكٍ، حُرٍّ مُكَلَّفٍ، ....

ومنها: زوال يد الكافر عنه؛ كما إذا هرب عبد من مولاه الحربي إلى دار الإسلام.

ومنها: الدخول إلى دار الحرب؛ كما إذا اشترى الحربي في دارنا عبداً مسلماً فدخل به في دار الحرب.. فإنه يعتق عند أبي حنيفة.

ومنها: الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك.

وله شروط، وإليه أشار بقوله:

(**إنما يصح من مالك**) مسلماً كان المالك أو كافراً، (**حرٍّ مكلفٍ**)؛ بأن يكون عاقلاً بالغاً.

شرطَ الملك؛ لأن إزالة الملك ممن لم يكن مالكاً لم تصح منه الإزالة.

وشرط الحرية؛ لأن العبد مملوك لا مالك، ولذا قالوا: مال العبد لمولاه بعد العتق؛ لما روي عن ابن مسعود أنه قال لعبده: إني أريد أن أعتقك فأخبرني بمالك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيّما رجل أعتق عبده، فلم يخبره بماله.. فهو لسيّده».

وشرط العقل: لأنه تصرف شرعي، والمجنون ليس بأهل له، ولهذا لو قال المعتق: «أعتقت وأنا مجنون» وجنونه كان ظاهراً.. فالقول قوله؛ لأنه لما أسند الإعتاق إلى حالة منافية له.. كان إنكاراً منه له، والقول قول المنكر.

بخلاف السكر والمكره والهزل.. فإنها ليست بمنافية له، بل عتق السكران والمكره والهازل واقع؛ على ما في «الحاوي القدسي»، وسيأتي مصرحاً.

وشرط البلوغ؛ لأن الصبي ليس من أهل الإعتاق؛ لكونه ضرراً ظاهراً، حتى لا يملكه الولي عليه، ولو قال البالغ: «أعتقت وأنا صبي».. فالقول قوله لما ذكرناه، وكذا لو قال الصبيّ: «كل مملوك أملكه، فهو حرّ إذا احتلمت».. لا يصح منه؛ لأنه ليس بأهل لقول ملزم لضرره.

بصريحِهِ وَإِن لم ينْو؛ كَأَنْتَ حرٌّ، أَو محرَّرٌ، أَوعتيقٌ، أَو مُعتَقٌ، أَو حرَّرتُك، أَو أَعتَقتُكَ، أَو هَذَا مولَايَ، أَو يَا مولَايَ، أَو هَـٰذِه مولَاتِي، أَو يَا حرُّ، أَو يَا عَتيقُ أَو هَذِه مولَاتِيَ، أَو يَا حرُّ، أَو يَا عَتيقُ ....

بخلاف ما لو أقر صبي أنه رقيق؛ حيث لزمه بإقراره، حتى لو ادّعى بعد البلوغ حرية الأصل.. لا يسمع دعواه؛ لأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد، وإقراره مؤكد له لا ملزم.

وركنه: هي الألفاظ التي يقع بها العتق، وهي صريح [٥١٦/أ] وكناية.. فالصريح: ما ذكره بقوله:

(**بصريحه، وإن لم ينو**)؛ لأن الصّريح لا يحتاج إلى النية؛ (**كأنت حرّ أو محرر أو عتيق أو معتق أو حرّرتك أو أعتقتك أو هذا مولاي أو يا مولاي أو هذه مولاتي أو يا حر أو يا عتيق**).

واعلم: أن الألفاظ التي يحصل بها العتق بصريحه ثلاثة: لفظ «العتق» و«الحرية» و«الولاء».

سواء ذكرت بصيغة الوصف، نحو: «أنت حر أو محرّر أو عتيق أو معتق أو هذا مولاي».

أو بصيغة الفعل، نحو: «حرّرتك أو أعتقتك أو أعتقك الله» على الأصح.

وقيل: لا بدّ من النية؛ على ما في «فتح القدير».

أو بصيغة النداء، نحو: «يا مولاي أو يا حرّ أو يا عتيق أو يا معتق» فإنها بأنواعها الثلاثة مستعملة في العتق شرعاً وعرفاً فأغنى ذلك عن النية؛ أي: يقع بها العتق سواء نوى أو لم ينو، وإن نوى به شيئاً آخر.. يصدق ديانة؛ لأنه من محتملاته، لا قضاء؛ لكونه خلاف الظاهر.. فيقع به العتق قضاء؛ لأن الوضع التركيبي فيها وإن كان إخباراً.. إلا أنها إنشاء شرعاً؛ كما في الطلاق والبيع.

وحقيقة النّداء: استحضار المنادى بالوصف المذكور، فيقتضي تحقق ذلك الوصف فيه، وأنه صدر من جهته، فيقضى بثبوته تصديقاً له.

واسم المولى وإن كان ينتظم الناصرَ وابنَ العم والموالي في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة.. إلا أنه تعيّن الأسفل، فصار كاسم خاصّ له؛ لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة، حتى لا يقول لمملوكه: «يا ناصري».

والغرض: أن العبد معروف النسب فانتفى الأول والثاني.

وأما الثالث؛ أي الموالاة في الدين.. نوع مجاز؛ لأن المولى مشتق من الولي وهو القرب، ولا قرب بين المشرقي والمغربي لا حقيقة، ولا نسباً، ولا مكاناً.. فيعتبر القرب من حيث الدين مجازاً، والأصل في الكلام: الحقيقة، والإشارة إلى عبده تنافي كون العبد معتقاً.. فتعين الخامس؛ أي المولى الأسفل فالتحق بالصريح، فوقع به العتق، وإن لم ينو.

ولو قال: «عنيت به المولى في الدين أو الكذب أو الناصر».. يصدق فيما بينه وبين الله، ولا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ كذا في «الهداية».

وفي «البحر» عن «التحفة»: أن لفظ المولى صريح لا يحتاج إلى النية.

وذكر في «الولوالجي» اختلاف المشايخ: فمنهم من قال: لا يعتق بغير النية، والأصح: أنه صريح من كل وجه، وتعقبهم في «غاية البيان» بأنا لا نسلم أن المولى صريح في إيقاع العتق؛ لأن الصريح مكشوف المراد، ولفظ المولى مشترك بين المعاني، فلا يكون مكشوف المراد، فلا يكون صريحاً.. فلا بد من النية.

وقولهم: إن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة، فلا نسلم ذلك، بل تحصل له النصرة بمماليكه وخدمه، والذي لا يحتاج إلى النصرة: هو الله تعالى، على أنّا نقول: الصريح يفوق الدلالة، والمتكلم يصرّح وينادي بأعلى صوته أنا عنيت الناصرَ بلفظ المولى، وله دلالة على ذلك حقيقة؛ لأنه مشترك.

وهم يقولون: دلالة الحال من كلامك تدل على أن [٥١٦/ب] المراد من المولى: هو المعتق الأسفل، ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه، وهذا في غاية المكابرة. انتهى.

وأجاب عنه في «فتح القدير»: بأن قوله: «استعمل في معان، فلا يكون مكشوف المراد» إن أراد به عدم الكشف دائماً.. منعناه؛ لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الأوقات؛ لاقترانه بما ينفي غيره كما فيما نحن فيه.

ومَنعُه قولهم: أن المولى لا يستنصر بعبده.. لا يلائم سنده من قوله: تحصل النصرة بهم؛ لأن مرادهم أنه إذا حدث به أمر.. لا يستدعي للنصرة عبيده، بل يستدعي بني عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه.

وأما قوله: «الصّريح يفوق الدّلالة» فكأنه أراد «الكناية» فطغى قلمه.

فنقول: هذا الصريح، وهو قوله: «أردت الناصر بلفظ المولى» إنما قال بعد أن قال ما هو ملحق بالصريح في إرادته العتق؛ أعني قوله: «يا مولاي».. فأثبت حكمه ظاهراً، وهذا الصّريح بعده رجوع عنه، فلا يقبله القاضي، والكلام فيه، ونحن نقول: لا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، فأين المكابرة. انتهى.

هذا فيما إذا ذكر بصيغة الوصف أو الفعل أو النداء.

وأما إذا ذكر بصيغة المصدر: ففيه تفصيل؛ فإن قال: «العتاق عليك، أو عتقك عليّ».. كان صريحاً، إلا إذا زاد فيه قوله: «واجب»؛ فإنه لا يعتق؛ لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر.

بخلاف: «طلاقك عليّ واجب»؛ لأن نفس الطلاق غير واجب عليه، وإنما يجب حكمه، وحكمه وقوعه، فاقتضى هذا وقوعه؛ أما العتق.. فجاز أن يكون واجباً بسبب؛ كذا في «البحر» عن «الظهيرية».

وأما لو قال: «أنت عتق أو عتاق أو حرية» فاختلفوا فيه.

ففي «جوامع الفقه»: أنه لا يعتق فيه إلّا بالنية.

وفي «المحيط»: أنه يعتق فيه وإن لم ينو، ورجحه في «البحر».

وأما لو قال: «كل مالي حرّ» لا يعتق عبيده؛ لأنه لفظ عام يراد به الصّفاء والخلوص عن شركة الغير.

ولو قال: «عبيد أهل بلخ أحرار» ولم ينو عبده، أو قال: «كلّ عبد في الأرض حرّ»، أو قال: «كلّ عبد أهل الدنيا حرّ»، أو كان مكان العتق طلاق.. اختلفوا فيه.

فقال أبو يوسف في «نوادره»: لا يعتق.

وقال محمد في «نوادر ابن سماعة» وعصام بن يوسف مع أبي يوسف، وشدّاد مع محمد.

وقال الصدر الشهيد: المختار قول عصام.

ولو قال: «كل عبيد في هذه الدار أحرار» وعبده فيهم.. عتق بالاتفاق.

ولو قال: «ولد آدم كلّهم أحرار».. لا يعتق عبده بالاتفاق.

ولو تلفّظ بصيغة التفضيل، وقال: «أنت أعتق مني»، أو لامرأته «أنت أطلق من فلانة»؛ فإن نوى.. وقع العتق والطلاق على ما اختاره الأكثر.

وقيل: عتق وطلقت، وإن لم ينو.

وفي «القنية» بعلامة «ظم»[1] قال: «قل لغلامي: أنك حرّ» أو «قل له: أنه حرّ».. عتق في الحال.

ولو قال: «قل له أنت حرّ».. لم يعتق حتى يقوله، وهو توكيل، وهكذا في الطّلاق. انتهى.

يعني: أنّ قوله: «أنك حرّ، أو أنه حرّ» إخبار فيعتق في الحال، بخلاف قوله: «أنت حر» إنشاء شرعاً [٥١٧/أ]، فيكون توكيلاً.

(١) ظهير الدين المرغيناتي.

إِن لم يَجْعَل ذَلِك اسْماً لَهُ.

وَكَذَا لَو أَضَافَ الْحُرِّيَّةَ إِلَى مَا يُعبَّرُ بِهِ عَنِ الْبدنِ؛ كرأْسُكَ حرٌّ وَنَحْوُه، وَكَقَوْلِه لأَمتِهِ: فرجُكِ حرٌّ.

(**إن لم يجعل ذلك**)؛ أي لفظ الحر أو العتق أو المولى (**اسماً له**)، حتى لو سمّاه حرّاً أو عتيقاً أو مولى، ثم ناداه: «يا حرّ أو يا عتيق أو يا مولاي».. لا يقع به العتق؛ لأن مراده الإعلام باسم علمه، لا الاستحضار بوصف صادر من جهته.

ولو ناداه بالفارسيّة: «يا أزاد» وكان لقّبه بالحر.. قالوا: يعتق، وكذا لو عكسه بأن ناداه «يا حرّ» وكان لقّبه «أزاد».. قالوا: يعتق؛ لأنه ليس بنداء باسم علمه، فيعتبر إخباراً عن الوصف.

فإن قيل: إذا لم يكن لفظة «حرّ» علماً له.. كان قوله: «يا حرّ» إنشاءً للحريّة لا إخباراً عن الوصف، فكيف يصح قوله: إخباراً عن الوصف.

أجيب: بأنه إذا لم يكن علماً.. كان المنادى في الحقيقة ذاتاً موصوفةً بصفة الحرية، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف، ولذا قالوا: الإخبار بعد العلم بها أوصاف، والأوصاف قبل العلم بها إخبار، فكان النداء إخباراً بأن المنادى موصوف بهذه الصفة؛ كذا في «العناية».

(**وكذا**)؛ أي: يعتق (**لو أضاف الحرية إلى ما يعبّر به عن البدن؛ كرأسك حرّ ونحوه**)؛ مثل وجهك أو رقبتك أو بدنك.

(**وكقوله لأمته: فرجك حرّ**)؛ لأن هذه الألفاظ يعبّر بها عن جميع البدن؛ على ما مرّ بيانه في الطلاق.

بخلاف ما إذا أضافه إلى جزء معيّن لا يعبر به عن جميع البدن مثل اليد والرجل.. لا يقع به العتق عندنا؛ على ما مر في الطلاق أيضاً.

وبخلاف ما إذا أضافه إلى جزء شائع مثل: «نصفك أو ثلثك حرّ».. فإنه لا يقع به العتق في الكل، بل يقع في الجزء المضاف فقط عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، قالا: يقع في الكل، ولأجل هذا الاختلاف لم يذكره المصنف.

منشأ هذا الاختلاف: أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة لا عندهما.

بخلاف الطلاق؛ فإنه لا يتجزأ بالاتفاق، ولهذا لو أضافه إلى الجزء الشائع.. يقع بالاتفاق على ما مر في بابه.

وأما ما ذكر في «غاية البيان» من عدم الفرق بين الطلاق والعتاق في الإضافة إلى الجزء الشائع.. فإمّا مبني على مذهب الإمامين، أو على عدم العلم بالفرق بينهما.

وإنما قيّد بقوله: «لأمته»؛ لأنه لو قال لعبده: فرجك حرّ.. ففيه اختلاف، قيل: يعتق كالأمة، وعن محمّد: لا يعتق لأنه لا يعبر به عنه، بخلاف الأمة؛ فإنه يعبّر به عنها.

ولو قال لها: «فرجك عليّ حرام» ينوي العتق.. لا يعتق؛ لأن حرمة الفرج مع الرق قد يجتمعان.

وفي: لسانك حر.. يعتق؛ لأنه يقال: هو لسان القوم.

وفي الدم: روايتان.

ولو قال لها: «فرجك حرّ عن الجماع».. عتقت.

وفي الدبر: الأصح أنه لا يعتق؛ لأنه لا يعبر به عن البدن.

وفي العنق: روايتان: وفي «ذكر حرّ»: الأولى ثبوت العتق؛ لأنه يقال في العرف: «هو ذكر من الذكور، وفلان فحل ذكرهم وهو ذكرهم»؛ كذا في «فتح القدير».

والحاصل: أن المضاف إلى ما يعبر به عن الكل.. ملحق بالصريح، وكذا المضاف إلى الجزء الشائع؛ على الخلاف المذكور بينه وبين صاحبيه.

وبكنايتِـهِ إِن نـوى؛ كـلا مِلْـكَ لـي عَلَيْـكَ، أَو لَا سَـبِيلَ، أَو لَا رقَّ، أَو خرجتَ مِن مِلكي، أَو خلَّيتُ سَبِيلَكَ، ....

وممّا يلحق [٥١٧/ب] بالصريح: قوله: «وهبت لك نفسك، أو وهبت نفسك منك، أو بعت نفسك منك».. فإنه يعتق؛ نوى أو لم ينو، قَبِل العبد أو لم يقبل؛ على ما في «العمادي» و«البحر» عن «البدائع».

وهذا: لأن الإيجاب من الواهب والبائع.. إزالة الملك من الموهوب والمبيع، وقد وجد ذلك، وإنما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما، وههنا لا يثبتا الملك للعبد في نفسه؛ لأنه لا يكون مملوكاً لنفسه.

فبقي الهبة، والبيع: إزالة الملك عن الرقيق لا إلى أحد، وهذا معنى الإعتاق.

بخلاف ما لو قال: «وهبت نفسك بكذا أو بعت نفسك بكذا».. حيث لا يعتق بدون القبول؛ على ما في «العمادي»؛ لأنه ذكر المال، فلا بدّ من القبول.

ثم قال في «البحر»: والحق أن هذه الألفاظ صرائح حقيقة لا ملحق بالصريح، واختاره أيضاً بعض المحققين.

ثم شرع في بيان أحكام الكناية، وقال:

(وبكنايته) عطف على «بصريحه»: **(إن نوى)** العتق؛ على ما هو قاعدة الكناية؛ **(كلا ملك لي عليك)**؛ لأنه يحتمل أن يراد «أنه لا ملك لي عليك لأنّي بعتك أو لأني أعتقتك»، فلا يتعيّن إلا بالنية.

(أولا سبيل)؛ لأن إرادة حقيقته وهو الطريق: غير ممكن؛ لإضافته إلى الإنسان، فجعل مجازاً عن الملك فاحتاج إلى النية.

(أو لا رقّ) لي عليك؛ يحتمل نفي الرق بالعتق وبالبيع.

وكذا قوله: **(أو خرجت من ملكي أو خليت سبيلك)**.. فلا بد من النية في كلها.

أو قال لأمته: «أطلقتك»؛ لأنه بمنزلة قوله: «خليت سبيلك»؛ للمناسبة بين الإطلاق والإرسال.. فيقع به العتق إن نوى به.

أَو قَالَ لأَمتِهِ: أَطلقتُكِ.

وَلَو قَالَ: طَلَّقتُكِ.. لَا تَعْتِقُ وَإِن نوى.

وَكَذَا سَائِرُ أَلْفَاظِ صَرِيحِ الطَّلَاقِ وكناياتُهُ.

وكذا لو قال لأمته: «أنت حر».. يقع به العتق إن نوى؛ كما لو قال لعبده: «أنت حرّة»؛ على ما في «فتح القدير».

ولو قال لعبده: «أنت غير مملوك».. لا يعتق، لكن ليس له أن يدعيه بعد ذلك؛ فإن مات.. لا يرث بالولاء؛ فإن قال المملوك بعد ذلك: «أنا مملوك له» فصدق.. كان مملوكاً له.

وكذا لو قال له: «ليس هذا بعبدي».. لا يعتق؛ كذا في «الخلاصة» نقلاً عن «الأصل»، وجعله من ألفاظ الكناية.

والذي ظهر منه: أنه لو نوى العتق.. يقع العتق؛ على ما هو رسم الكنايات، لكنه نقل ابن نجيم هذه المسألة في «البحر»، ثم قال: وظاهره: أنه يكون حرّاً ظاهراً لا معتقاً، فيكون أحكامه أحكام الأحرار، حتى يأتي من يدعيه ويثبت.. فيكون ملكاً له. انتهى.

وفي «القنية»: لو قال لعبده أو أمته: «أنا عبدك».. عتق إذا نوى.

(أو قال لأمته أطلقتك.. لا تعتق وإن نوى)؛ لأنه صريح في الطلاق عن النكاح، فلا يثبت به العتق بمجرد النية؛ لأنه خلاف الصريح.

(وكذا سائر ألفاظ صريح الطلاق وكناياته) بقوله لأمته: «أنت مطلقة، أو أنت بتة، أو بتلة، أو عليّ حرام، أو بائن، أو خلية، أو برية، أو حبلك على غاربك، أو قومي» إلى غير ذلك مما ذكر في بابه؛ هذا عندنا.

وقال الشافعي وأصحابه: يقع بها العتق إذا نوى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن [٥١٨/أ] بين الملكين والتصرفين مناسبة تصحّح المجاز.

أما بين الملكين: فلأن كلاً منهما ملك عين؛ أما ملك اليمين فظاهر، وأما ملك النكاح.. فلأنه في حكم ملك العين شرعاً، ولهذا كان التأبيد من شرطه والتأقيت من مفسده؛ كما في الملك اليمين.

وأما بين التصرفين: فلأنّ كلاً منهما إسقاط للملك، ولهذا صح تعليقهما بالشرط ولزمت السّراية.

وأما الأحكام: التي هي أهلية البيع والشراء والولاية والشهادة.. فليست ثابتة بسبب العتق حتى يكون الإعتاق إثباتاً لها، فلا يكون من الإسقاطات مثل الطّلاق، بل إن تلك الأحكام ثابتة بسبب سابق على العتق، وهو كونه آدمياً مكلّفاً، غير أن الرِّقِّية كانت تمنعه عن العمل، ثم الإعتاق أزال ذلك المانع.. فظهر عمل المقتضي.. فصار كالطّلاق.

فإذا استويا: يصح أن يكون كل منهما مجازاً عن الآخر.

قلنا: لا نسلم أنه نوى ما يحتمله؛ إذ لا مناسبة بينهما تصحح إطلاق ألفاظ الطلاق على العتق لا حقيقة وهو ظاهر، ولا مجازاً مرسلاً، ولا استعارة.

أما المجاز: فلأن الطلاق، وهو إزالة ملك المتعة: مسبب العتق، وذكر المسبب وإرادة السّبب: إنما يجوز فيما انحصر السبب في أمر واحد ومساوٍ للمسبب، وزوال ملك المتعة لم ينحصر سببه في العتاق، بل قد يكون طلاقاً ورضاعاً وردة وغيرها.. فلم يجز إطلاق ألفاظ الطلاق وإرادة العتاق بطريق المجاز المرسل.

بخلاف العكس؛ لأن زوال ملك اليمين سبب لزوال ملك المتعة، وذكر السّبب وإرادة المسبب شائع.

وأما الاستعارة: فلأنها لا تصح بكل وصف؛ للقطع بامتناع استعارة السّماء للأرض مع اشتراكهما في الوجود والحدوث، بل لا بد من وصف مشترك أقوى وأشهر في المستعار منه، وهذا غير متحقق بين الطلاق والعتاق؛ لأنهما: لفظان

وَلَو قَالَ: أَنْتَ للهِ.. لَا يَعْتِقُ، خلافاً لَهما.

وَلَو قَالَ: هَذَا ابْنِي، أَو أَبِي.. عَتَقَ بِلَا نِيَّةٍ.

منقولان عن المعنى اللغوي الواجب رعايته عند استعارة الألفاظ المنقولة، والمعنى اللغوي للطلاق: رفع القيد، فنقل إلى رفع قيد النكاح في الشرع، والمعنى اللغوي للعتاق: القوة والغلبة، فنقل في الشرع إلى إثبات القوة المخصوصة من المالكية والولاية والشهادة.. فلا تشابه بينهما حتى تصح الاستعارة؛ لأن الطلاق: رفع المانع الشرعي عن عمل القوة الثابتة في محلّها قبل وجود ذلك المانع، والإعتاق: إثبات القوة الشرعية في محلّ لم تكن فيه قبله، ولا مناسبة بين الإسقاط والإثبات.

وما قالوا: أن الإعتاق موضوع في الشرع لإزالة ملك الرقبة.. فمعناه: أنه موضوع لغرض هذه الإرادة، ولو سلم أنه إسقاط وإزالة مثل الطلاق.. لكن لا نسلم أن الوصف المشترك بينهما أقوى في المستعار منه، بل الأمر بالعكس؛ لأن الإعتاق أقوى من الطلاق؛ لأنه إزالة ملك العين، والطلاق إزالة ملك المنفعة، وملك العين أقوى من ملك المنفعة؛ فكذا إزالتهما [٥١٨/ب]، والشيء لا يستعار لما هو فوقه، وإنما يستعار لما هو أضعف منه، ولهذا جاز استعارة الإعتاق للطلاق دون العكس.

وقوله: «الأحكام ثابتة بكونه آدميا مكلفاً».

قلنا: ممنوع؛ لأن العبد آدميّ مكلف، ولا مالكية له، وأما صحة التعليق.. فلأن الإعتاق: إثبات القوة الّتي يلزمها إبطال ملكه، فباعتبار الإبطال اللازم.. يصح التعليق بالشرط.

(ولو قال: أنت لله.. لا يعتق) وإن نوى عند أبي حنيفة، (خلافا لهما).

لأبي حنيفة: أن الأشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق.

ولهما: أن اللام للاختصاص، ولا يتخصص لله تعالى إلا بالعتق.

وكذا الخلاف في قوله: «أنت لله تعالى خالصاً، أو جعلتك لله خالصاً».

(ولو قال) لعبده: (هذا ابني، أو أبي.. عتق بلا نية)؛ سواء كان أكبر سناً منه أو أصغر

وَكَذَا: هَذِهِ أُمِّي، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَعْتِقُ إِن لم يَصلُح أَن يكونَ ابْناً لَهُ، أَو أَبَاً لَهُ، أَو أمَّاً.

عند أبي حنيفة قال في «منية المفتي»: لو قال لعبده: «أنت ولدي».. يعتق قضاء.

وقال في «الهداية»: لو قال: «هذا ابني» وثبت على ذلك.. عتق.

وترك المصنف قيد الثبات؛ لما في «الينابيع» أن قيد الثبات ليس بلازم ههنا.

وذكر في «النهاية»: رأيت بخط شيخي، وفي «شرح القدوري»؛ لأبي الفضل:

أراد بقوله: «وثبت على ذلك» أنه لم يدَّع به الكرامة والشفقة، حتى لو ادعى ذلك.. يصدق.

وذكر في «أصول فخر الإسلام»: الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق، ويوافقه ما في «المحيط» وجامع شمس الأئمة و«المجتبى»: هذا ليس بقيد، حتى لو قال بعد ذلك: «أوهمت أو أخطأت».. يعتق ولا يصدق.

ولو قال لأجنبية يولد مثلها لمثله: «هذه بنتي»، ثم تزوّجها بعد ذلك.. جاز، أصرّ على ذلك أو لم يصرّ، قالوا: هذا في معروفة النسب.

أما مجهولة النسب: إن دام على ذلك، ثم تزوّجها.. لم يجز، وإلّا.. جاز.

وقال في «المجتبى»: عرف بهذا: أن الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق، وإنما شرط الثبات لثبوت النسب دون العتق؛ لأن ثبوت النسب مما يصح الرجوع عن الإقرار به دون العتق.

ولما كان رحمه الله في صدد بيان العتق بهذا اللفظ دون النسب.. ترك قيد الثبات.

(وكذا) لو قال لأمته: (**هذه أمي**)؛ سواء كان يولد مثله لمثلها أو لا يولد.

(وعندهما: **لا يعتق إن لم يصلح أن يكون ابناً له أو أباً أو أماً**)؛ بأن كان لا يولد مثله لمثله.

والأصل في هذا الخلاف: أن اللّفظ إذا استعمل وأريد به المعنى المجازي: هل يشترط فيه إمكان المعنى الحقيقي أم لا؟ فعندهما: يشترط؛ فحيث يمتنع المعنى

الحقيقي.. لا يصح المجاز، وعنده: لا، بل يكفي صحة اللفظ من حيث العربية بكونه مبتدأ وخبراً موضوعاً للإيجاب بصيغته.

بيانه: أنهم اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة، وعلى أنه لا بد من تصور الأصل وصحته، وعلى أنّ الحقيقة والمجاز: صفتان للفظ، واختلفوا في أنّ الخلفية في حق التكلم أو في حق الحكم، فقالا: في حق الحكم؛ بمعنى: أن الحكم الذي ثبت بلفظة «هذا [٥١٩/أ] ابني» مثلاً بطريق المجاز كثبوت الحرية خلف عن الحكم الذي ثبت بهذا اللّفظ بعينه بطريق الحقيقة؛ كثبوت البنوة.

وقال أبو حنيفة: إنها في حق التكلم.

واختلفوا في بيان مراده، فقال بعضهم: مراده أنّ التكلم بلفظة «هذا ابني» مثلاً إذا أريد به الحرية.. خلف عن التكلم بلفظة «هذا حرّ»، فيكون التكلم باللّفظ الذي يفيد المعنى المقصود بطريق المجاز خلفاً عن التكلم باللفظ الذي يفيد عين ذلك المعنى المقصود بطريق الحقيقة؛ فإن الحرية: يفيدها «هذا ابني» بطريق المجاز، ويفيدها: «هذا حرّ» بطريق الحقيقة.

وقال بعضهم: إن مراده: أن التكلّم بلفظة «هذا ابني» إذا أريد بها الحرية خلف عن التكلم بلفظة: «هذا ابني» بعينه إذا أريد بها البنوة، وهو الأصح؛ على ما في الأصول:

فحاصل الخلاف: أن الأصل عندهما: هو المعنى الحقيقي، والمعنى المجازي إنما ثبت بطريق الخلفية عنه، فلهذا اشترط إمكان المعنى الحقيقي.

وقال أبو حنيفة: إن الأصل هو التكلم باللفظ الحقيقي، والخلف هو التكلم بهذا اللّفظ بعينه إذا أريد بها المعنى المجازي عنده؛ لأنه ليس بأصل للخلفية.

فإذا عرفت هذه.. فإذا قال لعبده الذي هو أصغر سناً منه، وهو معروف النسب في بلده الذي كان فيه، أو في مولده على الاختلاف المعروف بينهم: «هذا ابني»..

يكون مجازاً وتثبت به الحرية بالاتفاق.

أما عنده: فلصحّة الأصل من حيث العربية، وهو التكلم بعين هذا اللّفظ في محل الحقيقة.

وأما عندهما: فلإمكان المعنى الحقيقي الذي هو الأصل عندهما، ويثبت المعنى المجازي بطريق الخلفية عنه؛ لتعذر إثبات المعنى الحقيقي؛ لكونه معروف النسب، حتى إذا لم يكن معروف النسب.. يثبت نسبه منه أيضاً؛ لصحة دعوته لقيام ملكه فيه وقت الدعوة، فيستند السبب إلى وقت العلوق فيتعلق حرّاً.

وإذا قال لعبده الذي هو أكبر سناً منه: «هذا ابني».. عتق عنده؛ لأن معناه الحقيقي - أعني إثبات البنوة ، وإن كان ممتنعاً، لكن التكلم بهذا اللفظ في محل الحقيقة، وهو الأصل عنده - صحيح من حيث العربية؛ لأنه مبتدأ وخبر موضوع للإخبار عن البنوة؛ فإذا وجد وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز معين وهو لازمه لأن الحرية من لوازم النبوة في أمثاله.. كان قوله: «هذا ابني» يستعار للازمه بغير نية؛ تحرزاً عن الإلغاء، فصار كأنه قال: «هذا حر من حين ملكته».

وقالا: لا يعتق، وهو قول الشافعي؛ لأن أصل المجاز عندهم: هو المعنى الحقيقي، والمعنى المجازي خلف عنه، ومن شرط صحة الخلف: إمكان الأصل، وقد امتنع الأصل ههنا.. فامتنع المجاز المفرع عنه أيضاً، فصار لغواً، كما في قوله: «أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق».

قلنا: سلّمنا أن إمكان الأصل من شرط صحة الخلف، لكن الأصل ليس المعنى الحقيقي، بل التكلم بذلك اللفظ: في محلّ الحقيقة، وقد صح ذلك، وذلك [٥١٩/ب]؛ لأن الحقيقة والمجاز: من صفات الألفاظ دون المعاني.

بخلاف: «أعتقتك قبل أن أخلق»؛ لأنه لا وجه له في المجاز أصلاً؛ لأن قوله: «أعتقتك قبل أن أخلق» ليس ملزوماً لقوله: «أنت حرّ من حين ملكت».. فتعيّن الإلغاء.

وكذا الحال في قوله: «هذا أبي أو هذه أمّي».

والحاصل: أنه لو قال لمملوكه: «هذا ابني».. فهو على وجهين:

إما أن يصلح ابناً له، أو لم يصلح، وعلى التقديرين: إمّا أن يكون مجهول النسب، أو معروف النسب.

فإن كان يصلح ابناً له وهو مجهول النسب.. يثبت النسب والإرث والعتق جميعاً بالإجماع، لكنه لا بدّ في ثبوت النسب من الثبات على ذلك القول، دون العتق؛ على ما ذكرناه آنفاً.

وإذا ثبت النسب منه بهذا اللفظ؛ فهل تصير أمّه أمّ ولد له إذا كانت في ملكه؟

قيل: لا؛ سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب.

وقيل: تصير أم ولد له في الوجهين.

وقيل: إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه.. تصير أمّ ولد له، وقال في «فتح القدير»: وهذا أعدل.

وإن كان معروف النسب من الغير.. لا يثبت النسب بلا شك، ويثبت العتق عندنا.

وإن كان لا يصلح ابنا له: لا يثبت النسب بلا شك، ويثبت العتق عند أبي حنيفة؛ سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب، وقالا: لا يعتق.

وعلى هذا التفصيل، لو قال لأمته: «هذه بنتي»، ولو قال لمملوكه: «هذا أبي»؛ فإن كان يصلح أباً له، وليس للقائل أب معروف.. يثبت النسب والعتق بلا خلاف.

وإن كان يصلح أباً له، ولكن للقائل أباً معروفاً.. لا يثبت النسب، ويثبت العتق عندنا.

وإن كان لا يصلح أباً له.. لا يثبت النسب بلا شك، ويثبت العتق عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يثبت.

وَلَو قَالَ لصغيرٍ: هَذَا جدّي.. لَا يَعْتِقُ فِي الْمُخْتَارِ.
وَكَذَا لَو قَالَ: هَذَا أَخي، أَو لعَبْدِهِ: هَذَا بِنْتي.

وهكذا قوله: «هذه أمّي».

(ولو قال لصغير)؛ أي من عبده: (هذا جدّي.. لا يعتق في المختار)، احترز به عما قيل: إنه على الخلاف السّابق أيضاً.

وفي «فتح القدير»: قيل: وهو الأصحّ.

وهذا: لأنه وصفه بصفة من يعتق عليه بملكه.

ووجه المختار: أن هذا الكلام لا يستلزم شيئاً من الحرية والبنوة إلّا بواسطة الأب، وهي غير مذكورة في الكلام، فتعذر أن يجعل مجازاً عن لازمه.

بخلاف ما سبق؛ لأن الحرية لا تنفك عن البنوة والأبوة والأمومة، حتى لو ذكر الأب في الكلام؛ مثل أن يقول: «هذا جدّ أبواي».. عتق عليه؛ على ما في «العناية».

(وكذا لو قال) أي لعبده: (هذا أخي)؛ أي لا يعتق؛ في ظاهر الرواية.

وقيل: يعتق؛ لأن الأخوة في الملك سبب للعتق.. فيصح المجاز؛ لأن ذكر السّبب وإرادة المسبب: شائع.

ووجه الظاهر: أن الأخوة لا تستلزم الحرية إلا بواسطة الأب أو الأم؛ لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم، وهذه الواسطة غير مذكورة في الكلام، حتى لو ذكرت الواسطة في الكلام، وقيل: «هذا أخي لأبي أو لأمي أو من النسب».. يعتق؛ على ما في «العناية» [٥٢٠/أ] عن «المبسوط».

(أو) قال (لعبده: هذا بنتي)؛ أي لا يعتق.

قيل: على الخلاف السابق، وقيل: بالإجماع؛ لأن المشار إليه من جنس المسمّى؛ لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان؛ فإذا لم يكن من جنس المسمى.. يتعلق الحكم بالمسمّى؛ على ما تقدم في النكاح، والمسمّى ههنا: معدوم، فلا يكون معتبراً لا حقيقة، ولا مجازاً عن الابن؛ لعدم الملازمة.

وَلَا يعْتق بِلَا سُلْطَانَ لي عَلَيْكَ وَإِن نوى، وَلَا بيا ابْني، وَيَا أَخي، ....

وكذا الخلاف في قوله لأمته: «هذا ابني».

(ولا يعتق بلا سلطان لي عليك وإن) - وصلية - (نوى) لأن السّلطان عبارة عن اليد ويسمى السّلطان به لقيام يده، فنفيه: نفي لليد، فكأنه قال: «لا يد لي عليك»، ولو قال ذلك ونوى العتق.. لم يعتق؛ لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك؛ كما في المكاتب.

بخلاف قوله: «لا سبيل لي عليك»؛ لأن السّبيل المضاف إلى العبد: كناية عن الملك؛ لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه.

ولو نفى الملك؛ بأن قال: «لا ملك لي عليك».. عتق بالنية.

فإن قيل: زوال اليد إمّا ملزوم لزوال الملك أو لازمه، وعلى التقديرين: تصح نية زوال الملك، إمّا مجازاً أو كناية.

قلنا: إنه ليس بشيء منهما؛ لانفكاكه عنه في المكاتب، والانفكاك: زوال الملك عنه؛ فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق، وهذا هو المشهور عند جمهور أصحابنا، ومال بعض مشايخنا إلى أنه يعتق بالنية، وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

وعن الكرخي أنه قال: فنى عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل، ولعلّ وجهه: أن المراد باليد، المفسر بها السّلطان: ليس بمعنى الآلة الجارحة، بل بمعنى القدرة؛ على ما هو المشهور في تأويل اليد بالقدرة؛ فإذا كان كذلك.. كان نفيه نفيَ القدرة والاستيلاء عليه، فصح أن يراد به ما يراد بنفي السّبيل.

ولو قال لعبده: «اذهب حيث شئت، أو توجّه أنّى شئت من بلاد الله».. لا يعتق وإن نوى العتق؛ لأنه يفيد زوال اليد، فلا يدل على العتق؛ كما في المكاتب؛ على ما في «غاية البيان».

(ولا) يعتق أيضاً (بيا ابني ويا أخي) نوى أو لم ينو في ظاهر الرواية؛ لأن النداء لإعلام المنادى، إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته: كان النداء لتحقيق

أَو أَنْتَ مِثْلُ الْحرِّ.

وَقِيل: يَعْتِقُ.

ذلك الوصف في المنادى؛ استحضاراً له بالوصف المخصوص؛ كما في قوله: «يا حرّ»؛ فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال؛ لأنه نداء بما هو صريح، وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور؛ على ما ذكرناه.

وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته: كان للإعلام المجرد، دون تحقيق الوصف؛ لتعذره.

والبنوة والأخوة لا يمكن إثباتها في الحال من جهته؛ لأنه لو انخلق من ماء غيره وغير أبيه.. لا يكون ابناً له ولا أخاً له بهذا النداء.. فكان لمجرد الإعلام.

وكذا لو قال لعبده: «يا خالي أو يا عمّي أو يا أبي أو يا جدّي» أو لجاريته: «يا عمّتي أو يا خالتي أو يا أختي» [٥٢٠/ب].. لا يعتق في جميع ذلك؛ على ما رواه ابن رستم عن محمد.

(أو أنت مثل الحر) نوى العتق أو لا؛ على ما في «العناية»؛ لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً، فوقع الشك في الحرية، وبالشك لا تقع.

وكذا لو قال: «أنت مثل ابني أو كابني».

(وقيل: يعتق) أي في الثلاث إن نوى.

أما في الأولين: فعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة، لكن الاعتماد على ظاهر الرواية: من عدم وقوع العتق بهما؛ على ما في «الهداية».

وأما في الثالث: فعلى رواية «المبسوط»؛ حيث ذكر أنه إذا قال: «أنت مثل الحر».. لا يعتق إلا بالنية؛ لأنه بالنيّة زال الشكّ فيقع ما نوى من الحرية.

ويؤيّده ما قالوا: إنه لو قال لامرأته: «أنت مثل امرأة فلان» وفلان قد آلى من امرأته.. فإنه يصير به مولياً إن نوى الإيلاء؛ كذا في «فتح القدير».

وقال في «الخزانة»: لو قال: «أنتَ عليّ مثل ولدي».. لم يعتق إذا لم ينو العتق.

وَلَو قَالَ: مَا أَنْتَ إِلّا حرٌّ.. عَتَقَ.

وَمَن ملكَ ذَا رَحِمٍ مِنْهُ.. عَتَقَ عَلَيْهِ ....

(ولو قال: ما أنت إلا حرّ.. عتق)؛ لأن الاستثناء من النفي: إثبات على وجه التأكيد؛ كما في كلمة الشهادة، فكان فيه إثبات الحرية بأبلغ الوجوه.

(ومن ملك ذا رحم محرم منه.. عتق عليه)، وهذا اللفظ رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ، وصحّحه عبد الحق، وقال: ضمرة ثقة لا يضرّ انفراده، ولا إرساله، ولا وقفه، وهذا اللفظ بعمومه: يتناول كلّ قرابة مؤبدة بالمحرميّة وِلاداً أو غيره. وقال الظاهرية: لا يعتق بمجرد الملك ما لم يعتقه؛ لما صحح عن النبي ﷺ أنه قال: «لن يجزي والداً ولدُه، إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» عطفه بالفاء التي هي للتعقيب.. فلا يعتق ما لم يعتقه.

وقال الشافعي: لا يعتق من لم يكن بينهما قرابة ولاد؛ كقرابة الأخوة وما يضاهيها؛ لأن الرحم هو القرابة، والوصلة من جهة الولاد؛ على ما في «المغرب» و«المصباح»، وثبوت العتق فيها: إنما هو بالنص على خلاف القياس؛ لأن القياس أن لا يعتق المملوك إلا برضاء المالك، وذلك بإعتاقه قصداً، فلا يقاس عليه غيره، ولا يلحق به دلالة أيضاً؛ لأنها أدنى درجة من القرابة من جهة الولاد، فلا يعتق عليه أخوه وأخته بمجرد ملكه كبني الأعمام.

ولنا: عموم ما رويناه.

فإن قيل: لا نسلم أنه عام؛ لأن الرحم هو القرابة من جهة الولاد.

قلنا: نعم، إلا أن العلة في عتق قرابة الولاد: ليس الولاء، بل تَمَلُّك القريب قرابة مؤثرة في المَحْرَمِيَّة، والولاد لغو؛ لأن ما يفترض وصلها ويحرم قطعها: هي القرابة المؤثرة في المحرمية لا الولاد، حتى وجبت عليه نفقة أخيه وأخته وحرم النكاح بينهما، فظهر أنه عام لجميع القرابات المحرمية.

وَلَو كَانَ الْمَالِكَ صَغِيراً أَو مَجْنُوناً.

وقياسه على بني الأعمام فاسد؛ لعدم الجامع بينهما، وصحة التكفير بإعتاقه: لا يصلح جامعاً؛ لأنه وصف اختلف في وجوده؛ لأنه إن أراد بإعتاقه إعتاقَه بعد ما ملكه.. فوجوده في الفرع ممنوع [٥٢١/أ]؛ لأنه يعتق بمجرد الملك عندنا، وإن أراد إعتاقه حين ملكه.. لم يفد؛ لأن وجود هذا الوصف في الأصل - وهو ابن العم - ممنوع لأنه إنما يعتق بإعتاقه بعد أن صار ملكاً له، ثم تقع الكفارة بإعتاق قصديّ.

ولما كان الوصف ممّا اختلف وجوده، والتعليل بوصف اختلف في وجوده في الفرع أو في الأصل لا يجوز.. فالتعليل فيما نحن فيه لا يجوز.

وما رواه الظاهرية: لا يصحّ حجّة؛ لتعارضه بما رويناه، فقلنا: إن مثله يستعمل في حصول الثاني بالأول لا بسبب آخر؛ كما يقال: «أطعمه فأشبعه»؛ جمعاً بين الدّليلين.

فالحاصل: أن بني الأعمام ومن بمعناهم من بني الأخوال والخالات.. لا يعتق بمجرّد الملك بالإجماع؛ لعدم المحرمية عندنا، ولعدم قرابة الولاد عند الشافعي.

والوالدين والمولودين.. يعتق بالإجماع؛ لوجود المعنيين.

والأخ والأخت وبنيهم، والأعمام والعمات والأخوال والخالات.. يعتق عندنا؛ لوجود القرابة المحرمية، خلافاً للشافعي.

وتحقيقه: أن العلة في عتق القريب أمران: القرابة والملك، والحكم يضاف إلى أحدهما؛ فإن تأخر الملك.. يضاف إليه فيعتق حين وجد، وإن تأخرت القرابة.. يضاف إليها؛ كما إذا كان بين اثنين عبد، ثم ادّعى أحدهما أنه ابنه.. ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم شريكه نصيبه.

(ولو) وصلية (كان المالك صغيراً أو مجنوناً)؛ فإذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما؛ كالإرث والهبة.. عتق عليهما؛ عملاً بعموم «مَن» فيما رويناه.

ولأن العلة، وهي تملّك ذي الرحم المحرم: قد وجدت، وقد تعلق به حق العبد.. فيعتق، وكان كالنَّفَقة؛ على ما في «العناية».

وإذا دخل في ملكهما بالبيع والشراء.. لا يعتق عليهما؛ فإن شراء الصبي المأذون وشراء المجنون قريبهما.. لا يجوز.

ولا فرق بين أن يكون المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام، ولا بين أن يكون المملوك مسلماً، أو كافراً صغيراً، أو مجنوناً في دار الإسلام؛ لعموم العلة، وهي القرابة المحرّمة للنكاح.

فإن قيل: هذه القرابة إن أوجبت العتق: أوجبت باعتبار الصّلة؛ على ما صرّح به في «العناية»، وقرابة الأخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين، ولهذا لا توجب النَّفَقة، فلا توجب الإعتاق أيضاً.

أجيب: بأن وجوب النَّفَقة ليس باعتبار الصّلة فقط، بل بها مع الوراثة جميعاً؛ بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ واختلاف الدّين يمنع الإرث، فانتفت علّة وجوب الإنفاق بانتفاء جزئها؛ فكذا ما يبتني عليها من المعلول.

بخلاف العتق؛ فإن وجوبه باعتبار الصلة فقط فافترقا.

فإن قيل: حرمان النَّفَقة قطع للرحم، فلِمَ جاز ذلك.

قلنا: القرابة موجبة للصلة، ومع الاتفاق في الدين آكد، ودوام ملك اليمين أعلى في القطعية من حرمان النَّفَقة، فاعتبرنا في الأعلى: أصل العلة، وفي الأدنى: العلّة المركبة؛ على ما ذكره في نفقات [٥٢١/ب] «الهداية»:

قلت: إن حرمان النَّفَقة، وإن كان قد أفضى إلى الهلاك، لكنه لا يلزم منه كونه أعلى في القطعية من دوام ملك اليمين، كيف وإنّ المملوك بملك اليمين: ملحق بالجمادات، ممنوع عن جميع التصرفات، محقّر في يد المالك.

وإنما قلنا: أو كافراً في دار الإسلام؛ لأنه لا حكم لنا في دار الحرب، حتى لو

وَالْمكَاتَبُ.. يكاتِبُ عَلَيْهِ قَرَابَةُ الوِلادِ فَحسبُ، خلافاً لَهما.

ملك حربي أو مسلم قريبه في دار الحرب.. لم يعتق عليه بلا خلاف؛ على ما رواه الحاكم الشهيد.

وذكر في «الإيضاح» أنه لم يعتق عليه عندهما، ويعتق عند أبي يوسف.

وكذا لو أعتق الحربي أو المسلم عبداً حربياً وهو قريبه في دار الحرب.. لم يعتق عندهما ويعتق عنده؛ على ما في «الزيلعي».

له: أنه ملك قريبه فيعتق عليه.

ولهما: أنه معتق بلسانه مسترق بيده؛ لأنه تحت يده.

ولو طرأ الاستيلاء على الحربي.. بطلت حريّة ذلك العبد، حتى لو أعتق وخلّى سبيله وأزال عنه يده.. عتق بالاتّفاق، بالتخلية لا بالإعتاق؛ على ما في «فتح القدير»، وهذا: لأنه لم يسترقه بيده؛ لخروجه من يده.

ولو كان العبد مسلماً أو ذمياً.. عتق بالاتفاق أيضاً؛ لأنه ليس بمحلّ للاسترقاق بالاستيلاء.

(**والمكاتبَ.. يكاتِبُ عليه قرابة الولادِ فحسب**)؛ أي: لا يكاتب عليه الأخ؛ لأن المكاتب ليس له ملك تام حتى يتمكن على الإعتاق؛ لأنه عبد ما بقي درهم، وإنما الحق بالمالك فيما هو المقصود من الكتابة، ومن لا قدرة له على الإعتاق.. لا يعتق عليه، بخلاف قرابة الولاد؛ لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة؛ لأن عتق نفسه: كما كان مقصوداً بالكتابة دفعاً للعار اللاحق بالرقبة عن نفسه.. فكذا رق الوالد والولد؛ فإذا كان من قصدها.. امتنع البيع، فيعتق عليه تحقيقاً للمقصود.

(**خلافاً لهما**) قالا: يكاتب عليه الأخ أيضاً، وهو رواية عن أبي حنيفة، اعتباراً بقرابة الولاد.

وَمن أَعتقَ لوجهِ اللهِ تَعَالَى.. عتقَ.

وَكَذَا لَو أَعتقَ للشَّيْطَانِ أَو للصَّنَمِ وَإِن عصى.

وَكَذَا لَو أَعتق مُكْرهاً أَو سَكرَاناً.

(**ومن أعتق لوجه الله**) بأن قال: «أنت حرّ لوجه الله» (..**عتق، وكذا لو أعتق للشيطان أو للصنم**) لوجود العلة، وهي: الإعتاق من أهله مضافاً إلى محلّه من غير مانع شرعيّ، فيترتب عليه حكمها، وهو زوال الرق.

وذكر وجه القربة في الأول ووجه المعصية في الأخيرين: زيادة على العلة، فلا تأثير لها.

ثم إن قصد به التعظيم للشيطان والصنم.. يكون كافراً، وإلا.. فيكون عاصياً لا كافراً.

(**وإن**) - وصلية - (**عصى**)؛ أي بذكر الجهة في الأخيرين، يشير إلى أن العتق لا يختص بالقربة.

قال في أول كتاب العتق من «فتح القدير»: وصفته في الاختياري: أنه مندوب إليه غالباً، ولا يلزم في تحققه شرعاً وقوعه عبادة؛ فإنه يوجد بلا اختيار ومن الكافر، بل قد يكون معصية؛ كالعتق للشيطان والصنم.

وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق.. ينفذ عتقه مع تحريمه، خلافاً للظاهرية.

وقد يكون واجبا [٥٢٢/أ]: كالكفارة.

وقد يكون مباحاً؛ كالعتق لزيد.

والقربة: ما يكون خالصاً لله تعالى.

فحصل: أن العتق يوصف بالأحكام من الوجوب والنّدب والإباحة والتّحريم. انتهى.

(**وكذا لو أعتق مكرهاً أو سكراناً**)؛ لأن الإكراه لا يزيل إلّا الرّضاء، والعتق لا يتوقف عليه، بل على الإعتاق وقد وجد ذلك.

وَلَو أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى مِلكٍ أَو شَرطٍ.. صَحَّ.

وَلَو خرجَ عبدٌ حَرْبِيٌّ إِلَيْنَا مُسلماً.. عُتِق.

وأما السكر: فلأنّ العلّة صدرت من الأهل مصادفاً للمحلّ، وذلك لأن السّكر لا يبطل الأهلية؛ لتحقق الذمة بالعقل والبلوغ، إلا أنه يمنع استعمال العقل بواسطة غلبة الزّور.. فتصحّ جميع عباراته من الطّلاق والعتاق وغيرهما، وقد ذكرناه في الطّلاق.

أطلق الإكراه فشملَ الملجيء وهو ما يفوت به النّفس أو العضو، وغير الملجيء.

هذا وأما السّكر، فهو مقيّد بما كان من محرّم أو مُثَلَّثٍ بقصد السّكر.

وأما ما كان طريقه مباحاً كسكر المضطر إلى شرب الخمر، والحاصل من الأدوية والأغذية المتخذة من غير العنب، والمثلث لا بقصد السّكر، بل بقصد الاستمراء والتَّقَوي، ونقيع الزبيب بلا طبخ.. فإنه كالإغماء لا يصح معه تصرّف، ولا طلاق، ولا عتاق؛ على ما في «البحر» وقد ذكرناه في الطلاق.

وذكر في «فتح القدير»: أن عتق المكره واقع عندنا، خلافاً للأئمة الثلاث، وعتق السكران واقع باتفاقهم على المختار، وكذا جاز عتق الهازل.

(**ولو أضاف العتق إلى ملك أو شرط.. صحّ**)؛ بأن قال: «إن ملكتك فأنت حرّ أو إن دخلت الدار فأنت حرّ»، إلا أن في الأوّل خلاف الشافعي؛ بناء على أن المعلّق ينعقد سبباً عنده، وعندنا: لا، وإنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط، وأنه لا بد من الملك عند وجود السّبب بالاتفاق؛ على ما في الأصول، وقد تقدم في الطّلاق.

(**ولو خرج عبد حربيّ إلينا مسلماً.. عتق**)؛ لقوله ﷺ في عبيد خرجوا يوم الحديبية قبل الصّلح إلى النبي ﷺ مسلمين: «هم عتقاء الله تعالى» رواه أبو داود في الجهاد؛ لأنه أحرز نفسه وهو مسلم، ولا استرقاق على المسلم ابتداء.

وَالْحملُ يَعْتِقُ بِعِتْقِ أُمِّهِ.

وَصَحَّ إِعْتَاقُهُ وَحدَهُ.

(**والحمل يعتق بعتق أمّه**) تبعاً لها لاتصاله بها كسائر أجزائها، حتى لو استثناه.. لا يصح، ولو أخرج أكثر الولد فأعتق الأمّ.. لا يعتق الولد؛ لانفصاله عنها بخروج أكثره، ولهذا قالوا: تنقضي بخروج أكثره العدّة.

ويرث لو مات بعد خروج أكثره.

أطلقه فشمل ما إذا ولدته بعد عتقها لستة أشهر أو أقل أو أكثر، لكن إن ولدته لأقلّ من ستة أشهر بعد عتقها.. يعتق مقصوداً لا بطريق التبعية للأم، حتى لا يَنْجَرّ ولاؤه إلى موالي الأب، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر.. فإنه يعتق بطريق التبعية وينجر الولاء إلى موالي الأب؛ على ما في «شرح الوقاية».

فعلى هذا يلزم التكرار بينه وبين قوله: «والولد يتبع أمه في الملك» إلى آخره، وحمل هذا على ما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من قبيل قرينة الفساد.

(**وصح إعتاقه وحده**)؛ لأنه تصرف في ملكه [٥٢٢/ب]، وإنما لا يصح بيعه وهبته؛ لأن التسليم في الهبة والقدرة عليه في البيع.. شرط، ولم يوجد ذلك في الجنين، وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق.

حتى جاز عتق الآبق دون بيعه وهبته، وفي قوله: «إعتاقه»: إشارة إلى اشتراط وجود الولد في البطن حين إعتاقه، وذلك يعلم فيما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإعتاق، فلو ولدته لستة أشهر أو أكثر منها.. لم يعتق؛ لعدم تيقن وجوده في بطنها حين الإعتاق، إلا أن تكون الأمة معتدة عن طلاق أو وفاة فتلده لأقل من سنتين من وقت الفراق وإن كان أكثر من ستة أشهر من وقت الإعتاق؛ لأنه حينئذ كان موجوداً حين أعتقه؛ بدليل ثبوت نسبه.

وإلا إذا كان حملها توأمين، جاءت بأوّلهما لأقل من ستة أشهر، ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر.. فإنه يعتق؛ لأنه كان محكوماً بوجوده حين أعتقه، حتى ثبت نسبه.

وأشار بإطلاق إعتاقه: إلى أنه لو أعتقه على مال.. يصح إعتاقه، لكنه لا يجب المال؛ إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين؛ لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه الأم؛ لأنه في حق العتق: نفس على حدة، واشتراط بدل العتق على غير المعتق.. لا يجوز؛ على ما في «الهداية».

وعلّله في «فتح القدير»: بأن العتق على مال معاوضة؛ فإنه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية.

ولا يجوز اشتراط العوض إلا على من لا يسلم المعوض، والمعوض ههنا: أعني القوة الشرعية لم يسلم إلّا للعبد المعتق لا الغير، فصار كالبيع والإجارة؛ فإنه لا يجوز اشتراط الثمن والأجرة على غير المشتري والمستأجر.

بخلاف الخلع.. فإنه يجوز اشتراط بدل الخلع على غير المرأة؛ فإن المرأة لم تحدث لها بالخلع قوّة، ولم تملك به نفسها؛ لأن نفسها كانت في يدها قبله، فلا فرق بينها وبين الأجنبي في عدم سلامة شيء حادث لها، فكما جاز اشتراط بدل الخلع على المرأة.. جاز اشتراطه أيضاً على الأجنبي، فظهر الفرق بين الخلع والإعتاق على مال.

فإن قيل: سلّمنا أن المال لا يجب أصلاً، لكنه ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حدٍّ يكون من أهل القبول؛ أعني كونَه عاقلاً، فلا يعقل العقد؛ كما في خلع الصغيرة؛ فإنه إذا شرط المال عليها.. يتوقف الطلاق على قبولها إن كانت من أهل القبول؛ بأن كانت عاقلة تعقل العقد؛ فإن قبلت.. صحّ الخلع، ولا يلزم المال على ما مر.

قلنا: توقف الطلاق في الخلع على قبول الصغيرة الخلعَ مشروطٌ بكونها من أهل القبول لا مطلقاً؛ على ما صرّحوا به، والحمل ههنا: ليس من أهل القبول حتى يتوقف وقوع العتق على قبوله.

وَلَا تعْتَقُ أُمُّهُ بِهِ.

وقد يجاب عنه: بأن المولى لما علم عدم كون الحمل أهلاً لقبول الشرط والخطاب وأقدم على العتق.. علمنا أنّ قصده هو الإعتاق بلا مال [٥٢٣/أ]، وفيه لا يتوقّف وقوع العتق على القبول، لكنه يرد عليه لزوم ذكر المال.

ولا بدّ أن يعلم: أنه لو أعتَقَ الحملَ على مال على أمّه.. فوقوع العتق - وإن لم يتوقّف إلى بلوغ الحمل إلى حدّ القبول لكنه - يتوقف على قبول الأم المال، وإن لم يجب المال عليها بقبولها؛ على ما صرّح به في «البحر» مستدلّا بما في «المحيط».

ولو قال: «أعتقت ما في بطنك على ألف عليك» فقبلت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر.. يعتق بلا شيء؛ لأن العتق معلق بقبول الأمة الألفَ وقد قبلت الألفَ.. فعتق الولد وبطل المال. انتهى.

وهل يشترط ولادة الحمل حيّاً - بعد إعتاقه - في وقوع العتق؟ ففي «البحر» أنه شرط.

(ولا تعتق أمّه به) لا قصداً؛ لعدم إضافة الإعتاق إليها، ولا تبعاً؛ لما فيه من قلب الموضوع الشرعي؛ من جعل الأصل فرعاً.

فإن قيل: إذا لم تعتق أمّه.. لِمَ لا يجوز بيعها كما يجوز هبتها؟

أجيب: بأنّه لما أعتق ما في بطنها.. لم يبق الجنين على ملكه، فهبة الأمة بعد ذلك صارت بمنزلة هبتها واستثناء حملها، واستثناء الحمل في الهبة: شرط فاسد، والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد.

بخلاف البيع.. فإنه يفسد بالشروط الفاسدة.

ولو اشترى أمة وهي حبلى من أبيه، والأمة لغير الأب.. جاز الشراء وعتق ما في بطنها عليه؛ لأنه أخوه، ولا تعتق الأمة، ولا يجوز بيعها قبل أن تضع حملها، وله بيعها بعد وضعها؛ كذا في «البدائع».

وَالْوَلَدُ يتبعُ أُمَّهُ فِي الْمِلْكِ، وَالرِّقِّ، وَالْحريَّةِ، وَالتَّدْبِيرِ، وَالِاسْتِيلَادِ، وَالْكِتَابَةِ.

(والولد يتبع أمّه في الملك والرق والحرية والتدبير)؛ أي: المطلق لا المقيد؛ كما في بيوع «الأشباه».

(والاستيلاد)؛ أي: أمومية الولد، (والكتابة) للإجماع عليه، ولأن ماءه صار مستهلكاً بمائها.. فيترجح جانبها.

ولهذا ثبت نسب ولد الزنا، وولد الملاعنة من أمّه دون أبيه، حتى يرث أمّه دون أبيه، والأم ترثه دون أبيه.

وصار كما إذا تولد بين الوحشي والأهلي، أو بين المأكول وغير المأكول من الحيوان.. يصير أهلياً ويؤكل لحمه تبعاً للأم إذا كانت أمه كذلك.

وكذا تجوز الأضحية به إذا كانت أمه مما يجوز به الأضحية.

والمراد بالولد ههنا: هو الحمل؛ لأنه لا يتبع الأم في أوصافها إلا الحمل.

وأما الولد بعد الوضع.. فلا يتبعها في شيء مما ذكر، حتى لو أعتق الأم بعد الولادة.. لا يعتق الولد، فلو عبّر بالحمل أو بالجنين بدل الولد.. لكان أولى؛ على ما في «البحر»:

وفيه أيضاً: المراد بالحرية ههنا: الحرية الأصليّة، وأما الطّارئة: فقد أفادها أولاً بقوله: «والحمل يعتق بعتق أمّه».

فإن قيل: على هذا الأصل: هل القول قول الأم وبينتها، أو للأب إذا اختلفا في الأوصاف المذكورة؟ بناء على الأصل المقرّر: أن القول: قول من يشهد له والبينة الظاهر، والبينة بينّة من يدعي خلاف الظاهر؛ لأن البيّنات شرعت لإثبات خلاف الأصل.

وَولِدُ الْأَمَةِ مِن سَيِّدِهَا حُرٌّ، ....

قلت: فيه تفصيل، ففي «البدائع»: لو اختلف المولى والمدبرة في ولدها، فقال المولى: ولدتيه قبل التدبير [٥٢٣/ب] فهو رقيق، وقالت هي: ولدته بعده فهو مدبّر.. فالقول قول المولى مع يمينه على علمه، والبينة بينة المدبّرة.

ولو كان مكان التّدبير عِتقٌ، فقال المولى للمعتقة: ولدتيه قبل العتق فهو رقيق، وقالت: ولدته بعد العتق وهو حرّ.. يحكم فيه الحال، إن كان الولد في يدها.. فالقول قولها، وإن كان في يد المولى.. فالقول قوله؛ لأن الظاهر يشهد لمن في يده، بخلاف المدبّرة.. فإنها في يد المولى، فكذا ولدها. انتهى.

ولم يذكر ما إذا كان الولد في أيديهما، ففي «قاضي خان» نقلا عن «العيون»: إن كان الولد في أيديهما.. فكذلك يكون القول قولها؛ على قول أبي يوسف، وإن أقاما البينة.. فبينتها أولى؛ لأنها تثبت العتق في زمان سابق.

وكذلك في الكتابة.

فأمّا في التدّبير: القول قول المولى، وفي «المنتقى» عن محمّد: إن كان الولد يعبّر عن نفسه.. فالقول قوله، وإن كان لا يعبّر.. فالقول لمن هو في يده، وإن أقاما البينة.. فبينتها أولى.

وكذلك الكتابة.

وأشار بتقييد التبعيّة بالصفات المذكورة: إلى أنه لا يتبع الأم في النسب؛ لأن النسب للأب لا للأم؛ لأنه للتعريف، وحال الرّجال مكشوفة دون النساء.

حتى لو تزوج هاشميّ أمة فأتى بولد.. فهو هاشمي تبعاً لأبيه، رقيق تبعاً لأمّه؛ كما في «فتح القدير».

(وولد الأمة من سيّدها: حرّ)؛ لأنه مخلوق من مائه، وماؤه حرّ، فيتعلق الولد حرّاً.. فيعتق عليه.

فإن قيل: لا، بل هو مخلوق من مائه وماء الأمة، وقد مر: أن جانب الأم راجح.

وَمن زَوجُهَا مِلكٌ لسَيِّدِهَا.

وَولدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِقِيمَتِهِ.

قلنا: نعم، إلا أن ماء الأمة مملوك للمولى يعارض ماء المولى، بخلاف أمة الغير؛ لأن مائها مملوك لسيدها.. فتحققت المعارضة، وإليه أشار بقوله:

(ومن زوجُها ملك لسيّدها)؛ لأن ماء أمة الغير يعارض ماء الزوج؛ لأن ماء الأمة حينئذ ليس مملوكاً للزوج؛ فإذا تعارضا.. يترجح ماء الأمة، وصار الولد ملكاً لسيدها، لكونها ملكاً له.

فإن قيل: كيف يصير الولد ملكاً للمولى والزوج قد يتضرّر بكون مائه ملكاً لغيره.

قلنا: إنه قد رضي بذلك لإقدامه على تزوج أمة الغير.

(وولد المغرور: حرّ بقيمته).

صورته: رجل اشترى أمة على أنها ملك البائع، أو نكح امرأة على أنها حرّة، فولدت كلّ منهما ولداً، فظهر أن الأولى: ملك لغير البائع، والثانية: أمة.. فحينئذٍ يكون كل من الولدين حرّاً بالقيمة.

أما حريته: فلأنّه خلق من ماء الحر، ولم يرض صاحبه برقِّيَّة مائه كما رضي في المسألة الأولى، فلا يتبعها.

وأما القيمة: فلرعاية جانب التبعيّة الأصلية.

* * *

(بَابُ عِتْقِ الْبَعْضِ)

وَمنَ أَعتقَ بعضَ عَبدِهِ.. صَحَّ وسعى فِي بَاقِيهِ، وَهُوَ كَالْمكَاتَبِ،........

(بَابُ عِتْقِ البَعض)

ولما فرغ من إعتاق الكلّ.. شرع في إعتاق البعض، أخّره عنه؛ لأن إعتاق الكلّ متفق عليه، وإعتاق البعض مختلف فيه، والمتفق عليه: أولى بالتقديم.

(ومن أعتق بعض عبده.. صح) إعتاقه (وسعى) العبد [٥٢٤/أ] (في باقيه)؛ لأنه بإعتاق بعضه: لا يثبت العتق في بعضه، ولا في كلّه، بل يبقى رقيقاً في حقّ الأحكام؛ من الشهادة، والولاية، وعدم جواز نكاح الأربع، وعدم التزوج بدون إذن المولى، وعدم جواز الكفالة، والهبة، والصّدقة إلّا شيئاً يسيراً؛ إذ لو ثبت العتق فيه.. لثبت في كلّه؛ لعدم تجزيء العتق بالاتفاق.

ولنا: الخلاف في تجزيء الإعتاق، ولا سبب لثبوته في كلّه؛ لعدم إضافة الإعتاق إلى الكلّ.. فيتوقّف في الحكم بالعتق إلى أن يؤدي السّعاية، ويسقط الملك بالكلّية.. فيعتق.

(وهو كالمكاتب) عند أبي حنيفة؛ لأن إضافة الإعتاق إلى بعض.. توجب ثبوت المالكية للعبد في الكلّ؛ إذ بالإضافة المذكورة.. زالت المملوكية عن ذلك البعض، فيلزم تحقق المالكية في ذلك؛ لعدم جواز ارتفاعهما عن البشر، وتحقق المالكية في البعض.. يستلزم تحققها في الكلّ؛ لعدم تجزيء المالكية؛ لأنه لا يتصور أن يكون بعض الشخص مالكاً والبعض الآخر مملوكاً، وإن بقاء الملك في البعض الآخر: يمنع العبد عن ثبوت المالكية في الكلّ؛ لعدم التجزيء، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكلّ وما يوجب بقاء الملك في الكل، فتعارض الدّليلان، والعمل بهما ممكن بإنزال العبد مكاتباً.. فعملنا بهما وجعلناه مكاتباً؛ لأن المكاتب مالك يداً ومملوك رقبة، فكذا المستسعى.

فإن قيل: لو كان كالمكاتب.. لعاد رقيقاً إذا عجز.

إِلّا أَنَّهُ لَا يُرَدُّ فِي الرِّقِّ لَو عجزَ.
وَقَالا: يَعْتِقُ كُلُّهُ وَلَا يسْعَى.

فأجاب عنه بقوله: (إلا أنه لا يرد في الرقِّ لو عجز)؛ لأنه إسقاط لا إلى بدل، وكل إسقاط كذلك.. ليس فيه معنى المعاوضة، وكلّ ما ليس فيه معنى المعاوضة.. لا يقبل الفسخ، وكل ما لا يقبل الفسخ.. لا يرّد إلى الرق عند العجز؛ فمعتق البعض: لا يرد إلى الرق عند العجز.

بخلاف الكتابة المقصودة: فإنها إسقاط من المولى إلى بدل، فيكون مما فيه معنى المعاوضة.. فيفسخ.

وههنا مستثنيان آخران ذكرهما في «الأشباه»:

أحدهما: أنه لو جمع بين معتق البعض وبين القن في البيع.. يتعدى البطلان إلى القنّ، بخلاف المكاتب إذا جمع مع القنّ في البيع.. لا يتعدّى البطلان إلى القنّ.

والثاني: إذا قتل معتق البعض ولم يترك وفاء لما وجب عليه من السّعاية.. لم يجب القصاص به.

بخلاف المكاتب إذا قتل عن غير وفاء.. فإن القصاص واجب.

(وقالا: يعتق كله، ولا يسعى)، وأصل هذا الاختلاف: أن الإعتاق مُتَجزّئ عند أبي حنيفة فيقتصر على ما أعتق، غير مُتَجَزّئ عندهما وعند الشّافعي: بمعنى أن إعتاق البعض هو إعتاق الكلّ؛ لأن العتق لازم الإعتقاق وأثره؛ لأنه عبارة عن إثبات القوة الشرعيّة وهو العتق، والعتق ليس بمتجزئ بالاتفاق، وإلّا.. لزم تجزئ الرّق أيضاً، وذلك باطل؛ لأنه أثر الكفر وثمرة القهر، فلا يتصور فيه التجزؤ؛ فإذا لم يتجزأ العتق لم يتجزأ الإعتاق أيضاً، وإلّا.. لزم منه تجزؤ العتق أيضاً؛ لأن وجود الملزوم [٥٢٤/ب] يستلزم وجود اللّازم، وإذا لم يتجزأ.. يعتق كله، وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد، فمعتق البعض عندهما: حرّ مديون يجري عليه أحكام الأحرار.

وَإِن أَعتَقَ شريكٌ نصِيبَهُ مِنْهُ.. فللآخَرِ أَن: يَعْتِقَ، ....

ولأبي حنيفة: أن الإعتاق لا يستلزم العتق، حتى لو أعتق البعض.. لا يثبت للعبد حرية أصلاً لا في بعضه ولا في كله إلى أن يستسعي على ما ذكرناه آنفاً، وإنما يستلزمه إن لو كان عبارة عن إثبات العتق بإزالة الرق، أو عن نفس إزالة الرق، وليس كذلك، بل هو عبارة عن إثبات العتق بإزالة الملك، أو عن نفس إزالة الملك؛ لأن الإعتاق: هو تصرف المعتق والعبد لا يتصرّف إلا في حقه، وهو الملك دون الرق؛ لأنه حق الله تعالى جزاء عن الكفر أو حق الغانمين، والملك يقبل التجزيء بالإجماع، فكذا الإعتاق على كلا التقديرين المذكورين.

فحاصل الخلاف: إعتاق البعض.. لا يوجب زوال الرق عن المحلّ، بل يبقى المحلّ رقيقاً، ولكن يوجب زوال الملك بقدره عند أبي حنيفة، وقالا: يوجب زوال الملك عن كل المحل.

والجواب عن الطلاق والقصاص: أنه ليس فيهما حالة متوسطة، فأثبتناهما في الكلّ ترجيحاً للمحرم، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن الكتابة واسطة بين الحرّية والرقية، والاستيلاد متجزّئ عنده أيضاً، حتّى إذا ولدت المدبرة المشتركة بينهما فادّعاه أحدهما.. تصير نصف الجارية أم ولد له ونصفها مدبرة لشريكه، حتى لو ماتا.. فنصف الشريك: من الثلث، ونصف الآخر: من الكل، وولاء الولد بينهما.

(وإن أعتق شريك) بالإرث، أو الشراء.. (فللآخر أن يعتق)، أي: سواء كان أعتقه منجّزاً، أو مضافاً على ما في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: وينبغي إذا أضافه أن لا يقبل منه إضافته إلى زمان طويل؛ لأنه كالتدبير معنى، ولو دبّره.. وجب عليه السّعاية في الحال فيعتق؛ كما صرّحوا به، فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدّة الاستسعاء. انتهى.

ثم صرّح بأن التّدبير والكتابة في معنى الاستسعاء، ويدل عليه أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين.. لا يجوز، إلا أن يكون قدراً يتغابن الناس فيه؛

أَو يُدبِّرَ، أَو يُكَاتِبَ، أَو يَستسعي.

وَالْوَلَاءُ لَهما.

أَو يُضَمِّنُ الْمُعْتَقَ لَو مُوسِراً، وَيَرجِعُ بِهِ الْمُعْتِقُ على العَبْدِ وَالْوَلَاءُ لَهُ.

وَقَالا: لَيْسَ لِلْآخَرِ إِلَّا الضَّمَانُ مَعَ الْيَسَارِ، ....

لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته، فلا يجوز الأكثر، وكذا لو صالحه على عرض أكثر.

وإن كاتبه على عروض قيمتُه أكثر من قيمته.. جاز. انتهى.

فمنه ظهر: أنه لو ترك ذكر التدبير والكتابة واقتصر على الخيارات الثلاث، أعني: الخيار بين العتق، والاستسعاء، والتضمين؛ كما فعله بعض مشايخنا.. لصح أيضاً.

(**أو يدبّر أو يكاتب أو يستسعي والولاء لهما**)، أي: للشريكين؛ فيه: إشارة إلى أنّ الاختلاف في صفة السّبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال، وإعتاق الآخر بدونه.. لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعاً.

(**أو يُضمِّنُ**) الساكتُ (**المعتقَ لو موسراً**) أطلق في تضمين الموسر وهو مقيد بأن يكون الإعتاق بغير إذنه، ولو أعتق أحدهما بإذن صاحبه.. فلا ضمان عليه أصلاً، كذا في «البحر» [٥٢٥/أ].

(**ويرجع به**)، أي: بما ضمن (**المعتق على العبد، والولاء له**)، أي: للمعتق، هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: ليس على الآخر إلّا الضمان مع اليسار**)، والمراد باليسار ههنا: يسار التيسير، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر، لا يسار الغناء، وهو ملك النصاب، هذا في ظاهر الرواية.

ولم يستثنى فيها الكفاف، وهو: المنزل والخادم وثياب البدن.

وفي رواية الحسن: يستثنى الكفاف.

والسِّعايةُ مَعَ الإِعسارِ، وَلَا يرجعُ الْمُعْتَقُ على العَبْدِ لَو ضَمِنَ، وَالْوَلَاءُ لَهُ فِي الْحَالَيْنِ.

ثم المعتبر: قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الإعتاق، حتى لو كان فيه صحيحاً ثم اعمي.. يجب نصف قيمته صحيحاً، ولو كان فيه أعمى، ثم انجلى بياض عينه.. يجب نصف قيمته أعمى؛ لأنه حال ثبوت الضمان، وكذا حال المعتق في يساره وإعساره، حتى لو كان موسراً وقت التّضمين فأعسر.. لا يسقط عنه الضمان، ولو كان معسرا فأيسر.. لا ضمان.

وإنما اعتبر يسار التيسير؛ لأن به يعتدل النظر من الجانبين: جانب المعتق، وجانب السّاكت بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حقّ الساكت إليه.

(**والسعاية مع الإعسار، ولا يرجع المعتق على العبد لو ضمن، والولاء له في الحالين**).

هذه المسألة تبتنى على أصلين:

أحدهما: تجزؤ الإعتاق وعدم تجزئه على ما بيناه.

والثاني: أن يسار المعتق لا يمنع السّعاية عنده، وتمنع عندهما؛ لقوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه: «إن كان غنياً.. ضمن، وإن كان فقيراً.. يسعى في حصّة الآخر»، رواه نافع عن ابن عمر.

والقياس: أحد الأمرين:

إما وجوب الضمان على المعتق موسراً، أو معسراً؛ لأنه بإعتاقه أفسد نصيب شريكه.

وإما عدم وجوب الضمان عليه مطلقاً؛ لأنه متصرّف في نصيب نفسه وهو ملكه وإن تعدى ضرر تصرفه إلى شريكه؛ كمن سقى أرضه فنزَّت أرض جاره.. حيث لا ضمان عليه.

ولكن تركنا القياس بما رويناه؛ لأنه قسم فيه، والقسمة تنافي الشركة.

ولأبي حنيفة: أنه احتسب مالية نصيب السّاكت عند العبد.. فله أن يضمنه؛ كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به.. فعلى صاحب الثوب قيمة الصبغ للآخر موسراً، أو معسراً؛ لاحتباس مالية صبغه عند صاحب الثوب، فكذا هذا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه.

فإن قيل: هذا قياس في مقابلة النص السابق وهو باطل.

قلنا: إن النبي ﷺ علّق الاستسعاء بفقر المعتق، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه؛ لأن المعلّق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود، لا العدم عند العدم؛ لعدم مفهوم المخالف عندنا، فجاز أن يثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسراً؛ فإذا عرفت هذا.. فتخريج قولهما: أن الإعتاق إذا لم يكن متجزّئاً عندهما.. كان المعتق موقعاً للعتق في النّصيبين جميعاً، ويساره مانع عن السّعاية على ما مرّ.. فوجب عليه الضمان، ولا يرجع بما ضمن على العبد؛ لعدم السعاية عليه في حال اليسار؛ لما ذكر من الأصل الثاني.

والولاء [٥٢٥/ب] له؛ لأن المعتق كله من جهته لما ذكر من الأصل الأوّل.

وأما تخريج قوله: فخيار العتق للشريك: بناء على الأصل الأوّل؛ لأن ملكه باق في نصيبه.. فجاز إعتاقه.

وأما التضمين.. فلأن المعتق جان بإفساد نصيبه؛ حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك ممّا سوى الإعتاق والتّدبير والكتابة.

وأما الاستسعاء.. فلاحتباس نصيبه عنده على ما ذكر في الأصل الثاني.

وأما رجوع المعتق.. فلأنه قام مقام السّاكت بأداء الضّمان، وقد كان له أخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الأصل الثاني، فكذا من قام مقامه؛ ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمناً.. فصار كأن الكل له، وقد أعتق بعضه.. فله أن يعتق الباقي، أو استسعى إن شاء.

وَلَو شهدَ كلٌّ مِنْهُمَا بِإِعْتَاقِ شَرِيكِهِ.. سعى لَهما فِي حظِّهما، وَالْوَلَاءُ بَينهمَا كَيفَمَا كَانَا.

وأما كون الولاء للمعتق في هذا الوجه.. فلأن العتق كله من جهته من حيث إنه ملكه بالضّمان.

وفي حال إعسار المعتق؛ إن شاء.. أعتق لبقاء ملكه، وإن شاء.. استسعى لاحتباس مالية نصيبه، ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدّى بالاتفاق؛ لأنه يسعى لفكاك رقبته عنده.

ولا يقضي ديناً على المعتق عندهما؛ لأنه حرّ مديون عندهما، فيقضي دين نفسه لا دين غيره، وقول الشافعي في الموسر: كقولهما.

وقال في المعسر: يبقى نصيب السّاكت على ملكه، يباع ويوهب؛ لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره، ولا إلى السعاية؛ لعدم جناية العبد، ولا رضاء له بالاعتاق، ولا إلى إعتاق الكل؛ للإضرار بالسّاكت.

قلنا: إلى الاستسعاء سبيل؛ لأنه لا يفتقر إلى الجناية، بل يبتنى على احتباس المالية على ما ذكرناه.

(**ولو شهد كلّ منهما**)، أي: من الشريكين (**بإعتاق شريكه.. سعى**) العبد (**لهما في حظهما، والولاء بينهما كيفما كانا**) الشريكان؛ موسرين كانا أو معسرين، أو أحدهما موسر والآخر معسر عند أبي حنيفة؛ لأن كلّ واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق، ويزعم أن صاحبه أعتق نصيبه.. فصار العبد بذلك مكاتباً في زعمه، أي: في حكم المكاتب عند أبي حنيفة، ويحرم عليه الاسترقاق، فلا يقبل قوله في حق صاحبه، ويقبل في حق نفسه.. فيمنع به من استرقاقه ويستسعيه؛ لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان، أو صادقاً.

أما إذا كان صادقاً.. فظاهر؛ لأنه مكاتب.. فلزمه الاستسعاء؛ لكونه بمنزلة بدل الكتابة.

وأما إذا كان كاذباً.. فهو عبده ومملوكه، فلزمه الكسب للمولى، وهو المراد بالاستسعاء.

ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار؛ لأن حق كل واحد منهما في أحد الشيئين: السعاية أو التضمين؛ سواء كان الآخر موسراً أو معسراً، إلا أن حقّه حال كون الآخر موسراً: في أحدهما من السعاية، والتضمين غير عين، وفي حال كونه معسراً: حقّه في أحدهما عيناً، وهو السعاية، وهذا؛ لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة على ما مر [٥٢٦/أ] من الأصل الثّاني، وقد تعذّر التّضمين؛ لإنكار شريكه الإعتاق، وبشهادة الآخر ليست نافذة عليه؛ لأنه فرد ويشهد لنفسه.

ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة، فشهد كل اثنين منهما على الآخر أنه أعتق.. لم يقبل للمعنى الثاني؛ فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التّضمين ويشهدان لعبدهما؛ فإذا تعذّر التضمين.. تعينت السّعاية في الحالين، وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدّي؛ لأن المستسعى كالمكاتب عنده.

فإن قيل: لا نسلم أن التضمين متعذر؛ فإنه لما أنكر العتق.. يحلّف؛ فإن نكل.. وجب الضمان.

أجيب عنه في «العناية»: بأنه لما كان من اعتقاد كلّ واحد منهما أنه ما أعتقه.. يحلف، وإذا حلف.. لم يجب عليه الضمان بالحلف فتتعين السعاية، فلا فائدة في التحليف، بل تتعين السعاية بلا تحليف؛ لأن مآله إلى السعاية.

أقول: فيه نظر:

أما أولاً: فلأنا لا نسلم أن كلاً منهما اعتقد أنه ما اعتقه؛ لأن شهادة كل منهما لا تستلزم ذلك الاعتقاد لصاحبه، ولو سلّم.. فلا نسلم أنه يحلف؛ لجواز أن لا يحلف بذلاً للضمان وحذراً عن أن يجعل اسم الله تعالى عرضة للأيمان على ما روي عن كثير من السلف، ولو سلم، ولكنه يلزم أن لا يحلّف في شيء من

وَقَالا: يسْعَى للمعسِرَين ....

الخصومات الّتي فيها الإنكار بأن يقال مثلاً؛ لما أنكر ثبوته في ذمته.. فقد اعتقد عدمه، فيحلف ولم يجب الضمان، ولا فائدة في التحليف، واللّازم باطل.

وأما ثانياً: فلأنه صرّح في «البحر» نقلاً عن «المستصفى» و«البدائع» و«المحيط»: أن تعيين السعاية لهما بعد أن يحلف كلُّ واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كلّ واحد منهما مدّعٍ ومنكر.

وقال في «فتح القدير» نقلاً عن الشارح: أن تعيين استسعائهما العبد إنما هو بعد أن يحلف كلٌّ منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كلّا يدّعي على الآخر الضمان، والضمان مما يصّح بذله، فيستحلف عليه.

ثم قال: وهو الأوجه، فيجب أن يقال: إن لزم استسعاء كل منهما للعبد فيما إذا لم يترافعا إلى قاض، بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر؛ فإن هذه ليس حكمها إلّا الاستسعاء؛ أما لو أراد أحدهما التضمين، أو أراداه ونصيبهما متفاوتٌ فترافعا إلى القاضي، أو رفعها ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما؛ فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا.. لا يسترقُّ؛ لأن كلّا يقول: إن صاحبه حلف كاذباً، واعتقاده أنّ العبد يحرم استرقاقه، ولكلٍّ استسعاؤه، ولو اعترفا أنهما أعتقا معاً، أو على التعاقب.. وجب أن لا يضمن كلٌّ الآخرَ إن كانا موسرين، ولا يستسعى العبد؛ لأنه عتق كلّه من جهتهما.

ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر.. فإن المنكر يجب أن يحلف؛ لأنه فيه فائدة؛ فإنه إن نكل.. صار معترفاً، أو باذلاً وصارا معترفين، فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا. انتهى.

وإنما كان الولاء لهما؛ لأن كلاً منهما يقول: عتق نصيب شريكي عليه بإعتاقه وولاؤه له، وعتق [٥٢٦/ب] نصيبي بالسّعاية وولاؤه لي، هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وقالا: يسعى للمعسرَين**)؛ لأن كلّ واحد منهما يدّعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً، على ما بيناه من أنّا تيقنا بحق الاستسعاء.

لَا للموسرَين، وَلَو أَحدُهمَا مُوسِراً وَالْآخرُ مُعسراً.. يسْعَى للمُوسِرِ فَقَط، وَالْوَلَاءُ مَوْقُوفٌ فِي الْأَحْوَالِ حَتَّى يتصادَقا.

وَلَو علَّقَ أَحدُهمَا عِتقَهُ بِفعلٍ غداً، وَالْآخرُ بِعَدَمِهِ فِيهِ،.........................

(لا للموسرين)؛ لأن كلّ واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه؛ لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما على ما مر في الأصل الثاني، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر، والبراءة قد ثبتت لإقراره على نفسه .

(ولو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً.. يسعى للموسر فقط)؛ لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره، وإنما يدّعي على العبد السّعاية ولا يتبرأ عنه، ولا يسعى للمعسر؛ لأنه يدّعي الضّمان على صاحبه ليساره، فيكون متبرّأ للعبد عن السعاية.

(والولاء موقوف) عندهما (في الأحوال) كلها؛ لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه، ويثبت له بإدعاء أنه هو الذي أعتق، والعتق لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ من زوال الرق، وصاحبه يتبرأ عنه.. فيبقى موقوفاً (حتى يتصادقا) على إعتاق أحدهما، حتى لو لم يتصادقا عليه وماتا.. وجب أن يأخذه بيت المال على ما صرّح به في «فتح القدير».

(ولو علق أحدهما عتقه بفعلٍ غداً) بأن قال: إن دخل زيد هذه الدار غداً.. فأنت حرّ، (والآخر) غدا (بعدمه فيه) بأن قال: إن لم يدخل زيد هذه الدار غداً.. فأنت حرّ، إنما قيد كون التعليق من شخصين، أعني: كون أحدهما من أحدهما، والآخر من الآخر؛ لأنه لو كان من شخص واحد؛ كمن قال: إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم.. فعبدي حرّ، ثم قال: إن كان فلان دخل هذه الدار اليوم.. فامرأتي طالق: عتق عبده وطلقت امرأته؛ لأن باليمين الأولى صار مقرّاً بوجود شرط الطّلاق، وباليمين الثانية صار مقرّاً بوجود شرط العتق، كذا قالوا.

فَمضى وَلم يُدرَ.. عتقَ نصفُهُ وسعى فِي نصفِهِ لَهما مُطلقاً.

وَعِنْدَهُمَا: إِن كَانَا موسرَينِ.. فلا سعايةَ، وَإِن كَانَا مُعسرَين.. فَفِي نصفِهِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي كُلِّهِ عِنْدَ محمَّدٍ.

وقيل: لم يعتق ولم تطلق؛ لأن أحدهما معلّق بعدم الدخول والآخر بوجوده، وكلّ واحد من الشّرطين دائر بين الوجود والعدم.. فلا ينزل الجزاء بالشكّ، كذا في «النهاية».

(فمضى) الغد (ولم يدر) وقوع الشرط وعدمه (.. عتق نصفه وسعى في نصفه) الآخر (لهما مطلقاً)، أي: موسرين كانا، أو معسرين، أو أحدهما موسر والآخر معسر عند أبي حنيفة؛ لأن يسار المعتق لا يمنع وجوب السّعاية على العبد عنده على ما مرّ، فحالهما في استحقاق النصف الباقي على السّواء.

(وعندهما: إن كانا موسرين.. فلا سعاية) ليبرؤ كلّ واحد منهما عن السعاية، ويدعي الضمان على صاحبه بناءً على أن يسار المعتق يمنع السّعاية عندهما.

(وإن كانا معسرين.. ففي نصفه عند أبي يوسف) لما ذكرناه في وجه أبي حنيفة.

(وفي كلّه: عند محمد)؛ لأن المقضي عليه: سقوط حقه في السعاية - وهو الحانث في يمينه - مجهول، ولا يقضى على المجهول بشيء، فصار كما إذا قال لغيره: لك على أحدنا ألف درهم؛ فإنه لا يقضى بشيء للجهالة، فكذا لا يقضى بسقوط شيء [٥٢٧/أ] للجهالة، وإذا لم يحكم بسقوط شيء.. وجب الكل.

والجواب: أنا تيقنا بسقوط نصف السّعاية؛ لأن أحدهما حانث بيقين، ومع اليقين بسقوط النّصف كيف يقضى بوجوب الكلّ؟! والجهالة المانعة من القضاء بالسّقوط.. ترتفع بالشّيوع والتّوزيع؛ كما إذا أعتق أحدَ عبديه لا بعينه، أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر، أو البيان.. فإن العتق يوزع عندنا ؛ لعدم الأولوّية، فيعتق من كلٍّ نصفُه، ويسعى في قيمة نصفه للورثة؛ ففيما نحن فيه: إن النصف الذي عتق.. يشيع في نصيب الشريكين، ويوزع عليهما، فصار المقضي عليه بسقوط السّعاية هو

وَفِي نصفِهِ عِنْدَ محمَّدٍ.

وَلَو حلفَ كلٌّ بِعِتْقِ عَبدِهِ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا.. لَا يعْتقُ وَاحِدٌ.

(وفي نصفه: عند محمد)؛ لأن المعسر يتبرأ عن السعاية ويدعي ضمان الموسر؛ لأن يسار المعتق يمنع وجوب السعاية عنده، والموسر يدّعي السّعاية.

(ولو حلف كل) من رجلين (بعتق عبده والمسألة بحالها)، وذلك بأن قال أحدهما: إن دخل زيد هذه الدار غداً.. فعبدي حرّ، وقال الآخر: إن لم يدخل زيد هذه الدار غداً.. فعبدي حرّ، فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (.. لا يعتق واحد) من العبدين، ولا جزء من واحد منهما بالاتفاق؛ لأن المقضى عليه بعتق عبده وهو أحد الموليين مجهول، والمقضي عليه بعتقه وهو العبد مجهول أيضاً، فتفاحشت الجهالة.. فامتنع القضاء.

بخلاف المسألة السابقة: فإن العبد هناك واحد [٥٢٧/ب]، وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به، وهو العتق معلوم، فغلب المعلوم على المجهول، وفيما نحن فيه بالعكس، وإنما قيّد بكون كلّ منهما يعتق عبد نفسه تماماً؛ لأنه لو كان بين رجلين عبدين، وقال أحدهما لأحدهما: أنت حر إن لم يدخل زيد هذه الدّار غداً، وقال الآخر: إن دخل زيد هذه الدّار غداً فأنت حرّ، فمضى اليوم ولم يدر الدخول وعدمه.. فإنه يعتق كلّ واحد منهما مع أن المقضي له والمقضي عليه مجهول، ويسعى كلّ واحد منهما في جميع قيمته مطلقاً عند أبي حنيفة: بينهما نصفان.

وكذا عندهما: إن كانا معسرين.

وإن كانا موسرين.. يسعى كلّ واحد منهما للحالف بعتقه؛ لأنه منكر العتق فيه، وإنما يعتق من جهة صاحبه بدعوى حنثه، ولم يسع للآخر وهو غير الحالف بعتقه؛ لأنه يدعي الضمان على صاحبه، فيكون مبرأً للعبد عن السعاية، كذا في «المحيط».

وذكر في «الإيضاح»: أنّ كلّ واحد منهما يسعى في ثلاثة أرباع قيمته عند أبي يوسف بينهما نصفين.

وَإِن مُخْتَلفَين.. يسْعَى للموسرِ فَقَط فِي رُبُعِهِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ..........

الموليين فلا جهالة في المقضى عليه، وإنما يلزم لو قضي على أحدهما غير عين، وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع، وهو عدم أولّوية أحدهما بتمامه.

فإن قيل: في التوزيع فساد، وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق، وهو حقّه، وإيجابه بغيرِ مَن له الحق وهو المعتق.

أجيب: بأن ذلك متحمل لضرورة دفع الضرر عن العبد؛ لأنا لو لم نقل بالتوزيع، وقلنا بوجوب كل السّعاية؛ كما قال محمّد.. لكان فيه إبطال حق العبد من كل وجه.

وأما إذا قلنا بالتوزيع.. فقد كان فيه إبطال حق غير المعتق من وجه.. فكان التوزيع أولى.

فإن قيل: إنه وإن لم يتعين بالتعيين، لكنه متعين في نفس الأمر، والتعيين في نفس الأمر.. يمنع التوزيع.

قلنا: ممنوع بما ذكرناه من أنه إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه، أو بعينه ونسيه. انتهى.

فإن التعيين في نفس الأمر فيه لم يمنع التوزيع، وبما ذكروه في كتاب التحري أيضاً: عشرة رجال لكلّ منهم جارية، أعتق أحدهم جاريته، ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة، ثم اجتمعن في ملك واحد، ثم مات.. فإنه يحكم بعتقهن، وتسعى كلّ واحدة منها في تسعة أعشار قيمتهن انتهى.

فإن التعيين في نفس الأمر فيه.. لم يمنع التوزيع.

(وإن) كانا (مختلفين.. يسعى للموسر فقط في ربعه عند أبي يوسف)؛ لأن المعسر يدّعي الضمان على شريكه ويتبرأ من السعاية.. فيسقط حصته عنه، والموسر يدّعي السّعاية، فيسعى في حصّته وهو الربع.

وَمَن ملكَ ابْنَهُ مَعَ آخرَ بشرَاءٍ، أَو هبةٍ، أَو صَدَقَةٍ، أَو وَصِيَّةٍ.. عتقَ حَظُّهُ وَلَا يضمنُ، ....

وتحقيق الفرق بين هذه المسألة ومسألة الكتاب: أن كل واحد منهما يزعم في هذه المسألة أن شريكه حانث؛ فكأنه يقول: أنا ما حنثت، وإنما حنث شريكي على ما هو مقتضى اليمين، فكان قد أقرَّ أن شريكه أعتق نصيبه من هذا العبد وأفسد عليه نصيبه، وإقراره في حق نفسه مقبول، وإن لم يقبل في حق غيره - بخلاف مسألة الكتاب - فإن كلّ واحد منهما يزعم أن الآخر هو الحانث في عبده، وليس فيه نصيب له حتى يكون مقرّاً بفساد نصيبه ويعتق عليه بإقراره.

لكن لو تبايعا مقايضة.. عتق عليهما؛ لإقرار كل واحد منهما بحرية عبد الآخر، وإقراره معتبر في حقّ نفسه.

ولو اشتراهما إنسان آخر.. جاز شراؤه، وإن كان عالماً.. يحنث أحد المالكين؛ لأن كل واحد منهما يزعم أنه باع عبداً، وزعم المشتري غير معتبر قبل دخوله في ملكه؛ كما أقر بحرّية عبدٍ، ومولاه ينكر، ثم اشتراه.. صح.

ثم إذا جاز شراؤه لهما واجتمعا في ملكه.. عتق عليه أحدهما؛ لأن زعمه معتبر في حق نفسه في هذه الحالة، ويؤمر بالبيان على ما في «التبيين» و«فتح القدير».

(ومن ملك ابنه مع آخر بشراء)، أي: بعقد واحد بأن خاطب البائع الأب وذلك الآخر معاً، وقال: بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا؛ لأن حكم الشراء بعقدين سيأتي ذكره مصرّحاً.

(أو هبة أو صدقة أو وصية)، وحكم كل قريب يعتق عليه بهذه الأسباب؛ مثل الأبن على ما في «البحر».

(.. عتق حظّه)؛ لأنه ملك شقص قريبه فيعتق عليه.

(ولا يضمن) الأب؛ لأن شريكه رضي بإفساد نصيبه.

ولشريكِهِ أَن يُعْتِقَ أَو يستسعي، سَوَاء علمَ الشَّرِيكُ أَنَّهُ ابْنُهُ أَو لَا.

وَقَالا: يَضمنُ الْأَبُ إِن كَانَ مُوسِراً، وَعندَ إِعْسَارِهِ.. يسْعَى الابْنُ.

(ولشريكه أن يعتق) نصيبه، أو يدبّره، أو يكاتبه، **(أو يستسعي)** لبقاء ملكه فيه فيخير فيه بين ما ذكر.

(سواء علم الشريك) وقت الشراء **(أنه ابنه)**، أي: ابن الآخر، **(أو لا)**؛ لأن الحكم يدار على العلّة بلا تأثير للعلم وعدمه فيه [٥٢٨/أ]، وقد وجدت العلّة ههنا وهو شراء القريب.. فيترتب عليها الحكم وهو سقوط الضمان، وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وروى الحسن عنه أنه إذا كان عالماً بأنه ابنه.. لا ضمان له، وإلّا.. فله ضمان على الأب.

(وقالا: يضمن الأب)، أي: نصف قيمته؛ سواء كانا مالكين بالشّراء، أو الصدقة، أو الهبة، أو الوصّية على ما صرح به في «الزيلعي» وشرح «المجمع».

(إن كان) الأب **(موسراً، وعند إعساره: يسعى الابن)** في نصيبه؛ لأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق؛ لأن شراء القريب إعتاق اختياري؛ لترتّبه على الشراء الاختياري حتى يخرج به عن عهدة الكفارة، إذا نوى بالشّراء عتقه عنها، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيّين فأعتق أحدهما نصيبه.. يضمن شريكه؛ لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته باختياره. ولأبي حنيفة: أن الشّريك رضي بإفساد نصيبه، بدليل: أن شاركه فيما هو علة العتق، أعني: الشراء الاختياري والمشاركة في العلة رضى للحكم، ومن رضي بذلك.. لا يضمّن المفسد؛ كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً.

فإن قيل: لا نسلم أن الرضاء بالعلّة علّة لسقوط الضمان؛ فإن أحد الشريكين لو استولد الجارية المشتركة بإذن صاحبه.. لم يسقط عنه الضمان، مع أنّه قد رضي بالعلّة.

وَلَو اشْترى الْأَجْنَبِيّ نصفَهُ ثمَّ الْأَبُ بَاقِيهِ مُوسِراً.. ضَمِنَ الشَّرِيكُ أَوِ استسعى، وَقَالا: يضمنُ فَقَط.

وَلَو ملكاه بالإِرثِ.. فَلَا ضَمَانَ إِجْمَاعاً.

عبدٌ لموسرِينَ دبَّرهُ أحدُهم وَأَعْتَقَهُ آخرُ.. ....

وإنما قيّد بقوله: «ممّن يملك كلّه»؛ لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه.. يضمن للساكت بالإجماع على ما في «العناية».

(**ولو اشترى الأجنبي نصفه، ثم الأب باقيه موسراً.. ضَمِن**) - من التضمين - (**الشريكُ**) الأبَ؛ لأنه ما رضي بإفساد نصيبه؛ لعدم مشاركته في العلة وهو الشراء.

(**أو استسعى**) الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده؛ لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده.

(**وقالا: يضمن فقط**)؛ لأن يسار المعتق يمنع السّعاية عندهما على ما مر.

(**ولو ملكاه بالإرث**)؛ بأن اشترت المرأة ابن زوجها فماتت المرأة.. صار الغلام بين زوجها وأبيها (.. **فلا ضمان إجماعاً**)؛ لعدم التّعدي منه أصلاً، وإنما قيد ههنا الملك بالإرث؛ لأن الخلاف السّابق بينه وبين صاحبيه جار فيما ملكاه بالشراء والصدقة والهبة والوصية والإمهار كلها.

وإنما الإجماع فيما ملكاه بالإرث فقط على ما صرّحوا به.

فإن قيل: إن لزوم الضمان على الأب على قولهما ظاهر في الشراء بناء على ما ذكرناه من وجههما من أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق الاختياري.

وأما في الصدقة والهبة والوصية.. ففيه خفاء.

أجيب عنه: بأن قبول أحدهما الصدقة والهبة والوصية وإن لم يكن شرطاً لصحة قبول الآخر، لكنه إذا وجد القبول منهما.. صار قبولهما بمنزلة شيء واحد، فصار المجموع علّة واحدة؛ كالقراءة في الصّلاة؛ فإن الفرض فيها قدر آية، ثم إذا زاد عليها.. صار الكل فرضاً؛ فإذا صار المجموع علّة وقد باشرها.. فيضمن، كذا في «الزيلعي».

وَكَذَا الحكمُ وَالْخلافُ لَو عَلَّقَ عتقَ عبدٍ بشرَاءِ بعضِهِ ثمَّ اشْتَرَاهُ مَعَ آخرَ أَو اشْترى نصفَ ابْنِهِ مِمَّن يملكُ كُلَّهُ.

أجيب عنه: بأن هذا ضمان تملك؛ لأن الاستيلاد موضوع لطلب الولد، وهو يستدعي التملك لا للعتق، حتى يكون الضمان اللازم به ضمان إفساد، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ضمان إفساد، حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضاء.

وقال في «فتح القدير»: إن كون ما نحن فيه - أي: ضمان الإعتاق - ضمان إفساد هو ظاهر الرواية عن علمائنا، ويختلف باليسار والإعسار: بالنص، بخلاف القياس.

ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالبنوة وعدمها.

وروي عن أبي يوسف: أنه ضمان تملك، فلا يختلف باليسار والإعسار.

وروي الحسن عن أبي حنيفة: أنه فصل بين كون الشريك عالماً بالبنوّة.. فلا يضمن الأب، أو غير عالم بها.. فيضمنه؛ لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالماً.

وفي ظاهر الرواية: لا فرق بينهما؛ لأن المسقط لحقّه في التّضمين: مباشرته، ليس إسقاطه، فلا يختلف بعلمه وجهله؛ كما إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله.. فإنه يسقط تضمينه الغاصب؛ وكما إذا قال لغيره: كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر، ولا يعلم الآمر به حاله.. فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم.

(**وكذا الحكم والخلاف لو علّق عتق عبد بشراء بعضه، ثم اشتراه مع آخر، أو اشترى نصف ابنه ممن يملك كلّه**)، يعني: يعتق حظّ الحالف والأب، ولا ضمان عليهما عند أبي حنيفة، وعندهما يضمنان إن كانا موسرين، وإلا.. يسعى.

وإنما قيّد بشراء بعضه؛ لأنه لو علّق عتقه بشراء كلّه، ثم اشتراه [٥٢٨/ب] مع الآخر بالاشتراك.. لا يعتق عليه؛ لعدم وجود الشّرط، وهو شراء الكلّ؛ لأنه إنما شرى بعضه.

ضمَّنَ السَّاكِتُ مدبِّرَهُ، وَالْمُدبِّرُ مُعْتِقَهُ. ثُلُثُهُ مُدبَّراً لا مَا ضُمِّنَ.
وَالْوَلَاءُ ثُلُثَاهُ للمدبِّرِ، وَثلثُهُ لِلْمُعْتِقِ.

(عبد لموسرِين) على صيغة الجمع **(دبّره أحدهم وأعتقه آخر)** وسكت الثالث.

(ضمن الساكت) - ثلث قيمة العبد قنّاً - **(مدبّره)**، ولا يجوز تضمينه معتقه؛ لأن ضمان المدبّر ضمان معاوضة؛ لأنه يضمن ما أتلفه بالتدبير، والمدبر كان قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير؛ لكونه قنّاً في ذلك الوقت فكان ضمانه مقابلاً بذلك، فانعقد سبب الضمان موجباً لملك المضمون، وذلك هو ضمان المعاوضة.

بخلاف ضمان المعتق؛ فإنه ضمان جناية؛ لأنه ضمن ما أتلفه بالإعتاق، وما أتلفه كان بعد التّدبير، وذلك غير قابل للنقل وقت الإعتاق؛ لأنه مدبر عند ذلك.. فكان ضمانه ضماناً من غير تملك المضمون، وذلك هو ضمان الجناية.

والأصل في الضمانات: هو ضمان المعاوضة لا الجناية، فلا يعدل عن الأصل إلى غيره إلا عند العجز، ولا عجز ههنا؛ لحصول المقصود بالتضمين للمدبّر.

(والمدبر) يضمن **(معتقه ثلثه مدبّراً)**؛ لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً، والضمان يتقدر بقيمة المتلف، وقيمة المدبّر ثلثا قيمته قناً.

(لا ما ضمن) للسّاكت، يعني: أن المدبّر لما أدّى ضمان [٥٢٩/أ] نصيب السّاكت وهو ثلث قيمته قنّا.. ملك المدبّر نصيب السّاكت واجتمع في ملكه ثلثا العبد.. فله أن يضمن المعتق قيمة ما كان له في الأصل وهو الثلث مدبّراً لما ذكرناه، وليس له أن يضمن قيمة الثلث الذي يملكه على الساكت بالضمان؛ لأنه ملكه مضموناً، والمملوك مضموناً مملوك بطريق الاستناد، والمستندات ثابتة من وجه دون وجه، فلا يظهر في حق التضمين؛ ولأنه قام مقام الساكت بتضمين نصيبه وانتقاله إليه بالضمان، والساكت لا يملك تضمين المعتق.. فكذلك من قام مقامه.

(والولاء ثلثاه للمدبر، وثلثه للمعتق) لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار؛ لأن المدبّر أعتق ثلثاه والمعتق ثلثه على ما مر، كذا في «الهداية».

وَقَالا: ضَمِنَ مُدبِّرُهُ لشريكَيهِ وَلَو مُعسراً، وَالْوَلَاءُ كُلُّهُ لَهُ، ....

وقال في «النهاية» و«العناية»: المراد أن الولاء ثلثاه لعصبة المدبر وثلثه للمعتق نفسه؛ لأن العبد إنما يعتق بعد موت المدبر، وغلّطه ابن الهمام: بأن العتق المنجز يوجب إلى الحرية في حياته تنجيز أحد الأمور الثلاثة من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق، حتى منع استخدام المدبّر إيّاه من حين وجوده؛ كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودّبره الآخر.. فإنه لا يتأخّر حرية باقيه إلى موته ، بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز، بل تدبير من أحدهما، ثم كاتبه الآخر، أو قلبه، أو كان مكاتباً لشريكين فدبره أحدهما.. تقيد في نصيبه، وبقي نصيب الآخر مكاتباً من غير ضمان، ولا سعاية عند أبي حنيفة؛ لأن نصيب الآخر على حاله عنده. انتهى.

أقول: ومما يدلّ على أن ثبوت الولاء للمدبر لا يتوقف على موته: أنه لو ارتد المدبر والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وحكم بلحوقه وبعتق مدبّريه، ثم خرج إلينا مسلماً.. فإنه يثبت له ولاء مدبريه قبل موته.

فإن قيل: قد تقرر أن أداء الضمان علّة لثبوت ملك نصيب الآخر.. فينبغي أن يكون للمعتق ثلثا الولاء؛ كالمدبّر؛ لأنه ضمن المدبر ثلث قيمته مدبّراً.

أجيب: بأنه قد تقرّر أيضاً أن ضمان المعتق.. ضمان جناية وإتلاف، فلا يوجب تملك المضمون، بخلاف ضمان المدبر؛ فإنه ضمان معاوضة فيوجب تملك المضمون، فكان قد تملك الثلثين وأعتقه.

(وقالا: ضمن مدبّره لشريكيه)، أي: ثلثا قيمته **(ولو)** - وصلية - **(معسراً، والولاء كلّه له)**.

وأصل هذا الخلاف: أن التّدبير يتجزأ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ كالإعتاق؛ لأنه شعبة من شعب العتق؛ إذ هو عتق مضاف، فيكون معتبراً به، ولما كان التدبير متجزئاً عنده.. اقتصر على نصيبه، وقد أفسد بتدبيره نصيب الآخرين، حيث امتنع على كل منهما البيع والهبة والوصّية والصّدقة والإمهار.

فيثبت لكلّ منهما خمس خيارات: أن يدبّر نصيبه.

أو يعتق.

أو يكاتب.

أو يضمن المدبّر.

أو يستسعي العبد.

أو يتركه على حاله؛ لأن نصيبه باق على ملكه فاسداً بإفساد شريكه، حيث سدّ عليه طرق التّصرف بما ذكرناه.

فإذا اختار أحدهما العتق.. تعيّن حقه فيه [٥٢٩/ب] وسقط اختياره غيره، فتوجه للسّاكت سببا ضمان.

أحدهما: تدبير المدبّر الذي أفسد عليه ما أفسد.

والآخر: عتق هذا العتق؛ فإنه غيّر نصيب المدبّر والسّاكت، حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التّدبير، وبطل ذلك بعتق هذا المعتق، حيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية، أو التضمين.

غير أن السّاكت له أن يضمن المدبر لا المعتق؛ ليكون الضمان ضمان معاوضة؛ إذ هو الأصل في الضمان؛ لأنه به يعتدل جانب الضمان والمضمون له؛ فإنه لما ملك المضمون له بدل ملكه.. وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه - وهو الضامن - ما دفع بدله، فحيث أمكن هذا.. لا يعدل عنه، ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا، لا ضمان إتلاف على ما هو كذلك عند الشافعي.

فإذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة.. ففي العتق والتّدبير ونحوه أولى.

بدليل: أنه لو غصب عبداً فأبق وقضي على الغاصب بقيمته ثم عاد.. فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة الّتي أدّاها.

وَقِيمَةُ الْمُدبَّرِ: ثُلثَا قِيمَتِهِ قِنًّا.

والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة.

وكذا لو غصب مدبّراً فاكتسب عنده أكساباً، ثم أبق ولم يرجع حتى مات.. كانت الأكساب للغاصب؛ لصيرورته ملكاً له عند أداء الضمان، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن.. وجب هنا؛ لأنه ممكن؛ لكون نصيب الساكت قابلاً للنقل من ملك إلى ملك في المضمون وقت التدبير.

ولا يمكن ذلك في الإعتاق؛ لأنه عند الإعتاق مدبّر، فلا يقبل النقل، فلهذا يضمن للمدبّر ثلث قيمته قنّاً لا للمعتق.

ثم للمدبّر أن يضمن المعتق قيمةَ مدبر، وقيمة المدبر: ثلثا قيمته قناً، فيكون ثلثا الولاء له عنده على ما ذكرناه آنفاً، ولما كان غير متجزىء عندهما.. صار كله مدبراً للمدبر، وقد أفسد نصيب شريكه قيمته، ولا يختلف باليسار والإعسار؛ لأنه ضمان تملك ومعاوضة على ما ترى، لا ضمان جناية؛ مثل ضمان العتق، فيكون الولاء كلّه له عندهما.

هذا، ولما كان للمدبّر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبّراً.. لزم قيمة المدبر.

فقال: (**وقيمة المدبر: ثلثا قيمته قناً**)، فلو كانت قيمته قناً سبعة وعشرين ديناراً.. ضمن له ستة دنانير؛ لأن ثلثيها - وهي قيمة المدبّر - ثمانية عشر، وثلثها - وهو المضمون - ستة، وهذا ما ذكره أكثر مشايخنا.

واختاره صاحب «الهداية».

وقيل: قيمة المدبر قيمته قنّاً.

وفي «فتح القدير»: وهو غير سديد؛ لأن القيمة تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة.

وقيل: نصف قيمته قناً؛ لأنه ينتفع بالمملوك بعينه وببدله وفات الثاني دون الأول.

وَلَو قَالَ لشَرِيكِهِ: هِيَ أُمُّ ولدِكَ وَأنكرَ.. تخدِمُهُ يَوْماً وَتُوقَفُ يَوْماً.
وَقَالا: للْمُنكِرِ أَن يستسعيَها فِي حَظِّهِ إِن شَاءَ، ثمَّ تكونُ حرَّةً.

وقيل: قيمته قيمة الخدمة، ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن.

والأصح: ما ذكره أكثر مشايخنا على ما في «العناية» وعليه «الفتوى» على ما في «فتح القدير».

وعلّلوه: بأنّ منفعة الوطء والسعاية باقية، ومنفعة البيع زائلة [٥٣٠/أ] والمنفعة بهذه الثلاثة.

إلا أن هذا التعليل قاصر؛ لأنه يخصّ المدبّرة، ولا يتمشى في المدبّر، ولهذا اختار بعض مشايخنا أنه يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوّزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم تبلغ؟

فما ذكر.. فهو قيمته.

وفي «فتح القدير»: وهذا أحسن عندي.

(ولو قال لشريكه: هي أم ولدك وأنكر) الشريك **(.. تخدمه)**، أي: تخدم الجارية للشريك المنكر **(يوماً وتوقف يوماً)**، أي: لا تخدم أحداً يوماً عند أبي حنيفة.

(وقالا: للمنكر أن يستسعيها في حظّه)، أي: نصف قيمتها **(إن شاء، ثم تكون حرة)**؛ لأنه لمّا لم يصدّقه صاحبه.. انقلب إقرار المقر عليه؛ كأنه استولدها.. فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع.. يجعل كأن المشتري أعتقه، فكذا هذا، فتمتنع الخدمة للمنكر؛ لأن المقر قد صار بإقراره كالمستولد لها.

ولا يمكن للمنكر تضمين المقر؛ لأنه ما أقرّ على نفسه بالاستيلاد حتى لزمه التضمين، فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبساً عند الجارية.. فلزمها الخروج إلى الحرية بالسعاية؛ كأمّ ولد النّصراني، إذا أسلمت.. تخرج إلى العتق بالسّعاية؛ لتعذّر إيفائها في يد المولى.

وَمَا لأُمِّ ولدٍ تَقَوُّمٌ، فَلَا يضمنُ مُوسِرٌ أَعتقَ نصِيبَهُ مِنْهَا، وَعِنْدَهُمَا: هِيَ مُتَقَوِّمَةٌ ....

ولأبي حنيفة: أنّ المقر إمّا صادق في إقراره، أو كاذب فيه.

فإن كان الأول.. كانت الخدمة كلّها للمنكر.

وإن كان الثاني.. كان له نصف الخدمة؛ فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف، ولا خدمة للمقرّ، ولا استسعاء؛ لأنه يتبرأ عن جميع ذلك.

أما عن الخدمة.. فبدعوى الاستيلاد.

وأما عن الاستسعاء.. فبدعوى الضمان.

والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب من المقر له، وإقرار النسب أمر لازم لا يرتد بالردّ.. فلا يمكن أن يجعل كالمستولد على ما قالاه.. هذا، واعلم: أن المصنف ضم قول أبي يوسف مع محمّد؛ حيث قال وقالا، وهكذا في «الهداية» و «العناية»، وضمه في «فتح القدير» مع أبي حنيفة، وأفرد قول محمّد بالذكر، ثم قال إن ضم أبي يوسف مع محمّد.. قول مرجوع عنه لأبي يوسف، ولا ينبغي مثله أن يفعل، إلا أن يقرن بالبيان، فيقال: «في قوله الأول مثلاً»، وإلّا.. أوهم أن ينسب إليه الآن ما ليس هو قائلاً به. انتهى.

فعلى هذا: الأولى أن يضم قول أبي يوسف مع أبي حنيفة.

(وما) - نافية - أي: ليس **(لأمّ ولد تقوُّم)** عند أبي حنيفة؛ لأن التقوم بالإحراز للتموّل، وهي محرزة للنسب قصداً لا للتمول، وإنما التمول تابع له، حتى لا تسعى لغريم، ولا لوارث.

(فلا يضمن موسر أعتق نصيبه منها)؛ لأن مبنى الضمان على المالية، ولا مالية عنده.

(وعندهما: هي متقومة)؛ لأنها منتفع بها كسباً، ووطئاً، وإجارةً واستخداماً بالاتفاق، وكلّ ما كان كذلك.. فهو متقوم، وبامتناع بيعها.. لا يسقط تقومها كما في

فَيَضْمَنُ حِصَّةَ شَرِيكِهِ مِنْهَا.

المدبر؛ فإنه متقوم مع امتناع بيعه، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت.. فعليها السعاية، ولولا تقومها.. لم يكن كذلك؟ إلا أن قيمتها ثلث قيمتها قنة؛ لفوات منفعة البيع، والسعاية بعد الموت، بخلاف المدبر [٥٣٠/ب]؛ لأن الفائت فيه منفعة البيع فقط.

أما السعاية والاستخدام.. فباقيان، (**فيضمن حصة شريكه منها**)؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

والجواب: أنها لما لم تكن متقومة؛ لعدم الإحراز للتمول.. لم تكن مضمونة أصلاً.

والقياس على المدبر: فاسد؛ لأن المدبر محرز للتمول حتى يتعلّق به حق الغرماء.

وأمّ ولد النّصراني ليست متقومة، وإلزام السّعاية فيها ليس لتقومّها، بل للضرورة؛ إذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له، ولا إخراجها عن ملكه مجاناً؛ لأن ملكه صحيح.. فأنزلت مكاتبته عليه على قيمتها.

فإن قيل: إنّ بدل الكتابة يقتضي التقوم.

قلنا: لا يفتقر بدل الكتابة على التقوم؛ لأنه في أصله بمقابلة ما ليس بمتقوم وهو فكّ الحجر، ولو سلّم.. فالأمور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في محلّها من تلك الضرورة.

أو نقول: هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها، والحكم المتعلق بها.. يبتنى على اعتقاده؛ كما في مالية الخمر، وإنّ ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها.. كان مضموناً عليها وإن لم تكن متقومة.

واعلم: أن الأصل المذكور؛ أعني: تقوم أمّ الولد عنده، وعدم تقوّمها عندهما.. يبتنى عليه عدة من المسائل:

أحدها: ما ذكره المصنف، أعني: إن كانت جارية بينهما وولدت ولداً فادعياه فأعتق أحدهما نصيبه منها وهو موسر.. لا يضمن عنده؛ لعدم تقومها، وعندهما: يضمن نصف قيمتها؛ لتقومها عندهما.

والثانية: أمّ الولد إذا ولدت ولداً وهي بين اثنين فادّعاه أحدهما.. يثبت نسبه منه وعتق، ولا يضمن من قيمته شيئاً لشريكه عنده.

وعندهما: يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسراً، وإن كان معسراً.. استسعى الولد في النصف.

ومنها: أمّ الولد المشتركة بين اثنين، إذا مات أحدهما.. لا تسعى للآخر عنده، وتسعى عندهما في نصف قيمتها.

ومنها: لو غصب أمّ الولد غاصب، فماتت في يده.. لا يضمنها عنده، ويضمن عندهما.

وذكر في «فتح القدير»: عن «الرّقيات»: يضمنها عنده أيضاً بالغصب؛ كما يضمن عنده الصبي الحرّ بالوضع في مسبعة فافترسه السبع؛ لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب؛ كما لو قتلها؛ حيث يضمن بالاتفاق.

ومنها: أنه لو باعها وسلّمها فماتت في يد المشتري.. لا يضمن عنده، ويضمن عندهما.

ومنها: أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، ثم ماتت الأم عند المشتري، فادّعى البائع الولد.. صح، وعليه أن يرّد جميع الثمن عنده، وعندهما يحبس ما يخصّ الأم من الثمن ويرد حصّة الولد، كذا في «غاية البيان» و«فتح القدير».

* * *

(بَابُ الْعِتْقِ الْمُبْهَم)

رجلٌ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعبُدٍ قَالَ لاثْنَيْنِ عِنْده: أَحَدكُمَا حرٌّ، فَخرجَ أَحدُهمَا وَدخلَ الآخرُ، فَأَعَادَ القَوْلَ، ثمَّ مَاتَ مِن غيرِ بَيَانٍ.. عتقَ ثَلَاثَةُ أَربَاعِ الثَّابِتِ، وَنصفُ الْخَارِجِ، وَكَذَا نصفُ الدَّاخِلِ.

(بَابُ العِتْقِ المُبْهَم)

وهو أيضاً من عتق البعض، إلا أن الأول في بعض الواحد، وهذا في بعض المتعدد، فنزل الأول من هذا منزلة الجزء من الكلّ؛ لأن الأوّل في عتق بعض ما هو بعض لهذا، وهو الواحد.. فقدم عليه.

(رجل له ثلاثة أعبد قال لاثنين) اللذين كانا **(عنده: أحدكما حرّ فخرج أحدهما ودخل الآخر، فأعاد القول)** [٥٣١/أ]، وقال: أحدكما حر، فهذه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبيّن العتق قبل الموت.

والثاني: أن يموت العبد قبل البيان.

والثالث: أن يموت المولى قبل بيانه، وهي مسألة الكتاب على ما أشار إليه بقوله: **(ثم مات)**، أي: المولى **(من غير بيان.. عتق ثلاثة أرباع الثّابت)**، وهو الذي أعيد عليه الكلام، **(ونصف الخارج)**، هذا: والأوّل بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه على ما صرّح به في «فتح القدير» وغيره.

(وكذا نصف الداخل)، أي: عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

فإن قيل: قد تقدم أن العتق لا يتجزأ عند صاحبيه، فكيف يصحّ القول منهما بعتق ثلاثة الأرباع من الثابت في الأول، ونصف الخارج في الثاني منهما، ونصف الداخل في الثالث عن أبي يوسف؟!

أجيب: بأن عدم التجزؤ إذا كان المحلّ معلوماً.. ممكن، وأما إذا كان مبهما.. فليس بممكن، بل التجزؤ والانقسام ضروريّ.

وردّ بأنا لا نسلم ضرورة الانقسام؛ لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: ربعُهُ.

ذكر من ثلاثة الأرباع والنّصف.. لا يستقرّ في الرق، بل يسعى في باقيه حتّى يخلص كلّه حرّاً، فيمكن أن يقول: يعتق جميع كل واحد عندهما، ويسعى في ذلك القدر فيتّحد الحاصل على قولهما وعلى قول أبي حنيفة، غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده، وعندهم يسعون وهم أحرار.

إذ الحاصل: أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد منهم مجّاناً لا أن يعتق بعض من كل واحد منهم فقط، ثم يتأخر عتق الباقي إلى أداء السعاية.. فلا يلزمهما مخالفة أصلهما.

ودفع هذا: بأنه لو عتق الكلّ عن كل واحد منهم ابتداءً، ثم يسعى وهو حرّ.. لزم أن يكون موجب قول المولى: «أحدكما حرّ».. إعتاق الاثنين، وهو باطل، بل لفظة «أحدكما» لا تؤدي معنى «كلاكما».

(وقال محمد: ربعه)، أي: ربع الدّاخل.

بيانها: **أما الخارج:** فلأن الإيجاب الأول أوجب عتق رقبة، وهو دائر بين الثابت والخارج، فليس أحدهما أولى به من الآخر.. فيتنصّف بينهما، والإيجاب الثاني كذلك، وهو دائر بين الثابت والداخل.. فيتنصّف بينهما أيضاً لعدم الأولوية، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الأول نصفه، فكان ما أصابه بالإيجاب الثاني من النصف شائعاً في نصفه، فما أصاب المستحق بالإيجاب الأوّل.. صار لغواً، وما أصاب الفارغ.. ثبت، فحصل له الربع، فتم له ثلاثة الأرباع؛ ولأنه لو أُريد بالإيجاب الثاني الثابت.. يعتق نصفه الباقي، ولو أريد به الداخل.. لا يعتق هذا النصف الباقي، فيتنصّف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأوّل.

وأما الداخل: فمحمّد يقول: لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع.. فكذلك نصيب الداخل، وهما يقولان: إنه دائر بينهما فيتنصّف بينهما؛ لعدم الأولوية، وإنما نزل [٥٣١/ب] الثابت إلى الربع؛ لاستحقاقه بالإيجاب الأوّل على ما ذكرناه، ولا استحقاق للداخل من قبل.. فثبت فيه النصف.

وَلَو قَالَ فِي مَرضِهِ وَلم يُجزِ الْوَارِثُ. جُعِلَ كلُّ عبدٍ سَبْعَةً؛ كسهامِ الْعتْقِ،

هذا، **وأما الوجه الأول:** وهو أن يبين قبل موته؛ فإذا بيّن العتق بالإيجاب الأوّل في الثابت.. عتق الثابت وبطل الإيجاب الثاني؛ لأنه حينئذ جمع بين حرّ وعبد، وقال: أحدكما حرّ إنشاء في المبهم الدائر بينهما، ولا يمكن ذلك، إلا إذا كان كل منهما محلاً لحكمه، والحر ليس بمحلّ له.. فبطل إنشائيته، وصار خبراً بأن أحدهما حرّ وهو الثابت، فلا يقيد في الداخل عتقاً، وإن بيّن بالإيجاب الأول في الخارج.. عتق الخارج ويؤمر ببيان الإيجاب الثاني، ويعتق به من عينه، وإن بدأ بالإيجاب الثاني، وقال: عنيت بالكلام الداخل.. عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الأوّل، وإن قال: عنيت بالكلام الثاني الثابت.. عتق الثابت به وتعيّن الخارج للكلام الأوّل فيعتق به، ولا يبطل؛ لأن وجوده كانا رقيقين.

وأما الوجه الثاني: وهو أن يموت أحد العبيد قبل بيان المولى.. فالموت بيان.

فإن مات الخارج.. تعيّن الثابت للعتق بالإيجاب الأول، لزوال المزاحم، وبطل الإيجاب الثاني لما مر من أنه جمع بين حرّ وعبد.

وإن مات الثابت.. تعيّن الخارجُ بالإيجاب الأول، والداخلُ بالإيجاب الثاني؛ لأن الثابت هو المزاحم لها ولم يبق.

وإن مات الداخل.. أمر ببيان الأوّل؛ فإن عيّن به الخارج.. عتق والثابت أيضاً بالإيجاب الثاني، وإن عيّن به الثابت.. بطل الإيجاب الثاني لما مرّ، كذا في «فتح القدير».

(ولو قال) هذا القول **(في مرضه)** الذي مات منه **(ولم يجز الوارث)**؛ لأنه لو أجاز.. فالجواب كما إذا كان في الصحة.. يعتق من كل واحد ما عتق، ويسعى في الباقي، وكذا الجواب إذا لم يجز الوارث، ولكنهم يخرجون من ثلث المال.. فمسألة الكتاب فيما إذا لم يجز الورثة ولم يخرجوا من ثلث المال، بل كلّ ماله هو العبيد الثلاث، ولا مال له سواهم (.. **جعل كل عبد سبعة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ **(كسهام العتق)**؛ لأنا لو جمعنا سهام العتق على قولهما.. يبلغ سبعة؛ لأنا نجعل كل

وَعَتَقَ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةٌ وسعى فِي أَرْبَعَةٍ، وَمِن كلٍّ مِنَ الأخيرين: اثْنَانِ وسعى كلٌّ مِنْهُمَا فِي خَمْسَةٍ.

وَعند مُحَمَّدٍ: يَجْعَل كلَّ عبدٍ سِتَّةً؛ كسهامِ الْعتْقِ عِنْدَهُ، ويَعتِقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةٌ وَيسْعَى فِي ثَلَاثَةٍ، وَمِنَ الْخَارِجِ اثْنَانِ وَيسْعَى فِي أَرْبَعَةٍ، وَمنَ الدَّاخِلِ وَاحِدٌ وَيسْعَى فِي خَمْسَةٍ.

رقبة أربعة ليخرج ثلاثة الأرباع من الثابت وربعان من كلّ من الداخل والخارج.. فصار مجموع الأرباع سبعة وهو سهام عتقهم على قولهما.

والعتق في مرض الموت: وصية، ومحلّ نفاذ الوصية: هو الثلث، والفرض أنه لا مال له سواهم.. فلا بدّ أن يجعل سهام الورثة ضعف سهام الوصية، أعني: الثلثين، فيجعل كلّ رقبة على سبعة أسهم ليخرج سهام العتق من الثلث، فجميع المال بلغ إحدى وعشرين.

(وعتق من الثابت ثلاثة) أسهم من سبعة أسهم **(وسعى في أربعة)**، عتق **(من كلّ من الأخيرين)**، أي: الداخل والخارج **(اثنان)** من سبعة **(وسعى كل منهما في خمسة)**، هذا عندهما.

(وعند محمّد: يجعل كلّ عبد ستة كسهام العتق [٥٣٢/أ] **عنده)**؛ لأنه يعتق من الثابت ثلاثة أرباع، ومن الخارج ربعان، ومن الداخل ربع.. فالمجموع ستة وهو سهام عتقهم عنده؛ فإذا كان الثلاث ستة.. كان جميع المال ثمانية عشر.

(ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة، ومن الخارج: اثنان ويسعى في أربعة، ومن الداخل واحد ويسعى في خمسة) فكان نصيب السّعاية وهو نصيب الورثة: اثني عشر عنده.

وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف: فكان نصيب السعاية أربعة عشر على ما مرّ آنفاً.

وَلَو طلَّقَ كَذَلِكَ قبلَ الدُّخُولِ ....

فإن قيل: ينبغي أن يعتقوا بلا لزوم سعاية عليهم أصلاً، أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما.

لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما.

قلنا: إن الإعتاق إنّما لا يتجزأ عندهما إذا صادف محلاً معلوماً، وأما إذا كان بطريق التوزيع والانقسام.. فلا؛ لأن ثبوته حينئذٍ بطريق الضرورة، وقد ذكرناه من قبل بحيث لا مزيد عليه.

(**ولو طلق كذلك قبل الدخول**)، وذلك بأن كان له ثلاث نسوة ولم يدخل بواحدة منهن، فدخلت عليه اثنتان منهن، فقال: إحداكما طالق، ثم خرجت إحداهما ودخلت الثالثة، فقال: إحداكما طالق، فهو على ثلاثة أوجه؛ كما مر في مسألة العتق:

أحدها: أن يكون الزوج حيّاً والنسوة أحياء.. فحينئذٍ يؤمر الزوج بالبيان ولكل من النسوة المخاصمة؛ فإن بيّن الطّلاق الأول في الخارجة.. صح، وعليه بيان الطّلاق الثاني، وله الخيار في تعيين الثانية، أو الداخلة بالثاني، وإن بينه في الثانية لغى الكلام الثاني؛ لأنه جمع بين أجنبية ومنكوحة؛ لأنه لا عدة عليها في هذا الطّلاق؛ لكونه قبل الدّخول، فتكون أجنبية حين وقع.

وإن بيّن الطلاق الثاني في الداخلة.. كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الأول.

وإن بيّنه في الثابتة.. طلقت، وطلقت الخارجة أيضاً بالأول.

وثانيها: أن تموت إحدى النسوة قبل بيان الزوج وهو حيّ.. فحينئذٍ يكون الموت بياناً؛ **فإن** ماتت الثابتة.. طلقت الخارجة بالأوّل والداخلة بالثاني؛ لأن الثابتة: هي المزاحمة لها، وقد زالت كما مر في العتاق، ولكل واحدة منهما على الزوج ثلاثة أرباع المهر.

وإن ماتت الداخلة.. كان عليه بيان الكلام الأول؛ فإن بيّنه في الخارجة.. طلقت

وَمَاتَ بِلَا بَيَانٍ.. سقطَ ثَلَاثَةُ أَثمانِ مَهرِ الثَّابِتَةِ، وَربعُ مهرِ الْخَارِجَةِ، وَثُمُنُ مهرِ الدَّاخِلَةِ بالِاتِّفَاقِ، هُوَ الْمُخْتَارُ.

الثابتة أيضاً بالكلام الثاني؛ لزوال المزاحم بالموت وهي الداخلة وإن بينه في الثابتة.. لم تطلق الخارجة.

وإن ماتت الخارجة.. طلقت الثابتة دون الداخلة؛ لأن الثابتة تعينت بالطلاق الأوّل لزوال المزاحم وهي الخارجة، وبطل الطلاق الثاني؛ لأنه جمع بين أجنبية ومنكوحة.

وثالثها: وهو أن يموت الزوج قبل البيان، وإلى حكم هذا القسم أشار بقوله: (**ومات بلا بيان.. سقط ثلاثة أثمان مهر الثابتة**) ووجب لها على الزوج خمسة أثمان؛ كما عتق من العبد الثابت ثلاثة أرباعه على ما مرّ.

(**وربع مهر** [٥٣٢/ب] **الخارجة**) ووجب لها ثلاثة أرباعه.

(**وثمن مهر الداخلة**) ووجب لها سبعة أثمانه (**بالاتفاق، وهو المختار**).

وأعلم: أنّ هذه المسألة من مسائل «الزيادات»، احتج بها محمّد على أبي حنيفة وأبي يوسف بطريق المناقضة: بأنّ ربع مهر الخارجة إنما سقط في هذه المسألة، لما وقع بينها وبين الثابتة من طلاق قبل الدخول؛ فإن الطلاق قبل الدّخول يوجب سقوط نصف المهر.. فوزع ذلك النصف السّاقط بينهما؛ لعدم أولوية إحداهما بسقوطه من الأخرى، فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع المهر بالطلاق الأوّل على ما هو مقتضى تقسيم النصف بين الاثنين، والطلاق الثاني صحيح **يوجب سقوطه في حال**: وهو أن يراد بالكلام الأوّل: الخارجة، **ولا يوجب سقوطه في حال**: وهو أن يراد به الثابتة؛ لأنه حينئذ يصير جامعا بين أجنبية ومنكوحة؛ لأنه لا عدة في الطلاق قبل الدخول.. فيتنصف ذلك النصف عملاً بالدّليلين، ويثبت به سقوط الربع موزّعاً بينهما، فيسقط به ثمن مهر الداخلة، ومثله من مهمل الثابتة، فيضم هذا الثمن إلى ما سقط مع الأول.. فيتم لها ثلاثة أثمانه؛ فإذا ثبت.. سقط ثمن مهر الداخلة في هذه المسألة - لزم مثله في مسألة العتق أيضا فيعتق ربع الداخل -

لأن الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع؛ لأن الساقط به نصف المهر، والثمن هو ربع النصف، فكيف يصّح القول بإعتاق نصف الداخل على ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف؟!

فلا بد من الفرق بين المسألتين، ومن هنا اختلف المشايخ:

فمنهم من قال: إنّ هذا قول محمد خاصّة، وأما عندهما: فيسقط ربع مهر الداخلة؛ كعتق نصف الداخل لا الثمن، فلا يتم به حجة محمّد عليهما.

ومنهم من قال: بل هو قولهما أيضاً، واختاره المصنف؛ حيث قال: وهو المختار.

فعلى هذا القول: لا بد من بيان الفرق لهما بين مسألة العتق ومسألة الطلاق، فتحقيق الفرق بينهما: أنّ الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الدّاخل، وهو ظاهر لا إشكال فيه، وكذا في حق الثاني.

أما على قول أبي حنيفة.. فظاهر؛ لأنه عتق نصفه وهو يقول يتجزؤ العتق، ومعتق البعض: كالمكاتب، والمكاتب محلّ للعتق.. فصحّ اللفظ الثاني بالنسبة إلى الثابت أيضاً من كل وجه؛ لأنه دار بين المكاتب والعبد، إلا أنه أصاب الثابت منه: الربع، والداخل: النصف على ما ذكرناه، بخلاف الطلاق؛ لأنه ليس بين كون المرأة محلاً للطلاق وغير محلّ له واسطة؛ لعدم التجزؤ فيه بالاتفاق، والطلاق المذكور: قبل الدخول.. فلا عدّة فيه، فلزم كون الإيجاب الثاني فيه دائراً بين كونه موجباً لسقوط النصف، وكونه غير موجب شيئاً؛ لأن المرأة الخارجة:

إن كانت هي المرادة بالطلاق الأول.. كانت الثانية منكوحة؛ فيصح الإيجاب الثاني، فيوجب سقوط النصف [٥٣٣/أ].

وإن كانت المرادة بالطّلاق الأوّل: هي الثابتة.. كانت الثابتة أجنبيّة، فيلغو الإيجاب الثاني؛ لأنه جمع بين المنكوحة وغير المنكوحة؛ فجعل الثابتة أجنبيّة من

وَالْبيعُ بَيَانٌ فِي الْعتْقِ الْمُبْهمِ، وَكَذَا الْعَرَضُ على البيعِ، ....

وجه دون وجه، فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه، فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعاً على ما مرّ آنفاً.

وأما على قول أبي يوسف وهو لا يقول يتجزؤ الإعتاق.. فلأن الثّابت دائر بين أن يكون حرّاً وبين أن يكون عبداً، فكان كالمكاتب، والمكاتب محلّ للعتق إلى آخر ما ذكرنا لأبي حنيفة.

ومن العتق المبهم: قوله لعبديه: هذا حرّا أو هذا؛ فإن «أو» لأحدهما غير عين، فيجبر على البيان اتّفاقاً، بخلاف ما لو قال: هذا حرّ، و«هذا» مشيراً إلى عبده ودابّته؛ فإن هذا الكلام لغو عند أبي يوسف ومحمد.. فلا يعتق العبد، ويجعل مجازاً عن التعيين عند أبي حنيفة، فيعتق العبد، ويلغو ذكر الدابة على ما بين في «الأصول».

ثم شرع في ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم، فقال: **(والبيع بيان في العتق المبهم)**، أطلقه فشمل: البيع الصحيح والفاسد، مع القبض وبدونه على ما صرّح به في «العناية».

والذي ظهر من «فتح القدير»: اشتراط القبض في الفاسد، وشمل أيضاً: البيع المطلق عن خيار، والمقيد بشرط الخيار لأحد العاقدين.

صورته: أنه لو قال لعبديه: أحدكما حرّ، فباع أحدهما.. تعين الآخر للعتق؛ لأنه بالبيع لم يبق محلاً للعتق من جهته، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن، وذلك ينافي العتق، وهذا لأنه تصرّف مختص بالملك، ومقتضى العتق: الخروج عن الملك، فتنافيا.

والرّهن والهبة والصّدقة والإيجار والإيصاء: في معنى البيع في الاختصاص بالملك، فيصلح بياناً للعتق المبهم.

(وكذا العرض على البيع) على ما حفظ عن أبي يوسف.

وَالْمَوْتُ، ....

روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه إذا داوى أحدهما.. كان بياناً لتعيين العتق في الآخر، وهذا لأنه يدلّ على قصده استيفاء ملكه فيما تصرّف فيه - كما في البيع - فيصح بياناً للمبهم في الآخر.

(والموت)؛ أي: موت أحد العبدين قبل بيان المعتق: بيان لتعيين العتق المبهم في الآخر الحي؛ لأنه بالموت لم يبق محلاً للعتق أصلاً.

وأورد عليه من وجهين:

أحدهما: ما لو اشترى أحد العبدين وسمّى ثمن كلّ منهما على أنه بالخيار.. يأخذ أيّهما شاء، فمات أحدهما؛ حيث يتعين للبيع الميت لا الحي، مع أنّ بالموت لم يبق محلاً للبيع كما لم يبق محلاً للعتق.

وثانيهما: ما إذا قال لأمتيه: إحدى هاتين بنتي أو أمّ ولدي، ثم ماتت إحداهما.. لا تتعين الحيّة للحرية، ولا للاستيلاد.

وأجيب: عن الأول: بالفرق؛ بأن عند إشراف إحدهما على الموت.. تعين البيع فيه لتعذّر ردّه كما قبضه؛ فإنه لا يخلو عن مقدمة تعيب؛ فإنما تعين هو للبيع حيّاً لا ميتاً، ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت، فلو عتق.. كان بعد الموت، فامتنع [٥٣٣/ب]، فمات رقيقاً؛ لعدم موجب النقل، فتعين الآخر للعتق.

وعن الثاني: بأن هذا اللفظ ليس بإنشاء وإيقاع بصيغته بل هو إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحيّ، فلا يتعين أحدهما بذلك، فيرجع فيه إلى بيان المولى.

وأما فيما نحن فيه: فإنما يتعين الحي للحرية بموت الآخر؛ لأن البيان قائم ههنا بوصفيه: وصف كونه إنشاء، ووصف كونه إظهاراً وقد تقرر: أنّ البيان لا يصح إلّا في محلّ يحتمل الإنشاء، والميت لا يحتمل الإنشاء، فتعين الحي للعتق ضرورة.

وإنما قلنا: «إن البيان قائم بوصفيه»؛ لأن قوله: أحدكما حرّ.. لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه، حتّى قيل فيه: العتق غير ثابت، فبالنظر إلى هذا.. يكون البيان

والتحريرُ، وَالتَّدْبِيرُ، وَالِاسْتِيلَاد، وَالْهِبَةُ وَالصَّدقَةُ مسلَّمَتَينِ.

إنشاء، ومن حيث إن العتق لا يتجاوزهما.. كان البيان إظهاراً. كذا في «العناية». وسنزيد عليه إنشاء الله تعالى.

(والتحرير)؛ أي: بالتحرير المعين بعد العتق المبهم، وذلك بأن يقول: «اخترت أن يكون هذا حرّاً» بذلك اللفظ الذي قلته، أو يقول: «أنت حر بذلك العتق، أو أعتقتك بذلك العتق، أو بالعتق الأوّل» فتعيّن، هو، ولا يعتق الآخر.

وأما إذا اقتصر على قوله أنت حرّ، ثم قال أردت به ذلك العتق الأول.. فإنه يصدق قضاء، فلا يعتق الآخر.

ولو لم يقل شيئاً.. عتق هو والآخر معاً؛ لأن هذا عتق آخر؛ فكان كالموت، فتعين الآخر للعتق بالإعتاق الأول. كذا في «فتح القدير».

(والتدبير) بأن قال لأحدهما: أنت حر بعد موتي بعد العتق الأول، وهذا لأن بالتحرير والتدبير لم يبق محلاً للعتق من كل وجه، فتعين الآخر للعتق الأول.

(والاستيلاد)؛ أي: وطئ إحداهما: فعلقت منه؛ لأنها صارت أمّ ولد له.. فتعيّنت الأخرى للعتق؛ لأنها لم تبق محلّة للعتق الأول من كلّ وجه كالمدّبر، ولأنه قصد إبقاءها للانتفاع بها إلى الموت، وذلك ينافي العتق الخالي.

وإنما قلنا: «فعلقت»؛ لأن الوطء غير المعلق ليس ببيان عند أبي حنيفة على ما سيأتي ذكره.

(والهبة والصدقة مسلّمتين)، واشتراط التسليم فيهما اختيار صاحب «الهداية».

وقال في «الكافي»: التسليم ليس بشرط؛ لأن الإقدام عليها دليل على إبقائه في ملكه؛ لأن هذا تصرف لا يصح إلّا في الملك، فلا يتوقف دلالته على القبض والتسليم.

وفي «فتح القدير»: قالوا: ذكر القبض والتسليم للتوكيد لا للاشتراط؛ لما في «المبسوط» و«المحيط» وغيرهما: أنّ البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك.

ويؤيده ما مرّ: من أنّ العرض على البيع بيان؛ إذ ليس فيه خروج عن الملك مع أنه بيان فقد الهبة، والصدقة أولى منه.

هذا كلّه في العتق المنجز المبهم.. فهل يكون الأمر كذلك في العتق المعلّق المبهم؟

فقال في «فتح القدير»: وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز.. يقع به في العتق المبهم المعلق أيضاً؛ كإن قال: إذا جاء زيد.. فأحدكما حرّ؛ فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرّف فيه بإزالة الملك بالبيع ونحوه، ثم جاء زيد [٥٣٤/أ].. عتق الباقي عنده، بخلاف ما لو قال قبل الشرط: اخترت أن يعتق فلان، ثم وجد الشّرط.. فإنه يعتبر؛ لأنه اختيار قبل وقته؛ كما لو قال: أنت حرّ إن دخلت هذه الدار أو هذه، ثم عيّن أحدهما للحنث.. لا يصح تعيينه.

ولو باع أحدهما أو كلاهما، ثم اشتراهما، ثم جاء زيد.. ثبت حكم العتق المبهم، فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان؛ لأن زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها انتهى.

واعلم: أن الجهالة في العتق لا تخلو؛ **إما** أن تكون أصلية، وذلك بأن أضيفت الصيغة ابتداء إلى واحد غير معين.

وإما أن تكون طارئة، وذلك بأن أضيفت الصيغة ابتداء إلى واحد معيّن، ثم نسيه.

فإن كانت الجهالة أصلية.. فصاحبه المزاحم له لا يخلو؛ إما أن يكون محتملاً للإعتاق أو لا يكون محتملاً له، والمحتمل لا يخلو من أن يكون ممن ينفذ الإعتاق فيه، أو ممن لا ينفذ الإعتاق فيه؛ فإن كان محتملاً للإعتاق وهو ممن نفذ إعتاقه فيه؛ كقوله لعبديه: أحدكما حرّ.. فاختلفوا في كيفيته:

فمنهم من يقول: إن العتق لا يثبت به قبل الاختيار، بل معلّق بالبيان كما في سائر المعلّق بالشّرط، ونسبوا هذا القول إلى أبي يوسف وإلى أبي حنيفة أيضاً.

ومنهم من يقول: إنه تنجيز العتق في غير المعين في الحال، واختيار العتق في أحدهما بالبيان إظهار، ونسبوا هذا القول إلى محمد.

ومما يدلّ على هذا الخلاف: أنه لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق.. أن العدة تعتبر من وقت الاختيار عند أبي يوسف، مع أن العدة إنما تجب من وقت وقوع الطّلاق، فدلّ: أن الطلاق لم يكن واقعاً قبل الاختيار.

وعند محمد: تعتبر العدة من وقت الكلام السّابق، فدل هذا: على أن الطلاق قد وقع من حين وجود الكلام.

ومن الاختلاف المذكور قال بعض مشايخنا: إن بيان العتق تنجيز، وقال بعضهم: إنه إظهار، وقال بعضهم: إنه تنجيز من وجه، تعليق من وجه.

وممّا يدل على أنه تنجيز: ما قالوا: إن للمولى أن يستخدمهما ويستعملهما قبل اختيار أحدهما.

وإن كان ممن لا ينفذ إعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد غيره، وقال: أحدكما حرّ.. لا يعتق عبده إلا بالنية؛ لاحتماله كلاً منها، وإن كان المزاحم له ممّا لا يحتمل الإعتاق؛ كما إذا جمع بين عبد وبهيمة أو حائط، وقال: أحدكما حرّ.. فعند أبي حنيفة: يعتق عبده بلا نية، وقالا: يتوقف على النية.

وإن كانت الجهالة طارئة: والكلام فيه في موضعين: الأول: في كيفيته، والثاني: في أحكامه.

فالأول: أنه لا خلاف بعتق أحدهما قبل البيان، والبيان فيه إظهار بالاتفاق.

والثاني: ضربان: ضرب في حياة المولى، وضرب بعد موته.

أما الأوّل.. فالولّي يمنع عن وطئهن واستخدامهنّ، والحيلة في جواز وطئهنّ له أن [يعقد عليهن عقدة النكاح.. فتحل له الحرة منهن بالنكاح، والرقيقة بملك اليمين]، ويأمره القاضي بالبيان؛ فإن امتنع.. حبسه إلى أن يبيّن، وإذا ادّعى كلّ منهن

وَفِي الطَّلَاقِ الْمُبْهِمِ هُوَ وَالْمَوْتُ بَيَانٌ.

أجيب: باختيار كلّ من الشقين: **بأن يقال:** إن العتق نازل في المنكّرة فيظهر في حقّ حكم تقبله كالبيع؛ فإن المنكّر يقبله بأن اشترى أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما.. فإنه يصح، والوطء لا تقبله المنكّرة؛ لأنه أمر حسّي لا يقع إلا في المعين، ووطء غير المعين غير ممكن، فلا يكون وطء المعين بياناً في الأخرى.

وبأن يقال: إن العتق غير نازل قبل البيان؛ لتعلقه بالبيان؛ كالعتق المعلق بدخول الدار مثلاً فإنه غير نازل قبل الدخول، فلا ينزل هذا أيضاً قبل الشرط وهو البيان، فلا يلزم إهمال اللفظ عن مدلوله كما في صريح التعليق.

ولو قال إحداكما مدبرة، ثم وطء إحداهما.. لا يكون بياناً بالاتفاق؛ لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع، بخلاف العتق.

وهل تكون مقدمات الوطء بياناً في العتق؟

ففي «البحر»: أنه لو قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها بشهوة.. لا يكون بياناً، ثم قال نقلاً عن «المحيط»: وهو على الخلاف السابق.

(وفي الطلاق المبهم) بأن قال لامرأتيه: إحداكما طالق **(هو)**؛ أي: الوطء **(والموت بيان)**؛ أما الموت: فلأن الميت لم يبق محلّاً للطلاق، فتعين الأخرى كما في العتق.

وأما الوطء: فلأن المقصود الأصلي من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدلّ على استبقاء الملك في [٥٣٥/أ] الموطأة صيانة للولد، بخلاف الأمة؛ فإن المقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد، فلا يدل على الاستبقاء.

وتحقيقه: أنّ الوطء لا يقع إلّا في الملك صيانة لمائه وحملاً له على الصّلاح، فيلزمه بالضرورة أن يكون بياناً وقد، عمل عمله في الطّلاق لعدم المانع، ولم يظهر عمله في العتق لمانع، على ما ذكرناه. فهذا على طريقة تخصيص العلّة، والمخلص معروف في الأصول.

والوطءُ لَيْسَ بِبَيَانٍ فِيهِ، خلافاً لَهما.

ولا بنية وجحد المولى.. استحلفه [٥٣٤/ب] القاضي لكلّ واحد منهما؛ فإن نكل لهما عتقا، وإن حلف لهما.. أمر بالبيان؛ لأن حرّية أحدهما لا ترتفع باليمن؛ فإن حلف للأوّل.. عتق الّذي لم يحلف له، وإن لم يحلف.. له عتق هو، وإن كانا أمتين وحلف لهما.. يمنع من وطئها حتّى يبيّن بقوله، أو بأن يفعل، أو يقول ما يدلّ على البيان مما لا يصحّ إلّا في الملك من البيع والهبة والإعتاق.

وكذا إذا كانا أمتين فوطئ إحداهما.. عتقت الأخرى بلا خلاف.

وأما الثاني: فهو أن المولى إذا مات قبل البيان.. يعتق من كلّ منهما نصفه مجاناً، ويسعى كلٌّ بنصفه؛ كما في الجهالة الأصلية، وتفصيل هذا في «البحر» نقلاً عن «البدائع».

(والوطء) في الأمة **(ليس ببيان فيه)** للعتق عند أبي حنيفة **(خلافاً لهما)**؛ يعني: لو قال لأمتيه إحداكما حرة، ثم وطئ إحداهما.. لم تعتق الأخرى عنده، وتعتق عندهما؛ لأن الوطء لا يحلّ إلّا في الملك، وإحداهما حرة لا ملك فيها، فالوطء لا يحلّ فيها؛ فإذا وطئ إحداهما.. جعل مستبقياً للملك فيها ليقع الوطء حلالاً حملاً لأمره على الصّلاح؛ فإذا تعينت إحداهما للملك.. تعينت الأخرى للعتق.

ولأبي حنيفة: أن الملك قائم في كلّ منهما، فكان وطء كل منهما حلالاً، وإنما كان الملك قائماً فيهما؛ لأن إيقاع العتق إنما هو في المنكّرة، والوطء في المعينة، فكان محل إيقاع العتق غير محلّ الوطء، فيكون الملك في محلّ الوطء باقياً كما كان، فيكون الوطء فيه حلالاً، والوطء الحلال لا يكون بياناً؛ لأن كلّ واحدة منهما على هذه الصفة حتى حلّ وطؤهما عنده، إلا أنه لا يفتى بحلّه احتياطاً. على ما في «الهداية» و«العناية».

فإن قيل: العتق إما نازل أو لا؛ فإن كان نازلاً.. لا يجوز وطؤهما، وإن لم يكن نازلاً.. لزم إلغاء اللفظ عن مدلوله.

وَإِن قَالَ لأَمتِهِ: «أَوَّلَ ولدٍ تلدينَهُ ذكراً فَأَنتِ حرَّةٌ» فَولدت ذكراً وَأُنْثَى وَلم يُدرَ أَوَّلُهمَا.. فالذكرُ رَقِيقٌ، وَيَعتِقُ نصفُ كلٍّ مِنَ الْأُمِّ وَالْأُنْثَى.

والمُرَاد بالطّلَاقِ ههنا: هُوَ البَائِن بِأن قَالَ لِامْرَأَتَيه: إِحْدَاكُما طَالِق وَلَم يَدْخُل بِها، أو دَخَلَ، فَقَال: طَالِق، بَائِن أو ثَلاث، ثُمَّ وَطِئ إحداهما.. فإنها طلقت الأخرى.

وأما لو كان الطلاق رجعيّا.. لا يكون الوطء فيه بياناً لطلاق الأخرى؛ لأن وطء المطلقة الرجعية حلال.

وهل يثبت البيان في الطّلاق بمقدّمات الوطء؟

ففي «الزيادات»: لا يثبت.

وقال الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء.كذا في «فتح القدير».

وهل يثبت بالتطليق؟

ففي «البحر»: أنه لو طلّق إحداهما.. ينبغي أن لا يكون بياناً؛ لأن المطلقة يقع عليها الطّلاق ما دامت في العدّة، فلا يدل على أنّ الأخرى هي المطلّقة. انتهى.

أقول: هذا لا يتمشى في الطّلاق قبل الدّخول؛ إذ لا عدة فيه، ولا في المطلّقة الثلاث أيضاً.

(**وإن قال لأمته: أوّل ولد تلدينه ذكراً فأنت حرّة، فولدت ذكراً وأنثى ولم يدر أوّلهما.. فالذكر رقيق ويعتق نصف كل من الأم والأنثى**)؛ لأن كل واحدة منهما **تعتق في حال**: وهو ما إذا ولـدت الغـلام أوّلاً والجارية ثانياً؛ أما الأم: فبالشـرط، وأما الجارية: فبتبعية أمّها؛ لأن أمّها ولدتها حين كونها حرّة.

وترق في حال: وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً؛ لعدم الشرط.. فيعتق نصف كلّ واحدة وتسعى في النصف الآخر.

وأما الذكر: فيرق في الحالين، فلهذا يكون عبداً.

واعلم أنّ هذا الجواب كما ترى في «الجامع الصغير» من غير خلاف فيه، والمذكور لمحمّد في «الكيسانيات» في هذه المسألة: أنه لا يحكم بعتق واحد منهم؛

لأنّا لم نتيقّن بعتقه، واعتبار الأحوال بعد التيقن بالحرّية، ولا يجوز إيقاع العتق بالشك.

فعن هذا: حكم الطحاوي بأن محمّداً كان أوّلا مع أبي حنيفة وأبي يوسف، ثم رجع.

وقال في «النهاية» و«العناية»: قال في «المبسوط»: ذكر محمد في «الكيسانيّات» أنّ هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الجارية أولاً؛ فإن نكل.. فنكوله كإقراره، وإن حلف.. فكلهم أرقاء.

وأما جواب الكتاب؛ أي: المذكور في «الهداية» وهو المذكور في «الجامع الصغير» وفي هذا الكتاب أيضاً.. ففي فصل آخر وهو فيما إذا قال: «إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة، وإن كان جارية فهي حرّة» فولدتها، ولا يدري الأول.. فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم؛ لأنها إن ولدت الغلام أوّلاً.. فهي حرة والغلام رقيق، وإن ولدت الجارية أوّلاً [٥٣٥/ب].. فالجارية حرّة والغلام والأم رقيقان، فالأم تعتق في حال دون حال؛ فيعتق نصفها، والغلام عبد بيقين، والجارية حرة بيقين؛ إما بعتق نفسها، أو بعتق الأم. انتهى ما في «النهاية» و«العناية».

وفيه بحث؛ لأن هذا الجواب ليس الجواب المذكور في «الهداية» لأن في الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال كما ترى، وفي جواب «الهداية» - وهو المذكور في هذا الكتاب أيضاً - عتق نصف الجارية مع نصف الأمّ، فلا يصح قولهم.

وأما جواب الكتاب: ففي فصل آخر... إلى آخر ما ذكره، ثم قال في «النهاية»: الصحيح: ما ذكر في «الكيسانيّات»؛ لأن الشرط الّذي لم يتيقن بوجوده، وهو: ما إذا كان في طرف واحد من الوجود والعدم.. القول فيه: قول من ينكر وجود الشرط باليمين؛ كما إذا قال لعبده: إن دخلت الدار غداً فأنت حرّ، فمضى الغد، ولا يدرى

أنه دخل أو لا.. لا يعتق؛ لأنه وقع الشك في شرط العتق، فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو وِلادة الغلام أوّلاً.

وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم.. كان أحدهما موجوداً لا محالة.. فحينئذٍ يحتاج إلى اعتبار الأحوال كما في مسألة «الكيسانيّات».

فإن قيل: المفروض فيما نحن فيه تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر، فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع ثمه؟ فكيف يرجح ما ذكر في «الكيسانيات» من التحليف والنكول والعمل بموجبهما؟

أجيب: بأنه محمول على دعوى من خارجٍ حسبةً عتق الأمة أو بنتها؛ لوجود الشرط، وقد عرف أن الأمة لو أنكرت العتق وشهد به.. تقبل.

فعلى هذا: جاز أن يدعي رجل حسبة إذا لم يكن بينة ليحلف لرجاء نكوله.

فإن قيل: سلّمنا ذلك، لكن ترجيحه في الحقيقة إبطالٌ لقول أبي حنيفة وأبي يوسف، مع أنه لم يرو عنها رواية شاذة تخالف ذلك الجواب - أعني: المذكور في «الهداية» و«الجامع» وهذا الكتاب - واستدلال صاحب «النهاية» بأن الشرط الكائن في طرف واحد... إلخ منظور فيه؛ بأنّ ذلك في الشرط الظاهر كالصوم والصّلاة ودخول الدار، لا الخفي كالمحبة ونحوها، فيجوز أن تكون الولادة من الأمور الخفية، فالشك فيها يوجب اعتبار الأحوال، فتعتق نصف الأم كما في «الجامع» و«الهداية».

قلنا: جعل الولادة من الأمور الخفية - كمحبة القلب - لا يصّح؛ لأن المراد بالأمور الظاهرة: ما يمكن اطلاع الغير عليه، وبالخفية: ما لا يمكن اطلاع الغير عليه، ولا شك أن الولادة مما يمكن الاطلاع عليها، ولهذا قالوا: لا يقبل قول المرأة في الولادة، ولو كانت كالمحبة.. لقبل قولها.

واعلم: أن الوجوه في مسألتنا: ستة، على ما فصّلوها في شروح «الجامع الصغير»:

أحدها: أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أوّلاً وهو المذكور في الكتاب، وجوابه: ما ذكر فيه أيضاً؛ من أن الغلام رقيق ونصف الجارية والأم.

والثاني: أن تدّعي [٥٣٦/أ] الأم أن الغلام هو المولود أوّلاً وأنكر المولى ذلك والجارية صغيرة.. فالقول قوله مع يمينه بالله ما يعلم أن الغلام ولد أوّلاً؛ لأنه ينكر شرط العتق؛ فإن حلف.. لم يعتق واحد منهم، وإن نكل.. عتقت الأمّ والجارية تبعا لها؛ لأن دعوى الأم حرية الصّغير معتبر في ضمن دعوى حرية نفسها؛ لكونها نفعاً محضاً له مع ثبوت ولايتها عليه في الجملة، وعجز الصغير عن دعواها عن نفسها، فاعتبر نكولها في حق حريتهما فعتقتا.

والثالث: أن تدعي الأم أنّ الغلام ولد أوّلاً والجارية كبيرة ولم تدع شيئاً من الحرية لنفسها وقد ادعت الأم تقدم الغلام وأنكر المولى، فحلف، فنكل.. عتقت الأم - بنكول المولى - دون الجارية؛ لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة، وصحة النكول تبتنى على الدعوى، فلم يظهر في حق الجارية.

والرّابع: أن تدعي الجارية تقدم الغلام وهي كبيرة والأم ساكتة.. تثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم؛ لأن صحة النكول تبتنى على الدعوى.

والخامس: أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولاً.. فحينئذٍ لا يعتق واحد منهم؛ لعدم شرط العتق.

والسادس: أن يتصادقوا أن الغلام ولد أوّلاً.. فالأم تعتق لوجود شرط العتق، وكذلك الجارية تبعاً للأم، والغلام عبد؛ لأنه قد انفصل عن الأم في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها، والشرط يسبق المشروط، فلا يمكن جعله تابعاً لها فيه.

وَلَا تُشْتَرطُ الدَّعْوَى لِصِحَّةِ الشَّهَادَةِ على الطَّلَاقِ وَعِتْقِ الْأَمَةِ مُعيَّنَةً. وَفِي عتقِ العَبْدِ وَغيرِ الْمعيَّنَةِ شرطٌ، خلافاً لَهما، ....

(ولا تشترط الدعوى لصحة الشهادة على الطلاق وعتق الأمة) حال كونها **(معينة)**؛ لأن عتق الأمة المعينة يستلزم تحريم فرجها على مولاها؛ كالطلاق على زوجها، فيكون من حقوق الشرع، والشهادة على حقوق الشرع مقبولة بلا دعوى كالشهادة بهلال رمضان، لكن يشترط حضور المولى والزوج على ما صرح به في «العمادي» و«جامع الفصولين».

وهل يشترط الدعوى لتحليف المولى والزوج حين أنكر إعتاق الأمة وطلاق المرأة؟

قيل يشترط، وقيل: لا. على ما في «العمادي».

فإن قيل: لو كان من حقوق الشرع.. لجاز الاكتفاء بشهادة الواحد؛ لأن خبر الواحد حجة في الأمر الديني، ولما قبلت الشهادة على عتق أمة هي أخت مولاها من الرضاعة إذا جحدته؛ إذ ليس فيها تحريم الفرج؛ لأن تحريمه ثابت بحكم الرّضاع قبل شهادتهما بالإعتاق..

أجيب: عن الأول: بأنّ خبر الواحد حجّة في الأمر الدّيني إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر، وههنا وقعت الحاجة إليه.

وعن الثاني: بأن فيه معنى الزنا؛ لأن فعل المولى بها قبل العتق: لا يوجب الحد، وبعده: يوجبه؛ لكونها بعضاً بعضها مملوكاً للمولى وإن كان هو ممنوعاً عن وطئها بالمحرميّة بالرّضاع؛ ألا ترى أنه جاز له أن يزوجها، وبدل بضعها يكون له، وإذا كان كذلك.. كان فيه تحريم الفرج.

(وفي عتق العبد وغير المعينة) من الأمة **(شرط)** عند أبي حنيفة، **(خلافا لهما)**، وأصل هذا الاختلاف: أن عتق العبد من حقوق العباد عنده، [٥٣٦/ب] ومن حقوق الشّرع عندهما؛ بدليل: أنّه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد، ولا يرتد بردّه، ويتعلّق

فَلَو شَهدا بِعِتْقِ أَحدِ عبدَيهِ أَو أَمَتيهِ.. لَا تُقبلُ ....

تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة، ويصح نذره، ولا يبطل بالتناقض، حتى لو أقرّ بالرّق، ثم ادّعى حرية الأصل وأقام البينة.. تقبل، ولو كانت الدعوى شرطا.. لمنع؛ لأن التناقض يبطل صحة الدّعوى.

ووجه أبي حنيفة: أن الإعتاق: إثبات القّوة، وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حقّ العبد، فما كان من حقوق العباد.. لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى، فالشهادة على عتق العبد لا تقبل بدون دعوى العبد مطلقا لا في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة على الصحيح، خلافاً لما قاله رشيد الدين: أن الدعوى عند أبي حنيفة ليست شرطاً في حرية الأصل؛ وشرط في العارضة.

(فلو شهدا بعتق أحد عبديه) أو إحدى **(أمتيه.. لا تقبل)** عند أبي حنيفة بناء على: أن دعوى العبد والأمة شرط في هذه الشهادة عنده، والدعوى من المجهول لا تتحقق، فلا تقبل الشهادة عليه.

اعترض عليه: بأنه إذا ادّعيا معاً ذلك.. وجب أن تقبل البينة؛ لأن الدعوى حينئذ حصلت من معيّن لا من مجهول مع أنها لا تقبل.

وأجيب: بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه، فدعواهما دعوى غير صاحب الحق، وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة؛ لأن الشهادة على أحد العبدين على ما هو المفروض لا على العبدين.

فإن قيل: قد تقدم أن الدعوى ليست شرطاً في الأمة المعينة لاستلزام عتقها تحريم فرجها، فهلا يستلزم تحريمها في غير المعينة حتى لا يشترط فيها الدعوى أيضاً؟

أجيب: بأن العتق المبهم واقع على غير المعين، وذلك لا ينافي قيام الملك في المعين، فيجوز وطء المعين عنده، فلا يستلزم عتق المبهم تحريم الفرج، فيشترط فيه الدعوى.

إِلّا فِي وَصِيَّةٍ، ....

فإن قيل: لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة المعينة تحريم فرجها على المعتق.. لشرطت الدعوى في عتق الأمة المجوسية - والتي هي أخته من الرضاع - وفي الشهادة على الطلاق الرجعي؛ لأن الشهادة بهذه المعاني لم تتضمن تحريم فرجها لحرمتها في الأوليين قبل الشهادة، وحلّها في الرجعي بعدها.

أجيب: عن الأول: بأنه ينبغي أن يشترط فيه الدعوى عنده، وقيل إنّ وطأها مملوك له، وإنما منعه منه خبثها - كالحائض - فبالشهادة.. يمتنع ذلك الوطء المملوك.

وعن الثاني: بأنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم، حتى يلزمه الحدّ بوطئها بعد ثبوت عتقها بالشهادة، لا بوطئها قبل ثبوت عتقها، وقد ذكرناه آنفاً.

وعن الثالث: بأن الطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها، فأثبت بالشهادة تحريماً مؤجلاً بانقضاء العدّة.

(**إلا في وصيّة**) استحساناً على ما ذكره في عتاق «الأصل».

توضيحه: أنهما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته، أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه، وأدّيا الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة [٥٣٧/أ].. تقبل استحساناً.

وله وجهان: **أحدهما:** أن التدبير كلّما وقع.. وقع وصية، وكذا في مرض الموت وصيّة، والخصم في الوصيّة إنما هو الموصي وهو معلوم وهو الميّت، وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث.. فيصح الدعوى عن الخلف، فتقبل الشهادة.

وثانيهما: أن العتق يشيع بالموت فيهما؛ لأنه أوجب العتق في أحدهما حال عجزه عن البيان، فكان إيجاباً لهما فيكون كلّ منهما خصماً متعيّناً، فتصح الدعوى وتقبل الشهادة.

ولو شهدا بعد موته: أنه قال في صحّته: أحدكما حرّ:

قيل: لا نصّ فيه.

وقيل: تقبل؛ لشيوع العتق فيهما، فيكون كل واحد منهما خصماً متعيّناً، فتصح الدعوى وتقبل الشهادة.

وقيل: لا تقبل؛ لأنه ليس بوصيّة لإسنادهما العتق المنجز إلى حالة الصّحة حتى يكون الخصم هو الموصى ويكون الوصي أو الوارث خلفاً عنه.

واعلم: أن كلا من وجهي الاستحسان لا يتمشى إلا فيما بعد الوفاة، فبقي قبول الشهادة في مرض الموت بلا وجه.

ثم اعلم: أن في كلّ منهما نظراً من وجه آخر أيضاً.

أما في الأولّ: فلما في صدر الشريعة: أن المتنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان إثباته، فكيف يقال: إن المدعي هو الموصي أو نائبه؟! انتهى.

أقول: جوابه مستفاد بما ذكره في «الكفاية» قال: وإنما يجبر المولى على البيان إذا أنكر ذلك؛ لأن حق غيره - أعني: العبد - تعلّق له فجعل هو مدّعياً كي لا تكون دعوى العبد شرطاً، وجعل مدعىً عليه حتى يجبر على البيان توفيراً للحقين. انتهى.

فإن الظاهر منه: أن المولى وإن كان منكراً إلّا أنه قد يجعل مدّعياً معنى وقد يجعل مدّعى عليه.. فحينئذٍ يكون العبدان مدّعيين.

وأما في الثاني فلما في «فتح القدير»: إن شيوع العتق - الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين - يتوقف على ثبوت قوله: «أحدكما حرّ»، ولا مثبت له إلّا الشهادة، وصحّتها متوقّفة على الدّعوى الصحيحة من الخصم، فصار ثبوت شيوع العتق متوقفاً على ثبوت الشهادة، فلو أثبت الشهادة بصحة خصومتهما وهي المتوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعاً.. لزم الدور، ومنه ظهر ضعف القول الثاني من الأقوال الثلاثة المذكورة؛ أعني: قوله: «وقيل: تقبل لشيوع العتق فيهما». انتهى.

وَعِنْدَهُمَا: تقبلُ.

وَإِن شَهدا بِطَلَاقِ إِحْدَى نِسَائِهِ.. قُبِلَتِ اتِّفَاقًا.

وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قول أبي حنيفة.. لزم ترجيح القول الثالث؛ أعني: القول بعدم قبولها، وإن صحح فخر الإسلام القول بقبولها.

(**وعندهما: تقبل**) بناء على عدم اشتراط الدعوى عندهما.

(**وإن شهدا بطلاق إحدى نسائه.. قبلت اتفاقاً**) فيجبر على البيان.

وكذا لو شهدا على عتق أمة معينة؛ لعدم اشتراط الدعوى بالاتفاق؛ لكونها من حقوق الله تعالى على ما مر.

فإن قيل: إن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه، وذلك أيضاً حق الله تعالى، فوجب أن تستغنى الشهادة فيه عن الدعوى، مع أنه ليس كذلك عند أبي حنيفة على ما ذكرنا [٥٣٧/ب].

قلنا: إن لازم عتق الأمة المعينة من أعظم الكبائر، ولازم عتق العبد حرمة لم ينصّ عليها الشرع، فضلاً عن أن يكون من الكبائر.. فلا تسوية بينهما.

* * *

(بَابُ الْحَلِفِ بِالْعِتْقِ)

وَمن قَالَ: «إِن دخلتُ الدَّارَ فَكلُّ مَمْلُوكٍ لي يومئذٍ حرٌّ».. يعْتقُ بِدُخُولِهِ مَن فِي مِلكِهِ عِنْدَ الدُّخُولِ، سَوَاءٌ كَانَ فِي مِلكِهِ وَقتَ الْحَلِفِ أَو تجدَّدَ بعدَهُ.

(بَابُ الحَلِفِ بالعِتْقِ)

وهو: أن يجعل العتق جزاء شرط، ولمّا كان المعلّق بشرط قاصراً في السَّبَبِيَّة.. أَخَّرِ التعليق عن التنجيز.

(**ومن قال: إن دخلت الدار فكلّ مملوك لي يومئذ حرّ.. يعتق بدخوله مَن في ملكه عند الدخول، سواء كان في ملكه وقت الحلف أو تجدّد بعده**)؛ لأن قوله: «يومئذ» في تقدير «يوم إذ دخلت» إلا إنه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول، سواء ملكه بعد حلفه أو قبله، فبقي على ملكه إلى وقت الدخول، وهذا لأن لفظة «يوم» ظرف لمملوك، فكان التقدير: «كل من يكون في ملكي حرّ» وهو في الحقيقة: إضافة عتق المملوك في يوم الدخول إلى يوم الدخول، فصار كأنه قال: إن ملكت مملوكاً قبل دخولي.. فهو حرّ، فشمل المملوك وقت الحلف وما تجدد بعده قبل وقت الدخول؛ لأنه كان أضاف العتق إلى الملك، بخلاف قوله لعبد غيره: إن دخلت الدار فأنت حرّ، ثم اشتراه فدخل.. لا يعتق؛ لأنه لم يضف العتق إلى الملك لا صريحاً ولا معنى، كما أضافه إليه فيما نحن فيه.

واعلم: أن في قوله: «عند الدخول» إشارة إلى أن لفظ «اليوم» في «يومئذ» يراد به مطلق الوقت، حتى لو دخل ليلاً.. عتق ما في ملكه أيضاً؛ لأنه أضيف إلى فعل غير ممتد وهو الدخول.

وإن كان في اللفظ.. أضيف إلى لفظة «إذ» المضافة إلى الدخول، لكن معنى الوقت في «إذ» غير ملاحظ ههنا، وإلا.. لكان المراد: يوم وقت الدخول، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييداً لليوم به، لكن إذا أريد باليوم مطلق الوقت.. يصير المعنى: وقت وقت الدخول ونحن نعلم كثيراً مثله من

وَلَو لم يقل: «يومئذٍ».. لَا يعْتقُ إِلّا مَن كَانَ فِي ملكِهِ وَقتَ الْحَلِفِ.

وَكَذَا لَو قَالَ: «كلُّ مَمْلُوكٍ لي حرٌّ بعدَ غَدٍ».

الاستعمال الفصيح في نحو: ﴿وَيَوْمَئِذٍ يَفْرَحُ ٱلْمُؤْمِنُونَ ۝٤ بِنَصْرِ ٱللَّهِ﴾، ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ونظائره كثيرة، فعلم أن لفظ: «إذ» لم يذكر إلا تكثيراً للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له؛ أعني: التنوين لكونه حرفاً واحداً ساكناً تحسيناً له ولم يلاحظ معناها.

(**ولو لم يقل يومئذ.. لا يعتق إلا من كان في ملكه وقت الحلف**)؛ لأن قوله: «كل مملوك» للحال، والجزاء حرية المملوك في الحال، إلا أنه لما أدخل الشرط على الجزاء.. تأخر الجزاء إلى وجود الشرط، فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول، ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين.

واختلفوا في وجه، كون كل مملوك لي للحال، قيل: إن اللام للاختصاص، والاختصاص إنما يكون بمملوك له في الحال؛ إذ لو لم يكن الملك له في الحال.. كان هو وغيره سواء.

وقيل: إن اسم الفاعل والمفعول حقيقةٌ في الحال، مجازٌ في الاستقبال، فالمعنى: كل من اتصف بالملك بطريق الوقوع عليه.. فهو حر.

(**وكذا لو قال: كل مملوك لي حرّ بعد غد**)؛ أي: لا يعتق إلا من كان في ملكه وقت الحلف، لا الذي [٥٣٨/أ] اشتراه بعد الحلف؛ لما ذكرناه أن: «كلّ مملوك لي» للحال، والجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد؛ لأن بعد غد ظرف لحرّ.

وكذا الحال في قوله: «كلّ مملوك أملكه حرّ بعد غد»؛ لأن أملكه حقيقة في الحال عرفاً وشرعاً ولغةً.

أما عرفاً: فإن من قال: فلان يأكل ويشرب أو يفعل كذا.. يريد به الحال، وكذا لو قال: ما أملك درهماً.. يريد به الحال.

والمملوكُ لَا يتَنَاوَلُ الْحملَ؛ ....

وأما الشرع: فإن من قال: أشهد أن لا إله إلا الله.. يكون مؤمناً، وكذا لو قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا.. كان شاهداً.

وأما اللّغة: فإن هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الأصالة؛ لأنه ليس للحال صيغة أخرى، وللاستقبال: سين وسوف، فكانت الحال أصلاً فيها والاستقبال دخيلاً، فعند الإطلاق ينصرف إلى الحال ولا يصار إلى الاستقبال إلّا بقرينة السّين أو سوف أو غيرهما، فصار مجازاً في الاستقبال.

(**والمملوك لا يتناول الحمل**)، حتى لا يصحّ بيعه منفرداً، ويدخل في بيعه أمه.

واسم المملوك يطلق على الأنفس دون الأعضاء، قيد بالحمل؛ لأنه لا يتناول العبيد كلّهم ولو مرهونين أو مأذونين أو مدبرين أو مؤجرين، والإماء - أيضاً - وإن كنّ حوامل، أو أمهّات أولاد، أو المدبّرات، على ما صرّحوا به قاطبة.

وأما في «المجتبى»: أنه لا يتناول المرهون والمأذون.. فهو سهو من القلم.

على ما صرّح به في «البحر».

ولو نوى الذكور فقط.. لا يصدّق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال، ويصدّق ديانة، مع أنّ طائفة من أهل الأصول على أنّ صيغ الذكور يعم النساء حقيقة وضعاً.

ولا يدخل المكاتب؛ لأنه مملوك من وجه.

ولا العبد المشترك، إلا إذا ملك النصف الآخر بعده.

ولا الجنين أيضاً إلا بالنية.

ولا عبيد عبده التاجر، وهو قول أبي يوسف.. إلا بالنية، سواء كان على العبد دين أولا.

وعلى قول محمد: يعتقون؛ نواهم، أو لا، عليه دين أو لا.

وعلى قول أبي حنيفة: إن لم يكن عليه دين.. عتقوا إذا نواهم، وإلا.. فلا.

وإن كان عليه دين.. لم يعتقوا، نواهم أو لا.

ولو قال: عنيت بالمملوك ما يستقبل.. عتق ما كان في ملكه وما سيملك إذا ملكه؛ لأنه قصد تغيير ما يدلّ عليه ظاهر لفظه، فلم تعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر، واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل.

نظيره: ما لو قال: «زينب طالق» وله امرأة معروفة بهذا الاسم، ثم قال: لي امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها.. طلقت المعروفة عملاً بظاهر لفظه، وطلقت المجهولة باعترافه.

وكذا لو قال: كلّ مملوك لي الساعة فهو حرّ.. يقع على ما في ملكه وقت الحلف لا على ما يستفيده بعده؛ لأن المراد بالسّاعة عند أهل الشرع: هي الحال، لا الساعة الزمانية التي اعتبرها المنجمون، فيتناول ما كان في ملكه وقت الحلف لا المستفاد بعده.

ولو قال: عنيت به المستفاد بعده.. يعتبر في حق المستفاد، ولا يعتبر في [٥٣٨/ب] إبطال ما يدلّ عليه ظاهر لفظه، فيعتق المملوك حالاً والمستفاد بعده معاً.

ولا يخفى عليك: أن تعليلهم بقولهم: «اعتباراً وعملاً بظاهر لفظه» يقتضي أنَّ عتق ما في ملكه وقت الحلف مع نية الاستقبال إنما هو في القضاء، على ما في قولهم: إنه لو نوى بالمملوك الذكور فقط.. لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر ويصدق ديانة على ما ذكرناه.

ثم لا بدّ ههنا أن يبين الفرق بين قوله: «كل مملوك»، وبين قوله: «مماليكي كلهم»؛ لما في «الذخيرة»: قال: مماليكي كلّهم أحرار، ونوى الرجال دون النساء.. لم يذكره محمّد، وقالوا: لا يصدق ديانة، بخلاف قوله: «كلّ مملوك لي» ونوى التخصيص.. يصدّق ديانة. انتهى.

فَلَو قَالَ: «كلُّ مَمْلُوكٍ لي ذَكَرٌ حرٌّ» وَله أَمَةٌ حَامِلٌ فَولدت ذكراً لأَقَلَّ مِن نصفِ حولٍ مُنْذُ حَلَفَ.. لَا يَعْتِقُ.

وَلَو لم يقل: «ذكراً».. عَتَقَ تبعاً لأُمِّهِ.

وَلَو قَالَ: «كلُّ مَمْلُوكٍ لي حرٌّ بعدَ موتِي».. صَارَ مَن فِي مِلكِهِ عِنْدَ الْحَلِفِ

فالفرق بينهما على ما ذكره ابن الهمام - مع أن في الوجهين تخصيص العام -: أن كلهم في الأوّل تأكيد لعموم مماليكي؛ لأنه جمع مضاف فيعم، وهو يرفع احتمال المجاز غالباً، والتخصيص يقتضي المجاز، فلا يجوز.. بخلاف: كلّ مملوك؛ فإن الثّابت به أصل العموم فقط.. فقبل التخصيص.

ولو قال: لم أنو به المدبر.. لم يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

وهل يصدّق ديانة؟ قيل: لا يصدق أيضاً، والصحيح: أنه يصدق ديانة؛ لأنه لا يمكن تخصيص العام إلا باعتبار الوصف. كذا في «البحر» نقلاً عن «المحيط».

(فلو قال: كل مملوك لي ذكرٍ) بالجر صفة مملوك **(حرٌ)** بالرفع خبر «كل».

(وله أمة حامل فولدت ذكراً لأقل من نصف حول منذ حلف.. لا يعتق)؛ لأن قيام الحمل وقت التكلم، وإن كان متيقناً.. تكون الولادة أقل من مدّة الحمل، لكن لفظ المملوك إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال، والحمل مملوك تبعاً لأمّه كعضو من أعضائها، حتى ينتقل بانتقالها ويتغذّى بغذائها، ولا يجزىءُ عن الكفارة، ولا تجب صدقة فطره، وكذا لا يعتق إذا ولدت لستة أشهر فصاعداً منذ حلف؛ لما ذكرناه، ولأن: «كلّ مملوك لي» للحال على ما بيناه، وفي قيام الحمل حال التكلّم: احتمال لوجود تمام مدة الحمل حينئذ، فجاز أن لا يكون قائماً عند التكلم، فلا يعتق مع هذا الاحتمال.

(ولو لم يقل: ذكراً.. عتق تبعاً لأمه)؛ لأن قوله: «كلّ مملوك لي» يتناول الحامل كما يتناول الأنثى، فيعتق حملها تبعا لها، بخلاف التصريح بالذكر على ما ترى.

(ولو قال: «كل مملوك لي حرّ بعد موتي».. صار من في ملكه عند الحلف

مُدبَّراً، لَا مَن مَلَكَهُ بعدَهُ، لَكِن يَعْتِقُ الْجَمِيعُ مِنَ الثُّلُثِ عِنْدَ مَوتِهِ.

مدّبراً) مطلقاً حتى لا يصحّ بيعه بعد هذا القول، **(لا مَن ملكَه بعده)**؛ أي: لا يكون مدبّراً مطلقاً، بل يكون مدبّراً مقيّداً، جاز له بيعه؛ فإن باع.. فبها، وإلّا حتى مات.. عتق كلّ منهما من الثلث، وإليه أشار بقوله: **(لكن يعتق الجميع)**؛ أي: جميع كل منهما **(من الثلث عند موته)** إن خرجا من الثلث، وإن ضاق الثلث عنهما.. يضرب كل منهما بقيمته فيه، وهذا ظاهر المذهب عن الكل.

وقال أبو يوسف في «النوادر»: إنه لا يعتق مَن ملكه بعد يمينه، وإنما يعتق من كان في ملكه يوم حلف ؛ لأن اللفظ [٥٣٩/أ] حقيقة في الحال على ما ذكرناه، فلا يتناول ما سيملكه، ولهذا صار مدبّراً في الحال دون الآخر.

ولهذا الوجه.. أوجب عيسى بن أبان قول أبي يوسف في «النّوادر» وقد يستدلّ عليه بأنه لو لم يرد به الحال فقط؛ **فإما** أن يراد به كل من المملوك حالاً ومن المملوك استقبالاً.. فحينئذٍ يلزم؛ إما تعميم المشترك، أو استعماله في حقيقته ومجازه، ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال، والمستحدث عند ملكه؛ لأنه حينئذ في معنى: «كل مملوك لي أو سأملكه مدبّر».

وإما أن يراد به: المجتمع في الملك عند الموت: فحينئذٍ يلزم عموم المجاز، ثم يلزم أيضاً تدبير كل منهما، وإليه ذهب محمّد فيمن قال: «كلّ مملوك أملكه غداً فهو حرّ» ولا نية له.. عتق ما اجتمع في ملكه غداً ممن كان مملوكاً له حال التكلم أو ملكه إلى غد تدبيراً مطلقاً على قول محمد؛ كما لو قال: كلّ من كان في ملكي عند الموت مدبر، وهو منتف.

وإما أن يراد به المستقبل فقط: كما لو قال: كلّ مملوك أملكه إلى سنة أو شهر أو إلى أن أموت أو أبداً.. لزم أن لا يعتق من كان في ملكه وقت الحلف، ولا يصير مدبّراً وهو منتف أيضاً؛ فإذا بطلت الأقسام بأسرها.. تعين أن يعتق من كان في ملكه وقت الحلف فقط، لا من سيملكه.

ووجه الظاهر: أن قوله: «كل مملوك لي حر» إيجاب عتق، وقوله: «بعد موتي» أيضاً، ولهذا اعتبر من الثلث.

وفي «الوصايا»: تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الحاضرة، ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية، وفي الوصية لأولاد فلان: من يولد له بعدها، والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه:

فمن حيث إنه إيجاب العتق.. يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الحاضرة ليصير الإيجاب مضافاً إلى الملك فيصير مدبّراً مطلقاً لا يجوز بيعه.

ومن حيث إنه ايصاء يتناول من يشتريه اعتباراً لحاله المنتظرة - وهي حالة الموت - ويصير مدبّراً بعده لا قبله؛ كالذي كان في ملكه؛ لأن الكلام لم يتناول حالة التملك: **لا من حيث الإيجاب**؛ لعدم الإضافة إلى الملك، ولا إلى سببه، **ولا من حيث الإيصاء**؛ لأنه بكون عند الموت.. فكان حال التملك استقبالاً محضاً لم يتناوله اللفظ، فلا يصير مدبّراً حال التملك، فكأنه قال عند الموت: «كلّ مملوك لي أو أملكه فهو حرّ» فيتناول من ملكه بعد حلفه، بخلاف قوله: «كلّ مملوك لي حرّ بعد غد»؛ لأنه ليس فيه إلّا جهة واحدة هي جهة الإيجاب، فلا يدخل فيه إلّا الحاصل في الحال.

فإن قيل: إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال، وذلك ممنوع عندكم.

أجيب عنه: نعم، ولكنه جائز إذا كان الجمع بسببين مختلفين: إيجاب عتق، ووصية، وإنما لا يجوز ذلك إذا كان بسبب واحد.

وأعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن هذا قول العراقيين وهو غير مرضي في الأصول، وإلّا.. لم يمتنع [٥٣٩/ب] الجمع مطلقاً ولم يتحقق خلاف فيه أصلاً؛ لأن الجمع قطّ لا يكون إلّا باعتبارين وبالنظر إلى الشيئين.

وثانيهما: أنه لا يخلو؛ إما أن يراد بذلك اللفظ - أعني: كلّ مملوك لي أو

أملكه، فهو حرّ بعد موتي - إيجاب عتق في الحال فقط، وإيجاب عتق بعد الموت فقط، أو كلاهما معاً.

فعلى الأوّل: يلزم التنافي بين طرفي كلام واحد، وأن يعتق الموجود حال التكلم في الحال، والأوّل باطل، والثاني منتف.

وعلى الثاني: يلزم أن يكون ذلك اللفظ إيصاء فقط، وأن لا يكون الموجود حال التكلم مدبّراً في الحال، وكلاهما منتف.

وعلى الثالث: يلزم عموم الاشتراك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد في حالة واحدة.

فإن قيل: هذا الجمع أيضاً بسببين مختلفين آخرين.

قلنا: ننقل الكلام فيه، فتتسلسل الأسباب أو تدور.

فإن قيل: نختار الشق الثاني.

قلنا: إن هذا الكلام تدبير، والتدبير وصيّة، والوصية تعتبر فيها الحالة الحاضرة والحالة المنتظرة، فيدخل تحته من كان في ملكه وقت التكلّم، ومن كان موجوداً عند موته، وأما ما بينهما.. فليس بداخل تحته، فلا يصير المتحدث مدبّراً حتى يموت.

قلنا: ذلك جمع أيضاً بين الحال والاستقبال.

ولئن قيل: ذلك باعتبار سببين مختلفين.

قلنا: ذلك مذهب العراقيين، وهو غير مرضي، وإن إرادة هذين السببين معاً من لفظ واحد؛ إما جمع بين الحقيقة والمجاز، أو إرادة عموم المشترك.

والحاصل: أنه لا مجال لدفع لزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك، فظهر منه قوة قول أبي يوسف في «النوادر»، ولذا طعن عيسى بن أبان في جواب ظاهر الرواية، وأوجب المروي عن أبي يوسف في «النوادر».

* * *

(بَابُ الْعِتْقِ على جُعْلٍ)

وَمَن أَعتقَ على مَالٍ أَو بِهِ فَقَبِلَ.. عَتَقَ، وَالْمَالُ دَينٌ عَلَيْهِ تصحُّ الكفالةُ بِهِ،

(بَابُ العِتْقِ عَلَى جُعْلٍ)

الجُعْل بالضم: ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله ، وكذلك الجِعالة بالكسر: (ومن أعتق) عبده (على مال أو به)، أيّ: مال كان من العروض أو الحيوان أو العبد أو الطعام، أو المكيل أو الموزون إذا كان معلوم الجنس، أو النقود مثل أن يقول: أنت حرّ على ألف درهم، أو بألف درهم، أو على أن لي عليك ألفاً، أو على ألف تؤديها، أو على أن تعطيني ألفاً، أو على أن تجيئني بألف. ولو لم يسم الجنس بأن قال: على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل.. عتق ولزم قيمتة نفسه. كذا في «فتح القدير».

(فقبل) العبد (..عتق) ساعة قبوله بقبوله، وهذا لأنه معاوضة المال بغير المال؛ لأن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد؛ لكونه إسقاطاً، فلم يدخل به في يده شيء من المال.

غايته: أنه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال، فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال، ومن قضية عقد المعاوضة: ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع؛ فإذا قبل.. صار حرّاً، وإذا ردّ أوأعرض عن المجلس بالقيام وبالاشتغال [٥٤٠/أ] بما يُعلم به قطع المجلس.. بطل.

فإن قيل: كلمة «على» للشرط، فيكون نحو أنت حرّ على ألف، أو على أنّ لي عليك ألفاً ونحوهما مما ذكر تعليق العتق بشرط أداء الألف؛ كما لو قال: إن أديت إليّ ألفاً على ما سيأتي مصرحاً، فلا يصح ذكره ههنا.

قلنا: إن الكلام فيما إذا كان مراده التنجيز بعوض، لا التعليق بشرط؛ بدلالة الحال، فلا تكون كلمة «على» للشرط ههنا.

(والمال) - أي: الذي قبله - (دين عليه تصح الكفالة به)؛ لأنه يسعى وهو حرّ،

ولهذا قال في «الأصل»: أعتق أمته على مال فولدت ولداً ثم ماتت ولم تترك شيئاً.. فليس على الولد شيء من ذلك المال؛ لأنه ليس على الوارث من دين المورث شيء، ولو كانت أعطته في حياتها كفيلاً بالمال الذي أعتقها عليه.. جاز؛ لأنها حرة مديونة.

ثم اعلم: أنه أدى إليه المال الّذي أعتقه عليه - العبد أو الحيوان أو العروض - فاستُحق إن كان بغير عينه في العقد.. فعلى العبد مثله، وإن كان معيناً بأن قال: أعتقتك على هذا العبد أو على هذا الحيوان أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق.. رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يرجع بقيمة المستحق، وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم.

فإن قيل: قد مرّ آنفاً أن «العتق على مال معاوضة كالبيع» حتى شرط فيه القبول أيضاً، مع أنه لو باع بالعبد المعين أو الثوب المعين، فاستحق العبد أو الثوب - ولم يجز مالك العبد - ينفسخ العقد، فلِمُ لم ينفسخ العتق فيما إذا استحق المال؟

قلنا: إن العتق إسقاط، فلا يقبل الفسخ بعد نزوله بقبول العبد بالمال، بخلاف البيع.

ثم لو اختلفا في المال في جنسه أو في قدره بأن قال المولى: أعتقتك على عبد، وقال العبد: على كرّ حنطة، أو قال المولى: على ألف، وقال العبد: على خمس مائة.. فالقول للعبد مع يمينه، وكذا لو أنكر أصل المال.. كان القول له؛ لأنه عتق لاتفاقهما، والمال عليه للمولى، فالقول في بيانه قوله، والبينة بينة المولى؛ إما لإثبات الزيادة، أو لأنه ثبت حق نفسه ببينة.

ولو كان هذا الاختلاف في مسألة التعليق بالأداء - وهي تلي هذه المسألة، أعني: قوله: «إن أديت إلي ألفاً.. فأنت حرّ» - فالقول قول المولى مع يمينه؛ لأن التعليق بالشرط تم به، فالقول في بيانه قوله، بخلاف ما قبلها؛ فإن العبد عتق بالقبول،

بِخِلَافِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ.

فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه؛ أما في مسألة التعليق بالأداء، فلا يعتق إلا بالأداء، وإنما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق، فكان القول للمولى، وإن أقاما البينة.. فالبينة بينة العبد؛ إذ لا منافاة بين البينتين؛ لأنه يجعل كأن الأمرين كانا؛ فأيّ الشرطين أتى به العبد.. يعتق، ولأن البينتين للإلزام، وفي بينة العبد معنى الإلزام أتمُّ؛ فإنها إذا قبلت عتق العبد بأداء خمسمائة، وليس [٥٤٠/ب] في بينة المولى إلزام.. فإنها إذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال. كذا في «فتح القدير».

ولو قال المولى: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل، وقال العبد: قبلت.. فالقول قول المولى مع يمينه، لأنه أقرّ بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى، ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به، والمولى ينكره.. فالقول قوله؛ كما لو قال: قلت لك أمس: أنت حرّ إن شئت، فلم تشأ، وقال العبد: بل شئت.. فالقول قول المولى، بخلاف قوله لغيره: بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل، وقال الآخر: بل قبلت.. القول للمشتري؛ لأن القائل أقرّ بالبيع، ولا يتحقق البيع إلّا بقبول المشتري، فهو في قوله: «لم تقبل» راجع عما أقرّ به.

(بخلاف بدل الكتابة)؛ فإنه لا تصح الكفالة به؛ لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق، فكان ثبوته على خلاف القياس؛ لضرورة حصول الحرية للمكاتب والمال للمولى، فيكون مقتصراً على مورده، ولا يتعدى إلى الكفيل، فلم تصح عنه الكفالة. كذا قالوا.

أقول: فيه بحث؛ لأن عدم تعديته إلى الكفيل لا يقتضي عدم صحة الكفالة عنه، بل سائر الديون لا تتعدى إلى الكفيل أيضاً في الصحيح، مع أن الكفالة صحيحة عنها على ما صرّحوا به في باب الكفالة بالدين، وذلك لأن معنى الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة لا في الدين، حتى لا ينتقل الدين إلى الكفيل، بل هو باق كما كان في ذمة المكفول عنه على ما صرّحوا به.

فالأوجه عندي: ما ذكره ابن الهمام، وهو: أن الكفالة إنما تصح بدين صحيح،

وَإِن قَالَ: «إِن أَدّيتَ إِلَيّ أَلفاً فَأَنتَ حرٌّ، أَو إِذا أدّيتَ».. صَارَ مَأْذُوناً، لَا مكَاتباً، ....

وهو ما لا يخرج المديون عنه إلّا بأداء أو إبراء ممّن له دين، وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن عجز نفسه.

(**وإن قال: إن أدّيت إليّ ألفاً فأنت حرّ، أو إذا أديت.. صار مأذوناً**)؛ لأنه رغبّه في الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومراده من الترغيب: التجارة دون التكدي؛ لأنه يدني المرء ويخسسه، والمرء لا يفعل ذلك، لكنه لو اكتسب منه مع ذلك فأدّى.. عتق؛ لوجود الشرط على ما في «فتح القدير».

فإذا كان مراده منه التجارة.. صار مأذوناً فيها.

(**لا مكاتباً**)؛ لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء.. فيتعلق عتقه بالأداء، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد كما احتاج إليه في المسألة المتقدمة، ولا يرتد بردّه، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء كما في التعليق بسائر الشروط.

والحاصل: أن له جهتين: جهة التعليق وجهة المعاوضة، فوجب توفير مقتضى كلّ عليه، وتخريج المسائل المختلفة التي يقتضي بعضها اعتباره تعليقاً وبعضها اعتباره معاوضة، إلّا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء.. كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة، فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الأداء، وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدّى زيوفاً.. كان [٥٤١/أ] له أن يرجع بقدره جياداً، وما كان من ضروريات المعاوضة، وهو تقديم ملك العبد لما أدّاه، وإنزاله قابضاً إذا أتاه به، وفيما قبل ذلك: المعتبر جهة التعليق، فكثرت آثاره بالنسبة إلى المعاوضة؛ فلذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة:

منها: ما إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالاً.. فهو للمولى، ولا يؤدى منه عنه، ويعتق بخلاف الكتابة.

ومنها: لو مات المولى وفي يد العبد كسب.. كان لورثة المولى، ويباع العبد بخلاف الكتابة.

ومنها: لو كانت أمة فولدت ثم أدت، فعتقت.. لم يعتق ولدها؛ لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة، بخلاف الكتابة.

ومنها: لو قال العبد للمولى: حطّ عنّي مائة، فحطّ المولى عنه وأدّى تسعمائة.. لا يعتق، بخلاف الكتابة.

ومنها: لو أدّى مكان الدّراهم دنانير.. لا يعتق وإن قبل المولى؛ لعدم الشرط، بخلاف الكتابة.

ومنها: لو أبرأ المولى العبد عن الألف.. لم يعتق، ولو أبرأ المكاتب.. عتق، كذا ذكروها، وتعقبه في «فتح القدير»: بأنه لا موقع لها والفرق بعد تحقق الإبراء في الموضعين، والإبراء لا يتصور في هذه المسألة؛ لأنه لا دين على العبد، بخلاف الكتابة.

أقول: صحة الإبراء لا توقف ثبوت الدين في ذمّته، ألا ترى أن إبراء الكفيل بالدين عن الدين صحيح، مع أن الدين لم يثبت في ذمته، بل هو باق كما كان في ذمة المكفول عنه في الصحيح؛ لأن الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين، ولهذا صحّ مطالبة الطالب الكفيل باعتبار الكفالة، أي: ضم ذمته إلى ذمته في المطالبة، وتصح مطالبة المكفول عنه أيضاً باعتبار ثبوت الدين عليه كما كان، نعم لو ذكروا مكان الإبراء الهبة وقالوا: لو وهب المولى العبد الألف لم يعتق.. لكان لاعتراضه وجه؛ لأن الهبة تمليك، ومن ضرورة التمليك أن يجعل الموهوب متحققاً في ذمة العبد ولم يتحقق.. فلا تصح الهبة، بخلاف الإبراء؛ فإنه إسقاط محض كالطلاق والعتاق، فلا يتوقف على ثبوت المسقط.

وَيَعتِقُ إن أَدّى فِي الْمَجْلِسِ أَو خلَّى بَينَ الْمولى وَبَينَ المَالِ فِيهِ فِي التَّعْلِيقِ بِـ«إن»، ....

ومنها: لو اكتسب العبد مالاً قبل تعليق السيد فأدّاه بعده إليه.. عتق، وإن كان السيد.. يرجع بمثله، بخلاف الكتابة؛ فإنه لا يعتق بأدائه؛ لأنه ملك المولى، إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله؛ فإنه حينئذ يصير به أحق من سيّده؛ فإذا أدّى منه.. عتق.

ومنها: ما ذكره محمد في «الزيادات»: إذا قال: إن أديت إلي ألفاً في كيس أبيض فأنت حرّ، فأداها في كيس أسود.. لا يعتق، وفي الكتابة يعتق، وهي قريبة إلى المسألة الرابعة.

ومنها: ما ذكره في «البدائع»: لو قال: إذا أديت إلي ألفاً في هذا الشهر فأنت حر، فلم يؤدّها في ذلك الشهر وأدّاها في غيره.. لم يعتق، وفي الكتابة: لا يبطل إلا بحكم الحاكم أو تراضيهما.

ومنها: ما ذكره في «المحيط»: لو أمر غيره بالأداء فأدّى.. لا يعتق؛ لأن الشرط أداؤه ولم يوجد، ولا عبرة لأداء غيره مع قدرته عليه، بخلاف الكتابة؛ لأنها معاوضة فيها معنى التعليق، فكان الأصل فيها المعاوضة، فكان المقصود حصول البدل.

وبعض هذه المسائل سيأتي في الكتاب مصرحاً.

(**ويعتق إن أدّى المال في المجلس أو خلى بين المولى وبين المال فيه**)؛ أي: في المجلس (**في التعليق بـ «إن»**) أي: في ظاهر الرواية عن الثلاث، وعن أبي يوسف: أنه لا يقتصر على المجلس؛ كما في التعليق بسائر الشروط بـ«إذا» و«متى».

ووجه الظاهر: أنه يخيّر العبد بين الأداء والامتناع، فكان كالتخيير بمشيئة العبد إذا قال: أنت حر إن شئت.

فإن قيل: قد تقدّم أنه يصير مأذوناً له في التجارة، فكيف يكون الأداء مقتصراً على المجلس؟!

ثم أقول: لا يصح ما ذكروه هنا، لا لما ذكره في «فتح القدير»، بل لما ذكروا: أن صحة الإبراء وإن لم تتوقف على ثبوت الدين المسقط في ذمة من أسقط عنه، لكنه لا بد له من ثبوت وجوب حق المطالبة للطالب؛ كما في إبراء الكفيل بالدين؛ فإن الدين وإن لم يثبت في ذمته، لكن وجوب حق المطالبة للطالب ثابت في ذمته، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنه كما لا دين على العبد.. كذلك لا مطالبة للمولى عليه، بل إن أداه.. عتق، وإلا.. فلا.

ومنها: لو باع المولى العبد، ثم اشتراه أو ردّ عليه بخيار عيب.. ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف، عند أبي يوسف: نعم، وعند محمد: لا، ولكن لو قبضه.. عتق، بخلاف الكتابة؛ فإنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله [١٥٤/ب] ويعد قابضاً.

وفي «فتح القدير»: وقول أبي يوسف أوجه عندي.

ومنها: أنه يقتصر على المجلس، فلا يعتق ما لم يؤدّ في ذلك المجلس، بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى.. لا يعتق، بخلاف الكتابة، وهذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط كلمة «إن»، وإن كان كلمة «متى» أو «إذا».. فلا يقتصر على المجلس.

ومنها: أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي، بخلاف المكاتب.

ومنها: أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه، بخلاف المكاتب.

ومنها: أنه إذا أدّى وعتق وفضُل عنه مال مما اكتسبه.. كان للسيد فيأخذه، بخلاف المكاتب.

وَمَتى أَدّى أَو خلّى: فِي التَّعْلِيق بـ«إِذا».

وَيُجْبَرُ الْمولى على الْقَبْضِ، ....

أجيب: بأنّ الإذن يكون في التعليق بـ«إذا» و«متى»؛ فإن الإذن فيهما لا يقتصر على المجلس.

وقد يجاب عنه أيضاً: بأنه لا تنافي بينهما؛ لجواز أن يكون مأذوناً بالتجارة، ويقتصر الأداء على المجلس، يتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالأبدان. كذا في «العناية».

(و) يعتق **(متى أدى أو خلّى)** بين المال والمولى **(في التعليق بإذا)** و«بمتى»، وجه الفرق بين «إن» وبينهما على ظاهر الرواية: أن التعليق بـ«إن» بمنزلة [٥٤٢/أ] التعليق بمشيئة العبد على ما ذكرناه؛ لأنه للشرط المحض، ولو قال: أنت حر إن شئت.. يتوقف على المجلس، فكذا هذا، بخلاف «إذا» و«متى»؛ لأنهما للوقت، فيعم الأوقات كلها، و«إن» للشرط المحض لا للوقت، فكان هذا طلباً للمال في الحال ويتقيد به، حتى لو اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض أو أخذ في عمل آخر، ثم أدّى.. لا يعتق.

فإن قيل: فهل لا يختلف المجلس بأخذه في الأداء.

قلنا: لا؛ لأنه يجب أن يستثنى مقدار الجنس؛ كما يستثنى مقدار البر في حلفه «لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه»، حتى لم يحنث وقت شغله بنزعه.. فلا يتبدل المجلس بالأداء.

(ويجبر المولى على القبض)، ليس المراد بالجبر ههنا ما تعارفه الناس من الإكراه بالضرب أو الحبس، بل المراد أنه ينزل قابضاً بالتخلية بينه وبين المال برفع المانع، بحيث لو مدّ يده.. أخذه؛ سواء قبضه أو لم يقبضه. كذا في «العناية».

فمعنى نسبة الإجبار إلى الحاكم ههنا أن يحكم بأنّه قد قبض، ولكن هذا إذا كان العوض صحيحاً؛ أما لو كان خمراً أو مجهولاً جهالة فاحشة كما لو قال: إن

وَإِن أدّى الْبَعْضَ.. يجْبرُ على الْقَبْضِ أَيْضاً، ....

أدّيت إلي كذا خمراً أو ثوباً فأنت حرّ، فأدّى ذلك.. لا يجبر على قبولهما، إلا إذا أخذه مختاراً؛ وأما عدم العتق في قوله: إن أديت إلي ألفاً فحججت بها فأنت حرّ.. لا يجبر على القبول؛ لأن التعليق بشيئين المال والحج، فلا يعتق بمجرد المال؛ لبطلان معنى المعاوضة.

بخلاف ما لو قال: إن أدّيت إلى ألفاً أحجّ بها؛ فإنه يجبر على القبول؛ لأن الأداء إتمام الشرط، والحج وقع مشورة، ثم هذا عندنا.

وقال زفر: لا يجبر عليه؛ لأنه تصرف يمين؛ إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً، ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان؛ لأنه استحقاق قبل وجود الشرط، بخلاف الكتابة؛ لأنه معاوضة، والبدل فيها واجب، فكان الجبر فيها بعد الاستحقاق.

قلنا: إنه تعليق نظراً إلى اللفظ، ومعاوضة نظراً إلى المقصود؛ لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال، فينال العبد شرف الحرية، والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة، ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائناً:

فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ، ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه، ولا يكون العبد أحق بمكاسبه، ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء.

وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول، وقد ذكرناه من قبل مع ما تفرع على الطرفين من المسائل.

(وإن أدى البعض.. يجبر) - ومعنى الجبر قد مرّ آنفاً - **(على القبض أيضاً)**؛ لأن الذي أتى به بعض تلك الجملة؛ فإذا ثبت الإجبار في الكل.. ثبت في البعض أيضاً كما في الكتابة، وهذه رواية «الزيادات».

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» [٥٤٢/ب]: أنه لا يجبر على قبول البعض، قيل: وهو القياس، وما في «الزيادات»: هو الاستحسان.

إِلّا أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ مَا لم يُؤَدِّ الْكلَّ، كَمَا لَو حطَّ عَنهُ الْبَعْضَ فَأَدَّى الْبَاقِيَ.

ثمَّ إِن أَدَّى أَلفاً كَسِبَها قبلَ التَّعْلِيق.. رَجَعَ الْمولى عَلَيْهِ بِمِثْلِهَا، وَيَعْتِقُ.

وَإِن كَسِبَها بعدَهُ.. لَا يرجعُ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتَ حرٌّ بعدَ موتِي بِأَلفِ» ....

ويرد عليه: أنا لا نسلم أن ثبوت الإجبار في الكل يستلزم ثبوته في البعض؛ لأن وجوب قبول الكل إنما هو لتحقق شرط العتق الذي هو العبد، وليس أداء البعض كذلك، إلا إذا كان في ضمن الكلّ؛ فإنه حينئذ يجب قبوله ضرورة أنه محقق للكلّ لا باعتبار أنه بعضه، ولهذا ذكر في «شرح الطحاوي»: أن عدم وجوب قبول البعض قول أبي يوسف، وهو القياس.

(**إلّا أنّه لا يعتق ما لم يؤد الكل**) لعدم وجود الشرط وهو أداء الكل؛ (**كما لو حط عنه البعض فأدى الباقي**)؛ فإنه لا يعتق؛ لعدم الشرط أيضاً، وقد ذكرناه في المسائل.

وكذا لو حطّ عنه الجميع، بخلاف الكتابة؛ فإن المال واجب عليه فيتحقق الإبراء عنه؛ سواء أبرأه عن الكلّ أو البعض.

(**ثم إن أدّى ألفاً كسبها قبل التعليق.. رجع المولى عليه بمثلها**)؛ لأن الألف الّتي أدّاها كانت مستحقّة من جانب المولى، فلا يحصل المقصود بأدائه؛ لأن مقصوده أن يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه، ويعتق العبد لوجود شرط الحنث وهو أداء الألف.

(**وإن كسبها بعده.. لا يرجع**)؛ لأنه مأذون له من جهته بالأداء من كسبه، فلا يرجع.

(**ولو قال: أنت حرّ بعد موتي بألف**) أو على ألف.. فالقبول ههنا إلى ما بعد الموت؛ لأن هذا الكلام إضافة إيجاب حقيقة الحرية إلى ما بعد الموت، وكل ما هو كذلك.. فالقبول فيه إلى ما بعد الموت؛ لئلا يقع القبول قبل الإيجاب؛ كما إذا قال:

فَإِن قَبِلَ بعدَ مَوتِهِ وَأَعْتَقَهُ الْوَارِثُ.. عَتَقَ. وإِلّا.. فَلَا.

أنت حرّ غداً بألف.. يتأخر القبول إلى الغد، وهذا لأن جواب الإيجاب في عقد المعاوضة - وهو القبول - إنما يعتبر في مجلسه، ومجلسه وقت وجوده؛ الإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه، وهو هنا ما بعد الموت.

ولهذا قال: (**فإن قبل بعد موته وأعتقه الوارث**) - هكذا وقع في «الهداية» مقتصراً على الوارث، وزاد غيره: أو الوصي أو القاضي إن امتنع الوارث، إلا أن الوارث يملك عتقه تنجيزاً وتعليقاً والوصي لا يملكه إلا تنجيزاً - (.. **عتق**) لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

(**وإلا**) أي: وإن لم يعتق واحد من هذه الثلاثة (.. **فلا**) يعتق؛ لأن العتق تأخر عن الموت، والعتق متى تأخر عن الموت.. لا يثبت بمجرّد قبوله إلا بإعتاق واحد من هذه الثلاثة؛ لأنه صار بمنزلة الوصية بالإعتاق، فلا بد من تنفيذ واحد من الثلاثة. كذا عن الإمام العتابي.

وعلّله في «الهداية»: بأن الميت ليس أهلاً للإعتاق، وهذا صحيح. انتهى.

يعني: أن قولهم: «لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصي أو القاضي» صحيح بناء على أن قوله هذا إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت، وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب، وقد عدمت بالموت، فلا بد من إعتاق من هذه الثلاثة. هكذا ذكره في «العناية».

وعلى هذا التفسير: [٣/٥٤٥أ] اعترض على صاحب «الهداية» بأن الأهليّة ليست بشرط إلّا عند الإضافة والتعليق، وقد وجدت عند ذلك، ثم عدمها بالموت لا يضرّ إذا وجد الشرط وهو القبول، فلا يحتاج إلى إعتاق الوارث ونحوه، ولهذا: لو جنّ بعد التعليق بشرط، ثم وجد الشرط.. وقع العتق، وكذا يعتق المدبر بعد الموت بلا إعتاق الوارث، وليس التدبير إلّا تعليق العتق بالموت.

وأجيب بالفرق بين ما نحن فيه وبين هذه المسألة: بأن الموجود في هذه المسألة بطلان أهلية المعلّق فقط، وفيما نحن فيه: الموجود ليس بطلان الأهلية فقط،

بل بطلان الأهلية وخروج محل العتق وهو العبد عن ملك المعلق إلى ملك الورثة، فلم يوجد الشرط إلّا وهو في ملك الغير، فلم يعتق بمجرد القبول ما لم يوجد الإعتاق من الوارث.

ولا يخفى عليك: أن هذا ليس دفعاً للاعتراض؛ لأن حاصل الاعتراض: أن ما علّل به من فوات أهلية المعتق لا أثر له، وما ذكر في الجواب من خروج المحلّ عن محلية عتقه:

إن كان المراد به أنه جزء المانع.. فليس بصحيح؛ للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر في عدم وقوع العتق عند وجود الشرط كما ترى في المسألة المذكورة.

وإن كان المراد به بيان المانع.. فلا يدفع الاعتراض؛ لأن حاصله: أنه علّل بما لا أثر له في عدم الوقوع، وبيان المانع لا يدفعه، فالصواب في الجواب: أن صاحب «الهداية» حيث علل بأن الميت ليس أهلاً للإعتاق.. لم يبيّن أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره.

وبنى الاعتراض على فهم أنه الموت، ولكنه يجوز أن يكون مراده: أنه ليس أهلاً لإعتاقه؛ لخروجه عن ملكه إلى ملك الورثة، فصار أجنبياً عنه، وإذا خرج إلى ملك الورثة.. لا بد من إعتاقهم بعد وجود القبول من العبد، بخلاف المسألة المذكورة والتدبير؛ إذ لا خروج فيهما بعد فوات أهلية المعلق والمدبر إلى ملك الغير، فيعتق بمجرد وجود الشرط ولو بعد فوات الأهلية، وبهذا يندفع ما أورده في «غاية البيان»: أنه ينبغي أن يعتق بمجرد القبول بعد موت المعلق حكماً؛ لكلامٍ صدر من الأهل مضافاً إلى المحل، وإن كان الميت ليس بأهل للإعتاق؛ لأن الكلام صدر في حال أهليته، ولأن قبول العبد بعد الموت معتبر، وهو فرع كون الإيجاب معتبراً بعد الموت؛ فلو لم يعتق بعد الموت إلا بإعتاق واحد من الورثة.. لم يبق الإيجاب معتبراً بعد الموت، فلم يبق لقبوله بعد الموت فائدة. انتهى.

وجه الاندفاع: أنه كما لا بد من صدور الكلام من أهله.. كذلك لا بد أن يكون

المحل في ملكه عند نزول العتق، ولم يوجد في ملكه عند نزوله، بل وجد في ملك الورثة، فلا بد من إعتاقهم، ثم نفي الفائدة [٥٤٣/ب] ممنوع؛ فإنّ بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث؛ فإن لم يفعل.. أعتق القاضي.

وأيضاً: لولا القبول من العبد بعد الموت.. يباع ويورث، ولا ينفذ عتق الوراث على تلك الألف.

والحاصل: أنه لما خرج بعد موت المعلق إلى ملك الورثة.. لا بد من إعتاقهم في نزول العتق، ولا يكفي مجرد وجود الشرط وهو القبول؛ لأنه وجد في ملك الغير، وهذا مذهب أكثر مشايخنا.

وقال بعض مشايخنا: إنه يعتق بالقبول بعد الموت من غير توقف على إعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي على ما صرح به في «البحر» ويشعر هذا الخلاف قول صاحب «الهداية» وهذا صحيح.

وقول الصدر الشهيد: الأصح: أنه لا يعتق بالقبول، بل لا بد من إعتاق الوارث.

أقول وبالله التوفيق: إنّ ما ذهب إليه بعض المشايخ قوي من حيث الدراية؛ لأن خروجه إلى ملك الورثة بعد موته؛ إن أرادوا به الخروج بعد قبول العبد.. فهو أول المسألة، وإن أرادوا به الخروج قبل العلم بقبوله.. قلنا ممنوع، بل هو متوقف على تحقق عدم قبوله في مجلس العلم بموته.

فإن قيل: إذا لم يخرج إلى ملك الورثة وقد خرج عن ملك المعلق بالموت.. يلزم السائبة وهو منتف.

قلنا: خروجه عن ملكه بالموت ممنوع، لم لا يجوز أن يبقى في حكم ملك الميّت إلى أن تحقق عدم قبول العبد كسائر ما هو من حوائج الميت من تجهيزه وتكفينه وتنفيذ وصايا؟

والحاصل: أنه باق في حكم ملك الميت إلى أن يتحقق القبول أو عدمه؛ فإن

قبل في مجلس علمه بالموت.. عتق، فخرج عن ملك المعلق، وإن لم يقبل.. خرج عن ملك المعلق إلى ملك الورثة، وسنذكر ما يؤيد هذا في أول باب التدبير.

هذا، ولقائل أن يقول: إن قوله: «أنت حرّ بعد موتي بألف أو على ألف» معنى قوله: أنت مدّبر بألف أو على ألف، وقد اتفقوا فيه أن الإيجاب والقبول في الحال، إلا أنه لا يجب المال فيه لقيام الرق في المدبر؛ لأن التدبير إنما يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية، فيكون الرق قائماً فيه، والمولى لا يستوجب ديناً على عبده، فلا يجب المال.

بخلاف قوله: «أنت حرّ بعد موتي بألف»؛ لأنه يوجب حقيقة الحرية، فيجب المال في مقابلته عند قبوله؛ فإذا كان هذا معنى ذاك.. فينبغي أن يكون الإيجاب في: «أنت حر بعد موتي بألف» أيضاً في الحال حتى يكون القبول فيه أيضاً في الحال، فلا يتأخر إلى ما بعد الموت، فيكون مدبراً في الحال على ما صرّح به في «الزيلعي»؛ فإنه قال: لو قال: أنت حر على ألف درهم بعد موتي.. يعتبر القبول في الحال؛ فإذا قبل.. صار مدبراً، ولا يجب المال. انتهى.

ولا فرق بين تقديم ذكر المال وتأخيره على ما صرّح به في «البحر».

أجيب عنه في «النهاية»: بالفرق بأنه قابل الألف: **في** «أنت مدبر على ألف» لحق الحرية، وحق الحرية متحقق قبل الموت، فاعتبر القبول فيه في الحال.

وفي: «أنت حرّ بعد موتي [٥٤٤/أ] بألف» قابل الألف بحقيقة الحرية، وحقيقة الحرية بعد الموت، فيعتبر القبول أيضاً بعد الموت.

وردّ بأن التدبير ليس معناه إلّا الإعتاق المضاف إلى ما بعد الموت، وذلك هو الثابت في كلّ من قوله: «أنت مدبر» أو «أنت حر بعد موتي» بلا فرق، بل المعنى واحد دلّ عليه بلفظ مجمل ومفصّل؛ كلفظ الحد والمحدود، ثم يثبت حقّ الحرية فرعاً عن صحة تلك الإضافة التي هي التدبير، لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء، فلم يتحقق الفرق؛ فالأولى في الجواب أن يقال:

وَلَو حَرَّرهُ على أَن يَخْدِمَهُ سنةً فَقبلَ.. عَتَق، وَعَلَيهِ أَن يَخْدِمَهُ تِلْكَ الْمدَّة.

إن قوله «أنت حرّ بعد موتي بألف» تصرف يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع، وفي الأيمان يعتبر جانب اللفظ.

وليس في قوله: «أنت مدبّر على ألف» إضافة الحرية إلى ما بعد الموت، فلا يشترط القبول بعده.

وفي: «أنت حر بعد موتي بألف» أضاف الحرية إلى ما بعد الموت لفظاً، فيشترط القبول بعده.

وفي «فتح القدير» عن أبي حنيفة في «نوادر بشر»: أنه لا فرق بين «أنت مدبر على ألف» وبين «أنت حر بعد موتي على ألف» في كون القبول بعد الموت فيهما؛ وكذا في «البحر» عن «الخانية»، فتلخص من هنا ثلاثة أقوال في هاتين المسألتين:

أحدها: الفرق بينهما بكون القبول: في الحال في «أنت مدبر»، وبعد الموت في: «أنت حرّ بعد موتي».

وثانيها: كون القبول فيهما في الحال كما في «الزيلعي».

وثالثها: كون القبول فيهما بعد الموت كما في «فتح القدير».

(**ولو حرّره على أن يخدمه سنة فقبل**) العبد (**..عتق**)؛ لوجود ما يتعلق به العتق، وهو قبول العوض، وهو الخدمة مدة معينة، (**وعليه أن يخدمه تلك المدة**)؛ لأنه يصلح عوضاً؛ لأن المنفعة تأخذ حكم المالية بالعقد، ولهذا صلحت صداقاً مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الأبضاع بالأموال؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم﴾؛ فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم.

قيد الخدمة بالمدة المعينة؛ لأنه لو حرّره على خدمته من غير مدة.. عتق، وعليه أن يرد قيمة نفسه؛ لأن الخدمة مجهولة.

ولو حرّره على خدمته مدة معينة وقبل العبد، وعتق وكان له زوجة وأولاد.. فينبغي أن يشتغل بالاكتساب لأجل الإنفاق على نفسه وعياله إلى أن يستغني عن

فَإِن مَاتَ الْمولى قبلَهَا.. لزمَهُ قيمَةَ نَفسِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: قيمَةُ خِدمَتِهِ.

الاكتساب، فيؤخر المولى إلى الميسرة؛ لأنه الآن معسر عن أداء البدل، فصار كما إذا أعتقه على مال ولا قدرة له عليه؛ فإنه يؤخر إلى الميسرة.

وفي قوله: «على أن يخدمه» إشارة إلى أنه لو قال: إن خدمتني كذا مدة فأنت حر.. لا يعتق حتى يخدمه، والفرق بينهما: أن هذا معلّق بشرط، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه معاوضة لا معلق بشرط. كذا في «البحر».

(فإن مات المولى قبلها) أي قبل الخدمة **(.. لزمه)** - أي: لزم العبد - **(قيمة نفسه)** في قول أبي حنيفة آخراً، وهو قول أبي يوسف.

(وعند محمّد) وهو قول أبي حنيفة أولاً: **(قيمة خدمته)**؛ لأن الخدمة بدل ما ليس بمال [٥٤٤/ب] وهو العتق، ولا قيمة له، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته، فوجب تسليم قيمتها.

ولهما: أن الخدمة بدل مال؛ لأنها بدل نفس العبد، لكن البدل لما تعذر تسليمه.. وجب تسليم المبدل وهو العبد، ولكن لا يمكن تسليمه؛ لأن العتق لا يقبل الفسخ، فوجب تسليم قيمته لإمكان ذلك.

وفي قوله: «قبلها».. إشارة إلى أنه لو خدم بعض المدة كستة أشهر من سنة، ثم مات.. فعلى قولهما: عليه نصف قيمتها، وعلى قول محمد: عليه قيمة خدمة ستة أشهر باقية. كذا في «البحر».

واعلم: أن هذا الخلاف جار بعينه فيما إذا مات العبد قبل الخدمة المضروبة، فيؤخذ من تركة العبد على ما صرّح به في «الزيلعي».

وبنوا هذا الخلاف على الخلاف في المسألة الّتي تتلوها، وهي ما ذكرها بقوله: «وكذا لو باع المولى العبد من نفسه بعين». انتهى.

وَكَذَا لَو بَاعَ الْمولى العَبْدَ مِن نَفسِهِ بِعَينٍ فَهَلَكَتْ قبلَ الْقَبْضِ.. يلْزمُهُ قيمَةُ نَفسِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: قيمَةُ الْعينِ.

وتعقبه في «فتح القدير» وقال: إنّ بناء الخلاف في هذه المسألة على الخلاف في المسألة الآتية ليس بأولى من عكسه، بل الخلاف فيها ابتدائي. انتهى.

قلت: هذا التعقب في موقعه؛ لأن وجه الطرفين في كل من المسألتين واحد على ما سيظهر عليك.. فلا يصلح أن يكون أحدهما مبنياً والآخر مبنياً عليه.

ثم إنهم سوّوا بين موت المولى وموت العبد في الحكم المذكور، وقد طعن فيه عيسى وقال: هذا غلط فيما إذا مات المولى، بل تأخذه الورثة بما بقي من الخدمة؛ لأن الخدمة دين عليه، فيخلفه الورثة بعد موته؛ كما لو أعتقه على ألف درهم، فاستوفى بعضها ومات.

ولكن في ظاهر الرواية: لا فرق بينهما؛ لأن الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا تورث، فلا يمكن إبقاء عين المنفعة بعد موت المولى؛ أو: لأن الناس يتفاوتون فيها؛ فإن خدمة الفقراء أسهل من غيرهم، وخدمة الشيخ أصعب من خدمة الشاب، وقد يكون الورثة كثيرين، فخدمة الواحد أسهل من خدمة الجماعة. كذا في «الزيلعي» و«البحر».

(وكذا لو باع المولى العبد من نفسه بعين) كالجارية المعينة أو الثوب المعين، **(فهلكت)** العين **(قبل القبض)** أو استحقت أو ردت بعيب فاحش، وأما إن ردت بعيب يسير.. فالحكم فيه كذلك عندهما، وقال محمد لا يقدر على ردها بعيب يسير على ما في «فتح القدير».

(يلزمه قيمة نفسه) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **(وعند محمد: قيمة العين)** له: أن هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق؛ لأن سعي العبد من نفسه إعتاق، وقد عجز عن إيفاء البدل، وليس للمبدل قيمة، فيجب قيمة البدل.

وَمن قَالَ لآخرَ: «أَعتِقْ أَمَتَكَ بِأَلفٍ على أَن تزوِّجَنيها» فَفعلَ وأبت أَن تتزوَّجَهُ.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَلَو ضمَّ: «عنِّي».. قُسِمَ الْألفُ على قيمتِهَا وَمهرِ مثلِهَا، وَلَزِمَهُ حِصَّةُ الْقيمَةِ، وَسقطَ مَا يخصُّ الْمهْرَ.

ولهما: أن العين بدل نفس العبد بالعتق، فيجب تسليم قيمته، ومن هنا ظهر وجه ما مر من «فتح القدير»: من أن بناء الخلافية السابقة على هذه الخلافية ليس بأولى من عكسه.

(**ومن قال لآخر: أعتق أمتك بألف**)، أو على ألف (**على أن تزوجنيها ففعل وأبت**) الجارية (**أن تتزوجه.. فلا شيء عليه**)، أي: على الآمر؛ لأن العتق واقع على المأمور، بخلاف ما [٥٤٥/أ] إذا قال لغيره: طلق امرأتك علي ألف على ففعل؛ فإنه يجب الألف على الآمر؛ لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز، ولا يجوز في العتاق على ما ذكر في مسألة خلع الأب صغيرته.

وفي أواخر كتاب الإعتاق من أن الأجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لها بالطّلاق، بخلاف العتاق؛ فإنه يثبت للعبد فيه قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك، فكان المال في مقابلة ذلك، وليس الأجنبي فيه كالعبد؛ فإنه لا يثبت له به شيء أصلاً، فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري.. فلا يجوز.

(**ولو ضمّ «عنّي»**) بأن قال: أعتق أمتك عنّي بألف على أن تزوّجنيها ففعل وأبت (.. **قسم الألف على قيمتها ومهر مثلها ولزمه**)؛ أي: الآمر (**حصة القيمة، وسقط ما يخص المهر**)؛ لأن العتق ههنا وقع عن الآمر؛ لأنه لما قال: «عنّي».. تضمّن الشراء بطريق الاقتضاء، فوقع العتق على ملكه على ما في «الأصول»، فلزمه مقابلة الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحاً، فانقسم عليهما، فوجب حصّة ما سلّم له وهو الرقبة، وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع.

فإن قيل: إن هذا البيع فاسد؛ لأنه بيع بما يخص الأمة من الألف لو قسم عليها

وعلى منافع بضعها وهو فاسد؛ ولأنه إدخال صفقة النكاح في صفقة البيع وهو فاسد، والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض، ولا قبض ههنا.. فلا ملك، فيجب أن لا يقع العتق عن الآمر؛ لعدم ملكه مع أنه واقع عنه.

قلت: إن المقتضى يثبت فيه ما لا يحتمل السقوط أصلاً، ويسقط عنه ما يحتمله، حتى سقط القبول في البيع لسقوطه في البيع بالتعاطي، فكذا يسقط القبض في البيع الفاسد الذي ثبت بطريق الاقتضاء؛ لاحتماله السقوط إلحاقاً له بالبيع الصحيح.

توضيحه: أن المقتضى يثبت شرطاً للمقتضي وتابعاً له، حتى يثبت بشروط المقتضي لتبعيته له لا بشروط نفسه؛ فإن الشيء إذا ثبت تبعاً للغير.. تعتبر شرائط المتبوع في ثبوته لا بشرائط نفسه إظهاراً للتبعية، وعلى هذا الأصل قالوا: إن العبد والمرأة والجندي يصيرون مقيمين في المفازة بنية المولى والزوج والسلطان في موضع النية لا بنية أنفسهم؛ لكونهم أتباعاً لهم.

وقالوا أيضاً فيما نحن فيه وفي «أعتق عبدك عني بألف»: إن المعتبر في الآمر أهلية الإعتاق لأهلية البيع، حتى أن الصبي المأذون له في التصرفات لا يثبت له البيع بهذا الكلام؛ لعدم أهلية الإعتاق، وإن كان أهلاً للبيع.

وقالوا أيضاً: لا يشترط القبول من الآمر، ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب؛ لعدم ثبوتها شرطاً في الإعتاق؛ فإذا عرفت هذا - أي أن المقتضى يعتبر بشرائط المتبوع في ثبوته لا شرائط نفسه - فالبيع الفاسد فيما نحن فيه يعتبر بشرائط العتق في ثبوته؛ لكونه تابعاً [٥٤٥/ب] له لا شرائط نفسه، فيسقط عنه شرط القبض؛ لعدم اعتبار القبض في العتق.

فإن قيل: إنّ العامل في سقط شرط المقتضي وهو التبعيّة إنما يعمل في محلّ قابل للسّقوط؛ لأن قابليّة المحلّ شرط تأثير المؤثر، والقبض في البيع الفاسد شرط لا يحتمل السقوط كما في الهبة.

قلنا: إن البيع الفاسد بالنظر إلى أصله مشروع كالصَّحيح وإن لم يكن بحسب الوصف مشروعاً؛ فاحتمل سقوط الوصف نظراً إلى أصله لإلحاقه بالبيع الجائز؛ فإن القبض ليس بشرط في البيع الجائز، فصحّ إسقاطه بالاقتضاء كما في البيع الجائز؛ فإن القبض سقط فيه لاقتضاء، بل كلّ من الإيجاب والقبول سقط منه بالاقتضاء لاحتماله السقوط فيه؛ كما في البيع بالتعاطي.

وإذا قال: بعتك هذا الثوب فاقطعه، فقطعه ولم يتكلم.. صحّ، بناء على جواز سقوط القبول، وقد وجد فيه الشطر الآخر وهو الإيجاب، بخلاف الهبة؛ فإن القبض والقبول فيها شرط لا يحتمل السقوط أصلاً؛ لقوله ﷺ: «لا تصحّ الهبة إلّا مقبوضة»، فلا يقاس عليها ما يحتمل السقوط كما نحن فيه، وهذا حجّة على أبي يوسف والشافعي فيما ذهبا إليه فيما إذا قال: أعتق عبدك عنّي ولم يذكر المال، من أنّ الأمر يصح، ويقع العتق عن الآمر بناء على الأصل المذكور، من أن المقتضى يثبت بشروط المقتضي لا بشروط نفسه، فيجوز أن يثبت الملك ههنا بطريق الهبة اقتضاء فيصح العتق عن الآمر؛ لأن ثبوت الملك بطريق الهبة لما كان بالاقتضاء.. سقط عنه القبض الواجب في الهبة مثل سقوط القبول في البيع.

قلنا: إن شروط المقتضى إنما تسقط بعلة التبعيّة فيما يحتمل السقوط كما في البيع، لا فيما لا يحتمل السقوط كما في الهبة على ما ذكرناه، فيقع العتق في: أعتق عبدك عنّي بغير ذكر المال عن المأمور لا عن الآمر؛ لعدم صحة الأمر، بما ذكرنا من الجواب الموضح عن السؤال المذكور.

حصل الاستغناء عما ذكره في «العناية» نقلاً عن الإمام السرخسي في الجواب عن السؤال المذكور من: أن الأمة تنتفع بهذا الإعتاق، فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض، ثم يجعل قبضها قبضاً للمولى، وأدنى القبض: يكفي في البيع الفاسد. انتهى.

وَلَو تزوَّجتهُ.. فحصَّةُ الْمهْرِ لَهَا فِي الْوَجْهَيْنِ، وَحِصَّةُ الْقيمَةِ للْمولى فِي الثَّانِي، وهَدَرٌ فِي الأَوَّلِ.

(ولو تزوجته) أي: لو زوجت الأمة نفسها منه (.. **فحصة المهر**) من الألف (لها في الوجهين) أي: فيما إذا ضم إليه «عني» وفيما إذا تركه، وهذا لأن حصّة المهر مهر مثلها.

(وحصة القيمة للمولى في الثاني)؛ أي: فيما ذكر فيه «عني».

(وهدر في الأول) أي: فيما ترك فيه «عني»؛ لعدم صحة الضمان فيه.

ولو أعتق أمته على أن تزوجه نفسها، فزوجته نفسها.. كان لها مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن العتق ليس بمال، فلا يصلح للمهر، وعند أبي يوسف يجوز؛ لأن النبي ﷺ أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها.

قلنا: ذلك من [٥٤٦/أ] خواص النبي ﷺ.

وإن أبت.. فعليها قيمتها لمولاها بالاتفاق، وكذا لو أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوجها؛ فإن فعل.. فلها مهرها عليه، وإن أبى.. فعليه قيمته لها.

* * *

(بَابُ التَّدْبِيرِ)

....

(بَابُ التَّدْبِيرِ)

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة.. شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت.

وجه الترتيب: ظاهر.

وهو في اللغة: النظر إلى عاقبة الأمر.

وفي الشريعة: إيجاب العتق الحاصل بعد الموت بألفاظ تدل عليه صريحاً أو دلالة.

والمراد بالموت ههنا: موت المولى؛ لأن تعليق العتق بموت فلان، أو موت فلان مع موت المولى، أو موت العبد.. ليس بتدبير - نحو: إن مات فلان.. فأنت حرّ، أو إن مت وفلان.. فأنت حرّ أو إن متَّ بالخطاب.. فأنت حرّ - بل من قبيل تعليق العتق بسائر الشروط من دخول الدار ونحوه؛ فإن مات فلان.. عتق من جميع ماله، وكذا إن مات العبد.. عتق في جزء من قبيل موته.

وشرطه: الملك، فلا يصح التّدبير من المكاتب؛ لأنه إنما يملك يدا لا حقيقة.

والبلوغ والعقل، فلا يصح تدبير الصبي والمجنون، وأما السكران والمكره.. فتدبيرهما صحيح عندنا كإعتاقهما.

ولو قال العبد أو المكاتب: إذا أعتقت فكلّ مملوك أملكه حرّ، فعتق فملك مملوكاً.. عتق؛ لأنه مخاطب وله قول معتبر، وقد أضاف العتق إلى ما بعد حقيقة الملك له.. فيصح، ويكون عند وجود الملك كالمنجز له، بخلاف ما لو قال: كل مملوك أملكه إلى خمسين سنة فهو حر، فعتق قبل ذلك فملك.. لا يعتق عند أبي حنيفة.

وقالا: يعتق. كذا في «فتح القدير».

الْمُدبَّرُ الْمُطلقُ: مَن قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ: إذا مِتُّ.. فَأَنتَ حرٌّ، أَو أَنْتَ حُرٌّ عَن دُبُرٍ مِنّي، أَو يَوْمَ أَمُوتُ، أَو مَعَ موتي، أَو عِنْدَ موتِي، أَو فِي موتِي، أَو أَنْتَ مُدبَّرٌ، أَو قد دبَّرْتُكَ، أَو إِن متُّ إِلَى مائَةِ سنةٍ وَغلبَ مَوتُهُ فِيهَا، ....

وفيه أيضاً: أن ما ذكرناه من اشتراط البلوغ والعقل إنما هو في تدبير المالك، وأما في تدبير الوكيل.. فلا.

وفي «المبسوط»: لو قال لصبيّ أو مجنون: دبر عبدي إن شئت، فدبّره.. جاز.

وركنه: الألفاظ الدالة على معناه.

وصفته: على نوعين أيضاً: مطلق ومقيد.

فأشار إلى الأوّل بقوله : (المدبر المطلق مَن قال له مولاه: إذا مت فأنت حرّ، أو أنت حرّ عن دبر مني، أو يوم أموت، أو مع موتي، أو عند موتي، أو في موتي، أو أنت مدبر، أو قد دبرتك)، ولا حاجة فيهما إلى الإضافة إلى الموت؛ لأنهما صريحان، **(أو إن مت على مائة سنة)** - أي: أنت حرّ إن مت على مائة سنة - **(وغلب موته فيها)** بأن كان ابن ثمانين سنة.

قال في «الهداية»: إذا قال: إن مت إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إليها في الغالب.. فإنه كالكائن لا محالة، فيكون تدبيراً مطلقاً.. فلا يجوز بيعه.

وقال في «فتح القدير» و«العناية»: وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة في «المنتقى».

وقال «قاضي خان»: على قول أصحابنا: مدبر مقيّد.

وكذا ذكره في «الينابيع» و«جوامع الفقه»؛ لأنه لم يخرج عن التعيين.

وعلى قول الحسن: ذكر ما لا يعيش إليه غالباً تأبيد معنى، وهذا كالخلاف في النكاح المؤقت إذا سمّيا مدّة لا يعيشان إليها غالباً.. صحّ النكاح عند الحسن؛ لأنه تأبيد معنى [٥٤٦/ب]، والمذهب: أنه توقيت.

أَو أوصيتَ لَكَ بِنَفْسِكِ، أَو برقبتِكَ، أَو بِثلثِ مَالِي.. ....

وكلام صاحب «الهداية» ههنا يناقض كلامه في النكاح؛ فإنه اعتبر هذا في النكاح توقيتاً، وههنا اعتبره تأبيداً موجباً للتدبير المطلق.

(**أو أوصيت لك بنفسك، أو برقبتك، أو بثلث مالي**).

واعلم: أن الألفاظ المذكورة ههنا كلها صرائح في التدبير لا يحتاج فيها إلى النية؛ فإن التدبير إثبات العتق عن دبر، وهذه الألفاظ تفيد ذلك بالوضع، فيكون صريحاً على ما في «فتح القدير».

فإن قيل: قال في «العناية»: إن قوله: «دبرتك» أو «أنت مدبر» صريح، وقوله: «إذا مت فأنت حر» أو «أنت حر مع موتي» أو «في موتي» و«أوصيت لك بنفسك» أو «برقبتك» أو «بعتقك» أو «بثلث ما لي».. ليس بصريح، بل دلالة في التدبير، فلا يصح القول بأن كلّها صريح.

قلنا: المراد بالصريح ما يقابل الكناية لا ما يقابل الدلالة، والدلالة غير الكناية، وإنما كانت هذه الألفاظ مطلقة لعدم التقييد بصفة تفيد التقييد المعتبر في المدبر المقيد على ما سيأتي ذكره.

والحاصل: أن ألفاظ المطلق على أربعة أنواع:

الأول: ما يكون بلفظ إضافة؛ نحو: «أنت حر عن دبر مني» أو «يوم أموت» أو «عند موتي» أو «حرّرتك» أو «أعتقتك» أو «أنت حرّ» أو «معتق بعد موتي»، والمراد باليوم مطلق الوقت؛ لأنه قرن بما لا يمتد من الفعل، ولو نوى به النهار فقط.. لا يكون مدبراً مطلقاً؛ لجواز أن يموت ليلاً، يعني: يجوز بيعه؛ فإن لم يبعه حتى مات.. عتق المدبر.

والثاني: بلا إضافة؛ نحو: «أنت مدبر» أو «قد دبّرتك»، وروى هشام عن محمّد: إذا قال: أنت مدبر بعد موتي.. يصير مدبراً في الحال؛ لأن المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته، فكان هذا، وأنت حر بعد موتي سواء.

والثالث: ما يكون بلفظ التعليق كـ«إن مت» أو «إذا مت» أو «متى مت» أو «حَدَثَ فيَّ حَدَثٌ، أو حادث فأنت حر»؛ لأن الحدث والحادث تعورف في الموت؛ وكذا «أنت حر مع موتي» أو «في موتي»؛ فإنه تعليق العتق بالموت بناء على أن «مع» و«في» تستعار في معنى حرف الشرط. كذا في «فتح القدير».

فاستفيد منه أنهما لو حملا على معناهما الحقيقي.. لكانا من النوع الأوّل ولا يصار إلى المجاز عند إمكان الحقيقة.

والرابع: ما يكون بلفظ الوصية نحو: «أوصيت لك بنفسك» أو «رقبتك»؛ لأن العبد لا يملك نفسه؛ فكانت الوصيّة به وصية بالعتق، وكذا لو أوصى له بثلث ماله بأن قال: أوصيت لك بثلث مالي؛ لأن رقبته من ثلث ماله، فكان موصى له بثلث رقبته وهو يملك بعد الموت، فكان إعتاقاً له بعد الموت؛ فكأنه قال: أنت حر بعد موتي، بخلاف ما لو قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر حيث لا يكون مدبراً وله أن يبيعه؛ فإنه ما علّقه بمطلق الموت، بل بمضي يوم بعده، فيكون وصية بالإعتاق.. فلا يعتق بعد موت المولى إلا بإعتاق الوارث أو الوصي على ما نص عليه في «الذخيرة» و «فتح القدير» عن «نوادر [٥٤٧/أ] ابن سماعة».

وفي «الإسبيجابي»: إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي.. فللوارث أن يعتقه تنجيزاً أو تعليقاً، والوصي لا يملكه إلّا تنجيزاً، ولو أعتقه عن كفارته عن الميت دون الكفارة.. قالوا: إنه لو قال: أنت حر بعد موتي إن شئت؛ فإن نوى بقوله: «إن شئت» المشيئة السّاعة، فشاء العبد ساعته.. فهو حرّ بعد موته من الثلث؛ لوجود شرط التدبير، فيصير مدبراً، وإن نوى المشيئة بعد الموت؛ فإذا مات المولى فشاء العبد عند موته.. فهو حرّ لوجود، لا باعتبار التدّبير.

وفي «فتح القدير»: إن الشيخ أبا بكر الرازي كان يقول: الصحيح: أنه لا يعتق هنا إلا بإعتاق من الورثة أو الوصي؛ لأنه لما لم يعتق بنفس الموت.. صار ميراثاً، فلا يعتق بعده إلا بإعتاق منهم، ويكون هذا وصيّة يحتاج إلى تنفيذها؛ كما لو قال:

فَلَا يجوزُ إِخْرَاجُهُ عَن مِلكِهِ إِلّا بِالْعِتْقِ، ....

أعتقوه بعد موتي إن شاء، وهو نظير ما تقدم من أنه لو قال: أنت حرّ بعد موتي بألف.. فإنه لا يعتق إلّا بإعتاق منهم على ما فصّلناه، فعلى ما ذكره الرازي: لا فرق بين مسألة المشيئة وبين قوله: «أنت حر بعد موتي بيوم» في أنه لا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي.

ومن مشايخنا من فرق بينهما فقال: إذا أخر العتق في قوله: «أنت حر بعد موتي بيوم» عن موته بزمان ممتد بيوم، وتقرر ملك الوارث فيه في ذلك الزمان.. علمنا أن مراده: الأمر بإعتاقه، فلا يعتق ما لم يعتقوه.

وأما في مسألة المشيئة: فمشيئة العبد تتصل بموت المولى؛ لأن المعتبر وجود المشيئة منه في مجلس موته أو علمه بموته، كما يتقيد بمشيئته في حياته بمجلس التفويض إذا كان بهذا اللفظ؛ فإذا اتصل بموته قبل تقرر الملك للوارث.. فيعتق بإعتاق المولى، ولا حاجة إلى إعتاق الوارث، ومن هنا: ظهر قوة قول بعض مشايخنا في قوله: «أنت حر بعد موتي بألف» من أنه يعتق بقبوله بعد الموت، ولا حاجة فيه إلى إعتاق الوارث على ما ذهب إليه أكثر مشايخنا كما تقدم، وهذا هو ما وعدناه ثمة بذكر ما يؤول قول بعض مشايخنا، وهذا لأن زمان القبول كزمان المشيئة في أنه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته.

ثم اعلم: أنه ينبغي في التعليق أن يفصل؛ فإن علقه بشرط من جهة نفسه، ثم لم يفعله، أو بمضي زمان طويل، أو على فعل العبد وهو مما يتعذر أو يتعسر عليه.. لا يلزم العبد توقُّفه عليه، بل إن شاء.. رفع الأمر إلى القاضي لينجز عتقه. كذا في «فتح القدير».

ثم شرع في بيان أحكام المدبر المطلق فقال: (**فلا يجوز إخراجه**) أي: المدبر المطلق (**عن ملكه**) بالبيع أو الهبة أو الصدقة أو المهر أو الرهن، حتى لو باعه.. بطل بيعه، (**إلا بالعتق**) كما في المكاتب، والعتق هنا: أعم من العتق بلا بدل، أو بكتابة، أو عتق على مال؛ لما صرّحوا: أن التدبير لا ينافي ورود عقد الكتابة عليه، فلو كاتب

مدبّره؛ فإن أدّى بدل الكتابة في حياة المولى.. عتق، وإن لم يؤدّ في حياته [٥٤٧/ب] ومات المولى؛ فإن خرج من الثلث.. عتق بالتّدبير وسقط عنه بدل الكتابة، وإن لم يكن له مال غيره.. يعتق ثلثه بالتّدبير، ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمّد: سقط عنه ثلث بدل الكتابة أيضاً؛ قياساً على ما لو كاتبه أوّلاً، ثم دبّره، ثم مات ولا مال له سواه؛ فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة كما عتق ثلثه بالتّدبير.

ولهما: أنّ بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير، أعني: ثلثاه؛ لأنه يستحق ثلثه بالتدبير؛ كما لو طلق زوجته واحدة، ثم طلقها ثلاثاً بألف.. كانت الألف كلّها بإزاء الطلقتين.

وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى.. لا يسقط عنه شيء.

بخلاف ما لو كاتبه أولاً؛ لأن بدل الكتابة هنا بمقابلة جميع الرقبة؛ فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت.. سقطت حصته من بدل الكتابة.

هذا؛ **فإن قيل**: إنه لو قال: كلّ مملوك أملكه فهو حرّ بعد موتي، وله مماليك واشترى مماليك أخرى، ثم مات.. فإنهم يعتقون، فكان عتقهم معلّقاً بمطلق موت السيد، ثم إنه لو باع الذين اشتراهم.. صحّ ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق إلّا عند الموت.

أجيب: بأن الوصية بالنسبة إلى المعدوم: تعتبر يوم الموت، وبالنسبة إلى الموجود: تعتبر عند الإيجاب؛ كما لو أوصى لأولاد فلان وله ثلاثة أولاد، فمات واحد منهم ..بطل ثلث الوصية؛ لأنها تناولتهم بعينهم، فبطل بموت أحدهم حصته، ولو لم يكن له ولد فولد ثلاثة أولاد، ثم مات أحدهم، ثم مات الموصي.. كان الكل

للاثنين؛ لأن الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الإيجاب، فتناولت من يكون موجوداً عند الموت هذا عندنا.

وقال الشافعي: يجوز بيع المدبر وهبته نقلاً وعقلاً:

أما النقل: فلما في «الصحيحين»: أنّ رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه، ولم يكن له مال غيره، فاحتاج، فباعه النبيُّ ﷺ بثلاث مائة درهم، ثم أرسل ثمنه إليه.

وفي رواية النسائي: وكان عليه دين فاحتاج، فباعه رسول الله ﷺ فأعطاه ثمنه، فقال: «اقض دينك».

وأما العقل: فلأنَّ التّدبير تعليق العتق بالشرط، فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء رأس الشهر؛ وكما في المدبر المقيد، ولأن التدبير وصية، حتى يعتبر من الثلث، والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره؛ كما لو أوصى برقبته لإنسان.

ولنا: نقل وعقل أيضاً:

أما النقل: فما رواه نافع عن ابن عمر واحتج به الطحاوي وغيره من الأئمة: أن المدبر لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، وهو حر من الثلث، روي مرفوعاً وموقوفاً، فعلى رفعه: فالاحتجاج به ظاهر، وعلى وقفه: إن قلنا: بوجوب التقليد بقول [٥٤٨/أ] الصحابي.. فالاحتجاج ظاهر أيضاً وعلى تقدير عدم وجوب تقليده.. يجب أن يحمله على السماع من الشارع؛ لأن منع بيعه على خلاف القياس؛ لأن التدبير لم يوجب زوال الرق عنه، فبيعه مستصحب رقه، فمنعه مع عدم زوال الرق منه وعدم اختلاطه بجزء المولى كما في أمّ الولد: خلاف القياس.. فيحمل على السماع.

وأما العقل: فلأن التدبير سبب الحرية؛ لأن الحرية تثبت بعد الموت.. فلا بدّ لها من سبب، ولا سبب غيره؛ فإما أن يكون سبباً في الحال أو بعد الموت، لا جائزَ أن يكون بعد الموت؛ لأنه حال بطلان الأهلية، فلا يمكن تأخير السببية إليه؛ ولأنه

في الحال موجود وبعد الموت معدوم؛ لأنه عرض لا يبقى، فتعين أن يكون سبباً في الحال؛ فإذا تعين سببه في الحال.. لا يجوز إبطاله بالبيع والهبة وغيرهما.

فإن قيل: لا نسلم أنه سبب في الحال؛ لأنه تعليق العتق بالموت، وليس في التعليقات شيء من السبب ثابتاً في الحال قبل وجود الشرط، وإنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط على ما هو المذهب عندنا في سائر التعليقات.

قلنا: القياس في سائر التعليقات أن تكون أسباباً في الحال أيضاً، لكن المانع عن السببية في الحال قائم في سائر التعليقات وهو كونها يميناً؛ لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم؛ فإن المقصود من اليمين هو المنع عن تحقيق الشرط، وما كان مانعاً عن تحقيق اللازم الذي هو الشرط.. كان مانعاً عن تحقيق الملزوم الذي هو الحكم، وما كان مانعاً للحكم.. لا يمكن أن يكون سبباً له فصفة كون التعليق يميناً.. تمنع من كونه سبباً للحكم؛ كالطلاق والعتاق مثلاً.

بخلاف التدبير؛ فإنه ليس بيمين لتعليق عتقه بأمر كائن لا محالة.

فإن قيل: «أنت طالق إذا جاء غداً» تعليق الطلاق بأمر كائن لا محالة، وليس بسبب في الحال.

أجيب: بأنه إضافة لا تعليق.

فإن قيل: إن اليمين قد تعقد للحمل؛ كما في قوله: «إن تدخلي الدار فأنت طالق»، فكيف يصح القول بأن المقصود من اليمين هو المنع؟

أجيب: بأنه لا يقصد باليمين إلا منع الشرط، والشرط فيما ذكرتم هو النفي، والمقصود: المنع منه، ويلزمه الحمل، فقام المانع في سائر التعليقات عن السببية في الحال.

والجواب عما رواه الشافعي: أنه لا شك أن بيع الحرّ كان يجوز في ابتداء الإسلام لما روي أنه ﷺ باع حرّاً يقال له سرق في دينه، ثم نسخ ذلك بقوله تعالى:

وَيجوزُ: استخدامُهُ، وكتابتُهُ، وإِيجارُهُ.

وَالْأَمةُ تُوطَأُ، وَتُزَوَّجُ.

﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فيحتمل أن يكون بيعه ﷺ فيما رواه وقت جواز بيع الحر بدينه.. فلا يقوم حجة مع هذا الاحتمال على أنه حكاية حال، فلا يعارض ما رويناه وإن كان ما رويناه موقوفاً، وإنما يعارضه لو قال النبي ﷺ: «يباع المدبر» ولم يثبت ذلك؛ فإذا كان ذلك حكاية حال.. يحتمل: أن يكون ما باعه مدبراً مقيداً، ويحتمل: أنه باع منفعته بأن آجره لا رقبته [٥٤٨/ب].

والإجارة قد تسمى بيعاً.

وقوله: «التدبير تعليق كسائر التعليقات». قلنا: إن سائر التعليقات يمين، والتدبير ليس بيمين، واليمين مانع عن انعقاد السببية في الحال؛ على ما ذكرناه، ولأن تأخير السببية إلى ما بعد الموت غير ممكن في التدبير؛ لانتفاء أهلية الإيجاب حينئذ، وفي سائر التعليقات تأخيرها إلى زمان الشرط ممكن؛ لقيام الأهلية عنده.. فافترقا:

فإن قيل: قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها حال صحته، ثم جن عند وجود الشرط؛ فإن الطلاق واقع.

أجيب: بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية؛ كما في صورة المجنون.

وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط وقوله: ولأنه وصية له.

قلنا: نعم إنه وصية، لكن الوصية للخلافة في الحال؛ كالوراثة حينئذ، وإبطال السبب بالبيع ونحوه لا يجوز، وجواز بيع الموصي الموصى به.. إنما هو في وصية لم تكن على وجه التعليق؛ أعني الوصية المطلقة، والتدبير ليس كذلك:

(ويجوز) للمولى (**استخدامه وكتابته وإيجاره، والأمة توطأ وتزوّج**)، ولو جبراً، ومهرها للولي.

وفي «المنتقى»: المولى أحق بكسبه وإرثه ومهر المدبرة:

وولد المدبرة مدبّرٌ أيضاً.

بخلاف ولد المدبر؛ لأن ولده إما أن يكون من أمة أو غيرها، فالأول: رقيق لمولى الأمة، والثاني: يتبع الأم في التدبير والكتابة وغيرها دون الأب، فما وقع في بعض نسخ «الهداية»: «وولد المدبر مدبر مثله».. ليس بصحيح، بل الصحيح: ولد المدبرة مدّبر.

ثم الأصل هنا: أن ولاية هذه التصرفات بالملك، وهو ثابت في المدبر؛ لأن التدبير لا يثبت الحرية في الحال، وإنما يثبت استحقاق الحرية، فكان الملك فيه ثابتاً، حتى لو قال: «كل مملوك لي فهو حر».. دخل فيه المدبر.

فإن قيل: قد تقدم أن التدبير سبب في الحال، فلم تثبت الحرية في الحال، وتَخَلُّفُ المسَبَّب عن سببه التمام.. لا يجوز.

قلنا: معنى كونه سبباً في الحال: أنه سبب في الحال للحرية في المآل؛ أي بعد الموت، لا في الحال، فلا تَخَلُّف.

فإن قيل: إذا كان المسبب في المآل.. فليكن السبب في المآل أيضاً.

قلنا: قد عرفت أن ما بعد الموت ليس زمان أهلية السببية، فلو لم يكن سبباً في الحال.. لزم بطلان السببية بالكلية، واللازم باطل، فكذا الملزوم.

فإن قيل: الملازمة ممنوعة لوجود السببية حكماً بعد الموت وإن لم يوجد حقيقة؛ كما لو علق طلاق امرأته بشرط وهو صحيح ووجد الشرط في حال جنونه.. فإنه يقع الطلاق؛ لوجود السببية حكماً.

قلنا: الشيء إنما يعتبر موجوداً حكماً إذا أمكن وجوده حقيقة، ولا إمكان هنا؛ لاستحالة وجود العقل من الميت، بخلاف حالة الجنون؛ لأن المجنون أهل للتصرف في الجملة ألا ترى أنه يعتق عليه قريبه بالملك [٥٤٩/أ]، ويمكن وجود الشرط وهو أهل أيضاً.. فأمكن اعتباره حكماً، فلا يقاس عليه ما نحن فيه.

وَإِذا مَاتَ سَيِّدُهُ.. عَتَقَ مِن ثُلُثِ مَالِهِ.

وَإِن لم يَخرُج مِنَ الثُّلُث.. فبِحسابِهِ.

وَإِن لم يتْرُك غَيرَهُ.. سعى فِي ثُلثَيْهِ.

وَإِن استغرَقَهُ دَيْنُ الْمولى.. سعى فِي كلِّ قِيمَتِهِ.

وَلَو دبَّرَ أَحدُ الشَّرِيكَيْنِ وَضَمِنَ نصفَ شَرِيكِهِ ثمَّ مَاتَ.. ....

(وإذا مات سيده)؛ أي: ولو حكماً؛ بأن ارتد ولحق بدار الحرب؛ على ما في «البحر» (.. عتق من ثلث ماله) إن خرج من الثلث؛ لما رويناه، ولما ذكرناه: من أن التدبير وصية فيعتبر من الثلث.

(وإن لم يخرج من الثلث.. فبحسابه)، يعني لو كان ثلث ماله أربعون درهماً.. وقيمة العبد ثمانون درهماً يعتق نصفه ويسعى في نصفه، ولو كانت مئة وعشرين.. يعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه.

(وإن لم يترك غيره.. سعى في ثلثيه) ويعتق ثلثه.

(وإن استغرقه دين المولى.. سعى في كل قيمته)؛ لأن الدَّين مقدم على الوصية، والعتق لا يمكن فسخه.. فيجب عليه رد قيمته.

واختلفوا في قيمة المدبر المطلق:

قيل: نصف قيمته قناً.

وقيل: قيمته قناً.

وقيل: قيمته قيمة الخدمة.

وقيل: ثلثا قيمته قناً، وعليه أكثر المشايخ، وهو مختار المصنف في آخر باب عتق البعض، ولا يلزم من كونه مقوَّماً جواز بيعه ونحوه.

وفائدته تظهر في هذه المسألة.

(ولو دبر أحد الشريكين) عبداً مشتركاً بينهما (وضمن نصف شريكه، ثم مات..

عَتَقَ نِصفُهُ بِالتَّدْبِيرِ، وسعى فِي نِصفِهِ، خلافاً لَهما.

والمقيدُ: مَن قَالَ لَهُ: «إِن مِتُّ مِن مرضِي هَذَا، أَو سَفَرِي هَذَا، أَو مِن مرضٍ كَذَا، أَو إِلَى عشرِ سِنِينَ، أَو إِلَى مائَةِ سنةٍ وَاحْتَمَلَ عدمَ مَوتِهِ فِيهَا».. فَيجوزُ بَيْعُهُ، ....

عتق نصفه بالتدبير وسعى) العبد (في نصفه) عند أبي حنيفة، (خلافاً لهما)؛ لأن نصفه الذي ضمنه باقٍ على ملكه عنده لا عندهما؛ بناء على أن الإعتاق والتدبير يقبل التجزيء عنده لا عندهما.

ولو أعتق أحد الشريكين ودبّره الآخر معاً.. عتق العبد بالاتفاق، والمعتِق يُغَرَّم نصف قيمته قناً: عند أبي يوسف، ومدبراً: عند محمد.

له: أن تصرفهما من الإعتاق والتدبير.. نافذ في نصيب نفسه، إلا أن إيفائهما معاً متعذر.. فيغلب العتق؛ لكونه أقوى فيضمنه مدبراً.

ولأبي يوسف: أن العتق والتدبير لما لم يمكن جمعهما.. يرجح العتق من الابتداء قبل نفوذ التدبير، فبطل به التدبير.

ولما فرغ من بيان التدبير المطلق.. شرع في بيان المقيد فقال: (**والمقيد: من قال له**) سيده: (**إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو من مرض كذا، أو إلى عشر سنين، أو إلى مئة سنة واحتمل عدم موته فيها**) بأن كان ابن تسعين سنة مثلاً، .. ففي هذه الألفاظ كلها: مدبر مقيد، لا يكون العبد بها مدبراً لعدم انعقاد السبب في الحال؛ للتردد في تلك الصفات؛ إذ ربما يرجع من ذلك السفر، ويبرأ من ذلك المرض، بخلاف المدبر المطلق؛ لأنه علق عتقه بمطلق موته، وهو كائن لا محالة، فلا يكون بمعنى اليمين على ما ذكرناه، فينعقد سبباً في الحال (.. **فيجوز بيعه**)؛ أي: إذا كان مدبراً مقيداً.. يجوز بيعه وما يضاهيه؛ لعدم كونه مدبراً في الحال؛ لعدم انعقاد السبب في الحال.

وَإِن وُجِدَ الشَّرْطُ.. عَتَقَ الْمُدبَّرُ.

(وإن وجد الشرط)؛ بأن مات المولى من ذلك المرض، وفي ذلك السفر أو في عشر سنين أو في مئة سنة (..**عتق**) عتق **(المدبر)**؛ أي من الثلث؛ لأنه يثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق فيه، ففي ذلك: يصير مدبراً مطلقاً، لا يجوز بيعه، بل [٥٤٩/ب] لا يمكن.

وأما ما قبل آخر جزء من حياته.. فلم يكن مدبراً، فجاز بيعه.

وإن لم يوجد الشرط المذكور؛ بأن برىء من ذلك المرض، أو رجع من ذلك السفر ثم مات، أو مضى عشر سنين أو مئة سنة ثم مات.. لم يعتق؛ لأن الشرط الذي علق به قد انعدم.

واعترض عليه في «فتح القدير» بما إذا قال: «أنت حر قبل موتي بشهر» ومضى شهر.. فإنه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى، مع أنه مدبر مقيد، حتى.. جاز للمولى بيعه.

والجواب عنه على ما في «البحر» عن «الظهيرية»: أنه مدبر مقيد قبل مضي الشهر؛ فإن مات المولى قبل الشهر.. يعتق كالمدبر، وإن لم يمت ومضى شهر.. ففيه اختلاف:

فذهب بعض مشايخنا: إلى أنه يصير مدبراً مطلقاً؛ لتعلق العتق بمجرد موته.

وذهب البعض: إلى أنه بقي مدبراً مقيداً؛ لتعلق العتق بموته ومضي شهر يتصل بموته؛ وعليه أكثر المشايخ، وهو الأصح؛ على ما في «المجتبى».

وجعل في «فتح القدير» كونَه مدبراً مطلقاً مذهبَ زفر؛ حيث قال: إذا قال: أنت حر قبل موتي بشهر أو يوم.. فإنه مدبر مقيد، حتى ملك بيعه، لا مدبرٌ مطلقٌ على ما ذهب إليه زفر؛ لأنه لم يوجد تعليقه بمطلق موته؛ لاحتمال موته قبل شهر، فلم تتعلق الحرية بشرط كائن لا محالة.

ولو مات بعد شهر.. قيل: يعتق من الثلث، وقيل: من جميع المال؛ على قول

أبي حنيفة يستند إلى العتق أول الشهر، وهو كان صحيحاً فيه.. فيعتق من كله.

وعلى قولهما: يصير مدبراً بعد مضي الشهر قبل موته. انتهى.

وقالوا: لو قال: «إذا مت أو قتلت فأنت حر»..

فهو مدبر على قول زفر؛ لأن عتقه تعلق بمطلق موته، حتى يعتق إذا مات على أي وجه كان.

وعلى قول أبي يوسف: ليس مدبراً؛ لأنه علقه بأحد الشيئين: من الموت والقتل، والقتلُ وإن كان موتاً.. لكن الموت ليس بقتل، وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة، فلا يصير مدبراً، حتى يجوزُ بيعه.

وفي «فتح القدير»: وقول زفر أحسن؛ لأن التعليق في المعنى بمطلق موته؛ لأنه لا تردد في كون الكائن أحدَ الأمرين؛ من الموت؛ قتلاً أو غير قتل، فهو في المعنى: مطلق الموت كيفما كان.

والحاصل: أن التدبير المقيد: هو تعليقُ عتقهِ بموته لا مطلقاً بل مقيداً بقيد، وذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقيده بكونه في سفر أو مرض مخصوص.

والثاني: أن يقيد بكونه في مدة معينة يحتمل أن يعيشان إلى مثلها.

والثالث: أن يقيده بزيادة شيء بعد موته؛ كقوله: «أنت حر بعد موتي شهراً، وإذا مت وغسلت أو كفنت أو دفنت فأنت حر».. فيعتق إذا مات كالمدبر من الثلث استحساناً؛ لأنه يغسل ويكفن ويدفن بعد الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث.

وفي القياس: لا يكون مدبراً.. فلا يعتق بموته؛ لأنه علق عتقه بموته وشيء آخر بعده وهو الغسل والدفن.. فهو ينتقل إلى ملك الوارث بالموت [٥٥٠/أ] قبل وجود شيء آخر، فلا يعتق إلا بعتق الوارث؛ كقوله: «إن مت ودخلت الدار فأنت حر».

وأجيب عنه: بالفرق بينهما؛ بأن الغسل والتكفين والدفن متصل بموته.. فلا يتقرر ملك الوارث فيه بالموت، بخلاف دخوله الدار؛ لأنه لا يتصل بموته فيتقرر ملك الوارث فيه بالموت.

ولو علق عتقه بموت شخص آخر؛ نحو: «أنت حر بعد موت فلان».. لا يكون مدبراً، بل يكون من قبيل تعليق العتق بالشرط عند وجود الشرط؛

قال في «المبسوط»: لو قال: «أنت حر بعد موت فلان».. لم يكن مدبراً؛ لأن موت فلان ليس بسبب للخلافة في حق المولى، ووجب العتق باعتبار معنى الخلافة، فلو مات فلان والمولى حي.. عتق العبد.

وكذلك إن قال: «أنت حر بعد موتي وموت فلان» أو قال: «بعد موت فلان وموتي».. لا يكون مدبراً؛ فإن مات فلان قبل المولى.. فحينئذٍ يصير مدبراً. انتهى.

فإن كان من قبيل تعليق العتق بسائر الشروط: يجوز بيعه قبل وقوع الشرط؛ أعني موت فلان؛ كما في سائر الشروط والمدبر المقيد.

وفي «الدرر»: لو قال: «أنت حر بعد موتي بشهر» فمات بعده.. لم يعتق بالموت؛ لعدم أهلية المولى للإعتاق عند وجود المعلق به، بل يعتقه الوصي أو الوارث أو القاضي؛ لانتقال الولاية بعده إليهم. انتهى.

قلت: هذا من قبيل «إن مت ودخلت الدار فأنت حر» وقد عرفت آنفاً أنه جواب القياس.

ولو قال لجاريته: «إن تخدميني على الاستقامة فأنت مدبرتي» فظهرت خيانتها.. يجوز بيعها.

* * *

(بَابُ الِاسْتِيلَادِ)

لَا يثبتُ نسبُ ولدِ الْأمةِ مِن مَوْلَاهَا ....

(بَابُ الاسْتِيلَاد)

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت.. وصل بينهما، ولما كان التدبير أنسب بما قبله؛ من حيث إن العتق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد.. قدمه عليه.

والاستيلاد: مصدر «استولد» أي: طلب الولد، وهو عام أريد به خصوص، وهو طلب ولد أمته؛ أي استحقاقه.

(لا يثبت نسب ولد الأمة من مولاها) أطلق الولد فشمل: الحي، والميت، والسقط الذي استبان بعض خلقه؛ لأن كلاً من الميت والسقط المستبين الخلق: ولد؛ بدليل: أنه يتعلق به أحكام الولادة، حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة نفساء.

وشمل الحمل أيضاً؛ لأن الأمة تصير أم ولد أيضاً بثبوت نسب حمل الأمة من مولاها؛ لما في «المحيط» و«الخانية»: أنه لو قال لجاريته: «حملها مني».. صارت أم ولد له؛ لأن الإقرار بالحمل: إقرار بالولد.

وكذا لو قال: «هي حبلى مني، أو ما في بطنها من ولد، فهو مني»، ولا يقبل منه بعدها أنها لم تكن حاملاً، وإنما كان ريحاً ولو صدقته الأمة؛ لأن في الحرية حق الله تعالى، فلا يحتمل السقوط بإسقاط العبد.

بخلاف ما إذا قال: «ما في بطنها مني» ولم يقل من حمل أو ولد، ثم قال بعده: كان ريحاً، وصدقته.. لم تصر أم ولد؛ لاحتماله [٥٥٠/ب] الولدَ والريحَ.

ولو قال: «إن كانت حبلى فهو مني» فأسقطت مستبين الخلق كله أو بعضه.. صارت أم ولد.

فإن ولدت لأقل من ستة أشهر.. صارت أم ولد؛ للتيقن بحملها حينئذ، وإن ولدته لأكثر.. لم تصر أم ولد. انتهى.

إِلَّا أَن يَدَّعِيَه، ....

وأطلق الأمة فشمل القنة والمدبرة لاستوائهما في ثبوت النسب، إلا أن المدبرة إذا صارت أم ولد.. بطل التدبير؛ لأن أمية الولد أنفع لها؛ لأنها لا تسعى؛ على ما في «البحر» عن «البدائع».

ومراده ببطلان التدبير: أنه لا يظهر حكم التدبير بعد ذلك؛ لكونها معتقة من جميع المال، لا أنه بطل عن أصل؛ إذ لا منافاة بينهما؛ كذا في «الذخيرة».

وأطلق في المولى: **فشمل: ما إذا كان مولاها وقت الولادة، وما لا يكون**، حتى لو تزوج جارية غيره فاستولدها، ثم ملكها.. لزم ثبوت النسب منه.

وما إذا كان مالكاً كلها أو بعضها؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ؛ فإنه فرع النسب.. فيعتبر بأصله.

وشمل المولى المسلم والكافر؛ ذمياً أو مرتداً أو مستأمناً؛ على ما في «البدائع».

وأطلق كون الولد من المولى، فشمل ما إذا كان بجماع منه، أو بغير جماع منه؛ لما في «المحيط» عن أبي حنيفة: إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية منيَّه فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت.. فالولد ولده، والجارية أم ولده.

(**إلا أن يدّعيه**)؛ أي الولد أو الحمل، وأما دعوى وطئها أو ما في بطنها.. فلا يعتبر بها؛ لأن المقصود وطء الإماء: قضاء الشهوة لا الولد، ولذا ضعف فراشها، والولد من ثمرات الفراش، وما في بطنها يحتمل الريح.. فلا بد من دعوة الولد أو الحمل حتى يتقوى الفراش.. فثبت.

وقال في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: وينبغي للمولى أن يُشهد على أن الجارية ولدت منه؛ خوفاً عن أن يسترق ولده بعد وفاته. انتهى.

فعلم منه: أنه إذا مات المولى ولم يُشهد أن حمل الأمة منه.. لم يثبت نسب ذلك الحمل منه.

وَإِذا ثَبتَ.. صَارَت أُمَّ ولدٍ، وَلَا يجوزُ إِخْرَاجُهَا عَن مِلكِهِ إِلَّا بِالْعِتْقِ، ....

(**وإذا ثبت.. صارت أم ولد**) له بطريق الاقتضاء، والذي تقتضيه هذه الشرطية: أن أمومة الولد لا تثبت بدون ثبوت النسب، ولذا قالوا: لو ولدت أمة لرجل بزنى، ثم ملكها: لا تكون أم ولد له، فلا تعتق بموته؛ لأن النسب لا يثبت بالزنا.

ويرد عليه ما ذكره في دعوى الأصل: أمة بين رجلين ولدت ولداً، فقال كل واحد منهما لصاحبه: هو ابنك.. لا يكون ابن واحد منهما، وهو حر، وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما، فقد ثبتت الأمومة بلا ثبوت نسب.

أجيب عنه: بأنه قد ثبتت النسب في الجملة؛ فإنهما اتفقا على ثبوت نسبه؛ ولذا كان حراً، فلم يثبت دون نسبه.

وقال في «فتح القدير»: والحق: أن ثبوت الأمومة في نفس الأمر لا يكون إلا تابعاً لثبوت النسب، وأما ثبوته ظاهراً في القضاء.. فبكلٍّ من ثبوت نسب الولد والإقرار، وإن لم يثبت. انتهى.

ولما كان المراد بأم الولد ههنا: هو المعنى الشرعي [٥٥١/أ] لا اللغوي.. شرع في بيان أحكامه، فقال:

(**ولا يجوز إخراجها عن ملكه**) بشيء مما يملك التمليك من البيع والهبة وغيرهما، (**إلا بالعتق**)؛ لقوله ﷺ لما ولدت مارية إبراهيم من النبي ﷺ وقيل: له ألا تعتقها: «أعتقها ولدها» رواه ابن عباس:

ولمَّا أخبر النبي ﷺ فيه عن إعتاقها.. ثبت بعض مواجبه، وهو: حرمة البيع ونحوه؛ لأن وجود الملزوم دليل على وجود لازمه.

فإن قيل: هذا الحديث يدل على تنجيز العتق، وعتق أم الولد مؤجل بموت المولى:

نعم، لكن عارضه قوله ﷺ: «أيما رجل ولدت أمته منه.. فهي معتقة عن دبر منه» رواه ابن عباس أيضاً.. فعملنا بهما جميعاً، فمنعنا البيع ونحوه بالحديث الأول

والتنجيزَ بالثاني؛ لأن الثاني صريح في التأجيل، ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد؛ فإنه يضاف إلى كل منهما كملا، وخلق من مائهما المختلطين بحيث لا يمكن التمييز بينهما؛ على ما مر في حرمة المصاهرة، وهذه الجزئية تمنع بيعها وهبتها؛ لأن بيع أجزاء الحر وهبتها حرام.

فإن قيل: إن تلك الجزئية لو كانت معتبرة.. لتنجز العتق؛ لأن الجزئية تقتضي تنجيزه، ولكنه ليس بمنجز، بل مؤجل إلى الموت.

قلنا: هذا إنما يرد على من يثبت الجزئية حقيقة، لكنا نثبتها حكماً بواسطة نسبة الولد إليهما.

ومقتضى ثبوتها حكماً: **حق العتق في الحال،** حتى لا يجوز بيعها وهبتها، **لا حقيقة العتق في الحال،** بل إنما تثبت حقيقة العتق بعد الموت ليثبت الحكم بقدر علته؛ أعني الجزئية؛ فإنها ضعيفة؛ لعدم ثبوتها حقيقة.

فإن قيل: لِمَ لمْ تعتبر الجزئية حقيقة؟

قلنا: إن الجزئية لا تُعلم إلا بالولد، والولد لا يُعلم إلا بالانفصال، وبعد الانفصالِ: تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة.

فإن قيل: لو كانت الجزئية سبباً لثبوت عتق الأم بعد الموت.. لكانت سبباً أيضاً لعتق الأب بعد موت الأم؛ لاستواء نسبة الجزئية بينهما، وذلك بأن تزوج عبدٌ حرةً، ثم ملكت الحرة زوجها العبد وقد ولدت منه.. يلزم على ذلك التقدير: أن يثبت لذلك الأب عتق مؤجل إلى موت تلك المرأة التي هي أم الولد، وليس الأمر كذلك.

قلنا: إن ثبوت حرية الأم بعد موت الأب: ليس حكم مطلق الجزئية، بل حكمُ جزئيةٍ مؤكدةٍ بثباتِ النسب، وهذه الجزئية: هي الجزئية المنسوبة إلى الأب، لا إلى الأم؛ لأن الأصل في ثبات النسب هو الآباء، فكذا الجزئية المبنية على ثبات يثبت

وَلَهُ: وَطؤهَا، واستخدامُها، وإجارتُها، وتزويجُها، وكتابتُها.

وتعتِقُ بعدَ مَوتِهِ مِن جَمِيعِ مَالِهِ، ....

في حق الآباء لا في حق الأمهات.. فتعتق الأم بموت الأب، لا الأب بموت الأم التي ملكت الأب.

(**وله وطؤها، واستخدامها، وإجارتها، وتزويجها، وكتابتها**)؛ لأن الاستيلاد لا يُثبت حقيقة العتق منجزاً، بل إنما يُثبت حقه، فكان الملك ثابتاً من وجه.. فصار كالمدبر، وهذه التصرفات تدور على الملك، وقد وجد ذلك.

ولا يلزم في هذا التزويج الاستبراء؛ على ما في «العناية».

وقالوا: إنه مستحب [٥٥١/ب].

فإن قيل: شغل الرحم بمائه محتمل، واحتمال ذلك: يمنع جواز النكاح؛ كما في المعتدة.

أجيب: بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء، وقد وقع الشك في زوالها.. فلا يرتفع به.

بخلاف النكاح؛ فإن المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير.. فلا يعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة، وذلك بعد العدة.

هذا: ولو زوجها فولدت لأقل من ستة أشهر.. فهو من المولى، وثبت نسبه منه، والنكاح فاسد.

ولو ولدت لأكثر من ستة أشهر.. فهو ولد الزوج وإن ادعاه المولى، لكن يعتق عليه؛ لإقراره بحريته، ولم يثبت نسبه منه؛ كذا في «البحر».

(**وتعتق بعد موته من جميع ماله**)؛ لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب: أن النبي ﷺ حكم بعتق أمهات الأولاد، وأن لا يُبَعن في دَين، ولا يجعلن من الثلث.

ولأن الحاجة إلى الولد أصلية؛ لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله كما أنه

وَلَا تَسْعَى لِدَيْنِهِ، وَيثبتُ نسبُ وَلَدِهَا بعدَ ذَلِكَ بِلَا دَعْوَةٍ.

يحتاج إلى إبقاء نفسه، وكل ما كان من الحوائج الأصلية: يقدم على حق الورثة والدين؛ كالتجهيز والتكفين.

بخلاف التدبير؛ لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج.. فيعتبر من الثلث.

ثم الموت ههنا: أعم من الحقيقي والحكمي، فشمل من ارتد ولحق بدار الحرب.

والحربي المستأمن: إذا اشترى جارية في دار الإسلام فاستولدها، ثم رجع إلى دار الحرب فاسترق الحربي.. عتقت الجارية؛ على ما في «البدائع»:

(ولا تسعى لدينه)؛ لإطلاق ما رويناه وبيناه، ولأنها ليست بمال متقوم.

حتى لو غصبها رجل وماتت عنده.. لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة، وكذا لا يضمن عنده بالقبض في البيع الفاسد، ولا بالإعتاق؛ بأن كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما.. لا يضمن لشريكه شيئاً، ولا تسعى هي في شيء أيضاً:

وعندهم: يضمن في جميع ذلك.

فإذا لم يضمن عنده.. فلا يتعلق بها حق الغرماء؛ كالقصاص؛ فإن من له القصاص: إذا مات وهو مديون.. ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه من القصاص؛ لأن القصاص ليس بمال متقوم.

وكذا إذا قتل المديون شخصاً.. لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص.

وكذا إذا قتل رجل مديوناً، والمديون قد عفى قبل موته.. صح عفوه، ولا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو.

(ويثبت نسب ولدها بعد ذلك)؛ أي بعد ثبوت نسب الولد الأول باعترافه **(بلا دعوة)**؛ لأنه بالاعتراف بالولد الأول: تعين أن المقصود وطئها هو الولد.. فصارت فراشاً له كالمنكوحة.

ولكن هذا ليس بمطلق، بل مقيد: **بما كان دعوة الولد الأول قبل ولادة الثاني**، حتى لو كانت دعوة الأول بعد ولادة الثاني.. لا يثبت نسب الثاني بدعوة الأول؛ فإن الأمة لو ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة وسكت المولى، ثم قال: «الأكبر مني».. فإنه نفى الأخيرين [٥٥٢/أ]، فإن سكوته في موضع الحاجة: نفي للولد، وبيان الأول، ليس بياناً للأخيرين؛ لاختلاف البطون؛ كما صرح به في «الأصول».

وبما إذا لم يكن وطئها حراماً عليه بعد ثبوت نسب الأول منه باعترافه؛ بأن وطئها أبوه أو ابنه، أو بوطئه أمها أو بنتها، أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة أو بشركة، فإنها لو حرم عليه وطؤها بأحد هذه الأمور بعد ثبوت نسب الأول باعترافه، ثم ولدت بعد ذلك لستة أشهر أو أكثر.. لا يثبت نسبها منه إلا بالدعوة أيضاً؛ لأن فراشها انقطعت منه وحرم عليه وطؤها.

وأما لو ولدت لأقل من ستة أشهر بعد عروض الحرمة عليه.. فيثبت نسبه منه بلا دعوى؛ للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة:

ولو أعتقها.. ثبت نسب ولدها إلى سنتين من يوم الإعتاق.

وكذا إذا مات؛ لأنها معتدة، ولا يمكن نفيه؛ لأن فراشها تأكد بالحرمة، حتى لا يمكن نقله.. فالتحق بفراش المنكوحة في العدة:

بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو إحرام.. فإنه يثبت نسبه منه بالسكوت بلا دعوة؛ لأن الفعل لم يحرم عليه مطلقاً ولا متعلقاً باختيارها، بل مع ذلك العارض الذي لا باختيارها المقتضي عادة بلا اختيارها؛ كذا في «فتح القدير».

وعلله في «البدائع»: بأن التحريم العارض بهذه الأمور؛ أي الحيض والنفاس والصوم.. لا يغير حكم الفراش.

وَإِن نَفَاهُ. ....

هذا، ولو قال: «كنت أطأ لقصد الولد» عند مجيئها بالولد، هل يثبت به النسب بلا دعوة بأنه ولدي؟

ففي «البحر»: أنه لا يثبت النسب بلا دعوة؛ لأنه لم يعترف بالولد.

وفي «فتح القدير»: ينبغي أن يثبت النسب بلا دعوة؛ لأن ثبوته بقوله: «هو ولدي»؛ بناء على وطئه حينئذ لقصد الولد، وعلى هذا قال بعض فضلاء زماننا: ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها: أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه، وإن كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به.. فلا حاجة أن نوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبتَ عليه نسبه، بل يثبت نسبه ابتداء، وأظن أن لا بُعْد في أن يحكم على المذهب بذلك. انتهى.

وتعقبه في «البحر»: بأنه لا يصح أن يحكم على المذهب به؛ لتصريح أهله بخلافه.

ثم قال نقلاً عن «البدائع»: الأمة القنة أو المدبرة.. لا يثبت نسب ولدها، وإن حصنها المولى وطلب الولد من وطئها بدون الدعوة عندنا؛ لأنها لا تصير فراشاً بدون الدعوة.

ثم قال: فإن أراد الثبوت عند القاضي.. فقد صرحوا أنه لا بد من الدعوة مطلقاً.

وإن أراد فيما بينه وبين الله تعالى.. فقد صرحوا بأن اشتراط الدعوة إنما هو في القضاء، لا فيما بينه وبين الله تعالى.

فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها.. يلزم أن يعترف به ويدعيه؛ [٥٥٢/ب]

لأن الظاهر: أن الولد منه.

وإن عزل عنها أو لم يحصنها.. جاز له أن ينفيه.

(وإن نفاه)؛ أي: نفى نسب الولد الثاني، بخلاف نفي نسب الولد الأول بعد ثبوته بالإقرار.. فإنه لا ينتفي بنفيه بعد ثبوته به.

انْتَفَى.

(.. انتفى) بمجرد نفيه بغير لعان؛ لأن فراشها ضعيف، حتى يقدر على إبطاله بالتزويج والإعتاق.

بخلاف النكاح؛ فإن فراشه قوي لا يملك إبطاله، فلا ينتفي ولده إلا باللعان.

ولكن هذا ليس على إطلاقه؛ لما في «المبسوط»: أنه إنما يملك نفي نسب أم الولد إذا لم يقض القاضي به أو لم يتطاول الزمان، فأما بعد القضاء.. فقد لزمه بالقضاء، فلا يملك إبطاله بعده، والتطاول: دليل إقراره؛ لأنه يوجد منه في هذه المدة ما يدل على الإقرار من قبول التهنئة ونحوه، فيكون كالتصريح بإقراره؛ كذا في «العناية»:

واختلف في مدة التطاول:

قيل: سبعة أيام.

وقيل: ثلاثة أيام، وقد مر في اللعان.

وفي «البحر»: ينبغي أن يكون هذا القاضي غير الحنفي؛ لأن الحنفي ليس له الحكم من غير صريح الدعوة انتهى.

وهذا لما في «الهداية» وغيرها: أن عدم ثبوت نسب ولد الأمة بدون الدعوة في حكم القاضي، وأما في الديانة.. فلا؛ يعني: لا يقضي عليه القاضي بثبوت نسبه منه بلا دعوة، وأما الديانة فيما بينه وبين الله تعالى: فالمروي عن أبي حنيفة: أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظانّ ريبة الزنا.. يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع؛ لأن الظاهر والحالة هذه: كونَه منه، والعمل بالظاهر واجب.

وإن كان عزل عنها؛ حصنها أولاً، أو لم يعزل ولكن لم يحصنها، فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون.. جاز له أن ينفيه؛ لأن هذا الظاهر؛ أعني كونَه منه: يعارضه ظاهر آخر، وهو كونه من غيره، لوجود أحد الدليلين على ذلك، وهما: العزل أو عدم التحصين.

وَلَو اسْتَوْلَدَهَا بِنِكَاحٍ ثمَّ مَلَكَهَا.. فَهِيَ أُمُّ ولدٍ لَهُ.

وَكَذَا لَو اسْتَوْلَدهَا بِملِكٍ ثمَّ اسْتحقَّت، ثمَّ ملكَهَا.

(**ولو استولدها بنكاح**) صحيح أو فاسد متأكد بالدخول؛ لأن الفاسد المتأكد بالدخول: ملحق بالصحيح؛ في ثبوت النسب وعدم جواز البيع والهبة؛ على ما في «العناية».

واحترز بالنكاح عن الاستيلاد بالزنا على ما سيأتي ذكره.

(**ثم ملكها**) بشراء أو هبة أو إرث؛ ملكها كلها أو بعضها؛ لما في «المحيط»: إذا ولدت الأمة المنكوحة من الزوج، ثم اشتراها هو وآخر.. تصير أم ولد للزوج، ويلزمه قيمة نصيب شريكه (..**فهي أم ولد له**)؛ لأن نسب ولده منه، فكذا أمومية الولد اقتضاء.

ولو ادعى المولى هذا الولد.. لا يثبت منه؛ لأن فراش الزوج قوي ثبت منه النسب، لكن الولد يعتق على المولى بإقراره وإن لم يثبت نسبه منه، وتصير أمه أمَّ ولد له لإقراره؛ على ما في «الهداية».

فإن قيل: إن أمومية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد؛ فإذا لم يثبت النسب.. كيف تثبت أموميتها؟

أجيب: بأن إقراره بالاستيلاد [٥٥٣/أ] كاف لثبوت الأمومية، وإن كان هذا الإقرار في ضمن شيء لم يثبت بعد؛ لمصادفته محله، وهو الملك، وهذا لاحتمال أن يكون الولد ثابتَ النسب من المولى بعلوق سَبَق النكاح، أو بشبهة بعد النكاح، إلا أن هذا الاحتمال: غير معتبر في حق النسب؛ لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب.. فبقي معتبراً في حق الأم؛ لاحتياجها أن تصير أم ولد، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تصير أم ولد للمولى.

(**وكذا لو استولدها بملك**) يمين (**ثم استحقت، ثم ملكها**).

وقال الشافعي في أحد قوليه: إنها لا تصير أم ولد له؛ معللاً بأن أمومية الولد

بخِلَافِ مَا لَو اسْتَوْلَدَهَا بزنىً ثمَّ ملكَهَا.

باعتبار علوق الولد حراً؛ لأنه جزء الأم في حالة العلوق، والجزء لا يخالف الكل، فيجب حرية الأم في الحال، لكنها تؤجل إلى الموت لضعف السبب؛ على ما مر، وفيما نحن فيه: ليس كذلك؛ لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة، فلو انعلق الولد حراً.. كان الجزء مخالفاً للكل.

قلنا: إن سبب الاستيلاد: هو الجزئية بينهما؛ على ما ذكر من قبل، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل واحد منهما كملا، وقد ثبت النسب.. فتثبت الجزئية أيضاً بهذه الواسطة؛ لأن وجود الملزوم دليل على وجود اللازم، وإذا ثبتت الجزئية: تثبت أمومية الولد أيضاً.

(**بخلاف ما لو استولدها بزنىً، ثم ملكها**)؛ أي ملكها الزاني بشيء من الشراء والهبة والإرث.. حيث لا تصير أم ولد له؛ لأن أمومية الولد إنما تثبت بسبب الجزئية الحكمية الثابتة بنسب الولد إلى كل واحد منهما، ولا نسب للولد في الزنا إلى الزاني.. فلا تثبت الجزئية المعتبرة في ثبوت النسب، فلا تثبت أمومية الولد.

فإن قيل: إذا لم يثبت النسب من الزاني.. فكيف يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه؟

أجيب عنه: بأنه إنما يعتق على الزاني إذا ملكه؛ لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة ثبوت النسب، فلا يلزم من ثبوت العتق إذا ملكه.. ثبوت أمومية الولد؛ لعدم الجزئية المعتبرة في ثبوت أمومية الولد؛ أعني الجزئية الحكمية، هذا فيما إذا استولد أمة الأجنبي بزنا.

بخلاف ما لو استولد أمة زوجته أو والده بزنا، ثم ملكها، حيث يثبت نسب الولد منه؛ على ما صرح به في «قاضي خان»؛ فإنه قال: ولو وطئ جارية امرأته أو جارية والده أو جده فولدت فادعاه.. لا يثبت النسب منه، إلا أن يصدقه المولى في الإحلال، وفي أن الولد منه؛ فإن صدقه في الأمرين جميعاً.. يثبت النسب، وإلا.. فلا.

وَلَو أسلمَت أُمُّ ولدِ النَّصرَانِيِّ.. عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ؛ فَإن أسلَمَ.. فَهِيَ لَهُ، وَإِن أَبَى.. سُعَتْ فِي قِيمَتِهَا، وَهِيَ كَالمكاتبَةِ ....

وإن كذبه المولى، ثم ملك الجارية يوماً من الدهر.. يثبت النسب. انتهى.

وجه الفرق: أنه وطئ جارية زوجته ووالده بشبهة، والوطء بشبهة: مثل الوطء بالنكاح.

بخلاف وطء جارية الأجنبي؛ إذ لا شبهة فيه أصلاً.

(**ولو أسلمت** [٥٥٣/ب] **أم ولد النصراني.. عرض عليه الإسلام؛ فإن أسلم.. فهي له، وإن أبى.. سعت في قيمتها**)؛ وهي ثلث قيمتها قنة؛ على ما في «العناية».

(**وهي كالمكاتبة**)؛ في أن لا تعتق حتى تؤدي السعاية، كما أن المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي بدل الكتابة، إلا أنها لا ترد إلى الرق بالعجز؛ على ما سيصرح به.

وشرط في «قاضي خان» لكونها مكاتبة: قضاءَ القاضي؛ حيث قال إذا قضى القاضي عليها بالسعاية أنه يخرجها عن ولاية المولى عليها؛ بأن يقدر قيمتها وينجمّها عليها.. فتصير كالمكاتبة؛ كذا في «فتح القدير».

وهو المراد بقول فخر الإسلام: إن القاضي يقدر قيمتها وينجّمها عليها.

هذا، وقال زفر: تعتق في الحال، والسعاية دينٌ عليها؛ لأن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت.. واجب، وذلك بالبيع أو الإعتاق، وقد تعذر البيع؛ لكونها أم ولد له.. فتعين الإعتاق.

وقال مالك: تعتق مجاناً.

وقال الشافعي وأحمد: يحال بينهما، فلا يمكن من الخلوة بها، فضلاً عن انتفاع من الانتفاعات، ويجبر على نفقتها إلى أن يموت، فتعتق بموته أو يسلم.. فتحل له.

قلنا: إن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة؛ لأنه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يداً، ويندفع الضرر عن الذمي أيضاً؛ لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية؛ فيصل الذمي إلى بدل ملكه؛ أما لو أعتقت في الحال كما قال زفر وهي مفلسة..

وَلَا تَرِقُّ بعجزِها.

وَإِن مَاتَ.. عُتِقَت بِلَا سِعَايَةٍ.

وَمنِ ادّعى ولدَ أَمَةٍ لَهُ فِيهَا شركةٌ.. ثَبتَ نسبُهُ مِنْهُ، وَصَارَت أُمَّ وَلَدِهِ؛ لِأَن الِاسْتِيلَادَ لَا يَجْزَأُ عِنْدهمَا، وَضمنَ نصفَ قيمتِهَا ....

تتوانى في الكسب، فيتضرر به الذمي وبه يندفع قول مالك أيضاً؛ لأن الضرر للذمي في قوله: فوق ما في قول زفر.

وكذا يندفع به قول الشافعي أيضاً؛ لأن فيه زيادة ضرر من حيث المنع عن الانتفاع بها، ومن حيث إيجاب النَّفَقة عليه لها.

فإن قيل: إن أم الولد ليس بمال متقوم عند أبي حنيفة، والقول بالسعاية يقتضي تقومها؛ إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها.

أجيب: بأن مالية أم الولد متقومة عند الذمي وهو مولاها، فيترك على اعتقاده كما أمرنا.

(**ولا ترق**)؛ أي: لا ترد إلى الرق (**بعجزها**) عن السعاية؛ لأنها لو ردت إلى الرق.. أعيدت مكاتبة؛ لكونها مسلمة مع كفر مولاها، وذلك لا فائدة فيها.

(**وإن مات**) مولاها أي النصراني (**..عتقت بلا سعاية**)؛ لأنها أم ولد له.

(**ومن ادعى ولد أمة له فيها شركة.. ثبت نسبه منه**) لإقراره واحتياج الولد إلى النسب، وقد ثبت في نصفه؛ لمصادفته ملكه.. فيثبت في النصف الآخر أيضاً؛ ضرورةَ أن النسب لا يتجزأ؛ لأن سببه: وهو العلوق.. لا يتجزأ؛ إذ الولد لا يتعلق من ماء رجلين في امرأة.

(**وصارت**) الأمة (**أم ولده؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما**).

وعنده: يصير نصيبه أم ولد له، ثم يملك نصيب صاحبه بالضمان، ولذا قال:

(**وضمن نصف قيمتها**)؛ لأنه تملك نصيب صاحبه؛ لأن القنة تقبل النقل من ملك إلى ملك.

وَنصفَ عُقرِهَا، لَا قيمَةَ وَلَدِهَا.

وَإِنِ ادَّعياهُ مَعاً.. ثَبتَ مِنْهُمَا، ....

(ونصف عقرها)؛ لأنه وطئ جارية مشتركة؛ إذ الملك [٥٠٤/أ] يثبت حكماً للاستيلاد، فيعقبه الملك في نصيب صاحبه، فيصير واطئاً ملك غيره.

بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه؛ لأن الملك هنالك يثبت شرطاً للاستيلاد، فيتقدمه.. فصار واطئاً ملك نفسه، فلا يضمن عقره.

والمراد بالعقر: مهر مثلها؛ على ما ذكره في «مبسوط السرخسي» وقدرُ ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالاً؛ على ما في «مبسوط شيخ الإسلام».

(لا قيمة ولدها)؛ لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك؛ لأنه كما علق.. انعلق حر الأصل؛ لأن نصفه انعلق على ملكه، فيصير حراً، فيثبت في النصف الآخر أيضاً؛ ضرورة عدم التجزيء على ما ذكرناه.

فإن عورض بالقلب؛ بأن أحد النصفين لما لم يثبت فيه الحرية لمصادفته ملك غيره: لا يثبت في النصف الآخر أيضاً؛ لعدم التجزيء.

قلنا: رجحنا جانب المثبت للنسب على جانب الآخر احتياطاً، ولهذا يسقط عنه الحد بهذا الطريق، ويجب العقر.. فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة.

(وإن ادعياه معاً) وكان الحمل على ملكهما، ولا بد من هذا القيد؛ لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً، ثم اشتراها هو مع الآخر.. فهي أم ولد له فقط؛ لأن نصيبه منها صار أم ولد له.. فيثبت في نصيب شريكه أيضاً؛ لعدم تجزؤ الاستيلاد.

(.. ثبت) النسب **(منهما)**.

وقال الشافعي: يرجع فيه إلى قول القائف، وهو الذي يتبع آثار الآباء في

الأبناء، وذلك؛ لأن إثبات النسب من الشخصين متعذر؛ لضرورة أن الولد لا ينخلق من ماء رجلين، فعملنا بالشبه، أيهما أشبه.. فهو منه، وقد روي ذلك عن رسول الله ﷺ حيث إنه ﷺ سر بقول القائف في أسامة.

ولنا: كتاب عمر إلى شريح في هذه الحادثة: «لبَّسا.. فلُبِّس عليهما، ولو بيَّنا.. لبُيِّن لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما بعد موت أحدهما، حتى يكون كل الميراث للباقي» وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد.

وقد روي مثل ذلك عن علي أيضاً.

ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق؛ أعني: الملك والدعوة.. فيستويان فيه أيضاً.

فإن قيل: إن النسب لا يتجزأ، فكيف يثبت منهما معاً؟

قلنا: نعم، إلا إن له أحكاماً تقبل التجزئة مثل النَّفَقة، وولاية التصرف في ماله، والحضانة، والميراث، فما يقبل التجزئة منها كالميراث.. يثبت على التجزئة في حقها، وما لا يقبل التجزئة كالنسب وولاية النكاح.. يثبت في حق كل واحد منهما كُمُلاً كأن ليس معه غيره.

إلا إذا كان أحد الشريكن أباً للآخر، أو كان مسلماً والآخر ذمياً، أو أحدهما حراً والآخر عبداً، أو أحدهما ذمياً والآخر مرتداً أو كتابياً والآخر مجوسياً.. فإنه يرجح الأب على الابن، [٥٠٤/ب] والمسلم على الذمي، والحر على العبد، والذمي على المرتد، والكتابي على المجوسي.. فيثبت النسب على الراجح لا عن المرجوح:

فالمراد بالشريكين في قوله: «وإن ادعيا»: هو المستويان في هذه الأوصاف وقت الدعوة.

والجواب فيما رواه الشافعي: أن سرور النبي ﷺ فيما روي؛ لأن الكفار

يطعنون في نسب أسامة، وكان قول القائف مقطعاً لطعنهم، فسر به النبي ﷺ، هذا فيما إذا ادعاه الاثنان.

وأما إذا ادعاه أكثر من اثنين.. ففيه خلاف بينهم، فقال أبو حنيفة: إنه يجوز، ونفاه أبو يوسف، وجوزه محمد إلى الثلث.

قال أبو يوسف: ثبت ذلك على خلاف القياس بقضية عمر.. فلا يتعداه إلى الأكثر.

وقال محمد: الثلاثة قريبة من اثنين.

وقال أبو حنيفة: سبب الجواز: الملك والدعوة، وقد وجد ذلك.

ثم على تقدير جوازه في الأكثر: لا بد أن تكون الشركاء متساويات في الصفات المذكورة أيضاً؛ لما في «فتح القدير» عن «المبسوط»: أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت ولداً فادعوه.. فالحر المسلم أولى؛ لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك:

فإن لم يكن فيهم مسلم، بل من بعده فقط.. فالذمي أولى؛ لأنه حر، والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين، لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية.

ثم المكاتب؛ لأن له حق ملك الولد على شرف الحرية بأداء المكاتب.

وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد.. لا يثبت من واحد منهما النسب؛ لأنه ليس لهم ملك، ولا شبهة.

ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد.. فالولد للمرتد؛ لأنه أقرب للإسلام.

وغرم كل لصاحبه نصف العقر.

وفي «البحر» عن «الظهيرية»: ولو كانت الجارية بين رجل وابنه وجده فجاءت بولد فادعوه كلهم.. فالجد أولى.

وَهِيَ أُمُّ ولدٍ لَهُما، ....

(وهي أم ولد لهما)؛ لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد.. فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها.

ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئاً؛ لأنه لم ينتقل إليه من نصيب شريكه شيء.

وإذا كانت أم ولد لهما.. تخدم كل واحد منهما يوماً؛ كما كانت تفعله قبل هذا؛ لأنه لا تأثير له للاستيلاد في إبطال ملك الخدمة.

وإذا مات أحدهما.. عتقت، ولا ضمان للحي في تركة الميت؛ لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت، ولا تسعى للحي عند أبي حنيفة؛ لعدم تقومها عنده.

وتسعى في نصف قيمتها عندهما.

ولو أعتقها أحدهما.. عتقت، ولا ضمان عليه للساكت، ولا سعاية عنده.

ويضمن عندهما إن كان موسراً.

ثم ثبوت النسب، وكونها أم ولد للاثنين أو أكثر بعد اعتبار التسوية في الصفات المذكورة.. على قدر أنصبائهم.

ولا يلزم التسوية في قدر أنصبائهم؛ لما في «البدائع»: وإن كانت الأنصباء مختلفة؛ بأن كان لأحدهم: السدس، وللآخر: الربع، وللآخر: الثلث، وللآخر: [٥٥٥/أ] ما بقي.. يثبت نسبه منهم على قدر نصيبهم، ويصير نصيب كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى إلى نصيب صاحبه، حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبائهم؛ لأن كل واحد منهم يثبت الاستيلاد منه في نصيبه.. فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره.

وجواب ما قيل ههنا: أن النسب لا يتجزأ، فكيف يثبت منهم على قدر أنصبائهم؟ قدمناه آنفاً.

وعَلى كُلِّ نِصفُ عُقرِهَا وتقاصًا، وَيَرِثُ مِن كلِّ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ، ويرثانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ.

وَإِنِ ادّعى ولدَ أمة مُكَاتَبِهِ فَصدَّقهُ الْمكَاتبُ.. ثَبتَ نسبُهُ مِنْهُ، ....

(**وعلى كلٍّ نصفُ عقرها**)؛ لوطء كل منهما جارية مشتركة، (**وتقاصًا**)؛ لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء.

فإن قيل: فما فائدة إيجاب العقر مع التقاص؟

أجيب: بأن أحدهما لو أبرأ الآخر عن حقه.. بقي حق الآخر.

(**ويرث**) الابن (**من كل منهما ميراث ابن، ويرثان منه**) أي من الابن (**ميراث أب واحد**)؛ أما كونه وارثاً من كل منهما كملاً.. فلأن كلاً منهما أقر له بميراثه كملاً، وإقرارُ كلٍّ حجة في حقه.

وأما كونهما وارثين منه إذا مات هو وهما حيان.. فلاستوائهما في السبب، وهو الملك والدعوة.

(**وإن ادعى ولد أمة مكاتبه فصدقه المكاتب.. ثبت نسبه منه**) في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه لا يعتبر تصديقه، بل يثبت بمجرد دعوة المولى؛ اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه بجامع أن جارية المكاتب كسبُ كسبِ المولى، وجارية الابن كسبُ كسبِ الأب، بل هو أولى من الأب؛ لأن للمولى في المكاتب ملك رقبة، وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه، وإن لم يكن له فيه حقيقة ملك.. كان له فيه: حق الملك للأب ملكٌ حقيقة في رقبة ولده، بل له حق التملك في ماله عند الحاجة، وحق الملك أقوى من حق التملك، فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الأب بمجرد دعوته من غير تصديق الابن.. فثبوته من المولى في المكاتب أولى.

ووجه الظاهر، وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب: أن المولى لا يملك التصرف في إكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة، حتى لا يثبت له حق تملكه، والأب يملك تملكه لحاجته، فلا يعتبر بتصديق الابن.

وَعَلَيهِ قِيمَتُهُ ....

واعترض عليه: بأنه لا معنى لاشتراط التصديق؛ لأنه إذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب.. فتصديقه لا يوجب فك الحجر، بل غايته: أنه اعترف له أنه وطئ الجارية فيقتضي أن لا يثبت النسب؛ إذ لم يرتفع به المانع من ثبوته، وهو الحجر، ألا ترى أن المولى لو أقام البينة على أنه وطئها.. لا يثبت نسبه إذا كان المكاتب مكذباً له، مع أن الثابت بالبينة أقوى من التصديق، فظهر ضعف اشتراط التصديق.

وأجاب عنه في «فتح القدير»: بأن هذا الحجر لحق آدمي؛ لكونه هو أحق بالدعوى، فلا يظهر حقه في الاستحقاق في مقابلة من هو أحق به منه، إلا أنَّ تصديقَه لجواز أن يكذبه؛ بأن يدعيه هو، فلا بد من استعلام [٥٥٥/ب] تصديقه وتكذيبه.

بخلاف ما إذا قام المولى بينة على الوطء؛ فإن تكذيب المكاتب قائم، واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعاً، بل تقديماً للأحق على غيره.

بخلاف أحد الشريكين إذا استحق؛ فإنه لا يتوقف على تصديق الآخر؛ لأنه ليس أحدهما أحق من الآخر. انتهى.

(**وعليه قيمته**)؛ لأنه في معنى المغرور، حيث اعتمد دليلاً، وهو أنها كسب كسبه، فلم يرض برق ولدها، فيكون حراً بالقيمة ثابتَ النسب منه، إلا أن قيمة الولد هنا: تعتبر يوم ولد، وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة.

والفرق: أن العلوق هنا حصل في ملك المولى، وهو مقتض بثبوت نسبه منه بحق ملكه لمالكها، إلا أنه محجور بحجر شرعي عنها، فشرط تصديقه؛ فإذا جاء التصديق.. صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة، فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الإمكان.

وأما المغرور: فضمانه قيمة الولد؛ لأنه أمانة حبسها عن صاحبها.. فتعتبر القيمة

وعقرُها، وَلَا تصيرُ أُمَّ وَلَدِهِ.

وَإِن لم يصدِّقْهُ.. لَا يثبتُ النَّسَبُ إِلَّا إِذا دخلَ الْوَلَدُ فِي مِلكِهِ وقتاً مَا.

يوم الحبس، وتحقق هذا الحبس والمنع: إنما يكون يوم الخصومة.. فتعتبر يومها.

(وعقرها)؛ لأن الملك لا يتقدم الوطء بناء على أن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد، لا حاجة له إلى تقديم الملك، فكان الوطء واقعاً في غير الملك، وهو يستلزم الحد أو العقر، وقد سقط الأول بالشبهة.. فتعين الثاني.

بخلاف ما لو استولد جارية ابنه.. فإنه يغرم قيمتها لا عقرها؛ كما صرح به في استيلادها «قاضي خان».

وبخلاف ما لو وطئ جارية ابنه.. فإنه يغرم قيمتها لا عقرها؛ كما صرح به في استيلادها «قاضي خان»:

بخلاف ما لو وطئ جارية ابنه ولم يستولد.. فإن على الأب عقرها لا قيمتها؛ كذا في «التاتارخانية».

(ولا تصير) الجارية **(أم ولده)**؛ لأنه لا ملك له فيها حقيقة؛ كما لا تصير أم ولد للمغرور.

(وإن لم يصدقه) المكاتب **(لا يثبت النسب إلَّا إذ أدخل الولد في ملكه وقتاً ما)**؛ لما مر أنه لا بد من التصديق في ظاهر الرواية، فلو ملك هذه الجارية في يوم من أيام عجز المكاتب أو غيره.. ثبت نسب ولده منها منه، وتصير الجارية أم ولده؛ لقيام الموجب، وهو الإقرار بالاستيلاد، وزوالِ المانع، وهو حق المكاتب.

وفي «الزيلعي»: ولو ولدت منه جارية غيره، وقال: أحلها لي مولاها والولد ولدي، فصدقه المولى في الإحلال وكذبه في الولد.. لم يثبت نسبه منه.

فإن ملكها يوماً.. ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له.

ولو صدقه في الولد.. ثبت نسبه منه.

ولو استولد جارية أحد أبويه وامرأته، وقال: ظننت أنها تحل لي.. لم يثبت نسبه منه، ولا حد عليه.

وإن ملكه يوماً.. عتق عليه.

وإن ملك أمه.. لا تصير أم ولد له؛ لعدم ثبوت نسبه.

وفي «التاتارخانية»: ولو وطئ جارية امرأته أو جارية والده أو جده، ثم ولدت وادعاه.. لا يثبت النسب منه، ويدرأ عنه الحد للشبهة.

فَإِن قَالَ: «أحلها لي المولى».. لا يُثبت النَّسَب إلَّا بَعد أن يصدقه المولى في الإحلال، وفي أن الولد منه؛ فإنه صدقه في الأمرين جميعاً.. [٥٥٦/أ] يثبت النسب، وإلا.. فلا.

وإن كذب المولى، ثم ملك الجارية يوماً من الدهر.. يثبت النسب، وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

* * *

(كتاب الأيمان)

(كتاب الأَيْمَان)

(كِتَابُ الأَيْمَان)

لما اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في أن الهزل والإكراه لا يؤثر فيها.. جعلها متعاقبة، ولما كان النكاح أقرب إلى العبادات.. قدمه على الكل، ولما كان الطلاق رفعه بعد تحققه.. عقبه به، ولما كان العتاق مناسباً للطلاق في كونهما إسقاطاً.. جعله عقيبه وقدمه على اليمين.

وهو في اللغة: القوة قال الله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾، وبمعنى خلاف اليسار أيضاً.

وفي الشريعة: ما ذكر في الكتاب، وإنما سمي القَسم يميناً؛ لأن الحالف يتقوى باليمين على الفعل أو المنع، ولأنهم يتماسحون بأيمانهم حالة التحالف، على ما في «المغرب».

وشرطها: كون الحالف مكلفاً.

وركنه: اللفظ ينعقد به اليمين؛ على ما سيأتي ذكره.

وشرطه: كون الحالف عاقلاً بالغاً؛ على ما صرح به في «فتح القدير».

وزاد في «البحر»: الإسلام أيضاً.

وليس على ما ينبغي؛ لأن يمين الكافر منعقد أيضاً.

وزاد بعضهم: الحرية أيضاً. وليس على ما ينبغي أيضاً؛ لأن يمين العبد منعقد ويكفِّر بالصوم؛ على ما صرحوا به.

وزاد في «المحيط»: كون الخبر المضاف إليه اليمين محتمِلاً للصدق والكذب.

وجعله في «الخلاصة» محلاً لليمين؛ حيث قال: ومحل اليمين: خبر يحتمل الصدق والكذب.

الْيَمِينُ: تَقْوِيَةُ أَحَدِ طَرَفَي الْخَبَرِ بالمُقْسَمِ بِهِ.

وحكمه: البر فيما يجب فيه البر، والكفارة عند فواته؛ على ما في «العناية».

والذي ظهر منه: أن الكفارة حكم اليمين عند فوات البر؛ يعني: أن له حكمين: البر فيما يجب البر فيه، والكفارة عند فواته، وبه صرح في «البحر» نقلاً عن المحيط.

وفيه بحث؛ لأن الكفارة حكم الحنث عندنا، واليمين إنما وضع للبر، ولهذا قال في «الخلاصة»: وحكم اليمين وضعاً؛ وجوب البر في الخبر وحرمة الحنث.

ثم الكفارة: تجب عند الحنث خلفاً عن البر الواجب، وإنما قيدوا البر الواجب؛ لأن من الأيمان ما يجب الحنث فيه؛ على ما سيأتي.

وسببها الغائي:

تارة إيقاع صِدقِه في نفس السامع، وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك.

وأما انعقاده في المنعقدة: فقد يكون على نية الحالف، وقد يكون على نية المستحلف؛ على ما سنذكره.

وهو نوعان:

أحدهما: القسم بالله أو بصفته.

والثاني: تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل الجزاء عند وجود الشرط، وهذا النوع يثبت بالاصطلاح الشرعي، ولم ينقل عن أهل اللغة، ولكن المعنى اللغوي لليمين موجود في هذا النوع أيضاً؛ لأنهم يُقَوُّون كلامهم بالتعليق بالشرط، كما يُقَوُّونه بالقسم بالله؛ لأن المقصود منهما إما الحمل أو المنع.

هذا و(اليمين) في اصطلاح الشرع: (**تقوية أحد طرفي الخبر**)؛ والمراد بالخبر ههنا: هو لأفعلن كذا مثلاً، والمراد بطرفيه: الصدق والكذب، [٥٥٦/ب] أو طرفي الفعل والترك.

(**بالمقسم به**) من أسماء الله تعالى أو صفاته، دون غيره؛ على ما يدل قوله ﷺ:

وَهِيَ ثَلَاثٌ:

غموسٌ، وَهِيَ حلفُهُ على أَمرٍ مَاضٍ أَو حَالٍّ كذباً عمداً، وَحكمهَا: الْإِثْمُ وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلَّا التَّوْبَةُ.

«من كان حالفاً.. فليحلف بالله أو ليصمت» متفق عليه، فلم يشمل النوع الثاني؛ على ما ذكرناه.

(**وهي**)؛ أي: اليمين بالله تعالى أو صفته أي النوع الثاني: (**ثلاث؛ غموس**).

وفي «المبسوط» أن الغموس ليست بيمين حقيقة؛ لأنها كبيرة محضة، واليمين عقد مشروع، والكبيرة ضد المشروع، ولكن سميت يميناً مجازاً؛ كما سمي بيع الحر بيعاً مجازاً؛ لوجود صورة البيع.

(**وهي: حلفه على أمر ماض**) غالباً؛ نحو: والله كان الأمر كذا، أو لم يكن كذا، وهو يعلم خلافه.

(**أو حالٍّ**)؛ نحو: «والله إنه لزيد» وهو يعلم خلافه.

(**كذباً عمداً**)، وإنما سمي هذا غموساً؛ لأنها تغمس صاحبها في الذنب، ثم في النار.

(**وحكمها: الإثم**)؛ لما في «البخاري» مرفوعاً «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس».

(**ولا كفارة فيها إلا التوبة**).

وقال الشافعي: فيها الكفارة؛ لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى، وقد تحقق ذلك في الغموس.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ رتب الكفارة على المعقودة، والغموس ليست بمعقودة، ولقوله ﷺ: «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن» وذكر منها: اليمين الغموس، وذكر فيها الوعيد.

ولغوٌ: وَهِيَ حلفُهُ على أَمرٍ مَاضٍ يَظُنُّهُ كَمَا قَالَ وَهُوَ بِخِلَافِهِ، وَحكمُهَا رَجَاءُ الْعَفوِ.

ومذهبنا: قول ابن مسعود وابن عباس والحسن البصري والثوري والأوزاعي، ولأن الكفارة عبادة، فلا تناط بالكبيرة.

(**ولغو: وهي حلفه على أمر ماض**)؛ أي غالباً، وقد يكون على أمر حال، نحو «والله إن هذا الطير غراب»؛ فإذا هو حمام.

ولا يؤاخذ باللغو صاحبه إلا في العتاق والطلاق والنذر؛ كذا في «الخلاصة».

(**يظنه أنه كما قاله، وهو بخلافه**)؛ أي في كل من الأمر الماضي والحال، وهذا التفسير في اللغو هو المروي عن ابن عباس، وعن زرارة بن أوفى، وعن عائشة.

حاصله: أن اللغو في اليمين هي اليمين الكاذبة خطأً أو غلطاً في الماضي أو في الحال، وهي: أن يخبر عن الماضي أو الحال على ظن أنه حق في النفي أو الإثبات، وليس بحق في نفس الأمر؛ هكذا روى ابن رستم عن محمد.

وقال الشافعي: يمين اللغو: هي اليمين الذي لا يقصدها الحالف، وهو ما يجري على ألسن الناس في كلماتهم من غير قصد اليمين؛ من قولهم: «لا والله، وبلى والله» سواء كان في الماضي أو في الحال أو في المستقبل.

قلنا: لا لغو في المستقبل، بل اليمين على أمر في المستقبل: يمين مقصودة، وفيها الكفارة إذا حنث، قصد اليمين أو لم يقصد.

وإنما اللغو في الماضي أو في الحال فقط، وما روي عن محمد في بعض الروايات: أن اللغو ما يجري بين الناس من قولهم: لا والله وبلى والله؛ كما فسره الشافعي: فذلك محمول عندنا على الماضي أو الحال. [٥٥٧/أ].

(**وحكمها: رجاء العفو**) اعترض عليه: بأنه ما معنى رجاء العفو ههنا.. مع أن عدم المؤاخذة باللغو منصوصٌ عليه بقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾؟!

أجيب: بأن المنصوص عليه عدم المؤاخذة بما هو لغو في نفس الأمر، والعفو

ومنعقدةٌ: وَهِيَ حلفُهُ على فعلٍ أَو تركٍ فِي الْمُسْتَقْبلِ، وَحكمُهَا: وجوبُ الْكَفَّارَةِ إِن حَنِثَ.

المعلق بالرجاء: هو العفو مما هو لغو على التفسير المذكور.

ثم اللغو إنما لا يؤاخذ به الحالف في غير الطلاق والعتاق والنذر، وأما في هذه الثلاثة.. فيؤاخذ به صاحبه؛ على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية».

(**ومنعقدة:**)، وهذا هو النوع الثالث، وهل تنعقد هي على نية الحالف أو على نية المستحلف؟

ففي «البزازية»: واليمين على نية الحالف لو كان الحالف مظلوماً، وعلى نية المستحلف لو الحالف ظالماً.

وهذا في الماضي؛ كما لو أكره على بيع عين، فحلف بالله أنه دفعه إلى فلان يريد به بائعه؛ ليقع عند المكره أنه ملك غيره، فلا يجبر على بيعه.

وفي المستقبل: على نية الحال.

ثم قال نقلاً عن «الفتاوى»: لو حلف بالطلاق أو العتاق أو ما شاكله.. فعلى نية الحالف ظالماً أو مظلوماً إذا لم ينو الحالف خلاف الظاهر، وإن بالله تعالى؛ فإن كان الحالف مظلوماً.. فالنية له، وإن كان ظالماً يريد بيمينه إبطال حق الغير.. فللمستحلف؛ وهو قولهما. انتهى.

واعلم: أنه ليس معنى قولنا: أن اليمين تنعقد على نية الحالف أو على نية المستحلف: أنه يتوقف في انعقاده على النية؛ لأنه لا يتوقف في انعقاده عليها؛ على ما سيأتي، بل معناه: أن للنية تأثيراً إذا وجدت في انعقاده على نية الحالف أو على نية المستحلف.

(**وهي: حلفه على فعل أو ترك في المستقبل.**

وحكمها: وجوب الكفارة إن حنث)، وفي العبارة بحث؛ على ما في الأصول؛ من أن سبب الكفارة عندنا: هو الحنث، واليمين: عند الشافعي، والحنث شرطه؛

وَمِنْهَا مَا يجبُ فِيهِ الْبِرُّ؛ كَفعلِ الْفَرَائِضِ، وَتركِ الْمعاصِي.

وَمِنْهَا مَا يجبُ فِيهِ الْحِنثُ؛ كَفعلِ الْمعاصِي، وَتركِ الْوَاجِبَاتِ.

وَمِنْهَا: مَا يُفضَّلُ فِيهِ الْحِنثُ؛ كهجرانِ الْمُسلمِ وَنَحْوِهِ.

وَمَا عدا ذَلِك.. يُفَضَّلُ فِيهِ الْبِرُّ؛ حفظاً للْيَمِينِ.

وَلَا فرقَ فِي وجوبِ الْكَفَّارَةِ بَينَ الْعَامِدِ، وَالنَّاسِي،

فقوله: «إن حنث» شرط يناسب مذهب الشافعي، لكن الأمر فيه سهل.

ثم الأصل ههنا: ما تلوناه من قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ﴾.

ثم شرع في بيان أقسام المنعقدة، فقال: (**ومنها ما يجب فيه البر؛ كفعل الفرائض وترك المعاصي**) كقوله: والله لأصوم رمضان، أو أصلي الظهر، أو والله لا أشرب الخمر.

(**ومنها: ما يجب فيه الحنث؛ كفعل المعاصي وترك الواجبات**)، نحو: «والله لأشرب الخمر، أو ليقتلن فلاناً، أو لا أصوم رمضان».. فإنه يحنث البتة ويُكَفِّر عنها.

(**ومنها: ما يفضل فيه الحنث؛ كهجران المسلم ونحوه**)؛ فإنه يحنث عن يمينه ويكفِّر؛ لقوله ﷺ: «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها.. فليأت بالذي هو خير، وليكفر عن يمينه».

(**وما عدا ذلك**)، نحو: «والله لا أكلم زيداً» (.. **يفضل فيه البر؛ حفظاً لليمين**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡ﴾.

(**ولا فرق في وجوب الكفارة بين العامد والناسي**)؛ هكذا وقع في أكثر نسخ «الهداية».

واعترض عليه: [٥٥٧/ب] بأن النسيان لا يتصور في الحلف وإن كان يتصور في الحنث، وإنما المتصور في الحلف: هو الخطأ.

وأجيب: بأن المراد بالنسيان في الحلف: هو الخطأ؛ على ما وقع في بعض

نسخ «الهداية» بدل الناسي؛ وذلك بأن يريد أن يقول: «اسقني الماء» فيقول: «والله لا أشرب الماء» خطأً.

وقال أكثر العلماء: المراد به حقيقة النسيان، وذلك بأن تلفظ باليمين ذاهلاً عنه، ثم تذكر أنه تلفظ باليمين؛ فإذا حنث.. لزمته الكفارة، واستدلوا عليه بقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، واليمين».

وتعقبه في «فتح القدير»: بأن ثبوته غير مُسَلَّم؛ لأن الثابت «العتاق» بدل لفظ «اليمين» والمحفوظ من حديث أبي هريرة «النكاح والطلاق والرجعة».

وعلى تقدير ثبوته: لم يكن فيه دليل؛ لأن المذكور فيه: جعل الهزل باليمين جداً، والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه، فلا يعتبر عدم رضاه به شرعاً بعد مباشرته السبب مختاراً.

والناسي بالتفسير المذكور: لم يقصد شيئاً أصلاً ولم يدر ما صنع.

وكذا المخطىء: لم يقصد قط التلفظ باليمين، بل قصد بشيء آخر وجرى على لسانه اليمين بلا قصد، فلا يكون الوارد في الهازل وارداً في الناسي، ولا في المخطىء.. فلا يثبت وجوب الكفارة في حق الناسي لا نصاً ولا قياساً.

وأيضاً: إذا كان اللغو بتفسيرهم المذكور - أعني: أن يقصِد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين؛ أي الكفارة فيما لم يقصده أصلاً، بل هو كالنائم ثم يجري على لسانه طلاق أو عتاق - لا حكم له.. أولى أن لا يكون لها حكم اليمين.

وأيضاً: فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة مرفوعاً، وهو: أنه كلام الرجل في بيته؛ كلا والله، وبلى والله، وإن لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي؛ فإن المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به، بل يجري على لسانه بحكم العادة غيرُ مراد لفظه ولا معناه؛ كالناسي لا يقصد التكلم بما جرى على لسانه، ولو لم يكن

وَالْمكْرهِ فِي الْحلفِ والحِنْثِ.

إياه.. كان أقرب إليه من الهازل، فحَمْل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل. انتهى.

واعترض عليه أيضاً: بأن اليمين من الأفعال الاختيارية؛ لأنها من العقود الشرعية تَقَوَّى بها عزم الحالف على الفعل أو الترك.. فكيف يكون الناسي فيه كالعامد؟

أجيب: بأن ذلك هو القياس، وقد ترك بالنص الذي رويناه.

فإن قيل: هذا النص معارَض بآخر مثله، وهو قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان».

أجيب: بأنه محتمل لرفع الإثم ولرفع الحكم وما رويناه من نص اليمين مفسر.. فلا يعارضه.

أقول: فعلى هذا يلزم أن يكون تعريفهم المذكور لليمين؛ أعني تقوية أحد طرفي الخبر.. تعريفاً على خلاف النص موافقاً للقياس المتروك:

(**والمكره في الحلف**)؛ لما رويناه من قوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد...» الحديث [٥٥٨/أ].

وقال الشافعي وأحمد ومالك: لا ينعقد يمين الناسي والمكره والمخطىء؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان».

قلنا: إن شرط الانعقاد هو الفعل الحسي، وقد وجد ذلك عند الحنث، فتلزمه الكفارة، والفعل الحقيقي لا يصير معدوماً بالنسيان والكره.

(**والحنث**)؛ أي: لو حلف عامداً فحنث ناسياً أو مكرهاً أو مخطئاً.. تجب عليه الكفارة كما لو حنث عامداً.

وكذا لو حنث مجنوناً أو مغمى عليه؛ لما ذكرناه: أن شرط الانعقاد هو الفعل الحسي وقد وجد ذلك.

فإن قيل: الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب، ولا ذنب في الناسي والمكره والمخطىء والمجنون والمغمى عليه.. فكيف تجب الكفارة؟

قلنا: الحكم يدار على دليله، ودليل وجوب الكفارة هو الحنث وهو دليل الذنب، وقد وجد الحنث من هؤلاء، ولا يلزم حقيقة الذنب؛ كوجوب الاستبراء: دائر مع وجوب دليل شغل الرحم، وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل، حتى أنه يجب، وإن لم يوجد الشغل أصلاً؛ بأن اشترى جارية بكراً أو اشتراها من امرأة.

فإن قيل: إن إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه: إنما يكون إذا كان المدلول أمراً خفياً في الأصل فيدور عليه وإن لم يتصور في بعض الصور؛ كما ذكر في شغل الرحم، والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث: محقق ظاهر.. فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول.

قلنا: إن الحنث قد يكون ناسياً، وقد يكون خطأ، وقد يكون مكرهاً، وقد يكون لرؤية غيره خيراً، وقد يكون في الجنون والإغماء، ولا إثم في شيء من ذلك، إنما الإثم في الحنث عمداً مختاراً عالماً بكونه شراً، ولا يخفى كونه أمراً خفياً.

ثم لما ذكر الموجِبَ.. شرع في بيان الموجَبِ، وهو الكفارة، لكنها إنما تكون موجباً لها عند الانقلاب؛ لأن اليمين لم يشرع لكفارة، بل شرع للبر المنافي للكفارة، لكنها تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث.

ولهذا قالوا: إن اليمين سبب مجازي للكفارة لتسمية الشيء باسم ما يؤول إليه؛ لأنه يصير سبباً لها في المآل عند وجود الحنث بزوال البر، وإن السبب الحقيقي لها هو الحنث.

فعلى هذا: فالإضافة في قولهم: «كفارة اليمين» من قبيل الإضافة إلى السبب المجازي.

ومن هنا قالوا: لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث.

وَهِيَ: عِتْقُ رَقَبَةٍ، أَو إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ، كَمَا فِي عِتْقِ الظِّهَارِ وإطعامِهِ،

وقال الشافعي: يجوز تقديمها على الحنث على ما سنبينه.

فقال: (وهي)؛ أي كفارة اليمين: (عتق رقبة) كاملة؛ أي إعتاقها لا نفس العتق؛ فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة.. لا يجوز.

ولو ملكه بشراء أو هبة أو قبول صدقة ونوى عن كفارتها حين ملكه.. يجوز.

ثم لا بد من النية لصحة التكفير في الأنواع الثلاثة وأن مصرفها مصرف الزكاة، فلا يعطيها لأبويه وإن علا، ولولده [٥٥٨/ب] وإن سفل، ولا لزوجته؛ كذا في «البحر» نقلاً عن «الخانية».

ثم تعقبه بأن الكفارة يجوز دفعها إلى الذمي دون دفع الزكاة.

(أو إطعام عشرة مساكين)؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾.

(كما في عتق الظهار وإطعامه)؛ يعني: يجوز فيها عتق الكافر والمسلم، والصغير والكبير، والذكر والأنثى والخنثى، والأعور والأصم الذي إذا صيح يسمع، ومقطوع أحد اليدين وإحدى الرجلين من خلاف، وللمكاتب الذي لم يؤد شيئاً من بدل الكتابة.

ولا يجوز: الأعمى، والأصم الذي لا يسمع أصلاً، والأخرس، ومقطوع اليدين، أو إبهامهما، أو الرجلين، أو بدون رجل من جانب واحد، وغيرهم مما فات جنس المنفعة فيهم؛ على ما مر في الظهار.. فارجع إليه.

ويطعم العشرة كالفطرة في قدر الواجب، حتى يجب عليه نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير، ويصح إطعام واحد في عشرة أيام كعشرة مساكين.

ويصح التمليك والإباحة أيضاً كما في الظهار بدلالة ما تلوناه؛ لأن معنى الإطعام: جعل الغير طاعماً، وليس فيه شيء من التمليك والتملك؛ لأن معنى الطعم هو الأكل لا التملك، ويلحق به: التمليك؛ أي: جعل الغير... مالكاً دلالةً، فكان لفظ

الإطعام دالاً: على الإباحة بعبارته، وعلى التمليك بدلالته؛ فإذا أباح الطعام غداءً وعشاءً بلا تمليك.. تأدت به الكفارة عندنا، وهو مذهب علي ومحمد بن كعب والقاسم والسالم والشعبي وإبراهيم وقتادة ومالك والثوري والأوزاعي.

وقال الشافعي: لا تتأدى إلا بالتمليك؛ لأن الإطعام يذكر للتمليك عرفاً؛ فإن من قال لآخر: «أطعمتك هذا الطعام».. كان بمنزلة قوله: «وهبته لك»، حتى لو سلمه.. صار ملكاً له.

وإنما تكون إباحة إذا قال: «أطعمتك هذه الأرض»؛ لأن عينها لا تطعم.. فينصرف إلى منافعها معنىً بالزراعة مجازاً، ولأن المقصود سَدُّ خلة الفقير وإغناؤه، وذلك يحصل بالتمليك لا التمكين، فلا يتأتى الواجب به؛ كما في الزكاة وصدقة الفطر والكسوة التي هي أحد أنواع هذه الكفارة:

والجواب عن الأول: أنا لا نمنع استعماله في التمليك مجازاً، وإنما الكلام في أن العمل بحقيقته ممكن أو لا، وقد أمكن ذلك ههنا بدلالة الكتاب.. فلا يصار إلى المجاز بلا ضرورة.

وعن الثاني: أن قوله: «المقصود سد خلة الفقير» مُسَلَّم، وقوله: «وذلك يحصل بالتمليك لا التمكين».. ممنوع لأن بإباحة الطعام يحصل سد خلة الجوع.

وعن الثالث: أي قياسه على الأشياء الثلاثة.. فاسد؛ لأنها لم تأت بنص الإطعام، فلم يترك ما نص عليه، وأيضاً: أن من شروط القياس أن يتعدى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره الذي لا نص فيه، ولا نسلم وجود هذا المعنى فيما نحن فيه [٥٥٩/أ]؛ فإن الكسوة ليست بحكم شرعي، بل هو اسم لغوي، ولو سلم ذلك.. لكن لا نسلم كونه بعينه؛ لأن المنصوص عليه في الأصل هو العين وهو الثوب؛ لأن الكسوة بالكسر: اسم للثوب لا الفعل الذي هو التمليك، بل يثبت التمليك ضرورة عدم كون العين كفارة، ولو سلم ذلك.. فلا نسلم التعدية إلى فرع وهو نظيره؛ لكون الإباحة دون التمليك، ولو سلم ذلك.. ولكن الفرع منصوص

أَو كِسوتُهم ....

عليه ههنا لما تلوناه؛ فكان قياس الطعام على الكسوة قياساً في المحل المنصوص عليه على خلاف ما اقتضاه النص في ذلك المحل وهو باطل.

(**أو كسوتهم**)، وإنما ذكره بعد التشبيه المذكور؛ إذ لا كسوة في كفارة الظهار، ثم الأصل ههنا: ما تلوناه من قوله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ﴾ - الآية - أي: كفارة ما عقدتم من الأيمان إذا حنثتم: أحد هذه الثلاثة على سبيل التخيير؛ لأن «أو» توجب التخيير في موضع الإنشاء.

واعلم: أنهم اختلفوا في خصال الكفارة:

فذهب العراقيون من مشايخنا إلى أن الكل واجب على البدل؛ فإذا فعل أحدهما.. سقط الباقي.

وذهب الجمهور - واختاره فخر الإسلام البزدوي - إلى: أن الواجب واحد من هذه الجملة يتعين ذلك باختيار المكلف فعلاً ضمناً لا قولاً، ثم لو أتى بالكل.. كان الواجب واحداً، وهو ما كان أعلى قيمة، ولو ترك الكل.. يعاقب على واحد وهو ما كان أدنى قيمة.

ثم اختلف الأولون فيما بينهم:

فقال أبو الحسين البصري: المراد بوجوب الجميع: عدم جواز الإخلال بجميعها، ولا يجب الإتيان به، وللمكلف اختيار واحد منها - وهو مذهب الجمهور بعينه.. فكان الخلاف لفظياً.

وقال بعضهم: لو أتى بالجميع.. يثاب على كل واحد، ولو ترك الجميع.. يعاقب على ترك كل واحد، فكان الخلاف معنوياً.

واستدل العراقيون: إن أحد الأشياء غير عين؛ إما أن يكون موجبه ثبوت الحكم في واحد غير عين، أو في واحد معين، أو في الجميع على سبيل الجميع، أو على سبيل البدل.

كُلَّ وَاحِدٍ ثوباً يسترُ عَامَّةَ بَدَنِهِ. وَهو الصَّحِيحُ، فَلَا يُجزِىءُ السَّرَاوِيلُ.

(كل واحد)؛ أي: من العشرة (ثوباً) واحداً وهو أدناه؛ فإن قيل: النص ورد بصيغة الجمع، فكيف يكون لكل واحد ثوباً؟

قلنا: بناء على قاعدة: إن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد.

(**يستر عامة بدنه، وهو الصحيح**) احترز به عما روي عن محمد: أن أدنى الثوب الذي يجزئه عن الكفارة: هو ثوب تجوز فيه الصلاة.

(**فلا تجزىء السراويل**)؛ أي: على الصحيح؛ لأن لابس السراويل يسمى عرياناً عرفاً.

فعلى هذا: لا بد أن يعطيه قميصاً أو جبة أو رداء أو قباء أو إزاراً سابلاً بحيث يتوشح به.

وعلى ما روي عن محمد: يجوز أن يعطيه السراويل.

وروي عنه تقييده بالرجل، حتى لو أعطى السراويل لامرأة.. لا يجوز؛ لأنه لا تصح صلاتها فيه.

وجه الصحيح: أن المعتبر ما ثبت به اسم المكتسي وانتفى عنه اسم العريان لصحة الصلاة وعدمها؛ فإنه لا دخل له في الأمر بالكسوة؛ إذ ليس معناه إلا جعل الفقير مكتسياً.

والمرأة إذا كانت لابسة قميصاً سابلاً وإزاراً وخماراً غطى رأسها وأذنيها دون عنقها.. لا شك في ثبوتها اسم أنها مكتسية لا عريانة، ومع هذا: لا تصح صلاتها.. فالعبرة لثبوت ذلك الاسم، صحت الصلاة أو لا؛ فإذا لم تجزىء السراويل عن الكسوة على الصحيح.. فهل يجزىء عن الطعام إذا كان قيمة السراويل تساوي نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير؟

قالوا: إنه يجزىء عن الطعام.

لا سبيل إلى الثاني والثالث: لأنه خلاف الصيغة والإجماع.

ولا إلى الأول: لأنه تكليف بالمجهول، وذلك تكليف بما ليس في الوسع.. فتعين الرابع؛ أي: وجوب الجميع على سبيل البدل، وهذا طريق موافق للأصول؛ فإن فرض الكفاية يجب على الكل بطريق البدل، حتى لو قام به البعض.. سقط عن الباقين.

قلنا: إن كلمة «أو» ذكرت في موضع الإنشاء، فتوجب التخيير بين الثلاثة على احتمال الإباحة، حتى إذا فعل الكل.. جاز أيضاً، فالحمل على وجوب الكل على البدل: إلغاء للنص عن مقتضاه مع إمكان العمل به، وذلك باطل، فيكون الواجب أحدها؛ لأنه عمل بمقتضاه.

والقياس على فرض الكفاية باطل؛ لأنه واجب على سبيل الجمع، لكنه يسقط بإتيان البعض عن الباقين، بخلاف ما نحن فيه.

وقولهم: التكليف بالمجهول تكليف ما [٥٥٩/ب] ليس في الوسع.. ممنوع لأن التكليف مبني على سبب العلم لا على حقيقته؛ كبنائه على سبب القدرة لا على حقيقتها، وهو حاصل؛ لأن باختيار المكلف وشروعه في العقل يصير معلوماً.

وإنما قلنا: على احتمال الإباحة؛ لأن التخيير الثابت بكلمة «أو» على وجهين:

أحدهما: أن يتناول واحداً، ولا يجوز إرادة الجمع بين الكل نحو: «أُطلق من نسائي فلانة أو فلانة» أو «أعتق من عبدي فلاناً أو فلاناً»؛ فإنه يثبت التخيير، ولا يجوز الجمع؛ لأن هذه الأشياء كانت محظورة على المأمور قبل الأمر، وتثبت الإباحة بالأمر، وإنه يتناول واحداً من الجملة فيقتصر عليه.

والثاني: أن يثبت التخيير، ويجوز الجمع بين الكل؛ كقولك: «جالس الحسن أو ابن سيرين» وكما فيما نحن فيه من خصال الكفارة، فيجوز الجمع؛ لأن هذه الأشياء كانت مباحة قبل الأمر، فبقيت على الإباحة بعده.

فَإِن عجزَ عَن أَحدِهَا عِنْدَ الْأَدَاءِ.. ....

وكذا: لو أعطى كل مسكين نصف ثوب، يساوي قيمة ذلك النصف نصف صاع من بر، أو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم وهو ثوب كبير القيمة يصيب كل واحد منهم أكثر من قيمة ثوب.. لم يجزه من الكسوة لكن يجزئه من الطعام إذا كان قيمة ما يصيب كل واحد منهم نصف صاع من بر أو صاع من شعير.

وهل تشترط النية أو لا؟

ذكر شيخ الإسلام: أنه يجزئه في ظاهر الرواية، نوى أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم ينو.

وعن أبي يوسف: [٥٦٠/أ] إذا نوى أن يكون بدلاً.. يجزئه عن الطعام، وإلا.. لا يجزئه.

وقال زفر: لا يجزئه، نوى أو لم ينو.

وفي «الخلاصة»: وفي الثوب يعتبر حال القابض؛ إن كان يصلح للقابض.. يجوز، وإلا.. فلا.

وقال بعض مشايخنا: إن كان يصلح لأوساط الناس.. يجوز، قال شمس الأئمة: وهذا أشبه بالصواب.

ولو أعطى ثوباً خليقاً عن كفارة اليمين، إن أمكن الانتفاع به أكثر من نصف مدة الجديد؛ أعني: أكثر من ثلاثة أشهر.. جاز. انتهى.

(**فإن عجز عن أحدها**) - أي: أحد الثلاثة المذكورة - (**عند الأداء**) إنما قيد العجز بوقت الأداء؛ لأن العجز قبل وقت الأداء غير معتبر عندنا، حتى لو حنث وهو معسر، ثم أيسر.. لا يجوز له الصوم، وفي عكسه: يجوز له الصوم.

وقال الشافعي: العجز واليسار معتبر بوقت الحنث لا بوقت الأداء، حتى عكس الأمر فيما ذكرناه.

قلنا: إن الصوم بدل عن التكفير بالمال، فيعتبر فيه وقت الأداء - كالتيمم بدل

صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ.

عن الماء فيصار إليه عند عدم الماء وقت الاستعمال - عند عدم الأصل، ثم يشترط استمرار العجز إلى الفراغ من الصوم، فلو صام يومين، ثم أيسر.. لا يجوز له الصوم على ما في «الخانية» ثلاثة أيام متتابعات.

وقال الشافعي: يخير؛ لإطلاق النص وهو قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾.

قلنا: يقيده قراءة ابن مسعود.

(.. **صام ثلاثة أيام متتابعات**)، وهي كالخبر المشهور يصح أن يقيد به المطلق فيقيده به؛ فإن الحادثة متحدة والنصين المطلق والمقيد وردا في الحكم، بخلاف ما ورد في صدقة الفطر من قوله ﷺ: «أدوا عن كل حر وعبد» وقوله ﷺ: «أدوا عن كل حر وعبد مسلم» حيث لم نحمل المطلق على المقيد، بل عملنا بكل من المطلق والمقيد؛ لأن النصين هنا وردا في الأسباب؛ أعني الرأس، ولا منافاة في الأسباب، حتى يجب الحمل على المقيد؛ دفعاً للتنافي كما فيما نحن فيه.

تحقيقه: أن الفعل الواحد - كالصوم فيما نحن فيه - يستحيل أن يكون مطلوباً بقيد التتابع وبإطلاقه؛ لأن الإطلاق يوجب جوازه مفرقاً ومتتابعاً، والقيد إذا وجب.. يلزم التنافي بالضرورة، فيجب الحمل على المقيد، وهذه المنافاة منتفية في صدقة الفطر؛ إذ لا منافاة في الأسباب، فيكون كل من المطلق والمقيد سبباً وتحقيقه: أنا لو قلنا بمفهوم المخالفة.. فحينئذٍ يكون الحاصل من المطلق: أن ملكه العبد مطلقاً سبب لوجوب الأداء عنه مسلماً أو كافراً.

والحاصل من المقيد: أن ملكه العبد المسلم سبب لوجوب الأداء، وغير المسلم ليس سبباً، فيتعارضا المطلق والمقيد في غير المسلم بمقتضى مفهوم المخالفة؛ فإذا فرض تقديم المفهوم على الإطلاق.. لزم انتفاء سببية غير المسلم، ولزم أن المراد: أن المسلم هو السبب لا غير، وهو الحمل على المقيد ضرورة، لكنا لم نقل بمفهوم المخالفة، فبقي مقتضى المطلق بلا معارض، [٥٦٠/ب] فصار المسلم وغير المسلم [سبباً].

وَلَا يجوزُ التَّكْفِيرُ قبل الْحِنْثِ.

(ولا يجوز التكفير قبل الحنث) لا بالمال ولا بالصوم.

وقال الشافعي: يجوز بالمال قبله.

وأصل الخلاف: أن سبب الكفارة: هو الحنث عندنا، وعند الشافعي: هو اليمين والحنث شرطه؛ بدليل أنها تضاف إلى اليمين كما في قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ﴾ وكما في قوله لأهل اللغة والعرف: كفارة اليمين ولا يقولون: كفارة الحنث، والإضافة دليل سببيّة المضاف إليه للمضاف الواقع حكماً شرعياً، أو متعلقه كما فيما نحن فيه؛ فإن الكفارة مُتَعَلَّق الحكم الذي هو الوجوب، وإذا ثبت سببيته.. جاز تقديم الكفارة على الحنث؛ لأنه شرط لوجوب أدائها على ما دل عليه التعليق في قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡ﴾ وحنثتم، والتقديم على شرط وجود الأداء بعد وجوب السبب جائز عقلاً وثابت شرعاً؛ كتقديم الزكاة [على] الحول بعد وجود السبب الذي هو ملك النصاب، وكتقديم الدين المؤجل، وكتقديم التكفير بعد الجرح على الموت بالسراية.

ومقتضى هذا الأصل: أن لا يفترق بين المال والصوم وهو القول القديم، وفي الجديد: لا يقدم الصوم؛ لأن تقدم الواجب بعد وجود السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعاً إلا في المالية؛ كالزكاة فيقتصر عليه، ولأن أصل الوجوب حاصل بالسبب، ووجوب الأداء متراخٍ إلى وجود الشرط.

والحقوق المالية ينفصل وجوب أدائها عن نفس الوجوب؛ لأن المال مع الفعل يتغايران.. فجاز أن يتصف المال بالوجوب، ولا يثبت وجوب الأداء الذي هو الفعل؛ كالثمن المؤجل يجب في الذمة ولا يجب أداؤه.

وأما البدنية فلا تحتمل الفصل؛ لأن الصوم والصلاة عبارة عن الفعل المخصوص، ولا يتصور وجوب الفعل بدون وجوب أدائه، فلما تأخر وجوب الأداء

وَلَا كَفَّارَةَ فِي حلفِ كَافِرٍ وَإِن حَنِثَ مُسلماً.

وَلَا تصحُّ يَمِينُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ والنائِمِ.

بالإجماع.. انتفى الوجوب، فلا يجوز الأداء قبل الوجوب، ولهذا لا يجوز تعجيل الصوم قبل الشهر، ويجوز تعجيل الزكاة قبل الحول.

قلنا: إن السبب هو الحنث؛ لأن أدنى درجات المسبب، هو الإفضاء إلى السبب، واليمين غير مفضٍ إليه، بل مانع له؛ لأنه إنما شرع للبر المنافي للزوم الكفارة فأين الإفضاء إليها؟! فلا يكون سبباً، لكنه يسمى سبباً مجازاً باعتبار ما يؤول إليه؛ لأنه يصير سبباً في المآل ومفضياً إليها، ولهذا أضيفت إليه، لا لكونه سبباً حقيقياً على ما زعمه الخصم، وإذا كان السبب الحقيقي هو الحنث.. لم يجز تقديمها على الحنث؛ لأن تقديم المسبب على السبب لا يجوز، وما ذكره من تقديم الزكاة وتقديم التكفير وتقديم صدقة الفطر ثابت بالنص على خلاف القياس، فيقتصر على مورده، ولا يقاس عليه غيره، ثم إذا لم يجز تقديمها على الحنث.. فهل يسترد من الفقير على تقدير دفعه لها إليه قبل الحنث؟

قالوا: [٥٦١/أ] لا يسترد لوصول الثواب إليه وإن لم يجز عن كفارته.

(ولا كفارة في حلف كافر، وإن حنث مسلماً)، وقال الشافعي: عليه الكفارة بالمال؛ لأن اليمين تعقد للبر، والكافر أهل له لاعتقاده تعظيم اسم الله تعالى.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُوٓاْ أَئِمَّةَ ٱلۡكُفۡرِ إِنَّهُمۡ لَآ أَيۡمَٰنَ لَهُمۡ﴾ والكافر ليس بأهل للبر؛ لأنه إنما يكون ممن يعظم اسم الله تعالى والكافر ليس كذلك، بل هو انتهاك بحرمته.

وفي «فتح القدير»: وكذا: إذا حلف مسلماً، ثم ارتد، ثم أسلم فحنث.. لا يلزمه شيء، وكذا أيضاً إذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم.. لا يلزمه شيء عندنا بعد الإسلام، ولا قبله. انتهى.

(ولا يصح يمين الصبي والمجنون والنائم)؛ لعدم الأهلية في الصبي والمجنون،

ولعدم الاختيار في النائم والمغمى عليه، والمعتوه: مثل النائم.

قال في «الأشباه»: ولا ينعقد يمين الصبي، فلو كان مأذوناً فباع فوجد المشتري عيباً.. لا يحلفه حتى يدرك؛ كما في «العمدة».

ولو ادعى على صبي محجور، ولا بينة له.. لا يحضره القاضي؛ لأنه لو حلف فنكل.. لا يقضى عليه.

وقال في النوع السابع من كتاب القاضي من «البزازية»: والصبي المأذون يحلف كالبالغ.

قال نصير: لا يحلف الصبي المأذون؛ لأنه لا يحنث، ولا يلزمه الدين إلا بإقرار أو بينة.

وعلماؤنا: على أنه يحلف، وبه نأخذ.

ويجوز أن يكون على الاختلاف الذي [ذكرناه]: أن النكول [بذل] أو إقرار، وكذا المكاتب والعبد التاجر.

وفي الأقضية: ادعى على صبي محجور مالاً وله بينة.. يحضره مجلس الحكم ويشير إليه في الدعوى ويدعي على أبيه ويقيم البينة.

وهكذا ذكره في باب اليمين من دعوى «قاضي خان» فقال: إن الصبي المأذون إذا ادعي عليه مال وأنكره؛ قال بعضهم: لا يحلف.

وقال أبو الليث: يحلف في قول علمائنا، وبه نأخذ.

وقال بعضهم: إنه لا يحلف على قول أبي حنيفة؛ لأن فائدة التحليف عنده النكول، والنكول عنده بذل، والصبي لا يملك البذل، وعندهما: يحلف؛ لأن النكول عندهما إقرار والصبي من أهل الإقرار.

وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يحلف عند الكل.

* * *

(فَصْلٌ)

وحروفُ الْقَسَمِ: الْوَاو، وَالْبَاءُ، وَالتَّاءُ.

(فَصْلٌ)

(وحروف القسم) وهو جملة إنشائية غير مستقلة تؤكد بها جملة أخرى.

(الواو والباء والتاء)؛ لأن كل ذلك معهود في الكلام ومذكور في القرآن ومستعمل في القسم وإن لم يوضع له في أصل الوضع، وإنما الموضوع له هو لفظة: «أيم الله» وما يؤدي معنى القسم من نحو: «لعمر الله» على ما سيأتي بيانها.

أما الباء: فهو موضوع للإلصاق، ومستعمل في القسم بهذا المعنى أيضاً؛ لأنهم لما احتاجوا إلى إلصاق الحلف بما يقسمون به.. استعملوها فيه استعمالهم في نحو: «كتبت بالقلم» إلا أنهم حذفوا الفعل لكثرة القسم في كلامهم اكتفاء بدلالة الباء كما حذفوا في «بسم الله»، فقالوا: «بالله لأفعلن» كذا يريدون به: «أحلف بالله» أو «أقسم بالله» [٥٦١/ب].

وأما الواو: فإنها استعملت في القسم بدلاً من الباء لمناسبة بينهما صورة ومعنى؛ أما الصورة فلأنها حرفي شفة، وأما المعنى: فإن العطف بين الشيئين نظير الإلصاق بينهما.

وأما التاء: فلأنها ليست من حروف المعاني، ولكنها استعيرت لمعنى الواو توسعة في القسم لشدة الحاجة إلى القسم لكثرته، والمناسبة بينهما كونهما من حروف الزيادة.

ثم الباء أصل في هذا الباب، **تدخل على الظاهر والمضمر**؛ نحو: «بالله» و«به» و«بك» لأفعلن، **ويجوز إظهار الفعل معها وإضماره** نحو: «أحلف بالله» و«بالله لأفعلن».

والواو تدخل على الظاهر دون المضمر، ولا يقال «وك»، **ولا يجوز إظهار الفعل معها**، ولا يقال: «أحلف والله لأفعلن كذا».

وَقد تُضمَرُ؛ كالله لا أَفعلُهُ.

والتاء تدخل على لفظة الله خاصة، ولا يجوز إظهار الفعل معها، ولا يقال: «أحلف تالله لأفعلن».

ومن حروف القسم أيضاً: اللام، وحرف التنبيه؛ نحو: لله، وها الله.

(وقد تضمر) حروف للقسم للاختصار؛ لأنه متعارف، وإنما قدر بإضمار حرف القسم لما في «المحيط»: إن حرف التأكيد في المقسم عليه وهو اللام والنون لا يضمر أصلاً، بل لا بد من ذكرهما، ولذا قالوا: الحلف بالعربية أن يقول في الإثبات: «والله لأفعلن كذا» أو «والله لقد فعلت كذا» بكلمة التوكيد، وفي النفي: أن يقول: «والله لا أفعل كذا، والله ما فعلت كذا»، حتى لو قال: والله أفعل كذا اليوم فلم يفعل.. لا يلزمه الكفارة ويكون بمعنى قوله: لا أفعل كذا، فتكون كلمة مضمرة فيه؛ لأن الحلف في الإثبات عند العرب لا يكون إلا بحرف التوكيد وهو اللام والنون نحو: «والله لأفعلن كذا»، قال الله تعالى: ﴿وَتَٱللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَٰمَكُم﴾. كذا في «البحر».

(ك: «**الله لا أفعله**») واختلفوا في نصبه؛ فقال البصريون: إنه منصوب على نزع الخافض، إلا إذا عوض بهمزة الاستفهام أو هاء التنبيه ك: «آلله ما فعلت كذا، وها الله ما فعلت كذا».

وقال الكوفيون: يجوز الخفض، سواء كان بعوض أو بغير عوض، ثم على جواز حذف حرف القسم لو قال: والله الله لا أكلم زيداً، فكلمه.. فعليه كفارة واحدة؛ لأن الثاني بدل من الأول لا نعت؛ لأنه غير مشتق عند الجمهور، فكأنه سكت واستأنف الحلف بقوله: «الله»، وكذا لو جعل نعتاً للأول على تقدير جواز الاشتقاق على ما ذهب إليه البعض؛ فكأنه قال: و«الله المعبود الحق لا أكلم زيداً» ، وكذلك قوله: «والله الرحمن لا أكلم زيداً»، ولو قال: والله والرحمن.. يلزمه كفارتان.

وَالْيَمِينُ: بِالله.

وعند أبي يوسف وزفر: كفارة واحدة لاتحاد المقسم عليه؛ لأن قوام اليمين بالمقسم به وعليه، فلما يتحد اليمين باتحاد المقسم به مع تعدد المقسم عليه.. فكذا يتحد باتحاد المقسم عليه مع تعدد المقسم به.

قلنا: إن قوله: «والله» مقسم به وقوله: «والرحمن» معطوف عليه، [٥٦٢/أ] فكان غيره في تسمية الحالف، فتعدد الاستشهاد، فتعدد الهتك، فتعددت الكفارة؛ لأنها جزاء الهتك.. فصار في حق المقسم به بمنزلة اليمين وإن كان البر واحداً، إلا أن ينوي بالواو في «الرحمن» واو القسم، فيكون يميناً واحداً لانقطاع الأول حينئذ، بخلاف قوله: «والله والله لا آكله» حيث يحمل الثاني على واو القسم بلا حاجة إلى نية، حتى يلزمه كفارة واحدة في ظاهر الرواية؛ لأن عطف الشيء على نفسه قبيح فيجعل للقسم.

وعن محمد: إنه يمينان. كذا في «الكشف» و«التقرير».

وقد وقع في أكثر نسخ الكتاب هكذا: «الله أفعله» في صورة الإثبات، وهو في معنى: الله لا أفعله لما ذكرناه قبيل هذا.

ثم لما ذكر حروف القسم.. شرع في بيان الألفاظ التي ينعقد بها اليمين، فقال: **(واليمين بالله)**؛ أي: ينعقد بهذا اللفظ بلا نية، وكذا لو قال: «لله» باللام بدل الباء، وهو المختار على ما في «الهداية».

وعن أبي حنيفة: أنه لو قال: لله علي أن لا أكلم زيداً.. لا يكون يميناً؛ لأن الصيغة صيغة نذر ويحتمل معنى اليمين، ولو قال: «والله» بغيرها.. يكون يميناً، وكذا: «بالله» بغيرها.. يكون يميناً. كذا في «البحر».

بخلاف نحو: باسم الله، ولا إله إلا الله أو سبحان الله أفعل كذا.. فإنها لا تكون يميناً ما لم ينو بها اليمين. على ما في «الخلاصة».

أَو باسمٍ مِن أَسْمَائِهِ؛ كالرحمنِ والرحيمِ وَالْحقِّ.

وَلَا يفْتَقرُ إِلَى نِيَّةٍ ....

ولكنه ذكر في «المنتقى» رواية ابن رستم عن محمد: إن اسم الله يمين مطلقاً، والمختار: هو الأول.

ولو قال: وبسم الله بالواو.. ففي «الخلاصة»: إنه يمين، وقيل: لا يكون يميناً، وفي «فتح القدير»: وهو المختار.

وفي «البحر»: مثل الحلف بالله: بالذي لا إله إلا هو، ورب السموات والأرض، ورب العالمين، ومالك يوم الدين، والأول الذي ليس قبله شيء، والآخر الذي ليس بعده شيء. انتهى.

والذي ظهر منه: أنه لا يحتاج فيه إلى النية.

(أو باسم من أسمائه) والمراد بالاسم ههنا: ما يكون دالاً على ذاتٍ موصوفةٍ بصفة؛ **(كالرحمن والرحيم والحق)** احترز به عن حقٍّ منكَّرٍ، وعن حقِّ الله بالإضافة؛ لأنهما لا يكونان يميناً؛ لأن ما يكون من أسماء الله تعالى هو الحق المعرف باللام، بخلاف المنكَّر والمضاف على ما سيأتي.

(ولا يفتقر) - أي: الحالف بالله وباسم من أسمائه - **(إلى نية)** لكنه لو نوى.. يقع على ما نوى.

ولهذا قال في «البزازية»: لو قال: «الله ليفعلن كذا» أو مع الواو، فقال الآخر: نعم، إن أراد المبتدي الحلف والمجيب أيضاً.. فهما حالفان؛ لأن «نعم» تقتضي إعادة ما في السؤال، وإن قصد المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف.. فالحالف هو المجيب، وإن لم ينو كل منهما شيئاً.. فالمجيب هو الحالف في قوله: «الله» والمبتدي في قوله: «والله».

وإن قصد المبتدي الاستحلاف والمجيب أن لا يكون عليه يمين، ويكون قوله: «نعم» على معناه بلا يمين.. [٥٦٢/ب] فهو كما نوى، ولا يمين على واحد منهما. انتهى.

إِلَّا فِيمَا يُسمَّى بِهِ غَيرُهُ؛ كالحكيمِ والعليمِ.

(إلا فيما يسمى به غيره؛ كالحكيم والعليم).

واعلم: أن الحلف بالله والرحمن والرحيم والحق... وغيرها من أسماء الله تعالى كلها، سواء كان مما يسمى به غيره أو لا: صحيح منعقد، سواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارف، ولا يحتاج فيه إلى النية في ظاهر الرواية؛ لأنه يعتقد تعظيم الله تعالى فيصلح ذكره حاملاً أو مانعاً؛ لأن اليمين بالله تعالى ثبت نصاً لقوله ﷺ: «من حلف.. فليحلف بالله أو ليصمت». متفق عليه. والحلف بأسماء الله تعالى كلها: حلف بالله تعالى، وما ثبت بالنص أو بدلالته لا يراعى فيه العرف.

وقال بعض مشايخنا: كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن والرحيم.. فهو يمين لا حاجة فيه إلى النية، وما سمي به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والحليم والقادر؛ فإن أراد به الله تعالى.. يكون يميناً، وإلا.. فلا.

وفي «الخلاصة» و«البزازية» و«التبيين»: الصحيح هو ظاهر الرواية، لا ما اختاره بعض المشايخ؛ لأن الحلف بغير الله تعالى حرام، والظاهر من حاله: أنه لا يباشر الحرام، فحمل على اليمين بالله تعالى ما لم ينو خلاف ذلك؛ فإن نوى خلافه.. لا يكون يميناً؛ لأنه لو نوى محتمل كلامه.. فيكون صحيحاً.

فعلى هذا: استثناء المصنف: «ما سمي به غيره عما قبله» إنما يتمشى على قول بعض المشايخ.

ثم إن المصنف جعل «الرحيم» مما لا يسمى به غير الله تعالى وجعله في «البزازية» مما يسمى به غيره كالحليم، ولعل الصواب ما ذكره المصنف؛ إذ لا يسمى به غيره إلا بإضافة العبد إليه نحو: «عبد الرحيم».

وقال في «قاضي خان»: ولو قال بالله لا أفعل كذا وسكَّن الهاء أو نصبها أو رفعها.. يكون يميناً؛ لأنه ذكر الله تعالى بحرف القسم، والخطأ في الإعراب لا يمنع صحة اليمين.

لَا بِغَيْرِ اللهِ تعالى كالقرآنِ ....

فلا؛ لأن صفات الله تعالى؛ في الحرمة كذات الله تعالى؛ فإنها ليست بحادثة في ذاته خلافاً لما يقوله الكرامية والمعتزلة، على ما بين في محله.

وقال مشايخنا العراقيون: إن حلف بصفة من صفات الذات.. يكون يميناً إلا العِلْم، وإن حلف بصفة من صفات الفعل.. لا يكون يميناً، وفرقوا بينهما: **بأن كل وصف جاز أن يوصف به الله تعالى وبضده.. فهو من صفات الفعل**؛ كالرضاء والغضب والسخط والرحمة والرأفة والمنع والإعطاء.

وكل وصف جاز أن يوصف به الله تعالى لا بضده.. فهو من صفات الذات؛ كالقدرة والعزة والعظمة والكبرياء والجلال... وغيرها.

ألحقوا صفات الذات بالاسم ولم يلحقوا صفات الفعل به، وعليه خرجوا المسائل.

وفي «التبيين»: والصحيح ما اختاره العامة من عدم الفرق بينهما بعد تحقق العرف بالحلف بها؛ لأن صفات الله تعالى كلها قديمة.. فلا يستقيم الفرق بينها، والأيمان مبنية على العرف؛ فما تعارف الناس بالحلف به.. يكون يميناً؛ صفة ذات أو فعل، وما لا.. فلا.

واعلم: أن مشايخنا الحنفية الماتريدية ومشايخ الأشعري اختلفوا في صفات الأفعال؛ أي: التي تدل على التأثير، ولها أسماء يجمعها اسم التكوين، ومحل بيان هذا: عِلمٌ آخر بيَّنَّاه ثمة.. فارجع إليه.

(**لا بغير الله تعالى**)؛ لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه: «لأن أحلف بالله كاذباً.. أحب من أن أحلف بغيره تعالى صادقاً»، ولما رويناه مرفوعاً من قوله ﷺ: «من كان حالفاً.. فليحلف بالله أو ليصمت».

(**كالقرآن**)؛ لأن الحلف به غير متعارف، ولأنه قد يراد به الحروف والنقوش، فيكون حلفاً بغير الله تعالى. كذا عللوه.

أَو بِصفةٍ من صِفَاتِهِ يُحلَفُ بهَا عرفاً؛ كعزَّةِ اللهِ، وجلالِهِ، وكبريائِهِ، وعظمتِهِ، وَقُدرتِهِ.

ولو قال: الله لا أفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها أو رفعها.. لا يكون يميناً لانعدام حرف القسم، إلا أن يعربها بالكسر.. فيكون يميناً؛ لأن الكسر لا يقتضي سبق الخافض وهو حرف القسم، وقيل: يكون يميناً بدون الكسر أيضاً.

ولو قال: بالله بكسر الهاء لا أفعل كذا؛ قالوا: لا يكون يميناً؛ لأنه لم يذكر اسم الله تعالى، إلا إذا أعربها بالكسر وقصد اليمين. انتهى، كذا في «البحر» عن «الظهيرية».

ثم قال: وينبغي أنه إذا نصب الهاء.. يكون يميناً بالاتفاق؛ لأن أهل اللغة لم يختلفوا في جواز كل من الوجهين، ولكن النصب أكثر. كذا في «غاية البيان».

وبه يندفع ما في «المبسوط»: من أن النصب مذهب أهل البصرة، والخفض مذهب أهل الكوفة، إلا أن يكون مراده: أن الخلاف في الأرجحية لا في أصل الجواز.

(**أو بصفة**) عطف على بالله؛ والمراد بالصفة ههنا: ما يكون قائماً بالذات، لا المشتقات ما كان متعارفاً لا مطلقاً، ولهذا قال: يحلف بها عرفاً.

ففي «الخلاصة»: إن اليمين

[٥٦٣/أ] ما يكون باسم من أسماء الله تعالى أو بصفاته مما كان متعارفاً، ثم الحلف باسم يبتنى على حروف القسم، وهي: الباء والواو والتاء. انتهى.

فظهر منه: أن الحلف بصفة لا يبتنى على حروف القسم.

(**من صفاته يحلف بها عرفاً**) صفةَ ذاتٍ أو صفةَ فعلٍ (**كعزة الله وجلاله وكبريائه وعظمته وقدرته**) هذا عند مشايخنا؛ فإنهم قالوا: من حلف بصفة من صفات الله تعالى ذات أو صفة فعل.. ينظر؛ إن تعارف الناس الحلف بها.. يكون يميناً، وإلا..

وَالنَّبِيِّ، ....

وقال في «فتح القدير»: لا يخفى عليك أن الحلف بالقرآن متعارف الآن، فيكون يميناً كما هو قول الأئمة الثلاثة.

وتعليل عدم كونه يميناً - بأنه غيره تعالى؛ لأنه مخلوق؛ لأنه حروف ونقوش، وغير المخلوق: إنما هو الكلام النفسي - منع بأن القرآن كلام الله تعالى منزل غير مخلوق.

ولا يخفى: أن المنزل في الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة، وما ثبت قدمه.. امتنع عدمه، غير أنهم أوجبوا ذلك؛ لأن العوام إذا قيل معهم القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقاً، وإنما الحلف بكلام الله تعالى.. فيجب أن يدور مع العرف.

وأما الحلف بخان شريف ومثله الحلف [٥٦٣/ب] بحياة رأسك وحياة رأس السلطان.. فذلك؛ إن اعتقد أن البر واجب فيه.. يَكْفر. انتهى.

ثم قال نقلاً عن «تتمة الفتاوى»: أخاف على من قال بحياتي وحياتك أنه يكفر، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمونه.. لقلت إنه شرك.

(والنبي) لما رويناه وذكرناه.

وفي «فتح القدير»: هذا إذا قال والقرآن والنبي لا أفعل كذا، وأما إذا حلف بأن قال: أنا بريء من القرآن والنبي.. كان يميناً؛ لأن التبرؤ منهما كفر، فيكون في كل منهما كفارة يمين.

وكذا إذا قال: هو بريء من الصلاة والصوم.. يكون يميناً عندنا.

وكذا هو بريء من الإسلام إن فعل كذا.

ولو رفع كتاب فقه أو كتاب حساب فيه البسملة، فقال: هو بريء مما فيه إن فعل، ففعل.. لزمته الكفارة. انتهى.

وَالْعـرشِ، والكعبـةِ، وَلَا بِصـفةٍ لَا يُحلَفُ بهَا عرفاً؛ كرحمتِهِ، وَعلمِهِ، وَرِضَاهُ، وغضبِهِ، وَسخَطِهِ، وعذابِهِ.

وَقَولُهُ: لَعَمرُو اللهِ: يَمِينٌ، ....

فإن قيل: سلمنا أن التبرؤ من القرآن والنبي ومن سائر الكتب السماوية والإسلام والأحكام الشرعية كفر، لكن كونه كفراً ليس بيمين ولا يستلزمها، ألا ترى: أنه لو قال: بحياتك لأفعلن كذا واعتقد أن التبرئة واجب.. فهو كفر، وليس بيمين؟

أجيب: بأنه لما قال: إن فعلت كذا أنا بريء من النبي مثلاً.. فقد جعل لذلك علماً على الكفر الحاصل بالبراءة منه، فاعتقاده واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً.. فكان يميناً.

(والعرش والكعبة) لما رويناه وذكرناه.

(ولا بصفة)؛ أي: من صفات الله تعالى **(لا يحلف بها عرفاً؛ كرحمته وعلمه ورضاه وغضبه وسخطه وعذابه)**؛ لعدم العرف فيها، ولأن الرحمة يراد بها: غاياتها وأثرها - أعني: المحبة والمطر وغيرهما - لأن معناهما الحقيقي - أعني: رقة القلب - غير متصور في حقه تعالى، والعلم يراد به: المعلوم، والغضب والسخط: يراد بهما العقوبة، فلا يكون يميناً.

(وقوله: لعمرو الله: يمين)؛ لأن العمر بالفتح والضم: البقاء، إلا أن الفتح في القسم غلب، حتى لم يجز فيه الضم، والبقاء من صفات الذات، فيكون لعمر الله مبتدأ والخبر محذوف تقديره لبقاء الله قسمي؛ أي: هو الذي أقسم به.

وفي «فتح القدير»: المضموم لا يستعمل في القسم، ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط، بخلاف: «عمرو» العَلَمِ فإنها ألحقت به للفرق بينه وبين «عُمَر».

هذا إذا دخل عليه اللام، وإذا لم يدخل عليه اللام.. نصب نصب المصادر، فيقول: عمر الله ما فعلت، ويكون على حذف حرف القسم كما في «الله لأفعلن»،

وَكَذَا: وَايْمُ اللهِ، وسوكند خورم بخداي.

وَكَذَا قَوْلُهُ: وعهدِ اللهِ، وميثاقِهِ،...

وأما قولهم: عمرك الله ما فعلت، فمعناه: بإقرارك له بالبقاء، وينبغي أن لا ينعقد يميناً؛ لأنه حلف بفعل المخاطب وهو إقراره.

(وكذا «وايم الله») لأن معناه: أيمن الله، حذفت النون للتخفيف، وهو جمع يمين على قول الأكثرين.

والأصل في همزة «ايمن»: القطع إلا أنها وصلت لكثرة الاستعمال وبقيت فتحتها، ولو كانت للوصل.. لكانت مكسورة، وعند البصريين: هي كلمة بنفسها مفردة ليس بجمع توصل بها للقسم؛ كالباء في الله وهمزتها للوصل، [٥٦٤/أ] ثم الأصل في كونهما يميناً: العرف.

(وسوكند خورم بخداي) للعرف، ولأنه للحال، بخلاف ما لو قال: سوكند خورم بطلاق زنم.. لا يكون يميناً؛ لعدم التعارف.

على ما في «الخلاصة».

ولو قال: سوكند خورم بخداي؛ قيل: يمين، وقيل: لا يكون يميناً؛ لأنه وعد.

(وكذا قوله: وعهد الله وميثاقه)؛ أي: عندنا.

وعند مالك وأحمد: ولو بلا نية.

وقال الشافعي: لا يكون يميناً بلا نية؛ لأن العهد والميثاق يحتمل العبادات، فلا يكون يميناً إلا بالنية.

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ لا يفيد أن العهد يمين؛ لجواز كونهما شيئين: الأمر بالإيفاء بالعهد، والنهي عن نقض الأيمان المؤكدة بأيّ معنى فرض النقض.

قلنا: إن أهل التفسير لما جعلوا المراد بالأيمان: هي العهود المتقدم ذكرها، أو ما هو في ضمنها.. وجب الحكم باعتبار الشرع إياها يميناً، وإن لم يكن حلفاً

وَأُقسمُ، وأَحلِفُ، وَأَشْهدُ وَإن لم يقل بِاللهِ.

بصفة الله تعالى كما حكم بأن أشهد يميناً، وإن لم يكن فيه ذلك، وأيضاً غلب الاستعمال لهما في معنى اليمين فيصرفان إليه، ولا يصرفهما عنه إلا نية عدمه.

فالحالات ثلاثة: نية اليمين، ونية عدمه، وعدم النية بشيء من اليمين وعدمه.

ففي الأول والثالث: يكون يميناً.

وفي الثاني: لا يكون يميناً؛ لأن نية عدمه يكون صارفاً عنه.

وكذا الذمة والأمانة؛ كأن يقول: وذمة الله لأفعلن، والميثاق: بمعنى العهد، وكذا الذمة، ولهذا يسمى الذمي معاهداً.

والأمانة: على هذا الخلاف بيننا وبين الشافعي.

ولو قال: علي عهد الله وأمانته وميثاقه، ولا نية له.. فهو يمين واحد عندنا، ولو حنث.. لزمته كفارة واحدة.

وإذا كرر مع الواو نحو: والله والرحمن والرحيم.. يجب عليه بكل لفظ كفارة؛ لأن كل لفظ يمين بنفسه، وهو القياس.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يمين واحد لزمته كفارة واحدة عند الحنث؛ كما إذا ذكر بدون الواو. كذا في «فتح القدير».

(وأقسم وأحلف وأشهد وإن لم يقل بالله).

واعلم: أنه إذا حلف بفعل القسم أو الحلف أو الشهادة؛ فإما بلفظ الماضي أو المضارع، وكل منهما؛ إما موصول باسم الله تعالى أو بصفة من صفاته، أو لا يكون كذلك.

فإذا كان ماضياً موصولاً باسم الله تعالى مثل: أقسمت بالله أو حلفت بالله أو شهدت بالله لأفعلن كذا.. يمين مطلقاً بلا خلاف، وكذا لو قال: عزمت بالله. على ما في «فتح القدير».

وإذا كان مضارعاً موصولاً بالاسم مثل: أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله.. فكذلك عندنا ولو بلا نية.

وقال الشافعي: لا يكون يميناً إلا بالنية؛ لاحتمال أن يريد به المستقبل وعداً لا الإنشاء الحالي.

قلنا: إن هذه الصيغ حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على مذهب المنصور، ولهذا لا ينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه، [٥٦٤/ب] فوجب صرفه إلى حقيقته، وقد يستدل بأن العرف في هذه الألفاظ هو الإنشاء الحالي لا الوعد.

وإن لم يكن موصولاً باسم الله تعالى في الماضي والمضارع نحو: أقسمت، أو حلفت، أو عزمت، أو أقسم، أو أحلف. على ما ذكره المصنف.

فعندنا: هو يمين أيضاً؛ نوى أو لم ينو على ما أشار إليه المصنف بإطلاقه.

وقال زفر: إن نوى.. يكون يميناً، وإلا.. فلا.

وقال الشافعي: ليس بيمين؛ نوى أو لم ينو، واستدلوا عليه بأن: أقسم وأحلف وغيرهما.. يحتمل أن يكون بالله وبغيره، وكذا يحتمل أن يكون وعداً استقبالياً وإنشاء حالياً.. فلا يتعين أن يكون يميناً.

ولا يخفى عليه: أن هذا إنما يكون وجهاً لقول زفر لا لقول الشافعي.

قلنا: إن هذه الصيغ حقيقة في الحلف، فينصرف إليه، ولأن الحلف بالله هو المعهود المشروع، وبغيره محظور، فينصرف إلى الحلف بالله.

ولهذا قالوا: لا يحتاج إلى النية على ما أشعره إطلاق المصنف.

وقيل: لا بد من النية؛ لاحتماله: الوعد الاستقبالي، ولليمين بغير الله تعالى. هكذا ذكر هذا الخلاف في «الهداية» وغيرها.

ومنهم من صرح: أن هذه الألفاظ ولو بلا موصول باسم الله تعالى: يمين؛ نوى أو لم ينو، ومرادهم: إذا نوى اليمين أو لم ينو شيئاً؛ أما إذا نوى غيره أو عدم كونه

يميناً.. فلا شك أنه لا يكون يميناً فيما بينه وبين الله تعالى، إلا أن يكون حالفاً لمن يستحق اليمين عليه شرعاً.. فإن اليمين حينئذ على نية المستحلف لا الحالف، كذا في «فتح القدير».

وقد ذكرنا في أول الباب: أن النية إلى الحالف أو إلى المستحلف فارجع إليه.

ثم اعلم: أنه اعترض بعض مشايخنا على قولهم أن: أقسم، أو أحلف يمين، بأن اليمين ما كان حاملاً على فعل شيء، أو تركه موجباً للبر، وعند فوات البر.. يكون موجباً للكفارة على وجه الخلافة عن البر.

وقولهم: أقسم أو أحلف.. لا يكون موجباً من البر شيئاً بمجرده؛ لأنه لم يعقد يمينه على فعل شيء أو تركه، فكيف يكون يميناً؟! ولأن الكفارة إنما تكون لستر الذنب الذي وقع فيه لسبب هتك حرمة اسم الله، وليس في «أقسم» مجرداً هتك اسم الله تعالى، فكيف يكون موجباً للكفارة؟! ولأنه صيغة مضارع؛ فكما تكون للحال.. تكون للاستقبال، فلو وجبت الكفارة من حيث إنها للحال.. لم تجب من حيث إنها للاستقبال، ولم تكن واجبة قبل هذا، فلا تجب بالشك، لا سيّما في حق الكفارة؛ فإنها ملحقة بالحدود، حتى أنها إذا اجتمعت.. تداخلت كالحدود.

ثم أجاب عنه: بأن قولهم: أقسم، أو أحلف ألحق بقولهم: عليَّ يمين، وهو يوجب الكفارة - على ما صرح به في «الذخيرة» - لأن «عليّ» للإيجاب، واليمين لا يوصف بالوجوب، وإنما الموصوف بالوجوب: موجبه - أعني: البر - وهو غير ممكن ههنا، أو خلفه - أعني: الكفارة - وهو ممكن ههنا بأن يجعل كلامه إقراراً [٥٦٥/أ] بالكفارة؛ صوناً لكلامه عن الإلغاء؛ فإذا أمكن.. يحمل عليه.

وكذلك قوله: «أقسم» إخبار عن القسم في الحال، وما ثمة قسم؛ لأنه عبارة عن جملة إنشائية يؤكد بها جملة أخرى على ما تقدم، ولم يوجد منه شيء.. فيجعل إقرار الوجوب موجب اليمين بطريق الخلافة، وهو الكفارة، وإذا كان إقراراً بها.. لم

يحتج إلى وجوب البر ابتداءً، ولا إلى تصور هتك اسم الله تعالى، ولا إلى جعل تلك الصيغة للاستقبال.

هذا، ولا يخفى عليك: أن مبنى هذا الاعتراضِ والجوابِ: أن مجرد قولهم: «أقسم»، أو «أحلف» يمين، وموجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث، وليس الأمر كذلك؛ لأنه لا بد من ذكر المحلوف عليه في اليمين، وإلا.. فلا ينعقد يميناً.

ومرادهم بقولهم: «أقسم» و«أحلف» و«أشهد» يمين: أن هذه الألفاظ تصلح أن تكون يميناً؛ فإن ذكر المقسم عليه.. ينعقد اليمين وتجب الكفارة عند الحنث، وإلا.. فلا. كذا في «البحر».

ثم قال تأييداً له: وقد ذكر محمد في «الأصل» هذه الألفاظ كلها، ثم قال - أي: محمد - فهذه الألفاظ أيمان؛ فإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وحنث.. وجبت عليه الكفارة. انتهى.

وقال في «فتح القدير» تشنيعاً على ما ذكرناه من بعض المشايخ: إن اليمين لا يكون إلا بذكر المقسم عليه، وما ذكر في «الذخيرة» وغيرها - من قوله: «عليَّ يمين» موجب للكفارة بدون ذكر المحلوف عليه - معناه: إذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين.. تجب الكفارة، ولا شك في ذلك، وإنما ترك في ذلك للعلم به.

ثم قال: إن قول محمد في «الأصل» - وإذا حلف بشيء من هذه الألفاظ ليفعلن كذا فحنث.. وجبت الكفارة - صريح في اشتراط الحنث في وجوب الكفارة.

ثم قال رداً على الجواب المذكور: - إن من الظاهر أن مجرد الإقرار يوجب الكفارة - لا توجب الكفارة، إلا إذا كان في القضاء؛ لأنه يؤاخذ بإقراره، وليس الكلام في أن يقول: أقسمت عند القاضي، بل لو أقر به.. كان سبيله أن يفتيه بقوله: إن كنت صادقاً.. فعليك الكفارة، وإنما الكلام في الحنث في اليمين وهو الإنشاء.

وَكَذَا: عليَّ نذرٌ، أَو يَمِينٌ، أَو عهدٌ وَإِن لم يضف إِلَى اللهِ.

والحق: أن قوله: «عليَّ يمين» إذا لم يزد عليه شيء على وجه الإنشاء لا الإخبار.. يوجب الكفارة بناء على أنه التزام الكفارة بهذه العبارة ابتداءً؛ كما في قوله: علي نذر؛ إذا لم يزد عليه.. فإنه مثله من صيغ النذر، ولو لم يكن كذلك.. لغا، بخلاف نحو: أقسم وأحلف وأشهد.. فإنها ليست من صيغ النذر، فلا يثبت به الالتزام ابتداءً. انتهى.

(**وكذا: عليّ نذر، أو يمين، أو عهد، وإن لم يضف إلى الله**)، وهذا ليس على إطلاقه؛ لأنه إنما يكون يميناً إذا ذكر المحلوف عليه، بأن قال: علي نذر لأفعلن كذا، أو لا أفعل كذا، أو علي نذر الله لا أفعلن كذا، أو لا أفعل كذا، حتى إذا لم يف بما حلف [٥٦٥/ب] عليه.. لزمته كفارة يمين، وهذا إذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئاً من القرب كحج أو صوم؛ **فإن نوى بقوله**: «علي نذر إن فعلت كذا» قربةً مقصودة يصح النذر بها، ففعل.. **لزمته تلك القربة**.

قال الحاكم.. وإن حلف بالنذر؛ فإن نوى شيئاً من حج أو عمرة.. فعليه ما نوى، وإن لم يكن له نية.. فعليه كفارة يمين، وقوله ﷺ: «من نذر نذراً لم يسمه.. فكفارته كفارة يمين» وإن كان يوجب الكفارة مطلقاً إلا أنه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة.. كانت كالمسماة؛ لأنها مسماة بالكلام النفسي، فينصرف هذا الحديث إلى ما لا نية معه من لفظ النذر.

وأما إذا قال: علي نذر أو علي نذر الله، ولم يزد على ذلك.. فلم يكن يميناً؛ لأن اليمين إنما يتحقق بذكر المقسم عليه، فالحكم فيه: أن تلزمه الكفارة، فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة.

هذا في لفظ النذر بدون تسمية المنذور.

وأما إذا ذكر صيغة النذر - بأن يقول: لله علي صلاة ركعتين أو صوم يوم - مطلقاً عن الشرط أو معلقاته به - نحو: إن جاء فلان.. فعلي صوم يوم - أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور - مثل: لله علي صوم يوم - معلقاً أو منجزاً فسيأتي بيانه عن قريب.

وَكَذَا قَوْلُهُ: إِن فعلَ كَذَا.. فَهُوَ كَافِرٌ، أَو يَهُودِيٌّ، أَو نَصْرَانِيٌّ، أَو بريءٌ مِنَ اللهِ وَلَا يصير كَافِراً بِالْحِنْثِ فِيهَا؛ سَوَاءٌ علَّقَهُ بماضٍ أَو مُسْتَقْبلٍ إِن كَانَ يعلم أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِن كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ يكفرُ.. يصيرُ بِهِ كَافِراً.

فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر، وبيان قوله: عليّ يمين سبق آنفاً، والعهد معناه.

(وكذا قوله: «إن فعل كذا.. فهو كافر أو يهودي أو نصراني أو بريء من الله») يمين؛ لأنه لما جعل الشرط المذكور علماً على الكفر ومعتقده حرمة الكفر.. فقد اعتقد الشرط واجب الامتناع - فكأنه قال: حرمت على نفسي فعل كذا، كدخول الدار مثلاً، ولو قال: دخول الدار علي حرام.. كان يميناً - فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يميناً.

فإن قيل: فهل يمكن القول بوجوب امتناعه حتى يعتبر اعتقاده ذلك؟

قلنا: قد أمكن وجوبه لغيره بجعله يميناً، فيعتبر اعتقاده ذلك.

(ولا يصير كافراً بالحنث فيها، سواء علقه بماض أو مستقبل إن كان يعلم أنه يمين، وإن كان عنده أنه يكفر)؛ أي: بالحلف في الغموس أو بمباشرة الشرط في المستقبل **(.. يصير به)** - أي: بالحلف أو بالمباشرة - **(كافراً)** على الصحيح، على ما في «الهداية» و«النهاية» و«التبيين»: أنه إن كان جاهلاً بأنه يمين وبأن الحالف يصير به كافراً أو لا.. يصير أيضاً كافراً، وذلك لأن الجهل في الأمور الدينية ليس بعذر.

وقال محمد بن مقاتل: إنه إن قال ذلك لشيء قد فعله في الماضي؛ فإن كان صادقاً.. فلا شيء عليه أصلاً.

وكذا إذا كان يعلم أنه صادق عنده.

وإن كان يعلم أنه كاذب.. يكفر؛ لأنه علق الكفر بما هو موجود، والتعليق بالموجود تنجيز، فصار كأنه قال: هو كافر.

وعن أبي يوسف أنه لا يكفر اعتباراً بالمستقبل.

وَقَولُه: إِن فعلَهُ فَعَلَيهِ غضبُ اللهِ، أَو سَخَطُهُ، أَو لعنتُهُ، أَو هُوَ زَانٍ، أَو سَارِقٌ، أَو شَارِبُ خمرٍ، أَو آكِلُ رَباً.. لَيْسَ بِيَمِينٍ.

وعن محمد أنه إذا قال: هو يهودي إن فعل كذا، [٥٦٦/أ] هو نصراني إن فعل كذا.. فهما يمينان.

وإن قال: هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا.. فهو يمين واحدة؛ **لأن في الأول:** كل واحد من اللفظين كلام تام بذكر الشرط والجزاء، **وفي الثاني:** كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة.

وفي «لسان الأحكام» عن «فتاوى الولوالجي» قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله، أو من هذه القبلة، أو من صوم رمضان، أو من الصلاة.. فهذا كله يمين؛ لأن البراءة من هذه الأشياء كفر.

ولو قال: إن فعلت كذا.. فأنا بريء من الكتب الأربعة، ففعل.. **فعليه كفارة واحدة.**

ولو قال: أنا بريء من التوراة وبريء من الإنجيل وبريء من الزبور وبريء من القرآن.. فعليه أربع كفارات؛ لأنها أربعة أيمان.

ولو قال: أنا بريء من الله ورسوله.. فعليه كفارة واحدة إن حنث؛ لأنها يمين واحدة.

ولو قال: أنا بريء من الله وبريء من رسول الله.. فعليه كفارتان.

ولو قال: أنا بريء مما في المصحف ومن كل آية من المصحف.. فعليه كفارة واحدة؛ لأنه يمين واحد.

(وقوله: «إن فعله.. فعليه غضب الله أو سخطه أو لعنته أو هو زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل رباً».. ليس بيمين)؛ لعدم التعارف فيها كلها، ولأن الثلاثة الأولى: دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط، والباقية: تحتمل النسخ والتبديل؛ لأن الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود بالسرقة يحتمل أن يكون حلالاً على وجه

وكَذَا قَوْلُهُ: حَقاً، وَحقِّ الله، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَكَذَا قَوْلُهُ: سوكند خورم بخداي يا بطلاق زن.

وَمن حَرَّمَ مِلكه.. لَا يحرمُ، ....

النكاح أو ملك اليمين، والخمر والربا يحتمل النسخ في الحقيقة وإن لم يرد فيهما النسخ؛ فإذا احتمل ذلك.. لم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة اسم الله؛ لأنها لا تحتمل السقوط أصلاً، فلا يكون يميناً.

(**وكذا قوله: حقاً أو وحق الله**)؛ لأن المنكَّر يراد به التحقيق؛ فكأنه قال: افعل كذا تحقيقاً لا محالة، والمضاف يراد به: طاعة الله تعالى على ما ورد فيما روي عن النبي ﷺ مرفوعاً، فيكون الحلف بهما حلفاً بغير الله تعالى، فلا يكون يميناً، بخلاف الحق معرفاً باللام على ما سبق. «وحرمة الله» مثل: «حق الله» على ما في «البزازية».

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ أي: في المضاف في إحدى الروايتين عنه، وله أن الحق من صفات الله تعالى، فصار كأنه قال: «والله الحق»، والحلف بهذا اللفظ متعارف، فوجب كونه يميناً، وهو قول مالك وأحمد والشافعي.

والجواب عنه: ما ذكرناه من أنه يمين بغير الله تعالى، فلا يعتبر.

ولو قال: وجه الله.. لا يكون يميناً، خلافاً لأبي يوسف.

ولو قال: أمانة الله.. يكون يميناً في رواية عن محمد، خلافاً لأبي يوسف أيضاً. على ما في «الزيلعي».

وفي «البزازية»: لو قال: حقاً.. لا يكون يميناً، وقيل: أنه يكون يميناً. انتهى.

(**وكذا قوله سوكند خورم بخداي يابطلاق زن**)، أي: لا يكون يميناً؛ لعدم التعارف فيه.

(**ومن حرم ملكه**) بأن قال: مالي عليَّ حرام، أو ثوبي هذا، أو جاريتي فلانة عليَّ حرام، أو حرمت على نفسي ثوبي هذا، أو طعامي هذا (.. **لا يحرم**)؛ [٥٦٦/ب] لأنه قلب المشروع، ولا قدرة له على ذلك.

وَإِن استباحَهُ أَو شَيْئاً مِنْهُ.. فَعَلَيهِ الْكَفَّارَةُ.

والمراد: المحرم لنفسه، وإلا.. لا يصح قوله: (**وإن استباحه**)، أي: فعل شيئاً مما حرمه على نفسه قليلاً، أو كثيراً على ما صرح به في «الهداية»، فعلى هذا.. لا حاجة إلى عطف قوله (**أو شيئاً منه**)؛ للاستغناء عنه بالتفسير المذكور.

(.. **فعليه الكفارة**)، أي: كفارة يمين؛ لأن اللفظ ينبىء عن إثبات الحرمة، ولا يجوز أن يكون حرمة لعينها؛ لأنه قلب المشروع، فتكون حرمة لغيرها بإثبات موجب اليمين وهو: البر أصالة، والكفارة خلافة إن حنث، وفيه إعمال اللفظ ما أمكن، وهو واجب عند الإمكان فيصار إليه.

وقال الشافعي ومالك: لا كفارة عليه؛ لأنه قلب الموضوع.. فلا ينعقد به اليمين، فيلغو، إلا في النساء والجواري؛ لأنه ورد الشرع في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده، ولا يتجاوز غيره، وهو قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ إلى قوله ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾، فبين سبحانه وتعالى أنه حرم شيئاً مما هو حلال له، وإن فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله: ﴿تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾، فعلم أنه سبحانه وتعالى جعل تحريم ما أحل الله له يميناً تجب فيها الكفارة، وهي نزلت في تحريم مارية.

قلنا: إنه كما ورد أنها نزلت في تحريم مارية، ورد أيضاً أنها نزلت في تحريم العسل على ما في «الصحيحين» عن عائشة رضي الله عنها: أنه ﷺ شرب عند زينب عسلاً فحرم على نفسه.. فنزلت، فلا تكون حجة لهم، ولو سلم أنها نزلت في تحريم مارية، لكن العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص المورد.

وقوله: ﴿مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ عام لكل حلال.

ثم اعلم: أن تقييد الحرمة بملكه في قوله: «ومن حرم ملكه» ليس على ما ينبغي، ولو قال: «ومن حرم شيئاً».. لكان أولى؛ ليشمل الأعيان والأفعال، وملكه وملك غيره، وما كان حلالاً وما كان حراماً، فيدخل فيه مثل: «كلام زيد عليَّ حرام،

وَقَوْلُهُ: كلُّ حَلَالٍ عليَّ حرَامٌ: على الطَّعَامِ وَالشرَابِ،.................

وكذا ما في «الخلاصة» عن الحيل: إن أكلت طعاماً عندك أبداً فهو حرام فأكله.. لم يحنث، ينبغي أن يكون جواب القياس، وفي الاستحسان: يحنث.

ولو قال لقوم: كلامكم عليَّ حرام، أيهم كلم منهم.. حنث، ولو قال والله لا أكلمهم.. لا يحنث حتى يكلمهم.

وفي «مجموع النوازل»: وكذا لو قال: كلام فلان وفلان عليَّ حرام، فكلم أحدهما.. حنث، وكذا كلام أهل بغداد.

وكذا لو قال: هذا الرغيف عليَّ حرام فأكل منه لقمة.. حنث، كذا في «الخلاصة».

وقال في «قاضي خان»: قال مشايخنا: الصحيح أنه لا يكون حانثاً؛ لأن قوله: هذا الرغيف عليَّ حرام، بمنزلة قوله: والله لا آكل هذا الرغيف، ولو قال هكذا.. لا يحنث بأكل البعض، فكذا هذا الرغيف عليَّ حرام.

(**وقوله: كل حلال عليَّ حرام**) يحمل (**على الطعام والشراب**)، إلا أن ينوي غير ذلك.

والقياس: أن يعم الأفعال كلها ويحنث كما فرغ منه؛ لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس وتحريك الجفنين وفتح العينين - وهو قول زفر - بناءً على انعقاده على العموم.

ووجه الاستحسان: أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم؛ لعدم إمكان أن لا يتنفس وأن لا يتحرك العينان والجفنان.

والظاهر: أنه ليس الغرض منه الحنث، فلا بد أن يصرفه من العموم؛ لضرورة سقوط اعتبار العموم؛ فإذا وجب صرفه.. ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف؛ فإن هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب، فلا يتناول المرأة أيضاً؛ لعدم العرف فيها إلا بالنية؛ فإذا نوى.. صح دخولها فيه؛ لاتصال النية بلفظ صالح

وكلامك عليَّ حرام»، ومثل: «دخول هذا المنزل عليَّ حرام»، ونحوه، ويدخل أيضاً نحو: «هذا الطعام عليَّ حرام» لطعام لا يملكه؛ لأن ما لا يملكه، وإن حرم عليه التصرف فيه.. لكنه يصير به حالفاً، حتى لو أكله حلالاً، أو حراماً.. لزمته كفارة؛ لأن حرمته لا تمنع تحريمه حلفاً، ألا ترى إلى قولهم: فيما لو حرم الخمر على نفسه، فقال: الخمر علي حرام؟!

إن المختار للفتوى: أنه أراد به التحريم، يعني: الإنشاء.. تجب الكفارة إذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر، وإن أراد الإخبار، أو لم يرد شيئاً.. لا تجب الكفارة؛ لأنه أمكن تصحيحه إخباراً.

ولو قال: الخنزير عليَّ حرام، ففي «فتح القدير»: أنه ليس بيمين، إلا أن يقول إن أكلته، وقيل: هو على قياس الخمر، وهو الوجه.

واعلم: أن الظاهر من تحريم هذه الأعيان: انصراف اليمين [٥٦٧/أ] إلى الفعل المقصود منها؛ كما في تحريم الشرع لها في نحو: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ وحرمة الخمر والخنزير أنه ينصرف إلى النكاح والشرب والأكل.

ولذا قال في «الخلاصة» و«البزازية»: لو قال: هذا الثوب علي حرام فلبسه.. حنث، إلا أن ينوي غيره، ولو قال: إن أكلت هذا الطعام، فهو عليَّ حرام فأكله.. لا يحنث، وكذا لو قال: إن أكلت عندكم طعاماً فهو حرام.. لا يحنث بالأكل.

وفي «المنتقى»: إذا قال لغيره: كل طعام آكله في منزلك.. فهو علي حرام.

ففي القياس: لا يحنث إذا أكله، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف.

وفي الاستحسان: يحنث، والناس يريدون بهذا: أن أكله حرام. انتهى.

وعلى هذا فيجب في التي قبلها - وهو قوله: إن أكلت هذا الطعام، فهو عليَّ حرام - أن يحنث إذا أكله في الاستحسان.

وَالْفَتْوَى: أَنهُ تطلقَ امْرَأَتُهُ بِلَا نِيَّةٍ.

وَمثلُهُ: حَلَال بروي حرَام.

وَقَوله: هرجه بدست راست كيرم بروي حرَام.

وَمَن نذرَ نَذراً مُطلقاً..

لها، بخلاف نحو: اسقيني إذا أريد به الطلاق حيث لا يصح؛ لعدم الصلاحية، ثم إذا نواها.. كان إيلاء؛ لأن الحلف على قربانها إيلاء، ومع هذا لا ينصرف عن الطعام والشراب، فأيها فعل.. يحنث، وإذا كان إيلاء.. فهو إيلاء مؤبد؛ فإن تركها أربعة أشهر.. بانت إلى آخر ما مر من أحكام الإيلاء المؤبد، وهذا كله جواب ظاهر [٥٦٧/ب] الرواية.

وقال مشايخ بلخ - كأبي بكر الإسكاف، وأبي بكر بن أبي سعيد، وأبي جعفر -: يقع به الطلاق منجزاً بلا نية؛ لغلبة الاستعمال في الطلاق فينصرف إليه من غير نية، وبه أخذ أبو الليث وعليه الفتوى على ما في «الهداية».

ولهذا قال المصنف: (**والفتوى: أنه تطلق امرأته بلا نية**) لما ذكرناه من غلبة الاستعمال فيه، ولكنه قال الإمام البزدوي: ولم يتضح لي عرف الناس في هذا؛ لأن من لا امرأة له يحلف به؛ كما يحلف ذو الحليلة، ولو كان العرف مستفيضاً في ذلك.. لما استعمله إلا ذو الحليلة.

فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا، ويقول إن نوى الطلاق.

(**ومثله: حلال بروي حرام**) للعرف فيه أيضاً.

(**وقوله: هرجه بدست راست كيرم بروي حرام**) قيل: يشترط في هذا اللفظ النية، والأظهر: أنها لا تشترط؛ للعرف فيه في الطلاق.

(**ومن نذر نذراً مطلقاً**)، أي: غير معلق بشرط، لا المطلق عن تسمية المنذور؛ إذ لا بد من التسمية به؛ كأن يقول: لله علي صوم شهر، أو حجة، أو صدقة، أو صلاة

أَو مُعَلّقاً بِشَرْطٍ يُرِيدهُ؛ كَإِن قدمَ غائبي وَوُجِدَ.. لزمَهُ الْوَفَاءُ.

ركعتين، ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب.. فعليه الوفاء به، وهذه شروط للزوم النذر.

فخرج بالأول: نذر المعصية؛ سواء كانت حراماً لعينها مثل: لله علي أن أقتل فلاناً.. فإنه يمنع انعقاد النذر، أو حراماً لغيرها؛ كنذر صوم يوم العيد.. فإنه ينعقد نذراً، ولا يلزمه الوفاء به، بل يفطر ويصوم في يوم آخر ومع هذا لو صامه يوم العيد.. خرج عن العهدة.

وخرج بالشرط الثاني: النذر بالوضوء لكل صلاة.

وخرج بالشرط الثالث: النذر بعيادة المريض، وقد ذكرناه في آخر كتاب الصوم.

وإنما قلنا: لا بد من تسمية المنذور؛ لأنه لو لم يسم المنذور، فقال: إن فعلت كذا.. فعلي نذر: ففيه تفصيل:

إن نوى قربة من القرب التي يصح النذر بها؛ كالحج والعمرة.. فعليه ما نوى؛ لأنه يحتمله لفظه.

وإن لم يكن له نية بقربة من القرب.. فعليه كفارة اليمين، بخلاف ما إذا سمى المنذور؛ فإنه يكون نذراً قطعاً.

(**أو معلقاً بشرط يريده**)، ولابدَّ من تسمية المنذور أيضاً لما ذكرناه؛ (**كإن قدم غائبي**).. فلله عليَّ كذا، أو إن يشفي الله مريضي هذا فلله عليَّ كذا (**ووجد**) الشرط الذي يريده (**.. لزمه الوفاء**) بالنذر المسمى في الصورتين، ولا ينفعه كفارة اليمين، وكذا في المعلق بشرط لا يريده في ظاهر الرواية، وبه أفتى القاضي الإمام علي السغدي.

والمراد بلزوم الوفاء: لزومه من حيث إنه قربة.. لا بكل وصف التزمه به: أو عين.

حتى لو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره، أو نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق [٥٦٨/أ] في غد، أو نذر أن يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذر.. أجزأه في كل ذلك.

أو قال: لله علي أن أذبح جزوراً وأتصدق بلحمه فذبح مكانه سَبْعَ شياه.. جاز على ما صرح به في «الخلاصة».

أو نذر لفقراء مكة، أو مدينة وصرف إلى فقراء غيرهما.. جاز؛ لأن المقصود: التقرب إلى الله، ولا مدخل لحصول المكان، خلافاً لزفر.

له: أنه أتى بغير ما نذره.

ولنا: أن لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخر.. لا دخل لها في صيرورته قربة، وقد أتى بالقربة الملتزمة، كذا في «فتح القدير».

وكذا إذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فأداها في أقل شرفاً منه، أو فيما لا شرف له.. أجزأه، خلافاً لزفر.

له: أنه نذر بزيادة قربة.. فلزمه.

قلنا: عرف من الشرع أن التزامه ما هو قربة موجب، ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان، بل إنما عرف ذلك لله تعالى، فلا يتعدى لزوم أصل القربة بالتزامه إلى لزوم التخصيص بمكان.. فكان ملغى وبقي لازماً بما هو قربة.

وإنما قلنا: لا دخل لها في صيرورته قربة؛ لأن ماله دخل في صيرورته قربة معتبرة في التزامه، حتى لو نذر ركعتين بلا وضوء.. يصح نذره عند أبي يوسف، وعليه الوفاء بالوضوء؛ لأنه حين نذر ركعتين.. لزمتاه بوضوء؛ لأن التزام المشروط التزام الشرط، فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو.

ونظيره: ما إذا نذرهما بلا قراءة.. لزمه ركعتان بقراءة، أو نذر أن يصلي ركعة واحدة.. لزمه ركعتان، أو نذر ثلاثاً.. لزمه أربع.

وقال محمد: لا يصح النذر بالصلاة بلا وضوء؛ لأنه من باب نذر المعصية.

قلنا: ممنوع، إنما تكون مغصية إن لو ألزمناه كذلك، وليس كذلك، بل ألزمناه مع الوضوء كما ترى.

فإن قيل: ما الفرق لمحمد بين نذر الصلاة بلا وضوء ونذرها بلا قراءة، حيث أبطل الأول وأجاز الثاني.

أجيب: بأن الصلاة بلا طهارة ليست بعبادة، والصلاة بلا قراءة قد تكون عبادة كصلاة الأمي، ثم المراد بالوفاء: هو الوفاء بما لزمه من المسمى، لا الوفاء بالمسمى مطلقاً، حتى لو قال: إن فعلت كذا.. فألف درهم من مالي صدقة، ففعل وهو لا يملك إلا مئة.. لا يلزمه إلا المئة؛ لأنه فيما لم يملك.. لم يوجد في الملك، ولا مضافاً إلى سببه، فلا يصح فيه؛ كقوله: مالي في المساكين صدقة، ولا مال له.. فإنه لا يصح، فكذا هذا، كذا في «البحر».

ومن هذا قال في «الخلاصة» و«المحيط»: لو التزم بالنذر أكثر مما يملكه فقط، وهو المختار.

ثم اعلم أن بمجرد التعليق بشرط يريده.. لا يكون نذراً وإن وجد الشرط، بل لا بد من ذكر لفظة الله، أو التصدق؛ لما قال في «الخلاصة» و«البزازية» [٥٦٨/ب] و«فتح القدير» و«البحر»: أنه لو قال: إن برئت من مرضي هذا ذبحت شاة، أو: علي شاة أذبحها فبرأ.. لا يلزمه شيء.

ولو قال: علي شاة أذبحها وأتصدق بلحمها.. لزمه.

وقال في «قاضي خان»: لو قال: إن برئت من مرضي هذا ذبحت شاة فبرأ.. لا يلزمه شيء، إلا أن يقول: إن برئت.. فلله علي أن أذبح شاة.

وَلَو علَّقهُ بِشَرْطٍ لَا يُرِيدُهُ؛ كَإِن زَنَيْتُ.. خُيِّرَ بَينَ الْوَفَاءِ والتَّكفيرِ، هُوَ الصَّحِيح.

فظهر منه: أنه لا يكون نذراً بمجرد التعليق بشرط يريده ما لم يذكر لفظة الله، أو ما يدل على القربة؛ مثل لفظة التصدق، وهذا لما عرفت أن من شرط النذر: أن يكون المنذور قربة مقصودة، والذبح ليس بقربة.

(ولو علقه بشرط لا يريده كإن زنيت)، وإن دخلت الدار فعلي صوم شهر (..خُيِّر بين الوفاء) بالمسمى، (والتكفير) كفارة يمين (هو الصحيح)، أي: التفصيل بين شرط يريده وبين شرط لا يريده.. هو الصحيح على ما في «الهداية».

والأصل ههنا: أن أبا حنيفة قال أولاً: إن من نذر مطلقاً، أو معلقاً بشرط يريد كونه، أو لم يرد كونه وسمى المنذور.. فعليه الوفاء بما سمى، لكن في المطلق: في الحال، وفي المقيد: عند وجود الشرط، ولا ينفعه كفارة اليمين؛ لقوله ﷺ: «من نذر وسمى.. فعليه الوفاء بما سمى»، حيث أطلق ولم يفصل بين المطلق والمقيد، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده، ولو أنجز النذر عند وجود الشرط.. لم يكفه الكفارة، فكذا هذا.

ثم رجع عن هذا إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بالنذر المسمى في المعلق بالشرط؛ حيث قال: إذا قال: إن فعلت كذا فعلي حجة، أو صوم شهر.. أجزأه عن ذلك كفارة يمين، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضاً.

روي عن عبد العزيز بن خالد عن الوليد بن أبان: أنه رجع إليه قبل موته سبعة أيام وهو قول محمد، وبه كان يفتي إسماعيل الزاهد.

والأصل فيه: ما روي في السنن مرفوعاً أن النبي ﷺ قال: «كفارة النذر كفارة اليمين».

وقال مشايخنا: هذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه؛ دفعاً لتعارض الحديثين.

فحملوا الحديث الأول: على النذر المرسل وعلى المقيد بشرط يريد كونه.

وَمَن وَصَلَ بحلفِهِ: «إِن شَاءَ الله».. فَلَا حِنثَ عَلَيْهِ.

والحديث الثاني: على النذر المقيد بشرط لا يريد كونه؛ جمعاً بين الدليلين، فاختاره المصنف.

والفقه في ذلك: أن في الشرط الذي لا يريد كونه، كلامُهُ يشتمل على معنى النذر واليمين جميعاً، أما النذر: فظاهر، وأما اليمين: فلأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط، فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء، بخلاف ما إذا كان شرطاً يريده؛ لانعدام معنى اليمين فيه، كذا قالوا.

وفيه بحث؛ لأنهم إن أرادوا حصر الصحة في هذا؛ أعني: القول المرجوع إليه من حيث الرواية.. فليس بصحيح؛ لأنه ليس على ظاهر الرواية، بل على رواية «النوادر»؛ لأن على ظاهر الرواية: يلزمه الوفاء بالنذر المسمى [٣٦٩/أ]، وإن أرادوا حصر الصحة من حيث الدراية لدفع التعارض.. فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل، والآخر على المعلق، من غير تفرقة بين ما يريده، وما لا يريده من الشرط.

اللهم إلا أن يختار الثاني، ويقال: أرادوا الحصر من حيث الدراية، لكن لا لدفع التعارض فقط، بل له وللمعنى الفقهي الذي هو وجود معنى اليمين وعدمه.

واعلم: أن لفظ النذر يمين لا نذر، إلا أن ينويه؛ كما في «البزازية»: إن فعلت كذا فعليَّ نذر.. فهو يمين عند عدم النية.

وفي «قاضي خان»: لو قال: عليه نذر لله، أو عليه نذر أن لا أفعل كذا.. يكون يميناً.

وفي «الدرر» إذا نذر بأن قال: لله علي أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها.. فعليه أن يفي به، ولو لم يف.. يأثم، ولكن لا يجبره القاضي. انتهى.

(ومن وصل بحلفه)، أي: بحيث لا يعد في العرف منفصلاً حتى لا يضر قطعه بتنفس، أو سعال («إن شاء الله».. فلا حنث عليه) لما رواه ابن مسعود وابن عباس مرفوعاً: «من حلف على يمين، وقال: إن شاء الله.. فلا حنث عليه»، وقوله: على يمين، أي: على محلوف عليه.

* * *

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالْخُرُوجِ والإتيانِ وَالسُّكْنَى وَغيرِ ذَلِكَ)

حَلَفَ لَا يدْخلُ بَيْتاً فَدخلَ الْكَعْبَةَ، أَوِ الْمَسْجِدَ، أَو الْبِيعَةَ، أَو الْكَنِيسَةَ.. لَا يَحْنَثُ.

(بَابُ اليَمين)

(في الدُّخُول وَالخُرُوج والإتْيان والسُّكْنى وَغَيْر ذلك)

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه.. لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال التي ترد فيها اليمين، ولا سبيل إلى حصرها لكثرتها، فذكر القدر الذي ذكره الأصحاب في كتبهم في أبواب خمسة على ما ترى.

واعلم أن الأيمان مبنية على العرف الذي وقع به التخاطب عندنا.

لا على الحقيقة اللغوية مجرداً عن كونها عرفاً؛ كما هو عند الشافعي.

ولا على الاستعمال القرآني؛ كما هو عند مالك.

ولا على البينة مطلقاً؛ كما هو عند أحمد.

وذلك؛ لأن التكلم إنما يكون بألفاظ يقع بها التخاطب، ويراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف؛ سواء كان العرف لغوياً، أو غيره.

وعلى هذا تبتنى الفروع الآتية:

فلو (**حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة، أو المسجد، أو البيعة**) - بكسر الباء معبد النصارى - (**، أو الكنيسة**) - معبد اليهود - (**.. لا يحنث**) لما ذكرناه من أن الأيمان مبنية على العرف، والبيت في العرف ما أعد للبيتوتة، وهذه البقاع ما أعدت لها، بل للعبادة.. فسقط ما قيل: إن الله تعالى سمى الكعبة وبيت العنكبوت في القرآن بيتاً.. فيجب أن يحنث بهما؛ لأنها ليست مبنية على الاستعمال القرآني، بل على العرف.

واعترض عليه بما في «الذخيرة» و«الظهيرية»: أنه إذا حلف لا يهدم بيتاً.. فهدم بيت العنكبوت.. حنث.

وأجاب عنه بعض المشايخ: بالحمل على الخطأ؛ عملاً بالعرف على إطلاقه.

وأجاب بعضهم: بأن حمل الكلام على العرف مقيد بما إذا لم يمكن العمل بحقيقته.. وأما إذا أمكن العمل بحقيقته، فيعمل بحقيقته، والحمل عليها ممكن فيما ذكر.

ورده في «فتح القدير» وقال: [٥٦٩/ب] ولا يخفى أن هذا يصيّر المعتبر الحقيقة اللغوية، إلا ما ليس له وضع لغوي من الألفاظ، بل أحدثه أهل العرف، وإن ماله وضع لغوي ووضع عرفي.. يعتبر معناه اللغوي، وإن تكلم به متكلم من أهل العرف - وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف - فإنه لم يصير المعتبر إلا اللغة إلا ما تعذر، وهذا بعيد؛ إذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم إلا بالعرف الذي وقع به التخاطب؛ سواء كان عرف اللغة إن كان من أهل اللغة، أو غيرها إن كان من غيرها.

نعم، ما وقع استعماله مشتركاً بين أهل اللغة وأهل العرف.. تعتبر اللغة على أنها العرف.

وأما المسألة المذكورة في «الذخيرة» و«الظهيرية»: فالوجه فيه إن كان نواه في عموم بيتاً.. حنث، وإن لم يخطر له.. وجب أن لا يحنث؛ لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت.

وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف: أنه إذا لم يكن له نية.. كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفياً له، وإن كان له نية شيء واللفظ يحتمله.. انعقد اليمين باعتباره. انتهى.

قوله: واللفظ يحتمله: احتراز عما لا يحتمله اللفظ؛ فإنه لو نوى لما لا يحتمله اللفظ.. لا ينعقد اليمين باعتباره، وهل ينعقد باعتبار الغرض؟

ففي «البحر»: إذا كان في اليمين ملفوظ به.. يجوز تعيين أحد محتمليه بالغرض، وأما الزيادة على الملفوظ.. فلا يجوز بالغرض، فلو حلف لا أبيعه بعشرة

وَكَذَا لَو دخلَ دهليزاً أَو ظِلَّةَ بَابِ دَارٍ إِن كَانَ لَو أُغلِقَ يبْقى خَارِجاً،....

فباعه بتسعة.. لا يحنث وإن كان غرضه المنع عن النقصان؛ لأن الناقص عن العشرة ليس مذكوراً في لفظه، ولا يحتمله لفظه.

وفي «الخلاصة»: ولو حلف البائع، فقال: عبده حر إن بعت هذا منك بعشرة فباعه بعشرة دراهم ودينار، أو بأحد عشر درهماً.. لم يحنث، ولو باعه بتسعة.. يحنث استحساناً. انتهى.

وفي «الحاوي الحصيري»: والمعتبر في الأيمان: الألفاظ دون الأغراض، فمراد صاحب «البحر» بقوله: فباعه بتسعة.. لا يحنث: جواب القياس، وكذا مراد الحصيري.

(وكذا لو دخل دهليزاً) - هو بكسر الدال: المدخل إلى الدار، أي: ما بين الباب والدار على ما في «الصحاح» والمراد ههنا: هو دهليز البيت، وبيان دهليز الدار سيأتي من بعد - قيل: إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يكون داخلاً وهو مسقف.. يحنث؛ لأنه يبات فيه عادة، وقيل: إن كان الدهليز كبيراً بحيث يبات فيه.. يحنث بدخوله؛ لأن مثله يعتاد بيتوتته للضيوف في بعض القرى، وفي المصر يبيت فيه بعض الأتباع في بعض الأوقات.

(أو ظلة باب دار إن كان لو أغلق) الباب **(يبقى خارجاً)**.

قال في «المغرب»: قول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب، وذكر صاحب «الحضر»: أن الظلة هي التي أحد طرفي جذوعها على [٥٧٠/أ] هذا الدار، وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل. انتهى.

وفي «الهداية»: الظلة تكون على السكة.

وقال في «العناية»: أراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار، ولا يكون فوقه بناء، وإنما.. لم يحنث فيها مطلقاً؛ لأنه لا ينطلق عليها اسم البيت، ولعدم البيتوتة فيها.

وإلَّا.. حَنِث كَمَا لَو دخلَ صُفَّةً.

وَقيل: لَا يَحْنَثُ فِي الصُّفَّةِ أَيْضاً.

وَفِي حَلِفِهِ لَا يدْخلُ دَاراً فَدخلَ دَاراً خربةً.. لَا يَحْنَثُ.

وَلَو قَالَ: «هَـٰذِه الـدَّار» فَـدَخلَهَا خربـةً صـحراءَ، أَو بَعْـدَمَا بُنِيَـتْ دَاراً أُخرَى.. حنثَ.

ولو كان فوقها بناء إلا أن مفتحه إلى الطريق.. لا يحنث أيضاً إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه؛ لأنه ليس من جملة بيته.

(وإلا)، أي: وإن لم يبق خارجاً (.. **حنث**)؛ لأنها يبات فيها **(كما لو دخل صُفّة، وقيل: لا يحنث في الصُّفَّة أيضاً)**، قيل: هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في معنى الصفة.

فقيل: الصفة ذات حوائط أربعة تبنى للبيتوتة فيها في الصيف، وهكذا صُفَّات أهل الكوفة، ولهذا حكم محمد في «الجامع الصغير»: أنه يحنث بدخول الصفة.

وقيل: الصفة هي التي ذات حوائط ثلاثة، ولا تبنى على هيئة البيت، ولا تكون للبيتوتة فيها.. فلا يحنث بدخولها.

والصحيح: أنه يحنث مطلقاً، سواء كانت ذات حوائط أربعة، أو ثلاثة على ما في «الهداية».

وعلله في «النهاية» و«العناية»: بأن البيت اسم لمبنى مسقَّف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة فيه، وهذا المعنى موجود في الصفة أيضاً، إلا أن مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة، فكان اسم البيت متناولاً لها.. فيحنث بسكناها.

إلا إن نوى غيرها من البيوت.. فحينئذٍ يكون بينه وبين الله تعالى؛ لأنه خص العام بنية، كذا قالوا، وتعقبه في «فتح القدير»: أن السقف ليس شرطاً في مسمى البيت.. فيحنث، وإن لم يكن الدهليز مسقفاً.

(وفي حلفه لا يدخل داراً فدخل داراً خربة.. لا يحنث، ولو قال: هذه الدار فدخلها خربة صحراء، أو بعدما بنيت داراً أخرى.. حنث)؛ لأن الدار اسم للعرصة

وَكَذَا لَو وقفَ على سطحِهَا.

عند العرب والعجم، يقال: دار عامرة ودار غامرة وقد شهد بذلك كلام البلغاء، وإنما البناء وصف فيها، إلا أن الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر للتعرف، والمحلوف عليه لا بدَّ وأن يكون معلوماً؛ فإذا كان مشاراً إليه كما في الصورة الثانية.. كان معلوماً، فلا حاجة إلى وصف معرف، بخلاف المنكر كما في الأولى؛ فإنه لا معرف له سوى الوصف، فيكون معتبراً.

فإن قيل: لو كان الوصف معتبراً فيه.. لما وقع الدار المشتراة للموكل، فيما إذا وكل رجلاً بشراء دار فاشترى داراً خربة؛ لفوات الوصف.

أجيب: بأن الدار في الوكالة تعرف بوجه آخر؛ لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن والمحلة، وليست في اليمين كذلك.. فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا وصف، فيكون معتبراً فيها إن قيل؛ فلا يخلو إما أن يكون داخلاً في المسمى، أو لا.

فعلى الأول: يجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور [٥٧٠/ب] في الدخول كالعرصة.

وعلى الثاني: يجب أن لا يختلف الحال أيضاً في عدم الدخول.

أجيب: بأنه غير داخل في المسمى، وقوله يجب أن لا يختلف الحال إن قلنا.. ممنوع؛ لأن النكرة تحتاج إلى التعريف، بخلاف المعرفة، وبهذا يختلف الحال في عرف الشرع.

حلف لا يدخل دار فلان فخرج الدار عن ملك فلان بالبيع ونحوه، ثم دخل الحالف تلك الدار، فهل يحنث أم لا؟ فسيأتي بيانه في آخر الباب الذي يلي هذا.

(وكذا لو وقف على سطحها)، أي: لو حلف لا يدخل هذه الدار فصعد من خارجها إلى سطحها.. حنث؛ لأن السطح من الدار؛ لأنها عبارة عما أحاط به الدائرة

وَقِيلَ: لَا يَحْنَثُ فِي عرفِنَا.

وَلَو دخلَ طاقَ بَابِهَا أَو دِهلِيزَهَا إِن كَانَ لَو أُغلِقَ يبْقى خَارِجاً.. لَا يَحْنَثُ، وَإِلّا.. حنِثَ.

وَلَو جُعِلَت مَسْجِداً، أَو حَمَّاماً، أَو بستاناً، أَو بَيْتاً. بَعْدَمَا خَرِبَتْ فَدَخلَهَا.. لَا يَحْنَثُ.

علواً وسفلاً، ولهذا إن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد، ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه.

(**وقيل: لا يحنث به في عرفنا**)، قال في «النوازل»: إن كان الحالف من بلاد العجم.. لا يحنث ما لم يدخل الدار؛ لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولاً في الدار، وهو المختار على ما في «التبيين».

(**ولو دخل طاق بابها**)، أي: باب الدار، أي: العتبة، أو ما عطف من الأبنية على ما في «القاموس».

(**أو دهليزها، إن كان**) كل من الطاق والدهليز بحيث (**لو أغلق**) باب الدار (**يبقى**) كل منهما (**خارجاً**) عن الدار (.. **لا يحنث**)؛ لأن الباب لإحراز الدار وما فيها، فلم يكن الخارج من الدار.

والفرق بين دهليز البيت ودهليز الدار: أن كونه مسقفاً شرط في دهليز البيت، وليس في دهليز الدار؛ لأن اسم الدار يتناوله بدون البناء، بخلاف البيت، كذا في «التبيين».

(**وإلا**)، أي: وإن لم يبق خارجاً (.. **حنث**)؛ لأن ما كان داخلاً في الدار.. يكون من جملتها.

(**ولو جعلت**) الدار بعد حلفه لا يدخل هذه الدار (**مسجداً أو حماماً، أو بستاناً أو بيتاً بعدما خربت فدخلها.. لا يحنث**) لاعتراض اسم آخر عليه وهو هذه الأسماء.

وَفِي: «لَا يلبسُ هَذَا الثَّوبَ» وَهُوَ لابسُهُ، أَو «لَا يركبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ» وَهُوَ راكبها، أَو «لَا يسكنُ هَذِهِ الدَّارَ» وَهُوَ ساكنُها، إِن أَخذَ فِي النَّزعِ وَالنُّزُولِ والنُّقلةِ مِن غيرِ لُبثٍ.. لَا يَحْنَثُ، وإِلّا.. حَنِثَ.

كما لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والدوام.. صح، حتى لو دخل ابتداء.. لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى.

قلنا: سلمنا ذلك، لكنه فيما له دوام، والدخول ليس له دوام؛ لأنه عبارة عن انتقال الجسم من خارج إلى داخل، وليس له دوام، وكونه مما يصح أن يراد باللفظ مجازاً.. لا يقتضي الحنث به؛ لأن اليمين لا ينعقد على المعنى المجازي للفظ، بل الحقيقي.

فإن قيل: إن الانتقال من أين إلى أين قد يمتد من مبدأ إلى منتهى.. فله دوام.

قلنا: ذلك الامتداد أمر خيالي لا وجود له في الخارج.

وإنما المراد في الشرع: هو الموجود في الخارج، والموجود في الخارج هو الانتقال بمعنى الحركة التوسطية، وهي: كيفية يكون الجسم بها متوسطاً بين المبدأ والمنتهى، وهو أمر وجداني لا دوام له.

(وفي: لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها، إن أخذ)، أي: شرع **(في النزع والنزول والنقلة من غير لبث.. لا يحنث)**.

وقال زفر: يحنث لوجود الشرط وإن قل.

ولنا: أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقق البر.

(وإلا)، وإن لم يأخذ في النزع والنقلة، بل لبس على حاله ساعة **(.. حنث)**؛ لأن هذه الأفاعيل لها دوام بتجدد أمثالها، ولهذا تضرب لها مدة.

يقال: ركبت يوماً، ولبثت يوماً، وسكنت يوماً، بخلاف الدخول؛ لأنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى المدة والتأقيت، بل بمعنى الحين، وكذا الخروج والتزوج والتطهر

وَكَذَا لَو دخلَ بعدَ انهدامِ الْحمَّامِ وأشباهِهِ.

وَفِي: «لَا يدْخلُ هَذَا الْبَيْتَ» فدخلَهُ بَعْدَمَا انْهَدمَ وَصَارَ صحراءَ، أَو بَعْدَمَا بُنِيَ بَيْتاً آخرَ.. لَا يَحْنَثُ، بِخِلَاف ما لَو سَقَطَ السّقفُ وَبَقِيَ الجُدرانُ.

وَفِي: «لَا يدْخلُ هَذِهِ الدَّارُ»

وَهُوَ فِيهَا.. لَا يَحْنَثُ، مَا لَم يخرج ثُمَّ يدْخلْ.

ومن ضرورة حدوث اسم آخر: زوال الاسم الأول، واليمين قد انعقدت لمسمى الاسم الأول وهو الدار، بخلاف ما لو جعلت تلك الدار داراً أخرى بعدما خربت ودخل بها.. حنث؛ لبقاء الاسم والمسمى معاً.

(وكذا)، أي: لا يحنث **(لو دخل بعد انهدام الحمام وأشباهه)** من الخان والمسجد، يعني: لو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت وبنيت مسجداً، أو حماماً، أو بستاناً فانهدم المسجد والحمام والبستان فدخل بها.. لا يحنث؛ لأن بالانهدام لم يعد اسم الدار؛ لبقاء اسم الحمام والمسجد بعده، وإنما يعاد الاسم ببنائه داراً، لكنه بصفة جديدة.. فكان غير المحلوف عليها على ما في «التبيين».

(وفي: لا يدخل هذا البيت، فدخله بعدما انهدم وصار صحراء، أو بعدما بنى بيتاً آخر.. لا يحنث)؛ لانعدام اسم البيت عنها، وإنما صار بيتاً بسبب حادث.. فلا يكون داخلاً في المحلوف عليه؛ لأن اختلاف السبب يوجب اختلاف العين.

(بخلاف ما [٢٧١/أ] **لو سقط السقف وبقي الجدران)**.. فإنه يحنث بدخوله؛ لبقاء اسم البيت فيه؛ لقوله تعالى: ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً﴾ في بيوت منهدمة السقوف، ولأن العرف جار فيه أيضاً؛ لأنه قد يبات فيه.

(وفي: لا يدخل هذه الدار وهو فيها.. لا يحنث) بالمكث فيها أياماً **(ما لم يخرج، ثم يدخل)**.

والقياس: أن يحنث؛ لأن الدوام له حكم الابتداء حتى صحت إرادته بالدخول؛

ونحوها؛ إذ لا يقال: خرجت يوماً، تزوجت يوماً، تطهرت يوماً بمعنى المدة والتأقيت، بل بمعنى الحين، فلو حلف لا يخرج وهو خارج، لا يتزوج وهو متزوج، لا يتطهر وهو متطهر، فاستدام على الخروج والنكاح والطهارة.. لا يحنث ما لم يدخل، ثم يخرج ويتزوج ويتطهر أخرى؛ فإذا كانت الأفاعيل المذكورة لها دوام.. فالاستدامة على أمر ممتد بمنزلة الإنشاء.

ولهذا قالوا: إذا قال لها: كلما ركبت فأنت طالق فمكث ساعة يمكنها النزول فيها.. طلقت، وإن مكث مثلها.. طلقت أخرى؛ لأن الدوام حكم الابتداء، وكلمة «كلما» تعم الأفعال، فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط، ولو نوى في هذه الأفاعيل الابتداء الخالص.. يصدق؛ لأنه محتمل كلامه [٥٧١/ب] فيما إذا كان لابساً، أو راكباً، أو ساكناً.. فلا يحنث باستمراره عليها.

وقال في «فتح القدير»: إنما يحنث في الأفاعيل المذكورة بلبثه ساعة إذا أمكنه النقل فيها من ساعته.

وأما إذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص، أو منع ذي سلطان، أو عدم موضع ينتقل إليه حينئذ، أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه، أو كان شريفاً، أو ضعيفاً لا يقدر على حمل المتاع بنفسه، ولم يجد من ينقلها.. لا يحنث، ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر. انتهى.

وقس عليه حال النزع، والنزول.

جَعَلَ كون إغلاق الباب مانعاً اتفاقياً، وفيه خلاف:

فإنه قال في «الخلاصة»: لو حلف لا يسكن هذه الدار فوجد باب الدار مغلقاً، بحيث لا يمكنه الفتح، ولم يمكنه الخروج.. يحنث.

في رواية «النوازل»: وقد قيل بخلافه.

ولو قُيِّدَ الحالف، فلم يمكنه الخروج.. لا يحنث قولاً واحداً.

فإن قيل: لو قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقُيد أو مُنع من الخروج.. حنث على الأصح على ما في «الفتاوى».

وكذا إذا قال لامرأته وهي في منزل أبيها: إن لم تحضري الليلة منزلي.. فطالق، فمنعها أبوها.. حنث ولم يعتبر هذا عذراً.

أجيب: بالفرق بين كون المحلوف عليه عدماً: فيحنث بتحققه كيفما كان؛ لأن العدم لا يتوقف على الاختيار، وبين كونه فعلاً: فيتوقف عليه؛ كالسكنى؛ لأن المعقود عليه الاختياري ينعدم بانعدام الاختيار، فيصير مسكناً بتسكين الغير لا ساكناً باختياره، فلم يتحقق شرط الحنث.

والحاصل: أن الشرع قد يجعل الموجود معدوماً بعذر بما ذكرناه، ولا يجعل المعدوم موجوداً، وإن وجد العذر، ثم الشيء الواحد قد يجعل عذراً في حق شخص، ولا يجعل عذراً في حق شخص آخر، لما في «الخلاصة»: لو قال لامرأته: إن سكنت هذه الدار فأنت طالق، وكان ليلاً.. فهي معذورة حتى تصبح، ولو قال ذلك لرجل.. لم يكن معذوراً على الصحيح إلا لخوف لص وغيره. انتهى.

ثم اعلم: أنه إذا خرج من ساعة قوله في طلب المنزل، وبقي أياماً في طلب منزل يسكن فيه، وترك الأمتعة والأهل في هذه الأيام.. لا يحنث في الصحيح؛ لأن طلب المنزل من عمل النقل، فصارت مدة الطلب مستثناة إذا لم يفرط في الطلب، ثم إذا وجد المنزل، وأخذ في النقلة شيئاً فشيئاً؛ فإن كانت النقلات لا تضر.. لا يحنث، ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم.. فليس عليه ذلك، ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه، بل بقدر ما يسمى ناقلاً في العرف.

واعلم: أن اليمين في المساكنة إما مطلق أو مقيد بالوقت.

فلنذكر ما يتعلق بها من الفروع: لو قال: إن ساكنته في رمضان، أو سنة في هذه الدار.. [٥٧٢/أ] فعبدي حر، فساكنه ساعة: يحنث.

ولو قال: عنيت به كل المدة.. صدق ديانةً لا قضاءً، ويكون ذكر الوقت والسنة؛ لبيان تأقيت اليمين، فلا تبقى اليمين بعد مضي السنة، كذا في «الجامع».

وذكر في «الخلاصة» و«البزازية» نقلاً عن «الفتاوى»: أنه شرط للحنث فيها.. استيعاب المدة، حتى لا يحنث ما لم يساكنه جميع الشهر، أو السنة.

ولو حلف لا يسكن بغداد، ولا يساكن فلاناً.. لا يحنث ما لم يسكن خمسة عشر يوماً.

قيل: ما ذكر في «الجامع» جواب الرواية، وما ذكراه عن «الفتاوى» جواب المشايخ.

قال: لا يبيت على سطح هذا البيت، ولهذا البيت غرفة، فأرض الغرفة: سطح هذا البيت، فبات فيها.. لا يحنث؛ لأنه يقال بات في الغرفة.

قال: لا يقيم بالكوفة شهراً.. لا يحنث حتى يقيم شهراً تاماً، بخلاف ما لو قال: لا ينزل بالكوفة شهراً، أو لا يسكن بها شهراً فسكن يوماً.. يحنث، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

قلت: والذي يقتضيه ما ذكراه عن «الفتاوى»: في المسألة الأولى التي نقلناها آنفاً أن يشترط الاستيعاب للحنث، لو قال: درين ذه بناشم، فذهب بنية أن لا يعود، ثم عاد.. يحنث إذا عاد للسكنى؛ أما إذا عاد زائراً أو لنقل المتاع، ثم إذا عاد للسكنى.. يحنث سكنى ساعة بلا شرط الدوام.

لو قال: لا أسكن هذه الدار إلا ثلاثين يوماً، أو قال: لا أسكن هذه الدار ثلاثين يوماً له أن يفرق.

لو قال: لا يسكن بيتاً، ولا نية له فسكن بيتاً من شعر، أو فسطاطاً، أو خيمة.. لا يحنث إن كان الحالف من أهل المصر، وإن كان من أهل البادية.. يحنث.

ولو قال: لا يصوم رمضان بالكوفة، فهو محمول على صوم جميع رمضان بالكوفة، ولو قال: إن أفطرت بالكوفة: فكذا: فهذا على المقام هناك يوم الفطر لا على الأكل والشرب.

ولو حلف لا يرى هلال الشهر الداخل بالكوفة فأهل الهلال وهو فيها.. حنث، والمراد: كونه فيها وقت الإهلال، ولو قال: عنيت به الرؤية.. صدق.

ولو قال: إن ضحّيت العام بالكوفة.. فكذا: فهذا على حقيقة التضحية، ولو قال: عنيت الكون يوم الأضحى.. صدق.

ولو حلف لا يقتل فلاناً بالكوفة فضربه ببغداد ومات بالكوفة.. يحنث.

لو قال: لا يسكن هذه الدار فاشترى صاحبها في جنبها بيتاً من دار أخرى، وفتح باب البيت إلى جنب هذه الدار وجعل طريقه فيها، وسد باب البيت الذي كان في الدار الأخرى فسكن الحالف هذا البيت، وجعل يدخل من غير أن يدخل الدار.. يحنث.

حلف لا يشتري من هذه الدار شيئاً فاشترى هذا البيت.. لم يحنث، والشراء مخالف للسكنى.

ولو حلف لا يساكن فلاناً، ولا نية له، فساكنه في دار كل واحد منهما في مقصورة [٥٧٢/ب] على حدة.. لم يحنث.

قال الإمام السرخسي في «الأصل»: هذا إذا كانت الدار كبيرة؛ أما إذا كانت صغيرة.. يحنث وإن كانت مشتملة على البيوت والمقاصير، هكذا روي عن أبي يوسف.

ولو كان في الدار مقصورة فسكن أحدهما في الدار، والآخر في المقصورة.. يحنث.

ثُمَّ فِي: «لَا يسكنُ هَـٰذَا الْبَيْتَ، أَو هَـٰذِهِ الدَّارَ» لَا بُدَّ مِن خُرُوجِهِ بِجَمِيعِ أَهْلِهِ ومتاعِهِ، حَتَّى لَو بَقِيَ وَتدٌ.. يَحْنَثُ، ....

ولو نوى أن لا يساكنه في بيت واحد أو حجرة منزل واحد يكونان فيه جميعاً.. لم يحنث حتى يساكنه فيما نوى، أو نوى بيتاً بعينه.. لا تعمل نيته.

ولو نوى أن لا يساكنه في مدينة أو قرية وسمى ذلك؛ فإن ساكنه في شيء من ذلك.. يحنث، ولا تكون المساكنة في ذلك، إلا أن يسكنا بيتاً واحداً، أو داراً واحدة في تلك البلدة.

وفائدة تخصيص البلدة: إخراج سائر المواضع من يمينه، ولو ساكنه في حانوت يعملان فيه.. لم يحنث، واليمين على المنازل التي فيها المولى وفيها الأهل والعيال، إلا أن تكون هناك دلالة على ترك المساكنة في السوق، أو يقول: عنيت المساكنة في السوق.. يحنث أيضاً؛ لأنه شدد على نفسه.

ولو حلف لا يساكن فلاناً فدخل فلان داره غصباً إن لم يأخذ هو في النقلة.. حنث.

ولو دخل عليه زائراً، أو ضيفاً فأقام فيه يوماً، أو يومين.. لا يحنث.

والمساكنة بالاستقرار والدوام، وذلك بأهله ومتاعه.

ولو سافر الحالف وسكن المحلوف عليه مع أهل الحالف.. يحنث عند أبي حنيفة بناءً على أن السكنى لا تنعدم بالأهل والمتاع، وعند أبي يوسف.. لا يحنث، وعليه الفتوى الكل في «الخلاصة» و«البزازية» و«الفتاوى».

(**ثم في: لا يسكن هذا البيت، أو هذه الدار.. لا بد من خروجه بجميع أهله ومتاعه**)، أي: إن كان متأهلاً، حتى لو لم يكن متأهلاً، بل هو ممن يقوله غيره فخرج بنفسه.. لم يحنث على ما صرح به في «العناية».

(**حتى لو بقي وتد.. يحنث**) عند أبي حنيفة؛ لأن السكنى وهو الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبنياً بأهله، قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء من ذلك الكل.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُعْتَبَر نقلُ الْأَكْثَرِ، وَعندَ مُحَمَّدٍ: نقلُ مَا تقومُ بِهِ كدُخدائيه، وَهُوَ الْأَحْسَنُ والأرفقُ.

فإن قيل: الكل ينتفي بانتفاء جزئه، فكيف يصح القول ببقاء السكنى بعد إخراج البعض؛ لأنه عبارة عن الكل؟

أجيب: بأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه الحقيقي، وما ذكر ثَمَّ ليس كذلك، بل جزء اعتباري.

وذكر في «فتح القدير» نقلاً عن «المبسوط»: أن هذا أصل لأبي حنيفة، حتى جعل بقاء مسلم واحد آمناً في بلدة ارتد أهلها مانعاً من أن تصير دار حرب.

إلا أن مشايخنا قالوا: هذا إذا كان الباقي يتأتى به السكنى.

وأما بقاء مكنسة، أو وتد، أو قطعة حصير.. فلا يبقى بها ساكناً، فلا يحنث.

وحقيقة وجه دفعه: أن قوله: السكنى قد ثبتت بالكل إن أراد أن مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه إلى القرار في المكان.. منعناه، وإلا.. لزم أنه لو سرق [٥٧٣/أ] بعض تلك الأمتعة.. انتقلت السكنى، فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال؛ فإنما هي منوطة في العرف بقراره على وجه الانقطاع إليه، مع ما يتأتى به دفع حاجاته الكائنة في السكنى، فكانت السكنى ثابتة مع الكل، بدون الكل، على أن الكلام هنا باعتبار العرف.

والعرف يعد من خرج لا يريد العود - ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك، أو تركه لتفاهته وعدم الالتفات إليه - تاركاً لسكنى ذلك المكان. انتهى.

(**وعند أبي يوسف يعتبر نقل الأكثر**)؛ لأن نقل الكل قد يتعذر، وللأكثر حكم الكل.

(**وعند محمد: نقل ما تقوم به كدخدائيه**)، أي: حكومته عليه؛ لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى؛ إذ ليس من حاجاتها. (**وهو الأحسن والأرفق**)، أي: للناس؛ لعدم الحرج فيه، كذا في «الهداية».

ثُمَّ لَا بُدَّ من نُقْلَتِهِ إِلَى منزلٍ آخرَ ....

ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه.

وفي «فتح القدير»: إن كثيراً من المشايخ كصاحب «المحيط» و«الفوائد الظهيرية» و«الكافي» قالوا: إن الفتوى على قول أبي يوسف، ثم تعقبه نصرة لقول محمد، وقال: لا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه، بل على العرف في أنه ساكن أو لا.

والحق: أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه، ونقل من أمتعته منه ما يقوم به أمر سكناه، ويظهر عليه سلطانه وهو على نية نقل الباقي.. يقال: ليس ساكناً في هذا المكان، بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني، ثم هذا الخلاف بينهم في نقل الأمتعة.

وأما الأهل: فلا بد في كونه باراً في يمينه من نقلهم كلهم آنفاً قائم.

(**ثم لا بد من نقلته إلى منزل آخر**)، أي: من ساعته.

قالوا: هذا إذا أمكنه النقلة من ساعته، وإن لم يمكنه ذلك بعذر من الأعذار التي ذكرناها آنفاً من عذر الليل، أو منع ذي السلطان، أو عدم وجدان منزل آخر، أو غلق الباب عليه، أو كونه شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها. لم يحنث بعدم نقلته، حتى يرتفع المانع ويجد المنزل.

وأورد عليه بما ذكره محمد بن الفضل: أن من قال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم.. فامرأته طالق، فقُيِّد ومُنع من الخروج: يحنث.

وإن من قال لامرأته وهي في منزل أبيها: إن لم تحضري الليلة منزلي.. فأنت طالق، فمنعها الوالد عن الحضور: يحنث.

وأجيب: بما ذكرناه آنفاً من الفرق بين كون المحلوف عليه عدماً؛ كما في هاتين المسألتين، وبين كونه فعلاً اختيارياً؛ كما فيما نحن فيه.

حَتَّى لَا يَبَرُّ بِنُقْلَتِهِ إِلَى السِّكَّةِ أَوِ الْمَسْجِدِ.

وَكَذَا: «لَا يسكنُ هَذِهِ الْمحلَّةَ».

وَفِي: «لَا يسكنُ هَذِهِ الْبَلدةَ أَوِ الْقَرْيَةَ».. يَبَرُّ بِخُرُوجِهِ وَتَرْكِ أَهلِهِ ومتاعِهِ فِيهَا.

(**حتى لا يبر بنقلته إلى السكة والمسجد**)، قيل: يبر؛ لأنه لم يبق ساكناً، كذا في «العناية».

ووجه ما ذكره المصنف ما ذكر في «الزيادات»: أن من خرج بعياله من مصره؛ فما لم يتخذ وطناً آخر.. يبقى وطنه الأول في حق الصلاة، كذا هذا. فصورته: كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن [٥٧٣/ب] بها، فلما دخلها وتوطّن بها بدا له أن يخرج إلى خراسان، فمرّ بالكوفة.. فإنه يصلّي بها ركعتين؛ لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطّريق قبل أن يدخل إلى مكة أن لا يتوطن مكة ويرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة؛ فإنه يصلي بالكوفة أربعاً؛ لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر؛ فكذا هنا يبقى وطنه الأوّل ما لم يتخذ وطناً آخر، والسكة والمسجد لا يصلح أن يتخذ وطناً.

(**وكذا**) في (**لا يسكن هذه المحلّة**)، يعني: لا بدّ من نقله مع أهله ومتاعه، كما في الدار والبيت.

(**وفي: لا يسكن هذه البلدة أو القرية يبر بخروجه**) بنفسه (**وترك أهله ومتاعه فيها**)، وفي «الخلاصة»: وههنا ثلاث مسائل: المصر والقرية والدار:

ففي الدّار: يشترط نقل الأمتعة.

وفي المصر: لا يشترط.

وفي القرية: اختلف المشايخ: قال بعضهم: القرية بمنزلة الدار، وقال بعضهم: بمنزله المصر، وهو الصحيح.

ذكر الكرخي في «مختصره»: والسكة والمحلّة بمنزلة الدّار. انتهى.

وَفِي: «لَا يخرجُ» فَأمرَ مَن حَمَلَهُ وَأخرجَهُ.. حَنِثَ.

ففي الكتاب جعلها بمنزلة المصر اختياراً للقول «هي الصّحيح»، والحاكم ههنا: هو العرف.

وقال في «الخلاصة» أيضاً: حلف لا يسكن هذه القرية، فذهب على ما هو الشرط، ثم عاد وسكن.. يحنث، على ما في «الفتاوى الصّغرى».

وأفتى القاضي الإمام: أنّه إن نوى الفور.. لا يحنث إذا عاد وسكن؛ وكذا إن كان هناك مقدّمة الفور.

قلت: وجه ما في «الفتاوى الصّغرى»: أن كل ما له امتداد إذا لم يوقّت.. يحمل على العمر على ما في «البزازية» وغيرها، فيحمل اليمين على العمر، فيحنث بالمساكنة في العمر و؛ أما إذا وقّته.. فهل يشترط استيعاب ذلك الوقت أو لا؟ ففيه اختلاف.

ففي «البزازية»: لو قال: إن ساكنته في رمضان أو سنة فكذا.. يحنث بمساكنة ساعة، وإن نوى كل المدة.. ديّن لا قضاء.

وفي «الفتاوى»: يشترط للحنث استيعاب تلك المدّة. كذا في «الخلاصة».

(وفي: لا يخرج فأمر من حمله وأخرجه.. حنث) كما لو ركب دابة فخرج معها؛ لأن فعل الدابة مضاف إليه، فكذا فعل المأمور مضاف إلى الآمر، لكنه ليس على إطلاقه، بل فيما الآمر أن يأمر به، وإلّا.. لا يصحّ أمره؛ فلا يحنث؛ لما في «المحيط» وغيره: حلف: لا يضرب عبده، فأمر غيره بضربه فضربه.. حنث الحالف، بخلاف ما لو حلف على حرّ لا يضربه.. لا يحنث بالأمر؛ لأنه يملك ضرب عبده، فصح أمره لغيره، بخلاف الحرّ؛ فإنه لا يملك ضربه، فلا يصح أمره بضربه، حتى لو ملك ضربه بأن كان سلطاناً أو قاضياً.. يحنث بالأمر.

ولو حلف: لا يضرب ولده الكبير فأمر غيره فضربه.. لا يحنث، والزوجة نظير العبد، وقيل: نظير الولد.

وعن القاضي البديع: أنها إن جنَت.. فنظير العبد، وإن لم تجن.. فنظير الحر.

وقيل: [٥٧٤/أ]: لو فصل في الولد تفصيل الزوجة.. فحسن.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»:

في ثلاث وعشرين موضعاً يحنث بالأمر: النكاح، والطلاق، والخلع، والعتق بمال وبغير مال، والكتابة، والهبة، والصدقة، وضرب العبد، وضرب الحرّ إن كان سلطاناً أو قاضياً، والكسوة في الخلع على أن لا يكسوه، أو لا يحمله على دابته، والخياطة، وذبح الشاة، وبناء الدار، وقضاء الدين، وقبض الدين، والصلح عن دم العمد، والقرض، والاستقراض، والإيداع، والاستيداع، والإعارة، والاستعارة.

وفي ستة مواضع لا يحنث إلا بالمباشرة فقط: البيع، والشراء، والإجارة، والاستئجار، والقسمة، والصّلح على مال.

ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذه الستة، وبه يفتى.

ولا بد أن يلحق التزوج بهذه الستة أيضاً؛ فرقاً بينه وبين التزوج؛ لما في «الخلاصة» و«البزازية» نقلاً عن «النوازل»: لو قال: والله لا أزوّج فلانة، فأمر رجلاً فزوجها.. لا يحنث، بخلاف التزوج؛ فإنه يحنث بالأمر به، والفرق بينهما: أن التزويج بأمره لا يلحقه حكم، والتزوج بأمره يثبت وهو الحلّ، وسيأتي تفصيله في أولّ باب اليمين في البيع والشراء.

ثم اعلم: أنّ الحالف إنما لا يحنث بالأمر في هذه الستة إذا كان الحالف ممن يباشر هذه العقود بنفسه، وأما إذا كان شريفاً لا يباشرها بنفسه.. فيحنث بالأمر على ما صرّح به في «المحيط».

ولهذا قال في «الخلاصة»: وفي البيع لا يحنث بالأمر إذا كان ممن يتولى بنفسه؛ أما إذا كان يفوض إلى غيره كالسلطان.. يحنث، ولو كان بحال يتولى بنفسه مرة ويفوض إلى غيره مرة.. تعتبر الغلبة.

وَلَو حُمِلَ وَأُخرِجَ بِلَا أمرِهِ مُكْرهاً أَو رَاضِياً.. لَا يَحْنَثُ.

وَمِثْلَهُ: «لَا يدْخلُ».

وَفِي: «لَا يخرجُ إِلَّا إِلَى جَنَازَةٍ» فَخرجَ إِلَيْهَا ثُمَّ إِلَى حَاجَةٍ أُخْرَى.. لَا يَحْنَثُ.

وَفِي: «لَا يخرجُ إِلَى مَكَّةَ» فَخرجَ يُرِيدها ثُمَّ رَجَعَ.. حَنِثَ.

وقالوا: لو حلف: لا يتزوج امرأة، فزوجه فضولي وأجازه بالقول.. يحنث؛ لأن الإجازة بمعنى الأمر.

(**ولو حُمل وأُخرج بلا أمره مكرهاً أو راضياً.. لا يحنث**)؛ لأن الفعل لم ينتقل إليه؛ لعدم الأمر منه، وبمجرد الرّضاء لا ينتقل بدون الأمر على الصّحيح، وقيل: يحنث في الرضاء؛ لأنه لما رضي.. فصار كالأمر بالإخراج.

قلنا: الأحكام مبنية على الظواهر دون البواطن والضمنيات، وأما إذا هدده غيره فخرج هو بنفسه خوفاً من المكره.. فيحنث لوجود الفعل منه بالاختيار؛ لأن الإكراه لا يبطل الاختيار، بل يفسده على ما في «الأصول».

ثم هل تنحل اليمين إذا حمل مكرها؟

قيل: تنحل؛ كما لو حلف لا يدخل دار فلان وهبّت به الريح وألقته فيها.. لم يحنث وانحل اليمين.

وقيل: لا تنحل وهو الصحيح على ما في «العناية».

(**ومثله لا يدخل**)؛ لعدم الفارق بينها.

(**وفي: لا يخرج إلّا إلى جنازة فخرج إليها، ثم إلى حاجة أخرى.. لا يحنث**)؛ لأن الموجود خروج مستثنى، والمضي بعد ذلك ليس بخروج؛ لأن الخروج [٥٧٤/ب] عبارة عن الانتقال من الداخل إلى الخارج، وهو آني لا زماني، والذهاب ليس كذلك، بل هو زماني.

(**وفي: لا يخرج إلى مكّة فخرج يريدها، ثم رجع.. حنث**)، وكذا لا يخرج إلى دار فلان فخرج يريدها، ثم رجع قبل أن يصل إليها.. حنث؛ وهذا لأن الخروج هو

الانفصال من الداخل إلى الخارج، وقد وجد ذلك بقصد مكة ودار فلان، وهو المحلوف على عدمه فيحنث؛ رجع أو لم يرجع.

وفي «فتح القدير»: ومقتضى هذا الوجه: أن يحنث بالخروج إذا رجع وإن لم يجاوز عمران مصره، وقد قالوا: إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها؛ كأنه ضمّن لفظه «أخرج» معنى أسافر، للعلم بأن المضي إليها سفر، لكن على هذا: لو لم يكن بينه وبين مكّة مدّة سفر.. ينبغي أن يحنث بمجرّد انفصاله من الداخل. انتهى.

وعلى ما يقتضيه الوجه المذكور: المراد من الخروج والانفصال من الداخل ههنا: هو الخروج والانفصال من باب داره، حتى لو كان في منزل من داره فخرج، ثم رجع قبل أن يخرج لا يحنث ما لم يخرج.. من باب داره. كذا في «الخلاصة».

وقال في «البحر»: ثم الخروج كما يكون من البلدان والدور والمنازل والبيوت.. يكون أيضاً من الأخبية والفساطيط والخيم والسفن؛ لوجود حده وهو الانفصال من الداخل إلى الخارج.

والخروج من الدّور المسكونة: أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله؛ كما إذا حلف: لا يسكن.

والخروج من البلدان والقرى: أن يخرج الحالف ببدنه خاصة. انتهى.

وفي «قاضي خان»: لو حلف: أن لا يدخل قرية كذا، فدخل بأراضي القرية.. لا يحنث ويكون اليمين على عمرانها.

وكذا لو حلف: أن لا يشرب الخمر في قرية كذا، وشرب في كرومها وضياعها.. لا يحنث، إلا أن يكون الكرم والضياع في العمران.

وكذا لو حلف: أن لا يدخل على بلدة كذا.. يكون اليمين على العمران؛ لأن البلدة اسم لما هو داخل الربض.

وَفِي: «لَا يَأْتِيهَا».. لَا يَحْنَثُ مَا لم يدخُلْهَا.

والذَّهابُ كالخروجِ فِي الْأَصَحِّ.

وَفِي: «لَيَأْتِيَنَّ فلَاناً» فَلم يَأْتِهِ حَتَّى مَاتَ.. حَنِثَ فِي آخر أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ.

ولو قال: والله لا أدخل كورة كذا أو رستاقاً كذا، فدخل الأراضي.. حنث. انتهى.

(وفي: لا يأتيها.. لا يحنث ما لم يدخلها)؛ لأن الإتيان عبارة عن الوصول إلى المقاصد، قال الله تعالى: ﴿فَأْتِيَاهُ فَقُولَآ إِنَّا رَسُولَا رَبِّكَ﴾.

(والذهاب كالخروج في الأصح) أي: لو حلف: لا يذهب إلى بغداد، إن اختلف وفيه المشايخ:

قيل: هو كالإتيان، فلا يحنث حتى يدخلها كما في الإتيان وهو قول نصير، وفي «الخلاصة»: وهو الصحيح.

وقيل: هو كالخروج، وهو قول محمّد بن سلمة واختاره فخر الإسلام، وفي «الهداية»: وهو الأصحّ، واختاره المصنف.

ولا يخفى عليك: أن هذا الاختلاف فيما إذا لم ينو به شيئاً من الإتيان والخروج، وأما إذا نوى به الإتيان أو الخروج.. فهو محمول على ما نوى بلا خلاف. كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(وفي: ليأتين فلاناً، فلم يأته حتّى مات) الحالف والمحلوف عليه، وليس فاعل الضمير راجعاً [٥٧٥/أ] إلى الحالف فقط على ما هو الظاهر من سوق كلامه، بل إلى أحدهما؛ ولذا قال في «فتح القدير»: لا فرق في ذلك بين موت الحالف وموت المحلوف عليه.

وقال في «غاية البيان»: وأصل هذا: أن الحالف في اليمين المطلقة لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البرّ؛ فإذا مات أحدهما.. فإنه يحنث. انتهى.

(.. حنث في آخر أجزاء حياته) أي: حياة من مات من الحالف أو المحلوف

عليه؛ وهذا لأن البر قبل ذلك الجزء مرجو الحصول.

وكذا الحال في الحلف على سائر الأفعال المستقبلة مثل ليضربنّ زيداً، أو ليعطينّ فلاناً، أو ليطلّقن زوجته؛ فإنه لم يحنث حتّى يقع اليأس عن البر؛ لأن اليمين يبقى ما أمكن البرّ، هذا فيما إذا لم يوقّت بوقت، وأما إذا وقته، وقال: لأفعلنّ غداً أو فيما بيني وبين يوم الجمعة.. فالحنث يتعلّق بآخر ذلك الوقت، حتى لو مات قبل مضي ذلك الوقت ولم يفعل.. لم يحنث؛ لعدم اليأس عن البر؛ فلو قال: إن لم أفعل غداً كذا فعبدي حرّ، فمات قبل الغروب ولم يفعل.. لا يعتق عبده.

والحاصل: أن اليمين على الفعل المستقبل لا ينعقد على الفور إلّا بالقرينة، حتى لو حلف: إن رأى فلاناً ليضربنه.. فالرؤية تحمل على القريب والبعيد، والضرب يحمل على الضرب متى شاء، إلا أن يعني الفور على ما في «البحر» عن «الظّهيرية».

وفيه أيضاً: عن «فتاوى أبي الليث»: رجل أراد أن يواقع امرأته، وكانت امرأته على باب الدار، فقال لها: إن لم تدخلي معي في الدار فأنت كذا، فدخلت بعدما سكنت شهوته.. وقع الطلاق عليها، وإن دخلت قبل ذلك.. لم تطلق.

ولو قال: إن لم أذهب غداً عن هذه القرية فامرأتي طالق، فذهب في الغد، ثم جاء إلى تلك القرية بعد أيام.. فهل تطلق امرأته؟

أفتى مشايخ الإسلام: أنه إن نوى مجرد الذهاب عن تلك القرية.. لا يحنث بالعود إليها بعد الذهاب عنها، وإن نوى الأبد.. يحنث.

وكذا لو قال: إن لم أخرج من هذه القرية فكذا، فخرج منها إلى درب القرية، ثم رجع إلى القرية.. برّ؛ لأن خروجه هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد ذلك.

ولهذا قال في «القنية» من باب اليمين على الدخول والخروج: قال لزوجته:

وَإِن قَيَّدَ الْإِتْيَانَ غَداً بالاستطاعةِ.. فَهُوَ على سَلامَةِ الْآلَاتِ وَعدمِ الْمَوَانِعِ؛ فَلَو لم يَأْتِ وَلَا مَانِعَ مِن مرضٍ أَو سُلْطَانٍ.. حَنِثَ.

اخرجي معي إلى حيث كنّا فيه، فأبت إلى الجمعة، فقال: إن لم تخرجي معي فكذا؛ فإنِ الزوجُ قد تأهب للخروج.. فهو على الفور، وإلا.. فلا، وإن خرجت الزوجة معه في الحال إلى درب القرية، ثم رجعها.. برّ في يمينه وإن أراد خروجها أصلاً إلى حيث كانا فيه. انتهى.

وفي «قاضي خان»: رجل قال: لأخرجنّ مع فلان العالم إلى مكّة؛ إذا خرج معه فجاوز البيوت ووجب عليه قصر الصّلاة.. فقد برّ، وإن بدا له أن يرجع.. رجع. انتهى.

(وإن قيّد الإتيان غداً) قيد الإتيان **(بالاستطاعة)** [٥٧٥/ب] متعلق بقيد، وذلك بأن يقول: ليأتينّه غداً إن استطاع **(.. فهو على سلامة الآلات وعدم الموانع)**.

واعلم: أن الاستطاعة تطلق على معنيين:

أحدهما: سلامة الآلات والأسباب وعدم الموانع، ويسمى بالقدرة الممكنة، يتمكن بها المأمور على أداء المأمور به بلا حرج غالباً، وهي شرط لأداء كلّ واجب؛ كالزّاد والراحلة للحج، والنصاب للزكاة، وهي توجد قبل الفعل ومعه وبعده.

وثانيهما: القدرة الحقيقية المشجعة لجميع الشرائط وتسمى القدرة الميسرة يتيسّر بها للمأمور أداء المأمور به، وهي مع الفعل عند أهل السنة والجماعة زماناً لا قبله، وإلّا.. لزم تخلّف المعلول عن علته التّامة، وذلك باطل، وليس لها تأثير أصلاً عند الأشاعرة سوى أنها تقارن مع الفعل وهو المسمّى بالكسب عندهم، ولها تأثير ما عند مشايخنا الماتريدية على ما بيناه في شرحنا على ما رتبناه في الكلام، إذا عرفت هذا.. ففيما نحن فيه: يحمل على المعنى الأول؛ لكونه متعارفاً إن لم يكن له نية، وإلّا.. فعلى ما نوى.

(فلو لم يأت ولا مانع من مرض أو سلطان.. حنث)؛ لوجود الشرط وهو سلامة الآلات وعدم الموانع في الغد.

وَلَو نوى الْحَقِيقَةَ.. صُدِّقَ ديانَةً لَا قَضَاءً فِي الْمُخْتَارِ.

وَفي: «لَا تخرجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ».. شُرِطَ الْإِذْنُ لكلِّ خُرُوجٍ.

(ولو نوى الحقيقة) - أي: القدرة الحقيقية، وهو المعنى الثاني على ما ذكرناه - **(صدّق ديانةً)**؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

فإن قيل: الحقيقة لا تحتاج إلى النية.

قلنا: نعم، إلا أن النية ههنا لدفع التزاحم وتعيين المحتمل، لا لفهم الحقيقة من اللفظ.

(لا قضاءً)؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر هو المعنى الأوّل للتعارف **(في المختار)**، احترز به عمّا اختاره بعض المشايخ: أنه يصدّق قضاء أيضاً؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

(وفي) قوله لعبده أو لامرأته: **(لا تخرج إلّا بإذنه.. شرط الإذن لكلّ خروج)**، حتى لو أذن مرة فخرجت، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه.. حنث، ولا بد من الإذن في كل خروج؛ لأن المستثنى في قوله: «إلّا بإذنه» خروج مقرون بالإذن، فما وراء الخروج الملصق بالإذن داخل في الحظر العام، وهو النكرة المؤولة من الفعل في سياق النفي؛ فإن المعنى: لا تخرجن إلا خروجاً ملصقاً بإذني، وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول: كلما أردت الخروج فقد أذنت لك؛ فإن قال ذلك ثم نهاها.. لم يعمل نهيه عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، وسيأتي وجه قولهما.

ولو أذن لها إذناً غير مسموع بأن كانت نائمة مثلاً.. لم يكن إذناً في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: هو إذن؛ لأنه لم يفصل بين المسموع وغيره.

ولهما: أن الإذن إنما سمّي إذناً؛ لكونه معلماً، أو لوقوعه في الإذن ولم يوجد، ثم انعقاد اليمين على الإذن في قوله: «إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق» أو «والله لا تخرجين إلّا بإذني» مقيد ببقاء النكاح؛ لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع، وهو مثل

وَفِي: «إِلَّا أن آذنَ لكِ».. يَكْفِي الْإِذْنُ مرّةً. ....

السّلطان إذا حلّف إنساناً ليرفعنّ [٥٧٦/أ] إليه خبر كلّ داعر في المدينة.. كان على مدّة ولايته.

فلو أبانها ثم تزوجها، فخرجت بلا إذن.. لا تطلق، وإن كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا؛ لأنها لم تنعقد إلّا على مدّة بقاء النكاح.

ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور.. يصدّق ديانة لا قضاء؛ لأنه محتمل كلامه، لكنه خلاف الظاهر.. فلا يصدقه القاضي:

أما إنه خلاف الظاهر: فلما مر من أنه لا بدّ من الإذن في كلّ مرة.

وأما إنه محتمل كلامه: فلأن الإذن مرّة موجب الغاية في قوله: «لا تخرجن حتى آذن لك».

وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث إن حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما، فيستعار «إلا بإذني» لمعنى «حتى آذن»، وفي «حتى آذن» تنحل بمرة واحدة.

(وفي: إلا أن آذن لك.. يكفي الإذن مرة).

وعن أحمد: لزوم تكرار الإذن فيه أيضاً مثل «إلّا بإذني»؛ لأن المعنى «إلا خروجاً بإذني»؛ لأن «أن» مع الفعل في تأويل المصدر، ولا يصحّ «إلا خروجاً إذني» فلزم إرادة الباء.. فصار «بإذني».

والجواب: أنه لا بد من أحد الأمرين: إما ما ذكر من إرادة الباء محذوفة، أو جعلها بمعنى «حتى» مجازاً، أي: حتى آذن لك، وعلى الأول: يكون كالمسألة الأولى، وعلى الثاني: ينعقد على إذن واحد.

وإذا لزم في «إلا أن آذن لك» أحد المجازين.. وجب الراجح منهما، ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم؛ لأنه تصرّف في وصف اللفظ، ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالإعدام مع الإرادة.

وَفِي: «لَا تخرجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ» لَو أَذِنَ لَهَا فِيهِ مَتى شَاءَت، ثمَّ نهاها فَخرَجَت.. لَا يَحْنَثُ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَلَو أَرَادَتِ الْخُرُوجَ فَقَالَ: «إِن خرجتِ» أَو..........................

وقوله: «لا تخرج إلى أن آذن لك» مثل قوله: «حتى أن آذن لك»، وقوله: «وبغير إذني مثل» قوله: «إلا بإذني».

وكذلك: إن خرجت إلا بقناع أو بملحفة مثل «إلّا بإذني»، وإنما قيدنا بعبده وامرأته؛ لأنه لو قال: لا أكلّم فلاناً إلا بإذن فلان، أو حتى يأذن، أو إلا أن يأذن، أو إلا أن يقدم فلان، أو حتّى يقدم، أو قال لرجل في داره: والله لا يخرج إلّا بإذني.. فإنه لا يتكرر الإذن في هذا كلّه؛ لأن قدوم فلان لا يتكرر عادة؛ والإذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الإذن؛ وكذا خروج الرجل ممّا لا يتكرر عادة؛ بخلاف الإذن للزوجة؛ فإنه لا يتناول إلّا ذلك الخروج المأذون فيه عادة، لا كلّ خروج، إلّا بنصّ صريح فيه؛ مثل: أذنت لك أن تخرجي كلّما أردت الخروج ونحوه. كذا في «فتح القدير»، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

(وفي: لا تخرج إلّا بإذنه، لو أذن لها)، أي لزوجته **(فيه)**، أي في الخروج **(متى شاءت)**، هذا بيان لطريق إسقاط اشتراط الإذن لكل خروج في الحلف المذكور، وذلك بأن يقول: كلما شئت الخروج.. فقد أذنت لك فيه.

فإذا قال هذا، **(ثم نهاها فخرجت.. لا يحنث عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد)**.

لأبي يوسف: أن نهيه بعد إذنه العام بقوله: «كلّما أردت الخروج فقد أذنت لك» لا يفيد لارتفاع اليمين بالإذن العام [٥٧٦/ب].

ولمحمّد: إنّه لو أذن لها بالخروج مرّة ثم نهاها.. يعمل نهيه اتفاقاً، فكذا بعد الإذن العامّ.

(ولو أرادت الخروج فقال) الزوج: **(إن خرجت)** فأنت طالق، **(أو)** أرادت

ضرب العَبْد فَقَالَ: «إِن ضربتِ».. تقيَّدَ الْحِنْثُ بِالْفِعْلِ فَوْراً، فَلَو لَبِثت ثمَّ فعلَت.. لَا يَحْنَثُ.

قَالَ لآخرَ: «اجْلِسْ فتغدَّ معي»، فَقَالَ: «إِن تغدَّيتُ فَكَذَا».. لَا يَحْنَثُ بالتغدِّي لَا مَعَه وَلَو فِي ذَلِك الْيَوْم، إِلَّا إِن قَالَ: «إِن تغديتُ الْيَوْمَ».

(**ضرب العبد فقال**) رجل آخر: (**إن ضربت**) عبدك فعبدي حرّ (.. **يقيد الحنث بالفعل فوراً**)، حتى لو فعلت المرأة الخروج أو الضرب.. طلقت وعتق عبد الرّجل.

(**فلو لبثت**) ساعة بأن جلست مثلاً (**ثم فعلت**) الخروج أو الضرب (.. **لا يحنث**)، وهذه تسمى يمين فور تفرّد به أبو حنيفة، وكان الناس في القرن السابق يعملون اليمين نوعين: **مؤبّدة**: وهي أن يحلف مطلقاً، **وموقّتة لفظاً**: مثل أن يحلف أن يفعل كذا اليوم... إلى زمن أبي حنيفة، ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو: **المؤبّد لفظاً والمؤقت معنى**، وقد أخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا إلى نصرة رجل، فحلفا أن لا ينصراه، ثم نصراه ولم يحنثا، والمعتبر في ذلك هو العرف؛ فإن الحالف في العادة يقصد بهذا اللّفظ منعها عن الخرجة التي تهيأت لها، لا من الخروج على التأبيد؛ فإذا عادت.. فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين، فلا يحنث بعد ذلك وإن خرجت أو ضربت العبد.

واعلم: أن يمين الفور: إما تتقيد في الحال، أو تكون بناء على أمر حالي:

فمن الثاني: ما ذكره من المسألتين.

ومن الأول: ما ذكره بقوله: (**قال لآخر**) أي: لو أراد رجل الخروج فقال الآخر: (**اجلس فتغد معي، فقال**) ذلك الرجل: (**إن تغديت فكذا**) - أي: عبدي حر - (.. **لا يحنث بالتغدي لا معه، ولو في ذلك اليوم**) لأن كلامه خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال، فينصرف إلى الغد المدعو إليه؛ فكأنه قال: إن تغديت معك، فلم يوجد شرط الحنث، (**إلّا إن قال: إن تغديت اليوم**)؛ لأنه زاد على حرف الجواب، فيجعل

وَفِي: «لَا يركبُ دَابَّةَ فلَانٍ» فَركبَ دَابَّةَ عبدٍ لَهُ مَأْذُون».. لَا يَحْنَثُ إِلَّا إِن نَوَاهُ وَهُوَ غيرُ مُسْتَغْرِقٍ بِالدّينِ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: يَحْنَثُ مُطلقاً إِن نَوَاه، ......

كلاماً مبتدأ لا جواباً عن السؤال؛ حملاً للزيادة على الإفادة، فيحنث بالتغدي في ذلك اليوم؛ الغداء المدعو إليه أو غيره، ومعه أو بدونه.

ولو قال: عنيت الجواب.. صدّق ديانة - لأنه محتمل كلامه - لا قضاء؛ لكونه خلاف الظاهر.

وعند الشافعي: يحمل على الجواب لا الابتداء.

(**وفي: لا يركب دابة فلان فركب دابّة عبد له**) - أي لفلان - (**مأذون**)؛ مديوناً كان أو غير مديون (.. **لا يحنث**) عند أبي حنيفة ما لم ينو ركوب دابة المأذون، وأما إذا نواه.. فإليه أشار بقوله: (**إلّا إن نواه**) أي نوى ركوب دابة العبد المأذون، (**وهو غير مستغرق بالدين**)؛ فإنه حينئذ يحنث.

والحاصل: أنّ العبد إما أن لا يكون له دين أصلاً، أو يكون له دين مستغرق، أو غير مستغرق:

فإن لم ينو له.. لا يحنث مطلقاً عنده؛ لأن ملك المأذون وإن كان للمولى عنده إلا أنه مضاف إلى العبد عرفاً - يقال: دابة عبد فلان، ولا يقال: دابة فلان - وبه ورد الشرع أيضاً، فلا بدّ له من النية.

وإن نواه:

فعلى الأول والثالث: يحنث؛ لأن الملك للمولى وخصه بالنية.

وعلى الثاني [٥٧٧/أ]: لا يحنث؛ لأنه لم يبق للمولى حق فيما ملكه المأذون المديون المستغرق عنده.. فلا فائدة في النية.

(**وعند أبي يوسف: يحنث مطلقاً**) أي: في الوجوه المذكورة كلها (**إن نواه**):

أما الحنث: فلأن الملك للمولى في الحقيقة، والدين لا يمنع وقوعه له عنده.

وأما النية: فلاحتمال الإضافة إلى المولى بالإضافة إلى العبد على ما ذكرناه.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يَحْنَثُ مُطلقاً وَإِن لم يَنوِهِ.

(وعند محمد: يحنث مطلقاً، وإن لم ينوه) اعتباراً لحقيقة الملك؛ إذ الدين لا يمنع وقوعه للمولى عنده أيضاً.

واعلم: أن «مسألة الركوب» على العرف؛ فإذا حلف: لا يركب دابة فلان.. انعقد على حماره وبغله وفرسه، فلو ركب جمله أو فيله.. لا يحنث، وإن كان اسم الدابة لما يدب على الأرض؛ لأن العرف خصّصه بالركوب المعتاد، وهو ركوب هذه الأنواع الثلاثة، فيتقيد به وإن كان الجمل ممّا يركب أيضاً في الأسفار وبعض الأوقات، فلا يحنث بالجمل، إلا إذا نواه؛ وكذا الفيل والبقر إذا نواه.. حنث، وإلّا.. لا.

وينبغي إن كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضاً؛ لأن ركوبها معتاد لهم، وكذا إذا كان حضرياً جمّالاً، والمحلوف على دابّته جمّال.. دخل في يمنيه بلا نية.

وإذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة، فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلاً.. لا يصدّق ديانة ولا قضاء؛ لأن نية الخصوص.. لا تصح في غير اللّفظ.

ولو حمل على دابّته مكرهاً.. لا يحنث على وزان ما تقدّم.

ولو حلف لا يركب مركباً ولا نية له.. حنث بكلّ مركب؛ سفينة أو محمل أو دابة.

ولو ركب ظهر إنسان ليعبر النهر مثلاً.. ينبغي أن لا يحنث. كذا في «البحر».

* * *

(بَابُ الْيَمينِ فِي الْأَكلِ وَالشُّربِ واللّبسِ وَالْكَلَامِ)

(بَابُ اليَمينِ)
(في الأَكْلِ وَالشّرْب وَاللّبس وَالكلام)

واعلم: أن ما يصل إلى جوف الإنسان لا يخلو عن أربعة أوجه: مأكول ومشروب وممصوص وملعوق.

فالمأكول: ما يتأتى فيه المضغ والهشم؛ سواء مضغه ثم ابتلعه، أو ابتلعه بلا مضغ، حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها من غير مضغ.. سمّي أكلاً؛ لأن معناه إيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى الجوف وإن ابتلعه بلا مضغ على ما صرّحوا به في كتب هذا الفن.

وأما في «المصباح»: من أن الأكل حقيقة بلع الطعام بعد مضغه.. فبلع الحصاة ليس بأكل حقيقة. انتهى.

فمعناه: بلع الطعام بعد أن كان مما يمضغ، ويشعر هذا المعنى تفريعه بقوله: «فبلع الحصاة».

والمشروب: ما لا يتأتى فيه ذلك؛ كالماء والنبيذ واللبن، فلو حلف: لا يأكل لبناً فشربه.. لم يحنث، ولو حلف: لا يشربه فثرد فيه وأكله.. لم يحنث.

والممصوص: هو ما يحصل بعلاج اللهات، فلو حلف: لا يأكل عنباً أو رمّاناً فمصّه ورمى ثفله وابتلع ماءه.. لم يحنث؛ لا في الأكل ولا في الشرب [٥٧٧/ب].

والملعوق: هو ما يتناول باللحس بالإصبع والشفاه. كذا في «العناية».

فالوصول إلى الجوف معتبر في مفهوم كلّ من هذه الأربعة، فبقي المذوق وهو من مسائل هذا الباب.

فإن قيل: يجوز أن يكون المراد بالملعوق هو المذوق.

فَلَو حَلَف: لَا يَأْكُلُ مِن هَذِهِ النَّخْلَةِ.. فَهُوَ على ثَمَرِهَا ودُبسِها غيرِ الْمَطْبُوخِ،

قلنا: قد عرفت أن الوصول إلى الجوف معتبر في مفهوم الملعوق، وليس بمعتبر في مفهوم المذوق؛ لأن المذوق؛ إما عبارة عن عمل الشفاه، أو عن عمل الفم لمجرد معرفة الطعم؛ وصل إلى الجوف أو لم يصل، على الاختلاف في تفسيره على ما في «فتح القدير»، وعلى التفسيرين: إن الوصول إلى الجوف غير معتبر في مفهومه، ولهذا لم يكن الذوق مفطراً، بل قيل: إن المعتبر في مفهومه عدم الوصول إلى الجوف، حتى لا يحنث بالأكل في الحلف على الذوق.

ثم هذا أصل، يتفرع عليه مسائل الباب.

وههنا أصل آخر وهو: أنه إذا عقد يمينه على أكل ما هو مأكول بعينه.. ينصرف إلى أكل عينه، وإذا عقد على ما ليس بمأكول بعينه، أو على أكل ما هو مأكول بعينه إلا أنّه لا يؤكل كذلك. عادة.. ينصرف يمينه إلى ما يتخذ منه مجازاً. كذا في «الخلاصة».

إذا عرفت هذا.. (**فلو حلف: لا يأكل من هذه النخلة**)؛ فإن نوى ما يحتمله كلامه.. فعلى ما نوى، وإلّا.. فإن كانت الشجرة مما يؤكل عينها كالرّيباس.. فعلى الحقيقة وإلا:

فإن لم تكن مثمرة.. فعلى ثمنها كشجرة الخلاف.

وإن كانت مثمرة (.. **فهو على ثمرها ودبسها غير المطبوخ**) لما أصلناه من أن اليمين متى أضيف إلى ما لا يؤكل.. ينصرف إلى ما يتخذ منه مجازاً، وههنا أضيف إلى ما لا يؤكل، ومثله لا يحلف على عدم أكله؛ لأنه ممتنع الأكل قبل اليمين، فيلغو الحلف، فوجب تصحيح كلام العاقل بصرفها إلى ما يخرج منها تجوزاً بذكر السبب وإرادة المسبب، لكن بشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة؛ لأن ما يتغير بها ويتوقف عليها.. ليس مما خرج من النخلة مطلقاً؛ ولذا عطف عليه في قوله: ﴿لِيَأْكُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ﴾ فكان في معنى «لا أكل ما يخرج من النخلة».

لَا نبيذِها وخلِّها ودُبسِها الْمَطْبُوخِ.

وعلّله بعض مشايخنا: بأن ما يحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخْلة، واليمين إنما انعقد على كلّ ما يخرج منها على وجه الابتداء؛ لكون «من» ابتدائية؛ سواء كان خرج حين الحلف أو بعده.

وفيه نظر؛ لأن «من» المذكورة داخلة على النخلة تبعيضيّة لا ابتدائية، نعم: إن «من» المذكورة في تأويله، أعني: «لا أكل مما يخرج من هذه النخلة» ابتدائية، لكنها غير مذكورة فيما نحن فيه، أعني «لا آكل من هذه النخلة»، ولهذا الشرط قيد الدبس بغير المطبوخ، والمراد بالدبس الغير المطبوخ: ما يسيل من الرطب، أي: عصيره، لا الدبس الحقيقي؛ لأنه لا يكون إلّا بالطبخ، فيكون مما يتغير بالصنعة الجديدة، فلا يحنث به.

وأشار بالنخلة إلى أنه لو حلف: لا يأكل من هذا الكرم.. فهو على عنبه وحصرمه [٥٧٨/أ] وزبيبه وعصيره.

بخلاف ما لو حلف: لا يأكل من هذا العنب.. لا يحنث بزبيبه وعصيره؛ لأن حقيقته ليست بمهجورة، فيتعلق الحلف بمسمّى العنب.

ولو حلف: لا يأكل من هذا الشجر، فقطع غصناً من هذا الشجر ووصله بشجرآخر، فأكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن.. لا يحنث، وقيل: يحنث. كذا في «الخلاصة».

(**لا نبيذها وخلها ودبسها المطبوخ**) فلو أكل شيئاً منها.. لا يحنث؛ لأنها تغيرت بصنعة جديدة، والمراد بالأكل: المضاف إلى هذه الأشياء بمعنى الشرب لما ذكرناه من الأصل الأول.

وفي «الخلاصة»: لو حلف: لا يأكل من هذه النخلة، فأكل من ثمرها أو من طلعها أو بسرها.. حنث، ولو أكل من ناطفها أو نبيذ ثمرها.. لم يحنث، ولو أكل الخلّ المتخذ من الكرم - لم يذكر في الكتاب - قالوا: وينبغي أن لا يحنث.

أَو مِن هَذِهِ الشَّاةِ.. فَهُوَ على اللَّحْم دُونَ اللَّبنِ والزُّبدِ.

وَفِي: لَا يَأْكُلُ من هَذَا الْبُسْرِ فَأكله رُطَباً.. لَا يَحْنَثُ.

وَكَذَا: من هَذَا الرُّطَبِ أَو اللَّبَنِ فَأَكَلَهُ تَمراً أَو شِيرازاً.

وفي «قاضي خان»: ولو حلف: أن لا يأكل من هذا الكرم، فأكل من عصيره أو خلّه أو ربّه أو فلاتجه أو ما أشبه ذلك.. لا يكون حانثاً.

ولو أكل من عنبه أو زبيبه أو خوخه أو كمثراه يابساً أو غير يابس.. كان حانثاً؛ لأن عين هذه الأشياء يخرج من الكرم بغير صنع العبد.

وأما القسم الأول: فلا يخرج من الكرم من غير صنع العبد. انتهى.

(أو) حلف: لا يأكل **(من هذه الشاة.. فهو على اللحم دون)** ما يخرج منها من **(اللبن والزبد)**؛ لأن عين الشاة مأكول، واليمين إذا عقد على أكل ما هو مأكول بعينه.. ينصرف إلى أكل عينه على ما أصلناه.

ولو حلف: لا يأكل من هذا العنب.. فهو على عنبه.

(وفي: لا يأكل من هذا البسر فأكله رطباً.. لا يحنث، وكذا من هذا الرطب أو اللبن فأكله تمراً أو شيرازاً).

وفي «المصباح»: الشيراز: اللبن الرائب يستخرج منه ماؤه، وقال بعضهم: لبن يغلى حتى يثخن، ثم ينشف حتى يتثقب ويميل طعمه إلى الحموضة. انتهى.

وكذا لو حلف: لا يذوق من هذا الخمر، فذاقه بعدما صار خلاً.. لا يحنث. كذا في «الخلاصة».

وهذا لأن الأصل: أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين.. يقيد بها في المعرف والمنكر؛ فإذا زالت تلك الصّفة.. زال اليمين عنه، وما لا يصح داعية.. اعتبر في المنكر دون المعرف، وصفة البسورة والرطوبة واللبنية والخمورة مما تدعو إلى اليمين؛ فإذا زالت.. زال ما عقد عليه اليمين، فأكله أكل ما لم ينعقد عليه اليمين.

وفي «الهداية»: ولأن اللبن مأكول عينه، فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه من زبده وسمنه أو شيرازه.

وقال في «شرح المجمع»: لو حلف: لا يشرب اللّبن، فأكل لبناً مصبوباً فيه الماء.. لا يحنث اتفاقاً. انتهى.

وفي «البزازية»: لا يشرب لبناً لهذه البقرة، فصبّ فيه لبنا آخر لبقرة أخرى فالإمام الثاني: يعتبر الغالب، وعند محمد: يحنث بكل حال؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده، بل يكثر.

وإن صب فيه الماء وشربه؛ إن كان اللّون والطعم للبن.. يحنث، وإن كان للماء.. لا يحنث عند الثاني.

ومحمد يعتبر الغلبة بالأجزاء، وإن تساويا [٥٧٨/ب].. يحنث استحساناً.

والخلاف فيما يمتزج.

وأما ما لا يمتزج؛ كالدهن إذا عقد يمينه عليه.. يحنث اتفاقاً. انتهى.

ومراده بالأكل ههنا بمعنى الشرب؛ لأن اللبن من المشروبات على ما ذكرناه، وبه صرّح في «الخلاصة» أيضاً، وإنما عبّر عنه بالأكل إشارة إلى أن الوصول إلى البطن معتبر في مفهومهما على ما ذكرناه، بخلاف الذوق؛ فإن الوصول ليس بمعتبر في مفهومه.

ففي «الخلاصة» عن «المحيط»: فيمن حلف: لا يذوق فأكل أو شرب.. يحنث، ولو حلف لا يأكل أو لا يشرب.. لا يحنث بالذّوق.

وروى هشام: حلف: لا يذوق، فيمينه على الذوق حقيقة، وهو أن لا يوصل إلى جوفه، إلا أن يتقدّمه كلام يدلّ عليه؛ نحو أن يقول رجل: تعال تغد معي، فحلف: لا يذوق طعاماً ولا شراباً.. فهذا على الأكل والشرب. انتهى.

فظهر منه: أن بين الذوق وبين الأكل والشرب عموماً وخصوصاً مطلقاً.

بِخِلَافِ لَا يُكلِّمُ هَذَا الصَّبِيَّ فَكَلَّمهُ شَابّاً أَو شَيخاً، أَو لَا يَأْكُلُ لحم هَذَا الْحَمَلِ فَأَكَلَهُ كَبْشاً.

وَفِي: لَا يَأْكُل بُسراً فَأَكَلَهُ رُطَباً.. لَا يَحْنَثُ، وَلَو أكل مُذَنِّباً.. حَنِثَ.

وَكَذَا لَو أَكَلَهُ بَعْدَمَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ رُطَباً، وَقَالا: لَا يَحْنَثُ فيهمَا.

(**بخلاف: لا يكلّم هذا الصّبي فكلّمه شاباً أو شيخاً، أو لا يأكل لحم هذا الحمل**) - هو بفتحتين: ولد الشاة - (**فأكله كبشاً**) دفع لما يرد نقضاً على القاعدة المذكورة بأن الصّبى في الصبي والصّغر في الحمل وصفان داعيان إلى اليمين فيتقيد اليمين بهما، فينبغي أن لا يحنث بعد زوالهما مع أنه يحنث.

ووجه الدفع: سلّمنا أن الصبيّ وصف داع إلى اليمين؛ لكونه مظنة السفه، وأن القاعدة المذكورة تقتضي ذلك، لكن الشرع أسقط اعتباره حيث نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام، وقال: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا...» الحديث، والمهجور شرعاً كالمهجور عادة.. فانعقدت اليمين على الذات بدون الوصف، والذات موجودة حالة الشيخوخة فيحنث.

وأما وصف الصفة في الحمل.. فلا نسلم أنه داع إلى اليمين؛ فإن الممتنع عنه أكثر امتناعاً من لحم الكبش، وإذا لم يكن داعياً إليه.. لم يتقيد به؛ فانعقدت على ذاته، فيحنث به كبشاً لوجود ذاته فيه.

(**وفي: لا يأكل بسراً**) - أي بالتنكير؛ لأن حكم المعرف تقدّم - (**فأكله رطباً.. لا يحنث**) لما مر من أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين.. تقيد بها في المعرف والمنكر؛ فإذا زالت.. زال اليمين، وصفة البسورة ما تدعو إلى اليمين.

(**ولو أكل مذنباً**) بكسر النون، وهو ما بدا الإرطاب من قبل ذنبه، وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة، فتفسيره: وهو الذي عامته بسر، وفيه شيء من الرطب (**..حنث، وكذا لو أكله**) أي المذنب (**بعدما حلف لا يأكل رطباً، وقالا: لا يحنث فيهما**)، هذه المسألة على وجوه:

منها: أنه حلف: لا يأكل بسراً فأكله رطباً.. فلا يحنث بالاتفاق لما ذكرناه، وكذا في عكسه.

ومنها: أنه حلف: لا يأكل بسراً فأكل بسراً مذنباً.. حنث بالإتفاق.

ومنها: أنه حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً مذنباً.. حنث عند أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف.

ومنها: أنها حلف لا يأكل رطباً فأكل رطباً مذنباً.. حنث بالاتفاق.

ومنها: أنه حلف [٥٧٩/أ]: لا يأكل رطباً فأكل بسراً مذنباً.. حنث عند أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف، وقول محمد مع أبي حنيفة على رواية «الهداية»، ومع أبي يوسف على رواية «الإيضاح» وشروح «الجامع الصغير» و«الكبير» و«المبسوط» في الخلافيتين، وعبارة المصنف ظاهرة.

وجه الاتفاقية: أن البسر المذنب والرطب المذنب: رطب.

ووجه أبي حنيفة في الخلافية: أن البسر المذنب ما يكون في ذنبه قليل رطب، والرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر، ليكون آكلهما آكل البسر والرطب؛ فيحنث في الصّورتين وإن كان أحدهما غالباً والآخر مغلوباً، ألا ترى أنه لو ميزه فأكله.. حنث بالاتفاق؛ فكذا إذا أكله مع غيره.

فإن قيل: هذا مشكل بما إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء، والماء غالب فشربه.. لم يحنث وإن شرب المحلوف عليه وزيادة.

قلنا: إن اللبن لما صبّ فيه الماء شاع في جميع أجزائه وصار مائعاً؛ فصار مستهلكاً، فلا يكون مقصوداً بالشرب، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن كلاً من الغالب والمغلوب مقصود.

وَلَو أَكَلَهُ بعدَ حَلِفِهِ لَا يَأْكُلُ رطباً وَلَا بُسراً.. حَنِثَ اتِّفَاقاً.

ولأبي يوسف: أن البسر المذنب يسمى بسراً، والرطب المذنب رطباً؛ فإذا حلف لا يأكل بسراً وأكل الرطب المذنب أو بالعكس.. فقد أكل الرطب لا البسر وبالعكس.. فلا يحنث.

(**ولو أكله**)؛ أي: المذنب من البسر أو الرطب (**بعد حلفه لا يأكل رطباً، ولا بسراً.. حنث اتفاقاً**) لوجود شرط الحنث؛ لأن في كلّ من المذنبين رطباً وبسراً، فيحنث بالأكل أيّهما كان.

فإن قيل: قد تقدم أن البسر المذنب بسر لا رطب، والرطب المذنب رطب لا بسر عند أبي يوسف؛ فإذا أكل البسر المذنب.. صار آكلاً البسر فقط، وإذا أكل الرطب المذنب.. صار آكلا الرطب فقط عنده، وشرط الحنث في مسألتنا أكلهما معاً، فكيف تكون المسألة اتفاقية؟!

قلنا: سلّمنا ذلك، لكن لا نسلم أن شرط الحنث ههنا وجود أكلهما معاً، بل يكفي في الحنث وجود أكل واحد منهما على ما في «الخلاصة» من أنه لو حلف لا يذوق طعاماً ولا شرباً فذاق أحدهما.. يحنث. انتهى.

فإذا أكل البسر المذنب لا خلاف في حصول أكل البسر؛ وكذا في الرطب المذنب، وقدّمنا بعض ما يتعلق بهذه المسألة في باب تعليق الطلاق، ولنذكر بعضاً منها تكميلاً للفائدة:

ففي الفصل التاسع من أيمان «الخلاصة» نقلاً عن «البحر»: حلف: لا يكلم فلاناً وفلاناً.. لا يحنث حتى يكلّمهما؛ فلو نوى الحنث بأحدهما.. يحنث، وإن لم تكن له نية.. اختلفوا: قال صاحب «المحيط»: والمختار: أنه لا يحنث حتى يكلّمهما، ثم قال فيها: إنه لو حلف لا يكلم فلاناً أو فلاناً فكلّم أحدهما.. يحنث.

وكذا لو قال: لا يكلم فلاناً ولا فلاناً، فكلم أحدهما.. يحنث.

ولو قال: والله لا أكلم فلاناً يوماً ويومين وثلاثة.. فهذا على ستة أيّام.

وَفِي: لَا يَشْتَرِي رُطَباً فَاشْترى كِبَاسَةَ بُسرٍ فِيهَا رُطَبٌ.. لَا يَحْنَثُ؛ كَمَا لَوِ اشْترى بُسراً مذَنَّباً.

وَفِي: لَا يَأْكُلُ لَحْماً أَو بيضاً، فَأكلَ لحمَ سمكٍ أَو بيضَهُ.. لَا يَحْنَث.

ولو قال: لا أكلمه لا يوماً، ولا يومين، ولا ثلاثة أيام.. فهذا على ثلاثة أيّام.

ثم قال نقلاً عن «المحيط»: إذا حلف بالطلاق أن لا يذوق [٥٧٩/ب] طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما.. لا يحنث.

قال الفضلي: إن كان له نية، وإن لم يكن له نية.. فالجواب كما في الكتاب.

ثم قال في الفصل الثاني عشر: لا يذوق طعاماً ولا شراباً، فذاق أحدهما.. يحنث، ولو قال: لا أذوق طعاماً وشراباً، فذاق أحدهما.. لم يحنث، فقوله: «يحنث» في الفصل الثاني عشر محمول على ما إذا لم تكن له نية كما قال الفضلي.

وقال في «مختارات النوازل»: حلف: لا يذوق طعاماً ولا شراباً، فذاق أحدهما.. حنث، وقيل: لا يحنث إن نوى الكل، وعليه الفتوى. انتهى.

(**وفي: لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر فيها رطب.. لا يحنث**) - الكباسة: عنقود النخل - (**كما لو اشترى بسراً مذنباً**)؛ لأن الشراء يصادف الجملة، فيعتبر الغالب، والمغلوب تابع له، بخلاف الأكل؛ فإنه يصادف المأكول شيئاً فشيئاً، فيكون كل من الغالب والمغلوب مقصوداً على ما مر؛ فصار هذا نظير من حلف لا يشتري لبناً أو صوفاً، فاشترى شاة لها لبن أو صوف.. حيث لا يحنث؛ لأن بائعه لا يسمّى بائع اللبن أو الصّوف؛ وكذا مشتريه.

(**وفي: لا يأكل لحماً أو بيضاً فأكل لحم سمك أو بيضه.. لا يحنث**) في الاستحسان إن لم تكن له نية؛ لأن اللّفظ إذا أطلق.. يتناول الكامل من أفراده لا القاصر، ولحم السمك وبيضته فيه قصور؛ لأن اللحم من الالتحام، والالتحام بالاشتداد، والاشتداد بالدم، والدم في السمك ضعيف، ولهذا سكن في الماء، فخرج

وَكَذَا فِي الشِّرَاء.

وَلَو أكلَ لحمَ إِنْسَانٍ أَو خِنْزِيرٍ.. حَنِثَ.

من إطلاق اللحم، حتى كان بحيث لا يفهم منه إلا بقرينة في العرف، ومبنى الأيمان على العرف لا على إطلاقات القِران عندنا على ما مر.

وأما إذا كان له نية فأكل سمكاً طريّا أو مالحاً.. حنث؛ لأنه من محتملات كلامه.

حلف لا يأكل لحماً فأكل من مرقه.. لا يحنث، إلا إذا كان نواه. كذا في «فتح القدير».

(**وكذا في الشراء**) كذا في «الشافي» و«الاختيار».

لكن قال في «الخلاصة» و«البزازية»: الأصح أن يفرق بين الأكل والشراء، حتى لو حلف لا يأكل لحماً فأكل شيئاً من الرؤوس.. يحنث، بخلاف ما لو حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً مشوياً.. لا يحنث.

وقال في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: الرأس والأكارع لحم في يمين الأكل، وليس بلحم في يمين الشراء.

(**ولو أكل لحم إنسان أو خنزير.. حنث**)؛ لأنه لحم حقيقي إلا أنه حرام، واليمين قد تعقد للمنع من الحرام.

وقال العتابي: إنه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمي، وقال «الكافي»: وعليه الفتوى.

وقال الزيلعي راداً عليه: وكأنه اعتبر فيه العرف، ولكن هذا عرف عملي.. فلا يصلح مقيداً، بخلاف العرف اللفظي، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة.. لا يحنث بالركوب على الإنسان المعرف اللفظي؛ فإن اللفظ عرفاً لا يتناول إلا إلى الكراع وإن كان في اللغة يتناوله، ولو حلف لا يركب حيواناً.. يحنث بالركوب على إنسان؛ لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان، والعرف العملي لا يصلح مقيداً. انتهى.

وَكَذَا لَو أَكَلَ كَبِداً أَو كَرِشاً، وَالْمُخْتَار: أَنهُ لَا يَحْنَثُ بهما فِي عرفنَا، كَمَا لَو أَكَلَ إليةً.

وَفِي: لَا يَأْكُل شحماً.. يتَقَيَّدُ بشحمِ الْبَطنِ، فَلَا يَحْنَثُ بشحمِ الظّهْرِ خلافاً لَهما، ....

وردّ في [٥٨٠/أ] «فتح القدير» بقول الأصوليين: الحقيقة تترك بدلالة العادة؛ إذ ليست العادة إلا عرفاً علينا. انتهى.

ثم إنه أشار بإطلاقه إلى أنه يحنث بأكله نيئاً وفيه اختلاف:

ففي «الأصل»: لو حلف لا يأكل لحماً ولا نية له.. لا يحنث بأكل السّمك، ويحنث بأكل لحم الإبل والغنم والطيور؛ مطبوخاً أو مشوياً أو قديداً.

وحكم صاحب «الخلاصة» و«البزازية»: أن هذا عن محمد، إشارة إلى أنه لا يحنث بأكل النيئ، وبه قال أبو بكر الإسكاف وعليه الفتوى.

وقال الفقيه أبو الليث: إنه يحنث.

(**وكذا أكل كبداً أو كرشاً**)، وفي «المصباح»: الكرش الذي الخف والظّلف: كالمعدة للإنسان، ولليربوع والأرنب كرش أيضاً. انتهى.

(**والمختار: أنه لا يحنث بها في عرفنا**)؛ لأنه لا يعدّ لحماً؛ احترازاً عما قيل: إنه يحنث في عرف أهل الكوفة؛ لأنه لحم حقيقة عندهم؛ فإن نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم.

(**كما لو أكل إلية**) أو شحم البطن، هذا بالإجماع؛ لأنه ينفي عنه اسم اللحم، ولا يستعمل استعماله، وأما لو أكل الحمرة التي في وسط الإلية.. حنث؛ لأنه لحم.

(**وفي: لا يأكل شحماً.. يتقيد بشحم البطن**) عند أبي حنيفة.

وكذا في: لا يشتري شحماً.. يتقيد بشحم البطن.

(**.. فلا يحنث بشحم الظهر**)، وهو الذي خالطه لحم.

(**خلافاً لهما**) قالا: يحنث في شحم الظهر أيضاً؛ لوجود خاصية الشحم فيه،

وَلَو أَكل أَليةً أَو لَحماً.. لَا يَحْنَثُ اتِّفَاقاً.

وَفِي: لَا يَأْكُل من هَذِه الْحِنْطَة.. يتَقَيَّد بأَكلها قَضماً، فَلَا يَحْنَثُ بِأَكْلِ خُبزِها، خلافاً لَهما.

وهو الذوب بالنار.

ولأبي حنيفة: أنه لحم حقيقة، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم، وتحصل به قوّته، ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم، ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم.

(ولو أكل ألية أو لحماً.. لا يحنث) أي في حلفه لا يأكل شحماً (اتفاقاً)؛ لأنه نوع ثالث حتى لا تستعمل استعمال اللحوم والشحوم.

(وفي لا يأكل من هذه الحنطة يتقيد بأكلها قضماً)، القضم: الأكل بأطراف الأسنان، وإنما وضع المسألة في الحنطة المعينة؛ لأنه إذا عقد يمينه على أكل حنطة لا بعينها.. ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما على ما في «العناية».

(فلا يحنث بأكل خبزها، خلافاً لهما) هذه المسألة على أوجه:

أحدها: ينوى حباً.. لا يأكل حبها كما هي، فأكل من خبزها أو سويقها.. لا يحنث بالاتّفاق؛ لأنه أراد حقيقة فيتقيد اليمين بها.

والثاني: أن ينوي أن لا يأكل ما يتخذ منها.. لا يحنث بأكل عينها كذلك.

والثالث: وهو مسألة الكتاب: أن لا تكون له نية؛ فأكل من خبزها.. لم يحنث عنده، خلافاً لهما.

له: أن الحقيقة المستعملة أولى عنده من المجاز المتعارف، فيحمل على الأكل قضماً.

ولهما: أن المجاز المتعارف أولى منها، فيحمل على أكل ما فيها على ما في «الأصول».

وَفِي: لَا يَأْكُلُ مِن هَذَا الدَّقِيقِ.. يَحْنَثُ بخُبزِهِ لَا بِسَفِّهِ فِي الصَّحِيحِ.

وَالْخبْزُ: يَقعُ على مَا اعتادَهُ أَهلُ مِصرِهِ؛ كخبزِ الْبُرِّ وَالشَّعِيرِ، فَلَا يَحْنَثُ بِخُبْزِ القطائفِ أَو خُبزِ الْارُزِّ بالعراقِ، إِلّا إِذا نَوَاه.

ولو قضمها.. حنث عندهما على الصحيح؛ لعموم المجاز؛ كما إذا حلف: لا يضع قدمه في دار فلان.. حنث في الدخول؛ راكباً أو ماشياً، حافياً أو متنعلاً.

(وفي لا يأكل من هذا الدقيق.. يحنث بخبزه) بالاتفاق؛ لأن عينه غير مأكول، فكانت الحقيقة متعذرة، فيصار إلى المجاز وهو ما يتخذ منه.

(لا بسفه) - يقال: استفه [٥٨٠/ب] أي: أكل من غير مضغ - (في الصّحيح) احترازاً عن قول مشايخ أنه يحنث؛ لأنه أكل الدّقيق حقيقة، والحقيقة لا تسقط بالعرف.

قلنا: لا نسلم أن الحقيقة لا تسقط بالعرف المعتبر؛ كمن قال لأجنبية: إن نكحتك فعبدي حرّ، فزنى بها.. لم يحنث؛ لأن يمينه لمّا انصرف إلى العقد بالعرف.. لم يتناول حقيقة الوطء.

(والخبز يقع على ما اعتاده أهل مصره كخبز البرّ والشعير) وهو المتعارف في أكثر البلدان، (فلا يحنث بخبز القطائف)؛ لأنه لا يسمّى خبزاً مطلقاً، إلا إذا نواه؛ لأنه من محتملات كلامه.

(أو خبز الأرز) - هكذا وقع بكلمة «أو»، ولو عطفه بالواو.. لكان أولى - (بالعراق)؛ لأنه غير متعارف عندهم، ولو كان في طبرستان.. يحنث بخبز الأرز للتعارف فيها، (إلّا إذا نواه) فحينئذٍ يحنث؛ لأنه من محتملات كلامه.

وفي «الخلاصة» عن محمّد فيمن حلف على ما لا يؤكل: أن لا يأكله؛ فاشترى به ما يؤكل فأكل.. حنث، ولو حلف على ما يؤكل؛ فاشترى به ما يؤكل فأكله.. لا يحنث.

والشِّواءُ: على اللَّحْمِ لَا على الباذنجانِ أَو الجَزَرِ أَو الْبيضِ، إِلّا إذا نَوَاه.

والطَّبْخُ: على مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ بِالْمَاءِ وعَلى مرقِهِ، إِلّا إِذا نوى غيرَ ذَلِكَ.

وَالرَّأْسُ: على مَا يُبَاعُ فِي مِصرِهِ ويُكْبَسُ فِي التَّنانيرِ.

(**والشواء: على اللحم لا على الباذنجان أو الجزر**) بالجيم والزاي المعجمتين المفتوحتين: أصل نبات ينبته الإنسان ويبيعه في الأسواق، حمرة اللون وهو معروف، (**أو البيض**) المشويين؛ لعدم تبادرها عند الإطلاق، (**إلا إذا نواه**) لاحتماله، وفيه تشديد على نفسه، ولا يدخل فيه السمك المشوي أيضاً على ما في «الخلاصة»، إلا إذا نواه.

(**والطبخ: على ما يطبخ من اللّحم بالماء، وعلى مرقه**) للعرف فيه، والأيمان مبنية عليه.

وفي «الخلاصة»: لو حلف: لا يأكل طبيخاً؛ فإن لم يكن له نية.. فهو على اللّحم خاصة، وإن كان له نية.. فعلى ما نوى.

وذكر القدوري: إن هذا الاسم يجعل على اللحم الذي يجعل في الماء ويطبخ، إلا إذا نوى غيره، والغلية التي لا مرق لها ليست بطبيخ، ولو أكل المرق.. يحنث، ولو طبخ الأرز بودك.. فهو طبيخ، ولو طبخ بسمن أو زيت.. فليس بطبيخ، والطبيخ يقع على اللحم والمرقة.

قال ابن سماعة: الطبيخ يقع على الشحم أيضاً. انتهى كلام «البزازية».

فكلام المصنف بناء على ما ذكره القدوري.

(**إلا إذا نوى غير ذلك**) مما يطبخ؛ لاحتماله ذلك.

(**والرأس: على ما يباع في مصره ويكبس في التنانير**) فسره في «الجامع الصغير»: برؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة، وبرؤوس الغنم خاصة عندهما، وقيل: هذا اختلاف عصر.

والفاكهـةُ: علـى التُّفَّـاحِ والبطيـخِ والمشـمِشِ، وَعِنْـدَهُمَا: علـى الْعِنَـبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَّانِ أَيْضاً، وَلَا تقعُ على القِثَّاءِ وَالْخِيَارِ اتِّفَاقاً.

(**والفاكهة: على التفاح والبطيخ والمشمش**) عند أبي حنيفة، (**وعندهما: على العنب والرطب والرمان أيضاً**) حتى يحنث بأكلها في حلفه لا يأكل الفاكهة بلا نية؛ لأنها اسم لما يتفكه بعد الطعام أو قبله، أي يتنعّم به، وهذا المعنى موجود فيها فإنها الفواكه، ولأبي حنيفة: إن كلاً منها وإن كان فاكهة لغة وعرفاً.. إلا أن فيه معنى زائداً على التفكه وهو التلذذ والتنعم، أعني: الغذائية وقوام البدن في العنب والرطب، والتداوي في الرمان، فهذه الزيادة يخصّها من مطلق اسم الفاكهة، فلا ينصرف إليها بدون النية [٥٨١/أ].

(**ولا تقع على القثاء والخيار اتفاقاً**)؛ لعدم معنى التفكه فيها؛ لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً.

وذكر في «المحيط»: لو حلف: لا يأكل فاكهة، ولا نية له.. أجمعوا: أنه لو أكل تيناً أو مشمشاً أو خوخاً أو سفرجلاً أو إجاصاً أو كمثّرى أو تفّاحاً.. يحنث.

وأجمعوا أيضاً: أنه لو أكل خياراً أو قثاء أو جزراً.. لا يحنث.

ولو أكل عنباً أو رمّاناً أو رطباً.. لا يحنث عنده خلافاً لهما.

قال محمد في «الأصل»: التوت والبطيخ فاكهة، واختاره القدوري والحاكم الشهيد.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: إن البطيخ ليس من الفواكهه.

وقال أبو حنيفة: ليس الباقلاء والسمسم من الثمار.

وفي «المحيط»: إن اليابس من أثمار الشجر فاكهة إلّا البطّيخ؛ فإنه لا يعتاد يابسه فاكهة، فلا يكون رطبه فاكهة، وإنما اختار المصنف كونها فاكهة لوجود معنى التفكه فيه على ما عرفت، وعليه جرى العرف.

والإدامُ: على مَا يُصطَبَغُ بِهِ؛ كالخلِّ وَالزَّيْتِ وَاللَّبنِ، وَكَذَا الْمِلحِ، لَا اللَّحْمِ وَالْبيضِ والجُبنِ إِلّا بِالنِّيَّةِ. وَعندَ مُحمَّد: هِيَ إدامٌ أَيْضاً.

ولو حلف: لا يأكل هذا الجدحة فأكلها بعدما صارت بطيخاً.. لا يحنث؛ كما لا يأكل هذا العنب فأكله بعدما صار زبيباً.

ولو حلف: لا يأكل عنباً، فلاكه ورمى قشره وابتلع ماءه وحبه.. حنث، ولو ابتلع ماءه فحسب ورمى قشره وحبّه.. لم يحنث؛ لأنه شرب.

ولو حلف لا يأكل جوزاً، فأكل منه رطباً أو يابساً.. يحنث.

وكذا اللوز والفستق والتين ونحوه.

ولو حلف: لا يأكل هذه الرمانة، فأكل كلها إلّا حبة منها.. بز في يمينه، إلا أن ينوي الكل. ذكره في «الأصل».

ولو حلف: لا يأكل من ثمار العام؛ فإن كان في أيّام الفاكهة الرطبة.. فعلى الرطب؛ فإن أكل اليابس.. لم يحنث، وإن كان في غير وقتها.. فعلى اليابس استحساناً للعرف على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

(**والإدام: على ما يصطبغ به**) على بناء المفعول، افتعل من الصبغ بالغين المعجمة، وفي «المصباح»: والصبغ ما يصبغ به الخبز في الأكل، ويختص بكلّ إدام مائع كالخل ونحوه. انتهى.

(**كالخل والزيت واللبن، وكذا الملح**)، وكذا الثريد (**لا اللحم والبيض والجبن إلّا بالنية، وعند محمد**) وأبو يوسف معه في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية أخرى: (**هي**) أي هذه الثلاثة (**إدام أيضاً**).

ولمحمد: ما رواه ابن ماجه وابن أبي الدنيا من حديث أبي الدرداء مرفوعاً «سيدة إدام أهل الدنيا والآخرة اللّحم»؛ لأن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة، وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له، فيكون إداماً كاللحم والجبن ونحوهما.

ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً في العرف، والتبعية على نوعين:

وَالْعِنَبُ والبطيخُ ليسَا بِإِدامٍ فِي الصَّحِيحِ.

والغداءُ: الْأَكلُ فِيمَا بَينَ طُلُوعِ الْفجْرِ والزَّوالِ.

وَالْعَشَاءُ: فِيمَا بَينَ الزَّوَالِ وَنصفِ اللَّيلِ.

والسُّحورُ: فِيمَا بَين نصفِ اللَّيلِ وطلوعِ الْفجْرِ.

وَفِي: إن أكلتُ أَو شربتُ أَو لبستُ أَو كلَّمتُ أَو تزوَّجتُ أَو خرجتُ وَنوى معيَّناً.. لَا يُصدَّقُ.

حقيقية: وذلك في الاختلاط ليكون قائماً به.

وحكمية: وهي أن لا تؤكل على الانفراد.

وهذه الثلاثة تؤكل منفرداً، فلا تكون تبعاً أصلاً، بخلاف نحو الزيت والخل؛ فإنه لا يؤكل منفرداً، بل يشرب؛ فإن نوى ذلك.. يكون إداماً بالنية للاحتمال، وفيه تشديد على نفسه، وحديث أبي الدّرداء سنده ضعيف، فيه سلمان بن عطاء عن سلمة الخدري [٥٨١/ب]، وقد قال ابن حبّان في سلمان: إنه يروي عن سلمة أشياء موضوعة، وما أدري التخليط منه أو من سلمة.

(**والعنب والبطّيخ ليسا بإدام في الصحيح**) على ما في «الهداية»، وأجمعوا عليه على ما في «الخلاصة».

وكذا التمر ليس بإدام.

(**والغداء: الأكل فيما بين طلوع الفجر والزوال، والعشاء**): الأكل (**بين الزوال ونصف الليل، والسحور**): الأكل (**فيما بين نصف الليل وطلوع الفجر**)؛ لأنه مأخوذ من السّحر، وهذه الأسماء اسم لما يؤكل في ذلك الوقت، ثم سمّي بها الأكل في ذلك الوقت مجازاً، فيحنث بالفعل الواقع فيها لا غير.

(**وفي: إن أكلت أو شربت أو لبست أو كلمت أو تزوجت أو خرجت ونوى معيناً**) بأن قال: نويت الخبز أو اللحم مثلاً (.. **لا يصدّق**) أصلاً، لا قضاء ولا ديانة،

بل يحنث بأكل وشرب ولبس وكلام: وعند الشافعي - وفي رواية عن أبي يوسف واختاره الخصاف -: تصحّ نيّته ديانة بناء على جواز عموم المقتضى عندهم.

قلنا: إن النية إنما تصح في الملفوظ؛ لأنها لتعيين بعض محتملات اللفظ، والخبز ونحوه غير ملفوظ.

فإن قيل: وإن لم يكن ملفوظاً، لكنه ثابت اقتضاء.

قلنا: نعم، إلا أن المقتضي لا عموم له، فلغت نية التخصيص.

فإن قيل: ما الفرق بينه وبين ما إذا قال: إن خرجت فعبدي حرّ ونوى السفر.. فإنه يصدّق ديانة، مع أن السفر غير مذكور لفظاً، وبينه وبين ما إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى المساكنة في بيت واحد؛ فإن النية صحيحة مع أن المسكن غير مذكور لفظاً، حتى لو ساكن معه في الدّار لا يحنث.

أجيب عنه: بأنا لا نسلم أنه يصدّق ديانة في الأوّل، ولو سلّم.. فقوله: «إن خرجت» و«لا يساكن» فعلان يدلاّن على المصدر لغة، وقد وقع الثاني في صريح النّفي، والأوّل في معنى النّفي؛ لأنه في معنى «لا أخراج» فتناول بعمومها عدة من الخروج والسفر والمساكنة، فجاز تخصيصها، إلّا أنّه خلاف الظاهر.. فلا يدّين في القضاء. كذا في «العناية».

أقول: فيه بحث؛ لأن كلاً من الأفعال المذكورة تدل على مصادرها اللّغوية أيضاً، وقد وقعن في معنى النّفي، فيتناولن بعمومهنّ عدّة من الأكل والشرب واللبس، فلم لم يجوّز تخصيصهنّ؟!

وأيضاً: أنّ المصدر الثابت لغة - أي في ضمن العقل - هو المصدر الدال على نفس الحقيقة والماهية المجردة دون الإفراد، فلا يكون عاماً؛ إذ لا عموم في الماهية، فلا يقبل التخصيص، بخلاف المصدر في نحو «إن أكلت أكلاً أو لا آكل أكلاً»؛ فإنه نكرة في سياق النفي فتعم بالاتفاق.

وَلَو زَادَ: «طَعَاماً أَو شراباً» وَنَحْوُهُ.. صُدِّقَ ديانَةً لَا قَضَاءً.

فالحق في الجواب عندي عن الثاني: أنا لا نسلم أنه تخصيص، بل إرادة لأحد مفهوم المشترك اللفظي والمعنوي، بقرينة كونه كاملاً يفهم من الإطلاق؛ لأن المساكنة مفاعلة من السكنى، وذلك على نوعين: كامل في البيت، وناقص في الدار؛ فصح النية بالكامل.

وفي الجواب عن الأول:

إما القصر على المنع [٥٨٢/أ] المذكور على ما ذهب إليه القاضي أبو هشيم وأبو طاهر الدباس وأبو حازم القمي.

وإما أن يمنع كونه تخصيصاً أيضاً، ويدّعي أن الخروج على نوعين أيضاً: كامل وهو الخروج إلى السّفر، وناقص وهو الخروج إلى الأسواق.. فصحّ النية بالكامل.

فإن قيل: إذا لم يكن نحو «إن أكلت أو لا آكل» ونحوه ممّا ذكر عاماً.. ينبغي أن لا يحنث بكلّ أكل، مع أنه يحنث.

قلنا: إنما يحنث لوجود ماهية الأكل في كلّ فرد من أفراد الأكل، لا لعموم اللفظ أو المقتضي.

(**ولو زاد: طعاماً أو شراباً ونحوه.. صدّق ديانةً لا قضاءً**)؛ لأنه نكرة في محلّ الشرط فتعم؛ لأنه في معنى النفي، فعملت نية التخصيص فيه، إلا أنّه خلاف الظاهر.. فلا يدين في القضاء.

قال في «الكشف» و«السراج الهندي»: إذا قال: لا أشرب ماء أو الماء، أو لا آكل طعاماً أو الطعام.. يقع على الأدنى؛ لأنه اسم فرد فيقع على الأدنى المتيقن؛ لأنه الموجب في أسماء الأجناس مصدراً أو غيره، ويحتمل الكل؛ لأنه واحد اعتباري حتى يقع على قطرة ماء وذرة طعام عند الإطلاق.

ولو نوى جميع المياه والطعام.. يصدق، حتى لا يحنث أصلاً؛ لأنه نوى محتمل كلامه؛ لكونه فرداً اعتبارياً فيتعين بالنية.

وَفِي لَا يشربُ مِن دجلةَ.. لَا يَحْنَثُ بشربِهِ مِنْهَا بِإِنَاءٍ مَا لم يَكْرَعْ، خلافاً لَهما.

ثم اختلفوا فيما إذا نوى الكل: أنه يصدّق قضاء أو ديانة:

فقال شمس الأئمة: قالوا: إطلاق الجواب دليل على أنه يصدق قضاء وديانة إن كان اليمين بطلاق ونحوه بأن قال: إن شربت ماء فإمرأتي طالق؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

وقال أبو القاسم الصغار: إنه لا يصدق قضاء، وإليه يشير كلام فخر الإسلام؛ لأنه خلاف الظاهر، إذ الإنسان إنما يمنع نفسه باليمين عما يقدر عليه، وشرب كلّ الماء، وأكل كل الطّعام، وتزوج كل النساء، وشراء جميع عبيد الدنيا، والتكلم ببني آدم.. ليس في وسعه، وفيه تخفيف عليه أيضاً، فلا يصدق قضاء؛ ولأنه نوى حقيقة لا تثبت إلا بالنية؛ فصار كأنه نوى مجازاً.

فإن قيل: ينبغي أن لا ينعقد بهذه الأيمان عند إرادة الكل؛ لكونه غير متصوّر؛ كما في قوله: «لأشربن الماء الذي في الكوز»، ولا ماء فيه على ما سيأتي.

قلنا: إن شرط البر في مسألة الكوز غير متصوّر على ما سيظهر لك، وأما في هذه المسائل.. فمتصور؛ لأن عدم شرب جميع المياه وعدم أكل كل الطّعام وعدم التزوج بجميع النساء متصور، وأما لو نوى الأقدار المتخللة بين القليل والكل كنية القطرتين أو ثلاث قطرات مثلاً.. فلا تعمل هذه النية؛ لأنه عدد محض.. فلا يحتمله اللفظ، ولا تعمل النية.

(**وفي: لا يشرب من دجلة.. لا يحنث بشربه منها بإناء ما لم يكرع**) بأن يضع فاه عليها ويشرب، يقال: كرع الرجل في الماء: إذا مدّ عنقه نحوه ليشرب منه، هذا عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**) قالا: يحنث إذا شرب بإناء أيضاً [٥٨٢/ب]، ومبنى الخلاف: على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده، وعندهما: بالعكس.

فإن قيل: هل المجاز متعارف ههنا؟

وَإِن قَالَ: «من مَاءِ دجلةَ».. حنثَ بِالْإِنَاءِ اتِّفَاقاً.

قلنا: نعم؛ إن المفهوم من قولهم: «أهل قرية يشربون من دجلة»: أنهم يشربون من مائها، وأما أن الحقيقة مستعملة.. فلأن الناس يكرعون من الأنهار والأودية، ولهذا إذا كرع.. حنث بالإجماع، إلّا أنهما يقولان: حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار إرادة الحقيقة بذلك.. فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

فإن قيل: لا نسلم أن الحنث عند الإمام في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة، بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله: «لا يضع قدمه في دار فلان».. يحنث بالدخول كيفما كان، وحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالإناء أو غيره أيضاً كما هو عند الإمامين.

قلنا: إن المصير إلى عموم المجاز عند تعذر الحقيقة أو هجرانها، وقد دلّ الدّليل على كونها مستعملة، فلا مصير إليه.

وأما على قول الإمامين: لا بد من القول بعموم المجاز في الحنث بالكرع؛ لأن الحقيقة متروكة عندهما عند كون المجاز متعارفاً، هذا إذا لم تكن له نية؛ أما إذا نوى بإناء.. فيحنث به إجماعاً.

(**وإن قال: من ماء دجلة.. حنث بالإناء اتفاقاً**)؛ لأنه بعد الاغتراف بقي منسوباً إليه وهو الشرط؛ فصار كما إذا شرب من نهر صغير يأخذ من دجلة.. فإنه لم يحنث فيه اتفاقاً.

أما عنده: فلأنّ يمينه على الكرع كما عرفت.

وأما عندهما: فلأنه مثل الدّجلة في إمساك الماء، فيقطع النسبة إليها، فيخرج من عموم المجاز.

ولو حلف: لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر، فشرب منه.. لم يحنث، ولو شرب من ماء وادٍ سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستنقع.. حنث.

وَكَذَا فِي الْجُبِّ والبئرِ وَفِي الْإِنَاء بِعَيْنِه.

ولو حلف: لا يشرب من هذا الماء فانجمد فأكله.. لا يحنث؛ فإن ذاب فشرب.. حنث.

قال الفقيه أبو الليث: هذا بمنزلة ما إذا حلف لا يجلس على البساط، فجعله خرجاً فجلس عليه.. لا يحنث؛ فإن فتقه فصار بساطاً فجلس عليه.. حنث.

وفي فتاوى محمد بن الوليد: لا يحنث إذا شربه لانقطاع النسبة الأولى، لانتسابه إلى الجمد.

ولو كان ذلك في الخل.. حنث؛ لأن النسبة لا تنقطع.

ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة.. فوسطه: ما لم يطلق عليه اسم الشط، وذلك قدر ثلث النهر أو ربعه، والظاهر: أن هذا لا يتأتى في النيل؛ لأن الشط ينتفي قبل الربع أيضاً لسعته.

حلف لا يشرب في دار فلان شيئاً فأكل فيها شيئاً.. قال محمد: يحنث، وقال الصدر الشهيد: والمختار عندي: أنه لا يحنث، إلا إذا نوى جميع المأكولات.

والقاضي الإمام يوفق بين الجوابين فقال: إن كان اليمين بالفارسية.. فكما قال محمد بن سلمة [٥٨٣/أ]، وإن كانت بالعربيّة.. فكما قال الصّدر الشهيد.

حلف لا يشرب في هذه القرية، فشرب في كروم هذه القرية؛ إن كانت الكروم في العمران أو في كرم متصل بالعمران.. يحنث؛ لأن القرية اسم للعمران. كذا في «الخلاصة».

(**وكذا في الجب والبئر، وفي الإناء بعينه**)، الظاهر: أنه قيد لكلّ من الثلاثة لا للأخير فقط على ما يشعر به إعادة كلمة «في»، يعني: لو حلف لا يشرب من هذا الجب، أو من هذا البئر، أو من هذا الإناء، أو من هذه الجرّة، فأخذ الماء من الجب والبئر والإناء بإناء وشربه.. لا يحنث في قول أبي حنيفة ما لم يضع فاه على الجب

أو البئر أو الإناء أو الجرة، ويحنث عندهما بالشرب منها بأيّ وجه كان على ما مرّ في مسألة الدّجلة.

وفي «قاضي خان»: قيل: هذا الخلاف إن كان الجب أو البئر أو الإناء ملآنا، وإن لم يكن ملآنا فاغترف منه بيده أو أخذه بإناء فشرب.. حنث بالاتفاق؛ لأنه حينئذ يتعين المجاز؛ لعدم إمكان الحقيقة، ولو تكلف بالكرع عند عدم إمكان الكرع.. لا يحنث؛ لعدم جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز.

ولو قال: من ماء الجب، أو من ماء البئر، أو من ماء الإناء.. يحنث بشربه بالإناء اتفاقاً كما في ماء الدجلة، حتى لو تحوّل ماء هذا الجب أو البئر أو الإناء إلى جب آخر وشرب منه.. حنث أيضاً؛ لعدم انقطاع نسبته إلى الجب الأول بالتحول إلى آخر، بخلاف ما لو قال: لا يشرب من هذا الجب، فتحوّل ماء هذا الجب إلى جب آخر فشرب.. لا يحنث بالإجماع، لانقطاع النسبة إلى الأول. كذا في «الفتاوى».

ولو حلف: لا يشرب ماء زمزم، فشرب ماء زمزم بأي وجه كان.. يحنث، وإن صبّ ماء زمزم في ماء آخر.. يعتبر فيه الغالب.

ولو حلف: أن لا يشرب هذا الماء العذب، فصب في ماء مالح، فغلب المالح فشربه.. لا يحنث؛ وكذا لو حلف على المالح فصبه على العذب.

ولو حلف: لا يشرب لبن المعز، فأخذ لبن المعز وخلطه بلبن الضأن، ولبن الضأن غالب فشربه.. لا يحنث، ولو حلف على معز بعينها أن لا يشرب لبنها، فخلط لبنها بلبن الضأن ولبن الضأن غالب، ثم شربه.. كان حانثاً، بخلاف غير المعين.

ولو حلف: أن لا يشرب اللبن، فخلط لبن النعم بالماء؛ إن ظهر لون اللبن وطعمه.. كان حانثاً.

ولو حلف أن لا يشرب ماء فراتاً، فشرب ماء عذباً من دجلة أو نحوها.. كان حانثاً.

وَإِمْكَانُ الْبِرِّ شَرطُ صِحَّةِ الْحَلِفِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ،..................

ولو حلف: لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات.. فعلى ما تقدم في دجلة اتفاقاً واختلافاً.

وفي «البحر»: لو نوى بقوله: «لا أشرب من الفرات»: ماء الفرات.. قيل: تصح نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن الشرب لا يتحقق بدون الماء، فكان الماء مضمراً فيه.

وقيل: لا تصح نيته؛ لأنه نوى تعميم المقتضي؛ فإن الماء غير ملفوظ به، والمقتضي لا عموم له.

ثم قال نقلاً عن «المجتبى»: ولجنس هذه المسائل أصل حسن [٥٨٣/ب]، وهو: أنه متى عقد يمينه على شيء ليس له حقيقة مستعملة وله مجاز متعارف.. يحمل على المجاز إجماعاً؛ كما إذا حلف: لا يأكل من هذه النخلة.

وإن كان له حقيقة متعارفة.. يحمل على الحقيقية إجماعاً؛ كمن حلف: لا ياكل لحماً.

وإن كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف.. فعنده: يحمل على الحقيقة، وعندهما: يحمل عليهما، ولكن لا بطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز، ولكن بمجاز يعمّ أفرادهما وهو الأصحّ. انتهى.

فقد صح قولهما، ولكنه خلاف المنقول في «الأصول» عنهما؛ فإنهم يقولون: إن عندهما: المجاز المتعارف أولى من الحقيقة، لا أنه يحمل عليه (**وإمكان البر: شرط صحّة الحلف**) عند أبي حنيفة ومحمّد، (**خلافاً لأبي يوسف**).

واعلم: أن تصوّر البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت، ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجود البّر، وهو قول مالك، ورواية عن الشافعي.

وعند أبي يوسف: لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة، ولا لبقاء المقيدة، وهو رواية أخرى عن الشافعي.

فَمَن حَلَفَ ليشربنَّ مَاءَ هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ...........................

وجه قولهما: أن اليمين إنما تعقد للبر حملاً أو منعاً، أو لإظهار معنى الصّدق، فكان محلّها خبراً يمكن فيه البر؛ فإذا لم يمكن البر.. فات محلّها، ولا انعقاد إلا في محلّها؛ فإن لم ينعقد.. فلا حنث، فلا كفارة.

ووجه أبي يوسف: أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الخلف؛ أعني: الكفارة، ويبنى على هذا الأصل مسائل كثيرة:

منها: ما ذكره المصنف فيما بعد.

ومنها: لو حلف ليقتلن زيداً اليوم، فمات زيد قبل مضّي اليوم.. لا يحنث عندهما، ويحنث عند أبي يوسف؛ لأنها تبقى، ويحنث في آخر جزئ من اليوم، وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت، والحالف جاهل بموته.. لا يحنث عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وإنما شرطنا جهله بموته عندهما؛ لأنه لو كان عالماً بموته.. انعقدت وحنث بالاتفاق؛ لأن اليمين انعقدت على إزالة حياة يحدثها الله تعالى فيه، بخلاف ما إذا لم يكن عالماً؛ لأنه عقدها على حياته القائمة في ظنه، والواقع انتفاؤها، فكان البر غير متصوّر كمسألة الكوز على ما سيأتي بيانها.

وكذا إذا حلف: ليأكلنّ هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل - أو ليقضينّ فلاناً دينه غداً، وفلان قد مات ولا علم له، أو مات أحدهما قبل مضي الغد، أو قضاه قبله، أو أبرأه فلان قبله - لم ينعقد عندهما، وانعقدت عند أبي يوسف.

وكذا إذا حلف: لا يعطيه حتى يأذن فلان، فمات فلان، ثم أعطاه.. لم يحنث عندهما، ويحنث عند أبي يوسف.

فلنأتِ إلى ما ذكره المصنف من فروع الأصل المذكور: (**فمن حلف ليشربنّ ماء هذا الكوز اليوم**) أو الشهر أو الجمعة.

واعلم أنّ في هذه المسألة أربع صور: صورتان في المقيدة بالوقت، وصورتان في المطلقة عن الوقت، والمصنف ذكر كلاً من هذه الصور.

وَلَا مَاءَ فِيهِ أَو كَانَ فَصُبَّ قَبلَ مَضِيّهِ.. لَا يَحْنَثُ، خلافاً لَهُ.

أما في المقيّدة: فأحدهما: ما ذكره بقوله: (**ولا ماء فيه**) [٥٨٤/أ] أي حين حلف، والثاني: ما ذكره بقوله: (**أو كان**) فيه ماء حين حلف (**فصبّ**) الماء (**قبل مضيّه**) أي مضيّ الوقت المضروب من اليوم أو الشهر أو الجمعة.

(.. **لا يحنث**) عندهما؛ سواء كان الحلف بالله أو بالطلاق أو العتاق.

أما في الصّورة الأولى: فلعدم انعقاد اليمين ابتداء؛ لعدم إمكان البر.

وأما في الثّانية: فلبطلان اليمين عند الصب؛ لأن البر في المؤقت إنما يجب في آخر الوقت، وعند ذلك يستحيل البر، فبطلت اليمين.

فإن قيل: لا نسلم أن البر محال في الصورة الثانية، بل هو متصور الوجود؛ لأن إعادة الماء المصبوب في الكوز ممكن، فينبغي أن تبقى اليمين منعقدة كما في صورة الحلف ليقتلن زيداً وهو ميّت وقت الحلف وهو عالم بموته؛ فإنها منعقدة لإمكان إعادة حياته.

قلنا: إن اليمين فيما نحن فيه انعقدت ابتداء على الماء الثابت في الكوز، وبعد الإراقة: ما بقي ذلك الماء أصلاً، فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت، والمعادة بعد الإراقة: هي خلاف ما انعقدت عليها اليمين.

وأما في مسألة قتل الميّت: فاليمين قد انعقدت ابتداء على حياة معادة في الميت بعد ما حلف مع العلم بموته، فكأنه قال: لأقتلن هذا الميت إن أعاد الله تعالى الحياة فيه، ولا يمكن أن يقدّر فيما نحن فيه: لا يشربن الماء الذي في الكوز إن خلقه الله فيه؛ لأن الماء الذي في الكوز إشارة إلى موجود؛ لكونه مشاراً إليه، وتقدير الشرط المذكور: يقتضي عدمه.

(**خلافاً له**) حيث قال: يحنث في الصورتين في آخر الوقت؛ لما مرّ من أصله من أن إمكان البر ليس بشرط لصحّة الحلف عنده.

وَكَذَا: إِن لم يَقُلِ اليوم. ....

قال في «الخلاصة»: قال لامرأته: إن لم تصل الساعة ركعتين فأنت طالق، فقامت وكبرت فحاضت.. حنث في يمينه.

قال نجم الدين: هذا الجواب مستقيم على قول أبي يوسف كما في مسألة الكوز، والصحيح: أنّها تطلق عند الكل؛ لوجود شرط الحنث وهو عدم الصلاة، وهو كما لو قالت: لله علي أن أصوم غداً، وغداً يوم حيضها.. صحّ نذرها، ولو قالت: لله عليّ أن أصوم يوم حيضي.. لا يصح.

وكذا لو قال: إن لم تصومي غداً فأنت طالق، فصامت من الغد فحاضت.. حنث في يمينه. انتهى.

أقول: الصحيح ما قاله نجم الدين؛ لأن شرط الحنث عندهما ليس عدم الصّلاة مطلقاً، بل عدم الصّلاة عمّن من شأنه الصلاة، والحائض ليست من شأنها الصلاة، فبطلت اليمين بعد انعقادها.

ومسألة نذر صوم الغد مختلف فيه؛ فإنه لا تصح في رواية عن أبي حنيفة، وهو قول زفر والشافعي على ما ذكرناه في فصل النذر، وعلى رواية صحته - وهو ظاهر الرواية -: فقياس مسألة اليمين على مسألة النذر غير مستقيم، ولو سلم أنّه مستقيم.. فمعنى صحة النذر: أنه يلزمه قضاء الصّوم [٥٨٤/ب] المنذور بعد الغد، لا لزوم صومه في الغد؛ لأن الحيض لا يمنع قضاء الصوم، فلا يبطل به النذر؛ لظهور أثره في القضاء، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه لمّا بطلت صلاتها بالحيض.. لا يلزمها قضاؤها؛ لأن الحيض كما يمنع لزوم أداء الصلاة.. كذلك يمنع لزوم قضائها، فلم يبق لليمين محلّ.. فبطلت.

(**وكذا**) أي لا يحنث عندهما، ويحنث عنده في الحال (**إن لم يقل اليوم**)، بل أطلق وقال: إن لم أشرب ماء هذا الكوز فكذا، ولا ماء فيه وقت الحلف، وأطلق عدم الحنث في الصور الثلاثة المذكورة، فشمل ما إذا علم الحالف أن فيه ماء، أو لم يعلم، أو علم عدم الماء. كذا في «العناية» و«فتح القدير».

إِلَّا إِن كَانَ فَصُبَّ؛ فَإِنَّهُ يَحْنَثُ بِالِاتِّفَاقِ.

وقيّده الإسبيجابي بعدم علمه بعدم الماء فيه؛ فإن علم.. يحنث بالاتفاق؛ لأنه إذا علم بعدمه.. وقعت يمينه على ما يخلقه الله تعالى فيه، وقد تحقق العدم.. فيحنث.

وروي عن أبي حنيفة في رواية أخرى أنه قال: لا يحنث؛ علم أو لم يعلم، وهو قول زفر. كذا في «البحر».

ويؤيّد تقييد الإسبيجابي ما سيأتي في الكتاب في مسألة «ليقتلنّ زيداً عالماً بموته»، وإلا.. فلا. هذا إحدى الصّورتين من المطلقة.

وذكر الصورة الأخرى منها بقوله: (**إلا إن كان**) أي كان فيه ماء وقت حلف (**فصبّ**) ماؤه؛ (.. **فإنه يحنث بالاتفاق**) لوجود شرط الحنث بعد انعقاد اليمين، فأبو يوسف فرّق بين المطلق والمؤقت في الصورتين، أي في صورة عدم الماء في الكوز [و]في صورة وجوده ثم صبّ:

فقال في الصورة الأولى: إنه يحنث في المطلق في الحال، وفي المؤقت يتوقف حنثه إلى الجزء الأخير من اليوم.

وفي الصورة الثانية: إنه يحنث في المطلق وقت الإراقة بلا توقف، وفي المؤقت يتوقف حنثه إلى آخر اليوم.

ووجهه: أن التّوقيت للتوسعة، فلا يجب الفعل إلّا في آخر الوقت.. فلا يحنث قبله؛ لأن الفعل الغير الممتد إذا قيد بوقت ممتد.. يلزمه في آخر جزء منه؛ لكونه ظرفاً له يتعين آخره إن لم يقارن بجزء منه قبله ليتقنه، وفي المطلق: يجب البر كما فرغ، وقد عجز.. فيحنث في الحال.

وهما فرّقا بين المطلق والمؤقت في الصورة الثانية فقط:

بأن في المطلق: يجب البر كما فرغ؛ فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين.. يحنث؛ كما إذا مات الحالف والماء باق.

أما في المؤقت: يجب البر في الجزء الأخير من الوقت المضروب، وعند ذلك لم يبق محلية البر؛ لعدم تصور إمكانه، فلا يجب البر فيه، وتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة.

فإن قيل: وجوب البر في المطلقة في الحال؛ **إما أن يكون بمعنى تعينه مضيّقاً** بحيث يحنث في ثاني الحال، فلا شك أنه ليس كذلك على ما صرح به في «فتح القدير»، **وإما أن يكون بمعنى الوجوب الموسّع إلى الموت**، فيلزمه الحنث في آخر جزء من الحياة كما في المؤقتة، ولم يبطل عند آخر جزء من الحياة في المطلقة [٥٨٥/أ].

قلنا: نختار الأوّل، وإنما لا يحنث في ثاني الحال؛ لكون العمر مع وجود المحلوف عليه ظرفاً للبر، كما أن الحج يجب عند الاستطاعة، ثم لو حج بعد سنين.. يكون أداء لا قضاء على ما مرّ ، بخلاف المؤقتة؛ فإن وجوب البر فيها لا يستقر إلّا آخر جزء من الوقت المذكور؛ فلو مات قبله أو فات المحلوف عليه.. لا يلزمه شيء؛ كالصّلاة تسقط عمّن مات قبل آخر الجزء.

واعلم أنّ في قوله: «فصب» إشارة إلى أنه لو منع كرهاً من شرب ماء هذا الكوز.. لا يحنث، وهذا لما ذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنّه لو قال: إن سكنت هذه الدّار فكذا، فوجد الباب مغلّقا بحيث لا يمكنه الفتح والخروج.. لا يحنث؛ لأن الإغلاق عذر، وليس عليه أن يثور الحائط.

وقال الفقيه: وبه نأخذ، حتّى لا يقع الطّلاق إن علّق بالسكنى فيه. وقيل: يحنث.

وأما لو منع بالقيد والحبس.. فلا يحنث بالإجماع لتحقق الإكراه حينئذ بلا شبهة، وأما كون الإغلاق إكراهاً.. ففيه شبهة؛ وكذا اختلف فيه في الحنث وعدمه.

ولو قال: إن لم أخرج منه اليوم فكذا، فقيد ومنع.. يحنث في الصحيح.

وَفِي: «ليصعدنَّ السَّمَاءَ، أَو ليطيَرنَّ فِي الْهَوَاءِ، أَو ليقلِبَنَّ هَذَا الْحجرَ ذَهَباً، وليقتلنَّ زيداً عَالماً بِمَوْتِهِ.. انْعَقَدت وَحَنِثَ للْحَالِ.

وكذا لو كانت امرأته في بيت أبيها، وقال لها: إن لم تحضري الليلة فأنت طالق، فقيدت ومنعت.. يحنث ويقع الطّلاق في الصّحيح.

والفرق بينه وبين ما سبق: أن الشرع لا يجعل المعدوم موجوداً بالكره، ويجعل الموجود معدوماً بالكره؛ فصار مسكناً لا ساكناً.

وشرط الحنث - في قوله: «إن سكنت هذه الدار» - أمر وجودي وهو السكنى فجعل معدوماً بالإكراه، وصار بارّاً في يمينه.

وفي قوله: - «إن لم أخرج» - شرط الحنث أمر عدمي، فلا يجعل موجوداً.. فيحنث.

قال لها: إن سكنت الليلة في هذه الدار فكذا، فلم تقدر على الخروج ليلاً.. لا يحنث لكونها مكرهة حكماً، بخلاف الرجل.

ولو تحقق العذر في حقه أيضاً باللص.. فهو معذور أيضاً.

(**وفي: ليصعدنّ السّماء، أو ليطيرنّ في الهواء، أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً، أو ليقتلنّ زيداً**) حال كونه (**عالماً بموته**)؛ أي: بموت زيد حين حلف (**.. انعقدت**) يمينه بالاتفاق (**وحنث للحال**)، هذا إذا حلف مطلقاً عن الوقت على ما ذكره؛ أما إذا وقت فقال: ليصعدنّ السماء غداً.. لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت، حتى لو مات قبله.. لا كفارة عليه؛ إذ لا حنث على ما في «فتح القدير».

وإذا حلف على الترك بأن قال: إن تركت مسّ السماء أو طيران الهواء فعبدي حرّ.. لم تنعقد يمينه؛ لأن الترك لا يتصور في غير المقدور، كذا في «البحر»، وهذا عند علمائنا الثلاث.

وقال زفر: لا ينعقد؛ لأنه مستحيل عادة، فأشبه المستحيل حقيقة، فلا ينعقد.

ولنا: أن البر متصور حقيقة؛ لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة في حق

وَإِن لم يعلم بِمَوْتِهِ.. فَلَا، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَفِي: لَا يتَكَلّم فَقَرَأَ الْقُرْآن أَو سبح أَو هلل.. لَا يَحْنَثُ، سَوَاءً فِي الصَّلَاةِ أَو خَارِجَهَا، هُوَ الْمُخْتَارُ.

البشر كما كان لنبينا ﷺ؛ وكذا الملائكة ، وكذلك تحول الحجر ذهباً بتحويل الله تعالى بخلعه صفة الحجرية وإلباسه صفة [٥٨٥/ب] الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصّفات، أو بإعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها بأجزاء الذهبية، والتحويل في الأول أظهر، وهذا ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق على ما بيّن في محلّه.

وكذا يمكن قتل الميت بإحياء الله تعالى ثانياً؛ لأن يمينه انعقدت على إزالة حياة يحدثها الله تعالى فيه ثانياً؛ لأنه حلف حال كونه عالماً بموته؛ فإذا كان ممكناً.. تنعقد اليمين الموجبة للكفارة، ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة؛ كما إذا مات الحالف؛ فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة، بخلاف مسألة الكوز؛ لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه.. لا يتصور، فلم تنعقد على ما بيّناه.

(**وإن لم يعلم بموته.. فلا**) تنعقد اليمين؛ لأنه حلف على إعدام حياته الموجودة حين حلف، وهي معدومة في تلك الحالة، فصار كشرب الماء الذي في الكوز، ولا ماء فيه.

(**خلافاً لأبي يوسف**) قال: تنعقد؛ لما مرّ من أصله من أنّ اليمين تنعقد موجبة للبر على وجه يظهر أثره في الحلف.

(**وفي: لا يتكلّم فقرأ القرآن أو سبّح أو هلّل أو كبر.. لا يحنث؛ سواءً في الصلاة أو خارجها، هو المختار**)؛ لأنه لا يسمّى متكلماً عرفاً، بل قارئاً ومسبّحاً.

وقيل: يحنث في خارج الصلاة بالتسبيح والتهليل والتكبير.

وفي: لا يقرأ سورة من القرآن فنظر في المصحف حتى أتى آخرها.. لا يحنث بالاتفاق، وأبو يوسف سوّى بين هذا وبين ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان.

وَفِي: لَا يكلِّمُهُ فَكَلَّمَهُ

بِحَيْثُ يسمعُ وَهُوَ.. نَائِمٌ حَنِثَ إِن أَيقظَهُ.

وَقيل: مُطلقًا.

ومحمد: فرّق، يعني: لو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر في كتابه وفهم ما فيه.. حنث في قول محمد؛ لحصول المقصود من القراءة، وهو علم ما في الكتاب، ولا يحنث على قول أبي يوسف؛ لعدم القراءة، وعليه الفتوى.

ولو قال: إن قرأت كل سورة من القرآن فعليّ أن أتصدّق بدرهم.. قال محمّد: هذا على جميع القرآن، ولا يحنث بالتسمية، إلا أن ينوي التسمية التي في سورة النمل.

ولو حلف: لا يقرأ سورة فترك حرفاً منها.. حنث، ولو ترك آية طويلة.. لا يحنث.

(**وفي: لا يكلّمه فكلّمه بحيث يسمع وهو نائم.. حنث إن أيقظه**) أي بكلامه، هكذا في رواية «المبسوط»، وعليه مشايخنا على ما في «الهداية»؛ لأنه إذا لم يتنبه.. كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته.. لا يحنث، فكذا هذا.

(**وقيل: مطلقاً**)؛ أي: عن التقييد بشرط الإيقاظ؛ لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه، لكنه لم يفهم لعارض النوم؛ فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع، لكنه لم يفهم لعارض كاشتغاله بأمر أو بصمم؛ فإنه يحنث فيه، فكذا هذا.

وذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: حلف: لا يكلم فلاناً فكلمه بعبارة لا تفهم.. يحنث، وكذا لو قال لامرأته: إن كلّمت فلاناً فأنت طالق، فكلمته بعبارة لا تفهم.. طلقت.

دلّ هذا على أن الإفهام ليس بشرط.

ثم ذكر أنه لو حلف: لا يكلّم فلاناً أبداً فكلّمه بعدما مات.. لا يحنث.

دلّ هذا على أن الإفهام شرط.

وَلَو كلَّمَ غَيرَهُ وَقصدَ إِسَمَاعَهُ.. لَا يَحْنَثُ.

وَلَو سلَّم على جمَاعَةٍ هُوَ فيهم.. حَنِثَ، ....

أقول وبالله التوفيق [٥٨٧/أ]: الفرق بينهما: أن كلامه في هاتين المسألتين وقع مع المحلوف عليه فيحنث وإن لم يفهم، وأما في هذه المسألة.. وقع كلامه مع غير المحلوف عليه؛ لأن يمينه انعقدت على الحي، والميت غير الحي، فلذلك لا يحنث، لا: لعدم الفهم والإفهام كما ظن.

حلف: لا يكلم أحداً، فجاء كافر يريد الإسلام فوصفه له وما كلمه.. لا يحنث، وليس له أن يمتنع عن وصف الإسلام بسبب الحلف؛ لأن التوصيف ليس بكلام.

حلف: لا يكلم امرأة فدخل الدار وما فيه غيرها، فقال: من فعل هذا وأين هذا؛ إن كان في الدار غيرها.. لا يحنث وإن لم يكن غيرها.. يحنث.

وإن قال: ليت شعري من فعل هذا.. يحنث وإن لم يكن في الدار غيرها.

قال: إن ابتدأتك بكلام فكذا، فالتقيا فسلم كلّ واحد منهما على صاحبه.. حنث الحالف؛ وكذا لو قال: إن كلمتك قبل أن تكلمني.

(**ولو كلم**) الحالف (**غيره**) أي غير ذلك الشخص الّذي حلف أنه لا يكلّمه (**وقصد إسماعه**) إلى ذلك الشخص (**.. لا يحنث**)؛ إذ لا يعدّ في العرف أنه كلم إليه.

لو قال لامرأته: إن شكوت عنّي إلى أخيك فأنت طالق، فجاء أخوها وعندها صبي لا يعقل، فقالت المرأة: يا صبي إنّ زوجي فعل بي كذا وكذا حتى يسمع أخوها.. لا تطلق؛ لأنها خاطبت الصبي دون الأخ.

وهذا ومسألة الحائط سواء، يعني: لو كلم حائطاً.. لا يحنث. كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(**ولو سلم على جماعة هو**) أي: المحلوف عليه (**فيهم.. حنث**) لوجود الكلام معه.

وَإِن نواهم دُونَهُ.. لَا يَحْنَثُ.

(وإن نواهم دونه.. لا يحنث) أي ديانةً، وأما في القضاء: يحنث على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

ولو قال: السلام عليكم إلا على أحد.. لم يحنث في القضاء أيضاً.

ولو سلّم من الصلاة؛ فإن كان إماماً.. قيل: إن كان المحلوف عليه عن يمينه.. لا يحنث، وإن كان عن يساره.. يحنث؛ لأن الأولى واقعة في الصلاة دون الثانية.

وقيل: لا يحنث مطلقاً؛ لأنهما في الصلاة من وجه.

وإن كان مأموماً.. فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان إماماً عندهما.

وعند أبي حنيفة: يحنث على كلّ حال. كذا في «البزازية».

وذكر في «الخلاصة»: أن الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالجواب فيما إذا كان إماماً.

وعند محمد: يحنث على كل حال، ولو قرع المحلوف عليه باب الحالف فقال الحالف كي توا.. يحنث للخطاب، وكذا لو قال: لبيتك أو لبّي بدون الكاف.

وكذا لو قال عند عطاسه: يرحماك الله.. يحنث.

واعلم: أن الكلام لا يكون إلّا باللسان لا بالإشارة ولا بالكتابة، وأما الإخبار والإقرار والبشارة.. تكون بالكتابة أيضاً.

وأما الأيماء والإظهار والإفشاء والإعلام.. تكون بالإشارة أيضاً، وإن نوى في كل من الإخبار والإقرار والبشارة والإيماء والإظهار والإفشاء والإعلام كونه بالكلام والكتابة دون الإشارة.. ديّن فيما بينه وبين الله تعالى. كذا في «فتح القدير» و«البزازية».

فلو حلف: لا يكلّمه [٥٨٦/ب].. يقتصر على المشافهة واللسان.

وكذا لو قال: لا يحدّثه.. يقتصر على المشافهة، ولو قال لا أبشره فكتب إليه.. حنث.

ولو قال: أيّ غلماني بشرني بكذا فهو حرّ، فبشره واحد ثم آخر.. عتق الأول؛ فإن بشروه معاً.. عتقوا، وإن أرسل أحدهم رسولاً؛ فإن أضاف الرسول الخبر إلى المرسل.. عتق المرسل، وإن لم يضف.. لم يعتق، فدلّ ذلك أنّ البشارة تحصل بالرّسول.

ولو قال: أيّ غلماني أخبرني بكذا فهو حرّ، فأخبره واحد ثم آخر.. عتق الأول والثاني والكاتب والمرسل، إلا أن ينوي المشافهة.. فحينئذٍ يعمل بنيته؛ لأنه نوى الحقيقة، فدلّ هذا على الفرق بين البشارة والإخبار.

وأما الإعلام: ففي نسخ «الأصل»: التسوية بين الإخبار والإعلام.

الإعلام يحصل بالكتاب والرسالة كالإخبار؛ أما الإعلام: فلا يتحقق من الثاني؛ لأنه لا يتكرر كالبشارة.

ولو قال لآخر: إن أعلمتني بقدوم فلان فكذا، فأخبره كاذباً.. لم يحنث.

وكذا لو علم الحالف بقدومه.

ولو قال: إن أخبرتني بقدوم فلان.. فهو كالإعلام، حتى لو أخبره كاذباً.. لا يحنث.

ولو قال: إن أخبرتني أن فلاناً قدم فأخبره كاذباً.. فهو كقوله: «إن قلت» ويحنث.

ولو قال: إن كتبت إليّ بقدوم فلان أن فلاناً قدم.. فهو كالإخبار.

ولو قال: إن كتبت إليّ أنّ فلاناً قدم فعبدي حرّ، فكتب بقدومه ولم يكن قدم، فلم يصل الكتاب إليه حتى قدم، ثم وصل.. عتق.

ولو قال: إن كتبت إلي بقدومه فعبدي حر، فقدم والكاتب لا يعلم، فكتب بقدومه.. عتق؛ بلغ الكتاب أو لم يبلغ. كذا في «الخلاصة».

وَلَـو قَـالَ: إِلّا بِإِذْنِـهِ، فَـأَذِنَ لَـهُ وَلـم يعلَـمْ فَكَلّمـهُ.. حَنِـثَ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وفيها أيضاً عن «الزيادات»: حلف ليكتمن سره، أو لا يظهره، أو لا يفشيه، أو ليخفيه؛ فإن أخبر به برسالة أو كتاب وقيل له: أكان هذا الشيء بعينه؟ فأشار برأسه، أي: نعم.. حنث لوجود الإظهار.

وكذا لو حلف لا يعلم أحداً بمكان فلان فأشار برأسه أي: نعم.. حنث.

وإن عنى به في هذه الوجوه الإخبار بالكلام والرسالة.. ذكر الحاكم أبو نصر: أنه يصدق قضاء، وعامة المشايخ على أنه لا يصدّق قضاء، ويصدق ديانة.

(ولو قال: لا) يكلمه **(إلا بإذنه، فأذن له ولم يعلم)** إذنه **(فكلمه.. حنث)**؛ لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام، أو من الوقوع في الإذن، وكل ذلك لا يتحقق بدون السماع، فلم يوجد الإذن له.

(خلافاً لأبي يوسف) قال: لا يحنث؛ لأن الإذن هو الإطلاق، وإنه يتم بالإذن؛ كالرضاء يتم بالرضى بلا حاجة إلى العلم.

قلنا: الرضاء من أعمال القلب، ولا كذلك الإذن.

فإن قيل: إنه لو كان كذلك.. لما صار العبد مأذوناً إذا إذن له مولاه وهو لا يعلم، مع أنه يصير مأذوناً بلا حاجة إلى العلم.

أجيب: بأن الإذن هو قلب الحَجْر في حق العبد، والعبد يتصرف بأهلية نفسه ومالكيته، فيثبت بمجرد الإذن بدون السماع، وأما في اليمين: فلما حرم كلامه باليمين [٥٨٧/أ] إلا عند الإذن.. صار الآذن مثبتاً لإباحة الكلام للحالف، فلا بدّ من الإعلام كذلك.

ولا يخفى عليك أن تخصيص اقتضاء الإذن السّماع بما عدا فكّ الحَجْر على طريقة تخصيص العلة، والمخلص معروف في «الأصول».

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: لو أذن لها بالعربيّة وهي لا تعلم.. لا يعتبر.

ولو قال: لا تخرجي إلا برضائي أو بغير رضائي، وأذن لها وهي لا تسمع أو سمعت ولم تفهم فخرجت.. لا يحنث؛ لعدم لزوم العلم في الرضاء.

بخلاف: «إلّا بإذني» أو «بغير إذني» حيث يحنث؛ لأن الرضاء يتحقق بلا علمها، والإذن لا يتحقق.

وفي «التجريد»: لو أذن لها وهي نائمة.. فهو إذن.

وفي «النوازل»: ليس بإذن؛ كالإذن بالعربيّة.

والتوفيق بينهما: أن رواية «التجريد» على قول أبي يوسف، ورواية «النوازل» على قولهما.

لو قال لامرأته: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق، فغضبت المرأة وتهيأت للخروج، فقال الزوج: دعوها تخرج ولا نية له.. لم يكن إذناً، ولو نوى الإذن.. يثبت بالدلالة، ولو قال لها في غضبه: اخرجي ولا نية له.. كان على الإذن، إلا إذا نوى اخرجي حتى تطلقي.

ولو قال لها: أنت طالق إن خرجت إلّا بإذني أو برضائي أو بعلمي.. فهذا على كلّ مرّة.

فإن قال: عنيت به مرة واحدة.. دين في القضاء عندهما.

وفي رواية عن أبي يوسف: ولو قال لها: أذنت لك أبداً أو الدهر أو كلّما شئت.. فهو إذن لها في كلّ مرة؛ وكذا لو قال لها: أذنت لك عشرة أيام.. فلها أن تخرج في العشرة ما شاءت.

ولو قال لها: إن فعلت كذا فقد أذنت لك.. لا يكون إذناً، ولو أذن لها مرة، ثم نهاها بعد الإذن.. يعمل بنهيه.

ولو قال لها: أذنت لك كلّما خرجت ثم نهاها.. صح النهي أيضاً عند محمد، خلافاً لأبي يوسف.

وفي لَا يكلِّمُهُ شهراً.. فَهُوَ مِن حِينِ حَلَفَ.

وفي «المنتقى»: لو أذن لها، ثم قال لها بعد ذلك: لا آذن لك فخرجت.. يحنث مطلقاً؛ عملاً لمنعه.

وقال أبو يوسف: لا يحنث في الخرجة الأولى؛ فإن خرجت بعد ذلك بغير إذنه.. يحنث، ومنعه إنما يعمل فيما بعد الخرجة الأولى.

وفي «المحيط»: لو قال: إلّا بأمري.. فالأمر أن يسمعها بنفسه أو برسوله.

(**وفي: لا يكلّمه شهراً.. فهو**)؛ أي: ابتداء الشهر (**من حين حلف**) لأنه لو لم يذكر الشهر يتأبّد اليمين؛ لأن ما يلي اليمين صالح لمحلية البر أيَّ جزء كان من أجزاء اللّيل والنهار، فيعم في سياق النفي فَذِكْرُ الشهر لإخراج ما رواه، فبقي الذي يلي يمينه داخلاً، فكان ابتداء الشهر من حين حلف؛ عملاً بدلالة الحال، وهو الغيظ الّذي لحقه في الحال.

ونظيره: إذا آجره شهراً؛ لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهراً، فكان ابتداؤه من وقت العقد، ولأنه لو لم يعتبر من الحال.. فسد العقد؛ لجهالة المدة بجهالة ابتدائها.

وكذا حال الديون.

وأما الأجل في قوله: «كفلت لك بنفسه إلى شهر».. ففيه خلاف.

فقال أبو يوسف [٥٨٧/ب]: إنه لبيان انتهاء المطالبة، حتى لا يطالب بإحضاره بعد الشهر.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إنه لبيان ابتداء المطالبة، فلا يطالب بإحضاره قبل الشهر.

وفي «فتح القدير»: وهو الأحسن؛ لأن الأجل في مثله للترفيه.

فإن قيل: لو قال: والله لأصومنّ شهراً.. لم يتعين الشهر لما يلي يمينه.

وَيَوْمَ أكلِّمُهُ: لمُطلقِ الْوَقْتِ. وَتَصِحُّ نِيَّةُ النَّهَارِ فَقَط.

وَلَيْلَةَ أُكَلِّمُهُ: على اللَّيلِ فَحسب.

أجيب: بأنه لو لم يذكر الشهر.. لم يتأبد اليمين؛ إما لكونه نكرة في الإثبات، أو لعدم صلاحيّة الصّوم للتأبيد، فكان ذكر الشهر لمحض تقدير الصوم، وإنه نكرة.. فلا بدّ من تعينيه، فيعينه الحالف؛ لأنه هو المنكر.. فإليه تعيينه.

بخلاف: لا يكلّمه شهراً؛ لأنه لو لم يذكر الشهر يتأبد اليمين، فيتعين ابتداؤه من حين حلف كما ترى.

(**ويوم أكلمه: لمطلق الوقت**)؛ لما في «الأصول»: أن اليوم إذا قرن بفعل غير ممتد: يراد به مطلق الوقت، وإن قرن بالممتد كالصوم: يراد به بياض النهار، والكلام غير ممتدّ.. فيراد به مطلق الوقت.

(**وتصحّ نيّة النهار فقط**)؛ أي في القضاء فقط؛ لأنه يستعمل فيه أيضاً.

وعن أبي يوسف: أنه لا يدين في القضاء كما لا يدين في الديانة؛ لأنه خلاف المتعارف.

وأيضاً: (**وليلة أكلمه: على الليل فحسب**) فلو كلمه نهاراً.. لا يحنث.

كما أن نهار أكلّمه: على البياض خاصة.

واعلم: أن ههنا ثلاث عبارات: ليلة أكلمه، ونهار أكلمه، ويوم أكلمه.

فالأول: على الليل خاصة.

والثاني: على النهار خاصة.

والثالث: يعتبر بما قرن به؛ إن قرن بفعل غير ممتد كالكلام.. يراد به مطلق الوقت، وإن قرن به ما يمتد كالصوم.. يراد به بياض النهار.

وقالوا في وجه كون الكلام غير ممتد: إنه عرض لا يقبل الامتداد إلا بتجدد الأمثال؛ كالضرب والجلوس والسفر والركوب والقتل ونحوها.

وَفِي: إن كَلّمتُهُ إِلَى أَن يقدمُ زيدٌ، أَو حَتَّى يقدمَ، أَو إِلى أَن يَأْذَنَ زيدٌ، أَو حَتَّى يَأْذَنَ، فَكَلَّمهُ قبلَ ذَلِكَ.. حَنِثَ.

ولا يخفى عليك: أن أمر المماثلة إنما يستقيم عند موافقة الكلام الثاني للأول صورة ومعنى، لكن الثاني يفيد معنى غير مفادٍ للأول، فليس مثلاً له.

فإن قيل: الكلام متنوع إلى خبر واستخبار، وأمر ونهي.. فلا يحمل على الكلام المطلق أنه ممتد، فيكون غير ممتد.

قلنا: كما لا يحمل عليه أنه ممتد.. كذلك لا يحمل عليه مطلقاً أنه غير ممتد؛ إذ كل نوع منه على هذا التقدير ممتد، فالأولى أن يقال: إن اسم الكلام ليس إلا ألفاظاً مفيدة معنىً كيفما كان فتحققت المماثلة من نوع الأوّل أولاً.

ولذا قال الشيخ عبد العزيز: الصحيح أن الطلاق مما يمتدّ؛ لأن الكلام مما يمتد، يقال: كلمته يوماً؛ كذا في «فتح القدير».

(وفي: إن كلمته إلى أن يقدم زيداً أو حتى يقدم أو، إلى أن يأذن زيد، أو حتى يأذن، فكلمه قبل ذلك.. حنث).

ولو كلمه بعد القدوم والإذن.. لا يحنث؛ لأنه غاية، واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها، فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين، هذا فيما إذا اقترن بما يدلّ على الغاية، وإلا.. فلا.

ولا بد أن يعلم ما يدل على الغاية وما لا يدل عليها، ففي «الخلاصة» [٥٨٨/أ]: لو قال لامرأته: «أنت طالق إن خرجت إلا بإذني أو برضائي أو بعلمي».. فهذا على كلّ مرة.

ثم ذكر أنه لو قال لها: «إن خرجت من الدّار بغير إذني فأنت طالق» فأذن لها مرّة فخرجت، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه.. حنث.

ولو قال لها: «إن خرجت من الدار حتى آذن لك» فأذن لها مرّة.. ينتهي اليمين، فلو خرجت بعد ذلك بغير إذنه.. لم يحنث.

وَإِن مَاتَ زيدٌ.. سقطَ الْحَلِفُ.

وإن نوى بكلمة «حتّى» «إلا».. صحت نيته قضاء وديانة.

وإن نوى بقوله: «إلّا» «حتّى».. صحّت نيته ديانة لا قضاء.

ولو قال لها: «كلّما خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق».. يشترط الإذن في كلّ مرة.

ولو قال لها: «متى خرجت أو متى ما خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق» فخرجت مرة بإذنه، ثم مرّة أخرى بغير إذنه.. لا يحنث.

وقيل: في قوله: «متى ومتى ما».. يشترط الإذن في كل مرة، وفي كلمة «حتّى وإلا» إن أذن مرة يكفي.

ولا بدّ أن يفرّق بين «إلّا بإذني» وبين «إلا أن يأذن»؛ على ما مرّ في أواخر باب اليمين في الدخول والخروج.

(وإن مات زيد.. سقط الحلف).

خلافاً لأبي يوسف، له: أن تصوّر البّر ليس بشرط عنده، فعند سقوط الغاية: يتأبّد اليمين، فأيّ وقت كلّمه فيه.. يحنث.

ولهما: أن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم، ولم يبق بعد الموت متصوَّر الوجود.. فسقطت اليمين لانتفاء تصوّر البرّ.

فإن قيل: إعادة الحياة ممكنة، فيجب أن لا يبطل اليمين، كما في: ليقتلن زيداً، وهو عالم بموته؛ على ما مر.

قلنا: إن اليمين انعقدت على القدوم أو الإذن في حياته القائمة، لا المعادة بعد موته، وهي غير المعادة لا محالة.

وفي «البزازية»: الديان أو المولى أو السّلطان أو الزوجة حَلَّفوا المديون أو العبد أو واحداً من الرعية أو الزوج: على أن لا يخرج من البلدة إلا بإذنه فمات المديون أو قضي الدين أو مات المولى أو أعتق العبد أو خرج عن ملكه أو عزل

الوالي أو زالت الزوجة عن ملكه.. سقطت اليمين، ولا تعود بعد عود الولاية للمولى أو السّلطان أو تزوّجت المرأة؛ كذا في «الخلاصة».

ثـم قـال: وعلى هـذا العامل لـو حَلَّف رجلاً ليرفعنّ إليه كل داعر يعرفه في محلّته، فلم يعلمه حتى عزله السلّطان.. سقطت اليمين، ولو بعد أبد، ولو أن الحالف علم ببعض ذلك فأخّر رفعه حتى عزل.. حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك، إلا أن يعني أن يرفع إليه على كل حال.

وقد ذكروا عن السّلف أن اليمين على نية الحالف إن كان مظلوماً، وعلى نية المستحلف إن كان الحالف ظالماً.

ثم قال فيها: ولو حلف لا يخرج امرأته من هذه الدار، ولا عبده، فبانت المرأة وخرج العبد عن ملكه، ثـم خرجا من الدّار.. حنث، ولا يدين في القضاء إذا نوى التقييد بحال قيام الزوجية والملك. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا مناقض لما ذكرناه من «البزازية» و«الخلاصة» من أن اليمين سقطت بخروج العبد عن ملك المولى [٥٨٨/ب]، وبزوال الزوجيّة، اللهمّ إلا أن يحمل هذه المسألة على قول أبي يوسف؛ من أنها لا تسقط عنده؛ لعدم اشتراط تصوّر البرّ.

ثـم قولـه: لا يـدين في القضاء إذا نوى التقييد بحال: بناء على ظاهر الرّواية، وعليه الفتوى؛على ما في «البزازية».

وذكر الخصّاف: أنه يصدّق.

وهذا الخلاف بناء على جواز تخصيص العام بالنية، وعدم جوازه، فالخصّاف جوّزه، وفي ظاهر الرّواية: لا.

وعلى هذا قالوا: في: كلّ امرأة يتزوّجها فكذا ونوى امرأة من بلد كذا.. يصدق عند الخصّاف، ولا يصدّق في ظاهر الرّواية.

وَفِي: لَا يَأْكُلُ طَعَامَ فَلَانٍ، أَو لَا يَدْخُلُ دَارَهُ، أَو لَا يَلْبَسُ ثَوْبَه، أَو لَا يَرْكَبُ دَابَّتَهُ، أَو لَا يُكَلِّمُ عَبْدَهُ؛ إِن عَيَّنَ وَزَالَ مِلْكُهُ ....

وعلى هذا: لو أخذ منه درهماً حَلَّفه على أنه ما أخذ منه شيئاً ونوى الدّنانير.. فالخصّاف جوّزه، وفي ظاهر الرّواية: لا.

وفي «البزازية»: إذا أخذ بقول الخصّاف فيما إذا وقع في يد الظلمة.. لا بأس به هذا في القضاء، وفي الدّيانة: يصدّق في الأحوال كلّها بلا خلاف بين الخصاف وغيره.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»: رجل قال لامرأته: «إن دخلت دار فلان فأنت طالق» فمات فلان فصارت الدار ميراثاً فدخلت؛ إن لم يكن على الميت دين مستغرق.. لا يحنث، وإن كـان.. فقـال الفقيـه أبـو الليـث: لا يحنـث أيضاً، وعليـه الفتوى؛ لأن التركـة إن لـم يملكهـا الورثـة لقيـام الـدين: لا تبقى على ملك الميت حقيقة. انتهى.

(وفي: لا يأكل طعام فلان، أو لا يدخل داره، أو لا يلبس ثوبه، أو لا يركب دابته، أو لا يكلم عبده؛ إن عيّن) كلاً من الطعام والدار والثوب والدابة والعبد بالإشارة إليها؛ بأن يقول: «طعام فلان هذا، أو داره هذه، أو ثوبه هذا، أو دابته هذه، أو عبده هذا، (وزال) كل من هذه الأشياء عن (ملكه) بالبيع والهبة؛ سواء زال إلى الحالف أو إلى غيره.

ولو آجر تلك الدار: فيه روايتان؛ ففي «قاضي خان»: حلف أن لا يدخل دار فلان فآجر فلان داره فدخلها الحالف، هل يكون حانثاً؟ فيه روايتان: قالوا ما ذكر أنه لا يحنث: قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن عندهما كما تبطل الإضافة بالبيع.. تبطل بالإجارة والتسليم وملك اليد للغير. انتهى.

ولا بد أن لا يسكن فلان في تلك الدار بعد الإخراج عن ملكه؛ في عدم حنث الحالف، حتى لو حلف لا أدخل دار فلان، وأَخرَج فلان داره عن ملكه؛ بالبيع أو الهبة أو الإجارة، لكن سكن فلان في تلك الدار بعد إخراجه عن ملكه ودخل

وَفَعلَ.. لَا يَحْنَثُ، خلافاً لمُحَمدٍ فِي العَبْدِ وَالدَّارِ.

الحالف فيها.. يحنث أيضاً؛ لأن الإضافة يراد بها نسبة السكنى مطلقاً، إلا أن ينوي.. فعلى ما نوى.

كما في «قاضي خان»؛ حيث قال: رجل حلف أن لا يدخل دار فلان فدخل داراً وفلانٌ ساكنٌ فيها مع امرأته والدار للمرأة.. حنث.

(وفعل) الحالف بعد زواله عن ملكه ما منع منه [٥٨٩/أ] بالحلف؛ بأن يأكل الطّعام، ويدخل الدار، ويلبس الثوب، ويركب الدابة، ويكلم العبد (.. **لا يحنث**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **(خلافاً لمحمد في العبد والدار)**، وكذا في الطعام والثوب والدابة.

وتخصيص الخلاف بالعبد والدار ليس على ما ينبغي.

له: أن الإضافة في الكل للتعريف، وما هو للتعريف: يلغو عند وجود ما هو أبلغ منه في التعريف، والإشارة أبلغ منها فيه؛ لكونها قاطعة للشركة بالكلية؛ فإذا لغت الإضافة فيها.. اعتبرت الإشارة، فينعقد اليمين على حصول ذات المشار إليه.

ولهما: أنا لا نسلم الإضافة للتعريف، بل لبيان أنّ الداعي إلى اليمين: معنى في المضاف إليه؛ لأن هذه الأعيان المملوكة - أي الطعام والدار والثوب والدابة والعبد - لا تهجر، ولا تعادى لذواتها، بل لمعنى في ملاّكها فيتقيّد اليمن بحال قيام الملكية فيها؛ لقيام المعنى الدّاعي إذ ذاك.

وقوله: الإضافة تلغو بالإشارة.. قلنا: ممنوع، وإنما تلغو بها إذا لم تفد فائدة أخرى غير التعريف، وههنا أفادت، وهي بيان هجران صاحبها لغيظٍ لحقه منه، فيعتبر منها لفائدته الإشارة للتعريف، والإضافة لبيان مناط الهجر.

هذا، واعلم: أن زفر والشافعي وأحمد ومالك: مع محمّد في هذه المسألة، وقد رجحه ابن العز في العبد والدار، بأن العبد، وإن كان ساقط المنزلة، لكنه قد يقصد بالهجران، والحالف لو أراد هجرانه لأجل سيده.. لم يحتج إلى الإشارة، فلمّا أشار

إليه بقوله: «هذا».. علم أن مراده قصده بالهجران، وكذلك الدار، ولكن العبد أظهر؛ لظهور صحة قصده بالهجران؛ كما في المرأة والصّديق؛ على ما سيأتي، هذا كلامه.

وما ذكر من أن لكلّ منها فائدة: قد يدفع؛ بأنّ الإضافة تستقل بالفائدتين؛ فإنها أيضاً تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تقيد الآخر.

وجوابه: أنّ الإشارة كما تفيد التعريف.. يحصل بها التخصيص أيضاً، وهذا لا يحصل بالإضافة وحدها؛ فإنه لو قال: «عبد فلان».. انعقدت على كل عبد له.

وفي قوله: «عبد فلان هذا».. لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان، وإن كانت الإضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبة لسيده، لكن الحنث في الأيمان: لا يثبت بالقياس، بل بفعل عين المحلوف عليه.

ثم هذا الخلاف إذا لم تكن له نية؛ أما إذا نوى، لا يدخلها ما دامت الدار لفلان، أو لا يدخلها، وإن زالت الإضافة إلى فلان.. فعلى ما نوى؛ لأنه شدّد على نفسه في الثاني، ونوى محتمل كلامه في الأول.

وروي عن أبي يوسف شذوذاً في «دار فلان هذه»: أنه يحنث بعد زوال الإضافة، قالوا: وليس بشيء.

قال في «الخلاصة»: رجل حلف لا يدخل دار امرأته، فباعت هي تلك الدار، واستأجرها الحالف من المشتري ودخلا: ينظر؛ إن كانت كراهية الدخول لأجل المرأة [٥٨٩/ب].. سقطت اليمين، وإن كانت الكراهية لأجل الدار.. يحنث.

ولو حلف لا يكلم امرأة فلان هذه، فكلّمها بعد زوال الزوجية.. يحنث.

ولو كانت اليمين بغير إشارة.. لا يحنث عندهما، خلافاً لمحمدّ.

وقال في «البحر»: لو حلف لا يأكل من ملك فلان أو ما ملكه فلان، فخرج شيء من ملكه إلى ملك غيره وأكله الحالف.. لا يحنث.

وَفِي المتجدِّدِ.. لَا يَحْنَثُ اتِّفَاقاً.

وَإِن لم يُعَيِّن.. لَا يَحْنَثُ بعدَ الزَّوَالِ، وَيحنثُ بالمتجدِّدِ.

ولو حلف لا يأكل من مال فلان، فغصب منه حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه وأكله.. حنث، وقيل: لا يحنث.

(**وفي**) الملك (**المتجدد**) بعد الحلف؛ بأن لم يكن له وقت الحلف طعام، ولا دار، ولا ثوب، ولا دابة، ولا عبد، ثم اشتراها فأكل الطعام، ودخل الدار، ولبس الثوب، وركب الدابة، وكلم العبد، أو كان وقت الحلف ثم أزاله ، ثم اشتراه قبل فعل المحلوف عليه (.. **لا يحنث اتفاقاً**)؛ لعدم وجود هذه الأعيان حين حلف، فلم ينعقد اليمن في حقّهن اعتباراً بالإشارة.

(**وإن لم يعين**) هذه الأعيان بالإشارة، بل يقول: «لا يأكل طعام فلان، ولا يدخل دار فلان، ولا يكلم عبد فلان، ولا يركب دابة فلان» (.. **لا يحنث**)؛ أي بالإتفاف (**بعد الزوال**) عن ملكه بالبيع ونحوه؛ سواء زال إلى الحالف أو غيره.

(**ويحنث بالمتجدد**) في ملكه بأحد المعنيين المذكورين آنفاً، فلو حلف: لا يأكل من بستانه، فأكل من ثمره المتجدد بعد الحلف، أو من تمره القائم عند الحلف؛ سواء كان القائم متصلاً بالبستان عند الحلف أو منقطعاً عنه محمولاً إلى بيته.. يحنث.

ثم الأصل ههنا: أن المعتبر في غير المعين: وجود الملك عند فعل المحلوف عليه لا عند الحلف، لا ذوات تلك الأعيان؛ لعدم الإشارة إليها.

وإنما الداعي إلى اليمين: هو المضي الموجود في ذات المضاف؛ فإذا أكل، أو دخل، أو لبس، أو ركب، أو كلم تلك الأعيان المضافة إلى فلان وقت وجود هذه الأفعال المحلوفة عليها إضافة ملك.. حنث؛ سواء كانت تلك الأعيان موجودة في ملكه وقت الحلف، أو تجددّت بعده قبل هذه الأفعال.

وأما لو تجدّدت بعد وجود هذه الأفعال.. لم يحنث؛ لعدم شرط الحنث.

وَفِي: لَا يكلِّمُ امْرَأَتَهُ أَو صديقَهُ.. يَحْنَثُ فِي الْعَينِ بعدَ الْإِبَانَةِ والمعاداةِ.

وعن أبي يوسف في رواية شاذة: أنه لا يحنث في المتجدد من الدار فقط؛ لأن الملك لا يتجدد في الدار عادة، بل هو أوّل ما يشترى، وآخر ما يباع، فعقدت اليمين المضافة إلى الدار: بالقائمة منها في ملكه وقت اليمين.

وعنه في رواية أخرى: تتقيد اليمين في الجميع بالقائم في ملكه وقت الحلف.

والجواب: أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه، والعرف مشترك.. فلا يصلح مقيداً.

واعلم: أن المراد من إضافة الدار إلى فلان: هي نسبة السكنى إليه، وهي تعم: نسبة الملك، والإجارة، والعارية، حتى لو قال: لا أدخل دار فلان فدخل داراً سكنها فلان بالإجارة أو العارية.. يحنث إن لم ينو [٥٩٠/أ] حقيقة الملك.

وإن نوى حقيقة الملك.. يصدق؛ لأنه نوى ظاهر محتملات لفظه.

وفي أيمان «قاضي خان»: لو حلف أن لا يدخل دار فلان ولم ينو شيئاً، فدخل داراً يسكنها فلان بإجارة أو عارية.. يحنث في يمينه، وإن دخل داراً مملوكة لفلان وفلان لا يسكنها.. حنث أيضاً.

وكذا لو حلف لا يدخل بيتاً لفلان، فدخل بيتاً وفلان ساكن فيه بإعارة أو إجارة.. كان حانثاً.

ولو حلف لا يدخل دار فلان، فدخل داراً بين فلان وغيره، لكن فلاناً ساكن فيه.. يحنث. انتهى.

وهذا كله فيما يضاف إلى فلان إضافة ملك.

ثم شرع في بيان ما يضاف إليه إضافة غير إضافة الملك، فقال: (**وفي: لا يكلم امرأته**) أي امرأة فلان، (**أو صديقه.. يحنث في المعين**) بالإشارة (**بعد الإبانة**) لامرأته (**والمعاداة**) لصديقه، وهذا بالإجماع؛ لأن الحر قد يقصد بالهجران لذاته..

ولهما: أن معاداتهما ليس لذاتهما، بل يحتمل أن يكون للمضاف إليه، وهذا فيما إذا لم يكن له نية، وإلا.. فعلى ما نوى؛ لأنه نوى محتمل كلامه.

واعلم أن ههنا أصلاً يبتني عليه ما ذكره المصنف وغيره من الفروع، وهو أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان؛ كلا يأكل طعام فلان، أو لا يدخل داره، أو لا يركب دابته، أو لا يكلم عبده أو زوجته أو صديقه [٥٩٠/ب].. فلا شك أن هذه الإضافة في الكل: معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره؛ سواء كانت إضافة ملك؛ كعبده وداره ودابته وثوبه وطعامه، أو إضافة نسبة أخرى غير الملك؛ كزوجته وصديقه؛ فإذا كانت هذه الإضافة مطلقاً معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره.. فبعد ذلك:

إما أن يقترن به لفظ الإشارة؛ كقوله: «لا أكلم عبده هذا»، أو لا.

فعلى تقدير عدم الإشارة: الظاهر أن الداعي إلى اليمين كراهته في المضاف إليه، وإلا.. لعرفه باسمه العلم، ثم أعقبه بالإضافة إن عرض اشتراك؛ مثل: لا أكلم راشداً عبد فلان؛ ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد، فلما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه، ولا إشارة إليه.. كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف إليه.

وإن احتمل أن يهجر بغضاً لذاته أيضاً كالزوجة والصديق.. فلا يصار إليه بالاحتمال، وحينئذ: فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل؛ بأن كان موجوداً وقت اليمين ودامت الإضافة إلى وقت الفعل، أو انقطعت ثم وجدت؛ بأن باع ثم استرد، أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبداً فكلمه.. حنث.

وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة.. حنث.

ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي صحت الإضافة بسببها؛ بأن باع فلان عبده وداره وثوبه وطلق زوجته وعادى صديقه فكلّم العبد والزوجة والصديق ودخل الدار ولبس الثوب.. لا يحنث.

وَفِي غَيره: لَا، إِلَّا فِي رِوَايَة عَن مُحَمَّدٍ.

وَيحنثُ بالمتجدِّدِ.

فكانت الإضافة لمحض التعريف، والدّاعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر؛ لعدم تعينه للهجران؛ لكون المضاف أيضاً صالحاً لذلك.

وإذا كانت الإضافة للتعريف المحض.. لم يشترط دوامها؛ للاستغناء عنها بعد التعريف، بخلاف ما تقدم من إضافة الملك؛ لأن المضاف إليه متعين للهجران هناك؛ على ما مر.

فإن قيل: يجوز أن يقصد الدابة والدار والعبد لذواتها للهجران لشؤمها على ما جاء في الحديث.

قلنا: ذلك احتمال لم يقترن به عرف، فلا يكون معتبراً.

(وفي غيره)؛ أي: غير المعين من المرأة والصّديق (.. **لا**) يحنث في رواية «الجامع الصغير»، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ على ما ذكره فخر الإسلام.

والأصل فيه: أنه يحتمل أن يكون غرضه هجران كل من المرأة والصديق لأجل المضاف إليه لا لذاتهما، ولهذا لم يعينه.. فلا يحنث، ويحتمل أن لا يكون كذلك، بل لذاتها.. فيحنث.

فلا يحنث بعد زوال الإضافة إليه بالشك (**إلا في رواية عن محمد**)، وهي رواية «الزيادات».

والأصل فيه: أن كلا من المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما قصداً، فتكون الإضافة للتعريف، وما كان للتعريف.. لا يشترط دوامه، فيتعلق الحكم بعين كلّ منهما.

(ويحنث بالمتجدد) من المرأة والصديق الغير المعينين بالإشارة على المعنيين المذكورين في المتجدد آنفاً؛ هذا عندهما، وعند محمد: لا يحنث؛ لما مر من أنّ الإضافة للتعريف، فتكون المعاداة لذاتها لا للمضاف إليه، والمتجدد غيرهما.

وعلى تقدير أن تقترن به الإشارة.. لم يحنث في المملوك من العبد والدار والثوب والدابة.

وحنث في غيره من المرأة والصديق بعد زوال الإضافة، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يحنث في الكل؛ على ما مرّ بيانه.

هذا، وفي «الخلاصة»: رجل قال: «والله لا آكل من طعامك» والمحلوف عليه يبيع الطعام فاشتراه منه فأكل.. حنث، وكذا لو قال: «لا ألبس من ثيابك» والمحلوف عليه يبيع الثياب فاشتراه منه فلبس.. حنث. انتهى.

وهذا مخالف لما مرّ من الأصل المذكور، ولما ذكره المصنف: من أنه لا يحنث بعد زوال الإضافة على تقدير عدم الإشارة، فلا بد أن يقيد ما ذكر بعدم كون فلان بائع ذلك العين المحلوف على هجره، كذا في «البحر».

ولو حلف يأكل من كسب فلان، فأوصى له إنسان فأكل الحالف منه.. يحنث.

ولو ورث المحلوف عليه فأكل الحالف منه.. لم يحنث، والفرق: أن الكسب: ما حصل له بصنعه؛ كأخذ المباحات، أو قبوله في العقود وفي الوصية قبوله؛ بخلاف الميراث لأن الملك يثبت فيه بغير صنعه، فلا يضاف إلى كسبه.

ولو اشترى الحالف من المحلوف عليه مما اكتسبه المحلوف عليه وأكله.. لم يحنث؛ لأن شرط الحنث: أكل مكسوب فلان، وهذا أكل مكسوب نفسه.

ولو أكل الحالف مما ورثه [٥٩١/أ] من المحلوف عليه.. يحنث؛ لأنه كسب المحلوف عليه، حتى يحدثَ فيه كسب آخر.

بخلاف ما لو وهب المحلوف عليه للحالف شيئاً وقبضه الحالف وأكله.. فإنه لا يحنث؛ لأنه خرج عن كسب المحلوف عليه بقبض الحالف؛ لأنه صار كسب الحالف بالقبض، فصار أكلاً لمكسوب نفسه.

وَفِي: لَا يكلِّمُ صَاحبَ هَذَا الطيلسانِ، فَبَاعَهُ فَكَلَّمهُ.. حَنِثَ.

لَا أُكَلِّمهُ حيناً. أَو زَمَاناً. أَو الْحِينَ، أَو الزَّمَانَ وَلَا نِيَّة لَهُ.. فَهُوَ على سِتَّةِ أَشهرٍ، وَمَعَهَا مَا نوى.

وكذا لو أوصى المحلوف عليه للحالف فأكله الحالف.. لا يحنث؛ لخروجه عن كسب المحلوف عليه أيضاً.

والمهر كسب المرأة، وكذا أرش الجنايات.

وفي «البحر» عن «الذخيرة»: لو حلف لا يأكل من طعام فلان، فأكل من طعام مشترك بينه وبين غيره.. يحنث؛ لإطلاق الطعام على القليل والكثير.

بخلاف الدار والثوب، وبخلاف ما لو حلف لا يأكل طعام فلان فأكل من طعام مشترك بين الحالف وبين فلان.. لا يحنث؛ لأن ما أكل الحالف هو من حصته.

وقيل: إنه يحنث؛ على ما في «الخلاصة» عن «الفتاوى».

ولو حلف لا يأكل من خبز فلان، فأكل من خبز بينه وبين غيره.. يحنث.

بخلاف ما إذا حلف لا يأكل من رغيف فلان فأكل من رغيف بينه وبين آخر.. لا يحنث؛ لأن اسم الخبز يطلق على القليل والكثير، ولا كذلك اسم الرغيف.

(**وفي: لا يكلّم صاحب هذا الطيلسان فباعه**) صاحبه (**فكلّمه.. حنث**)؛ لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف؛ لأن الإنسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان، فصار كما إذا أشار إلى صاحبه بدون الإضافة إليه.

(**لا أكلمه حيناً، أو زماناً، أو الحين، أو الزمان، ولا نية.. فهو على ستة أشهر**)؛ لأن الحين قد يراد به أربعون سنة، وقد يراد به الزمان القليل، وقد يراد به ستة أشهر، وهو الوسط.. فينصرف إليه؛ لأن القليل لا يقصد بالمنع؛ لوجود الامتناع فيه عادة بلا يمين والمديد لا يقصد به غالباً؛ لأنه بمنزلة الأبد، فلو أراده.. لم يذكر الحين، بل يقول: أبداً، ولو سكت عنه.. تأبد اليمين، فحيث ذكر لا بد له من فائدة: فتعين الأوسط، وكذا الزمان: يستعمل استعمال الحين.

(**ومعها**) أي مع النية: (**ما نوى**)؛ لأنه حقيقة كلامه.

وَإِن قَالَ: الدَّهْرَ الْأَبَدَ.. فَهُوَ على الْعُمرِ.

وَلَو قَالَ: دهراً.. فقد توقَّفَ الإِمَامُ، وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كالزَّمانِ.

وَلَو قَالَ: أَيَّاماً، أَو شهوراً، أَو سِنِينَ.. فعلى ثَلَاثَةٍ.

وفي «فتح القدير»: لو قال: «أوّل يوم من آخر هذا الشهر»، فهو على السادس عشر منه، ولو قال: وآخر يوم من أوّل هذا الشهر.. يقع عل الخامس عشر منه.

(**وإن قال**) لا أكلّمه (**الدهر، أو الأبد.. فهو على العمر**)؛ أي بالاتفاق بينهم عند بعض أصحابنا، واختاره صاحب «الهداية».

وقال بعض أصحابنا: إن الدهر المعرف على ستة أشهر عندهم.

(**ولو قال: دهراً.. فقد توقف الإمام**) أبو حنيفة؛ حيث قال: لا أدري ما هو، وهو الصحيح، وقيل: لا فرق عنده أيضاً بين المعرف والمنكر في الحمل على العمر.

(**وعندهما: هو**) أي المنكر (**كالزمان**) في الحمل على ستة أشهر؛ لأنه يستعمل استعمال الحين والزمان، يقال: «ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين» بمعنئ [٥٩١/ب].

ولأبي حنيفة: أن اللّغات لا تدرك بالقياس، والعرف لم يعرف استمراره لاختلافٍ في الاستعمال.

(**ولو قال: أياماً، أو شهوراً، أو سنين.. فعلى ثلاثة**) أي بالاتفاق؛ على رواية «الجامع الكبير» وذكر في كتاب الأيمان: أنه على عشرة كما في المعرف، والأول: أصحّ؛ على ما في «شرح الطحاوي» للإسبيجابي؛ لأنها ذكرت منكرة، ولا دلالة لها على الجنس والعهد.. فيقع على أقل الجمع وهو ثلاثة.

فإن قيل: قد صرّح في «الجامع الكبير» أنّ دهوراً وأزمنة مثل أيام وسنين في الوقوع على ثلاثة بالاتفاق، فيلزمه أن أبا حنيفة يقول: إن دهوراً منكرة تقع على ثلاثة عنده، فيكون كل دهر ستة أشهر كما هو قولهما، والحكم في الجمع موقوف على معرفة الأفراد، فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد؟

وَإِن عَرَّفَ.. فعلى عشرَةٍ؛ كأَيَّامٍ كَثِيرَةٍ.

وَقَالا: على جُمُعَةٍ فِي الْأَيَّامِ، وَسنةٍ فِي الشُّهُور، والعمرِ فِي السنينَ.

وأجيب عنه: بأنّ ذلك فرع مسألة الدهر على قول من يدّعي معرفة الدهر، فكأنه قال: من وقف على معنى الدهر.. يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة؛ كما في الأزمنة والأيام.

(**وإن عرف**) باللام كلاً من الأيام والشهور والسنين والجُمَعِ والدهور والأزمنة؛ نحو: لا يكلمه الأيّام أو الشهور (.. **فعلى عشرة**) من كل منها، ففي غير الأزمنة ظاهر.

وأما في الأزمنة.. فيلزمه خمس سنين؛ لأن كلّ زمان ستة أشهر عند عدم النية، فيكون العشرة منها خمس سنين؛ (**كأيامٍ كثيرة**)؛ لأنه لما وصفه بالكثرة.. علم أنه لم يرد به الأقل، وهو الثلاث.. فينصرف على المعهود كالمعرف باللاّم، فعنده: للعشرة، وعندهما: للأسبوع.

وعلى هذا لو قال: «إن خدمتني أيّاماً كثيرة فأنت حرّ» فعنده: للعشرة، وعندهما: للأسبوع.

وإن لم يصفه بالكثرة.. ينصرف إلى ثلاثة؛ على ما ذكرته آنفاً.

(**وقالا: على جمعة في الأيام**)؛ أي: أيام الأسبوع.

(**وعلى سنة**) أعني اثني عشر شهراً عربياً (**في الشهور**، و) على (**العمر في السنين**) والجُمَع والدهور والأزمنة.

والأصل ههنا: أن حرف التعريف إذا دخل على الجمع.. ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة، وهو العشرة، وهو المعهود المتعارف بينهم، فيما إذا وقع مميّزاً العدد قبله؛ لأن الناس يقولون في العرف: ثلاثة أيام، وأربعة أيام إلى عشرة أيّام، ثم بعد ذلك يقولون: أحد عشر يوماً واثني عشر يوماً ومئة يوم.. فكانت العشرة منتهى ما قطع بإرادته بلفظ الجمع عرفاً مستمراً.

بخلاف ما إذا حلف لا يتزوج النساء؛ فإنه يقع اليمين على الواحد؛ لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع وهو النساء.

وبخلاف ما إذا لم يقع مميزاً العدد، نحو: ﴿وَتِلْكَ ٱلْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ حيث أريد به جميع الأيام؛ فإن اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق، ولا ينكر أن يراد باللاّم ذلك عند عدم العهد.

وبخلاف قوله تعالى: ﴿وَقَطَّعْنَٰهُمُ ٱثْنَتَىْ عَشْرَةَ أَسْبَاطًا﴾ و﴿إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾ [٥٩٢/أ]؛ فإن الجمع هنا، وإن أريد به يقيناً ما يزيد على العشرة.. لكنه بوجود ذلك فرداً مرّة.. لا يصير معهوداً من اللفظ بحيث يصرف إليه متى ذكر، وكأن المعهود المستمرّ فيما استعمل فيه لفظ الجمع يقيناً.. هو العشرة فما دونها، والعشرة منتهى ما عهد شائعاً.. فيجب الحمل عليه.

فإن قيل: فما وجه اعتبار أقصى المعهود، وإن كان ما دونه معهوداً أيضاً؟

قلت: الوجه أن اللام استغرق المعهود؛ لعدم قرينة تعيين المعهود المعين.

* * *

(بَابُ الْيَمينِ فِي الطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ)

قَالَ: إن ولدتِ فَأَنتِ كَذَا.. حنثَ بِالْمَيتِ.

وَلَو قَالَ: فَهُوَ حرٌّ، فَولدت مَيتاً، ثُمَّ حَياً.. عتق الْحَيُّ، خلافاً لَهما.

(بَابُ اليَمِينِ في الطَّلَاقِ وَالعِتْق)

(**قال: إن ولدت فكأنت كذا.. حنث بالميّت**)؛ لأن الموجود مولود، فيكون ولداً حقيقة، وهو ظاهر، وعرفاً: فإنه يسمّى في العرف ولداً، وشرعاً: فإنه تنقضي به العدّة، وتصير به نفساء إذا رأت الدم فتحرم الصلاة والصوم عليها، وتصير به الأمة أم ولد، فتحقق الشرط.. فيترتب عليه الجزاء طلاقاً أو عتاقاً.

(**ولو قال**) لأمته: إذا ولدت ولداً (**فهو**) أي الولد (**حرّ فولدت ميّتاً، ثم حيّاً.. عتق الحي**) وحده عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، حيث قالا: لا يعتق واحد منهما؛ لأن الشرط قد تحقق بولادة الميّت؛ على ما ذكرناه فتنحل اليمين لا إلى جزاء؛ لأن الميّت ليس بمحلّ للحرية.

ولأبي حنيفة: أن مطلق اسم الولد يقيد بوصف الحياة؛ لأنه قصد إثبات الحرية جزاء، وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلّط الغير، ولا يثبت في الميّت، فيقيد بوصف الحياة؛ كما إذا قال: «إذا ولدت ولداً حيّاً».

بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم؛ كما في المسألة السّابقة؛ لأنهما لا يصلحان وصفاً مقيداً للولد بالحي؛ لاستغنائهما عن حياة الولد؛ لكونهما وصفاً لغيره، فلم يكن الشرط ثمة إلا ولادة الولد، وقد تحققت على ما ترى.

وبخلاف نحو: إذا اشتريت عبداً فهو حرّ، حيث لا يكون الجزاء مقيداً للعبد بكونه ملكاً للمشتري، مع أنّ عبد الغير لا يكون محلاً للحرية، حتى لو اشترى عبداً لغيره.. عتق عليه وانحلت يمينه، ثم لو اشترى عبداً آخر لنفسه.. لم يعتق؛ لأن الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلاً، فلا بدّ من تقدير الحياة لتصحيح الكلام البتة كما في مسألة الكتاب.

وَفِي: أَوَّلِ عبدٍ أَملِكُهُ فَهُوَ حرٌّ، فَملك عبداً.. عَتَقَ.

وَلَو ملكَ عَبْدَيْنِ مَعاً ثُمَّ آخرَ.. لَا يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُم.

وَلَو زَاد: «وَحده».. عَتَقَ الآخرُ.

وأما في ملك الغير.. فقد تتصور الحرية موقوفة على الإجازة، فلا يلزم من وجوب تقدير الحياة لتصحيح الكلام: وجوب تقدير الملك له.

وبخلاف نحو: إن دخلت فأنت طالق، حيث لا يكون الجزاء مقيداً للمرأة بكونها في عصمته، مع أن المرأة التي ليست في عصمته لا تكون محلا للطلاق، حتى لو طلقها وانقضت عدتها ودخلت الدار.. انحلت يمينه، ولم يضمر قوله: إن دخلت الدار في عصمتي؛ لأنها بعد انقضاء العدة تصير محلاً للطلاق موقوفاً على نكاحها، ألا ترى أنه لو قال: «إن تزوجتك فأنت طالق» صح طلاقه وتوقف على نكاحها فتطلق عنده [٥٩٢/ب] بذلك الطلاق.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «الإيضاح»: لو قال: «أوّل عبد دخل عليّ فهو حرّ» فأدخل عليه عبد ميت، ثم عبد حي.. يعتق الحيّ بالاتفاق على الصحيح؛ لأن العبودية لا تبقى بعد الموت.

(**وفي: أوّل عبد أملكه، فهو حرّ فملك عبداً.. عتق**) لأن الأول اسم لفرد سابق وقد وجد ذلك.

(**ولو ملك عبدين معاً، ثم آخر.. لا يعتق واحد منهم**)؛ لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث، فلم يتحقق الشرط أعني الأولية.

بخلاف ما لو قال: «أوّل عبد أملكه فهو حرّ» فاشترى عبداً ونصفاً معاً.. عتق التام لوجود الشرط.

(**ولو زاد «وحده»**) بأن قال: «أوّل عبد أملكه وحده» فملك عبدين، ثم ملك آخر (**.. عتق الآخر**) أي الثالث؛ لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء؛ لأن «وحده» للحال من حيث اللغة، والثالث سابق في هذا الوصف.

وَلَو قَالَ: «آخرُ عبدٍ أملكهُ، فَمَاتَ بعدَ ملكِ عبدٍ وَاحِدٍ.. لَا يَعْتِقُ.

وَلَو بعدَ مِلكِ عَبدَيْنِ مُتَفَرّقَين.. عَتَقَ الآخرُ مُنْذُ مَلَكَهُ مِن كلِّ مَالِهِ، وَعِنْدَهُمَا: يَعْتِقُ عِنْدَ مَوتِهِ مِنَ الثُّلُثِ.

بخلاف زيادة قوله: واحداً، حيث لا يعتق الثالث فيه؛ لأن واحداً يقتضي نفي مشاركة في الذات، و«وحده» يقتضي نفيها في الفعل المقرون به دون الذات، ولهذا صُدّق الرجل في قوله: في الدار رجل واحد، وإن كان معه فيها صبي أو امرأة، وكذّب إذا قال: فيها رجل وحده؛ فإذا قال: واحداً، فقد أضاف العتق إلى أوّل عبد مطلق؛ لأن «واحداً» لم يفد أمراً زائداً على ما أفاده لفظ «أوّل» فكان حكمه حكمه، وإذا قال: وحده، فقد أضاف العتق إلى أوّل عبد لا يشاركه غيره في التملك.

(**ولو قال: آخر عبدٍ أملكه فمات**) المولى (**بعد ملك عبد واحد.. لا يعتق**) لأن الآخر فرد لاحق، ولا بدّ له من سابق، ولا سابق له، فلا يكون لاحقاً.

(**ولو**) مات المولى (**بعد ملك عبدين متفرقين**) بأن اشترى عبداً، ثم عبداً، ثم مات (**.. عتق الآخر**)؛ لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (**منذ ملكه من كلّ ماله**) عند أبي حنيفة إن اشتراه في حال الصحة، وإلا.. عتق من ثلث ماله؛ على ما في «فتح القدير».

(**وعندهما: يعتق عند موته من الثلث**) سواء اشتراه في الصحة أو في المرض؛ لأن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده، وذلك يتحقق بالموت، فكان الشرط متحققاً عند الموت، فيقتصر عليه.

ولأبي حنيفة: أنه قد اتّصف بصفة الآخرية حين شرائه بعد الأول، لكنه بعرضيّة الزوال، ثم لما مات قبل أن يشتري غيره.. عرفنا بموته أنه آخر عبد ملكه، فكان الموت معرفاً، والشرط ثبت يوم شرائه، فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت؛ كما لو قال لأمرأته: «إن حضت فأنت طالق» فرأت الدم.. لا يحكم بطلاقها في الحال، بل حتى يمتد ثلاثة أيّام؛ فإذا امتد.. ظهر أنها طلقت حين رأت الدم، حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضها.

وعَلى هَذَا: آخرُ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثاً.. فَلَا تَرِثُ، خلافاً لَهما.

وَفِي: كلُّ عبدٍ بشَّرني بِكَذَا فَهُوَ حرٌّ، فبشَّرهُ ثَلَاثَةٌ متفرِّقونَ.. عتقَ الأَوَّلُ.

وَإِن بشَّروهُ مَعاً.. عَتَقوا.

وَلَو قَالَ: «من أَخْبرنِي».. عتقوا فِي الْوَجْهَيْنِ.

والحاصل: أن العتق ثبت عند الموت مستنداً إلى وقت وجود الشرط لا مقتصراً عليه.

(وعلى هذا) الخلاف: **(آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثاً)** فتزوج امرأة، ثم امرأة، ثم مات، فعنده: يقع الطلاق من وقت التزوج على طريق الاستناد [٥٩٣/أ]، وعندهما: يقع عند الموت متقصراً عليه، **(فلا ترث)** عند أبي حنيفة **(خلافاً لهما)** قالا: ترث؛ لأنه يجعل فارّاً بالطلاق البائن عندهما؛ لأنهما حكما بطلاقها في آخر جزء من حياته، ويلزمه مهر واحد إن كان دخل بها، وكذا إن لم يكن دخل بها؛ لانتهاء النكاح بالموت، وتعتد بأبعد الأجلين من عدّة الطلاق والوفاة عند محمد، وعند أبي يوسف: عدة الطّلاق لا غير.

ولو كان الطلاق رجعيّاً.. كان عليها عدّة الوفاة وتُحِدّ.

وقال أبو حنيفة: لمّا كان وقوع الطّلاق من وقت التزوج؛ على ما مر، وقد دخل بها.. كان لها المهر بحكم الدّخول بشبهة، ونصف مهر بحكم الطلاق قبل الدخول، وتعتد عدة الطلاق بلا حداد، ولا إرث.

(وفي: كلّ عبد بشّرني بكذا، فهو حرّ، فبشره ثلاثة متفرقون.. عتق الأول)؛ لأن البشارة حصلت منه. وقد ذكرنا أن البشارة تحصل باللسان والكتابة.

(وإن بشروه معاً.. عتقوا) جميعاً؛ لأن البشارة تحققت من الجميع.

(ولو قال: من أخبرني) أن فلاناً قدم أو بقدوم فلان مثلاً (.. **عتقوا في الوجهين)**؛ أما في الوجه الثاني: فظاهر.

وأما في الأول: فلان عدم علم المخبر به لما أخبر به ليس بشرط في الخبر،

وَلَو نوى كَفَّارَته بشرَاءِ أَبِيهِ.. سَقَطت،

فبعد حصول العلم به بالخبر الأوّل.. يصح الخبر بعده.

بخلاف البشارة؛ لأن عدم العلم لما بشر به شرط فيها؛ لأنها عبارة عن خبر سارّ يغيّر بشرة الوجه ليس للمبشر به علم عرفاً، وأما في اللغة: فكونه سارّاً ليس بشرط، بل هي عبارة عمّا يغير البشرة سارّاً أو ضاراً قال تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ ولكنه إذا وقع بما يكره.. قرن بذكر ما به الوعيد؛ كما في هذه الآية.

فإن قيل: يجوز أن يكون في اللغة أيضاً خاصّاً بالمحبوب، وما ورد في المكروه: مجاز.

قلنا: يمنعه مادة اشتقاقه؛ لأنها مشتقة من البشرة، وهذا يفيد أن لذلك الخبر أثراً في البشرة، ولا شك أن الإخبار بما يخافه الإنسان ويضرّه يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب، إلا أن بناء الأيمان على العرف لا على اللغة، فهل الصدق شرط فيها مثل السرور؟ ففي «الزيلعي»: اشترطه في كلّ من البشارة والخبر، وأورد على اشتراطه في البشارة: بأن تغيير البشرة كما يحصل بالإخبار السار صدقاً.. كذلك يحصل كذباً، وأجيب: بأنه ليس بمفيد.

وفي «فتح القدير»: والوجه فيه: نقل اللغة والعرف؛ يعني يجوز اشتراطه في العرف لا في اللغة، واشتراطه في الخبر ليس على إطلاقه، بل إنما اشترط فيه إن عدي الخبر بالباء بأن قال: من أخبرني بقدوم فلان؛ لأن الباء تفيد إلصاق الخبر بنفس القدوم، بخلاف ما لو قال: من أخبرني أنّ فلان قدم؛ فإن الصّدق لا يشترط فيه، بل كل من أخبره صدقاً أو كذباً.. عتق؛ كذا في «فتح القدير» [٥٩٣/ب].

وإطلاق المصنف ينتظم الوجهين؛ على ما أشرناه في تفسيره.

(ولو نوى كفارته بشراء أبيه.. سقطت) الكفارة، خلافاً لزفر والشافعي ومالك وأحمد، وهو قول أبي حنيفة أوّلاً؛ لأن العلّة للعتق هي القرابة المحرمة لا الشراء للقريب؛ لأنها التي ظهر أثرها في وجوب الصلاة كالنفقة، فهو المؤثر في العتق،

وإنما الملك شرط عملها؛ سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والإرث، وأما أن يكون الشراء نفس العلة.. فلا؛ لأنه لإثبات الملك، والعتق لإزالته، وبينهما تناف، فلا يكون العتق مقتضاه؛ فإذا كانت العلة هي القرابة.. فلا تفيد النية عند الشراء ما لم توجد عند العلة.

ولنا: أن شراء القريب إعتاق؛ لقوله ﷺ: «لن يجزي ولد عن والده، إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» رواه الستة إلا البخاري كلهم من حديث سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة، معناه: يشتريه فيعتقه بذلك الشراء؛ للإجماع على أنه لا يحتاج في إثبات عتقه إلى إعتاق زائد بعد الشراء، وهذا يفيد العلية؛ كما في قولهم: سقاه فأرواه أي بذلك السقي، ضربه فأوجعه أي بذلك الضرب، سهى فسجد أي بذلك السهو، وقد اقترنت النية به، فوجب القول بجوازه؛ لاقتران النية بعلة العتق، ويدل على أن الشراء علّة موجبة للعتق: أن الرّجل لو اشترى نصفه ابنه من أحد الشريكين.. يضمن نصيب الآخر إن كان موسراً، وهذا الضمان لا يجب إلا للعتق، ولأن الشراء يوجب الملك، والملك يوجب العتق في القريب، فيضاف الملك مع حكمه إلى الشراء؛ لأنهما حدثا به.

وهذا كمن رمى إنساناً فأصابه فمات.. قتل به؛ كأنه ضرب عنقه بالسيف؛ لأن الرمي يوجب نفوذ السهم، ومضيه في الهواء، والنفوذ: سبب الوقوع في المرمي إليه، والوقوع سبب الجرح، والجرح سبب السراية، والسراية سبب الموت.. فيضاف كله إلى الرمي الذي هو علة، ولأن العتق صلة، وللملك تأثير في الصِّلات شرعاً حتى تجّب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء، كما أن للقرابة تأثيراً في الصلة، فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق، فكأنه علّة ذات وصفين، والشراء علّة بجزئه؛ أعني: الملك، فيجوز إضافة العتق إلى الملك؛ لأن الحكم متى تعلّق بعلة ذات جزئين.. يضاف إلى آخرهما؛ لأن تمام العلة به، ويجوز إضافته إلى الشراء؛ لأن

لَا بِشِرَاءِ أَمَةٍ اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ، ....

الحكم كما يضاف إلى العلّة.. كذلك يضاف إلى علة العلة؛ فإذا نوى عن كفارته عند الشراء.. صح؛ لاقتران النية بالعلة.

بخلاف ما إذا ملك قريبه بالإرث، حيث لا يقع عن كفارته وإن نواها؛ لأن الملك فيه ضروري، فلا يتصور فيه النية قبل وقوع العتق، بل إنما يتصور بعد العتق.. فلا يفيد.

بخلاف ما إذا وهب له، أو أوصي، أو تصدق عليه قريبه [٥٩٤/أ] فقبله ونوى عند القبول أن يعتق عن كفارته.. يصح؛ لسبق النيّة مختاراً، فمن هنا ظهر فساد قولهم: علّة العتق هي القرابة؛ لأن العتق لا يثبت قبل تمام العلة.

هذا؛ فإن قيل: إن شراء القريب: إما أن يثبت به الملك للمشتري أو لا، **فعلى الأول:** لا يكون مزيلاً للملك لأن مُثبِتَ الشيء بعينه لا يكون مزيلاً له.. فلا يقع به العتق.

وعلى الثاني: لا يعتق عليه؛ لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم.

أجيب عنه: إنه مثبت ابتداءً مزيل بقاءً؛ بمعنى أن الشرع أخرج القريب عن محليّة الملك بقاء؛ كما أنه أخرج الحر عن محلّيته ابتداء وبقاء.

(**لا بشراء أمة استولدها بالنكاح**)؛ بأن تزوج أمة الغير فولدت منه، وقال: «إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني» فإنها لا تعتق عليه لوجود الشرط، ولا تجزئه عن الكفارة وإن صرّح بها في التّعليق؛ لأن حريّتها مستحقّة قبل الشراء، فلا يضاف إلى اليمين من كلّ وجه، والواجب ما يستحق حرّيته بها من كلّ وجه.

فإن قيل: إن القريب مستحق للعتق بالقرابة، كما أنّ أم الولد مستحقّة له بالاستيلاد، فما بال أمّ الولد لم تجزئ عن الكفارة كما يجزئ القريب.

أجيب: بأن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد، فكانت الحرية من جهتين: جهة الاستيلاد وجهة الشراء.. فلم تقع عن الكفارة من كلّ وجه، بخلاف

أَو عبدٍ حَلَفَ بِعِتْقِهِ، إِلَّا إِن قَالَ: إِن اشتريتُكَ فَأَنتَ حرٌّ عَن كفَّارتي.

وَفِي: إِن تسرَّيتُ أَمةً فَهِيَ حرَّةٌ،..............................

القرابة.. فإنها ليست كذلك؛ لأنه لم يكن قبل الشراء أعتق من وجه، فلم يكن من جهة القريب جهة الحرية سوى الشراء؛ فإذا اشتراه بنية الكفارة.. يصح عنها.

(**أو عبد حلف بعتقه**) بأن قال: إن اشتريتك فأنت حرّ، فاشتراه ناوياً لكفارة يمينه.. لا يجزئه عنها؛ لأن النية لم تقترن بالعلة وهي اليمن، وإنما اقترنت بالشراء، وليس بعلة.

فإن قيل: إن المعلق بالشرط كالمنجّز عنده، فيكون علة في ذلك الوقت، وقد اقترنت النية به في ذلك الوقت.

أجيب عنه: بأنه إنما يكون كالمنجز في ذلك حكماً لا حقيقة؛ كذا في «الزيلعي».

(**إلا إن قال: إن اشتريتك فأنت حر عن كفارتي**) فإنه حينئذ يقع عن كفارته؛ لأن حريته غير مستحقة بجهة أخرى، فلم تختل إضافة العتق إلى اليمين وقد قارنته النية فكمل الموجب.. فيقع عن الكفارة، بخلاف أم الولد؛ على ما مر.

(**وفي: إن تسريت أمة فهي حرّة**)، التسري عبارة عن التحصين والجماع؛ طلبَ الولد أو لا؛ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا بد من طلب الولد مع الجماع، حتى لو وطئها وعزل عنها.. لا يكون تسرياً عنده؛ كذا قالوا.

واعلم: أن التسري ما تُفُعِّل مأخوذة من السُّرِيَّة على فُعْلِيَّة بضم الفاء وسكون العين، والسرية مأخوذة من السرور؛ لأنه سير بالأمة وهي تسريه، أو من السر بكسر السين بمعنى الإخفاء، ومنه قيل للنكاح سر؛ لأنه يلزمه الإخفاء غالباً؛ فإن كان مأخوذاً من السرور.. فضم سينه على القياس، وإن كان مأخوذاً [٥٩٤/ب] من السر.. فضم سينه على غير القياس.

فتسرَّى مَن فِي مِلكِهِ وَقتَ الْحَلِفِ.. عَتَقَتْ.

وَإِن تسرَّى مَن ملكَهَا بعدَهُ.. لَا تعْتِقُ.

فمعنى التَّسرِّي على قول أبي حنيفة ومحمد: أن يحصن أمته ويعدها للجماع أفضى إليها بمائِهِ أو عزل عنها.

وعلى قول أبي يوسف، وهو المنقول عن الشافعي: أن لا يعزل ماءه مع التحصين والجماع، حتى لو وطئ أمته ولم يفعل شيئاً من التحصين والإعداد للجماع.. لا يكون تسرياً وإن لم يعزل عنها وعلقت عنه على ما في «فتح القدير».

ووجه أبي حنيفة ومحمد: أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو من السر.. لا يقتضي الإنزال فيها؛ لأن كلاً من السرور والجماع يوجد بدون الإنزال، فأخذ الإنزال في مفهومه مما لا دليل عليه.

فإن قيل: إن العرف في التسري تحصينها لطلب الولد، وذلك يكون بالإنزال.

قلنا: ممنوع، بل العرف مشترك، فمن الناس من يقصد طلب الولد ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير طلب الولد.

فعلى قولهما أنه إذا حلف لا يتسرّى فاشترى جارية فحصنها ووطئها.. حنث؛ ذكره القدوري في «التجريد» عن أبي حنيفة ومحمد.

(**فتسرى من في ملكه وقت الحلف.. عتقت**)؛ لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك؛ فإذا وجد الشرط.. يترتب عليه الجزاء.

(**وإن تسرى من ملكها بعده.. لا تعتق**) عندنا وعند مالك والشافعي وأحمد، خلافاً لزفر فإنه يقول: التسري لا يكون إلا في الملك، فكان ذكره ذكر الملك؛ كما إذا قال لأجنبية: «إن طلقتك فعبدي حر» يصير التزوج مذكوراً بطريق الدلالة الحالية.

ولنا: أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري؛ لكونه شرطاً لها، وما ثبت ضرورة.. يتقدر بقدرها، ولا يظهر في حق صحة الجزاء، وهو الحرية، ولأنه لو عتقت المشتراة بعد الحلف.. لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك،

وسببه واللازم: باطل بالإجماع، وهذا؛ لأن التسري ليس نفس الملك، ولا سببه، بل يتفق بعده وقد لا يتفق، وكون الملك مراداً مقدّراً ضرورة: لا يقتضي تعليق العتق بالملك؛ لما ذكرناه أن ما ثبت ضرورة يتقدر بقدرها.

بخلاف ما لو قال: إن ملكت أمة فتسريتها فهي حرّة فتسرى من ملكها بعد الحلف.. تعتق؛ فإنه جعل الشرط هو الملك صراحة، بخلاف ما قاسه من مسألة الطلاق؛ فإنه ليس وزان هذه المسألة، بل وزان مسألتنا من حيث إن في كل منهما ثبت شرط الشرط؛ لضرورة صحة الشرط، ولا يتعدى إلى صحة الجزاء؛ لأنه ثبت في هذه المسألة ملكُ التزوج؛ لضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق، ولا يتعدى إلى صحة الجزاء كما في مسألتنا، حتى لو قال لها: «إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً» فتزوجها وطلقها ثلاثاً.. لا تطلق ثلاثاً، بل تطلق واحدة؛ لعدم تعدي ملك التزوج والمقدر ضرورة إلى الجزاء، وأما وزان مسألة زفر: فهو أن يقول: «إن تسريت جارية فعبدي حرّ» فاشترى جارية فتسرى بها.. عتق العبد لقيام الملك [٥٩٥/أ] في الحال في العبد.. فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد؛ كذا في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: لأن قوله لأجنبية: «إن طلقتك فعبدي حرّ» إنَّ عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع «إن تزوجتك ثم طلقتك»، بل لاقتضاء الشرط الملك، غير أن الشرط هناك، إذا ثبت بمقتضاه.. ثبت الجزاء، وهو عتق عبده، إلى آخر ما ذكره، ولا يخفى عليك أن هذا مخالف لما ذكرناه من «العناية» من أنّ ثبوت ملك التزوج؛ لضرورة صحة الشّرط.. فلا يتعدى إلى صحة الجزاء، فلا تقع الحرّية.

فإن قيل: إن زفر لم يقل بالاقتضاء حتى حكم في قوله: «أعتق عبدك عني بألف» إنه يعتق عن المأمور لبطلان المقتضي عنده، فكيف يحكم فيما نحن فيه - أعني إن تسريت أمة فهي حرة - بوقوع العتق فيمن تسرى من ملكها بعد الحلف؟ وهل هذا إلّا قول بالاقتضاء.

وَفِي: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حرٌّ.. عَتَقَ عبيدُهُ ومدَبَّروهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ، لَا مكاتبوه، إلّا إن نواهم.

أجيب عنه: بأنه ليس عنده من باب المقتضي، بل من دلالة النص، والفرق بينهما: أن الثابت دلالةً: ما يكون مفهوماً من اللفظ بلا تأمل واجتهاد، كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الأفعال المؤذية مفهوماً من النهي عن التأفيف، ولا كذلك المقتضي؛ لأن المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي، والملك لما كان مفهوماً من التسري بلا تأمل واجتهاد.. كان الملك ثابتاً بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء، ذكره صاحب «النهاية» وغيره.

واعترض عليه: بأن الثابت بالدلالة: هو ما يكون بطريق إلحاق صورة بأخرى بأمر جامع؛ كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الإيذاء، ولهذا ذهب بعض أصحابنا: إلى أنّ الدّلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلّة جامعة بينهما، غير أنه لا يفتقر إلى أهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت، والملك بالنسبة إلى التسري ليس كذلك، فليس من باب الدلالة، فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى: إن وطئت مملوكةً لي فهي حرّة.. فكانت الدّلالة بطريق العبارة مجازاً، لا بطريق الدلالة.

(وفي: كل مملوك لي حرّ.. عتق عبيده ومدبروه وأمّهات أولاده)؛ لأن كل واحد منهم كامل في الإضافة إلى نفسه بقوله؛ إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً، فكانوا داخلين تحت عموم لفظ فيعتقون، ويدخل فيه الإماء والذكور، ولو قال: أردت الذكور خاصة.. صدق ديانة؛ لأن لفظ المملوك وضع للمذكر، إلا أنهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفاً؛ لأنه حينئذ يشمل الإناث؛ كلفظ المسلمين، والواو في فعلوا، ولهذا لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ولو قال: نويت النساء.. لا يصدق أصلاً، وكذا لو قال: نويت السود دون البيض وبالعكس.. لا يصدق أصلاً، ولو قال: لم أنو المدبرين.. ففيه روايتان: في رواية: لم يصدق قضاء، وفي رواية: لم يصدق أصلاً.

(لا مكاتبوه، إلا إن نواهم)؛ لأن الملك ناقص فيهم [٥٩٥/ب] بخروجهم عن

وَفِي: هَذِه طَالِقٌ، أَو هَذِه وَهَذِه.. طلقَتِ الْأَخِيرَةُ، وَخُيِّرَ فِي الْأُولَيَيْنِ.

وَكَذَا الْعِتْقُ وَالْإِقْرَارُ.

ملك المولى يداً، ولهذا لا يملك أكسابهم، ولا يحلّ له وطء المكاتبة، فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه، فاختلت الإضافة إلى نفسه. فلا بد من النية، وعلى هذا ينبغي لو قال: «كل مرقوق لي حر»: أن يعتق المكاتبون؛ لأن الرق فيهم كامل؛ كذا في «فتح القدير».

(**وفي: هذه طالق أو هذه وهذه.. طلقت الأخيرة وخير في الأولين، وكذا العتق والإقرار**) بأن قال لعبيده: «هذا حرٌ، أو هذا وهذا»، وبأن قال: «لفلان علي ألف درهم أو لفلان وفلان».. لزمه خمسمائة للأخير وخير.. في جعل خمسمائة أخرى؛ لأيهما شاء من الأولين، وهذا: لأن «أو» لإثبات أحد الشيئين، وقد أدخلها بين الأولين، ثم عطف الثالثة على المطلقة؛ لأن العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحلّ الحكم وهو المطلقة، فصار كما إذا قال: «إحداكما طالق وهذه» فصار عطفاً على المأخوذ من صدر الكلام لا على أحد المذكورين على التعيين.

قيل: لا يعتق واحد منهم في الحال، ويكون له الخيار بين الأول والأخيرين؛ بناء على أن العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم.. يصح أيضاً على من لم يقع عليه الحكم، والأصل عدم الحكم، فيعطف الثالث على من لم يقع عليه الحكم وهو الثاني، فكأنه قال: «هذه طالق وهاتان» كما إذا حلف لا يكلّم هذا أو هذا وهذا؛ فإنه إن كلم الأول أو بالأخيرين جميعاً.. يحنث، وإن كلم أحد الأخيرين.. لا يحنث.

قلنا: هذا رواية ابن سماعة عن محمد، وما اخترناه هو ظاهر الرواية، وهو الأصح بوجهين.

الأول: أنه حينئذ يكون تقدير الكلام «إحداهما طالق وهذه طالق» وعلى رواية ابن سماعة يكون تقديره: «هذه طالق وهاتان طالقتان» في المعطوف عليه هو لفظ طالق لا طالقتان، فالأولى: أن يقدر في المعطوف ما هو مذكور في المعطوف عليه.

والثاني: أن قوله: «أو هذا» مغير لمعنى قوله: «هذا حر»، ثم قوله: «وهذا» غير

مغير لما قبله؛ لأن الواو للتشريك، فيقتضي وجود الأول فيتوقف أول الكلام على المغير لا على ما ليس بمغير.. فيثبت التخيير بين الأول والثاني بلا توقفه على الثالث، فصار معناه: «أحدهما»، ثم قوله: «وهذا» يكون عطفاً على أحدهما، وههنا بحث مذكور في الأصول.

ثم الفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق، وبين قوله: «لا يكلّم هذا أو هذا وهذا» أن كلمة «أو» إذا دخلت بين شيئين يتناول أحدهما نكرة، إلا إن في الطلاق والعتاق والإقرار الموضوع موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص.. فتتناول أحدهما؛ فإذا عطف الثالث على أحدهما.. صار كأنه «إحداكما طالق وهذه» كما مر، وأما في مسألة اليمين.. فالموضع موضع النفي، وهي فيه تعم، فكأنه قال: «والله لا يكلم هذا، ولا هذا، ولا هذا» ذكر الثالث بحرف العطف فصار كأنه قال: «ولا هذين» ولو نص على هذا .. كان الحكم هكذا [٥٩٦/أ].. فكذا هنا.

واعلم: أنّ «أو» إذا استعمل في النفي يكون النفي أحد الأمرين.. فيفيد شمول العدم؛ فإذا قال: «لا أفعل هذا أو هذا».. يحنث بفعل أحدهما، إلا إذا قامت قرينة على أنها لإيقاع أحد النفيين.. فحينئذٍ يفيد عدم الشمول، وإذا استعملت الواو في النفي.. فهو لعدم الشمول؛ لأنها للجمع، ونفي المجموع يجوز بنفي واحد من أجزائه، إلا إذا قامت قرينة على أنها لشمول النفي وسلب الحكم عن كلّ واحد؛ كما إذا حلف لا يرتكب الزنا وأكل مال اليتيم، ونحو: ما جاءني زيد ولا عمرو.

* * *

(بَابُ الْيَمِينِ فِي البيعِ وَالشِّرَاءِ والتَّزَوُّجِ وَغيرِ ذَلِكَ)

يَحْنَثُ بِالْمُبَاشَرَةِ دونَ التَّوْكِيلِ فِي: البيعِ، وَالشِّرَاءِ، وَالْإِجَارَةِ، والاستئجارِ،

(بَابُ اليَمِينِ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزَوُّجِ وَغَيْرِ ذَلِكَ)

والضابط في هذا الباب شيئان:

أحدهما: أن كلّ فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر.. فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور، وكل فعل ترجع فيه الحقوق إلى من وقع حكم الفعل له.. يحنث.

والثاني: أن كلّ فعل يحتمل حكمه الانتقال إلى غيره.. فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور، وكل فعل لا يحتمل ذلك.. يحنث.

وقيل: كلما يستغني المأمور في مباشرته عن إضافته إلى الآمر.. فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور، وإن كان لا يستغني عن هذه الإضافة.. يحنث.

والوجه في ذلك: أن العقد متى رجعت حقوقه إلى من وقع حكم العقد له.. فمقصود الحالف من الحلف التَّوقّي عن حكم العقد وعن حقوقه، وكلاهما يرجعان إليه، ومتى رجعت حقوقه إلى العاقد لا إلى من حكم العقد له.. فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق إليه وهي لا ترجع إليه.. فلا يحنث، فشرع في بيان جزئيات هذا الأصل فقال:

(**يحنث بالمباشرة دون التوكيل في البيع والشراء**)؛ صحيحاً كان أو فاسداً لا باطلاً؛ لأن الباطل ليس ببيع أصلاً؛ على ما سيصرّح به.

(**والإجارة والاستئجار**)؛ فلو حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤجر أو لا يستأجر، فوكل من فعل ذلك.. لم يحنث؛ لما مرّ أن حقوق العقد فيها ترجع إلى العاقد لا إلى الموكل، حتى لو كان الحالف هو العاقد.. يحنث.

بخلاف ما إذا لم يكن هو العاقد بل موكّلاً.. فإنه لم يحنث؛ لأنه لم يوجد شرط الحنث من الحالف، وهو العقد، وإنما الحاصل له هو حكم العقد.. فلا يحنث.

وَالصُّلْحِ عَن مَالٍ، ....

إلا أن ينوي أن لايأمر غيره أيضاً.. فحينئذٍ يحنث بالتوكيل؛ لأنه شدّد على نفسه فيعمل بنيته.

أو أن يكون الحالف ذا سلطان لا يباشر العقد بنفسه؛ كالقاضي والأمير.. فحينئذٍ يحنث بفعل المأمور أيضاً؛ لأنهما يمنعان نفسهما عما يعتاده الناس، وعادتهما: الأمر دون المباشرة، حتى لو كان عادتهما المباشرة كسائر الناس.. لا يحنث بالتوكيل كسائر الناس، ومع هذا لو فعل ذلك الفعل بنفسه.. حنث أيضاً؛ لوجود حقيقة الفعل منه بنفسه.

ولو كان الحالف ممن يباشر بنفسه مرة ويوكّل أخرى.. تعتبر الغلبة؛ كذا في «فتح القدير».

وفي كلامه إشارة إلى أن الإجارة ليست بداخلة في البيع حتّى [٥٩٦/ب] لو حلف لا يبيع فآجر.. لا يحنث؛ لأن الإجارة ليست ببيع، بخلاف السّلم؛ فإنه بيع فيشمله البيع.

(**والصّلح عن مال**) أو عن دين أو عن دعوى؛ فإنه لا يحنث بصلح الوكيل عنها؛ لأن الحقوق ترجع إلى الوكيل، إلّا في رواية عن أبي يوسف؛ على ما في «شرح المنظومة» عن «تتمة الفتاوى» وفي «وسيط المحيط».

وفي الصلح روايتان:

في رواية: بمنزلة البيع.

وفي رواية: بمنزلة النكاح ونحوه، وعزى في «مختصره» الروايتين إلى أبي يوسف.

ثم المراد بالصّلح ههنا: الصلح عن إقرار؛ لأنه حينئذ يكون بيعاً؛ أما الصّلح عن إنكار.. فهو فداء لليمين في حقّ المدّعى عليه، فيكون الوكيل من جانب الحالف سفيراً محضاً، فيكون من القسم الثاني؛ كالصلح عن دم عمد.

وَبِهِمَا فِي النِّكَاحِ ....

والمراد بالولد ههنا: الولد الكبير؛ لما في «قاضي خان»: لو حلف الأب أن لا يضرب ولده الصغير فأمر غيره فضربه.. ينبغي أن لا يحنث الحالف؛ لأن الأب يملك ضرب ولده الصّغير، فيملك التفويض إلى غيره، ويكون بمنزلة القاضي والسلطان.

وضرب الزوجة.. قيل: مثل الولد، وقيل: مثل العبد، وقيل: إن جنت الزوجة.. فمثل العبد، وإن لم تجن.. فمثل الولد.

وإن حلف على حرّ أن لا يضربه فأمر غيره فضربه [٥٩٧/أ] المأمور.. لا يحنث، إلا أن يكون الحالف قاضياً أو سلطاناً؛ لأن القاضي يملك ضرب الأحرار حدّاً أو تعزيراً، فصح أمره، وسيأتي ما يتعلق بالضرب في باب اليمين في الضرب.

(وبهما) أي ويحنث بالمباشرة والتوكيل **(في النكاح)** بأن حلف أن لا يتزوج، فعقد بنفسه أو وكّل فعقد الوكيل نكاحاً صحيحاً.. حنث؛ لأن حقوق العقد راجعة إليه، والوكيل سفير محض، قيّدناه بالصحيح؛ لأن الحالف أو وكيله لو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً.. لا يحنث.

إلا إن قال لامرأة لا يحل له نكاحها: «إن تزوجتك فعبدي حرّ» فتزوجها.. حنث؛ لأن يمينه ينصرف إلى ما يتصور منها، وهو النكاح الفاسد.

وكذا لو حلف على امرأة الغير ومدخولته «ليتزوجن هذه المرأة اليوم» فتزوجها في ذلك اليوم.. برّ في يمينه؛ لأن يمينه ينصرف إلى صورة العقد؛ على ما صرّح به في «قاضي خان» وغيره.

واعلم: أن التوكيل: إما أن يكون قبل اليمين أو بعده، وعلى التقديرين: يحنث الموكّل؛ على ما ذكرناه من أن حقوق العقد راجعة إليه.

وفي «قاضي خان»: رجل حلف أن لا يتزوج فجنّ فزوجه أبوه.. لا يحنث.

وَالْقِسْمَةِ، وَالْخُصُومَةِ، وَضربِ الْوَلَدِ.

فعلى هذا: إذا حلف المدعي أن لا يصالح فلاناً عن هذه الدعوى أو الدين أو المال فوكّل غيره.. لا يحنث الموكّل مطلقاً.

وإذا حلف المدعى عليه، ثم وكّل غيره؛ فإن كان عن إقرار.. لا يحنث، وإن كان عن إنكار أو سكوت.. يحنث؛ على ما في «البحر» نقلاً عن «المحيط».

لو حلف لا يصالح رجلاً في حقّ يدّعيه عليه فوكّل رجلاً فصالحه.. لم يحنث، ولو قال: «والله لا أصالح فلاناً» فأمر غيره فصالحه.. حنث في القضاء؛ لأن الصلح لا عهدة فيه. انتهى.

قال: ولعلّ المراد بقوله: «فصالحه حنث في القضاء» في الفرع الثاني: الصلحَ اللغوي؛ بمعنى عدم العداوة والبغضاء، لا بمعنى الصلح الفقهي، الذي هو بمعنى عقد يرفع النزاع. انتهى.

أقول: هذا التوجيه ليس بوجيه؛ لأنه خلاف المتبادر، بل الأوجه حمله على الرواية؛ لما في «قاضي خان»: حلف أن لا يصالح فلاناً من حق يدعيه عليه فوكل الحالف رجلاً فصالح الوكيل.. يحنث عند محمّد؛ لأنه لا عهدة في الصلح، وعن أبي يوسف فيه: روايتان. انتهى.

فإطلاق صاحب «المحيط»: محمول على ما روي عن محمد.

(والقسمة) حلف أن لا يقاسم فوكّل غيره.. فلا يحنث بفعل الوكيل.

(والخصومة)، ومن المشايخ من ألحق الخصومة بالقسم الثاني، والفتوى: أنها ملحقة بالقسم الأول كما اختاره المصنف؛ كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(وضرب الولد)؛ لأن منفعة ضربه ترجع إلى الولد نفسه لا إلى أبيه وهو التأدّب، فلم ينسب فعل المأمور بضربه إلى الآمر.. فلا يحنث الآمر بضرب الوكيل، بخلاف ضرب العبد؛ على ما سيأتي.

ولو لم يجنّ لكن وكّل وكيلاً بالنكاح ففعل الوكيل.. حنث الحالف؛ لأن حقوق العقد راجعة إليه، والوكيل سفير محض، فكان فعله كفعل الحالف إذا كان الحالف من أهل المباشرة، والمجنون ليس من أهل المباشرة.. فلا يكون فعل الأب كفعل الحالف، بخلاف الوكيل.

وكذا لو كان التوكيل قبل اليمين وزوجه الوكيل.. حنث الحالف؛ لأن الوكالة غير لازمة، فكان للدّوام حكم الابتداء.

وقال في «شرح المنظومة»: حلف أن لا يتزوج أو لا يزوج فعقد بنفسه أو وكّل فعقد الوكيل.. حنث.

فظهر منه أنه لا فرق بين التزوج والتزويج في هذا الحكم، لكنه فرق في «البحر» بينهما حيث قال: وقيّد بالنكاح؛ لأنه لو قال: والله لا أزوج فلاناً فأمر رجلاً فزوجه.. لا يحنث، بخلاف التزوج.

قال محمد بن الوليد: سألت نجم الدين عن الفرق، فقال: التزويج بأمره لا يلحقه حكم، والتزوج يُثبت حكمه له وهو الحلّ.

والذي ظهر من «قاضي خان»: أن عدم الفرق بين التزويج والتزوج في العبد والأمة والصغير والصغيرة في الحرّ الكبير والكبيرة؛ حيث قال: لو حلف الرجل أن لا يزوج عبده، فزوجه غيره، فأجاز المولى بالقول.. حنث.

ولو حلف أن لا يزوج ابنته الصغيرة أو أمته: عن محمّد في إحدى الروايتين: لا يحنث بالتوكيل ولا الإجازة.

وعلى قول أبي يوسف: يحنث بها.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يحنث بالتوكيل في الصغيرة خاصّة.

ولو حلف أن لا يزوج ابنه الكبير أو ابنته الكبيرة.. لا يحنث الأب، إلا أن يباشر العقد بنفسه.

وَالطَّلَاقِ، وَالْخُلْعِ، وَالْعِتْقِ، وَالْكِتَابَةِ، ......

ولو حلف أن لا يزوج [٥٩٧/ب] ابنة أخيه، أو ابنة عمّه فوكّلت المرأة وكيلاً بالنكاح، فزوجها الوكيل، ثم قبض الوليّ الحالف مهرها، أو طالب الزوج بذلك.. صحّ النكاح، ولا يحنث الحالف.

وإن حلفت امرأة أن لا تتزوج، فوكّلت وكيلاً بالنكاح ففعل الوكيل.. حنث، والمرأة بمنزلة الرجل في جميع ذلك، ومشى المصنف على ذلك كما سيصرّح به.

(و) في (**الطلاق والخلع والعتق والكتابة**)، كذا في «الإيضاح» وهو الأصح.

وذكر الزاهدي في شرح «القدوري»: أن الكتابة ملحقة بالبيع.

وفي «قاضي خان»: الطلاق بمنزلة النكاح فيما ذكرنا.

إذا حلف أن لا يطلّق، فوكّل بذلك، فطلّق الوكيل.. حنث.

وكذا لو طلّقها فضولي، أو خلعها بالقول.. حنث.

ولو جنّ الحالف فطلق امرأته.. لا يحنث؛ لعدم أهليته للتّطليق.

ولو قال لها: طلّقي نفسك إن شئت، أو قال لعبده: أعتق نفسك إن شئت، ثم حلف أن لا يطلق، ولا يعتق، فطلقت نفسها، أو أعتق العبد نفسه.. حنث الحالف.

وعن محمد: أنه لا يحنث، ثم رجع.

بخلاف ما لو قال لها: أنت طالق إن شئت، أو قال لعبده: أنت حرّ إن شئت، ثم حلف أن لا يطلّق، فشاءت المرأة طلاقها، وشاء العبد عتقه.. وقع الطلاق والعتاق، ولا يحنث في يمينه؛ كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم حلف أن لا يطلق، فدخلت الدار.. يقع الطلاق، ولا يحنث الحالف.

حلف ليطلق فلانة اليوم وفلانة أجنبية، أو مطلقة ثلاثاً، أو من لا يحل له نكاحها.. فالبرّ في ذلك: أن يطلقها بلسانه وإن كان لا يقع.. فلا يحنث في يمينه.

وفي النكاح الفاسد: يقع على المتاركة.

وَالصُّلْحِ عَن دمِ عمدٍ، وَالْهِبَةِ، وَالصَّدَقَة، وَالْقَرْضِ، ....

(والصلح عن دم عمد) لما مر أن الوكيل سفير محض.

(والهبة)؛ صحيحة كانت أو فاسدة، قبل الموهوب له أو لا، قبض؛ أو لا عندنا؛ لأن غرض الحالف عدم إظهار السخاوة؛ فإذا وجد ذلك منه، أو من وكيله.. فقد وجد شرط الحنث فحنث.

وكذا في الحلف بعدم قبول الهبة، ثم توكيلها، فلو حلف أن لا يهب لفلان هبة فوهب، أو وكيله بالهبة.. حنث، قبل الفلان أو لم يقبل، قبض أو لم يقبض عندنا.

وكذا لو وهب هبة غير مقسومة.. حنث عندنا.

وكذا لو أعمره أو بعث إليه مع رسوله، بخلاف ما لو تصدّق شيئاً للمحلوف عليه.. فإنه لا يحنث به في يمين الهبة عندنا.

وكذا لو أعاره على ما في «قاضي خان».

ولو حلف أن لا يهب لفلان فوهب غيره بغير أمره فأجازه الحالف.. حنث كما في التوكيل بالهبة.

(والصدقة) قبضها الفقير أو لا؛ لما ذكرنا في الهبة.

وكذا الحكم في الحلف بعدم قبض صدقة وتوكيله على ما في «شرح المنظومة».

(والقرض) مطلقاً، أو شخصاً معيّناً؛ قبل المستقرض أو لا.

وفي «قاضي خان»: وعن أبي يوسف: أنه قال في القرض: لا يحنث إذا لم يقبل.

وفي «التاتارخانية»: أنه لا يكون قرضاً بدون القبول عند محمد، وفي رواية عن [٥٩٨/أ] أبي يوسف.

وفي «قاضي خان»: فلو قال: أقرضني فلان، فلم أقبل، أو قال: ولم أقبل.. صدّق.

وَالاستقراض.

وَإِن نوى الْمُبَاشَرَةَ خَاصَّةً.. صُدِّقَ ديانَةً لَا قَضَاءً.

وَكَذَا: ضربُ العَبْدِ، وَالذَّبْحُ، وَالْبناءُ، ....

وفي الهبة لا يصدّق، وعلى قول محمّد: كما لا يصدّق في الهبة.. لا يصدّق في القرض.

(والاستقراض)، واعترض عليه في «الدّرر»: بأن عدّهم الاستقراض من هذا القسم مشكل؛ لأنّهم صرّحوا بأنّ التوكيل بالاستقراض باطل، فيجب أن لا يترتب عليه الحنث؛ لأن الباطل لا يترتّب عليه الحكم.

وفي «قاضي خان»: لو حلف لا يستقرض فاستقرض ولم يقرضه.. حنث في يمينه.

(وإن نوى)، أي: في هذه العشرة المذكورة **(المباشرة خاصة.. صدّق ديانةً)**؛ لأنه نوى لما يحتمل كلامه.

(لا قضاءً)؛ لأنه خلاف الظاهر على ما سنبينه.

(وكذا)، أي: يحنث بهما **(في ضرب العبد)**؛ لأن السيد له ولاية ضرب عبده.. فيصح به أمره، فيحنث بفعل المأمور؛ لأن منافع ضربه ترجع إلى الآمر، وكذا ضرب الولد الصغير؛ لأن الأب يملك ضرب ولده الصغير، فيملك التفويض إلى الغير، ويكون بمنزلة القاضي والسلطان.

بخلاف الأمر بضرب الولد الكبير والحرّ؛ إلّا إن كان سلطاناً أو قاضياً على ما تقدّم.

(والذبح)؛ لأن المالك له ولاية الذبح لملكه فيملك التفويض إلى الغير، وإن منفعة ذبح المأمور راجعة إليه بفعل المأمور، والقتل كالذبح على ما في «شرح المنظومة».

(والبناء) والهدم مثله.

والخياطةُ، والإيداعُ، والاستيداعُ، والإعارةُ، والاستعارةُ، وَقَضَاءُ الدَّينِ، وَقَبضُهُ، وَالْكِسْوَةُ، ....

(والخياطة) وفي «قاضي خان»: حلف ليخيّطن هذا الثوب، أو ليبنينّ هذه الدار، فأمر غيره بذلك ففعل.. حنث الحالف؛ سواء كان الحالف يحسن ذلك، أو لا يحسن؛ فإن نوى أن يلي ذلك بنفسه.. دين في القضاء.

وفي «الزاهدي»: الاتفاق على نفسه أو على أحد.. فعل حسّي مثل الخياطة.

(والإيداع، والاستيداع، والإعارة، والاستعارة).

حلف أن لا يعير ثوبه من فلان، فبعث فلان إلى الحالف وكيلاً واستعاره فأعاره الحالف.. حنث؛ لأن الوكيل بالاستعارة سفير محض يحتاج إلى الإضافة إلى الموكل، فصار بمنزلة الوكيل بالاستقراض.

حلف أن لا يستعير من فلان شيئاً فأردفه فلان على دابته.. لم يحنث؛ لأنه لم يستعر، والإعارة لا تتم إلا بالتسليم ولم يوجد.

(وقضاء الدين وقبضه)، وكذا قبض الهبة والصدقة على ما ذكرناه.

وكذا لو حلف لا يقبض من فلان شيئاً فوكّل ففعل الوكيل.. حنث، كذا في «قاضي خان».

(والكسوة) بأن حلف لا يكتسي، أو لا يكسو أحداً مطلقاً، أو كسوة معينة.. حنث بفعل وكيله؛ لأن منفعة الاكتساء راجعة إليه؛ لدفع الحر والبرد، وكسوة غيره هبة للغير إن كان غنياً، وصدقة إن كان فقيراً.

وفي «قاضي خان»: حلف أن لا يكسو فلاناً، فأرسل إليه بقلنسوة، أو خفين، أو نعلين.. يكون حانثاً، إلا أن ينوي أن يعطيه بيده.

ولو حلف أن لا يكسو فلاناً [٥٩٨/ب] وأعطى فلاناً دراهم يشتري بها كسوة.. لا يكون حانثاً.

وَالْحَمْلُ.

إِلّا أَنَّهُ لَو نوى الْمُبَاشَرَةَ.. يُصدَّقُ قَضَاءً وديانةً.

وَفِي: لَا يَتَزَوَّجُ، فَزَوَّجَهُ فُضُولِيٌّ فَأَجَازَ بِالْقَوْلِ.. حَنِثَ، وبالفعلِ: لَا يَحْنَثُ.

(والحمل)، حلف لا يحمّل شخصاً متاعه، فوكّل غيره أن يحمّله متاعه.. حنث بفعل الوكيل؛ لما ذكرناه.

وجملة ما ذكر إلى هنا اثنان وعشرون، ويزيد عليها بما ذكرناه في إثباتها.

(إلّا أنه لو نوى المباشرة) في هذه الأشياء (.. يصدّق قضاءً وديانةً)، بخلاف ما تقدّم من النكاح، والطّلاق إلى الاستقراض؛ لأن النكاح ليس إلا تكلّم بكلام يفضي إلى وقوع النكاح عليها، والطّلاق ليس إلا تكلّم بكلام يفضي إلى وقوع الطّلاق عليها، وكذا الخلع والعتق كلام يفضي إلى وقوع العتق على المعتق، وكذا الحال في غيرها، والأمر بذلك مثل التكلم به، واللفظ ينتظمهما؛ فإذا نوى التكلم به.. فقد نوى الخصوص في العام، فيصدّق ديانةً لا قضاءً.

بخلاف هذه الأفعال من الضرب والذبح والبناء وغيرها؛ لأنها أفعال حسية لا تعرف إلّا بآثارها من الإقدام عليها والمباشرة إليها، والنسبة إلى الآمر مجاز؛ فإذا نوى الفعل بنفسه.. فقد نوى الحقيقة، فيصدّق ديانةً وقضاءً معاً.

(وفي: لا يتزوج) امرأة، (فزوجه فضولي) فبلغه (فأجاز بالقول.. حنث)؛ لأنه في معنى الأمر به، وعن محمد: أنه لا يحنث.

(وبالفعل)؛ كسوق المهر ونحوه (.. لا يحنث).

وفي «قاضي خان»: ولو زوج الحالفَ فضوليٌّ:

فإن كان عقد الفضولي قبل اليمين، وأجاز الحالف بعد اليمين بالقول، أو بالفعل.. لا يحنث الحالف؛ لأن الإجازة تستند إلى حالة العقد، فيصير الحالف متزوجاً قبل اليمين.. فلا يحنث.

وَفِي: لَا يُزَوِّجُ عبدَهُ، أَو أَمَتَهُ.. يَحْنَثُ بِالتَّوْكِيلِ، وَالْإِجَازَة.

وَكَذَا فِي ابْنِهِ وابنَتِهِ الصَّغيرَين.

وَفِي الكبيرَين: لَا يَحْنَثُ إِلَّا بالْمُبَاشرَة.

وإن كان عقد الفضولي بعد اليمين.. لا يحنث ما لم يجز؛ فإذا أجاز:

فإن أجاز بالقول.. حنث، هو المختار، وعند البعض: لا يحنث وهو رواية عن محمّد، وعنه: أنه لا يحنث بنكاح الوكيل أيضاً.

وإن أجاز بالفعل: كسوق مهر وما أشبه ذلك.. روى ابن سماعة عن محمد: أنه لا يحنث، وعليه أكثر المشايخ؛ منهم الإمام السرخسي وإسماعيل الزاهدي.

وقال بعضهم: يحنث، والفتوى على قول الأكثر.

ولو زوجه الفضولي نكاحاً فاسداً بعد اليمين فأجاز الحالف بالقول أو بالفعل.. لا يحنث، ولا تنحل اليمين، حتى لو تزوج بعد ذلك نكاحاً جائزاً.. يحنث؛ لأن الحالف نفسه لو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً.. لا يحنث، فالأولى منه بالإجازة.

(وفي: لا يزوج عبده أو أمته.. يحنث بالتوكيل والإجازة) أطلقه فشمل الإجازة بالقول وبالفعل، لكن خصه في «قاضي خان» بالقول.

ثم الظاهر منه: أن لا فرق بين التزويج والتزوج في كون الحالف حانثاً بتوكيلهما، وهو الظاهر من «شرح المنظومة» على ما قدّمناه، فارجع إليه.

(وكذا في ابنه وابنته الصغيرين)، والأمة نظير الصغيرة على ما ذكرناه.

(وفي الكبيرين.. لا يحنث إلا بالمباشرة)؛ لأنه لا يملك الأمر عليهما.

وذكر في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: أن تسليم الشفعة والإذن [٥٩٩/أ] مما يحنث فيه بالأمر، حتى لو حلف لا يسلّم الشفعة، فسكت ولم يخاصم حتّى بطلت شفعته.. لا يحنث في يمينه، وإن وكّل وكيلاً بالتسليم.. يحنث.

ولو حلف لا يأذن لعبده في التجارة فرآه يبيع ويشتري فسكت.. يصير العبد مأذونا له في التجارة، ولا يحنث.

وكذا البكر: إذا حلفت أن لا تأذن في تزويجها فسكتت عند الاستئمار.. لا تحنث.

وكذا النفقة، حتى لو حلف لا ينفق فوكّل.. حنث.

وأما الشركة.. فعن «الظهيرية»: ولو حلف لا يعمل مع فلان قصارة فعمل مع شريك فلان.. حنث.

ولو عمل مع عبده المأذون.. لا يحنث؛ لأن كلّ واحد من الشريكين يرجع بالعهدة على صاحبه، ويصير الحالف عاملاً على المحلوف عليه وإن كان عقد الشركة نفسه لا يوجب الحقوق.

أما العبد المأذون.. فلا يرجع بالعهدة على المولى.. فلا يصير الحالف شريكاً لمولاه.

ولو حلف لا يشارك فلاناً في هذه البلدة، ثم خرجا عنها وعقدا عقد الشركة، ثم دخلاها وعملا فيها، إن كان الحالف نوى في يمينه أن لا يعقد عقد الشركة في البلدة.. لا يحنث، وإن نوى أن لا يعمل بشركة فلان.. حنث، وإن دفع أحدهما إلى صاحبه مالاً مضاربة.. فهذا والأوّل سواء؛ لأن المضاربة شركة في عرفنا.

ولو حلف لا يشارك فلاناً فشاركه بمال ابنه الصغير.. لا يحنث؛ لعدم الشركة فيه.

ولو حلف لا يشارك فلاناً، ثم دفع إلى رجل مالاً بضاعة، وأمره أن يعمل فيه برأيه، فشارك ذلك الرجل مع الفلان.. يحنث الحالف؛ لأنه صار شريكاً مع الفلان؛ لأن المستبضع لا حقّ له في الربح، فكان العامل شريكاً لربّ المال، ولو كان مكان المستبضع مضارب والمسألة بحالها.. لا يحنث؛ لأن المضارب له حقّ في الربح، فكان المحلوف عليه شريكاً للمضارب لا للحالف.

وَدخُولُ اللَّامِ على البيعِ؛ كَإِن بِعْتُ لَكَ ثوباً.. **يَقْتَضِي** اخْتِصَاصَ الْفِعْلِ بالمحلوفِ عَلَيْهِ، بِأَن كَانَ بأَمْرِهِ، سَوَاءٌ كَانَ مِلكَهُ أَو لا.

وَمِثْلُهُ: الشِّرَاءُ، وَالْإِجَارَةُ، والصباغةُ، وَالْبِناءُ.

وعَلى الْعَيْنِ؛ كَإِن بِعْتُ ثوباً لَك.. **يَقْتَضِي** اختصاصَها بِهِ؛ بِأَن كَانَ ملكَهُ، سَوَاءٌ أَمَرَهُ، أَو لا.

وَكَذَا دُخُولُهَا على الضَّرْبِ، وَالْأَكلِ، وَالشُّربِ، وَالدُّخُولِ.

(**ودخول اللام**) - أي: اللام الجارة - (**على البيع كإن بعت لك ثوباً**)، أي: فامرأتي طالق (.. **يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه**) وهو المخاطب (**بأن كان**) - الباء لبيان الاختصاص - أي: بأن كان البيع (**بأمره**)، أي: بأمر المحلوف عليه.

(**سواء كان ملكه**)، أي: ملك المحلوف عليه (**أو لا، ومثله: الشراء، والإجارة، والصباغة، والبناء**)؛ فإنها مثل البيع في جواز النيابة عنها، فتكون مثله في الحكم المذكور أيضاً.

(و) دخولها (**على العين كإن بعت ثوباً لك.. يقتضي اختصاصها**)، أي: اختصاص العين (به)، أي: بالمحلوف عليه.

(**بأن كان**) العين (**ملكه**)، أي: ملك المحلوف عليه؛ (**سواء أمره، أو لا**)، أي: أمر المحلوف عليه الحالف، أو لم يأمر.

(**وكذا دخولها على الضرب والأكل والشرب والدخول**).

حاصله: أن اللام الجارة إذا اتصلت بضمير وتعقبت [٥٩٩/ب] بفعل متعد؛ فإمّا أن يتوسّط بين الفعل ومفعوله، أو يتأخر عن مفعوله.

وعلى التقديرين: فإما أن يحتمل الفعل النيابة أو لا.

فإن احتملها وتوسّط اللّام بين الفعل ومفعوله؛ نحو: إن بعت لك ثوباً، أو اشتريت لك ثوباً، أو آجرت لك داراً، وغيرها.. كانت اللام لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه؛ لأنها لإضافة متعلّقها لمدخولها وهو كاف الخطاب، فيفيد أن

الفعل مختص بالمخاطب؛ سواء كان العين ملكاً له أو لا، وذلك يفيد أن لا يستفاد الفعل إلا من جهته، وذلك إنما يكون بأمره.

وإذا باع بأمره.. يكون البيع لأجله وهو معنى لام التعليل والاختصاص.. فكان المعقود عليه أن لا يبيعه لأجله؛ فإذا باعه بأمره.. حنث؛ لوجود شرط الحنث؛ فإذا دسَّ المخاطب ثوبه، أي: أخفاه في ثياب الحالف بلا علمه فباعه مع ثيابه.. لا يكون باعه لأجله؛ لأن ذلك لا يتصور إلّا بالعلم بأمره.

وإن تأخر عن مفعوله؛ نحو: إن بعت ثوباً لك، أو اشتريت ثوباً لك، أو آجرت داراً لك.. كان لاختصاص العين، بأن يكون العين مملوكه؛ سواء كان الفعل وقع لأجله، أو لم يقع؛ لما ذكرناه من أنها لإضافة متعلّقها لمدخولها.

والظاهر: أنها تتعلق حينئذ بالعين لا بالفعل لقربها، والقرب من أسباب الترجيح.

وإن لم يحتمل النيابة: مثل ضرب الولد والأكل والشرب.. لا يفترق الحكم في الوجهين، أي: في التوسط والتأخر، بل يحنث إذا فعله؛ سواء كان بأمره، أو بغير أمره؛ لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة.. لم يكن انتقاله إلى غير الفاعل، فيكون الأمر وعدمه سواء.. فتعين أن يكون اللام لاختصاص العين به صوناً للكلام عن الإلغاء.

هذا، وقال في مسائل الأخذ والسرقة والغصب من كتاب الأيمان من «قاضي خان»: رجل قال: والله لا أبيع لفلان ثوباً، فباع الحالف ثوباً للمحلوف عليه ليخير صاحب الثوب.. حنث الحالف؛ أجاز المحلوف عليه، أو لم يجز.

ولو باعه الحالف وهو لا يريد بذلك أن يكون البيع للمحلوف عليه، وإنما يريد بيعه لنفسه.. لا يكون حانثاً. انتهى.

والذي ظهر منه: أن يحنث الحالف بمجرد فعله ما يحتمل النيابة في صورة توسّط اللام بين الفعل ومفعوله؛ سواء فعله بأمر المحلوف عليه، أو لا، وهذا ينافي

وَإِن نوى غَيرَهُ.. صُدِّقَ فِيمَا عَلَيْهِ.

تقييد المصنف وغيره بقولهم بأن كان بأمره. فإن قيل: كلام «قاضي خان» في اليمين بالله تعالى في تعليق الطلاق ونحوه، بدليل ما ذكره عقيب تلك المسألة: رجل قال لغيره: إن بعت لك ثوباً فعبدي حرّ، فهذا على أن يبيع ثوباً للمحلوف عليه؛ سواء كان الثوب للمحلوف عليه، أو لم يكن، ولو قال: إن بعت ثوباً لك.. فهو على أن يبيع ثوباً مملوكاً [٦٠٠/أ] للمحلوف عليه. انتهى.

وكلام غيره في تعليق الطلاق ونحوه.

قلت: هكذا أجاب عنه صاحب «البحر» ووفق بينهما، وذكر أن ما ذكره «قاضي خان» ثانياً يؤيد هذا الحمل.

أقول: في كونه مؤيداً بحث؛ لأنه لم يذكر في المسألة الثانية لزوم الأمر من المحلوف عليه حتى يكون مؤيداً لهذا الحمل.

ثم ذكر صاحب «البحر» نقلاً عن «المحيط» أن ما ذكره «قاضي خان» رواية ابن سماعة، وما ذكره القوم من التقييد بلزوم الأمر رواية «الجامع الصغير»، فيكون في المسألة روايتان، وهذا جواب حسن.

هذا وقد وجدت في بعض نسخ «قاضي خان» في المسألة الثانية مصرّحاً بلفظ الأمر؛ حيث قال فيها: فهذا على أن يبيع ثوباً بأمر المحلوف عليه، فعلى هذه النسخة.. يكون مؤيّداً للحمل المذكور بلا شبهة.

(وإن نوى غيره.. صدق فيما عليه)؛ أي: إن نوى خلاف ما اقتضاه ظاهر كلامه.. يصدّق فيما فيه تشديد على نفسه ديانةً وقضاءً، وفيما فيه تخفيف يصدق ديانةً لا قضاءً.

فإن نوى بقوله: إن بعت لك ثوباً: إن بعت ثوبا لك.. يصدق ديانةً وقضاءً فيما إذا باع ثوباً مملوكاً للمخاطب بغير أمره.. يحنث؛ لما فيه من التشديد عليه، وأما لو باع ثوباً مملوكاً لغير المخاطب بأمر المخاطب وقال: كنت نويت بقولي: إن بعت

وَفِي: إِن بِعتُهُ، أَو إِن اشتريتُهُ فَهُوَ حرٌّ، فعقدَ بِالْخِيَارِ.. عَتَقَ.

لك ثوباً: إن بعت ثوباً لك.. يصدق فيهما؛ فيما إذا باع ثوباً مملوكاً لغير المخاطب بأمر المخاطب، ويحنث؛ لما فيه من التشديد عليه، ولو باع ثوباً مملوكاً للمخاطب بغير أمره.. يصدّق ديانةً لا قضاء؛ لما ذكرناه.

(**وفي: إن بعته أو إن اشتريته فهو حرّ، فعقد بالخيار**) للبائع، أو للمشتري (..عتق) لوجود الشرط وهو البيع والشراء، والملك فيه قائم؛ لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق، وخيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك عندهما.

وأما عند أبي حنيفة.. فلأنّ هذا العتق معلّق بالشراء لا بالملك، والمعلق كالمنجز، ولو نجز العتق بعد الشراء بالخيار.. انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق، فكذا إذا علّق احتياطاً في تعجيل العتق، قيّد بالخيار؛ لأنه لو باعه باتاً.. لا يعتق؛ لأن البيع كما تم.. زال الملك، فلم يبق محلاً لنزول الجزاء.

فإن قيل: إن البيع بالخيار غير مفيد لحكمه - أعني: ثبوت الملك للمشتري - فلو كان كافياً لوقوع ما علّق به من العتق.. لكان النكاح أيضاً كذلك؛ فإذا علّق العتق بالنكاح وقد وجد النكاح فاسداً.. وجب أن ينزل الجزاء، وليس كذلك.

أجيب: بأن جواز البيع ليس مع المنافي، وجواز النكاح مع المنافي؛ لأنه رق والإنسانية تنافيه؛ فإذا كان النكاح فاسداً.. اعتضد فساده بما يخالف الدليل، فيترجح جانب العدم.. فصار كأن لم يكن.

بخلاف البيع؛ لأنه موافق للدليل فكان [٦٠٠/ب] موجوداً بالإيجاب والقبول وإن لم يفد الحكم.

وفي «البحر» نقلاً عن «الذخيرة»: إذا قال: إن اشتريت فلاناً فهو حرّ، فاشتراه لغيره، هل تنحل يمينه؟

لم يذكر محمد هذه المسألة في شيء من الكتب، وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه قال: لقائل أن يقول: تنحل يمينه، ولقائل أن يقول: لا تنحل يمينه، وهو

وَكَذَا لَو عَقَدَ بالفاسِدِ ....

الأشبه؛ لأنه إنما يراد بمثل هذه اليمين عرفاً: الشراء لنفسه لا الشراء لغيره؛ فكأنه قال: إن اشتريته لنفسي.. فأنت حرّ، ولو صرّح بذلك واشتراه لغيره.. لا تنحل يمينه، فكذا هذا.

وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ما إذا قال لامرأته: إن اشتريت غلاماً فأنت طالق، فاشتراه لغيره.. تنحل يمينه؛ لأن هناك لم يوجد ما يدلّ على إرادته الشراء لنفسه؛ لأن الطلاق من قبل الحالف.. يقع على امرأته؛ اشتراه لنفسه أو لغيره.

أما هنا: بخلافه؛ لأن العتق من قبل الحالف لا يقع إلا بالشراء لنفسه. انتهى.

(**وكذا لو عقد**)، أي: البيع والشراء (**بالفاسد**)، حلف إن بعته فهو حرّ، فباعه فاسداً؛ فإن كان العبد في يد البائع، أو في يد غيره بأمانة، أو رهن.. يعتق عليه؛ لعدم زوال ملكه بعد.

وإن كان في يد المشتري حاضراً عنده أو غائباً مضموناً بنفسه.. لا يعتق عليه؛ لأنه زال ملكه عنه.

ولو حلف إن اشتريته فهو حرّ، فاشتراه فاسداً؛ فإن كان في يد البائع.. لا يعتق عليه؛ لأنه على ملك البائع بعد؛ لعدم القبض.

وإن كان في يد المشتري وكان حاضراً عنده وقت العقد.. يعتق؛ لوجود القبض، فيدخل في ملكه.

وإن كان غائباً في بيته أو نحوه؛ فإن كان مضموناً بنفسه كالمغصوب.. يعتق؛ لأنه ملكه بنفس الشراء.

وإن كان أمانة، أو مضموناً بغيره؛ كالرهن.. لا يعتق؛ لعدم القبض.

وعن أبي يوسف: أنه لا يحنث بالفاسد، ولا بما فيه خيار لأحدهما أصلاً؛ لأن الفاسد ناقص ذاتاً، لا يفيد الملك حالاً، ولا بعد القبض على الكمال؛ لأنه لا يفيد الحل، فلم يتحقق الشرط من كلّ وجه، وشرط الخيار يمنع تعلّق الاستحقاق بالعقد.

أَوِ الْمَوْقُوفِ.

وَلَو بِالْبَاطِلِ.. لَا يَعْتِقُ.

وَفِي إِن لم أَبِعْهُ فَكَذَا، فَأَعْتَقَهُ أَو دبَّرَهُ.. حَنِثَ.

قلنا: إنه كامل ذاتاً؛ لوجود الأهلية والركن والمحل، وتخلف الحكم من الملك والحلّ لا يضرّ؛ كالهبة وشراء أخته من الرضاع، وأثر الشرط في الحكم لا في العقد.

(**أو**) بالبيع (**الموقوف**)، صورته: فيما إذا كان الحالف هو البائع، حلف إن بعته فهو حر، فباعه لشخص غائب فقبل عنه فضوليّ.. يعتق عليه العبد؛ لوجود الشرط.

وفيما إذا كان الحالف هو المشتري: حلف إن اشتريته فهو حرّ، فاشتراه فضولي.. حنث بالشراء منه عند إجازة البائع، فيعتق عليه العبد؛ لوجود الشرط، كذا في «البحر»، ويخالف ما في «التبيين».

وأما إذا حلف لا يشتري أو لا يبيع، فاشترى أو باع موقوفاً.. فإنه يحنث في يمينه قبل الإجازة.

وما [٦٠١/أ] في «المحيط» أيضاً حيث قال: حلف لا يشتري اليوم شيئاً، فاشترى عبداً بخمر أو خنزير، قبض أو لم يقبض، أو اشترى عيناًلم يأمره صاحبه بالبيع.. حنث قبل إجازة صاحبه؛ لأن هذا بيع فاسد، والبيع الفاسد: بيع حقيقة.

وكذا لو اشترى بالدين؛ لأنه مال، ولو اشتراه بدم أو ميتة.. لا يحنث؛ لأنه ليس ببيع؛ لعدم المال، بخلاف الخمر والخنزير؛ لأنها مال، وإن لم يكن متقوّماً.

(**ولو بالباطل.. لا يعتق**)؛ لعدم وجود الشرط؛ لأن الباطل ليس ببيع وشراء أصلاً، وبيان البيع الباطل والفاسد سيأتي في بابه.

(**وفي: إن لم أبعه فكذا**)، أي: فامرأتي طالق، (**فأعتقه أو دبّره**)، أي تدبيراً مطلقاً (**.. حنث**).

وكذا لو كاتبه؛ لأنه تحقق شرط الحنث وهو عدم البيع لفوات محلّ البيع بالإعتاق والتدبير والكتابة.

فإن قيل: المدبّر يجوز بيعه إذا قضى القاضي، فلا يفوت محلية البيع فيه.

أجيب عنه: بأن الكلام في المدبّر ما دام مدبّراً، وإذا قضى القاضي بجواز بيع المدبر فببيعه ينفسخ التدبير، ويقع البيع على القنّ، وفوات المحلية ببقاء التدبير، والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية.

فكان الواجب: أن لا يقع الطلاق، فالأولى أن يقال: بيع المدبر لا يجوز.

فالظاهر: أن المسلم لا يقدم عليه؛ فإن أقدم.. فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز مع ذلك.

فالأصل: عدم ما يحدث، فكان عدم فوات المحلّية بناءً على جواز القضاء ببيعه مخالفاً للظاهر من كل وجه.. فلا يكون معتبراً. انتهى.

أقول: إن أراد بيع المدبر لا يجوز بالاتفاق.. ممنوع، لجوازه عند الشافعية، وإن أراد أنه لا يجوز عند الحنفي.. فهو مسلم؛ لكنه غير مفيد؛ لأن جواز القضاء ببيعه عند الخصم ليس مخالفاً للظاهرمن كلّ وجه.

قيّدنا التّدبير بالمطلق؛ لأنه لو كان مقيداً.. لا يحنث به على ما أشار إليه في «فتح القدير».

ولم يذكر الأمة، وقد ذكرها في «الهداية»؛ لعدم الفرق بينها وبين العبد؛ فإنه لو قال: إن لم أبعها فامرأتي طالق، فأعتقها أو دبّرها.. حنث.

واعترض عليه في «العناية»: بأنها يجوز أن ترتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب، فلا تفوت محلية البيع فيها.

ثم أجاب عنه بقوله: بأن من مشايخنا من قال: لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيع الأمة باعتبار هذا الاحتمال.

والصحيح: أنها تطلق؛ لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بإعتاقها، أو تدبيرها. انتهى.

قَالَت: تزوَّجتَ عليَّ.. فَقَالَ: كلُّ امْرَأَةٍ لي طَالِقٌ.. طلقت هِيَ أَيْضاً، إِلّا فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ.

ولا يخفى عليك أن هذا الاعتراض وارد على العبد أيضاً؛ فإنه يجوز أن يرتد، ويلحق بدار الحرب بعد إعتاقه، أو تدبيره، ثم يسبى ويأخذ.. فالجواب: الجواب.

ولم يذكر أيضاً حال الكتابة؛ يعني: لو قال: إن لم أبعه.. فكذا، فكاتبه.

والذي يقتضيه النظر: أنه يحنث لتحقق شرط الحنث أيضاً وهو عدم البيع؛ لفوات البيع [٦٠١/ب] بالكتابة.

فإن قيل: يجوز بيعه إذا عجّز نفسه، وأجاز بيعه؛ لأنه رق ما بقي درهم.

قلنا: إن الكلام في المكاتب ما دام مكاتباً؛ كما مر في المدبر.

(قالت: تزوجت عليّ، فقال) الزوج: إن تزوجت عليك **(كل امرأة لي طالق.. طلقت هي أيضاً، إلا في رواية عن أبي يوسف)**، واختاره شمس الأئمة السرخسي وكثير من المشايخ.

له: أن الكلام خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال؛ فكأنه قال: كل امرأة لي غيرك دلالةً، ولأن غرضه إرضاؤها لا إيحاشها بالطلاق، وإنما تكون راضية بطلاق غيرها، فيتقيد به.

وجه ظاهر الرواية: أن اللفظ عامٌ ولا مخصِّص متيقنٌ؛ لأنه لو كان.. لكان غرضه إرضاؤها، وجاز كون غرضه إيحاشها؛ لاعتراضها عليه فيما أحلّ الله له، فكان محتملاً لكل من الأمرين.

فالحكم بمعين.. تحكم؛ ولأنه زاد على قدر الجواب؛ إذ يكفيه أن يقول: إن كنت فعلت ذلك.. فهي طالق، فلما لم يقتصر.. جعل مبتدئاً تحرزاً عن الإلغاء.

هذا، أقول: الأولى تحكيم الحال على ما صرّح به في «العناية» عزواً إلى «الذخيرة»، وذلك إن كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه.. يقع الطلاق عليها أيضاً؛ عملاً بعموم اللفظ مع قرينة الحال، وإن لم يكن بينهما

وَإِن نوى غَيرَهَا.. صُدِّقَ ديانَةً لَا قَضَاءً.

وَمن قَالَ: عليَّ الْمَشْيُ إِلَى بَيتِ اللهِ أَو إِلَى الْكَعْبَةِ.. لزمَهُ حجٌّ أَو عمْرَةٌ مشياً؛ ....

مشاجرة.. لا يقع الطلاق؛ كما قال أبو يوسف؛ لأن الأصل عدم ما يحدث، والعام قد يخصّص باعتبار الأحوال والقرائن.

ألا ترى إلى ما في «قاضي خان» و«فتح القدير»: أنه قال: لي إليك حاجة أتقضيها؟ فقال: نعم، وحلف على ذلك بالطّلاق والعتاق، قال: حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثاً.. له أن لا يصدقه في قوله هذا؛ لأنه متهم، فجاز تخصيص العام في مقام التهمة وهو الحاجة ههنا.

ولو حلف ليطيعنَّه في كل ما يأمره به ينهاه عنه، ثم نهاه عن جماع امرأته، فجامعها الحالف.. لا يحنث؛ لأنه متهم في نهيه عنه فيخصّص، إلا إن كان ما يدل على قصده إلى ذلك عند تحليفه على الطاعة؛ لأن النّاس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة، كما لا يريدون النهي عن الأكل والشرب.

حلف لا يطلق امرأته.. فشمل كلّ طلاق يضاف إليه، حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الإيلاء.. يحنث، لا ما لا يضاف إليه.. فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان، ولا بإجازة خلع الفضولي بالفعل، ويحنث لو أجازه بالقول.

(**وإن نوى غيرها**)، أي: غير تلك المرأة (.. **صدق ديانة**)؛ لأنه مما يحتمله كلامه، (**لا قضاء**)؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لأنه تخصيص العام.

(**ومن قال: عليّ المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة.. لزمه حج أو عمرة مشياً**)؛ سواء كان القائل في الكعبة، أو غيرها؛ فإن لم يكن فيها.. فظاهر، وإن كان فيها واختار الحج.. يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشياً، وإن اختار العمرة.. يخرج إلى التنعيم ويحرم بالعمرة، واختلفوا في الخروج إلى التنعيم:

فَإِن ركبَ.. فَعَلَيهِ دمٌ.

قال بعضهم: يجوز له أن [٦٠٢/آ] يركب وقت الرواح إلى التنعيم؛ لأن الرواح إليه ليس بمشي إلى بيت الله تعالى، وإنما المشي إليه وقت الرجوع منه.

وقال بعضهم: يمشي وقت الرّواح أيضاً؛ لأن الرواح إليه للإحرام.. فكان ماشياً إلى بيت الله تعالى.

(**فإن ركب.. فعليه دم**)، والقياس: أن لا يلزمه بهذا النذر شيء من الحج أو العمرة أو الدم؛ لأنه التزام ما ليس بقربة واجبة، ولا مقصودة لذاته؛ لأن المشي أمر مباح، والمقصود شيء آخر لا نفسه، ولكنا تركناه بالأثر والعرف:

أما الأثر: فما روي عن علي: من جعل على نفسه الحج ماشياً.. حجّ وركب وذبح شاة، رواه محمد في «الأصل».

فإن قيل: هذا المروي غير مطابق لما نحن فيه؛ لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشياً بغير اللفظ المذكور، وليس الكلام فيه.

قلنا: هذا احتمال يدفعه ما روي عن علي أيضاً: أنه قال في جواب هذه المسألة: إن عليه حجة، أو عمرة؛ لأن بعض الرواية يفسّر بعضاً.

وأما العرف: فلأن الناس متعارفون إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ، فصار كما إذا قال: عليّ زيارة البيت ماشياً.. فيلزمه ماشياً، وإن ركب وأراق دماً.. فله ذلك.

فإن قيل: أن إيجاب الحج، أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وإرادة المسبب.

ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو في غيرها؛ فإذا كان مجازاً لالتزام الحج أو العمرة.. كان اللفظ غير منظور إليه؛ كما إذا نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة.. فحينئذٍ ينبغي أن لا يلزمه المشي في طريق الحج؛ كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه، وإنما يجب إهداء الثوب إلى مكة لكون اللفظ عبارة عنه.

وَلَو قَالَ: عليَّ الْخُرُوجُ أَو الذّهابُ إِلَى بَيتِ اللهِ تعالى أَو الْمَشْيُ إِلَى الصَّفَا والْمَرْوَة.. لَا يلْزمُهُ شَيْءٌ.

وَكَذَا لَو قَالَ: عليّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ أَو إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، خلافاً لَهما.

وَفِي: عَبدُهُ حرٌّ إِن لم يحجَّ الْعَامَ، فشهدا بِكَوْنِهِ يَوْمَ النَّحْرِ بكوفةَ.. لَا يَعْتِقُ ....

أجيب عنه: بأن للحج ماشياً فضيلة ليست له راكباً على ما ذكر في «الآثار»، **فاعتبر لفظه:** لإيجاب المشي لإحراز تلك الفضيلة، **ومعناه:** في إيجاب الحج أو العمرة؛ لإجماعهم على ذلك المتعارف.

ورد: بأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

فالأولى في الجواب أن يقال: إن هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشياً.. فيلزمه ماشياً، لا لأن حقيقته مرادة بلفظه، ومجازه مراد بمعناه، حتى يلزم الجمع بين حقيقته ومجازه.

(**ولو قال: عليّ الخروج، أو الذهاب إلى بيت الله تعالى، أو المشي إلى الصفا والمروة.. لا يلزمه شيء**)، وكذا لو قال: عليّ السعي، أو السفر، أو الركوب، أو الإتيان إلى بيت الله تعالى.. لا يلزمه شيء؛ لعدم الأثر والعرف في هذه الألفاظ، فكان باقياً على القياس.

(**وكذا لو قال: عليّ المشي إلى الحرم، أو إلى المسجد الحرام**) هذا عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لأن الحرم شامل على البيت، وكذا المسجد الحرام، فصار ذكره كذكره، بخلاف الصفا والمروة؛ لأنهما منفصلان عنه.

ولأبي حنيفة: أن التزام الإحرام بهذه العبارة ليس بمتعارف، ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ وهو ظاهر.. فامتنع أصلاً [٦٠٢/ب].

(**وفي عبده حر إن لم يحج العام، فشهدا بكونه يوم النحر بكوفة.. لا يعتق**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

خلافاً لمُحَمَّدٍ.

(**خلافاً لمحمّد**)، قال: إنّه يعتق؛ لأن هذه شهادة قامت على أمر مشاهد، وهو التضحية، ومن ضرورية انتفاء الحج ذلك العام، فيتحقق الشرط، فينزل الجزاء.

ولهما: أنها قامت على النفي معنى؛ لأن المقصود منها: نفي الحج لا إثبات التضحية؛ فإن الشهادة على التضحية غير مقبولة؛ لأن المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطلبه؛ لأن العتق لم يعلق بها، وما لا مطالب له.. لا يدخل تحت القضاء، وإذا بطلت الشهادة على التضحية.. بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصوداً، والشهادة على النفي باطلة.

فإن قيل: لا نسلم أنها مطلقاً باطلة، بل النفي إذا كان مما يعلم ويحيط به علم الشاهد.. صحت الشهادة عليه بدليل ما ذكر في «السير الكبير»: شهدا على رجل أنه قال: المسيح ابن الله، ولم يقل قول النصارى، والرجل يقول: وصلت به ذلك.. قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته، وإن قامت على نفي؛ لإحاطة علم الشاهد به.

قلنا: لا نسلم أن ما نحن فيه نفي يحيط به علم الشاهد، ولو سلم ذلك.. لكنه لا يميزُ بين نفي ونفي في عدم قبول الشهادة عليه، بأن يقول: النفي إذا كان كذا.. صحت الشهادة عليه، وإذا كان كذا.. لا يصح؛ تيسيراً ودفعاً للحرج اللازم في تمييز نفي عن نفي، كذا في «الهداية».

وأما مسألة «السير الكبير»: فالقبول فيها باعتبار أنها شهادة على سكوت الزوج عقيب قول المسيح ابن الله، والسكوت أمر وجوديّ، فصار كشهود الإرث، إذا قالوا: نشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثاً له؛ حيث يعطى له كل التركة؛ لأنها شهادة على الإرث والنفي في ضمنه، والإرث مما يدخل تحت القضاء.

وأما النحر فيما نحن فيه وإن كان وجوديّاً ونفي الحج في ضمنه.. لكنه لا يدخل تحت القضاء على ما ذكرناه، فكانت الشهادة عليه كالعدم في حقه، فبقي النفي هو المقصود بها.. فلا تقبل الشهادة عليه.

فإن قيل: قد ذكر في «المبسوط»: أن الشهادة على النفي مقبولة في الشروط، حتى لو قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حرّ، فشهدا أنه لم يدخلها.. قبلت، ويقضى بعتقه، وما نحن فيه: من قبيل الشروط.

أجيب عنه: بأنها قامت بأمر ثابت معاين، وهو كونه خارجاً من الدار، فيثبت النفي ضمناً في مسألة «المبسوط».

ورد عليه في «فتح القدير»: بأن العبد كما لا حق له في التضحية إذا لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها.. كذلك لا حق له في الخروج من الدار؛ لأنه لم يجعل الشرط، بل عدم الدخول في مسألة «المبسوط».. كعدم الحج في مسألتنا، فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدّعى به من [٦٠٣/أ] النفي المجعول شرطاً.. قبلت الشهادة عليه، وإن كان غير مدعى به لتضمنه المدّعى به كذلك.. يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة لنفي المدعى به، فقول محمد أوجه. انتهى.

فإن قيل: إنّ عدم الدّخول هو الخروج؛ لعدم الواسطة بينهما.. فله حق في الخروج.

فالجواب: منع الاتحاد بينهما، كيف وإن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وهو أمر وجودي.. فلا يتحد مع أمر عدميّ؟

ولو حلف لا يخرج من هذه الدّار وهو خارج.. لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج، ولو كان الخروج عبارة عن عدم الدخول.. لزم أن يحنث بلا حاجة إلى الدخول ثم الخروج.

هذا، واعلم: أنهم ذكروا أن شهادة النفي غير مقبولة إلا في مسائل عشرة:

فيما إذا علّق طلاقها عدم شيء فشهدا بالعدم وهو مسألة «المبسوط».

وفيما إذا شهدا أنه أسلم ولم يستثن.

وَفِي: لَا يَصُومُ، فَصَامَ سَاعَةً بنيةٍ.. حَنِثَ.

وَإِن ضمَّ صوماً، أَو يَوْماً.. لَا، مَا لم يتمَّ يَوْماً.

وفيما إذا شهدا أنه قال: المسيح ابن الله، ولم يقل: «قول النصارى»، وهو مسألة «السير الكبير».

وفيما إذا شهدا بنتاج الدابة عنده ولم تزل على ملكه.

وفيما إذا شهدا بخلع، أو طلاق ولم يستثن.

وفيما إذا أمّن الإمام أهل مدنية فشهدا على أنّ هؤلاء لم يكونوا فيها وقت الأمان.

وفيما إذا شهدا أن الأجل لم يذكر في عقد السّلم.

وفي الإرث إذا قالوا: لا وارث له غيره.

وفيما إذا شهدا أنها أرضعت الصبي بلبن شاة لا بلبن نفسها.

وفيما إذا كان النفي متواتراً، وهذا؛ لأنه إذا كان متواتراً.. يحيط به علم الشاهد، وهو مخالف لما ذكرناه من «الهداية» من أنه لا فرق بين نفي ونفي في عدم القبول؛ تيسيراً على الناس.

(**وفي: لا يصوم، فصام ساعة بنية.. حنث**) بصومه ساعة وإن كان قد أفطر بعد ساعة؛ لوجود شرط الحنث وهو الصّوم؛ لأن الصّوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب، وقد وجد ذلك.

(**وإن ضمّ: صوماً، أو يوماً**) بأن يقول: لا يصوم صوماً، أو يوماً (**.. لا**) يحنث بإمساك ساعة (**ما لم يتم يوماً**)؛ أما في: «يوماً».. فظاهر؛ لأنه صريح في تقدير المدة به، وأما في: «صوماً».. فلأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعاً.

فلذا قلنا: لو قال: لله على صوم رجب.. عليه صوم يوم كامل بالإجماع، وكذا لو قال: علي صلاة.. يجب ركعتان على ما سيذكره.

فإن قيل: المصدر مذكور بذكر الفعل في «لا يصوم»، فلا فرق بين قوله: «لا

يصوم» وبين قوله: «لا يصوم صوماً»، فينبغي شمول العدم، أو شمول الوجود، لكن عدم الحنث بصوم ساعة في: «لا يصوم صوماً» مما لا شك فيه.. فينبغي أن لا يحنث في: «لا يصوم» أيضاً، وهو شمول العدم.

فالجواب على ما بين في «الأصول»: الثابت في ضمن الفعل ضروري، ولا يظهر أثره في غير تحقيق [٦٠٣/ب] الفعل، بخلاف الصريح؛ فإنه اختياري، يترتب عليه حكم المطلق.. فيوجب الكمال، قيد بقوله: «يوماً»؛ لأنه لو حلف ليصومنّ هذا اليوم، وكان ذلك بعد أن أكل، أو بعد الزوال.. صحّت اليمين ولزمه الصوم في الحال، مع أنه مقرون بذكر اليوم، ولا كمال؛ لأن اليمين تعتمد التصور، والصوم بعد الزوال والأكل متصوّر؛ كما في صورة الناسي، وهو كما قال لامرأته: إن لم تصلّ اليوم فأنت طالق، فحاضت من ساعتها، أو بعدما صلّت ركعة.. صحّت اليمين وطلقت في الحال؛ لأن الصلاة من الحائض متصور؛ لأن ورود الدم لا يمنع؛ كما في المستحاضة، إلا أنها لم تشرع مع ورود دم هو حيض، ففات شرط أدائه، بخلاف مسألة الكوز؛ لأن محلّ الفعل وهو الماء غير قائم أصلاً، فلا يتصور بوجه على ما مرّ بيانه.

قال في «فتح القدير»: إنّ هاتين المسألتين مشكلتان على قول أبي حنيفة ومحمّد: من أن تصور البرّ شرط صحة الحلف عندهما على ما تقدم؛ لأن تصوّر البر في هاتين المسألتين منتف شرعاً، وكونه ممكناً في صورة أخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة.. لا يفيد.

فإنه حيث كان في صورة الحلف مستحيلاً شرعاً.. لم يتصور الفعل المحلوف عليه؛ لأنه لم يحلف إلا على الصوم والصّلاة الشرعيين.

وأما على قول أبي يوسف: فظاهر أنهما ينعقدان، ثم يحنث.

ثم اعلم: أن مسألة الكتاب - أعني: «لا يصوم» فصام ساعة بنية.. حنث - مشكل، بما يذكره التمرتاشي: من أنه حلف لا يصوم.. فهو على الجائز؛ لأنه

وَفِي: لَا يُصَلِّي.. يَحْنَثُ إِذا سجدَ سَجْدَةً، ....

لتعظيم الله تعالى، وذلك لا يحصل بالفاسد، إلا إذا كان اليمين في الماضي - أي: حلف ما صمت وكان قد صام - فاسدة؛ لأن الظاهر منه: أنه لا يحنث بصوم ساعة.

وفي «فتح القدير»: والأصحّ: ما ذكره المصنف؛ لأنه نصّ عليه محمد في «الجامع الصغير»، لكنه ذكر في «البحر» نقلا عن «المبتغى»: أنه إذا قال لامرأته: إن لم تصلّ صلاة الفجر غداً فأنت طالق، فحاضت بكرة.. لا يحنث على الأصحّ، فهذا مؤيّد لقول التّمرتاشي.

(وفي: لا يصلّي.. يحنث إذا سجد سجدة) ثم قطع.

والقياس على الصوم: أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم.

وجه الاستحسان: أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود، فما لم يتم جميعها.. لا تسمّى صلاة، بخلاف الصوم؛ فإنه ركن واحد ممتد من مبدأ إلى منتهى، وهو الإمساك المخصوص، ويتكرر في كل جزء.

وهذا مشكل بما ذكره التمرتاشي: حلف لا يصلّي.. يقع على الجائز كما تقدم في الصوم، فلا يحنث بالفاسد، إلا إذا كان اليمين في الماضي - أي: حلف ما صلّيت وكان صلّى - فاسدة؛ لأن الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها، ويصح الخبر عن الفاسدة [٦٠٤/آ]، اللهمّ، إلا أن يراد بالفاسد: أن يكون بغير طهارة، كذا في «فتح القدير».

يعني: أنّ المراد بالفاسدة ما لا يوصف منها شيء بوصف الصحة بوقت، بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح.

ثم أيّده بما ذكره من «الذخيرة» وهو قوله: لو حلف لا يصلّي فصلّى صلاة فاسدة بأن صلّى بغير طهارة مثلاً.. لا يحنث استحساناً؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض.. فعلى هذا يستقيم القول

بأنه يحنث إذا سجد سجدة، ثم قطع؛ لأن شروعه ابتداء صحيح، ثم أفسدها، وهل يصدّق لو نوى الفاسدة بقوله: «لا يصلّي»؟

فعن «الذخيرة»: أنه يصدّق ديانةً وقضاءً؛ لأن الفاسدة صلاة صورة، وإطلاق الاسم على صورته مجازاً جائز، فقد نوى ما يحتمله لفظه، وفيه تغليظ على نفسه؛ لأنه مع هذا يحنث بالصحيحة أيضاً.

فإن قيل: إن هذا من قبيل الجمع بين الحقيقة والمجاز.

قلنا: ممنوع، وإنما طريقه أن في الصّحيحة ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث.. فلا يمنع الحنث لوجود شرطه، ولو كان عقد يمينه على الماضي، بأن قال: إن كنت صلّيت.. فهي على الجائزة والفاسدة؛ لأنه إخبار عن الماضية.. فيصلح الإخبار عن الصحيحة والفاسدة.

فإن قيل: إن شرط الحنث هو الصلاة ولو فاسدة، ومن أركان الصلاة: القعدة ولم توجد في الركعة الواحدة، فكيف يحنث بها مع فقدان شرط الحنث؟

أجيب: بأن القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة، ولا يخفى عليك أن هذا الجواب مبنيّ على توقّف الحنث على رفع الرأس منها، وفيه اختلاف المشايخ.

وفي «فتح القدير»: والحق: أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على ما مر في سجود السّهو.

والأوجه: أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض ولو سلّم توقفه عليه، ولكن تلك القعدة ليست بركن حقيقي، والأركان الحقيقية هي الخمسة، والقعدة ركن زائد، وإنما وجبت للختم.. فلا تعتبر ركناً في حق الحنث. انتهى.

وقد قالوا: إن الأركان الأصلية للصّلاة ثلاثة: القيام والركوع والسجود.

لَا قبلَهُ.

وَإِن ضمَّ: «صَلَاةً» فَبشفعٍ، لَا بِأَقَلَّ.

وأما القراءة: فركن زائد والتحريمة شرط ولذا قال في «الظهيرية».. ولو حلف لا يصلّي فقام وركع وسجد ولم يقرأ، قيل: يحنث، وقيل: لا يحنث.

(لا قبله)؛ لعدم تمام الصلاة قبله بالاتفاق.

(وإن ضم صلاة) بأن يقول: «لا يصلي صلاة» (.. **فبشفع لا بأقلّ**)؛ لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً، وأقلّها: ركعتان؛ للنهي عن البتيراء.

ويتفرع على هذا: ما ذكر في «الذخيرة»: قال لعبده: إن صليت ركعة فأنت حرّ، فصلّى ركعة، ثم تكلم.. لا يعتق، ولو صلى ركعتين.. عتق بالركعة الأولى؛ لأنه في الصورة الأولى ما صلّى ركعة [٦٠٤/ب]؛ لأنها بتيراء، بخلاف الثانية.

واختلفوا في أنه إذا حلف لا يصلّي صلاة.. فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين؟

قيل: نعم، وقيل: لا.

وفي «فتح القدير»: والأظهر: أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة.. يحنث قبل القعدة، وإن عقدها على الفرض؛ كصلاة الصّبح، أو ركعتي الفجر.. ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد. انتهى.

ويخالفه ما ذكره في «البحر» نقلاً عن «الظهيرية» قال: والأظهر: أنه إن عقد يمينه على مجرّد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة.. لا يحنث قبل القعدة، وإن عقدها على الفرض وهو من ذوات المثنى.. فكذلك لا يحنث حتى يقعد، وإن كان من ذوات الأربع.. يحنث، ولو حلف لا يصلي الظهر.. لا يحنث حتى يتشهد بعد الأربع. انتهى.

هكذا ذكره في «الخلاصة»، وقال: وهو الأشبه.

وَفِي: «إِن لبستُ مِن غزلِكِ فَهُوَ هدي»، فَملك قطناً فغزلتهُ ونُسِجَ فلبِسَهُ.. فَهُوَ هديٌ، خلافاً لَهما.

وفيها أيضاً: لو حلف يصلّي بأهل هذا المسجد ما دام فلان حيّاً يصلّي، فمرض فلان ثلاثة أيّام ولم يصلّ فيه، أو كان صحيحاً، فلم يصلّ فيه ثلاثة أيّام.. فإنه لم يحنث الحالف إذا صلّى بهم؛ لأنه لم يدم.

حلف لا يصلّي خلف فلان، فقام عن يمينه وصلّى.. يحنث إن لم يكن له نية، وإن كان نوى أن يكون خلفه حقيقة.. لا يديّن قضاء.

ولو قال: والله لا أصلي معك، فصليا خلف إمام.. يحنث، إلا إذا نوى الصلاة معه وليس معهما غيره.

حلف لا يؤمّ أحداً، فافتتح الصلاة لنفسه، يعني: نوى أن لا يؤم أحداً فجاء قوم واقتدوا به.. حنث قضاءً لا ديانة إذا ركع وسجد.

وكذا لو صلّى الحالف بالناس يوم الجمعة، ونوى أن يصلّي الجمعة لنفسه.. جازت الجمعة له ولهم استحساناً، وحنث قضاءً لا ديانةً، ولو شهد في غير الجمعة قبل أن يدخل في الصلاة أنه يصلّي لنفسه.. لم يحنث ديانةً وقضاءً. انتهى.

وذكر في بحث الاقتداء من صلاة «البحر» ما يخالف هذا، فلا تغفل.

(**وفي إن لبست من غزلك فهو هدي**)، أي: صدقة أتصدّق بها على فقراء مكة، وهو معنى الهدى (**فملك**)، أي: ملك الحالف (**قطناً**) أو كتاناً بعد وقت الحلف؛ لأن حكم ما غزلته مما في ملكه وقت الحلف اتفاقي على ما سيأتي.

(**فغزلته**)، أي: الزوجة، (**ونسج**)، أي: الزوج الحالف، (**فلبسه.. فهو هدى**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: ليس عليه أن يهديه حتى يغزله من قطن ملكه وقت حلفه؛ لأن النذر إنما يصحّ:

فيما هو في ملكه، لقوله ﷺ: «لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم».

وَإِن لَبِسَ مَا غَزَلَتْ مِن قُطنٍ فِي مِلكِهِ وَقتَ الْحَلِفِ.. فهديٌ بالِاتِّفَاقِ.

أو فيما يضاف إلى سبب الملك؛ مثل إن اشتريت كذا.. فهو هدي، أو فعليَّ أن أتصدّق به.

ولم يوجد شيء من ذلك ههنا؛ لأن شيئاً من اللبس المجعول شرطاً، ومن متعلّقه الذي هو غزل المرأة ليس سبباً لملكه الملبوس.. فلا ينعقد نذره فيما ملكه بعد الحلف.

ولأبي حنيفة: إن غزل المرأة عادة يكون من [٦٠٥/أ] قطن الزّوج؛ لأن العادة أن يشتري القطن في البيت وهي تغزله، فيكون المغزول مملوكاً له، والمعتاد هو المراد بالألفاظ، فالتعليق بغزلها تعليق بسبب الملك للثّوب؛ كأنه قال: إن لبست ثوباً أملكه بسبب غزلك قطنه.. فهو هدي، ولا حاجة إلى تقدير ملك القطن، ولا إلى الالتفات إليه وإن كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل، إلا إذا كان القطن مملوكاً له، وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك، أو في حال الحلف.

(**وإن لبس ما غزلت من قطن في ملكه وقت الحلف.. فهدي بالاتفاق**)؛ لأن نذره حينئذ يصحّ اتفاقاً؛ لكونه في ملكه.

وهذه المسألة تؤيّد قول أبي حنيفة في المسألة السابقة: من أنّ غزل المرأة سبب عاديّ لملك الزّوج المغزول، وهذا لأن كونه حانثاً في هذه المسألة مع أن القطن غير مذكور أيضاً.. ليس إلا لكون الغزل ذكر سبب الملك في المغزول؛ لأن معنى كونه سبباً كونه كلما وقع.. ثبت الحكم، وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع.. ثبت عنده ملك الزوج في المغزول، وهذا مما لا فرق بين أن يملك القطن في حال حلفه، وبين أن يملكه بعده.

والفرق لأبي حنيفة بين مسألة اللبس ههنا، وبين مسألة التسري؛ حيث لم يفرق في هذه المسألة بين كون الحالف مالكاً للقطن وقت الحلف، وبين كونه غير مالك.

وفرق في مسألة التسري بين كونه مالكاً وقت الحلف، وبين كونه مالكاً بعده على ما مرّ أن الإضافة إلى التسري ليس إضافة إلى سبب الملك؛ لأنه لا يثبت عند التسري أثراً له، بل هو متقدّم عليه، بخلاف غزل المرأة؛ فإنه سبب عاديّ على ما ترى.

وهل الفتوى في مسألتنا هذه على قول أبي حنيفة، أو على قول صاحبيه؟

ففي «فتح القدير»: والواجب في ديارنا: أن يفتى بقولهما؛ لأن المرأة لا تغزل إلّا من كتان نفسها، أو قطنها، فليس الغزل سبباً لملكه للمغزول عادة، فلا يستقيم جواب أبي حنيفة. انتهى.

فظهر منه أن الفتوى على قول أبي حنيفة في ديار تكون المرأة فيه تغزل من كتان زوجها.

ومما يتعلق بهذه المسألة: ما ذكر في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما: حلف لا يلبس من غزل فلانة، فلبس ثوباً من غزلها، فلما بلغ الذيل السرة تذكر، فلم يدخل يديه في كميه ورجلاه بعد تحت اللحاف.. يحنث.

ولو حلف لا يلبس السّراويل فأدخل إحدى رجليه.. لا يحنث، وكذا في الخفين.

حلف لا يلبس هذا القميص، أو هذا السراويل فاتزر به، أو ارتدى، أو اشتمل به.. حنث.

بخلاف ما لو قال: لا ألبس قميصاً فاتزر به، أو ارتدى.. لا يحنث استحساناً أنه حينئذ ينعقد على اللبس المعتاد.

وكذا لو قال: لا ألبس سراويل فاتزر أو ارتدى به أو تعمّم [٦٠٥/ب].. لا يحنث.

ولو وضعه على عاتقه يريد به حمله.. لا يحنث.

حلف لا يلبس القباء أو قباء ولم يعين، فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه.. لا يحنث.

وفي المعيّن بأن قال: هذا القباء.. يحنث؛ لأن في المنكر يعتبر اللبس المعتاد في القباء، وأما في المعيّن.. فلا يعتبر المعتاد من اللبس؛ لأن الأوصاف في المعيّن لغو.

قال الصدر الشهيد: واختيار الإمام الوالد الحنث في المنكر أيضاً؛ لأنه يلبس أيضاً كذلك، ولو وضع القباء على اللّحاف ونام تحته؛ قيل: لا يحنث، وهو المروي عن شمس الإسلام.

وقيل: يحنث، وهو المروي عن الإمام الأستاد.

وفي «المحيط»: أراد باللّحاف الذي يستر دون الدثار، والمراد بالدثار: ما يلبس فوق القميص وهو الشعار، وهذا لأنه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم.. يحنث على ما صرّح به في «الفتاوى».

حلف لا يلبس هذا الثوب، فألقي عليه وهو نائم؛ قال محمّد: أخشى عليه الحنث، والمختار: خلافه؛ لأنه ملبس لا لابس، ولو انتبه ووجد حرارة الثوب فألقاه لَمّا انتبه.. لا يحنث، وكذا لو ألقي عليه وهو منتبه، وإن تَرَكَه ولم يلقه.. يحنث؛ علم أن الثوب المحلوف عليه أو لم يعلم.

حلف لا يلبس حريراً أو إبريسماً.. لا يحنث إلّا بلبس ثوب كلّه منه أو لحمته، ولا يحنث فيما سواه أو علمه منه، إلا أن ينويه.

حلف لا يلبس هذا القطن فجعله ثوباً فلبسه.. حنث، ولو حشا به ثوباً فلبسه.. لم يحنث.

حلف لا يلبس من غزل فلانة، ولا نية له، فلبس ثوباً نسج من غزل فلانة.. يحنث.

وإن نوى عين الغزل.. لا يحنث بلبس الثوب ولا بلبس عين الغزل أيضاً.

حلف لا يلبس من غزل امرأته فلبس قباء ظهارته من غزلها وبطانته من غزل غيرها.. يحنث.

حلف لا يلبس ثوباً فلبس ثوباً ليس له كمان.. يحنث؛ لأن الكمين كاليدين، ومقطوع اليدين يسمّى رجلاً.

حلف لا يلبس هذه الملحفة فقطعت قميصاً وخيطت، فلبس الحالف القميص.. لم يحنث.

وإن نقض القميص وأعيد ملحفة فلبسها.. حنث.

حلف لا يلبس من غزل فلانة شيئاً، فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها؛ إن لم يذكر الثوب.. يحنث.

وإن ذكر بأن قال: إن لبست ثوباً من غزل فلانة.. لا يحنث.

وكذا من نسج فلان.. لا يحنث إذا كان الثوب مما ينسجه واحد، وإن كان مما ينسجه اثنان.. يحنث.

هذا إذا كان فلان ينسج بيده، حتّى لا يحنث إلا أن يلبس من عمله؛ فإن لم يفعل ذلك، لكن ينسجه له غلمانه وأجراؤه.. يحنث إذ لبس ثوبا نسجوه.

وكذا هذا في الغزل على هذا التفصيل. كذا في «المنتقى».

وذكر في «الأصل»: لو حلف لا يلبس من ثياب فلان شيئاً، وهو ينوي ما عنده، فاشترى فلان ثوباً، فلبس.. لا يحنث، والعبرة لوقت اليمين.

إذا حلف لا يلبس من ثياب [٦٠٦/أ] فلان، وفلان يبيع الثياب، فاشترى منه ثوباً فلبس.. يحنث.

خَاتَمُ الْفِضَّةِ لَيْسَ بحُلِيٍّ، بِخِلَافِ خَاتَمِ الذَّهَبِ.

وَعِقْدُ اللُّؤْلُؤِ إِن رُصِّعَ.. فحُلِيٌّ، وإِلّا.. فَلَا. وَقَالَا: حُلِيٌّ مُطلقاً، وَبِهِ يُفْتى.

وَفِي: لَا يجلسُ على الأَرْضِ، فَجَلَسَ على بِسَاطٍ أَو حَصِيرٍ.. لَا يَحْنَثُ.

وَإِن حَال بَينهَا وَبَينه ثِيَابُهُ.. حُنِثَ.

وَفِي: لَا يَنَامُ على هَذَا الْفراشِ، فَجُعِلَ فَوْقَهُ فرَاشٌ فَنَامَ عَلَيْهِ.. لَا يَحْنَثُ.

وَإِن جُعِلَ فَوْقَهُ قِرامٌ.. يَحْنَثُ.

(**خاتم الفضة ليس بحلي**) بفتح الحاء وسكون اللام: على ما يتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر، لا عرفاً، ولا شرعاً، حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم.

(**بخلاف خاتم الذهب**)؛ لأنه حلي حتّى لا يحلّ استعماله للرّجال.

(**وعقد اللؤلؤ إن رصع.. فحلي، وإلا.. فلا**) عند أبي حنيفة.

(**وقالا: حلي مطلقاً. وبه يفتى**).

لهما: قوله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾.

وله: أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصّعاً، ومبنى الأيمان على العرف.

(**وفي: لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير.. لا يحنث**)؛ لأنه لا يسمّى جالساً على الأرض في العرف.

(**وإن حال بينها وبينه ثيابه.. حنث**)؛ لأنه تبع له، فلا يعتبر حائلاً.

ولو نزع ثيابه وطرحه على الأرض وجلس عليه.. لا يحنث؛ لأنه حينئذ لم يبق ثوبه تبعاً له، فصار بمنزلة البساط.

(**وفي: لا ينام على هذا الفراش، فجعل فوقه فراش فنام عليه.. لا يحنث**)؛ لأن مثل الشيء لا يصير تبعاً له، فقطع النسبة عن الأول.

(**وإن جعل فوقه قرام**)؛ أي: الستر الرقيق (**.. يحنث**)؛ لأنه تبع له.

وَفِي: لَا يجلِسُ على هَـذَا السَّـرِيرِ؛ إِن جُعِـلَ فَوْقَـهُ سَـرِيرٌ فَجَلَـسَ.. لَا يَحْنَثُ، وَإِن جُعِلَ فَوْقَه بِسَاطٌ أَو حَصِيرٌ.. حَنِثَ.

وفي «الخلاصة»: حلف لا يجلس على هذا البساط فخيط جانباه وجعل خرجاً وجوالقاً فجلس عليه.. لم يحنث.

فإن فتقت الخياطة وعاد إلى الحالة الأولى فجلس عليه.. يحنث.

ولو قطع البساط قطعاً حتى خرج عن كونه بساطاً، ثم خاطه خرجين، ثم نقض الخرجين فخاطه حتى صار بساطاً فجلس عليه.. لا يحنث؛ لأنه عاد بصنعة أخرى.

(**وفي: لا يجلس على هذا السرير؛ إن جعل فوقه سرير فجلس.. لا يحنث**) لما ذكرناه من قطع النسبة عن الأول.

(**وإن جعل فوقه بساط أو حصير.. حنث**)؛ لأن الجلوس على السرير يكون كذلك في العرف.

* * *

(بَابُ الْيَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَغيرِ ذَلِكَ)

الضَّرْبُ وَالْكِسْوَةُ وَالْكَلَامُ وَالدُّخُولُ يخْتَصُّ فِعلُهَا بالحيِّ، فَلَا يَحْنَثُ مَن قَالَ: إن ضَربتُهُ، أَو كسوتُهُ أَو دخلتُ عَلَيْهِ بِفِعْلِهَا بعدَ مَوتِهِ، بِخِلَافِ الْغَسْلِ وَالْحَملِ والمسِّ.

وَفِي: لَا يضْربُهَا فَمدَّ شعرَهَا، أَو خنَقَها، أَو عضَّها.. حَنِثَ.

(بَابُ اليَمِين
فِي الضَّرْب وَالقَتْل وَغَيْر ذَلِك)

(**الضرب، والكسوة، والكلام، والدخول.. يختص فعلها بالحي**).

لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتّصل بالبدن، والإيلام لا يتحقق في الميّت، ومن يعذّب في القبر لا يقاس عليه من في الدنيا، على أن الأصحّ أنه تعاد فيه الحياة.

والكسوة: يراد به التمليك عادة عند الإطلاق.

والمقصود من الكلام: الإفهام.

ومن الدخول عليه: الزيارة.

والكل غير متصور في الميّت.

(**فلا يحنث من قال: إن ضربته، أو كسوته، أو دخلت عليه، بفعلها بعد موته**)؛ أي: موت المحلوف عليه؛ لعدم شرط الحنث؛ لما مر أنّ هذه الأفعال مختصة بالحي.

(**بخلاف الغسل والحمل والمسّ**)؛ لأن هذه الأشياء لا تختص بالحي، بل تتحقق في الميت أيضاً، فلو حلف لا يغسلنّ فلاناً أو لا يحمله أو لا يمسّه.. حنث بفعله بعد موت المحلوف عليه.

(**لا يضربها**)؛ أي: حلف لا يضرب امرأته (**فمدّ شعرها أو خنقها أو عضّها.. حنث**)؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم [٦٠٦/ب] على ما ذكرناه، وقد تحقق ذلك في

هذه الأفعال، أطلقه فشمل حالة الغضب وحالة اللّعب.

لكن ذكر في «الخلاصة»: حلف لا يضرب فلاناً أو امرأته فمدّ شعرها أو خنقها أو عضّها أو أصاب رأسه أنفها فأدماها؛ قال في «الجامع الصغير»: إن كان في حال الغضب.. يحنث، وإن كان في حال الملاعبة.. لا يحنث.

ثم قال نقلاً عن «الفتاوى»: إنه لا يحنث مطلقاً.

ثم نقل عن «فتاوى القاضي الإمام»: إن هذا إذا كان اليمين بالعربيّة، وإن كان بالفارسيّة.. لا يحنث في جميع ذلك.

ثم قال: والصحيح: أنه يكون حانثاً إذا كان على وجه الغضب.

وعلى هذا التصحيح مشى في «البزازية» وقال: ولو مدّ شعرها.. فالصحيح أنه إن على الغضب.. يحنث، وإن لعباً.. لا يحنث.

وإن نتف شعرها.. تكلّموا فيه، والصحيح: أنه يكون حانثاً إذا كان حال الغضب، كذا في «الخلاصة».

وإن تعمد غيرها فأصابها.. لا يحنث.

حلف ليضربنّ عبده مئة سوط، ولا نية له، فضربه مئة سوط وخفّف.. فإنه يبرّ في يمينه لوجود شرط البرّ.

قالوا: هذا إذا ضربه ضرباً يتألم به؛ أما إذا لم يتألم.. لا يبرّ؛ لأنه ضربه صورة لا معنى، والعبرة للمعنى.

ولو ضربه بسوط له شعبتان خمسين مرة، وفي كلّ مرة يقع الشعبتان على بدنه.. يبرّ في يمينه؛ لأنه صار ضارباً مئة سوط، ألا ترى أن الإمام يصير مقيما حدّ الزّنا بهذا المقدار؟! فكذا الحالف.

وإن جمع الأسواط؛ إن وقع الكلّ على البدن.. يبرّ، وإلا.. فبقدر ما يصاب بالبدن.

لِيضربنَّهُ حَتَّى يَمُوتَ.. فَهُوَ على أَشَدِّ الضَّرْب.

وإن ضربه برؤوس الأسواط.. ينظر؛ إن سوى رؤوسها حتى يصيب رأس كلّ سوط بدنه.. برّ في يمينه، وإلا.. فبقدر المصاب.

ولا بد من الألم في كلّ حال عند عامة المشايخ.

(**ليضربنه حتى يموت.. فهو على أشد الضرب**) للعرف فيه.

وفي «الخلاصة»: لو قال لها: لأضربنك بالسياط حتى أقتلك.. فهو على المبالغة.

وكذا لو قال لها: إن لم أضربك حتّى أتركك لا حيّة ولا ميتة؛ قال أبو يوسف: هذا على أن يضربها ضرباً موجعاً شديداً؛ فإذا فعل ذلك.. برّ في يمينه.

وقوله: حتّى تبول أو تشتكي أو حتى تستغيث ما لم توجد حقيقة هذه الأشياء.. لم يبرّ.

لو حلف: لأضربنه بالسيف حتى يموت.. لا يبرّ حتّى يموت.

ولو حلف: لأضربنّه بالسّيف فضربه بعرض السيف.. برّ في يمينه.

ولو ضربه والسيف في غمده.. لا يبرّ؛ كما لو حلف ليضربن فلاناً بسوط فلفّه بثوب وضربه.. لا يكون ضرباً بالسّوط.

فإن نوى شيئاً.. فهو على ما نوى.

ولو حلف لا يضرب فلاناً بنصل هذا السكين، أو بزُجِّ[1] هذا الرمح فنزع هذا النصل وهذا الرمح وأدخل آخر فضربه.. لا يحنث.

حلف لا يضربه بالفأس، فضربه بمقبضه [٦٠٧/أ].. لا يحنث؛ لأن مقبضه يكون من خشب، فلا يكون ضرباً بالفأس.

لو قال لآخر: إن لم أضربك غداً فامرأته طالق، فذهب ليضربه فرآه مع قوم

---

(١) الزُّجُّ: الحديدة التي في أسفل الرمح. «الصحاح».

ليقضينَّ دينَهُ قَرِيباً.. فَمَا دونَ الشَّهْرِ قريبٌ، والشهرُ بعيدٌ.

وأتباع له كثير لا يمكنه ضربه، فلم يضربه حتى مضى الغد.. **يحنث**.

وكذا لو قال لآخر: إن لم أحرق بيتك غداً.. فامرأته طالق فقيد حتى مضى الغد. كذا في «الخلاصة».

وفيها أيضاً: قال لها: إن ضربتك بغير جرم.. فأنت طالق، فوضعت القصعة على المائدة، ومالت القصعة وصبّ على رجله، فتضرر فضربها.. لا يحنث وإن كان ذلك بغير قصد؛ لأنها مؤاخذة بالخطأ لأحكام الدنيا، غير أن الإثم ساقط.

(**ليقضينّ دينه قريباً.. فما دون الشهر: قريب، والشهر: بعيد**) للتعارف فيه، ولهذا يقال عند بُعدِ العهد: ما لقيتك منذ شهر.

في «الأصل»: أوّل الشهر قبل أن يمضي نصفه.

وعن أبي يوسف أنه قال: لو قال: لا أكلّم فلاناً آخر يوم من أوّل الشهر وأوّل يوم من آخر الشهر.. يتناول الخامس عشر والسادس عشر.

ولو قال: والله لا أكلمك إلى بعيد.. فهو على أكثر من شهر.

وسريعاً.. فهو على شهر غير يوم.

ولو قال: والله لأقضينّ حق فلان عاجلاً.. فهو على أقلّ من الشهر.

وآجلاً.. فهو على أكثر من الشهر.

غرّة الشهر: الليلة الأولى مع اليوم الأوّل من الشهر في العرف.

وفي اللغة: عبارة عن الأيام الثلاثة.

والسلخ: عبارة عن اليوم التاسع والعشرين في العرف.

وفي اللغة: عبارة عن الأيام الثلاثة من آخر الشهر، أوّلها الثامن والعشرون.

الغداة: من طلوع الفجر الثاني إلى ما قبل الزوال.

والسّحر: بعد ذهاب ثلثي الليل.

ليقضينَّهُ الْيَوْمَ، فقضاهُ زُيُوفاً أَو بَهرجةً، أَو مُسْتَحقةً، أَو بَاعُه ....

صلاة الظهر: وقت الظهر كلّه.

عند طلوع الشمس، أو حين تطلع الشمس: يراد بهما من حين تطلع الشمس إلى أن تبيض.

وقت الضحوة: يراد به من حين تبيض الشمس إلى أن تزول.

أيام البيض: هو الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر.

والشتاء: قال محمد: إن كان عندهم على حساب.. فهو على ذلك الحساب، وإلّا.. فالشتاء: ما اشتد البرد دائماً.

والصيف: ضده.

والربيع: ما انكسر البرد دائماً.

والخريف: ما انكسر الحر دائماً.

وقيل: الشتاء: ما يحتاج الناس فيه إلى الوقود والثوب المحشو.

والصيف: ما يستغنى عنهما.

والربيع والخريف ما يستغنى عن أحدهما.

والنيروز: نيروز المسلمين، وهو نيروز الخليفة لا نيروز المجوس، ولا نيروز المزارعين.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: لو حلف ليقضين ما له عليه وقت كذا، ثم أدّاه قبل مجيء ذلك الوقت، أو وهب منه، أو أبرأه منه وجاء ذلك الوقت ولم يبق له عليه شيء.. لم يحنث عندهما، خلافاً لأبي يوسف، ولو مات الدائن وقضاه إلى ورثته أو وصيّه.. برّ في يمينه، وإلّا.. فهو حانث [٦٠٧/ب].

(**ليقضينّه اليوم، فقضاه زيوفاً**) وهو: ما يردّه بيت المال، (**أو بهرجة**) وهو: ما يرده التجار وسيأتي في البيع، (**أو مستحقة**) للغير، (**أو باعه**) أي باع المديون من دائنه

بِهِ شَيْئاً وَقَبَضَهُ.. بَرَّ.

(به) - أي: بدينه - (شيئاً وقبضه)؛ أي: قبضه الدّائن (.. برّ) الحالف في يمينه؛ لأن الزّبوف والبهرجة دراهم حقيقة، غير أن فيهما عيباً، والعيب لا يعدم الجنسية، ولهذا لو تجوز في الصّرف والسّلم بالزيوف والبهرجة.. لجاز؛ فإذا كان من جنس الدراهم.. صار مستوفياً دينه، فوجد شرط البرّ وهو قضاء الدين اليوم.

وقبض المستحقة صحيح أيضاً، ولهذا لو اشترى بالمستحقة شيئاً فأخذها المستحق.. بقي البيع صحيحاً، ولو لم يصح قبض المستحقّة.. لبطل البيع؛ لبقائه بلا ثمن؛ فإذا صح قبضها.. برّ في يمينه؛ لوجود شرط البر.

فإن قيل: نعم، إنّ البرّ قد تحقّق بما قضى من الزيوف والبهرجة والمستحقة.. فهل يرتفع بردّ هذه الأشياء بالعيب والاستحقاق كما يرتفع قضاء الدّين؟

أجيب عنه في الحواشي: إن اليمين لما انحلّت بوجود الشرط وتحقق البر.. لم تقبل الفسخ بعده كالكتابة؛ فإن مولى المكاتب إذا ردّ البدل لكونه زيفا أو بهرجة أو لكونه مستحقّاً.. لا ينفسخ العتق، بخلاف قضاء الدين؛ فإنه ينتقض وينفسخ بردّ المقبوض لعيب أو استحقاق؛ لأن مبنى قضاء الدّيون على المقاصّة، وقد زالت المقاصّة بردّ المقبوض، فزال القضاء أيضاً.

وإنما كان مبنى قضاء الديون على المقاصّة؛ لأن قضاء الدين حقيقة لا يتصور؛ لأن القضاء يصادف العين، وحق الدائن في وصف في ذمّة المديون، ولهذا قالوا: الدّيون تقضى بأمثالها.

فإن قيل: إذا كانت الديون تقضى بأمثالها.. فقد تحقق بمجرّد بيع المديون من الدائن في ذمّة الدّائن مثل ما في ذمة المديون من الدين.. فيلتقيان قصاصاً، فيكون ما في ذمة الدائن قضاء عن الأوّل؛ لأنه آخر الدينين، فما فائدة ذكر قوله: وقبضه مع عدم الاحتياج إليه؟

قلنا: لا نسلم أن ما ثبت في ذمة الدائن ببيع المديون منه من الدين مثل ما ثبت أوّلاً في ذّمة المديون؛ لأن ما في ذمة المديون متقرّر لا يحتمل السّقوط.

وَلَو رَصَاصاً أَو ستُّوقةً، أَو وَهَبَهُ، أَو أَبرَأَهُ مِنْهُ.. ....

بخلاف ما ثبت في ذمة الدّائن؛ فإنه على شرف السقوط بهلاك المبيع قبل القبض؛ فإذا قبضه المشتري.. يتقرّر ثمنه في ذمّة المشتري، فلا يحتمل السّقوط، فيكون مثل ما في ذمة المديون، ولهذا ذكره ولم يكتف بمجرّد البيع، فلا بدّ من ذكره، وبهذا ظهر ضعف ما في «التبيين» من أنّ ذكره وقع اتفاقاً لا شرطاً.

(ولو) قضاه (رصاصاً أو ستوقة)؛ أي: التي غلب عليها الغش ويردّها بيت المال والتجار، (أو وهبه) الدائن من المديون، (أو أبرأه منه) وفيه إشارة إلى الفرق بين هبة الدين ممن عليه الدين وبين الإبراء [٦٠٨/أ] منه، وقد تكلموا فيه؛ فمنهم من فرق، ومنهم من لم يفرق.

فقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «الذخيرة»: إن هبة الدين ممن عليه الدين جائزة قياساً واستحساناً، وأما هبته من غير من عليه.. فإنما تجوز إذا أمر بقبضه استحساناً، ثم ذكر نقلاً عن السرخسي أنه قال: إنّ هبة الدين ممنّ عليه الدين لا تتم من غير قبول، والإبراء يتم من غير قبول، ولكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء.

وعن زفر: أنه سوى بينهما وقال: تتم الهبة والإبراء بدون القبول، ثم قال: وهذا الذي روي عن زفر: هو اختيار شمس الأئمة.

وفي «الواقعات»: إن عامة المشايخ ذكروا أن هبة الدّين ممن عليه وإبراؤه يتم من غير قبول، ويرتد بالرّد.

وفي «قاضي خان» عن أبي يوسف: إنَّ هبة الدين ممن عليه لا تصح من غير قبول كما ذكره السرخسي.

وصحح في «جامع الفصولين» قول العامة؛ حيث قال: قيل في هبة الدين ممن عليه الدين: يشترط القبول عندنا، لا عند زفر، وروي الخلاف على العكس، وهو الصحيح.

ثم نقل بعلامة «فتاوى الصغرى»: أبرأ المديونَ من دينه أو وهبه منه.. يصح بلا قبول، ويرتد برده.

وفي «العتابي»: والمختار: عدم الفرق بينهما، ووجه من فرق بينهما: أن الهبة تمليك، والتمليك لا يتم بدون قبول المملك، بخلاف الإبراء؛ لأنه إسقاط، وفيه معنى التمليك؛ فمن حيث إنه إسقاط: لا يحتاج إلى القبول، ومن حيث إن فيه معنى التمليك: يرتد بالرد.

وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء؟

اختلف فيه المشايخ؛ قيل: نعم، وقيل: لا، فلو وهب الدين من المديون، أو أبرأه منه ولم يرد ولم يقبل، بل سكت، ثم افترقا عن المجلس فجاء بعد أيام وردّه.. فالصحيح أنه لا يرتد. كذا في «التاتارخانية».

فالظاهر منه: صحة اشتراط مجلس الإبراء للرد.

ثم ذكر أنه لو سكت بعد الهبة وافترقا.. فهو كالقبول.

ولو مات المديون قبل القبول.. فهو كالقبول.

فظهر من هنا: إن ردّه بعد القبول غير معتبر ولو في مجلس الهبة والإبراء.

قال في «الخلاصة»: لو قال لغريمه: قد أبرأتك من ديني الذي لي عليك ولم يقل قبلت حتى مات.. فهو بريء من الدين.

ولو قال له الغريم: أبرئني عما لك عليّ، فقال: قد أبرأتك من ديني عليك، فقال الغريم: لا أقبل.. فهو بريء.

وأصل هذا: أن هبة الدين ممن عليه الدين لا تصح من غير قبول؛ لأنه تمليك.

وأما إبراء المديون من الدين.. يصح من غير قبول، لكنه يرتد بالرد. انتهى.

وفيه بحث؛ لأن الظاهر من قوله: «لا أقبل» «فهو بريء»: أن الإبراء لا يرتد بالرد، وهو خلاف ما ذكره من «الأصل»، اللهم، إلا أن يقال: إن قوله: «لا أقبل» ردّ

لَا يَبَرُّ.

لَا يقبضُ دَينَهُ دِرهماً دونَ دِرْهَمٍ.. لَا يَحْنَثُ بِقَبضِ بعضِهِ مَا لم يقبض كُلَّهُ مُتَفَرِّقاً.

بعد القبول؛ لكونه مسبوقاً بطلب الإبراء من الدائن، فلا يعتبر. هذا كله في حق الأصيل.

وأما هبة الدين من الكفيل بالدين وإبراؤه منه.. ففي «التاتارخانية»: هبة الدين من الكفيل [٦٠٨/ب] به لا تتم من غير قبول، وترتد بالرد، وإبراؤه منه يتم من غير قبول، ولا يرتد بالرد، هكذا في «الخلاصة»؛ حيث قال: ولو أبرأ الكفيل.. لا يرتد بالردّ، وهبة الكفيل ترتدّ بالردّ.

(.. **لا يبر**) في يمينه؛ لأن الرصاص والستوقة ليسا من جنس الدّراهم، حتّى لا يجوز التجوز بهما في الصّرف والسّلم، وبالهبة والإبراء لا تتحقق المقاصة، وهو طريق القضاء، لا أنها إسقاط من صاحب الدين، والقضاء فعل المديون المطالب بالدّين، وقد أسقطه قبل الطلب، فلا يتصور القضاء بعده، فأين المقاصة؟!

وفيه إشارة إلى أنه لم يحنث في يمينه كما لا يبرّ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وهو الفوات المحلوف عليه، وهو الدين، فيبطل اليمين بفواته عندهما؛ فإذا بطل.. لم يبّر ولم يحنث.

فإن قيل: فيلزم ارتفاع النقيضين.

قلنا: ممنوع؛ لأن البر والحنث ليس بنقيضين، كيف وغير الحالف لا يتصف بهما؟! بل يرتفعان معاً منه، وشأن النقيضين ليس كذلك؛ فإذا بطل اليمين بفوات تصور البر.. صار كغير الحالف، فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما، ووجه الإشارة: أن عدم البرّ أعمّ من الحنث.

(**لا يقبض دينه درهماً دون درهم**)؛ أي: حلف لا يقبض دينه متفرقاً.

(.. **لا يحنث بقبض بعضه ما لم يقبض كله متفرقاً**)؛ لأن شرط الحنث قبض

وَإِن فرَّقَهُ بِعَمَلٍ ضَرُورِيِّ كالوزنِ.. لَا يَحْنَثُ.

جميع دينه متفرقاً؛ لأنه أضاف القبض إلى دين مضاف إلى نفسه، وهو اسم لجميع ما له عليه، فينصرف إليه، فلا يحنث إلّا به.

(**وإن فرّقه بعمل ضروري كالوزن.. لا يحنث**)؛ لأنه ليس بتفريق؛ لأنه قد يتعذر قبض الجميع دفعة عادة، فيحتاج إلى الوزن، فيصير هذا القدر مستثنى عنه.

صورته: ما ذكر في «الخلاصة»: لو قال: والله لا آخذ ما لي عليك إلا ضربة، وله عليه عشرة دراهم، فجعل يزن درهماً درهماً ويعطيه بعد أن يكون في وزنها.. لم يحنث؛ أما إذا أخذ في عمل آخر غير ذلك في ذلك المجلس.. فهو حانث.

وقال فيها نقلاً عن «الجامع الكبير»: رجل له على آخر مائة درهم، فقال: عبده حرّ إن أخذتها منك اليوم درهماً دون درهم، فأخذ منها خمسين ولم يأخذ ما بقي حتى غربت الشمس.. لم يحنث.

ولو قال: إن أخذت منها منك اليوم درهماً دون درهم والمسألة بحالها.. حنث؛ لأن كلمة «من» للتبعيض.

وفي المسألة الأولى: إنها كناية عن المائة، هذا إذا وقّت؛ أما إذا لم يوّقت وقال: عبده حرّ إن قبض منها درهماً دون درهم فقبض منها خمسين.. حنث حين قبض.

ولو قال: لا آخذ حقي إلّا جميعاً، فأخذ نصفه.. لا يحنث حتى يأخذ الباقي؛ فإذا أخذ.. حنث، وهو نظير مسألة الكتاب.

ولو قال: لا آخذ حقي إلا جميعاً اليوم، فأخذ اليوم نصفه وغداً نصفه.. لا يحنث.

حلف لا يقبض ماله من المطلوب اليوم، فقبض [٦٠٩/أ] من وكيل المطلوب.. حنث؛ لأنه نائبه، وإن قبض من متطوع أو من كفيله أو من المحال عليه.. لم يحنث؛ لأنه ليس بنائبه.

إِن كَانَ لِي إِلّا مائَةٌ، أَو غيرَ مائَةٍ، أَو سوى مائَةٍ.. لَا يَحْنَثُ بهَا، أَو بِأَقَلَّ مِنْهَا.

ولو كان الطالب أحال رجلاً ليس له على الطالب دين فقبض من ذلك الرجل.. حنث؛ لأنه وكيل الطالب.

هذا إذا كانت الحوالة بعد اليمين؛ فإن كانت قبل اليمين.. لا يحنث؛ لأنه ليس بتوكيل.

وكذا: لو وكّل الطالب وكيلاً قبل اليمين فقبض الوكيل بعد اليمين.

وفي «قاضي خان»: حلف أن لا يأخذ ماله من غريمه اليوم، وقد كان وكّل وكيلاً بقبضه، فقبض الوكيل بعد اليمين؛ ذكر في «المنتقى»: أنه لا يحنث، قال: وينبغي أن يحنث في يمينه - كما لو وكّل وكيلاً بالنكاح، ثم حلف أن لا يتزوج، فزوجه الوكيل.. حنث الحالف -، ولو لم يقبض وكيله، ولكن أحال ربّ الدين عليه رجلاً له على المحيل دين قبل اليمين، فأخذ المحتال له من الغريم.. لا يحنث.

حلف لا يقبض ماله من المطلوب اليوم، فأخذ رهناً منه اليوم، فهلك الرهن في يده.. لم يحنث ولا يكون هذا قبضاً.

(**إن كان لي إلا مائة درهم أو غير مائة أو سوى مائة.. لا يحنث بها**)؛ أي: بالمائة (**أو بأقل منها**)؛ لأن المقصود منه عرفاً: نفي ما زاد على مائة؛ فكأنه قال: ليس لي مال زائد على المائة، ويصدق على المائة وما دونها من الخمسين أو ستين وغيرهما أنها ليست بزائدة على المائة.. فلا يحنث في كلّ من المائة وما دونها.

ولا يخفى عليك أن هذا بحسب العرف، وأما بالنظر إلى اللفظ.. فلا يستقيم إلّا على جعل المستثنى مسكوتاً عن حكمه؛ فإن معنى اللفظ: ليس لي مال إلا مائة، فالمائة مخرجة من نفي المال؛ فإذا قلنا: إن المستثنى مسكوت عنه.. تكون المائة غير محكوم عليها بأنها في ملكه غير متعرض لها بإثبات بوجه من الوجوه، وهو قول طائفة من المشايخ على ما في «الأصول».

فإذا كانت المائة مخرجة بجميع أجزائها من نفي المال غير محكوم عليها.. لا يحنث بالمائة وبأقلّ منها.

وأما على جعل المستثنى مثبتاً بطريق الإشارة - كما هو قول طائفة أخرى - أو على جعل الاستثناء من النفي إثباتاً وهو القول المختار.. فيحنث لفظاً بأقل منها؛ لأنه حينئذ حلف على أنّ له مائة؛ فإذا لم يكن له مائة.. يحنث، والأقل ليس بمائة.. فيحنث به.

قوله: «إن كان لي إلّا مائة» أشار به إلى ما في «فتح القدير» وغيره: أنه لو ادعى أنه أعطى زيداً مائة مثلاً، فقال زيد: لم يعطني إلا خمسين، فقال: إن كنت أعطيته إلا مائة.. فإنه يحنث بالأقل من المائة، وكذا إذا اختلفا في قدر الدين، فقال: لي عليه مائة، وقال الآخر: خمسون، فقال: إن كان لي عليه إلا مائة.. يحنث بالأقل؛ لأن هذا لنفي النقصان لا لنفي الزيادة؛ لأنه قصد بيمينه الردّ على المنكر.

وفي «الجامع الصغير»: عبده حرّ إن كنت أملك إلا خمسين، فملك عشرة.. لم يحنث؛ لأنها بعض المستثنى [٦٠٩/ب]، ولو ملك زيادة على الخمسين؛ إن كان من جنس مال الزكاة.. حنث، وإلّا.. لا، ألا ترى أنه لو قال: «مالي صدقة».. ينصرف إلى مال الزكاة، أو حلف ما لي مال.. لا يحنث إلّا بمال الزكاة.

وفي «خزانة الأكمل»: لو قال لامرأته: طالق إن كان له مال، وله عروض وضياع ودور لغير التجارة.. لم يحنث. انتهى ما في «فتح القدير».

وقال في «البحر»: لو قال: إن كان لي إلا مائة درهم، فلم يكن له درهم وكان له دينار.. حنث؛ لأن الدراهم مال الزكاة، فالمستثنى منه يكون مال الزكاة، والدينار من مال الزكاة.

وكذلك لو كان له عبد للتجارة أو عرض للتجارة أو سوائم مما تجب فيه الزكاة.. يحنث؛ سواء كان نصاباً أو لم يكن، ولو ملك عبداً للخدمة أو ما ليس من

وَفِي: لَا يفعلُ كَذَا.. تَرَكَهُ أبداً.

وَفِي: ليفعلنَّهُ.. يَكْفِي فِعلُهُ مرَّةً.

جنس الزكاة كالستوقة والعقار والعروض لغير التجارة.. لا يحنث؛ لأنه لم يوجد المسمّاة. كذا في «شرح الطحاوي».

فظهر منه: أن المراد بالمائة في الكتاب: ما كان من مال الزكاة.

(وفي: لا يفعل كذا)؛ أي: حلف لا يفعل كذا (.. تركه)؛ أي: ترك ذلك الشيء المحلوف عليه (أبداً)؛ لأنه نفي مطلق، فيعم الامتناع في جميع الأوقات المستقبلة؛ ضرورة عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر النكرة، فلو وجد مرة.. لم يكن النفي في جميع الأوقات ثابتاً، فيحنث في يمينه، ثم إذا فعله مرة أخرى.. لا يحنث؛ لأن يمينه انحلت بالمرة الأولى، فما في «شرح المجمع»: لا تنحل يمينه بفعله مرة.. سهو.

(وفي: ليفعلنه.. يكفي فعله مرّة) واحدة، فيكون باراً في يمينه بمرة؛ ناسياً أو عامداً، مكرهاً أو مختاراً، مباشرة أو وكالة فيما يتصور فيه الوكالة على ما تقدم.

والأصل فيه: أن الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكلّ على الجزء وهو منكر، والنكرة في سياق النفي: عام، وفي الإثبات: خاص؛ فإن فعله في صورة النفي كما في المسألة الأولى.. حنث، وإن فعله في صورة الإثبات مرّة.. بر في يمينه.

وإنما يحنث في صورة الإثبات بوقوع اليأس عنه بموت الحالف أو بفوت المحلّ، هذا ما ذكروه في «حواشي الهداية» وغيرها.

وليَ ههنا بحث: وهو أنّ المصدر المشتمل عليه الفعل وهو معنى تضمّني إنما يدلّ على نفس الحقيقة لا الأفراد؛ لأن الفعل لا يدل إلّا على نفس الحقيقة، وكذا جزؤه، وهذا مما لا شبهة فيه، والعموم والخصوص من خواصّ الأفراد لا الماهية، فلا يتصف ذلك بالعموم والخصوص، بخلاف المصدر المذكور صريحاً عقيب الفعل نحو: أكلت أكلاً؛ فإنه نكرة يراد به الفرد؛ فإن وقع في سياق النفي.. فيعم، وفي الإثبات.. يخص، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ليس بمذكور، بل جزء من الفعل،

حلَّفهُ وَالٍ ليُعلِمَنَّهُ بِكُلِّ داعرٍ.. تقيَّدَ بِحَالِ ولايتِهِ ....

فالحق في الجواب: إن الحلف قد وقع على نفس الفعل، وهو لا يدلّ إلّا على الحقيقة، وهي لا توجد إلا في ضمن الفرد، والأقلّ [٦١٠/أ] متيقن.. فيبرّ في الإثبات بواحد من الفرد؛ لوجود الحقيقة فيه يقيناً، وإنما يحنث في النفي بواحد من الفرد؛ لضرورة تصحيح نفي ماهية الفعل؛ إذا لو وجد فرد من أفراده يثبت الماهية في ضمنه.. فلا يتحقق نفي الماهية، لا لعموم النكرة في سياق النّفي.

(**حلّفه**) من التحليف (**والٍ ليعلمنه**) من الإعلام (**بكلّ داعر**)؛ أي: مفسد خبيث من الدعارة بالدّال والعين المهملتين: هي الخبث والفساد (**.. تقيّد بحال ولايته**)، حتى لو عزل.. لا يلزمه إخباره بعد ذلك، ثم تخصيصه بحال ولايته ثبت بدلالة الحال؛ وهو العلم بأن المقصود من هذا التّحليف: زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره، وهذا لا يتحقق إلّا في حال ولايته؛ لأنها حال قدرته على الزّجر، فلا يفيد بعد زوال سلطنته، وزوال سلطنته: بالموت وبالعزل؛ فإذا زال بأحدهما.. سقطت اليمين، ثم إذا عادت السلطنة والولاية.. لا يعود اليمين، فلا يجب عليه الإعلام في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه يجب عليه إعلامه بعد الزوال أيضاً، وهو قول الشافعي؛ لأنه مفيد لاحتمال أن يعاد فينزجر؛ لتقدّم معرفته بحاله.

قالوا: وهذا بعيد.

وهل هذا اليمين على الفور أو على التراخي؟

لم يتعرض له المصنف.

ففي «الزيلعي»: أنه على التراخي؛ حيث قال: ثم إن الحالف لو علم بالزاجر ولم يعلمه به.. لم يحنث، إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل؛ لأنه لا يحنث في اليمين المطلقة إلّا باليأس، إلا إذا كانت مؤقتة.. فيحنث بمضي الوقت مع الإمكان. انتهى.

ليهبنَّهُ، فوهبَ وَلم يَقبَلْ.. برَّ.

وَكَذَا الْقَرْضُ، وَالْعَارِيةُ،

وَالصَّدَقَةُ، بِخِلَافِ البيعِ.

هكذا ذكره في «فتح القدير».

ثم ذكر وجهاً لكونه على الفور؛ حيث قال: ولو حكم بانعقاد هذه للفور.. لم يكن بعيداً؛ نظراً إلى المقصود، وهو: المبادرة لزجره ودفع شره، فالداعي يوجب التقييد بالفور فور علمه به.

وعلى هذا: لو حلّف ربّ الدّين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج من البلد إلّا بإذنه.. يتقيّد بحال قيام الدين والكفالة؛ لأن الإذن إنما يصحّ ممن له ولاية المنع.

وكذا لا تخرج امرأته إلّا بإذنه.. تقيد بقيام الزوجيّة، وإذا زال الدين والزوجية.. سقطت، ثم لا يعود اليمين بعودهما، وقد مرّ مثله.

بخلاف ما لو حلف: لا تخرج امرأته من الدار.. فإنه لا يتقيّد به؛ إذ لم يذكر الإذن، فلا موجب لتقيده بزمان الولاية في الإذن، وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقاً ومقيّداً.

وعلى هذا: **لو قال لامرأته:** كلّ امرأة أتزوجها بغير إذنك فهي طالق، فطلّق امرأته بائناً أو ثلاثاً بغير إذنها.. **طلقت**؛ لأنه لم يتقيد بيمينه ببقاء النكاح؛ لأنها إنما يتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح.

(**ليهبنه**)؛ أي: حلف ليهبنّ عبده مثلاً، (**فوهب ولم يقبل.. بر**) في يمينه.

(**وكذا القرض والعارية والصدقة، بخلاف البيع**) الأصل ههنا: أن اسم عقد المعاوضة - كالبيع والإجارة [٦١٠/ب] والصّرف والسّلم والنكاح والرّهن والخلع -: بإزاء الإيجاب والقبول معا.

وفي عقود التبرّعات: بإزاء الإيجاب فقط؛ كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والقرض والعمرى والنِّحلى والإقرار والهدية، فبمجرد الإيجاب لا يوجد

المتفي في البيع ونحوه.. فلا يحنث، ويوجد المسمّى بمجرّد الإيجاب في التبرّعات فيحنث، هذا عندنا.

وقال زفر: إن التبرعات مثل البيع؛ لأنها تمليك أيضاً، حتى لا تتم سببيتها بدون القبول، فلا تكون بلا قبول كالإيجاب في البيع.

ثم في اشتراط القبض في التبرعات عنده روايتان عنه:

ففي رواية عنه: لا يشترط، بل بمجرد الإيجاب والقبول من الآخر يتم العقد ويبر في يمينه لتمام السبب، وإنما القبض شرط حكمه، والسبب يتم دون الحكم؛ كالبيع بشرط الخيار.

وفي رواية أخرى عنه: يشترط معه القبض، فلا يبر حتى يقبض الآخر.

ولنا: أنّ هذه العقود تبرع، فتتم بالمتبرع؛ لأنه إذا تبرّع.. وجد المسمّى فيبرّ، ولأن المقصود: إظهار السخاوة، وقد تحقق ذلك بالإيجاب.

ومنه يقال: وهب ولم يقبل.

فإن قيل: لو تم بإيجاب المتبرّع.. لزم أن يدخل في ملك الآخر بلا اختيار منه، لكنه لم يدخل بلا قبول منه على الصحيح.

قلنا: إنما يتم به ما هو من جهة المتبرّع - وهو: التّمليك - لا وقوعه سبباً لملك الآخر، وبهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر حتّى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد لرضاه.

وعلى هذا الخلاف قالوا: إنه لو قال: بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل، فقال الآخر: بل قبلت، أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل، فقال الآخر: بل قبلت.. القول قول المشتري والمستأجر بالاتفاق؛ لأن إقراره بالبيع والإجارة يتضمن إقراره بالإيجاب والقبول، وقوله: «لم تقبل» رجوع منه، فلا يعتبر.

وقالوا: إذا حلف لا يبيع، فأوجب فقط.. لا يحنث بالاتفاق.

لَا يَشُمُّ رَيحاناً.. فَهُوَ على مَا لَا سَاقَ لَهُ، فَلَا يَحْنَثُ بشمِّ الْوَرْدِ والياسمينِ، وقيلَ: يحنثُ.

لَا يشمُّ وَرداً أَو بنفسَجاً.. فَهُوَ على وَرَقِهِ.

وإذا حلف: ليبيعنّ اليوم فأوجب فيه فقط.. حنث بالاتفاق؛ لعدم البيع فيه.

وقالوا: لو قال: وهبت لك أمس فلم تقبل، وقال الآخر: بل قبلت.. فالقول قول الواهب عندنا، وعند زفر: القول للآخر.

(**لا يشم ريحاناً.. فهو على ما لا ساق له**) هكذا فسره الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب «الهداية».

واعترض عليه: بأنه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلاً.

أجيب عنه: بأنّ هذا تفسير على اصطلاح الفقهاء لا على اللّغة.

قلت: الريحان على اصطلاح الفقهاء: ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه، على ما صرّح به في «المغرب».

وقال في «المصباح»: والرّيحان: كل نبات طيّب الريح.

وإذا أطلق عند العامة.. انصرف إلى نبات مخصوص، وعلى التقديرين.. لا يستقيم الجواب المذكور.

أما على ما في «المغرب»: فظاهر.

وأما على ما في «المصباح»: فلأنه لم يصرّح بعدم السّاق، على أن المتعارف من النبات المخصوص ما هو المشهور [٦١١/أ] بين القوم مما كان له ساق طيب الرّيح.

(**فلا يحنث بشمّ الورد والياسمين**)؛ لأن لها ساقاً.

(**وقيل: يحنث**)، والأول: أصحّ؛ لما ذكرناه.

(**لا يشم ورداً أو بنفسجاً.. فهو على ورقه**)؛ لأنه حقيقة في ورقه، والعرف مقرر

لَا يدْخلُ دَارَ فلَانٍ.. يتنَاولُ الْمِلكَ وَالْإِجَارَة.

له في الورد، وفي البنفسج قاض عليه.

ومن حلف: لا يشتري ورداً أو بنفسجاً، فاشترى ورقهما.. يحنث، ولو اشترى دهنهما.. لا يحنث؛ لأنهما يقعان على الورد لا الدهن في العرف. على ما في «الكافي».

وذكر في «المبسوط»: لو اشترى ورق البنفسج.. لا يحنث، ولو اشترى دهنه.. يحنث؛ لأن اسم البنفسج إذا أطلق.. يراد به الدهن، ويسمّى بائعه بائع البنفسج.

(**لا يدخل دار فلان.. يتناول الملك والإجارة**)؛ لأن المراد به عرفاً نسبة السكنى؛ لأن الدار لا تعادى، ولا تهجر لذاتها، بل لبغض ساكنها، إلا أن السكنى قد تكون حقيقة - وهو ظاهر - وقد تكون دلالة؛ بأن تكون الدار ملكه فيتمكن من السكنى فيها فيحنث بالدخول في دار تكون ملكاً لفلان، ولا يكون هو ساكناً فيها، سواء كان غيره ساكناً أو لا؛ لقيام دليل السكنى التقديري، وهو الملك على ما في «الخانية» و«الظهيرية».

لكنه ذكر شمس الأئمة: أنه لو كان غيره ساكناً فيها.. لا يحنث؛ لانقطاع النسبة بسبب سكنى الغير؛ فإذا كان كذلك.. يدخل فيه ما يسكنه بأي سبب كان؛ بملك، أو إجارة، أو إعارة باعتبار عموم المجاز؛ بمعنى: أن محلّ الحقيقة - وهو: الملك - فرد من أفراد المعنى المجازي، لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد؛ لأنه غير جائز.

وقال الشافعي: لا يحنث إلا بالملك؛ لأن الحقيقة - وهي الملك - مرادة، فلا يكون المجاز مراداً؛ لئلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد.

وجوابه: ما ذكرناه.

حلفَ أَنهُ لَا مَالَ لَهُ، وَلهُ دَينٌ على مُفلسٍ أَو مَلِيٍّ.. لَا يَحْنَثُ.

(**حلف: أنه لا مال له، وله دين على مفلس أو مليّ.. لا يحنث**)؛ لأن الدّين ليس بمال لا عرفاً ولا شرعاً، وإنما هو وصف في الذمة لا يتصور قبضه حقيقة.

ولهذا قالوا: الدّيون تقضى بأمثالها؛ بمعنى: أنّ ما قبضه الدّائن من المديون مضمون عليه؛ لأنه قبضه لنفسه على وجه التّملك، وله دين على المديون مثل ما قبضه فالتقى الدينان.. فتقاصا.

* * *

(كتاب الحدود)

(كِتابُ الْحُدُودِ)

الْحَدُّ عُقُوبَةٌ مقدَّرَةٌ تجبُ حَقّاً للهِ تَعَالَى، فَلَا يُسمَّى تَعْزِيرٌ وَلَا قِصاصٌ: حدّاً.

(كِتَابُ الحُدُود)

واعلم أنّ محاسن الحدود كثيرة؛ لما أنها ترفع وقوع الفساد في العالم، وتحفظ النفوس، والأعراض، والأموال، والعقل سالمة عن الابتذال.

وأما سببها: فسبب كل نوع منه: هو ما أضيف إليه؛ كحدّ الزنا وحدّ القذف وحدّ الشرب وحد السّرقة.

(الحدّ) هو في اللغة: المنع، وسمّيت العقوبات الخالصة حدوداً؛ لأنها موانع من ارتكاب أسبابها، وتسمّى أحكام الله تعالى أيضاً حدوداً؛ لأنها تمنع عن التخطي إلى ما وراءها، ومنه: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾.

وفي الشرع: (عقوبة) خالصة (مقدّرة تجب حقاً لله تعالى، فلا يسمى تعزير ولا قصاص: حداً) [٦١١/ب]؛ لأن التعزير لا تقدير فيه، والقصاص حق العبد، لكنهما يشتركان مع الحدود فيما كان مقصداً أصليّاً في شرع الحدود؛ أعني: الانزجار عما يتضرّر به العباد؛ لأن ذلك يتحقّق بالنسبة إلى كافة الناس، وأما الطهرة من الذنوب والآثام.. فليس بمقصود منها؛ بدليل: أنه شرع في حقّ الذمي أيضاً ولا يطهر من ذنبه بإجراء الحدّ عليه، كذا قالوا.

وقال في «الهداية»: والطهرة ليست بمقصد أصليّ من الحدود.

وتعقبه في «فتح القدير»: بأنه يفيد أن الطهرة مقصودة من الحدود أيضاً، إلا أنها ليست بمقصود أصلي، بل تبع لما هو الأصل منها وهو الانزجار، وهو خلاف المذهب؛ فإن المذهب: أن الحدّ لا يعمل في سقوط إثم كان قبل سببه أصلاً، بل لم يشرع إلّا لحكمة الانزجار، وأما ذلك.. فهو قول طائفة من أهل العلم، واستدلوا عليه بقوله ﷺ: «إنّ من أصاب المعاصي شيئاً فعوقب به في الدنيا.. فهو كفارة له، ومن

والزِّنا وطءُ مُكَلَّفٍ فِي قُبُلٍ خَالٍ عَن مِلكٍ وشبهَتِهِ.

أصاب منها شيئاً وستره الله.. فهو إلى الله؛ إن شاء عفا عنه، وإن شاء عاقبه» رواه البخاري.

واستدل الأصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق: ﴿ذَٰلِكَ﴾؛ أي: القتل والصلب والنفي ﴿لَهُمْ خِزْيٌ فِي ٱلدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي ٱلْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا﴾ فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيويّة وعقوبة أخروية، إلّا من تاب.. فإنها حينئذ تسقط عنه الأخرويّة بالإجماع؛ للإجماع على أن التّوبة لا تسقط الحدّ في الدنيا، والحديث المذكور: يجب أن يحمل على ما إذا تاب في العقوبة؛ لأنه هو الظاهر؛ لأن الظاهر: أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه؛ لذوقه سبب فعله.. فيقيد به؛ جمعاً بين الأدلة، وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعينة، بخلاف العكس.

والحاصل: أن المذهب: أن عقوبة الذنب لا ترتفع بمجرد الحدّ، بل بالتوبة معه، فلهذا لم يرتفع من الكافر؛ لأنه ليس بأهل للتوبة؛ لأن التوبة عبادة، والكافر ليس من أهلها.

وقال بعضهم: إن الحدّ بمجرّده يسقط إثم ذلك السبب الخاص الّذي حدّ به، لا إثم ما كان قبله، وقد عرفت أن المذهب: أنه لا يرتفع بدون التّوبة.

(والزّنا وطء مكلّف) احترز به عن وطء الصبي والمجنون **(في قبل)** مشتهاة، فخرج وطء الصغيرة الغير المشتهاة والميتة والبهيمة، والوطء في الدبر، والمشتهاة: أعمّ ما في الحال وما في الماضي، فتدخل فيه العجوز؛ لأن وطأها يوجب الحدّ على ما صرّح به في «فتح القدير».

(خالٍ عن ملك)؛ أي: ملك نكاح أو يمين، **(وشبهته)**؛ أي: شبهة الملكين.

أما شبهة ملك النكاح: كوطء امرأة تزوّجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها.

وأما شبهة ملك اليمين: كوطء جارية [٦١٢/أ] تزوّجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها.

وَيثبتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةِ رجالٍ مُجْتَمِعِينَ بالزنا، لَا بالوطءِ أَوِ الْجِمَاعِ، ......

وأما شبهة ملك اليمين: كوطء جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون؛ فإن الوطء في كلّ من هذه المحرّمات.. لا يوجب الحدّ وإن كان يطلق عليه في الشرع زنا؛ لأن كلّ زنا لا يوجب الحد كذلك.

دخل في التعريف: وطء المكره، مع أنه لا يوجب الحدّ، اللهمّ إلا أن يقال: إنه خارج بمكلّف، وخرج عنه زنى المرأة، مع أنّه يوجب الحدّ.

أجيب عنه: بأنّ هذا التعريف إنّما هو بالنسبة إلى الأصل - وهو: الرجل - وزنا المرأة يدخل فيه بطريق التبعية بسبب تمكينها طوعاً.

وتعقّبه في «فتح القدير»: بأنّه إن كان معناه: أنّ لها زنا حقيقة، وأن ذلك التمكين هو مسمّى زناها لغة، وتسمّى تلك المرأة: زانية حقيقة لغوية بالتمكين.. فلا شكّ في أنّه لا يشمله جنس التعريف؛ لأن جنسه: هو وطء المكلّف، ووطء المكلّف ليس عين تمكين المرأة، ففساد الحدّ باق بعينه.

وكون فعلها تبعاً لفعل الرجل إنّما هو في الوجود الخارجي، والكلام في تناول اللفظ، ولفظ الحد لا يتناوله.

وإن كان معناه: أنّها لا تسمّى زانية حقيقة أصلاً وأنّ تسميتها في قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ بطريق المجاز.. فحينئذ لا حاجة إلى أن يقال: إنها تدخل فيه تبعاً، بل يجوز حينئذ إدخاله في الحدّ.

ولهذا عرّفه بعض مشايخنا: بأنّه وطء مكلّف في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما، وعن شبهة الاشتباه، وتمكين المرأة عن ذلك.

والمراد بشبهة الاشتباه: ما إذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحلّ له، وقالوا: إنّ مجرّد الإيلاج في القبل يثبت الزنا الموجب للحدّ كما يلزمه الغسل.

(ويثبت) - أي: الزنا - (**بشهادة أربعة رجال مجتمعين**)؛ أي: عند الحكام (**بالزنا لا بالوطء أو الجماع**).

اشتراط الأربع؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ ولقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ ولقوله ﷺ للذي قذف امرأته: «أئت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك»، ولأن في اشتراط الأربعة: تحقيق معنى الستر الذي هو مندوب إليه؛ إذ وقوف الأربعة على هذه الفاحشة نادر، وإنما كان الستر مندوباً إليه، لقوله ﷺ: «من ستر مسلماً.. ستره الله تعالى في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»، وإذا كان مندوباً إليه.. ينبغي أن تكون الشهادة بخلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه؛ لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل، وكراهة التنزيه [٦١٢/ب] في جانب الترك، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزّنا ولم يهتك به.

أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به، بل بعضهم ربما افتخر به، فيجب كون الشهادة به أولى من تركها؛ لأن مطلوب الشارع: إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش، وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم.

فإذا ظهر حال الشره في الزنا مثلاً والشرب وعدم مبالاته.. فإخلاء الأرض بالحدود.

واشتراط الذكورة في الشهود لإدخال «التاء» في العدد فيما تلوناه ورويناه، ولأن شهادة النساء لا تخلو عن شبهة، والحدود تندرئ بالشبهات.

وأطلق الشهود: فشمل ما إذا كان الزوج أحدهم؛ لأنه جائز عندنا خلافاً للشافعي، هو يقول: إنه متّهم، ونحن نقول: التهمة ما يوجب جرّ نفع، بل الزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه خوف العار وخلو الفراش، خصوصاً إذا كان له منها أولاد صغار. كذا في «فتح القدير».

ولكنّه: لابد وأن يكون الزوج غير قاذف لها؛ إذ لو كان قد قذفها وشهد عليها بالزنا ومعه ثلاثة رجال.. حدّ الثلاثة للقذف، وعلى الزوج اللعان؛ لأن شهادة الزوج

لم تقبل؛ لمكان التهمة؛ لأنه بشهادته يسعى في دفع اللعان عن نفسه كذا في «الظهيرية».

فعلى هذا: لو قال بعض الشهود: إنّ فلانا قد زنى، أو قال له: قد زنيت، ثم جاء وشهد عن القاضي بزناه.. لا تقبل شهادته؛ لمكان التهمة؛ لأنه بشهادته يسعى في دفع حدّ القذف.

واشتراط اتحاد المجلس: لصحة الشهادة عندنا، حتى لو شهدوا متفرّقين.. لا تقبل شهادتهم، ويحدّون حدّ القذف، ولو جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد.. قبلت شهادتهم.

وقال الشافعي: تقبل شهادتهم ولو جاؤوا متفّرقين؛ اعتباراً بسائر الحقوق؛ لعدم التفصيل في النصوص، فيعمل بإطلاقها.

ولنا: قول عمر رضي الله عنه: «لو جاؤوا بمثل ربيعة ومعن فرادى.. لجلدتهم»؛ لأن قول الواحد قبل قول غيره وقع قذفاً، وكذا الثاني والثالث، فلا تنقلب شهادة إلا للضرورة، وهو: ما إذا جاؤوا جملة فشهد واحد بعد واحد.. فتقبل شهادتهم؛ لتعذر أدائها جملة.

واشتراط لفظ الزنا؛ لأنه هو الدال على الفعل الحرام، لا لفظ الوطء والجماع، وكذا لو قالوا: إنه وطئها وطئاً حراماً.. لا تقبل.

على ما صرّح به في «البحر».

وفيه أيضاً: إنه لو شهد اثنان بالزنا واثنان آخران بالإقرار بالزنا.. فإنه لا يحدّ بهذه الشهادة، وكذا لا يحدّ الشهود أيضاً.

وإن شهد ثلاثة بالزنا [٦١٣/أ] وشهد الرّابع بالإقرار بالزّنا.. فعلى الثلاثة الحدّ؛ لأن شهادة الواحد على الإقرار لا تعتبر.. فبقي كلام الثلاثة قذفاً إذا قيد بقوله: تثبت بشهادتهم.

إِذا سَأَلَهُمُ الإِمَامُ عَن مَاهِيَّةِ الزِّنَا، وكيفيَّتِه، وَبِمَن زَنى، وَأَينَ زنى، ومتى زنى، ....

(إذا سألهم الإمام عن ماهية الزنا) بما هي؛ احترازاً عن الغلط في ماهية الزنا.

واعلم: أن السؤال عن ماهية الزنا إنما يكون بعد السؤال عن مفهوم لفظ الزنا بطلب «ماء» الشارحة؛ أي: ما معنى هذا اللّفظ؟

ويجاب عنه: بمفهومه اللفظي أو الاسمي؛ ليمتاز به عن سائر المفهومات.

وبعد السؤال عن وجود هذا المفهوم بمطلب «هل» البسيطة؛ أي: هل لمفهوم الزنا وجود في الخارج أم لا؟! بل هو اعتباريّ محض.

ثم بعد العلم بوجوده يسأل عن كيفيته بمطلب «هل» المركبة.

وهذه المطالب الأربعة على هذا الترتيب لا بدّ وأن يتصور في كلّ ما سأل عنه، إلا أنّهم قصروا ههنا في ابتداء السؤال على مطلب «ما» الحقيقة؛ لأن الأحكام الشرعية إنما تترتب على الحقيقة الموجودة لا على المفهوم لفظا واسماً.

(وكيفيته: بمن زنى، وأين زنى، ومتى زنى).

واعلم: أنّ الشهود إذا شهدوا بالزنا.. لا بّد وأن يسألهم الحاكم عن خمسة أشياء:

عن ماهية الزنا؛ احترازاً عن الغلط في الماهية.

وعن كيفيته.

وعن مكانه.

وعن زمانه.

وعن المزنية.

احترازاً عن الغلط في كيفيته ومكانه وزمانه وفي المزنية.

ويدل على وجوب السؤال عن هذه الأشياء الخمسة: النقل والعقل.

أما النقل؛ فلأن النبي ﷺ استفسر عن الماهية، وعن الكيفية، وعن المزنية.

وأما العقل؛ فلأنّ الاحتياط في ذلك واجب؛ لأنه قد كان الفعل في غير الفرج عناه؛ لأنه ﷺ قال: «العينان تزنيان»، فلا يوجد ماهية الزنا، ولا كيفيته.

أو زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد، أو في التقادم من الزمان، وذلك يسقط الحدّ، وحدّ التقادم سيأتي ذكره.

أو كانت له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود؛ كوطء جارية، فلا بد أن يستقصي في ذلك كله احتيالاً للدرء، فالنقل دل على وجوب السؤال عن الماهية، وعن الكيفية، وعن المزنية، والعقل دل على وجوب السؤال عن الخمسة، فمجموعها دل على وجوب السؤال عن الخمسة.

فإن قيل: الكلام في استفسار الشهود، والنقل المذكور في استفسار المقر على ما سيظهر، فكيف يستدل به على ما نحن فيه؟

فالجواب: أن علّة استفساره بعينها ثابتة في الشهود أيضاً.. فوجب استفسارهم.

أما أنّه استفسره عن الماهية، وعن الكيفية.. فما أخرج أبو داود [٦١٣/ب] والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء الأسلمى نبيّ الله ﷺ فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات في كلّ ذلك يعرض عنه فأقبل الخامسة، فقال: «أنكتها»؟ فقال: نعم، قال: «حتى غاب ذلك منك في ذلك منها؟» قال: نعم، قال: «كما يغيب المرود في المكحلة، والرشاء في البتر؟»، قال: نعم، قال: «فهل تدري ما الزنا؟» قال: نعم، أتيت منها حراماً مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، قال: «فما تريد بهذا القول؟» قال: أريد أن تطهرني، فأمر به فرجم.

وأما استفساره عن المزنية.. ففيما أخرجه أبو داود قال: كان ماعز أتى إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول إنّي زنيت فأعرض رسول الله ﷺ عنه، فعاد حتّى قالها أربع مرات، فقال ﷺ: «إنك قد قلتها أربع مرّات، فبمن زنيت؟ قال: لفلانة، قال:

«هل ضاجعتها؟» قال: نعم، قال: «هل باشرتها؟» قال: نعم، قال: «هل جامعتها؟» قال: نعم، فأمر به.

هل يرجم هذا في الشهادة على زنى الرجل؟

ولو شهدوا على زنى المرأة لا بدّ أن يسألهم عن الزاني بها من هو؛ فإن فيه أيضاً الاحتمال المذكور؛ أعني احتمال الغلط في الزاني وزيادة، وهو جواز كون الزاني صبياً أو مجنوناً؛ بأن مكنت هي أحدهما؛ فإنه لا يجب عليها في ذلك حدّ على قول أبي حنيفة؛ على ما صرّح به في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: لو سألهم فلم يزيدوا على قولهم: أنهما زنيا.. لا يحد المشهود عليه، ولا الشهود؛ لأنهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم؛ لأنهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا؛ ليظهر قذفهم بغير الزنا.

بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته.. فإنهم يحدّون.

فصار كما لو شهد به أربعة فساق بالزنا.. لا يقضي بشهادتهم ولا يحدّون؛ لأنهم باقون على شهادتهم، غير أنّهم لا يقبلون.

وعلى هذا: لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالتهم.. يسقط الحدّ عندنا.

بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع؛ فإن الشهادة على الزنى قذف، لكن عند تمام الحجة يخرج من أن يكون قذفاً، فلمّا لم يتم بامتناعه.. بقي كلام الثلاثة قذفاً.. فيحدون.

ولو شهدوا فسألهم، فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا.. لا يحدّ، وما وقع في أصل «المبسوط» من أن الرابع قال: أشهد أنه زنى، فسئل عن صفته، فلم يصفه.. أنه يحدّ: يحمل على أنه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة.

فبيَّنوهُ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فرجِهَا كالميلِ فِي المُكْحُلَةِ وَعُدِّلُوا سرّاً وَعَلَانِيَةً.

(فبينوه وقالوا: رأيناه وَطِئَها في فرجها) بيان لماهية الزنا والزاني والمزنية بها، **(كالميل في المكحلة)** بيان لكيفية الزنا، **(وعدّلوا)** من التعديل [٦١٤/أ] **(سرّاً)** بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلّتهم، على وجه يتميز كلّ منهم عن الآخر لمن يعرفه، فكتب تحت اسمه: هو عدلٌ مقبول الشهادة، **(وعلانية)** بأن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد، فيقول المزكي: هذا هو الّذي عدّلته.

وإنما احتيج إلى التعديل ولم يكتف بظاهر عدالتهم؛ احتيالاً للدرء؛ لأن النبي ﷺ قال: «ادرؤوا الحدود ما استطعتم»، بخلاف الحقوق المالية عند أبي حنيفة؛ حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة - وهو الإسلام - مع عدم ظهور فسقه.

ولا بد أن يعلم: أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود.. لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم؛ لأن علمه يغنيه عن ذلك، وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكي.

فإن قيل: قد تقرّر أن علم القاضي بالزنا لا يكفي في إقامة الحدود، بل لا بدّ في إقامتها من الإثبات بأربعة شهداء، أو الإقرار فما الفرق بينهما؟

فالجواب: أن الشرع أهدر علم القاضي بالزنا في إقامة الحدود بقوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾ ولم يثبت إهداره علمه في حق تعديل الشهود، فوجب اعتبار علمه بعد التهم، على ما هو القياس.

وهل يحبس المشهود عليه بالزنا قبل تعديل الشهود.. لم يتعرضه المصنف، ففي «الأصل»: أنّ الشهود إذا وصف الأشياء المذكورة بعد السؤال عنهم.. يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا إلى أن يسأل عن عدالة الشهود؛ لأنه متّهم به وقد يهرب.

وهل يؤخذ منه الكفيل؟

أَو: بِالْإِقْرَارِ ....

قالوا: لا وجه لأخذ الكفيل منه؛ لأن أخذ الكفيل نوع احتياط، وهذا ليس بمشروع فيما يندرىء بالشبهات.

فإن قيل: الاحتياط في الحبس أظهر منه في أخذ الكفيل.

أجيب: بأن حبسه ليس للاحتياط، بل هو تعزير له؛ لأنه صار متّهماً بالفواحش بشهادة هؤلاء وإن لم يثبت الزنا الموجب للحدّ بعد، وحبس المتّهم تعزيراً له: جائز.

بخلاف ما إذا شهدوا بالدَّين.. لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود؛ لأن أقصى العقوبات هناك - بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة - الحبس، فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن بعد الثبوت عقوبته أغلظ.

(أو بالإقرار) عطف على قوله بشهادة، وهو أحد طريقي ثبوت الزنا، وقد ذكرنا أنه لا يثبت بعلم القاضي، وإنما قدّم ثبوته بالبيّنة؛ لأنه المذكور في القرآن، ولأن الثابت بها أقوى، حتى لا يندرىء الحدّ بالفرار، ولا بالتقادم، ولأنّها [٦١٤/ب] حجّة متعدّية، والإقرار حجّة قاصرة.

وله شرطان:

أحدهما: كونه صريحاً، ولذا قلنا: لو أقرّ الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة.. لا يحدّ؛ للشبهة بعدم الصراحة، وكذا الشهادة عليه لا تقبل؛ لاحتمال أن يدعي شبهة؛ كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته.. فإنها لا تقبل؛ لاحتمال أنه يدعي الشبهة.

بخلاف الأعمى؛ فإنه صحّ إقراره والشهادة عليه، وكذا الخصي والعنين.

والثاني: أن لا يظهر كذبه، حتى لو أقرّ فظهر مجبوباً أو أقرّت فظهرت رتقاء.. لا يعتبر إقراره، وكونها رتقاء.. إنما يظهر بإخبار النساء بأنها رتقاء قبل الحد، وإخبارها بالرتق يوجب شبهة.

عَاقِلاً بَالغاً أَربعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مجَالِس، كلَّما أقرّ.. ردَّهُ حَتَّى يغيبَ عَن بَصَرِهِ، ....

ولو أقرّ أنه زنى بخرساء، أو هي أقرّت بأخرس.. لا حدّ على واحد منهما؛ لاحتمال ظهور كذبه.

وقال في «البحر»: ولا بدّ من أن لا يكذبه الآخر في إقراره، حتى لو أقّر الرجل بالزنا بفلانة فكذبته.. درئ الحد عن الرّجل؛ سواء قالت: إنه تزوجني، أو لا أعرفه أصلاً.

وإن أقرت المرأة بالزنا بفلان وكذبها الرجل.. فلا حد عليها أيضاً عند الإمام، خلافاً لهما في المسألتين:

ثم قال نقلاً عن «المحيط»: إن الحد متى لم يجب على المرأة أصلاً أو تعذر استيفاؤه عليها.. لا يجب على الرجل، ومتى لم يجب على الرجل أصلاً.. لم يجب على المرأة بالإجماع، وإن انعقد فعله موجباً للحد، لكن بطل الحدّ عنه لمعنى عارض.. لا يمنع الوجوب على المرأة عنده، خلافاً لهما. انتهى.

ثم لا بد أن يكون الإقرار حال الصحو، حتى لو أقرّ بالزنا أو بالسرقة حال صحوه لا يحدّ؛ لأن الإقرار يحتمل الكذب، فاعتبر هذا الاحتمال حال سكره لا حال صحوه.

وأما لو سرق أو زنى في حال سكره.. فيحدّ؛ لأن فعله ليس كإقراره.

(عاقلاً بالغاً) ولم يشترط الإسلام والحرية؛ لأن إقرار الذمي والعبد بالزنا أو بغيره ممّا يوجب الحد.. صحيح وإن كان مولاه غائباً، وكذا القطع والقصاص؛ كذا في «البحر».

(أربع مرّات في أربعة مجالس، كلّما أقرّه.. ردّه) القاضي **(حتى يغيب عن بصره)** اشتراط العقل والبلوغ؛ لأن إقرار الصبي والمجنون غير معتبر بلا إذن، وبعده غير موجب للحد، واشتراط الأربع مذهبنا.

وقال الشافعي ومالك والحسن: يكتفي بالإقرار مرة واحدة كما اكتفى فيه في سائر الحقوق بمرة واحدة، وهذا: لأن الإقرار مُظهر لا مُثبت، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الإظهار.

بخلاف زيادة العدد في الشهادة.. فإنها تفيد زيادة في طمأنية القلب، وتكرار الكلام ليس كذلك.

ولنا: حديث ما عز؛ فإنه جاء إلى رسول الله ﷺ [٦١٥/أ]، فقال: زنيت، فأعرض رسول الله ﷺ، فعاد، حتى قال ذلك أربع مرّات، ثم قال له ما قال: فأمر برجمه، فلو كان الإقرار مرّة واحدة كافياً.. لم يؤخّر الحدّ إلى أن تم الإقرار أربع مرّات؛ لأن إقامة الحد عند ظهوره واجبة، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله ﷺ.

فإن قيل: إذا لم يثبت الحدّ بإقراره مرّة واحدة.. فقد اعترف بوطء لا يوجب الحدّ.. فيجب المهر، وإذا وجب المهر.. لا يجب الحدّ من بعد؛ لأن العوض والحدّ لا يجتمعان في وطء واحد.

أجيب: بأنّ الإقرار أربع مرّات: لمّا اعتبر حجة لإثبات الزنا.. لم يتعلّق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة، وإنما الحكم موقوف؛ فإن تمت الحجّة.. وجب الحدّ، وإن لم تتم.. وجب المهر، ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد، فكذا الإقرار؛ إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لأمر الستر، بخلاف سائر الحقوق؛ فإن نصاب الشهادة فيها ليس أربعة، فكذا الإقرار، كذا قالوا، وفيه بحث؛ لأنه يلزمه أن يكون الإقرار في سائر الحقوق: اثنين كالشهادة فيها.

واختلفوا في اشتراط كون الإقرار في أربع مجالس من مجالس المقر، فقال به علماؤنا، ونفاه ابن أبي ليلى وأحمد ومن تبعهما؛ فإنهم اكتفوا بالأربع في مجلس واحد.

ثُمَّ سَأَلَ كَمَا مرَّ، سوى الزَّمَانِ فبيَّنَهُ.

وَنُدِبَ تلقينُهُ ليرْجِعَ: ....

والحجة عليهم: ما في «صحيح مسلم» عن بريدة: أنّ ماعزاً أتى النبي ﷺ فردّه، ثم أتاه الثانية من الغد فردّه، ثم أرسل إلى قومه: «هل تعلمون بعقله بأساً؟» فقالوا: ما نعلمه إلّا وافي العقل من صالحينا، فأتاه الثالثة، فأرسل إليهم أيضاً فسألهم، فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله، فلما كانت الرابعة.. حفر له حفرة فرجمه؛ فإنه أدّل دليل على اختلاف المجالس، ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات؛ فعند اتحاد المجلس.. يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار.

وإنما اعتبر مجلس المقر دون مجلس القاضي في الاختلاف والاتّحاد؛ لأن الإقرار قائم بالمقر.. فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي، والاختلاف في المجلس: بأن يردّه القاضي كلّما أقرّ فذهب حيث لا يراه، ثم يجيء فيقر.

ثم ما روي عن أبي حنيفة: وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار، ويظهر له الكراهة من ذلك، ويأمر بإبعاده عن مجلسه في كلّ مرّة؛ لأن النبي ﷺ فعل ذلك.

وفي «البحر» عن «الظهيرية»: ولو أقر كلّ يوم مرّة، أو كلّ شهر مرة.. فإنه يحد.

(**ثم سأل**) أي: إن تم الإقرار أربع مرات.. سأله الحاكم (**كما مرّ**) عن ماهية الزنا وكيفيته وبمن زنى وأين زنى (**سوى الزمان**) [٦١٥/ب]؛ لأن تقادم العهد يمنع الشهادة، ولهذا سأل عن الزمان في الشهادة، ولا يمنع الإقرار.. فلا يلزمه السؤال عنه، حتى لو أقرّ كلّ شهر مرّة.. يعمل بإقراره؛ على ما ذكرناه آنفا.

وقال بعض مشايخنا: يسأله عن الزمان أيضاً؛ لاحتمال أنه زنى في صباه.

وفي «البحر»: وهذا هو الأصحّ.

(**فبيّنه**)؛ فإذا تم البيان.. يجب الحدّ، لكنّه (**ندب تلقينه**)؛ أي: تلقين الحاكم (**ليرجع**) عن الإقرار احتيالاً لدرء الحدّ.

بلعلَّكَ قبَّلتَ، أَو لمستَ، أَو وطئْتَ بِشُبْهَةٍ.

فَإِن رَجَعَ قَبْلَ الْحَدِّ أَو فِي أَثْنَائِهِ. تُرِكَ.

وَالْحَدُّ للمُحصَنِ: رجمُهُ فِي فَضَاءٍ حَتَّى يَمُوتَ.

يَبدأُ بِهِ الشُّهُودُ؛..

والرجوع عن إقراره: أعمّ من الرجوع بالقول أو بالفعل كما إذا هرب؛ على ما في «الحاوي».

بخلاف ما إذا ثبت الزنا بالبينة فهرب في حال الرجم.. أتبع بالحجارة حتى يؤتى عليه؛ على ما في «الحاوي» أيضاً.

وإنكار الإقرار رجوع، كما أنّ إنكار الرّدة توبة.

(**بلعلّك قبلت، أو لمست، أو وطئت بشبهة؛ فإن رجع قبل**) إقامة (**الحدّ أو في أثنائه.. ترك**) وخلّي سبيله.

وقال الشافعي: يقيم عليه الحدّ؛ لأنه وجب بإقراره، فلا يبطل برجوعه وإنكاره، كما إذا وجبت بالشهادة، فصار كالقصاص وحدّ القذف.

قلنا: إن الرّجوع غير محتمل للصدق كالإقرار، وليس أحد يكذبه فيه.. فتتحقق الشبهة في الإقرار بتعارض الخبرين من غير مرجح لأحدهما، بخلاف ما فيه حقّ العبد، وهو: القصاص وحدّ القذف؛ لوجود من يكذبه، ولا كذلك ما هو خالص حقّ الشرع.

وفي «الخانية»: رجل أقرّ عند القاضي بالزنا أربع مرّات، فأمر القاضي برجمه، فقال: والله ما أقررت بشيء.. يدرأ عنه الحدّ.

(**والحدّ للمحصن: رجمه في فضاء حتّى يموت**)؛ لأن النبي ﷺ رجم ماعزاً وقد أحصن، وعليه انعقد الإجماع.

(**يبدأ به الشهود**)؛ لأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء، ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايتهم احتيال للدرء.

فَإِن أَبَوا، أَو غَابُوا، أَو مَاتُوا.. سَقَطَ.

ثُمَّ الإِمَامُ، ثُمَّ النَّاسُ.

وَفِي الْمُقِرِّ: يبدأُ الإِمَامُ، ثُمَّ النَّاسُ.

وَيَغَسَّلُ وَيُصلَّى عَلَيْهِ.

ولغير الْمُحصَنِ: مائَةُ جلدَةٍ.

وَلِلْعَبْدِ: نصفُهَا.

(فإن أبوا، أو غابوا، أو ماتوا) كلهم أو بعضهم، وكذا لو عمي أو أخرس أو جنّ أو ارتدّ أو قذف فحدّ.. (سقط الحد) على الأصحّ.

فإذا سقط بامتناع أحدهم، فهل يحدّ الشهود؟

قيل: لا يحدّ، لأنّهم ثابتون على الشهادة، وإنما امتنع بعضهم عن مباشرة القتل، وذلك لا يكون رجوعاً عن الشهادة عليه.

(ثم) يبدأ (الإمام، ثم الناس)، هكذا روى عن علي رضي الله عنه.

(وفي المقرّ يبدأ الإمام، ثم الناس)؛ لما روي أن النبي ﷺ رمى الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا.

(ويغسل ويصلى عليه)؛ لقوله ﷺ لماعز: «اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم»، ولأنه قتل بحقّ.. فلا يسقط الغسل؛ كالمقتول قصاصاً.

وصلّى النبي ﷺ على الغامدية بعدما رجمت.

(ولغير المحصن مائة جلدة) إن كان حرّاً؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [٦١٦/أ]، إلّا أنه انتسخ في حقّ المحصن بآية أخرى نُسخت تلاوتها وبقي حكمها؛ أعني: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالاً من الله» تعالى، فبقي في حق غيره معمولاً به.

(وللعبد: نصفها) أي نصف المائة؛ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾، ولأن الرق منصّف.

بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ، ضرباً وسطاً، مفرّقاً على بَدَنِهِ إِلّا الرَّأْس وَالْوَجْهَ والفرجَ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُضْرَبُ الرَّأْس ضَرْبَةً.

وَيُضْرَبُ الرَّجُلُ قَائِماً فِي كلِّ حدٍّ بِلَا مدٍّ، ....

(بسوط لا ثمرة له)؛ لأن علياً لما أراد أن يقيم الحدّ.. كسر ثمرته، قال في «المغرب»: ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمر الشجر، وهي عذبته وذنبه وطرفه، وفي «المجمل»: ثمر السياط: عقد أطرافها، ومنه يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له؛ يعني العقدة، والأول: أصحّ؛ لما ذكره «الطحاوي»: أنّ علياً جلد الوليد بسوط له طرفان - وفي رواية: له ذنبان - أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين.

(ضرباً وسطاً)؛ لأن المُفْرِط يفضي إلى الهلاك، والمفرِّط إلى الخلو عن المقصود وهو الانزجار (مفرقاً على بدنه)؛ لأن الجمع على موضع واحد من بدنه قد يفضي إلى التلف، والحد شرع زاجراً لا متلفاً (إلّا الرأس والوجه والفرج)؛ هكذا روي عن النبي ﷺ.

ولأن الفرج مقتل، والرأس والوجه مجمع الحواس، فلا يؤمن من فوات شيء منها بالضرب، وذلك إهلاك معنى.. فلا يشرع حدّاً.

(وعند أبي يوسف: يضرب الرأس ضربة)؛ لما روى عن أبي بكر: اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً.

قلنا: إنما قاله فيمن أبيح قتله.

(ويضرب الرجل قائماً في كلّ حدّ) لقول علي رضي الله عنه: يضرب الرجال في الحدود قياماً، والنساء قعوداً، ولأن مبنى إقامة الحدّ على التشهير، والقيام أبلغ فيه.

(بلا مد)؛ قيل: معناه: أن يلقى على الأرض ويمدّ كما يفعل في زماننا.

وقيل: أن يمدّ السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه.

وَيَنْزِعُ ثِيَابَهُ سِوى الْإِزَارِ.

وَالْمَرْأَةُ: جالسةً وَلَا تَنْزِعُ ثِيَابَهَا، إِلَّا الفروَ والحَشوَ.

ويُحفَرُ لَهَا فِي الرَّجْمِ، لَا لَهُ.

وَلَا يَحُدُّ سَيِّدٌ مَمْلُوكَهُ بِلَا إِذنِ الإِمَامِ.

وقيل: أن يمدّه بعد الضرب على جسد المضروب، وفيه زيادة ألم، وذلك كلّه لا يفعل؛ لأنه زيادة على المستحق.

(**وينزع ثيابه**)؛ لما روي أن علياً كان يأمر بالتجريد في الحدود؛ لأنه أبلغ في إيصال الألم إليه، وهو أوفى في الانزجار، (**سوى الإزار**)؛ لأن فيه كشف العورة.

(**والمرأة جالسةً**)؛ لما رويناه من قول علي، ولأنه أستر لها.

(**ولا تنزع ثيابها**) لما ذكرناه (**إلا الفرو والحشو**)؛ لما ذكرناه أيضاً.

(**ويحفر لها في الرجم**)؛ لما روي أنّ النبي ﷺ حفر للغامدية إلى ثندوتها، وحفر علي لشراحة الهمدانية، وهذا مندوب، وإن ترك.. جاز؛ لأنه ﷺ لم يأمر بذلك، وهي مستورة بثيابها.

(**لا له**)؛ لأن النبي ﷺ ما حفر لماعز، ولأن مبنى الإقامة على التشهير [٦١٦/ب] في الرجال.

والربط والإمساك غير مشروع.

(**ولا يحدّ سيّد مملوكه بلا إذن الإمام**)؛ لقوله ﷺ: «أربع إلى الإمام» وذكر منها الحدود، ولأن الحدّ حق الله تعالى، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع، وهو الإمام أو نائبه.

بخلاف التعزير؛ لأنه حق العبد، ولهذا يعزر الصبي، وهذا حجّة على الشافعي ومالك في القول بأن السيّد يقيم الحد على مملوكه.

وإحصانُ الرَّجْمِ: الْحُرِّيَّةُ، والتكليفُ، وَالْإِسْلَامُ، والوطءُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ.

حَالَ وجودِ الصِّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ فيهِمَا.

(**وإحصان الرّجم**) - احترز به عن إحصان القذف؛ فإنه غيره على ما سيأتي -: (**الحرية، والتكليف**) بأن كان عاقلاً بالغاً، (**والإسلام**)، وقال الشافعي وأحمد: الإسلام ليس بشرط في الإحصان، وهو رواية عن أبي يوسف.

فلو زنى الذمي الثيّب الحر.. يجلد عندنا، ويرجم عندهم.

لهم: ما في «الصحيحين»: أنّ اليهود جاؤوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن امرأة منهم ورجلاً زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: «ما تجدون في التوراة في شأن الرجم؟» فقالوا: نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فاقرؤوها فوضع أحدهم يده على آية الرجم، فقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال له عبد الله: ارفع يدك، فرفع يده؛ فإذا فيها آية الرجم، فقال: صدق يا محمد، فأمر بهما النبي ﷺ فرجما.

قلنا: إنه إنّما رجمهما بحكم التوراة؛ فإنه سألهم عن ذلك أولاً، وإنّ ذلك إنما كان عندما قدم النبي ﷺ المدينة، ثم نزلت آية حد الزنا، وليس فيها اشتراط الإسلام في الرجم، ثم نزل حكم الإسلام في الرجم باشتراط الإحصان، وإن كان غير متلو، وعلم ذلك من قوله ﷺ: «من أشرك بالله.. فليس بمحصن» روي مرفوعاً وموقوفاً.

(**والوطء**)؛ أي الدخول بها، والمعتبر في الدخول المحصن للإحصان: الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل؛ على ما صرّح به في «الهداية»، وذلك بغيبوبة الحشفة؛ أنزل أو لم ينزل، ولو في الحيض؛ (**بنكاح صحيح**).

وفي «فتح القدير»: لا بد أن تكون صحّة النكاح قائمة حال الدخول، حتى لو تزوج من عَلَّق طلاقَها بتزوّجها.. يكون النكاح صحيحاً، فلو دخل بها عقيبه.. لا يصير محصناً؛ لوقوع الطلاق قبله.

وقوله: (**حال**) متعلق بالوطء بنكاح صحيح (**وجود الصفات المذكورة فيهما**) من الحرية والتكليف والإسلام.

واعلم: أن المتقدمين ذكروا أنّ إحصان الرجم بأمور سبعة: الحرية، والعقل، والبلوغ، والإسلام، والنكاح الصحيح، والدخول بها، وكونها على هذه الحالة حين الدخول.

أما العقل والبلوغ: فشرط لأهلية العقوبة؛ لعدم الخطاب بدونها.

وأما البواقي: فشرط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة عليه [٦١٧/أ]؛ لأن كفران النعمة يتغلّظ عند تكثير النعمة، وتغلّظه يستدعي تغلّظ العقوبات، وهذه الأشياء من جلائل النعم.. فكفرانها يكون سبباً لأفحش العقوبات، وهو الرجم إلى أن يموت؛ ليكون الحكم على قدر سببه، وإنما انحصرت الشرائط على هذا العدد؛ لأن الرجم بالزنا قد شرع ابتداء عند اجتماع هذه الأشياء.. فيناط بها.

والشرف والعلم والجمال، وإن كان من جلائل النعم.. إلا أن الشرع لم يَرِد باعتبارها، ونصب الشرع بالرأي متعذّر.

ولأن الحرية مُمَكِّنة من النكاح الصحيح، والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال، والدخول شبع بالحلال، والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرّية.. فيكون الكل مزجرة عن الزنا، والجناية بعد توافر الزواجر: أغلظ، والشرف والعلم والجمال ليس كذلك؛ إذ لا مدخل لها في الاستغناء عن الزّنا، فلم يعتبر.

وأما اشتراط كونهما على الصفات المذكورة عند الدخول، حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية.. لا يكون محصنا عندنا بهذا الدخول، حتى لو زنى بعده.. لا يرجم، ويرجم عنده.

وكذا لو تزوّجت الحرة العاقلة البالغة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها.. لا تصير هي محصنة، فلا ترجم لو زنت.

ولو تزّوج مسلم ذمية فأسلمت هي بعدما دخل بها.. لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد إسلامها.

وَلَا يُجمَعُ بَينَ جلدٍ ورجمٍ، وَلَا بَينَ جَلْدٍ وَنفيٍ إِلَّا سياسةً.

وكذا لو أعتقت الأمة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعدما دخل بها.. لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الإعتاق.

وعلى هذا لو بلغت بعدما دخل وهي صغيرة.

وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معاً.. بطل إحصانهما؛ فإذا أسلما.. لا يعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الإسلام.

ثم وجه هذا الشرط عندنا: أن النعمة تتكامل بذلك؛ إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة.

وقلّما يرغب في الصّبية؛ لقلّة رغبتها في الزوج.

وفي المملوكة أيضاً؛ حذراً عن رق الولد.

ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين، فعند فوات شيء من هذه النعم في واحد من الطرفين.. لا تتكامل النعمة، هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: إن إسلام المنكوحة من وقت الدخول ليس بشرط لإحصان الزاني، حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة.. يصير محصناً، فيرجم لو زنى بعده.

والحجة عليه: ما ذكرناه من أنه لا ائتلاف مع الاختلاف في الدين، وما ذكره شمس الأئمة السرخسي في «مبسوطه» من قوله ﷺ: «لا تحصن المسلمَ اليهوديةُ، ولا النصرانية [٦١٧/ب]، ولا الحرَّ الأمةُ، ولا الحرةَ العبدُ».

(**ولا يجمع بين جلد ورجم**) أي في المحصن؛ لأن النبي ﷺ لم يجمع بينهما أصلاً، ولأن الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار؛ لأن انزجار غيره يحصل بالرجم، وزجره لا يتحصل بعد هلاكه.

(**ولا بين جلد ونفي**) أي في البكر (**إلّا سياسة**) أي رآها الإمام أو نائبه.

وَالْمَرِيضُ يُرْجَمُ وَلَا يُجلَدُ مَا لم يَبرَأ.

وَالْحَامِلُ إِن ثَبتَ زِنَاهَا بِالْبَيِّنَةِ.. تُحبَسُ حَتَّى تَلِدَ، وَتُرْجَمُ إذا وَضَعَتْ، وَلَا تُجلَدُ مَا لم تَخْرُجْ مِن نفَاسِهَا.

وقال الشافعي: يجمع بينهما في حق الرجل والمرأة معاً حدّاً؛ لقوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»، ولأن في التغريب حسم باب الزنا؛ لقلّة المعارفة والمؤانسة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوا﴾ جعل الجلدَ كلَّ الموجب؛ لأنه إذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء.. كان هو الجزاء لا غير؛ على ما عليه الاستقراء، ولأن السكوت في موضع البيان بيان، فدلّ أن ما يحتاج إلى بيانه هو الجلد لا غير، وإلّا لما سكت المبيّن، ولأن في التغريب فتح باب الزنا؛ لانعدام الاستحياء من العشيرة، ثم فيه قطع مواد البقاء، فربما تتخذ زناها مكسبة، وهو من أقبح وجوه الزنا، وما رواه منسوخ كشطره، وهو قوله ﷺ: «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» أو محمول على السياسة كما حمل عليها ما روي عن أبي بكر أنه جلد بكرين ونفاهما.

(**والمريض يرجم**)؛ لأن الإتلاف مستحق، فلا يمنع بسبب المرض.

(**ولا يجلد ما لم يبرأ**) كي لا يفضي إلى الهلاك، وهو غير مستحق له.

ولهذا لا يقام القطع عند شدّة البرد والحر.

(**والحامل إن ثبت زناها بالبينة.. تحبس حتى تلد**) كي لا تهرب.

بخلافه ما إذا ثبت بالإقرار؛ لأن الرجوع عنه عامل، فلا يفيد الحبس.

(**وترجم إذا وضعت**) الحمل لا قبله؛ كي لا يؤدي إلى هلاك الولد.

(**ولا تجلد ما لم تخرج من نفاسها**) بعد الوضع؛ لأن النفاس نوع مرض، فيؤخر إلى زمان البرء، بخلاف الرجم؛ لأن التأخير لأجل الولد، وقد انفصل.

وَإِن لم يكن للولدِ مَن يُربِّيهِ.. لَا تُرْجَمُ حَتَّى يَسْتَغْنِيَ عَنْهَا.

(**وإن لم يكن للولد من يربيه.. لا ترجم حتى يستغني عنها**)، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع، وقد روي أنه ﷺ قال للغامدية بعدما وضعت: «ارجعي حتّى يستغني ولدك».

* * *

وَهِيَ نَوْعَانِ:

شُبْهَةٌ فِي الْفِعْلِ، وَهِيَ: ظَنُّ غيرِ الدَّلِيلِ دَلِيلاً، فَلَا يُحَدُّ فِيهَا إِن ظَن الْحِلَّ، وإِلّا.. يُحَدُّ؛ كوطءِ مَعَتَدَّتِهِ مِن ثَلَاثٍ، ....

والوطء بنكاح بلا شهود: حرام عندنا، ولا حدّ على الواطىء عندنا؛ لأن مالكاً وابن أبي ليلى وعثمان البتّي أباح هذا الوطء.. فصار شبهة لنا في إسقاط الحدّ.

وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين.

أحدهما: شبهة في الفعل، وتسمى: شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة؛ أي شبهة في حق من اشتبه عليه الحلّ والحرمة دون من لم تشتبه عليه.

وثانيهما: شبهة في المحلّ، وتسمّى: شبهة حكميّة، وشبهة ملك، هذا على قول الإمامين.

وعلى قول أبي حنيفة: لها قسم ثالث: سمّي شبهة العقد، على ما سيأتي بيانه.

(**وهي**) - أي الشبهة على قول الإمامين - (**نوعان، شبهة في الفعل**) أي شبهة لا تتحقق إلّا في حقّ من اشتبه عليه، وليست شبهة في حق من لم تشتبه عليه؛ على ما أشار إليه بقوله: (**وهي ظن غير الدليل دليلاً**)؛ يعني: اشتبه عليه الحل والحرمة، ولا دليل في السمع يفيد الحلّ، ويظن غير الدليل دليلاً، وسيأتي بيانه في أثناء تمثيلاته (.. **فلا يحدّ فيها**) أي في هذه الشبهة؛ اعتباراً بظنه، لكن لا مطلقاً، بل (**إن ظن الحلّ، وإلّا**)؛ أي: وإن لم يظن الحلّ، بل قال علمت أنها حرام (.. **يحدّ**)؛ لأنه لو لم يكن له ظن الحلّ.. فلا شبهة أصلاً؛ لفرض أن لا دليل أصلاً يثبت الشهبة في نفس الأمر، فلو لم يكن ظن الحلّ ثابتاً [٦١٨/ب].. لم تكن شبهة أصلاً، فيجب الحد.

وهذه الشبهة في مواضع ثمانية (**كوطء معتدّته من ثلاث**)؛ فإنه إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي.. لا يحدّ.

وإن قال: علمت أنها حرام علي.. يحدّ؛ لأنّ بقاء بعض الأحكام بعد الطلقات الثلاث - من لزوم النفقة، والسكنى، ومن حرمة نكاح الأخت، وثبوت النسب -

(بَابُ الوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ)

الشُّبْهَةُ دارئةٌ للحدِّ، ....

(بَابُ الوَطْءِ الّذِي يُوجِبُ الحَدَّ وَالّذِي لَا يُوجِبُهُ)

قد تقدم معنى الزنا لغةً وشرعاً، وهو الذي يوجب الحدّ، وهذا الباب لتفاصيله، ثم بدأ ببيان الشبهة، فقال: (**الشبهة دارئة للحد**)؛ لأن الحدّ عقوبة كاملة، فلا بدّ أن يكون ما يوجبها كاملاً أيضاً، والشبهة تمنع كمال الموجب وهو الزنا، ولقوله ﷺ: «ادرؤا الحدود بالشبهات» وهو في «مسند أبي حنيفة» عن مقسم [٦١٨/أ] عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ، قالوا: وهذا الحديث مما تلقته الأمة بالقبول.

ثم لا بدّ أن تعلم الشبهة فقالوا: الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، وللفظها في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات:

فالشافعية قالوا: الشبهة ثلاثة أقسام: في المحل، والفاعل، والجهة.

أما الشبهة في المحلّ: فوطء زوجته الحائض، والصائمة، والمحرمة، وأمته قبل الاستبراء، وجارية ولده، ولا حدّ فيه.

ولو وطئ أمته المحرمة عليه برضاع؛ كأخته أو ابنته أو أمّه من الرضاع وموطوءة أبيه أو ابنه.. يجب عليه الحد على الأظهر؛ على ما في «فتح القدير».

وأما الشبهة في الفاعل: فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظناً أنها امرأته، فلا حدّ، وإذا ادّعى أنه ظن ذلك.. صدّق بيمينه.

وأما الشبهة في الجهة: فقال الأصحاب: كل جهة صحّحها بعض العلماء وأباح الوطء بها.. لا حدّ فيها، وإن كان الواطىء يعتقد التحريم؛ كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود؛ فإن المالكية والشافعية يعتقدون حرمة الوطء بنكاح بلا ولي، ولا حدّ على الواطىء عندهم؛ لأن هذا الوطء مباح عندنا.. فيصلح شبهة في إسقاط الحد.

أَو مِن طَلَاقٍ على مَالٍ، أَو أُمِّ ولدٍ أعْتقهَا، أو أَمَةَ أَصلِهِ وَإِن علا، أَو أَمَةَ زَوجتِهِ أَو سَيِّدِهِ.

وَكَذَا وطءُ الْمُرْتَهِنِ الْمَرْهُونَةَ فِي الْأَصَحِّ.

شبهة تورث ظن الحلّ.. فيعتبر ظنه، وهذا ليس بدليل على الحلّ، بل ظنّ غير الدليل دليلاً.. فلا يحدّ به.

(أو) وطئ معتدته (من طلاق على مال).

وكذا وطئ مختلعته في عدّتها.

بخلاف الطلاق البائن دون الثلاث إذا لم يكن على مال أو على خلع فوطئها في العدة.. فإنه لا حد عليه وإن قال: علمت أنها حرام عليّ على ما سيأتي في شبهة المحلّ.

(أو) وطئ (أم ولد أعتقها) مولاها وهي في العدة؛ لأن أثر الفراش قائم فيها، فكان ظنه في موضع الاشتباه.. فيعتبر شبهة في سقوط الحدّ.

(أو أمة أصله) من أبيه أو أمه (وإن علا)؛ لأن الإنسان ينتفع بمال أصله حسب انتفاعه بمال نفسه، فكان هذا ظناً في موضع الاشتباه.. فيمنع الحدّ.

(أو أمة زوجته) لظنه أنه استخدام، واستخدامها حلال له.

(أو) وطئ أمة (سيده) لما ذكرناه من أن الإنسان ينتفع بمال أصله؛ لأن السيد بمنزلة ربّ العبد.

(وكذا وطء المرتهن) الأمة (المرهونة في الأصح)، وهو رواية كتاب الحدود؛ لأن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال، فقيامه لا يورث شبهة حكمية، فيكون شبهة في الفعل؛ كما في الإجارة؛ فإنها لا تفيد ملك المتعة بحال، فلا يورث قيامُها في المحلّ شبهةً حكمية.

وَشُبهةٌ فِي الْمحلِّ، وَهِي: قيامُ دَلِيلٍ نافٍ للْحُرْمَةِ فِي ذَاتهِ، فَلَا يُحدُّ فِيهَا وَإِن عَلِمَ بِالْحُرْمَةِ، كوطءِ أَمَةِ وَلَدِهِ ....

وقيل - وهو رواية كتاب الرهن -: إنه لا يجب الحد في وطء الجارية المرهونة؛ سواء ادّعى الظن أو لم يدّع؛ كما في الجارية المشتركة؛ لأنه وطء جارية انعقد له فيها سبب الملك.. فلا يجب عليه الحد أصلاً، فيكون من النوع الثاني.

وفي «فتح القدير»: والمستعير للمرهن في هذا الحكم بمنزلة المرتهن.

وفي «الإيضاح»: في المرهونة: إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي.. ذكر في كتاب الرهن: أن لا يحد، وفي كتاب الحدود: يحدّ ولا يعتبر ظنه؛ لأنه لا استيفاء من عينها، بل من معناها، فلم يكن الوطء حاصلاً في محل الاستيفاء.. فلا شبهة فعل، وصار كالغريم إذا وطئ جارية الميت.

ووجه عامة الروايات: أنه انعقد فيها سبب الملك في الحال، ويصير مستوفياً ومالكاً بالهلاك من وقت الرهن، فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع.

ووجه رواية كتاب الحدود: أنَّ عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال [٦١٩/أ] كالمستأجرة للخدمة، ومقتضاه: أن يجب الحدّ وإن اشتبه، إلا أنَّ ملك العين في الجملة سبب لملك المتعة، وإن لم يكن في الرهن سبباً.

بخلاف الإجارة؛ فإن الثابت بها ملك المنفعة، ولا يمكن كونه سبباً لملك المتعة.

وبخلاف البيع بالخيار؛ فإنه يفيد الملك حال قيام الجارية، بخلاف الجارية المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها، فلا يتصور كون ملكها سبباً للاستمتاع بها، فكان كملك المنفعة.

(وشبهة في المحلّ) وتسمى: شبهة حكمية، وشبهة ملك أيضاً، (وهي: قيام دليل ناف للحرمة في ذاته)، لكن لا يكون عاملاً في الحلّ لمانع اتّصل بها، وهذه الشبهة لا تتوقف على ظنّ الجاني واعتقاده (.. فلا يحدّ) الجاني (فيها) أي في هذه الشبهة (وإن علم بالحرمة) حتى قال: علمت أنها عليّ حرام؛ (كوطء أمة ولده)، فلا يحدّ به

وَإِن سَفَلَ، أَو مُشْتَرَكَتِهِ، أَو معتدَّتِهِ بِالْكِنَايَةِ دونَ الثَّلَاثِ، أَو البائِعِ الْمَبِيعَةَ، أَو الزَّوْجِ الممهورةَ قبلَ تَسْلِيمِهَا.

لشبهة قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك».

والمراد بالأمة ههنا: غير موطؤة الولد؛ لأنه لو وطئ موطؤة ولده.. يجب عليه الحدّ على الأظهر؛ على ما في «فتح القدير»، وقد ذكرناه في أول الباب.

(وإن سفل) لعموم ما رويناه.

(أو مشتركته) لقيام الملك في النّصف.

(أو معتدته بالكناية دون الثلاث)؛ لاختلاف الصحابة في كونها رجعية أو بائنة.

قيّد المعتدّة بالكناية وما دون الثلاث؛ احترازاً عن شبهة المعتدة على طلاق على مال، وعن معتدّة المختلعة، وعن معتدة الثلاث؛ لأنها من النوع الأول؛ على ما سبق ذكرها.

(أو) وطئ **(البائع)** الأمة **(المبيعة)** قبل التسليم إلى المشتري؛ لأن اليد التي كان البائع بها متسلّطاً عليها بالوطء باقية بعد، فصارت شبهة في المحلّ.

(أو) وطئ **(الزوج)** الجارية **(الممهورة)**؛ أي الّتي أعطاها الزوج زوجته لمهرها **(قبل تسليمها)** أي: تسليم البائع والزوج؛ لما ذكرناه في المبيعة، وقد مرّ أنّ وطء المرتهن المرهونة من هذا النوع؛ على رواية كتاب الرّهن، فبلغ مواضع شبهة المحل ستة، وينبغي أن يزاد عليه بصور ذكرها.

في «فتح القدير»: مثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه.

ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد، والتي فيها الخيار للمشتري.

ووطء جاريته التي هي أخته من الرّضاع.

ووطء جاريته قبل الاستبراء.

وَالنّسبُ يثبتُ فِي هَذِهِ عِنْدَ الدَّعْوَةِ، لَا فِي الأُولى وَإِنِ ادّعَاهَا.

وَيحدُّ بوطءِ أَمَةِ أَخِيهِ أَو عَمِّهِ وَإِن ظَنَّ حِلَّهَا.

ووطء زوجته التي حرمت عليه بردّتها، أو مطاوعتها لابنه، أو جماعِه أمَّها، ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام.. فلا حدّ عليه.

(والنّسب يثبت في هذه) الشبهة **(عند الدعوة لا في الأولى، وإن ادّعاها)**؛ لأن الفعل تمحض زناها في الأولى، وإن سقط الحدّ [٦١٩/ب] لأمر راجع إلى الوطء وهو اشتباه الأمر عليه لا إلى المحلّ، وكأنّ المحلّ ليس فيه شبهة حلّ، ولهذا لا يثبت به عدة؛ لأنه لا عدة من الزنا.

وههنا بحث، ولنا فيه جواب ذكرناه في أوّل باب العدّة فارجع إليه، بخلاف الشبهة الثانية؛ فإن الفعل لم يتمحض فيها زناً.. فيثبت فيها النسب والعدّة.

(ويحدّ بوطء أمة أخيه أو عمّه، وإن ظن حلّها)، فلا يعتبر قوله: ظننت أنها تحل؛ لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما، وكذا سائر المحارم؛ لعدم الانبساط بينهما أيضاً، فدعوى ظنّه الحلّ غير معتبرة.

فإن قيل: إنه ذكر في «المحيط»: أنّ من شرائط الحدّ: العلم بالتحريم، حتى لو لم يعلم بالحرمة.. لم يجب الحدّ للشبهة، ألا ترى إلى ما روي سعيد بن المسيب: أن رجلاً زنى باليمن، فكتب في ذلك عمر: «وإن كان يعلم أنّ الله قد حرّم الزنا.. فاجلدوه، وإن كان لا يعلم.. فعلّموه؛ فإن عاد.. فاجلدوه»، ولأن الحكم في الشرعيّات لا يثبت إلّا بعد العلم؛ فإن كان الشيوع والاستفاضة في دار الإسلام: أقيم مقام العلم، ولكن الأقلّ من إيراث شبهة؛ لعدم التبليغ.. فكيف يصح قولهم لا يعتبر قوله ظننت أنها تحلّ؟

أجيب عنه: بأنه ليس معناه: ظننت أن الزنا حلال، بل معناه: أنه علم أن الزنا حرام، لكنه ظنّ أن وطأه هذه ليس زناً محرماً، فلا ينافيه ما ذكر في «المحيط» من اشتراط العلم بالتّحريم في وجوب الحدّ.

وَكَذَا بوطءِ امْرَأَةٍ وجدَهَا على فرَاشِهِ ....

وإنما ينافيه على هذا التوجيه: ما ذكروه في مسألة الحربي أنه إذا دخل دار الإسلام فأسلم وزنى، وقال: ظننت أنه حلال.. لا يلتفت إليه ويحد وإن كان زناه أوّل يوم دخل دار الإسلام؛ لأن الزنا حرام في جميع الأديان والملل، لا يختلف في هذه المسألة، فكيف يقال: إذا ادعى مسلم أصلّي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحدّ لانتفاء شرط الحدّ.

فإن قيل: يجوز أن يكون مرادهم أن شرط الحد في نفس الأمر علمه بالحرمة في نفس الأمر؛ فإذا لم يكن عالماً.. لا حدّ عليه.

أجيب عنه: بأنه قليل الجدوى أو غير صحيح؛ لأن الشرع لما أوجب على الإمام أن يحدّ هذا الرّجل.. يثبت زناه عند عرف ثبوت الوجوب في نفس الأمر؛ لأنه لا معنى لكونه واجباً في نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام؛ لأنه لا يجب على الزاني أن يحدّ نفسه، ولا أن يقر بالزنا، بل الواجب عليه في نفس الأمر بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة، ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته.. وجب عليه إقامة الحدّ؛ كذا [٦٢٠/أ] في «فتح القدير».

ثم أورد بأنه لو سرق من بيت أخيه وعمّه ونحوهم.. لا يقطع، فظهر أنّ بينهما انبساطاً، فكيف يصحّ ما ذكر من قولهم أنه لا انبساط بينهما؟

أجيب: بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز، ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز.. فانتفى القطع؛ أما الحدّ.. فمنوط بعدم الحلّ وشبهته، وهو ثابت هنا.

(وكذا) أي يحدّ **(بوطء امرأة وجدها على فراشه)**، وإن ظن حلّها، قال مالك والشافعي وأحمد: إنه يحدّ قياساً على المزفوفة بجامع ظن الحلّ إن سقط الحد شبهة الحلّ، ولا شبهة هنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه، ووجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحلّ ليستند الظن إلى ما يصلح دليل الحل، وهذا لأنه قد تنام

وَإِن كَانَ أَعمى، إِلّا إِن دعَاهَا فَقَالَت: أَنا زَوجتُكَ، لَا بوطءِ أَجْنَبِيَّةٍ زُفَّت إِلَيْهِ وقُلْنَ هِيَ زَوجتُكَ، وَعَلَيهِ الْمهْرُ.

على فراشه غير زوجته من المحارم التي في بيته، فكيف يكون دليل حلّ؟ فكان كما لو ظنّ المستأجرة للخدمة والمودعة حلالاً فوطئها؛ فإنه يحدّ.

(وإن) - وصلية - **(كان)** أي الزوج **(أعمى)**؛ لأن الوجود على الفراش - كما ذكرناه - ليس صالحاً لاستناد الظن إليه، وتمييزه يحصل بطول الصحبة والحركات المألوفة، فيكون مقصّراً فيحدّ.

(إلا إن دعاها فقالت)؛ أي في جوابه: **(أنا زوجتك)**.. فحينئذٍ لا يحدّ بوطئها؛ لأن إخبارها دليل، وأشار بقوله: «فقالت» إلى أنها لو أجابت بالفعل ولم تقل ذلك بوطئها.. يجب عليه الحد؛ لعدم الدّليل؛ على ما في «العناية».

(لا بوطء أجنبيّة زفت إليه) أي بعثت إليه **(وقلن)** أي النساء: **(هي زوجتك)** فوطئها.. لا حدّ عليه، بل **(وعليه المهر)** وعليها العدة؛ لأن عليّاً قضى بذلك، ولأنه اعتمد في وطئه دليلاً ظاهراً، وهو إخبار النساء، اعتبره الشرع دليلاً في موضع الاشتباه؛ إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أوّل الوهلة، فصار كالمغرور؛ فإنَّ من اشترى جارية فوطئها، ثم استحقت.. اعتبر الملك كالثابت لدفع ضرر الغرر.. فكذلك ههنا يجعل الملك كالثابت؛ لدفع ضرر الغرر.

ثم هذه الشبهة من أيّ النوعين المذكورين؟ ففي «العناية»: إنها من قبيل الشبهة في المحل؛ مستدلاً بأن الفعل صدر منه بناءً على دليل أطلق الشرع له العمل به، وهو إخبار النساء بأنها امرأته، وبأنها إذا جاءت بولد ثبت النسب، ولو كانت الشبهة في الفعل.. لما ثبتت.

وفي «فتح القدير»: إنها من قبيل الشبهة في الفعل عند طائفة من المشايخ، ثم قال: وهو الحق؛ لانعدام الملك من كلّ وجه، وكون إخبار النساء يطلق الوطء شرعاً [٦٢٠/ب] ليس هو الدّليل المعتبر في شبهة المحلّ؛ لأن الدليل المعتبر في شبهة

وَلَا بوطِء بَهِيمَةٍ ....

المحلّ: هو ما يقتضي ثبوت الملك، نحو: «أنت ومالك لأبيك»، والملك القائم للشريك، لا ما يطلق شرعاً مجرّد الفعل.

غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه؛ أعني عدم ثبوت النسب للاجتماع فيه. انتهى.

وأقول: إنّ دليل شبهة المحلّ لا بدّ أن يكون غير عامل في الحل، وهذا الدليل عامل في الحلّ، حتّى لا يأثم به، وإنه لا يحدّ في هذا القسم من الشبهة وإن قال: علمت أنها حرام علّي، وههنا ليس كذلك؛ فإنه لو قال: علمت أنها حرام علّي.. يحدّ، وأما قوله: «ولو كانت الشبهة في الفعل.. لما ثبت النسب».

قلنا: إنه منقوض بالمطلقة الثلاث، وبالمطلقة بمال، والمختلعة؛ فإن الشبهة فيها من قبيل الشبهة في الفعل؛ على ما مرّ مع أنّ النسب ثبت فيها؛ على ما صرّح به في «فتح القدير» وغيره، وقد ذكرنا ما يتعلق به في أوّل باب العدّة.

ومما يؤيد يدّكون الشبهة في الفعل: ما ذكروه أن قاذفه لا يحدّ في الظاهر من الرواية، إلّا في رواية عن أبي يوسف؛ فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء؛ لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمداً على دليل، فيكون وطأً حلالاً ظاهراً.

وأجابوا عنه: بأنه لما تبيّن خلاف الظاهر.. بقي الظاهر معتبراً في إيراث الشبهة، وبالشبهة سقط الحدّ، لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زناً. انتهى.

فإن جوابهم هذا يخالف مقتضى كونها شبهة في المحل؛ لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زناً.

(ولا بوطئ بهيمة)؛ لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية؛ إذ ليس فيه تضييع الولد، ولا إفساد الفراش، ولا في وجود الداعي أيضاً؛ إذ الطبع السليم ينفر عنه، وإنما يحمل على ذلك نهاية التسفه أو فرط الشبق، ولهذا لا يجب ستر فرجها، إلّا

أو زنىَ فِي دَارِ حَرْبٍ أَو بَغيٍ، ....

أنه يعزّر؛ لأنه ارتكب جريمة، وما روي أن النبي ﷺ قال: «من أتى بهيمة.. فاقتلوه» شاذ.

ولو صحّ: فتأويله أنه في حق مستحلّ ذلك الفعل.

وما روي عن علي رضي الله عنه: أنه تذبح البهيمة وتحرق؛ لقطع التحدث به كي لا يعير بها الرجل إذا كانت البهيمة باقية، لا أنه واجب؛ كذا قالوا.

ثم بعد ذلك قالوا: إن كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق؛ لما ذكرناه، وإن كانت ممّا يؤكل.. تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة، وقالا: تحرق هذه أيضاً، ثم هذا إذا كانت البهيمة للفاعل.

وإن كانت لغيره: ففي «الخانية»: كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة.

وفي «الزيلعي»: وإن كانت البهيمة لغير الفاعل.. يطالب [٦٢١/أ] صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها، ثم تذبح؛ هكذا ذكروا، ولا يعرف ذلك إلا سماعاً، فيحمل عليه. انتهى.

وفي «البحر»: الظاهر أنه لا يجبر على دفعها إليه.

(أو زنى في دار حرب أو بغي)، ثم أخرج إلينا وأقرّ عند الإمام بالزنا.. لا يحدّ.

وقال مالك والشافعي: يحدّ؛ لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه.

قلنا: سلّمنا أنه ملتزم الأحكام، لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الإسلام، بل إنما يتضمن التزامه تسليم نفسه إذا وجب عليه الحدّ عند الإمام أو عند القاضي فقضى بإقامته عليه، وليس الكلام في هذا، بل في نفس وجوب الحدّ، وإنما يجب على الإمام عند ثبوته عنده، فدليلهم هذا ليس في محلّ النّزاع.

ولنا: قوله ﷺ: «لا تقام الحدود في دار الحرب»، ولأن المقصود هو الانزجار، وولاية الإمام منقطعة فيها، فيعرى الوجوب عن الفائدة، فلا وجوب، وكذا بعدما

خرج إلينا؛ لأنه لم ينعقد فعله موجِباً للحدّ ابتداء، ولا ينقلب موجباً بقاء.

قيل: إن ما روي من قوله ﷺ معارَض بإطلاق قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوا﴾.

أجيب: بأنّ مواضع الشبهة قد خصّت من إطلاقه.. فيجوز بعد ذلك بخبر الواحد والقياس.

وفيه بحث؛ لأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدم الشبهة؛ فإنه عبارة عن الوطء في غير ملك وشبهته، فترتيبه سبحانه وتعالى إيجاب الحد بقوله: ﴿فَٱجْلِدُوا﴾ على الزنا.. ترتيب وإيجاب ابتداء على ما لا شبهة فيه، فيكون ما روي من قوله ﷺ مخصّصاً ابتداء لا مخصّصاً ثانياً.. فلا يجوز؛ فالأوجه: الاستدلال بالعقلي المذكور.

فإن قيل: لا نسلّم عليه إن عجز الإمام عن الإقامة حال دخول الزنا في الوجوب يوجب أن لا فائدة في الإيجاب، إنما ذلك لو عجز مطلقاً، فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معلّقاً بالقدرة، وذلك: بأن يعلق الإيجاب بالقدرة؛ أي: إذا قدرت.. فأقم عليه، فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المآل؛ لأن المعلّق بالشرط كذلك.

أجيب عنه: بأنّ هذا معنى معقول، لكنه لا دليل عليه؛ فإن الآيات إنما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه، وإنما قيّد بدار الحرب والبغي؛ لأن من زنى في محلّ نزول العسكر: يقيم الحدّ من له ولاية الإقامة بنفسه؛ كالخليفة وأمير المصر، ولأنه تحت يده.. فالقدرة ثابتة، بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب وزنى، ثم عاد إلى المعسكر.. لا يقيمه [٦٢١/ب].

ولو زنى في العسكرِ، والعسكرُ في دار الحرب في أيّام المحاربة قبل الفتح: له أن يقيمه للولاية حينئذ.

أما أمير العسكر والسرية.. فلا يقيمه؛ لأنه لم يفوّض إليهما إقامة الحدود؛ كذا في «فتح القدير».

وَلَا بوطءِ مَحْرَمٍ تزَوَّجهَا، أَو مَنِ استأجرَها ليزني بهَا، خلافاً لَهما.

(ولا بوطء مَحرَم تزوجها أو استأجرها)؛ أي امرأة كانت محرماً أو لا (ليزني بها، خلافاً لهما).

واعلم: أنّ من تزوج امرأة لا يحلّ له نكاحها أبداً بنسب كأمه أو بنته أو أخته وغيرها من محارمه النسبية، أو برضاع أو صهرية، فوطئها.. لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وإن قال: علمت أنها حرام علّي، ولكن يجب عليه المهر، ويعاقب عقوبة هي أشدّ ما يكون من التعزير سياسةً.

وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد: يجب حدّه إذا كان عالماً بالحرمة.

وأما غير ذلك من المرأة التي يحرم عليه نكاحها.. ففي «الكافي» لحافظ الدين: أن منكوحة الغير ومعتدته ومطلّقته الثلاث قبل التزوج بآخر كالمحرم.

وقال فيه أيضاً: وإن كان النكاح مختلَفاً فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود.. فلا حدّ عليه بالوطء اتفاقاً؛ لتمكن الشبهة عند الكلّ.

وكذا إذا تزوج أمة على حرة، أو تزوج مجوسيّة أو أمة بلا إذن سيدها، أو تزوج العبد بلا إذن سيده.. فلا حدّ عليه بالوطء؛ أما عنده.. فظاهر، وكذا عندهما؛ لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمَعاً على تحريمه، وهي حرام على التأبيد، وهؤلاء ليس كذلك، هذا ما في «الكافي».

وذكر في «فتح القدير» نقلاً عن بعض الشروح: أن مرادهم بنكاح من لا يحلّ له ههنا: نكاح المحارم، والمطلّقة الثلاث، ومنكوحة الغير، ومعتدة الغير، ونكاح الخامسة، وأخت المرأة في عدّتها، والمجوسية، والأمة على الحرة، ونكاح العبد أو الأمة بلا إذن المولى، والنكاح بغير شهود.. ففي كلّ هذه لا يجب الحدّ عند أبي حنيفة وإن قال علمت أنها علّي حرام، وعندهما: يجب الحد إذا علم بالتحريم، وإلا.. فلا. انتهى.

ولا يخفى عليك أنه معارض لما مر في «الكافي»؛ فإنه جعل في «الكافي» النكاح بلا ولي، وبلا شهود، والأمة على الحرة، والمجوسيّة، ونكاح العبد والأمة بلا إذن المولى: محلَّ الاتفاق على عدم الحدّ، وجعل هذا البعض الأمة وما بعدها من محلّ الخلاف.

والذي ظهر من «الزيلعي»: هو الذي ذكره ذلك البعض؛ حيث قال: ومن الشبهة في العقد: وطء المتزوجة بغير شهود، أو بغير إذن المولى، أو وطء أمة تزوجها على حرّة، أو تزوج خمساً في عقد فوطئهن أو وطئ متعاقباً [٦٢٢/أ].. في جميع ذلك لا يجب الحدّ عند أبي حنيفة كيفما كان. انتهى.

جعل النكاح بلا شهود من محلّ الخلاف على خلاف ما في «الكافي».

ثم أقول: إنّ في كلام «الكافي» بحثاً؛ فإن قوله: إن منكوحة الغير ومعتدّته ومطلّقته الثلاث كالمحرم: يقتضي وجوب الحدّ على من تزوّج منكوحة الغير، ومتعدّته، ومطلّقته الثلاث، ووطئها عند أبي يوسف ومحمّد كما في المحرم عندهما.

وقوله: لأن الشبهة إنما تنتفى عندهما إذا كان مجمعاً على تحريمه، وهي حرام على التأبيد: يقتضي أن لا يحدّ عندهما في وطء منكوحة الغير ومعتدّته ومطلّقته الثلاث؛ لأنها ليست محرمة على التأبيد؛ فإن حرمتها مقيّدة ببقاء نكاحها وعدّتها؛ كما أنّ حرمة المجوسيّة مغياة بتمجّسها، حتى لو أسلمت.. حلّت؛ كما أنّ تلك المرأة لو طلقت وانقضت عدّتها.. حلّت له، وإنه لا يحدّ عندهما إلّا في المحارم، فبين كلاميه تعارض.

والذي يغلب على الظن: هو الذي يقتضيه آخر كلامه: أنه لا حد عندهما إلا في المحارم على التأبيد.

وقد حكى ابن المنذر عنهما: أنه يحد في ذات المحرم، ولا يحدّ في غير ذلك، ويؤيّده لفظ «الكافي» للحاكم الشهيد؛ حيث قال: رجل تزوج امرأة ممّن لا يحلّ له

نكاحها، فدخل بها.. لا حدّ عليه وإن فعله عن علم، ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة، وقالا: إن علم ذلك.. فعليه الحدّ في ذوات المحارم. انتهى.

فإنه خصّ مخالفتهما بذوات المحارم بعد تعميم المرأة التي لا تحل له في سقوط الحدّ عند أبي حنيفة:

ثم مدار هذا الاختلاف: أن هذا العقد يوجب الشبهة أو لا يوجبها، فعند أبي حنيفة ومن تبعه: يوجبها، فتكون الشبهة عنده ثلاثة أقسام: شبهة فعل وشبهة محلّ؛ على ما مر بيانهما، وشبهة عقد.

وعندهما وعند مالك والشافعي: لا يوجبها، ومدار كونه يوجبها: أنّ هذا العقد ورد على ما هو محلّه أو لم يرد، فعند أبي حنيفة ومن تبعه: أنه ورد على محلّه، وعندهما وعند مالك والشافعي وأحمد: لم يرد على محلّه، واستدلوا عليه: بأن محلّ العقد ما يقبل حكمه، وحكمه الحلّ، وهذه النساء من المحرمات أبداً بدليل قطعي.. فإضافة العقد إليهن كإضافته إلى الذكور؛ لكونه صادف غير محلّه.. فيلغو، فيكون فعله زناً؛ لخلوه عن الملك وشبهته.. فيحدّ.

واستدل أبو حنيفة: بأن المحلية ليست بقبول الحلّ، بل بقبول المقاصد من العقد، وهو ثابت ههنا؛ لأن الأنثى من أولاد بني آدم كلّها قابلة لمقصود النكاح [٦٢٢/ب]وهو التوالد والتناسل وقضاء الحاجة، وإذا كانت قابلة لمقصوده.. كانت قابلة لحكمه أيضاً؛ إذ الحكم يثبت ذريعة إلى المقصود، فكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام، إلّا أنه تقاعد عن إفادة الحلّ حقيقةً لمكان الحرمة الثابتة فيهن بالنص فتورث شبهة الحلّ؛ إذ الشبهة ما تشبه الحقيقية لا نفس الحقيقة، ألا ترى أن الخمر ليست بمال ولا محلّاً للعقد عندنا، ومع هذا لو اشترى بها شيئاً.. اعتبرت مالاً في انعقاد العقد عندنا، حتى يملك ما يقابلها من المبيع؛ لكونها مالاً عند أهل الذمة.. فيصلح ثمناً.

والأنثى من أولاد بني آدم محلّ للعقد عند الكل في حقّ غير هذا العاقد من المسلمين.. فكانت أولى بإيراث الشبهة، وكونها محرمة على التأبيد لا ينافي الشبهة، ألا ترى أنه لو وطئ أمته وهي أخته من الرضاع عالماً بالحرمة.. لا يجب عليه الحد؟! مع أنها حرام عليه على التأبيد.

والنكاح في إفادة ملك المتعة: أقوى من ملك اليمين؛ لأنه شرع له، بخلاف ملك اليمين.. فكان أولى في إفادة الشبهة؛ لأن الشبهة تشبه الحقيقة، فما كان أقوى في إثبات الحقيقة.. كان أقوى في إثبات الشبهة.

فظهر من هنا: أن أبا حنيفة حيث أثبت محليتها للنكاح.. أراد محلّيتها لنفس العقد، لا بالنظر إلى خصوص عاقد، ولهذا علّل بقبولها مقاصد العقد.

وهم حيث نفوا محلّيتها.. أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد؛ أي: ليست محلاًّ لعقد هذا العقد، ولهذا علّلوه بعدم حلّها.

فإن قيل: أن الاعتبارين أولا: كونه قابلاً للمقاصد، أو كونه حلالاً في ثبوت المحلية وعدم ثبوتها.

أجيب: بأنه إن نظر إلى المعنى: وهو أن الأصل أن يتبع الحلّ قيام الحاجة لتندفع به وهو المقصود.. ترجح قول أبي حنيفة، وإن نظر إلى السمع - أعني: أنّ الميّتة ليست محلاًّ للبيع بالإجماع؛ لعدم الحل فيها لا لأمر آخر - يرجح قولهم.

ولكنه قال في «الخلاصة»: والفتوى على قول الإمامين.

وفي «الواقعات»: ونحن نأخذ بقولهما، ولعلّ وجهه على ما في «فتح القدير»: أن تحقق الشبهة.. يقتضي تحقق الحلّ من وجه؛ لأن الشبهة لا محالة شبهة الحلّ، لكن حلّها ليس ثابتاً من وجه، وإلّا.. وجبت العدة وثبت النسب.

وأجيب من طرف أبي حنيفة: بأن من المشايخ من التزم لزوم العدة وثبوت النسب، وعلى تقدير تسليم عدمها.. لا يلزم من انتفائهما انتفاء الشبهة؛ لأن أقلّ ما

وَمَن وَطِءَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دونَ الْفرجِ.. يُعَزّرُ.

وَكَذَا لَو وَطِئهَا فِي الدُّبُرِ، أَو عَمِلَ عَمَلَ قَومِ لوطٍ.

ينبني على ثبوت النسب ولزوم العدة: هو ثبوت الحلّ من وجه، وهو منتف في المحارم [٦٢٣/أ].

وشبهة الحلّ ليس ثبوت الحل من وجه، ولا لازمه، حتى يلزم من انتفائه انتفاؤه؛ فإن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت.

وأما إذا استأجرها ليزني بها ففعل.. فلا حدّ عليه، ويعزر عند أبي حنيفة.

وقالا: يحدّ؛ لأن عقد الإجارة لا يستباح به البضع، فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه، ثم زنى بها.. فإنه يحدّ بالاتفاق.

ولأبي حنيفة: أن المستوفى بالزنا هي المنفعة، وهي المعقود عليها في الإجارة، لكنه في حكم العين، فبالنظر إلى الحقيقة: يكون محلاًّ لعقد الإجارة، فأورث شبهة، بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه؛ لأن العقد لم يضف على المستوفى بالوطء، والعقد المضاف إلى محلّ يورث الشبهة فيه لا في محلّ آخر.

وفي «التاتارخانية»: وإن استأجر امرأة ليزني بها.. لم يحدّ عند أبي حنيفة، يدرأ الحد عنده ويوجعان عقوبة ويستودعان السّجن حتى يحدثان توبة. انتهى.

(**ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج**)؛ أي: غير السّبيلين كالتفخيذ والتبطين (.. **يعزّر**)؛ لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر شرعاً.

وفي «فتح القدير»: مثله ما إذا أتت امرأة امرأة أخرى.. فإنهما تعزران؛ لارتكابها منكراً.

(**وكذا لو وطئها**)؛ أي: لو وطئ المرأة الأجنبية (**في الدبر**) يعزر لما ذكر.

وأما إذا أتى امرأته، أو مملوكته في الدبر.. لا يحد حد الزنا عندهما أيضاً وإن كان محرماً عليه، ولهذا قيدناها بالأجنبية.

(**أو عمل عمل قوم لوط**) وهو الإتيان في دبر الذكور.

وَعِنْدَهُمَا: يُحَدُّ.

(وعندهما: يحدّ) حد الزنا؛ أي: في المسألتين.

لهما: أن كلّاً من الإتيان في دبر الأجنبيّة وعمل قوم لوط: في معنى الزنا؛ لأنه قضاء شهوة في محلّ مشتهى على الكمال على وجه تمحض حراماً؛ لقصد سفح الماء، وهو مناط الحدّ في الزنا.. فيلحق به اللواطة دلالةً.

ولأبي حنيفة: أنه ليس بزنا؛ لاختلاف الصحابة في موجبه من الإحراق بالنار، وهدم الجدار عليه، والتنكيس من مكان مرتفع بإتباع الأحجار، والحبس في أخس المواضع حتى يموتا.

ولم يختلفوا في موجب الزنا، فدل أنه ليس بزنا، ولا في معناه أيضاً؛ لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب، وإن الشهوة فيه ليس من الجانبين، بل هو في جانب واحد؛ إذ لا شهوة في المفعول على ما هو الجبلة السليمة.

بخلاف الزنا: فإن فيه الإضاعة والاشتباه والشهوة من الجانبين.. فلا يصحّ إلحاقها به.

وما روي: أنه ﷺ قال: «فارجموا الأعلى والأسفل»، فهو [٦٢٣/ب] محمول على السياسة، وهو جائز عندنا، أو يحمل ذلك على المستحلّ، وهل يلزم قتله سياسة؟ إن رأى الإمام فيه مصلحة؟

ففي «الزيلعي»: أنه يلزم؛ حيث قال: إن قتله سياسة.. جائز عندنا، حتى لو رأى الإمام في قتل من اعتاد اللواطة مصلحة.. جاز له قتله.

وفي «فتح القدير»: يجوز مطلقاً؛ حيث قال: ولو اعتاد اللواطة.. قتله الإمام، محصناً كان أو غير محصن سياسةً.

ثم اختلفوا في موضع هذا الخلاف:

ففي «الروضة»: إن الخلاف في الغلام؛ أما لو وطئ امرأة أجنبية في دبرها.. حدّ بلا خلاف.

وفي «الكافي»: والأصح: أن الكلّ على الخلاف.

نصّ عليه في «الزيادات».

ولو فعل هذا بعبده، أو أمته، أو زوجته بنكاح صحيح، أو فاسد.. لا يحدّ إجماعاً، كذا في «فتح القدير».

ثم قال: نعم فيه ما ذكر من التعزير والقتل لمن اعتاده إن رأى الإمام ذلك.

لكن للشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان: في قول: يحد، وفي قول: لا يحدّ.

وله: أيضاً قولان في غير عبده وأمته ومنكوحته، في قول: إنه يحدّ حدّ الزنا؛ كما قال أبو يوسف ومحمّد، فيرجم إن كانا محصنين وإلا.. يجلدان، وفي قول: يقتلان فقط؛ سواء كانا محصنين أو لا، وهل يقتل السارق سياسة؟

قال في «الدرر» نقلاً عن «المنية»: للإمام أن يقتل السّارق سياسة؛ لسعيه في الأرض بالفساد. انتهى.

وقال في «البحر»: واعلم أنهم ذكروا في حكم السياسة: أن الإمام يفعلها، ولم يقولوا: أن القاضي يفعلها أيضاً.

فظاهره: أنّ القاضي ليس له الحكم بالسياسة، ولا العمل بها. انتهى.

أقول - الله أعلم -: ينبغي أن يفصل هذا بأن يقال: إنّ الإمام لا يخلو؛ إما أن يمنعه عن القضاء بالقتل سياسة وعن فعلها، أو يأذنه بذلك صراحةً، أو سكت عنه.

فإن منعه صراحة.. فلا شك في عدم جواز ذلك له.

وإن أذن له صراحة.. فلا شك أيضاً في جواز ذلك له؛ لأنه صار كما فعله بنفسه.

وَإِن زَنى ذِمِّيٌّ بحربيَّةٍ فِي دَارِنَا.. حُدَّ الذِّمِّيُّ فَقَط، وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُحدَّانِ.

وَفِي عَكسِهِ.. حُدَّتِ الذِّمِّيَّةُ لَا الْحَرْبِيُّ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُحَدَّانِ، وَعندَ مُحَمَّدٍ لَا يُحَدَّانِ.

وإن سكت عنه.. فالغالب على الظن والذي يقتضيه النظر: جواز ذلك له؛ لأن الظاهر منه الإذن في كلّ ما كان فعله مفوّضاً إليه من قبل الشرع؛ لأنه أقامه مقامه، وسيأتي بعض ما يتعلق به في آخر قطع الطريق.

وللواطة أحكام أخر؛ أعني: أنه لا يجب بها المهر، ولا العدة في النكاح الفاسد، ولا في المأتي بها لشبهة، ولا تحل بها للزوج الأول في النكاح الصحيح، ولا تثبت بها الرجعة، ولا حرمة المصاهرة عند الأكثر، ولا الكفارة في رمضان في رواية، ولو قذف [٦٢٤/أ] بها.. لا يحدّ عنده، خلافاً لهما، وكذا لو قذف بها امرأته.. لم يلاعن عنده، خلافاً لهما.

وعن الصغار: أن مستحلّها يكفر عند الجمهور.

(**وإن زنى ذميّ بحربية في دارنا.. حد الذمي فقط**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: يحدان، وفي عكسه**)، أي: إن زنى الحربي بذمية في دارنا (**.. حدّت الذمية لا الحربي**) عند أبي حنيفة، (**وعند أبي يوسف: يحدان، وعند محمد: لا يحدّان**) وهو قول أبي يوسف أوّلاً.

لأبي يوسف: أن المستأمن التزم أحكامنا مدّة مقامه في دارنا في المعاملات؛ كما أن الذمي التزمها مدّة عمره، ولهذا يحدّ حد القذف، ويقتل قصاصاً، بخلاف حد الشرب؛ لأنه يعتقد إباحته؛ بمعنى: أن يكون ذلك ديناً له.

ولهما: أنه ما دخل للقرار، بل لحاجته كالتجارة ونحوها، فلم يصر من أهل دارنا، ولهذا يمكّن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به، وإنما يلتزم من الأحكام ما يرجع إلى تحصيل مقصوده: وهو حقوق العباد؛ لأنه لما

طمع في الإنصاف.. يلتزم الانتصاف؛ لأن الغرم بالغنم، والقصاص وحد القذف من حقوق العباد، فيكون داخلاً في الانتصاف.

وأما حد الزنا.. فمحض حق الشرع فلا يكون داخلاً فيه.

ثم وجه محمد في الفرق: أنّ الأصل في باب الزنا فعل الرجل، والمرأة تابعة له، فامتناع الحد في حقّ الأصل: يوجب امتناعه في حق التبع أيضاً؛ أما الامتناع في حق التبع.. فلا يوجب الامتناع في حقّ الأصل؛ حذراً عن القلب.

ووجه أبي حنيفة: أن فعل المستأمن زنا؛ لأنه مخاطب بالحرمات على الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا، والتمكين من فعل [الزنا]: هو زنا موجب للحد عليه.

والحاصل: أنه إذا زنى الحربي المستأمن بالمسلمة أو الذمية.. فعليهما الحد دون الحربي في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف أوّلاً: لا حدّ على واحد من الزاني والمزني بها، ثم رجع وقال: عليهما الحدّ جميعاً.

وقال محمّد: بقوله الأوّل، فصار في المسألة ثلاثة أقوال.

ولو زنى الحربي المستأمن بحربية مستأمنة.. لا يحدّ واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يحدان جميعاً.

والأصل: عند أبي حنيفة ومحمد: لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف.. فلا يجب عليه: حد زنا، ولا سرقة، ولا شرب.

وعند أبي يوسف: يجب الكلّ إلا حد الشرب.

فحد الشرب: لا يجب اتفاقاً؛ لأنه يعتقد حله.

وحد القذف: يجب [٦٢٤/ب] اتفاقاً؛ لأن فيه حق العبد.

وَإِن زنى مُكَلَّفٌ بمجنونةٍ أَو صَغِيرَةٍ.. حُدَّ.

وَفِي عَكسِهِ.. لَا حَدَّ عَلَيْهَا إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ.

واختلفوا في حد الزنا والسرقة، عند أبي يوسف: يجب، وعندهما: لا.

(وإن زنى مكلّف بمجنونة أو صغيرة) يجامع مثلها، والمراد بالمكلّف: هو العاقل البالغ **(.. حدّ)**؛ أي: المكلّف خاصة بالإجماع، وهي تجب عليه بسبب إزالة بكارة تلك المجنونة والصغيرة.. مهر المثل.

ففي «الزيلعي» و«البحر»: أنه لا يجب لوجوب الحد عليه.

وإليه أشار بقوله: «وإن زنى مكلف» إلى أنه لو أزال بكارتها بشيء من غير الزنا.. لا حد عليه، بل يجب مهر المثل.

وإلى أن الزاني لو كان صبياً.. لا حدّ عليه، بل يجب مهر المثل؛ كما صرّح به الإمام قاضي خان في فصل القتل الذي يوجب الدية؛ حيث قال فيه: ولو أزال عذرة أجنبية بحجر، أو مثلها.. كان عليه مهر مثلها.

ولو واقع امرأة بكراً أجنبية فسقطت وذهبت عذرتها.. كان عليه المهر في ماله، وعليه التعزير أيضاً؛ كانت المرأة صغيرة أو كبيرة.

ولو أن صبياً زنى بصبيّة فأذهب عذرتها.. كان عليه المهر بإزالة البكارة.

ولو كانت المرأة بالغة مكرهة.. فكذلك.

وإن كانت طائعة.. لا يجب المهر؛ لأن المهر لو وجب على الصبي.. كان لولي الصبي أن يرجع بذلك عليها، فلا يفيد تضمين الصغير. انتهى.

(وفي عكسه)؛ أي: زنى الصبي، أو المجنون بامرأة طاوعته **(.. لا حدّ عليها)**؛ أي: على المرأة، ولا على الصبي والمجنون أيضاً.

(إلّا في رواية عن أبي يوسف) في عكسه؛ حيث تحد المرأة، وهو قول مالك والشافعي وأحمد وزفر.

وَلَا حدَّ بزنا الْمُكْرِهِ، ....

لهم: أنّ العذر من جانبها.. لا يوجب سقوط الحدّ من جانبه، كما في الصّورة الأولى المجمع عليها، فكذا العذر من جانبه.. لا يوجب سقوطه من جانبها بجامع أنّ كلّاً منهما مؤاخذ بفعله، وقد فعلت ما هي به تصير زانية؛ لأن حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بآلته، وقد وجد ذلك، ألا ترى أنه تعالى سمّاها زانية وهو ليس إلّا بذلك.

ولنا: أن فعل الزنا إنّما يتحقق منه؛ لأن أهل اللغة عرفوه بوطء الرجل، فكان فعلها خارجاً عن تعريفه، وإنما هي محلّ الفعل، ولهذا يسمّى الرجل واطئاً وزانياً، والمرأة موطوءة ومزنية، إلّا أنها سمّيت زانية مجازاً؛ تسمية للمفعول باسم الفاعل؛ كعيشة راضية - أي: مرضية -؛ لكونها مسببة لزنا الزاني بالتمكين، فتعلق الحدّ حينئذ في حقّها بالتمكين من فعل هو زنا.

والزنا: فعل من هو منهي عنه آثم به، والصبي والمجنون ليس كذلك.. فلا يناط به الحد؛ إذ لم يوجد تمكينها من فعل هو زنا [٦٢٥/أ].

وهل يجب على الصبي والمجنون عقر تلك المرأة؟ أي: مهر مثلها؛ كما لو زنى الصبي بصبيّة أو مكرهة.. يجب عليه المهر.

قالوا: لا يجب؛ لأنه لا فائدة في الإيجاب عليه ههنا؛ لأنا لو أوجبنا عليه.. لرجع وليّ الصبي على المرأة؛ لأنها لما طاوعت.. صارت امرأة له بالزنا معها، وقد لحق الصبيّ غرم بذلك الأمر، وصحّ الأمر منها لولايتها على نفسها، فلا يفيد الإيجاب.

بخلاف ما لو كانت المزنية مكرهة، أو صبيّة.. فإنه لا يرجع ولي الصبي على المرأة؛ لعدم صحة أمرها بسبب الكره والصغر.. فكان الإيجاب مفيداً.

(ولا حد بزنا المكره)، وقال زفر: يحدّ، وهو قول أبي حنيفة أوّلاً؛ لأن الزنا من الرجل لا يتصّور إلا بعد انتشار آلته، وهذا آية الطّواعية.

وَلَا إِن أَقَرَّ أَحدُهمَا بالزنا وَادّعى الآخرُ النِّكَاحَ.

ووجه الظاهر: أن سبب الإكراه قائم ظاهراً، وهو قيام السيف ونحوه مما يكون ملجئاً على الزنا.

والانتشار ليس بدليل قطعي؛ لأنه قد يكون من غير قصد؛ كما في النائم، ولأنه مقتضى جبلة الفحل، فلا يزول اليقين بالمحتمل، وهذا اتفاقي بينهم.

وإن كان المكره سلطاناً، وإن كان غيره.. حد عند أبي حنيفة؛ خلافاً لهما، بناءً على أن الإكراه قد يتحقق من غير السلطان أيضاً عندهما، لا عنده.

(ولا) يحدّ أيضاً **(إن أقر)**؛ أي: أربع مرّات على ما هو المعتبر في إقرار الزنا، **(أحدهما)**؛ أي: من الواطىء والموطوءة **(بالزنا، وادّعى الآخر النكاح)**، وذلك بأن يقر الرجل في أربع مجالس أنه زنى بفلانة، حتى كان إقراره موجباً للحدّ.

وقالت المرأة: لا، بل هو تزوجني، أو أقرت هي كذا بالزنا مع فلان، وقال فلان: لا، بل تزوجتها.. لم يحد واحد منهما.. في الصورتين بالاتفاق؛ لأن دعوى النكاح تحتمل الصّدق، وبتقدير صدق مدّعي النكاح منهما.. يكون النكاح ثابتاً، فلا يحدّ.

وبتقدير كذبه.. لا نكاح، فيجب [الحد]، فلا يحدّ للاحتمال، وعليه المهر في صورة دعواه النكاح، وفي صورة دعواه الزنا، وإن كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها الزنا؛ لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحدّ عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به، وإن اختلفا في جهته.. كانت مكذبةً شرعاً، والوطء لا يخلو عن غرامة، أو عقوبة، فلمّا سقطت العقوبة.. ثبتت الغرامة لها عليه وإن ردته، ولكنه إنما يجب عليه إذا كانت الدعوى قبل أن يحدّ المقر؛ فإن حد، ثم ادعى الآخر النكاح.. لا مهر لها؛ لأن الحدّ لا ينتقض بعد الإقامة، كذا في «فتح القدير».

إنما قيد بالنكاح؛ لأنه لو أقر في أربع مجالس أنّه زنى [٦٢٥/ب] بفلانة، وقالت فلانة: ما زنى بي، ولا أعرفه، أو أقرّت هي بالزنا في أربع مجالس مع فلان، وقال فلان: ما زنيت بها، ولا أعرفها.. لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد: يحدّ المقر؛ لأن الإقرار حجة في حق المقر، وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر.. لا يورث شبهة العدم في حق المقر؛ كما لو كانت غائبة وسماها، وقال زنيت بها، أو شهد عليه الشهود.. فإنه يحدّ لا المرأة.

ولأبي حنيفة: أن الحدّ انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه، فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر؛ لأن الزنا فعل واحد يتم بها؛ فإذا تمكنت فيه شبهة.. تعدت إلى طرفيه، وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقاً، بل إنما أقر بالزنا بفلانة، وقد درأ الشرع عن فلانة وهي غير ما أقر به فيندرئ عنه أيضاً ضرورة.

بخلاف ما لو أطلق فقال: زنيت.. فإنه وإن احتمل كذبه، لكن لا موجب شرعي يدفعه.

وبخلاف ما لو كانت غائبة؛ لأن المزني بها لم ينفَ الزنا في حقّها بدليل يوجب النفي وهو الإنكار.

حتى لو حضرت وأقرت في أربع مجالس.. حدت، فظهر أن الغيبة ليست معتبرةً، بل الاعتبار للإنكار وعدم معرفته؛ فإذا أنكرت.. تثبت شبهة الدرء يدرأ بها الحد عنه، وإذا لم يعلم إنكارها.. فلا شبهة فيحدّ.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجب على الرجل في هذه المسألة عندهما أيضاً - كما في المسألة الأولى - بإنكار وصف الفعل وهو الزنا بدعوى النكاح؛ فإنكار أصل الفعل؛ كما في هذه المسألة: أولى بالإسقاط.

وَمن زَنى بِأَمَةٍ ....

أجيب: بأن الإمامين خصّا هذه المسألة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل بن سعد؛ فإنه روي أنّ رجلا أقر بالزنا بامرأة فأنكرت.. فحدّه رسول الله ﷺ، رواه أبو داود.

(**ومن زنى بأمة**) قيد بالأمة ليتأتى الخلاف الآتي؛ فإنه لو زنى بحرة فقتلها.. يجب الحد والدية معاً بالاتفاق؛ لأن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان إنما يرد في حق الجارية، لا في حق الحرّة؛ لأن الأمة تصلح أن تكون ملكاً للزاني عند أداء الضمان، بشبهة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، بخلاف الحرّة، وهل يجب الدية على الزاني، أو على عاقلته؟ ففيه اختلفت عباراتهم:

ففي «الزيلعي»: يجب الحد مع الدية بالإجماع.

وفي «فتح القدير» و«البحر» يجب عليه الدية بإرجاع الضمير إلى الزاني.

وفي «العناية»: يجب على عاقلته الدية..

قلت: وهو الحكم في المسألة؛ لأن [٦٢٦/أ] الدية ضمان قتل لا ضمان ملك.. فيجب على العاقلة في ثلاث سنين، ويجب به الكفارة، هذا فيما إذا قتلها بالزنا.

ولو زنى بحرة وهي كبيرة ولم يقتلها، بل أفضاها.. فلا تخلو؛ إما أن تكون مطاوعة له أو مكرهة.

فإن كانت مطاوعة من غير دعوى شبهة.. فعليها الحدّ، ولا شيء عليه في الإفضاء لرضاها به، ولا مهر لها عليه لوجوب الحدّ؛ إذ الغرامة والعقوبة لا يجتمعان في شخص واحد، وإن كان مع دعوى شبهة.. فلا حدّ، ولا شيء في الإفضاء أيضاً ويجب العقر.

وإن كانت مكرهة:

من غير دعوى شبهة.. فعليه الحدّ دونها، ولا مهر لها، ثم ينظر في الإفضاء؛ فإن لم يستمسك بولها.. حدّ وضمن ثلث الدية؛ لأن جنايته جائفة.

فَقَتَلَهَا بِهِ.. لَزِمَهُ الْحَدُّ وَالْقِيمَةُ، ....

وإن كان مع دعوى شبهة.. فلا حدّ عليها.

ثم إن كان البول يستمسك.. فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية.

وإن لم يستمسك.. فعليه الدية كاملة، ولا يجب المهر عندهما خلافاً لمحمد.

وإن كانت الحرة صغيرة يجامع مثلها.. فهي كالكبيرة فيما ذكرنا إلّا في حق سقوط الأرش برضاها.

وإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها:

فإن كان يستمسك بولها.. لزمه ثلث الدية والمهر كاملاً، ولا حدّ عليه؛ لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الإيلاج في قبل المشتهاة، ولهذا لا تثبت به حرمة المصاهرة.

والوطء الحرام في دار الإسلام يوجب المهر إذا انتفى الحد.. فيجب المهر وثلث الدية؛ لكونه جائفة على ما مرّ.

وإن كان لا يستمسك.. ضمن الدية، ولا يضمن المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يضمن المهر أيضاً؛ لما تقدم.

ولنا: أن الدية ضمان كل العضو، والمهر ضمان جزء منه، وضمان الجزء يدخل في ضمان الكلّ إذا كانا في عضو واحد؛ كما إذا قطع إصبع إنسان، ثم قطع كفه قبل البرء يدخل أرش الأصبع في أرش الكل، ويسقط إحصانه بهذا الوطء؛ لوجود صورة الزنا وهو الوطء الحرام.

(**فقتلها به**)؛ أي: بفعل الزنا.

(**.. لزمه الحد والقيمة**) عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه جنى جنايتين، فيوفر على كل واحد منهما حكمة الحدّ بالزنا، والقيمة بالقتل؛ كما إذا زنى بها، ثم قطع رقبتها.

وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: الْقِيمَةُ فَقَط.

فإن قيل: لما ماتت بفعل الزنا.. صار الزنا قتلاً، فوجب أن لا يعتبر إلا القتل ويسقط اعتبار الزنا؛ كقطع اليد إذا سرق ومات صار قتلاً، وسقط اعتبار القتل حتّى لا يجب إلّا ضمان النفس في الدية والقصاص.

أجيب عنه: بأنّ ضمان اليد بدل من اليد [٦٢٦/ب]، وضمان النفس بدل من النفس، واليد تابعة للنفس كسائر الأعضاء؛ فإن الأعضاء تهلك بهلاك النفس تبعاً، ويدخل ضمانها في ضمان النفس، بخلاف الحدّ وضمان النفس؛ لأنهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين: أحدهما: بالزنا، والآخر: باتلاف النفس، فصار كمن شرب خمراً لذمي.. فإنه يحدّ ويضمن قيمة الخمر للذمي.

(وعند أبي يوسف): لزمه **(القيمة فقط)**.

وفي «فتح القدير»: إن هذا ليس ظاهر المذهب عن أبي يوسف على ما تقيد به عبارة «الهداية» و«الزيلعي» حيث قالا: وعن أبي يوسف: فظاهر المذهب عنه أنه مع أبي حنيفة ومحمّد، فتكون المسألة اتفاقية في ظاهر المذهب.

ثم وجه هذه الرواية عن أبي يوسف: أن تقرر ضمان القيمة سبب الملك الأمة، فيسقط الحدّ لشبهة الملك، فصار كما إذا اشتراها بعدما زنى بها، أو نكحها بعد ما زنى بها.. فإنه لا حدّ عليه أيضاً؛ لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحدّ يسقط الحدّ؛ كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع.. فإنه يسقط القطع.

وكما لو زنى أمة فأذهب عينها.. فإنه يجب عليه القيمة لا الحدّ.

ولهما: أنه ضمان قتل، فلا يوجب الملك؛ لأنه ضمان دم، والدم ممّا لا يملك؛ لأنه ليس بمال؛ فإذا لم يوجب الملك.. لم يكن فيه شبهة الملك حتى يسقط الحدّ.

ولو سلّم أنه يوجب الملك، لكنه إنما يوجبه في العين القائمة؛ كما في هبة المسروق لا في منافع البضع؛ لأنها استوفيت وتلاشت، فلم تكن قابلة للملك حال الضمان.

والخليفةُ يُؤْخَذُ بِالْمَالِ وبالقصاص، لَا بِالْحَدِّ.

ولا مستنداً؛ لأن المستند لا يظهر في المعدوم، والمنافع المستوفاة معدومة.. فلا يسقط الحد.

بخلاف ما إذا اشتراها، أو نكحها بعدما زنى بها.. فإنه يجب عليه الحدّ عندهما أيضاً، فلا يصلح مقيساً عليه، بل هو من قبيل ردّ المختلف بالمختلف.

وبخلاف السرقة؛ فإن شرط إقامة حد السّرقة.. الخصومة، وبالهبة انقطعت الخصومة.. فبطل القياس.

وبخلاف إذهاب عينها بالزنا؛ لأن ثمة ثبت الملك بالضمان في الجثة العمياء، وهو عين قائمة قابلة للملك، فأورث شبهة ملك المنافع تبعاً.. فيسقط الحدّ بهذه الشبهة.

أما فيما نحن فيه: فالعين فائتة بالقتل، فلا يملك بعد الموت حتى يثبت شبهة ملك المنافع تبعاً.. فيسقط الحد، وعلى تقدير تسليم تملكه بطريق الاستناد إلى زمان الحياة، لكن فيه شبهة، فيكون ثبوت الملك في المنافع شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة في الشرع، ولا كذلك في الجثة العمياء [٦٢٧/آ]؛ فإن ثبوت الملك فيها بالضمان حقيقة، فيكون ثبوت الملك في المنافع شبهة الملك وهي معتبرة.

(والخليفة يؤخذ بالمال وبالقصاص لا بالحدّ)؛ لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره، لقوله ﷺ: «أربع إلى الولاة...»، وعدّ منها: الحدود، ولا يمكنه أن يقيمه على نفسه؛ لأنه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد؛ لأنه يستوفيه وليّ الحقّ؛ إما بتمكينه، أو باستعانة بمنعة المسلمين، والقصاص والأموال من حقوق العباد.

وقال في «فتح القدير» و«البحر»: وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي، والقاضي لتمكين المولى من استيفائه لا أنه شرط. انتهى.

والمراد بالخليفة: إمام ليس فوقه إمام؛ فإن أمير البلدة يقام عليه الحدود؛ كسائر الحقوق.

*   *   *

(بَابُ الشَّهَادَةِ على الزّنا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا)

لَا تُقبَلُ الشَّهَادَةُ بِحَدٍّ متقادِمٍ من غيرِ بُعدٍ عَنِ الإمَامِ، إلّا فِي الْقَذْفِ.

(بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَالرُّجُوعِ عَنْها)

(**لا تقبل الشهادة بحد متقادم**)، وسيأتي معنى التقادم.

(**من غير بعد عن الإمام**) مسيرة شهر على الأصحّ؛ فإنهم إذا بعدوا عنه مسيرة شهر.. تقبل شهادتهم؛ لأن بعدهم مانع، فلا تتحقق التهمة في حقّهم.

واعلم: أنّ قوله: متقادم مسند في الحقيقة إلى ضمير سبب الحدّ، وهو الزنا ونحوه؛ أي: المشهود به؛ أي: متقادم سببه؛ لأن الشهادة إنما تقام على سبب الحد، والتقادم صفته لا على نفس الحدّ، ثم لا يتعين البعد عذراً، بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق، ولو في بعد يوم، أو يومين ونحوه: من الأعذار التي تظهر أنها مانعة من المسارعة، كذا في «فتح القدير».

وكذا لا تقبل الشهادة على الحرمة المغلظة؛ كالحرمة بطلقات ثلاث بعد التأخير بلا عذر على ما سيأتي في كتاب الشهادات.

(**إلّا في**) حد (**القذف**) خاصة، والأصل فيه: أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى.. تبطل بالتقادم عندنا؛ لأن الشاهد مخير بين حسبتين: أداء الشهادة والستر؛ فتأخيرهم إن كان لاختيار الستر فإقدامهم على الأداء بعد ذلك لضغينة حرَّكتهم، أو لعداوة حرفتهم.. فيتّهم فيها، فلا تقبل.

وإن كان لا للستر.. يصير فاسقاً، فيتحقق المانع عن القبول، فحد الزنا، وشرب الخمر، والسرقة: خالص حق الله تعالى، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار.

فيكون التقادم فيها مانعاً، وحد القذف: فيه حق العبد غالب؛ لما فيه من دفع العار عنه، ولهذا لا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار.

وَفِي السّرقَةِ: يضمَنُ المَالَ، وَيصِحُ الْإِقْرَارُ بِهِ، إلّا فِي الشُّرْبِ.

والتقادم غير مانع في حق العباد؛ لأن الدعوى فيه شرط، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى، فلا يوجب تفسيقهم.

بخلاف حد السرقة؛ لأن الدعوى ليس بشرط فيه؛ لأنه خالص حقّ الله تعالى [٦٢٧/ب]، وإنما شرط الدعوى للمال ثم التقادم؛ كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء.. كذلك يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا، حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان.. لا يقام عليه الحدّ؛ لأن الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى والحدود إلى كونه من حقوق الله تعالى، بخلاف حقوق العباد؛ فإن الاستيفاء فيها ليس من تتمة القضاء؛ لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد: إما إعلام من له القضاء، أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء، وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء، وأما في حقوق الله تعالى: فالمقصود من القضاء فيها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء؛ لاستغنائه تعالى عن المعنيين المذكورين، فكان الاستيفاء فيها من تتمة القضاء.

(**وفي السرقة: يضمن**) السارق (**المال**) المسروق؛ لأن شهادتهم، وإن لم تقبل في حق الحد؛ لكونه حقّ الله تعالى؛ لكنها تقبل في حق المال؛ لكونه حق العبد؛ لأن حقّ العبد يثبت بالشبهة، فيضمنه إن أتلف، وإن بقي.. يأخذ منه ويرد إليه.

(**ويصحّ الإقرار به**)؛ أي: بالحد المتقادم؛ لأن الإنسان لا يعادي نفسه، فلا يقال: إنّ إقدامه بالإقرار بعد التأخير؛ لعداوة حركته.

(**إلّا في الشرب**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يصح الإقرار فيه أيضاً على ما سيأتي في بابه.

واعلم أنّ في الشهادة بالحدود القديمة والإقرار بها أربعة مذاهب:

الأوّل: ردّ الشهادة بها وقبول الإقرار بها ممّا سوى حد الشرب، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وتقادمُ غيرِ الشّرْبِ: بِشَهْرٍ فِي الْأَصَحِّ.

الثاني: رد الشهادة بها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم؛ كالزنا والسرقة، وهو قول محمد بن الحسن.

الثالث: قبولهما، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد.

الرابع: ردّهما، وهو قول ابن أبي ليلى.

ولم ينقل عكس قول محمد.

واستدل الشافعي ومالك وأحمد بإلحاق الشهادة بالإقرار بجامع كونهما حجّتين شرعيتين يثبت بكل منهما الحد؛ فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم.. كذا الشهادة، وبحقوق العباد أيضاً.

ولنا في الفرق: أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم، وشهادة المتهم مردودة.

أما الصغرى: فلما ذكرناه من أن الشاهد هنا مخير بين حسبتين... إلى آخره.

وأما الكبرى: فلقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»؛ أي: متّهم، بخلاف الإقرار بالزنا، أو السرقة؛ فإنه لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق والتهمة؛ كما تحقق في الشهادة على ما ذكرناه [٦٢٨/أ].

أما الفسق.. فظاهر.

وأما التهمة: فلأنّ الإنسان لا يعادي نفسه كما تقدم؛ فإذا لم يتحقّق شيء منهما.. لم يبطل بالتّقادم.

(**وتقادم غير الشّرب**)؛ أي: حد السّرقة والزنا والقذف: (**بشهر في الأصحّ**)، واختلفوا في حدّ التّقادم.

وأشار محمّد في «الجامع الصغير» إلى أنّه ستة أشهر؛ حيث قال فيه: شهدوا بعد حين، وقد جعلوا لفظة «حين» عند البينة ستة أشهر على ما تقدّم في الأيمان، إذا حلف لا يكلمه حيناً.

وَالشُّربِ بِزَوَالِ الرِّيحِ، وَعِندَ مُحَمَّدٍ: بِشَهْرٍ أَيْضاً.

وَإِن شهِدُوا بزِناهَ بغائبةٍ.. قُبِلَتْ، بِخِلَافِ سَرقَةٍ مِن غَائِبٍ.

وأبو حنيفة لم يقدّره، حتى روي عن أبي يوسف أنه قال: جهدنا على أبي حنيفة أن يوّقت في ذلك شيئاً فأبى ولم يوقت، وفوّضه إلى رأي القاضي في كلّ عصر؛ فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطاً: تقادم، وما لا يعدّ تفريطا: غير تقادم.

وعن محمد: أنه قدره بشهر؛ لأن ما دونه عاجل، على ما قالوا في مسألة الحلف: «ليقضيّن دينه عاجلا»، فقضاه فيما دون الشهر.. لا يحنث، وبعده.. يحنث وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وفي «الهداية»: وهو الأصحّ، وعليه ما ذكره في «المجرّد»: قال أبو حنيفة: لو سأل القاضي الشهود متى زنى، فقالوا: منذ أقلّ من شهر.. أقيم الحدّ، وإن قالوا: شهراً أو أكثر.. درىء الحدّ.

ثم هذا، أي: كون الشهر فصاعداً.. يمنع قبولها إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر.

أما إذا كان.. تقبل شهادتهم على ما ذكرناه في أوّل الباب.

(و) تقادم (**الشرب: بزوال الريح**) عندهما.

(**وعند محمد: بشهر أيضاً**) على ما سيأتي في بابه.

(**وإن شهدوا بزناه بغائبة.. قبلت، بخلاف**) الشهادة على (**سرقة من غائب**)، حيث لم تقطع يده.

والفرق بينهما أنّ بالغيبة تنعدم الدّعوى، وهي شرط في السّرقة للعمل بالبينة؛ لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه، فلا بدّ من دعواه له؛ لأن الشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست في الزنا.

فإن قيل: ينبغي أن لا يحدّ في الزنا؛ كما لا يقطع في السرقة؛ لجواز أن تكون الغائبة حاضرة وادّعت النكاح.. فلا يحدّ لمكان الشبهة؛ كما أنّ القصاص إذا كان

وَإِن أقرّ بالزِّنا بمجهولةٍ.. حُدَّ.

وَإِن شهدُوا كَذَلِكَ. لَا يُحَدُّ.

وَكَذَا لَو اخْتلفُوا فِي طَوعِ الْمَرْأَةِ.

وَعِنْدَهُمَا: يُحَدُّ الرَّجلُ.

بين اثنين وأحدهما غائب.. ليس للحاضر استيفاؤه؛ لجواز أن يحضر الغائب فيقرّ بالعفو.. فلا يقتص للشبهة.

أجيب: بأنّ دعوى النكاح عند حضور الغائبة شبهة، واحتمال هذه الدعوى عند غيبتها شبهة الشبهة.. فلا تعتبر.

بخلاف صورة القصاص؛ فإن احتمال العفو عند حضور الغائب نفس الشبهة، لا شبهة الشبهة؛ فإن العفو ليس بشبهة، بل هو نفس حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة، وإنما يكون [٦٢٨/ب] شبهة الشبهة، لو كان العفو بشبهة.. فيكون احتماله شبهة الشبهة؛ فإذا كان شبهة.. يكون معتبراً؛ لأن الشبهة معتبرة في الشرع.

(**وإن أقرّ بالزنا بمجهولة.. حدّ**) بالإجماع؛ لأنه لا يخفى عليه امرأته، أو أمته.

فإن قيل: قد تشتبه عليه بأن لم تزف إليه.

أجيب: بأنّ الإنسان كما لا يقر على نفسه كاذباً.. لا يقرّ على نفسه حال الاشتباه، فلمّا أقرّ بالزنا.. كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف.

(**وإن شهدوا كذلك**)؛ أي: أنه زنى بامرأة مجهولة لا يعرفونها (**.. لا يحدّ**)؛ لاحتمال أنّها امرأته، أو أمته، بل هو الظاهر من حال المسلم، ولو قال المشهود عليه: المرأة الّتي رأيتموها معي ليست بزوجتي، ولا أمتي.. لا يحدّ أيضاً؛ لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحدّ، وهذا اللفظ منه ليس بإقرار موجب للحدّ.. فلا يحدّ وإن قاله أربع مرّات، كذا في «فتح القدير».

(**وكذا لو اختلفوا في طوع المرأة**) بأن شهد اثنان: أنه زنا بها واستكرهها، وآخران أنها طاوعته.

(**وعندهما: يحدّ الرّجل**) خاصة لاتّفاق الفريقين على موجب الحدّ فيه، وتفرّد

وَلَا يُحَدُّ أحدٌ لَوِ اخْتلفَ الشُّهُودُ فِي بلدِ الزِّنا،

أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه، بخلاف جانب المرأة؛ فإن الموجب لم يتحقق في حقها؛ لأن طواعيّتها شرط تحقق الموجب في حقّها.. فلم يثبت؛ لاختلافهما فيه، وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك: لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقّه؛ كما في وطء الصغيرة المشتهاة، والمجنونة على ما تقدّم.

ولأبي حنيفة وزفر معه: أن المشهود به اختلف؛ لأن الزنا فعل واحد لا يتحقق في الخارج إلا بهما، وكلّ ما هو كذلك: لا يتصف بوصفين متضادين، وهؤلاء الشهود أثبتوا له وصفين متضادين؛ لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا، والكره يوجب انفراد الرجل به، واجتماعهما متعذر، فكان كلّ واحد منهما فعلاً خلاف الآخر؛ فإن الزنا عن طوع غير الزنا عن كره، فاختلف المشهود به، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة؛ أعني: أربعة رجال، ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين؛ لعدم نصاب الشهادة، والقاذف خصم، ولا شهادة للخصم، وإذا انتفت شهادة شاهدي الطواعيّة.. نقص نصاب الشهادة، فلا يقام بها الحد.

فإن قيل: إذا كانا قاذفين فلمَ لم يقم عليهما حد القذف؟

أجيب عنه: بأنه سقط عنهما حد القذف بشهادة شاهدي الإكراه؛ لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها لوجود حقيقة الزنا منها، لكنها لا تأثم بسبب الإكراه، كذا في «العناية».

وفيه بحث؛ لأن حقيقة الزنا في حق المرأة تمكينها [٦٢٩/أ] من الرجل على ما تقدّم، ولم يوجد ذلك منها.

(**ولا يحدّ أحد**)؛ أي: من الواطىء والموطوءة (**لو اختلف الشهود في بلد الزنا**) بأن شهد اثنان أنه زنى بالكوفة وآخران أنه بالبصرة؛ لاختلاف المشهود به باختلاف المكان، ولم يتم على كلّ واحد منهما نصاب الشهادة، ولا يحدّ الشهود أيضاً بشبهة اتحاد المشهود به نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة.

وفيه خلاف زفر والشافعي، قالا: يحدّ الشهود للقذف؛ لعدم تكامل عدد الشهود بكل من المشهود به، فصار كل من الفريقين قاذفاً بالشهادة.

قلنا: كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الأهلية ولفظة الشهادة، وتم العدد في حق المشهود عليه؛ فإن شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة، وصيغة الشهادة ثابتة، وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به، فيندرىء الحد عنهم.

والحاصل: أنّ في الزّنا شبهةً أوجبت الدرء عن المشهود عليه، وفي القذف شبهة.. أوجبت الدرء عن الشهود.

وقال «قاضي خان»: وكلامنا أظهر، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾، وقد وجد الإتيان بأربعة.

وإن شهد اثنان على الزنا في زاوية بيت، وآخران في زاوية أخرى من ذلك البيت.. حد كلّ منهما استحساناً لإمكان التوفيق؛ لأنهم اتفقوا على فعل واحد نسبوه إلى بيت واحد صغير، وبعد ذلك اختلافهم في تعيين زواياه.. لا يوجب تعدد الفعل؛ لأن البيت إذا كان صغيراً والفعل وسطه.. فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب، فيقول: أنه في الزاوية التي تليه، بخلاف البيت الكبير؛ فإنه لا يحتمل هذا؛ كالدارين والبلدين، فكان اختلافهم في زاوية البيت الصغير صورةً لا حقيقةً، أو حقيقة لكن الفعل واحد بأن كان ابتدأ الفعل في زاوية، ثم صار إلى أخرى بتحركهما عن الفعل.

فإن قيل: هذا توفيق لإقامة الحد وهو احتياط في الإقامة، والواجب درؤه.

أجيب: بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل؛ فإنه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة.. قبلوا مع احتمال [شهادة] كل منهم على زناها في غير الوقت، وإنما قبل بناء على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وإن لم ينص عليه في شهادته؛ لأن التوفيق مشروع في أمثاله.

فإن قيل: الاختلاف في مسألتنا منصوص عليه، وفي هذه المسألة مسكوت عنه.

أَو شهدَ أَرْبَعَةٌ بِهِ فِي بلدٍ فِي وَقتٍ، وَأَرْبَعَةٌ بِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ بِبَلَدٍ آخرَ. وَكَذَا لَو شهدَ أَرْبَعَةٌ على امْرَأَةٍ بِهِ وَهِيَ بِكْرٌ، ....

أجيب: بأنّ التوفيق [٦٢٩/ب] مشروع في محلّ الاختلاف؛ صيانة للقضاء عن التعطيل؛ سواء كان الاختلاف منصوصاً عليه، أو مسكوتاً عنه.

ومن الأول: أنهم إذا اختلفوا في الطول والقصر، أو في السّمن والهزال، وفي أنها بيضاء أو سمراء، أو عليها ثوب أحمر، أو أسود.. تقبل في كل ذلك.

فإن قيل: قد تقدم أنهم إذا شهدوا فاختلفوا في الإكراه والطواعية.. لا حد فيه عند أبي حنيفة، مع أن التوفيق ممكن فيه أيضاً بأن، يكون ابتداء الفعل كرهاً وانتهاؤه طوعاً فما المانع في اعتبار التوفيق في هذه المسألة.

أجيب عنه في «الكافي»: بأن ابتداء الفعل إذا كان عن إكراه.. لا يوجب الحدّ، فبالنظر إلى الابتداء.. لا يجب، وبالنظر إلى الانتهاء.. يجب، فلا يجب بالشك، وفيما نحن فيه يجب بالنظر إلى الروايتين.. فافترقا.

(**أو شهد أربعة به**)؛ أي: بالزنا (**في بلد في وقت، وأربعة**) أخرى (**به**)؛ أي: بالزنا (**في ذلك الوقت ببلد آخر**).. لا يحد أحد؛ لأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين؛ إذ الإنسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين، فلا يجب حدّهما بالشك، وكذا لا يحدّ الشهود أيضاً؛ لأنا تيقنا بصدق أحد الفريقين، فلا يحدون بالشك.

(**وكذا لو شهد أربعة على امرأة به**)؛ أي: بالزنا (**وهي بكر**) لا.. يحدّ واحد من الواطىء والموطوءة والشهود.

أما الواطىء والموطوءة.. فلظهور كذب الشهود؛ إذ لا بكارة مع الزنا، وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فثبت بكارتها بشهادتين، ومن ضرورته: سقوط الحد.

أَو هُم فسقةٌ، أَو شُهُودٌ على شُهُودٍ وَإِن شهدَ بِهِ الْأُصُولُ بعدَ ذَٰلِكَ.

وحُدَّ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ لَو اخْتلفَ شُهُودُهُ فِي زَوَايَا الْبَيْتِ.

وَالشُّهُودُ فَقَط لَو كَانُوا عُمياناً، أَو محدودينَ فِي قذفٍ، أَو أَقلَّ مِن أَرْبَعَةٍ،

وأما الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع الحد بشهادتهم لقولهنّ، فقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه.

وظهر من هنا: أنهم لو شهدوا على رجل بالزنا فوجد مجبوباً، أو شهدوا على امرأة بالزنا فوجدت رتقاء، أو قرناء.. فإنه لا حدّ على أحد لما ذكرناه.

(**أو هم فسقة**)؛ لأن الفاسق، وإن كان من أهل الأداء والتحمل، لكن في أدائه نوع قصور لتهمة الكذب، فتثبت به شبهة يندرء بها الحد، ولا يحدون أيضاً لتكامل عددهم.

(**أو**) هم (**شهود على شهود**)؛ لأن فيها شبهة زادت على الأصل ولم تكن فيه؛ فإن الكلام إذا تداولته الألسنة.. تمكن فيه زيادة ونقصان (**وإن**) - وصلية - (**شهد به**)؛ أي: بذلك الزنا الذي شهد به الفرع بعينه.

(**الأصول بعد ذلك**)؛ أي: بعد شهادة الفروع؛ لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في حادثة واحدة؛ إذ هم قائمون مقامهم [٦٣٠/أ] بالأمر والتحميل، ولا يحدّ الشهود أيضاً؛ لتكامل عددهم وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة، وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه؛ لأن الشبهة مسقطة للحدّ لا موجبة له.

(**وحدّ المشهود عليه**)؛ أي كلّ من الرجل والمرأة (**لو اختلف شهوده في زوايا البيت**) استحساناً، والقياس: أن لا يحدّ؛ لاختلاف المكان حقيقة، وبه يختلف الفعل المشهود به، فصار كالاختلاف في البلد على ما مرّ.

والقياس: قول زفر والشافعي ومالك.

ووجه الاستحسان: إمكان التوفيق على ما ذكرناه آنفاً.

(و) حدّ (**الشهود فقط لو كانوا عمياناً أو محدودين في قذف، أو أقل من أربعة،**

أَو أحدُهم عبدٌ، أَو مَحْدُودٌ

ووَكَذَا لَو وُجِدَ أحدُهم عبداً أَو محدوداً بعدَ حَدِّ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ

أو أحدهم عبد، أو محدود)، والأصل ههنا: أن الشهود باعتبار التحمل والأداء أنواع:

أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال: وهو الحر البالغ العاقل العدل.

وأهل لهما على وجه القصور؛ كالفساق لتهمة الكذب، ومقابل القسمين ليس أهلاً للتحمل، ولا للأداء، وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار.

وأهل للتحمل لا للأداء؛ كالمحدودين في قذف والعميان.

فالأوّل: يحكم بشهادته ويثبت الحقوق بها.

والثاني: يجب التوقف فيها ليظهر صدقه، وإلا.. فلا.

والثالث: لا شهادة له أصلاً حتى لا يصح النكاح بحضورهم وشهادتهم.

والرّابع: يصح النكاح بحضورهم لا غيره من الحدود والأموال.

إذا عرفت هذا.. ففيما نحن فيه: عدم الحد للزنا ظاهر؛ لأنه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت بالشبهات كالمال، فكيف يثبت بها ما لا يثبت بالشبهات من الحدود؟ لأن العميان والمحدودين ليس أهلاً للأداء، والعبد ونحوه ليسوا أهلاً للتحمل أيضاً، فلم تثبت بشهادتهم شبهة الزنا؛ لأن الزنا يثبت بالأداء، فصاروا قذفة فيحدون.

وأما الفساق.. فإنهم وإن كانوا أهلاً للإداء أو التحمل.. لكنهم متهمون بالكذب، فتثبت شبهة دارئة للحد، ولا يحدّون أيضاً على ما مر.

وأما إذا كانوا أقلّ من أربعة.. فلا يحد المشهود عليه؛ لعدم النّصاب، ويحدّون لكونهم قذفة.

(**وكذا**)؛ أي: حدّ الشهود (**لو وجد أحدهم عبداً أو محدوداً**) بحدّ القذف (**بعد حد المشهود عليه**)؛ أي: شهادتهم؛ لأنهم صاروا بهذه الشهادة قذفة لنقصان عددهم.

وديَتُهُ فِي بَيتِ المَالِ إن رُجِمَ، وَأَرشُ جُرحِ ضربِهِ أَو مَوتُهُ مِنْهُ هَدَرٌ، وَقَالا: فِي بَيتِ المَالِ أَيْضاً.

(**وديته في بيت المال إن رجم، وأرش جرح ضربه، أو موته منه**)؛ أي: من الضرب (.. **هدر**) عند أبي حنيفة.

(**وقالا: في بيت المال أيضاً**).

والحاصل: أن المشهود عليه إذا حدّ بشهادة الشهود، أو جلد فجرحه الجلد أو مات عنه، ثم ظهر بعض الشهود [٦٣٠/ب] عبداً، أو محدوداً في قذف، أو أعمى، أو كافراً.. فإنّهم يحدّون حدّ القذف بالاتفاق؛ لأن الشهود حينئذ أقلّ من أربعة فكانوا قاذفين.

ثم قال أبو يوسف ومحمّد: أرش الجراحة ودية النفس في بيت المال.

وقال أبو حنيفة: لا شيء عليهم، ولا على بيت المال.

وإذا حدّ رجماً بشهادتهم، ثم ظهر أحدهم عبداً، أو محدوداً، أو أعمى، أو كافراً.. فديته على بيت المال اتّفاقاً.

ولهما في الخلافية: أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي؛ لأنه الآمر له، وفعل المأمور ينتقل إلى الآمر عند صحة الأمر، فكأنه ضربه بنفسه، ثم ظهر خطؤه، وفيه يكون الضمان في بيت المال؛ لأنه عامل للمسلمين لا لنفسه، فتجب الغرامة، فصار الجرح والموت من الجلد.. كالرجم والقصاص إذا قضى به؛ فإن الضمان عند ظهور الشّهود محدودين، أو عبداً، أو كفاراً: في بيت المال اتفاقاً.

ولأبي حنيفة: أنّ الواجب بشهادتهم هو الجلد حدّاً، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك، لا الضرب المطلق المنتظم للجارح وغيره كما زعماه.

وقولهم: إن الاحتراز عن الجارح غير ممكن: ممنوع، بل ممكن غير عسير، ولا يقع جارحاً إلّا لخرق الضارب وقلّة هدايته وترك احتياطه، فاقتصر عليه ولم يتعدّ إلى الشهود، ولا إلى القاضي.

وَكَذَا الْخلافُ لَو رَجَعَ الشُّهُودُ.

بخلاف الرجم؛ فإنه مضاف إلى قضاء القاضي؛ لأنه قضى به ابتداء، ثم ظهر خطؤه، ومصلحة عمله للعامة، فيكون موجَبُ ضرر خطئه عليهم في مالهم؛ لأن الغرم بالغنم.

أما الجلد الجارح.. فلم يقض به، فلا يلزمه ليكون في بيت المال، بل يقتصر على الجلاد، إلا أنه لا يجب عليه الضمان؛ لأنه لم يتعمده؛ فلو ضمناه.. لامتنع النّاس من الإقامة مخافة الغرامة، وإذا لم تجب الغرامة عليه، ولا على الشهود، ولا على القاضي في بيت المال.. لم تجب أصلاً.

وقال فخر الإسلام في «المبسوط»: لو قال قائل: يجب الضمان على الجلاد.. فله وجه؛ لأنه ليس مأموراً بهذا الوجه من الجلد، بل بضرب مؤلم لا جارح، ولا كاسر، ولا قاتل؛ فإذا وجد فعله على هذا الوجه.. رجع تعدّياً، فيجب عليه الضمان.

والصحيح: هو الأوّل على ما في «الهداية» وحواشيه و«الزيلعي».

(**وكذا الخلاف لو رجع الشهود**)؛ أي: بعدما ضرب فجرح أو مات.

والذي ظهر من هذا التشبيه: أن الخلاف في المشبه مثل الخلاف في المشبه به، وليس كذلك؛ فإن الخلاف في المشبه به: هو أن الأرش والدية في بيت المال عندهما.

وعنده [٦٣١/أ]: هدر ليس على واحد من الجلاد والشهود والقاضي في بيت شيء.

والخلاف فيما نحن فيه: هو أن الضمان على الشهود، وعنده: ليس عليهم شيء.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: الأرش والدية على الحاكم، وله في هذه المسألة ما مر في المسألة الأولى.

ولهما فيها: أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب على ما مر أيضاً.

وَلَو رَجَعُوا بعدَ الرَّجْمِ.. حُدُّوا وغُرِّموا الدِّيَةَ.

وكلُّ وَاحِدٍ رَجَعَ.. حُدَّ وَغَرِمَ رُبُعَهَا.

وَلَو رَجَعَ أَحدُ خَمْسَةٍ.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ فَإِن رَجَعَ آخرُ.. حُدَّا وغَرِمَا رُبُعَهَا.

وَلَو رَجَعَ وَاحِدٌ قبلَ الْقَضَاءِ.. حُدُّوا كلُّهم.

ومطلق الضرب ينتظم الجارح وغيره، فيضاف الجرح والموت إلى شهادتهم، فصاروا كالمباشرين لما يوجبوه بشهادتهم، فرجوعهم: اعتراف بأنهم جناة في شهادتهم؛ كمن ضرب شخصاً بسوط فجرحه أو مات، وكشهود القصاص والقطع إذا رجعوا.

(**ولو رجعوا بعد الرجم.. حدّوا**) عند الثلاثة، خلافاً لزفر.

لنا: أنّ شهادتهم انقلبت بالرجوع قذفاً.

(**وغرموا الدية**)؛ لأن الإتلاف بغير حق يضاف إليهم.

(**وكلّ واحد رجع**)؛ أي: بعد الرجم (.. **حدّ وغرم ربعها**)؛ لأن الثلاثة باقون على شهادتهم، والمتلف بشهادته: ربع الحقّ.

(**ولو رجع أحد خمسة.. فلا شيء عليه**)؛ أي: على الراجع؛ لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق، وهو شهادة الأربع؛ (**فإن رجع آخر**) من الأربعة الباقية من الخمسة (.. **حدّا وغرما ربعها**).

أما الحد: فلانقلاب شهادتهم بالقذف.

وأما الغرامة: فلأنه بقي ثلاثة أرباع الحق، والمعتبر بقاء من بقي لا من رجع.

واعلم: أنّ وجوه رجوع واحد ثلاثة: إما قبل القضاء، أو بعده قبل الإمضاء، أو بعده، ذكرها المصنف كلها.

فذكر أولاً **ما كان بعد الإمضاء** بقوله: «وكلّ واحد رجع.. غرم ربعها».

ثم أراد أن يذكر **ما كان قبل القضاء**، فقال: (**ولو رجع واحد قبل القضاء.. حدّوا كلّهم**) عند أئمتنا الثلاث.

وَلَو بعدَهُ قبلَ الْحَدِّ.. فَكَذَلِكَ، وَعند مُحَمَّدٍ: الرَّاجِعُ فَقَط.

وَلَو شهدُوا فزُكُّوا، فرُجِمَ، ثمَّ ظَهَرُوا كفَّاراً، أَو عبيداً.. فَالدِّيَةُ على المزكِّينَ إِن رجعُوا عَن التَّزْكِيَةِ، وإِلَّا.. فعلى بَيتِ المَالِ.

وقال زفر: يحد الرّاجع خاصة؛ لأن رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره، فبقي شهادتهم على ما هي عليه، لا تنقلب قذفاً.

ولنا: أن كلامهم قذف في الأصل، وإنما تصير شهادة بإيصال القضاء، ولم يتصل به؛ لأن رجوعه منع من ذلك.. فبقي قذفاً، فيحدّون.

وكذا إذا كان الرابع ساكتاً عن الأداء.. يحدون كلّهم؛ لبقاء كلامهم قذفاً؛ لعدم اتصال القضاء به؛ لأن القضاء لا يتصل ما لم يوجد الأداء من الأربعة.

ثم ذكر **ما كان الرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء** بقوله: (**ولو بعده قبل**) إقامة (**الحد.. فكذلك**)؛ أي: حدّوا جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويسقط الحدّ عن المشهود عليه.

(**وعند محمد**) وزفر معه: حدّ (**الراجع فقط**)؛ لأن الشهادة تأكدّت بالقضاء، فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفاً، فالرّجوع بعد [٦٣١/ب] القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر في فسخ القضاء في حقّه فقط؛ كالرّجوع بعد الاستيفاء على ما تقدّم.

ولهما: أن الاستيفاء من تمام القضاء في الحدود على ما تقدّم بيانه، فصار كما إذا رجع واحد قبل القضاء، ولهذا يسقط الحدّ عن المشهود عليه.

(**ولو شهدوا فزكّوا**)، وقال المزكون: هم أحرار مسلمون عدول؛ أما لو اقتصروا على قولهم: عدول.. فلا ضمان على المزكين، بل في بيت المال بالاتفاق إذا ظهروا عبيداً على ما في «فتح القدير».

وهذا: لأن العبد قد يكون عدلاً؛ فإذا زكوا كما قلنا (**فرجم، ثم ظهروا كفاراً أو عبيداً.. فالدّية على المزكين إن رجعوا عن التزكية، وإلّا**)؛ أي: وإن لم يرجعوا عن التزكية قائلين: هم كانوا أحراراً مسلمين، وإنما طرأ كفرهم (.. **فعلى بيت المال**) هذا عند أبي حنيفة.

وَقَالا: فِي بَيْتِ المَالِ مُطلقاً.

(وقالا: على بيت المال مطلقاً)؛ أي: رجعوا عن التزكية، أو لم يرجعوا.

وقالوا: هذا الخلاف فيما إذا قالوا: تعمّدنا التزكية.. فقلنا: هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم.

وأما لو كان رجوعهم بأن يقولوا: أخطأنا.. فذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق.

لهما في الخلافية: وهو قول مالك والشافعي وأحمد أنهم لو ضمنوا.. لكان ضمان عدوان، وهو بالمباشرة، أو بالتسبيب، وعدم المباشرة منهم ظاهر، وكذا التسبيب؛ لأن سبب الإتلاف هو الزنا، وهم لم يثبتوه، وإنما أثنوا على الشهود خيراً، فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالإحصان؛ فكما لم يضمن شهود الإحصان بعد رجم المشهود عليه، إذا ظهر غير محصن؛ لأنّهم لم يثبتوا السبب.. كذلك لا يضمن المزكون.

ولأبي حنيفة: أن الشهادة بالزنا إنما تصير حجة موجبة للحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة للإتلاف؛ لأنها موجبة لموجبية الشهادة للحكم بالرجم، وعلة العلة؛ كالعلة في إضافة الحكم إليها.

بخلاف الإحصان؛ فإنه ليس موجباً للعقوبة، ولا لتغليظها، بل الزّنا هو الموجب، فعند الإحصان: يوجبها غليظة؛ لأنه كفران نعمة الله تعالى، فلم تضف العقوبة إلى نفس الإحصان الذي هو نعمة، بل إلى كفران النعمة.. فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة، والسبب وضع الكفران في موضع الشكر، ثم لا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة الشهادة، أو أخبروا بالحرية والإسلام.

وكذا لا يشترط في التزكية مجلس القضاء بالاتفاق، ولا العدد في المزكى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمّد، فيشترط الاثنان في سائر الحقوق، والأربعة في الزنا [٦٣٢/أ].

ثم لا يحدّ الشهود حدّ القذف لأنهم قذفوا حياً فمات، ولا يورث استحقاق حدّ القذف.

واعلم: أنه قال في المنظومة هكذا:

على المزكين ضمان من رجم ... إن ظهر الشاهد عبداً وعلم
وأوجبا ضمان هذا المتلف ... من بيت مال المسلمين فاعرف
وفي المزكين إذا هم رجعوا ... كذا وقالوا عزروا وأوجعوا

فالظاهر منه: أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في موضعين:

أحدهما: في ظهور الشاهد عبداً بعدما رجم بشهادتهم:

فعند أبي حنيفة: ضمانه على المزكين.

وعندهما: في بيت المال على ما ظهر من البيت الأول والثاني من غير اشتراط برجوع المزكين، على خلاف ما ظهر من كلام المصنف.

وثانيهما: في رجوع المزكي بعدما رجم.

فعنده: يلزم الضمان على المزكين.

وعندهما: يلزمهم التعزير بلا لزوم الضّمان على ما ظهر من البيت الثالث.

وقال في بعض شروح المنظومة: إنّ المسألة الأولى فيما إذا ظهر الشهود عبيداً ورجع المزكون أيضاً، والمسألة الثانية الّتي يشتملها البيت الثالث: فيما إذا رجع المزكون فحسب. انتهى.

فعلى هذا: تكون المسألة الأولى موافقة لكلام المصنف في اشتراط رجوع المزكين.

وَلَو قتل أحدٌ الْمَأْمُورَ بَرْجمِهِ فظهروا كَذَلِكَ.. فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ.

وقال صاحب «المجمع»: ولو شهدوا فزكّوا فرجم، ثم ظهروا عبيداً أو أحدهم عبداً.. فالضمان على المزكين إن تعمدوا، وقالا: في بيت المال، ولو رجع المزكون.. عزروا.

والذي ظهر منه: أن الخلاف بينه وبين صاحبيه في موضع واحد؛ أعني: ظهور الشهود عبيداً من غير اشتراط رجوع المزكين، على خلاف كلام المصنف.

وأما في رجوعهم: ففيه التعزير بالاتفاق.

(**ولو قتل أحد المأمور برجمه فظهروا**)؛ أي: الشهود (**كذلك**)؛ أي: عبيداً أو كفاراً (**.. فالدية في مال القاتل**).

واعلم: أنّ هذه المسألة على أربعة أوجه على ما ذكره في «الكافي» قال: إن شهد أربعة على رجل بالزنا.. فأمر الإمام برجمه:

فقتله رجل عمداً، أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل: يجب القود في العمد، والدية في الخطأ على عاقلته.

وكذا إذا قتله بعد التعديل والتزكية قبل القضاء برجمه.

وإن قضي برجمه فقتله رجل عمداً، أو خطأ.. لا شيء عليه.

وإن قتله رجل عمداً بعد القضاء، ثم وجد الشهود عبيداً، أو كفاراً، أو محدودين في قذف، أو مكاتبين، أو معتق بعضه وهو يسعى في بعض قيمته.. فالقياس: أن يجب القصاص عليه؛ لأنه قتل نفسا محقون الدم عمداً؛ لأنه لما ظهر أن الشهود عبيد ونحوه.. تبيّن أن القضاء لم يصح، ولم يصر مباح الدم، وقد قتله بفعل لم يؤمر به [١٣٢/ب]؛ إذ المأمور به الرجم وهو قد جزَّ عنقه، فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولاً إليه.. فبقي مقصوراً عليه.

وفي الاستحسان: تجب الدّية؛ لأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر، وحين قتله.. كان القضاء صحيحاً فأورث شبهة الإباحة؛ لأنه لو نفذ ظاهراً وباطناً.. تثبت حقيقة الإباحة؛ فإذا نفذ من وجه دون وجه.. تثبت شبهة الإباحة.

بخلاف ما لو **قتله قبل القضاء**؛ لأن الشهادة لم تصر حجة.. فيقتصّ منه في العمد، فصار كمن قتل إنساناً على ظن أنه حرّبي وعليه علامتهم، ثم ظهر أنه مسلم، وعليه الدية في ماله؛ لأنه عمد، والعاقلة لا تعقل العمد، وتجب في ثلاث سنين؛ لأنه يجب بنفس القتل، وما يجب بنفس القتل.. يجب مؤجّلاً كالدية، بخلاف ما يجب بالصلح عن قود؛ فإنه يجب حالاً؛ لأنه وجب بالعقد لا بنفس القتل، فأشبه الثمن، كذا ذكره في «فتح القدير».

وقال في «الجامع الصغير الحسامي»: أربعة شهدوا على رجل بالزنا، وأمر الإمام برجمه، فضرب رجل عنقه، ثم وجد الشهود عبيداً.. فعليه الدية؛ لأنه قتله بغير حقّ. انتهى بلفظه.

وهذا جواب الاستحسان في الوجه الرابع.

وقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «الجامع الصغير» لمحمد: أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فأمر الإمام برجمه، فقتله إنسان عمداً أو خطأ: فاعلم: بأنّ هذه المسألة على أربعة أنواع:

الأول: إن شهد أربعة على رجل بالزنا فيحبسه القاضي لينظر في أمره، فقتله رجل في الحبس عمداً أو خطأ.. فالحكم فيه: القصاص على القاتل في العمد والدية في الخطأ.

الثاني: إن كان الشهود قد زكّوا وعدّلوا، غير أن القاضي لم يقض برجمه، فقتله إنسان عمداً أو خطأ.. كان على قاتله القصاص في العمد، والدية في ماله في الخطأ.

وامرأتين؛ لأن الإحصان يكفي في ثبوت الدليل الذي فيه شبهة، فيثبت بشهادة الولادة؛ لأن الحكم بثبوت النسب منه يستلزم الحكم بالدخول، ولهذا لو طلّقها طلقة واحدة تعقب الرجعة، ولو لم تكن مدخولاً بها.. لما كانت تعقب الرجعة، بل كانت بائنة بالواحدة الصريحة؛ لأن غير المدخول بها تبين بواحدة؛ فإذا ثبت إحصانه.. يرجم، هذا عندنا.

وقال زفر والشافعي وأحمد ومالك: إن إحصانه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال، إلا أن الثلاث قالوا: إن شهادة النساء في غير الأموال.. لا تقبل.

وقال زفر: إنها وإن قبلت، إلا أن الإحصان شرط في معنى العلة؛ لأن الجناية تتغلظ عند الإحصان، فيضاف الحكم إليه، فأشبه حقيقة العلة.. فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالاً للدرء، وصار كما إذا شهد ذميان على ذمّي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل زناه.. لا تقبل، مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة، لما ذكرناه أيضاً من أن الإحصان شرط في معنى العلة، فصار كشهادتهم على زناه.

قلنا: لا نسلم أن الإحصان في معنى العلة، كيف وأنه ليس إلا عبارة عن خصال حميدة، بعضها غير داخل تحت قدرته؛ كالحرية والعقد، وبعضها فرض؛ كالإسلام، وبعضها مندوب إليه؛ كالنكاح الصحيح والدخول فيه.. فلا يتصور كونها سبباً للعقوبة، ولا سبباً لسببه؛ فإن سببها المعصية.

والإحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة؛ لأنه سبب لضدّ سببها وهو الطاعة والشكر، فيستحيل أن يكون في معنى علة الحكم، وهو مانع لسببه [٦٣٣/ب].. فالسبب ليس إلا الزنا، إلا أنه يختلف الحكم.

ففي حال الإحصان: حكمه الرجم، وفي غيره: الجلد، فكان الإحصان السابق على الزنا معرفاً لخصوص الحكم الثابت بالزنا - أعني: خصوص العقوبة - فصار علامة محضة.

وَلَو أقرَّ الشُّهُودُ بتعمُّدِ النّظرِ.. لَا تُرَدُّ شَهَادَتُهم.

وَلَو أنكرَ الْإِحْصَانَ.. يثبتُ بِشَهَادَةِ رجلَيْنِ، أَو رجلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَو بِوِلَادَةِ زَوجتِهِ مِنْهُ.

الثالث: إذا قضى القاضي برجمه، فقتله إنسان عمداً أو خطأً.. ليس على قاتله شيء.

الرابع: إذا قضى القاضي عليه بالرجم، فقتله رجل عمداً، ثم وجد الشهود عبيداً ونحوه.. تجب الدية في الاستحسان. انتهى.

والحاصل: أن قتل الرجل إياه؛ إما أن يقع بعد القضاء برجمه، أو قبل القضاء به.

فإن كان قبل القضاء به: فعلى القاتل القصاص في العمد، والدية في الخطأ، سواء كان القتل قبل التزكية، أو بعده.

وإن كان بعد القضاء: فإما إن ظهر الشهود عبيداً ونحوه، أو لم يظهروا؛ فإن لم يظهروا كذلك.. لا شيء على القاتل لا في العمد، ولا في الخطأ، وإن ظهروا كذلك:

ففي الاستحسان: [٦٣٣/أ] يجب عليه الدية، فظهر منه أن قول «الكافي»: فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمداً أو خطأً يجب القود في العمد والدية في الخطأ.. مما لا يخفى خفاؤه.

(**ولو أقر الشهود بتعمد النظر.. لا ترد شهادتهم**)؛ لأنه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة، فأشبه الطبيب والقابلة، فلا يكون فسقاً.

بخلاف ما لو قالوا: تعمدّنا النظر للتلذذ.. لا تقبل إجماعاً؛ للفسق.

(**ولو أنكر الإحصان**)؛ أي: الدخول بعد وجود سائر شرائط الإحصان على ما في «الهداية» (**.. يثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، أو بولادة زوجته منه**)؛ يعني: إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الرجل الدخول، وله امرأة قد ولدت منه.. فإنه يثبت إحصانه بشهادة الولادة منه، كما يثبت بشهادة رجلين، أو رجل

والعلامة المحضة: لا يكون لها تأثير أصلاً، فلا تكون علّة، ولا في معناها، فكيف يضاف الحكم إليها؟! فعلمنا: أن الواقع أن الإحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة، وبالشهادة يظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم، فلمّا لم يكن سبباً للعقوبة، ولا علّة.. جاز أن يدخل في إثباته شهادة النساء، فصار كما لو شهد رجل وامرأتان في غير حالة الزنا أن فلاناً تزوج هذه المرأة ودخل بها؛ فإنه قبلت هذه الشهادة، فكذلك ههنا.

بخلاف شهادة الذميين على الذمي أنه أعتق عبده قبل الزّنا؛ لأن العتق هناك يثبت أيضاً بشهادتهما، وإنما لا يثبت سبق التاريخ؛ لأنه تاريخ ينكره المسلم، أو يتضرّر به من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه، وما ينكره المسلم أو يتضرّر به: لا يثبت بشهادة أهل الذمة؛ فلو قلنا بجواز هذه الشهادة.. كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم.

* * *

(بَابُ حَدِّ الشّرْب)

مَن شربَ خمراً وَلَو قَطْرَةً فَأُخِذُ وريحَهَا مَوْجُودٌ أَو جاؤوا بِهِ سَكرَانَ مِن نَبِيذٍ ....

(بَابُ حَدِّ الشّرْب)

(**من شرب خمراً ولو قطرة فأخذ وريحها موجود**)؛ أي: حين الأخذ؛ فزواله لبعد الطريق لا يضرّ؛ (**أو جاؤوا به سكران من نبيذ**).

قال في «الهداية»: ولا يحد السكران حتّى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً؛ لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك، وكذا شرب المكره.. لا يوجب الحد. انتهى.

ثم قال في كتاب الأشربة، وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟

قيل: لا يحدّ، وقد ذكر الوجه من قبل، قالوا: والأصح: أنه يحدّ؛ فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة: أنه يحدّ من غير تفصيل، وهذا؛ لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق ذلك، وكذا المتخذ من الألبان إذا اشتد.. فهو على هذا. انتهى.

والذي ظهر من قوله: «قالوا والأصح»: أن ما ذكره في كتاب الأشربة هو الأصحّ عند القوم، وما ذكره في هذا الباب هو المختار عنده على ما هو رأيه، ثم ما ذكره في هذا الباب من عدم لزوم الحدّ مما يتخذ من الحبوب: قول أبي حنيفة، وما ذكره في كتاب الأشربة من لزوم الحدّ قول محمد على ما صرّح به في «فتح القدير».

ثم هذا الخلاف في وجوب الحد من السكر من المباح وعدم وجوبه، لا في حرمة [٦٣٤/أ] السكر منه.. فإنه حرام بالإجماع؛ لأنه ذكر في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي: أنّ السكر من الأشربة المتخذة من الحبوب؛ كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها.. حرام بالإجماع، واستدل عليه بقوله؛ لأن السكر من البنج حرام، مع أنه مأكول؛ فمن المشروب: أولى، ثم وجوب الحدّ يتعلق في غير الخمر من

وَشهدَ بذلكَ.......................................

الأنبذة بالسكر، وفي الخمر: بشرب قطرة واحدة مع وجود الريح، على ما نطق به عبارة الكتاب.

وأما وجوبه بالسكر من الخمر.. فهو معلوم منه بطريق الأولى.

ثم النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر.

وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ:

فالنقيع: أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أيّاماً حتى يخرج حلاوته إلى الماء، ثم يطبخ أدنى طبخة، فما دام حلواً.. يحلّ شربه، وإذا غلى واشتد وقذف بالزبد.. يحرم.

وأما النبيذ: فهو الذي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة.. يحل شربه ما دام حلواً، وإذا غلى واشتد - وعلى قول محمد - وقذف بالزبد.. فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر: يحل شربه ما دون السكر، وعلى قول محمد والشافعي: لا يحلّ.

وما يتخذ من التمر ثلاثة: السكر، والفصيح، والنبيذ، على ما سيأتي بيانه في كتاب الأشربة.

(وشهد بذلك)؛ أي: بشرب الخمر في الأول، وبشرب النبيذ في الثاني، والمراد بالأول: مجيئهم على القاضي من غير سكران، وبالثاني: مجيئهم إليه سكراناً من غير الخمر على ما ذكرناه آنفاً: من أن حال من سكر من الخمر علم بطريق الأولى، ولا بد أن يكون الشهادة في كل من الأول والثاني مقيّدة بوجود الرائحة، وذلك إما بأن يشهدا عند الحاكم بالشرب وبقيام الرائحة، أو بالشرب فقط، فيأمر القاضي باستنكاهه، فيستنكهه ويخبره بأن ريحها موجود، فلو قال بعد قوله: من نبيذ وريحها موجود.. لكان أولى؛ لأنه كما لا بد من وجود رائحة الخمر.. كذلك لا بد من رائحة النبيذ، هذا إذا جاؤوا به من قريب.

رجلَانِ، أَو أقرَّ بِهِ مرَّةً، وَعند أَبِي يُوسُفَ مرَّتَينِ، وَعُلِمَ شُربُهُ طَوْعاً.. حُدَّ إِذا صَحا: ثَمَانِينَ للْحرِّ، وَأَرْبَعينَ للْعَبدِ مفرَّقاً على بَدَنِهِ كَمَا فِي الزّنا.

وأما إذا جاؤوا به من بعيد فزالت الرائحة.. فلا بد أن يشهدا بالشرب، ويقولا: أخذناه وريحها موجود حين أخذناه.

(رجلان)؛ لأن شهادة رجل وامرأتين.. لا تقبل في الحدود.

(أو أقرّ به)؛ أي: بالشرب، والرائحة موجودة؛ لأن وجود الرائحة لا بد منه؛ كما إذا شهدا بذلك، إلا إذا بعدت المسافة، ولا بد أن يكون إقراره به حال الصحو حال قيام الرائحة؛ لأن إقراره في [٦٣٤/ب] حال السكر.. لا يوجب الحدّ على ما سيصرّح به.

(مرّة) عند أبي حنيفة ومحمد، **(وعند أبي يوسف: مرتين)** اعتباراً بالشهادة كما في الزنا.

قلنا: ثبت ذلك على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره.

(وعلم شربه طوعاً)؛ فإن الشرب كرهاً لا يوجب الحدّ.

(.. حدّ)؛ لقوله ﷺ: «من شرب الخمر.. فاجلدوه؛ فإن عاد.. فاجلدوه؛ فإن عاد.. فاجلدوه؛ فإن عاد.. فاقتلوه»، رواه أبو داود، وقال الترمذي: هذا في أوّل الإسلام، ثم نسخ ورفع القتل، ولأن جناية الشرب قد ظهرت بالبينة أو الإقرار ولم يتقادم العهد.. فيجب الحد.

(إذا صحا) لينزجر به؛ لأن السكران لا ينزجر حال سكره، والمقصود من الحدّ: الانزجار.

(ثمانين) سوطا **(للحرّ)** لإجماع الصحابة، وفيه حديث أنس أن النبي ﷺ أُتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين، فيبلغ ثمانين.

(وأربعين للعبد)؛ لأن الرق منصف.

(مفرقاً على بدنه كما في الزنا)، ما خلا الوجه والرأس والفرج كما مر.

وَإِن أَقرَّ أَو شَهدا عَلَيْهِ بعدَ زَوَالِ رِيحِهَا.. لَا يُحَدُّ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَلَا يُحَدُّ مَن وُجِدَ مِنْهُ رائحةُ الْخمرِ، ....

ثم يجرد - في المشهور من الرواية - عن ثيابه.

وفي رواية عن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه؛ إظهاراً للتخفيف؛ لأنه لم يرد به نص.

ووجه المشهور: أن الشرع أظهر التخفيف مرة من حيث العدد؛ حيث لم يجعله مائة كما في الزنا.. فلا يعتبر ثانياً بترك التجريد.

(وإن أقرّ أو شهدا عليه بعد زوال ريحها) لا لبعد المسافة (.. **لا يحد**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **(خلافاً لمحمّد)**، وهذا بناء على أنّ التقادم في حد الشرب مقدّر عنده بالشهر؛ اعتباراً بحد الزنا.

وعندهما: مقدّر بزوال الرائحة على ما تقدم، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق، إلا أنه إذا زال ريحها يوجد التقادم عندهما.. فلا تقبل شهادتهما، ولا يوجد عنده فتقبل شهادتهما فيحدّ.

وأما الإقرار: فلأن التقادم لا يبطله عند محمّد كما في حد الزنا؛ لأن الإنسان لا يكون متهماً بالنسبة إلى نفسه؛ فإذا لم يبطله.. يحد عنده.

وقالا: لا يقام الحد إلّا عند قيام الرائحة؛ لأن حدّ الشرب ثبت بإجماع الصحابة، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود، وقد شرط قيام الرائحة؛ حيث قال: فإن وجدتم رائحة الخمر.. فاجلدوه.

(ولا يحدّ من وجد منه رائحة الخمر) ما لم يثبت شربه طوعاً بالإقرار أو البينة؛ لأن الرائحة محتملة قد تكون من غير الخمر أيضاً، فلا بد من ثبوت الشرب.

فإن قيل: إنها وإن كانت محتملة، إلا أن التمييز بين رائحة ورائحة ممكن لمن يستدل بها على الشرب، وإنما يشتبه على الجهال.

أَو تقيَّأَها، أَو أَقرَّ ثمَّ رَجَعَ، أَو أَقرَّ سَكرَان.

وَالسُّكرُ الْمُوجبُ للحدِّ أَن لَا يَعرِفَ الرَّجلَ مِنَ الْمَرْأَةِ، وَالْأَرْضَ مِنَ السَّمَاءِ، وَعِنْدَهُمَا: أَن يَهذِيَ وَيَخْلِطَ فِي كَلَامِهِ، وَبِه يُفْتى.

قلنا: إن التمييز إنما يمكن لمن عاين الشرب لا لمن لم يعاينه، والاحتمال [٦٣٥/أ] المذكور بالنسبة إلى من لم يعاينه، كذا في «العناية».

(أو تقيأها) لاحتمال أنه شربها كرهاً **(أو أقرّ، ثم رجع)**؛ لأنه خالص حقّ الله تعالى، فيسقط بشبهة الرّجوع.

(أو أقرّ سكران)؛ لاحتمال زيادة الكذب في إقراره فيحتال لدرئه؛ لأنه خالص حقّ الله تعالى.

بخلاف حدّ القذف؛ لأن فيه حقّ العبد، والسّكران فيه كالصّاحي؛ عقوبة عليه.

(والسّكر الموجب للحدّ: أن لا يعرف الرجل من المرأة، والأرض من السّماء) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: أن يهذي ويخلط كلامه)؛ أي: يكون غالب كلامه الهذيان، وإن كان نصفه مستقيماً.. فليس سكران على ما في «العناية».

لهما: أن السكران في العرف هو هذا، وإليه مال أكثر المشايخ.

ولأبي حنيفة: أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درأً للحدّ، ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلب التمييز بين شيء وشيء، وما دون ذلك.. لا يعرى عن شبهة الصّحو، والمعتبر في حق غير الحد من الحرمة وغيرها: ما قالاه بالإجماع؛ أخذاً بالاحتياط.

والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه، وهذا ممّا يتفاوت باختلاف الأشخاص عادة، فلا معنى لاعتباره.

(وبه يفتى) على ما اختاره أكثر المشايخ.

وَلَو ارْتَدَّ السَّكْرَانُ.. لَا تبينُ امْرَأَتُهُ.

(**ولو ارتد السكران... لا تبين امرأته**)؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السّكر؛ لعدم القصد.

وعند أبي يوسف: ارتداده كفر. على ما ذكره في «الذخيرة».

وينبغي أن يصحّ إسلام المرتد كإسلام المكره؛ ترجيحاً لجانب الإيمان.

وفي «قاضي خان»: لو أجبر الكافر على الإسلام فأسلم.. صح إسلامه؛ فإن ارتدّ بعد ذلك.. يجبر على الإسلام ولا يقتل.

وفي «البزدوي»: إسلام السكران يصح، وارتداده لا يصح، ولا تبين امرأته منه بارتداده ويجبر على العود إلى الإسلام، ولو باشر سبب القصاص أو أقر به.. يلزمه، وإذا قذف أو أقر به.. لزمه الحدّ، وإذا زنى في سكره.. حدّ إذا صحا.

* * *

(بَابُ حدِّ الْقَذْفِ)

هُوَ كَحَدِّ الشّرْبِ كَمِّيَّة وثبوتاً؛ فَمن قذفَ مُحصناً أَو مُحصنَةً بِصَرِيحِ الزِّنا..

(بَابُ حَدِّ القَذْف)

وهو في اللغة: الرَّمْي.

وفي اصطلاح الشرع: نسبة من أحصن إلى الزنا، صريحاً أو دلالة.

(هو)؛ أي: حدّ القذف: (**كحدّ الشرب كميّة**)؛ أي: ثمانون سوطاً إن كان حرّاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ إلى أن قال: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾.

(**وثبوتاً**) بشهادة رجلين، أو بالإقرار: مرة واحدة، لا بشهادة النساء، ولا الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي، ولو ادّعى المقذوف، أنّ له بينة حاضرة [٦٣٥/ب] على القاذف في مصر.. يحبسه القاضي في قول أبي حنيفة إلى قيام القاضي عن مجلسه - يريد به: أنه يلازمه - ولا يأخذ منه كفيلاً بنفسه في قول أبي حنيفة ومحمّد.

ولو أقام المقذوف شاهداً واحداً عدلاً على القاذف وقال: لي شاهد آخر في المصر؛ قال أبو حنيفة: يحبسه القاضي.

وكذا لو أقام شاهدين مستورين لا يعرفهما القاضي بالعدالة.. فإنه يحبسه.

وقال أبو يوسف: لا يحبس بقول الواحد العدل.

ولو قال: شهودي خارج المصر، أو أقام شاهداً وادّعى أنّ له بنية خارج المصر وطلب من القاضي حبس القاذف.. فإنه لا يحبسه.

وقال في «الخانية»: وهذا إذا كان المكان الذي فيه الشاهد بعيداً من المصر بحيث لا يمكنه الإحضار في مدّة ثلاثة أيام، وأما إذا كان قريباً بحيث يمكنه الإقامة في مدة ثلاثة أيّام.. فإنه يحبسه.

(**فمن قذف محصناً أو محصنة بصريح الزنا**) بأن قال: يا زاني، أو يا ولد الزنا، أو زنيت.

وفي «الظهيرية»: و«الخانية»: لو قذف رجلاً بالزنا فرفعه المقذوف إلى القاضي، فقال القاذف: عندي شهود عدول على ما قلت من الزنا، وأقامهم على ذلك.. فإنه لا يحدّ.

وهل يحدّ المقذوف؟

إن شهدوا بزنا متقادم.. فإنه لا يحدّ؛ كما لو شهدوا عليه بالزنا المتقادم قبل القذف.

وإن شهدوا بزنا غير متقادم.. يحدّ.

فعلم منه: أن وجوب الحدّ مقيّد بعجز القاذف عن إثبات ما قذفه من الزنا، قيده بالزنا؛ لأنه لو قذفه بغيره.. لا حدّ؛ كما لو قال: وطئك فلان وطئاً حراماً، أو جامعك حراماً.

وفي «فتح القدير»: قوله: «بصريح الزنا» يحترز به عن القذف بالكناية؛ كقوله: «صدقت» لمن قال: يا زاني لآخر.

بخلاف ما لو قال: «هو كما قلت».. فإنه يحدّ.

ولو قال: أشهد أنك زان، فقال الآخر: وأنا أشهد.. لا حدّ على الثاني؛ لأنه ليس بصريح؛ لأنه محتمل.

ولو قال: وأنا أشهد بمثل ما شهدت به.. حدّ؛ إذ لا احتمال فيه.

ويحد بقوله: زنى فرجك، وبقوله: زنيت، ثم قال بعدما قطع كلامه: وأنت مكرهة، بخلافه موصولاً.

وكذا إذا قال: ليست أمي بزانية أو أبي.. فإنه لا يحد؛ لأنه تعريض لا تصريح، وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك - وهو رواية عن أحمد -: يحدّ بالتعريض؛ مستدلاً بما رواه الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كان عمر يضرب الحدّ في التعريض، وعن عليّ رضي الله عنه أنه كان جلد رجلاً بالتعريض.

قلنا: إن الشارع لم يعتبر التعريض؛ فإنه حرم صريح خطبة [٦٣٦/أ] المتوفّى عنها في العدّة، وأباح التعريض فيها حيث قال: ﴿لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ وقال: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ فإذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمها في غير الحد.. لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحدّ المحتاط في درئه.

ثم لا فرق في ثبوت حد القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون القاذف ذكراً أو أنثى وكذا المقذوف، وبين أن يكون بالعربي والنبطي والفارسي... أو غير ذلك، فلا يحدّ لو قال لها: زنيت بحمار أو بعير أو ثور؛ لأن الزنا: إدخال رجل ذكره في فرج امرأة.

بخلاف ما لو قال لها: زنيت بناقة أو أتان أو دراهم؛ لأن معناه: زنيت وأخذت البدل؛ إذ لا تصلح هذه المذكورات للإدخال في فرجها.

ولو قيل هذا لرجل.. لا يحدّ؛ لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال.

ولو قال: يا حرام زاده.. لا يحدّ؛ لعدم الصراحة، بل يعزر.

وكذا لو قال: أشهدني فلان بأنك زان؛ لأنه حاكٍ لقذف غير، لا قاذف.

ولا يحدّ أيضاً بقوله: أنت أزنى من فلان، أو أزنى الناس، أو أزنى الزناة؛ لأن «أفعل» في مثله يستعمل للترجيح في العلم؛ فكأنه قال: أنت أعلم به.

وكذا لا يحدّ بقذف الرتقاء والمجبوب والأخرس ولو محصناً؛ لأن في الأولين: كذبه ظاهر بيقين، فلا يلحق الشين بالمقذوف، بل بالقاذف، وفي الأخرس: يحتمل أن يصدق فيما قذفه به لو نطق، وبه يندرىء الحد.

ولو قال لرجل: يا زانية بالتاء.. لا يحدّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً.

حُدَّ بِطَلَبِ الْمَقْذُوفِ ....

وقال محمد والشافعي: يحدّ؛ لأنه قذفه على المبالغة.

ولهما: أنه رماه بما يستحيل منه، فلا يحدّ؛ كما لو قذف مجبوباً، وكون «التاء» للمبالغة مجاز، فلا يصار إليه إلّا عند تعذر الحقيقة وهي التأنيث، ولا تعذر فيها، ولو سلّم أنها حقيقة فيها.. فالحد لا يجب بالشك.

ولو قال لامرأة: يا زاني.. حدّ عندهم جميعاً؛ لأن الترخيم شائع.

ولو قال لامرأة: يا روسْي.. يحدّ حدّ القذف.

ولو قال: يا قحبة.. لا يحدّ، بل يعزر. كذا في «قاضي خان».

(.. حد) لأن المراد بالرّمي فيما تلوناه: هو الرمي بالزنا بالإجماع، وبإشارة النص المذكور؛ فإنه اشترط فيه أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به، ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا.

فإن قيل: لا خفاء في أن المراد بالرمي المذكور: هو الرمي بالزنا، ولكن تقييد الزنا بالصريح فيه خفاء؛ لأنه يحدّ بالرمي بنفي النسب - على ما [٦٣٦/ب] سيصرّح به - مع أنه ليس بصريح.

أجيب: بأن الرمي بصريح الزنا يوجب الحدّ بالإجماع عند وجود سائر الشروط، فهذه قضيّة صادقة، وأما أنّه إذا قذفه بنفي النسب لا يجب الحد.. فليس بلازم من هذا التقييد؛ لأن التقييد به لإخراج ما كان منه بطريق الكناية - مثل أن يقول: «صدقت» لمن قال: يا زاني، لا لإخراج ما ذكرتم ثَمَّ.

أقول: فيه بحث؛ لأن مفهوم التقييد حجّة في الروايات، فيلزمه أن لا يجب الحد في غير الصريح مطلقاً.

(بطلب المقذوف)؛ لأن فيه حقه من حيث دفع العار، فيشترط طلبه.

فإن قيل: قد تقرر أن الغالب فيه حقّ الله تعالى، وحق العبد مغلوب، فيكون مستهلكاً في مقابلة الغالب، فينبغي أن لا تشترط المطالبة.

مُتَفَرِّقاً، وَلَا يُنْزعُ عَنهُ غيرُ الفروِ والحشوِ.

وإِحصانُهُ: كَونُهُ: مُكَلَّفاً، حُرّاً..

أجيب عنه: بأن حقّ العبد مطلقاً غالباً أو مغلوباً يتوقف النظر فيه على الدعوى احتيالا للدّرء، ثم اشتراط مطالبة المقذوف إجماعي إذا كان المقذوف حياً، وإن كان ميتاً.. فيشترط مطالبة من يقع القدح في نسبه من الوالد والولد، على ما سيصّرح به.

(متفرقاً) لما مرّ في حد الزنا.

(ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو)؛ لأن سببه - وهو: النسبة إلى الزنا - كذباً غير مقطوع به؛ لاحتمال أن يكون القاذف صادقاً فيما رماه، فلا يقام على الشدة، بخلاف حد الزنا حيث ينزع فيه ثيابه؛ لأن سببه معاين بالبينة أو الإقرار، وههنا بعد ثبوت القذف بأحدهما يتوقف إقامة الحدود على معنى آخر، وهو كذب القاذف، وهو غير متيقن به، إلا أن الفرو والحشو يمنعان وصول الألم إليه فينزعان.

(وإحصانه)؛ أي: إحصان حد القذف.

(كونه مكلّفاً)؛ أي: عاقلاً بالغاً؛ لأن العار - وهو العلة - لا يلحق الصبي والمجنون؛ لعدم تحقق فعل الزنا منهما.

(حرّاً)؛ لأن اسم الإحصان ينطلق عليه؛ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ والمراد بها: الحرائر على ما فسرّوه.

وعن داوود عدم اشتراط الحرية، وإن قاذف العبد.. يحد عنده.

وعن أحمد - رحمه الله - عدم اشتراط البلوغ، بل كون المقذوف بحيث يجامع وإن كان صبيّا.

وفي «فتح القدير»: إنّ القاذف إذا أنكر الحرية ليحد حدّ الأرقاء.. فالقول قوله، ولا يحدّ حدّ الأحرار، إلا أن يقيم المقذوف بينة على أنه حرّ.

ولو كان القاضي يعلم حرّيته.. حدّه ثمانين، وهذا قضاء يعلمه فيما ليس سبباً للحد، فيجوز.

مُسلِماً، عفيفاً عَنِ الزِّنَا.

وَلَو نَفَاهُ عَن أَبِيهِ بِأَن قَالَ: لستَ لأَبِيكِ، أَو لستَ بِابْنِ فلَانٍ؛.........

(مسلماً) لقوله ﷺ: «من أشرك بالله.. فليس بمحصن»، وقال ابن مسعود رضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ﴾؛ أي: أسلمن.

وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى - رحمه الله - [٦٣٧/أ] يحدّ بقذف الذمية إذا كان لها ولد مسلم، والتعويل على قول الجمهور.

(عفيفاً عن الزنا)؛ لأن غير العفيف لا يلحقه العار، وكذا القاذف صادق فيه.

قال في «شرح الطحاوي» في العفة: لم يكن وطئ امرأة بالزنا، ولا بشبهة، ولا بنكاح فاسد في عمره؛ فإن كان فعل ذلك مرة بنكاح فاسد.. سقطت عدالته، ولا حدّ على قاذفه.

وكذا: لو وطئ في غير الملك، أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره.. سقطت عدالته.

ولو وطئها في الملك إلا أنه محرم؛ فإنه ينظر:

إن كانت الحرمة مؤقتة.. لا تسقط عدالته - كما لو وطئ امرأته في الحيض أو المجوسية - ولا يسقط إحصانه.

وإن كانت مؤبدة.. يسقط إحصانه؛ كما إذا وطئ أمته وهي أخته من الرضاعة.

ولو مسّ امرأة بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم تزوج بنتها فدخل بها، أو أمّها.. لا يسقط إحصانه عند أبي حنيفة، وعندهما: يسقط.

ولو وطئ امرأة بالنكاح، ثم تزوج بنتها ودخل بها.. سقط إحصانه. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: وإنما لم يسقط إحصانه عند أبي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة؛ لأن كثيراً من الفقهاء يصحّحون نكاحها.

(ولو نفاه عن أبيه بأن قال: لست لأبيك، أو لست بابن فلان) والحال: أن فلاناً

إن فِي غضبٍ.. حُدَّ، وإلَّا.. فَلَا.

معروف بأنه أبوه، كذا في «الهداية»؛ حيث قال لأبيه الذي يدعى له؛ (**إن في غضب.. حد، وإلا.. فلا**).

والذي ظهر منه: أن المسألتين متحدتان في الحكم.

وإن قوله: «في غضب» فيه لكليهما، على خلاف ما في «الهداية»؛ فإن الظاهر من «الهداية»: أنهما متغايرتان في الحكم، وإن قوله: «في غضب» قيد للثانية لا للأولى؛ حيث قال: ومن نفى نسب غيره، فقال: لست لأبيك.. فإنه يحدّ، وهذا إذا كانت أمّه محصنة؛ أي: حرّة مسلمة مكلّفة عفيفة؛ لأنه في الحقيقة قذف لأمه؛ لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره.

ومن قال لغيره بغضب: لست بابن فلان لأبيه الذي يدعي له.. يحدّ.

ولو قال في غير الغضب.. لا يحدّ؛ لأن عند الغضب يراد به حقيقته سبّاً له، وفي غيره: يراد به المعاتبة بنفي مشابهته أباه في أسباب المروءة انتهى.

ففي المسألة الأولى: قد نفاه عن أبيه من غير تعرّض للأب الّذي يدعي إليه، ولم يفصل فيها بين حالتي الغضب والرضاء في وجوب الحد، بل حكم بوجوبه مطلقاً، سواء كان في الغضب أو في الرضاء.

وفي المسألة الثانية: قد نفاه عن أبيه المعين الذي يدعى إليه.

وحكمها: التفصيل بين حالتي الغضب والرضاء؛ ففي حالة الغضب [٦٣٧/ب].. حدّ، لا في حالة الرضاء؛ لما ذكره من التعليل، والمصنف ترك قيد تعيين الأب في المسألتين، وحمل المسألة الأولى عن التفصيل المذكور في الثانية، وهكذا ذكره في «غاية البيان» أيضاً، ولكنه بعيد؛ لما ذكره الحاكم الشهيد في «الكافي»: أنه لو قال لرجل: يا ولد الزنا، أو يا ابن الزنا، أو لست لأبيك، وأمّه حرّة مسلمة.. فعليه الحدّ؛ إذ قد بلغنا عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: «لا حدّ إلّا في قذف محصنة، أو نفي رجل عن أبيه». انتهى.

فقد سوى بين الألفاظ الثلاثة ولم يذكر التفصيل المذكور في الثالث، بل مقتضى العطف على الأوّلين: عدم تأتي التفصيل المذكور فيه؛ لما ذكره في «فتح القدير»: أنه إذا قال: يا ولد الزنا، أو ابن الزنا.. لا يتأتى فيه تفصيل، بل يحد البتة، كيف وقد ذكر في «قاضي خان»: رجل قال لرجل:

لست لأبيك.. فعن أبي يوسف: أنه قذف، كان ذلك في غضب أو رضاء.

ولو قال: ليس هذا أباك لأبيه المعروف؛ فإن قال ذلك في حالة الرّضاء أو على وجه الاستفهام.. لا يكون قذفاً، وإن كان ذلك في غضب أو على وجه التعبير.. كان قذفاً. انتهى.

ثم قيل: إن الّلائق في كلّ من هاتين المسألتين: أن لا يجب الحدّ وإن كان قذفه في الغضب؛ لجواز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه، ولا تكون أمه زانية؛ بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد، فيجوز نفي نسبه من أبيه من غير أن تكون أمّه زانية.. فلا يلزمه الحدّ؛ لأن لزومه بناء على كونه قاذفاً لأمّه بالزنا، وإذا لم يكن قاذفاً.. لا يجب الحدّ.

وأجيب: بأن هذا وجه القياس، ووجوب الحدّ فيها بالاستحسان بأثر ابن مسعود رضي الله عنه الذي ذكرناه من الحاكم الشهيد.

وأجيب أيضاً عن المسألة الأولى: بأن المراد بقوله: «لست لأبيك» أنك لست لأبيك الذي ولدت من مائه، بل مقطوع النسب منه، ويلزمه بالضّرورة: أن أمه زنت مع صاحب الماء الذي ولد هو من مائه، وهذا معنى قول صاحب «الهداية»: لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره، على ما ذكرناه آنفاً.

ورد بمنع الملازمة؛ لجواز كون أبيه زنى بأمّه نائمة أو مكرهة، فلا يثبت نسبه من أبيه، ولا يكون قاذفاً لأمّه، فالوجه في الجواب: هو الاستحسان.

وَلَا يُحَدُّ لَو نَفَاهُ عَن جدِّهِ، ....

ثم الفرق بين قوله: «لست بابن فلان» وبين قوله: «لست بابن فلان ولا بابن فلانة» حيث لا حد في القول [٦٣٨/أ] الثاني وإن قاله في الغضب مع إنّ القذف يزداد بهذا اللفّظ أن قوله: «ولا بابن فلانة» نفي عن أمّه، وإنما ينتفى عنها بانتفاء الولادة، فكان نفياً للولادة، ونفي الولادة نفي الوطء، ونفي الوطء نفي الزنا، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك؛ لأنه نفي عن الولد، وولادة الولد ثابتة من أمّه، فصار كأنه قال له: أنت ولد الزنا.

(**ولا يحدّ لو نفاه عن جدّه**)؛ لأنه صادق في كلامه.

واعلم: أنّ قوله: «لست بابن فلان» لأبيه المعروف **له معنى مجازي**: وهو معنى نفي المشابهة، **ومعنى حقيقي**: وهو نفي كونه من مائه مع زنا الأمّ به ومع عدم زناها، بل بشبهة، فهي ثلاثة معان يمكن إرادة كلّ منها على الخصوص، إلا أنهم حكموا بتحكيم الغضب وعدمه، فمع الغضب: يراد المعنى الثاني.. فيحدّ، ومع عدمه: يراد المعنى الأوّل وهو المعنى المجازي.. فلا يحدّ على ما تقدّم بيانه.

وكذلك قوله: «لست بابن فلان» لجدّه له معنى مجازّي: وهو نفي مشابهته لجدّه، ومعنيان حقيقيّان: أحدهما: نفي كونه مخلوقاً من مائه، والآخر: نفي كونه أباً أعلى له.

وهذا المعنى يصدق بصورتين: نفي كون أبيه خلق من مائه، بل زنت جدّته به، أو جاءت به بشبهة، وكلّ من هذه المعاني يصح إرادة كلّ منها.

وحالة الغضب كما عيّن المعنى الثاني في المسألة الأولى فلزمه الحدّ.. كذلك يعين في هذه المسألة المعنى الثالث الذي: «هو نفي كون أبيه خلق من مائه، بل زنت جدّته به»، فيلزم الحد أيضاً؛ لكونه قاذفاً؛ لأن هذا المعنى هو المناسب لحالة الغضب، فكيف يصح حكمهم بعدم الحد مطلقاً في هذه المسألة؟!

أَو نسبَهُ إِلَيْهِ، أَو إِلَى عَمِّهِ، أَو خَالِهِ، أَو رابِّهِ، أَو قَالَ: يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ، أَو قَالَ لعربيّ: يَا نِبطِيُّ، أَو لستَ بعربيّ.

وَيُحدُّ بِقَذْفِ الْمَيِّتِ الْمُحصنِ إِن طَالَبَ بِهِ الْوَالِدُ، أَو وَلَدُهُ ....

وهذا مما لا مخلص له، إلا أن يقال: إن في هذه المسألة إجماعاً على عدم الحدّ بلا تفصيل؛ كما أن في المسألة الأولى إجماعاً على ثبوته بالتفصيل كذا في «فتح القدير».

(أو نسبه إليه)؛ أي: إلى جدّه لأنه قد ينسب إليه مجازاً.

(أو إلى عمّه أو خاله أو رابّه) - بتشديد الباء -: من التربية، وهو زوج أمه؛ لأن كلّ واحد من هؤلاء قد يسمّى أباً وينسب إليه الولد، وقد يراد من الثالث معنى التربية أيضاً.

(أو قال: يا ابن ماء السّماء، أو قال لعربي يا نبطي، أو لست بعربي)؛ لأنه قد يراد بالأول: التشبيه في الجود والسماحة والصفاء؛ لأن ماء السّماء لقب به لصفائه وسخائه، وبالثاني والثالث: يراد التشبيه في الأخلاق.

وفي «المغرب»: النبط: جيل من الناس كانوا ينزلون سواد العراق، الواحد نبطيّ، وعن ثعلب عن ابن الإعرابي: رجل نباطي بزيادة [٦٣٨/ب] الألف، ولا تقل نبطيّ.

(ويحدّ بقذف الميّت المحصن)؛ يعني: لو قال: يا ابن الزّانية، وأمّه ميّتة.. يحدُّ **(إن طالب به الوالد)**؛ أي: ولد الميتة وإن علا، وكذا الوالدة، لما في «شرح الطحاوي».

ولو قذف ميّتاً.. وجب الحد على القاذف، وللوالدين والمولودين أن يخاصموا.

(أو ولده) وإن سفل، وما ذكرناه من أن حق المطالبة يثبت للوالد وإن علا، وللولد وإن سفل نقله صاحب «النهاية» عن الفقيه أبي الليث، وعلّلوه: بأنّ العار يلتحق بكلّ واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية، فيكون القذف متناولاً له.

وَلَو محروماً عَنِ الْإِرْثِ.

ونوقض بما إذا كان المقذوف حياً غائباً.. فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحدّه والولد إذ ذاك، فتخلف الحكم عن الدليل.

وأجيب: بأن الأصل في الباب هو المقذوف لا محالة، وغيره بمن كان بينه وبينه جزئية - من الوالد والولد - يقوم مقامه، وإنما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس عن الأصل، واليأس إنما يقع بموت المقذوف لا بغيبته، فلا يقوم غيره مقامه قبل موته.

قال في «قاضي خان»: رجل قذف ميتاً.. فلولده وولد ولده ووالده أن يأخذ القاذف بحدّه، وولد الابن وولد البنت فيه سواء في ظاهر الرواية.

ولا يأخذ بذلك أخ، ولا عمّ، ولا جدّ أب الأم، ولا أمّ الأم، ولا مولاه.

وقال محمد: لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف بحدّه.

ويجوز للأبعد من الولد أن يطالبه بالحدّ مع بقاء الأقرب، فيكون لابن الابن أن يطالبه بالحدّ وإن كان الابن حيّاً عندنا.

وقال زفر: ليس للأبعد حق الطلب مع وجود الأقرب، وليس لوصي الميت أن يطالبه، ولو كان الوالد أو الولد عبداً أو كافراً أو ذمياً أو قاتلاً للمقذوف.. له أن يطالب القاذف بالحدّ إذا كان المقذوف حرّاً مسلماً. انتهى.

(ولو) - وصلية - **(محروماً عن الإرث)**؛ لأن العار إنما يلحقهم بسبب الجزئية لا بسبب الإرث.

وقال الشافعي: ولا يثبت حقّ المطالبة بالقاذف إلّا للوارث، حتّى لا يكون لابنه الكافر والعبد وأولاد بنيه المطالبة به؛ بناء على أن الغالب في القذف حق العبد عنده فيورث.

وعندنا: حق اليد غالب، وتنوب الخصومة للعبد باعتبار ما لحقه من الشان والعار؛ كحد السرقة؛ فإنه حق الله تعالى، ولصاحب المال الخصومة باعتبار المال.

وَكَذَا ولدُ الْبِنْتِ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَلَا يُطَالِبُ ولدٌ أَبَاهُ، وَلَا عبدٌ سَيِّدَهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ.

ثم عن الشافعي فيمن يرثه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يرثه جميع الورثة.

والثاني: يرثه غير الوارث بالزوجية.

والثالث: يرثه ذكور العصبات لا غيرهم.

(**وكذا ولد البنت**)؛ [٦٣٩/أ] أي: في ظاهر الرّواية عنهم على ما ذكرناه عن «قاضي خان».

(**خلافا لمحمّد**)؛ أي: في غير ظاهر الرّواية، ووجهه: أنّ ولد البنت منسوب إلى أبيه لا إلى أمّه، فلا يلحقه العار بزنا أب أمّه.

قلنا: النسب يثبت من الطرفين، فيلحقه العار بهذا القذف.

(**ولا يطالب ولد أباه**) أو جدّه وإن علا، (**ولا عبد سيّده بقذف أمه**)؛ أي: أمّه الحرّة المسلمة، وكذا لا تطالب أمّه وجدته وإن علت بقذف نفسه؛ لأن الأب والأمّ وإن علا.. لا يعاقب بسبب الولد، ولا السيد بسبب عبده، حتّى سقط القصاص بقتلهما بقوله ﷺ: «لا يقاد الوالد بولده، ولا السيّد بعبده»؛ فلمّا لم يجب القصاص، والمغلب فيه حق العبد، وسببه متيقن به وهو القتل عمداً.. فلأن لا يجب حدّ القذف والمغلب فيه حق الله تعالى، وسببه وهو القذف: غير متيقن به؛ لجواز أن يكون صادقاً فيما رماه به.. أولى.

ولو كان لزوجته التي ماتت، وقال لولدها بعد موتها: يا ابن الزانية ولد آخر من غيره.. كان لذلك الولد حقّ المطالبة بالإجماع؛ لأن لكلّ من ولدي تلك المرأة حقّ الخصومة، إلّا أنه ظهر في أحدهما مانع - أعني: الأبوة - ولم يظهر في حقّ الآخر.. فيعمل المقتضي عمله في الآخر؛ إذ لا مانع من عمله.

وَيَبْطلُ بِمَوْتِ الْمَقْذُوفِ ....

ولو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفى أحدهم.. كان للآخر المطالبة به؛ لقيام المقتضي وانتفاء المانع في حق الآخر، بخلاف عفو أحد مستحقي القصاص؛ فإنه يمنع استيفاء الآخر؛ لأن القصاص حقّ واحد للميت موروث للوارثين؛ فبإسقاط أحدهما بالعفو.. لا يتصور بقاؤه؛ لأن القتل الواحد لا يتصور تجزؤه.

أما ههنا.. فالحق في الحد لله تعالى، ولكل واحد ولاية المطالبة به، فلا يبطل بإسقاط أحدهما.

(**ويبطل**) الحدّ (**بموت المقذوف**).

وقال الشافعي: لا يبطل.

ولو مات بعدما أقيم بعض الحدّ.. بطل الباقي عندنا، خلافاً للشافعي؛ بناء على أنه يورث عنده فيرث الوارث الباقي.. فتقام له.

وعندنا: لا يورث.

ولا خلاف بيننا وبينه أنّ فيه حق الشرع وحق العبد؛ فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف، وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص، فهذا يدل على أنه حقّ العبد.

ثم علم أنه شرع زاجراً، ولهذا سمّي حدّاً، والمقصود من شرع الزواجر كلّها: إخلاء العالم عن الفساد، وهذا يدل على أنه حق الشرع؛ إذ لم يختصّ بهذا إنسان دون غيره وبكل من الحقين شواهد من الأحكام:

فمن حيث إنه حق العبد.. شرطت الدعوى في إقامته، ولم تبطل [٦٣٩/ب] الشهادة عليه بالتّقادم، ويجب على المستأمن، ويقيمه القاضي بعلمه إذا علمه في أيّام قضائه، وكذا لو قذفه بحضرة القاضي.. حدّه، وإن علمه القاضي قبل أن يستقضى، ثم وُلّي القضاء.. ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده.

ويقدم استيفاؤه على حدّ الزنا والسّرقة والشرب إذا اجتمعن.

لَا بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ.

وَلَا يَصِحُّ الْعَفوُ وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنهُ.

ولا يصحّ الرّجوع عنه بعد الإقرار به.

ومن حيث إنه حق الله تعالى.. لا يباح القذف بإباحته، ويستوفيه الإمام دون المقذوف - بخلاف القصاص - ولا ينقلب مالاً عند سقوطه، ولا يحلف فيه القاذف، وينتصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقّاً لله تعالى، ولا يؤخذ منه كفيل إلى أن يثبت، ولا يورث، ولا يصح فيه العفو، ولا يجوز الاعتياض عنه، ويجري فيه التداخل، ويشترط فيه إحصانه، وإذا تعارض فيه الحقان.. كان المغلب فيه حق الله تعالى عندنا.

وعند الشافعي: حق العبد لحاجته، وغنى الشرع.

ونحن صرنا إلى ترجيح حق الشرع؛ لأن ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه، فيصير حق العبد مرعيًا بتعليب حق الشرع، لا مهدراً، ولا كذلك عكسه؛ لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلّا بجعله ثابتاً من الشرع في الاستيفاء، وذلك لا يجوز إلّا بدليل ينصبه الشرع على إنابة العبد في الاستيفاء، ولم يثبت ذلك، بل الثابت: استنابة الإمام حتى كان هو الّذي يستوفيه كسائر الحدود التي هي حقه تعالى.

ومن هنا قال الشافعي: إن حد القذف يورث.

وقلنا: لا يورث؛ إذ الإرث إنما يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى.

(لا بالرجوع عن الإقرار)؛ لأن للمقذوف فيه حقّاً، فيكذبه في رجوعه، فلا يقبل رجوعه، بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى؛ إذ لا مكذب له فيه.

(ولا يصح العفو)؛ أي: عفو المقذوف **(ولا الاعتياض)**؛ أي: أخذ العوض **(عنه)**؛ أي: عن حد القذف، وهذا عندنا.

وَلَو قَالَ: زَنَأْتِ فِي الْجَبَلِ، وعنى بِهِ الصعُودَ.. حُدَّ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَإِن قَالَ يَا زاني وَعكس حُدَّا.

وَلَو قَالَ لَهُ: لامْرَأَتِهِ وعَكَسَت.. حُدَّتْ، وَلَا لِعانَ.

وقال الشافعي: يجوز العفو والاعتياض عنه؛ بناء على ما مر: «من أن حق العبد غالب فيه عنده، وحق الله تعالى غالب عندنا».

(ولو قال: زنأت في الجبل، وعنى به الصعود.. حدّ، خلافاً لمحمد)؛ لأن المهموز منها حقيقة في الصعود، وذكر الجبل يقرره.

ولهما: إنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً، وحالة الغضب والسّباب تعين الفاحشة مراداً؛ بمنزلة ما قال: «زنأت»، وذكر الجبل إنما يعيّن الصّعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة «على»؛ إذ هو المستعمل فيه.

وكذا لو قال: [٦٤٠/أ] زنأت على الجبل؛ قيل: لا يحد، وقيل: يحدّ أيضاً لما ذكرناه.

(وإن قال) لآخر: **(يا زاني، وعكس)** الآخر عليه بأن قال: لا، بل أنت **(.. حدّا)**؛ لأن معناه: «بل أنت زان»، بقرينة العطف، فصارا بذلك قاذفان، فيحدّان إذا طالب كلّ منهما الآخر، وأثبت كلّ منهما ما طلب به عند القاضي؛ لأنه بعد الإثبات عند القاضي لا يتمكن كلّ منهما العفو؛ لكونه حقّ الله تعالى.. فيحدّان بالضرورة.

بخلاف ما لو قال له مثلاً: يا خبيث، فقال: أنت، تكافأا، ولا يعزر كلّ منهما للآخر؛ لأن التعزير حقّ الآدمي، وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر عليه.. فتساقطا.

(ولو قال لامرأته)؛ أي: يا زانية **(وعكست)** امرأته بأن قالت: لا بل أنت **(.. حدّت)** المرأة **(ولا لعان)**؛ لأنهما قاذفان، وقذفه يوجب اللعان، وقذفها يوجب الحدّ، وفي البداية بالحدّ إبطال اللّعان؛ لأن المحدود في القذف ليس بأهل له، ولا

وَلَو قَالَت: زَنَيْتُ بكَ.. بَطلَ الْحَدُّ أَيْضاً.

إبطال في عكسه أصلاً، فيجب حدّ القذف على المرأة ابتداء؛ احتيالاً لدرء اللعان؛ لأنه في معنى الحدّ..

والأصل ههنا: أنّ الحدين إذا اجتمعا، وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر.. وجب تقديمه؛ احتيالاً للدرء، واللّعان قائم مقام الحد فهو في معناه، وبتقديم حدّ المرأة.. يبطل اللّعان؛ لأنها تصير محدودة في قذف، واللعان لا يجري بين المحدودة في قذف وبين زوجها؛ لأنها شهادة، ولا شهادة للمحدود في قذف، وبتقديم اللعان.. لا يسقط حد القذف عنها؛ لأن حدّ القذف يجري على الملاعنة، ولهذا: لو قال لها: يا زانية بنت الزانية، فخاصمته الأم، فحدّ.. سقط اللعان؛ لأنه شهادة.

ولو خاصمته المرأة أوّلاً.. لاعن القاضي بينهما؛ فإذا خاصمته الأم بعده.. حدّ للقذف، فقدم الحدّ درءاً للعان الذي هو في معناه.

(ولو قالت: زنيت بك)؛ أي: في جواب قوله لها: «يا زانية» (.. **بطل الحدّ أيضاً**)؛ أي: كاللعان؛ لوقوع الشك في كلّ من الحد واللعان؛ لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح، فيجب حدّ الزنا عليها؛ لتصديقها إياه في نسبتها إلى الزنا، وانعدام التصديق من الزوج.

ويحتمل: أنها أرادت زناي هو الذي كان معك بعد النكاح؛ لأني مكنت أحداً غيرك، وهذا هو المراد في مثل هذه الحالة؛ لأنه كلام يجري بين الزوجين في العادة مجرى مجاز المشاكلة وقت فرط غيظها إياه بإطلاق تلك الكلمة؛ مثل: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾؛ فإن فعلها مع الزوج بعد النكاح ليس زنا؛ كما أن الجزاء ليس سيئة [٦٤٠/ب]، ولكن أطلق عليه اسم للمشاكلة حين ذكر معه.

وعلى هذا الاحتمال.. لا حدّ عليها؛ لأنها لم تقذفه، ويجب اللّعان؛ لأنه قذف زوجته.

وَإِن أَقرَّ بِولدٍ ثمَّ نَفَاهُ.. يُلَاعِنُ.

وَإِن عكسَ.. حُدَّ وَالْولدُ لَهُ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَلَا شَيْءَ إِن قَالَ: لَيْسَ بَابني وَلَا بِابْنكِ.

وَلَا حدَّ بِقَذْفِ امْرَأَةٍ لَهَا ولدٌ لَا يُعلَم لَهُ أَبٌ، ....

فعلى تقدير: يجب الحدّ دون اللّعان، وعلى تقدير: يجب اللّعان دون الحدّ، والحكم بتعيين أحد التقديرين بعينه متعذر، فوقع الشك في كلّ من وجوب الحد واللّعان.. فلا يجب واحد منهما بالشكّ.

(وإن أقرّ بولد، ثم نفاه.. يلاعن)؛ لأن النسب لزمه بإقراره، وبالنفي بعده صار قاذفاً لزوجته فيلاعن.

(وإن عكس)؛ أي: إن نفاه، ثم أقر (.. **حدّ**)؛ لأنه لما أكذب نفسه بالإقرار بعد النفي.. بطل اللعان؛ لأنه حدّ ضروري صير إليه ضرورة التكاذب بينهما، والأصل فيه: حدّ القذف؛ فإذا بطل التكاذب.. يصار إلى الأصل، فيحدّ الرجل.

(والولد له في الوجهين)؛ لأنه أقر به أولاً في الأول وثانياً في عكسه.

فإن قيل: إن سبب اللعان ههنا هو نفي الولد لا غير؛ فإذا لم ينتف الولد.. كيف يجب اللعان ههنا، مع أن انتفاء السّبب يستلزم انتفاء المسبب؟!

أجيب: بأنه ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب، ألا ترى أنه لو نفاه بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة.. فإنه يلاعن، ولا يقطع النسب، فيصح اللعان به بلا قطع النسب؛ كما يصح بلا ولد أصلاً؛ بأن قذفها بالزنا ولا ولد.. فإنه يلاعن، ولا ولد هناك يقطع نسبه؟!

(ولا شيء) من الحد واللّعان **(إن قال: ليس بابني، ولا ابنك)**؛ لأنه أنكر الولادة أصلاً، فيكون إنكاراً للزنا، بل هو إنكار الوطء، فلا يجب بمثله حدّ ولا لعان، ولهذا لو قال لأجنبي: لست بابن فلان ولا فلانة وهما أبواه.. لا يجب عليه شيء.

(ولا حدّ بقذف امرأة لها ولد لا يعلم له أب)؛ لأن الموجب للحدّ قذف

أَو لاعنت بِولدٍ، ....

المحصنة، والعفة عن الزنا شرط من شرائط الإحصان، وتمكنت الشبهة في عفّتها عن الزنا؛ لأن الولد الذي ليس له أب معروف.. يعرف من الزنا ظاهراً، فقد تمكن في إحصانها شبهة العدم، والحد يسقط بشبهة، ولا فرق بين أن يكون الولد حياً أو ميتاً وقت القذف؛ لأن هذه الشبهة لا تزول بموت الولد، بل تتفرد كما كان، ولا تخرج هي من أن تكون والدة له بموته.

والمراد بعدم معرفة أب الولد: عدم معرفته في بلد القذف لا في كل البلاد، على ما صرّح به في «البحر».

ويؤيده: ما نقل عن «الجامع الصغير»: امرأة تقدم في بعض البلاد ومعها أولاد لا يعرف لهم أب، فقال لها رجل: يا زانية.. لا يحدّ. [٦٤١/أ]

(**أو لاعنت بولد**)؛ أي: ولا حدّ بقذف امرأة تلاعنت بسبب نفي الولد؛ لأن سبب الحدّ: النّفي عن الملاعن بقضاء القاضي بقطع نسب الولد، فتحقق في جانبها علامة الزّنا، وهو قيام ولد لا أب له ظاهراً، ولا فرق أيضاً بين أن يكون الولد حيّاً أو ميّتاً؛ لعدم زوال هذه الشبهة بموته، ولكنه لا بدّ أن يقطع القاضي نسب الولد منه في عدم وجوب الحد على قاذفها، حتى لو لاعنت بولد ولم يقطع القاضي النسب.. وجب الحد على قاذفها. على ما في «البحر».

ولو قذف رجل هذا الولد بعد قطع القاضي نسبه منه.. يحدّ.

وكذا لو قذف ولد الزنا.. فإنه يحدّ، على ما في «فتح القدير».

ولا بد أن يكون اللّعان باقياً على ما أشار إليه بقوله: «لاعنت»، حتى لو بطل اللّعان بإكذاب الزوج نفسه وادّعى الولد بعد اللّعان؛ فحدّ أو لم يحدّ حتّى مات، فثبت نسب الولد منه، فقذفها بعد ذلك رجل آخر أو الزوج قبل موته.. حدّ القاذف؛ لزوال التهمة والإكذاب وثبوت النسب منه.

بِخِلَافِ منَ لاعنت بِغَيْرِهِ.

وَلَا بِقَذْفِ رجلٍ وَطِئَ حَرَاماً لعَيْنِهِ كوطءٍ فِي غيرِ ملكِهِ مِن كلِّ وَجهٍ، أَو من وَجهٍ كوطءِ أمةٍ مُشْتَرَكَةٍ أَو مَمْلُوكَةٍ حُرِّمَتْ أبداً؛ كأَمتِهِ الَّتِي هِيَ أُخْتُهُ رضَاعاً.

وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادّعى الولد وأكذب نفسه وهو ينكر.. يثبت النسب منه، ويحد قاذفها بعد ذلك؛ لأنها خرجت عن صورة الزواني.

ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه.. حدّ؛ لأن الثّابت بالبيّنة كالثابت بإقرار الخصم أو بمعاينة الوجه.

(**بخلاف من لاعنت بغيره**)؛ أي: بغير نفي الولد.. فإنه يحدّ قاذفها؛ لعدم أمارة الزنا حينئذ؛ لأن اللعان قائم مقام حد القذف في جانب الزوج، فكان مؤكّداً لعفتها.

فإن قيل: إن اللعان في جانبها قائم مقام الزنا على ما مر، فكانت كالمحدودة بحدّ الزنا، فلا يحدّ قاذفها.

أجيب: بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة على الزوج لا بالنسبة إلى غيره، فهي محصنة بالنسبة إلى غيره، ألا ترى أن اللعان في حق الزوج قائم مقام حد القذف بالنسبة إلى زوجته، لا بالنسبة إلى غير زوجته، حتى قلنا: إن شهادته مقبولة، ولو كان محدوداً في حق الكلّ.. لما قبلت شهادته.

(**ولا بقذف رجل وطئ حراماً لعينه كوطء في غير ملكه من كل وجه**) كوطء الأجنبية.

(**أو من وجه كوطء أمة مشتركة**) بينه وبين غيره.

(**أو مملوكة حرمت**) عليه (**أبداً؛ كأمته التي هي أخته رضاعاً**) فهذه الثلاثة حرام لعينه، والقاذف لا يحدّ فيها؛ لفوات شرط الإحصان وهي العقد، ولأن القاذف صادق فيما رماه؛ لأن الزنا هو الوطء الحرام [٦٤١/ب] لعينه، وقد وجد ذلك منه.

وَلَا بِقَذْفِ مُسلمٍ زنى فِي كُفرِهِ، أَو مكَاتَبٍ وَإِن مَاتَ عَن وَفَاءٍ.

وقال الكرخي ومالك والشافعي: وطء الأمة التي هي أخته رضاعاً.. لا يسقط إحصانه؛ كامرأته الحائض؛ لقيام ملكه فيها.

قلنا: لمّا ثبتت الحرمة المؤبّدة.. انتفى الحلّ؛ للتنافي بينهما، وقيام الملك لا يوجب الحكم إلّا في محلّ قابل له، والمحلّ ليس بقابل للحلّ ضرورة ثبوت الحرمة المؤبّدة.

وشرط أبو حنيفة في ثبوت حدّ القذف للواطىء في الحرمة المؤبدة: كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع؛ كموطوءة الأب بالزنا، أو بملك النكاح، أو ملك اليمين؛ فإذا اشتراها أو نكحها ابنه فوطئها.. لا يحدّ قاذفه.

وكذا لو زنى بامرأة، ثم اشترى أمّها أو بنتها أو تزوّجها فوطئها.. فإنه حرام لعينه بالإجماع أو بالحديث المشهور؛ كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود.. فإنها ثابتة بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود» وهو حديث مشهور.

وكحرمة وطء أمته التي هي أخته أو خالته أو عمته من الرضاع؛ لقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع: ما يحرم من النسب»؛ فإنه مشهور.

ومن الحرام لعينه: وطء جارية ابنه، والمنكوحة نكاحاً فاسداً، والأمة المستحقة، والمكره والمكرهة على الزنا؛ فإن الإكراه لا يخرج الفعل من أن يكون زنا، وإنما يسقط الإثم.

(**ولا بقذف مسلم زنى في كفره**)؛ لتحقق الزنا من الكافر شرعاً؛ ذميّاً أو حربياً، وإن كان الإثم قد ارتفع بإسلامه؛ لانعدام الملك.. فهل يأثم الكافر بالزنا؟

قلنا: نعم؛ لأن الزنا حرام في جميع الأديان، ولأن الكفار مخاطبون بالمعاقبات.

(**أو مكاتب**)؛ أي: لا حدّ بقذف مكاتب (**وإن**) - وصلية - كان (**مات عن وفاء**) لتمكن الشبهة في حرّيته؛ لأن الصحابة اختلفوا في موته حراً أو عبداً.. فأورث شبهة، والإحصان لم يكن ثابتاً بالشبهة.

وَيحدُّ بِقَذْفِ مَن وَطِئَ حَرَاماً لغيرِهِ؛ كمن وَطِئَ أَمَتَهُ الْمَجُوسِيَّةَ، أَوِ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، وَكَذَا وطءُ مُكَاتَبَتِهِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَيُحدُّ مَن قذفَ مُسلماً كَانَ قد نكحَ مَحرَمَهُ فِي كُفرِهِ، خلافاً لَهما.

وَيُحدُّ مستأمنٌ قذفَ مُسلماً فِي دَارِنَا.

(**ويحد**) من قذف (**بقذف من وطئ حراماً لغيره؛ كوطء أمته المجوسية**)، أو أمته المزوجة، أو في عدة الغير.

وكذا إذا اشترى أمة شراء فاسداً، أو كانت في ملكه أمتان أختان فوطئهما أو إحداهما؛ فإن وطأها حرام لغيره.

(**أو امرأته وهي حائض**)، أو امرأته التي ظاهر منها، أو أحرمت، أو كانت صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها.

(**وكذا وطء مكاتبته**)؛ لأن حرمتها لما كانت لمعنى يحتمل زواله - لأن المجوسية والحيض والكتابة وغيرها مما ذكرناه يحتمل الزّوال - فلم يكن وطؤها زنا؛ لأن الزنا: هو الوطء الحرام لعينه لا يحتمل الزوال.

(**خلافا لأبي يوسف**)؛ فإنه قال وطء مكاتبته يسقط الإحصان؛ لزوال ملكه في حقّ الوطء، ولهذا يلزمه العقر بالوطء.

قلنا: ملك الذات باق، والحرمة لغيره.. فلا يكون زنا.

(**ويحدّ من قذف مسلماً كان** [٦٤٢/أ] **قد نكح محرمه في كفره**) هذا عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**)؛ بناء على أنّ تزوج الكتابي محارمه له حكم الصحة عنده، خلافاً لهما على ما مرّ في باب النكّاح.

(**ويحدّ مستأمن قذف مسلماً في دارنا**)؛ لأن فيه حقّ العبد، وقد التزم بقاء حقوق العباد، وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً: إنه لا يحدّ؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالى فصار كسائر الحدود، ثم رجع إلى وجوب الحدّ؛ لما ذكرناه.

وَيَكْفِي حدٌّ لجناياتٍ اتَّحدَ جِنْسُهَا، ....

(**ويكفي حدّ لجناياتٍ اتحد جنسها**)؛ كمن زنى غير مرة، أو قذف غير مرّة، أو شرب غير مرّة فحدّ مرّة.. يكفي لذلك كله؛ لأن التّداخل أنسب في العقوبات؛ لحصول المقصود بمرّة.

ثم لا فرق في هذا: بين أن يكون قذف واحداً غير مرّة، أو قذف جماعة بكلمة واحدة؛ كقوله: أنتم زناة، أو بكلمات كأن يقول: يا فلان أنت زان وفلان زان، حتّى إذا حضر واحد منهم فادّعى وحدّ لذلك، ثم حضر آخر فادّعى أنه قذفه.. لا يحدّ إذا كان بقذف قبل أن يحدّ؛ لأن حضور بعضهم للخصومة كحضور كلّهم.. فلا يحدّ ثانياً إلّا بقذف آخر مستأنف.

وحكي أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لشخص: «يا ابن الزانيين» فحدّه حدّين في المسجد، فبلغ أبا حنيفة، فقال: يا للعجب لقاضي بلدنا أخطأ في مسألة واحدة في خمسة مواضع:

الأوّل: أخذه بدون طلب المقذوف.

والثّاني: أنه لو خاصم.. وجب حدّ واحد.

والثالث: أنه إن كان الواجب عنده حدّين.. ينبغي أن يتربّص بينهما يوماً أو أكثر حتى يخف ألم الضرب الأوّل.

والرابع: ضربه في المسجد.

والخامس: ينبغي أن يتعرف أن والدية في الأحياء أو لا؛ فإن كانا خصمين.. لهما، وإلّا.. فالخصومة للابن.

ومن فروع التداخل: أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً، ثم قذف آخر.. لا يضرب إلّا بذلك السّوط الواحد للتداخل؛ لأنه اجتمع الحدّان؛ لأن كمال الحد الأوّل بالسوط الّذي بقي.

وإذا قذف عبد فأعتق، ثم قذف آخر، فأخذه الأوّل فضرب أربعين، ثم أخذه

لَا إِنِ اخْتلفَ.

الثاني؛ قالوا: يتم له ثمانين؛ لأن الأربعين وقع لهما، فيبقى للباقي أربعين.

ولو قذف الآخر قبل أن يأتي به.. فالثمانون يكون لهما جميعاً، ولا يضرب ثمانين مستأنفاً كما في «البحر».

ثم قال نقلاً عن «المحيط»: رجل شرب الخمر فضرب بعد الحدّ، ثم هرب، ثم شرب ثانياً.. ضرب حدّاً مستقلاً، وكذا لو ضرب الزاني بعض الحد، ثم هرب وزنى بأخرى.

ولو ضرب القاذف بعض الحدّ فهرب، ثم قذف آخر، ثم قدم إلى القاضي.. ينظر، إن حضر المقذوف [٦٤٢/ب] الأول والثاني جميعاً.. يكمل الأول ويسقط الثاني؛ لأنه يتداخل، وإن حضر الثاني دون الأوّل.. يضرب جلداً مستقلاً للثاني ويبطل الأوّل؛ لأنه أمكن إقامة الحد للثاني لوجود دعواه، ولا يمكن إقامته للأوّل؛ لعدم دعواه. انتهى.

فظهر منه: أنّ ما تقدّم من قولهم: «لا يضرب إلا بذلك السوط الواحد».. محمول على ما إذا حضر المقذوفان جميعاً.

(**لا إن اختلف**) كمن زنى وقذف أو شرب؛ لأن المقصود من كلّ جنس غير المقصود من الآخر؛ **لأن حدّ الزنا** لصيانة الأنساب، **وحدّ السرقة** لصيانة الأموال، **وحدّ الشرب** لصيانة العقول، **وحدّ القذف** لصيانة الأعراض.. فلا تتداخل، بل يقام عليه الكل، لكنه لا يوالى بينها؛ خيفة الهلاك، بل ينظر حتّى يبرأ من الأول.

فمن اجتمع فيه حدّ القذف والزنا والشرب والسرقة.. يبدأ بحدّ القذف أولاً؛ لأن فيه حقّ العبد، ثم الإمام بالخيار، إن شاء بدأ بحد الزّنا، وإن شاء بالقطع لاستوائهما في القوة؛ لأنهما ثابتان بالكتاب، ويؤخر حدّ الشرب؛ لأنه أضعف منهما، ولو كان مع هذا جراحة يوجب القصاص.. بدأ بالقصاص؛ لأنه حق العبد، ثم حد القذف، ثم الأقوى فالأقوى.

* * *

(فصلٌ فِي التَّعْزِيرِ)

(فَصْلٌ فِي التَّعْزِير)

لمّا فرغ من بيان الحدود المقدّرة بالنصوص القاطعة.. أتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار.

قال في «المصباح» و«المغرب»: **التعزير**: التأديب دون الحد، وهذا معناه الشرعي، وأما ما في «ضياء الحلوم» من أنه ضرب دون الحد: فتأديب.. فهو معناه اللغوي؛ لأنه في الشرع لا يختص بالضرب، بل قد يكون بالضرب، وقد يكون بالحبس، وقد يكون بالصفع: وهو أن يبسط الرجل كفّه فيضرب بها قفاء الإنسان أو بدنه - على ما في «المصباح» - وقد يكون بتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس، وقد يكون بالإعلام.

وفي «الزيلعي»: وليس في التعزير شيء مقدّر، وإنما هو مفوّض إلى رأي الإمام على ما تقتضيه جنايتهم؛ فإن العقوبة تختلف باختلاف الجناية.

وهكذا ذكره الإمام السرخسي وقال: إنه مفوّض إلى رأي القاضي؛ لأن المقصود منه الزجر، وأحوال النّاس فيه مختلفة.

وذكر في «الشافعي» و«النهاية»: التعزير على مراتب:

تعزير أشراف الأشراف - وهم العلماء والعلوية - بالإعلام، وهو أن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا، فينزجر به.

وتعزير الأشراف - وهم الأمراء والدهاقين -: بالإعلام والجّر [٦٤٣/أ] إلى باب القاضي والخصومة في ذلك.

وتعزير الأوساط - وهم السوقيّة -: بالإعلام والجرّ والحبس.

وتعزير الأخسة: بهذا كلّه وبالضرب. انتهى.

وهل يجوز التعزير بالقتل؟

ففي «الزيلعي»: وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلاً مع امراة.. يحلّ له قتله؟

قال: إن كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح.. لا، وإن علم أنّه لا ينزجر إلّا بالقتل.. حلّ له القتل، وإن طاوعته المرأة.. حلّ له قتلها أيضاً.

وفي «المنية»: رأى رجلاً مع امرأة فيزني بها أو مع محرمة وهما مطاوعتان.. قتل الرّجل والمرأة جميعاً. انتهى.

فقد أفاد الفرق بين الأجنبية والزوجة والمحرم.. ففي الأجنبية: لا يحلّ القتل إلا بالشرط المذكور، وهل يجوز بأخذ المال؟!

لم يذكره محمّد.

وقد قيل: روي عن أبي يوسف: إنّ التعزير من السلّطان بأخذ المال جائز على ما في «الظهيرية».

وفي «الخلاصة»: سمعت عن ثقة: أن التعزير بأخذ المال جائز إن رأى القاضي أو الوالي ذلك.

ففي جملة ذلك: رجل لا يحضر الجماعة.. يجوز تعزيره بأخذ المال. انتهى.

وفي «البزازية»: إنّ معنى التعزير بأخذ المال على القول به: إمساك شيء من ماله عنه مدّة لينزجر، ثم يعيده الحاكم إليه، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوّهمه الظلمة؛ إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعيّ.

وفي «شرح الآثار»: التعزيز بالمال كان في ابتداء الإسلام، ثم نسخ.

وفي «البحر»: إن المذهب عدم التعزير بأخذ المال، وأما التعزير بالشتم.. فمشروع، ولكنه بعد أن لا يكون قاذفاً، ثم قال فيه: لكلّ مسلم إقامة التعزير حال مباشرة المعصية، وأما بعد الفراغ منها.. فليس ذلك لغير الحاكم.

واعلم: أنّ التعزير حق العبد كسائر حقوقه، يجوز فيه: الإبراء، والعفو، والشهادة

يُعَزَّرُ مَن قذفَ مَمْلُوكاً، أَو كَافِراً بالزِّنا، أَو مُسلماً.

بـ: «يا فَاسِقُ، يَا كَافِرُ، يَا خَبِيثُ، يَا لصُّ، يَا فَاجرَ، يَا مُنَافِقُ، يَا لوطيُّ يَا من يلْعَب بالصِّبيانِ، يَا آكلَ الرِّبَا، يَا شَارِبَ الْخمرِ، يا ديُّوثُ، يَا مخنَّثُ، يَا خائنُ، يَا ابْنَ القحبةِ، يَا ابْنَ الْفَاجِرَةِ، يَا زنديقُ، يَا قرطبانُ، يَا مأوى الزواني، أَو اللُّصُوصِ، أَو يَا حرَام زَاده».

على الشهادة، ويجري فيه اليمين والتكفيل. كذا في «قاضي خان».

(**يعزر من قذف**)؛ أي: بالمواجهة؛ لأنه لو قذف في غيبته.. لا يعزّر كما في فتاوى مشايخ الإسلام.

(**مملوكاً**) عبداً أو أمة أو أمّ ولد، (**أو كافراً بالزنا**)؛ لأنه جناية قذف، وقد امتنع وجوب الحدّ؛ لعدم الإحصان.. فوجب التعزير، قيده بالزنا.

وكذا يعزر المسلم بشتم الذمي بغير الزنا؛ كما صرّح به في «التاتارخانية»؛ حيث قال: يعزر المسلم إذا شتم الذمي. انتهى.

(**أو** قذف (**مسلماً**) بغير الزنا؛ أعني: (**بيا فاسق، يا كافر، يا خبيث، يا لصّ، يا فاجر، يا منافق** [٦٤٣/ب] **بالوطي، يا من يلعب بالصّبيان، يا آكل الرّبا، يا شارب الخمر، يا ديّوث، يا مخنث، يا خائن، يا ابن القحبة**)؛ أي: الفاجرة كذا في «المصباح».

(**يا ابن الفاجر، يا زنديق، يا قرطبان**): وهو الذي يرى مع امرأته أو محرمه رجلاً فيدعه خالياً بها.

وقيل: هو المسبب للجمع بين اثنين لأمر غير محمود.

وقيل: هو الّذي يبعث امرأته مع غلام بالغ، أو مع مزارعه إلى الضيعة، أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته. كذا في «الزيلعي».

(**يا مأوى الزواني أو اللصّوص، أو يا حرام زاده**)؛ لأنه ألحق بها الشان، ولا مدخل للرأي في الحدود.. فوجب التعزير، والرأي فيها إلى الإمام.

بخلاف ما إذا قذف مملوكاً أو كافراً بالزنا؛ لأنه يبلغ فيه التعزير غايته؛ لأنه من جنس ما يجب فيه الحدّ - وهو الرمي بالزنا - فتكون الجناية فيه أبلغ، فيعزّر فيه بأبلغ تعزير.

واعلم: أنّ وجوب التّعزير بهذه الألفاظ مقيّد بعجز القائل عن إثبات ما قاله؛ لما قال في «المحيط»: ولو قال له: يا فاسق يا فاجر يا مخنث يا لص، والمقول له: فاسق أو فاجر أو لص.. لا يعزر؛ لأنه صادق في إخباره، فلا يكون فيه إلحاق الشان به، بل الشان كان ملحقاً به.

ولما في «فتح القدير»: إنما يجب التعزير فيمن لم يعلم اتصافه به؛ أما من علم اتصافه.. فإن الشان قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل.

ولما في «القنية»: قال له: يا فاسق، ثم أراد أن يثبت بالبينة فسقه ليدفع التعزير عن نفسه.. لا تسمع بينته؛ لأن الشهادة على مجرّد الجرح والفسق لا تقبل، بخلاف ما إذا قال: يا زاني، ثم أثبت زناه بالبينة.. تقبل؛ لأنه متعلق الحدّ، ولو أراد إثبات فسقه ضمناً لما تصح فيه الخصومة؛ كجرح الشهود إذا قال رشَوْته بكذا فعليه ردّه.. تقبل البينة، فكذا هذا. انتهى.

وظهر منه: أن إثباته مجرّد فسقه لا يكفي في إيجاب التعزير، بل لا بدّ من إثبات فسق معيّن.

وقال في «البحر»: إنّ ما ذكره صاحب «القنية» فيما إذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه، وأما إذا بيّنوه بما يتضمن إثبات حق الله تعالى أو للعبد.. فإنها تقبل؛ كما إذا قال له: يا فاسق فلمّا رفع إلى القاضي ادّعى أنه رآه قبّل امرأة أجنبية أو عانقها أو خلا بها أو نحو ذلك، ثم أقام رجلين شهدا أنهما رأياه فعل ذلك.. فلا شك في قبولها وسقوط التعزير عن القائل؛ لأنها تضمنت إثبات حق الله تعالى - وهو التعزير - على القائل؛ لأن حقّ الله تعالى لا يختص بالحدّ، بل أعم منه ومن التعزير، وكذلك يجري هذا في جرح الشاهد [٦٤٤/أ] بمثله وإقامة البينة عليه، وينبغي على

لَا بـ: «يا حمَارُ، يَا كلبُ،..........................

هذا للقاضي أن يسأل الشّاتم عن سبب فسقه؛ فإن بيّن سبباً شرعيّاً.. طلب منه إقامة البينة عليه. انتهى.

ثـم اعلـم أنّ وجوب التعزير بالشتم لا يختص بصورة النداء، بل يجب أيضاً بصورة الإخبار؛ كما إذا قال: أنت فاسق، أو فلان فاسق ونحوه؛ لما قال في «القنية»: إذا قال: يا منافق، أو أنت منافق.. يعزر.

وفي «شرح الطحاوي»: والأصل في وجوب التعزير: أنّ كلّ من ارتكب حرمة أو آذى مسلماً بغير حقّ بقوله أو فعله.. وجب عليه التعزير، إلا إذا كان الكذب ظاهراً؛ كقوله: يا كلب. انتهى.

وفي «الأشباه»: من آذى غيره بقول أو فعل.. يعزر ولو بغمز العين.

وفي «التاتارخانية»: موجبات التعزير: الزهد البارد كتعريف نحو تمرة.

(لا بِـ «يا حمار، يا كلب»).

وفي «قاضي خان»: لو قال لغيره: يا كلب.. ذكرنا أنه لا يعزر.

وعن الفقيه أبي جعفر: أنه يعزر؛ لأنه يعدّ شتيمة في عرفنا، والصحيح: أنه لا يعزر؛ لأنه كاذب قطعاً، فلا يلحق المقذوف شان بكلامه.

وفي قوله: يا حمار، يا خنزير، يا بقر.. ذكرنا أنه يعزر، وهو رواية «الأمالي» عن أبي يوسف، وفي رواية محمد: أنه لا يعزر؛ لما قلنا في الكلب، وهو الصحيح. انتهى.

قال ابن كمال الوزير: والضابط في هذا: أنه إن نسبه إلى فعل اختياري يحرم في الشرع ويعدّ عاراً في العرف.. يجب التعزير، وإلّا.. لا.

فخرج بالقيد الأوّل: النسبة إلى الأمور الخلقية، فلا يعزر في يا حمار ونحوه؛ فإن معناه الحقيقي غير مراد، بل معناه المجازي كالبليد، وهو أمر خلقي.

يَا قِردُ، يَا تَيْسُ، يَا خِنْزِيرُ، يَا بقرُ، يَا حَيَّةُ، يَا حجّامُ، يَا ابْنَ حجامٍ وَأَبوهُ لَيْسَ كَذَلِكَ، يَا بغّاءُ، يَا مؤَاجرُ، يَا ولدَ الْحَرَامِ، يَا عيَّارُ، يَا ناكسُ، يَا منكوسُ، يَا سُخَرَةُ، يَا ضُحَكَةُ، يَا كشحانُ، يَا أبلهُ، يَا مُوَسْوَسُ».

وبالقيد الثاني: النسبة إلى ما لا يحرم في الشرع، فلا يعزر [في: يا] حجام ونحوه ممّا يعدّ عاراً في العرف ولا يحرم في الشرع.

وبالقيد الثالث: النسبة إلى ما لا يعدّ عاراً في العرف، فلا يعزر في: يا لاعب النرد ونحوه ممّا يحرم في الشرع. انتهى.

(يا قرد، يا تيس، يا خنزير، يا بقر، يا حية، يا حجام، يا ابن الحجام وأبوه ليس كذلك، يا بغّاء) - بالباء الموّحدة التحتية والغين المعجمة المشددة -: وهو المأبون أي المأتي في الدبر. كذا في «البحر».

(يا مؤاجر) اسم مفعول بفتح الجيم، وبكسر الجيم: اسم فاعل خطأ ههنا، كذا في «البحر».

(يا ولد الحرام، يا عيار، يا ناكس، يا منكوس، يا سخرة) بضم السين. كذا في «البحر».

(يا ضحكة) بضم الضاد. كذا في «البحر».

(يا كشحان) قال في «البحر»: رأيت في بعض الحواشي أنه بالحاء المهملة.

وقال في «المغرب»: [٦٤٤/ب] الكشحان: الديّوث الّذي لا غيرة له، وكشحه وكشحته: شتمه وقال له: يا كشحان. انتهى.

(يا أبله، يا موسوس)؛ يعني: لا يعزّر بهذه الألفاظ؛ أما في التسع الأوّل.. فلظهور كذبه، فلم يكن ألحق الشان به، بل الشان إنما ألحق باللّافظ.

وأما في بغاء؛ ففي «البحر»: ينبغي أن يجب فيه التعزير اتفاقاً؛ لأنه ألحق الشان به؛ لعدم ظهور الكذب فيه ظاهراً، وقد صرّح في «الظهيرية» بوجوب التعزير فيه؛

واستحسنوا تعزيرَهُ إذا كَانَ الْمَقُولُ لَهُ فَقِيهاً، أَو علويّاً.

وَللزَّوْجِ أَن يُعَزّرَ زَوجتَهُ لتركِ الزّينَةِ، وَتركِ الْإِجَابَةِ إِذا دَعَاهَا إِلَى فِرَاشِهِ، وَتركِ الصَّلَاةِ، وَتركِ الْغُسْلِ مِنَ الْجَنَابَةِ، وللخروجِ من بَيتِهِ.

لأنه في العرف بمعنى: يا ولد الزنا، لكنه لم يجب به حدّ القذف؛ لعدم صريحه فيه، وقد ألحق الشان به فيجب التعزير.

وأما يا ضحكة؛ ففي «البحر»: ينبغي التعزير؛ لأنه بمعنى الشيء الذي يضحك منه، فالمقول له إن لم يتصف بذلك الشيء.. يلحق به الشان فيعزّر.

وأما كشحان؛ فينبغي فيه أيضاً التعزير للحوق الشان به؛ لأن معناه: الديوث. على ما ذكرناه من «المغرب».

وقال في «الحاوي القدسي»: سبٌّ عادَ سببه إلى السابِّ لا يعزر، وكل سبب عاد سببه فيه إلى المسبوب ولا يبلغ حدّ الحدّ.. يعزّر فيه على قدره وعلى قدر مرتبة الساب والمسبوب.

ولو قال: يا كلب، أو يا خنزير، أو يا حمار.. يعزر لو كان المسبوب إليه من الأشراف، وإلا.. لا.

(واستحسنوا تعزيره إذا كان المقول له فقيهاً أو علوياً)؛ لأنه يلحقهم الشان به.

(وللزوج أن يعزر زوجته لترك الزينة، وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه، وترك الصلاة، وترك الغسل من الجنابة، وللخروج من بيته)؛ لأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى.. فتعزر على المخالفة.

وذكر في «النهاية» ما يخالفه: أن الزوج إنما يضربها لمنفعة تعود إليه، لا لمنفعة تعود إليها، ألا ترى أنه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة؛ لأن منفعته لا تعود إليه، بل تعود إليها؟!

ولا يخفى عليك أن للزوج أن يعزر زوجته في غير هذه المواضع أيضاً.

وَأَقلُّ التَّعْزِيرِ: ثَلَاثَةُ أسواطٍ.

وَأَكْثَرُهُ: تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ.

وذكر في «البحر» جواز ضربها في مواضع كثيرة، ثم قال: والمعنى الجامع للكل: أنها إذا ارتكبت معصية ليس فيها حدّ مقدّر.. فإن للزوج أن يعزرها كما أن للسيد كذا لعبده.

(وأقل التعزير: ثلاثة أسواط)؛ لعدم الانزجار فيما دونه، وقيل: أدناه على ما يراه الإمام، فيقدر بقدر ما يعلم أنّه ينزجر، واختاره أكثر مشايخنا.

وفي «فتاوى ابن النجم»: إذا ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضاً، هل عليهما التعزير أم لا؟

أجاب: نعم، يعزران ويبدأ بإقامة التعزير على البادىء منهما. انتهى.

بخلاف ما إذا تشاتما بلفظ واحد؛ مثل أن يقول [٦٤٥/أ] له: أنت ملعون، وقال الآخر له: بل أنت ملعون.. لا يعزر واحد منهما؛ لأنه سقط بالتعارض، بخلاف الضرب؛ إذ لا يمكن التساوي بين الضربين.

(وأكثره: تسعة وثلاثون. وعند أبي يوسف: خمسة وسبعون).

والأصل فيه: قوله ﷺ: «من بلغ حدّاً في غير حدّ.. فهو من المعتدين» ذكر البيهقي أن المحفوظ أنه مرسل، والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل، والمنقول من الروايات بتخفيف بلغ من البلوغ، وأما ما يجري على ألسنة الفقهاء من التثقيل؛ إن صحّ.. فعلى حذف المفعول الأوّل تقديره: «من بلغ التعزير حدّاً في غير حدّ». كذا قالوا.

وتعقبّه في «العناية»: بأن فيه نبوة تعرف بالتأمّل الصادق.

ولعلّ وجههما: أنها حينئذ يكون قوله: «في غير حدّ» ركيكاً، ويمكن أن يكون تقديره: «من بلغ الضرب حدّاً في غير حدّ.. فهو من المعتدين» فحينئذٍ ترتفع السؤة.

وَيجوزُ حَبسُهُ بعدَ الضَّرْبِ.

فإذا تعذر تبليغه حدّاً؛ فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحدّ - وهو حدّ العبد في القذف - فصرفاه إليه، وذلك أربعون، فنقصاه عنه سوطاً لتعذر بلوغه إلى مرتبة الحد بالنصّ المذكور.

فإن قيل: ما وجه نقصان السوط الواحد؟

أجيب: بأن البلوغ إلى مرتبة الحد لما تعذر وليس بعده قدر معين؛ كربع أو ثلث أو عشر.. صير على أقل ما يمكن وهو الواحد؛ لأنه متيقن، نظيره: ما ذكروه في وقت الصلاة؛ فإن كل الأوقات لما لم يمكن أن يكون سبباً وليس بعده قدر معين.. صير إلى أقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزأ على ما قدّمناه ثمة.

وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الأحرار؛ إذ الأصل هو الحرية، ثم نقص سوطاً في رواية هشام عنه لتيقنه على ما ذكرناه آنفاً، وهو قول زفر.

وفي ظاهر الرواية عنه: نقص خمساً على ما ذكره المصنف - وهو الاستحسان - وهو المأثور عن عليّ.

قالوا: والصحيح: قول أبي حنيفة ومحمّد؛ لأن من اعتبر حدّ الأحرار فقد بلغ الضرب حدّاً - وهو حدّ العبد - والتنكير في الحديث المذكور ينافيه؛ لأنه في سياق النفي يفيد عموم الأوقات؛ لأن معناه: أن لا يبلغ حدّاً أصلاً، وإن ما روي عن علّي غريب.

(**ويجوز حبسه بعد الضرب**)؛ أي: إن رآه الإمام، وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير لا ينزجر به، أو هو في شكّ من انزجاره به، فيضم إليه الحبس؛ لأن الحبس صلح تعزيراً بانفراده، حتى لو رأى أن لا يضربه ويحبسه أيّاماً عقوبة له.. فعل ذلك على ما ذكروه في «الفتاوى»، وقد ورد به الشرع أيضاً [٦٤٥/ب]؛ روي أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً للتعزير، فجاز أن يضم إليه عند الرأي.

وَأَشدُّ الضَّرْبِ: التَّعْزِيرُ، ....

وفي كتاب الأشربة من «البزازية»: زنى في رمضان، وادّعى شبهة ليسقط الحدّ.. عزّر وحبس، ولو أفطر فيه وادعى شبهة.. عزّر ولا يحبس.

المسلم الذي يبيعه أو يأكل الربا.. يعزّر.

المخنث والنائحة والمغنية.. تعزر وتحبس حتى تتوب. انتهى.

(**وأشد الضرب: التعزير**)؛ لأنه جرى فيه التخفيف مرة من حيث العدد، فلا يخفّف من حيث الوصف؛ لئلا يؤدّي على فوات المقصود من الانزجار، واختلفوا في شدّته؛ قال في «شرح الطحاوي»: **قال بعضهم:** هو الجمع في عضو؛ أي: يضرب الأسواط في عضو واحد ولا يفرق على الأعضاء، بخلاف سائر الحدود؛ فإنه يفرق فيها على الأعضاء.

وقال بعضهم: لا، بل شدته في الضرب لا في الجمع. كذا في «غاية البيان» و «العناية».

والذي ظهر منه: أنّ في شدته اختلاف الروايتين.

وقال في «فتح القدير»: وذكر في «المحيط»: أن محمّداً ذكر في حدود «الأصل» أن التعزير يفرّق على الأعضاء.

وذكر في أشربة «الأصل»: يضرب التعزير في موضع واحد، وليس في المسألة روايتان، بل موضوع ما ذكر في الحدود إذا وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من الأجنبيّة كل محرم غير الجماع، وأخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الإخراج، وإذا بلغ غاية التعزير.. فرق على الأعضاء، وإلّا.. أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه.

وموضوع ما في الأشربة: إذا عزر أدنى التعزير؛ كثلاثة أسواط ونحوها، وإذا حدّ عدداً يسيراً.. فالإقامة في موضع واحد لا يفسده، وتفريقها أيضاً لا يحصل منه مقصود الانزجار، فيجمع في محلّ واحد.

ثُمَّ حدُّ الزِّنَا، ثُمَّ الشُّرْبِ، ثمَّ الْقَذْفِ.

وَمن حُدَّ أَو عُزِّرَ فَمَاتَ.. فَدَمُهُ هَدَرٌ.

وعلى هذا: يكون معنى شدة الضرب قوّته لا جمعه في عضو واحد بلا اختلاف رواية فيه، على خلاف ما ذكرناه من الكتابين المذكورين.

قالوا: ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود.

وقال في «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: ويضرب الظهر والإلية، وهو المروي عن أبي يوسف، وهل يجرد من ثيابه؟.

ففي «قاضي خان»: يضرب قائماً عليه ثيابه وينزع الفرو والحشو، ولا يمدّ في التعزير. انتهى.

وفي «غاية البيان»: ويجرد في سائره إلا في حدّ القذف؛ فإنه يضرب وعليه ثيابه.

وفي «البحر»: الظاهر يجرد من ثيابه؛ لتصريح «المبسوط» به.

(**ثم حد الزنا**)؛ لأنه ثابت بالكتاب وأعظم جناية، حتى شرع فيه الرجم: وهو إتلاف النفس بالكلّية.

(**ثم الشرب**)؛ لأنه ثبت [٦٤٦/أ] بإجماع الصحابة، لكنه لا يتلى في القرآن.

(**ثم القذف**)؛ لأن سببه محتمل؛ لاحتمال كون القاذف صادقاً، ولأنه قد جرى فيه التغليظ مرّة بردّ الشهادة، فلا يغلظ مرّة أخرى من حيث الوصف.

(**ومن حدّ أو عزّر فمات.. فدمه هدر**) عندنا وعند مالك وأحمد.

وقال الشافعي: لا، بل يضمن ويجب الدية في بيت المال في رواية عنه؛ لأن نفع عمل الإمام يرجع إلى عامة المسلمين، فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم.

وفي رواية عنه: تجب على عاقلة الإمام؛ لأن أصل التعزير غير واجب عليه، ولو وجب.. فالضرب غير متعيّن في التّعزير، فيكون فعله مباحاً فيتقيّد بشرط

بِخِلَاف تَعْزِيرِ الزَّوْجِ زَوجَتَهُ.

السّلامة، ولم يسلم، فيجب على عاقلته.

ونحن نقول: إن الإمام مأمور بالحدّ والتعزير، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السّلامة؛ كما في الفصاد والبزاغ إذا لم يتجاوز المعتاد، ولأنه لا بدّ من الفعل، وإلّا.. عوقب لتركه واجباً، والسلامة خارجة عن وسعه؛ لأنه بين أن يفعل ما لا يكون مؤلماً زاجراً وبين أن يفعل ما يكون مؤلماً زاجراً، **وبالأوّل**: لا يسقط الواجب عن ذمّته، **وبالثاني**: وهو الواجب قد يتحقق أن يموت الإنسان، فلا يتصور الأمر بالضرب المؤلم الزاجر مع شرط السلامة عليه، بخلاف المباحات؛ فإنها رفع الجناح في الفعل وإطلاقه، وهو مخيّر فيه بعد ذلك غير ملزم به.. فصحّ تقييده بشرط السّلامة؛ كالمرور في الطريق والاصطياد.

(**بخلاف تعزير الزوج زوجته**)؛ لأنه مباح، ومنفعته ترجع إليه كما ترجع إلى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله تعالى به، فيتقيد بشرط السلامة، فلا يكون دمها هدراً.

فإن قيل: إن الزوج إذا جامع زوجته فماتت من الجماع أو أفضاها.. لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وإن كان الجماع مباحاً، ولم يقيداه بشرط السّلامة.

أجيب: بأن القياس: الضمان هنا أيضاً، إلّا أنّا تركناه؛ لضرورة ضمان المهر في ابتداء ذلك الفعل؛ لأنه لو أوجبنا ضمانا آخر بموتها وهي الدية.. لزم اجتماع ضمانين مقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع، وذلك لا يجوز. كذا في «النهاية».

أقول: فيه نظر؛ لأن المهر في مقابلة منفعة البضع، والدية في مقابلة تلف النفس أو العضو فكيف يجتمع الضمانان بمقابلة مضمون واحد؟! إلا أن يقال: إن تلف النفس يتضمن تلف منفعة البضع، فتكون الدية [٦٤٦/ب] في مقابلة تلف النفس ومنفعة البضع معاً، فيلزم اجتماع ضمانين بمقابلة منافع البضع.

* * *

الفهرس

كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء الخامس

السرقة، السير والجهاد، اللقيط، اللقطة،

الآبق، المفقود، الشركة، الوقف

دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـب العلميـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 عدد الصفحات (١١ مجلد/١١ جزء)

Size 17x24 cm قياس الصفحات

Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة

Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنـان

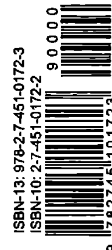
Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



(كِتَابُ السَّرِقَةِ)

هِيَ أَخذُ مُكَلَّفٍ، خُفْيَةً، قدرَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ، مَضْرُوبَةٍ، مِن حرزٍ لَا مِلكَ لَهُ فِيهِ، وَلَا شُبْهَةَ.

وَتثبتُ بِمَا يثبتُ بِهِ الشّرْبُ.

(كِتَابُ السَّرِقَة)

لما كانت صيانة الأموال مؤخرة عن صيانة النفوس والعقول والأعراض.. أخر الزاجر المتعلّق بها أيضاً.

وهي في اللّغة: أخذ الشيء في خفاء وحيلة.

قال في «المغرب»: سرق منه مالاً وسرقه مالاً سَرَقاً وسَرِقَةً إذا أخذه في خفاء وحيلة، ويسمّى الشيء المسروق: سرقة، مجازاً. انتهى.

أي: تسمية الشيء بالمصدر.

وهكذا في «المصباح»، وصرّح فيه أنه يتعدّى إلى المفعول الأول بنفسه، وبالحرف. والراء في السَّرَقة: مفتوحة على ما صرّح به في الكتابين.

وأما في الشريعة: فلها معنيان:

أحدهما باعتبار الحرمة: وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية بغير حقّ، نصاباً كان المسروق أو لا، وزيد فيه على المعنى اللغوي: كونه بغير حقّ.

وثانيهما: باعتبار ما يتعلق بها حكم شرعيّ - أي: القطع - وهو ما ذكره المصنف بقوله: (**هي أخذ مكلّف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة من حرز لا ملك له فيه، ولا شبهة فتثبت بما يثبت به الشرب**)، زيد فيه على المعنى اللّغوي: قيود، سنبيّن فائدتها.

والمعنى اللغوي - أعني كونه خفية - معتبر فيه؛ **إما ابتداء وانتهاء معاً**؛ وذلك في سرقة النهار في المصر، **أو ابتداء فقط**؛ وهو في سرقة الليل، فلذا: إذا دخل البيت

ليلاً خفية، ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده.. قطع به؛ للاكتفاء بالخفية الأولى؛ لأنه وقت لا يلحقه الفوت فيه فيكتفي بالخفية الأولى.

وإذا كابره في المصر نهاراً وأخذ ماله.. لا يقطع استحساناً وإن كان دخل خفية.

والقياس كذلك في الليل، لكن يقطع؛ إذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة؛ إذ قليلاً ما يخفى الدخول والأخذ بالكلية.

ثم الأخذ أعمّ من الحقيقي والحكمي:

فالحقيقي: هو أن يتولى السارق أخذ المتاع بنفسه.

والحكمي: أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعه ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل؛ فإن الكلّ يقطعون استحساناً. على ما سيأتي.

قيّد بكونه مكلّفاً - أي: عاقلاً بالغاً - احترازاً عن أخذ الصبي والمجنون؛ إذ لا قطع في أخذها؛ لأن القطع عقوبة، وهما ليس من أهل العقوبة، فصارا مخصوصين من آية السرقة، ولكنهما يضمنان المال؛ لأنهما من أهل الضمان.

وإن كان يجن ويفيق؛ فإن سرق في حال جنونه.. لم يقطع، وإن في حال الإفاقة.. قطع [٦٤٧/أ].

ولو سرق جماعة فيهم صبيّ أو مجنون.. يدرأ عنهم القطع. على ما في «البدائع».

وفيه أيضاً: إن المكلّف أعمّ من الذكر والأنثى، والحرّ والعبد، والمسلم والكافر.

وخرج بقيد الخفية: ما أخذه جهراً مغالبة أو نهباً في الابتداء أو في الانتهاء إن كان أخذه جهراً في النهار، أو في الابتداء والانتهاء معاً إن كان أخذه في الليل؛ بناء على ما ذكرناه: من أن الخفية معتبرة في النهار ابتداء وانتهاء، وفي الليل معتبرة في الابتداء فقط.

وهل المعتبر كون الخفية على زعم السارق، أو على زعم المسروق، أو على زعمها؟!

ففيه تفصيل:

ففي «البحر»: لو كان السّارق يعلم أن صاحب الدار يعلم بدخوله وعلم به صاحب الدار أيضاً.. فلا قطع حينئذ؛ إذ لا خفية فيه أصلاً.

أو لم يعلما.. فيقطع اتفاقاً.

أو كان صاحب الدار يعلم بدخوله والسارق لا يعلم أنه يعلم.. فإنه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم السارق.

وإن كان على عكسه؛ بأن زعم اللّص بأن صاحب الدار علم به، وصاحب الدار لا يعلم؛ ففي «الزيلعي»: أنه لا يقطع؛ لأنه جهر، وفي «الخلاصة» و«المحيط» و«فتح القدير»: أنه يقطع؛ اكتفاء بكونها خفية في زعم أحدهما أيّهما كان.

واحترز بقدر عشرة دراهم: عن سرقة ما دونها؛ إذ لا قطع فيما دونها وإن كان حراماً.

واعلم: أنهم اختلفوا في أنه هل يقطع بكلّ مقدار من المال أو لا بدّ من مقدار معيّن لا يقطع في أقلّ منه؟

فقال بالأوّل: الحسن البصري وداود والخوارج؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾.. الآية، ولقوله ﷺ: «لعن الله السّارق يسرق الحبل فتقطع يده، ويسرق البيضة فتقطع يده» متفق عليه.

ومَن سِوى هؤلاء من فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار: على أنه لا قطع إلّا بمال مقدّر؛ لقوله ﷺ: «لا قطع إلّا في ربع دينار فصاعداً» متفق عليه أيضاً، فلزم تأويل أحد الحديثين:

فالجمهور: أوّلوا الحبل فيما رواه الفرقة الأولى: بالذي يبلغ قيمته عشرة دراهم، وأولوا البيضة: بالتي كانت من الحديد، وقالوا أيضاً: يجوز أن يكون الحديث الأول منسوخاً بالثاني، وذلك لأنه وإن لم يعلم تاريخهما لكن القول بكون الأول منسوخاً بالثاني متعيّن عند التعارض في باب الحدود؛ احتيالاً للدرء ما أمكن، وقد نقل إجماع الصحابة على ذلك، وبه يتقيد إطلاق الآية.

ثم اختلف الشارطون بمقدار معين في تعيينه؛ فذهب [٦٤٧/ب] أصحابنا إلى أنه عشرة دراهم.

وذهب الشافعي: إلى أنه ربع دينار.

وذهب مالك وأحمد: إلى أنه ثلاثة دراهم؛ لما أخرج الشيخان من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنّ رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجنّ قيمته ثلاثة دراهم، يعني: إن القطع في عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن، وأقلّ ما نقل في تقديره: ثلاثة دراهم، والأخذ بالأقلّ: أولى؛ لتيقّنه، غير أن الشافعي يقول: كانت قيمة الدينار في عهد رسول الله اثني عشر درهماً، والثلاثة: ربعها.. فكان المراد بربع الدينار في الحديث السّابق من سند الجمهور: هو ثلاثة دراهم.

قلنا: قد وقع الاختلاف في ثمن المجن؛ أهو ثلاثة أو عشرة أو دينار؟! فأخذ بالعشرة احتيالاً لدرء الحدّ، وهو الأحوط في باب الحدود.

وقد روي مرفوعاً موصولاً: «لا تقطع اليد في أقل من عشرة».

ثم المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها: ما يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل؛ كما في الزكاة، ولا بد أن تكون جياداً على ما يدل عليه إطلاق لفظ الدراهم فيما روينا؛ لأنها المعهودة.. فيصرف الإطلاق إليها، حتى لو سرق زيوفاً أو بهرجة أو ستوقة.. لا يقطع، إلا أن تكون كثيرة تبلغ قيمتها نصاباً من الجياد؛ أعني: عشرة.

واحترز بالمضروبة: عمّا إذا سرق تبراً وزن عشرة دراهم مضروبة.. لا يقطع فيه على الصحيح.

بخلاف المهر؛ فإنه يصلح للمهر.

والفرق بينهما: أن الحدّ يدرأ بالشبهة فيتعلق بالكامل، والمهر يثبت مع الشبهة.

واشتراط هذا القيد مستفاد من الأحاديث المروية في الباب؛ لأنا ما روينا في هذا الباب إلّا بلفظ الدراهم، والدّراهم لا تكون إلا مضروبة، فيكون ذكر «مضروبة» بعد ذكر «الدراهم» تأكيداً له.

ثم في كلامه إشارة إلى ما ذكروا: من أنّ نصاب القطع مقدّر بالدراهم، وغير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم ولو ذهباً، حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة دراهم.. لا يقطع، ولو سرق نصف دينار قيمته عشرة دراهم.. يقطع.

ثم قيمة النصاب تعتبر يوم السرقة ويوم القطع، حتى لو كانت قيمة المسروق عشرة يوم السرقة فانتقص بعد ذلك.. لا يقطع، إلّا إن كان نقصان القيمة لنقصان عين المسروق بفوات بعض أجزائه أو بسبب عيب لحقه عند المسروق، وأما لو كان نقصانه لنقصان السّعر.. فلا قطع في ظاهر الرواية.

فعلى هذا: إذا سرق في بلد ما كان قيمته فيها عشرة، فأخذه صاحبه في بلد أخرى [٦٤٨/أ] وقيمته فيها أقل.. لا يقطع.

وقال الطحاوي: تعتبر قيمة النّصاب وقت الإخراج من الحرز فقط.

وعلى القولين.. فهل يقوم بأعزّ النقود أو بنقد البلد الذي يروج بين النّاس في الغالب؟

ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنّه يقوّم بأعزّ النقود؛ احتيالاً للدرء ما أمكن.

وفي رواية أبي يوسف عنه: أنه يقومّ بنقد البلد.

ولا بدّ أيضاً من تقويم رجلين عدلين لهما معرفة بأمر القيمة؛ احتيالاً للدرء، حتى لا تقطع عند اختلاف المقومين.

ثم المعتبر: كون النصاب في حق السارق لا المسروق منه، حتى لو سرق واحد نصاباً من جماعة.. يقطع لأخذه نصاباً، ولو سرق اثنان نصاباً من واحد.. لا يقطع واحد منهما؛ لعدم إصابة النصاب لكلّ منهما.

ثم لا بدّ أن يكون الحرز واحداً، حتى لو سرق نصاباً من منزلين مختلفين.. لا قطع، والبيوت من دار واحدة: بمنزلة بيت واحد.

حتى لو سرق من عشرة أنفس في دار كل واحد منهم في بيت على حدة من تلك الدار عشرة دراهم من كلّ واحد منهم درهما.. قطع.

بخلاف ما إذا كانت الدار عظيمة وفيها حرز، على ما في «البحر» عن «البدائع»، وسيأتي في فصل الحرز.

ولا بدّ أن يكون المسروق ملكاً للغير، حتى لا قطع في حصير المسجد وأستار الكعبة وإن كانت محرزة.

ولا بدّ أيضاً من انتفاء شبهة الملك - على ما سيأتي بيانه - ومن انتفاء شبهة التّأويل أيضاً، حتى لو سرق من السارق.. لا يقطع. على ما في «فتح القدير».

ولا بدّ أن يكون السارق ليس بأخرس ولا بأعمى؛ لاحتمال أنه لو نطق.. ادّعى شبهة، والأعمى جاهل بمال غيره.

ولا بدّ أن تكون السرقة في دار العدل، حتى لا قطع في السرقة في دار الحرب.

ولا بدّ من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ عليه، ذكر في «التجنيس»: سرق ثوباً قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدودة.. لا يقطع، وإذا سرق ثوباً لا يساوي عشرة وفيه دراهم مصرورة.. لا يقطع، قال: وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء

فَإِن سرقَ مُكَلَّفٌ حرٌّ أَو عبدٌ ذَلِكَ الْقدرَ مُحرَزاً بمَكَانٍ أَو حَافظٍ، وَأقرَّ بهَا، ....

للدراهم عادة؛ فإن كان.. يقطع؛ لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم، ألا ترى أنه لو سرق كيساً فيه دراهم كثيرة.. يقطع وإن كان الكيس يساوي درهما واحداً؟!

(**فإن سرق مكلّف حر أو عبد**)؛ لعدم الفصل بينهما في قوله تعالى: ﴿**وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ**﴾... الآية.

ولأن التنصيف متعذّر، فيتكامل صيانة لأموال الناس، ويستوي الذكر والأنثى؛ لما ذكرناه أيضاً.

(**ذلك القدر**) أي عشرة دراهم حال كون [٦٤٨/ب] ذلك القدر (**محرزاً بمكان**)؛ كالدور والبيوت والحوانيت والخيم والصناديق.

(**أو حافظ**) في الصحراء، أو في المسجد، أو في الطريق؛ سواء كان قائماً عليه أو مستيقظاً، وسواء كان المتاع عنده أو تحته، على ما في «شرح المختار».

(**وأقر بها**) مرة واحدة عندهما، ومرتين في مجلس واحد عند أبي يوسف.

وعنه: في مجلسين مختلفين اعتباراً بالشاهد.

ولهما: أنّ السرقة تظهر بشهادة شاهدين، وكلّ ما هو كذلك.. يظهر بالإقرار مرّة واحدة كالقصاص وحدّ القذف، فلا حاجة إلى الزيادة، ولا اعتبار بالشهادة؛ لأن الزيادة تفيد في الشهادة تقليل تهمة الكذب، ولا تفيد في الإقرار شيئاً؛ لأنه لا تهمة فيه.. فكان القياس مع الفارق.

فإن قيل: يجوز اشتراط تكرار الإقرار لقطع احتمال الرجوع؛ كما في الزنا.

أجيب: بأن لو أقرّ مراراً كثيرة، ثم رجع.. صح رجوعه في حق الحد؛ لأنه لا مكذب له فيه، بخلاف الرجوع في حق المال؛ فإن له فيه مكذّباً، وهو صاحب المال.. فلا يصحّ، فيظهر: أنه لا فائدة في تكرار الإقرار لا في حق القطع، ولا في

أَو شهدا عَلَيْهِ وسألهُمَا الإِمَامُ عَنِ السّرقَةِ: مَا هِيَ، وَكَيف هِيَ، وَأَيْنَ هِيَ، وَكم هِيَ، وَمِمَّنْ سَرَقَ؟...

حق إسقاط ضمان المال بالإقرار، واشتراط الزيادة في الزنا، على خلاف القياس.. فيقتصر على مورده.

والمراد بالإقرار: ما كان طوعاً لا كرهاً؛ لما في «البحر» نقلاً عن «الظهيرية»: إذا أقر بالسرقة مكرهاً.. فإقراره باطل، ومن المتأخرين: من أفتى بصحته.

(**أو شهدا عليه وسألهما**)؛ أي: الشاهدين (**الإمام**) - والقاضي كالإمام في ذلك - (**عن السرقة ما هي؟**)؛ أي: عن ماهيّتها؛ لجواز أن يكون المأخوذ شيئاً تافهاً، ولا قطع فيه. كذا في «العناية».

ثم استشكل بأن ماهية السرقة لا يذكرها إلّا آحاد الفقهاء الكثيرة القيود المعتبرة فيها على ما مر، فيحتاج عند السؤال عنها إلى كون حضور الفقهاء شرطاً لظهورها، وفي ذلك سدّ باب القطع.

أقول: لو كان السؤال عن ماهيتها لاحتمال أن لا يفرق بين الغصب والسرقة أو لإطلاقها على استراق السمع أيضاً.. لا تدفع الإشكال المذكور.

(**وكيف هي؟**)؛ لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع، ولا قطع فيه.

(**وأين هي؟**)؛ لجواز أنه سرق من غير الحرز، أو في دار الحرب، أو دار البغي.

(**وكم هي؟**)؛ لجواز أن تكون أقلّ من النصاب.

(**وممن سرق؟**)؛ لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه، أو أحد الزوجين، والكلّ زيادة الاحتياط في احتيال الدرء، ولم يذكر السؤال عن زمانها.

ولا بد منه فيما ثبت بالبينة؛ لاحتمال [٦٤٩/أ] التقادم المانع عن القطع؛ لردّ شهادتهم بالتقادم، بخلاف ما ثبت بالإقرار؛ فإنه لا يسأل المقر فيه عن الزمان؛ لأن التّقادم لا يبطل الإقرار، وإنما يبطل الشهادة، وينبغي أن لا ترد الشهادة بالتقادم كالإقرار؛ لأن الدعوى شرط في السّرقة، فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم فيه

فسق ولا تهمة حتى ترد شهادته، كما لا ترد في حدّ القذف بالتّقادم؛ لأنه حقّ العبد فتتوقف على الدّعوى كغيره من حقوق العباد، فلم تبطل بالتقادم.

أجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أنّ الشهادة بالسرقة فيها أمران: الحدّ والمال، فما يرجع إلى الحدّ.. لا يشترط فيه الدّعوى؛ لأنه خالص حق الله تعالى، وما يرجع إلى المال.. يشترط فيه الدعوى، والشهادة بالسّرقة لا تخلص لأحدهما، بل لا تنفك عن الأمرين، فاشترطت الدّعوى للزوم المال لا للزوم الحدّ؛ فإذا لم يشترط الدعوى للحد.. لم تتوقف الشهادة للحدّ على الدعوى؛ فإذا لم تتوقف على الدّعوى.. ترد بالتقادم للتهمة، ولا تقطع ويثبت بها المال.

ويدلّ على تحقق الأمرين في الشهادة بالسرقة: أنه إذا شهدوا بها على إنسان والمدعي - وهو صاحب المال - غائب.. يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي؛ لما فيه من حقوق الله تعالى.

وفي القذف: لا يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدّعي؛ لكونه حقاً للعبد كما في سائر حقوق العباد الخالصة، وإنما لا تقطع قبل حضور المدّعي؛ لاحتمال أن يكون سرق ملكه الّذي كان عنده أو ملكه إيّاه.. فلا بدّ من تضمن الشهادة بالسّرقة الشهادة بملك المسروق منه، والشهادة بالملك لإنسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له ودعواه؛ فإذا أخر.. رددناه في حق الحدّ لا في حق المال، بل ألزمناه المال.

وثانيهما: أن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله تعالى.. فأقيم التقادم في حقوق الله تعالى مقام التهمة، فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها؛ كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة.. أدير الحكم على السفر، فلم يلاحظ بعد وجود السفر وجود المشقة وعدمها، فترد بالتقادم.

واعترض على هذا الوجه: بأنّ ردّ الشهادة بالتقادم ليس إلّا للتهمة - ومحلّ التهمة ظاهر يعرفه كلّ أحد، فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقاً لله تعالى؛ كما في الوجه المذكور من الإناطة بكونه حقّاً لله تعالى ليس بوجيه، وكذا ما ذكر فيه من القياس على السفر - ليس بصحيح؛ لوجود الفارق [٦٤٩/ب]؛ لأن المشقة أمر غير منضبط، ولا يعرفه كلّ أحد، فلا يمكن إناطة الرخصة به فيناط بما هو منضبط يعرفه كلّ أحد وهو السّفر.

فإن قيل: كيف يصح قوله: «أن ردّ الشهادة بالتّقادم ليس إلّا للتهمة» مع تصريحهم فيما لو علم المدّعي بالسّرقة ولم يدع إلّا بعد حين فشهدوا.. لا يقطع، بل يضمن السارق المال؛ لردّ شهادتهم بالتقادم في حق الحدّ دون حقّ المال، مع أنّه لا تهمة في تأخيرهم؛ لأنهم ما أخّروها إلّا لعدم الدّعوى؟

فالجواب: أنّ الحصر المذكور ليس بحقيقي، بل إضافي؛ أي: بالنسبة إلى ما يوجد فيه التهمة فقط، لا بالنسبة إلى ما لم يوجد فيه التهمة كما في هذه الصّورة، بل الرد في هذه الصّورة يضاف إلى تأخير المدّعي لا إلى التهمة في الشاهد، على ما صرّح به في «فتح القدير» نقلاً عن «قاضي خان»؛ حيث قال: إنما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود؛ لأن الدعوى شرط القبول، بل لخلل في الدعوى؛ فإن صاحب المال كان مخيّراً في الابتداء؛ فإذا أخّر.. فقد اختار الستر، فلم يبق له حق دعوى السرقة والحدّ، بل بقي له حق دعوى المال فقط، فيقضي بالمال دون القطع؛ كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة.. يقضي بالمال دون القطع. انتهى.

ثم قال: يجعل هذا الاعتبار - أي: إضافة الرد إلى المدّعي - فيما إذا كان تأخير الشهود الشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة؛ أما لو أخّروا لا لتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه؛ بإعلامهم أو بغيره، ثم شهدوا.. فترد شهادتهم للفسق والتهمة.

والحاصل: أن تأخيرهم الشهادة:

وبيَّناها.. قَطَعَ.

إما لتأخير المدعي الدّعوى بعد علمه بالسرقة وبعلمهم بعلمه.

أو لتأخير المدعي بلا علمه.

أو لتأخير المدّعي مع علمه ولكنّهم لم يعلموا بعلم المدّعي بها.

أو بدون تأخير المدعي الدعوى، بل هو يدّعي السرقة ولم يشهدوا، بل أخّروا، ثم شهدوا في وقت آخر.

ففي الصورة الأولى: ردّ شهادتهم يضاف إلى المدّعي كما قال في «قاضي خان».

وفي الثلاثة الباقية: يضاف إلى التهمة والفسق.

وههنا بحث: وهو أن إضافة الرد إلى الفسق والتهمة يقتضي أن لا تقبل شهادتهم في حقّ المال كما لا تقبل في حق القطع، لكنهم قالوا: إنها تقبل في حق المال، ولا تقبل في حق القطع مطلقاً؛ أي: سواء كان الرد لفسقهم بسبب تأخيرهم أو بتأخير المدعي مع علمه بالسرقة، هذا كلّه في سؤال الشاهد.

وأما المقر.. فلا يسأل عن الزمان، على ما ذكرناه آنفاً، وهل يسأل عن المكان؟

ففي «فتح القدير»: ولا يسأل المقر عن المكان، لكن يسأله عن [٦٥٠/أ] باقي الشروط من الحرز وغيره (**وبيناها**)؛ أي: الأمور المذكورة.

(**.. قطع**) لما تلوناه ورويناه، وهل يجوز قتله سياسة؟

فقال في «الدرر» نقلاً عن «المنية»: إنه يجوز، وقد ذكرناه في باب الوطء الّذي يوجب الحدّ والذي لا يوجبه.

قال في «فتح القدير»: وإذا بيّنوا ذلك على وجه.. لا يسقط الحدّ؛ فإن كان القاضي عرف الشهود بالعدالة.. قطعه، وإن لم يكن يعرف حالهم.. حبس المشهود عليه حتى يعدلوا؛ لأنه صار متّهماً بالسرقة، والتوثق بالتكفيل ممتنع؛ لأنه لا كفالة في الحدود، ثم قال: وهنا نظر؛ وهو: أنّ إعطاء الكفيل لنفسه جائز.

وَإِن كَانُوا جمعاً وَأَصَابَ كلّاً مِنْهُم قدرُ نِصَابٍ.. قُطِعُوا وَإِن تولَّى الْأَخْذَ بَعضُهم.

وَيُقطَعُ بِسَرِقَةِ السَّاجِ والأَبَنُوسِ، والصَّندلِ، والفُصوصِ الْخُضرِ، والياقوتِ، والزَّبرجَدِ، والإِناءِ وَالْبَابِ المتَّخذَينِ مِنَ الْخشبِ، ....

وعلى قول أبي يوسف: يجوز.

(**وإن كانوا**)؛ أي: السارق (**جمعاً**) أي جماعة (**وأصاب كلّاً منهم قدر نصاب**)، أي: السّرقة (**.. قطعوا وإن**) – وصلية – (**تولى الأخذ بعضهم**)؛ لاشتراكهم في العلّة؛ لأن المعتاد بين السّراق أن يتولى بعضهم الأخذ ويستعد الباقون للدفع، فلو امتنع الحدّ بمثله.. لامتنع القطع في أكثر السراق، فيؤدّي إلى فتح باب الفساد، فيجري عليهم الحد جميعاً استحساناً سدّاً لبابه، سواء خرجوا معه من الحرز أو بعده في فوره، أو خرج هو بعدهم في فورهم؛ لأن بذلك يحصل التعاون.

ثم شرع في بيان ما يقطع فيه وما لا يقطع فيه، فقال: (**ويقطع بسرقة الساج والأبنوس والصندل، والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد**)؛ لأن الثلاثة الأول أموال محرّزة؛ لكونها عزيزة عند الناس لا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام، والثلاثة الباقية من أعزّ أموالهم، ولا توجد مباحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها، فصار كالذهب والفضة، وفيها القطع.. فكذلك في هذه الأشياء.

وإنما قيّد بدار الإسلام؛ لأن الأموال كلّها حتى الذهب والفضة باقية على الإباحة الأصلية في دار الحرب، فلا تكون شبهة في سقوط القطع.

وروي عن محمد في الأبنوس عدم القطع، والظاهر هو القطع لما ذكرناه.

وعنه أيضاً: أنه لا قطع في العاج ما لم يعمل؛ فإذا عمل منه شيء.. قطع فيه.

(**والإناء والباب المتخذين من الخشب**)؛ لأن الصنعة فيها غلبت على الأصل، والتحقت بالصنعة إلى الأموال النفيسة.

لَا بِسَرِقَةِ شَيْءٍ تافهٍ يُوجدُ مُبَاحاً فِي دَارِنَا؛ كخشبٍ، وحشيشٍ، وقصبٍ، وسمكٍ، وطيرٍ، وزرنيخٍ، ومُغرَةٍ، ونُورةٍ.

ولا يقطع في الزجاج؛ لأن المكسور منه تافه، والمصنوع يتسارع إليه الفساد، وقيل: يقطع؛ لأنه مال في المصنوع.

وقال محمد: لو سرق جلود السّباع المذبوحة وقيمتها مائة.. لا يقطع [٦٥٠/ب]، ولو جعلت مصلّاة أو بساطاً.. يقطع.

ويقطع في العود والمسك والأدهان والورس والزعفران والعنبر؛ لكونها مالاً محرزة.

(لا بسرقة شيء تافه)؛ أي: الحقير بعدما **(يوجد مباحاً في دارنا)** إنما قيّد بدارنا؛ لما ذكرناه آنفاً: من أنّ الأموال كلّها باقية على الإباحة الأصلية في دار الحرب، فلا تكون شبهة في سقوط القطع؛ **(كخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وزرنيخ ومغرة)** بالفتحات الثلاث: الطين الأحمر، وسكون العين لغة فيه. **(ونورة)** والأصل فيها: ما رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن عائشة رضي الله عنها قال: قالت: «كانت اليد لا تقطع في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافة» وزاد في «مسنده»: «ولم تقطع في أدنى من ثمن ترس»، وهذه الأشياء مما يتناوله هذا؛ لأن ما يوجد جنسه مباحاً في صورته الأصلية بأن لم يحدث فيه صنعة متقوّمة وكان غير مرغوب فيه.. فهو حقير تقلّ الرغبات فيه، والطباع لا تبخل به، فقلما يوجد أخذه على كره من المالك.. فلا حاجة إلى الشرع الزاجر.

ولهذا: لا يجب القطع بسرقة ما دون النصاب، ولأن الحرز في هذه الأشياء ناقص؛ لأن الخشب تلقى على الأبواب، وإنما يدخل في الدار للعمادة لا للإحراز، والطير من شأنه الطيران، والسمك من شأنه أن يفرّ، وبذلك تقل الرغبات فيه.

بخلاف السّاج والأبنوس والصندل من أنواع الخشب؛ لأنها محرزة على ما مر.

وَلَا بِمَا يُسْرِعُ فَسَادُهُ كلبنٍ، ولحمٍ، وَفَاكِهَةٍ رطبَةٍ، وبِطِّيخٍ، ....

وأما الزرنيخ: فقال بعضهم: ينبغي أن يقطع به؛ لأنه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الأموال. كذا في «فتح القدير».

وينبغي أن يجري هذا الخلاف في المغرة والنورة أيضاً لما ذكر بعينه.

وكذا الشركة العامة في هذه الأشياء المفهومة من قوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة: الكلأ والماء والنار»، ومن قوله ﷺ: «الصيد لمن أخذه» نورث الشبهة الدارئة.

ويدخل في السمك: المالح والطري، وفي الطير: الدجاج والبط والحمام؛ لإطلاق قوله ﷺ: «لا قطع في الطير».

وقال الشافعي - وهو رواية عن أبي يوسف -: يقطع في كلّ شيء إلا التراب والطين والسرقين؛ لأنه سرق مالاً متقوماً من حرز لا شبهة فيه.

والحجة عليه: ما رويناه وما ذكرناه.

فإن قيل: إن كلًّا مما روي وممّا ذكر تقييد لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾، وتقييد مطلقات الكتاب نسخ، فلا يجوز بخبر الواحد، ولا بالرأي.

قلنا: إن إطلاقه قد خص أولاً بقاطع، فيجوز تخصيصه بعده [٦٥١/أ] بظني.

(ولا بما يسرع فساده؛ كلبن ولحم وفاكهة رطبة وبطيخ)؛ لما رواه أبو داود في «مراسيله»: عن جرير بن حازم عن الحسن البصري: أن النبي ﷺ قال: «إنّي لا أقطع في الطّعام» ذكروه ولم يعللوه بغير الإرسال، والإرسال ليس بعلّة عندنا، بل يصحّ الاحتجاج بالمراسيل، فيجب العمل بموجبه.. فحينئذٍ يجب اعتباره في غير محلّ الإجماع دفعاً للتعارض.

ولما كان الإجماع على أنه يقطع في الحنطة والسكر والعسل لكونها أموالاً محرزة.. يجب اعتبار ما روينا فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والثمار الرّطبة مطلقاً في الجرين وغيره.

وفي «فتح القدير»: جعل الخبز مما يتسارع إليه الفساد كاللحم، نقله عن «الإيضاح» و«شرح الطحاوي».

ثم لا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحاً قديداً أو غيره، وهذا لأن القديد يتوهم منه الفساد.

والمراد بتسارع الفساد: عدم بقائه من حول إلى حول، على ما صرّح به في «البحر» عن الإسبيجابي قال: لا بدّ أن يكون المسروق يبقى من حول إلى حول؛ فإذا سرق شيئاً لا يبقى من حول إلى حول.. لا يجب القطع. انتهى.

ثم القطع في الحنطة وغيرها من الطعام: إنّما يكون إجماعاً في غير سنة القحط؛ أما فيها.. فلا قطع فيها مطلقاً؛ لأنه من ضرورة، وهي تبيح التناول، وعنه ﷺ: «لا قطع في مجاعة مضطر».

وهل يقطع في الخلّ؟

ففي «التبيين»: يقطع بالإجماع كما في العسل.

وفي «فتح القدير»: نقل الناطفي من «المجرد» قال أبو حنيفة: لا قطع في الخل؛ لأنه قد صار خمراً مرّة، فدعوى الإجماع في القطع ليس بسديد.

وفي «نوادر أبي سلمان»: لا قطع في الرُّبِّ والجلاب.

ولنا في الفواكه: ما رواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي عن سفيان بن عيينة، كلاهما عن يحيى بن سعد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمّه واسع: أن غلاماً سرق ودياً من حائط، فرفع على مروان فأمر بقطعه، فقال رافع بن خديج: قال النبي ﷺ: «لا قطع في ثمر، ولا كَثَرٍ».

قال في «المغرب»: الودي: غصن يخرج من النخل، ثم يقطع منه فيغرس، وهو المراد بما في «العناية»: والودي: صغار النخل.

وَكَذَا ثَمَرٌ على الشَّجرِ، وَزرعٌ لم يُحصَدْ.

وقال في «المصباح»: الكَثَرُ بفتحتين: الجمَّار، ويقال: الطلع، وسكون الثاء لغة. انتهى.

والمراد بالجمّار: شحم النخل، وهو شيء أبيض يقطع من رأس النخل ويؤكل. كذا في «العناية».

وقال في «المغرب»: ومنه الجمار لرأس النخلة: وهو شيء أبيض ليّن الأثر، هم يسمّونه كثراً لذلك، ومن قال: الجمار: الودي وهو [٦٥١/ب] التافه من النخل.. فقد أخطأ. انتهى.

قلت: والذي ظهر من الحديث المذكور: المراد بالكثر: هو الودي، وإذا كان المراد بالكثر هو الجمار.. يصحّ أن يفسّر الجمار بالودي أيضاً، هذا كلّه عندنا.

وقال الشافعي وأبو يوسف في رواية: يقطع فيما ذكر كلّه من اللبن واللّحم والفواكه الرّطبة والطعام؛ مستدلاً بقوله ﷺ: «لا قطع في ثمر ولا كثر، وإذا آواه الجرين أو الجران.. قطع».

قلنا: أخرجه عن وفق العادة، والذي يؤويه الجرين في عادتهم: هو اليابس من الثمار، وفيه القطع عندنا.

الجرين: المربد، وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف. على ما في «المغرب».

والجران: مقدّم عنق البعير من مذبحه إلى منحره. على ما في «المصباح»، ثم سمّي مجازاً الجران المتخذ منه للمناسبة بينهما، فكان المراد: أحد الطرفين؛ فكأنه قال: يؤويه المربد أو الجراب؛ فإنه عند ذلك ينقل ويدخل في الحرز.. ففيه القطع، وإلّا.. فنفس الجرين، والجران: ليس بحرز، إلا أن يكون له حارس مترصد.

(وكذا ثمر على شجر)؛ لإطلاق ما رويناه ولعدم الحرز فيه.

(وزرع لم يحصد)؛ لعدم الحرز فيه.

وَلَا بِمَا يتَأَوَّلُ فِيهِ الْإِنْكَارَ؛ كأشربةٍ مُطربةٍ، وآلاتِ لَهوٍ؛ كدُفٍّ، وطبلٍ، وبَربَطٍ، ومِزمارٍ، وطُنبورٍ، وصليبِ ذهبٍ أَو فضَّةٍ، وشِطرنجٍ، ونردٍ.

وَلَا بِسَرِقَةِ بَابِ مَسْجِدٍ، وَكُتُبِ علمٍ، ومُصحفٍ، وَصبيٍّ حُرٍّ وَلَو عَلَيْهِمَا حِليَةٌ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(**ولا بما يتأول فيه الإنكار؛ كأشربة مطربة**)؛ أي: مسكرة، قال في «المصباح»: الطرب: خفة تصيب الإنسان لشدّة حزن أو سرور، والعامّة تخصّه بالسرور. انتهى.

وفسّروا في أصول الفقه: بأنه غلبة سرور في العقل، فالتقيا في معنى السرور، فصح تفسيره بالسكر.

(**وآلات لهو؛ كدفّ وطبل وبربط ومزمار وطنبور، وصليب ذهب أو فضّة، وشطرنج ونرد**)؛ لأن من أخذها يتأوّل الكسر نهياً عن المنكر، فيورث الشبهة في درء الحد، بخلاف الدراهم التي عليها التمثال؛ لأنه ما أعدّ للعبادة.. فلا تثبت شبهة إباحة الكسر.

وعن أبي يوسف: إن كان الصليب في البيت.. يقطع؛ لكمال الماليّة والحرز، وإن كان في معبدهم.. لا يقطع؛ لعدم الحرز.

والمراد بالطبل: طبل اللهو، وأما طبل الغزاة.. ففيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: يجب فيه القطع.

(**ولا بسرقة باب مسجد**)؛ لعدم الحرز والتمول.

(**وكتب علم ومصحف وصبي حرّ، ولو عليهما حلية، خلافاً لأبي يوسف**).

وقال الشافعي ومالك - في الكتب والمصحف، وهي رواية عن أبي يوسف -: يقطع لو كان عليهما حلية؛ لأنه مال متقوم محرز، حتى يجوز بيعه وشراؤه.

وعن أبي يوسف: أنه يقطع إذا بلغت حليته نصاباً؛ لأنها ليست من الكتب والمصحف، فتعتبر بانفرادها.

وفي رواية عنه: أنه مع أبي حنيفة ومحمّد أنه لا يقطع؛ لأن الآخذ يتأوّل في أخذه [٦٥٢/أ] القراءة والنظر فيه، ولأن الماليّة للتبع - وهي الحلية والأوراق - لا للمتبوع وهو المكتوب، وإحرازه لأجله لا لنفسه، ولا معتبر للتبع؛ كمن سرق آنية فيها خمر، وقيمة الآنية تزيد على النصاب.. لا يقطع.

وفي «فتح القدير» عن «المبسوط»: أنه لو سرق ثوباً لا يساوي عشرة، ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها.. لم أقطعه، وإن كان يعلم بها.. فعليه القطع.

وعن أبي يوسف: عليه القطع في الأحوال كلّها؛ لأن سرقته تمت في نصاب كامل.

ولكن نقول: السارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به، وإذا كان عالماً بالدّراهم.. فقصد أخذ الدراهم، بخلاف ما إذا لم يعلمها؛ فإنَّ قصده الثوب، وهو لا يساوي نصاباً.

فإن قيل: قد تقدّم في أوّل الكتاب نقلاً عن «التجنيس»: أنّه لو سرق ثوباً قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدودة أو دراهم مصرورة.. لا يقطع، إلا أن كان الثوب وعاء للدراهم عادة.. فإنه حينئذ يقطع؛ لأن القصد حينئذ يقع على سرقة الدراهم. انتهى.

فلم يفرق بين العلم وعدمه في عدم لزوم القطع، بل أناط القطع إلى كون الثوب وعاء لها.

قلنا: لا شك أن المناط: هو ظهور قصد المسروق؛ فإن ظهر أنه قصد سرقة النصاب من المال.. قطع، وإلّا.. لا، إلا أن قصده ذلك لا يكون إلا بالعلم، فلذا ردّ.

وفي «المبسوط»: بين العلم وعدمه، ولا يطلع على علمه ذلك إلّا بإقراره أو بأمر آخر ينتقل منه إلى علمه ذلك؛ ككون الثوب وعاء للدراهم عادة.

فما في «المبسوط» من الترديد بين العلم وعدمه يجوز أن يكون بناء على إقراره، وما في «التجنيس»: بناء على ما يدل على علمه من كونه وعاء عادة؛ فإن كونه وعاء عادة يدلّ على علمه ذلك، وعلمه ذلك يدلّ على قصده سرقة النصاب، حتى لا يقبل قوله: «لم أعلم ولم أقصد»، بخلاف ما إذا لم يوجد منه أحد الأمرين من الإقرار وكونه وعاء لها.. فإنه حينئذ يصدّق في قوله: «لم أعلم».

وهذا الخلاف جار في الصبي الحر أيضاً؛ والمراد: صبي لا يمشي ولا يتكلم ولا يميز، حتى لو كان يمشي ويتكلم ويميز.. لا يقطع إجماعاً؛ لأنه في يد نفسه، فكان أخذه خداعاً، ولا قطع في الخداع، فقال أبو حنيفة ومحمد: لا يقطع؛ لأن الصبي إذا كان على هذه الصفة.. يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه من الحلي، وإلا.. لأخذ ما عليه وتركه، وهو نفسه ليس بمال، والقطع لا يتعلق إلّا بالمال، فلا يقطع، وإن كان سرقة نفسه أعظم إثماً وعقوبة [٦٥٢/ب] من سرقة المال، لكن القطع الّذي هو العقوبة الدنيويّة لم يثبت عليه شرعاً.

وأما تأويله بأنه قصد بالأخذ إبلاغه إلى موضعه أو إسكاته.. فبعيد بعد تحقق السرقة منه، فلا يكون عذراً في سقوط الإثم عنه.

وقال أبو يوسف في رواية عنه: إنّه يقطع إذا كان عليه حليّ تساوي النصاب؛ لما ذكرناه في المصحف المحلّى.

وقال مالك والحسن والشعبي: يقطع بسرقة الصّبي غير المميز الحر؛ لأنه كالمال، والحجة عليهم ما بيّناه.

وعلى هذا الخلاف: إذا سرق إناء فضة فيه خمر أو ثريد أو غيرهما ممّا لا قطع فيه، أو سرق كلباً عليه قلادة فضّة.. يقطع على رواية أبي يوسف، وهو قول مالك والشافعي وأحمد لما مرّ.

وَعبدٍ كَبِيرٍ، ودفترٍ، بِخِلَافِ الصَّغِيرِ.................................

وقال أبو حنيفة ومحمّد: لا يقطع؛ لأن الإناء والقلادة تابع، وإذا لم يجب في المتبوع القطع.. لا يجب في التابع أيضاً.

قال «فتح القدير»: واعتقادي وجوب القطع في الإناء المعاين ذهبيته وإن كان فيه ما كان؛ فإن تبعية الإناء باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ عليه، بل الظاهر: أن كلّاً منهما أصل مقصود بالأخذ، بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه؛ لأنه يتوصل بماليّته إلى أضعاف ما فيه، والمانع من القطع إنما هو التبعية في قصد الأخذ لا باعتبار غيره، ولا ظاهر يفيده.

ومما يوافق ما ذكرناه: ما في «التجنيس» من علامة «العيون»: سرق كوزاً، وفيه عسل، وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم.. يقطع، وكذا إذا سرق حماراً يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهماً، بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة؛ لأنه سرق ماء من وجه.

(و) لا بسرقة (**عبد كبير**)؛ لأنه غصب أو خداع لا سرقة؛ لأن الكبير في يد نفسه.

فسّر الكبير في «فتح القدير»: بالمميّز المعبّر عن نفسه، وقال: لا قطع فيه بالإجماع، إلا إذا كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة.. فحينئذٍ يقطع. ذكر الاستثناء ابن قدامة، ولم يذكر مشايخنا، بل نصّوا على أنه لا قطع في الآدمي الذي يعقل، سواء كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً، وقالوا: هو ليس بسرقة، بل إما غصب أو خداع.

(**ودفتر**)؛ والمراد: دفتر الكتب لا دفتر الحساب؛ لأنه مال على ما سيأتي، ثم المراد به الكواغد، وإنما لا يقطع فيه؛ لأن المقصود: ما فيها، لا نفسها.

(**بخلاف**) العبد (**الصغير**)، فسّره في «فتح القدير»: الذي ليس يميّز، ولا يعبّر عن نفسه، وقال: يقطع فيه بالإجماع؛ لأنه مال متقوم، هكذا حكى الإجماع ابن

ودفترِ الْحسابِ.

المنذر [٦٥٣/أ]، مع أنّ أبا يوسف قال: أستحسن أن لا أقطعه؛ لأنه مال من وجه، آدمي من وجه، فصار كونه آدمياً شبهة في ماليته، فيندرئ بها الحدّ.

وهما: اعتبرا وجهه والمالية فيه؛ لوجود حدّ المال فيه، بل هو أعزّ الأموال، فصدق عليه حدّ السّرقة، وهو: أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه.. مع باقي الشروط.

وفي «الزيلعي»: لو كانت قيمة الصغير أقلّ من النصاب، وفي أذنه شيء مثله.. يقطع باعتبار الغنم.

(و) بخلاف **(دفتر الحساب)**؛ لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ، فكان المقصود هو الكواغد، فيقطع إن كانت قيمته نصاباً. كذا علّلوه.

وقال في «البحر»: والمراد بدفتر الحساب: دفاتر أهل الديون، وقولهم: «لأن المقصود هو الكواغد» يدلّ على أن المراد به: هو الذي مضى حسابه، وقد قيل به على ما ذكره الشمني في «شرح النقاية».

وأما الدفاتر التي في الديون المعمول بها.. فالمقصود: علم ما فيها، فلا قطع فيه وإن كان نصاباً، وقيد بالدفاتر؛ لأنه لو سرق الأوراق والجلد قبل الكتابة.. يقطع لو بلغت قيمته النصاب.

قال في «الهداية»: لا يقطع في الدفاتر كلّها إلّا في دفاتر الحساب.

وذكر في «فتح القدير»: يدخل في عموم قوله: «لا قطع في الدفاتر كلّها»: الكتب المشتملة على علم الشريعة؛ كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربيّة والشعر.

وقد اختلف في غيرهما؛ فقيل: ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها.

وقيل: بالشريعة؛ لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت.. كفت في إيراث الشبهة.

ومقتضى هذا: أن لا يختلف في القطع بكتب السّحر والفلسفة؛ لأنه لا يقصد ما

وَلَا بِسَرِقَةِ كلبٍ وفهدٍ.

وَلَا بخيانةٍ وَنهبٍ واختلاسٍ.

وَكَذَا نبشٍ، ....

فيها لأهل الديانة، فكانت سرقة صرفاً، ولأن عدم القطع بإلحاقها بالكتب الشرعية وليست إيّاها؛ إذ لا يتوقف معرفة الشريعة على ما فيها، بخلاف كتب الأدب والشعر، ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع... هذا كله عندنا.

وقال مالك والشافعي وأحمد: يقطع بالكلّ من كتب الشريعة وغيرها إن بلغت قيمته نصاباً؛ لأنها مال متقوم، والجواب يعرف مما ذكرناه.

(ولا بسرقة كلب وفهد)؛ أي: بالاتفاق بيننا وبين الأئمة الثلاث، خلافاً لأشهب من المالكية قال: عدم القطع في النهي عن اتخاذه؛ أما في المأذون في اتخاذه؛ ككلب الصيد والماشية.. فيقطع؛ لكونه مالاً.

قلنا: هو مباح الأصل، وبحسب [٦٥٣/ب] الأصل غير مرغوب فيه، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في ماليّة الكلب، فأورث شبهة فيها.. فيندرئ الحدّ بها.

(ولا بخيانة)، هو: أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدّعي ضياعه، أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية.

والوجه فيه: قصور الحرز؛ لأنه قد كان في يد الخائن وفي حرزه، لا في حرز المالك على الخصوص، وذلك لأن حرزه وإن كان حرز الملك لكون إحرازه بإعارته أو إيداعه عنده، لكنه حرز مأمون للسارق في دخوله.

(ونهب)؛ وهو: أن يأخذ علانية قهراً من ظاهر بلد أو قرية.

(واختلاس)؛ وهو: أن يأخذ من البيت بسرعة جهراً، والوجه فيهما: عدم ركن السرقة وهو الأخذ خفية، وقد روي مرفوعاً أنه: «لا قطع على مختلس، ولا منتهب، ولا خائن».

(وكذا نبش)؛ أي: لا قطع على النباش، وهو: الذي يسرق أكفان الميت بعد

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

الدفن، وهذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

(خلافاً لأبي يوسف)، وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

لهم: ما أخرجه البيهقي: قال ﷺ: «من نبش.. قطعناه» وما أخبر به ابن المنذر عن ابن الزبير أنه قطع نباشاً، ولأنه مال منقوم محرز بحرز مثله، فيقطع فيه.

ولهما: قوله ﷺ: «لا قطع على المختفي» وهو النباش بلغة أهل المدينة.

وفي «الصحاح»: اختفيت الشيء: استخرجته، والمختفي: النباش؛ لأنه يستخرج الأكفان.

ولهما أيضاً: ما رواه ابن أبي شيبة، عن عيسى بن يونس، عن معمر، عن الزهري قال: أتي مروان بقوم يختفون – أي: ينبشون القبور – فضربهم ونفاهم ولم يقطعهم، والصحابة متوافرون.

وما رووه من حديث البيهقي منكر رفعه، وفي سنده من يجهل حاله؛ كبشر بن حازم وغيره، ولو سلم.. فهو محمول على السياسة.

وأما أثر ابن المنذر.. فقد صرّح البخاري في «تاريخه» ضعفه، ثم أعله بسهل ابن ذكوان المكي، قال عطاء: كنّا نتهمه بالكذب.

وقولهم: «مال محرز» ممنوع؛ لأن القبر حفرة في الصحراء مأذون للعامّة في المرور به ليلاً ونهاراً، ولا غلق فيه، ولا حارس متصدّ لحفظه، فكيف يكون محرزاً؟!

فإن قيل: لو لم يكن محرزاً.. لزم تضييع المال.

قلنا: ممنوع، وإنما يلزم التضييع لو لم يكن مصروفاً إلى حاجة الميّت، والصرف إلى الحاجة ليس تضييعاً؛ فلذا لا ضمان فيه، ولو سلّم أنه محرز ولكنه لا يخلو في حرزيته عن شبهة، وبها يندرئ الحدّ، وكذا لا يخلو في كونه مملوكاً عن شبهة؛ لأنه لا ملكٌ للميت حقيقة، ولا للوارث؛ لتقدم حاجة الميت [٦٥٤/أ] عليه، وقد تمكن الخلل أيضاً في مقصود الحدّ وهو الانزجار؛ لأن الجناية – وهو النبش –

وَلَا بِسَرِقَةِ مَالٍ عَامَّةٍ، أَو مُشْتَرَكٍ، أَو مِثْلِ دَينِهِ، أَو أَزِيدَ، ....

نادرة الوجود في نفسها، قلّما يميل إليه الطّبع.. فلا حاجة إلى شرع الزاجر فيه، وهذا في القبر الكائن في الصّحراء.

أما لو كان القبر في بيت مقفل.. ففيه اختلاف مشايخنا، قيل: يقطع به بلا خلاف؛ لوجود الحرز.

وقيل: إنه على الخلاف.

وصحّحه في «الهداية»، فقال بعضهم: لا يقطع وإن وجد الحرز؛ للموانع الأُخر من: نقصان المالية، وعدم المملوكية، والمقصود من شرعه.

وقال بعضهم: يقطع لوجود الحرز.

وكذا الخلاف إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت؛ لما ذكرناه من تحقق الخلل في المالية وما بعدها.

وفي «فتح القدير»: لو اعتاد لصّ ذلك.. للإمام أن يقطعه سياسةً لا حدّاً.

ثم المراد بالكفن الذي يقطع به على القول بالقطع: ما كان مشروعاً، فلا يقطع في الزائد على كفن السنة بالاتفاق، وكذا ما ترك معه من طيب أو ذهب وغيره؛ لأنه تضييع وسفه، فليس محرزاً، ثم الخصم في القطع عند القائل به: هو الوارث، وإن كفّنه أجنبيّ.. فهو الخصم؛ لأنه له، حتى لو أخرجه الذئب وطرحه من الميت.. فهو لذلك الأجنبي لا للوارث.

(**ولا بسرقة مال عامّة**)؛ أي: من بيت المال؛ لأن له حقّاً فيه، فأورث شبهة، وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك: يقطع، والحجة عليه: ما ذكرناه.

(**أو مشترك**) بين السّارق وبين المسروق منه؛ لمَا ذكرناه.

(**أو مثل دينه أو أزيد**) إذا كان له على آخر دراهم، فسرق منه مثل دينه أو أزيد.. لم يقطع؛ لأنه استيفاء حقّه في مقداره، وفي الزيادة يورث شبهة، والحال والمؤجل

حَالّاً كَانَ أَو مُؤَجَّلاً.

وَإِن كَانَ دينُهُ نَقْداً فَسرقَ عَرَضاً.. قُطِعَ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَإِن كَانَ دَنَانِير فَسرقَ دَرَاهِمَ، أَو بِالْعَكْسِ.. لَا يُقطَعُ.

وَقيل: يُقطَعُ.

في الدين سواء في عدم القطع استحساناً؛ ولذا قال: (**حالاً كان**) الدين (**أو مؤجلاً**). **والقياس**: أن يقطع في المؤجل؛ لأنه سرق مالاً لا يباح له أخذه؛ كما لو سرق من خلاف جنس دينه.

ووجه الاستحسان: إن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة به.. يصير شبهة دارئة للحد.

ثم لا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلاً أو غير مماطل عندنا، خلافاً للشافعي قال: لا يقطع في المماطل، يقطع في غير المماطل.

(**وإن كان دينه نقداً فسرق عرضاً.. قطع**) عندهما، (**خلافاً لأبي يوسف**). له: أنهم اختلفوا في جواز أخذه؛ فقال ابن أبي ليلى: إنه إن ظهر بخلاف جنس حقه.. كان له أخذه؛ لوجود [٦٥٤/ب] المجانسة في صفة الماليّة.

وقال بعضهم: له أن يأخذه رهناً لحقه، واختلاف العلماء يورث شبهة.

قلنا: هذا القول لا يستند إلى دليل ظاهر؛ إذ القياس: أن يأخذ جنس حقّه في الدّين الحال؛ لأن حقّه في الوصف في الحقيقة، وهذا عين، لكن تركناه فيه؛ لقلّة التّفاوت بينهما، ولا كذلك خلاف الجنس؛ لفحش التفاوت، فلا يترك القياس، ولا يعتبر بدون اتّصال الدّعوى به، حتى لو ادّعى أنه أخذه قضاء لحقه أو رهناً به.. درئ الحدّ عنه؛ لأن فِعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وإن كان هو مخطئاً في تأويله.

(**وإن كان**) دينه (**دنانير فسرق دراهم أو بالعكس.. لا يقطع**)؛ لأن النقود جنس واحد، قيل: وهو الأصحّ.

(**وقيل: يقطع**)؛ لأنه ليس له حقّ الأخذ.

وَلَا بِمَا قُطِعَ فِيهِ وَلم يتَغَيَّر، وَإِن كَانَ قد تغيَّرَ.. قُطِعَ ثَانِياً؛ كغزلٍ نُسِجَ.

(**ولا بما قطع فيه ولم يتغير**)؛ أي: سرق عيناً فقطع فيها فردّها، ثم عاد فسرقها والعين بحالها.. لم يقطع مرة أخرى، والقياس: أن يقطع أيضاً، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف؛ لقوله ﷺ: «فإن عاد.. فاقطعوه» - من غير فصل - أخرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ولأن السرقة الثانية مثل الأولى في سببيّة القطع، بل أفحش؛ لأن العود بعد الزاجر أقبح.

ولنا: إن القطع أوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق؛ لقوله ﷺ: «لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه» وبالرد إلى المالك؛ إن عادت حقيقة العصمة.. بقيت شبهة السّقوط؛ نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام موجب السقوط، وهو القطع فيه.

بخلاف ما لو تبدّل الملك في ذلك؛ كما إذا باع المالك المسروق، ثم اشتراه منه، ثم سرقه من المالك أيضاً.. فإنه يقطع فيه؛ لعدم شبهة اتحاد الملك بالتبدل بالبيع.

وبخلاف ما إذا تبدل المحل في ذلك.. فإنه يقطع فيه أيضاً، وهو ما ذكره بقوله: (**وإن كان قد تغيّر.. قطع ثانياً**)؛ لأن العين قد تبدّل، ولهذا يملكه الغاصب به، وإذا تبدل المحل بالتغير.. انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحلّ، فوجب القطع ثانياً.

(**كغزل**) سرقه فقطع يمينه فرد إلى مالكه، ثم (**نسج**) مالكه، ثم سرقه ذلك السارق.. فإنه قطع ثانياً؛ لما ذكرناه .

* * *

(فَصْلٌ فِي الْحِرْزِ)

هُوَ قِسْمَانِ:

بمَكَانٍ؛ كبيتٍ وَلَو بِلَا بَابٍ أَو بَابُهُ مَفْتُوحٌ، وكصندوقٍ.

وبحافظٍ: كمَن هُوَ عِنْدَ مَالِهِ وَلَو نَائِماً.

وَفِي الْحِرْزِ بِالْمَكَانِ.. لَا يعْتَبرُ الْحَافِظُ.

(فَصْلٌ في الحِرزِ)

هو في اللغة: عبارة عن المكان الذي يحفظ فيه؛ يقال: أحرزت المتاع: جعلته في الحرز. كذا في «المصباح».

وفي «المغرب»: هو المكان الحصين، وقد يطلق على ما يقصد به حفظ الأموال.

وهو على نوعين:

أحدهما: حرز لمعنى فيه، وهو [٦٥٥/أ] إنّما يكون بالمكان المعدّ لحفظ الأمتعة والأموال، ويختلف ذلك باختلاف الأموال؛ كالدّور والبيت والصّندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر والخيمة.

والثاني: حرز بالحافظ، ولهذا قال: (**هو قسمان: بمكان؛ كبيت ولو بلا باب، أو بابه مفتوح، وكصندوق**) ونحوه ممّا ذكرناه.

(**وبحافظٍ كمن هو عند ماله ولو نائماً**)، سواء كان في الطريق أو في المسجد؛ لما روي أنّ رسول الله ﷺ قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد.

(**وفي الحرز بالمكان: لا يعتبر الحافظ**). وقيل: في الحرز بالمكان يعتبر الحافظ؛ لما ذكر في «العيون» أن على قول أبي حنيفة: يقطع السّارق من الحمام في وقت الإذن بالدخول فيه إذا كان ثمة حافظ.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يقطع؛ لعدم اعتبار الحافظ وهو الصحيح. على ما في «الهداية»، وعليه الفتوى.على ما في «الكافي».

وهذا لأن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان؛ لأنه يمنع وصول يد غير صاحب المال إلى ما فيه من المال، ويكون المال مختفياً به، مع قطع النظر عن وجود الحافظ؛ لأن المكان في نفسه صالح لذلك، فلا يعتبر وجود الحافظ معه؛ فلذا كان الأصحّ: أنّه إذا دخل الحمام في وقت الإذن بالدخول فيه وسرق منه ما عنده حافظ.. لا يقطع؛ لأن الحمام في نفسه صالح لحفظ الأموال، إلّا أنّه اختلّ الحرز للإذن بالدخول فيه، حتى لو سرق منه ليلاً.. يقطع بالاتفاق.

فإذا كان صالحاً للحرز في نفسه.. فلا يعتبر وجود الحافظ معاً حتّى يقطع باعتبار الحافظ.

بخلاف المسجد؛ لأنه غير صالح في نفسه للحرز؛ لأنه ما بنِيَ لإحراز المال، فيقطع السارق منه بما عنده حافظ، وقد صح أنه قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد.

والحاصل: أن كلّ واحد من الحرزين أصل لا يعتبر أحدهما بالآخر، بل ينفك كلّ منهما عن الآخر كما في هاتين المسألتين؛ فإنه تحقق في الحمام الحرز بالمكان بدون الحافظ، حتى لم يجب فيه القطع بالحافظ، وفي المسجد: تحقق الحرز بالحافظ بدون الحرز بالمكان حتى وجب فيه القطع بالحافظ.

ويتفرع على هذا الأصل أيضاً: أنه إذا سرق من البيت وإن لم يكن له باب أو له باب، ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده.. فإنه يقطع؛ لتحقق الحرز بالمكان وإن لم يوجد الحرز بالحافظ.

ومن هنا: ظهر ضعف ما في «فتح القدير»: من أن الحرز بالحافظ فرع الحرز [٦٥٥/ب] بالمكان، ولا اعتبار للفرع مع وجود الأصل.. فلا يعتبر وجوده معه. انتهى.

لأنه لو كان فرعاً للحرز بالمكان.. لزم أن لا يوجد بدونه؛ لأن وجود الفرع لا يتحقق بدون الأصل، وليس كذلك، بل تحقق بدونه كما ترى.

والحاصل: أنّ القضيّة المذكورة تنعكس على ما ذكرناه، وعلى ما «فتح القدير».. لزم أن لا تنعكس.

هذا، وقال في «البزازية» نقلاً عن «الحاوي»: دخل السارق نهاراً وباب الدار مفتوح.. لم يقطع.

ولو ليلاً في باب الدار، وكان الباب مفتوحاً مردوداً بعدما صلى الناس العتمة، وسرق خفية أو مكابرة ومعه سلاح، وصاحبه يعلم به أو لا.. يقطع. انتهى.

ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه إلّا بإخراج المتاع منه؛ لقيام يد المالك قبل الإخراج، بخلاف الحرز بالحافظ؛ فإنه يجب القطع فيه كما أخذه؛ لزوال يد المالك فيه بمجرد الأخذ، فتتم السّرقة، فيجب موجبها، سواء كان الحافظ في الطريق أو في الصحراء أو في المسجد، مستيقظاً أو نائماً، والمتاع تحته أو تحت رأسه أو عنده وهو بحيث يراه؛ لأنه يعد النائم عند متاعه وبحضرته كيفما نام؛ مضطجعاً أو لا: حافظاً له في العادة.

وقيل: يشترط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه؛ أما إذا كان موضوعاً بين يديه.. فلا يكون محرزاً له في حال نومه، والصّحيح: هو الأوّل على ما في «الهداية».

وقال: وعلى هذا: لا يضمن المودَع والمستعير إذا حفظا الوديعة والعارية كذلك؛ أي: لو نام ووضع الوديعة أو العارية تحت رأسه أو جنبه أو بين يديه فسرقت.. لم يضمن، ولو لم يكن ذلك حفظاً بل كان تضييعاً.. لضمنوا. على ما اختاره صاحب «الهداية» وصححه.

قال الإمام السرخسي وصاحب «الفصولين» و«العمادي» و«فتاوى الظهيرية»: لكن المذكور في «قاضي خان» و«الخلاصة» وغيرهما من الفتاوى: خلاف ذلك؛

حيث قال في وديعة «قاضي خان»: رجل دخل الحمام فنزع ثيابه بمحضر من صاحب الحمام، فلمّا خرج من الحمام لم يجد ثيابه ووجد صاحب الحمام نائماً.. قالوا:

إن كان نائماً قاعداً.. لا يضمن شيئاً؛ لأنه مستيقظ حكماً، فلم يكن تاركاً للحفظ.

وإن كان نائماً مضطجعاً واضعاً جنبيه على الأرض.. كان ضامناً؛ لأنه ترك الحفظ.

ثم قال في ضمان المستعير: رجل استعار دابة فنام في المفازة ومقودها في يده، فجاء إنسان وقطع المقود وذهب بالدابة.. لا يضمن المستعير؛ لأنه لم يترك الحفظ.

ولو أنّ السّارق مدَّ المقود من يده فذهب [٦٥٦/أ] بالدابة ولم يعلم به المستعير.. كان ضامناً؛ لأنه إذا نام على وجه يمكن مدّ المقود من يده وهو لا يعلم به.. يكون مضيعاً.

قيل: هذا إذا نام مضطجعاً؛ فإن نام جالساً.. لا يضمن على كلّ حال؛ لأنه لو نام جالساً ولم يكن المقود في يده، ولكن الدابة بين يديه.. لا يضمن، فههنا أولى. انتهى.

هكذا ذكره في «الخلاصة» و«الذخيرة»، وقالوا: ما ذكروا من الفرق بين النوم جالساً وبين النوم مضطجعاً فيما إذا كان في الحضر؛ أما إذا كان في السّفر.. فلا ضمان عليه، نام جالساً أو مضطجعاً.

ثم ما كان حرز النوع من المتاع، بل يكون حرزاً لجميع الأنواع؛ قيل: نعم، وقيل: لا.

وَيُقطَعُ بِسَرِقَةِ مَالِهِ مِن بَيتِ غَيرِهِ، وَكَذَا بِسَرِقَةٍ مِن بَيتِ مَحرَمٍ رضَاعاً، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِي الْأُمِّ.

وَلَا قطعَ بِسَرِقَةِ مَالِ زَوجتِهِ، أَو زَوجِهَا، وَلَو مِن حرزٍ خَاصٍّ.

(**ويقطع بسرقة ماله**)؛ أي: مال ذي رحم محرم منه.

(**من بيت غيره**)؛ لتحقق الحرز فيه، فتكون السرقة من حرز.

(**وكذا**)؛ أي: يقطع (**بسرقة من بيت** [٦٥٦/ب] **محرم رضاعاً، خلافاً لأبي يوسف في الأمّ**) من الرّضاع؛ حيث قال: لا يقطع؛ لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة، بخلاف الأخت من الرضاع؛ لانعدام هذا المعنى فيها عادة.

ووجه الظاهر: أنه لا قرابة بينهما، والمحرمية بدون القرابة.. لا تكون حرمتها قويّة عادة، فلا تعدّ شبهة في درء الحد؛ كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة؛ فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها.. يقطع، وكذا في التقبيل عن شهوة وإن كانت المحرمية موجودة.

والأم من الرضاع أشبه بالأخت من الرضاع ممن يحرم بالزنا والتقبيل عن شهوة؛ لأن إلحاق الرضاع بالرضاع أشبه من إلحاقه بالزنا، وفي السرقة من بيت الأخت من الرضاع.. يجب القطع بالاتفاق، فيجب في السرقة من بيت أمه من الرضاع أيضاً.

وقوله: «يدخل عليها من غير استئذان وحشمة.. قلنا: ممنوع؛ لأن الرضاع قلّما يشتهر، فلا بسوطة بينهما؛ لعدم شهرته، فلا يدخل عليها بلا استئذان؛ خوفاً عن وقوع التهمة.

بخلاف النسب؛ فإنه يشتهر، فلا ينكر دخوله؛ لعدم التهمة فيه أصلاً، فلا حاجة إلى الاستئذان في الدخول عليها، فلم يقطع في سرقة مال أمّه من النسب.

(**ولا قطع بسرقة مال زوجته أو زوجها ولو**) - وصلية - (**من حرز خاص**) له، يسكنان فيه أو لا؛ لوجود البسوطة بينهما في الأموال عادة: وهو ظاهر، ودلالة:

وَلَا قطعَ بِسَرِقَةِ مَالِ مَن بَينَهمَا قرَابَةُ وِلادٍ، وَلَا بِسَرِقَةٍ مِن بَيتِ ذِي رحِمٍ مَحرَمٍ وَلَو مَالَ غَيرِهِ.

وفي «فتح القدير»: والصحيح: هو الأوّل كما ذكره الكرخي، حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيرة غنم.. يقطع، بخلاف ما إذا سرق الغنم من الرعي.. فإنه لا يقطع.

وقد أطلق محمد عدم القطع فيه، وفي الفرس والبقر، وهو مقيّد بما إذا لم يكن معها من يحفظها؛ فإن كان من يحفظها.. قطع إذا لم يكن الحافظ راعياً؛ فإن كان راعياً.. ففي «البقالي»: لا يقطع، وهكذا في «المنتقى» عن أبي حنيفة.

وأطلق الإمام خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ.

ولا يخفى عليك: أنّ ما في «البقالي» أقوى دراية؛ لأن الراعي لم يقصد حفظها من السراق، بل قصده مجرّد الرعي، بخلاف غيره من الحافظ.

وعلى القول الثاني، وقد نقله الإسبيجابي عن بعض أصحابنا: إن كل شيء يعتبر بحرز مثله، حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيره.. لا يقطع، وكذا لو سرق من هذه الأماكن ثيابا نفيسة، وهو قول الشافعي.

(**ولا قطع بسرقة مالِ مَن بينهما قرابة ولاد**)، فلا قطع لمن سرق من أبويه وإن علا، أو من ولده وإن سفل للبسوطة بينهما في المال، وفي الدخول في الحرز، فيختل معنى السرقة.

(**ولا بسرقة من بيت ذي رحم محرم**)؛ كالأخ والأخت والعم والخال والعمة والخالة.

(**ولو**) - وصليّة - (**مال غيره**)؛ أي: غير ذي رحم محرم منه للبسوطة في الدخول في الحرز، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة؛ كالوجه والكف، والباطنة كالعضد والصدر والساق، بخلاف سرقة أحد الصديقين من الآخر؛ لأنه عاداه، فوقع الأخذ حال العداوة، وانقطاع البسوطة بينهما.. فيقطع.

وَكَذَا لَو سرقَ مِن سَيّدِهِ، أَو زَوْجَةِ سَيّدِهِ، أَو زوجِ سيّدتِهِ، أَو مكَاتَبِهِ، ...

وذلك أنها لمّا بذلت نفسها.. فلأن تبذل مالها أولى.

خلافاً للشافعي في أحد قوليه، وهو نظير الخلاف في الشهادة.

قلنا: هذه البسوطة لما منعت قبول شهادة أحدهما للآخر.. فلأن تمنع قطع اليد أولى؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات.

أطلق الزوجين؛ فشمل:

الزّوجية وقت السرقة فقط؛ بأن سرق منها، ثم أبانها وانقضت عدّتها، ثم ترافعا.. فلا قطع.

والزوجية بعد هذا؛ بأن سرق من أجنبية، ثم تزوّجها، ثم ترافعا.. فلا قطع ولو بعد القضاء؛ لوجود الشبهة قبل الإمضاء.

والزوجية من وجه؛ بأن سرق من مبتوتة في العدة، أو سرقت هي منه؛ لوجود الخلطة بينهما في العدة، بخلاف ما إذا سرق منها بعد انقضاء العدة.. فإنه يقطع.

(وكذا لو سرق) العبد **(من سيّده، أو من زوجة سيّده، أو من زوج سيّدته)**؛ للبسوطة بينهما، وللإذن في الدخول، فيختل الحرز.

وقال مالك: يقطع لو سرق من زوجة سيّده أو من زوج سيّدته، والحجّة عليه: ما ذكرناه.

(أو مكاتبه)؛ [٦٥٧/أ] أي: لو سرق المولى من مكاتبه.. لا يقطع؛ لأن له حقّاً في أكساب مكاتبه، ولأن ماله موقوف دائر بينه وبين مولاه؛ لأنه إن عجز.. كان للمولى، وإن عتق.. كان له.

ولا يقطع في سرقة مال دائر بين السّارق وغيره؛ كما إذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار، وكما لا قطع على السيد.. كذلك لا قطع على المكاتب إذا سرق مال سيّده؛ لأنه عبده ما بقي درهم.

أو خَتَنِهِ، أَو صِهْرِهِ، خلافاً لَهما فيهمَا، أَو مِن مغنمٍ، أَو حمَّامٍ نَهَاراً وَإِن كَانَ ربُّهُ عِنْدَهُ، أَو مِن بَيتٍ أُذِنَ فِي دُخُولِهِ، أَو مضيفِهِ.

(أو ختنه) الختن بفتحتين، والمراد به ههنا: زوج كلّ ذي رحم محرم منه كبنته وأخته.

(أو صهره)، قال الأزهري: الصهر يشمل على قرابات النساء ذوي المحارم وذوات المحارم؛ كالأبوين والأخوة وأولادهم والأعمام والأخوال والخالات، فهؤلاء أصهار زوج المرأة، ومن كان من قبل الزوج من ذوي قرابة المحارم.. فهم أصهار المرأة أيضاً. كذا في «المصباح».

(خلافاً لهما فيهما)؛ أي: في الختن والصهر.

ولأبي حنيفة: إن العادة قد جرت بالبسوطة في دخول بعضهم منازل بعض بلا استئذان، فتمكّنت الشبهة للحرز؛ كما في أحد الزوجين، ومال السيد أو زوجته.

ولهما: أنه لا شبهة في ملك البعض؛ لأنها تكون بالقرابة، ولا قرابة ههنا، والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع.

وعلى هذا الخلاف: إذا سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة، بخلاف أحد الزوجين والسيد ونحوهما؛ لوجود القرابة والبسوطة.

(أو) سرق **(من مغنم)**؛ لأن له فيه نصيباً فتمكنت الشبهة في المالية، هكذا روي عن علي.

(أو حمام نهاراً وإن) - وصلّية - **(كان ربّه عنده، أو من بيت أذن في دخوله)** كحوانيت التجار والخانات؛ لاختلال الحرز بالإذن في الدخول فيه عادة.

فإن قيل: فهل لا يكون محرزاً بكون صاحبه عنده؟

قلنا: لا؛ لما مر: أن الحرز بالمكان لا يعتبر فيه الحرز بالحافظ.

(أو) سرق الضيف من **(مضيفه)**؛ لأن البيت لم يبق حرزاً في حقّه؛ لكونه مأذوناً في دخوله؛ ولأنه بالإذن صار بمنزلة أهل الدار، فيكون فعله خيانة لا سرقة.

أَوِ سرقَ المؤجّرُ مِنَ الْبَيْتِ الْمُسْتَأْجَرِ، خلافاً لَهما.

وَلَو سرقَ شَيْئاً وَلم يُخرجهُ مِنَ الدَّارِ.. لَا يُقطَعُ، بِخِلَافِ مَا لَو أخرجَهُ مِن حُجرَةٍ إِلَى الدَّارِ.

ثم إنه أطلق النوم فشمل النوم قاعداً ومضطجعاً، وكذا الحكم فيما إذا نام والمتاع بحضرته، وقد ذكرناه من قبل فارجع إليه.

(**أو سرق المؤجر من البيت المستأجر**). يقطع عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**)؛ لأن المؤجر يدخل البيت الذي أجره للمرمّة.. فيثبت له الإذن، فلا يقطع؛ كما لو سرق من داره التي أعارها.

ولأبي حنيفة: أنه ممنوع عن الدخول بغير إذن المستأجر؛ لأن البيت المستأجَر كالمملوك في حق المنفعة، وأما الدخول للمرمّة.. فمباح بالإذن لا بدون الإذن، بخلاف المستعار؛ إذ ليس فيه تمليك المنفعة، بل طريقه الإباحة.

قيّد بالمؤجر؛ لأنه لو سرق المستأجر من المؤجر في بيت آخر له.. يقطع بالاتفاق.

(**ولو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار.. لا يقطع**)؛ لأن الدار كلّها حرز واحد.. فلا بدّ من الإخراج منها، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الأخذ.

ثم اختلفوا فيه، فقال بعضهم: لا ضمان عليه إذا تلف المسروق في يده قبل الإخراج من الدار، كما لا قطع عليه.

والصحيح: أنه يضمن المتلف على وجه التعدي، بخلاف القطع؛ لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد. كذا في «فتح القدير».

ثم هذا في الحرز بالمكان، بخلاف الحرز بالحافظ؛ حيث يجب القطع فيه كما أخذه بدون اعتبار الإخراج، وقد تقدّم ذكره من قبل.

(**بخلاف ما لو أخرجه من حجرة**) من حجرات الدار العظيمة (**إلى**) صحن (**الدار**)؛ حيث يقطع فيه؛ لأن كلّ حجرة حرز على حدة.

وَقُطِعَ لَو سَرَقَ مِنَ الْحمَّامِ لَيْلاً، أَو مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعاً. ورَبُّهُ عِنْدَهُ، أَو أَدخلَ يَدهُ فِي صندوقِ غَيرِهِ، أَو كُمِّهِ، أَو جيبِهِ، أَو سرقَ جُوالِقاً فِيهِ مَتَاعٌ وربُّهُ يحفظُهُ، أَو نَائِمٍ عَلَيْهِ، ....

وكذا لا يقطع إذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له في دخولها وهو مقفل، أو من صندوق مقفل، على ما ذكره القدوري في «شرحه»؛ لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد، ولهذا إذا خرج اللص من بعض بيوت الدار إلى الدار.. لا يقطع ما لم يخرجه من الدار، وإذا كان حرزاً واحداً.. فبالأذن اختل الحرز في البيوت.

(**وقطع لو سرق من الحمام ليلاً**)؛ لأنها بنيت لإحراز الأموال، وإنما الإذن يختص بالنهار، وكذا كل ما أذن في دخوله يقطع [٦٥٧/ب] فيه ليلاً.

وعن أبي حنيفة: إذا سرق ثوباً من تحت رجل في الحمام نهاراً.. يقطع كما في الليل، وقد مر: أنّ الصحيح: عدم القطع نهاراً.

(**أو من المسجد متاعاً وربّه عنده**) ليلاً كان أو نهاراً؛ لأن المسجد محرز بالحافظ لا بالمكان؛ لأنه ما بني لحفظ الأموال.. فيعتبر الإحراز بالحافظ لا المكان، بخلاف الحمام والخانات والحوانيت الّتي أذن لدخولها؛ لأنها لا تعتبر بالحافظ؛ لكونها بنيت لحفظ الأموال.

وعلى هذا: ما ذكره في «الخلاصة»: جماعة نزلوا بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه.. لا يقطع، ولو كان في المسجد جماعة.. يقطع.

(**أو أدخل يده في صندوق غيره أو كمّه أو جيبه أو سرق جوالقاً فيه متاع**) من موضع ليس بحرز؛ كالطريق والمسجد ونحوه، وإليه أشار بقوله: (**وربّه يحفظه، أو نائم عليه**)، وذلك لأنه لو سرق من مكان محرز.. يقطع بلا اعتبار الحافظ مطلقاً على ما مرّ، فعلم: أن المراد هو السّرقة من المحرز بالحافظ لا بالمكان.

أَو سرقَ بعضُ أهلِ حُجَرِ دَارٍ مِن حُجرَةٍ أُخْرَى فِيهَا، أَو أَخذَ شَيْئاً مِن حِرزٍ فَأَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ، ثمَّ خرجَ فَأَخذَهُ، ....

قال محمّد [٦٥٨/أ] في «الجامع الصغير»: فإن كانت دار فيها مقاصير، فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار.. قطع؛ لأن كلّ مقصورة بمنزلة دار على حدة، هذا كلامه.

وأوّلوه بما إذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم، ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار، وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة؛ لأنها على هذا التقدير بعد الإخراج إليها: كالإخراج إلى السّكة، بخلاف ما لو سرق من الدّار ولم يخرجه منه؛ لأن بيوت الدار كلّها في يد واحد، وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان.

(**أو سرق بعض أهل حجرة دار من حجرة أخرى فيها**)؛ أي: في تلك الدار.. فإنه يقطع لما ذكرناه من أن كلّ حجرة حرز على حدة.

وفي «الفتاوى الصغرى»: القوم إذا كانوا في دار، كلّ واحد في مقصُورة على حدة، عليه باب يغلق، فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه؛ إن كانت الدار عظيمة.. بقطع، وإلا.. فلا.

(**أو أخذ شيئاً من حرز**)؛ أي: نقب بيتاً فدخل فيه وأخذ شيئاً، (**فألقاه في الطريق، ثم خرج**) من البيت (**فأخذه**). فإنه يقطع عند أبي حنيفة وصاحبيه، وبه قالت الأئمة الثلاثة، خلافاً لزفر.

له: أن الإلقاء غير موجب للقطع؛ كما لو خرج ولم يأخذ، وكما لو أخذه غيره من السكة.

ولنا: إن الرمي حيلة يعتادها السرّاق؛ لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار، ولم تعترض عليه يد معتبرة حتى تزول يده الثابتة، فاعتبر الكل فعلاً واحداً.

أَو حَملَه على حمَارٍ فساقهُ فَأَخرَجَهُ مِنَ الْحِرْزِ.

وَلَو دخلَ بَيْتاً فَأَخذَ وناولَ مَن هُوَ خَارِجٌ. لَا يُقْطَعَانِ.

بخلاف ما إذا خرج ولم يأخذ.. فإنه مضيع لمال صاحب الدار لا سارق، وأما إذا أخذه غيره.. فقد اعترضت عليه يد معتبرة فقطعت نسبة الأخذ إليه، فلا يقطع.

والحاصل: أن يد السارق ثبتت عليه بالأخذ، ثم بالإلقاء لم تزل يده حكماً؛ لعدم اعتراض يد أخرى عليه، ألا ترى أنّ من سقط منه مال فأخذه غيره ليرده على صاحبه، ثم رده إلى موضع صاحبه.. لم يضمن؛ لأنه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكماً، فكأنه ردّه إلى يده حقيقة؛ فإذا بقي في يده حكماً، ولم يسقط بالإلقاء، وتأكد يده من الأخذ من الطريق.. يقطع، بخلاف ما إذا لم يأخذه من الطريق.. فإنه مضيع لا سارق.

(**أو حمله على حمار فساقه فأخرجه من الحرز**)؛ لأن سير الحمار لسوقه إيّاه، ولهذا.. يضمن السائق ما أتلفت الدابة؛ فإذا أضيف إليه.. يقطع.

وكذا [٦٥٨/ب] لو قاده؛ لإضافته أيضاً.

وأما لو خرجت الدابّة بنفسها.. لا يقطع؛ لعدم الإضافة إليه.

ولو أخذه وعلقه في عنق كلب وزجره.. يقطع، ولو خرج بلا زجر.. لا يقطع.

ولو علق شيئاً على طائر وتركه في المنزل، ثم طار ذلك إلى منزله.. لا يقطع.

ولو كان في الدار نهر جار، فألقى ما أخذه في النهر، ثم خرج؛ فإن كان الماء ضعيفاً وأخرجه بتحريك السارق.. قطع؛ لأن الإخراج يضاف إليه، وإن أخرجه الماء بقوة جريه.. لم يقطع، وقيل: يقطع، وفي «الزيلعي»: وهو الأصحّ؛ لأنه أخرجه الماء بسببه، وهو قول مالك والشافعي.

(**ولو دخل بيتاً**)؛ أي: لو نقب بيتاً ودخل فيه (**فأخذ شيئاً وناول من هو خارج**)؛ أي: عند النقب أو على الباب (.. **لا يقطعان**)؛ **أما الداخل في البيت**؛ فلأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز؛ لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروج الداخل.

وَكَذَا لَو أَدخلَ الْخَارِجُ يَدَهُ فَتَنَاولَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُقطعُ الدَّاخِلُ فِي الأُولى، ....

وفي «فتح القدير»: والوجه: أن يقطع فيه؛ كما روي عن أبي يوسف؛ لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه، وكونه لم يخرج كلّه معه.. لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة والإخراج.

وما قيل: إن السرقة تمت بفعل الداخل والخارج معاً، ثم الخارج لا يقطع، فكذا الداخل.. ممنوع، بل تمت بالداخل وحده، وإنما يتم بها إذا أدخل الخارج يده فأخذها.

وفيه: يقطعان عند أبي يوسف. انتهى.

أمّا الخارج من البيت؛ فلانه لم يوجد منه هتك الحرز، فلم تتم السّرقة من كل منهما، كذا قالوا، ويرد عليه: ما ذكرناه من «فتح القدير».

(وكذا)؛ أي: لا يقطعان **(لو أدخل الخارج يده فتناول)** المال من يد الداخل، والوجه فيه: ما ذكرناه آنفا أيضاً في كلّ من الداخل والخارج.

وإنما قلنا: «فتناول المال من يد الداخل»؛ لأنه لو لم يتناوله من يد الداخل، بل وقعت يده على شيء مما جمعه الداخل فأخذه.. فلا يقطع واحد منهما بالاتفاق بين أصحابنا في ظاهر الرواية على ما سيأتي مصرّحاً.

ولـم يذكر محمد ما إذا وضع الداخل المال عند النقب، ثم خرج وأخذه؛ فاختلف المشايخ فيه، قيل: يقطع، وقيل: لا، وهو الصحيح على ما في «فتح القدير».

(وقال أبو يوسف: يقطع الداخل في الأولى)؛ أي: فيما دخل بيتاً وأخذ شيئاً وأخرج يده من النقب وناوله الخارج.

ووجه ما ذكرناه: من أنه دخل الحرز وأخرج المال بنفسه، وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة.

ويَقطعانِ فِي الثَّانِيَةِ.

وَكَذَا لَا يُقطَعُ لَو نقبَ بَيْتاً وَأَدْخلَ يَدَهُ فِيهِ وَأَخذَ شَيْئاً ....

(ويقطعان في الثانية)؛ أي: فيما أدخل الخارج يده [٦٥٩/أ] من النقب فتناوله شيئاً من يد الداخل، وهذا لأنه أخرج المال من حرز وهو المناط، فلا يشترط الدخول فيه؛ كما إذا أدخل يده في الصندوق وأخرج منه.. فيقطعان للاشتراك في العلّة.

قلنا: إن هتك الحرز شرط فيه الكمال؛ تحرّزاً عن شبهة العدم، والكمال في الدخول، وقد أمكن اعتباره في البيت وهو المعتاد، بخلاف الصندوق؛ لأن ما يمكن فيه: إدخال اليد لا الدخول، كذا قالوا.

حاصله: أن هذه السرقة بدون الدخول ناقصة، فلا يقطع.

وفي «فتح القدير»: وقد يمنع نقصان هذه السرقة؛ لأنها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق، والدخول ليس من مفهومها، ولا شرط لوجودها؛ إذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول، وقد يتحقق معه، وفي كلا الصورتين معنى السرقة تامّ لا نقص فيه، وكون الدخول هنا هو المعتاد باتفاق الحال لا بطريق اللزوم؛ لأنه قلّما يقدر على الإخراج شيئاً ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد إليه، وقلّما يدخل الإنسان يده من كوة بيت فيقع على مال. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هتك الحرز على الكمال معتبر في السرقة؛ احتيالاً للدرء ما أمكن، وذلك لا يتحقق فيما أمكن الدخول إلا بالدخول.

(وكذا لا يقطع) عندهما **(لو نقب بيتاً وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً)** هذا ظاهر الرواية عن الكلّ، ولذا لم يذكر الحاكم الشهيد خلافاً.

وروي عن أبي يوسف في «الإملاء»: أنه يقطع فيه، وهو قول مالك والشافعي وأحمد؛ لما ذكرناه: من أن المناط هو الإخراج من الحرز، وقد وجد ذلك، والدخول ليس بشرط.

أو طَرَّ صُرَّةً خَارِجَةً مِن كُمِّ غَيرِهِ، خلافاً لَهُ.

وَإِن حلَّهَا وَأَخذَ مِن دَاخِلِ الْكُمِّ.. قُطِعَ اتِّفَاقاً. ....

والجواب عنه: ما ذكرناه آنفاً أيضاً: من أنّ هتك الحرز شرط فيه الكمال، وذلك بالدخول، ولم يوجد ذلك.

(**أو طرّ**)؛ أي: شقّ (**صرة**) والصرة: هي الهميان، والمراد بها ههنا: هي بعض الكم المشدودة فيه الدراهم على ما صرّحوا به، وإليه أشار بقوله: (**خارجة من كم غيره**)؛ أي: لا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً له**)، قال: يقطع فيه، وبه قال مالك والشافعي وأحمد.

له: أنّ في صورة أخذه من خارج الكمّ إذا لم يكن محرزاً بالكم.. فهو محرز بصاحبه؛ لأنه إذا كان محرزاً بصاحبه وهو نائم إلى جنبه.. فلأن يكون محرزاً به وهو يقظان - والمال يلاصق بدنه - أولى؛ فإذا كان محرزاً.. يقطع.

ولهما: أن الرباط لما كان من خارج وهو المفروض - وبه يشعر قوله: «خارجة من كم» فبالطرِّ يتحقق الأخذ من خارج، فلم يوجد [٦٥٩/ب] هتك الحرز وهو المناط.

بخلاف ما لو كانت الصّرة داخلة في الكمّ فطرّها وأخذها.. فإنه يقطع بالاتفاق؛ لأنه حينئذ الرباط من داخل فبالطّر.. يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم؛ لأنه أخذه بإدخال يده في الكم فوجد هتك الحرز.

(**وإن حلّها**)؛ أي: الصرة الخارجة من الكم (**وأخذ من داخل الكم.. قطع اتفاقاً**)؛ لأن الصرة إذا كانت خارجة من كم.. يكون الرباط من خارج الكم؛ فإذا حلّها وأخذ ما فيها.. يتحقق الأخذ من باطن الكم فيوجد الأخذ من الحرز، بخلاف ما إذا حلّ الصرة الداخلة في الكم وأخذ ما فيه.. حيث لا يقطع فيه؛ لأنه حينئذ يكون الرباط من داخل الكم فتحقق الأخذ من خارج الكم، فلم يوجد الأخذ من الحرز؛ لأنه وإن أدخل يده في الكم حينئذ.. إلّا أنه أدخلها لحل الرباط لا لأخذ

المال من الكم؛ لأن المال في هذه الصورة في خارج الكم لا في داخله، فكان الجواب في حل الصرة: عكس الجواب في طرحها؛ لانعكاس العلة كما ترى.

ثم الخلاف المذكور بينهما وبين أبي يوسف في مسألة الطّرّ بناءً على أن الحرز ما هو؟

فقال أبو يوسف: الحرز هو الصاحب.. فحينئذٍ يتحقق الأخذ من الحرز فيقطع.

وقالا: الحرز ليس الصاحب، بل هو الكم؛ لأن صاحب المال يعتمد الكم لا قيام نفسه، فصار الكم كالصندوق، وهذا.. لأن المطرور كمّه؛ إما في حال المشي أو في غيره:

فمقصوده في الأوّل: ليس إلا قطع المسافة لا حفظ المال، وهنا اعتمد في حفظ المال على الربط.

وفي الثاني: هو الاستراحة عن حفظ المال - وهو شغل قلبه بمراقبته - فإنه متعب للنفس، فيربطه ليريح نفسه من ذلك فإنما اعتمد الربط، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب، ألا ترى أن من شق جوالق على جمل يسير فأخذ ما فيه.. قطع؛ لأن صاحب المال اعتمد الجوالق، فكان السارق منه هاتكاً للحرز فيقطع، ولو أخذ الجوالق بما فيه.. لا يقطع؛ لعدم كونها محرزة، إلا إن كان صاحبها يحفظها أو كان نائماً عليها أو كانت الجوالق في مكان محرز.. فإنه حينئذ يقطع.

وكذا: لو سرق من الفسطاط.. قطع.

ولو سرق نفس الفسطاط.. لا يقطع؛ لأنه ليس محرزاً، بل ما فيه محرز به؛ فلذا قطع فيما فيه دونه.

بخلاف ما لو كان الفسطاط والجوالق ملفوفاً عنده يحفظه أو في فسطاط آخر.. فإنه يقطع به؛ فإذا كان الحرز هو الكم عندهما.. قالا: يقطع، وطر الصرة الخارجة وحل الداخلة، ولا يقطع في طر الداخلة وحل الخارجة على ما بيّناه.

وَلَو سرقَ مِن قطارٍ جملاً أَو حِمْلاً.. لَا يُقطعُ وَإِن شقّ الْحِملَ وَأَخذَ مِنْهُ شَيْئاً.. قُطِعَ.

والفُسطاطُ: كالبيتِ.

(ولو سرق [٦٦٠/أ] من قطار جملاً) - الجمل: هو ذكر البعير، جمعه: جمال وأجمال وأجمل، والمراد: هو البعير مطلقاً ذكراً أو أنثى، (أو حملاً) هو بكسر الحاء ما يحمل على الظهر ونحوه (.. لا يقطع)؛ لأنه ليس بمحرز مقصوداً، فتتمكن شبهة العدم، وهذا: لأن السّائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ؛ قالوا: يقطع؛ لأنه حينئذ يكون محرزاً مقصوداً.

(وإن شق الحِمل وأخذ منه شيئاً.. قطع)؛ لأن الجوالق في مثل هذا حرز؛ لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها؛ كالكم على ما مرّ، فوجد الأخذ من الحرز فيقطع.

ولو سرق الغنم من المرعى.. لا يقطع وإن كان الراعي معها؛ لأن الراعي لا يقصد الحفظ، بل مجرد الرعي.

بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها، وعليها باب مغلق فأخرجها منه.. قطع؛ لأنها بنيت لحفظها، كما أن الجوالق يقصد بها حفظ الأمتعة الموضوعة فيها.

(والفسطاط) بضم الفاء وكسرها: بيت من الشعر (: كالبيت)، فيجري فيها ما يجري في البيت من الأحكام السّابقة.

* * *

(بَابٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقطعِ وإِثْبَاتِهِ)

تقطعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِن زِندِهِ، وتحسمُ.

(بَابٌ)
(في كَيْفِيَّةِ القَطْعِ وإِثْبَاتِهِ)

(تقطع)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ﴾.

(يمين السارق)، وكذا السارقة، وهذا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: «فاقطعوا ايمانهما» وهي مشهورة، جازت الزيادة بها على إطلاق الكتاب؛ لأن القراءة تقيد بعضها بعضاً لو كانت مشهورة على ما في الأصول.

(من زنده)، لما صح أن النبي ﷺ أمر بقطع السارق من زنده، ولأن اسم اليد يتناول إلى الإبط، وهذا المفصل؛ أعني: الرسغ متيقن به؛ لكونه أقلّ من حيث القطع والمقطوع؛ أما كونه أقلّ من حيث القطع.. فبالنظر إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء: من أن المستحق للقطع هو الأصابع فقط؛ لأن بطشه كان بالأصابع، فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش بها، وفيه تكثير القطع بكثرة الأصابع وإن كان المقطوع أقلّ.

وفي القطع من الرسغ: قطع واحد، فكان القطع من الرسغ أقلّ من قطع الأصابع.

وأما كونه أقل من حيث المقطوع: فبالنظر إلى ما ذهب إليه الخوارج من أن المستحق قطع الرسغ يمين السارق من المنكب، وفيه تكثير للمقطوع وإن كان القطع واحداً كما في قطع.

وعلى التقديرين: كان القطع من الرسغ أقلّ.. فيتيقّن للقطع.

(وتحسم)، لحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ أُتي بسارق، فقال: «فاقطعوه، ثم احسموه»، يقال: حسم العرق: إذا كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه؛ ولأنه لو لم يحسم [٦٦٠/ب].. يفضي إلى التّلف.

والحدّ شرع زاجراً لا متلفاً كذا علّلوه.

وَرِجلُهُ الْيُسْرَى إِن عَادَ؛ فَإِن سرقَ ثَالِثاً.. لَا يقطعُ، بل يحبَسُ حَتَّى يَتُوبَ.

والّذي يقتضيه هذا التعليل: أنّ الحسم واجب، والمنقول عن الشافعي وأحمد: أنه مستحبّ؛ فإن لم يفعل.. لم يأثم.

ويسنّ تعليق يده في عنقه؛ لأنه ﷺ أمر به، رواه أبو داود وابن ماجه.

وعندنا: ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت عن النبي ﷺ في كلّ من قطعه حتى يكون سنة، كذا في «فتح القدير».

(ورجله اليسرى إن عاد) هذا بالإجماع على ما في «فتح القدير».

ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم، وفعل عمر ذلك.

وقال أبو ثور والرّوافض: يقطع من نصف القدم من معقد الشراك؛ لأن علياً كان يقطع كذلك ويدع له عقباً يمشي عليها.

(فإن سرق ثالثاً.. لا يقطع، بل يحبس حتّى يتوب). وفي «غاية البيان»: أنه يحبس حتى يتوب ويظهر عليه سيماء رجل صالح؛ أي: تقبل توبته حين ظهر عليه سيماء رجل صالح.

وهل يضرب مع الحبس؟

ففي «المجتبى»: أنه يضرب.

وهل يجوز قتله في هذه المرّة؟

ففي «البحر» نقلاً عن «السراجية» للإمام: أن قتله سياسة، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: يقطع في الثالثة يده اليسرى، وفي الرابعة: رجله اليمنى؛ لقوله ﷺ: «من سرق فاقطعوه؛ فإن عاد فاقطعوه؛ فإن عاد فاقطعوه؛ فإن عاد فاقطعوه»، وروي مفسّراً في حديث أبي هريرة: بالأطراف الأربعة؛ كما هو مذهب الشافعي، ولأن الثالثة مثل الأولى في الجناية، بل فوقها؛ لكونها بعد الزاجرين.

وقالت الظاهرية - وهو المحكي عن عطاء وعمرو بن العاص -: إنه يقتل في المرة الخامسة.

وقال مالك والشافعي: إنه يحبس ويعزر في الخامسة؛ كما قلنا في الثالثة.

ولنا: ما رواه محمد والدارقطني وعبد الرزاق من حديث علي قال: إذا سرق السّارق.. فقطعت يده اليمنى؛ فإن عاد.. قطعت رجله اليسرى؛ فإن عاد.. ضمنته السجن حتّى يحدث خيراً، إني لأستحيي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها، ورجلاً يمشي عليها، وبهذا حاجّ بقيّة الصحابة فحجّهم فانعقد إجماعاً؛ ولأنّه إهلاك معنىً؛ لما فيه من تفويت جنس المنفعة.

والحد شرع زاجراً لا مهلكاً؛ ولأنه نادر الوجود؛ إذ الإنسان قلّما يسرق بعد قطع يده ورجله، والزاجر فيما يغلب وجوده، وما رواه: طعن فيه الطحاوي؛ حيث قال: تتبعناه.. فلم نجد أصلاً له.

وفي «المبسوط»: أنه غير صحيح، ولو سلّم.. فهو محمول على السياسة، أو على النسخ.

فإن قيل: [٦٦١/أ] إذا قطع رجل أربعة أطراف رجل.. اقتص منه أطرافه الأربعة بالإجماع، مع أنه فوّت جنس المنفعة منه.

قلنا: القصاص حقّ العبد فيراعى فيه المماثلة بالنص.

بخلاف الحدّ: فإنه حق الله تعالى.. فلا يقاس عليه.

فإن قيل: اليد اليسرى محلّ للقطع أيضاً بظاهر إطلاق: ﴿فَاقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾، ولا إجماع على خلاف الكتاب، فكيف يدعي الإجماع؟!

قلنا: لما وجب حمل مطلق الكتاب على المقيّد عملاً بقراءة ابن مسعود على ما قدّمناه.. خرجت اليسرى من كونها مرادة من الكتاب، وتعينت اليمنى مرادة، والأمر المقرون بالوصف الذي كان علّة، وإن تكرّر.. يتكرر ذلك الوصف، لكنه إنما

وَطلبُ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ: شَرطُ الْقطعِ، ....

يكون حيث أمكن، وإذا انتفى إرادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد.. انتفى محليتها للقطع، فلا يتصور تكراره، فيلزم أن معنى الآية: السارق مرة واحدة فاقطعوا أيديهما، ويثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والإجماع.

(**وطلب المسروق منه.. شرط القطع**)، والذي ظهر منه: أن المطلوب هو المال، وبه صرّح في «الزيلعي».

ولكنه قال الشمني في «شرح النقاية»: وشرط في قطع السارق خصومة المالك وطلبه القطع، فقد صرّح: أن مطلوب المسروق منه هو القطع.

قلت: ما ذكره «الزيلعي» هو الموافق لما ذكر في كتاب «الأصول»؛ حيث قال: في شرح «البزدوي»: إنّ وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص، ولهذا لم يتقيد بالمثل، وما يجب حقا للعبد.. يتقيد به؛ مالاً كان أو عقوبة؛ كالغصب والقصاص.

ولهذا لم يملك المسروق منه الخصومة بدعوى [الحَدّ] وإثباته، ولا يملك العفو بعد الوجوب، ولا يورث عنه. انتهى ما ذكروه، فقد صرّحوا بأنه لا يملك طلب القطع مجرداً عن المال، ثم اختلفوا في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه المال المسروق.

فقال مالك وأبو ثور وابن أبي ليلى: لا حاجة إلى ذلك، وتقبل الشهادة على السرقة بلا اشتراط المطالبة حسبة لله تعالى كما في حدّ الزنا؛ لأن المستحق بكلّ واحد منهما خالص حقّ الله تعالى.

وقال الشافعي في رواية: إن أقر السّارق بالسرقة.. فلا حاجة إلى ذلك، وإن ثبت بالبينة.. فلا بدّ من ذلك، وهذا رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وهذا؛ لأن خصومة العبد ليس إلّا ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى، وبالإقرار يظهر السبب.. فلا حاجة إلى [٦٦١/ب] حضوره.

وقال أبو حنيفة ومحمّد - وهو أصحّ الرواية عن أبي يوسف والشافعي -: إنه لا فرق بين الإقرار والشهادة في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه عند: الشهادة، والإقرار، وعند القطع؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة، والخصم هو المسروق منه.

أما اشتراطها في الإقرار؛ فلأنه ما لم يظهر تصديق المقر له في المقرّ به.. فهو للمقرّ ظاهراً، واحتمال ردّه الإقرار قائم، ولهذا لو أقر لغائب، ثم لحاضر.. جاز، ولأن شبهة الإباحة بإباحة المالك للمسلمين أو لطائفة السارق ثابتة، وكذا شبهة وجود إذنه له في دخول بيته ثابتة.. فاعتبرت الخصومة والمطالبة؛ دفعاً لاحتمالي الرّد وهذه الشبهة.

وأما اشتراطها في الشهادة.. فلاحتمال الإقرار، المالك له بالملك بعد أداء الشهادة، وبه تنتفي السرقة، فاشترطت الخصومة دفعاً لهذا الاحتمال؛ فإذا ثبت أن حضور المسروق شرط.. فكان القطع قبل حضوره - سواء كان بالإقرار، أو بالشهادة - استيفاء الحدّ مع قيام الشبهة، وهو لا يجوز.

وكذا إن أحضر عند الإقرار وأداء الشهادة ثم غاب عند القطع؛ لأن الاستيفاء من تمام القضاء في باب الحدّ على ما مرّ؛ فإذا قطع بلا حضور الخصم.. صار قطعاً بلا قضاء.

لكنه قال في «الزيلعي» نقلاً عن «البدائع»: إذا أقر أنّه سرق من فلان الغائب.. قطع استحساناً، ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه.

وقيل عندهما: ينتظر.

وعند أبي يوسف: لا ينتظر. انتهى.

وهل يكفي حضور الوكيل عند الاستيفاء؟

وَلَـو مودعـاً، أَو غَاصـباً، أَو صَـاحبَ رِبَـا، أَو مستعيراً، أَو مُسْتَأْجراً، أَو مضارباً، أَو مستبضِعاً، أَو قَابِضاً على سوم الشِّرَاءِ، أَو مرتهناً.

وَيُقطَعُ بِطَلَبِ الْمَالِكِ أَيْضاً فِي السّرقَةِ مِن هَؤُلَاءِ، ....

ففي «النهاية» عزواً إلى «المبسوط»: أنه لا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء؛ لأن الوكيل قائم مقامه، وشرط الحدّ لا يثبت مما هو قائم مقام الغير.

(**ولو**) - وصلية؛ أي: لو كان المسروق منه - (**مودعاً، أو غاصباً، أو صاحب ربا**)، قيل: صورته: رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً وقبض العشرين، فسرق منه.. يقطع السارق بخصومته عندنا؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب؛ إذ المشترى شراء فاسداً في يد المشتري.. كالمغصوب، فصار هو كالغاصب.

بخلاف العاقد الآخر؛ أعني: من سلم العشرين؛ فإنه بالتسليم إليه لم يبق له يد، فلا يكون له ولاية الخصومة.

(**أو مستعيراً، أو مستأجراً، أو مضارباً، هو مستبضعاً، أو قابضاً على سوم الشراء، أو مرتهناً**)، وكذا كلّ من كان له يد حافظة؛ كمتولي الوقف والأب والوصي.

(**ويقطع بطلب المالك** [٦٦٢/أ] **أيضاً**)؛ أي: كما يقطع بطلب هؤلاء (**في السرقة من هؤلاء**)، إلا أن الراهن إنّما يقطع بخصومته حال قيام الرّهن بعد قضاء الدّين؛ لما في «المحيط»: إذا سرق الرّهن من المرتهن.. فللمرتهن أن يقطعه، وليس للراهن أن يقطعه؛ لأنه لا سبيل له على أخذ الرهن، وإن قضى الرّاهن الدين.. فله أن يقطعه؛ لأن له أن يأخذه، كذا في «الإيضاح».

يعني: أنّ جواز القطع بخصومة الرّاهن مشروط بشرطين:

أحدهما: قيام المرهون في يد المرتهن، حتى لو هلك.. صار المرتهن مستوفياً لدينه، فلا مطالبة للراهن بعده.

والثاني: قضاء الراهن الدين؛ إذ لا سبيل له قبل القضاء على أخذ الرّهن، وهذان الشرطان هما المذكوران في كلام «المحيط» المصرّح في «العناية».

وقال في «الزيلعي»: ينبغي أن يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك إذا كانت قيمة الرّهن أكثر من الدّين وكان الفضل يبلغ نصاباً، وهل يشترط في القطع بطلب المالك حضور هؤلاء؟

ففي ظاهر الرواية عن الثلاث: لا يشترط، وفي رواية ابن سماعة عن محمّد: أنه يشترط، هذا كلّه عندنا.

وقال الشافعي وزفر معه: لا يقطع بخصومة هؤلاء، وكانا اتّفقا في الحكم، ثم اختلفا في تخريج المناط؛ فالشافعي بناء على أصله من أنه لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده إذا جحد من في يده المال المسروق ما لم يحضره المالك.. فلا يلتفت إلى خصومتهم.

وزفر يقول: إنّ لهؤلاء ولاية الخصومة في الاسترداد، لكنها لضرورة الحفظ، والثابت بالضرورة: يتقدر بقدرها، فلا يظهر في حق القطع؛ لأن فيه تفويت الصيانة؛ لأن المال مضمون على السارق، فلو استوفى القطع.. يسقط الضمان، فيكون فيه تضييع لا صيانة، وهم مأمورون بالحفظ والصيانة.

ولنا: أن السرقة موجبة للقطع في نفسها، وهي قد ظهرت عند القاضي بحجّة شرعيّة، وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة غير ضروريّة.. فيترتب عليها القطع؛ إذ لا مانع من عملها.

وإنّما قلنا: إن الخصومة غير ضرورية؛ لأن الاعتبار لحاجتهم إلى استرداد اليد، وهم في ذلك كالمال؛ لأن اعتبار خصومة المالك لحاجته إلى إظهار السرقة؛ لإعادة اليد على المحل.

وهذا المعنى موجود في هؤلاء:

أما المستأجر والمستعير.. فلاحتياجهما إلى الانتفاع بالمحل [٦٦٢/ب].

لَا بِطَلَبِ السَّارِقِ أَوِ الْمَالِكِ لَو سُرِقَت مِنَ السَّارِقِ بعدَ الْقطعِ،.........

وأما المرتهن والمودع.. فالمراد إلى المالك تخليصاً للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ، ومقصودهم من الخصومة: إحياء حق المالك، وقد وجد ذلك في القطع بخصومتهم.

وأما سقوط الضمان بسقوط العصمة.. فمن ضرورة القطع، فكان ضمنياً لا قصدياً.. فلا يعتبر في الشرع، وبه يندفع ما ذكره زفر أنّ فيه تفويت الصيانة... إلى آخره.

فإن قيل: ينبغي أن لا يقطع بخصومة هؤلاء بدون حضرة المالك؛ لاحتمال أنه لو حضر.. أقرّ للسّارق بالمسروق.

قلنا: هذه شبهة موهومة.. فلا تعتبر كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن من هؤلاء؛ فإنه يقطع بخصومة المالك بدون اشتراط المؤتمن المسروق منه في ظاهر الرواية، مع أن فيه شبهة موهومة وهي؛ أنه لو حضر المؤتمن المسروق منه.. يحتمل أنه يقول: إنه كان ضيفاً عنديَ في الوقت الذي سرق ذلك، أو أذنت له في الدخول في بيتي.

روى ابن سماعة عن محمّد: أنه قال: ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة هؤلاء؛ لأنه لم يسرق منه فكان أجنبيّاً، وههنا بحث:

وهو أنّه قد مرّ آنفاً: أنهم اعتبروا بشبهة إباحة المالك للمسلمين، وكذا شبهة إذن المالك له، فاشترطوا بناء على هذه الشبهة: طلب المسروق منه، فلم يعتبروا هذه الشبهة في عدم القطع بخصومة هؤلاء، وقالوا: إنّها شبهة موهومة. ولا بدّ من بيان الفرق بينهما.

ومنه ظهر قوة رواية ابن سماعه عن محمّد.

(لا) يقطع **(بطلب السارق)** الأوّل **(أو المالك لو سرقت من السارق)** الأول **(بعد القطع)**. يعني: لو قطع سارق بسرقة فسرقت منه بعد القطع.. لم يكن له، ولا

بِخِلَافِ مَا لَو سُرِقَت مِنْهُ قبلَ الْقطعِ أَو بعدَ دَرْءِ الْحَدِّ بِشُبْهَةٍ.

لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني؛ لأن المال غير متقوّم بعد القطع في حق الأوّل، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك، فلم تنعقد موجبة للقطع.

وهذا؛ لأن السرقة إنما توجب القطع إذا كانت من يد المالك، أو الأمين، أو الضمين، ولم يوجد شيء من ذلك هنا.

إذ السارق الأول ليس بمالك، ولا أمين، ولا ضامن.. فلا يقطع.

(بخلاف ما لو سرقت منه قبل القطع). فإنه يكون له ولرب المال القطع.

(أو) سرقت **(بعد درء الحد بشبهة)**. فإن للأول القطع؛ لأن سقوط التقوّم لضرورة قطع الأوّل ولم يوجد ذلك، فصار هو كالغاصب، كذا في «الهداية».

وإليه أشار المصنف بقوله: بعد القطع.

وأطلق الكرخي والطحاوي: عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحمد؛ لأن يده ليس يد أمانة [٦٦٣/أ]، ولا يد ملك.. فكان ضائعاً، ولا قطع في أخذ مال ضائع.

أجيب عنه: بأنّ يد السّارق الأوّل، وإن لم تكن يد أمانة، ولا يد ملك.. يجوز أن تكون يد غصب، والسّارق من الغاصب يقطع بطلب الغاصب وبطلب المالك على ما مرّ، فالحق: ما في «الهداية» من التفصيل.

وروي في «نوادر هشام» عن محمّد: إن قطعت يد الأول.. لم أقطع الثاني، وإن درء القطع عنه شبهة.. قطعت يد الثاني، وهكذا في «الإملاء» لأبي يوسف.

وقال مالك والشافعي في قول: يقطع يد الثاني بطلب المالك، ولو بعد قطع الأوّل؛ لأنه سرق نصاباً من حرز لا شبهة فيه، والحجّة عليه ما ذكرناه.

وهل للسارق الأوّل ولاية الاسترداد؟

في رواية: ليس له ذلك؛ لأن يده ليست بصحيحة؛ إذ هي تصح بالملك، أو الأمانة، أو الضمان، ولم يوجد واحد منها.

وَإِن لم يَطْلُبْ أحدٌ.. لَا يُقطَعُ وَإِن أقرَّ هُوَ بهَا.

وَلَا بُدَّ مِن حُضُورِهِ عِنْدَ الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ وَالْقطعِ.

وَلَو كَانَت يَدَهَ الْيُسْرَى أَو إِبهامُها مَقْطُوعَةً أَو شلَّاءَ، أَو أُصبُعانِ سوى الْإِبْهَامِ كَذَلِك.. لَا يُقطَعُ مِنْهُ شَيْءٌ، بل يُحبَسُ.

وَكَذَا لَو كَانَت رِجلُهُ الْيُمْنَى مَقْطُوعَةً أَو شلَّاءَ.

وفي رواية أخرى: له ذلك؛ ليرده على المالك إذ الرد واجب عليه، ولا يتمكن إلا به.

(**وإن لم يطلب أحد**)؛ أي: المال ممن يملك الطلب من المالك ومن غيره ممن ذكر.. (**لا يقطع وإن**) - وصلية - (**أقرّ هو**)؛ أي: السارق (**بها**) أي: السرقة؛ لفقد شرط القطع.. فلا ينعقد الموجب.

(**ولا بدّ من حضوره**)؛ أي: المسروق منه (**عند الإقرار والشهادة والقطع**) لما بيناه من قبل.

(**ولو كانت يده اليسرى أو إبهامها**)؛ أي: إبهام يده اليسرى (**مقطوعة، أو شلّاء، أو إصبعان سوى الإبهام كذلك**)؛ أي مقطوعة (.. **لا يقطع منه شيء**)؛ لأن في القطع حينئذ تفويت جنس المنفعة بطشاً.

بخلاف ما إذا كانت إصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء؛ لأن فوتها لا يوجب خللاً في البطش، ولو كانت اليمنى شلاء أو ناقصة الأصابع.. تقطع في ظاهر الرواية؛ لأن المستحق بالنص قطع اليمنى، واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل: جائز.

(**بل يحبس**) تعزيراً وسياسة.

(**وكذا**)؛ أي: لا يقطع (**لو كانت رجله اليمنى مقطوعة، أو شلاء**) لفوات جنس المنفعة؛ لأن المشي لا يأتي مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة.

وَلَا يَضمَنُ الْمَأْمُورُ بِقطعِ الْيُمْنَى لَو قطعَ الْيُسْرَى. وَعِنْدَهُمَا: يضمَنُ إِن تعمَّدَ.

وفي «غاية البيان»: لو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع؛ فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها.. قطعت يده، وإن كان لا يستطيع القيام والمشي عليها.. لم تقطع يده.

(**ولا يضمن المأمور بقطع اليمنى، لو قطع اليسرى**) عمداً كان أو خطأ، عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يضمن إن تعمد**). وقال زفر: يضمن في الخطأ أيضاً وهو القياس؛ لأنه قطع يداً معصومةً، والخطأ في [٦٦٣/ب] حق العباد غير موضوع فيضمنها.

قلنا: المراد بالخطأ ههنا: هو الخطأ في الاجتهاد؛ إذ ليس في النصّ تعيين اليمين فصار موضع الاجتهاد؛ لأن الخطأ في معرفة اليمين عن اليسار؛ لأن هذا الخطأ ليس بعفو على الأصح.

والخطأ في الاجتهاد موضوع بالإجماع.

ولهما: أنه أتلف يداً معصومةً ظلماً عمداً.. فلا يعفى وإن كان مجتهداً فيه؛ لأن المجتهد لا يعذر فيما إذا كان دليله ظاهراً.

وكان القياس: أن يجب القصاص، إلّا أنه امتنع للشبهة؛ إذ ليس في النص تعيين اليمين، والمال يجب مع الشبهة.

ولأبي حنيفة: أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه، فلا يعدّ إتلافاً؛ كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ، ثم رجع.. فإنه لا يضمن بالرجوع؛ لأنه أخلف ما هو خير منه؛ أعني: مثل قيمته.

فإن قيل: اليمين لم يحصل بقطع اليسرى، بل كانت حاصلة قبله، بخلاف المستشهد به؛ فإن مثل قيمته حصل بالشهادة؛ فكيف يصح أن يقال: إنه أخلف ما هو خير منه؟

أجيب: بأنّ اليمين كانت مستحقة الإتلاف، فبقطع اليسرى.. سلمت، فصارت كالحاصلة به.

فإن قيل: إن المأمور بقطع يده اليمنى؛ لو قطع رجله اليمنى.. لا تقطع يده اليمنى بعده؛ لكونه أخلف ما هو خير منه، ومع هذا يجب على القاطع الضمان.

قلنا: لا رواية فيه.. فيمنع ولو سلّم ذلك، لكن كونه أخلف ما هو خير منه ممنوع، ولو سلم.. لكن المتلف ليس من جنس الباقي، فلم يخلف ما يقوم مقامه من جنسه.

ولو قطع يسار السارق غير المأمور بالقطع بعد حكم القاضي بقطع يمينه.. لا يضمن شيئاً من الأرش على الصحيح؛ لأن امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون القاطع مأموراً، أو لا.

ولو قضى القاضي بقطع يمينه وقطعه أحد قبل أن يقول القاضي: اقطع.. لا شيء عليه على ما في «المبسوط»؛ لأن قيمة اليد سقطت بقضاء الحاكم بالقطع، فلم يبق مضموناً، لكن أدبه الحاكم.

ولو أخرج السارق يساره، وقال هذا يميني.. لم يضمنها بالاتفاق؛ لأنه قطعه بأمره، وهذا كله فيما إذا عيّن القاضي اليمين بأن قال: اقطع يمينه.

وأما إذا أطلق، وقال: اقطع يده ولم يعين.. لا يضمن القاطع بالاتفاق أيضاً؛ لعدم المخالفة بالأمر؛ إذ اليد يطلق عليها فيما إذا قضى القاضي بالقطع وأمره به.

وأما إذا قطعه أحد قبل أن يقضي القاضي بالقطع ولم يأمره به.. فيجب القصاص في العمد، ودية اليد في الخطأ بالاتفاق أيضاً، وسقط [٦٦٤/أ] القطع عن السّارق؛ لأن مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدّاً؛ كيلا يؤدّي إلى المثلة، ويجب عليه ضمان ما سرق؛ لعدم القطع حدّاً، ثم محلّ الخلاف المذكور: هو أرش اليسرى.

وَمن سرقَ شَيْئاً وردَّهُ قبلَ الْخُصُومَةِ إِلَى مَالِكِهِ.. لَا يُقطَعُ.

وأما المال المسروق.. فيجب على السّارق ضمانه في القطع العمد لو كان المال هالكاً؛ لأن قطع يساره لم يقع حدّاً بالاتفاق.

وفي الخطأ: يضمن أيضاً بناء على أنه لم يقع حدّاً، ولا يضمن بناء على أنه وقع خطأ في الاجتهاد، حيث زعم أنّ النص مطلق عن قيد اليمين، فيكون قطع اليسار واقعاً عن الحدّ، كذا في «التبيين».

(**ومن سرق شيئاً وردّه قبل الخصومة إلى مالكه.. لا يقطع**)؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع، فكانت شرطاً للقطع.

والخصومة لا تتحقق بعد الرد إلى مالكها؛ لأنها لا تتمّ إلّا بإقامة البينة، وهي إنّما جعلت حجّة لقطع المنازعة، وقد انقطعت المنازعة بالرد قبل المرافعة.. فلا خصومة: فلا قطع.

وعن أبي يوسف: أنه يقطع اعتباراً بما إذا ردّها بعد المرافعة.

قلنا: بعد الترافع وجدت الخصومة وانتهت بالرد، والشيء بانتهائه لا يبطل، بل يتقرر ويتأكد، فيكون موجوداً حكماً وتقديراً، هذا ظاهر فيما إذا ردّها بعد المرافعة وإقامة البينة والقضاء.

وكذا إذا ردّها بعد المرافعة وإقامة البينة قبل القضاء استحساناً؛ لأن السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بعد خصومة معتبرة.

ثم الرد إلى المالك أعم من الحقيقي والحكمي، فلو رده إلى ولد المالك، أو ذي رحمه كأخيه وعمه وخاله؛ فإن كانوا في عياله.. فهو كردّه إلى المالك حكماً، فلا يقطع إن كان ردّه قبل المرافعة؛ لوجود الوصول إليه حكماً.

ولهذا لو رد المودع والمستعير الوديعة والمستعار إلى هؤلاء.. لا يضمن.

وإن لم يكونوا في عياله.. يقطع؛ لعدم الوصول إليه حقيقة وحكماً، ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليهم، ولو ردّه قبل المرافعة إلى امرأة المالك، أو

وَكَذَا لَو نقصَت قِيمَتُهُ مِنَ النّصابِ قبلَ الْقطعِ، ....

أجيره مسانهة، أو مشاهرة، أو عبده، أو مكاتبه.. لا يقطع، وكذا لو ردّه قبلها إلى أبيه، أو أمّه، أو جدّه، أو جدّته.. لا يقطع وإن لم يكونوا في عياله؛ لأن لهؤلاء شبهة الملك فيثبت له شبهة الرد، وشبهة الرد: كالرد.

بخلاف ما لو ردّه إلى عيال هؤلاء.. حيث يقطع؛ لأنه شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة.

ولو سرق عن مكاتبه وردّه إلى مولاه.. لا يقطع؛ لأن ماله له رقبة.

ولو سرق [٦٦٤/ب] من العيال وردّه إلى من يعولهم.. يبرأ، ولا يقطع؛ لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله.

وكذا المودع والمستعير من العيال لو دفع إلى من يعول.. يبرأ.

بخلاف الغاصب؛ فإنه لا يبرأ بالرد إلى الأب والأم، ولا إلى ولده وأقاربه الذين في عياله، ولا إلى زوجته.

(وكذا)؛ أي: لا يقطع **(لو نقصت قيمته من النّصاب)**؛ أي: لو نقصت بعد القضاء بالقطع من حيث السعر؛ بأن كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم، ويوم القطع أقلّ منها **(قبل القطع)**. وعن محمد: أنه يقطع، وهو قول زفر ومالك والشافعي؛ اعتباراً بالنقصان في العين.

قلنا: إن كمال النصاب لما كان شرطاً في الابتداء.. شرط قيامه عند الاستيفاء أيضاً؛ لما مر: أنّ الاستيفاء من تتمة القضاء في باب الحدود، بخلاف النقصان في العين؛ لأن ما استهلك مضمون عليه، فكان النصاب كاملاً عند القطع؛ بعضه عين وبعضه دين، كما أنه كامل عند الأخذ كله عين، ولو استهلك العين كلّه.. يقطع أيضاً؛ لأن النصاب كامل أيضاً عند القطع كله دين، وعند الأخذ: كله عين.

وأما نقصان السعر.. فغير مضمون عليه، فكان النصاب ناقصاً عند القطع، فصار شبهة فافترقا.

أَو ملكَهُ بعدَ الْقَضَاءِ، أَوِ ادّعى أَنَّهُ مِلكُهُ وَإِن لم يَثبُتْ.

(أو ملكه)؛ أي: ملك السارق المسروق بالهبة والتسليم، أو بالبيع والشراء **(بعد القضاء)** بالقطع.

وقال زفر - وهو قول مالك والشافعي وأحمد -: يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن السرقة قد تمّت: انعقاداً بفعلها بلا شبهة، وظهوراً عند الحاكم، ولا شبهة في السرقة إلّا باعتبار عارض الملك، الملك المتأخر متقدماً وقت السرقة، ولا موجب لذلك.. فلا يصحّ اعتباره متقدّماً وقت السرقة، فلا شبهة فيها فيقطع.

قلنا: إن الاستيفاء من تتمة القضاء في باب الحدود، فيشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء.. فصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء.

(أو ادّعى)؛ أي: ادعى السّارق بعدما شهد عليه الشاهدان بالسّرقة.

وهذا: لأنه لو أقر بالسرقة، ثم رجع، فقال: لم أسرق، بل هو ملكي.. لا يقطع بالإجماع، ولكن يلزمه المال، كذا في «فتح القدير».

(أنه ملكه، وإن) - وصليّة - **(لم يثبت)** بالبينة.. فإنه لا يقطع.

وقال الشافعي: لا يسقط عنه القطع بمجرد دعواه بلا إثبات.

قيل وهو إحدى الروايتين عنه، وهو رواية عن أحمد أيضاً؛ لأن سقوط الحد بمجرّد دعواه: يؤدّي إلى سد باب الحد؛ إذ لا يعجز سارق عن هذا.

وفي رواية [٦٦٥/أ] عنه: أنه لا يقطع.

وعن أحمد في رواية: أنه إن كان معروفاً بالسّرقة.. يقطع؛ كظهور كذبه بدلالة الحال.

وقال ابن قدامة: وأولى الروايات أنه لا يقطع بكلّ حال؛ لأن الحدّ يدرأ بالشبهات، وهي احتمال صدقه، ولا معتبر بما قال الشافعي: أنه يؤدّي إلى سدّ باب الحد، كيف، وإن رجوع السارق بعد الإقرار بالسرقة صحيح إجماعا؟! والسّارق لا

وَكَذَا لَوِ ادَّعَاهُ أَحدُ السارقَينِ.

وَلَو سرَقا وَغَابَ أَحدُهمَا وَشهِدَ على سرقتِهما.. قُطِعَ الآخرُ.

وَلَو أقرَّ العَبْدُ الْمَأْذُونُ بِسَرِقَةٍ.. قُطِعَ وَرُدَّت.

يعجز عنه، مع أنه يعتبر رجوعه شبهة دارئة إذا رجع، فكذا دعواه ذلك إلى أن تأديته إلى سد باب الحد ممنوع؛ فإن من يعلم هذا من السراق: أقل قليل.

(وكذا)؛ أي: لا يقطع **(لو ادعاه)**؛ أي: الملك **(أحد السارقين)**؛ لأن الرجوع عامل في حق الراجع مورث للشبهة في حق الآخر؛ لأن السرقة قد ثبتت بإقرارهما على الشركة، فيتحد.. فتعمل الشبهة فيهما.

(ولو سرقا وغاب أحدهما، وشهد) الشاهدان **(على سرقتهما.. قطع الآخر)**؛ أي: الحاضر؛ لأن الغيبة إنما تمنع ثبوت السرقة على الغائب؛ لعدم إمكان القضاء عليه.. فبقي معدوماً، والعدم لا يورث الشبهة، ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة باحتمال أنه لو حضر ربما يدعى الشبهة والسرقة واحدة.. فتعمل في حقهما؛ لأنها موهومة.

وهذا الاحتمال وجه ما روي عن أبي حنيفة أولاً: أنه لا يقطع، ثم رجع وقال: يقطع، وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

ثم لو حضر الغائب.. لا يقطع، إلا أن تعاد تلك البينة عليه، أو تثبت بينة أخرى.

(ولو أقر العبد المأذون بسرقة.. قطع)؛ سواء كان المال قائماً أو مستهلكاً؛ وسواء حضر المولى عند الإقرار، أو لم يحضر؛ لأن حضرة المولى عند الإقرار ليس بشرط اتفاقاً.

بخلاف ما إذا ثبتت سرقته بالبينة.. فإنه يقطع، ويرد المال إلى المسروق منه، ويشترط حضور المولى عند إقامة البينة عند أبي حنيفة ومحمد على ما في «البحر».

(ورُدَّت) السرقة إلى المسروق منه لو باقية.

وَكَذَا الْمَحْجُورُ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُقطَعُ وَلَا تُرَدُّ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا يُقطَعُ وَلَا تُرَدُّ.

(وكذا) العَبْدُ **(المحجور عند الإمام، وعند أبي يوسف: يقطع، ولا تُرَدّ)**، بل تكون للمولى.

(وعند محمد: لا يقطع، ولا ترد)، بل تكون للمولى.

توضيح هذه المسألة: أن العبد إذا أقرّ بسرقة: فإما أن يكون العبد صغيراً وقت الإقرار، أو كبيراً، وكل منهما:

إما أن يكون محجوراً عليه، أو مأذوناً له.

وكلّ منهما على وجهين:

إما أن يكون المال قائماً بعينه، أو مستهلكاً.

وكل من ذلك على وجهين:

أما إن كذبه المولى، أو صدقه.

فإن كان صغيراً وقت الإقرار.. فلا قطع عليه أصلاً في الوجوه كلّها، غير أنّه إن كان مأذوناً له.. يرد المال إلى المسروق منه [٦٦٥/ب] إن كان قائماً، وإن كان هالكاً.. لا ضمان عليه، ولو بعد العتق.

وإن كان كبيراً؛ فإن صدّقه المولى.. يقطع، وهو مأذون له يقطع أيضاً عند الثلاثة؛ وهو سواء كان الإقرار بمال قائم، أو مستهلك، ويرد القائم إلى المسروق منه.

وإن كان محجوراً عليه؛ فإن أقرّ بمال مستهلك.. قطعت عند الثلاثة أيضاً، وإن أقر بمال قائم بعينه في يده.. فقال أبو حنيفة: يقطع ويرد المال إلى المسروق منه.

وقال أبو يوسف يقطع: ولا يرد، بل يكون للمولى.

وقال محمد: لا يقطع، ولا يرد، بل يكون للمولى، ويضمن مثله، أو قيمته بعد العتاق للمقر له.

وحكي عن الطحاوي هذه الأقوال الثلاثة مروية عن أبي حنيفة، فقوله الأول: أخذه محمد، ثم رجع، وقال كما قال أبو يوسف، ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه.

وأصل هذا الاختلاف: أن القطع أصل، أو المال:

فقال أبو حنيفة: القطع أصل والمال تبع:

بدليل أنّ بالقطع يسقط عصمة المال وتقومه في حق السارق، ولو كان أصلاً.. لما تغيّر حاله من التقوم إلى غيره بالقطع.

وبدليل: أن القطع يستوفى بعد استهلاك المال.

وبدليل: أنه لو قال: أبغي المال، ولا أبغي القطع.. لم يسقط القطع.

وقال أبو يوسف: كل منهما أصل:

أما أصالة القطع: فبدليل أن الحر إذا أقرّ وقال: سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو، وكذبه عمرو.. يصح إقراره في حق القطع دون المال.

وأما أصالة المال: فلأنه إذا سرق ما دون العشرة.. لا يقطع، والخصومة شرط، ولولا أن المال أصل.. لوجب القطع بدونها؛ لأنه محض حق الله تعالى وهو يستوفي بلا طلب.

وقال محمد: المال أصل، والقطع تبع بدليل ما ذكر في وجه أبي يوسف في أصالة المال.

وقال زفر: لا يقطع فيما إذا كذبه المولى؛ سواء كان مأذوناً، أو محجوراً، والمال قائم أو مستهلك؛ بناءً على أن الأصل عنده: أن إقرار العبد على نفسه بالحد والقصاص.. لا يصح؛ لأن نفسه وأطرافه ملك للمولى، فيكون إقراره بها إقراراً على

وَمَن قُطعَ بِسَرِقَةٍ وَالْعينُ قَائِمَةٌ.. ردَّهَا، وَإِن لم تكن قَائِمَةً.. فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَإِنِ استهلكَهَا.

المولى.. فلا يقبل، إلا أن المأذون يؤاخذ بالضمان في المستهلك وبالمال في القائم؛ لأن الإقرار منه صحيح؛ لكونه مسلّطاً عليه من جهة المولى، والمحجور عليه.. لا يصح إقراره بالمال أيضاً.

قلنا: إن إقراره، وإن لم يكن صحيحاً من حيث إنه مملوك للمولى.. لكنه صحيح من حيث إنه آدميّ مخاطب، ثم يسري إلى المالية.. فيصح من حيث إنّه مال أيضاً؛ لأن آدميته لا تنفك عن ماليته، ولأنّه [٦٦٦/أ] لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه الإضرار، ومثل هذا الإقرار مقبول على الغير.

ثم وجه محمّد في المحجور عليه: أنّ إقراره بالمال باطل، فيبقى المقر به على ملك المولى، فلا يقطع في سرقة ماله؛ لأن المال أصل والقطع تبع عنده؛ فإذا بطل إقراره في الأصل.. بطل في التبع أيضاً.

بخلاف المأذون: لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح، فصح في حقّ القطع أيضاً تبعاً له.

ولأبي يوسف: أنه أقر بشيئين: القطع على نفسه.. فيصحّ لما ذكرناه، والمال على مولاه.. فلا يصحّ في حقّه، والقطع أصل مستحق بدون المال لا تبعية بينهما عنده.. فلا يكون تابعاً؛ لإقراره القطع.

ولأبي حنيفة: أنّ الإقرار بالقطع قد صحّ منه لما ذكرناه، فيصحّ بالمال أيضاً تبعاً له؛ لأنه تبع عنده على ما أصلناه.

(ومن قطع بسرقة والعين قائمة.. ردّها) إلى صاحبها؛ لبقائها على ملك صاحبه، وكذا لو باعه، أو وهبه.. يؤخذ من المشتري والموهوب له، كذا في «فتح القدير».

(وإن لم تكن قائمة.. فلا ضمان عليه وإن) - وصلية - **(استهلكها)** على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور، وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشمني ومكحول وابن سيرين.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يضمن في المستهلك لا الهالك.

وقال الشافعي: يضمن في الهالك والمستهلك، وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث.

وقال مالك: إن كان السّارق موسراً.. ضمن، وإن كان معسراً.. لا ضمان عليه نظراً للجانبين.

قلنا: المضمون لا يختلف بين أن يكون موسراً ومعسراً، وإنما يؤثّر الإعسار في التأخير لا غير.

ووجه الشافعي: عموم: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ و: «على اليد ما أخذت حتى ترد»؛ ولأنه أتلف مالاً مملوكاً عدواناً. فيضمنه، قياساً على الغصب.

والمانع: إنما هو منافاة بين حقّي القطع والضمان، ولا منافاة؛ لأنهما حقّان بسببين مختلفين:

أحدهما: حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة.

والآخر: حق الضرر، فيقطع حقاً لله تعالى، ويضمن حقاً للعبد، وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم، يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقّا للعبد؛ وكشرب خمر الذمي على قولكم فإنكم تحدونه حقاً لله تعالى، وتغرمونه قيمتها حقاً للذمي.

ولنا: ما رواه الدارقطني أنه ﷺ قال: «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه»، وفي رواية البزار: «لا يضمن السّارق سرقته بعد إقامة الحد».

ولأن وجوب الضّمان [٦٦٦/ب] ينافي القطع؛ لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ، فتبيّن أنه أخذ ملكه، ولا قطع في ملكه، لكن القطع ثابت قطعاً.. فما يؤدّي إلى انتفائه.. فهو المنتفي، والمؤدى إليه هو الضمان، فينتفي، ولأن المسروق لا يبقى مع وجوب القطع معصوماً حقاً للعبد؛ إذ لو بقي كذلك.. لكان

مباحاً في نفسه، وإنما حرم لمصلحة العبد؛ لما عرف بالاستقراء: أن ما هو معصوم حقاً للعبد.. فهو مباح في نفسه.

وإنما حرم لحق العبد.. فتكون إباحته الذاتية شبهة دارئة للقطع؛ لأن الشبهة ليست إلّا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه، لكن وجوب القطع ثابت إجماعاً.. فيجب أن يكون المسروق معصوماً لحق الشرع فقط ليمكن القطع؛ إذ لو كان معصوماً لحق العبد.. لتمكنت الشبهة في القطع كما ترى، وما كان معصوماً لحق الشرع.. لا ضمان فيه، فصار المسروق كالميتة وخمر المسلم فيما هو حق الله تعالى؛ أعني: الحرمة.

فإن قيل: قد يكون الشيء حراماً لغيره ولنفسه معاً؛ كالزنا في نهار رمضان، فيجوز أن يكون المسروق أيضاً حراماً لنفسه ولغيره معاً، لا مباحاً في نفسه.. فيجوز اجتماع القطع والضمان.

قلنا: لا شك أنّ حرمة المال قبل السرقة لحقّ مالكه لا لنفسه؛ لأنه في نفسه خلق مباح الأصل، ثم حرم لحقّ مالكه، وهذا ينافي القطع؛ لأن إباحته الأصلية شبهة في سقوط الحدّ، ثم باتصال فعل السرقة به استخلص حرمته لله تعالى قبيل وقت السرقة؛ بدليل: إيجاب الشرع القطع خالص حق الله تعالى، فلا يجب إلا بجناية واقعة على حقّه خالصاً بلا شبهة، وذلك بأن يكون حرمته خالصاً لله تعالى.. فلا مجال لأن تكون حرمته لغيره ولنفسه معاً، ثم علمنا ذلك أي انتقال حرمته من الكون للعبد إلى الكون لله تعالى فقط قبيل وقت السرقة بإيجاب الشرع القطع؛ لأن القطع؛ لا يكون إلا لخالص حق الله تعالى.

نظيره: أنّ الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه قبيل وطئه إيّاها من غير تمليك من الابن له، وعلمنا ذلك بثبوت النسب من الأب بدعواه؛ لأن النّسب لا يثبت إلّا في الملك.

فإن قيل: إن العصمة لمّا انتقلت إلى الله تعالى وصارت الحرمة لمحض حق الله تعالى كالميتة.. وجب أن لا يجب الضمان أصلاً لا في الهالك، ولا في المستهلك، فما وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة: وجوب الضمان في المستهلك على ما نقلناه؟!

قلنا: سقوط العصمة من العبد إلى الله تعالى إنما كانت لضرورة تحقق القطع، وما ثبت بالضرورة [٦٦٧/أ].. يقتصر على مورده وهو السّرقة، فلا يتعدّى إلى فعل آخر وهو الاستهلاك؛ لأنه لا ضرورة في حقّه؛ لأنه ليس القطع، ولا من لوازمه.. فتكون العصمة باقية بالنسبة إلى الاستهلاك؛ سواء كان المستهلك سارقاً أو غيره.. فيضمنه.

فإن قيل: إن العصمة إذا لم تسقط بالنسبة إلى الاستهلاك.. فشبهة كونه حراماً لغيره.. لم تسقط ضمان الاستهلاك.

قلنا: إن الشبهة الدارئة إنما تعتبر في الأسباب؛ لعمل الدّرء؛ كالسّرقة سبب للقطع لا غير السبب، والاستهلاك ليس بسبب.. فلا تعتبر فيه الشبهة.

فإن قيل: إذا لم تعتبر الشبهة في الاستهلاك.. ليس بسبب.. فلا تعتبر فيه الشبهة.

فإن قيل: إذا لم تعتبر الشبهة في الاستهلاك.. فما وجه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة من عدم الضمان فيها؟

قلنا: إنه اعتبر الاستهلاك من تمام المقصود بالسرقة وهو الصرف إلى حوائجه؛ لأنه إنما سرقه ليصرفه إلى حوائجه.. فكان من قبيل السبب لا أنه فعل آخر؛ كما اعتبر كذلك في رواية الحسن.

وَإِن سرقَ سَرقاتٍ فَقُطِعَ بكُلِّها أَو بَعْضِهَا.. لَا يضمنُ شَيْئاً مِنْهَا.

وَقَالا: يضمنُ مَا لم يُقطَع بِهِ.

فإذا اعتبر من تمام المقصود بالسرقة.. كانت الشبهة معتبرة فيه؛ لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السّبب، ولأن سقوط العصمة في الهلاك يستلزم سقوطها في الاستهلاك أيضاً بالضرورة، وإلا.. لوجب الضمان فيه.

والضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص، ولكن المماثلة منتفية ههنا؛ لأن المضمون به مال معصوم في صورتي الهلاك والاستهلاك.

والمضمون وهو المسروق: معصوم في صورة الاستهلاك فقط على ذلك التقدير دون صورة الهلاك، ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة، ولو اختلفا في الاستهلاك.. فالقول قول السارق بلا يمين كما في الملتقط.

(**وإن سرق سرقات فقطع بكلّها**)؛ أي: بكل السرقات بأن حضروا جميعاً فقطع بخصومتهم، (**أو بعضها**) بأن حضر واحد فقطع بخصومته والباقي غائب (.. **لا يضمن شيئاً منها**)؛ أي: من السّرقات.

أما في الصّورة الأولى.. فبالاتفاق، وأما في الصورة الثانية.. فعلى قول أبي حنيفة.

(**وقالا: يضمن**)؛ أي: في الصورة الثانية.

(**ما**)؛ أي: سرقه (**لم يقطع به**)، ففي كلامه نوع اشتباه لها في الخلافية: أن الحاضر ليس بنائب من الغائب.. فلا خصومة له في حق الغائب، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة، فلم تظهر من الغائب.. فلم يقع القطع لهم، فبقيت أموالهم معصومة لهم فيضمن.

ولأبي حنيفة: أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى؛ لأن مبنى الحدود على [٦٦٧/ب] التداخل، والخصومة شرط لظهورها عند القاضي، وقد ظهر عنده

وَلَو سرقَ ثوباً فشقَّهُ فِي الدَّارِ ثُمَّ أَخرجَهُ.. قُطِعَ، ....

بخصومة الواحد؛ فإذا استوفى.. فالمستوفى كل الواجب، ألا ترى أن نفعه - وهو الانزجار - يرجع إلى الكل فيقع عن الكلّ؟

وعلى هذا الخلاف: لو سرق من شخص واحد نصباً متعددة مراراً، فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك:

فعند أبي حنيفة: لا يضمن النصب الباقية، وعندهما: يضمن.

(**ولو سرق ثوباً فشقه في الدار، ثم أخرجه.. قطع**) هذا شروع في بيان ما يسقط به القطع بسبب إحداث الصنعة للشبهة بعد بيان أحكام السرقة وكيفية القطع؛ يعني: لو سرق ثوباً وشقه نصفين قبل أن يخرجه من الدار، ثم أخرجه وقيمته تساوي عشرة دراهم بعد الشق.. لم يقطع بالاتفاق.

وعن أبي يوسف: أنه لا يقطع، وإن كان لا يساوي عشرة دراهم بعد الشق.. لم يقطع بالاتفاق، وإن شقه بعد الإخراج وهو يساوي عشرة.. قطع بالاتفاق؛ لتمام السرقة على النصاب.

وجه قول أبي يوسف: أن السرقة ما تمت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك؛ إذ بالخرق الفاحش ثبت للمالك ولاية تضمين السّارق قيمة الثوب وتركه له وإن كره ذلك، وكل ما انعقد فيه للسارق سبب الملك لا يقطع به؛ كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع، ثم أسقط البائع الخيار وفسخ البيع.. فإنه لا يقطع؛ بجامع أن السّرقة تمّت على عين غير مملوكة للسارق، ولكن ورد عليه سبب الملك.

ولهما: أن الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعاً، وإنما هو سبب للضمان، بل السّبب للملك إنّما يثبت عند اختيار التضمين وهو أداء الضمان؛ كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، وثبوت مجرد ولاية التضمين للمالك ليس سبباً للملك، وإنما تكون هذه الولاية سبباً للملك فيما إذا كان التصرف موضوعاً لإفادة الملك؛ كالبيع في المقيس عليه، لا فيما وضع سبباً للضمان؛ كالشق فيما نحن فيه.

وإذا كان السبب للملك هو أداء الضمان.. فشقه لا يورث شبهة، وإلا.. لزم أن يورث الآخذ نفسه شبهة أيضاً؛ لأنه أيضاً يحتمل أن يصير سبباً للملك بأداء الضمان، فصار نظير ما إذا سرق البائع ما باعه معيباً ولم يعلم المشتري العيب.. فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد الذي به يثبت الملك للبائع وهو العيب ، وكذلك يقطع فيما نحن فيه وإن انعقد فيه سبب الضمان وهو الشق، لا نظير ما قيس عليه.

وهذا الخلاف فيما [٦٦٨/أ] إذا اختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب، وفيما إذا كان النقصان فاحشاً.

وإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه.. لا يقطع بالاتفاق؛ لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ.. فصار كما إذا ملكه بالهبة، بل أولى لاستناده واقتصار الهبة.

وإن كان النقصان يسيراً.. قطع بالاتفاق؛ لانعدام سبب الملك؛ لعدم اختيار تضمين كلّ القيمة وترك الثوب عليه، بل له تضمين النقصان.

واعلم: أن الخرق قد يكون يسيراً، وقد يكون فاحشاً، وقد يكون إتلافاً واستهلاكاً، وفيه يجب ضمان كلّ القيمة بلا خيار؛ لأنه استهلاك، وعلى هذا: لا يقطع؛ لأنه ما تمت السرقة إلّا بما يملكه بالضمان، وحدّ هذا الخرق على ما ذكره «الزيلعي» و«فتح القدير» عن التمرتاشي: أن ينقص أكثر من نصف القيمة.

وأما الخرق.. الفاحش.. فاختلف في حدّه:

قيل: ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً: فاحش، وما دونه: يسير، وما فوقه: استهلاك؛ لأن للأكثر حكم الكلّ.

قوله فصاعداً؛ يعني به: ما لم ينته إلى ما به يصير إتلافاً.

وقيل: إن الفاحش: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، واليسير: ما يفوت به شيء من المنفعة، بل يتعيب به فقط وهو الصحيح. على ما في «الزيلعي» و«فتح القدير».

فإن كان الخرق استهلاكاً.. فله تضمين كل القيمة، وليس له القطع.

وإن كان فاحشاً.. فله تضمين كل القيمة فيسقط القطع، وله تضمين النقصان مع القطع.

وإن كان يسيراً.. فله تضمين النقصان مع القطع.

وأورد على القطع مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق الفاحش، واليسير: أنّ فيه جمعاً بين القطع والضمان.

وأجيب عنه: بأنهما إنما لا يجتمعان؛ كيلا يؤدي إلى الجمع بين جزء الفعل وبدل المحلّ في جناية واحدة، وهنا لا يؤدي إليه؛ إذ القطع يجب بالسرقة، وضمان النقصان بالخرق، والخرق ليس من السرقة في شيء.

ونوقض هذا الجواب بالاستهلاك؛ بأنه فعل غير السرقة، مع أنه لا يجب به الضمان على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة؛ لسقوط عصمة المسروق بالقطع على ما تقدم.

فكذا هنا تسقط عصمة المسروق بالقطع، فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان؛ كيلا يجتمع القطع مع الضمان.

وعن هذا فأقول: في «الفوائد الجنازية»: وفي الصحيح: لا يضمن النقصان؛ كيلا يجتمع القطع مع الضمان؛ ولأنه لو ضمن النقصان.. يملك ما ضمنه، فيكون هذا الثوب مشتركاً بينهما، فلا يجب القطع، لكنه يجب بالإجماع [٦٦٨/ب].. فلا يضمن النّقصان.

وقال في «فتح القدير»: والحق أنه يقطع ويضمن النقصان.

لَا إِن سرقَ شَاةً فذبَحَها ثمَّ أَخرجَهَا.

وَلَو ضربَ الْمَسْرُوقَ دَرَاهِمَ أَو دَنَانِيرَ.. قُطِعَ وردَّهَا، وَعِنْدَهُمَا: لَا يردُّهَا.

وأجاب عن المنتقض بالاستهلاك: بأن الاستهلاك هنا بعد السّرقة؛ بأن سرق واستهلك المسروق، وما نحن فيه: ما إذا نقص قبل تمام السّرقة؛ فإن وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة، ثم إذا أخرجه من الحرز.. كان المسروق هو الناقص، فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه إيّاه.

ويؤيّد هذا الجواب: ما ذكره «قاضي خان» قال: فإن كان الخرق يسيراً.. يقطع ويضمن النقصان، أما القطع.. فلأنه أخرج نصاباً كاملاً من الحرز على وجه السرقة، وأما ضمان النقصان.. فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الإخراج الذي به تتم السّرقة، ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع؛ لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج، والقطع بإخراج الباقي.. فلا يمنع؛ كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت، وأخرج الآخر وقيمته نصاب.

ومنه ظهر الجواب عن قول الباحث: يملك ما ضمنه.. فيكون الثوب مشتركاً بينهما، وهو: أن عند السرقة - وهو الإخراج من البيت - ما كان له ملك في المخرج؛ فإن الجزء الذي ملكه بالضمان: هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها، وحين وردت السرقة.. وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له.. فلا اشتراك.

(**لا إن سرق شاة فذبحها، ثم أخرجها**)؛ لأن السرقة تمّت على اللحم، ولا قطع فيه على ما تقدّم، لكنه يضمن قيمتها للمسروق.

(**ولو ضرب المسروق دراهم، أو دنانير**)؛ أي: لو سرق فضة، أو ذهباً وجعله دراهم أو دنانير مضروبة (.. **قطع، وردّها**) إلى المسروق منه عند أبي حنيفة والشافعي ومالك.

(**وعندهما: لا يردّها**). هذا الخلاف مبني على خلاف آخر، وهو: ما إذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم؛ أو حلياً.. لا ينقطع حق المغصوب منه عند أبي حنيفة، وينقطع

وَلَو صبغَهُ أَحْمَرَ.. لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ وَلَا يضمنُهُ، وَعند مُحَمَّدٍ: يُؤْخَذُ مِنْهُ وَيُعْطى مَا زَاد الصَّبْغُ، ....

عندهما.. فكذا هنا: لا ينقطع بالصك حق المسروق منه في السرقة عنده.. فيقطع.

لهما: أنّ هذه صنعة تتبدل بها العين اسماً وحكماً ومقصوداً، وكل ما كان كذلك.. ينقطع به حق المالك؛ كما لو غصب حديداً، أو صفراً فجعله سيفاً أو آنية.. فإنه يتبدل عيناً واسماً وحكماً.

ولأبي حنيفة: أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين؛ لإمكان إعادة المسروق إلى الحالة الأولى بإزالتهما، والصنعة غير متقوّمة هنا، حتى لو كسر إبريق ذهب أو فضة.. لم يكن للمالك أخذ عينه وتضمين الصنعة، والعين [٦٦٩/أ] المسروقة متقومة، ولا الاسم متبدّل هنا، وإنما حدث اسم آخر مع اسم الذهب والفضّة.. فكان اعتبار الباقي المتقوم: أولى من اعتبار الزائل الغير المتقوم الحادث؛ فإذا اعتبر المسروق باقياً عيناً واسماً.. يرد إلى صاحبه.

ولو سلم أن الصنعة متقومة والاسم متبدّل.. لكن الشرع لم يعتبرها موجودة؛ بدليل: أنه لم يتغير بها حكم الرّبا، حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضةً بأحد عشر فضّةً، فكان المسروق باقياً حكمياً فيرد إلى صاحبه وأمّا وجوب القطع.. فظاهر على قول أبي حنيفة؛ لأن السارق لم يملكه على قوله؛ لبقائه عيناً واسماً وحكماً.

وأما على قولهما: فقد قيل: لا يقطع؛ لأنه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل القطع، لكنه يجب عليه مثل ما أخذ وزناً من الذهب والفضة.

وقيل: يقطع، ولا شيء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق؛ لأنه بالصنعة صار شيئاً آخر، فقد استهلك المسروق، ثم قطع.. فلا شيء عليه، وهو الأصح على ما صرح به في «الجامع الصغير»، فلذا اختاره المصنف.

(ولو صبغه أحمر.. لا يؤخذ منه، ولا يضمنه) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمّد: يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ) وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

اختلفت عباراتهم في تصوير هذه المسألة: ففي «الزيلعي» نقلاً عن «المحيط» و«الكافي»: أنه لو سرق ثوباً فصبغه أحمر فقطع.. لا يجب عليه ردّه، ولا ضمانه.

وقال في «الهداية»: ومن سرق ثوباً فقطع فصبغه أحمر.. لم يؤخذ منه الثوب، ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع، على خلاف ما في «المحيط» و«الكافي».

وهكذا ذكره صاحب «النهاية»، وقال: فقطع فيه، ثم صبغه أحمر، واستدل عليه بلفظ محمد في «الجامع الصغير»؛ حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر - قال: ليس لصاحبه عليه سبيل، ولا ضمان على السارق.

هذا كلامه، ورد عليه في «العناية»، بأنه ليس في لفظ «الجامع الصغير» ما يدل على ما ذكره؛ لأن «الواو» في قوله: «وقد صبغه» للحال، وهو لا يدل على التعقيب، فقوله: «ثم صبغه».. مما لا دليل عليه، فالأولى: أن يستدل بقول محمد في «الجامع الصغير» على عدم الفرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده؛ كما في «الزيلعي»، لا على تأخير الصبغ عن القطع.

ويؤيده: ما وقع في بعض روايات «الجامع الصغير»؛ حيث قال فيه: ولو سرق ثوباً فصبغه أحمر فقطع.. لم يؤخذ منه الثوب على طبق ما في «المحيط» و«الكافي» [٦٦٩/ب].

ولمحمد: اعتباره بالغصب بجامع كون الثوب أصلاً قائماً، وكون الصبغ تابعاً له، فكان اعتبار الأصل أولى؛ كما في الغصب.

ولهما أن السبق قائم صورة ومعنى؛ أما صورة.. فظاهر، وأما معنى.. فلأنّ المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغاً.. ضمن الصبغ، وحق المالك في الثوب قائم صورة - لتمكنه من الاسترداد - لا معنى؛ لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك أو

وَإِن صبغَهُ أسودَ.. أُخِذَ مِنْهُ وَلَا يُعْطى شَيْئاً، وَحكمهما فِيهِ...............

الاستهلاك.. فكان ترجيح جانب السارق أولى؛ لأن الترجيح بالوجود: ذاتي، وبالأصالة والتبعية: ترجيح حالي، والذاتي مقدم على الحالي؛ لكونه أسبق.

بخلاف الغصب؛ لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه، فرّجحنا جانب المالك بكون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً.

وجعل في «الاختيار شرح المختار» قول أبي يوسف مع محمد؛ حيث قال: قال أبو حنيفة: يقطع السارق، ولا سبيل للمسروق منه على العين المسروقة.

وقالا: يأخذه ويعطي ما زاد الصبغ؛ لأن المالك مخيّر بين تضمين الثوب، وبين أخذه وضمان الزيادة، وقد تعذّر التضمين بالقطع.. فتعين أخذه وضمان الزيادة.

ولأبي حنيفة: أنه لا يجوز تضمين الثوب بعد القطع لما مر، ولو رد الثوب.. يصير السارق شريكاً فيه بسبب متقدم على القطع وهو الصبغ، وسرقة العين المشتركة.. تسقط القطع ابتداء؛ فإذا وجد القطع.. لم يجز إثبات ما ينافيه، وليس كذلك إذا صبغه بعد القطع؛ لأن الشركة بعد القطع لا تسقط القطع. انتهى.

فظهر منه: أن بين كون الصبغ بعد القطع، وبين كونه قبل القطع فرقاً، فلا يصح الاستدلال بما ذكره محمد في «الجامع الصغير» على عدم الفرق بينهما؛ كما استدل به «الزيلعي» على ما ذكرناه.

(وإن صبغه أسود.. أخذ منه، ولا يعطى شيئاً) هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يؤخذ؛ لأن السّواد زيادة عنده كالحمرة.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن السواد عنده نقصان، فلم يكن حق السارق قائماً فيه معنى.. فلا يوجب انقطاع حق المالك.

وأما عند محمد: فلأن السواد عنده وإن كان زيادة كالحمرة.. لكنه لا يقطع حق المالك عنده، وبهذا يمتاز عن أبي يوسف.

(وحكمهما)؛ أي: حكم أبي يوسف ومحمد **(فيه)**؛ أي: في السواد.

كحكمِهِما فِي الْأَحْمَرِ.

(كحكمهما في الأحمر)؛ أي: في كون السواد زيادة كالحمرة، لكنه ينقطع عند محمد، بل يرد ويأخذ ما زاد الصنع عنده.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «شرح الطحاوي»[٦٧٠/أ]: ولو سرق سويقاً فلتّه بسمن أو عسل.. فهو مثل الاختلاف في الصبغ الأحمر: ليس للمالك على السّارق سبيل في السّويق عندهما، وعند محمّد: يأخذه ويعطي ما زاد السّمن والعسل. والله أعلم .

* * *

(بَابُ قَطْعِ الطَّرِيقِ)

(بَابُ قَطْعِ الطَّرِيق)

أخَّره عن السَّرقة؛ لأنه ليس سرقة مُطْلقة، ولذا لا يتبادر من الإطلاق لفظ السَّرِقة، بل إنما يتبادر منه: الأخذ خفية من الناس، لكنه أطلق على قطع الطَّريق اسم السرقة مجازاً؛ لضرب من الإخفاء، وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصبه الإمام لحفظ الطَّريق، فكانت السَّرقة فيه مجازاً.. فأخّره عنها.

وأيضاً: لا يطلق عليه السرقة إلّا مقيّدة فيقال: السرقة الكبرى، والمقيّد: مؤخّر عن المطلق.

وأما تسمية الكبرى: فلأن ضرره على أصحاب الأموال وعلى عامّة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصّغرى يخصّ الملّاك، ولهذا غلظ الحدّ في حدّ قطّاع الطريق على ما سيأتي؛ ولأنه أخذ الأموال من السّلطان الأعظم الذي إليه حفظ الطَّريق، أو ممن نصبه للحفظ، فكان أعظم جناية.. فسمّي بالكبرى.

وقالوا: إنّ ما يختصّ به من الشروط ثلاثة:

أحدها: أن يكون قوم لهم قوّة وشوكة ينقطع بهم الطّريق، أو يكون واحد كذلك.

والثاني: أن لا يكون في مصر، ولا في القرى، ولا في مصرين، ولا بين القريتين.

والثالث: أن يكون بينهم وبين المصر أو القرية مسيرة سفر؛ لأن قطع الطّريق إنما يكون بانقطاع المارّة، ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق؛ لأنهم يلحقهم الغوث من جهة الإمام والمسلمين ساعة بعد ساعة.. فلا يترك المرور والاستقرار.

مَن قصدَ قطعَ الطَّرِيقِ ....

وعن أبي يوسف: إنهم لو كانوا في المصر ليلاً أو فيما بينهم وبين المصر أو القرية أقل من مسيرة سفر.. يجري عليهم أحكام قطاع الطّريق، وعليه الفتوى لمصلحة النّاس، وهي دفع شرّ المتغلبة المتلصّصة. كذا في «الزيلعي».

وهذه هي الشروط المختصة به، ويشترط فيه جميع ما شرط في السّرقة الصغرى؛ من كونه: عاقلاً، بالغاً، وأن يكون في دار الإسلام، وأجنبيّاً عن صاحب المال... إلى غير ذلك من الشروط المذكورة في الصّغرى.

واعلم: أنّ أحوال قاطع الطريق بالنسبة إلى الجزاء الشرعي أربعة:

أحدها: أن يؤخذ قبل أن يأخذ مالاً ويقتل نفساً، بل لم يوجد منه سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذ [٦٧٠/ب]؛ فحكمه: أن يعزر ويحبس إلى أن يظهر التوبة في الحبس أو يموت.

والثاني: أن يؤخذ بعدما أخذ مال مسلم أو ذمي ولم يقتل، والمأخوذُ إذا قُسم.. أصاب كلّ واحد منهم نصاباً؛ فحكمه: أن يقطع الإمام يد كلّ منهم اليمنى ورجله اليسرى.

والثالث: أن يؤخذ بعدما قتل مسلماً أو ذميّاً ولم يأخذ مالاً؛ فحكمه: أن يقتله الإمام حدّاً.

والرابع: أن يؤخذ بعدما قتل نفسا من مسلم أو ذمي وأخذ مالاً منهم.. فالإمام فيه مخيّر على ما سيأتي تفصيله.

ولهم حالة خامسة بالنسبة على ما هو أعمّ من الحكم الشرعي على ما سيأتي ذكرها.

وكلّ من هذه الأحوال الخمسة مع أحكامها مذكورة في الكتاب على هذا الترتيب:

فذكر الأولى بقوله: **(من قصد قطع الطريق)**؛ أي: خرج بقصد قطع الطريق؛

من مُسلمٍ أَو ذِمِّيٍ على مُسلمٍ أَو ذِمِّيٍ فَأُخِذَ قبلَهُ.. حُبِسَ حَتَّى يَتُوبَ.

وَإِن أَخذَ مَالاً وَحصلَ لكلِّ وَاحِدٍ نِصَابُ السّرقَةِ.. قُطِعَ يَدُهُ الْيُمْنَى وَرجلُهُ الْيُسْرَى.

وَإِن قتلَ فَقَط وَلَو بعصاً..

سواء كان ذلك الخارج (من مسلم) حرّ أو عبد (أو ذمي) أو حربي على ما في «العناية» (على مسلم) حر أو عبد، الجار: متعلق بالقطع، (أو ذمي) وقيد الذمي مقيّد ههنا؛ لأن قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحدّ؛ لأن عصمة ماله ليست مؤبّدة، لكنه يعزر ويحبس باعتبار إخافة الطريق. كذا في «فتح القدير».

(فأخذ قبله) - راجع إلى المذكور حكماً، أي: قبل القطع بأخذ المال وقتل النفس - (حبس حتى يتوب) ويظهر فيه سيماء الصّلحاء.

قالوا: يعزّر ثم يحبس حتّى يتوب أو يموت؛ لمباشرته منكر الإخافة، وهذا بيان حكم الحالة الأولى من أحوالهم الأربعة.

ثم شرع في ذكر حالتهم الثانية بقوله: (وإن أخذ مالاً وحصل لكلّ واحد نصاب السرقة) قيّده به؛ كيلا يستباح طرفه إلّا بتناوله مالاً له خطر عظيم، وهذا حجّة على مالك في قوله: بأن الشرط كون المأخوذ نصاباً بإصابة كل منهم نصاباً.

وعن الحسن بن زياد: لا بد أن يكون نصيب كل منهم عشرين درهماً فصاعداً؛ لأن التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بأخذها عضواً واحداً، وههنا: المستحق عضوان، ولا يقطع للعضوان في السرقة إلا في عشرين درهماً، والصحيح: هو الأوّل؛ لأن تغلّظ الحدّ ههنا باعتبار تغلظ فعلهم المحاربة وقطع الطريق.. لا باعتبار كثرة المال المأخوذ، ففي النصاب: هذا الحد وحد السّرقة سواء.

(.. قطع يده اليمنى ورجله اليسرى) كي لا يفوت جنس المنفعة، وهذا حكم حالتهم الثانية.

ثم شرع في ذكر حالتهم الثالثة بقوله: (وإن قتل فقط، ولو بعصاً [٦٧١/أ]

أَو حَجَرٍ.. قتل حدّاً، فَلَا يعْتَبَرُ عَفْوُ الْوَلِيّ.

وَإِن قتلَ وَأَخذَ مَالاً.. قُطِعَ وَقُتِلَ وصُلِبَ. أَو قتلَ أَو صَلَبَ.

أو حجر.. قتل حدّاً)؛ أي: لا قصاصاً، حتى لو عفا ولي المقتول.. لا يقبل عفوه؛ لأن الحدّ خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره، فمتى عفا الولي عصى الله تعالى، بخلاف القصاص.. فإنه حقّ الأولياء؛ فيعتبر عفوهم.

وفي «التاتارخانية»: نقلاً عن «الينابيع»: إن المراد بالقتل حدّاً ههنا: هو القتل سياسة لا قصاصاً. انتهى.

يعني: أنّ ذكر الحدّ احتراز عن القصاص لا عن السياسة، وهو الظاهر من «فتح القدير» و«البحر» أيضاً، ولهذا قال بالفاء التفريعية: (فلا يعتبر عفو الولي). كذا في «الهداية» وغيرها.

وقال في «قاضي خان»: وإن قتل ولم يأخذ المال.. قتل قصاصاً.

وقال في «فتح القدير»: معناه - أي معنى ما في «قاضي خان» -: إذا أمكنه أخذ المال، فلم يأخذ شيئاً ومال إلى القتل.. فإن فيه يقتل قصاصاً لا حدّاً، خلافاً لعيسى بن ابّان؛ فإنه قال: يقتل حدّاً على ما سيأتي نظيره عند قول المصنف: «والحق للولي إن شاء عفا». انتهى.

ثم شرع في ذكر حالتهم الرابعة بقوله: (وإن قتل وأخذ مالاً) - أي مقدار النصاب؛ لأنه لو قتل وأخذ مالاً دون النصاب.. يقتل قصاصاً لا حداً إلا عند عيسى ابن أُبان على ما سيأتي ذكره - (قطع وقتل وصلب، أو قتل، أو صلب) والأصل في توزيع هذه الأجزئة على الجنايات المذكورة: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾؛ فإن المراد بهذه الآية: قطاع الطريق عند أكثر أهل التفسير.

سُمّي قاطع الطريق محارباً لله تعالى: لأن المسافر معتمد على الله تعالى، فالذي يُزيل أمنَهُ: مُحاربٌ لِمَنِ اعتُمِدَ عليه في تحصيل الأمن، فيكون محارباً.

أو: هو على حذف المضاف؛ أي: يحاربون عباد الله، مسلماً أو ذمياً.

وأما محاربته لرسوله؛ فإمّا باعتبار عصيان أمره، أو: باعتبار أن الرسول ﷺ هو الحافظ لطريق المسلمين، والخلفاء والملوك بعده نوابه؛ فإذا قطع الطريق الذي تولّى حفظها بنفسه وبنائبه.. فقد حاربه.

ثم المراد بها: توزيع الأجزئة المذكورة الأربع فيها على أنواع قطع الطّريق نقلا وعقلاً، وبه قال الشافعي والليث وإسحاق وقتادة وأصحاب أحمد.

أما النقل: فما رواه محمد بن الحسن، عن أبي يوسف، عن الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس: أن النبي ﷺ وادع أبا بردة هلال بن عُوَيْمرَ الأسلمي، فجاء [٦٧١/ب] أناس يريدون الإسلام، فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق، فنزل جبريل عليه السلام على النبي ﷺ بالحد فيهم: أن من قتل وأخذ مالاً.. صلب، ومن قتل ولم يأخذه.. قتل، ومن أخذ مالاً ولم يقتل.. قطعت يده ورجله من خلاف.

وفي رواية عطية عن ابن عباس: «ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال.. نفي».

فإن قيل: بنفس إرادة الإسلام لا يثبت الإسلام، ولا يخرج بها عن كونه حربياً، والحدّ لا يجب على قطع الطريق على الحرّبي وإن كان مستأمناً، فكيف يصح الاحتجاج به؟!

أجيب: بأنّ معناه: يريدون أحكام الإسلام.. فإنهم أسلموا وهاجروا، أو التعلم بأحكام الإسلام، ولو سلم أنه على ظاهره.. لكن من جاء على قصد الإسلام من داره ودخل دارنا: فهو بمنزلة أهل الذمة، والحد يجب على من قطع الطريق على أهل الذمة.

وَخَالفَ مُحَمَّدٌ فِي الْقطعِ.

وأما العقل: فلأن المذكور في هذه الآية من القتل والصلب والقطع والنفي: كلّها أجزئة على جناية قطع الطريق، ومن المعلوم المقرر: أنّ هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظاً، وتتنوع إلى: تخويف، وأخذ مال، وقتل، وقتل وأخذ مال على ما ذكر، ولو عملنا بمحض إطلاق الآية بلا توزيع.. لزم جواز ترتيب أخف الأجزئة على أغلظ الجناية، وبالعكس، وهذا مخالف لقواعد الشرع، والعقل يوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ، والأخف للأخف؛ فيكون المراد بالنفي المذكور في الآية: هو الحبس - على ما فسّره المفسرون - جزاء لجناية خروجهم لإخافة الطريق من غير أخذ المال والقتل؛ لأن المحبوس كالمنفي عن جميع الأرض، ويكون القتل جزاء القتل، والقطع جزاء الأخذ، إلا أن هذا الأخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة؛ حيث كان مجاهرة ومكابرة مع إشهار السلاح.. جعل المرة منه كالمرتين في السرقة.. فقطع في الأخذ مرة: اليد والرجل معاً من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين؛ لأن الغلظ في هذه الجناية من جهة العقل لا من جهة متعلقه وهو المال المأخوذ.

ثم التخيير بين الثلاثة - أعني: **إن شاء الإمام** قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم، **وإن شاء** قتلهم بلا صلب وقطع، **وإن شاء** صلبهم أحياء ثم قتلهم - هو قول أبي حنيفة وزفر معه، وكذا أبو يوسف معه في رواية، وقال في رواية أخرى: لا بد من الصلب؛ للنص المذكور في الحد.. فلا يجوز ترك الحد كالقتل [٦٧٢/أ]، والمقصود منه: التشهير؛ ليعتبر به غيره، وذلك بالصلب.

وأجيب عنه: بأن أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب.. فيتخير فيه، ولم ينقل أنه ﷺ صلب العرنيين، ولا غيره صلب أحداً، مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب؛ فإن قوله: ﴿أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ إنما يقيد أن يقتلوا بلا صلب، أو يصلبوا بلا قتل، لكنه يقتل بعد الصلب مصلوباً بالإجماع. كذا في «فتح القدير».

(وخالف محمد في القطع) وقال: يقتل ويصلب، ولا يقطع.

ويُصلَبُ حَيّاً ....

ذكر في روايات «المباسط» وشروح «الجامع الصغير»: أن أبا يوسف مع محمد، وبه قال مالكٍ والشافعي.

وأحمد مع أبي يوسف: في أنه لا بد من الصلب، ومع محمد: في أنه لا يقطع.

وجه قولهم: أنه جناية واحدة - وهي جناية قطع الطريق - فلا توجب حدين؛ ولأن ما دون النفس في باب الحد: يدخل في النفس؛ كحد السرقة والرجم إذا اجتمعا بأن سرق المحصن ثم زنى.. فإنه يرجم ولا يقطع اتفاقاً.

ولأبي حنيفة: أن هذه الجناية وإن كانت واحدة باعتبار أنه قطع الطريق.. فمجموع القطع والقتل أيضاً: عقوبة واحدة، وإنما تغلظت لتغلظ سببها؛ حيث بلغ النهاية في تفويت الأمن على المال والنفس بأخذ المال والقتل وكونها أموراً متعددة.. لا تستلزم تعدد الحد في قطع الطريق.

ألا ترى أن قطع اليد والرجل فيها حدّ واحد وهو في الصغرى حدّان.

وما ذكروه من دخول ما دون النفس في النفس هو فيما إذا كانا حدين؛ أحدهما: غير النفس، والآخر: النفس؛ أما إذا كان ذلك حدّاً واحداً.. فلا، بل لا بد من إقامته.. فهي أجزاء حدّ واحد، غير أنه إن بدأ بالجزء الذي لا يتلف به النفس.. فُعل الآخر، وإن بدأ بما يتلف به.. لا يفعل الآخر؛ لانتفاء الفائدة وهي الضرب بعد الموت؛ فلذا لا تتداخل الجلدات في حدّ الزنا؛ لكونها حداً واحداً.

فإن قيل: إنهما لو كانا حدّاً واحداً.. لما جاز للإمام أن يدع القطع، كما لم يجز له أن يترك بعض الجلدات.

قلنا: جواز تركه ليس للتداخل، بل لعدم وجوب رعاية الترتيب فيه، فكان له أن يبدأ بالقتل فيسقط عنه القطع؛ لعدم الفائدة فيه بعد القتل.

(**ويُصلَبُ حيّاً**) أي فيما إذا اختار الإمام صلبه.. يصلبه حيّاً، أو فيما إذا قلنا بلزوم الصلب على رواية أبي يوسف.. يصلبه حيّا.

ويُبعَجُ بَطْنُهُ بِرُمْحٍ حَتَّى يَمُوتَ، وَيُتْرَكُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَط.

وَيُرَدُّ مَا أَخذَهُ إِلَى مَالِكِهِ إِن بَاقِياً، وإِلَّا.. فَلَا ضَمَانَ.

وَلَو بَاشرَ الْفِعْلَ بَعضُهم.. حُدُّوا كلُّهم.

(**ويبعج بطنه برمح حتى يموت**) وهو المروي عن الكرخي.

وروي عن الطحاوي: أنه يقتل ثم يصلب.

قالوا: ما رواه الكرخي: أصحّ؛ لأن الصلب [٦٧٢/ب] على هذا الوجه أبلغ في الردع، ولأن المقصود: الزجر، وهو بما يحصل في الحياة لا بما يحصل بعد الموت، وذكر الطحاوي: التوقي عن المثلة؛ فإنها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف في محله.

(**ويترك**) مصلوباً (**ثلاثة أيام فقط**)؛ لأن بعد ذلك يتغير فيتأذى به الناس.

وعن أبي يوسف: أنه يترك على خشبة حتى ينقطع فيسقط فيعتبر به غيره.

قلنا: أصل الاعتبار حصل بما ذكرناه، والنهاية غير لازمة من النص، وكونه أمر بالصلب لا يقتضي الدوام، بل بمقدار متعارف.

(**ويرد ما أخذه إلى مالكه إن**) كان (**باقياً**) لبقاء ملكه فيه، (**وإلا.. فلا ضمان**) على القاطع اعتباراً بالسرقة الصغرى؛ فإنه لا ضمان على السارق بعد الهلاك على ما تقدم.

(**ولو باشر الفعل**) أي القتل وأخذ الأموال (**بعضهم**) والباقون وقوف، لم يقتلوا ولم يعينوا (.. **حدوا كلهم**)، ولو كانوا مئة.. فإنهم يقتلون بقتل واحد منهم؛ لأن القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص المذكور، والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض معاوناً للبعض، حتى إذا زلت أقدامهم.. انضموا إليهم.

وإنما الشرط: وجود القتل من واحد منهم، وقد وجد ذلك.

وَالْحقُّ لِلْوَلِيِّ إِن شَاءَ.. عَفا، وَإِن شَاءَ.. أَخذَ بِمُوجَبِ الْجِنَايَةِ.

(**والحق للولي؛ إن شاء.. عفا، وإن شاء.. أخذ بموجب الجناية**)؛ جرحاً كانت الجناية أو قتلاً، فما كان من الجرح: يجري فيه القصاص.. اقتص، وما لا يجري فيه ذلك.. لزمه الأرش، وإن شاء.. عفا، وذلك إلى الأولياء على ما في «الهداية».

ورده في «البحر»: بأن ذلك للمجروح لا للولي. انتهى.

وإن كانت الجناية قتلاً؛ فإن شاء الأولياء.. قتلوه، وإن شاؤوا.. عفوا عنه؛ لأن هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به، وحينئذ: لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه؛ لأن القصاص لا يجري إلا به ونحوه؛ لقوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف» هذا في الجرح والقتل.

وكذا إذا كان أخذ مالاً ثم تاب قبل الأخذ؛ فإن صاحبه إن شاء.. تركه، وإن شاء.. ضمنه إن كان هالكاً، ويأخذه إن كان قائماً؛ لأنه لا يقطع بعد التوبة بسقوط الحد بالتوبة، فظهر حق العبد في ماله كما ظهر في النفس والطرف في صورة الجرح والقتل. كذا في «فتح القدير».

والذي ظهر منه: أن توبته تتم قبل رد المال إلى صاحبه، لكنه ذكر في «المبسوط» و«المحيط»: إن رد المال من تمام توبتهم؛ لينقطع به خصومة صاحبه.

ولو تاب ولم يرد المال.. لم يذكره في الكتاب، واختلفوا فيه:

فقيل: لا يسقط الحد؛ كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة.

وقيل: يسقط، أشار إليه محمد في «الأصل»؛ لأن التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص المذكور.. فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص.

وبهذا القول اختار في «فتح القدير» فقال: يسقط القطع بالتوبة، ثم قال في «فتح القدير»: ومثل ما لو أخذوا بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع إلى القصاص وتصرف الأولياء فيه وفي المال.. لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا أو جرحوا، ولكن

وَإِن أَخذَ مَالاً وجرحَ.. قُطِعَ مِن خِلافٍ، وَالْجُرْحُ هَدَرٌ.

وَإِن جَرَحَ فَقَط أَو قَتَلَ فَتَابَ قبلَ أَن يُؤْخَذَ.. فَلَا حدَّ، ....

وهذا لأن قتل قطاع الطريق ليس بطريق القصاص، بل بطريق الحد والسياسة على ما تقدم، فلا يشترط فيه المماثلة كما شرط في القصاص، فيستوي فيه المباشر وغير المباشر، والقتل بالسيف والعصا والحجر.

(**وإن أخذ مالاً وجرح.. قطع**) يده ورجله (**من خلاف، والجرح هدر**)؛ لأنه لما وجب الحد حقاً لله تعالى.. سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال، وذلك لأن الأخذ والجرح فعل واحد، فلا يصير سبباً لحقين.

ولما ذكر أحوالهم الأربعة بالنسبة إلى الجزاء الشرعي.. شرع في بيان الحالة الخامسة لهم بالنسبة إلى غير الجزاء الشرعي فقال: (**وإن جرح فقط، أو قتل**) عمداً (**فتاب قبل أن يؤخذ.. فلا حد**)؛ أما الجرح: فلأنه لا حد فيه من قطع أو قتل أو صلب وهو ظاهر.

وأما القتل: فللاستثناء في قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.

فإن قيل: ينبغي أن يصرف الاستثناء إلى ما يليه من قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾؛ كما في آية القذف من قوله تعالى: ﴿وَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ ۝٤ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾، فلا يقتضي سقوط الحد بالتوبة.

أجيب: بأن الجمل التي قبل الاستثناء كلها من جنس واحد في هذه الآية؛ إذ الكل [٦٧٣/أ] جزاء المحاربة، فيصرف الاستثناء إلى الكل، فيرتفع الكل بالتوبة، بخلاف الاستثناء في آية القذف؛ لأن الجملة التي تليه خلاف جنس الجمل المتقدمة؛ إذ هي لا تصلح جزاء للقذف، وإنما هي إخبار عن حاله بأنه متصف بالفسق؛ فكانت فاصلة بينه وبين ما قبلها من الجمل.. فيعود إليها فقط؛ فإذا لم يكن فيهما حد.. ظهر في الطرف والنفس حق العبد: فيستوفيه الولي، وإليه أشار بقوله:

وَكَذَا لَو كَانَ فيهم صبيٌّ أَو مَجْنُونٌ أَو ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ منَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ.

أخذوا من المال قليلاً لا يصيب كلاً منهم نصاب.. فإن الأمر في هذا القتل والجرح: إلى الأولياء أيضاً؛ إن شاؤوا [٦٧٣/ب].. قتلوا قصاصاً، وإن شاؤوا.. عفوا.

وكذا إذا أخذوا مع القتل أو الجرح شيئاً تافهاً من المال لا يجري فيه القطع، وهي التي يتسارع فيها الفساد.. فالأمر فيه إلى الأولياء أيضاً، على ما في «الزيلعي».

خلافاً لعيسى بن أبان، قال: يقتلهم الإمام حداً لا قصاصاً؛ لأنهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئاً من المال.. قتلهم حداً لا قصاصاً على ما تقدم، فكذا فيما لو أخذ ما دون النصاب أو شيئاً تافهاً؛ لأن ما دون النصاب والشيء التافه: كالمعدوم؛ ولأنه تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال ولو قليلاً تافهاً..، فلا يسقط الحد.

والجواب عنه: أن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود، وهم يقصدون بالقطع أخذ المال، وقتلهم ليس إلا ليصلوا إليه؛ فإذا تركوا أخذ المال.. عرفنا أن قصدهم القتل لا قطع الطريق؛ لأن قطعه ليس إلا للمال فيقتص منهم إن شاء الولي، وتجري فيه أحكام القصاص.

(وكذا لو كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه) الطريق أي: يسقط الحد عن الباقين، فيظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات.

أما الصبي والمجنون: فالمذكور فيهما قول أبي حنيفة ومحمد وزفر.

وقال أبو يوسف: إنه لو باشر العقلاء البالغون القتل.. يحد الباقون، وإن باشر الصبي أو المجنون.. فلا حد على الكل.

وعلى هذا: السرقة الصغرى إن باشر الصبي أو المجنون إخراج المتاع.. يسقط الحد عن الكل.

وإن باشر غيرهما.. قطعوا، إلا الصبي والمجنون.

لأبي يوسف: أن المباشر أصل والرداء تابع، ولا خلل في مباشرة العاقل البالغ، ولا اعتبار بالخلل في التبع، بخلاف عكسه وهو أن يباشر الصبي والمجنون؛ فإنه حينئذ ينعكس المعنى والحكم؛ أما المعنى وهو السقوط عن الأصل.. فحينئذٍ يكون في التبع؛ فإذا انعكس المعنى.. ينعكس الحكم أيضاً، وهو حد الباقين: فلا يحدون.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن قطع الطريق جناية واحدة قامت بالكل؛ فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً للحد بشبهة أو عدم تكليف.. لا يوجب في حق الباقين أيضاً؛ لأن فعل الباقين حينئذ بعض العلة، وببعض العلة لا يثبت الحكم؛ فصار كالخاطئ مع العامد إذا اجتمعا في قتل معصوم الدم.. يسقط القصاص عن العامد.

وأما ذو الرحم المحرم: فقال أبو بكر الرازي: إنما يسقط الحد عن الكل إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم، وفي القطاع ذو رحم محرم من أحدهم، حتى لا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم، ويصير شبهة في نصيب الباقين.. فلا يجب الحد عليهم [٦٧٤/أ]؛ لأن المأخوذ شيء واحد؛ فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة.. يمتنع في حق الباقين أيضاً.

وأما إذا لم يكن المال مشتركاً بينهم، بل لكل واحد منهم مال مفرد:

فإن أخذوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالاً، ومن حرز أجنبي مالاً آخر.. يحدون باعتبار المأخوذ من الأجنبي؛ لأن الأخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره.

وإن أخذوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره.. لا يحدون؛ لأن مال ذي الرحم المحرم يصير شبهة في حق الباقين، وأما مال غيره فليس بمحرز؛ لأن المعتبر في قطع الطريق هو الحرز بالحافظ لا الحرز بالمكان.

وقال غيره: ليس بمحرز بالحافظ؛ لأن كل واحد يحفظ ماله، والأصح على ما في «الهداية» و«النهاية» و«العناية» و«الزيلعي»: أنه مجرى على إطلاقه، وليس بمقيد

بكون المال مشتركاً كما قاله الرازي، بل هم يحدون على كل حال؛ لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد؛ لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة، والجناية واحدة: وهي قطع الطريق؛ فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين، بخلاف السرقة من حرزين؛ لأن كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكماً.

وإذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع.. لا يحدون كذي الرحم المحرم، وإذا سقط الحد.. كان القصاص والتضمين إلى الأولياء؛ لأنه حقهم ولم يوجد ما يسقطه.

فإن قيل: إن المستأمن مثل ذي رحم محرم من القطاع في أن قطع الطريق عليهم لا يوجب الحد، فينبغي أن يسقط الحد عن القافلة بوجود المستأمن فيهم؛ كما سقط عنهم بوجود ذي رحم محرم، مع أنه لم يسقط وجود المستأمن.

أجيب عنه: أن الامتناع في حق المستأمن لخلل في عصمة ماله، وهو يخص المستأمن، فلا يصير شبهة في حق غيره، وأما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق.. فيورث شبهة في الحرز؛ لأن القافلة بمنزلة بيت واحد، فكأن القريب سرق مال القريب ومال الأجنبي من بيت القريب؛ فإنه لا يقطع بشبهة تمكنت في الحرز.

ولم يذكر المصنف ما إذا كان فيهم عبد أو امرأة؛ فاختلفت فيه عباراتهم:

ففي «الخانية»: وإن كان فيهم عبد أو امرأة.. الحكم فيهما كالحكم في الرجال الأحرار؛ يعني: عليهما الحد كالرجال الأحرار.

ثم ذكر نقلاً عن «المنتقى» عن أبي حنيفة: أنه إذا كان فيهم امرأة قد باشرت القتل.. درأ الحد عنهم؛ يعني: [٦٧٤/ب] لا حد عليها، وقال: وهو قول محمد؛ لأن المرأة لا تكون محاربة، وصار كما لو كان معهم صبي أو مجنون.

وقال القدوري: أجمع أصحابنا: أنه لا يقام الحد على المرأة.

أَوِ قطعَ بعضُ الْقَافِلَةِ على بعضٍ،..................................

وذكر الطحاوي: أن الرجال والنساء في قطع الطريق على السواء.

وفي «المضمرات»: وهو خلاف ظاهر الروايات. انتهى.

فكان ظاهر الرواية: هو قول محمد من أنه لا حد على المرأة، ودرئ عن الباقين.

وجعله في «المحيط» قول أبي حنيفة ومحمد؛ حيث قال: وأما الرجال.. فلا حد عليهم عند أبي حنيفة ومحمد؛ أي: يسقط الحد عنهم.

وقال أبو يوسف: عليهم الحد؛ سواء باشروا معه أو لم يباشروا.

وذكر هشام في «نوادره» عن أبي يوسف: إذا قطع قوم من الرجال الطريق وفيهم امرأة باشرت القتل وأخذت المال دون الرجال.. أقيم الحد على الرجال دون المرأة.

وفي «السراجية»: هو المختار.

وقال محمد: يقام عليها، ولا يقام عليهم.

وفي «المبسوط»: تابوا وفيهم عبد قطع يد حر، دفعه مولاه أو فداه، كما لو فعله في غير قطع الطريق، وهذا لأنه قصاص بين العبد والأحرار فيما دون النفس.. فيبقى حكم الدفع والفداء.

وإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك.. فعليها دية اليد في مالها؛ لأنه لا قصاص بين الرجال والنساء في الأطراف، والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة.

(أو قطع بعض القافلة على بعض)؛ لأن الحرز واحد وهو القافلة، فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في بيت واحد.. فلا يجب الحد؛ فإذا لم يجب الحد.. وجب القصاص في النفس إن قتل عمداً بحديدة أو بمثقل عندهما، أو رد المال إذا أخذه وهو قائم، وضمانه إن هلك أو استهلك.

أَو قطعَ الطَّرِيقَ لَيْلاً أَو نَهَاراً بِمصْرٍ أَو بَينَ مِصرَينِ.

وَمَن خَنَقَ فِي الْمصرِ غيرَ مرّةٍ قُتِلَ بِهِ، وإِلَّا.. فكالقتلِ بالمثقَّلِ.

(أو قطع الطريق ليلاً أو نهاراً بمصر أو بين مصرين). وقال الشافعي: إنه يكون قاطع الطريق بذلك لوجوده حقيقة.

وعن أبي يوسف: إنه يجب الحد إذا كان خارج المصر ولو بقربه؛ لأنه لا يلحقه الغوث؛ لأنه محارب، بل المحاربة هنا أغلظ من محاربته في المفازة.

وعنه: إنهم إن قاتلوا بالسلاح في المصر.. يجري عليهم أحكام قطاع الطريق؛ لأن السلاح لا يلبث، فلا يلحقهم الغوث.

وإن قصدوا بالحجر والخشب:

فإن كان خارج المصر.. فكذلك الحكم؛ لأن الغوث لا يلحقهم.

وإن كان في المصر؛ فإن كان بالليل.. فكذلك أيضاً؛ لأن الغوث لا يلحقهم، وإن كان بالنهار.. لا يجري حكم قطاع الطريق.

واستحسن المشايخ هذه الرواية، وبه يفتى.

والجواب عنه: أن قطع الطريق يقطع المارة، ولا يتحقق ذلك في المصر [٦٧٥/أ] وبقربه، ولا في القرية وبقربها، ولا بينهما؛ لأن الظاهر لحوق الغوث به، إلا أنهم يؤاخذون برد المال إلى صاحبه ويؤدبون بالحبس؛ لارتكابهم الجناية، ولو قتلوا.. فالأمر فيه إلى الأولياء.

(ومن خنق في المصر غير مرة.. قتل به) أي سياسة وحداً؛ لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد، فيدفع شره بالقتل. كذا في «الزيلعي».

(وإلا) أي: وإن لم يتكرر.. **(فكالقتل بالمثقل)**، ففيه الدية على عاقلته لا القصاص على ما سيأتي في الجنايات.

وفي التشبيه إشارة إلى أنه ليس عين مسألة القتل بالمثقل كما ظن، بل هو مثلها في ثبوت الشبهة عند أبي حنيفة في العمد؛ حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب

التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل، أو قصد المبالغة في إيلامه وإدخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك.

هذا واعلم: إن استيفاء الحدود قتلاً أو غيره إلى أمراء الأمصار والمدن، وذلك هو الإمام، وليس للذي يستعمل على خراج ونحوه: استيفاء الحدود، وهل للقاضي استيفاؤه؟

ففي باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه من «الهداية»: أن من قتل.. ولا ولي له يستوفيه.. السلطان والقاضي بمنزلته فيه. انتهى.

وفي «التاتارخانية»: وللإمام أن يستخلف غيره في استيفاء الحدود. انتهى.

والذي ظهر منه: أن للقاضي استيفاء الحدود؛ لأنه خليفة الإمام، إلا أن يمنعه الإمام صراحة عن الاستيفاء، ومنه ظهر ضعف ما ذكره في باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه من «البحر»: من أنه ليس للقاضي الحكم بالسياسة.

ثم ذكر في «التاتارخانية»: ولو استعمل الإمام أميراً على الجيش الكبير ليدخل على أرض العدو:

فإن كان أمير مصر أو مدينة فغزى بجنده.. أقام عليهم الحدود، وقضى في معسكره كما يقضي في مصره.

ولو كان مبعوثاً من جهة أمير المصر غازياً.. لم يقم الحدود.

ثم اعلم: أن قطع الطريق يثبت بالإقرار مرة واحدة، وأبو يوسف شرط مرتين؛ كقوله في السرقة الصغرى، ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى، ويؤخذ بالمال إن كان أقر به وثبت بالشهادة أيضاً بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الإقرار به، فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على إقرارهم به.. لا تقبل، ولا تقبل بالشهادة بالقطع على أب الشاهد وإن علا، وعلى [٦٧٥/ب] ابنه وإن سفل.

ولو قالا: قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا.. لا تقبل؛ لأنهما شهدا لأنفسهما. كذا في «فتح القدير».

وقال في «التاتارخانية»: وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: إذا شهد الشهود على رجل أنه قطع الطريق وأخذ المال وقتل ولم يحضر معهم أحد منهم.. لم أقم عليه الحد وأعزره. انتهى.

* * *

(كتاب السير والجهاد)

(كتَابُ السِّيَرِ وَالْجِهَادِ)

الْجِهَادُ بَدءاً منَّا فرضُ كِفَايَةٍ؛......................

(كِتَابُ السِّيَرِ والجِهَاد)

جمع سيرة - مثل سدرة - وهي: الطريقة، وفي الشرع: يطلق على المغازي.

(الجهاد) أي: الدعاء إلى الدين الحق، والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال. كذا في «العناية».

وقال في «المغرب»: الجهاد مصدر جاهدت العدو إذا قابلته في تحمل الجهد، أو بذل كل منكما جهده - أي طاقته - في رفع حاجته، ثم غلب في الإسلام على قتال الكفرة. انتهى.

(بدءاً منَّا) أي ابتدؤهم بالقتال وإن لم يقاتلونا؛ لأن النبي ﷺ كان مأموراً في ابتداء الإسلام بالصفح الجميل والإعراض عن المشركين؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱصْفَحِ ٱلصَّفْحَ ٱلْجَمِيلَ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾، ثم أمر بالدعاء إلى الدين الحق بالموعظة والمجادلة الحسنة؛ لقوله تعالى: ﴿ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ وَجَٰدِلْهُم بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، ثم أمر بالقتال إذا كانت البداية منهم، ثم بالقتال في بعض الأزمان بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾، ثم أمر بالبداية بالقتال مطلقاً في جميع الأزمان والأمكنة بقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث المطلقة، واستقر الأمر عليه.

(فرض كفاية):

أما كونه فرضاً.. فلقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُوٓا۟ أَئِمَّةَ ٱلْكُفْرِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾، وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ﴾، وقوله ﷺ: «أُمِرْتُ أن أُقاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إله إلَّا الله».

فإن قيل: هذه الدلائل كلها عمومات مخصوصات والعام المخصوص: ظني الدلالة، وبه لا تثبت الفرضية.

أجيب: بأن المخرج منها من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف في «الأصول»، وبالتخصيص لا يصير ظنياً، وأما غيرهما.. فنفس النص لم يتعلق به ابتداء، بل تعلق به مقيداً بمن كان بحيث يقدر على المحاربة؛ لأن النص مقرون بما يقيده به؛ كقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَٰتِلُونَكُمْ كَآفَّةً﴾، فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم وسبب عنه، وكذا قوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [٦٧٥/أ]؛ أي: لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالإكراه بالضرب والقتل، وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الإسلام، فأمر سبحانه وتعالى بالقتال لكسر شوكتهم.. فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه؛ فكان الأمر ابتداء بقتال من كان بحيث يقدر على المحاربة من المشركين، فلم تدخل المرأة؛ لعدم تحمل بنيتها، والعبد لاشتغاله بخدمة مولاه، وقس عليه حالة الأعمى والمقعد والأقطع.. فلا يكون من قبيل التخصيص.

وأما الأحاديث الواردة في هذا الباب.. فظنية الدلالة؛ لكونها خبر واحد، فلا تفيد الفرضية، فلا يصح الاحتجاج بها على الفرضية.

وما قيل: من أن خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية.. فليس بشيء على ما بين في الأصول من أن المفيد للفرضية في أمثاله: هو الكتاب، والإجماع المؤيِّد اسم فاعل، لا خبر الواحد المؤيَّد اسم مفعول.

وأما كونه على الكفاية.. فلأن المقصود منه ليس مجرد ابتداء المكلفين، بل إعزاز الدين ودفع شر الكفار عن المؤمنين؛ فإذا حصل ذلك بالبعض.. سقط عن الباقين؛ كصلاة الجنازة، المقصود منها: قضاء حق الميت، ولأن الجهاد ما فرض لعينه؛ لأنه عبارة عن تخريب البدن والبلاد والضرب والنهب، ولا حسن فيه حتى

إِذا أَقَامَ بِهِ الْبَعْضُ.. سقطَ عَنِ الْكلِّ، وَإِن تَركَهَ الْكلُّ.. أَثِموا.

وَلَا يجبُ على صبيٍّ، وَامْرَأَةٍ، وَعبدٍ، وأعمى، ومَقعَدٍ، وأَقطعَ.

فَإِن هجمَ الْعَدوُّ.. فَفرضُ عَينٍ،..............................

يكون مأموراً، بل الحسن بمعنى لازم له في الخارج صادق عليه، وهو إعلاء كلمات الله تعالى وإعزاز دينه.

ثم فسره بقوله: **(إذا قام به البعض)** في كل زمان (.. **سقط عن الكل**)؛ لحصول المقصود بالبعض، **(وإن تركه الكل.. أثموا)** لتركهم فرضاً عليهم.

(ولا يجب على صبي)؛ لأن الصبا مظنة المرحمة؛ لعدم القدرة عليه غالباً.

(وامرأة وعبد) لما ذكرناه من أن المرأة لا تتحمل بنيتها، والعبد مشغول بخدمة مولاه، وكذا الزوجة مشغولة بخدمة الزوج، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى؛ لحاجة العبد إليه دونه تعالى.

(وأعمى ومقعد وأقطع)؛ لعدم قدرتهم عليه.

(فإن هجم العدو) أي: الكفار على ثغر من ثغورنا (.. **ففرض عين**) - وإن كان المستنفر عدلاً أو فاسقاً - على من قرب من العدو وهو يقدر عليه، واستدلوا عليه بقوله تعالى: ﴿انفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ الآية، واختلفوا في تفسيره.

قيل المراد به ركباناً ومشاة.

وقيل: شباناً وشيوخاً.

وقيل: عزاباً ومتزوجين.

وقيل: أغنياء وفقراء.

وقيل: المراد كل من هذه الأحوال؛ أي: انفروا مع كل حال من هذه الأحوال [٦٧٦/ب].

فَتخرجُ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ بِلَا إِذنِ الزَّوْجِ وَالْمولى.

وَكُرِهَ الْجُعلُ إِن كَانَ فَيْءٌ، وإِلَّا.. فَلَا.

وَإِذا حاصرناهم.. ندعُوهم إِلَى الْإِسْلَامِ؛ فَإِن أَسْلَمُوا،..................

وأما من وراءهم ببعد من العدو.. فهو فرض كفاية عليهم، إلا إذا احتيج إليهم بعجز القريب عن المقاومة معهم، أو بالتكاسل منهم.. فحينئذٍ يصير فرض عين على من يليهم، ثم وثم على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً على هذا التدريج.

(فتخرج المرأة والعبد بلا إذن الزوج والمولى)؛ لأنه صار فرض عين على الكل، وحق الزوج والمولى لا يظهر في حق فرض العين كما في الصلاة والصوم.

وفيه إشارة: إلى أنه لا يصير فرض عين على الصبي والأعمى والمقعد والأقطع أصلاً لعجزهم.

(وكره الجُعْل) وهو بضم الجيم وسكون العين: ما يجعل للعامل في عمله، والمراد به ههنا: ما يجعله الإمام للغزاة على الناس بلا طيب أنفسهم ليتقوى به الذين يخرجون إلى الجهاد من الكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد، وإنما كره ذلك؛ لأنه يشبه الأجرة، وحقيقة الأجرة فيه حرام، فما يشبهها.. يكون مكروهاً.

إنما كره ذلك **(إن كان)** للغزاة **(فيء)** أي في بيت المال، وهذا مال مأخوذ من الكفار وبغير قتال كالخراج والجزية، وأما المأخوذ بقتال.. فيسمى غنيمة.

(وإلا) أي: وإن لم يكن في بيت المال فيء (..**فلا** يكره؛ لما فيه من دفع الضرر الأعلى بارتكاب الأدنى، ويؤيده أن النبي ﷺ أخذ دروعاً من صفوان، وكان عمر يغزي عن ذي الحليلة، ويعطي الشاخص فرس القاعد.

(وإذا حاصرناهم.. ندعوهم إلى الإسلام؛ فإن أسلموا). فبها ولا نتعرضهم؛ لقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»... الحديث.

وإِلَّا.. فَإِلَى الْجِزْيَةِ إِن كَانُوا من أَهلِهَا وَيُبَيِّنُ لَهُم قدرُهَا وَمَتى تجبُ؛ فَإِن قَبِلوا.. فَلهم مَا لنا وَعَلَيْهِم مَا علينا.

وَحَرُمَ قتالُ مَن لم تبلغْهُ الدَّعْوَةَ قبلَ أَن يَدعى.

(**وإلا.. فإلى الجزية**)، وبه أمر رسول الله ﷺ أمراء الجيش؛ ولأنه أخذ ما ينتهي به القتال فيجوز؛ لقوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾، إلى أن قال: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾.

(**إن كانوا من أهلها**) أي: من أهل الجزية؛ بأن لا يكون من المرتد وعبدة الأوثان من العرب؛ لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾.

(**ويبين لهم قدرها**)؛ أي: قدر الجزية (**ومتى تجب**) وعلى من تجب على ما سيأتي بيانها.

(**فإن قبلوا**) أي الجزية (.. **فلهم ما لنا، وعليهم ما علينا**) لقول علي رضي الله عنه: «إنما بذلوا الجزية؛ لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا»، فعلم منه: أن المراد بمالنا غير العبادات؛ لأنهم لا يكلفون بها إلا بعد قبول الإسلام حقيقة.

(**وحرم قتال من لم تبلغه الدعوة قبل أن يدعى**)، لقوله ﷺ في وصية امرأة الأجناد: «فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله»، ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين [٦٧٧/أ] لا على سلب الأموال وسبي الذراري، فلعلهم يجيبون.

ولو قاتلهم قبل الدعوة.. أثم؛ لما روي أنه ﷺ بعث علياً في سرية، وقال: «قاتلوهم حتى تدعوهم إلى الإسلام»، ومع هذا لو قاتلهم قبل الدعوة وأتلف شيئاً من نفس أو مال.. لا غرامة على المتلف؛ لعدم عصمتهم بالدين أو الدار؛ فصار كقتل الصبيان والنسوان في دارهم.

واعلم: أن العلماء اختلفوا في أن الصبي العاقل، ومن بلغ ومات في زمن الفترة، أو في شاهق الجبال قبل بلوغ الدعوة.. هل هم معذورون أم لا؟

فذهب الأشاعرة: إلى أنه لا يعتبر إيمان الصبي العاقل ما لم يبلغ، ولا كفر أهل الفترة وشاهقِ الجبل، بل هم معذورون، ولا يعذبون؛ إذ لا تعذيب حتى يبعث الله رسولاً ويبلغه، وهو المروي عن الشافعي، فعندهم يضمن قاتلهم وإن قبل الدعوة.

وذهبت طائفة: إلى أنهم مكلفون بالإيمان بمجرد عقولهم، حتى لو لم يعتقدوا إيماناً ولا كفراً.. يعذبون، فعندهم: لا يضمن قاتلهم أصلاً.

وقال مشايخنا اختياراً بالتوسط بين هذين الموضعين: إنهم ليسوا بمكلفين بالإيمان بمجرد عقولهم، ولا بمعذورين مطلقاً، بل هم لا يخلو؛ إما إن وصفوا إيماناً وكفراً واعتقدوه، أو لا هذا ولا ذاك.

فإن وصفوا الإيمان واعتقدوه.. فهم مؤمنون.

وإن وصفوا الكفر واعتقدوه.. فكافرون.

وإن لم يصفوا شيئاً منهما ولم يعتقدوه، بل هم براء عن اعتقاد واحد منهما؛ فإن وجدوا زماناً يسع التجربة والاستدلال على وجود الصانع والإيمان به ولم يؤمنوا به.. فهم من أهل النار، وإن لم يجدوا زمان التجربة والاستدلال بأن بلغ فمات.. فهم معذورون.

واختلفوا في تقدير مدة التجربة، والصحيح: أنها مقدرة في علم الله تعالى بقدر حال كل شخص، وهذا هو المشهور عند مشايخنا، واختاره فخر الإسلام.

وذكر الإمام نور الدين في «الكفاية»: أن وجوب الإيمان بمجرد العقل مروي عن أبي حنيفة.

وذكر الحاكم الشهيد في «المنتقى» عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: لا عذر لأحد في الجهل بخالقه.

وعن أبي منصور الماتريدي: أن الصبي العاقل يجب عليه معرفة الله تعالى بكمال عقله؛ لأنه والبالغ سواء في ذلك، وإنما عذر في عمل الجوارح، وإنه لو لم

وَنُدِبَ دَعْوَةُ مَن بلَغَتْهُ؛ فَإِن أَبَوا.. نستعينُ بِاللهِ تَعَالَى ونقاتِلُهم: بِنصبِ المجانيقِ، وَالتَّحْرِيقِ، والتغريقِ، وَقطعِ الْأَشْجَارِ، وإفسادِ الزَّرْعِ، ونرميهم وَإِن تترَّسوا بِأَسَارَى الْمُسلمينَ ونقصِدُهم بِهِ.

يبعث رسولاً.. لوجب على الخلق معرفته بعقولهم.

وتفصيل هذه المسألة ذكرناه في شرحنا على ما رتبناه في العقائد، وليطلب ثمة [٦٧٧/ب].

(وندب دعوة من بلغته) مبالغة في الإنذار؛ لأن النبي ﷺ إذا قاتل المشركين.. دعا، ثم اشتغل بالصلاة، ثم جدد الدعوة.

وإنما لا يجب ذلك؛ لأن النبي ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غافلون، وهذه الدعوة مقيدة بأن لا تتضمن ضرراً بأن يعلم أنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون، ويعرف ذلك بما يظهر من أحوالهم.

(فإن أبوا) عن الإسلام أو الجزية (.. **نستعين بالله تعالى ونقاتلهم)** هكذا روي عن النبي ﷺ.

(بنصب المجانيق)؛ لأن النبي ﷺ نصبها على الطائف على ما في «الترمذي».

(والتحريق)؛ لأن النبي ﷺ أحرق البويرة على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر.

(والتغريق)؛ أي: بإجراء الماء.

(وقطع الأشجار وإفساد الزرع). والحاصل: إلحاق الكبت إليهم وكسر شوكتهم والغيظ بهم وتفريق جمعهم، وجميع ذلك يحصل بما ذكرناه من التحريق والتغريق والقطع، فيكون مشروعاً، فنفعله.

(ونرميهم وإن) - وصلية - **(تترسوا بأسارى المسلمين)** أو صبيانهم أو كان فيهم تاجر مسلم؛ فإنا نرميهم؛ سواء علمنا أنا إن كففنا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم نعلم ذلك، إلا أنا لم نقصد المسلمين بالرمي، بل **(ونقصدهم)** أي الكفار **(به)** أي بالرمي؛ لأنه إن تعذر التمييز فعلاً.. فلقد أمكن قصداً، فالطاعة بحسب الطاقة.

وقال مالك والشافعي وأحمد: لا يجوز رميهم في صورة التترس، إلا إذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين، وهو قول الحسن بن زياد؛ فإن رموا فأصيب أحد من المسلمين.. فعند الحسن بن زياد: فيه الدية والكفارة، وعند الشافعي: فيه الكفارة قولاً واحداً، وفي الدية قولان.

وقال أبو إسحق:

إن قصده بعينه.. لزمه الدية؛ علمه مسلماً أو لم يعلمه؛ لقوله ﷺ: «**ليس في الإسلام دم مفرج**».

وإن لم يقصده بعينه، بل رمى إلى الصف فأصيب.. فلا دية عليه:

- **أما الأول** فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز، ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين، فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى؛ لأن مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر.
- ووجه الإطلاق - وهو قول أئمتنا - أمران:
- **الأول**: أنا أمرنا بقتالهم مطلقاً، ولو اعتبر عدم أسير مسلم فيهم.. انسد باب الجهاد؛ لأن حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم، فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو حصن أو مدينة عادة إهدار اعتبار وجوده فيه، وصار [٦٧٨/أ] كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم؛ فإنه يجوز إجماعاً، مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله، وهو الجامع، غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي إلا الكافر؛ لأن قصد المسلم بالقتل حرام.

بخلاف ما إذا لم يفترض، وهو ما إذا فتحت البلدة؛ فإن وجود مسلم فيهم ليس بمعهود حينئذ.

قال محمد: إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيها مسلماً أو ذمياً.. لا يحل قتل أحد منهم؛ لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي، إلا أنه قال: ولو أخرج واحد من

وَيُكرهُ إِخْرَاجُ النِّسَاءِ والمصاحِفِ فِي سَرِيَّةٍ لَا يُؤمَنُ عَلَيْهَا، لَا فِي عَسْكَرٍ يُؤمَنُ عَلَيْهِ.

عرض الناس.. حل إذن قتل الباقي؛ لجواز كون المخرج هو ذاك، فصار في كون المسلم في الباقي شك، بخلاف الحالة الأولى؛ فإن كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفَرَض، فوقع الفرق.

- **الثاني**: أن في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام، وقتل الأسير المسلم والتاجر المسلم ضرر خاص، ودفع الضرر العام بإثبات الضرر الخاص: واجب؛ فإذا وجب الرمي بهم.. فما أصبناه منهم لا دية له علينا ولا كفارة؛ لأن الغرامات لا تقرن بالفروض؛ كمن مات من تعزير القاضي أو حده؛ فإنه لا دية فيه على القاضي؛ لأن القضاء بذلك فرض عليه، فلا يتقيد بشرط السلامة، وإلا.. امتنع عن الإقامة، وهذا بخلاف المضطر حالة المخمصة؛ لأنه لا يمتنع عن الأكل مخافة الضمان؛ لأن في الامتناع هلاك نفسه، والضمان أخف عليه من هلاكها.. فلا يمتنع، بل يأكل ويضمن ما أكله، وأما الجهاد: فمبني على إتلاف نفسه، فيمتنع؛ حذراً عن الضمان لو أوجبناه.

والحاصل: أن الجائع يقدم على الأكل عند المخمصة وإن كان فيه الضمان؛ لأن فيه إحياء نفسه، وهو منفعة عظيمة يحتمل بسببها بدل الضمان، وأما الجهاد.. فمبني على إتلاف نفس سواد الكفار، وقد يكون فيها مسلم، فلو أوجبنا الضمان بقتالهم.. لامتنعوا عن الجهاد الذي هو الفرض، وذلك لا يجوز؛ كما لا يجوز إيجاب الدية والكفارة على الإمام والقاضي فيما إذا مات الزاني من الحد.

(ويكره إخراج النساء والمصاحف في سرية) - أي: جماعة قليلة - **(لا يؤمن عليها)** أي على تلك السرية؛ لما فيه من تعريضها على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف؛ فإنهم يستخفون بها مضايقة للمسلمين.

(لا في عسكر يؤمن عليه)؛ لأن الغالب فيه السلامة.

وَلَا دُخُولَ مستأمَنٍ إِلَيْهِم بمُصحفٍ إِن كَانُوا يُوفونَ الْعَهْدَ.

وَنُهِيَ عَنِ: الْغدرِ، والغَلولِ، والمُثلَةِ، ....

(ولا) يكره **(دخول مستأمن)** أي منا **(إليهم بمصحف إن كانوا)** أي الكفار **(يعرفون** [٦٧٨/ب] **العهد)**؛ لأن الظاهر منهم عدم التعرض.

والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة.

(ونهي عن: الغدر، والغلول، والمثلة)؛ لقوله ﷺ: «لا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا» رواه الجماعة.

الغلول: السرقة من المغنم.

والغدر: الخيانة ونقض العهد.

والمثلة: المروية في «الصحيحين» وغيرهما في قصة العرنيين منسوخة بما روينا.

وروى قتادة عن ابن سيرين: أن قصة العرنيين كانت قبل أن تنزل الحدود.

وقال موسى بن عقبة: ذكروا أن النبي ﷺ نهي عن قصة العرنيين عن المثلة بالآية التي في سورة المائدة.

قال ابن شاهين: حديث النهي في المثلة ينسخ كل مثلة، هذا عندنا وهو قول الشافعي.

وقال جماعة - منهم الجوزي -: إنها ليست بمنسوخة، وما وقع على العرنيين وقع على سبيل الاقتصاص منهم لما فعلوا براعي النبي ﷺ.

وقال جماعة: إن المثلة بمن مثّل: جزاء ثابت لم ينسخ، والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة: حرام لا أنها منسوخة؛ لأن هذه المثلة لم تشرع أولاً حتى تنسخ، وما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي.

وَقتـلِ امْـرَأَةٍ، أَو غيـرِ مُكَلّـفٍ، أَو شـيخٍ، أَو أَعمـى، أَو مقْعـدٍ، أَو أقطـعِ الْيُمْنَى.. إِلَّا أَن يكونَ أحدُهم قَادِراً على الْقِتَالِ أَو ذَا رَأْيٍ فِي الْحَرْبِ، أَو ذَا مَالٍ يحثُّ بِهِ، أَو ملكاً.

وَعَن قتلِ أَبٍ كَافِرٍ، ....

قلنا: إن قوله ﷺ: «ولا تمثلوا» على ما ذكرناه عن الجماعة وإن كان متأخراً عن مثلة العرنيين كما قال ابن عقبة.. فظاهر أنها منسوخ وإن كان لا يدرى تاريخه، فيتعارض محرم ومبيح خصوصاً، والمحرم قول.. فيتقدم المحرم، وكلما تعارض نصان ورجح أحدهما.. تضمن الحكم بنسخ الآخر.

وفي «المصباح»: مثلت بالقتيل مَثْلاً من بابي قتل وضرب: إذا جدعته، فظهر آثار فعلك عليه تنكيلاً، والتشديد مبالغة، والاسم المُثْلَة على وزن غرفة. انتهى.

فإن قيل: إن من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذني رجل، وفقأ عيني رجل، وقطع يدي آخر.. فلا شك أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه، لكنه يجب أن يتأتى بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه، وهذا ليس إلا مثلة، فكيف يصح القول بنسخها؟!

أجيب: بأن هذا مثلة ضمناً لا قصداً، وإنما يظهر أثر النسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله، فمقتضى النسخ: أن يقتله به ابتداء ولا يمثل به. كذا في «فتح القدير».

(و) نهي أيضاً عن (**قتل امرأة أو غير مكلف**) كالصبيان والمجانين، (**أو شيخ، أو أعمى، أو مقعد، أو أقطع اليمنى**) للنهي عن كل ذلك.

(**إلا أن يكون أحدهم قادراً على القتال، أو ذا رأي في الحرب أو ذا مال** [٦٧٩/أ] **يحث به، أو ملكاً**). فحينئذٍ يقتل لوجود المبيح وهو القدرة على الحرب عندنا، إلا أن الصبيان والمجانين يقتلان ما داما قاتلين؛ دفعاً لشرهما، وغيرهما: لا بأس بقتله بعد الأسر؛ لكونه أهلاً للخطاب.

(**وعن قتل أب كافر**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾، ولأنه يجب

بل يَأْبَى الابْنُ ليَقْتُلَهُ غَيرُهُ، إِلَّا إِن قصدَ الْأَبُ قَتلَهُ وَلَا يُمكنُهُ دَفعُهُ إِلَّا بِالْقَتْلِ.

وَيجوزُ صُلحُهم إِن كَانَ مصلحَةً لنا، وَأخذُ مالٍ لأَجلِهِ إِن لنا بِهِ حَاجَةٌ،

عليه إحياؤه بالاتفاق، فيناقضه الإطلاق في إفنائه.

(**بل يأبى الابن ليقتله غيره**) لحصول المقصود بقتل غيره من غير اقتحامه الإثم، والجد والأم والجدة في حكم الأب في هذا.

(**إلا إن قصد الأب قتله، ولا يمكنه دفعه إلا بالقتل**). فحينئذٍ يجوز قتل أبيه لدفع شره وتخليص نفسه؛ لأنه لو كان الأب مسلماً وقصد قتل ابنه وشهر عليه سيفه، ولا يمكنه دفعه إلا بقتله.. فإنه يقتله؛ لتعينه طريقاً لدفع شره وتخليص نفسه، فهنا أولى.

ولو كانا في سفر وعطشا، ومع الابن ماء يكفي لنجاة أحدهما.. كان للابن شربه ولو كان الأب يموت عطشاً.

ولو سمع أباه الكافر يذكر الله ورسوله بسوء.. يجوز له قتله.

ولا يكره للأب قتل ابنه المشرك؛ وكذا سائر القرابات عندنا؛ كالعم والخال.. يباح قتلهم. كذا في «فتح القدير».

ولما ذكر كيفية الجهاد.. شرع في بيان الصلح معهم، فقال: (**ويجوز صلحهم إن كان**) الصلح (**مصلحة لنا**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾، ووادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينهم عشرين سنة، ولأن المصلحة جهاد معنى بعد أن كان خيراً للمسلمين؛ لأن المقصود وهو دفع شرهم حاصل به، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية؛ لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها.

(و) يجوز (**أخذ مال لأجله**)؛ أي: لأجل الصلح؛ لأنه لما جاز بغير مال.. فبالمال أولى، لكنه ليس على إطلاقه، بل إنما يجوز (**إن**) كان (**لنا به حاجة**)؛ لأنه لو

وَهُوَ كالجزيةِ قبل النزولِ بساحتِهم، وكالفيءِ لَو بعدَهُ.
وَدفعُ المَالِ ليصالِحوا لَا يجوزُ إِلَّا لخوفِ الْهَلَاكِ.
ويصالحُ المرتدُّونَ بِدُونِ أَخذِ مَالٍ.
وَإِن أُخِذَ.. لَا يُرَدُّ.

لم يكن لنا به حاجة.. لا يجوز؛ لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى، بخلاف ما إذا كان لنا حاجة بالمال؛ لأنه حينئذ جهاد معنى.

(وهو) أي المال المأخوذ منهم صلحاً: **(كالجزية)**؛ لأنه أخذ بقوة المسلمين، فيصرف إلى مصارف الجزية وهي المقاتلة وغيرها مما فيه صلاح عامة المسلمين على ما سيأتي بيانه في فصل الجزية.

إن كان الصلح وأخذ المال **(قبل النزول بساحتهم)**، وذلك بأن أرسلوا رسولاً قبل أن يدخل المسلمون دارهم؛ لأنه حينئذ يكون الأخذ بقوة المسلمين لا بالقهر والغلبة، فيصير كالجزية.. فيصرف مصارفها.

(وكالفَيْءِ) أي الغنيمة **(لو بعده)**؛ أي: بعد الدخول بدارهم؛ لأنه [٦٧٩/ب] حينئذ يكون الأخذ بالقهر والغلبة معنى، فيكون غنيمة، فيأخذ الإمام خمسه ويقسم الباقي بينهم.

(ودفع المال منا ليصالحوا.. لا يجوز) لما فيه من إلحاق الذلة للمسلمين وإعطاء الدنية للدين.

(إلا لخوف الهلاك)؛ لأن رفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن؛ فإنه إذا لم يكن بالمسلمين قوة.. ظهروا عليهم وأخذوا أنفسهم وأموالهم، فيجب عليهم دفعه.

(ويصالَح) بصيغة المجهول **(المرتدون)**؛ لأن الإسلام خرجوا منهم، فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم **(بدون أخذ مال)**؛ لما مر: أن أخذ الجزية منهم لا يجوز، بل ليس لهم إلا الإسلام أو السيف.

(وإن أخذ.. لا يرد)؛ لأنه مال غير معصوم.

ثمّ إن ترجَّحَ النبذُ يُنبَذُ إِلَيْهِم.
وَمَن بَدَأَ مِنْهُم بخيانةٍ.. قوتِلَ فَقَط.
وَإِن باتِّفاقِهِم أَو بإذنِ مَلِكِهِم.. قُوتِلَ الْجَمِيعُ بِلَا نبذٍ.
وَلَا يُبَاعُ مِنْهُم سلَاحٌ وَلَا خيلٌ وَلَا حَدِيدٌ، وَلَو بعدَ الصُّلْحِ.
وَلَا يُجهزُ إِلَيْهِم.

(ثم) أي: بعد أن وقع الصلح؛ **(إن ترجح النبذ)** أي نقض العهد **(.. ينبذ إليهم)**؛ أي: أرسل إليهم خبر النقض، ثم يقاتل تحرزاً عن الغدر، وقد قال ﷺ: «في العهود وفاء» والأصل فيه: أن النبي ﷺ نبذ المصالحة التي كانت بينه وبين أهل مكة، ولأن المصلحة لما تبدلت.. كان النبذ جهاداً، وكان إيفاء العهد: ترك الجهاد صورة ومعنى، وذا لا يجوز.

ولا بد من اعتبار مدة يبلغ النبذ إلى جميعهم، ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنقاذ الخبر إلى أطراف مملكته؛ لأن بذلك ينتفي الغدر، ولا يجوز أن يغار على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة.

(ومن بدأ منهم بخيانة) بأن دخل جماعة منهم بغير إذنهم فقطعوا طريق المسلمين **(.. قوتل فقط)**؛ لأن فعلهم لا يلزم غيرهم ما لم يكن بإذن ملكهم أو جميعهم.

(وإن باتفاقهم، أو بإذن ملكهم.. قوتل الجميع بلا نبذ) لأنهم صاروا ناقضين للعهد، فلا حاجة إلى نقضه منا.

(ولا يباع منهم سلاح، ولا خيل، ولا حديد)؛ للنهي عنه، ولأنه تقوية لهم فيمنع من ذلك.

(ولو بعد الصلح)؛ لأنه على شرف النقض أو الانقضاء، وهذا هو القياس في الطعام والثوب أيضاً؛ لتقويتهم بهما أيضاً، إلا أنا تركناه بالنص؛ لأن النبي ﷺ أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه.

(ولا يجهز) أي لا يبعث **(إليهم)** شيء مما ذكر؛ لما روينا وذكرنا.

وصَحَّ أمانُ حرٍّ أَو حرَّةٍ كَافِراً أَو جمَاعَةً، أَو أهلَ حِصنٍ.

وَحرُمَ قَتلُهمْ؛ فَإِن كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ.. نُبِذَ إِلَيهِم وأُدِّبَ.

ولغا أَمَانُ ذمِّيٍّ، أَو أَسِيرٍ، أَو تَاجرٍ عِنْدَهم.

وَكَذَا أَمَانُ مَن أسلمَ وَلم يُهَاجِر، أَو مَجْنُونٍ، أَو صبيٍّ، أَو عبدٍ ....

(**وصح أمان حر، أو حرة كافراً**) واحداً، (**أو جماعة، أو أهل حصن**)، أو مدينة.

(**وحرم**) بعد أمانهم (**قتلهم**)؛ لقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»؛ أي: يعطي الأمان أقلهم وهو الواحد؛ ولأنه من أهل الحرب فيخافونه؛ إذ هو من أهل المنعة بالفعل أو بالتسبيب فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله، ثم يتعدى منه إلى غيره.

(**فإن كان فيه**)؛ أي: في أمانهم هذا (**ضرر.. نبذ إليهم**) [٦٨٠/أ] حذراً عن الغدر، (**وأُدِّب**) أي من يعطي الأمان لسبقه الإمام.

(**ولغا أمان ذمي**)؛ لاتهامه بهم، ولعدم ولايته على المسلمين.

(**أو أسير، أو تاجر عندهم**)؛ لأنهما مقهوران تحت أيديهم، فلا يخافونهم، والأمان يختص بمحل الخوف، ولأنهم كلما اشتد عليهم الأمر.. يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلّصون بأمانه، فلا ينفتح باب الفتح.

(**وكذا**) أي لغا (**أمان من أسلم**) في دار الحرب (**ولم يهاجر**) إلينا؛ لما ذكرناه.

(**أو مجنون**) أي: لغا أمان مجنون لا يعقل الإسلام بالاتفاق؛ لعدم خوفهم منه.

وأما المجنون الذي يعقل الإسلام.. فهو بمنزلة الصبي الذي يعقل، على ما في «التبيين».

(**أو صبي**) عاقل للإسلام؛ لأن غير العاقل مثل المجنون الذي لا يعقل الإسلام.

(**أو عبد**) مسلم؛ لأن أمان الكافر لا يصح؛ لعدم ولاية كافر على مسلم، والأمان من باب الولاية.

غيرِ مأذونَينِ بِالْقِتَالِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يجوزُ أمانُهما، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي رِوَايَة.

(**غير مأذونين**) - أي: كل من الصبي العاقل للإسلام والعبد المسلم - (**بالقتال**)؛ لأنهما لو كانا مأذونين بالقتال.. فأمانهما صحيح بالاتفاق في العبد، وعلى الأصح في الصبي. هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند محمد: يجوز أمانهما**)، وإن كانا محجورين، والشافعي ومالك معه في العبد، (**وأبو يوسف معه**) في رواية الكرخي، واختاره القدوري في «شرحه»، وفي رواية الطحاوي: أنه مع أبي حنيفة.

ولمحمد: ما رواه أبو موسى الأشعري مرفوعاً: «أمان العبد أمان» ولأنه مؤمن ذو قوة يمتنع بها ويضر غيره، فيصح أمانه؛ كالمأذون له في القتال، وكالمؤبد من الأمان وهو عقد الذمة؛ فإن العبد المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة.. صح ولزم، وصاروا أهل ذمة، والمؤقت من الأمان أولى منه بالصحة.

فإن قيل: لو صح أمان المحجور.. لجاز مقاتلته بالسيف عند الاختيار، لكنه لا يجوز.

قلنا: إنما لا يملك ذلك؛ لتعريض منافعه المملوكة لمولاه على الفوات بأن يقتل، وهذا المعنى منتف في الأمان؛ لأنه بالقول لا بالقتال بالسيف.

ولأبي حنيفة: إنه محجور من القتال.. فلا يصح أمانه؛ لأنهم لا يخافون منه، فلم يلاق الأمان محله، وهو الخائف من المؤمن، ولأن الظاهر: أنه لا مصلحة في أمانه؛ لأن الظاهر أنه يخطئ؛ لأن معرفة المصلحة في الأمان إنما تقوم بمن يباشر القتال، وهو المأذون له في القتال؛ لأنه أدرى بالأمر من غير الممارس له، وفي خطئه سد باب الاستغنام [٦٨٠/ب] على مولاه وعلى المسلمين، فلم يعر عن احتمال الضرب احتمالاً راجحاً.

بخلاف العبد المأذون له في القتال؛ لتحقق الخوف منه، وفي أمانه مصلحة أيضاً؛ لكونه أدرى بالقتال.

وبخلاف الأمان المؤبد بإعطاء الجزية بعقد الذمة؛ لأنه خلف عن الإسلام، فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام، وذلك جائز لكل مسلم؛ عبداً كان أو حراً.

* * *

(بَابُ الْغَنَائِمِ وقِسْمَتِها)

مَا فَتحَ الإِمَامُ عُنْوَةً.. قَسَمَهُ بَينَ الْمُسلمينَ، ....

(بَابُ الغَنَائِمِ وَقِسْمَتِها)

(ما فتح الإمام عنوة) أي قهراً (.. **قسمه بين المسلمين)**. **واعلم:** أن أهل مدينة من مدائن أهل الحرب:

إما أن أسلموا قبل ظهور المسلمين عليهم.

أو أسلموا بعد ظهور المسلمين عليهم.

أو لم يسلموا بعد ظهورهم عليهم.

فعلى الأول: كانوا أحراراً لا سبيل عليهم، ولا على أولادهم ونسائهم وأموالهم؛ لوجود العاصم وهو الإسلام، ويوضع على أراضيهم العشر دون الخراج؛ لأنه ابتداء توظيف على المسلم.

وكذا لو صاروا أهل ذمة قبل الظهور عليهم؛ لأن الذمة خلف عن الإسلام في حق الأحكام التي ذكرناها، إلا أن ههنا يوضع على أراضيهم الخراج؛ لأنه ابتداء توظيف على الكافر.

وعلى الثاني: فالإمام بالخيار:

إن شاء: قسم دوابهم وأموالهم بين الغانمين بعد إخراج الخمس، ويضع على أراضيهم العشر.

وإن شاء: منّ عليهم، فسلم لهم رقابهم وذراريهم وأموالهم كما فعل رسول الله ﷺ.

وإن شاء: استرقهم وقسمهم وأموالهم بين الغانمين بعد إخراج الخمس؛ كما فعله ﷺ بخيبر، ويضع على الأراضي العشر.

وإن شاء: قتل الرجال وقسم النساء والأموال والذراري بين الغانمين بعد إخراج الخمس، ويضع العشر على الأراضي.

أَو أقرَّ أَهلَهُ عَلَيْهِ ....

وإن شاء: منّ عليهم برقابهم ونسائهم وذراريهم وأموالهم، ووضع على رؤوسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج؛ كما فعل عمر بأهل سواد العراق.

وإن شاء: قسم الكل بين الغانمين وترك الأرضين وجعلها بمنزلة الوقف على المقاتلة أبداً.

وإن شاء: أخرجهم منها، ونقل إليها قوماً آخرين من أهل الذمة وجعلها خراجية؛ خراج مقاسمة أو مقاطعة، فيصرف خراجها إلى المقاتلة. كذا في «الخانية».

ومراده بالأرض المجعولة بمنزلة الوقف: هي التي سموها بأرض المملكة، وهي ليست بعشرية ولا خراجية على ما سيأتي بيانها.

ولا ينظر في وضع الخراج على أراضيهم إلى الماء الذي يسقى به؛ أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار، أو ماء الخراج كالأنهار التي شقها الأعاجم على ما سيأتي بيانها [٦٨١/أ]. ثم المنّ عليهم:

إما برقابهم وأراضيهم فقط، ويقسم سائر أموالهم بين الغانمين.. فهذا جائز مع الكراهة، إلا أن يدفع إليهم من المال قدر ما يتمكنون به من إقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الأراضي إلى أن تخرج الغلال، وإلا.. فهو تكليف بما لا يطاق.

وإما برقابهم مع المال دون الأرض.

وإما برقابهم فقط.. فهذان القسمان لا يجوز؛ لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حرباً علينا إلى دار الحرب.

وأما المن الذي يجوز بلا كراهة.. فهو المن عليهم برقابهم وأراضيهم وأموالهم بوضع الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم، وإليه أشار بقوله: **(أو أقر أهله عليه)** أي: منّ عليهم الإمام برقابهم ونسائهم وذراريهم ودورهم وعقارهم وأراضيهم.

وأما المنقول المجرد.. فلا يجوز المن برده عليهم مجاناً؛ لعدم ورود الشرع به.

وَوضعَ الجِزْيَةَ عَلَيْهِم، وَالْخَرَاجَ على أراضِيهم، وَقتلَ الأَسرى أَوِ استرقَّهُم....

وقال الشافعي: لا يجوز المن بالعقار أيضاً؛ لما فيه من إبطال حق الغانمين عندكم وملكهم عندنا.. فلا يجوز من غير بدل يعادله، والخراج غير معادل لقلته، بخلاف الرقاب؛ لأن للإمام أن يبطل حقهم فيها رأساً بالقتل.

ولنا: ما روي أن عمر حين فتح سواد العراق.. منّ على أهلها وترك دورهم وعقارهم في أيديهم، وضرب الجزية على رؤوسهم، والخراج على أراضيهم، ولم يقسمها بين الغانمين، ولأن فيه نظراً للمسلمين؛ لأنه لو قسمها بين الغانمين.. استقلوا بالزراعة ونحوها وقعدوا عن الجهاد، فيغلبهم العدو، وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضاً، وأما إن تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل.. صاروا كالأكرة لهم، والخراج وإن قل حالاً.. لكنه حمل لدوامه سنين.

(ووضع) الإمام بعد المن عليهم - بما ذكرنا - **(الجزية عليهم)** أي: على رؤوسهم، **(والخراج على أراضيهم)**؛ سواء كانت مسقية بماء العشر أو بماء الخراج على ما ذكرناه، فحينئذٍ تكون أراضيهم مملوكة لهم كسائر أملاكهم، والأصل فيه: ما رويناه، ولأن وضع الخراج ابتداء أليق بحالهم؛ لما فيه من معنى العقوبة.

وقالوا: الأول - أي التقسيم -: أولى عند حاجة الغانمين.

والثاني - أي المن عليهم بما ذكرناه -: أولى عند عدم الحاجة؛ ليكون ذخيرة لهم في الثاني من الزمان.

(وقتل) أي الإمام **(الأسرى)** - جمع أسير - والأصل فيه: أنه ﷺ فعل ذلك، ولأن فيه حسم مادة القتال، وهذا إن لم يسلموا، وإلا.. فلا قتل عليهم؛ لأن الإسلام عاصم لهم.

(أو استرقهم)؛ لما فيه من دفع شرهم مع [٦٨١/ب] وفور المنفعة لأهل الإسلام. وإن أسلموا بعد ذلك.. لم تسقط عنهم الرقبة على ما سيأتي بيانه.

أَو تَركَهُم أَحراراً ذمَّةً لِلْمُسلمينَ.

وإِسلامُهم لَا يمْنَعُ استرقاقَهُم مَا لم يكن قبلَ الْأَخْذِ.

وَلَا يجوزُ ردُّهم إِلَى دَارِهِم، وَلَا الْمَنُّ وَلَا الْفِدَاءُ بِالْمَالِ.

وَقيل: لَا بَأْسَ بِهِ عِنْدَ الْحَاجةِ إِلَيْهِ.

وَيجوزُ بالأَسارى عِنْدَهمَا.

(**أو تركهم أحراراً ذمة للمسلمين**) - هكذا فعله عمر - إلا مشركي العرب والمرتدين، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف.

(**وإسلامهم**) أي: إسلام الأسرى بعد استرقاقهم (**لا يمنع استرقاقهم، ما لم يكن قبل الأخذ**) بالاستيلاء عليهم؛ لأن استرقاقهم جزاء لكفرهم الأصلي، وقد انعقد موجباً، والحكم بعد ثبوته لموجب لا يحتاج في بقائه إلى سبب مسبق.

(**ولا يجوز ردهم**) أي: الأسارى (**إلى دارهم**)؛ لأن فيه تقويتهم على المسلمين.

(**ولا المن**) أي: ترك الأسارى بلا أخذ شيء منهم؛ لأنه بالأسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه.. فلا يجوز إسقاطه بلا منفعة وعوض، وما روي أن رسول الله ﷺ منّ على بعض الأسارى يوم بدر - وهو قول الشافعي - منسوخ بقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾.

(**ولا الفداء بالمال**) أي: لا يجوز إطلاق الأسارى بأخذ المال منهم؛ لما فيه من تقويتهم، ولأنهم ربما يعودون علينا حرباً. هذا في المشهور من الرواية من أصحابنا.

(**وقيل: لا بأس به عند الحاجة إليه**)، وهو رواية «السير الكبير».

(**ويجوز**) الفداء (**بالأسارى**) بأن يعطى أساراهم ويؤخذ منهم أسارى المسلمين (**عندهما**). ولا يجوز ذلك عند أبي حنيفة كالفداء بالمال؛ لأن فيه تقوية لهم، ورفع شرهم خير من استخلاص أسيرنا؛ لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير

وتُذبَحُ مواشٍ شقّ نقلُهَا، وَتحرَقُ وَلَا تُعقَرُ، ويُحرقُ سلاحٌ شَقَّ نقلُهُ.

وَلَا تُقْسَمُ غنيمَةٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ، ....

مضاف إلينا، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا؛ لأنهم ربما يعودون علينا حرباً.

ولهما: أن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به، وهو قول الشافعي.

(**وتذبح مواش شق نقلها**) إلى دارنا (**وتحرق**) أي: تحرق بعد الذبح بالنار؛ لما فيه من الإضرار بهم وكسر شوكتهم، والذبح لغرض صحيح غير الأكل: جائز، وأما التحريق قبل الذبح.. فغير جائز؛ للنهي عنه.

(**ولا تعقر**) بقطع قوائمه، لما فيه من المثلة المنهي عنها.

وعن مالك: أنه يعقر؛ لما روي أن جعفر بن أبي طالب عقر فرسه.

قلنا: ذلك كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة، فخشي أن ينال المشركون فرسه، ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال، أو كان ذلك قبل نسخ المثلة، أو قبل علمه نسخها.

والحاصل: أنا نذبح مواشيهم إذا شق نقلها، وتحرق بعد الذبح، ولا تعقر إن أمكن ذلك، وإلا.. [٦٨٢/أ] نعقرها، ولا نتركها، خلافاً للشافعي قال: نتركها ولا نعقرها.

(**ويحرق سلاح شق نقله**) لما ذكرناه، وما لا يحترق منه يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار إبطالاً للمنفعة عليهم.

(**ولا تقسم غنيمة في دار الحرب**) حتى تخرج إلى دار الإسلام.

وقال الشافعي: لا بأس بذلك إذا انهزم الكفار.

وعن أبي يوسف: الأحب إلي أن لا يقسمها حتى يحرزها بدار الإسلام. ذكره الكرخي.

ثم أصل هذا الخلاف: أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده: يثبت بهزيمة الكفار. كذا في «الهداية» وغيرها.

وأورد عليه: أن حقيقة مذهب الشافعي: أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين؛ إما بالقسمة حيثما كانت، أو باختيار الغانم التملك، وليس هو قائلاً: أن الملك يثبت للغانمين بهزيمة الكفار كما نقلوا عنه.

وعندنا: لا يثبت إلا بالقسمة في دار الإسلام.. فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد، بل يتأكد حق الملك، حتى لو أعتق واحد من الغانمين عبداً بعد الإحراز بدار الإسلام قبل التقسيم.. لا يعتق، ولو كان هناك ملك مشترك.. عتق بعتق الشريك، ويجري فيه ما عرف في حق عتق الشريك.

ويبتنى على هذا الأصل مسائل:

منها: لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه.. يثبت نسبه عنده؛ لاختياره التملك.

وعندنا: لا يثبت نسبه، وعليه العقر؛ لأنه لا يحد لثبوت سبب الملك، وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين.

وكذا لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة.. لا يثبت نسبه عندنا وإن تأكد الحق؛ لأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في المحل، بخلاف استيلاد جارية الابن؛ لأن له ولاية التملك، فيتملكها بناء على الاستيلاد، وليس له هنا حق تملك الجارية بدون رأي الإمام.

نعم، لو قسمت على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية.. صح استيلاد أحدهم لها؛ فإنه يصح عتقه؛ لأنها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية شركة ملك، وعتق أحد الشركاء نافذ، لكن هذا إذا كانوا قليلاً حتى تكون الشركة خاصة؛ أما إذا كثروا.. فلا؛ لأن بالشركة العامة لا تثبت ولاية الإعتاق.

واختلفوا في حد القليل: قيل مئة، وقيل: أربعون، وفيه أقوال أخر.

وفي «المبسوط»: [٦٨٢/ب] والأولى: أن لا يوقت ويجعل موكولاً إلى اجتهاد الإمام.

ومنها: جواز بيع الإمام لبعض الغنيمة في دار الحرب، وعدم جوازه: يجوز عنده، لا عندنا؛ بناء على الأصل المذكور.

ومنها: لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب.. لا يورث سهمه عندنا، ويورث عنده.

فإن قيل: قد مر أن الملك عنده يثبت بأحد الأمرين: بالقسمة أو باختياره التملك، ولم يوجد شيء منهما فيمن مات أو قتل في دار الحرب قبل القسمة واختياره التملك.. فكيف يورث عنده، والإرث لا يجري إلا في الملك؟!

قلنا: الحق المؤكد يورث بالاتفاق بيننا وبينهم؛ كحق الرهن والرد بالعيب، بخلاف الحق الضعيف كالشفعة، وخيار الشرط والغنيمة حق مؤكد للغانمين بمجرد الهزيمة عندهم، حتى صح منه التملك؛ فصح توريثه بناء على تأكده بالهزيمة؛ كما صح توريثه عندنا إذا مات في دار الإسلام قبل القسمة؛ لتأكده بالإحراز بدار الإسلام، وأما قبل الإحراز بدار الإسلام.. فحق التملك فيه ضعيف، حتى جاز تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة، ولم يضمن ما أتلف فيه من الغنيمة ولم يورث.

ومنها: لو لحق المدد في دار الحرب قبل التقسيم.. شارك عندنا لا عنده؛ للتأكد عنده بالهزيمة، وعدم التأكد عندنا، وإنما الثابت للغزاة عندنا بعد الهزيمة: حق الملك لا حق التملك، ولهذا - أي: لثبوت حق الملك لهم -: لو أسلم الأسير قبل الإحراز بدار الإسلام.. لا يعتق؛ وكذا أرباب الأموال إذا أسلموا بعد أخذ أموالهم قبل الإحراز بدار الإسلام وقبل أخذ أنفسهم.. لا يملكون شيئاً منها، بل هم من

جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق، بسبب الشركة في الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد.

ومنها: أنه لو أتلف واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة في دار الحرب.. لا يضمن عندنا، ويضمن عنده ثم، وفيه قول الشافعي: أن سبب الملك - وهو الاستيلاد - قد تحقق وتم بالهزيمة؛ لأن بها قد ورد الاستيلاء على مال مباح فيملكه؛ ولأنه ﷺ قسم غنائم حنين في دار الحرب.

قلنا: لا نسلم أن سبب الملك تم بالهزيمة، وإنما يتم أن لو ثبت الاستيلاء بمجرد إثبات اليد الحافظة فقط، ولكنه لا يثبت بمجرد اليد الحافظة، بل لا بد من مجموع اليد الحافظة والناقلة، والأولى وإن تحققت بالهزيمة.. لكن الثانية غير متحققة بها؛ لقدرتهم على الاستغناء ما دام في الحرب، فلم يتحقق [٦٨٣/أ] الاستيلاء من كل وجه ما دام في دارهم.. فلم يتم سبب ملك المباح، فلم يملك، فلم تصح القسمة؛ لأن القسمة بيع معنى، فلم يصح بدون سببه، ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب، ولما كانت القسمة في معناه.. دخل تحت النهي عن البيع، وأما قسمة النبي ﷺ غنائم حنين.. فكان بعد منصرفه إلى الجعرانة، وكانت أول حدود الإسلام.

ثم اعلم أن هذا الخلاف فيما إذا قسم الإمام بلا اجتهاد، أو اجتهد فوقع اجتهاده على عدم صحتها قبل الإخراج.

وأما إذا قسم في دار الحرب مجتهداً، فوقع اجتهاده على صحتها لحاجة اقتضها؛ كحاجة الغانمين إلى القسمة، أو لعدم حمولة يحملها عليها.. فلا خلاف في جوازها وثبوت الأحكام.

ثم اختلفوا في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الإحراز بدار الإسلام، وفي جوازها، أو في عدم كراهتها، أو في كراهتها:

إِلَّا للإِيداعِ ثمَّ تُرَدُّ.

وَلَا تُبَاعُ قبلَ الْقِسْمَةِ.

والمُقاتِلُ والرِدءُ سَوَاءٌ فِي الْغَنِيمَةِ.

فقيل: المراد: عدم جوازها عندنا، وجوازها عنده، حتى لا تثبت الأحكام من حل الوطء والأكل ونفاذ البيع عندنا، ويثبت عنده.

وقيل: الكراهة عندنا، وعدمها عنده، لا عدم جوازها؛ لأنهم إذا اشتغلوا بها.. يتكاسلون في أمر الحرب، وربما يتفرقون؛ فربما يأخذ العدو على بعضهم، فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه.. فلا يعدم الجواز.

واختلف القائلون بالكراهة؛ في أنها: تنزيهية، أو تحريمية:

قيل: إنها تنزيهية عند محمد، وتحريمية عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(إلا للإيداع، ثم ترد) بعد الإخراج إلى دارنا لتقسم بينهم، وذلك إذا لم يكن للإمام حمولة في بيت المال، وإلا.. فليس له الإيداع. ثم إن أبوا أن يحملوها.. أجبرهم الإمام على الحمل بأجر المثل في رواية؛ لأنه دفع ضرر عام بتحمل ضرر خاص؛ كما لو استأجر دابة شهراً فمضت المدة في المفازة؛ فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل.

ولا يجبرهم في رواية «الجامع الصغير»؛ إذ لا جبر على عقد الإجارة ابتداء، وما استشهده، ليس بابتداء حال البقاء، وما نحن فيه: حال الابتداء.. فلا يقاس عليه.

(ولا تباع) الغنيمة **(قبل القسمة)**؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغنيمة قبل القسمة؛ ولأنه قبل الإحراز بدار الإسلام لا يملكه على ما ذكرناه، وبعد الإحراز: مجهول نصيبه جهالة فاحشة.. فلا يصح بيعها.

(والمقاتل) أي من يباشر القتل **(والردء)** - أي: المعاون - **(سواء في)** استحقاق **(الغنيمة)**؛ لاستوائهم في السبب [٦٨٣/ب] وهو التجاور بدار الحرب بنية القتال عندنا، وشهود الوقعة عند الشافعي.

وَكَذَا مَدَدٌ لحِقَهُم قبلَ إحرازِها بِدَارِنَا.

وَلَا حقَّ فِيهَا لسُوقِيٍّ لم يُقَاتِلْ، وَلَا لِمَنْ مَاتَ فِي دَارِ الْحَرْبِ قبلَ الْإِحْرَازِ بِدَارِنَا.

وكذلك من لم يقاتل لمرض أو غيره؛ للاستواء المذكور.

(وكذا) أي يستحق الغنيمة **(مدد لحقهم)** في دار الحرب **(قبل إحرازها بدارنا)**؛ سواء كان قبل انقضاء القتال أو بعده، خلافاً للشافعي فيما بعد انقضاء القتال، قال: لا يستحق الغنيمة مدد لحقهم بعد انقضاء القتال؛ بناء على ما مر من أن الملك يثبت بالهزيمة والأخذ قهراً عنده.

وعندنا: لا يثبت؛ لأن سبب الملك عندنا هو الإحراز بدار الإسلام؛ فإذا شارك المدد الجيش في الإحراز الذي يتم به السبب بأن لحقهم قبل الإحراز؛ سواء كان وقت القتال أو بعد انقضائه.. شاركوهم في تأكد الحق به، وإنما تنقطع المشاركة بالإحراز بدار الإسلام، أو بقسمة الإمام في دار الحرب، أو ببيعه فيه المغانم؛ لأن بكل منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد، فما لم تنقطع المشاركة بأحد هذه الثلاثة.. يستحق المدد الغنيمة معهم عندنا.

(ولا حق لسوقي لم يقاتل)، خلافاً للشافعي في قول؛ لما روي: أنه ﷺ قال: «الغنيمة لمن شهد الوقعة».

ولنا: أنه لم يوجد المجاوزة على قصد القتال، فانعدم السبب الظاهر؛ فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال؛ فإن وجد منهم القتال.. فيستحق على حسب حالهم فارساً أو راجلاً، وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه، أو تأويله: إن شهدها على قصد القتال.

(ولا لمن مات في دار الحرب قبل الإحراز بدارنا)؛ سواء مات قبل استقرار الهزيمة أو بعدها، خلافاً للشافعي فيما بعد الاستقرار بناء على ما مر من أن الملك قبل الإحراز بدار الإسلام لا يثبت ولا يتأكد عندنا، وعنده يتأكد بالهزيمة.

وَلَو بعدَ الْإِحْرَازِ.. يُورَثُ نصِيبُهُ وَيُنْتَفَعُ فِيهَا بِلَا قِسْمَةٍ: بِالسِّلَاحِ، وَالرُّكُوبِ واللُّبسِ إِنِ احْتِيجَ.

وبالعلَفِ والحَطَبِ والدُّهنِ وَالطِّيبِ مُطلقاً.

وَقيلَ: إن احْتِيجَ.

لَا بِالْبيعِ أصلاً، وَلَا التموُّلِ، وَلَا بعدَ الخروجِ، بل يُرَدُّ مَا فَضَلَ إِلَى الْغَنِيمَةِ.

(ولو مات **(بعد الإحراز.. يورث نصيبه)** بالاتفاق، وقد ذكرناه آنفاً.

(وينتفع منها) أي من الغنيمة **(بلا قسمة؛ بالسلاح، والركوب)** بالدواب، **(واللبس)** باللباس؛ **(إن احتيج)**؛ لأن الكل مشترك فيها.. فلا يباح الانتفاع إلا عند الحاجة.

(وبالعلف) والطعام؛ كالخبز واللحم، **(والحطب والدهن والطيب مطلقاً)**؛ أي: عند الحاجة وعدمها؛ لقوله ﷺ في طعام خيبر: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها» والباقي في حكم الطعام.

(وقيل: إن احتيج) - وهي رواية «السير الصغير» لمحمد -.

(لا) يجوز الانتفاع **(بالبيع أصلاً)** أي: بالذهب والفضة والعروض، عند الحاجة أو لا؛ لأن مدار البيع على الملك، ولم يوجد قبل القسمة، ومدار الانتفاع على الحاجة، وقد اندفعت بالإباحة.

(ولا التمول) أي [٦٨٤/أ] بالبيع بالعروض وغيره؛ لعدم الضرورة.

(ولا بعد الخروج) إلى دارنا، ولو بطريق الإباحة بالطعام والدواب والسلاح وغيرها؛ لزوال المبيح، وهو الضرورة في دارهم.

(بل يرد ما فضل إلى الغنيمة) إن كان باقياً.

وَإِنِ انْتفعَ بِهِ.. ردَّ قِيمَتَهُ.

وَإِن قُسِمَتْ قبلَ الرَّدِّ.. تصدَّقَ بِهِ لَو غَنِياً.

وَمَن أَسلَمَ مِنْهُم قبلَ أَخذِهِ.. أَحرزَ نَفسَهُ وطِفلَهُ وكلَّ مَالٍ هُوَ مَعَهُ، أَو وَدِيعَةً عِنْدَ مُسلِمٍ أَو ذِمِّيٍّ، وعقارهُ فَيْءٌ.

(وإن انتفع به) أي: بما فضل (.. **رد قيمته**) إلى الغنيمة، وكذا لو باع شيئاً منها.. رد ثمنه إلى الغنيمة.

(وإن قسمت) الغنيمة **(قبل الرد)** أي رد عين ما فضل إن كان باقياً، أو قيمته إن كان هالكاً، أو ثمن ما باعه (.. **تصدق به**) أي: بعينه أو بقيمته أو ثمنه **(لو غنياً)** لزوال حاجته، ولو كان فقيراً.. ينتفع بما بقي، ولا شيء عليه في الهالك.

(ومن أسلم منهم قبل أخذه) أي حربي أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظهر المسلمون على الدار (.. **أحرز نفسه وطفله**)؛ لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق، وطفله تبع له في الإسلام.

(وكل) - بالنصب عطف على نفسه - **(مال هو معه)** لقوله ﷺ: «من أسلم على مال.. فهو له».

ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه.

(أو وديعة) - بالرفع عطف على الخبر - **(عند مسلم أو ذمي)**؛ لأنه في يد صحيحة محترمة، ويده؛ أي: يد المودع كيده، بخلاف يد الغاصب.. فإنها ليست بصحيحة ، وبخلاف يد الحربي ولو وديعة؛ فإن يده ليست بمحترمة؛ فكان ما عندهما فيئاً على ما سيأتي.

(وعقاره فيء)، وقال الشافعي: هو له أيضاً؛ لأنه في يده.

قلنا: إن العقار في يد أهل الدار وسلطانها؛ إذ هو من جملة دار الحرب، فلم يكن في يده حقيقة.

وقيل: كونه فيئاً قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر.

وَقيل: فِيهِ خلافُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ فِي قَوْله الأَوَّلِ.

وَولدَهُ الْكَبِيرُ، وَزَوجتُهُ، وَحملُهَا، وَعَبدُهُ الْمقَاتلُ؛ وَمَالُهُ مَعَ حَرْبِيٍّ بِغَصبٍ أَو وَدِيعَةٍ.. فَيْءٌ.

وَكَذَا مَالُهُ مَعَ مُسلِمٍ أَو ذمِّيٍّ بِغَصبٍ، خلافاً لَهما. ....

(وقيل: فيه) - أي: في كون العقار فيئاً - **(خلاف محمد وأبي يوسف في قوله الأول)**؛ حيث قالا: هو كغيره من الأموال؛ لأنه ملك محترم له كالمنقول.

(وولده الكبير) أي: فيء؛ لأنهم حربيون، ولا تبعية لهم لآبائهم في الإسلام.

(وزوجته) أي: فيء؛ لأنها كافرة حربية لا تبعية لها، **(وحملها)**؛ لأنه جزؤها فيتبعها في الرقبة، والمسلم أهل للتملك تبعاً.

(وعبده المقاتل) أي: فيء؛ لأنه لما تمرد على مولاه.. خرج من يده وصار تبعاً لأهل الحرب.

(وماله مع حربي بغصب أو وديعة فيء)؛ لأن يد الحربي ليست بمحترمة.

(وكذا ماله مع مسلم أو ذمي بغصب) عند أبي حنيفة، **(خلافاً لهما)** على ما ذكره في «شرح الجامع الصغير».

لهما: أن المال تابع للنفس؛ لكونه وقاية لها، والنفس صارت معصومة بالإسلام، فكذا ما يتبعها.

وله: أن ما غصبهما من [٦٨٤/ب] الحربي الذي أسلم مال مباح؛ لعدم إحرازه حقيقة وحكماً، وكل مال كذلك.. يملك بالاستيلاء، ولا نسلم أن النفس معصومة بالإسلام، وإلا.. لصارت متقومة، إلا أنها ليست بمتقومة، إلا أنه محرم التعرض في الأصل؛ لكونه مكلفاً حتى تقوم بما كلفت به، وإباحة التعرض إنما هي بعارض شره، وقد اندفع شره بالإسلام، فعادت إلى أصلها، لا باعتبار أنها معصومة، بخلاف المال؛ لأنه خلق عرضة للامتهان والابتذال، فكان محلاً للتملك؛ فإذا كان كذلك.. كان

وَقيل: أَبُو يُوسُفَ مَعَ الإِمَامِ.

المقتضي موجود، وهو الاستيلاء، والمانع معدوماً وهو كونه في يده حقيقة وحكماً، أو حكماً مع الاحترام.

ويد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك حتى تثبت يده حكماً، فيجعل كأنه ليس في يد أحد، فيكون فيئاً.

(**وقيل أبو يوسف مع الإمام**)، وهو المذكور في «السير الكبير».

واعلم أن ههنا أربع مسائل:

أحديها: ما ذكره المصنف مع أحكامه من قوله: «ومن أسلم منهم قبل أخذه» إلى هنا.

وثانيها: أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلينا، ثم ظهر المسلمون على الدار.. فجميع ماله في دار الحرب فيء، إلا أولاده الصغار؛ لأنه حين أسلم كان مستتبعاً لهم، فصاروا مسلمين تبعاً لآبائهم، فلا يرد الرق عليهم ابتداء، بخلاف غيرهم؛ لانقطاع يده عنهم بالتباين فيغنم.

وما أودع مسلماً أو ذمياً ليس فيئاً؛ لأن يدهما يد صحيحة محترمة على ذلك المال، فصار كيد صاحبه، فيدفع إحراز المسلم، فيرد إلى صاحبه.

وما أودع حربياً.. ففي ظاهر الرواية: فيء.

وعن أبي حنيفة: أنه له؛ لأن يده تخلف يده.

ووجه الظاهر: أنها ليست يداً محترمة حتى لا يدفع أغنام المسلمين عن أمواله، ولهذا قيدنا مسألة الكتاب بقولنا: «ولم يخرج إلينا»؛ احترازاً عن هذه المسألة.

وثالثها: مستأمن أسلم في دار الإسلام، ثم ظهر المسلمون على داره.. فجميع ما خلفه في دار الحرب من الأولاد الصغار والكبار والأموال والعقار: فيء؛ لأن تباين الدار قاطع للعصمة، فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم.

أما في غير الأولاد.. فظاهر.

وأما فيهم.. فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه؛ لانقطاع التبعية بتباين الدارين، فكانوا من جملة الأموال.

ورابعها: دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالاً وأولاداً، ثم ظهرنا على الدار.. فالكل له، إلا الدور والأرضين.. فإنها فيء.

وعن هاتين المسألتين احترزنا [٦٨٥/أ] بقولنا: «حربي أسلم في دار الحرب».

* * *

(فصلٌ)

وتقسَمُ الْغَنِيمَةُ للرَّاجِلِ: سهمٌ، وللفارِسِ: سَهْمَانِ.

وَعِنْدَهُمَا: ثَلَاثَةُ أَسْهمٍ لَهُ، ولفرسِهِ: سَهْمَانِ.

وَلَا يُسهَمُ لِأَكْثَرِ مِن فرسٍ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُسهَمُ لفرسَينِ.

(فصل)

في كَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ الغَنِيمَة

يقسمها الإمام بعد إخراج خمسها؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾، وهكذا قسمها رسول الله ﷺ، وعليه انعقد الإجماع.

(وتقسم الغنيمة للراجل: سهم، وللفارس: سهمان) عند أبي حنيفة، وزفر معه.

(وعندهما: ثلاثة أسهم) سهم (له ولفرسه سهمان)، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم؛ لما روى ابن عمر: أن النبي ﷺ أعطى الفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهماً، ولأن الاستحقاق بالكفاية، وكفايته على ثلاثة أمثال الراجل؛ لأنها للكر والفر والثبات، والراجل للثبات فقط.

ولأبي حنيفة: ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً، فتعارض فعلاه.. فلا يصح الاحتجاج بهما، فيعمل بقوله، وهو قوله ﷺ: «للفارس سهمان، وللراجل سهم»، والكر والفر من جنس واحد، فيكون كفايته مثلي كفاية الراجل، فيفضل عليهم بسهم.

(ولا يسهم لأكثر من فرس؛ وعند أبي يوسف: يسهم لفرسين)؛ لما روي أنه ﷺ أسهم للفرسين، ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج إلى الآخر.

ولهما: ما روي أن البراء بن أوس قاد فرسين.. فلم يسهم له ﷺ إلا لفرس واحد، ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة، فلا يكون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال عليهما، فيسهم لواحد، وما رواه: محمول على التنفيل.

والبَراذينُ كالعتاقِ.

وَلَا يُسهَمُ لِراحِلَةٍ وَلَا بغلٍ.

وَالْعبْرَةُ لكَونِهِ فَارِساً أَو رَاجِلاً: عِنْدَ الْمُجَاوزَةِ، فَيَنْبَغِي للْإِمَامِ أَن يعرضَ الْجَيْشَ عِنْدَ دُخُولِهِ دَارَ الْحَرْبِ؛ ليعلمَ الْفَارِسَ مِنَ الرَّاجِلِ؛ فَمن جَاوزَ رَاجِلاً فَاشْترى فرساً.. فَلهُ سهمُ راجلٍ.

وَمن جَاوزَ فَارِساً فنَفَقَ فرسُهُ.. فَلهُ سهمُ فَارِسٍ.

(والبراذين) - جمع البرذون: وهو فرس العجم - (كالعتاق) بالتاء المثناة الفوقية، أي: الكرائم، يقال: عتاق الطير والخيل لكريمها، والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ تُرۡهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ﴾؛ حيث أضاف الإرهاب إلى جنس الخيل، واسم الخيل ينطلق على جميع أنواع الخيل إطلاقاً واحداً، ولأن العربي وإن كان في الطلب والهرب أقوى.. فالبرذون أصبر وألين عطفاً.

(ولا يسهم لراحلة) وهو المركب من الإبل ذكر أو أنثى، (ولا بغل)؛ لأن اسم الخيل لا ينطلق عليها.

(والعبرة: لكونه فارساً أو راجلاً عند المجاوزة) إلى دار الحرب؛ لأن نفس المجاوزة قتال؛ لحصول خوف العدو بها؛ فإذا وجد أصل القتال ابتداء فارساً أو راجلاً وهو سبب الاستحقاق.. يستحق السهم، ثم لم يتغير الحال بعدها؛ لأن الحال بعدها حالة الدوام، ولا معتبر بها، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسّر: فتقام المجاوزة مقامه؛ لكونها سبباً مفضياً إليه فيما إذا كان على قصد القتال، وهو المراد.

(فينبغي للإمام أن [٦٨٥/ب] أن يعرض الجيش عند دخوله دار الحرب؛ ليعلم الفارس من الراجل؛ فمن جاوز راجلاً فاشترى فرساً.. فله سهم راجل، ومن جاوز فارساً فنفق) أي هلك (فرسه.. فله سهم فارس)؛ لأن العبرة وقت المجاوزة.

وَلَو بَاعَهُ قبلَ الْقِتَالِ أَو وهَبَهُ أَو آجرَهُ أَو رَهنَهُ.. فسهمُ راجلٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَكَذَا لَو كَانَ مَرِيضاً أَو مُهراً لا يُقَاتَلُ عَلَيْهِ.

وَلَا سهَمُ لمملوكٍ أَو مكَاتَبٍ أَو صبيٍّ أَوِ امْرَأَةٍ أَو ذمّيٍّ، بل يُرْضَخُ لهم بِحَسَبِ مَا يَرى ....

(ولو باعه قبل القتال) بعد أن دخل فارساً **(أو وهبه أو آجره أو رهنه.. فسهم راجل في ظاهر الرواية)**؛ لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارساً.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يستحق بسهم الفارس اعتباراً للمجاوزة، وأما لو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان.. يستحق سهم الفارس بالاتفاق، وكذا لو باعه بعد الفراغ.. لم يسقط سهم الفارس.

واختلفوا فيما إذا باعه حالة القتال، والأصح على ما في «الهداية»: أنه يسقط لما ذكرناه.

(وكذا) أي: يستحق سهم الراجل **(لو كان)** فرسه **(مريضاً)** لا يقاتل عليه، **(أو مهراً)** - وهو ولد الخيل - **(لا يقاتل عليه)**؛ لعدم العلة، وهي القدرة على القتال.

ولو دخل على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر، ثم استرده المالك فقاتل راجلاً.. يستحق سهم الراجل في رواية كالمريض والمهر؛ لأنه يعلم وقت المجاوزة: أن صاحبه يسترده أي وقت شاء، وأن وقت الإجارة ينقضي.

وفي رواية أخرى: يستحق بسهم الفارس اعتباراً بوقت المجاوزة.

(ولا سهم لمملوك أو مكاتب أو صبي أو امرأة أو ذمي، بل يرضخ لهم) أي: يعطى شيء قليل لا يبلغ سهم الغنيمة؛ لأنهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد إلا في دلالة الذمي؛ فإنه يزاد على السهم إذا كان في دلالته منفعة عظيمة؛ لأن الدلالة ليست من عمل الجهاد.. فلا يلزم منه التسوية في الجهاد، وما يأخذه في الدلالة: بمنزلة الأجرة، فيعطى بالغاً ما بلغ **(بحسب ما يرى)** الإمام؛ تحريضاً لهم على القتال

إِن قَاتَلُوا، أَو داوتِ الْمَرْأَةُ الْجَرحى، أَو دلَّ الذِّمِّيُّ على عَوْرَاتِهِمْ وعَلى الطَّرِيقِ.

وَالْخُمُسُ لِلْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ، وَيقدَّمُ ذَوو الْقُرْبَى الْفُقَرَاءُ، وَلَا حقَّ فِيهِ لأَغنيائِهم.

(إن قاتلوا، أو داوت المرأة الجرحى، أو دل الذمي على عوراتهم وعلى الطريق)؛ لما روي أن النبي ﷺ كان يغزو مع النساء والصبيان والعبيد، ولا يسهم لهم، وكان يرضخ، ولأن الجهاد عبادة، والذمي ليس من أهلها، والمرأة والصبي عاجزان عنه، والعبد لا يمكنه مولاه، وله منعه، فلم يستحقوا السهم الكامل، لكن يرضخ لهم الإمام على قدر ما يرضاه؛ تحريضاً لهم على القتال. إلى هنا ذكر أحكام الأربعة الأخماس.

ثم شرع في بيان ما أخذه الإمام من الخمس فقال: **(والخمس: لليتامى، والمساكين،** [٦٨٦/أ] **وابن السبيل)** أي: يقسم على هذه الثلاثة.

(ويقدم منهم) أي: في هذه الأصناف الثلاثة **(ذوو القربى الفقراء)** أي: فقراء أقرباء النبي ﷺ من بني المطلب وبني هاشم دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل، فأيتام ذوي القربى: يدخلون في سهم اليتامى، ويقدمون عليهم، ومساكين ذوي القربى: يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم.

وأبناء السبيل منهم: يقدمون على سهم أبناء السبيل من غيرهم.

ثم هذه الأصناف الثلاثة مصارف لها لا مستحقون لها، حتى أن الإمام لو صرف إلى صنف واحد منهم.. جاز عندنا كما في الصدقات على ما صرّح به في «قاضي خان» وغيره، فالأولى: أن يقول بدل قوله: **(ولا حق)**: «ولا يعطى» **(فيه)** أي في الخمس **(لأغنيائهم)** أي: ذوي القربى.

وقال الشافعي: لهم خمس الخمس، يستوي فيه غنيهم وفقيرهم.

والحاصل: أن الخمس يقسم أثلاثاً عندنا على الأصناف الثلاثة، وأخماساً عنده:

سهم لرسول الله ﷺ في حياته، وبعده يصرف إلى الخليفة، ويصرفه الخليفة إلى مصالح المسلمين.

وسهم ذوي القربى، يستوي فيه غنيهم وفقيرهم؛ يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وثلاثة أسهم للأصناف الثلاثة؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ الآية، وليس فيها تخصيص ذوي القربى بالفقراء.

قلنا: إن الخلفاء الراشدين قسموا الخمس على الأصناف الثلاثة على نحو ما قلنا بعد رسول الله ﷺ؛ لما روى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس: أن الخمس كانت تقسم على عهد رسول الله ﷺ على خمسة أسهم: لله وللرسول سهم، ولذي القربى سهم، ولليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولابن السبيل سهم، ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل، وكفى بهم قدوة، ولم يخالفهم أحد.. فكان إجماعاً.

وقد قال النبي ﷺ: «يا بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم، وعوضكم منها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت في حق من ثبت في حقه العوض، وهو الفقر، والصدقة حرام للأغنياء.. فكذا الخمس.

وأما ما ثبت وصح أن النبي ﷺ قد أعطى لبني هاشم وبني المطلب.. فجوابه أنه ﷺ إنما أعطاهم لنصرتهم له ﷺ بالمواساة [٦٨٦/ب] بالكلام والمصاحبة والمجالسة، لا بالمقاتلة؛ لأن لهم حقاً مستحقاً في الخمس، ولهذا علل النبي ﷺ إعطاءه لهم حين سئل عنه، وقال: «لأنهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية

وذِكْرُهُ تَعَالَى: للتَّبَرُّكِ.

والإسلام» وشبك بين أصابعه، فثبت أن لا سهم لذوي القربى سوى الأصناف الثلاثة.

ومن هنا قال بعض مشايخنا: إن تعليله ﷺ إعطاءه لهم بالنصرة قد دل على أن المراد بالقربى في قوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ قربى النصرة لا قربى القرابة والمحرمية.

وإذا كان إعطاؤه لهم لنصرتهم له لا لقرابتهم.. فقد انتهت النصرة بموته ﷺ؛ لأن المراد بالنصرة ههنا: هي النصرة بالمواساة بالكلام والمصاحبة معه، لا بالمقاتلة معه، ولهذا كان لنسائهم فيه نصيب، وإذا انتهت النصرة.. انتهى الإعطاء لهم أيضاً مطلقاً؛ لفقرائهم وأغنيائهم جميعاً، وهو مذهب الطحاوي؛ فإنه يقول: إن سهم ذوي القربى سقط بعد النبي ﷺ، لا يعطى لفقرائهم وأغنيائهم شيء من الخمس؛ لانتهاء الحكم بانتهاء علته، ولأن الخلفاء الراشدين قسموه على أصناف ثلاثة، ولا يظن بهم أن النص المذكور، أعني: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ خفي عليهم، أو أنهم منعوا حق ذوي القربى؛ فلو لم يسقط حقهم بعد حياة النبي ﷺ.. لأعطوهم.

وقال الكرخي وعامة العلماء بعده: يستحق فقراؤهم بعد النبي ﷺ لفقرهم، وإنما سقط حق أغنيائهم، فيدخل فقراؤهم في الأصناف الثلاثة على ما ذكرناه.

فإن قيل: لو كان استحقاقهم بالفقر فيلزم أن لا فائدة في ذكر اسم اليتيم في القرآن.

أجيب عنه: بأن فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئاً؛ لأن استحقاقها بالجهاد، واليتيم صغير لا يقدر الجهاد، فلا يستحقها.

قالوا: والأظهر: قول الكرخي، ولهذا اختاره المصنف.

(وذكره تعالى) في قوله: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾؛ **(للتبرك)** باسمه لا لبيان أنه مصرف.

وَسَهم النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ سقطَ بِمَوْتِهِ كالصَّفِيِّ.

وَإِن دخلَ دَارَ الْحَرْبِ مَن لَا مَنْعَةَ لَهُ بِلَا إِذنِ الإِمَامِ.. لَا يُخَمَّسُ مَا أخذُوه.

وَإِن كَانَ بِإِذْنِهِ أَو لَهُم مَنْعَةٌ.. خُمِّسَ.

وَللْإِمَامِ أَن يُنَفِّلَ ....

(وسهم النبي عليه السَّلام) الثابت بقوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ ...﴾ الآية **(سقط بموته كالصفي)** أي كما سقط الصفي، وهو شيء كان يصطفيه لنفسه ﷺ مثل درع أو سيف أو جارية، وكان الشافعي يقول: سهم النبي ﷺ يصرف إلى الخليفة بعد وفاته.

قلنا: إنما يستحق ذلك لرسالته، ولا رسالة بعده.. فسقط لتمام علته.

(وإن دخل دار الحرب من لا منعة له بلا إذن الإمام.. لا يُخَمَّس) بتخفيف الميم؛ أي: لا يؤخذ منهم خمس **(ما أخذوه)**؛ لأن الخمس وظيفة الغنيمة، وما أخذوه ليس بغنيمة؛ لأنها هي [٦٨٧/أ] المأخوذة قهراً وغلبة، لا اختلاساً وسرقة.

(وإن كان) دخل من لا منعة له **(بإذنه)** أي بإذن الإمام، **(أو لهم منعة)** وإن لم يكن لهم إذن الإمام (.. **خُمِّس**). **أما في الأول:** فهو المشهور في الرواية، وفي رواية أخرى: لا يخمس؛ لأن العدد اليسير إنما يدخلون لاكتساب المال لا لإعزاز الدين وإن أذن لهم الإمام؛ فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة.

ووجه المشهور: أنه لما أذن لهم الإمام.. فقد التزم نصرتهم بالإمداد، فصار كالمنعة.

وأما في الثاني: فلا نسلم أخذوه قهراً وغلبة فكان غنيمة، وفي «فتح القدير» نقلاً عن «المحيط» عن أبي يوسف: أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها: بسبعة، والتي لها منعة: بعشرة. هكذا وقع في النسخ.

فبقي ما بين السبعة والعشرة واسطة، ولو قيل: إن السبعة مصحَّف من التسعة.. لارتفع الواسطة.

(وللإمام أن يُنَفِّل) التنفيل: إعطاء النفل، والمراد به ههنا التحريض على القتال بشيء مما سيأتي ذكره.

قبلَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ، وَقبلَ أَن تضعَ الْحَرْبُ أَوزَارَهَا؛ فَيَقُولُ: مَن قتلَ قَتِيلاً.. فَلهُ سَلَبُهُ، ....

وفي «المغرب»: النفل: هو الزيادة، يقال: لهذا على هذا نفل؛ أي: زيادة، ومنه: النافلة في الصلاة؛ لكونها زائدة على الفرض.

فالمعنى: وللإمام التحريض بإعطاء شيء زائد على سهم الغنيمة.

(قبل إحراز الغنيمة، وقبل أن تضع الحرب أوزارها)؛ تحريضاً لهم على القتال؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ﴾، فكان التحريض واجباً، لكنه لا ينحصر في التنفيل، بل يجوز بطريق آخر أيضاً، فكان التنفيل مستحباً.

(فيقول: من قتل قتيلاً.. فله سلبه) رواه في «الصحيحين»، والمشهور: أنه مجاز بالأول، وهو على نوعين:

أحدهما: أن يكون بطريق المشارفة كما نحن فيه، ونحو يمرض المريض، وتضل الضالة، ويهتدي المهتدي.

وثانيهما: أن يكون بطريق الصيرورة؛ نحو قوله تعالى: ﴿وَلَا يَلِدُوٓاْ إِلَّا فَاجِرًا كَفَّارًا﴾.

والفرق بينهما: أنه لا بد أن يكون الشخص قتيلاً ومريضاً ومهتدياً عقيب تعلق هذا القتل والمرض والهداية بلا تراخ، بخلاف النوع الثاني؛ فإنه لا بد أن يكون الاتصاف متراخياً عن تعلق الفعل؛ فإن الاتصاف بالفجور والكفر متراخ عن تعلق الولادة بالمولود.

والتحقيق: أنه لا مجاز في النوع الأول؛ فإن القتل مثلاً إنما يقع على الشخص المقتول بهذا القتل، لا على الحي حين هو حي، ولا على المقتول بقتل آخر قبل هذا القتل.

فالمعنى: من قتل قتيلاً بهذا القتل؛ أي: من أوقع القتل على شخص فصار مقتولاً بهذا القتل.. فله سلبه، فزمان وقوع القتل والمقتولية واحد، [٦٨٧/ب] وكذا

أَو مَن أَصَابَ شَيْئاً.. فَلَهُ رُبعُهُ، أَو يَقُولُ لسرِيَّةٍ: جعلتُ لكمُ الرُّبُعَ بعدَ الْخُمسِ.

الحال في: «يمرض المريض»، و«تضل الضالة» إلى غير ذلك.

ونظيره: ما قاله المحققون: إن معنى قولنا: «الماهية موجودة»: الماهية من حيث هي هي ينضم إليها الوجود، فصارت موجودة بهذا الوجود، يعني: أن الوجود ينضم إلى الماهية المأخوذة وحدها؛ فصارت موجودة بهذا الوجود لا إلى الماهية المأخوذة مع العدم، ولا إلى الماهية المأخوذة مع الوجود؛ لأن كليهما باطلان.

(**أو**) يقول: (**من أصاب شيئاً.. فله ربعه، أو يقول: لسرية**)؛ فسروها: بالجماعة القليلة، وفي «المغرب»: لم يرد في تحديدها نص، ومحصل ما ذكره في «السير»: أن التسعة فما فوقها: سرية، والثلاثة والأربعة ونحو ذلك: طليعة لا سرية. انتهى.

وقيل: هي من أربعة إلى أربع مئة.

(**جعلت لكم الربع بعد الخمس**)، وفي «النهاية» عن «السير الكبير»: إن الإمام إذا قال لأهل العسكر جميعاً: ما أصبتم.. فلكم نفلاً بالسوية بعد الخمس: لا يجوز.

وكذلك إذا قال: ما أصبتم.. فلكم، ولم يقل: بعد الخمس، وإن فعله مع السرية.. جاز، وذلك لأن المقصود من التنفيل: التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك بتخصيص البعض بزيادة شيء، وفي التعميم إبطال حق الفارس على الراجل، أو إبطال الخمس أيضاً إذا لم يقل بعد الخمس، وإنما جاز ذلك مع السرية.. إذا رأى الإمام فيه مصلحة، وإلا.. فلا.

فإن قيل: أليس في قوله: «من قتل قتيلاً فله سلبه» إبطال الخمس عن السلب؟!

أجيب عنه: بأن المقصود هناك بالتنفيل: التحريض على القتال، وتخصيص القاتلين بإبطال شركة أهل العسكر عن السلب لم يثبت إبطال الخمس تبعاً، وقد ثبت تبعاً ما لا يثبت مقصوداً؛ كالشرب والطريق في بيع ملكه.

وَلَا يُنَفِّلُ بِكُلِّ الْمَأْخُوذِ، وَلَا بعدَ الْإِحْرَازِ إِلَّا مِنَ الْخُمُسِ.

(**ولا ينفل بكل المأخوذ**) بأن قال: ما أصبتم فهو لكم، أو من أصاب شيئاً فهو له؛ لما فيه من إبطال حق الفارس على الراجل وحق الخمس الثابتين بالنص.

(**ولا بعد الإحراز**) بدار الإسلام؛ لأن حق الغير تأكد بالإحراز (**إلا من الخمس**)؛ لأنه لا حق للغانمين في الخمس.

فإن قيل: وإن لم يكن للغانمين فيه.. فهو للأصناف الثلاثة؛ فكما لا يجوز إبطال حق الغانمين بالتنفيل.. كذا لا يجوز إبطال حق غيرهم.

أجيب: بأنه إنما جاز ذلك باعتبار جعل النفل له من أحد الأصناف الثلاثة، وصرف الخمس إلى واحد من الأصناف يكفي على ما تقدم من أنهم مصارف.

ولهذا قال في «الذخيرة»: لا ينبغي [٦٨٨/أ] للإمام أن يضعه في الغني، ويجعل نفلاً له بعد الإصابة؛ لأن الخمس حق المحتاجين لا الأغنياء؛ فجعله للأغنياء إبطال حقهم، ثم هذا مذهبنا، وبه قال أحمد.

وقال مالك والشافعي: لا يصح التنفيل بعد الإحراز وقبله إلا من الخمس؛ لأنه المفوض إلى رأي الإمام، وما بقي فهو للغانمين.

وأجاب عنه مشايخنا: بأنه إنما كان حقهم بعد الإصابة، وأما قبلها.. فهو مال الكفار، والتنفيل قبل الإصابة.

واعترض عليه في «فتح القدير»: بأن حقيقة التنفيل إنما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم؛ فإن حقيقته تعليق التمليك بالإصابة، وعند الإصابة لم يبق مال الكفرة، فيكون للغانمين، نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في الحرب، بخلافه بعد الإحراز بدار الإسلام؛ فإن حقهم بعده متأكد، وعلى هذا: لو كان القتال وقع في دار الإسلام بأن هجمها العدو.. ليس له أن ينفل إلا من الخمس؛ لأنه حينئذ بمجرد الإصابة صار محرزاً بدار الإسلام. انتهى.

وَالسَّلَبُ لِلْكُلِّ إِن لم يُنَفِّلْ، ....

يريد: أن بالإصابة يخرج يد الكفار ويكون حقاً للغانمين إلا أنه ضعيف قبل الإحراز بدار الإسلام، فيصح للإمام تنفيله.

أقول: قوله: «فإن حقيقته» تعليق التمليك بالإصابة ممنوع، كيف وأن التعليق تنجيز المعلق عند وجود المعلق عليه، فلو كان حقيقته ما ذكر.. لزم وقوع تمليك الإمام منجزاً وكون المنفل له مالكاً بالنفل عند الإصابة، وليس كذلك؛ فإن المنفل له لا يصير مالكاً للنفل عند الإصابة، بل إنما يملكه بعد القسمة في دار الإسلام كسائر الغانمين عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وإنما يفيد التنفيل عندهما: قطع حق الغير عن المصاب عند الإصابة، لا التمليك على ما سيصرح به، فيكون معنى التنفيل عندهما: تعليق المنع عن حق الغير في المصاب بالإصابة، لا تعليق التمليك للمنفل له بالإصابة، ولا تعليق المنع عن الحق الثابت للغانمين بالإصابة، فيكون معنى قوله: «من أصاب شيئاً فله ربعه»: أن للمنفل له اختصاصاً للمصاب عند الإصابة غير اختصاص الملك أعني مانعية ثبوت حق الغير في المصاب، ولا يلزم منه كون المنفل له مالكاً عند الإصابة؛ فإذا كان معنى التنفيل هو المنع عن ثبوت حق الغير لا المنع عن الحق الثابت.. جاز ذلك للإمام تحريضاً على القتال.

فعلى هذا: تكون اللام في قوله: «فله ربعه» للاختصاص لا للتمليك [٦٨٨/ب].

(والسلب للكل) أي: لكل الغانمين قاتلاً أو غيره؛ **(إن لم ينفل)** بقوله: فله سلبه هذا قول أئمتنا، وبه قال مالك.

وقال الشافعي: السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له، وبه قال أحمد، إلا أنه قال: إذا كان من السهم أو الرضخ.

وشرط الشافعي الأول قولاً واحداً، وله فيمن يرضخ قولان:

أحدهما: كقول أحمد.

وَهُوَ: مركَبُهُ، وَمَا عَلَيْهِ، وثِيابُهُ، وسلاحُهُ، وَمَا مَعَهُ، لَا مَعَ غُلَامِهِ على دَابَّةٍ أُخْرَى.

والثاني: لا سلب له.

وشرطا أن يقتله مقبلاً لا مدبراً؛ لأن من قتل مقبلاً أكثر عناء فيختص سلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره، وأن لا يرمي سهماً إلى صف المشركين فيصيب واحداً فيقتله؛ لأن ذلك ليس عناء كثيراً؛ إذ كل أحد لا يعجز عنه، فلا يستحق سلبه.

استدل الشافعي أيضاً بقوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه» قائلاً: بأن هذا القول منه ﷺ نصب الشرع في عموم الأوقات والأحوال؛ لأنه بعث لنصب الشرع، فيحمل كلامه عليه.

قلنا: إنه مأخوذ بقوة الجيش، فيكون غنيمة، فيقسم قسمة الغنائم، وما رواه يحتمل نصب الشرع في عموم الأوقات والأحوال، ويحتمل التنفيل، فيحمل على التنفيل بدليل قوله ﷺ لحبيب بن أبي سلمة: «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك»؛ فإنه دل على أنه ليس له أخذ السلب بدون تنفيل الإمام، وطيب نفسه قبل الحمل على التنفيل هو الظاهر؛ لأن مثل ذلك إنما يكون نصب الشرع إذا قال بالمدينة في مسجده، ولم ينقل عنه ذلك إلا يوم بدر وحنين؛ للحاجة إلى التحريض، وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال: «من أخذ أسيراً.. فهو له»، ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذا في السلب، وما ذكره من زيادة العناء لا تعتبر في جنس واحد من القتال، وإنما يعتبر في جنسين كالراجل والفارس.

(وهو) أي السلب **(مركبه، وما عليه، وثيابه، وسلاحه، وما معه)** من ماله في حقيبة أو في وسطه، **(لا ما مع غلامه على دابة أخرى)**. كذا في «الهداية».

وذكر في «المحيط»: لو قال الإمام: من قتل قتيلاً فله فرسه، فقتل رجل راجلاً ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين.. يكون فرسه للقاتل؛ لأن مقصود الإمام قتل من كان متمكناً من القتال فارساً، وهذا متمكن منه، بخلاف ما إذا لم يكن بجنسه؛ لأنه لا يتمكن إلا بالإعراض عن القتال.

والتَّنفيلُ لقطعِ حقِّ الْغَيْرِ لَا للْملكِ، خلافاً لمُحَمدٍ.

فَلَو قَالَ: مَن أَصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ لَهُ.. لَا يحلُّ لِمَن أَصَابَهَا الوطءُ، وَلَا البيعُ قبلَ الْإِحْرَازِ، خلافاً لَهُ.

ثم شرع في بيان حكم التنفيل فقال: (**والتنفيل لقطع حق الغير لا للملك**)، وإنما يثبت الملك بعد الإحراز بدار الإسلام؛ [٦٨٩/أ] لما مر أن سبب الملك والنفل هو الاستيلاء والقهر، وذلك إنما يتم بإثبات اليد الحافظة والنافلة، وما لم يثبت الإحراز بدار الإسلام.. لم تثبت اليد النافلة، فلم يثبت الاستيلاء والقهر؛ لأنه ما دام في دار الحرب: مقهور داراً، قاهر يداً، فيكون السبب ثابتاً في حقه من وجه دون وجه، لا من كل وجه، فلم يعتبر.

(**خلافاً لمحمد**)، له: أنه اختص به التنفيل فيملكه، وهو قول مالك والشافعي.

(**فلو قال**) الإمام: (**من أصاب جارية فهي له.. لا يحل لمن أصابها الوطء**) في دار الحرب ولو بعد الاستبراء، (**ولا البيع قبل الإحراز**) بدار الإسلام؛ لعدم الملك.

(**خلافاً له**) قال: يجوز له وطؤها وبيعها قبل الإحراز؛ لثبوت الملك عنده بالتنفيل؛ فصار كمن شراها في دار الحرب أو من ملكها بعد قسم الإمام في دار الحرب مجتهداً؛ فإنه يحل وطؤها له بالإجماع بعد الاستبراء.

* * *

(بَابُ اسْتِيلَاءِ الْكفَّارِ)

(بَابُ استِيلَاءِ الكُفَّار)

لما ذكر استيلاءنا على الكفار.. أعقبه بذكر عكسه؛ لاشتماله على أحكام مختلفة، فكان خليقاً بتبويب باب له، وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين.

واعلم: أنه ينبغي ههنا أن يعرف متى تصير دار الإسلام دار الحرب:

ففي «العمادي»: قال أبو حنيفة: إن دار الإسلام لا تصير دار حرب إلا بإجراء أحكام الترك فيها، وأن تكون متصلة بدار الحرب بأن لا يكون بينها وبين دار الحرب مصر آخر للمسلمين، وأن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمناً بالأمان الأول، فما لم توجد هذه الشروط الثلاثة.. لا تصير دار الحرب.

قال: ومعنى قوله: «أن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمناً بالأمان الأول».. أن لا يبقى آمناً على نفسه بأمان المسلمين إلا بأمان المشركين.

وعند أبي يوسف ومحمد: إذا أجروا فيها أحكام المشركين.. فإنها تصير دار الحرب؛ سواء كانت متصلة بدار الحرب أو لم تكن متصلة؛ بقي فيها مسلم أو ذمي آمناً بالأمان الأول أو لم يبق.

وهما ذهبا في ذلك إلى أنا أجمعنا أن دار الحرب تصير دار الإسلام بإجراء أحكام الإسلام فيها وإن بقي فيها كافر أصلي ولم تكن متصلة بدار الإسلام: بأن كان بينهما وبين دار الإسلام مصر آخر لأهل الحرب، فكذا وجب أن تصير دار الإسلام دار الحرب إذا أجري فيها أحكام الترك وإن بقي فيها مسلم أو ذمي آمناً بأمان المسلمين أو كانت وسط دار الإسلام.

إِذا سبى التّرْكُ الرّومَ وَأَخذُوا أَمْوَالَهم.. ملكُوها، ونملِكُ مَا وَجَدنَا مِن ذَلِكَ إِذا غَلَبنا عَلَيْهِم.

ولأبي حنيفة [٦٨٩/ب]: أن هذه البلدة صارت دار الإسلام بإجراء أحكام الإسلام فيها، فما بقي شيء من أحكام دار الإسلام فيها.. تبقى دار الإسلام، على ما عرف: أن الحكم إن أثبت بعلة فما بقي شيء من العلة.. يبقى الحكم ببقائه.

واختار صدر الإسلام أبو اليسر وشيخ الإسلام الإسبيجابي واللامتي قول أبي حنيفة حيث قالوا: إن دار الإسلام لا تصير دار حرب ما لم يبطل جميع ما به صارت دار الإسلام، فتبقى دار الإسلام ببقاء حكم من أحكام الإسلام، ولا تصير دار حرب إلا بعد زوال قرائن الإسلام، ثم المراد بإجراء أحكام الإسلام فيها: هو الإجراء على سبيل الاشتهار، وكذا المراد بإجراء أحكام الترك فيها لا على سبيل الخفية. كذا في «الخانية».

(إذا سبى) أي: غلب **(الترك الروم)**، وفي «العناية»: الترك جمع التركي، والروم جمع الرومي؛ أي: الرجل المنسوب إلى دارهم، والمراد به: كفار الترك ونصارى الروم. انتهى.

وفيه نظر؛ لأن الترك والروم ليس بجمع، بل اسم جنس، وياء النسبة في التركي والرومي للفرق بين الجنس والواحد. قال في «المصباح»: الترك جيل من الناس، والجمع أتراك، والواحد: تركي؛ مثل: روم ورومي. انتهى.

(وأخذوا أموالهم.. ملكوها)؛ لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو المسبب، لكن لا بد من إحرازهم بدار الحرب كما سيأتي.

(ونملك) نحن **(ما وجدنا من ذلك)** أي: مما أخذه الترك من الروم **(إذا غلبنا عليهم)** أي: على الترك؛ لأن ما أخذوه صار ملكاً لهم كسائر أموالهم، فنأخذه وإن كان بيننا وبين الروم موادعة؛ لأنا لم نغدرهم؛ إنما أخذنا بعد الإخراج عن ملكهم بالاستيلاء.

ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة، فاقتتلوا فغلبت أحدهما الأخرى.. حل لنا أن نشتري المغنوم من مال الغانمين؛ لعدم الغدر منا.

وشرط الإحراز بدار الحرب؛ لما في «الخلاصة»: طائفتان من الكفار بينهما موادعة، دخلوا دار الإسلام وبينهما وبين المسلمين أيضاً موادعة؛ ثم تنازعا فيما بينهما واقتتلوا، فوقعت الدبرة على إحدى الطائفتين، واستولوا على المقهورين، وباعوهم من المسلمين قبل الإحراز بدار الحرب.. لا يجوز الشراء منهم.

ولو أن أهل الترك وأهل الهند إذا استولوا على طرف من الروم وأحرزوها بدار الهند.. ثبت الملك لأهل الهند، وكذا يثبت الملك لأهل الترك، والإحراز بدار الحرب شرط، أما بدارهم.. فلا. انتهى.

فظهر منه: أن الشرط هو الإحراز بدار الحرب لا بدار الذين [٦٩٠/أ] استولوا وغلبوا على الطائفة الأخرى، حتى لو اشترى واحد من المسلمين من المستولين شيئاً مما أخذوه من الطائفة الأخرى بعد الإحراز بدار الحرب.. جاز، وإن لم يدخلوا بدار أنفسهم.

أهل بلدة يدَّعون الإسلام فيصلون ويصومون ويقرؤون القرآن ومع ذلك يعبدون الأوثان، فأغار عليهم المسلمون وسبوهم، فأراد إنسان أن يشتري من ذلك السبايا؛ إن كانوا يقرون بالعبودية لملكهم.. لم يجز الشراء، وإن لم يكونوا مقرين بالعبودية لملكهم.. جاز شراء الصبيان والنساء دون الكبار.

مسلم دخل دار الحرب بأمان، فجاء إنسان من أهل الحرب بأمه أو بأم ولده أو بعمته أو بخالته أو بولده وقد قهرها يريد بيعها من المسلم المستأمن.. لا يشتريها منه على قول أكثر المشايخ.

وقال الكرخي: إن كانوا لا يرون جواز البيع.. لا يجوز، وإن كانوا يرون البيع.. لا يجوز.

وإذا بطل البيع - على قول الأكثر أو على قول من لا يرى البيع على قول الكرخي - فإذا أخرجه إلى دار الإسلام.. تكلموا فيه.

قال بعضهم: إن أخرجه كرهاً وقهراً.. يملكه بالقهر وإن كان البيع باطلاً.

والصحيح: أن البائع إن رأى جواز البيع.. ملكه مطلقاً، وإن كان لا يرى جواز البيع إن اشتراه وذهب به كرهاً.. ملكه.

وإن قهر حربي بعض أحرارهم، ثم باعه من المسلم المستأمن؛ إن كان الحكم عندهم أن من قهر منهم صاحبه ملكه.. جاز الشراء منهم، وإن كان الحكم عندهم على خلاف هذا.. لا يجوز.

قال في «قاضي خان»: حربي دخل دارنا بأمان ومعه ابنه أو ابن غيره من أهل الحرب، فباع ابن نفسه.. لا يجوز باتفاق الروايات، ويجوز بيع ولد غيره.

ولو أن ملك أهل الحرب أهدى إلى الخليفة: ذكر في «المجرد»: أنه يطلب للمهدى إليه، إلا أن يكون من محارم المهدي أو أم ولده.. فإنهم يعتقون.

وروى هشام: أن الحربي إذا أهدى ابنته إلى الإمام.. فهي حرة، وكان لها أن ترجع إلى دار الحرب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة، وابن سماعة عن محمد: أن الحربي إذا باع ابنه أو أباه في دار الحرب.. لا يجوز.

وإن أخرجه المشتري إلى دار الإسلام.. يملكه إن لم يكن بيننا أمان.

فالحاصل: أن الحربي إذا باع أباه أو ابنه في دار الحرب من المسلم المستأمن في دار الحرب.. يكون باطلاً، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، ورواية هشام عن محمد؛ سواء كان يرى البائع جواز [٦٩٠/ب] هذا البيع أو لا يرى في قول عامة المشايخ؛ منهم أبو بكر محمد بن الفضل.

وقال أبو الحسن الكرخي: إذا كان البائع الحربي يرى جواز هذا البيع.. جاز، وإلا.. فلا.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن الحربي إذا باع ولده في دار الحرب من حربي آخر أو من مسلم آخر مستأمن.. جاز عند أبي حنيفة، ولا يجبر المشتري على الرد إذا خوصم على الرد.

وعند أبي يوسف: إذا خوصم في الرد.. يجبر على الرد عليهم.

وعن أبي نصر الدبوسي: إنه إذا باعه الحربي من مسلم مستأمن.. لا يجوز، وإن باعه في دار الحرب من حربي آخر وسلم إليه.. ملكه المشتري.

وغيره من المشايخ قالوا: لا يباح للمشتري، وإن اشتراه.. جاز ويكون رقيقاً للمشتري.

وقال بعضهم: إن اشتراه المسلم في دار الإسلام.. لا يملكه، وإن اشتراه في دار الحرب وأخرجه إلى دار الإسلام.. ملكه.

والصحيح ما قلنا أنه لا يجوز بيع الحربي ولده في دار الحرب.

واتفقت الروايات على أنه يجوز بيعه في دار الإسلام.

ومتى لم يجز البيع في دار الحرب على قول العامة؛ فإن أخرجه المشتري إلى دار الإسلام.. اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يملكه؛ لأن البيع وإن بطل؛ فمن أخرجه قهراً.. ملكه بالقهر المبتدأ.

وقال بعضهم: يكون حراً؛ لأن البائع لا يملك التصرف فيه لا بيعاً ولا وطأً، فلا يملك المشتري.

وقال بعضهم: إن كان البائع يرى جواز هذا البيع.. لا يملكه المشتري بالإخراج إلى دار الإسلام؛ أخرجه طائعاً أو كرهاً، وإن كان البائع لا يرى جواز هذا البيع؛ إن

وَإِن غلَبوا على أَمْوَالِنَا وأَحرزوها بِدارِهِم.. ملكُوها.

أخرجه المشتري كرهاً.. يملكه، وإن أخرجه طوعاً.. لا يملكه؛ سواء كان البائع يرى جواز هذا البيع أو لا يرى. انتهى.

(وإن غلبوا على أموالنا) ولو كان مالنا عبداً مسلماً أو أمة مسلمة. كذا في «الدرر».

(وأحرزوها بدارهم.. ملكوها) وهو قول مالك، إلا أن عنده يملكونها بمجرد الاستيلاء بدون اشتراط الإحراز.

ويتفرع على تملكهم أموالنا بالإحراز: أن لكل من وجد ملكه في يد واحد من غزاتنا: أن يأخذه؛ قبل القسمة: مجاناً، وبعدها: بالقيمة، وأنهم قبل الإحراز بدارهم لا يملكون من أموالنا شيئاً، حتى لو اشترى منهم تاجر شيئاً مما أخذوه قبل الإحراز بدارهم ووجده مالكه في يده.. أخذه بلا شيء. كذا في «الدرر».

وإن لكل من دخل دار الحرب [٦٩١/أ] بأمان من المسلمين أن يشتري ما أخذوه منا على ما سيأتي مصرحاً، وأن يشتري ما أخذه طائفة منهم من طائفة أخرى منهم دخلا في دارنا واقتتلوا فوقعت الدبرة على إحدى الطائفتين، ثم أحرزوا ما أخذوه بدار الحرب على ما ذكرناه من «الخلاصة».

وقال الشافعي: لا يملكونها ولو بعد الإحراز بدارهم؛ لأن استيلاءهم على أموالنا محظور **ابتداء**؛ أي: عند الأخذ، **وانتهاء**؛ أي: عند صيرورتها في دارهم؛ لبقاء عصمة المال ببقاء سببها، أعني: عصمة المالك؛ لقوله ﷺ: «فإذا قالوها.. فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم»، والمحظور لا ينتهض سبباً للملك عندنا.

أو محظوراً من وجه كما في البيع الفاسد، ولو كان محظوراً من كل وجه.. لا يكون سبباً للملك بالاتفاق بيننا وبينكم كما في البيع الباطل؛ فصار استيلاؤهم على أموالنا كاستيلاء المسلم على مال المسلم؛ وكاستيلائهم على رقابنا.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ﴾ الآية، سماهم فقراء، والفقير من لا يملك مالاً، فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها، وليس من يملك مالاً وهو في مكان لا يصل إليه فقيراً، بل هو مخصوص بابن السبيل على ما عرف في المصرف.

وما رواه أبو داود في «مراسيله» عن تميم بن طرفة قال: وجد رجل مع رجل ناقة له، فارتفعا إلى رسول الله ﷺ، فأقام البينة أنها له، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو، فقال النبي ﷺ: «إن شئت.. تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق، وإلا.. فخل عن ناقته»، والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم، ولأن استيلاءهم على أموالنا بعد الإحراز بدارهم ورد على مال مباح فينعقد سبباً لملكهم؛ كاستيلائنا على أموالهم؛ فإنه ما تم لنا الملك فيه إلا لهذا المعنى، وإنما كانت أموالنا مباحة في دارهم؛ لأن العصمة في مال كل من المسلم والكافر إنما ثبتت على منافاة الدليل، وهو قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾؛ فإنه يقتضي أن لا يكون مال أصلاً معصوماً لشخص ما في حال من الأحوال، بل تكون الأموال كلها مباحة بكل حال لكل شخص، وإنما تثبت العصمة فيها لضرورة تمكن المالك من الانتفاع؛ فإذا زالت المكنة بالاستيلاء.. عاد مباحاً كما كان، إلا أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار؛ لأنه عبارة عن الاقتدار [٦٩١/ب] على المحل: **حالاً** باليد الحافظة، **ومآلاً** باليد النافلة، والكفار ما داموا في دارنا اقتدروا على المحل حالاً باليد الحافظة فقط، وإنما يقتدرون عليه مآلاً بالإحراز بدارهم باليد النافلة؛ لأنهم ما داموا في دارنا مقهورون من وجه؛ كما لو كنا في دارهم.. لكنا مقهورين من وجه قاهرين من وجه، فشرطنا الإحراز بدارهم في التملك حتى يتحقق الاستيلاء.

وقوله: «إن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء، فلا ينتهض سبباً للملك» سلمنا أنه محظور، لكنه محظور لغيره - اعتماداً على أنه مزيل لعصمة المال - مباح في نفسه، والمحظور لغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك؛ كالصلاة في الأرض المغصوبة؛

وَكَذَا لَو نَدَّ مِنَّا إِليهِم بعيرٌ فَإِذا ظَهَرنا عَلَيْهِم؛ فَمن وجدَ مِلكَهُ.. أَخذَهُ مُطلقاً قبلَ الْقِسْمَةِ مجَّاناً، وَبعدَهَا؛ إِن كَانَ مثلِيّاً.. لَا يَأْخُذُهُ، وَإِن قِيَمِيّاً.. أَخذه بِالْقيمَةِ.

فإنها تصلح سبباً لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة.. فلأن تصلح سبباً للملك في الدنيا: أولى.

وقياسه على رقابنا فاسد؛ لأنها ليست بمال، وكذا قياسه على غضب المسلم مال مسلم؛ لأنه ليس فيه إحراز مزيل للملك.

فإن قيل: لو ثبت الملك للكفار بالاستيلاء على أموالنا.. لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته، أو من الذي اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازي والمشتري.

أجيب: بأن بقاء حق الاسترداد بحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم، ألا ترى أن للواهب أن يرجع في الهبة والإعادة إلى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال.

وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك للمشتري؛ فإذا لم يدل حق الاسترداد على قيام ملكه.. وجب نفيه؛ لأن ما لا دليل على ثبوته: وجب نفيه؛ فإذا وجب نفيه عنه.. لزم ثبوته للكفار، وإلا.. لزم زواله لا إلى مالك.

(**وكذا**) أي ملكوا (**لو ندّ منا إليهم بعير**) لتحقق الاستيلاء؛ إذ لا بد للعجماء حتى تظهر عند الخروج من دارنا، فمنعت تملكهم، بخلاف العبد الآبق إليهم على ما سيأتي.

(**فإذا ظهرنا عليهم؛ فمن وجد ملكه.. أخذه مطلقا قبل القسمة**) - أي: بين الغانمين - (**مجاناً، وبعدها: إن كان مثلياً.. لا يأخذه**)؛ لعدم الفائدة في أخذه؛ لأنه لو أخذه.. لأخذه بمثله كيلياً أو وزنياً أو عددياً.

(**وإن كان قيمياً.. أخذه بالقيمة**) لو أراد الأخذ؛ لقوله ﷺ: «إن وجدته قبل

وَإِنِ اشْتَرَاهُ مِنهُم تَاجِرٌ وَأَخرَجَهُ وَهُوَ قِيَمِيٌّ.. يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إِنِ اشْتَرَاهُ بِهِ، وَإِنِ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ.. فبقيمةِ الْعَرَضِ، وَإِن وُهِبَ لَهُ.. فبقيمَتِهِ.

وَمثلُهُ المِثليُّ فِي شِرَائِهِ بِثَمَنٍ أَو عَرَضٍ.

وَإِنِ اشْتَرَاهُ بِجِنْسِهِ أَو وُهِبَ لَهُ.. لَا يَأْخُذُهُ.

القسمة.. فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة.. فهو لك بالقيمة»، ولأن المالك القديم [٦٩٢/أ] قد زال ملكه بغير رضاه، فكان له حق الأخذ نظراً له، إلا أن في الأخذ بعد القسمة مجاناً ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص، فيأخذه بالقيمة نظراً للجانبين، والشركة قبل القسمة عامة؛ فيقل الضرر، فيأخذه بغير قيمته.

فإن قيل: لو كان للمالك القديم حق الأخذ منهم قبل القسمة أو بعدها.. لزم قيام ملكه فيه، لكن ملكه قد زال باستيلاء الكفار عليه لما مر.

قلنا: إن حق الاسترداد لا يقتضي قيام الملك كما في الهبة والشفعة على ما تقدم آنفاً.

(**وإن اشتراه**) - أي: ما أخذه الكفار وأحرزوه بدارهم - (**منهم**) أي: من الكفار (**تاجر**) أي: مستأمن منا (**وأخرجه**) إلى دار الإسلام (**وهو قيمي.. يأخذ**) منه (**بالثمن إن اشتراه به**) أي: بالثمن من الدراهم والدنانير.

(**وإن اشتراه بعرض.. فبقيمة العرض**)؛ لأن في الأخذ مجاناً ضرراً لأحد الجانبين.

(**وإن وهب له.. فبقيمته**)؛ لأنه ثبت له ملك خاص، فلا يزول إلا بالقيمة.

(**ومثله**) أي: مثل القيمي: (**المثلي في شرائه بثمن أو عرض**) يعني: إذا كان ما أخذه الكفار مثلياً، فاشتراه مسلم مستأمن بثمن أو عرض.. يأخذه مالكه القديم بثمنه أو بقيمة العرض.

(**وإن اشتراه بجنسه**) أي: بمثله قدراً ووصفاً، (**أو وهب له.. لا يأخذه**) مالكه القديم؛ لعدم الفائدة في أخذه.

وَإِن كَانَ عبداً ففُقِئت عينُهُ فِي يَدِ التَّاجِرِ وَأَخذَ أَرشَها.. يَأْخُذُهُ بِكُلِّ الثّمنِ إِن شَاءَ.

وَإِن أسروهُ فِي يَدِ التَّاجِرِ فَاشْتَرَاهُ آخرُ.. يَأْخُذُهُ الْمُشْتَرِي الأَوَّلُ مِنْهُ بِثمنِهِ،

ولو اشتراه بمثله الأقل قدراً، أو بجنس آخر، أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفاً.. فله أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري، على ما في «العناية».

(وإن كان) ما أخذه الكفار **(عبداً)** فاشتراه تاجرنا وأخرجه إلى دار الإسلام، **(ففقئت عينه في يد التاجر وأخذ أرشها.. يأخذ)** المالك القديم **(بكل الثمن إن شاء)**؛ لأنه لو أخذه مجاناً.. لتضرر المشتري، ولا يأخذ المالك أرشه؛ لأن ملك المشتري فيه صحيح، فكان الأرش حاصلاً في ملكه، وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك حتى يكون المالك القديم أحق به كرقبة العبد، ولأن الأرش دراهم أو دنانير، فلو أخذه المولى.. أخذه بمثله، فلا يفيد.

وأشار بقوله: «بكل الثمن» إلى أنه لا يحط عنه شيء بالفقء؛ لأن الأطراف أتباع لا يقابلها شيء من الثمن، بخلاف الشفعة؛ لأن الأتباع يقابلها شيء من الثمن فيها، حتى لو استهلك المشتري شيئاً من الدار.. سقط حصته من المشترى؛ لأن المشترى والذي وجبت الشفعة فيه: بمنزلة المشترى شراء فاسداً، فيضمن ما هلك منها؛ كما في الغصب [٦٩٢/ب]؛ فإن من غصب جارية فذهبت إحدى عينيها.. ضمن نصف قيمتها.

(وإن أسروه في يد التاجر) معناه: أن عبد المسلم أسره الحربي وأدخله في دار الحرب، فاشتراه التاجر من الحربي وأخرجه إلى دار الإسلام، ثم أسره الحربي ثانياً من يد التاجر وأدخله دار الحرب، **(فاشتراه)** من ذلك الحربي تاجر - ثانيا - **(آخر)** وأخرجه إلى دار الإسلام **(.. يأخذه المشتري الأول منه)** أي: من المشتري الثاني؛ أي: خيار الأخذ من المشتري الثاني للمشتري الأول؛ لأن الأسر الثاني ورد على ملكه، فيكون حق الأخذ له، لكن لا مطلقاً بل **(بثمنه)** الذي اشتراه التاجر الثاني من

ثُمَّ الْمَالِكُ مِنْهُ بالثَّمنَينِ.

وَلَيْسَ لَهُ أَخذُهُ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي.

الحربي بذلك الثمن **(ثم)** يأخذه **(المالك)** أي القديم **(منه)** أي من المشتري الأول **(بالثمنين)** إن شاء الأخذ.

والمراد بالثمنين: الثمن الذي اشتراه المشتري الأول من الحربي، والذي اشتراه به المشتري الثاني من الحربي، وإنما أخذه بالثمنين؛ لأنه قام على المشتري الأول بالثمنين: أحدهما: بالشراء من المالك، والثاني: بالتخليص من المشتري الثاني؛ فيأخذه المالك بهما إن شاء.

(وليس له) أي للمالك القديم **(أخذه من المشتري الثاني)**؛ لأن الأسر الثاني ما ورد على ملكه، بل ورد على ملك المشتري الأول.

وكذا لو كان المشتري الأول غائباً.. ليس له أن يأخذه من الثاني اعتباراً بحال حضرته.

ثم المالك الأول إنما كان له حق الأخذ من المشتري الأول إذا كان المشتري الأول قبضه بحق أخذه من المشتري الثاني، وأما لو اشتراه المشتري الأول من التاجر الثاني بشراء جديد.. ليس للمالك القديم أن يأخذه من المشتري الأول؛ لأن حق أخذه إنما يثبت في ضمن عود ملك المشتري الأول، ولم يعد ملكه القديم في هذه الصورة، وإنما ملكه بالشراء الجديد منه. كذا في «الزيلعي».

وإليه أشار المصنف بقوله: «يأخذه».

وفي «فتح القدير»: لو باع المشتري من الحربي العبد من غيره.. أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به؛ إن مثلياً.. فبمثله، وإن قيمياً بأن كان اشتراه مقايضة.. فبقيمته؛ لأن المشتري الثاني قائم مقام المشتري الأول، وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الأول بالثمن الأول، إلا في رواية ابن سماعة عن محمد، وظاهر الرواية هو الأول.

وَلَا يملكُونَ حُرَّنا، ومدبّرَنا، وَأُمَّ ولدِنَا، ومكاتَبَنا.

ونملكُ عَلَيْهِم كلَّ ذَلِكَ.

وَلَا يملكُونَ عبداً أَبَقَ إِلَيْهِم،

(ولا يملكون) - أي: أهل الحرب بالاستيلاء [٦٩٣/أ] - (حرَّنا ومدبرنا وأم أولادنا ومكاتبنا)، حتى لو أخذوهم وأحرزوهم بدارهم، ثم ظهرنا عليهم.. أخذهم مالكهم مجاناً قبل القسمة وبعدها؛ لأن الاستيلاء إنما يكون سبباً للملك إذا لاقى محلاً قابلاً له وهو المال المباح، وهؤلاء ليسوا كذلك؛ لعصمتهم بالحرية، إلا أن الإمام يعوض من وقع في قسمه من بيت المال بقيمته فيما أخذه بعد القسمة.

ولو اشترى تاجر هؤلاء منهم.. أخذ مالكهم منه بغير ثمن ولا عوض. كذا في «فتح القدير».

(ونملك) نحن (عليهم كل ذلك)؛ لعدم عصمتهم؛ جزاء جنايتهم بالكفر.

وفي «الحاوي القدسي»: ونحن نملك بالاستيلاء على وقوفهم وهم لا يملكون وقوفنا. انتهى.

والوجه: ما ذكرناه.

(ولا يملكون عبداً أبق) منا (إليهم) فأخذوه، وذلك لأنه لما خرج من دارنا ظهرت يده على نفسه بالخروج لآدميته وزوال المانع وهو تحقق يد المولى عليه؛ فصار معصوماً بنفسه، فلم يبق محلاً للملك، بخلاف المتردد في دار الإسلام؛ لأن يد المولى باقية، فلم تظهر يده على نفسه، حتى لو وهبه لابنه الصغير.. كان قابضاً له، فتصح الهبة.

وإنما لا تصح هبته لابنه الكبير أو للأجنبي؛ لعدم صحة القبض والتسليم المشروط في الهبة.

ولو استولى عليه - أي: على ذلك المتردد - أهل الحرب. ملكوه؛ لكونه محلاً للملك.

فَيَأْخذُهُ مَالِكُهُ بعدَ الْقِسْمَةِ مجَّاناً أَيْضاً، لَكِن يُعَوَّضُ عَنهُ مِن بَيتِ المَالِ،

فإن قيل: لا نسلم أن يده ظهرت على نفسه بعد زوال يد المولى عندنا بالخروج عن دارنا لأنه لا يجوز أن تخلف يد الكفرة يد المولى؛ لكون دار الحرب في أيديهم؛ فإذا خلفت أيديهم يد المولى.. فكيف تظهر يده على نفسه فيملك نفسه.

أجيب عنه: بأن بين الدارين حد لا يكون ذلك الحد في يد أحد، وعند ذلك الحد: تظهر يد العبد على نفسه فيمنع مرور يد الكفرة عليه، ولأن يد الدار يد حكمية، ويد العبد يد حقيقية، فلا تندفع بيد الدار.

ورد هذا: بأن حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع.

وأجيب عنه: بأن اليد عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء، وحين دخل العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه.

فإن قيل: لو حصل له يد حقيقية.. يعتق، وليس كذلك، بل يأخذه المولى.

أجيب: بمنع الملازمة؛ لأن ظهور يده على نفسه لا تستلزم زوال ملك المولى وثبوت الملك له، وإلا.. صار غاصباً ملك المولى، وجاز أن توجد [٦٩٣/ب] اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى قبل القبض؛ فإن الملك للمولى، واليد لغيره.

وإذا لم يملكوه (فيأخذه مالكه بعد القسمة مجاناً أيضاً) أي: كما يأخذه قبل القسمة مجاناً، (لكن يعوض عنه من بيت المال)؛ لأن نصيبه قد استحق، فله أن يرجع على شركائه في الغنيمة، وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم، فيعوض من بيت المال لئلا يتضرر.

ولو وهبه الحربي لواحد أو اشتراه منه أحد.. أخذه مالكه مجاناً أيضاً.

أما في الهبة: فظاهر.

وأما في الشراء: فلأن المشتري فدى ملكه بغير أمره فكان متبرعاً. هذا عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كالمأسورِ.

وَإِن أبَقَ بفرَسٍ ومتاعٍ فَاشْترى رجلٌ ذَلِكَ كُلَّهُ وَأخرجَهُ.. أَخذ المالكُ مَا سوى العَبْدِ بِالثّمنِ وَالْعَبْدَ مجّاناً. وَعِنْدَهُمَا: بِالثّمنِ أَيْضاً.

وَإِنِ اشْترى مستأمنٌ عبداً مُسلماً وَأَدْخلَهُ دَارَهم.. عَتَقَ، خلافاً لَهما.

(وعندهما: هو) - أي: العبد الآبق - **(كالمأسور)** أي: يملكونه؛ لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت.

قلنا: لا نسلم زوال يد المولى على ما ذكرنا.

(وإن أبق) العبد **(بفرس ومتاع فاشترى رجل ذلك كله)** أي: العبد والفرس والمتاع، **(وأخرجه)** إلى دار الإسلام **(.. أخذ المالك ما سوى العبد بالثمن)**؛ لأنهم ملكوا ما سوى العبد، **(والعبد مجاناً)** لأنهم لم يملكوه على ما مر في وجه قول أبي حنيفة. وهذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما): أخذ العبد **(بالثمن أيضاً)**؛ لتملكهم له أيضاً عندهما على ما مر.

فإن قيل: إن على قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك الفرس والمتاع بغير شيء أيضاً؛ لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه.. ظهرت على المال أيضاً؛ لانقطاع يد المولى عن المال؛ لأنه في دار الحرب، ويد العبد أسبق من يد الكفار إليه، فلا يصير ملكاً لهم.

أجيب: بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق، فكانت ظاهرة من وجه دون وجه، فجعلناها: ظاهرة في حق نفسه، غير ظاهرة في حق المال.

(وإن اشترى مستأمن عبداً مسلماً) أو ذمياً على ما في «العناية» **(وأدخله دارهم.. عتق)** عند أبي حنيفة.

وكذا إذا استولوا على عبد مسلم وأدخلوه في دارهم، فأبق منهم إلينا أو خلص بوجه وخرج إلينا.. يعتق بلا إعتاق؛ لتباين الدارين. كذا في «الدرر».

(خلافاً لهما)، وبه نأخذ. كذا في «الحاوي».

وَإِن أسلمَ عبدٌ لَهُم ثمَّةَ فجاءَنا، أَو ظَهرنا عَلَيْهِم، أَو خَرَجَ إِلَى عَسكَرِنا.. فَهُوَ حُرٌّ.

وهذا لأن إزالة يد المستأمن على المسلم كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع من المسلم ما دام في دارنا، وقد انقطعت، ولأن الإجبار عليه بالبيع بدخوله دارهم، فبقي في يده عبداً.

ولأبي حنيفة: أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب على الإمام؛ فإن كان في دار الإسلام.. فبالجبر على البيع من المسلم دون الإعتاق؛ لبقاء عصمة مال المستأمن ما دام في دارنا، وإذا أدخله دارهم [٦٩٤/أ].. زالت عصمة ماله.

فلو كان للإمام ولاية عليه.. وجب عليه إجباره على العتق؛ لزوال العصمة.

فإذا لم يكن له ولاية.. يقوم شرط زوال العصمة - أعني: تباين الدارين - مقام علة الإزالة - وهي الإعتاق - تخليصاً له؛ كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب.

فإن قيل: إن إقامة الشرط ههنا مقام العلة تستلزم جعل المثبت للشيء مزيلاً له، وهو باطل، وذلك لأنهم إذا استولوا على عبد مسلم بالإحراز بدارهم.. ملكوه، فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه، وههنا جعلتموه مزيلاً له.

أجيب: بأن تباين الدارين مثبت للملك إن لم يكن ثابتاً، والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين، فجعل التباين مزيلاً في محل خاص تخليصاً للمسلم عن ذل الكافر، على أنا ما جعلناه مزيلاً، وإنما جعلناه قائماً مقام المزيل لغرض صحيح.. فلم يكن الشيء الواحد مزيلاً وغير مزيل، وهو الممتنع.

وعلى هذا الخلاف: إذا كان العبد ذمياً؛ لأنه يجبر على بيعه، ولا يمكن من إدخاله دار الحرب. كذا في «الزيلعي».

(وإن أسلم عبد لهم ثمة) أي: في دار الحرب - وأما لو أسلم عبدهم في دارنا.. فإنه يجبر على البيع للمسلم؛ تخليصاً للمسلم عن ذل الكافر - **(فجاءنا، أو ظهرنا عليهم، أو خرج)** العبد المسلم ثمة **(إلى عسكرنا.. فهو حر)**، هكذا قضى

رسول الله ﷺ في عبيد الطائف، وقال: «هم عتقاء الله تعالى»، ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً لمولاه.

وأما لو خرج إلينا طائعاً لمولاه - أي بإذنه أو بأمره لحاجته - فأسلم في دارنا.. فإنه لا يكون حراً، بل الإمام يبيعه وثمنه للحربي؛ لأنه لم يخرج على سبيل التغلّب، فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمناً إلى دارنا على ما في «العناية»، وهذا فيما إذا كان مولاه كافراً في دارهم.

وأما لو جاءنا مولاه مسلماً، ثم جاء عبده مسلماً أو كافراً.. فهو لمولاه على ما كان، ولا يكون حراً. كذا في «المحيط» و«فتح القدير».

ولو جنى عبد جناية خطأ، أو أفسد متاعاً فلزمه دينه، ثم أسره الكفار، ثم أسلموا عليه.. فهو لهم؛ لقوله ﷺ: «من أسلم على مال.. فهو له».

ثم تبطل الجناية دون الدين؛ لأن حق ولي الجناية في الرقبة، ولا تبقى الرقبة بعد زوال ملك المولى كما لا تبطل ببيعه.

ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون [٦٩٤/ب] في الغنيمة، فأخذه المولى.. فكل من الجناية والدين عليه؛ لأنه يعيده إلى قديم ملكه، وحق ولي الجناية كان ثابتاً في قديم ملكه.

ولو كانت الجناية قتل عمد.. لم تبطل عنه بحال؛ لأن المستحق به نفسه، فلا تبطل بزوال ملك المولى؛ كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص.

* * *

(بَابُ الْمُسْتَأْمَنِ)

إِذا دخلَ تاجرُنا إِلَيْهِم بِأَمَانٍ.. لَا يحلُّ لَهُ أَن يتَعَرَّضَ لشَيْءٍ مِن مَالِهِم أَو دِمِهِمْ؛ فَإِن أَخَذَ شَيْئاً وَأخرجَهُ.. ملَكَهُ مَحْظُوراً، فَيَتَصَدَّقُ بِهِ.

وَإِن غدرَ بِهِ مَلِكُهم فَأَخذَ مَالَهُ، أَو حَبَسَهُ، أَو فعلَ ذَلِكَ غَيرُهُ بِعِلْمِهِ.. حلَّ لَهُ التَّعَرُّضُ؛ كالأسيرِ.

وَإِن أَدَانَهُ ثَمَّةَ حَرْبِيٌّ، أَو أدانَ حَرْبِيّاً، أَو غصبَ أَحدُهمَا الآخرَ وخرجا إِلَيْنَا.. لَا يُقْضَى بِشَيْءٍ.

(بَابُ المُسْتَأْمَنِ)

(إذا دخل تاجرنا إليهم بأمان.. لا يحل له أن يتعرض بشيء من مالهم أو دمهم)؛ لأن ضمن لهم أن لا يتعرض لهم بالاستئمان، فالتعرض بعد ذلك: يكون غدراً وهو حرام، إلا إذا غدر به ملكهم.

(فإن أخذ شيئاً) منهم غدراً **(وأخرجه)** إلى دارنا **(.. ملكه محظوراً)**؛ لورود الاستيلاء على مال مباح، إلا أنه حصل بالغدر.. فكان محظوراً.

(فيتصدق به) تنزهاً عنه.

(وإن غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو فعل ذلك غيره بعلمه) ولم يمنعه **(.. حل له التعرض)** لأنهم هم الذين نقضوا العهد **(كالأسير)**؛ فإنه غير مستأمن، فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعاً.

(وإن ادَّانه) - بتشديد الدال من باب افتعل - **(ثمة حربي)** أي: إن باع الحربي في دار الحرب تاجرنا متاعاً بالدين؛ فإن الإدانة: هو البيع بالدين، والاستدانة: الابتياع بالدين.

(أو أدان) تاجرنا في دار الحرب **(حربياً، أو غصب أحدهما الآخر)** أي: غصب أحدهما مالاً من الآخر في دار الحرب، **(وخرجا إلينا)** بأن كان الحربي مستأمناً **(..لا يقضي)** على واحد من التاجر والمستأمن **(بشيء)** من الإدانة والغصب.

وَكَذَا لَو فعلَ ذَلِكَ حربيَّانِ وخرجا مستأمَنَينِ.

وَإِن خرجا مُسلِمَينِ.. قَضى بِالدَّينِ لَا بِالْغَصْبِ.

أما الإدانة: فلأن القضاء يعتمد الولاية، ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً؛ لا على المسلم التاجر، ولا على المستأمن، ولا وقت القضاء على المستأمن؛ لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله، وإنما التزمه بعد استئمانه في المستقبل، فلا يقضى عليه بالإدانة التي كانت فيما مضى، وإذا لم يقض على الحربي المستأمن بها.. لم يقض على التاجر المسلم أيضاً؛ تحقيقاً للتسوية بينهما.

وقال أبو يوسف: يقضى بالدين على المسلم دون الغصب؛ لأنه التزم حكم الإسلام حيث كان، ألا ترى أنهما لو خرجا مسلمين.. يحكم عليهما بالدين، فكذا هذا، والحجة عليه ما ذكرناه من تحقيق التسوية بينهما. كذا في الزيلعي.

وقال في «فتح القدير»: لا يقضى عليه بالدين، ولكنه يقضى بأنه يجب عليه القضاء بالدين فيما بينه وبين الله تعالى. انتهى.

وأما الغصب: فلأنه صار ملكاً للذي غصبه واستولى [٦٩٥/أ] عليه؛ لمصادفته مالاً غير معصوم.

(**وكذا**) أي لا يقضي بشيء (**لو فعل ذلك**) أي الإدانة أو الغصب (**حربيان**) في دار الحرب (**وخرجا مستأمنين**)؛ لما ذكرناه من أن القضاء يعتمد الولاية، ولا ولاية عليهما أصلاً.

(**وإن خرجا مسلمين**) يعني: الحربيين أسلما في دار الحرب، ثم خرجا مسلمين بعدما أدان أحدهما صاحبه أو غصب منه شيئاً (.. **قضى بالدين**) لوقوعه صحيحاً بالتراضي بينهما، والولاية ثابتة عليهما وقت القضاء؛ لالتزامهما أحكام الإسلام.

(**لا بالغصب**) لأن الغاصب ملكه بالغصب لورود الاستيلاء على مال مباح، ولا خبث فيه، إذ لا خبث في ملك الحربي، حتى لا يؤمر بالرد.

وَلَو أسلمَ الْحَرْبِيُّ بَعْدَمَا غَصَبَهُ الْمُسلمَ ثمَّ خرجا.. يُفْتِى بِالرَّدِّ ديانَةً.

وَإِن قتلَ أَحدُ الْمُسلِمَينِ المستأمَنَينِ الآخرَ ثمَّةَ.. فَعَلَيهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ.....

(**ولو أسلم الحربي بعدما غصبه المسلم، ثم خرجا يفتى بالرد ديانة**)؛ لأنه فسد الملك لمقارنته الحرام وهو نقض العهد، ولا يقضى عليه بالرد؛ لأنه ملكه بالغصب ولو خبثاً.

(**وإن قتل أحد [المسلمين المستأمنين] الآخر ثمة**) أي في دار الحرب (.. **فعليه الدية**) في العمد والخطأ بلا ذكر خلاف في عامة النسخ في «شرح الجامع الصغير»، على ما في «العناية» و«فتح القدير».

وذكر قاضي خان في «الجامع الصغير»: أن هذا الحكم قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك وأحمد؛ لأنه قتل شخصاً معصوماً بالإسلام عدواناً، وذلك موجب للقصاص، وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى.

ولأبي حنيفة: أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطينه فيهم كان يسقط العصمة؛ فتكثيره من وجه يورث الشبهة، فيسقط القصاص.

وذكر شمس الأئمة: أن وجوب القصاص في العمد عن أبي يوسف في رواية «الإملاء»؛ لأنه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته، والمسلم من أهل دار الإسلام حيث كان، والقصاص حق المولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه إلى الإمام فيستوفيه.

قلنا: لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة؛ لأن الواحد لا يقاوم ظاهراً، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين، ولم يوجد ذلك في دار الحرب، فلم يجب؛ إذ لا فائدة للوجوب بدون الاستيفاء (**في ماله**). **أما في العمد**: فلأن العواقل لا تعقل العمد، والقصاص قد سقط بالشبهة كما ذكرناه.. فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم، فتعين أن يكون ذلك من ماله.

وَالْكَفَّارَةُ أَيْضاً فِي الْخَطَأِ.

وَإِن كَانَا أَسِيرَيْنِ.. فَلَا شَيْءَ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَأِ، وَعِنْدَهُمَا: كالمستأْمَنَيْنِ.

وَلَا شَيْءَ فِي قتلِ الْمُسلمِ ثَمَّةَ مُسلماً أَسلَمَ وَلم يُهَاجرِ: سوى الْكَفَّارَةِ فِي الْخَطَأِ اتِّفَاقًا.

وأما في الخطأ: فلأن العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة [٦٩٥/ب] مع تباين الدارين، والوجوب عليهم باعتبار تركها بتقصيرهم في حفظ القاتل.

(**والكفارة أيضاً**) أي: كلزوم الدية (**في الخطأ**) لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾.

وأما لزوم الدية.. فلأن العصمة الثابتة بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان؛ لأنه على قصد الرجوع، فكان في دار الإسلام تقديراً؛ كما أن المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع.. كان كأنه في دار الحرب، حتى لا يقتل الذمي به.

(**وإن كانا أسيرين**) فقتل أحدهما الآخر (.. **فلا شيء**) على القاتل في أحكام الدنيا (**إلا الكفارة في الخطأ**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: كالمستأمنين**) فعليه الدية في ماله في العمد والخطأ، والكفارة أيضاً في الخطأ؛ لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر؛ كما لا تبطل بعارض الاستئمان، وإنما لا يقتص لعدم المنعة.

ولأبي حنيفة: أنه بالأسر صار تبعاً لهم؛ لصيرورته مقهوراً في أيديهم، ولهذا لا يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم، فيبطل به الإحراز أصلاً؛ فصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا، على ما أشار إليه بقوله: (**ولا شيء في قتل المسلم ثمة**) أي: في دار الحرب (**مسلماً أسلم**) ثمة (**ولم يهاجر إلينا سوى الكفارة في الخطأ اتفاقاً**)؛ لأنه تابع لهم بالتوطن في دارهم، فلا عصمة في دمه، فكذا الأسير لا عصمة في دمه، ولا يرد علينا المستأمن؛ لأنه ليس بمقهور في أيديهم، فيمكنه الخروج إلينا باختياره، فلا يكون تبعاً لهم، فبقي عصمته.

* * *

(فَصْلٌ)

لَا يُمَكَّنُ مُسْتَأْمنٌ أَن يُقيمَ فِي دَارِنَا سنةً.

وَيُقَالُ لَهُ: إِن أَقمتَ سنةً.. نضعُ عَلَيْكَ الْجِزْيَةَ؛ فَإِن أَقَامَ سنةً.. صَارَ ذِمِّياً، وَلَا يُمكَّنُ مِنَ الْعودِ إِلَى دَارِهِ.

وَكَذَا لَو قيلَ لَهُ: إِن أَقمتَ شهراً أَو نَحْوَ ذَلِك فَأَقَامَ ....

(فَصْلٌ)

(**ولا يُمَكَّنُ مُستَأمن أن يقيم في دارنا سنة**) لئلا تلتحق المضرة بالمسلمين بأن يصير جاسوساً لهم وعوناً علينا، بخلاف الإقامة اليسيرة؛ لأن في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة، ففصلنا بينهما بسنة؛ لأنها مدة تجب فيها الجزية، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية.

(**ويقال له**) أي: يقول الإمام: (**إن أقمت سنة.. نضع عليك الجزية؛ فإن أقام**) بعد ذلك (**سنة.. صار ذمياً**)؛ لالتزامه الجزية المضروبة.

وذكر الإمام قاضي خان: فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة.. كان عليه الخراج؛ لأنه إنما يصير ذمياً بمجاوزة المدة المضروبة، فيعتبر الحول بعدما صار ذمياً، إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوز السنة يأخذ منه الخراج.. فحينئذٍ يأخذه منه. كذا في «العناية».

فيه إشارة إلى ما في «البدائع» من أن سبب وجوب الجزية عقد الذمة، يعني: لا تجب الجزية قبل عقد الذمة، حتى لو أعتق المسلم عبده الكافر [٦٩٦/أ].. لا يؤخذ منه الجزية قبل وضع الجزية عليه بعقد الذمة.

(**ولا يمكن**) - من التمكين - أي: بعد تمام السنة (**من العود إلى داره**)؛ لأن عقد الذمة لا ينقض؛ لأنه خلف من الإسلام.

(**وكذا**) أي يصير ذمياً (**لو قيل له: إن أقمت شهراً أو نحو ذلك**) أي: شهرين فصاعداً (**فأقام**) المدة المضروبة، يعني: إن تقدير الحول ليس بلازم، بل لو قدر

أَوِ اشْتَرَى أَرضاً، وَوُضِعَ عَلَيْهِ خراجُها، ....

الإمام أقل من ذلك على حسب ما يراه.. جاز، لكن إن لم يقدر له مدة.. فالمعتبر هو الحول لما ذكرناه أنه فاصل بين المدة القليلة والكثيرة.

(أو اشترى أرضاً ووضع عليه خراجها)، أشار إلى أن وضع خراج الأرض عليه: شرط في كونه ذمياً.

ومن المشايخ من قال: يصير ذمياً بنفس الشراء؛ لأنه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج.. صار ملتزماً حكماً من أحكام الإسلام، والصحيح: هو الأول على ما في «الهداية»؛ لاحتمال أنه اشتراها للتجارة، لا لمؤنة الإقامة في دارنا.

والمراد بوضع الخراج: التزام خراج الأرض بمباشرة سببه وهو الزراعة، أو تعطيلها عنها مع التمكن. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

لكنه تفسير لا يناسب المفسر وهو الوضع؛ لأنه فعل الواضع وهو الإمام، والالتزام المذكور فعل الملتزم وهو الذمي، فالأولى ما ذكره في «فتح القدير»؛ حيث قال: والمراد بوضع الخراج: التزامه به وأخذه منه عند حلول وقته، ومنذ باشر السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن من زراعتها إذا كانت في ملكه، أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك غيره؛ إذا كان خراج مقاسمة؛ فإنه يؤخذ منه لا من المالك، فيصير به ذمياً، بخلاف ما لو كانت الأرض التي استأجرها خراجها على مالكها؛ فإنه لا يصير ذمياً إذا حل وقت الأخذ؛ لعدم الأخذ منه؛ وكذا إذا أخذ العشر منه على قول محمد. انتهى.

ولو اشترى المستأمن في دار الإسلام عبداً مسلماً.. جاز الشراء، ويباع عليه من مسلم؛ فإن لم يعلم حتى أدخله دار الحرب.. عتق عليه عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يعتق، وبه نأخذ. كذا في «الحاوي».

وَعَلَيهِ جِزيَةُ سَنَةٍ مِن حِينِ وَضْعِ الْخراجِ، أَو نكحتِ المستأمنةُ ذِمِّياً؛ لَا لَو نكحَ هُوَ ذِمِّيَّةً؛ فَإِن رَجَعَ إِلَى دَارِهِ.. حلَّ دَمُهُ.

وَإِن كَانَ لَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُسلِمٍ، أَو ذِمِّيٍ، أَو دَينٌ عَلَيْهِمَا فَأُسِرَ أَو ظُهِرَ عَلَيْهِم.. سقطَ دَينُهُ وَصَارَت وديعتُهُ فَيْئاً.

ولو أسلم عبد ذمي أو جارية.. عرض عليه الإسلام؛ فإن أسلم.. فبها، وإلا.. يباع عليه من مسلم، أي: يجبره القاضي بالبيع من مسلم، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

(وعليه) أي: على من صار ذمياً بإقامة المدة المضروبة أو بوضع الخراج عليه.

واعلم: أنه بعد كونه ذمياً يمنع من الخروج إلى [٦٩٦/ب] دار الحرب على ما مر، ويجري القصاص بينه وبين المسلم، ويجب الضمان في إتلاف خمرهِ وخنزيره، ويجب الدية بقتله خطأً.

(جزية سنة من حين وضع الخراج)، أو حين تمام المدة المضروبة.

(أو نكحت المستأمنة ذمياً). فإنها تصير ذمية تبعاً لزوجها، **(لا لو نكح هو)** أي: الحربي **(ذمية)**؛ لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده، فلم يكن ملتزماً المقام في دارنا بهذا النكاح.

(فإن رجع) المستأمن **(إلى داره.. حل دمه)**؛ لأنه أبطل أمانه، فزالت عصمته.

(وإن كان له وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينٌ عليهما فأسر) ذلك الحربي **(أو ظهر عليهم)** وقتل **(.. سقط دينه)**؛ لأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة، وقد سقط بهذا، ويد من عليه الدين أسبق إليه من يد العامة، فيختص به ويسقط.

(وصارت وديعته فيئاً)؛ لأنها في يده حكماً؛ لأن يد المودع كيده، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه.

قيل: هذا منقوض بما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب، ثم ظهر على الدار؛ فإنها تكون فيئاً، فلم تكن يد المودع كيد المودع.

وَإِن قُتِلَ وَلم يُظْهَرْ عَلَيْهِم، أَو مَاتَ.. فهما لوَرَثَتِهِ.

فَإِن جَاءَنَا بِأَمَانٍ وَلهُ زَوْجَةٌ هُنَاكَ وَولدٌ وَمَالٌ عِنْدَ مُسلمٍ أَو ذمِّيٍّ أَو حَرْبِيٍّ فَأسلمَ هُنَا ثمَّ ظُهِرَ عَلَيْهِم.. فَالْكلُّ فَيْءٌ.

وأجيب: بأن يد المودع كيد المودع إذا اتفقا عصمة وقت الإيداع، وفي صورة النقض ليس كذلك؛ لأن دار الحرب ليست دار عصمة.

وعن أبي يوسف: أن الوديعة فيما نحن فيه تصير ملكاً للمودع؛ لأن يده فيها أسبق.. فكان بها أحق.

لو كان له رهن عند مسلم أو ذمي.. فللمرتهن أخذه لدينه عند أبي يوسف.

وقال محمد: إنه يباع ويوفى بثمنه الدين، والفاضل لبيت المال.

(وإن قتل ولم يظهر عليهم أو مات.. فهما) أي: الدين والوديعة **(لورثته)**؛ لأن نفسه لم تصر مغنومة.. فكذلك ماله؛ لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه، أو على ورثته من بعده.

(فإن جاءنا) حربي **(بأمان وله زوجة هناك)** أي: دار الحرب **(وولد)** صغير وكبير **(ومال)** أي: في دار الحرب **(عند مسلم، أو)** عند **(ذمي، أو عند حربي فأسلم)** أي: من جاءنا بأمان **(هنا)** أي: في دار الإسلام - وكذا الحكم لو صار ذلك المستأمن ذمياً في دارنا على ما في التحريم - **(ثم ظهر عليهم.. فالكل فيء)**. أما المرأة وولده الكبير: فلأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً؛ لأنه جزؤها، فيرق برقها.

وأما ولده الصغير: فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يد أبيه وتحت ولايته، ومع [٦٩٧/أ] تباين الدارين.. لا يتحقق ذلك.

وكذا أمواله لا تصير محرزاً بإحراز نفسه؛ لاختلاف الدارين، فبقي كله فيئاً وغنيمة.

وَإِن أَسلمَ ثمَّةَ ثمَّ جَاءَ فَظُهِرَ عَلَيْهِم.. فطفلُهُ: حُرٌّ مُسلِمٌ، ووديعتُهُ عِنْدَ مُسلمٍ أَو ذمِّيٍّ: لَهُ، وَغيرُ ذَلِكَ: فَيْءٌ.

ولو سبي الصبي في هذه المسألة بدون الأم وصار في دار الإسلام.. فهو مسلم تبعاً للدار ولأبيه.

ولو سبي مع الأم.. فإنه يصير مسلماً تبعاً لأبيه، بخلاف ما قبل إخراجه إلى دار الإسلام؛ حيث لا يكون مسلماً لما ذكرناه من اختلاف الدارين.

ثم هذا الصبي رق على حاله، وكونه مسلماً تبعاً لا ينافي الرق في البقاء، وإنما ينافي الإسلام الرق في الابتداء. هذا في بيان ما تركه المستأمن في دار الحرب، ثم صار من أهل دارنا بالإسلام أو بالذمة.

ثم شرع في بيان ما تركه الحربي إذا أسلم في دار الحرب وجاءنا مسلماً وترك أمواله وأولاده ثمة، فقال:

(وإن أسلم) أي الحربي **(ثمة)** أي: في دار الحرب **(ثم جاء)** إلينا **(فظهر عليهم.. فطفله حر مسلم)** تبعاً لأبيه؛ لأنه كان تحت ولايته حين أسلم؛ لأن الدار واحدة، حتى لو كان الطفل في بلده وأبوه في بلدة أخرى من دار الحرب.. يصير مسلماً تبعاً له، واختلاف البلدة لا يضر بعد اتحاد الدار على ما في «فتح القدير».

(ووديعته عند مسلم أو ذمي: له)؛ لأنه في يد محترمة ويده كيده؛ لأنه نائب عنه في الحفظ.

بخلاف ما كان في يد مسلم أو ذمي غصباً عند أبي حنيفة.. فإنه يكون فيئاً؛ لعدم النيابة.

وعند أبي يوسف ومحمد: يجب أن لا يكون فيئاً إلا ما كان من غصب عند حربي، وهو قول مالك والشافعي وأحمد أيضاً.

(وغير ذلك: فيء). أما امرأته وأولاده الكبار: فلما ذكرناه من أنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع.

وَمَن أسلَمَ ثَمَّةَ وَلَهُ هُنَاكَ وَارِثٌ مُسلِمٌ فَقتلَهُ مُسلِمٌ عمداً أَو خطأً.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَأ.

وأما ماله الذي في يد الحربي: فلأنه لم يصر معصوماً.

وأما في يد الغاصب: فلعدم كونه في يد محترمة.

(**ومن أسلم ثمة وله هناك وارث مسلم فقتله مسلم عمداً أو خطأ.. فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ**). وقال الشافعي: تجب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد، وهو قول مالك وأحمد؛ لأنه أراق دماً معصوماً بالإسلام؛ لأنه مستجلب للنافع والكرامة، فيكون عاصماً، فتجب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد؛ لوجود المدار وهو العاصم، وهذا لأن العصمة على نوعين:

الأول: مؤثمة تستتبع الإثم في الآخرة وهو الأصل؛ لحصول أصل الزجر بها؛ فإن من علم أنه يأثم بقتل.. ينزجر عنه نظراً إلى الجبلة السليمة [٦٩٧/ب] عن الميل عن الاعتدال، وهذا النوع ثابت فيما نحن فيه إجماعاً؛ لأنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلماً في أيّ موضع كان، ولو كان في دار الحرب.

والثاني: مقومة، تستتبع القيمة، وهذا النوع كمال في الأوّل؛ لأنه إذا وجب الإثم والمال.. كان ذلك أكمل وأتم في المنع من الذي وجب فيه الإثم فقط، فكان هذا النوع وصفا أبداً على الأول، فيتعلق بما يتعلق به الأول؛ لكونه تابعاً له، والأول يتعلق بالإسلام فكذا الثاني، فيجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب إن خطأ، والقصاص إن عمداً، لوجود العصمة المقومة بالإسلام ولو في دار الحرب.

ولنا قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ فسّره أبو حنيفة بمن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا.

ووجه الاستدلال به: أنه تعالى جعل تحرير الرقبة كل الموجب؛ حيث ذكره بحرف الفاء؛ فإنه للجزاء، والجزاء اسم لما يكون كافياً؛ فإذا كان كافياً.. يكون كل

وإذا قُتِلَ مُسلمٌ لَا وليّ لَهُ خطأً أَو مستأمنٌ أسلمَ هنا .. فللإمامِ أَخذُ الدِّيَةِ مِن عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ.

الموجب؛ ولأنه ذكره وسكت عليه، والسكوت في معرض البيان يفيد الحصر عليه، فيبقى غيره، ولأن العصمة المؤثمة ليست بسبب الإسلام، بل بالآدمية؛ لأن الآدمي التزم أعباء التكاليف، ولم يتيسر له ذلك إلا بأن يكون دمه حرام التعرض، إلا أنه تعالى أبطل ذلك في حق الكافر الحربي بكفره؛ فإذا زال الكفر بالإسلام.. عاد إلى الأصل، والأموال وإن خلقت مباحة الأصل.. لكنها تابعة للآدمية لينتفع بها، ويتمكن التيسر لإيتان التكاليف، فتكون معصومة أيضاً تبعاً لها.

وأما العصمة المقومة.. فالأصل فيها الأموال؛ لأن التقوم يوزن بجبر الفائت، والجبر إنما يكون في الأموال دون الأنفس؛ لعدم المماثلة بينها وبين ما يجبر به أصلاً على ما في «الأصول».

وإذا كان الأصل فيها الأموال.. كانت النفوس تابعة لها فيها، فلم تكن المقومة وصفا تابعاً للمؤثمة على ما قاله الخصم، بل كان أصلاً مخصوصاً.

ثم العصمة المقومة في الأموال إنما هي بالإحراز بالدار، وذلك إنما يكون بالمنعة.. فكذلك في النفوس لكونها تابعة لها فيها على ما ذكرناه، ولكن لا منعة لدار الحرب؛ لأن الشرع أسقط منعة الكفر ما دام في الحرب؛ فإذا لم يكن لها منعة.. لا يوجد الإحراز، فلا توجد العصمة المقومة، فلا يجب الدية والقصاص.

(**وإذا قُتِلَ**) - على صيغة [٦٩٨/أ] المجهول - (**مسلم لا ولي له خطأ، أو مستأمن أسلم هنا**) أي: في دار الإسلام (.. **فللإمام أخذ الدية من عاقلة القاتل**) وعليه الكفارة؛ لأنه قتل نفساً معصومة خطأ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة، وإنما كان حق الأخذ للإمام؛ لأنه لا وارث له.

ومعنى قوله: «فللإمام»؛ لأنه لا وارث له، ومعنى قوله: «فللإمام أخذ الدية» أن يأخذه ليضعه في بيت المال؛ لأنه نصب ناظراً للمسلمين، وهذا من النظر لا بمعنى أنه يملكه.

وَفِي الْعمدِ: لَهُ أَن يقْتَصَّ أَو يَأْخُذَ الدِّيَةَ إِن شَاءَ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفوُ مجَّاناً.

(وفي العمد: له) أي: للإمام **(أن يقتصّ أو يأخذ الدية [إن شاء])**؛ لأن النفس معصومة، والقتل عمد، والوليّ معلوم وهو العامّة، أو السّلطان؛ لما روي: «إن السّلطان وليّ من لا وليّ له».

ثم أخذ الدية ههنا إنما شرع بطريق الصلح؛ لأن موجب العمد هو القصاص عيناً، وإنما شرع هذا؛ لكونه أنفع من القصاص، فمع هذا: إن القصاص قد يكون أنفع لهم من الدية من حيث ينزجر أمثاله، فلذا خيّر بين الدية والقصاص.

(وليس له) أي: للإمام **(العفو مجّاناً)**؛ لأن الحق للعامّة، وولايته نظريّة، وليس من النظر إسقاط حقّهم مجّاناً.

ولو كان المقتول لقيطاً، فقتله الملتقط أو غيره خطأً.. فلا إشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه، ولو كان القتل عمداً فإن شاء الإمام.. قتله، وإن شاء.. صالحه على الدية كما في مسألة الكتاب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

وقال أبو يوسف: عليه الدية في ماله، ولا أقتله؛ لأنه لا يخلو عن ولي كالأب ونحوه إن كان ابن رشده، وكالأم إن كان ابن زنا، فاشتبه من له حق القصاص، فلا يستوفى كالمكاتب الذي قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء.

ولهما: أنه لا يعلم له ولي، ولا هو في مظنته، واحتمال كونه له في نفس الأمر: لا يفيد؛ إذ لا ينتفع به، فكان وجوده في نفس الأمر وعدمه سواء؛ لأنه لا يقدر على الانتفاع به، فتنتقل الولاية إلى السلطان أو إلى العامّة كما في الإرث .

* * *

(بَابُ الْعشْرِ وَالْخَرَاجِ)

(باب العشْرِ وَالخَرَاج)

لما ذكر ما يصير به الحربي ذمياً.. شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه، وذكر العشر استطراداً، لأنَّ سبب كل منهما: هو الأرض النامية، وقدمه على الخراج؛ لكونه من الوظائف الإسلامية، وهو بضم العين: أحد أجزاء العشرة.

والخراج، اسم لما يخرج من غلة الأرض، ثم سمّي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس على ما سيأتي بيانها.

واعلم: أن الأراضي؛ إما عشرية، أو خراجيّة، أو شرائيّة [٦٩٨/ب]، أو ميريّة، ويقال لها في عرف الفقهاء أرض مملكة على ما صرّح به في «قاضي خان» و«البزازية» و«الخزانة».

والأوليان على ما سيأتي تحديدهما: مملوكتان لأصحابهما يصح بيعهما وشراؤهما وتوريثهما ووقفهما، حتى لو وقف أرضه العشرية أو الخراجية.. صحّ وقفهما، لكن لا يسقط منهما العشر والخراج بالوقف، والبناء عليه على ما في «الفتاوى»، بل يؤخذ العشر من العشرية والخراج من الخراجية، ثم يصرف الباقي إلى مصارف الوقف.

والحاصل: إنّ صاحبهما يتصرف فيهما كسائر أملاكه.

وكذا الثالث، وليس فيه مؤنة العشر والخراج أصلاً.

قال في «البزازية» من باب الخراج: اشترى أرض خراج وبنى عليها داراً.. فالخراج على المشتري؛ لأنه المعطل. انتهى.

لا يقال: هذا مخالف لما ذكرت من أن الأرض الشرائية لا مؤنة فيها من العشر والخراج؛ لأنا نقول: ليس المراد بالشرائية: المشترى بطريق ما مطلقاً حتى يرد ما

ذكرت، بل المراد بها: أرض أميرية اشتريتها من السلطان أو نائبه بثمن معين؛ فإن هذه الأرض لا مؤنة فيها أصلاً، بل في حكم سائر الأملاك على ما سيأتي ذكره.

ومنه ظهر: أنّ ما وضعه السّلطان في الدور والمنازل المملوكة لأصحابها الواقعة في البلاد الإسلاميّة المبنية على الأراضي الأميرية بإذن نائب السلطان من المقاطعات والمقابلات، ويسمّونها باسم: «رسم الزمين» ويأخذونها في كل سنة.. مما لا أصل لها في الشرع، بل هي من النوائب السلطانية المحضة؛ لأن المأخوذ:

إن كان في مقابلة رقبة الدار.. فهو باطل؛ إذ لا مؤنة في رقبة الدار المملوكة بالإجماع.

وإن كان في مقابلة أرضها.. فهو أيضاً باطل؛ لأنه لما بني على تلك الأرض بالشراء من السلطان أو نائبه.. فهي ملحقة بالبناء، فيكون ملكاً له.

نعم لو أذن السلطان بالبناء على الأرض في مقابلة شيء في كلّ سنة أو شهر وبني عليها.. يؤخذ منه في كل سنة ذلك المقدار، لكن الواقع في زماننا ليس كذلك، بل وكيل السلطان يأخذ فيمن يريد البناء مقدار الثمن ويأذن البناء، فتكون الأرض شرائية فيملك رقبتها.

وأما الرابعة: فهي غير مملوكة لأحد، ورقبتها لبيت المال، وتفسيرها على ما في «البزازية» على وجهين:

أحدهما: أن تكون أراضي لا مالك لها، فيعطيها الإمام لرجل ليقوم عليها [٦٩٩/أ] كالمالك، ويعطي الخراج.

والثاني: أن المالك إذا عجز عن أداء الخراج.. يعطيها الإمام لرجل ويقوم مقام المالك في إعطاء الخراج والزراعة، ولا يملك هذا الرجل بيعها؛ لأن الإمام ما ملكها له، وإنما أقامه مقام المالك في أمر خاص، لكن الإمام يأخذ الخراج من نصيب الدهقانية، وكذا يؤاجرها الإمام ويأخذ الخراج من الأجرة.

ولو باع الإمام وأعطى الثمن للمالك وأخذ الخراج من المشتري.. جاز. قيل: جواز البيع قولهما، وقيل: قول الكلّ. انتهى.

والأراضي التي فتحها الإمام عنوة، ولم يقر أهلها عليها، ولم يقسمها بين الغانمين، بل أمسكها لبيت المال: من قبيل الرابعة، وأكثر أراضي هذه الديار كذلك؛ لأن الإمام لم يملكها حين فتحها لأحد من المسلمين حتى تكون عشرية، ولا لأهلها حتى تكون خراجيّة.

وكذلك من هذا القبيل: الأراضي التي مات مالكها ولم يخلف ورثة، وانتقلت الأرض إلى بيت المال، وكلّ من هذه الأراضي لا يجوز بيعها، ولا شراؤها، ولا وقفها - لا لمتصرفها، ولا لمن وكّل من طرف الإمام لأخذ خراجها - ولا توريثها لأن هذه التصرفات مدارها الملك، ولا ملك في هذه الأراضي.

وأما انتقالها بعد موت المتصرف في زماننا إلى أولاده الذكور.. فليس بطريق الإرث، بل بطريق القانون عن الإمام، وإلا.. لاستوى فيه سائر الورثة.

وقال في «قاضي خان» في بيان الوجه الثاني لما ذكره البزازي: إذا عجز صاحب الأرض ولم يجد ما ينفق في عمارتها.. يدفعها الإمام إلى غيره مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع، وتكون الغلة لصاحب الأرض، يؤدّي عنها الخراج ويمسك ما بقي.

وإن لم يجد الإمام من يأخذها مزارعة.. يؤاجرها الإمام، فيكون الأجر لصاحب الأرض يؤدّي عنه الخراج.

وإن لم يجد من يستأجرها.. يبيعها، فيكون الثمن لصاحب الأرض يؤدّي عنه الخراج ويمسك الفضل.

وإن لم يجد من يشتريها.. يدفع إليه من بيت المال مقدار ما ينفق في عمارة الأرض قرضا؛ لأن الإمام مأمور بتثمير مال بيت المال بأي وجه يتهيأ له.

قالوا: هذا قول أبي يوسف ومحمّد؛ أما على قول أبي حنيفة: لا يبيع ولا يؤاجر؛ لأن ذلك حجر، وعنده: الحجر على الحر العاقل البالغ باطل.

وكذا قرية فيها أراض مات أربابها أو غابوا عنها، وعجز أهل القرية على خراجها فأرادوا التسليم إلى [٦٩٩/ب] السلطان.. فإن للسلطان أن يفعل ما قلنا؛ فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه.. يبيعها من غيره، ثم يشتري من المشتري. انتهى.

فقد صرّح بجواز بيع الإمام الأراضي الأميرية وشرائها لنفسه ولم يقيّده بوقت، وقيّده في «فتح القدير» بوقت الضرورة؛ حيث قال: إن الأراضي التي كانت لبيت المال.. لا يصح بيع الإمام ولا شراؤه إلا عند الضرورة؛ لأن نظره في مال المسلمين كنظره في مال اليتيم، فلا يجوز له بيع عقاره إلّا لضرورة عدم وجود ما ينفعه سواه.

وقال في «البحر»: أن بيع الإمام أراضي بيت المال لا ينحصر وقت الضرورة، بل: له بيعها لغير حاجة إذا رغب فيه الناس، فيضعف قيمته على المفتى به كما في مال اليتيم، وسننقله بعبارتهما عند شرح قول المصنف: «وأرض السواد خراجية».

ثم جواز شراء الإمام الأراضي الأميرية لنفسه لا يختص بصورة بيعها من الغير على ما حققه في «قاضي خان»، بل يجوز شراؤها لنفسه ممن ولاه لحفظ بيت المال على ما سيأتي من الكتابين المذكورين.

فإذا جاز بيع الإمام الأراضي الأميرية من الغير؛ فإنِ اشتراها شخص من الإمام بشرطه شراء صحيحاً.. يملكه كسائر أملاكه، ويتصرف فيها تصرف الملك من البيع والهبة والتوريث والوقف، حتى لو وقفها.. يصحّ وقفه بلا مؤنة من العشر والخراج؛ لأنه ملكها بالشراء، فلا يؤخذ منه العشر ولا الخراج كما في سائر أملاكه.

بخلاف الأراضي العشرية: فإنها وإن كانت ملكاً له أيضاً: إلا أنه ملكها بتمليك الإمام أول الفتح بوضع العشر عليها لا بالشراء وأخذ الثمن لبيت المال، ثم لا يرتفع العشر عمن ملكها بعده؛ وكذا الخراجية.

ثم اعلم: أنه قد ظهر مما ذكرناه من «البزازية» و«قاضي خان»: أن الإمام إذا دفع أراضي المملكة إلى قوم يدفعها بطريقين:

أحدهما: إقامتهم مقام الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج.

والثاني: بطريق الإجارة.

وبه صرّح في «التاتارخانية»؛ حيث قال: السلطان إذا دفع أراض لا مالك لها - وهي التي تسمّى أراضي المملكة - إلى قوم ليعطوا الخراج.. جاز، وطريق الجواز أحد الشيئين؛ إما إقامتهم مقام الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج، أو الإجارة بقدر الخراج، ويكون المأخوذ منهم خراجاً في حق الإمام، أجرة في حقهم. انتهى [٧٠٠/أ].

أي: يكون على كلا الطريقين خراج مقاسمة يصرف إلى مصارف الخراج، والرأي في مقدار المأخوذ إلى الإمام؛ إن أراد.. يأخذ عشر الحاصل، وإن أراد.. يأخذ ثمنه أو ربعه أو نصفه لا أكثر من نصفه، لكنه في الطريق الثاني يكون خراجاً بالنسبة إلى المتصرف، وهذا ما لا شبهة فيه.

وإنما الشبهة: فيما أخذه المتصرّف إذا فوّض ما في يده من أراضي المملكة إلى الغير بإذن صاحب الملك، وفيما أخذه صاحب الملك إذا فوض ما تركه المتصرف بلا ولد ذكور من أراضي المملكة.. فهل له مساغ شرعي أم لا؟

فانظر إلى ما في «الطريقة» قال فيها: وأمر الأراضي في زماننا مشوّش جداً، إذ أصحابها يتصرفون فيها تصرف الملاك من البيع والإجارة والمزارعة ونحوها، ويؤدون خراجها من الموظف والمقاسمة إلى المقاتلة أو غيرها ممن عيّنه السلطان، إلا أنّهم إذا باعوا.. أخذ بعض الثمن ممن عيّنه السلطان لأخذ الخراج، وإذا ماتوا؛ فإن تركوا أولاداً ذكوراً.. يرثونها فقط دون سائر الورثة، ولا يقضى منها ديونه، ولا ينفذ وصاياه، وإلا.. فيبيعها من عيّنه السلطان.

فإذا اعتبرنا باليد وقلنا: إن الأرض ملك لذي اليد.. يلزم أن يكون ميراثاً لكل الورثة بعد أن يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، فحرمان ما عدا الأولاد الذكور وعدم القضاء والتنفيذ.. ظُلمٌ.

وتصرّفهم فيها وتصرّف مَن عيَّنه السلطان إن لم يكن في الورثة أولاد ذكور.. تصرف في ملك الغير، فيكون الحاصل منها خبيثاً.

وكذا ما قال في «التاتارخانية»: رجل غصب أرضاً فأجرها وأخذ غلّته، أو زرع الأرض كراً فخرج منه ثلاثة أكرار.. يأخذ رأس ماله الكر، ويتصدّق بالغلة والكرين، ويضمن النقصان، وهذا في قولهم جميعاً. انتهى.

ويكون أخذ بعض الثمن أو كلّه في البيع حراماً لمن عيّنه السلطان، وبمرور الأزمان تخرج الأراضي أو أكثر عن ملك ذي اليد بالكلية، وفيه فساد عظيم.

وإن قلنا: إن الأراضي ليست بمملوكة لأصحابها، ورقبتها لبيت المال؛ إذ المعهود في زماننا وفيما تقدم ممّا يعرفه آباؤنا وأجدادنا: أن السلطان إذا فتح بلدة لا يقسم أراضيها بين القائمين، وهذا جائز؛ إذ الإمام مخيّر بين القسمة، والإبقاء للمسلمين إلى يوم القيامة، وبوضع الخراج: يكون تصرف ذي اليد فيها بأحد طريقين:

أحدهما: إقامتهم مقام [٧٠٠/ب] الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج.

وثانيهما: الإجارة بقدر الخراج، ويكون المأخوذ منهم: خراجاً في حق الإمام، أجرة: في حقّهم على ما صرّح به في «التاتارخانية».

وعلى كلا التقديرين لا يجري فيه البيع والهبة والشفعة والوقف والإرث ونحوها:

أما على الأوّل: فلأنَّ إقامتهم مقام الملاك لضرورة صيانة حق المقاتلة عن الضياع - أعني: الخراج - فيتقدر بقدرها، ولا يتعدى إلى غير الصّيانة من البيع والهبة والشفعة ونحوها؛ لعدم الضرورة فيها.

وأما على الثاني: فظاهر؛ إذ ليس للمستأجر بيع ما استأجره، ولا هبته، ولا وقفه ونحوها، فيكون بيع ذي اليد باطلاً، وثمنها حراماً ورشوة.

وهذا؛ أي: اعتبار أنَّ الأراضي ليست بمملوكة لأصحابها ورقبتها لبيت المال: أصح الاحتمالين، وأقلّ مخالفة للشرع الشريف وضرراً للناس، فيجب الحمل عليه، فيكون الانتقال لأولاده الذكور بأحد الطريقين المذكورين أيضاً لا بالإرث.

وأما جعل بيعها إجارة فاسدة ليحلّ مقدار أجر المثل للبائع ففاسد جدّاً لا وجه له أصلاً:

أما أوّلاً: فلأن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع في القول المختار للفتوى؛ خصوصاً إذا لم يوجد التوقيت، قال الإمام قاضي خان: والفتوى على أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع والشراء.

وفي «العتابية»: والأظهر أنها تنعقد بلفظ البيع إذا وجد التوقيت.

وأما ثانياً: فلأنّه قد سبق أن الإقامة مقام الملاك ليس من كل جهة، بل لضرورة صيانة حق المقاتلة.

فلا يملك الإجارة في الطريق الأول؛ لعدم الضرورة في إيجادها.

وكذا في الثاني لوجهين:

الأول: أن كون الخراج أجرة في حق ذي اليد؛ لضرورة عدم تحقق حقيقته ومعناه ههنا؛ لأنه مؤنة الأرض، والمؤنة لا تجب إلا على المالك، فجعله أجرة في حق ذي اليد لضرورة عدم تحقق حقيقته ومعناه ههنا؛ لأنه مؤنة الأرض لهذه الضرورة فقط، ولهذا سقط وجوب بيان قدر الأجرة وجاز مع جهالتها في خراج

المقاسمة، فهو في الحقيقة: خراج، ولذا لا يجوز صرفه إلّا إلى مصارف الخراج؛ فإذا لم يكن أجرة حقيقة ومن كل وجه.. لا يجوز لصاحبها إجارتها.

والثاني: أن الخراج يؤخذ من المتصرف؛ فإذا كان شراؤه استئجاراً وثمنه أجرة معجلة.. لا يمكن أن يجعل الخراج أجرة بالنسبة إلى المتصرف [٧٠١/أ]، بل يجب حينئذٍ أن يجب الخراج على البائع ويؤخذ منه.

وأما ثالثاً: فلأنّ البائع أو المشتري قد يموت في مدّة قريبة، فتنفسخ الإجارة، فيجب ردّ الأجرة المعجلة، فالحّق: أن بيعها باطل، والمأخوذ رشوة يجب ردّها إلى معطيها. انتهى.

قوله: «وأما جعل بيعها إجارة فاسدة» أورد على مولانا أبي السعود؛ فإنه قال: إن الأراضي المملكة في أيدي أصحابها عارية.. فبيعهم باطل، والثمن حرام، وأفتى به، ثم رجع عنه وقال: إن بيعها إجارة فاسدة يحل أجر المثل للمؤجر.

وقوله: «فلأنَّ الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع» أقول: إن لفظ البيع لا يخلو من أن أضيف إلى المنفعة أو إلى العين:

فإن أضيف إلى المنفعة بأن قال: بعت منافع داري أو عبدي شهراً بكذا، أو منافع نفسي شهراً بكذا.. ففي «الخلاصة» و«البزازية» نقلاً عن «العيون»: إن الإجارة في أمثالها فاسدة - أي: باطلة - بدليل تعليلهما بأن المنافع معدومة، والمعدوم لا يصلح محلاً للبيع، فيكون باطلاً.

ثم ذكرا نقلاً عن شيخ الإسلام: أن في أمثال هذه المسائل اختلاف المشايخ.

وقال في «كشف الكبير»: الصحيح أنّ هذه العقود لا تجوز؛ لعدم المحل، فظهر منه أن انعقاد الإجارة بلفظ البيع المضاف على المنفعة مختلف فيه، والصحيح: عدم انعقادها.

ولهذا قال في «السراج الهندي»: لو قال: بعت منك منافع داري أو عبدي.. لا ينعقد به الإجارة؛ لعدم المحل؛ كما لم تنعقد فيها إذا أضيف إليها لفظ الإجارة بأن قال: آجرتك هذه الدار، لا إلى المنفعة.

وإن أضيف لفظ البيع إلى العين.. فلا يخلو؛ إما أن يكون المبيع ممّا يصلح محلاً للبيع، أو مما لا يصلح محلاً له؛ فإن كان مما لا يصلح كقول الحر: بعت منك نفسي شهراً بكذا لعمل كذا.. ينعقد إجارة على ما ذكره في «الخلاصة» و«البزازية»، ثم قالا: وعن الكرخي: أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع، ثم رجع وقال: تنعقد. انتهى.

فالظاهر منه: أن الإجارة تنعقد في هذه المسألة إلا على القول المرجوع عنه عن الكرخي.

وجزم في «التوضيح» و«التلويح» بانعقاد الإجارة بلفظ البيع في هذه المسألة بلا ذكر خلاف أصلاً، والذي ظهر من «كشف الكبير» و«التقرير»: أن انعقادها في هذه المسألة قول بعض المشايخ، وهو: المختار.

والحاصل: أن الإجارة تنعقد بلفظ البيع في مسألة الحر، لكن بذكر المدة والأجرة والعمل [٧٠١/ب]، حتى لو ترك واحداً من هذه الثلاثة.. يفسد العقد كما في «التلويح».

وقال في «الكشف الكبير»: فإن ترك واحداً من هذه القيود الثلاثة.. يفسد العقد كما في صريح الإجارة. انتهى.

والذي ظهر منه: أنّ الإجارة في مسألة الحر عند ترك أحد القيود الثلاثة: فاسدة لا باطلة، سيّما قول «الكشف» كما في صريح الإجارة؛ فإنه لو قال: آجرت نفسي بكذا لعمل كذا، ولم يذكر المدّة.. تكون فاسدة لا باطلة، وكذا لو قال: آجرت نفسي شهراً بكذا، ولم يذكر العمل.. تكون فاسدة لا باطلة.

وإن كان العين ممّا يصلح محلّاً للبيع نحو: «بعت عبدي أو داري منك بكذا»؛ فإن لم يذكر المدة.. ينعقد بيعاً لا محالة؛ لإمكان العمل بحقيقة البيع مع فقد شرط المجاز، وهو بيان المدّة.

وإن ذكر فيه المدة بأن قال: بعت منك عبدي شهراً بكذا؛ فإن لم يسمّ جنس الفعل.. فلا رواية فيه، وإن سمّاه، مثل: «بعت منك عبدي شهراً بكذا لعمل كذا».. ينعقد إجارة؛ لأن إطلاق البيع على الإجارة مجاز متعارف عند أهل المدينة، فيجوز عند غيرهم أيضاً إذا اتفق المتعاقدان عليه على ما في «الأسرار».

ويجوز أن ينعقد بيعاً صحيحاً لإمكان العمل بالحقيقة بحمل المدة على تأجيل الثمن؛ لأن ذكر المدة في مثل هذا المقام إنما تكون لتأجيل الثمن، لا لتوقيت المبيع.

ويجوز أن ينعقد بيعاً فاسداً؛ لأن الحمل على الحقيقة القاصرة أولى من الحمل على المجاز وهو الإجارة، والبيع الفاسد بيع حقيقة، لكنه قاصر حتى لا يفيد الملك بدون القبض، فيكون الحمل عليه أولى من الحمل على الإجارة. كذا في «الكشف» و«التلويح».

إذا عرفت هذا.. فما نحن فيه - أعني: مسألة بيع أراضي المملكة - ليس من قبيل ما أضيف لفظ البيع إلى المنفعة؛ إذ لم يسمع أصلاً أنهم يقولون في وقت البيع: بعت منك منافع هذه الأرض، بل يقولون: بعت منك هذه الأرض بكذا، فيكون من قبيل إضافة البيع إلى العين الغير الصالح للبيع؛ لأن أرض المملكة لا تصلح للبيع إلا للإمام وقت الضرورة؛ فإن كان البائع هو الإمام أو من عيّنه الإمام لأخذ الخراج:

فإن كان وقت الضرورة.. يحمل على حقيقة البيع.

وإن كان غير وقت الضرورة.. يحمل على الإجارة مجازاً؛ صيانة لكلامه عن اللغو، لكنها فاسدة؛ لعدم ذكر المدة والعمل، فيكون ما أخذه معجّلاً محمولاً على أجر المثل، يحلّ له أخذه [٧٠٢/أ] لبيت المال.

وان فسخ الإجارة قبل استيفاء قدر المعجلة.. يلزمه ردّه على صاحبه.

وإن كان البائع هو المتصرّف:

فإن كان تصرّفه بإقامة الإمام أو من عيّنه الإمام مقام الملّاك في الزراعة وإعطاء الخراج.. فلا ينعقد بيعه أصلاً.

وإن كان تصرّفه بطريق الإجارة من الإمام لو ممّن عيّنه الإمام؛ فإن باعه بلا إذن من الإمام.. أو ممّن عيّنه الإمام.. لا ينعقد أصلاً أيضاً، وإن باعه بإذن أحدهما.. يحمل على الإجارة الفاسدة أيضاً؛ لأن المؤجر في الحقيقة هو الإمام، فيكون ما أخذه الإمام أو ممن عيّنه معجّلة لبيت المال، وما أخذه ذلك البائع لا يحلّ له أخذه.

والواقع في زماننا: أنهم باعوها بإذن من عيّنه الإمام لأخذ الخراج، ويأخذ كل من البائع وممّن عيّنه الإمام قدراً من المعجّل، فيحلّ ما أخذه من عيّنه الإمام لبيت المال، ولا يحلّ ما أخذه البائع له، إلا إن باعه قبل استيفاء ما عجّله للإمام أو لمن عيّنه الإمام؛ فإنه حينئذ يحلّ له أخذ مقدار ما بقي من المعجّل.

فعلى هذا: قوله: «فلأنّ الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع» في القول المختار، بل لا يصحّ على إطلاقه لما ذكرناه: أنها تنعقد بلفظ البيع إذا أضيف إلى العين في غير أرض المملكة، ويدفع بحمل مراده على أنّها لا تنعقد به في المملكة، وفيما كان العاقد هو المتصرف لا الإمام.

وأما ما نقله عن «العتابية».. فهو محمول على ما أضيف البيع إلى العين في غير أرض المملكة، فيكون معناه أنها تنعقد صحيحاً بلفظ البيع إذا وجد التوقيت؛ لما ذكرناه: أنها لا تنعقد حين أضيف البيع إلى المنافع وإن وجد التوقيت، وأما إذا أضيف إلى العين؛ فإن وجد التوقيت والأجرة والعمل.. تنعقد الإجارة صحيحاً، وإن لم يوجد واحد منها.. تنعقد فاسداً، فحمل ما نقله عن «العتابية» غير محمل ما ذكره قبله.

أَرضُ الْعَرَبِ عُشْرِيَّةٌ، وَهِيَ: مَا بَينَ العَذيبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرَ............

وقوله: «لا يجوز لصاحبها إجارتها»:

إن أراد: أنه لا يجوز بدون إذن الإمام أو من عيّنه الإمام.. فمسلم.

وإن أراد: أنّه لا يجوز مع إذن واحد منهما.. فممنوع، بل جائز لكنه لا يحلّ له أخذ المعجّل.

والحاصل: أن بيع أرض المملكة وإجارتها وأخذ أجرتها لا مساغ له في الشرع للمتصرف أصلاً، ويجوز بيعها وأخذ ثمنها للإمام وقت الضرورة أو زيادة رغبة الناس، ويجوز إجارتها وأخذ أجرتها له مطلقاً.

فما ذكره المحقق من الرد على أبي السعود [٧٠٢/ب] وارد وإن كان في عبارته مناقشة كما ترى، وأرض الوقف بالنسبة إلى المتولي والمتصرف كأراضي المملكة.

(أرض العرب عشرية)؛ لأن النبي ﷺ والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج منها، ولأنه بمنزلة الفيء، فلا يثبت في أراضيهم، كما لا يثبت في رقابهم؛ لأن شرط الخراج: أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق، ومشركوا العرب لا يبقى على الكفر؛ لأنه لم يقبل منهم إلّا الإسلام أو السّيف.

فإن قيل: لا يلزم من عدم الخراج لزوم العشر ما لم يقم دليل على لزومه؛ لأن التعليل بالعدم ليس بصحيح عندنا على الأصح على ما في الأصول، وليس الأصل في الأراضي العشر حتى يقال: إذا عدم دليل الخراج.. بقي العشر على أصله، بل الأصل في الأراضي: الخراج، وإنما صير إلى العشر لشرف الإسلام على ما في المختار.

قلنا: لمّا انتقلت أراضيهم إلى الإسلام.. صار الأصل فيها العشر على ما هو الأصل في الوظائف الإسلامية؛ فإذا عدم دليل الخراج.. بقي العشر على الأصل.

(وهي) أي: أرض العرب - شروع في بيان حدّها - **(ما بين العذيب)** وهي ماء لتميم في قرية من قرى الكوفة **(إلى أقصى حجر)** بفتحتين بمعنى: الصخر، لما روي

بِالْيمنِ بِمَهْرةَ، إِلَى حدِّ الشَّامِ، وَكَذَا الْبَصْرَةِ.

وكلُّ مَا أسلمَ أَهلُهُ أَو فُتِحَ عُنْوَةً وَقُسِمَ بَينَ الْغَانِمين.

وَأَرْضُ السَّوَادِ: خَرَاجِيَّةٌ،..

عن «أمالي أبي حنيفة»: الصخر موضع الحجر **(باليمن بمهرة)**، هي اسم قبيلة ينسب إليها الإبل المهرية، يسمى ذلك المقام به، فيكون بدلاً من اليمن، وهذا حدّها طولاً.

ثم شرع في بيان حدّها عرضاً بقوله: **(إلى حد الشام)** أي: من بيرين الدهناء ورمل عالج إلى قرى الشام.

(وكذا البصرة) أي: أرضها عشرية، والقياس: أنها خراجية؛ لأنها فتحت عنوة وأقرّ أهلها عليها، وهي من جملة أراضي العراق، ولكن تركناه بالاستحسان لإجماع الصحابة على أنها عشرية.

(وكلّ ما أسلم أهله) طوعاً أي: عشرية، **(أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين)** أو بين المسلمين بعدما أجلي أهلها وأقّر عليها قوم آخرون من المسلمين، وهذا لأن الحاجة في هاتين الصورتين إلى ابتداء التوظيف على المسلم، والعشر أليق بهم؛ لما فيه من معنى العبادة والتخفيف؛ لأنه يتعلق بنفس الخارج.

ثم شرع في بيان الخراجية: **(وأرض السواد)** - أي: سواد الكوفة؛ أي: قراها؛ سمّي بالسّواد لخضرة أشجارها وزروعها - **(خراجيّة)** لأن عمر حين فتح سواد العراق.. وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة، ووضع على مصرحين فتحها عمرو بن العاص عنوة، وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام على ما هو المشهور.

وفي «فتح القدير» [٧٠٣/أ] نقلاً عن بعض الشارحين: أنّ مصراً فتحت صلحاً على يدي عمرو بن العاص، وإن مدن الشام فتحت صلحاً وأراضيها عنوة على يدي زيد بن أبي سفيان.

ثم قال بعد ورقتين: إنّ المأخوذ من أراضي مصر الآن: بدل إجارة لا خراج،

ألا ترى أن الأراضي ليست مملوكة للزّراع، وهذا بعدما قلنا: إن أرض مصر خراجيّة.. كأنه لموت المالكين شيئاً فشيئاً من غير إخلاف ورثة، فصارت لبيت المال، وينبغي على هذا: أن لا يصحّ بيع الإمام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها؛ لأن نظره في مال المسلمين كنظر وليّ اليتيم، فلا يجوز له بيع عقاره إلّا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه؛ فلذلك كتبت في فتوى رفعت إليّ في شراء السّلطان الأشرف برسباي الأرض ممّن ولاه نظر بيت المال، هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه؟ فكتبت: إذا كان بالمسلمين حاجة.. جاز ذلك. انتهى.

وقال في «البحر»: كأنه أجاب: أنه إن لم يكن لهم حاجة لا يجوز، وهو مبني على قول المتقدّمين؛ أما على قول المتأخرين المفتى به: لا ينحصر جواز بيع عقار اليتيم في ذلك، بل فيه وفيما إذا كان على الميّت دين ولا وفاء إلا منه، أو رغب فيه الناس بضعف قيمته.. فكذلك نقول: للإمام بيع عقار بيت المال لغير حاجة إذا رغب فيه بضعف قيمته على المفتى به.

وهذه مسألة مهمّة وقع النّزاع فيها في زماننا في تفتيش وقع من نائب مصر على الرزق في سنة ثمان وخمسين وتسعمائة، حتى ادّعى بعضهم بأنّ المبايعات للأراضي من بيت المال غير صحيح، ليتوصّل بذلك إلى إبطال الأوقات والخيرات وهو مردود بما ذكرناه.

ثم قدم بعد ذلك شخص ولّاه السّلطان أمر الأوقاف، فطلب أن يحدث على أوقاف خراجاً متمسّكاً بأن الخراج واجب في أرض الوقف، وهو مردود عليه بما نقلناه من «فتح القدير» من أن الخراج ارتفع عن أرض مصر، إنما المأخوذ منها أجرة، فصارت الأراضي بمنزلة دور السكنى؛ لعدم من يجب عليه الخراج؛ فإذا اشتراها إنسان من الإمام بشرطه شراء صحيحاً.. ملكها ولا خراج عليه، فلا يجب عليه الخراج؛ لأن الإمام قد أخذ البدل للمسلمين؛ فإذا وقفها سالمة عن المؤن.. فلا يجب الخراج فيها، انتهى.

فظهر منه: أن أراضي المملكة إذا اشتراها شخص من الإمام شراء [٧٠٣/ب] صحيحاً.. يملكها بلا مؤنة من العشر والخراج؛ لأنه ملكها بالثمن بالشراء الصحيح؛ فصارت كسائر أملاكه، ثم إذا وقفها.. وقفها بلا مؤنة العشر والخراج من طرف بيت المال.

بخلاف الأراضي العشرية؛ فإن السّلطان ملكها حين الفتح بوضع العشر عليها بلا أخذ شيء منه لبيت المال، ثم لا يسقط منه العشر وإن وقفها.

وكذا الخراجية: لا يسقط عنها الخراج بالوقف والبيع ونحوهما.

ولذا قال في «البزازية»: اشترى أرض خراج وبنى عليها داراً.. فالخراج على المشتري؛ لأنه المعطل، وخراج المستأجر على المؤجر، والمستعار على المستعير.

ثم قال فيها: اشترى أرض خراج ولم يبق مدة التمكن من الزراعة.. فالخراج على البائع، وإن أخذه السّلطان من المشتري.. لم يرجع على البائع، بخلاف ما إذا أخذ من الأكار والأرض في يده، ولم يقدر على الامتناع.. يرجع على المالك؛ لأنه مضطرّ، وفي ظاهر الرواية: لا يرجع، وهو الصحيح.

وهل للسلطان أن يجعل الخراج لصاحب الأرض؟

فقال في «البزازية» و«الحاوي»: السّلطان إذا جعل الخراج لصاحب الأرض.. يجوز عند أبي يوسف ويحلّ له.

وقال محمّد: لا يجوز، والفتوى على قول أبي يوسف إذا كان ربّ الأرض من أهله؛ كالقضاة والغزاة والأئمة.

وكذا العامل إذا ترك الخراج على المزارع بدون علم السلطان.. يحلّ له لو مصرفاً، وهل يجوز ترك الخراج على المزارع بدون علم السلطان؟

يحل له لو مصرفاً.

وهل يجوز ترك العشر لصاحبه أيضاً؟

وَهِي: مَا بَينَ العـذيبِ إِلَى عَقبَةِ حُلوانَ، وَمن الثَّعلبة أَوِ العلثِ إِلَى عبّادانَ.

وَكَذَا كلُّ مَا فُتِحَ عُنْوَةً وَأُقِرَّ أَهلُهُ عَلَيْهِ، ....

ففي «البزازية»: السلطان إذا ترك العشر لمن هو.. جاز؛ غنياً.. كان أو فقيراً، لكن إذا كان المتروك عليه فقيراً.. فلا ضمان على السلطان، وإن كان غنياً.. ضمن السّلطان العشر للفقراء من بيت المال الذي وضع فيه الخراج لبيت مال الصدقة. انتهى.

لكن المصرح في «قاضي خان» و «الخلاصة»: إن ترك العشر على صاحب الأرض.. لا يجوز بالإجماع، وهل يحل الأكل من غلّة الأرض قبل أداء الخراج والعشر؟

ففي «البزازية»: ولا يحلّ الأكل من الغلة قبل أداء الخراج، وكذا قبل أداء العشر، إلا إذا كان المالك عازماً على أداء العشر، وإن أكل قبله.. ضمن عشره.

وفي «العتابي» عن الإمام الثاني: أنه لا يضمن، لكن يعتد ما أكله من النصاب، وفي رواية: إنه يترك له ما يكفيه له ولعياله، وإن أكله فوق الكفاية.. ضمن. انتهى.

(وهي) أي: أرض السواد: **(ما بين العذيب إلى عقبة حلوان)** اسم بلد حلوان بضم الحاء، وهذا حدّها عرضاً.

وأشار إلى حدّها طولاً بقوله [٧٠٤/أ]: **(ومن الثعلبة)** وهي منازل البادية **(أو العلث)** - بفتح العين وسكون اللام: قرية موقوفة على العلوية، وهو أوّل العراق شرقي دجلة - **(إلى عبادان)** وهو حصن صغير على شط البحر.

(وكذا كل ما فتح عنوة وأقر أهله عليه)، أطلقه تبعاً للقدوري.

وقال في «الجامع الصغير»: كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار.. فهي أرض خراج، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج فيها عين.. فهي أرض عشر.

فقيّد خراجيّة الأرض: بأن يصل إليها ماء الأنهار، وعلّلوه: بأن العشر والخراج يتعلّقان بالأرض النامية، ونماؤها بمائها، فيعتبر السّقي بماء العشر أو بماء الخراج؛ فإن سقيت بماء العشر.. فعشرية، وبماء الخراج.. فخراجيّة؛ سواء قسمت بين الغانمين أو أقر أهلها عليها؛ لأن العبرة للماء لا لمن وضعت عليه الوظيفة.

واستشكله في «فتح القدير»: بأنا نقطع بأن الأرض التي أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السّماء.. لم تكن إلا خراجيّة؛ لأن أهلها كفار، والكفار لو انتقلت إليهم أرض عشرية - ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السّماء - لا تبقى على العشرية، بل تصير خراجيّة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد.. فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر؟!

ثم كونها عشيرتة عند محمد إذا انتقلت إليه كذلك؛ أما في الابتداء.. فهو أيضاً يمنعه، ثم قال: وحاصل ما نقله «غاية البيان» عن «الجامع الصغير»: تقسيم أرض الخراج إلى ما يفتح عنوة ويقر أهلها عليها، وإلى ما لم يفتح عنوة لكنّها تسقى بماء الأنهار العظام كالنيل والفرات.

ثم قال: والحاصل: أن التي فتحت عنوة:

إن أقر الكفار عليها.. لا يوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر.

وإن قسمت بين المسلمين.. لا يوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهار.

وإذا كان كذلك.. فالتفصيل المذكور في «الجامع الصغير» على ما نقله صاحب «الهداية» بالنسبة إلى الأرض المحياة التي لم تقسم بين المسلمين ولم يقر أهلها عليها بأن أحياها مسلم:

فإن وصل إليها ماء الأنهار.. فهي خراجية، **أو ماء عين ونحوه..** فعشرية؛ فإن التي فتحت عنوة ممّا يبتدأ فيها التوظيف ولم تقسم ولم يقر أهلها عليها ليس إلّا الموات التي أحييت.

أَو صُولِحوا.

سوى مَكَّةَ.

فصار المعنى: كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم ولم يقر أهلا عليها فأحياها المسلم؛ فإن وصل إليها ماء الأنهار.. فخراجية، أو ماء عين.. فعشريّة. انتهى ملخصاً.

وقال في «الزيلعي»: إن التفصيل المذكور في «الجامع الصغير» [٧٠٤/ب] في حقّ المسلم؛ أما الكافر.. فيجب عليه الخراج من أي ماء سقى؛ لأن الكافر لا يبتدأ بالعشر، فلم يتأت فيه التفصيل في حالة الابتداء إجماعاً.

وإنما الخلاف فيه: في حالة البقاء فيما إذا ملك أرض عشرية مسلم، هل يجب عليه الخراج أو العشر أو العشران؟ وقد مرّ في كتاب الزكاة.

فإن قيل: العبرة إما للماء أو حال من وضعت عليه الوظيفة، فعلى الأول: يلزم أن يكون أرض الكافر عشرية إذا سقاها بماء العشر، وعلى الثاني: يلزم أن يكون أرض المسلم عشرية وإن سقاها بماء الخراج.

فالجواب عنه: قدّمناه في كتاب الزكاة، فارجع إليه.

(أو صولحوا) أي: فتح صلحاً وقبلوا الجزية، وكذا ما أجلي أهله ونقل إليه قوم من الكفار، وكذا أرض موات أحياها الذمّي أو رضخ له من الغنيمة لقتاله مع المسلمين.. كلّها خراجيّة؛ لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكفار، والخراج أليق بهم.

وكل بلدة فتحت عنوة أو أسلم أهلها قبل أن يحكم الإمام فيهم بشيء.. كان الإمام فيهم بالخيار؛ إن شاء قسمها بين الغانمين.. فتكون عشرية، وإن شاء.. منّ عليهم، وبعد المن: الإمام مخيّر أيضاً؛ إن شاء.. وضع العشر، وإن شاء.. وضع الخراج إن كانت تسقى بماء الخراج على ما في «الخلاصة».

(سوى مكة) فإن رسول الله ﷺ: فتحها عنوة، وترك أهلها عليها، ولم يوظف الخراج.

وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لأَهْلِهَا يجوزُ بيعُهُم لَهَا وتصرُّفهم فِيهَا.

وَإِن أحيا موَاتاً..

(وأرض السواد مملوكة لأهلها، يجوز بيعهم لها، وتصرفهم فيها) كسائر الأملاك؛ لأن الإمام قد ملكها حيث فتحها ووضع عليها الخراج، وقال مالك والشافعي: إنها ليست بمملوكة لهم، بل موقوفة على المسلمين، وأهلها مستأجرون لها؛ لأن عمر استطاب قلوب الغانمين فأجرها.

وقال أبو بكر الرازي: هذا غلط بوجوه:

أحدها: أن عمر لم يستطب قلوبهم فيه، بل ناظرهم وشاور الصحابة على وضع الخراج، وامتنع بلال وأصحابه فدعا عليهم، فأين الاسترضاء؟!

وثانيها: إن أهل الذمة لم يحضروا الغانمين على تلك الأراضي، فلو كان إجارة.. لاشترط حضورهم.

وثالثها: أنه لم يوجد في ذلك رضاء أهل الذمة، ولو كان إجارة.. لاشترط رضاؤهم.

ورابعها: أن عقد الإجارة لم يصدر بينهم وبين عمر، ولو كانت إجارة.. لأوجب العقد.

وخامسها: أن جهالة الأراضي.. تمنع صحّة الإجارة.

وسادسها: جهالة المدة.. تمنع من صحّتها أيضاً.

وسابعها: أن الخراج مؤبّد، وتأبيد الإجارة باطل.

وثامنها: أن الإجارة لا تسقط بالإسلام، والخراج يسقط [٧٠٥/أ] عنده.

وتاسعها: أن عمر أخذ الخراج من النخل ونحوه، ولا يجوز إجارة الأشجار.

وعاشرها: أن جماعة من الصّحابة اشتروها، فكيف يبيعون الأرض المستأجرة، وكيف يجوز لهم شراؤها؟!

(وإن أحيا مواتاً): قال في «المغرب»: الموات: الأرض الخراب، خلاف العامر.

يعْتَبرُ: قُربُهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وماؤه: عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

وعن الطحاوي: هو ما ليس بملك لأحد، ولا هي من المرافق، بانقطاع مائها أو غلبته عليها وكانت خارج البلد؛ سواء قربت منه أو بعدت في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أرض الموات: هي البقعة الّتي لو وقف رجل على أدناه من العامر ونادى بأعلى صوته.. لم يسمعه أقرب من في العامر إليه.

وفي «الخلاصة»: الأرض الميتة: كلّ أرض من أرض السواد والجبال، لا يبلغها ماء الأنهار، وليس لأحد فيها ملك.

(**يعتبر قربه عند أبي يوسف**)؛ فإن كانت بقرب أرض الخراج.. فخراجية، وإن كانت بقرب أرض العشر.. فعشرية؛ لأن القرب من أسباب الترجيح كما في فناء الدار؛ فإن لصاحب الدّار الانتفاع بفنائها للقرب وإن لم يكن ملكه.

ومن أجل أنّ له حق الانتفاع لو قال المستأجر للأجراء: هذا فنائي، وليس لي فيه حقّ الحفر، ولكن احفروا، فحفروا.. لا ضمان عليهم استحساناً، بل على المستأجر؛ لأن كونه فناء بمنزلة كونه مملوكاً له في إطلاق يده في التصرف من إلقاء الطين والحفر وربط الدابة، غير أنّ أبا يوسف استثنى البصرة عن ضابطه؛ فإنّها عشرية عنده على ما تقدّم، وإن كانت من أحياز أرض الخراج؛ لإجماع الصحابة على جعلها عشرية.

(**وماؤه عند محمّد**)؛ فإن أحياها بماء العشر.. فعشرية، أو بماء الخراج.. فخراجيّة؛ لما مر أن الوظيفة تتعلّق بالأرض النامية، والنماء باعتبار الماء، وقد تقدم بيان ماء العشر وماء الخراج في كتاب الزكاة. ثم وضع المسألة فيما أحياه المسلم؛ لأن ما أحياه الذمي تكون خراجية مطلقاً؛ سواء أحياها بماء العشر أو بماء الخراج؛ وسواء قربت بأرض العشر أو بأرض الخراج، وهل يشترط الإذن من الإمام لمحييها في تملكها أم لا؟

ففيه خلاف، فاشترطه أبو حنيفة، ولم يشترطه صاحباه، حتى لو أحيا أرضاً ميتة بغير إذن الإمام.. لم يملكها عند أبي حنيفة، ويملكها عندهما، وتفسير الإحياء على ما ذكره محمد في «النوادر»: لا يكون بالسّقي والكراب، وإنما يكون بإلقاء البذر والزراعة، حتى لو كربها ولم يسقها، أو سقى [٧٠٥/ب] ولم يكرب.. لا يكون إحياء.

وفي ظاهر الرواية: إذا حفر لها النهر وسقاها.. يكون إحياء، وكذا إذا حوّطها أو سنمها بحيث يعصم [الماء].. يكون إحياء؛ وكذا إذا بنى عليها بناء أو يغرس أشجاراً.

بخلاف ما إذا وضع الأحجار حولها أو حصد ما فيها من الحشيش والشّوك، وجعلها حول الأرض يريد أن يحييها.. كان ذلك تحجيراً لا إحياء، وإذا فعل ذلك.. لا يملكها، بل كان هو أحقّ بإحيائها ما لم يرجع عن ذلك، فبعد التحجير.. لا ينبغي لغيره أن يشتغل بإحيائها، بل ينتظر إلى أن يعلم أنه ترك إحياءها، وذلك يعلم بأن تركها ثلاث سنين ولم يحيها؛ لقول عمر رضي الله عنه: «ليس للمحجر بعد ثلاث سنين حقّ».

وفي «قاضي خان»: وهذا بطريق الديانة، وأما في الحكم: إذا أحياها غيره بعد التحجير قبل مضي ثلاث سنين بإذن الإمام.. كانت له.

ومن أحيا مواتاً، ثم أحاط الإحياء بجوانبه الأربعة بالتعاقب.. فطريق الأوّل في الأرض الرابعة على ما روي عن محمّد؛ لأنه إذا سكت عن الأول والثاني والثالث.. صار الرابع طريقاً له.

ولو حفر بئراً في المفازة أو في موضع لا يملكه أحد بإذن الإمام.. كان له، وله ما حول البئر أربعون ذراعاً حريماً للبئر؛ لما روى الزهري عن رسول الله ﷺ أنه قال: «حريم العين: خمس مائة ذراع، وحريم بئر العطن: أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح: ستون ذراعاً»؛ أي: من كلّ جانب، هذا قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة حريم بئر الناضح لا يزاد على أربعين ذراعاً.

ولو حفر بئراً في أرض موات لا يملكه أحد بإذن الإمام، ثم جاء غيره وحفر في حريم الأول بئراً.. كان للأول أن يسدّه ويكبسه؛ لأن الثاني تصرف في ملك الأول، فكان للأوّل أن يأخذه بكبس ما احتفر.

وكذلك لو بنى الثاني في حريم الأوّل بناء أو زرع زرعاً.. كان للأول أن يمنعه عن ذلك، وما عطب في بئر الأوّل.. لا ضمان عليه، وما عطب في بئر الثاني.. يضمن الثاني؛ لأنه متعد.

ولو كان الثاني حفر بئراً بإذن الإمام في غير حريم الأول، لكنها قريبة من الأول، فذهب ماء البئر الأول وعرف ذهابه بحفر الثاني.. فلا شيء للأول على الثاني؛ لأنه غير متعد، بل هو محقّ فيما صنع، ولم يكن له أن يخاصمه. هذا في البئر.

ولو حفر نهراً في مفازة أو في موضع لا يملكه أحد بإذن الإمام: قال أبو حنيفة: لا يستحق للنهر حريماً.

وقال صاحباه: يستحق مقدار عرض النهر [٧٠٦/آ]، حتى إذا كان مقدار عرض النّهر ثلاثة أذرع.. كان له من الحريم مقدار ثلاثة أذرع من الجانبين، من كلّ جانب ذراع ونصف ذراع في قول الطحاوي.

وعن الكرخي: مقدار عرض النهر من كلّ جانب.

ولو حفر قناة بغير إذن الإمام في مفازة، وساق الماء حتى أتى به أرضاً فأحياها.. فإنه يجعل لقناته ولمخرج مائه حريماً بقدر ما يصلح عند أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: إذا فعل ذلك بإذن الإمام.. يستحق الحريم للموضع الّذي يقع الماء فيه على وجه الأرض، وإن كان بغير إذن الإمام.. لا شيء له.

واعلم: أنّ كري الأنهار على ثلاثة أنواع: منها: ما يكون كريه على السلطان.

ومنها: ما يكون كريه على أصحاب النهر؛ فإذا امتنعوا.. يجبرون على ذلك.

ومنها: ما يكون كريه على أصحاب النهر؛ إذا امتنعوا.. لا يجبرون على ذلك.

أما الأوّل: فهو النهر العظيم الذي لم يدخل في المقاسم؛ كالفرات والدجلة وسيحون وجيحون والنيل؛ فإذا احتاج إلى الكري.. فإصلاحه على السّلطان من بيت المال؛ فإذا لم يكن فيه مال.. يجبر السلطان المسلمين على كريه ويخرجهم لأجله، وإن أراد واحد من المسلمين أن يكري منها نهراً لأرضه.. كان له ذلك إذا لم يضرّ بالعامّة، وإن أضرّ بالعامّة بأن ينكسر شط النهر وخاف منه الغرق.. يمنع منه.

وأما الثاني: فهو النهر العظيم الذي دخل في المقاسم وعليه قرى؛ فإذا احتاج إلى الكري.. كان ذلك على أهل النهر، وإذا امتنعوا.. أجبرهم الإمام، وطريق الجبر أن يأمر الإمام بالحفر غير الممتنع؛ ليرجع على الممتنع في قسطه ويأخذ ما أنفق من نصيبه من قدر ما أنفق، وليس لأحد أن يكري من هذا النهر نهراً لأرضه؛ أضر ذلك بأهل النهر أو لم يضر، ولا يستحق بهذا الماء بشفعة.

وأما الثالث: ففي النهر الخاص؛ فإذا احتاج إلى الكري.. كان ذلك على أهله، وإذا امتنعوا.. لا جبر عليهم؛ لأن ضرره عليهم.

وتكلّموا في النهر الخاص:

قيل: إن كان لعشرة فما دونها.. فهو خاص.

وقيل: إن كان لما دون أربعين.. فخاص، وإن كان لأربعين فما فوقه.. فعامّ.

وقيل: إن كان لما دون المائة.. فخاصّ.

وقيل: إن كان لما دون الألف.. فخاص.

وفي «قاضي خان»: وأصحّ ما قيل فيه: أن يفوّض إلى رأي المجتهد حتى يختار أي الأقاويل شاء.

وَالْخَرَاجُ نَوْعَانِ: خراجُ مقاسمةٍ، فَيَتَعَلَّقُ بالخارجِ كالعُشرِ.

ثم في النهر الخاص لو أراد بعضُ الشركاء [٧٠٦/ب] الكري وامتنع الباقون: قال أبو بكر البلخي: لا يجبرهم الإمام، ولو حفره الذي طلبوا الكري.. كانوا متطوّعين.

وقال أبو بكر الإسكاف: يجبرون على ذلك، وإن أراد كلهم ترك الكري.. في ظاهر الرواية: لا يجبرهم الإمام، وقال بعض المتأخرين: يجبرهم الإمام.

(والخراج نوعان: خراج مقاسمة فيتعلق بالخارج) وهو أن يكون الواجب شيئاً من الخارج من الأرض، وذلك بأن يمنّ الإمام على أهل بلدة فتحها عنوة، فيضرب على أراضيهم شيئاً من الخارج، وليس لذلك الشيء حد معيّن، بل الإمام مخيّر في تقديره بربع الخارج أو خمسه أو سدسه أو سبعه على ما صرّح به في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازيّة» و«الزيلعي».

وقال في «البحر» إذا منّ الإمام عليهم.. جعل أراضيهم نصف الخارج أو ثلثه أو ربعه، ثم قال نقلا عن «السراج الوهاج»: لا يزاد على النصف، ولا ينقص عن الخمس. انتهى.

ويخالفه ما ذكره في «الحاوي القدسي»؛ حيث قال: إذا فتح الإمام بلدة.. منّ على أهلها وجعل على أراضيهم الخراج مقدّراً بربع الخارج أو ثلثه أو نصفه أو أقل أو أكثر. انتهى.

فما ذكره صاحب «البحر» عن «السراج» بقوله: «ولا ينقص عن الخمس» مخالف لما ذكرناه من «الفتاوى»، وما ذكره بقوله: «لا يزاد على النصف» مخالف لما ذكره «الحاوي» بقوله: «أو أكثر».

قلت: إن التنصيف عين الإنصاف، فلا يزاد على النصف على ما ذكره في «البحر».

(كالعُشْر) في تعلقها بالخارج.

وخراجُ وَظِيفَةٍ، وَلَا يُزَادُ على مَا وَضعَهُ عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنهُ على السَّوَادِ: لكلِّ جَرِيبٍ صَالحٍ للزَّرْعِ: صَاعٌ مِن بُرٍّ، أَو شعيرٍ وَدِرْهَمٌ.

(وخراج وظيفة) وهو أن يكون الواجب في الذمة بتوظيف الإمام على كل جريب، وتتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض لا بالخارج كالمقاسمة.

(ولا يزاد) - أي: خراج وظيفة - **(على ما وضعه عمر رضي الله عنه على أرض السواد لكلّ جريب)** اختلفوا في تفسير الجريب:

ففي «المغرب» و«قاضي خان» و«الخلاصة» و«الزيلعي» و«الكافي»: ومثل هذا في جريب سواد العراق، وفي غيره يعتبر على ما هو المتعارف بين أهل البلد.

واختاره في «المصباح»؛ حيث قال: اختلف مقدار الجريب بحسب اصطلاح أهل الأقاليم كاختلافهم في مقدار الرطل والكيل والذراع.

وقيل: الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل: ما يبذر فيه من الحنطة ستون مناً، وقيل: خمسون، وقيل: إن الجريب عشرة آلاف ذراع. نقله في «المصباح».

وقال في «فتح القدير» و«البحر»: إن المعول عليه: هو القول الأول؛ أعني: ستين في ستين [٧٠٧/أ].

واختلفوا في الذراع أيضاً: ففي أكثر كتب الفقه: أنه سبع قبضات.

وفي «المغرب» و«المصباح»: أنه ست قبضات. والتوفيق بينهما أنّ ما في كتب الفقه محمول على ذراع كسرى ملك العجم، وما في «المغرب» و«المصباح» محمول على ذراع العامة.

وذراع كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة، والقبضة أربع أصابع، والإصبع مجموع عرض ست شعيرات معتدلات.

(صالح للزراعة) - فيه إشارة على ما ذكرناه أنّ الوظيفة تتعلّق بالتمكن والصلاحيّة - **(صاع من برّ أو شعير ودرهم)** عطف على صاع، والصاع ثمانية أرطال، وقد تقدم في صدقة الفطر: نصّ أبو يوسف ومحمّد على الصّاع.

وَلجريبِ الرّطبَةِ: خَمْسَةُ دَرَاهِمَ.

وَلجريبِ الْكَرمِ أَوِ النّخلِ الْمُتَّصِلِ: عشرَةُ دَرَاهِمَ.

وَلما سواهُ؛ كزعفرانٍ وبُستانٍ: مَا يُطِيقُ.

وَنصفُ الْخَارِجِ غَايَةُ الطَّاقَةِ.

قال أبو يوسف عن الشعبي: إن عمر بن الخطّاب فرض على الكرم عشرة، وعلى الرطبة خمسة، وعلى كل أرض يبلغها؛ عملت أو لم تعمل: درهماً ومختوماً. قال عامر: هو الحجاجي وهو الصاع.

وقال محمد في «الأصل»: فما كان من أرض اخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع.. ففي كل جريب: قفيز ودرهم في كلّ سنة؛ زرع ذلك صاحبه في السّنة مرّة، أو مراراً، أو لم يزرعه كلّه سواء، وفيه: كلّ سنة قفيز ودرهم.

والقفيز: قفيز الحجاج، وهو ربع الهاشميّ، وهو مثل الصاع الّذي كان على عهد رسول الله ﷺ ثمانية أرطال.

(ولجريب الرطبة: خمسة دراهم، ولجريب الكرم أو النخل المتصل: عشرة دراهم)؛ لما روي أنّ عمر بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق، وجعل حذيفة عليه مشرفاً، فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف ألف جريب، ووضع على ذلك ما ذكرناه بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم؛ لأن المؤن متفاوتة، فالكرم أخفها مؤنة، والمزارع أكثرها مؤنة، والرطبة بينهما، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها.

(ولما سواه كزعفران وبستان) - أي: كلّ أرض يحيطها حائط وفيها نخيل متفرقة ويمكن زراعة ما بينهما - **(ما يطيق)**؛ لأنه ليس فيه توظيف عمر، وقد اعتبر الطاقة في الموظف.. فنعتبرها فيما لا توظيف فيه أيضاً.

ونهاية الطّاقة: أن يبلغ الواجب نصف الخارج، ولا يزاد عليه؛ لأن التنصيف عين الإنصاف على ما أشار إليه بقوله: **(ونصف الخارج غاية الطاقة)**، ولا شيء في الأشجار التي على المسنّاة، على ما في «قاضي خان» و «الخلاصة».

وَإِنّ لَم تطق مَا وُظِّفَ.. نقصَ وَلَا يُزَادُ وَإِن أطاقَت عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَلَا خراجَ إِنِ انْقَطعَ عَنْ أرضِهِ المَاءُ أَو غُلِبَ عَلَيْهَا ....

(وإن لم تطق) الأرض **(ما وظف)** الإمام [٧٠٧/ب] عليها بأن كان ما وظف خمسة دراهم والخارج لا يبلغ عشر دراهم (.. **نقص**) عما وظفه الإمام، حتى يكون الخراج مثل نصف الخارج؛ لقول عمر حين جاء عثمان بن حنيف وحذيفة من سواد العراق: لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق، فقالا: لا، بل حملناها ما تطيق، ولو زدنا لأطاقت.

ولا فرق في جواز التنقيص بين الأرضين التي وظفهما عمر، ثم نقص نزلها وضعفت طاقة الأرض، وبين الأرض التي وظفها إمام آخر بعد عمر على ما في «فتح القدير».

(ولا يزاد) على ما وظفه عمر **(وإن أطاقت)** الأرض تلك الزيادة **(عند أبي يوسف)** وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن خراج الوظيفة مقدر شرعاً على ما تقدم، واتّباع الصّحابة في المقدّرات الشرعيّة واجب، وإلّا.. لم يبق لتقدير الشرع فائدة؛ لأن النقصان جائز بالاتّفاق، فلو جاز الزيادة أيضاً.. لم يبق لتقدير معيّن فائدة.

(خلافاً لمحمّد)، وهو قول مالك والشافعي، ورواية عن أبي يوسف، قالوا: يجوز الزيادة أيضاً عند طاقة الأرض؛ لأنه إنشاء حكم جديد باجتهاد، وليس فيه نقض حكم قبله، وهذا بناء على أنّ وضع المسألة فيما إذا فتح الإمام بلدة وأراد أن يوظف.. ابتدأ على أرضها بقدر طاقتها زيادة على ما وظفه عمر على سواد العراق، وإلّا.. فالزيادة على ما وظفه عمر أو على ما وظفه قبله.. لا يجوز بالاتفاق؛ لأن الإمام الذي قبله إنما وظفه باجتهاده، فلا ينقض باجتهاد مثله.

(ولا خراج إن انقطع عن أرضه الماء أو غلب [عليها])؛ لأنه فات التمكن في الزراعة، وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج الموظف وعدم المقاسمة، وهذه

أَو أَصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ.

وَيجبُ إِن عطَّلها مَالِكُهَا.

الحالة علم منه بطريق الأولى.

(**أو أصاب الزرع آفة**) لفوات النماء التقديري في بعض السنة، وكونه نامياً في جميع السنة: شرط؛ كما في الزكاة؛ فإن من اشترى جارية للتّجارة، فمضى عليها ستة أشهر، ثم نواها للخدمة.. سقط الزكاة؛ لأنها لم تبق نامية في جميع الحول، ولأن النماء التقديري إنما يعتبر قائماً مقام الحقيقي؛ فإذا وجد الحقيقي.. تعلّق الحكم به؛ لكونه الأصل، وسقط التقديري عن الاعتبار؛ فإذا هلك الأصل الذي تعلق الحكم به بآفة.. هلك معه الخراج وهو الحكم.

وقال أكثر مشايخنا: سقوط الخراج بإصابة الزرع آفة فيما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يتمكن من الزراعة ثانياً [٧٠٨/أ] في تلك السنة، وأما إذا بقي من المدّة قدر ذلك.. فلا يسقط؛ لأنه عطّلها.

ثم هذا فيما إذا هلك الكلّ؛ فإن هلك الأكثر وبقي البعض:

فإن كان ما بقي قدر ما يبلغ قفيزين ودرهمين.. يجب قفيز ودرهم، ولا يسقط الخراج.

وإن بقي أقل من ذلك.. يجب نصف الخارج.

ثم هذا في الآفة السماوية التي لا يتمكن الاحتراز عنه كالإحراق بالنار أو البرد الشديد أو الغرق، وإن كان يمكنه الاحتراز عنها كأكل الدواب ونحوه.. لا يسقط أيضاً.

وقيل: يسقط مطلقاً.

والأصح: هو الأول.

(**ويجب**) - أي: الخراج الموظف؛ إذ المقاسمة لا تجب بتعطيل مالكها؛ لتعلّقها بعين الخارج لا بتمكنها - (**إن عطلها مالكها**) لثبوت النماء التقديري

وَلَا يتَغَيَّرُ إِن أَسلمَ أَوِ اشْتَرَاهَا مُسلمٌ.

وَلَا عُشرَ فِي خَارجِ أَرضِ الْخراجِ.

بالتمكن على الزراعة، وأما إذا لم يتمكن عليها؛ لعدم قوّته وأسبابه وآلاته.. فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة، ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي، أو يؤاجرها ويأخذ الخراج من الأجرة، أو يزرعها بنفقة من بيت المال، فيأخذ الخراج من نصيب صاحب الأرض.

وإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك.. باعها وأخذ من ثمنها الخراج، ويدفع باقي الثمن لمالكها، ثم يأخذ الخراج من المشتري، وهذا أحد قسمي أرض المملكة على ما ذكرناه في أوّل الباب.

وقالوا: من انتقل إلى أخسّ الأمرين من غير عذر.. فعليه خراج الأعلى؛ لأنه هو الذي ضيع الزيادة فكان معطلاً؛ مثل كون الأرض صالحة لزراعة الزعفران فزرع الشعير.. فيؤخذ خراج الزعفران، ولكن الفتوى على خلاف ذلك؛ كيلا تجترئ الظلمة على أخذ أموال المسلمين.

(**ولا يتغير**) الخراج (**إن أسلم**) صاحب الأرض الخراجية؛ لأن الإسلام لا ينافي الخراج في البقاء؛ لأنه مؤنة الأرض، فيعتبر كذلك في حال البقاء.

(**أو اشتراها**) أي: الأرض الخراجية (**مسلم**)؛ لما ذكرناه.

(**ولا عشر في خارج أرض الخراج**)، وقال مالك والشافعي: يجمع بينهما؛ لأنهما حقان مختلفان ذاتاً ومحلاً وسبباً ومصرفاً؛ لأن الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة، والعشر مؤنة فيها معنى العبادة، ومحل الخراج الذمة، ومحل العشر الخارج، وسبب العشر الأرض النامية تحقيقاً، وسبب الخراج الأرض النامية تقديراً، ومصرف العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة، وقد تحقق سبب كلّ منهما، ولا منافاة بينهما.. فيجبان معاً.

ولنا: ما رواه أبو حنيفة عن حمّاد [٧٠٨/ب] عن إبراهيم عن علقمة قال: قال النبي ﷺ: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»، ولأن أحداً من أئمة العدل

وَلَا يتَكَـرَّرُ خـراجُ الْوَظِيفَـةِ بِتَكَـرُّرِ الْخَـارِجِ، بِخِـلَافِ الْعُشْـرِ وخـراجِ الْمُقَاسَمَةِ.

والجور لم يجمع بينهما، ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحده، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النّامية، إلّا أنّه يعتبر في العشر تحقيقاً، وفي الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إلى الأرض، والإضافة أمارة السببية، فعلى هذا: لو اشترى مسلم أرضاً خراجيّة من ذمّي.. فعليه الخراج الموظف لا المقاسمة؛ لأنها في حكم العشر.

(**ولا يتكرر خراج الوظيفة بتكرر الخارج**) في سنة؛ لأن عمر لم يوظّفه مكرّراً بتكرر الخارج.

(**بخلاف العشر وخراج المقاسمة**)؛ لأنهما يتعلقان بنفس الخارج، فيتكرّران بتكرّره .

* * *

(فَصْلٌ في الجِزْيَةِ)

إِذا وُضِعَت بتراضٍ وصُلْحٍ.. لَا تَتغيَّرُ، ....

(فَصْلٌ في الجِزْيَة)

لما فرغ من ذكر خراج الأرض بنوعيه.. شرع في بيان خراج الرؤوس وهو الجزية، اسم لما يؤخذ من رؤوس أهل الذمة عوضاً عن ترك قتلهم واسترقاقهم، وهو على نوعين:

أحدهما: جزية توضع بالتراضي والصلح عليها، فتتقدر بحسب ما عليه اتفاق الطرفين، فلا يزاد عليه تحرّزاً عن الغدر.

والثاني: جزية يبتدئ الإمام بتوظيفها إذا غلب على الكفار، ففتح بلادهم، وأقرّهم على أملاكهم، فهذه مقدرة بقدر معلوم؛ شاؤا أو أبوا؛ رضوا أولم يرضوا.

فأشار إلى **النوع الأول** بقوله: (**إذا وضعت بتراض وصلح.. لا تتغير**)؛ لأن الموجب هو التراضي والاتفاق، فلا يجوز التعدي إلى ما عليه الاتفاق؛ تحرزاً عن الغدر، وأصل هذا: صلح رسول الله ﷺ أهل نجران - وهم قوم نصارى بقرب اليمن - على ألفي حلة في العام على ما رواه أبو داود عن عبد الله بن عبّاس قال: صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة، النصف في صفر، والنصف في رجب.

وصالح عمر نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كلّ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب.. فلزم ذلك، وتقدم في الزكاة.

وفي «فتح القدير»: قال أبو يوسف في كتاب «الخراج» وأبو عبيد في كتاب «الأموال» في كتاب النبي ﷺ إلى أهل نجران بعد أن قال: على ألفي حلة كلّ حلة أوقية - يعني: قيمتها أوقية - فقول الولواجي: كلّ حلة خمسون درهماً.. ليس بصحيح؛ لأن الأوقية أربعون درهماً، ثم قال والحلة ثوبان إزار ورداء، وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ [٧٠٩/أ] من رؤوسهم وأراضيهم.

قال أبو يوسف: ألفا حلة على أراضيهم وعلى جزية رؤوسهم، تقسم على

وَإِن فُتِحت بَلْدَةٌ عَنْوَةً وَأُقِرَّ أَهلُهَا عَلَيْهَا.. تُوضَعُ على الظَّاهِرِ؛ الْغَنِيِّ فِي السّنةِ: ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ درهماً، وعَلى الْمُتَوَسّطِ: نصفُهَا، وعَلى الْفَقِير الْقَادِرِ على الْكَسْبِ: ربعُهَا.

رؤوس الرجال الذين لم يسلموا، وعلى كلّ أرض من أراضي نجران وإن كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلبي، والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم.

وأما جزية رؤوسهم.. فليس على النساء والصبيان. انتهى. كذا نقله في «فتح القدير» ردّاً على صاحب «الهداية».

يعني: إن ما وقع عليه الصلح يؤخذ؛ سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبع، ثم إذا باع أرضه.. يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله، ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم، وعشران من التغلبي المشتري، وأما قول صاحب «الهداية»: أنه ﷺ صالح بني نجران على ألف ومائتي حلة.. فغير صحيح على ما ترى.

ثم شرع في بيان **النوع الثاني** فقال: (**وإن فتحت بلدة عنوة وأقر أهلها عليها.. توضع على الظاهر؛ الغني في السنة: ثمانية وأربعون درهماً، وعلى المتوسط: نصفها، وعلى الفقير القادر على الكسب**) وإن لم يحسن في حرفته: (**ربعها**) أي: اثني عشر درهماً، في كلّ شهر: درهم.

وقال الشافعي: نضع على كلّ حالم ديناراً أو عدله؛ غنياً أو فقيراً؛ لإطلاق قوله ﷺ لمعاذ: «خذ من كلّ حالم أو حالمة ديناراً أو عدله معافير»، ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل، ويستوي فيه الفقير والغني.

قلنا: مذهبنا ثابت بإجماع الصحابة، ولأنه وجب نصرة للمقاتلة، فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض، وما رواه الشافعي: محمول على أنه كان ذلك صلحاً، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة مع أنه لا تؤخذ منها الجزية.

وقال فخر الإسلام: من ملك ما دون المأتين أو لا يملك شيئاً، لكنه معتمل..

وتوضع على كتابيٍّ ومجوسيٍّ ووثنيٍّ عجميٍّ، لَا على عَرَبِيٍّ.

وَلَا على مُرْتَدٍّ، فَلَا يُقبَلُ مِنْهُمَا إِلَّا الْإِسْلَامُ أَو السَّيْف، وتُسترَقُّ أُنثاهما وطِفلُهما.

وَلَا جِزْيَةَ على: صبيٍّ، وَامْرَأَةٍ، ....

فعليه اثني عشر، ومن ملك مائتي درهم فصاعداً إلى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضاً.. فعليه ثمانية وأربعون.

ومنه علم المراد بالغني والمتوسط والفقير وإن لم يذكر في ظاهر الرواية حدودها، وهو الذي اختاره في «شرح الطحاوي» أيضاً.

وإنما شرط المعتمل؛ لأن الجزية عقوبة، فإنما تجب على من كان من أهل القتال.

(**وتوضع**) الجزية (**على كتابي**) يهودي أو نصراني أو صابئي؛ فإنه أخذ الدين من التوراة والإنجيل عند بعض، ومن التوراة والزبور عند آخرين، خلافاً لهما في الصائبين؛ لعدم كونهم من أهل الكتاب عندهما.

(**ومجوسي**)؛ لأنه في حكم أهل الكتاب، إلا في النكاح وأكل الذبيحة، والأصل [٧٠٩/ب] ههنا: قوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ﴾، وأنه ﷺ وضع الجزية على المجوسي.

(**ووثني عجمي لا عربي**)؛ لتغلّظ كفرهم؛ لأن النبي ﷺ نشأ بين أظهرهم، والقرآن نزل بلغتهم، فالمعجزة في حقّهم أظهر.

(**ولا على مرتد**)؛ لأنه قد كفر بعدما هدي للإسلام، ووقف على محاسنه.

(**فلا يقبل منهما: إلّا الإسلام أو السّيف**) زيادة عليهم في العقوبة؛ لما ذكرناه.

(**وتسترق أنثاهما وطفلهما**)؛ لأن أبا بكر استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين.

(**ولا جزية على صبي وامرأة**)؛ لأنها وجبت بدلاً عن القتل في حقّهم، أو عن

ومملـوكٍ، ومكاتـبٍ، وَمُـدَبّرٍ وَشَـيخٍ كَبِيرٍ، وزَمِـنٍ، وأَعمى، ومُقعَـدٍ، وفقيرٍ لَا يكْتَسبُ، وراهبٍ لَا يُخالطُ.

وَتجبُ فِي أَوَّلِ الْحولِ، . وَيُؤْخَذُ قسطُ كلِّ شهرٍ فِيهِ.

القتال في حقّنا، وهم لا يقتلان ولا يقاتلان؛ لعدم الأهلية، وكذا المجنون والمعتوه.

(ومملوك ومكاتب ومدبّر) وأمّ ولد؛ لما ذكرنا من أنها بدل عن القتل في حقهم، وعن القتال في حقنا، وعلى اعتبار الأوّل: تجب؛ لأن المملوك الحربي يقتل، وعلى اعتبار الثاني: لا تجب؛ لأنهم لا يقدرون على القتال، فلا يجب للشك.

(و) لا على **(شيخ كبير وزمن)**؛ من: زَمِنَ الرجل يزمن زمانة، وهو عُدْمُ بعض أعضائه أو تعطيل قواه. كذا في «البحر».

فيدخل فيه مقطوع إحدى اليدين أو الرجلين.

(وأعمى ومقعد وفقير لا يكتسب) لما ذكرناه.

(وراهب لا يخالط)؛ إذ لا قتل عليه إذا كان لا يخالط الناس، فلا يجب البدل عليه.

وعن محمد عن أبي حنيفة: أنه يوضع على الرّهبان الجزية إذا كانوا يقدرون على العمل، قيل: وهو قول أبي يوسف.

(وتجب) الجزية **(في أول الحول)**؛ لأنها وجبت للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد، ولأن المعوض قد سلم لهم، فوجب أن يستحق العوض عليهم كالثمن.

وفي «الاختيار»: ولو أدرك الصبي، وأفاق المجنون، وعتق العبد، وبرئ المريض قبل وضع الإمام الجزية.. وضع عليهم، وبعد وضع الجزية.. لا توضع عليهم؛ لأن المعتبر أهليتهم دون الوضع، ولم يكونوا أهلاً وقت الوضع.

بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع؛ حيث توضع عليه الجزية؛ لأن الفقير أهل للجزية، وإنما سقطت عنه للعجز، وقد زال.

(ويؤخذ قسط كل شهر فيه) تخفيفاً عليهم.

وَتسقطُ بِالْإِسْلَامِ أَوِ الْمَوْتِ.

وتتداخلُ بالتكرُّرِ، خلافاً لَهما.

(وتسقط) الجزية **(بالإسلام)** ولو بعد تمام السنة؛ لقوله ﷺ «ليس على مسلم جزية» ولأنها وجبت عقوبة على الكفر، وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام **(أو الموت)** ولو بعد تمام السنة؛ لأنها إنما شرعت لدفع شرهم، وقد اندفع بالموت.

وكذا تسقط لو مرض الذمي جميع السنة أو أكثرها أو نصفها؛ لعجزه كذا [٧١٠/أ] في «الاختيار».

(وتتداخل بالتكرر) عند أبي حنيفة، لفظ القدوري ههنا: وإن اجتمع عليه حولان.. تداخلت.

ولفظ «الجامع الصغير» هكذا: ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى.. لم يؤخذ منه خراج رأسه.

وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمّد: يؤخذ؛ فإن مات عند تمام السنة أو بعضها.. لم يؤخذ منه في قولهم.

وقيل: خراج الأرض على هذا الخلاف؛ فإذا مضت سنون.. لم يؤخذ منه خراج عنده، وعندهما: يؤخذ منه ما مضى.

وقيل: لا تداخل فيه فيؤخذ ما مضى بالاتفاق، واختاره المصنف على ما سيأتي.

(خلافاً لهما) قالا: لا يتكرر؛ لأن الخراج وجب عوضاً، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها.. تستوفى ولا تتداخل، وقد أمكن فيما نحن فيه الاستيفاء بعد توالي السنين؛ لأنه ما دام كافراً.. أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والإذلال له، بخلاف ما إذا اسلم؛ لأنه تعذّر استيفاؤه؛ لأن المسلم لا يجب إذلاله، بل يجب توقيره.

بِخِلَافِ خراجِ الأَرْضِ.

وَلَا يجوزُ إِحْدَاثُ بِيعَةٍ أَو كَنِيسَةٍ أَو صومعةٍ فِي دَارِنَا.

ولأبي حنيفة: أنها وجبت عقوبة على إصرارهم على الكفر، والعقوبات إذا اجتمعت.. تداخلت كالحدود.

(بخلاف خراج الأرض)؛ لأن خراج الأرض عقوبة في الابتداء مؤنة في البقاء، حتى لو اشترى مسلم أرضاً خراجيّة.. يجب عليه الخراج على ما تقدّم، بخلاف الجزية؛ لأنها عقوبة في الحالين، فتتداخل.

وقيل: خراج الأرض على الخلاف المذكور أيضاً على ما ذكرناه.

(ولا يجوز إحداث بيعة) هو متعبّد النصارى، **(أو كنيسة)** متعبّد اليهود، **(أو صومعة)** أي: التي يختلون فيها للعبادة بمنزلة البيعة **(في دارنا)**؛ لقوله ﷺ: «لا خصاء في الإسلام، ولا كنيسة».

قال في «البحر» نقلاً عن «النيابة»: أمصار المسلمين ثلاثة:

أحدها: ما مصّره المسلمون منها كالكوفة والبصرة والبغداد، فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة، ولا مجتمع لصلاتهم، ولا صومعة بإجماع العلماء، ويتمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس.

وثانيها: ما فتحه المسلمون عنوة، فلا يجوز إحداث شيء فيها بالإجماع أيضاً.

وثالثها: ما فتح صلحاً؛ فإن صالحهم على أن الأرض لهم، ولنا الخراج.. جاز، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدّون الجزية.. فالحكم في الكنائس على ما وقع عليه الصّلح؛ فإن صالحهم على شرط تمكين الإحداث.. لا يمنعهم، والأولى: أن لا يصالح عليه [٧١٠/ب]، وإن وقع الصلح مطلقاً.. لا يجوز الإحداث، ولا يتعرض للقديمة. انتهى.

والحاصل: أنّهم يمنعون عن الإحداث مطلقاً، إلا إذا وقع الصلح على الإحداث أو على أن الأرض لهم ولنا الخراج. انتهى ما في «البحر».

وتُعادُ المنهدمةُ مِن غيرِ نَقلٍ.

(وتعاد المنهدمة من غير نقل) من موضعها الأصلي؛ لأن الأبنية لا تبقى دائماً، ولما أقرهم الإمام.. فقد عهد إليهم الإعادة، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها حذراً عن الإحداث.

وقيل: هذا المنع في الأمصار دون القرى؛ لأن الأمصار هي التي يقام فيها الشعائر، فلا نعارض بإظهار ما يخالفها، بخلاف القرى.

وقيل: يمنعون من ذلك في القرى أيضاً؛ لأن فيها بعض الشعائر.

وفي «البحر» نقلاً عن «المحيط»: لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم.. لا يمنعون، قال: وبقاء المنهدمة، وهل تعاد المهدودة؟

ذكر في أواخر «الأشباه»: أنها لا تعاد بالإجماع؛ حيث قال: نقل الإمام السبكي الإجماع: على أن الكنيسة إذا هدمت ولو بغير وجه.. لا يجوز إعادتها. ذكره السيوطي في «حسن المحاضرة».

قلت: يستنبط من ذلك: أنها إذا غلقت ولو بغير وجه.. لا تفتح؛ كما وقع ذلك في عصرنا في كنيسة نجادة ذويلة، قفلها الشيخ محمد بن إلياس قاضي القضاة، فلم تفتح إلى الآن حتى ورد الأمر السلطاني بفتحها، فلم يتجاسر حاكم على فتحها، ولا ينافي ما نقله السبكي من الإجماع: قول أصحابنا وتعاد المنهدمة؛ لأن الكلام فيما هدمه الإمام لا فيما انهدم. انتهى كلام «الأشباه» بعبارته.

وهل يجوز تخريب ما زادوا في البناء والعمارة كمّاً أو كيفاً؟

ففي «الحاوي القدسي»: إذا انهدمت الكنيسة القديمة لذوي الصلح.. أو عادوها باللبن والطين إلى مقدار ما كان قبل ذلك، ولا يزيدون عليه، ولا يشيدونها بالحجر.

وإذا وقف الإمام على بيعة جديدة أو بنى منها فوق ما كان في القديم.. خربها، وكذا ما زاد في عمارة العتيق. انتهى.

وَيُمَيَّزُ الذِّمِّيُّ فِي زِيِّهِ ومَركبِهِ وسَرجِهِ، وَلَا يركبُ خيلاً، وَلَا يعْملُ بسلاحٍ، وَيُظْهِرُ الكِستيجَ، ويركبُ سَرجاً كالإكافِ.

والأحقُّ: أن لَا يُتْرَكَ أن يركبَ إِلَّا لضَرُورَةٍ، وحينئذٍ ينزلُ فِي المجامعِ، وَلَا يلبَسَ مَا يخصُّ أهلَ الْعلمِ والزُّهدِ والشرفِ.

وتميَّزُ أُنْثَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَالْحمَّامِ.

وَيُجْعَلُ على دَارِهِ عَلامَةٌ كَيْلا يُسْتَغْفرَ لَهُ.

وَلَا يُبْدَأُ بِسَلامٍ. ويُضَيَّقُ عَلَيْهِ ....

(ويميّز الذمي في زيّه ومركبه وسرجه، ولا يركب خيلاً، ولا يعمل) أي: لا يحمل (بسلاح) إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين، ولأن الذمي يهان عليه، فلو لم يكن علامة مميزة.. فلعلّه يعامل معاملة المسلمين، وذلك لا يجوز، والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصّوف يشدّه على وسطه، وهو المراد بقوله: (ويظهر الكستيج) وهو [٧١١/أ] غير الزنار؛ لأنه من الإبريسم.

(ويركب سرجاً كالإكاف. والأحق: أن لا يترك أن يركب) مركباً (إلّا لضرورة، وحينئذ ينزل من المجامع) للمسلمين.

(ولا يلبس ما يخص أهل العلم والزهد والشرف)؛ إكراماً لهم وإهانة عليهم.

(وتميز أنثاه في الطريق والحمام) بأن يجعلن إزارهنّ مخالفة لإزار المسلمات كذا في «الاختيار» و«القهستاني».

وهذا يدلّ على جواز دخولهن الحمام على نساء المسلمين، لكن لا بد من عدم كشف العورة.

ويخالفه ما في «صرّة الفتاوى» نقلاً عن «السراج الوهّاج»؛ حيث قال: لا يحلّ للمرأة المسلمة أن تنكشف بين يهودية أو نصرانية أو مجوسية أو مشركة. انتهى.

فإنه يدلّ على عدم جواز انكشاف نساء المسلمين عند الذمية مطلقاً.

(ويجعل على داره علامة كيلا يستغفر له، ولا يُبدأ بالسّلام، ويُضيَّقُ عليه

الطَّرِيقُ.

وَيُؤَدِّي الْجِزْيَةَ قَائِماً، والآخذُ قَاعِداً.

وَيُؤْخَذُ بتلبيبِهِ ويَهزُّهُ، وَيُقَالُ لَهُ: أَدِّ الْجِزْيَةَ يَا ذِمِّيُّ، أَو يَا عَدوَّ اللهِ.

وَلَا يُنقضُ عَهدُهُ بالإباءِ عَنِ الْجِزْيَةِ أَو بزِناهُ بِمسلمَةٍ وَقَتلِهِ مُسلماً وسبِّهِ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم.

الطريق، ويؤدي الجزية قائماً والآخذ قاعداً، ويؤخذ بتلبيبه)، وفي «المصباح»: ولبة البعير: موضع نحره، واللبب - بفتحتين من سيور السرج -: ما يقع على اللبة، ولببته تلبيباً: أخذت من ثيابه ما يقع على موضع اللبب انتهى.

أي: أخذ ما يقع من ثوبه على صدره، وفيه صغار له.

(ويهزّه) أي: يحرّكه، وفي «المغرب»: الهز: التحريك.

(ويقال له: أدِّ الجزية يا ذمي، أو يا عدّو الله) كلّ ذلك إظهاراً للصغار عليه.

(ولا ينقض عهده بالإباء عن أداء الجزية أو بزناه بمسلمة وقتله مسلماً وسبّه النبي ﷺ)؛ لأن الغاية التي تنتهي بها القتال: التزام الجزية لا أداؤها، وهذه الأمور لا تنافي الالتزام، حتى لو امتنع عن القبول والالتزام.. ينقض عهده، فيباح دمه.

وقال الشافعي: ينقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الإسلام.

ولا ينقضه بزنا مسلمة، أو أن يصيبها بنكاح، أو أن يفتن مسلماً عن دينه، أو يقطع الطريق، أو يدل على عورات المسلمين، أو يقتل مسلماً، وهو قول مالك وأحمد أيضاً.

إلا أن مالكاً قال: ينقض بإكراه المسلمة على الزنا، وسبّه ﷺ، وبذكره تعالى بما لا ينبغي، فإنه: يقبل به إن لم يسلم.

ووافقه الشافعي وأحمد في قول، وللشافعي قول آخر فيما إذا ذكره تعالى بما لا ينبغي، وفيما إذا سبّ النبي ﷺ وهو: أنه لا ينقض عهده كما قلنا، ووجه قوله: «أنه ينقض بذلك» أنه ينقض إيمانه بذلك لو كان مسلماً، فينقض به أمانه؛ لأن عقد

الذمة خلف عن الإيمان في إفادة الأمان [٧١١/ب] فما انتقض به الأصل.. ينتقض به الخلف بالطريق الأولى.

وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر: أنّ رجلاً قال له: سمعت راهباً سبّ رسول الله ﷺ، فقال: لو سمعته لقتلته، إنا لم نعطهم العهد على هذا.

ولنا - وهو قول آخر للشافعي -: أن سبّ الأنبياء كفر من الذمي كما هو ردّة منّا، والكفر المقارن لعهد الذمة لا يمنع عقد الذمة في الابتداء، فالكفر الطارئ لا يرفعه في حال البقاء بطريق أولى.

وحديث ابن عمر ضعفه جماعة من الثقات، ويجوز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبّ النبي ﷺ؛ فإذا أظهروا.. جاز قتلهم؛ لعدم الوفاء بالشرط.

قال في «الذخيرة العقبى»: الذمي إذا صرّح سبّ النبي ﷺ، أو عرض، أو استخف بقدره، أو وصفه بغير الوجه الذي كفر به.. فلا خلاف عند الشافعي في قتله إن لم يسلم؛ لأنه لم يعط له الذمة أو العهد على هذا، وهو قول عامة العلماء، إلا أبا حنيفة والثوري وأتباعهما من أهل الكوفة فإنهم قالوا: لا يقتل؛ لأن ما هو عليه من الشرك أعظم، ولكن يعزّر ويؤدّب.

وقيل: لا يُسقط إسلامُ الذمي الساب قتلَه؛ لأنه حقّ النبي، وجب عليه لهتكه حرمته، وقصده إلحاق النقيصة والمعرّة به ﷺ، فلم يكن رجوعه إلى الإسلام مسقطاً له، كما لم يسقط سائر حقوق العباد من قبل إسلامه من قتل أو قذف، وإذا كنا لا نقبل توبة المسلم.. فلأن لا نقبل توبة الكافر: أولى. انتهى.

وقال في «الحاوي القدسي»: ويؤدّب الذمي ويعاقب على شتم دين الإسلام أو النبي ﷺ أو القرآن. انتهى.

وقال ابن الهمام: الذمي إذا أظهر سبّه النبي ﷺ.. يقتل، وإن لم يظهر، ولكن عثر عليه وهو يكتمه.. فلا انتهى.

بل باللحاقِ بدارِ الْحَرْبِ، أَوِ الْغَلَبَةِ على مَوضِعٍ لمحاربتِنا، ....

قال أبو الميامن: المشهور في أكثر كتب الحنفيّة عدم قتل الكافر بسب النبي ﷺ، لكن الفتوى: على أنه يقتل كما في «نوادر رستم» و«نوادر معلّى» و«المحيط». انتهى.

قلت: وبه أفتى بعض مشايخ الإسلام، وبه أفتيت أيضاً، هذا في سب الذمي.

وأما لو سب النبي ﷺ واحد من المسلمين، ولو سكراناً.. فإنه يقتل حداً بالقتل والصلب حيّاً، ولا توبة له أصلاً؛ سواء بعد القدرة عليه والشهادة على سبّه، أو جاء نائباً من قبل نفسه كالزنديق؛ لأنه حدّ وجب، فلا يسقط بالتوبة.

ولا يتصور فيه خلاف لأحد؛ لأنه حق تعلّق به حق العبد، فلا يسقط بالتوبة كسائر حقوق الآدميين، وكحدّ القذف لا يزول [٧١٢/أ] بالتوبة، بخلاف ما إذا سبّ الله تعالى ثم تاب؛ لأنه حق الله تعالى، ولأن النبي ﷺ بشر، والبشر جنس يلحقهم معرّة إلّا من أكرمه الله تعالى، والباري منزّه عن جميع المعايب.

وبخلاف الارتداد؛ لأنه معنى يتفرد به المرتد لا حق فيه لغيره من الآدميين.

وقال الخطابي: لا أعلم أحداً من المسلمين اختلف في وجوب قتل من سبّ النبي إذا كان مسلماً. كذا في «البزازية».

(بل) يحكم **(باللحاق بدار الحرب أو الغلبة على موضع من دارنا لمحاربتنا)** فإنهم بكل من هذين الخصلتين صاروا حرباً علينا، وعقد الذمة.. ما كان إلا لدفع شرّ حرابهم، فيعرى عن الفائدة، فلا يبقى مع كلّ من هذين الخصلتين.

ثم إذا تاب.. تقبل توبته، وتعود ذمته، ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده، وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعاً، ويقسم ماله بين ورثته؛ وكذا في حكم ما حمله من ماله إلى دار الحرب بعد النقض.

ولو ظهر على الدار.. يكون فيئاً لعامة المسلمين؛ كالمرتد إذا لحق بمال.

وَيصيرُ كالمرتدِّ، لَكِن لَو أُسِرَ.. يسترقُّ، وَالْمُرْتَدُّ يُقَتَلُ.

وَيُؤْخَذُ مِن بني تغلبَ رِجَالِهِمْ وَنِسَائِهِمْ ضعفُ الزَّكَاةِ، لَا مِن صبيانِهم.

وَتُؤْخَذُ مِن مواليهمُ الْجِزْيَةَ وَالْخَرَاجَ كموالي قُرَيْشٍ.

ولو لحق بدار الحرب، ثم عاد إلى دار الإسلام، وأخذ من ماله فأدخله في دار الحرب، ثم ظهرنا على الدار.. فالورثة أحق به قبل القسمة مجاناً، وبعد القسمة بالقيمة؛ لأنه صار ملكاً لهم حين أخذه، إلا أنّه بالقسمة تأكّد حق الغانمين فيملكه الورثة بالقيمة بعد القسمة.

(ويصير كالمرتد) في الحكم بموته، ويكون ما حمله معه إلى دار الحرب فيئاً حين ظهرنا عليه.

(لكن لو أسر) أي: الذمي اللاحق بدار الحرب (.. **يسترق، والمرتد.. يقتل)** لو أصر على ردّته؛ لأنه كفر بعدما هدي للإسلام واطلع على منافعه.

(ويؤخذ من) نصارى **(بني تغلب رجالهم ونسائهم ضعف الزكاة)**؛ لأن عمر صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة ولم يخالفه أحد منهم، فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتّى يبلغ أربعين؛ فإذا بلغت أربعين شاة.. ففيه شاتان إلى مائة وعشرين؛ فإذا زادت واحدة.. ففيها أربع من الغنم، وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم.

وكذلك الإبل والبقر.

وكذلك أراضيهم التي كانت في أيديهم يوم صولحوا، يؤخذ منهم الضعف.

(لا من صبيانهم)؛ لأن الصلح جرى على الصدقة المضاعفة، والصدقة لا تجب على الصبيان، فكذا المضاعف.

(وتؤخذ من مواليهم) أي: معتقيهم **(الجزية)** من رؤوسهم، **(والخراج)** من أراضيهم **(كموالي قريش)** يعني: أن القريشيّ [٧١٢/ب] وإن لم يؤخذ منه الجزية والخراج، لكن يؤخذان من مواليهم.. فكذلك التغلبي.

وَيُصرَفُ الْخراجُ والجزيةُ وَمَا أُخِذَ مِن بني تغلبَ أَو مِن أَرضٍ أُجليَ أَهلُهَا عَنْهَا أَو أَهداهُ أَهلُ الْحَرْبِ أَوَ أُخِذَ مِنْهُم بِلَا قتالٍ: فِي مصَالحِ الْمُسلمينَ؛ كسدِّ الثُّغورِ، وَبِنَاءِ القناطرِ، والجسورِ، وكفايةِ الْعلمَاءِ، والمدرِّسينَ، والمُفتينَ، والقُضاةِ، ....

(ويصرف الخراج) بنوعيه، **(والجزية)** بنوعيها على ما مرّ.

(وما أخذ من بني تغلب ومن أرض أجلي أهلها عنها) ولم تملك لقوم آخرين من المسلمين حتى تكون عشرية، ولا من الكافرين حتى تكون خراجيّة، بل أمسكها الإمام لبيت المال ودفعها إلى الغير مزارعة أو إجارة على ما مرّ بيانه.

(أو أهداه أهل الحرب) إلى الإمام، **(أو أخذ منهم)** أي: من أهل الحرب **(بلا قتال)**، وذلك مال صولح أهل الحرب عليه على ترك القتال قبل نزول عسكرنا بساحتهم؛ لوقوع الرعب في قلوبهم على ما في «الزيلعي».

(في مصالح المسلمين؛ كسدّ الثّغور) أي موضع الخوف.

وفيه إشعار بأنه يصرف على جماعة يحفظون الطريق في دار الإسلام من اللصوص.

(وبناء القناطر والجسور)؛ لأنه مصلحة العامّة.

(وكفاية العلماء)؛ أشار: إلى أنّ نصيبهم من بيت المال مقدار كفايتهم لا أزيد، ثم بيّن المراد من العلماء بقوله: **(من المدرسين والمفتين والقضاة)**. وفي «شرح المنظومة» نقلاً عن المصنف: وكذلك طالب العلم والواعظ الذي يعظ الناس بالحق والذي يعلمهم. انتهى.

وعلّلوها: بأنهم قد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين مما يحتاجون إليه من معاشهم ومعادهم، فلو لم يعطوا لهم كفايتهم.. لاحتاجوا إلى الإكساب وتعطّلت مصالحهم بالكلّية وضاع العلم.

فظهر منه: أن من اشتغل بمصالح المسلمين مطلقاً: يدخل في هذا المصرف.

والعُمَّالِ، والمُقاتِلَةِ، وذَرَارِيهِمِ.

وَمَن مَاتَ فِي نصفِ السَّنَةِ.. حُرِمَ مِنَ الْعَطاءِ.

(والعمال) جمع عامل: وهو الذي يبعثه الإمام لأخذ الصدقات والعشور والخراج **(والمقاتلة)**.

(وذراريهم) أي: أولاد العلماء والعمال والمقاتلة؛ لأن نفقتهم عليهم، فلو لم يعطوا لهم كفايتهم أيضاً.. لتعطّلت مصالحهم لاشتغالهم بإكسابهم.

فإن قيل: إن هؤلاء المذكورين إذا كانوا مصرف الخراج.. فهل يجوز ترك الخراج لصاحب الأرض من واحد من هؤلاء؟

ففي «الفتاوى»: إن السلطان إذا جعل الخراج لصاحب الأرض وتركه عليه.. جاز عند أبي يوسف إذا كان صاحب الأرض من أهل الخراج؛ كالغزاة والقضاة والعلماء، وعليه الفتوى.

وقال محمد: لا يجوز.

وأجمعوا على أنه لو جعل العشر لصاحب الأرض.. لا يجوز.

وفي «شرح المنظومة»: إذا كان عنده وديعة، فمات المودع بلا وارث.. له أن يصرف الوديعة إلى نفسه في [٧١٣/أ] زماننا هذا؛ لأنه لو أعطاها لبيت المال.. لضاع؛ لأنهم لا يصرفون مصارفه؛ فإذا كان من أهله.. صرفه إلى نفسه، وإن لم يكن من المصارف.. صرفه إلى المصرف.

(ومن مات) ممّن يقوم بمصالح المسلمين كالقضاة والغزاة والمفتي والمدرسين **(في نصف السنة.. حرم من العطاء)**؛ لأنه نوع صلة، وليس بدين، فلا يملك قبل القبض، فلا يورث، ويسقط بالموت؛ لعدم تأكّده بمجيء وقت المطالبة.

وتقييده بنصف السنة على ما وقع في لفظ «الجامع الصغير»: يشعر بأنه إذا مات آخر السنة.. يعطى لورثته، لكنهم قالوا: لا تجب أيضاً، ولكن يستحب؛ لأنه أوفى تعبه في عمله للمسلمين، فيستحب أن يعطى.

وعلّل شمس الأئمة عدم وجوب إعطائه بعدما تمت السنة أيضاً.. ما تقدم في نصف السنة من كونه صلة، فأفاد أنه لم يتأكد الحقّ بعدما تمت السنة، فلا يملك قبل القبض، فلا يورث، وهذا يقتضي قصر الإرث على حقيقة الملك، وهذا منقوض بسهم الغازي بعد الإحراز بدار الإسلام؛ فإنه في دار الحرب لا يورث؛ لعدم تأكده، ويورث بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة؛ لتأكده وإن لم يثبت له ملك على ما تقدّم.

ثم قيل: رزق القاضي ومن في معناه يعطى آخر السنة، ولو أخذ في أولها، ثم مات أو عزل قبل مضيتها.. قيل: يجب ردّ ما بقي، وقيل - على قياس تعجيل المرأة النفقة -: لا يجب.

وقال محمد: أحبّ إلي رد الباقي كما لو عجّل لها نفقة ليتزوّجها فمات قبل التزوج؛ لعدم حصول المقصود.

وعندهما: هو صلة فينقطع حقّ الاسترداد بالموت؛ كالرجوع في الهبة، والعطاء اسم ما ثبت في الديوان باسم كلّ ممن ذكر عن المقاتلة والقضاة والعلماء.

* * *

(بَابُ الْمُرْتَدِّ)

مَنِ ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ تَعَالَى.. يُعرَضُ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ، وَتُكشَفُ شبهتُهُ إِن كَانَت.

فَإِنِ استمهلَ.. حُبِسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ فَإِن تَابَ، وإِلا.. قُتِلَ.

وتوبتُهُ: بالتبرِّي عَن كُلِّ دِينٍ سِوى الْإِسْلَامِ، أَو عَمَّا انْتقل إِلَيْهِ.

(بَابُ المُرْتَدّ)

(**من ارتدّ - والعياذ بالله تعالى - يعرض عليه الإسلام وتكشف شبهته إن كانت**) أي إن وجدت الشبهة.

قالوا: عرض الإسلام عليه ليس بواجب، بل مستحب؛ لبلوغ الدعوة إليه مرة.

(**فإن استمهل.. حبس ثلاثة أيام**)، وقيل: حبس مطلقاً؛ (**فإن تاب**) بعد الحبس.. خلّي سبيله إن لم يرتدّ بِسَبِّ النبي، وأما إذا ارتد بِسَبِّ النبي.. فإنه لا تقبل توبته أصلاً، بل يقتل كما في «البزازية».

(**وإلا.. قتل**)؛ لما رواه البخاري «من بدّل دينه.. فاقتلوه»، ولأنه استنكف فجوزي بالقتل.

(**وتوبته: بالتبري** [٧١٣/ب] **عن كلّ دين سوى الإسلام، أو عمّا انتقل إليه**).

قيل: هو أن يقول: تبت ورجعت إلى دين الإسلام، وأنا بريء من كلّ دين غير دين الإسلام.

وقيل: هذا بعد أن يأتي بالشهادتين، والإقرار بالبعث والنشور مستحب، وبه قال مالك والشافعي وأحمد أيضاً.

وفي «شرح الطحاوي»: سئل أبو يوسف عن الرسل كيف؟ فقال: يقول: أشهد أن لا إله إلّا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقرّ بما جاء به من عند الله، ويتبرّأ من

وَقَتلُهُ قبلَ الْعرضِ تَركُ ندبٍ لَا ضَمَانَ فِيهِ.

الدين الذي انتحله، وإن شهد أن لا إله إلا الله، وأن محمّدا رسول الله، وقال: ولم أدخل في هذا الدّين قط وأنا بريء منه؛ أي: من الدين الذي ارتد إليه.. فهي توبة:

إسلام النّصراني أن يقول: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويتبرأ عن النصرانية.

واليهودي: كذلك يتبرّأ من اليهودية.

وكذا في كلّ ملة.

وأما بمجرّد الشهادتين.. فلا يكون مسلماً؛ لأنهم يقولون بذلك، غير أنهم يدّعون خصوص الرسالة إلى العرب.

(**وقتله قبل العرض**) أي عرض الإسلام (**ترك ندب**)؛ لما ذكرناه: أن العرض ليس بواجب، بل مستحب، وترك المستحب مكروه كراهة تنزيه.

وعند من يقول: إنّ العرض واجب.. فإن قتله قبل العرض كراهة تحريم عنده.

قيل: لو فعل ذلك - أي القتل قبل العرض - بغير إذن الإمام.. أُدِّب.

(**لا ضمان فيه**)؛ أي على قاتله؛ سواء كان العرض مستحباً أو واجباً؛ لأن الكفر مبيح، وكلّ جناية على المرتد هدر.

اعلم: أنّ أصحابنا أجمعوا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة من أي جانب كان بلا حاجة إلى حكم القاضي بالفرقة.

وقال الشافعي: لا تقع الفرقة إلّا بقضاء القاضي:

وردة الرجل تبطل عصمة نفسه، حتى لو قتله قاتل بغير إذن الحاكم عمداً أو خطأً، أو بغير أمر السلطان، أو أتلف عضواً من أعضائه.. لا شيء عليه.

بخلاف ردّة المرأة؛ حيث لا تبطل عصمة نفسها، حتى لا تقتل؛ كذا في «قاضي خان» وغيره.

وَيَزُولُ مِلكُهُ عَن مَالِهِ مَوْقُوفاً؛ فَإِن أَسلَمَ.. عَادَ، وَإِن مَاتَ أَو قُتِلَ أَو لَحِقَ بدارِ الْحَرْبِ وَحُكِمَ بِهِ.. عَتَقَ مُدَبَّروهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ، وحلَّت دُيُونُهُ وَكسبُ إِسْلَامِهِ: لوَارِثِهِ الْمُسلمِ، وَكسبُ رِدَّتِهِ: فَيْءٌ.

(ويزول ملكه عن ماله موقوفاً؛ فإن أسلم.. عاد) إلى ملكه، قالوا: هذا عند أبي حنيفة ومالك، وهو قول للشافعي.

وقال أبو يوسف ومحمد - وهو قول آخر للشافعي -: لا يزول ملكه؛ لأنه مكلّف محتاج، ولا يتمكن من إقامة التكليف إلّا بماله، وأثر الردة في إباحة دمه، لا في زوال ملكه؛ فإن لم يقتل.. يبقى ملكه، وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص [٧١٤/أ] لا يزول ملكه ما لم يقتل.

ولأبي حنيفة: أنه كافر حربي مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل، والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال، ولا يكون ذلك إلا بالعصمة، ولكونه حربياً يوجب زوال ملكه ومالكيته باتاً، إلّا أنه مدعوّ إلى الإسلام، ويرجى عوده إليه؛ لأنه كان ممّن دخله وعرف محاسنه وأنس به.. فالغالب على الظن: عوده إلى الإسلام.

فلو قضى في أمره؛ فإن أسلم.. جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم؛ وهو زوال الملك، وصار كأن لم يزل مسلماً، ولم يعمل السبب وهو الكفر.

وإن لم يسلم - بل ثبت منه واحد مما سيأتي ذكره؛ من: الموت، أو القتل على ردّته، واللحوق بدار الحرب - عمل السّبب عمله من وقت وجوده مستنداً.

(وإن مات أو قتل) على ردّته، (أو لحق بدار الحرب وحكم به)؛ أي باللحاق؛ لأن موته حكمي، فلا بد من حكم القاضي باللحاق ليتأكد موته (.. عتق مدبّروه وأمّهات أولاده، وحلّت ديونه) المؤجلة؛ لأن المؤجّل يصير حالاً بموت المديون.

(وكسب إسلامه: لوارثه المسلم، وكسب رِدَّتِهِ: فَيْء)، فيوضع في بيت المال، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمّد: كلا الكسبين لورثته.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: كلاهما فيء؛ لأنه مات كافراً، والمسلم لا يرث الكافر بالإجماع، فبقي مال حربي لا أمان له لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب حتى يكون غنيمة، فيكون فيئاً.

ولهما: إن ملكه في الكسبين بعد الردة باق؛ بناء على ما مرّ من أنه مكلّف محتاج إلى ملكه لإقامة التكليف، فينتقل إلى ورثته بعد موته، ويستند إلى ما قبيل ردّته؛ لأن الردة سبب الموت، فيكون توريث المسلم من المسلم.

ومحمل حديث الشافعي: الكافر الأصلي الذي لم يسبق له إسلام أصلاً، أو نقول: استحقاق المسلمين له بسبب الإسلام، والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجّحوا بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة إلى قرابة ذات جهة؛ كالأخ الشقيق مع الأخ لأب.

ولأبي حنيفة: أن ملكه في كسب إسلامه باق في يده بعد الردة التي هي موت حكمي؛ لوجوده قبلها.. فيستند الإرث إلى ما قبل الردة، فينتقل إلى الورثة بطريق الاستناد إلى ما قبل الردة، وأما كسبه في حال ردّته.. فقد زال عن يده؛ لما مرّ أنه بمجرّد ردّته [٧١٤/ب] زال ملكه عن يده، فما اكتسبه في زمان ردّته المستمرة.. لم يكن مملوكاً له حتى يمكن استناد التوريث فيه إلى ما قبل موته الحكمي - أعني الردة-؛ لأنه إنما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت؛ فإذا لم يكن إرثاً.. يكون فيئاً.

ولا يخفى عليك: أن هذا الاختلاف - أعني الاختلاف بينه وبين صاحبيه في توريث كسب الردة وعدم توريثه - مبني على الاختلاف - المتقدم بينه وبينهما، وهو أن المرتد تزول أملاكه بالرّدة المستمرة عنده، ولا تزول عندهما، حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكم باللحاق.

وإذا كان كذلك.. فما اكتسبه في زمن الردة يكون ملكاً له، ثم إذا تحقق الموت وقلنا بوجوب إرثهم إياه، والفرض أنّ له مالاً مملوكاً.. فلا بد من إرثهم له، وإرثهم يستدعي استناده إلى ما قبيل ردّته، فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة موجوداً قبلها حكماً؛ لوجود سببه، وهو نفس المرتد وإن كان معدوماً حسّاً.

ثم اعلم: أنّ في وراثة من يرثه ثلاث روايات عن أبي حنيفة:

ففي رواية الحسن بن زياد عنه: إنما يرثه من كان وارثاً له حال ردّته؛ بأن كان حرّاً مسلماً وبقي وارثاً إلى وقت موته أو لحاقه، وهذا لاعتبار الاستناد في الإرث؛ فإن المستند لا بد أن يثبت أولاً، ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الإرث، وهو المسلم الحر، وكذا عند استناده، حتى لو أسلم بعض قرابته، أو ولد من علوق حادث بعد الردة.. لا يرثه على هذه الرواية.

وفي رواية أبي يوسف عنه: أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة فقط، من غير اشتراط بقائه بالصفة إلى الموت، فلا يبطل استحقاق من كان وارثاً عند الردة بعروض موت ذلك الوارث هو ردّته بعد ردّة أبيه، بل إذا مات ذلك الوارث أو ارتد بخلفه وارثه هو وارث الوارث، وإلى هذه الرّواية مال الكرخي.

وفي رواية محمد عنه - وفي «المبسوط»، وهذا أصح -: أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت واللحاق؛ سواء كان موجوداً وقت الردة أو حدث بعده؛ لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده، ألا ترى أن الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقوداً عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن، إلّا أنّه [٧١٥/أ] غير مضمون، حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد.. هلك بغير شيء، وبقي الثمن كلّه على البائع.

فلو كان من بحيث يرثه كافراً أو عبداً يوم ارتد، فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو يسلم.. ورثه، وهو قول أبي يوسف ومحمّد؛ كذا في «فتح القدير».

وَيُقْضى دينُ إِسْلَامِهِ مِن كسبِ إِسْلَامه، وَدينُ رِدَّتِهِ مِن كسبِها.

وقال في «النهاية»: وحاصله: أن على رواية الحسن عنه يشترط الوصفان، وهما: كونه وارثاً وقت الردة، وكونه باقياً إلى وقت الموت أو القتل، حتى لو كان وارثاً ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة.. فإنهما لا يرثان.

وعلى رواية أبي يوسف: يشترط الوصف الأول دون الثاني.

وعلى رواية محمد: يشترط الوصف الثاني دون الأوّل.

(**ويقضى دين إسلامه من كسب إسلامه، ودين ردته من كسبها**) أي من كسب ردّته، قالوا: هذا رواية عن أبي حنيفة، رواه زفر عنه.

وعلى هذه الرواية: إن فضل من كسب الإسلام عن ديون الإسلام شيء.. ورثه الورثة، وإلا.. لا يورثون شيئاً.

ولو فضل عن ديون ردته شيء من كسب ردّته.. لا يورث كسب الردة عنده.

وله في هذه المسألة روايتان أخريان: روى الحسن بن زياد عنه: أنه يبدأ بكسب الإسلام فيقضى به الدينان جميعاً؛ فإن وفى بهما.. فكسب ردّته فيء لجماعة المسلمين فيوضع لبيت المال، ولا يرث الورثة شيئاً على هذه الرواية، إلا أن يفضل عن كسب الإسلام شيء على الدينين؛ فإن لم يف.. كمل من كسب الردة.

وروى أبو يوسف عنه: عكس هذه الرواية، وهو: أنه يقضى الدينان جميعاً من كسب الردة، فإن وفى بهما.. ورث الورثة كسب الإسلام كله، وإن لم يف.. كمل من كسب الإسلام وورث الورثة ما فضل إن فضل شيء.

وجه الرواية الأولى: وهو التفصيل المذكور في المتن: أن المستحق وهو الدين بالسببين المختلفين أي المداينة في الإسلام والمداينة في الردة مختلف، وحصول كلّ من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين، فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم، وقد يقال في تقديره: إن المستحق بالسببين المختلفين مختلف، والمؤدى من كسب واحد غير مختلف، فالمستحق بالسببين غير

وَيُوقفُ بَيْعُهُ وشراؤُهُ وإجارتُهُ وهبتُهُ وَرَهنُهُ وعتقُهُ وتدبيرُهُ وكتابتُهُ ووصيتُهُ.

فَإِن أَسلَمَ.. صَحّت، وَإِن مَاتَ أَو قُتِلَ أَو حُكِمَ بلحاقِهِ.. بَطَلَتْ.

مؤدى من كسب واحد، فلا بد من أدائه من كسبين؛ تحقيقاً للاختلاف، ثم يخصّ أداء كلّ دين بالكسب [٧١٥/ب] الحاصل بسبب ذلك الدّين؛ ليكون الغرم بالغنم.

ووجه الرواية الثانية - وهو رواية الحسن -: أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه، ومن شروط هذه الخلافة: الفراغ عن حقّ المورث، وهو مقدار ما عليه من الدّين، فيقدم الدين مطلقاً، وأما كسب ردّته.. فليس مملوكاً له؛ لبطلان أهلية الملك بالردة عنده؛ على ما مر.. فلا يقضى دينه منه، إلا إن تعذر قضاؤه من محلّ آخر.. فحينئذٍ يقضى منه.

فإن قيل: كيف يقضى منه وهي فيء عنده غير مملوك له، بل لجماعة المسلمين؟

أجيب: بأنه لا يعد في هذا، وله نظير في الشرع؛ فإن الذمي إذا مات ولا وارث له.. يكون ماله لجماعة المسلمين، ومع ذلك إن كان عليه دين يقضى منه أولاً، وما فضل.. يكون للمسلمين، فكذلك ههنا.

ووجه الرواية الثالثة - وهو رواية أبي يوسف -: أن كسب الإسلام حق الورثة، وكسب الردّة خالص حقه، بمعنى: أنه ما تعلق به حق الغير، لا بمعنى أنه ملكه؛ فإنه قد زال ملكه عنه بالردة؛ على ما مر، ولا يلزم من كونه خالص حقّه لدينه ملكاً له، ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقّه وليس ملكه، وإذا كان خالص حقّه.. كان قضاء دينه منه أولى، إلا إذا لم يف.. فحينئذٍ يقضى من كسب إسلامه؛ تقديماً لحقه، وهذا على طريقة أبي حنيفة.

وعندهما: يقضى دينه من الكسبين جميعاً؛ لأنهما جميعاً ملكه عندهما؛ على ما سيصرّح به.

(ويوقف بيعه وشراؤه وإجارته وهبته ورهنه وعتقه وتدبيره وكتابته ووصيته؛ فإن أسلم) بعد هذه التصرفات **(.. صحت)** أي نفذت، **(وإن مات أو قتل)** على ردته **(أو حكم بلحاقه.. بطلت)** هذه التصرفات كلها عند أبي حنيفة؛ لما ذكرناه: أنه حربي

وَقَالا: لَا يَزُولُ مِلكُهُ عَن مَالِهِ، وتُقضَى دُيُونُهُ مُطلقاً مِن كِلا كسبَيهِ، وَكِلَاهُمَا لوَارِثِهِ الْمُسلِمِ، وَمُحَمّدٌ اعْتبرَ كَونَهُ وَارِثاً عِنْدَ اللحاقِ، وَأَبُو يُوسُفَ: عِنْدَ الحُكمِ بِهِ.

مقهور تحت أيدينا وقد زال ملكه بالردة.

واعلم: أن تصرّفات المرتد على أربعة أقسام:

نافذ بالاتفاق؛ كالاستيلاد والطلاق.

باطل بالاتفاق؛ كالنكاح والذّبيحة.

موقوف بالاتفاق؛ كالمفاوضة مع المسلم.

ومختلف في توقفه؛ كالتصرفات المعدودة ههنا.. فعنده: كلّها موقوفة، وعندهما: نافذة، وكلّ من هذه الأنواع الأربعة سيأتي في الكتاب مصرّحاً.

ولما ذكر طريقة أبي حنيفة.. شرع في ذكر طريقتيهما، فقال: **(وقالا: لا يزول ملكه عن ماله)**، وهذا في مقابلة قول أبي حنيفة: «يزول ملكه عن ماله» على ما تقدم.

ووجههما: أنه مكلف محتاج إلى ماله في إقامة التكليف، وقد ذكرناه [٧١٦/أ] فارجع إليه.

(وتُقضى ديونه مطلقاً) أي في إسلامه وردّته **(من كلا كسبيه)**، وهذا في مقابلة قول أبي حنيفة: «ويقضى دين إسلامه من كسب إسلامه ودين ردته من كسبها».

ووجههما فيه: أنهما جميعاً ملكه؛ لعدم زوال ملكه عندهما، حتى يجري الإرث فيهما على ما تقدّم.

(وكلاهما) أي كلا كسبيه **(لوارثه المسلم)**، وهذا في مقابلة قول أبي حنيفة: «وكسب إسلامه لوارثه المسلم»، وقد تقدم وجه الطّرفين.

(ومحمّد اعتبر كونه وارثاً عند اللحاق)؛ لأنه هو السبب للتوريث، وإنما القضاء لتأكّد السبب بقطع الاحتمال، **(وأبو يوسف: عند الحكم به)** أي باللحاق؛ لأنه يصير موتاً بالقضاء.

وَتَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ ....

(وتصحّ تصرفاته)، وهذا في مقابلة قول أبي حنيفة: «ويوقف بيعه وشراؤه... إلى آخره».

ووجههما: فيه أن الصحة في هذه المعاملات تعتمد الأهلية، والنفاذ يعتمد الملك، ولا خفاء في وجود الأهلية في المرتد؛ لكونه مخاطباً بالإيمان، وكذا قتله فرع كونه مكلّفاً، ولا خفاء في وجود الملك أيضاً؛ لما مرّ من أنه مكلّف يحتاج إلى ملكه في إقامة التكليف؛ فإذا وجدت الأهلية والملك.. نفذت تصرفاته، إلا أن عند أبي يوسف يصحّ كما يصح من الصحيح من جميع المال؛ لأن الظاهر: عوده إلى الإسلام؛ إذ الشبهة تزاح، فلا تقبل.

وعند محمد: يصح من الثلث كما يصحّ من المريض؛ لأنه على شرف الهلاك؛ كالمريض مرض الموت.

إلا أن أبا يوسف يقول: إن وقع القتل والهلاك عنه بيده.. يعود إلى الإسلام، بخلاف المريض.

ومما يدل على كون ملك المرتد: أنه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة، أو أمة مسلمة بعد الردة لستة أشهر فصاعداً.. ورثه، فلو كان ملكه زائلاً.. لم يرثه هذا الولد، ولو مات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد ولحاقه.. لا يرثه، فلو لم يكن ملكه قائماً بعد الردة.. لورثه هذا الولد؛ لأنه كان حيّاً وقت ردّة الأب.

ولأبي حنيفة: أن ملكه زال عن يده موقوفاً؛ بناء على أنه حربي مقهور نفسه وماله تحت أيدينا؛ على ما مر، وصحّة هذه التّصرفات ونفاذها يوجب الملك؛ فإن البيع مثلاً: يوجب كونه مالكاً للمبيع؛ لأن بيع ما لا يملك غير صحيح، وكذا صحة الإجارة: يقتضي كونه مالكاً لما أجره؛ فإذا لم يكن له ملك ومالكية.. امتنع إفادة هذه التصرفات أحكامها في الحال؛ فإن أسلم.. أفادته حين وقعت [٧١٦/ب] بطريق الاستناد، وهذا معنى التوقف، فصار المرتد كالحربيّ يدخل دارنا بلا أمان.. فيؤخذ؛ فإن تصرفاته موقوفة لتوقف حاله؛ فإن الإمام مخير بين استرقاقه وقتله ومَنِّه؛ فإن

وَلَا تُوقَفُ غيرِ الْمُفَاوضَةِ، لَكِن كتصرُّفِ الصَّحِيحِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وكتصرُّفِ الْمَرِيضِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

وَيَصِحُّ اتِّفَاقاً استيلادُهُ وطلاقُهُ ....

استرق أو قتل.. بطلت تصرفاته، وإن منّ عليه أو أسلم.. نفذت تصرفاته، فكذا المرتد.

ولا نسلّم وجود الأهليّة فيه؛ لأن صحّة هذه التّصرفات تقتضي أهليّة كاملة، وليست بموجودة في المرتدّ؛ كما أنها ليست موجودة في الحربيّ؛ لأن كلّ واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب عصمتهما وهو كونه آدمياً مسلماً، وذلك يوجب الخلل في الأهلية، فلا تكون كاملة:

فإن قيل: لو كان استحقاق القتل موجباً للخلل في الأهليّة مؤثراً في توقّف التصرفات.. لكانت تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق الرجم، وتصرفات قاتل العمد: موقوفة؛ لاستحقاقهما القتل، ولكنها ليست بموقوفة.

أجيب: بأن استحقاق القتل الموجب للخلل في الأهليّة: هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة؛ كما في المرتد والحربيّ، بخلاف الزّاني والقاتل؛ لأن استحقاقهما القتل ليس لبطلان عصمتهما، بل جزاء على الجناية، فبقيت عصمتهما نفساً ومالاً فتنفذ تصرفاتهما لبقاء عصمتهما.

(ولا توقف) تصرفاته عندهما **(غير المفاوضة)** بالفاء والضاد المعجمة :

(لكن) استدراك من قوله: «وتصح تصرفاته» **(كتصرف الصحيح عند أبي يوسف)**؛ لأن الظاهر عوده إلى الإسلام؛ إذ شبهته قد تزاح، فلا يقتل.

(وكتصرف المريض عند محمّد)؛ لأن من انتقل إلى دين باطل على شرف الفوات بالقتل، وإن احتمل عدمه؛ كالمريض على شرف الموت، والمختار: قول أبي يوسف؛ لما ذكرناه من قبل.

(ويصح اتفاقاً استيلاده وطلاقه)؛ لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك في الاستيلاد،

وَيبْطل نِكَاحُهُ..

ولا إلى تمام الولاية في الطلاق؛ فإن الاستيلاد يصحّ في جارية الابن، وحق المرتد في ماله أقوى من الأب في جارية ابنه، وكذا تصحّ دعوة المولى ولد أمة مكاتبه، وحق المرتد في ماله أقوى من حق المولى في كسب المكاتب؛ لأن المال موقوف على حكم ملكه، حتى إذا أسلم.. كان له بلا سبب جديد، ولا ملك للأب والمولى فيهما، والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته؛ فإنه لا ولاية له على نفسه.

فإن قيل: إن بالردة تحققت الفرقة، فكيف يقع الطلاق حتى يحكم بصحته؟

أجيب: بأنه لا يلزم من وقوع البينونة [٧١٧/أ] امتناع الطلاق، وقد سبق أن المبانة يلحقها صريح الطّلاق ما دامت في العدة، وصرّح في «المحيط»: بأن الفرقة بالرّدة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطّلاق، مع أنّ الرّدة لا تلزمها الفرقة؛ كما لو ارتدّا معاً.

ومن هذا القبيل؛ أي ما يصحّ منه بالاتفاق: تسليم الشفعة، وقبول الهبة، والحجر على عبده المأذون؛ لأنها لا تبنى على حقيقة الملك.

(ويبطل نكاحه) أي يبطل بمجرد الردة بلا حاجة إلى قضاء القاضي باتفاق أصحابنا.

خلافاً للشافعي: فإن عنده يبطل بقضاء القاضي.

وقال في «قاضي خان»: إن أخبرت المرأة أنّ زوجها قد ارتدّ.. فلها أن تتزوج بزوج آخر بعد انقضاء العدة؛ في رواية الاستحسان.

وفي رواية «السير»: ليس لها أن تتزوج.

قال شمس الأئمة السّرخسي: الأصح: رواية الاستحسان.

وقال قبله: ارتد مراراً وجدّد الإسلام في كلّ مرة وجدّد النكاح.. على قول أبي حنيفة: تحلّ له امرأته من غير إصابة الزوج الثاني؛ لأن عنده الردة لا تكون طلاقاً، وإباء الزوج عن الإسلام يكون طلاقاً.

وعلى قول أبي يوسف: ردّته وإباؤه لا يكون طلاقا.

وذبيحتُهُ، وتوقُّفُ مفاوضتُهُ. وترثُهُ امْرَأَتُهُ الْمسلمَةُ إِن مَاتَ أَو قُتِلَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ.

وعند محمّد: كلاهما طلاق.

وردة المرأة وإباؤها لا يكون طلاقاً، وتقع الفرقة عند عامّة العلماء بردّتها، وعند البعض: لا تقع.

(وذبيحته)؛ لأنها تعتمد الملة، ولا ملّة للمرتدّ؛ لأنه غير مقر على ما انتقل إليه من دين سماوي أو غيره؛ كالشّرك.. فهو بمنزلة من لا ملّة له.

(وتتوقف) بالاتفاق **(مفاوضته)** أي مع المسلم؛ لأن المفاوضة تعتمد المساواة بين الشريكين، ولا مساواة بين المسلم والمرتد.. فيتوقف عقد المفاوضة؛ فإن أسلم.. نفذت، وإن مات أو قتل أو قضي بلحاقه.. بطلت بالاتفاق، ولكنّها تصير عناناً عندهما، وعند أبي حنيفة: تبطل أصلاً؛ لأن في العنان وكالة، وهي موقوفة عنده.

(وترثه امرأته المسلمة إن مات أو قتل) على ردّته أو لحق بدار الحرب **(وهي في العدّة)**؛ لأنه يصير فارّا، وإن كان صحيحاً وقت الردة، وهذا؛ لأن الرّدة لما كانت سبب الموت وهي باختياره.. أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت، وهو يوجب الإرث إذا مات وهي في العدّة؛ لأنه فارّ، ولو كان وقت الردة مريضاً.. فلا إشكال في إرثها.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنها ترثه وإن كانت منقضية العدة؛ لأنها كانت وارثة عند ردّته، وبه قال أبو يوسف؛ بناء على ما مر [٧١٧/ب] من رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يرثه من كان وارثاً عند الردة فقط، من غير اشتراط بقائه بالصّفة إلى الموت.

فما ذكر في الكتاب: محمول على رواية الحسن عن أبي حنيفة: من أنه إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة وبقي وارثاً إلى موته، وعلى رواية محمد عنه: من

وَإِن عَادَ مُسلِماً بعدَ الحُكمِ بلحاقِهِ.. أَخذَ مَا وَجَدَهُ بَاقِياً فِي يَدِ وَارثِهِ.

وَلَا يَنْقضُ عِتْقُ مدبَّرِهِ وَأُمّ وَلَدِهِ.

وَإِن عَادَ قبلَهُ.. فَكَأَنَّهُ لم يرْتَدَّ.

أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت فقط؛ على ما مرّ.

ثم في اشتراط قيام العدّة: إشارة إلى أنها مدخول بها، فلا ترثه غير المدخول بها، وهذا؛ لأن بمجرّد الرّدة تبين غير المدخولة لا إلى عدّة، فتصير أجنبيّة.

ثم المراد بالعدة ههنا: هي العدة للردة، وهي بالحيض لا بالأشهر؛ لأنها ليست بموت حقيقة، بل في حكم الموت؛ على ما في «فتح القدير»:

(وإن عاد) المرتد **(مسلماً بعد الحكم بلحاقه.. أخذ ما وجده باقياً في يد وارثه)** نقداً أو عرضاً؛ لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت المحكوم به حين دخل دار الحرب، وإذا عاد مسلماً.. فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة فيقدم على الوارث؛ لاحتياجه إلى ماله.

بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه؛ فإنه لا سبيل له إلى ذلك؛ لأنه أزاله وقت كان له سبيل فيه من الإزالة فنفذت.

قال شمس الأئمة الحلواني: لو كانت هذه الحالة بعد موته حقيقة بأن أحياه الله تعالى بإعادة الروح إلى بدنه وأعاده إلى الدنيا.. كان الحكم فيه كذلك؛ أي يأخذ ما وجده في يد وارثه؛ لاحتياجه إليه، لكنه خلاف العادة.

(ولا ينقض عتق مدبّره وأم ولده)؛ لأن القضاء بعتقهم قد صحّ بدليل مصحّح له - وهو قضاء القاضي بلحاقه - عن ولاية، فلا ينقض بعد نفاذه؛ إذ العتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان، وولاؤهم لمولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلماً؛ على ما في «فتح القدير».

(وإن عاد) مسلماً **(قبله)**؛ أي قبل الحكم بلحاقه **(.. فكأنه لم يرتد)**؛ لعدم تأكده بالقضاء، فأمّهات أولاده ومدبّروه: على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي، وما كان

وَالْمَرْأَةُ لَا تُقتَلُ بل تحبَسُ حَتَّى تتوبَ، وتُضرَبُ كلَّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

وَالْأَمةُ يُجبرُها مَوْلَاهَا.

عليه من الديون.. فهو إلى أجله كما كانت، وضمن الوارث ما أتلفه.

(والمرأة) المرتدة **(لا تقتل)** في ظاهر الرواية عندنا؛ لأن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى الآخرة؛ إذ تعجيلها يخلّ بمعنى الابتلاء، وإنما عدل عن هذا الأصل دفعاً لشرٍ ناجز وهو الحرب، ولا يتوجه ذلك من النساء؛ لعدم صلاحيته بنيتها، بخلاف الرجال، فصارت [٧١٨/أ] المرتدة كالكافرة الأصليّة.

(بل تحبس حتّى تتوب)، فتطعم كلّ يوم لقمة وشربة، وتمنع من سائر المنافع؛ لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار به، فتجبر على إيفائه بالحبس؛ كما في حقوق العباد.

(وتضرب) كل يوم مبالغة في الحمل على الإسلام، وقيل: في **(كل ثلاثة أيام)**.

(والأمة يجبرها مولاها)؛ أما الجبر.. فلما ذكرناه، وأما المولى.. فلما فيه من الجمع بين الحقين: الجبر والاستخدام.

وقيل: هذا فيما إذا احتاج المولى إلى خدمتها، وإلا.. فيجبرها القاضي.

والصحيح: أنها تدفع إلى المولى؛ احتاج أو استغنى، وهو رواية «الجامع الصغير»، وصحّحه فخر الإسلام.

وهل تسترق الحرة المرتدة، قالوا: لا تسترق ما دامت في دار الإسلام؛ فإن لحقت بدار الحرب.. فحينئذٍ تسترق إذا سبيت.

وعن أبي حنيفة في «النوادر»: تسترق في دار الإسلام أيضاً.

قيل: ولو أفتى بهذه الرواية.. لا بأس به فيمن كانت ذات زوج؛ قطعاً لسوء قصدها بالردة من إثبات الفرقة، وينبغي أن يشتريها الزوج من الإمام، ويهبها الإمام له إذا كان مصرفاً؛ لأنها صارت بالرّدة فيئاً للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها،

وَيَنْفُذُ جَمِيعُ تصرُّفها فِي مَالِهَا وَجَمِيعِ كسبِها لوارثِها الْمُسلمِ إذا مَاتَتْ.

ويرثُها زَوجُهَا إِن ارْتَدَّت مَرِيضَةً، لاَ إِنِ ارْتَدَّت صَحِيحَةً.

وينفسخ النكاح بالردة، وحينئذ يتولى هو حبسها وحربها على الإسلام، فيرتدّ ضرر قصدها عليها.

وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند: بعدم وقوع الفرقة بردتها ردّاً عليها. وغيرهم مشوا على الظاهر، ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج، وتضرب خمسة وسبعين سوطاً، واختاره «قاضي خان» للفتوى.

(وينفذ جميع تصرّفها) من البيع والشراء والهبة وغيرها؛ فإن أسلمت في دارنا.. فبها، وإن ماتت أو دخلت دار الحرب.. فتصرفها باطل عنده، صحيح عندهما.

(في مالها) لوجود المقتضي - أعني الأهلية والملك - وارتفاع المانع؛ أعني الكون حرباً لنا.

(وجميع كسبها) في الإسلام والردة **(لوارثها المسلم إذا ماتت)**؛ لما ذكرناه.

(ويرثها زوجها) المسلم **(إن ارتدت مريضة)** فماتت من ذلك المرض، أو لحقت بدار الحرب.

والقياس: أن لا يرثها؛ لأن فرار الزوج إنما كان يتحقق إذا مات وهي في العدّة، ولا عدّة ههنا على الرجل، فينبغي أن لا يرثها الزوج؛ على ما في «العناية».

ووجه الاستحسان: أنها قصدت إبطال حقّ الزوج في الميراث بعدما تعلّق حقّه بمالها بسبب مرضها فيرثها.

(لا إن ارتدت [٧١٨/ب] **صحيحة)**؛ فإنها بهذه الردة لم تبطل له حقاً متعلّقاً بمالها، بخلاف المرتد؛ فإنه يقتله فيتعلّق بماله حقّها بردّته، فيكون فارّاً في ردّته حالة الصّحة فترثه زوجته المسلمة؛ على ما مرّ:

وقاتِلُها يُعَزَّرُ فَقَط.

وَسَائِرُ أَحْكَامِهَا: كَالرّجلِ؛ فَإِن ولدت أَمَتُهُ فَادَّعَاهُ.. ثَبتَ نسبُهُ وأمومِيَّتُها وَالْولدُ حرٌّ يَرِثُهُ مُطلقاً إِن كَانَت مسلمةً.

وَكَذَا إِن كَانَت نَصْرَانِيَّةً، إِلَّا إِن وَلَدَتْهُ لأَكْثَرَ مِن نصفِ حولٍ مُنْذُ ارْتَدَّ.

(وقاتلها) أي قاتل المرتدة **(.. يعزّر فقط)**؛ أي لا يضمن؛ لوجود المبيح وهو الكفر، وللعمل بإطلاق النص، لكنه يعزّر إن كانت في دار الإسلام؛ لافتياته على الإمام.

(وسائر أحكامها كالرجل) المرتد؛ فإذا لحقت بدار الحرب.. بطل تصرّفها في مالها، ولا عدة لها كالموتى، فلزوجها أن يتزوج أختها وأربعاً سواها من ساعته؛ كما في صورة الموت الحقيقي.

وإن عادت مسلمة أو سبيت: لم ينقض نكاح الأخت والأربع؛ لأن نكاحها لا يعود، ولها أن تتزوج من ساعتها؛ لعدم العدّة عليها.

ولو ولدت في دار الحرب لأقلّ من ستة أشهر من وقت الردة.. ثبت نسبه من الزوج، وإن كان لأكثر.. لا يثبت، ويسترق الولد تبعاً لها، وكذا يجبر على الإسلام.

(فإن ولدت أمته) أي إذا وطئ المرتد جاريته التي كانت له في حال إسلامه؛ نصرانيّةً كانت أو يهوديّةً أو مسلمةً فولدت منه لستة أشهر وأكثر، ولو إلى عشر سنين منذ ارتد **(فادّعاه)**؛ أي ادعى المرتد الولد **(.. ثبت نسبه)** منه **(وأموميتها)**؛ لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك، حتى صحّ استيلاد الأب جارية الابن، والعبد المأذون جاريته من تجارته؛ على ما ذكره أبو الليث في شرح «الجامع الصغير»:

(والولد حر)؛ لثبوت نسبه من أبيه، **(يرثه)** أي يرث الولد أباه المرتد **(مطلقاً)**؛ أي سواء كان بين الارتداد والولادة ستة أشهر أو أكثر أو أقل؛ **(إن كانت مسلمة)**؛ لأن الولد حينئذ يتبع أمّه لكونها خيراً في الدين، فيكون مسلماً، والمسلم يرث المرتد.

(وكذا)؛ أي يرث الولد أباه المرتد **(إن كانت)** الأم **(نصرانية)** أو يهوديّة، **(إلا إن ولدته لأكثر من نصف حول منذ ارتد)**.

وَإِن لحقَ بِمَالِهِ فَظهرَ عَلَيْهِ.. فَهُوَ فَيْءٌ.

فَإِن لحقَ ثمَّ رَجَعَ فَذهبَ بِهِ فَظهرَ عَلَيْهِ.. فَهُوَ لوَارِثِهِ قبلَ الْقِسْمَةِ.

وكذا إذا ولدته في نصف السنة؛ لأن الولد حينئذ يتبع أباه؛ لكونه أقرب إلى الإسلام من أمّه النصرانية واليهوديّة؛ للزوم الجبر عليه لا عليها، فلا يكون الولد مسلماً حكماً، بل يكون مرتداً حكماً؛ لأن العلوق لم يتيقن قبل الردة حتى يجعل الولد مسلماً بإسلام أبيه قبل الردة.

بخلاف ما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر؛ فإنه يتيقن علوق الولد قبل الردة، فيكون مسلماً فيرث من أبيه المرتد.

فإذا كان مرتداً تبعاً لأبيه.. لا يرثه؛ لأن المرتد لا يرث [٧١٩/أ] المرتد.

فإن قيل: إنه لم يجعل تبعاً للدار فيرث من أبيه المرتد.

أجيب: بأنّه إنما يجعل تبعاً للدار إذا لم يكن معه أحد أبويه بأن سبي وليس معه أحد أبويه، أو يلتقط في دار الإسلام.

فإن قيل: هذا منقوض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردّتهما؛ فإنه يبقى مسلماً مع وجود أبويه.

أجيب: بأن الحكم بإسلامه في هذه الصّورة ليس لتبعية الدار، بل لأنه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان، بخلاف مسألة الكتاب؛ لأنه لم يسبق للولد حكم الإسلام؛ إذ لم يوجد في زمن إسلامهما.

(وإن لحق) المرتد بدار الحرب **(بماله فظهر عليه.. فهو)**؛ أي المال **(فيء)** فيوضع لبيت المال للمسلمين؛ لأنه مال لم يجر فيه الإرث، فيكون مال الحربيّ، فيكون فيئاً لا محالة، وأما نفسه.. فلا يكون فيئاً؛ لأن المرتد لا يسترق، بل يقتل أو أسلم.

(فإن لحق، ثم رجع مرتداً) إلى دار الإسلام **(فذهب به)**؛ أي بماله إلى دار الحرب ثانياً **(فظهر عليه)** ثانياً **(.. فهو)**؛ أي المال الذي لحق به ثانياً **(لوارثه)**؛ لأنه مال انتقل إلى الوارث حين لحق أوّلاً وقضى به القاضي، فيكون ملكاً للوارث قديماً **(قبل القسمة)**.

وَإِن لحقَ فَقضى بِعَبْدِهِ لِابْنِهِ، فكاتَبَهُ الابْنُ، فجَاءَ الْمُرْتَدُّ مُسلماً.. فبدلُ الْكِتَابَةِ وَالْوَلَاءُ لَهُ.

وَمن قَتلَهُ مُرْتَدٌّ خطأً فَقُتِلَ على ردَّتِهِ أَو لَحِقَ.. فدِيَتُهُ فِي كسبِ إِسْلَامِهِ.

وَقَالا: فِي كَسبِهِ مُطلقاً.

وأما بعدها؛ فإن شاء.. أخذه الوارث بقيمته.

وإن لم يقض القاضي بلحاقه والمسألة بحالها: ففي ظاهر الرواية: يرد على الورثة أيضاً؛ لأنه متى لحق بدار الحرب.. فالظاهر: أنه لا يعود، فكان ميتاً ظاهراً.

وفي بعض روايات «السير»: يكون فيئاً لا حَقَّ لورثته فيه؛ لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء.

(وإن لحق فقضى) القاضي **(بعبده لابنه، فكاتبه الابن، فجاء المرتد مسلماً.. فبدل الكتابة والولاء له)** أي للأب المسلم بعد الردة؛ لأنه لا وجه لإبطال الكتابة لنفوذها بالقضاء، فجعلنا الوارث كالوكيل من جهته، وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل، والولاء لمن يقع العتق عنه، فصار كالمكاتب إذا كاتب عبده، ثم عجز وفسخت الكتابة الأولى.. تبقى الثانية على حالها، ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه.

هذا فيما إذا جاء المرتد مسلماً قبل أداء بدل الكتابة.

بخلاف ما إذا جاء مسلماً بعد أداء الكتابة إلى الابن؛ فإنه عتق على الابن، والولاء له؛ فإن الملك الذي كان للأب غير قائم بعد الأداء.

(ومن قتله مرتد خطأً فقتل على ردته أو لحق) بدار الحرب **(.. فديته في كسب إسلامه)** عند أبي حنيفة، **(وقالا: في كسبه مطلقاً)**.

أما كون [٧١٩/ب] الدية في ماله: فلأن العواقل لا تعقل المرتد؛ لأن تحملهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التي يقوى بها على الجرأة، ولا نصرة منهم للمرتد.

وأما أنه عند أبي حنيفة في كسب الإسلام فقط: فإنه لا يملك غيره عنده،

وَمن قُطِعَتْ يَدُهُ عمداً فَارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ وَمَاتَ مِنْهُ، أَو لحقَ ثُمَّ جَاءَ مُسلماً وَمَاتَ مِنْهُ.. فَنصفُ دِيَتِهِ لوَرَثَتِهِ فِي مَالِ الْقَاطِعِ.

وعندهما: يملك الكلّ، فيكون ما لزمه من الكل عندهما.

وعلى هذا: إذا غصب مالاً فأفسده.. يجب ضمانه في كسب إسلامه عنده فقط، وعندهما: في الكلّ.

وعلى هذا: لو لم يكن له كسب في الإسلام واكتسب في الردة.. تهدر الجناية عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

(**ومن قطعت يده عمداً فارتدّ والعياذ بالله ومات منه**)؛ أي على ردّته من ذلك القطع (**أو لحق، ثم جاء مسلماً ومات منه**)؛ أي من ذلك القطع (.. **فنصف ديته لورثته في مال القاطع**):

أما الأول: وهو وجوب نصف الدية فيما إذا مات.. فلأن القطع وإن وقع على محلّ معصوم، لكن السراية التي بها القطع قتلاً: حلت المحل بعد زوال عصمته فأهدرت؛ إذ لو لم تهدر.. لوجب القصاص في النفس في العمد، وتمام الدية في الخطأ، لكنه لم يجب؛ فإذا أهدرت السراية.. وجبت دية اليد؛ لأن هذا القدر وقع زمن العصمة، وأقلّ ما فيه: دية اليد.

بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد، ثم أسلم فمات من ذلك القطع.. فإنه لا يجب الضمان أصلاً؛ لأن القطع وقع في وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة، فكانت هدراً، والمهدر لا يلحقه الاعتبار، وأما المعتبر اعتباراً: فقد يلحقه الإهدار بالإبراء، فكذا بالردة.

وأما الثاني: وهو وجوب نصف الدية إذا قضى بلحاقه، والموت بقطع السراية، وإسلامهُ حياةٌ حادثة في التقدير.. فلا يعود حكم الجناية الأولى على أنها قتل؛ لأنه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع، فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حالة العصمة؛ من حيث هو قطع لا قصاص فيه، وفي ذلك: نصف دية النفس، فوجب للورثة.

وَإِن أسلمَ بِدُونِ لحاقٍ فَمَاتَ.. فتمامُ الدِّيَةِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: نصفُهَا.

هذا فيما إذا قضى بلحاقه:

وأما إذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلماً، ثم مات من القطع.. فهو بمنزلة موته قبل أن يلحق بدار الحرب، وفيه خلاف محمد، وهو ما ذكره بقوله: (**وإن أسلم بدون لحاق فمات**) بعد عوده مسلماً؛ يعني إذا ارتد ثم أسلم فمات من ذلك القطع بلا تخلل لحاق (.. **فتمام الدية**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (**وعند محمد: نصفها**)؛ وهو قول زفر أيضاً، يعني في الصور [٧٢٠/أ] الأربع، وهي:

ما إذا قطعت يده مسلماً فارتد ومات على ردّته من القطع.

أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق.

أو ارتد ولحق بعد القضاء.

أو قبله، ثم عاد فأسلم.. ففي كلّها نصف الدية عند محمد وزفر.

ووجهه: أنّ اعتراض الردة أهدر السراية، حتى لو قتله قاتل.. لا شيء عليه؛ فإذا أسلم بعد ذلك.. لا ينقلب بالإسلام إلى الضمان من غير سبب جديد، وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي فأسلم.. لا يجب على القاطع شيء:

ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم؛ لأنه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس؛ كما إذا لم تتخلل الردة، وهذا لأن تخلّلها كائن في حال البقاء فقط، فإنما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء، وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس، فيبقى ضمانها بالدية.

لأن سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية إلّا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في إيجابها، والواقع: أنه لا معتبر ببقائها في ذلك، وإنما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سبباً، وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان، وحالة البقاء بمعزل؛ إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان، ولا

مكَاتِبٌ ارْتَدَّ فلحِقَ فَأُخِذَ بِمَالِهِ وَقُتِلَ.. فبدلُ الْكِتَابَةِ لمَوْلَاهُ، وَالْبَاقِي لوَرثَتِهِ.

حال ثبوت حكمه، فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين: لا عبرة به، بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم، وهو حال وجود الشرط الحقيقي؛ كما إذا قال لزوجته: «إن دخلت فأنت طالق»، ثم أبانها، ثم تزوجها فدخلت.. طلقت، وكذا إذا قال لعبده: «إن فعلت كذا فأنت حر» فباعه، ثم اشتراه ففعل.. عتق.

أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث.. لم يقع الطلاق والعتق.

فإن قيل: هذا منقوض بعبد قطعت يده، ثم باعه المولى، ثم اشتراه أو تفاسخا البيع، ثم مات العبد.. فإنه لم يجب إلّا دية اليد لاتمام الدية.

قلنا: إن الردة ليست بإبراء، ولا مستلزمة له؛ لأنها وضعت لتبديل الدين، ويصح من غير إبراء بأن لم يكن ثمة جناية عليه إلا أنه إذا مات على ذلك.. لم يجب الضمان؛ لهدر دمه بالردة.

بخلاف بيع العبد المجني عليه: فإن البيع وضع لقطع ملكه والضمان ملكه؛ فإذا قطع الأصل قصداً.. فقد قطع البدل أيضاً، فصار كالإبراء.

هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد:

فلو كان القاطع هو الذي ارتد.. ففي «المبسوط»: فإن قتل أو مات المقطوع يده من القطع مسلماً؛ فإن كان [٧٢٠/ب] عمداً.. فلا شيء له؛ لأن الواجب القصاص، وقد فات محلّه حين قتل على ردته أو مات، وإن كان خطأً.. فعلى عاقلة القاطع دية النفس؛ لأنه عند إيجابه كان حياً، وجناية المسلم خطأ على عاقلته، وتبيّن بالسراية: أنَّ جنايته كانت قتلاً، فكانت على عاقلته.

ولو كانت الجناية منه حال الرّدة.. كانت الدية في الخطأ في ماله؛ لأن المرتد لا يعقل جنايته أحدٌ؛ كذا في «فتح القدير».

(**مكاتب ارتّد فلحق**) بدار الحرب (**فأخذ بماله**) الذي اكتسبه (**وقتل**) على ردته (.. **فبدل الكتابة لمولاه**) من كسبه، (**والباقي لورثته**)؛ أي بالاتفاق.

زوجانِ ارتدَّا فلَحِقا، فَولدتِ الْمَرْأَةُ ....

أما عندهما: فلأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً، فكذا إذا كان مكاتباً؛ إذ الكتابة لا تبطل بالموت.. فبالردة أولى؛ فإذا كان مَلْكه.. قضيت منه مكاتبته.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن المكاتب يملك أكسابه بعقد الكتابة، وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة؛ لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت، فكذا باللحاق الذي هو شبهة الموت، وإذا لم يتوقف العقد.. لم تتوقف الأكساب الحاصلة بسببه، ألا ترى أن المكاتب لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرّق، فكذا بالردة التي هي أدنى من الرق المانعية من التصرف، حتى لا يصح استيلاده بطريق الأولى، فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الإسلام.

فإن قيل: لا يلزم من عدم منع رق المكاتب عن التصرف عدم منع ردّته عنه؛ كجواز أن يكون ممنوعاً عنه عند اجتماع الأمرين، بل الأمور وهي الرق والردة والكتابة.

أجيب: بأنّ الهيئة الاجتماعية: إنما يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيبهما أمر خارجي، أو اعتباري حقيقي، لا فَرَضيّ محض، ولا يمكن ذلك من الرق والردة.

توضيحه: أن عقد الكتابة يجوز للتصرف، وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده، وقد ثبت شرعاً ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما، وانضمام أحدهما إلى الآخر من قبيل انضمام علة إلى أخرى فيما يعلّل بعلّتين مستقلتين، ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة؛ على ما عرف في الأصول، بل الترجيح بوصف في العلة.

(**زوجان ارتدا فلحقا فولدت المرأة**) في دار الحرب؛ سواء كان الحمل في دار الحرب أو في دار الإسلام؛ فإن مدار جبر الولد على الإسلام: كون الولادة في دار الحرب، لا كون الحبل فيها؛ على ما صرح به [٧٢١/أ] في «فتح القدير».

ثُمَّ وُلِدَ لِلْوَلَدِ، فَظُهِرَ عَلَيْهِم.. فالولدانِ فَيْءٌ، وَيجْبَرُ الْوَلَـدُ على الْإِسْلَامِ، لَا وَلَدُهُ.

(ثم ولد للولد فظهر عليهم.. **فالولدان فيء**)؛ لأن المرتدة تسترّق فيتبعها ولدها، (**ويجبر الولد**) الأول (**على الإسلام**)؛ لأنه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين، فيكون مسلماً بإسلامهما ومرتداً بارتدادهما، فلما كان مرتداً بردتهما.. أجبر كما يجبران، لكن لا يقتل كولد المسلم إذا بلغ؛ فإنه يجبر عليه، ولا يقتل.

(**لا ولده**) أي لا يجبر ولد الولد على الإسلام في ظاهر الرواية؛ لأنه لو كان مسلماً تبعاً لجدّه.. كان تبعاً لجدّ جدّه.. فحينئذٍ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام، ولو كان تبعاً لأبيه وهو تبع.. لكان التبع مستتبعاً لغيره، وهو قلب الأصل؛ سيما أنّ أصل التبعية ثابتة على خلاف القياس؛ لأن الأب لم يرد حقيقة، ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل، وإذا لم يجبر على الإسلام تبعاً لجده.. يسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل؛ لأن حكمه حينئذ كسائر أهل الحرب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إن ولد الولد يجبر على الإسلام تبعاً لجدّه، فجعل مرتداً تبعاً له؛ لأن التبعية في حق الأب للتفرع، والتفرع ثابت في حق الجد، ولهذا كان بمنزلة الأب في النكاح وبيع مال الصغير.

واعلم: أنّ الجدّ ليس كالأب في ظاهر الرواية في أربعة مسائل:

أحدها: أنّ الولد لا يكون مسلماً بتبعية جدّه أيضاً، وهي مسألة الكتاب:

وثانيها: صدقة الفطر للولد الصغير إذا كان جدّه موسراً، ولا أب له، أوله أب معسر أو عبد.. لا يجب على الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن: يجب عليه.

وثالثها: جرّ الولاء؛ صورتها: معتَقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه.. فالولد حر تبعاً لأمّه، وولاؤه لمولى أمّه؛ فإذا عتق جده.. لا يجرّ ولاء حافده إلى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: يجره كما لو أعتق أبوه.

ورابعها: الوصية للقرابة، لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: لا يدخل كالأب؛ كذا ذكروها.

وزاد في «البحر» ست مسائل، الجد فيها ليس كالأب في ظاهر الرواية:

ردّ الأم إلى ثلث ما بقي.

وحجب أمّ الأب والإخوة لا يسقط بالجد عندهما، ويسقط بالأب اتفاقاً.

والرابعة: ابن المعتق يحجب الجد عن ميراث المعتق اتفاقاً، ولا يحجب الأب عند أبي يوسف.. فله السدس، والباقي للابن؛ [٧٢١/ب] ذكر هذه الأربعة الأكمل في شرح «السراجية».

والخامس: الأم تشارك الجدّ في نفقة الصّغير أثلاثاً، بخلاف الأب.

السادس: لا تفرض النفقة على الجدّ المعسر، بخلاف الأب.

وزاد في «شرح منظومة ابن وهبان»: مسألتان ليس الجدّ فيهما كالأب:

أحدهما: رجل مات وترك أولاداً صغاراً وأباً ولم يوص.. يملك الأب ما يملك الوصي؛ فإن كان الميت أوصى بشيء.. فللأب أن ينفذ الوصية، وإن كان في التركة دين فباع الأب العقار أو العروض لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا.. جاز، وليس للجد ذلك؛ ذكره الخصاف ولم يذكره محمد في «المبسوط»، وبقول الخصاف يفتى.

وثانيهما: أنه قال في «الظهيرية»: إن ولاية التزويج على قول أبي يوسف تكون للجد والأخ، وعلى قول أبي حنيفة: الجدّ أولى بولاية التزويج من الأخ، ولو كان مكان الجد أب.. سقطت ولاية الأخ اتفاقاً، فصار اثني عشر مسألة يخالف الجد فيها الأب.

وهذا إذا ولد لهما ولد بعد لحاقهما؛ أما إذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير، ثم ظهر عليهم.. فالولد فيء؛ لأن الولد الصغير صار مرتداً تبعاً للأبوين، وولد المرتد يصير فيئاً بالسبي؛ كذا قالوا.

وَإِسْلَامُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ: صَحِيحٌ.
وَكَذَا ارتدادُهُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

واعترض عليه في «فتح القدير»: بأنه لو صح.. لزم أنهما لو لم يلحقا بدار الحرب يكون الولد مرتداً تبعاً لهما، وليس كذلك، بل ثبت له حكم الإسلام فيبقى عليه إلّا بمزيل.

والأحسن: ما في «المبسوط»: من أنه خرج عن كونه مسلماً باللحاق بدار الحرب؛ فإن ثبوت حكم الإسلام للصغير: باعتبار تبعية الأبوين أو الدار، وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به، فكان الولد فيئاً يجبر على الإسلام إذا بلغ كما تجبر الأم عليه.

فإنِ الأبُ ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام.. لم يكن الولد فيئاً؛ لأنه بقي مسلماً تبعاً لأمه.

فإن قيل: كيف يتبعها بعد تباين الدارين؟

قلنا: تباين الدارين يمنع الاتباع في الإسلام ابتداء لا في إبقاء ما كان ثابتاً ألا ترى أن الحربيّ لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج إلى دارنا.. بقي الولد مسلماً، حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئاً.

بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب.

(وإسلام الصبي العاقل) والصبية العاقلة، وكذا المراهق والمراهقة (.. **صحيح**) باتفاق الثلاثة.

(وكذا ارتداده، خلافاً لأبي يوسف) كان أولاً يقول: ارتداده صحيح مثل [٧٢٢/أ] إسلامه، ثم رجع وقال: إنه ليس بارتداد.

فعلى صحّة إسلامه: لا يرث أبويه الكافرَين، ويرث أقاربَه المسلمين، ولا يصحّ نكاح المشركة له، وتحلّ المؤمنة له، وتبطل ماليّة الخمرة والخنزير.

وعلى صحّة ردّته: لو مات له قريب مسلم بعد ردّته.. لا يورث منه.

وقال زفر والشافعي: إسلامه ليس بإسلام، وردّته ليس بارتداد.

ولهما في عدم صحة إسلامه: أنه تبع لأبويه فيه، فلا يجعل أصلاً؛ لتناف بين الصفة الأصليّة والتّبعية؛ لأن الأولى: سمة القدرة، والثانية: سمة العجز، ثم إسلامه يصحّ تبعاً لأبويه، فلا يجعل أصلاً مستقّلا به، ولأنّه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة؛ من حرمان الإرث، والفرقة بينه وبين زوجته المشركة، فلا يؤهل له كالطّلاق والعتاق.

ولنا في صحة إسلامه: أنّ علياً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي ﷺ إسلامه وافتخر به وهو مشهور، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام، وهو التصديق والإقرار معه، والإقرار عن طوع: دليل على الاعتقاد الباطني، وإذا كان قد أتى به.. فقد دخلت حقيقة الإيمان قائمة به في الوجود، والحقائق لا ترد بعد الوجود، فلهذا صحّت ردّته أيضاً:

فإن قيل: الإيمان الذي ينفيه الخصم منه، هو الإيمان المعتبر، وما دخل تحت الوجود لا ينفيه الخصم، بل يقول: إنه لا يعتبر شرعاً.

أجيب: بأنّ دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة:

إما لعدم أهلية الصّحة، وهو منتف؛ لأن الصبي جعل أهلاً للنبوة؛ كما في يحيى عليه السلام وهي فرع الإيمان، وللاتفاق على أهليّته للصلاة والصوم، حتى يصحّان منه ويثاب عليهما.

وإما لعدم أهليّة الوجوب فيلتزمه، والكلام ليس فيه.

وإما لحاجز شرعي وهو منتف، ولا يليق أن يثبت شرعاً منع عن الإيمان بالله تعالى مع عقليته ومعرفته.

فإذا صح إيمانه.

فهل يجب عليه بعد البلوغ تصديق وإقرار جديد، أو يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار؟

ففي «فتح القدير»: أن مقتضى الدليل: أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد إلى تصديق وإقرار يسقطه به، ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار غير المنوي به إسقاط الفرض؛ كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه.. لا يكون كما كان يفعل، بل لا يكفيه بعد بلوغه منها: إلّا ما قرنه بنيّةِ أداءِ الواجب امتثالاً.

لكنهم اتفقوا: على أنه لا يجب، بل يقع فرضاً [٧٢٢/ب] قبل البلوغ.

أما عند فخر الإسلام؛ فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب، وهو حدوث العالم وعقلية دلالته، دون وجوب الأداء؛ لأنه بالخطاب، وهو غير مخاطب؛ فإذا وجد بعد السبب.. وقع الفرض؛ كتعجيل الزكاة.

وأما عند شمس الأئمة: فلا وجوب أصلاً؛ لعدم حكمه وهو وجوب الأداء؛ فإذا وجد.. وجد، فصار كالمسافر يصلي الجمعة: يسقط فرضه وليست الجمعة فرضاً عليه، لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها؛ فإذا فعل.. تم.

والجواب عما ذكرهما من التنافي بين الأصلية والتبعية: منع لزوم التنافي مستنداً بأنه إنما يلزم أن لو قلنا باجتماع كونه تبعاً وأصلاً معاً، ولسنا نقول به، بل هو تبعٌ ما لم يعقل ويقر مختاراً؛ فإذا عقل وأقر مختاراً.. فنقول: انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي أصلاً.

وأجاب في «المبسوط»: بمنع التنافي بينهما وجواز اجتماعهما؛ كالمرأة تسافر مع الزوج فإنها تكون مسافرة تبعاً للزوج، حتى إذا لم تنو السفر.. تكون مسافرة، ولو نوته.. صارت مسافرة مقصوداً وتبعاً فاجتمعت الأصلية والتبعية، وجعل أحدهما يتأيد بالآخر، فكذا ما نحن فيه.

وأما الجواب عن قولهما: «يشوبه»: فلأن ما يتعلق به السعادة الأبدية وتزول به المضرة السرمدية لا يبالي معه بذلك الضرر كل عاقل.

ولهما في الردة أنها مضرة محضة.. فلا تصح منه، بخلاف الإسلام؛ فإنه تَعَلَّق به أعلى المنافع، ويندفع به أعظم المضار.. فيصح منه، وهذا وجه أبي يوسف أيضاً في الردة.

ولأبي حنيفة ومحمد فيها: ما مر من أنها موجودة حقيقة؛ لوجود حقيقتها من الإنكار، ولا مرد للحقيقة بعد وجودها.

فإن قيل: إن ما مر: في الإسلام، ولا يلزم من اعتبار الحقيقة في الإسلام، وعدم ردها فيه: اعتبارها وعدم ردها في الردة؛ لما في الإسلام من النفع، وفي الردة من الضرر، ألا ترى أنه يصح من الصبي قبول الهبة؛ لما فيه من النفع، ولا يصح منه الهبة؛ لما فيه من الضرر؟

أجيب: بأن الحقائق الداخلة تحت الوجود على نوعين:

أحدهما: ما يقطع فيها بالعلم أو بالجهل، فلا يمكن عدم اعتبارها بعد القطع بها.

وثانيها: ما لا يقطع فيها بالعلم ولا بالجهل، والإيمان والردة من قبيل النوع الأول؛ فإنه لا يمكن أن يجعل عارفاً إذا علم جهله بالكفر، ولا جاهلاً إذا علم علمه بالإيمان، فلا بد من اعتبارها بعد وجودها؛ فصار كما إذا صام بنيته [٧٢٣/أ]: يجعل صائماً شرعاً، فلو أكل.. يجعل مفطراً قطعاً ولا يجعل صائماً، والهبة من قبيل الثاني، فإنها دائرة بين العلم بالمصلحة فيها وبين الجهل بها؛ لأنا لم نتيقن بعلمه بالمصلحة فيها في نفس الأمر، فلا يجوز من الصبي، بخلاف قبول الهبة؛ فإنا علمنا بالمصلحة فيها، فلا نجعله جاهلاً بها.

قيد الصبي بالعاقل؛ لأن ارتداد الصبي الغير عاقل.. لا يصح بالاتفاق، وكذا لا يصح إسلامه.

وكذا المجنون لا يصح إسلامه ولا ارتداده بالإجماع.

والسكران الذي لا يعقل: كالمجنون عندنا، وهو قول مالك وأحمد، وكذا الشافعي في قول، وقال في قول آخر: يصح ارتداده كطلاقه.

قلنا: إن الردة تبتنى على تبدل الاعتقاد، ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال، وإنما وقع طلاقه؛ لأنه لا يفتقر إلى القصد.

* * *

وَيُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ، وَلَا يُقتَلُ إِن أَبى.

(ويجبر) أي الصبي العاقل، وكذا الصبية والمراهق والمراهقة **(على الإسلام)**؛ لما فيه من النفع المتيقن، ودفع أعظم المضار، **(ولا يقتل إن أبى)**؛ لأن القتل عقوبة، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم، ولأن اختلاف العلماء في صحة إسلامة شبهة تسقط بها عقوبة القتل.

واعلم: أن المرتد لا يقتل في مواضع:

أحدها: الذي كان سبب إسلامه تبعاً لأبويه، إذا بلغ مرتداً.. لا يقتل استحساناً؛ لأن إسلامه لما كان تبعاً لغيره.. صار شبهة في إسقاط القتل عنه، وفي القياس: يقتل به، وبه قال مالك وأحمد.

وثانيها: إذا أسلم في صغره، ثم بلغ مرتداً.. لم يقتل؛ لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلام الصبي.

وثالثها: المكره على الإسلام إذا ارتد.. لا يقتل استحساناً؛ لقيام الشبهة أيضاً في إسلامه بسبب الكره، ولكنه يجبر على الإسلام؛ على ما في «قاضي خان»:

ورابعها: اللقيط في دار الإسلام محكوم بإسلامه، ولو بلغ كافراً.. أجبر على الإسلام، ولا يقتل.

وخامسها: إذا ارتد في صغره.. يجبر على الإسلام ولا يقتل؛ لقيام الشبهة أيضاً، وهو مسألة الكتاب.

وسادسها: أن السكران إذا أسلم حال السكر، ثم ارتد.. لا يقتل، ذكره في «البحر».

وسابعها: إذا شهد العدول على ردة مسلم وهو منكر لردته؛ فإنه تثبت ردته بشهادة العدول، ولا يقتل؛ لأن إنكاره توبة ورجوع، ذكره في «سير الأشباه» نقلاً عن «فتح القدير».

(بَابُ الْبُغَاةِ)

(بَابُ الْبُغَاةِ)

جمع باغ؛ مثل قضاة وقاض، **والبغي في اللغة:** الطلب، ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم.

والباغي في [٧٢٣/ب] **عرف الفقهاء:** الخارج على إمام الحق.

والخارجون عن طاعته أربعة أصناف:

أحدها: الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة، يأخذون أموال المسلمين، ويقتلونهم، ويخيفون الطريق، وهم: قطاع الطريق، وقد تقدم حكمه.

والثاني: قوم كذلك، إلا أنهم لا منعة لهم، لكن لهم تأويل.. فحكمهم حكم قطاع الطريق: إن قَتَلوا.. قُتِلوا وصُلِبوا، وإن أخذوا.. قُطِعت أيديهم؛ على ما عرف في قطاع الطريق.

والثالث: قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل، يرون أن الإمام على باطل كفراً ومعصية يوجب قتالاً بتأويلهم، وهؤلاء يُسَمَّون بالخوارج، يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويُكَفِّرون أصحاب رسول الله ﷺ.. وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث: حكم البغاة.

وعند مالك: يستتابون؛ فإن تابوا.. فبها، وإلا.. قتلوا؛ دفعاً لفسادهم لا لكفرهم.

وذهب بعض أهل الحديث: إلى أنهم مرتدون، لهم حكم المرتدين.

قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم.

وذكر في «المحيط»: أن بعض الفقهاء لا يكفر أحداً من أهل البدع، وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع، وهو من خالفت بدعته دليلاً قطعياً، ونسبه إلى أكثر أهل السنة. انتهى.

إِذا خرجَ قومٌ مُسلمُونَ عَن طَاعَةِ الإِمَامِ وتغلَّبوا على بلدٍ. دعاهُم إِلَى الْعودِ، وكَشَفَ شُبهَتَهُم، وبَدَأَهم بِالْقِتَالِ لَو تحيَّزوا مُجْتَمعينَ.

وَقيلَ: لَا، مَا لم يبدؤوا؛ ....

وهذا يخالف مقتضى ما ذكره ابن المنذر؛ فإن مقتضاه: إجماع الفقهاء على عدم تكفير أحد من أهل البدع.

وقال في «فتح القدير»: إن ما قاله ابن المنذر أثبت، نعم يقع في كلام أهل المذهب تكفير كثير، ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون، بل من غيرهم، ولا عبرة بغير الفقهاء، والمنقول عن المجتهدين: ما ذكرناه من عدم تكفير أحد من أهل القبلة، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين. انتهى.

والرابع: قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل، ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم، وهم البغاة الذين عرفهم المصنف بقوله:

(إذا خرج قوم مسلمون عن طاعة الإمام، وتغلبوا على بلد.. دعاهم إلى العود وكشف شبهتهم)؛ لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم، ولأنه أهون الأمرين، ولعل الشر يندفع به.. فيبدأ به، ثم هذا استحباب؛ لأنهم علموا ما يقاتلون عليه.

(وبدأهم) الإمام **(بالقتال لو تحيزوا)**؛ أي لو اتخذوا حيزاً **(مجتمعين)**، **وإن لم يبدؤوا** بالقتال؛ على ما اختاره الإمام خواهر زاده؛ لأن الإمام لو انتظر حقيقة قتالهم.. ربما لا يمكنه الدفع، فيدار الحكم على دليله [٧٢٤/أ] وهو الاجتماع والامتناع.

(وقيل: لا، ما لم يبدؤوا) بالقتال، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، واختاره القدوري في «مختصره»، وعليه أكثر أهل العلم؛ على ما في «فتح القدير».

وهذا؛ لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً لشرهم، وذلك بأن بدؤوا بالقتال. وأجابوا عنه بما ذكرناه.

فَإِن كَانَ لَهُم فِئَة.. أَجْهَزَ على جريحِهِم وَاتّبَعَ موليّهم، وإلا.. فَلا.

وَلَا تُسبى ذُرّيتُهم، وَلَا يقسَمُ مَالُهم، بل يحبَس حَتَّى يَتُوبوا فَيُرَدُّ عَلَيْهِم.

وَجَازَ اسْتِعْمَالُ سِلَاحِهِمْ وخيلِهِم عِنْدَ الْحَاجَةِ.

وَإِن قتلَ بَاغٍ مثلَهُ فَظُهِرَ عَلَيْهِم.. لَا يجبُ شَيْءٌ.

(**فإن كان لهم فئة**) أي عسكر (.. **أجهز**) على بناء المجهول (**على جريحهم**)؛ أي أسرع على قتل جريحهم، (**واتبع موليهم**) أي معرضهم، (**وإلا**) أي: **وإن** لم يكن لهم فئة (.. **فلا**) يجهز جريحهم، ولا يتبع موليهم؛ لاندفاع شرهم بدونه، وإنما أجهز واتبع دفعاً لشرهم كي لا يلتحق الجريح والمولى بالفئة.

وقال الشافعي وأحمد: لا يجهز ولا يتبع؛ لأنهم لما تركوا القتال بالجراحة والتولي.. لم يبق قتلهم دفعاً لشرهم، ولا يجوز قتلهم إلا دفعاً لشرّهم.

قلنا: إن المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته، ودليل قتالهم موجود؛ أعني احتمال التحاقهم بالفئة.

(**ولا تسبى ذريتهم، ولا يقسم مالهم**)؛ لقول علي: «ولا يقتل أسير، ولا يكشف ستر، ولا يؤخذ مال»، قاله يوم الجمل، وهو المقتدى في هذا الباب، ولأن الإسلام شرع عاصماً، وهم مسلمون.

وقوله: «ولا يقتل أسير» معناه: إذا لم يكن لهم فئة، وإلا.. يقتل إن شاء الإمام.

(**بل يحبس**) أموالهم لدفع شرهم بكسر شوكتهم، (**حتى يتوبوا فيرد عليهم**) بعد التوبة؛ لاندفاع ضرورة دفع شرهم.

(**وجاز استعمال سلاحهم وخيلهم عند الحاجة**)؛ لأن علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين الصحابة بالبصرة، وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك، ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة، ففي مال الباغي: أولى.

(**وإن قتل باغ مثله**) في عسكرهم (**فظهر عليهم.. لا يجب**) على القاتل (**شيء**)؛ لأنه لا ولاية للإمام العدل وقت القتل، فلم ينعقد موجباً؛ كالقتل في دار الحرب،

وَإِن غَلَبُوا على مصرٍ فَقَتَلَ بعضُ أَهلِهِ آخرَ مِنْهُ عَمْداً.. قُتِلَ بِهِ إذا ظُهِرَ على الْمِصرِ.

وَإِن قتلَ عَادلٌ مُوَرِّثَهُ الْبَاغِيَ يَرِثُهُ، وَلَو بِالْعَكْسِ.. لَا يَرِثُهُ الْبَاغِي، إِلَّا إِنِ ادّعى أَنَّهُ كَانَ على الْحقّ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَرِثُهُ مُطلقاً.

ولأنه قتلُ مباحِ الدم، ألا ترى: أن العادل إذا قتله.. لا يجب عليه شيء من الدية والقصاص، فكذا إذا قتله مثله.

وقال مالك والشافعي وأحمد: إن القاتل يقتل به؛ بناء على أن عندهم: كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها، فهو كدار العدل.

(**وإن غلبوا على مصر فقتل [بعض أهله]**) أي أهل المصر (**آخر منه**) أي من أهل المصر (**عمداً.. قتل به**) أي بسبب قتله عمداً، مثله.

(**إذا ظهر على المصر**) قبل إجرائهم أحكامهم في المصر، وأزعجوا عنه قبل ذلك؛ لأن ولاية الإمام لم تنقطع عنه قبل إجرائهم أحكامهم؛ أما لو أجروا أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم [٧٢٤/ب].. فلا قود ولا قصاص، ولكن يستحق عذاب الآخرة.

(**وإن قتل عادل مورثه الباغي.. يرثه**)؛ لأنا قد أمرنا بمقاتلتهم؛ لقوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى﴾ فصار قتلهم بحق؛ كقتل أهل الحرب، فلا يوجب حرمان الإرث؛ كما لو قتل مورثه بقَوَد له عليه؛ فإن حرمان الإرث جزاء قتل محظور، فلا يناط بقتل مباح.

(**ولو بالعكس**)؛ أي لو قتل الباغي مورثه العادل (.. **لا يرثه الباغي، إلا إن ادَّعى أنه كان على الحق**)، وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد.

(**وعند أبي يوسف: لا يرثه مطلقاً**).

توضيح المسألة على ما في «الهداية» وغيرها: إذا قتل رجل من أهل العدل باغياً؛ فإنه يرثه بالاتفاق؛ على ما ذكرناه.

وإن قتله الباغي؛ فإن قال الباغي: كنت على حق في قتلي وأنا الآن على حق.. ورثه لتأويله.

وإن قال: قتلته وأنا أعلم أني على الباطل.. لم يرثه عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يرثه الباغي؛ سواء قال: كنت على الحق، أو قال: كنت على الباطل، وهو قول الشافعي.

وأصل هذا الخلاف: في أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله.. لا يضمن عندنا، ولا يأثم؛ لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم، وهذا بالاتفاق، والباغي إذا قتل العادل؛ فإن قتل قبل قيام منعتهم وشوكتهم.. اقتص منه بالاتفاق، وكذا يضمن ما أتلفه من المال بالاتفاق، وإن قتله بعد قيام منعتهم وشوكتهم.. لا يجب عليه القصاص ولا الضمان عندنا، وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد.

وقال في قوله القديم: إنه يضمن، وبه قال مالك؛ لأنها نفوس وأموال معصومة، فتضمن بالإتلاف ظلماً وعدواناً.

وعلى هذا الخلاف: لو مات المرتد وقد أتلف نفساً أو مالاً.. لا يضمن عندنا، ويضمن عنده.

قلنا: إن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل، وقد وُجدا منهم على ما هو الفرض، فيترتب عليه حكمه، حتى لو تجردت المنعة عن التأويل؛ كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل، ثم ظهر عليهم.. أخذوا بجميع ذلك.

ولو تجرد التأويل عن المنعة؛ بأن انفرد واحد أو اثنان فَقتَلوا وأَخَذوا عن تأويل.. ضمنوا إذا تابوا أو قدر عليهم، وعليه انعقد إجماع الصحابة؛ على ما رواه

وَكُرِهَ بيعَ السِّلَاحِ مِمَّن عَلِمَ أَنَّهُ مِن أَهلِ الْفِتْنَةِ.

الزهري، ولأن التأويل الفاسد يلحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق دفع الضمان، وصار كما في منعة أهل الحرب.

وهذا؛ لأن الأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام، ولم يوجد واحد [٧٢٥/أ] منهما فيهم.

أما الإلزام: فلعدم ولاية الإمام عليهم؛ لوجود منعتهم.

وأما الالتزام: فلاعتقادهم الإباحة عن تأويل.

بخلافه قبل قيام منعتهم؛ فإن ولاية الإلزام باقية قبله.

وبخلافه عند عدم التأويل؛ فإنه ثبت الالتزام اعتقاداً.

إذا عرفت هذا.. فقال أبو يوسف: إن تأثير المنعة مع التأويل، وكذا تأثير إلحاق التأويل الفاسد بالصحيح.. كان في دفع الضمان، والحاجة ههنا إلى إثبات استحقاق الإرث، ولا يلزم من عدم الضمان استحقاق الإرث بلا دليل.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إن المتحقق من الصحابة جعل منعتهم مع اعتقادهم الحقية دافعاً؛ لما لولاه لثبت؛ لثبوت أسباب الثبوت، ألا ترى أنه لولا تلك المنعة مع اعتقادهم.. لثبت الضمان؛ لثبوت سببه من القتل عمداً وإتلاف المال المعصوم، فيتناول ما نحن فيه؛ فإن القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة، والقتل بغير حق مانع، وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة، فمنع مقتضاه من المنع.. فعمل السبب - أعني القرابة - عمله من إثبات الميراث.

بخلاف ما إذا قال: أنا الآن على الباطل.. حيث لم يرث؛ لعدم ذلك الدافع، فعمل المانع عمله من المنع عن الميراث.

(وكره بيع السلاح ممن علم أنه من أهل الفتنة)؛ لأنه أعانه على المصيبة، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾.

وَإِن لم يُعْلَم.. فَلَا.

(**وإن لم يعلم.. فلا**) يكره؛ لعدم علة الكراهة، والغالب في حال المسلم: الصلاح.

* * *

(كتاب اللقيط)

(كتابُ اللَّقِيطِ)

الْتِقَاطُهُ مَنْدُوبٌ.

وَإِن خِيفَ هَلَاكُهُ.. فَوَاجِبٌ.

وَكَذَا اللُّقَطَةُ.

وَهُوَ حرٌّ إِلَّا إِن ثَبَتَ رِقُّهُ بِحجَّةٍ.

(كِتَابُ اللَّقِيطِ)

وهو في اللغة: اسم لشيء منبوذ، فعيل بمعنى مفعول.

وفي الشريعة: اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الزنا.

(التقاطه مندوب) إن غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية؛ لما فيه من إحياء النفس، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾، ولأن في رفعه إظهار الشفقة على الأطفال، وهو من أفضل الأعمال.

(وإن خيف هلاكه.. فواجب) بأن وجده في مفازة ونحوها.

(وكذا اللُّقَطَة) هي واللقيط متقاربان لفظاً ومعنى، وخص اللقيط ببني آدم، واللُّقَطَة بغيرهم؛ للتميز، وسيأتي باقي أحكامها.

(وهو)؛ أي اللقيط **(حر)**؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية، وكذا الدار دار الأحرار.

(إلا إن ثبت رقه بحجة).. فحينئذٍ يترك الأصل فيعمل بالحجة لرجحانها.

وفي «قاضي خان»: لو ادعى مسلم أن اللقيط عبده [٧٢٥/ب] فأقام البينة؛ فإنه يقضى له، وإنما تقبل البينة على رقه؛ لأن الملتقط خصم باعتبار اليد، فكانت البينة قائمة على خصم. انتهى.

وَنَفَقَتُهُ مِن بَيتِ المَالِ، وَكَذَا جِنَايَتُهُ، وَإِرثُهُ لَهُ، وَإِن أَنفقَ عَلَيْهِ الْمُلْتَقط.. فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ، إِلَّا أَن يَأْذَنَ الْحَاكِمُ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ، أَو يصدِّقَهُ اللَّقِيطُ إِذا بلغَ.

وَلَا يُؤْخَذ مِن ملتقطِهِ.

(ونفقته من بيت المال)؛ على ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما، ولأنه مسلم عاجز عن الكسب، ولا مال له، ولا قرابة، فأشبه المقعد الذي لا مال له، ولأن ميراثه لبيت المال، فكذا غرمه؛ لأن الغنم بالغرم.

(وكذا جنايته وإرثه له)؛ أي لبيت المال.

(وإن أنفق عليه الملتقط.. فهو متبرع)؛ لعدم ولاية الإلزام.

(إلا أن يأذن الحاكم بشرط الرجوع) على اللقيط.. فحينئذٍ لا يكون متبرعاً، بل يكون ديناً على اللقيط؛ لأن للقاضي ولاية عليه، فيكون ديناً عليه.

ثم مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي.

وفي الأصح: لا يرجع على اللقيط بمجرد الأمر بدون شرط الرجوع عليه.

(أو يصدقه اللقيط إذا بلغ).. فحينئذٍ يكون ديناً عليه أيضاً، وإن لم يشترط القاضي الرجوع؛ لأن له ولاية على نفسه بعد البلوغ، فيعتبر التزامه.

(ولا يؤخذ) اللقيط **(من ملتقطه)**؛ لأن يده أسبق إليه، فكان أحق بحفظه، ولم يكن لغيره أن ينتزعه منه إلا بإذنه.

ولو دفعه هو إلى غيره.. ليس له أن يسترده؛ لأنه رضي بإسقاط حقه.

ولو دفعه إلى القاضي.. فللقاضي أن لا يقبله منه؛ لاحتمال أنه ولده دفعه إليه لتكون مؤنته في بيت المال.

وإن أقام بينة أنه لقيط أو علم القاضي بذلك.. فكذلك، له أن لا يقبله منه؛ لأنه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته، ثم أراد أن يعزل نفسه، فلا يسمع منه؛ كالموصى إذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصي؛ كذا في «الزيلعي».

وَإِنِ ادَّعَاهُ وَاحِدٌ.. ثَبَتَ نسبُهُ مِنْهُ وَلَو عبداً وَهُوَ حرٌّ، أَو ذِمِّياً وَهُوَ مُسلمٌ إِن لم يكن فِي مقرِّهم، وذِمِّيٌّ إِن كَانَ فِيهِ.

(**وإن ادعاه واحد.. ثبت نسبه منه**)؛ أي إن لم يدع الملتقط أنه ابنه، وإلا.. يثبت نسبه من الملتقط؛ لاستوائهما في الدعوى ولأحدهما يد.. فكان صاحب اليد أولى، وإن كان هو ذمياً والخارج مسلماً.

ثم إذا ثبت نسبه منه، فهل يؤخذ من الملتقط؟

قيل: يؤخذ منه؛ لأنه أحق بولده.

وقيل: لا يؤخذ؛ لأن بمجرد ثبوت نسبه منه بإقراره لا يبطل حكم اليد.

وقيل: هذا الاختلاف إذا لم يدع الملتقط نسبه، وإن ادعاه.. لا يؤخذ، ثم هذا استحسان:

والقياس: أن لا يقبل قوله؛ لتضمنه إبطال حق الملتقط.

وجه الاستحسان: أنه إقرار للصبي بما ينفعه؛ لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه.

(**ولو** كان؛ أي من ادعى نسب اللقيط (**عبداً**)؛ لأن الرق لا يمنع ثبوت [٧٢٦/أ] النسب، (**وهو**) أي اللقيط (**حر**)؛ لأن العبد قد تلد له الحرة، فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك.

(**أو**) كان المدعي نسبَه (**ذمياً، وهو**)؛ أي اللقيط (**مسلم**) أي تبعاً لدار الإسلام، ويكون ابناً للذمي (**إن لم يكن في مقرهم**) بأن وجد في مصر من أمصار المسلمين أو قراهم.

(**وذمي إن كان فيه**)؛ أي في مقرهم من قراهم، أو بيعتهم، أو كنيستهم.

وإن وجده مسلم في مقر الذمي أو بالعكس: ففي رواية كتاب اللقيط: العبرة إلى المكان لسبقه.

وفي رواية كتاب الدعوى: العبرة إلى الواجد لقوة اليد.

وقيل: العبرة إلى الإسلام نظراً للصغير.

وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ مَعاً.. ثَبَتَ مِنْهُمَا.

وفي «قاضي خان»: إذا وجد اللقيط في مكان الإسلام فادعى رجل من أهل الذمة أنه ابنه، في القياس: لا تصح دعوة الابنية، وفي «الاستحسان»: يصدق في دعوى النسب دون الميراث.

فإن أقام ذمي بينة من أهل الذمة أنه ابنه: ذكر في الكتاب: أنه لا تجوز شهادتهم على المسلمين.

قيل: أراد به إذا أقام الذمي البينة من أهل الذمة أنه ابنه، وأقام المسلم البينة من المسلمين أنه عبده.. فلا تقبل شهادة أهل الذمة في إبطال بينة المسلم.

وقال بعضهم: أراد به: أن الذمي إذا أقام بينة من أهل الذمة ابتداء أنه ابنه.. لا تقبل بينته؛ لأن الذمّيّ إذا ادّعى النَّسب.. صح دعواه في حكم النَّسب من غير بينة، إلا أنه يكون مسلماً حكماً، فلا يبطل الحكم بإسلامه بهذه البينة، فلا يحكم بكفره بهذه البينة؛ لأن هذه شهادة قامت في حكم الدين على مسلم، فلا تقبل.

وإن كان شهود الذمي مسلمين.. يقضى له به، ويصير تبعاً له في الدين. انتهى.

وفي «البزازية»: إذا كان الملتقط مسلماً فادعاه مسلم أو نصراني أنه ابنه، وأقام بينةَ نصارى.. تقبل؛ كذا عن الإمام.

قال الكرخي: هذا إنما يصح إذا كان الملتقط ذمياً؛ لأن شهود النصارى لا يستحق اليد على المسلم.

وبعض المشايخ قالوا: يستحق في الكل.

ومعنى قوله: يقضي بنسبه من المدعي: القضاء بالنسب مضاف إلى الشهادة؛ لأن النسب ثابت بدونها استحساناً. انتهى.

(**وإن ادعاه اثنان معاً.. ثبت منهما**)؛ لاستوائهما في الدعوى وهو السبب، وهذا إن لم يصف أحدهما.

وَإِن وصَفَ أَحدُهمَا عَلامَةً فِيهِ، أَو سبَقَ.. فَهُوَ أَولى وَالْحرُّ وَالْمُسلمُ أَولى مِنَ العَبْدِ وَالذِّمِّيِّ.

وَإِن شُدَّ عَلَيْهِ مَالٌ أَو على دَابَّةٍ هُوَ عَلَيْهَا.. فَهُوَ لَهُ يُنْفَقُ مِنْهُ عَلَيْهِ بِأَمرِ قَاضٍ

(وإن وصف أحدهما علامة فيه)؛ أي في اللقيط **(أو سبق)** في الدعوى (.. **فهو أولى)** من الذي لم يصفه [٧٢٦/ب] علامة أو لم يسبق فيها؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لموافقة العلامة له، ولثبوت حقه في زمان لا منازع له فيه، هذا عند عدم البينة، وإلا.. فالقول لمن أقام البينة لقوتها.

(والحر والمسلم أولى من العبد والذمي)؛ يعني: أن الحر والعبد إذا ادعيا اللقيط وهما خارجان، أو المسلم والذمي إذا ادعياه وهما خارجان دعوى مجردة.. فالحر أولى من العبد، والمسلم أولى من الذمي؛ ترجيحاً لما هو الأنظر في حق اللقيط.

وكذلك إذا أقاما البينة وليست إحداهما أكثر إثباتاً، حتى لو شهد للمسلم ذميان، وللذمي مسلمان.. كان للمسلم؛ لأن بينة كل منهما صحت في حق الآخر، وليست إحداهما أكثر إثباتاً.. فكان المسلم أولى، وأما إذا كانت بينة الكافر أكثر إثباتاً.. فلا يعتبر الترجيح بالإسلام. انتهى.

لو ادعى الذمي صبياً في يد أحد أنه ابنه وُلِدَ على فراشه، وأقام على ذلك شاهدين مسلمين، وأقام عبد مسلم بينة أنه ابنه، وُلِدَ على فراشه من هذه الأمة.. قضي بالصبي للذمي، ولم يترجح العبد بالإسلام؛ لأن بينة الذمي أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه.

وأما إذا كان النزاع بين الملتقط والخارج.. فالترجيح باليد تأكيد لقوتها ولو كان ذمياً.

(وإن شد عليه) أي على اللقيط **(أو على دابة هو عليها.. فهو)** أي المشدود **(له)**؛ أي للّقيط اعتباراً بظاهر الحال.

(ينفق) أي الملتقط **(منه)** أي من المشدود **(عليه)**؛ أي على اللقيط **(بأمر قاض)**؛

وَقِيلَ: بِدُونِهِ أَيْضاً.

وَله شِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ من طَعَامٍ وَكِسْوَةٍ، وَقبضُ هِبتِهِ، وتسليمُهُ فِي حِرْفَةٍ لَا تَزْوِيجُهُ وتصرُّفُهُ فِي مَالِهِ لغيرِ مَا ذُكِرَ.

وَلَا إِجَارَتُهُ فِي الْأَصَحِّ وَقِيلَ: لَهُ إِجَارَتُهُ.

لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه.

(وقيل): يصرفه **(بدونه أيضاً)**؛ لأنه مال اللقيط ظاهراً، فلا يحتاج إلى أمر القاضي.

(وله)؛ أي للملتقط **(شراء ما لا بد له [منه] من طعام وكسوة)**؛ لأنهما من قبيل الإنفاق عليه.

(وقبض هبته)؛ لأنه نفع محض **(وتسليمه في حرفة)**؛ لأنه من باب التأديب وحفظ حاله.

(لا تزويجه)؛ لانعدام سبب ولاية التزويج من القرابة والملك والسلطنة.

(و) لا **(تصرفه في ماله لغير ما ذكر)** بالبيع ونحوه؛ لأن التصرف في المال: لا يكون إلا بكمال الرأي ووفور الشفقة، ولم يوجد في الملتقط، ولهذا لا تملك هذه التصرفات الأم أيضاً.

(ولا إجارته في الأصح)؛ لأن الملتقط لا يملك إتلاف منافعه، فأشبه العم، بخلاف الأم؛ لأنها تملك إتلاف منافعه بالاستخدام والإعارة.

(وقيل: له إجارته)؛ لأنه يرجع إلى تأديبه.

وليس للملتقط أن يختن اللقيط؛ فإن فعل ذلك [٧٢٧/أ] وهلك من ذلك.. كان ضامناً متأكداً في «قاضي خان» و«الذخيرة».

وفي «قاضي خان» أيضاً: لقيط قذفه إنسان بعد البلوغ.. وجب الحد على قاذفه، ولو قذف إنسان أمه.. لا يجب الحد على القاذف.

* * *

(كتاب اللقطة)

(كتابُ اللُّقَطَة)

هِيَ أَمَانَةٌ إِن شهدَ أَنَّهُ أَخذَهَا ليردَّها على صَاحِبِهَا، ....

(كِتَابُ اللُّقَطَة)

وفي «المصباح» نقلاً عن الأزهري: اللُّقَطَة بضم اللام وفتح القاف: اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه، على قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين.

وقال الليث: هي بالسكون ولم أسمعه لغيره.

ومنهم من يعد السكون من لحن العوام. انتهى.

ثم شرع في بيان أحكامه، فقال: (**هي أمانة**) عند الملتقط.

قال في «الحاوي القدسي»: هي أمانة في يد الملتقط إذا أشهد أنه أخذها ليحفظها على صاحبها.

فإذا أمن على نفسه أنه إذا أخذها يردها على صاحبها لا محالة أو غالباً.. فالأخذ أولى.

وإن كان لا يأمن على نفسه.. فالترك أولى.

وإذا أخذ فأراد أن يضعها على مكانها وندم على الأخذ ووضعها في ظاهر الرواية.. لا يضمن، وروي: أنه يضمن.

ولو دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي.. ضمن. انتهى.

(إن أشهد أنه أخذها ليردها على صاحبها).

اختلفوا في صفة أخذها؛ فالمنقول عن المُتَقَشِّفَة: لا يحل له دفعها؛ لأنه إثبات اليدِ على مال الغير بغير إذنه.. فكان كتناوله.

وفي «قاضي خان»: دفع اللُّقَطَة لصاحبها أفضل من تركها عند عامة العلماء.

وقال بعضهم: يحل رفعها، وتركها أفضل.

وقالت المتقشفة: لا يحل رفعها.

وإِلَّا.. ضَمِنَ. ....

والصحيح: قول علمائنا؛ خصوصاً في زماننا.

سواء كانت اللُّقَطَة دراهم أو دنانير أو عروضاً أو شاة أو حماراً أو بغلاً أو فرساً أو إبلاً. انتهى.

ثم ذكر أن هذا إذا كان في الصحراء؛ فإن كان في القرية.. فالأفضل ترك الدابة لا دفعها، وهكذا في «البزازية».

وأشار بقوله: «لصاحبها» إلى أنَّ دفعها لنفسه لا يجوز بالاتفاق.

ثم هذا الخلاف ليس في مطلقها، بل في نوع منها.. ففي «الخلاصة» و«البزازية»: التقاط اللُّقَطَة على وجهين:

إن خاف ضياعها.. يفترض الرفع.

وإن لم يخف ضياعها.. يباح رفعها.

أجمع العلماء عليه، والأفضل: الرفع في ظاهر المذهب. انتهى.

فالخلاف المذكور: في النوع الثاني، فجعل في «الخلاصة» قول عامة العلماء على ما في «قاضي خان» و«البزازية» ظاهر المذهب.

ثم وجه الحرمة ما مر ذكره في «قاضي خان».

وأما وجه من قال: إنها يحل رفعها؛ فلأنه ﷺ لم ينه عن ذلك، ولا أنكر على من فعله [٧٢٧/ب]، بل أمره بتعريفها.

وأما وجه من قال: إن الأفضل تركها؛ فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه؛ لأنه وإن لم يذكر خصوص المكان لكنها إذا تركها كل أحد.. فالظاهر أن يجدها صاحبها؛ لأنه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره.

(وإلا) أي وإن لم يشهد على أخذها لصاحبها (.. ضمن) بالإجماع إن أقر أنه أخذه لنفسه؛ لأنه أخذ مال الغير بغير إذنه.

وَالْقَوْلُ لِلْمَالِكِ إِن أَنكرَ أَخذَهُ للرَّدّ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: للملتقِطِ.

وَيَكْفِي فِي الْإِشْهَادِ قَوْلُهُ: مَن سمعتُمُوهُ يَنشُدُ لقطَةً.. فدلُّوهُ عليَّ.

ويُعرِّفُها فِي مَكَانِ أَخذِهَا، ....

وإن قال: أخذت لصاحبها، وكذبه الصاحب.. يضمن عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه أقر بسبب الضمان - وهو أخذ مال الغير - وادعى ما يبرئه، وفيه وقع الشك.. فلا يبرأ.

وقال أبو يوسف: لا يضمن؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لاختياره الحسبة دون المعصية، وإلى هذا أشار بقوله: **(والقول للمالك إن أنكر)** المالك **(أخذه للرد.**

وعند أبي يوسف: للملتقط) به. الأصح: قولهما؛ لأن ما ذكره أبو يوسف من الظاهر: يعارضه مثله؛ من أن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه، كذا قالوا.

لكن قال في «الحاوي القدسي»: إذا هلكت في يده؛ إن أشهد حين أخذ، فقال إني وجدت لقطة ممن ينشدها دلّوه علي.. لا يضمن، ولو لم يشهد.. ضمن عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يضمن إذا حلف أنه أخذها ليردها على صاحبها، وبه نأخذ. انتهى.

(ويكفي في الإشهاد قوله: من سمعتموه ينشد) أي يطلب **(لقطة.. فدلّوه علي).**

وفي «الخلاصة» عن شمس الأئمة الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف: أن يشهد عند الأخذ ويقول: أخذتها لأردّها على صاحبها؛ فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك.. كفى.

(ويعرفها في مكان أخذها).

وفي «الخلاصة»: ويعرفها حيث يجدها جهراً لا سراً؛ فإن وجد في الطريق ولم يجد أحداً.. أشهد عليه، أو خاف أنه لو أشهد عليه عند الرفع يأخذه منه الظالم فترك الإشهاد.. لا يكون ضامناً، ويشهد إذا ظفر بمن يشهده؛ فإذا فعل.. لا يضمن.

وَفِي المجامِعِ مُدَّةً يغلِبُ على ظَنّهِ طَلَبُ صَاحبِهَا بعْدَهَا هُوَ الصَّحِيحُ.

وَقِيلَ: إِن كَانَت عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَأَكْثَرَ.. فحولاً، وَإِن كَانَت أَقَلَّ.. فأياماً.

وَمَا لَا يبْقى.. يُعَرَّفُ إِلَى أَن يُخَافَ فَسَادُهُ، ثمَّ يَتَصَدَّقُ بهَا إِن شَاءَ؛ ......

فإذا وجد من يشهده ولم يشهده حتى جاوز.. يضمن؛ لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه؛ فإن لم يظهر المالك.. يتصدق.

(وفي المجامع) من الأسواق والمساجد والشوارع **(مدة)** - ظرف ليعرّفها - **(يغلب على ظنه عدم طلب صاحبها بعدها)**؛ بأن يقول: من ضاع له شيء.. فليطلبه عندي **(هو الصحيح)** عند أكثر المشايخ.

(وقيل: إن كانت) اللُّقَطَة **(عشرة دراهم فأكثر.. فحولاً، وإن كانت أقل.. فأياماً)**؛ على حسب ما يراه الملتقط.

قيل هذا رواية عن أبي حنيفة.

وقدّره محمد في «الأصل» [٧٢٨/أ]: بالحول، من غير فصل بين الكثير والقليل، وهو قول الشافعي، لقوله ﷺ: «من التقط شيئاً.. فليعرفه سنة» من غير فصل.

ووجه الأول: أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي ألف دينار، والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة، وتعلق استحلال الفرج به، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة.. فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً، وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه.. ففوضنا إلى رأي المبتلى به.

(وما لا يبقى) من الأطعمة المعدّة للأكل ومن الثمار وغيرهما **(.. يعرف إلى أن يخاف فساده)**؛ لأن بعد الفساد لا فائدة في التعريف.

(ثم يتصدق بها)؛ أي اللُّقَطَة مطلقاً **(إن شاء)** إيصالاً للحق إلى المستحق بقدر الإمكان، وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها، وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها.

فَإِن جَاءَ رَبُّهَا بعدَهُ.. أَجَازَهُ إن شاء وأَجرُهُ لَهُ.

أَو ضمنَ الْمُلْتَقطُ أَوِ الْفَقِيرُ لو هالكةً.

وَأيُّهمَا ضَمِنَ.. لَا يرجعُ على الآخرِ.

ويأخذُها مِنْهُ إن بَاقِيَةً.

(**فإن جاء ربُّها بعده**) أي بعد التصدق (.. **أجازه إن شاء، وأجره له**) أي لصاحبه، (**أو ضمن الملتقط**)؛ لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه، إلا أنه بإباحة من جهة الشرع، وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد؛ كما في تناول مال الغير حالة المخمصة.

(**أو الفقير لو هالكة**) في يده؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه.

(**وأيهما ضمن.. لا يرجع على الآخر**)؛ أما الملتقط: فلأنه ملكها من وقت الضمان، فيكون متصدقاً بماله، فلا يضمن غيره، وأما الفقير: فلأنه عوض ما وصل إليه.

(**ويأخذها منه**) أي من الفقير (**إن باقية**)؛ لأنه وجد عين ماله.

وفي «الخلاصة»: ويعرفها حيث يجدها؛ فإن لم يظهر المالك.. يتصدق؛ فإذا حضر المالك.. يخير بين أن يكون الثواب له، وبين أن يضمنه القيمة.

قال القاضي أبو جعفر: إن تصدق بإذن القاضي.. ليس له أن يضمنه.

فإن كانت قائمة في يد الفقير.. أخذه المالك؛ فإن كان الملتقط محتاجاً.. له أن يصرف اللُّقَطَة إلى نفسه بعد التعريف، وإن كان غنياً.. ليس له ذلك.

وفي «النوادر»: يرفع الأمر إلى الإمام بالخيار؛ إن شاء.. قبل، وإن شاء.. لم يقبل.

فإذا قبل؛ إن شاء.. عجل صدقتها، وإن شاء.. أقرضها من رجل مليء، وإن شاء.. دفعها مضاربة، وإن شاء.. ردها على الملتقط.

ثم هو بالخيار؛ إن شاء.. أدام الحفظ إلى أن يظهر الطالب، وإن شاء.. تصدق على أن يكون الثواب [٧٢٨/ب] لصاحبها، وإن شاء.. باعها إن لم تكن دراهم أو دنانير وأمسك ثمنها.

ثم بعد ذلك؛ إن حضر مالكها: ليس له نقض البيع إن كان البيع بأمر القاضي، وإن باع بغير أمر القاضي وهي قائمة؛ فإن شاء.. أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء.. أبطل البيع وأخذ عين ماله.

فإن هلكت؛ إن شاء.. ضمن البائع، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامة المشايخ.

ثم اعلم: أن ما يجده الملتقط نوعان:

نوع لا يطلبه مالكه؛ كالنواة وقشور الرمان والبطيخ في مواضع متفرقة.. له أن يأخذها وينتفع بها، ولكن لا يصير ملكاً للآخذ، حتى لو وجدها صاحبها في يده.. له أن يأخذها، إلا إذا كان قال حالة الرمي: من أخذه فهو له لقوم معلومين، وكذا الحكم في التقاط السنابل، لكن أخذه بعد جمع غيره يعد دناءة.

وقال بعض المشايخ: ليس للرامي أخذها وإن لم يقل وقت الإلقاء: من أخذه فهو له، لقوم معلومين.

ونوع يطلبه مالكه؛ كالنقدين والعروض ونحوها.. فيأخذه ويحفظه إلى أن يوجد صاحبه.

والقشور والنواة إن كانت مجتمعة.. فهي من النوع الثاني.

وإن وجد جوزة، ثم أخرى، ثم أخرى حتى بلغت عشراً وصارت لها قيمة؛ إن وجدها في موضع واحد.. فهو من النوع الثاني، وإن وجدها في مواضع متفرقة.. فقد اختلف المشايخ فيه:

والمختار: أنها من النوع الثاني، وهو الأحوط؛ على ما في «البزازية».

وَلُقَطَةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ.

وَيجوزُ الْتِقَاطُ الْبَهِيمَةِ، ....

التفاح والكمثري: إن وجد في الماء.. يجوز أخذه وإن كثر؛ لأنه يفسد بالماء.

وجعل في «الخلاصة» الحطب كالتفاح والكمثري في الماء.

وفصله في «البزازية» وقال: والحطب في الماء؛ إن لم يكن له قيمة.. يأخذه، وإن كان له قيمة.. فهو لقطة.

(ولقطة الحل والحرم سواء).

وقال الشافعي: يجب التعريف أبداً إلى أن يجيء صاحبها في لقطة الحرم؛ لقوله ﷺ في لقطة مكة: «لا تحل لقطتها إلا لمنشدها»:

ولنا: قوله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكائها، ثم عرفها سنة» بلا فصل بينهما، ولأنها لقطة، وفي التصدق بعد مدة التعريف: إبقاء ملك المالك من حيث يحصل الثواب له، فيملكه كما في سائر اللقطات.

وتأويل ما رواه: أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف.

فإن قيل: هذا الحكم ليس بمختص بالحرم؛ لأنه لا يحل الالتقاط في غيره أيضاً إلا للتعريف والحفظ.

قلنا: إنما خصه بالحرم [٧٢٩/أ]؛ لأن مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء؛ لأن الناس يأتونها من كل فج عميق، ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع لهم إليها، فالظاهر: أنها للغرباء، ولا يظن عودهم في سنة وأكثر، فينبغي أن يسقط التعريف؛ لعدم الفائدة فيه، فأزاله النبي ﷺ بتخصيصها بالذكر.

(ويجوز التقاط البهيمة) شاة أو بقراً أو بعيراً؛ لأنها لقطة يتوهم ضياعها، فيستحب أخذها وتعريفها؛ صيانة لها؛ هذا إذا كان في الصحراء.

وإذا كان في القرية.. فتركها أفضل؛ كذا في «قاضي خان»، وقد ذكرناه.

وقال الشافعي: ترك البهيمة أفضل مطلقاً.

وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي إِنْفَاقِهِ عَلَيْهَا بِلَا إِذْنِ حَاكِمٍ، وَإِن بِإِذْنِهِ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ.. فَدَيْنٌ على رَبِّهَا، لَهُ أَن يحبِسَها عَنهُ حَتَّى يَأْخُذَهُ؛ فَإِنِ امْتنعَ.. بِيعَتْ فِي النَّفَقَةِ؛ فَإِن هَلَكَتْ بعدَ الْحَبْسِ.. سقطَ، وَإِن قبلَهُ.. لَا ويؤَجِّرُ الْقَاضِي مَا لَهُ مَنْفَعَةٌ، وَيُنْفِقُ مِنْهَا.

وَمَا لَا مَنْفَعَةَ لَهُ.. يَأْذَنُ بالإِنفاقِ إِنْ أَصْلَحُ ....

(وهو متبرع في إنفاقه عليها بلا إذن حاكم)؛ لقصور ولايته عن أن يشغل ذمة المالك بالدين بلا أمره.

(وإن) أنفق **(بإذنه بشرط الرجوع)** على صاحبها (.. **فدين على ربها**)؛ لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له، وقد يكون النظر بالإنفاق.

(له)؛ أي: للمنفِق بإذن الحاكم: **(أن يحبسها عنه حتى يأخذه)**؛ أي يأخذ ما أنفق.

(فإن امتنع) عن الأداء (.. **بيعت**) اللُّقَطَة **(في النفقة)**؛ لأنها حية بنفقته.

(فإن هلكت بعد الحبس.. سقط) دين النفقة؛ لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن.

(وإن قبله.. لا) يسقط.

(ويؤجر القاضي ما) أي بهيمة **(له منفعة)** في إيجاره، **(وينفق منها)** أي من الأجرة؛ لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير التزام الدين عليه؛ كما فعله بالعبد الآبق.

(وما لا منفعة له.. يأذن) للملتقط **(بالإنفاق إن)** كان الإنفاق **(أصلح)**؛ لأنه نصب ناظراً، وفي هذا نظر من الجانبين؛ جانب المالك بإبقاء عين ماله، وجانب الملتقط بالرجوع.

قال المشايخ: إنما يأذن بالإنفاق يوماً أو ثلاثة على قدر ما يرجى أن يظهر مالكها؛ فإذا لم يظهر.. يأمر ببيعها؛ لأن دارَّة النفقة مستأصلة للعين معنى، بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها، ولا نظر في ذلك أصلاً، بل ينبغي أن لا ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به؛ للتيقن بعدم النظر.

وإذا باعها.. أعطي الملتقط من ثمنها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة؛ لأن الثمن

إذا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لقطَةٌ.

وَإِن قَالَ: لَا بَيِّنَةَ لي.. يَقُولُ لَهُ: أَنْفق عَلَيْهَا إِن كنتَ صَادِقاً، وإِلَّا.. بَاعَهُ وَأَمرَ بِحِفْظِ ثمنِهِ.

وللملتقِط أَن ينْتَفعَ باللُّقَطَةِ بعدَ التَّعْرِيفِ لَو فَقِيراً، ....

مال صاحبها، والنفقة دين عليه بعلم القاضي، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه.. كان له أن يأخذه.

ولو باعها بغير أمر القاضي.. لا ينفذ، ويتوقف على إجازة المالك؛ فإن أجاز وهي قائمة في [٧٢٩/ب] يد المشتري؛ فإن شاء.. أجاز البيع، وإن شاء.. أبطله وأخذها من يده.

وإن جاء وهي هالكة؛ فإن شاء.. ضمن المشتري قيمتها، وإن شاء.. ضمن البائع.

فإن ضمن البائع.. نفذ البيع؛ لأنه ملك اللُّقَطَة بالضمان من حين أخذها، وكان الثمن ملك البائع، ويتصدق بما زاد على القيمة؛ كذا في «فتح القدير». ولكن هذا فيما (**إذا أقام**) الملتقط (**البينة أنها لقطة**) عنده؛ لأنه يحتمل أن يكون غصباً عنده، فلا يؤمر فيه بالإنفاق، فلا بد من البينة لكشف الحال لا للقضاء، حتى يحتاج فيها إلى الخصم؛ كذا في «المبسوط» وصححه في «الهداية».

وقال في «الذخيرة»: الإمام خصم فيها عن صاحبها.

(**وإن قال**) الملتقط: (**لا بينة لي.. يقول له**) القاضي: (**أنفق عليها إن كنت صادقاً**) في قولك، فيرجع على المالك إن كان صادقاً، وإلا.. فلا.

(**وإلا**) أي: وإن لم يكن الإنفاق عليها أصلح (.. **باعه**) القاضي (**وأمر**) الملتقط (**بحفظ ثمنه**)؛ إبقاء له معنى عند تعذر إبقاء عينه.

وقد ذكرنا: أنه يأمره بالبيع بعد ثلاثة أيام:

(**وللملتقط أن ينتفع باللُّقَطَة بعد التعريف لو فقيراً**)؛ لما فيه من النظر للجانبين: الثواب للمالك، والانتفاع للملتقط.

وَإِن غَنِياً.. تصدَّقَ بهَا، وَلَو على أَبَوَيْهِ، أَو وَلَده، أَو زَوجتِهِ لَو فُقَرَاء.

وَإِن كَانَت حقيرةً؛ كالنَّوى وقُشُورِ الرُّمَّانِ والسُّنْبُلِ بعدِ الْحَصادِ.. يُنْتَفَعُ بهَا بِدُونِ تَعْرِيف.

وللمالكِ أَخذُهَا.

وَلَا يجبُ دفعُ اللُّقَطَة إِلَى مدَّعيها إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

وَيحلُّ إِن بَيَّنَ علامَتَها مِن غيرِ جَبْرٍ.

(**وإن غنياً.. تصدق بها**) على فقير؛ إذ لا تصدق إلا على فقير.

(**ولو على أبويه أو ولده أو زوجته لو فقراء**)؛ لأنهم حينئذ مصارف.

(**وإن كانت**) اللُّقَطَة (**حقيرة كالنوى وقشور الرمان والسنبل بعد الحصاد.. ينتفع بها**) الملتقط؛ على ما ذكرناه من التفصيل (**بدون تعريف**.

وللمالك أخذها) لو باقية؛ لبقاء ملكه فيه، لكنه يعد دناءة.

(**ولا يجب دفع اللُّقَطَة إلى مدعيها إلا ببينة، ويحل**) أن يدفعها إليه (**إن بين علامتها**)؛ مثل إن سمى وزن الدراهم وعددها ووكائها ووعائها (**من غير جبر**) من القاضي؛ لأن اليد حق مقصود كالملك.. فلا يستحق إلا بحجة، وهي البينة؛ اعتباراً بالملك، إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة؛ لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها.. فادفعها إليه»، وهذا الأمر للإباحة لا للوجوب، وإلا.. لزم التعارض مع قوله ﷺ: «البينة للمدعي، واليمين على من أنكر»، فحمل على الإباحة دفعاً للتعارض.

قال في «الهداية»: ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه بالعلامة فقط استيثاقاً، وهذا بلا خلاف؛ لأنه يأخذ كفيلاً لنفس الملتقط [٧٣٠/أ].

بخلاف التكفيل لوارث غائب ولغريمه عند أبي حنيفة؛ فإنه إذا قسمت تركة الغائب بين الورثة أو الغرماء.. لا يؤخذ من الورثة ولا من الغرماء كفيل عنده، وعندهما: يؤخذ.

والفرق لأبي حنيفة: أن حق الحاضر هنا غير ثابت، فيمكن أن يكون المالك غيره فيجيء ويتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل، بخلاف الميراث؛ فإن حق الحاضر معلوم ثابت، وكون غيره أيضاً له حق أمر موهوم، فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم:

وأما إذا دفعها إليه بإقامة البينة لا بمجرد ذكر العلامة، ففي أخذ الكفيل فيه عن أبي حنيفة روايتان، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً؛ على ما في «العناية» و«فتح القدير»:

وقال في فصل القضاء بالمواريث من «الهداية»: إن في أخذ الكفيل عند دفع اللُّقَطَة بالعلامة روايتين، والصحيح أنه على الخلاف؛ على قول أبي حنيفة: لا يأخذ، وعلى قولهما: يأخذ، وهذا ينافي ما ذكره ههنا من نفي الخلاف بقوله: «بلا خلاف»، ثم هذا فيما إذا دفعه بمجرد العلامة بدون التصديق منه؛ فإن صدقه مع العلامة أو لا معها.. فلا شك في جواز دفعه إليه.

لكنه هل يجبر أم لا؟ قيل: يجبر كما لو أقام بينة، وقيل: لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع.. لا يجبره القاضي على دفعها إليه.

ودفع هذا القول بالفرق:

أن المالك الآخذ لهذه اللُّقَطَة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر.

والمودع في مسألة الوديعة مالك ظاهر، وإنما أقر للحاضر بحق قبضها ملك الغير لا يلزمه إقباضه؛ لأنه إقرار على ملك الغير.

ثم إذا دفع بالتصديق أو بمجرد العلامة، وجاء آخر أقام البينة أنها له؛ إن كانت قائمة في يد المدعي.. قضي له بها وهو ظاهر، وإن كانت هالكة.. خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط.

فإذا ضمن القابض.. لا يرجع على أحد، وإن ضمن الملتقط.. ففي رواية: لا يرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد؛ فيما إذا كان الدفع بتصديقه، وفي رواية: يرجع، وفي «فتح القدير»: وهو الصحيح.

وجه قول أحمد: أن الملتقط اعترف بأنه مالكها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه، فلا يظلمه هو، وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه، ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه.. لا يرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه.

ولنا: أنه [٧٣٠/ب] وإن صدقه في الملك، لكنه لما قضى بالملك لصاحب البينة.. فقد صار مكذباً شرعاً بتكذيب القاضي، فبطل إقراره، وصار كأنه دفع بلا تصديق، ثم ظهر الأمر بخلافه، وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استحقه غيره ببينة فقضي به له.. يرجع على البائع.

وقال في «المبسوط» في الفرق بينهما: إن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بأمره، وليس بضامن، بل المودع ظلمه بتضمينه إياه، ومن ظلم.. لا يظلم غيره، وههنا في زعمه أن القابض اللُّقَطَة عامل لنفسه، وأنه ضامن إذا ثبت الملك لغيره بالبينة.. فكان له أن يرجع عليه بما ضمن. انتهى.

* * *

(كتاب الآبق)

(كتابُ الْآبِقِ)

نُدِبَ أَخذُهُ لِمَن قويَ عَلَيْهِ.

وَكَذَا الضَّالُّ.

وَقيلَ: تَركُهُ أَفضَلُ.

ويُرفعانِ إِلَى الْحَاكِمِ فَيَحْبِسُ الْآبِقَ دونَ الضَّالِّ.

(كِتَابُ الآبِقِ)

يقال: أبق العبد: إذا هرب من سيده من غير خوف، ولا كد عمل، والإباق بالكسر: اسم منه، فهو آبق، كذا في «المصباح».

(ندب أخذه لمن قوي عليه)؛ لما فيه من إحيائه.

(وكذا الضال) وهو الذي لم يهتد إلى طريق منزله من غير قصد.

(وقيل: تركه أفضل)؛ لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك، ولا كذلك الآبق.

(ويرفعان)؛ أي الآبق والضال **(إلى الحاكم)** على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي، وعلى ما اختاره شمس الأئمة الحلواني: أن الواجد فيهما مخير إن شاء حفظه بنفسه، وإن شاء رفعه إلى الحاكم، وعلى هذا الضال والضالة من الإبل وغيرها.

(فيحبس الآبق) عند الحاكم تعزيراً له؛ ولأنه لا يؤمن عليه الإباق ثانياً، وإذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه.. باعه الحاكم ويحفظ ثمنه.

(دون الضال)؛ لعدم ما ذكرنا في الآبق، وإذا حبس الحاكم، أو الإمام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده.. يستحلفه بالله أنه باق إلى الآن في ملكك ولم يخرج ببيع ولا هبة؛ فإذا حلف.. دفعه إليه، وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت [ملكه على] وجه زواله بسبب لا يعلمونه، وإنما يستحلفه مع عدم

وَلِمَن رَدَّهُ مِن مُدَّةِ سَفَرٍ: أَرْبَعُونَ درهماً.

خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطأ، ونظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر، أو موهوب له.

ثم إذا دفعه إليه عن بينة: ففي أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان.

وكما يدفعه بالبينة.. يدفعه بإقرار العبد أنه له، ويأخذ من المدفوع إليه هنا كفيلاً رواية واحدة.

وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال، ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال [٧٣١/أ].

بخلاف اللقيط: لا يؤخذ منه إذا كثر مال بيت المال؛ لأنه كان مستحقاً له بفقره وعجزه عن الكسب، بخلاف مالك العبد.

وإذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته.. باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه؛ فإن جاء مالكه وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري.. لا يأخذه، ولا ينتقض بيع القاضي؛ لأنه كحكمه.

وأما ما وقع في «فتاوى» مشايخ الإسلام: «من أن مالكه إذا كان عسكرياً وجاء وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري يأخذه منه وينقض بيع القاضي».. **فبناءً على القانون العثمانية** حفظاً لمال غزاة المسلمين، لا على قول الفقهاء والأئمة.

بخلاف الضال إذا طالت مدته؛ فإنه يؤاجره وينفق عليه من أجرته؛ لأنه لا يخشى إباقه.. فلا يبيعه.

وأما الآبق: فيخشى إباقه.. فيبيعه ولا يؤاجره.

(ولمن رده)؛ أي: الآبق سواء كان الراد واحداً أو اثنين، وإن كان اثنين.. يجعل الجعل بينهما على السواء؛ كما في «الحاوي القدسي».

(من مدة سفر) ثلاثة أيام فصاعداً: **(أربعون درهماً)** في «الاستحسان».

وَإِن كَانَت قِيمَتُهُ أَقلَّ مِن أَرْبَعِينَ.. فَقِيمتُهُ إِلَّا درهماً عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: أَرْبَعُونَ.

وَإِن ردَّهُ مِن دونِهَا.. فبِحسابِهِ.

والقياس: أن لا يكون شيء إلا بالشرط؛ بأن يقول: من رد علي عبدي.. فله كذا وهو قول الشافعي؛ لأنه متبرع فيما أنفق وأتلف من ماله، فأشبه العبد الضال واللُّقَطَة.

وجه الاستحسان: إجماع الصحابة؛ لأنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل، واختلفوا في مقداره:

منهم: من أوجب أربعين درهماً.

ومنهم: من أوجب ديناراً واثني عشر درهماً.

ومنهم: من أوجب ديناراً وعشرة دراهم.

ومنهم: من أوجب عشرة دراهم في المصر وأربعين في الخارج.

فأوجبنا: الأربعين في مسيرة السفر، وما فوقها، وما دونها: فيما دون مسيرة السفر توفيقاً وتلفيقاً بين الأدلة، والتقدير في المقدرات الشرعية: بالسمع، ولا سمع في الضال واللُّقَطَة.. فامتنع التقدير في الرأي، وليس في معنى الآبق حتى يلحق به؛ لأن الحاجة إلى صيانة الضال دون الحاجة إلى صيانة الآبق.

(**وإن كانت قيمته**) - أي: قيمة الآبق - (**أقل من أربعين.. فقيمته إلا درهماً عند محمد**).

وفي «شرح الطحاوي»: ذكر أبا حنيفة مع محمد؛ لأن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فيقبض بشيء ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة.

(**وعند أبي يوسف: أربعون**)؛ لأن التقدير بها ثبت بالنص.. فلا ينقص عنها كما لا يزاد.

ولهذا: لا يجوز الصلح [٧٣١/ب] على الزيادة، بخلاف الصلح على الأقل؛ لأنه حط منه فيجوز مثل حط الكل.

وَإِن أَبَقَ مِنْهُ.. لَا يَضْمَنُ إِن أَشهدَ أَنَّهُ أَخذَهُ لِيَرُدَّهُ.

(**وإن رده من دونها**)؛ أي: من دون مدة السفر (**.. فبحسابه**)؛ فيقسم الأربعون على الأيام الثلاثة؛ لأن العوض يوضع على المعوض ضرورة المقابلة.

وفي رواية «الأصل»: أنه يرضخ له باصطلاحهما، أو يفوض إلى رأي القاضي.

(**وإن أبق منه**) - أي: من الآخذ - (**لا يضمن**)؛ لأنه أمانة في يده، لكن هذا (**إن أشهد أنه أخذه ليرده**) على صاحبه؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه، ولا شيء له من الجعل؛ لأن الراد في معنى البائع من المالك؛ لأن عامة منافع العبد زالت بالإباق، وإنما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه، والبائع إذا هلك في يده المبيع.. سقط ثمنه، كذلك ههنا سقط الجعل؛ ولكونه في معنى البائع.. له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع؛ لاستيفاء الثمن.

وكذا إذا مات في يد الآخذ.. لا شيء عليه، لما ذكرناه أنه أمانة في يده.

ولو أعتقه المولى كما لقيه قبل قبضه.. صار بذلك الإعتاق قابضاً فيجب عليه الجعل؛ كما في العبد المشترى إذا أعتقه المشتري قبل قبضه.. يصير به قابضاً ويجب الثمن.

وكذا إذا باعه المولى من الراد قبل قبضه.. يصير به قابضاً؛ لسلامة بدله وهو الثمن له.

فإن قيل: للرد حكم البيع من المالك على ما ذكرناه آنفاً، فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز.

أجيب: بأنه بيع من وجه لا من كل وجه، فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض.. فجاز.

فإن قيل: إن الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمان.. فينبغي أن يلحق هذا بالبيع الحقيقي في الحرمة.

وإلَّا.. فَلَا شَيْءَ لَهُ وَيَضمنُ إن أَبَقَ مِنْهُ، ....

أجيب: بأن هذه شبهة الشبهة، ولا عبرة بها، وهذا؛ لأنه لو شرط رضاء المالك.. كان الثابت الشبهة؛ لأنه ملكه حقيقةً، فمع عدم الرضاء: شبهة الشبهة، كذا في «فتح القدير».

ولو دبره كما لقيه قبل قبضه.. لم يكن بذلك قابضاً؛ لأن التدبير ليس بإتلاف للمالية كالإعتاق، فلا يصير المولى بذلك قابضاً ما لم يصل إلى يده.

(وإلا) - أي: وإن لم يشهد - **(فلا شيء له)** من الجعل؛ لأن ترك الإشهاد أمارةٌ أنه أخذه لنفسه وصار كمن اشتراه من الآخذ، أو اتهبه، أو ورثه فيرده على مولاه.. لا جعل له؛ لأنه ردّه لنفسه، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده.. فيكون له الجعل [٧٣٢/أ] وهو متبرع في أداء الثمن.

وهذا - أي اشتراط الإشهاد - **لسقوط الضمان** من الراد إذا مات عنده، أو أبق عنده.

ولاستحقاقه الجعل على قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا ضمان عليه؛ أشهد أو لم يشهد، إذا قال: أخذته لأرده.

والقول قوله في ذلك مع يمينه إذا علم أنه كان آبقاً.

فلو أنكر المولى إباقه.. فالقول له؛ لأن سبب الضمان - وهو أخذه مال الغير بغير إذنه - ظهر من الردّ، ثم ادّعى ما سقطه وهو إذن الشارع بإباقه والمالك منكر، ولذا: لا يجب الجعل إذا جاء به وأنكر المولى إباقه، إلا إن شهد شهود أنه آبق من مولاه، أو شهدوا على إقرار المولى بإباقه.

(ويضمن إن أبق منه)؛ أي: من الآخذ؛ لما ذكرناه من أن الأخذ بدون الإشهاد أمارة الأخذ لنفسه.

وَجُعِلَ الرَّهْنُ على الْمُرْتَهنِ، وَجُعِلَ الْجَانِي على الْمولى إن فدَاهُ، وعَلى وليِّ الْجِنَايَةِ إن دَفَعَهُ.

وَجُعِلَ الْمَدْيُونُ مِن ثمنِهِ.

وَيَقدَّمُ على الدَّينِ إن بِيعَ فِيهِ.

وعَلى الْمولى إن أَدَّاهُ عَنهُ.

وَجُعِلَ الْمَوْهُوبُ على الْمَوْهُوبِ لَهُ.

وَإِن رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ بعدَ الرَّدِّ.

(وجعل) - العبد الآبق - **(الرهن على المرتهن)**؛ لأن الراد أحيا المالية التي هي حق المرتهن؛ إذ استيفاء حقه منها، والجعل بمقابلة إحياء المالية، فيكون عليه؛ سواء ردّه في حياة الراهن، أو بعد موته؛ وسواء كان قيمته مثل الدين، أو أقل منه.

وإن كانت أكثر منه.. فبقدر الدين على المرتهن، وجعل الزائد على الراهن.

(وجعل) - العبد الآبق - **(الجاني على المولى إن فداه)**؛ لعود المنفعة إليه.

(وعلى ولي الجناية إن دفعه) المولى إليه؛ لعود المنفعة إلى وليّ الجناية.

(وجعل) - العبد الآبق - **(المديون من ثمنه)** إن اختار المولى بيعه.

(ويقدم) الجعل **(على الدين إن بيع)** العبد **(فيه)**، أي: في الدين.

(وعلى المولى إن أداه)؛ أي: إن أدى المولى دين المديون **(عنه)**؛ أي: المديون؛ لأن الجعل مؤنة الملك، والملك في العبد المديون كالموقوف.. فيجب على من يستقر له.

(وجعل الموهوب على الموهوب له وإن) - وصلية - **(رجع الواهب في هبته بعد الرد)**؛ أي: رد الموهوب الآبق؛ لأن منفعته للواهب ما حصلت بالرد، بل يترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد بما يمنع رجوع الواهب في هبته من البيع والهبة إلى الغير، ونحو ذلك من موانع الرجوع في الهبة.

وَأَمْرُ نَفَقَتِهِ كَاللُّقَطَةِ وَالْمُدبَّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ كَالقِنّ.

ولم يذكر جعل العبد الأمانة، فهو على سيده على ما في «شرح المنظومة».

(وأمر نفقته) - أي: نفقة الآبق - **(كاللُّقَطَة)** على ما مر؛ لأنه لقطة حقيقة، فلو أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضي.. كان متبرعاً، وبإذنه.. كان له الرجوع، بشرط أن يقول: على أن ترجع، على الأصح.

وله أن يحبسه لنفقة الدين؛ فإن طالت المدة ولم يجئ صاحبه [٧٣٢/ب].. باعه القاضي ويحفظ ثمنه، ولا يؤجره القاضي، بخلاف اللُّقَطَة، ولكن يحبسه تعزيراً له، بخلاف الضال، كذا في «المنح».

وقال في «الفصولين»: السلطان إذا ظفر بعبد آبق.. فهو بالخيار:

إن شاء.. أمسكه وأنفق عليه من بيت المال، فيكون ديناً على صاحبه أو في ثمنه.

وإن شاء.. باعه، والأولى: أن لا يعجل بيعه؛ فإن طال إمساكه.. فحينئذٍ يبيعه، ولا يؤجره، بخلاف الضال حيث يؤجره.

وقال في «الخانية»: الرجل إذا أخذ عبداً آبقاً ورفع الأمر إلى القاضي.. فإن القاضي يأمر الذي في يديه أن ينفق عليه ويرجع على الولي بذلك، ولا يأمر العبد بالاكتساب كي لا يأبق. انتهى.

وفي «النوازل»: كسب الآبق لمولاه؛ لأنه كسب عبده، وإن أجره الراد.. فالأجرة له، ولكن يتصدق بها.

(والمدبر وأم الولد كالقن) في لزوم الجعل؛ لأنهما ملكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن فجعلهما حينها: إبقاء على المولى، هذا إذا كان الرد في حياة المولى؛ لأن فيه إحياء ملكه، ولو ردهما بعد مماته.. فلا جعل فيهما؛ لأنهما يعتقان بموت المولى، ولا جعل في رد المكاتب؛ لأنه ليس بمملوك يداً.

وَإِن كَانَ الرَّادُّ أَبَ الْمولى، أَوِ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ، أَو وَصِيَّهُ، أَو أَحدَ الزَّوْجَيْنِ.. فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَالْمَالِكُ الصَّبِيُّ كَالْبَالِغ.

(وإن كان الراد أب المولى أو ابنه، وهو)؛ أي: كل منها **(في عياله)**؛ أي: عيال المولى، **(أو وصيّه، أو أحد الزوجين.. فلا شيء له)**؛ أي: للراد من الجعل؛ لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة، ولأن الوصي هو الذي يتولى الرد فيه بنفسه للصبي.

(والمالك الصبي كالبالغ) حيث يكون الجعل في ماله؛ لأنه مؤنة ملكه.

قال في «شرح المنظومة»: صاحب العبد الآبق على سبعة أوجه: رجل أو امرأة، أو حر أو عبد، أو مسلم أو ذمي، أو كبير أو صغير، مفيق أو مجنون، مكاتب أو مستسعى، غني أو فقير، وفي كلها: عليه الجعل. انتهى.

فكأنه جعل كل زوجين وجهاً واحداً.

* * *

(كتاب المفقود)

(كتابُ الْمَفْقُودِ)

هُوَ غَائِبٌ لَا يُدْرَى مَكَانُهُ، وَلَا حَيَاتُهُ، وَلَا مَوتُهُ.

فينصِّبُ لَهُ القَاضِي مَن يحفظُ مَالَهُ ويستوفي حَقَّهُ ....

(كِتَابُ المَفْقُود)

(هو) في الشرع: (**غائب لا يدرى مكانه، ولا حياته، ولا موته**).

ثم شرع في بيان حكمه فقال: (**فينصب له القاضي من يحفظ ماله ويستوفي حقه**)؛ لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه؛ كالصبي والمجنون، والمفقود: كذلك.

والمراد باستيفاء حقه: أن يقبض غلات عقاراته، والدين الذي أقر به غريمه؛ لأنه من باب الحفظ، ويخاصم في كل دين وجب بعقد نفسه؛ لأنه أصيل في حقوق هذا الدين، ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود بنفسه [٧٣٣/أ]، ولا في نصيب له في عقار، أو عروض في يد رجل، ولا في حقوق جحدها من هي عنده أو عليه؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف؛ لأنه يلي الحفظ دون الخصومة فكذا نائبه.

وإنما الخلاف في الوكيل من جهة المالك بقبض الدين، هل يملك الخصومة أم لا؟

عند أبي حنيفة: يملكها.

وعندهما: لا على ما في محله.

فإذا لم يملك وكيل القاضي الخصومة؛ فلو قضى القاضي بخصومته.. كان قاضياً بالدين للغائب وقاضياً عليه، فيما لو ادعى إنسان على المفقود ديناً، أو وديعة، أو شركة في عقار، أو رقيق، أو رد بعيب، أو مطالبة لاستحقاق، والقضاء للغائب وعلى الغائب.. لا يجوز، والبينة عليه: لا تسمع؛ لأنهما إنما يسمعان على خصمٍ

مِمَّا لَا وَكِيلَ لَهُ فِيهِ وَيَبِيعُ مَا يُخَافُ عَلَيْهِ مِن مَالِهِ، ....

حاضر، وهذا الوكيل ليس خصماً، والورثة إنما يصيرون خصماً بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد، فيكون قضاءً على الغائب وهو لا يجوز، إلا إذا رأى القاضي مصلحة في الحكم للغائب وعليه.. فحينئذٍ ينفذ حكمه؛ لأنه مجتهد فيه.

فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء.. فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر؛ كما لو كان القاضي محدوداً في قذف.. فإن نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاض آخر.

أجيب: بأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو: أن هذه البينة، هل تكون حجة من غير خصم حاضر، أو لا؟

فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها.. نفذ قضاؤه؛ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف، كذا في «الخلاصة»، وقال: والفتوى على هذا.

(**مما لا وكيل له**) - أي: للمفقود - (**فيه**)؛ أي: في حقه، وأما إذا كان له وكيل فيه.. فيتصرف وكيله فيه، لا من نصبه القاضي.

(**ويبيع**) القاضي (**ما يخاف عليه**) الفساد (**من ماله**)؛ كالثمار ونحوها؛ لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه، فينظر للغائب بحفظ معناه، ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولاً كان أو عقاراً، في نفقة ولا في غيرها؛ لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ.. فلا يجوز غيره.

بخلاف الوصي؛ فإنه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب؛ لأن ولايته نائبة فيما يرجع إلى حق الموصي، وبيع العروض فيه معنى حقه، وربما يكون حفظ الثمن للإيصال إلى ورثته أيسر، وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ.

وفي «الخلاصة» [٧٣٣/ب]: للقاضي بيع ما يتسارع إليه الفساد من عروض ماله، وليس له أن يبيع عقاره استحساناً.

والقياس: أنه ليس له بيع العروض أيضاً، وهو قولهما.

وَيُنْفَقُ على زَوجتِهِ وقريبِهِ وِلاداً.

وفي «العمادية» عن «غريب الرواية»: للقاضي بيع منقولات المفقود، ولا ينبغي أن يبيع عقاره، ولو باع.. جاز.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «المبسوط»: قال أبو حنيفة: إن كان للغائب أب محتاج.. فللأب أن يبيع شيئاً من عروضه وينفقه عليه، وليس له بيع العقار، وهو استحسان.

وفي القياس: ليس له بيع العروض، وهو قولهما.

وذكر الكرخي: أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة في «الأمالي»، وقال: هو حسن.

وجه الاستحسان: أن الأب، وإن زالت ولايته.. بقي أثرها، حتى صح استيلاده جارية ابنه، مع أن الحاجة إلى ذلك ليس من أصول الحوائج، وإذا ثبت أثر ولايته.. كان كالوصي في حق الوارث الكبير، وللوصي بيع العروض دون العقار.

(**وينفق**) من ماله من الدراهم والدنانير؛ سواء كانت موجودة في بيته، أو من ثمن ما بيع مما خيف فساده؛ لأنها قيمة ما يستحقونه من الطعام والشراب واللباس.

ولو كان له من جنس ما يستحقونه.. دفعه إليهم.

وإن كان ماله ديناً أو وديعة؛ فإن اعترف المديون والمودع بالمال والزوجية والنسب.. أنفق عليهم منه.

وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي.. لا حاجة إلى اعترافهم.

ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضي.. ضمنا؛ لأنهما ما أوصلا الحق إلى مالكه، ولا نائبه.

(**على زوجته وقريبه ولاداً**)؛ كأولاده وأبويه وجده وإن علا؛ لأن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي.. ينفق عليه من ماله عند غيبته؛ لأن القضاء حينئذ يكون إعانة، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء.. لا ينفق عليه من ماله؛ لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء، ولا قضاء على الغائب.

وَهُوَ حَيٌّ فِي حقِّ نَفسِهِ: لَا تُنْكَحُ امْرَأَتُهُ، وَلَا يُقسَمُ مَالُهُ، وَلَا تُفسَخُ إِجَارَتُهُ.

مَيْتٌ فِي حقِّ غَيرِهِ: فَلَا يَرِثُ مِمَّن مَاتَ حَالَ فَقدِهِ؛ إن حُكِمَ بِمَوْتِهِ، فَيُوقَفُ نصِيبُهُ مِنْهُ كلًّا أَو بَعْضاً إِلَى أَن يُحْكَمَ بِمَوْتِهِ.

فَإِن جَاءَ قبلَ الحُكمِ بِهِ.. فَهُوَ لَهُ، وإِلَّا.. فَلِمَنْ يَرِثُ ذَلِكَ المَالَ لمولاهُ.

فمن قبيل الأول: الأولاد الصغار مطلقاً، والإناث من الأولاد الكبار، والزمن من الذكور والكبار.

ومن الثاني: الأخ والأخت، والخال والخالة، والعم والعمة.

(**وهو**)؛ أي: المفقود (**حي في حق نفسه**)؛ لأنه قد كان حياً فيستصحب عليه.

(**لا تنكح امرأته**) لقوله ﷺ: «وهي امرأته حتى يأتيها البيان»؛ أي: بالموت، أو الطلاق. ولقول علي رضي الله عنه في امرأة المفقود: «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موتٌ أو طلاقٌ».

ولأن النكاح عرف يقيناً فيستصحب [٧٣٤/أ] عليه حتى يستبين علة التفرقة.

(**ولا يقسم ماله، ولا تفسخ إجارته**)؛ لعدم تحقق الموت.

(**ميت في حق غيره.. فلا يرث ممن مات**) من مورثه. (**حال فقده**)؛ لأن الحكم بحياته ثبت بالاستصحاب، والاستصحاب إنما يكون حجة عندنا: لدفع استحقاق الغير ماله، لا لإثبات استحقاق مال الغير، وكذا لا يستحق لما أوصي له إذا مات الموصي، لكنه ليس على إطلاقه، بل (**إن حكم بموته**) بمضي المدة المضروبة على ما سيأتي ذكرها، أو بمجيء خبر موته يقيناً.

وأما قبل الحكم بموته (.. **فيوقف نصيبه منه**)؛ أي: ممن مات من مورثه.

(**كلًّا أو بعضاً، إلى أن يحكم بموته؛ فإن جاء قبل الحكم به**)؛ أي: إن علم حياته قبل الحكم بموته (.. **فهو**)؛ أي: نصيبه (**له**)؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يعلم حياته قبل الحكم بموته (.. **فلمن يرث ذلك المال لمولاه**)؛ أي: المفقود أيضاً لا للحق إلى مستحقة.

قال في «الهداية»: الأصل ههنا: أنه لو كان مع المعقود وارث.. لا يحجب بالمفقود حجب حرمان، ولكنه ينقص حقه به فيعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي.

وإن كان معه وارث يحجب به.. لا يعطى أصلاً، بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن وابنة ابن، والمال الموروث في يد أجنبي، وتصادق الأجنبي والورثة على فقد الابن، وطلبت البنتان الميراث.. يعطيان النصف؛ لأنه متيقن به؛ لأن أخاهما المفقود إن كان حياً.. فلهما النصف، وإن كان ميتاً.. فلهما الثلثان؛ فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الأجنبي الذي هو في يده، ولا يعطى ولد الابن شيئاً؛ لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حياً، ولا يستحق الميراث بالشك، ولا ينزع من يد الأجنبي، إلا إذا ظهرت خيانته؛ فإنه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يدي عدل لظهور خيانته، ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن، بل قال الأجنبي الذي في يده المال: مات المفقود قبل أبيه.. فإنه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين؛ لأن إقراره معتبر فيما في يده، وقد أقر أن ثلثيه للبنتين.. فيجبر على دفعه لهما، ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن: أبونا أو عمنا مفقود؛ لأنهم بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئاً، ويوقف الثلث الباقي في يده.

ولو كان المال في يد البنتين وتصادقوا على الفقد.. لا يحول المال من موضعه، ولا يؤخر شيء [٧٣٤/ب] للمفقود، بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثاً، ويوقف النصف في أيدي البنتين في حكم ملك الميت؛ فإن ظهر المفقود حياً.. دفع إليه، وإن ظهر ميتاً.. أعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف، والثلث الباقي لولد الابن؛ للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو قالت البنتان: مات أخونا وليس بمفقود، وقال ولد الابن: بل مفقود، والمال في أيديهما.. أعطيتا الثلثين ووقف الثلث؛ لأنهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما؛ فإن ظهر حياته.. أخذ منهما السدس له.

ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا أنه مفقود.. يعطي البنتان النصف؛ لأنهما إنما ادعياه بالإقرار بفقده، ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده من غير أن يقضى به لهما لا بينهما.

ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما مات.. لم أدفع إليهما شيئاً حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه، أو بعده.

فإن قامت البينة على موته **قبله**.. يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين؛ لأن الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن.

وإن قامت عليه بعده.. يعطى لهم النصف؛ لأن الميت على هذا مات عن بنتين وابن عمّ مات الابن عن ولد، كذا في «فتح القدير».

ونظير مسألة المفقود في وقف الميراث عند الشك في النصيب: الحمل؛ فإنه يوقف له ميراث ابن واحد، عند محمد، وفي رواية عن أبي يوسف، وعليه الفتوى على ما في «الهداية».

وعند أبي حنيفة: يوقف له ميراث أربع بنين.

وفي رواية عن محمد: ميراث ثلاثة بنين.

وفي أخرى عنه: نصيب ابنين:

فلو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل.. يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال؛ كما إذا ترك امرأة حاملاً وجدة.. فإن للجدة السدس؛ لأنه لا يتغير فريضتها بالحمل.

وكذا إذا ترك أبناء وامرأة حاملاً وجدة.. فإن للجدة السدس؛ لأنه لا تتغير فريضتها بالحمل.

وكذا إذا ترك أبناء وامرأة حاملاً.. تعطى المرأة الثمن؛ لأنه لا تتغير فريضتها بالحمل.

وَإِذا مضى مِن عُمُرِهِ مَا لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ أَقرانُهُ ....

وإن كان ممن يسقط بالحمل.. لا يعطى؛ كابن الابن والأخ أو العم.

فإنه لو ترك امرأة حاملاً، وأخاً أو عماً.. لا يعطى الأخ والعم شيئاً؛ لأن من الجائز أن يكون الحمل ابناً فيسقط معه الأخ والعم؛ فلما كان ممن يسقط بحال.. كان أصل الاستحقاق له مشكوكاً، فلا يعطى شيئاً لذلك.

وإن كان ممن يتغير به.. يعطى الأقل المتيقن به كالزوجة والأم.

فإنه إن كان الحمل حياً: ترث الزوجة الثمن والأم السدس.

وإن لم يكن حياً: فهما ترثان الربع والثلث، فتعطيان [٧٣٥/أ] الثمن والسدس المتيقن كما في المفقود.

فإنه إذا ترك الرجل جدة وابناً مفقوداً.. فللجدة السدس؛ لأنه لا يتغير نصيبها.

وكذلك لو ترك أخاً وابناً مفقوداً.. لا يعطى الأخ شيئاً.

وكذلك لو ترك أماً وابناً مفقوداً؛ فإنه إن كان المفقود حياً.. تستحق الأم السدس، وإن كان ميتاً.. تستحق الثلث كما في الحمل.

(وإذا مضى من عمره) - أي: من عمر المفقود من يوم ولد - **(ما لا يعيش إليه أقرانه)**؛ أي: بموت جميع أقرانه ولم يبق واحد منهم؛ كما في «الخلاصة»، وهذا هو المراد بما في «الهداية».

وفي ظاهر الرواية: يقدر بموت الأقران، قالوا: وجهه: أن من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه، فلا يبنى عليه الحكم؛ لأن النادر كالمعدوم، ثم اختلفوا، فذهب بعض المشايخ: إلى أن المعتبر: موت أقرانه من جميع البلاد، وذهب آخرون: إلى أن المعتبر: موت أقرانه.

فإن الأعمار فيه تختلف طولاً وقصراً بحسب الأقطار بحسب إجرائه تعالى عادته، ولأن في اعتبار جميع البلاد حرجاً كثيراً في معرفة موتهم من البلدان، بخلافه من بلده.. فإنما فيه نوع حرج.

وَقِيلَ: تسعونَ سنةً، وَقِيلَ: مائَةُ وَعِشْرُونَ سنةً - حُكِمَ بِمَوْتِهِ فِي حقِّ مَالِهِ حينئذٍ؛ فَلَا يَرِثُهُ مَن مَاتَ قبلَ ذَلِكَ، وَتعْتَدُّ زَوجتُهُ للْمَوْتِ عِنْدَ ذَلِكَ.

(وقيل: تسعون سنة)، قالوا: وهو الأرفق؛ لأنه الغالب في أعمار أهل زماننا.

وفي التمرتاشي و«الخلاصة»: وعليه الفتوى.

(وقيل: مئة وعشرون سنة)، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن الأعمار في زماننا قل ما تزيد على مئة وعشرين، بل لا يسمع أكثر من ذلك.. فيقدر بها تقديراً بالأكثر.

وعن أبي يوسف: مئة سنة.

وقيل: المختار: أن يفوض إلى رأي الإمام.

(حكم بموته)؛ أي: بإقامة البينة على وكيله، أو من في يده ماله، كذا في «القهستاني» نقلاً عن «المحيط».

(في حق ماله حينئذ)؛ أي: حين مضي المدة.

الظاهر: أنه قيد للحكم لا للحال على ما ظن.. **(فلا يرثه من مات قبل ذلك)** المدة المضروبة؛ لأن الإرث مداره موت المورث، ولم يتعين ذلك حين موت ذلك الوارث، ويقسم ماله بين من كان وارثاً في ذلك الوقت.

وكذا يحكم بموته في حق مال غيره عند مضي تلك المدة من حين فقده، حتى يرد ما وقف له إلى من يستحقه من وارث مورثه.

(وتعتد زوجته للموت) أربعة أشهر وعشراً **(عند ذلك)** الوقت المضروب للحكم بموته عنده.

* * *

(كتاب الشركة)

(كتابُ الشَّرِكَةِ)

(كِتَابُ الشَّرِكَة)

أورده عقيب المفقود لتناسبها بوجهين: كون مال أحدهما أمانة [٧٣٥/ب] في يد الآخر؛ كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر.

وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود؛ كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي، وهذه مناسبة خاصة بينهما، والأولى عامة فيهما، وفي الآبق واللقيط واللُّقَطَة على اعتبار وجود مال مع اللقيط.

قال في «العناية»: الشركة عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعداً؛ بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.

ورده في «فتح القدير» وقال: الشركة لغةً: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، وما قيل: إنه اختلاط النصيبين.. تساهل؛ فإن الشركة اسم المصدر، والمصدر مصدر شركت الرجل أشركه شركاً، فظهر أنها فعل الإنسان، وفعله الخلط.

وأما الاختلاط: فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة، ولا يظن أن اسمه الاشتراك؛ لأن الاشتراك فعلهما أيضاً، مصدر اشترك الرجلان، افتعال من الشركة، ويعدى إلى المال بحرف «في»، فيقال: اشتركا في المال؛ أي: حققا الخلط فيه، والمال مشترك فيه. انتهى.

أقول: والذي ظهر منه: أن الشركة لم تجئ مصدراً، وإنما المصدر: هو الشرك، وهو مخالف لما في «المصباح» قال: شركته في الأمر - الشركة من باب تعب، شَرِكاً، وشَرِكة، وزان: كَلِم وكَلِمَة بفتح الأول وكسر الثاني - إذا صرت له شريكاً، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني، واستعمال المخفف أغلب، فيقال: شرك وشركة؛ كما يقال: كلم وكلمة على التخفيف. انتهى.

هِيَ ضَرْبَانِ شركَةُ مِلكٍ، وَشَرِكَةُ عَقدٍ.

فَالْأُولى: أَن يملكَ اثنانِ عيناً؛ إرثاً، أَو شِرَاءً، أَوِ اتّهاباً، أَوِ اسْتِيلَاءً، أَو اخْتَلَطَ مَالُهمَا بِحَيْثُ لَا يتَمَيَّزُ، أَو خَلَطَاهُ.

فقد صرح: بأن الشركة والشرك مصدر شركت، وهكذا صرح في «المغرب» أيضاً.

فعلم منه: أن الشركة في اللغة: بمعنى المصدر، لا اسم المصدر؛ نعم يقال: إنه في عرف الفقهاء اسم المصدر؛ سواء كان شركة ملك، أو شركة عقد.

وفي «فتح القدير»: أن ركن هذه الشركة: اختلاطهما، وركن شركة العقد: هو اللفظ المفيد له.

(هي ضربان: شركة ملك)، ولا يخفى عليك أن لفظ الشركة المضافة إلى الملك أعم من كل من التفسيرين السابقين؛ أعني: الخلط والاختلاط. تأمل.

(وشركة عقد) هذه الإضافة بيانية؛ لأنه سمى العقد الخاص بها، ويقال: إنه إضافة الاسم إلى المسمى.

(فالأولى: أن يملك اثنان عيناً إرثاً، أو شراءً، أو اتهاباً، أو استيلاءً) بأن استوليا على مال حربي في دار الحرب، أو في دارنا فإنهما يشتركان فيه بالاستيلاء.

(أو اختلط [٧٣٦/أ] **مالهما)** من غير صنع من أحدهما بأن انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما؛ وكاختلاط الحنطة بالحنطة، أو بالشعير من غير صنع.

(بحيث لا يتميز) أصلاً، أو بالحرج.

(أو خلطاه) بحيث لا يتميز أصلاً أو بحرج؛ كما في اختلاط الحنطة بالشعير؛ فإنه وإن أمكنه التمييز.. لكنه عسير، والحرج مدفوع.

ولا يخفى عليك أن قوله: «عيناً» يخرج الشركة في الدين.

وقد ذكروا: أن من شركة الأملاك: الشركة في الدين، ثم اختلفوا فيه:

وكلٌّ مِنْهُمَا أَجْنَبِيٌّ فِي نصيبِ الآخرِ.

فقال بعضهم: إنه مجاز؛ لأن الدين وصف شرعي لا يملك، فلا يصح إدراجه في شركة الأملاك.

وقال بعضهم: بل يملك شرعاً، ولذا جاز هبته ممن عليه.

وأجيب عنه: بأن الهبة مجاز عن الإسقاط، ولذا لم تجز هبته من غير من عليه الدين.

وقال في «فتح القدير»: والحق: ما ذكروه من ملكه، وكذا ملك ما عينه من العين على الاشتراك، حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئاً.. كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ، وليس له أن يقول: هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك، ولا يصح من المديون أيضاً أن يعطيه شيئاً على أنه قضاه وأخَّر الآخر.

قالوا: والحيلة في اختصاص الأخذ بما أخذ دون شريكه: أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته.

ثم شرع في بيان حكم هذه الشركة فقال: (**وكل منهما أجنبي في نصيب الآخر**)؛ لعدم تضمن هذه الشركة وكالة؛ فإذا كان أجنبياً.. لا يجوز تصرفه في نصيب الآخر إلا بإذنه.

قال في شركة «قاضي خان»: ولا يجوز لأحد شريكي الملك أن يتصرف في العين المشتركة بغير إذن الشريك تصرفاً يتضرر به الشريك.

رجلان بينهما بعيرٌ، حمل أحدهما عليه شيئاً من القرية إلى المصر فسقط البعير في الطريق فنحره، قالوا: إن كان يرجى حياته.. يضمن حصة شريكه، وإن كان لا يرجى.. لا يضمن؛ لأنه مأمور بالحفظ، والنحر في هذه الحالة حفظ، وإن نحره أجنبي.. يضمن على كل حال في الصحيح من الجواب.

وَيجوزُ بيعُ نصِيبِهِ من شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ، وَمِن غَيرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .....

رجلان بينهما دار غير مقسومة، غاب أحدهما.. كان للآخر أن يسكن مقدار حصته في كل الدار.

وكذا الخادم إذا كان مشتركاً وأحدهما غائب.. كان للحاضر أن يستخدم الخادم حصته.

وفي الدابة المشتركة: لا يركبها أحدهما؛ لأن الناس [يتفاوتون][٧٣٦/ب] في الركوب، فلم يكن الغائب راضياً بركوب الشريك.

وفي الخادم والدار: لا يتفاوتون في السكنى والخدمة.

والكرم والأراضي: لو كانا مشتركان بين رجلين وأحدهما غائب، أو كانت الأرض بين يتيم وبالغ.. يرفع الأمر؛ فإن لم يرفع الأمر إلى القاضي وزرع بحصته.. طاب له.

وفي الكرم: يقوم الحاضر، وإذا أدرك الثمر.. يبيعها ويأخذ حصته من الثمن، وتوقف حصة الغائب، وإذا قدم الغائب.. خير؛ إن شاء.. ضمنه القيمة، وإن شاء.. أخذ الثمن. انتهى.

وفي «فتاوى ابن نجيم»: سئل عن أرض بين جماعة عن سبيل الشركة فبنى أحدهم فيها، أو غرس بغير إذن الباقين، فهل لهم القلع أم لا؟

أجاب: إن لم يرضوا بذلك.. تقسم الأرض؛ فإن وقع نصيبه فيما بنى أو غرس.. فهو له، وإن وقع مناقض الباقين.. قلعه وضمن ما نقصت الأرض بذلك. انتهى.

(**ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الصور**) المذكورة من تملكها إرثاً، أو شراءً، أو اتهاباً، أو استيلاءً، أو اختلاطاً أو خلطاً.

(**ومن غيره**)؛ أي: من غير شريكه وهو الأجنبي (**بغير إذنه**)؛ أي: إذن شريكه.

وأما إجارته من غيره بغير إذنه.. فلا يجوز عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

فِيمَا عدَا الْخَلْطِ والاختلاطِ، فَلَا يجوزُ بِلَا إِذْنِهِ.

وَالثَّانيةُ: أَن يَقُولَ أَحدُهمَا: شاركتُكَ فِي كَذَا، وَيَقبَلُ الآخرُ.

(**فيما عدا الخلطِ والاختلاط.. فلا يجوز**) بيع نصيبه في الخلط والاختلاط من الأجنبي (**بلا إذنه**)؛ أي: بلا إذن شريكه.

والفرق على ما في «الفتاوى الظهيرية»: أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة مثلاً، أو ثوباً.. كانت كل حبة مشتركة بينهما، فبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي.

بخلاف ما إذا كانت بالخلط، أو بالاختلاط؛ لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة؛ فإذا باع نصيبه من غير الشريك.. يتوقف على إذنه.

بخلاف بيعه من الشريك؛ لقدرته على التسليم والتسلم.

وذكر شيخ الإسلام في الفرق: إن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخالط؛ فإذا حصل بغير تعد.. كان سبب الزوال ثابتاً من وجه، دون وجه، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك؛ كأنه بيع ملك نفسه عملاً بالشبهين.

ورده في «فتح القدير»: بمنع ثبوت الزوال من وجه، مستنداً بأن تمام السبب [٧٣٧/أ] فيه هو التعدي، فعند عدمه: لا يثبت من وجه، وإلا.. لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل أسبابها.

وأيضاً: فالزوال إلى الخالط عيناً لا إلى كل واحد منهما، فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي، بل المترتب عليه: اعتباره زائلاً إلى الشريك الخالط فقط إذا باع من الأجنبي. انتهى.

(**والثانية: أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا ويقبل الآخر**)، ويقول: قبلت.

وركنُها: الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ.

وَشَرطُهَا: عدمُ مَا يَقطَعُهَا؛ كَشَرطِ دَرَاهِمَ مُعيَّنَةٍ من الرِّبْحِ لأَحَدِهمَا.

وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ:

(**وركنها: الإيجاب**)؛ بأن يقول أحدهما: شاركتك في عموم التجارات، أو في كذا من المال، (**و**) كذا (**القبول**) من الآخر.

(**وشرطها: عدم ما يقطع كشرط دراهم معينة من الربح لأحدهما**)؛ فإنه يقطع الشركة؛ لاحتمال أن لا يبقى بعد هذه الدراهم المعينة ربح يشتركانه.

فإن قيل: إنهم قد صرحوا - وسيأتي في الكتاب مصرحاً -: أنه يجوز اشتراط الزيادة في الربح لأحدهما.

قلنا: المراد بالزيادة ههنا: هي الزيادة المعينة مثل عشرة دراهم، أو خمسة عشر ونحوها من مراتب العدد.

والمراد بما سيأتي: هي الزيادة بلا تعيين؛ كاشتراط الثلثين لأحدهما، والثلث للآخر من الربح.. فلا منافاة بينهما.

(**وهي**) أي: الثانية (**أربعة أنواع**) مفاوضة وعنان وصنائع ووجوه.

وجه الحصر فيها على ما ذكروا: أن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا، والأول: إما أن يشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضره أو لا.

فإن شرطا ذلك.. **فهو المفاوضة**، وإلا.. **فهو العنان**.

والثانية؛ أما إن شرطا العمل في مال الغير أو لا.. فالأول: **الصنائع**، والثاني: **الوجوه**.

واعترض عليه: بأنه يقتضي أن يكون كل من الصنائع والوجوه قسماً مقابلاً للمفاوضة والعنان، وليس كذلك؛ لأن كلًّا من المفاوضة والعنان قد يجامع بكل من الصنائع والوجوه على ما سيظهر.

فالأوجه: ما ذكره الطحاوي والكرخي: أن الشركة على ثلاثة أوجه:

شركَةُ مُفَاوَضَةٍ، وَهِيَ أَن يَشْتَرِكَ متساويانِ تَصرُّفاً ودِيناً ومالاً ورِبحاً.

شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه.

وكل من الأعمال والوجوه على وجهين: مفاوضة وعنان.

فالأول: (**شركة مفاوضة: وهي أن يشترك**) شخصان (**متساويان تصرفاً وديناً ومالاً**).

والمراد بالمال: ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه [٧٣٧/ب]، كذا في «الهداية».

(**وربحاً**)؛ لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق؛ لأنها مأخوذة من التفويض، أو الفوض الذي منه: أفاض الماء؛ إذا عم وانتشر.

والمفاوضة: المساواة.. فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه، فيعم التساوي ابتداءً وانتهاءً، وذلك يكون في هذه الأمور الأربعة.

والمراد بالابتداء: ابتداء العقد، والانتهاء: مدة البقاء.

وهذا لأن عقد الشركة عقد غير لازم؛ فإن لكل منهما أن يفسخه إذا شاء.. فكان لبقائه حكم الابتداء، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال.. يمنع بقاءه أيضاً، حتى لو كان المالان سواء يوم العقد، ثم إذا زادت قيمة أحدهما قبل الشراء.. فسدت المفاوضة وصارت عناناً.

بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين؛ لأن الشركة انتقلت إلى المشتري؛ فإنما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه.

ولو اشتريا بجميع مال أحدهما، ثم فضل مال الآخر:

ففي القياس: تفسد المفاوضة.

وفي الاستحسان: لا تفسد؛ لأن الشراء بالمالين جميعاً قلما يتعين، فيلزم باشتراطه حرج، ولأن المساواة قائمة معنى؛ لأن الآخر لما ملك نصف المشترى..

وتتضمَّنُ الْوَكَالَةَ وَالْكَفَالَةَ.. ....

صار نصف الثمن مستحقاً عليه لصاحبه، ونصف ما لم يستحق به لصاحبه، غير أنه لا يشترط اتحادهما صفةً؛ فلو كان لأحدهما دراهم سود، وللآخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية.. صحت المفاوضة، بخلاف لو زادت.. صارت عناناً.

وكذا لو كان لأحدهما ألف وللآخر مئة دينار قيمتها ألف.. صحت؛ فإن زادت.. صارت عناناً.

وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها.. تنقلب عناناً، كذا في «فتح القدير».

(**وتتضمن**)؛ أي: شركة المفاوضة: (**الوكالة**)، شرطت الوكالة في كل صور عقود الشركة؛ ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً فيه بينهما، فيتحقق حكم المقصود من العقد وهو الشركة في الربح؛ لأنه لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف أصيلاً في الآخر.. لا يكون المستفاد مشتركاً؛ لاختصاص المشتري بالمشترى، فلا يكون مختصاً بالمفاوضة، وإنما المختص بها هو الكفالة.

فإن قيل: الوكالة بالمجهول لا تجوز.. فوجب أن لا تجوز هذه الشركة؛ لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس؛ كما إذا وكله بشراء ثوب ونحوه.

أجيب: بأن التوكيل بمجهول لا يجوز قصداً [٧٣٨/أ]، ويصح ضمناً، حتى صحت المضاربة مع الجهالة؛ لأنها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة، ولأن الجهالة إنما تفسد العقد؛ لكونها مفضية إلى المنازعة، لا لذاتها، وهنا لا تفضي إلى المنازعة.. فتجوز.

(**والكفالة**): وهي مختصة بالمفاوضة؛ لتحقيق معنى المساواة المعتبرة في المفاوضة.

فإن قيل: إن الكفالة لا تجوز إلا بقبول المكفول له في المجلس، فكيف جازت هنا مع جهالته؟

فَلَا تجوزُ بَين مُسلمٍ وذِمِّيٍّ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ، ....

أجيب عنه: بأن ذلك في الكفالة القصدية لا في الكفالة الضمنية، وهنا ضمني لا قصدي.

واعلم: أن شركة المفاوضة جائزة في قول أصحابنا استحساناً.

والقياس: أن لا تجوز، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: لا أعرف ما المفاوضة.

وجه القياس: أنها تضمنت الوكالة والكفالة المجهولتين، وكل بانفراده فاسد.. فاجتماعهما يزيد فساداً.

والجواب عنه: ما ذكرناه آنفاً.

ووجه الاستحسان قالوا: إنه أمران:

أحدهما: ما روي عن النبي ﷺ: «فاوضوا؛ فإنه أعظم للبركة».

والثاني: تعامل الناس؛ فإنهم تعاملوا بها من غير نكير، وبه يترك القياس؛ لأن التعامل كالإجماع.

(فلا تجوز) شركة المفاوضة **(بين مسلم وذمي)** عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف)؛ فإنه قال تجوز مع الكراهة؛ لتساويهما في الوكالة والكفالة.

ولا تعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما؛ كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي؛ فإنها جائزة مع تفاوتهما في أمر؛ فإن التصرف في متروك التسمية عامداً: جائز عنده، لا عندنا.

وفي المثلث: جائز عندنا لا عنده.

وإنما كره؛ لأن الذمي ربما لا يهتدي إلى الجائز من العقود فيصير سبباً لوقوع المسلم في الحرام.

وَلَا بَينَ حرٍّ وَعبدٍ، وَبَالغٍ وَصبيٍّ، وَلَا بَينَ صَبِيَّيْنِ، أَو عَبْدَيْنِ، أَو مكاتَبَينِ.

وَلَا بُدَّ مِن لفظِ الْمُفَاوضَةِ، أَو بَيَانِ جَمِيعِ مقتضياتِها.

ولهما: أنه لا تساوي في التصرف؛ فإن الذمي لو اشترى برأس المال خمراً أو خنزيراً.. يجوز، ولا يجوز ذلك للمسلم.

(ولا بين حر وعبد، وبالغ وصبي)؛ لانعدام المساواة؛ فإن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة، بخلاف العبد والصبي؛ فإنهما لا يملكان إلا بإذن المولى والولي.

(ولا بين صَبِيَّيْن أو عبدين أو مكاتبين)؛ لانعدام صحة الكفالة وإن أذن ولي الصبيين ومولى العبدين.

(ولا بد) في انعقاد المفاوضة **(من لفظ المفاوضة)**؛ لبعد شرائطها عن علم العوام، وذلك بأن يقول: فاوضتك في كذا.

(أو بيان جميع مقتضياتها).. فحينئذٍ لا حاجة إلى ذكر لفظ المفاوضة؛ لأن المعتبر هو المعنى [٧٣٨/ب]، واللفظ وسيلة إلى إفهامه.

قال في «فتح القدير»: فإن قيل: من أين اشتراط المساواة في المال؟

قلنا: هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح، وذلك أن الشركة - في صورة يكون الشريكان متساويي المالين على وجه التفويض على العموم - جائزة بلا مانع؛ كما في صورة عدم تساويهما.

فقلنا: إن عقدا على الوجه الأول.. سمينا الشركة مفاوضة، وإلا.. سميناها عناناً، غير أنا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور؛ لجعلنا إياه علماً على تمام المساواة في أمر الشركة؛ فإذا ذكراها.. ثبتت أحكامها إقامةً للفظ مقام المعنى، بخلاف ما إذا لم يذكراها؛ لعدم تحقق رضاهما بأحكامها، إلا أن يذكر إتمام معناها بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان، أو ذميان: شاركتك في جميع ما أملك من نقد، وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في

وَلَا يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ المَالِ، وَلَا خَلطُهُ.

وَمَا اشْتَرَاهُ كلُّ مِنْهُمَا سِوى طَعَامِ أَهلِهِ وكسوتِهم.. فلهَا؛ ....

التجارات والنقد والنسيئة، وعلى أن كلًّا منا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع. انتهى.

(ولا يشترط تسليم المال)؛ لأن النقدين لا يتعينان في العقود حتى يشترط تسليمه، بل الشرط حضور المال عند الشراء لا عند العقد.

ولهذا قال في أول شركة «الخلاصة» نقلاً عن «الإيضاح»: الشركة بالأموال لا تكون إلا بمال حاضر، عناناً كانت الشركة، أو مفاوضةً.

ولا يصح بمال غائب ولا دين، أراد بذلك: عند الشراء لا عند العقد؛ يعني: عقد الشركة؛ لأنه إذا لم يوجد ذلك عند عقد الشركة.. جاز، ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفاً وقال له: أخرج مثلها واشتريها وبع، فما ربحت.. فهو بيننا، فأقام المأمور البينة أنه قد فعل، ولم يكن المال موجوداً وقت العقد، وإنما وجد عند الشراء.. جاز. انتهى كلام «الخلاصة».

وهكذا ذكره في أول شركة «البزازية»، فعلم منه: أن قول الشريك الآخر بعد الافتراق عن المجلس: «أخرجت المال دفعة واشتريت به».. لا يقبل بلا بينة.

(ولا خلطه)، خلافاً لزفر والشافعي.

قلنا: إن الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشتري كل منهما بماله على أن يكون المشترى بينهما، وهذا لا يفتقر إلى الخلط، والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال، ولهذا سمي العقد شركة.

(وما اشتراه كل منهما سوى طعام أهله)، وكذا طعام نفسه، **(وكسوتهم)**، وكذا كسوة نفسه، وكذا [٧٣٩/أ] الإدام **(..فلها)**؛ تحقيقاً لمقتضى العقد وهو المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف، فكان شراء أحدهما كشرائهما سوى المستثنيات.

وكلُّ دَينٍ لزمَ أَحدَهمَا بِمَا تصحُّ فِيهِ الشّرِكَةُ - كَبيعٍ وَإِن لزمَ بكفالةٍ بِأَمْرٍ - لزمَ الآخر، خلافاً لَهُما.

والقياس: أن يكون على الشركة أيضاً؛ تحقيقاً لمقتضى العقد، إلا أنا استحسنا للضرورة؛ فإن الحاجة لهذه الأشياء معلومة الوقوع البتة، ولا يمكن إيجابه على صاحبه، فيختص بنفسه، وللبائع أن يؤاخذ بالثمن أيهما شاء، المشتري بالأصالة وشريكه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى؛ لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما.

(وكل دين لزم أحدهما بما تصح فيه الشركة؛ كبيع) وشراء واستئجار.. لزم الآخر؛ تحقيقاً للمساواة.

واحترز ب- «ما تصح فيه الشركة»: عن الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، وعن النفقة.

(وإن لزم) - الدين - **(بكفالة)**؛ أي: بالمال؛ لأن كفالة أحدهما بالنفس.. لا تلزم شريكه بالاتفاق **(بأمر)** المكفول عنه **(.. لزم الآخر)**: عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لأنه تبرع؛ حتى لا تصح من الصبي والمجنون والعبد المأذون والمكاتب، وتصح من المريض من الثلث، وصار كالإقراض والكفالة بالنفس؛ فإنه إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان.. لا يلزم الشريك.

ولأبي حنيفة: إن عقد الكفالة تبرع ابتداءً معاوضة بقاءً؛ لأنه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه إذا كفل بأمره؛ فصار كالهبة بشرط العوض، فبالنظر إلى البقاء.. صحَّ لتضمنه المعاوضة، وبالنظر إلى الابتداء.. لم يصح ممن ذكراه، ويعتبر من الثلث من المريض، وحاجتنا ههنا: إلى البقاء؛ إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة؛ لكونها حكمها، فلما لزم المال على الشريك بالكفالة.. لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء.

وَكَذَا إِن لزمَ بِغَصبٍ خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

بخلاف الصبي والمجنون والعبد والمكاتب؛ لأن حاجتنا ثمة: إلى الابتداء بأنه هل يلزمه، أو لا؟

فاعتبرنا جهة التبرع فيه، بخلاف ما نحن فيه؛ لصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان.

وأما الكفالة بالنفس، فهو تبرع ابتداءً وانتهاءً؛ إذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئاً في ذمته من المال.. فلا يقاس عليه.

وأما الإقراض: فعن أبي حنيفة: أنه يلزمه صاحبه على رواية «المبسوط»؛ لأنه معاوضة.

ولو سلم أنه لا يلزم شريكه، لكنه إنما لا يلزمه لكون الإقراض إعارة لا معاوضة؛ إذ لو كان معاوضة.. لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية؛ فإذا كان إعارة.. كان لما يأخذه المقرض [٧٣٩/ب] بعد الإقراض حكم عين ما قرضه لا حكم بدله؛ كما في الإعارة الحقيقية، ولهذا لا يلزم فيه الأجل.

(**وكذا**)؛ أي: لزم الشريك (**إن لزم**) الدين (**بغصب**)، أو استهلاك عند أبي حنيفة ومحمد.

لكن قال أبو حنيفة: إن ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة في أنه يلزم شريكه.

وقال محمد: إنهما بمنزلة التجارة في أنه يلزم شريكه.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأنه ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة.. فلا يلزم شريكه؛ كأرش الجناية.

ولهما: أنه ضمان تجارة؛ لأنه بدل مال محتمل للشركة، فيلزم شريكه.

وَفِي الْكفَالَة بِلَا أَمرٍ.. لَا يلْزمُهُ فِي الصَّحِيحِ.

وَإِن ورثَ أَحدُهمَا مَا تصحُّ بِهِ الشّركَةُ أَو وُهِبَ لَهُ وَقَبَضَهُ.. صَارَت عَنَاناً.

وَكَذَا إِن فُقِدَ فِيهَا شَرطٌ لَا يشْتَرطُ فِي الْعَنَانِ.

(**وفي الكفالة**) بالمال (**بلا أمر**) المكفول عنه (.. **لا يلزمه في الصحيح**)؛ لأنه تبرع محض لا معاوضة فيه أصلاً، وهذا مختار الفقيه أبي الليث في «شرح الجامع الصغير»، وتبعه صاحب «الهداية».

وذهب عامة شراح «الجامع الصغير»: إلى أنه لا فرق بين ما إذا كانت الكفالة بالأمر، وبين ما إذا كانت بلا أمر.

(**وإن ورث أحدهما ما تصح به الشركة**)؛ كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة، (**أو وهب له**) أو تصدق به عليه، أو أوصى له به (**وقبضه**).. بطلت المفاوضة؛ لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة، وهي شرط في صحتها ابتداءً وبقاءً.

فإذا بطلت (.. **صارت عناناً**)؛ لأن المساواة ليست بشرط فيه ابتداءً، فكذا بقاءً؛ لأن لدوامه حكم الابتداء؛ لكونه عقداً غير لازم؛ فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد.. لا يجبر القاضي على ذلك، كذا في «العناية».

(**وكذا**)؛ أي: تصير عناناً (**إن فقد فيها**)؛ أي: في الشركة (**شرط**) من شروط المفاوضة التي (**لا يشترط**) تلك الشروط (**في العنان**) كالكفالة؛ فإنها مختصة بالمفاوضة، وككونهما حرين بالغين مسلمين، فلو شرطا عدم الكفالة.. تصير عناناً وإن ذكرا المفاوضة وعمما التصرف والمال وتساويا فيه.

وكذا لو عقد بالغ وصبي، أو حر وعبد يصير.. عناناً وإن ذكرا لفظ المفاوضة؛ لأن العنان قد يكون عاماً في أنواع التجارات، وقد يكون خاصاً في نوع منها، والمفاوضة عامة فيها.. فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة ويراد به معنى العنان، فلا يكون مفاوضة بمجرد ذكر لفظها.

وَإِن ورثَ عَرَضاً أَو عَقاراً.. بَقِيَتْ مُفَاوَضَةً وَلَا تصحُّ مُفَاوَضَةٌ وَلَا عَنَانَ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ، أَو الدَّنَانِيرِ، أَو بالفلوسِ النافقةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، ....

(**وإن ورث عرضاً، أو عقاراً**)، أو وهب له، أو تصدق عليه، أو أوصي له (.. **بقيت مفاوضة**)؛ لأنه لا تصح فيها الشركة، فلا يشترط المساواة فيه.

(**ولا تصح مفاوضة، ولا عنان**) [٧٤٠/أ] إن كانتا بالأموال.

إنما قلنا هذا؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل، فصح قولنا: المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال، فصدق: بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس، وهو يناقض قولنا: لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس؛ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي، كذا في «فتح القدير».

(**إلا بالدراهم أو الدنانير أو بالفلوس النافقة عند محمد**) اختلفت عباراتهم في الفلوس النافقة.

ففي «القدوري» و«الكافي» للحاكم أبي الفضل: لم يذكر خلاف في جواز الشركة بها، واقتصرا على أن قال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس.

وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وجعل بعضهم الجواز ظاهر الرواية، وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنها إنما صارت ثمناً باصطلاح الناس، وليس ثمناً في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة.

وعند محمد: يجوز، وهو قول أبي يوسف الأول.

وقال في «الهداية»: وأما الفلوس النافقة.. فلأنها تروح رواج الأثمان فالتحقت بها.

أَو بالتِّبرِ والنُّقرَةِ إِن تعاملَ النَّاسُ بهما.

ثم قال: قالوا: - أي: المتأخرون - على ما في «فتح القدير»: أن هذا قول محمد؛ لأنها ملحقة بالنقود عنده، حتى لا تتعين بالتعيين، ولا يجوز بيع الاثنين منها بواحد بأعيانهما.

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف.. لا يجوز الشركة والمضاربة بها؛ لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة؛ لأنها بالاصطلاح القائم فتصير سلعة.. فلا تصلح أن تكون رأس المال.

واعترض عليه: بأن هذا إنما هو في الملاحظة.

أما في الخارج.. فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح على ذلك، ولذلك قال الإسبيجابي: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل؛ لأنها صارت ثمناً باصطلاح الناس، حتى لو اشترى شيئاً بفلوس بعينها.. لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها.

وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد: أنه تجوز الشركة بها.

لكن كونه مع أبي حنيفة في عدم الجواز أقيس؛ لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بفلسين بعينهما.. كانا متفقين أيضاً في عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة؛ لأن هذه المسألة مبنية على تلك المسألة؛ لأنه لما جاز مع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما.. كان للفلوس حكم العروض، والعروض [٧٤٠/ب] لا تصلح رأس مال الشركة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه تصح المضاربة بالفلوس النافقة عنده.

(**أو بالتبر**) - ذهب غير مضروب - (**والنقرة**) - فضة غير مضروبة - (**إن تعامل الناس بهما**)، فيه إشارة إلى ما ذكر في «الجامع الصغير» قال: ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده: التبر على ما في «الهداية».

وَلَا تصحَّانِ: بالعُروضِ إِلَّا أَن يَبِيعَ نِصفَ عَرَضِهِ بِنِصْفِ عَرَضِ الآخرِ، ثمَّ يعْقدُ الشّرِكَةَ. ....

ثم قال فيها: إنه الأصح؛ لأن مثاقيلها، وإن خلقت للتجارة في الأصل، لكن الثمينة تختص بالضرب المخصوص، إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل منزلة الضرب، فيكون ثمناً وتصلح رأس المال في الشركة والمضاربة.

(**ولا تصحان**)؛ أي: المفاوضة والعنان (**بالعروض**) في كل جانبيه، أو في أحدهما؛ لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأنه لا بد من بيعها؛ فإذا باع أحدهما عروضه بألف والآخر بألف وخمسمئة.. فما يأخذه صاحب الألف زيادة على ألفه على مقتضى الشركة: ربح ما لم يضمن وما لم يملك، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن.

بخلاف النقدين؛ لأن ما يشتري كل منهما بأحدهما يدخل في ملكهما، ويثبت ثمنه في ذمته؛ إذ الأثمان لا تتعين بالتعيين، فيرجع به على صاحبه بحسابه، فكان الربح ربح ما يضمن، ولأن أول التصرف في العروض: البيع، وفي النقود: الشراء.

وبيع الإنسان ماله على أن يكون الثمن مشتركاً بينه وبين غيره.. لا يجوز، بخلاف الشراء.

ولأنه لو صح.. لزم أن يكون كل منهما وكيلاً عن الآخر في بيع عرضه بشرط أن يكون له بعض ربحه، والوكيل بالبيع أمين؛ فإذا شرط له جزء من الربح.. كان ربح ما لم يضمن.

وأما الوكيل بالشراء.. فهو ضامن للثمن في ذمته؛ فإذا شرط له جزء من الربح.. كان ربح ما يضمن.

(**إلا أن يبيع**) كل واحد منهما (**نصف عرضه بنصف عرض الآخر، ثم يعقد الشركة**)؛ يعني: إذا أراد شركة المفاوضة أو العنان بالعروض.. فالحيلة: أن يبيع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر، حتى صار مال كل منهما مشتركاً بينهما

وَلَا بالمكيلِ وَالْمَوْزُونِ والعَدَدِيّ المُتقَارِبِ قبلَ الْخَلْطِ، ....

شركة ملك، حتى لا يجوز أن يتصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه، ثم يعقدان عقد الشركة مفاوضةً أو عناناً، حتى صار العروض رأس مال شركة العقد، حتى جاز لكل منهما أن يتصرف في نصيب صاحبه، وهذا لأنه إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر [١/٧٤١].. صار نصف مال كل واحد منهما مضموناً على الآخر بالثمن، فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون، فيكون العقد صحيحاً.

قال في «الهداية»: تأويل ما ذكر - أي: بيع نصف عرض كل واحد منهما بنصف عرض الآخر -: إذا كانت قيمة متاعيهما على السواء، ولو كان بينهما تفاوت.. يبيع صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة، وأوضحه في «العناية»: بما إذا كان قيمة عرض أحدهما أربعمئة درهم مثلاً، وقيمة عروض الآخر مئة درهم.. يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر، فيصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.

ورده في «الزيلعي» وقال: وهذا الحمل غير محتاج إليه؛ لجواز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر، وإن تفاوتت قيمتهما، حتى يصير المال بينهما نصفين.

وكذا العكس جائز، وهو ما إذا كانت قيمتها متساوية فباعاه على التفاوت بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر، حتى يكون المال كله أرباعاً، فيعلم بذلك أن قوله: «باع نصف ماله بنصف مال الآخر» وقع اتفاقاً أو قصداً؛ ليكون شاملاً للمفاوضة والعنان؛ لأن المفاوضة شرطها التساوي، بخلاف العنان.

وأما قولهم: «بنصف عرض الآخر».. وقع اتفاقاً؛ لأنه لو باعه بالدراهم، ثم عقد الشركة في العروض الذي باعه.. جاز أيضاً. انتهى.

وفي إطلاق المصنف إشارة إلى ما في «الزيلعي».

(**ولا بالمكيل والموزون والعددي المتقارب قبل الخلط**)، ولا خلاف فيه بيننا

وَإِن خلطِا جِنْساً وَاحِداً ثمَّ اشْتَرَكَا.. فشَرِكَةُ عقدٍ عِنْدَ محمَّدٍ، وَملكٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَإِن خَلَطا جِنْسَيْنِ.. لَا تَنْعَقِدُ اتِّفَاقاً.

قبل الخلط؛ لأنها قبله عروض محضة، لكل منهما متاعه، وعليه وضيعته، ويختص بربحه.

(وإن خلطا جنساً واحداً) الحنطة بالحنطة، الشعير بالشعير، الزيت بالزيت، **(ثم اشتركا)** في المخلوط **(.. فشركة عقد عند محمد)**؛ لأن كلًّا منها ثمن من وجه، حتى.. جاز البيع بها ديناً في الذمة، ومبيع من وجه، حتى تتعين بالتعيين، فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين فقلنا: لا تجوز الشركة قبل الخلط؛ عملاً بشبهها بالمبيع، وقلنا: يجوز بعد الخلط؛ عملاً بشبهها بالثمن.

بخلاف العروض؛ لأنها ليست بثمن بحال أصلاً.

(و) شركة **(ملك: عند أبي يوسف)** وهو ظاهر الرواية على ما قالوا؛ لأن كلًّا منها تتعين بالتعيين بعد الخلط؛ كما تتعين قبله، ومن شرط جواز شركة العقد: أن لا يكون رأس المال [٧٤١/ب] مما يتعين بالتعيين؛ لئلا يلزم ربح ما لم يضمن؛ كما في العروض.

وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح.

فعند أبي يوسف: لا يستحق زيادة الربح، بل لكل منهما من الربح بقدر ملكه؛ لعدم صحة اشتراط التفاضل؛ لأن متاع كل منهما يخصه، وكذا ربحه وضيعته عنده؛ لانتفاء شركة العقد.

وعند محمد: الربح بينهما على ما شرطا.

(وإن خلطا جنسين) الحنطة بالشعير مثلاً **(.. لا تنعقد)** شركة العقد **(اتفاقاً)**.

فمحمد يحتاج إلى الفرق، فوجهه: أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال، حتى أن من أتلفه.. يضمن مثله، فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة.

ومن جنسين من ذوات القيم؛ فإن من أتلفه.. ضمن قيمته.

وإذا كان من ذوات القيم.. كان بمنزلة العروض، فتتمكن الجهالة كما في العروض.

فإن قيل: إذا لم تنعقد الشركة.. فما حكم هذا الخلط؟

قيل: حكمه انقطاع حق المالك إلى ضمان الخالط.

قلت: المصرح في كتاب الوديعة: انقطاع حق المالك إلى ضمان الخالط؛ فيما إن أخلط الخالط تعدياً، والخلط فيما نحن فيه ليس على طريق التعدي، بل على سبيل التراضي، ولعل الحكم فيه البقاء على شركة الملك.. فيجري عليه حكم شركة الملك.

واعلم: أن الخالط تعدياً يضمن نصيب المخلوط ماله؛ سواء خلطه بجنسه، أو بخلاف جنسه؛ وسواء كان بحيث لا يتميز أصلاً - كشيرج خلطه بزيت - أو يتميز بعسير؛ كحنطة خلطها بشعير؛ لأنه ينقطع حق مالكها لهذا الخلط؛ فإن هذا الخلط استهلاك.

بخلاف ما إذا خلطه بغير تعد كما فيما نحن فيه؛ فإن خلطه برضاه.. فلا يضمن.

وبخلاف ما تيسر تمييزه؛ كخلط السود بالبيض من الدراهم؛ فإنه ليس موجباً للضمان أيضاً؛ لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه.

هذا، ثم في كل موضع وجب فيه الضمان على الخالط.. يجب عليه؛ سواء كان أجنبياً عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيراً أو صغيراً، أو كان في عيال المخلوط ماله.

فإن ظفر ما يخالط.. فيها وإن لم يظفر به فقال أحد المالكين: أنا آخذ المخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه.. جاز؛ لأن الحق لهما؛ فإذا رضيا بذلك.. صح.

وإن أبى.. يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على هذا الوجه [٧٤٢/أ]، وهو أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير، ويضرب صاحب الشعير بقيمته غير مخلوطة بالحنطة؛ لأن الحنطة تنتقص باختلاطها بالشعير ودخلت في البيع بهذه الصفة، فلا يضرب بقيمتها إلا بالصفة التي بيعت بها، والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة، لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة، فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطة، فلذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط، كذا قالوا.

قيل: إن هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة: أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط، [وأما على ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة: المخلوط][1]: ملك للخالط، وحقهما في ذمته.. فلا يباع ماله في دينهما؛ لما فيه من الحجر عليه، وأبو حنيفة لا يرى ذلك.

وقال ابن الهمام: والأصح: أنه قولهم جميعاً؛ لأن ملكهما، وإن انقطع عن المخلوط.. فالحق فيه باق ما لم يصل [إلى] كل [واحد] منهما بدل ملكه، ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان؛ فلبقاء حقهما كان لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط؛ إما صلحاً بالتراضي، أو بيعاً وقسمة الثمن على الوجه الذي ذكرناه.

وأما إذا اتفقا على الخلط ورضيا به كما نحن فيه؛ فإن خلطا جنساً واحداً مثلياً مكيلاً أو موزوناً أو عددياً متقارباً.. يصير المخلوط مشتركاً بينهما شركة عقد عند محمد، وشركة ملك عند أبي يوسف.

(١) نقص من المخطوط, تم استدراكه من «المبسوط» (١١١/١١).

فإذا باعاه.. انقسم على ما عقداه عند محمد، وعلى قدر ملك كل واحد منهما عند أبي يوسف.

ولو كان المخلوط غير مثلي؛ كالثياب فباعاه بثمن واحد.. اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم البيع باتفاقها؛ لأن كلًّا منهما بائع لملكه، والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العروض المحض، فيقسم عليهما باعتبار القيمة.

وإن خلطا جنسين مثلين.. يصير المخلوط مشتركاً بينهما شركة ملك.

فإن باعاه.. فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل منهما على ما هو الحكم في شركة الملك.

قالوا: يكون الثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطاً؛ لأن الثمن بدل المبيع، فيقسم على قيمة ملك كل منهما، وملك كل منهما كان معلوماً بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة، لكن مخلوطاً [٧٤٢/ب] إن لم تزدد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة، وإن كان أحدهما يزيده الخلط خيراً؛ فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط على ما ذكرناه آنفاً في الحنطة والشعير، من أن بالخلط تنقص قيمة الحنطة وتزيد قيمة الشعير، فصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة، وصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط.

وقد طعن عيسى بن أبان في الفصلين جميعاً وقال: قولهم في الفصل الأول: إنه يعتبر قيمته يوم خلطاه، وفي الفصل الثاني: يوم يقتسمون: كلاهما غلط، بل الصحيح: يقسم الثمن على قيمة متاع كل منهما يوم البيع لا يوم الخلط، ولا يوم القسمة؛ لأن استحقاق الثمن بالبيع، فصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل؛ فإن قسمة الثمن على القيمة وقت البيع، اللهم إلا أن تكون قيمة يوم البيع ويوم الخلط ويوم القسمة سواء.

وَشركَةُ عَنَانَ، وَهِيَ أَن يشترِكا متساوِيَيْنِ فِيمَا ذُكِرَ أَو غيرَ متساوِيَيْن.

وأجاب عنه شمس الأئمة: بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق، وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع؛ فإذا تعذر هذا.. وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما؛ كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها.. فهو ضامن بقيمة نصيب شريكه وقت الولادة؛ لتعذر معرفتها وقت العتق، فيصار إلى تقويمه في أول الأوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة، فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل منهما في أول أوقات الإمكان، وهو عند الخلط.

إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر.. فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقُّننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر، فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال.. فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة، فيقسم الثمن على ما هو حق كل منهما.

بخلاف ما إذا لم يخلطا؛ لأن تقويم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن، فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع.

(**وشركة عنان**): عطف على شركة مفاوضة - وهو بفتح العين - مأخوذ من: «عنَّ» إذا عرض، سمي به؛ لأنه شيء عرض في هذا القدر [٧٤٣/أ] لا على العموم على الوكالة والكفالة.

وقيل: إنه مأخوذ من عنان الفرس؛ لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى.. فكذلك الشريك ههنا يشارك في بعض ماله وينفرد بالباقي.

(**وهي: أن يشتركا متساويين فيما ذكر**) في المفاوضة، (**أو غير متساويين**) فيه؛ لعدم اشتراط المساواة؛ لأن اللفظ لا ينبئ عنها على ما ذكرناه، وحكم التصرف لا يثبت على خلاف مقتضى اللفظ.

وتتضمَّنُ الْوكَالَةَ دونَ الْكفَالَةِ.

وَتَصِحُّ فِي نوعٍ مِنَ التِّجَارَاتِ، أَو فِي عمومِهَا، ....

(**وتتضمن: الوكالة**) لما ذكرناه في المفاوضة، (**دون الكفالة**)؛ لعدم اشتراط المساواة فيه، ولأن الكفالة مختصة بالمفاوضة على ما تقدم، حتى لو ذكر الكفالة في العقد وكانت باقي شروطها متوفرة.. انعقدت مفاوضة؛ لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد أن ذكر جميع شروطها، وإن لم تكن متوفرة.. ينبغي أن ينعقد عناناً.

ثم هل تبطل الكفالة أم لا تبطل؟

ففي «فتح القدير»: يمكن أن يقال: إنها تبطل؛ لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة.

ويمكن أن يقال: لا تبطل؛ لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها.. فتصح عناناً، ثم تكون كفالة كل منهما الآخر زيادة على نفس الشركة، وصار كما أنها تكون عناناً مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم، إلا أن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة بمجهول.. فلا تصح إلا ضمناً؛ فإذا لم تكن مما تضمها الشركة.. لم يكن ثبوتها إلا قصداً، فلا تصح.

(**وتصح في نوع من التجارات**)؛ كالبر والطعام ونحوهما.

(**أو في عمومها**)؛ حتى لو اشتركا وقالا: نشترك في قليل وكثير من أنواع التجارات كلها، ونعمل في ذلك برأينا، ونشتري بالنقد والنسيئة، فما رزقه الله تعالى فهو بيننا.. تصح شركة عنان لما ذكرناه، وإذا صح بالنقد والنسيئة.. صح تقييده بالنقد؛ كما صح تقييدها بالمكان، فيضمن بالخلاف.

قال في «الخلاصة»: والتقييد بالمكان صحيح، حتى لو قال أحد الشريكين لصاحبه: اخرج إلى نيسابور ولا تجاوز، فجاوز فهلك.. يضمن حصة شريكة.

وببعضِ مَالِ كلِّ مِنْهُمَا، وبكلِّهِ، وَمَعَ التَّفَاضُلِ فِي رَأْسِ المَالِ وَالرِّبْحِ، وَمَعَ التَّسَاوِي فيهِمَا أَوْفِي أَحدِهِمَا دونَ الآخَرِ ....

والتقييد بالنقد صحيح أيضاً، حتى لو قال لشريكه: لا تبع بالنسيئة.. صح التقييد.

ولو اشتركا شركة عنان على أن يبيعا بالنقد والنسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن البيع [٧٤٣/ب] نسيئة.. صح النهي. انتهى.

(**وببعض مال كل منهما**) مما يصح فيه المفاوضة؛ لما ذكرناه من عدم اشتراط المساواة، (**وبكلِّه**).

(و) تصح (**مع التفاضل في رأس المال والربح**) جميعاً، (**ومع التساوي فيهما**) جميعاً، (**أو في أحدهما دون الآخر**)؛ أي: مع التساوي في رأس المال والتفاضل في الربح أو بالعكس، خلافاً لزفر والشافعي، قالا: لا يجوز التفاضل في أحدهما مع التساوي في الآخر، بل لا بد أن يكون الربح على قدر رأس ماليهما؛ لئلا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً.. فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان؛ إذ الضمان بقدر رأس المال، ولأنه لا يجوز اشتراط الوضيعة، فكذا الربح.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه: «الربح على ما اشترطا، والوضيعة على المال»، وروي مرفوعاً أيضاً.

ولأن الربح كما يستحق بالمال.. يستحق بالعمل أيضاً كالمضارب؛ فإن أحدهما قد يكون أحذق وأهدى، أو أكثر عملاً وأقوى من الآخر، فلا يرضى بالمساواة، فمست الحاجة إلى التفاضل.. فيكون الربح على ما شرطا والوضيعة على المال.

بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما؛ لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى: قرض باشتراطه للعامل، وإلى: بضاعة باشتراطه لرب المال، وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما؛ لأنه يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال

عِنْدَ عَمَلِهِما، وَمَعَ زِيَادَةِ الرِّبْحِ لِلْعَامِلِ عِنْدَ عَمَلِ أَحدِهمَا، ....

الشريك، ويشبه شركة المفاوضة اسماً وعملاً؛ لأنهما يعملان معاً، فعملنا بشبه المضاربة، وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان، وعملنا بشبه الشركة، وقلنا: لا تبطل باشتراط العمل عليها.

وإن لم يشترطا شيئاً من الربح، بل أطلقا.. فالربح على قدر مالهما.

ثم صاحب «الهداية» ومن تبعه أطلق جواز هذا العقد مع التساوي في المال والتفاضل في الربح، وكذا في عكسه.

وقيده بعض مشايخنا باشتراط العمل عليها؛ سواء عملا أو عمل أحدهما، أو باشتراطه على من شرط له زيادة الربح، ولو شرطا العمل على أقلهما ربحاً.. لا يجوز على ما صرح به في «فتح القدير» وغيره.

وإليه أشار المصنف بقوله: (**عند**) اشتراك (**عملهما**)؛ أي: العاقدين.

(**ومع زيادة الربح للعامل عند**) اشتراط (**عمل أحدهما**).

توضيحها: أن شركة العنان:

إما مع التفاضل في رأس المال؛ مثل أن يكون لأحدهما ألف، وللآخر ألفان مثلاً.. فاشتركا.

وإما مع التساوي فيه [٧٤٤/أ].

والأول: لا يخلو.

أما إن شرط الربح والوضيعة بينهما نصفين.. وذلك لا يجوز مطلقاً، حتى لو هلك بعضه.. هلك عليهما أثلاثاً؛ لأن صاحب الألفين يريد أن يجعل ربح ماله مضموناً عليه بغير سبب، وذلك لا يجوز؛ لأن الوضيعة على المال على ما رويناه، لكن لا تفسد الشركة؛ لأن النهي عن الشرط لا عن العقد.

بخلاف البيع: لأن النهي هناك عن البيع والشرط فيفسدان جميعاً.

وأما إن شرطا الوضيعة أثلاثاً، والربح نصفين، والعمل على صاحب الألف.

وأما إن شرطا الربح والوضيعة على قدر مال كل منهما، والعمل على أحدهما بعينه وهذه الثلاثة جائزة.

وأما إن شرطا الربح نصفين والوضيعة على قدر ماليهما، والعمل على صاحب الألفين، وذلك الشرط لم يجز والربح بينهما أثلاثاً؛ لأن صاحب الألف يشترط لنفسه بعض ربح مال الآخر بغير عمل ولا مال، والربح إنما يستحق بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان.

والثاني: لا يخلو: **أما إن شرطا** التفاضل في الربح والعمل عليهما، وذلك جائز عند الثلاثة على ما ذكرناه، ويكون الربح بينهما على ما شرطا وإن عمل أحدهما دون الآخر.

وأما إن شرطا الآخر على أحدهما؛

فإن شرطا الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.. جاز؛ ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل، له ربحه، وعليه وضيعته.

وإن شرطا الربح للعامل أكثر من ماله.. جاز أيضاً على الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة.

ولو شرطا الربح للدافع أكثر من ماله.. لا يصح الشرط [ويكون مال الرافع][1] عند العامل بضاعة، لكل واحد منهما ربح ماله، والوضيعة بينهما على قدر ماليهما أبداً.

ولا يخفى عليك: أن المراد بزيادة الربح ههنا: هو الزيادة بغير تعيينٍ بمرتبة من مراتب العدد من العشرة ونحوها؛ لأن هذا اشتراط الزيادة المعينة لأحدهما: يبطل الشركة على ما تقدم في أول الكتاب؛ مثل أن يشترط الثلثين من الربح لأحدهما والثلث للآخر.

---

(١) نقص من المخطوط, تم استدراكه من «العناية» (١٧٧/٦).

وَمَعَ كَوْنِ مَالِ أَحدِهِمَا دَرَاهِمَ وَالْآخرِ دَنَانِيرَ.

وَلَا يشْتَرطُ الْخَلْطُ فِيهَا أَيْضاً، ....

(و) يصح (**مع كون مال أحدهما دراهم والآخر دنانير**)، أو من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود؛ لعدم اشتراط الاتحاد في الجنس عندنا، خلافاً لزفر والشافعي على ما سيأتي.

(**ولا يشترط الخلط فيها**)؛ أي: في شركة العنان (**أيضاً**)؛ أي: كما في المفاوضة، وبه قال أحمد ومالك.

إلا إن مالكاً: شرط أن يكون تحت يديهما، بأن يكون في [٧٤٤/ب] حانوت، أو في يد وكيلهما.

وقال الشافعي وزفر في رواية: لا تجوز بلا خلط؛ لأن الربح فرع المال، ولا يكون الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل، والشركة في الأصل لا تكون إلا بالخلط؛ لأن معناها: الاختلاط أو الخلط، فلا يتحقق شركة بلا خلط، وإنما كان الربح فرع المال؛ لأن محل الشركة هو المال، ولهذا تضاف إليه، ويقال: شركة المال ويشترط تعيين رأس المال، وما اعتبر التعيين.. إلا لتكون الشركة في الثمرة مستندة إلى المال.

بخلاف المضاربة؛ لأنها ليست شركة، وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح أجرة على عمله.

أما ههنا.. فبخلافه قال في «الهداية»: إن كون الربح فرع المال أصل كبير لهما، حتى يتفرع عليه: اعتبار اتحاد الجنس، واشتراط الخلط، وعدم جواز التفاضل في الربح مع التساوي في المال، وعدم جواز شركة التقبل والأعمال؛ لانعدام المال.

ولنا: أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال، وكل ما هو مستند إليه.. فهو الأصل؛ لأن الأصل هو العقد؛ أما الكبرى.. فظاهر، وأما الصغرى.. فلأن العقد يسمى شركة دون المال، وإذا سمي العقد بالشركة.. فلا بد من تحقيق معناه

فيه وفي فرعه - وهو الربح - لا في المال، فلم يكن الخلط شرطاً في المال، ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان عند الشراء بهما ما فيه الربح، حتى جاز مكانهما أن يدفع غيرهما، وإذا لم يتعينا.. لم يكن الربح مستفاداً بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط، بل إنما كان مستفاداً بالتصرف فيه.

وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط.. تحققت في المستفاد به بدون الخلط أيضاً، وصار كالمضاربة في تحقق الشركة في الربح بدون الخلط في رأس المال؛ فإن الربح مشترك فيها بسبب العقد لا بسبب المال، وإذا بطل الأصل المذكور.. بطلت الفروع المترتبة عليه، فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح، وتصح شركة التقبل والأعمال.

فإن قيل: لو كان العقد هو الأصل دون المال.. لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيئاً؛ لأن هلاك المال وبقاءه إذ ذاك: بمنزلة؛ لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود.. فلا يبالى بعد ذلك ببقائه.

أجيب: بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع، والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه - وهو المحل، وهو: المال - فكذلك الفرع.

فإن قيل: إن الربح [٧٤٥/أ] في الحقيقة يحصل من التصرف، والتصرف يحصل من العقد؛ لأن كلًّا منهما يتصرف بسبب العقد في كل المال؛ في بعضه: أصالة، وفي بعضه: وكالة، فكان العقد علة العلة لا نفس العلة، وإنما العلة هي التصرف في المال.

أجيب: بأن الحكم كما يضاف إلى العلة.. يضاف إلى علة العلة أيضاً، وإضافة الفرع إلى العقد من قبيل الإضافة إلى علة العلة فيصح أن يكون أصلاً للربح.

وأما المال.. فلا يكون علة، ولا علة علة أصلاً، وإنما هو شرط خارج لعلة العلة.

والوضيعةُ على قدرِ المَالِ وَإِن شَرَطا غيرَ ذَٰلِكَ.

وَمَا شراهُ كلٌّ مِنْهُمَا.. طُولِبَ بِثمنِهِ هُوَ فَقَط وَرجعَ على شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ

أقول: قد تقرر في «الأصول»: أن الإضافة إلى علة العلة مجاز، والحكم إنما يضاف حقيقة إلى العلة؛ إذ لا تأثير للعلة البعيدة في الحكم، والحقيقة أولى بالاعتبار من المجاز في حكم يبتنى على الإضافة.

فالأولى في الجواب أن يقال: إن الربح يضاف إلى التصرف في حصوله، وإلى العقد في حله، وكلامنا ليس في حصوله؛ لأنه معلوم عندنا.

وعند الخصم: إن حصوله بالتصرف، وإنما الكلام في حلّه، ولا شك أن حلّه إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف؛ فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذوناً فيه شرعاً.. لا يوجب حل الربح للمتصرف؛ كما في المبضع والوكيل بالبيع.. فكان العقد علة قريبة لحل الربح، وعلة بعيدة لحصوله، فكان إضافة الربح من حيث حله إضافة إلى علته لا إلى علة العلة.

(والوضيعة) - أي: النقصان والضرر - **(على قدر المال وإن شرطا غير ذلك)**، لما روينا: أن الربح على ما شرطا، والوضيعة على المال.

فعلم منه: أن جميع المال لو كان لأحدهما ولا شيء للآخر سوى العمل.. لا تصح الشركة، والوضيعة كلها على العامل.

وهل يلزم للعامل أجر مثل عمله؟

قالوا: يلزم؛ لأنه استوفى منفعة عمله بعقد فاسد، فيلزمه أجر المثل.

(وما شراه كل منهما طولب بثمنه هو) - أي: المشتري - **(فقط)**؛ أي: دون الشريك الآخر، لما مر: أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة، والوكيل هو الأصل في الحقوق.

(ورجع)؛ أي: المشتري المطالَب بالثمن **(على شريكه بحصته)**؛ أي: حصة شريكه.

مِنْهُ إن أَدَّاهُ من مَالِهِ.

(منه) - أي: من الثمن - **(إن أداه من ماله)**؛ لأنه وكيل من جهته في حصته؛ فإذا نقد من مال نفسه.. يرجع عليه؛ فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله.. فعليه الحجة؛ لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر.. فالقول للمنكر مع يمينه [٧٤٥/ب]، والبينة لمدعي الوجوب في ذمة المنكر، ولكن فيما يرجع إلى مال الشركة، بخلاف الاستقراض؛ لما في «قاضي خان».

لو قال أحد شريكي العنان: إني استقرضت من فلان ألف درهم للتجارة.. لزمه خاصة دون صاحبه؛ لأن قوله لا يكون حجة للدين عليه.

وإن وكل كل واحد منهما صاحبه بالاستدانة.. لا يصح الأمر، ولا يملك الاستدانة على صاحبه، ويرجع عليه لا على صاحبه؛ لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض، [وهو] باطل؛ لأنه توكيل بالتَّكَدِّي، إلا أن يقول الوكيل للمقرض: إن فلاناً يستقرض منك ألف درهم.. فحينئذٍ يكون المال على الموكل لا على الوكيل. انتهى.

وههنا مسألة واقعة الفتوى: اشترى أحد الشريكين عيناً ونقد الثمن من مال الشركة، ثم ادعى شراءه لنفسه خاصة، هل يقبل قوله أم لا؟

أجاب في «فتاوى قارئ الهداية»: بأنه إن كانت شركة عنان وله بينةٌ أنه عند العقد صرح بالشراء لنفسه خاصة.. فالمشترى له، وإن لم يكن له بينة؛ فإن نقد من مال الشركة.. فالمشترى على الشركة. انتهى.

أقول: في هذا الجواب نظر؛ لأن أحد الشريكين لا يملك بشراء الشيء لنفسه بدون إذن صاحبه فيما هو من نوع تجارتهما.

ألا ترى أنه قال في الفصل الثالث من «الخلاصة»: أحد الشريكين إذا قال لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت الشريك فاشتراها.. لا تكون له، ما لم يقل شريكه: نعم. انتهى.

وَتبطلُ الشّركَةُ بِهَلَاكِ الْمَالَيْنِ، أَو أَحدِهِمَا قبلَ الشِّرَاءِ.

فعلم منه: أن المشترى في المسألة المذكورة مشترك بينهما، لا للمشتري فقط.

ولهذا قال في الفصل الثاني من «البزازية»: ولكل من الشريكين أن يشتري؛ إن كان في يده مال الشركة.. فهو على الشركة، وإن لم يكن فاشترى بدراهم ودنانير.. فالشراء له خاصة دون شريكه، لأنه لو صار على الشركة.. يصير مستديناً على شريكه، وإنه لا يملك ذلك. انتهى.

(وتبطل الشركة بهلاك المالين)؛ أي: مال المفاوضة والعنان على ما في شرح «النقاية» نقلاً عن «المغني»، فتكون الشركة أعم من المفاوضة والعنان.

يعني: يبطل كل من المفاوضة والعنان بهلاك مال الشريكين في كل من الشركتين.

(أو أحدهما)؛ أي: أحد المالين في كل من الشركتين **(قبل الشراء)**.

أما إذا هلكا.. فلأن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال المعين؛ لأن المال يتعين بالتعيين [٧٤٦/أ] في الشركة؛ كما يتعين في الهبة والوصية، وبهلاك المعقود عليه.. يبطل العقد؛ كما في البيع؛ لفوات المحل.

بخلاف المضاربة والوكالة المفردة؛ لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين، وإنما يتعينان بالقبض؛ فإنه لو وكل رجلاً بأن يشتري له بهذه الدراهم شيئاً، فاشترى الوكيل قبل قبض الدراهم المشارَ إليه، ثم هلكت تلك الدراهم.. فإنه كان مشترياً لموكله، فيرجع على الموكل بمثل تلك الدراهم؛ لأن مقصود الموكل تحصيل العين، وتحصيل العين كما يتحقق بهذا المال.. يتحقق بمال آخر أيضاً.

وكذلك المضاربة؛ فإن مقصود رب المال تحصيل الربح، وذلك يحصل بهذا المال وبمال آخر.

بخلاف الشركة؛ لأن الشركة في العين تتحقق لا في غيره؛ فعيناه تحقيقاً للمعقود.

وَهُوَ على مَالِكِهِ قبلَ الْخَلْطِ.. هلكَ فِي يَدِهِ أَو فِي يَدِ الآخرِ.

وَعَلَيْهِمَا بعدَهُ فَإِن هلكَ بَعْدَمَا شرى الآخرُ بِمَالِهِ.. فالمشرِيُّ بَيْنَهمَا، ....

واعلم: أن صاحب «الهداية» جعل المضاربة والوكالة المفردة في حكم واحد في عدم تعيين المال فيهما بالتعيين.

وقال في «العناية» نقلاً عن فخر الإسلام: إن المضاربة مثل الشركة في تعين المال فيهما بالتعيين، حتى إذا هلك المال قبل التسليم إلى المضارب.. بطلت المضاربة، فحملوها على الروايتين:

ففي رواية صاحب «الهداية»: إنها مثل الوكالة المفردة.

وفي رواية فخر الإسلام: مثل الشركة.

وإنما قيد الوكالة بالمفردة؛ احترازاً عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة، وفي ضمن الرهن؛ فإن هذه الوكالة لكونها ضمنية.. تبطل ببطلان الشركة والرهن؛ لأن التابع يبطل ببطلان المتبوع، هذا فيما إذا هلك المالان.

وأما إذا هلك أحدهما: فلأن الآخر ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا بشركته في ماله أيضاً، وإذا فات ذلك.. لم يكن راضياً بشركته، فيبطل العقد؛ لعدم فائدته.

(وهو) - أي: الهلاك - **(على مالكه قبل الخلط.. هلك في يده، أو في يد الآخر)**؛ أي الشريك.

أما الأول: فلأنه باق على ملكه، وأما الثاني: فلأنه أمانة عنده قبل الخلط.

(وعليهما بعده)؛ لعدم التمييز بينهما بعد الخلط.

وتبطل الشركة إن هلك الكل.

وإن هلك بعضه.. فيبطل في مقدار ما هلك، وتبقى في الباقي.

(فإن هلك) مال أحدهما **(بعدما شرى الآخر بماله.. فالمشري بينهما)** على ما شرطا؛ لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة [٧٤٦/ب] وقت الشراء.. فلا يتغير الحكم بهلاك مال أحدهما بعد شراء الآخر.

وَرجعَ الْمُشْتَرِي على شَرِيكِهِ بِثمنِ حِصَّتِهِ.

وَإِن هلكَ قبلَ شِرَاءِ الآخرِ؛ فَإِن كَانَ وَكَّلَهُ حِينَ الشّركَةِ صَرِيحاً.. فَالْمُشْتَرَى لَهما شركَةَ مِلكٍ، وَرجعَ بِحِصَّتِهِ، وإِلَّا.. فَلِلْمُشْتَرِي فَقَط.

ثم هذه الشركة - أي: الشركة الواقعة في المشترى بعد هلاك مال الآخر - شركة عقد عند محمد، خلافاً للحسن بن زياد: فإنها شركة ملك عنده، حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا في نصيبه.

وجه قوله: أن شركة العقد بطلت بهلاك المال، فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر، ولم يبق إلا حكم ذلك الشراء وهو الملك.. فيلزم انفراد الملك؛ لعدم ما يوجب زيادة عليه.

ولمحمد: إن هلاك مال أحدهما إذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها.. فلا يكون الهلاك مبطلاً شركة العقد بينهما بعد تمامها؛ كما لو كان بعد الشراء بالمالين، ثم هلك المالان قبل النقد.. فإن شركة العقد باقية بينهما.

(ورجع المشتري على شريكه بثمن حصته)؛ أي: حصة شريكه من الثمن؛ لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه.

(وإن هلك) مال أحدهما **(قبل شراء الآخر؛ فإن كان وكله حين الشركة صريحاً.. فالمشترى لهما)** على ما شرطا؛ لأن الشركة إن بطلت.. فالوكالة المصرح بها قائمة، فكان مشتركاً بينهما بحكم الوكالة المصرح بها في «المبسوط» بقوله: بأن قالا عند عقد الشركة: على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركاً بينهما.

هذا؛ فإذا كان المشترى لهما.. تكون الشركة فيه **(شركة ملك)** لبطلان شركة العقد.

(ورجع) على شريكه **(بحصته)**؛ لأنه وكيل من جهته، ونقد الثمن من مال نفسه.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يوكله صريحاً، بل قد كان ذكر مجرد الشركة (.. **فللمشتري فقط)**؛ لأن وقوع المشترى على الشركة بينهما، بحكم الوكالة التي تضمنتها الشركة؛

وَلِكُلٍّ مِن شَرِيكَي الْمُفَاوَضَةِ والعَنانِ أَن يُبْضِعَ، ويُضارِبَ، ويستأجرَ، ويوكِّلُ، ويُودِعُ.

وَيَدُهُ فِي المَالِ يَدُ أَمَانَةٍ.

فإذا بطلت الشركة.. بطل ما في ضمنها أيضاً.

بخلاف ما إذا صرح بالوكالة؛ لأنها مقصودة.

(**ولكل من شريكي المفاوضة والعنان: أن يبضع**)؛ لاعتياد الناس في عقد الشركة الإبضاع، وهو: أن يعطي مالاً لرجل ويشترط الربح كله لرب المال.

(**ويضارب**)؛ لأن المضاربة: هي المشاركة في الربح فقط، فتكون دون الشركة فتضمنها.

وعن أبي حنيفة: أنه ليس له ذلك؛ لأنها نوع شركة، والشيء لا يتضمن مثله.

والأول: أصح على ما في «الهداية»؛ لأن الشركة غير مقصودة في المضاربة، وإنما المقصود: تحصيل الربح [٧٤٧/آ].

(**ويستأجر ويوكل**) بالبيع والشراء.

(**ويودع**)؛ للاعتياد بينهم في عقد الشركة، ولا يقرض واحد منهما؛ كما في «الحاوي القدسي».

(**ويده**)؛ أي: يد كل من الشريكين مفاوضةً أو عناناً (**في المال يد أمانة**)؛ لأنه قبض المال بإذن المالك، لا على وجه البدل والوثيقة، فصار كالوديعة.. فيقبل قول كل منهما فيما يدعيه من الضياع والدفع؛ لما في «الحاوي القدسي»: والشريكان أمينان، يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه فيما يدعيه من ضياع المال مع يمينه.

وكذا أمين في الدفع أيضاً؛ كما في «تنوير الأبصار»؛ حيث قال: وهو أمين في المال، فيقبل قوله في الدفع إلى شريكه، ولو بعد موته. انتهى.

ولكل واحد منهما أن يشتري بالنسيئة وإن كان مال الشركة في يده استحساناً.

وليس لأحد شريكي العنان رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له.

بخلاف المفاوض: فإن له أن يرهن ويرتهن على شريكه؛ فإن رهن في العنان متاعاً من مال الشركة بدين عليهما.. لم يجز، وكان ضامناً للرهن.

ولو ارتهن بدين لهما.. لم يجز على شريكه؛ فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء.. ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المديون، ويرجع المديون بنصف قيمة الرهن على المرتهن.

وإن شاء شريك المرتهن.. ضمن شريكه حصته من الدين؛ لأن هلاك الرهن في يده كالاستيفاء.

وكذا إذا باع أحدهما.. فليس للآخر قبضه، وللمديون أن يمتنع من دفعه؛ فإن دفعه إليه.. برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر.

وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه، والخصومة للذي باع وعليه.

ولا أن يؤخر ديناً؛ فإن أخره.. لم يمض على الآخر، وكذا لا يمضي إقرار أحدهما بدين في تجارتهما على الآخر.

فإن أقر وأنكر الآخر.. لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلاً كان أو مباشراً.

وإن أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر.. لزمه نصفه.

ولو اشترى أحدهما شيئاً فوجد به عيباً.. لم يكن للآخر أن يرده؛ لأن ذلك من حقوق العقد فيرجع على العاقد، بخلاف المفاوض في جميع ذلك؛ فإنه يمضي إقراره على الآخر، ويجوز قبض كل من المفاوضين [٧٤٧/ب] ما أدانه الآخر، أو

وَشركَةُ الصنائعِ والتقبُّلِ، وَهِي: أَن يَشْتَرِكَ خيَّاطانِ، أَو صبَّاغٌ وخيَّاطٌ على أَن يتقبَّلا الْأَعْمَالَ، وَيكونُ الْكسْبُ بَينهمَا.

وَلَو شَرَطا الْعَمَلَ نِصْفَيْنِ، وَالرِّبْحَ أَثلَاثاً.. جَازَ.

وكلُّ عملٍ تقبَّلَهُ أَحدُهمَا.. يلْزمُهُمَا، ....

أداناه، أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك، أو يرد بعيب ما اشتراه الآخر، وكلّ منهما خصم عن الآخر، يطالب بما على صاحبه، وتقام عليه البينة. كذا في «فتح القدير».

(**وشركة الصنائع والتقبل**) - عطف على شركة عنان - (**وهي: أن يشترك خياطان، أو صباغ وخياط: على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما**)، وقال الشافعي: لا يجوز؛ لما ذكرناه من أصله: أن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال، ولا مال ههنا.

قلنا: المقصود من هذا العقد تحصيل الربح، وهو ممكن بالتوكيل بينهما، ولا حاجة إلى مال، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان، خلافاً لمالك وزفر.

قلنا: إن المعنى المجوز لهذه الشركة - وهو تحصيل الربح - لا يتفاوت بتفاوت العمل والمكان.

(**ولو شرطا العمل نصفين، والربح أثلاثا.. جاز**) في الاستحسان؛ لأن ما يأخذه كل واحد منهما لا يأخذه ربحاً؛ لأنه ليس ربحاً في الحقيقة؛ لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح، وهو ههنا مختلف؛ لأن رأس المال عمل، والربح مال، فإنما يقال له ربح مجازاً، وإذا لم يكن المأخوذ ربحاً حقيقة.. فإنما هو بدل عمله، والعمل يتقوم بالتقوم، فيقدر بقدر ما قوم به، فلا تحرم.

(**وكلّ عمل تقبّله أحدهما يلزمهما**)، وهذا ظاهر في شركة المفاوضة: لتضمنها معنى الكفالة على ما مر، وفي العنان: استحسان، وجهه: أن هذه الشركة مقتضية

فعلى كلٍ مِنْهُمَا الطَّلَبُ بِالْعَمَلِ.

وَلكُلٍّ مِنْهُمَا طلبَ الْأَجرِ.

وَيبرأُ الدَّافِعُ بِالدفعِ إِلَى أَحدِهمَا.

وَالْكَسْبُ بَينَهمَا.

وَإِن عملَ أَحدُهمَا فَقَط.

وَشركَةُ الْوُجُوه، وَهِي: أَن يَشتَرِكا وَلَا مَالَ لَهُما على أَن يشتريا بوجوههما ويبيعا.

وَالرِّبْحُ بَينَهمَا؛ ....

للضمان، ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، فجرى مجرى المفاوضة.

(**فعلى كل منهما**) أي: من الشريكين : (**الطلب بالعمل، ولكلّ منهما طلب الأجر**) لكون العمل مضموناً عليه، (**ويبرأ الدافع**) أي: دافع الأجر (**بالدفع إلى أحدهما، والكسب بينهما**) على ما شرطا، (**وإن**) - وصلية - (**عمل أحدهما فقط**)؛ لعدم اشتراط المساواة في العمل.

(**وشركة الوجوه**) - عطف على شركة الصنائع - (**وهي أن يشتركا، ولا مال لهما، على أن يشتريا بوجوههما**) أي بوجاهتهما، ولهذا سمي بشركة الوجوه؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس.

(**ويبيعا**) أي: بوجوههما.

(**والربح بينهما**) على ما شرطا.

وقال الشافعي: لا تجوز شركة الوجوه؛ لما مر من أصله: أن الربح عنده فرع، ولا مال هنا.

قلنا: إن الشركة في الربح [٧٤٨/أ] مستندة إلى العقد لا إلى المال على ما بيناه.

فَإِن شرطاها مُفَاوَضَةً.. صحَّت، ومطلَقُها: عنانٌ.

وتتضمَّنُ الْوكَالَةَ فِيمَا يشتريانِهِ.

فَإِن شَرَطا مُنَاصَفَةَ الْمُشْتَرِي أَو مثالثَتَهُ.. فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ.

وَشرطُ الْفضلِ بَاطِلٌ.

(فإن شرطاها مفاوضة.. صحت) إذا كانا من أهل الكفالة؛ لأنه حينئذ يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الثمن والمثمن، فيكون ثمن المشترى على كلّ واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين.

ولا بدّ من التلفظ بلفظ المفاوضة أو ما يقوم مقامه.

وإذا أطلقت من لفظ المفاوضة.. كانت عناناً؛ لأن المطلق ينصرف إليه؛ لكونه المعتاد فيما بين الناس، وإليه أشار بقوله : (ومطلقها: عنان) أي: مطلق شركة الوجوه.

(وتتضمن) شركة الوجوه : (الوكالة) أي: وكالة كل منهما عن الآخر (فيما يشتريانه)؛ لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية، ولا ولاية ههنا.. فتتعين الأولى.

(فإن شرطا مناصفة المشتري أو مثالثته.. فالربح كذلك) أي: على المناصفة أو المثالثة.

(وشرط الفضل) في الربح (باطل)؛ لأن الربح لا يستحق إلا بالعمل أو بالمال أو بالضمان، فرب المال يستحقه بالمال، والمضارب بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف مثلاً بالضمان؛ لأنه ضامن، ولا يستحق بما سوى ذلك.

وفي شركة الوجوه: إنما يستحقه بالضمان لا بالمال ولا بالعمل، والضمان على قدر الملك في المشترى، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن.. فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة، والوجوه ليست في معناها؛ لأن المال في الوجوه مضمون على كلّ واحد من الشريكين.

وأما المال في المضاربة.. فليس بمضمون على المضارب، ولا العمل على رب المال، بخلاف العنان؛ فإنه في معنى المضاربة من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه؛ كالمضارب يعمل في مال رب المال، فليحق بها.

اعترض بأن ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهة بالمضاربة.. لصحت الشركة بالعروض في العنان، لكنه لا يجوز ذلك؛ لكونه مؤدّياً إلى ربح ما لم يضمن على ما تقدّم.

وأجيب: بأن عدم جواز الشركة بالعروض في العنان ليس لمجرّد تأدّيه إلى ربح ما لم يضمن، بل لأنه انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة، حتى لو كان الضمان بالعروض مؤدّياً إلى ربح ما لم يضمن فقط.. لاغتفرناه، لكنه انضم إلى ذلك هذه الجهالة؛ فمنعناه، وليس في المضاربة ما يقتضي اغتفاره حتى يلحق به.

* * *

تَتِمَّة فِي فَسْخِ الشَّرِكَة

[٧٤٨/ب] قالوا: إنكار الشركة فسخ، وهل يقبل التوقيت؟

ففي أوّل شركة «البزازية»: فيه روايتان كما في الوكالة، حتى لو قال: ما اشتريت اليوم فهو بيننا، فاشترى في اليوم شيئاً.. فهو بينهما، وما اشترى بعد اليوم.. فللمشتري خاصة، وهو الصحيح.

والتقييد بالمكان صحيح، حتى لو قال أحد الشريكين لصاحبه: اخرج إلى خوارزم ولا تتجاوزه.. صح، فلو جاوز عنه.. ضمن حصة شريكه.

والتقييد بالنقد صحيح، حق لو قال لصاحبه: لا تبع بالنسيئة.. صحّ.

ولو اشتركا عناناً على أن يبيعا نقداً ونسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن البيع نسيئة.. صح.

ثم قال في الفصل الثالث: وعن الثاني: ليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة بلا إذن الآخر؛ فإن سافر فهلك في يده.. لا ضمان فيما لا حمل ولا مؤنة له، ويضمن ما له حمل ومؤنة.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَا تجوزُ الشّركَةُ فِيمَا لَا تصحُّ الْوكَالَةُ؛ كالاحتطابِ، والاحتشاشِ، والاصطيادِ، والاستقاءِ.

وَمَا جمَعَهُ كلُّ وَاحِدٍ.. فَلَهُ.

(فَصْلٌ)
فِي بَيَانِ الشَّرِكَة الفَاسِدَة

(ولا تجوز الشركة فيما لا تصح الوكالة) بـه **(كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء، وما جمعه كل واحد)** منهما **(..فله)**؛ لأن هذه الأشياء مباحة الأخذ، والشركة تقتضي التوكيل على ما مر، والتوكيل يقتضي صحة أمر الموكل، ولكنه لا يصح للإباحة، ولأن الوكيل إنما يملكه بدون أمر الموكل، فلا يصح أن يكون نائباً عنه.

وقال في «فتح القدير»: وعلى هذا: الاشتراك في كلّ مباح؛ كأخذ الكلأ والثمار من الجبال؛ كالجوز والتين والفستق وغيرها، وكذا في نقل الطين وبيعه من أرض مباحة، أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية.

وكذا إذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا آجراً، هذا قبل خلط كلّ ما جمعه.

وأما بعد الخلط: ففي «قاضي خان» و«الخلاصة»: وإن أخذاه منفردين وخلطاه وباعاه.. قسم الثمن بنيهما على قدر ملكهما؛ فإن لم يعرف ملك كل واحد منهما.. يصدق كلّ واحد منهما إلى النصف، وفي الزيادة على النصف: عليه البَيّنَة؛ لأن الشركة تعتمد الوكالة، ولو وكلّ إنساناً بأن يحتطب له.. لا يصح التوكيل، ويكون الحطب للمحتطب لا للموكل. انتهى.

أقول: قد ظهر منه: أنه يصدق بيمينه في دعوى الزيادة في الشركة الصحيحة؛ لصحة الوكالة فيها، والدليل على ما قلنا [٧٤٩/أ]: ما ذكره في وكالة «الأشباه»:

وَإِن كَانَ لأَحَدِهِمَا بغلٌ وَللْآخرِ رَاوِيةٌ فاستقى أَحدُهمَا.. فالكسبُ لَهُ وَللْآخرِ أجرُ مِثلِ مَالِهِ.

وَالرِّبْحُ فِي الشّركَةِ الْفَاسِدَةِ على قدرِ المَالِ.

وَيبْطلُ شَرطُ الْفضلِ.

وَتبطلُ الشّركَةُ: بِمَوْتِ أَحدِهمَا، وبلَحاقِهِ مُرْتَداً إِن حُكِمَ بِهِ.

(وإن كان لأحدهما بغل وللآخر راوية) وهي في «الأصل»: بعير السقاء؛ لأنه يروي الماء، ثم استعمل في المزادة التي تكون من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع، وهو المراد ههنا.

(واستقى أحدهما.. فالكسب له) أي: لمن استقى؛ سواء كان صاحب بغل أو صاحب راوية.

(وللآخر أجر مثل ماله) إن كان ماله بغلاً.. فله أجر مثل بغله، وإن كان راوية فله أجر مثل راويته، وإنما استحق أجر المثل؛ لما مر من أنّ العامل استوفى منفعته بعقد فاسد.

(والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال، ويبطل شرط الفضل)؛ لأن الربح فيه تابع للمال؛ لفساد العقد [٧٤٩/ب] فيتقدر بقدره.

فإن قيل: قد تقدم أن الربح تابع للعقد عندنا لا للمال، وإنما يتبع للمال عند الشافعي.

أجيب: بأنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً، وههنا قد فسد فلم يوجد، فيكون تابعاً للمال؛ لأنه شرط العقد، والحكم يضاف إلى الشرط إذا لم تصلح العلة للإضافة إليها.

(وتبطل الشركة) أي: شركة العقد (بموت أحدهما وبلحاقه مرتداً إن حكم به) أي باللحاق؛ لأن الشركة تتضمن الوكالة البتة على ما مر، والوكالة تبطل بموت

وَإِن أَعَانَهُ الآخرُ.. فَلهُ أَجْرُ مِثلِهِ، لَا يُزَادُ على نِصفِ ثَمَنِ الْمَأْخُوذِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَمَا أخذَاهُ مَعاً.. فَلَهُمَا نِصْفَيْنِ.

الوكيل يقبل قوله بيمينه فيما يدعيه، إلا الوكيل بقبض الدين إذا ادّعى بعد موت الموكل أنه كان قبضه في حياته ودفعه إليه.. فإنه لا يقبل قوله إلا ببينة كما في «الولوالجي» انتهى.

وقد استفتيت عن هذه المسألة: فأجبت بأنه يصدق بيمينه، ولا يطالب بالبينة في دعوى الزيادة بعد كون الشركة صحيحة؛ مستدلاً بما ذكرناه عن «الأشباه».

(وإن أعانه الآخر) بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر، أو قلعه وجمعه، وحمله الآخر (.. فله أجر مثله)؛ لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد، (لا يزاد على نصف ثمن المأخوذ) أي: قيمته، والمراد: ثمنه بعد البيع (عند أبي يوسف)؛ لأنه قد رضي بنصف المجموع في الابتداء، وإن كان المجموع مجهولاً في الحال، لكنه على عرفية أن يصير معلوماً عند الجمع؛ فإذا كان راضياً في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد.. كان راضياً بنصف قيمته في الانتهاء، فلا يجاوز نصفه؛ لأنه يعتبر رضاه في إسقاط حقّه عن مطالبة الزيادة.

(خلافاً لمحمد) قال: يجب الأجر بالغاً ما بلغ؛ لأنه يمكن بالتقدير بنصف قيمة المجموع؛ لأنه مجهول جهالة فاحشة جنساً وقدراً، حيث لا يدرى أي نوع من الحطب يصيبان وأيّ قدر منه يجمعان؛ فإذا لم يمكن التقدير.. لا يمكن أن يقال: إن المعين رضي بنصف المسمى من الحطب أو غيره؛ لأن الرضاء بالمجهول لا يتحقق، فيجب الأجر بالغاً ما بلغ، ألا ترى أنه لو أعانه عليه، فلم يصيبا شيئاً.. كان له الأجر بالغاً ما بلغ.. فههنا: أولى؛ لأنهما أصابا.

(وما أخذاه معاً.. فلهما نصفين)؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

الموكِّل ولحاقه وجنونه؛ سواء علم الوكيل بموته ولحاقه وجنونه أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي.. فكذلك تبطل الشركة بها أيضاً.

فإن قيل: إن الوكالة لما ثبتت في ضمن الشركة.. كانت تابعة لها، ولا يلزم من بطلان التابع: بطلان المتبوع.

أجيب: بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث إنّها شرطها، ومن البيّن أن المشروط لا يبقى بدون الشرط، بل يبطل ببطلانه بالضرورة بلا توقف على علمه، بخلاف ما إذا لم يمت، لكن فسخ أحدهما الشركة بينه وبين شريكه ولم يعلم شريكه؛ فإنه لا تنفسخ الشركة ما لم يعلم صاحبه فسخه؛ لأنه فسخ فقدي.

ثم إذا علم شريكه فسخه.

فإن كان رأس مال الشركة دراهم أو دنانير.. انفسخت الشركة.

وإن كان عروضاً وقت الفسخ.. لا رواية فيه عن أصحابنا في الشركة، إنما الرواية في المضاربة، ذكر الطحاوي: أنها لا تنفسخ كالمضاربة، وعامة المشايخ فرقوا بينهما وقالوا: يجوز فسخ الشركة وإن كان المال عروضاً، بخلاف المضاربة. كذا في «الخلاصة».

وقال فيه أيضاً: إنكار الشركة فسخ لموت أحدهما؛ فإذا أنكر أحدهما.. فلا يثبت إلا بالبينة.

فلو ادّعى رجل على رجل أنه يشاركه، فأنكر المدعي عليه ذلك والمال في يد المنكر، فأقام المدّعي البينة، فشهد الشهود أنه مفاوضة، وأن هذا المال الذي في يديه من شركتهما، أو قالوا: هو بينهما نصفان، أو لم يقولوا ذلك ولكنهم شهدوا أنه مفاوضة.. **فإنه يقضى للمدعي** بنصفه في الصور الثلاث:

أما في الصورة الأولى والثانية: فظاهر؛ لأن المفاوضة تقتضي المساواة في المال.

وأما في الثالثة - أعني: «إذا شهدوا أنه مفاوضة ولم يزيدوا على ذلك» - قال الإمام السرخسي: هذا والأول سواء، يقضى بالمال بينهما؛ لأنهم قالوا: إنه مفاوضة [٧٥٠/أ]، وقضيّة المفاوضة المساواة في المال، وإذا قضي بينهما: فلو أن المدّعى عليه أقام البينة على أن المال له ميراث أو هبة أو صدقة من غير المقضي له:

إن كان شهود المدعي الأول شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الّذي في يده من شركتهما، أو شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده بينهما نصفان.. لا تقبل بينة المدّعى عليه على الميراث والهبة والصدقة.

وإن كان شهود المدعي الأول شهدوا أنه مفاوضة ولم يزيدوا على ذلك.. ذكر شمس الأئمة السرخسي فيه خلافاً، وقال: على قول أبي يوسف: لا تقبل بيّنة المقضي عليه، وعلى قول محمد في هذا الوجه: تقبل، وفي الوجهين الأولين: لا تقبل.

ولو أنّ المدعى عليه ادعى عيناً أنّه له خاصة وهب شريكه منه حصّته، وأقام البينة على الهبة والقبض.. قبلت بينته؛ لأن في هذا تقرير القضاء الأوّل.

وإذا مات أحد المتفاوضين، والمال في يد الباقي منهما، فادعى ورثة الميت المفاوضة، وجحد الحي، فأنكر الورثة البينة أن أباهم كان شريكه شركة مفاوضة.. لا يقضى لهم بشيء مما في يد الحي، إلا أن يقيموا البينة أنه من شركة أبيهم، أو يقيموا البينة أن المال كان في يد الميت في حياته.. قبلت بينة الوارث.

ولو كان المال في يد الورثة وهم يجحدون الشركة، فأقام الحي البينة على شركة المفاوضة، وأقام الورثة بينة أنّ أباهم مات وترك هذا ميراثاً من غير شركة بينهما.. لا تقبل بينة الورثة، ويقضى بنصف المال في قول أبي حنيفة، وفي قول محمد: تقبل بينة الوارث على الميراث. كذا في شركة «قاضي خان».

وَلَا يُزَكِّي أَحَدُهمَا مَالَ الآخَرَ بِلَا إِذْنِهِ؛ فَإِن أَذِنَ كُلٌّ لصَاحِبِهِ فأدّيا مَعاً.. ضَمِنَ كلٌّ حِصَّةَ صَاحِبِهِ.

وَإِن أَدَّيا متعاقباً.. ضَمِنَ الثَّانِي، عَلِمَ بِأَدَاءِ الأَوَّلِ، أَو لَا.

وَقَالا: لَا يَضْمَنُ إِن لم يَعلَم.

وقال في «النوازل»: جنّ أحد الشريكين مطبقاً، وعمل آخر وربح أو خسر؛ قال أبو النصر: ما عمل إلى أطباق الجنون.. فعلى ما شرطاه، وما عمل بعده.. يكون على العامل؛ لأن الشركة تنفسخ بإطباقه كالموت، فيكون العامل بعده كالغاصب لمال المجنون، فيضمن له حصته من المال، وما ربح من حصة نفسه.. يطيب له، وما ربح من حصة المجنون.. يتصدق به؛ لحصوله بسبب خبيث وهو الغصب.

(**ولا يزكّي**) أي: لا يؤدي (**أحدهما**) زكاة (**مال الآخر بلا إذنه**)؛ لأن أداء الزكاة ليس من جنس التجارة، فلا بد من الإذن [٧٥٠/ب].

(**فإن أذن كلّ لصاحبه فأديا معاً.. ضمن كلّ حصة صاحبه**) عند أبي حنيفة؛ علم أداء صاحبه أو لم يعلم.

(**وإن أديا متعاقبا.. ضمن الثاني، علم بأداء الأول أو لا**) يعلم.

(**وقالا: لا يضمن إن لم يعلم**) في الوجهين.

وعلى هذا الخلاف: المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدّى الأمر بنفسه.

لهما: أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به، فلا يضمن للموكل، وهذا لأن في وسعه التمليك، لا وقوعه زكاة؛ لتعلقه بنية الموكّل، وإنما يطلب منه ما في وسعه، وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحجّ الآمر.. لم يضمن المأمور؛ علم أو لا.

ولأبي حنيفة: أنه مأمور بأداء الزكاة، والمؤدى لم يقع زكاة، فصار مخالفاً، وهذا لأن المقصود من الأمر: إخراج نفسه عن عهدة الواجب؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم

الضرر إلّا لدفع ضرر بقاء الواجب في ذمته، وهذا المقصود حصل بأدائه وعري أداء المأمور عنه، فصار معزولاً؛ علم أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي.

اعترض عليه: بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين؛ فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه، ثم قضى الوكيل؛ فإن علم بأداء الموكّل.. فهو ضامن، وإن لم يعلم.. لم يضمن شيئاً، فقد فرق هناك بين العلم وعدمه، مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضاً بأداء الموكل.

وأجيب: بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضموناً على القابض على ما هو الأصل في قضاء الديون؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، وذلك يتصور بعد أداء الموكل، فلم يكن أداؤه موجباً عزل الوكيل حكماً، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن الوكيل فيما نحن فيه ليس مأموراً بجعل المؤدى مضموناً على القابض وهو الفقير؛ لأن الصدقة لا تضمن.

توضيح هذا الفرق: أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بقضاء الدين لجهله بأداء الموكل.. لا يلحق الموكل فيه ضرر؛ لأنه يتمكن من استرداد الضرر بالموكّل؛ لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه، والضرر مدفوع، فلهذا وجب الضمان بكلّ حال.

وأما مسألة دم الإحصار.. فقد قيل: إنها على الخلاف المذكور أيضاً، فلا تكون مقيساً عليها.

وعلى تقدير تسليم أن المأمور بذبحه لا يضمن بالاتفاق، لكن الفرق بينهما: أن دم الإحصار ليس بواجب النية؛ لأنه لو صبر إلى أن يزول الإحصار [٧٥١/أ].. لم يطالب بدم الإحصار، فلم يكن أمراً مقصوداً، فلم يمكن أن يقال: إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور، فعري فعل المأمور عن المقصود، بخلاف أداء الزكاة؛ فإنه واجب، فكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً، وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه، فعري فعل المأمور عن المقصود.. فيضمن.

فإِنَ أَذِنَ أَحدُ المفاوِضَينِ لشَرِيكِهِ أَن يَشْتَرِيَ أَمَةً لِيطَأَها فَفعلَ.. فَهِيَ لَهُ خَاصَّة، بِلَا شَيْءٍ، وَيُؤْخَذُ كلٌّ بِثمنِهَا.

وَقَالا: يضمنُ حِصَّةَ شَرِيكِهِ.

ثم ما ذكره المصنف في تقرير مذهب الإمامين بقوله: «وقالا: لا يضمن» هو المذكور في «الهداية» و«الكنز».

وقال في «فتح القدير»: هكذا ذكره في كتاب الزكاة من «المبسوط»، ونقل الولوالجي: أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك.

ونص في «الزيادات» العتابي: أن عندهما لا يضمن؛ علم بأدائه أو لم يعلم، وقال: وهو الصحيح عندهما.

(**فإن أذن أحد المفاوضين لشريكه أن يشتري أمة ليطأها، ففعل.. فهي له**) أي: للشريك الذي اشتراها (**خاصة**)؛ لأن من ضرورة حلّ الوطء اختصاصه بالملك؛ إذ لو وقع مشتركاً.. يحرم عليه الوطء.

وهل يلزمه الإذن صريحاً، أو يكفيه سكوت الشريك؟

ففي «شرح المنظومة» لابن الشحنة: أحد الشريكين شركة مفاوضة إذا قال لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت شريكه، فاشتراها.. لا يكون له ما لم يقل شريكه: نعم. انتهى.

فعلم منه أن السكوت لا يكفي. وهل يكفي في شركة العنان؟

ففي «الأشباه»: أنه يكفيه.

لكن المصرح في «العمادية» و«الفصولين»: أنه لا يكفيه كما في المفاوضة.

وكذا المصرح في شركة «الخلاصة» و«البزازية»: أن السكوت لا يكفي فيها.

(**بلا شيء**) على المشتري.

(**ويؤخذ كلّ بثمنها**) عند أبي حنيفة.

(**وقالا: يضمن حصة شريكه**)؛ لأن الشراء وقع للمأذون له خاصة؛ لاختصاص الملك له على ما ذكرناه، فكان الثمن واجباً عليه خاصّة، وقد أداه من مال الشركة،

فيرجع عليه بحصته؛ كما إذا اشترى طعاما أو كسوة لأهله وأدى ثمنه من مال الشركة.

ولأبي حنيفة: أن الشراء وقع على الشركة وأدى الثمن من مال الشركة.. فلا يرجع عليه صاحبه بشيء؛ كما لو اشتراها بغير إذن شريكه وأدى ثمنه من مال الشركة، وهذا لأن مقتضى المفاوضة: أن يقع كلّ ما اشتراه الشريكان مشتركاً بينهما غير المستثنيات؛ كالطعام والكسوة على ما مر، وشراء الجارية ليس بمستثنى، فيقع [٧٥١/ب] مشتركاً؛ لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها، وتكون حلالاً للمشتري، لا لوقوع الشراء له خاصة، بل لأن المشتري يملك نصيب الشريك بعد الشراء بتمليك من جهته، وهذا التمليك يثبت في ضمن الإذن بالوطء؛ إذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحلّ له الوطء إلا بعد التمليك بنصيبه منه بطريق الهبة اقتضاء، فكأنه قال: اشتر أمة على الشركة، ثم تملّك نصيبي بالهبة؛ لأن هبة المشاع فيما لا ينقسم جائزة، والجارية ممّا لا ينقسم.

اعترض ههنا بوجهين:

أحدهما: أن من قال: أعتق عبدك عنّي ولم يذكر المال، ففعل.. لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد، والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة، فكيف صار هبة فيما نحن فيه؟!

والثاني: أن من قال لغيره: أحللت لك وطء هذه الجارية.. لا تصير؛ ملكاً للمخاطب حكماً للهبة بالإحلال، فكيف يثبت الملك في نصيب الشريك من الجارية بالهبة حكماً للإذن بالوَطْءِ؟!

أجيب عن الأوّل: أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل، ثم يقبضه لنفسه.

وعن الثاني: بأن الملك إنما لم يثبت في ذلك لكونه قصداً، وفيما نحن فيه يثبت في ضمن الإذن بالوطء لا قصداً، والشيء قد يثبت ضمناً، ولا يثبت قصداً.

* * *

(كتاب الوقف)

(كتابُ الْوَقْفِ)

هُوَ حَبسُ الْعينِ على مِلكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ؛ كالعاريةِ.........

(كِتَابُ الوَقْفِ)

قال في «المصباح»: وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً: سكنت، ووقفتها أنا، يتعدى ولا يتعدى، وقفت الدار وقفاً: حبستها في سبيل الله تعالى، وشيء موقوف ووقْفٌ أيضاً؛ تسمية له بالمصدر، والجمع: أوقاف؛ مثل: ثوب وأثواب، ووقفت الرجل عن الشيء: منعته عنه، وأوقفت الدار والدابة بالألف: لغة تميم، وأنكرها الأصمعي. انتهى.

هذا معناه في اللغة.

وفي اصطلاح الشرع: ما أشار إليه بقوله: (**هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة كالعارية**)، هكذا عرّفه أبو حنيفة، قالوا: مقتضاه أن لا يصح الوقف عنده؛ لأنه قال: «والتصدق بالمنفعة» والتصدق بالمعدوم لا يصح.

وقال في «المبسوط»: وأما أبو حنيفة.. فكان لا يجيز الوقف.

وقال في «قاضي خان» في فتاواه: وبظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال: «عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف»»، وليس كما ظن، بل [٧٥٢/أ] هو جائز عند الكلّ:

إلا أن عند أبي يوسف ومحمّد: إذا صح الوقف.. يزول عن ملك الواقف:

عند أبي يوسف: يزول لمجرد الوقف، ولا يجوز بيعه، ولو مات لا يورث عنه.

وعند محمد: لا يزول عن ملك الواقف إلا بالتسليم إلى المتولّي أو إلى الموقوف عليه.

وعند أبي حنيفة: يجوز الوقف جواز الإعارة: تصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف، له أن يرجع عنه، ويجوز بيعه، وإن مات.. يورث عنه.

لا يلزم عنده إلا بطريقين:

أحدهما: قضاء القاضي بلزومه؛ لأنه مجتهد فيه.

والثاني: أن يخرجه مخرج الوصية، فيقول: «أوصيت بِغَلّة داري هذه، أو بغلّة أرضي هذه» أو يقول: «جعلت هذه الدار وقفاً فتصدّقوا بغلّتها على المساكين».

وكذا لو أوصى بأن يوقف.. يجوز من الثلث في قولهم.

وعندهما: الوقف لازم بغير هذه التكلّفات، والناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة. انتهى.

وبهذا يندفع ما قالوا: إن مقتضى التعريف المذكور: أن لا يصح الوقف عنده؛ بناء على أن تصدّق المنفعة المعدومة لا يصح، وهذا لأنه لما كان جوازه عنده جواز الإعارة... صح تمليك منفعته كما في الإعارة؛ لأنها تمليك المنفعة المعدومة وقت الإعارة.

وفي «الخلاصة» عن «شرح الطحاوي»: أن الوقف في قول أبي حنيفة على ثلاثة أوجه:

في وجه: لا يجوز، وهو ما إذا وقف داره أو أرضه في صحته.. فإنه لا يجوز، وإن ذكر شرط الصحة.

وفي وجه: يجوز، وهو ما إذا وقف في حياته وجعله وصيّة بعد وفاته.. فإنه يجوز من ثلث ماله.

وفي وجه: لا يجوز في ظاهر الرواية، وهو ما إذا وقف في مرض موته.. فهو كالوقف في حالة الصحة.

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة: أنه يجوز؛ كالوصية بعد وفاته. انتهى.

مراده بالجواز وعدمه في الوجوه: اللزوم وعدمه؛ على ما ذكرناه من «قاضي خان»، وبه صرّح في «البزازية».

فَلَا يلْزَمُ وَلَا يَزُولُ مِلكُهُ إِلَّا أَن يَحكُمَ بِهِ حَاكِمٌ.

بقي أن الوقف في الوجه الأول: لا يلزم إلا بأحد الطريقين المذكورين.

وفي الوجه الثاني: يلزم بطريق الوصية.

والوجه الثالث: كالوجه الأول في ظاهر الرواية، وفي رواية الطحاوي عنه: مثل الوجه الثاني.

وفي «الهداية»: صحّح ظاهر الرواية؛ حيث قال: والصّحيح: أنه لا يلزم عند أبي حنيفة، وعندهما يلزم، إلا أنه يعتبر من [٧٥٢/ب] الثلث.

والوقف في الصحة من جميع المال.

واستدل أبو حنيفة على عدم لزومه بدون أحد الشرطين المذكورين، بما روي مرفوعاً عن النبي ﷺ أنه قال: «لا حبس عن فرائض الله تعالى»؛ أي: لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة، وبما روي عن شريح: أنه جاء محمد ﷺ ببيع الحبيس.

وفي «المصباح»: الحبيس يستعمل في كلّ موقوف.

فالأول يدلّ على أنه لا يزول عن ملك الواقف.

والثاني: يدل على أنّ لزومه كان في شريعة من قبلنا، وأن شريعتنا ناسخة لذلك، فلا يزول عن ملكه بجعله وقفاً، ولأنه لو لم يبق في ملك الواقف.. لما جاز الانتفاع به زراعةً وسكنى، وغير ذلك من التصرف فيه؛ بصرف غلّاتها إلى مصارفها ونصب القيّم، إلا أنه يملك منافعه بالتصدق؛ كتمليك العارية.

وأشار المصنف إلى ما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة بقوله: (**فلا يلزم، ولا يزول ملكه، إلا أن يحكم به حاكم**)، وحين حكم الحاكم.. يزول بالحكم عن ملكه لا إلى مالك.

وطريق الحكم - على ما في «قاضي خان» وغيره -: أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعلّة عدم اللزوم، فيختصمان إلى القاضي، فيقضي القاضي باللزوم، هذا في القاضي.

وإذا حكّما رجلاً فحكم بينهما بلزوم الوقف فاختلفوا فيه.. ففي «قاضي خان» و«الخلاصة»: والصحيح: أنه بحكم المحكم لا يرتفع الخلاف، وللقاضي أن يبطله.

قال في «الحاوي القدسي»: وإذا جعل أرضه أو داره وقفاً على الفقراء، أو سائر وجوه البر.. فعند أبي حنيفة: إن جعلها وقفاً حال حياته ولم يجعل وصية بعد وفاته.. فإنه يكون هذا الوقف صحيحاً في حق التصدق بالغَلّة، وبالسكنى في الدار إلى حين وفاته، وتكون رقبة الأرض باقية على ملكه، حتى يجوز له بيعها وسائر تصرفات الملك فيها، وإذا مات.. يكون ميراثا عنه.

وهذا معنى قول القائل: «أن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة»؛ لأن مثل هذا الوقف.. لا حكم له عنده سوى النذر بتصدق غلّته ومنافعه.

وإذا أجازت الورثة هذا النوع من الوقف.. يصير جائزاً مؤبّداً، بحيث لا يتطرّق إليه البطلان بعده أبداً، وإلا.. فلا.

وأما إذا وقف في حال حياته وأوصى به بعد وفاته: لا خلاف في جوازه، لكن ينظر حينئذ: إن خرج من الثلث.. يجوز في الكلّ، وإن لم يخرج من الثلث.. يجوز الوقف بقدر [٧٥٣/أ] الثلث، ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر وتجيز الورثة.

فإن لم يظهر له مال آخر ولم تجز الورثة.. تقسم الغلة بينهم: الثلث للوقف، والثلثان: للورثة.

وإذا وقف في مرضه وأوصى به.. فهو وحال الصحة سواء. انتهى.

ثم هل يكون القضاء به على الواقف قضاء على الناس كافة أو لا؟ ففيه خلاف؛ حكي عن شمس الأئمة الحلواني والقاضي الإمام السعدي: أنه يكون قضاء على

الناس كافة، حتى لو ادعى المتولي أرضاً في يد إنسان أنها وقف على جهة كذا، وأثبت الوقفية بالبينة، وقضي بها على ذي اليد، ثم ادعى رجل آخر هذه الضيعة لنفسه.. لا تسمع دعواه، وألحقاه هذان الإمامان بالقضاء بحرية الأصل؛ فإن الحكم بها حكم على الناس كافة.

وذكر أبو الليث في «فتاواه»: أنه لا يكون قضاء على الناس كافة، حتى لو ادعى رجل لنفسه.. تسمع، وبه أخذ الصدر الشهيد، وألحقاه بالقضاء بالملك، وإليه مال «قاضي خان»؛ حيث قال في «فتاواه»، في باب ما يبطل دعوى المدّعي: أرض في يد رجل ادّعى رجل أنها وقف، وبين شرائط الوقف، وقضى القاضي بالوقف، ثم جاء آخر وادّعى أنه ملكه: قالوا: تقبل بينة المدعي؛ لأن القضاء بالوقف بمنزلة استحقاق الملك، وليس بتحرير.

ألا ترى: أنه لو جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة.. جاز بيع الملك.

ولو جمع بين حر وعبد فباعهما صفقة واحدة.. لا يجوز بيع العبد.

دلّ: أن القضاء بالوقف بمنزلة القضاء بالملك، وفي الملك: القضاء يقتصر على المقضي عليه وعلى من تلقى الملك منه، ولا يتعدى إلى الغير.. فكذلك في الوقف انتهى.

وعزاه في «الخلاصة» إلى «الفتاوى الصغرى»، ثم قال: بخلاف العبد إذا ادعى العتق على إنسان وقضى القاضي بالعتق، ثم ادعى رجل أن هذا العبد ملكه.. لا تسمع؛ لأن القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس، بخلاف الوقف.

وفي «البحر»: أن القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة؛ على المعتمد.. فتسمع الدعوى من غير المقضي عليه.

وأما القضاء بالحرية.. فقضاء على الكافة، فلا تسمع الدعوى بعده بالملك لأحد.

ولا فرق بين الحرية الأصلية والعارضة بالإعتاق.

ثم قال نقلاً عن «الفتاوى الصغرى»: إذا قضى القاضي لإنسان بنكاح [٧٥٣/ب] امرأة أو نسب أو بولاء عتاقه، ثم ادعاه الآخر.. لا تسمع.

فعلى هذا: القضاء الذي يكون على الكافة في أربعة أشياء. انتهى.

يعني: الحرية، والنكاح، والنسب، وولاء العتاقة.

وهل يشترط الدعوى في الشهادة على الوقف أو لا؟

ففيه أيضاً خلاف: قيل: لا، وقيل: نعم.

وفي «العمادي»: أن الدعوى ليس بشرط لسماع البينة على الوقف؛ لأن الوقف حقّ الله تعالى، وهو التصدق بالغَلَّة، فلا يشترط فيه الدعوى؛ كالشهادة على الطلاق وعتق الأمة، إلا أنه إذا كان الموقوف عليه مخصوصاً ولم يدع.. لا يعطى من الغلة شيئاً، وتصرف جميع الغلة إلى الفقراء؛ لأن الشهادة قبلت بحق الفقراء، فلا يظهر حكمها إلا في حقهم.

وقيل: ينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الوقف على قوم بأعيانهم.. لا تقبل البينة بدون الدعوى عند الكلّ.

وإن كان على الفقراء أو على المسجد:

عندهما: تقبل.

وعند أبي حنيفة: لا تقبل، ذكر رشيد الدين هذا التفصيل، وقال: هكذا فصله الإمام الفضلي، وهو المختار.

وهل تقبل... شهادة الموقوف عليه في أصل الوقف؟

وفيه تفصيل: ففي «الإسعاف»: إذا شهد اثنان أن رجلاً جعل أرضه وقفا عليهما، أو على ولديهما، أو على ولد أحدهما، أو على نسائهما، أو نساء أحدهما،

قيل: أَو يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ بِأَن يَقُولَ: إذا مِتُّ فَقَد وَقَفْتُ.

أو على أهل بيتهما وعلى قوم آخرين، أو على قرابته وهما من قرابته، أو على نسله وهما من نسله.. فالشهادة باطلة.

ولو شهدا بأنه جعلها وقفاً على الفقراء والمساكين، وعلى فقراء جيرانه، وهما من فقراء الجيران.. جازت شهادتهما.

والفرق بين فقراء القرابة وفقراء الجيران: أنّ القرابة لا تزول، ولا تنقطع، والجيران تنقطع بالتحول.

(قيل: أو يعلقه بموته بأن يقول: إذا مت.. فقد وقفت) داري هذه أو أرضي هذه، أو يقول: أوصيت بِغَلَّة داري هذه.

قال في «مختصر القدوري»: لا يزول ملك الواقف، إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته.

وقال في «الهداية»: وهذا في حكم الحاكم صحيح؛ لأنه قضاء في المجتَهَد فيه، وأما في تعليقه بالموت.. فالصحيح: أنه لا يزول ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً.. فيلزم. انتهى.

والحاصل: أنه إذا علّق الوقف بموته.. اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة في لزوم الوقف وعدم لزومه:

فقيل: يلزم ويزول الملك بالتعليق بالموت؛ لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه [٧٥٤/أ]، فالتعليق به يدلّ على أنّ مراده الخروج عن ملكه.

وقيل: لا يلزم، ولا يزول عن ملكه، وصحّحه صاحب «الهداية» على ما ترى، وإليه أشار المصنف بصيغة التمريض، وهذا لأن الوقف تصدُّقٌ بالغَلَّة، وهو لا يستدعي زوال أصل الملك، ولأنّه تصدق بالغلة دائماً، ولا يمكن التصدق بها على الدّوام، إلا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبّداً.. فيصير بمنزلة الوصيّة بالمنافع، فيلزم لزوم الوصية.

وحاصل هذا القول: أنه وصية لازمة، لكن لم يخرج عن ملكه، فلا يُتصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته؛ لما فيه من إبطال الوصيّة.

وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا، وإنما يلزم بعد موته، لا قبله.

أقول: هذا الخلاف مبني على الخلاف في أن تعليق الوقف بالشرط هل يجوز أو لا يجوز؟

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: لو قال: «إن مت من مرضي هذا.. فأرضي هذه وقف» فبرأ من مرضه وباع أرضه.. جاز، وإن مات من مرضه هذا.. لا يكون وقفاً؛ لأن تعليق الوقف بالشرط لا يصح. انتهى.

وفي «فتح القدير»: وفي شروط الوقف: أن يكون منجَّزاً غير معلّق بشرط، فلو قال: «إن قدم ولدي.. فداري صدقة موقوفة على المساكين» فجاء ولده.. لا تصير وقفاً انتهى:

وفي «الخانية»: لو قال: «إذا جاء غد فأرضي صدقة موقوفة» أو قال: «إذا ملكت هذه الأرض فهي صدقة موقوفة».. لا تجوز؛ لأنه تعليق، والوقف لا يحتمل التعليق. انتهى.

وفي «الفصولين»: عد الوقف مما لا يصح تعليقه بالشرط، ولم يقيّد برواية.

وقيّده في «العمادي» برواية؛ حيث قال فيه: ومما لا يصح تعليقه بالشرط: الوقف في رواية، فظهر: أن فيه روايتين.

وذكر في «الخلاصة» نقلاً عن الإمام السّرخسي: أن تعليق الوقف والشرط صحيح.

وقال هلال: كلاهما باطل.

فمن ذهب إلى جواز تعليق الوقف بالشرط.. حكم بلزوم الوقف وزوال الملك، فيما نحن فيه.

ومن ذهب إلى عدم جوازه.. حكم بعدم لزومه وقفاً، ويلزم وصية بعد موته كسائر الوصايا.

هذا بخلاف ما لو قال: «إذا مت فاجعلوا أرضي وقفاً»؛ فإنه يصح وقفاً؛ كما لو قال: «إن دخلت الدار فاجعل أرضي وقفاً»؛ فإنه يصح وقفاً بالاتفاق؛ على ما صرّح في «الخلاصة» و«البزازية».

وعلّلوها [٧٥٤/ب]: بأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه.

وإنما لا يصح تعليق الوقف بالشرط؛ لأن الوقف بمنزلة تمليك المنفعة من الموقوف عليه، والتمليكات غير الوصية: لا تتعلّق بالخطر.

ولهذا جزم محمد في «السير الكبير»: أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت.. يكون باطلاً عند أبي حنيفة، وإنما لزم بطريق الوصية.

وفي «الزيلعي»: لو علّق الوقف بموته؛ بأن قال: «إذا مت فقد وقفت داري على كذا»، ثم مات.. صح ولزم إذا خرج من الثلث؛ لأن الوصية بالمعدوم جائزة؛ كالوصية بالمنافع، ويكون ملك الميت باقياً فيه حكماً، فيتصدق عنه دائماً.

وإذا لم يخرج من الثلث: يجوز بقدر الثلث، ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر أو تجيز الورثة؛ فإن لم يظهر له مال آخر، ولا تجيز الورثة.. تقسم الغلة بينهما أثلاثاً، ثلثه للوقف، وثلثاه للورثة.

ولو علّقه بالموت وهو مريض مرض الموت.. فكذلك الحكم؛ لأن الوصية لا تختلف بين أن تكون في الصحة أو في المرض.

ولو نَجَّز الوقف في مرضه.. فهو بمنزلة المعلّق بالموت؛ فيما ذكره الطحاوي، والصحيح: أنه بمنزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة.. فلا يلزم عنده، ويلزم عندهما من الثلث. انتهى.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ حبسُ الْعَينِ على مِلْكِ الله تَعَالَى، على وَجهٍ يعودُ نَفعُهُ على الْعبادِ، فَيلْزمُ.

وَيَزُولُ مِلكُهُ ....

وقد ذكرنا في أوّل الباب: أنّ ما صححه في الوقف في مرضه منجزاً: هو ظاهر الرواية.

(**وعندهما: هو**) أي الوقف: (**حبس العين على ملك الله تعالى على وجه يعود منفعته إلى العباد**)، كذا في «الهداية».

واعترض: بأن ملك الله تعالى في الأشياء لم يزل قط، ولا يزال، فلا معنى للحبس على ملكه عندهما؛ لأنه عند الكل كذلك.

أجيب: بأن معناه حبسه على ملكه خالصاً عن حق العباد، وبحيث لا يقدر فيه التصرف كيف يشاء كسائر أملاكه.

(**فيلزم**)؛ أي الوقف (**ويزول ملكه**)؛ أي: لا إلى مالك غير الله، بل إلى الله تعالى خالصاً عن حق العباد، من غير حاجة إلى القضاء باللزوم، أو إلى الإخراج مخرج الوصية بالتعليق بالموت؛ على ما هو عند أبي حنيفة على ما تقدم.

لهما: قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له يقال لها ثمغ: «تصدق بأصلها، لا يباع، ولا يورث، ولا يوهب».

ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه؛ ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى.

وله نظير في الشرع: كالمسجد ونحوه؛ فإنه جعل لله تعالى خالصاً له.

وأجيب عنه من [٧٥٥/أ] طرف أبي حنيفة: بأنّ المسجد جعل خالصاً لله تعالى، حتى لا يجوز الانتفاع به أصلاً، بخلاف غيره؛ فإنه لم ينقطع حق العبد عنه بالكلية، حتى يجوز الانتفاع به من وجه، فلم يصر خالصاً لله.

وفي «الإسعاف»: قولهما هو قول عامّة العلماء.. وهو الصحيح.

بِمُجَرَّدِ القَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا، مَا لم يُسَلِّمهُ إِلَى وَلِيّ.

ثم ساق دليلهما وذكر الجواب عن دليل أبي حنيفة على ما ينبغي.

(بمجرد القول)؛ أي بقوله: «وقفته» **(عند أبي يوسف)**، وهو قول الشافعي أيضاً؛ لأنه إسقاط الملك بمنزلة الإعتاق.. فيصح بدون القضاء أو التعليق بالموت أو التسليم إلى المتولي، ومشايخنا أخذوا قوله.

(وعند محمد: لا) يزول بمجرد القول **(ما لم يسلمه إلى ولي)**؛ لأنه لا يزال من ملكه إلى ملك الله تعالى، والتمليك من الله تعالى، لا يتصور قصداً لاستغنائه تعالى، وهو مالك الأشياء كلها، فلا بد من التسليم إلى عبده خالصاً لله تعالى، فينزل منزلة الصدقة:

واعلم: أن جواز الوقف وصحته يتوقف على شروط:

منها: كون الواقف حراً عاقلاً بالغاً، حتى لا يصح وقف العبد والمجنون والصبي؛ كسائر التبرعات.

ومنها: كونه مالكاً وقت الوقف، حتى لو غصب أرضاً فوقفها، ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه.. لا يكون وقفاً؛ لأنه إنما ملكها بعد أن وقفها.

هذا على تقدير أنه هو الواقف.

أما لو وقف ضيعة غيره على جهة، فبلغ ذلك الغير فأجازه.. جاز الوقف بشرط الحكم والتسليم، وعدمُه على الخلاف السابق بينهم، وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي.

ولو اشترى أرضاً بيعاً جائزاً، ووقفها قبل القبض ونقد الثمن.. فالأمر موقوف؛ فإن أدى الثمن وقبضها.. فالوقف جائز؛ على ما نقله في «التاتارخانية» عن وقف هلال.

وفي «جامع الجوامع»: وبه نأخذ.

وفي «المحيط»: وإن مات المشتري ولم يترك مالاً.. تباع الأرض لدَيْنه ويبطل الوقف.

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ، وهذا؛ لأنه وجد الملك حين وقف بالشراء الصحيح، فصحّ وقفه. ولو اشترى داراً ووقفها، ثم استحقت وأجاز.. لم يجز إلا في رواية.

ولو ضمن قيمتها.. جاز تملكها.

وعن أبي حنيفة: يصح إذا جعلها بحال لا يستردها المستحق.

ومنها: القبض والإفراز؛ لما في «مشتمل الأحكام»: قال الشيخ محمد بن الفضل: الوقف على ثلاثة أوجه: إما أن يكون في الصحة، أو في المرض، أو بعد الموت.

فما كان [٧٥٥/ب] في الصحة: فالقبض والإفراز يكون شرطاً لصحته؛ كالهبة.

وما كان بعد الموت: فالقبض والإفراز ليس بشرط لصحته؛ لأنه وصية.

وما كان في حال المرض: فحكمه حكم الوقف في الصحة، وإن كان يعتبر من الثلث؛ كالهبة في المرض، تعتبر من الثلث، ويشترط فيها ما يشترط في الهبة من القبض والإفراز. انتهى.

ومنها: كونه غير محجور عليه لسفه أو دَين، حتى لو حجر عليه ووقف أرضاً له أو داراً له.. لا يجوز؛ كذا أطلقه الخصاف.

وقال في «فتح القدير»: وينبغي أنه إذا وقفها في الحجر للسفه، على نفسه، ثم لجهة لا تنقطع.. أن يصح على قول أبي يوسف، وهو الصحيح عند المحققين.

وعند الكلّ: إذا حكم به حاكم.

وأما عدم تعلق حقّ الغير؛ كالرهن والإجارة.. فليس بشرط، حتى صح وقف المستأجَر والمرهونِ، ولا يبطل عقد الإجارة والرهن؛ فإذا مضى مدة الإجارة وافتكَّ الرهن: يعود إلى ما جعله وقفا له من الجهات.

ولو مات قبل الافتكاك ولم يترك وفاء.. بيع الرهن للدَّين ويبطل الوقف.

ومنها: أن لا يكون مختِراً بخيار الشرط؛ فإنه لو وقف أرضه أو داره وشرط لنفسه الخيار.. لا يصح الوقف على قول محمد، واختاره هلال؛ سواء كان وقت الخيار معلوماً أو مجهولاً.

وقال أبو يوسف: إن بَيّن للخيار وقتاً معلوماً؛ كثلاثة أيام مثلاً.. يجوز الوقف والشرط معاً؛ كما في البيع، وإن كان الوقت مجهولاً.. لا يجوز.

وقال أبو جعفر: ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط.

وقال أبو يوسف بن خالد السمني: الوقف جائز، والشرط باطل على كلّ حال؛ معلوماً كان الوقت أو مجهولاً.

ومنها: كونه ذا ملّة، حتى لا يصح وقف المرتد إن قتل أو مات على ردته، وإن أسلم.. صح.

ويبطل وقف المسلم إن ارتد، ويصير ميراثاً؛ سواء قتل أو مات على ردته أو عاد إلى الإسلام، إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الإسلام؛ كذا في «فتح القدير» و«البحر» نقلا عن الخصاف.

وأما كونه مسلماً: فليس بشرط، حتى صح وقف الذمي، لكن شرط كونه قُرْبةً عندنا وعندهم.

كما لو وقف على أولاده، أو على الفقراء، أو على فقراء أهل الذمة.. فإنه جائز.

وعلى تقدير إطلاق الفقراء عن قيد أهل الذمة.. يجوز الصرف على كلّ فقير مسلم أو كافر، وهذا؛ لأن التصدق على فقراء أهل الذمة وفقراء المسلم: قربة عندنا وعندهم.

بخلاف ما لو وقف على [٧٥٦/أ] بِيعَة وكنيسة.. فإنه لا يجوز، ويكون ميراثاً؛ لأنه ليس بقربة عندنا.

وبخلاف ما لو وقف على الحج والعمرة.. فإنه ليس بقربة عندهم، فلا يجوز.

وأما لو وقف على مسجد بيت المقدس.. فإنه يصح؛ لكونه قربة عندنا وعندهم.

وفي «الحاوي القدسي»: وقفُ المجوسي على بيت النار، واليهودي والنصراني على البيعة والكنيسة.. باطل إذا كان في عهد الإسلام، وما كان في عهد الجاهلية: مختلف فيه، والأصح: أنه إذا دخل في عهد الذمة.. لا يتعرض. انتهى.

وفي «الإسعاف»: يدخل تحت أهل الذمة: فقراء اليهود والنصارى والمجوس؛ لأن الكفر كلّهم ملّة واحدة.

ومنها: أن لا يكون الوقف مؤقتاً، حتى لو وقف داره يوماً أو شهراً أو سنةً.. لا يجوز؛ لعدم كونه مؤبّداً، وكذا لو قال: «على فلان سنة».

ومنها: أن لا يكون مجهولاً؛ فلو وقف شيئاً من أرضه ولم يسمّه.. لا يجوز؛ لأن الشيء يتناول القليل والكثير، ولو وقف جميع حصته من هذه الدار أو الأرض ولم يسم.. يصح؛ على ما في «الإسعاف».

ومنها: أن لا يكون معلّقاً بشرط، وقد ذكرنا ما فيه من الخلاف والتفصيل.

ولا يشترط لصحته وجود الموقوف عليه حين وقف، حتى لو وقف على أولاد زيد، ولا ولد له حين وقف.. صح، وتصرف الغلة إلى الفقراء إلى أن يوجد له ولد؛ كذا في «الأشباه».

فَلَو وقفَ على الْفُقَرَاءِ، ....

وكذا لو وقف غلّة داره على إمام مسجد كذا، وليس لذلك المسجد إمام حين وقف.. صح، وتصرف الغلة إلى الفقراء إلى أن ينصب للمسجد إمام.

ولو كان للمسجد إمام حين وقف، ثم عين له إمام من طرف السلطان.. فهل يشارك الإمام الثاني للإمام الأول في تلك الغلة؟ هذا واقعة الفتوى.

أقول: الله أعلم: أنه لا يشاركه، إلا إذا شرط الواقف للإمام الأول.

ثم اعلم: أن للزومه شرطاً أيضاً، فاشترط أبو حنيفة للزومه وخروجه عن ملك الواقف: أحد الأمرين: حكم الحاكم، أو الإضافة إلى ما بعد الموت.

ولم يشترط أبو يوسف للزومه سوى لفظ الوقف؛ حيث قال: «يلزم بمجرد لفظ الوقف»؛ على ما مر، وسيظهر لك بيانه.

واشترط محمد أربعة أشياء: التسليم إلى المتولي، وكونه مفرزاً؛ لأن التسليم يتوقف عليه، وذكر التأبيد؛ على ما سيأتي، وأن لا يشترط الواقف الانتفاع بالوقف.

ثم لما ذكر حقيقة الوقف [٧٥٦/ب] وطريق لزومه على الاختلاف بينهم.. شرع في بيان ما يتفرع عليه، فقال:

(**فلو وقف على الفقراء**)؛ احترز به عن الوقف على الأغنياء.. فإنه لا يجوز.

قال في «المختار»: ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم؛ لأنه ليس بقربة، ولا يستجلب الثواب، وصار كالصّدقة عليهم.. حيث لا يجوز، ولو وقف على الأغنياء وهم يُحْصَوْنَ، ثم بعدهم على الفقراء.. جاز، ويكون كما شرط؛ لأنه قربة في الجملة؛ بأن انقرض الأغنياء. انتهى.

وفي «شرح المجمع»: أن الغني ليس بمصرف للوقف، حتى لو صرّح الوقف على الأغنياء وحدهم.. لا يجوز، ولو وقف على طائفة من الأغنياء ثم بعدهم على الفقراء.. يجوز، فيعتبر شرطه فيكون صلة للأغنياء. كذا في «المحيط». انتهى.

ومراده بالطائفة: هي المعينة، وبالصلة: هو التمليك؛ يعني تصرف الغلة إلى تلك الطائفة من الأغنياء ما داموا أحياء، ثم بعد الممات تصرف على الفقراء؛ على مقتضى شرطه.

وإنما اشترط كون الأغنياء معينين؛ لأن الوقف عليهم لا يجوز إلّا بطريق التمليك، أو بكون الغلة في مقابلة الخدمة؛ على ما سيأتي.

وهذا هو المراد بما في «فتح القدير»: أن الوقف يصحّ لمن يحبُّ من الأغنياء بلا قصد القربة، وهو وإن كان لا بدّ في آخره من القربة كشرط التأبيد، وهو كالفقراء ومصالح المسجد، لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا تصدّق. انتهى.

ولا يخفى عليك: أنّ مراده:

بمن يحبّ: هو المعيّن من الأغنياء؛ لأن المحبّة لغير المعين لا تمكن.

و«بلا قصد القربة»: هو التمليك.

لكن مرادهم بنفي القربة من الوقف على الأغنياء: ليس نفي مطلق القربة، بل القربة المقصودة بالتصدق على الفقراء، وإلا: ففي تمليك الغني قربة أيضاً؛ على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الذخيرة».

ثم الوقف على الفقراء: لا يلزم فيه ذكر لفظ الفقراء؛ لأن الوقف المطلق عن ذكر لفظ الفقراء.. يخص بالفقراء أيضاً عند أبي يوسف، وعليه الفتوى؛ على ما صرّحوا به في عامة الفتاوى.

وبيانه: أن الوقف إما مطلق عن ذكر الموقوف عليه، أو مقيّد بذكره:

والأوّل: لا يخلو إما أن يذكر فيه لفظة مما يدل على القربة؛ كلفظة «الصدقة» ولفظة «الله تعالى»، أو لم يذكر، بل يقتصر على مجرد لفظ الوقف.

فإن لم يذكر فيه شيئاً منها؛ نحو أن يقول: «أرضي أو داري هذه موقوفة، أو وقف».. لا يجوز وقفه عند عامة مجيزي الوقف؛ لعدم ما يدلّ على [٧٥٧/أ] التأبيد.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ معلّلاً: بأنّ مطلق الوقف ينصرف إلى الفقراء عرفاً، والمعروف: كالمنصوص، والفقراء لا ينقطع.. فيتأبّد، وهو قول عثمان البتي أيضاً.

وفي «الإسعاف»: وعليه الفتوى.

وقال الصدر الشهيد: ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف، ونحن نفتي بقوله أيضاً.

وعلى هذا الخلاف لو قال: «أرضي حبس موقوف»، ولو قال: «حبس محرّم، أو حرّمت أرضي».. قال الفقيه أبو جعفر: هذا مثل: «موقوفة» فقط عند أبي يوسف: يجوز، وعند العامة: لا يجوز.

ولو قال: «حبس أو محبوسة أو للسبيل» فقط؛ فإن كان فيه عرف كما في «موقوفة».. يجب أن يكون مثل موقوفة.

وإلّا.. سئل عنه؛ فإن قال: «أردت الوقف».. صار وقفاً؛ لأنه يحتمل لفظه، أو قال: «أردت صدقة».. فيكون نذراً؛ كما لو قال: «صدقة» وحدها.. فيتصدق بعينها أو بثمنها، وإن لم ينو شيئاً.. كان ميراثاً؛ ذكره في «النوازل».

وإن ذكر فيه شيئاً مما يدل على القربة، نحو: «أرضي صدقة موقوفة، أو موقوفة صدقة لوجه الله تعالى، أو لرضاء الله تعالى».. يجوز الوقف عندهم، سوى يوسف بن خالد السمتي؛ فإنه قال: لا يجوز ما لم يقل: «وآخرها للفقراء أبداً».

وفي «قاضي خان»: والصحيح: قول أصحابنا؛ لأن محل الصدقة الفقراء، فلا يحتاج إلى ذكر الفقراء، ولا انقطاع للفقراء، فلا يحتاج إلى ذكر الأبد أيضاً.

وكذا الخلاف في قوله: «حبس صدقة، أو صدقة حبس، أو صدقة محرمة»؛ لأن «المحرمة» بمنزلة قوله: «موقوفة» في لغة أهل المدينة.

ولو قال: «صدقة موقوفة أبد».. يجوز بالاتفاق.

ولو قال: «صدقة موقوفة أبداً في حياته وبعد مماته».. يجوز عندهم، إلا أن عند أبي حنيفة: يكون نذراً بالتصدق بالغلة ما دام الواقف حياً، وكان عليه الوفاء بالنذر.

ولو رجع.. جاز مع الكراهة.

ولو لم يرجع ومات.. جاز من الثلث؛ لأنه بمنزلة تعليق الوقف بموته، فيكون وصية عنده.

والثاني: أعني ما يذكر فيه الموقوف عليه: لا يخلو الموقوف عليه من أن يحصوا، أو لا يحصون:

فإن كانوا يحصون: فإما أن يقترن بما يدل على القربة، أو لا يقترن:

فإن لم يقترن؛ نحو: «أرضي هذه موقوفة على فلان، أو على أولاد فلان» وهم يحصون.. فلا يجوز الوقف عند أبي يوسف ومحمد وهلال؛ لعدم التأبيد؛ سواء كانوا فقراء أو أغنياء، بل يكون تمليكاً لهم.. فتصرف الغلّة [٧٥٧/ب] إليهم في حياتهم، وبعد موتهم تنتقل إلى الواقف أو إلى وارثه.

وأبو يوسف: فرّق بين هذه المسألة وبين المسألة السابقة؛ أعني لو قال: «أرضي موقوفة»؛ فإنه حكم فيها بجواز الوقف، وفي هذه بعدم جوازه.

ووجه الفرق على ما صرّح في «البزازية»: أنه لم يذكر الموقوف عليه فيما سبق فيصرف على الفقراء، ولا يمكن ذلك في هذه المسألة؛ لكون الموقوف عليه مذكوراً ومعيناً، فيكون تمليكاً لا وقفاً.

وإن اقترن؛ نحو: «صدقة موقوفة على فلان، أو على أولاد فلان» وهم يحصون.. يكون وقفاً، فتصرف الغلة لأولاد فلان في حياتهم؛ سواء كانوا فقراء أو أغنياء بطريق التمليك، وبعد موتهم تصرف على الفقراء؛ عملاً بنص الصدقة المنبئة عن الفقراء، وهم لا ينقطعون.. فيتأبد.

وذكر فلان وأولاده: لتخصيصهم بالغلة في حياته؛ على ما صرّح به في «البزازية» وشرح «المجمع» وغيرهما، كما لو قال: «موقوفة على أولاد فلان، ثم إلى الفقراء» وأولاد فلان يحصون.. فإنه وقف بصرف الغلة إلى أولاد فلان في حياتهم، ثم إلى الفقراء بعد موتهم.

وإن كانوا لا يحصون: فإما أن يكونوا أغنياء أو فقراء.

فإن كانا أغنياء.. لا يجوز أصلاً: لا وقفاً لكونهم أغنياء، ولا تمليكاً لكونهم غير معينين.

وإن ذكر معهم لفظ «الصدقة».. يكون وقفاً على الفقراء، وذكر الأغنياء لغو؛ عملاً بنص الصدقة.

وإن كانوا فقراء.. يجوز الوقف عليهم، ذكر معهم لفظ الصدقة أو لم يذكر.

وإن ذكر لفظ الغني مع الفقير؛ نحو: «موقوفة على الغني والفقير» أو «صدقة موقوفة على الغني والفقير».. يكون وقفاً على الفقير وحده، ويحرم على الغني؛ على ما صرّح به في «وصايا الذمي من الدّرر»، وهذا لأن الوقف والوصية لا يجوز للغني إلا بطريق كون الغلة في مقابلة الخدمة، والمفروض: أنه ليس كذلك، أو بطريق التمليك؛ والتمليك غير ممكن ههنا؛ لكونه غير معين.

والأصل فيما ذكرنا: أنه متى ذكر لفظ «الوقف»؛ فإما أن يذكر معه الموقوف عليه أو لم يذكر.

فإن لم يذكر: فإمّا أن يذكر معه ما يدل على القربة أو لم يذكر.

فإن لم يذكر.. يكون وقفاً على الفقراء؛ عند أبي يوسف والبتي دون غيرهما.

وإن ذكر.. يكون وقفاً على الفقراء عند عامة مجيزي الوقف غير يوسف السمني.

أَو بنى سِقَايَةً، أَو خَاناً، أَو رِبَاطاً لبني السَّبِيلِ، أَو جَعَلَ أرضَهُ مَقْبرَةً.. لَا يَزُولُ مِلكُهُ عَنهُ إِلَّا بالحُكْمِ.

وإن ذكر معه الموقوف عليه؛ فإن كان معيناً؛ فإن اقترن ما يدل على القربة.. يكون وقفاً على الفقراء، تصرف الغلة إلى المعين في حياته [٧٥٨/أ]، ثم إلى الفقراء بعد موته.

وإن لم يقترن.. يكون تمليكاً لا وقفاً.

وإن لم يكن معيّناً؛ فإن كان غنياً.. لا يصح أصلاً، إلا أن يدلّ بما يدلّ على القربة.

وإن كان فقيراً.. يكون وقفاً عليه؛ سواء اقترن ما يدلّ على القربة أو لا.

وإن ذكر الغني مع الفقير.. يكون وقفاً على الفقراء.

إذا عرفت هذا: فاعلم أيضاً: أن الوقف على ثلاثة أوجه: وجه يختص بالفقراء، ووجه يكون للغني ثم للفقراء، ووجه يكون للأغنياء والفقراء على السواء.

ولمّا أشار المصنف إلى الوجهين الأوّلين بقوله: «فلو وقف على الفقراء» وقد ظهر تفصيلهما وبيان مواضعهما مما ذكرناه.. أراد أن يذكر الوجه الثالث، فقال:

(**أو بنى سقايةً**)، وفي «المصباح»: السقاية بالكسر: الموضع الذي يتّخذ لسقي الناس، وفيه كلام سيأتي ذكره.

(**أو خاناً، أو رباطاً لبني السبيل، أو جعل أرضه مقبرة**).

والمراد بالأرض ههنا: الأرض المملوكة؛ إذ لا يصحّ وقف الأراضي الأميرية والمغصوبة: إلّا بالتملك من السلطان والمغصوب منه، حتى لو وقفهما، ثم اشتراهما أو صالح على مال ودفعه إليه.. لا يكون وقفاً؛ لأن من شرط صحّة الوقف: أن يكون الموقوف مملوكاً له حين وقف؛ على ما ذكرناه، وبيان الأراضي الأميرية تقدم في باب العشر.

(**لا يزول ملكه [عنه] إلا بالحكم**) عند أبي حنيفة، والإضافة إلى ما بعد الموت

كالحكم عنده؛ على ما صرّح به في «البحر»، ثم هذا في حكم القاضي.

وأما حكم المحكّم: فالصحيح أنه لا يلزم، ولا يزول ملكه؛ على ما تقدّم.

وفي قوله: «لا يزول ملكه» إشارة إلى ما صرّح به في «الهداية» و«الإسعاف» وغيرهما: من أن الصحيح: أن لا خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه في صحة أصل الوقف، وإنما الخلاف في اللزوم وعدمه، وقد ذكرناه من قبل:

فما ذكره في «الخلاصة»: من أنه كما لا يصح الوقف عند أبي حنيفة: لا يصح جعل أرضه مقبرة وجعل داره خاناً أو سقاية، وكذا إذا بنى بيتاً بمكة للحاج أو السقاية أو الحياض أو الآبار والقناطير.. لا يصح عنده إلا جعله مسجداً، الكل في «السير الكبير».

وذكر في الوقف: إني وجدت في «النوادر»: وعن أبي حنيفة: أنه أجاز وقف المقبرة والطريق والمقنطرة. انتهى.

ينبغي أن يحمل على سلب اللزوم؛ أي لا يلزم عنده.

واعلم أنّ هذه الأشياء. [٧٥٨/ب]: يصح وقفها بالاتفاق، ويستوي الأغنياء والفقراء في الانتفاع بأعيانها.

قال في «الهداية»: ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين، أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين، أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين، أو جعل غلّة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه.. فهو جائز، ولا رجوع فيها لما بينا، إلا أن في الغلة تحل للفقراء دون الأغنياء، وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك.. يستوي فيه الفقير والغني.

والفارق: هو العرف بين الفصلين؛ فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة: الفقراء، وفي غيرها: التسوية بينهم وبين الأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه. انتهى.

وذكر في «الزيلعي» أيضاً: بأنه لا فرق في الانتفاع في مثل هذه الأشياء بين الغني والفقير، حتى جاز للكلّ النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة، بخلاف الغلة؛ حيث لا يجوز إلّا للفقراء؛ لأن الغني مستغنٍ بماله عن الصدقة، ولا يستغني عما ذكرنا عادة، وهي الفارقة؛ لأنه لا يمكنه أن يستصحب هذه الأشياء عادة، فكان محتاجاً إليه كالفقير، ولا حاجة له إلى الغلة لاستغنائه عنها بماله.

ولو وقف أرضاً ليصرف غلتها إلى الحاج أو الغزاة أو طلبة العلم.. لا تصرف إلى الغني منهم. انتهى.

وقال في «فتح القدير» بعدما ذكر العرف الفارق بين الفصلين: ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول؛ لأن الغني لا يقدر على استصحاب ما يشربه [في كل مكان].

لا يحل له التناول من الوقف، فقد جزموا: أن كل وقف ينتفع بعينه.. يستوي فيه الفقير والغني؛ كالانتفاع بأعيان الأشياء المذكورة، وكلّ وقف ينتفع بغلته لا بعينه.. يخص به الفقراء؛ كجعل غلة أرضه أو داره للغزاة أو للحاج أو لطلبة العلم أو لأبناء السبيل؛ للعرف، ولاستوائهما في الاحتياج إلى ملك الأشياء، ولاستغناء الغني بماله عن الصدقة، وهذا ليس على إطلاقه، بل لا بد أن يقيد بما إذا لم تكن الغلة في مقابلة الخدمة، وبما إذا لم يكن الغني معيناً في الوقف عليه [٧٥٩/أ]؛ فإن للغني يجوز أن يتناول غلة الوقف في هذين الموضعين؛ لما في «القنية»: لا يحلّ للإمام غلّة أوقاف الإمامة إذا كان غنياً شرعاً، إلا إذا كان الوقف عليه بعينه، هكذا ذكره بعَلّامة الكرابيسي.

ثم قال: لكني أستحسن في الغني الذي لا يتجر وفرغ نفسه للإمامة: أن يحلّ له؛ كالمفتي والقاضي وما يشبهه من المتعلمين.

ثم قال نقلاً عن الكرابيسي أيضاً: الأوقاف على الفقهاء تجوز للأغنياء إذا فرّغوا أنفسهم للتّفقه؛ فإنه كالفقير، وإن لم يفرّغ نفسه؛ فإن كان معيناً.. جاز، وإلا.. فلا.

ثم ذكر في باب آخر نقلاً عن وقف هلال: أن الوقف على ثلاثة أوجه: وجه يختص به الفقراء، ووجه يكون للأغنياء ثم للفقراء، ووجه يستوي فيه الفقراء والأغنياء؛ كالرباطات والخانات والمقابر والمساجد والسقايات والقناطير؛ لأن الغني يحتاج إلى هذه الأشياء كالفقير.

ولا يجوز صرف الأدوية الموقوفة في البيمارخانه إلى الأغنياء، بخلاف ماء السقاية؛ لأن الحاجة في ماء السقاية أغلب، بخلاف الأدوية، ولأن الأدوية: منفعة، والرباطات ونحوها: عين مال الوقف.. فيستوي فيه الغني والفقير، بخلاف المنفعة؛ فإنها مختصة بالفقراء. الكل في «القنية».

والذي ظهر منه: أن الغني يجوز له الانتفاع من عين الوقف؛ كما في الأشياء المذكورة وغيرها مما ينتفع بأعيانها، ومن غلته أيضاً إن كان معيناً في الوقف أو كانت الغلة في مقابلة الخدمة، وإلا.. فلا يحل له الانتفاع من غلة الوقف.

وإنما جاز فيما إذا كان معيناً في الوقف: لكونه تمليكاً له حينئذ، وفيما إذا كانت الغلة في مقابلة الخدمة: يكون أجرة، وأما إذا لم يكن معيناً في الوقف ولم تكن الغلة في مقابلة الخدمة.. فلا يحل له الانتفاع من الغلة؛ لعدم المجوز.

وذكر في «قاضي خان» و«الاسعاف»: أن الغني والفقير يستويان في الانتفاع بثمر الشجرة الواقعة في المفازة إذا جعلت وقفاً على المارة، وبالماء الموضوع في الفلوات؛ كماء السقاية والجنازة وثيابها، وهذا لأن الانتفاع بتلك الثمرة من قبيل الانتفاع بعين الوقف وإن أطلق عليها الغلة؛ لأن ثمرة الشجرة ليست كأجرة الدار

وربح المال؛ لأنها تخرج من عين الشجرة فتلحق بها، ولهذا كان الغاصب [٧٥٩/ب] بالإتلاف - مع أن أجرة الدار - لا يضمن في غير موضع ثلاث، وكذا لا يضمن ربح المال.

وكان الحالف في: «لا يأكل من هذه الشجرة».. حانثاً بالأكل من ثمارها؛ لأن تلك الشجرة في موضع يحتاج الغني فيه كالفقير.. فصار كالخان والرباط، وكذا الانتفاع بالماء الموضوع في الفلوات؛ لأن ذلك الماء ليس بغلّة الوقف، ولا بمشترى بالغلة، بل الغلة إنما تصرف لمصارف الوقف من المتولي وغيره؛ كماء السقاية التي تسمّى بجشمه، ولأن الفقير كالغني في الاحتياج إلى هذين المائين؛ أما في الفلوات: فلأن الفلاة هي الصحراء الخالية عن الماء؛ على ما في «المصباح»، ولو منع الغني من هذا الماء.. لزم الحرج والضرر، وكذا ماء السقاية، فلا يستغني الغني عن هذين المائين بغناه.

بخلاف الماء الممزوج بالثلج المشترى بغلة الوقف الموضوع في المساجد والجوامع والأسواق في أيّام الصيف؛ فإن الانتفاع بهذا الماء ليس انتفاعاً بعين الوقف؛ لأن الثلج يشترى بغلة الوقف، فيكون الانتفاع بها انتفاعاً بغلة الوقف، ولأن الغني لا يحتاج إليه، بل يستغني عنه بغناه؛ لأنه في موضع يكثر فيه الثلج والماء.. فلا يحل للغني الشرب من هذا الماء؛ لما ذكرناه: من أن الغني لا يحل له التناول بغلة الوقف إلا بطريق التمليك له، أو بكون الغلة في مقابلة الخدمة، أو في مواضع ضرورة الحاجة، ومعلوم: أن تلك الغلة ليست في مقابلة الخدمة، ولا يمكن التمليك ههنا أيضاً؛ لأنه غير معين، والتمليك لغير المعين.. غير ممكن.

نعم، لو قال الواقف حين الوقف: «داري هذه موقوفة بشراء الثلج في جامع كذا، على أن للمتولي أن يعطي من شاء».. جاز الشرب من ذلك الماء للغني الذي ملكه المتولي، وإلا.. فلا؛ لأن المتولي وكيل الواقف، فكما أن للواقف تمليك من

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يَزُولُ بِمُجَرَّدِ القَوْلِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: إِذْا سلَّمه إِلَى متولٍّ، واستقى النَّاسُ مِنَ السِّقَايَةِ، ....

شاء.. فكذا لوكيله، وقد خفي هذا على كثير من الناس، فأفردت فيه رسالة فليطلب تفصيله منها.

وإن اشتبه هذا بعدما ذكر.. فلينظر في وصايا الذمي في آخر الدرر والغرر؛ فإنه صرح فيه بأن الوصية المطلقة، وكذا الوقف المطلق.. مختص بالفقير، ولا تحل للغني وإن عممت؛ بأن يقول الموصي والواقف: «يأكل منها الفقير والغني»؛ لأن أكل الغني من الوصية لا يصح إلّا بطريق التمليك، والتمليك لا يصح إلّا [٧٦٠/أ] للمعين، والغني لا يعين.

(**وعند أبي يوسف: يزول بمجرد القول، وعند محمد: إذا سلّمه إلى متول**) أو إلى الموقوف عليه؛ على ما في «قاضي خان».

(**واستقى الناس من السقاية**).

واعلم: أنه قد وقع النزاع بيننا وبين بعض الناس ممن تصدى برئاسة العلم، في أن المراد بالسقاية المذكورة في كلامهم هذا ما هو؟ فقال ذلك المصدي: مرادهم بالسقاية ههنا: هو الموضع المعد للماء المبرد بالثلج في أيام الصيف، المسمى بسبيل خانه، والإناء الكبير الموضوع عند مسجد من المساجد للماء المبرد بالثلج، وأما الموضع المسمى المسمى بجشمه.. فليس بسقاية في العرف، واستدلّ عليه: بأن السقاية وإن كانت أعم في اللغة.. لكنها في العرف مختصة بموضع يصب فيه الماء بالجرة للشرب أو التوضؤ، لا يجوز لغيرهما، ويكون له قِصَاع وكيزان، وهذا المعنى إنما يصدق على الموضع المسمى بسبيل خانه والإناء المذكور، لا الموضع المسمى بجشمه؛ إذ ليس له قصاع وكيزان، ولا يختص بالشرب والتوضؤ، بل يجوز استعمال مائه لغير الشرب والتوضؤ.

واستدل عليه بما ذكره في «المحيط» نقلاً عن شمس الأئمة الحلواني: أما السقاية التي تكون في بلادنا إذا جعلها للشرب فأراد إنسان أن يتوضأ بها.. اختلف المشايخ فيه، وأجمعوا على أنه إذا وقف للوضوء.. لا يجوز الشرب منه. انتهى.

وبما ذكره في «القنية»: صغير كان يأخذ من السقايات ماءً لإصلاح المرواة أو قصعة للشرب، ثم بلغ وندم.. لا يكفيه الندم، بل يرد الضمان إلى القيم، ولا يجزيه صب مثله في السقاية. انتهى.

فقال: فدل مسألة «المحيط»: على أن السقاية تجعل للشرب تارة وللوضوء أخرى، وإذا جعلت للشرب.. لا يجوز التوضؤ منه على الخلاف المذكور، وإذا جعلت للتوضؤ.. لا يجوز الشرب منه إجماعاً.

فظهر: أن العين المسماة بجشمه ليست سقاية في العرف؛ إذ لم يقل أحد بعدم جواز التوضؤ، ولا أشرب منها على حال من الأحوال.

وقال: ودل مسألة «القنية»: على أن أخذ مائها لغير الشرب يوجب الضمان، وأخذ ماء تلك العين المسماة بجشمه لغير الشرب.. لا يوجب الضمان، بل هو مباح مطلقاً، ولا بصبه فيها الماء أيضاً، فلم يصدق عليها السقاية. هذا ما ذكره مختصراً.

أقول: إن معنى السقاية في اللغة: هو الموضع المتخذ لسقي الناس، [٧٦٠/ب] على ما ذكره في «المصباح»، وهكذا ذكره في «شرح المجمع»، وهو الظاهر من كلام «الهداية» و«الزيلعي»؛ إذ لم يقيدوا بما يخصها بما ذكره ذلك المخصص.

وقال في «ذخيرة العقبى»: السقاية: موضع أعدّ في الطرقات فيملأ بالماء لينتفع به الناس، فما ذكره في «ذخيرة العقبى» أخص ممّا ذكره في «المصباح» وشرح «المجمع»، فظهر منه: أن الفقهاء كما يطلقون لفظ السقاية على الموضع المسمى بسبيل خانه والإناء المذكور.. كذلك يطلقون على الموضع المسمّى بجشمه، فذلك القائل؛ إن أراد عرف الفقهاء وهو الظاهر من استدلاله بكلام الفقهاء من صاحب

«المحيط» و«القنية».. فباطلُ الظهور صدقُ ما ذكرناه من تعريفهم على الموضع المسمّى بجشمه، ولا دلالة فيما ذكره من «المحيط» و«القنية» أصلاً على ما ادعاه من التخصيص، بل غاية ما يدل كلاهما: أن السقاية التي جعلت للشرب أو للوضوء لا يجوز استعمال مائها لغيره، ولو استعمل.. لكان ضامناً، وهذا بناء على أنّ الوقف على جهة يصرف إلى تلك الجهة لا إلى غيرها، ولا يلزم منه اختصاصها بما ذكر على ما زعمه ذلك القائل، بل السقاية في عرفهم على أنواع:

منها: ما يجعل للشرب فقط.

ومنها: ما يجعل للوضوء فقط، وحكم هذين النوعين: ما ذكره في «المحيط» و«القنية».

ومنها: ما يكون أعم من الشرب والوضوء، وهو المسمّى بجشمه، ويجوز استعمال مائه للشرب والوضوء وغيرهما، ويكفي في لزوم وقفية هذا النوع منها ولو مرة، ولا يلزم التسليم على المتولي، بخلاف ما يحتاج فيه إلى صب الماء؛ فإنه يحتاج فيه إلى التسليم إلى ما يصب ماءه، ولا يكفي شرب واحد من الناس على ما صرّح به في «الإسعاف»؛ حيث قال: إن شرب واحد من الناس.. يكفي في السقاية التي لا يحتاج فيه إلى صب الماء، وأما السقاية التي يحتاج فيه إلى صب الماء.. فلا يكفي فيها شرب الناس منه، بل لا بد من التسليم إلى ما يصب الماء فيه، فبعد تصريحهم هذا: كيف يدّعي ذلك القائل اختصاص السقاية بما ذكره عند الفقهاء، حاشاهم عنه.

وإن أراد الصرف التمام.. فلم نسمع من أحد ممن يُعرِّف معنى لفظ السقاية: أنه يخصّصها بما ذكره ذلك القائل، ويخرج المسماة بجشمه، وما ذكره من كلام «المحيط» و«القنية» مع عدم دلالته [٧٦١/أ] على ما ادعاه من التخصيص كما ترى.. لا يصح الاستدلال به على إثبات العرف العام؛ لأنه من كلام الفقهاء.

وَسَكَنُوا الخانَ والرِّباطَ، ودَفَنُوا فِي الْمقْبَرَةِ.

ثم أقول: إن العين المسمّاة بجشمه لا شك أنّها مما يستوي فيه الفقير والغني؛ فإذا خرجت عن السقاية.. ففي أيّ نوع تندرج من أنواع ما يستوي فيه الفقير والغني؟ فهذه الدّعوى ليست إلّا مكابرة، نعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا ومن سيّئات أعمالنا.

ولذلك القائل كلام أعجب منه في رسالته، وأفردت في رده رسالة، ومن أراد الإطلاع.. فلينظر في رسالتنا، والحاصل: أنّ المراد بالسقاية ههنا: هي التي يستوي فيها الفقير والغني في الاحتياج إليها؛ كالسقاية المسماة بجشمه في ديارنا، وأما السقاية التي يستغنى عنها الغنى بغناه كالسقاية المسمّاة بسبيل خانه في المساجد والجوامع.. فليست بمرادة ههنا؛ لاختصاصها بالفقير.

(وسكنوا في الخان والرباط، ودفنوا في المقبرة).

والذي ظهر من عطف قوله: «واستقى الناس» على «سلمه» أن اللزوم في وقفية الأشياء المذكورة إنما يثبت بالتسليم إلى المتولي، وبالاستعمال عند محمد، ولا يكفي فيها التسليم إلى المتولي فقط كما يكفي في الوقف على الفقراء، ولا الاستعمال بالإذن فقط.

وقد اختلف ههنا عباراتهم، ففي «الخلاصة» و«البزازية»: ولو جعل أرضه مقبرة.. لا يصح ما لم يسلم، والتسليم: أن يأذن الناس بأن يقبروا فيها الميت، وكذا الرباط والحوض والسقاية.. لا يصح ما لم يسلم، والتسليم: أن يأذن الناس بالنزول فيه والاستقاء منه فنزلوا واستقوا منه ودفنوا مرة.. كفى. انتهى.

والذي ظهر منه: أن استعمال الناس مرة واحدة بالإذن يكفي في اللزوم، ولا حاجة إلى التسليم إلى المتولي، وهكذا في «الإسعاف»، إلا أنه قال: تسليم كل شيء بما يليق به، ففي المقبرة: يحصل بدفن واحد فصاعداً بإذنه، وفي السقاية: بشرب، وفي الخان: بنزول واحد من المارة بإذنه.

هذا في المقبرة والسقاية والخان الذي ينزل المارة كلّ يوم، وأما السقاية التي يحتاج إلى صب الماء فيها والخان الذي ينزله الحاج بمكة والغزاة بالثغر.. فلا بد فيها من التسليم إلى متول خاص؛ لأن نزولهم يكون في السنة مرة، فيحتاج إلى من يقوم بمصالحه، وإلى من يصب الماء [٧٦١/ب] فيها. انتهى.

ففيه فرق بين ما يحتاج فيه إلى التسليم إلى المتولي، وبين ما لا يحتاج إليه كما ترى.

قال في «الفتاوى القدرية» نقلا عن «المحيط البرهاني»: قال محمد: إذا جعل أرضه مقبرة للمسلمين.. جاز، وليس له أن يرجع فيها بعد تمامها، وتمامها: أن يقبر فيها إنسان واحد بإذنه أو أكثر من ذلك، وهل يتم بالتسليم إلى المتولي؟

لا رواية فيه عن أصحابنا، وقد اختلف المشايخ فيه.

وكذلك إذا جعلها خاناً للمارة من المسلمين وخلّى بينهم وبينها؛ فإذا نزلها بإذنه واحد أو أكثر... فلا سبيل له بعد ذلك عليها، وإن مات.. لم يكن شيء من ذلك ميراثاً.

وإذا سلّمها إلى المتولي.. يتم بالقبض ذكره محمد في «الأصل»؛ فعلى قول من قال في مسألة المقبرة: «لا يتم بالتسليم إلى المتولي».. يحتاج إلى الفرق بين المقبرة والخان.

والفرق: أن المقبرة لا يكون لها متولّ في العادة، فلا يعتبر قبضه، بخلاف المال، وكذلك السقاية يجعلها في أرضه فيسقون ويشربون ويتوضؤون، فشرب منها إنسان أو سلّمها إلى المتولي.. فليس له أن يرجع بعد ذلك عنه، وكذلك الحوض والبئر يجعله في أرضه. انتهى.

والذي ظهر منه: أن التسليم إلى المتولّي يكفي في لزوم وقفية هذه الأشياء بدون استعمال الناس، وهكذا ذكره صاحب «المجمع» في شرحه؛ حيث قال: ولو

وَشُرِطَ لِتَمامِهِ ذِكْرُ مصرِفٍ مَؤَبَّدٍ وَعند أَبِي يُوسُفَ: يَصِحُّ بدونه.

سلم هذه الأشياء إلى المتولي.. جاز ولزم؛ لأن فعله ينوب مناب الموقوف عليه، فالمصنف جمع بين الأمرين.

ويحتمل أن يكون مراده بقوله: «إذا سلمه إلى متول»: بالنسبة إلى الوقف على الفقراء.

وبما بعده من قوله: «واستقى الناس»: بالنسبة على الأشياء المذكورة.. فحينئذٍ ينطبق كلامه على ما ظهر من «الخلاصة» و«البزازية».

(وشرط لتمامه ذكر مصرف مؤبّد)، هذا عند محمد، وأبو حنيفة معه، وذلك لأن الوقف تصدّق بالمنفعة، وذلك قد يكون موقتاً، وقد يكون مؤبداً، فمطلقه: لا يدل على التأبيد، فلا بدّ من التنصيص عليه؛ مثل أن يقول: «وقفت على كذا، ثم على الفقراء»، وأشار بلفظ الذكر إلى ما في «الإسعاف» وغيره من أن الخلاف بين محمد وأبي يوسف في اشتراط التأبيد وعدمه: إنما هو في التنصيص عليه، أو على ما يقوم مقامه؛ كالفقراء ولفظ الصدقة.

وأما التأبيد معنى: فشرط اتفاقاً على الصحيح.

(وعند أبي يوسف: يصح بدونه) [٧٦٢/أ] أي: بدون ذكر مصرف مؤبّد؛ لأن لفظ الوقف ينبئ عنه؛ لأنه إزالة الملك بدون التمليك؛ كالعتق عنده، فلا حاجة إلى ذكر لفظه والتنصيص عليه، فلو قال: «داري هذه موقوفة».. يكون وقفاً على الفقراء عند أبي يوسف، وهو قول عثمان البتي، وعليه الفتوى على ما تقدّم، ولا يكون وقفاً عند محمد وهلال، ومعه أبو حنيفة، والوجه: ما ذكرناه، قال في «شرح المجمع»: إنّ هذا الخلاف فيما إذا وقف مطلقاً أو على شخص بعينه ولم يذكر معه اسم الله تعالى أو لفظ الصّدقة، حتى لو قال: هذه موقوفة لله تعالى، أو قال: هذه صدقة موقوفة على فلان.. جاز الوقف اتفاقاً؛ لأن المراد من ذكر الله تعالى: أن يكون للفقراء عادة، وكذا عرف من ذكر الصدقة: أنه أراد به الوقف على الفقراء دلالة؛ لأن الصّدقة إنما تكون

وَإِذا انْقَطَعَ.. صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ.

للفقراء، فذكر فلان ليدلّ على أنه يختص بالغلة ما دام حيّاً، فمتى مات. تصرف على الفقراء. انتهى.

والذي ظهر منه: أن محلّ الخلاف بين أبي يوسف ومحمّد صورتان:

إحداهما: أنه لو قال: «هذه موقوفة» ولم يزد عليه.. يكون وقفاً عليه عند أبي يوسف، لا عند محمد.

والثانية: أنه لو قال: «هذه موقوفة على فلان» ولم يزد عليه.. يكون وقفاً عند أبي يوسف، لا عند محمّد.

وقد صرّح في «قاضي خان» وغيره من الفتاوى: أن في الصورة الثانية لا يكون وقفاً باتفاق أبي يوسف ومحمد وهلال، وفرّق أبو يوسف بين الصورتين وقال: إن في الأوّل لم يذكر الموقوف عليه، فيكون وقفاً على الفقراء؛ عملاً بإطلاق لفظ الوقف، وفي الثاني: ذكر معيناً، فلا يكون وقفاً، بل تمليكاً له في حياته، وبعد موته.. ينتقل إلى ملك الواقف، وقد ذكرناه.

(**وإذا انقطع**) الموقوف عليه (.. **صرف إلى الفقراء**)، وإن لم يذكر في اللفظ تحقيقاً للتأبيد؛ لأن لفظ الوقف يدل عليه؛ لأن مصرفه هو الفقراء، وجهة الفقراء لا تنقطع، فلا حاجة إلى الذكر.

لا يخفى عليك: أن الخلاف بينهما في صورة واحدة؛ أعني: أنه لو قال: هذه موقوفة على ما ذكرناه آنفاً، والوقف في هذه الصورة يكون للفقراء ابتداء لا بعد انقطاع الموقوف عليه، فالأولى: أن يحذف «إذا انقطع» ويقول: «ويصرف إلى الفقراء».

وإنما يستقيم [٧٦٢/ب] هذا فيما لو قال: «هذه موقوفة على فلان، ثم إلى الفقراء»، أو قال: «صدقة موقوفة على فلان»؛ لأنه إنما يصرف إلى الفقراء في هاتين

وَصَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وقفُ الْمشَاعِ، وَجعلُ غلَّةِ الْوَقْفِ أَوِ الْوِلَايَةِ لنَفسِهِ، وَجعلُ الْبَعْضِ أَوِ الْكلِّ لأُمَّهاتِ أَوْلَادِهِ أَو مدبَّرِيهِ مَا داموا أَحيَاءً، وبعدَهُم للْفُقَرَاءِ.

وَشُرِطَ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ غَيرَهُ إِذا شَاءَ، خلافًا لمُحَمَّدٍ فِي الكلّ.

الصورتين بعد انقطاع المعين بالموت، لكنه لا خلاف بينهما في هاتين الصورتين في صحة الوقف على ما ذكرناه.

(**وصحّ عند أبي يوسف وقف المشاع**)، وعليه الفتوى.كما في «المضمرات».

وفي «البزازية»: والفتوى على قول محمد في وقف المشاع.

(**وجعل غلة الوقف أو الولاية لنفسه، وجعل البعض أو الكل**) من الغلة (**لأمّهات أولاده أو مدبّريه ما داموا أحياء، وبعدهم للفقراء، وشُرِطَ: أن يستبدل به غيره إذا شاء، خلافاً لمحمد في الكلّ**).

أما المشاع: فالخلاف فيه مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف إلى المتولي وقبضه، وعدم اشتراطه، فلمّا شرطه محمد.. قال بعدم صحة وقف المشاع؛ لأن القسمة من تمام القبض، ولا بد من القبض عنده، فكذا ما هو من تمامه.

ولما لم يشترطه أبو يوسف.. قال بصحته؛ لأنه لمّا لم يشترط القبض عنده.. فكذا ما هو من تمامه.

فمن أخذ بقول أبي يوسف.. في خروجه بمجرد اللّفظ، وهم مشايخ بلخ.. أخذ بقوله ههنا؛ أي: وقف المشاع أيضاً.

ومن أخذ بقول محمد في تلك، وهم مشايخ بخارى.. أخذ بقوله ههنا أيضاً.

وألحقه محمد بالهبة والصدقة المنجزة؛ أي: المسلمة إلى الفقير؛ فإنها لا تصح مشاعاً بدون القسمة، فكذا الوقف؛ لأنه الصدقة المستمرة.

وفرّق أبو يوسف: بأن اشترط القبض في الهبة والصدقة المنجزة؛ لما فيهما من التمليك للغير، وأما الوقف.. فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه، وإنما هو إسقاط الملك كالعتق، فلا موجب فيه لاشتراط القبض.

وهذا الخلاف فيما يحتمل القسمة، وأما ما لا يحتملها كالحمام والرحى والبيت الصغير.. فيجوز وقفه بالاتفاق شيوعاً بلا قسمة؛ لأنه لو قسم قبل الوقف.. فات الانتفاع، فاكتفي فيه بتحقق التسليم في الجملة، إلا في المسجد والمقبرة.. فإنهم اتفقوا على عدم جواز وقف المشاع مسجداً أو مقبرة؛ سواء كان يحتمل القسمة أو لا يحتملها؛ لأن الشيوع مطلقاً يمنع خلوص الحق لله تعالى، ولأن جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه إلى التهايؤ، والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح، وهو: أن يكون المكان مسجداً سنة، وإصطبلاً للدواب [٧٦٣/أ] سنة، ومقبرة سنة، ومزرعة سنة.

ثم محلّ الخلاف - أعني: ما يحتمل القسمة - لو رفع الأمر فيه إلى القاضي فقضى بجوازه.. يجوز عند الكلّ؛ لأن قضاء القاضي في المجتهد فيه يرفع الخلاف.

ثم إن طلب بعضهم القسمة من القاضي بعد الحكم بصحته.. فقال أبو حنيفة: لا يقسم القاضي، بل يأمرهم بالمهايأة.

وقال صاحباه: يقسم؛ فلو وقعت بعد القسمة قطعة من الأرض في نصيب الواقف.. يتعين تلك القطعة للوقف، ولا يحتاج إلى إعادة الوقف فيها.

ولو دفعها بعد القسمة أيضاً.. لكان أحوط.

هذا إذا كانت الأرض مشتركة بينه وبين غيره، وإن كانت الأرض كلّها له ووقف نصفها.. ينبغي أن يبيع النصف بعد ذلك، ثم يقسمان؛ فإن لم يبع، ولكن رفع الأمر إلى القاضي فأمر القاضي رجلا بالقسمة معه.. جاز ذلك.

ولو أن قرية بعضها وقف على قول من يرى وقف المشاع، وبعضها أرض مملكة، وبعضها ملك، فأرادوا قسمة بعضها ليتعين الملك فيجعلوها مقبرة؛ قالوا: إن أرادوا قسمة موضع من هذه القرية.. لا يجوز؛ لأن المقصود من القسمة تمييز الوقف من غيره، وبهذه القسمة لا يتعين الملك من الوقف؛ فإن أرادوا قسمة كل القرية على مقدار نصيب كلّ فريق.. جازت القسمة؛ لأن هذه القسمة تفيد التمييز بين الوقف وغيره.

حانوت بين شريكين، وقف أحدهما نصيبه، وأراد الواقف أن يضرب لوح الوقف على بابه، فمنعه الشريك.. ليس له أن يضرب اللوح؛ لأن ذلك تصرف في محلّ مشترك؛ فأن رفع الأمر إلى القاضي فأذن القاضي بذلك.. جاز؛ صيانة للوقف عن البطلان.

هذا كله إذا كان بعض الأرض ملكاً والبعض الآخر وقفاً؛ فإن كان الكلّ وقفاً على الأرباب فأرادوا القسمة.. لا يقسم بينهم؛ لأن حقهم في المنفعة لا في العين، وكذا لا يتهيأ، حتى لو كان رجل وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو سكنى ولده ونسله ماتناسلوا؛ فإذا انقرضوا كانت غلتها للفقراء.. جاز الوقف على شرطه، وليس لأحد من الموقوف عليه السكنى أن يكريها، ولو زادت على قدر حاجة سكناه.

نعم، له الإعارة لا غير، ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم.. ليس لهم إلا سكناه فقط على عددهم، ولو كانوا ذكوراً [٧٦٣/ب] وإناثاً؛ إن كان فيها حجر ومقاصير.. كان للذكور إن يسكنوا نسائهم معهم، والإناث أن يسكنّ أزواجهنّ معهن.

وإن لم يكن فيها حجر.. لا يقسم بينهم، ولا يقع فيها مهايأة، وإنما سكناه لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم.

هذا في قسمة الوقف الواحد على أربابه، وأما قسمة وقف عن وقف آخر.. فهل تجوز؟

ففي «فتاوى ابن نجيم»: أن قسمة وقف من وقف آخر إذا كان فيها مصلحة.. يجوز، لكن إن كان لكلّ وقف ناظر.. فيقاسمان فيأخذ كلّ ناظر وقفه، وإن كان تحت ناظر واحد.. يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسم قسماً فيقاسمه.

وقال في «القنية» بعلامة أبي حامد: ضيعة موقوفة على الموالي.. فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة، لا قسمة تملك.

وفيها أيضاً، بعلامة ظهير الدين المرغيناني: أرض وقف بينهما، قسماها وأجر أحدهما حصته.. فالأجر بينهما.

وقيل: للمؤجر.

وفي «المحيط»: إذا اقتسم الموقوف عليهم الأرض الموقوفة عليهم.. فلأحدهم إبطالها.

ثم المانع على قول محمد عن جواز الوقف: هو الشيوع وقت قبض المتولي لا وقت العقد، حتى لو كانت الأرض بين رجلين فتصدقا بها صدقة على الفقراء أو على وجوه البر غير الفقراء، ودفعاها إلى متولٍ.. كان جائزاً بالاتفاق؛ إذ لم يوجد فيه شيوع أصلاً لا وقت العقد - لأنهما وقفا معاً - ولا وقت القبض؛ لأنهما سلما معاجلة.

ولو تصدق كل واحد منهما بنصف هذه الأرض مشاعاً صدقة موقوفة وجعل كل واحد منهما لوقفه متولياً على حدة.. لا يجوز عنده؛ لوجود الشيوع وقت العقد؛ لأن كل واحد منهما باشر العقد على حدة، وتمكن الشيوع وقت القبض أيضاً؛ لأن كل واحد من المتوليين قبض نصفاً شائعاً.

وإن قال كل واحد منها لمتوليه في نصيبه: اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي.. يجوز.

ولو تصدق أحدهما نصيبه من الأرض صدقة موقوفة على الفقراء، ثم تصدق الآخر نصيبه صدقة موقوفة على الفقراء، وجعلا لذلك متولياً واحداً.. جاز؛ لأنه وإن

كان وجد الشيوع وقت العقد، ولكن لم يوجد وقت القبض؛ لأن المتولي قبض الأرض جملة، وهما سلما إليه جملة.

ولو وقف داره واستحق جزء شائع منها.. بطل الوقف عند محمد؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارناً بالوقف كما في الهبة إذا وهب الكل، ثم استحق بعضه.. بطلت [٧٦٤/أ] الهبة.

بخلاف ما لو وهب الكلّ، ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل، ولا يخرج من الثلث؛ فإنه لا يبطل الباقي؛ لأن الشيوع طارٍ، وإذا بطل الوقف في الباقي.. رجع إلى الواقف لو كان حياً، وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته.

ولو كان المستحق جزءاً معيناً.. لم يبطل الوقف في الباقي؛ لعدم الشيوع، ولهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط.

وأما جعل غلّة الوقف كلّها أو بعضها لنفسه.. فهو جائز عند أبي يوسف، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهري.

ولا يجوز على قياس قول محمد، وهو قول هلال الرازي والشافعي ومالك.

قال الصدر الشهيد: الفتوى على قول أبي يوسف؛ ترغيباً للناس في الوقف، وبه أخذ مشايخ بلخ.

ومن صور اشتراط الغلة لنفسه: ما لو قال: على أن يقضي دينه من غلته، أو قال: إذا حدث عليّ الموت وعلي دين.. يبدأ من غلّة هذا الوقف لقضاء ما علي، فما فضل.. فعلى سبيله.

وفي وقف الخصّاف: إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلّة هذا الوقف، فجاءت غلّته فباعها وقبض ثمنها، ثم مات قبل أن ينفق ذلك.. هل يكون ذلك لورثته أو لأهل الوقف؟ [قال: يكون لورثته]؛ لأنه قد حصل وكان له، ثم

اختلفوا؛ فمنهم من قال: إنّ هذا الخلاف مبني على الخلاف في اشتراط القبض وعدم اشتراطه، فلا يشترطه محمّد مع اشتراط الغلة كلّها أو بعضها لنفسه؛ لأنه حينئذ لا تنقطع حصته فيه، وهو يمنع قبض المتولي، ولما لم يشرطه أبو يوسف.. لم يمنعه.

ومنهم من قال: إنه مسألة مبتدأة غير مبنية على الخلاف المذكور.

فوجه محمد على هذا التقدير: أن الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة أو للسكنى، فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله؛ لأن التمليك لنفسه لا يتحقق، فصار كالصدقة المنعدمة؛ لأنها لم تجز مع اشتراط بعض ما يتصدق به لنفسه، فكذا في الصدقة الموقوفة.

ولأبي يوسف: ما روي أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته، والمراد: صدقته الموقوفة.

ولا يحلّ الأكل منها إلا بالشرط؛ فإن الإجماع على أن الواقف إذا لم يشترط لنفسه الأكل منها.. لا يحل له أن يأكل منها [٧٦٤/ب] بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا شرطه. كذا في «فتح القدير».

ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى؛ فإذا اشرط الكل أو البعض لنفسه.. فقد جعل ما كان لله تعالى لنفسه، لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه.

وأما جعل التولية لنفسه.. فقد نصّ فيه القدوري على قول أبي يوسف؛ حيث قال: أو جعل الولاية لنفسه.. جاز على قول أبي يوسف، وهو قول هلال أيضاً.

وجعله في «الهداية» ظاهر المذهب.

وذكر هلال في وقفه فقال: وقال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه.. كانت الولاية له، وإن لم يشترط.. لم يكن له ولاية، وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف؛ لأن له ولاية على قوله؛ شرط أو سكت.

ولا على قول محمد أيضاً؛ لأن التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف عنده، فكيف يصح أن يشترط الواقف الولاية لنفسه، وهو يمنع التسليم إلى المتولي؟

فأوّله بعض مشايخنا وقالوا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد؛ لأن من أصله: أنّ التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف؛ فإذا سلّمه إليه.. لم يبق له ولاية فيه، معناه: إذا سلمه إليه ولم يشترط لنفسه.. لم يبق له ولاية.

وأما إذا سلمه إليه وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه قبل التسليم.. كان له الولاية بعدما سلمه إلى المتولى.

ومن تأويلهم هذا أخذوا وقالوا: إن شرط التولية لنفسه لا يجوز عند محمد، ويدلّ على هذا التأويل: ما ذكره في «قاضي خان»، وقال: ذكر محمد في «السير»: إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم.. لا يكون له الولاية بعد ذلك، إلا أن يشترط الولاية لنفسه.

وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف.. فليس له ولاية بعد التسليم.

ثم قال: وهذه المسألة بناء على أن عند محمد: التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف، فلا يبقى له ولاية بعد التسليم، إلا أن يشترط الولاية لنفسه.

وأما على قول أبي يوسف التسليم على المتولي ليس بشرط.. فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه.

وقال بعض مشايخنا: معنى ما ذكره هلال من لفظة: «إن شرط الولاية لنفسه فهي له»: أنه إذا شرط الولاية لنفسه.. يسقط شرط التسليم عند محمد أيضاً؛ لأن شروط الواقف تراعى ومن ضرورته سقوط التسليم.

ثم وجه أبي يوسف: أن المتولي إنما يستفيد الولاية [٧٦٥/أ] من جهته بشرط له، فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه، ولأنه أقرب الناس إلى الواقف،

فكان أولى بولايته؛ كمن أعتق عبداً.. كان الولاء له، وكمن اتخذ مسجداً.. كان أولى بعمارته ونصب الإمام والمؤذن؛ لأنه أقرب الناس إليه على ما ذكره الإسكاف.

وقال أبو نصر: نصب الإمام والمؤذن على أهل المحلّة.

ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف.. فللقاضي أن يخرجه نظراً للفقراء، كما أن له أن يخرج الوصي نظراً للصغار؛ لأنه إذا كان غير مأمون.. لا يلتفت إلى شرطه؛ لأنه شرط يخالف لحكم الشرع.. فيبطل.

وصرّح بأن ما يخرج به الناظر: ما إذا ظهر به فسق؛ كشرب خمر ونحوه. كذا في «فتح القدير».

أما جعلها لأمّهات أولاده أو مدبريه ما داموا أحياء.. فاختلف فيه؛ فمنهم: من جعله خلافياً بين أبي يوسف ومحمد، كما جعلها لنفسه، وصحّحه صاحب «الهداية».

وقيل: جعل الغلة لأمّهات أولاده أو مدبريه صحيح بالاتفاق، واختاره في «فتاوای قاضي خان» و«المحيط» و«الذخيرة» و«التتمة» و«المبسوط».

وفي «فتح القدير»: وهو الأصح.

والمصنف اختار ما صحّحه صاحب «الهداية».

وأما شرط الاستبدال.. فهو أن يشترط الوقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك أو يبيع ويشتري بثمنها أرضاً أخرى؛ فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

فقال أبو يوسف وهلال - وهو قول الخصاف -: الوقف والشرط جائزان.

وقال محمد وأبو يوسف بن خالد السمني: الوقف صحيح والشرط باطل.

وقال بعضهم: كلاهما فاسدان.

وفي «قاضي خان»: والصحيح: قول أبي يوسف؛ لأن هذا شرط لا يبطل حكم الوقف؛ فإن الوقف مما يحتمل الانتقال من أرض إلى أرض أخرى، وتكون الثانية

قائمة مقام الأولى؛ فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة.. يضمن قيمتها ويشتري بقيمتها أرضاً أخرى فتكون الثانية وقفاً على وجه الأولى، وكذلك أرض الوقف إذا قلّ نزلها لآفة وصارت بحيث لا تقبل الزراعة، ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى.. فصح شرط ولاية الاستبدال.

وإن لم يكن للحال ضرورة داعية إلى [٧٦٥/ب] الاستبدال، يعني أن الشرط المذكور لما لم يكن مخالفاً لحكم الوقف وهو التأبيد.. لم يكن فاسداً، بل هو تأبيد للوقف؛ لأنه إثبات وقف آخر بدل الأول كما في الصورتين المذكورتين.

ثم قال في «قاضي خان»: أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف.. يصح الشرط والوقف، ويملك الاستبدال.

أما بدون الشرط.. أشار في «السير» إلى أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك.

ولا يخفى عليك أن هذا الإجماع مخالف لما نقله أولاً من الاختلاف على ثلاثة أقوال، والتوفيق على ما ذكره في «فتح القدير»: أن محل الإجماع: كون الاستبدال للواقف بنفسه: إذا شرطه لنفسه، وللقاضي: فيما إذا لم يشترطه لنفسه.

ومحلّ الخلاف: هو أصل الاستبدال.

أقول: كيف يتصور هذا الإجماع بعد الخلاف في أصل الاستبدال؟

بقي ههنا شبهة، وهي: أن الاستبدال؛ أما عن شرط الواقف.. فهو جائز أيضاً للواقف، وفي «فتح القدير»: ينبغي أن لا يختلف في جوازه، فما معنى ما في «السير» من أنه إذا لم يشترط الاستبدال لا يملكه إلّا القاضي.. فالجواب عنها: أن الاستبدال؛ أما عن شرط الواقف أو لا عن شرطه.. فحينئذ؛ أما إن يكون لضرورة كما في الصورتين المذكورتين، أو لا لضرورة، بل يستبدله لما هو خير منه مع كونه منتفعاً

به، وهذا القسم الثالث هو محمل ما في «السير» على ما صرح به في «فتح القدير»؛ لأنه إذا لم يشترط الاستبدال ولم يكن فيه ضرورة.. فينبغي أن لا يجوز الاستبدال بمجرد زيادة أخرى؛ إذ لا موجب للاستبدال هنا؛ لأن الموجب في الأول: هو الشرط، وفي الثاني: هو الضرورة ولم يوجد شيء منهما في هذا؛ إذ لا تجب الزيادة فيه، بل الواجب إبقاؤه كما كان.

بخلاف القاضي؛ فإنه إذا رأى في الاستبدال مصلحة.. يجوز له الاستبدال؛ لأن ولايته عامّة.

هذا ما ذكره في «فتح القدير»، وفيه بحث؛ لأن الظاهر منه: أنّ للواقف أن يستبدل بلا شرط الاستبدال فيما مسته الضرورة كما في الصورتين المذكورتين في «قاضي خان»، وهو مخالف لما ذكره في «قاضي خان» بعد أسطر، قال: ولو كان الوقف مرسلاً ولم يذكر فيه شرط الاستبدال.. لم يكن له أن يبيعها ويستبدل بها، وإن كانت أرض الوقف سبخة لا ينتفع بها؛ لأن سبيل [٧٦٦/أ] الوقف أن يكون مؤبداً لا يباع، وإنما يثبت ولاية الاستبدال بالشرط، فبدون الشرط.. لا يثبت. انتهى.

ويمكن أن يقال: إن المراد بما ذكره «قاضي خان» أولاً في الصّورتين: أنه يجوز للواقف الاستبدال بإذن القاضي، وإن لم يشترط الاستبدال لنفسه كما في الصورتين، وبما ذكره ههنا عدم الجواز بدون إذن القاضي، أو يحمل ما ذكره أوّلاً على ما قل نزلها بآفة، وما ذكره ههنا: على ما كانت سبخة حين وقف، وبهذا يحصل التوفيق بين كلامي «قاضي خان»، ويبقى البحث على ما في «فتح القدير».

هذا، ثم الواقف إذا استبد له مرّة.. فهل له أن يستبدله مرة أخرى؟ قالوا ليس له ذلك؛ لأن هذا حكم ثبت بالشرط، والشرط انتهى بمرة، إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً.

وكذا ليس للقيم الاستبدال، إلا أن ينص له ذلك، ولو قيّد بشرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف.. ليس له أن يستبدل بعد موته.

وصحَّ وقفُ الْعَقَارِ.

ولو قال: على أن أبيعها بقليل أو كثير، أو على أن أبيعها وأشتري بثمنها عبداً.. نص هلال على فساد هذا الوقف؛ كأنه قال: على أن أبطلها؛ لأنه شرط ولاية الإبطال.

ولو قال: على أن أبيعها وأشتري بثمنها أرضا أخرى.. جاز استحساناً.

وليس له أن يجعل البدل داراً، وكذا العكس.

ولو قال: بأرض من البصرة.. ليس له أن يستبدل من غير البصرة؛ لأن الأماكن فيه تختلف بجودة الأرض.

وفي «فتح القدير»: وينبغي إن كانت أحسن: أن يجوز؛ لأنه خلاف إلى خير.

ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئاً.. استبدل ما شاء من العقار خاصة، ثم إذا اشترى الأرض الثانية أو الدار.. تصير الثانية وقفاً بشرائط الأولى بلا حاجة إلى مباشرة الوقف أصالة في الثانية؛ كالعبد الموصى بخدمة الإنسان إذا قتل خطأً وأخذ قيمته واشترى بها عبداً آخر.. ثبت حق الموصى له في الخدمة فيه من غير تجديد.

وكذا المدبّر إذا قتل خطأً وأخذ المولى قيمته.. يؤمر أن يشتري عبداً آخر فيدبره وينتقل حكمه الأول إلى بدله، كذلك ههنا.

(وصح وقف العقار) بالاتفاق؛ لأن جمعاً من الصّحابة أوقفوه، والعقار: هو الأرض مبنية كانت أو غير مبنية.

ويدخل البناء في وقف الأرض تبعاً لها، فيكون وقفاً معها [٧٦٦/ب].

وفي دخول الشجر في وقف الأرض روايتان، على ما صرّح به في «الخلاصة»، وذكر في «قاضي خان»: تدخل الأشجار والبناء في وقف الأرض كما يدخل في البيع، ولم يفرق بين الأشجار والبناء.

ويدخل الشرب والطريق استحسانا؛ لأن الأرض لا توقف إلّا للاستغلال، وذلك لا يكون إلا بالماء والطريق.. فيدخلان في الوقف كما في الإجارة.

وَكَذَا الْمَنْقُولِ الْمُتَعَارفِ وَقْفُهُ عِنْدَ محمَّدٍ؛ كالفأْسِ، والمَرّ، والقَدُومِ، والمِنشَارِ، والجنازَةِ، وثِيابِها، والقُدورِ، والمَراجلِ، ....

وكذا يدخل مسيل الماء على ما في «الخلاصة»، والوجه: ما ذكر.

ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف؛ سواء كانت مما تؤكل أو لا تؤكل؛ كالورد والرياحين.

ولو قال: وقفتها صدقة موقوفة بحقوقها وجميع ما فيها ومنها.. قال هلال: في القياس: يكون الثمر للواقف ولا يدخل في الوقف، ولكن في الاستحسان: يلزمه التصدق بها على وجه النذر؛ لأنه لما قال.. صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها.. فقد تكلم بما يوجب التصدق، ولا يدخل الزرع فيها إلا ما كان له أصل لا يقطع في سنة، كذا في «فتح القدير».

وفي «الخلاصة»: وقف أرضاً وفيها زرع.. لا يدخل الزرع في الوقف، كما لو وقف ضيعة فيها الثيران والعبيد ولم يذكر الثيران والعبيد في الوقف، قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

وقال أبو بكر الإسكاف: إن لم يكن للزرع قيمة يوم الوقف.. دخل، وإلا.. فلا، ما لم يذكره. (**وكذا**) صح وقف (**المنقول المتعارف وقفه عند محمد؛ كالفأس**)، وهو: آلة من حديد يقطع بها الأشجار.

(**والمرّ**): آلة من حديد يحفر بها الأرض.

(**والقدوم**): آلة من حديد للنجار.

(**والمنشار**): كذلك.

(**والجنازة**): صندوق يوضع فيه الميت.

(**وثيابها**) أي: ثياب الجنازة.

(**والقِدر**): بكسر القاف معروف.

(**والمراجل**): آلة من حديد يقطع بها النبات والزرع.

والمَصاحِفِ، والكُتُبِ.

وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي وقفِ السِّلَاحِ والكُراعِ وَالْإِبِلِ فِي سَبِيلِ اللهِ. وَبِهِ يُفْتى.

وَكَذَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَقْفُهُ تَبعاً؛ كمن وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقرِها وأَكَرَتِها - وهم عبيدُهُ - وَسَائِرِ آلَاتِ الحراثةِ.

(**والمصاحف والكتب**)، وهو المختار، وقيل: لا يجوز وقف الكتب.

(**وأبو يوسف معه في وقف السلاح والكراع والإبل في سبيل الله، وبه يفتى**).

والقياس: أن لا يجوز وقف هذه الأشياء أصلاً كما هو قول أبي حنيفة؛ لما تقدم: أن التأبيد شرط في الوقف، ولا يتحقق التأبيد في الأشياء، لكنهم جوزوها استحساناً؛ للعرف والآثار المشهورة في هذه الأشياء، وبها يترك القياس.

قال في «القنية»: ولو وقف على أن يشتري بها الخيل والسلاح، فيحمل عليها، ويستعمل السلاح في [٧٦٧/أ] سبيل الله.. جاز ذلك.

فإن كان أمر أن يتصدق بالخيل والسلاح على محتاجي المجاهدين.. جاز التصدق بهم بعين الغلة كالخبز والثياب.

فإن شرط أن يسلّم الخيل والسلاح ليجاهد من غير تمليك ويسترد ممن أحبّ، ثم يدفع إلى من أحب.. جاز الوقف، ويستوي فيه الغني والفقير.

ولا يجوز التصدق بعين الغلة، ولا بالسّلاح، بل يشتري الخيل والسلاح ويبذلها لأهلها على وجهها؛ لأن الوقف وقع للإباحة لا للتمليك.

(**وكذا يصح عند أبي يوسف وقفه**) أي المنقول (**تبعاً**) للعقار، ومحمد معه؛ لأنه لما أجاز أفراد بعض المنقول بالوقف عنده.. فجوازه تبعاً أولى.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز، ولو تبعاً.

(**كمن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها**) جمع أكار (**وهم: عبيده**) أي: الزراع، (**وسائر آلات الحراثة**)؛ لأنها تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود، والشيء قد يثبت تبعاً

ولا يثبت قصداً؛ كالشرب في البيع، والبناء في الوقف.. فإنهما يدخلان فيهما تبعاً، ولا بد أن يسمّيهم حين وقف، وإلا.. فلا.

قال في «الخلاصة»: لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكر.. فإنه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف.

ثم لو مرض بعضهم فتعطل عن العمل؛ إن كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرّح بها.. فنفقتهم في الوقف، وإن لم يصرح به في مال الوقف.. فللقيم أن يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر ليعمل؛ كما لو قتل فأخذ ديته.. فعليه أن يشتري بها آخر.

هذا، وهل يصح وقف النقود؟

قلت: إن كان بطريق الوصية أو الإضافة إلى الموت؛ بأن قال: إذا مت.. فقد وقفت ألف درهم من مالي على كذا، ثم مات مصرّا.. يصح بالاتفاق.

وإلا.. فقد اختلفوا فيه؛ فعند زفر: أنه يصح مطلقاً أي: تعارف وقفه أو لا، على ما رواه الأنصاري عنه.

وقد نسب القول بصحة وقف النقود مطلقاً إلى ابن شهاب الزهري أيضاً، على ما نقله محمد بن إسماعيل البخاري في «صحيحه».

ولم ينقل صحة وقف النقود بدون الوصية أو الإضافة إلى الموت عن الأئمة الأربعة أبو حنيفة والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل.

وجعل مولانا شيخ الإسلام أبو السعود: «النقود» مندرجاً تحت لفظ النقود.

وكلمة «ما» الواقعة في كلام محمد وجزم بصحة وقفها بدون الوصية أو الإضافة إلى [٧٦٧/ب] الموت.. فيما يتعارف الناس وقفها.

وحمل ما ذكر في «البزازية» و«القنية» من صحة وقف الدراهم والدنانير بدون التقييد بالتعارف.. على المقيد بقيد التعارف، وقال: لأن القول بجوازه على الإطلاق بدون التعارف.. خارج عن أصول أئمتنا.

فإن قلت: كيف يصح وقف النقود، مع أنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، ومن شرط الوقف: الانتفاع به مع بقاء عينه؟

قلت: نزل بقاء أمثالها منزلة بقاء أعيانها، هذا خلاصة ما ذكره مولانا أبو السعود.

واعترض عليه بعض مشايخنا بما حاصله: أن القياس: عدم جواز وقف المنقول مطلقاً؛ لعدم تحقق التأبيد فيه، إلا أن محمداً يقول: إن القياس قد يترك بالتعارف والتعامل؛ كما في الاستصناع، وقد وجد التعامل في الأشياء المذكورة؛ أعني: الفأس والمر إلى آخره، فترك القياس فيها، وحكم بصحة وقفها، ولم يوجد في النقود تعامل يترك في القياس؛ لأن المراد بالتعامل الذي يترك به القياس ويخص به الأثر: هو التعامل العام الذي وجد في زمن المجتهدين، لا مطلق التعامل، ولا الخاص ببعض البلد، والتعامل الذي وجد في وقف النقود: هو التعامل الخاص ببعض البلد بعد زمن الإجماع، فلا يترك به القياس، فبقي وقف النقود على القياس، وهو عدم الجواز.

وما ذكر في «الفتاوى العتابية» وغيرها من صحة وقف النقود عند التعارف.. محمول على اختيار بعض المشايخ قول زفر من صحة وقف النقود عند التعارف.

وقد صرحوا في كتاب الإجارة في مسألة نسج الغزل بنصف المنسوج: عدم جواز ترك القياس بالعرف الخاص، أو يحمل على طريق الوصية.

فإن قلت: إن التعارف الخاص وإن لم يصلح أن يكون دليلاً شرعياً مستقلاً يترك به القياس.. لكن يجوز أن يعتبر للإلحاق بالتعامل الكلي الراجع إلى الإجماع؛

وَإِذا صَحَّ الْوَقْفُ فَلَا يُمْلَكُ وَلَا يُمَلَّكُ، إِلَّا أَنَّهُ يجوزُ قِسْمَةُ الْمَشَاعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

كاعتبارهم إياه في إلحاق وقف الكتب بالمصاحف، وإلحاق وقف البقرة بالمنشار في موضع التعارف الخاص بوقفهما.

أجاب عنه المعترض: بأن شرط الإلحاق المساواة بين الملحق والملحق به في العلة، والكتب مساو للمصحف في الحاجة إليه، وكذا البقرة مساو للمنشار فيها من كلّ وجه، بخلاف النقود.. فإنها لا تساوي إلا هذا أعني سائر المنقولات من كل وجه، ولو عند [٧٦٨/أ] التعارف؛ لأن الأصل: أعيان باقية لها منافع عند بقائها، فيتصدق عليها بعريف الوقف، بخلاف النقود؛ إذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها.

(وإذا صح الوقف) أي لزم وخرج عن ملك الواقف؛ بالقضاء على قول أبي حنيفة، وبمجرد القول على قول أبي يوسف، وبالقول والتسليم إلى المتولي على قول محمد **(.. فلا يُمْلَكُ)** أي لا يدخل في ملك أحد من الموقوف عليه؛ لأنه لو دخل في ملكه.. لجاز له إخراجه عن ملكه كسائر أملاكه، وانتقل إلى ورثته بعد موته، وليس كذلك بالاتفاق.

(ولا يُمَلَّكُ) من التمليك بالبيع أو الهبة أو غيرهما؛ لقوله ﷺ: «تصدق بأصلها، لا يباع ولا يوهب».

(إلّا أنه يجوز قسمة المشاع) أي إقراره عن الملك **(عند أبي يوسف)**، ومحمد معه.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز القسمة، بل يتهايؤون. له: أن القسمة في المشاع بعد صحة الوقف بحكم القاضي: مبادلة في غير المثليات، وذا لا يجوز في الوقف.

ولهما: أن القسمة تمييز وإفراز، لا بيع وتمليك، فيجوز، غاية الأمر: أن في غير المثليات - كالمكيل والموزون - معنى المبادلة غالب، إلّا أنا جعلنا الغالب في الوقف معنى الإفراز نظراً للوقف، فلم يكن تمليكاً.

وبِيدأُ مِنِ ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بعمارَتِهِ وَإِن لم يشترِطْها الْوَاقِفُ؛ ....

ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك.. فالواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي؛ لأن الولاية للواقف.

وبعد موته إلى وصيه، حتى لو قال: أرضي صدقة موقوفة، فلمّا مرض مرض الموت أوصى إلى رجل وجعله وصياً لنفسه، ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً.. كان ولاية الوقف إلى وصيه، وإذا ذكر أمر الوقف.. فبطريق الأولى.

وأما لو جعل ولاية الوقف إلى غيره في حياته، ثم مات الواقف.. بطلت ولاية المتولي عند أبي يوسف؛ لأنه وكيله لا وصيه، إلا أن يقول: ولاية الوقف إليه حال حياته وبعد وفاته؛ لأنه وصيه بعد موته.

وإن وقف نصف عقار خالص له.. فالذي يقاسم الواقف: هو القاضي أو من أمره القاضي؛ لئلا يكون الشخص الواحد مطالِباً ومطالَباً بالقسمة، أو يبيع نصفه الباقي من رجل، ثم يقاسم معه، ثم يشتري ذلك النصف من المشتري إن أراد.

(ويبدأ من ارتفاع الوقف) أي غلّاته **(بعمارته وإن)** وصلية **(لم يشترطها الواقف)**؛ لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً، ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة، فثبت شرط العمارة اقتضاء؛ كنفقة [٧٦٨/ب] العبد الموصى بخدمته؛ فإنها على الموصى له وإن لم يشترط؛ لأن الخراج بالضمان، والغرم بالغنم.

قال في «قاضي خان»: رجل جعل أرضه وقفاً على المساكين وقفاً صحيحاً، ولم يذكر العمارة.. فعمارتها تكون في غلة الأرض يبدأ من الغلة بالعمارة وبما يصلحها، وبخراجها ومؤنتها، ثم يقسم الباقي على المساكين.

فإن كان في الأرض الموقوفة نخل وخاف القيم هلاكها.. كان للقيم أن يشتري من غلّة الوقف فسيلاً فيغرسه كيلا ينقطع، ولو كانت قطعة من هذه الأرض سبخة لا تنبت شيئاً فتحتاج إلى رفع وإصلاح حتى تنبت.. كان للقيم أن يبدأ من جلة غلة الأرض في ذلك ويصلح القطعة.

وإن أراد القيم أن يبني في الأرض الموقوفة قرية لأكرتها وحفاظها ليجمع فيها الغلة.. كان له أن يفعل ذلك.

وكذا لو كان الوقف خاناً على الفقراء واحتاج إلى خادم يكسح الخان ويقوم به ويفتح بابه ويغلقه فيسلِّمَ بعضَ بيوته إلى رجلٍ أجرةً له.. كان له ذلك.

وإن أراد قيم الوقف أن يبني في الأرض الموقوفة بيوتاً يستغلّها بالإجارة.. ليس له ذلك؛ لأن استغلال الأرض بالزرع، إلا أن تكون الأرض متصلة ببيوت المصر يرغب الناس في استئجار بيوتها، وتكون غلّة ذلك فوق غلّة الزرع والنخل.. فحينئذٍ يكون له ذلك؛ لأن الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء، بخلاف ما إذا كانت الأرض الموقوفة بعيداً من بيوت المصر؛ فإن ثمة لا يكون للقيم أن يبني فيها بيوتاً للإيجار؛ لأن ثمة لا يرغب الناس في استئجار البيوت بأجرة تزيد على منفعة الزراعة.

وهل يجوز تأخير العمارة مع وجود الغلة؟

ففي «قاضي خان»: إذا اجتمع من غلّة أرض الوقف في يد القيم شيء، فظهر له وجه من وجوه البرّ، والوقف يحتاج إلى الإصلاح والعمارة أيضاً، ويخاف القيم أنه لو صرف الغلة إلى المرمة يفوته ذلك؛ فإنه ينظر:

إن لم يكن في تأخير إصلاح الأرض ومرمته إلى الغلة الثانية ضرر بيّن يخاف خراب الوقف.. فإنه يصرف الغلة إلى ذلك البر، ويؤخر المرمّة إلى الغلة الثانية.

وإن كان في تأخير المرمة ضرر بيّن.. فإنه يصرف الغلة إلى المرمة؛ فإن فضل شيء من ذلك.. يصرف على ذلك البر.

والمراد من وجه البرّ ههنا: وجه فيه تصدق بالغلة [٧٦٩/أ] على نوع من الفقراء نحو: فك أسارى المسلمين، أو إعانة الغازي المنقطع؛ لأن هؤلاء من أهل التصدق عليهم، فجاز صرف الغلّة إليهم.

فأمّا عمارة مسجد أو رباط أو نحو ذلك ممّا هو ليس بأهل للتمليك.. لا يجوز صرف الغلة إليه؛ لأن التصدق عبارة عن التمليك، فلا يصح إلّا ممن هو أهل التمليك. انتهى.

وهل يجوز للمتولي الاستدانة للعمارة إذا لم يكن فيه غلّة؟

ففي «قاضي خان» أيضاً: قيم الوقف إذا طلب منه الخراج والجباية، وليس في يده من غلة الوقف شيء، قال الفقيه أبو الليث القاسم: إن كان الواقف أمر بالاستدانة.. كان له أن يستدين، وإن لم يأمره بالاستدانة فاستدان.. كان ذلك من ماله، ولا يرجع في غلّة الوقف.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا استقبله أمر ولم يجد بداً من الاستدانة.. ينبغي أن يستدين بأمر الحاكم، ثم يرجع في الغلة؛ لأن للقاضي ولاية الاستدانة على الوقف.

وذكر الناطفي: إذا أراد القيم أن يستدين ليجعل ذلك في ثمن البذر للزراعة في أرض الوقف؛ إن فعل ذلك بأمر القاضي.. كان له ذلك عند الكل؛ لأن القاضي يملك الاستدانة؛ فإذا أمر القيم بذلك.. صح أمره؛ أما القيم.. فلا يملك الاستدانة.

قال: وتفسير الاستدانة على الوقف: أن يشتري للوقف شيئاً، وليس في يده شيء من غلات الوقف، فاشترى للوقف شيئاً ونقد الثمن من مال نفسه.. ينبغي أن يكون له أن يرجع بذلك في غلة الوقف، وإن لم يكن ذلك بأمر القاضي كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه.. كان له أن يرجع بذلك على الموكل.

ثم ذكر في «قاضي خان»: حوانيت مال بعضها على بعض، والأول منها وقف، والباقي ملك، والمتولي لا يعمر الوقف؟! قال الفقيه أبو القاسم: إن كان للوقف غلة.. كان لأصحاب الحوانيت التي هي ملك أن يأخذوا القيم ليسوي الحائط المائل من غلة الوقف، وإن لم يكن غلة في يد القيم.. رفعوا الأمر إلى القاضي ليأمر القاضي القيم بالاستدانة على الوقف في إصلاح الوقف.

وليس للقيم أن يستدين بغير أمر القاضي.

وتفسير الاستدانة: أن لا يكون للوقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة؛ أما إذا كان للوقف غلة وأنفق من مال نفسه لإصلاح الوقف.. كان له أن يرجع [٧٦٩/ب] بذلك في غلة الوقف. انتهى.

فظهر منه: أن استدانة المتولي للوقف لا بد وأن يكون بأمر الواقف أو بأمر القاضي، وإلا.. فلا يرجع على الوقف بشيء مما استدانه للوقف.

وأما لو أنفق على الوقف من مال نفسه بلا أمر واحد من الواقف أو القاضي، وفي الوقف غلة.. فإنه يرجع به على الوقف ما لم يتبرع على الوقف؛ لأنه ليس باستدانة على الوقف، فلا يحتاج فيه إلى أمر القاضي أو الواقف؛ لأن الاستدانة لا تكون إلا عند الضرورة؛ لعدم الغلة، قال في «الذخيرة»: إذا احتاج الوقف إلى العمارة، وليس في يد القيم ما يعمرها.. فليس له أن يستدين على الوقف؛ لأن الدين لا يجب إلا في الذمة، وليس للوقف ذمة، والفقراء وإن كانت لهم ذمة.. إلا أنهم لكثرتهم لا يتصور مطالبتهم، فما استدانه القيم ليس إلا عليه، ولا يرجع به على الوقف.

وأجاب عنه الفقيه أبو جعفر: بأن القياس هذا، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة؛ نحو: أن يحتاج الوقف إلى العمارة والإصلاح وليس فيه غلة، فيستدين بأمر القاضي، أو طالبه السلطان بالخراج وليس فيه غلة؛ فإنه يستدين له.

هذا في الاستدانة لعمارة الوقف وإصلاحه، وهل يستدين للإمام والخطيب والمؤذن؟

ففي «البحر»: أنه يستدين لهم؛ لكونهم من مصالح المسجد، ويدل عليه ما ذكره في «جامع الفصولين»: الاستدانة لضرورة مصالح الوقف تجوز بأمر الواقف أو

إِن وُقِفَ على الْفُقَرَاءِ.

وَإِن على مُعَيَّنٍ.. فَعَلَيهِ.

القاضي، وهل يستدين للحصير والزيت؟ فعلى أنها من المصالح: يستدين، وإلا.. فلا، ففي «البحر»: أن الراجح أنهما من مصالح المسجد، فيستدين بإذن القاضي.

والمدرس من مصالح المدرسة على ما في «الحاوي».

وهل يجوز للمتولي صرف شيء من مال الوقف إلى كتبة الفتوى ومحاضر الدعوى لاستخلاص الوقف؟

ففي «البحر»: أنه يجوز له ذلك.

وهكذا في «القنية» أيضاً.

وهل له الإسراج؟

ففي «القنية»: وإسراج السرج الكبيرة في السكك والأسواق ليلة البراءة بدعة، وكذا في المساجد، ويضمن القيم إذا أسرف في السرج في رمضان وليلة القدر.

ويجوز الإسراج على باب المسجد في السكة أو السوق.

ولو اشترى من مال المسجد شمعاً في رمضان.. يضمن إذا لم ينصّ الواقف عليه.

(**إن وقف على الفقراء**)؛ لأنه لا يظفر بهم لكثرتهم ولعسرهم، وأقرب أموالهم هذه الغلة، فيجب فيها.

(**وإن على معين**) [٧٧٠/أ] وآخره للفقراء؛ تحقيقاً للتأبيد، وإلا.. فلا يكون وقفاً، بل ينتقل إلى ملك الواقف بعد موت المعين على ما مر.

(**.. فعليه**) أي فعمارة الوقف في ماله أي مال شاء في حال حياته.

ولا يجب الأخذ من الغلة؛ لأنه معين يمكن مطالبته فيطالب بعمارته، لكنه إنما يطالب بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه، وأما الزيادة على تلك الصّفة..

فَإِنِ امْتنعِ أَو كَانَ فَقِيراً.. آجرَهُ الْحَاكِمُ وعمَّره مِن أُجرَتِهِ، ثمَّ ردَّهُ إِلَيْهِ.

وَنَقضُ الْوَقْفِ يُصرَفُ إِلَى عِمَارَتِهِ إِنِ احْتَاجَ.

وإِلَّا.. حُفِظَ إِلَى وَقتِ الْحَاجةِ.

وَإِن تعذَّرَ صرفُ عَينِهِ.. يُبَاعُ وَيُصرَفُ ثمنُهُ إِلَيْهَا، وَلَا يُقسَمُ بَينَ مُستحقِّي الْوَقْفِ.

فليست بمستحقة له للعمارة، والغلة مستحقة له، فلا يجوز صرفها على شيء آخر إلّا برضاه.

(فإن امتنع) ذلك المعين عن العمارة **(أو كان فقيراً.. آجره الحاكم وعمرهُ من أجرته، ثم رده إليه)** أي إلى المعين الموقوف عليه؛ تحصيلاً لمقصود الواقف.

وهل يجوز إجارة الموقوف عليه؟ قالوا: لا يجوز، وإنما يؤجره المتولي أو القاضي.

(ونقض الوقف يصرف إلى عمارته إن احتاج)؛ تحقيقاً للتأبيد، وتحصيلاً للمقصود.

(وإلا.. حفظ إلى وقت الحاجة) حتى لا يتعذر عليه العمارة وقت الحاجة إليها.

(وإن تعذر صرف عينه) أي عين النقض **(.. يباع ويصرف ثمنه إليها)** أي: إلى العمارة، **(ولا يقسم)** أي النقض **(بين مستحقي الوقف)**؛ لأنه جزء من الوقف، ولا حَقّ للموقوف عليهم في عين الوقف، وإنما حقّهم في المنافع، والعين حق الله تعالى، ولا يصرف إليهم غير حقّهم.

* * *

(فَصْلٌ)

إِذا بنى مَسْجِداً.. لَا يَزُولُ ملكُهُ عَنهُ حَتَّى يُفرِزَهُ عَن مِلكِهِ بطرِيقِهِ، وَيَأْذَنَ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، وَيُصلِّيَ فِيهِ وَاحِدٌ.

وَفِي رِوَايَة: شُرِطَ صَلَاةُ جمَاعَةٍ.

(فَصْلٌ)

فِي أَحْكَامِ المَسْجِدِ

فصله عما قبله لمخالفة أحكامه لما قبله على ما سيظهر لك.

(إذا بنى مسجداً.. لا يزول ملكه عنه حتى:

يفرزه عن ملكه بطريقه)؛ لأنه لم يخلص لله تعالى إلّا به.

(ويأذن بالصّلاة فيه)؛ لأنه لا بد من التسليم، وذلك لا يكون إلّا بالصلاة فيه.

(ويصلي فيه واحد)؛ أي: يكتفى بصلاة واحد عند أبي حنيفة ومحمّد؛ لأن فعل الجنس متعذر، فشرط أدناه.

وفي «قاضي خان»: قالوا: إذا صلّى فيه واحد بأذان وإقامة.. تكفي، وفي ظاهر الرواية: لم يذكر هذه الرواية.

(وفي رواية) عن أبي حنيفة ومحمد: **(شرط صلاة جماعة)**، فظهر منه: أن عند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم القاضي ولا الإمضاء به على ما هو أصله في سائر الوقف على ما تقدم.

ولا يشترط التسليم إلى المتولي عند محمد؛ كما هو أصله في سائر الوقف، بل يكفي الصلاة فيه بإذنه.

وعند أبي يوسف: لا يشترط التسليم أصلاً، لا في المسجد ولا في غيره، بل يزول ملكه عنه بمجرد قوله: جعلته [٧٧٠/ب] مسجداً؛ لأنه إسقاط كالإعتاق، فيصير خالصاً لله بسقوط حق العبد.

وفي «قاضي خان»: والصحيح من الروايتين: رواية اشتراط صلاة جماعة؛ لأن قبض كل شيء وتسليمه يكون بحسب ما يليق به، وذلك في المسجد بأداء الصّلاة بالجماعة.

أما الواحد: فيصلي في كل مكان، ثم على الرواية التي لا تشترط أداء الصلاة بالجماعة؛ إذا بنى مسجداً وصلَّى هو وحده فيه، هل يصير مسجداً؟

اختلفوا فيه: قال بعضهم: يصير مسجداً؛ لأن محمّداً ذكر على قول أبي حنيفة لا يصير مسجداً حتى يُصلَّى فيه، وقوله: يُصلَّى: فعل ما لم يسم فاعله.. فيدخل فيه الباني وغيره.

وقال بعضهم: صلاة الباني.. لا تكفي، وهو الصحيح؛ لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض على العامة، وقبضه لا يكفي، فكذا صلاته.

ولو بنى مسجداً وسلم إلى المتولي، هل يصير مسجداً قبل أداء الصلاة؟

لا رواية فيه عن أصحابنا، واختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يصير مسجداً ويتم كما يتم سائر الأوقاف بالتسليم إلى المتولي.

وقال بعضهم: لا يصير مسجداً بالتسليم إلى المتولي ما لم يصلِّ فيه، وهو اختيار الإمام السرخسي؛ لأن قبض كل شيء بما يليق به.

ثم ذكر وقال: رجل له ساحة ولا بناء فيها، أمر قوماً أن يصلّوا فيها جماعة، قالوا: إن أمرهم بالصلاة أبداً، أو أمرهم بالصلاة فيها بالجماعة ولم يذكر الأبد إلّا أنه أراد الأبد، ثم مات.. لا يكون ميراثاً عنه.

وإن أمر بالصلاة فيها شهراً أو سنة، ثم مات.. يكون ميراثاً عنه؛ لأنه لا بد من التأبيد، والتوقيت ينافي التأبيد. انتهى.

والذي ظهر من قوله: «إلا أنه أراد الأبد»: أنه لا يصير مسجداً فيما إذا أطلق، إلا إذا اعترف الورثة بأنه أراد الأبد؛ فإن نيته لا تعلم، فلا يحكم عليهم بمنع إرثهم ما لم يثبت.

وفي «قاضي خان»: المسجد إذا خرب أو استغنى عنه أهل القرية فرفع ذلك إلى القاضي فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر.. جاز.

في «الخلاصة» إذا خربت القرية التي فيها المسجد، وجعلت مزارع وخرب المسجد، ولا يصلي فيه أحد.. فلا بأس بأن يأخذه صاحبه ويبيعه، وهو قول محمد.

وعند أبي يوسف: لا يعود إلى ملك الباني، ولا إلى ورثته، وهو مسجداً أبداً، بناءً على أن إقامة الصلاة في المسجد ليست بشرط؛ لصيرورته مسجداً عند أبي يوسف، فلا يكون شرطاً لبقائه مسجداً، وعندهما: شرط.

وإن لم يعرف بانٍ للمسجد وبنى أهل المسجد مسجداً، ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في حقّ [٧٧١/أ] المسجد الآخر.. لا بأس به؛ أما إذا عرف بانيه.. فليس لهم أن يبيعوه، وإنما يعود إلى ملك الباني.

ولو علّق قنديلاً، أو بسط حصيراً أو بواري في المسجد، ثم خرب المسجد واستغنى عنه.. عادت هذه الأشياء إلى ملك صاحبه.

والصحيح من مذهب أبي يوسف: أنها لا تعود، بل تحول إلى مسجد آخر، أو يبيعها قيم المسجد لأجل المسجد.

وقال محمد في الفرس: إذا جعله حبيساً في سبيل الله، فصار بحيث لا يستطاع أن يركب.. يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته؛ كما في المسجد.

وإن لم يعلم صاحبه، ولا ورثته.. يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة إلى أمر الحاكم.

وَلَا يضرُّ جعلُهُ تَحْتَهُ سِرداباً لمصالِحِهِ.

فإِن جَعَلَهُ لغيرِ مَصالِحِهِ، أَو جعلَ فَوْقَهُ بَيْتاً وَجعل بَابَهُ إِلَى الطَّرِيقِ وعزَلَهُ، أَوِ اتَّخذَ وَسطَ دَارِهِ مَسْجِداً وَأَذِنَ بِالصَّلَاةِ فِيهِ.. لَا يَزُولُ مِلكُهُ عَنهُ، وَله بَيْعُهُ ويُورَثُ عنه،

ولو فعل جنازةً وملاءةً ومغتسلاً وقفاً في محلة فمات أهلها كلّهم.. لا ترد إلى الورثة، بل تحمل إلى مكان آخر أقرب إلى هذه المحلة، فلو صحّ هذا عن محمّد.. فهذا رواية في الحصير والبواري أنها لا تعود إلى الوارث. الكل في «الخلاصة».

وذكر فيها أيضاً قبل هذا: مسجد له أوقاف مختلفة، لا بأس للقيم أن يخلط غلتها؛ فإن خرب حانوت منها.. لا بأس بعمارته من غلّة حانوت آخر؛ سواء كان الواقف واحداً أو مختلفاً.

أما جوازه إذا كان الواقف واحداً.. فلأن الكل للمسجد.

وأما إذا كان مختلفاً.. فلأن المعنى يجمعها هكذا علّله في «الولوالجية».

(**ولا يضر جعله**) أي: جعل الواقف (**تحته**) أي: تحت المسجد (**سرداباً**) - هو بكسر السين: بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره - (**لمصالحه**)؛ أي: لمصالح المسجد.

(**فإن جعله لغير مصالحه، أو جعل فوقه بيتاً وجعل بابه**) أي: باب المسجد (**إلى الطريق وعزله**) أي: عن ملكه، (**أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن بالصلاة فيه.. لا يزول ملكه عنه**)؛ أي: لا يكون مسجداً في ظاهر الرواية.

(**وله بيعه، ويورث عنه**)؛ لأنه لم يخلص لله تعالى؛ لبقاء حق العبد متعلقاً به.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكناً.. فهو مسجد؛ لأن المسجد مما يتأبد، وذلك يتحقق في السفل دون العلو.

وعن محمد: على عكس هذا؛ لأن المسجد معظم، وإذا كان فوقه مسكن، أو مستغل.. يتعذر تعظيمه.

وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: يَزُولُ مِلكُهُ بِمُجَرَّدِ القَوْلِ مُطلقاً.

وَلَو ضَاقَ الْمَسْجِدُ وبجَنْبِهِ طَرِيقُ الْعَامَّةِ.. يُوَسَّعُ مِنْهُ، وَبِالْعَكْسِ.

رِبَاطٌ اسْتُغْنِيَ عَنهُ.. يُصرَفُ وَقفُهُ إِلَى أَقربِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ.

(**وعند أبي يوسف: يزول**) عن (**ملكه بمجرد القول**)؛ أي: بقوله: جعلته مسجداً (**مطلقاً**)؛ أي: صلى فيه، أو لم يصلّ على ما تقدم من أصله في سائر الأوقاف.

(**ولو ضاق المسجد**)؛ أي: عن أهله، (**وبجنبه طريق** [٧٧١/ب] **العامّة.. يوسّع منه**).

قال في «الخلاصة»: أرض وقف على مسجد، والأرض بجنب ذلك المسجد، وأرادوا أن يزيدوا في المسجد شيئاً من هذه الأرض.. جاز، لكن يرفعون الأمر إلى القاضي ليأذن لهم، ومستغل الوقف كالدار والحانوت على هذا.

ولو كان بجنب المسجد أرض رجل وضاق المسجد على الناس.. تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً.

مسجد ضاق عن أهله وبجنبه طريق العامة.. لا بأس بأن يلحق بالمسجد من الطريق.

وفي «فتاوى» القاضي الإمام: قوم بنوا مسجداً واحتاجوا إلى مكان ينتفع به المسجد، فأخذوا من الطريق وأدخلوه في المسجد؛ إن كان يضر بأصحاب الطريق.. لا يجوز، وإلا.. فلا بأس به.

وإن أراد أهل المحلّة أن يدخلوا شيئاً من الطريق في دورهم، وذلك لا يضر بالطريق.. لا يكون لهم ذلك.

(**وبالعكس**)؛ أي: يجعل شيئاً من المسجد طريقاً للعامّة إن احتاج إليه؛ لأن الطريق للعامّة، والمسجد لهم أيضاً.

(**رباط استغني عنه.. يصرف وقفه إلى أقرب رباط إليه**)، قد ذكرنا عن «الخلاصة» بعض ما يتعلّق بهذه المسألة.

وَالْوَقْفُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ.

وقال في «قاضي خان»: رباط على بابه قنطرة على نهر عظيم، خربت القنطرة، ولا يمكن الوصول إلى الرباط إلا بمجاوزة النهر، وبدون القنطرة لا يمكن المجاوزة، هل يجوز عمارة القنطرة بغلة الرباط؟

قال الفقيه أبو جعفر: إن كان الواقف وقف على مصالح الرباط.. لا بأس به، وإلّا.. فلا؛ لأن الرباط للعامة والقنطرة كذلك، فهو كطريق بجنب المسجد، وضاق على أهل المسجد مسجدهم؛ فإن الطريق يلحق المسجد. كذا هو.

متولي الرباط إذا صرف فضل غلة الرباط في حاجة نفسه قرضاً.. قال الفقيه أبو جعفر: لا ينبغي له أن يفعل، ولو فعل، ثم أنفق في الرباط.. رجوت أن يبرأ، وإن أقرض ليكون أحرز من الإمساك عنده.. قال: رجوت أن يكون واسعاً له ذلك.

رباط استغنى عنه المارّة، وبقربه رباط آخر، قال الفقيه أبو جعفر: غلة الرباط الأول تصرف على الرباط الثاني، وإن لم يكن بقربه رباط.. يعود الوقف إلى ورثة من بنى الرباط.

رباط في طريق بعيد، استغنى عنه المارة، وبجنبه رباط آخر.. قال السيد الإمام أبو شجاع: تصرف غلته على الرباط الثاني؛ كالمسجد إذا خرب واستغنى عنه أهل القرية، فرفع ذلك إلى القاضي [٧٧٢/أ] فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر.. جاز.

وقال بعضهم: إذا خرب الرباط والمسجد واستغنى الناس عنهما.. يصيران ميراثاً.

وكذلك حوض العامّة إذا خربت.

(والوقف في المرض وصية)؛ لأنه تبرّع فيعتبر بسائر التبرعات.

وذكر في «قاضي خان» نقلاً عن محمد بن الفضل: إن الوقف على ثلاثة أوجه: أما إن يكون في الصحة، أو في المرض، أو وقف بعد الموت.

فما كان في الصحة: فالقبض والإفراز يكون شرطاً لصحته كالهبة.

وما كان بعد الموت: فالقبض والإفراز ليس بشرط لصحته؛ لأنه وصية إلا أنه يعتبر من الثلث؛ لكونه وصية.

وما كان في حالة المرض: فحكمه حكم الوقف في الصحة، وإن كان يعتبر من الثلث؛ لكونه وصية؛ كالهبة في المرض، فيعتبر فيه القبض والإفراز.

وذكر الطحاوي: أن الوقف المنفذ في المرض كالمضاف إلى ما بعد الموت؛ لأن تصرف المريض مرض الموتِ بمنزلة المضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من الثلث.

وذكر الإمام السّرخسي: الصحيح: أن وقف المريض مرض الموت بمنزلة المباشرة في الصحة، حتى لا يمنع الإرث في قول أبي حنيفة، ولا يتعلق به اللزوم كالعارية، إلا أن يقول: في حياتي وبعد وفاتي.. فحينئذٍ يكون لازماً.

مريض وقف داراً في مرض موته.. فهو جائز إذا كان يخرج من ثلث ماله، وإن لم يخرج فأجازت الورثة.. فكذلك، وإن لم يجيزوا.. بطل فيما زاد على الثلث، وإن أجاز البعض دون البعض.. جاز بقدر ما أجازوا وبطل الباقي، إلا أن يظهر للميت مال غير ذلك فينفذ الوقف في الكل، وهل تعتبر إجازتهم في حياة الواقف؟

قالوا: لا تعتبر.

ففي «قاضي خان» من فصل من تجوز وصيته ومن لا تجوز وصيته: ولا تجوز الوصية للوارث عندنا، إلا أن يجيزها الورثة، ولو أوصى لوارثه وأجنبي.. صح في حصة الأجنبي وتتوقف في حصّة الوارث على إجازة الورثة؛ فإن أجازوه.. جاز، وإلّا.. بطل، ولا تعتبر إجازتهم في حياة الموصي، حتى كان لهم الرجوع بعد ذلك.

وَيُتَّبَعُ شَرطُ الْوَاقِفِ فِي إِجَارَةِ الْوَقْفِ إِن وُجِدَ، وإِلَّا فيَخْتَارُ: أَن لَا يؤَجَّرَ الضِّيَاعُ أَكثرَ مِن ثَلَاثِ سِنِينَ، وَلَا غَيرُهَا أَكثرَ مِن سَنَةٍ.

ثم قال بعد ورقة: رجل أوصى بجميع ماله للفقراء، أو لرجل بعينه.. لا يجوز ذلك إلّا من الثلث؛ فإن أجازت الورثة في حياة المورث.. لا تعتبر إجازتهم، وكان لهم الرجوع، وإن أجازوا بعد موته.. صحت الإجازة. انتهى.

وقد وقع لي الإفتاء به.

(**ويتبع** [٧٧٢/ب] **شرط الواقف في إجارة الوقف إن وجد**) الشرط؛ لأنه يجب اعتبار شرط الواقف؛ لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم، فلا بد من اعتباره.

(**وإلا**) أي: وإن لم يوجد الشرط من الواقف (.. **فيختار أن لا يؤجر الضياع**) أي: الأراضي الموقوفة (**أكثر من ثلاث سنين**)؛ لأن الناس لا ترغب في الضياع أقل من ذلك، وفي الأكثر منه: يخاف أن يتخذ ملكاً بطول المدة باندراس سمة الوقفية.

(**ولا غيرها**)؛ أي: غير الضياع من الدور والحوانيت.

(**أكثر من سنة**) لما ذكرناه.

وقال بعض أصحابنا: لا يجوز أكثر من سنة مطلقاً.

وقال المتقدمون منهم: يجوز بأيّ مدّة كانت.

قال في «قاضي خان»: إذا لم يذكر الواقف في صك الوقف إجارة الوقف، فرأى القيم أن يؤاجرها ويدفعها مزارعة، فما أدرّ للوقف وأنفع للفقير.. فعل، إلا أن في الدور لا يؤاجرها أكثر من سنة؛ لأن المدّة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف.

أما في الأرض: إن كانت الأرض تزرع في كل سنة.. لا يؤاجرها أكثر من سنة، وإن كانت تزرع في كل سنتين مرة أو في كل ثلاث سنين مرة.. كان له أن يؤاجرها مدة يتمكن المستأجر فيها الزراعة، هذا إذا لم يكن الواقف بشرط أن يؤاجر أكثر من سنة.

فإن كان شرط ذلك والناس لا يرغبون في استئجارها سنة، وكانت إجارتها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع للفقراء.. فليس للقيم أن يخالف شرطه ويؤاجرها أكثر من سنة، إلا أنه يرفع إلى القاضي حتى يؤاجرها القاضي أكثر من سنة؛ لأن هذا أنفع للوقف، وللقاضي ولاية النظر للفقراء والغائب والميت.

وإن كان الواقف ذكر في صك الوقف أن لا يؤاجرها أكثر من سنة، إلا إذا كان أنفع للفقراء.. كان للقيم أن لا يؤاجرها بنفسه أكثر من سنة إذا رأى ذلك خيراً، ولا يحتاج إلى المرافعة إلى القاضي؛ لأن الواقف أذن له بذلك.

ولو أن القيم آجر دار الوقف خمس سنين، قال أبو القاسم البلخي: لا يحل إيجار الوقف أكثر من سنة إلا لأمر عارض يحتاج إلى تعجيل الأجرة بحال من الأحوال.

وقال أبو بكر البلخي: أنا لا أقول بفساد هذه الإجارة إذا آجر مدة طويلة، لكن الحاكم ينظر فيه؛ إن كان ضرراً بالوقف.. أبطلها، وهكذا قال الإمام أبو الحسن السعدي.

وعن الفقيه أبي الليث: أنه كان يجيز إجارة الوقف ثلاث سنين من غير فصل بين الدار والأرض؛ إذا لم يكن الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من ثلاث سنين.

وإن أجر أكثر من ثلاث سنين.. اختلفوا فيه:

قال أكثر مشايخ بلخ: لا يجوز.

وقال غيرهم: يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبطله، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

وهل تجوز الإجارة الطويلة في الوقف؟

ففي «البزازية»: ولا تجوز [٧٧٣/أ] الإجارة الطّويلة في الوقف، وإن احتيج إليها.. يعقد عقوداً متفرقة، فيكتبه: استأجر فلان من فلان أرضاً؛ كذا ثلاثين سنة

وَلَا يُؤَجَّرُ إِلَّا بِأَجْرِ الْمِثْلِ.

بثلاثين عقداً، كلّ عقد على سنة بكذا، فيكون العقد الأول لازماً لأنه ناجز والباقي: لا؛ لأنه مضاف. انتهى.

وفي «قاضي خان»: لا بد أن يكون بعض العقود شرطاً في بعض، وإلا.. تكون فاسدة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنّ الإجارة الطويلة المضافة تكون لازمة في إحدى الروايتين، وهو الصحيح.

وذكر في وقف الكرماني نقلاً عن «الذخيرة»: أن بعض المشايخ زيّفوا هذه الحيلة؛ أعني: أن يعقد عقوداً متفرقة على ما ذكره في «البزازية»؛ لأن الإجارة الطويلة إنما لم تجز على الوقف كي لا تؤدي إلى إبطال الوقف؛ لأنه إذا طال تصرف المستأجر فيه.. تصرف كالملاك، فمتى أنكر المستأجر الوقف.. يشهد له الناس بالملك في حق هذا المعنى.

لا فرق بين العقود والعقد الواحد. قال أبو جعفر: الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة. انتهى.

(ولا يؤجر إلّا بأجر المثل) دفعاً للضرر عن الفقراء، فلو أجر المتولي الوقف بدون أجر المثل.. يلزمه تمام أجر المثل؛ كما أن الأب أو الوصي لو أجر منزل الصغير بدون أجر مثله.. يلزمه تمام أجر مثله؛ إذ ليس لكل منهما ولاية الحفظ على ما في نقد «الفتاوى».

وقال في «قاضي خان»: متولي الوقف أو الوصي إذا أجر مال الصغير أو الوقف بأقل من أجر مثله مما لا يتغابن فيه الناس. قال محمد بن الفضل: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ عند بعض علمائنا، وعليه الفتوى.

قال: وعلى أصول أصحابنا: ينبغي أن يصير الآجر والمستأجر غاصباً.

ثُمَّ لَا تُنقَضُ إِن زَادَتِ الْأُجْرَةُ لِكَثْرَةِ الرَّغْبَةِ.

فإنه ذكر في المزارعة: الوكيل يدفع الأرض مزارعة، إذا دفع الأرض مزارعة وشرط لصاحب الأرض شيئاً يسيراً لا يتغابن الناس في مثله.. يصير الوكيل غاصباً، وكذا المدفوع إليه.

إلا أن الخصاف قال: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل؛ إن لم تنقصها الزراعة.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وإن نقصتها الزراعة.. ينظر إلى نقصان الأرض وإلى أجر المثل أيهما كان أكثر.. يجب ذلك للوقف والصغير.

(ثم لا تنقض) الإجارة التي كانت بأجر المثل **(إن زادت الأجرة لكثرة الرغبة)**؛ لأن العبرة لأجر المثل يوم العقد، لا ما زاد عليه بعده برغبة الناس.

قال في «قاضي خان»: المتولي إذا أجر حمام الوقف من رجل، ثم جاء آخرون وزادوا في أجرة الحمام، قالوا: إن كان حين آجر الحمام من الأول أجره مقدار مثله أو بنقصان [٧٧٣/ب] يسير يتغابن الناس في مثله.. فليس للمتولي أن يخرج الأوّل قبل انقضاء مدّة الإجارة، وإن كانت الإجارة الأولى مما لا يتغابن فيه الناس.. تكون فاسدة، وله أن يؤاجرها إجارة صحيحة؛ إما من الأول أو من غيره بأجر المثل أو بالزيادة على قدر ما يرضى به المستأجر.

وإن كانت الإجارة الأولى بأجر المثل، ثم زاد أجر مثله.. كان للمتولي أن يفسخ الإجارة، وما لم يفسخ.. يكون على المستأجر الأجر المسمّى؛ لصحة الأوّل. كذا ذكره الطحاوي. انتهى.

هكذا ذكره في كتاب الإجارة، ثم ذكر في باب إجارة الوقف من كتاب الوقف، وقال: رجل استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر مثلها، فلمّا دخلت السنة الثانية.. كثرت رغائب الناس فزاد أجر الأرض، قالوا: ليس للمتولي أن ينقض الإجارة بنقصان أجر الأرض؛ لأن أجر المثل إنما تعتبر وقت العقد؛ فإذا كان المسمى أجر المثل.. فلا يعتبر التغيير بعد ذلك. انتهى.

فظهر منه: أن المتولي إذا أجر بأجر مثله، ثم زاد.. لا تفسخ الإجارة في مدّتها لمجرّد زيادة بعض الناس تعنتاً.

أما لو أراد أجر مثله باختلاف الزمان وكثرة رغبة الناس.. ففيه روايتان:

ففي رواية الطحاوي: له أن يفسخ ويؤجر بأجر مثله الثاني لمن شاء.

وفي رواية غير الطحاوي: لا يفسخها في مدتها.. فكلام المصنف على هذه الرواية.

ثم ذكر مسألة تبنى على هذه الرواية: رجل استأجر أرضاً موقوفة وبنى فيها حانوتاً، ثم جاء آخر وزاد في غلّة الأرض، وأراد أن يخرج الباني من الحانوت.. ينظر؛ إن كان أجرة المتولي مشاهرة؛ فإذا جاء رأس الشهر.. كان للمتولي أن يفسخ الإجارة؛ لأنها إذا كانت مشاهرة.. يتجدد انعقادها عند رأس كل شهر.

فإذا فسخ الإجارة:

إن كان رفع البناء لا يضر بالأرض.. فلصاحب البناء أن يرفع بناءه.

وإن كان رفع البناء يضر بالأرض.. ليس له أن يرفع البناء.

فبعد ذلك؛ إن رضي المستأجر أن يأخذ قيمة البناء ويترك البناء على المتولي.. كان للمتولي أن يدفع إليه القيمة، ينظر قيمة البناء مبنياً وإلى قيمته منزوعاً، أيهما كان أقل.. يتملكه المتولي بذلك، فيصير البناء وقفاً مع الأرض.

وإن كان رفع البناء يضر بالأرض وأبى المتولي أن يدفع إليه القيمة ويتملك البناء.. لا يجبر المتولي، بل يتربص صاحب البناء إلى أن يتخلص ماله شيئاً فشيئاً فيأخذه. انتهى.

هذا إذا لم ينه الباني الموقف، وإلا.. فيكون للوقف؛ لما ذكره في «قاضي خان»: رجل بنى في أرض الوقف بناء [١/٧٧٤]، أو نصب باباً، إن نوى عند البناء أنه يبني للوقف.. يصير وقفاً، وإن لم ينو.. لا يصير وقفاً.

وَلَيْسَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَن يُؤَجِّرَ ....

حائط بين دارين إحداهما وقف، فانهدم الحائط، فبناه صاحب الدار في حدّ دار الوقف.. كان للقيم أن يأمره بالنقض؛ فإن أراد القيم أن يعطيه قيمة البناء ليكون البناء للوقف.. لا يكون له أن يجبره على أخذ القيمة، وكذا لو أعطاه قيمة البناء برضاه.. لا يجوز؛ لأنه لو جاز ذلك.. يضيع ما تحت البناء من دار الوقف.

وفي «الفصولين»: لو بنى المستأجر في الوقف بأمر المتولّي على أن يرجع في غلّة الوقف.. فالبناء للوقف ويرجع بما أنفق.

وفيه أيضاً في الفصل الثالث عشر: بنى المستأجر بإذن المتولي، فلمّا مضت المدّة.. زاد في الأجرة للمستقبل، فرضي صاحب السكنى بالزيادة.. فهو أولى.

(وليس للموقوف عليه) - كالإمام والمؤذن والمدرّس - **(أن يؤجر)** الوقف؛ **لأن** حقّهم إنما هو في الغلة لا في التصرف في عين الوقف، وفيه إشارة إلى أنهم لو استأجروا دار الوقف من المتولي.. جاز؛ كذا في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: الموقوف عليه إذا أجر الوقف.. قال الفقيه أبو جعفر: في كلّ موضع يكون كلّ الأجر له بأن لم يكن الوقف محتاجاً إلى العمارة ولم يكن معه شريك في الوقف.. كان له أن يؤاجر الدور والحوانيت.

وإن كان الوقف أرضاً:

إن كان الواقف شرط البداية بالخراج والعشر، وجعل للموقوف، وعليه ما فضل من العمارة والمؤنة.. لم يكن للموقوف عليه أن يؤاجر؛ لأنه لما جازت إجارته.. كان جميع الأجر له بحكم العقد، فيفوت شرط الواقف.

ولو لم يكن للواقف شرط البداءة بما ذكرنا، فأجر الموقوف عليه الأرض، أو جعلها لنفسه.. ينبغي أن يجوز، ويكون الخراج والمؤنة عليه.

وكذا لو كان الموقوف عليهم في أرض الوقف اثنين أو ثلاثة فتهايؤوا، وأخذ كل واحد منهم أرضاً ليزرعها لنفسه.. لا يجوز.

إِلَّا بِإِنابَةٍ، أَو وِلَايَةٍ.

وعن أبي يوسف: إن كانت الأرض عشرية.. جازت مهايأتهم، وإن كانت خراجية.. لا تجوز؛ لأن العادة في الأراضي الخراجية الموقفة أنهم يشترطون البداءة بالخراج، فلو جاز فيها التهايؤ.. لم يكن الخراج في الغلة، ويكون في ذمة الموقوف عليه، فكان فيه تغيير شرط الواقف. انتهى.

وذكر في كتاب الإجارات: رجل آجر منزلاً كان والده وقفه على أولاده أبداً ما تناسلوا، فآجره هذا الرجل إجارة طويلة، وأنفق المستأجر في عمارة هذا الوقف بأمر المؤجر.

قال أبو بكر محمد بن الفضل: إن لم يكن [٧٧٤/ب] للمؤجر ولاية في الوقف بأن لم يكن متولياً.. يكون المؤجر غاصباً، وكان له على المستأجر الأجر المسمّى، ويتصدق به، ولا يرجع المستأجر بما أنفق في العمارة على الأجر، ولا على غيره؛ لأنه كان متطوعاً.

وإن كان المؤجر متولياً.. كان على المستأجر الأجر المسمى إن كان ذلك مقدار أجر المثل أو أكثر، ويرجع المستأجر في غلّة الوقف بما أنفق في العمارة. انتهى.

فظهر منه: عدم جواز إيجار الموقوف عليه الوقف؛ سواء كان وقفاً على الأولاد، أو لا.

(**إلّا بإنابة أو ولاية**)؛ أي: التولية.

والمراد بالإنابة: الوكالة المطلقة، لا الدورية؛ لما ذكره في «قاضي خان» حيث قال.. وعن الفقيه أبي جعفر: أنه قال: احتال بعض الناس في زماننا أن يكتب في صك إجارة الوقف: إن الواقف وكلّ فلاناً بإجارة هذه الضيعة من فلان في كلّ سنة، ومتى ما أخرجه من الوكالة.. فهو وكيله، وأراد بذلك بقاء الوقف في يد المستأجر أكثر من سنة.

وَلَا يُعارُ، وَلَا يُرْهَنُ.

قال الفقيه أبو جعفر: إلا أنّا نبطل هذه الوكالة؛ كما نبطل الإجارة الطويلة؛ صيانة للوقف عن البطلان.

ثم في صحة هذه الوكالة الدورية اختلاف ذكره في «قاضي خان».

(**ولا يعار**) الوقف (**ولا يرهن**)؛ رعاية لحق الموقوف عليه؛ لأن فيهما إبطال حقه، فلو سكن المرتهن فيه.. يلزمه أجر المثل.

ولو سكن رجل، أو متولي دار الوقف بلا أجر.. قيل: لا شيء على الساكن.

وقيل: عليه أجر المثل، وعليه الفتوى، وكذا منافع مال اليتيم.

وفي «الظهيرية»: إذا أجر القيم دار الوقف من نفسه.. لا يجوز، وكذا لو آجر من عبده، أو مكاتبه.. لا يجوز؛ كما لو أجر من نفسه.

قيل: إنما لا يجوز إجارة القيم من نفسه على قياس الوكيل.

وقيل: ينبغي أن يكون هذا على قياس الوصي إذا باع مال الصبي من نفسه؛ إن كان فيه منفعة للوقف.. يجوز عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وإن أجر من أبيه أو من ابنه.. فهو على الاختلاف: عند أبي حنيفة: لا يجوز.

وعندهما: يجوز.

وفي «الخانية» متولي الوقف إذا تقبل أرض الوقف لنفسه من نفسه.. لا يجوز؛ لأن الواحد لا يتولى طرفي العقد، إلا إذا تقبلها من القاضي لنفسه. فيتم العقد باثنين.

واعلم: أنّ الواحد لا يتولى طرفي العقد من الجانبين إلا في مسائل:

منها: إذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله من ولده.. فإنه يكفي بلفظ واحد.

وقال خواهرزاده: هذا إذا أتى بلفظ يكون أصلاً في ذلك اللفظ بأن باع ماله فقال: بعت هذا من ولدي.. فإنه يكتفى بقوله: بعت.

وَإِن غُصِبَ عقارُهُ يَخْتَارُ وجوب الضمان

أما إذا أتى بلفظ لا يكون هو أصلاً في ذلك اللفظ؛ بأن أراد أن يبيع ماله من ولده، فقال: اشتريت هذا لولدي.. لا يكتفى [٧٧٥/أ] بقوله: «اشتريت»، ويحتاج إلى قوله: «بعت»، وهو في الوجهين يتولى العقد من الجانبين.

ومنها: الوصي إذا باع ماله من اليتيم، أو يشتري مال اليتيم لنفسه وكان خيراً لليتيم.

ومنها: الوصي إذا اشترى مال اليتيم للقاضي بأمر القاضي.

ومنها: العبد يشتري نفسه من مولاه بأمر المولى.

وفي «القنية»: دفع الإمام واحدة من دوره الموقوفة إلى وجهه إلى رجل مجاناً فسكن فيها مدة، وكان القيم سلّم هذه الدار إليه ليستغلها بنفسه.. فعلى الساكن أجر المثل.

وفي «الإسعاف»: وإن كان للوقف متول ومشرف.. لا يتصور في الغلة إلّا المتولي؛ لأن المشرف مأمور بحفظ المال.

وفي «قاضي خان»: لا يجوز للمتولي ولا لغيرهم من أهل المحلة: أن يرهن الوقف لا غير.

(وإن غصب عقاره) أي: عقار الوقف **(.. يختار وجوب الضمان)**.

وفي «البزازية» و«الفتوى» في غصب دور الوقف وعقاره: على الضمان كما في منافعه، وكذا القيم.

والإمام ظهير الدين: أفتى بأجر المثل في الوقف لا في اليتيم.

ومن المشايخ من قال: إذا كان ضمان النقصان خيراً لليتيم من أجر المثل.. يلزم ذلك على الغاصب، وإلا.. أجر المثل.

وكذا قاله فيمن سكن داراً، أو حانوتاً لهما بعد الإجارة.. يجب خيرهما لليتيم والوقف.

وفي «المحيط»: الوصي، أو المتولي أجر منزل اليتيم أو الوقف بأنقص من أجر مثله بما لا يتغابن فيه الناس على أصل المذهب - لا على الذي اختاره المتأخرون -: يصير المستأجر غاصباً.

وقد ذكرنا من «قاضي خان»: أن الفتوى على الذي اختاره المتأخرون من وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وهو قول محمد بن الفضل، وقد ذكرنا التفصيل فيه عن الخصاف، فارجع إليه.

وإذا استأجر الأب منزلاً لابنه الصغير بأقل من أجر المثل.. قال الإمام أبو علي السغدي قال بعض المشايخ: يجب أجر المثل في غصب دار اليتيم والوقف؛ فما ظنك في هذا؟!

قال الإمام الفضلي: والذي صحّ عندي: أنه يصير غاصباً عند من يرى غصب الدار، ولا يصير عند من لا يرى غصبه، ويلزم عليه جميع المسمى على هذا المذهب بكلّ حال.

ومن سكن دار الوقف أو اليتيم بأهله وأتباعه.. فأجرُ المثل على الرجل المتبوع.

رهن داراً لغيره، وهي معدة للاستغلال، فسكنها المرتهن.. لا يلزم الأجر؛ فإن السكنى بتأويل الملك كبيت سكنها أحد الشركاء بلا عقد.. لا يلزم الأجر، وإن كانت معدة للاستغلال. وكذا السكنى بتأويل العقد كعقد الرهن، لكن هذا في المعد للاستغلال لا في [٧٧٥/ب] مال اليتيم، ولا في الوقف.

وفي «البزازية»: والسكنى بتأويل ملك، أو عقد في الوقف.. لا تمنع لزوم أجر المثل.

وقيل: دار اليتيم كالوقف. واختار نجم الأئمة: الأول.

وفيها أيضاً: المتولي رهن الوقف بدين.. لا يصح. وكذا الجماعة.

فإن سكن المرتهن.. قيل: يجب أجر المثل؛ سواء كانت معدة للاستغلال، أو لا؛ نظراً للوقف، ولا تصير الدار معدة للاستغلال بالإجارة سنة، أو سنتين، أو أكثر، إلا إذا بناها لذلك، أو اشتراها لذلك.

ولو شَرط الْوِلَايَة لنَفسِهِ وَكَانَ خائناً تنْزع مِنْهُ وَإِن أَن لَا تنْزع هُوَ الْفَضْل.

(ولو شرط) الواقف **(الولاية لنفسه وكان خائناً)** للوقف **(.. تُنْزَعُ منه)** صيانة للوقف.

(وإن) - وصلية - شرط **(أن لا تُنْزَعَ هُوَ الفَضل)**.

وقد ذكرنا ما يتعلق به فيما سبق.

رجل طلب التولية في الأوقاف.. لا يعطى له التولية، وهو كمن طلب القضاء؛ فإنه لا يقلّد.

إذا مات المتولي مجهّلا مال الوقف، فهل يضمن أم لا؟

ففي «الفتاوى»: إنّ الناظر في الوقف إذا مات مجهّلاً لمال الوقف.. فإنه يضمن.

وبه صرّح في أمانات «الأشباه» أيضاً.

ومرادهم بمال الوقف: أصل مال الوقف، لا الغلة؛ لما صرّح في وقف «قاضي خان»: متولي المسجد إذا أخذ من غلّات المسجد ومات من غير بيان.. لا يكون ضامناً.

وقال في أمانات «الأشباه»: الناظر إذا مات مجهّلاً غلّات الوقف.. لا يضمن.

فعلم: أنّ المضمون لتجهيل المتولي: أصل مال الوقف، لا غلته.

وقال في «الفتاوى»: إذا عطل المتولي مال الوقف ولم يستربح، وأخذ هو من مال الوقف وظيفة التولية.. يضمن ما أخذه من مال الوقف في مدّة تعطيله، ويرد إلى الوقف.

ولا ضمان عليه بمجرّد تعطيله عن الاسترباح ما لم يأخذ شيئاً من مال الوقف، ولم يضيع شيئاً منه.

سئلت عن مال موقوف كان في ذمة رجل عامله المتولي على الرجل سنة، ثم غاب الرجل سنين من غير معاملة، ثم بعد ذلك حضر ذلك الرجل وطلب منه ربح السنة الّتي لم يعامل فيها، فهل له أخذ الربح لتلك السنين؟

أجبت: أنه لا يأخذه.

وإذا أعطى ذلك الرجل على المتولي دراهم أو دنانير بأن يقول: خذها لربح السنين الماضية بلا دور شرعي، ثم أراد أن يجعلها لأصل دينه للوقف.. أجبت: أنه لا يجعلها لذلك؛ لأنه تبرع للوقف. [٧٧٦/أ]

* * *

الفهرس

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه
محمد مصطفى الخطيب

الجزء السادس

البيوع، الصرف

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء) عدد الصفحات

Size 17x24 cm قياس الصفحات

Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة

Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنان

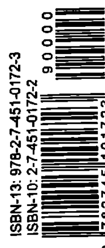
Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٥٨٠٤٨١٠/١١/١٢ +٩٦١
فاكس: ٥٨٠٤٨١٣ +٩٦١
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠


ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

(كتاب البيوع)

(كِتَابُ البيُوع)

....

كتاب البيوع

إنّما ذكره بعد الوقف؛ لأن كلاً منهما يكون سبباً لزوال الملك عن صاحبه، إلّا أنّه في الوقف يزول لا إلى مالك، فنزّل الوقف في ذلك منزلة المفرد من المركب، والمفرد مقدّم على المركب في الأجود، فقدّم الوقف على البيع في الوضع.

ثـم لفظ البيـع مصـدر، قـد يـراد بـه: المبيع مبيناً للمفعول؛ فيقال: بيـع جديـد، فيجمع باعتباره، كما يجمع المبيع.

وقد يراد به: المعنى المصدري، وهو الأصـل، فجمعه باعتبار أنواعه الحاصلة من اعتبار المبيع و الثّمن؛ فإنه يتنوّع إلى:

سَلَم، وهو: بيع الدّين بالعين.

وإلى: بيع مطلق، وهو: بيع العين بالدين.

وإلى: صرف، وهو: بيع الثمن بالثمن.

وإلى: مقايضة، وهو: بيع العين بالعين.

وإلى: منجَّز، ومؤجل، ومرابحة، وتولية؛ ووضيعة.

ثم إنه من الأضداد.

وفي «المغـرب»: يقـال: بـاع الشـيء إذا شـراه أو اشتراه، و يعـدّى إلـى المفعـول الثـاني بنفسـه وبحـرف الجـر، تقـول: باعـه الشـيء وبـاع منـه، وقـد يـدخل «مِن» علـى المفعول الأوّل على وجه التأكيد، فيقال: بعت من زيد الدار على ما في «المصباح».

والمُراد بكونه من الأضداد: إطلاقه على الضدين بالاشتراك المعنوي، كما هـو شأن سائر ما يكون من الأضداد؛ كالمولى، لا بطريق الاشتراك اللفظي.

البيعُ: مُبَادلَةُ مَالٍ بِمَالٍ، ....

ويؤيـده: مـا فـي «المصباح»؛ حيث قـال: والبيـع مـن الأضـداد؛ مثـل «الشـراء»، ويطلق على كلّ واحد من المتعاقدين: أنه بائع، لكنه إذا أطلق البائع.. فالمتبادر إلى الذهن بائع السّلعة. هذا؛ فإن المتبادر منه: الإطلاق بطريق الاشتراك المعنوي بأن يوضع في اللغة بإزاء معنى، وهو: تمليك المال بالمال.

ويطلق باعتبار هذا على كلّ من الطرفين.

وثبوته بالكتاب، والسّنة، والإجماع، والمعقول؛ لأن تعلّق البقاء المقدر بتعاطيه يدلّ على ثبوته.

وركنه: الإيجاب والقبول على ما سيأتي.

وحكمه: إفادة الملك.

وشرطه من جهة العاقدين: العقل والتمييز.

ومن جهة المحل: كونه مالاً متقوّماً مقدور التسليم.

واختلفت عباراتهم في معناه؛ ففي «العناية»: تمليك المال بالمال.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن فخر الإسلام: مبادلة المال بالمال.

والفرق بين المعنيين: أنّ البيـع على الأول يقوم بالواحد، وعلى الثاني يقـوم بالاثنين.

وإليه أشار بقوله: (**البيع: مبادلة مال بمال**) أي: العقد الحاصل بالمبادلة، وإلّا.. فالمبادلة من مقولة الفعل.

والبيع الشرعي: هو العقد الشرعي الذي هو من مقولة الانفعال، فلا يصحّ حمل أحدهما على الآخر؛ أي: التعريف به، ولا بـدّ من زيادة قيد «التراضي»؛ فرقاً بين معناه الشرعي واللغوي على ما ذكره فخر الإسلام، واحترازاً عن بيع المكره، وإنما تركه لانفهامه، ولجعله مشتملاً على جميع أنواع البيع لازماً [١/ب] أو غير لازم.

وَيَنْعَقِد: بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ، ....

وبيع المكره منعقد وإن لم يلزم، حتى لو أذنه.. نفذ، ولكنّه لا بدّ فيه من قيد: «بطريق الاكتساب»؛ ليخرج المبادلة بطريق التبرّع والهبة بشرط العوض والتضمين؛ كمن خرق ثوب رجل خرقاً فاحشاً، أو غصبه وأتلفه فتراضيا على دفع الثوب وأخذ القيمة.. فإنها ليست ببيع.

واعلم: أن البيع في الشرع لما كان عبارة عن مبادلة مال بمال.. لم يكن من الأضداد بحسب معناه الشرعي؛ لأنه حينئذ عبارةً عن مجموع بعت واشتريت، على ما يدل عليه قوله.

وينعقد بإيجاب وقبول.. فلا يصدق على واحد منهما حتى يكون من الأضداد، بخلاف معناه اللغوي على تمليك المال بالمال؛ فإنه يصدق على كلّ من الطرفين، فيكون من الأضداد، فظهر منه، ضعف ما ذكره في «العناية»: من أنه من الأضداد لغة واصطلاحاً.

(وينعقد بإيجاب وقبول) يعني: إذا سمع كلّ كلام الآخر، حتى لو قال البائع: لم أسمعه وليس به.. صحّ، وقد سمعه من في المجلس.. لا يصدق، على ما في «فتح القدير».

والمراد بالانعقاد: تعلّق كلام أحدهما بالآخر تعلّقاً شرعياً؛ بحيث يظهر أثره في المحلّ؛ أي: ويحصل البيع الشرعي وهو المبادلة المذكورة بتعلّق كلام أحدهما بالآخر شرعاً؛ سواء كان الكلامان:

من شخص واحد؛ كما في بيع الأب من طفله أو شرائه منه؛ فإن عبارة الأب أقيمت مقام العبارتين، حتى لو قال: بعت هذا من ابني، أو اشتريت هذا منه.. ينعقد البيع؛ لأنه كان أصيلاً في حق نفسه ونائباً في حق طفله، ويلزمه ثمن ما شراه منه، فالقاضي ينصب وكيلاً لقبض الثمن للطفل فيردّه على ابنه، فيكون أمانة عنده.

أو من شخصين؛ كما في بيع غيره بلا تعاط.

بِلَفْظَي المَاضِي؛ كبعتُ واشتريتُ، وَمَا دلَّ على مَعْنَاهُمَا.

والإيجاب: عبارة عمّا صدر عن أحد المتعاقدين أولاً؛ سواء كان بائعاً كبعت، أو مشترياً كأن ابتدأ المشتري فيقول: اشتريت منك هذا بكذا.

وإنما سمّي هذا إيجاباً؛ لأن الإيجاب نقيض السلب وهو الإثبات، وكلام من يتكلّم أولاً منهما.. يثبت الرضاء بمدلوله للمتكلّم وخيار القبول للآخر؛ فإذا قبل الآخر.. يسمّى كلامه قبولاً؛ لدلالته على قبول صاحبه.

فإن قيل: إنّ كلام الآخر يثبت لزوم البيع بحيث يسقط خيار المجلس، ورضاء مدلوله لصاحبه.

قلنا: نعم، إلّا أنّهم سمّوه قبولاً؛ تمييزاً له عن الإثبات الأول.

واعلم: أن الإيجاب والقبول: علّة ماديّة ببيع، والمبادلة: صورية له، والعاقدان: فاعلية وحصول الملك: غايته.

فالتعريف المذكور يدلّ على الصّورية بالمطابقة، وعلى الباقي بالالتزام؛ لأن المبادلة لا تكون إلّا بالإيجاب والقبول من الطرفين، ويلزمه حصول الملك بالضرورة.

(بلفظي الماضي)؛ إشارة إلى شرط الإيجاب والقبول؛ **(كبعت واشتريت** [٢/أ] **أو ما دلّ على معناهما)**؛ كأعطيتك بكذا، والآخر رضيت على ما سيأتي.

وهذا؛ لأن البيع إنشاء تصرّف شرعي؛ لكونه إثبات ما لم يكن من النقود الشرعيّة، وكلّ ما هو كذلك.. يعرف بالشرع أمّا الصغرى: فلما ذكرناه، وأما الكبرى: فلأن الأمور الشرعية لا تتلقى إلّا من الشرع؛ إذ لا مدخل للرأي فيه ووضع اللغة لم يضع للإنشاآت الشرعية لفظاً خاصّاً؛ لأنها إنّما تعرف بالشرع، فاستعمل الشرع ما وضع للإخبار عن الماضي لغة؛ لإنشاء الحال الشرعي من البيع وغيره، فينعقد به.

وإنما اختار لفظ الماضي؛ لأنه يدلّ على تحقق الوجود؛ فإذا قصد إنشاء شيء وإيجاده.. فاللفظ الذي لزمه الوجود: أحق به، وهو لفظ الماضي، فلا ينعقد بلفظين

كلاهما أو أحدهما مستقبل أو أمر؛ لعدم ورود الشرع فيه، ولأن المستقبل إن كان من البائع؛ نحو: أبيع.. يكون وعداً لا بيعاً، وإن كان من المشتري.. يكون مساومة وطلباً لا بيعاً.

حتى لو قال المشتري: بعني هذا بكذا، فقال البائع: بعت.. فلا يتم البيع ما لم يقل المشتري اشتريت أو قبلت.

وكذا لو قال البائع: اشتر مني هذا بكذا، فقال المشتري: اشتريت.. لا يتم البيع ما لم يقل قبلت.

هذا وجه ما قاله الطحاوي: إنّ البيع قد ينعقد بثلاثة ألفاظ؛ قالوا: إن صيغة الأمر لا تكفي عن الإيجاب في البيع والإقالة، وتكفي في النكاح والخلع والعتق والهبة والإبراء من الدّين والكفالة؛ فلو قال: زوجني ابنتك، فقال: زوّجتك.. يتم النكاح.

ولو قال: خالعني بكذا، فقال خالعت.. يتم الخلع.

ولو قال لعبده: اشتر نفسك مني بألف، فقال فعلت.. عتق.

ولو قال: هب لي، فقال: وهبته منك.. تمت الهبة.

ولو قال لصاحب الدين: أبرئني عما لك من الدين، فقال: أبرأتك.. تمت البراءة.

ولو قال: اكفل بنفس فلان لفلان، فقال: كفلت.. تمت الكفالة.

فإذا كان غائباً فقدم وأجاز كفالته.. جاز.

وإن عدم انعقاد بالمستقبل؛ إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بلا نية الإيجاب في الحال، وأما إذا كان المراد ذلك.. فينعقد به البيع؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال، فصحت النية.

وبالتعاطي ....

ورد في «العناية»: بأنّ لفظ المستقبل إنما يكون بالسين أو سوف، وهو لا يحتمل الحال؛ فإن أريد بلفظ المستقبل فيما نحن فيه ذلك.. فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به، ونية الحال غير صحيحة؛ لعدم مصادفتها المحل.

وإن أريد به ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع.. فنقول: لا يجوز به البيع أيضاً وإن كان بالنية بالإيجاب في الحال؛ لأنها إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال، فلا يحتاج إلى النية، ولا ينعقد به؛ لعدم ورود الأثر فيه، ولكونه وعداً أو مساومة.

أقول: إن المحتاج إلى النية ههنا: إنما هو الإنشائي، لا الحال [٢/ب] الإخباري، وحقيقة المضارع: هو الثاني دون الأول؛ لكونه حقيقة في الحال لا ينافي احتياجه إلى النية للحال الإنشائي.

وأما الأثر الوارد في صيغ الماضي.. فمعلّل بالدلالة على التراضي.

فإذا تصادقا على نية الإنشائي الحالي.. يكون ملحقاً به كالتعاطي.

وأما ما ذكره من الوعد.. فلا يتمشى في صيغ المضارع إذا كان حقيقة في الحال؛ لأنهما إنما يكونان في المستقبل لا في الحال.

فالأصح: أنّ البيع ينعقد بالمضارع بنية الإيجاب في الحال الإنشائي، وإنما لا ينعقد بالمستقبل والأمر، بخلاف النكاح ونحوه؛ فإنه ينعقد بالأمر على ما مرّ في بابه.

(و) ينعقد **(بالتعاطي)** أي: إعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا وجود لفظ منهما.

واختلف فيما يتمّ به البيع بالتعاطي، قيل: إنه يتمّ بالدفع من الجانبين.

وقيل: يتم بتسليم المبيع بلا حاجة إلى تسليم الثمن، وهو المروي عن محمد.

وهل يكون البيع تعاطياً فيما إذا تكلّم أحدهما دون الآخر، كما لو قال: بعت هذا منك بدرهم، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً؟

ففي «غاية البيان» نقلاً عن «الفتاوى الصغرى»: أنه يكون تعاطياً، وقال: نصّ على ذلك شيخ الإسلام خواهر زاده.

وقال في «فتح القدير»: لو قال: كل هذا الطعام بدرهم، فأكله.. تمّ البيع وأكله حلال، وكذا الركوب واللبس بعد قول البائع: اركبها بمائة، والبسها بكذا أو كذا.

إذا قال: بعتك بألف، فقبضه ولم يقل شيئاً.. كان قبضه قبولاً، بخلاف بيع التعاطي؛ فإنه ليس فيه إيجاب، بل قبض بعد معرفة الثمن فقط؛ ففي جعل مسألة القبض بعد قوله: «بعتكه بكذا» من صورة التعاطي كما فعله بعضهم.. نظر. انتهى.

فخصّ التعاطي بصورة إعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا كلام منهما، لكنه قال في «الخلاصة» نقلاً عن الحلواني: إنه أفتى أن التعاطي بأحد الجانبين لا يكون بيعاً.

ثم نقل عن «الفتاوى»: رجل جاء إلى القصّاب، وقال له: كم تعطي من هذا اللحم بدرهم؟ فقال: منوين، فقال له: زن منوين، فوزن القصّاب ودفع إلى الرجل، وأخذ الدرهم ولم يقل القصاب: بعت، ولا قال المشتري: اشتريت وتفرقا على ذلك.. فهو جائز، ويعتد بذلك الوزن.

ثم لو وزن اللحم يوماً فوجده أنقص.. يرجع عليه بقدر النقصان من الدراهم دون اللحم.

ثم قال: رجل دفع درهماً إلى قصّاب وأخذ اللحم بعد الوزن، هل يحلّ للمشتري أن يأكله قبل أن يزنه ثانياً؟

لا يخلو؛ إما أن اشترى القصاب اللحم بشرط الوزن، أو ذبح شاته.

فِي النَّفِيسِ والخَسِيسِ، هُوَ الصَّحِيحُ.

إن اشترى موازنة.. لا يحلّ للمشتري حتى يزنه ثانياً، كما لا يجوز بيعه قبل أن يزنه ثانياً.

وإن ذبح القصّاب شاته.. يحل للمشتري بدون الوزن ثانياً.

والسلف يكون الموازين في البيوت [٣/أ] لهذا احتياطاً.

ومن أنواع بيع التعاطي: الاستصناع، قال في «فتاوى الأنقروي»: الاستصناع جائز استحساناً، وهو مواعدة عند بعضهم؛ فإذا جاء وسلّم.. يصير بيعاً بالتعاطي.

والصحيح: أنه عقد، والصانع إذا قبض الثمن.. يملكه قبل العمل، ثم للصانع أن لا يصنع، وله أن يشتري المشروط ويسلّم، وإن استصنع.. لا يجبر على إعطاء الثمن وإن شرطا التعجيل، وللصانع بيعه إن قبل أن يراه المستصنع؛ لأنه ملكه ولم يقع العقد عليه بعينه؛ فإن رآه ورضي به.. لم يكن له بيعه، ويبطل الاستصناع بموت أحدهما.

وما لا تعامل فيه: لا يجوز الاستصناع فيه. انتهى، نقلاً عن «شرح القنية».

(**في النفيس**) أي: ما يكثر قيمته؛ كالعبد والإماء والفرس ونحوها.

(**والخسيس**) أي: ما يقل قيمته؛ كالبقل والرمان واللحم والخبز ونحوها. على ما في «النهاية».

قال نصير: سمعت أبا معاذ قال: رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وحمل رمانة ولم يتكلم ومضى، قال الفقيه: وبهذا نأخذ بجواز البيع بالتعاطي، وإن لم يتعاقدا عقد البيع، إلّا في قول الخوارج.

(**هو الصّحيح**) على ما نصّ عليه محمّد، احترز به عن قول الكرخي: إنه ينعقد في الخسيس فقط؛ لجريان العادة فيه دون النفيس.

وجه الصحيح: أن العبرة بالمعنى، وهو التراضي من الجانبين، دون الصورة، وقد وجد المعنى ههنا.

وَلَو قَالَ: خُذْهُ بِكَذَا، فَقَالَ: أَخذتُ، أَو رضيتُ.. صَحَّ.

ثم شرع لبيان قوله: «وما دلّ على معناهما» فقال: (**ولو قال: خذه بكذا، فقال**) المشتري: (**أخذت، أو رضيت.. صحّ**) البيع.

وكذا لو قال المشتري: اشتريت هذا منك بكذا، فقال البائع: خذه بذلك.. صحّ البيع؛ لأنه أمر بالأخذ بالبدل، وهو لا يكون إلّا بالبيع، فقدر البيع اقتضاء؛ فكأنه قال: بعت بذلك فخذه، فينعقد البيع بهذا الاعتبار، لا بلفظين؛ أحدهما: أمر، فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به؛ لأن المعتبر في هذه العقود: هو المعنى، وقد وجد.

بخلاف نحو شركة المفاوضة؛ فإنها تحتاج إلى اللفظ، ولا تنعقد بدونه؛ إذا لم يبينا جميع ما تقتضيه الشركة.

وكذا الطلاق والعتاق يحتاج إلى اللفظ، ومجرد المعنى غير معتبر على ما في «فتح القدير» و«الكتاب».

والإرسال كالخطاب حتى إذا كتب: أمّا بعد: فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا، أو قال لرسوله: بعت هذا من فلان الغائب بألف، فاذهب وأخبره بذلك، فوصل الكتاب إلى المكتوب إليه، أو أخبر الرسول المرسل، فقالا: في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة: اشتريت أو قبلت.. تمّ البيع بينهما؛ لأن الكتاب من الغائب: كالخطاب من الحاضر؛ لأن النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب، وتارة بالخطاب، وكذلك الرسول معبّر وسفير، فنقل كلامه إليه؛ فإذا اتصل به الجواب.. ينعقد البيع.

ولو أخبره غير الرسول بغير أمره؛ فقيل: لا ينعقد البيع؛ لأنه ليس رسولاً، بل هو فضوليّ.

ولو قال: بلّغه يا فلان، فبلغه، فقيل.. جاز. كذا في «فتح القدير».

ولو كتب المشتري: بعنيه بكذا، فوصل إلى البايع، فقال: بعته.. لا يتم البيع، ما لم يقل المشتري: قبلت. كذا قالوا.

فإن قيل: هذا مخالف لما ذكر في «المبسوط»: أنه لو كتب إليه بعني بكذا، فقال: بعته.. يتمُ البيع.

فالجواب عنه على ما في «فتح القدير»: أنه ليس مراد محمد ههنا من هذا الكلام سوى الفرق بين النكاح والبيع في اشتراط الشهود وعدم اشتراطه؛ أي: يتم بلا شهود، لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع.

وقيل: بالفرق بين الحاضر والغائب فبعني من الحاضر يكون استياماً عادة، لا شطر العقد.

وأما من الغائب بالكتاب.. فيراد به أحد شطري العقد، فلا يحتاج إلى قبول.

هذا، وهل يصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الخبر وقبوله؟

ففي «شرح الطحاوي»: إذا رجع عن ذلك قبل قبوله.. صحّ رجوعه؛ سواء علم الرسول أو لم يعلم، حتى لو قبل بعد ذلك.. لا يتم البيع؛ لأنه يملك الرجوع من شطر العقد قبل قبول صاحبه؛ لعدم تمام العقد.

بخلاف ما إذا وكّل وكيلاً بالبيع، ثم عزله بغير محضر منه.. فإنه لا يصح عزله بدون علمه.

وفي «العناية»: وعلى هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة؛ أي: يتم بقبول الآخر في ذلك المجلس في حق المرأة والعبد بالإجماع؛ فإن من قال: خالعت امرأتي فلانة الغائبة على ألف درهم، فبلغها الخبر فأجازت أو قبلت.. صحّ.

وكذا إذا قال: أعتقت عبدي فلاناً الغائب بألف درهم؛ فإنه يتوقف على إجازة العبد.

وأما في جانب العبد والمرأة.. لا يتوقف إذا كان الزوج والمولى غائبين، كذا في «غاية البيان» و«فتح القدير».

وَإذا أَوجَبَ أَحدُهمَا.. فللآخـر أَن يقبـلَ كُـلَّ المَبِيـعِ بِكُـلِّ الـثَّمنِ فِـي المجْلِسِ أَو يتْركَ،..

(وإذا أوجب أحدهما) البيع بأن قال: بعتك هذا بكذا، وقال المشتري: اشتريت هذا منك بكذا (.. **فللآخر أن يقبل كل المبيع بكل الثمن في المجلس، أو يترك**)؛ لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول.. لكان مجبوراً على أحدهما، وانتفى التراضي، فما فرضناه بيعاً.. لم يكن بيعاً؛ لانتفاء شرط الصحة.

وكما كان الآخر مختاراً في الرد والقبول.. كان أحدهما؛ أي: الموجب مختاراً أيضاً في الرجوع عن إيجابه، وبقاؤه على إيجابه قبل قبول الآخر؛ لأن إيجابه لما لم يكن مفيداً للحكم بدون قبول الآخر.. جاز له الرجوع عنه؛ لخلوّه عن إبطال حق الغير.

فإن قيل: سلّمنا أن إيجابه غير مفيد للحكم وهو الملك، لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك؛ فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع، وإذا لم يكن مفيداً للحكم وهو [٤/آ] الملك.. كان الملك في الحقيقة للبايع، وحق التملك للمشتري.

وإن سلّم ثبوته بإيجاب البائع.. لا يمنع الحقيقة؛ لكونها أقوى من الحق لا محالة.

واعترض عليه: بأنّ المزكي إذا دفع زكاته إلى السّاعي قبل الحول.. لا يقدر على الاسترداد؛ لتعلّق حقّ الفقير بالمدفوع، مع أنّ حقيقة الملك باق للمزكي قبل الحول.

وأجيب عنه: بأنّا لا نسلم أن حقيقة الملك باق للمزكّي، بل هي قد زالت عن المزكي بالدفع، فعمل الحق عمله؛ لانتفاء ما هو أقوى منه.

قد ذكرنا قبيل باب العاشر من كتاب الزكاة: أن الدفع إلى الساعي قبل الحول هل يزيل ملكه عن المدفوع أم لا يزيله؟ وأن الدفع إلى الفقير يزيله مطلقاً.. فارجع إليه.

لَا بَعْضاً دونَ بعضٍ،..

قوله: «في المجلس» إشارة إلى أن خيار القبول يمتدّ إلى آخر المجلس وإن طال، وينقطع دونه، فلا يبطل الإيجاب عقيب خلوّه عن القبول؛ لأن في إبطاله عسراً بالمشتري، وفي امتداده فيما وراء المجلس عسراً بالبايع، وفي التوقف على المجلس يسراً بهما، والمجلس جامع للمتفرقات، فجعلت ساعاته ساعة واحدة؛ دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر، بخلاف العتق والخلع المعلقين على مال؛ بأن قال: إن أدّيتني ألف درهم فأنت حرّ أو طالق؛ لأنهما لمّا اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى وهو تعليق العتق والطلاق على قبول العبد والمرأة بالمال.. كان ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس، فيمتد الإيجاب فيهما إلى ما وراء المجلس.

(**لا بعضاً**) من البيع (**دون بعض**) أي: بعض الثمن، أو كل المبيع ببعض الثمن؛ لأن فيه تفريق الصفقة، وكلّ من العاقدين لا يملك ذلك؛ لما فيه من الضرر لأحدهما:

لأن المبيع إن كان شيئاً واحداً.. ألزم ضرر الشركة للمشتري أو للبايع، وإن كان متعدّداً.. فالعادة ضمّ الجيّد إلى الرديء، ونقص ثمن الجيد لترويج الرديء؛ فلو ثبت خيار القبول في البعض.. لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء، فيزول الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه، فيتضرر البائع بهذا.

وأما المشتري: فلأنه إذا أوجب البيع بأن قال اشتريت هذه الأثواب، فليس للبايع أن يقبل في بعضه؛ لتضرّر المشتري بتفريق الصفقة عليه؛ لأنه قد يتعلق غرضه بالجميع ويعسر عليه تحصيله؛ فإذا لم يخير.. أخذ البعض بالبعض؛ فلأن لا يجوز أخذ الكل بالبعض: أولى.

فإن قيل: إذا رضي البائع في المجلس بما قبله المشتري بقوله: اشتريت هذا بكذا.. فهل يصح العقد؟

قلنا: يصح، ويكون ذلك من المشتري استئناف إيجاب، ورضاء البائع قبولاً، فكأن المشتري قال أولاً: اشتريت [٤/ب] هذا بكذا، وقال البائع: قبلته.

إلّا إذا بَيّنَ ثمنَ كلٍّ.

وهذا يصح مطلقاً؛ سواء.

كان للبعض الذي قبله المشتري حصّة معلومة من الثمن؛ كما إذا بيّن ثمن كلّ على ما سيأتي ذكره وكما في القفيزين باعهما بعشرة؛ لأن الثمن إنما ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء، فيكون حصّة كلّ معلوماً.

أو لا يكون؛ كما إذا أضاف العقد إلى عبدين أو ثوبين ولم يذكر لكلّ منهما ثمناً؛ إذ ليس فيه البيع بالحصة ابتداء حتى لا يجوز على ما ظن، بل كان هذا استئناف عقد جديد على طريق أن يكون المشتري موجباً والبائع قابلاً على ما ذكرناه.

وإنما يكون البيع بالحصة ابتداء أن لو قال المشتري: اشتريت هذا، بدون ذكر الثمن فيرضيه البايع؛ لأنه في معنى اشتريت هذا العبد بحصة من الألف الموزع على قيمته؛ وقيمة ذلك العبد الآخر، وهو باطل؛ لجهالة الثمن وقت البيع.

(**إلا إذا بيّن ثمن كلّ**)؛ لأنه حينئذ تتفرق الصفقة، فلا يتضرر أحدهما، وهذا عندهما، خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن بمجرد بيان الثمن لا تتعدد الصفقة عنده، بل لابد من تكرر لفظ البيع أيضاً؛ بأن قال: بعت هذا بكذا وبعت ذاك بكذا.

وأما عندهما: فتعدد الصفقة بمجرد قوله: بعتك هذين كل واحد بكذا أو بعتك هذه العشرة كلّ واحد منها بكذا.

اعلم: أن الصفقة عبارة عن ضرب أحد العاقدين يده على يد الآخر في البيع، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه، والعقد يحتاج إلى: مبيع وثمن وبائع ومشترٍ وبيع وشراء، وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها.. يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها؛ فإذا اتحد الجميع.. اتحدت الصفقة، وكذا إذا اتحد الجميع سوى المبيع؛ كقول البائع: بعتهما بمائة، فقال: قبلت.

واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور، فيكون تعدّده مع تعدد المبيع؛ كأن قال: بعتهما بمائة، فقال: قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين، وذلك صفقة واحدة أيضاً.

وَإِن رَجَعَ المُوجِبُ ....

واتحاد الجميع سوى البائع؛ كأن قال البائعان: بعنا منك هذا بمائة، فقال: قبلت.. توجب اتحاد الصفقة أيضاً.

واتحاد الجميع سوى المشتري؛ كأن قال: المشتريين بعته منكما بمائة، فقالا: قبلنا، كذلك توجب اتحاد الصفقة أيضاً، حتى لو قبل أحدهما دون الآخر.. لتفرقت الصفقة.

وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة.

وتفرق المبيع والثمن إن كان بتكرير لفظ البيع.. فكذلك يوجب تفرق الصفقة؛ مثل أن يقول: بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف، وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء، مثل أن يقول: اشتريت منك هذين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف.. هذا كله [٥/أ] قياساً واستحساناً.

وأما تعدّد البائع مع تعدد المبيع والثمن بلا تكرير لفظ البيع، وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء.. فيوجب التفرق قياساً لا استحساناً.

وظاهر «الهداية»: على القياس.

وقيل: لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة، ويوجبه على قولهما؛ يعني: أن قول أبي حنيفة قياس، وقولهما استحسان.

(**وإن رجع الموجب**) عن إيجابه قبل قبول الآخر؛ سواء كان الموجب بائعاً أو مشترياً؛ فإن قيل: هل له أن يرجع عن إيجابه؟ قالوا: نعم؛ لعدم المانع؛ إذ ليس فيه إبطال حق الغير؛ لأن إيجابه لم يفد الملك للآخر بدون القبول، وحق التملك الثابت للمشتري لا يعارض الحقيقة؛ لأن الحقيقة أقوى من الحق، فلا يعتبر في مقابلتها، ولأن الرجوع عنه امتناع عن انعقاد العلة ودفع له، لا إبطال ورفع لها، فيقدر عليه.

أَو قَامَ أَحدُهمَا عَنِ المجْلِسِ قبلَ القَبُولِ.. بَطلَ الإِيجَاب.

(أو قام أحدهما) أي: من الموجب أو القابل **(عن المجلس)** هكذا وقع في «الهداية».

وقال في «معراج الدراية» قيل: قوله: «قام عن المجلس» دليل على أن الذهاب عنه شرط في بطلان الإيجاب؛ لأن القيام عنه يتحقق بالذهاب، أمّا لو لم يذهب.. لا يقال: قام عنه، بل يقال: قام فيه. انتهى.

ويدلّ على اشتراط الذهاب عنه: ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح «الجامع الصغير»؛ حيث قال: إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثمّ قبل المشتري.. صحّ العقد.

وقال في «فتح القدير»: واختلاف المجلس: باعتراض ما يدلّ على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه؛ أما لو قام أحدهما ولم يذهب.. فظاهر «الهداية» وعليه مشى جمع: أنه لا يصح القبول بعد ذلك، وإليه ذهب «قاضي خان»؛ حيث قال؛ فإن قام أحدهما.. بطل الإيجاب؛ لأن القيام دليل الإعراض.

فإن قيل: الصريح أقوى من الدلالة؛ فلو قال بعد القيام: قبلت.. ينبغي أن لا يثبت الإعراض.

قلنا: الصريح إنما كان أقوى ويعمل به إذا بقي الإيجاب بعد قيامه، وهنا لم يبق؛ فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه.

(قبل القبول) متعلّق بكلّ من الفعلين **(.. بطل الإيجاب)**.

أما في صورة الرجوع: فلأن بقاء الفعل الاختياري إنما يكون بإرادة فاعله له، والإيجاب من الأفعال الاختيارية، فلا بدّ لبقائه من الإرادة.

فإن قيل: قد تقرر في محلّه: أن بقاء الحكم مستغن عن العلة.

قلنا: نعم، إلا أن ذلك في الحكم بمعنى الأثر الحاصل، لا في الفعل بمعنى التأثير؛ لأن بقاءه بتجدد الأمثال، فلا بدّ له من الإرادة.

وأما في القيام عن المجلس: فلأنه لابدّ من اتحاد المجلس، والمجلس إنما يتحد بأن لا يشتغل أحدهما بعمل غير ما عقد له [٥/ب] المجلس، أو بما هو دليل الإعراض عن العقد، على ما صرّح به في «المعراج» و«المجتبى»: والقيام عن المجلس؛ أي: الذهاب عنه: دليل الإعراض، فيترتب عليه حكمه، ولهذا قالوا: لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران معاً على دابة أو دابتين؛ إن لم يفصلا بين كلامهما بسكوت.. انعقد البيع، وإن فصلا.. لم ينعقد؛ لاختلاف المجلس.

وقال بعضهم: ينعقد وإن فصلا بسكوت، ما لم يتفرقا بالأبدان.

والأول: أصح، على ما في «الاختيار».

ولو تبايعا في سفينة تجري ففصلا بين كلامهما بسكتة.. فلا يمنع انعقاد البيع؛ لأنهما لا يملكان إيقافها، فكانت بمنزلة البيت، فجريانها لم يضف إليهما، فلا ينقطع مجلسهما بجريانها، بخلاف الدابة؛ لأنهما يملكان إيقافها، فيضاف سير الدابة إليهما؛ كمن قرأ آية سجدة مراراً في سفينة جارية.. فإنه لا يجب عليه إلّا سجدة واحدة، ومن قرأها يمشي أو يسير على دابة.. فإنه يجب عليه سجدة على حدة لكلّ قراءة؛ لاختلاف المجلس على ما في «الغاية».

وهل يبطل المجلس بالقيام عنه لمصلحة؟

ففي «القنية»: لو قال المشتري: اشتريته بكذا، فقام البائع لمصلحة له لا معرضاً وقال: بعت.. لا يصح. انتهى.

وهذا؛ لأن قيامه عنه دليل الإعراض وإن قام لمصلحة، والدلالة تعمل عمل الصريح ما لم يعارضها الصريح قبل أن تعمل عملها.

ولو كان المُشتري في صلاة الفريضة أو النافلة، فقال البائع: بعتك كذا بكذا فأضاف إليها ركعة أخرى، ثم قبل.. جاز.

ولو كان في يده قدح ماء فشرب، ثم قال: قبلت.. جاز.

وَإِذا وَجِدَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ.. لزمَ البيعُ بِلَا خِيَارِ مجْلِسِ.

وكذا لقمة لا تبدل المجلس؛ أما إذا اشتغل بالأكل.. تبدل، كذا في «الخلاصة».

(وإذا وجد الإيجاب والقبول.. لزم البيع بلا خيار مجلس) لواحد منهما، إلا خيار عيب ورؤية؛ لأن الإيجاب والقبول يفيدان حقيقة الملك؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء:٢٩]؛ حيث أباح الأكل في المجلس بوجود التجارة عن تراض، والبيع تجارة، فدل بإطلاقه على نفي الخيار وصحة وقوع حقيقة الملك للمشتري، والقول بالخيار نسخ له، فلا يجوز، ولأن الثابت قبل القبول: هو مجرد حق التملك، فلو لم يثبت بعده حقيقة الملك.. لم يكن للقبول فائدة أصلاً، وذلك باطل.

فإذا ثبت له حقيقة الملك.. فالفسخ بعده بخَيار المجلس إبطال لحق الغير، فلا يجوز.

وقال الشافعي: لكل منهما خيار [٦/أ] المجلس؛ لقوله ﷺ: «عدم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا»، حملاً للخيار فيه على خيار المجلس، والتفرق: على التفرق بالأبدان لا الأقوال؛ لعدم جواز قيام العرض بالعرض.

قلنا: المراد بالخيار فيه: خيار القبول على ما روي عن إبراهيم النخعي، لا خيار المجلس، وذلك لأن الأحوال ثلاث قبل كلامهما، وبعد كلامهما، وبعد كلام الموجب قبل كلام القابل، ولفظ: «المتبايعان» مجاز في الأول والثاني باعتبار الكون، وحقيقة في الثالث، فيكون مراداً، أو يحتمل أن يراد، فيحمل عليه؛ لئلا يلزم إبطال حقّ الغير.

وأما التفرق.. فيجوز أن يراد به: التفرق بالأبدان على ما رواه «الإتقان» عن الطحاوي، وأن يراد به التفرق بالأقوال: على ما روي عن أكثر أصحابنا؛ لأن بعد حمل الخيار على خيار القبول.. يجوز حمل التفرق على كل من التفرق بالأبدان والتفرق بالأقوال؛ بأن يقول أحدهما: بعت، والآخر: لا اشتري.

وقوله: «لزم قيام العرض بالعرض».

قلنا: إن العقود الشرعية لها حكم الجواهر في البقاء، ولو سلم.. فإضافة التفريق والتفرق إلى غير الأعيان شائع سائغ في الشرع، فينزل منزلة الحقيقة، ولو سلم.. فالتفرق عبارة عن عدم الاجتماع، فلا يكون عرضاً؛ لأن العرض قسم من الموجودات الخارجية، ولا خلاف في جواز قيام الأمور العقلية والعدمية بالعرض؛ كالحدوث والإمكان والمخلوقية.

فإن قيل: لا نسلم أن اسم الفاعل مجاز في الماضي، كيف وقد صرح التفتازاني في «شرح التلخيص»: أنه حقيقة في الماضي عند البعض، ولو سلم أنه مجاز فيه، لكن العقود الشرعية لها حكم الجواهر على ما اعترفتم، فيكونان متبايعين حقيقة بعد وجود كلامهما.

أجيب: بأن الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعاً، لا حقيقة كلامهما؛ لأنه عرض لا يبقى زمانين، والكلام في حقيقة كلامهما.

فإن قيل: سلمنا هذا، لكن لا نسلم أن إطلاق المتبايعين في الصورة الثالثة حقيقة، بل هو مجاز بالأول.

قلنا: إن اسم الفاعل إذا كان مدلوله ذا أجزاء مترتبة.. يكون إطلاقه حقيقة عند وجود أي جزء كان؛ إذ وجود الجميع في زمان واحد متعذر، وبعد الوجود يكون ماضياً، فبالضرورة اقتصر على وجود جزء واحد؛ كالمصلي والصائم، فمعنى المتبايعين: هو الفاعلان للبيع الشرعي، لا لضد الشرعي: لامتناعه عقلاً، ولا لهما على التوزيع: لامتناعه لغة ووضعاً.

ولما كانا محلاً واحداً للبيع الشرعي.. كانا كشخص واحد، فملابسة الأول لركن البيع: ملابسة الثاني حكماً.

وَيصِحُّ فِي العِوَضِ المُشَارِ إِلَيْهِ بِلَا معرفَةِ قَدرِهِ وَوَصفِهِ، لَا فِي غَيرِه، ...

(**ويصح**) البيع (**في العوض المشار إليه**) مبيعاً كان أو ثمناً (**بلا معرفة قدره**) واحداً أو اثنين.

(**ووصفه، لا في غيره**)؛ بخاريّ أو سمرقندي؛ لأن الإشارة [٦/ب] لكونها أبلغ طرق التعريف.. كافية في حصول المعرفة المنافية للجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم اللذين من موجبات العقد، فلا حاجة إلى بيان القدر والوصف.

بخلاف السلم؛ فإن معرفة قدر المسلم فيه ورأس المال ووصفهما: واجبة فيه على ما سيأتي.

وبخلاف بيع الدرهم بالدرهم والدينار بالدينار والحنطة بالحنطة وغيرها من الربويات؛ فإن الإشارة لا تكفي فيها، بل لابد من بيان المساواة؛ لاحتمال الربا، واحتمال الربا مانعة لحقيقة الربا.

إنما قيدنا الوصف بالبخاري والسمرقندي؛ لأنه قال في «الهداية»: والأعراض المشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقدارها.

وقال ابن الهمام في «شرحه»: والتقييد بمقدارها في قوله: «لا يحتاج إلى معرفة مقدارها» احترازاً عن الصفة؛ فإنه لو أراه دراهم، وقال: اشتريت بهذه فوجدها زيوفاً أو بنهرجة.. كان له أن يرجع بالجياد؛ لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها، وينصرف إلى الجياد، ولو وجدها ستوقة أو رصاصاً.. فسد البيع، وعليه القيمة إن كان أتلفها.

ولو قال: اشتريت بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها بخلاف نقد البلد.. فله أن يرجع بنقد البلد؛ لأن مطلق الدراهم في البيع: ينصرف إلى نقد البلد، وإن وجدها بنقد البلد.. جاز، ولا خيار للبائع.

وبِثَمنٍ ....

بخلاف ما لو قال: اشتريت بما في هذه الخابية، ثم رأى الدراهم فيها.. كان له الخيار، وإن كان نقد البلد؛ لأن العبرة بمعرفة مقدار ما فيها من خارجها، وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج، وكان له الخيار، ويسمى هذا الخيار: خيار الكمية، لا خيار الرؤية؛ لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود، فعلم أنه لا بد في صحة البيع من معرفة وصفه الذي يضر جهالته بالبيع. كذا في «فتح القدير».

(**و**) يصح البيع أيضاً (**بثمن**) اختلفوا في تعريفي: المبيع، والثمن.

فقال الكرخي: المبيع: ما يتعين في العقد. والثمن: ما لم يتعين.

وكل منهما منقوض:

أما تعريف المبيع؛ فلأنه غير صادق للنقدين في الصرف، مع أنهما مبيعان من وجه.

وأما تعريف الثمن؛ فلأنه منقوض بالمقدرات إذا بيعت بغير النقدين عيناً؛ فإنها أثمان من وجه مع تعينها.

وقال أبو الفضل الكرماني في «الإيضاح»: الثمن: ما كان في الذمة، وهو منقوض بالمسلم فيه؛ فإنه يثبت في الذمة، وليس بثمن.

وقيل: المبيع: ما يحله العقد من الأعيان ابتداء، واحترز بقوله: «ابتداء» عن المستأجر؛ فإنه إنما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على ما ذكر في الإجارة، وعن الثمن أيضاً؛ فإنه إنما يحله العقد بواسطة المبيع، والثمن: ما يقابله، وهذا منقوض بالنقدين [٧/أ] في الصرف لما مر، وببدل المقايضة إذا اعتبر ثمناً، وبالمسلم فيه.

وقال بعض الأفاضل: الثمن: ما كان وسيلة في العقد، والمبيع: ما كان مقصوداً فيه.

وبدلا الصرف؛ إن كانا نقدين.. فكلّ منهما وسيلة من حيث إنه لا يراد به الانتفاع بعينه ومقصود من حيث إنه لا يقصد في هذا العقد غيره مما ينتفع بالعين، وإن كان أحد البدلين نقداً دون الآخر.. فالمقصود من البيع ليس إلا الآخر، والنقد وسيلة.

وبدلا المقايضة: إن كانا معينين.. فكل منهما مقصود للآخر ووسيلة لصاحبه، فجاز الاعتباران.

وإن كان أحدهما غير معيّن.. فهو غير مقصود بشخصه، بخلاف الآخر المعين.. فتعين المقصودية للمعين.

بخلاف المُسلم إليه إذا كان رأس المال نقداً؛ فإنه متعين للمقصودية؛ لكون رأس المال وسيلة.

وأما إذا كان رأس المال ثوباً أو عبداً أو نحوهما.. فهو مبيع، والمؤجل ثمن، وأسباب المقصودية: الانتفاع بالعين، والتعين، وعدم ما ينتفع بعينه في العقد، وكون ما يقابله نقداً أو متعيناً للثمنية.

وأسباب الوسيلة: عدم الانتفاع بالعين، وعدم التعين، وعدم ما لا ينتفع بعينه في العقد، وكون ما يقابله مما ينتفع بعينه؛ فما اجتمع فيه سببها.. فالعبرة للأكثر، وإن تساويا يجتمع فيه المبيعة والثمنية، فيكون متردداً، والأول محض، ودخول الباء: فرع الثمنية؛ إذ هي موضوعة للوسائل.

وفي بدل المقايضة المعينين: يجوز دخولها لكل واحد، وفيما عداهما.. يجب دخوله لما اعتبر ثمناً بحسب الوضع.

وإن دخل على غيره؛ فإن وجد علاقة معتبرة وقرينة صارفة.. فمجاز، وإلا.. فغلط، ولا دخل له في تعيين الثمنية، وإلا: يلزم الدور. هذا ما أفاده بعض الأفاضل من أصحابنا.

وأما ما تلخص من كلامهم ههنا: فهو أن كلاً من المبيع والثمن ينقسم إلى محض ومتردد:

فالمبيع المحض: هو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال، إلا الثياب الموصوفة التي وقعت في الذمة إلى أجل معلوم بدلاً من عين.. فإنهما أثمان، وليس اشتراط الأجل؛ لكونه ثمناً، بل ليصير ملحقاً بالسلم في كونها ديناً في الذمة.

والثمن المحض: هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير؛ فإنهما لا تتعينا في المفاوضات عندنا، ولو عينت؛ لأن قضية العقد في جانب المبيع: ثبوت الملك في العين، فكان الوجود شرطاً للعقد، وقضيته: في جانب الثمن، وجوب الثمن في الذمة؛ لأنه لا وجود له إلا بوجوبه، ووجوبه بالعقد، فكان الوجود حكماً للعقد من هذا الوجه، فلو تعينت.. تتغير قضية العقد، فيصير الحكم شرطاً، وذلك لا يجوز.

والمتردد بينهما: كالمكيلات والموزونات [٧/ب] والمعدودات المتقاربة؛ فإنها مبيعة: نظراً إلى الانتفاع بأعيانها، أثمان: نظراً إلى أنها مثلية كالنقدين؛ فإن قابلها النقدان.. فهي مبيعة لتعين النقدين بالثمنية، وإن قابلها عين؛ فإن كانت المكيلات والموزونات معينة.. فهي مبيعة وأثمان؛ لأن البيع لابد له منهما، وليس أحدهما أولى بأن يجعل مبيعاً من الآخر.. فجعل كل واحد منهما مبيعاً وثمناً، وإن كانت غير معينة؛ فإن دخلت فيها الباء؛ نحو أن يقول: اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها.. كانت ثمناً، وإن دخلت في غيرها؛ نحو أن يقول: اشتريت الكر بهذا العبد.. كان مبيعاً، ولا يصح إلّا سلماً بشروطه.

هذا ملخص كلامهم، والذي ظهر منه: أن الباء له دخل في تعيين الثمنية، فيرد عليهم: لزوم الدور، اللهم إلا أن يقال: إن مرادهم: أن الباء له دخل في التمييز بين المبيع والثمن بحسب اللفظ، لا بحسب الحقيقة.

حَالٍّ ومُؤَجَّلٍ، بِأَجلٍ مَعْلُومٍ.

ولهذا قال في «العناية»: وبيع غير النقدين بالنقدين: يشمل المبيع المحض والثمن المحض، وما عدا ذلك متردد بين كونه مبيعاً وثمناً، والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في شهادات الجامع: إن المكيل والموزون إذا لم يكن معيناً.. فهو ثمن؛ دخل عليه الباء أو لم يدخل؛ يعني: لا حاجة إليه في التمييز بحسب الحقيقة.

فإن قيل: إنه صرّح في «الفصولين» و«العمادي» وغيرهما نقلا عن الكرخي: أن الدراهم والدنانير يتعينان في العقد غير السلم؛ مستدلاً بقول محمد في «الجامع»: إنه لو قال: إن بعت عبدي بهذا الكر وهذه الألف فهي صدقة، فباعه بها.. يتصدق بالكر لا بالألف.

قال الكرخي: لو لم تتعين الدراهم في العقد.. لما وجب التصدق بشيء؛ إذ الموجود حينئذٍ بعض الشرط وهو الكر، والجزاء لا يلزم بوجود بعض الشرط؛ كقوله: إن بعته هذين، فباعه أحدهما.

أجيب عنه: بأن الشرط هو الإشارة إليه في العقد، والشرط إعلام، فيعتبر بقدر المنصوص عليه، والمنصوص هو الإشارة لا غير؛ فأما التعين في العقد.. فإنه شيء زائد على الشرط.

(**حال ومؤجل**)؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾، ولما روي أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه.

(**بأجل معلوم**)؛ لما في «الصحيح» عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً: «من أسلف.. فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

ولأن الجهالة في الأجل: تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلّم؛ لأن أحدهما يطالب في مدة والآخر يؤخرها إلى بعيدها؛ فإن قيل: نص البيع المذكور

وَلَو اشْترى بِأَجلِ سَنَةٍ فَمنعَ البَائِعُ المبيعَ حَتَّى مَضَتْ، ثمَّ سَلَّمَ.. فَلَهُ أَجَلُ سنةٍ أُخرَى؛ خلافاً لَهما.

مطلق، واشتراط معلومية الأجل بخبر واحد أو بدليل عقلي: تقييد له، فلا [٨/أ] يجوز؛ لأنه نسخ.

قلنا: إطلاق النص إنما هو بالنظر إلى نفس الأجل، والمعتد بالمعلومية ليس نفس الأجل، بل وقته، والنص ليس بمطلق بالنظر إلى وقت الأجل، فيجوز تقييده بخبر واحد أو بالرأي، فالأولى: أن يقول: «معلوم وقته» وتحقيقه: أن البيع عبارة عن مبادلة مال بمال، فكلّ من المبيع والثمن معتبر في حقيقته، والأجل من صفات الثمن، فيكون من صفات البيع أيضاً، وأما تعيين وقت الأجل.. فليس من صفات البيع، بل من متعلقات صفته؛ فالبيع مطلق بالنسبة إلى صفته.. فلا يجوز تقييده بخبر واحد، وأما بالنسبة إلى متعلّق وصفه.. فليس بمطلق، فيجوز تقييده بخبر واحد وبرأي، ولا يطالب المشتري بالثمن قبل حلول الأجل؛ لأن التأجيل لترفيه المشتري بتأخير المطالبة عنه إلى الأجل، فلا يطالبه قبله، وكذا لا يطالبه بالكفيل قبل حلول الأجل؛ كما في كفالة «القنية»؛ حيث قال: الدائن يطالب المديون بالكفيل قبل حلول الأجل.. ليس له ذلك في ظاهرالرواية، وفي رواية: له ذلك.

(**ولو اشترى بأجل سنة**) غير معينة، (**فمنع البائع المبيع حتى مضت سنة، ثم سلّم**) المبيع (**.. فله**) أي للمشتري (**أجل سنة أخرى**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لأن الأجل من وقت العقد يتم، ولا أجل له غيرها، فصار كما لو قال: إلى رمضان، فمنعه حتى دخل رمضان؛ فإن المال فيه حال.

ولأبي حنيفة: أن التأجيل لترفيه المشتري بتأخير المطالبة عنه، ولا مطالبة قبل قبض المبيع، فيعتبر الأجل منه، بخلاف التأجيل إلى رمضان؛ فإنه معين وقد جاءه.

ولو مات البائع بعد تسليم المبيع قبل حلول الأجل.. لا يبطل الأجل.

وَإِن أطلقَ الثَّمنَ:

فَإِنِ اسْتَوَتْ مَالِيَّةُ النُّقُودِ ورواجُها.. صَحَّ..............................

ولو مات المشتري قبل الحلول.. حلّ الأجل؛ لأن ما تركه تعين لقضاء دينه، فلا فائدة للتأخير إلى وقت الأجل، ويجوز تأجيل كل دين سوى الفرض؛ لأن تأجيله باطل؛ أي: لا يلزم الأجل بالتأجيل كما يلزم في سائر الديون.

وهل يبطل الأجل المعلوم بالإبطال؟

ففي «البحر»: لو قال المديون: برئت من الأجل، أو لا حاجة لي به.. لا يبطل.

ولو قال: تركته، أو أبطلته، أو جعلت المال حالاً.. بطل الأجل.

قلت: ولو قال بعد التأجيل بأجل معلوم: أعطي لك ما لك قبله إن قدرت.. لا يبطل به الأجل، وبه أفتيت.

واعلم: أنّ التأجيل ثلاثة أضرب:

تأجيل بأيّام أو شهور أو سنين معلومة.. وإنه صحيح لو قبل المطلوب.

وتأجيل إلى أجل مجهول جهالة متقاربة؛ كالحصاد والدياس والمهرجان ونحوها.. فيصح التأجيل، وإن كان البيع به فاسداً.

وتأجيل مجهول جهالة فاحشة [٨/ب].. فإنه باطل؛ كما سيأتي في باب البيع الفاسد.

(وإن أطلق الثمن) أي عن ذكر الصفة والبدل لا القدر؛ لأن ذكره واجب؛ لما تقدم من أن جهالة القدر في العوض غير المشار إليه يفضي إلى المنازعة.. كأن قال: اشتريت بعشرة دراهم، ولم يقل: بخارياً أو سمرقندياً أو بلديّاً.

(فإن استوت مالية النقود) في البلد أي قيمتها **(ورواجها.. صحّ)** البيع، وإن اختلف الاسم؛ كالمصري، والدمشقي، وكالأحادي أي: ما يكون الواحد منه درهماً، والثنائي أي: ما يكون الاثنان منه درهماً، و الثلاثي أي: ما يكون الثلاثة منه درهماً.. فإن الاختلاف في هذه الأسماء لا يؤدّي إلى النزاع، فيصح البيع.

وَلزِمَ مَا قدّرَ من أَيّ نوع كَانَ.

وجملة هذه المسألة إلى قوله: «ويصح في الطعام»: أنه إذا كان في البلد نقود مختلفة؛ فإما أن يكون الاختلاف في المالية والرّواج معاً، أو في المالية دون الرواج، أو في الرواج دون المالية، أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم.

قوله: «فإن استوت مالية النقود ورواجها صحّ».. إشارة إلى القسم الرابع، وسيأتي الإشارة إلى كل من الثلاثة الباقية.

(ولزم ما قدّر) من المقدار؛ كعشرة مثلاً من أيّ نوع كان من الدراهم والدنانير؛ إذ المطلق ينصرف إلى المتعارف في البلد.

(من أيّ نوع كان) من غير تقييد بنوع معين؛ إذ لا منازعة فيه؛ للاستواء في المالية والرواج، حتى لو باع عبداً بألف درهم.. فله أن يعطي ألفاً من الآحاد، أو ألفين من الثنائي، أو ثلاثة آلاف من الثلاثي، لو أُطلِق اسم الدراهم على كلّ منها؛ إذ النقود لا تتعين في العقود على ما قال أصحابنا.

اعلم: أن الدراهم والدنانير، وكذا الفلوس النافقة.. لا تتعين عندنا في عقود المعاوضات وإن عينت.

وقال الشافعي: إنها تتعين.

والحجة عليه: ما ذكرناه آنفاً، وفي «العمادي» و«الفصولين»: إذا ثبت عدم تعين النقود في العقود.. قال أصحابنا: إذا تصارفا دراهم بدنانير ولم يكن عندهما ذلك، فاستقرضا وأدّيا قبل أن تفرقا.. جاز عند الثلاثة؛ لعدم تعينها؛ خلافاً لزفر والشافعي.

وكذلك لو تصارفا بهما وهما عندهما فهلكت أو استحقت فتقابضا غيرهما من جنس ما سمّيا.. جاز عند الثلاثة.

وكذلك لو غصب من آخر ألف درهم وغصب آخر من المغصوب منه مائة دينار، ثم إن الغاصبين تصارفا الدراهم بالدنانير وتقابضا، وأجاز المالك ذلك.. عملِت إجازته، وصار ما غصب كلّ واحد منهما ديناً عليه، وملك كل واحد منهما ما

اشتراه، مع أن الأصل: أن البيع لا ينعقد إذا كان الملك في البدلين لشخص واحد؛ كما في شراء رب المال شيئاً [٩/أ] من مال المضاربة بعدما صار رأس المال عروضاً ولم يكن فيه ربح، وإنما جاز العقد هنا في غصب الدراهم والدنانير مع هذا الأصل؛ لأن العقد لا ينعقد في هذه الصورة على الدراهم والدنانير المغصوبة، وإنما ينعقد على مثلهما ديناً في الذمة، فوقع البيع على مالين لرجلين ـ وهما العاقدان ـ فيفسد، ألا ترى أنَّ المغصوب منه لو لم يجز بيعهما وأخذ دراهمه ودنانيره ونقد كلّ واحد منهما ما باعه من مال نفسه وهما في مجلس بيعهما بعد.. فإنه يبقى العقد على الصحة، وهذا دليل على انعقاد العقد ونفاذه على مثل تلك الدراهم والدنانير المغصوبة ديناً في الذمة، إلا أن كل واحد منهما قضى ما وجب في ذمته بما غصب، فاحتيج إلى الإجازة، فصار المغصوب منه مقرضاً من كل واحد منهما ما غصب منه، حتى لا يملك استرداد النقود.

بخلاف ما إذا كان مكان الدراهم والدنانير عبد وجارية وباقي المسألة بحالها، حيث كانت الإجازة باطلة؛ لأن هناك العقد يتعلق بعين المغصوب؛ لأن ما عدا العقود تتعين في العقود.

فإذا كان المالك واحداً.. لم ينعقد؛ لعدم الفائدة، حتى لو كان مكان الإجازة مائة دينار وباقي المسألة بحالها جازت الإجازة؛ لأن العبد وإن تعين في العقد.. فالدنانير لم تتعين، وإنما ينعقد بمثلها ديناً في الذمة، فلم يقع العقد بمالين لواحد، بل وقع بمالين لرجلين، ألا ترى أن مالك العبد لو باعه على هذا الوجه.. ينعقد نافذاً؛ لأنه باع عبده بدنانير في ذمة المشتري.

فإذا باعه غيره.. ينعقد موقوفاً على إجازته؛ فإذا أجازه.. نفذ وصار العبد مالكاً لمشتريه وهو غاصب الدنانير، وعلى غاصب الدنانير مثل تلك الدنانير.

إذا علمت أن الدراهم أو الدنانير لا تتعينان في المعاوضات.. فهل تتعينان في الوكالات؟

فقالوا: لا تتعينان قبل التسليم إلى الوكيل بلا خلاف؛ لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء، فكما لا تتعينان في الشراء قبل التسليم.. فكذا فيما هو وسيلة إليه.

وأما بعد التسليم إليه.. فاختلفوا فيه:

قال بعضهم: تتعين، حتى تبطل الوكالة بهلاكه؛ لما مر أنها وسيلة إلى الشراء فتعتبر به، ولأن يد الوكيل يد أمانة، والدراهم والدنانير تتعينان في الأمانات.

وقال أكثر أصحابنا: إنها لا تتعيّن.

وهل تتعينان في العقود الفاسدة للردّ؟

فيه روايتان:

في رواية: ينقطع حقّ المشتري في استرداد عينها؛ لأن البيع الفاسد مبادلة من كل وجه، والفاسد من المبادلات ملحق بالجائز فيما سوى الحل من الأحكام، وفي البيع الجائز متى وجب ردّ الثمن بحكم الانفساخ [٩/ب] للعقد.. لا يجب ردّ عين المقبوض، وكذا في الفاسد.

وفي رواية: لا ينقطع حق المشتري في استرداد عينه، وعلى البائع ردّ عينه ما دام قائماً؛ لأنه مقبوض بسبب فاسد، والقبض بسبب فاسد معصية، والأصل في المعاصي ردّها من كل وجه، وإنما يتحقق الرد من كل وجه: برد العين.

وذكر الإمام رشيد الدين: أن الدراهم والدنانير تتعينان في البيع الفاسد من الأصل، ولا تتعينان فيما ينتقض بعد الصحة.

وصورة الأوّل: إذا باع عبداً وقبض الثمن، وظهر أنه ثمن الحرّ.. فيتعين للرد؛ لأن لهذا القبض حكم الغصب.

وصورة الثاني: إذا باع عبداً وهلك قبل التسليم.. فالثمن المقبوض لا يتعين في أصح الروايتين.

وفي رواية: يتعين.

وَإِن اخْتلفَتْ رواجاً.. فَمِنَ الأروجِ.

وَإِن اسْتَوَى رواجُها لَا ماليتُها.. فسدَ مَا لم يبينْ.

وَيصِحُّ فِي الطَّعَام، وكلِّ مَكِيلٍ، وموزونٍ، كَيْلاً ووزناً، وَكَذَا جُزَافاً إِن بيعَ بِغَيْر جنسه، ......

وفي تعينهما في فساد الصرف؛ لعدم القبض روايتان، وفي «العمادي»: والصحيح: أنهما تتعينان.

وهل تتعينان في استيفاء شيء من الدين المشترك؟ وفي «العمادي»: تتعينان، حتى إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم، وهما فيهما شريكان، فقضى الغريم نصيب أحدهما.. فالقابض يؤمر بردّ عين نصف المقبوض على شريكه؛ سواء كان المقبوض مثل حقّهما، أو أجود، أو أردأ، وتتعينان في التبرعات كالهبة والصدقة.

(وإن اختلفت) النقود (رواجاً)؛ سواء اختلفت في المالية أيضاً أو استوت.. فإن البيع في الصورتين جائز.

وأما الثمن (.. فمن الأروج) في البلد؛ تحرياً للجواز؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن.

(وإن استوى رواجها لا ماليتها) كالذهب المصري والمغربي مثلاً (.. فسد البيع؛ للجهالة المفضية إلى المنازعة، المانعة من التسليم والتسلّم.

(ما لم يبين) الثمن من أيّ نوع كان؛ لقطع المنازعة.

(ويصح) البيع (في الطعام) وهو: الحنطة ودقيقها على ما عليه العرف.

(و) في (كل مكيل) كالعدس والحمص ونحوهما.

(و) في (موزون) كالسّمن ونحوه (كيلاً ووزناً)؛ سواء كان بجنسه أو بخلاف جنسه؛ لعدم احتمال الربا.

(وكذا جزافاً) أي: بلا كيل ولا وزن، بل أراه الصّبرة (إن بيع بغير جنسه)؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان.. فبيعوا كيف شئتم»؛ كأن بيعت هذه الصبرة من

وبإناءٍ، أَو حجرٍ معيَّنٍ لَا يدْرِي قدرَه.

الحنطة بتلك الصبرة من الشعير، ولعدم احتمال الربا، بخلاف ما إذا بيع بجنسه مجازفة.. فإنه لا يصح في المكيل والموزون لأول هذا الحديث، وهو: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، سواء بسواء» رواه الستة إلا البخاري، ولاحتمال الربا.

بخلاف ما لا يدخل تحت الكيل والوزن؛ فإنه يصح مجازفة [١٠/أ] مطلقاً؛ بجنسه وبخلاف جنسه.

(و) يصح أيضاً (بإناء أو حجر معين لا يدرى قدره)؛ لأن الجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن التسليم فيه بتعجيل، فيندر هلاكهما قبل التسليم.. فيصح.

بخلاف السلم؛ فإنه لا يجوز بهما؛ لأن التسليم فيه متأخر، والهلاك فيه ليس بنادر قبله، فيفضي إلى المنازعة.

فإن قيل: لا نسلم أنّ عدم الجهالة المفضية إلى المنازعة يستلزم انتفاء البطلان؛ لجواز أن يكون باطلاً من جهة أخرى، كما إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقين، أو اشترى بأيّ ثمن شاء.. فإن هذا البيع باطل، مع أن الجهالة فيه غير مفضية إلى المنازعة.

قلنا: كلامنا أن لا مبطل فيه لغير الجهالة، وإذا لم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة.. يكون العقد سالماً عن البطلان بالكلية. فيصحّ.

بخلاف المستشهد به؛ فإن فيه مبطلاً غير الجهالة، وهو عدم المعقود عليه في الأوّل؛ لكونه غير عين، وعدم الثمن في الثاني.

هذا، وعن أبي يوسف: أن ما نحن فيه إنما يصحّ فيما إذا كان المكيال مما لا ينكبس بالكبس؛ كالقصعة ونحوها؛ أما إذا كان مما ينكبس كالزنبيل والجوالق.. فإنه لا يجوز إلّا في قرب الماء؛ فإنه يجوز فيه استحساناً؛ للتعامل فيه.

وكذا لا يجوز إذا كان الحجر مما يتفتت وينقص.

وَمن بَاعَ صُبرةً كلَّ صَاعٍ بدرهمٍ.. صَحَّ فِي صَاعٍ فَقَط، ....

وروى الحسن عن أبي حنيفة: لا يصح مطلقاً كالسّلم؛ لأن البيع في المكيلات والموزونات؛ إما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر:

ففي المجازفة: المعقود عليه هو ما يشار إليه، ولا معتبر بالمعيار.

وفي غيرها: المعقود عليه ما سمّي من القدر، ولم يوجد شيء منهما؛ فإن الفرض عدم المجازفة، والمكيال إذا لم يكن معلوماً.. لم يسم بشيء من القدر.

والأصح: أنه يصح، على ما في «الهداية»؛ فإن المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «جمع التفاريق» عن محمد: جواز الشراء بوزن هذا الحجر، وفيه الخيار.

وينبغي أن يكون هذا محمل الروايتين عن أبي حنيفة؛ فقوله: «لا يصح» أي: لا يلزم.

(ومن باع صبرة كل صاع) أو صاعين أو أصوع (بدرهم) أو درهمين أو دراهم (.. صحّ) البيع (في صاع) أو صاعين أو أصوع بدرهم أو درهمين أو الدراهم المسماة (فقط)؛ أي: لا الباقي من المسمى، هذا عند أبي حنيفة.

وقالا: صح في الكل.

له: أن كلمة «كلّ» متى أضيفت إلى ما لا يعلم منتهاه.. تتناول الأقل من القدر المسمى لتيقنه، لا الكلّ؛ لتعذره؛ لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن البائع يطلب تسليم الثمن، والثمن غير معلوم.. فيقع النزاع، وهذا كما لو قال: «لفلان، علي كلّ درهم».. يلزمه درهم واحد لتيقنه، وإذا تعذر [١٠/ب] الصّرف إلى الكلّ.. يصرف إلى الأقل لتيقّنه، إلا أن ترفع الجهالة في المجلس بتسمية جملة القفيزان، أو بالكيل في المجلس على ما سيأتي.. فحينئذٍ يجوز في الكلّ؛ لأن

إِلّا أنْ يُسَمِّيَ جُمْلَتَهَا.

ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة؛ لأنه جامع المتفرقات، فصار العلم في المجلس كالعلم حالة العقد.

فإن قيل: سلّمنا انعقاده فاسداً؛ لكنه ينقلب بأحد هذين الأمرين جائزاً؛ وإن بعد المجلس، فلم قيّدتم بالمجلس؟ ألا ترى أن البيع إذا كان فاسداً بحكم أجل مجهول، أو شرط الخيار أربعة أيام، ثم أسقط الأجل والشرط بعد المجلس.. ينقلب صحيحاً بلا تقييد بالمجلس، لزوال المفسد قبل تقرره؟

أجيب: بأن الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب كما نحن فيه، فتقيد بالمجلس، بخلاف ما ذكرتم؛ فإن الفساد فيه ليس في صلب العقد، بل لأمر عارض، فلا يتقيد بالمجلس؛ لضعفه بظهور أثره في اليوم الرابع، وبامتداد الأجل.

ولهما: أن حكم كلمة «كل» كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوماً بالإشارة.

وأما فيما يعلم جملة بالإشارة.. فالعقد يتناول الكل، كما لو كان معلوم الجنس بالتسمية أو بالكيل؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف، وههنا الجملة معلومة بالإشارة فيجوز العقد في الكل، ولا جهالة في ثمن كل واحد، والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي إلى النزاع.

والجواب عنه: أنهما إن أرادا أنه لا يفضي إلى النزاع قبل حصول العلم بالكيل في المجلس أو بالتسمية بها.. فهو ممنوع، وإن بعد حصول العلم بها بأحد هذين الأمرين.. فمسلم، لكنه لا يفيد؛ لأنه يرجع إلى الاتفاقي المشار إليه بقوله: (إلا أن يسمّى جملتها)؛ بأن قال: بعتك هذه الصبرة مائة صاع بمائة درهم، سواء فصلها بأن قال: «كلّ صاع بدرهم» أو لم يفصلها؛ فإن البيع في الصورتين صحيح بالاتفاق.

وكذا يصح بالاتفاق: إذا كان الجميع في المجلس؛ لارتفاع الجهالة بالكيل، كالتسمية، على ما ذكرناه.

وفي «غاية البيان»: أنه إذا سمّى جملة الثمن ولم يسمّ جملة الصبرة؛ مثل ما إذا

وَلِلمُشْتَرِي الفَسْخُ بِالخِيَارِ وإِنْ كيل أَو سمَّى جُمْلَتَهَا فِي المجْلِسِ بعدَ ذَلِك.

قال: بعتك هذه الصبرة بمائة درهم، كل قفيز بدرهم.. فقال الطحاوي في «مختصره»: وقع البيع على جميعها في قولهم جميعاً، كل قفيز منها بدرهم، وهو صحيح؛ لأنه جعل تسمية جميع الثمن كتسمية المبيع.

ومحمد لم يذكره في كتبه.

(وللمشتري الفسخ بالخيار) أي: إذا جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة وتوقف في الباقي إلى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه.. كان للمشتري خيار الفسخ.

(وإن) وصلية **(كيل أو سمّى جملتها في المجلس)** متعلق بكل من الفعلين **(بعد ذلك)** أي بعد أن باع كل صاع منها بدرهم؛ أما [١١/أ] في صورة عدم الكيل والتسمية في المجلس.. فلتفرق الصّفقة عليه.

بخلاف البائع؛ فإن الصّفقة وإن تفرقت عليه أيضاً، لكن التفريق لمّا جاء من قبله لامتناعه عن الكيل والتسمية.. منع عن الخيار.

وبخلاف ما إذا باع الرجلان عبداً مشتركاً بينهما بألف، ثم اشترى أحدهما الكلّ بخمسمائة قبل نقد الثمن؛ فإنه يجوز في نصيب الشريك لا في نصيبه، ولا خيار له، وذلك لأن الصفقة لم تتفرق عليه ههنا؛ لأن الشراء لم يقع على الكلّ ابتداء حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقاً لها، وإنما وقع على نصيب شريكه لا غير؛ لأن في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وذلك لا يجوز.

وأما في صورة الكيل والتسمية في المجلس.. فلأنه علم ذلك الآن، فربّما كان في حدسه أو ظنّه أنّ الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج إليه:

فزادت، وليس له من الثمن ما يقابله، ولا يمكن أخذ الزائد مجاناً، وفي تركه تفريق الصفقة.

وَمن بَاعَ قطيعَ غنمٍ كلَّ شَاةٍ بدرهم.. لَا يَصحُّ فِي شَيْءٍ مِنْهَا، ....

أو نقصت، فيحتاج إلى أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا، فثبت له الخيار ترفيهاً له، فصار كشراء ما لم يره.

فإن قيل: إن على قول أبي حنيفة لما انصرف البيع إلى الأقل المتيقن بعلمه.. كان القياس أن لا يتخير المشتري في الفسخ، كما لو اشترى قناً مع مدبر؛ فإنه لا خيار له في القن؛ لعلمه أن البيع ينصرف إليه.

والحاصل: أنّ الخيار يبتني على تفرُّق الصفقة، وتفرقها إنما يتحقق أن لو كان العقد وارداً على الكل، والمشتري يقبل البعض، وليس كذلك ههنا على قول أبي حنيفة على ما ترى.

أجيب عنه: بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه، والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها، فيلزم تفريق الصفقة على قولهما، وإن لم يلزم على قول أبي حنيفة.

وردّ: بأن قولهما: «إن الكل مبيع؛ فمن أين يلزم التفريق»؟

فالأولى في الجواب أن يقال: إنّ قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة؛ لأن الصيغة موضوعة للكثرة، وقصد العاقدين أيضاً الكثرة، وفيما ثمة: مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع، ولهذا لو علم المقدر في المجلس.. ينصرف إلى الكلّ، والصرف إلى الأقل باعتبار تعذر الكل للجهالة.. صرف العقد إلى بعض ما دلّ عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان، وليس تفريق الصفقة إلّا ذلك.

قلت: فيه نظر؛ لأن الجهالة مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع.

(ومن باع قطيع غنم كلّ شاة بدرهم.. لا يصح في شيء منها) عند أبي حنيفة، وقياس قوله في المثليات المذكورة من الصبرة: أن يصح ههنا أيضاً في الواحد، إلا أن التفاوت بين الشِياه موجود، وفي ذلك جهالة تفضي إلى النزاع، بخلاف الصبرة؛ لعدم التفاوت فيها [١١/ب].

وَكَذَا لَو بَاعَ ثوباً كلَّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ، وَكَذَا كلُّ مَعْدُودٍ متفاوتٍ.

(وكذا) لا يصح عند أبي حنيفة في شيء فيما **(لو باع ثوباً كلّ ذراع بدرهم)**، أو عدلاً كلّ ثوب بدرهم؛ لما بينهما من التفاوت المفضية إلى المنازعة.

(وكذا) لا يصح عنده في شيء في **(كلّ معدود متفاوت)**؛ كالخشب والأواني، وحِمل بطيخ ورمان، والرقيق، والإبل؛ لما بينها من التفاوت المفضية إلى المنازعة.

بخلاف المعدودات المتقاربة؛ كالجوز والبيض والموزونات.. فإن الحكم فيها عند أبي حنيفة كما في الصبرة؛ لعدم التفاوت، وكذا لا يصح عنده في شيء أصلاً فيما لو باع صبرتين من جنسين متفاوتين؛ كصبرتي شعير وبر، كلّ قفيز منها بدرهم؛ لتفاوت الصبرتين.

وفي رواية عنه: إنه يصح في القدر المسمّى من الصبرتين من الجنسين، كما في صبرة من جنس واحد، على أن يكون من كل واحد من الصبرتين نصف قفيز، على في «المحيط».

فعلم منه: أنه لو كانت صبرة و احدة من جنسين.. يجوز في قفيز واحد على النصف منها بطريق الأولى.

وكذا لا يصح عنده في شيء أصلاً فيما لو باع عيناً مختلفة الأجناس، كل وِقر بكذا؛ لما في «الخلاصة» و«البزازية»: رجل اشترى العنب كل وقر بكذا، والوقر معروف عندهم؛ إن كان العنب من جنس واحد.. يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم.

وإن كان العنب أجناساً مختلفة.. لا يجوز البيع أصلاً عند أبي حنيفة كبيع قطيع الغنم.

وعندهما: يجوز في الكلّ كلّ وقر بما قال؛ سواء كان العنب جنساً واحداً أو أجناساً مختلفة، هكذا في «فتاوى الصدر الشهيد».

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ فِي الكلِّ فِي جَمِيعِ ذَلِك.

وقال الفقيه أبو الليث: إن كان العنب من جنس واحد.. يجوز في الكل عند الكل، وإن كان من جنسين.. لا يجوز أصلاً عند أبي حنيفة، ويجوز في الكلّ عندهما، والفتوى: على قولهما؛ تيسيراً للأمر على المسلمين. انتهى.

والظاهر منه: أن الصبرة لو كانت من جنسين.. أن لا يجوز البيع أصلاً عند أبي حنيفة. تأمل.

هذا كله إذا لم يسمّ جملة المبيع، ولا جملة الثمن، وأما لو سمّاهما أو سمى أحدهما؛ بأن قال: بعت هذه القطعة من الغنم مائة شاة بمائة درهم كلّ شاة بدرهم، أو: بعت هذا الثوب مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم، أو: هذا العدل مائة ثوب بمائة درهم كلّ ثوب بدرهم، أو: هذه الخشب مائة عدد بمائة درهم كلّ عدد بدرهم، أو قال: بعت هذه القطعة من الغنم، أو هذا الثوب، أو هذا العدل، أو هذه الخشب بمائة درهم، كل غنم أو كل ذراع أو كلّ ثوب أو كل عدد درهم.. فيصح البيع بالاتفاق في هذه الصور؛ لحصول العلم بتمام المبيع و الثمن في الصورة الأولى، وبتمام الثمن في الصورة الثانية بدلالة [١٢/أ] مطابقية.

وكذا يصح بالاتفاق فيما إذا اقتصر على بيان عدد المبيع؛ بأن قال: بعت هذه القطعة من الغنم مائة شاة كل شاة بدرهم وهكذا؛ لحصول العلم بتمام المبيع مطابقة، وبتمام الثمن التزاماً. كذا في «فتح القدير».

(وعندهما: يصح في الكلّ) أي في كل الغنم والثوب المعدود **(في جميع ذلك)** أي في الصبرة والصبرتين من جنسين، وقطيع الغنم والثوب والعدل منه، والعددي المتفاوت سواء سمّى جملتها أو كلها وعددها وذرعها في المجلس، أو لا هذا ولا ذاك ـ لأن هذه جهالة إزالتها في أيديهما بالتسمية ـ أو الكيل أو الذرع أو العدد.. فلا يكون مانعاً، فصار كما إذا باع عبداً من عبدين أو ثلاثة، على أن المشتري بالخيار؛ فإنه جائز اتفاقاً.

وَإِن بَاعَ صبرَةً على أَنَّهَا مائَةُ قفيزٍ بِمائَةِ دِرْهَمٍ.. فَوجدت أقلَّ أَو أَكثرَ أَخذَ المُشْتَرِي الأَقَلَّ بِحِصَّتِهِ أو فسخَ، وَالزَّائِدُ للبَائِع.

أجيب عنه لأبي حنيفة: بأن القياس فيه الفساد أيضاً، إلّا أنا جوزناه استحساناً بدلالة النص، فلا يتعدى إلى غيره، حتى لم يجز بيع عبد من أربعة عبيد، فبقي على القياس. كذا في «العناية».

(وإن باع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم)؛ سواء بيّن حصة كل قفيز أو لم يبيّن؛ إذ لا فرق بينهما ههنا؛ لعدم التفاوت في المسمى والعقد، فعلّق بعين المسمى.

(فوجدت) أي عند الكيل **(أقل أو أكثر.. أخذ المشتري الأقل بحصته)** من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلاً أو موزوناً.

قيد في «البحر» قوله: «الأقل بحصته» بما إذا لم يكن المبيع مشاهداً له؛ فإن كان مشاهداً.. انتفى الغرر.

ولذا قال في «الخانية»: اشترى سويقاً على أن البائع لتّه بمنٍّ من السمن وتقابضا، والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف منّ.. جاز البيع، ولا خيار للمشتري؛ لأن هذا مما يعرف بالعيان؛ فإذا عاينه.. انتفى الغرر.

وهو كما لو اشترى صابوناً على أنه متخذ من كذا أجرة من الدهن، فظهر أنه متخذ من أقل من ذلك، والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء.

وكذا لو اشترى قميصاً على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه؛ فإذا هو من تسعة.. جاز البيع ولا خيار للمشتري.

(أو فسخ) البيع لتفرق الصفقة عليه، فلم يتم رضاه بالموجود.

(والزائد) على القدر المسمى وهو المائة ههنا: **(للبائع)**، والمائة للمشتري بلا خيار له؛ لأن البيع وقع على مقدار معين وقد وجد ذلك، فلا يتناول غيره.

إلا إذا كان وصفاً والقدر الزائد ليس بوصف، بل هو أصل.. فلا يتناوله البيع، فيكون للبائع، فلا يجب تسليمه إلا بصفقة على حدة.

وَفِي المذروعِ يَأْخُذُ الأَقَلَّ بِكُلِّ الثَّمنِ أَو يفسخُ، ....

وكذا قبض المشتري، فكان كل من العاقدين مخيراً فيها؛ إن شاء.. باشرها، وإن شاء.. تركها.

(وفي) بيع **(المذروع)** كالثوب والأرض: **(يأخذ الأقل)** من القدر المسمّى [١٢/ب] **(بكل الثمن)** المسمى للقدر المسمّى، **(أو يفسخ)** العقد.

اعلم أن المشتري إن كان مذروعاً؛ كأن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم، فوجد المبيع أقلّ.. خيّر المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى، وبين تركه بفسخ البيع.

وإن وجده زائداً على المسمّى.. كان الكل للمشتري بلا خيار للبائع.

هذا إذا لم يسمّ لكلّ ذراع قسطاً من الثمن، وإن سماه.. فالمشتري أخذ الأقل بحصته، والأكثر بحصته، وله الخيار في الوجهين، فهذه ثلاثة فصول.

أما الأول: وهو كون المبيع أقل.. فلأن الذراع وصف في الثوب المبيع والأرض المبيعة، وكلّ ما هو وصف في المبيع.. لا يقابله شيء من الثمن، فالذراع في الثوب والأرض لا يقابله شيء من الثمن؛ أما إنه وصف؛ فلأنه عبارة عن الطّول والعرض، وهما من الأعراض.

وأما أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.. فلأنها تابعة للموصوف والثمن في مقابلة المتبوع، فصار كأطراف الحيوان؛ فإن من اشترى جارية فاعورّت في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري.. لا ينقص من الثمن بشيء، بل هو مخير: بين أخذها بكل الثمن، وتركها لفوات الوصف المرغوب فيه، فيختل بالرضاء؛ كما إذا اشترى عبداً على أنه كاتب فوجده غير كاتب؛ فإنه يخير بين الأخذ بكل الثمن، وبين تركه.

وَالزَّائِدُ لَهُ بِلَا خِيَارٍ لِلبَائِعِ.

وإذا كان الذراع وصفاً لا يقابله شيء من الثمن يأخذ المشتري الموجود الأقل بكل الثمن، بخلاف المكيل؛ لأن المقدار فيه ليس بوصف، فيقابله الثمن، فيأخذ الأقل منه بحصته من الثمن.

فإن قيل: لا نسلم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن؛ فإن المبيع المعيب إذا امتنع ردّه.. رجع المشتري بنقصان؛ كمن اشترى عبداً فأعتقه أو مات، ثم اطلع على نقصان إصبع؛ فإنه يرجع على بائعه بالنقصان، وكمال الأصابع وصف فيه.

أجيب: بأن الوصف نوعان: وصف محض، ووصف مقصود بالتناول حقيقة؛ كما إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم، أو حكماً؛ كما إذا امتنع الرد لحق البائع؛ كما إذا تعيب المبيع عند المشتري، أو لحق الشارع كما إذا كان المبيع ثوباً فخاطه المشتري، ثم اطلع على عيب قديم؛ فإن المشتري يرده والبائع يقبله، إلا أن الشرع يمنعه عن الفسخ والرد لاحتمال الرد بزيادة الخياطة.

والنوع الثاني: مطلق يأخذ شبهاً بالأصل، فيأخذ قسطاً من الثمن، بخلاف النوع الأول وكلامنا فيه.

وأما الفصل الثاني: وهو كون المبيع أكثر من المسمى.. فأشار إليه بقوله **(والزائد)** على القدر المسمّى **(له)** أي: للمشتري قضاء لا ديانة على ما في «قاضي خان»، **(بلا خيار للبائع)**؛ لأنه [١/١٣] وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن، فيدخل في المبيع فيأخذه المشتري، فصار كما إذا باع عبداً على أنه أعمى؛ فإذا هو بصير.

فإن قيل: ما الفرق بين المذروعات والمكيلات حتى جعل الذراع الزائد في الأول وصفاً و الكثير الزائد في الثاني أصلاً، مع أنه يقال شيء عريض طويل وشيء قليل وكثير؟

وَإِن سمّى لكلِّ ذِرَاعٍ قِسطاً.. أَخذَ الأَقَلَّ بِحِصَّتِهِ، ....

فالجواب: أنه مبني على معرفة اصطلاحهم في الأصل والوصف، فقال بعضهم: ما تعيب بالتبعيض.. فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك.. فهما فيه أصل.

وقال بعضهم: ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره.. فهو وصف، وما ليس كذلك.. فهو أصل، وما لهما واحد.. فالمذروع يتعيب وتنقص قيمته بالتبعيض، والمكيل لا يتعيب؛ فإن عشرة أذرع من الثوب إذا انتقص واحد منها.. فالباقي لا يشترى بالثمن الذي كان مع ذلك الواحد، بخلاف عشرة أصوع إذا انتقص منها صاع؛ فإن التسعة يشترى بالثمن الذي يخصها من العشرة، فظهر أن القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن: أصل، ومن حيث الذرع: وصف.

وأما الفصل الثالث: فأشار إليه بقوله: **(وإن سمّى لكلّ ذراع قسطاً)**؛ بأن قال: بعتك هذا الثوب مائة ذراع بمائة درهم كلّ ذراع بدرهم.. فإن وجدها أقلّ (.. **أخذ**) المشتري **(الأقل بحصته)** من الثمن؛ لأن الوصف، وإن كان تابعاً.. لكنه صار هنا أصلاً؛ لكونه مقصوداً بالتناول بإفراده بالذكر، فنزل كل ذراع منزلة ثوب؛ فلو أخذها بجميع الثمن.. لم يكن آخذاً كل ذراع، والبائع لم يبع إلّا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم؛ بأن قال: بعتها على أنها مائة ذراع مثلاً بمائة درهم، كل ذراع بدرهم، بخلاف المسألة الأولى؛ حيث لم يجعل فيها الذراع أصلاً.

وإن ذكر فيها عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع، وذلك يقتضي لكل ذراع قسطاً من الثمن بناء على أن مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد، وذلك لأن الذراع أصل من حيث إنه من أجزاء العين المبيع؛ كالقفيز، ووصف من حيث إن الباقي ينتقص بفواته، فلو جعلنا عشرة أذرع منقسماً على عشرة دراهم عند ترك ذكر كل ذراع.. لزم إلغاء جهة الوصفية من كلّ وجه، فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره، وبالأصلية عند ذكره؛ عملاً بالشبهين.

وَكَذَا الزَّائِدَ، وَله الخِيَارُ فِي الوَجْهَيْنِ.

(وكذا الزائد) أي: أخذه بحصته من الثمن؛ لما ذكرناه من أنه صار أصلاً مشروطاً وأخذُه بالأقل.. لم يكن أخذاً بالمشروط [١٣/ب].

فإن قيل: إنه لما كان كل ذراع أصلاً بمنزلة ثوب على حدة.. لزم فساد البيع؛ سواء كان أقل أو أكثر؛ كما لو كان العقد وارداً على عشرة أثواب، وقد وجدها أقلّ أو أكثر على ما سيأتي.

وإنه لو كان الذراع أصلاً بذكر الثمن بإفراده.. امتنع دخول الزيادة في العقد؛ كما إذا باع صبرة على أنها عشرة أقفزة؛ فإذا هي أحد عشر؛ فإن الزيادة لا تدخل إلا بصفقة على حدة على ما تقدم.

قلنا عن الأول: إن الأثواب مختلفة، فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، والذراعان من ثوب و احد ليست كذلك.

وعن الثاني: إن الذراع الزائد لو لم يدخل.. كان بائعاً بعض الثوب، وفسد البيع، فحكمنا بالدخول تحرياً في الجواز، والقفيز الزائد ليس كذلك.

(وله) أي: للمشتري **(الخيار في الوجهين)**؛ أما في الأقل: فلتفرق الصفقة عليه؛ فإن شاء.. أخذه بحصته، وإن شاء.. تركه، فكان مخيراً بين الأخذ بحصته وبين تركه.

وأما في الزائد: فلأنه إن حصل له الزيادة في الذراع.. لزمه الزيادة في الثمن، وفي ذلك ضرر له، فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر؛ فإن شاء.. أخذه بحصته، وإن شاء.. فسخ العقد فكان مخيراً بين الأخذ بحصته وبين فسخه.

والفرق بين الترك والفسخ: أن البيع في الصورة الأولى لم ينعقد؛ لأن المبيع لما كان ناقصاً.. لم يوجد المبيع، فلم ينعقد البيع حقيقة، وإنما كان أخذ الأقل الموجود بالأقل بيعاً جديداً وبالتعاطي.

وفي الصورة الثانية: انعقد؛ لأن البيع وجد مع زيادة، فيكون تركه فسخاً، بخلاف الصورة الأولى.

وَصَحَّ بيعُ عشَرَةِ أَسْهمٍ من مائَةِ سهمٍ من دَارٍ، لَا بيعُ عشَرَةِ أَذْرعٍ من مائَةِ ذِرَاعٍ مِنْهَا.

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ فيهمَا ....

(وصح بيع عشرة أسهم من مائة سهم من دار) أو حمام؛ أي: مما ينقسم ومما لا ينقسم، هذا بالاتفاق.

(لا بيع عشرة أذرع من مائة ذراع منها) أي: من الدار، أو كذا من الرحى ومن الحمام. هذا عند أبي حنيفة.

وكذا لا يجوز عنده بيع عشرة أذرع من هذه الدار على ما سيأتي وجهها.

(وعندهما: يصح فيهما) وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن عشرة أذرع من مائة ذراع كعشرة أسهم من مائة سهم في كونهما عشر المائة، لكن هذا فيما إذا كان الدار مائة ذراع لا أقل أو أكثر على ما في «غاية البيان»؛ لأن العشرة إنما تكون عشر المائة لا أقل أو أكثر.

لكن قال في بعض الحواشي: إذا كانت الدار ألف ذراع.. فاللازم عشرة أذرع من كل مائة منها.

ولأبي حنيفة: أن الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها، وإرادتها هنا متعذرة، فيصير مجازاً فيما يحمله من المذروعات، وما يحمله لا يكون إلا معيناً مشخصاً؛ لكونه فعلاً حسياً يقتضي محلاً [١٤/أ] حسياً، والمشاع ليس كذلك؛ لأنه ليس بمعيّن.. فلا يستعمل فيه الذراع ولو مجازاً؛ لعدم كونه معلوماً؛ لأن العشرة الأذرع إذا لم يعلم من أيّ جانب من الدار.. تكون مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، فلا يجوز، بخلاف السهم؛ لأنه أمر عقلي لا يقتضي محلاً حسياً فيجوز في الشائع؛ لأن الجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة؛ فإن صاحب عشرة أسهم يكون شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبه منها، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من أيّ موضع كان.

وَلَو بَاعَ عِدْلاً على أَنَّه عشَرَة أَثْوَابٍ.. فَإِذا هُوَ أَقلُّ أَو أَكثرُ.. فسدَ البيعُ، وَلَو فَصَّلَ الثَّمَن.. فَلا فِي الأَكْثَرِ، وَيَصِحُّ فِي الأَقَلِّ بِحِصَّتِهِ، ....

ولا فرق عنده بين ما إذا علم جملة الذرعان؛ كما إذا قال: عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع، وبين ما لم يعلم؛ كما إذا قال: عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح؛ لبقاء الجهالة المانعة من الجواز، خلافاً لما يقوله الخصاف: أن الفساد عنده إنما هو عند جهالة الذرعان.

وأما إذا عرفت مساحتها.. فإنه يجوز عنده جعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان عدد جملة الشياه معلوماً؛ فإنه يجوز عنده.

(**ولو باع عدلاً على أنه عشرة أثواب**) بعشرة دراهم مثلاً؛ (**فإذا هو أقل أو أكثر.. فسد البيع**)؛ لجهالة الثمن في الأول، والمبيع في الثاني.

أما الأول: فلأنه إذا قل.. وجب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة؛ لأنه لا يدري أنه كان ثوباً جيداً أو رديئاً أو وسطاً، فلا يدري قيمته بيقين حتى يسقط، فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن.

وأما الثاني: فلأن الزائد لم يدخل تحت العقد، فيجب ردّه، والأثواب مختلفة، فكان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة.

وكذا لو اشترى غنماً على أنها عشرة فوجدها أقلّ أو أكثر على ما في «الجوهرة».

وكذا لو اشترى أرضاً على أن فيها نخلاً مثمراً فوجدها نخلة لا تثمر.. فسد على ما في «البحر».

(**ولو فصّل الثمن**) بأن يقول: كل ثوب بدرهم (**.. فلا**) أي: فسد البيع.

(**في الأكثر**)؛ لجهالة العشرة المبيعة جهالة مفضية إلى المنازعة على ما ذكرناه.

(**ويصح في الأقل بحصته**)؛ لكون الثمن معلوماً بالبيان.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يصح في الأقل أيضاً؛ لأنه جمع بين الموجود والمعدوم

وَيُخَيَّرُ المُشْتَرِي.

في صفقة واحدة، فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود، فيفسد العقد؛ كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكلّ واحد ثمناً؛ فإنه لا يجوز البيع عنده في القن، فكذا هذا.

وكما لو اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة؛ فإذا أحدهما: هروي والآخر مروي.. فالبيع فاسد فيهما جميعاً [١٤/ب] عنده، وعندهما: يجوز في الهروي، على ما صرّح به في «الجامع الصغير».

والأصحّ: ما ذكره المصنف من أنه صحيح؛ لأنه لما كان الثمن معلوماً قطعاً.. لا يضر الباقي، بخلاف مسألة «الجامع الصغير»؛ لأنه جعل القبول في المروي شرطاً للعقد في الهروي؛ لأن «على» للشرط، وهو شرط فاسد؛ لأن المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم، ولا قصد إيراد العقد على المعدوم؛ لعدم تصور ذلك فيه، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط، ولكنه غلط في العدد.

(**ويخير المشتري**) إن شاء أخذه بحصته، وإن شاء تركه؛ لأنه تغير شرط عقده عليه.

وكذا لو قال: بعت هذه القصعة مائة غنم بمائة درهم كل غنم بدرهم.. فإنه يجوز في الأقل مع الخيار ويفسد في الأكثر.

قال في «البزازية»: اشترى عدلاً على أنه كذا، فوجده أزيد، والبائع غائب.. يعزل الزائد ويستعمل الباقي؛ لأنه ملكه.

وهذا يدلّ على صحة البيع المذكور في الأكثر أيضاً.

قالوا: هذا استحسان، والقياس: فساده؛ لجهالة المزيد.

وَإِنْ بَاعَ ثوباً على أَنَّهُ عشَرَةُ أَذْرعٍ كلُّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ.. أَخذَهُ المُشْتَرِي بِعشْرَةٍ لَو عشرَةً وَنصفاً بِلَا خِيَار، وبتسعةٍ لَو تِسْعَةً وَنصفاً بِخِيَار.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُخَيَّرُ فِي أَخذه بِأحدَ عَشَرَ فِي الأَوَّلِ، وبعشرةٍ فِي الثَّانِي.

ويؤيده ما روي عن ابن سماعة عن محمد: اشترى جراباً على أن فيه عشرين ثوباً، فوجدها إحدى وعشرين، وغاب البائع، فأستحسن أن يعزل ثوباً من ذلك ويستعمل البقية. كذا في «القنية».

وفيها أيضاً: لو اشترى شيئاً فوجده أزيد.. يدفع الزيادة إلى البائع، والباقي حلال له في المثليات، وفي ذوات القيم: لا يحل حتى يشتري منه الباقي، إلا إذا كانت تلك الزيادة مما لا يجري فيه الضنة.. فحينئذ يعذر، والظاهر منه: عدم الحل عند غيبة البائع.

ثم قال فيه بعلامة «فع خو»[1]: عدَّ الكواغد فظنها أربعة وعشرين وأخبر البائع به، ثم أضاف العقد إلى عينها ولم يذكر العدد، ثم ازدادت على ما ظنّه.. فهي حلال للمشتري.

(وإن باع ثوباً على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم.. أخذه المشتري بعشرة لو) وجدها **(عشرة ونصفاً بلا خيار)** أي: من البائع.

(و) أخذه **(بتسعة لو)** وجدها **(تسعة ونصفاً بخيار)** أي من المشتري، هذا عند أبي حنيفة.

(وعند أبي يوسف: يخير) المشتري **(في أخذه بأحد عشر في الأول)** أي فيما وجدها عشرة ونصفاً، **(وبعشرة في الثاني)** أي فيما وجدها تسعة ونصفاً.

---

(١) «فع» هو رمز «فتاوى العصر» للسغدي، و«خو» هو رمز العلامة خميروبري، والمسألة في مخطوط «القنية» (٢٣٠).

وَعند مُحَمَّدٍ: يُخَيَّرُ فِي أَخذِهِ فِي الأَوَّلِ بِعشْرَةٍ وَنصفٍ، وَفِي الثَّانِي بِتِسْعَةٍ وَنصفٍ.

(وعند محمد: يخير) المشتري **(في أخذه في الأول: بعشرة ونصف، وفي الثاني: بتسعة ونصف)**؛ لأنه قابل كل ذراع بدرهم، ومن ضرورة ذلك: مقابلة نصف الذراع بنصف الدراهم فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها أن يجب في مقابلة كلّ جزء من الذراع مثله من الدرهم [١٥/أ]، فنصف الذراع: بنصف الدرهم، وربعه: بربعه... وهكذا، فيخير المشتري فيها.

ولأبي يوسف: أن بإفراز البدل صار كل ذراع كثوب على حدة، والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع.. لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يثبت له الخيار فيهما؛ لما تقدم من أن في النقصان تفرق الصفقة، وفي الزيادة ضرر زيادة الثمن.

ولأبي حنيفة: أنه قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل لا يقابله شيء من الثمن، وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط، والشرط مقيّد بالذراع، ونصف الذراع ليس بذراع، فكان الشرط معدوماً، أو زال موجب كونه أصلاً فعاد الحكم إلى الأصل وهو الوصف.. فلا يقابله شيء من الثمن، فسلم له مجاناً، ولهذا كان الخيار في جانب البائع في صورة زيادة النصف عنده؛ لأنه لما سلم للمشتري مجاناً.. لا معنى لتخيير المشتري في أخذه، فصار هذا بالنسبة إليه كمن اشترى شيئاً على أنه معيب فوجده سليماً.. فإنه يأخذه بلا خيار.

قيل: هذا الخلاف فيما تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والأقبية؛ أما في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه.. لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون؛ لعدم تضرره بالقطع، وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه بلا تعيين موضع؛ كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منها، على ما في «الهداية».

وفي «الذخيرة»: الأصح: قول أبي حنيفة، وقول محمد أعدل.

ولو أضاف العقد إلى العين لا إلى العدد.. يجوز مطلقاً على ما دل عليه ما ذكرناه من «القنية» من مسألة الكواغد.

ولو ساوته الحنطة كلّ قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة درهم فغلطوا وحاسبوا الحنطة المشتراة بخمسمائة درهم، وباعوها منه بخمسمائة، ثم ظهر أن فيه غلطاً.. لا يلزمه إلا خمسمائة؛ لإضافة العقد إلى قدر معلوم، بثمن معلوم، وبعده لا يضر الغلط في قدر المبيع أو الثمن.

* * *

(فَصْلٌ)

(فَصْلٌ)

بعض مسائل هذا الفصل مبنية على الاستحسان، وأكثرها على قاعدتين:

أحدهما: أنّ كل ما يتناوله اسم المبيع عرفاً دخل في المبيع وإن لم يذكر صريحاً.

والثانية: أن ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار.. كان تابعاً في الدخول، وما لا.. فلا.

والمراد باتصال قرار: ما وضع للقرار في موضعه، لا أن يفصله البشر في ثاني الحال؛ كاتصال الأشجار المغروسة.

ومما يتفرع على الأصل الأول: ما في «الخلاصة» و«البزازية»: باع فرساً.. دخل فيه العذار لا السرج ولو عليه، إلّا بالنص.

وقيل: يدخل لو عليه.

ولو باع حماراً موكفاً.. يدخل الإكاف [١٥/ب] والبردعة في البيع، ولو كان غير موكف.. قيل: لا يدخل الإكاف.

وقيل: يدخل، وهو المختار على ما في «الخلاصة».

ولو باع عبداً أو جارية.. دخل في البيع ما عليهما من الثياب التي تكون على مثل المبيع عادة، وللبائع أن يأخذ هذه الثياب ويعطي غيرها.

ولو استحق بشيء من الثياب.. لا يرجع بشيء من الثمن.

وفي «الفتاوى»: الداخل تحت البيع: ثياب مثل المبيع؛ إن شاء البائع أعطاها الذي عليه؛ وإن شاء أعطى غير ذلك؛ لأن الدخول بحكم العرف، والداخل بحكم العرف: كسوة مثلها لا عينها.

يَدْخلُ البناءُ والمفاتيحُ فِي بيعِ الدَّارِ ....

(**يدخل البناء**)، وكذا العلو والكنيف والمربط (**والمفاتيح**) أي مفاتيح الأغلاق المتصلة بباب الدار؛ لأن الأغلاق إذا لم تكن متصلة بباب الدار كالقفل.. لا تدخل في المبيع، لا هو ولا مفتاحه.

(**في بيع الدار**) احترز به عن بيع المنزل أو البيت؛ فإن العلو لا يدخل في بيعهما، على ما سيأتي بيانه.

قيّد دخول البناء: ببيع الدار، وهل يدخل في القضاء بالدار وفي الشهادة بها أيضاً؟

قالوا: يدخل، لكن أنما يدخل تبعاً: على اختيار «قاضي خان»، وأصالة: على اختيار «المنتقى»؛ فإنه ذكره في فصل دعوى الدور من «قاضي خان» وقال: رجل ادّعى داراً في يد رجل، فأنكر المدعى عليه، فأقام المدعي شهوداً أنها له، وقضي بها له، ثم أقام المقضي عليه البينة أن البناء له بناه هو، ذكر في «الأصل»: أنه تقبل عليه بينة المدعى عليه؛ لأن البناء دخل في القضاء، والشهادة تبعاً لا أصالة، حتى لو كان شهود المدعي شهوداً بالدار والبناء جميعاً فقضى القاضي بهما للمدعي، ثم أقام المقضي عليه البينة بأن البناء له بناه هو.. لا تقبل بينته.

وذكر في «المنتقى»: إذا ادعى داراً وأقام البينة أنها له، فقضى القاضي له بالدار، ثم أقام المقضي عليه البينة أن البناء له بناه هو.. لا تقبل بينة المقضي عليه؛ لأن الشهادة بالدار شهادة بالأرض والبناء جميعاً.

ولذا لو قال شهود المدعي بعد القضاء: ليس البناء للمدعي، وإنما شهدنا له بالدار دون البناء.. كانت شهادتهم بالدار شهادة بالبناء، ويضمنان قيمة البناء للمقضي عليه.

ولو شهدوا بالدار للمدعي، ثم قالا قبل القضاء: ليس البناء للمدعي.. قبلت شهادتهما، ويقضى للمدعي بالساحة دون البناء.

بِلَا ذكرٍ، ....

وينبغي للقاضي إذا شهدوا بالدار: أن يسألهما عن البناء، وإن ماتا وغابا قبل أن يسألهما.. يقضي بالدار والبناء. انتهى.

(بلا ذكر) لما مر من الأصلين، وذلك؛ لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء والعلو عرفاً فيدخل فيه، بخلاف باب اليمين [١٦/أ]؛ حيث لا يدخل البناء في اسم الدار فيما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها؛ فإنه يحنث بالدخول بعد الانهدام، ولو دخل البناء.. لما حنث.

وهذا لأن البناء وصف في الدار في عرف الأيمان، فيكون لغواً في الدار المعنية بالإشارة، فكأنه حلف لا يدخل هذه التي تسمّى الآن داراً، فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها داراً وقت الدخول، فصار كما لو حلف على نفي الدخول في هذا المكان، ولأن البناء والعلو والأغلاق المتصلة بالباب متصلة بالعرصة والباب اتصال قرار، فتدخل فيه.

وكذا مفاتيح الأغلاق المتصلة؛ لأنها كالجزء منها؛ لعدم الانتفاع بدونها، فصارت داخلة فيها استحساناً.

بخلاف القفل ومفتاحه؛ لأن القفل؛ لعدم جريان الأصلين المذكورين فيه.. كان خارجاً عن البيع، وكان مفتاحه أيضاً خارجاً؛ لأن دخوله في الغلق المتصل بناء على الاستحسان لدخول الغلق؛ فإذا لم يدخل الغلق.. بقي المفتاح على القياس، وهو: عدم الدخول.

وفي «الخلاصة»: باع حانوتاً.. دخل ألواح الحانوت في العقد، سواء باع الحانوت بمرافقها أو لا، وهو المختار.

وقيل: الألواح والأقفال للبائع، والمفتاح للمشتري.

إذا باع داراً وفيها بئر وعليها بكرة وعلى البكرة دلو وحبل؛ إن باعها بمرافقها.. يدخلان في البيع، وإن لم يذكر المرافق.. لا يدخل الدلو والحبل؛ أما البكرة.. فتدخل في الوجهين.

وظلة الحانوت تدخل إن ذكر المرافق، وإلا.. فلا.

وفي «الجامع الصغير»: اشترى داراً وعلى بابها ظلة؛ إن كان بابها خارج الدار.. لا تدخل في البيع من غير ذكر بالإجماع، وإن كان بابها في الدار.. فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: تدخل من غير ذكر؛ لأنها تعقد للانتفاع، ولا يحصل الانتفاع إلا بها، وكذا سائر ما لا ينتفع إلّا به، بخلاف البيع؛ لأنه قد يكون لمجرد التجارة.

الإقرار والوصية كالبيع في أن الشرب والطريق لا يدخلان إلا بالذكر.

والرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة في أنهما يدخلان من غير ذكر.

وفي هبة «القنية»: يدخل في هبة الأرض ما يدخل في بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكر.

وكذا في الصلح على أرض أو عنها: يدخل، ولا يدخل في الصلح من غير ذكر. انتهى.

فعلم منه: أن الهبة مثل البيع في الحكم المذكور.

والبستان إن كان في الدار.. يدخل في بيعها صغيراً كان أو كبيراً.

ولو كان خارج الدار ومفتتحه في الدار.. قال بعضهم: إن كان صغيراً من الدار.. يدخل، وإن كان مثل الدار أو أكبر منه [١٦/ب].. لا يدخل.

والرّحى لا تدخل في بيع الدار؛ لأنها ليست من حقوق البيت والدار.

ولو كان في الضيعة.. تدخل إذا ذكر: بكل حق هو لها؛ لأنها من حقوقها.

والدالية كالرحى.

وَكَذَا الشَّجرُ فِي بيعِ الأَرْضِ.

هذا إذا لم يكن حجر الرحى مبنية في الدار كما في ديار مصر، وأما لو كانت مبنية فيها.. فتدخل بلا ذكر.

والسُّلَّم من حجر أو خشب يدخل إن كان متصلاً بالبناء.

وكذا السرير والدرج المتصلة بها.

وكير الحداد يدخل، لا كير الصائغ.

ومقلّاة السّواقين التي يقلى فيها السويق لا تدخل تحت البيع؛ سواء كانت من نحاس وحديد وإن كانت في البناء؛ لأنها جعلت في البناء للعمل، فلم تكن من جملة البناء.

(وكذا) يدخل **(الشجر في بيع الأرض)** لاتصالها اتصال قرار كالبناء.

أطلقه فشمل المثمرة وغيرها، والصغيرة والكبيرة، إلا اليابسة.. فإنها على شرف القلع، فصارت كالحطب الموضوع.

وقيل: لا يدخل غير المثمرة أيضاً؛ لأنها تقطع للحطب والبناء عليها، ولا الصغيرة؛ لأنها تنقل عن مكانها، فصار كالزرع.

والأوّل: أصحّ، على ما في «العناية».

وهذا في الأرض التي كانت ملكاً للبائع، بخلاف الأراضي الأميرية؛ فإن في تفويضها يدخل الأشجار النابتة بغير إنبات وغرس، لا الأشجار التي تنبت بالغرس والإنبات؛ فإن الأولى تابعة للأرض، فتدخل في تفويضها، والنابتة ملك الغارس، فلا تدخل بلا ذكر. كذا أفتى به مشايخ الإسلام.

ولو باع أرضاً فيها قطن.. لا يدخل القطن.

واختلفوا في شجره.

قيل: يدخل، وقيل: لا، وهو الأصح على ما في «الظهيرية».

وَلَو أطلقَ شِرَاءَ شَجَرَةٍ.. دخلَ مَكَانُهَا عِنْد مُحَمَّدٍ، وَهُوَ المُخْتَارُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وكذا لا يدخل شجر الباذنجان إلا بالشرط.

وفي «الخلاصة»: الوصية كالبيع؛ فإنه لا يدخل الثمر تحت الوصية في وصيّة الشجر.

ثم قلنا نقلاً عن «المحيط»: والأصل: أن ما كان لقطعه مدّة معلومة كالثمر.. فلا يدخل في البيع، وما ليس لقطعه مدّة معلومة.. يدخل؛ كالشجر.

وبعض المشايخ فصّل في الأشجار؛ حيث قال: إن كانت بحالة تقلع بعروقها في كلّ ثلاث سنين.. تدخل في البيع، وهي الشجرة الصغيرة التي تباع في الربيع، وإن كانت تقطع من وجه الأرض.. فاختلفوا فيه، الصحيح: أنها تدخل أيضاً من غير ذكر؛ مثمرة أو لا، صغيرة أو كبيرة، للحطب أو لغيره.

(**ولو أطلق شراء شجرة**) أي لم يعينها بأن شراها للقطع أو للقرار (.. **دخل مكانها عند محمد**) بمقدار غلظها؛ لعدم إمكان قرارها بدون الأرض؛ لأنها اسم للمستقر في الأرض، كما لو دخل مكانها في الوصية والميراث، وفيما لو أقر لفلان بشجرة، (**وهو المختار**) أي للفتوى على [١٧/أ] ما في «الخلاصة» نقلاً عن الصدر الشهيد، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهذا للعرف.

وفي «التبيين»: وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع بغير شرط للعرف، إلا أن تكون ثياباً مرتفعة اللبس، وحينئذٍ لا تدخل إلّا بشرط؛ لعدم العرف.

والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار.. يدخل للعرف، لا الحبل المشدود على قرن الثور والحمل؛ لعدم العرف إلا بالذكر.

وفصيل الناقة ومهر الرمكة وجحش الأتان والعجول؛ إن ذهب به مع الأُمّات إلى موضع البيع.. يدخل للعرف، وإلا.. فلا.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأن الأصل أصل، والشجرة تابع، فلو دخل معها..

وَلَا يدْخل الزَّرْعُ فِي بيعِ الأَرْضِ، ....

لانقلب الأصل تبعاً، مع كونها أصلاً في هذا البيع.

هذا فيما أطلق، وأما لو عين أنه اشتراها للقطع.. لا تدخل بالاتفاق، ولو عين أنه للقرار.. تدخل بالاتفاق بمقدار غلظها دون ما ينتهي إليه العروق.

وفي «الخلاصة»: باع شجرة بشرط القطع.. تقطع من وجه الأرض.

وإن باع بشرط القلع.. تقلع من الأصل.

وفي الإقرار والقسمة: تدخل الأرض التي تحت الشجرة، والهبة و الصدقة: كالوصية في الدخول.

ولو أقر لرجل بأرض وفيها شجرة قائمة، وعليها ثمرة.. فهي للمقر له، وكذا الزرع.

اشترى شجرة بعروقها وقد نبت من عروقها أشجار؛ فإن كانت الأشجار بحيث لو قطعت الشجرة يبست.. صارت مبيعة، وإلا.. فلا؛ لأنها إذا يبست بقطع الشجرة.. كانت نابتة من الشجرة.

(**ولا يدخل الزرع**) الذي بناها بفلاة وصار مما ينتفع به رأساً وخرج عن تبعية الأرض (**في بيع الأرض**)؛ لأن اتصاله بها ليس باتصال قرار، فأشبه المتاع الموضوع في الدار.

ولا يرد عليه الحَمْل؛ حيث يدخل في بيع أمّه، مع أن اتصاله ليس باتصال قرار؛ لأنه لما كان البشر لا يقدر على فصله في ثان الحال، ولا يفصله إلّا الله تعالى.. صار كأنه لا يعدّ منفصلاً، بل يعدّ متصلاً اتصال قرار، ولأنه لما كان جزء أمّه صار تبعاً لها عرفاً.

وعن هذا قالوا: لو اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة؛ إن كانت في صدف.. تكون للمشتري، وإن لم تكن في الصدف.. تكون للبائع؛ لأنها في الأول: تكون

وَلَا الثَّمر فِي بيعِ الشّجرِ.. إِلّا باشتراطه، وَإِن ذَكَرَ الحُقُوقَ والمرافقَ، ....

جزءاً من السمكة فتدخل في بيعها عرفاً تبعاً لها، وفي الثاني: تكون وديعة فيها لا تتبعها.

ولو اشترى داراً وكتب: بحقوقها فانهدم حائط منها، فوجد فيها رصاصاً أو صاجاً أو خشباً؛ إن كان من جملة البناء كالخشب التي تحت الحائط.. فهو للمشتري؛ لكونه تابعاً للمبيع، وإن كان شيئاً هو مودع في الحائط [١٧/ب].. فهو للبائع؛ لعدم كونه تابعاً له.

كما لو وجد المشتري في جذع من جذوعها دنانير أو غيرها تكون للبائع؛ لعدم كونه تابعاً.

(**ولا الثمر**) سواء كان له قيمة أو لا.

وقيل: إذا لم يكن له قيمة.. يدخل في البيع، ويكون للمشتري. والأول: أصح على ما سيأتي.

(**في بيع الشجر**) لقوله ﷺ: «من اشترى أرضاً فيها نخل.. فالثمرة للبائع، إلا إن اشترط المشتري». رواه محمد في «الأصل».

ولأن اتصاله بالشجر وإن كان خلقياً.. إلّا أنّه للفصل من العباد في ثاني الحال، لا للقرار، فصار كالزرع.

(**إلّا باشتراطه**)؛ لما رويناه، ولأنه بالشرط صار مقصوداً بالعقد، فصار من المبيع سواء، كأن يقول: بعتك الأرض على أن يكون زرعها لك، أو زرعها، أو مع زرعها، أو بزرعها، وكذا في الثمر مع الشجر.

(**وإن**) وصلية (**ذكر الحقوق والمرافق**)؛ لأن الزرع والثمر ليسا من حقوق الأرض والشجر؛ لأن الحقوق والمرافق مختص بتوابع المبيع؛ كالطرق والشرب ومسيل الماء، وهما ليسا كذلك.

وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ اقلعْهُ واقطعْهَا وَسلِّمِ المَبِيع.

بخلاف ما لو قال: بعت بكل قليل وكثير هو له، بدون ذكر الحقوق والمرافق.. فإنهما يدخلان في البيع حينئذٍ؛ لعموم اللفظ، فيصيران من المبيع.

(**ويقال للبائع**)؛ أي: بعد انتفاء الثمن وقبضه على ما في «الخانية»: (**اقلعه**) أي الزرع، (**واقطعها**) أي الثمر، (**وسلم المبيع**)؛ لأن التسليم واجب عليه، فيؤمر بتفريغه، حتى لو لم يفرغه لم يوجد التسليم؛ لاشتغاله بملك البائع.

قال في «قاضي خان»: لو باع داراً وسلمها إلى المشتري، وفيها قليل متاع للبائع.. لم يكن تسليماً حتى يسلّمها فارغة، وإن أودع المتاع عند المشتري وأذن للمشتري بقبض الدار والمتاع جميعاً.. صح التسليم؛ لأن الكل صار في يد المشتري.

وفي «الخلاصة» عن «الأجناس»: يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان:

أحدها: أن يقول البائع: خليت بينك وبين المبيع.

الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع.

الثالث: أن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره.

وكان أبوحنيفة يقول: القبض: أن يقول البائع: قد خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع: قد قبضته.

فإن أخذ برأسه وصاحبه عنده وقاده.. فهو قبض؛ سواء كان دابة أو بعيراً أو كان غلاماً أو جارية، فقال له المشتري: تعال معي أو امش معي فتخطى معه، فهو قبض.

وكذا لو أرسله في حاجة.

وفي الثوب إن أخذه بيده أو خلّى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض، فقال: قد خليت بينك وبينه فاقبضه، فقال المشتري قد قبضته.. فهو قبض.

والتخلية في البيع [١٨/أ] الفاسد: يصير قبضاً، وسنذكره في البيع الفاسد.

وفي «فتح القدير»: ولو باع داراً غائبة فقال: سلمتها إليك، فقال: قبضتها.. لم يكن قبضاً.

وإن كانت قريبة.. كان قبضاً، وهي: أن تكون بحال يقدر على إغلاقها، وما لم يقدر على إغلاقها.. فهي بعيدة.

وأطلق في «المحيط»: أن بالتخلية يقع، وإن كان المبيع يبعد عنهما.

وقال الحلواني: ذكر في «النوادر»: إذا باع ضيعة وخلّى بينها وبين المشتري؛ إن كان يقرب منها.. يصير قابضاً، وإن كان بعيداً.. لا يصير قابضاً.

قال: والناس عنه غافلون؛ فإنهم ليشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض، وهو لا يصح به القبض.

وفي «جامع شمس الأئمة»: يصح القبض، وإن كان العقار غائباً عنهما عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وفي «جمع النوازل»: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير تكلّف، هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يقال للبائع ذلك، بل يترك الزرع حتى يستحصد، والثمر حتى يبدو صلاحها؛ لأن الواجب عليه هو التسليم المعتاد، والمعتاد: أن لا يقطع قبل أوانها.

قلنا: لا نسلم أنّ الواجب هو التسليم المعتاد، ولو سلّم، فلا نسلم أن المعتاد عدم القطع إلى وقت الحصاد والبدُوِّ، سلّمناه، لكنه غير مقيد؛ فإنهم قد يبيعون للقطع، سلّمناه، ولكن الواجب ذلك، ما لم يعارضه ما يسقطه، وقد عارضه دلالة الرضاء بذلك، وهي إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه إيّاه فارغاً.

وَكَذَا لَا يدْخلُ حَبُّ بَذرٍ لـم يَنْبتْ بعدُ، وَإِن نبت وَلـم تصرْ لَهُ قيمَةٌ.. دخلَ، وَقيل: لَا.

وَمن بَاعَ ثَمَرَةً...

فإن قيل: إذا تمت مدة الإجارة، وفي الأرض زرع.. فإنه لا يومر بالقطع، بل يترك إلى الحصاد، مع أن تسليم الأرض فارغة واجب هنا أيضاً.

قلنا: نعم، إن تسليم الأرض فارغة واجب في صورة الإجارة أيضاً، لكنه لا يترك إلا بالأجر، وتسليم العوض تسليم المعوض عنه، فوجد التسليم فارغة هنا حكماً، ولأن الإجارة إنما عقدت للانتفاع، وذلك لا يكون إلّا بتركه إلى الحصاد، ولو قطع قبله.. لزم قلب الموضوع، بخلاف البيع؛ فإنه لملك الرقبة، فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع، ثم لا فرق بينهما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن، في كونه للبائع، ويؤمر بقطعه، هذا هو الصحيح.

وقيل: إذا لم يكن له قيمة.. يدخل في البيع، ويكون للمشتري.

وجه الصحيح: أنّ بيعه منفرداً يصح في أصح الروايتين، وما يصح بيعه منفرداً.. لا يدخل في بيع عشره إذا لم يكن موضوعاً للقرار.

(وكذا لا يدخل حبّ بذر ولم ينبت بعد)؛ لأنه مودع فيها كالمتاع.

وقيل: هذا إذا لم يغصن البذر في الأرض، وأما إذا غصن فيها.. هو للمشتري؛ [١٨/ب] لأن بيع الغصن بانفراده لا يصح، فكان تابعاً للأرض عرفاً.

بخلاف غير الغصن؛ فإنه يصح بيعه بانفراده.

(وإن نبت ولم تصر له قيمة.. دخل) في بيع الأرض على ما اختاره الإسكاف.

(وقيل: لا) يدخل، وهو مختار أبي القاسم الصّغار، وهذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه؛ فمن جوز بيعه قبل أن يناوله المشافر والمناجل.. لم يجعله تابعاً لغيره، ومن لم يجوزه.. جعله تابعاً.

(ومن باع ثمرة) بعد ظهورها؛ لأن بيع الثمر على الشجر قبل الظهور لا يجوز،

بدا صَلَاحُهَا، أَو لم يبدُ.. صَحَّ، ويقطعُها المُشْتَرِي لِلْحَال.

وَإِن شَرطَ تَركَهَا على الشَّجَرَةِ.. فسدَ، ....

وإنما يجوز بعد ظهورها.

(**بدا صلاحها أو لم يبد.. صح**) البيع إن لم يشترط تركها على الشجر.

أما إذا بدا صلاحها.. فلانتفاع بني آدم أو علف الدواب.

وأما إذا لم يبد صلاحها.. فلأنه مال متقوم؛ لكونه منتفعاً به في الحال أو في الاستقبال، فصار كبيع الجحش والمهر.

وذكر شيخ الإسلام والإمام السرخسي: أن البيع قبل أن ينتفع به.. لا يجوز؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحها؛ لأن البيع مختص بمال متقوم، والثمر قبل بدو صلاحها ليس كذلك.

والأول: أصح، على ما في «الهداية» و«الخلاصة»؛ لما أشار إليه محمد في باب العشر: أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدركت.. فالعشر على المشتري، ولأنه مال متقوم في الاستقبال، ونفي جوازه يفضي إلى نفي جواز بيع الجحش والمهر، وذلك جائز بالاتفاق.

وتأويل ما رويناه: أنه إذا باعه بشرط الترك أو الحمل على بيعها سلما.

وفي «الخلاصة»: الحيلة في جوازه عند الكل: أن يبعها مع الشجر.

ومعنى الصلاح عندنا: أن يأمن العاهة والفساد، وعند الشافعي: هو ظهور النضج وبدو الحلاوة، كذا في «فتح القدير».

(**ويقطعها**) أي الثمرة (**المشتري للحال**)؛ تفريغاً لملك البائع، هذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع.

(**وإن شرط تركها على الشجر.. فسد**) البيع؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، ولأن فيه صفقة في صفقة؛ لأنه إما إعارة في بيع لو كان الترك بغير أجرة، أو إجارة في بيع لو كان الترك بأجرة، وذلك حرام.

وَلَو بعدَ تناهي عِظَمِهَا، خلافاً لِمُحَمدٍ.

وَكَذَا شِرَاءُ الزَّرْعِ.

فإن قيل: لا نسلم أن فيه صفقة في صفقة، وإنما يكون كذلك أن لو جازت إعارة الأشجار وإجارتها، وليس بجائز، نعم هذا يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك في الأرض؛ فإن إعارة الأرض وإجارتها جائز.

قلنا: معنى كونه صفقة في صفقة: اشتراط عقد في عقد صحيحاً أو فاسداً، ولا يلزم كونه صحيحاً؛ إذ لا فرق بين كون العقد الذي جعل شرطاً صحيحاً، وبين كونه فاسداً في [١٩/أ] جعل العقد المشروط فاسداً.

(**ولو**) وصلية (**بعد تناهي عظمها**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو القياس بما ذكرناه من الوجهين؛ لأن مقتضاهما: عدم الفرق بين المتناهي وغير المتناهي.

(**خلافاً لمحمد**) استحساناً، وهو قول مالك والشافعي، واختاره الطحاوي؛ حيث قال: لا يفسد بشرط الترك بعد التناهي استحساناً؛ لعموم البلوى، ولتعامل الناس فيه، بخلاف ما لم يتناهى عظمها؛ فإنه يفسد العقد فيه بشرط الترك اتفاقاً؛ لأنه شرط فيه الجزء المعدوم، وهو الذي يزاد لمعنى في الأرض والشجر.

وأجيب عنه: بمنع جريان العرف فيه، بل المعتاد في مثله مجرد الإذن في الترك بلا شرط في العقد.

لكن قال في «الأسرار»: الفتوى على قول محمد.

(**وكذا**) أي يصح (**شراء الزرع**) بعد ظهورها؛ بدا صلاحها أو لم يبد إن لم يشترط الترك إلى الحصاد، وإن شرط.. فسد البيع؛ لما في «البزازية» و«الخلاصة» عن «التجريد»: بيع جميع الثمر والزرع إذا كان موجوداً جائز وإن كان قبل بدو الصلاح؛ إذا لم يشترط الترك، والمراد ببدو الصلاح: كونه منتفعاً به.

ولو شرط في العقد تركها.. فالعقد فاسد. انتهى.

ولكن قال قبل هذه المسألة: لو باع الزرع قبل أن يصير بقلاً.. لا يجوز وبعدما صار بقلاً: بشرط أن يقطعه المشتري أو يرسل دابته فتأكل.. جاز، وإن باعه بشرط أن يترك حتى يدرك.. لا يجوز.

وكذا الرطبة والبقول. انتهى.

وهكذا في «قاضي خان».

فظهر منه: أن في بيع الزرع بعد الظهور قبل الانتفاع روايتين، ففي رواية «التجريد»: جائز، وفي رواية غيره: لا يجوز، والمصنف أخذ الأول، وصاحب «الدرر» أخذ الثاني.

ولو كان الزرع مشتركاً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه؛ إن بلغ الحصاد.. جاز، وإلا.. فلا.

ولو باع من شريكه.. جاز مطلقاً.

وكذا لو باع نصيبه من الشجر على هذا.

ولكن لو باع من غير شريكه قبل الحصاد ولم يفسخ حتى أدرك الزرع.. جاز؛ لزوال المانع؛ كما لو باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه من البناء؛ فإنه ينقلب جائزاً.

ولو كان الزرع والأرض مشتركاً فباع نصف الأرض مع نصف الزرع من شريكه أو أجنبي بغير رضاء شريكه.. جاز، وقام المشتري مقام البائع، ثم بيع نصف الزرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار؛ بأن زرع في ملك نفسه.

أما إذا كان متعدياً في الزراعة كالغاصب.. جاز بيع النصف.

وكذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض، ويبقى نصف الثمار مشاعاً قبل بدوّ الصّلاح [١٩/ب] من شريكه.. جاز، لا من غيره.

وَإِن تَركهَا بِإِذنِ البَائِعِ بِلَا اشْتِرَاطٍ.. جازَ وطَابَ لَهُ الزِّيَادَة.

وَإِن بِغَيْرِ إِذْنِهِ.. تصدَّقَ بِمَا زَاد فِي ذَاتهَا.

وإِنْ بَعْدَمَا تناهَتْ.. لَا يَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ.

وَإِن اسْتَأْجرَ الشّجرَ إِلى وقتِ الإدراكِ.. بطلتِ الإِجَارَةُ وَطَابَتِ الزِّيَادَةُ.

وأفتى على السعدي: أنه لا يجوز مطلقاً، كذا في «الخلاصة».

(وإن تركها) أي الثمرة **(بإذن البائع بلا اشتراط)** الترك حين العقد **(.. جاز)** البيع، **(وطاب له الزيادة، وإن بغير إذنه)**.. جاز البيع أيضاً، لكنه **(تصدّق بما زاد في ذاتها)** بأن يقومها قبل الإدراك وبعده، فيتصدّق بفضل ما بينهما؛ لأن ما زاد حصل بجهة محظورة، وهي حصولها بقوة الأرض والشجر المغصوبتين.

(وإن) تركها بغير إذن البائع **(بعدما تناهت)** عظمها **(.. لا يتصدق بشيء)**؛ لأن هذا تغيّر حال من النيّ إلى النضج، لا يتحقق زيادة في الجسم؛ لأن الشمس تنضجها، والقمر يلونها، والكواكب تعطيها الطعم على جري عادة الله تعالى، وهذه ليست بزيادة في الجسم.

(وإن استأجر الشجر إلى وقت الإدراك) سواء بين المدة أو لم يبيّنها **(.. بطلت الإجارة)**؛ لعدم التعارف، ولعدم الحاجة إليها؛ لإمكان أن يشتريها مع أصولها.

وفي إجارات «الأشباه»: لو استأجر الشجر مطلقاً.. قال الإمام خواهر زاده: لقائل أن يقول بالجواز، وينصرف إلى شد الثياب عليها أو الدابة، وبعدمه؛ لأن المنفعة المقصودة منها: الثمرة. انتهى.

(وطابت الزيادة) للمشتري بلا لزوم أجر المثل، لا لمدة الترك، ولا للمدة المعينة؛ لأنه لما بطلت الإجارة.. بقي إذنه في وقت الإجارة معتبراً فطابت ولم يلزم الأجر؛ لعدم الإجارة به رأساً، والحيلة فيه: أن يقول المشتري للبائع بعد دفع الثمن: جعلت لك جزءاً من ألف جزء من هذه الثمرة على أن تعمل فيها بالمساقاة، كذا في «البزازية».

وإِنْ اسْتَأْجرَ الأَرْضَ لترْكِ الزَّرْعِ.. فَسدتْ، وَلَا تطيب الزِّيَادَة.

وَلَو أثمرتْ ثمراً آخرَ قبلَ القَبْضِ.. فسدَ البيعُ.

وَبعدَ القَبْضِ يَشْتَرِكَانِ.

وَالْقَوْلُ فِي قَدْرِ الحَادِثِ لِلْمُشْتَرِي.

(**وإن استأجر الأرض**) - أي: إلى وقت بلا تعيين المدة؛ لأنه لو استأجرها وبين المدة يصح على ما في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما - (**لترك الزرع.. فسدت**) الإجارة؛ لجهالة وقت إدراك الزرع؛ إذ قد يتقدم ويتأخر.

(**ولا تطيب**) أي للمشتري (**الزيادة**)؛ لأنه لما فسدت الإجارة.. فسد الإذن في ضمنها أيضاً تبعاً لها، فيكون الزائد خبيثاً، سبيله التصدق، بخلاف ما تقدم؛ لأن الباطل لا أصل له في الشرع أصلاً.. فلا يتضمن شيئاً آخر حتى يفسد المضمن تبعاً للمضمن.

وأما الفاسد: فله تحقق من حيث الأصل، فيصح أن يتضمن شيئاً آخر فيفسد بفساده تبعاً له ويجب أجر المثل؛ لأن إجارة الأرض شيء متعارف، كذا في «الخلاصة».

(**ولو**) اشترى الثمار ولم يقيد بالقطع والترك وتركه و(**أثمرت ثمراً آخر قبل القبض**) أي قبض المشتري المبيع (.. **فسد البيع**)؛ لأن المبيع لا يمكن تسليمه لتعذر التمييز.

والحيلة [٢٠/أ]: أن يشتري الأصول لتحصيل الزيادة في ملكه، ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته عن البائع إن شاء.

(**وبعد القبض: يشتركان**) في الحادث؛ لأن البيع قد تم بالتسليم والقبض، وقد حدث ملك البائع واختلط بملك المشتري، فيشتركان فيه للاختلاط.

(**والقول في قدر الحادث: للمشتري**)؛ لأن المبيع في يده، فكان الظاهر شاهداً له.

وَلَو بَاعَ ثَمَرَةً وَاسْتثنى مِنْهَا أرطالاً مَعْلُومَةً.. صَحَّ.

وكذا الحال في نحو الباذنجان والبطيخ.

واعلم أن شراء الثمار على الأشجار على ثلاث صور:

أحدها: إذا خرج الثمر كله.. فإنه يجوز بيعه بالاتفاق، وحكمه: القطع أو الترك بإذن البائع.

والثاني: أن لا يخرج شيء منها.. فإنه لا يجوز بيعه بالاتفاق.

وثالثها: أن يخرج بعضها دون بعض؛ فإن خرج البعض.. قبل القبض فسد البيع في ظاهر المذهب.

وقيل: يجوز؛ إذ الموجود وقت العقد أصل، وما يحدث بعده تبع، فيجوز استحساناً لتعامل الناس فيه.

وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بذلك.

وحكى أيضاً عن أبي بكر محمد بن الفضل: أنه يفتي بذلك، ولم يقيده بكون الخارج أكثر على ما قيده بعضهم على ما في «الزيلعي»، بل كان يعلله بما ذكرناه من أن الموجود وقت العقد أصل، وما خرج بعده تبع له.

وقال شمس الأئمة السرخسي: إن هذا البيع لا يجوز؛ لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأنه يمكنه أن يبيع الأصول أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه، فيحصل مقصودهما بهذه الطريقة، فلا ضرورة في تجويز العقد في المعدوم مصادماً للنص، وهو ما روي عنه ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم.

وإن خرج بعد القبض.. يشتركان، على ما ذكرناه.

(**ولو باع ثمرة**) مجذوذة أولاً (**واستثنى منها**) أي من الثمرة المبيعة (**أرطالاً**) أو رطلاً (**معلومة.. صح**) في ظاهر الرواية؛ لأن المبيع صار معلوماً بالإشارة، والمستثنى

معلوم بالعبارة؛ لأن الفرض كون المستثنى معلوماً بعبارته، فوجب القول بجوازه، ولأن كلّ ما جاز إيراد العقد عليه بانفراد.. جاز استثناؤه من العقد أيضاً؛ كبيع قفيز من صبرة وما لا.. فلا؛ كبيع الحمل وأطراف الحيوان وشاة من قطيع الغنم؛ لأن الاستثناء يقتضي كون المستثنى مقصوداً معلوماً، وإفراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصوداً معلوماً، فتشابها، فما جاز [٢٠/ب] أن يكون معقوداً عليه بانفراده.. جاز أن يستثنى، وبالعكس؛ أي: ما لا يجوز أن يكون معقوداً عليه بانفراده.. لا يجوز استثناؤه؛ كبيع الحمل وأطراف الحيوان لا يجوز انفراده بالعقد، فكذا لا يجوز استثناؤه.

فلو قال: بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزاً منها أو رطلاً منها.. صحّ البيع.

ولو قال: بعتك هذا القطيع من الغنم بكذا إلّا شاة منها.. لا يصح البيع.

ولو قال: إلا هذه الشاة.. جاز؛ لصحة إفراد العقد عليها؛ لتعينها.

وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد، بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب؛ فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد عليه.. جائز؛ لأن الجهالة لا تفضي إلى النزاع.

والفرق بين: بعت هذا القطيع بكذا إلّا هذه الشاة، وبين: بعت هذا القطيع بكذا على أنّ لي هذه الشاة، حيث جاز الأول دون الثاني: أن المستثنى غير داخل في المستثنى منه على ما عرف، فلم يكن إفراده إخراجاً بحصته من الثمن حتى يكون فيه جهالة.

وأما في الشرط؛ فإن الشاة المعينة دخلت أولاً في الجملة، ثم خرجت بحصتها من الثمن، وهي مجهولة، فيفسد البيع في الكل.

وكذا الحال في نحو: بعتك هذا العبد إلا عشرة، وعلى أن لي عشراً؛ حيث جاز الأول دون الثاني؛ لما ذكرناه.

وَقِيل: لَا.

وَيجوزُ بيعُ البُرِّ فِي سُنبلِهِ إِن بيعَ بغيرِ جنسهِ، ....

وقيل ـ وهو قول الطحاوي والشافعي وأحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة ـ: لا يصح؛ لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول، فلا يرد عليه العقد؛ إذ ربما لا يبقى بعد الاستثناء شيء، فيخلو العقد عن الفائدة، ويكون رجوعاً عن العقد قبل القبول، فيصح رجوعه.

بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً؛ لأن الباقي معلوم بالمشاهدة كم نخلة هي، هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن المبيع معلوم بالإشارة، وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار إليه على ما مر من قبل، إلا أن الصبرة مجازفة جائز مع جهالة القدر، وما نحن فيه هو هذا بعينه؛ لأن ما نحن فيه ليس بالكيل والوزن، وقوله: إذ ربما لا يبقى شيء بعده.. قلنا: الاستثناء تصرف لفظي، فيعتبر فيه صحة الكلام، وإذا صح الكلام.. تمّ وكان مفيداً، ولا يكون رجوعاً، ولو خرج الكل بذلك الطريق؛ لأنه يتوهم البقاء، ألا ترى أنه لو قال: نسائي طوالق إلّا فلانة وفلانة وفلانة، أو قال: عبيدي أحرار إلّا فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى أخرج الكلّ بهذا الطريق.. صح، ولا يكون رجوعاً.

وإنما يكون رجوعاً: إذا كان الاستثناء بلفظ [٢١/أ] المستثنى منه؛ بأن قال: عبيدي أحرار إلا عبيدي، أو نسائي طوالق إلّا نسائي، حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطّلاق والعتاق؛ لأنه استثناء الكلّ من الكلّ بلفظه، فكذا هنا لا يكون رجوعاً، إلا إذا قال: بعتك هذه الثمار.

(**وقيل: لا.**

ويجوز بيع البرّ في سنبله إن بيع بغير جنسه) ويلزم على البائع الدوس والتذرية.

وكذا لو أطلق ولم يقيّد بسنبله.

ولو حنطة في سنبله.. يجوز ويلزم على البائع الدوس على ما في «البزازية».

فيحمل على غير جنسه؛ حملاً لكلامه على الصّلاح.

وإنما لم يجز بيعه بجنسه ـ أي بيع البر في سنبله ببرّ في سنبله أو في الأرض، أو بيع سنبلة البر بسنبلة البرّ ـ لاحتمال الرّبا بجهالة قدر ما في السنبلة والأرض.

وقال الشافعي في قوله الجديد: لا يجوز بيع البر في سنبله؛ لأن المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة له فيه.. فلا يجوز بيعه؛ كتراب الصاغة إذا بيع بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة، وكبيع بذر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج، وأصل هذا: عموم ما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، وفي هذا غرر؛ فإنه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل، والمبيع ما أريد به إلّا الحب لا السنابل، فرجع إلى جهالة القدر، وهذا يقتضي عدم جواز بيع اللوز والجوز ونحوهما في قشره الثاني، وبيع الشعير والذرة في سنبلهما، لكنه يجوز استحساناً؛ لتعامل الناس فيها، فترك القياس في مورد الاستحسان.

واستدل أصحابنا بالنقل والعقل:

أما النقل: فما رواه مسلم: أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة.

وجه الاستدلال به: أن حكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها.

ورد: بأنه استدلال بمفهوم الغاية، والأولى: أن يستدل بقوله: «نهى»؛ فإن النهي يقتضي المشروعية.

أقول: إن النهي إنما يقتضي المشروعية بحسب الأصل دون الوصف، ولا يطلق على مثله الجواز؛ كالربا والبيع بشرط، ويجوز الاستدلال بمفهوم الغاية عندنا؛ كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾.

وقيل: إن المراد به: هو السلم؛ يعني: لا يجوز السلم فيه حتى يوجد بين الناس، فيكون دليلاً على اشتراط وجود السلم فيه من حين العقد إلى حين المحل.

وَكَذَا البَاقِلَّاءُ فِي قشرِهِ، والأرزُّ، والسِّمْسِمُ، وَكَذَا اللّوزُ، والفستقُ، والجوزُ فِي قشرِها الأوّلِ.

وأجيب عنه: بأنه مجري على إطلاقه، فيكون دليلاً على ما نحن فيه باعتبار مفهوم الغاية.

وأما العقل: فلأنه مال متقوم فينتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير والذرة، وبيع تراب الصّاغة إنما [٢١/ب] لا يجوز إذا بيع بجنسه؛ لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه.. جاز، والغالب في السنبلة: الحنطة، ألا ترى أنه يقال: هذه حنطة، وهي في سنبلها، ولا يقال: هذا حب أو بذر أو لبن أو زيت وهي في القطن والبطيخ والضرع والزيتون.

(**وكذا**) أي يجوز بيع (**الباقلاء**) بالمدّ وتخفيف اللام على ما في «الصّحاح»، فعلى هذا: الأولى تأنيث ضمير (**في قشره**)، وكذا الأولى: أن يقيد القشر بالأوّل؛ لأن جوازه في قشرها الثاني يعلم منه بطريق الأولى؛ لأنه اتفاقي، وخلاف الشافعي إنما هو في قشرها الأول.

(**والأرز والسمسم، وكذا اللوز والفستق والجوز في قشرها الأول**).

قال الشافعي: لا يجوز ذلك في كلّها في قشرها الأوّل؛ لأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له.

ولنا: ما ذكرناه من حديث مسلم؛ لأن مفهوم الغاية حجة عندنا أيضاً.

أو نقول: إن الغاية من قبيل الإشارة لا المفهوم، على ما في «البدائع»، بخلاف بيع الحب في القطن، والنوى في التمر، والبذر في البطيخ؛ حيث لا يجوز؛ لما ذكرناه: من أنه لا يطلق عليها اسم الحب والنوى والبذر في هذه الحالة.. فلا يجوز بيعها، بخلاف مسألة الكتاب؛ فإنه يطلق عليها اسم الباقلاء والأرز وغيرها في القشر، فيجوز بيعها.

وبيع الدرّة في بطن السمكة من قبيل النوى في التمر.

وَأُجْرَةُ الكَيْلِ وعَدِّ المَبِيعِ ووزنِهِ وذرعه على البَائِعِ.

وَأُجْرَةُ نَقْدِ الثّمنِ ووزنِهِ على المُشْتَرِي وَفِي بيعِ سلْعَةٍ بِثمنٍ سُلِّم هُوَ أَولاً.

وأما بيع الذهب والفضة في ترابهما.. فجائز إذا كان بخلاف جنسه، على ما في «البزازية».

(وأجرة الكيل) فيما إذا بيع مكايلة، (و) أجرة **(عدّ المبيع)** فيما بيع معاداً، (و) أجرة **(وزنه وذرعه)** فيما بيع موازنة ومذارعة: **(على البائع)**؛ لأن الكيل والعدّ والوزن والذرع في هذا البيع من تمام التسليم، وتسليم المبيع واجب على البائع فكذا تمامه؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به... فهو واجب.

(وأجرة نقد الثمن) ـ يقال: نقدت الدراهم نقداً: إذا نظرتها لتعرف جيدها من زيفها على ما في «المصباح» ـ **(ووزنه: على المشتري)**.

أما الوزن: فلأن تسليم الثمن يجب عليه، وذلك لا يتحقق إلّا بالوزن.

وأما نقده: فعلى رواية ابن سماعة عن محمد، وعليه فتوى الصدر الشهيد: أنه يجب على المشتري؛ لأنه هو المختار إلى تسليم الجيّد المقدر من الثمن، والجودة إنما تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن.

وعلى رواية ابن رستم عن محمد: أنه يجب على البائع؛ لأن النقد بعد التسليم إلى البائع، فالبائع هو المختار إلى النقد، فيجب أجر ما قدره عليه، ويؤيد هذه الرواية: ما روي عن محمد: أن أجرة النقد على رب الدين بعد القبض، وقبله على المديون؛ لأن على المدين إيفاء حقه، فيكون أجرة التمييز عليه، وبعد القبض دخل في ضمان ربّ الدين، ويدعي [٢٢/أ] أنه خلاف حقه، فيكون تمييزه عليه.

وذكر في إجازة «البزازية»: لو ظهر نقد الصراف أن الدراهم زيوف.. رد الأجرة، وإن وجد زيوفاً.. فبقدره.

(وفي بيع سلعة بثمن) معجل **(سلم هو)** ـ أي الثمن ـ **(أو لا)**، فيقال للمشتري:

إِن لم يكن مُؤَجّلاً، وَفِي بيعِ سلْعَةٍ بسلعةٍ، أَو ثمنٍ بِثمنٌ سلِّما مَعًا.

ادفع الثمن أولاً؛ لأن حق المشتري تعيّن في المبيع، فيقدّم دفع الثمن؛ لتعيّن حقّ البائع بالقبض؛ لكونه مما لا يتعيّن بالتعيين؛ تحقيقاً للمساواة في تعيين حق كلّ منهما، وفي المالية أيضاً؛ لأن الدين أنقص من العين.. فلا بد من تعيين الدّين بالقبض؛ ليساوي العين ويتخلص عن احتمال الربا.

هذا إذا كان المبيع حاضراً، ولو كان المبيع غائباً عن حضرتهما.. فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع؛ ليتمكن من قبضه.

(إن لم يكن مؤجلاً)، وإلا.. فيتأخر الثمن إلى الأجل؛ لأن البائع أسقط حقه في الثمن بالتأجيل فيتأخر، وأما المشتري.. فلم يسقط حقه، فيأخذ المبيع قبل الثمن.

بخلاف المعجل؛ لأن البائع ثمة لم يسقط حقّه، فيلزم الربا بالتأخير، حتى لو أسقط حقه بالتأخير ترفيهاً للمشتري.. جاز، وإن لم يكن مؤجلاً، ولا يلزم الربا، كما في «القهستاني»: أنه لو باع مطلقاً عن ذكر الأجل، ثم أجل إلى أجل مجهول وأخر المطالبة بالثمن.. جاز.

(وفي بيع سلعة بسلعة) أي المقايضة **(أو ثمن بثمن)** أي الصرف **(سلِّما معاً)**؛ لاستوائهما في التعيين وعدمه، فلا يحتاج إلى تقديم أحدهما بالدفع، وقد ذكرنا ما يتعلق بالتسليم من قبل.

* * *

(بَابُ الخِيَارَاتِ)

(بَابُ الخِيَارَاتِ)

البيع تارة يكون لازماً، وأخرى غير لازم.

واللازم: ما لا خيار فيه.

وغير اللازم: ما فيه خيار.

ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً.. قدمه على غيره، ثم قدم خيار الشرط؛ لأنه يمنع ابتداء الحكم، ثم خيار الرؤية؛ لأنه يمنع تمام الحكم، ثم خيار العيب؛ لأنه يمنع لزوم الحكم، وهو: خروج المبيع عن ملك البائع، وإنما كان عمل الخيار في الحكم دون السبب ـ وهو البيع ـ؛ لأن الأصل أن لا يدخل الخيار في البيع؛ لكونه في معنى القمار، ولكن لما جاء به السنة.. لم يكن بد من العمل به، فأعملناه في منع الحكم؛ تقليلاً لعمله مهما أمكن؛ لأن دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم، بخلاف العكس.

واعلم: أن الموانع خمسة أقسام:

مانع يمنع انعقاد العلة، وهو: حرية المبيع، فلا ينعقد البيع؛ لأنه لا ينعقد إلّا في محلّه، ومحل البيع: المال، والحر ليس بمال.. فلا وجود للبيع أصلاً؛ كانقطاع الوَتَر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه.

ومانع يمنع تمام العلة، وهو: البيع [٢٢/ب] المضاف إلى مال الغير؛ كإصابة السهم بعد الرمي حائطاً فيرده عن سننه.

ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة، وهو: خيار الشرط، يمنع ثبوت حكمه، وهو خروج المبيع عن ملكه، على مثال: استتار المرمي إليه بترس يمنع من إصابة السهم إليه.

ومانع يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته؛ كخيار الرؤية للمشتري.

ومانع يمنع لزومه؛ كخيار العيب.

كذا ذكره بعض أهل الأصول.

وقال المحققون منهم: إن هذا التقسيم مبني على القول الضعيف، وهو جواز تخصيص العلة، والصحيح: أنه لا يجوز تخصيص العلة عندنا، بل عدم الحكم لعدم العلة، لا لوجود المانع من العمل.. ففي كل موضع عدم الحكم: فإنما هو لعدم العلة، فتخلف الحكم مع شرط الخيار في البيع.. إنما هو لعدم العلة، لا للمانع من تأثير العلة؛ لأن العلة هي البيع بلا خيار، لا البيع مع الخيار.

وأما قولهم: البيع بشرط الخيار علّة اسماً ومعنى.. مجاز أو مشاكلة؛ لقولهم: البيع الخالي عن الخيار علة اسماً ومعنى وحكماً؛ لأن الموجود فيه شرط العقد لا نفسها؛ لأن العلة لا تتم إلّا بالأوصاف الثلاثة: إضافة الحكم إليها، وتأثيرها فيه، وحصولها معه في الزمان.

وسموّها بالاعتبار الأول: علة اسماً.

وبالاعتبار الثاني: علّة معنى.

وبالاعتبار الثالث: علة معنى وحكماً. كذا في «التلويح».

ثم اعلم: أن الخيارات في البيع لا تنحصر في الثلاثة المذكورة، بل يزيد عليها ثلاثة عشر:

منها: خيار العين على ما سيأتي.

ومنها: خيار الكمية على ما قدّمناه في أوّل البيع.

ومنها: خيار الاستحقاق.

ومنها: خيار كشف الحال.

ومنها: خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض.

صَحَّ خِيَارُ الشَّرْطِ لكلٍّ منَ العَاقِدِينِ،

ومنها: خيار إجازة عقد الفضولي.

ومنها: خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد.

ومنها: خيار الغبن.

ومنها: خيار الخيانة.

ومنها: خيار عدم نقد الثمن.

(صح خيار الشرط) من إضافة المسبب إلى سببه؛ لأن الشرط سبب للخيار، ولو قال: «صح شرط الخيار» كما وقع في «الإصلاح».. لكان أولى؛ لأن الموصوف بالصحة هو الشرط لا الخيار.

ثم خيار الشرط على ثلاثة أنواع:

فاسد بالاتفاق، وهو: أن يقول: على أني بالخيار، أو على أني بالخيار أياماً، أو على أني بالخيار أبداً.

وجائز بالاتفاق، وهو: أن يقول: على أني بالخيار ثلاثة أيام فما دونها.

ومختلف فيه، وهو: أن يقول على أني بالخيار شهراً أو شهرين على ما سيأتي بيانه.

(لكل من العاقدين) أي حال عقدهما أو بعده، لا قبله، على ما أشار إليه بالصيغة؛ فلو قال له: جعلتك بالخيار [١/٢٣] في البيع الذي يعقده، ثم عقد بعده.. لم يكن له خيار، على ما صرح به في «التاتارخانية».

وأشار بإطلاقه: إلى أن خيار الشرط جارٍ في العقد الفاسد، كما في الصحيح، على ما صرح به في «الخلاصة».

وهل يثبت في سائر العقود التي تحتمل الفسخ؟

فقال في «الفصولين»: وأما الخيارات التي تثبت في عقود تحتمل الفسخ.. أنواع:

منها: خيار شرط، ورؤية، وعيب، وتعيين، وتفرق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض والاستحقاق.

أما خيار الشرط: فيثبت في البيع الفاسد كما في الجائز، حتى لو باع قنا بألف درهم ورطل خمر بخيار قبضه وأعتقه.. لم يجز، لا نافذاً ولا موقوفاً، ولا يثبت في الصرف والسلم، حتى لو شرط الخيار في الصرف والسلم لأحدهما.. يبطل العقد ويثبت في القسمة؛ لأنها مبادلة كبيع.

ثم قال بعلامة «صق»: إن خيار الشرط يصح في ثمانية أشياء: في بيع، وإجارة، وقسمة، وصلح عن مال بعينه، أو بغير عينه، وكتابة، وخلع، وعتق على مال.

ولو شرط الخيار للمرأة والقن.. يصح عند أبي حنيفة.

ولو شرط للزوج والمولى.. لم يجز وفاقا.

ولو شرط للراهن.. جاز لا للمرتهن؛ إذ له نقض الرهن متى شاء بلا خيار.

ولو كفل بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له وللكفيل.. جاز.

ولو استأجر بخيار له ثلاثة أيام.. جاز؛ كبيع.

فلو فسخ في الثالث.. هل يجب على المستأجر أجر يومين؟ والفتوى: على أنه لا يجب؛ لأنه لا يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار؛ لأنه لو انتفع.. يبطل خياره.

ولو شرط إلى الليل، أو إلى وقت الظهر، أو إلى ثلاثة أيام.. فله الخيار في كل الليل ووقت الظهر وثلاثة أيام، ولا ينتهي ما لم يمض الغاية عند أبي حنيفة، وقالا: لا تدخل الغاية في الخيار.

ولا يصح خيار الشرط فيما لا يحتمل الفسخ؛ كالنكاح والطلاق والعتاق واليمين والنذور والإقرار والصرف والسلم والوكالة؛ فلو نكح أو طلق أو أعتق

وَلَهُمَا مَعاً، ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَا أَكْثَر.

وشرط الخيار.. يقع النكاح والطلاق والعتق، وبطل الشرط.

وفي «الخانية»: ابتداؤها التأجيل في البيع بثمن مؤجل بخيار الشرط: من وقت الشرط، لا من وقت العقد؛ سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو للشفيع الطلب وقت العقد حيث علم، لا وقت السقوط.

ويطلب في بيع الفضولي وقت الإجازة، وفي البيع الفاسد: حين انقطاع الاسترداد، وفي الهبة بشرط العوض: روايتان، في رواية: يطلب عند القبض، وفي أخرى: عند العقد، وهو الصحيح.

(**ولهما معاً ثلاثة أيام**) [٢٣/ب] وما دونها بالاتفاق؛ كأن يقول أحدهما: على أني، أو كلاهما: على أنَّا بالخيار ثلاثة أيام، أو ما دونها؛ لما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يغبن في البياعات، فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعت.. فقل: لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام»، وهذا الحديث يثبت جواز الخيار على غير العاقدين إليها على ما سيأتي.

فإن قيل: المذكور في الحديث هو المشتري، فكيف جاز للبائع؟

أجيب: بأنه بطريق الإشارة؛ حيث قال: «إذا بايعت» من باب المفاعلة، فيتناولها البائع والمشتري، ولأن البائع في معنى المشتري في المعنى المناط، فيلحق به دلالة.

(**لا أكثر**) عند أبي حنيفة وزفر والشافعي؛ لما روينا: أن ما ورد على خلاف القياس: يقتصر على مورده، وقد ورد ذلك في ثلاثة أيام.. فلا يتجاوز الأكثر.

وهل يلزم تعيين المدة حين العقد، أو لا يلزم؟

قلت: قد صرّح في «الفصولين» وغيره: أنه لو باعه بخيار الشرط ولم يبين المدة.. فسد البيع وفاقاً.

فإن قيل: قد صرح في «فتح القدير»: لو قال له: أنت بالخيار. فله خيار المجلس فقط.

إِلَّا إِنْ أَجَازَ فِي الثَّلَاثَةِ.

فالجواب: أنه قد صرح في «الخلاصة»: مسألة: «أنت بالخيار» أنه باع بلا خيار، ثم لقيه بعد مدة فقال له: أنت بالخيار.. فله الخيار ما دام في المجلس، بمنزلة قوله: لك الإقالة.

بخلاف ما إذا أطلقا وقت العقد؛ بأن قال: وقت العقد: أنت بالخيار مقارناً بالعقد.

(**إلا إن أجاز**) البيع (**في الثلاثة**)؛ لأنه بالإجازة في الثلاثة.. أسقط المفسد قبل تقرره؛ أي: قبل مضي ثلاثة أيام، فينقلب جائزاً؛ كما إذا باع بالرقم وأعلمه المشتري في المجلس، ولأنه أزال المفسد قبل اتصاله بالعقد وهو اليوم الرابع.

ولهذا قيل: إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع، وفيه خلاف زفر؛ حيث قال: إنه لما انعقد فاسداً.. لا ينقلب جائزاً، إلا أن البقاء على وفق الثبوت، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين، إذا اشترى عبداً بألف ورطل خمر، ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر، وكمن تزوج امرأة وتحته أربع نسوة، ثم طلق الرابعة.. لا يحكم بصحة نكاح الخامسة.

والجواب: أنه أسقط المفسد قبل تقرره، فينقلب جائزاً، بخلاف ما ذكره من المسائل؛ فإن المفسد تقرر فيها ابتداء.

واعلم: أن مشايخنا اختلفوا في هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة:

فذهب العراقيون: إلى أنه ينعقد فاسداً، ثم ينقلب صحيحاً، بخلاف خيار الشرط قبل اليوم الرابع، وهو ظاهر الرواية.

وذهب أهل خراسان: إلى أنه [٢٤/أ] موقوف؛ فإذا مضى جزء من اليوم الرابع.. فسد، فتعليلهم «بأنه أسقط المفسد قبل تقرره فينقلب جائزاً»: إشارة إلى مذهب العراقيين، وتعليلهم «بأنه أزال المفسد قبل اتصاله بالعقد»: إشارة إلى مذهب أهل خراسان.

وَعِنْدَهُمَا: يجوزُ إِنْ بَيَّنَ مُدَّةً مَعْلُومَةً، أَيَّةَ مُدَّةٍ كَانَت.

وفي «الخانية»: فإذا أسقط الخيار في الأيام الثلاث، أو أعتق العبد، أو مات العبد أو المشتري، أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع.. ينقلب البيع جائزاً في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن، وإن حدث عند المشتري في الأيام الثلاثة عيب؛ إن كان عيباً يحتمل زواله في مدة الخيار؛ كالمريض.. لا يبطل خياره، إلا أنه لا يملك الرد قبل زوال العيب، وإن حدث به ما لا يحتمل الزوال.. لزمه البيع.

(**وعندهما: يجوز**) في الأكثر، وهو مختار ابن أبي ليلى، لكنه لا مطلقاً، بل (**إن بين مدة معلومة، أيّة مدة كانت**)؛ من شهر أو شهرين أو غيرهما؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنه أجاز البيع إلى شهرين، ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التردي؛ ليندفع الغبن، وقد فسر الحاجة إلى الأكثر، فصار كالتأجيل في الثمن؛ فإنه جائز؛ قليلاً كانت المدة أو كثيراً للحاجة.

والجواب عنه: أن حديث حبان مشهور مرفوع، فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر.

سلمّنا تساويهما، لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار، فيجوز أن يراد به خيار الرؤية، وخيار العيب.

ولا نسلم أن المدة الكثيرة كالقليلة في الحاجة؛ فإن صاحب الحادثة كان مصاباً في الرأس فكان أحوج إلى الزيادة، فلو جازت.. كان صاحب الحادثة أولى بها، لكنه قدر له ثلاثة أيام على ما رويناه، فدل: أن المقدر لنفي الزيادة.

سلّمناه، لكن في الكثير سبب الغرر أزيد، فيزداد نفس الغرر وهو الجهل بالعاقبة بازدياد سببه، وهو تعليق نفاذ العقد بالقبول فيفسد العقد، والقياس على التأجيل في الثمن فاسد للفارق؛ لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء، وهي إنما تكون بالكسب، وهو لا يحصل في كل مدّة؛ فقد يحتاج إلى مدة طويلة، وإن لم يبين مدة معلومة بل شرط الخيار أبداً أو مطلقاً أو مؤقتاً بوقت مجهول.. فسد البيع بالإجماع. كذا في «البحر» نقلاً عن «المعراج».

وَإِنِ اشْترى على أَنَّه إِن لمْ ينْقدِ الثّمنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا بيعَ.. صَحَّ، ....

(**وإن اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع.. صح**) البيع والشرط عند الثلاث؛ لأن هذا شرط في معنى شرط الخيار من حيث مساس الحاجة إليه، فيلحق به استحساناً؛ لأن الحاجة قد تمس إلى الانفساخ عند عدم النقد، تحرزاً عن المماطلة في الفسخ.

فإن قيل: لا نسلم [٢٤/ب] أنه في معنى شرط الخيار؛ لأن هناك لو سكت حتى مضي المدّة.. تمَّ العقد، وههنا لو سكت حتى مضي المدة.. بطل.

قلنا: إن النظر في الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط، وهو الحاجة ههنا، وهي موجودة، ولا عبرة بالزيادة عليه.

وقال زفر: لا يصح البيع المذكور، وهو القياس؛ مستدلاً بأنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط، وهو عدم النقد، واشتراط صحيح الإقالة في البيع مفسد؛ لكونه على خلاف العقد، فاشتراط فاسدها: أولى أن يفسد.

والجواب: أنا تركنا القياس بالاستحسان كما ترى.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن المشتري إن لم ينقد الثمن في المدة المضروبة ـ وهو الثلاث ـ هل ينفسخ البيع أو يفسد؟

ففي «البحر»: إنه ينفسخ؛ معللاً بقوله: فلا بيع بيننا، ثم نقل عن «المحيط»: إنه ينفسخ إن لم ينقد، وفي «النوادر»: يجعل البيع فاسداً بمضي ثلاثة أيام متى ترك النقد، لا منفسخاً؛ لأن قوله: «إن لم أنقد إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا» توقيت للبيع، وليس بفسخ له نصّاً، فمتى ترك النقد في الثلاثة.. صار كأنه قال: بعتك هذا إلى ثلاثة أيام، فيكون توقيتاً للبيع، فيفسد؛ لأنه بمنزلة الشرط الفاسد، واختاره في «الفوائد الظهيرية»؛ حيث قال: إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام.. يفسد البيع ولا ينفسخ، حتى

لو كان المبيع عبداً وأعتقه المشتري بعد الثلاث وهو في يده.. نفذ؛ لكونه مالكاً بالقبض، لا إن كان في يد البائع.

وفي «الخانية»: قيل: ينفسخ، والصحيح: أنه يفسد ولا ينفسخ، حتى لو عتقه المشتري بعد الثلاث.. نفذ عتقه إن كان في يده، وعليه قيمته، لا إن كان في يد البائع.

فثمرة الخلاف: في أن عتق المشتري بعد الثلاث إن لم ينقد الثمن في الثلاث نافذاً إن كان في يده، على القول بفساد البيع، لا على القول بانفساخه؛ لأنه مالك له بالقبض في البيع الفاسد، لا في الانفساخ.

وأما عتقه في الثلاث ولم ينقد فيه.. فنافذ على القولين، ويلزمه الثمن.

وكذا بيعه في الثلاث ولم ينقد الثمن فيه على ما صرح فيَ «البحر»؛ لأن هذا بمنزلة خيار الشرط.

ولو أعتقه أو باعه المشتري في خيار الشرط.. يلزم البيع، فكذا هذا.

ثم الخيار المذكور ـ وهو المسمّى عندهم بخيار النقد في مسألة الكتاب ـ للمشتري، وقد يكون للبائع أيضاً؛ كما قال في «الذخيرة»: إذا باع عبداً أو نقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما.. كان جائزاً، وهو بمعنى شرط الخيار للبائع. انتهى.

كذا ذكره في «البحر» [٦/٢٥] ثم فرّع عليه بقوله: فإن أعتقه البائع.. صح إعتاقه، وإن أعتقه المشتري.. لا يصح.

ثم وجه كون الخيار للمشتري ـ في مسألة الكتاب مع أن المنتفع بالشرط المذكور هو البائع ـ باعتبار أن المشتري متمكن بإمضاء البيع بالنقد، ومن فسخه بعدم النقد، وفي مسألة «الذخيرة»: كان الخيار للبائع، مع أن المنتفع بالشرط هو

وَإِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ.. لَا، إِلَّا أَن يَنْقدَ فِي الثَّلَاثَة.

وَعند مُحَمَّدٍ: يجوزُ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَأَكْثَرَ.

المشتري، باعتبار أن البائع متمكن من الفسخ برد الثمن في المدة، ومن الإمضاء بعدم الرد.

قال في «النهر الفائق»: إن خيار النقد ينبغي إثباته في الإجارة أيضاً للمستأجر وللمؤجر، وذلك إذا عجلت الأجرة؛ كقوله: استأجرت منك هذه الدار سنة بأجرة معجلة وهي كذا، على أني إن لم أرد إليك الأجرة إلى ثلاثة أيام.

فلا إجارة بيننا.

وكذا لو نقد إليه الأجرة على أن المؤجر إن رد إليه الأجرة إلى ثلاثة أيام فلا إجارة بينهما.

قال: وهذا من النفقة.

(**وإلى أربعة أيام لا**) يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (**إلا أن ينقد الثمن في الثلاثة**.

وعند محمد: يجوز إلى أربعة وأكثر) إن بين المدة.

اعلم: أنّ أبا حنيفة مرّ ههنا على أصله في الملحق به، وهو شرط الخيار ونفي الزيادة على الثلاث، وكذا محمد في تجويز الزيادة، وأبو يوسف احتاج إلى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الملحق به دون الملحق، فأخذ في الأصل ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وفي الفرع بالقياس: أن لا يجوز التعليق، إلا أنا تركناه بالأثر في الأصل، ولم يوجد في الملحق.. فبقي على الأصل.

ثم اعلم أن مسألة خيار النقد على أربع احتمالات:

اثنان فاسدان بالاتفاق، وهو أنه لو قال: على أنه إن لم ينقد الثمن، أو قال: على أنه لم ينقد الثمن أياماً فلا بيع.

فَإِنْ قَبَضَهُ المُشْتَرِي فَهَلَكَ.. لزمَه قِيمَتُه.

وفي «المعراج»: إن السبب المنعقد في الأصل يسري إلى الزوائد؛ متصلة أو منفصلة؛ إذا أجيز البيع؛ لكونه محلاً له عند وجود الشرط، فكما ثبت الحكم في الأصل.. ثبت في الزوائد أيضاً. انتهى.

يعني: أنّ الأصل وإن بقي على ملك من له الخيار.. لا يملك الزوائد إذا أجيز البيع.

وفي «الخانية»: إن الأولاد والأكساب فيما إذا كان الخيار للبايع تدور مع الأصل؛ فإن أجيز.. كانت للمشتري، وإن فسخ.. كانت للبايع.

وإن كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع.. فكذا الجواب.

وإن حدثت عند المشتري.. كانت له، تم البيع أو انتقص؟

قيل: هذا قولهما؛ أما على قوله.. فهي دائرة مع الأصل، ولا يخفى عليك أن هذا مع ما في «المعراج» يقتضي الاستناد إلى وقت البيع، لا الاقتصار على وقت الإجازة، وبه صرح في «الزيلعي».

ووفق في «النهر» بينه وبين ما مر من «الخانية» بقوله: وإنما لم يستند الإرث؛ لأن العقد لا يصح أن يكون سبباً له؛ إذ سببه إنما هو القرابة، فلا يستند إلى وقت العقد.

(**فإن قبضه المشتري فهلك**) في يده في مدة الخيار (.. **لزمه قيمته**) في القيمي ومثله في المثلي؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاكِ لفوات المحلّ بهلاك المعقود عليه قبل تمام العقد، والمنفسخ بالهلاك مضمون بالقيمة في القيمي، وبالمثل في المثلي ما لم ينقطع المثل؛ لأنه الأصل في الضمانات الثابتة بالعقد، وإنما يتحول إلى الثمن عند تمام الرضاء [٢٦/أ]، ولم يوجد بالخيار، فصار كالمقبوض على سوم الشراء فهلك في يده؛ فإنه مضمون بالقيمة إذا كان الثمن مسمّى؛ بأن قال: اذهب إن رضيته اشتريته بعشرة، فذهب فهلك.. فإنه ضمن قيمته لا ثمنه.

وَخيَارُ البَائِعِ يمْنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَن ملكه، ....

وواحد منها صحيح باتفاق الثلاث؛ خلافاً لزفر وهو المسألة الأولى من الكتاب.

وواحد منها على الخلاف وهو هذه المسألة من الكتاب.

وبعض مشايخنا ذكر ههنا مسألة بيع الوفاء، مع ما فيه من أقوال شتى؛ لمناسبته مسألة خيار النقد.

وذكره الإمام الرازي في البيع الفاسد، ونحن نذكره ثمة؛ لأنه أشد مناسبة له.

ولما ذكر أن خيار الشرط [٢٥/ب] قد يكون لأحد العاقدين، وقد يكون لهما معاً.. أراد أن يذكر على ما يترتب على خيار كل منهما فقال: (**وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه**) بالاتفاق، ولا يمنع خروج الثمن عن ملك المشتري بالاتفاق.

أما الأوّل: فلأن العلة لا تتم إلا بالمراضاة؛ لكون الرضا داخلاً في حقيقتها، ولا تتم المراضاة بالخيار؛ لأن البيع به يصير علة اسماً ومعنى، لا حكماً، على ما قدّمناه، فمنع ابتداء الحكم وهو الملك، فيبقى على ملك صاحبه، ولهذا ينفذ عتقه، ولا يملك المشتري التصرف فيه بالبيع والهبة والعتق، وإن قبضه بإذن البائع.

وأما الثاني: فلأن البيع لازم من جهته، قال في «البحر»: إن الخيار إذا كان للبائع، ثم أجازه.. فالملك للمشتري مقتصراً على وقت الإجازة، ولا يستند إلى وقت العقد؛ مستدلاً بما ذكره في «الخانية»: رجل اشترى ابنه من رجل على أن البائع بالخيار، ثم مات المشتري فأجاز البائع.. عتق الابن، ولا يرث أباه. انتهى.

فعدم إرثه دليل على الاقتصار، ولكن عتقه يدل على الإسناد، وإلا.. لم يعتق. انتهى.

وأما لو لم يسمّ الثمن.. فإنه لا يضمن أصلاً؛ لأن المقبوض على سوم الشراء لا بد من تسمية الثمن فيه على ما سنبيّنه.

ولو هلك بعد مدة الخيار.. لزمه الثمن لا القيمة؛ لتمام الرضاء.

ولو هلك في يد البائع قبل قبض المشتري.. ففيه تفصيل ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن «شرح الطحاوي»؛ حيث قال: هلاك المعقود عليه قبل القبض؛ إن كان بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المعقود عليه بأن كان المعقود عليه حيواناً فقتل نفسه.. فالبيع يبطل في هذا كله.

أما إذا كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه.. فلا يشكل.

وكذلك إذا كان بفعل البايع؛ لأن المبيع في يده مضمون بالثمن قبل القبض؛ بدلالة أنه لو هلك.. سقط ثمنه عن المشتري، ولا يجوز أن يكون مضموناً بالقيمة، ويستوي في ذلك أن يكون البيع باتاً، أو بشرط الخيار للمشتري، أو للبايع. انتهى.

قيده بالهلاك؛ حيث قال: «فهلك»؛ لأنه لو تعيب في يد المشتري.. فالبايع على خياره من يوم القبض إن كان قيمياً، وإن كان مثلياً ليس له أن يضمنه نقصانه؛ لشبهة الربا. كذا في «البحر الرائق» نقلاً عن «السراج».

لكنه قال في «القنية»: إن المقبوض على سوم الشراء يضمن بالقيمة، وإن كان من ذوات الأمثال.. فله أن يلزمه البيع إن شاء، وإن شاء.. فسخ وضمنه النقصان.

ولو تعيب في يد البائع بغير فعله.. فالمشتري على خياره؛ إن شاء.. أخذه بجميع الثمن، وإن شاء.. فسخ.

ولو تعيب بفعله.. ينتقض البيع فيه بقدره؛ لأن ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه، وتسقط حصته من الثمن.

اعلم: أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضموناً بقيمته إذا كان الثمن مسمّى.

نصّ عليه الفقيه أبو الليث في «العيون»؛ فإنه ذكره، وقال: اذهب بهذا الثوب فإن رضيته اشتريته فذهب به وهلك.. لا يضمن، وقال إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك.. ضمن قيمته، وعليه الفتوى.كذا في «الظهيرية» و«الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى».

ثم قال في «الخلاصة» نقلاً عن «فتاوى القاضي الإمام»: رجل ساوم رجلاً بقدح، فقال لصاحب القدح: ارم إلي، فدفع إليه فوقع من يده على أقداح فانكسرت.. لا يضمن القابض المدفوع إليه؛ لأنه قبضه على سوم الشراء [٢٦/ب] من غير بيان الثمن.. فلا يضمن، وعليه ضمان الأقداح التي انكسرت بفعله.

ثم قال: والمقبوض على سوم الشراء لا يكون مضموناً إلّا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية، فعلم منه: أنّه يضمن مطلقاً في غير ظاهر الرواية.

وعلى ظاهر الرواية: هل يكفي ذكره من جانبِ البائع وحده، أو لا بد من ذكره في جانب المشتري أيضاً؟

فذكر الطرسوسي في «أنفع الوسائل»: أنّ المراد بذكر الثمن في المقبوض على سوم الشراء: ذكره من جانب المشتري، لا من جانب البائع وحده، واستدلّ عليه بمسألة «القنية»، قال فيها عن أبي حنيفة: قال له: هذا الثوب لك بعشرة دراهم، فقال: هاته حتى انظر إليه، أو قال حتى أريه غيري، فأخذه على هذا، وضاع منه.. فلا شيء عليه.

ولو قال: هاته حتى أريه غيري فأخذه على هذا، وضاع منه.. فلا شيء عليه.

ولو قال: هاته؛ فإن رضيته أخذته بعشرة، فضاع.. فهو على ذلك الثمن.

ثم قال فيها: أخذ منه ثوباً وقال: إن رضيته اشتريته، فضاع.. فلا شيء عليه.

ولو قال: إن رضيته أخذته بعشرة.. فعليه قيمته.

ولو قال صاحب الثوب: هو بعشرة، فقال المساوم: هاته حتى انظر إليه، فقبضه على ذلك فضاع.. لا يلزمه شيء؛ لأنه أخذه على وجه النظر.

فظهر من هذه المسائل: أن المراد: ذكر الثمن من جهة المساوم لا من جهة البائع فقط؛ حيث لم يجعل ذكر البائع وحده موجباً للضمان.

قالوا: وهذا من الطرسوسي خطأ؛ لأن بيان الثمن من جهة البائع وحده إذا أخذه المساوم بعده على ذلك الوجه.. يكفي في الضمان المقبوض على سوم الشراء، ومنشأ غلطه: عدم الفرق بين المقبوض على سوم الشراء، وبينه على سوم النظر.

وما في «القنية»: في المقبوض: على وجه النظر، لا على وجه الشراء، على ما هو الظاهر من المسائل المذكورة من «القنية».

كيف وقد صرّح به في تعليل المسألة الأخيرة كما ترى.

ويدل على الفرق المذكور: ما ذكره في «التاتارخانية» برجل طلب من رجل ثوباً ليشتري، فأعطاه البائع ثلاثة أثواب، فقال: هذا بعشرة، وهذا بعشرين، وهذا بثلاثين، فاحمل الثياب إلى منزلك؛ فأي ثوب ترضى: بعته منك، فحمل الثياب فاحترقت الثياب عند المشتري، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن هلك الكل جملة أو على التعاقب، ولا يدرى الذي هلك أولاً والذي بعده.. ضمن المشتري ثلث ثمن كل ثوب، وإن عرف الأول.. لزمه ثمن ذلك الثوب، والثوبان أمانة عنده [٢٧/أ].

وإن هلك الثوبان وبقي الثالث.. فإنه يرد الثالث؛ لأنه أمانة عنده، وأما الثوبان.. يلزمه نصف ثمن كل ثوب منهما إذا كان لا يعلم أيّهما هلك أوّلاً.

وإن هلك واحد وبقي ثوبان.. يلزمه ثمن الهالك ويرد الثوبين.

وإن احترق الثوبان وبعض الثالث ثلثه أو ربعه، ولا يعلم أيهما احترق أولاً.. يرد ما بقي من الثالث، ولا يلزم نقصان الحرق بقدره، ويلزمه نصف ثمن كل واحد منهما. انتهى.

فهذا صريح في أن تسمية الثمن من البائع يكفي في ضمان المقبوض على سوم الشراء.

ثم المقبوض على سوم الشراء مضمون بعد تسمية الثمن وإذا شرط المشتري؛ إذ لا ضمان عليه، على ما صرح به في «البحر» و«النهر».

والوكيل بالشراء هل هو مثل المشتري في القبض على سوم الشراء؟

ففي «الخانية»: الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأداه الموكل، فلم يرض الموكل وردّه عليه فهلك عند الوكيل.. قال الشيخ الإمام محمد بن الفضل: ضمن الوكيل قيمته، ولا يرجع بها على الموكل، إلا أن يأمره الموكل بالأخذ على سوم الشراء.. فحينئذٍ إذا ضمن الوكيل.. يرجع على الموكل. انتهى.

فعلم منه: أن الوكيل بالشراء كالمشتري في القبض على سوم الشراء في وجوب الضمان عليه.

وأما مقبوض الرسول.. ففي «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: لو أن رجلاً بعث رسولاً إلى بزاز أن ابعث إليّ بثوب كذا، فبعث إليه البزاز مع رسوله أو مع غيره، فضاع الثوب قبل أن يصل إلى الآمر، وتصادقوا على ذلك.. لا ضمان على الرسول.

وبعد ذلك: إن كان الرسول رسول الآمر.. فالضمان على الآمر، وإن كان رسول رب الثوب.. لا ضمان على الآمر حتى يصل إليه.

فإذا وصل إليه الثوب.. فهو ضامن.

وَخِيَارُ المُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ، فَإِنْ هلكَ فِي يَدِهِ.. لزِمَ الثّمنُ، وَكَذَا لَو تعيَّبَ،

ألا ترى أن رجلاً لو أرسل رسولاً إلى رجل فقال: ابعث إلي بصرة دراهم قرضاً، فبعث بها مع رسوله.. فالآمر ضامن لها إذا أقرَّ بأن رسوله قد قبضها؛ فإن بعث بها مع غيره.. لا ضمان على الآمر حتى يصل إليه.

وكذا لو كان له على رجل دين فبعث إليه رسولاً: أن ابعث إليّ بالدين الذي لي عليك؛ فإن بعث إليه مع رسول الآمر.. فهو من مال الآمر، وإن بعث إليه مع رسوله.. فهو من مال المديون.

وقول الدائن: ابعث بهما مع فلان.. ليس برسالة؛ فإذا هلك.. هلك على المديون.

بخلاف قوله: ادفعها لفلان؛ فإنه إرسال؛ فإذا هلك.. هلك على الدائن كذا في وكالة «الأشباه».

(**وخيار المشتري لا يمنع**) خروج المبيع عن ملك البائع، ويمنع [٢٧/ب] خروج الثمن عن ملكه بالاتفاق كما مر في عديله.

وعلم من هنا: أن الخيار إذا كان لهما.. لم يخرج المبيع عن ملك البائع، والثمن عن ملك المشتري.

(**فإن هلك**) المبيع في مدة الخيار أو بعدها (**في يده.. لزم الثمن**)؛ فإن الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب، وقد تقرر أن المبيع إذا دخله عيب.. يمتنع الرد، وإذا امتنع.. لزم العقد، فيلزم الثمن المسمى.

بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع؛ لأن الخيار إذا كان له.. يهلك المبيع والبيع موقوف غير لازم.. فيلزمه القيمة.

(**وكذا**) أي: لزمه الثمن (**لو تعيّب**) في يد المشتري؛ لما ذكرناه.

والمراد: عيب لا يرتفع؛ كقطع اليد، وإن كان يرتفع كالمرض.. فهو على خياره؛ فإن لم يرتفع في المدة.. لزم العقد؛ لامتناع الرد عليه.

وإنما امتنع الرد بالعيب؛ لأنه صار ممسكاً ببعضه؛ فلو ردّه.. لزم تفرق الصفقة على البائع قبل الإتمام، وذا لا يجوز.

أطلق «التعيب» فشمل لما عيبه المشتري، أو لما عيبه الأجنبي، وبآفة سماوية، وبفعل المبيع نفسه، كذا في «البحر».

ولم يذكر حكم الزيادة في المبيع في يد المشتري في مدة الخيار، ولا بدّ منه.. فاعلم: أن الزيادة لا تخلو؛ إما إن كانت متصلة، أو منفصلة، وكل واحد منهما على وجهين.

إما أن تكون متصلة متولدة من الأصل؛ كالكبر والسمن والجماد.

أو غير متولدة؛ كالصبغ في الثوب، والسمن في السويق، والبناء في الساحة.

والمنفصلة المتولدة من الأصل: كالولد والعقر والأرش والتمر والصوف.

وغير المتولدة من الأصل: كالكسب والغلة والهبة والصدقة.

فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل.. فإنها لا تمنع الرد والفسخ، فلا يلزمه الثمن، بل على خياره.

وإن كانت متصلة غير متولدة.. فإنه ينقطع حق البائع لحق المشتري، فيلزمه الثمن، إلا أن يرضى فسخه وردّه إسقاطاً لحقه فيردّه، إلا إن كانت تلك الزيادة عيباً.

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد.. له أن يردهما جميعاً، ولا يلزمه الثمن، ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري.. لا يضمن، ويغرم نقصان الولادة، ولو استهلكها المشتري.. يضمن، ولو هلك المبيع والزيادة قائمة.. فللبايع أن يسترد الزيادة ويأخذ من المشتري قيمة المبيع وقت القبض.

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالهبة.. فللبايع أن يسترد المبيع مع هذه الزيادة إن ردّه المشتري، ولا يلزمه الثمن، ولو هلكت الزيادة في يد المشتري.. لا يضمن، وإن استهلكها.. فكذلك [٢٨/أ] عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

إِلّا أَنه لَا يدْخل فِي مِلْكِ المُشْتَرِي، خلافاً لَهما.

ولو استهلك المبيع والزوائد قائمة في يد المشتري.. تقرّر عليه ضمان المبيع، وبقيت الزوائد للمشتري.

بخلاف الزوائد المتولّدة. هذا حكم الزيادة.

وأما حكم النقصان: فإذا انتقص المبيع في يد المشتري؛ إن كان النقصان بآفة سماويّة.. فللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان، وكذا إذا كان النقصان بفعل المشتري، أو بفعل المعقود عليه.

وإن كان بفعل الأجنبي.. فالبائع بالخيار في الأرش؛ إن شاء.. أخذه من الجاني، والجاني لا يرجع على المشتري، وإن شاء.. اتبع المشتري، والمشتري يرجع على الجاني؛ كما في الغصب. كذا في «الخلاصة».

(إلا أنّه) أي المبيع الخارج عن البائع **(لا يدخل في ملك المشتري)**.

وكذا لا يدخل الثمن الخارج عن يد المشتري في ملك البائع عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لأن أحد البدلين لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر.. يكون زائلاً لا إلى مالك، ولا أصل له في الشرع.

ولأبي حنيفة: أنه لما خرج أحد البدلين عن ملكه؛ فلو دخل الآخر الخارج عن يد صاحبه في ملكه.. لزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد، ولا أصل له أيضاً في الشرع، بخلاف المدبر إذا غصبه وضمن قيمته لصاحبه؛ فإنه يملك الضمان، ولم يخرج المدبر عن ملكه أيضاً؛ لأنه ضمان جناية، وكلامنا ليس فيه، والترجيح معه؛ لأن الخيار شرع نظراً له لينظر فيه أنه هل يوافق غرضه أو لا؛ فلو دخل في ملكه.. ربما يفوت ذلك؛ كما إذا اشترى قريبه؛ لأنه يعتق عليه فيعود على موضعه بالنقص، وزوالُ ملكٍ عن يد مالك لا إلى مالك من العباد واقعٌ في الشرع؛ كعبيد الكعبة وسائر الأوقاف يخرجون عن ملاكهم، ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة

فَلَو اشْترى زَوجتَه بِالْخِيَارِ.. لَا يفسدُ النِّكَاحُ، وَإِنْ وَطئهَا.. فَلهُ ردُّهَا، لِأَنَّهُ بِالنِّكَاحِ، إِلّا فِي البكر.

وَلَو ولدَتْ فِي مدَّتِهِ.. لَا تصيرُ أمَّ وَلَده.

والوقف؛ فإن متولي الوقف إذا اشترى شيئاً للوقف.. يخرج عن ملك صاحبه، ولا يدخل في ملك أحد، وكونه في الوقف لا يضر في التنظير.

ثم ذكر فروعاً على أصل أبي حنيفة:

أحدها: قوله: **(فلو اشترى زوجته بالخيار)** ثلاثة أيام **(.. لا يفسد النكاح)** عنده؛ لما مر: أنّ خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه.

والثاني: قوله: **(وإن وطئها)** في مدّة الخيار **(.. فله ردّها)** على البايع؛ **(لأنه)** أي الوطء **(بالنكاح)**؛ لعدم فساده لا يملك اليمين؛ لعدم دخولها في ملكه، فلا يسقط الخيار؛ **(إلّا في البكر)** فإن وطء البكر في المدة يسقط الخيار لإيراثها النقصان بالعيب، فلا يملك ردّها هذا في زوجته؛ لأن المشتراة إن لم تكن زوجته.. لا يفصل فيه بين كونها [٢٨/ب] بكراً أو ثيباً في أنّه يكون مختاراً للبيع بالوطء والجماع؛ سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها، على ما في «الكفاية».

والثالث: قوله: **(ولو ولدت)** يعني: اشترى زوجته بالخيار وهي حبلى منه، وولدت في يد البائع قبل قبض المشتري **(في مدته.. لا تصير أمّ ولده)**؛ لعدم دخوله في ملكه عنده، فيملك الردّ لبقاء الخيار.

وكذا لو اشتراها بالخيار بعد الولادة منه في يد البائع.. لا تصير أمّ ولد له في مدّة الخيار، على ما في «النهاية».

وإنما قلنا: قبل القبض؛ لما في «النهاية»: إنه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها، ثم ولدت في مدّة الخيار.. يلزم البيع بالاتّفاق، ويبطل خيار الشرط؛ لأن الولادة عيب في بني آدم، فلا يملك ردّها بعدما تعيب عنده بشرط الخيار، فصارت ملكاً للمشتري من حين العقد بطريق الاستناد، فالولادة وقعت في ملكه، فتصير أمّ

وَلَو اشْترى قَرِيبَه بِهِ، أَو عبداً بعدَ قَوْلِه: إِنْ ملكتُ عبداً فَهُوَ حر.. لَا يعتقان فِي مدَّته.

وَلَا يعدُّ حيضُ المُشْتَرَاةِ بِهِ فِي مدَّته منَ الِاسْتِبْرَاء، وَلَا اسْتِبْرَاءَ على البَائِعِ إِن رُدَّت بِهِ.

وَلَو قبضَ المُشْتَرِي بِهِ المَبِيعَ بِإِذنِ البَائِعِ ثمّ أودَعهُ عِنْده فَهَلَك.. فَهُوَ....

ولد له، وبهذا يندفع ما قيل: إن الولادة نفسها ليست بعيب، بل سبب للعيب، والملك مع العيب، والولادة سابقة عليه؛ لكونها سبباً له، فيتقدم على ما معه أيضاً ـ أعني الملك ـ فلا تكون الولادة واقعة في ملكه، فلا تصير أمّ ولد له.

والرابع: قوله: (**ولو اشترى قريبه به**) أي بالخيار.

والخامس: قوله: (**أو**) اشترى (**عبداً بعد قوله: إن ملكت عبداً فهو حرّ.. لا يعتقان**) كلّ من القريب والعبد (**في مدته**)؛ لعدم دخولهما في ملكه عنده.

بخلاف ما إذا قال: إن اشتريت عبداً فهو حرّ؛ حيث يعتقان عليه؛ لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء؛ لأن المعلق بالشرط كالمُرسل عنده.

ولو أنشأ العتق بعد الشراء بالخيار.. عتق، فكذا هذا، وإنما لا يقع عن الكفارة إذا نوى عنها وقت الشراء؛ لأنه إنما جعل كالمنشئ له؛ لضرورة تصحيح قوله: «فهو حر»، فلا يتعدى إلى الوقوع عن الكفارة؛ لعدم الضرورة فيها.

والسادس: قوله: (**ولا يعد حيض**) الأمة (**المشتراة به**) أي بالخيار (**في مدته من الاستبراء**)؛ لعدم دخوله في ملكه عنده، ويعد عندهما منه.

والسابع: قوله: (**ولا استبراء على البائع إن ردّت**) الأمة عليه (**به**) أي بالخيار؛ سواء ردت قبل القبض أو بعده؛ لعدم الدخول أيضاً.

والثامن: قوله: (**ولو قبض المشتري به**) أي بالخيار (**المبيع بإذن البايع، ثم أودعه عنده**) أي عند البائع (**فهلك**) عند البائع في مدة الخيار أو بعدها، (.. **فهو**) أي الهلاك

على البَائِعِ؛ لارْتِفَاعِ القَبْضِ بِالرَّدِّ لعدم المِلْكِ.

وَلَو اشْترى المَأْذُونُ شَيْئاً بِهِ فَأَبْرَأَهُ بَائِعه عَن ثمنه.. يبْقى خِيَارُهُ، وَله الرَّدُّ؛ لِأَنَّهُ يَلِي عدمَ التَّمَلُّكِ.

وَلَو اشْترى ذمِّيٌّ من ذمِّيٍّ حمراً فَأَسلمَ فِي مدَّتِهِ.. بَطلَ شِرَاؤُهُ؛ كَيْلا يتملَّكَها مُسلماً بِالْإِجَازَةِ.

(**على البائع؛ لارتفاع القبض بالرد**)؛ إذ الوديعة غير صحيحة عنده؛ (**لعدم الملك**) عنده، وإذا ارتفع القبض.. كان هلاك المبيع قبل القبض [٢٩/أ]، فيكون على البائع.

والتاسع: قوله: (**ولو اشترى**) العبد (**المأذون شيئاً به**) أي بالخيار (**فأبرأه بائعه عن ثمنه**) في مدة الخيار (.. **يبقى خياره**) مع صحة الإبراء على ما في «الكافي».

حتى لو اختاره بعد الإبراء.. كان المبيع له بلا ثمن.

(**وله الرد**) على البايع؛ (**لأنه**) أي جواز الرد (**يلي عدم التملك**) وقد وجد ذلك بحكم الخيار عنده؛ فإن شاء.. يرده، وإن شاء.. أجاز البيع ويأخذ المبيع بلا ثمن؛ لصحة الإبراء.

وفي «النهاية»: ولو كان المشتري حرّاً والمسألة بحالها أن يردّه بخيار الشرط، وإن إبراءه من الثمن في قولهم جميعاً؛ لأن الحر ممّن يصح تمليكه ببدل وبغير بدل.

والعاشر: قوله: (**ولو اشترى ذمي من ذمي خمراً**) أي بخيار من المشتري، (**فأسلم**) أي المشتري بعد القبض؛ لأنه لو أسلم قبل القبض.. بطل البيع في جميع الصور على ما سيأتي.

(**في مدته**) أي مدة الخيار (.. **بطل شراؤه**) وخياره جميعاً؛ (**كي لا يتملكها مسلماً بالإجازة**) أي بإسقاط الخيار، وتملك المسلم بالخمر ابتداء: لا يجوز.

ولو أسلم البائع والخيار للمشتري.. بقي على خياره بالإجماع.

ولو ردّها المشتري.. عادت إلى ملك البايع؛ لأن العقد من جانب البائع باتٌّ؛ فإن أجازه المشتري.. صار له، وإن فسخ.. صار الخمر للبايع، والمسلم أهل أن يتملك الخمر كما كان في الإرث.

ولو كان الخيار للبايع فأسلم هو.. بطل البيع؛ لأن المبيع لم يخرج عن ملكه، والمسلم لا يبعد أن يملك الخمر.

ولو أسلم المشتري.. لا يبطل العقد والبائع على خياره؛ لأن العقد من جهة المشتري بات؛ فإن أجاز العقد.. صار له؛ لأن المسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً.

وإن فسخه... كان للبائع.

وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما.

وإن أسلم قبل القبض.. بطل في الصور كلها؛ سواء كان البيع باتاً، أو بشرط الخيار لأحدهما، أو لهما؛ لأن للقبض شبهاً بالعقد من حيث إنه يفيد ملك التصرف، فلم يملكه بعد الإسلام.

وإن أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتاً.. لا يبطل؛ لأنه قد تمّ بالقبض، بخلاف ما إذا كان بشرط الخيار على ما مرّ، كذا في «الزيلعي».

وزاد فيه مسائل ثلاث أخرى:

أحدها: مسلم اشترى من مسلم عصيراً بشرط الخيار، فتخمَّر العصير في المدة.. فسد البيع عنده، وتمَّ عندهما.

والثاني: حلال اشترى صيداً بشرط الخيار، فقبضه، ثم أحرم والصيد في يده.. ينتقض البيع ويردّه إلى البائع عنده، وقالا: يلزم المشتري، ولو كان الخيار للبائع.. ينتقض في قولهم جميعاً؛ فإن كان الخيار للمشتري فأحرم البائع.. فللمشتري أن يردّه.

خِلافاً لَهما فِي الجَمِيع.

وَمن لَهُ الخِيَارُ.. يُجِيز بِحَضْرَة صَاحبه وغيبته،..........

والثالث: لو اشترى داراً هو ساكنها بإجارة أو إعارة [٢٩/ب]، فاستدام السكنى بعد الشراء.. لا يكون اختياراً عنده، وعندهما: اختيار؛ لأنه ملك العين، فكان سكناه بحكم ملك العين.

هذا، وما ذكره من المسائل العشرة في قول أبي حنيفة.. (**خلافاً لهما في الجميع**)؛ لما مر من أصلهما من أن خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عندهما؛ فإذا دخل في ملكه.. يترتب عليه الأحكام المذكورة في تلك المسائل:

فيفسد نكاح زوجته المشتراة بالخيار؛ لعدم جواز اجتماع ملك العين مع ملك اليمين، ولا يردها على البائع بوطئها؛ لأن الوطء بملك العين لا بملك اليمين؛ لفساد النكاح، وتصير أمّ ولده.

ويعتق عليه قريبه الذي اشتراه بالخيار بعد قوله: «إن ملكت»؛ لدخوله في ملكه.

وكذا عبد اشتراه بالخيار بعد قوله: «إن ملكت».

ويعد الحيض في المدة من الاستبراء.

وعلى البائع الاستبراء بعد الرد عليه؛ لتجدد الملك.

والهلاك على المشتري بعد القبض.

ويبطل خيار المأذون.

ومن أسلم بعد الشراء.. فلا يملك الرد.

(**ومن له الخيار**) من البائع والمشتري أو غيرهما (.. **يجيز**) البيع في مدة الخيار (**بحضرة صاحبه وغيبته**) أي: بعلم صاحبه وعدم علمه؛ لأنه إسقاط حقه من الخيار، فلا يشترط فيه حضور الخصم؛ كالطلاق والعتاق.

واعلم: أن إجازة من له الخيار بالقول أو بالفعل لا تتوقف على علم صاحبه بالاتفاق؛ لكونه إسقاطاً، وأما فسخه وإن كان بالفعل على ما سيأتي بيانه.. فلا يتوقف

وَلَا يفْسخُ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

على علم صاحبه أيضاً بالاتفاق، وإن كان بالقول.. ففيه خلاف مالك والشافعي وأبي يوسف، على ما أشار إليه بقوله: (**ولا يفسخ**) أي من له الخيار (**إلا بحضرته**) أي بعلمه.

فلو فسخ بغيبته فبلغه الخبر في المدة.. تمَّ الفسخ؛ لحصول العلم به في المدّة، ولو بلغه بعد مضي المدة.. تمَّ العقد، هذا عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأن من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه.. فلا يتوقف على علمه كالإجازة، والفسخ بالفعل، ولهذا لا يشترط رضاه، وصار كالوكيل بالبيع؛ فإن له أن يتصرف فيما وكّل به بلا علم الموكل؛ لكونه مسلطاً من جهته.

ولهما: أن الفسخ تصرف في حق الغير بالدفع، وذلك لا يعرى عن الضرر.

أما إذا كان الخيار للبايع.. فلأن المشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه بعد مدة الخيار، والحال أن البائع قد فسخ البيع قبل مضي المدة من غير علمه.. فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن.

وأما إذا كان الخيار للمشتري.. فالبائع عسى يعتمد بتمامه، فلا يطلب [٣٠/أ] لسلعته مشترياً آخر، وقد تكون المدة أيّام رواج بيع المبيع، وفي ذلك ضرر لا يخفى، والتصرف المشتمل على ضرر الغير يتوقف على علمه كما ما في عزل الوكيل، وحجر العبد المأذون له عن التصرف، وفراق الشريك، ونهي المضارب عن التصرف.

والقياس على الإجارة: فاسد؛ لقيام الفارق، وهو: إلزام الضرر، ولا ضرر فيها؛ إذ هو موافق له فيها، وكذا القياس على الفسخ بالفعل؛ لأنه حكمي، ولا يشترط العلم في الحكمي، ولا نسلم أنه مسلّط على الفسخ من جهة صاحبه؛ لأن التسليط على الشيء ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع؛ كالتمليك من غير المالك، بخلاف المتولّي للوقف؛ فإنه مالك من وجه فيملك التمليك، وعدم اشتراط الرضاء

لا يستلزم عدم اشتراط العلم؛ لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضاء، وكون الرضاء مما لا بدّ منه في البياعات؛ لأنه لا إلزام فيه.

فإن قيل: إن ما ذكرتم من إلزام الضرر وإن دلّ على اشتراط العلم، ولكنه عندنا ما ينفيه، وهو أنه لو لم ينفرد بالفسخ.. لربّما اختفى من ليس له الخيار إلى مضي المدة، فيلزم البيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى.

وأجيب: بأنه ضرر مرضي به؛ حيث ترك الاستيثاق بأخذ الوكيل؛ مخافة الغيبة.

أقول: فيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن الضرر السابق ضرر مرضي أيضاً؛ حيث رضي بشرط الخيار مع علمه بمؤدّاه، وحيث ترك الاستفسار والاستكشاف.

والثاني: أنّ مخافة الغيبة والاختفاء جائز في الكفيل أيضاً؛ فليس في أخذه فائدة.

واعلم أنّ مدار دليل أبي حنيفة ومحمد على لزوم العلم في الفسخ إلزام ضرر زائد غير مرضي به على ما ذكروه.

ويرد عليه بوجوه:

أحدها: أن في الطلاق وإعتاق العبد المشترك والعفو عن القصاص ما لا يخفى من إلزام الضرر الزائد الغير، المرضي على الغير، مع أنها جائزة من غير اشتراط العلم فيها.

والثاني: أن الزوج ينفرد بالرجعة، وحكمها يلزم المرأة وإن لم تعلم هي.

والثالث: أن اختيار المخيرة ينفذ على زوجها، وفيه إلزام حكم الاختيار وإن لم يعلم به الزوج.

والرابع: أنّ اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج وإن لم يعلم الزوج، وفيه إلزام الضرر.

والخامس: أن اختيار المالك وقع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم، وفيه إلزام الضرر عليهما.

وأجيب عن الأول: بأنّ كلّا من الطلاق والعتاق والعفو إسقاط، وما هو كذلك ليس فيه إلزام شيء؛ كإسقاط الحمل عن الدابة.

أقول: فيه نظر؛ لأن الفسخ أيضاً إسقاط العقد وإزالة له، وما هو كذلك ليس فيه إلزام ممنوع [٣٠/ب] كيف وإن في الطلاق إلزام العدة على المرأة، وفي إعتاق العبد المشترك إلزام الضرر على الشريك، وفي العفو على سائر الأولياء.

وعن الثاني: بأن الرجعة ليس فيها إلزام؛ لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة إلزام أمر جديد، سلمناه.. ولكن ليس فيه إلزام ضرر؛ لأن النكاح من عوالي النعم فأسند أمته بالرجعة حتى لا يكون ضرراً، وفيه أيضاً نظر؛ لأنه حينئذٍ يكون في الطلاق إلزام ضرر عظيم لرفعه عوالي النعم، فكيف يصح ما قالوا: ليس في الطلاق إلزام شيء؟

وعن الثالث: بأنه لا إلزام فيه، بل ذلك بالتزامه، أو لأنه لا ضرر فيه؛ فإن الإيجاب حصل منه، ولو كان ضرراً... لما أقدم عليه، أو لأنه غير زائد على موجب التخيير، وفيه أيضاً نظر؛ لأن هذه الأجوبة الثلاث جارية في ضرر الفسخ أيضاً؛ فإنه بالتزامه شرط الخيار، ولو رأى ضرراً.. لما أقدم عليه، وإنه غير زائد على موجب شرط الخيار.

وعن الرابع: بأنه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار، أو هو مرضي بالإقدام على سببه وهو النكاح، وفيه أيضاً نظر؛ لما ذكر آنفاً من أن ضرر الفسخ ضرر مرضي، وإنه غير زائد.

فَإِنْ فسخَ وَعلم بِهِ فِي المدَّةِ.. انْفَسَخَ، وإِلّا.. تمّ العقدُ.

وَيتمُّ العقدُ أَيْضاً: بِمَوْتِ من لَهُ الخِيَارُ،.........................

وعن الخامس: بأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه، فيه أن كونه امتناعاً لا ينافي إلزام الضرر، على الغير، فظهر من هنا قوة قول أبي يوسف دراية، ورجحه ابن الهمام.

ثم إذا شرط العلم عندهما؛ (**فإن فسخ**) بلا علم صاحبه (**وعلم**) صاحبه (**به**) أي بالفسخ (**في المدة.. انفسخ**) لحصول علمه به، (**وإلا**) أي: وإن لم يعلمه في المدة، (**.. تمّ العقد**)؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

وعلمه بعد مضي المدة لا يضر تمام العقد.

وقال الزيلعي: والحيلة فيه: أن يأخذ منه وكيلاً، حتى إذا بدا له الفسخ ردّه عليه.

وقال بعضهم: إنه لو رفع الأمر إلى القاضي وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه.. صح الرد عليه.

وذكر الكرخي: أن خيار الرؤية على هذا الخلاف أيضاً.

وفي خيار العيب: لا يصح الفسخ بغير علم صاحبه بالإجماع؛ لأنه لا يثبت إلا بالقضاء.

(**ويتم العقد أيضاً**) أي كما يتم بالإجارة (**بموت من له الخيار**) من البائع أو المشتري أو غيرهما، بخلاف ما إذا مات من عليه الخيار ـ أي من لا خيار له ـ؛ فإن الخيار باق فيه بالإجماع.

وقال الشافعي: لا يتم العقد بموت من له الخيار، بل ينتقل الخيار إلى وارثه؛ كخيار العيب و التعيين.

ولنا: أن الخيار عرض لا يبقى زمانين، فلا ينتقل؛ لأنه عبارة عن الإرادة، والمشبه والإرث إنما يجري فيما يقبل الانتقال؛ لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث؛ فإن قيل: قال ﷺ: «من ترك مالاً أو حقاً.. فلورثته»، والخيار

وكذا بمضيّ المدَّةِ، وبالأخذِ بشُفعةٍ بِسَبَبِ المَبِيعِ، ....

حق [٣١/أ]، فيكون لورثته.. قلنا: لا، ثم ثبوت لفظ الحق في الحديث، بل الثابت فيه لفظة مالا فقط على ما صرح به ابن الهمام، ولو سلم، لكن المراد هو الحق القابل للانتقال بدليل قوله فلورثته والخيار ليس كذلك؛ لعدم بقائه، فلا يعارض بما ذكرناه؛ فإن قيل: يعارضه أن المالكية عرض كالخيار مع أنها تنتقل إلى الوراث.. قلنا: لا، ثم ثبوت المالكية للوارث بطريق الانتقال، بل ثبت ابتداء، ولو سلّم، لكن المنتقل إليه هو العين المملوك والمالكية إنما ينتقل ضمناً، فلا معتبر به في الشرع؛ فإن قيل: فليكن خيار الشرط أيضاً كذلك في ضمن انتقال المبيع بالخيار إلى الوارث قلنا الخيار ليس من لوازم المبيع حتى ينتقل بانتقال المبيع، بل الأصل عدمه، بخلاف المالكية؛ فإنها من لوازم المملوك والمالك، بخلاف خيار العيب؛ لأن المورث استحق المبيع سليماً، فكذا الوارث.

وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير، لا أن الخيار يورث على ما سيأتي.

فإن قيل: إذا تم العقد بموت من له الخيار.. يملك الوارث المبيع، والحال أن المورث غير مالك له بالخيار.

قلنا: لا نسلم أنه غير مالك، بل هو مالك أيضاً؛ لوجود الموجب وهو العقد، لكن المانع وهو الخيار يمنع عمله؛ فإذا بطل المانع في حق الوارث.. ظهر أثر الموجب.

ولا يخفى عليك أن هذا من قبيل تخصيص العلة والمخلص معروف.

(وكذا) يتم العقد **(بمضي المدة)** بلا فسخ؛ لأنه بمضيها يبطل خياره، ومن ضرورة بطلان الخيار: تمام العقد لزوال المانع.

(وبالأخذ بشفعة بسبب المبيع) يعني: اشترى داراً بخيار الشرط، فبيع دار أخرى بجنبها في مدة الخيار، فأخذها المشتري بالشفعة، فذلك الأخذ رضاء يسقط به الخيار بالاتفاق.

وَبِكُلِ مَا يدلُّ على الرضا؛ كالركوبِ لغيرِ الاختبارِ، وَالْوَطْءِ، وَالْإِعْتَاقِ وتوابعِهِ.

أما عندهما: فلأن المبيع يدخل في ملك المشتري عندهما، فله الأخذ بالشفعة، فيسقط خياره.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن الأخذ بالشفعة يستلزم طلبها، وطلبها يستلزم دفع ضرر الجار، ودفع الضرر يستلزم استدامة الملك، واستدامة الملك تستلزم الملك، والملك يستلزم سقوط الخيار سابقاً عليه، وسقوط الخيار يستلزم تمام العقد، فالشفعة تستلزم تمام العقد بهذه الوسائط؛ لأن قياس المساواة منتجة في مادة الاستلزام، فثبت الملك له من وقت الشراء بطريق الاستناد.

هذا، وقد يقال: إن المشتري بالخيار وإن لم يكن مالكاً لها رقبة، إلا أن حق التصرف فيها، وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة؛ كالمأذون المستغرق [٣١/ب] بالدّين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داريهما.. فإنهما يستحقان الشفعة، وإن لم يملكا رقبة دارهما، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع؛ فإن المشتري حينئذٍ لم يصر أحقّ بالتصرف فيها، بخلاف خيار الرؤية؛ حيث لا يبطل بأخذ الشفعة، كما لا يبطل بالصريح بأن قال: أبطلت خيار الرؤية؛ لأنها تحتاج إلى الرؤية.

(وبكلّ ما يدل على الرضا كالركوب لغير الاختبار) أي: الامتحان من الخبر بالباء الموحدة؛ فإنه لو ركب لينظر إلى سيرها.. لا يدلّ على الرضاء؛ كما لو ركبها ليرويها أو ليسقيها أو ليعلفها.

(والوطء) في الجارية **(والإعتاق وتوابعه)**؛ من التدبير والكتابة.

واعلم: أن الخيار يسقط ثلاثة أمور:

أحدها: الإسقاط صريحاً؛ نحو: أسقطت الخيار أو أبطلته أو أجزت البيع ونحوها.

وَلَو شَرطَ المُشْتَرِي الخِيَارَ لغيره.. جَازَ، ....

والثاني: الإسقاط دلالة، وهو: كلّ فعل يوجد ممّن له الخيار، ولا يحلّ لغير المالك؛ لأنه رضي بالملك، مثل: الوطء واللمس والقبلة والنظر إلى الفرج بشهوة، ومثل الركوب لغير الامتحان، ومثل أن يسكن الدار، أو أسكنها، أو بنى فيها، وكل فعل لا يثبت حكمه في غير المالك؛ كالعتق وتوابعه ،والبيع، والإجارة، والهبة بعد القبض، والرهن، والعرض على البيع.. فإن كلّها دليل الرضاء.

ولو داوى العبد أو الدابة، أو عمر في الساحة، أو رم شعث الدار، ولقح الخيل، أو حلب البقرة.. بطل الخيار؛ لأنها دليل الرضاء؛ لكونها خصائص الملك.

والثالث: سقوطه ضرورة؛ كمضي مدّة الخيار وموت من له الخيار من البائع أو المشتري أو وكيلها للبيع والشراء، أو موت الوصي الذي باع بالخيار.

ولو جن أو أغمي عليه أو نام أو سكر من الخمر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة.. الصحيح: أنه يسقط الخيار.

ولو أفاق في المدة.. فهو على خياره.

ولو سكر من البنج أو ارتد.. فهو على خياره.

وفي «المحيط»: بلغ الصبي في مدة الخيار.. بطل الخيار وتم البيع عند أبي يوسف.

وعن محمد: فيه ثلاث روايات؛ في رواية: ينتقل إلى الوصي، وفي أخرى: لا يلزم إلا بإجازته في المدة وبعدها، وفي أخرى: كذلك، إلا أنه يبطل بمضيها.

وفي «السراج»: عجز المكاتب وحجر المأذون في المدة.. كالموت، وفي المأذون: خلاف محمد.

وإذا لم يبطل.. ففيه: أن الخيار للمأذون، وعنه: أنه للسيد.

(ولو شرط المشتري) والبائع ـ وتخصيصه ليس بجيد ـ **(الخيار لغيره.. جاز)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ومحمد استحساناً، والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر

والشافعي؛ لأن الخيار من مواجب العقد.. فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره.

ووجه الاستحسان: دلالة ما روينا [٣٢/أ] في الخيار؛ لأن الحاجة كما تمسّ لنفس الخيار على العاقدين كذلك تمسّ على غير العاقدين أيضاً؛ لكونه أعرف للعقد أو المبيع.

فإن قيل: كيف يصحّ الحاجة بخيار الشرط دلالة مع أن شرط الدلالة كون الملحق أولى من الملحق به، أو مساوياً له، والملحق فيما نحن فيه: أنقص من الملحق به؛ لكون الغير أجنبياً عن العقد.

أجيب: بأنّا لا نسلم أنه أجنبي عنه، بل هو نائب عن العاقد اقتضاء؛ لأنه لا وجه لإثباته للغير أصالة، فيجعل كأنه شرط لنفسه وجعل الأجنبي نائباً عنه في التصرف اقتضاء؛ تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان، وفيه بحث من وجوه:

الأول: أن مساس الحاجة إلى خيار الغير يصلح وجهاً لإثبات الخيار له أصالة، فلا وجه إلى إثباته بطريق النهاية اقتضاء، فيكون أجنبياً عن العقد.

والثاني: أن شرط الاقتضاء: أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضي، ألا ترى أنّ من قال لعبد له حنث في يمينه: كفر عن يمينك بالمال.. لا يكون ذلك تحريراً له اقتضاء؛ لأن التحرير أقوى من تصرف التكفير؛ لكونه أصلاً، فلا يثبت تبعاً لفرعه.

ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة، فكيف يثبت له الخيار اقتضاء.

والثالث: أن اشتراط الخيار للغير لو جاز نيابة تصحيحاً.. لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً، ثم على الغير كفالة عنه لذلك.

والجواب عن الأول: أن الذي نفيناه هو الوجه المعتبر في الدلالة؛ أعني:

وَأَيُّهمَا أَجَاز البيعَ أَو فسخَ.. صَحَّ.

وَإِن أَجَازَ واحدٌ وَفسخَ الآخرُ.. اعْتبَر السَّابِقُ.

وَإِن كَانَا مَعاً.. فالفسخُ.

المساواة من كل وجه أو الزيادة، وفي شرط الخيار للعاقد مخالفة للقياس من وجه واحد، وهو اشتمال العقد للشرط، وفي غير العاقد أصالة، هذا، وكون المتصرف في العقد بالفسخ والإمضاء أجنبياً.. فلا تحصل المساواة إلّا بإخراجه عن الأجنبية، وذا لا يكون إلّا بطريق النيابة، ولا تأثير فيه؛ لمساس الحاجة إلى خياره.

وعن الثاني: بأن الاعتبار للمقاصد، والغير هو المقصود باشتراط الخيار، فكان هو الأصل نظراً إلى الخيار، والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار.. فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعية فرعه، وأما التحرير: فإنه الأصل في وجوب الكفالة المالية، فلا يثبت تبعاً لفرعه وهو التكفير.

وعن الثالث: بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح، بل هي التزام المطالبة، والمذكور ههنا هو الثمن على الأجنبي، والمقتضى اسم مفعول لا يثبت إلا لتصحيح المقتضي اسم فاعل، ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء.. كان المقتضى مبطلاً للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض.

فإن قيل: فليكن بطريق [٣٢/ب] الحوالة؛ فإن فيها المطالبة بالدّين.

فالجواب: أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه، فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو المحال عليه، ويجاب بهذا: عن اعتراض الكفالة أيضاً. تأمل.

(**وأيهما**) أي من المشتري ومن ذلك الغير (**أجاز**) العقد (**أو فسخ.. صحّ**)؛ لأن لكلّ منهما خياراً على ما ذكرناه، فيكون لكل منهما حق الإجازة أو الفسخ.

(**وإن أجاز واحد وفسخ الآخر.. اعتبر السابق**)؛ لعدم المزاحم.

(**وإن كانا معاً.. فالفسخ**)؛ سواء كان من العاقد أو من الغير، وهو رواية كتاب المأذون من «المبسوط».

وَلَو بَاعَ عَبْدَيْنِ بِالْخِيَارِ فِي أَحدهمَا؛ ....

وفي رواية بيوع «المبسوط»: يعتبر تصرف العاقد؛ فسخاً كان أو إجازة.

وجه الأول: أن الفسخ أولى؛ لأن المُجاز يلحقه الفسخ؛ كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع، والمفسوخ لا يلحقه الإجازة؛ فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع.. لا تلحقه الإجازة.

ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك؛ نظيره: نكاح الحرة والأمة إذا وجدا معاً.. ينفذ نكاح الحرة؛ لأنه أقوى لوروده على نكاح الأمة، دون العكس، ولأن الفسخ: محرم، والإجازة: مبيح، وإذا تعارض المحرم والمبيح.. يقدم المحرم.

فإن قيل: إذا لاقى من له الخيار غيره فتناقض البيع، ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الإقالة.. فإن على المشتري الثمن إذا كان الخيار له، والقيمة إن كان للبائع، فكان ذلك فسخاً للفسخ، وهو إجازة للمفسوخ.

أجيب: بأن الكلام في أن الإجازة لا تلحق المفسوخ، وما ذكرتم فسخ لا إجازة.

ووجه الثاني: أن تصرّف العاقد أولى وأقوى؛ لكونه أصلاً، والأقوى يقدم على غيره.

قيل: الأول قول أبي يوسف، والثاني قول محمد، ويدل عليه ما نقل عنهما: أنه إذا باع الوكيل من واحد والموكل من غيره معاً.. فمحمد: اعتبر تصرف الموكل؛ لكونه أصلاً، وأبو يوسف: اعتبر تصرفهما، ويجعل العبد مشتركاً بينهما بالنصف، وكل من المشتريين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء نقض البيع على ما في «العناية».

(**ولو باع عبدين بالخيار في أحدهما**)، بخلاف ما إذا باع عبداً واحداً، أو كيلياً أو وزنياً على أنه بالخيار في نصفه.. فإنه يصح مطلقاً عن النصف وفصل الثمن أولاً؛

فَإِنْ عيَّنَهُ وَفَصَّلَ ثمنَ كلٍّ.. صَحَّ، وإِلّا.. فَلَا.

لأن نصف الشيء الواحد لا يتفاوت، فقيمته أيضاً لا تتفاوت؛ فإذا كان ثمن الكل معلوماً.. كان ثمن النصف أيضاً معلوماً، فالمبيع معلوم، والشيوع لا يمنع الجواز، على ما صرح في «الكافي».

(فإن عينه) أي محل الخيار **(وفصل ثمن كل)** بأن قال: بعت هذين العبدين بألفين، كل منهما بألف، على أني بالخيار في هذا ثلاثة أيام (.. **صح**) [٣٣/أ]؛ لأن كل واحد من المبيع والثمن معلوم، واشتراط قبول العقد في محل الخيار لقبوله في الآخر ليس بمفسد؛ لأن محل الخيار داخل في العقد لصلاحيته له، وإن لم يدخل في الحكم.. فلا يكون مفسداً؛ كما إذا جمع بين القن والمدبر في البيع في أن المدبر محلّ للبيع، فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد في الآخر، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وقن؛ فإن الحر ليس بمحلّ للبيع أصلاً، فلم يكن داخلاً: لا في العقد، ولا في الحكم، فيكون مفسداً، ولأنه شرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه.. فلا يكون مفسداً، وإن كان مما لا يقتضيه العقد.

(وإلا.. فلا) يصح.

وذلك على ثلاثة أوجه: أن لا يعين ولا يفصل.

وأن لا يعين ويفصل.

وأن لا يفصل ويعين.

ووجه الفساد في الأول: جهالة كل من المبيع والثمن.

وفي الأخيرين: جهالة واحد منهما.

وقال القاضي الإمام أبو زيد في الوجه الثالث: إن العقد صحيح في غير محل الخيار.

ولو فسخ العقد في محل الخيار المعين.. يبقى في الآخر على الصحة؛ لأن العقد منعقد؛ لتناول الإيجاب كليهما؛ لكونهما محلاً للبيع، والتسمية صحت جملة،

وَيجوزُ خِيَارُ التَّعْيِين، ....

إلا أن الخيار عارض العقد في الحكم فمنع ثبوت الحكم في أحدهما، فعمل الإيجاب في الآخر، ووجب حصته من الثمن بعد أن صحت تسمية جملة الثمن، فكانت الجهالة عارضة.. فلا يمنع الجواز؛ كما في بيع القن والمدبر.

قلنا: إن الحكم لما انعدم في محل الخيار بنص قائم من كل وجه ـ وهو الخيار ـ لزم انعدامه من كل وجه؛ لأن العقد لا ينعقد إلا بحكمه، فصار الإيجاب في حق الحكم في محل الخيار بمنزلة العدم؛ كما في بيع الحر، فيبقى الإيجاب في حق الآخر بحصته من الثمن ابتداء.. فلا يجوز.

بخلاف المدبر مع القنّ؛ فإن الإيجاب يتناولهما، وامتناع الحكم فيه لضرورة صيانة حقه من العتق، لا بنص قائم يمنع ثبوت الحكم فيه، والثابت ضرورة لا يظهر حكمه في غير موضع الضرورة، فيبقى الإيجاب متناولاً له فيما وراء هذه الضرورة.

ثم شرع في بيان خيار التعيين قال: **(ويجوز خيار التعيين)** بالاتفاق للمشتري.

وأما للبايع.. ففيه خلاف؛ فذكر الكرخي في «مختصره»: أنه يجوز قياساً على المشتري.

وذكر في «المجرد»: أنه لا يجوز؛ لأن جوازه للمشتري ثبت على خلاف القياس لضرورة حاجته، فلا يقاس عليه غيره، ولأنه لا حاجة للبائع إليه.

وذكر في «الفصولين»: يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري [٣٣/ب]، وللبائع أن يلزم أيهما شاء على المشتري ويأخذ الآخر؛ فإن هلك أحدهما في يد المشتري.. فله أن يلزمه أيهما شاء، وإن هلك أحدهما أو تعيب في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري.. فله أن يلزمه الباقي والتسليم، لا الهالكة والمعيب، إلا أن يرضى المشتري.

فإن ألزمه المعيب ولم يرض.. فليس له أن يلزمه الآخر بعده.

ولو قبضهما المشتري وخيار التعيين للبائع فهلكا.. فالبيان بحاله؛ فإن مات البائع.. فالخيار لورثته.

وكذا لو مات المشتري والخيار له.. فلورثته خيار التعيين لا الشرط؛ لأن خيار التعيين يورث، لا خيار الشرط.

وإن تعيب أحدهما في يد المشتري والخيار للبائع.. فله إلزامه ذلك، ولو أخذه البائع كذلك.. فلا شيء له على المشتري من ضمان نقصانه.

ولو كان الخيار للمشتري وهلك أحدهما في يد البائع.. أخذ المشتري الباقي إن شاء.

واعلم: أنهم ذكروا لخيار التعيين صورتين:

أحدهما: أنه شرى بالخيار ثلاثة أيام، فأراد ردّه على بائعه بحكم الخيار، فقال البائع: ليس المبيع هذا، وقال المشتري: هو ذلك.. فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأنه قابض، والقول للقابض في: قدر المقبوض، وتعيينه، وصفته.

واستشكله بعض مشايخنا بما لو اشترى شيئاً وقبضه، ثم أراد ردّه على البائع بعيب، وقال البائع: المبيع غير هذا، وقال المشتري: هو هذا.. يصدق البائع بيمينه لا المشتري مع أنه قابض.

وأجاب عنه بقوله: الحق: أن يفصل؛ بأن القول للمالك في تعيينه إذا وجد التمليك، وإلّا.. فللقابض؛ كتعيين المغصوب وزق العسل في مسألة الاختلاف.

هذا فيما إذا قبضه المشتري.

ولو لم يقبضه والخيار له فأراد أن يجيز البيع ويأخذ المبيع من يد البائع، فقال البائع: ليس المبيع هذا، وقال المشتري: هو هذا.. فقالوا: ينبغي أن يكون القول للبائع؛ كما لو ادّعى بيع هذا وأنكر البائع البيع أصلاً.

وَهُوَ.. بيعُ أحدِ الشَّيْئَيْنِ، أَو ثَلَاثَةٍ على أَن يَأْخُذَ المُشْتَرِي أَياً شَاءَ، وَلَا يجوزُ فِي أَكثرَ من ثَلَاثَةٍ، ويتقيَّدُ تخييرُهُ بِمدَّة خِيَارِ الشَّرْط على الِاخْتِلَاف.

وإن كان الخيار للبائع؛ فإن كان مقبوضاً فأراد البائع أخذه، فقال المشتري: هو هذا، وقال البائع: ليس هذا.. فالقول للمشتري مع يمينه.

ولو لم يكن مقبوضاً فأراد البائع إلزام البيع في عين، فقال المشتري: ما اشتريت هذا.. فالقول للمشتري.

وثانيهما: ما ذكره بقوله: (**وهو بيع أحد الشيئين أو ثلاثة على أن يأخذ المشتري أياً شاء**) ويرد الآخر في ثلاثة أيام.

(**ولا يجوز في الأكثر من ثلاثة**)، والقياس: أن لا يجوز في الاثنين والثلاثة أيضاً، وهو قول زفر والشافعي؛ لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى [٣٤/أ] النزاع؛ لتفاوت الأشياء في نفسها.

ووجه الاستحسان: أن خيار الشرط إنما شرع لمساس الحاجة إلى دفع الغبن، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة أيضاً؛ لأنه ربما يحتاج إلى اختيار من يثق به أو من يشتري لأجله، ولا يمكن البائع من الحمل إليه إلا بالشراء؛ لئلا يكون أمانة عنده، فكان في معنى ما ورد به الشرع فيلحق به، غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والرديء والوسط فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لتعين من له الخيار وهو المشتري؛ لأنه مستبد بالتعيين لكون الأمر مفوضاً إليه بلا منازع، وكذا لا تفضي إليها في الأربع أيضاً، إلا أن الحاجة التي هي جزء علة الجواز غير متحققة فيها لاندفاعها بالثلاث، والحكم لا يثبت إلّا بتمام العلة، وثبوت هذه الرخصة بمجموع الحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى النزاع.

(**ويتقيد تخيره**) بخيار التعيين (**بمدة خيار الشرط على الاختلاف**) السابق في خيار الشرط بين أبي حنيفة وصاحبيه.

وَالْمَبِيعُ وَاحِدٌ وَالْبَاقِي أَمَانَةٌ، فَلَو قبضَ الكلَّ **فَهَلَك وَاحِدٌ** أَو تعيَّبَ.. لزِمَ البيعُ فِيهِ، ....

اعلم: أن محمداً ذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير» وقال: وهو بالخيار **ثلاثة أيام**.

وذكر في «الجامع الكبير» وسكت عن هذا اللفظ، فاختلف المشايخ فيه، فقال أكثرهم: لا يصح العقد ما لم يشترطِ الخيار لنفسه ووقتاً معلوماً، حتى إذا لم يذكر الشرط لا بدّ من توقيت خيار التعيين بوقت معلوم بثلاثة أيام فما دونه عند أبي حنيفة، وزيادة على ذلك عندهما، وصحّحه شمس الأئمة السرخسي.

وقال بعضهم: يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة ـ أي خيار الشرط ـ صريحاً بأن يقول: ولي الخيار ثلاثة أيام، وذكرها فيما ذكر.. كان اتفاقاً لا شرطاً، وصحّحه فخر الإسلام.

وجه الأول: أن جوازه بطريق الإلحاق بخيار الشرط.. فلا يصح بدونه.

ورد: بأنّ عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الإلحاق، وبأن: خيار التعيين مما لا يتوقت بالتوقيت، حتى يجوز له ردّ أحدهما بحكم خيار التعيين في مدة خيار الشرط، وبعدها؛ سواء ذكر خيار الشرط أو لم يذكر.. فلا معنى لاشتراطه بالتوقيت.

(والمبيع) بخيار التعيين **(واحد)** من اثنين أو ثلاثة، **(والباقي أمانة)** أي: عند المشتري على ما دلّ عليه تفريع قوله: **(فلو قبض الكل فهلك واحد أو تعيب.. لزم البيع)** أي بثمنه **(فيه)** أي في الواحد الهالك أو المتعيب؛ لأنه تعين مبيعاً؛ لامتناع الرد على صاحبه بالهلاك والعيب.

ولو هلك واحد أو تعيّب في يد البائع قبل قبض المشتري [٣٤/ب] فالخيار للمشتري، فيأخذ الباقي من البائع بثمنه إن شاء على ما قدّمناه.

وَتعيَّن البَاقِي للأمانةِ، وَإِن هلَك الكلُّ.. لزمَه نِصفُ ثَمنِ كلٍّ، أَو ثلثُه، وَلَيْسَ لَهُ ردُّ الكلِّ إِلَّا إِن ضَمَّ إِلَيْهِ خِيَارَ الشَّرْطِ.

(وتعيّن الباقي للأمانة)، حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيّب بغير صنع.. لا يلزم عليه شيء من قيمته.

فإن قيل: قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء، وهناك تجب القيمة عند الهلاك.

قلنا: أنه أقلّ منه؛ لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع، وهذا ليس كذلك؛ لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه بإذن المالك فكان أمانة.

فإن قيل: لم انعكس الحكم فيما إذا طلق إحدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه فماتت إحداهما.. فالباقية تتعين للطلاق والعتاق دون الهالكة؟

قلنا: إنهما بالإشراف على الهلاك خرجا عن محلية الطلاق والعتاق، فتعينت الباقية للحكم، بخلاف الثوب؛ فإنه إذا أشرف على الهلاك.. خرج عن محليّة الرد بالعيب فتعين لكونه مبيعاً.

فإن قيل: هذا بالهلاك دفعة بدون الإشراف على الهلاك.

قلنا: إنه نادر، فلا معتبر به.

(وإن هلك الكل.. لزمه نصف ثمن كل) من اثنين **(أو ثلثه)** أي ثلث ثمن كل من الثلاثة؛ لعدم أولوية واحد منها؛ لكونه مبيعاً فشاع البيع والأمانة فيها.

ولا فرق بين كون الثمن متفقاً أو مختلفاً على ما في «الزيلعي».

(وليس له) أي: للمشتري بخيار التعيين **(رد الكل، إلا إن ضم إليه)** أي إلى خيار التعيين **(خيار الشرط)**.. فحينئذ: له رد الكل بحكم خيار الشرط.

اعلم أن خيار التعيين على القول باشتراط خيار الشرط: لا يخلو من أن يذكر معه خيار الشرط؛ فإن لم يذكر.. فلا بد من توقيته على الخلاف السابق بين أبي حنيفة وصاحبيه على ما ذكرناه، وإن ذكر.. فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين معاً

وَيُورَثُ خِيَارُ التَّعْيِينِ، وَالْعَيْبِ، لَا الشَّرْطِ، والرؤيةِ.

وَلَو اشتريا على أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فَرَضِيَ أَحدُهمَا.. لَا يردُّ الآخرُ، خلافاً لَهما.

صراحة، فله أن يرد الكل بخيار الشرط في مدته، وأن يرد أحدهما بخيار التعيين، وإذا مضت المدة.. بطل خيار الشرط، فلا يملك ردّهما، وبقي خيار التعيين، فيرد أحدهما ويختار الآخر.

وإن مات المشتري في مدّة الخيار.. يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث، فله أن يرد أحدهما.

أما بطلان الأول: فلأنه لا يورث على ما مر.

وأما بقاء الثاني.. فلأنه يورث على ما أشار إليه بقوله: **(ويورث خيار التعيين والعيب لا الشرط والرؤية)**، ليس معناه: أن نفس الخيار يورث؛ لأن نفس الخيار لا يورث أصلاً؛ لعدم بقاء العرض حتى ينتقل، والإرث لا يجري إلا فيما ينتقل، بل معناه: أن المبيع بخيار التعيين ينتقل إلى [٣٥/أ] الوارث مجهولاً، فيثبت له خيار التعيين ابتداء بعد سقوطه على المورث بموته؛ لاختلاط ماله بمال الغير.

وأما المبيع بخيار العيب.. فلأن المورث استحق المبيع سليماً.. فكذلك الوارث؛ لقيامه مقامه، ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيّب في يد البائع بعد موت المورث وإن لم يثبت للمورث، على ما في «الزيلعي».

وأما خيار الشرط والرؤية.. فلما ذكرنا.

(ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما.. لا يرد الآخر) عند أبي حنيفة **(خلافاً لهما)**؛ لأن إثبات الخيار لهما: إثبات لكل واحد منهما مستقلاً.. فلا يسقط خيار واحد منهما بإسقاط صاحبه؛ لما فيه من إبطال حقّه.

وعَلى هَذَا: خِيَارُ العَيْبِ والرؤيةِ.

ولأبي حنيفة: أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة؛ فلو ردّه أحدهما.. ردّه بعيب الشركة، وفيه إلزام الضرر على البائع، والخيار إنما يثبت لمن له الخيار على وجه لا يلحق منه ضرر للغير.

فإن قيل: إذا كان في الرد إلزام الضرر على البائع، وفي عدم الردّ إلزام الضرر على من أراد الرد.. فتعارضا.

قلنا: ضرر من أراد الرد ولم يكن من الغير، بل نشأ من عجزه عن إيجاد شرط الرد، فكان دون ضرر البايع.. فلا تعارض، وإثبات الخيار لهما لا يستلزم الخيار لكلّ واحد منهما مستقلاً، ألا ترى أن من وكّل وكيلين.. أثبت الوكالة لهما، وليس لأحدهما أن يتصرف بدون الآخر؟

فإن قيل: إن البائع قد رضي بعيب الشركة بالبيع لهما.. فلا ضرر له فيه؛ لكونه مرضياً له.

أجيب: بأنه إنما رضي بالشركة والتبعيض في ملكهما، إلّا في ملك نفسه.. فلا يدلّ على الرّضاء به في ملكه، ألا ترى أن المشتري لو زوّج الأمة المشتراة، ثم وجد بها عيباً.. ليس له أن يردّها على البائع؛ لحدوث العيب عنده - وهو التزويج - وإن حصل بتسليطه ورضاه؛ لما مرّ من أنه إنما رضي به في ملك المشتري لا في ملك نفسه.

فإن قيل: هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض، والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد.

أجيب: بأنّ هذا عيب حدث بفعل المشتري، وهو يمنع الرد وإن حدث في يد البائع.

(وعلى هذا) الخلاف **(خيار العيب والرؤية)** فيما إذا اشتريا ورضي أحدهما بعيب، أو رآه أحدهما دون الآخر، فعنده: لا يرد الآخر بالعيب أو الرؤية بعده، خلافاً لهما.

وَلَوِ اشْترى عبداً على أنَّه خَبّازٌ أَو كَاتبٌ فَظهرَ بِخِلَافِهِ.. أَخذَهُ بِكُلِّ الثَّمنِ أَو تركه.

(ولو اشترى عبداً على أنه خبّاز أو كاتب فظهر بخلافه.. أخذه بكل الثمن أو تركه) على بائعه إن لم يمتنع الرد بسبب من الأسباب المانعة للرد، وإن امتنع.. رجع على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية.

يقوّم العبد خبازاً [٣٥/ب] أو كاتباً على أدنى ما يطلق عليه اسم الخباز والكاتب؛ إذ هو المستحق بمطلق الشرط، لا النهاية في ذلك؛ كما هو في وصف السّلامة المستحق بمطلق العقد، ويقوّم غير خباز أو كاتب، فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك.

وعن أبي حنيفة في غير ظاهر الرواية: أنه لا يرجع بشيء؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع، فكذا هنا.

والصحيح: ظاهر الرواية، وهو قول الشافعي، ثم أخذه بكلّ الثمن؛ لأن حاصل هذا الشرط شرط في وصف مرغوب فيه في البيع، فلذا جاز اشتراطه، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن؛ لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما تقدم، وإذا لم يقابلها شيء من الثمن.. يأخذه بكلّه إن شاء.

وأما رده على بائعه.. فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه في البيع.. وكلّ ما هو وصف مرغوب فيه في البيع يستحق في العقد بالشرط؛ لرجوعه إلى صفة المثمن أو الثمن.. كان ملائماً للعقد، ألا ترى أنه لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر؟ فإذا دخل في العقد.. ففواته يوجب التخيير؛ لأن المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف، بخلاف ما لم يكن مرغوباً فيه؛ كما إذا باع على أنه أعور؛ فإذا هو سليم؛ فإنه يوجب الخيار في العقد.

فإن قيل: إن ما ذكرت منقوض بما إذا باع إبلاً أو شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا.. فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد، مع أن الشرط شرط في وصف مرغوب فيه في البيع.

أجيب: بأنّ ذلك ليس باشتراط في وصف، بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول، وضم المجهول إلى المعلوم يجعل الكل مجهولاً، حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون.. جاز؛ كما إذا شرط في الفرس أنه هملاج، وفي الكلب صائد.. فإنه يجوز؛ لكونه وصفاً مرغوباً فيه، كذا ذكره الطحاوي.

سلمنا أنه اشتراط في وصف لا في مقدار من المبيع، ولكنه مجهول يؤدي إلى المنازعة فيفسد، وإذا ثبت أن الشرط فيما نحن فيه ـ وهو مسألة الكتاب ـ شرط في وصف مرغوب فيه.. ففواته يوجب التخيير؛ لما ذكرناه، ولا يفسد العقد؛ لأن الاختلاف هنا رجع إلى اختلاف النوع؛ لقلة التفاوت في الإعراض، فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف.

والأصل ههنا: أن الاختلاف الحاصل بالوصف إن كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأعراض.. كان راجعاً إلى النوع؛ كما في المثال المذكور في الكتاب.. فلا يفسد، لكنه يوجب التخيير؛ لفوات وصف [٣٦/أ] السلامة.

ولو اشترى جارية على أنها حامل.. قيل: لا يجوز؛ كما في الناقة والشاة.

وقيل: يجوز؛ لأن الحبل في الجواري عيب، بخلاف البهائم، فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب.

واعلم: أنه إذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه:

فتارة يكون البيع فاسداً.

وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار.

وتارة يستمر على الصحة، ولا خيار للمشتري، وهو ما إذا وجده خيراً مما شرطه.

والأصل فيه: على ما في «البحر» عن «المجتبى»: أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في البيع؛ فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى.. فالعقد فاسد، وإن كان من جنسه.. فالعقد جائز.

ثم إن كان المشار إليه دون المسمى.. كان الخيار للمشتري، وإلا.. فلا خيار له.

والثياب، والذكر والأنثى في بني آدم: جنسان حكماً، وفي سائر الحيوانات: جنس واحد.

فإذا اشترى ثوباً على أنه إسكندري فوجده بلدياً أو هندياً فوجده مرويًّا، أو كتان فوجده قطناً، أو أبيض فوجده مصبوغاً، أو مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران، أو داراً على أنَّ بناءها آجر فوجده لبناً، أو على أن لا بناء أو لا نخل فيها فوجد فيها بناء أو نخلاً، أو أرضاً على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة.. فالبيع فاسد في جميع ذلك؛ لفحش التفاوت في الأعراض؛ لأنها أجناس.

وكذا لو اشترى على أنه عبد؛ فإذا هو جارية، أو فُصٍّ على أنه ياقوت فإذا هو زجاج.. يفسد البيع؛ لتفاوت الجنسين.

ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فإذا هي مولدة بغداد، أو غلاماً على أنه تاجر أو كاتب فإذا هو لا يحسنه، أو على أنه فحل فإذا هو خصي، أو عكسه، أو على أنها بغلة فإذا هو بغل، أو ناقة فكان جملاً، أو لحم معز فكان لحم ضأن، أو على عكسه، ونحو ذلك.. فالبيع جائز في كلها، فللمشتري الخيار.

....

ولو اشترى على أنه بغل فوجده بغلة، أو حمارٌ أو بعيرٌ فوجده أتاناً أو ناقة، أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب؛ فإذا هي بخلافه.. جاز، ولا خيار له؛ لأنه خير من الأول.

ولو باع داراً بما فيها من الجذوع والخشب والأبواب والنخيل؛ فإذا هو ليس فيها شيء من ذلك.. جاز البيع، ولا خيار للمشتري. كذا في «فتح القدير».

وذكر في «البحر» نقلاً عن «البدائع»: اشترى جارية على أنها مغنية؛ إن شرطه على وجه الرغبة فيه.. فسد البيع؛ لكونه شرط ما هو محظور محرم، وإن شرط في البيع على وجه التبري من العيب.. لا يفسد؛ فإن لم يجدها [٣٦/ب] مغنية.. لا خيار له؛ لأنه وجدها سالمة عن العيب.

ولو باع جارية على أنها ما ولدت، فظهر أنها ولدت.. فله ردها.

ولو اشترى كرباساً على أن سداه ألف، فإذا هو ألف ومائة.. سلم الثوب إلى المشتري؛ لأنه زيادة وصف، وفي عكسه: خير المشتري؛ لأنه اختلاف نوع لا جنس.. فلا يفسد.

* * *

(فَصْلٌ)

مَنِ اشْترى مَا لم يَرهُ.. جَازَ، وَله ردُّه إِذا رَآه، ....

(فَصْلٌ)

في بَيَانِ خِيَارِ الرُّؤيَة

والإضافة فيه من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه؛ لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية.

واعلم: أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة أشياء:

في الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه، كذا في «البحر» نقلاً عن «المعراج».

(من اشترى ما لم يره) بأن يقول الرجل لغيره: بعتك الثوب الذي في كمّي هذا وصفته كذا، والدرة التي في كمّي وصفتها كذا، أو لم يذكر الصفة، أو يقول: بعت منك هذا الجارية المتنقبة.. فإنه جائز.

وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه، وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمى، والمكان معلوم باسمه، والعين معلومة أيضاً؛ بأن يقول: بعتك فرسي كذا في مكان كذا وليس في ذلك المكان غير ذلك الفرس، وهذا لأن الكلام في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة.. لكان البيع جائزاً بالإجماع.

(.. جاز) البيع في هذه الصور كلها.

(وله) أي للمشتري **(ردُّه إذا رآه)**؛ لثبوت الخيار له.

هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز العقد؛ لأن المبيع مجهول، والمجهول لا يجوز بيعه؛ كالبيع بالرُّقم.

ولنا: قوله ﷺ: « من اشترى شيئاً لم يره.. فله الخيار إذا رآه»، والجهالة

الحاصلة من عدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار؛ فإنه إذا لم يوافقه.. ردّه، وإنما أفضت إليها لو قلنا بإبرام العقد، ولم نقل به.. فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه؛ بأن اشترى ثوبا مشاراً إليه غير معلوم ذرعانه.. فإنه يجوز؛ لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة؛ لكونها لا تفضي إلى المنازعة.

واعترض بوجهين:

أحدهما: أن الحديث المذكور معارض بحديث حكيم بن حزام، وهو: أنه قال ﷺ: « لا تبع ما ليس عندك»، والمراد: ما ليس بمرئي للمشتري؛ لإجماعنا على أن المشتري إذا كان رآه.. فالعقد جائز وإن لم يكن حاضراً عند العقد.

والثاني: أن البيع نوعان: بيع عين، وبيع دين؛ كما في السَّلَم.

وطريق المعرفة في الثاني: هو الوصف بأن ذكر وصف المُسلَم فيه.

وفي الأول: المشاهدة، ثم ما هو طريق إلى الثاني إذا تراخى عن حالة العقد بأن لم يذكر الوصف حين العقد.. فسد البيع، فكذا ما هو طريق إلى الأول وهو المشاهدة، إذا تراخى عن العقد.. فسد البيع.

وأجيب عن الأول: بأن المراد به النهي عن بيع ما ليس في ملكه، لا بيع ما لم يره المشتري؛ بدليل قصة الحديث؛ فإن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله؛ إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه، ثم أدخل السوق فاستجيدها فاشتريها، فأسلمها إليه، فقال: ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، وقد أجمعنا على أنه لو باع عيناً مرئياً لا يملكه، ثم ملكه فسلم.. لم يجز، وذلك دليل واضح على أن المراد به ما ليس عنده في ملكه.

فإن قيل: قد تقرر أن النهي في المشروعات يقتضي القبح لغيره عندنا، وبيع ما ليس في ملكه باطل، فيكون قبحه لعينه، فكيف يصح حمل النهي في الحديث على بيع ما ليس في ملكه؟

ما لم يوجدْ مَا يُبطلُهُ، وَإِن رَضِيَ قبلَهَا.

قلنا: ذلك فيما إذا لم يكن قرينة على القبح لعينه، وأما إذا كان قرينة عليه.. فيحمل عليه كما في الحديث المذكور؛ فإن قصة الحديث قرينة عليه، فيكون النهي فيه مجازاً عن النفي.

والثاني: أن السلم إنما لا يجوز عند ترك الوصف؛ لإفضائه إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لعدم إفضاء الجهالة فيه إلى المنازعة.

(**ما لم يوجد ما يبطله**) أي: الخيار.

فيه إشارة إلى أنّ خيار الرؤية غير مؤقت بوقت معين على ما دل عليه النصوص.

(**وإن**) وصليّة (**رضي**) العقد بأن قال: رضيت كائناً ما كان (**قبلها**) أي قبل الرؤية؛ لأن ثبوت الخيار معلق بالرؤية على ما روينا، والمعلق بالشيء لا يثبت قبله، وإسقاط ما لم يثبت: لغو، ولأنه لو لزم العقد بالرضاء قبل الرؤية.. لزم امتناع الخيار عندهما، وذلك باطل؛ لأنه ثبت بالنص على ما روينا في: «... أدى إلى الباطل: باطل».

فإن قيل: ما الفرق بين الفسخ قبل الرؤية والإجازة قبلها حتى لزم الفسخ قبلها دون الإجازة؟ فإنه إذا رضي قبل الرؤية.. لا يلزم، وإذا فسخ قبلها.. لزم، مع استواء نسبة التصرفين في تعلّقهما بالشرط الحديث، ولا وجود للمعلق قبل الشرط.

أجيب عنه: بما حاصله على ما حققه ابن الهمام: أن المعلق بالشرط هو العدم قبل وجود الشرط إذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط؛ فإن الشيء لا يثبت بأسباب كثيرة، فالحديث المذكور لما علّق الخيار بالرؤية.. ثبت به تعليق كلّ من الإجازة والفسخ بها؛ لأن معنى الخيار: أنّ له أن يجيز وأن يفسخ، ثم لم يثبت الإجازة بسبب آخر، فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية.

وَلَا خِيَارَ لمن بَاعَ مَا لم يرَهُ.

بخلاف خيار العيب؛ فإن سببه [٣٧/ب] وهو العيب قائم قبل الرؤية؛ فإذا قال: رضيت به قبل الرؤية.. سقط خيار العيب إذا أطلق عليه؛ لرضاه بالعيب قبل ذلك.

وأما الفسخ.. فيثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري، وما كان غير لازم عليه.. له أن يفسخه بالضرورة؛ كالعارية والوديعة والوكالة؛ فإن لكلّ من العاقدين أن يفسخ هذه العقود باعتبار عدم لزومها وإن لم يكن له خيار، لا شرطاً ولا شرعاً، وإلّا.. فيكون لازماً، وقد فرض أنه غير لازم، هذا خلف.

واعلم: أنّ ما ذكرناه من الفرق بين الرضاء والفسخ قبل الرؤية؛ من أن الرضاء قبلها: غير لازم، والفسخ: لازم، من غير نقل خلاف في الفسخ.. هو مسلك الطحاوي، واختاره صاحب «الهداية»، وأكثر المشايخ، لكنه نقل في «التحفة» اختلاف المشايخ في جواز الفسخ، ومنهم من منعه.

وقال في «فتح القدير»: لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية.. أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية، وقولكم عدم اللزوم.. سبب آخر قبل الرؤية.

قلنا: نمنع تحقق عدم اللزوم قبلها، بل نقول: قبل الرؤية البيع بات، فليس له فسخه؛ فإن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة معاً.

(**ولا خيار لمن باع ما لم يره**)، وذلك بأن ورث عيناً من الأعيان في بلدة أخرى مثلاً، فباعها قبل أن يراها.. فلا خيار له.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: له الخيار؛ اعتباراً بالمشتري وبخيار العيب؛ فإنه يثبت للبائع، حتى جاز له أن يرد الثمن بالزيافة وبخيار الشرط؛ فإنه يجوز لهما أيضاً، ولأن لزوم العقد بتمام الرضاء من الجانبين، إلا في جانب البائع ثبوتاً في جانب المشتري، ولا يتحقق تمام الرضاء إلّا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك لا يتحقق إلا بالرؤية؛ فإن الرؤية تحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة، فلم يكن البائع راضياً بالزوال عن ملكه، فيكون العقد غير لازم من جهته.. فله الفسخ.

ثم رجع عنه وقال: لا خيار للبائع، بل هو للمشتري فقط، واحتج بوجهين:

أحدهما: أنه معلق بالشراء فيما روينا، فلا يثبت دونه.

واعترض عليه أولاً: بأن البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضاء، فيلحق به دلالة.

أجيب: بأنهما ليسا سيان فيه؛ لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً بما اشترى، فيردّه لفوات الوصف المرغوب فيه، والبائع لو ردّ لردّه باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن، فصار كما لو باع بشرط أنه معيب؛ فإذا هو صحيح.. لم يثبت للبائع خيار، وإذا لم يكن في معناه.. لا يلحق به.

وثانياً [٣٨/أ] بأن المعلق بالشرط قد يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر، وههنا وجد القياس على المشتري وخيار العيب والشرط.. فليجز من البائع أيضاً.

وأجيب: بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى.. فلا يجوز فيه القياس، سلّمناه، لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل، وحكم جبير بن عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد.. فكان إجماعاً، **وهذا هو الوجه الثاني من وجهي المرجوح إليه.**

بيانه: أن عثمان باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة: إنك غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان أيضاً: غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره.. فحكّما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد.. فصار إجماعاً سكوتياً.

ثم خيار الرؤية هل يتوقف أم لا؟

قيل: نعم.

وقيل: لا.

وَيُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ مَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ ....

وقال: من قال بالتوقيت: إنه مؤقت بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ؛ فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ.. بطل خياره ولزم البيع فيه.

والمختار: أنه لا يتوقت، بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله.

وأشار إلى ما يبطله فقال: **(ويبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط)**، وفيه ذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه.

والضابط في ذلك: أن المشتري بالخيار إذا فعل في المبيع ما يلحق به مرّة، ويحلّ ذلك في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار، وإلّا.. تبطل فائدة الخيار؛ لأنها إمكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان؛ فإن لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة.. فأتت فائدة الخيار.

ويعلم من هذا: أنه إذا فعل ما لا يمتحن به، أو يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال لو يمتحن به ويحل في غير الملك، لكن فعله مرّة ثانية.. كان ذلك دليل الاختيار، فعلى هذا: إذا اشترى جارية للخدمة بالخيار، فاستخدمها مرة.. لم يبطل خياره؛ لأنه مما يمتحن به، و يحل في غير الملك في الجملة بإجازة المالك؛ فلو استخدمها ثانية في ذلك النوع من الخدمة.. كان اختياراً للملك؛ لعدم الحاجة إليها لحصول؛ الامتحان بالأولى، ولو وطئها.. بطل خياره؛ لأنه وإن كان مما يمتحن به؛ لأن صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر، لكن لا يحل الوطء في غير الملك.. فكان اختياراً له؛ فإن قيل: إن كلية قوله: «ويبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط» منقوض بمسألتين:

إحداهما: أنه لو اشترى داراً لم يرها فبيعت بجنبها دار فأخذها بالشفعة.. لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية [٣٨/ب]، وبطل خيار الشرط.

والثانية: إذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع.. بطل خيار الشرط، ولا يبطل خيار الرؤية.

مِن تعييبٍ أو تعيبٍ فِي يَده، وَتعذرِ ردِّ بعضِهِ وَمن تصرفٍ لَا يفْسخُ كالإِعتاقِ وتوابعِه، أَو يُوجبُ حَقاً للْغَيْر كَالْبيعِ المُطلقِ، ....

وأجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن الأصل فيهما هو أن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضاء قبل الرؤية على ما تقدم.. فلا يبطل؛ بدليل الطريق الأول؛ لأنه دونه، ثم الأخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضاء.. فلذلك لا يعملان في إبطال خيار الرؤية.

والثاني: أن هذا النقض إنما يرد لو كان ذلك القول كلياً، وليس كذلك، بل هو مقيد بما بعده من قوله: «من تعييب أو تعيب». انتهى.

والأخذُ بالشفعة والعرضُ على البيع ليسا من التصرف في المبيع.. فلا يكونان واردين. تأمل.

واعلم: أن التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين:

تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها.

وتصرف لا يبطله قبل الرؤية، ويبطله بعدها.

أما الأول: فهو الذي لا يمكن دفعه؛ كالإعتاق والتدبير والكتابة، أو الذي يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط، والبيع بخيار الشرط للمشتري الثاني، والرهن والإجارة.

وأشار إلى هذا الضرب بقوله: (**من تعييب**) أي: تعييب المشتري المبيع قبل رؤيته أو بعدها.

(**أو تعيب**) أي: المبيع بنفسه (**في يده**) أي: يد المشتري (**وتعذر رد بعضه**) بأن هلك بعضه في يده أو تعيب.

(**ومن تصرفٍ لا يفسخ؛ كالإعتاق وتوابعه**) من التدبير أو الكتابة (**أو**) تصرف (**يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق**) عن خيار الشرط، وكالبيع بخيار الشرط للمشتري

وَالرَّهْنِ، وَالْإِجَارَة قبلَ الرُّؤْيَة وَبعدَهَا.

وَمَا لَا يُوجب حَقاً للْغَيْر؛ كَالْبيعِ بِالْخِيَارِ ....

الثاني على ما في «العناية»؛ لأن خيار البائع أي المشتري الأول.. لا يمنع خروج المبيع عن ملكه.

(**والرهن والإجارة قبل الرؤية وبعدها**) أي: كل من هذه المذكورات يبطل خيار الرؤية قبل الرؤية وبعدها؛ لأن بعضها لا يقبل الفسخ؛ كالإعتاق وتوابعه، والتعيب من هذا القبيل، وبعضها يوجب حقاً للغير؛ كالبيع المطلق وأخويه.. فيمتنع الرد، وإذا امتنع الرد.. بطل الخيار مطلقاً.

فإن قيل: إن بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لما مر من نص الحديث؛ أعني: «فله الخيار إذا رآه»، وإن هذه التصرفات؛ إما صريح الرضاء أو دلالته، وخيار الرؤية لا يبطل بشيء منهما.. فكذا بهذه التصرفات.

أجيب عن الأول: بأن ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص، وهذه التصرفات لما انعقدت صحيحة.. فلا يمكن رفعها، فيبطل الخيار ضرورة، فيكون قوله ﷺ: «فله الخيار إذا رآه» مقيداً بما لم يوجب موجب شرعي عدمه إذا رآه.. فيكون من قبيل العام الذي خص منه البعض بالمخصص العقلي، والعام الذي خص منه البعض بالعقل.. يكون حجة قطعية في الباقي عندنا، على ما في الأصول.

وعن الثاني: بأن دلالة الرضاء لا تربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر، وههنا الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة، والقول بصحتها مع انتفاء لوازمها محال.

وأوضح من هذا الجواب: أن يقال: ليس بطلان الخيار ههنا لدلالة الرضاء أو صريحه، بل لضرورة تعذر فسخ هذه التصرفات على ما يدل عليه كلام بعض المشايخ.

ثم أشار إلى الضرب الثاني بقوله: (**وما**) أي: تصرف (**لا يوجب حقاً للغير؛ كالبيع بالخيار**) أي: بخيار الشرط للبائع.

والمساومةِ وَالْهِبَةِ بِلَا تَسْلِيمٍ.. يبطلُ بعْدهَا لَا قبلهَا.

وكَفَتْ رُؤْيَةُ وَجهِ الرَّقِيقِ وَالدَّابَّةِ وَكَفَلِها.

(والمساومة) أي: العرض على البيع.

(والهبة بلا تسليم.. يبطل بعدها، لا قبلها) لأن هذه التصرفات من قبيل دلالة الرضاء، وصريح الرضاء لا يبطل قبلها.. فدلالتها أولى فيما إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر؛ كالتصرفات السابقة، بخلاف ما بعد الرؤية؛ لأن صريح الرضاء يبطل بعدها.. فكذا دلالته.

ثم لما ذكر ما يبطل به خيار الرؤية.. شرع في ذكر ما يسقط به ذلك، والأصل فيه: أن رؤية جميع أجزاء المبيع غير مشروط في إسقاط خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعاً.

وإلا.. لجاز النظر إلى كل عورة وإلى ما حرم النظر إليه، ولا قائل بذلك.. فيكتفى برؤية ما هو المقصود؛ فإذا رآه.. جعل غير المرئي كالمرئي تبعاً له؛ فإذا سقط الخيار في الأصل.. سقط في التبع، فقال: **(وكفت)** أي: في إسقاط خيار الرؤية **(رؤية وجه الرقيق)** عبداً أو جارية؛ لأن المقصود من الآدمي: هو الوجه، وفي دراية جميع بدنه تعذُّر، ويستلزم كشف العورة؛ فإذا رأى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي.. فلا خيار له، فليس له ردُّه بخيار الرؤية، بخلاف ما لو رأى بطنها أو ظهرها وسائر أعضائها إلا الوجه.. فإن له الخيار إذا رأى وجهها؛ لأن سائر الأعضاء في العبيد والإماء تبع للوجه، ولذا تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء.

(و)كفت رؤية وجه **(الدابة وكَفَلِها)** بفتحتين، هو: عجزها؛ لأن المقصود في الدواب هو الوجه والكفَل، فيسقط برؤيتهما.. لا برؤية غيرهما، وهذا هو المروي عن أبي يوسف.

وقيل: شرط رؤية القوائم أيضاً.

وَفِي شَاةِ اللَّحْمِ.. لَا بُدَّ من الجَسِّ.

وَفِي شَاةِ «الْقُنْيةِ»: لَا بُدَّ من رُؤْيَةِ الضَّرعِ.

ورؤيةُ ظَاهرِ الثَّوْبِ إِن لم يكنْ مُعلَّماً كَافِيَةٌ، ورؤيةُ عَلَمِهِ إِنْ معلَّماً.

ونقل صاحب «الأجناس» عن «المجرد»: عن أبي حنيفة في الدابة: إذا رأى عنقها أو فخذها أو ساقها أو جنبها أو صدرها.. ليس له خيار.

وإن رأى حوافرها أو ناصيتها.. فله الخيار.

وعن محمد: يكفي رؤية الوجه؛ اعتباراً بالعبد.

وفي رواية المعلى عن أبي حنيفة: يعتبر في الدواب عرف التجار.

(وفي شاة اللحم.. لا بد من الجس) أي المسّ باليد؛ لأن المقصود لا يحصل إلّا به، فلا يكتفى بالرؤية بدون الجس.

(وفي شاة القنية) قال في «المغرب»: أقتنيت المال: اتخذته لنفسي قنية؛ أي: أصل مال للنسل لا للتجارة (..**لا بدّ من رؤية الضرع**)؛ لأن المقصود لا يحصل إلّا بها.

(ورؤية ظاهر الثوب) إن كان واحداً أو مطوياً، وإلّا.. فلا بد من رؤية كلها في سقوط الخيار.

(إن لم يكن معلماً، كافية.. ورؤية علمه إن) كان **(معلماً)** لحصول المقصود بها، قال في «فتح القدير»: إذا رأى وجه الثوب مطوياً.. يكفي؛ لأن البادي يعرّف ما في الطي؛ فلو شرط فتحه.. لتضرر البائع بتكسّر ثوبه ونقصان بهجته، وبذلك ينقص ثمنه عليه.

اللهم، إلا أن يكون له وجهان.. فلا بد من رؤية كلا الوجهين، أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم.

ثم قيل: هذا في عرفهم؛ أما في عرفنا.. فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره؛ لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب، وهو قول زفر، وفي «المبسوط» الجواب على ما قال زفر.

وفي البسائط لابد من رؤية جميعه.

ولو نظر إلى ظهور المكاعب.. لا يبطل خياره، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم.. يبطل.

قيل: ينبغي أن ينظر إلى الصرم في زماننا؛ لتفاوته وكونه مقصوداً.

وفي الجبّة لا يبطل خياره برؤية باطنها، ويبطل برؤية ظاهرها، إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان بها فرو.

وأما الوسادة المحشوة إذا رأى ظاهرها؛ فإن كانت محشوة مما يحشى به مثلها.. يبطل خياره، وإن كان مما لا يحشى به مثلها.. فله الخيار.

هذا كله إذا كان المبيع واحداً؛ فإن كان متعدداً؛ فإن كانت آحاده مما لا تتفاوت كالمكيل والموزون.. فيكتفى برؤية واحد منها في سقوط الخيار، إلا إذا كان الباقي أردى مما رأى.. فحينئذٍ يكون له الخيار؛ يعني: خيار العيب، لا خيار الرؤية، على ما ذكره في «الينابيع».

وذكر في «الكافي»: إذا كان أردى.. له الخيار؛ لأنه إنما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها.

وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية، وهو مقتضى كلام «الهداية».

والتحقيق على ما ذكره ابن الهمام: أنه في بعض الصور: خيار عيب، وهو ما إذا كان الاختلاف يوصله إلى اسم المعيب.

وفي بعض الصور: خيار رؤية، وهو ما إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب.

وقد يجتمعان؛ كما إذا اشترى ما لم يره، فلم يقبضه حتى ذكر له البائع عيباً، [٤٠/أ] ثم أراه المبيع في الحال.

ورؤيةُ دَاخلِ الدَّارِ وإِنْ لم يُشَاهِدْ بيوتَها.

وَعند زفرَ: لَا بُدَّ من مُشَاهدَةِ البيُوتِ، وَعَلِيهِ الفَتْوَى اليَوْمَ.

وإن كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد.. فلا بد من رؤية كل واحد على حسب ما هو المقصود منه.

(ورؤية داخل الدار وإن) وصلية **(لم يشاهد بيوتها)** لحصول المقصود بها، **(وعند زفر)** وهو قول ابن أبي ليلى: **(لا بد من مشاهدة البيوت، وعليه الفتوى اليوم)**؛ لأن مرافقها تختلف، فلا بد من رؤية ذلك كله؛ كذا علّلوه، لكنه غير مفيد ما لم يقل: وإن كل المرافق مقصودة، وإلا.. فلا تأثير لكثرة المرافق على ما ذكرناه آنفاً من الأصل في الباب.

قال في «الهداية»: وإن رأى صحن الدار.. فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها.

وقال في «العناية» و«فتح القدير»: وكذا إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج؛ لأن النظر إلى جميع أجزائها متعذر؛ إذ لا يمكن النظر إلى ما تحت السرة وإلى ما بين الحيطان من الجذوع من الدار، وكذا عروق الأشجار وأغصانها كلها.. فيكتفى برؤية المقصود منها.

وعند زفر: لا بد من دخول البيوت.

والأصح: أن جواب صاحب «الهداية» وهو ما ذكره المصنف أولاً على وفق عادتهم في الأبنية في الكوفة؛ فإن دورهم لم تكن متفاوتة، وأما في ديارنا.. فلا بد من الدخول داخل الدار كما قال زفر؛ لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها؛ كالصيفي والشتوي.. فلا يصير معلوماً بالنظر إلى صحنها وهو الصحيح.

وهذا لا يفيد، إلا أن يقال: وكل من ذلك مقصود.

وعلى هذا: ما ذكروه من أنه لا يشترط رؤية العلو إلا في بلد يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند.

ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة، على خلاف بلادنا بديار مصر.

وشرط بعضهم رؤية الكل، وهو الأشبه والأظهر كما قال الشافعي، وهو المعتبر بديار مصر والشام والعراق.

وأما ما ذكروه في الأشجار من الاكتفاء برؤية رؤوس الأشجار ورؤية خارجه.. فقد أنكر بعض مشايخنا هذه الرواية، وقال: المقصود من البستان باطنه.. فلا يكتفى برؤية ظاهره.

وذكر قاضي خان في «الجامع»: لا يكتفي برؤية الخارج ورؤوس الأشجار.

وقالوا: لا بد في الكرم من عنب الكرم من كل نوع شيئاً.

وفي الرمان: لا بد من رؤية الحلو والحامض.

ولو اشترى دهناً في زجاجة.. فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة؛ لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل.

وعن محمد: يكفي؛ لأن الزجاج لا يخفي صورة الدهن.

وروى هشام: أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة.

وفي «التحفة»: لو نظر في المرآة فرأى المبيع.. قالوا: لا يسقط [٤٠/ب] خياره؛ لأنه ما رأى عين المبيع، بل مثاله.

ولو اشترى سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء.. قال بعضهم: يسقط خياره؛ لأنه رأى عين المبيع.

وقال بعضهم: لا يسقط.

قيل: وهو الصحيح؛ لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله، بل يرى أكبر مما هو، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع.

وأما إذا كان المبيع مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها.. لم يذكر في ظاهر الرواية، وروى بشر عن أبي يوسف: إن كان شيئاً يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والشلجم؛ إن باعه بعدما نبت نباتاً يفهم به

وَإِن رأى بعضَ المَبِيعِ.. فَلَهُ الخِيَارُ إِذا رأَى بَاقِيهِ.

وَمَا يُعَرضُ بالنَّموذجِ كالمكيلِ وَالْمَوْزُونِ.. فرؤيةُ بعضِهِ كرؤيةِ كُلِّهِ.

وجوده تحت الأرض.. جاز البيع؛ فإن قلع البعض؛ هل يثبت له الخيار حتى إذا رضي به يلزم البيع في الكل؟ فإن قلع البائع أو المشتري بإذن البائع.. يثبت به الخيار، فلو رضي به.. لزم البيع في الكل لما مر، وسيأتي منه أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل.

وإن قلعه المشتري بغير إذنه؛ إن كان المقلوع شيئاً له ثمن.. بطل خياره في الكل، فلم يكن له أن يرد، رضي بالمقلوع أو لم يرض، وجد في ناحية أخرى من الأرض أقل منه أو لم يوجد شيء؛ لأن بالقلع صار المقلوع معيباً؛ لأنه كان حياً ينمو، وبعده صار مواتاً، والعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية.

وإن كان المقلوع شيئاً لا ثمن له.. لا يبطل خياره؛ لأن وجوده كعدمه.

وإن كان شيئاً يباع عدداً؛ إن قلعه البائع أو المشتري بإذنه.. له الخيار في الباقي، حتى لو رضي به.. لا يلزم البيع في الكل؛ لأنه عددي متفاوت، فرؤية بعضه لا يكون ككلّه.

وإن قلعه المشتري بغير إذن البائع.. بطل خياره.

وفي «الخلاصة» و«الفتح»: وهو المختار.

(**وإن رأى بعض المبيع.. فله الخيار إذا رأى باقيه**) أي: إن كان المبيع متفاوتاً؛ لأن رؤية البعض حينئذٍ لا تعرّف الباقي؛ للتفاوت في الآحاد، فلا بد من رؤية الكل في سقوط الخيار.

(**وما يعرض بالنموذج**) قال في «المصباح»: الأُنموذج بضم الهمزة: ما يدل على صفة الشيء، وهو معرب، وفي لغة: نَموذَج بفتح النون والذال معجمة مفتوحة مطلقاً. انتهى.

(**كالمكيل والموزون.. فرؤية بعضه كرؤية كله**)، فيسقط الخيار برؤية بعضه.

قال في «فتح القدير»: سقوط الخيار برؤية البعض في المكيل: إذا كان في وعاء واحد؛ أما إذا كان في وعاءين أو أكثر.. اختلفوا فيه؛ فمشايخ العراق: على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل، ومشايخ بلخ: لا يكفي، بل لا بد من رؤية كل وعاء [٤١/أ].

والصحيح: أنه يبطل برؤية البعض؛ لأنه يعرف حال الباقي.

هذا إذا ظهر له أنّ ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود؛ أما إذا كان أردأ.. فهو على خياره.

وإن كان مما تتفاوت آحاده كالبطيخ أو الرمان.. فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال: رضيت أو أسقطت خياري.

وفي شراء الرّحاء بالأمة.. لا بدّ من رؤية الكلّ.

وكذا السرج بأداته ولبده.. لا بد من رؤية الكل.

والجملة ههنا: أن المبيع؛ إما أن يكون شيئاً واحداً، أو أشياء متعددة. والثاني: إما أن يكون متفاوت الآحاد، أو لا.

وعلامة عدم تفاوت الآحاد: أن يعرض بالنموذج، إلا أن يكون الباقي أردأ.. فكان الأقسام ثلاثة.

فإن كان الأول: فليس رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية؛ لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة؛ كما إذا كان عبداً أو جارية أو ثوباً مطوياً على ما تقدم.

وإن كان الثاني: كالثياب والدواب والبيض والجوز في رواية الكرخي.. فلا بد من رؤية كل واحد؛ لأن رؤية البعض لا يعرف الباقي لتفاوت الآحاد.

وإن كان الثالث: كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض في بعض الرواية.. يكتفى برؤية واحد منها؛ لأن رؤية البعض يعرف الباقي؛ لعدم التفاوت، فعلى هذا: إذا نظر إلى وجه الصبرة.. بطل الخيار؛ لأنه يعرف الباقي؛ لأنه مكيل يعرض بالنموذج.

وَفِيمَا يُطْعَم.. لَا بُدَّ من الذَّوْقِ.

وَنظرُ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ أَوِ القَبْضِ كافٍ، لَا نظرُ الرَّسُولِ.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كَالْوَكِيلِ.

(**وفيما يطعم: لا بد من الذوق**)؛ لأنه المعرف لما بقي، ولا يحصل المقصود إلّا به.

(**ونظر الوكيل بالشراء أو القبض كاف**) في سقوط خيار الرؤية، حتى لو نظر الوكيل بالشراء أو القبض إلى المبيع مكشوفاً.. لا يردّه المشتري على البائع إلّا بعيب؛ علمه الوكيل أو لم يعلمه.

وعن أبي جعفر: أنه إذا كان عيباً علمه الوكيل.. يجب أن يبطل خيار العيب أيضاً.

(**لا نظر الرسول**)؛ فللمشتري أن يردّه بعد رؤية الرسول.

قيل: صورة التوكيل بالشراء أن يقول الموكل: وكلتك بشراء ذلك، أو أمرتك، أو كن وكيلاً عني بشرائه.

وصورة التوكيل بالقبض: كن وكيلاً عني بقبض ما اشتريته ولم أره، أو وكلتك بقبضه.

وصورة الرسول: كن رسولاً عني، أو أرسلتك، أو أمرتك بقبضه، أو قال: اذهب واقبضه. كذا في «فتح القدير».

وقيل: لا فرق بين الرسول والوكيل بالقبض في فصل الأمر بأن قال: اقبض المبيع.. فلا يسقط الخيار بقبضه.

وحكى بعضهم هذا القول فيما إذا قال: أمرتك خاصة أي: بمادة «أ م ر»، صرح به في «العناية».

هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما** [٤١/ب]: **هو**) أي الرسول (**كالوكيل**).

والذي ظهر منه: أن نظر الرسول كنظر الوكيل بالقبض في كونه كافياً في سقوط خيار الرؤية؛ لأن حال المشبه به كذلك، وليس الأمر كما ظهر منه، بل أمر التشبيه بالعكس.. فإنهما قالا: نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول في عدم سقوط خيار المشتري، وللمشتري أن يرده، على ما صرّح به في «العناية» و«فتح القدير» وغيرهما.

ثم الظاهر من كلامه: مه أن لا فرق بين نظر الوكيل بالشراء والوكيل بالقبض، وليس كذلك؛ لأن الوكيل بالشراء ليس كالوكيل بالقبض في الحكم المذكور؛ لأن الوكيل بالشراء رؤيته تسقط الخيار بالإجماع؛ لأن حقوق العقد ترجع إليه، والوكيل بالقبض مختلف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه على ما ترى.

لهما: أنه قبل الوكالة بالقبض دون إسقاط الخيار، والشخص لا يملك التصرف فيما لا يقبله وكالة، فلا يملك إسقاط الخيار عنه؛ لأنه تصرف فيما لا يقبل الوكالة فيه، فصار كخيار العيب والشرط؛ كمن اشترى شيئاً لمن ير عيبه، ثم وكّل وكيلاً بقبضه فقبضه الوكيل معيباً رائياً عيبه.. لم يسقط خيار العيب للموكل، وكمن اشترى شيئاً بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه.. لم يسقط خيار الشرط للموكل، وصار أيضاً كالإسقاط قصداً بأن قبضه الوكيل بالقبض مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً.. لا يسقط خيار الموكل.

ولأبي حنيفة: أن القبض نوعان:

تام يسقط به خيار الرؤية: وهو أن يقبضه رائياً.

وناقص لا يسقط به خيار الرؤية: وهو أن يقبضه مستوراً، والموكل يملكه بنوعيه، فكذا وكيله؛ لإطلاق التوكيل.

فإن قيل: لا نسلم ذلك؛ فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً، ثم رآه فأسقط الخيار قصداً.. لم يسقط.

والموكل لو فعل ذلك ليسقط الخيار.. فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة.

أجيب عنه: بأن الوكيل إذا قبضه مستورًا انتهى التوكيل بالقبض الناقص، فبقي أجنبياً، فلا يملك إسقاطه؛ لكونه أجنبياً، لا لعدم تملكه بإسقاط الخيار.

فإن قيل: كيف يتملكه مثل الموكل، مع أنه لم يتوكل بالإسقاط؟

أجيب عنه: بأنه وإن لم يتوكل به صريحاً، لكنه يتوكل به ضمناً؛ لأن الشيء إذا ثبت.. ثبت بجميع متمماته ولوازمه، وإن الشيء قد يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، وله شواهد من الفروع:

منها: قن لهما، أعتقه أحدهما وهو موسر، فلو ترك المعتق نصيب الساكت.. لم يجز، ولا يتمكن الساكت من نقل ملكه إلى أحد، لكن لو أدى المعتق الضمان إلى الساكت.. ملك نصيبه.

ومنها: لو غصب قنّا فأبق من يده وضمنه المالك.. ملكه الغاصب، ولو شراه قصداً.. لم يجز.

ومنها: فضولي زوجه امرأة برضاها، ثم إن الزوج وكلّه بعده بأن يزوّجه امرأة، فقال: نقضت ذلك النكاح.. لم ينقض، ولو لم ينقضه قولاً ولكن زوّجه إياها بعد ذلك.. انتقض النكاح الأول.

ومنها: اشترى كر بر عيناً، وأمر المشتري البائع بقبضه للمشتري.. لم يصح، ولو دفع إليه غرارة وأمره أن يكيله فيها.. صحّ؛ إذ البائع لا يصلح وكيلاً عن المشتري في القبض قصداً، ويصلح ضمناً وحكماً لأجل الغرارة.

ومنها: شرى ما لم يره، فوكّل وكيلاً بقبضه، فقال الوكيل: قد أسقطت خيار الرؤية.. لم يسقط خيار الموكل، ولو قبضه الوكيل وهو يراه.. سقط خيار رؤية موكله عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ كذا في التاسع والثلاثين من «الفصولين» مع زيادة عليه.

وَبيعُ الأَعْمَى وشراؤُه صَحِيحٌ، وَله الخِيَارُ إِذا اشْترى، ....

وأما عدم سقوط خيار العيب مع قبض الوكيل.. فلأنّ خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض؛ حيث لا يرتد به إلا برضاء أو قضاء، وما لم يمنع تمام الصفقة.. لا يمنع تمام القبض، فيجوز أن يقبضه تماماً مع بقاء خيار العيب، بخلاف خيار الرؤية؛ فإنه يمنع تمام الصفقة وتمام القبض.. فلا يتم القبض مع بقائه.

وأما خيار الشرط.. فهو على الخلاف، فلا يصح مقيساً عليه، ولو سلم بقاؤه.. فالموكل لا يملك القبض التام مع بقاء خيار الشرط؛ لعدم تمام الصفقة به، فلا يسقط الخيار بقبضه، فكذا لا يسقط بقبض وكيله.

(**وبيع الأعمى وشراؤه صحيح، وله الخيار إذا اشترى**)، وقال الشافعي: إن كان بصيراً فعَمِي.. فصحيح، وإن كان أكمه.. فلا؛ لأنه لا علم له بالألوان و الصفات أصلاً.

ولنا: معاملة الناس العميان من غير نكير؛ لأنه أصل في الشرع بمنزلة الإجماع، ولأن من أصله: أن من لا يملك الشراء بنفسه.. لا يملك الأمر به لغيره؛ فإذا احتاج الأكمه إلى ما يأكل ويشرب ويلبس، ولا يتمكن من شراء المأكول والمشروب والملبوس، ولا التوكيل به.. مات جوعاً، ولأنه اشترى ما لم يره، ومن اشترى ما لم يره.. جاز، فله الخيار؛ لإطلاق ما روينا سابقاً.

فإن قيل: «لم يره» سلب، وهو يقتضي تصور الإيجاب، وذلك لا يتصور في الأكمه.

قلنا: التصور لا يقتضي التحقق؛ كتصور الممتنعات من شريك الباري وغيره.

فإن قيل: قوله: «فله الخيار إذا رآه» في الحديث المذكور: يقتضي [٤٢/ب] التحقق، على ما هو مقتضى كلمة «إذا».

وَيسْقطُ بِجَسّه المَبِيعَ، أَو شمِّه، أَو ذوقهِ فِيمَا يُعرَفُ بذلك، وبوصفِ العقارِ لَهُ.

قلنا: المراد بالرؤية: العلم بالمقصود، لا الرؤية بالبصر (**ويسقط**) خيار الأعمى (**بجسّه المبيع أو شمه أو ذوقه فيما يعرف بذلك**) أي بالجسّ والشم والذوق، وهذا؛ لأن المقصود يحصل به.

(**وبوصف العقار له**)، وكذا الشجر، والثمر على الشجر يوصف له؛ لأن الوصف في هذه الأشياء يقوم مقام الرؤية؛ فإذا وصف وقال: رضيت.. يسقط خياره.

وهل يلزم أن يوقف في توصيف العقار ونحوه في مكان لو كان بصيراً لرآه، أم لا يلزم؟

ففي «جامع الفتاوى»: إنه يلزم.

وأنكره الكرخي وقال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به العلم بالموصوف، ورجحه ابن الهمام وقال: إن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به.

وفي إطلاق المصنف إشارة إليه أيضاً.

وعن أبي يوسف: إنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرأى العقار وقال: رضيت.. يسقط خياره؛ لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للأخرس، وإجراء الموسى على رأس من لا شعر له في الإحلال من الإحرام.

وأجيب عنه: بأن وجوب إجراء الموسى مختلف فيه، وكذا تحريك الشفتين ليس بلازم للأمي.. فلا يصلح مقيساً عليه.

وعن أبي يوسف أيضاً أنه اعتبر الوصف في غير العقار أيضاً، ولم يعتبر الشم والذوق والجس؛ لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم.

وَمنْ رأى أحدَ الثَّوْبَيْنِ فشَراهُما، ثمَّ رأَى الآخرَ معيباً.. فَلهُ أخذُهُما أَو رَدُّهُما، لَا ردُّ أَحدِهِمَا.

وقال مشايخ بلخ: يمس الحيطان والأشجار؛ فإذا قال: رضيت.. سقط خياره؛ لأن الأعمى إذا كان ذكياً يقف على مقصوده بذلك، وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار.

وفي رواية هشام عن محمد: إنه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس؛ لأن التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا، إلّا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤوس الشجر.. فيعتبر فيه الوصف لا غير، في أشهر الروايات، وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح «الجامع الصغير» لأبي الليث.

وقال الحسن: يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه، فيسقط بذلك خياره، قالوا: وهذا أشبه بقول أبي حنيفة؛ حيث رؤية الوكيل رؤية الموكل، ولو وصف للأعمى، ثم أبصر.. لا خيار له؛ لأن خياره سقط، فلا يعود إلا بسبب جديد.

ولو اشترى البصير، ثم عمي.. انتقل الخيار إلى الوصف؛ لأن الناقل للخيار من النظر إلى الوصف العجز، وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد [٤٣/أ]، وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية.

(ومن رأى أحد الثوبين فشراهما، ثم رأى الآخر معيباً.. فله أخذهما، أو ردهما، لا ردّ أحدهما).

واعلم: أنه قد تقدّم أنّ في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد في البيع: لا بد من رؤية كل منها في سقوط خيار الرؤية؛ لأن رؤية بعضها لا تعرف الباقي المتفاوت.. فلا يحصل المقصود برؤية بعضها.

وعلى هذا: إذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما معاً، ثم رأى الآخر.. فله الخيار فيما لم يره، وله ردّه بحكم الخيار، ولكنه لا يتمكن من ردّه وحده، بل يردهما معاً إن شاء؛ كيلا يلزم تفريق الصفقة على البائع قبل التمام.

أما الملازمة: فلأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده؛ كخيار الشرط؛ بدليل: أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضاء، ويكون فسخاً للعقد من الأقل؛ لعدم تحقق الرضاء قبله؛ لعدم العلم بصفات المبيع.

وأما بطلان اللازم: فللنهي عن تفريق الصفقة؛ لأنه جاء في الحديث: نهى النبي ﷺ عن تفريق الصفقة.

واعترض عليه: بأنّ تفريق الصفقة منهي عنه، وهو يقتضي ردّهما معاً إن شاء، وقوله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره.. فله الخيار إذا رآه».. يقتضي أن يرد الذي لم يره وحده، فتعارضا، فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز؟

وأجيب عنه بوجوه:

الأول: أن موجب النهي مطرد في جميع صوره، وموجب المجيز ليس كذلك؛ فإنه لا يملك الرد إذا تعيب، أو أعتق أحد العبدين، أو دبره، والمطرد راجح.

ورد: بأن حديث النهي خصّ منه ما قيل، ولم يرده.

الثاني: أن حديث النهي منطوق في ردّهما، وحديث المجيز مفهوم، والمفهوم لا يعارض المنطوق، حتى يحتاج إلى الترجيح.

الثالث: أن المحرم مقدم على المبيح، على ما في الأصول.

الرابع: أن النهي جعلناه متأخراً عن المبيح؛ لئلا يلزم تكرار النسخ؛ يعني: لو قلنا: إن المحرم كان متقدماً على المبيح.. فالمحرم كان ناسخاً للإباحة الأصلية التي كانت قبل البعثة، ثم المبيح يكون ناسخاً للمحرم، فيتكرر النسخ.

فقلنا: تأخر النهي لئلا يلزم هذا التكرار، وفيه نظر؛ لأنه مبني على كون الإباحة الأصلية حكماً شرعياً، ولكنه ليس كذلك؛ إذ لم يرد دليل شرعي في الزمان الماضي دالّ على إباحة الأشياء قبل البعثة حتى يكون حكماً شرعياً، ولا بد في النسخ أن يكون المنسوخ حكماً شرعياً.

وَمن رأى شَيْئاً فَوَجَدَهُ متغيّراً.. يخيَّرُ، ....

فإن قيل: إن حديث النهي عن تفريق الصفقة ورد مطلقاً، وقد قيدتم بما قبل التمام، فما المقيد؟

أجيب: بأن [٤٣/ب] المقيد هو القياس على ابتداء الصفقة؛ فإن البائع إذا أوجب البيع في شيئين.. لا يملك المشتري القبول في أحدهما؛ لما فيه من الإضرار إلى البائع بتفريق الصفقة عليه؛ لأن العادة جارية بضم الجيد إلى الرديء ترويجاً له بالجيّد.

ورد: بأنّ تقييد المطلق نسخ، وذلك لا يجوز بالقياس.

فإن قيل: ما الفرق بين مسألة الكتاب وما إذا استحق أحدهما؛ حيث يلزمه ردّهما في مسألة الكتاب إن شاء، وكذا في خيار الشرط، وفي مسألة الاستحقاق إنما يرد ما استحق، لا يرد الباقي؟

أجيب: بأنّ ردهما في خيار الرؤية وخيار الشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام على ما عرفت، وفي الاستحقاق لو رد.. كان بعد التمام؛ لأن الصفقة فيما كان ملك البائع ظاهراً، فلم يثبت في الباقي عيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه.. كان له أن يرد الباقي أيضاً؛ كما في خيار الرؤية والشرط؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق.

ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، ثم استحق أحدهما ـ أعني: المقبوض ـ له الخيار؛ لتفرق الصفقة عليه قبل تمامها، ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض.. لا يخير؛ لأن الشركة ليست بعيب فيه، ولو استحق قبل القبض.. تخير؛ لتفرق الصفقة عليه قبل التمام.

(ومن رأى شيئاً) ثم رآه بعد مدّة **(فوجده متغيراً.. يخير)**؛ لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه، فصار كأنه لم يره، ولأنه بالتغير صار شيئاً آخر لم يره.

وإلّا.. فَلَا.

وَإِن اخْتلفَا فِي تغيُّرِهِ.. فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ.

وَإِن فِي الرُّؤْيَة.. فَلِلْمُشْترِي.

(وإلا) أي: وإن لم يتغير على حالته التي كان عليها حين رآه (.. **فلا**) خيار له؛ لأن العلم بأوصافه قد حصل له بالرؤية السابقة، فينافي ثبوت الخيار له؛ لأن ثبوت الخيار إنما يكون بعد العلم بالأوصاف، وقد حصل العلم بها بتلك الرؤية، فينتفي الخيار بالضرورة؛ لأن ثبوت أحد المتنافيين ينافي ثبوت الآخر، إلا إذا كان لا يعلم أنه هو الذي رآه فيما مضى؛ كأن رأى جارية، ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم أنه كان رآها، ثم ظهرت إياها، وكما إذا رأى ثوباً فلفّ في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه كان رآه، ثم ظهر إياه.. فإن له الخيار في هذه الصور؛ لعدم الرضاء به، لا لعدم حصول علمه به؛ لأنه لما كان رآه ولم يتغير عما رآه.. حصل العلم به، فلا يكون له الخيار، إلا أنه لما لم يعلم أنه ما قد رآه.. لم يرض به، فثبت له الخيار [٤٤/أ] لذلك.

(وإن اختلفا) أي: البائع والمشتري **(في تغيّره)**، فقال البائع: لم يتغيّر، وقال المشتري: تغيّر (.. **فالقول للبائع**) مع يمينه؛ لأن التغير أمر حادث بعد ظهور سبب لزوم العقد، والمشتري يدعيه، والبائع ينكره ويتمسّك بالأصل وهو لزوم العقد؛ لظهور سببه وهو الرؤية السابقة الدّالة على المقصود مع البيع البات الخالي عن المفسد، والقول قول المنكر مع يمينه؛ لتمسّكه بالأصل، والبينة بينة مدّعى العارض؛ لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل.

هذا فيما إذا قربت المدة، وأما إذا بعدت.. فالقول للمشتري؛ لأن الظاهر حينئذ يشهد له بأن الشيء يتغير بطول الزمان، وبه أفتى الصّدر الشهيد والإمام المرغيناني.

(وإن) اختلفا **(في الرؤية)**، فقال البائع: رأيته، وقال المشتري: لم أره (.. **فللمشتري**)؛ أي: فالقول للمشتري؛ لأن البائع يدّعي عليه العلم بالصفات وأنه حادث، والمشتري ينكره، فكان القول له مع يمينه.

وَمَنِ اشْتَرى عِدْلَ زِطِّيٍ فَبَاعَ مِنْهُ ثوباً، أَو وَهَبَ وَسلَّم.. فَلَهُ أَن يردَّهُ بِعَيْبٍ، لَا بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَو شَرطٍ.

وكذا لو أراد المشتري أن يردّه فقال البائع: ليس هو الذي بعتكه، وقال المشتري: بل هو هو.. فالقول للمشتري مع يمينه؛ سواء كان ذلك في بيع بات، أو فيه خيار الشرط أو الرؤية؛ لأن الظاهر شاهد للمشتري؛ لأنه قابض.

وكذا لو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب، ثم اختلفا بعد مدّة، فقال المشتري: لم أجده خبازاً أو كاتباً، وقال البائع: سلمته إليك خبازاً أو كاتباً ولكنه نسي عندك، والمدة تحتمل أنه ينسى في مثلها.. فالقول للمشتري؛ لأنه تمسّك بالأصل، ويشهد له الظاهر؛ لأن العدم في الصفات العارضة هو الأهل وإن الظاهر هو العدم الأصلي، والعدم الطارئ بالنسيان: خلاف الظاهر؛ كما أن الوجود في الصفات الأصلية أصل؛ فإذا كان القول للمشتري.. كان له الرد على البائع لو قبضه، وإلا.. فلا يجبر على القبض ودفع الثمن.

(ومن اشترى عدل زطي) العِدل بالكسر: المثل. والزط: جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية.

(فباع منه ثوباً أو وهب وسلّم.. فله أن يرده) أي العدل **(بعيب)** أي بعد أن قبضه؛ لانه لو لم يقبضه.. لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة.

(لا بخيار رؤية أو شرط) يعني: إذا اشترى عدل ثوب وقبضه وباع ثوباً منه أو وهب وسلّم.. لم يرد شيئاً من العدل بخيار الرؤية أو بخيار الشرط، إلا بعيب وجده فيه، وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج عن ملكه بالبيع أو الهبة، وفي ردّ ما بقي منه تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأن كلا [٤٤/ب] من خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامهما على ما مر، بخلاف خيار العيب؛ فإنه وإن منع تمامها أيضاً قبل القبض.. إلا أنه لا يمنع بعد القبض، ووضع المسألة فيما بعد القبض على ما ذكرناه آنفاً، وتفريق الصفقة بعد التمام جائز.

ثم لو عاد الثوب الذي باعه إلى المشتري بسبب الفسخ بأن ردّ المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجع في الهبة.. فكل من المشتري الأول والواهب: على خياره، فيجوز أن يراد الكل بخيار الرؤية؛ لارتفاع المانع من الأصل، وهو تفريق الصفقة على ما ذكره السرخسي.

وعن أبي يوسف: أن خيار الرؤية لا يقدر بعد سقوطه؛ كخيار الشرط، وعليه اعتماد القدوري، وصحّحه قاضيخان إلّا بسبب جديد.

* * *

(فَصْلٌ)

مُطلقُ البيعِ يَقْتَضِي سَلامَةَ المَبِيعِ؛ فَلِمَنْ وَجَدَ فِي مشرِيِّهِ عَيْباً.. ردُّهُ أَو أَخذُهُ بِكُلِّ ثمنِهِ، ....

(فَصْلٌ)
في خِيَارِ العَيْبِ

والإضافة فيه من قبيل إضافة الشيء إلى السبب، والعيب: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة؛ مما يعد به ناقصاً، يقال: عاب المتاع؛ أي: صار ذا عيب، وعابه زيد، يتعدى ولا يتعدى، فهو معيب ومعيوب.

(**مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع**) عن العيب، هكذا صح عن رسول الله ﷺ في شرائه عبداً ولأن السلامة لما كانت أصلاً في المخلوق.. انصرف مطلق البيع إليه، والمراد بمطلق البيع: ما لم يشترط فيه عيب.

لا يقال: أن قوله: «مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع» يقتضي: أن السلامة لازم للبيع، ومن القاعدة المسلمة أن انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم، فلزم منه بطلان البيع عند عدم سلامة المبيع.

وليس كذلك؛ لأنا نقول: إن السلامة من العيب لازم لمطلق البيع؛ أي: الكامل، وهو البيع اللازم، فيجوز انتفاء البيع الكامل عند عدم السلامة، ولا يلزم منه انتفاء أصل البيع، بل هو باق مع وجود العيب في المبيع.

(**فلمن وجد في مشريّه عيباً.. ردّه أو أخذه بكل ثمنه**)؛ كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به.

أطلقه فشمل ما بعد القبض وما قبله.

لَا إِمْسَاكُه وَنَقْصُ ثمنِهِ إِلَّا برضا بَائِعِهِ.

بخلاف ما إذا وجد في بعض مشريه عيباً.. فإن فيه تفصيلاً سيأتي ذكره عند شرح قول المصنف: «ولو اشترى عبدين صفقة وقبض أحدهما، ووجد بالمقبوض أو بالآخر عيباً». انتهى.

(**لا إمساكه ونقص ثمنه**)؛ لأن الفائت بالعيب وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد؛ لعدم المماثلة بينهما؛ لأن الثمن عين قائم بذاته، والوصف دونه؛ لأنه قائم بالغير ومقصود بالتبع، فلا يقابل العين؛ فإذا لم يقابله.. لا يجوز أن يأخذ [٥٤٠/أ] في مقابلة فواته شيئاً من الثمن العين.

وقولنا: «بمجرد العين» احتراز عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول حقيقة أو حكماً.. فإنها حينئذٍ يقابلها شيء من الثمن، لكن لا بمجرد العقد، بل باعتبار تنزيلها منزلة الأعيان باعتبار القصد بالتناول، وقد ذكرناه في أوائل كتاب البيوع، قبيل قوله: «والزائد له، بلا خيار للبائع».

(**إلا برضى بائعه**) بزوال المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى؛ فإنه إذا لم يرض بزوال المبيع كذلك.. لم يوجد رضاه، فلم يوجد البيع أيضاً؛ لأن الرضاء معتبر فيه، وفيه إلزام على البائع بلا بيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى.

فإن قيل: إن في إمساك المشتري بكل ثمنه ما لا يخفى من الضرر.

قلنا: نعم إلا أنه يمكن له تداركه برد المبيع بدون مضرة، فلا ضرورة في أخذ النقصان.

فإن قيل: إن البائع إذا باع معيباً فإذا هو سليم.. ليس له أخذ المبيع من المشتري، وفيه ما لا يخفى من الضرر للبائع؛ لأن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب، فالواجب: ثبوت الخيار للبائع في هذه الصورة؛ كما ثبت للمشتري في عكسه.

وكلُّ مَا أوجبَ نُقْصَانَ الثّمنِ عِنْدَ التُّجَّارِ.. فَهُوَ عيبٌ، ....

قلنا: إن المبيع لما كان في يده طول زمان وتصرف فيه.. فأنزل عالماً بصفة ملكه وراضياً بزواله بالمسمى من الثمن، وإن نقص فيه.. فلا يكون له الخيار.

وأما المشتري: فإنه ما رأى المبيع؛ فلو لزمنا العقد مع العيب.. يتضرر من غير علم له، فثبت له الخيار.

ثم شرع في بيان ضابطة يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجماع، فقال: (**وكلّ ما أوجب نقصان الثمن عند التجار.. فهو عيب**)، وهذا لأن التضرر لا يكون إلا بنقصان المالية، ونقصان المالية بانتقاص القيمة، فالتضرر بانتقاص القيمة، وانتقاص القيمة يرجع فيها إلى أهل الخبرة، وهم التجار أو أرباب الحرفة والصنائع؛ إن كان المبيع من المصنوعات، ولا يلزم فيه نقصان العين أو المنافع، بل العبرة إلى نقصان المالية؛ فإن الظفر الأسود الصحيح القوي على العمل عيب؛ لنقصان القيمة.

وكذا جارية تركية صحيحة قوية على العمل ولكنها لا تعرف لسان الترك.. فإنه عيب لنقصان القيمة.

ثم المراد بالعيب ههنا: ما كان عند البائع ولم يعلمه المشتري عند البيع، ولا عند القبض، حتى لو علمه عند إحدى الحالتين أنه عيب.. يكون رضىً بالعيب، فلا يتمكن من الرد.

وإن تمكن من إزالته بلا مشقة، حتى لو تمكن من إزالته.. لا يتمكن من الرد؛ كإحرام الجارية؛ [٥٤/ب] فإنه بدل من تحليلها. ونجاسة الثوب الذي لا يفسد بالغسل.

وأن لا يشترط البراءة منه خصوصاً.

أو عموماً.

وأن لا يزول قبل الفسخ بالعيب، حتى لو زال قبله.. لا يتمكن له الرد.

وهذه ست قيود لا بد منها ههنا. فاحفظه.

وههنا مسائل أخرى: لا يتمكن المشتري الرد بالعيب:

منها: أن المولى إذا اشترى من عبده شيئاً وهو مأذون مديون ديناً مستغرقاً ونقد الثمن فوجد به عيباً.. لا يرد عليه، ولا على بائعه إن نقد الثمن، وإلا.. فله الرد على العبد.

ومنها: أن المولى باع عبده من نفس العبد بجارية، ثم وجد بها عيباً.. كان للمولى أن يرد الجارية ويأخذ من العبد قيمة نفسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد ـ وهو قول أبي حنيفة أولاً ـ: يرجع بقيمة الجارية.

ومنها: أن الوارث لو باع من مورثه شيئاً فمات مورثه، فورثه البائع، فوجد به عيباً.. ليس له أن يرده على أحد، ولا يرجع بالنقصان أيضاً إن لم يكن له وارث آخر.

وإن كان له وارث آخر.. فللآخر رده.

ومنها: رجل اشترى لنفسه شيئاً من ابنه الصغير وقبضه وأشهد على ذلك، ثم وجد به عيباً.. فأراد أن يرده لنفسه على ابنه، ثم يرده لابنه على بائعه.. ليس له ذلك، ولكن للقاضي أن يجعل لابنه الصغير خصماً يرده عليه، ثم يرد الأب لابنه على بائعه.

ومنها: أن العبد المأذون إذا اشترى شيئاً فوجد به عيباً وقد أبرأه البائع عن الثمن.. لا يرد بالعيب، ولو كان المشتري حراً؛ إن كان بعد القبض.. فكذلك لا يرده، وقبل القبض.. يرده؛ لأنه امتناع عن القبول.

وذكر في «البحر» خمسة أخرى.. فارجع إليه.

واعلم: أن الضابطة المذكورة تشتمل أنواعاً من العيوب، منها ما يكون ظاهراً في المبيع بحيث يمكن التوصل إليه بالمشاهدة كالسن الزائد ونحوه، ومنها ما يكون في الجوف؛ كالداء الذي لا يتوصّل إليه إلّا بقول الأطباء الذين لهم بصيرة في معرفة ذلك.

ومنها: ما يوقف عليه بقول النساء.

ومنها: ما يثبت بالخبر؛ فإن كان ظاهراً يعرف بالمشاهدة.. صحّت خصومة المشتري في العيب بلا حاجة إلى الإثبات؛ فإن كان قبل القبض.. فللمشتري أن يرده بفسخ العقد بمجرد قوله: «رددت» بلا حاجة إلى قضاء أو رضاء، وهل يشترط فيه علم البائع برده أم لا؟

ففي «الخلاصة» عن وكالة «الأصل»: يشترط علمه دون حضرته، ورضاه كعزل الوكيل؛ فإن رضي [٤٦/ب] البائع.. فبها، وإن لم يرض واختصما إلى القاضي.. فالقاضي ينظر في ذلك العيب؛ إن وقع عنده أنه قديم أو حديث، لكنه لا يحدث مثله في هذه المدة.. ردّه عليه بقوله، ولكنه يحلّف المشتري بالله ما رضي بذلك العيب، ولا عرضه على البيع منذ رآه، وأكثر القضاة: على أنه يحلف بالله ما سقط حقّك في الرد بالعيب على الوجه الذي يدعيه البايع، لكنه إذا طلب البائع منه يمينه، وإلا.. فلا يحلف في ظاهر الرواية.

ولو كان العيب قد يحدث مثله في تلك المدة وقد لا يحدث؛ فإن أقر البائع أنه كان عنده.. يرد عليه، وإن أنكر فأقام المشتري البينة.. فكذلك يرده عليه، وإن لم يقم البينة على أنّ العيب حدث عنده، لكنه أقام البينة على أن هذا العيب كان عند البائع الأول.. يرد عليه، وله أن يرده على بائعه بتلك البينة عند أبي يوسف.

وقيل: قول أبي حنيفة معه.

فإن عجز عن إقامة البينة.. يحلف البائع بالله لقد باعه وسلمه إليه بحق هذا العقد وما به هذا العيب.

فإن حلف.. برئ، وإن نكل.. يرد عليه.

وإن كان العيب في الجوف ولا يعرف إلا بقول الأطباء؛ فإن كان للقاضي معرفة.. ينظر بنفسه، وإن لم يكن.. يدعى رجلان عدلان لهما حذاقة في ذلك؛ فإن

فالإباقُ ....

اتفقا أنّ به العيب وهما من أهل الشهادة.. صحّت خصومة المشتري، وهذا أحوط، والواحد يكفي.

وإن كان هذا قبل القبض.. فعلى ما ذكرناه آنفاً.

وإن كان بعد القبض.. سألهما القاضي: هل يحدث مثل هذا العيب في مثل هذه المدة؟

إذا قالا: لا يحدث.. ردّ عليه، وإن قالا: يحدث.. يحلّف البائع على الوجه الذي ذكرناه.

وإن كان العيب يتوصل إليه بقول النساء؛ كالعيب في موضع العورة في الجواري: الواحدة تكفي، والاثنتان أحوط.

فإن أخبرت امرأة واحدة من أهل الشهادة بوجود العيب؛ إن كان قبل القبض.. ليس للمشتري حق الفسخ بقولها، لكن يقبل قولها في إيجاب اليمين على البائع، فيحلف على ما ذكرناه.

وإن كان بعد القبض فأخبرت امرأة عدلة بوجود العيب.. صحت الخصومة، ويحلف البائع على البتات لقد باع وسلّم وما بها هذا العيب.

وإن كان العيب ممّا يتوصل إليه بالخبر؛ كالسرقة والإباق والبول في الفراش والجنون.. لا يثبت ذلك إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، هذا ما في «الخلاصة»، وسيأتي الزيادة عليه.

(فالإباق) قال في «المصباح»: أبق العبد [٤٦/ب] إذا هرب من سيّده من غير خوف ولا كد عمل، والإباق بالكسر: اسم منه، فهو: آبق؛ مثل: كافر. انتهى.

ويناسبه ما نقله في «البحر» عن «الجوهرة» الآبق: الهارب من غير ظلم السيّد؛ فإن هرب من الظلم.. لا يسمى آبقاً، بل يسمّى: هارباً.

فعلى هذا: الإباق عيب، والهرب ليس بعيب. انتهى.

وَكَذَا السّرقَةُ، وَالْبَوْلُ فِي الفراشِ.

وَهِي فِي الكَبِيرِ عيبٌ آخرُ؛ فَلَو أَبَقَ، أَو سَرَقَ، أَو بَال فِي صغرِهِ، ثـمَّ عاودَهُ عِنْد المُشْتَرِي فِيهِ.. رُدَّ بِهِ، ....

وقيل: إن دام على ذلك.. فعيب، وأما المرّة والمرّتان و الثلاث.. فلا.

(وكذا السّرقة) في العبد أو الجارية والصغير العاقل والكبير؛ أي: إذا سرق درهماً من الفضة من المولى أو من غيره.. فإنها عيب ولو دون النصاب.

أما سرقة المأكولات للأكل.. لا يسمى سرقة إذا كانت من المولى؛ لأنه يعدّ من تقصير المولى؛ أما إذا سرق من غير المولى.. فإنه يعدّ عيباً.

ولو سرق لأجل البيع.. فهو عيب ولو من المولى؛ لأنه حينئذٍ لا يعدّ من تقصير المولى.

وأما في الحنطة إذا سرق كثيراً بحيث يحتاج إلى بيعها.. فهو عيب؛ سواء كان من المولى أو من غيره، كذا في «الخلاصة».

وإنما كانت السرقة عيباً؛ لإخلالها بالمقصود؛ لأنه لا يأمنه على ماله، ويشق عليه حفظ ماله على الدوام.

وتقطع يده إذا سرق من غير المولى نصاباً.

(والبول في الفراش) أي من صغير [٤٧/أ] يعقل عيب أيضاً؛ لما ذكرناه من أنه مخلّ بالمقصود.

(وهي) أي كل من هذه الثلاثة (في الكبير عيب آخر)؛ لأن سبب هذه الأشياء تختلف بالصغر والكبر؛ فإن الإباق في الصغر لحب اللعب، والسرقة فيه لقلّة المبالاة، وهما بعد في الكبير بعد البلوغ لخبث في الباطن.

والبول في الفراش في الصغر: لضعف في المثانة، وبعد الكبر: لداء في الباطن.

(فلو أبق أو سرق أو بال في صغره، ثم عاوده عند المشتري فيه) أي في صغره (.. ردّ به)؛ لأنه عين ما كان عند البائع؛ لاتحاد سببه.

وَلَو إِلَى مَا دونَ السّفرِ من صَغِيرٍ يَعقلُ: عيبٌ.

فعلى هذا: إن تفسير الإباق بالهرب مطلقاً لا يناسب هذا المقام.

(ولو إلى ما دون السفر) من مصر إلى قرية، أو بالعكس مثلاً.

وتكلّموا فيما دون السفر: أنه هل يشترط الخروج من البلدة أم لا؟

ففي «الفصول العمادي»: ذكر رشيد الدين: الخروج من البلدة ليس بشرط؛ لأن العيب ما ينقص القيمة، وهذا بهذه المثابة.

وقيل: إن البلدة إن كانت كبيرة كالقاهرة.. لا يشترط الخروج، وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها.. يشترط الخروج؛ فقبل الخروج عنها لا يكون عيباً.

(من صغير يعقل) أي يأكل ويشرب وحده، وأما الذي لا يعقل.. فهو ضال لا آبق، فلا يكون عيباً.

(عيب)؛ لأنه يفوت المنافع على المولى؛ سواء أبق من المولى ومن المستأجر، أو من المستعير أو المودع، بخلاف ما لو أبق من الغاصب إلى مولاه، أو من المشتري إلى البائع ولم يحدث عنده.. فإنه ليس بعيب.

وكذا لو أبقت الجارية من الغاصب إلى مولاها.

ولو أبق من الغاصب ولم يرجع إلى مولاه عالماً بمنزله ويقوى على الرجوع إليه.. فهو عيب؛ لما ذكرناه.

وإن فات أحد هذين القيدين.. فليس بعيب، هذا في إباق العبد.

ولو أبق الثور.. ففيه ثلاثة أقوال:

قيل: إذا أبق الثور من قرية المشتري إلى قرية البائع.. لا يكون عيباً، وفي الغلام عيب.

وقيل: عيب في الثور أيضاً.

وَإِنْ عاوَدَهُ عِنْدَهُ بعدَ البلُوغِ.. لَا، ....

(وإن عاوده عنده بعد البلوغ.. لا) يرد به؛ لأنه غير ما كان عند البائع؛ لاختلاف سببه.

وفي «الفوائد الظهيرية»: إن من اشترى عبداً صغيراً فوجده يبول في الفراش.. كان له الرد.

ولو تعيّب بعيب آخر عند المشتري.. كان له أن يرجع بالنقصان؛ فإذا رجع به، ثم كبر العبد.. هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ.

لا رواية فيها، قال: وكان والدي يقول: ينبغي أن يسترد؛ استدلالاً بمسألتين:

أحدهما: إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج.. كان له ردها. ولو تعيّب بعيب آخر.. رجع بالنقصان؛ فإذا رجع به ثم أبانها الزوج.. كان للبائع أن يسترد النقصان؛ لزوال ذلك العيب، فكذا فيما نحن فيه.

والثانية: إذا اشترى عبده فوجده مريضاً.. كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر.. رجع بالنقصان. فإذا رجع، ثم برئ بالمداواة.. لا يسترد؛ وإلّا.. يسترد بالبلوغ ههنا لا بالمداواة، فينبغي أن يسترد. انتهى. كذا في «فتح القدير».

وفي «قاضي خان »: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض، واسترد بعض الثمن، ثم حاضت، قالوا: إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب.. كان للبائع أن يسترد ذلك.

وفيها أيضاً: اشترى عبداً وقبضه فحُمَّ عنده، وكان يحم عند البائع، قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: المسألة محفوظة عن أصحابنا: أنه إن حم في الوقت الذي كان يحمّ فيه عند البائع.. كان له أن يرده، وفي غيره.. فلا، فقيل له: فلو اشترى أرضاً فنزت عند المشتري، وقد كانت تنز عند البائع؟ قال: له أن يرد؛ لأن سبب النز واحد، وهو تسفل الأرض وقرب الماء، إلا أن يجيء ماء غالب، أو كان المشتري رفع من ترابها، فيكون النز غير ذلك، أو يشتبه فلا يدرى أنه عينه أو غيره:

وَالْجُنُونُ عَيبٌ مُطلقاً؛ فَلَو جُنَّ فِي صغرِهِ، وعاودَهُ عِنْد المُشْتَرِي فِيهِ أَو فِي كِبَرِهِ.. رُدَّ بِهِ.

قال القاضي الإمام: يشكل ما في «الزيادات»: اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، ولا يعلم ذلك، فانجلى البياض عنده، ثم عاد.. ليس له أن يرد، وجعل الثاني غير الأول.

ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم [٥٠/ب] بذلك، فلم يقبضها حتى انجلى، ثم عاد عند البائع.. ليس للمشتري الرد، وجعل الثاني عين الأول الذي رضي به، إذا كان الثاني عند البائع، ولم يجعله عينه إذا عاد البياض عند المشتري.

وقالا: لا يرد.

ثم قال القاضي الإمام: كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلاً إذا اجتمعنا، فشاورته في هذه المسألة: فما استفدت منه فرقاً.

والحاصل: ليس له الرد في المسألتين:

لكن في الأولى: لجعله غير الأول؛ إذ لو كان عينه.. لملك الرد؛ لعدم العلم به.

وفي الثانية: لجعله عين الأول؛ إذ لو كان غيره.. لملك الرد؛ لكونه لم يرض به.

(والجنون عيب مطلقاً) أي: عند الصغر والكبر، ولا يشترط فيه اتحاد الحالين؛ كما يشترط في الثلاثة المذكورة.

(فلو جن في صغره) في يد البائع يوماً أو ساعة، (وعاود عند المشتري فيه، أو في كبره.. ردّ به)؛ لعدم اشتراط اتحاد الحالين؛ لأن السبب فيهما واحد، وهو: فساد الباطن؛ لأن العقل: معدنه في القلب، وشعاعه في الدماغ، والجنون: انقطاع ذلك الشعاع؛ وهو لا يختلف باختلاف السن، وهذا رواية «الأصل» و«جامع الكبير».

وقال شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام: المعاودة في يد المشتري.. ليس شرطاً في الرد؛ لأن آثاره لا ترتفع؛ ذلك يتبين في حماليق عينه.

والبَخَرُ والذَّفَرُ والزِّناءُ والتولدُ مِنْهُ: عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ، ....

قالوا: والصحيح: رواية «الأصل» و«الجامع»؛ من اشتراط العود في يد المشتري.

وقيل: يشترط العود كما في الإباق.

والحاصل: أن المشايخ اختلفوا في الجنون على ثلاثة أقوال:

قيل: إنه كالإباق، والبول في الفراش.. فلا بد من المعاودة في يد المشتري، واتحاد الحالين كما في الإباق وهو قول أبي بكر الإسكاف.

وقيل: المعاودة ليس بشرط فيه؛ نظراً إلى قول محمد في «الجامع الصغير»: إن الجنون عيب لازم أبداً؛ فإذا جن في يد البائع.. كفى للرد؛ لبقاء أثره في الجملة، واختاره الفقيه أبو الليث، والحلواني، وشيخ الإسلام.

وعامة المشايخ: على اشتراط المعاودة في يد المشتري وإن لم يتحد الحالان؛ لأن الله تعالى قادر على إزالته بالكلية؛ بإزالة سببه وإن قل ما يزول؛ فإذا لم يعاوده.. جاز كون البيع صدر بعد إزالة الله تعالى هذا الداء وزال العيب.. فلا يرد بلا تحقق قيام العيب.. فلا بد له من المعاودة للرد.

وليس معنى قول محمد في «الجامع الصغير»: «أبداً»: أنه لا يشترط المعاودة، بل معناه: أن سبب الجنون في حال الصغر والكبر متحد أبداً، وهو: فساد الباطن.

(والبخر): نتن رائحة الفم.

(والذفر): نتن رائحة الإبط؛ وهو: بالذال المعجمة المهملة المفتوحة.

(والزناء والتولد [١/٥١] **منه)** أي من الزنا: **(عيب في الجارية)**؛ لإخلال المقصود منها؛ إذ قد يكون المقصود منها: الاستفراش، وطلب الولد؛ والطبع يأبى من الاستيلاد ممّن يتصف بهذه الأوصاف، والولد يعيّر بزنا أمّه.

وكذا الحبل.. عيب في الجارية؛ لكونه منقصاً فيها دون البهائم.

والمرجع في الحبل إلى النساء، على ما في «البحر» وغيره.

لَا فِي الغُلَامِ.

إِلَّا أَن يكونَ من دَاءٍ.

(لا في الغلام)؛ لعدم إخلال المقصود منه؛ لأن المقصود منه الاستخدام؛ وذا لا يخلّ بذلك.

(إلا أن يكون من داء).... فحينئذٍ.. يكون عيباً فيه أيضاً، أو إلا أن يتكرر الزنا منه؛ فإنه حينئذ يصير عادة ويحتاج إلى اتباعهن، وذلك يخلّ بالخدمة، ففي هذا الاستثناء ما لا يخفى من المناقشة؛ لأنه لا يستقيم بالنظر إلى الزنا والتولد منه، فالأولى: ما في «الهداية»: حيث قال: والزنا عيب في الجارية دون الغلام، إلا أن يكون الزنا عادة له. انتهى.

ولا يخفى عليك أن هذا لا يستقيم أيضاً بالنسبة إلى ولد الزنا.

وعن أبي حنيفة: أن الزنا ليس عيباً في الجارية أيضاً، إلا أن يفحش، فيكون عيباً فيها دونه.

وقيل: إذا كان الغلام أمرد.. يكون البخر عيباً فيه؛ والصحيح: أنه لا فرق بين كونه أمرد أو غيره، كذا في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: إن المراد بالبخر الذي يكون عيباً هو: النتن الناشئ من تغير المعدة، دون ما يكون لفلج في الأسنان؛ فإن ذلك يزول بتنظيفها.

ولم يذكر محمد اللواطة بالجارية والغلام، قال في «القنية» و«الفصولين»: لو اشترى عبداً يعمل به عمل قوم لوط؛ فإن كان مجاناً.. فهو عيب؛ لأنه دليل الأبنة، وإن كان بأجر.. فلا.

بخلاف الجارية.. فإنه يكون عيباً فيها كيفما كان؛ لأنه يفسد الفراش.

وفيها أيضاً: لو اشترى حماراً ذكراً تعلوه الحمر ويأتونه في دبره؟! قال: وقعت هذه ببخارى فلم يستقر فيها جواب الأئمة.

وقال عبد الملك النسفي: إن طاوع.. فعيب، وإلا .. فلا، وقيل: عيب.

والاستحاضةُ عَيبٌ، وَكَذَا عَدَمُ حيضِ بنتِ سبعَ عشْرَةَ سنةً ....

(والاستحاضة عيب.

وكذا عدم حيض بنت سبع عشر سنة)؛ لأن استمرار الدم وانقطاعه في أوانه علامة الداء في الباطن، فكان كل من الاستمرار، والانقطاع في أوانه دليلاً على الداء.

والداء عيب، فكذا ما يدل على عيب، فكان حقيقة التعيب فيهما بالداء المدلول عليه، ولذا قالوا: إنه إذا أراد أن يرد بعيب الاستمرار، والانقطاع.. لا بد أن يدعي أنّ استمرار دمها لحبل بها، أو لداء بها، أو انقطع دمها لحبل، أو لداء بها.

وأما إذا ادعى الاستمرار والانقطاع بدون انضمام الحبل أو الداء.. لا تسمع دعواه؛ لأنهما بدون الحبل أو الداء لا يعدّ عيباً، وإنما يعد عيباً بهذين السببين؛ [٥١/ب].

ولذا قالوا في «قاضي خان»: ولو اشترى جارية وقبضها، ثم قال: إنها لا تحيض، قال محمد بن الفضل: لا تسمع دعوى المشتري، إلا أن يدعي ارتفاع الحيض بالحبل، أو بسبب الداء؛ فإن ادعى سبب الحبل.. تسمع دعواه، ويريها القاضي النساء؛ إن قلن: هي حبلى.. يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده، وإن قلن: هي ليست بحبلى.. فلا يمين على البائع.

وفي دعوى الحبل: يرجع إلى النساء.

وفي معرفة داء في باطنها: إلى الأطباء.

ثم في الداء يردّ بشهادة رجلين إذا شهدا أنه قديم.

وأما الحبل ثبت بقول النساء في حق الخصومة، ولا يرد بشهادتهن. انتهى.

إذ المرجع في الحبل: إلى قول النساء، وفي الداء: إلى قول الأطباء.

ويكتفى بقول واحدة من النساء في حق الخصومة والدعوى، لا في حق الردّ.

لَا أقلَّ، وَيُعرف ذلك بقولِ الأمةِ، فَتردُّ إِذا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ البَائِعِ قبَل القَبْضِ وَبعدَهُ، هُوَ الصَّحِيحُ.

وكذا يكتفى بقول طبيب واحد عدل في المرض الباطن، ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة، على ما نصّ عليه في «الكافي»، وأبو المعين في «شرح الجامع الكبير».

وفي «فتح القدير»: وهو أوجه؛ لأنه لتوجه الخصومة لا للرد.

وذكر قبله: لا يثبت العيب بقول الأطباء؛ حتى تسمع الخصومة، إلّا أن يتفق منهم عدلان، بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه إلا النساء.. فإنه يقبل في توجيه الخصومة قول امرأة واحدة، **(لا أقلّ)** من تلك المدة، هذا عند أبي حنيفة؛ لأن أقصى مدة البلوغ عنده سبعة عشر سنة؛ فعدم الدم فيما دونها لا يعدّ عيباً؛ لاحتمال صغرها، وكذا انقطاعه في سنّ الإياس لا يعدّ عيباً.

وعندهما: أقصى مدة البلوغ: خمسة عشر سنة.

(ويعرف ذلك)؛ أي استمرار الدم وانقطاعه بعد المدة المذكورة: **(بقول الأمة؛ فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض، وبعده، هو الصحيح)**.

يعني: إذا ادعى المشتري ذلك وأنكره البائع.. لا يرد عليه بمجرد قول الأمة وحدها، بل لا بد من مؤيد بقولها فيستحلف البائع؛ فإن نكل.. ترد عليه بنكوله قبل القبض وبعده في ظاهر الرواية، وهو الصحيح.

قيل: هذا احتراز عمّا قال أبو يوسف: إنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة بلا يمين البائع؛ لضعف العقد قبل القبض.

وعنه أيضاً: أنها ترد قبل القبض بقولها بلا يمين البائع، بلا قضاء و لا رضاء.

وعما قال محمد: إذا كانت الخصومة قبل القبض.. يفسخ بقول النساء.

وجه الصحيح: أن شهادتهن حجة ضعيفة، فلا يحكم بها إلا بمؤيد، وهو: نكول البائع عند عدم بينة المدعي.

واعترض عليه: بأن ما قال أبو يوسف ومحمد إنما هو في دعوى [٥٢/أ] البكارة، والرتق، والقرن، لا في دعوى انقطاع الحيض، وقياس هذا على ذاك غير صحيح؛ إذ لا تعرف البكارة، والقرن، والرتق إلا من النساء، فيقبل قولهن فيها، بخلاف دعوى انقطاع الحيض؛ لأن قول النساء غير معتبر فيها كيف وقد ذكروا: أن الشهادة على الانقطاع الكائن عيباً.. لا تقبل؛ إذ لا يطلع عليه.

ثم ههنا كلام لا بد من ذكره، وهو: أنه ذكر في «النهاية» في صورة الخصومة في انقطاع الحيض: أن المشتري إذا ادّعى انقطاع الحيض.. فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع؛ فإن ذكر مدة قصيرة.. لا تسمع دعواه، وإن ذكر مدة مديدة.. سمعت.

والمدة المديدة: على ما روي عن أبي يوسف: مقدرة بثلاثة أشهر.

وعلى ما روي عن محمد: بأربعة أشهر وعشرة أيام.

وعلى ما روي عن أبي حنيفة وزفر: بسنتين.

وما دون المديدة: قصيرة.

فإن كان القاضي مجتهداً.. أخذ بما أدّى إليه اجتهاده، وإلّا.. أخذ بما اتفق عليه أصحابنا، وهو سنتان.

وإذا سمع الدعوى.. سأل البائع: أهي كما ادعى المشتري؟ فإن قال: نعم.. ردّها على البائع بالتماس المشتري؛ وإن قال: هي كذلك عنده وما كانت كذلك عندي.. توجهت الخصومة؛ فإن طلب المشتري يمين البائع.. يحلف البائع؛ فإن حلف.. برئ، وإن نكل.. ردّت عليه.

وإن شهد للمشتري شهود.. لا تقبل شهادتهم على الانقطاع، وتقبل على الاستحاضة؛ لأنها مما يمكن الاطلاع عليه، ولا يمكن على الانقطاع الذي يعدّ عيباً.

وإن أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف؟

عند أبي حنيفة: لا.

وعندهما: يستحلف.

وهكذا ذكره في «الزيلعي» أيضاً.

وهذا مخالف لما ذكره «قاضي خان»: اشترى جارية فقبضها، فلم تحض عند المشتري شهراً، أو أربعين يوماً.. قال القاضي الإمام: ارتفاع الحيض عيب، وأدناه: شهر واحد؛ إذا ارتفع هذا القدر عند المشتري.. كان له أن يرده؛ إذا ثبت أنه كان عند البائع. انتهى.

وهذا كما ترى: لا يشترط ثلاثة أشهر، ولا أربعة أشهر وعشراً، ولا سنتين؛ كما اشترط فيما ذكر في «النهاية» و«الزيلعي».

قال في «فتح القدير»: ينبغي أن يعول على ما ذكره «قاضي خان» من عدم اشتراط المدة المذكورة في حق الانقطاع.

وإنما المدة المذكورة على الخلاف الذي ذكر في استبراء ممتدة الطهر؛ فعند أبي حنيفة وزفر: سنتان.

وعند أبي يوسف: ثلاثة أشهر.

وعند محمد: أربعة أشهر وعشر.

وفي رواية عن محمد: شهران وخمسة أيام. وعليه الفتوى.

والرواية هناك ـ أي في استبراء ممتدة الطهر ـ ليست واردة هنا [٥٢/ب]؛ لأن الحكم في الاستبراء ذلك الاعتبار؛ فإن الوطء ممنوع شرعاً إلى الحيضة؛ لاحتمال الحبل، فقدره أبو حنيفة وزفر بسنتين؛ لأنه أكثر مدة الحمل؛ فإذا مضتا.. ظهر انتفاؤه، فجاز وطؤها.

وقدره محمد بأربعة أشهر وعشر؛ اعتباراً بمدة المتوفى عنها زوجها، ولأن فيها يظهر الحبل غالباً.

وقدّره أبو يوسف بثلاثة أشهر؛ اعتباراً بمدة المرأة التي لا تحيض.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإن الحكم ليس فيه؛ إلا كون امتداد الانقطاع عيباً.. فلا يتجه إناطته بسنتين، أو غيرها من المدة المذكورة؛ لأن كونه عيباً: باعتبار كونه يؤدي إلى الداء وطريقاً إليه، وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكر، وبهذا ظهر: أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للردّ به إلى تعيين أنه عن حبل، أو داء في الدعوى؛ على ما زعموا به، وقد ذكرناه آنفاً؛ فإن كونه عيباً باعتبار كونه مفضياً إلى الداء؛ لأنه لا يكون إلا عن داء يتقدم عليه؛ فلذا لم يتعرض «قاضي خان» في المسألة السابقة آنفاً إلى اشتراط كون الانقطاع عن أحدهما، بل إذا ادعى الانقطاع في أوانه.. فقد ادعى العيب، ويكفي شهر واحد؛ فإن به يتحقق الانقطاع في أوانه، وهو عيب؛ لأنه إن كان في الواقع مسبباً عن داء.. فهو عيب، أو طريقاً إليه.. فكذلك، فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط.

قال في «فتح القدير»: وهو الذي يجب أن يعوّل عليه، وهذا هو الظاهر من ظاهر قول المصنف؛ حيث قال: ويعرف ذلك بقول الأمة.

وكذا قال في «الهداية» وغيرها؛ فإنه لو شرط لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى عيب الانقطاع.. لم يتصور أن يثبت بقول الأمة حين توجه اليمين على البائع، بل لا يرجع إلّا إلى قول الأطباء والنساء، فترتيب الخصومة على ما هو الظاهر من قول المصنف و«الهداية» و«قاضي خان»: أن يدعي المشتري الانقطاع في الحال، ووجوده عند البائع؛ فإن اعترف البائع بها.. ردت عليه؛ وأن أنكر وجوده عنده، واعترف بالانقطاع في الحال.. استخبرت الجارية؛ فإن ذكرت أنها منقطعة.. اتجهت الخصومة، فيحلفه بالله ما وجد عنده؛ فإن نكل.. ردت عليه، وهذا معنى قول المصنف: «فترد إذا انضم إليه نكول البائع».

ولو اعترف بوجوده عنده، وأنكر الانقطاع في الحال، فاستخبرت الأمة فأنكرت الانقطاع، والحال: أنه لا يقبل عليه بينة المشتري؛ لعدم إمكان الاطلاع عليه؛ على ما تقدم آنفاً.. فهل يحلف البائع؟

وَالْكُفْرُ عيبٌ فيهمَا،..

فعلى ما ذكرنا من «النهاية»: إنه لا يحلف عند أبي حنيفة، ويحلِف [٥٣/أ] عندهما على العلم بالله ما يعلم أنها منقطعة عند المشتري.

فإن نكل.. اتجهت الخصومة.

وإن حلف.. تعذرت.

وفي «فتح القدير»: ولعمري، فلا يحلف لذلك إلا وهو بار في يمينه؛ ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض، ولعل ما ذكره صاحب «النهاية» مبني على ما ذكره في صورة الخصومة، من اشتراط دعوى: أن الانقطاع من حبل أو داء.

(**والكفر عيب فيهما**) أي في الجارية والغلام؛ لأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية، وذلك يؤدي إلى قلة الرغبة، وهي تؤثر في نقصان الثمن، فيكون عيباً، ولأنه يمنع عن صرفه في كفارة القتل بالاتفاق، وعن كفارتي الظهار واليمين عند بعض العلماء، فتخيل الرغبة، فيكون عيباً، وفي إلزامه به غاية الإضرار بالمشتري.

ولو اشتراه على أنه مسلم فوجده كافراً.. يرده، ولو بالعكس.. لا يرده؛ لأنه زائل العيب؛ وزوال العيب ليس بعيب؛ كما إذا اشترى معيباً فوجده سالماً.

والنكاح عيب فيهما على ما صرحوا به.

وكذا الشرب عيب فيهما إذا أعلن وأدمن، وإلا.. فلا، على ما في «الفصولين».

وفي «فتح القدير»: ومن العيوب: عدم الختان في الغلام، والجارية المولودين البالغين؛ بخلافهما في الصغيرين.

وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً.

وفي «قاضي خان»: وهذا عندهم؛ يعني عدم الختان في الجارية المولدة؛ أما عندنا: عدم الخفض في الجواري.. لا يكون عيباً.

وَكَذَا الثيبُ وَالدَّين والسعالُ القَدِيم، وَالشعرُ وَالْمَاءُ فِي العين.

(وكذا الثيب) عيب في الجارية؛ لإخلاله في المالية؛ فلو اشترى على أنها بكر، فوجدها ثيباً.. ترد.

(والدين)؛ لأن ماليته مشغولة به، والغرماء يقدمون على المولى؛ سواء كان الدين للغلام، أو للجارية، ومطالباً به في الحال، أو بعد العتق.

أما الأول: فظاهر.

وأما الثاني: فلتضرر المولى بنقصان ميراثه من حيث كان وارثاً.

وقال الشافعي: الدين المعلق إلى ما بعد العتق.. ليس بعيب، واستحسنه بعض مشايخنا.

والحجة عليه: ما ذكرناه.

(والسعال القديم): وهو ما كان عن داء؛ أما المعتاد.. فلا؛ على ما في «فتح القدير».

(والشعر والماء في العين)، وكذا غيرهما من أمراض العين؛ لأنها تورث العمى وضعف البصر.. فيخل المقصود.

واعلم: أنه ذكر أولاً ضابطة للعيب، ثم ذكر عدداً منه، ولنزد عليه زيادة للفائدة؛ فالعيوب على أقسام:

الأول: ما يكون ظاهراً معايناً يراه كل أحد؛ كالعور، والشلل، والصمم، والخرس، والعرج، والسن الساقط، والسن السوداء، والزائدة، والإصبع الزائدة، والناقصة [٥٣/ب]، والشدق، والقروح، والأمراض الظاهرة كلها، وسواد الظفر، والعسير الذي لا يستطيع العمل بيمينه، والثؤلول والخال، إذا كانا في موضع يستقبحان؛ وإلا.. فلا يكون عيباً؛ نحو أن يكون تحت الإبط أو والركبة.

وأما على الأنف.. فعيب.

والصهوبة في الشعر: عيب.

والشمط: عيب؛ وهو: أن يكون بعض شعر الرأس أو اللحية أبيض والبعض أسود في غير أوانه.

والحرن في الدابة: عيب؛ وهو: أن تقف ولا تنقاد.

والجموح: عيب أيضاً؛ وهو: أن لا تقف عند الإلجام.

وخلع الرأس: عيب؛ وهو: أن يخلع اللجام والعذار من الرأس.

وبل المخلاة إذا كان ينقص الثمن؛ وهو: أن يبل المخلاة من ماء فمه.. إلى غير ذلك.

وفي غير الحيوان: كالهشم في الأواني، والحرق والعفونة في الثياب، والنز والسبخ في الأرض؛ فإذا لم يعلم بها المشتري، وعلمها بعد البيع.. فله أن يرده إذا كان لا يحدث مثله في تلك المدة، إلا أن يدعي البائع البراءة، أو رضي المشتري به وهو ينكر.. فحينئذٍ لا يرده؛ ما لم تقم البينة على ذلك، أو يحلف المشتري، وإن كان مما يحدث مثله في تلك المدة.. فالقول للبائع؛ أن العيب لم يكن عنده مع يمينه إن لم يقم المدعي البينة.

القسم الثاني: ما لا يعرفه إلا الأطباء؛ كالداء، والسل، والحمى القديمة، والداء في الجوف الذي لا يصل إليه إلا الأطباء.. فعلى القاضي أن يريه واحداً من الأطباء. قيّدها في «فتح القدير» بكونها حذاقاً مسلمين، والاثنان أحوط.

وفي «القنية»: اختلفا في كون القرحة قديمة، فشهد البصراء من الأطباء: أنها لا تحدث مثلها في المدة التي قبضها المشتري منه.. تقبل شهادتهم ويرد. انتهى.

القسم الثالث: ما لا يعرفه إلا النساء، وهو في موضع لا يطلع عليه الرجال.. فعلى القاضي أن يريه حرة عدلة، والاثنتان أحوط.

القسم الرابع: ما يعرف بالإخبار؛ كالإباق، والسرقة، والزنا، والبول في الفراش، والنكاح، والشرب في الغلام والأمة، والجنون.. لا يسمع خصومة المشتري ما لم يقم البينة على العيب عنده.

وهل يشترط المعاودة في يد المشتري في صحة الدعوى؟

ففي «الخلاصة»: لا ذكر لها في الكتب المشهورة، وذكر في كتاب «الآحاد»: أنه يشترط المعاودة في يد المشتري في جميع العيوب إلا في الزنا، قال: وهذه رواية محمد، قال: وفي «الإملاء»: قال أبو يوسف: وكذا الجنون على المختار.

وكذا ولادة الجارية، وتولد الرقيق من الزنا: لا يشترط المعاودة في يد [٥٤/أ] المشتري.

وفيها أيضاً عن «شرح الطحاوي»: ظهور العيب شرط لصحة الخصومة؛ ولظهوره أسباب، يظهر بعضه بالمشاهدة، وبعضه يظهر بقول الأطباء، وبعضه يظهر بقول النساء، وبعضه يظهر بالإخبار.. ففي كلٍّ من هذه الأقسام الأربعة: لا بد من ظهور العيب لصحة الدعوى، وقد استوفينا صورة الدعوى وطريق الرد في كل من الأقسام الثلاثة الأول آنفاً، وفيما قبل عند شرح الضابطة.

ولنذكر ههنا صورة الدعوى وطريق الرد في القسم الرابع: فقال في «الخلاصة»:

لو أن المشتري إذا جاء بقول: وجدته آبقاً، أو يبول في الفراش، أو وجدته سارقاً؛ وقد كان وجد ذلك عند البائع بعد البلوغ.. لا يخلو؛ إما أن يقر البائع بالأمرين جميعاً، أو ينكر الأمرين جميعاً، أو أقر بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشتري، أو أقر وجوده عند المشتري وأنكر وجوده عنده.

فإن أقر بالأمرين جميعاً.. له أن يرده على البائع، وإن أنكر الأمرين جميعاً.. لا يصح خصومة المشتري، إلا إذا أقام البينة على وجوده.. فحينئذٍ صحت الخصومة،

ثم يحتاج إلى إقامة البينة على وجوده عند البائع بعد البلوغ؛ فإن أقام البينة.. يرد عليه، وإن عجز عن إقامة البينة على وجوده عند البائع.. فله أن يحلف البائع على البات بالله: لقد باع وسلم وما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال.

وفي السرقة والبول في الفراش كذلك.

وفي الجنون: يحلف بالله ما جن قط، ولو عجز عن إقامة البينة على وجوده عنده وعند البائع.. لا تصح الخصومة، وله أن يحلف البائع على العلم بإظهار العيب بالله ما تعلم أنه وجد ذلك عند المشتري؛ فإن حلف.. لم يظهر العيب، ولا تصح الخصومة من المشتري، وإن نكل.. ظهر العيب وصحت خصومة المشتري، ثم يحلف ثانياً على البتات بالله: لقد باع وسلّم وما وجد ذلك عنده منذ بلغ مبلغ الرجال.

وفي الجنون: ما جن قطّ.

ولو أقر البائع بوجوده عنده، وأنكر وجوده عند المشتري.. ليس له حق الرد حتى يظهر وجوده عنده؛ إما بإقامة البينة، أو بتحليف البائع على العلم.

وإذا أقر بوجوده عند المشتري، وأنكر وجوده عنده.. صحت خصومة المشتري، فيحلف البائع على البتات بالله: لقد باع وسلّم وما وجد ذلك منه مذ بلغ مبلغ الرجال.

وفي الجنون: ما جن قطّ؛ هكذا ذكره، وقال: الكل في «شرح الطحاوي».

والحاصل: أن البائع لا يحلف للرد يمين البتات حتى يثبت العيب المدَّعى؛ إما بالبينة أو بتحليف [٥٤/ب] البائع على العلم، ولم يذكر خلافاً في التحليف على العلم، وقد ذكروا فيه خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه؛ فعند أبي حنيفة: لا يحلف على العلم على قيام العيب في الحال، وعندهما: يحلف.

وهل يرده بالقضاء؟

فَإِن ظهر عَيْبٌ قديم عِنْد المُشْتَرِي آخر.. رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ؛ كَثوبٍ شراهُ فَقَطَعه فَاطَّلَع على عيب.

وَلَيْسَ لَهُ الردُّ ....

ففي «الخلاصة»: رجل باع جارية وسلمها إلى المشتري، ثم وجد المشتري بها عيباً، فأراد أن يردها على البائع.. كان للبائع أن لا يقبل الرد بغير قضاء وإن كان يعلم بالعيب؛ لأنه لو قبلها بغير قضاء.. لا يكون له أن يردها على بائعه. انتهى.

(**وإن ظهر عيب قديم**) كان عند البائع بعدما حدث (**عند المشتري**) عيب آخر بآفة سماوية أو غيرها.. (**رجع بالنقصان**) الحاصل من العيب القديم؛ بأن يقوم المبيع سالماً عن العيب القديم ومعيباً به؛ فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو نحوها.. يرجع به.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى».

وتفسير النقصان بالعيب: أنه يقوَّم وبه العيب، ثم ينظر كم انتقص من قيمته لأجل العيب؛ إن كان النقصان قدر عُشر القيمة.. فحصة العيب عشر الثمن، وإن كان ربعها.. فربع الثمن.

ولو كان بيع مقايضة؛ فإذا انتقص قدر عشر قيمة المبيع.. يرجع بعشر ما جعل ثمناً من العروض.

والمفهوم: لا بد أن يكون اثنين يخبران بلفظة الشهادة بحضرة البائع والمشتري.

والمفهوم: من يكون أهلاً في كل حرفة. انتهى.

(**كثوب شراه فقطعه فاطلع على عيب**)؛ فإنه يرجع بنقصان العيب على الوجه الذي ذكرناه؛ لامتناع الرد بعيب القطع الحادث.

(**وليس له الرد**)؛ لأن في الرد قبل الرضاء إضراراً بالبائع؛ لخروج المبيع عن ملكه سليماً من العيب الحادث؛ وعوده معيباً إضرار له، ولا بد من دفعه عنه، والرجوع بالنقصان: طريق صالح للدفع.. فتعين مدفعاً.

إِلَّا أَن يرضى البَائِعُ بِأَخْذِهِ كَذَلِك فَلهُ ذَلِك، حَتَّى لَو بَاعه المُشْتَرِي.. سَقَطَ رُجُوعُه.

ثم إذا زال العيب الجديد بعد الرجوع بالنقصان.. فهل له أن يرد المعيب مع النقصان؟

ففيه اختلاف ذكره في «القنية».

قيل: له ذلك.

وقيل: لا.

وقيل: إذا كان بدل النقصان قائماً.. له ذلك، وإلّا.. فلا.

(**إلا أن يرضى البائع بأخذه كذلك**) أي بالعيب الحادث (.. **فله ذلك**) أي الرد؛ لأنه رضي بالضرر، والرضاء: إسقاط لحقه.

فإن قيل: إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فكيف يرجع بالنقصان؟

أجيب: بأنها صارت مقصودة بالتناول، فكان لها حصة من الثمن.

(**حتى لو باعه المشتري**) أي: بعدما قطعه قبل الخياطة، ثم علم بالعيب (.. **سقط رجوعه**) بالنقصان؛ لأن للبائع أن يقول: كنت أقبله كذلك؛ لأن أخذه كذلك لم يمتنع عليه، فلم يكن الرد ممتنعاً برضى البائع، فكان [٥٥/أ] المشتري بالبيع حابساً المبيع، وبذلك يسقط حق الرجوع بالنقصان.

والأصل فيه: أن تعذر الرد متى كان بصنع من جهة المشتري.. سقط حق الرجوع بالنقصان، ومتى كان لا بصنع من جهة المشتري.. لا يسقط حقه في الرجوع.

كما إذا باع الجارية بعدما وطئها.. فإنه بطل حقه في الرجوع بالعيب؛ لأن للبائع أن يقول: أقبلها بعد وطئه، فتعذُّر الرد كان بصنعه، بخلاف ما إذا وطئها غير المشتري، ثم باعها المشتري بعدما علم بالعيب بها.. له أن يرجع بالنقصان.

فَإِن خاطَ الثَّوْبَ أَو صبغَهُ أَحْمَرَ، أَو لتَّ السويقَ بِسمنٍ، ثُمَّ ظهرَ عَيبُه.. رَجَعَ بنقصانه، وَلَيْسَ لبَائِعه أَن يَأْخُذَهُ، ....

(**فإن خاط الثوب**) بعدما قطعه (**أو صبغه أحمر**)، قيد به ليكون الزيادة في المبيع اتفاقياً؛ وإلا .. فالجواب في صبغه أسود كذلك عند الإمامين؛ لأن السواد عندهما زيادة؛ كالحمرة والصفرة.

(**أو لتّ السويق بسمن، ثم ظهر عيبه.. رجع بنقصانه، وليس لبائعه أن يأخذه**)؛ أي: ليس له أن يقول: أنا آخذه كذلك؛ لامتناع الرد عليه بسبب الزيادة، فتعين الرجوع بالنقصان؛ دفعاً للضرر.

فإن قيل: هذا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع؛ كالسمن والجمال.. فإنها لا تمنع الرد بالعيب.

قلنا: إن فسخ العقد ههنا ممكن في الزيادة تبعاً للأصل؛ لأنها تمحضت تبعاً للأصل باعتبار التولد منه، بخلاف الصبغ والخياطة ونحوها.

واعلم: أن الزيادة؛ إما متصلة أو منفصلة، وكل منهما: إما متولدة من المبيع، أو غير متولدة.

فالمتصلة المتولدة.. لا تمنع الرد في ظاهر الرواية.

وغير المتولدة.. تمنع بالاتفاق.

وكذا المنفصلة المتولدة.. تمنع بالاتفاق.

وغير المتولدة.. لا تمنع، لكن طريق ذلك: أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلّم الزيادة للمشتري مجاناً.

وتفصيله على ما ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن «شرح الطحاوي»: المشتري إذا وجد بالمشترى عيباً ما، ازداد المشترى؛ لا يخلو: إما إن كانت الزيادة متولدة من الأصل، أو غير متولدة، ولا يخلو: إما أن كان حدوثها قبل القبض أو بعد القبض.

فإن كان قبل القبض والزيادة متصلة متولدة من الأصل؛ كالكبر والسمن والحسن.. لا يمنع الرد بالعيب.

وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل؛ كالصبغ والغرس والبناء.. صار المشتري قابضاً بإحداث هذه الزيادة، وصارت كأنها حدثت بعد القبض.. فتمنع الرد ويرجع بالنقصان.

ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة؛ كالولد و الثمر واللبن والصوف والأرش والعقر ونحوها.. لا تمنع الرد وهو بالخيار؛ إن شاء.. ردهما، وإن شاء [٥٥/ب].. رضي بهما بجميع الثمن.

ولو لم يجد بالأصل عيباً، لكن وجد بالزيادة عيباً.. ليس له حق رد الزيادة، إلا إذا كان حدوث تلك الزيادة قبل القبض يورث نقصاً في المبيع.. فحينئذٍ له حق الرد؛ لأجل النقصان في المبيع.

ولو قبضها، ثم وجد بالمبيع عيباً والزيادة قائمة.. له حق الرد بالمبيع خاصة بحصته من الثمن بعدما قسم الثمن على قيمة المبيع وقت البيع، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض.

ولو وجد بالزيادة عيباً دون المبيع.. له أن يردها خاصة بحصتها من الثمن؛ لأنه صار لها حصة من الثمن بعد القبض، بخلاف الأول.

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل؛ كالهبة والصدقة والكسب.. لا يمنع الرد؛ فإذا رد.. فالزيادة للمشتري بغير الثمن، ولا تطيب له عند أبي حنيفة، والأصل عنده: أن الزيادة في البيع البات للمشتري؛ تم البيع أو انفسخ.

وفي البيع مع الخيار: موقوف؛ إن تم البيع.. فللمشتري، وإن انفسخ.. فللبائع.

هذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض؛ أما إذا حدثت بعد القبض، ثم اطلع على عيب كان عند البائع؛ إن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل.. منعت الرد

حَتَّى لَو بَاعه بعد رُؤْيَة عَيبِهِ.. لَا يَسْقطُ الرُّجُوعُ.

والفسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويرجع بالنقصان، ولو كانت متصلة غير متولدة من الأصل.. منعت الرد بالإجماع.

ولو كانت منفصلة متولدة من الأصل.. منعت الرد ويرجع بحصة العيب، إلا إذا تراضيا على الرد فصار كبيع جديد.

هذا إذا كانت الزيادة قائمة في يد المشتري؛ فإن كانت هالكة بآفة سماوية.. جعلت كأن لم تكن وله أن يسترد المشترى.

وإن هلكت بفعل المشتري؛ إن شاء البائع.. قبل وردّ جميع الثمن، وإن شاء.. لم يقبل وردّ حصّة العيب؛ سواء كان حدوث الزيادة يورث نقصاناً في الأصل أو لا.

ولو كان الفوات بفعل الأجنبي.. ليس له أن يرد؛ لوجوب الضمان على الأجنبي، وقيام الضمان كقيام العين.

ويرجع بحصة العيب؛ هذه الزيادة المبيع بحدوث عيب آخر عند المشتري.

وأما لو لم يزد فيه ولكنه انتقص بعد القبض؛ فإن كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل المعوقد عليه، أو بفعل المشتري.. ليس له الرد؛ لأنه لو رده بعيبين، بل رجع بالنقصان، إلا إذا رضي البائع.. فحينئذٍ يرد، أو يرضى المشتري بجميع الثمن.

وإن كان النقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع.. يمنع الرد ويرجع بحصة العيب.

(**حتى لو باعه**) أي: لو باع المشتري ما خاطه أو صبغه أو لته (**بعد رؤية عيبه.. لا يسقط الرجوع**) بالنقصان؛ لأن الرد كان [٥٦/أ] ممتنعاً قبل البيع.. فلا يكون المشتري بالبيع حابساً له.

بخلاف ما لو باعه قبل الخياطة والصبغ.. فإنه حينئذ يكون حابساً المبيع، فلا يرجع.

وَلَو أعتقَ بِلَا مَالٍ، أَو دبَّر، أَو استولدَ، ثُمَّ ظهر العَيْبُ.. رَجَعَ.

وَكَذَا إِن ظهرَ بعدَ موتِ المُشْتَرِي.

ومن هذا قالوا: لو اشترى ثوباً وقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه، ثم اطلع على عيب.. لم يرجع بالنقصان؛ لأن التمليك حصل قبل الخياطة؛ لأنه لما قطعه لباساً له.. كان واهباً له وقابضاً لأجله؛ فتمّت الهبة بنفس الإيجاب، فصار حابساً المبيع.. فيمتنع الرجوع.

بخلاف ما لو كان الولد كبيراً.. فإنه يرجع بالنقصان؛ لأن القطع عيب حادث لا يمنع الرجوع بالعيب، وبالخياطة امتنع الرجوع بسبب الزيادة، فبالتمليك والتسليم بعد ذلك.. لا يكون حابساً المبيع؛ لامتناع الرد قبله.

(**ولو أعتق بلا مال، أو دبّر، أو استولد، ثم ظهر العيب.. رجع**) بالنقصان، والقياس: أن لا يرجع، وهو قول الشافعي؛ لأن الامتناع صار بفعله، فكان حابساً كما في القتل.

ووجه الاستحسان: أن الإعتاق إنهاء للملك كالموت؛ لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك، وإنما يثبت الملك فيه بعارض الكفر مؤقتاً إلى وقت الإعتاق، والمؤقت ينتهي بانتهائه، فكان الإعتاق إنهاء له؛ والشيء يتقرر بانتهائه، فصار كأنّ الملك تقرر عند الإعتاق، فيجعل كأن الملك باق حكماً، والرد متعذر.. فيرجع بالنقصان دفعاً للضرر.

والتدبير والاستيلاد: بمنزلة الإعتاق؛ لأنهما وإن لم يزيلا الملك، ولكن النقل إلى ملك البائع تعذر بهما أيضاً.

(**وكذا**)؛ أي: يرجع بالنقصان (**إن ظهر**) العيب القديم (**بعد موت المشترى**) اسم مفعول؛ لأن الملك ينتهي بالموت؛ لامتناع الرد، وفيه إضرار للمشتري بما ليس بفعله، وهو: الموت، فيرجع بالنقصان دفعاً للضرر عنه.

ولو اشترى جارية وغاب البائع، ثم ظهر عيبها، ورفع المشتري الأمر إلى

وَإِن أعتقَ على مَالٍ أَو قُتِلَ.. لَا يَرجعُ بِشَيْء.

وَكَذَا لَو أَكَلَ الطَّعَامَ كُلَّه أَو بعضَه، أَو لبسَ الثَّوْبَ فتخرّقَ.. لَا يرجعُ، خلافاً لَهما.

القاضي وأثبت عنده العيب والشراء، فأخذها القاضي ووضعها على يدي عدل، فماتت في يده وحضر البائع.. ليس للمشتري أن يسترد الثمن من البائع؛ لأن الرد عليه لم يتحقق بذلك؛ لمكان غيبته، فهلك على المشتري، ولكنه يرجع بنقصان العيب؛ دفعاً للضرر، كذا في «العمادي».

وقيل: هذا إذا لم يقض القاضي بالرد على البائع، بل أخذ منه ووضعها عند عدل.

أما إذا قضى عليه بالرد.. ينبغي أن يهلك من مال البائع، ويسترد المشتري الثمن منه؛ بناء على أن القضاء على الغائب نافذ في رواية، واختاره صاحب «الخلاصة».

(**وإن أعتق على مال**) [٥٦/ب] أو كاتبه (**أو قتل.. لا يرجع بشيء**)؛ أما الإعتاق.. فلأنه حبس بدله، وحبس البدل: كحبس المبدل، على ما في «الجامع الصغير».

وكذا الكتابة.

وعن أبي حنيفة: أنه يرجع في الإعتاق على مال؛ لأن الإعتاق إنهاء للملك على ما مر وإن كان بعوض؛ لأن المال ليس بأمر أصلي بدل من العوارض، وأما النقل.. فلأنه لا يوجد إلا مضموناً بالقصاص أو الدية، وإنما سقطا عنه ههنا باعتبار الملك بالشراء، فصار كالمستفيد بالملك عوضاً؛ أعني: سلامة نفسه عن القصاص، وماله عن الدية؛ هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف ـ وقيل محمد معه ـ: أنه يرجع؛ لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي؛ أي: القصاص والدية، فصار كالموت، وفيه الرجوع على ما تقدم، وهذا قول الشافعي وأحمد.

(**وكذا لو أكل الطعام**) الذي اشتراه (**كله أو بعضه، أو لبس الثوب فتحرق.. لا يرجع**)، ولا برد ما بقي عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**) وهو القياس؛ لأنه صنع في

المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه، فأشبه الإعتاق بلا مال، فيرجع بالنقصان.

ولهما في أكل البعض: روايتان؛ في رواية: أنه يرجع لما ذكر، وفي رواية: أنه يرد ما بقي بعد الأكل؛ لأنه لا يضره التبعيض ويرجع فيما أكله.

وفي بيع البعض عنهما روايتان أيضاً؛ في إحداهما: أنه لا يرجع بشيء أصلاً، كما هو قول أبي حنيفة، وفي الأخرى: يرد ما بقي؛ لعدم ضرر التبعيض، ويرجع بالنقصان فيما باع اعتباراً للبعض بالكل.

ولأبي حنيفة: أن الرد تعذر بفعل مضمون عن المشتري في المبيع، وهو: الأكل واللبس مع الخرق؛ كما إذا باع أو قتل، وباعتبار ملكه بالشراء استفادة البراءة عن الضمان.. فذلك بمنزلة عوض سلم له.

والجواب عن قولهما: أنه لا يعتبر بكونه مقصوداً؛ لأن البيع مما يقصد بالشراء أيضاً، ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق، وكذا الهبة مما يقصد بالشراء أيضاً، مع أنها تمنع الرجوع بالنقصان أيضاً.

وفي «الخلاصة»: ولو وهب أو تصدّق به أو استأجر أو صالح بالمبيع عن مال، ثم وجده معيباً.. لا يرجع بالنقصان. انتهى.

والصواب: أو أجر بدل استأجر. تأمل.

وفي الخامس والعشرين من «العمادية»: إذا امتنع الرد بفعل مضمون.. لم يكن للمشتري أن يرجع بنقصان العيب؛ كما إذا خرج المبيع من ملكه ببيع أو هبة، ثم اطلع على عيب.. لم يكن له أن يرجع بنقصان العيب.

والفقه في ذلك: أن المشتري صار ممسكاً؛ لأن البائع يقول: أدها إلي حتى أقبلها، ولو باع بعضها كذلك.. لا يرجع [٥٧/أ] بنقصان العيب فيما باع، ولا يرد ما بقي في قول أصحابنا الثلاثة، ولا يرجع بالنقصان. انتهى.

أقول: والفتوى على رد ما بقي؛ لما في فصل ما يرجع بنقصان العيب: إن

وَإِن شرى بيضاً أَو جَوزاً أَو بطيخاً أَو قِثَّاءَ أَو خِياراً فَكَسرهُ فَوَجَدَهُ فَاسِداً؛ فَإِن كَانَ يُنْتَفع بِهِ.. رَجَعَ بنقصانه، وإِلّا.. فبكلِّ ثمنه.

اشترى طعاماً فباعه، ثم علم أن العيب كان عند البائع.. لا يرجع بنقصان العيب.

وإن باع بعضه، ثم وجد به عيباً؛ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبعض الروايات عن محمد: لا يرد ما بقي، ولا يرجع بنقصان العيب، لا فيما باع، ولا فيما بقي.

وعن محمد في رواية: لا يرجع بنقصان ما باع، أو يرد الباقي بحصته من الثمن.

وبه أخذ الفقيه أبو جعفر والفقيه أبو الليث، وعليه الفتوى.

(وإن اشترى بيضاً أو جوزاً أو بطيخاً أو قثاء) وهي نوع من الفاكهة يشبه الخيار **(أو خياراً)** أو غيرها من الفواكه، **(فكسره)** غير عالم بعيبه ـ لأنه لو كسره بعد علمه بعيبه.. لا شيء له على البائع أصلاً على ما في «الخلاصة»؛ لأن كسره بعد علمه بعيبه: قبول منه ـ **(فوجده فاسداً)**؛ بأن كان منتناً أو مرّاً؛ **(فإن كان ينتفع به)** أي المكسور ، ولو لعلف الدواب **(.. رجع بنقصانه)**، إن لم يتناول منه شيئاً بعدما ذاقه ولم يعلم عيبه حين كسر؛ دفعاً للضرر بقدر الإمكان من الجانبين.

وأما إذا تناوله بعد ذوقه أو كسره عالماً بعيبه.. لم يرجع بشيء على البائع؛ لكونه راضياً.

(وإلا)؛ أي وإن لم يكن المكسور منتفعاً به أصلاً **(.. فبكل ثمنه)**؛ أي: يأخذ كل الثمن؛ لأنه بالكسر تبين أنه ليس بمال، فيكون البيع باطلاً في الكل.

فإن قيل: هذا صحيح في البيض؛ لأن قشره لا قيمة له، وأما الجوز: فربما يكون لقشره قيمة في بعض المواضع يستعمل استعمال الحطب؛ لعزة الحطب، فيجوز أن يكون العقد صحيحاً في القشر بحصته؛ لمصادفته المحل، ويرجع على البائع بحصة اللب، على ما ذهب إليه بعض مشايخنا.

أجيب: بأن المختار أنه لا عبرة لصلاحية القشر أصلاً؛ لأن مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر.

وَلَو وجدَ البَعْضَ فَاسِداً وَهُوَ قَلِيلٌ كالواحدِ والاثنينِ فِي المِائَةِ.. صَحَّ البيع، وإِلّا.. فسدَ وَرجع بِكُل ثمنه.

وَمن بَاعَ مَا شراهُ فَرُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاء بِإِقْرَارٍ، ....

(ولو وجد البعض)؛ أي بعض المبيع المتعدد **(فاسداً وهو قليل، كالواحد والاثنين في المائة.. صح البيع)** استحساناً، وليس له أن يخاصم البائع لأجله؛ لأنه عند الإقدام: قد رضي ما هو المتعارف، ونحو الجوز: لا يخلو عن قليل فساد، وقد رضي به.

وفي «البحر»: القليل: الثلاث وما دونه في المائة، والكثير: ما زاد على الثلاث.

(وإلا) أي: وإن لم يكن الفاسد أقل **(.. فسد)** لبيع؛ لأن للأكثر حكم الكل، **(ورجع بكل ثمنه)** عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز بحصة الصحيح منه، هذا اختيار بعض المشايخ [٥٧/ب] وهو الأصح على ما في «التبيين».

وقال بعض مشايخنا: إنه فسد بالاتفاق؛ لأنه جمع بين المال وغير المال.

والجواب: أن الجمع بينهما إنما يفسد لو كان التفريق يضر بالباقي، وإلا.. فلا.

قلت: إن الفاسد لما لم يكن مالاً، وكان البيع في مال ضمّ إلى ما ليس بمال باطلاً؛ كبيع قن ضمّ إلى حرّ، على ما سيأتي.. لا تفيد عدم ضرر التفريق بالباقي صحته، وإلّا.. لزم صحة البيع في القن الذي ضم إلى الحرّ، فمنه ظهر قوة قول بعض المشايخ.

(ومن باع)؛ أي قبل أن يطلع العيب **(ما شراه فرد عليه بعيب بقضاء بإقرار)**، وذلك بأن يدعي على بائعه؛ وهو المشتري الأول: أنه أقر بالعيب، وأنكره بائعه، فأثبته المدعي بالبينة، كذا ذكره في «الهداية»، وقال في «العناية»: إنما احتيج إلى هذا التأويل؛ لأنه إذا لم ينكر إقراره.. لا يكون الرد محتاجاً إلى القضاء، بل يرد عليه بإقراره بالعيب، وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه؛ لأنه كالإقالة، ويرده ما في

أَو نُكُولٍ، أَو بَيِّنَةٍ.. رَدّه على بَائِعه.

«الفصولين»: حيث قال: لا حاجة إلى هذا التأويل؛ لأنه يمكن أن لا ينكر إقراره، مع أنه لا يرضى بالرد، فيرد بحكم القاضي.. فلا يكون بيعاً في حقّ بائعه؛ لعدم الرضاء؛ كما في وكيل البيع إذا ردّ القاضي بإقراره، بخلاف ردّه بإقراره بلا حكم.. فإنه بيع في حق الثالث. انتهى.

(**أو نكول**) عن يمين عن إنكار العيب، (**أو بينة**) على وجود العيب (.. **رده على بائعه**)؛ إذا ثبت أن العيب كان عند البائع الأول، كذا في «شرح المجمع».

وذلك؛ لأن الرد بالقضاء: فسخ للعقد من الأصل، فجعل البيع الثاني كأن لم يكن، والبيع الأول باق.. فله الرد على بائعه.

وكذا الوكيل بالبيع؛ فإنه لو رده عليه المبيع بعيب بالبينة.. فهو رد على الموكل، ولا حاجة للوكيل إلى الخصومة مع موكله؛ لأن البيع هنا بيع واحد، فرده على الوكيل: ردّ بعينه على الموكل، على ما سيأتي تفصيله في باب الوكيل بالبيع.

ثم ما ذكره المصنف هو المشهور من الرواية عند محمد أنه لا يرده على بائعه إن رد عليه ببينة؛ لأنه أنكر قيام العيب به إقراراً منه على أنه سليم من العيب؛ فلو كان له الرد.. لكان مناقضاً.

وأجيب عنه: بأنه قد صار مكذباً شرعاً، فيبطل إقراره.. فلا تناقض.

وفي «الحقائق»: أن موضع الخلاف دعوى وجود العيب عند البائع الأول؛ إذ لو أقام المشتري الثاني بينة، على أن العيب كان عند المشتري الأول.. ليس له أن يخاصم بائعه بالاتفاق؛ للتناقض.

فإن قيل: إنه لما باشر سبب الفسخ ـ وهو النكول أو الإقرار بالعيب ـ كان راضياً بالمسبب في الرد عليه بالنكول أو الإقرار بالعيب.. لا يلزم الرد على بائعه على ما هو مذهب زفر.

وَلَو قَبلَه بِرِضَاهُ.. لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ.

قلنا: [١/٥٨] المسألة مفروضة فيما إذا أقر بالعيب وأبى عن القبول، فرد عليه القاضي جبراً.. فالفسخ يثبت جبراً بقضاء القاضي، لا بإقراره، ولا بنكوله، فينفذ قضاؤه في حق الكافة، فكان له أن يرده على بائعه؛ لأنه لما فسخ العقد جبراً.. عاد إليه قديم ملكه، فصار كأنه لم يخرج عن ملكه.

فإن قيل: قد ثبت أنه: لو باع أمته الحبلى وسلّمها، ثم ردت بعيب بقضاء، ثم ولدت فادعاه أبو البائع.. لم تصح دعوته.

وأنه: لو أحال البائع غريمه على المشتري بالثمن، ثم رد المبيع بعيب بقضاء.. لم تبطل الحوالة.

وأنه: لو باع عقاراً فرد بعيب بقضاء.. لم يبطل حق الشفعة للشفيع، على ما صرح به في «الزيلعي» وغيره.

فلو كان القضاء فسخاً من الأصل.. لزم أن تصح دعوة الأب، وأن تبطل الحوالة والشفعة.

أجيب عنه: بأن حكم الفسخ إنما يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى، ودعوة الأب وبراءة ذمة المحيل وثبوت الشفعة: مما يثبت قبل الفسخ بالبيع وبالحوالة.. فلا يسقط بالفسخ بعده، ألا ترى أن الواهب إذا رجع في الهبة.. كان فسخاً في حق ما يستقبل من الأحكام لا في حق ما مضى، حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين.

ولو وهب داراً وسلمها، فبيعت دار بجنبلها فأخذها الموهوب له بالشفعة ثم رجع الواهب عن الهبة.. لم يكن له أخذ الدار المشفوعة بالشفعة؛ على ما في «فتح القدير».

(**ولو قبله برضاه**)؛ أي: ولو رد عليه بعيب قبل القضاء برضاه (.. **لا يرده عليه**)؛ أي: على بائعه؛ لأنه إقالة حكماً، وهو بيع جديد في حق ثالث، وإن كان فسخاً في

حقهما، والثالث هنا: هو البائع الأول، فصار كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني، ولو اشتراه المشتري الأول من المشتري الثاني ـ لم يكن له أن يرده على البائع الأول.. فلا خصومة، فكذا هذا.

وهذا إذا كان الرد على المشتري الأول بعد قبض المشتري الثاني؛ أما إذا كان قبل القبض.. فلا فرق بين ما كان الرد بقضاء أو بغيره؛ لأن الرد قبل القبض بالعيب.. فسخ في حق الكل، سواء كان بقضاء أو برضاء، فصار كالرد بخيار الشرط، أو بخيار الرؤية؛ في عدم التوقف في الفسخ على قضاء القاضي.

وأشار بإطلاقه: **إلى أن العيب الذي لا يحدث مثله في مدة كونه في ملك المشتري الأول** إلى رد المشتري الثاني؛ كالإصبع الزائدة أو الناقصة، **والذي يحدث مثله في تلك المدة**؛ كالقروح والأمراض.. **سواء في الرد على البائع الأول في الفسخ بالقضاء، وفي عدم الرد عليه في القبول بالرضاء بلا قضاء**، وهو المذكور [٥٨/ب] في عامة الروايات.

قالوا: وهو الأصح.

وذكر في بعض روايات البيوع من «الأصل»: أن العيب إذا كان مما لا يحدث مثله، وقد ردّه بالتراضي.. فله أن يرده على بائعه؛ للتيقن بوجوده في يد البائع.

ثم قيل: ينبغي أن يكون هذا في غير العقار، ولا يفرق في العقار بين أن يكون بعد القبض وأن يكون قبله؛ لأن بيع العقار قبل القبض جائز، فيمكن جعله بيعاً جديداً في حق غيرها.

وفي «الخلاصة» عن «الجامع الكبير»: لو أن البائع مع المشتري جدّد البيع ثانياً بأقل من الثمن الأول أو بأكثر، ثم ردّ عليه بعيب.. لم يكن له أن يرد على بائعه الأول؛ لأنهما قبل التجديد فسخا البيع بتراضيهما، فصار كالإقالة.

ثم قال فيها نقلاً عن «الخزانة»: رجل اشترى من آخر غلاماً وباعه من غيره، ثم

وَمن قبضَ مَا شراه ثمَّ ادّعى عَيْباً.. لَا يجبرُ على دَفْعِ ثمنِهِ، ولكن يبرهنُ

جحد المشتري الثاني الشراء، وحلف عند القاضي، ولزم المشتري الأول، فوجد به المشتري الأول عيباً، فأراد أن يرده على بائعه.. له ذلك؛ لأن القاضي فسخ البيع بينهما وعاد إليه بالملك.

وكذا لو صدقه على الشراء.

غير أنهما تصادقا على أن البيع تلجئة. وكذا لو تصادقا على خيار رؤية المشتري، ولو تصادقا على أنه لم يكن في البيع خيار، ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار فقبض صاحب الخيار المبيع.. ليس له أن يرد على بائعه الأول؛ لأن الفسخ بتراضيهما، فصار كالإقالة، ولو ادعى البائع على إنسان شراه، وكذبه المشتري؛ فإن ترك الخصومة بغير قضاء.. ليس له أن يرده على بائعه، وإن كان بقضاء.. رده المشتري.

إذا أراد الرد بالعيب؛ فأقام البائع البينة على إقرار المشتري أنه باعه.. بطل حق الرد بالعيب.

إذا اشترى عبداً فباعه من غيره، ثم رد عليه بعيب بغير قضاء.. ليس له أن يرده على بائعه؛ لأنه كبيع جديد. انتهى.

(**ومن قبض ما شراه، ثم ادعى عيباً.. لا يجبر على دفع ثمنه**)؛ لأنه أنكر وجوب دفع الثمن؛ حيث أنكر تعيين حق البائع بدعوى العيب، ولأنه لو قضى بالدفع.. فلعله يظهر العيب، فينقض القضاء.. فلا يقضى به؛ صوناً للقضاء عن البطلان.

(**ولكن يبرهن**)؛ أي: المشتري يقيم البرهان على ثبوت العيب، وذلك بأن يقيم أولاً؛ لأن العيب الذي يدعى فيه وجد بالمبيع عنده، ثم يقيم البينة على أن هذا العيب بالمبيع كان عند البائع.

أما الأول: فلأنه لو لم يثبت أولاً وجود العيب عنده.. لم يكن له خصومة للرد بالعيب؛ لأن وجود العيب، شرط لصحة الدعوى على ما تقدم.

أَو يُحلِّفَ بَائِعَه؛ ....

وأما الثاني: فلاحتمال أنه حدث عنده لا عند البائع.. فلا يستحق عليه الرد، **(أو يحلف)** ـ من التحليف لا من الحلف؛ لأن المؤثر [٥٩/أ] في الجبر: هو التحليف لا الحلف ـ **(بائعه)** على عدم العيب عنده؛ فإن برهن المشتري.. فهو مخيّر بين دفع الثمن وبين ردّ المبيع، وإن حلف البائع.. يتوجه الإجبار على المشتري بدفع الثمن.

واعلم: أنه وقع عبارة «الهداية» هكذا: ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً.. لم يجبر على دفع الثمن؛ حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة.

وهكذا وقع في «الجامع الصغير» أيضاً.

وإنما عدل المصنف عنه إلى ما ترى من قوله؛ لأنه استشكل على عبارة «الهداية» بأن عطف قوله: «أو يقيم المشتري» يقتضي كون إقامة البينة غاية؛ لعدم الجبر كالتحليف، وليس كذلك؛ لأن عدم الجبر لا ينتهي بإقامة البينة، بل يستمر.

وأجيب عنه بوجوه:

الأول: أن يجعل الكلام من باب: «علفتها تبناً وماء بارداً».

ورد: بأنه لا يجوز جعله من هذا الباب، وإلّا يقدر بعد العاطف فعل مع ضميريه المرفوع والمنصوب؛ لأن المراد من باب علفتها على ما صرّح به في «المغني»، وهو غير صحيح هنا.

والثاني: أن يجعل الغاية حقيقة ظهور وجه الحكم العام للغايتين.

ورد: بأن هذا لا يدفع شيئاً من الإشكال؛ لأن ظهور وجه الحكم ليس بغاية لعدم الجبر على إطلاقه، بل باعتبار تحققه في ضمن أحد فرديه والتحليف، اللهم إلا أن يأوّل عدم الجبر بأمر عام أيضاً، أي الحكم، فالمعنى: لا يحكم بينهما حتى يظهر وجه الحكم.

والثالث: أن يجعل عدم الجبر كناية عن الانتظار.

....

ورد: بأن الملزوم لعدم الجبر هو الانتظار المختص بالجبر على دفع الثمن، لا الانتظار العام حتى يحصل المرام.

ودفع: بأن المعتبر في بابي المجاز والكناية عند أهل البيان: هو اللزوم في الجملة، فتصح الكناية عن الانتظار المطلق، وبأن الانتظار المختص بالجبر ينقطع بالبينة كما ينقطع بالتحليف؛ لأن الانتظار على وجود شيء كما ينقطع عند حصوله.. ينقطع عند اليأس عنه أيضاً.

والرابع: أن الاستشكال تام بالنظر إلى المنطوق؛ إذ هو: انتهاء عدم الإجبار عند أحد الأمرين من التحليف وإقامة البينة، ولم ينته عند الثاني.

والخامس: أن يجعل العطف عطفاً على المغيا لا على الغاية.

ورد: بأنه لا يوجد حينئذ بين المعطوفين حسن تقابل، ولذا يأبى عنه الذوق السليم.

والسادس: جعل المغيا مقيداً بشرط الوجوب على معنى: أنّ المنتفي هو الجبر الواجب فينتهي بالنسبة إلى التحليف بارتفاع عدم الجبر، وبالنسبة إلى إقامة البينة بارتفاع الوجوب.

ورد: بأنه صح عند إقامة البينة قولنا: «الجبر على [٥٩/ب] دفع الثمن الواجب منتف، إلا لصدق نقيضه، فيلزم الجبر» وهو باطل.

فظهر: أن المغيّا لم ينقطع بإقامة البينة.

والسابع: جعل المغيّا تعيّن عدم الجبر لا لعدم نفسه؛ لأنه ينتهي بإقامة البينة؛ لاحتمالها: القبول فلا يجبر، والرد فيجبر.

ورد: بأنّ إقامة البينة إنما تتحقق بالقبول لا بمجرد إحضار الشاهدين، ولو سلّم، لكن مقابلة التحليف تقتضي أن يكون المراد هنا ما ذكر، فظهر عدم انتهاء المغيّا بالبينة.

فإِنْ قَالَ: شهودي غُيَّبٌ.. دَفَعَ إِنْ حلف بَائِعُه، وَلزِمَ العَيْبُ إِن نكلَ.

وَمن ادّعى إِباقَ مشريِّهِ..

والثامن: حمل كلمة «أو» على الإضراب؛ كما في قول الشاعر:

كانوا ثمانين أو زادوا [ثمانيـة] ....(١)

فالمعنى: لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع، بل يقيم المشتري بينة، فيظهر حينئذ وجه تأخير إقامة البينة في الذكر.

ورد: بأن هذا إنما يستقيم على قول الكوفيين؛ لأن المنقول عن سيبويه أنه مشروط بشرطين: تقدم نفي أو نهي، وإعادة العامل.

إذا عرفت هذا.. فالمصنف عدل عن الغاية إلى الاستدراك بكلمة لكن، وقدم البرهان على التحليف؛ حذراً عن التكلفات المذكورة.

(فإن قال)؛ أي المشتري: **(شهودي غيب.. دفع)** الثمن إلى البائع **(إن حلف بائعه)**؛ لأن في الانتظار ضرراً له، وليس في دفع الثمن كثير ضرر للمشتري؛ لأنه على سبيل من إقامة الحجة عند حضور شهوده فيأخذ ثمنه.

فإن قيل: في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي، وذلك باطل.

قلنا: إن القضاء هنا مؤقت بحضور الشهود.. فلا يلزم البطلان.

(ولزم العيب إن نكل) البائع؛ لأن النكول عن اليمين حجة في ثبوت العيب، خلاف الحدود والقصاص؛ فإن النكول ليس بحجة فيها بالإجماع.

وبخلاف الأشياء الستة؛ فإن النكول فيها ليس بحجة أيضاً عند أبي حنيفة.

(ومن ادعى إباق مشريه): هذا شروع في بيان كيفية ترتيب الخصومة في عيب الإباق ونحوه؛ أي: في كل عيب يمكن أن يطلع عليه الرجال بالإخبار، ويمكن حدوثه؛ كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا والشرب.

---

(١) صدر بيت من البسيط، وهو لجرير في «ديوانه» (١٥٦)، من قصيدة له في مدح هشام بن عبد الملك.

وقد ذكرنا مراراً أن العيوب أربعة أنواع:

الأول: هو هذا؛ أعني: ما يعرف بالإخبار، ويمكن حدوثه، وكيفية ترتيب الخصومة، وطرق الرد به على البائع مذكور في الكتاب، وقد ذكرناه آنفاً.

والثاني: ما يكون ظاهراً يعرف بالمشاهدة، ولا يحدث مثله أصلاً، أو من وقت البيع إلى وقت الخصومة؛ كالإصبع الزائدة والعمى والإصبع الناقصة والسن الزائدة والناقصة؛ فطريق الرد فيه: أن يقضي القاضي بالرد، إذا طلب المشتري غير تحليف التيقن به في يد البائع أو المشتري، إلا أن يدعي البائع رضاه به، أو العلم به عند الشراء، أو الإبراء منه؛ فإذا ادّعاه.. سأل [٦٠/أ] المشتري؛ فإن اعترف.. امتنع الرد، وإن أنكر.. أقام البائع البينة عليه، وإن عجز عنها.. يستحلف المشتري: ما علم به وقت البيع أو ما رضي به؛ فإن حلف.. ردّه، وإن نكل.. امتنع الردّ.

والثالث: ما يكون عيباً باطناً لا يعرفه إلّا الأطباء؛ كوجع الكبد والطحال؛ فإن اعترف به.. رده عندهما، وكذا إذا أنكره فأقام المشتري البينة، أو حلف البائع فنكل، إلا أن يدّعي الرضاء أو العلم به وقت البيع.. فيعمل بما ذكرناه في القسم الثاني.

وإن أنكره عند المشتري.. يريه طبيبين مسلمين عدلين، والواحد يكفي، والاثنان أحوط؛ فإذا قال: به ذلك.. يخاصمه في أنّه كان عنده.

والرابع: ما يكون عيباً لا يطلع عليه إلا النساء؛ كالرتق والقرن والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة.. فعلى ما ذكر في الثالث، إلّا أنه: إذا أنكر قيامه في الحال.. أريت النساء؛ والمرأة العدلة كافية؛ فإذا قالت: ثيباً أو قرناء.. ردت بقولها عندهما كما تقدم.

وإذا انضم إليه نكوله عند تحليفه، غير أن القرن ونحوه إن كان مما لا يحدث.. تردّ عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك كان عند البائع؛ للتيقن

يبرهنُ أَولاً أنّه أبقَ عِنْدَه، ثمَّ يُحَلِّفُ بَائِعَه بِاللهِ لقد بَاعه، وَسلَّمهُ وَمَا أبق قطّ، أَو بِاللهِ مَا لَهُ حقُّ الرَّد عَلَيْك من الوَجْه الَّذِي يَدَّعِي، أَو بِاللهِ مَا أَبَقَ عنْدك قطُّ.. لَا: بِاللهِ لقد بَاعه وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ، ....

بذلك كما في الإصبع الزائدة، إلا أن يدّعي رضاه.. فعلى ما ذكر، كذا في «فتح القدير»، وقد ذكرناه في أول الفصل عند شرح الضابطة أوضح منه.

(يبرهن) المدعي (أولاً أنّه أبق عنده)؛ لأنه إذا لم يوجد العيب عند المدعي.. ليس له أن يرده بالعيب؛ فإن أقام بينة على وجود العيب عنده.. سمع دعواه، فيقال للبائع: هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري من الصغر والكبر؟

فإن قال: نعم.. ردّه عليه إن لم يدعي عليه الرضاء أو العلم أو الإبراء، وأن أنكر وادّعى اختلاف الحال.. يقال للمشتري: ألك بينة؟ فإن أقامها عليه.. رده عليه، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين من البائع.. يستحلف.

ولذا قال: (ثم يحلف بائعه) على البتات، وإنما لم يحلف قبل إقامة المشتري البينة؛ لأن القول وإن كان للبائع؛ لكونه منكراً.. لكن إنكاره إنما يعتبر بعد ثبوت العيب في يد المشتري؛ لما ذكرناه: إنما يكون بالحجة أولاً، وإنما حلف على البتات ـ مع أنه تحليف على فعل الغير، وذلك غير جائز؛ لما ذكره شمس الأئمة الحلواني: أن التحليف على فعل الغير: يكون على العلم مطرداً في جميع المسائل؛ إلا في دعوى الإباق: حيث يحلّف فيها على البتات ـ لأن البائع يدعي تسليم المبيع سليماً؛ فالاستحلاف: يرجع إلى ما ضمن بنفسه، ويقال في التحليف: (بالله لقد باعه وسلمه، وما أبق) عنده (قط)؛ على ما ذكره في «الجامع الصغير».

(**أو: بالله ما له** [٦٠/ب] **حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي، أو: بالله ما أبق عندك قطّ.**

لا : بالله لقد باعه وما به هذا العيب)؛ لأن العيب قد يكون بعد البيع قبل

أَو لقد بَاعه وَسلَّمهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْب.

وَفِي إِبَاق الكَبِيرِ.. يُحَلَّفُ بِاللهِ مَا أَبَقَ مُنْذُ بلغَ مبلغ الرِّجَال.

وَعند عدمِ بَيِّنَةِ المُشْتَرِي على إِبَاقه عِنْدَه.. يُحَلَّفُ البَائِعُ عِنْدهمَا: أَنَّه مَا يعلمُ أَنَّه أبقَ عِنْده وَاخْتلفُوا على قَول الإِمَام؛ ....

التسليم، وهو موجب للرد، وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى، وبه يتضرر المشتري.

(**أو: لقد باعه وسلّمه وما به هذا العيب**)؛ لأن فيه ترك النظر للمشتري؛ لأنه حينئذ يتعلق الحنث بقيام الحالين حالتي البيع والتسليم، والمعلق بالشرطين.. لا يزيل إلا عند وجودهما جميعاً؛ فلو باعه وحدث عيب فسلمه.. لم يحنث في يمينه؛ لأنه يقصد، عدم وجود العيب في الحالين جميعاً، وبه يتضرر المشتري.

(**وفي إباق الكبير: يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال**)؛ لأن الإباق في الصغر.. لا يوجب رده بعد البلوغ؛ لما تقدم.

فلو حلف مطلقاً.. كان ترك النظر في حق البائع؛ لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ، وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الإباق غير موجب للرد.. امتنع البائع عن اليمين؛ حذراً عن اليمين الكاذبة، فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به.

(**وعند عدم بينة المشتري**)، مربوط بقوله: «يبرهن» أولاً.

(**على إباقه عنده.. يحلف البائع عندهما: أنه ما يعلم أنه أبق عنده**) أي عند المشتري.

(**واختلفوا في قول الإمام**) أبي حنيفة على ما ذكره الطحاوي: أنه هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة؟

فعن القاضي أبي الهيثم: أن الخلاف مذكور في «النوادر»؛ فعند أبي حنيفة: لا يحلف، وعندهما: يحلف.

وذكر أبو المعين النسفي في «شرح الجامع الكبير» وقال: قال بعض: منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد: لا خلاف في هذه، وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما، بل قوله مثل قولهما.

ووجه قوله: على تقدير تحقق الخلاف: أنّ الدعوى معتبرة؛ لأنه يترتب عليها البينة، فيترتب عليها التحليف أيضاً بالاستقراء.

ولأبي حنيفة: أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، ولا تصح الدعوى إلا عن خصم، ولا يصير المشتري ههنا خصماً إلّا بعد إثبات العيب، وقد عجز عنه، ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف؛ فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف، والبينة لا تستلزم الدعوى، فضلاً عن صحتها، بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه أصلاً؛ كما في الحدود وحقوق الله الخالصة، بخلاف التحليف؛ فإنه شرع لقطع الخصومة، فكان مقتضياً سابقة الخصم، ولا يكون المشتري ههنا خصماً، إلا بعد إثبات قيام العيب في يده، ولم تثبت.

وأما البينة ههنا: فمشروعة لإثبات كونه خصماً.. فلا يستلزم كونه خصماً، قال في «القنية» [٦١/أ]. في باب من يصلح خصماً ومن لا يصلح: وقد يكون الإنسان خصماً في البينة دون اليمين في عشر مسائل أو أكثر.

منها: أدعى عبدين في يد رجل، فأنكر، ثم صالحه من دعواه على أحدهما بعينه، ثم أقام بينة أن العبدين له.. فله أن يأخذ الآخر، ولو أ راد أن يحلف ذا اليد.. ليس له ذلك.

ومنها: أن الوكيل بالشراء رد المبيع بالعيب، فقال البائع: رضي الأمر به.. تقبل البينة على رضاء الآمر، وليس له أن يحلف الوكيل.

ومنها: الوكيل بطلب الشفعة، ادعى عليه المشتري أن الموكل سلم الشفعة.. تقبل بينته، ولا يحلف الوكيل عليه.

فَإِنْ نكل على قَوْلِهِمَا.. حُلِّف ثَانِياً كَمَا مرَّ.

وَلَو قَالَ بَائِعه بعد التَّقَابُضِ: بِعْتُكَ هَذَا مَعَ آخرَ، وَقَالَ المُشْتَرِي: بل وَحدَه.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

ومنها: الوكيل بقبض الدين، ادعى عليه المديون أنه أوفى رب الدين دينه، وأقام بينة عليه.. تقبل، ولا يحلف الوكيل بالعلم إذا لم يكن له بينة.

ومنها: إذا ادعى أني وكيل فلان وأنكر.. تقبل البينة، ولا يحلف.

ومنها: إذا ادعى أن فلاناً الميت أوصى إلي وإلى هذا فأنكر.. تقبل البينة عليه، ولا يحلف.

ومنها: أن الأب فيما ادعي على ابنه الصغير: خصم في سماع البينة دون اليمين.

ومنها: أنّ من ادعى على ميت مالاً أو حقاً من الحقوق، وقدم وصيه الذي ليس بوارث إلى الحاكم.. فليس له أن يحلفه؛ لأن اليمين لرجاء النكول، والنكول بذل أو إقرار، وليس للوصي، ولا للأب في حق الصغير ذلك، ولو كان الوصي وارثاً.. يحلف؛ لأنه يملك البذل في حصته. انتهى.

(**فإن نكل على قولهما**) البائع عن اليمين على العلم أنه: ما يعلم أنه أبق عند المشتري، وهو لصحة الدعوى (..**حلف**) البائع (**ثانياً**) على البتات للرد (**كما مر**) أي: بالله ما له حق الرد عليك، ونحوه مما ذكر.

(**ولو قال بائعه بعد التقابض**)؛ أي: تقابض المبيع والثمن: (**بعتك هذا مع آخر**)، وفائدة هذه الدعوى للبائع: جرّ نفع جعل الثمن حصة للمعيب وغير المعيب؛ على تقدير الرد.

(**وقال المشتري: بل وحده.. فالقول له**) أي للمشتري؛ لأن الاختلاف في مقدار المقبوض، والقول فيه للقابض؛ لأنه أعرف بما قبضه؛ كما في الغصب؛ فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في مقدار المغصوب.. فالقول للغاصب؛ لأنه قابض.

وَكَذَا لَو اتفقَا فِي قَدْرِ المَبِيعِ، وَاخْتلفَا فِي المَقْبُوضِ.

(وكذا)؛ أي القول للمشتري، (لو اتفقا في قدر المبيع) بأنه اثنان مثلاً، **(واختلفا في المقبوض)** بأن قال البائع: قبضتهما، ويقول المشتري: لا، بل قبضت واحداً منهما.. فالقول للمشتري؛ لما ذكر من أنه قابض، فيكون أعرف بما قبضه كما وكيفاً.

وهل يكون القول مع يمينه أو بدون اليمين؟

قالوا: مع يمينه؛ لأن كلّ من يكون القول قوله.. فهو مع يمينه، إلّا في مسائل معدودة في «القنية».

منها: أن الوصي قال لليتيم: أنفقت عليك كذا من مالك [٦١/ب] وذلك نفقة مثله، أو قال: ترك أبوك رقيقاً فأنفقت عليه من مالك كذا، ثم مات الرقيق أو أبق، وقال الصغير: ما ترك أبي رقيقاً، أو قال الوصي: اشتريت لك رقيقاً، وأدّيت الثمن من مالك وأنفقت عليه كذا.. فهو مصدق في ذلك كله مع اليمين، إلا أن مشايخنا كانوا يقولون: لا يستحسن أن يحلف الوصي إذا لم يظهر منه خيانة.

ومنها: ما روي عن محمد: قاض باع مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب، فقال القاضي: أبرأتني منه.. فالقول قوله بلا يمين.

وكذا: لو ادّعى رجل قبل القاضي إجارة أرض ليتيم، وأراد تحليفه.. لم يحلف؛ لأن قوله على وجه الحاكم، وكذا في كل شيء يدعى عليه.

وعن أبي يوسف: ادّعى الموهوب له هلاك الموهوب عند إرادة الواهب الرجوع.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: لو قال الواهب: شرطت لي عوضاً، وقال الموهوب له: لم أشترط.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: اشترى العبد شيئاً، فقال البائع: أنت محجور، وقال العبد: أنا مأذون.. فالقول له بدون اليمين.

وَلَو اشْترى عَبْدَيْنِ صَفْقَةً وَقبضَ أَحدَهُمَا، وَوجدَ بالمقبوضِ أَو بِالْآخرِ عَيْباً.. ردَّهما أَو أخذَهُما.

ومنها: اشترى لابنه الصغير داراً، ثم اختلفا مع الشفيع في الثمن.. فالقول للأب بدون اليمين.

ومنها: إذا اشترى داراً، فجاء الشفيع وأنكر المشتري الشراء، وقال: إنها لابني الصغير، ولا بينة للشفيع.. لا يحلف المشتري، بل القول له بدون اليمين.

ومنها: أقرّ وصيّ بالنفقة على اليتيم، أو القيم على الوقف؛ ومال الصبي والوقف في يده، أو نحو ذلك من الأمناء.. قبل قوله بلا يمين إذا كان ثقة؛ لأن في اليمين تنفير الناس عن الوصاية؛ فإن اتهم.. قيل: يستحلف بالله ما كنت خنت في شيء مما أخذت به.

وقيل: ينبغي للقاضي أن يقدر شيئاً فيستحلف عليه، وكذا هذا فيمن ادعى خيانة مطلقة على مودعه، قيل: لا يستحلف حتى يقدر، وقيل: يستحلف بالله ما خان فيما ائتمن؛ فإن حلف.. برئ، وإن نكر.. يجبر على بيان قدر ما نكل عنه.

(ولو اشترى عبدين) أو ثوبين ـ وليس المراد بالعبدين التخصيص، بل التمثيل على ما صرح به في «البحر»؛ حيث قال: والعبدان مثال، والمراد: عبدان أو ثوبان أو نحوهما. انتهى ـ **(صفقة وقبض أحدهما، ووجد بالمقبوض أو بالآخر عيباً.. ردهما أو أخذهما)**.

أما الثاني: وهو الذي وجد العيب في الآخر؛ فلأنه لو رد المعيب وحده وهو الآخر.. لزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأنها لا تتم إلا بقبضهما جميعاً، ولم يوجد؛ وتفريق الصفقة قبل التمام.. لا يجوز على ما تقدم.

فإن قيل: لا نسلم أن هذا؛ أي رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريق للصفقة قبل التمام، كيف وإن الصفقة قد تمت بالإيجاب [٦٢/أ] والقبول، وإنما يكون

وَلَا يَرُدُّ المَعِيبَ وَحدَه؛ إِلّا إِنْ ظهرَ العَيْبُ بعدَ قبضهما.

تفريقاً لها قبل التمام؛ فيما لو قال البائع: بعتكهما بألف، فقال المشتري: قبلت في هذا بخمسمائة.

قلنا: إن تفريقها في المثال المذكور، وتفريقها في نفس العقد قبل تمامه، وتفريقها فيما نحن فيه.. تفريق في المعقود عليه قبل القبض بتمامه، وتفريق المعقود عليه قبل تمام القبض؛ مثل تفريق العقد قبل تمامه؛ لأن القبض يشبه بالعقد؛ لأنه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة، ولأن القبض اعتبر مؤكداً لما أثبته العقد، فكان من تمامه.

وأما الأولى: وهو الذي وجد العيب في المقبوض.. فاختلفوا فيه، وروي عن أبي يوسف: أنه يرد المقبوض المعيب فقط؛ لأن الصفقة تامة في حقه، فبالنظر إليه.. لا يلزم تفريق الصفقة، والصحيح: أن يأخذهما أو يردهما، وليس له رد المعيب وحده ويأخذ الآخر؛ لأن تمام الصفقة بقبض المبيع كله، وهو اسم للكل.. فلا تتم بقبض بعضه؛ فصار كحبس المبيع لأجل الثمن؛ فإن سقوطه لما تعلق بقبض الثمن.. فلا يسقط بقبض بعض الثمن، حتى لو بقي درهم من الثمن.. كان له أن يحبس جميع المبيع، فكذا الصفقة؛ فإنها لما تعلق تمامها بقبض كل المبيع.. فلا تتم بقبض بعضه.

(ولا يرد المعيب وحده، إلا إن ظهر العيب بعد قبضهما)؛ لأنه حينئذ يرد المعيب وحده، ولا يرد كله.

خلافاً لزفر؛ اعتباراً لما سبق؛ لأن فيه تفريق الصفقة، ولا يعرى عن ضرر؛ إذ العادة جرت: بضم الجيد إلى الرديء، فأشبه ما قبل القبض، وخيار الشرط والرؤية بجامع دفع الضرر.

ولنا: أنه إذا قبضهما جميعاً تمت الصفقة؛ لأن العيب لا يمنع تمامها، وتفريقها بعد تمامها جائز، بخلاف خيار الرؤية والشرط؛ فإن الصفقة لا تتم فيها بالقبض؛ على ما مر، وتضرر البائع إنما هو في تدليسه، فلا يلزم في حق المشتري، ولهذا

وَلَو وجدَ بعضَ الكيليِّ أَو الوزنيِّ معيباً بعدَ القَبْض.. رَدَّ كُلَّه أَو أَخذَهُ.

قالوا: لو استحق أحد العبدين بعد قبضهما.. ليس للمشتري أن يرد الآخر، ولو استحق قبله.. له أن يرد الآخر؛ لأن الصفقة قد تمت في الأولى دون الثانية، والتفريق في الأول جائز دون الثاني.

وقالوا: هذا الخلاف؛ فيما إذا كان كل واحد منهما مما يمكن الانتفاع به على الانفراد؛ كما في العبدين.

وأما: إذا كان مما لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر؛ كزوجي الخف ومصراعي الباب.. فإنه يردهما أو يمسكهما معاً بالاتفاق، وإن كان بعد القبض، حتى لو كان المبيع ثورين قد أَلِفَ أحدهما بالآخر؛ بحيث لا يعمل بدونه.. لا يملك ردّ المعيب وحده، بخلاف ما لم يألف أحدهما بالآخر.. فإن له ردّ المعيب وحده في ظاهر الرواية على ما في «المحيط»؛ حيث قال: لو اشترى زوجي [٦٢/ب] ثور، ثم وجد بأحدهما عيباً بعد القبض؛ فإن أراد أن يرد المعيب خاصّة.. فظاهر الجواب: أنّ له ذلك، وبخلاف ما لو كان المبيع خاتم فضة أو ذهب فيه فصّ لا يضر قلعه بأحدهما، فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض.. فله أن يقلع الفصّ ويرد المعيب منهما، ولو وجده قبل القبض.. يردهما، وكذا السيف المحلى، والمنطقة المحلّاة.

وأما: لو اشترى نخلاً فيه تمر فجز التمر ووجد بأحدهما عيباً.. لا يرد أحدهما، بل يردهما معاً؛ لأنهما بمنزلة شيء واحد؛ لأن التمر بعض النخل؛ لكونه متولداً منه، كذا في «المحيط».

(ولو وجد بعض الكيلي أو الوزني معيباً بعد القبض.. رد كله أو أخذه)؛ لأنه لما كان من جنس واحد.. كان كشيء واحد اسماً وحكماً، وفي الشيء الواحد؛ إذا وجد بعضه معيباً.. ليس له إلا رد الكل أو إمساكه، لا ردّ المعيب فقط؛ لأن ردّ الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري، وهي في الأعيان المجتمعة عيب، فردّ المعيب وحده.. ردّ بعيب زائد، وليس له ذلك، فيرد كلّه أو يمسك كله، ولو بعد القبض.

وَقيل: هَذَا إنْ لم يكن فِي وعاءٍ، وإلَّا.. فَهُوَ كالعبدين.

وَلَو اسْتحقَ بعضُه بعدَ القَبْض.. لَيْسَ لَهُ ردُّ مَا بَقِي، ....

وفي: وعاءين؛ على اختيار المشايخ؛ على ما في «العناية».

(**وقيل: هذا إن لم يكن**) كل من المكيل والموزون (**في وعاءين، وإلا.. فهو كالعبدين**)، حتى يجوز ردّ الوعاء المعيب خاصة؛ لأنه يرد على الوجه الذي خرج من ضمان البائع، واختار المصنف الأول؛ لما بيناه.

وفي «قاضي خان»: اشترى طعاماً فباعه، ثم علم بعيب كان عند البائع.. لا يرجع بنقصان العيب.

وإن باع بعضه، ثم وجد به عيباً؛ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبعض الروايات عن محمد: لا يرد ما بقي، ولا يرجع بنقصان العيب، لا فيما باع ولا فيما بقي.

وعن محمد في رواية: لا يرجع بنقصان ما باع، ويرد الباقي بحصته من الثمن، وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث، وعليه الفتوى. انتهى.

(**ولو استحق بعضه**)؛ أي بعض المكيل أو الموزون (**بعد القبض.. ليس له ردّ ما بقي**) في رواية عن أبي حنيفة؛ لأن العقد لزم فيه؛ لأنه لا يضره التبعيض؛ لأن استحقاق البعض لا يوجب عيباً، لا في المستحق ولا في الآخر؛ لاستوائهما في المالية، والانتفاع بالباقي ممكن، وما لا يوجب عيباً في المالية والانتفاع.. لا يوجب ضرراً.

بخلاف ما لو وجد ببعضه عيباً وميّزه ليرده إلى مالكه؛ لأن تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب، فيرده جميعاً أو يمسكه.

فإن قيل: انتفاء الخيار في ردّ ما بقي.. يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأن تمامها بالرضاء، ولا رضاء للمستحق.

بِخِلَاف الثَّوْب.

قلنا: تمام الصفقة ليس برضاء المالك، بل برضاء العاقدين؛ لأن العقد حقهما، وقد وجد رضاهما، ولذا قالوا في الصرف والسلم: إذا أجاز المستحق [٦٣/أ] بعدما افترقا.. بقي العقد صحيحاً.

فعلم: أن تمام العقد إنما هو برضى العاقدين لا الملك.

وإنما قال: بعد القبض؛ لأنه لو استحق قبل القبض كلاً أو بعضاً؛ سواء كان المستحق هو المقبوض أو غيره.. فله أن يرد الباقي؛ لأنه حينئذ تتفرق الصفقة قبل التمام.

(**بخلاف الثوب**) الذي اشتراه وقبضه ثم استحق بعضه؛ حيث له ردّ ما بقي؛ لأن التبعيض فيه عيب؛ لأنه يضر في ماليته والانتفاع به.

والحاصل: أن حكم العيب والاستحقاق سيان، قبل القبض في جميع الصور من المكيل والموزون وغيرهما، وكذا بعد القبض، إلا في المكيل والموزون، كما في «الهداية».

وفي مسائل الإقالة من بيوع «قاضي خان»: رجل اشترى أرضاً بشربها، فاستحق الشرب قبل القبض؛ قال محمد: يخير المشتري؛ إن شاء.. أخذ الأرض بجميع الثمن، وإن شاء.. ترك، وكذلك المسيل.

وإن استحق الشرب بعدما قبض المشتري الأرض وأحدث فيها بناء أو غرساً أو زرعاً.. فإن المشتري يرجع بنقصان الشرب والمسيل.

وجعل محمد لهذا أصلاً، فقال: كل شيء إذا بعته وحده.. لا يجوز بيعه، وإذا بعته مع غيره.. جاز.

فإذا ستحق ذلك الشيء قبل القبض.. كان المشتري بالخيار؛ إن شاء.. أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء.. ترك.

ومداواةُ المَعِيب بعدَ رُؤْيَة العَيْب وركوبُه: رضًى.

وكل شيء إذا بعته وحده يجوز بيعه؛ فإذا بعته مع غيره فاستحق.. كان له حصة من الثمن. انتهى.

(ومداواة المعيب بعد رؤية العيب وركوبه.. رضى)؛ شروع في بيان ما يمنع الرد بالعيب من تصرف المشتري.

أما المداواة: فلأنها إزالة العيب، فيكون دليل الاستبقاء، فلا يتمكن الرد بهذا العيب الذي داواه، إلا أن يكون له عيب آخر.. فله الرد بذلك العيب الآخر؛ لأن الرضاء بعيب ليس برضاء آخر.

وكذلك الركوب، ولبس الثوب لحاجته.

والبيع والإجارة والعرض عليهما والمطالبة في الغلة والرهن والإعتاق وتوابعه وحلبة الشاة وشرب لبنها وإرضاع الأمة ولد المشتري والاستخدام، ففي «الخلاصة» نقلاً عن الإمام السرخسي: الاستخدام بعد العلم بالعيب مرة.. ليس برضاء استحساناً.

والصحيح: أن المرة الثانية دليل الرضاء وحده.

وأما إتلاف كسب المبيع.. ففي «الخلاصة»:لو أتلف كسب العبد بعدما علم بالعيب.. لا يكون رضاء بالعيب، ولا يسقط شيئاً من الثمن.

وكذا لو كان الكسب جارية فوطئها أو أعتقها، بخلاف ولد المبيعة؛ فإنه لو أعتقه.. يكون رضاء إذا كان بعد العلم بالعيب.

وكذا وطء الجارية المبيعة بكراً أو ثيباً بعد العلم بالعيب.

والقبلة واللمس بشهوة بعد العلم.. كلها يمنع الرد؛ لأنها دليل الرضاء [٦٣/ب].

والأصل ههنا: أن المشتري إذا تصرف في المشترى بعد العلم بالعيب تصرف الملاك.. بطل حقه في الرد بالعيب، بخلاف خيار الشرط؛ حيث لا يكون نحو الركوب فيه دليل الرضاء؛ لأن الشرط للامتحان، وذلك لا يكون إلا للركوب.

وَلَو رَكبه لردِّه، أَو سقيهِ، أَو شِرَاء علفه، وَلَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ.. فَلَا.

ولو مكث بعد الوقوف على العيب ولم يرد في الحال مع القدرة على الرد.. كان ذلك رضاء؛ كذا في «الحاوي القدسي».

(ولو ركبه لردّه) على صاحبه **(أو سقيه أو شراء علفه ولا بد له منه)**؛ أي لا بد للمشتري من الركوب للسقي أو للعلف؛ بأن لا يقدر هو بنفسه المشي؛ لضعفه أو لكبره أو لكون الدابة جموحاً لا تنقاد، ولا تنساق حتى يركب عليها، أو لكون العلف في عدل واحد، حتى لو كان في عدلين وركبها.. يكون رضى على ما في «قاضي خان».

وأما الركوب للرد على صاحبه (.. **فلا**) فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا؛ لأن في الركوب ضبط الدابة، وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر ـ على ما في «العناية» ـ فلا يكون رضاء؛ لعدم دليله وهو الاستبقاء.

وفي «الفصولين»: ادعى عيباً في حمار، فركبه ليرده، فعجز عن البينة، فركبه جائياً.. فله الرد.

وفي «الفتاوى»: لو ركب لينظر إلى سيرها.. فهو دليل الرضاء، كما إن لبس الثوب لينظر إلى قدرها دليل الرضاء بعد العلم بالعيب.

بخلاف ما لو اشترى ثوباً فعرضه على الخياط لينظر أيكفيه أم لا.. فإنه لم يبطل حقه في رده بعيب.

وكذا لو عرضه على المقومين ليقوم، كذا في «البحر» نقلاً عن «الفصولين».

ولو اشترى من زيد ثوباً فأراد أن يبيعه من عمرو، فقال لعمرو: اشتره فلا عيب به، ثم لم يبعه منه، ثم وجد به عيباً.. يرده على زيد، وإقراره السابق لعمرو بعدم العيب لا يكون دليلاً للرضاء؛ لأنه مجاز عن الترويج؛ لظهور أنه لا يخلو عن عيب ما.

وَلَو قُطِعَ المَبِيعُ بعدَ قَبضه أَو قُتِلَ بِسَبَبٍ عِنْد البَائِع.. رَدَّه وَأَخذَ ثمنَهُ.

وَقَالا: رَجَعَ بِفضل مَا بَين كَونه سَارِقاً وَغير سَارِق، أَو قَاتلاً وَغيَر قَاتل

حتى لو عين العيب وقال: لا عور به، ولا شلل، ثم وجد به العور والشلل.. لا يرده على زيد؛ لأن إقراره بعدم العيب المعين دليل الرضاء؛ لإمكان إحاطة العلم به.

إلا أن يكون ما أقر بعدمه عيب لا يحدث مثله؛ بأن قال: ليس به إصبع زائدة، ثم وجد به إصبعاً زائدة.. فله الرد؛ لتعين كذبه.

(**ولو قطع**) يد (**المبيع**) عند المشتري (**بعد قبضه، أو قتل**) بعد قبضه (**بسبب**)؛ كالسرقة والقتل العمد والردة وقطع الطريق كان كل منها (**عند البائع.. ردّه**) أي المقطوع يده؛ لبقاء عينه، ورد المقتول غير ممكن.

(**وأخذ ثمنه**)؛ أي: ثمن كل من المقطوع المردود والمقتول، هكذا في «الهداية» وشرح «الجامع الصغير».

وفي بعض روايات «المبسوط»: له أن يمسك [٦٤/أ] المقطوع يده ويرجع بنصف ثمنه؛ لأن اليد نصف الآدمي.

قوله: «عند البائع» قيد اتفاقي؛ إذ لا فرق بين أن يكون السبب من السرقة والقتل عند البائع، وبين أن يكون عند آخر قبل هذا البائع ولم يعلم المشتري بذلك، على ما صرح به في «فتح القدير» محيلاً على ما ذكره في مسألة إيمان العبد عند المشتري؛ حيث قال في تلك المسألة: إنه لو لم يأبق عند البائع، وأبق عند المشتري، وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك، فادعى المشتري ذلك وأثبته.. يرد به؛ لأنه معيب، والعقد أوجب على هذا البائع التسليم سالماً عن العيب، ولو لم يقدر على إثباته.. له أن يحلفه على العلم، وكذا في كلّ عيب يرد بتكرره. انتهى.

هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: رجع بفضل ما بين كونه سارقاً وغير سارق، أو قاتلاً وغير قاتل**)؛ أي

إِن لَمْ يعلمْ بِالْعَيْبِ عِنْدَ الشِّرَاءِ، وإِلّا.. فَلَا.

يقوّم سارقاً وغير سارق، وعارضاً على القتل المستحق وسالماً عنه.. فيرجع بفضل ما بينهما.

(**أن لم يعلم**) المشتري (**بالعيب عند الشراء**)، ولا عند القبض أيضاً.

(**وإلّا**)؛ أي: وإن علم بالعيب عند الشراء أو القبض (.. **فلا**) ردّ له بالاتفاق، بدليل الرضاء.

لهما: أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل؛ وهو السرقة والقتل العمد، وذلك لا ينافي مالية العبد، حتى لو مات في يد المشتري حتف أنفه قبل القطع والقتل.. تقرر الثمن عليه، وينفذ تصرفه فيه، حتى صح عتقه وبيعه، فينفذ العقد لاعتماده على المالية، وقد وجد ذلك، لكنه: متعيب بعيب إباحة الدم واليد، فيرجع بنقصان العيب لتعذر الرد.

أما في القتل: فظاهر.

وأما في القطع: فلأن الاستيفاء وقع في يد المشتري، وهو غير الوجوب، فكان كعيب حدث في يده.

فإن قيل: كيف ينفذ العقد وما ذكر من تصرفات المشتري؛ من العتق والبيع مع فوات محل هذه التصرفات؛ أعني المالية باستحقاق ولي القطع والقصاص بذلك المحل؟

قلنا: لا نسلم ذلك؛ إذ ليس لولي القطع والقصاص حق في ماليته، وإنما يتعلق حقه بآدميته لا بماليته.

ولأبي حنيفة: أن سبب الوجوب في يد البائع، فصار كأنه قطع أو قتل عند البائع، فصار كالمستحق، والمستحق لا يتناوله العقد، فينتقض القبض من الأصل؛ لعدم مصادقته محله، فصار كما إذا غصب عبداً، فقتل العبد عند الغاصب رجلاً

عمداً، ثم رد إلى مالكه فاقتص منه عنده.. فإن المالك يأخذ قيمته من الغاصب؛ كما إذا قتل عند الغاصب.

فإن قيل: إنه إذا اشترى جارية حاملاً ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض، فماتت في يد المشتري بالولادة.. فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً وغير حامل بالاتفاق؛ كما قال الإمامان فيما نحن فيه [٦٤/ب].

قلنا: لا نسلم أنه كذلك بالاتفاق، بل عند أبي حنيفة يرجع بكل الثمن؛ على ما ذكره «قاضي خان» وأبو زيد.

ولو سلم أنه كذلك بالاتفاق.. لكن سبب الموت ثمة هو المرض المتلف، وهو حصل عند المشتري أعني الولادة، والموجود في يد البائع هو العلوق والحمل، وهو إنما يوجب انفصال الولد لا الهلاك، ولا يفضي إليه غالباً، بل الغالب السلامة، فليس هناك وجوب يفضي إلى الوجود؛ كما فيما نحن فيه، بخلاف سبب القطع والقتل فيما نحن فيه؛ فإنه وإن لم يناف المالية، لكن استحقاق النفس بسبب القتل المتلف للمالية متلف لها؛ لأنه يستلزم القتل البتة، فكان بمعنى علّة العلة، فيقام مقام العلّة في الحكم، فصارت المالية كأنها هي المستحقة، وإنما تقرر الثمن على المشتري، إذا مات في يده حتف أنفه؛ لأنه لم يتم الاستحقاق قبل الاستيفاء.

هذا، ولو سرق في يد البائع، ثم في يد المشتري.. فعندهما: يرجع المشتري بالنقصان أيضاً.

وعند أبي حنيفة: لا يرده إلا برضاء البائع بالعيب الحادث.

فإن رضيه وقبله كذلك.. يرجع المشتري عليه بثلاثة أرباع الثمن؛ لأن اليد نصف الآدمي، وقد تلف بالجنايتين، وفي أحدهما الرجوع عليه، فينقسم أحد النصفين عليهما، والنصف الآخر يرجع فيه عليه؛ لرده العبد عليه.

وَلَو تداولتْهُ الأَيْدِي ثمَّ قُطعَ فِي يَد الأَخير.. رَجَعَ الباعةُ بَعضُهم على بعضٍ، كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاق.

وَعِنْدَهُمَا: يرجعُ الأَخير على بَائِعِه، لَا بَائِعُه، على بَائِعه.

وإن لم يرض به ولم يقبله كذلك.. يرجع إليه بربع الثمن؛ لأنها: قطعت بالتبيين، فيرجع بما يقابل نصف اليد.

(ولو تداولته الأيدي) بعد السرقة أو القتل العمد في يد البائع، **(ثم قطع أو قتل في يد الأخير.. رجع الباعة)** ـ جمع بائع ـ **(بعضهم على بعض)** عند أبي حنيفة؛ **(كما في الاستحقاق)**؛ لكونه بمنزلته عنده.

(وعندهما: يرجع الأخير على بائعه)؛ لأنه لم يصر حابساً بالمبيع.

(لا بائعه على بائعه)؛ لأنه صار حابساً للمبيع بالبيع مع إمكان الرد بالعيب.

وأصل هذا: أن القطع والقتل بسبب عند البائع: بمنزلة الاستحقاق عنده، وفيه يرجع الباعة بعضهم بعضاً.

وعيب عندهما، فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع؛ ـ وهو الأخير ـ على بائعه، ولا يرجع من يفوت الرد بالبيع وهو بائعه الأخير؛ كما في سائر العيوب.

فعلى هذا: لو اشترى عبداً وهو عالم بوجوب القطع أو القتل.. فإنه لا يبطل حقه في الرجوع عنده؛ لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع على الصحيح.

وعندهما: يبطل حقه؛ لأن العلم بالعيب رضاء به.

فمنه ظهر: أن قوله فيما سبق: «إن لم يعلم بالعيب» متعلق بقول الإمامين فقط.

والحاصل: أن ههنا خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه في ست مواضع:

أحدها: أنّ له الرد عنده لا عندهما على ما ذكر في الكتاب.

والثاني: في كيفية الرجوع [٦٥/أ]؛ فعنده: يرجع بالكلّ إن ردّه، وبالنصف إن أمسكه؛ على ما ذكرناه من رواية «المبسوط»، وعندهما: يرجع بالنقصان.

والثالث: إذا مات بعد القطع حتف أنفه؛ فعنده: يرجع بالنصف، ولا رجوع عندهما.

والرابع: لو أعتقه.. لا رجوع عنده، خلافاً لهما.

والخامس: في رجوع الباعة.

والسادس: العلم به.. لا يمنع الخيار عنده، خلافاً لهما؛ على ما ترى.

ثم نوقض قول أبي حنيفة بمسائل:

الأولى: إذا اشترى جارية محمومة، فلم يرها حتى ماتت عنده بالحمى.. لا يضاف إلى السبب السابق، حتى: لا يرجع بكل الثمن، بل بالنقصان، مع أن موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع.

والثانية: إذا قطع البائع أو غيره يد العبد، ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري.. يرجع بالنقصان لا بالثمن بالاتفاق.

والثالثة: ما إذا زوج أمته البكر، ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح، ثم وطئها الزوج.. لا يرجع بنقصان البكارة، وإن كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع.

والرابعة: لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه.. لا يرجع على البائع بالثمن، وإن كان موته بسبب كان عند البائع، بل رجع بالنقصان بالاتفاق.

والخامسة: لو سرق في يد البائع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فمات.. يرجع بنصف الثمن لا بكله بالاتفاق وإن كان موته بسبب كان عند البائع.

أجيب عن الأول: بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمى، بل بزيادة الألم، وذلك بسبب آخر عند المشتري، لا في يد البائع، فليس مما نحن فيه.

وعن الثاني: بأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الأجنبي.. قطع سراية القطع؛ لأن السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية، وفيما نحن فيه: السراية لغير من

وَلَو بَاعَ بِشَرْطِ البَرَاءَةِ من كلِّ عيبٍ.. صَحَّ، وإنْ لم يعدَّ العُيُوبَ، ......

كان البيع منه، فيمتنع انقطاع السراية بالبيع.

وعن الثالث: بأن البكارة لا تستحق بالبيع، حتى لو وجدها ثيباً.. لا يتمكن من الرد إذا لم يكن شرط البكارة؛ فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه، لا من باب وجود العيب.

وعن الرابع: بأن المستحق هو الضرب المؤلم، واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل، وموته بذلك الضرب: إنما هو لعارض عرض في يد المشتري، وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود.. فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حداً مستحقاً.

وعن الخامس: بما ذكر في «المبسوط»: من أن النفس ما كانت مستحقة في يد البائع، لينتقض قبض المشتري في النصف، كذا في «فتح القدير».

(ولو باع بشرط البراءة) أي إبراء المشتري البائع **(من كل عيب)** بأن يقول البائع: [٦٥/ب] «بعت منك هذا على إن أبرأتني من كل عيب» فقبله المشتري بذلك الشرط، أو قال: «بعت منك بكل عيب» ويقول المشتري: «قبلت بكل عيب».. فإنه إبراء من كل عيب أيضاً.

(.. صح، وإن) وصلية **(لم يعد العيوب)** بأساميها.

وإن لم يعلماها بأعيانها.. قال الشافعي: لا يصح، وعنه: أن البيع صحيح والشرط فاسد.

له: أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح؛ لأن في الإبراء معنى التمليك، حتى يرتد بالرد، وتمليك المجهول لا يصح.

ولنا: أن الإبراء إسقاط لا تمليك، والجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة، وإن تضمن التمليك؛ لعدم الحاجة إلى التسليم.. فلا يكون مفسدة.

وَيدخُل فِي البَرَاءَةِ: الحَادِثُ قبلَ القَبْض عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

(ويدخل في هذه البراءة) العيب **(الحادث قبل القبض)** بعد العقد **(عند أبي يوسف)**، وهو رواية عن أبي حنيفة، **(خلافاً لمحمد)**، وهو رواية عن أبي يوسف، وهو قول زفر والشافعي ومالك.

ولأبي يوسف: أن الغرض من إبراء المشتري إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة؛ ليقدر على التسليم الواجب بالعقد على كل حال، ولا يطالب من طرف المشتري بحال، وذلك بالبراءة عن الموجود حالاً، وعن الحادث بعد العقد قبل القبض.

ولمحمد: أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة فقط؛ لأن ما يحدث مجهول لا يعلم أيحدث أم لا، وأي مقدار يحدث.. فلا يتناوله.

والجواب عنه: أن هذه الجهالة لا تضر في الإسقاط، على ما تقدم.

فإن قيل: يؤيد قول محمد ما قالوا: إنه لو قال: «بعت بشرط البراءة عن كل عيب يحدث».. فالبيع فاسد بالإجماع، والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة؟

قلنا: الإجماع ممنوع؛ لما في«الذخيرة»: أن هذا أيضاً يصح عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، سلمناه لكن الفرق، بأن ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة، ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعاً، وقد يدخل في التعريف تبعاً ما لا يجوز أن يكون مقصوداً، وإنما قلنا في هذه البراءة.. احترازاً عما لو قال: «بعت هذا العين بشرط البراءة من كل عيب»؛ فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع؛ لأن قوله به يختص بالموجود.

وكذا لو خصّ البراءة ضرباً من العيوب.. لا يبرأ عن الحادث بالإجماع، ويصح تخصيصه؛ على ما صرح به في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: أنه لو شرط البراءة من عيب واحد؛ كشجة واحدة فحدث عند المشتري عيب أو موت، فاطلع على شجة أخرى، فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث.. اعتبر أبو يوسف؛ نفع حصول البراءة للبائع، فجعل الخيار له في تعيين العيب الذي يرد به إليه، وجعله محمد للمشتري، فيرد بأيهما شاء.

ولا يخفى عليك أن هذا إذا لم يعين [٦٦/أ] الشجة المتبرأ منها عند البيع، بل أبرأه من شجة به.

هذا: ولو شرط البراءة من كلّ غائلة.. فهي على السرقة والإباق والفجور؛ أي الزنا.

ولا يدخل فيه الكي، ولا أثر قرح، والرمد والتؤلول والأمراض؛ لأن المراد بالغائلة في البيع: هي الأشياء الثلاثة في عرفهم؛ فلو شرط البراءة من الغائلة، ثم وجد واحداً من هذه الثلاثة.. لا يرده.

ولو وجد واحداً من الكي ونحوه.. يرده.

ولو شرط البراءة من كل داء.. فهو على المرض، ولا يدخل فيه الكي، ولا الإصبع الزائدة، ولا أثر قرح قد برئ.

وعن أبي حنيفة: الداء: هو المرض الذي في الجوف؛ من طحال أو كبد أو نحو ذلك.

وأما: لو شرط البراءة من كل عيب.. فيدخل فيه الأدواء كلها؛ لأن العيب يدخل فيه الداء، بخلاف العكس.

ولو باع جارية وقال للمشتري: برئت إليك من كل عيب بعينها؛ فإذا هي عوراء.. لا يبرأ.

وكذا لا يبرأ لو قال: برئت إليك من كل عيب بيدها ـ وهي مقطوعة اليد ـ لأن البراءة من عيب اليد تكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمهما.

ولو كانت مقطوعة إصبع واحدة.. برئ.

ولو كانت مقطوعة إصبعين.. فهما عيبان، فلا يبرأ؛ إذا شرط البراءة عن عيب واحد باليد.

ولو كانت الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف.. فهو عيب واحد.

ولو قال المشتري: أنت بريء من من كل حق لي قبلك.. دخل فيه العيب على المختار، دون الدرك، على ما في «فتح القدير».

ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عند العقد.. لا أثر لهذا الاختلاف عند أبي يوسف؛ لما مرّ آنفاً: أن الحادث بعد العقد قبل القبض داخل في البراءة من كل عيب.

وقال محمد: القول للبائع مع يمينه: على العلم أنه حادث؛ بناء على ما مرّ من أصله أيضاً.

قيل: هذا إذا أطلق، وأما إذا أبرأه مقيداً بعيب كان عند البائع واختلفا على نحو ما ذكرنا.. فالقول للمشتري، كذا في «البحر» نقلاً عن «البدائع».

وفي «قاضي خان»: اشترى ثوباً فأراه البائع فيه خرقاً، فقال المشتري: قد أبرأتك عن هذا الخرق، ثم جاء المشتري يريد أن يقبض الثوب من البائع فرأى الخرق، فقال المشتري: ليس مثل ما أبرأتك منه؛ فإن ذلك كان شبراً، وهذا ذراع.. كان القول في ذلك قول المشتري، وكذا في زيادة بياض العين.

* * *

(بَابُ البيعِ الفَاسِدِ)

(بَابُ البَيْعِ الفَاسِدِ)

لقب الباب بالفاسد، وإن كان شاملاً بالباطل والمكروه تحريماً أيضاً؛ لكثرة وقوع الفاسد بكثرة أسبابه.

واعلم أنَّ البَيْعَ نوعان:

نافِذٌ، وَغَيْرُ نَافِذ.

فالنَّافِذُ ثلاثة أنواع:

بيعُ الدَّيْن بِالعَيْن وهو: **السَّلَم**.

وبَيْعُ العَيْنِ بِالعَيْنِ وهو: **المقايضة**.

وبَيْعُ العَيْنِ بالدَّيْنِ وهو: **بَيْعٌ مُطْلَق**.

وغير النّافِذ [٦٦/ب] **ثلاثة أنواع أيضاً:**

بَاطِلٌ، وَمَوْقُوفٌ، وَفَاسِد.

فالبَاطِلُ: ما لا يجوز بحال، لا أصلاً ولا وصفاً، ولا يفيد الملك أصلاً، لا تصرفاً ولا رقبة، ولو هلك في يد المشتري.. يكون أمانة عند بعض المشايخ، ومضموناً عند بعض آخر على ما سيصرح به، وله صور:

منها: بيع الدم والخمر والخنزير للمسلم.

ومنها: بيع المدبر والآبق، والسمن في اللبن، والدهن في السمسم، والدقيق في الحنطة والكرباس قبل النسج.

ومنها: بيع الولد في البطن، وبيع المنقول قبل القبض.

وأمّا المَوْقُوف.. فهو ما تعلق به حق الغير، وهو إما ملك الغير، أو حق بالمبيع لغير المالك، وحصره صاحب «الخلاصة» في خمسة عشر صورة:

أبيع مال الغير.. يتوقف على إجازة المالك.

وبيع العبد المحجور.. يتوقف على إجازة المولى.

وبيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع والشراء.. يتوقف على إجازة أبيه أو وصيه أو جده أو القاضي؛ كذا في «قاضي خان».

والذي ظهر منه: أن بيع الصبي الغير المحجور الذي يعقل البيع والشراء.. لا يتوقف، بل ينفذ، وهو مخالف لما في «العمادي» و«الفصولين»؛ حيث قالا: الصبي لو باع شيئاً ثم بلغ.. لا يجوز إلا بعد إجازته بعد البلوغ، ولا ينفذ بالبلوغ. انتهى.

فإن الظاهر من هذا: بيع الصبي مطلقاً موقوف.

ويمكن التوفيق بينهما: أن ما ذكره قاضي خان: في التوقف على إذن وليه أو وصيه أو القاضي، وما في «العمادي» و«الفصولين»: في التوقف على إجازة الصبي نفسه.. فلا منافاة.

لا بيع الصبي الغير المحجور الذي يعقل البيع والشراء وإن لم يتوقف على إجازة وليه ووصيه والقاضي، لكنه يتوقف على إجازة الصبي نفسه بعد البلوغ.

وبيع غير الرشيد.. يتوقف على إجازة القاضي.

وبيع المرهون والمستأجر والذي في مزارعة الغير.. يتوقف على إجازة المرتهن في الصحيح، والمستأجر والمزارع، إلا أن المرتهن يملك نقض البيع وإجازته، بخلاف المستأجر؛ فإنه يملك إجازته دون نقضه كالمزارع، حتى أنه لو لم يجز البيع وانفسخت الإجازة بينهما بوجه.. نفذ البيع السابق. ثم إذا أجاز المستأجر البيع؛ فهل ينفسخ؟ وعلى تقدير انفساخه إذا رد المبيع بعيب؛ فهل نفذ عقد الإجارة؟

قلت: الذي ظهر من «شرح المجمع»: أنه.. ينفسخ، وأما عود الإجارة.. ففيه خلاف؛ قيل: تعود، وقيل: لا تعود؛ حيث قال فيه: إذا أجاز المستأجر والمرتهن وردّ

المشتري المبيع بعيب.. قيل: لا يعود عقد الرهن للإجارة، وقيل: يعود كما إذا تخمر الرهن.. بطل حكمه، ثم إذا تخلل.. عاد رهناً. انتهى.

ولو قال المستأجر: مبارك؛ عند استماع البيع والشراء.. فهو إجازة.

وكذا لو قال: نعم؛ عند قول المخبر هل أذنت البيع.. فهو إجازة أيضاً؛ على ما صرح به في [٦٧/أ] «القنية».

وكذا بيع الراهن الرّهن موقوف على إجازة المرتهن.

وبيع البائع المبيع من غير المشتري بعد قبض المشتري.. يتوقف على إجازة المشتري، وقبل قبضه.. لا ينعقد أصلاً في المنقول.

وفي العقار: على الخلاف المعروف.

وبيع المرتد عند أبي حنيفة.. موقوف على إسلامه.

وبيع الشيء برقمه.. موقوف؛ إن علم المشتري في مجلس البيع.. نفذ، وإن تفرقا قبل العلم به.. بطل.

وبيع الشيء بما باع فلان.. موقوف؛ إن علم المشتري في المجلس ذلك.. نفذ وإلا.. بطل.

وبيع فيه خيار المجلس.. موقوف على المجلس.

وبيع المغصوب.. موقوف على إجازة المالك؛ إن أقر الغاصب الغصب.. تم البيع بإجازته؛ وإن جحد الغاصب وللمغصوب منه بينة.. فكذلك؛ وإن لم تكن له بينة على ذلك ولم يسلمه إلى المشتري حتى هلك في يده.. ينتقض البيع، هذا ما ذكره في «الخلاصة».

ونحن نذكر ما يزاد عليه:

منه: البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام.. فإن الصحيح: أنه موقوف عند أبي حنيفة، وهو قول الخراسانيين؛ فإن أسقطه قبل دخول اليوم الرابع، وإلا.. فسد.

ومنه: الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه.. فإنه موقوف؛ فإن اشترى الباقي قبل الخصومة.. نفذ على الموكل، وإلا .. فلا.

ومنه: الوكيل ببيع العبد إذا باع نصفه.. فإنه موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة على قولهما، وعند أبي حنيفة: نافذ.

ومنه: بيع نصيبه من مشترك بالخلط، أو الاختلاط، من غير شريكه.. موقوف على إجازة شريكه.

ومنه: بيع ما في تسليمه ضرر.. فإنه موقوف على تسليمه في المجلس.

ومنه: بيع المريض عيناً من أعيان ماله لبعض ورثته.. فإنه موقوف على إجازة الورثة إن مات من ذلك المرض.

ومنه: بيع السيد عبده المأذون المديون.. فإنه موقوف على إجازة الغرماء.

ومنه: أن الوكيل إذا وكّل آخر بلا إذن الموكل أو تفويضه فعقد الثاني بقية الأول.. فإنه موقوف على إجازة الأول.

ومنه: أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه.. فإنه موقوف على إجازة صاحبه، بخلاف ما إذا باع بقية صاحبه؛ فإنه لا ينفذ أصلاً ولو بإجازته.

ومنه: بيع المولى أكساب عبده المديون بعد الحجر عليه.. موقوف على إجازة الغرماء.

ومنه: أحد الوصيين إذا باع بحضرة الآخر.. موقوف على إجازة الآخر.

ومنه: أحد الناظرين إذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر.. موقوف على إجازة الآخر.

ومنه: بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل.. موقوف على إجازة الوصي أو القاضي.

وهذه الزيادات كلها مذكورة في «البحر»، والجملة بلغت إلى تسع وعشرين.

ويزيد عليه: أن [٦٧/ب] الموكل يأمر الوكيل بالبيع فاسداً فباع صحيحاً.. فإنه موقوف عند محمد على إجازة الموكل. ذكره في «المجمع».

وبيع المكاتب.. موقوف على إجازته.

وبيع المدبر وأم الولد.. على قضاء القاضي؛ في رواية «الإيضاح» على ما سيأتي.

وبيع نصيبه من الكر.. موقوف على إجازة شريكه.

فبلغ ثلاثاً وثلاثين.

والحاصل: أن كلّ عقد صدر من فضولي وله مجيز وقت وقوعه.. فهو موقوف على إجازته؛ كأكثر الصور المذكورة.

وكلّ عقد صدر من فضولي ولا مجيز له وقت وقوعه.. فهو باطل في الحال؛ كتصرفات الفضولي في حق الصبي والمجنون والمعتوه، ومن هنا قال في «قاضي خان»: لو باع رجل عقاراً أو ضيعة لولده الصغير بمثل قيمته أو بغبن يسير.. قالوا: إن كان الأب محمود الحال عند الناس أو مستوراً.. جاز بيعه، ولا يكون للولد أن يبطل ذلك البيع بعد البلوغ، لكنه يطلب الثمن من والده؛ فإن قال: ضاع أو أنفقته عليك، وذلك نفقة مثله في تلك المدة.. يقبل قوله، وإن كان الأب فاسداً.. لا يجوز بيعه، وللابن أن ينقض بيعه إذا بلغ، إلا أن يكون البيع خيراً للصغير، وذلك لأن الأب إذا كان محموداً أو مستوراً.. فالظاهر مباشرة البيع على وجه الخيرية، بخلاف ما إذا كان فاسداً.

وإن باع الأب غير الضياع والعقار.. فكذلك الجواب، إلا أن الأب إذا كان مفسداً ففي جواز بيعه روايتان؛ في رواية: يجوز ويؤخذ الثمن منه ويوضع على يد

عدل؛ صيانة لمال الصغير، وفي رواية: لا يجوز، إلا أن يكون خيراً للصغير بأن باعه بضعف قيمته، وعليه الفتوى. انتهى.

وهل يجوز بيع القاضي مال الصغير بلا وصي؟

فقال في «العمادي»: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه.. لا يجوز.

ثم قال فيه، وذُكِر في «الصغرى».

وما ذكر في «السير الكبير»: من عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه.. محمول على قول محمد.

وأما على قول أبي حنيفة: فينبغي أن يجوز.

وقال فيه أيضاً: إن القاضي إذا باع مال أحد اليتيمين من الآخر.. جاز، وكذا الأب والوصي لو فعل ذلك.. لا يجوز بالاتفاق.

وذكر رشيد الدين: أن الأب لو باع مال أحد اليتيمين من الآخر.. جاز.

والقاضي أو الوصي لو فعل ذلك.. لا يجوز، ففي المسألة روايتان.

وأما لو باع القاضي مال الصغير من أجنبي.. جاز بلا خلاف؛ إنْ بثمن مثله.

ثم شرطُ صحة الإجازة في الموقوف: قيام العاقدين وقيام المعقود عليه، ولا يشترط قيام الثمن إن كان الثمن من النقود، وإن كان من العروض.. يشترط قيامه أيضاً.

وإن مات المالك.. لا ينفذ بإجازة الوارث.

وعند إجازة المجيز.. يملكه المشتري مع الزيادة التي حدثت بعد البيع قبل الإجازة. [٦٨/آ]

وحقوق العقد: من قبض الثمن وغيره عند الإجازة.. ترجع إلى العاقد.

وأيهما فسخ العقد قبل الإجازة.. صح فسخه.

وإذا هلك المبيع عند المشتري.. كان للمالك الخيار؛ إن شاء.. ضمن البائع قيمته، وإن شاء.. ضمن المشتري.

وعند اختياره تضمين أحدهما.. برئ الآخر.

فإن ضمن المشتري.. بطل البيع، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان نقده.

وإن ضمن البائع.. ينفذ بيع البائع إن كان المبيع في ضمان البائع عند السلم.

وأمّا الفَاسِد.. فهو يفيد الملك بالاتفاق عند اتصال القبض به في مجلس العقد بإذن البائع.

واختلفوا: فيما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع؛ فقيل: لا يملك، وقيل: يملك؛ إن كان الثمن شيئاً يملكه البائع بالقبض حقيقة من المشتري؛ فإنه يكون إذناً بقبض المبيع، وإن كان شيئاً لا يملكه البائع بالقبض؛ كالخمر والخنزير.. فلا يملكه المشتري.

فإن قيل: إنه لو كان مفيداً للملك عند القبض.. لزم حلّ وطء جارية اشتراها شراء فاسداً، وجاز أخذ الشفعة في الدار المشتراة شراء فاسداً، ويحلّ أكل الطعام اشتراه شراء فاسداً.

قلنا: إنما لم يكن له ذلك؛ لأن في الوطء والأكل إعراضاً عن الرد، وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده.. فلا يجوز لذلك، لا لعدم إفادة ملك العين.

ويؤيده: ما لو اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها، فبيع بجنبها دار.. فللمشتري أن يأخذها بالشفعة.

ولو اشترى جارية شراء فاسداً وقبضها، ثم ردها.. وجب على البائع الاستبراء.

وسيأتي تفصيل أحكام الباطل والفاسد في فصل على حده.

بيعُ مَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَالْبيعُ بِهِ: بَاطِلٌ؛ كَالدَّمِ وَالْميتَةِ ....

والمكروه: ما يصح أصلاً ووصفاً، لكن نهي عند المجاور؛ كالبيع عند أذان الجمعة.

(**بيع ما ليس بمال**)؛ أي: جعله مبيعاً، (**والبيع به**) أي: جعله ثمناً؛ لأن الباء تدخل الآلة: (**باطل**).

أما الأول: فلانعدام محل العقد وهو المال.

وأما الثاني: فلانعدام ركن العقد؛ لأنه مبادلة المال بالمال بالتراضي.

(**كالدم والميتة**) قيل: إن أريد بالبطلان: بطلانه في حق المسلمين فقط.. تكون الميتة أعم مما مات حتف أنفه ومن غيره مما لم يذبح؛ كالمنخنقة والموقوذة.

وإن أريد البطلان في حق المسلمين والكافرين.. يكون المراد بالميتة: ما مات حتف أنفه؛ فإنه ليس بمال عند أحد ممن له دين سماوي، بخلاف المنخنقة والموقوذة ونحوهما مما لم يذبح ولم يمت حتف أنفه.. فإن ذلك عند أربابها بمنزلة الذبيحة عندنا، فيكون مالاً عندهم، حتى لو باعها ذلك فيما بينهم.. جاز في حقهم على ما في «التجنيس». وفيه نظر؛ لأن الميتة التي لم تمت حتف أنفها: مثل الخمر والخنزير في حق البيع؛ فإن جعلت مبيعاً [٦٨/ب].. كون البيع باطلاً، وإن جعلت ثمناً كما في المقايضة.. يكون فاسداً في حق المسلمين.

وقال في «البدائع»: ولا ينعقد بيع الميتة والدم وذبيحة المجوس والمرتد والمشرك ومتروك التسمية عمداً عندنا، وذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل، وكذا ذبيحة صيد الحرم، محرماً كان الذابح أو حلالاً، وذبيحة المحرم؛ لأن الكل ميتة، ولا نعقد بيع صيد المحرم؛ سواء كان صيد الحرم أو الحلّ. انتهى.

وفي «البزازية»: بيع متروك التسمية عمداً من كافر.. لا يجوز.

أطلقه، فشمل بيع الدين من غير من عليه الدين؛ لأنه فاسد، والدين ليس بمال حالاً، وإنما يصير مالاً بعد القبض.

وَالْحرِّ، وَكَذَا بيعُ أُمِّ الوَلَدِ وَالْمُدبَّرِ،

(**والحرّ**)؛ لأنه ليس بمال أصلاً؛ فلو جعل مبيعاً.. يفوت المحل، ولو جعل ثمناً.. يفوت الركن.

ومعتق البعض كالحر.

(**وكذا بيع أم الولد والمدبر**) المطلق؛ لأن المقيد يجوز بيعه على ما مر في بابه.

وحكم ولدهما كنفسهما في عدم جواز البيع، وهذا؛ لأن أم الولد قد استحقت الحرية من قبل ولدها؛ لقوله ﷺ: «أعتقها ولدها».

و: المدبر انعقد فيه سبب الحرية في الحال؛ على ما ذكرناه في بابه.

وبين استحقاق العتق وجواز البيع منافاة.. فلا يجوز بيعهما لتحقق منافيه.

ولو ماتت أم الولد في يد المشتري.. لا ضمان عليه باتفاق الروايات عن أبي حنيفة، كما لا ضمان فيها بالغصب على الغاصب؛ لعدم تقوم ماليتها عنده، وإنما تضمن بما يضمن الصبي الحر إذا غصب، كذا ذكره في «فتح القدير».

ثم قال: ومعناه: أن الغاصب إذا نقلها إلى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع.. ففيها الدية على عاقلة الغاصب؛ كما في غصب الصبي.. فإنه لا يضمن إلا إذا نقله إلى مسبعة أو كثيرة الحيات وهلك منها.

وفي «الأشباه»: أو مكان الوباء أو الحمى وهو أعجب.

ولو مات المدبر في يد المشتري.. ففي رواية غير المعلى عن أبي حنيفة: أنه لا ضمان عليه، وفي رواية المعلى عنه: أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب.

وقيمة المدبر: ثلثا قيمته قناً.

وقيل: نصفها، وقد تقدم بيانه في العتاق، فارجع إليه.

والفرق بين ضمان البيع وضمان الغصب في المدبر - في غير رواية المعلى عنه -: أن ضمان البيع وإن كان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض..

وَكَذَا بيعُ المكَاتَبِ ....

لكن لا بد من اعتبار جهة البيع؛ لأن الملك إنما يثبت بهذا الاعتبار؛ فإذا لم يكن المدبر محلاً للبيع.. انهدرت جهة، فبقي قبضاً بإذن المالك.. فلا يجب الضمان.

بخلاف الغصب؛ فإن القبض فيه ليس بالإذن.

وقالا: يجب قيمة كل من أم الولد والمدبر على المشتري إذا مات في يده بلا فرق [٦٩/أ] بينهما؛ لأن كلاً منهما مقبوض بجهة البيع، ويدخلان تحت العقد، حتى يملك ما يضم إليهما في البيع على ما سيأتي، وما هو كذلك.. فهو مضمون كسائر الأموال المقبوضة على سوم الشراء.

والجواب: أن القبض بجهة البيع إنما يوجب الضمان في الأموال إلحاقاً بحقيقة البيع في محل يقبل الحقيقة، وهما لا يقبلان الحقيقة.. فلا تلحق الجهة بها، وفائدة دخولهما تحت العقد تظهر فيما ضم إليهما في العقد من الأموال لا في أنفسهما، ونظيره: ما إذا باع عبداً مع عبد المشتري من المشتري.. فإنه يقسم الثمن على قيمتهما، فيأخذ المشتري عند البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع لا في عبد المشتري، كذا في «العناية».

وقال في فصل البيع الباطل من «قاضي خان»: ويضمن المكاتب والمدبر بالغصب والبيع الفاسد، وأم الولد لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد عند أبي حنيفة. انتهى.

وذكر في عناية «مبسوط السرخسي»: أن المكاتب لا يضمن بالغصب.

وفي «الأشباه»: للمستأمن بيع مدبره ومكاتبه دون أم ولده.

(وكذا بيع المكاتب) أي: باطل، وكذا بيع ولده، وإنما أفرده بالذكر للاستثناء الآتي، وهذا لأنه استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى، حتى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب وإن لم تكن لازمة في حق نفسه، حتى يقدر على فسخها بتعجيز نفسه؛ فلو جاز بيعه.. لبطل هذا الاستحقاق، وذلك باطل.

إِلّا أَن يُجِيزَهُ، ....

فإن قيل: لو بطل بيعهم.. لبطل بيع قن ضم إليهم في البيع كالمضمون إلى الحر.

فالجواب: أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء؛ لعدم المحلية أصلاً، وبيع هؤلاء باطل بقاء لا ابتداء؛ لاستحقاقهم الحرية بقاء لا ابتداء، حتى جاز بيعهم من أنفسهم، ولو قضى القاضي بذلك.. نفذ قضاؤه، وإذا كان كذلك.. دخلوا في البيع ابتداء؛ لكونهم محلاً له في الجملة، ثم خرجوا منه؛ لتعلق حقهم، فبقي القن بحصته من الثمن، والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف ؛ فإنه لما لم يدخل ابتداء.. لزم البيع بالحصة ابتداء، وذلك باطل.

(إلا أن يجيزه) أي بيعه.. فحينئذٍ يجوز وينفذ في ظاهر الرواية، على ما في «الهداية».

وعللوه: بأن عدم جوازه كان لحقه، ولما أسقط حقّه برضاه.. انفسخت الكتابة، فجاز البيع.

وفي رواية «النوادر»: لا يجوز بيع المكاتب وإن أجازه.

وفي «البحر» نقلاً عن «إيضاح الإصلاح»: أن بيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل موقوف، فينقلب جائزاً بالرضاء في المكاتب، وبالقضاء في الآخرين؛ لقيام المالية، قال: وهو ضعيف؛ لأنه لا بد في المكاتب من الرضاء قبل البيع على الصحيح.

فعلى هذا: بيع المكاتب لا ينقلب جائزاً [٦٩/ب] بالإجازة بعد البيع.

ثم قال: ونفاذ القضاء ببيع أم الولد.. ضعيف.

في قضاء «البزازية»: الأظهر: عدم النفاذ.

قلت: وصحح في «فتح القدير»: النفاذ بقضاء القاضي.

وَكَذَا بيعُ مَالٍ غيرِ مُتَقَوِّمٍ كَالْخمرِ وَالْخِنْزِير بِالثّمن، ....

وفي باب تصرف الوصي في مال الصغير من «القنية» بعلامة «قعم»: باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش.. فهو باطل لا يملك بالقبض.. إلخ، بل هو فاسد. انتهى.

وعلل هذا: بأنه بيع ممن له ولاية بيع هذا العين في الجملة، ولا ضرر على الوصي في كونه فاسداً؛ لأنه لا ولاية أصلاً.

قلت: لا نسلم أن للوصي ولاية في بيع مال اليتيم بغبن فاحش؛ لأنه نصب أميناً، والغبن الفاحش ينافي الأمانة، ولزوم القيمة لا يدفع التنافي، فيكون البيع باطلاً؛ لأنه في حق البيع بالغبن الفاحش: كالأجنبي.

وفي «فتاوى الأنقروي» نقلاً عن «الجواهر»: باع الوصي ضيعة اليتيم للدين، فتبين أن قيمتها أكثر.. فالبيع باطل، ولا يحتاج إلى فسخ الحاكم.

(وكذا) أي: باطل **(بيع مال غير متقوم؛ كالخمر والخنزير بالثمن)** من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة.

وهذا؛ لأن كلاً منهما ـ وإن كان مالاً؛ لكونهما مشروع التناول في الجملة كما في شريعة من قبلنا ـ لكنهما غير متقوم؛ لأنا أمرنا بإهانتهما شرعاً، والمهان شرعاً لا غرة له، فلا تقوُّم له.

فلو تملكه بالعقد مقصوداً؛ بأن جعله مبيعاً.. لزم إعزاز المهان شرعاً، وذلك باطل، فيكون بيعها باطلاً، بخلاف ما إذا جعلهما ثمناً في العقد بأن قابلهما بالعين مقايضة؛ فإن الأثمان ليست بمقصودة في البيع، بل آلة له.. فلا يلزم إعزاز المهان شرعاً.. فيكون فاسداً، فيجعل كلّ من الخمر والخنزير في البيع مقايضة ثمناً؛ صوناً لتصرف العاقل عن الفاسد.

وبيع ميتة لم تمت حتف أنفها من هذا القبيل.

وَبيعُ قِنٍّ ضُمَّ إِلَى حرٍ، وذكيّةٍ ضُمَّتَ إِلَى ميتَةٍ، وإِنْ بَيَّن ثمنَ كُلٍّ، وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ فِي العَبْدِ والذكيةِ إِن بَيَّنَ الثّمنَ.

(وبيع قن ضم إلى حرّ، وذكية ضمت إلى ميتة) ماتت حتف أنفها، وكذا بيع حي ضم إلى ميتة ماتت حتف أنفها، وبيع قن ضم إلى حمر، وكذا بيع قن ضم إلى معتق البعض؛ كما في عتاق «الأشباه» أي: كلها باطل.

وكذا بيع متروك التسمية عمداً باطل ولو من كافر على ما ذكرناه نقلاً عن «البزازية»؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾.

(وإن) وصلية **(بيّن ثمن كلٍ)** بأن قال: بعتهما بألف، كل واحد بخمسمائة، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يصح في العبد والذكية) والحي والخلّ **(إن بين الثمن)**؛ لأن الفساد بقدر المفسد، إذ الحكم بقدر دليله، والمفسد في الحر: كونه ليس بمحل للبيع، وهو مختص به دون القن.. فلا يتعداه؛ كما إذا جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح.

بخلاف ما إذا لم يبين ثمن كلّ؛ لأن ثمن العبد مجهول.

فإن قيل: في أول صلح «قاضي خان» ما يدل على أن هذا البيع لا يصح مطلقاً [١/٧٠] عندهما أيضاً؛ حيث قال فيه: إذا صولحت المرأة مع الورثة؛ فإن كان في التركة دين على الناس فصولحت على الكل.. فالصلح باطل عند أبي حنيفة وصاحبيه؛ كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة. انتهى ملخصاً.

قلنا: يحمل كلام قاضي خان على ما إذا لم يبين حصة كل من العبد والحر.. فلا مخالفة حينئذٍ.

ولأبي حنيفة: أن الحر والميتة لا يدخلان تحت العقد أصلاً؛ لعدم كونهما مالاً، والبيع صفقة واحدة؛ بدليل: أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر، فكان قبول العقد فيما لا يصح: شرطاً لصحته فيما يصح، فكان شرطاً فاسداً.

فإن قيل: إنه لما بين ثمن كل.. كانت الصفقة متفرقة، فلا يكون قبول العقد فيما

وَصَحَّ فِي قِنٍّ ضُمَّ إِلَى مُدبَّرٍ، أَو إِلَى قِنِّ غَيرِه بِالْحِصَّةِ.
وَكَذَا فِي مِلْكٍ ضُمَّ إِلَى وَقفٍ فِي الصَّحِيحِ.

لا يصح: شرطاً فيما يصح حتى يكون فاسداً، ولأن شرط الفاسد: هو ما يكون فيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه، حتى يكون في معنى الربا أو ليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما، ولا للمعقود عليه.

قلنا: إن الصفقة لا تتفرق بمجرد بيان ثمن كلٍّ، بل لا بد من تكرر لفظ البيع أو الشراء عند أبي حنيفة؛ على ما مر في أول الكتاب، وإن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع؛ فإنه إذا باعهما بألف والحر لا يقابله بدل.. فكأنه قال: بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم إلي خمسمائة أخرى، فينتفع به بفضل خال عن العوض؛ وهو الربا.

والقياس على النكاح: فاسد؛ لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد، والبيع يبطل به.

(وصح) البيع **(في قنّ ضم إلى مدبر)** أو أم ولد أو مكاتب **(أو إلى قن غيره بالحصة)**؛ لأنهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية؛ فإنها باعتبار الرق والتقوم، وهما موجودان فيهم، حتى صح بيعهم من أنفسهم، ومن غير أنفسهم أيضاً موقوفاً، وينفذ بقضاء القاضي في المدبر وأم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبرضاء المكاتب في بيع المكاتب، وبإجازة المولى في قن الغير؛ فإذا دخلوا في الحكم ابتداء وخرجوا بقاء باستحقاق المدبر وأم الولد والمكاتب أنفسهم وباستحقاق المولى قنه.. بقي القن المضموم إليهم بحصته من الثمن، ولم يكن البيع بالحصة ابتداء.

(وكذا)؛ أي: صح **(في ملك ضم إلى وقف)**؛ أي: بحصته من الثمن، على ما صرح به في «القهستاني» نقلاً عن السرخسي والسغدي.

(في الصحيح)؛ لأن الوقف مال ينتفع به انتفاع الأموال، غير أنه لا يباع لحق يتعلق به.. فلا يمنع صحة البيع فيما ضم إليه كما في نحو المدبر، لكن المراد بالوقف هٰهنا: ما ليس بمسجد؛ فإن المسجد لو ضم إلى الملك.. يبطل البيع فيهما؛

لأن المسجد كالحر؛ على ما في «التبيين»، إلا أن يكون خراباً؛ لأن بيع المسجد الخراب جائز في أحد القولين؛ على ما في «التجنيس».

ومن هذا القبيل: بيع كرم ضم إلى الأرض الأميرية؛ حيث [٧٠/ب] يصح في الكرم بحصته من الثمن؛ لأن الأراضي الأميرية يصح بيعها للسلطان عند الحاجة إلى بيعها لبيت المال.

وقال في «المحيط»: لو باع كرماً أو خاناً فيه مسجد، أو قرية فيها مسجد ومقابر ولم يستثن المسجد والمقابر.. صح البيع في الملك في الأصح؛ لأن المسجد والمقابر مستثنى عادة، وهذا ليس من قبيل ضم ملك إلى وقف.

وأفتى بعض مشايخ الإسلام: بأن المراد بالوقف الذي ضم إليه ملك ولم يبطل بيع الملك في الصحيح: هو الوقف الذي لم يحكم بصحته ولزومه؛ لأنه حينئذ كالمدبر.

وأما إذا حكم بصحته ولزومه وضم إليه ملكاً وبيع.. فالبيع باطل فيهما معاً؛ لأنه حينئذ صار كالحر بالإجماع.

وفرق الإمام فخر الدين قاضي خان بين المسجد والمقبرة، وفصل في المسجد؛ حيث قال في «فتاواه»: رجل باع أرضاً فاستحق طائفة معلومة منها؛ بأنها طريق العامة أو المقبرة.. لا يفسد البيع في الباقي؛ لأن الطريق والوقف؛ أي: المقبرة مال متقوم، فلا يفسد البيع فيما ضم إليه؛ كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة.. جاز البيع في القن.

وإن ظهر أن بعض الأرض كان مسجداً.. ذكر في «المنتقى»: أن المسجد إن كان مسجد جماعة.. فسد البيع في الباقي، وإن كان مسجداً خاصاً.. لا يفسد.

قال: ومسجد الجماعة: مسجد جماعات المسلمين.

وَبيعُ العرَضِ بِالْخمرِ أَو بِالْعَكْسِ فَاسدٌ، وَكَذَا بَيْعُه بالخنزير.

ولو كان المسجد في دار لو أغلق باب الدار يكون للمسجد أهل في الدار يصلون فيها بجماعة، ولا يمنعون الناس عن الدخول والصلاة معهم.. فهو مسجد جماعة، فلا يكون محلاً للبيع؛ خراباً كان أو عامراً.

وإن كان لو أغلق باب الدار لا يبقى للمسجد أهل في الدار.. فليس لهذا حكم المسجد؛ منعوا الناس عن الدخول أو لم يمنعوا.

وكذا لو باع قرية فيها مسجد قديم ولم يستثن المسجد.. فهو فاسد.

وفي «الفتاوى»: رجل باع كرماً وفيه مسجد قديم ولم يستثن المسجد.. قالوا: إن كان المسجد عامراً.. فسد البيع، وإن كان خراباً.. لا يفسد؛ لأن العلماء، اختلفوا في المسجد الذي خرب ما حوله واستغنى الناس عن الصلاة فيه؛ قال بعضهم: يبقى مسجداً، وقال بعضهم: يعود إلى ملك الباني أو إلى ملك وارثه، فلا يبقى مسجداً، فكان هذا المسجد بمنزلة المدبر.

وعن غيرهم: باع قرية ولم يستثن المقبرة والمسجد.. فسد البيع من غير تفصيل. انتهى.

(وبيع العرض بالخمر)؛ أي: بأن يكون الخمر ثمناً **(أو بالعكس)** أي: بأن يجعل الخمر مبيعاً: **(فاسد.**

وكذا بيعه)؛ أي: بيع العرض **(بالخنزير)** وبالعكس، وإنما قيد بالعرض؛ لأن بيعهما بالدراهم والدنانير باطل على ما مر.

ووجه الفساد في الأول: أن حقيقة البيع موجود فيه؛ لأنهما مال [١/٧١] بالاتفاق، لكنهما غير متقوم عندنا، فبالنظر إلى وجود حقيقته وبالنظر إلى عدم تقومهما.. لم يصح، فقلنا: إنه فاسد.

وأما في عكسهما؛ فإن هذا البيع مقايضة؛ لكونه بيع عرض بعرض، وفي بيع المقايضة: كل من البدلين يكون ثمناً ومثمناً، فلما كان في الخمر والخنزير جهة

وَلَا يجوزُ بيعُ طيرٍ فِي الهَوَاءِ، وَلَا سَمَكٍ لم يُصَدْ، أَو صِيْدَ وَأُلْقِيَ فِي حَظِيرَةٍ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا بِلَا حِيلَةٍ، أَو دخلَ إِلَيْهَا بِنَفسِهِ وَلم يُسدَّ مدخلُهُ.

الثمينة؛ كما في الأول.. رجح جانب الفساد على جانب البطلان، وذلك بأن جعلهما ثمناً لا مبيعاً؛ صوناً لتصرف العاقل عن البطلان بقدر الإمكان؛ فإذا كان فاسداً.. يفيد بالقبض ملك المبيع؛ أي: العرض لا ملك الثمن؛ أي الخمر والخنزير؛ لأن التسمية بهما باطلة، حتى وجب قيمة العرض، لا الخمر والخنزير بالقبض في الصورتين.

(ولا يجوز بيع طير في الهواء) سواء جعله مبيعاً أو ثمناً، وسواء باعه قبل أن يصطاد أو بعد أن يصطاد وأرسل من يده؛ لعدم الملك في الأول.. فيكون باطلاً، ولعدم القدرة على التسليم في الثاني.. فيكون فاسداً.

ولو سلمه ثانياً.. يعود جائزاً عند الكرخي، ولا يعود عند مشايخ بلخ.

ولو كان الطير يذهب ويجيء كالحمام ونحوه.. لا يجوز بيعه أيضاً في ظاهر الرواية.

لكن ذكر في «قاضي خان»: وإن باع طيراً له في الهواء؛ إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف.. جاز بيعه، وإلا.. فلا.

وفي «الهداية»: والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها.. جاز بيعها، وإلا .. فلا.

(ولا) بيع **(سمك لم يصد)** لعدم تملكه، فيكون باطلاً.

(أو صيد وألقي في حظيرة) وهو: المحيط بالشيء، خشباً أو قصباً (... **لا يؤخذ منها بلا حيلة)** وتكلف؛ لكونها كبيرة؛ لأنها غير مقدور التسليم، فيكون فاسداً، ولو سلمه بعده.. ففي عوده إلى الجواز روايتان، كما في الطير.

(أو دخل إليها بنفسه ولم يسد مدخله).. فإن بيعه باطل.

وإِنْ صِيدَ وَأُلْقِيَ فِيهَا وَأمكنَ أَخذُه بِلَا حِيلَةٍ.. صَحَّ.

وإن كانت الحظيرة صغيرة يؤخذ منها من غير حيلة؛ لعدم التملك؛ لأنه إنما يتملكه بسد مدخله لا بمجرد الاجتماع في حظيرة ملكه؛ كما لو باض الطير في أرضه أو فرخت؛ فإنه لا يملكه؛ لعدم الإحراز.

لا يقال: إذا عسل النحل في أرضه.. فإنه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيئ له موضعاً؛ لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار، فصار كالشجر النابت فيها.

بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها.. فإنها ليست فيها على وجه القرار.

ولو دخل السمك الحظيرة باحتياله.. فقيل: إنه ملكه ويصح بيعه وإن لم يسد مدخله، وقيل: لا يملكه ما لم يسده؛ لعدم الإحراز.

(**وإن صيد وألقي فيها**)؛ أي في الحظيرة (**وأمكن أخذه بلا حيلة.. صحّ**) بيعه؛ لتملكه، وللمشتري خيار الرؤية وإن رآها في الماء؛ لأن السمك يتفاوت [٧١/ب] خارج الماء، ولا يكفيه رؤيته في الماء، فصار كأنه اشترى ما لم يره.

وفي «البحر» قد سألت حين تأليف كتاب البيوع؛ في سنة ثمان وستين وستمائة عن البحيرة الجارية في وقف «الجامي اليوسفي»: أيجوز إجارتها من الناظر لمن يصطاد السمك منها؟ ففتشت ما عندي من الكتب.. فلم أرها إلا في كتاب «الخراج» لأبي يوسف قال: حدثنا عبد الله بن علي بن إسحاق بن عبد الله عن أبي الزناد قال: كتبت إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أن يؤجرها، فكتب: أن افعلوا.

قال: وحدثنا أبو حنيفة عن حماد قال: طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله: عن بيع صيد الآجام؟ فكتب إليه عمر: إنه لا بأس به، وسماه: الحبس. انتهى.

قال: فعلى هذا.. لا يجوز بيع السمك في الآجام، إلا إذا كان في أرض بيت المال، ويلحق به أرض الوقف.

لكن بعد مدة رأيت في «الإيضاح»: عدم جواز إجارته. انتهى ما في «البحر».

أقول: ما ذكره من جواز مسألة إجارة المصيد لصيد السمك.. ينافيه ما ذكره في إجارات «البزازية»؛ حيث قال: الإجارة إذا وقعت على العين.. لا تجوز، فلا يصح استئجار الآجام والحياض لصيد السمك ورفع القصب وقطع الحطب أو لسقي أرضه أو غنمه منها، وكذا إجارة المراعي، والحيلة في الكل: أن يستأجر موضعاً معلوماً لظعن الماشية وسبح الماء والمرعى. انتهى.

وهكذا ذكره في «قاضي خان » أيضاً، وقال: لأن الإجارة ما وضعت لملك العين.

والجواب عما قاله «البحر»: أن يراد ممن [قول من] يجوزه: هو الإجارة لسبح الماء؛ كما ذكره في «البزازية» من الحيلة المذكورة.

ثم تفصيل هذه المسألة على ما ذكره ابن الهمام: أن بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز؛ فإن كانت حظيرة فدخلها السمك؛ فإما أن يكون أعدّها لذلك، أو لا:

فإن كان أعدها لذلك.. فما دخلها ملكه، وليس لأحد أن يأخذه، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد.. جاز بيعه؛ لأنّه مملوك مقدور التسليم؛ مثل السمكة في جبّ. وإن لم يكن يؤخذ إلّا بحيلة.. لا يجوز بيعه؛ لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع.

وإن لم يكن أعدها لذلك.. لا يملك ما يدخل فيها، فلا يجوز بيعه؛ لعدم الملك، إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل.. فحينئذٍ يملكه، ثم ينظر:

إن كان يؤخذ بلا حيلة.. جاز بيعه؛ لأنه مملوك مقدور التسليم، أو بحيلة.. لم يجز؛ لأنه وإن كان مملوكاً.. فليس بمقدور التسليم، فظهر منه: أن تهيئة الشيء

وَلَا بيعُ الحَملِ، أَو النِّتَاجِ، وَاللَّبنِ فِي الضَّرعِ.

وَكَذَا اللُّؤْلُؤ فِي الصّدفِ، ....

للشيء يصير سبباً للتملك لذلك الشيء.. لا يجوز بيعه.

ومن مسائل التهيئة: ما ذكروه: حفر حفيرة [٧٢/أ] فوقع فيها صيد؛ فإن كان اتخذها للصيد.. ملكه، وليس لأحد أخذه، وإن لم يتخذها له.. فهو لمن أخذه.

نصب شبكة للصيد، فتعلق بها صيد.. ملكه؛ فلو كان نصبها ليجففها من بلل، فتعلق بها.. لا يملكه، وهو لمن أخذه، إلا أن يأتي فيجوزه.

ومثله: إذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه.. ملك ما يقع فيه، ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك.. لم يملك ما يقع فيه، فهو لمن يسبق فيأخذه.

وكذا: من هيأ مكاناً للسرقين.. فله ما طرح فيه عند البعض.

وقيل: السرقين لمن يسبق؛ سواء هيأ المكان له، أو لا.

(ولا) يجوز (**بيع الحمل**)؛ أي الجنين، (**أو النتاج**) أي: نتاج الحمل؛ أي: ولد الولد، وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك، فنهى النّبي ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة، لما فيه من الغرر، ولكن عدم الجواز في الأول: بمعنى الفساد، وفي الثاني: بمعنى البطلان؛ لأنّ عدم الأول ليس بمقطوع فيه، وعدم الثاني مقطوع به.

قال في «المغرب»: الغرر: هو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا يكون؛ كبيع السمك في الماء والطير في الهواء.

وفي «العناية»: الغرر ما طوي عنك علمه.

(و)لا بيع (**اللبن في الضرع**)؛ لما فيه من الغرر، فلعله انتفاخ لا لبن، ولما فيه من النزاع في كيفية الحلب. فالمشتري: يستقصي في الحلب، والبائع: يطالبه بأن يترك فيه داعية اللبن، ولأنه يزداد ساعة فساعة، والبيع لم يتناول الزيادة؛ لعدمها عنده، فيختلط المبيع بغيره بحيث لا تمييز بينهما، فيفسد.

(وكذا) بيع (**اللؤلؤ في الصدف**)؛ لما فيه من الغرر وتعذر تسليمه إلا بكسر الصدف.

وَالصُّوفُ على ظهرِ الغنمِ.

وقال أبو يوسف: إنّه يجوز، وله خيار الرؤية؛ لأن الصدف لا ينتفع به إلّا بالكسر.. فلا يعد كسره ضرراً.

والأول: قول محمد وعليه الفتوى، على ما في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: لو اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة؛ إن كانت اللؤلؤة في الصدف.. كانت للمشتري؛ لأنّ الصدف يكون غذاء للسمك، وكل ما يكون غذاء للحيوان.. فهو يكون للمشتري، وإن لم تكن اللؤلؤة في الصدف.. فإنها تكون للبائع، وتكون في يد المشتري بمنزلة اللقطة.

ولو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة.. كانت للبائع، فترد عليه.

ولو ابتلعت الدجاجة لؤلؤة فباعها صاحبها حية مع اللؤلؤة التي ابتلعت.. فسد البيع.

وإن كان المشتري رأى اللؤلؤة حين ابتلعت؛ فلو كانت الدجاجة ميتة فباع اللؤلؤة التي في بطنها.. جاز، ولا خيار للمشتري إن كان رآها.

(**والصوف على ظهر الغنم**)؛ لأنه من أوصاف الغنم لاتصاله به وقيامه معه.. فلا يكون مقصوداً [٧٢/ب] أوجده بالبيع، بخلاف ما يكون متصلاً بالشجر؛ فإنه عين مال مقصود من وجه.. فيجوز بيعه؛ ولأنّه ينبت من أسفل؛ بدليل: أنه إذا خضب الصوف على ظهر الغنم، ثم ترك حتى نما.. فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله، فيختلط المبيع بغيره بحيث لا يتمايز.. فيفسد البيع.

بخلاف القوائم المتصلة بالشجر؛ فإنها تزيد من أعلاها؛ بدليل أنه لو ربط خيطاً في موضع منها وترك أياماً: يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن، والأعلى ملك المشتري.. فالزيادة وقعت في ملكه، فلا يلزم الاختلاط والاختلاف، فيجوز بيعه.

فإن قيل: الفصيل كالصوف وجاز بيعه.

خلافاً لأبي يُوسُفَ فيهمَا، وَلَا بيعُ اللَّحْمِ فِي الشَّاةِ.

قلنا: إن الفصيل وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع، ولكن لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع.

وأمّا القطع في الصوف.. فتعين؛ إذ لم يعهد فيه القلع؛ أي النتف فيقع التنازع في موضع القطع، وقد صح عن النّبي ﷺ، أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم، وعن لبن في ضرع، وسمن في لبن، ثم جواز بيع القوائم المتصلة بالشجر ليس باتفاقي.

لأنّ منهم: من جوزه؛ لما ذكرناه، وهو مختار صاحب «الهداية».

ومنهم: من منعه معلّلاً بأنه يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره.. فلا يجوز بيعه، كذا في «قاضي خان».

فظهر منه: أن بيع القوائم المتصلة بالشجر بعد التناهي في النمو.. اتفاقي.

(خلافاً لأبي يوسف فيهما)؛ أمّا الأول: فلما ذكرناه.

وأما الثاني: فلم يقم منه ما يصح أن يحتج به، لكن ذكر في صلح «شرح المجمع»: إنما يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم؛ إذا شرط أن يقطعه من ساعته.

(ولا بيع اللحم في الشاة) الحية، وكذا شحمها وأكارعها وجلدها وكرشها؛ لعدم إمكان تسليمها إلا بإفساد خلقتها.

ولو باع كرش شاة مذبوحة لم تسلخ.. جاز؛ وإخراجه على البائع والمشتري على الخيار إذا رآه على ما في «البحر».

وكذا: لا يجوز بيع الدقيق في هذه الحنطة، والسمن في هذا اللبن كما ذكرناه.

بخلاف بيع الحبوب في قشرها، وبيع الذهب والفضة في ترابها بخلاف جنسها؛ لأنها معلومة بالعلم ببعضها.

ولو كان له زرع وقد استحصد فباع حنطتها.. جاز؛ لأنه باع موجوداً يقدر على تسليمه.

وضربةُ القانصِ، وجذعٌ فِي سقفٍ، وذراعٌ من ثوبٍ وَإِن ذكر قطعه.

فَلَو قُلِعَ الجذُع أَو قُطِعَ الذِّرَاعُ، وَسُلِّم قبَل الفَسْخِ.. عَادَ صَحِيحاً.

ولو باع تبنها.. لا يجوز؛ لأنّ التبن لا يكون إلا بعد الدوس والتذرية، فكان هذا بيع المعدوم.

ولو باع ساق الحنطة دون الحنطة.. جاز.

ولو اشترى حنطة في سنبلها وشرط التذرية والدوس على البائع.. جاز؛ لأنه باع الحنطة فكانت التذرية عليه.

(و)لا بيع **(ضربة القانص)**؛ أي: الصائد، وضربة القانص: ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة، إنما نهي عنه؛ لما فيه [١/٧٣] من الغرر.

وكذا لا يجوز بيع ضربة القانص في الماء لاستخراج الدرة.

(و)لا بيع **(جذع في سقف)**؛ للجهالة والضرر.

(و)لا بيع **(ذراع من ثوب)** يضره القطع؛ كالقميص والعمامة، لا الكرباس؛ فإن ذراعاً من كرباس يجوز بيعه؛ لعدم تضرره بالقطع.

(وإن) ـ وصلية ـ **(ذكر قطعه)** أو موضع قطعه، وهذا: لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر لم يوجبه العقد، بخلاف ما إذا لم يضره القطع؛ كبيع ذراع من كرباس، وعشرة دراهم من نقرة فضة.. فإنه جائز؛ لانتفاء علة الفساد.. فلا يجوز بيع حلية سيف وفصّ خاتم ركب فيه بحيث يضرّ خروجه.

وكذا لا يجوز بيع نصيبه من ثوب مشترك بغير شريكه، وبيع ذراع من خشبة؛ للتضرر.

(فلو قلع) البائع **(الجذع أو قطع الذراع وسلم قبل الفسخ.. عاد)** البيع **(صحيحاً)**؛ لزوال المفسد.

واختلفوا: في أن المشتري: هل يجبر على القبول حين سلمه البائع؟

قيل: يجبر.

وَلَا المُزَابَنَةُ ....

وقيل: ما لم يجدد البيع.

وقيل: ينعقد تعاطياً حين أخذه.

بخلاف ما إذا باع النوى في التمر والبذر في البطيخ.. فإنه لم يصح وإن شقهما وأخرج المبيع وسلمه؛ لأن في وجودهما احتمالاً.. فلا يجوز بيعه.

ولا ينتقض بنحو بيع الحنطة في سنبلها؛ مع أن وجودها محتمل أيضاً؛ لأن جواز هذا باعتبار صحة إطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به عرفاً؛ فإن الحنطة إذا بيعت في سنبلها.. يقال: بيعت هذه الحنطة، فالمذكور صريحاً هو المعقود عليه.. فصح العقد؛ لتصحيح لفظه.

وأما بذر البطيخ ونوى التمر وحب القطن.. فاسم المبيع ـ وهو البذر والنوى والحب ـ لا يطلق عليه؛ إذ لا يقال: هذا بذر ونوى وحب، بل يقال: هذا بطيخ وتمر وقطن، فلم يكن المبيع مذكوراً والمذكور ليس بمبيع.

ويقال: إنه إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح.. لا يجوز، ولو ذبح وسلخ وسلّم جلدها.. لا ينقلب صحيحاً، وإن كان الجلد عيناً موجوداً؛ كالجذع في السقف، وكذا بيع أكارعها؛ وكرشها لأنا نقول: إن المبيع وإن كان موجوداً فيه.. لكنه متصل بغيره اتصال خلقة، وكان تابعاً له، فكان العجز عن التسليم هناك معنىً أصلياً، لا أنه اعتبر عاجزاً حكماً؛ لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد.

وأمّا الجذع: فإنه عين مال في نفسه، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد، والعجز عن التسليم حكمي؛ لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد؛ فإذا قلع والتزم الضرر.. زال المانع، فيجوز، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة والمخلص معروف.

(ولا المزابنة) من الزبن؛ بمعنى: الدفع، يقال: [٧٣/ب] زبنت الشيء زبناً: إذا دفعته، ويقال للمشتري: زبون؛ لأنه يدفع غيره عن أخذه المبيع، كذا في «المصباح».

وَهِيَ: بيعُ الثَّمرِ على النّخلِ بِتَمْرٍ مجذوذٍ مثلِ كَيْلِهِ خَرْصاً.

والمحاقلةُ وَهِيَ: بيعُ البُرِّ فِي سُنبلِهِ ببرٍ مثلُ كَيْلهِ خَرْصاً.

(وهي) في الشرع **(بيع الثمر)** بثاء مثلثة: ما **(على النخل بتمر)** بتاء مثناة **(مجذوذ)**؛ أي: مقطوعاً؛ **(مثل: كيله)** أي كيل ما على النخيل **(خرصاً)** بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة والصاد المهملة؛ أي: بطريق الحزر والتخمين.

وفي «المصباح»: خرصت النخل خرصاً، من باب «قتل» حرزت تمره، وإنما لم يجز هذا البيع؛ للنهي عنه؛ لما في «الصحيحين» من حديث جابر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة، ولما فيه من شبهة الربا.

(و)لا **(المحاقلة: وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصاً)**؛ لما روينا وذكرنا من شبهة الربا؛ كما لو كانا موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصاً.

وبيع العنب بالزبيب على هذا.

وقال الشافعي: يجوز بيع المزابنة فيما دون خمسة أوسق؛ لا فيما زاد عليها، وله في خمسة أوسق قولان؛ لما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع المزابنة، ورخص في العرايا، وهو: أن يباع الثمر الذي على رأس النخيل بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق.

قلنا: سلمنا أن النبي ﷺ رخص في العرايا، لكن لا نسلم أن معنى العرية ما ذكرتم، بل معناها: لفظ العطية، وتأويلها ههنا: أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل، ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم؛ لكون أهله في البستان، ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمراً مجذوذاً بالخرص؛ ليدفع ضرورة عن نفسه، ولا يكون مخلفاً لوعده وبه نقول؛ لأن الموهوب لم يصر ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك الواهب، فما يعطيه من التمر.. لا يكون عوضاً، بل هبة مبتدأة، ويسمى بيعاً: مجازاً؛ لأنه في الصورة عوض، واتفق أن ذلك فيما دون خمسة أوسق، فظن الراوي: أن الرخصة مقصودة على هذا، فنقل كما وقع عنده.

وَلَا البيْع بالمُلامسةِ، والمنابذةِ وإلقاءِ الحجرِ. بِأَن يتساوما سلْعَةً فَيلْزمُ البيعُ لَو لمسها المُشْتَرِي، أَو وضعَ عَلَيْهَا حجراً، أَو نبذها إِلَيْهِ البَائِعُ.

وَلَا بيعُ ثوبٍ من ثَوْبَيْنِ،

والكلام في المحاقلة: كما في المزابنة.

(**ولا البيع بالملامسة والمنابذة وإلقاء الحجر**)؛ للنهي عنها، وقد كانت في الجاهلية، ثم نهي عنها، ثم فسرها بقوله: (**بأن يتساوما سلعة**) يقال: ساوم البائع سلعة: عرضها على البيع وذكر ثمنها، وسامها المشتري: بمعنى أسامها في «المغرب».

(**فيلزم البيع لو لمسها المشتري**)، رضي المالك بذلك أو لم يرض؛ وهو البيع بالملامسة.

(**أو وضع**) المشتري (**عليها حجراً**) وهو: البيع بإلقاء الحجر.

(**أو نبذها**)؛ أي طرح السلعة (**إليه**) أي: إلى المشتري (**البائع**) وهو: البيع بالمنابذة [٧٤/أ].

وفي «المغرب»: بيع الملامسة: أن يقول لصاحبه: إذا لمست ثوبك أو لمست ثوبي.. فقد وجب البيع، أو يقول المشتري كذلك.

والمنابذة: أن يقول: إذا نبذته إليك، أو يقول المشتري: إذا نبذته إلي.. فقد وجب البيع.

وإلقاء الحجر: أن يقول المشتري أو البائع: إذا ألقيت الحجر.. وجب البيع.

ثم وجه الفساد في هذه البيوع: تعليق التمليك على أنه متى لمسه أو ألقى عليه الحجر أو نبذها.. يلزمه البيع بلا خيار منه بعد سبق تراضيهما على الثمن، فصار نفس اللمس وإلقاء الحجر ونبذ السلعة بيعاً ضرورياً مسقطاً للخيار، وقد تقرر: أن التمليكات لا تحتمل التعليق بالخطر.

(**ولا بيع ثوب من ثوبين**)؛ لجهالة المبيع.

إِلَّا بِشَرْطِ أَن يَأْخُذَ أَيهمَا شَاءَ.

وَلَا بيعِ المراعي...

(**إلا بشرط أن يأخذ أيهما شاء**)؛ فإنه حينئذ يجوز استحساناً؛ على ما مر في شرط خيار التعيين.

(**ولا بيع المراعي**) والمراد بها: الكلأ، لا موضع الرعي؛ لأن الأرض يصح بيعها وإجارتها.

واختلفوا في تفسير الكلأ:

قيل: هو ما ليس له ساق من الحشيش، رواه الحلواني عن محمد.

وقيل: ما له ساق وما لا ساق له: كلاهما كلأ، وهو اختيار الفضلي، ويؤيده ما في «المغرب»: كل ما رعته الدواب من رطب ويابس.. فهو كلأ، وإنما لم يجز بيعها؛ لأنها غير مملوكة له؛ لعدم إحرازها.

وبيع ما لا يملك.. لا يجوز، بمعنى: أنه باطل؛ على ما في «قاضي خان».

واشتراك الناس فيها: اشتراك إباحة لا اشتراك ملك، ومعنى: ما رواه أحمد وأبو داود: «الناس شركاء في ثلاث؛ الماء والكلأ والنار»: أن لهم الانتفاع بها:

إما بالماء: فبالشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة.

وإما بالكلأ: فبالاحتشاش، وإن كان في أرض مملوكة، إلا أن لصاحب الأرض المملوكة: أن يمنع من الدخول في أرضه؛ فإن منع.. فلغيره أن يقول: إن لي في أرضك حقاً؛ فإما أن توصلني إليه أو تحتشه أو تستقي وتدفعه لي، وصار كثوب رجل وقع في دار رجل؛ إما أن يأذن لمالك في دخوله ليأخذه، وإما أن يخرجه إليه.

أما إذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية أو حوض بحيث انقطع جريانه؛ والكلأ بقطعه.. جاز حينئذ بيعه؛ لأنه بذلك ملكه.

وَلَا إِجَارَتِهَا.

وهذا فيما إذا نبت بنفسه ظاهر، وأما إذا سقى الأرض وأعدّها للإنبات فنبت.. ففي«الذخيرة» و«المحيط» و«النوازل»: يجوز بيعه؛ لأنه ملكه، وهو مختار الصدر الشهيد.

وهكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر.. فيحمل كلام المصنف: على ما إذا لم يعدها للإنبات، وكذا: لو حدَّق حول أرضه وهيأها للإنبات حتى نبت القصب.. صار ملكاً له.

وقال أبو الحسن القدوري: لا يجوز بيع الكلأ في أرضه، وإن ساق الماء [٧٤/ب] إلى أرضه.. ليس بحيازة.

وفي «فتح القدير»: إن أكثر العلماء على الأول.

وإمّا بالنّار: فبالاصطلاء بها وتجفيف الثياب؛ يعني: إذا أوقد رجل ناراً.. فلكل أن يصطلي بها.

أما إذا أراد أن يأخذ الجمر.. فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه؛ كذا ذكره القدوري.

(ولا إجارتها)؛ لأنها وردت على استهلاك العين، ومحل الإجارة: استهلاك المنافع لا الأعيان؛ مباحة كانت الأعيان كما نحن فيه، أو مملوكة؛ كاستئجار البقرة ليشرب لبنها، إلا أن تكون الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة؛ كالصبغ في استئجار الصباغ، واللبن في استئجار الظئر؛ لكونه آلة للحضانة والظؤورة.

وفي «البحر»: والحيلة في جواز إجارة الكلأ: أن يستأجر أرضاً لإيقاف الدواب فيها أو ليضرب عليها فسطاطاً أو يجعل حظيرة لغنمه أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الإجارة، ثم يستبيح الكلأ فيحصل به غرضهما.

وهل إجارة الكلأ فاسدة أو باطلة: ذكر في «الشرب»: أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض، وينفذ عتقه فيه، كذا في «العناية».

وَلَا النَّحْلُ بِلَا كُوَّاراتٍ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وقال في «القنية» بعلامة «دفع»: حمى واستئجار الأشجار والداراجين باطل.

وهذا يشعر كون إجارة الكلأ باطلاً أيضاً.

وقالوا: إن كانت الإجارة باطلة في الكلأ أو في الأشجار ـ فالفضل يطلب للمستأجر؛ لأنه لا أثر للعقد فيصير كأن الترك حصل بغير عقد بإذن صاحبه، وإن كانت الإجارة فاسدة.. فالفضل لا يطلب للمستأجر؛ لأن للعقد أثراً فيه فيتمكن فيه نوع خبث.

(ولا النحل بلا كوارات) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **(خلافاً لمحمد)**، وهو قول الشافعي.

وهذا؛ لأنه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه، وشرعاً؛ لعدم ما يمنع عنه شرعاً، وكونه غير مأكول: لا يمنعه كالبغل والحمار.. يجوز بيعهما، فيجوز بيع النحل أيضاً؛ إذا كان مجتمعاً في موضع.

ولهما: أنه من الهوام، فلا يجوز بيعه؛ كالوزغ والعقرب والزنبور والحية والضفدع والسرطان، ولا نسلم أنه منتفع به بعينه، بل الانتفاع بما يحدث منه، وذلك معدوم وقت البيع.. فلا يجوز بيعه، حتى لو باع كوارات فيها عسل بما فيها من النحل.. يجوز تبعاً له؛ على ما ذكره الكرخي في «مختصره» والقدوري في «شرحه».

وعن الكرخي: أن النحل ليس من حقوق العسل، فلا يدخل في بيعه تبعاً له؛ لأن التابع لا بد أن يكون من حقوق المتبوع، والشيء: إنما يدخل في بيع الشيء إذا كان من توابعه وحقوقه؛ كالشرب والطريق في بيع الأرض.

وأجيب عنه: بأن التبعية لا تنحصر في الحقوق؛ كالمفاتيح.. فالعسل تابع [٧٥/أ] للنحل في الوجود، والنحل تابع للعسل في المقصود بالبيع.

وقال في «المصباح»: كُوَّارَةُ النَّحْل ـ بالضَّمِّ والتَّخْفيف، والتَّثْقِيل: لُغَةٌ ـ عَسَلُهَا في الشمع، وقيل: بَيْتُها إذا كان فيه العسل. انتهى. والمراد ههنا: هُوَ الثَّاني.

وَلَا دودُ القَزِّ وبيضُه.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يجوزُ فِي الدُّودِ إِذا كَانَ مَعَ القَزِّ.

وَفِي البيض: عَنهُ قَوْلَانِ.

وَعند مُحَمَّدٍ: يجوز بيعهمَا مطلقاً، وَهُوَ المُخْتَارُ.

(ولا دود القز وبيضه) عند أبي حنيفة؛ لأنّه من الهوام، وبيضه مما لا ينتفع به بعينه، بل بما يحدث منه، وهو معدوم في الحال.

(وعند أبي يوسف: يجوز في الدود إذا كان مع القز) تبعاً للقز؛ كبيع النحل مع العسل.

وفي «المصباح»: القز معرّب، قال الليث: هو ما يعمل منه الإبريسم؛ ولهذا قال بعضهم: القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق. انتهى.

(وفي البيض؛ عنه: قولان): في قول مع أبي حنيفة في عدم الجواز، وفي قول مع محمد في الجواز.

(وعند محمد: يجوز بيعهما مطلقاً) أي سواء كان مع القز أو لا؛ لكونهما منتفعاً بهما في المآل؛ كالمهر والجحش، ولمكان الضرورة العادية في بيضه.

(وهو المختار) للفتوى على ما في «الخلاصة».

وكذا الفتوى على قول محمد أيضاً: في بيع النحل، على ما في «الذخيرة» و«الخلاصة».

وإنما خص النحل والدود من الهوام؛ لأن عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام؛ كالحيّات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وغيرها.. اتفاقي.

ولا يجوز بيع شيء من حيوان البحر إلا السمك؛ كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك؛ كذا في «فتح القدير».

وَلَا بيعُ الآبِقِ ....

ولكن ذكر في «الذخيرة»: إذا اشترى العلق.. يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد؛ لحاجة الناس إليه.

وفي «الخلاصة»: وهو المختار.

وفي «المصباح»: العَلَق: شيء أسود يشبه الدود، ويكون بالماء؛ فإذا شربته الدابة.. تعلق بحلقها. انتهى.

(ولا بيع الآبق) المطلق؛ أي الذي كان آبقاً في حق المتعاقدين؛ لما ذكره محمد في «الأصل» قال: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، وعن بيع العبد الآبق؛ ولأنه غير مقدور التسليم، قيد بالآبق: احترازاً عن بيع العبد المرسل في حاجة المولى.. فإنه جائز، ولو باعه، ثم أبق قبل القبض.. فالمشتري بالخيار في فسخ ذلك العقد، ولا يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يحضر العبد.

وقيد بالبيع: احترازاً عن عتقه؛ فإنه إذا أعتق عبده الآبق حال إباقه.. يجوز؛ لأنه إسقاط لا تمليك، إلا أنه إذا أعتقه عن كفارته.. اشترط العلم بحياته.

وهل يجوز هبته وتصدقه.. ففي «قاضي خان» من كتاب الهبة: ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير.. لا يجوز، ولو باع.. جاز. انتهى.

وقال في «الزيلعي» و«فتح القدير» و«غاية البيان» و«الكفاية»: تجوز هبة العبد الآبق لابنه الصغير أو ليتيم في حجره، بخلاف بيعه لابنه الصغير [٧٥/ب]؛ حيث لا يجوز، وعلله في «الفتح»: بأن شرط البيع: القدرة على التسليم عقيب البيع، وهو منتف، وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة، ولا يصلح لقبض البيع؛ لأنه بإزاء مال مقبوض من مال الابن، وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد، فكفت تلك اليد له؛ نظراً للصغير؛ فإنه لو عاد.. على ملك الصغير، ولهذا أجزنا بيعه ممن زعم أنه في يده؛ لثبوت التسلم، والمقصود من القدرة على التسليم: ثبوت التسلم؛ فإذا كان ثابتاً.. حصل المقصود. انتهى.

قلت: عند ملاحظة هذا الوجه.. يظهر قوة ما ذكروه من جواز هبة الآبق لابنه الصغير وعدم جواز بيعه له، وضعف ما ذكره «قاضي خان»؛ فعلى ما ذكروه: لا يحتاج قوله: «ولا بيع الآبق» إلى أن يستثنى منه بيع الآبق لابنه الصغير، بل يبقى على إطلاقه.

وأما على ما ذكره «قاضي خان».. فيحتاج إلى استثنائه منه، مع أن «قاضي خان» ذكر في باب البيع الفاسد: أن بيع العبد الآبق لا يجوز، إلّا إذا باعه من في يده، ولم يستثن بيعه لابنه الصغير، هذا في جواز هبته لابنه الصغير، وهل يجوز هبته للأجنبي وولده الكبير؟

قلت: والذي ظهر من كلامهم ومما ذكره الإمامان المذكوران من التعليل المذكور.. أنه لا يجوز باتفاق كلامهم؛ لأن التسليم والقبض شرط في الهبة ولم يوجد ذلك في حق الأجنبي وولده الكبير.

وأما تصدقه.. فذكر في «البحر»: إن تصدق عبده الآبق لابنه الصغير يجوز في رواية عن أبي يوسف، ولا يجوز في رواية أخرى عنه، هذا حكم بيع العبد الآبق من يد المالك.

وأما بيع العبد الآبق من يد الغاصب.. ففيه تفصيل:

فإن باعه من غير الغاصب.. لا يجوز.

وإن باعه من الغاصب.. جاز؛ على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الذخيرة»؛ حيث قال: وإذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب، ثم إن المالك باع ذلك العبد من الغاصب وهو آبق بعدُ.. فالبيع جائز؛ لأن الإباق: إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجاً إليه؛ بأن أبق من يد المالك، ثم باعه المالك، وأما إذا لم يكن التسليم محتاجاً إليه؛ كما في مسألتنا.. فيجوز؛ لحصول التسلم فيه بلا تسليم. انتهى.

إِلّا مِمَّن يزْعُمُ أَنه عِنْدهُ؛ فَإِنْ ....

فإن قيل: كيف لا يحتاج إلى التسليم والتسلم وهو غير موجود في يد الغاصب وقت البيع لإباقه؟

قلت: إن المغصوب لما صار مضموناً على الغاصب.. قام خلفه مقامه، فصار موجوداً في يده؛ لأن الفائت إلى خلف.. كلا فائت.

(**إلا ممن يزعم**)؛ أي يظن (**أنه عنده فإن**) بيعه منه جائز؛ لأن المنهي عنه: هو بيع الآبق المطلق؛ أي: ما يكون آبقاً في حق البائع والمشتري، وهذا غير آبق في حق المشتري [٧٦/أ]؛ لكونه عنده، فينفى العجز عن التسليم لحصول التسليم؛ كما لو باع العبد المغصوب من الغاصب أو من غيره وهو يقر الغصب أو ينكره، لكن للمالك بينة عادلة عليه؛ فإن بيعه منه في الصورتين جائز؛ لانتفاء العجز عن التسليم؛ لحصول التسليم.

بخلاف بيعه من الغاصب أو غيره عند إنكار الغاصب ولا بينة له.. فإنه لا يجوز؛ لعجزه عن التسليم.

وبخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال: عبدك الآبق عند هذا الرجل فبعه مني وأنا أقبضه منه، واعترف ذلك الرجل.. فإنه لا يجوز بيعه؛ لأنه آبق في حق العاقدين؛ ولأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره، فلا يجوز بيعه.

ثم إن كان ذلك الزاعم قبضه لنفسه حين قبضه.. يصير قابضاً له بمجرد العقد بالاتفاق، بلا حاجة له إلى قبض جديد لشرائه.

وإن كان قابضاً للرد على مالكه.. فإما أن يُشهِدَ على ذلك أو لم يشهد: فإن أشهد.. لا يصير قابضاً؛ لأنه أمانة عنده، حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى.. هلك من مال المولى.

وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع أجيز عليه، وبعد القبض ليس للبائع فسخه، بخلاف الأمانة.

عَادَ قبل الفَسْخ.. لَا يَنْقَلِبُ صَحِيحاً،..............................

وأما الملك.. فإن الضمان يثبت الملك من الجانبين، بخلاف الأمانة.

وإن لم يشهد.. يجب أن يصير قابضاً له؛ لأنه قبض غصب، وهو قبض ضمان على قول أبي حنيفة ومحمد.

وعن أبي يوسف: أنه لا يصير قابضاً فيما إذا لم يأخذه لنفسه، بل أخذه للرد؛ سواء أشهد عليه أو لم يشهد.

والأصل ههنا: أنه متى تجانس القبضان.. ناب أحدهما مناب الآخر، وذلك بأن يكون كلاهما قبض أمانة أو قبض ضمان.

أما إذا اختلف.. فينوب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون؛ لأن المضمون أقوى من غير المضمون، والضعيف لا ينوب مناب القوي.

بيانه: أن الشيء إذا كان في يده بغصب أو مقبوضاً بعقد فاسد فاشتراه من المالك بعقد صحيح.. ينوب القبض الأول عن الثاني، حتى لو هلك قبل أن يذهب إلى بيته ويصل إليه أو يتمكن من أخذه.. فالهلاك عليه.

وكذا لو كان الشيء في يده وديعة أو عارية فوهبه منه مالكه.. لا يحتاج إلى قبض آخر، وينوب القبض الأول عن الثاني.

ولو كان في يده بالغصب أو بالعقد الفاسد فوهبه المالك منه.. لا يحتاج إلى قبض جديد، ولا ينوب القبض الأول عن الثاني؛ فإذا انتهى إلى مكان يتمكن من قبضه.. فالآن يصير قابضاً بالتخلية.

والرهن: كالعارية، كذا في «الخلاصة».

(**فإن عاد**) من الإباق (**قبل الفسخ**)، أي فسخ المشتري (**.. لا ينقلب صحيحاً**) في [٧٦/ب] ظاهر الرواية، وبه أخذ مشايخ بلخ؛ لأنه وقع باطلاً؛ فإن القدرة على التسليم جزء المحل ـ وهو البيع ـ وقد فات ذلك الجزء وقت العقد، فانعدم المحل،

وَقِيل: يَنْقَلِبُ.

وَلَا لبنُ امْرَأَةٍ وَلَو بعدَ الحَلبِ.

فلا ينقلب صحيحاً، بل يحتاج إلى عقد جديد، فصار كما إذا باع طيراً في الهواء، ثم أخذه وسلمه في المجلس.

فإن قيل: لو كان هذا باطلاً.. لما صح عتق المشتري حال إباقه، ولما وقع عن كفارته لو علم حياته وقت الإعتاق ونواها.

قلنا: الإعتاق إتلاف وإسقاط لا يشترط فيه التسليم والقبض، فيلائم التوي بالإباق، فينعقد.

بخلاف البيع؛ فإنه إثبات الملك.. فيشترط فيه التسليم والقبض، فينافيه التوى.

وكذا الحال فيما لو وهبه المشتري لابنه الصغير أو ليتيم في حجره؛ لأن ما به من اليد كاف في الهبة دون البيع على ما ذكرناه.

(**وقيل: ينقلب**) صحيحاً ما لم يفسخ؛ وهو رواية عن أبي حنيفة، وبه أخذ الكرخي؛ لأن العقد قد انعقد لقيام المالية؛ لأن مال المولى لا يزول بالإباق حتى أبق بعد البيع.

فإذا جاز.. أجبر البائع: على التسليم، والمشتري: على القبض إن امتنعا.

وأما إذا فسخه المشتري بحكم القاضي، ثم ظهر العبد.. فإنه يحتاج إلى عقد جديد بالاتفاق.

(**ولا لبن امرأة**) حرة أو أمة في ظاهر الرواية.

(**ولو**) وصلية (**بعد الحلب**)، خلافاً للشافعي؛ فإنه يقول: يجوز بيعه من حرّة أو من أمة، ويضمن بالإتلاف؛ لأنه مشروب طاهر، فصار كسائر المائعات الطاهرات.

وعن أبي يوسف: يجوز بيعه بعد الحلب في إناء.

وجه الظاهر: أنه جزء الآدمي، وهو مكرم بجميع أجزائه، مصون عن الابتذال بالبيع، ولأن جزء الآدمي ليس بمال، والبيع يرد على المال، وكونه مشروباً ضروري

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يَصِحُّ فِي لبَنِ الأمةِ.

وَلَا شعرُ الخِنْزِيرِ، وَلَكِن يُبَاحُ الانتفاعُ بِهِ للخرز ضَرُورَةً.

لأجل الأطفال، حتى لو استغنى عنه.. لا يجوز، فلا يتعدى موضعه.

ولا يضمن بالإتلاف كما يضمن سائر أجزائه؛ لأن الضمان دائر على الانتقاض بالإتلاف لا على مجرد الإتلاف، ولا انتقاض في شيء من أجزائها بإتلاف اللبن.. فلا ضمان.

ومن هنا قالوا: إنه لو جرح محلاً من بدن آدمي واتصل البرء بالجرح.. سقط الضمان.

وكذا لو نبت السن الساقط.. سقط الضمان؛ لعدم النقصان.

(**وعند أبي يوسف: يصح**) البيع (**في لبن الأمة**)، أي: إذا كان في وعاء؛ لأنه يجوز أن يرد البيع على نفسها، فيجوز على جزئها أيضاً اعتباراً للجزء بالكل.

قلنا: إن البيع إنما يرد على ما حلّ فيه الرق وقد حل بنفسها، فجاز بيعها، بخلاف لبنها؛ فإنه لا رق فيه؛ لأن الرق يختص بمحل العتق؛ لأنه ضعف حكمي، فيختص بمحل القوة؛ التي هي ضده وهي الحي؛ لأن الضدين يتعاقبان في موضع واحد، ولا حياة في اللبن.. فلا يرد عليه الرق ولا العتق؛ لانتفاء الموضع [١/٧٧].

(**ولا شعر الخنزير**)؛ لأنه ليس بمال؛ لنجاسة عينه على ما عليه الإجماع؛ ولأنه مهان شرعاً مبتذل.. فلا يكون مجازاً شرعاً؛ لأنه قلب الموضوع، بخلاف الدهن النجس.. فإن بيعه يجوز؛ لأن نجاسته ليست لعينه، بل لمخالطته النجس، فيجوز بيعه.

(**ولكن يباح الانتفاع به**) للأساكفة (**للخرز ضرورة**)؛ لأن غيره لا يعمل عمله؛ لأن خرز النعال والأخفاف لا يتأتى إلا به.

وعن أبي يوسف: إنه يكره؛ لأن الخرز يتأتى بغيره أيضاً.

والأول: ظاهر الرواية، ثم الحاجة إلى بيعه؛ لأنه يوجد مباح الأصل.

وَيُفْسدُ المَاءَ القَلِيلَ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، لَا عِنْد مُحَمَّدٍ.

وَلَا بيعُ شعرِ الآدَمِيّ، ....

وقيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع.. يجوز بيعه، لكن الثمن لا يطلب للبائع.

وقال أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء.. ينبغي أن يجوز لهم الشراء؛ لأن ذلك حالة الضرورة.

وأما البيع.. فيكره؛ لعدم الحاجة إليه.

وفي «الزيلعي»: لا بأس للأساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير، وإن كان أكثر من قدر الدرهم؛ للضرورة.

وقال في «فتح القدير»: ينبغي أن يخرج هذا على القول بطهارته في حق الأساكفة، وأما على قول أبي يوسف.. فلا، وهو الوجه؛ فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار. انتهى.

يعني: أن الوجه في جواز بيعه للأساكفة: هو القول بطهارته؛ على ما روي عن محمد، لا الضرورة.

(**ويفسد الماء القليل عند أبي يوسف**)؛ لأن إطلاق الانتفاع به كان للضرورة، ولا ضرورة إلا في حالة الاستعمال، وحالة الوقوع في الماء غير حالة الاستعمال.

(**لا عند محمد**) لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته، ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه.

قيل: هذا الخلاف فيما إذا كان منتوفاً، وأما إذا كان مجذوذاً.. فطاهر بالاتفاق؛ على ما في «العناية» نقلاً عن «التمرتاشي» و«قاضي خان».

وقال قاضي خان في أول «فتاواه»: شعر الخنزير إذا وقع في الماء.. يفسده؛ لأنه نجس العين. انتهى. وإطلاقه هذا: يخالف ما نقله صاحب «العناية» عنه.

(**ولا بيع شعر الآدمي**) أي: باطل على ما صرح به في «قاضي خان».

وَلَا الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَلَا بِشَيْءٍ من أَجْزَائِهِ.

(ولا الانتفاع به، ولا بشيء من أجزائه)؛ لأنه مكرّم بجميع أجزائه، وفي بيع ما هو مكرمٌ والانتفاع به: ابتذال وإهانة له، وقد صح عن النبي ﷺ على ما رواه في «الصحيحين» أنه قال: «لعن الله الواصلة والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة».

والواصلة: هي التي تصل الشعر بشعر النساء.

والمستوصلة: هي التي يوصل لها ذلك بطلبها ورضاها.

وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به؛ لما فيه من إهانة المكرم، لا لتكثير الشعر؛ كيف وقد رخص في اتخاذ القراميل من الوبر ليزيد في قرون النساء ويكثرها، ولا تمنع القراميل[٧٧/ب]؛ لأنها زينة، ولا شك أن الزينة حلال، فلولا لزوم الإهانة بالاستعمال.. يحل وصلها؛ كذا في «فتح القدير».

فإن قيل: لا شك أنّ وصل شعر غير المستوصلة حرام، وهل يحرم وصل شعر المستوصلة أيضاً وهو شعر نفسها؟

قلت: والذي ظهر من تعليلهم اللعن بالانتفاع بما لا يحل الانتفاع به: حرمته أيضاً؛ لأنه بعد الانفصال من بدنها لا يحل الانتفاع به لا لنفسها ولا لغيرها؛ للاشتراك في العلة؛ أعني ابتذال المكرم، ويؤيد ما قلنا: عبارة «المختار» قال: ووصل الشعر بشعر الآدمي حرام؛ سواء كان شعرها أو شعر غيرها؛ فإن الظاهر: أن الضمير في شعرها أن يرجع إلى المستوصلة.

وروي عن محمد: أنه يجوز الانتفاع بشعور الإنسان؛ لما روي أن النبي ﷺ حين حلق رأسه.. قسم شعره بين أصحابه، فكانوا يتبركون به، فلا يكون نجساً.

قلنا: عدم الانتفاع به ليس لنجاسته حتى يصح الاستدلال بذلك، بل لكونه مكرماً، وإهانة المكرم لا تجوز، وما رواه: مختص بالنبي ﷺ، سيما أن الأخذ به بالتبرك ليس باستعمال له، بل تعظيم.

وَلَا بيعُ جُلُودِ الميتَةِ قبلَ الدّباغِ، وَيجوزُ بعدَه، وَيَنْتَفِعُ بِهِ، وَيُبَاعُ عظمُها وَيَنْتَفِعُ بِهِ، وَكَذَا عَصَبُها، ....

والواشمة: هي التي تشم في الوجه والذراع، وهو: أن تغرز الجلد بإبرة، ثم تحشى بكحل أو نحوه.

والمستوشمة: هي التي يفعل بها ذلك بطلبها.

وقد ذكرنا في باب الأنجاس: أن موضع الوشم نجس تجب إزالته إن أمكن، ولا تجوز إمامته إن جاوز قدر الدرهم؛ لأن الدم المنعقد فيه نجس، وإنما جازت صلاته للضرورة، ولا ضرورة في إمامته.

(ولا بيع جلود الميتة قبل الدباغ)؛ لقوله ﷺ: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب» رواه أبو داود.

والإهاب: اسم لجلد غير مدبوغ على ما روي عن الخليل، ولأنها غير منتفع بها لنجاستها قبل الدباغ باتصال الدسومات الرطبة النجسة خلقة، بخلاف الثوب النجس باتصال النجاسة.. فإنها ليست بخلقية، فيجوز بيعه.

فإن قيل: النهي عن الانتفاع يقتضي المشروعية على ما في الأصول، فلم لا يجوز بيعها؟

قلنا: إن هذا نهي عن الأفعال الحسية، فيكون قبيحاً لعينه، فلا يكون مشروعاً.

فإن قيل: فعلى هذا: ينبغي أن يكون البيع بها باطلاً لا فاسداً، فهل هو كذلك؟

قلنا: نعم؛ على ما ذهب إليه البزدوي وقاضي خان؛ حيث قال: بيع جلود الميتات باطل؛ إذا لم تكن مدبوغة.

لكن قال صاحب «المحيط»: إنها قبل الدبغ مثل الخمر؛ لكونها مرغوباً فيها بين الناس.. فعلى هذا: ينبغي أن يكون بيعها فاسداً.

(ويجوز) بيعها **(بعده)** أي بعد الدبغ.

(وينتفع به)؛ لأنه طهر بالدباغ، **(ويباع عظمها، و)**كذا **(ينتفع به، وكذا عصبها**

وقَرْنُها، وصوفُها، وشعرُها ووبرُها.

وَكَذَا عظمُ الفِيلِ.

خلافاً لمُحَمدٍ.

وَلَا يجوز بيعُ عُلُوٍّ سقطَ.

وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها)؛ لأنها طاهرة؛ لعدم [٧٨/أ] حلول الموت فيها.

ولحوم السباع وشحومها بعد الذكاة.. كجلود الميتة بعد الدباغ، حتى يجوز الانتفاع بها غير الأكل.

(**وكذا**) أي: يباع وينتفع به (**عظم الفيل**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه كسائر السباع عندهما من الكلب وغيره؛ لكونه مما ينتفع به بالركوب والحمل.. فلا يكون نجس العين، ولكن قالوا: إنما يجوز بيع عظمه إذا لم يكن عليه دسومة.

وأما إذا كانت.. فلا يجوز بيعه؛ للنجاسة، كذا في «العناية».

وفي «شرح مختصر الكرخي»: يجوز بيع القرد عند أبي حنيفة في رواية الحسن، وفي «المحيط»: وهو المختار.

وقال في «قاضي خان»: وبيع الفيل جائز، وفي القرد روايتان عن أبي حنيفة، وروي عن أبي يوسف: بيع القرد باطل.

(**خلافاً لمحمد**)؛ لأنه نجس العين عنده كالخنزير؛ اعتباراً به في حرمة اللحم وغيرها، حتى قال: لا تقع عليه الزكاة، ولا يطهر جلده بالدباغ.

(**ولا يجوز بيع علو**) ـ بالضم والكسر ـ خلاف السفل (**سقط**) وحده أو مع السفل، وذلك؛ لعدم المالية؛ لأن حق التعلي ليس بمال؛ لعدم إمكان إحرازه، وإنما جاز بيعه قبل الانعدام باعتبار البناء القائم؛ فلو باعه وسقط قبل القبض.. يبطل البيع؛ كهلاك المبيع قبل القبض؛ فإن المبيع إذا هلك قبل القبض.. يبطل البيع؛ سواء هلك بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع؛ على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما من الفتاوى.

أمّا إذا هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع.. فظاهر، وكذلك إذا كان بفعل البائع؛ لأن المبيع في يده مضمون بالثمن قبل القبض؛ بدلالة أنه لو هلك.. سقط ثمنه عن المشتري، ولا يجوز أن يكون مضموناً بالقيمة؛ لأن الشيء الواحد لا يتوالى عليه ضمانان: ضمان القيمة وضمان الثمن، ويستوي في ذلك: كون البيع باتاً أو بشرط الخيار للمشتري أو للبائع.

وأما إذا هلك بفعل المشتري.. فلا يبطل البيع، وعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار للمشتري.

وإن كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً.. لزمه ضمان مثله: إن كان مثلياً، وقيمته: إن كان قيمياً.

وأما: إذا هلك بفعل الأجنبي.. فالمشتري بالخيار؛ إن شاء.. فسخ البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع، ويضمن الجاني المثل في المثلي والقيمة في القيمي، ثم ينظر: إن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن.. لا يطيب له الفضل، وإن كان من خلاف جنس الثمن.. يطيب له.

وإن اختار المشتري البيع دون الفسخ.. فعليه الثمن للبائع، وله اتباع الجاني بالضمان.

ثم إن كان الضمان من جنس الثمن.. لا يطيب له الفضل وإن كان من خلاف جنسه؛ حيث [٧٨/ب] طاب له الفضل.

ثم اختياره اتباع الجاني بالضمان.. بمنزلة القبض عند أبي يوسف، حتى لو نوى على الجاني: نوى على المشتري، ولو أخذ المشتري من الجاني مكانه شيئاً آخر.. جاز له ذلك عنده.

وعند محمد: ليس بمنزلة القبض، حتى لو نوى على الجاني: نوى على البائع، وليس للمشتري أن يأخذ مكانه شيئاً آخر من الجاني.

هذا حكم هلاك الكل.

ولو هلك البعض قبل القبض:

إن هلك بفعل البائع.. طرح عن المشتري حصة النقصان من الثمن؛ سواء كان ذلك النقصان نقصان قدر أو نقصان وصف، و المشتري بالخيار في الباقي؛ إن شاء.. أخذ بحصته من الثمن، وإن شاء.. ترك.

وإن هلك بفعل الأجنبي.. فكما ذكرنا من قبل.

وإن هلك بآفة سماوية؛ إن كان نقصان قدر.. يطرح عن المشتري حصة ما فات من الثمن، وله الخيار في الباقي:

إن شاء.. أخذ بحصته من الثمن، وإن شاء.. تركه.

وإن كان نقصان وصف.. لا يطرح عن المشتري شيئاً من الثمن، لكن له الخيار:

إن شاء.. أخذ بجميع الثمن، وإن شاء.. ترك.

والوصف: ما يدخل تحت البيع بغير ذكر؛ كالأشجار والبناء في الأرض، والأطراف في الحيوان، والجودة في الكيلي والوزني.

وإن هلك بفعل المبيع.. فكما ذكرنا من قبل.

و: إن هلك بفعل المشتري.. يصير قابضاً قدر ما استهلكه، والباقي بالتعيب، حتى لو هلك الباقي في يد البائع قبل الحبس.. هلك على المشتري.

و: لو هلك بعد الحبس.. هلك على البائع، هذا حكم الهلاك قبل القبض.

و: لو هلك الكل بعد القبض.. فالهلاك على المشتري.

إلّا إذا هلك بفعل البائع، والمشتري قبضه بغير إذن البائع، والثمن حال غير منقود.. صار البائع مسترداً، وبطل البيع، وسقط الثمن عن المشتري.

ولو هلك البعض بعد القبض.. فالهلاك على المشتري أيضاً.

إلا إذا هلك بفعل البائع.. فحينئذٍ ينظر: إن لم يكن للمشتري حق الاسترداد.. فهو كالاستهلاك بفعل الأجنبي.

وإن كان له حق الاسترداد.. انفسخ البيع في قدر ما استهلكه البائع، وسقط عن المشتري حصته من الثمن، ولا يكون مسترداً للباقي حتى لو هلك الباقي في يد المشتري.. لزمه حصة الباقي من الثمن، إلّا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع.. فحينئذٍ يكون مسترداً بذلك، وسقط عن المشتري جميع الثمن.

هذا توضيح المسألة بما لا يزيد عليه.

واعترض عليها نقضاً بمسألة بيع الشرب.. فإنه ليس بمال كحق التعلي، بل هو حق الأرض، مع أنه يجوز بيعه تبعاً: للأرض باتفاق الروايات، ومنفرداً: في رواية، واختاره مشايخ بلخ.

أجيب عنه: [٧٩/أ] بأنه مال؛ لأنه نصيب من الماء، حتى يجب الضمان بالإتلاف؛ فإنه لو سقى أرض نفسه بماء غيره.. يضمنه؛ ولأن له حظاً من الثمن.

حتى لو ادعى رجل بشراء أرض بشربها بألف، فشهد شاهد بذلك، وسكت الآخر عن الشرب.. بطلت شهادتهما؛ لاختلافهما في ثمن الأرض، وإنما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية؛ لجهالته، لا لعدم كونه مالاً؛ كذا في «الهداية» و«العناية» و«الزيلعي».

ولكن قال في «فتح القدير»: بيع الشرب يجوز تبعاً للأرض باتفاق الروايات؛ فيما إذاكان الشرب شرب تلك الأرض.

وأما إذا باع أرضاً مع شرب أرض آخر.. ففي صحته اختلاف المشايخ، والصحيح: أنه لا يجوز منفرداً؛ كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد نوبته، وجوزه مشايخ بلخ؛ كأبي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة؛ لأن أهل بلخ تعاملوا: ذلك

وَلَا المسيلُ وَلَا هِبته، وصَحّا فِي الطَّرِيقِ.

لحاجتهم إليه، والقياس يترك بالتعامل؛ كما جوز السلم للضرورة، والاستصناع للتعامل.

ثم قال: إن وجوب الضمان بالإتلاف في الشرب هو رواية البزدوي، وأما على رواية شيخ الإسلام.. لا يضمن.

(ولا) بيع **(المسيل، ولا هبته، وصحّا)** أي البيع والهبة **(في الطريق)**.

اعلم: أن بيع رقبة الطريق وهبتها جائزة؛ لكونها معلومة بطولها وعرضها، سواء كان بيّن ذلك أو لم يبين.

أما إذا بيّن.. فظاهر.

وأما إذا لم يبين.. فيقدر بقدر باب الدار العظمى.

وأما بيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبتها.. فلا يجوز؛ لجهالة قدر ما يشغله الماء، إلّا إذا بين طولها وعرضها؛ فإنه حينئذ يجوز؛ لكونها معلومة؛ على ما ذكره قاضي خان.

وأما من حيث إنه نهر.. فجائز بيعه مطلقاً؛ لكونه أرضاً مملوكة؛ على ما ذكره الإمام السرخسي، ولذا قيدناه بقيد الحيثية؛ احترازاً عنه.

وأما بيع حق الطريق وهو المرور والتطرق.. ففيه روايتان: في رواية ابن سماعة: إنه يجوز؛ لكونه معلوماً لتعلقه بمحل معلوم بالبيان أو بالتقدير بباب الدار العظمى، ويدل على هذه الرواية: ما ذكره في «الشامل»: دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر.. ليس له منعهما من القسمة، ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى؛ لأنه لا حق له في غير الطريق؛ فإن باعوا الدار والطريق برضاهم.. يضرب صاحب الأصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن؛ لأن صاحب الدار اثنان، وصاحب الممر واحد، وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤوس؛ لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع. انتهى.

وَلَا بيعُ شخصٍ على أنّه أمةٌ.. فَإِذا هُوَ عبدٌ.

فقد جعل لحق المرور قسطاً من الثمن، فدلّ ذلك على جواز بيعه.

وفي رواية «الزيادات»: إنه لا يجوز بيعه [٧٩/ب]، وصححه الفقيه أبو الليث في «شرحه للجامع الصغير»، معللاً بأن بيع الحقوق بانفرادها لا يجوز؛ كبيع حق التعلي.

وأما بيع حق المسيل.. فلا يجوز مطلقاً؛ لأنه إن كان على السطح.. فهو نظير حق التعلي، فلا يجوز باتفاق الروايات؛ كما في حق التعلي؛ لعدم كونه مالاً كما مر، ولا يتعلق أيضاً بمال، وإن كان على وجه الأرض.. فلا يجوز أيضاً؛ لجهالته لأن قدر ما يشغله الماء ليس بمعلوم.

إذا عرفت هذا.. فمراد المصنف:

إن كان رقبة المسيل ورقبة الطريق.. فالفرق بينهما حيث جاز بيع أحدهما دون الآخر بالعلم والجهل على ما ذكرناه.

وإن كان حقهما.. فعلى رواية «الزيادات»: لا فرق بينهما؛ لشمول العدم.

وفي رواية ابن سماعة: الفرق بينهما بالعلم والجهل أيضاً كما ترى، لكن مراده: رقبتهما كما ترى.

ثم الفرق بين حق التعلي وحق المرور على رواية ابن سماعة ـ حيث: جاز بيع حق المرور دون حق التعلي ـ: أن حق التعلي يتعلق بعين لا يبقى على ما مر، فأشبه المنافع، فلا يرد عليها البيع، وأما حق المرور.. فيتعلق بعين يبقى وهو الأرض، فأشبه الأعيان، فيرد عليها البيع.

فإن قيل: لا يجوز بيع السكنى وحدها، مع أنها حق يتعلق بعين تبقى وهو الدار.

أجيب عنه: بأنه ممنوع، بل يتعلق بالبناء أيضاً.

(ولا بيع شخص على أنه أمة؛ فإذا هو عبد).

صورة المسألة في «الجامع الصغير» هكذا: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع هذه على أنها جارية؛ فإذا هو غلام.. قال: لا بيع بينهما. انتهى.

والأصل ههنا: ما ذكره صاحب «الإيضاح» وغيره ـ وقد ذكرناه في باب المهر، وهو: أصل يجري في العقود كلها؛ من النكاح والإجارة والصلح والخلع والعتق على مال والبيع ـ: **أن التسمية والإشارة إذا وردا في شيء**؛ فإن كان المشار إليه مع المسمى جنسين مختلفين.. كانت العبرة للتسمية دون الإشارة؛ لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة:

لأن الإشارة: تعرِّف الذات الحاضرة؛ فإنه إذا قال: هذا.. صار الذات متعيناً في الخارج.

والتسمية: تعرِّف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها.

ونحن في مقام التعريف: نأخذ ما يكون أبلغ في التعريف؛ وهو التسمية.. فيتعلق الحكم بالمسمى دون المشار إليه.

وإن كان المشار إليه من جنس المسمى.. فالعبرة للإشارة؛ لأن ما يسمى: وجد في المشار إليه، فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه.

إذا ثبت هذا.. فنقول: إذا وقع البيع على جنس فأصيب المبيع غير ذلك الجنس.. كان البيع باطلاً؛ لعدم المبيع؛ كما إذا باع فصّاً على أنه ياقوت.. فإذا هو زجاج، أو باع ثوباً على أنه خز.. فإذا هو مرعزي: فالبيع باطل؛ لعدم المبيع، وهو: المسمى بياقوت، وخز؛ على ما صرّح به الكرخي [٨٠/أ] في «مختصره».

وإن أصيب المبيع من ذلك الجنس إلا أنه يخالفه في الصفة؛ فإن كان التفاوت بين الصفتين فاحشاً.. كان حكمهما كحكم الجنسين المختلفين، فيكون البيع باطلاً أيضاً؛ كما إذا باع شخصاً على أنه أمة؛ فإذا هو غلام، أو بالعكس.

وقيل: إنه فاسد لا باطل.

والأول: أصح من حيث الرواية؛ لأن محمداً قال في «الجامع الصغير»: لا بيع بينهما على ما ذكرناه آنفاً، وهذا اللفظ ظاهر في البطلان.

ولأن الكرخي صرح في «مختصره»: أن اختلاف الصفة إذا أوجب اختلافاً فاحشاً.. كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس.

ثم اختلاف الجنسِ يوجب البطلان؛ كما إذا باع فصّاً على أنه ياقوت؛ فإذا هو زجاج، فكذا اختلاف الصفة اختلافاً فاحشاً؛ كما في الأمة والغلام.

وإن لم يكن التفاوت بين الصفتين فاحشاً، بل قليلاً.. تعتبر الإشارة، فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم؛ وهو المشار إليه، إلا أنه لما ذكر فيه وصفاً مرغوباً فيه، ثم لم يجده.. ثبت له الخيار؛ كما: إذا باع على أنه كبش؛ فإذا هو نعجة، أو بالعكس.

وقال زفر: البيع جائز فيما إذا أصيب المبيع من ذلك الجنس؛ سواء كان يخالفه في الصفة اختلافاً فاحشاً أو لا؛ لأن الذكورة والأنوثة وصفان لا يتبدل بهما معنى الذات؛ كما إذا باع على أنه كبش فإذا هو نعجة.

قلنا: الأغراض تتفاوت في بني آدم؛ بالأنوثة والذكورة تفاوتاً فاحشاً.. فاعتبرا جنسين مختلفين؛ لاختلاف المقصود وذلك؛ لأن الأنثى: تصلح لخدمة داخل البيت؛ من الكنس والاستفراش وغيرهما، والمذكر: يصلح لخدمة خارج البيت؛ من الزراعة والتجارة وغيرهما، فلما جعل الجنس مختلفاً باختلاف المقصود.. تعلق الحكم بالمسمى، وهو معدوم، وبيع المعدوم باطل.

بخلاف سائر الحيوان؛ فإن الغرض من الحيوانات: الأكل والركوب والحمل، والذكر والأنثى في ذلك سواء.. فلا يتفاوت تفاوتاً فاحشاً فاعتبر.. الذكر والأنثى منهما جنساً واحداً، وفي الجنس الواحد: يتعلق العقد بالمشار إليه لا بالمسمى؛ لوجود المسمى في المشار إليه، والمشار إليه موجود، فيجوز البيع.

والحاصل: أن العبرة في كونهما جنسين: تفاوتهما تفاوتاً فاحشاً في الصفة، سواء اتحد ذاتهما؛ كما في الأمة والغلام، أو اختلف ذاتهما أيضاً؛ كما في الياقوت والزجاج.

والعبرة في كونهما جنساً واحداً: عدم التفاوت الفاحش في الصفة؛ كما في الكبش والنعجة.

ثم: عند اختلاف الجنس.. يتعلق البيع إلى المسمى لا المشار إليه؛ فإن كان المسمى موجوداً.. صح، وإلا.. بطل.

وعند اتحاد الجنس.. يتعلق البيع إلى المشار إليه لا المسمى؛ [٨٠/ب] لحصول المسمى في المشار إليه؛ فإن كان المشار إليه موجوداً.. صح، وإلا.. بطل.

ومن هنا قالوا: الحديد والنحاس والرصاص والصفر.. أجناس مختلفة.

والثوب الهروي والمروي: جنسان مختلفان.

وكذا الزندنجي مع الوداري: جنسان مختلفان.

وكذا المأخوذ من الكتان مع المتخذ من القطن: جنسان.

وثمار النخيل: كلها جنس واحد وإن اختلفت أنواعها.

وكذا ثمرة كل نوع من الشجر: جنس واحد؛ كالعنب، والكمثرى، حتى لم يجز بيع نوع من العنب بنوع آخر متفاضلاً، وكذا: التفاح والكمثرى.

ويجوز بيع التفاح والكمثرى متفاضلاً.

والخل مع العصير: جنسان مختلفان.

وكذا مع الخمر والعنب والتفاح.

وكذا مع الكمثرى: جنسان.

والبقر مع الجواميس: جنس واحد.

وَلَو بَاعَ كَبْشاً فَإِذا هُوَ نعجةٌ.. صَحَّ، وَيُخَيَّر.

والغنم ضأنها ومعزها: جنس واحد... إلى غير ذلك.

والأصل في كلها: فحش التفاوت في الأغراض، وعدم فحشه فيها.

(ولو باع كبشاً) وهو ذكر الغنم؛ **(فإذا هو نعجة)** وهي أنثى الغنم (.. **صح**) البيع، **(ويخير)** المشتري في القبول؛ إن شاء.. أخذه بجميع الثمن، وإن شاء.. ترك.

وكذا لو اشترى شاة على أنها نعجة ؛ فإذا هي معز.. جاز البيع ويخير المشتري؛ لأنهما جنس واحد، ولهذا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة. كذا في «قاضي خان».

ولو اشترى جارية على أنها جركسية.. فإذا هي كورجية.. فهو مخير في الرد والقبول.

وجه الصحة: أن المبيع ـ وهو المشار إليه ـ موجود؛ لما ذكرناه: أن العبرة عند اتحاد الجنس إلى الإشارة لا التسمية، والعقد يتعلق بالمشار إليه لا المسمى، والمشار إليه ههنا موجود، والمقتضى ـ وهو العقد ـ: قائم، والمانع ـ وهو كون المبيع معدوماً ـ: مرتفع.

ووجه التخيير: فوات الوصف المرغوب؛ فهي كما إذا اشترى عبداً على أنه خباز؛ فإذا هو كاتب.. صح البيع، وله الخيار؛ لفوات الوصف المرغوب فيه.

ثم اختلفوا في ثبوت الخيار للمشتري في أمثال هذه المواضع:

فرقة؛ منهم صاحب «الهداية» و«المحيط»: لم يفرقوا بين كون الصفة التي ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أولاً، حين العقد أو لا، في ثبوت الخيار له.

وفرقة أخرى؛ منهم فخر الإسلام، وصدر الشهيد أخو فخر الإسلام، وظهير الدين: ذهبوا إلى أن الخيار إنما يثبت إذا كانت الصفة التي ظهرت أنقص من التي عينت أولاً.

وأما إذا كانت خيراً منها.. فلا خيار له.

وَلَا شِرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ قبلَ نَقْدِ الثّمنِ.

ورجح القول الأول: بأن غرض المشتري حصول حاجته، لا كون الموجود أنقص أو أزيد.

ورجح الثاني؛ بأنه لو اشترى عبداً على أنه كافر؛ فإذا هو مسلم.. لا خيار له؛ لكونه خيراً من المشروط، وفي عكسه.. مخير؛ لفوات الوصف المرغوب فيه.

(ولا شراء ما باع بأقل) الجار: متعلق بشراء [٨١/أ] **(مما باع)** الجار: متعلق بأقل، والموصول: عبارة عن الثمن **(قبل نقد الثمن)** كله من المشتري؛ كما في «السراج الوهاج»، وسيأتي ذكره.

صورته: باع شيئاً بثمن معين وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن، فاشتراه من ذلك المشتري بأقل من الثمن الأول.. لا يجوز ذلك.

وقال الشافعي: يجوز، وهو القياس؛ لأن الملك فيه قد تمّ بالقبض، فيجوز بيعه بأي قدر كان من الثمن؛ كما إذا باعه من غير البائع، أو منه بمثل الثمن الأول، أو بأكثر، أو بعَرَض، أو بأقل بعد نقد الثمن.

واحتج أصحابنا: بالنقل والعقل:

أما النقل: فما رواه محمد عن أبي حنيفة عن عائشة أن امرأة سألتها فقالت: إني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمان مائة درهم إلى العطاء، ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل حلول الأجل، فقالت عائشة: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم: أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب.

فهذا الوعيد: يدل على الفساد.

فإن قيل: يجوز إنكار عائشة ذلك؛ لجهالة الأجل أعني إلى العطاء.

أجيب: بأن عائشة كانت ترى جواز الأجل إلى العطاء، وهو قول علي وابن أبي ليلى؛ على ما ذكره في «الأسرار»، فلا معنى لإنكارها لذلك.

وأما العقل: فلأن الثمن الأول لم يدخل في ضمان البائع قبل القبض؛ فإذا عاد إليه عين ماله الذي خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصاً.. بقي له عليه فضل بلا عوض، فكان ذلك ربح ما لم يضمن، وهو حرام بالنص؛ لأنه ربا.

بخلاف ما إذا باع المشتري من غير البائع؛ إذ لم يحصل للبائع فيه شيء من الربح.

وبخلاف ما إذا باع من البائع بمثل الثمن الأول؛ لعدم الفضل فيه.

وبخلاف ما إذا باع من البائع بأكثر من الثمن الأول؛ فإن الربح هناك يحصل للمشتري لا للبائع، والمبيع قد دخل في ضمان المشتري بقبضه.. فيكون الفضل ربح ما يضمن.

وبخلاف ما إذا باعه منه بالعرض؛ لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة.

وبخلاف ما إذا باع منه بعد نقد الثمن الأول بأقل منه؛ لأنه: ربح ما هو مضمون؛ لأن الثمن دخل في ضمان البائع بقبضه.

وبخلاف ما إذا تعيب المبيع عند المشتري، ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول؛ لأن النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري.. فلا يلزم الربا.

واعلم: أن الشراء في قوله: «وشراء ما باع».. أعم من شراء البائع نفسه، ومن شراء من لا تجوز شهادته له؛ كولده وإن سفل ووالده وإن علا وعبده ومكاتبه.. فإن شراء هؤلاء كشراء البائع نفسه، حتى لا يجوز شراء هؤلاء بأقل [٨١/ب] من الثمن الأول.

إلا أن أبا يوسف ومحمد: قالا: إنه يجوز في غير العبد والمكاتب؛ لأن الأملاك متباينة، بخلاف المملوك؛ لأن كسبه لسيده، وله في كسب مكاتبه حق الملك، فكان تصرفه كتصرفه.

ولأبي حنيفة: أن شراء هؤلاء.. كشراء البائع لنفسه؛ لاتصال منافع المال بينهم، وهو نظير الوكيل في البيع إذا عقد مع هؤلاء؛ حيث لا يجوز مع تردد شهادته له.

وكذا: لا يجوز شراء ما باع وكيله بالبيع بأقل مما باع وكيله؛ لأن بيع وكيله كبيع نفسه.

وكذا: لا يجوز شراء وكيله بالبيع بأقل مما باعه، وذلك: بأن وكل رجلاً ببيع عبده بألف مثلاً، فباعه وكيله، ثم أراد الوكيل أن يشتري ذلك العبد بأقل مما باع لنفسه، أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن.. لم يجز ذلك.

أما شراؤه لنفسه: فلأن الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق، فكان هذا كشراء البائع من وجه، والثابت من وجه: كالثابت من كل وجه في باب الحرمات.

وأما لغيره: فلأن شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق، فكان هذا شراء ما باع بأقل لنفسه من وجه.

وكذا: لا يجوز شراؤه من وكيل مشتريه بالبيع بأقل مما باع من مشتريه؛ لأن شراءه من وكيل مشتريه كشرائه من مشتريه لنفسه.

وكذا: لا يجوز لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث، قبل نقد الثمن؛ لقيام الوارث مقام المورث، فكان شراء ما باع بأقل.

بخلاف: ما إذا اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه.. فإنه يجوز.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز؛ كالفصل الأول، ووجه الفرق على ظاهر الرواية: أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث، لا فيما لا يرث، ووارث البائع لم يقم مقام البائع في هذا الشراء؛ لأنه يملك الشراء لنفسه في حال حياة مورثه، فكان كالأجنبي في ذلك.

وأما وارث المشتري.. فقام مقام المشتري في هذا البيع؛ لأن ولاية البيع له من أحكام المورث؛ لأنه ما كان يملك البيع لنفسه حال حياة مورثه؛ لأنه ملك مورثه،

فلما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الإرث.. صار بيع الوارث وبيع المورث سواء، فكما لا يجوز بيع المشتري من البائع بأقل.. فكذلك لا يجوز بيع وارثه أيضاً.

ثم اعلم: أن هذا فيما إذا اشترى البائع من مشتريه أو من وارث مشتريه، وأما:

لو اشتراه ممن وهبه له أو أوصاه له أو باعه منه.. فإنه يجوز، ولو بأقل من الثمن الأول؛ لأن الربح المستفاد لم يعد إليه من جهة مشتريه [٨٢/أ]؛ لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان، فصار كأن ما يعود إليه غير المبيع الأول.

ولو عاد المبيع إلى ملك مشتريه بعد خروجه عنه؛ فإن عاد إليه بحكم ملك جديد؛ كالإقالة قبل القبض أو بعده، أو بالشراء، أو بالهبة، أو بالميراث فشراه البائع منه بأقل من الثمن الأول.. جائز.

وإن عاد إليه بما هو فسخ؛ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده.. فالشراء منه بأقل لا يجوز؛ على ما في «السراج الوهاج».

وأطلق الأقل: فشمل الأقل قدراً والأقل وصفاً.

فلو باع بألف نسيئة إلى سنتين.. فسد؛ على ما صرح به في «البحر».

ثم لا بد أن يكون الثمنان من جنس واحد؛ لأنه إذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الأول.. يجوز، وإن كان الثمن الثاني أقل من الأول؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس، حتى كان العقد الأول بالدراهم فاشترى بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الأول.. يجوز قياساً؛ وهو قول زفر؛ لأن الدراهم والدنانير جنسان، حتى لا يجري بينهما ربا الفضل.

ولا يجوز استحساناً.

وجه الاستحسان: أنهما وإن كانا جنسين صورة.. إلا أنهما جنس واحد معنى؛ لاتحادهما في الثمنية خلقة.

وَكَذَا شِرَاؤُهُ مَعَ غَيره بِثمنِهِ الأولِ قبَل نَقدِه.

وَيصِحُّ فِي الغَيْر بِحِصَّتِهِ.

وعملنا بالاستحسان؛ ترجيحاً للمحرم على المبيح.

هذا، قال في «السراج الوهاج»: لا يجوز أن يشتريه بأقل من الثمن الأول وإن بقي من ثمنه درهم، ولابد من نقد جميع الثمن. انتهى.

ولذا قيدناه بالكل.

وفي «القنية»: لو قبض نصف الثمن، ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن.. لم يجز.

وكذا لو أحال البائع على المشتري. انتهى.

قوله: «لم يجز»؛ لأنه: يكون شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وذا لا يفصل بين الكل والبعض.

وقوله: «وكذا لو أحال» أي: لو أحال الغريم البائع على المشتري، ثم اشترى البائع بأقل مما باع بعد الحوالة.. لم يجز.

(وكذا) لا يصح **(شراؤه)**؛ أي: شراء البائع ما باعه **(مع غيره بثمنه الأول قبل نقده)**؛ أي: الثمن الأول، **(ويصح في الغير)** الذي ضم إلى ما باعه أولاً **(بحصته)** من الثمن.

هذه المسألة: من فروع ما تقدم من أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن.. لا يجوز.

بيانه: أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة ذلك الغير، فيكون مشترياً لما باعه بأقل مما باع، وهو فاسد على ما تقدم.

ولكن لا يسري الفساد إلى الغير، فيصح البيع فيه بحصته من الثمن.

فإن قيل: إن علة الفساد في شراء ما باع لو كانت إصابة حصته من الثمن أقل من الثمن الأول المستلزم لشرائه بأقل مما باعه.. لزم أن لا يفسد البيع فيما لو باع

جارية بخمسمائة [٨٢/ب]، ثم اشتراها مع غيرها بألف وخمسمائة قبل نقد الثمن الأول؛ لأن عند القسمة نصيب كل واحد منهما من الثَّمن أكثر من خمسمائة، فلا يلزم شراؤه بأقل مما باع، لكنه فاسد فيما باع بخمسمائة، ثم اشتراها مع غيرها؛ على ما ذكره الإمام السرخسي، وفخر الإسلام، وأكمل الدين، وابن الهمام، ولو كانت علة الفساد في مسألة الكتاب ما ذكر.. لما فسد البيع في هذه المسألة؛ لعدم هذه العلة فيها.

أجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أنّ الفساد في هذه المسألة لمعنى آخر غير ما في مسألة الكتاب؛ وهو تعدد جهات الجواز وتكثرها، وبيانه: أنا لو جعلنا بإزاء ما باعها ألفاً.. لجاز.

وكذا: لو جعلنا ألفاً ودرهماً.. جاز.

وكذا: لو جعلنا ألفاً ودرهمين.. جاز، وهلم جراً.

وليس البعض بالحمل عليه أولى من البعض.. فامتنع الجواز.

وردّ بوجوه:

أحدها: أن إضافة الفساد إلى تعدد جهات الجواز تشبه الفساد في الوضع؛ لأن تعدد جهات الجواز أنسب بالجواز.. فلا تكون صحيحة.

والثاني: أنه معارض بأن يجعل الجارية التي لم يبعها منه أولى في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر.. فتتعدد جهات الجواز وليس البعض أولى من البعض.. فامتنع الجواز، لكنه جائز، فتخلف المدعي عن الدليل.

والثالث: أن كل جهة تصلح علة للجواز؛ فاعتبار الجهات ـ في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ـ ترجيح بكثرة الأدلة، وهذا لا يجوز.

والرابع: النقض الإجمالي؛ بأنه لو صح.. لزم أن يمتنع جواز ثبوت موجب له موجبات كثيرة تثبت دفعه، فيمتنع تعدد العلل؛ لأنه يقال فيها مثل ذلك، مع أن تعدد العلل جائز.

أقول: ليس مراد المجيب بقوله: «إن الفساد فيها لتعدد جهات الجواز»: أن تعدد جهة الجواز علة مؤثرة في الفساد، بل مراده: أن الجهات لما تعددت.. لم يثبت الجواز؛ لأنه لو ثبت.. لثبتت؛ إما بكل واحد من تلك الجهات، أو بواحد معين منها، وكلاهما باطل؛ لأنه: يلزم على الأول تـوارد العلل المستقلة على معلول واحد شخصي، وذلك لا يجوز، على ما بيّن في محله.

ويلزم على الثاني: ترجيح بلا مرجح، وإذا لم يثبت الجواز.. يثبت الفساد؛ لاحتمال الربا، أو: الاحتمال كاف به في ثبوت الفساد بلا حاجة إلى علة أخرى، والاحتمال ثابت ههنا، ومنه سقط الوجوه الثلاثة الأول.

وأما الجواب عن الرابع: فلأنه؛ إن كان المراد بالموجبات في مادة النقض: العلل المستقلة.. فثبوته ممنوع، وإلا.. لزم التوارد وإن كان العلل الناقصة، وكلامنا ليس فيها، بل في الوجوه المستقلة.

والثاني من وجهي الجواب: أن جهات الجواز تقتضي الجواز، وجهة الفساد [١/٨٣] تقتضي الفساد، والترجيح ههنا للمفسد ترجيحاً للمحرم، وفيه نظر؛ لأن المذهب: أن جهتي الجواز والفساد إذا اجتمعتا.. اعتبر جهة الصحة لا الفساد؛ تحرياً للجواز تصحيحاً لتصرف المسلم؛ على ما سيأتي أمثاله.

ثم: إنما لا يسري الفساد إلى الغير . وهو مشكل على مذهب أبي حنيفة؛ لأن مذهبه: أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله . لوجوه:

أحدها: أن الفساد فيما بيعت أولاً ضعيف؛ لاختلاف العلماء فيه؛ لأن الشافعي جوز شراء ما باع بأقل مما باع على ما ذكرنا، وإذا ضعف.. لا يسري إلى الغير؛ كما

إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر.. لا يفسد في الآخر لذلك.

بخلاف: الجمع بين حر وعبد؛ حيث يسري الفساد إلى العبد لقوته.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن خلاف الشافعي كان بعد وضع المسألة، فكيف توضع المسألة بناء على شيء لم يقع بعد.

والجواب عنه: أن وضع المسألة على الخلاف المتأخر، بل على كونها مجتهداً فيها، وإن كان الخلاف بعد الاجتهاد الأول، وكونها مجتهداً فيها.. كاف في المقصود؛ أعني إثبات الضعف في الفساد.

والثاني: أن أبا حنيفة أبطل إسلام القُوْهِيَّة في القوهية والمَرْوِيَّة، مع أن: فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه؛ فإنه لو أسلم قوهيا في قوهي.. جاز عند الشافعي، ومع ذلك: تعدى فساد ذلك العقد إلى المقرون به وهو المرويّ.

وأجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن السلم مبناه على المضايقة، فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر في مطلق البيع، فناسبه السراية، بخلاف ما نحن فيه.

والثاني: أن الفساد في الرديء ليس بطريق تعدي الفساد من القوهية إليه، بل باعتبار: أن إعلام رأس المال شرط عند أبي حنيفة، والسلم فيه في ذلك مختلف، فكان فساد السلم في كل واحد منهما بجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال.

والثاني: أن الفساد فيما باع ثم اشتراه باعتبار شبهة الربا؛ فلو اعتبرناها فيما ضم إليه.. كان ذلك شبهة الشبهة، وهي: غير معتبرة في باب الربا، وإنما المعتبر فيه: هو الشبهة.

والثالث: أن الفساد طارئ؛ لأنه قابل الثمن بالجاريتين، وهي مقابلة صحيحة إذا

وَلَا شِرَاءُ زَيْتٍ على أَنْ يَزِنَهُ بظَرْفِهِ، ويُطرحَ عَنهُ لكلِّ ظرفٍ مِقْدَارٌ معينٌ، وَإِن شَرطَ طَرحَ مثلَ وزنِ الظَّرْفِ.. يَصحُّ.

لم يشترط فيهما: أن يكون بإزاء ما باع أقل من الثمن الأول، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتها، فصار البعض بإزاء ما باع، والبعض بإزاء ما لم يبع.. ففسد البيع فيما باع، وإن كان طارئاً.. فلا يتعدى إلى الغير؛ لأن الطارئ ضعيف.

(ولا شراء زيت؛ على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه لكل ظرف مقدار معين)؛ خمسة أرطال مثلاً؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد.. فيفسد؛ لأن مقتضى العقد أن يطرح [٨٣/ب] عنه وزن الظرف ما يوجد لا قدر معين؛ لجواز أن يزيد عليه أو ينقص عنه.

(و: إن شَرَط طرح مثل وزن الظرف.. يصح)؛ لكونه شرطاً يقتضيه العقد.

هذه من مسائل «الجامع الصغير»، صورها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في:

رجل اشترى من رجل هذا الزيت؛ وهو ألف رطل، على أن يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً.. قال: هذا فاسد.

وإن كان قال: على أن يطرح عنه مثل وزن الظرف.. فهو جائز؛ لأنه شرط يقتضيه العقد، وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن.

بخلاف قوله: على أن يزنه فيطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين.. فإن البيع حينئذ فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين؛ فإن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين.. فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع؛ وهو نفع للمشتري، وقد يكون أكثر منها.. فيكون البيع بشرط إعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع، وفيه نفع للبائع.

وذكر في أواخر فصل ما يجوز بيعه وما لا يجوز من «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»: رجل اشترى قطناً بوزن معلوم، بثمن معلوم.. يحطّ من الثمن حصة الوِرام.

وَإِن اخْتلفَا فِي الظَّرْفِ وَقدرِهِ.. فَالْقَوْلُ للْمُشْتَرِي.

وفي فتاوى «قاضي خان»: رجل باع قطناً بوزن معلوم وأراد المشتري أن يذهب منه الورام، ولا يعطي للورام ثمناً، قال: بناء الأمر في هذا: على ما هو رسم البلد في مثله؛ فإن كان في رسمهم للقطن ورام.. يحط عن المشتري من الثمن بقدر ذلك. انتهى.

المراد بالورام: هو الظرف، وهو لفظة فارسية، على ما في «المغرب»، وهذا: بناء على أن المعروف بين التجار.. كالمشروط؛ كما في «القنية».

(وإن اختلفا في الظرف وقدره.. فالقول للمشتري) صوره في «الجامع الصغير» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في: رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق، كل رطل بدرهم، فوزن له السمن والزق: فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري، ثم جاء فقال: وجدت السمن تسعين رطلاً، والزق هذا وزنه عشرة أرطال، وقال البائع: الزق غير هذا؛ وزنه خمسة أرطال، والسمن خمسة وتسعون رطلاً.. قال: هذا جائز، والقول قول المشتري في السمن وفي الزق، إلى هنا لفظ محمد في «الجامع الصغير».

وقال في «الأصل»: فالقول قول المشتري مع يمينه، وعلى البائع البينة، وإنما كان القول قول المشتري مع يمينه: إذا لم يقم البائع البينة؛ لأن البائع ادعى عليه زقاً آخر، وهذا ينكر، أو ادعى عليه زيادة الثمن وهو ينكر أيضاً.. فالقول قول المنكر مع اليمين.

أو نقول: القول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه هو القابض، والقول قول القابض في [٨٤/أ] تعيين ما قبض ضميناً كان أو أميناً؛ كالغاصب والمودع؛ فإن القول قول كل واحد منهما فيما أخذ؛ إذا جاء يرده؛ لأن ذلك منه مستفاد؛ فكذا هنا.

واستشكل بمسألتين: إحداهما: ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب، فاختلفا في قيمة الميت.. فالقول للبائع؛ على ما صرحوا في باب التحالف.

وَلَو أَمرَ مُسلمٌ ذِمِّياً ببيع خمر أَو شرائها.. صَحَّ، خلافاً لَهما.

والثانية: أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف، وهنا: جعل القول للمشتري مع يمينه؛ على تقدير اعتباره اختلافاً في الثمن.

أجيب عن الأولى: بأنها مع هذه مطردة؛ فإن كون القول للمشتري: إنما هو؛ لإنكاره الزيادة، وهناك إنما كان القول للبائع لإنكاره الزيادة أيضاً.

وعن الثانية: بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصداً، وهنا: الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض، أهو هذا أو لا.. فلا يوجب التحالف.

(**ولو أمر مسلم ذمياً ببيع خمر**) أو خنزير، وذلك: بأن يكون كافراً فيسلم عليهما، ويموت قبل أن يزيلهما، وله وارث مسلم فيرثهما، فيوكل كافراً ببيعهما (**أو شرائها.. صح**) عند أبي حنيفة؛ فيدخل ثمن ما باع ذلك الذمي من الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل.

وكذا: يدخل ما شراه ذلك الذمي من الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل، ويؤمر الموكل بالتصدق بالثمن؛ لتمكن الخبث فيه؛ لقوله ﷺ: «الذي حرم شربها.. حرم بيعها وأكل ثمنها».

وبتخليل الخمر أو إراقتها وبتسييب الخنزير في صورة الاشتراء، وذلك لأنه إنما منع عن الانتفاع بعينهما، فيتصرف فيهما على وجه يتوصل به إلى الانتفاع بعينهما إن أراد به، وذلك بالتخليل في الخمر، ولا يمكن ذلك في الخنزير، فيتصرف فيه بإزالة عينها فقط، ويلزم عليه دفع ثمنهما إلى وكيله بالشراء؛ لانتقال الملك إليه من جهته.

(**خلافاً لهما**)، وهو قول مالك والشافعي وأحمد أيضاً.

وحاصل الوجه من جانبهم: إثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل، ومن جانب الإمام أبي حنيفة: عدم المانع؛ بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعاً.. فيبقى الجواز على الأصل.

لهم: أن الموكل لا يملك بنفسه ذلك العقد، فلا يملك تولية غيره؛ لأن الغير يستفيد الولاية والتصرف من جهته، ولم يوجد فيه ذلك التصرف.. فكيف يستفيد وكيله منه؛ كتوكيل المسلم مجوسياً تزويج مجوسية؟ فإنه لا يصح بالاتفاق، ولأن ما ثبت للوكيل من الملك ينتقل إلى موكله، فصار كأنه باشره بنفسه.. فلا يصح.

ولأبي حنيفة: أن المعتبر في هذا الباب أهليتان:

أهلية الوكيل، وهي: أهلية التصرف في المأمور به، والذمي أهل لذلك.

والثانية: أهلية الموكل، وهي: أهلية ثبوت الملك له جبراً من جهة وكيله، وللموكل ذلك حكماً للعقد [٨٤/ب]؛ لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم، ألا ترى إلى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم إرثاً إذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير.

وإذا ثبت الأهليتان.. لم يمتنع العقد بسبب الإسلام؛ لعدم المانع؛ لأن الإسلام جالب الأسباب، وقولهم: إن الموكل لا يلي هذا التصرف فكذا وكيله.. منقوض بمسائل:

منها: أن الوكيل بشراء عبد بعينه.. لا يملك شراءه لنفسه، ويملك التوكيل لشرائه لنفسه، حتى لو شراه وكيله له.. ملكه هو؛ أي: الوكيل الأول.

ومنها: أن القاضي لا يملك بيع خمر وخنزير خلفه ذمي ورجع أمره إلى القاضي، ويملك توكيله بذمي آخر بيعهما.

ومنها: أن الوصي المسلم لذمي لا يملك بيع خمره وخنزيره، ويملك التوكيل بذمي آخر به.

ومنها: أن المريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن بمثله؛ إذا كان عليه ديون مستغرقة، ويجوز من وصيه بعد موته.

وَكَذَا لَو أَمرَ المُحرِمُ غَيرَه بِبيع صَيْدِهِ.

وَلَو شرى كَافِرٌ عبداً مُسلماً ومصحفاً.. صَحَّ، وَيُجْبرُ على إِخراجِهِما من مِلْكِهِ.

اعترض عليه: بأنه إن قلت: إن تملك المسلم للخمر والخنزير ثبت شرعاً جبراً عن سبب جبري كالموت.. سلمناه، وإن قلت: إنه ثبت بمن له سبب اختياري.. منعناه، وهنا: كذلك؛ إذ التوكيل اختياري، والملك مرتب عليه؛ إذ لا وجود في الشرع بدون التوكيل.

أجيب: بأنا نختار الثاني، ونمنع أن التوكيل بسبب للملك، بل الشراء، والشراء: إنما هو اختياري للوكيل لا الموكل، ثم يثبت له الملك جبراً.

ثم قياسهم على تزويج المجوسي.. فاسد؛ لأن حقوق العقد في النكاح ترجع إلى الموكل، والوكيل سفير محض، بخلاف البيع؛ فإن حقوق العقد فيه راجعة إلى الوكيل؛ حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب ويرد عليه، ولكن هذه الوكالة وإن كانت صحيحة عنده.. مكروهة كراهة تحريم، حتى أمر بتخليل الخمر أو إراقته، وبتسييب الخنزير، فعلى هذا يرد عليه: أنه إذا لم تترتب الفائدة على هذه الوكالة.. فأي فائدة في صحتها؟

(وكذا) الخلاف **(لو أمر المحرم غيره)** أي حلالاً **(ببيع صيده)** أي: يصح عند أبي حنيفة، لا عندهما؛ لما ذكرناه من وجهي الطرفين: من أن الموكل لا يملك هذا التصرف.. فلا يملك وكيله أيضاً عندهما.

وقال أبو حنيفة: المعتبر في هذا الباب أهليتان... إلى آخر ما ذكرناه.

(ولو شرى كافر عبداً مسلماً أو مصحفاً.. صح) الشراء؛ لوجود الأهلية والمحل.

(ويجبر على إخراجهما من ملكه) حذراً عن ذلّ المسلم واستخفاف المصحف.

ثم شرع في بيان الفساد بسبب الشرط، وذلك ينقسم إلى: ما يقتضيه العقد،

وَالْبيعُ بِشَرْطٍ يَقْتَضِيهِ العقدُ: صَحِيحٌ؛ كَشَرطِ المِلْك للْمُشْتَرِي.

وَكَذَا بِشَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ العقدُ، ....

وإلى ما لا يقتضيه، والثاني: ينقسم إلى أقسام، يصح البيع في كلها إلا واحداً منها؛ على ما سنذكره، فأشار إلى الأول بقوله:

(والبيع بشرط يقتضيه العقد) معناه على ما في «الخلاصة»: أنه يجب بالعقد من غير شرط؛ على ما سيظهر من التمثيل (.. **صحيح**) [٨٥/أ]؛ لأنه لما وجب بالعقد من غير اشتراط.. صار كأن البيع مطلقاً عن شرط.. فلم يكن من مشتملات المنهي عنه؛ وهو بيع وشرط؛ لأن النبي ﷺ: إنما نهى عن بيع وشرط؛ **(كشرط الملك للمشتري)**، وكشرط تسليم المبيع أو الثمن، وهذا الشرط: لا يفيد إلا وكادة في العقد؛ لأن كلاً من الملك والتسليم قد وجب بالعقد من غير شرط، والشرط: يؤكده.

(وكذا:) أي صحيح **(بشرط لا يقتضيه العقد)** أي: بالتفسير الذي ذكرناه.

واعلم: أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد؛ إما أن يكون ملائماً للعقد؛ بأن يوثق موجب العقد ويزيده وكادة؛ كشرط أن يعطي المشتري كفيلاً بالثمن والكفيل معلوم حاضر فقبل، أو غائب فحضر قبل أن يتفرقا وكفل، وكشرط أن يعطي الرهن بالثمن والرهن معلوم بالإشارة أو بالتسمية.

حتى لو لم يكن الكفيل حاضراً وقبل أو غائباً فحضر قبل التفرق، ولا الرهن معلوماً بالإشارة أو التسمية.. لم يجز بالاتفاق؛ على ما صرح به في «فتح القدير».

وإما أن لا يكون ملائماً، وهو: لا يخلو من:

أن ورد الشرع بجوازه؛ كشرط التأجيل في الثمن والخيار.

أو لم يرد الشرع بجوازه؛ وهو لا يخلو من:

أن يكون متعارفاً؛ كما إذا اشترى نعلاً وشراكاً بشرط أن يحذوه البائع.

أو لم يكن متعارفاً؛ وهو لا يخلو من:

أن لا يكون فيه منفعة لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه.

وَلَا نفع فِيهِ لأحدٍ؛ كَشَرط أَنْ لَا يَبِيع الدَّابَّةَ المَبِيعَة.

أو يكون فيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه.. فالبيع جائز في هذه الأقسام، إلا في القسم الأخير؛ أعني ما يكون فيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه.. فإنه لا يجوز فيه بالاتفاق.

وإلا في القسم الثالث: أعني ما يكون متعارفاً.. فإنه غير جائز في رواية عن محمد على ما في «الخلاصة».

وكلام المصنف: شامل لجميع هذه الأقسام سوى الأخير، إلا أن عطف قوله: (**ولا نفع فيه لأحد**) العاقدين.. يخصه بصورة واحدة؛ أعني القسم الرابع من الأقسام الذي ذكرناه.

ثم الأولى أن يقول: ولا نفع فيه لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه، يطابق المثال بالممثل. تأمل.

(**كشرط أن لا يبيع**) أو لا يهب (**الدابة المبيعة**)؛ إذ لا نفع فيه لأحد العاقدين، وهو ظاهر، ولا للمعقود عليه؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق، فلا يفسد به العقد، لكنه لغو؛ لعدم الفائدة.

وعن أبي يوسف: يفسد البيع به؛ لتضرر المشتري به من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه لو عمل بموجب الشرط.

والجواب: أنه لا مطالب له في هذا الشرط، فلا يتضرر به.

وفي «الخلاصة»: لو شرطا شرطاً فيه ضرر؛ نحو إن شرط أن يقرض البائع أجنبياً ألف درهم [٨٥/ب] لا يفسد العقد.

وذكر القدوري: أنه يفسد.

ولو اشترى ثوباً على أن لا يبيعه أبداً، ذكر في المزارعة ما يدل على أنه لا يفسد العقد.

ولو شرطا شرطاً ليس فيه منفعة ولا مضرة؛ نحو: إن اشترى طعاماً بشرط أن يأكله، أو ثوباً بشرط أن يلبسه.. جاز، على ما روي عن أبي يوسف.

ولو اشترى عبداً على أن يبيعه.. جاز.

ولو على أن يبيعه.. من فلان لا يجوز؛ لأن له طالباً.

وفي «المنتقى»: قال محمد: كل شيء يشترط على البائع وهو يفسد العقد؛ فإذا شرطه على الأجنبي.. فالشرط باطل؛ كما إذا اشترى دابة على أن يهب هو له عشرين درهماً، أو قال: على أن يهب فلان عشرين درهماً.

وكل شيء يشترط على البائع.

ولا يفسد البيع؛ فإذا شرطه على الأجنبي.. فالشرط جائز ويكون له الخيار.

وهل يبطل البيع بالشرط الباطل؟

قالوا: إنه يبطل، على ما سيأتي بيانه قبيل كتاب الصرف.

والجملة ههنا: أن البيع بالشرط ثلاثة أنواع:

نوع: **البيع والشرط جائزان**، وهو كل شرط يقتضيه العقد ويلائمه.

ونوع: **كلاهما فاسدان**، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، وفيه منفعة لأحد العاقدين، أو للمعقود عليه.

ونوع: **البيع جائز والشرط باطل**، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه مضرة لأحدهما، أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد، وفيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع؛ كشرط أن لا يبيع المبيع، ولا يهبه، ولا يلبس الثوب، ولا يركب الدابة، ولا يأكل الطعام، ولا يطأ الجارية، أو على أن يقرض أجنبياً درهماً ويجوز ذلك.. فإنه يجوز البيع، ويبطل الشرط.

وَلَو بِشَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ العقدُ، وَفِيه نفعٌ لأحدِ العاقدينِ أَو لمبيعٍ يَسْتَحقُّ.. فَهُوَ فَاسدٌ؛ كَبيع عبدٍ على أنْ يعتقهُ المُشْتَرِي، أَو يدبِّرَهُ، أَو يكاتَبه، أَو أمةٍ على أَن يستولدَها.

فَلَو أعْتقهُ المُشْتَرِي.. عَاد البيع صَحِيحاً، فيلزم الثّمنُ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يعودُ، فتلزمُ القيمَةُ.

(ولو بشرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين أو لمبيع يستحق) النفع المشروط، وذلك بأن يكون المبيع من أهل الاستحقاق بأن يكون المبيع رومياً؛ لأن الحيوانات ليست من أهل الاستحقاق.. (فهو) أي: البيع (فاسد).

أما في الأول: فلأن فيه زيادة عارية عن العوض؛ لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن.. خلا الشرط عن العوض، وهو ربا؛ لأن الشرط مال حكماً أُخِذَ العوض عنه، ولأن فيه يقع المنازعة، فيعرى العقد عما قصد منه، وهو قطع النزاع.

وأما في الثاني: فلأن العقد كما لا يتم بدون العاقدين.. كذلك لا يتم بدون المعقود عليه، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعتهما، فكان فاسداً بما ذكرناه من الوجهين.

ثم شرع في ذكر مثالهما فقدم مثال الثاني فقال: (**كبيع عبد على أن يعتقه المشتري، أو يدبره، أو يكاتبه، أو أمة على أن يستولدها**) أو أن لا يبيعه المشتري، أو لا يهبه، أو لا يتصدق به، أو أن يتخذها المشتري أم ولد له.. كان البيع فاسداً [١/٨٣] في الكلّ لما ذكرناه.

وقال ابن أبي ليلى: البيع جائز والشرط فاسد.

وقال ابن شبرمة: يجوز البيع و الشرط، والحجة عليهما: ما ذكرناه.

(**فلو أعتقه المشتري**) إيفاء بالشرط (.. **عاد البيع صحيحاً، فيلزم الثمن**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا يعود، فتلزم القيمة**)؛ لأنه وقع فاسداً، فلا ينقلب صحيحاً؛ كما إذا أتلفه بوجه من القتل والموت والبيع.

وكما إذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري الشرط، أو لم يف.. فإنه مضمون بالقيمة، إلا إن كان البائع أبرأه عن العبد قبل تلفه بوجه من الوجوه المذكورة.. فإنه حينئذ لا يلزمه شيء؛ لأنه إخراج الغلام عن كونه مضموناً.

بخلاف ما لو أبرأه عن قيمة العبد، ثم تلف العبد بوجه من الوجوه المذكورة.. فإنه يلزمه قيمته.

فإن الإبراء عن القيمة حال قيام العبد.. لا يصح؛ لأن الواجب لدفع الفساد: ردّ العين القائم، وبعد الهلاك يصار إلى القيمة؛ فإن قيام العين لا حكم للقيمة، فلا يصح الإبراء عنها، على ما صرح به في «البزازية» في نوع بيع الشيء بالشيء من كتاب البيع.

وله: أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد؛ لأن مقتضاه الإطلاق في التصرف، ومقتضى الشرط الإلزام، ولكن لا يلائمه من حيث الحكم؛ لأنه مُنْهٍ للملك، والمنهي للشيء مقرر له.

فبالنظر إلى الجهتين.. توقفت الحال بين بقائه فاسداً، وبين أن ينقلب جائزاً؛ لوجود الشرط.

فإذا وجد.. فقد تحققت الملائمة، فرجح الجواز عملاً بالدليلين.

فإن قيل: إن هذا الشرط في نفسه؛ إما فاسد، أو لا.

فإن كان الأول: فتحقيقه يقرر الفساد؛ لئلا يلزم فساد الوضع.

وإن كان الثاني: كان العقد صحيحاً ابتداءً.

قلنا: إنه فاسد ذاتاً وصورة؛ لعدم الملائمة، جائز حكماً.

فقلنا بالفساد ابتداءً عملاً بالذات والصورة، وبالجواز عند الوفاء به عملاً بالحكم، ولم نعكس؛ لأنا لم نجد جائزاً ينقلب فاسداً، ووجدنا عكسه؛ كالبيع بالرقم.

وكشرطِ أَن يستخدَمه البَائِعُ شهراً، أَو يسكنَهَا، أَولا يُسلّمهُ إِلَى رَأسِ الشَّهرِ، أَو يقْرضهُ المُشْتَرِي درهماً، ....

بخلاف ما إذا أتلفه بوجه آخر.. فإنه لم ينقلب جائزاً؛ لعدم تحقق الشرط، والكلام فيه، فتقرر الفساد.

وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة.. فإن الملك لا ينتهي بها بيقين؛ لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر، وأم الولد، والمكاتب مخير في الإجازة؛ ولأنها إنما تتحقق إذا وقع الأمن عن الزوال عن ملك المشتري إلى غيره؛ كما في الإعتاق والموت، هذا في إعتاق المشتري بعد قبضه.

ولو أعتقها قبل قبضه لها.. لم يقع العتق عنه؛ لعدم تملكه قبل القبض؛ لفساد البيع بتوقف على إذن البائع؛ فإن أجاز البائع إعتاقه.. وقع العتق عن البائع، ولو أمر المشتري البائع بإعتاق العبد الذي اشتراه منه شراء فاسداً قبل قبضه [٨٣/ب] ففعل البائع ذلك.. وقع عن البائع على ما ذكره القاضي الإمام.

وذكر ظهير الدين: أنه يقع عن المشتري وصار قابضاً، والولاء للمشتري.

وقال في «البزازية»: هذا إما أن يحمل على اختلاف الروايتين، أو يكون أحدهما غلطاً من الكاتب، ثم قال: المرضي دراية: كلام القاضي.

ثم شرع في مثال ما فيه منفعة لأحد العاقدين وقال: **(وكشرط أن يستخدمه البائع شهراً، أو يسكنها)**؛ أي: في الدار المبيعة وهذا؛ لأن الخدمة والسكنى لو يقابلهما شيء من الثمن.. يكون إجارة في بيع، وإلا.. تكون إعارة في بيع، فيكون صفقتين في صفقة، وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة.

(أو لا يسلمه إلى رأس الشهر)؛ لأن الأجل في المبيع العين باطل؛ لكونه تحصيلاً للحاصل، فيكون شرطاً فاسداً.

(أو يقرضه المشتري درهماً)؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف، بخلاف ما إذا قال بعتك هذه الدار على أن يقرضني فلان ألف درهم فقبله المشتري.. فإن هذا

أَو يُهديَ لَهُ هَدِيَّةً، أَو يقطَع البَائِعُ الثَّوْبَ ويخيطَه قَبَاءً أَو قَمِيصاً، أَو يحذَو النَّعْلَ، أَو يشركَهُ.

وَيصِحُّ فِي النَّعْلِ اسْتِحْسَانًا.

البيع صحيح؛ لأنها لم تلزم الأجنبي: لا ضماناً عن المشتري؛ لأنها ليست في ذمة الأجنبي، فيحملها الكفيل؛ أعني: المشتري، ولا زيادة في الثمن؛ لأن المشتري لم يقل: على أني ضامن.

(أو يهدي له هدية) هذه كلها مثال ما فيه منفعة للبائع.

ثم شرع في مثال ما فيه منفعة للمشتري فقال: **(أو يقطع البائع الثوب ويخيطه قباء، أو قميصاً، أو يحذو النعل، أو يشركه)** ـ من التشريك ـ، يقال: حذَّ إلي نعلاً: عملها، وشرك النعل وضعت عليها الشراك.

(ويصح) البيع **(في النعل استحساناً)**؛ لأن بيع النعل بشرط التشريك متعارف، والعرف قاض على القياس.

وفي «الخلاصة»: إذا اشترى نعلاً وشراكاً على أن يحذوه البائع.. جاز.

واعلم: أن الظاهر من هذه الأمثلة مقارنة الشرط بالعقد، وهل يجوز إلحاقه به بعد انعقاده؟

ففي «الخلاصة»: لو ألحقا بالبيع شرطاً فاسداً.. يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان الإلحاق بعد الافتراق عن المجلس؛ كما لو باع فضة بفضة وتقابضا وتفرقا، ثم زاد أحدهما شيئاً، أو حط عنه وقبله الآخر.. فالبيع فاسد عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: البيع صحيح، وتبطل الزيادة و الحط.

وقال محمد: الزيادة باطلة، والحط جائز بمنزلة الهبة المستقلة.

ثم اعلم: أن التفصيل المذكور ههنا في الشرط إنما هو إذا علق بكلمة «على»؛ لأنه إذا علق بكلمة «إن».. فالبيع يفسد في جميع الوجوه على ما صرح به في «البحر».

وقال في «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى» في البيع بالشرط: إذا باع بكلمة «على».. فعلى ما ذكرنا من لتفصيل.

أما إذا قال: بعت، إن كان كذا.. فالبيع باطل؛ سواء كان الشرط نافعاً لأحدهما، أو للمعقود عليه، أو لم يكن نافعاً، بل يكون ضاراً، إلا في صورة، وهي: ما إذا قال: بعت، إن رضي به فلان، أو أبي [٨٤/أ].

قال الحاكم الشهيد أبو الفضل: إذا وقعت ثلاثة أيام: يعني الخيار. انتهى ما في «الخلاصة».

وهل لفظ شرطه كذلك بمنزلة كلمة «إن»، أو بمنزلة كلمة «على»؟

ففي «البحر»: والظاهر من كلامهم: أنه بمنزلة كلمة «على»، وهو الظاهر من كلام المصنف أيضاً؛ فإنه عطف قوله: «وكشرط أن يستخدمه»... إلخ على قوله: «أن يعتقه».

ووجه الفرق بين «على» و«إن»: أن تعليق التمليكات بالخطر.. لا يجوز؛ لأنه يشبه القمار والبيع، وكذا الهبة والصدقة والإبراء عن الدين من باب التمليك.. فلا يجوز تعليقها على شرط بكلمة «إن»؛ لأنه للخطر.

اشترى أرضاً على أن خراجها على البائع.. فالبيع فاسد، ولو شرط البعض على البائع؛ إن شرط عليه شيئاً من خراج الأصل.. فكذلك فاسد، وإن شرط عليه شيئاً زائداً على خراج الأصل.. جاز البيع؛ لأنه شرط أن لا يجب على المشتري تحمل الظلم، كذا في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية».

فظهر منه: أن كل شرط فيه دفع الظلم على المشتري.. ليس من قبيل اشتراط ما فيه نفع للمشتري، بل من قبيل اشتراط ما يقتضيه العقد؛ لأن مقتضى العقد دفع المنازعة والخصومة والظلم.

ولو اشترى أرضاً على أن خراجها ثلاثة دراهم، ثم ظهر أنه أربعة، أو قال:

أربعة، ثم ظهر أنه ثلاثة؛ فإن علم المشتري ذلك.. فالبيع فاسد؛ لأنه باع بشرط أن لا يجب على المشتري خراج أرض أخرى معنى، وإن لم يعلم المشتري ذلك.. فالبيع جائز، والمشتري بالخيار، إن شاء.. قبلها بخراجها كلها، وإن شاء.. ترك.

ولو اشترى الأرض الخراجية بغير الخراج، أو أرضاً بغير خراج اشتراها مع الخراج بأن كان للبائع أرض خراجية وضع خراجها على هذه الأرض وباعها وعلم المشتري.. فالبيع فاسد، هذا إذا كانت الأرض خراجية في الأصل فاشتراها بغير الخراج.

وأما إذا لم تكن خراجية في الأصل، ثم وضع عليها الخراج ظلماً.. فالبيع جائز.

ولو اشترى أرضاً على أنها حرة من النوائب الديوانية وهي ليست بحرّة عنها:

قال ظهير الدين: البيع الفاسد كالخراج؛ فإنه إذا باع أرضاً على أنها غير خراجية وهي خراجية.. فسد البيع.

وقال القاضي الإمام فخر الدين خان: لا يفسد البيع، ولكنه يخير بين الرد والإمضاء.

وعلى هذا: إذا اشترى على أن قانونه كذا؛ فإذا هو أكثر.

ولو باع بشرط أن لا يؤخذ منه الجباية.. فالبيع فاسد.

ولو اشترى على أن الجباية الأولى على البائع واتفقا على ذلك.. جاز البيع، كذا في «الخلاصة».

وقال في «الخزانة»: رجل اشترى أرضاً، فقال المشتري: «الجباية الأولى على البائع» فباع على أنه ليس على البائع وهو اشترى [٨٤/ب] بهذا الشرط.. أفتى القاضي الإمام بجواز البيع؛ لأنه باع على أن لا مؤنة على البائع، وهذا موجب العقد ومقتضاه.

وَلَا يجوز بيعُ أمةٍ إِلّا حملَهَا.

وههنا شروط تتعلق بالثمن: باع شيئاً على أنه بالنقد بكذا وبالنسبة بكذا، أو إلى شهر بكذا وشهرين بكذا.. فسد البيع.

ولو اشترى ثوباً بعشرة على أن البائع إن ردّ الثمن إلى المشتري إلى ثلاثة أيام لا بيع بينهما.. صحّ البيع استحساناً؛ كما إذا اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام.. لا بيع بينهما.

بخلاف ما لو قال: إلى أربعة أيام فصاعداً.. حيث لا يصحّ البيع.

ولو قال: بعت منك هذا على أن أهب لك كذا.. لا يجوز.

ولو قال: على أن أحط من ثمنه كذا.. جاز؛ لأن حطّ الثمن يلتحق بأصل العقد، بخلاف الهبة.

ولو قال بصيغة الماضي: على أن حططت، أو على أن وهبت لك.. جاز؛ لأن الهبة قبل القبض باطلة، فتكون حطاً، فيكون البيع بما وراء المحطوط.

ولو باع شيئاً على أن يدفع إليه المبيع قبل أن يدفع هو الثمن.. فالبيع فاسد، فاختلفوا في العلة:

قال أبو يوسف: لأن العقد لا يوجب تسليم المبيع قبل نقد الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلاً، فكان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمشتري.

وقال محمد: لأنه تضمن أجلاً مجهولاً، حتى لو سمّى الوقت الذي يسلم فيه المبيع.. جاز البيع.

(**ولا يجوز بيع أمة إلا حملها**)؛ لأن كل ما لا يصح إفراده بالعقد.. لا يصح استثناؤه منه، والحمل كذلك؛ لأنه بمنزلة أطراف الحيوان؛ لاتصاله به خلقة، وكذا الكتابة والإجارة والرهن يفسد به.. فلا يجوز الاستثناء فيها أيضاً؛ لأنها مما يفسد بالشروط الفاسدة، إلا أن الكتابة إنما تفسد بالشروط الفاسدة إذا كان الفساد في صلب العقد؛ كأن كاتب على الخمر والخنزير، أو على قيمته.

وَلَا البيعُ إِلَى النيروزِ والمهرجانِ، وَصَوْمِ النَّصَارَى، وَفطرِ اليَهُودِ إِن لم يَعلمِ العاقدانِ ذَلِك.

بخلاف ما إذا لم يكن في صلب العقد؛ كما إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة.. فإن العقد صحيح؛ إلحاقاً لها حينئذ بالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد.. فإنها لا تبطل باستثناء الحمل، بل إنما يبطل الاستثناء نفسه؛ لأن هذه العقود مما لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنها تبرعات، فلا يتحقق فيها الربا وهو المناط.

وأما الوصية: فإنها وإن لم تفسد بالشروط الفاسدة، لكن يصح الاستثناء فيها حتى يكون الحمل ميراثاً.

والجارية وصية؛ لأن الوصية أخت الميراث، والميراث يجري فيما في البطن، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها؛ لأن الميراث لا يجري في الخدمة، كذا في «الهداية».

وإنما ذكر استثناء الحمل مع الشروط؛ لأنه لما كان غير صحيح.. صار شرطاً فاسداً، ولا يجوز بيع الأم بعدما أعتق الحمل، ويجوز ههنا بعد تدبير الحمل على الأصح [٨٥/أ]، كذا في بيوع «الأشباه» نقلاً عن «فتح القدير».

(**ولا البيع إلى النيروز**): معرّب بوزوز، وهو أول يوم من الربيع.

(**والمهرجان**) هو يوم في طرف الخريف.

(**وصوم النصارى وفطر اليهود**)؛ أي: تأجيل الثمن إلى هذه الأوقات؛ (**إن لم يعلم العاقدان ذلك**) الوقت؛ لأن جهالة الأجل مفضية إلى النزاع المنافي لموجب العقد، فيكون فاسداً.

وإن علما ذلك الوقت، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم.. جاز؛ لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع.

واعلم: أن التأجيل ثلاثة أضرب:

وَلَا البيعُ إِلَى الحَصادِ، والدِّيَاسِ، والقِطَافِ، والجذاذِ، وقدوم الحَاجِّ.

وَتَصِحُّ الكفَالَةَ إِلَى هذه الأوقاتِ.

فَإِن أسقطَ الأَجَلَ قبلَ حُلُولِهِ.. صَحَّ.

تأجيل بأيام، أو شهور، أو سنين معلومة، وإنه صحيح إذا قبل المطلوب، وإلا.. فلا، والمال حال.

وتأجيل إلى أجل مجهول جهالة متقاربة؛ كالحصاد والدياس والجزاز والنيروز والمهرجان ونحوها.. فيصح التأجيل، وإن كان البيع بهذه الآجال فاسداً، لكن التأجيل في الثمن إلى هذه الآجال.. جائز.

وتأجيل مجهول جهالة فاحشة؛ كالأجل إلى مهب الريح، أو مطر السماء، أو قدوم الحاج، أو قدوم شريكه من سفره ونحوها.. فالأجل باطل والمال حال، كذا في «القنية».

(**ولا البيع إلى الحصاد**)؛ أي: قطع الزراع.

(**والدياس**): وهو أن يوطأ المحصود بقوائم الدواب.

(**والقطاف والجذاذ وقدوم الحاج**) والكل للجهالة أيضاً.

(**وتصح الكفالة إلى هذه الأوقات**)؛ لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة، ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن يكفل بما وجب على فلان؟!

ففي وصفه: أولى، وهذه الجهالة يسيرة؛ لاختلاف الصحابة فيها؛ فإن عائشة رضي الله عنها أجازت البيع إلى العطاء، ومنعه ابن عباس، وأخذنا بقوله.

(**فإن أسقط الأجل**) إلى هذه الأوقات (**قبل حلوله.. صح**) خلافاً لزفر؛ لأنه انعقد فاسداً، فلا ينقلب جائزاً.

قلنا: الفساد للمنازعة، وهي إنما تتحقق عند حلول الأجل؛ فإذا أسقط.. ارتفع المفسد قبل تقرره، فيعود جائزاً.

وَكَذَا لَو بَاعَ مُطلقاً ثمَّ أَجَّلَ إِلَى هَذِه الأَوْقَات.

وَمن بَاعَ نصِيبه من دَارٍ.. يجوزُ إِن علِمَهُ المتعاقدانِ.

خلافاً لأبي يُوسُف.

وَيَكْفِي علمُ المُشْتَرِي عندَ محمدٍ.

فإن قيل: الفساد قد ثبت ابتداءً.. فلا يفيد إسقاطه؛ كما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقطا الدرهم الزائد.

قلنا: الفساد فيما نحن فيه في شرط زائد وهو الأجل، لا في صلب العقد وهو البديل، فيمكن إسقاطه.

بخلاف ما ذكر؛ فإن الفساد فيه في صلب العقد.

فإن قيل: إذا نكح بغير شهود، ثم أشهد.. لا ينقلب جائزاً، مع أن الفساد في شرط زائد لا في صلب العقد.

قلنا: نعم، إلا أن الشرط هنا قوي بمنزلة ما كان في صلب العقد، وكذا إذا باع إلى أن تهبّ الريح، ثم أسقط الأجل قبل أن تهب.. لا ينقلب جائزاً؛ لأن هبوب الريح ليس بأجل؛ لأن الأجل ما يكون منتظراً، والهبوب ليس كذلك، بل قد يكون متصلاً بكلامه، فكان الفساد [٨٥/ب] في صلب العقد.

(**وكذا**)؛ أي: صحّ (**لو باع مطلقاً**) عن الأجل.

(**ثم أجل**) من التأجيل (**إلى هذه الأوقات**)؛ لأنه من تأجيل الدين، وهذه الجهالة متحملة فيه؛ كما في الكفالة.

(**ومن باع نصيبه من دار**) مشتركة بين اثنين فصاعداً؛ إرثاً أو شراءً.. (**يجوز إن علمه المتعاقدان**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لأبي يوسف، ويكفي علم المشتري عند محمد**).

قال في «العمادي» نقلاً عن «الصغرى»: رجل قال لآخر: بعت منك نصيبي من هذه بكذا، وعلم المشتري نصيبه ولم يعلم البائع.. جاز البيع بعد أن يقر البائع أنه كما قال المشتري.

وإن لم يعلم المشتري.. قال أبو حنيفة: لا يجوز؛ علم البائع أو لم يعلم، وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ علم البائع، أو لم يعلم في رواية عصام.

وفي «شرح الكافي»: ذكر قول محمد مع أبي يوسف.

وقال في «عيون المختلف» لأبي نصر: قال أبو حنيفة ومحمد: رجل قال لآخر: بعت من نصيبي من هذه الدار منك، ولم يعلم المشتري كم نصيبه منها.. فإن البيع فاسد؛ علم البائع أو لم يعلم.

وقال أبو يوسف: البيع جائز، وللمشتري الخيار إذا علم.

وأجمعوا: أن المشتري إذا كان يعلم مقدار نصيب البائع.. جاز البيع؛ علم البائع أو لم يعلم. انتهى كلام «العمادي»، وهكذا في «الفصولين» و«قاضي خان».

فعلم منه: أن علم المتعاقدين ليس بشرط عندهم، ولا كفاية علم المشتري مختصاً بمحمد، بل هو إجماعي، وإن خلاف أبي يوسف ليس على ما ظهر من كلامه وهو عدم الجواز؛ لأن البيع جائز عنده علم المتعاقدان أو لم يعلما، لكن للمشتري خيار وإن علم كما نرى.

ويمكن أن يقال: قوله: «خلافاً لأبي يوسف» مصروف إلى قوله: «أن علمه المتعاقدان» لا إلى قوله: «يجوز».

بخلاف ما لو باع أحد الورثة بيتاً من دار يشتمل على بيوت متعددة قبل التقسيم.. فإنه لا يجوز؛ كما في «قاضي خان».

وهذا؛ لأنه بيع شيء معين من التركة، لا بيع حصة.. فلا يجوز.

واعلم: أن هذه من فروع مسائل الشيوع، ذكره في آخر هذا الباب، ولنذكر بعض ما يتعلق بها:

فالشائع ينقسم إلى قسمين:

شائع يحتمل القسمة؛ كنصف الدار ونصف البيت الكبير.

وشائع لا يحتمل القسمة؛ كنصف العبد ونصف الرحى، أو الحمام ونصف الثوب ونصف الشجر القائم ونصف البيت الصغير.. فكان بيع الشائع على قسمين:

بيع ما يحتمل القسمة، وبيع ما لا يحتملها.

وكل قسم على وجهين:

أما إن باع من أجنبي، أو من شريكه:

فالوجه الأول: وهو البيع من أجنبي على صنفين:

أما إن كان الكل له فباع النصف، أو كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه.. فالبيع جائز في المواضع كلها؛ أي: ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها ومن أجنبي، أو من شريكه، ومما كان الكل له، أو بين اثنين على ما ذكره الصدر [٨٦/أ] الشهيد.

وذكر في «الفتاوى»: مشجرة بين قوم باع أحدهم نصيبه مشاعاً والأشجار قد انتهت أوان القطع حتى لا يضرها القطع.. جاز الشراء، وللمشتري أن يقطع؛ لأنه ليس في القسمة ضرر.

وفي «النوازل»: رجل باع نصيباً له من المشجرة بغير إذن شريكه بغير أرض؛ إن كانت الأشجار بلغت أوان القطع.. جاز البيع؛ لأنه لا يتضرر المشتري بالقسمة، وإن لم تبلغ أوان القطع.. فالبيع فاسد؛ لأنه يتضرر بالقسمة.

وعلى هذا: الزرع إذا كان بين اثنين باع أحدهما نصيبه من إنسان.. فهو على هذين الوجهين، ففرقا بين ما يقبل القسمة، وبين ما لا يقبلها، على خلاف ما ذكره الصدر الشهيد.

وفي «الفتاوى»: مشجرة بين ثلاثة، باع أحدهم نصيبه من أحد صاحبيه.. لا يجوز، ولو باع منهما.. جاز، وذلك؛ لأنه يتضرر صاحبه الآخر في الأول دون الثاني.

وفي «الواقعات»: نخل بين الشريكين وعليها ثمر، أو أرض بين اثنين وفيها زرع، فباع أحد الشريكين نصيبه من النخل والثمر ومن الأرض والزرع.. ينبغي أن يجوز؛ لأن المشتري لا يجبر على القطع؛ لأنه قام مقام البائع في النخل والثمر والأرض والزرع جميعاً.

ولو كانت دار بين رجلين باع أحدهما بناءها من رجل آخر.. لم يجز بيعه؛ لأنه لا يخلو:

أما إن باعه بشرط الترك، أو بشرط القلع والهدم:

أما الأول: فلا يجوز؛ لأن فيه شرط منفعة للمشتري سوى البيع، فصار بمنزلة شرط إجارة في بيع.

ولا يجوز بشرط الهدم والقلع؛ لأن فيه ضرراً بالشريك الذي لم يبع ، وكذلك لو ادعى رجل على أحدهما شيئاً فصالحه على نصف هذا البناء أو على نصف هذا الزرع المشترك.. لا يجوز.

وفي «أجناس الناطقي»: إذا اشترى نصيب أحد الشريكين من البناء دون الأرض.. لم يجز.

وفي «الصغرى»: باع أحدهما نصيبه من البناء من أجنبي بغير إذن شريكه.. لم يجز.

ولو كان الدار بين اثنين فباع أحدهما بيتاً معيناً من رجل.. لا يجوز.

وكذا لو باع أحدهما نصيبه من بيت معين من الدار من أجنبي.. فللآخر أن يبطل البيع، كذا في «شرح الطحاوي».

وقال الفقيه أبو جعفر: رأيت في «الأمالي»: دار بين رجلين، باع أحدهما منها بيتاً معيناً.. جاز في نصفه عند أبي يوسف.

ورأيت في «المحيط»، وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: رجلان بينهما دار، فباع أحدهما نصف بيت منها شائعاً والبيت معلوم؛ فإن أبا حنيفة قال: لا يجوز البيع؛ لأن فيه ضرراً على شريكه في تقطيعه نصيبه عليه عند القسمة.

ولو كان بينهما عشرة ثياب هروية مما يقسم، باع أحدهما [٨٦/ب] نصف ثوب بعينه من رجل، قال أبو حنيفة: يجوز ، وكذلك الغنم، وهذا لا يشبه الدار الواحدة.

وقال أبو يوسف: ينبغي أن يكون هذا والدار سواء في قوله.

ولو كان بينهما أرض ونخل باع أحدهما نصف نخلة معينة بأصلها من رجل.. لم يجز في قول أبي حنيفة؛ كما في البيت.

ولو باع أحدهما نصف الأرض واستثنى نصف النخل بأصله.. فإن هذا مثل ذلك في قول أبي حنيفة.

وكذلك لو باع نصف الدار شائعاً إلا بيتاً معلوماً منها.. لم يدخل في البيع.

وقال أبو يوسف: أنا أرى كل هذا جائزاً، لا أنقض بيعاً من أجل قسمة لا يدري، أتكون أم لا؟! وهل يدخل فيها ضرر من قبل هذا البيع أم لا؟

وعن «شرح الطحاوي»: أحد الورثة إذا باع شيئاً من التركة.. ينظر؛ إن باع نصيبه من كل شيء، والمشتري يعلم نصيبه.. يجوز، وإن باع شيئاً معيناً.. لا يجوز؛ لأنه يحتمل أن لا يقع هذا في نصيبه.

قالوا: معنى قوله: «ولا يجوز»: أنه لا يجوز البيع في كل ذلك الشيء، وأما في نصيبه.. فيجوز.

وفي «الصغرى»: مكيل أو موزون بين اثنين، باع أحدهما نصيبه من شريكه.. يجوز، ومن الأجنبي.. لا يجوز.

وفيها أيضاً: أن الشركة في المال إذا كانت بسبب الخلط باختيارهما أو باختلاط من غير اختيار أحد.. يجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه، ومن الأجنبي.. لا يجوز إلا بإذن شريكه.

وإن كانت الشركة بسبب الصدقة، أو الميراث، أو الهبة، أو الاستيلاد.. يجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه ومن الأجنبي بغير إذن شريكه، ولا يملك التصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه.

وهكذا في شركة «خواهر زاده»، الكل في «العمادي» و«الفصولين».

وقال في «الخلاصة» في الفصل الثالث من البيوع: ولو كان الزرع مشتركاً بين اثنين، فباع أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه؛ إن بلغ أوان الحصاد.. جاز، وإلا.. فلا.

ولو باع من شريكه.. جاز مطلقاً.

وكذا لو باع نصيبه من الشجر على هذا.

ولو باع من غير شريكه ولم يفسخ حتى أدرك الزرع.. جاز لزوال المانع؛ كما لو باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه من البناء.. جاز.

ولو كان الزرع والأرض مشتركاً فباع نصف الأرض مع نصف الزرع من شريكه، أو أجنبي بغير رضاء شريكه.. جاز.

ثم بيع نصف الزرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار بأن زرع في ملك نفسه؛ أما إذا كان متعدياً في الزراعة كالغاصب.. جاز بيع النصف، وكذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض.

ولو كان الكل له فباع الأرض مع نصف الزرع [٨٧/أ].. لا يجوز، هكذا ذكره.

ثم قال نقلاً عن «الصغرى»: ولو باع نصف الزرع بدون الأرض؛ إن باع العامل من رب الأرض.. جاز، وعلى العكس.. لا يجوز.

ومما يتعلق بهذا الباب: مسائل البيع بالوفاء، وسماه بعض الفقهاء: «بيع الأمانة»، وصورته: أن يقول البائع للمشتري: «بعت منك هذا العين بدين لك علي، على أني متى قبضت الدين.. فهو لي»، أو يقول البائع: «بعتك هذا بكذا على أني متى دفعت لك الثمن.. تدفع العين إلي».

واختلفوا فيه على تسعة أقوال على ما ذكره الإمام البزازي.

الأول: أنه رهن حقيقة ـ واختاره صاحب المنظومة في فتاواه ـ فلا يملكه المشتري، ولا ينتفع به إلا بإذن البائع ويضمن ما أكل من نزله وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه، ولا يضمن ما زاد؛ كالأمانة، ويسترد عند قضاء الدين؛ لأن الاعتبار لأغراض المتعاقدين، وهذا مختار السيد أبي شجاع وابنه والإمام علي السفدي و القاضي أبو الحسين الماتريدي.

والثاني: أنه بيع صحيح، ذكر الكشي عن علّامة سمرقند أنه قال: اتفق مشايخ الزمان على صحة هذا البيع؛ لأنهما تلفظا بلفظ البيع، ولا عبرة بمجرد النية بلا لفظ.

وأما ما يفعله البائع من التعمير وأداء الخراج في العرف المستمر.. فليس بطريق الجبر، حتى يدل على بقاء ملكه، بل بطريق الطوع والرضاء؛ إذ لا يجبر عليه بالتعمير وأداء الخراج؛ كما لا يجبر على ترك الوفاء، ويجعل البيع باتاً، ويكون للمشتري حق المطالبة في الثمن؛ فإن انهدمت الدار المبيعة.. لا يجبر البائع على رد الثمن؛ لأنه بمنزلة بيع جديد.

وقال «الزيلعي»: والفتوى: على أنه بيع جائز، مفيد لبعض أحكامه من حلّ الانتفاع، إلا أنه لا يملك بيعه من الغير.

والثالث: ما اختاره الإمام قاضي خان في «فتاواه»؛ حيث قال: والصحيح: أن العقد الذي جرى بينهما؛ إن كان بلفظ البيع.. لا يكون رهناً، ثم ينظر؛ إن ذكر الشرط

للفسخ في البيع.. فسد البيع، وإن لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظ بالبيع الجائز ـ وعندهما: هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم ـ: فكذلك، وإن ذكر البيع من غير شرط، ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة.. جاز البيع، ويلزمه الوفاء بالوعد؛ لأن المواعيد قد تكون لازمة فتجعل لازمة هنا لحاجة الناس. انتهى.

والرابع: ما قال في «العدة» واختاره الإمام ظهير الدين: أنه بيع فاسد، فلو تبايعا ثم قال أحدهما: هذا بيع بالوفاء، وقال الآخر: نعم.. لا يفسد، ولو شرطا الوفاء في العقد.. فسد، ولو شرطاه بعد العقد.. يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة وهل يشترط بالمجلس [٨٧/ب] للالتحاق؟

ذكر الإمام السرخسي وأبو اليسر: أنه يشترط.

وفي «الإيضاح»: أنه لا يشترط، وهو الصحيح، على ما في «البزازي».

ولو شرطا الوفاء، ثم عقدا مطلقاً؛ إن لم يقرا بالبناء على الأول.. فالعقد صحيح، ولا عبرة بالسابق، على ما ذكره في «فوائد البرهان».

والخامس: ما اختاره أئمة خوارزم: أنه إذا أطلق البيع، لكن وكلّ المشتري وكيلاً بفسخ البيع؛ إذا حضر البائع الثمن، أو عهد على أنه إذا أوفاه.. فسخ البيع، والثمن لا يعادل المبيع، وفيه غبن فاحش، أو وضع المشتري على أصل المال ربحاً بأن وضع على مائة وعشرين ديناراً فرهن، وإن كان بلا وضع.. ربح بمثل الثمن، أو بغبن يسير.. فبيع بات.

والسادس: ما اختاره الإمام الزاهد: إن الشرط إذا لم يذكر في البيع.. كان بيعاً صحيحاً: في حق المشتري حتى ملك الإنزال، ورهناً: في حق البائع، فلم يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره، وأجبر على الرد إذا أحضر الدين؛ لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن.

والسابع: أنه غير صحيح، واختاره صاحب «الهداية»: وأولاده، وعلاء الدين بدر ومشايخ زماننا، وعليه الفتوى، على ما في «البزازية»، أعني: لا يملك المشتري بيعه من الغير؛ كما في بيع المكره؛ كالبيع الفاسد بعد القبض.

والثامن: هو القول الجامع، قاله بعض المحققين: هو أنه:

فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كلّ منهما الفسخ.

وصحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع.

ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر، ولا رهنه ولم يملك قطع الشجر، ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه، ويقسم الثمن إن دخله نقصان؛ كما في الرهن.

والتاسع: ما استقر عليه فتوى صاحب «الهداية» وأولاده ومشايخ العهد: أن الملك يثبت للمشتري في زائده، فلا يضمنه بالإتلاف، هذا مختصر ما في «البزازية» وليطلب تفصيله منها.

* * *

وكلٌّ من عوضيه مَالٌ.. ملكَهُ، ....

عقده) بحضرة البائع؛ هذا مثال للإذن دلالةً، ولا بد له من القبض بحضرة البائع، بخلاف الإذن صريحاً؛ فإنه يفيد الملك مطلقاً؛ سواء قبضه بحضرة البائع، أو لا، على ما في «العناية».

وقال في «الإيضاح»: إن ما قبضه بغير إذن البائع صريحاً في الفاسد.. فهو كما لو يقبضه.

والصحيح: ما في الكتاب؛ لأن البيع تسليط من البائع على القبض؛ فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه.. كان بحكم التسليط السابق، فيكتفى به كما في القبض في الهبة.

(وكل من عوضيه مال)، وإنما اشترط ذلك لتحقق ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فالبيع بما ليس بمال كالميتة والدم والحر والريح الذي نهب سواء جعل ثمناً أو مثمناً .. باطل لا يفيد الملك بالقبض، وكذا البيع بنفي الثمن.. لا يفيد الملك؛ لكونه باطلاً؛ لعدم الركن.

(ملكه) باتفاق مشايخنا؛ إن قبضه في المجلس، حتى لو باع جارية بيعاً فاسداً، فقال البائع بعدما قبضها المشتري: هي حرة.. لا تعتق؛ لأن إعتاق البائع صادف ملك المشتري؛ فإن قال مرة أخرى: هي حرة.. عتقت؛ لأن الكلام الأول كان فسخاً إذا كان بمحضر من المشتري؛ فإذا قال بعد ذلك: هي حرّة.. فالكلام الثاني صادفها بعدما عادت إلى ملكه فعتقت، وإن لم يكن الكلام الأول بمحضر من المشتري.. لا يصح الكلام الثاني؛ لأنه لا يملك الفسخ بغير محضر من صاحبه إذا كان بعد القبض؛ فإن كان قبل القبض.. فكل واحد منهما ينفرد بالفسخ بمحضر من صاحبه على ما في «قاضي خان».

وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع.. ففيه تفصيل ذكرناه في أول البيع الفاسد.

ولو ردّه المشتري بعد القبض على بائعه.. هل يبقى البيع السابق أو يبطل؟

(فَصْلٌ)

قبضُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بيعاً بَاطِلاً بِإِذن بَائِعه.. لَا يملُكه، وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ عِنْدِ الْبَعْضِ، ومضمونٌ عِنْد الْبَعْضِ.

وَقِيل: الأولُ: قَولُ الإِمَام، وَالثَّانِي: قَوْلُهمَا؛ أخذاً من الِاخْتِلَافِ فِيمَا لَو بيَع مُدبرٌ أَو أمُّ ولدٍ فَمَاتَ فِي يَدِ مُشْتَرِيه؛ حَيْثُ لَا يُضمنُ عِنْدَه، خلافاً لَهما.

وَلَو قبضَ الْمَبِيعَ بيعاً فَاسِداً بِإِذنِ بَائِعِهِ صَرِيحاً أَو دلَالَةً؛ كقبضِه فِي مجْلِسِ عقدِهِ، ....

(فَصْلٌ)

فِي أَحْكَامِ البَيْعِ الفَاسِدِ وَالبَاطِلِ وَالمَكْرُوه

(قبض المشتري المبيع بيعاً باطلاً بإذن بائعه.. لا يملكه) مطلقاً، أي: تصرفاً ولا رقبة.

(وهو أمانة في يده عند البعض)، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

(ومضمون) عليه **(عند البعض)**، وهو رواية ابن سماعة عن محمد، واختاره الإمام السرخسي؛ لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، بل أعلى منه؛ لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء، وفيه القيمة، فكذا ههنا.

(وقيل) - قائله محمد بن سلمة البلخي -: **(الأول: قول الإمام، والثاني: قولهما؛ أخذا من الاختلاف فيما لو بيع مدبّر أو أم ولد فمات في يد مشتريه؛ حيث لا يضمن عنده خلافاً لهما)**.

وهو رواية عن الإمام في رواية صاحب «الهداية».

وقيل: الروايتان [٨٨/أ] عن الإمام في حق المدبر. وأما في حق أم الولد.. فاتفقت الروايات عنه أنها لا تضمن بالبيع والغصب؛ إذ لا تقوم لماليتها.

(ولو قبض المبيع بيعاً فاسداً بإذن بائعه صريحاً أو دلالة؛ كقبضه في مجلس

ففي «القنية» بعلامة «ص»: وكل مبيع ببيع فاسد رده المشتري على البائع بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه؛ كالوديعة والإعارة والإجارة بالغصب والشراء، أو وقع في يد البائع.. فهو متاركة للبيع، وبرئ المشتري من ضمانه «حص».

قال أبو يوسف: إذا أودعه البائع على بيع فاسداً، أو إعارة أو هبة، أو أجره إياه أو غصبه البائع أو اشتراه بعوض.. فهذا كله باطل، وقد انتقضت العقدة الأولى وبرئ المشتري من ضمانه، وهو بمنزلة رده عليه، هذا مما لا بد من حفظه، كذا في شرح ظهير الدين.

وفي «القنية» أيضاً: ردّه المشتري بفساد البيع، فلم يقبله البائع، فأعاده المشتري [٨٨/ب] إلى منزله، فهلك عنده.. لا يلزمه الثمن ولا القيمة.

وكذا الغاصب ردّ المغصوب إلى المغصوب منه فلم يقبله، فحمله الغاصب إلى منزله فضاع عنده.. لا يضمن، ولا يتجدد الغصب بالحمل إلى منزله إذا لم يضعه عند المالك؛ لأنه صار أمانة؛ فإن وضعه بحيث تناوله يده، ثم حمله إلى منزله فضاع.. يضمن.

وقال ابن سلام: إن كان فساد البيع متفقاً.. برئ المشتري وإن لم يقبله البائع، وإن كان مختلفاً.. لا يبرأ إلا بقبوله أو بقضاء القاضي.

وقال أبو بكر الإسكاف: يبرأ في الوجهين.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن المشتري هل يملك عين ما قبضه في البيع الفاسد أو يملك تصرفه فقط؟

فذهب البلخيون إلى الأول، واستدلوا عليه بما إذا اشترى داراً شراءً فاسداً، أو قبضها فبيع بجنبها دار.. فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه، ولو اشترى جارية شراءً فاسداً وقبضها، ثم ردها على البائع.. وجب على البائع الاستبراء.

ولو باع الأب أو الوصي عبد يتيم بيعاً فاسداً وقبض المشتري، ثم أعتقه.. نفذ عتقه.

وذهب العراقيون إلى الثاني، واستدلوا عليه بأنه لو ملك العين.. لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراءً فاسداً، ولجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة شراءً فاسداً، ولحلّ أكل طعام اشتراه شراءً فاسداً.. وليس كذلك.

لا يقال: هذا مناف لما في «قاضي خان»: رجل اشترى داراً شراءً فاسداً وقبضها فخربت عنده خراباً فاحشاً، ثم خاصمه البائع إلى القاضي، فقضى القاضي للبائع بقيمة الدار يوم قبض المشتري.. كان للشفيع أن يأخذها من المشتري بتلك القيمة. انتهى.

حيث حكم بأخذ الشفعة للشفيع في المبيع بيعاً فاسداً؛ لأنا نقول: أخذ الشفعة إنما هو لأجل الحكم بقيمة الدار، لا لأجل الملك بالبيع الفاسد.

قالوا: والأصح مذهب البلخيين، والجواب عن العراقيين مرَّ في أول البيع الفاسد.

وقال الشافعي: القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك أصلاً؛ لأنه محظور التناول.. فلا تنال به نعمة الملك، ولأن النهي فسخ للمشروعية، ولهذا لا يفيده قبل القبض، فصار كالبيع بالميتة، وبيع الخمر بالدراهم.

قلنا: إن ركنه صدر من أهله مضافاً إلى محله فيفيد الملك، والنهي يقرر المشروعية في المنهي عنه عندنا؛ لأنه يجب أن يكون متصور الوجود؛ بحيث لو أقدم عليه يوجد؛ حتى يكون العبد مبتلئ بين أن يقدم عليه فيعاقب، وبين أن يكف عنه فيثاب، فنفس البيع مشروع بأصله فينال به نعمة الملك، لكن لا بد فيه من قبح لما فيه من النهي؛ فجعلناه في وصفه المجاور؛ كما في البيع وقت النداء [٨٩/أ]، لا في عين المنهي عنه.

وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد؛ لأنه لو ثبت الملك قبل القبض.. لوجب التسليم والتسلّم، فيتقرّر الفساد الذي كان واجب الدفع بالاسترداد بعد القبض، فبالامتناع عن المطالبة قبل القبض: أولى منه؛ لأن الدفع أسهل من الرفع، والبيع بالميتة، وبيع الخمر بالثمن: باطل.. فلا يقاس عليه.

ثم اعلم أن المشتري في البيع الفاسد يصير قابضاً بالتخلية - على الصحيح - كما في الجائز على ما صرّح به في «الجامع الكبير» و«قاضي خان».

وقال في «الخلاصة» نقلاً عن «التجريد»: تسليم المبيع: أن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل، وكذا تسليم الثمن، خلافاً للشافعي، ثم نقل عن «الأجناس» وقال: يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان:

أحدها: أن يقول البائع: «خلّيت بينك وبين المبيع».

الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع.

الثالث: أن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره.

وكان أبو حنيفة يقول: القبض أن يقول البائع: «قد خليت بينك وبين المبيع فاقبضه»، ويقول المشتري وهو عند البائع: «قد قبضته».

فإن أخذ برأسه وصاحبه عنده وقاده.. فهو قبض؛ سواء كان دابةً أو بعيراً، أو كان غلاماً أو جاريةً فقال له المشتري: تعال معي، أو امش معي فتخطى معه.. فهو قبض، وكذا لو أرسله في حاجة.

وفي الثوب: إن أخذه بيده أو خلّى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال: «قد خلّيت بينك وبينه فاقبضه»، فقال المشتري: «قد قبضته».. فهو قبض.

ولو اشترى حنطة في بيت، ودفع البائع المفتاح إليه وقال: «قد خلّيت بينك وبينها».. فهو قبض.

وإن دفع المفتاح لا يقول شيئاً.. لم يكن قبضاً.

ولو باع داراً وهي غائبة، فقال البائع «سلمتها إليك»، وقال المشتري: «قبضتها».. لم يكن قبضاً.

وإن كانت قريبة.. كان قبضاً؛ لأن التخلية قامت مقام القبض عند التمكن.

والفاصل بينهما: إن كانت الدار بحال يقدر على إغلاقها.. كانت قريبة وإلا.. كانت بعيدة.

وفي «المحيط»: بالتخلية يقع القبض، وإن كان المعقود عليه يبعد عنهما.

قال شمس الأئمة الحلواني: ذكر في «النوادر»: أن الرجل إذا باع ضيعة وخلّى بينها وبين المشتري؛ إن كان يقرب من الضيعة.. يصير المشتري قابضاً، وإن كان يبعد عنها.. لا يصير المشتري قابضاً، والناس عنها غافلون؛ فإنهم يشترون الضيعة في السواد ويقرون بالتسليم والقبض، وذلك مما لا يصح به القبض.

وكذا لو اشترى بقراً في السرح، فقال البائع: «اذهب واقبض»، إن كان يرى [٨٩/ب] بحيث يمكنه الإشارة إليه.. يكون قبضاً، ولو باع خلّا في دنٍّ وخلّى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن.. فهو قبض؛ كما اشترى حنطة وقال للبائع: كِلْها في غرائرك؛ فإن كان الجوالق المستعارة بعينها.. صار المشتري بالكيل فيه قابضاً، وإن كان بغير عينها نحو أن يقول أعرني جوالق وكِلْ فيه فكال والمشتري حاضر.. صار قابضاً، لكن هذا قول أبي يوسف.

وعند محمد: لا يصير قابضاً. إلى هنا كلام «الخلاصة».

وقال في «قاضي خان»: إن التخلية في البيع الجائز تكون قبضاً، وفي البيع الفاسد: روايتان، والصحيح: أنه قبض.

ثم قال: ولو باع تمراً على النخل، أو خلى بينه وبين المشتري.. صار المشتري قابضاً.

وَلَزِمَه لهلاكه مثلُه حَقِيقَةً أَو معنى، كالقيمةِ فِي القيميّ.

وَلكُلِّ مِنْهُمَا ....

ولو باع داراً وسلمها إلى المشتري وفيها قليل متاع للبائع.. لم يكن تسليماً حتى سلمها فارغة، وإن أودع المتاع عند المشتري وأذن للمشتري بقبض الدار والمتاع جميعاً.. صح التسليم؛ لأن الكل في يد المشتري.

ولو باع داراً ليست بحضرتهما، فقال البائع: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت.. ففي ظاهر الرواية: إن التخلية في الدور والعقار لا تكون قبضاً إلا بقرب منها.

وذكر في «النوادر»: إذا قال البائع للمشتري: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت، والدار ليست بحضرتهما.. يصير المشتري قابضاً في قول أبي حنيفة.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا كان قريباً.. يتصور فيه القبض الحقيقي فتقام التخلية مقام القبض.

وأما إذا كان بعيداً.. فلا يتصور القبض الحقيقي في الحال، فلا تقام التخلية مقام القبض، هكذا ذكره.

(ولزمه) أي: المشتري؛ **(لهلاكه)** أي: هلاك ما قبضه **(مثله حقيقة)** في المثليات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة.

(أو معنى) في القيمي؛ لأنه مضمون عليه بنفسه بالقبض، فشابه الغصب، والحكم فيه كذلك، فكذا هنا.

(كالقيمة في القيمي) كالحيوان والعدديات المتفاوتة.

والمعتبر: قيمته يوم القبض وإن زادت قيمته في يده فأتلفه؛ لأنه دخل في ضمانه القبض، فلا يعتبر كالمغصوب، على ما في «الكافي».

وعن محمد: أنه يعتبر قيمته يوم أتلفه.

(ولكل منهما)؛ أي: يجب على كلّ منهما؛ لما في «البحر»: أن فعله معصية، عليه التوبة منها.

فَسخُه قبلَ الْقَبْضِ وَبعدَه مَا دَامَ فِي مِلْك الْمُشْتَرِي إِذا كَانَ الْفسادُ فِي صلبِ العقدِ؛ كَبيعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ.

وَإِن كَانَ بشرط زَائِدٍ كَشَرطِ أَنْ يُهديَ لَهُ هَدِيَّةً.. فَكَذَا قبَل الْقَبْض.

وَأَمّا بعدَه.. فالفسخُ لمنْ لَهُ الشَّرْطُ، لَا لمَنْ عَلَيْهِ.

وقال في «الخلاصة»: إن الملك وإن كان يثبت في البيع الفاسد عند اتصال القبض به عندنا، إلا أنه مستحق النقض إعداماً للفساد، ولهذا قلنا: يكره للمشتري أن يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع. انتهى.

ومراده بالكراهة: كراهة تحريم لما ذكرناه من «البحر».

(فسخه قبل القبض)؛ أي: بالامتناع ؛ دفعاً لتقرر الفساد.

(وبعده)؛ أي: بالاسترداد؛ دفعاً لما تقرر من الفساد [٩٠/أ].

(ما دام في ملك المشتري)؛ لأنه لو أخرج عن ملكه بالبيع أو الهبة أو الإعتاق.. سقط حق الفسخ على ما سيصرح به.

(إذا كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين)؛ أي: في أحد البدلين.. فإنه حينئذ يفسخ بحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد، وبحضرته وغيبته عند أبي يوسف؛ لقوة الفاسد، كذا في «العناية».

(وإن كان) الفاسد **(بشرط زائد)** ينتفع به أحد العاقدين؛ **(كشرط أن يهدي له هدية)**، أو يعرض له، أو البيع إلى النيروز، أو إلى العطاء ونحوه (.. **فكذا**)؛ أي: يفسخ كل منهما **(قبل القبض)** لما ذكرناه.

(وأما بعده.. فالفسخ لمن له الشرط لا لمن عليه) إن كان المبيع قائماً في يد المشتري.

وهذا لأن العقد قوي، فكان الواجب أن لا يكون لأحد حق الفسخ، لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط.. فله أن يفسخه.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «التجريد»: إن هذا قول محمد؛ أما عندهما: فلكل

واحد منهما حق الفسخ؛ لأنه لحق الشرع، فانتفى اللزوم عن العقد، وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين فسخه.

وهل يشترط قضاء القاضي في فسخ العقد الفاسد؟ وهل يبطل حق الفسخ بموت أحدهما؟

ففي «الخلاصة» عن «الجامع الصغير»: أنه لا يشترط، ولا يبطل حق الفسخ بموت البائع، ولا بموت المشتري، وبه يفتى.

وهذا؛ أعني: أن لكل منهما فسخه قبل القبض وبعده ما دام في ملك المشتري.. إذا لم يزد في يد المشتري ولم ينتقص؛ فإن ازداد.. لا يخلو:

إما إن كانت متصلة أو منفصلة، وكل واحد منهما على وجهين:

إما أن تكون متصلة متولدة من الأصل كالكبر والسمن والجمال، أو غير متولدة كالصبغ في الثوب، والسمن في السويق، والبناء في الساحة.

والمنفصلة المتولدة من الأصل؛ كالولد والعقر والأرش والثمر والصوف.

وغير المتولدة من الأصل؛ كالكسب والغلة والهبة والصدقة.

فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل.. فإنها لا تمنع الرد والفسخ؛ كما في الغصب.

وإن كانت متصلة غير متولدة.. فإنه ينقطع حق البائع لحق المشتري، حتى لو رضي المشتري يفسخ.

وفي كل موضع انقطع حق البائع.. تقرر عليه القيمة أو المثل.

وكذا لو كان ثوباً فقطعه وخاطه، أو كان قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو حنطة فطحنها.. انقطع حق البائع إلى القيمة أو إلى المثل.

وإن كانت الزيادة منفصلة: إن كانت متولدة من الأصل كالولد.. فإنها لا تمنع الرد، وله أن يردهما جميعاً.

وَلَا يَأْخُذهُ البَائِعُ حَتَّى يرُد ثمَنه، ....

ولو كانت الولادة نقصتها.. انجبر النقصان بالحادث إن كان به وفاء عندنا.

ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشتري.. لا يضمن الغصب ويغرم نقصان [٩٠/ب] الولادة.

ولو استهلك المشتري هذه الزوائد.. يضمن.

ولو هلك المبيع والزيادة قائمة.. فللبائع أن يسترد الزيادة ويأخذ من المشتري قيمة المبيع وقت القبض.

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالهبة.. فللبائع أن يسترد المبيع مع هذه الزيادة، ولا تطيب له.

فإن هلكت الزيادة في يد المشتري.. لا يضمن.

وإن استهلكها.. فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

ولو استهلك المبيع والزوائد قائمة في يد المشتري.. تقرر عليه ضمان المبيع، وبقيت الزوائد للمشتري، بخلاف الزوائد المتولدة.

وأما إذا انتقص المبيع في يد المشتري؛ إن كان النقصان بآفة سماوية.. فللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان، وكذا إذا كان النقصان بفعل المشتري أو بفعل المعقود عليه.

وإن كان بفعل الأجنبي.. فالبائع بالخيار في الأرش إن شاء.. أخذه من الجاني والجاني لا يرجع على المشتري، وإن شاء.. اتبع المشتري والمشتري يرجع على الجاني؛ كما في الغصب، كذا في «الخلاصة» نقلاً عن «شرح الطحاوي». (**ولا يأخذه البائع حتى يرد**) إلى المشتري (**ثمنه**)؛ أي: ما أخذه في مقابلة المبيع عرضاً أو نقداً؛ لأن المبيع صار محبوساً به، فكان له ولاية أن لا يدفع إلى أن يأخذ ثمنه كما في الرهن، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير، وههنا: المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب.

فَإِن مَاتَ البَائِعُ.. فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَأْخُذَ ثمنَه، وطابَ لِلْبَائِعِ ربحُ ثمنِه بعدَ التَّقَابُضِ، لَا لِلْمُشْتَرِي ربحُ مبيعِه، فَيَتَصَدَّقُ بِهِ، ....

(فإن مات البائع) قبل رد الثمن الذي قبضه من المشتري (.. **فالمشتري أحق به)**؛ أي: بما قبضه شراءً فاسداً من غرمائه وورثته **(حتى يأخذ ثمنه)**؛ لأنه يقدم عليه حال حياته، فكذا يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته؛ كالمرتهن؛ فإن الراهن إذا مات.. فالمرتهن أحق بالرهن حتى يستوفي الدين، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين، والمشتري فاسداً مضمون بقدر ما أعطى، فما فضل.. فللغرماء.

وكالمستأجر؛ فإن له أن يحبس ما استأجر حتى يأخذ الأجرة التي دفعها إلى المؤجر.

ثم إن كانت دراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها.. يأخذها المشتري بعينها؛ لأنها تتعين في البيع الفاسد على الأصح، خلافاً لما ذكره أبو حفص: أنها لا تتعين؛ كما في البيع الصحيح.

وإن كانت مستهلكة.. ففي «الهداية»: أنه يأخذ مثلها؛ لكونها بمنزلة المغصوبة.

وذكر في «الفوائد الظهيرية» وفخر الإسلام: أنه يباع المبيع لحق المشتري؛ فإن فضل شيء عما دفعه.. يصرف إلى الغرماء، كذا ذكره في «فتح القدير».

ثم قال: ولا شك أنه غير لازم؛ لأن الواجب له بعد الاستهلاك مثل حصة المستهلك، وهو الدرهم.

(وطاب للبائع ربح ثمنه بعد التقابض، لا للمشتري ربح مبيعه، فيتصدق به).

اشترى جارية شراءً فاسداً بدراهم أو دنانير، وتقابضا، فباعها المشتري وربح كل منهما فيما قبض.. طاب للبائع ما ربح في الثمن، ولا يطيب للمشتري ما ربح فيها، بل يتصدق؛ لأن الخبث نوعان:

خبث لعدم الملك، وخبث لفساد الملك.

والمال نوعان: ما يتعين بالتعيين كالعروض، وما لا يتعين به كالنقود.

وكذا الحكم في الإجارة الفاسدة إذا نقد الأجرة على ما في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: ولو اشترى من مديونه شيئاً شراءً فاسداً، ثم تناقضا البيع الفاسد.. لا يكون للمشتري أن يحبس المبيع؛ لاستيفاء ما كان له على البائع من الدين.

[ولو كان البيع جائزاً أو الإجارة جائزة ثم انفسخ البيع بينهما بوجه][1].. كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الدين الذي كان له على البائع.

ووجه الفرق بينهما على ما ذكره في «البزازية»: أن في البيع الصحيح: حصل الفسخ بعد قبض الثمن.. فيملك حبس المبيع، وفي الفاسد: حصل الفسخ قبل قبض الثمن.. فلا يملك حبس المبيع.

بيانه: أن البيع وقع بمثل الدين في الصحيح، فصار المشتري مديون البائع أيضاً، وآخر الدينين قضاء عن الأول، فتقاصا، فصار قابضاً بالمقاصَّة، والبيع الفاسد لا يلزم ثمناً، فلا مقاصَّة فيه، وكان الدين الأول قائماً، والمبيع لم يقابله، فلا يملك الحبس كما قبل الشراء.

ولهذا قلنا: لو مات البائع في الفاسد وعليه ديون كثيرة.. لا يملك المشتري فاسداً أن يستبد بالمبيع، بل يتخاصمه الغرماء، ويكون كواحد منهم فيه، بخلاف المشتري صحيحاً والعين بعد الفسخ في يده للثمن؛ حيث يكون أحق من الغرماء. انتهى كلام «البزازية» [٩١/أ].

وقوله: «لا يملك المشتري فاسداً: أن يستبد بالمبيع، بل يتخاصمه الغرماء»: محمول على ما إذا لم يقبض البائع الثمن من المشتري، وإلا.. فالمشتري بعد قبض البائع الثمن منه أحق بالمبيع من الغرماء والورثة، وإليه أشار بقوله:

---

(١) نقص في المخطوط، تم استدراكه من «فتاوى قاضي خان» (٨٥/٢).

كَمَا طَابَ ربحُ مالٍ ادَّعَاهُ فقضي ثُمَّ تَصَادقا على عَدمه، فَرُدَّ بعدمَا ربَح فِيهِ الْمُدَّعِي فإِن باع المُشْتَرِي مَا اشْتَرَاهُ شِرَاءً فَاسِداً.. صَحَّ.

والخبث لعدم الملك يعمل في النوعين؛ كالغاصب إذا تصرف فيما غصب من العرض أو النقد وربح فيهما.. فإنه لا يطيب عند أبي حنيفة ومحمد؛ لتعلق العقد بمال الغير، فتتمكن حقيقة الخبث فيما يتعين، وشبهة الخبث فيما لا يتعين، والشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمة؛ لأنه ﷺ نهى عن الربا والريبة.. فلا يطيب الربح فيهما.

وأما الخبث لفساد في الملك.. فيعمل فيما يتعين، لا فيما لا يتعين، ففيما نحن فيه: الجارية متعينة في العقد، فتكون فيه خبث لفساد الملك، وفي فساد الملك شبهة عدم الملك، فتكون ملحقة بحقيقة عدم الملك.

وأما الدراهم والدنانير.. فغير متعين [٩١/ب] في العقد، ولو كان متعيناً.. كان فيه شبهة الخبث؛ لفساد الملك، فعند عدم التعين يكون في تعلق العقد به شبهة، فيكون فيه شبهة الشبهة، ولا اعتبار بها.

(كما طاب ربح مال ادعاه فقضي ثمَّ تصادقا على عدمه)؛ أي: ادعى المدعى عليه ذلك المال، ثم ادعى **(فرد بعدما ربح فيه المدعي)**: ادعى على رجل مالاً، وأدى به، فربح فيه المدعي، ثم تصادقا على أن هذا المال لم يكن على المدعى عليه.. فالربح طيب له؛ لأن المال المقضي به بدل الدين الذي هو حق المدعي، والمدعي باع دينه بما أخذ؛ فإذا تصادقا على عدم الدين.. صار كأنه استحق ملك البائع، وبدل المستحق مملوك ملكاً فاسداً، فيكون البيع في حق البدل فاسداً، فلا يؤثر الخبيث لفساد الملك فيما لا يتعين بالتعيين.

(فإن باع المشتري ما شراه شراءً فاسداً صح)؛ أي: نفذ بيعه، بخلاف ما لو أجر صحيحاً ما استأجره فاسداً؛ فإن الثاني من الإجارة لا ينفذ، حتى للمؤجر الأول نقض الثانية.

وكذا لو اشترى من المكره وباعه صحيحاً.. لا ينفذ البيع الثاني، حتى للمكره نقض البيع الثاني؛ كما في «الأشباه».

وَكَذَا لَو أَعْتقهُ، أَو وهبَهُ وَسلَّمهُ، وَسقطَ حقُّ الْفَسْخِ ....

وكذا لو اشترى من الوصي عقار اليتيم وقد كان باعه الوصي بلا مسوغ شرعي فباعه المشتري من آخر بيعاً صحيحاً.. فإن الثاني لا ينفذ؛ كما في «فتاوى الغزي».

قلت: وكذا الحال في كل ما باع.. اشتراه باطلاً؛ كشراء مال اليتيم من الوصي بغبن فاحش؛ فإنه باطل.

(وكذا لو أعتقه) أو دبره أو أوصاه لشخص، ثم مات أو كاتبه أو رهنه، إلا أن حق الاسترداد يعود؛ لعجز المكاتب، وفك الرهن؛ لزوال المانع وهو تعلق حق العبد.

(أو وهبه وسلمه)؛ لأنه ملكه بالقبض فيملك التصرف فيه.

فإن قيل: المبيع لو كان من المأكولات.. لم يحل أكله، ولو كان جارية.. لم يحل وطؤها، ولو كان داراً.. لا شفعة فيه للشفيع: فلم يملك التصرف فيه مطلقاً.

قلنا: اللوازم كلها ممنوعة:

بما نص عليه محمد في الاستحسان: أن يحلّ له تناول الطعام؛ لأن البائع سلّطه على ذلك.

وبما صرّح به شمس الأئمة الحلواني: أن وطء المشتراة شراءً فاسداً لا يحرم، بل يكره، وأن الشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع، ولم ينقطع فيما نحن فيه؛ لفساد البيع، وقد ذكرناه في أول البيع الفاسد.

(وسقط حق الفسخ)، فلا يسترد البائع؛ لتعلق حق العبد، وهو المشتري الثاني والموهوب له والعبد المعتق، ونقض البيع الأول: إنما هو لحق الشرع، وحق العبد مقدم عليه؛ لاحتياج العبد.

بخلاف الإجارة والتزويج وموت المشتري وورث وارثه المشتري؛ حيث لم يسقط فيها حق الفسخ وإن تعلق به حق العبد.

وَعَلَيهِ قِيمَته.

وَلَو بنى فِي دَارٍ اشْتَرَاهَا فَاسِداً أَو غرسَ.. فَعَلَيهِ قِيمتُهَا.

وَقَالا: يُنْقضُ الْبناءُ وَالْغَرْسُ وَتُردُّ، ....

لأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار، ومن أقوى الأعذار [٩٢/أ]: فساد الشراء.

والتزويج يشبه الإجارة؛ لوروده على المنفعة، والبيع يرد على الرقبة، والفسخ كذلك، فتعلُّق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة، والنكاح على حاله قائم.

وملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه به، وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل إلى الوارث كذلك، حتى لو مات البائع.. كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري لحق الفساد.

(وعليه)؛ أي: على المشتري **(قيمته)** في هذه التصرفات؛ لأنه مضمون عليه بالقبض، فشابه الغصب، وفيه القيمة.

(ولو بنى في دار شراها فاسداً أو غرس) أشجاراً في أرض اشتراها فاسداً **(.. فعليه قيمتها)** عند أبي حنيفة، وأبو يوسف معه في قوله الآخر.

(وقالا: ينقض البناء والغرس وترد)؛ لأن حق الشفيع أضعف من حق البائع، وحق الشفيع لا يبطل بشيء من البناء والغرس، فحق البائع أولى منه.

ولأبي حنيفة: أن البناء والغرس قد حصل للمشتري بتسليطه من جهة البائع فينقطع حق استرداده؛ كالبيع الحاصل من المشتري.

بخلاف الشفيع؛ إذ التسليط لم يوجد منه، ولهذا لو وهبها المشتري.. لم يبطل حق الشفيع، وكذا لو باعها من آخر.. فإنه يؤخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن، أو بالبيع الثاني بالقيمة؛ لأن حق البائع قد انقطع ههنا، وإذا ثبت هذا.. كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء فينقض الشفيع البناء.

وَشكَّ أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَتِه لمُحَمدٍ عَنِ الإِمَامِ لُزُومَ قيمتهَا، وَلم يشكَّ مُحَمَّدٌ.

وَكُرِه النَّجَشُ والسومُ على سوم غَيرِهِ إِذا رَضِيا بِثمنٍ.

فإن قيل: إذا نقض البناء لحق الشفيع.. ينبغي أن يعود حق البائع في الاسترداد؛ لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد، وانتفاء المانع وهو البناء؛ كما إذا باع المشترى شراءً فاسداً بيعاً صحيحاً ورد عليه المبيع بما هو فسخ.

قلنا: يمنعه مانع آخر، وهو ثبوت الملك للشفيع، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة والمخلص معروف.

(وشك أبو يوسف في روايته لمحمد عن الإمام لزوم قيمتها)؛ حيث قال له: ما رويت عن أبي حنيفة: أنه يأخذ قيمتها، وإنما رويت لك أن ينقض البناء.

(ولم يشك محمد)؛ حيث قال له: بل رويت لي عنه: أن يأخذ قيمتها، وفيه إشارة إلى أن الشك في روايته عن أبي حنيفة، لا في مذهب أبي حنيفة؛ فإن مذهبه لزوم القيمة بلا شك.

(وكره النجش) - بفتحتين -: وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء؛ لترغيب غيره، ويجري في النكاح وغيره، والنبي ﷺ نهى عنه بقوله: «لا تناجشوا»، ولأن فيه إيقاع رجل فيه بأكثر من الثمن وهو خداع قبيح، حتى لو كان الراغب في السلعة يطلبها بالنقص من ثمنها فزاده [٩٢/ب] شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها.. لا يكون مكروهاً على ما في «العناية».

(والسوم على سوم غيره)، لقوله ﷺ: «لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه»، وهو نفي في معنى النهي، فيفيد المشروعية بأصله **(إذا رضيا بثمن)**.

وأما إذا لم يرض البائع بالثمن.. فلا يكره؛ لأنه بيع من يريد وهو جائز.

وتلقي الجَلَبِ المضِر بِأَهْلِ الْبَلَدِ.

وَبيعُ الْحَاضِرِ للبادي؛ طَمَعاً فِي غلاءِ الثّمنِ زمَن الْقَحْطِ.

وَالْبيعُ عِنْدَ أذانِ الْجُمُعَةِ.

لَا بيعُ من يزيدُ.

وَصَحَّ البيعُ فِي الْجَمِيعِ.

(و) كره (**تلقي الجلب**)؛ أي: المجلوب (**المضر بأهل البلد**) بأن كانوا في قحط وضيق، وإن كانوا على سعة؛ فإن لبّس السعر على الواردين للمصر.. فهو أيضاً مكروه؛ لأنه غادر بهم، وإلا.. فلا بأس به.

(و) كره أيضاً (**بيع الحاضر**)؛ أي: أهل المصر الطعام (**للبادي**)؛ أي: لأهل البادية امتناعاً من أهل المصر (**طمعاً في غلاء الثمن**) في البادية، وذلك للنهي عنه، ولكن هذا في (**زمن القحط**)؛ لتضررهم بذلك، بخلاف زمن السعة؛ لعدم تضررهم فيها.

(و) كره (**البيع عند أذان الجمعة**)؛ المراد: الأذان الأول بعد الزوال، على ما تقدم في كتاب الصلاة، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾، ولأن فيه إخلالاً بالواجب وهو السعي إلى الجمعة إذا قعدا أو وقفا عند البيع، بخلاف ما إذا تبايعا يمشيان؛ لعدم الإخلال فيه بالواجب.. فلا كراهة فيه.

(لا) يكره (**بيع من يزيد**)؛ لما رواه أنس بن مالك: أن النبي ﷺ باع قدحاً بَيْعَ مَن يزيد؟ وهو ما إذا تبايع الرجلان ولم يرض البائع الثمن ويجيء شخص ويزيد في ثمنه ليشتريه.

(**وصح البيع في الجميع**)؛ أي: من قوله: «وكره النجش..» إلى هنا؛ لأن القبح فيها ليس في صلب العقد حتى يكون باطلاً، ولا في شرط الصحة حتى يكون فاسداً، بل في أمر خارج مجاور فيكره.

وَمن مَلَكَ مملوكينِ صغيرينِ، أَو كَبِيراً وصغيراً أَحدُهمَا ذُو رَحِمٍ مَحرمٍ من الآخرِ.. كُرِهَ لَهُ أَنْ يفرقَ بَينهمَا بِدُونِ حقٍّ مُسْتَحَقٍّ، ....

ثم شرع إلى بيان نوع آخر من المكروه: (**ومن ملك مملوكين صغيرين، أو كبيراً وصغيراً؛ أحدهما ذو رحم محرم من الآخر.. كره له أن يفرق بينهما**) قبل البلوغ بالبيع أو القسمة بالميراث أو الغنائم أو الحصة أو غير ذلك؛ لقوله ﷺ من: «فرق بين والدة وولدها.. فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ولما صح أن النبي ﷺ وهب لعلي غلامين صغيرين، ثم قال ﷺ: «ما فعل الغلامان»، فقال: بعت أحدهما، قال: «أدرك أدرك»، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير، والكبير يحافظ الصغير، وفي بيع أحدهما ينقطع حتى الاستئناس والمحافظة، وفيه ترك المرحمة على الصغير، وقد أوعد ﷺ بقوله: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا.. فليس منا».

ثم مناط البيع: هو الاستئناس والتحافظ الحاصل بالقرابة المحرمة للنكاح بلا ضرر للمولى أو الصغير قصداً، فلا يدخل في الحكم: محرم غير قريب، وقريب غير محرم، ولا ما لا محرمية بينهما أصلاً؛ كما في القرابة الرضاعية والزوجية، وذلك لأن النص ورد على خلاف القياس، فيقتصر [٩٣/أ] على مورده.

(**بدون حق مستحق**)؛ كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين؛ بأن كان مأذوناً فلحقه دين ورده بالعيب.. فحينئذٍ لا بأس بالتفرق؛ دفعاً للضرر عن المالك؛ لأن المنظور إليه دفع الضرر عن الغير لا الإضرار بالصغير.

وكذا لا بأس في شراء المسلم أحدهما فيما إذا كان المولى حربياً؛ دفعاً للضرر عن الصغير قصداً؛ لأن الحربي يدخله دار الحرب فيتضرر به في الدنيا والآخرة.

وكذا لا بأس فيما إذا ملك صغيراً وكبيرين وباع أحد الكبيرين؛ دفعاً لضرر المولى، وكذا لا بأس بإعتاق أحدهما: على مال أو لا؛ لأنه عين الجمع بأكمل الوجوه.

وَيصِحُّ البيعُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِي قَرَابَةِ الوِلاد فِي رِوَايَةٍ، وَفِي الْجَمِيع فِي أُخْرَى.

فَإِن كَانَا كبيرين.. فَلَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ.

(ويصح البيع) أي في أحد القريبين **(خلافاً لأبي يوسف في قرابة الولاد في رواية)**؛ حيث قال: لا يجوز البيع فيها، ويفسخ لو وقع؛ لقوة قرابة الولاد وضعف غيرها، وفي «حاوي القدسي»: وبه نأخذ.

(وفي الجميع) أي: جميع القرابات المحرمية **(في)** رواية **(أخرى)**؛ لما روينا من قوله: «أدرك أدرك»، وفي رواية: «اردد اردد»، والأمر بهما لا يكون إلا لفساده.

ولهما: أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق والتفرق، فكان كالبيع وقت النداء، وما رواه: محمول على باب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما.

(فإن كانا كبيرين.. فلا بأس بالتفريق)؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به النص حتى يلحق به.

* * *

(بَابُ الْإِقَالَةِ)

(بَابُ الإِقَالَةِ)

وهو من القَيل، وهمزته للإزالة، بمعنى: أزال العقد الأول قيل: إنه من القول؛ بمعنى: أزال القول الأول، وكتب اللغة تساعد الأول.

ففي «المصباح»: قال يقيل قيلاً وقيلولة: نام نصف النهار، وأقال الله عثرته: إذا رفعه من سقوطه، ومنه: الإقالة في البيع؛ لأنها رفع العقد. انتهى.

وهي جائزة لقوله؛ ﷺ: «من أقال نادماً سلعته.. أقال الله عثرته يوم القيامة».

وشرطها:

أن تكون بالثمن الأول.

وبرضاء المتعاقدين.

وبقاء المبيع كلاً أو بعضاً.

و قبض بدلي الصرف في إقالة الصرف.

وأن يكون المحل قابلاً للفسخ.

واتحاد المجلس.

وأن لا يكون البيع بأكثر القيمة في بيع الوصي مال اليتيم، والمتولي مال الوقف؛ فإنهما إذا باعا بأكثر من القيمة.. لا تجوز الإقالة؛ صيانة للصغير والوقف.

وأن لا يهب البائع الثمن للمشتري قبل قبضه في شراء المأذون؛ فلو وهبه له.. لم تصح الإقالة بعدها، ولا يشترط بقاء الثمن، حتى لو تبايعا عرضاً بعرض مقايضة فهلك أحدهما فتقايلا.. صحت الإقالة؛ لحمل الهالك على الثمن، ويملكها من ملك المبيع، ولهذا قال في «القنية» [٩٣/ب]: يصح إقالة الموكل مع البائع أو المشتري.

تصحُّ بلفظينِ أَحدُهمَا مُسْتَقْبلٌ، خلافاً لمُحَمدٍ.

ثم قال بعلامة «يم»: وإقالة الوكيل بالسلم جائزة عند أبي حنيفة ومحمد كالإبراء، وكذا إقالة الوكيل بالشراء لا تجوز إجماعاً، قال: وهكذا في «الصغرى».

وقال: وأراد بإقالة الوكيل بالسلم: الوكيل بشري السلم، بخلاف الوكيل بشري العين.

ثم قال بعلامة عين الأئمة النسفي: إقالة الوكيل بالشراء على هذا الخلاف، وأنكره «قاضي خان»، وهو الأصح.

والمعنى فيه: أن بإقامة الوكيل بالبيع يسقط الثمن من المشتري عندهما، ويلزم المبيع الوكيل.

وعند أبي يوسف: لا يسقط الثمن من المشتري أصلاً.

قال في «العصامي»: ولو باع الوكيل ثم أقال قبل القبض أو بعده، بعيب أو غير عيب.. لزمه دون الأمر.

قال رضي الله عنه: إقالة الموكل بالشراء مع البائع لمَّا صحت.. فكذلك إقالة الموكل بالبيع مع المشتري.

إقالة الوارث جائزة، وروي أنها: بيع. وفي «العيون»: إقالة الوارث والوصي جائزة، ولا يجوز إقالة الموصى له.

(**تصح بلفظين؛ أحدهما: مستقبل**)؛ نحو أن يقول: «أقلني»، فيقول الآخر: «أقلت».

(**خلافاً لمحمد**)؛ فإنه يقول: لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي؛ مثل أن يقول: «أقلت البيع»، والآخر: «أقلت» اعتباراً لهما بالبيع.

ولهما: أنها لا تكون إلا بعد نظر وتأويل.. فلا يكون قوله: «أقلني» مساومة، بل كان تحقيقاً للتصرف؛ كما في النكاح، وبه فارق البيع.

وفي «الفتاوى»: اختار قول محمد.

وتتوقفُ على الْقَبُولِ فِي الْمجْلِسِ كَالْبيع، وَهِي بيعٌ جَدِيد فِي حقّ غير الْعَاقِدَينِ إِجْمَاعاً، ....

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»: لو قال المشتري: «تركت البيع»، وقال البائع: «رضيت، أو أجزت».. تكون إقالة.

ولو طلب البائع الإقالة عن المشتري، فقال المشتري: «هات الثمن»، فقبل البائع.. فهذا بمنزلة قوله: «أقلني».

(**وتتوقف على القبول في المجلس كالبيع**) نصاً أو دلالة بالفعل؛ كما إذا قطع البائع الثوب قميصاً فور مقالة المشتري وكما، إذا رد المشتري المبيع إلى البائع فأخذه.. فهو فسخ إن رد الثمن إليه، وإن لم يتلفظ بلفظ الفسخ.

قال في «القنية»: جاءت الدلالة بالثمن إلى البائع بعدما باعه بالأمر المطلق، فقال البائع: «لا أدفعه بهذا الثمن»، وأخبر به المشتري، فقال: «أنا لا أريده أيضاً».. لا ينفسخ البيع؛ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ، ولأن اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول شرط في الإقالة، ولم يوجد هنا. انتهى.

وقالوا أيضاً: أنه اشترى حماراً، ثم أتى يرده، فلم يجد البائع، فأدخله في إصطبله، فجاء البائع بالبيطار فبزغه.. فليس بفسخ؛ لأن فعل البائع وإن كان قبولاً، ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس؛ وكما يصح قبول الإقالة نصاً في مجلس الإقالة.. فكذا دلالة بالفعل، وإلا.. فلا.

ألا ترى أن من باع ثوباً وسلمه، ثم قال للمشتري: أقلت البيع فاقطعه لي قميصاً؛ فإن قطعه في المجلس.. فهو إقالة، وإلا.. فلا.

(**وهي**) - أي: الإقالة - (**بيع جديد**) [٩٤/أ] من جهة المشتري (**في حق غير العاقدين إجماعاً**)؛

سواء كان الغير هو الله تعالى أو العبد، ولهذا يجب بها الاستبراء في الجارية؛ لأنه حق الله تعالى، فالله سبحانه وتعالى ثالثهما، وشرط التقابض فيما إذا كان البيع

وَفِي حَقِّهِمَا بعدَ الْقَبْضِ: فسخٌ.

صرفاً حقاً لله تعالى.. فالله تعالى ثالثهما فيه.

وتجب الزكاة فيما إذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعدما حال عليها الحول ووجد به عيباً، فرده بغير قضاء، واسترد العروض فهلكت في يده، فإنها حق الله تعالى، فهو ثالثهما.

ويثبت حق الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفيع الشفعة، ثم تقايلا بغير قضاء وعاد المبيع إلى البائع.. فالشفيع ثالثهما.

ولو كانت فسخاً في حق الثالث.. لم يكن للشفيع ذلك.

وإذا باع المشتري المبيع من آخر، ثم تقايلا، ثم اطلع المشتري على غيب كان في يد بائعه، فأراد أن يرد على بائعه.. ليس له ذلك؛ لأنه بيع جديد في حق بائعه؛ فكأنه اشترى من مشتريه، فكان البائع الأول ثالثهما.

وإذا اشترى شيئاً فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر، ثم تقايلا وعاد المبيع إلى المشتري الأول، فاشتراه البائع الأول منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول.. جاز؛ لأنه بيع جديد في حق البائع الأول، فصار كأنه ملكه شراء جديد من المشتري الثاني في حق البائع الأول.

وإذا كان المبيع موهوباً فباعه الموهوب له من الآخر، ثم تقايلا.. ليس للواهب أن يرجع في هبته؛ لأن الموهوب له في حق الواهب: بمنزلة المشتري من المشترى منه، فصار الواهب ثالثهما.

ثم كونه بيعاً في حق غيرهما: فيما إذا ذكر بلفظ الإقالة.

وأما لو ذكر بلفظ المفاسخة، أو المتاركة.. لم يجعل بيعاً اتفاقاً على ما في «النهاية».

(**وفي حقهما بعد القبض**)؛ أي: قبض المشتري المبيع (**فسخ**)، ولهذا جازت الإقالة بالشروط الفاسدة.

فَإِن تعذرَ جعلُهَا فسخاً.. بطلت.

ولو كانت بيعاً في حقهما.. لفسدت وبطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه.

وجاز أن يبيع البائع المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل أن يسترده منه، ولو كانت بيعاً.. لما جاز ذلك؛ لكونه بيعاً قبل القبض؛ كما لم يجز بيعه من غير المشتري قبل القبض.

وجاز أيضاً بيعه من المشتري قبل الاسترداد إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً، بلا إعادة الكيل والوزن، ولو كان بيعاً.. لما جاز ذلك.

وجاز أيضاً هبة المبيع للمشتري قبل الاسترداد بعد الإقالة، ولو كان بيعاً.. لما جاز.

واعلم: أن كونها فسخاً في حقهما ليس على إطلاقه على ما في «التبيين»، بل إنما يكون فسخاً فيما هو من موجبات العقد، وهو ما ثبت بنفس العقد من غير شرط.

وأما إذا لم يكن كذلك [٩٤/ب]، بل يجب شرط زائد.. فالإقالة فيه بيع جديد في حق المتعاقدين أيضاً؛ كما إذا اشترى بالدين المؤجل عيناً قبل حلول الأجل ثم تقايلا.. يعود الدين حالاً؛ كأنه باعه منه.

وكما إذا تقايلا ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك.. لم تقبل شهادته؛ كأنه هو الذي باعه وشهد أنه لغيره، ولو كانت فسخاً.. لقبلت.

وكذا لو باع عبداً بطعام بغير عينه وقبض، ثم تقايلا.. لا يتعين الطعام المقبوض للرد؛ كأنه باعه من البائع بطعام غير معين.

(**فإن تعذر جعلها فسخاً**) بأن ولدت المبيعة بعد القبض ولداً؛ لأن الزيادة المنفصلة تمنع الفسخ حقاً للشرع، وكذا لو هلك المبيع في غير المقايضة؛ لجواز أن يكون الهالك فيها ثمناً، وهلاك الثمن لا يمنعها.

(.. **بطلت**) الإقالة ويبقى البيع على حاله؛ لتعذر الفسخ، هذا عند أبي حنيفة.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: بيعٌ؛ فَإِن تعذرَ.. ففسخٌ، فَإِنْ تعذَّرَ.. بطلتْ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: فسخٌ، فَإِن تعذَر.. فَبيعٌ، فَإِنْ تعذَّرَ.. بطلتْ.

(**وعند أبي يوسف: بيع**) في حق الكل؛ في العقار والمنقولات؛ سواء كانت بمثل الثمن الأول، أو بأقل، أو بأكثر، أو بجنس آخر.

(**فإن تعذر**) جعلها بيعاً؛ كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض، أو كانت بعد هلاك أحد العوضين في المقايضة (**.. ففسخ**).

(**فإن تعذر**) جعلها فسخاً؛ كما إذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم أو الدنانير بعد هلاكها، أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول (**.. بطلت**) الإقالة، ويبقى البيع على حاله.

(**وعند محمد: فسخ**) في حق الكل إن كانت بالثمن الأول، أو بأقل.

(**فإن تعذر**) الفسخ؛ كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول، أو بالثمن الأول بعد الزيادة المتصلة، أو بخلاف جنس الثمن الأول بعد القبض (**.. فبيع**).

(**فإن تعذر**)؛ كما في بيع العرض بالدراهم بعد هلاك العرض (**.. بطلت**)، ويبقى البيع على حاله؛ فأبو حنيفة: عمل بلفظها ومعناها؛ لأن لفظها: ينبئ عن الفسخ، ومعناها: عن البيع؛ لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي؛ بناءً على أن العمل بالدليلين أولى من إهمال أحدهما، فجعلناها فسخاً في حقهما، وبيعاً في حق ثالث.

وعمل محمد بمعناها اللغوي، وهو: الفسخ؛ لأنه متى أمكن الحمل على الحقيقة.. يحمل عليها، وإلا.. فيحمل على ما يحتمله اللفظ وهو البيع ههنا.

وعمل أبو يوسف بمعناها العرفي، وهو: مبادلة المال بالمال بالتراضي، وليس البيع إلا ذاك، وأعتضد ذلك بثبوت أحكام البيع عليها؛ من: بطلانها بهلاك السلعة، والرد بالعيب، وثبوت الشفعة بها.

وعورض: بأنها لو كانت بيعاً أو متحملة له.. لانعقد البيع بلفظ الإقالة، لكنه لم ينعقد.

وأجيب: بمنع بطلان اللازم على ما روي عن بعض المشايخ، ولو سلم.. لكنه لو قال ابتداءً: أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم.. تعذر تصحيحها بيعاً؛ لإضافتها إلى ما لا وجود له أصلاً [٩٥/أ].. فيبطل، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنها أضيفت إلى ماله وجوداً؛ أعني: سابقة العقد قبلها، فلم تلزم من إرادة المجاز من اللفظ في موضع - لوجود الدلالة على ما يراد من المجاز - إرادة المجاز في سائر المواضع عند عدم دلالة الدليل على المجاز.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أنه يفهم منه: أن أبا يوسف يجعل الإقالة بيعاً مجازاً، وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة، وذا لا يجوز.

والثاني: أن قوله: «أقلتك العقد في هذا العبد» مثلاً؛ معناه على ذلك التقدير: بعتك هذا العبد، وذلك لا يقتضي سابقة العقد.

والجواب عن الأول: أنه يجعله مجازاً عن البيع؛ لجواز أنه يجعله منقولاً إليه شرعاً بواسطة ثبوت أحكامه له، ولفظ المجاز المذكور آنفاً يجوز أن يكون مجازاً عن المنقول إليه، فالمعنى لم يلزم من إرادة المعنى المنقول إليه في موضع؛ لوجود الدلالة على ما يراد من المنقول إليه إرادة المعنى المنقول إليه في سائر المواضع عند عدم الدلالة على النقل.

وعن الثاني: لا نسلم أن معناه ذلك، بل معناه: بعتك هذا العبد الذي كنت بعته مني سابقاً؛ فإنه ليس مجازاً عن مطلق البيع، بل عن بيع كائن بعد بيع وقع بينهما في هذا المحل.

وتحقيق ما ذكره أبو حنيفة: أن لفظ الإقالة حقيقة في الفسخ؛ لإنبائها عنه، والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها ما أمكن، وإن تعذرت الحقيقة.. يصار إلى المجاز إن أمكن، وإلا.. بطلا، وههنا لما لم يمكن أن يجعل مجازاً عن البيع

وَقبلَ الْقَبْضِ فسخٌ فِي النقليّ وَغَيرِه.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْعقارِ: بيعٌ؛ فَلَو شَرطَ فِيهَا أَكثرَ منَ الثّمنِ الأولِ، أَو خلافَ الْجِنْسِ.. بَطلَ الشَّرطُ، ....

الابتدائي؛ لعدم احتماله له؛ لكونه ضده واستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز على ما في موضعه.. بطلا.

فإن قيل: الإقالة بيع جديد في حق الثالث إجماعاً على ما تقدم، ولو لم يحتمل البيع.. لما جاز ذلك.

أجيب عنه: بأن ذلك ليس بطريق المجاز؛ إذ الثابت بالمجاز.. ثابت بقضية الصيغة؛ لأن المجاز من أحوال اللفظ كالحقيقة، وما ذكره ذلك القائل ليس كذلك؛ إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملاً في حقه، بل هو أمر ضروري؛ لأنه لما ثبت حكم البيع وهو الملك للبائع ببدل.. ظهر موجبه في حق ثالث دونهما؛ لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد.

(**وقبل القبض: فسخ في النقلي وغيره**)؛ أي: كما كانت فسخاً بعد القبض عند أبي حنيفة ومحمد، لكن عند أبي حنيفة: في حق المتعاقدين مطلقاً بمثل الثمن الأول، أو أقل، أو أكثر منه، أو خلاف الجنس.

وعند محمد: في حق الكل بمثل الثمن الأول، أو بأقل منه.

(**وعند أبي يوسف في العقار: بيع**)؛ لجواز بيعه قبل القبض.

وأما في غير العقار.. ففسخ عنده قبل القبض أيضاً؛ لعدم جواز بيعه قبل القبض.

ثم شرع في بيان ما يتفرع على الأصل المذكور، وقال [٩٥/ب]: (**فلو شرط فيها**)؛ أي: في الإقالة (**أكثر من الثمن الأول**)، أو أقل منه، (**أو خلاف الجنس.. بطل الشرط**)؛ لأنه فسخ في حقهما.

والفسخ: عبارة عن رفع العقد على الوصف الذي كان قبله، والفسخ على

وَلزِمَ الثّمنُ الأولُ.

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ الشَّرطُ لَو بعدَ الْقَبْض، وَتُجْعَلُ بيعاً، وَإِن شَرطَ أقلَّ من غَيرِ تعيُّبٍ.. لزمَ الأولُ أَيْضاً.

الزيادة أو النقصان أو خلاف الجنس.. ليس كذلك، فبطل الشرط.

(**ولزم الثمن الأول**) لصحة الإقالة؛ لأنها مما لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأن الشروط الفاسدة فيه من قبيل شبهة الربا، فتؤثر في صحة البيع، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يصح الشرط**) الأول؛ أي: الأكثر (**لو بعد القبض، وتجعل**) الإقالة (**بيعاً**)؛ لأن الأصل فيها هو البيع عند أبي يوسف.

وعند محمد: وإن كانت فسخاً؛ لكنه في الزيادة غير ممكن، وجعلها بيعاً ممكن؛ فإذا زاد.. تعذر العمل بالحقيقة، فيصار إلى المجاز؛ صوناً عن الإلقاء.

(**وإن شرط أقل**) من الثمن الأول (**من غير تعيب.. لزم**) الثمن (**الأول**) عند أبي حنيفة؛ لكونها فسخاً، والشرط باطلاً عنده (**أيضاً**)؛ أي: كما في اشتراط الأكثر، أو خلاف الجنس.

وأما إذا تعيبت.. فهي فسخ بالأقل اتفاقاً؛ لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب، ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب، ولا يجوز أقل أو أكثر.

صورة المسألة: إذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا بألف درهم.. صحت الإقالة.

وإن تقايلا بألف ومائة.. صحت بألف ولغا ذكر المائة.

وإن تقايلا بألف إلا مائة؛ فإن لم يدخلها عيب.. صحت بألف، ولغا النقص، ووجب على البائع رد الألف على المشتري.

وإن دخلها عيب.. صحت الإقالة بما شرط، ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب؛ لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع.. جاز أن يحبس عند البائع جزء من الثمن.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: تُجْعَل بيعاً وَيصِحُّ الشَّرْطُ.

وإِنْ تعيّب.. صَحَّ الشَّرْطُ اتِّفَاقًا.

وَلَا تصحُّ بعدَ ولادَةِ الْمَبِيعَةِ خلَافاً لَهما.

(**وعند أبي يوسف: تجعل**) الإقالة (**بيعاً**) بالأقل على ما هو الأصل عنده.

وأما عند محمد: فيجعل فسخاً بالأقل؛ لأن اشتراط الأقل لا يمنع كونه فسخاً عنده على ما مر.

(**ويصح**) عند أبي يوسف (**الشرط**)؛ أي: بالأقل، وكذا يصح عند محمد لما ذكرناه.

(**وإن تعيب... صح الشرط**)؛ أي: شرط الأقل (**اتفاقاً**) بين الثلاثة لما ذكرناه.

(**ولا تصح**) الإقالة عند أبي حنيفة (**بعد ولادة المبيعة**)؛ لأنها فسخ عنده، وهو لا يمكن بعد الولادة ونحوها من الزيادة.. فتبطل.

وهذا إذا ولدت بعد القبض؛ أما إذا ولدت قبله.. فالإقالة صحيحة عنده أيضاً؛ لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ.

(**خلافاً لهما**)؛ فإنها بيع عند أبي يوسف، وكذا عند محمد؛ لعدم إمكان جعلها فسخاً، والولادة لا تمنع البيع.

ذكر في «العناية» نقلاً عن «الذخيرة»: أن الجارية إذا إزدادت، ثم تقايلا؛ فإن كان قبل القبض.. صحت الإقالة؛ سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال، أو منفصلة [١/٩٦] كالولد والأرش والعقر؛ لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ؛ منفصلة كانت أو متصلة.

وإن كانت الزيادة بعد القبض:

إن كانت منفصلة.. فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يصححها إلا فسخاً، وقد تعذر حقاً للشرع.

وَلَا يمْنَعُهَا هَلَاكُ الثّمنِ، بل هَلَاكُ الْمَبِيعِ.

وهلاكُ بعضِهِ يمْنَعُ بِقَدرِهِ.

وإن كانت متصلة.. فهي صحيحة عنده؛ لأنها لا تمنع الفسخ برضاء من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها، والتقابل دليل الرضاء، فأمكن تصحيحها فسخاً.

والإقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق؛ لامتناع البيع.

وأما في غيره؛ كالعقار.. فإنه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد.

وأما عند أبي يوسف: فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده.

(**ولا يمنعها**)؛ أي: الإقالة (**هلاك الثمن، بل**) يمنعها (**هلاك المبيع**)؛ لأنها رفع البيع، ورفعه يستدعي قيامه؛ فإن رفع المعدوم وقيام البيع: بالمبيع لا بالثمن؛ لأن الأصل هو المبيع، حتى شرط وجوده عند البيع، بخلاف الثمن؛ فإنه بمنزلة الوصف، ولهذا.. جاز العقد وإن لم يكن موجوداً.

(**وهلاك بعضه**)؛ أي: بعض المبيع (**يمنع بقدره**)، فصحت الإقالة في الباقي؛ لقيام البيع فيه.

ولو تبايعا مقايضة.. جازت الإقالة بعد هلاك أحد العوضين؛ لأن المبيع يكون هو الباقي، فيكون البيع قائماً به، فيجب رد قيمة الهالك، وتجوز الإقالة في الصرف، ولو بعد هلاك البدلين معاً على ما في «الاختيار»؛ لأن الأثمان لا تتعين في الإقالة ما يمنع الرد في البيع الفاسد، والرد بالعيب يمنع الإقالة أيضاً على ما في «الخلاصة».

وفيها أيضاً: الوصي والمتولي إذا باع شيئاً بأكثر من قيمته، ثم أقال.. لا يصح.

* * *

(بَابُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ)

الْمُرَابَحَةُ: بيعُ مَا شراهُ بِمَا شراهُ بِهِ وَزِيَادَةٍ.

(بَابُ المُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ)

لما فرغ مما يتعلق بالمبيع.. شرع فيما يتعلق بالثمن، من: المرابحة، والتولية، والوضيعة، والمساومة، ولم يذكر المصنف المساومة، وهو البيع بأي ثمن اتفق على ما هو المعتاد.

(**المرابحة: بيع ما شراه بما**)؛ أي: بثمن، الجار: متعلق بالبيع.

(**شراه به وزيادة**) **عطفٌ على «ما» في قوله: «بما شراه»**، ولابد أن تكون الزيادة معلومة؛ لئلا يلزم الجهل في الثمن.

اعترض على طرده وعلى عكسه بما في «قاضي خان»: أن من اشترى دنانير بالدراهم.. لا يجوز بيع الدنانير مرابحة، مع صدق التعريف عليه.

وأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب.. جاز بيعه للغاصب مرابحة وتولية على ما ضمن من القيمة، ولا يصدق التعريف عليه؛ لعدم الشراء.

وأجيب عن الأول: بأنه إذا لم يجز البيع.. لا يصدق عليه بيع ما شراه بما شراه.

وعن الثاني: يجعل الشراء أعم من أن يكون ابتداءً وانتهاءً؛ لأنه إذا قضى القاضي بالقيمة.. عاد ذلك عقداً حتى [٩٦/ب] لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب.

ثم في قوله: «بما شراه به»: إيهام؛ لأنه إما أن يراد به: عين الثمن الأول، أو مثله، ولا سبيل إلى كل منهما:

أما إلى الأول: فلأن الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول.. فلا يراد في البيع الثاني.

وَالتَّوْلِيَةُ: بَيْعُهُ بِهِ بِلَا زِيَادَةٍ وَلَا نقصٍ.

والوضيعةُ: بَيْعُه بأنقصَ مِنْهُ.

وَلَا يَصحُّ ذَلِك مَا لم يكنِ الثّمنُ الأولُ مثلِياً، ....

وأما إلى الثاني.. فلأنه لا يخلو:

إما أن يراد المثل من حيث الجنس، أو المقدار:

والأول: ليس بشرط على ما في «العناية».

والثاني: يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز ونحوها؛ لأنها ليست بثمن في العقد الأول، على أن الثمن ليس بشرط في المرابحة أصلاً؛ فإنه لو ملك ثوباً بهبة أو وصية فقومه، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة.. جاز، على ما في «العناية» عن «المبسوط».

والجواب: أنا نختار المثل في المقدار، والعادة جرت بإلحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته إلى رأس المال، فكان من جملة الثمن الأول عادة، وإذا لم يكن عين الثمن الأول مراداً.. يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة، فيدخل فيه مسألة «المبسوط».

(**والتولية: بيعه**)؛ أي: بيع ما ملكه.

(**به**)؛ أي: بالعوض الأول (**بلا زيادة، ولا نقص**) نذكر ما ذكرنا في المرابحة.

(**والوضيعة: بيعه بأنقص منه**)؛ أي: من العوض الأول.

(**ولا يصح ذلك**)؛ أي: كل من البيوع الثلاثة على ما في «الدرر»، أو كل من المرابحة والتولية على ما في «الهداية».

(**ما لم يكن الثمن الأول مثلياً**) كيلياً، أو وزنياً، أو عددياً متقارباً؛ لأن مبنى هذه البيوع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها، والاحتراز عن الخيانة: فيما كان الثمن قيمياً، وإن أمكن.. لكنه قد لا يمكن عن شبهتها؛ لأن المشتري الثاني لا يشتري المبيع إلا بقيمة ما دفع المشتري الأول من الثمن؛ إذ لا يمكن دفع عينه: إذ لم

أَو فِي ملك من يُرِيدُ الشِّرَاءَ، وَالرِّبْحُ مَعْلُوماً.

يملكه، ولا دفع مثله: إذ الغرض عدم المثل، فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف ظناً فيتمكن فيه شبهة الخيانة.. فلا بد أن يكون مثلياً، (أو) قيمياً كان (**في ملك من يريد الشراء**) من المشتري الأول مرابحة، أو تولية؛ بأن ملكه من البائع الأول بسبب من الأسباب.. فإنه حينئذ يجوز شراؤه مرابحة وتولية؛ لاقتداره على إيفاء عين، ما التزمه.

لكنه يشترط أن يكون الربح معلوماً، وإليه أشار بقوله: (**والربح معلوماً**) من درهم، أو شيء من المثلي.

وأما إذا اشتراه منه بربح ده بازده؛ أي: اشتراه من المشتري الأول بما دفعه المشتري الأول من الثمن وبعشر قيمته.. فحينئذٍ؛ إذا كان فيه الثمن الأول: عشرة دراهم.. فالربح درهم، وإذا كان عشرين.. فالربح درهمان، وهكذا... فإنه حينئذ لا يجوز؛ لأنه اشتراه برأس المال وببعض قيمته؛ لأنه ليس من المثلي على ما [٩٧/أ] فرضناه، فصار المشتري الأول باعه بذلك القيمي، وبجزء من أحد عشر جزء منه، والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة، وهي مجهولة.. فلا يجوز.

وأما لو كان الثمن الأول مثلياً فباعه المشتري الأول به وبعشرة:

إن كان المشتري الثاني يعلم جملة الثمن الأول.. صح.

وإن لم يعلم؛ فإن علم في المجلس.. جاز وله الخيار، وإلا.. فسد؛

كما لو باع الثوب برقمه على ما في «الزيلعي».

وفيه أيضاً: ومن شرط المرابحة والتولية: أن لا يكون صرفاً، حتى لو باع دنانير بدراهم.. لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية؛ لأنهما في الذمة، فلا يتصور فيه المرابحة والتولية، والمقبوض: غير ما وجب بالعقد.

وَيجوزُ أَن يضمَّ إِلَى رَأس المَالِ أُجْرَةَ القِصارةِ، والصِّبغِ، والطرازِ، والفتلِ، وَالْحملِ، وسَوقِ الْغنمِ، والسمسارِ، لَكِن يَقُولُ: قَامَ عليَّ بِكَذَا، لَا: اشْتَرَيْتُه.

وَلَا يضمُّ نَفَقَتَهُ، ....

(**ويجوز أن يضم إلى رأس المال**) - أي: الثمن - (**أجرة القصارة والصبغ والطراز والفتل والحمل، وسوق الغنم، والسمسار**)؛ لأن العرف جرى بإلحاق هذه الأشياء برأس المال، وهو المعتبر، ولهذا لا يعد ذلك خيانة إذا تبين له.

والأصل فيه: أن كل ما يزيد في المبيع، أو في قيمته.. يلتحق به، فهذا هو الأصل، وما ذكر: بهذه الصفة؛ لأن الصبغ والفتل والطراز والقصارة: تزيد في العين، والحمل والسوق والسمسار: تزيد في القيمة؛ لأنها تختلف باختلاف الأماكن والسمسار.

وعلى هذا: له أن يضيف إليه: أجرة الغسل، والخياطة، ونفقة تجصيص الدار، وطي البئر، وكري الأنهار، والقناة، والمسناة، والكراب، وكسح الكروم، وسقيها، والزرع، وغرس الأشجار.

وإن فعل شيئاً من ذلك بيده.. لا يضمه.

وفي «الزيلعي» نقلاً عن «المحيط»: أن يضم طعام المبيع وكسوته وكراه وأجرة السمسار إن كانت مشروطة في العقد، وإلا.. فأكثرهم على أنه لا يضم، ولا يضم أجرة الدلال بإجماع، وكذا ما هو سبب لبقائه إلى وقت كالطعام.

وفي «المجرد»: يضم؛ لأنها تزداد قيمته من حيث أنه يندفع عنه ضرر الحر والبرد.

(**لكن يقول: قام علي بكذا، لا**) يقول: (**اشتريته**) بكذا؛ تحرزاً عن الكذب؛ لأن القيام عليه.. عبارة عن الحصول بما غرم، وقد غرم فيه القدر المسمى.

(**ولا يضم نفقته**)؛ أي: نفقة نفسه؛ يعني: لا يضم ما أنفقه المشتري على نفسه

وَلَا أجرَ الرَّاعِي، والطبيبِ، والمعلمِ، وَبَيتِ الْحِفْظِ.

فَإِن ظَهَر لِلْمُشْتَرِي خِيَانَةٌ فِي الْمُرَابَحَةِ.. ....

في سفره، من وقت شرائه المبيع، على ما في «شرح المجمع».

بخلاف نفقة المبيع وكسوته وكرائه: فإنها تضم، على ما ذكرناه، وهذا لأن نفقة نفسه لا تزيد في المبيع، ولا في قيمته شيئاً.

بخلاف نفقة المبيع وكسوته وكرائه.. فإنها تزيد فيه.

(**ولا أجر الراعي**)؛ لعدم العرف فيه، ولأنه لا يزيد في المبيع وفي قيمته شيئاً؛ لأن الزيادة الحاصلة في العين باعتبار معنى في العين من السمن ونحوه.

بخلاف أجر السائق.. فإنه يضم؛ لما مر من أن القيمة تختلف باختلاف الأماكن.

(و) لا أجر (**الطبيب**)؛ لعدم العرف فيه، ولعدم الزيادة أيضاً.

وكذا لا يضم أجر قيم الدار على ما في «غاية البيان»، ولا أجر الرابط والبيطار والحجامة، ولا جُعل الآبق، ولا أجرة الختان، ولا الفداء في الجناية؛ لما مر من عدم العرف والزيادة في المبيع في هذه الأشياء.

(و)لا أجر (**المعلم**)؛ لما مر من عدم العرف والزيادة في المبيع.

(و)لا أجر (**بيت الحفظ**)؛ لما مر، والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يضم إلا في موضعٍ جرت العادة فيما بين التجار بالضم، على ما في «الكفاية» و«الزيلعي».

إلا أنه قال في «الزيلعي»: ما يؤخذ في الطريق من الظلم.. لا يضم إلا في موضع جرت العادة فيه بالضم.

فقد ظهر منه: أن ما يؤخذ في الطريق في زماننا من البائع: ظلم.

وذكر في «المبسوط»: العبرة في ضم شيء برأس المال: العرف الظاهر.

وما عمل المشتري بيده من قصارة أو خياطة وما يشبه ذلك.. لا يضم.

(**فإن ظهر للمشتري خيانة في المرابحة..**) بالبينة، أو بإقراره، أو بنكوله عن

خُيِّرَ فِي أَخذه بِكُلِّ ثمنه أَو تَركِه.

وَفِي التَّوْلِيَة: يحطُّ من ثمنِهِ قدرَ الْخِيَانَةِ، وَهُوَ الْقِيَاس فِي الوضيعة.

وَعند أَبِي يُوسُف: يحطُّ فيها قدرَ الْخِيَانَةِ مَعَ حصَّتِهَا منَ الرِّبْحِ فِي الْمُرَابَحَةِ.

وَعند مُحَمَّدٍ: يُخَيَّرُ فيهِمَا.

اليمين (**خُيِّر في أخذه بكل ثمنه**) المسمى، (**أو تركه**).

(**وفي التولية: يحط من ثمنه قدر الخيانة، وهو القياس في الوضيعة**). هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: يحط فيها قدر الخيانة**) من رأس المال (**مع حصتها**)؛ أي: حصة الخيانة (**من الربح في المرابحة**)؛ مثلاً: إذا اشترى ثوباً بعشرة على ربح خمسة، ثم ظهر أن الثمن الأول ثمانية .. يحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمان، ومن الربح درهم؛ لأن الربح ينقسم على الأصل، فما أصاب الخيانة منه سقط معه، فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً.

(**وعند محمد: يخيِّر فيهما**)؛ لأنهما باشرا لعقد بثمن معلوم، فينعقد بالثمن المسمى فيه، وذكر التولية والمرابحة ترويج، فيكون وصفاً مرغوباً فيه؛ كوصف السلامة، وفواته يوجب التخيير.

ولأبي يوسف: أن الأصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية، لا التسمية والمسمى، ولهذا لو قال: ولّيتك بالثمن الأول، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول - والحال أنه معلوم - واقتصر عن التسمية؛ أي: لم يذكرها .. صح العقد.

وإنما التسمية كالتفسير؛ فإذا ظهرت الخيانة .. بطلت صلاحيتها للتفسير، فبقي ذكر المرابحة والتولية .. فلا بد من بناء العقد الثاني على الأول فيحط الخيانة في الفصلين جميعاً، غير أنه يحطّ في التولية قدر الخيانة من رأس المال، وفي المرابحة منه ومن الربح جميعاً.

فَلَو هلكَ قبلَ الرَّدِ، أَو امْتنَع الْفَسْخُ.. لزِمَ كلُّ الثّمنِ اتفاقاً.

وَمن شرى شَيْئاً بِعشْرَةٍ، فَبَاعَهُ بِخَمْسَةَ عشرَ، ثمَّ شراه ثَانِياً بِعشْرَةٍ.. يرابحُ على خَمْسَةٍ.

وَإِن شراه ثَانِياً بِخَمْسَةٍ.. لَا يرابحُ.

وَعِنْدَهُمَا: يرابحُ ....

ولأبي حنيفة: أنه لو لم يحط في التولية ..لا يبقى تولية؛ لأنها تكون بالثمن الأول، وهذا ليس كذلك، لكن لا يجوز أن لا يبقى تولية؛ لئلا يتغير التصرف.. فتعين الحط. [٩٨/أ].

وأما لو في المرابحة؛ فلو لم يحط.. تبقى مرابحة كما كانت من تغيير تصرف، لكن يتفاوت الربح، فيتخير بذلك لفوات الرضا.

(**فلو هلك**) المبيع (**قبل الرد**) واستهلكه (**أو امتنع الفسخ**) لحدوث ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة؛ فمن قال بالحط .. كان له الحط، ومن قال بالفسخ (**..لزم كل الثمن اتفاقاً**) في الروايات الظاهرة، ويسقط خياره؛ لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن؛ كخيار الشرط والرؤية، وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره..فيسقط خياره، بخلاف خيار العيب؛ حيث لا يجب كل الثمن، بل ينقص منه مقدار العيب؛ لأن المستحق للمشتري ثمة: المطالبة بتسليم الجزء الفائت، فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه.

وعن محمد في غير رواية «الأصول»: أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن، فيرد قيمة المبيع، ويرجع على البائع بما دفعه إليه من الثمن؛ دفعاً للضرر عنه.

وعن أبي يوسف: أنه يحط كيفما كان، وكذا عن أبي حنيفة في بيع التولية.

(**ومن شرى شيئاً بعشرة فباعه بخمسة عشر، ثم شراه ثانياً بعشرة.. يرابح**)؛ أي يبيع مرابحة (**على خمسة**)، ويقول:قام عليّ بخمسة.

(**وإن شراه ثانياً بخمسة .. لا يرابح**) أصلاً عند أبي حنيفة، (**وعندهما: يرابح**

على الثّمنِ الْأَخيرِ مُطلقًا.

وَإِن اشْترى مَأْذُونٌ مَديونٌ بِعشْرَةٍ، وَبَاعَ من سَيِّدِهِ بِخَمْسَةَ عشرَ، أَو بِالْعَكْسِ.. يرابحُ على عشرَةٍ.

على الثمن الأخير مطلقاً)؛ أي في الفصلين؛ لأن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول.. فيجوز بناء المرابحة عليه؛ كما إذا تخلل ثالث، بأن باعه المشتري من أجنبي فاشتراه من الأجنبي.. فإنه يرابح على الثمن الأخير.

وقال أبو حنيفة: شبهة حصول الربح الأول بالعقد الثاني ثابتة؛ لأن عقده الأول كان على شرف السقوط؛ لجواز أن يرد عليه بعيب؛ فإذا اشتراه منه .. تأكد ما كان على شرف السقوط، وللتأكيد حكم الإيجاب في حق العباد؛ كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا.. ضمنوا نصف المهر له؛ لتأكد ما كان على شرف السقوط بردة المرأة، أو بتمكين ابن الزوج.

وإذا كان شبهة الحصول ثابتة به ..صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة .. فالخمسة بإزاء الخمسة، والثوب بخمسة، فيبيعه مرابحة بخمسة؛ احترازاً عن شبهة الخيانة؛ فإنها كحقيقتها؛ احتياطاً في المرابحة.

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب .. لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة؛ لأن مبنى الصلح على الحطيطة، ولو وجد الحط حقيقة.. ما جاز بالبيع مرابحة، فكذا إذا تمكنت الشبهة.

بخلاف ما إذا تخلل ثالث؛ لأن التأكيد حصل بغيره، ولم يستفد ربح المشتري الأول بالشراء الثاني .. فانتفت الشبهة [٩٨/ب].

(**وإن اشترى**) عبد (**مأذون مديون**) بدين يحيط برقبته - هكذا قيده محمد في «الأصل» واختاره فخر الإسلام والصدر الشهيد، ولم يقيده الطحاوي، والأصح: هو الأول؛ لأنه لو لم يكن مديوناً ..لم يصح بيعه من مولاه - (**بعشرة دراهم**) مثلاً (**وباع من سيده بخمسة عشر، أو بالعكس**)؛ أي: السيد اشتراه وباعه من عبده، كذلك (**.. يرابح**) السيد أو العبد (**على عشرة**)؛ لأن في كل من هذا العقد شبهة عدم العقد

وَالْمُضَارِبُ بِالنِّصْفِ لَو شرى بِعشْرَةٍ وَبَاعَ من ربِّ المَالِ بِخَمْسَةَ عشرَ.. يرابح ربُّ المَالِ على اثْنَي عشرَ وَنصفٍ ويرابحُ بِلَا بَيَانٍ لَو اعورَّتِ الْمَبِيعَةُ، أَو وُطِئَتْ وَهِي ثيبٌ، ....

الثاني؛ لكون العبد ملكاً للمولى، ولتعلق حق المولى بمال العبد، فصار كالبائع من نفسه.. فاعتبر عدماً في حكم المرابحة؛ لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة، وإذا عدم البيع الثاني .. لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه، وإنما يبيعه على الثمن الأول.

(**والمضارب بالنصف لو شرى**) ثوباً (**بعشرة وباع**) ذلك الثوب (**من رب المال بخمسة عشر .. يرابح رب المال على اثني عشر ونصف**)، لا على خمسة عشر؛ احترازاً عن شبهة الخيانة؛ لأن بيعه من رب المال، وإن جاز عندنا عند عدم الربح لاشتماله على فائدة استفادة ولاية التصرف في ماله بعدما انقطعت بالتسليم إلى المضارب.. لكن فيه شبهة العدم؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، وهذا إنما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه، فلا يكون البيع موجوداً، ولهذا ذهب زفر إلى عدم جوازه.

وإذا كان فيه شبه العدم .. كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح؛ لأن ذلك حق رب المال، فيحط عن الثمن؛ احترازاً عن شبهة الخيانة، ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة، ولا في نصيب المضارب، فيبيع مرابحة على ذلك.

(**ويرابح بلا بيان لو اعورت**) عند المشتري بآفة سماوية (**المبيعة**)، وعن أبي يوسف: لا بد من البيان فيها.

(**أو وطئت عنده وهي ثيب**)؛ لأنه لم يحبس ما يقابله الثمن ؛ لأن سلامة العين ومنافع البضع أوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.

واعترض: بأن منافع البضع بمنزلة الجزء؛ بدليل أن المشتري إذا وطئها، ثم وجد عيباً.. لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً، وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري.

أَو أَصَاب الثَّوْبَ قرضُ فأرٍ، أَو حرقُ نَارٍ.

وَإِن فقئَتْ عينُهَا، أَو وُطِئَتْ وَهِي بِكرٌ، أَو تكسَّر الثَّوْبُ من طيهِ ونشره.. لزمَ الْبَيَانُ.

وَإِن اشْترى بنسيئةٍ ورابح بِلَا بَيَانٍ.. خُيِّرَ الْمُشْتَرِي، ....

ورُدَّ: بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها؛ فإما أن يردها مع العقد أو بدونه.

لا سبيل إلى الأول؛ لأن الفسخ يَرد على ما يَرد عليه العقد، والعقد لم يرد على الزيادة، فكذا الفسخ.

ولا إلى الثاني؛ لأنها تعود إلى قديم ملك البائع، وسلم الوطء للمشتري مجاناً ، والوطء يستلزم العقد عند سقوط العقد، لا باعتبار احتباس جزء من المبيع [٩٩/أ].

اعلم: أن المراد بقوله: «بلا بيان»: أنه يلزم أن يقول: اشتريته بلا عيب، ثم حدث العيب عندي، وأما بيان نفس العيب ..فلا بد له.

(**أو أصاب الثوب قرض فأر**)، وفي «الكافي»: الفرص بالفاء، وقيل: بالقاف. انتهى.

معناه: القطع.

(**أو حرق نار**)؛ لأنه ما فات بالقرض والحرق، وإن كان جزءاً من المبيع.. يقابله شيءمن الثمن، لكن لم يحبس عنده.

(**وإن فقئت عينها**) بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره ، (**أو وطئت وهي بكر، أو تكسر الثوب من طيّه ونشره.. لزم البيان**)؛ لأنه احتبس عنده بإتلافه جزءاً يقابله الثمن .. فلا بد من البيان.

(**وإن اشترى**) شيئاً بألف مثلاً (**بنسيئة، ورابح**) بمائة مثلاً (**بلا بيان**) أنه اشتراه نسيئة (..**خيِّر المشتري**) بين الرد والقبول بجميع الثمن المسمى؛ لأن للأجل شبهاً بالمبيع.. فإنه يزاد في الثمن للأجل؛ فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنها.. ففيه شبهة الخيانة، ولا بد من الاحتراز عنها.

فَإِن أَتْلَفَهُ ثُمَّ علِم.. لزمَ كلُّ ثمنِه، وَكَذَا التَّوْلِيَةُ.

وَلَو اشْترى ثَوْبَيْنِ صفقة؛ كلاً بِخَمْسَةٍ.. كُرِه بيعُ أَحدِهمَا مُرَابحَةً بِخَمْسَةٍ بِلَا بَيَانٍ.

(فإن أتلفه) المشتري، **(ثم علم)** أن البائع اشتراه نسيئة.. **(لزم كل ثمنه)**؛ لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن في الحقيقة، بل فيه شبهة المقابلة.

فباعتبار هذه الشبهة: كان له الفسخ إن كان المبيع باقياً؛ احترازاً عن شبهة الخيانة.

وباعتبار الحقيقة: لا يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك، وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة، وذلك باطل.

(وكذا التولية) فيما علم المشتري أنه كان اشتراه بأجل وباعه إياه من غير بيان .. فله الخيار.

وإن علمه بعد هلاكه .. لزمه بكل الثمن ؛ لما ذكرناه في المرابحة.

قال في «الزيلعي»: وهذا إذا كان الأجل مشروطاً في العقد؛ فإن لم يكن مشروطاً فيه، لكنه معتاد معروف بينهم أنه يؤخذ منهم في كل جمعة قدر معلوم .. قيل: لا بد من بيانه؛ لأن المعتاد كالمشروط، والجمهور: على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان؛ لأن الثمن حال بالعقد.

(ولو اشترى ثوبين)؛ احترز به عن الكيلي والوزني والعددي؛ فإنه يجوز فيها المرابحة بلا بيان بالاتفاق **(صفقة واحدة)**؛ احترز به عما كان بصفقتين؛ فإنه يجوز بالاتفاق، **(كلّاً بخمسة)**؛ احترز به عما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً؛ فإنه لا يجوز بالاتفاق، **(كُره بيع أحدهما مرابحة بخمسة بلا بيان)**؛ لأن الجيد قد يضم إلى الرديء لترويجه، فتمكنت الشبهة. هذا عند محمد.

وقالا: لا يكره؛ لأن ثمن كل ثوب معلوم، ولا اعتبار للجودة والرداءة مع تعيين الثمن .. فلا تهمة.

وَمن ولي بِمَا قَامَ عَلَيْهِ وَلم يعلَم مُشْتَرِيه قدرَهُ.. فسدَ، وَإِنْ علمَهُ فِي الْمجْلِسِ.. خُيِّرَ.

(ومن ولي)؛ أي باع **(تولية بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره)**؛ أي: قدر ما قام عليه **(.. فسد)** العقد لجهالة الثمن.

(وإن علم في [٩٩/ب] **المجلس)** صح البيع **(وخير)** المشتري بين الأخذ والترك؛ أما الصحة: فلعدم تقرر الفساد بعد، وأما الخيار: فللخلل بالرضاء؛ لأنه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن، كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات.

* * *

(فَصْلٌ فِي بَيْعِ المَنْقُولِ)

لَا يَصِحُّ بيعُ الْمَنْقُولِ قبلَ قَبضه.

(فَصْلٌ فِي بَيْعِ المَنْقُولِ)

(**لا يصح بيع المنقول**) نقلاً حسياً (**قبل قبضه**)، أي: لا يصح بيعه للبائع، ولا للأجنبي لما صح: أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض؛ ولأن فيه انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع في يد البائع، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.

وعورض: بأن غرر الانفساخ متوهم بعد القبض أيضاً، باعتبار ظهور استحقاق المبيع، وليس بمانع.

وأجيب: بأنّ عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص المذكور على خلاف القياس، وليس ما بعد القبض في معناه حتى يلحق به؛ لأن ما قبل القبض يتوهم فيه غرر الانفساخ: بالهلاك والاستحقاق، وفيما بعده: بالاستحقاق فقط، ومعنى قبض المبيع: تفريغه بحيث يمكن للمشتري قبضه.

ويعتبر في صحته ثلاثة معان.

أحدها: أن يقول البائع: خليت بينك وبين المبيع.

الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري، بحيث يصل إلى أخذه من غير مانع.

الثالث: أن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره؛ كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وقال قاضي خان في «فتاواه»: لو باع داراً وسلمها إلى المشتري، وفيها قليل متاع للبائع.. لم يكن تسليماً حتى يسلمها فارغة. انتهى.

وقال في شرحه على «الزيادات»: لو باع داراً وسلمها إلى المشتري، وفيها متاع البائع؛ فإنه يكون تسليماً؛ لأن هذا بمنزلة الشيوع أو دونه فيما يحتمل القسمة، والشيوع لم يمنع البيع، بخلاف الهبة؛ فإن الشيوع يمنعها فيما يحتمل القسمة، ألا ترى أنه لو باع ثمرة على رأس النخل وخلى بينه وبينها.. صح التسليم، ولو وهب الثمر وخلى.. لا يصح؟ انتهى.

فعلم منه: أن لزوم تفريغ المبيع عن متاع البائع في صحة تسليم المبيع وقبضه مختلف فيه، هذا في قبض نحو الدار.

وأما في غيرهما.. قالوا: كان أبو حنيفة يقول: القبض أن يقول البائع: قد خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع: قد قبضته، فإن أخذ برأسه وصاحبه عنده وقاده.. فهو قبض، سواء كان دابة أو بعيراً.

وإن كان غلاماً أو جارية فقال له المشتري: تعال معي وامش معي فتخطى معه.. فهو قبض، وكذا لو أرسله في حاجته.

وفي الثوب: إن أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال: قد خليت بينك [وبينه] فاقبضه، فقال المشتري: قد قبضته.. فهو قبض. انتهى.

فظهر منه: أن مجرّد تخلية البائع [١٠٠/أ] لا تكفي، ما لم يكن من المشتري شيء يدلّ على قبضه من قول أو فعل.

وقال في «قاضي خان»: أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضاً.

وفي البيع الفاسد: روايتان، والصحيح: أنه قبض. وفي الهبة الفاسدة: لا يكون قبضاً باتفاق الروايات.

واختلفوا في الهبة الجائزة، ذكر أبو الليث: أنه لا يصير قابضاً بالتخلية في قول أبي يوسف، وذكر شمس الأئمة الحلواني: أنه يصير قابضاً، ولم يذكر فيه خلافاً. انتهى.

والذي ظهر منه: أن مجرد التخلية كافية في القبض، ويمكن التوقيق بينهما بالعناية.

وهل يلزم أن لا يكون المبيع شاغلاً حق الغير؟

ففي «قاضي خان»: إن كان شاغلاً حق الغير كالحنطة في جوالق البائع، أو ما أشبه ذلك.. فذاك لا يمنع التخلية بالاتفاق.

وَيصِحُّ فِي الْعقارِ، خلافاً لمُحَمد.

ولو اشترى ثوباً أو حنطة، فقال للبائع: بعه، قال أبو بكر محمد بن الفضل: إن كان ذلك قبل قبض المشتري وقبل الرؤية.. يكون فسخاً، وإن لم يقل البائع: نعم؛ لأن المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية.

وإن قال: بعه لي؛ أي: كن وكيلي في الفسخ.. فما لم يقبل البائع ولم يقل: نعم، وكان ذلك قبل القبض والرؤية [١٠٠/ب].. لا يكون فسخاً.

وإن كان ذلك بعد القبض والرؤية.. لا يكون فسخاً، ويكون وكيلاً بالبيع؛ سواء قال: بعه أو بعه لي.

باع المبيع من البائع قبل القبض.. لا يجوز البيع الثاني، ولا ينفسخ الأول.

ولو وهب من الأول.. لا تجوز الهبة أيضاً، وينفسخ البيع إذا قبل. انتهى.

(**ويصح في العقار**) عندهما إن كان البيع الأول صحيحاً، وإلا.. فلا يجوز؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً لا يملكه المشتري قبل القبض، وبيع ما لم يملكه: باطل.

(**خلافاً لمحمد**)، عملاً بإطلاق ما روينا، واعتباراً بالمنقول، وصار كالإجارة والهبة.. فإنهما في العقار لا تجوز قبل القبض بالاتفاق، على ما صرّح به في «قاضي خان» حيث قال: اشترى داراً أو عقاراً، فوهبها قبل القبض من غير البائع.. لا يجوز عند الكل، ولو أجرها قبل القبض من البائع أو غيره.. لا يجوز عند الكل.

ولهما: أن ركن البيع صدر من أهله؛ لكونه عاقلاً بالغاً غير محجور عليه، ووقع في محله وهو المملوك له، والمانع وهو غرر الانفساخ مرتفع؛ لأنه باعتبار الهلاك، وهو في العقار نادر.. فصحّ خلاف المنقول لوجود المانع فيه.

فإن قيل: لا نسلم أن المانع في العقار مرتفع؛ فإنه يوجد بالرد بالعيب.

أجيب: بأنه لما جاز بيع العقار قبل القبض.. صار ملكاً للمشتري، فلا يملك المشتري الأول الرد على بائعه، وعلى تقدير جوازه: يردّه بقضاء القاضي، وكلامنا

واختلف أبو يوسف ومحمد في التخلية في دار البائع: قال أبو يوسف: لا يكون تخلية.

وقال محمد: يكون تخلية.

ومن ذلك: رجل باع خادماً، فقال البائع: خليت بينك وبين الخادم فاقبضه، والخادم في منزل البائع، فقال المشتري: دعه إلى الغد وأبى أن يقبض، فهلك الخادم.. فإنه يموت من مال المشتري عند محمد، ومن مال البائع في قول أبي يوسف.

هذا، ثم قال بعد ورقة: رجل اشترى ثوباً ولم يقبضه ولم ينقد الثمن، فقال للبائع: لا أئمنك عليه، ادفعه إلى فلان، فيكون عنده حتى ادفع إليك الثمن، فدفعه البائع إلى فلان فهلك عنده.. كان الهلاك على البائع؛ لأن المدفوع إليه يمسكه بالثمن لأجل البائع، فتكون يده كيد البائع.

رجل اشترى جارية ولم يقبضها، فقال للبائع: بعها أو طَأْها، أو كان طعاماً، فقال: كله، ففعل.. فإن ذلك يكون فسخاً للبيع.

أما الأكل والوطء؛ فإن البائع لا يصلح نائباً عن المشتري في ذلك، فجعل مجازاً عن الفسخ حتى يكون واطئاً وآكلاً مال نفسه.

وأما البيع.. فهو على وجوه ثلاثة:

إن قال البائع: بعه لنفسك فباعه.. يكون فسخاً.

ولو قال: بعه.. لا يجوز البيع ولا يكون فسخاً.

ولو قال: بعه ممن شئت فباعه.. كان فسخاً، ويجوز البيع الثاني للمأمور في قول محمد.

وقال أبو حنيفة: لا يكون فسخاً، وهو كقوله: بعه لي.

وَمن اشْترى كيلّياً كَيْلاً.. لَا يجوزُ لَهُ بَيْعُه وَلَا أكلُه حَتَّى يكيلَه، ....

في غرر الانفساخ، وما ذكرتم غرر الفسخ، والحديث المذكور معلول به.. فلم يدخل فيه العقار، فجاز بيعه قبل القبض؛ عملاً بالكتاب والسنة والإجماع.

وتحقيقه: أن الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزاً؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، لكنه لما خص منه الربا بدليل مستقل مقارن.. جاز تخصيصه بخبر الواحد أيضاً، وهو ما روينا: أنه ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض؛ فإن كان هذا معللاً بغرر الانفساخ.. فلا يتناول العقار وهو المطلوب، وإن لم يكن معللاً به.. فقد وقع التعارض بينه وبين دليل الجواز ، وذلك يقتضي التساقط والإعمال متعين فيما أمكن، وقد أمكن فيما إذا جعل معللاً بذلك لثبوت التوفيق، فجعلناه معللاً، فعملنا بها، فلا يتناول العقار والصداق وبدل الخلع؛ لجواز التصرف فيها قبل القبض أيضاً، ومسألة الإجارة خلافية أيضاً، ولو سلم أنها اتفاقية.. لكن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة، وهلاكها غير نادر كالمنقول.

والقبض في الهبة شرط لانعقادها، ومن لم يكن قابضاً.. لا يكون مقبضاً، قال في الخامس من بيوع «الجواهر»: إذا باع عقاراً [١٠١/أ] ملكه، لكن في يد آخر.. الفتوى: على أنه لا يصح؛ عملاً بقول محمد؛ لأنه لا يقدر على تسليمه.

(**ومن اشترى كيلياً**)، فيه إشارة إلى أنه لو ملك كيلياً بهبة أو وصية أو إرث.. يجوز له التصرف فيه، قيل: الكيل بالبيع وغيره، وكذا الحكم فيما إذا كان الكيلي والوزني ثمناً، حيث يجوز التصرف فيه قبل الكيل أو الوزن (**كيلاً**) أي: بشرط أن يكايله، لا جزافاً (.. **لا يجوز له**)، أي لهذا المشتري (**بيعه، ولا أكله حتى يكيله**)؛ لما روي: أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري.

قوله: «لا يجوز» أعمّ من الفساد والإثم، أي: يفسد بيع هذا المشتري على ما نصّ عليه في «الجامع الصغير» ويأثم بأكله.

وَكفى كيلُ البَائِعِ بعدَ العقدِ بِحَضْرَتِهِ، ....

ومنه علم: أن قوله: «لا يجوز» أحسن من قول «الكنز»: حرم بيعه؛ لأن عدم الجواز أعم من الفساد والإثم، بخلاف الحرمة.

قال في «فتح القدير»: إن بيع المشتري فاسد، ونص على الفساد في «الجامع الصغير»، ونصّ على أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل.. لا يقال أنه أكل حراماً؛ لأنه أكل ملك نفسه، إلّا أنه أثم لتركه ما أمر به من الكيل.

(**وكفى كيل البائع بعد العقد**) احترز به عن كيل البائع قبل العقد؛ إذ لا عبرة به، وإن كان بحضرة المشتري؛ لأن الشرط صاع العاقدين على ما رويناه.

قال في «قاضي خان»: لو اشترى حنطة على أنها كر، فقال له البائع هي كر، كلتها الآن لفلان، فلم يأخذها، فخذها بعشرة، فأخذها على ذلك.. قالوا: لا يجوز له أن يتصرف فيه حتى يكيل مرةً أخرى، وكذلك الموزون؛ فإن لم يكله حتى باعه من غيره بعد القبض، أو طحنها وأكل خبزها.. قالوا: لا يطيب له؛ لنهي النبي ﷺ.

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: النهي محمول على ما إذا لم يكن المشتري حاضراً وقت كيل البايع؛ فإن كان حاضراً ورأى العين رأياً.. لا يحتاج إلى الكيل بعد ذلك، قال: وكذلك الجواب في القصاب والخباز إذا قال: وزنت الآن لفلان، وإن لم يكن المشتري حاضراً.. يحتاج إلى الوزن مرة أخرى، وإن كان حاضراً حين وزنه البائع.. كفاه ذلك.

وفي الذرعان إذا اشترى ثوباً وقال له البائع: هو عشرة أذرع ذرعته الآن، وصدقه المشتري في ذلك.. كفاه.

وفي العدديات: روايتان.

(**بحضرته**) أي: حضرة المشتري؛ إذ لا عبرة لكيله في غيبة المشتري أو وكيله، ولو بعد العقد معه؛ لأن الكيل من باب التسليم، ولا تسليم إلا بحضرته.

هُوَ الصَّحِيحُ.

وَمثله الوزنيُّ، والعدديُّ،...

(هـو الصـحيح)؛ لأن المبيـع صـار معلومـاً بكيـل واحـد وتحقـق التسـليم وهـو المقتضي، وانتفى المانع وهو احتمال الزيادة.

قيل: إنه لا يكفي، بل لا بد فيه من كيل جديد؛ لظاهر ما رويناه [١٠١/ب].

قلنا: إنه محمول على ما اجتمع فيه الصفقتان على ما سيأتي في باب السّلم: أن من أسلم في كر ظلماً.. حلّ الأجل.

اشترى المسلم إليه من رجل كراً، وأمر ربّ السلم بقبضه.. لم يكن قبضاً، وإن أمره أن يقبضه له، ثم يقبضه لنفسه، فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه.. جاز؛ لأنه اجتمعت فيه الصفقتان بشرط الكيل، فلابد من الكيل مرتين.

واعلم: أنّ هذه المسألة على أربعة أقسام:

اشـترى مكايلـة أو مجازفـة وبـاع كـذلك، أو اشـترى مكايلـة وبـاع مجازفـة، أو بالعكس.

ففي الأول: لـم يجز للمشتري الثاني أن يبيعه ويأكله حتى يعيد الكيل لنفسه؛ كالمشتري الأول لما روينا.

وفي الثاني: لا يحتاج إلى الكيل؛ لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار.

وفي الثالث: لا يحتاج المشتري الثاني إلى كيل.

وفي الرابع: يحتاج إلى كيل واحد؛ إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته.

(ومثله) أي مثل الكيلي: (الوزني) كالسمن والحديد؛ لأنه في معنى ما ورد فيه النص في احتمال الزيادة على القدر المشروط، فيلحق به دلالة.

(والعددي) فيما روي عن أبي حنيفة، وهو قول الكرخي لما ذكرناه.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنه ليس مثل الكيلي، بل مثل الوزني على ما سيأتي حكمه، حتى جاز بيع الواحد بالاثنين.

لَا المذروع.

وَصَحَّ التَّصَرُّف فِي الثَّمنِ قبلَ قَبضِه والحطُّ مِنْهُ، وَالزِّيَادَةُ فِيهِ: حَالَ قيامِ الْمَبِيعِ لَا بعدَ هَلَاكه، وكذاالزيادةُ فِي الْمَبِيعِ.

(لا المذروع)؛ لأن الذرع وصف في الثوب، فلا يقابله شيء من الثمن، فتكون الزيادة للمشتري، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص؛ لأن القدر فيه مبيع لا وصف.

(وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) سواء كان مما لا يتعين كالنقود، أو مما يتعين كالعروض، حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر من الحنطة.. جاز أن يأخذ بدله شيئاً آخر، هكذا روي عن عمر مرفوعاً؛ ولأن المطلق - وهو الملك - قائم فيه.

(و)صح للبائع (الحطّ منه، و)صحّ للمشتري (الزيادة فيه)، أي في الثمن (حال قيام المبيع لا بعد هلاكه) في ظاهر الرواية؛ لأن المبيع بعد الهلاك لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه؛ إذ الاعتياض إنما يكون في موجود، والشيء يثبت ثم يستند، ولم تثبت الزيادة؛ لعدم ما يقابله.. فلا يستند، بخلاف الحط؛ لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله؛ لكونه إسقاطاً، والإسقاط لا يسلتزم ثبوت ما يقابله.. فيثبت الحط في الحال، ويلتحق بأصل العقد استناداً.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنه تصح زيادة الثمن، ولو بعد هلاك المبيع.

(وكذا) أي تصح (الزيادة في المبيع) قبل الهلاك وبعده؛ أما الأول: فظاهر.

وأما الثاني: فلما ذكره محمد في «المنتقى»: لو اشترى جارية وقبض فماتت فزاده البائع جارية أخرى.. جاز؛ لأن هذه الزيادة تثبت في مقابلة الثمن، والثمن قائم، ولو زاد المشتري في الثمن.. لم يجز؛ لأن الزيادة في جانبه ثبتت مقابلة بالمبيع، والمبيع هالك، وهلاك المبيع يمنع [١٠٢/أ] الزيادة في الثمن.

ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبّره أو استولدها أو تخمر العصير أو أخرج عن ملكه، ثم زاد عليه.. جاز عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وعلى هذا الخلاف: الزيادة على مهر المرأة بعد موتها.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: الزيادة في الثمن والمثمن جائزة حال قيامها، سواء كانت الزيادة من جنس الثمن أو من غير جنسه، ولو بعد المدّة، ولا ينفعه الندامة بعد الزيادة حتى يجبر المشتري على تسليمها إن أبى، ويلتحق بأصل العقد حتى يرد معها إن رد. وشرط زيادة الثمن بقاء المبيع، وكونه محلاً للتقابل في حق المشتري حقيقة.

وجوز البقالي الزيادة في المبيع بعد هلاكه، بخلاف الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية.

ولو كانت جارية فأعتقها أو أنشأ فيها شعب العتق؛ من التدبير والكتابة والاستيلاد.. لا تصح الزيادة في الثمن، كما لو باعها من غيره، وهو قولهما.

ورويا عن أبي حنيفة: أنه يجوز.

ولو أجرها أو رهنها أو اشترى شاة فذبحها.. تجوز الزيادة في الثمن، لا بعد موت الشاة؛ لعدم بقاء المحل للبيع.

وفي الأول باق لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع.

وأحد عشر فعلاً من المشتري تمنع الزيادة في الثمن:

أولها: إذا كانت حنطة فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو لحماً فجعله قلية، أو سكباجة جعلها إرباً إرباً، أو كان عبداً فأعتقه، أو كاتبه، أو دبره، أو استولد الجارية، أو قطنا فغزله، أو غزلاً فنسجه، الحادي عشر: لو كانت جارية فماتت.

ولو فعل المشتري اثني عشر فعلاً ثم زاد.. تجوز:

أولها: المبيع لو كانت شاة فذبحها.. جازت الزيادة، وإن كان محلوجاً فندفه، أو غير محلوج فحلجه، أو كرباساً فخاط خريطة من غير أن يقطعه، أو حديداً فجعله سيفاً، أو كانت جارية فرهنها، أو أجرها، أو أجر الأرض: ثم زاد في الثمن، أو باع المبيع، ثم أن المتشري لقي البائع فزاد في الثمن.. جاز:

أو كانت الأرض مزارعة وزاد ربّ الأض سدساً في نصيب المزارع، والبذر والثور منه قبل أن يستحصد.. جاز، وبعده لا.

ولا بد للزيادة من قبول الآخر، حتى لو لم يقبل وتفرقا عن المجلس قبل قبول الآخر.. بطلت الزيادة.

وكما تصح من العاقدين.. تصح في الورثة أيضاً.

وتصح الزيادة أيضاً إن كانت مفسدة للعقد والتحقت بأصل العقد ويفسد العقد.

وعندهما: لا تلحق بأصل العقد، ولا تصح الزيادة.

وتصح الزيادة من الأجنبي أيضاً، لكنه إن بأمر المشتري.. يلزمه، لا على الأجنبي كالصلح، وإن كان بلا أمره؛ إن أجاز.. جاز، وإن ردّه.. بطلت.

ولو كان حين زاد ضمنها عن المشتري [١٠٢/ب]، أو أضافها إلى مال نفسه.. لزمت الأجنبي.

وإن كان بأمر المشتري.. رجع عليه. وإن لا بأمره.. لا يرجع.

والحط جائز في جميع المواضع، جازت الزيادة أو لا، لكنه إن حط بعض الثمن.. التحق بالعقد، وإن حطّ كله.. لا يلتحق.

وذكر شمس الأئمة: أنّ هبة الكلّ حط أيضاً، لكن لا يلتحق بأصل العقد.

وقالوا: إن حط البعض إنما يلتحق إذا لم يكن المحطوط تبعاً ووصفاً؛ كمن باع بألف جياد فنقد البائع زيوفا أو بهرجة ورضي به البائع، أو باع بالعبد سليم العين داراً، فاعور العبد، فأخذه البائع ورضي به.. فالشفيع: يأخذ بألف جياد في الأول، وبقيمة عبد سليم في الثاني.

ولا يلتحق الوصف بأصل العقد، بخلاف ما لو حطّ بعض الثمن؛ حيث يأخذ الشفيع بالباقي.

وَيَتَعَلَّقُ الاستحقاقُ بِكُلِّ ذَلِكَ، ....

(**ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك**)، أي: بكل من الأصل والزيادة والحطّ، حتى يملك البائع حبس المبيع، حتى يستوفي الأصل والزيادة من الثمن، ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه، ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط.

وإذا استحق المبيع.. يرجع المشتري على البائع بالأصل والزيادة.

ثم إذا جازت الزيادة والحط وتعلق الاستحقاق بكلّ منهما.. التحق كل منهما بأصل العقد عندنا، فصار كأن العقد ورد ابتداءً على الأصل والزيادة معاً.

وقال زفر والشافعي: يصحان، لا على طريق الالتحاق به، بل على طريق الصلة ابتداء، حتى لا تتم إلّا بالتسليم؛ لأنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً، وإلّا.. لزم أن يكون ملكه عوض ملكه؛ لأن المشتري ملك المبيع بالعقد بما سمي ثمناً، فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع، وذلك لا يجوز.

وفي الحط: الثمن كله مقابل لكل المبيع، فلا يمكن إخراجه عن ذلك، فصار براً مبتدأ.

قلنا: إن كلّا من البائع والمشتري بالحط والزيادة غيّر العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع؛ لأن البيع المشروع: خاسر، ورابح، وعدل.

والزيادة في الثمن: تجعل الخاسر عدلاً، والعدل رابحاً.

والحط: يجعل الرابح عدلاً، والعدل خاسراً.

وكذلك الزيادة في المبيع.

ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالإقالة، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف إلى وصف.

فيرابح ويولي على الْكلِّ: إن زيد، وعَلى مَا بَقِي: إنْ حطَّ.

وَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ بِالْأَقَلِّ فِي الْفَصْلَيْنِ.

وَمن قَالَ: بِعْ عَبدَك من زيدٍ بِأَلِفٍ على أَنِّي ضَامِنٌ كَذَا من الثّمنِ سوى الْألِفِ.. أَخذَ الْألفَ من زيدٍ وَالزِّيَادَةَ مِنْهُ.

وَإِن لم يقلْ: منَ الثّمنِ.. فالألفُ على زيدٍ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

ثم فرع على الالتحاق المفهوم من كلامه فقال: (**فيرابح ويولي**)، أي يبيع مرابحة وتولية (**على الكل إن زيد**) في الثمن، أو في المبيع، (**وعلى ما بقي**) من الثمن بعد الحط (**إن حط**).

حتى لو قال المشتري: وليتك هذا الشيء.. وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن؛ وكذا الزيادة.

(**والشفيع يأخذ بالأقل في الفصلين**)، أي: فصل الزيادة [١٠٣/أ] والحط؛ لأن حقّ الشفيع تعلّق بالعقد الأول، وفي الزيادة إبطال له، وليس لهما ولاية على إبطال حق الغير بتراضيهما.

(**ومن قال**) لآخر: (**بع عبدك من زيد بألف**)، أي: طلب من آخر شراء عبده بألف وهو لا يبيع إلا بألف ومائة، والمشتري لا يرغب إلا بألف فجاء آخر وقال: بع عبدك هذا من زيد بألف (**على أني ضامن كذا من الثمن سوى الألف.. أخذ الألف من زيد والزيادة منه**) أي: من الضامن؛ لأنه التزم الزيادة بمقابلتها المبيع تسمية وصورة، فيضمنها، والزيادة في الثمن من الأجنبي مشروعة بغير مال يقابلها، بخلاف أصل الثمن؛ فإنه لم يشرع إلا في مقابلة المبيع، فلم يجز من الأجنبي.

(**وإن لم يقل: من الثمن.. فالألف على زيد، ولا شيء عليه**) أي: على الضامن؛ لأنه ليس بضامن حقيقة؛ لأنه لما لم يقابل الزيادة المبيع، لا تسمية ولا صورة، وهو مدار الضمان كما في الصورة الأولى.. فلا يضمن.

وكلُّ دينٍ أُجِّلَ بِأَجلٍ مَعْلُومٍ.. صَحَّ تَأْجِيلُه، إِلَّا الْقَرْضَ إِلَّا فِي الْوَصِيَّة.

(وكل دين) حال في أصله أو غير حال (أجل بأجل معلوم.. صح) أي لزم (تأجيله).

خلافاً لزفر والشافعي؛ اعتباراً بالقرض.

ولنا: أن الثمن حقه، فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل وفقاً لمن عليه الدين؛ لأنه يملك التصرف فيه بالإبراء، فلأن يملكه بالتأجيل: أولى، لكنه لا بدّ من قبول مَن عليه الدين، حتى لو لم يقبله.. بطل التأجيل ويكون حالاً على ما في «الإسبيجابي».

(إلّا القرض)؛ لأنه في الابتداء: صلة وإعارة، فهو بهذا الاعتبار تبرع، حتى لا يملكه من لا يملك له التبرع كالوصي والصبي، ويصح بلفظ الإعارة.

ومعاوضة: في الانتهاء؛ لأن الواجب بالقرض ردّ المثل لا رد العين.

فعلى اعتبار الابتداء.. لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة؛ إذ لا جبر في التبرعات.

وعلى اعتبار الانتهاء.. لا يصح؛ لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، وهذا يقتضي فساد القرض، لكن ندب إليه، وأجمع الأئمة على جوازه، فاعتمدنا على الابتداء، وقلنا بجوازه بلا لزوم.

(إلّا في الوصية) إذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة.. يصح تأجيله، ويلزم أن يقرضوه من ثلث ماله، ولا يطالبوه قبل المدة؛ لأنه من باب الوصية بالتبرع؛ كالوصية بالخدمة والسكنى، ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها، ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه لفلان.. صح ولزم وإن كانت معلومة حال الوصية.

وكذا يصح التأجيل فيما إذا أحال المستقرض المقرض على آخر بدينه وأجله المقرض مدة معلومة، حتى لو أراد المقرض أن يطالب المستقرض بذلك الدين..

وَلَا يَصحُ التَّأْجِيلُ إِلَى أجلٍ مَجْهُولٍ متفاحِشٍ؛ كهبوبِ الرّيحِ.

وَيَصِحُ فِي المتقارِبِ كالحَصاد وَنَحْوِهِ.

ليس له ذلك؛ لأن الحوالة مبرئة [١٠٣/ب] براءة الدين في رواية، وبراءة المطالبة في أخرى على ما في «العمادية».

(ولا يصحُ التأجيل إلى أجل مجهول متفاحش؛ كهبوب الريح) ونزول المطر؛ لإفضائها إلى المنازعة؛ لأن هذه الأوقات قد تتقدّم وقد تتأخر.

(ويصح في المتقارب؛ كالحصاد ونحوه) من الدياس وغيره؛ لأن الجهالة اليسيرة منحلة في الأجل، بخلاف البيع على ما تقدّم.

ويصح تعليق التأجيل بالشرط؛ فلو قال رب الدين لمن عليه ألف حالة: إن دفعت إليَّ خمسمائة؛ فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عندك إلى سنة.. فهو جائز، كذا في «البحر» عن «الذخيرة».

ولا يبطل التأجيل بموت البائع، ويبطل بموت المشتري، ويصير الدين حالاً.

ولو أجل الدائن وارث المشتري شهراً مثلاً.. لا يصح، كذا في «الخلاصة»، قال في بعدما نقل عبارة «الخلاصة»: وظاهره: أنّه في كل دين كذلك، وذكره في «القنية» في القرض. انتهى كلام «البحر».

ثم قال: لا يصح تأجيل المشتري الشفيع في الثمن، ولا تأجيل ثمن المبيع عند الإقالة.

والحاصل: أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه.

باطل: وهو تأجيل بدل الصرف والسّلم.

وصحيح غير لازم: وهو القرض والدين بعد موت المديون، وتأجيل الشفيع، وثمن المبيع بعد الإقالة.

ولازم: فيما عدا ذلك.

* * *

(بَاب الرِّبَا)

هُوَ: فَضْلُ مَالٍ، خَالٍ عَن عوضٍ، شُرِطَ لأحدِ الْعَاقِدين، فِي مُعَاوضَةِ مَالٍ بِمَالٍ.

(بَاب الرِّبَا)

هو في اللغة: الزيادة، ويقال: في النسبة: ربوي، بكسر الراء، وفتحها: خطأ، على ما في «المغرب».

وفي الشرع: **(هو فضل مال خال عن عوض)** احترز به عن نحو بيع كرّ بُرٍ وكر شعير بكُرَّي برّ وكرّي شعير؛ فإن للثاني فضلاً على الأول، لكنه غير خال عن العوض؛ لصرف الجنس إلى خلاف جنسه، فلا يلزم الربا، كذا في «البحر».

(شرط) أي ذلك الفضل، وقد أرجع الشيخ علاء الدين الأسود في «شرح الوقاية» ضمير شرط إلى العوض، والصواب: ما قلنا.

(لأحد العاقدين) سواء كانا بائعين أو مقرضين أو راهنين.. قيّد بالعاقدين؛ احترازاً عن غير العاقدين، حتى لو شرط الفضل لغير العاقدين.. لا يكون الفضل المشروط ربا.

(في معاوضة مال بمال) احترز به عن الفضل الخالي عن عوض في الهبة، فإنها تبرع، والربا لا تجري في التبرعات.

اعلم: أنّ المراد بفضل المال: أعمّ من الفضل الحسّي والفضل المعنوي، فيدخل فيه بيع الدراهم بالدراهم نسيئة مثلاً بمثل، وكذا دخل فيه ما لو تبايعا مثلاً بمثل يداً بيد، لكن بشرط منفعة أحد العاقدين بالرهن والاستخدام أو الركوب أو المزارعة أو اللبس أو شرب العين أو أكل الثمر أو غيرها من الشروط الفاسدة؛ فإن كلّها ربا.

وكذا البيع إلى أجل مجهول؛ لوجود الفضل الخالي عن العوض فيها، على ما أشار إليه علاء الدين في [١٠٤/آ] «شرح الوقاية»؛ وذلك لأن للنقد فضلاً على النسيئة.

وكذا للمشروط بشرط النفع فضلاً عن غير المشروط، وهل يملك المشتري تلك الزيادة بالقبض مع كونها حراماً؟

ففي «البحر» نقلاً عن «جمع العلوم» وغيره: أن المشتري يملك الدراهم الزائدة إذا قبضه فيما إذا اشترى درهمين بدرهم، فإنهم جعلوه من قبيل البيع الفاسد، ويؤيده ما ذكره الأصوليون: أن الربا أو سائر البيوع الفاسدة من قبيل ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

وقال في «البحر»: نصّ في «الجامع الصغير» على فساده؛ لأن سبب النهي عنه أمر راجع إلى المبيع. انتهى.

وهل يبرأ عن الربا بإبراء صاحب الحق؟

ففي أواخر كتاب المداينات من «القنية» أنه قال: قال أستاذنا: وقعت واقعة في زماننا، أن رجلاً كان يشتري الذهب الرديء زماناً: الدينار بخمسة دوانق، ثم تنبه فاستحلّ منهم، فأبرؤوه عما بقي لهم عليه من الدينار حال كون ذلك مستهلكاً.

فكتبت أنا وغيري: أنه يبرأ.

وكتب ركن الدين الزنجاني في: الإبراء لا يعمل في الربا؛ لأن ردّه لحق الشرع.

وقال: أجاب به نجم الأئمة الحكمي معللاً بهذا التعليل، وقال: هكذا سمعته عن ظهير الدين المرغيناني.

وقال: فقرّب من ظني: أن الجواب كذلك مع تردّد، فكنت أطلب الفتوى لأمحو جوابي، فعرض على علاء الأئمة الحناطي فأجاب: أنه يبرأ إذا كان الإبراء بعد الهلاك، وغضب من جواب غيره: أنه لا يبرأ، فازداد ظني بصحة جوابي ولم أمحه.

ويدل على صحته: ما ذكره البزدوي في «غناء الفقهاء» من جملة صور البيع

وعلته: الْقدرُ وَالْجِنْسُ.

الفاسد جملة العقود الزيوف بملك العوض فيها بالقبض. قال: فإذا كان فضل الربا مملوكاً للقابض بالقبض؛ فإذا استهلكه على ملكه.. ضمن مثله، فلو لم يصح الإبراء وردّ مثله.. يكون ذلك ردّ ضمان ما استهلك، لا رد عين ما استهلك، وبرد ضمان ما استهلك.. لا يرتفع العقد السابق، بل يتقرر مفيداً للملك في فضل الربا، فلم يكن في رده فائدة نقض عقد الربا، فكيف يجب ذلك حقاً للشرع؟ وإنما الذي يجب حقاً للشرع: ردّ عين الربا إن كان قائماً، لا رد ضمانه. انتهى كلام «القنية».

فظهر منه: صحة الإبراء في الربا كما أجاب علاء الدين.

ثم حرمة الربا ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع على ما بين في «المفصّلات».

(وعلّته) أي: علة الربا، أو حرمة الربا، أو تحريم الزيادة، أو وجوب المساواة التي يلزم عند فواتها الربا ولكل ذهب.

والمراد بالعلة: ما يضاف إليها ثبوت الحكم بلا واسطة.

(القدر)، أي: الكيل والوزن **(والجنس)**، أي: كلاهما معاً.

قال في «الخلاصة» نقلاً [١٠٤/ب] عن «شرح الطحاوي»: قال أصحابنا: علّة الربا: الكيل مع الجنس في المكيلات، والوزن مع الجنس في الموزونات:

فإذا اجتمعا.. حرم التفاضل والنَّساء.

وإذا عدما.. حل التفاضل والنَّساء.

وإن وجد أحدهما وعدم الآخر؛ 'ما الكيل أو الوزن.. حل التفاضل وحرم النساء.

وأما الجنس بانفراد.. حل التفاضل وحرم النساء عندنا، فلو باع تفاحة بتفاحتين أو حفنة بحفنتين من الحنطة.. يجوز عندنا؛ لعدم الكيل. انتهى.

والأصل ههنا: ما رواه في «الصحيحين»، واللفظ لمسلم: أنه ﷺ «نهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر،

والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد.. فقد ربا».

وهو معلل في حق وجوب المماثلة بالاتفاق؛ لأن قوله: «عيناً بعين، يداً بيد» يوجب تعيين البدلين في هذه الأشياء؛ احترازاً عن شبهة الفضل؛ لأن النقد خير من النسيئة، وقد وجدنا هذا الحكم، أي وجوب التعيين متعدياً عن بيع هذه النسيئة إلى غيرها، حتى وجب التعيين في بيع الحنطة بالشعير مثلاً أيضاً؛ حيث لم يجز بيع حنطة بعينها بشعير لا بعينه، وإن كان حالاً وذكر الأوصاف.

وحتى شرط الشافعي التقابض في المجلس في بيع الطعام بالطعام؛ سواء اتحد الجنس أو اختلف؛ ليحصل التعيين؛ فإذا أخذ هذه التعدية باتفاقهم.. ثبت أن هذا النص معلل في حق وجوب التعيين؛ إذ لا تعدية بدون التعليل، وإذا ثبت كونه معللاً في حق وجوب التعيين.. ثبت كونه معللاً في حق وجوب المماثلة بالاتفاق بدلالة الاتفاق الأول، حتى يتعدى إلى سائر الموزونات والمكيلات الغير المنصوصة؛ كالحديد والجص والأرز.

لكن العلة عندنا: هو القدر مع الجنس.

وعند مالك: هو الطعم والادخار مع الجنس، فكل ما كان مقتاتاً مدّخراً.. يجري فيه الربا، أو ما لا.. فلا.

وعند الشافعي: الطعم في المطعومات، والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط فيهما لعمل العلة، وإن الأصل عنده: حرمة العقد في الأموال الربوية: عند المقابلة بجنسها، والمساواة والتقابض في المجلس.. مخلص عن الحرمة؛ لأن الشارع نص على الشرطين: التقابض والمماثلة؛ لأنه قال: «يداً بيد، مثلاً بمثل» منصوبان على الحال، والأحوال شروط، وكلّ من هذين الشرطين يشعر بالغرة والخطر؛ كالشهادة في النكاح معلل بعلة تناسب إظهار الخطر والغرة، وهو: **الطعم**؛ لكونه سبباً لبقاء الإنسان، **والثمنية**؛ لكونها سبباً لبقاء الأموال، ولا أثر للجنسية في إظهار الخطر والغرة، فجعلناها شرطا لتأدية [١٠٥/أ] العلة.

قلنا: إن النص المذكور واجب المماثلة شرطاً في البيع؛ لما ذكرناه: أنه حال، والأحوال شروط، وأنه هو المقصود من سوق هذا النص.

إما لتحقيق معنى البيع: فإنه مبادلة مال بمال، والتبادل يحصل بالتماثل.

وإما لصيانة أموال الناس عن التوي(١).

وإذا ثبت وجوب المماثلة شرطا.. لزم عند فواته حرمة الربا؛ لفوات شرط الحل.

ثم المماثلة بين الشيئين إنما تكون باعتبار الصورة والمعنى، والقدر يسوي الصورة، والجنسية تسوّي المعنى، فتتحقق المماثلة بهما، فيظهر كونهما علة للربا ووجوب المماثلة.

فإن قيل: قد تبين أن المماثلة ثبتت شرطاً لجواز البيع، وعللتموها بالقدر والجنس، وإثبات الشرط بالتعليل لا يجوز؛ لإثباته ابتداء، وأما بطريق التعدية من أصل إلى غيره.. فيجوز عند جمهور الأصوليين، واختاره فخر الإسلام، واستدلوا عليه: بأن التعليل - أي القياس - في الأسباب والشروط واقع، والوقوع دليل الجواز؛ وذلك؛ لأنه قيس بسببية القتل بالمثقل على سببية القتل بالمحدد.

وكذا قيس بالمثقل بسببية اللواطة على سببية الزنا على ما فصل في الأصول، وما نحن فيه كذلك؛ لأن النص أوجب المماثلة في الأشياء الستة شرطاً، فأثبتناها في غير هذه الأشياء تعدية؛ فإذا ثبت وجوب المماثلة.. يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا.

ولا عبرة في باب الربا بالوصف، حتى لا يلزم المماثلة من حيث الجودة والرداءة، بدليل حديث عبادة بن الصامت: «جيدّها ورديئها سواء»، ولأنه لا يعدّ تفاوتاً عرفاً، حتى يجوز بيع الجيد بالرديء إذا استوت الذاتان صورة ومعنى، وجعل

---

(١) التوي: ذهاب المال وضياعه.

فَحَرُمَ بيعُ الكيليِّ والوزنيِّ بِجِنْسِهِ، مُتَفَاضلاً أَو نَسِيئَةً، وَلَو غيرَ مطعومٍ كالجِصِّ وَالْحَدِيدِ.

وَحلَّ متماثلاً بعدَ التَّقَابُضِ، ....

الطعم والثمينة علة فاسد؛ لأنهما لما كانا من أعظم المنافع.. كان السبيل فيهما الإطلاق دون التحريم لشدة الحاجة إليهما، والحاجة إذا اشتدت.. أثرت في إباحة الحرام، فكيف تؤثر في حرمة المباح؟

بل العادة الإلهية جرت في التوسيع فيما كثر إليه الاحتياج؛ كالهواء والماء وعلف الدواب وغيرها؛ ولأنها قاصرة، ولا يجوز التعليل بالعلة القاصرة على ما في الأصول.

وإذا ثبت ما ذكرنا.. (**فحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلاً**)؛ لتحقق حقيقة الربا بانتفاء الشرط، وهي المماثلة.

(**أو نسيئة**) كتحقق شبهة الربا؛ لأن النقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة الفضل.

قال الإسبيجابي: اتفقوا على أنه إذا أنكر ربا النسيئة.. يكفر، واختلفوا في كفر منكر ربا الفضل: فإن ابن عباس لا يرى الربا إلّا في النسيئة، وروي عنه رجوعه.

(**ولو**) وصلية أي: ولو كان الكيلي والوزني [١٠٥/ب] الذي بيع بجنسه متفاضلاً أو نسيئة (**غير مطعوم كالجصّ**) والنورة من الكيلي (**والحديد**) والنحاس والرصاص من الوزني؛ لوجود العلة فيهما، أعني: القدر والجنس.

خلافاً للشافعي؛ فإن بيعهما يجوز عنده؛ لعدم الطعم أو الثمينة، وهي العلة عنده على ما ذكرناه.

(**وحلّ**) بيعهما بجنسهما (**متماثلاً**) لوجود الشرط، وهي المماثلة في المعيار والوزن (**بعد التقابض**)، إنما شرط التقابض في النقدين.. لا في غيرهما، وإنما الشرط في غيرهما: تعيين البدلين على ما سيأتي.

أَو مُتَفَاضلاً غيرَ معيَّرٍ؛ كحفنةٍ بحفنتين، وبيضةٍ ببيضتين، وَتَمْرَةٍ بتمرتين.

فَإن وُجِدَ الوصفانِ.. حَرُم الْفضلُ والنَّسَاءُ.

(أو متفاضلاً غير معير) بمعيار شرعيّ؛ (كحفنة بحفنتين، وبيضة ببيضتين، وتمرة بتمرتين)؛ لأن عدم الجواز لتحقق الفضل، وتحققه يظهر بعد المساواة، وهي إنما تكون بالكيل، ولا كيل في الحفنة والحفنتين.. فتنتفي المماثلة والفضل، ولهذا لو أتلف الحفنة والحفنتين.. يصير مضموناً عليه بالقيمة لا بالمثل؛ لعدم دخوله تحت المعيار الشرعي.

ولو أتلف أو تعيب مكيلة أو موزونة.. لوجب مثلها؛ فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم.

وما دون نصف صاع.. فهو في حكم الحفنة، فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها، ولم يبلغا نصف صاع.. جاز البيع عندنا؛ لأنه لا تقدير في الشرع بما دون نصف صاع.

وأما إذا كان أحد البدلين بلغ نصف صاع والآخر لم يبلغه.. فلا يجوز على ما في «المبسوط».

فظهر منه: أنه لو باع كر بر بكر برّ، وزاد في أحد الطرفين مقدار حفنة أو حفنتين من بر.. يجوز، ولا يكون ربا.

إلا أن هذا المقدار لا يمنع المماثلة؛ لعدم دخول هذ القدر تحت الكيل، وإنما يكون ربا لو زاد في أحد الطرفين مقدار... نصف صاع فصاعداً، وبه صرّح في باب الترجيح من كتب الأصول.

وهذا إذا كان حالاً، وأما في النساء.. فلا يجوز؛ لوجود العلة المحرمة للنساء وهو الجنس، حتى لا يجوز بيع حفنة من بر بحفنتين منه لنساء، ويجوز بيع حفنة من بر بحفنتين من شعير نساء.

وإذا ثبت أن علة الربا ذات وصفين؛ (فإن وجد الوصفان) أي القدر والجنس (.. حرم الفضل والنساء) بالمد؛ لتحقق حقيقة الربا وشبهتها لوجود العلة.

وَإن عَدِمَا.. حلَّا.

وَإن وُجِدَ أَحدُهمَا فَقَط.. حلَّ التَّفَاضُل لا النَّسَاءُ، ....

والمراد بالنساء ما في أحد البدلين، وأما النساء في البدلين.. فحرام في مطلق البياعات، ربوياً كان أو لا؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكيلي بالكيلي.

(وإن عدما) معاً (.. حلا) أي الفضل والنساء؛ لعدم العلة المحرمة؛ بمعنى: أن الأصل في العقود: الحل عندنا، وقد منعت عن العمل في الربويات لعلة الربا، وعند عدمها يظهر العمل الأصلي، لا بمعنى أنّ العدم يثبت [١٠٦/أ] شيئاً، وهذا يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف في الأصول.

(وإن وجد أحدهما فقط)؛ إما القدر والجنس (.. حلّ التفاضل)؛ لأن حرمته بالوصفين معاً، ولم يوجدا معاً.

(لا النساء)؛ لأن حرمتها بأحدهما فقط وقد وجد، ولابد أن يستثنى منه سَلَم النقود في الزعفران والقطن والحديد ونحوها، فإنه جائز مع وجود أحد الوصفين وهو الوزن؛ لأنه وإن جمعهما الوزن، لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه.

أما الأول: فلأن الزعفران ونحوه يوزن بالأمناء، وأنه مثمن يتعين بالتعيين، بخلاف النقود فيها، أي في كونها موزوناً بالأمناء، وكونها مثمناً فإنها توزن بالسنجات، وإنها لا تتعين بالتعيين لكونها ثمناً.

وأما الثاني: فلأنه لو باع الزعفران ونحوه بالنقود موازنة وقبضها البائع.. صح التصرف فيها، قبل الوزن.

وأما الثالث: فلأنه لو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلاً وقبله المشتري.. ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن، فإذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكماً.. لم يجمعهما القدر من كل وجه، فكانت الشبهة فيه بمنزلة شبهة الشبهة؛ فإن الموزونين

فَلَا يَصِحُّ سَلَمُ هَروِيٍّ فِي هَروِيٍّ، وَلَا بُرٍ فِي شعيرٍ.

وَشُرِطَ: التَّعْيِينُ ....

إذا اتفقا.. كان المنع للشبهة؛ فإذا لم يتفقا.. كان ذلك شبهة الوزن، والوزن وحده شبهة، فكان ذلك شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة.

(.. **فلا يصح سَلَمُ هروي في هرويّ**) لوجود الجنسية.

وكذا لا يصح بيع عبد بعبد إلى أجل للجنسية.

(**ولا**) سلم (**بر في شعير**) لوجود القدر.

قال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء؛ لأن بالنقدية وعدمها.. لا يثبت إلا شبهة الفضل بالاتفاق، وحقيقة الفضل غير مانع عن الجواز في الجنس، حتى جاز بيع الهروي بالهرويين، والعبد بالعبدين.. فالشبهة أولى.

قلنا: إن في باب الربا حقيقةً وشبهةً، وإن الشبهة إذا انفردت عن الحقيقة.. تحتاج إلى محلّ وعلة كالحقيقة، ولا يجوز أن يكون محلّها وعلّتها محلّ الحقيقة وعلتها، وإلا.. لكانت حقيقة أو مقارنة لها، واللازم باطل؛ لأنه خلاف المفروض، ولما كانت العلة ذات وصفين مؤثرين.. كان لكلّ منهما شبهة العلية، فيثبت بكل منهما شبهة الحكم في كلّ ما يجري فيه ربا النسيئة، كما في سَلَم هروي في هروي في الجنسية، وفي سَلَمِ كر برّ في كر شعير في القدر والنقدية.. أوجبت فضلاً في المالية على النسيئة، فتتحقق شبهة الربا في محلّ صالح لعلّة صالحة لها؛ لأن الحكم يثبت بقدر علته.

فإن قيل: إن كون ما يجري فيه ربا النسيئة في مال الربا شبهة، وكون النقدية أوجبت فضلاً: شبهة أخرى، فيكون [١٠٦/ب] شبهة الشبهة، ولا عبرة بها.

قلنا: الشبهة الأولى شبهة في المحل، والثانية في الحكم، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة، وشبهتي العلة والمحلّ يثبتان شبهة لا شبهة الشبهة.

(**وشرط التعيين**) أي تعيين البدلين لما روينا سابقاً.

والتقابضُ فِي الصّرْفِ.

وَالتَّعْيِينُ فَقَط فِي غَيره.

وَمَا نُصَّ على تَحْرِيم الرِّبَا فِيهِ كَيْلاً.. فَهُوَ كيليٌّ أبداً؛ كالبرِّ وَالشعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالْملحِ، أَو على تَحْرِيمِهِ وزناً.. فَهُوَ وزنيٌّ أبداً كالذهبِ وَالْفِضَّةِ، وَلَو تُعورِفَ بِخِلَافِهِ.

وَمَا لَا نَصَّ فِيهِ.. حُمِلَ على الْعرفِ؛ كَغَيْر السِّتَّةِ الْمَذْكُورَة.

(**والتقابض**) في المجلس؛ أي: باليد لا بمجرد التخلية على ما ظن.

(**في الصرف**)، وهو ما وقع على النقدين مما رواه البخاري مرفوعاً: «بيع الفضة بالفضة: هاء وهاء»؛ أي: يداً بيد.

(**والتعيين فقط في غيره**) أي غير الصرف من الربويات.

خلافاً للشافعي في بيع الطعام بجنسه أو لا؛ فإنه اشترط التقابض مطلقاً؛ لإطلاق قوله ﷺ: «يداً بيد»؛ لأن المراد به: القبض بطريق الكناية؛ ولأنه إذا لم يقبض في المجلس.. يتعاقب القبض، وللنقد مزية على النسيئة فتثبت شبهة الربا.

قلنا: إن ما سوى النقدين مبيع يتعين بالتيعين، فلا يشترط فيه القبض؛ كالثوب والعبد والدابة؛ لأن الفائدة المطلوبة بالعقد: هي التمكن من التصرف، وذلك يترتب على التعيين.. فلا يحتاج إلى القبض، بخلاف الصرف؛ لأن القبض فيه للتعيين.

ومعنى: «يداً بيد»: عيناً بعين على ما ورد في بعض الروايات، فيكون تفسيراً له لكونه محكماً.

(**وما نصّ**) رسول الله ﷺ (**على تحريم الربا فيه كيلاً.. فهو كيلي أبداً**)، وإن ترك الناس فيه الكيل؛ (**كالبر والشعير والتمر والملح، أو**) نصّ (**على تحريمه وزناً فهو وزني أبداً كالذهب والفضة، ولو تعورف**) بين الناس (**بخلافه**)؛ لأن النص قاضٍ على العرف لقوّته.

(**وما لا نصّ فيه.. حمل على العرف؛ كغير الستة المذكورة**)؛ لقوله ﷺ: «ما رآه

فَلَا يجوزُ بيعُ الْبرِّ بِالْبرِّ متماثلاً وزناً، وَلَا الذَّهَبُ بِالذَّهَب متماثلاً كَيْلاً.
وَجَازَ بيعُ فَلْسٍ معيَّنٍ بفلسينِ مُعيَّنين، ....

المسلمون حسناً.. فهو عند الله حسن».

وعن أبي يوسف: أنه اعتبر العرف مطلقاً؛ في المنصوص عليه وغيره، وإن كان على خلاف النص؛ لأنّ النص على الكيل والوزن في ذلك الوقت ورد للعرف، فكان المنظور إليه في ذلك الوقت: هو العرف، وقد تبدل، فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك.

فعلى هذا: لو باع حنطة بجنسها مساوياً وزناً، أو ذهباً بجنسه متساوياً كيلاً.. جاز عنده إذا تعارفوا ذلك.

ولا يجوز عندهما وإن تعارفوا؛ لتوهم الفضل على المعيار.

لكن يجوز السلم في الحنطة ونحوها وزناً، على ما اختاره الطحاوي؛ لوجود السلم في معلوم؛ فإن المماثلة ليست بمعتبرة فيه، إنما المعتبر فيه: هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم.

وكذلك: كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن أيضاً.

وفي «العناية»: إنه لا يجوز في رواية، نقله عن «المجرد».

وفي «البحر»: والفتوى: على الجواز.

وفي «الكافي»: والفتوى: على عادة الناس [١٠٧/أ].

(فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلاً وزناً، ولا الذهب بالذهب متماثلاً كيلاً) عندهما، كما لا يجوز مجازفة؛ لما ذكرنا من توهم الفضل.

ويجوز عند أبي يوسف في رواية.

(وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين) عندهما؛ لتعينهما.

خلافاً لمُحَمدٍ.
وَيجوزُ بيعُ الكِرباسِ بالقطنِ، وَبيعُ اللَّحمِ بِالْحَيَوَانِ.

(خلافاً لمحمد)؛ لأن الثمنية في الفلس ثبتت باصطلاح الكل.. فلا يبطل باصطلاحهما؛ لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت أثماناً، وهي لا تتعين بالاتفاق، فصار كبيع الدرهم بالدرهمين.

ولهما: أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما؛ إذ لا ولاية لغيرهما عليهما.. فيبطل باصطلاحهما كذلك فيتعين بالتعيين؛ لأنهما يعودان عروضاً عددياً.. فيجوز؛ لما رويناه، حتى يكون من قبيل بيع قطعة صفر بقطعتين منه.. فلا يجوز.

وأما بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير عينهما، وبيع فلس بعينه بفلسين بغير عينهما، وبيع فلس بغير عينه بفلسين بعينهما.. فغير جائز بالاتفاق.

(ويجوز بيع الكرباس بالقطن)، وكذا بالغزل كيفما كان؛ لاختلافهما جنساً؛ لأن الثوب لا ينقص حتى يصير غزلاً أو قطناً؛ ولأن الثوب غير موزون، والقطن والغزل موزون.

واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله:

قيل: لا يجوز مطلقاً؛ لأن القطن ينقص بالغزل، فصار كالحنطة مع الدقيق.

وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساوياً؛ لأن غزل القطن قطن.

وقال محمد: إنه يجوز مطلقاً لاختلافهما جنساً.

ولو باع المحلوج بغير المحلوج.. جاز إذا علم أنّ الخالص أكثر من الحب الذي في القطن، حتى يكون قدره متقابلاً به والزائد بالقطن.

وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو لبن، بشرط أن يكون اللبن أو الصوف أكثر مما على الشاة؛ لما ذكرناه.

(و) يجوز **(بيع اللحم بالحيوان)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء باعه بحيوان من غير جنسه؛ كبيع لحم البقر بالشاة.. فإنه يجوز من غير اعتبار القلة والكثرة، أو

وَعند مُحَمَّد: لَا يجوزُ بَيْعه بحيوانِ جنسِهِ، حَتَّى يكونَ اللَّحْمُ أَكثرَ مِمَّا فِي الْحَيَوَانِ من اللَّحْمِ، وَيجوزُ بيعُ الدَّقِيقِ بالدقيقِ متماثلاً كَيْلاً، لَا بالسويقِ أصلاً.

بحيوان من جنسه مذبوحاً غير مفصول عن السقط.. فإنه يجوز إذا كان اللحم أكثر، أو بحيوان من جنسه حياً.

وفيها خلاف محمد؛ ولذا قال: (**وعند محمد: لا يجوز بيعه بحيوان من جنسه**) مذبوحاً غير مفصول عن السقط أو حياً، (**حتى يكون اللحم أكثر مما في الحيوان من اللحم**)؛ ليكون اللحم بمقابلة ما في الحيوان من اللحم، والباقي في مقابلة السقط؛ لئلا يلزم الفصل بلا عوض.

ولهما: أنه باع الموزون وهو اللحم بما ليس بموزون وهو الحيوان.. فيجوز كيفما كان؛ كبيع السيف بالحديد؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع وهو الربط؛ لعدم العلة.

(**ويجوز بيع الدقيق بالدقيق**) منخولاً أو لا.

(**متماثلاً كيلاً**) حالان متداخلان، [١٠٧/ب] العامل في الأول: بيع، وفي الثاني: متماثلاً، وفائدة الثاني: نفي توهم جواز المساواة وزناً؛ لأنه لا يجوز؛ لكونه كيلياً على ما في «العناية».

وقال في «شرح النقاية» نقلاً عن «الظهيرية»: إنه لا يجوز وزناً أيضاً.

وعن محمد بن الفضل: أن بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً كيلاً إنما يجوز إذا كانا مكبوسين.

(**لا بالسويق أصلاً**) أي: لا يجوز بيع الدقيق بالسويق، لا متساوياً ولا متفاضلاً؛ لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقلية، والسويق أجزاؤها مقلية، فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام الجنسية من وجه مع انتفاء المسوى.. فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر، هذا عند أبي حنيفة.

خلافاً لَهما.

وكذا بيعَ الرطبِ بالرطبِ متماثلاً.

وكذا يجوز بيعُ الرُّطبِ بِالتَّمْرِ، وَالْعِنَبِ بالزبيبِ متماثلاً، خلافاً لَهما.

(**خلافاً لهما**)؛ لأنهما جنسان؛ لاختلاف المقصود بهما؛ لأن المقصود من الدقيق: اتخاذ الخبز، ومن السويق: لته بالسمن والعسل.

وكذلك اسمهما؛ «فإذا اختلف الجنسان.. فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد».

والجواب: أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما، وفوات البعض لا يضر؛ كالمقلية بغير المقلية، والعلكة بالمسوّسة.

(**وكذا**) أي: يجوز (**بيع الرطب بالرطب متماثلاً**) كيلاً خلافاً للشافعي؛ لأنه ربوي يتفاوت في أعدل الأحوال، أي: عند الجفاف، فلا يجوز؛ كالحنطة بالدقيق.

قلنا: إنه بيع التمر بالتمر متساوياً فيجوز.

(**وكذا**) يجوز (**بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلاً**) كيلاً؛ لأنه متفاضلاً لا يجوز بالاتفاق.

(**خلافاً لهما**) في المتماثل؛ لقوله ﷺ في حديث سعد بن وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر، وقال: «أينقص إذا جف؟» فقيل: نعم، فقال ﷺ: «لا إذاً»، فأشار إلى اشتراط المماثلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف، وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك.

ولأبي حنيفة: أنه ﷺ [سمى] الرطب تمراً حين أهدي رطباً، فقال: «أَوَكُلُّ تمر خيبر هكذا»؟

وبيع التمر بمثله جائز؛ لما روينا في الأشياء الستة، ولأن الرطب إما تمر أو لا؛ فإن كان الأول.. فيجوز بيعه بأول ما روينا، وهو: «التمر بالتمر».

وإن كان الثاني.. فيجوز بيعه بآخر ما روينا؛ أعني: «إذا اختلف النوعان.. فبيعوا كيف شئتم».

ومدار ما روياه: [عن] زيد بن عياش، وهو ضعيف.

ولو سلم أنّه قوي.. لكنه خبر واحد لا يعارض ما روينا من المشهور.

فإن قيل: فعلى هذا الترديد.. يلزم جواز بيع المقلية بغير المقلية؛ لأن المقلية؛ إما أن تكون حنطة.. فتجوز بأول الحديث، أو لا تكون.. فتجوز بآخره.

أجيب عنه تارة: بأن ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم، لكن الحجة لا تتم به، بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه؛ فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل، من حين تنعقد صورتها إلى أن تدرك، والرطب اسم لنوع آخر منه كالبرني وغيره، والحنطة لا تطلق على المقلية [١٠٨/أ].

وأخرى: بأن يقال: إنه حنطة.

وقوله: فيجوز بأوّل الحديث.

قلنا: إنما جاز أن لو ثبت المماثلة بينهما كيلاً، ولا تثبت؛ لما قيل: إن القلي صنعة يغرم عليها الأعواض، فصار كمن باع قفيراً بقفيز ودرهم.

فإن قيل: هذا راجع إلى التفاوت في الوصف، وهو ساقط العبرة كالجودة.

أجيب عنه: بأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث، وأما التفاوت الراجع إلى صنع العباد.. فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد و النسيئة، فكل تفاوت ينبني على صنع العباد.. فهو مفسد؛ كما بيع في المقلية بغير المقلية والحنطة بالدقيق، وكل تفاوت خلقي.. فهو ساقط العبرة؛ كما في بيع الرطب والتمر والجيد والرديء.

والمصنف أجرى الخلاف المذكور في بيع العنب بالزبيب؛ كما في بيع الرطب بالتمر بلا فرق على ما هو المشهور في الروايات.

وقيل: بيع العنب بالربيب لا يجوز بالاتفاق؛ اعتباراً ببيع الحنطة المقلية بغيرها.

وَكَذَا بيعُ الْبرِّ رطباً أَو مبلولاً بِمثلِهِ أَو باليابس.

وَالتَّمرِ وَالزَّبِيبِ منقعين بمثلهما مُتَسَاوِياً، خلافاً لمُحَمدٍ.

وذكر في «العناية»: أن هذه الرواية تقوي قول من قال: إن الحجة المذكورة لأبي حنيفة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه؛ فإن النص لما ورد بإطلاق التمر على الرطب.. جعلا نوعاً واحداً، فجاز البيع مثلاً بمثل، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب.. فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد؛ كما في المقلية بغيرها.

(وكذا) أي: يجوز (بيع البرّ رطباً أو مبلولاً بمثله)، أي: رطباً برطب، ومبلولاً بمبلول،

(أو باليابس) أي: بيع البر رطباً أو مبلولاً باليابس.

(و)كذا يجوز بيع (التمر أو الزبيب منقعين) مِن: أنقع؛ إذا ألقي في الخابية ليبتلّ ويخرج منه الحلاوة.

(بمثلهما) أي بالمنقعين على ما هو الظاهر من كلامه، وفيه إشارة إلى أنه: لا يجوز بيعهما منقعين باليابس منهما، وهو مذهب محمد، ويجوز عندهما على ما صرّح به في «البحر» و«شرح النقاية».

(متساوياً) أي: كيلاً، قيدٌ لجميع ما ذكر بعد قوله: «وكذا بيع البر» هذا عندهما.

(خلافاً لمحمد) وهو يعتبر المساواة حال الجفاف ومفرّعه ما روينا من حديث سعد.

وأبو حنيفة يعتبر المساواة في الحال؛ عملاً بإطلاق ما روينا في الأشياء الستة.

وكذلك أبو يوسف، إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر؛ عملاً بحديث سعد.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: أن الرواية محفوظة عن محمد: أنّ بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا انتفخت، وأما إذا ابتلت من ساعتها.. يجوز إذا تساويا.

وَيجوزُ بيعُ لحمِ حَيَوَانٍ بِلَحْمِ حَيَوَانٍ غيرِ جنسهِ مُتَفَاضلاً، وَكَذَا اللَّبنُ.

والجاموسُ مَعَ الْبَقرِ جنسٌ وَاحِد، وَكَذَا الْمعزُ مَعَ الضَّأْنِ، وَالْبُخْتُ مَعَ العِرَابِ.

وَيجوزُ بيعُ خلِّ الْعِنَبِ بخلِّ الدَّقَل مُتَفَاضلاً، ....

(ويجوز بيع لحم حيوان) كشاة وبقر مثلاً **(بلحم حيوان غير جنسه)** كبعير مثلاً **(متفاضلاً؛ لعدم الجنسية)**، فلا تتحقق العلة المحرمة، بخلاف لحم الطيور؛ حيث يجوز بيع بعضها ببعض مطلقاً مع اتحاد الجنس؛ لأنه ليس بوزني، ولا كيلي عادة [١٠٨/ب]، فلم يتناوله القدر الشرعي؛ فيجوز مطلقاً.

(وكذا اللبن) أي: يجوز بيع لبن حيوان بلبن غير جنسه لما ذكرناه.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن المقصود من اللحم التغذي فيتحد الجنس.

قلنا: اختلاف اللحم تابع لاختلاف الحيوان، فلما اختلف الحيوان جنساً على ما هو الغرض.. اختلف لحمه ولبنه أيضاً.

(والجاموس مع البقر جنس واحد، وكذا المعز مع الضأن، والبخت مع العراب) والأصل فيه: أن كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة.. لا يوصف باختلاف الجنس.

وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر.. فهو يوصف باختلاف الجنس.

(ويجوز بيع خل) بالمعجمة **(العنب بخل الدقل)** بفتحتين، وهو أردأ التمر، **(متفاضلاً)** إذا كان يداً بيد.

وكذا حكم سائر التمور، والكلام خارج مخرج الغالب، وإنما جاز للاختلاف بين أصليهما.

وكذا يجوز بيع شعر المعز بصوف الغنم متفاضلاً؛ لاختلافهما جنساً باختلاف المقاصد؛ لأن اختلاف المقاصد كالتبدل بالصفة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل.

وَكَذَا شَحمُ الْبَطنِ بالإلِيةِ، أَو بِاللَّحْمِ، وَالْخبْزِ بِالْبرِّ أَو الدَّقِيقِ أَو السَّوِيقِ وإِنْ كانَ أَحدُهمَا نَسِيئَةً، وبِهِ يُفْتى.

(وكذا) يجوز بيع **(شحم البطن بالإلية أو باللحم)** متفاضلاً؛ لاختلاف الجنس باختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً.

(و)كذا يجوز بيع **(الخبز بالبر أو الدقيق أو السويق، وإن كان)** - وصلية - **(أحدهما نسيئة، وبه يفتى)**.

بيع الخبز بالبر أو الدقيق أو السّويق؛ إما أن يكون حال كونهما نقدين، أو أحدهما نقد والآخر نسيئة.

فإن كان الأول.. جاز؛ لاختلاف الجنس بالصنعة؛ لأن الخبز صار بالصنعة عددياً أو موزوناً، فخرج من أن يكون مكيلاً، والبر والدقيق والسويق مكيل.. فيجوز البيع ولو متفاضلاً على الأصح، وهو المختار للفتوى.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز.

وإن كان الثاني: فإما أن يكون البر والدقيق والسويق نسيئة أو الخبز نسيئة؛ فإن كان الأول.. جاز؛ لأنه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره، وإن كان الثاني.. جاز أيضاً عند أبي يوسف؛ لأنه أسلم في موزون، ولا يجوز عندهما؛ لأنه يختلف باعتبار الصورة طولاً وعرضاً وغلظاً ورقة، وباعتبار الخباز والتنور.

والفتوى على قول أبي يوسف؛ لحاجة الناس إليه، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمّي، كي لا يصير استبدالاً بالسلم فيه.

قالوا: والأحسن فيما إذا أراد دفع البر إلى الخباز، وأخذ الخبز متفرقاً؛ أن يباع خاتم أو سكين مثلاً من الخباز بقدر ما أراد من الخبز، ويجعل الخبز الموصوف بصفة معلومة ثمناً، حتى يصير ديناً في ذمة الخباز ويسلم الخاتم إليه، ثم يشتري الخاتم بالبر، كذا [١٠٩/أ] في «خزانة الفتاوى».

وَلَا يجوزُ بيعُ الْجيّدِ بالرديءِ إِلّا مُتَسَاوِياً، وَكَذَا الْبُسْرُ بِالتَّمْرِ، وَلَا الْبرُّ بالدقيقِ أَو بالسويقِ أَو بالنُّخالةِ مُطلقاً.

(ولا يجوز بيع الجيّد بالرديء) مما فيه الربا **(إلا متساوياً)**؛ لقوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواء»، ولأنه لا يعدّ تفاوتاً عرفاً على ما ذكرناه.

(وكذا) لا يجوز بيع **(البسر بالتمر)** متفاضلاً؛ لأنه ثمر؛ لأن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما ينعقد صورته، فيتحد الجنس.. فيحرم الفضل.

ويجوز متساوياً كيلاً يداً بيد بالإجماع؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع.

ويجوز بيع الكفري متساوياً متفاضلاً يداً بيد؛ لأنه ليس بتمر؛ لكونه قبل انعقاد الصورة، بل هو عددي متفاوت على ما في «العناية».

(ولا) يجوز بيع **(البر بالدقيق أو بالسويق أو بالنخالة مطلقاً)** أي: لا متفاضلاً ولا متساوياً؛ الشبهة الربا؛ لأنها مكيلة وهو الظاهر، والمجانسة باقية من وجه؛ لأن الجنس يختلف باختلاف الاسم والصورة والمعاني، وقد اختلف حيث زال عنه اسم البرّ، وتبدّلت الصورة والمعاني؛ لأن ما يعنى من البر لا يعنى من الدقيق والسويق والنخالة، وربا الفضل بين البر والبر قد كان ثابتاً قبل الطحن للجنسية، وبعدما زالت الجنسية من وجه دون وجه.. وقع الشك في زوالها، واليقين لا يزول بالشك.

فإن قيل: إنها إما بر أو لا، والثاني يوجب الجواز مطلقاً أي متساوياً أو متفاضلاً، والأول يوجب الجواز متساوياً.

أجيب: بأن المساواة إنما تكون بالكيل، والكيل غير مستو بينها وبين البر؛ لاكتنازها وتخلخل حبات الحنطة.. فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل.

قيل: حرمة الربا حرمة تتناهى بالمساواة في الأصل، وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع: حرمة لا تتناهى، فصار مثل ظهار الذمي؛ حيث لا يتناهى بالكفارة؛ لعدم أهلية الكافر بالكفارة.

وَلَا بيعُ الزَّيْتُونِ بالزيتِ، والسِّمْسِمِ بالشّيرجِ حَتَّى يكونَ الزَّيْتُ والشيرجُ أَكثرَ مِمَّا فِي الزَّيْتُونِ والسِّمْسِمِ، لتَكونَ الزِّيَادَةُ بالثجيرِ.

وأجيب: بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحقيقة أو في الشبهة، والثاني ممنوع؛ فإن حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والأول مسلم، لكن ما نحن فيه من قبيل الثاني.

قيل: ويجوز أن يقال: الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها، وفيما نحن فيه لا تتحقق.

(ولا) يجوز **(بيع الزيتون بالزيت، والسمسم بالشيرج، حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم؛ لتكون الزيادة في الثجير)** - بالثاء المثلثة الفوقية - ثفل كل شيء يعصر على ما في «المغرب».

اعلم: أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين، وأخرى باعتبار ما في الضمن، ولا يعتبر الثاني مع وجود الأول، حتى جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن، وإذا عدم الأول.. يعتبر الثاني، حتى لم يجز بيع الحنطة بالدقيق، والزيت مع الزيتون من هذا القبيل [١٠٩/ب].

فإذا بيع أحدهما بالآخر؛ فإما أن يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أولا، والثاني لا يجوز لتوهم الفضل.

والأول إما أن يكون المنفصل أكثر أو لا، والثاني لا يجوز؛ لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير، إن نقص المنفصل من المستخرج، ومن الزيتون والثجير وحده إن ساواه، على تقدير أن يكون الثجير ذات قيمة، وإلا: كما الزبد بعد إخراج السمن منه، إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن.. فإنه يجوز، وهو المروي عن أبي حنيفة.

والأول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

وَلَا يستقرضُ الْخبزَ أصلاً.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يجوزُ وزناً، وَبِه يُفْتى.

وَعند مُحَمَّدٍ: يجوز عدداً أَيْضاً.

والشيرج بالسمسم، والجوز بدهنه، واللبن بسمنه، والعنب بعصيره، والتمر بدبسه، على هذا الاعتبار.

فإن قيل: إن السمسم مثلاً يشتمل على الشيرج والثجير؛ فإما: أن يكون المجموع منظوراً إليه.

من حيث هو كذلك.. فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً؛ لأن الشيرج وزني والسمسم كيلي.

أو: من حيث الأفراد، فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صرفاً لكلّ واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه؛ كما إذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكذا شعير، أو يكون أحدهما إما الدهن أو الثجير منظور إليه فقط، والثاني منتف عادة، والأول يوجب أن يقابل الثجير بشيء من الدهن، وليس كذلك.

أجيب: بأن المنظور إليه هو المجموع من حيث الأفراد، ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً.

قوله: «صرفاً لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه»: قلنا: ذلك إن كانا منفصلين خلقة، كما في مسألة الأكرار؛ لظهور كمال الجنسية حينئذ، والدهن والثجير ليسا كذلك.

(ولا يستقرض الخبز أصلاً) أي: لا وزناً ولا عدداً عند أبي حنيفة؛ لتفاوته بالطول والعرض والرقة والغلظ وبالخباز وبالتنور.

(وعند أبي يوسف: يجوز وزناً) لا عدداً؛ للتفاوت المذكور في آحاده، **(وبه يفتى)**؛ لحاجة الناس إليه، والوزن يزيل التفاوت الفاحش.

(وعند محمد: يجوز عدداً أيضاً) للتعامل فيه، وهو قاض على القياس.

وَلَا رِباً بَينَ السَّيِّدِ وَعَبدِهِ، ....

وفي «شرح المجمع»: الفتوى على قول محمد.

ورواه ابن الهمام جنساً.

وقال في «الجوهرة»: ثلاث من الدناءة: استقراض الخبز، والجلوس على باب الحمام، والنظر في مرآة الحجام. انتهى.

قلت: وكذا في مرآة الحلاق.

في «المجتبى»: باع رغيفاً نقداً برغيفين نسيئة.. يجوز.

ولو كان الرغيفان نقداً والرغيف نسيئة.. لا يجوز.

ولو باع كسرات الخبز.. يجوز نقداً ونسيئة كيفما كان، كذا في «البحر».

(ولا ربا بين السيد وعبده) المأذون الذي [١١٠/أ] لا دين عليه يحيط برقبته؛ لأنه وما في يده: لمولاه، ولم يتعلق حق أحد به، فلا يتحقق البيع.. فلا ربا.

وإذا كان مديوناً.. تحقق الربا؛ لأن ما في يده ليس ملكاً لمولاه عند أبي حنيفة، وعندهما: وإن كان ملكه، لكن لما تعلّق به حق الغرماء.. صار كالأجنبي، فتتحقق شبهة الربا، وهي كالحقيقة في وجوب الاجتناب؛ كما تتحقق بين المكاتب ومولاه.

وفي «الزيلعي» عن «المحيط»: لا ربا بينهما وإن كان مديوناً؛ لأن له أن يأخذ كسب عبده المديون بعوض يعد له استخلاصاً بغير شراء، فجعل أخذاً بهذا الطريق، إلا إذا أخذ منه درهمين بدرهم.. يرد الدرهم الزائد على العبد؛ لأنه أخذه بغير عوض لا للربا.

بخلاف المكاتب؛ لأن حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب.

وفي «البحر»: والتحقيق أنه لا ربا بينهما مطلقاً، وإن كان العبد مديوناً مستغرقاً، لكنه يرد الزائد عليه مما أخذه بلا عوض؛ لتعلق حق الغرماء به لا للربا؛ كما لو أخذ منه شيئاً بغير عقد.

وَلَا الْمُسلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

وفي مأذون «المحيط»: إذا أخذ المولى من كيس المأذون شيئاً، ثم لحقه دين.. سلم للمولى ما أخذه.

وإن كان عليه دين يوم الأخذ ولو قليلاً.. لم يسلم له.

(**ولا**) بين (**المسلم والحربي في دار الحرب**)، عند أبي حنيفة ومحمد.

خلافاً لأبي يوسف والشافعي.

لهما: الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا؛ بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض؛ فإنه إذا دخل الحربي دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم.. لا يجوز، فكذا إذا دخل المسلم أرض الحرب وفعل ذلك.. لا يجوز لما ذكرناه.

ولأبي حنيفة ومحمد: ما رواه مكحول عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ذكره محمد؛ ولأن مال أهل الحرب في دارهم مباح بالإباحة الأصلية، والمسلم المستأمن إنما منع من أخذه بعقد الأمان، حتى لا يلزم الغدر؛ فإذا بذل الحربي ماله برضاه.. زال المعنى الذي حظر لأجله.

والجواب عن قياسهما: أن المستأمن منهم في دارنا لا يحلّ لأحد منّا أخذ ماله مجاناً؛ لأنه صار محظوراً بعقد الأمان، ولهذا لا يحلّ تناوله بعد انقضاء المدة.

ولو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا.. فهو كالحربي عند أبي حنيفة؛ لأن ماله غير معصوم عنده.. فلا يجري فيه الربا.

وأما إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم.. لم يجز الربا معه؛ لكونه أحرز ماله بدارنا، فكان من أهل دار الإسلام، كذا في «البحر».

* * *

(بَابُ الْحُقُوقِ والاستحقاقِ)

يَدْخلُ الْعُلُوُّ والكَنِيفُ فِي بيعِ الدَّارِ لَا الظُّلَةِ، إِلّا بِذكرِ كلِّ حقٍّ، أَو بمرافقِها، أَو بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكثيرٍ هُوَ فِيهَا أَو مِنْهَا.

وَعِنْدَهُمَا: تدخلُ إِنْ كَانَ مَفْتَحُها فِي الدَّارِ.

وَلَا يدْخلُ الْعُلُوُّ فِي شِرَاءِ منزلٍ ....

(بَابُ الحُقُوقِ وَالاِسْتِحْقَاقِ)

قيل: كان من حقّ مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع، إلّا [١١٠/ب] أن المصنف التزم ترتيب «الجامع الصغير» الذي التزمه في «الهداية» أيضاً، ولأن الحقوق توابع.. فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع.

(**يدخل العلو والكنيف في بيع الدار**) بلا ذكر شيء من الألفاظ الثلاثة الآتية ذكرها؛ لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود، والعلو والكنيف ليس بخارج عنها، وإنما هو من توابع الأصل وأجزائه.

(**لا الظلة**) وهي السدة التي فوق الباب على ما في «المغرب».

وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان: ظلة الدار: هي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات في السكة ومفتحه في الدار [المبيعة]، وهذا ليس بمراد ههنا.

(**إلا بذكر**) واحد من هذه الثلاثة وهو (**كلّ حق**) هو لها (**أو بمرافقها، أو بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها**)، هذا عند أبي حنيفة؛ لأنها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق، فصارت كالطريق على ما هو المناسب لما ذكرنا من «المغرب».

(**وعندهما: تدخل إن كان مفتحها في الدار**)؛ لأنه من توابعه، فشابه الكنيف.

وقوله: إن كان مفتحه في الدار لا يناسب ما ذكرناه من «الجامع الصغير» لقاضي خان؛ لأنه قال: ومفتحه في الدار.

(**ولا يدخل العلو في شراء منزل**)، وهو: ما بين الدار والبيت، يتأتى فيه مرافق

إِلّا بِذِكرِ نَحْوِ: كلِّ حقٍّ.

وَلَا فِي شِرَاءِ بَيتٍ وَإِن ذُكِرَ كلُّ حقٍّ.

وَلَا الطَّرِيقُ والمسيلُ وَالشِّربُ إِلّا بِذِكرِ نَحْوِ كلِّ حقٍّ.

السكنى مع ضرب قصور فيه؛ لعدم اشتماله على منزل الدواب، كذا في «العناية».

وقال المطرزي: المنزل في عرف الشرع: دون الدار وفوق البيت، وأقله بيتان.

وقال في «النهاية»: إنه اسم لما اشتمل على بيوت و صحن مسقف ومطبخ، يسكنه الرجل مع عياله، والدار: اسم لما اشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف.

(**إلا بذكر نحو كل حق**) هو لها أو بمرافقها، أو بكل قليل أو كثير هو فيها؛ لأنه لما كان بين الدار والبيت.. أخذ حظاً من الجانبين، فلشبهه بالدار: يدخل العلو فيه عند ذكر أحد هذه الثلاثة، ولشبهه بالبيت: لا يدخل بدونه.

قال في «الكفاية»: هذا التفصيل في عرف الكوفة، وأما في عرفنا.. فيدخل العلو في بيع كلّ مسكن، صغيراً كان أو كبيراً يسمى بخانة، إلا دار السلطان.. فإنها تسمى سراى.

(**ولا في شراء بيت وإن**) وصلية (ذكر كلّ حق)، أو بمرافقه، أو بكل قليل أو كثير، أي هذه العبارات الثلاث، وذلك: لأن البيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يتضمن مثله.. فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص بذكره، وإلّا.. لكان الشيء تابعاً لمثله، وذلك لا يجوز.

وقيل: يدخل العلو في كل من: الدار والمنزل والبيت في عرفنا.

(**ولا**) يدخل في شراء بيت أو منزل أو مسكن في دار (**الطريق والمسيل والشرب** [١١١/آ] **إلّا بذكر نحو كل حق**) أو بمرافقه، أو بكل قليل أو كثير؛ لأنها خارجة عن الحدود، لكنها من التوابع.. فلم تدخل فيه نظراً إلى الأول، ودخلت بذكر واحد من هذه العبارات الثلاث نظراً إلى الثاني.

وَتَدْخلُ فِي الْإِجَارَةِ بِدُونِ ذكرٍ.

(**وتدخل**) كل من الطريق ومسيل الماء والشرب (**في الإجارة**)، للدار أو المنزل أو البيت (**بدون ذكر**) واحد من العبارات المذكورة؛ فإن الطريق في إيجار الدار، والمسيل والشرب في إيجار الأراضي.. داخلة؛ لأن الإجارة تنعقد لتمليك المنافع، ولا انتفاع بدون هذه الثلاثة؛ لأن مقصود المشتري قد يكون مجرد تجارة فتحصل الفائدة المطلوبة بالتجارة بدون الثلاثة.

والرهن كالإجارة.

وبعض مسائل هذا الباب تقدم بيانها في فصل أوّل الكتاب.. فارجع إليه.

* * *

(فَصْلٌ)

الْبَيِّنَةُ حجَّةٌ متعدّيةٌ.

(فَصْلٌ)
في بَيَانِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالاِسْتِحْقَاقِ

وهو طلب الحق، فناسب ذكره عقيب ذكر الحقوق، ولما لم يكن لطالب الحق بدّ من البينة أو الإقرار.. بدأ بذكرهما فقال: (**البينة حجة متعدية**) **في** حق العامة؛ لأن حجتها بقضاء القاضي، وللقاضي ولاية عامة، فكذا البينة، حتى لو استحق المبيع ببينة.. يرجع المشتري على البائع، ويرجع الباعة بعضهم على بعض، فتصير حجة في حق الكل.

قال في «العناية» و«الكفاية» و«الزيلعي»: إن البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة.

والذي ظهر منه: أن معنى التعدي: أن يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس في كل شيء قضي به بالبينة، وليس كذلك.. بل إنما يكون القضاء على الكافة:

في حق العتق على ما صرّح به في «الخلاصة» حيث قال: القضاء بحرية العبد قضاء في حق الناس كافة. انتهى.

وفي حق النكاح والنسب وولاء العتاقة، على ما صرّح به في «الخلاصة الصغرى»؛ حيث قال: إذا قضى القاضي لإنسان بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة، ثم ادّعاه الآخر.. لا تسمع. انتهى.

وأما في حق الوقف.. ففيه خلاف؛ ففي «الخلاصة»: والقضاء بوقفية موضع، هل يكون قضاء على الناس كافة؟

اختلف المشايخ فيه.

وفي كتاب الدعوى: أرض في يد رجل، ادّعى رجل أنّ هذه الأرض أو الدار وقف من جهة فلان على جهة كذا، وأنه متولّي ذلك الوقف، وذكر الشرائط، وأثبت

بالبينة، وقضى القاضي بالوقفية، ثم جاء رجل وادّعى أن هذه الأرض ملكه وحقه.. تسمع.

بخلاف العبد إذا ادّعى العتق على إنسان، وقضى القاضي بالعتق، ثم ادّعى رجل أن هذا العبد ملكه.. لا تسمع؛ لأن القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس كافة، بخلاف الوقف.

قال الصدر الشهيد: لم أر لهذا رواية [١١١/ب]، ولكن سمعت أنّ فتوى السيد أبي شجاع على هذا.

وفي «فوائد شمس الأئمة الحلواني» وركن الإسلام علي السعدي: أن الوقف كالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية؛ لأن الوقف بعدما صحّ بشرائطه.. لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة، هكذا في «البحر».

وصحّح في «العمادي»: أن القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة، فتسمع فيه دعوى الملك.

والحاصل: أن القضاء بها بالحرية والنكاح والنسب والولاء.. قضاء على الكافة بالاتفاق، وفي الوقف: ليس كذلك، بل يقتصر على الأصحّ.

وأما القضاء بالملك.. فهو قضاء على المدعى عليه.

وعلى من تلقى الملك من جانبه - وهو البائع - إذا قضي بها على المشتري.. فهل يصير البائع مقضياً عليه بتلك القضاء؟

ففيه تفصيل:

إن قال المشتري في جواب دعوى المدعي: هذا ملكي؛ لأنني اشتريته من فلان يعني البائع.. فصار البائع مقضياً عليه، حتى لا تسمع دعوى البائع هذا المحدود، ويرجع المشتري بالثمن.

أما إذا قال في الجواب: ملكي، ولم يزد عليه.. لا يصير البائع مقضياً عليه.

وَالْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ.

والإرث كالشراء، على ما نصّ عليه في «الجامع الكبير».

وصورتها: دار في يد رجل يدعي أنّها له، فجاء آخر وادّعى أنّها له ورثها من أبيه، وأقام البينة، وقضى القاضي له على ذي اليد بها، ثم جاء أخ المقضي عليه وادّعى أنّ هذه الدار كانت لأبيه، وتركها ميراثاً له بين الأخ المقضي عليه وبينه.. يقضى للأخ المدعي بنصف الدار؛ لأن الأخ المقضي عليه - إلا ذي اليد - لم يقل في الجواب: ملكي لأني ورثتها من أبي.. فلم يصر الأخ الآخر مقضياً عليه.. فتسمع دعواه.

قال في «الدرر» من باب الاستحقاق: الحكم في الحرية الأصلية حكم على الكافة، حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد، وكذا العتق وفروعه؛ لأن الحرية حق الله تعالى.

وأما الحكم بالحرية في الملك المؤرخ.. فعلى الكافة من التاريخ لا قبله.

وصورته: إذا قال زيد لبكر: إنك عبدي، ملكتك منذ خمسة أعوام، فقال بكر: إني كنت عبد بشر، ملكني منذ ستة أعوام فأعتقني، فبرهن عليه.. اندفع دعوى زيد.

ثم إذا قال عمرو لبكر: إنك عبدي ملكتك منذ سبعة أعوام، وأنت ملكي الآن، فبرهن عليه.. يقبل ويفسخ الحكم بحريته، ويجعل ملكاً لعمرو.

وبه صرّح الإمام قاضي خان في أول البيوع من «شرح الزيادات»؛ حيث قال: القضاء بالعتق في الملك المؤرخ.. قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ لا قبله.

(والإقرار حجة قاصرة)؛ لأنه لا يتوقف على القضاء، بل هو حجة بنفسه.

وللمقر ولاية على نفسه دون على غيره فيقتصر عليه، حتى لو استحق المبيع بإقرار المشتري.. لا يرجع المشتري [١١٢/أ] على البائع بالثمن، ولا الباعة بعضها على بعض.

ولو أقر المؤجر أن الدار لغيره.. لا تفسخ الإجارة.

وَالتناقضُ يَمْنَعُ دَعْوَى الْمِلك ....

وفي «الفصولين»: لو استحق المبيع وبرهن المدّعي، ثم أقر المدعى عليه بالملك.. يقضى له بالإقرار لا بالبينة ؛ إذ البينة إنما تقبل على المنكر لا على المقر، وفيه اختلاف المشايخ، فقيل: بالبينة، والأوّل أظهر وأقرب إلى الصّواب. انتهى.

واعترض على كون الإقرار قاصراً بمسألتين:

إحداهما: إذا أراد الزوج أن يسافر بامرأته، فأقرت بدين لإنسان؛ فإنه يمنعها عن السفر.

وثانيهما: إذا أقر المؤجر بدين.. يصح وتنفسخ الإجارة.

ففي الصورتين: لم يقتصر الإقرار على المقر.

والجواب عنه بوجوه:

الأول: لا نسلم أن المرأة والمؤجر يصدقان في إقرارهما في حق الزوج والمستأجر على ما هو المذهب عند أبي يوسف ومحمد، حتى لا يكون للمقر له حبسهما وملازمتهما، ولا يبطل حق الزوج في نقلها، ولا تنقض الإجارة، على ما ذكره العتابي في شرح «الزيادات»، وإنما يصدقان في قول أبي حنيفة.

والثاني: أن المرأة والمؤجر يقدران على الإنشاء بالاستقراض، فكذا يملكان على الإقرار؛ لأنه تصرف في ذمّة نفسهما.

والثالث: ما ذكره العتابي: أن إقرار الإنسان على غيره لا يصح، وذلك بأن يتضمن إقراره بطلاق حق الغير، بحيث يضاف البطلان إلى إقراره، ففي مسألة الإجارة إنما يصح إقراره؛ لأنه تصرّف في ذمة نفسه بإلزام الدّين، ثم تعدّى إلى حق المستأجر، وحقّه إنما يبطل بعد الإقرار.. فلا يضاف البطلان إلى إقرار المؤجر، فلا يكون إقراراً على الغير؛ وكذا مسألة المرأة. انتهى.

(والتناقض يمنع دعوى الملك)؛ لأن القاضي لا يمكن له أن يحكم بأحد المتناقضين؛ لعدم الأولوية.. فتساقطا، وهذا معنى المنع.

وهل يلزم كون كلا الدعوتين المتناقضين عند القاضي في تحقق التناقض أو يكفي كون إحداهما عنده؟

فيه خلاف بينهم:

ففي «البزازية» نقلاً عن «الأجناس الصغرى»: ادعى محدوداً بشراء أو إرث، ثم ادّعاه ملكاً مطلقاً.. لا تسمع إذا كانت الدعوى الأولى عند القاضي، وأما إذا لم تكن عند القاضي.. فهذا والأوّل سواء، وهذا على الرواية التي ذكروا: أنَّ التناقض إنما يتحقق إذا كان كلتا الدعوتين عند القاضي.

وأما من اشترط أن تكون الثانية عند القاضي.. يكتفى في تحقق التناقض: كون الثاني عند الحكم، وهل يكفي في دفع التناقض إمكان التوفيق، أو لا بد له من التوفيق بالعقل؟

ففي «البزازية»: ادعى رجل أنه لفلان وكله بالخصومة، ثم ادّعى لفلان آخر وكله بالخصومة.. لا يقبل؛ لأن الوكيل بالخصومة في عين من جهة زيد مثلاً.. لا يلي إضافته إلى غيره، إلا إذا وفق وقال كان لفلان الأوّل، وكان وكلّني بالخصومة ثم باعه من الثاني [١١٢/ب] ووكّلني الثاني أيضاً.

والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد مدّة، وبرهن على ذلك، على ما نصّ عليه الحصري في «الجامع»، دلّ ذلك أن إمكان التوفيق لا يكفي. انتهى.

ثم قال: وما يدل على أن إمكان التوفيق لا يكفي، ويشترط التوفيق بالفعل: ما قال في «الفتاوى»: ادعى محدوداً إرثاً عن أبيه وبرهن، فدفع المدعى عليه بأن المدّعي أقر بأنه ملك أمّه، وإني اشتريته من أمّه، وصحّح دعواه، وأتى بالصك.. فهذا دفع مسموع.

وقال بعضهم: لا يسمع؛ لإمكان أن يكون ملكاً لأمة ماتت وتركته ميراثاً لأبيه، قال: هذا لا يصحّ ما لم يوفق بالتلقي المذكور.

ولو فتح هذا الباب.. ما تحقق تناقض أبداً، ولما احتيج إلى توفيق ما، ألا ترى كأن المدّعى عليه لو ابتدأ لدفع وقال في هذه المسألة: لا تصح دعواك؛ لأني اشتريته من أمّك، ووجد تقابض البدلين، وأنت أيضاً أقررت بأنه ملك أمّك، أتقول في هذا بصحة الدفع؟

إن قلت: لا.. فقد كابرت؛ لأنه بخلاف الروايات الصريحة، وإن قلت: نعم.. فقد ناقضت؛ حيث اعتمدت في الأول على إمكان التصور، وذلك ثابت هنا أيضاً، فالقول بصحة الدفع في الثاني، مع القول بعدمه في الأول.. نقض الأصل.

واختار شيخ الإسلام: أن إمكان التوفيق يكفي.

وذكر بكر في «شرح الجامع الكبير» أيضاً: أن التوفيق بالفعل شرط في الاستحسان، والقياس: الاكتفاء بإمكانه، قال بكر: ومحمد ذكر التوفيق في البعض؛ ولم يذكر في البعض.. فيحمل المسكوت على المذكور.

وذكر الخجندي واختار: أن التناقض إن كان من المدّعي.. لا بد من التوفيق بالفعل، ولا يكفي الإمكان، وإن كان من المدعى عليه.. يكفي الإمكان؛ لأن الظاهر عند الإمكان: وجوده ووقوعه، والظاهر: حجة في الدفع لا في الاستحقاق، والمدعي مستحق، والمدعى عليه دافع، والظاهر يكفي في الدّفع لا في الاستحقاق.

ويقال أيضاً: إن تعدّد الوجوه لا يكفي الإمكان، وإن اتحد.. يكفي الإمكان.

والتناقض كما يرتفع بتصديق الخصم.. يرتفع بتكذيب القاضي أيضاً؛ كمن ادّعى أنه كفل له عن مديونه بألف، فأنكر الكفالة، فبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه، وحكم به القاضي، وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كان كفيلاً عنه بأمره، وبرهن على ذلك.. يقبل عندنا، ويرجع على المديون بما كفل؛ لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء.

لَا الْحُرِّيَّةِ ....

وكذا إذا استحق المشتري من [يد] المشتري بالحكم.. يرجع على البائع بالثمن، وإن كان كل مشتر مقراً بالملك لبائعه، لكنه لما حكم ببرهان المستحق.. صار مكذباً شرعاً باتصال القضاء به [١١٣/أ]، الكل في «البزازية».

ومما يدلّ على أن إمكان التوفيق لا يكفي.. ما ذكره في «الفتاوى»: ادّعى شراء دار من أبيه، فقبل أن يزكي شهوده برهن على أنه ورثها من أبيه.. يقبل لوضوح التوفيق؛ لأنه يقول: جحدني الشراء فملكت بالإرث، وعلى العكس.. لا يرهن على أنه له بالشراء أو بالإرث [وعلى العكس.

برهن على أنه له بالإرث]، ثم قال: لم يكن لي قطّ.. لم يقبل برهانه وبطل القضاء.

ادعى الصدقة منه منذ سنة، ثم ادعى الشراء منه منذ شهر وبرهن.. لا يقبل، إلا إذا وفق.

ومما يدلّ على أن الإمكان يكفي.. ما ذكره في «الظهيرية»: رجل ادّعى على رجل مقداراً معلوماً بأنّه دين له عليه، وأنكره المدعى عليه، ثم ادّعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة.. فإنه لا تسمع دعواه؛ لأنه تناقض في كلامه، ولو كان الأمر بالعكس.. تسمع؛ لإمكان التوفيق؛ لأن مال الشركة يجوز أن يكون ديناً بالجحود، والدين لا يصير مال الشركة.

(لا الحرية) لأن مبناها على الخفاء؛ لانفراد الولي بالإعتاق، وكلّ ما يتنى على الخفاء.. يقدر في التناقض.

نظيره كثيرة:

منها: ما ذكره في «البزازية»: أقرّ بالرق وإنقاد للبيع، ثم ادعى الحرية الأصلية أو العارضة، وبرهن.. يقبل لخفاء حال العتق عليه؛ فإن المولى ينفرد بالإعتاق؛ ولهذا

قلنا: المكاتب إذا ادّعى بدل الكتابة، ثم ادّعى تقدم إعتاقه على الكتابة.. تقبل ويرد بدل الكتابة.

وفيها أيضاً: ادعى الرقيق حرية الأصل، ثم العتق العارضي.. تقبل، ولا يمنع التناقض صحة الدعوى؛ لما فيه من الخفاء.

ومنها: ما ذكر في «المبسوط»: أنّ الأمة إذا أقرّت بالرق فباعها المقرّ له.. جاز؛ فإن ادعت عتقاً بعد البيع، وأقامت البينة على عتق من البائع، أو على أنها حرة الأصل.. قبلت بينتها استحساناً.

ولو باع عبداً ودفعه إلى المشتري، وقبض ثمنه، وقبضه المشتري وذهب به إلى منزله، والعبد ساكت: وهو ممن يعبر عن نفسه.. فهذا إقرار منه بالرق؛ لأنه انقاد للبيع والتسليم، ولا يثبت ذلك شرعاً إلا في الرقيق، فلا يصدق في دعوى الحرية بعد ذلك؛ لأنه سعى في نقض ما تم من جهته، إلا أن تقوم له بينة على ذلك فحينئذٍ تقبل، والتناقض لا يمنع من ذلك.

وهل يمنع التناقض صحة الدعوى في الوقت كما في دعوى الملك، أو لا يمنع كما في الحرية؟

ففي «قاضي خان»: رجل باع أرضاً، ثم ادعى أنه كان وقفها قبل البيع، فأراد تحليف المدعى عليه.. ليس له ذلك عند الكل؛ لأن الحلف يعتمد صحة الدعوى، ودعواه لا تصح؛ لمكان التناقض.

وإن أقام البينة على ما ادّعاه.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: [١١٣/ب] لا تقبل بينته؛ لأنه متناقض.

وقال بعضهم: تقبل بينته؛ لأن التناقض لا يمنع الدعوى في الوقف.

وعلى قول الفقيه أبي جعفر: الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف؛ لأن الوقف حق الله تعالى، وهو التصدق بالغلة، فلا تشترط فيه الدعوى؛ كالشهادة على

الطلاق والعتق، إلا أنه إذا كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع.. لا يعطى له شيء من الغلة، وتصرف جميع الغلة إلى الفقراء؛ لأن الشهادة قبلت لحق الفقراء.. فلا تظهر إلّا في حق الفقراء.

وقيل: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الوقف على قوم بأعيانهم.. لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكلّ، وإن كان الوقف على الفقراء أو على المسجد؛ عندهما.. تقبل.

وعند أبي حنيفة: لا تقبل بدون الدعوى. انتهى.

ورجّح الإمام البزازي في «فتاواه» هذا التفصيل.

وفي «العمادي» و«الفصولين»: وعليه فتوى الكرماني.

ومن هنا ظهرت بينة البائع على وقفية ما باع.. مختلف فيها، قيل: تقبل، وقيل: لا.

وهل تقبل بينة المشتري على وقفية ما اشتراه؟

ففي «العمادي»: ذكر رشيد الدين في «فتاواه»: ولو أقام المشتري البينة أن هذه الدار كانت وقفاً على أولاد فلان، أو على مسجد كذا، أو على الفقراء، وأن فلاناً وقفه وسلّمه إلى المتولي.. فدعوى الوقف لا تصح من المشتري؛ لأنه ساع في نقض ما يتم من جهته؛ ولأنه ليس بخصم في دعوى الوقفية عن الموقوف عليهم. انتهى.

وقال في الثاني عشر من دعوى «البزازية»: ولو أقر المشتري أن الأرض المشتراة مسجد أو مقبرة، وألزم الحاكم الإقرار على المشتري، ثم برهن المشتري على البائع ليرجع بالثمن عليه.. تقبل بنيته.

وهل تسمع دعوى الحرية من البائع بعد البيع، أو لا تسمع للتناقض؟

وَالطَّلَاقِ وَالنّسبِ؛

ففي الثاني عشر من دعوى «البزازية»: باع عبداً، ثم ادّعى أنه أعتقه أو كان حرّاً، ثم باعه.. تسمع.

وذكر القاضي: باع ثم ادّعى أنه كان دبّره أو أعتقه.. لا تسمع؛ للتناقض.

ولو ادّعى أنه خلق من مائه.. تقبل، ويثبت النسب ويبطل البيع.

نظيره: اشترى عبداً وادعى أنه حر، وألزمه الحاكم إقراره، فبرهن على الحرية، والعبد ينكر.. يقبل ويرجع بالثمن على البايع.

ثم ذكر فيها: برهن المشتري على أن البائع كان [قد] أعتق المبيع قبل بيعه مني، أو قال: كنت علّقت عتقه بالشراء فاشتريته من آخر وبعته مني.. تقبل ويسترد الثمن.

وكذا لو برهن البائع على المشتري أنه أعتقه قبل البيع منه.. تقبل؛ لأن التناقض عفو في هذا الباب.

وفي «الأجناس»: دعوى المشتري الحرية من البائع، لو أنكر البائع وعجز المشتري إثباته.. مقصور على المشتري [١١٤/أ]، وإن برهن.. تقبل عند الثاني.

وقالا: لا تقبل بينة المشتري على البائع بعد الشراء. انتهى.

وهل يعتبر التناقض في الأراضي الأميرية كما في دعوى الملك، أو لا يعتبر كما في دعوى الوقف والحرية؟

لم أره صريحاً، لكن الظاهر من فتاوى مشايخ الإسلام: أنه لا يعتبر كما في دعوى الوقف.

(والطلاق)؛ لأن مبناه على الخفاء كالحرية؛ لأن الزوج ينفرد بالطلاق.

نظيره: إذا اختلعت المرأة من زوجها، ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع.. تقبل بينتها، ولها أنت تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة؛ لأن التناقض عفو؛ لانفراد الزوج بإيقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم.

(والنسب)؛ لأن مبناه أيضاً على الخفاء، لابتنائه على العلوق.

نظيره: باع عبداً ولد عنده، وباعه المشتري من آخر، ثم ادّعاه البائع الأوّل أنه ابنه.. تسمع دعواه ويبطل البيع الأول والثاني معاً لأن النسب يبتني على العلوق، وهي خفاء.. فيعذر في التناقض.

قال في «البحر»: إنّ المراد بالنسب في قولهم: التناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق: خاص في الأصول والفروع، وأما تناقض غيرهم.. فإنه يمنع الدعوى، واستشهد عليه بمسألة نقلها عن «الظهيرية» وهي: رجل ادّعى على رجل أنه أخوه، وادّعى عليه النفقة والميراث، فقال المدعى عليه: ليس هو بأخي، ثم مات المدّعي وخلف أموالاً كثيرة، فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه، وقال: هو أخي.. لا تقبل ولا يقضى له بالميراث؛ لأنه متناقض.

ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البنوة أو الأبوة، والمسألة بحالها.. يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث.

ثم قال: وأرجعوا التناقض في غير دعوى الأبوة والبنوة من دعاوي النسب إلى التناقض في دعوى الملك؛ لكونه لا تصح الدعوى بأنه أخوه.. إلا إذا ادّعى حقاً.

ولهذا قال في «البزازية» من العاشر في دعوى النسب والإرث.

ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه؛ إن أدّعى إرثاً أو نفقة وبرهن.. تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً، حتى لو حضر الأب وأنكر.. لا تقبل، ولا يحتاج إلى إعادة البينة؛ لأنه لا يتوصل إليه إلّا بإثبات الحق على الغائب.

وإن لم يدع مالاً، بل ادعى الأخوة المجردة.. لا تقبل؛ لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه، والخصم فيه هو الأب لا الأخ.

وكذا لو ادّعى أنه ابن ابنه، أو أبو أبيه، والابن والأب غائب أو ميت.. لا تصح ما لم يدع مالاً؛ فإن ادّعى مالاً.. فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً كما مر.

بخلاف ما إذا ادعى على رجل - أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة [١١٤/ب] أنها زوجته، أو ادعت هي عليه أنه زوجها، أو ادّعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة، أو ادّعى عربي على آخر أنه معتقه، أو ادعت على رجل أنها أمّه، أو كانت الدّعوى في ولاء الموالاة - **وأنكره المدعى عليه، فبرهن المدعى على ما قال.. تقبل؛** ادعى به حقاً أو لا.

بخلاف دعوى الأخوة ونحوها؛ لأنها دعوى على الغير.

ألا ترى أنه لو أقرّ بأنه أبوه أو ابنه أو زوجها أو زوجته.. صح.

ولو أقرّ بأنّه أخوه.. لا؛ لكونه حمل النسب على الغير. انتهى.

هكذا ذكره في «المحيط» أيضاً.

فإن قيل: كيف يصح التخصيص المذكور، وقد قال في «العمادي» و«الفصولين»: أنه لو قال: أنا لست بوارث له، ثم ادعى أنه وارثه وبيّن الجهة.. يصح، والتناقض في النسب لا يمنع صحة الدعوى. انتهى.

فإن الظاهر منه: أن التناقض في دعوى النسب معفو مطلقاً بلا تخصيص بالأبوة والبنوة، ولا يمنع صحة الدعوى في شيء من النسب أصلاً.

أقول: المراد بالتناقض المذكور في «العمادي» و«الفصولين»: هو التناقض بين النفي المطلق عن ذكر الجهة؛ بأن قال: أنا لست بوارث له، بلا ذكر جهة من جهات النسب، وبين الدعوى المقيدة بذكر جهة من جهات النسب؛ من: الأبوة أو البنوة أو الأخوة أو العمومة أو الخؤولة إلى غير ذلك؛ فإن هذا التناقض معفو مطلقاً، حتى لو قال: أنا لست بوارث له، ثم ادّعى أنه أبوه، أو ابنه، أو وجده، أو ابن ابنه، أو أخوه لأب وأم، أو لأب، أو لأم، أو عمه، أو خاله، أو ابن عمه، أو ابن خاله، أو عمته، أو خالته.. تسمع، ولا يضر هذا التناقض؛ لأن هذا ليس بتناقض في الحقيقة؛ لعدم

اتحاد الجهة في الطرفين، وهو شرط في التناقض الحقيقي، وإنما التناقض فيها بحسب الظاهر، وذا لا يضرّ.

بخلاف ما ذكره في «البحر»؛ فإن مراده بالتناقض: هو التناقض الحقيقي، وهو ما كان مع اتحاد الجهة في مقام النفي والإثبات؛ فإن عفو هذا التناقض مختص بالأبوة والبنوة والأمومة، ولا يعفى في دعوى الأخوة والجدية وابن الابن والعم وابن العم والخال وابن الخال والخالة وغيرها، حتى لو قال: أنا لست بأخ له، ثم ادّعى أنه أخوه لأب وأمّ، أو لأب، أو لأم.. لا تسمع؛ للتناقض.

أو قال: أنا لست بابن ابن له، أو عمّ، أو ابن عمّ له، أو خال، أو ابن خال له، ثم ادّعى أنه ابن ابنه، أو عمّه، أو ابن عمّه، أو خاله، أو ابن خاله.. لا تسمع للتناقض.

فإن قيل: قد تقدّم أن التناقض إنما يعفى لكونه محلّ الخفاء، والنسب كله - سواء كان الأبوة أو البنوة أو ابن الابن أو الأخوة أو العمومة أو الأخولة أو غيرها - في محل الخفاء؛ لابتنائها كلها على العلوق.. فلا يصح التخصيص بالأبوة والبنوة.

قلنا: نعم [١١٥/أ]، لكن الكون: في محل الخفاء، وهو المقتضي للعفو، وهذا لا يكفي في العفو، بل لا بدّ له من ارتفاع المانع وهو كونه دعوى على الغير، وهذا مرتفع في دعوى الأبوة أو البنوة؛ لأنه ليس دعوى على الغير، بخلاف دعوى الأخوة والعمومة وغيرهما من المعاني المذكورة.. فإنها دعوى على الغير وهو مانع.. فلا تسمع لوجود المانع ما لم يدع حقاً.

واعلم: أنّ الأصل ههنا: أن كلّ ما كان مبناه على الخفاء.. فالتناقض فيه عفو عند ارتفاع المانع.

منها: ما ذكره المصنف: الحرية والطلاق والنسب.

ومنها: ما ذكر في «البزازية»: ادّعى عليه أنه استهلك عيناً له، وعليه قيمته، ثم ادّعى أن العين قائم في يده وعليه إحضاره.. تقبل، وكذا على القلب؛ لأنه مكان للخفاء فيعفى فيه التناقض.

ومنها: ما ذكر في «الظهيرية»: اشترى داراً لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك، فكبر الابن ولم يعلم ما صنع الأب، ثم إنّ الأب باع الدار من رجل وسلّمها إليه، ثم إن الابن استأجر الدار من المشتري، ثم علم الابن ما صنع الأب، فادّعى الدار على المشتري وقال: إن أبي اشترى هذه الدار لي من نفسه وفي صغري وهي ملكي، وأقام على ذلك بينة، فقال المدعى عليه في دفع الدعوى للمدعي: إنك متناقض في هذه الدعوى؛ لأن استئجارك الدار مني.. اعتراف منك أن الدار ليست لك، فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضاً!

قال: الصحيح: أن هذا لا يصلح دفعاً لدعوى المدّعي، وإن كان هذا تناقضاً؛ لأن هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى مما فيه من الخفاء؛ فإن الأب يستقل بالشراء للصغير، ومن الصغير لنفسه، والابن ليس له علم بذلك.

وفي «العيون»: قدم بلدة واشترى أو استأجر داراً، ثم ادّعاه قائلاً: بأنه دار أبيه، مات وتركها ميراثاً له، وكان لم يعرفه وقت الاستيام والاستئجار.

قيل: لا يقبل للتناقض، وقيل: يقبل، وهو الأصح لما فيه من الخفاء.

وفي «المنية»: ابنان اقتسما التركة، ثم ادّعى أحدهما أن أباه كان جعل له هذا الشيء المعين من الذي كان داخلاً تحت القسمة؛ إن قال: إنه كان في صغري.. تقبل، وإن مطلقاً.. لا تقبل.

ذكر الوتار: تولّى ولاية وقف، أو تولّى وصاية تركة بعد تعين كونها تركة، أو قسم تركة بين ورثة، ثم ادّعاه لنفسه.. لا تسمع؛ للتناقض.

اشترى جارية في نقاب، ثم ادعاها وزعم أنه لم يعلمها.. لا يقبل للتناقض.

فَلَو ولدتَ أمةٌ مبيعةٌ فاستُحِقَّتْ بِبَيِّنَةٍ.. تَبعهَا وَلَدُهَا إِن كَانَ فِي يَده، ....

ولو اشترى ثوباً في منديل، ثم ادّعى أنّه له.. يقبل.

قال محمد في الفرق: انظر إلى ذلك الشيء، إن كان مما يمكن أن يعرف وقت المساومة؛ كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه.. لا تقبل؛ للتناقض، إلا إذا صدقه [١١٥/ب] المدعى عليه في عدم معرفته إياها.. فحينئذٍ تقبل.

وإن كان مما لا يعرف؛ كثوب في منديل، أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء.. تقبل؛ لما فيه من الخفاء.

وقيل: لا تقبل في مسألة المنديل أيضاً.

استأجر دابة من آخر، ثم ادّعى أنها كانت له، اشتراها له أبوه في صغره، وبرهن.. تقبل؛ لما فيه من الخفاء.

الورثة إذا تقاسموا مع الزوج أو الزوجة، ثم ادعوا الطلاق قبل الموت، وانقضاء العدة قبل الموت.. تقبل.

وكذا المديون بعد قضاء الدين لو برهن على إبراء الدائن.

وكذلك الورثة إذا تقاسموا مع الموصى له بالمال، ثم ادّعوا رجوع الموصي.. يصحّ؛ لانفراد الموصي بالرجوع.

والجامع في الكلّ: خفاء الحال.

(**فلو ولدت أمة مبيعة**) - أي: عند المشتري - لا باستيلاد مولاه علما في «الكافي».

وقال في «البحر»: لو ولدت من غير مولاه (**فاستحقت ببينة.. يتبعها ولدها**) أي: يأخذ المستحق الأمة؛ لإثباته أنها ملكه، ويأخذ ولدها أيضاً تبعاً لها؛ لما تقدم أن البينة حجة متعدية إلى الفرع، لكن لا مطلقاً، بل (**إن كان**) الولد (**في يده**) أي يد المشتري؛ لأن الولد إذا كان في يد رجل غائب.. فالقضاء بالأم لا يكون قضاء

وَقضيَ بِهِ أَيْضاً.

وَقيل: يَكْفِي الْقَضَاءُ بِالْأُمِّ.

بالولد، بل لا بدّ له من قضاء مستقل بالاتفاق على ما في «البداية».. فحينئذٍ لا يتبعها ولدها بدون القضاء.

(**وقضي به**) أي: بالولد (**أيضاً**) كما قضى بالأم.

(**وقيل: يكفي القضاء بالأم**)، ولا حاجة إلى القضاء بالولد مستقلاً؛ لأنه تابع للأم.

والأول: أصحّ على ما في «التبيين» و«العناية»؛ لأن الولد يوم القضاء منفصل عن أمه، فكان مستبداً بالقضاء.

ويؤيده: ما قال محمد: إذا قضى القاضي بالأصل ولم تعرف الزوائد.. لم تدخل الزوائد تحت الحكم.

ذكر في «البزازية» هذه المسألة ثم قال: فإن كانت هذه الجارية ولدت من المشتري.. فالولد حرّ بالقيمة يوم الخصومة، ويرجع المشتري على البائع بالقيمة.

ولو مات الولد.. لا شيء على المشتري.

وإن قتل وأخذ ديته عشرة آلاف.. غرم قيمته لا غير.

وإن ماتت وتركت مالاً كثيراً.. فكله للمشتري، ولا يغرم للبائع شيئاً، وعليه العقر.

ولو اكتسبت الجارية، أو وهب لها بأخذها المستحق مع الاكتتاب، ولا يرجع على البايع إلا بالثمن. انتهى.

وذكر فيها أيضاً قبل هذه المسألة: اشترى شجرة فأثمرت والثمار عليها، واستحقها رجل بالبينة.. تتبعها الثمرة.

اعلم: أن الاستحقاق نوعان:

استحقاق مبطل؛ كدعوى الحرية والعتق من البائع، وثبوته يوجب فسخ البياعات في كلّ الروايات.

وناقل؛ كدعواه أنه ملكه، وأنه لا يوجب فسخ البياعات في ظاهر الرواية [١١٦/أ].

وكذلك يختلف المبطل مع الناقل في الرجوع:

فإن في المبطل: الباعة يرجع بعضهم على بعض، قبل رجوع الأول على الثاني، والثاني على الثالث، ولا يرجع الأول على الثالث، إلا إن مات الثاني ولم يترك شيئاً، ولا وارثاً، ولا وصيّاً؛ فإنه حينئذ يرجع على بائع الميت إن جاز، كما ذكره في «العمادية» نقلاًعن شمس الإسلام الأورجندي: رجل اشترى من آخر جارية، ثم ظهر أنها حرّة وقد مات البائع ولم يترك شيئاً، ولا وارثاً، ولا وصيّاً، غير أن بايع الميّت حاضر؛ فإنه يجعل القاضي للميت وصيّاً حتّى يرجع المشتري على وصيّ الميت، ثم وصّي الميت يرجع على بايع الميّت ، وكذلك يرجع فيه على الكفيل، وإن لم يقبض على المكفول عنه.

وفي الناقل: لا يرجع الباعة بعضهم على بعض قبل رجوع المشتري على البايع، ولا يرجع البائع على بايعه، وكذا الكفيل لا يرجع على المكفول عنه قبل رجوع على البائع، ويتحد الناقل والمبطل من وجه، فإنهما يجعلان المستحق عليه ومن يملك منه ذلك الشيء مستحقاً عليه، حتى لو برهن عليهم مدّعي الملك المطلق: أن المستحَقَّ له.. لا يقبل برهانه.

ثم الناقل على ضربين:

قديم: وحكمه الرجوع بالثمن على بائعه؛ لأنه بان أنه باع ملك غيره.

وحديث: ومن حكمه عدم رجوع المشتري على بائعه بالثمن؛ لورود الاستحقاق بأمر حادث في ملك المشتري.. فلا يرجع على أمر كان عند البائع، وبه أمثلة كثيرة ذكرها في استحقاق «البزازية»، فارجع إليها.

ثم لا بد من معرفة حكم استحقاق بدل العقود، فقال في «الفصولين»: استحقاق بدل الخلع.. يوجب الرجوع بقيمته، واستحقاق بدل المبيع.. يوجب الرجوع بعين المبيع إن قائماً، وبقيمته إن هالكاً، واستحقاق الأجرة يوجب الرجوع بأجر المثل الذي هو قيمة المنفعة.

أقول: ينبغي أن يكون المراد بالأجرة ههنا: هو العين القيمي لا المثلي، فحينئذٍ تجب قيمة المنفعة، لا قيمة الأجرة التي هي بدل المنفعة؛ كما في المعاوضات إذا استحق أحد البدلين وهلك البدل الآخر.. تجب قيمة الهالك، لا قيمة المستحق؛ لانتقاض البيع.

وأما المثلي فينبغي أن يجب مثله؛ مثلاً: لو دفع عشرة دراهم أجرة فاستحقت.. ينبغي أن تجب عشرة مثلها، لا قيمة المنفعة؛ إذ الإجارة ينبغي أن لا تبطل باستحقاق الأجرة النقد.

هذا، واستحقاق المنفعة يوجب الرجوع بالأجرة إن باقية، وبقيمتها إن هالكة. انتهى.

وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً، ولم يذكر ما ذكره صاحب «الفصولين» بحثاً عن الفرق في مسألة استحقاق الأجرة، وذكر قبله بورقة ما يخالف هذا؛ حيث قال: وفي المقايضة إذا استحق أحد العوضين.. يرجع بقيمته؛ قياساً على ما إذا ادّعى داراً فصالحه [١١٦/ب] على شيء، ثم استحق العوض.. يرجع في دعواه. انتهى.

قلت: الفتوى على ما ذكر في «الفصولين»، بل ما ذكره البزازي في المقايضة ليس على ما ينبغي؛ لأنه إذا استحق أحد العوضين في المقايضة.. ينتقض البيع،

وَإِن أقرَّ بهَا لرجلٍ.. لَا يتبعهَا وَلَدُهَا.

سواء اعتبر المستحق مبيعاً أو ثمناً؛ لأن العقد علّق بعين البدلين؛ فإذا انتقض البيع.. يرجع بعين الآخر إن قائماً، وبقيمته أو بمثله إن هالكاً، بخلاف ما إذا كان الثمن نقداً أو مثلياً؛ لأن اللائق حينئذ أن يرجع بمثل الثمن لا بعين المبيع أو بقيمتهأو بمثله؛ كما ذكره صاحب «الفصولين» في استحقاق الأجرة.

(**وإن أقر**) المشتري (**بها**) - أي بالأمة التي في يدها - (**لرجل**).. يأخذها الرجل، (**ولا يتبعها ولدها**)؛ لما تقدم أن الإقرار حجة قاصرة، لانعدام ولايته على الغير، وإنما يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة إخبار العاقل، والثابت ضرورة يتقدر بقدرها، وهي تندفع بإثباته بغير الانفصال، فيقتصر على الحال.. فلا يظهر ملك المستحق من الأصل، حتى لا يرجع المشتري على البائع، ولا الباعة بعضها على بعض بالثمن، فلا يكون الولد له، لكنه لا مطلقاً، بل إذا لم يدع المقر له بالأم الولدَ؛ أما إذا ادّعى الولد.. كان له؛ لأن الظاهر له على ما صرّح به في «النهاية» و«العناية».

أقول: إن الظاهر إنما يصلح حجة للبقاء، لا للاستحقاق، على ما بيّن في الأصول.

فهل للمشتري الرجوع بالثمن على البائع بعد ثبوت الاستحقاق بإقراره؟

ففي «العمادي» و«الفصولين»: شرى داراً فاستحقت بإقرار المشتري، أو بنكوله عن اليمين.. لا يرجع بثمنه على بائعه، فلو برهن المشتري أنّ الدار ملك المستحق ليرجع.. تمنع الدعوى في الملك؛ ولأنه إثبات ما هو ثابت بإقراره فلغا؛ أما لو برهن على إقرار البائع أنه للمستحق.. يقبل؛ لعدم التناقض، وإنه إثبات ما ليس بثابت ولا بينة له.. فله تحليف البائع بالله ما هو للمدّعي؛ لأنه يحتمل أن ينكل فيصير بنكوله كالمقر، ويسترد الثمن بعد ذلك.

وهل يلزم للمشتري تفسير الاستحقاق حين أراد الرجوع بالثمن على البايع؟

ففي «الفصولين» أيضاً: أنه لابد أن يفسّر الاستحقاق ويبين سببه، فلو بينه وأنكر بائعه البيع، فبرهن المشتري على البيع.. تقبل ويرجع بالثمن.

وهل يشترط حضرة المبيع بسماع البينة؟

قيل: يشترط، وقيل: لا، وكذا العبد إذا تداولته الأيدي وادّعى حريته على المشتري الأخير ورجع البعض على البعض.. لا يشترط حضرة العبد عند الرجوع بالثمن، بل إذا شهد الشهود أن العبد الذي أقام البينة على حريته باعه هذا من هذا.. كفى.

وعند بعضهم: تشترط حضرته، وهكذا ذكره في استحقاق «البزازية» أيضاً [١١٧/أ]، ثم قال: وإن أنكر البائع البيع، ورجع على المشتري منه بالحكم بالبينة.. فللبائع هذا أن يرجع على بائعه بالثمن وإن كان متناقضاً؛ لارتفاع التناقض، وزعم عدم البيع بالقضاء.

وهل يلزم إعادة البينة للرجوع بالثمن على البائع بعد ثبوت الاستحقاق بالبينة؟

ففي «العمادية»: إذا استحق المشتري من يد المشتري الأخير.. يكون ذلك قضاء على جميع الباعة، وكان لكل واحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن من غير إعادة البينة، ولكن إنما يرجع كل مشتر على بائعه إذا رجع على المشتري. انتهى.

فعلم: أنه يرجع عليه بلا إعادة البينة، لكن لا مطلقاً، بل إذا رجع عند القاضي.. وقع عنده الاستحقاق، وأما إذا رجع عند غير هذا القاضي.. لا بدّ له من إعادة البينة؛ كما في استحقاق «البزازية»: إذ أراد المشتري أن يرجع على بائعه في غير البلد الذي وقع فيه الاستحقاق.. لا يكون له ذلك، ما لم يثبت الاستحقاق عند الحاكم، وإن دفع البائع إلى المشتري الثمن بلا خصومة وبرهان وإلزام الحاكم.. لا يملك أن يرجع على بائعه؛ لأنه متبرع. انتهى كلامه.

وفي «قاضي خان»: رجل اشترى جارية وقبضها، فباعها من غيره، ثم باعها الثاني من ثالث، ثم ادّعت الجارية أنها حرة، فردّها الثالث على بائعه بقولها، وقبل البائع الثاني منه، ثم الثاني ردّها على الأوّل فلم يقبل الأوّل:

وَإِن قَالَ شخصٌ لآخرَ: اشترني فَأَنا عبدٌ، فَاشْتَرَاهُ، فَإِذا هُوَ حرٌّ؛ فإِنْ كَانَ البَائِعُ حَاضراً أَو مَكَانُهُ مَعْلُوماً.. لَا يضمَنُ الْآمِرُ، ....

قالوا: إن كانت الجارية ادّعت العتق.. كان للأول أن لا يقبل؛ لأن العتق لا يثبت بقول الجارية بدون البينة.

وإن كانت الجارية ادّعت أنها حرة الأصل؛ فإن كانت حين بيعت وسلّمت انقادت لذلك.. فهو بمنزلة دعوى المعتق؛ لأنها لما انقادت إلى البيع والتسليم.. فقد أقرّت بالرق، وأن لم تكن انقادت، ثم ادعت أنها حرة.. لم يكن للبائع الأول أن لا يقبل؛ لأن القول في حرية الأصل قولها؛ فإذا استحقت نفسها بما هو حجة على الكل.. لم يكن للبائع الأول أن لا يقبل.

وقال بعضهم: إذا بيعت الجارية، ثم ادّعت أنها حرّة الأصل.. لم يكن للمشتري أن يرجع على البائع؛ لأن الحرية لا تثبت بقولها.

والصحيح: أنه إذا لم يسبق منها ما يكون إقراراً بالرق.. كان القول قولها في دعوى الحرية، وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن بقولها.

وذكر في «المنتقى»: رجل اشترى جارية، والجارية لم تكن عند البائع، فقبضها المشتري ولم تقر بالرق، ثم باعها المشتري من آخر والجارية لم تكن عند البائع الثاني، وقبضها المشتري الثاني، ثم قالت الجارية: أنا حرة.. قال القاضي: يقبل [١١٧/ب] قولها، ويرجع بعضهم على بعض بالثمن.

فإن قال المشتري الأول: إن الجارية أقرت بالرق، وأنكر المشتري الثاني ذلك، وليس للمشتري الأول بينة على إقرارها بالرق.. فإن المشتري الثاني يرجع بالثمن على المشتري الأول، والمشتري الأول لا يرجع بالثمن على بائعه؛ لأنه ادّعى إقرار الجارية بالرق. انتهى.

(وإن قال شخص لآخر: اشترني فأنا عبد، فاشتراه، فإذا هو حر؛ فإن كان البائع حاضراً) وقت قال الشخص ذلك أو كان غائباً، **(أو مكانه معلوماً.. لا يضمن الآمر)**

وَإِلَّا.. ضمَن وَرجع على البَائِعِ إِذا حضَر.

وَإِن قَالَ: ارتهنِّي.. فَلَا ضَمَانَ أصلاً.

شيئاً؛ لعدم الغرور من جهته؛ لحضور البائع أو كون مكانه معلوماً، **(وإلا.. ضمن)** الآمر **(ورجع على البائع إذا حضر)** عند أبي حنيفة ومحمد.

وإن لم يقل ذلك الشخص: اشترني، أو قال ذلك لكنه لم يقل: إني عبد.. ليس على العبد شيء بالاتفاق، كذا في «العناية» و«فتح القدير».

وقال في «البحر»: وفي «العتابية» من فصل الاستحقاق ما يخالفه.. فلينظر ثمة. انتهى.

(وإن قال) شخص: **(ارتهني)** فإني عبد، فوجده حرّاً، (.. **فلا ضمان)** على الآمر من جهة المرتهن **(أصلاً)**، أي: سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً، أية غيبة كانت بالاتفاق، وهو قول أبي يوسف في البيع أيضاً.

له: أن الرجوع في هذا العقد إما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة، وليس شيء منهما موجوداً، وإنما الموجود هو الإخبار كاذباً، فصار كما إذا قال الأجنبي: اشترني أو ارتهني فأنا عبد.

ولهما: أن المشتري اعتمد على أمره بالبيع وإقراره بعبوديته؛ إذ القول له في الحرية، فحين أقر بالعبودية.. غلب ظن المشتري بذلك، والمعتمد على الشيء بأمر الغير وإقراره: مغرور من جهته، والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض.. جعلت سبباً للضمان؛ دفعاً للغرور بقدر الإمكان.

كما في المولى إذا قال لأهل السوق: هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه، فبايَعوه ولحقه ديون، ثم ظهر أنه حرّ.. فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور، وهذا غرر وقع في عقد المعاوضة، والعبد بظهور حريته أهل للضمان، فيجعل ضامناً للثمن عند تعذر رجوعه على البائع؛ دفعاً للضرر.

ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه.

بخلاف الرهن؛ فإنه ليس بعقد معاوضة، بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه؛ ولهذا جاز الرهن ببدلَيِ الصرف والمسلَم فيه، وإذا هلك.. يقع به الاستيفاء، ولو كان معاوضة.. لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلَم فيه، وهو حرام.

فإذا لم يكن فعاوضة.. لا يجعل الآمر به ضامناً للسلامة.

وبخلاف الأجنبي؛ لأنه لا معتبر بقوله.. فلا غرور [١١٨/أ] من جهته.

ولاختصاص إيجاب الغرور والضمان بالمعاوضات قالوا: إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق، فقال: اسلك [هذا الطريق] فإنه آمن، فسلكه؛ فإذا هو فيه لصوص سلبوا أمواله.. لم يضمن المخبر شيئاً.

وكذا لو قال: كُلْ هذا الطعام؛ فإنه غير مسموم، فأكله، فظهر أنه مسموم.. فلا ضمان عليه؛ لأنه تغرير في غير المعاوضة؛ لأنه يستحق العقوبة عند الله تعالى.

ولو قال: اسلك [هذا الطريق]؛ فإنه آمن، إن كان مخوفاً وأُخِذَ مالكُ فأنا ضامن، فسلك وأُخذ ماله.. ضمن؛ لأنه ضمن السلامة نصّاً. هكذا ذكره في «العمادي».

وقال: وصار الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور في ضمن عقد المعاوضة، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً.

ولو قال الطحان لصاحب الحنطة: اجعل الحنطة في الدلو، فجعله في الدلو، فذهبت من ثقب كان به إلى الماء والطحان كان عالماً به.. يضمن؛ لأنه صار غاراً في ضمن العقد، بخلاف ما سبق، أعني: قوله: «اسلك [هذا الطريق]؛ فإنه آمن»؛ لأنه ما ضمن السلامة بحكم العقد أصلاً.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخانية»: المغرور يرجع بأحد أمرين؛ إما بعقد المعاوضة، أو بقبض يكون للدافع كالوديعة والإجارة؛ فإذا هلكت الوديعة أو العين

المستأجرة، ثم جاء رجل واستحق العين وضمن المودع والمستأجر.. فإن المودع والمستأجر يرجع على الدافع بما ضمن.

وكذا كل من كان بمعناهما.

وفي الإعارة والهبة.. لا يرجع على الدافع بما ضمن. انتهى.

والمراد بقوله: «من كان بمعناهما»: هو المرتهن؛ لما في «العمادي»: لو هلكت الدابة في يد المرتهن أو المودع أو المستأجر، ثم استحقها رجل بالبينة وأخذ القيمة منه.. كان له أن يرجع على الراهن والآجر والمودع.

وقال هو أيضاً نقلاً عن «مختصر العصام»: ولو وهب ما غصب، أو باع، أو تصدق به، أو أجر، أو رهن، أو أودع، أو أعاد، فهلك.. ضمنوا قيمته، ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه والمستعير بما ضمنوا على الغاصب، ويرجع المستأجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه، ويرجع المشتري بالثمن عليه، ولا يرجع الغاصب من الغاصب، ولا السارق منه.

واعلم: أن المشتري إنما يرجع على البائع بالثمن بعد الاستحقاق إذا لم يهب البائع الثمن به، أو لم يبرأ عنه، وإلّا.. فلا؛ حيث قال في استحقاق «البزازية»: وإن وهب البائع الثمن من المشتري أو أبرأه، ثم استحق.. ليس له أن يرجع بالثمن على بائعه، وكذا الباعة لا يرجع بعضهم على بعض، وذكر الوتار: لو تداولته الأيدي، وأحد الباعة أبرأ مشتريه، ثم استحق ورجع الباعة بعضهم على [١١٨/ب] بعض.. فالذي أبرأه لا يرجع على بائعه، ولا بقية الباعة أيضاً؛ لتعذر القضاء على الذي أبرأ مشتريه.

وفي «المحيط»: أبرأ الثاني مشتريه.. لا يرجع عليه مشتريه للإبراء، وهل يرجع الأول على بائعه؟

قيل: يرجع، وقيل: لا. انتهى.

وَمن ادّعى حَقّاً مَجْهُولاً فِي دَارٍ فصُولَح على شيءٍ، فَاسْتُحقَّ بَعْضُهَا.. فَلَا رُجُوعَ عَلَيْهِ، وَلَو اسْتُحِقَّ كلُّهَا.. رَدَّ كلَّ الْعِوَض.

وَفُهِمَ مِنْهُ: صِحَةُ الصُّلحِ عَنِ الْمَجْهُولِ.

وَلَو ادّعى كلَّهَا.. رَدَّ حِصَّةَ مَا يسْتَحقُّ وَلَو بَعْضَاً.

(ومن ادعى حقاً مجهولاً في دار، فصولح على شيء، فاستحق بعضها) أي: بعض الدار المصالح عنها، **(فلا رجوع عليه)** أي على من ادعى حقاً مجهولاً؛ لأن له أن يقول: دعواي في البعض الباقي وإن قل، لا في البعض المستحق، فما دام في يده شيء.. لم يرجع.

(ولو استحق كلها) أي: كل الدار.. **(ردّ كل العوض)** أي بدل الصلح؛ لأنه تحقق أنّ ما أخذه من العوض.. لم يملكه، فيرده.

(وفهم منه) أي: من القول المذكور؛ حيث قال: من ادعى حقاً مجهولاً **(صحة الصلح عن المجهول)** أي من الحق المجهول، لكنه على المجهول.

بل لا بد أن يكون على الشيء المعلوم على ما سيأتي في الصلح، وذلك؛ لأن الجهالة فيما تسقط لا تفضي إلى المنازعة.

وفهم منه: أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح؛ لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة، ولهذا لا تقبل البينة على ذلك، إلا إذا ادعى إقرار المدّعى عليه بذلك.. فحينئذٍ تصح وتقبل البينة.

(ولو) كان **(ادعى كلها)** أي: كل الدار.. فصالح على مائة درهم مثلاً، ثم استحق جزء من الدار (.. **ردّ**) المدعي **(حصة ما يستحق)** من الدار، **(ولو)** وصلية أي: ولو كانت حصّة ما يستحق **(بعضاً)** من العوض المأخوذ؛ وذلك لأنه أخذ المائة بدلاً عن كل الدار، ولم تسلم كلها له، فتقسم المائة على الدار؛ لأن البدل ينقسم على أجزاء المبدل فيرد بحسابه؛ إذ التوفيق غير ممكن كما أمكن في المسألة السابقة.

أعني: إذا ادعى حقاً مجهولاً، وعلم منه أنه لو ادعى قدراً معلوماً من الدار كربعها، فصالح على شيء، ثم استحق.. لم يرجع عليه ما دام في يده ذلك المقدار - أي: الربع - وإن بقي أقل منه.. يرجع بحسابه على ما في «البحر».

قال في «العمادي»: اشترى داراً وبنى فيها، ثم استحق نصفها، ورد المشتري ما بقي بعيب الاستحقاق على البائع.. كان له أن يرجع بالثمن وبنصف قيمة البناء؛ لأنه مغرور في النصف.

ولو استحق منها نصفه المعين؛ فإن كان البناء في ذلك النصف المستحق خاصة.. رجع بقيمة البناء أيضاً، وإن كان البناء في النصف الذي لم يستحق.. كان له أن يرد البناء، ولا يرجع بشيء من قيمة البناء.

ثم قال نقلاً عن بيوع «الجامع»: اشترى داراً فاستحقت عرصتها ونقض البناء، فقال المشتري: أنا بنيتها وصرت مغروراً.. فله أن يرجع على البائع: وقال البائع: بعتها مبنية.. فالقول للبائع.

اشترى من [١١٩/أ] رجل نصف دار مشاعاً، ثم استحق نصفها قبل القسمة.. فالبيع على النصف الباقي.

ولو استحق بعد القسمة.. فالبيع على نصف الباقي، وهو الربع.

ثم ذكر نقلاً عن «فتاوى رشيد الدين»: المشتري إذا رجع على البائع بالثمن وبقيمة البناء.. فبائعه هل يرجع على بائعه بها؟

عند أبي حنيفة: لا يرجع إلّا بالثمن وحده.

وعندهما: يرجع بقيمة البناء أيضاً.

وكذلك المغرور إذا رجع بقيمة الولد على بائعه.. لا يرجع بائعه على بائعه بقيمة الولد عنده، خلافاً لهما.

ولو اشترى كرماً، فاستحق إنسان أصل الكرم دون الأشجار والقضبان

والحيطان، فلو أراد المشتري أن يرد الأشجار على البائع ويسترد جميع الثمن.. له ذلك؛ لأنه لو لم يرد.. يتضرر به؛ لأنه يؤمر بالقلع.

وقال في آخر استحقاق «البزازية»: اشترى فرساً مع السرج واستحقا.. رجع بكل الثمن، وإن استحق بلا سرج.. رجع بالحصة، وكذا لو ضاعت السرج.

وإن كان السرج قائماً وأراد المشتري رد السرج ليرجع بكل الثمن، وأبى البائع قبوله.. له ذلك.

وفي الكرم: لو استحق الكرم بلا أشجار. يرد الأشجار ويرجع بكل الثمن.

وفي «الفتاوى»: لا حصة للسرج من الثمن لأنه تبع، وعلى هذا: لا يكون للشجر حصة من الثمن، وكذا كل ما يكون تبعاً. انتهى كلام «البزازية».

أقول: الأشجار لا تكون لها حصة من الثمن، وتكون تبعاً لو لم يذكر في البيع، أو إذا لم يذكر لها ثمن على حدة، وأما إذا ذكر.. فلها حصة من الثمن، كما صرح به في استحقاق «القنية».

* * *

(فَصْلٌ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيّ)

وَلِمَنْ بَاعَ فُضُولِيٌّ مِلْكَه.. أَن يفسخَه، ....

(فَصْلٌ فِي بَيْعِ الفُضُولِيّ)

(**ولمن باع فضوليٌّ مِلكَه**) بالنصب مفعول باع، والضمير راجع إلى «مَن»، وهذا شروع في بيان بيع الفضولي؛ لأنه صورة من صور الاستحقاق؛ لأن المستحِق يستحق ويقول: هذا ملكي، ومن باعه لك فإنما باعه بغير إذني.. فهو عين بيع الفضولي، فناسب ذكره في هذا الباب.

(**أن يفسخه**)، وقال الشافعي وأحمد في رواية عنهما: إن بيع الفضولي لا ينعقد؛ لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية؛ لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا.. فلا ينعقد.

ولنا: أنه تصرّف تمليك، وقد صدر من أهله ووقع في محله، فوجب القول بانعقاده عملاً بالمقتضي؛ إذ لا مانع عن عمله؛ إذ لا ضرر في ذلك لأحد من المالك والعاقدين:

أما المالك: فلأنه مخير بين الفسخ والإجازة، وله فيه منفعة كفاية مؤنة طلب المشتري.

وأما الفضولي: فلأن فيه صون كلامه عن الإلغاء.

وأما المشتري: فظاهر.

فثبت أن له القدرة الشرعية؛ تحصيلاً لهذه المنافع.

فإن قيل: القدرة الشرعية إما بالملك أو بالإذن، ولم يوجد.

أجيب: بأن الإذن ثابت دلالة؛ لأن العاقل يأذن في التصرف النافع.

فإن قيل: سلمنا وجود المقتضي [١١٩/ب]، لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر، بل عدم الملك مانع شرعاً؛ لقوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، وكذلك

العجز عن التسليم مانع؛ كبيع العبد الآبق والطير في الهواء لا يجوز، مع وجود الملك فيهما؛ للعجز عن التسليم، وفي الفضولي كلاهما موجودان.

أجيب عنه: بأن قوله ﷺ: «لا تبع» نهي عن البيع المطلق، فينصرف إلى الكامل وهو البيع البات، والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة، وفيه بحث؛ لأنه يقتضي في بيع الآبق أن يتم البيع بعد العود عن الإباق بلا حاجة إلى تجديد عقد؛ لثبوت القدرة على التسليم، مع أنهم ذكروا أنه لا يتم بعد العود، بل يحتاج في ظاهر الرواية إلى تجديد عقد لوقوعه باطلاً، هذا في بيع الفضولي.

وأما شراؤه.. ففيه تفصيل:

فإن قال الفضولي أولاً للمالك: بع هذا العين لفلان، فقال المالك: بعت، فقال الفضولي: اشتريت لأجله.

أو قال المالك أولاً: بعت هذا العين لفلان، وقال الفضولي: قبلت لأجله.. فهو على هذا الخلاف.

قيل: إنه يتوقف على إجازة فلان.

وقيل: إنه باطل لا يتوقف.

وفي «قاضي خان»: الصحيح: أنه باطل.

وإن قال الفضولي: اشتريت منك هذا العين لأجل فلان، فقال المالك: بعت، أو قال المالك: بعت منك هذا العين لأجل فلان، فقال المشتري: اشتريت.. لا يتوقف على إجازة فلان بالاتفاق؛ لأنه وجد نفاذاً على المشتري؛ حيث أضيف إليه ظاهراً.. فلا حاجة إلى الإيقاف على رضى الغير.

بخلاف البيع؛ فإنه لم يوجد نفاذاً على غير المالك، ولم ينفذ في حق المالك، فاحتيج إلى الإيقاف على رضى الغير.

وَله أَن يُجِيزَهُ بِشَرْط: بَقَاءِ الْعَاقِدين، والمعقودِ عَلَيْهِ، وَالْمَالِكِ الأَوَّلِ، ....

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الزيادات»: لو قال الفضولي: اشتريت هذا لفلان على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. يتوقف؛ بخلاف الشراء لفلان بغير خيار.

(**وله**) أي: لمن باع فضولي ملكه، أعني: المالك (**أن يجيزه**)، أي: بيع الفضولي بالفعل أو بالقول؛ ومن الإجازة بالفعل: تسليم المبيع إلى المشتري، وكذا أخذه الثمن.

ومن الإجازة بالقول: طلب الثمن.

وأما قوله: أحسنت أو أصبت أو وفقت.. فليس بإجازة، وكذا قوله: كفيتني مؤنة البيع وأحسنت فجزاك الله خيراً.. ليس بإجازة، هكذا ذكره في «البزازية».

ثم نقل عن محمد: أن أحسنت أو أصبت.. إجازة، فصار الحكم على الروايتين.

وفي «المنتقى»: وقوله: بئس ما صنعت.. إجازة كقبض الثمن.

وفي «البحر»: لو وهب المالك بالثمن أو تصدق به على المشتري.. كان إجازة، ولو قال: أمسكها ما دمت حياً.. لا يكون إجازة؛ لأن الإمساك لا يدل على الرضا.

وذكر في «البزازية»: إن المالك إذا أجاز بيع الفضولي، صار الفضولي كالوكيل حتى صح حطه عن الثمن، علم المالك بالحط أو لم يعلم.

وأجاب صاحب «الهداية»: أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة.. له [١٢٠/أ] الخيار، إن شاء.. رضي به وإن شاء.. فسخ.

واعلم: أنّ في قوله: «ولمن باع فضولي ملكه أن يفسخه وأن يجيزه»: إشارة إلى أن الفضولي ليس له ذلك، وإنما له الفسخ فقط قبل الإجازة؛ حيث أضاف الفسخ والإجازة إلى المالك.

(**بشرط بقاء العاقدين والمعقود عليه والمالك الأول**)؛ لأن إجازة المالك تصرّف في العقد، فلا بد من قيامه، حتى لو هلك المالك.. لا ينفذ بإجازة الوارث؛

وَكَذَا بَقَاءُ الثَّمنِ إِن كَانَ عَرَضاً.

وَإِذا جَازَ.. فالثمنُ الْعَرَضُ: مِلْكٌ للفضوليِّ، وَعَلَيهِ مثلُ البيعِ لَو مثلِياً، وإِلّا.. فَقيمته.

وَغيرُ الْعرَضِ: ....

سواء كان الثمن ديناً أو عرضاً؛ لأنه توقف على إجازة المالك بنفسه.. فلا يجوز بإجازة غيره.

ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع.. جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً، وهو قول محمد أيضاً استصحاباً، ثم رجع، وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه.

ثم قيام العقد بقيام العاقدين والمعقود عليه؛ أي: المبيع، فشرط للإجازة قيام هذه الأربعة: المالك، والبائع، والمشتري، والمبيع.

ولا يشترط قيام الثمن إن كان الثمن غير العرض.

وإن كان من العرض.. يشترط قيام الثمن أيضاً على ما أشار إليه بقوله:

(وكذا) أي: وشرط للإجازة سوى الأمور الأربعة المذكورة: **(بقاء الثمن، إن كان)** الثمن **(عرضاً)** معيناً؛ لأن الإجازة اللاحقة تصير إجازة نقد، بأن ينقد البائع ما باع ثمناً لما ملكه بالعقد، لا إجازة عقد؛ لأن العقد حينئذٍ يصير لازماً على الفضولي؛ لحصوله نفاذاً عليه؛ لأنه مشتر من وجه؛ كما في البيع بالمقايضة، والعرض الثمن: مملوك له وعليه؛ مثل البيع للمالك إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، وذلك لا يكون إلّا ببقاء العرض نفسه؛ إذ لا تأثير لإجازة المالك حينئذٍ إلّا في النقد.

ولا يمكن النقد إلّا ببقاء العرض، وإلى هذا أشار بقوله: **(وإذا أجاز المالك.. فالثمن العرض ملك للفضولي)**؛ لنفوذ العقد عليه، **(وعليه مثل المبيع لو مثلياً، وإلّا)** أي: وإن لم يكن مثلياً (.. **فقيمته)** على ما ذكرناه.

(وغير العرض) عطف على قوله العرض، أي: والثمن الذي هو غير العرض –

مِلْكٌ للمجيز، أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْفُضُولِيِّ.

وللفضوليِّ أَن يفْسخَ قبلَ إِجَازَةِ الْمَالِكِ. ....

أعني: الثمن الذي كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه – **(ملك للمجيز، أمانة في يد الفضولي)**؛ لأن الإجازة اللاحقة حينئذ ليست إجازة نقد؛ كما في الثمن العرض، بل إجازة عقد صارت؛ كالوكالة السابقة.. فيكون البائع بمنزلة الوكيل، فيصير الثمن أمانة في يده، مملوكاً للمالك.

ولو لم يجز المالك، وهلك الثمن في يد الفضولي.. اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله.

والأصح: أن المشتري إن علم أنه فضولي وقت الأداء.. لا رجوع له، وإلا.. رجع عليه، كذا في «البحر» نقلاً عن «القينة».

وذكر الزيلعي: أنه أمانة في يده.. فلا ضمان عليه إذا هلك، سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها [١٢٠/ب].

واعلم: إن إجازة المالك إنما تنفذ حال قيام المبيع اسماً ووصفاً، على ما أشار إليه باشتراط بقاء المعقود عليه، ولهذا قال في «البزازية»: إذا إجازه بعد صبغ الثوب المشترى.. لا يجوز.

ولو باع أمة الغير بغير إذنه فولدت، ثم أجاز المالك البيع.. يصح؛ لبقاء المبيع، ويكون الولد مع الأمة للمشتري.

ولو انهدم الدار، ثم أجاز المالك البيع.. يصح؛ لبقاء العرصة كذا في «البحر».

(وللفضولي أن يفسخ قبل إجازة المالك)؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي بعد الإجازة؛ لأنه بالإجازة صار كالوكيل، فترجع الحقوق إليه، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب.. فله أن يتحرز عن التزام العهدة.

وكذا للمشتري فسخ البيع قبل الإجازة؛ تحرزاً عن لزوم العقد، على ما صرّح به في «البزازية».

بخلاف الفضولي في النكاح؛ فإن فسخه قبل الإجازة باطل؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه بعد الإجازة، بل هو في باب النكاح معبّر محض؛ فإذا عبر.. فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي.

ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الإجازة.. انفسخ.

وفي «النهاية»: إن الفضولي يملك فسخه بالفعل، بأن زوج فضولي رجلاً امرأة برضاها، وقبل: أن أجازه الرجل زوجه بأختها.. فإن ذلك يكون فسخاً للنكاح الأول.

وفي «قاضي خان»: لا يكون فسخاً، ويتوقف الثاني أيضاً.

فظهر من هنا: أن لكل من المالك والفضولي والمشتري فسخ العقد، إلا أن الفضولي والمشتري يفسخه قبل إجازة المالك لا بعده، بقي الكلام في انفساخ العقد بالاستحقاق؛ ففي «العمادي» نقلاً عن «الذخيرة»: ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق: أن استحقاق المبيع على المشتري.. يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية.

وذكر رشيد الدين فيه أقوالاً: أنّ البيع متى ينفسخ بالاستحقاق؟ قيل: إذا قبض المستحق، وقيل: ينفسخ بنفس القضاء، والصحيح: أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن؛ فإذا رجع.. ينفسخ، حتى **لو أجاز المستحق** بعدما قضي له أو بعدما قبضه، قبل أن يرجع المشتري على بائعه.. **يصح**.

وعن شمس الأئمة الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا: أن القضاء للمستحق لا يكون فسخاً للبياعات كلها، ما لم يرجع كلّ واحد على بائعه بالقضاء.

ثم المبيع فضولاً إذا هلك قبل الإجازة والفسخ؛ فإن هلك قبل التسليم إلى المشتري.. بطل البيع، وإن هلك بعده.. لا يجوز بالإجازة، وللمالك أن يضمن أيهما شاء من البائع والمشتري، فأيهما اختار ضمانه.. برئ الآخر؛ لأن في التضمين تمليكاً منه؛ فإذا ملكه من أحدهما.. لا يمكنه تمليكه من الآخر؛ فإن اختار تضمين

وَصَحَّ إِعْتَاقُ المُشْتَرِي من الْغَاصِبِ إذا أُجِيزَ البيعُ، خلافاً لمُحَمد.

المشتري.. بطل البيع؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العين [١٢١/أ]، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، لا بما ضمن.

وإن اختار تضمين البائع.. ينظر؛ إن كان قبض البائع مضموناً عليه.. نفذ بيعه بالضمان؛ لأن سبب ملكه تقدم عقده، وإن كان قبضه أمانة.. فإنما صار مضموناً عليه بالتسليم بعد البيع، فلا ينفذ بيعه بالضمان؛ لتأخر سبب ملكه عن العقد.

وذكر محمد في «ظاهر الرواية»: أنه يجوز البيع لتضمين البائع، ووجه: أنه سلم أولاً حتى صار مضموناً عليه، ثم باعه فصار كالمغصوب.

(**وصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أجيز البيع**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً.

(**خلافاً لمحمد**).

له: أنه لا عتق بدون الملك؛ لقوله ﷺ: «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»، ولا ملك ههنا؛ لأن الموقوف لا يفيد الملك في الحال، وما ثبت بالآخرة.. ثبت مستنداً، والمستند ثابت من وجه دون وجه، وذلك لا يصحح العتق؛ لأن المصحح له هو الملك الكامل لإطلاق ما روينا، بخلاف إعتاق المكاتب.. فإن الملك فيه وإن لم يكن كاملاً، إلا أن إعتاقه نافذ؛ لأن الملك في محلّ العتق - وهو الرقبة - كامل فيه.

ولهما: أن الملك فيه ثبت موقوفاً، والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفاً على ملك موقوف وينفذ بنفاذه؛ لوجود المقتضي - وهو التصرف - الشرعي، وانتفاء المانع وهو الضرر؛ فصار كإعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه إعتاقاً في بيع موقوف، وكإعتاق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالديون.. فإنه يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك؛ بجامع كونه إعتاقاً في ملك موقوف.

وفي «فتح القدير»: وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب أي «الجامع الصغير»، فقال أبو يوسف: ما

وَلَا يَصِحُّ بَيْعه.

وَلَو قُطِعَتْ يَدُهَ عِنْدَ المُشْتَرِي فأُجيزَ البيعُ.. فأَرشُهُ لَهُ، ....

رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز؛ لتكذيب الأصل الفرع صريحاً، وأقل ما هنا: أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة.

قال الحاكم الشهيد: قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف، ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه. انتهى.

(ولا يصح بيعه) يعني: أن المشتري من الغاصب إذا باع من الغير، ثم أجاز المالك بيع الغاصب.. لا يصح البيع الثاني بالاتفاق؛ لأن بالإجازة ثبت للغاصب ملك بات؛ فإذا طرأ البات على ملك موقوف لغيره.. أبطله؛ لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد، ولا ينتقض: بأن الغاصب إذا باع ثم ادعى الضمان.. ينقلب بيعه جائزاً، وإن طرأ ملكه بأداء الضمان على الملك الموقوف للمشتري منه؛ لأن ثبوت الملك للغاصب لضرورة الضمان.. فلا يتعدى [١٢١/ب] إلى إبطال حق المشتري.

بخلاف ما إذا أعتق الغاصب، ثم أدى الضمان؛ فإنه لا يصح بالاتفاق؛ إذ لا عتق بدون الملك المصحح له لما روينا.

وبخلاف إعتاق المشتري والخيار للبائع، ثم أجاز البائع؛ فإنه لا ينفذ؛ لعدم الملك المصحح له.

وكذا لا ينفذ إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدّى الضمان لما ذكرناه.

وفي رواية هلال: أن هذا يصح.

وفي «الهداية»: وهو الأصح.

(ولو قطعت يده عند المشتري) من الغاصب وأخذ المشتري أرشه **(فأجيز البيع.. فأرشه له)** أي للمشتري؛ لأن الملك بالإجازة قد تم للمشتري من وقت

وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَاد على نصفِ ثمنِهِ.

الشراء؛ لأن سبب الملك هو العقد وكان تاماً في نفسه، ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع حق المغصوب منه؛ فإذا ارتفع بالإجازة.. ثبت الملك من وقت السبب؛ لكون الإجازة انتهاء كالإذن ابتداء.. فتبين أن القطع حصل على ملكه، فيكون الأرش له.

وهذا يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف.

فإن قيل: إنه إذا غصب عبداً فقطعت يده وضمنه الغاصب.. فإنه لا يملك الأرش وإن ملك المضمون.

وإن الفضولي إذا قال لامرأة: أمرك بيدك فطلقت نفسها، ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز.. صح التفويض دون التطليق، وإن ثبت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة.

أجيب عن الأول: بأن الملك في المغصوب ثبت لضرورة الضمان، وهي تندفع بثبوته من وقت الأداء في حق الأرش، فلا يملكه؛ لعدم حصوله في ملكه.

وعن الثاني: بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء.. يجب معلقاً بالشرط لا سبباً من وقت وجوده؛ لئلا يختلف الحكم عن السبب، إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه.. فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجازة، فعند الإجازة: ثبت الملك من وقت العقد، والتفويض مما يحتمل التعليق، فجعل الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة، فعندها: يصير كأنه وجد الآن.. فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة.

(ويتصدق) أي المشتري **(بما زاد على نصف ثمنه)**؛ لأن أخذه الأرش إما قبل قبض العبد، أو بعد قبضه:

فإن كان الأول.. يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن؛ لأن العبد قبل قبضه لم يدخل في ضمانه، فيطيب له قدر نصف الثمن لا ما زاد عليه؛ لأن أرش اليد الواحدة في العبد نصف القيمة، وما دخل في ضمان المشتري: هو ما كان في

وَمن اشْترى عبداً من غيرِ سَيِّدِهِ، ثمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً على إِقْرَارِ البَائِعِ أَو السَّيِّدِ بِعَدَمِ الْأَمر، وَأَرَادَ ردَّهُ.. لَا تُقبَلُ بَينتهُ.

وَلَو أَقرَّ البَائِعُ بذلكَ عِنْدَ القَاضِي.. فَلهُ ردُّهُ.

مقابلة الثمن، لا ما يقابل القيمة، فما زاد على نصف الثمن.. يكون ربح ما لم يضمن.

وإن كان الثاني.. يكون فيه شبهة عدم الملك؛ إذ لا ملك في الحقيقة وقت القطع، وإنما ثبت بطريق الاستناد بعد القطع، فكان ثابتاً من وجه دون وجه [١٢٢/أ].

(**ومن اشترى عبداً من غير سيده**)، فقال: للبائع: أنا أريد ردّ البيع لأنك بعتني بغير أمر صاحبه، وجحد البائع ذلك، (**ثم أقام**) المشتري (**بينة على إقرار البائع أو السيد بعدم الأمر**) ببيعه، (**وأراد ردّه.. لا تقبل بينته**)؛ لأن البينات تبتنى على صحة الدعوى، وقد بطلت دعواه للتناقض؛ لأن إقدامه على الشراء دليل على صحة الشراء، وأن البائع ملك المبيع، ثم دعواه بعد ذلك أنه باعه بغير أمر: دليل على عدم صحة الشراء، وأن البائع لم يملك، فتناقضا.. فبطلت دعواه.

(**ولو أقر البائع بذلك**) أي: أنه باعه بغير أمر سيده (**عند القاضي.. فله ردّه**) إن أراد؛ لأنه حينئذ بطل البيع إن طلب المشتري ذلك؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، حتى لو أنكر شيئاً، ثم أقرّ به.. صحّ إقراره، إلا أن الإقرار حجة قاصرة لا تنفذ في حق الغير؛ فإذا ساعده المشتري على ذلك.. تحقق الإتفاق بينهما، فجاز أن ينقض ويرد؛ ولهذا شرط طلب المشتري؛ كذا في «الجامع الصغير».

واستشكل بمسألة «الزيادات» وهي: رجل ادّعى على المشتري بأن ذلك العبد له، وصدّقه المشتري في ذلك، ثم أقام البينة على البائع أنه أقر بأنّ المبيع لهذا المستحق.. تقبل بينته، وإن تناقض في دعواه.

وأجيب في «الهداية»: ببيان الفرق بينهما؛ بأن العبد في مسألة «الجامع الصغير» في يد المشتري، فيكون المبيع سالماً له.. فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة

المبيع له؛ لأن شرط الرجوع أيضاً في أن العبد في يد المشتري.. فلا فرق بينهما من هذا الوجه.

ولو سلم أنه في يد المستحق.. فلا يلزم قبول البينة؛ لبقاء التناقض المبطل للدعوى.

والأولى أن يقال: إن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع في مسألة «الجامع الصغير»، فلم تقبل للتناقض، وفي مسألة «الزيادات» أقام البينة على الإقرار بعد البيع.. فلا يلزم التناقض، فقبلت البينة.

قال في «النهاية»: ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الزمان.

قال في «العناية»: وفيه نظر؛ لأن التوفيق في وضع «الجامع الصغير» ممكن؛ لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول: سمعناه قبل البيع أقر بذلك، ويشهدون به، ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم.

والواضح في الفرق: ما ذكره صاحب «الهداية» على ما قررناه، وما قيل من أن التناقض المبطل للدعوى باق.. يجاب عنه: بأن المشتري غير متناقض من كل وجه؛ لأنه لا ينكر العقد أصلاً، ولا ملك الثمن للبايع؛ فإن بيع مال الغير منعقد، وبدل المستحق مملوك [١٢٢/ب]، وإنما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر، فكان متناقضاً من وجه - أي من حيث الظاهر - دون وجه أي من حيث الحقيقة، فجعلناه متناقضاً في مسألة «الجامع الصغير»؛ لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له؛ إذ هو في يده، ولم نجعله متناقضاً في مسألة «الزيادات»؛ لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن؛ لعدم سلامته؛ لكونه في يد غيره، وكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، فصرنا إليه.

وَلَـو اشْـترى دَاراً مِـن فُضُـولِيّ وأَدخلَهـا فِـي بنائِـهِ.. فَـلَا ضَـمَانَ علـى الْفُضُولِيّ خلافاً لمُحَمدٍ.

(ولو اشترى داراً من فضولي وأدخلها في بنائه.. فلا ضمان على الفضولي) عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(خلافاً لمحمد)**، قال: إنه يضمن، وهو قول أبي يوسف أولاً، وهو مسألة غصب العقار، وسيأتي بيانه في بابه.

قال في «البحر»: والمراد بالدار: العرصة؛ بقرينة قوله: «أدخلها في بنائه».

قلت: لا حاجة إلى هذا التخصيص على ما يعرف بالتأمل.

* * *

(بَابُ السَّلَمِ)

هُوَ بيعُ آجلٍ بعاجلٍ.

وَيصِحُّ فِيمَا أمكنَ ضبطُ صفتِهِ، وَمَعْرِفَةُ قَدْرِهِ، لَا فِي غَيرِهِ.

فَيصحُّ فِي:

الْمكيلِ ....

(بَابُ السَّلَمِ)

لما فرغ من أنواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما.. شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك.

(هو) في اللغة: بمعنى السّلف، يقال: أسلمت إليه، بمعنى أسلفت.

وفي اصطلاح الفقهاء: **(بيع آجل)** معدوم في ملكه **(بعاجل)**، أشار إلى اشتراط قبض الثمن، حيث أدخل الباء على العاجل.

وله سبعة عشر شرطاً، ستة في رأس المال، وأحد عشر في المسلم فيه، على ما صرح به في «التاتارخانية» نقلاً عن السفاقصي، وسيأتي ذكرها.

وحكمه: ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه: الدين الكائن في الذمة.

وركنه: الإيجاب والقبول، بأن يقول ربّ السّلم للمسلم إليه: أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة أو أسلفت، فقال الآخر: قبلت.

ولو صدر الإيجاب عن المسلم إليه، والقبول من ربّ السّلم.. يجوز على ما في «العناية».

وجوازه ثابت بالكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكۡتُبُوهُ﴾؛ ولأنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخّص في السّلم.

(ويصحّ فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره، لا في غيره.. فيصح في المكيل)

وَالْمَوْزُونِ سوى النَّقْدَيْنِ.

كيلاً (**والموزون**) وزناً؛ لقوله ﷺ فيما رواه البخاري: «من أسلم منكم.. فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»، الأمر للوجوب، وينصرف إلى كونه معلوماً؛ بقرينة أن نفس السلم ليس بواجب، ووجوب الوصف يدل على جواز الموصوف، وهو المكيل والموزون.

ولو أسلم في المكيل وزناً أو بالعكس.. اختلفوا فيه:

ففي رواية الطحاوي عن أصحابنا: أنه يجوز.

وفي رواية الحسن عن أصحابنا: أنه لا يجوز.

والفتوى: على رواية الطحاوي على ما في «فتاوى القاضي الإمام»؛ لتعامل الناس، ولأن الكيل والوزن [١٢٣/أ] إنما شرطا في السلم لمعرفة المقدار لا لنفي الربا؛ لأنه لا يقابل بجنسه؛ لأن المؤدّى عين الواجب، ولو حكماً في باب السلم، فيكون بدلاً عن رأس المال، ولا ربا بينهما.

ثم المراد بالموزون: غير النقدين على ما أشار إليه بقوله: (**سوى النقدين**)؛ لأنهما أثمان دائماً؛ لأنهما خلقا للثمنية، والمسلم فيه لا يكون ثمناً، بل يكون مثمناً البتة، فلا يصح السلم فيها.

ثم اختلفوا؛ فقيل: يكون العقد باطلاً.

وقيل: ينعقد بيعاً بثمن مؤجل؛ تحصيلاً لمقصود العاقدين بقدر الإمكان، والاعتبار في العقود للمعاني.

ومحلّ الخلاف: فيما أسلم عروضاً في النقدين، حتى يكون بيع العروض بدراهم مؤجلة، بناء على أنهما قصدا مبادلة العروض بالدراهم، وأما إذا كان كلاهما من النقدين بأن أسلم عشرة دراهم بعشرة.. فلا يجوز بالاتفاق.

قالوا: الأصح: كونه باطلاً؛ لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه، وهما أوجباه في المسلم فيه، وهو إذا كان من الأثمان.. لا يصح تصحيحه؛ لأنه لا

وَفِي العدديّ المتقاربِ؛ كالجوزِ وَالْبيضِ عدداً وَكيلاً.

يكون مثمناً، وتصحيحه في العروض تصحيح في غير ما أوجباه فيه.. فلا يكون صحيحاً.

(و)يصح أيضاً (**في العددي المتقارب؛ كالجوز والبيض عدداً وكيلاً**)؛ لأنه معلوم، مضبوط الوصف، مقدور التسليم، فيلحق بمحل النص، أعني: المكيل والموزون.

واحترز بالمتقارب: عن العددي المتقارب، نحو: البطيخ والرمان؛ لأنه تتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً.. فلا يجوز.

وقال زفر: لا يجوز في العددي المتقارب كيلاً؛ لأنه عددي لا كيلي، وعنه: أنه لا يجوز عدداً أيضاً؛ لوجود التقارب في الآحاد.

قلنا: إن المقدار مرة يعرف بالعدد، وأخرى بالكيل، فأمكن الضبط بهما، فيكون جائزاً، وكونه معدوداً باصطلاحهما.. فجاز إهداؤه، والاصطلاح على كونه كيلياً.

قال في «الخلاصة»: ولا يجوز السلم في الرمان والسفرجل، وكذا في كل عددي متفاوت، وتفسيره: ما نقل عن أبي يوسف: ما اختلف آحاده في القيمة واتفق أجناسه؛ كالبطيخ والسفرجل والقثاء ونحوها؛ لأنك ترى بطيخاً بدرهم وبطيخاً بدانق، وما اختلف أجناسه واتفق آحاده.. فهو عددي متقارب؛ كالجوز والبيض عدداً و نحوهما.

وترتفع الجهالة بذكر النوع والعدد؛ لأنك لا ترى بيضة تشترى بدالق، وتشترى الأخرى بفلس.

ولا بأس بالسلم في الجوز كيلاً بعد أن يكون بمكيال معروف.

والسلم في الجوز والبيض عدداً يجوز أيضاً، والصغير والكبير سواء، ويشترط بيان الصفة في ظاهر الرواية، وبيض الدجاج وسائر البيضات [١٢٣/ب] سواء. انتهى.

وَكَذَا الْفُلُوسُ، خلافاً لمُحَمد.

وَفِي اللَّبِنِ والآجرّ إِذا سُمّي مَلْبنٌ مَعْلُومٌ.

(وكذا الفلوس) أي: يجوز السلم فيها عدداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(خلافاً لمحمد)**؛ لأنها أثمان.. فلا يجوز السلم فيها لما ذكرناه.

ولهما: أن الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما؛ لعدم ولاية الغير عليهما، فلهما إبطالهما باصطلاحهما؛ فإذا بطلت الثمنية.. صارت مثمناً تتعين بالتعيين، فيجوز السلم فيه.

وقال بعض مشايخنا: جواز السلم في الفلوس اتفاقي، ولم يذكر في «الجامع الصغير» خلاف محمد أيضاً.. فلا بد له من بيان فرق لمحمد بين البيع والسلم؛ حيث لا يجوز البيع فيها عنده على ما مر، فالفرق: هو أن كون المسلم فيه مثمناً من ضرورات جواز السلم، فإقدامهما على السلم.. يدل على إبطال الاصطلاح في حقهما، فعاد مثمناً.

وليس من ضرورات جواز البيع كون المبيع مثمناً، فالإقدام على البيع لا يدل على إبطال الاصطلاح في حقهما، فبقي ثمناً كما كان، وفسد بيع الواحد بالاثنين عنده، كما تقدم ذكره.

(و)يصح **(في اللَّبِن)** بكسر الباء **(والآجر إذا سمي ملبن معلوم)**؛ لأن آحادهما لا تختلف اختلافاً يفضي إلى المنازعة بعد ذكر الآلة.

وهل يلزم ذكر العدد والمكان؟

ففي «الخلاصة»: ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا بين الملبن والمكان وذكر عدداً.

قال بعضهم: مكان الإيفاء، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال بعضهم: المكان الذي يضرب فيه اللبن. انتهى.

وَفِي المَذروعِ كَالثَّوْبِ إِنْ بَين طولَهُ وَعرضَهُ ورقعتَهُ، وَفِي السّمكِ الْمليح وزناً ونوعاً معلومَينِ، وَكَذَا الطريُّ فِي حِينهِ فَقَط، وَلَا يجوزُ فيهمَا عدداً، وَلَا فِي الْحَيَوَانِ ....

(و)يصح **(في المذروع كالثوب)** والبسط والبواري؛ **(إن بين طوله وعرضه ورقته)**؛ أي: غلظه وثخانته؛ لأن بهذا البيان صار مضبوط الصفة ومعروف المقدار، وارتفعت الجهالة، فيكون ملحقاً بمورد النص، وهو المكيل والموزون.

وفي «الفتاوى الصغرى»: ذكر الطول والعرض شرط جواز السلم في المذروعات.

وهل يشترط ذكر الوزن في الحرير؟

ذكر الإمام السرخسي في نسخته: أنه شرط، وهكذا في «التجريد» و«المنتقى».

وقال في «الخلاصة»: بعد هذه المسألة: وأما السلم في الثوب إن أطلق ذكر الذراع.. فله ذراع وسط. قاله محمد.

والمعتبر في عرفنا: الذراع الخاقاني.

(و)يصح **(في السمك المليح)** أي: المملوح، وهو المقدد الذي فيه ملح **(وزناً ونوعاً معلومين)**؛ لأنه حينئذ يصير مضبوط الوصف والقدر مقدور التسليم؛ لعدم انقطاعه.

(وكذا الطري في حينه) أي: وقته، **(فقط)** وزناً؛ لأنه في غير وقته لا يجوز؛ لكونه غير مقدور التسليم، حتى لو كان في بلد لا ينقطع.. جاز.

(ولا يجوز فيهما) أي: في السمك المالح والطري **(عدداً)** للتفاوت.

وفي «البحر» عن «الإيضاح»: الصحيح: أن في الصغار من السمك يجوز السلم وزناً [١٢٤/أ] وكيلاً، وفي الكبار: روايتان.

(ولا في الحيوان)، موصوفاً كان أو مطلقاً.

وأَطرافِهِ، وَلَا فِي جلودِهِ عدداً، وَلَا فِي الْحَطبِ حُزَماً، والرَّطبةِ جرزاً، وَلَا فِي الْجَوَاهِرِ ....

وفي الأول: خلاف الشافعي؛ لأنه بالتوصيف يمكن ضبطه ببيان:

الجنس كالإبل.

والسن: كالجذع والثني.

والنوع: كالبخت والعراب.

والصفة: كالسمن والهزال.

قلنا: بعد ذكر هذه الأوصاف: يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة؛ لعدم إمكان ضبط باطنه، فقد يكون فرسان متساويان في الأوصاف المذكورة ويزيد ثمن أحدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة، فيفضي إلى المنازعة.

فإن قيل: قد صح على شرط مسلم، عن عبد الله بن عمر: أن النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل معلوم، وأنه ﷺ استقرض بَكراً وقضاه رباعياً، والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض.

أجيب عن الأول: بأنه قبل نزول آية الربا، أو كان في دار الحرب، ولا ربا فيه بين الحربي والمسلم، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام.. فنقل الآلات المهمة في تجهيز الإسلام.. كان من دار الحرب؛ لعزتها في دار الإسلام يومئذ.

وعن الثاني: بأن القرض لم يكن ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ، بدليل: أنه ﷺ قضاه من إبل الصدقة، والصدقة حرام عليه.. فكيف يجوز أن يفعل ذلك؟!

(و) لا في (أطرافه) كالرؤوس والآكار؛ لأنها عددي تتفاوت، ولا مقدر له.

(ولا في جلوده عدداً)؛ لتفاوتها صغراً وكبراً.

(ولا في الحطب حزماً، والرطبة جرزاً، ولا في الجواهر).

قوله: «عدداً» قيد لكل من الأطراف والجلود، وليس باحتراز عن الوزن، بل هو بيان أنهما عددي، فعلم منه عدم جوازهما، وهو المروي عن محمد.

والخَرَزِ، وَلَا فِي اللَّحْم طريّاً.

وَقَالَا: يَصحُّ إِذا وُصِفَ مَوضِعٌ مَعْلُومٌ مِنْهُ بِصفةٍ مَعْلُومَةٍ.

وَلَا يجوزُ السَّلَمُ بكيلٍ أَو ذِرَاعٍ معيّنٍ لَا يدْرِي قدَره حَالاً، وَلَا فِي طَعَامِ قَرْيَةٍ أَو تمرِ نَخْلَةٍ مُعينَةٍ، وَلَا فِيمَا لَا يَبْقى من حِينِ العقدِ إِلَى حِينِ الْمحلِّ.

وَشَرطُه: بَيَانُ **الْجِنْسِ** كبُرّ أَو شعيرٍ.

وَالنَّوْعِ كسقيّةٍ أَو بخسيةٍ.

وفي «الخانية» و«الكافي»: وعليه: الفتوى، وذلك لأن ما دونه عاجل، فلا يناسب الترفيه التي شرع السلم لأجلها.

وروى الطحاوي: إن أقله ثلاثة أيام؛ اعتباراً بشرط الخيار.

(والخرز. ولا في اللحم طرياً.

وقالا: يصح إذا وصف موضع معلوم منه بصفة معلومة).

وقيل: أكثر من نصف يوم؛ لأن المعجل ما كان مضبوطاً في المجلس، والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس.

وفي «السراجية»: وأدنى مدّة الأجل: ما يمكن تحصيل المسلم فيه، وهو المختار.

[(ولا يجوز السلم بكيل أو ذراع معين لا يدري قدره حالاً.

ولا في طعام قرية أو تمر نخلة معينة.

ولا فيما لا يبقى من حين العقد إلى حين المحل.

وشرطه:

- **بيان الجنس: كبر أو شعير.**
- **والنوع: كسقية أو بخسية.**

وَالصِّفةِ كجيّدٍ أَو رَدِيءٍ.

وَالْقدْرِ نَحْوِ كَذَا رطلاً أَو كَيْلاً بِمَا لَا ينقبض، وَلَا ينبسط.

وَأجلٍ مَعْلُومٍ أَقَلُّه شهرٌ فِي الْأَصَح.

وَقدرِ رَأْسِ المَال إِنْ كَانَ كيلياً أَو وزنياً أَو عددياً..

فَلَا يجوزُ فِي جِنْسَيْنِ بِلَا بَيَانِ رَأْسِ مَالِ كلٍّ مِنْهُمَا، وَلَا بنقدينِ بِلَا بَيَانِ حِصَّةِ كلٍّ مِنْهُمَا من الْمُسلَم فِيهِ.

وَمَكَانِ إِيفائِهِ إِنْ كَانَ لَهُ حَملٌ وَمؤنَةٌ.

- **والصفة: كجيد أو رديء.**
- **والقدر: نحو كذا رطلاً أو كيلاً بما لا ينقبض ولا ينبسط.**

وأجل معلوم: أقله شهر في الأصح)][1].

(و) بيان (**قدر رأس المال إن كان رأس المال كيلياً، أو وزنياً، أو عددياً**) متقارباً؛ لأن العقد حينئذ يتعلق بمقداره، بخلاف ما إذا لم يتعلق العقد بمقداره كالثوب.. فلا يشترط بيان القدر، ويكتفى بالإشارة والتعيين بالاتفاق.

(**فلا يجوز**) السلم عند أبي حنيفة (**في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما**)، بأن أسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير، ولم يبين حصّة كل من الحنطة والشعير من رأس المال مائة درهم؛ لأنه ينقسم عليهما [١٢٤/ب] باعتبار القيمة، ولا يعرف ذلك إلّا بالتقدير، وإذا لم يقدر.. لا يكون حصّة كل منهما معلوماً.. فلا يجوز.

(**ولا بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه**)، بأن أسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من الحنطة، ولم يبين حصة كل منهما من الحنطة، وإذا لم يعلم حصتهما منهما.. لم يكن رأس المال معلوماً.

(و) بيان (**مكان إيفائه إن كان له حمل**): بفتح الحاء (**ومؤونة**) أي: له نقل يحتاج

(١) ساقط من المخطوط، وهو من «المجمع» (٩٩/٢)، ومخطوط متن الملتقى (ص ٨٤). نسخة مكتبة الملك فيصل، و(٢٨٢) نسخة تركيا مكتبة خاصة..

وَعِنْدَهُمَا: لَا يشْتَرطُ معرفَةُ قدرِ رَأْسِ المَالِ إِذا كَانَ معيّناً، وَلَا مَكَانُ الْإِيفَاء، ويوفيه فِي مَكَانِ عقدِهِ، ....

في حمله إلى ظهر أو أجرة حمّال.

وهذا أن الأخيران شرطان عند أبي حنيفة، وهو المروي عن ابن عمر.

(**وعندهما: لا يشترط معرفة قدر رأس المال إذا كان معيناً**)؛ لأنه حينئذ صار معلوماً بالإشارة، فلا حاجة إلى إعلام قدره؛ كما إذا جعل واحد من المكيل أو الموزون أو العددي المتقارب ثمن المبيع، أو أجرة في الإجارة، وأشير إليهما.. جاز وإن لم يعرف مقدارهما؛ فكذا ينبغي أن يكتفى بالإشارة في رأس المال، بجامع كونهما بدلاً، وصار كما إذا كان رأس المال ثوباً.. فإن الإشارة فيه تكفي اتفاقاً، وإن لم يعرف ذرعانه لما ذكرناه.

ولأبي حنيفة: إنه ربما يوجد بعضها زيوفاً، ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره.. لا يدري في كم بقي، يعني: إن جهالة قدر رأس المال.. تستلزم جهالة المسلم فيه؛ لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً، وربما يجد بعض ذلك زيوفاً، ولا يستبدل في مجلس الرد.. فيبطل العقد بقدر ما ردّه.

فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً.. لا يعلم في كم انتقص السلم، وفي كم بقي، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق، فكذا ما يستلزمها، ولأن المسلم إليه قد يعجز عن تسليم المسلم فيه، وليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله، وإذا كان مجهول القدر.. تعذر ذلك، وهذا وإن كان موهوماً، لكن الموهوم في هذا العقد كالمتحقق؛ لشرعه مع المنافي، إذ القياس ينافيه.

(**ولا يشترط**) عندهما أيضاً (**مكان الإيفاء، ويوفيه في مكان عقده**)؛ إذ لا يزاحمه مكان آخر؛ لعدم ما يوجبه، فيتعين هو؛ لأن العقد الموجب للإيفاء وجد فيه، وصار كالقرض والغصب في تعيين مكانهما للتسليم.

ولأبي حنيفة: أن السلم لا يجب فيه التسليم في الحال؛ لاشتراط الأجل فيه بالاتفاق.. فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم.

بخلاف القرض والغصب؛ فإن تسليمهما يستحق بنفس الالتزام؛ لعدم الأجل فيهما، فيتعين موضعه، وإذا ثبت أن مكان العقد لم يتعين للإيفاء.. بقي مكان الإيفاء مجهولاً يفضي إلى المنازعة؛ لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان، فصار كجهالة الصفة.. فلا بد من البيان.

واختلفوا في الاختلاف في المكان، هل يوجب التحالف أو لا؟

قيل: إنه يوجب عنده؛ بناء على ما مر [١٢٥/أ]: أن الجهالة في المكان كالجهالة في الصفة، فصار الاختلاف فيه كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين.

وقيل: لا يوجب عنده، بل القول للمسلم إليه.

وعندهما: يوجب؛ لأن تعيين المكان من مقتضى العقد عندهما، فكان الاختلاف فيه كالاختلاف في نفس العقد.

وعنده: لما لم يكن من مقتضاه.. صار بمنزلة الأجل؛ والاختلاف فيه لا يوجب التحالف.

واعلم: أن الاختلاف في الأجل في السلم.. لا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن اختلفا في أصل الأجل بأن قال أحدهما: كان بأجل، وقال الآخر بغير أجل.

أو اختلفا في مقدار الأجل بأن قال ربّ السلم: كان الأجل شهراً، وقال المسلم إليه: لا، بل شهرين.

أو اختلفا في المضي بأن قال رب السلم: كان الأجل شهراً وقد مضى، وقال المسلم إليه: لم يمض بعد، وإنما أسلمت إلى الساعة.

فإن اختلفا في أصل الأجل.. فهو على وجهين؛ إما أن يكون مدّعي الأجل الطالب، أو المطلوب.

وَمِثْلُهُ الثَّمنُ وَالْأُجْرَةُ وَالْقِسْمَةُ، ....

فإذا كان مدّعى الأجل هو الطالب والمطلوب ينكر ولم تقم لهما بينة.. فالقياس: أن يكون القول قول المطلوب مع يمينه، وفي الاستحسان: يكون القول قول الطالب مع يمينه، هذا إذا كان طالب الأجل هو المدّعي.

وأما إذا كان المطلوب هو مدعي الأجل؛ قال أبو حنيفة: إن القول قوله استحساناً.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن القول قول الطالب، هذا إذا لم يقم لأحدهما بينة.

وإن قامت لأحدهما بينة.. قبلت، وإن أقاما البينة.. فبينة مدّعى الأجل أولى، هذا إذا اختلفا في أصل الأجل.

وإن اختلفا في مقدار الأجل؛ إن لم يقم لأحدهما بينة.. فالقول قول الطالب مع يمينه، ولا يتحالفان عند علمائنا الثلاث.

وقال زفر: يتحالفان، هذا إذا لم يقم لأحدهما بينة؛ فإن قامت لأحدهما بينة.. يقضي ببينته، وإن أقاما جميعاً.. فالبينة بينة المطلوب.

وإن اختلفا في المضي؛ إن لم يقم لأحدهما بينة.. فالقول قول المطلوب أنه لم يمض، وإن قامت لأحدهما بينة.. تقبل بينته، وإن أقاما جميعاً.. فالبينة بينة المطلوب، كذا في «التاتارخانية».

وقال في «الوجيز»: إذا اختلفا في قدر المسلم فيه، أو جنسه، أو وصفه، أو ذرعانه، أو اختلفا في رأس المال كذلك.. تحالفا وترادا.

وإن أقام أحدهما البينة.. قضي له، وإن أقاما البينة.. قضي لرب السلم.

ولو اختلفا في رأس المال وأقاما البينة.. قضي للمسلم إليه.

(ومثله) أي مثل الاختلاف في مكان الإيفاء في السلم: **(الاختلاف في)** اشتراط بيان مكان الإيفاء **(الثمن والأجرة والقسمة)**.

صورتها: اشترى شيئاً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة [١٢٥/ب] يشترط

وَمَا لَا حِملَ لَهُ.. يُوفيه حَيْثُ شَاءَ فِي الْأَصَح، اتِّفَاقًا.

بيان مكان الإيفاء عنده، وعندهما: لا، ويتعين مكان العقد.

وقيل: لا يشترط بالاتفاق. والأول أصح.

ما اختاره شمس الأئمة: استأجر داراً أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة.. يشترط بيان مكان الإيفاء عنده، وعندهما: لا.

ويتعين في إجارة الدار مكانها، وفي إجارة الدابة: مكان تسليمها.

اقتسما داراً وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه، والتزم في مقابلة الزائد مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة؛ يشترط عنده مكان الإيفاء، وعندهما: لا، ويتعين مكان القسمة.

(وما لا حمل له) وهو ما يقابل ما له حمل على ما ذكرناه.

وقيل: هو الذي لو إنساناً يحمله إلى مجلس القضاء.. حمله مجاناً.

وقيل: هو ما يمكن رفعه بيد واحدة.

(يوفيه حيث شاء في الأصح اتفاقاً).

يعني: اتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء ليس بشرط فيه؛ لصحة ما أسلم؛ لاستواء الأماكن كلها فيه؛ لعدم اختلاف المالية باختلافها؛ لعدم الاحتياج إلى مؤنة الحمل.

واختلفت الرواية في أنه هل يتعين مكان العقد للإيفاء أو لا يتعين فيما إذا لم يبينا مكاناً للإيفاء؟

ففي رواية «الجامع الصغير»: يتعين؛ لأنه موضع الالتزام، فيرجح على غيره.

وفي رواية كتاب الإجارات: يوفيه في أي مكان شاء.

قالوا: وهو الأصح؛ لما ذكرناه من عدم اختلاف المالية.

وإن بيّنا مكاناً للإيفاء.. تعين ذلك له؛ لأنه قد يفيد أمن خطر الطريق فيعتبر.

وَقبضُ رَأسِ المَالِ قبلَ التَّفَرُّقِ شَرطُ بَقَائِهِ، ....

وعن أبي حنيفة: أنه لا يتعين أصلاً؛ بينا أو لم يبينا؛ لعدم اختلاف المالية.

(وقبض رأس المال) سواء أكان من النقود أو من العروض التي تقبل التعيين **(قبل التفرق)** أي: بدناً لا مكاناً، حتى لو مشيا فرسخاً إلى جهة واحدة قبل القبض.. لم يفسد العقد ما لم يتفرقا بدناً من غير قبض، بخلاف خيار المخيرة؛ حيث يبطل خيارها لو مشت مع زوجها، ولو إلى جهة واحدة؛ لوجود الإعراض عنها.

(شرط بقائه) أي: صحيحاً بعد وقوعه صحيحاً:

أما إذا كان من النقود؛ فلأنه افترقا عن دين بدين؛ لأنها لا تتعين في العقود، فتصير ديناً في الذمة، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الكالي بالكالي.

وأما إذا كان من العروض.. فلأن السلم أخذ عاجل بآجل على ما أنبأ عنه معنى السلف، والسلم والمسلم فيه أجل، فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً؛ ليكون الحكم ثابتاً على ما يقتضيه اسمه لغة؛ كالصرف والحوالة والكفالة، فإنها عقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة.

ولهذا قالوا: يبطل السلم بخيار الشرط لهما أو لأحدهما؛ لأنه يمنع تمام القبض؛ لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم، والقبض يبتنى عليه.

ولا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية [١٢٦/أ] أيضاً؛ لعدم فائدته؛ لأن فائدته: الفسخ عند الرؤية، والمسلم فيه: دين في الذمة، وما أخذه: غيره؛ فلو ردّ ما في ذمته بحكم خيار الرؤية.. أعطاه غير الواجب؛ لكونه لا يتعين، فلا يفيد.

بخلاف خيار العيب والرؤية في رأس المال؛ حيث يثبتان فيه إذا كان ما يتعين بالتعيين؛ لأنهما يفيدان الفسخ بالرؤية؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة في القبض.

واعلم: أن هذا آخر الشروط التي ذكرها المصنف.

وجملة الشروط المعتبرة في السلم على ما ذكره في «التاتار خانية» نقلاً عن السقناني: سبعة عشر، ست منها معتبرة في رأس المال، وأحد عشر معتبرة في المسلم فيه.

أما الستة المعتبرة في رأس المال:

أحدها: بيان جنسه، أنه دراهم أو دنانير، أو البر أو الشعير، أو نحوها.

وثانيها: بيان نوعه، أنه دراهم غطريفية أو عدلية أو دنانير محمودية أو مصرية أو هندية أو قسطنطنية، أو بر وشعير، سقية أو بخسية، لكن هذا إذا كان في البلد نقود مختلفة، وإلا.. فلا حاجة إلى بيان نوعه، بل يكفي بيان جنسه.

وثالثها: بيان صفته، أنه جيد أو رديء أو وسط.

ورابعها: إعلام قدر رأس المال.

وخامسها: كون الدراهم والدنانير منقدة، وهذا شرط الجواز أيضاً عند أبي حنيفة مع إعلام قدره.

وسادسها: قبض رأس المال في المجلس قبل الافتراق على ما تقدم بيانه.

وأما المعتبرة في المسلم فيه.. فهو أحد عشر:

أحدها: بيان جنس المسلم فيه، أنه حنطة أو شعير، أو سمن أو زبيب.

وثانيها: بيان نوعه.

وثالثها: بيان صفته.

ورابعها: إعلام قدر المسلم فيه على ما في رأس المال.

وخامسها: أن لا يشتمل البدلين أحد وصفي علة الربا، وهو القدر والجنس.

وسادسها: أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين.

وسابعها: الأجل في المسلم فيه.

فَلَو أسلم مائَة نَقْداً وَمِائَةً ديناً على الْمُسلَم إِلَيْهِ فِي كُرٍّ.. بَطَلَ فِي حِصَّةِ الدّينِ فَقَط.

وَلَا يجوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأسِ المَالِ أَو الْمُسلَم فِيهِ قبل قبضِهِ بشركةٍ أَو تَوْلِيَةٍ، ....

وثامنها: أن يكون العقد باتاً لا خيار فيه على ما تقدم ذكره.

وتاسعها: أن لا يتصرف فيه قبل القبض في المجلس، كما هو شرط في رأس المال.

وعاشرها: بيان مكان الإيفاء.

والحادي عشر: أن يكون المسلم فيه مما يضبط وصفه.

وهذه الشروط كلها مذكورة في الكتاب أيضاً.

(**فلو أسلم مائة نقداً ومائة ديناً على المسلم إليه في كر**) حنطة أو شعير مثلاً (.. **بطل في حصة الدين فقط**)؛ كفوات القبض في حصته؛ سواء أطلق المائتين ابتداء، أو أضاف أحدهما إلى الدين.

ويجوز في حصة النقد؛ لوجود قبض رأس المال في المجلس بقدره، ولا يشيع الفساد؛ لأنه طارىء؛ إذ السلم وقع صحيحاً في الكل، حتى لو نقد مائتين قبل الافتراق.. صح الكل؛ لأن الدين لا يتعين [١٢٦/ب] في العقد، والبطلان الطارئ لا يشيع.

ولذا قال في «قاضي خان»: ولو أسلم إلى رجل ديناً له عليه وافترقا قبل النقد.. لا يجوز، وإن نقد قبل الافتراق.. يجوز. انتهى.

قيد بالدين على المسلم إليه؛ لأن الدين على غيره يوجب شيوع الفساد؛ لأنها ليست بمال في حقهما.

(**ولا يجوز التصرف في رأس المال أو المسلم فيه قبل قبضه بشركة أو تولية**) أو هبة أو وصية أو مرابحة أو بيع:

وَلَا شِرَاءِ شَيْءٍ من الْمُسلَم إِلَيْهِ بِرَأْسِ المَالِ بعدَ التقايل قبلَ قَبْضِهِ.

وَلَو اشْترى كُرّاً وَأمرَ ربّ السّلمِ بِقَبْضِهِ قَضَاءً لا يَصحُّ.

أما في رأس المال.. فلأنه مستحق القبض في المجلس، والتصرف فيه قبل قبضه ينافيه.

وأما في المسلم فيه.. فلأنه مبيع، والتصرف في المبيع المنقول قبل قبضه لا يجوز، ولا بأس به بعد القبض.

(ولا) يجوز لرب السلم **(شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد التقايل قبل قبضه)** أي: قبض رأس المال بتمامه.

صورته: أسلم، ثم تقايلا، فأراد ربّ السلم أن يشتري شيئاً من المسلم إليه برأس مال السلم.. لم يجز له ذلك قبل أن يقبضه كله؛ لقوله ﷺ «لا تأخذ إلا بسلمك أو رأس مالك»؛ أي: حال قيام العقد أو عند الفسخ، ولأنه حينئذ أخذ شبهاً بالمبيع؛ لأن الإقالة بيع في حق ثالث وهو الشرع ههنا، والبيع يقتضي وجود المعقود عليه، والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالإقالة.. فلا بد من جعل رأس المال مبيعاً ليرد عليه عقد الإقالة، والمبيع مطلقاً حقيقة أو شبهاً لها لا يجوز التصرف فيه قبل القبض.

(ولو اشترى) المسلم إليه من رجل حين حلّ أجل السّلم **(كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء)** لحقه أي: المسلم فيه **(.. لا يصح)** أي: لم يكن قبضه هذا قضاء لحقه، حتى لو هلك المقبوض في يد ربّ السلم.. كان من مال المسلم إليه؛ لأنه اجتمع فيه صفقتان، كلاهما بشرط الكيل:

إحداهما: بين المسلم إليه وبين بائعه.

والأخرى: بين المسلم إليه وبين رب السلم.

فلا بد من الكيل مرتين؛ لما روينا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع وصاع المشتري، ومحله: ما يجتمع فيه الصفقتان، ولما لم

وَلَو أَمر مقرضَه بذلك.. صَحَّ.

وَكَذَا لَو أَمرَ ربَّ سلَمِه بِقَبْضِهِ لَهُ ثمَّ لنَفسِهِ، فاكتالَهُ لأجلِ الْمُسلَمِ إِلَيْهِ ثمَّ لنَفسِهِ.. صَحَّ.

وَلَو اكتال الْمُسلَمُ إِلَيْهِ فِي ظَرْفِ ربِّ السّلمِ بأَمره وَهُوَ غَائِب.. لَا يكونُ

يوجد الكيلان.. لم يصح القبض.

فإن قيل: إن بيع المسلم إليه مع ربّ السلم كان سابقاً على شري المسلم إليه من بائعه، فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد الشراء، فلم تتحقق الصفقة الثانية حتى يدخل تحت هذا النهي.

قلنا: سلّمناه، لكن قبض المسلم فيه لاحق، فيتأخر، وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع؛ لأنه دين في ذمة المسلم إليه، والمقبوض عين، والعين غير الدين حقيقة، وإن جعل عينه في حق حرمة الاستبدال قبل القبض خاصة فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل، فاجتمع الصفقتان.. فلا بد من تكرار الكيل.

(ولو أمر) أي: المستقرض **(مقرضه بذلك)** أي [١٢٧/أ]: بقبض الكر الذي اشتراه المستقرض من رجل، فقبضه المقرض من رجل **(.. صح)** قبضه وصار مستوفياً حقه بلا تجديد كيل؛ لأن القرض إعارة، فيكون المردود عين المقبوض تقديراً؛ أي: عين حقه، فلم يكن استبدالاً، فلا يجتمع فيه الصفقتان، فلا يلزم تكرار الكيل.

وكذا لو استقرض المسلم إليه من رجل، وأمر رب السلم بقبضه.. يكتفى فيه بكيل واحد على ما في «العناية».

(وكذا لو أمر) المسلم إليه **(رب سلمه بقبضه)** أي: بقبض ما شراه من رجل **(له)** أي: للمسلم إليه **(ثم لنفسه)** أي: لرب السلم **(فاكتاله)** رب السلم **(لأجل المسلم إليه، ثم)** اكتاله **(لنفسه.. صح)** قبضه لنفسه، ويكون مستوفياً حقه لوجود الكيلين.

(ولو اكتال المسلم إليه في ظرف ربّ السلم بأمره) أي: بأمر رب السلم **(وهو)** أي: رب السلم **(غائب.. لا يكون)** كيل المسلم إليه في ظرف رب السلم بأمره في

قبضاً.

وَلَو اكتالَ البَائِعُ كَذَلِك.. كَانَ قبضاً.

بخِلَاف مَا لَو اكتالَه فِي ظَرْف نَفسِهِ أَو فِي نَاحيَةِ بَيتِهِ.

وَلَو اكتالَ الدّينَ الْعينَ وَفِي ظَرْفِ الْمُشْتَرِي؛ إن بَدَأَ بِالْعينِ.. كَانَ قبضاً، وإِنْ بَدَأَ بِالدَّينِ.. فَلَا.

غيبته (قبضاً) للمسلم فيه، حتى من مال المسلم إليه؛ لأن الأمر بالكيل لم يصادف ملك الآمر؛ لأن حقه في الدين لا في العين.. فلا يصح الأمر، وصار المسلم إليه مستعيراً للظرف من رب السلم، فصار كما لو كان عليه دراهم دين، فدفع الدائن إليه كيساً ليزنها فيه؛ حيث لم يصر قابضاً.

(**ولو اكتال البائع كذلك**) أي: لو اشترى من رجل حنطة مثلاً بعينها ودفع ظرفه إلى البائع وأمره بأن يكتال الحنطة المشترية منه في ذلك الظرف، واكتاله البائع في ظرفه والمشتري غائب (.. **كان**) وقوعه في ظرفه (**قبضاً**)؛ لأنه ملكه بالشراء لا محالة.. فصح الأمر باكتياله؛ لمصادفته ملكه، فصار البائع وكيلاً عنه في إمساك ظرفه، فيكون الظرف في يد المشتري حكماً، فكذا ما وقع فيه من الحنطة، حتى لو هلك.. هلك من ملك المشتري، فاكتفي فيه بكيل واحد على الصحيح.

(**بخلاف ما لو اكتاله**) البائع بأمر المشتري (**في ظرف نفسه**) أي: نفس البائع (**أو ناحية بيته**)؛ فإنه لم يصر المشتري بهذا الكيل قابضاً؛ لأنه استعار من البائع ظرفه ولم يقبضه، فلا يعتبر الظرف في يد المشتري؛ لأن الاستعارة تبرع لا تتم بدون القبض، فكذا ما وقع فيه، وكذا الحال في ناحية بيته.

(**ولو اكتال**) البائع (**الدين**) المسلم فيه (**والعين**) المشترية (**في ظرف المشتري**) بأمره (**إن بدأ**) البائع (**بالعين.. كان**) ذلك (**قبضاً**).

(**وإن بدأ بالدين.. فلا**).

وَعِنْدَهُمَا: صَحَّ قبضُ الْعينِ؛ فَإِن شَاءَ.. رَضِيَ بِالشّرِكَةِ، وَإِن شَاءَ.. فسخَ البيعَ.

وَلَو أسلمَ أمةً فِي كرٍّ وقُبِضَتْ ثمَّ تَقَايلا فَمَاتَتْ قبلَ ردِّهَا.. بَقِيَ التقايلُ، وَتجبُ قيمتُهَا يَوْمَ قبضِهَا.

صورته: رجل أسلم في كرّ حنطة مثلاً، فلما حلّ الأجل اشترى ربّ السلم من المسلم إليه كراً آخر بعينه ودفع إليه ظرفه ليجعل الدين والعين فيه:

فإن كان البائع يجعل فيه أولاً العين.. صار المشتري بذلك قابضاً حقّه جميعاً:

أما العين: فلصحة الأمر فيه؛ لما ذكرناه [١٢٧/ب].

وأما الدين: فلاتصاله بملك المشتري برضاه، والاتصال بالملك بالرضاء يثبت القبض؛ كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه؛ وكمن دفع إلى صانع خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار؛ فإنه يملكه بالاتصال.

وإن كان يجعل فيه أولاً الدين.. لم يصر قابضاً:

أما الدين: فلعدم مصادفته الملك؛ لأن حقه في الدين لا في العين الموفقة في ظرفه، فكان المأمور بجعلها في ظرف الآمر متصرفاً في ملك نفسه.

وأما العين: فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم، وهو استهلاك عنده، فينفسخ العقد.

فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشتري.. فلا ينقض البيع.

أجيب: بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري، بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضاً. هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: صح قبض العين**) فيما بدأ بالدين؛ (**فإن شاء**) المشتري (.. **رضي بالشركة**) مع البائع، (**وإن شاء.. فسخ البيع**)؛ لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

(**ولو أسلم**) رجل (**أمة في كر**) حنطة مثلاً، ودفعت الأمة إلى المسلم إليه (**وقبضت، ثم تقايلا فماتت**) الأمة في يد المسلم إليه (**قبل ردها.. بقي التقايل، وتجب قيمتها يوم قبضها**).

وَلَو مَاتَت ثُمَّ تَقَايلا.. صَحَّ.

وَكَذَا المقايضةُ فِي الْوَجْهَيْنِ، بِخِلَاف الشِّرَاء بِالثّمنِ فيهِمَا.

وَلَو ادّعى أحدُ عاقدَي السّلمِ بَيَانَ الْأَجَلِ أَو اشْتِرَاطَ الرداءةِ وَأنكَر ......

(ولو ماتت) الأمة، (ثم تقايلا.. صح) الإقالة وتجب قيمتها يوم قبضها؛ لأنها تعتمد بقاء العقد، وذلك بقيام المعقود عليه، وفي التسلم: المعقود عليه هو المسلم فيه وذلك باق، فصحت الإقالة حالة بقائه ابتداء، وإذا صحت ابتداء.. صحت انتهاء أيضاً؛

كما لو تقايلا فماتت قبل ردها؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، ثم إذا انفسخ العقد في المسلم فيه بالإقالة.. انفسخ في رأس المال أيضاً تبعاً، فيجب ردّها، وقد عجز بهلاكها، فيجب عليه رد قيمتها.

فإن قيل: الجارية قد هلكت، والمسلم فيه سقط بالإقالة، فصار كهلاك العوضين في بيع المقايضة، وهو يمنع صحة الإقالة.

قلنا: لما وجب رد القيمة.. كان أحد العوضين باقياً؛ لأنها تقوم مقام عين الجارية.

(**وكذا المقايضة في الوجهين**) فلو تقايلا فيها، ثم هلك أحد العوضين.. تبقى الإقالة .

ولو تقايلا بعد هلاك أحد العوضين.. صحت الإقالة؛ لأن كلّ واحد من العوضين فيها يصلح مبيعاً، فيبقى العقد ببقائه، فتصح الإقالة.

(**بخلاف الشراء بالثمن فيهما**) أي: في الصورتين؛ أي: اشترى أمة بألف درهم ثم تقايلا، فماتت الأمة في يد المشتري.. بطلت الإقالة.

ولو تقايلا بعد موتها.. فهي باطلة أيضاً؛ لأن المعقود عليه في البيع هي الأمة وقد هلكت، فلم يبق العقد.. فلم يصح الفسخ بالإقالة.

(**ولو ادّعى أحد عاقدي السلم بيان الأجل أو اشتراط الرداءة** [١٢٨/أ]، **وأنكر**

الآخرُ.. فَالْقَوْل لمدَّعِيهِما مُطلقاً، وَقَالا: للْمُنكرِ إِن كَانَ ربَّ السّلم فِي الأُولى، أَو الْمُسلمَ إِلَيْهِ فِي الثَّانِيَة.

الآخر)، ولا بينة لهما (.. **فالقول لمدعيهما**) أي: الأجل واشتراط الرداءة؛ لأنه يدّعي الصحة؛ إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلاً وموصوفاً، فكان الظاهر شاهداً له (**مطلقاً**) أي: سواء كان المدعي رب السلم؛ والمسلم إليه فيهما.

(**وقالا**): القول (**للمنكر إن كان**) المنكر (**رب السلم في**) المسألة (**الأولى، أو**) كان المنكر (**المسلم إليه في الثانية**).

والأصل في جنس هذه المسائل: أنهما إذا اختلفا في صحة العقد بعد اتفاقهما على عقد واحد:

فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت.. كان باطلاً، وكان القول لمدعي الصحة.

وإن خرج مخرج الخصومة.. فكذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: القول للمنكر.

فلو قال المسلم إليه: لم يكن له أجل، وقال رب السلم: بل كان له أجل.. فالقول لرب السلم؛ لأن المسلم إليه متعنت؛ حيث ينكر [ما] ينفعه، ورب السلم ينكر ما يضره، والظاهر شهد له؛ لأنهما لما اتفقا على عقد واحد، واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو الأجل، والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وجه الصحة.. كان الظاهر شاهداً لربّ السلم، فيكون القول قوله.

فإن قيل: لا نسلم أن المسلم إليه متعنت؛ لأنه بإنكاره يدعي ما ينفعه وهو فساد العقد، وسلامة المسلم فيه له، وهو يربو على رأس المال عادة، فيكون نافعاً له، فيكون القول [قوله].

أجيب عنه: بأن الفساد لعدم الأجل غير متيقن؛ لكونه مجتهداً فيه؛ فإن الشافعي جوز السلم الحال بلا تأجيل، وإذا لم يكن الفساد متيقناً بعدم الأجل.. لم يلزم من

والاستصناعُ ....

إنكاره الأجل ردّ رأس المال، حتى يسلم له المسلم فيه فينفعه.

وإذا عكست المسألة: بأن يدعي المسلم إليه الأجل، ورب السلم ينكره.. فالقول لرب السلم عندهما؛ لأنه ينكر حقاً عليه، فيكون القول له.

وإن أنكر الصحة كرب المال في المضاربة إذا قال لمضاربه: شرطت لك نصف الربح إلاّ عشرة، وقال المضارب: لا، بل شرطت لي نصف الربح.. فالقول لرب المال وإن أنكر الصحة.

وعند أبي حنيفة: القول للمسلم إليه؛ لأنه يدعي الصحة، وقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته، والظاهر يشهد له، فيكون القول له، والقياس على المضاربة فاسد؛ للفارق؛ لأنه ليس بعقد لازم حتى يتمكن كل واحد منهما من فسخه، بخلاف السلم؛ فإنه لازم.

ولو قال المسلم إليه: شرطت رديّاً، وقال رب السلم: لم اشترط شيئاً.. فالقول للمسلم إليه؛ لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم؛ لأنه ينكر ما ينفعه، والمسلم إليه يدعي ما ينفعه؛ لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة، والظاهر يشهد له؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد [١٢٨/ب] بدونه وهو بيان الوصف، والظاهر: أنهما باشرا على وجه الصحة، فكان الظاهر شاهداً للمسلم إليه، فيكون القول له.

وإذا انعكست المسألة: بأن يدعي رب السلم الوصف وأنكره المسلم إليه.. فالقول لرب السلم عند أبي حنيفة؛ لأنه يدعي الصحة.

وعندهما: للمسلم إليه؛ لأنه منكر وإن أنكر الصحة على ما ذكره المتأخرون.

(والاستصناع) وهو أن يجيء إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئاً صورته كذا وقدره كذا بكذا درهماً، وسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم أصلاً.

ثم هذا لا يخلو؛ إما أن يكون ما فيه تعامل كأن يطلب من الخفاف خفاً بأديم

من عنده، أو فيما لا تعامل فيه كأن يطلب من الخياط أن يخيط له قميصاً بكرباس من عنده.

والأول: لا يخلو؛ إما أن يضرب فيه الأجل أو لا.

والثاني: يكون استصناعاً، ويجوز استحساناً.

والقياس: عدم جوازه، وهو قول زفر والشافعي؛ لأنه بيع المعدوم.

وجه الاستحسان: ما روي أن النبي ﷺ استصنع خاتماً ومنبراً، ولأن المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، فنزل منزلة الإجماع، وهو قاض على القياس؛ كما في إجارة الحمام قبل الدخول، وإن كان مقدار المكث والماء المصبوب غير معلوم.

بخلاف المزارعة عند أبي حنيفة، فإنها فاسدة عنده مع تعامل الناس فيها؛ لأنها مختلف فيها في الصدر الأول، فلم يعمل بالتعامل فيها، بل عمل بالقياس، ولم يثبت الخلاف في الاستصناع في القرن الأول، فترك فيه القياس بالتعامل.

والأول: يكون سلماً عند أبي حنيفة حتى لا يثبت فيه الخيار، ويشترط فيه شرائط السلم.

وعندهما: هو استصناع بحاله؛ عملاً بحقيقة اللفظ، ويحمل الأجل على التعجيل.

ولأبي حنيفة: أنه يحتمل السلم: باعتبار ضرب الأجل، والاستصناع: باعتبار حقيقة اللفظ، فيحمل على السلم؛ لأنه ثبت بالكتاب.

وفي ثبوت الاستصناع شبهة؛ لكونه مجتهدً فيه فكان الحمل على الأول أولى.

والثاني أيضاً: لا يخلو؛ إما أن يضرب فيه الأجل أو لا يضرب، والثاني لا يجوز مطلقاً، والأول يجوز سلماً بالاتفاق؛ لأنه لا يمكن حمله على الاستصناع بفساده، فتترك الحقيقة ويعمل بالأجل.

بِأَجلٍ: سلمٌ، فَيصحُّ فِيمَا أمكنَ ضبطُ صفتِهِ، وَقدرِهِ، تُعورفَ أَو لا.

وَبلا أَجلٍ: يَصحُّ اسْتِحْسَاناً فِيمَا تُعورف؛ كخُفٍّ وطِسْتٍ وقُمقُمَةٍ.

وَهُوَ بيعٌ لَا عِدَةٌ، فَيجْبرُ الصَّانِعُ على عَمَلِهِ،..................

إذا عرفت هذا.. يظهر لك شرح قوله: (**بأجل**) يصح فيه السلم لا مطلقاً (**سلم**) غير للاستصناع؛ أي: عقد سلماً عملاً بالأجل؛ لأنه لازم للمسلم (**فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره**) مما يجري فيه السلم؛ (**تعورف**) بالتعامل (**أو لا**) تعورف به على ما ذكرناه آنفاً.

(**وبلا أجل** [١٢٩/أ] **يصح استحساناً فيما تعورف كخف**) أي: كطلب خف بأديم من عند الخفاف (**وطست وقمقمة**)، فلا يصح فيما لا تعامل فيه كالثوب على ما سيصرح به.

ثم اختلفوا فيما يجوز فيه الاستصناع: أنه بيع أو مواعدة؟

والصحيح: أنه بيع عند عامة المشايخ، واختاره المصنف فقال:

(**وهو**) أي: الاستصناع (**بيع**)؛ لأن محمداً سماه بيعاً، وأثبت فيه لوازم البيع من خيار الرؤية ونحوها، وذكر فيه القياس والاستحسان، وفصل بين ما فيه التعامل وما لا تعامل فيه.

والمواعيد: تجوز قياساً واستحساناً بلا فرق بينهما، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً؛ للتعامل والضرورة كما في الإجارة، فيصح بيعاً.

(**لا عدة**) وهي اختيار الحاكم الشهيد والصغار محمد بن سلمة.

وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً، وما نحن فيه ليس كذلك.. فلا ينعقد بالتعاطي إلاّ عند انبنائه مفروغاً لا عند الاستصناع.

ثم فرع على كونه بيعاً بقوله: (**فيجبر الصانع على عمله**)؛ لأنه باع ما لم يره، ولا يجبر المستصنع على القبول حين رآه؛ لأنه اشترى ما لم يره.. فله خيار الرؤية.

وعن أبي حنيفة: إنه لا جبر على الصانع على عمله؛ احترازاً عن الضرر.

وَلَا يرجعُ المستصنِعُ عَنهُ، وَالْمَبِيعُ هُوَ الْعين لَا عملُه؛ فَلَو أَتَى بِمَا صنعه غَيْرِه، أَو بِمَا صنعه هُوَ قبلَ العقد فَأَخذه.. صَحَّ.

وَلَا يتَعَيَّنُ للمستصْنِع بِلَا اخْتِيَارِه، فَيصحُّ بيعُ الصَّانِعِ لَهُ قبل رُؤْيَتِهِ، ....

والأول: أصحّ، على ما في «العناية».

(**ولا يرجع المستصنع عنه**) أي: عن الاستصناع بعدما استصنع؛ لأن العقد انعقد بينهما، فلا يرجع بعده قبل الرؤية، ولو كان مواعدة.. لصح رجوعه.

ثم اختلف القائلون بأنه بيع: في المبيع.. أنه العين أو العمل:

وعامة المشايخ: على أنه العين، واختاره المصنف فقال: (**والمبيع: هو العين لا عمله**) خلافاً لأبي سعيد البردعي؛ فإن عنده الاستصناع إجارة، فيكون المبيع هو العمل عنده.

واستدلوا على أنه هو العين بقول محمد: «لأنه اشترى ما لم يره».

ثم فرع على كون المبيع هو العين بقوله: (**فلو أتى بما صنعه غيره أو بما صنعه هو قبل العقد فأخذه**) الآمر (.. **صح**)؛ لحصول المقصود.

فإن قيل: لو كان بيعاً والمبيع عيناً.. لما بطل بموت أحد العاقدين، لكنه يبطل.

أجيب: بأن للاستصناع شبها بالإجارة من حيث إن فيه طلب العمل، وشبهاً بالبيع من حيث إن المقصود منه هو العين المستصنع:

فللشبه الأول قلنا: يبطل بموت أحدهما.

للشبه الثاني: أمر ينافيه القياس والاستحسان وخيار الرؤية، ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد.

(**ولا يتعين**) عين المعقود عليه (**للمستصنع بلا اختياره**)؛ لأنه اشترى ما لم يره.. فله خيار التعيين، وإذا لم تعين له (.. **فيصح بيع الصانع له قبل رؤيته**)؛ لأنه تصرف في ملكه.

وَلهُ أَخذُه وَتَرْكه.

وَلَا يَصحُّ فِيمَا لم يتعارَفْ كَالثَّوْبِ.

(وله) أي: للمستصنع **(أخذه وتركه)**؛ عملاً بخيار الرؤية له، بخلاف السلم؛ إذ لا فائدة في إثبات الخيار [١٢٩/ب] فيه؛ لأنه كلما رده عليه.. أعطاه غيره؛ لكونه غير متعين؛ إذ المسلم فيه في الذمة، فيبقى فيها إلى أن يقبضه. كذا في «البحر».

وعن أبي يوسف: إنه لا خيار في الاستصناع أيضاً أصلاً:

أما للصانع: فلأنه باع ما لم يره.. فلا خيار له.

وأما للمستصنع: فلأن الصانع أتلف ماله بقطع صرمه وخيطه ليصل إلى بدله، فلو ثبت له الخيار.. لتضرر الصانع؛ لأن غيره لا يشتريه بمثله.

ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبراً ولم يأخذه.. فالعامي لا يشتريه أصلاً.

فإن قيل: الضرر حصل برضاه.. فلا يكون معتبراً.

أجيب: بجواز أن يكون الرضاء على ظن أن المستصنع مجبور على القبول، فلما علم اختياره.. عَدِمَ رضاه.

فإن قيل: ذلك لجهل منه، وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام.

أجيب عنه: بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا، ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين، وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها، لا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين.

(ولا يصح) الاستصناع **(بلا أجل فيما لم يتعارف كالثوب)** أي: كأن يطلب من الحائك ثوباً لينسجه له بالغزل من عنده، وكأن يطلب من الخياط ثوباً يخيطه بكرباس من عنده.

* * *

(مَسَائِلَ شَتَّى)

يَصحُّ بيعُ الْكَلْبِ والفهدِ وَسَائِرِ السِّبَاعِ؛ عُلِّمَتْ، أَو لَا.

(مَسَائِلَ شَتَّى)

جمع شتيت؛ أي: المتفرق؛ لأنها تفرقت عن أبوابها ولم تذكر ثمة، فاستدركت بذكرها ههنا.

(يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع) من الطيور وغيرها من كل ذي ناب.

اعلم: أن بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز **(علمت)** أي: صارت معلمة، **(أو لا)** في رواية «الأصل».

أما الكلب المعلم.. فلا شك في جواز بيعه؛ لأنه آلة الحراسة والاصطياد، فيكون محلاً للبيع؛ لكونه منتفعاً به حقيقة وشرعاً، فيكون مالاً متقوماً مضموناً بالقيمة بالإتلاف، وكل ما هو كذلك.. يكون محلاً للبيع.

وأما غير المعلم.. فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد؛ فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه، ويمنع الأجانب عن الدخول في بيته، والأخذ عن مواشيه، ويخبر عن الجائي بنباحه، فساوى المعلم في الانتفاع به، فيكون مالاً متقوماً مضموناً بالقيمة أيضاً.. فيكون محلاً للبيع.

وعن أبي يوسف: إن بيع الكلب العقور أي الجارح.. لا يجوز؛ لأنه غير منتفع به؛ ولأنه ﷺ نهى عن إمساكه وأمر بقتله.

قلنا: كان ذلك قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع؛ لأنه ﷺ كان يأمر بقتل الكلاب في الابتداء، ثم رخص لاقتنائه على ما روي مرفوعاً: أنه ﷺ رخص في ثمن الكلب، فلفظ الرخصة يدل على الانتساخ [١٣٠/أ]، ولم يفرق في ذلك بين الكلاب معلماً أو لا.

وعن شمس الأئمة: أنه شرط لجواز بيع الكلب: أن يكون معلماً أو قابلاً للتعليم.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب مطلقاً؛ مستدلاً بقوله ﷺ: «إن من السحت: مهر البغي، وثمن الكلب»، والسحت: هو الحرام.. فلا يجوز بيعه؛ ولأنه نجس العين.

أجيب بأنه روي عن ابن عباس رضي الله عنه: أنه ﷺ نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية.

واعترض: بأن هذا لا يثبت المدعى؛ لأن المدعى: جواز بيع مطلق الكلاب، والدليل المذكور أخص منه؛ لأنه إنما يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير.

وأجيب عنه: بأن المقصود منه: إبطال شمول العدم الذي هو مدّعى الخصم، وأما إثبات المدعى.. فحديث عبد الله بن عمرو بن العاص: أنه قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهماً من غير تخصيص بنوع.

واعترض عليه أيضاً: بأنه معارض برواية الطحاوي في «شرح الآثار» عن عبد الله بن عمرو: أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً؛ لأن هذا مخصوص بنوع كما ترى، ولهذا قال بعض مشايخنا: جواز بيع الكلب المعلم ثابت بالحديث المذكور، وغير المعلم ملحق به دلالة للاشتراك في العلة.

والحاصل: أنّ مناط الحكم: هو الانتفاع به، فأينما يتحقق المناط.. يتحقق فيه الحكم أيضاً؛ منصوصاً أو لا، ولهذا قلنا: جاز بيع الفهد والنمر والذئب والفيل والأسد والقردة والهرة؛ لإمكان الانتفاع بها: بالركوب كما في الفيل، والصيد كما في غيرها.

بخلاف الهوام المؤذية؛ كالحيات والعقارب والزنابير؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها، وكذا الفأرة والنمل والوزغ والضب والخفافيش والضفادع والسرطان.

وقيل: لا يجوز بيع القرد، والصحيح: الجواز على ما في «الزيلعي».

وَالذِّمِّيُّ فِي البيعِ كَالْمُسلِمِ ....

وعن أبي الليث: أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية، وإلا.. لا يجوز.

ورده في «البدائع» بأنه ليس بسديد؛ لأن المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي؛ كالخمر.. فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع.

ويجوز بيع الدهن النجس؛ لأنه ينتفع به للاستصناع.. فهو كالسرقين.

وأما العذرة.. لا ينتفع بها إلا مخلوطة بالتراب، فلا يجوز بيعه إلا تبعاً على ما في «البحر».

ولا يجوز بيع حبة قمح، ونطفة ماء، وكف من تراب؛ لأنها لا ينتفع بها؛ إذ لا قيمة لها على ما في «الزيلعي».

وأما الجواب عن قول الشافعي: «إنه نجس العين، فلا يجوز بيعه كالخنزير».. فهو على ما في «فتح القدير»: لو سلم أنه نجس العين.. فهي توجب حرمة أكله لا منع بيعه، بل منع البيع يمنع الانتفاع شرعاً، ولهذا جوزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينها؛ لإطلاق الانتفاع بها عندنا [١٣٠/ب]، بخلاف العذرة فإنها لم يطلق الانتفاع بها، فمنع بيعها إلا مخلوطة بالتراب، وإنما منع بيع الخمر.. لنص خاص في منع بيعها. انتهى.

(والذمي في البيع كالمسلم) لما ذكره محمد في «الأصل»: لا يجوز بين أهل الذمة الربا، ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يداً بيد، ولا نسيئة، ولا الصرف نسيئة، ولا الذهب بالذهب.. إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفاً واحداً، وهم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام؛ لقوله ﷺ لمعاذ: «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين» ولأنهم مكلفون بالمعاملات يحتاجون بما تبقى به نفوسهم كالمسلمين، ومما يحتاجون إليه: البيع وسائر المعاملات الشرعية.

وَمن زوَّجَ مَشرِيَّتَهُ قبلَ قبضهَا.. جَازَ؛ ....

وفي «إيضاح الكرماني»: ولو باع ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً، ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض.. انتقض البيع؛ لتعذر القبض بالإسلام، فصار كما لو أبق المبيع.

فإن صار خلاً قبل القبض.. خيّر المشتري؛ إن شاء.. نقض، وإن شاء.. أخذ في قولهما.

وعند محمد: العقد باطل.

وكذا المسلم إذا اشترى عصيراً فتخمر.

ولو قبض الخمر، ثم أسلما أو أحدهما.. جاز البيع؛ قبض أو لا.

ولو اشترى الذمي عبداً مسلماً.. جاز وأجبر على بيعه [١٣١/أ]، وكذا إذا اشترى مصحفاً.

ولو اشترى كافر من كافر عبداً مسلماً شراء فاسداً.. أجبر على رده، ويجبر البائع على بيعه، وإن أعتقه الذمي.. جاز، وكذا إن دبره.. جاز، ويسعى في قيمته.

(**ومن زوّج مشريته**) إلى رجل (**قبل قبضها.. جاز**) تزويجه؛ لوجود سبب ولاية التزويج وهو الملك في الرقبة على الكمال، ولا مانع ثمة عن الجواز؛ لأن المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض إنما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض، والنكاح ليس كذلك.

فإذا جاز هذا النكاح؛ أعني: قبل القبض.. فهل يبطل ببطلان ذلك المبيع قبل القبض؟

ففي «البحر»: ولو انتقض البيع.. بطل النكاح في قول أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

قال الصدر الشهيد: والمختار: قول أبي يوسف؛ لأن البيع متى انتقض قبل القبض.. انتقض من الأصل، فصار كأن لم يكن، فكان النكاح باطلاً.

إِلَّا فِي الْخمرِ.. فَإِنَّهَا فِي حَقِّه كالخلِّ، وَالْخِنْزِيرُ فِي حَقِّهِ كالشاةِ.

(**إلا في الخمر.. فإنها في حقه كالخل، والخنزير**) فإنها (**في حقه كالشاة**) في حقنا، يعني: بيع الخمر والخنزير جائز في حقهم كبيع الخل والشاة في حقنا، حتى يجوز لهم السلم في الخمر لا في الخنزير، كما جاز لنا في الخل دون الشاة.

وفي «البدائع»: إنهم لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير.

أما على قول بعض مشايخنا.. فلأنه يباح الانتفاع به شرعاً لهم، فكان مالاً في حقهم.

وأما على قول البعض أن حرمتها ثابتة على العموم - في حق المسلم والكافر؛ بناء على أنهم مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا - فكانت الحرمة ثابتة في حقهم، لكنهم لا يمنعون عن بيعها لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولون بها، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون. انتهى.

قيدّوا ههنا بالخمر والخنزير لما صرّحوا بأنا لا نجيز بيع الميتة والدم فيما بينهم.

وفي «البحر» نقلاً عن «الإصلاح»: المستثنى غير مختص بالخمر والخنزير كما فهم من «الهداية»، بل: المنخنقة، والتي جرحت في غير موضع الذبح، وذبائح المجوسي.. أيضاً مستثناة، وإنما خصوا بهما؛ لأن هذه الثلاثة داخلة في الخنزير.

وفي «البزازية»: وبيع المجوسي ذبيحته أو ما ذبح عنده.. كالخنق من كافر: جائز عند الثاني. انتهى.

وقال في «البحر»: ظاهر هذا: أنه غير جائز عند أبي حنيفة ومحمد، وحينئذ: فالمستثنى مختص بالخمر والخنزير.

وفي «البزازية» أيضاً: بيع متروك التسمية عمداً من كافر لا يجوز.

فَإِن وُطِئَتْ.. كَانَ قَابِضاً، وإِلّا.. فَلَا.

وَمن اشْترى شَيْئاً فَغَاب غيبَةً مَعْرُوفَةً لَا يُبَاعُ ....

وقيد القاضي الإمام بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت، حتى لو ماتت الجارية قبل القبض.. لا يبطل النكاح وإن بطل البيع. انتهى.

قلت: بطلان النكاح بانتقاض البيع قبل القبض إنما يستقيم بناء على أن مجرد التزويج بدون الوطء ليس بقبض، وهو الاستحسان، وأما على القياس - وهو: أن مجرد التزويج بدون الوطء قبض، وهو رواية عن أبي يوسف على ما في «العناية» - فلا يستقيم.

وفي «البحر»: إنما قيد بالنكاح؛ لأن العتق والتدبير قبل القبض حساً.. قبض حكماً.

(فإن وطئت) أي: وطئها زوجها **(.. كان)** ذلك الوطء **(قبضاً)**؛ لأن الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري.. كان فعله كفعله.

(وإلا) أي: وإن لم يطأها، **(.. فلا)** يكون مجرد التزويج قبضاً، استحساناً.

والقياس: أنه قبض أيضاً، وهو رواية عن أبي يوسف، حتى إن هلكت بعد ذلك.. هلكت من مال المشتري؛ لأن التزويج عيب حكمي، حتى لو وجدها المشتري ذات زوج.. كان له أن يردها على ما تقدم، والمشتري إذا عيب المعقود عليه.. صار قابضاً، فصار كالإعتاق والتدبير وقطع اليد.

والاستحسان: أن في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعله إليه، وبه يصير قابضاً، وليس ذلك في الحكمي.. فلا يصير قابضاً.

والإعتاق والتدبير إتلاف للمالية وإنهاء للملك، ولهذا يثبت له الولاء من ضرورات أن يصير قابضاً.

(ومن اشترى شيئاً فغاب) المشتري قبل القبض ونقد الثمن **(غيبة معروفة.. لا يباع)** ذلك الشيء؛ أي: إذا طلب البائع من القاضي بيع ذلك الشيء بثمنه.. لا يباع

فِي دَينِ بَائِعِه.

وَإِن لم تكنْ مَعْرُوفَةً.. يُبَاعُ فِيهِ إِذا برهنَ أَنَّه بَاعه مِنْهُ إِذا لم يكن قَبضه.

(في دين بائعه)؛ لأنه يمكن له الوصول إلى حقه بدون بيع ذلك الشيء لتعرف مكان الغائب، وفي البيع: إبطال حق المشتري.. فلا يباع.

(وإن لم تكن معروفة.. يباع) ذلك الشيء **(فيه)** أي: في دين [١٣١/ب] بائعه **(إذا برهن)** البائع **(أنه باعه منه)** وغاب قبل نقد الثمن، وهذا لأن ملك المشتري ظهر بإقرار البائع، فيظهر على الوجه الذي أقرّ به مشغولاً بحقه فيعتبر كذلك، وذلك؛ لأن العبد في يده، والقول قول الإنسان فيما في يده فلو ادّعى الملك.. كان مسموعاً، ولو أقرّ به لغيره كاملاً.. صحّ بحكم اليد؛ فكذا إذا أقرّ به ناقصاً مشغولاً بحقه، ويثبت له الملك ناقصاً على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر، فيبيعه القاضي فيه ويستوفي من ثمنه ويحفظ ما زاد؛ كالراهن إذا مات.. فإن المرتهن أحق بالمرهون، يباع في دينه إذا تعذر الاستيفاء؛ وكالمشتري إذا مات قبل قبض المبيع مفلساً.. فإن المبيع يباع بثمنه.

وهذا **(إذا لم يكن)** المشتري الغائب **(قبضه)** أي: المبيع، فإنه بعد القبض لا تقبل بينة البائع؛ لأن حقه لم يبق متعلقاً به، بل هو دين في ذمة المشتري، فتكون البينة لإثبات الدين على الغائب، والإثبات على الغائب متعذر عندنا، وههنا بحث من وجوه:

الأول: إن إقامة البرهان فيما إذا لم يكن قبضه على الغائب أيضاً، فلا يجوز عنه أيضاً.

الثاني: إن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض، وقد تقدم بطلانه.

الثالث: إقامة البرهان فيما نحن فيه لا تجوز أيضاً؛ لأنها تعتمد على إنكار الخصم، والخصم غائب ههنا.. فلا يمكن الإقامة عليه؛ للجهل بإنكاره.

وأجيب عن الأول: بأن إقامة البينة فيما نحن فيه إنما هي لنفي التهمة لا للقضاء، وإنما القاضي يقضي بموجب إقرار المقر بما في يده، فكان هذا قضاء على الحاضر بإقراره بما في يده.

وعن الثاني بوجهين:

أحدهما: قول بعض المشايخ: إن القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري، ثم يبيع؛ لأن بيع القاضي كبيع المشتري، فلا يجوز قبل القبض.

وردّ هذا: بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن، فكذا من يجعل وكيلاً عنه، وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره.

أقول: هذا القبض لما كان لاستيفاء حق البائع.. صار كأنه لم يزل عن يده.

والثاني: أن المبيع ههنا غير مقصود، وإنما المقصود استيفاء حق البائع، والبيع يحصل ضمناً وتبعاً، ولا معتبر بالضمنيات.

وعن الثالث: أن إقامة البينة ههنا ليس للقضاء، بل لنفي التهمة على ما ذكرناه، والقاضي إنما يقضي بإقرار المقر بما في يده، وفي ذلك لا يحتاج إلى إنكار الخصم؛ إذ لا حكم على الخصم فيه، بل الحكم على الحاضر في الحقيقة.

ثم المراد بالمبيع ههنا: ما هو من المنقول كالعبد والثوب وغيرهما لا العقار؛ لأن القاضي لا يبيعه على ما في «البحر» نقلاً عن «النهاية» و«الفصولين».

هذا في بيع الأعيان، وهل هو كذلك في بيع المنافع؛ أعني: الإيجار والاستئجار؟

ففي «البحر»: استأجر إبلاً إلى مكة ذاهباً وجائياً ودفع الكراء، ومات رب الدابة [١٣٢/أ] في الذهاب حتى انفسخت الإجارة؛ فإذا أتى مكة ورفع الأمر إلى القاضي، فرأى أن يبيع الدابة ويدفع بعض الأجر إلى المستأجر.. جاز له ذلك، وللمستأجر أن يركبها إلى مكة، ولا يضمن، وعليه الكراء إلى مكة.

وَإِن غَابَ أَحدُ المشتريين.. فللحاضر دفعُ كلِّ الثَّمنِ، وَقبضُ الْمَبِيعِ، وحبسُه إِذا حضَر الْغَائِبُ حَتَّى ينقدَ حصَّتَهُ.

وكذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة، فرفع المرتهن الأمر إلى القاضي، حتى يبيع الرهن بدينه.. فإنه ينبغي أن يجوز ذلك.

وفيه أيضاً: أنه لو باع دابة وغاب المشتري قبل القبض ودفع الثمن.. فللحاكم أن يأذن له في بيعها ويأخذ ثمنه من ثمنه لو كان من جنسه.

ولو أذن له أن يؤجرها ويعلفها من أجرها.. جاز.

فعلم منه - أي في مسألة الكتاب -: للقاضي أن يأذن للبائع في البيع، كما أن له أن يبيع بنفسه أو أمينه وأن له أن يأذن في أجرها لو كان لها أجر.

وظاهر كلامهم: أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضي، فإن باع.. كان فضولياً، وإن سلم إلى المشتري.. كان متعدياً، والمشتري منه كان غاصباً. هكذا ذكره.

ثم قال نقلاً عن «الفصولين» وللقاضي ولاية إيداع مال غائب ومفقود، وله إقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب، لا لو علم؛ إذ يمكن البعث إليه إذا خيف التلف، فيمكن حفظ العين والمالية، وتمامه في «الفصولين».

(وإن غاب أحد المشتريين.. فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه إذا حضر الغائب، حتى ينقد حصته) أي: من الثمن؛ يعني: إذا نقد الحاضر الثمن إلى البائع.. يجبر البائع بقبول نصيب الغائب من الثمن وتسليم نصيبه من المبيع إلى المشتري الحاضر عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن.

ولو قبل.. لا يجبر على تسليم نصيبه من المبيع، والحاضر لا يقبض إلاّ نصيبه مهايأة لا غير.

وإذا قبض الحاضر المبيع كله.. لم يرجع على الغائب إذا حضر بما نقده لأجله، وليس له حق الحبس على ذلك، وكان متبرعاً بما أدى عن صاحبه؛ لأنه قضى دينه بغير أمره، ولا رجوع ذلك.

ولهما: أنه مضطر فيه؛ لعدم الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن؛ لاتحاد الصفقة، والمضطر يرجع، كمعير الرهن إذا افتك الرهن بعد غيبة الراهن أو إفلاسه.. فإنه يرجع على الراهن - أي: المستعير - بما أدى وإن كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره؛ لاضطراره في القضاء لتخليص ما أعاره للراهن.

قيد بقوله: «إن غاب»؛ لأنه لو كان حاضراً.. يكون الدافع متبرعاً بالاتفاق.

وقيد بقوله: «أحد المشتريين»؛ لأنه لو غاب أحد المستأجرين قبل نقد الأجرة، فدفع الحاضر جميعها.. يكون متبرعاً بالاتفاق؛ لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب من الأجر؛ إذ ليس [١٣٢/ب] للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة.

كذا في «العناية».

قلت: هذا لا يستقيم على إطلاقه لأن للآجر حبس الدار فيما إذا شرط تعجيل الأجرة، وفيمن لعمله أثر في العين على ما صرح به في «الفتاوى».

ففي «الخلاصة»: ثم الأجرة إنما تستحق: بالتعجيل، أو باشتراط التعجيل، أو باستيفاء المعقود عليه.

ثم قال فيها نقلاً عن «الأصل الإسكاف»: ومن لعمله أثر في العين.. فإنه يحبس العين لاستيفاء الأجر، إلا إذا كانت الأجرة مؤجلة.

وفي «النوازل»: في كسر الحطب وحلق شعر العبد حق الحبس، وللنساج حق الحبس، وكذا كل ما لو صار العين بعمله شيئاً آخر، بحيث ما لو فعل الغاصب.. ينقطع حق المالك.

وأما القصار: إن كان يقصر بالنسابج أو ببياض البيض.. فله الحبس. انتهى.

وَإِنِ اشْتَرى بِأَلْفِ مِثْقَالِ ذهبٍ وَفِضةٍ.. فهما نِصْفَانِ.

وَإِن قَالَ: بِأَلْفٍ من الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.. فَمن الذَّهَبِ: خَمْسُمِائَةِ مِثْقَالٍ، وَمنَ الْفضةِ: خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ وزنُ سَبْعَةٍ.

(وإن اشترى بألف مثقال ذهب وفضة) بأن قال: اشتريته بألف مثقال ذهب وفضة (**..فهما نصفان**)، ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال؛ لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء، وليس أحدهما أولى من الآخر في الاحتياج إلى المضاف، فيجب التساوي.

ولكن لا بد من التقييد بالجودة والرداءة والوسط على ما قيده محمد في «الجامع الصغير»؛ لأن الناس لا يتبايعون بالتبر، فلا بد من بيان الصفة، وإنما تركه المصنف؛ لكونه معلوماً في أول كتاب البيع: أن ذلك لا بد منه.

وفيه إشارة إلى ما قال في «البحر»: إنه لو قال: لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم.. فإنه يجب من كل جنس ثلث الكر.

(وإن قال): اشتريت منك **(بألف من الذهب والفضة؛ فمن الذهب: خمسمائة مثقال، ومن الفضة: خمسمائة درهم وزن سبعة)**؛ لأنه هو المتعارف في وزن الدراهم، ولم يضف المثقال إلى الفضة كما في الأول. كذا ذكره في «الهداية».

واعترض عليه: بأن لقائل أن يقول: النظر إلى المتعارف يقتضي أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد. انتهى.

وفي «فتح القدير»: في الدراهم ينصرف إلى الوزن المعهود؛ وزن سبعة، ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في الدراهم وزن سبعة، والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز: ليس ذلك، بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم،

وأما في عرف مصر: فلفظ الدرهم ينصرف إلى وزن أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس، إلا أن يقيد بالفضة.. فينصرف إلى درهم بوزن سبعة.

وَمَن قبضَ زيفاً بدلَ جيّدٍ غيرَ عَالِمٍ بِهِ فأنفقَهُ أَو هلكَ.. فَهُوَ قَضَاءٌ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَرُدُّ مثلَ الزَّيفِ وَيَقْتَضِي الْجيدَ.

(ومن) له على آخر عشرة دراهم جياد و**(قبض زيفاً بدل جيد غير عالم به، فأنفقه أو هلكت.. فهو قضاء)** لدينه عند أبي حنيفة ومحمد.

(وقال أبو يوسف: يردّ مثل الزيف ويقتضي الجيد)؛ لأن حقه في الوصف مرعي من حيث الجودة؛ كما أنه مرعي [١٣٣/أ] في الأصل من حيث القدر، فلو نقص عن كمية حقه. رجع عليه بمقداره؛ فكذا إذا نقص في كيفيته، ولا يمكن رعايته بإيجاب نقصان ضمان الوصف منفرداً؛ لعدم انفكاكه، ولهدره عند المقابلة بجنسه، فوجب المصير إلى ما قلنا.

ولهما: أن المقبوض من جنس حقه؛ بدليل: أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم.. يجوز؛ فإذا كان من جنس حقه.. يحصل به الاستيفاء من حيث الأصل، ولا يبقى حقه إلا في الجودة، وتداركها منفردة:

بإيجاب ضمانها **غير ممكن شرعاً** لما ذكرناه من أنها هدر عند المقابلة بالجنس، **ولا عقلاً**؛ لعدم الانفكاك.

ولا بإيجاب ضمان الأَصل؛ لأن المضمون حينئذ هو الأصل، والفرض أنه من حيث الأصل مستوفى، فإيجاب الضمان عليه - أي: على الدائن باعتباره - إيجاب عليه له، ولا نظير له في الشرع.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يفد، وههنا يفيد، فصار ككسب المأذون له المديون؛ فإنه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له، حتى لو اشترى.. صحّ.

والثاني: أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه، ووجوب الضمان له عليه ضمني.. فلا يعتبر.

وأجيب عن الأول: بأن الفائدة ثمة إنما هي للغرماء، فكأنه تضمين الشخص لغيره، بخلاف ما نحن فيه.

وعن الثاني: أن الوصف تابع، فلا يجوز أن يكون الأصل تابعاً له.

وفي «البحر» نقلاً عن فخر الإسلام: إن قولهما قياس، وقول أبي يوسف استحسان.

قيد بتلفها بالإنفاق أو بالهلاك؛ لأنها لو كانت قائمة.. ردها.

وفي «الجوهرة» من كتاب الرهن: إذا علم قبل أن ينفقها، فطالبه بالجياد وأخذها.. كان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف.

فلو قال: أنفقها؛ فإن لم ترج رُدّها علي، ففعل، فلم ترج.. فله أن يردها استحساناً.

فرّق بين هذا وبين ما إذا اشترى عيناً فوجد بها عيباً وأراد ردها، فقال له البائع بعه؛ فإن لم يُشتر ردّه عليّ، فعرضه على البيع ولم يشتر منه أحد.. ليس له أن يردّه.

ووجه الفرق: أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض، بل هو من جنس حقه لو تجوز به.. جاز وصار عين حقه؛ فإذا لم يتجوز.. بقي على ملك الدافع، فصحّ أمر الدافع بالتصرف فيه، فهو في الابتداء: تصرف للدافع، وفي الانتهاء: لنفسه، بخلاف التصرف في المبيع؛ لأنه ملكه، فتصرفه لنفسه، فبطل خياره. انتهى.

قيد الخلاف بعدم العلم؛ لأنه لو علم بها وأنفقها.. كان قضاء اتفاقاً.

وقيد بالزيفة؛ لأنها لو كانت ستوقة أو بنهرجة فأتلفها.. فإنه يردّ مثلها ويرجع بالخيار اتفاقاً [١٣٣/ب].

وهما فرّقا بأن الزيوف من جنس حقه، والستوقة والبنهرجة: لا. كذا في «البحر».

وَإِن فرّخ طيرٌ، أَو باضَ فِي أَرضٍ، أَو تكنَّس ظَبْيٌ.. فَهُوَ لِمَنْ أَخذَهُ.

وَكَذَا صيدٌ تعلَّقَ بشبكةٍ مَنْصُوبَةٍ للجفَافِ، أَو دخلَ دَاراً.

دِرْهَمٌ أَو سُكَّرٌ نُثِرَ فَوَقَعَ على ثوبٍ.

فَإِنْ أعدَّه صَاحبُه لذَلِك، أَو كَفَّهُ بعَد السُّقُوط، أَو أغلَق بَابَ الدَّارِ بعدَ الدُّخُول.. مَلَكَهُ، وَلَيْسَ لِلْغَيْرِ أَخذُه، كَمَا لَو عسَلَ النَّحْلُ فِي أرضِهِ، أَو نبتَ فِيهَا شجرٌ، أَو اجْتمَع تُرَابٌ بجريانِ المَاءِ.

(وإن فرخ طير أو باض في أرض) رجل (أو تكنس ظبي.. فهو لمن أخذه)؛ لأنه مباح سبقت يده إليه فيملكه، ولأنه صيد، فيكون لمن أخذه، والبيض في معنى الصيد؛ لأنه أصله، ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيّه.

والتكنس التستر، ومعناه في الأصل: دخل في الكناس وهو موضع الظبي، هذا إذا لم يعدَّ صاحب الأرض أرضه للصيد، وأما إذا أعدها لها بأن حفرها ليقع فيها أو غير ذلك مما يصطاد به.. فهو له على ما سيصرح به.

(وكذا) أي: لمن أخذه (صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف) أي: لا للصيد، (أو دخل) أي: الصيد (داراً) لرجل (أو درهم أو سكر نثر فوقع على ثوب) رجل لم يعده لذلك (فإن أعده) أي: كلاً من الشبكة والدار والثوب (صاحبه لذلك) أي: للصيد والدرهم والسكر (أو كفه) أي: ضمه (بعد السقوط) في ثوبه أو شبكته، (أو غلق باب الدار بعد الدخول.. ملكه)؛ لأنه صار مستعداً له بإعداده فيضاف الحكم إليه.

(وليس للغير أخذه)؛ لأنه صار ملكاً للمستعد له حكماً.

(كما لو عسل النحل في أرضه)؛ فإن العسل لصاحب الأرض؛ لأنه من إنزالها؛ لقيامه بها على وجه القرار.

(أو نبت فيها شجر أو اجتمع تراب بجريان الماء)؛ لما ذكرناه من أنه من إنزال الأرض.

قال أبو القاسم: الأصل في جنس هذه المسائل: أن الشجر إنما يستحق بالغرس أو بملكية البناء له أو بالأرض، ولهذا قالوا: لو كان نهر بين رجلين، وعلى ضفته أشجار، كل واحد منهما يدعيها؛ فإن عرف غارسها.. فهي له، وإن لم يعرف غارسها.. فما كان في موضع مملوك لكل واحد منهما خاصة.. فهو له، وما كان في موضع مشترك.. فهو بينهما بالحكم.

ومن كان له أشجار على ضفة نهر ونبت من عروقها أشجار في الجانب الآخر من النهر، ولرجل في هذا الجانب كرم، بينه وبين هذا الجانب طريق، فادعى كل واحد منهما هذه الأشجار؛ فإن عرف أنها تنبت من عروق تلك الأشجار.. فهي له.

وإن لم يعرف ذلك ولا عرف غارسها.. فتلك الأشجار غير مملوكة لا يستحقها صاحب الكرم، ولا صاحب الأشجار.

وفي «فتاوى الفضلي»: نبتت شجرة أو زرع في أرض إنسان من غير أن يغرسه ويزرعه أحد.. فهو لصاحب الأرض؛ لأنه متولد من أرضه.

وفي «فتاوى العتابي»: لو رفع الأكار الحنطة فتناثرت الحبات في الأرض فنبت الزرع فسقاه الأكار حتى استحصده.. فهو بينهما على شرطهما، وإن نبت فسقى ربّ الأرض.. فكلّه له، وضمن الأكار نصيبه من الحبات إذا كان لها قيمة، وإن سقاها أجنبي.. فلا شيء له، والزرع [١٣٤/أ] بين رب الأرض والأكار، وفي «فتاوى أبي الليث»: شجرة في أرض رجل نبت من عروقها في أرض آخر؛ فإن كان صاحب الأرض هو الذي سقاه وأنبته.. فهو له، وإن كان نبت بنفسه.. فهو لصاحب الشجرة إن صدقه رب الارض أنه من عروق شجرته، وإن كذبه.. فالقول له.

نواة لرجل ذهب بها الريح إلى كرم غيره، فنبت منها شجرة..

فهي لصاحب الكرم؛ لأن النواة لا قيمة لها.

وَمَا لَا يَصِحُّ تَعْلِيقه بِالشُّرُوطِ ويبطلُه الشَّرْطُ الْفَاسِدُ: البيعُ، ....

وفي «البحر» نقلاً عن «فتح القدير»: لو اتخذ في أرضه حظيرة [للسمك] فدخل الماء والسمك.. ملكه.

ولو اتخذت لحاجة أخرى؛ فمن أخذ السمك.. فهو له.

وكذا فيمن حفر الحفيرة؛ إن حفرها للصيد.. فهو له، أو لغرض آخر.. فهو للآخذ.

وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل من المطر، فعصره رجل؛ فإن كان وضعه للماء.. فهو لصاحبه، وإلاّ.. فللآخذ.

(وما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد:

· البيع)، قد تقدم ما يتعلق بهذه المسألة في باب البيع الفاسد، ولكن نذكره هنا أيضاً تتميماً للفائدة.

واعلم: أن الشرط على وجوه:

منها: ما يقتضيه العقد من غير اشتراط، نحو اشتراط تسليم المبيع أو تسليم الثمن، وهذا الشرط لا يوجب فساد العقد ولا يمنع تعليقه، ولذا قيّد المصنف بالشرط الفاسد.

ومنها: ما لا يقتضيه العقد، ولكن يلائم العقد ويؤكد موجبه؛ كاشتراط أن يعطي المشتري كفيلاً بالثمن، والكفيل معلوم حاضر فقبل، أو غائب فحضر قبل أن يتفرقا وكفل.. جاز البيع استحساناً.

وكاشتراط الرهن، والرهن معلوم بالإشارة أو بالتسمية، وهذا الشرط أيضاً لا يوجب فساد العقد.

ومنها: ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه أيضاً، ولكن الشرع ورد بجوازه كاشتراط التأجيل والخيار، وهذا الشرط لا يفسد العقد أيضاً.

ومنها: ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به الشرع، وليس بمتعارف، ولكن فيه منفعة للمعقود عليه:

فإن لم يكن المعقود عليه من أهل أن يستحق حقاً على الغير.. لا يفسد العقد أيضاً؛ كاشتراط أن لا يبيع، ولا يهب في بيع البهائم.

وإن كان المعقود عليه من أهل أن يستحق حقاً على الغير.. يفسد العقد؛ كاشتراط أن لا يبيع أو أن يعتق في بيع العبد؛ وكاشتراط أن يتخذ أم ولد أو يدبر في شراء الأمة، لكن بعد العتق.. ينقلب البيع جائزاً عند أبي حنيفة، حتى يجب الثمن على المشتري.

لا عندهما، حتى يجب القيمة عليه عندهما.

وإن كان في ذلك الشرط منفعة لأحد العاقدين.. يفسد البيع؛ كاشتراط أن يقرض أحد العاقدين للآخر.

ولو شرطا شرطاً فيه ضرر نحو إن شرطا أن يقرض البائع أجنبياً ألف درهم؛ قالوا: لا يفسد، وقال القدوري [١٣٤/ب]: إنه يفسد.

ولو شرطا شرطاً ليس فيه منفعة، ولا مضرة؛ نحو: إن اشترى طعاماً بشرط أن يأكله، أو ثوباً بشرط أن يلبسه؛ عن أبي يوسف: أنه لا يفسد. كذا في «الخلاصة» و «البزازية»، وتمامه فيهما.

وفيهما أيضاً نقلاً عن «شرح الطحاوي»: تعليق الإطلاقات بالخطر كالتوكيل وإذن العبد والطلاق: يجوز، لا تعليق التمليك؛ كالبيع والهبة والصدقة والإبراء عن الدين وعزل الوكيل، لكن تعليق الإبراء عن الدين بأمر كائن يجوز؛ كقوله: «قضيت دينك لفلان»، فقال الدائن: إن كنت قضيت.. فقد أبرأتك.

ثم ذكر أن العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة:

قسم يبطله الشرط الفاسد وجهالة البدل، وهي مبادلة المال بالمال؛ كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال.

وقسم لا يبطله الشرط الفاسد ولا جهالة البدل، وهو معاوضة المال بما ليس بمال؛ كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد.

وقسم له شبه بالبيع والنكاح، وهو الكتابة؛ يبطلها جهالة البدل، ولا يبطلها الشرط الفاسد.

وإذا جمع بين شيئين فضل العقد في أحدهما:

ففي القسم الأول: لا يجوز؛ سمي لكل واحد منهما بدلاً أو لم يسمّ.

وفي القسم الثاني: يجوز على كل حال.

وفي القسم الثالث: إن سمى لكل واحد منهما بدلاً.. جاز، وإلا.. فلا. انتهى.

ثـم اعلـم: أن التفصيـل المـذكور في عـدم صحـة تعليقـه بالشـرط.. ليس على إطلاقه، بل فيما إذا باع بكلمة «على».

وأما إذا باع بكلمة «إن».. فالبيع باطل مطلقاً على ما صرح في «الخلاصة» و«البزازية»؛ حيث قالا: إذا باع بكلمة «على».. فعلى ما ذكرنا؛ أما إذا قال: بعت إن كان كذا.. فالبيع باطل؛ سواء كان الشرط نافعاً أو ضاراً، إلا في صورة واحدة وهي ما إذا قال: بعت إن رضي به فلان؛ قال الحاكم الشهيد: إذا وقت بثلاثة أيام.. يعني الخيار. انتهى.

وقال في «الأشباه»: وتعليق البيع بالشرط بكلمة «إن» باطل، إلا إذا قال: بعت إن رضي أبي، ووقته كخيار الشرط.

وبكلمة «على» صحيح إن كان مما يقتضيه العقد، أو ملائماً له، أو جرى العرف به، أو ورد الشرع [به]، أو كان لا منفعة فيه لأحدهما. انتهى.

فإطلاق المصنف: محمول على التعليق بكلمة «إن»، ثم الحاكم الشهيد يريد أن

وَالْإِجَازَةُ، وَالْقِسْمَةُ، ....

الصورة المذكورة من قبيل اشتراط الخيار للأجنبي، وذلك جائز على ما تقدم في باب الخيار، فكذا هذه الصورة.

وفي «الفصولين»: لو قال: بعته بكذا إن رضي فلان.. جاز البيع والشرط جميعاً. انتهى.

لا بد أن يقيد، هذا بما قيده الحاكم الشهيد من التقييد بثلاثة أيام؛ يعني: الخيار، وإلا.. فلا.

(والإجازة) أي: الإجازة بالبيع؛ بأن باع فضولي عبده، فقال: أجزته بشرط أن تقرضني أو تهديني، وكذا كل عقد لا يصح [١٣٥/أ] تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفاً.. لا يصح تعليق إجازته بالشرط، حتى النكاح والقسمة والإجارة وغيرها من الأحكام المذكورة، على ما صرح به في «البحر».

ويدل عليه: ما في «الخلاصة» حيث قال: تعليق الإجازة بالشرط باطل بأن قال: إن زادني في الثمن.. فقد أجزت البيع.

وفي «الفصول» سئل الإمام فخر الدين عمّن زوّج ابنته البالغة بغير رضاها، ثم بلغها الخبر فقالت: أجزت إن رضيت أمي، قال: الإجازة باطلة؛ لأن التعليق يبطل الإجازة اعتباراً بابتداء العقد. انتهى كلام «الخلاصة».

(والقسمة)؛ لأن فيها مبادلة مال بمال، فلا يجوز تعليقها بالشرط؛ لأنها في معنى البيع لتلك المبادلة، وقد نهينا عن بيع وشرط.

صورتها: أن يقتسموا داراً مشتركة، وشرطوا رضاء فلان بأن قال: اقتسمناها إن رضي فلان.. فسدت القسمة. كذا في «البحر» نقلاً عن «العيني».

واعترض عليه: بما تقدم من أن البيع يصح تعليقه برضاء فلان، ويكون بشرط خيار إن وقته بثلاثة أيام، والقسمة في معنى البيع، لكن لا يجوز تعليقها بهذا الشرط.

وقد يجاب عنه: بأن هذا مبني على جريان خيار الشرط في القسمة وعدمه.

وَالْإِجَارَةُ، ....

ففي «الولوالجية»: وأما خيار الرؤية والشرط.. فثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها، وهو القسمة في الأجناس المختلفة، وأما في كل قسمة يجبر الآبي عليها؛ كالقسمة في ذوات الأمثال في الجنس الواحد.. فإنه لا يثبت فيها. انتهى.

فالصورة المذكورة إنما تستقيم في قسمة لا يثبت فيها خيار الشرط.

ومن صورها أيضاً: ما إذا اقتسموا التركة على أن يكون الدين لأحدهما والعين والعروض للآخر بشرط إن نوى عليه شيء من الديون يرد عليه نصفه.. فالقسمة فاسدة.

ومن صورها أيضاً: ما إذا اقتسموا داراً على أن يشتري أحدهما من الآخر داراً له خاصة بألف درهم.. فهي فاسدة.

وكذا كل قسمة على شرط هبة أو صدقة.

قلت: لا بد أن يقيد بشرط غير معروف، وإلاّ.. فتعليق القسمة بشرط متعارف جائز؛ كما إذا اقتسما داراً على أن يكون لأحدهما حق وضع الجذوع على حائط وقع في نصيب صاحبه.. جاز؛ للتعامل. كذا في «القنية».

(والإجارة)؛ لأن فيها تمليك المنفعة في مقابلة الأجرة، فيفسدها التعليق.

ومن صورها: أجر داره على أن يقرضه المستأجر، أو يهدي إليه، أو إن قدم زيد.

ومن صورها أيضاً: استأجر حانوتاً احترق، كل شهر بكذا على أن يعمره، ولا يحتسب ما ينفقه من الأجرة؛ لأن شرط العمارة على المستأجر.. يفسد العقد.

وهل يجوز تعليقها بزمان مستقبل مثل مجيء الغد ورأس الشهر الآتي؟

قال [١٣٥/ب] في إجارات «قاضي خان»: لا يجوز عند عامة العلماء.

وقال في باب الإجارة المضافة من «القنية»: ولو قال: إذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدار.. فباطل؛ لأنه تعليق بخطر.

وَالرَّجْعَةُ، ....

وقال أبو بكر: يجوز، ولا يعد هذا خطراً في الإجارة، وبه يفتى.

وعن ابن سماعة عن أبي يوسف قال: أجرتك داري بكذا إذا أهل شهر كذا.. جاز، ولا يجوز هذا في البيع. انتهى.

فعلم منه: أن تعليق الإجارة بمجيء الزمان المستقبل مثل مجيء الغد أو برأس الشهر: جائز على المفتى به؛ لأنه وقت مجيء لا محالة.

وإما تعليقه بشرط آخر.. فلا يجوز بالاتفاق.

وأما الكلام في إضافتها إلى الزمان المستقبل.. فسيأتي في آخر كتاب الإجارة.

وهل يجوز تعليق فسخ الإجارة بزمان مستقبل؟

قيل: يجوز، وقيل: لا، وعليه الفتوى، كما في «قاضي خان»، ولم يذكره المصنف.

(والرجعة) هكذا جعلها في «الكنز» من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد، وقال العيني في «شرح الكنز»: صورتها: قال لمطلقته الرجعية: راجعتك على أن تقرضيني كذا، أو إن قدم زيد؛ لأنها استدامة الملك، فتكون معتبرة بابتدائه، فكما لا يجوز تعليقه بالشرط ابتداء.. لا يجوز انتهاء أيضاً.

واعترض عليه في «البحر»: بأن هذا سهو ظاهر وخطأ صريح؛ لأن النكاح - وهو ابتداء الرجعة - لا يبطل بالشرط الفاسد، وإن كان لا يصح تعليقه.. فكيف تبطل الرجعة بالشرط الفاسد؟!

فالصواب: أن يذكر الرجعة فيما لا يبطل بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقه به كالنكاح حتى يصح اعتبارها بالنكاح.

قال: والمصنف لم ينفرد بذكرها في هذا القسم؛ أي: ما يبطل بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقه به، بل ذكره كذلك في «الخلاصة» و «البزازية» و«العمادي»

وَالصُّلْحُ عَنْ مَالٍ، ....

و«الفصولين»، ولم أر أحداً نبه على هذا، وقد توقفت في تخطئة هؤلاء الفضلاء، ثم جزمت بتخطئتهم، وكان يجب أن تذكر الرجعة مع النكاح في القسم الثاني. انتهى.

قلت قال في الفصل الخامس من بيوع «الخلاصة»: وفي طلاق «الأصل»: تعليق الرجعة بالشرط باطل، وكذا إضافتها إلى وقت في المستقبل كالنكاح؛ نحو ما إذا قال: إذا جاء غد فقد راجعتك، وإنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به، ولا يحلف بالرجعة. انتهى.

فهذا يؤيد الاعتراض المذكور؛ حيث جعل الباطل تعليق الرجعة بالشرط لا نفس الرجعة، وبعد هذا ذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقها بالشرط.

في كلام «الخلاصة» نظر من وجهين:

أحدهما: المنافاة بين كلامها.

وثانيهما: جعلها من القسم الأول لا من القسم الثاني.

(والصلح عن مال) بمال، وهذا لأنه في معنى البيع [١٣٦/أ] لما فيه من مبادلة مال بمال، فيبطل بالتعليق بالشرط مثل البيع.

وإطلاقه يشعر بعدم صحة تعليق مطلق الصلح عن مال بمال على ما هو الظاهر من إطلاق «الخلاصة» و «البزازية» أيضاً.

لكنه قال في «البحر»: اعلم: أن الصلح إنما يكون بيعاً معنى إذا كان البدل خلاف جنس المدعى به، وأما إذا كان على جنسه.

فإن كان بأقلّ من المدّعى.. فهو حط وإبراء.

وإن كان بمثله.. فهو قبض واستيفاء.

وإن كان بأكثر منه.. فهو فضل وربا.

فينبغي أن يخصص الصلح ههنا بما يكون على خلاف الجنس.

وَالْإِبْرَاءُ عَنِ الدَّينِ، وعزلُ الْوَكِيلِ،

(والإبراء عن الدين) بأن قال: أبرأتك عن ديني إن قدم فلان، وهذا لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد، وإن كان فيه معنى الإسقاط، فيعتبر بالتمليكات.. فلا يجوز تعليقه بالشرط، ويبطل به كسائر التمليكات.

قيّد بالدين؛ لأن الإبراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله: إن وافيت به غداً فأنت بريء، فوفاه به.. برئ من المال.

وقيل: لا يصح.

والأول هو المختار، على ما صرّح به المصنف في الكفالة؛ حيث قال فيها: لا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط كسائر البراءات، والمختار: الصحة.

واعلم: أن المصنف أطلق الكلام، ولا بد من التقييد بشرط غير متعارف؛ لأن تعليق الإبراء عن الدين بشرط متعارف بكلمة «على» جائز على ما صرح به في «البحر»، واستدل عليه بمسألة نقلها عن «القنية»، وبمسائل نقلها عن كتاب الهبة من «قاضي خان» ونذكرها في آخر كتاب الهبة.

لكنه جعل في «البحر» قوله: «أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهراً» من قبيل عدم صحة التعليق بالشرط مثل قوله: أبرأتك عن ديني إن قدم فلان.

قلت: فيه نظر، بل الظاهر أنه تعليق الإبراء بشرط ملائم بكلمة «على»، فيكون جائزاً.

(وعزل الوكيل) بأن قال لوكيله: عزلتك على أن تهدي إلي شيئاً، أو إن قدم فلان؛ لأنه ليس مما يحلف به، فلا يجوز تعليقه بالشرط.

كذا ذكره في «البحر» نقلاً عن «العيني».

ثم قال: وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه، وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد.. فلا دليل عليه من هذا، وعندي: أن هذا خطأ أيضاً؛ لأن عزل الوكيل ليس من هذا

القبيل، وإنما هو من قبيل القسم الثاني، وهو ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد؛ كما تقدم في الرجعة.

وقد ذكر في «الفصولين» عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد في رواية، والدليل عليه: أنهم قالوا: إن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك، والعزل ليس منه، وهذا هو الحق، فيجب إلحاقه [١٣٦/ب] بالقسم الثاني. انتهى كلام «البحر».

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: عزل الوكيل لا يتحمل التعليق بالشرط على رواية الإمام السرخسي.

وفي رواية «الصغرى»: تعليق عزل الوكيل بالشرط صحيح. انتهى.

المصنف وغيره عزل الوكيل من القسم الأول، ففيما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد.. لا يصح على كلا الروايتين:

أما على رواية «الصغرى»: فظاهر؛ لأنه في هذه الرواية مما يصح تعليقه بالشرط كما ترى.

وأما على رواية الإمام السرخسي: فلأنه جعله مما لا يصح تعليقه بالشرط، وسكت عليه ولم يصرح أنه يبطل بالشرط الفاسد.

ولا يلزم من عدم تعليقه بالشرط بطلانه بالشرط الفاسد، فيكون على رواية الإمام السرخسي من قبيل ما لا يصح تعليقه ولا يبطل بالشرط الفاسد، على ما ذكره في «البحر».

ثم: إنما قيد بالوكيل لأن في صحة تعليق عزل القاضي اختلافاً:

ففي «الفصولين»: إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول.. ينعزل بوصوله.

وقيل: لا. انتهى.

وَالِاعْتِكَافُ،

ثم جعله من قسم ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد، وهو مختار المصنف أيضاً.

وفي «الخلاصة»: وعزل القاضي والنكاح.. لا يصح تعليقه ولا إضافته، لكن لا يُبطِلُ بالشرطَ، بل ويبطل الشرط.

وكذا الحجر على المأذون.. لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط. انتهى.

(والاعتكاف) بأن قال: لله علي أن أعتكف إن شفى الله مرضي، أو إن قدم زيد، وهذا لأنه ليس مما يحلف به؛ كعزل الوكيل.. فلا يصح تعليقه بالشرط. كذا ذكره في «العيني».

فعلم منه: أن المراد بالاعتكاف ههنا: النذر به، وإيجابه على نفسه ليكون قولاً يمكن تعليقه بالشرط، على ما صرّح به في «البحر».

ويدل عليه ما في «الخلاصة» قال فيها نقلاً عن صوم «الأصل»: تعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط لا يصح، ويلزمه. انتهى.

فدل كلام «الخلاصة» على أمرين:

أحدهما: أن المراد بالاعتكاف ههنا: إيجابه عليه.

والثاني: ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل الفاسد، بل الشرط يبطل ويلزمه الاعتكاف كما جعله المصنف وغيره.

وقال في باب الاعتكاف من «القنية» بعلامة الإمام الخجندي: قال: لله علي اعتكاف شهر إن دخلت الدار، ثم دخل.. فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا. انتهى.

فعلم منه: أن الاعتكاف مما يصح تعليقه بالشرط، ولا يبطل بالشرط، بل يلزم عند وجود الشرط، ولا يكون في شيء من القسمين؛ أعني: ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد، وما لا يصح تعليقه به ولا يبطل به أيضاً، بل يكون من قبيل ما يصح تعليقه بالشرط [١٣٧/أ].

والمزارعةُ، ....

ويدل عليه أيضاً: ما ذكره في «فتح القدير»: أن الاعتكاف الواجب: هو المنذور تنجيزاً أو تعليقاً؛ فإنه صريح في صحة تعليقه بالشرط.

وقال العيني في شرح «الهداية» من باب الاعتكاف: الاعتكاف الواجب: أن يقول: لله علي أن أعتكف يوماً أو شهراً أو يعلقه بشرط؛ فيقول: إن شفى الله مريضي، فهذا أيضاً صريح في أنه يصح تعليقه بالشرط.

فعلم أن بين كلامي العيني منافاة، فصار حاصل الاختلاف في الاعتكاف ههنا على ثلاثة أقوال:

فعلى ما ذكره صاحب «الخلاصة» ثانياً والمصنف و«الكنز» والشروح ههنا: أنه من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد.

وعلى ما ذكره «الخلاصة» نقلاً عن «الأصل»: أنه من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد، بل يلزم ويبطل الشرط.

وعلى ما ذكره «القنية» و«فتح القدير» والعيني في شرح «الهداية»: أنه من قبيل ما يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل به، وهو الصواب؛ لأنهم أجمعوا على صحة تعليق المنذور من العبادات مطلقاً؛ أيَّ عبادة كانت، حتى نذر الوقف، وهذا ليس أول قارورة كسرت في الإسلام، ولقد بالغ في «البحر»، وتخطئتهم في هذه المسألة.. فارجع إليه.

(والمزارعة) بأن قال: زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا، أو إن قدم فلان، وهذا لأنها إجارة.. فلا يصح تعليقها بالشرط كالإجارة. كذا في «العيني».

وذكر في مزارعة «الخلاصة» فروعاً كثيرة تبنى كلها على إفساد التعليق بالشرط، ثم قال: هذا كله إذا كان الشرط نافعاً لأحدهما؛ أما إذا كان شرطاً ليس بنافع لأحدهما؛ كما لو شرطا أن لا يبيع أحدهما حصته.. لا تفسد المزارعة، ثم فيما إذا

والمعاملةُ، وَالْإِقْرَارُ، ....

كان الشرط مفسداً لو أبطلا الشرط؛ إن كان في صلب العقد.. لا ينقلب جائزاً، وإلا.. ينقلب جائزاً. انتهى.

ومنه علم: أن ما ذكره في كتاب البيع نقلاً عن مزارعة «الأصل»: المزارعة تبطل بالشروط الفاسدة، ليس على إطلاقه بل مقيدة بالشروط النافعة لأحدهما.

(والمعاملة)، والمراد بها: المساقاة على ما في «البحر» بأن قال: سقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا، أو إن قدم زيد، وهذا لأنها إجارة أيضاً على ما في «العيني».

(والإقرار) قال في «الخلاصة»: تعليق الإقرار بالشرط باطل؛ بأن قال: لفلان علي ألف درهم إن أمطرت السماء، أو إن هبت الريح، ولو قال: له علي ألف درهم إن مت.. لزمه الألف؛ عاش أو مات. انتهى.

وفي «العيني»: قال لفلان: علي ألف درهم إن أقرضني كذا، أو إن قدم زيد.. لا يصح؛ لأنه ليس مما يحلف به، فلا يصح تعليقه بالشرط، بخلاف ما إذا علق [١٣٧/ب] بموته أو بمجيء الوقت.. فإنه يجوز، فيلزمه للحال.

وذكر في «الزيلعي» في باب الاستثناء من كتاب الإقرار: إن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، حتى إذا قال: لفلان عليّ درهم إن شاء الله أو إن شاء فلان.. كان الإقرار باطلاً وإن شاء فلان؛ لأنه علقه بشرط في وجوده خطر، والإقرار لا يحتمله؛ لأن التعليق يمين، والإقرار لا يحلف به؛ لأنه خبر متردد بين الصدق والكذب؛ فإن كان صدقاً.. لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كان كذباً.. لا يصير صدقاً بوجود الشرط.. فلا يليق به أصلاً، وإنما التعليق فيما هو إيجاب لتعيين أنه ليس بواقع ما لم يوجد الشرط ، وكذلك كلّ إقرار علق بالشرط؛ نحو قوله: إن دخلت الدار، أو أمطرت السماء، أو هبت الريح، أو إن قضى الله تعالى أو أراده أو رضيه أو قدره أو يسره، أو إن سرت بذلك.. فهذا كله وما يشاكله يبطل الإقرار إذا كان موصولاً؛ للمعنى الذي تقدم.

بخلاف ما لو قال: اشهدوا أن له علي ألف درهم إن مت.. فإنه يلزم عليه مات أو عاش؛ فإن هذا ليس بتعليق بشرط في وجوده خطر؛ لأن موته كائن لا محالة، وإنما مراده: الإشهاد على المال المقر به؛ لئلا تبقى ذمته مشغولة بدين بعد موته إذا جحدت الورثة، فيكون راجعاً إلى تأكيد الإقرار، فيلزمه المال؛ مات أو عاش.

وكذا إذا قال: علي ألف درهم إذا جاء رأس الشهر أو أفطر الناس أو أضحى؛ لأن هذا ليس بتعليق أيضاً؛ لما ذكر.

هكذا ذكره في «النهاية».

وذكر في «المحيط» في باب تعليق الإقرار بالشرط هذه المسألة فقال: أصله: أن تعليق الإقرار بالشرط باطل والمال لازم؛ لأن الإقرار: إخبار عن كائن سابق، والكائن لا يعلق بالشرط، وإنما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائناً عند وجود الشرط؛ ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب؛ فإن كان صدقاً.. لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كذباً.. لا يصير صدقاً بوجود الشرط، فلا فائدة في وجود الشرط.

قلنا: تعليق الإقرار بالشرط إذا كان الشرط مبيناً كحلول الأجل والموت ومجيء الغد.. فيصحّ تعليقه بذلك الشرط؛ لأنه لا يراد به الإخبار عن محل الأجل. هكذا ذكره في مسائل «المبسوط».

وذكر في «النهاية» في أوائل هذه المسألة معزياً إلى «المبسوط» فقال: لو قال: غصبت منك هذا العبد أمس إن شاء الله تعالى.. لم يلزمه شيء استحساناً.

والقياس: أن استثناءه باطل؛ لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط، وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات، ولكنه استحسن فقال: الاستثناء [١٣٨/أ] مخرج للكلام من أن يكون عزيمة، لا أن يكون في معنى الشرط، وهذا يشير إلى ما قال في «المحيط» انتهى كلام الزيلعي.

وقال في «البحر»: وقد حكى الشارح الزيلعي الاختلاف فيما إذا علق الإقرار بشرط في كتاب الإقرار، فنقل عن «النهاية» كما ذكر ههنا: من أنّ الإقرار المعلق بشرط باطل.

ونقل عن «المحيط»: إن الإقرار صحيح والشرط باطل.

ونقل عن «المبسوط» ما يشهد لـ«المحيط»، فظهر ترجيح ما في «المحيط». والحق: تضعيفه؛ لتصريحهم هنا بأن الإقرار لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد. انتهى.

أقول: في كل من كلام «الزيلعي» و«البحر» بحث.

أما في كلام «الزيلعي»: فلأنه زعم أن بين كلامي «النهاية» و«المحيط»، مخالفة، ثم أيد كلام «المحيط» بمسألة «المبسوط»؛ حيث قال: وهذا يشير إلى ما قال في «المحيط»، والحال: أنه لا مخالفة بين كلاميهما؛ لأن حاصل كلام «النهاية»: أن الإقرار المعلق بالشرط على قسمين:

أحدهما: وهو المعلق بشرط غير مبين؛ مثل: إن شاء الله، وإن شاء فلان وإن قدم زيد ونحوها مما في وجوده خطر، وفي هذا القسم لا يبطل الإقرار المعلق.

والثاني: هو المعلق بشرط مبين؛ أي: كائن لا محالة، وفي هذا القسم لا يبطل الإقرار المعلق، بل يلغو الشرط كما في نحو: له علي ألف إن مت.

صاحب «المحيط» لم يذكر ما يخالف هذا، بل حكم أن الشرط في القسم الثاني لغو والمال لازم حيث قال: «فلا فائدة في وجود الشرط، فلغا تعليق الإقرار بالشرط إذا كان الشرط مبيناً؛ كحلول الأجل والموت» بعد أن ذكر أولاً أن تعليق الإقرار بالشرط باطل والمال لازم.

وأما في كلام «البحر»: فلأنه لم يتفطن سهو «الزيلعي» ورضي ما زعمه الزيلعي من المخالفة بين كلام «النهاية» و«المحيط»، وظن أنها واقفة، ثم ضعف ما في

وَالْوَقْفُ...

«المحيط». وقد عرفت أن لا مخالفة بينهما.

(والوقف) بأن قال: وقفت داري إن قدم فلان، أو إن أخبرتني بقدوم فلان، أو إن رضي فلان ونحو ذلك، وهذا لأنه لا يحلف به.. فلا يصح تعلقه بالشرط.

وفي «فتح القدير»: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين، فجاء ولده.. لا تصير وقفاً.

والوجه: ما ذكرناه، على ما في «العيني» و«الإسكاف».

وفي «الخلاصة»: رجل ذهب له شيء، فقال: «إن وجدته فلله علي أن أقف أرضي على ابن السبيل» فوجده.. هل يجوز أن يقفه على وارثه في حياته وصحته، أو على أقربائه الذين لا يرثون منه؟

قال: هذا نذر منه؛ فإذا لزمه.. جاز أن يقفه على ما أراد، ولا يجوز على من لا يجوز له أن يعطيه زكاة ماله؛ فإن وقف على ولده.. جاز في الحكم، ونذرُه باق.

ولو قال [١٣٨/ب]: إن متّ من مرضي هذا فقد وقفت أرضي، ثم إنه برئ من مرضه، فأراد أن يرجع عن ذلك ويبيعها.. فله ذلك، ولو مات من مرضه.. لا يصير موقوفاً، وتعلق الوقف بالشرط لا يصح. انتهى كلام «الخلاصة».

وفي «العمادي»: تعليق الوقف بالشرط لا يصح في رواية، وهذا يدل على أن فيه اختلافاً، لكن إطلاق المتون والشروح هنا يشعر بالاتفاق.

وفي «مختصر القدوري»: إذا علق الوقف بموته.. صح بأن قال: إذا مت فقد وقفت داري على كذا.

إذا وقف على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. عن أبي يوسف: إن الوقف صحيح والشرط باطل.

وقال هلال: كلاهما باطل. كذا في «الخلاصة».

وَالتحكيمُ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

(و) كذا (التحكيم عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد) بأن يقول المحكمان: إذا أهلّ شهر.. فاحكم بيننا.

وفي «الخلاصة»: تعلق التحكيم من اثنين لإنسان بالخطر أو مضاف إلى وقت في المستقبل.. صحيح عند محمد، وعند أبي يوسف لا يصح، وعليه الفتوى.انتهى.

ووجه أبي يوسف: أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى، فباعتبار أنه صلح: لا يصح تعليقه ولا إضافته إلى وقت مستقبل، وباعتبار أنه تولية: يصح، فلا يصح بالشك والاحتمال. كذا في «البحر».

فصار المعدود من هذا القسم أربعة عشر.

وفي «البزازية»: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد إن قال: «كلما حلّ نجم»، ولم يؤدِّ، فالمال حال.. صح، فصارت حالاً. انتهى.

وفيه بحث؛ لأنه بيان لا يوافق المبين؛ لأن المبين يقتضي بقاء الأجل؛ لأن بطلان الأجل يقتضي البقاء، كما أن نفي النفي يفيد الإثبات، وبيانه يقتضي خلاف ذلك.

هذا، وكلام «الخلاصة» في هذه المسألة أولى من كلام «البزازية»؛ حيث قال فيها: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد، ولو قال: كلما دخل نجم ولم يؤدِّ؛ فالمال حال.. صح، والمال يصير حالاً. انتهى.

انظر: إنه لم يجعل قوله: «لو قال: كلما دخل نجم» بياناً لما قبله كما جعله في «البزازية» كذلك بالباء البيانية، بل جعله في «الخلاصة» مسألة مستقلة، فكان المذكور في «الخلاصة» مسألتين على ما صرح به في «البحر» لا مسألة واحدة، وبهذه المسألة صارت مسائل القسم الأول خمسة عشر.

واختلف في تعليق إبطال الشفعة بالشرط؛ قيل: يصح، وقيل: لا يصح، وصحح قاضي خان في «فتاواه» الأول، واختاره في «الأشباه» وعلّله في «القنية» بأنه محض

وَمَا لَا يُبطلُهُ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ: الْقَرْضُ، وَالْهِبَةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَالنِّكَاحُ، ......

إسقاط، بخلاف ما لو قال المشتري للشفيع: إن سلمت إلي الثمن غداً فلك الشفعة.. فإنه لا يصح. كذا في «القنية».

(وما لا يبطله الشرط الفاسد) ستة وعشرون على ما ذكره المصنف:

(القرض) بأن قال: أقرضتك هذه المائة [١٣٩/أ] أن تخدمني شهراً، أو إن قدم فلان ونحوه.. فإنه لا يبطل بهذا الشرط؛ لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، أو إنه يختص بالمبادلة المالية.

وفي «الخلاصة»: القرض بالشرط حرام، والشرط ليس بلازم؛ بأن يقرض على أن يكتب إلى بلد كذا حتى يوفي دينه. انتهى.

(والهبة) إن قال: وهبت لك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي. كذا في «البحر».

وقال في «الخلاصة»: تعليق الهبة بالشرط باطل إن ذكر بكلمة «إن» وإن ذكر بكلمة «على»؛ إن كان ملائماً بأن قال: وهبتك هذا على أن تعوضني كذا.. صحت الهبة والشرط وإن كان الشرط مخالفاً.. صحت الهبة وبطل الشرط. انتهى.

فعلم منه: أن المراد بالشرط الفاسد: ما يكون بكلمة «على» ولا يكون ملائماً؛ لأن ما يكون بكلمة «إن».. يفسده، وما يكون ملائماً.. لا يكون فاسداً.

أطلق الهبة فشمل هبة العين وهبة الدين، ولا يخفى عليك: أن هذا التفصيل جار في البيع أيضاً على ما تقدم.

(والصدقة) بأن قال: تصدقتك إن قدم فلان، فالتصدق واقع والشرط لغو؛ لأنها تبرع، فلا يضرها الشرط الفاسد؛ لما تقدم أنه من باب الربا، وأنه يختص بالمبادلة المالية.

(والنكاح) بأن قال: تزوجتك على أن لا يكون لك مهر.. يصح النكاح ويلغو الشرط ويجب مهر المثل.

وَالطَّلَاقُ، وَالْخُلْعُ،

وكذا لو قال: تزوجتك على أني بالخيار.. يجوز النكاح ويلغو الشرط، فلا يثبت الخيار.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: والنكاح لا يصح تعلقه ولا إضافته، لكنه لو علق بالشرط.. لا يبطل بالشرط، بل يبطل الشرط. هذا في التعليق بـ«على».

وأما في التعليق بكلمة «إن».. فالنكاح باطل أيضاً؛ لما في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: قال: تزوجتك إن أجاز أبي أو رضي، فقالت: قبلت.. لا يصح؛ لأنه تعليق، والنكاح لايحتمل التعليق. انتهى.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخانية» أيضاً: رجل تزوج امرأة على أنه مدني؛ فإذا هو قروي.. يجوز النكاح إن كان كفؤاً، ولا خيار لها.

رجل طلب من امرأة نكاحاً بمحضر من الشهود، فقالت المرأة: لي زوج، فقال الرجل: ليس لك زوج، فقالت المرأة: إن لم يكن لي زوج فقد زوّجت نفسي منك، وقبل الزوج ولم يكن لها زوج.. قالوا: يجوز هذا النكاح؛ لأن التعليق بشرط كائن: تنجيز. انتهى.

وفي تعليق النكاح على الشرط زيادة تفصيل في فصل النكاح من نكاح «قاضي خان» ذكرناه في آخر فصل المحرمات من كتاب النكاح، فارجع إليه.

(والطلاق) بأن قال: طلقتك على أن لا تتزوجي غيري.. فالطلاق واقع والشرط باطل.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «النوازل»: الطلاق على مال وبغير مال سواء، وهذا لأنه من [١٣٩/ب] الإسقاطات.. فلا يبطله الشرط الفاسد.

(والخلع) بأن قال: خالعتك على أن يكون لي خيار كذا مدة.. بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال، وهذا لأنه طلاق، فيكون إسقاطاً والبضع ليس مقوّماً عند الخروج، فلا يتصور فيه المبادلة المالية.

وَالْعِتْقُ، وَالرَّهْنُ، والإِيصاءُ، وَالْوَصِيَّةُ، ....

وفي بعض الكتب قال: سواء كان بمال أو بغير مال.

قلت: الأولى أن يكون هذا التعميم في الطلاق على ما ذكرناه من «الخلاصة»، وهذا لأن الخلع يكون بمال.

(والعتق)، وهذا؛ لأنه إسقاط أيضاً فلا يبطله الشرط الفاسد؛ سواء كان بمال أو بغير مال على ما في «الخلاصة» و «البزازية».

(والرهن) بأن قال: رهنت عبدك عندي بشرط أن يستخدمه.. صح الرهن وبطل الشرط.

(والإيصاء) قال في الفصل الخامس من كتاب الوصية من «الخلاصة»: رجل قال لآخر: لك أجر مائة درهم على أن تكون وصيَّ.. الشرط باطل والمائة وصية له، وهو وصي، وهكذا في «البزازية» أيضاً.

ومعنى بطلان الشرط مع قوله «فهو وصي والمائة وصية له: أنها لا تكون للإيصاء، فيبطل جعلها له، وتبقى وصيته له؛ إن قبلها.. كانت له، وإلا.. فلا. كذا في «البحر».

(والوصية) بأن قال: أوصيت لك بثلث مالي إن أجاز فلان.. فالشرط باطل، والوصية صحيحة.

قال في وصية «البزازية»: وتعليق الوصية بالشرط جائز؛ لأنها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت. انتهى.

ومعنى صحة التعليق: أن الشرط إن وجد.. كان للموصى له المال، وإلا.. فلا شيء له. كذا في «البحر».

ولا يخفى عليك: أنه لو جعل معنى صحة التعليق بالشرط عدم بطلان الوصية المعلقة.. لكان أولى؛ سواء وجد الشرط أو لا؛ يعني: أنه لغو والوصية صحيحة.

ويؤيده ما ذكره في «البحر» نقلاً عن «قاضي خان»: أنه لو أوصى بثلث ماله لأم ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك، ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان.. فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية. انتهى.

وجه التأييد: أنه قال: فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية مع عدم وقوع الشرط.. فإنه دل على أن الشرط لغو وتقع الوصية المعلقة به؛ سواء وقع أو لم يقع.

وأما تأويل كلام «قاضي خان» بأن مراده بالشرط في هذه المسألة: عدم تزوجها عقيب انقضاء المدة بلا تأخير، لا عدمه إلى الموت؛ بدليل أنه قال: تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان؛ للاحتراز عن تزوجها عقيب الانقضاء.. فتكلف بارد.

والظاهر: ما ذكرناه في كتاب الوصية من «القنية»: قال لمديونه: إذا مت فأنت بريء من ديني عليك، قال أبو القاسم الصغار: صح وصيته، ولو قال إن مت [١٤٠/أ].. لا يبرأ؛ للمخاطرة.

فعلم منه: أن صحة تعليق الوصية بالشرط مقيد بعدم كونه بكلمة «إن»، وإلا.. فلا يصح تعليقه بكلمة «إن».

ويخالفه ما في وصية «قاضي خان» فإنه قال: رجل قال في صحته أو مرضه: إن حدث لي حدث فلفلان كذا.. عن أبي يوسف أنه قال: سمعت أبا حنيفة يقول: إن هذه وصية والحدث عندنا: الموت.

ثم قال فيه: لو قال: إن مت من مرضي هذا ففلانة - لأمته - حرة، وما كان في يدها من شيء.. فهو عليها صدقة.

قال: أرى ذلك جائزاً على وجه الصدقة، ولها ما كان جائزاً على وجه الصدقة، ولها ما كان في يدها يوم مات، وعليها البينة أن هذا كان في يدها يوم مات. انتهى.

فظهر من هاتين المسألتين: أن تعليق الوصية بالشرط بكلمة «إن» صحيح.

وَالشَّرِكَةُ، وَالْمُضَارَبَةُ، ....

ويمكن أن يقال: إن ما ذكره في «القنية» ليس مطلق الوصية، بل وصية الإبراء عن الدين؛ فإنها لا يصح تعليقها بكلمة «إن» كنفس الإبراء، بخلاف سائر الوصية.

(والشركة) بأن قال: اشتركتك على أن تهديني كذا، ومن هذا القبيل: ما في شركة «البزازية»: ولو شرط العمل على أكثرها مالاً والربح بينهما نصفين.. لم يجز الشرط، والربح بينهما أثلاثاً. انتهى.

وفي «الخلاصة»: الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط.

(والمضاربة) بأن قال: ضاربتك كذا إن شاء فلان أو قدم فلان. كذا في «العيني».

فإن قيل: في مضاربة «قاضي خان»: المضاربة تفسد بأشياء:

منها: إذا شرط لأحدهما من الربح ما يقطع الشركة؛ نحو: أن يجعل له دراهم مسماة مائة أو قل أو كثر.. فسدت المضاربة.

ومنها: إذا شرط على المضارب ضمان ما هلك في يده.

ومنها: إذا شرط في المضاربة عمل رب المال مع المضارب؛ لأن ذلك يمنع التخلية بين المال والمضارب، وهي شرط في المضاربة، وكذا لو وكل رجلاً ليدفع ماله مضاربة فدفع الوكيل وشرط عمل نفسه مع المضارب وشيئاً معلوماً لنفسه من الربح.. كان ذلك فاسداً يفسد به المضاربة.

ومنها: إذا دفع الأب أو الجد أو وصي الأب مال الصغير إلى رجل مضاربة، وشرط عمل اليتيم مع المضارب.. كانت المضاربة فاسدة. انتهى.

ثم قال بعد هذا بصحيفة: رجل دفع إلى غيره مضاربة، وشرط شرطاً يؤدي إلى جهالة الربح؛ مثل: أن يشتري على أن يدفع المضارب داره إلى رب المال.. ليسكنها أو أرضه ليزرعها رب المال.. كانت المضاربة فاسدة؛ لأنه جعل نصف

الربح عوضاً عن عمله، وعن أجرة الأرض والدار، فكانت حصة العمل مجهولة. انتهى.

وقال في مضاربة «البزازية»: ولو شرط من الربح عشرة دراهم مثلاً.. فسدت المضاربة [١٤٠/ب] انتهى.

فدلت هذه المسائل على أن المضاربة تفسد بالشروط الفاسدة، فكيف يصح قولهم: المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة؟!

قلنا: الجواب: يظهر بتأمل ما في «الفتاوى».

ففي «البزازية»: لا تبطل المضاربة بالشروط الفاسدة، ولو شرط من الربح عشرة دراهم مثلاً.. فسدت، لا لأنه شرط، بل لقطع الشركة.

ثم قال فيها: كل شرط أوجب جهالة الربح.. أفسدها؛ لأن الربح معقود عليه في المضاربة، وجهالة المعقود عليه في العقد تفسده.

وإن لم يوجب جهالته.. صحت وبطل الشرط؛ لأن الشرط الفاسد لا يؤثر في فسادها؛ كما لو شرط الوضيعة على المضارب؛ لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة في الخارج. انتهى.

وقال في «المحيط السرخسي»: كل شرط يؤدي إلى جهالة الربح.. يفسد المضاربة، وكل شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح.. يبطل الشرط ويصح العقد؛ مثل إن شرط الوضيعة على المضارب سواء وعليهما صحت المضاربة ويبطل الشرط. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: دفع إلى رجل مضاربة وشرط فيها أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها.. كانت المضاربة فاسدة؛ لأنه يؤدي إلى جهالة حصة المضارب من الربح.

وَالْكَفَالَةُ، ....

وفي حوالة «الخلاصة» و«البزازية»: من صور فساد الحوالة: ما إذا شرط في الحوالة أن يعطي المالَ المحالَ به المحتالَ عليه للمحتال من ثمن دار المحيل.. فإنها فاسدة؛ لأنه لا يقدر على الوفاء بالملتزم، بخلاف ما إذا التزم المحتال عليه الإعطاء من ثمن دار نفسه؛ حيث يصح؛ لأنه قادر على بيع دار؛ نفسه، ولا يجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد، ولا يجبر على الأداء قبل الأجل. انتهى.

فعلم: أن إطلاق المصنف وغيره ههنا ليس على ما ينبغي.

(والكفالة) قال في بيوع «الخلاصة»: تعليق الكفالة بالشرط إن كان متعارفاً.. صحت الكفالة والشرط؛ نحو أن يقول: إذا قدم المطلوب فأنا به كفيل، أو إن استحق المبيع فأنا به كفيل، وإن كان شرطاً محضاً كقوله: إن دخل فلان الدار أو إن هبت الريح أو إن جاء المطر.. لم تصح. انتهى.

الظاهر: أن ضمير «لم تصح» راجع إلى الكفالة، فكان خلاف ما حكم به المصنف من أن الشرط فاسد والكفالة صحيحة؛ حيث قال: وما لا يبطله: الشرط الفاسد.

ثم قال في «الخلاصة» أيضاً: والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل. كذا في «شرح القدوري».

وقال فيه: ما جاز أن يتعلق بالشرط لا يبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق والحوالة والكفالة.

وفي «النسفي» أيضاً: إن الشرط إذا لم يكن متعارفاً.. يبطل الشرط دون الكفالة.

وقال في «شرح الشافي»: الكفالة كالنكاح: تبطل الشرط دون الكفالة.

وفي نسخة السرخسي: الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح، ويبطل الشرط. انتهى ما في «الخلاصة».

وَالْقَضَاءُ، والإمارةُ، وَالْحوالَةُ،

ولو شرط إن دفع رب المال داره إلى المضارب.. صحت المضاربة ويبطل الشرط؛ لأن المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وتبطل بجهالة حصة المضارب من الربح.

وفي المسألة الثانية هذا شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح؛ لأن رب المال ما شرط على المضارب شيئاً سوى العمل. انتهى.

فظهر من جملة هذا: أن الشروط الفاسدة على ثلاثة أوجه:

منها: ما يقطع الشركة في الربح.

ومنها: ما يؤدي إلى جهالة حصة المضارب من الربح، وهما واحد في المال.

ومنها: ما لا يقطع الشركة في الربح، ولا يؤدي إلى جهالة حصته في الربح.

ولا شك أن الأول والثاني: يفسد المضاربة على ما صرحوا به وقد ذكرناه، والثالث: لا يفسدها، بل يبطل الشرط.

فمرادهم بالشرط الفاسد ههنا: هو الثالث لا الأول والثاني، ومنه ظهر ضعف ما ذكر العيني من المثال الذي ذكرناه، هذا ما تيسر لي في شرح هذا المقام.

(والقضاء) بأن قال الخليفة: وليتك قضاء مكة مثلاً على أن لا تعزل أبداً.

(والإمارة) بأن قال الخليفة: وليتك إمارة الشام مثلاً على أن لا تركب.. فهذا الشرط فاسد، ولا يبطل القضاء ولا الأميرية. كذا في «البحر».

وفي «الخلاصة»: تعليق القضاء والإمارة بالشرط مثل أن قال: إن قدم فلان فأنت أمير هذه البلدة أو قاضيها.. صحيح.

(والحوالة) بأن قال: أحلتك علي بشرط أن لا ترجع علي عند التوي [١٤١/أ]. كذا في «العيني».

يعني: يبطل الشرط لا الحوالة، فيرجع عليه عند التوي.

وهذه كلها موافق لما ذكره المصنف.

والحاصل: إن كلامهم في هذه المسألة مضطرب، قال بعضهم: إن الكفالة لم تصح بالشروط الفاسدة، بل تبطل كما ذكره في «الخلاصة» أولاً، وبعضهم: لا تبطل بالشروط الفاسدة كما ذكره ثانياً عن «شرح القدوري» و«النسفي» و«شرح الشافعي» والسرخسي.

ولنا في هذه المسألة كلام وبيان سيأتي في الكفالة.

وقال في كفالة «البزازية»: كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً؛ إن لم يكن مشروعاً في الكفالة.. فالشرط - أي: الجعل - باطل والكفالة جائزة؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب؛ فإذا شرط الجعل مع ضمان المثل فيه.. شرط الزيادة على ما أقرضه وإنه ربا، أو إن شرط فيها.. بطلت الكفالة.

وكان ينبغي أن تصح الكفالة؛ لعدم بطلانها بالشرط الفاسد، ألا ترى: أن الكفالة إلى هبوب الريح تصح ويبطل الشرط؛ لثبوت الكفالة، ولم يثبت الشرط لما له يستحق الجعل، فلا تثبت الكفالة [١٤١/ب]، وكان بطلانها من هذا الوجه لا من حيث إنه شرط فاسد.

بخلاف الهبوب؛ لأنه شرط لا ينتفع به الكفيل، وإذا خلا عن النفع.. لم يجب مراعاته؛ كما لو شرط في البيع ما لاينتفع به أحدهما. انتهى.

وقال في كفالة «قاضي خان»: ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو أن يقول: إذا هبت الريح أو إذا جاء المطر أو إذا قدم فلان الأجنبي فأنا كفيل بنفس فلان.. لا يصير كفيلاً.

وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشرائط.

ولو جعل الكفالة مؤجلة إلى مجهول نحو أن يقول: كفلت به إلى هبوب الريح.. جازت الكفالة والشرط باطل. انتهى.

وَالْوكَالَةُ، وَالْإِقَالَةُ، وَالْكِتَابَةُ، ....

فعلم منه أيضاً: أن المسألة مقيدة:

بما لم يكن الشرط محضاً، وإلا.. تبطل الكفالة والشرط معاً.

وبما لم يكن شرطاً متعارفاً، وإلا.. تصح الكفالة والشرط معاً.

بل المراد بالشرط الفاسد ههنا: ما يكون غير متعارف، فحينئذٍ يبطل الشرط لا الكفالة، وهو الذي نحن بصدده هنا.

ثم الكفالة ههنا أعم من الكفالة بالنفس أو بالمال؛ لأنهما سيان في هذا الحكم على ما صرّح به في كفالة «الزيلعي».

(والوكالة) بأن قال: وكلتك على كذا شرط كذا.

وفي «البزازية»: الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ أي شرط كان.

(والإقالة) بأن قال: أقلتك عن هذا البيع إن أقرضتني كذا. هكذا في «البحر» نقلاً عن «العيني».

قلت: هذا مخالف لما ذكره في إقالة «البزازية» حيث قال: ولا يصح تعليق الإقالة بالشرط بأن باع ثوراً من زيد، فقال: اشتريته رخيصاً، فقال زيد: إن وجدت مشترياً بالزيادة فبعه منه، فوجد، فباعه بأزيد .. لا ينعقد البيع الثاني؛ لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط. انتهى.

فقد صرح الفرق بين الإقالة والوكالة، فحكم بأن الإقالة لا يصح تعلقها بالشرط وأنها تبطل بالشرط، بخلاف الوكالة، وهكذا في «الزيلعي» أيضاً؛ حيث قال: إن فسخ البيع - وهو الإقالة - معتبر بالبيع، حتى لا يجوز تعليقه بالشرط، ولا إضافته إلى الزمان كالبيع. انتهى. وهكذا في «القنية».

(والكتابة) بأن قال المولى لعبده: كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد، أو على أن لا تعامل فلاناً، أو على أن تعمل في نوع من التجارة؛ فإن الكتابة فيها تصح والشرط باطل. كذا في «البحر».

وَإِذنُ العَبْدِ فِي التِّجَارَة، ....

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الجامع»: مكاتب اشترط عليه بأن لا يخرج من الكوفة إلا بإذن سيده.. فالكتابة جائزة والشرط باطل، وله أن يخرج؛ كما لو كاتبه على أن لا يكتسب.

ثم قال نقلاً عن «الجامع الكبير»: إذا كاتب الرجل جاريته وهي حامل على أن الولد لا يدخل في الكتابة.. فهي فاسدة.

قال: لأن الكتابة تبطل بالشرط الفاسد. انتهى.

وهذا؛ لأن الفساد فيه [١٤٢/أ] في صلب العقد، بخلاف ما في «الجامع الصغير»؛ فإن الفساد ليس في صلب العقد.. فلا يفسد العقد به، فلا بد من تقييد مسألة الكتاب هنا بما لا يكون الفساد في صلب العقد؛ كما صرح الزيلعي؛ حيث قال: إنما لا تفسد بالشروط الفاسدة إذا كانت الشروط غير داخلة في صلب العقد بأن كاتبه على أن لا يخرجه من البلدة؛ فإن الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط.

وأما إذا كان الشرط داخلاً بأن كاتبه على خمر أو خنزير.. فإنها تفسد.

ولو أدّى بدل الكتابة الفاسدة قبل الفسخ هل يعتق؟

ففي «قاضي خان»: أنه يعتق، فليراجع.

(وإذن العبد في التجارة) بأن قال لعبده: أذنت لك في التجارة على أن لا تتجر إلى شهر أو على أن تتجر في كذا.. فالشرط باطل والإذن صحيح، فيكون الأذن عاماً في الأوقات والتجارات. كذا في «البحر».

وقال في «الخلاصة»: رجل قال لأهل السوق: أذنت لهذا الصبي في التجارة، ولا أجيز ما لا يعلم إلا بإقراره.. كان على ما قال وبطل الشرط؛ وكذا لو قال للعبد ذلك.

وقال في «الخلاصة» أيضاً: الحجر على المأذون لا يبطل بالشرط، ويبطل الشرط كما في الإذن.

ودعوةُ الْوَلَد، وَالصُّلْحُ عَن دمِ الْعمدِ والجراحةِ، وَعقدُ الذِّمَّة، وَتَعْلِيقُ الرَّدِ بِعَيْبٍ أَو بِخِيَارِ شَرطٍ، ....

(ودعوة الولد)، قال في «الخلاصة»: تعليق دعواه الولد من الجارية بالشرط: صحيح؛ بأن قال: إن كانت جاريتي حاملاً فهو مني.. يثبت النسب. انتهى.

وفيه: كلّ من الشرط والدعوة صحيح ومثال المسألة ما نكره في «البحر»: قال لأمته التي ولدت هذا الولد مني إن رضيت امرأتي بذلك. انتهى.

فإن الشرط باطل والدعوة صحيحة.

(والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولي المقتول عمداً مع القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه؛ فإن الصلح صحيح والشرط باطل، ويسقط القصاص والإبراء عن دم العمد مثل الصلح عنه.

(و) عن (الجراحة) قال في «الخلاصة»: والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالاً أو مؤجلاً.. لا يبطل بالشرط الفاسد، وكذا جناية الغصب وجناية الوديعة والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة.. لا يبطل بالشرط. انتهى.

وهكذا ذكره في «العمادي» وقال: بل الشرط باطل.

قيده بالعمد؛ لأن الصلح عن دم الخطأ يكون من القسم الأول؛ لأنه صلح عن مال.

(وعقد الذمة) أي: مع الإمام عند فتح قلعة بأن قال الإمام لحربي يطلب عقد الذمة: ضربت عليك عقد الذمة إن شاء فلان مثلاً.. فإن عقد الذمة صحيح والشرط باطل. كذا في «البحر».

(وتعليق الرد بعيب أو بخيار الشرط) [١٤٢/ب] بأن قال المشتري في الأول: إن وجدت بالمبيع عيباً أرده عليك إن شاء فلان مثلاً، وبأن قال من له خيار الشرط في

وعزلُ القَاضِي.

الثابت: ردت البيع أو أسقطت خياري إن شاء فلان.. فإنه صحيح والشرط باطل. كذا في «البحر».

وقال في «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: تعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بأن قال: إن لم أردّ هذا الثوب المعيب اليوم عليك رضيت بالعيب، وفي خيار الشرط لو قال: أبطلت خياري إذا جاء غدٌ أوغداً:

أما في الرد بالعيب.. فباطل وله الرد بالعيب، وفي خيار الشرط.. صح ما شرط. انتهى.

وقال في «الفصولين»: ولو قال المخير: إن لم أفعل كذا فقد أبطلت خياري ولم يرده اليوم.. لم يبطل خياره.

ولو لم يقله ولكنه قال: أبطلت خياري غداً، أو قال: أبطلت خياري إذا جاء غد.. بطل خياره. انتهى.

وقال في «البزازية»: وتعليق الرد بالعيب باطل، وله الرد، وفي خيار الشرط: صحيح.

(وعزل القاضي) بأن قال الإمام للقاضي: عزلتك عن القضاء إن شاء فلان.. فإنه ينعزل ويبطل الشرط؛ لأنه إسقاط، فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد. كذا في «البحر».

وقال في «العمادي» و«الفصولين»: لو قال الإمام لرجل: إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول من القضاء.. ينعزل بوصوله، وقيل: لا، وبه يفتى، فاختار المصنف ما يفتى به.

واعلم: أنه ذكر ههنا جملة ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها، ولم يذكر جملة ما يصح إضافته إلى الوقت المستقبل وهي أربعة عشر، وجملة ما لا يصح إضافته إليه وهي عشرة، بل ذكرها في آخر كتاب الإجارة في مسائل منثورة فإذا وصلنا إليه.. شرحناه.

* * *

(كتاب الصرف)

(كِتَابُ الصَّرْفِ)

هُوَ بيعُ ثمنٍ بِثمنٍ، تجانَسَا، أَو لَا.

وَشُرِطَ فِيهِ التَّقَابُضُ قبلَ التَّفَرُّقِ..

(كِتَابُ الصَّرْفِ)

الصرف في اللغة: النقل والرد.

وفي الشرع: نوع خاص من أنواع البيع.

(هو بيع ثمن بثمن) أي: النقدين **(تجانسا أو لا)**، وإنما سمي هذا النوع من البيع صرفاً لأحد معنيين؛ إما للحاجة إلى النقل في البدلين من يد إلى يد؛ لأن التقابض شرط فيه والصرف: هو الزيادة لغة على ما قاله الخليل، فناسب أن يسمى صرفاً.

وفي قوله: «تجانساً أو لا» إشارة إلى أقسامه الثلاثة: بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة وأحدهما بالآخر، والكل جائز بعد استجماع شرائطه.

(وشرط فيه التقابض) أي: قبض البدلين في المجلس **(قبل التفرق)** أي: بالبدن؛ لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مثلاً بمثل، يداً بيد»، ولقول عمر رضي الله عنه: لإن استنظرك أن تدخل بيته.. فلا تنظره، ولأنه لا بد من قبض أحد العوضين احترازاً عن بيع الكالي بالكالي، فلا بد من قبض [١٤٣/أ] الآخر أيضاً؛ احترازاً عن شبهة الفضل؛ لأن النقد خير من النسيئة، والشبهة في باب الربا ملحقة بالحقيقة على ما تقدم في الربا.

ولأن أحد العوضين ليس أولى من الآخر بالقبض، فيجب قبضهما معاً.

ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمضروب، أو يتعين أحدهما دون الآخر، لإطلاق ما روينا: «الذهب بالذهب»... الحديث.

والمصوغ وإن كان يتعين بالتعيين.. لكن فيه شبهة عدم التعيين؛ لكونه ثمناً خلقة، فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة بالحقيقة في باب الربا.

والمراد بالتفرق ههنا: ما يكون بالبدن، حتى لو مشيا معاً إلى جهة واحدة، أو ناما في المجلس، أو أغمي عليهما.. لا يبطل الصرف؛ لقول ابن عمر رضي الله عنهما: وإن وثب من سطح.. فثب معه.

بخلاف خيار المخيرة؛ حيث يبطل بمشيتها مع زوجها ولو إلى جهة واحدة؛ لأن الشرط هو الرد قبل التفرق بالمكان، لا بالأبدان.

واعلم: أن الصرف له أربعة شروط:

الأول: قبض البدلين قبل الافتراق بالأبدان.

الثاني: أن لا يكون فيه خيار الشرط؛ فإن شرط فيه خياراً وأبطله صاحبه قبل التفرق.. صح، وبعده.. لا.

وأما خيار العيب والرؤية.. متناسبان فيه كما في سائر العقود المحتملة للخيار، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا الدين؛ لأنه لا فائدة في رده بالخيار؛ إذ العقد لا ينفسخ برده، وإنما يرجع بمثله، ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه.. فلا يفيد الرد فائدة؛ فإذا رده بعيب.. انفسخ العقد؛ سواء رده في المجلس أو بعده.

الثالث: أن لا يكون بدل الصرف مؤجلاً؛ لئلا يلزم الربا؛ فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل التفرق في المجلس.. انقلب جائزاً؛ لزوال المفسد قبل تقرره.

فإن قيل: إن العقود أعراض، والأعراض لا بقاء له على ما بين في الكلام، والانقلاب إلى الجواز يقتضي البقاء.

قلنا: العقود الشرعية لها حكم الجواهر.

الرابع: التساوي في الوزن إن كان المعقود عليه من جنس واحد؛ فإن تبايعا ذهباً بذهب أو فضة بفضة مجازفة.. لم يجز، فإن علم التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض.. صح.

وَصَحَّ بيعُ الْجِنْسِ بِغَيْرِهِ مجازفةً وبفضلٍ، لَا بَيْعُه بِجِنْسِهِ إِلَّا مُتَسَاوِياً، ...

وكذا لو اقتسما الجنس مجازفة.. لم يجز، إلا إذا علما التساوي في المجلس؛ لأن القسمة مثل البيع على ما في «البحر».

ثم اختلفوا في الشرط الأول - أعني: القبض - أنه شرط الصحة أو شرط البقاء على الصحة:

قيل: هو شرط الصحة.

وقيل: شرط البقاء.

قلت: وهو الراجح؛ لأن الشرط يتقدم المشروط في الوجود، والقبض مؤخر عن العقد [١٤٣/ب] مقدم على البقاء.

ويمكن أن يقال نصرة للأول: إن حال العاقدين قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيراً عليهما؛ فإذا وجد القبض في المجلس قبل الافتراق.. يعتبر مقارناً بالعقد؛ لأنه مجلس واحد، فيصح كونه شرطاً للصحة.

والمصنف صرح بالشرط الأول وأشار إلى الثاني والثالث بقوله: قبل التفرق، وسيصرح بالرابع بقوله: «لا بجنسه إلاّ مساوياً».

(**وصح بيع الجنس بغيره**) أي: بيع الذهب بالفضة وبالعكس (**مجازفة**) أي: بلا وزن (**وبفضل**)؛ لعدم المجانسة، فلا يلزم الربا، لكنه وجب التقابض بقوله ﷺ: «بيع الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء»؛ أي: يداً بيد.

(**لا بيعه بجنسه**) أي: لا يصح بيعه بجنسه (**إلا مساوياً**) في الوزن؛ يعني: لو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة.. شرط لصحة العقد: القبض قبل الافتراق، والتساوي في الوزن؛ لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» الحديث.

فلو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم أو باع عشرة دراهم بتسعة دراهم وديناراً.. جاز، ولو باع عشرة دراهم ودينار بعشرة دراهم.. لا يجوز؛ لأن الزيادة ربا، واختلاف الجنس لا يفيد ههنا؛ لأن الدينار خال عن العوض.

ومنه: ظهر فساد ما تعامله الناس في زماننا؛ فإنهم تصارفوا عشرة دراهم خالصة بعشرة دراهم مغلوبة الغش مع دينار؛ فإنه لا يجوز؛ لأنه ربا، ولو تصارفوا عشرة دراهم ودينار خالصة بأحد عشر.. جاز.

واعلم: أن الشرط هو المساواة في علم العاقدين؛ لأنه إذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما في المجلس.. لا يجوز وإن كانا متساويين في الواقع؛ لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته؛ لأن الفضل في موهوم، والموهوم في باب الربا ملحق بالمتحقق، ولو تصارفا جنساً بجنس، مثلاً بمثل، وتقابضا وتفرقا، ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيء أو قبله الآخر.. فاختلفوا فيه:

فقال أبو حنيفة: يفسد الصرف.

وقال أبو يوسف: الصرف صحيح على حاله، وكل من الحط والزيادة باطل.

وقال محمد: الحط جائز، والزيادة باطلة.

واختلافهم هذا مبني على اختلافهم في أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد إذا لحق به هل يلتحق به أم لا؟

فقال أبو حنيفة: إنه يلتحق به فيفسد العقد.

وقالا: لا يلتحق به.

لكن أبا يوسف طرده ههنا، ومحمداً فرق بين الزيادة والحط.

ولو زاد أو حط بخلاف الجنس.. جاز إجماعاً، لكنه يشترط قبض الزيادة قبل الافتراق؛ لالتحاقها بأصل العقد.

ويتفرع على اشتراط القبض قبل الافتراق في بيع الجنس بالجنس وبخلافه: ما ذكره في «البحر»: أنه لو كان لكل منهما دين على الآخر، فأرسل أحدهما إلى الآخر [١٤٤/أ] رسولاً، فقال: بعتك الدينار التي لي عليك بالدراهم التي لك علي، وقال الآخر: قبضت.. فهو باطل؛ لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول، بل بالمرسل، وهما

وَإِن اخْتلفَا جودةً وصياغةً.. فإِنْ بيعَ مجازفةً ثمَّ عُلِمَ التَّسَاوِي قبل التَّفرُّقِ.. جَازَ.

وَلَا يجوزُ التَّصَرُّفُ فِي بدلِ الصّرْفِ قبلَ قَبْضِه.

فَلَو بَاعَ ذَهَباً بِفِضَّةٍ وَاشْترى بهَا ثوباً قبلَ قبضِهَا.. فسدَ بيعُ الثَّوْبِ.

يفترقان بأبدانهما، والمعتبر: افتراق العاقدين؛ سواء كانا مالكين أو نائبين كالأب والوصي والوكيل؛ لأن القبض من حقوق العقد، وحقوقه تتعلق به. انتهى.

(**وإن**) وصلية (**اختلفا**) أي: الجنسان (**جودة وصياغة**) بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة، لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضلة، مثلاً بمثل»، والمراد به: المماثلة قدراً لا وصفاً؛ لقوله ﷺ: «جيّدها ورديئها سواء».

وإذا كان علم المتعقادين في المجلس متساويهما شرطاً؛ (**فإن بيع مجازفة، ثم علم التساوي قبل التفرق**) بأن وزنا في المجلس (.. **جاز**) استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز؛ لوقوعه فاسداً لم ينقلب جائزاً.

وجه الاستحسان: أن ساعات المجلس كساعة واحدة؛ فكأنه وقع صحيحاً ابتداء.

(**ولا يجوز التصرف في بدل الصّرف قبل قبضه؛ فلو باع ذهباً بفضة واشترى بها**) أي بالفضة (**ثوباً قبل قبضها.. فسد بيع الثوب**)؛ لفوات القبض المستحق حقاً لله تعالى؛ لأن الربا حرام حقاً لله تعالى، فيكون القبض المفضي إليه حق الله تعالى أيضاً، هذا استحسان.

والقياس: جوازه، وهو المروي عن زفر؛ لأن الدراهم عيناً كانت وديناً لا تتعين، فينصرف العقد إلى مطلق الدراهم، ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع؛ لأن الصرف بيع، ولا بد فيه من مبيع، وما ثمة سوى الثمنين، وليس أحدهما أولى؛ لكونه مبيعاً.. فيجعل كل واحد مبيعاً من وجه، وثمناً من وجه.

وإن كانا ثمنين خلقة، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز.

فإن قيل: لا نسلم عدم الأولوية؛ فإن ما دخله الباء أولى بالثمينة؛ لدلالته على كونه آلة، والأثمان آلة.

قلنا: نعم، إلا أن ذلك في الأثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير إذا كانت ديناً في الذمة، وقابلها مبيع لا في الأثمان الخلقية.. فيجعل كل منها بالضرورة مبيعاً من وجه، ثمناً من وجه، كما قيل في البيع بالمقايضة.

فإن قيل: لو كان بدل الصرف مبيعاً.. وجب أن يكون متعيناً كما هو حال المبيع؟

قلنا: كونه مبيعاً لا يلتزم تعينه؛ فإن المسلم فيه مبيع بالاتفاق، وليس بمتعين، فكذا هذا.

فإن قيل: لو كان كل واحد منهما مبيعاً، وكونه من وجه لاشتراط قيام الملك في كل منهما وقت العقد، لأن كل ما هو مبيع كذلك؛ لأن بيع المعدوم حال العقد باطل، ولكنه لم يشترط ذلك؛ فإنه لو باع ديناراً بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض.. صح العقد، على ما صرح به في «العناية» وغيره [١٤٤/ب].

قلنا: إن الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه، وإنما اعتبر مثمناً بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمناً بعده ثمناً قبله.. فلا يشترط وجوده قبله.

وقد يجاب عن قياس زفر أيضاً: بأنا سلمنا أن الدراهم مطلقاً لا تتعين بالتعيين، ولكن المانع من جواز هذا البيع: لزوم اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد؛ لأن تعيين الدين يكون اشتراطاً على من عليه الدين بأن يوفيه، وهذا شرط فاسد يفسد العقد؛ كما إذا اشترى شيئاً على أن يكون الثمن على غيره، ألا ترى أنه لو كان له دين

وَلَو اشْترى أمةً تَسَاوِي ألفاً مَعَ طَوْقٍ قِيمَتُه ألفٌ بِألفَيْنِ وَنقَد ألفاً.. فَهُوَ ثمنُ الطَّوقِ.

على شخص فاشترى به شيئاً من غير من عليه الدين.. فإنه لا يجوز لهذا المعنى، كذا في «الزيلعي».

وفي قوله: «فسد بيع الثوب» إشارة إلى أن الصرف باق على حاله فيقبض بدله من عاقده معه، على ما صرح به في «البحر».

فإن قبض في المجلس.. تمّ، وإلا.. فلا.

وأورد عليه: بأن فساد الصّرف في حق الله تعالى، وصحة بيع الثوب حق العبد، فتعارض الحقان، فيقدم حق العبد - لاحتياجه - على حق الله تعالى.

وأجيب: بأن ذلك بعد ثبوت الحقين، ولم يثبت حق العقد هنا بعد.. فلا تعارض.

(**ولو اشترى أمة تساوي ألفاً مع طوق**) في عنقها، كلمة «مع» متعلق باشترى (**قيمته**) أي: قيمة الطوق (**ألف**) أيضاً (**بألفين**) متعلق باشترى (**ونقد ألفاً**)، ثم افترقا بدناً (.. **فهو**)؛ أي: الألف المنقود (**ثمن الطوق**) بناء على الأصل المار: أن قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقاً للشرع؛ لكونه بدل الصرف، وقبض ثمن الجارية ليس بواجب، وغير الواجب لا يعارض الواجب، والظاهر من حال المسلم: إتيان الواجب تفريغاً للذمة، ويبقى ثمن الجارية ديناً في الذمة.

ولو اشتراهما بألف.. فسد البيع؛ لأن الألف بدل الطوق، فتبقى الجارية فضلاً خالياً عن العوض، وهو ربا؛ سواء كان الثمن من جنس الطوق أو لا.

وكذا لو اشتراهما بأقل من ألف.

بخلاف ما لو اشتراهما بألف درهم مثلاً.. فإنه جائز؛ فإن الألف: يقابل الطوق، والدرهم: الجارية.

وَلَوِ اشْتَرَاهَا بِألفَيْنِ.. ألفٍ نقدٍ، وَألفٍ نَسِيئَةٍ.. فالنقدُ ثمنُ الطَّوقِ.

وَإن اشْترى سَيْفاً حِليتُهُ خَمْسُونَ بِمِائَةٍ ....

ولو اشتراهما نسيئة.. فالبيع فاسد فيهما عند أبي حنيفة، وقالا: يفسد في الطوق دون الجارية؛ لأن القبض ليس بشرط في حصتها، فيقدر الفساد بقدر المفسد.

ولأبي حنيفة: أن الفساد مقارن فيسري إلى الجميع؛ كما لو جمع بين عبد وحر في البيع.

بخلاف الفساد في الأولى؛ فإنه طار.. فلا يتعدى إلى غيره.

ولا يخفى عليك: أن في عبارته مسامحة؛ فإنه ذكر أن قيمة كل من الجارية والطوق ألف، ولا يعتبر في الطوق القيمة، وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه، وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية؛ لأن قدر الطوق صار مقابلاً بالطوق، والباقي بالجارية، قل قيمتها أو كثر تحريا للجواز.. فلا فائدة في بيان [١٤٥/أ] قيمتها، ولا في بيان قيمة الطوق، إلا إذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق؛ بأن كان الطوق فضة والثمن ذهباً أو بالعكس.. فحينئذٍ يفيد بيان قيمتها؛ لأن الثمن حينئذ ينقسم عليهما على قدر قيمتهما، كذا ذكره الزيلعي.

(**ولو اشتراها**) أي: الأمة مع طوقها (**بألفين؛ ألف نقد، وألف نسيئة.. فالنقد ثمن الطوق**)؛ لما مر: أن الأجل باطل في الصرف، جائز في بيع الجارية، والظاهر من حالها: المباشرة على وجه الجواز.

(**وإن اشترى سيفاً**) محلّى بذهب أو فضة (**حليته خمسون**) درهماً (**بمائة**) درهم، قيده بالمائة؛ لأنه لو اشتراها بخمسين درهماً، أو بأقل من خمسين، أو بدراهم لا يدري مقدارها.. لا يجوز؛ للربا، أو لعدم العلم بالمساواة عند العقد، وتوهم الفضل على ما سبق.

وَنقد خمسينَ.. فَهِيَ حِصَّةُ الْحِلْيَةِ، وإِنْ لم يبيّن، أَو قَالَ: هِيَ من ثمنِهما.

(ونقد خمسين.. فهي حصة الحلية وإن) وصلية **(لم يبين)** أنه لأيهما من السيف والحلية؛ لما ذكرناه: أن الظاهر من حالة الإتيان بالواجب **(أو قال هي من ثمنهما)**؛ لأن الاثنين قد يراد بهما الواحد، فيحمل عليه بقرينة الحال.

وكذا لو قال من ثمن الحلية، وهو ظاهر.

وهنا صورتان أخريان:

الأولى: أن يقول: خذ هذا، نصفه من ثمن الحلية، ونصفه من ثمن السيف.

والثانية: أن يجعل الكل من ثمن السيف، وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية؛ لأن السيف مع الحلية شيء واحد، فيجعل المنقود عن ثمن الحلية؛ لأن مراده: إن سلم له كل الثمن، ولا يسلم له إلا بهذا الطريق، كذا في «الزيلعي».

وقال في «البحر» نقلاً عن «المعراج»: لو قال: خذه، الخمسين ثمن السيف خاصة، وقال الآخر: نعم، أو قال الآخر: نعم، أو قال: لا، وتفرقا على ذلك.. انتقض البيع في الحلية؛ لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الإضافة.

ولا مساواة بعد تصريح الدافع أن المدفوع عن السيف خاصة، والقول في ذلك قوله؛ لأنه هو المالك، فالقول له في بيان جهته. انتهى.

وهكذا ذكره في «العناية».

وذكر في «البحر» أيضاً نقلاً عن «السراج الوهاج»: ولو قال: هذا الذي عجلته حصة السيف.. كان عن الحلية وجاز البيع؛ لأن السيف اسم للحلية أيضاً؛ لأنها تدخل في بيعه تبعاً.

ولو قال: هذا من ثمن النصل والجفن خاصة.. فسد البيع؛ لأنه صرح بذلك وأزال الاحتمال، فلم يمكن حمله على الصحة. انتهى.

وهذا يوافق الصورة الثانية مما ذكرناه من «الزيلعي».

وَإِن تفَرقَا بِلَا قبضٍ.. صَحَّ فِي السَّيْفِ، دونهَا إِنْ تَخلَّص بِلَا ضَرَرٍ، .....

ووجه الفرق بينه وبين ما ذكره نقلاً عن «المعراج»: أن ما ذكر في «الزيلعي» و«السراج الوهاج» ليس فيه لفظة: «خاصة»، وقد ذكر هذا في «المعراج».

(وإن تفرقا) على ذلك البيع **(بلا قبض.. صح)** العقد **(في السيف دونها)** أي: دون الحلية.

(إن تخلص) الحلية عن السيف [١٤٥/ب] **(بلا ضرر)**؛ لأنه أمكن إفراده بالبيع والتسليم، فصار كالطوق والجارية، هكذا علله في «الزيلعي».

ثم ذكر ههنا نقلاً عن «النهاية» ما نقلناه آنفاً عن «المعراج» و«العناية».

ثم قال من عند نفسه: ينبغي أن يكون هذا كالمسألة المتقدمة من أنه يصرف إلى الحلية، على ما بيناه، ومن أنه على التفصيل المتقدم؛ يعني: إن كانت الحلية تتخلص بغير ضرر.. صح في السيف خاصة، وإلاّ.. فيبطل في الكل.

وفي «المحيط»: لو قال هذا من ثمن النصل خاصة.. ينظر؛ إن لم يمكن التمييز إلاّ بضرر.. يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعاً؛ لأنه قصد صحة البيع، ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف، فحكمنا بجوازه؛ تصحيحاً للبيع.

وإن أمكن تمييزها بغير ضرر.. بطل الصرف؛ لأنه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع، ويجوز البيع بدون جواز الصرف.. فعلى هذا: ما ذكر في «النهاية» محمول على ما إذا كانت الحلية بتخليص بغير ضرر؛ توفيقاً بينه وبين ما ذكر في «المحيط». انتهى كلام «الزيلعي».

واعترض عليه في «البحر»: بأن ما في «المحيط» إنما هو فيما إذا صرح بالنصل دون السيف، ولا شك في عدم انصرافه إلى الحلية؛ لأنه صريح، لكن يشترط أن يتخلص بلا ضرر، وإلا.. صرفناها إلى الحلية، وتركنا الصريح تصحيحاً للبيع؛ لأنه لولا ذلك.. بطل في الكل، وما في «النهاية» إنما هو فيما إذا قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة، فذكر السيف ولم يذكر النصل.

وإلّا.. بَطل فيهمَا.

وَإن بَاعَ إنَاءَ فضَّةٍ وَقبضَ بعضَ ثمنِهِ وافترقا.. صَحَّ فِيمَا قبضَ فَقَط، والإناءُ مُشْتَرَكٌ بَينهمَا.

وَإن اسْتحقَّ بعضُه.. أَخذَ المُشْتَرِي مَا بَقِي بِحِصَّتِهِ، أَو ردَّهُ.

وَلَو اسْتحقَّ بعضُ قِطْعَةِ نُقْرةٍ اشْتَرَاهَا.. أَخذ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ بِلَا خِيَارٍ.

والحاصل: أنه إن ذكر السيف ولم يقل خاصة.. صرف إلى الحلية مطلقاً؛ سواء أمكن إلى النصل إن أمكن تخليصه بلا ضرر، وإلا.. صرفناه إلى الحلية.

(**وإلا**) أي: وإن لم يتخلص، بلا ضرر (.. **بطل**) البيع (**فيهما**)؛ أما الحلية.. فظاهر؛ لأنه صرف فيها ولم يوجد شرطه وهو القبض، وأما السيف.. فلعدم إمكان التسليم إلا بضرر.

(**وإن باع إناء فضة**) بفضة أو بذهب (**وقبض بعض ثمنه وافترقا.. صح**) العقد (**فيما قبض فقط**)، ويبطل فيما لم يقبضه.

(**والإناء مشترك بينهما**)؛ لأنه صرف وقد وجد شرط بقائه في بعض دون بعض، فبقي صحيحاً فيما وجد شرطه، لا فيما لم يوجد، والفساد لا يشيع؛ لكونه طارئاً، وتفريق الصفقة بعد التمام جائز.. فلا يكون مانعاً، وقد تمت الصفقة ههنا، ومعنى تمام الصفقة: تقدم في أول البيع.

(**وإن استحق بعضه**) أي بعض الإناء (.. **أخذ المشتري ما بقي بحصته أو رده**)؛ لأنه تعيب بعيب الشركة بغير صنع؛ إذا الشركة في الأعيان المجتمعة عيب؛ لانتقاصها بالتبعيض، بخلاف الشركة المتقدمة بسبب تفرقهما؛ لأنها حدثت بصنع منه وهو [١٤٦/أ] الافتراق لا عن قبض.

(**ولو استحق بعض قطعة نقرة**) النقرة: هي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، يقال: نقرة فضة؛ على أن الإضافة للبيان، كذا في «المغرب».

(**اشتراها**) بذهب أو فضة (.. **أخذ الباقي بحصته بلا خيار**)؛ لأن الشركة فيها

وَصَحَّ بيعُ دِرْهَمَيْنِ ودينارٍ: بدينارينِ وَدِرْهَمٍ.

وَبيعُ كرِّ بُرٍّ وكرِّ شعيرٍ: بكُرَّي بُرٍّ وَكرَّي شَعيرٍ.

ليست بعيب؛ لعدم إضرارها، هذا بعد القبض.

وأما إذا استحق بعض التفرق قبل قبضها.. فإن له الخيار؛ لتفرق الصفقة عليه قبل التمام، كذا في «البحر».

وقال في «جامع الفصولين» من دعوى النقرة: لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها.. صح العقد؛ فلو ادعت مائة درهم.. وجب لها مائة درهم وسط. انتهى.

واستدل به صاحب «البحر» على أن الواجب بالنقرة في العقود: هو الدرهم الوسط.

(**وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم، وبيع كر برّ وكرّ شعير بكري بر وكري شعير**)؛ صرفاً لكل جنس بخلافه.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز فيهما؛ لأن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه؛ لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضية التقابل: الانقسام على وجه الشيوع؛ بأن يكون لكل واحد من البدلين حظّ من جملة الآخر، لا على وجه التعيين؛ لأن في التعيين تغيير تصرفه.. فلا يجوز، وإن كان فيه تصحيح التصرف؛ لأن تغيير التصرف لا يجوز لتصحيحه، وإلا.. لأمكن تصحيح كل عقد فاسد بتغييره.

ومما يدل على ذلك: أنه إذا اشترى سواراً بعشرة وثوباً بعشرة، ثم باعهما مرابحة.. لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب.

وكذا إذا اشترى عبداً بألف، ثم باعه مع عبد آخر من البائع قبل نقد الثمن بألف وخمسمائة.. لا يجوز في المشترى بألف؛ لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه.

وكذا إذا جمع بين عبد وعبد غيره فقال: بعتك أحدهما.. لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده.

وَبيعُ أحدَ عشرَ درهماً: بِعشْرَةِ دَرَاهِمَ ودينارٍ.

وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض.. فسد البيع في الدرهم، ولا يصرف إلى الثوب. إلى غير ذلك.

وهذا كله لما ذكرناه من أن قضية تقابل الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع.

قلنا: إن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد بطريق صرف كل جنس إلى خلافه؛ لإطلاقها، فيحمل عليه تصحيح العقد ما أمكن، والتغيير الحاصل بمقابلة الجنس بخلافه تغيير في وصف التصرف.. فلا يمنع الجواز، لا في أصله؛ لأن موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه [١٤٦/ب] وبين غيره.. ينصرف إلى نصيبه؛ تصحيحاً لتصرفه، وإن كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع إلى معين؛ لكون أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقياً.

وما ذكرتم في مسألة المرابحة: إنما يكون في المساومة، وأما إذا صرحا بذكر المرابحة.. فطريق تصحيحه بالتغيير في أصل العقد من المرابحة إلى التولية؛ بأن يجعلها تولية في النوادر بصرف الربح كله إلى الثوب.

وطريق التصحيح في المسألة الثانية غير متعين؛ لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري.

وفي المسألة الثالثة: أضيف البيع إلى المنكر، والمنكر ليس بمحل للبيع، والمعين ضده، والشيء لا يتناول ضده.

وفي الرابعة: إن العقد قد انعقد صحيحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض، وكلامنا في الابتداء دون البقاء.

(و) صح (**بيع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار**)؛ لأن العشرة تكون بمثلها والدينار بالدرهم؛ لأن شرط الصرف: التماثل على ما روينا، فالظاهر: أنه أراد هذا

النوع من المقابلة؛ تصحيحاً لعقده.. فالعشرة بالعشرة ويبقى الدرهم بالدينار، وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما، بخلاف بيع عشرة دراهم بأحد عشر درهماً مثلاً.. فإنه لا يجوز إلا بإحدى الصور التي ذكرت في الفتاوى.

فقال في «قاضي خان»: رجل له على رجل عشرة دراهم، فأراد أن يجعلها ثلاثة عشر إلى أجل، قالوا: يشتري من المديون شيئاً بتلك العشرة ويقبض المبيع، ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر إلى سنة، فيقع التحرز عن الحرام، ومثل هذا مروي عن رسول الله ﷺ أنه أمر بذلك.

رجلٌ طلب دراهم ليقرضه بـ (ده دوزاده) أي: اثنى عشر، فوضع المستقرض متاعاً بين يدي المقرض ويقول للمقرض: بعت منك هذا المتاع بمائة درهم، فيشتري المقرض ويدفع إليه الدراهم ويأخذ المتاع، ثم يقول المستقرض: بعني هذا المتاع بمائة وعشرين درهماً، فيبيعه المقرض، فيحصل للمستقرض مائة درهم، ويعود إليه متاعه، ويجب للمقرض عليه مائة وعشرون درهماً، والأوثق والأحوط أن يقول المستقرض للمقرض بعدما قرر المعاملة: كل مقاولة وشرط كان بيننا فقد تركته، ثم يعقدان بيع المتاع.

وهذه المسألة دليل على جواز بيع الوفاء إذا لم يكن الوفاء شرطاً في البيع، وهذا إذا كان المتاع للمستقرض.

فإن كان المتاع للمقرض، وليس للمستقرض شيء ويريد أن يقرضه شيئاً بثلاثة عشر مثلاً إلى أجل.. فإن المقرض يبيع من المستقرض [١٤٧/أ] سلعة بثلاثة عشر، ويسلم السلعة إلى المستقرض، ثم إن المستقرض يبيع السلعة من أجنبي بعشرة ويدفع السلعة إلى الأجنبي، ثم إن الأجنبي يبيع السلعة من المقرض بعشرة، ويأخذ منه العشرة ويدفعها إلى المستقرض، فيبرأ الأجنبي من الثمن الذي كان عليه للمستقرض، فتصل السلعة إلى المقرض بعشرة، وللمقرض على المستقرض ثلاثة عشر إلى أجله.

وَبيعُ دِرْهَمٍ صَحِيحٍ ودرهمينِ غلَّةٍ: بِدِرْهَمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدِرْهَمٍ غلَّةٍ.
وَبيعُ دِينَارٍ: بِعشْرَةٍ هِيَ عَلَيْهِ،...

وحيلة أخرى: أن يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثلاثة عشر إلى أجل معلوم، ويدفع السلعة إلى المستقرض، ثم يبيعها المستقرض من أجنبي، ثم إن المستقرض يقيل البيع مع الأجنبي قبل القبض أو بعده، ثم يبيعها المستقرض من المقرض بعشرة، ويأخذ العشرة، فيحصل للمستقرض عشرة وعليه للمقرض ثلاثة عشر، وتصل السلعة إلى المقرض، والمتقرض وإن صار مشترياً ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن.. إلا أن ذلك جائز لتخلل البيع الثاني وهو البيع الجاري بين المستقرض والأجنبي.

وحيلة أخرى: أن يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثمن مؤجل، ويدفع السلعة إلى المستقرض، ثم إن المستقرض يبيعها من غيره بأقل مما اشترى، ثم ذلك الغير يبيعها من المقرض بما اشترى؛ لتصل السلعة إليه بقيمتها، ويأخذ الثمن ويدفعه إلى المستقرض، فيصل القرض إلى المستقرض، ويصل المستقرَض إلى القرض فيحصل الربح للمقرض.

وهذه الحيل هي العينة التي ذكرها محمد، قال مشايخ بلخ: بيع العينة في زماننا خير من البيع الذي يجري في أسواقنا.

وعن أبي يوسف أنه قال: العينة جائزة مأجورة؛ لمكان الفرار من الحرام. انتهى كلام «قاضي خان».

(و) صح (**بيع درهم صحيح ودرهمين غلة**) هي الدراهم المقطعة التي يردها بيت المال لزيافتها، بل لكونها قطعاً ويأخذها التجار (**بدرهمين صحيحين ودرهم غلة**)؛ لأنه صدر من أهله، ووقع في محله، واستجمع بشرطه وهو المساواة، ولا عبرة بالجودة عند المقابلة بالجنس.

(و) صح (**بيع دينار بعشرة هي**) أي: العشرة (**عليه**) أي على البائع.

أَو بِعشْرَةٍ مُطلقَةٍ إِنْ دفعَ الدِّينَارَ، ويتقاصَّانِ الْعشْرَةَ بِالْعشرَةِ.

كان له على آخر عشرة دراهم ديناً، فباعه ذلك المديون ديناراً بالعشرة التي عليه، وقال: بعت هذا الدينار بالعشرة التي لك علي؛ فإنه صحيح بلا خلاف، وسقط العشرة عن ذمته؛ لأنه ملكها بدلاً عن الدينار، وهذا وإن كان صرفاً.. لكنه لا ربا فيه؛ لتمام قبض البدلين.

(**أو بعشرة مطلقة**) بأن أطلق العقد ولم يضف إلى العشرة التي كانت عليه وقال: بعت هذا الدينار منك بعشرة دراهم (**إن دفع الدينار**) هذا متعلق بكل من المسألتين؛ لأن دفع الدينار شرط فيهما، بخلاف قوله: (**ويتقاصان** [١٤٧/ب] **العشرة بالعشرة**)؛ فإنه يتعلق بالثاني فقط، وهذا استحسان.

والقياس: يمنعه، وبه قال زفر؛ لأنه استبدال ببدل الصرف الذي وجب بالصرف، وهذا لأنه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازاً عن الدين، والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه، فتكون المقاصة بعد ذلك استبدالاً ببدل الصرف؛ لأن أخذنا في ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار؛ فإذا كان استبدالاً ببدل الصرف.. لا يجوز؛ كما لو أخذ ببدل الصرف سلعة.

ووجه الاستحسان: أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض؛ لما تقدم من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق في الصرف؛ لقوله ﷺ: «يداً بيد» والدين ليس بهذه الصفة.. فلا تقع المقاصة بنفس العقد كما تقع في المسألة الأولى؛ لعدم المجانسة بين العين والدين؛ لأن بدل الصرف واجب التعيين بالقبض، والدين قد سبق وجوبه، لكنهما إذا أقدما على المقاصة بتراضيهما.. لا بد ثمة من تصحيح، ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف، فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الأول وانعقاد صرف آخر غير الأول مضافاً إلى الدين الذي كان عليه ضرورة؛ إذ لولا ذلك.. كان استبدالاً ببدل الصرف، وهو لا يجوز، وعلى هذا: كان الفسخ ثابتاً اقتضاء، ولهما ذلك؛ لأن لهما فسخ أصل العقد، فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى.

وزفر لما لم يقل بالاقتضاء.. لم يوافقنا، فتعين له القياس، هذا إذا كانا يتقاصان.

....

وأما إذا لم يتقاصا.. لم تقع المقاصة بنفس العقد ما لم يتقاصا؛ لعدم الإضافة إلى الدين.

واعلم: أن بيع النقد بالدين على ثلاثة أقسام؛ لأنه:

إما أن يكون سابقاً، أو مقارناً، أو لاحقاً.

فالمصنف أشار إلى الأول بقوله: «وبيع دينار بعشرة هي عليه».

وإلى الثاني بقوله: «أو بعشرة مطلقة».

ولم يذكر الثالث، وذلك: بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار، ثم إن مشتري الدينار باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم، ثم رواية أبي سليمان - وهي التي اختارها فخر الإسلام وصححهما صاحب «الهداية» -: تقع المقاصة.

وفي رواية أبي حفص - واختارها شمس الأئمة وقاضي خان -: لا تقع المقاصة؛ لأن الدين لاحق، والنبي ﷺ جوّز المقاصة في دين سابق، على ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما.

ووجه الأول: أن قصدهما المقاصة تضمن اتفاقي، الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد، فيكون الدين حينئذ سابقاً على المقاصة، ويؤيد هذا الوجه: أن الدين لا يتعين بالتعيين، على ما تقدم؛ فالمطلق والمقيد منه سواء [١٤٨/آ]، وقد وقعت المقاصة إذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق، فكذا إذا أضيف باللاحق بعد فسخ العقد الأول، وإلا.. لكان الدين يتعين بالتعيين، وذلك خلف.

ثم اعلم أن بيع الدين بالدين لا يجوز بدون قبض البدلين في المحل حقيقة أو حكماً؛ لما ذكره في صرف «البزازية»؛ حيث قال: وبيع الدين بالدين جائز، إذا فصل الافتراق بعد قبض البدلين حقيقة؛ عقد صرف كان أو لا؛ نظير الصرف: باع ديناراً بدرهم ولم يكونا بحضرتهما، ثم نقدا وتقابضا قبل التفرق.. جاز.

وكذا لو قبض حكماً بأن كان له على آخر دنانير وللآخر عليه دراهم، فاشترى

وَمَا غالبُهُ الْفضَّةُ أَو الذَّهَبُ: فضَّةٌ وَذهبٌ حكماً، فَلَا يجوزُ بيعُ الْخَالِصِ بِهِ، وَلَا بيعُ بعضِهِ بِبَعْضٍ إِلّا مُتَسَاوِياً وزناً، وَلَا استقراضُه إِلّا وزناً.

كلَّ ما على صاحبه بما عليه، ثم بنفس البيع.

وكذا لو كان لآخر عليه طعام أو فلوس، وله على آخر دراهم أو دنانير، فاشترى من عليه الطعام بالدنانير التي له عليه ذلك الطعام.. صح، وتم بمجرد البيع.

وإن افترقا بعد قبض أحد البدلين حكماً.. لا يجوز؛ سواء كان العقد صرفاً أو لا، كما إذا كان على آخر دنانير، فاشتراه من عليه بعشرة دراهم وصار صرفاً وتفرقا قبل قبض العشرة.. كان باطلاً، مع كون أحد البدلين مقبوضاً، وكذا إذا كان له على آخر طعام أو فلوس، فاشتراه من عليه بدراهم، وتفرقا قبل قبض الدراهم.. بطل.

وهذا مما يحفظ؛ فإن مستقرض الحنطة أو الشعير يتلفها، ثم يطالبه المالك بها، ويعجز عن الأداء، فيبيعها مقرضها منه بأحد النقدين إلى أجل، ويسمونها: «كندم بهاكردني» وإنه فاسد؛ لأنه افتراق عن دين بدين. انتهى.

فعلم منه: أن بيع الدين بالدين ممن عليه: فاسد بدون قبض الثمن.

(**وما غالبه الفضة أو الذهب: فضة وذهب حكماً**)؛ لأن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة:

فالأول كما في الرديء.

والثاني: ما يخلط للانطباع؛ فإنها بدونه تتفتت؛ فإذا كان كذلك.. يعتبر الغالب؛ لأن المغلوب كالمستهلك في مقابلة الغالب؛ فإذا كان كذلك.. يعتبر فيهما ما يعتبر في الجياد من تحريم التفاضل.

وإذا كان الاعتبار للغالب في كل منهما (.. **فلا يجوز بيع الخالص**) من كل منهما (**به**) أي: بالمغشوش من كل منهما إذا قابل بجنسه، (**ولا بيع بعضه ببعض**) من جنسه (**إلا متساوياً وزناً**)؛ لأنها من الموزونات.

(**ولا استقراضه إلا وزناً**)؛ حذراً عن الربا والوزن لما ذكرناه.

وَمَا غَلَبَ عَلَيْهِ الْغِشُّ مِنْهُمَا.. فَهُوَ فِي حُكْمِ الْعُرُوضِ.. فبيعُهُ بالخالِصِ على وُجُوهِ حليةِ السَّيْفِ.

وَيصِحُّ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلاً؛ بِشَرْطِ التَّقَابُضِ فِي الْمجْلِسِ، ....

(وما غلب عليه الغش منهما) أي: من الذهب والفضة (.. **فهو في حكم العروض)**؛ لما ذكرناه: من أن المغلوب في حكم المستهلك.

(فبيعه) أي: بيع غالب الغش منهما **(بالخالص)** منهما **(على وجوه حلية السيف)** [١٤٨/ب]؛ فإن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي كانت في الدراهم المغشوشة أو أقل منها أو لا يدري.. فالبيع فاسد.

وإن كانت أكثر.. صح، وهو وجوه حلية السيف، وإنما صح؛ لأنه يكون الفضة بالفضة والذهب بالذهب، والزائد بالغش.. فلا يلزم الربا.

(ويصح بيعه بجنسه) أي بالمغشوش مثله **(متفاضلاً)**؛ صرفاً للجنس إلى خلافه؛ لأنه في حكم شيئين فضة ونحاس **(بشرط التقابض في المجلس)** في كل من الفضة والغش:

أما في الفضة: فلوجودها من الجانبين، فيكون صرفاً، والتقابض شرط فيه.

وأما في الغش: فلأنه لا يتميز عن الفضة إلا بضرر، فلا بد فيه من القبض أيضاً.

إن قيل: قد تقدم أن فيه صرفاً للجنس إلى خلافه، فيكون في حكم شيئين، فلا يشترط فيه التقابض.

قلنا: نعم، إلا أن صرف الجنس إلى خلافه ثبت لضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى، فبقي العقد فيما وراء موضع الضرورة: صرفاً، فيشترط فيه التقابض.

وقال في «الهداية»: ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك؛ أي: بيعه بجنسه متفاضلاً في العدالي والقطارفة - أي: الدراهم العدالية والغطريفية - مع أن الغش فيها أكثر من الفضة؛ لأنها أعز الأموال في ديارنا؛ فلو أبيح التفاضل فيها.. ينفتح باب الربا

والتبايعُ والاستقراضُ بِمَا يروجُ مِنْهُ وزناً أَو عدداً أَو بهما، وَلَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لكَوْنِهِ ثمناً.

وَلَو اشْترى بِهِ فكَسَدَ.. ....

الصريح؛ فإن الناس حينئذٍ يعتادون في الأموال النفيسة فيندرجوا إلى الذهب والفضة أيضاً بالقياس.

وقال في «قاضي خان»: قالوا لا يباع المسبية وهي الغالب عليها الصفر في الغطريفي واحداً باثنين.

وذكر محمد في «الكتاب»: أنه يجوز بيع الدراهم التي ثلثاها صفر وثلثها فضة واحداً باثنين.

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: لا يجوز بيع المسبية من الغطريفي بالمسبيتين؛ لأنها صارت ثمناً بجميع الأشياء بمنزلة الذهب والفضة، ولهذا قلنا بوجوب الزكاة في المائتين منها. انتهى.

(والتبايع والاستقراض) بالمغشوشة التي غلب غشها يعتبر **(بما يروج منه وزناً أو عدداً أو بهما)**؛ فإن كان وزناً.. فبالوزن، وإن عدداً.. فبالعدد وأن بهما.. ففيهما؛ لأن الاعتبار لعادة الناس فيما لم يكن فيه نص.

(ولا يتعين) أي: إذا كان غالب الغش ثمناً ما دام يروج.. لا يتعين في العقد **(بالتعيين؛ لكونه ثمناً)** بالاصطلاح؛ لأن الأثمان لا تتعين في العقود بالتعيين، على ما تقدم؛ فإن هلكت قبل التسليم.. لا يبطل العقد بينهما؛ لكونه ثمناً، ويجب عليه مثله.

(ولو اشترى به) أي: بغالب الغش شيئاً **(فكسد)** قبل القبض فسرّ في «الهداية» الكساد: بترك الناس المعاملة بها.

ويقرب منه ما ذكر في «المصباح»: كسد الشيء يكسد كساداً: [١٤٩/أ] لم ينفق؛ لقلة الرغبات. انتهى.

بَطَلَ البيعُ.

ولم يذكرا أن ترك المعاملة وقلة الرغبات في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد، ونقل في «العناية» عن «عيون المسائل»: أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان؛ لأنه يصير هالكاً، ويبقى البيع بلا ثمن.

وأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها.. لا يفسد البيع؛ لأنه لم يهلك، لكنه تعيب، فكان للبائع الخيار؛ إن شاء.. قال: أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع، وإن شاء.. أخذ قيمة ذلك الدنانير.

قالوا: وما ذكر في «العيون» يستقيم على قول محمد، وأما على قولهما.. فلا يستقم، وينبغي أن يكتفي بالكساد في تلك البلدة؛ بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين، عندهما: يجوز اعتباراً لاصطلاح بعض الناس، وعند محمد: لا يجوز اعتباراً لاصطلاح الكل؛ فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً. انتهى.

وقال في صرف «قاضي خان»: اشترى بالفلوس قبل القبض، وصارت لا تروج رواج الأثمان في عامة البلدان.. تكون كاسدة.

وقول محمد: إذا كانت لا تروج رواج الأثمان في بلدها.. تكون كاسدة. انتهى.

فإذا كسد (.. **بطل البيع**) عند أبي حنيفة؛ لأن الثمن هلك بالكساد؛ لأن غالب الغش إنما جعل ثمناً بالاصطلاح؛ فإذا تركوا المعاملة به.. بطل الثمنية، فيبقى البيع بلا ثمن، والعقد إنما يتناوله بصفة الثمنية، حتى إذا ثبت ديناً في الذمة لا مجرد عينه، حتى يبقى البيع ببقاء عينه ولو بعد الكساد.

وإذا بطل الثمنية.. بطل ركن البيع، فيبطل البيع؛ لأن الكل ينعدم بانعدام جزئه؛ كما لو هلك المبيع قبل القبض.

فإن قيل: لو اشترى بالرطب فانقطع.. لا يبطل البيع، فكذا فيما نحن فيه.

قلنا: إن الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً، ولم يكن هلاكاً من كل وجه، فلم يبطل، لكنه يتخير بين الفسخ والصبر إلى أن يحصل؛ أما الكساد فيما نحن

وَقَالا: لَا يبطلُ، وَتجبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ البيعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَآخرَ مَا تُعومِلَ بِهِ عِنْدَ محمَّدٍ.

فيه.. فهلاك للثمنية على وجه لا يرجى الوصول إليها في ثاني الحال؛ لأن الكساد أصلي، والشيء إذا رجع إلى أصله.. قلما ينتقل عنه إذا بطل البيع عنده؛ فإن لم يكن المبيع مقبوضاً.. فلا حكم لهذا البيع أصلاً وإن كان مقبوضاً؛ فإن كان قائماً.. وجب ردّه بعينه، وإن كان هالكاً أو مستهلكاً؛ فإن كان مثلياً.. وجب ردّ مثله، وإن كان قيمياً.. وجب ردّ قيمته؛ كما في البيوع الفاسدة.

قيدّه بالكساد، وحكم الانقطاع عن أيدي الناس: كذلك.

وحدّ الانقطاع على ما في «الزيلعي»: أن لا يوجد في السّوق.

وإن كان موجوداً في أيدي الصيارفة في البيوت.. بقي حكم انتقاص الثمن بلا انقطاع [١٤٩/ب].

ولا كساد في الفصل الثالث عشر من بيوع «الخلاصة»: اشترى شيئاً بدراهم نقد البلد، فلم ينقد حتى تغير الثمن؛ إن كان لا يروج في السوق.. فسد البيع، وإن كان يروج لكن انتقص.. لا ينتقض البيع، وليس للبائع إلاّ ذلك الثمن. انتهى. وهكذا في «البزازية» أيضاً.

(**وقالا: لا يبطل**)؛ لأن العقد قد صحّ، إلاّ أنه تعذر بالكساد، وذلك لا يوجب الفساد، فيبقى صحيحاً.

(و) إذا بقي صحيحاً عندهما (.. **تجب قيمته يوم البيع عند أبي يوسف**)؛ لأنه مضمون عليه بالبيع، فيصير من يوم وقع البيع فيه، وعليه الفتوى على ما في آخر الفصل الخامس من بيوع «التاتارخانية».

وفي «البحر» نقلاً عن «الذخيرة»: و«الفتوى» على قول أبي يوسف.

(**وآخر ما تعومل به عند محمد**) أي: يجب قيمته يوم وقع الكساد فيه؛ لأنه انتقل الحق منه إلى القيمة في ذلك اليوم.

وَمَا لَا يروجُ مِنْهُ.. يتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

وفي «قاضي خان»: وعليه الفتوى.

وفي «البحر» نقلاً عن «المحيط» و«التتمة» و«الحقائق»: يفتى بقول محمد؛ رفقاً للناس.

وفي زماننا هذا: أفتى شيخ الإسلام فيض الله بن سعيد بقول أبي يوسف، وهكذا فتينا بقوله أيضاً.

هذا في الكساد قبل نقد الثمن، ولو نقد بعض الثمن فكسد قبل نقد البعض الآخر.. فهل الحكم فيه أيضاً كذلك؟

ففي «قاضي خان»: إذا اشترى بالدراهم الرائجة شيئاً وقد نقد بعض الثمن، ثم كسدت.. فسد العقد بقدر ما لم ينقد، في قول أبي حنيفة؛ لأن هذا فساد طار بمنزلة الهلاك، ويتقدر بقدره ولا يبطل على قولهما أصلاً.

(وما لا يروج منه) أي من المغشوش **(.. يتعين)** في العقود **(بالتعيين)**؛ لأنها سلعة؛ كالرصاص والستوقة، فتتعين بالتعيين كسائر السلع؛ فإذا كانت سلعة؛ فإذا اشترى بها شيئاً.. فما الحكم فيها؟

ففي «قاضي خان»: ولو اشترى شيئاً بالدراهم الكاسدة؛ فإن كانت الدراهم بعينها.. جاز؛ لأنها بعد الكساد صارت سلعة، وإن لم تكن بعينها.. قالوا: لا يجوز البيع.

قال مولانا: ينبغي أن يجوز؛ لأنها إن كان بعد الكساد يباع وزناً.. فقد باع موزوناً في الذمة، وإن كانت تباع عدداً.. فقد باع بعددي في الذمة عدداً معلوماً. انتهى.

فعلم منه حال ما لا يروج ابتداء.

والمتساوي الْغِشّ: كمغلوبِهِ فِي التَّبائِعِ والاستقراضِ، وَكَذَا فِي الصَّرْفِ.

وَقيلَ: كَغَالِبِهِ.

ثم إذا اشترى بها شيئاً فهلك قبل التسليم.. بطل العقد؛ لأنه تعلق بعينه، وعينه قد هلك، لكنه إنّما يبطل إن علم المتعاقد أن حال الدراهم أنها لا تروج، ويعلم كلّ واحد منهما أيضاً أن صاحبه يعلم.

وإن لم يعلما، أو لم يعلم أحدهما، أو علما ولكن لا يعلم كلّ منهما أن صاحبه يعلم.. فإن البيع حينئذ يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك [١٥٠/أ] البلد الذي عليها معاملات الناس، دون المشار إليه، كذا في «العناية».

وإن كانت الدراهم مما يقبلها البعض دون البعض.. فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها، بل بجنسها زيوفاً إن علم البائع خاصة؛ لأنه رضي بجنس الزيوف، وإن لم يعلم.. تعلّق العقد بجنسها من الجياد؛ لعدم الرضاء منه بالزيوف.

(والمتساوي الغش كمغلوبه في التبايع والاستقراض)، حتى لا يجوز البيع به، ولا الإقراض إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة؛ لأن الفضة فيه موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة.. فيجب اعتبارها بالوزن شرعاً، إلا أن يشير إليها في المبايعة، فيكون بياناً لقدرها ووصفها؛ كما لو أشار إلى الدراهم الجيدة.

ولا يبطل العقد بهلاكه قبل التسليم؛ لأنه ثمن، ويعطى مثله.

قوله: «كمغلوبه» احتراز عن غالب غشه؛ لأنه في حكم العروض على ما تقدم آنفاً.

(وكذا في الصرف) أي: كمغلوب الغش في حق الصرف أيضاً؛ لأن فضته لما لم تصر مغلوبة.. جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطاً، على ما في «الزيلعي».

(وقيل: كغالبه) أي: غالب غشه، حتى إذا باعه بجنسه.. جاز على وجه الاعتبار، كذا في «البحر».

وَيجوزُ البيعُ بالفُلُوسِ النَّافقةِ وَإن لم تتَعَيَّنْ؛

ولو باعه بالفضة الخالصة.. لا يجوز، حتى يكون الخالص أكثر ما فيه من الفضة؛ لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر، فيجب اعتبارهما.

والمصنف أشار بتقديم القول الأول إلى أنه المختار عنده، وهو المختار عند «قاضي خان» أيضاً؛ حيث قال في كتاب الصرف: إن كان نصفها صفراً ونصفها فضة.. لا يجوز فيها التفاضل؛ أي: فيما إذا بيع بجنسها.

وصاحب «الكنز» احتياطاً بقول الثاني.

(ويجوز البيع بالفلوس النافقة) أي: الرائجة حالة العقد، وإنما جاز البيع بها؛ لأنها مال معلوم يصلح ثمناً بالاصطلاح.

(وإن لم تتعين) هكذا وقع في لفظ «القدوري» و«الهداية» و«الكنز».

قلت: الأولى حذف هذا اللفظ؛ لأنه يشعر قبول الثمن للتعيين، على ما هو مقتضى «إن» الوصلية، مع أن الأثمان مطلقاً لا تقبل التعيين.

قال أبو الحسن الكرخي: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: الفلوس النافقة والدراهم والدنانير: أثمان الأشياء، لا تتعين في البيع وإن شرط المتبايعان أعيانها، ويكون ما أوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه ديناً في ذمته، ولا يجبر كل واحد منهما إن سلم ما شرط من العين؛ إن شاء.. أعطى العين، وإن شاء.. أعطى مثلها.

وليس للمشتري منه أن يجبره على تسليم العين إليه، والخيار في ذلك إلى البائع دون المشتري.

وقال القدوري في «شرحه»: وذلك؛ لأن الفلوس النافقة لا فائدة [١٥٠/ب] في تعيينها، فصارت كالدراهم والدنانير.

وإذا لم يتعين.. فالعاقد بالخيار؛ إن شاء.. سلم ما أشار إليه، وإن شاء.. سلّم غيره.

فَإِن كَسَدَتْ.. فَالْخِلَافُ كَمَا فِي كَسَادِ الْمَغْشُوشِ.

وإن هلكت.. لم ينفسخ العقد بهلاكه؛ لأنه لم يقع عليها، فله أن يعطي مثله، كذا في «غاية البيان».

قلت: والذي ظهر من كلام الكرخي والقدوري: أن الفلوس النافقة لا تتعين في العقود أصلاً وإن صرحا تعيينها؛ كما في الدراهم والدنانير، ويخالفه ما ذكر في «البحر»: الفلوس النافقة صارت أثماناً بالاصطلاح، فجاز بها البيع، ووجبت في الذمة كالنقدين، ولا تتعين وإن عينها كالنقد، إلا إذا قالا: أردنا تعليق الحكم بعينها.. فحينئذٍ يتعلق العقد بعينها.

بخلاف ما إذا باع فلساً بفلسين بأعيانهما؛ حيث تتعين من غير تصريح؛ لأنه لو لم يتعين.. لفسد البيع، وهذا على قولهما.

وأما على قول محمد: لا تتعين وإن صرحا.

وأصله: أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده، وعندهما: يبطل في حقهما. انتهى.

(فإن كسدت) الفلوس النافقة بعد العقد قبل النقد (.. **فالخلاف)** فيها **(كما في كساد المغشوش)** من الدراهم قبل نقدها:

فعند أبي حنيفة: بطل البيع.

وعندهما: لا يبطل على ما تقدم، هكذا ذكر الخلاف في «القدوري» و«الهداية»، وسكت عنه في «المبسوط» و«شرح الطحاوي»، ومن سكوتهما ظن بعض المتأخرين أنه لا خلاف في هذه المسألة بينهم في بطلان العقد بعد الكساد، والسكوت عن ذكر الخلاف لا يدل على الاتفاق.

ونقل عن «الأسرار»: أنه إذا اشترى شيئاً بفلوس نافقة في الذمة، فكسدت قبل القبض.. بطل الشراء عندنا.

ولوِ استقرضَها فكسدَت.. يردُّ مثلَهَا.

وقال زفر: لا يبطل؛ لأنه ليس تحت الكساد إلاّ العجز عن تسليمه، والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل؛ كما لو أبق العبد، وكما لو أسلم في الرطب فانقطع أوانه. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن قوله: «عندنا» وإن دلّ على الاتفاق.. لكن دليل زفر يمنعه؛ لأنه بعينه هو دليل الإمامين في كساد الدراهم المغشوشة على ما مرّ.

(ولو استقرضها) أي: الفلوس النافقة **(فكسدت.. يرد مثلها)** عند أبي حنيفة؛ لأن استقراضها إعارة كما أنّ إعارتها قرض، وموجب كونها استقراضاً: رد العين معنى، وهو المثل، وموجب كونها إعارة: ردّ العين حقيقة، لكن لما كان قرضاً والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه.. قال: ردّ عينها حقيقة، فيجب ردّ عينه معنى، ويجعل بمعنى العين حقيقة؛ لئلا يلزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة.

فإن قيل: كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات الثمنية، وإما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقاً؟

أجيب: بأن الثمنية فضل في القرض [١٥١/أ] فيجوز أن ينفكّ عنها ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الأمثال، ولهذا جاز الاستقراض في كل مكيل وموزون وعددي متقارب، ولا ثمنية فيها، وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الأمثال، بخلاف البيع؛ لأن الفلوس إنما تدخل في البيع بصفة الثمينة، وقد فات ذلك بالكساد، كذا في «العناية» قال: وتحقيقه: أن المثل المجرد عن الثمينة أقرب إلى العين من القيمة.. فلا يصار إليها ما دام ممكناً.

الدائن إذا استد من غريمه زيوفاً فأنفقها، ثم علم أنها زيوف، هل يردّ مثل الزيوف؟

فعلى «شرح المجمع»: أنه يردّ مثل الزيوف ويرجع بالجياد.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: قيمَتهَا يَوْمَ الْقَرْضِ.

وَعند مُحَمَّدٍ: يَوْمَ الكسادِ.

وَلَا يجوزُ البيعُ بِغَيْرِ النافقةِ مَا لم تتعيَّن.

وَمنِ اشْترى بِنصْفِ دِرْهَمٍ فلوسٍ، أَو دانقٍ فلوسٍ، أَو قِيرَاطٍ فلوسٍ.. جَازَ البيعُ، وَعَلَيهِ مَا يُبَاعُ بِنصْفِ دِرْهَمٍ أَو دانقٍ أَو قِيرَاطٍ مِنْهَا.

وفي «القنية»: أنه لا يردّ، ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة ومحمد، ويرد ويرجع بالجياد عند أبي يوسف.

فعلم: أن المسألة خلافية.

وفي «الكافي»: إن كان عينه باقياً.. يرد بالاتفاق، وإن استهلك.. يرد مثله عندهما، ويرجع بالجياد.

(وعند أبي يوسف): يرد **(قيمتها يوم القرض، وعند محمد: يوم الكساد)**؛ لأنه لما بطل وصف الثمنية.. تعذر ردّها كما قبض، وليس المثل المجرد عنها في معناها، فيجب ردّ قيمتها؛ كما إذا استقرض مثلياً فانقطع.

لكن عند أبي يوسف: قيمته يوم القبض؛ لكونه أيسر على الناس؛ لأن قيمته يوم القبض معلومة، ويوم الكساد لا يعرف إلا بحرج، وعليه الفتوى.على ما ذكرناه.

وعند محمد: قيمته يوم الكساد؛ لكونه أنظر للجانبين، وعليه فتوى قاضي خان.

(ولا يجوز البيع بغير) الفلوس **(النافقة ما لم تتعين)** لأنها حينئذ تكون سلعة؛ فلا بد من التعيين في العقود.

(ومن اشترى بنصف درهم فلوس) صفة لنصف درهم، أو بدل منه **(أو دانق)** وهو سدس الدرهم **(فلوس)** صفة دانق أو بدل منه **(أو قيراط)** وهو نصف الدانق **(فلوس)** صفة قيراط أو بدل منه (.. **جاز البيع**) في كلها؛ لكونها مالاً معلومة عند الناس وقت العقد **(وعليه)** أي على المشتري **(ما يباع بنصف درهم)** فضة **(أو دانق فضة أو قيراط)** فضة **(منها)** أي من الفلوس، وهذا تعلق لما يباع يعني: على المشتري

أن يدفع إلى البائع من الفلوس قدر ما يعطي في مقابلة نصف درهم أو دانق أو قيراط من الفضة.

وفيه خلاف زفر، قال: لا يجوز البيع في الكل لأنه اشترى بالفلوس، والفلوس تعتبر بالعدد وتقدر به، لا بالدرهم والدانق والقيراط؛ فإذا لم يبين عدد الفلوس [١٥١/ب].. كان مجهولاً، فلا يجوز، ولأن العقد وقع على الدانق والدرهم والقيراط.

ثم شرط إبقائه من الفلوس يكون شرط صفقة في صفقة.. فلا يجوز.

قلنا: إن كلامنا فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم أو بدانق من الفلوس معلوماً عند الناس بأن يكون الدرهم أو الدانق أو القيراط عبارة عن قدر من الفلوس؛ كما يكون كذلك في بعض البلاد؛ فإذا كان قدر الفلوس معلوماً.. كان كأنّه صرح بقدرها، فجاز؛ لعدم الجهالة، ولا نسلم أن العقد وقع على الدانق والدرهم، بل وقع على الفلوس؛ لأنه أوضحه بلفظ الفلوس، والفلوس يستعمل في الكسور؛ صوناً للدراهم عن الكسر، وذكر الدرهم لتقدير الفلوس الواجب بالعقد.

بخلاف ما إذا اشترى بدرهم فلوس؛ لأن الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم، فكان العقد واقعاً على الدرهم، ثم بشرط إبقائه من الفلوس شرط صفقة في صفقة.. فلا يجوز، كذا في «العناية» نقلاً من «إشارات الأسرار».

ثم قال نقلاً عن «المختلف»: ولو اشترى شيئاً بدرهم فلوس يجوز عند أبي يوسف، وعند محمد: أنه لا يجوز؛ لأنه لا تعامل فيه، بخلاف دانق فلوس؛ فإن فيه تعاملاً.

ولأبي يوسف: أنه باع بثمن معلوم فصار كدانق فلوس، قال مشايخنا: قول أبي يوسف أصح. انتهى.

فما ذكره عن «إشارات الأسرار» إنما يستقيم على قول محمد ، لا على قول أبي يوسف كما تراه.

وَلَو دفَع إِلَى صيرفيٍّ دِرهماً وَقَالَ: أَعْطِنِي بِنصفِهِ فُلُوساً وبنصفِهِ نصفاً إِلَّا حبّةً.. فسدَ البيعُ فِي الْكلِّ.

وَعِنْدَهُمَا: صَحَّ فِي الْفُلُوسِ.

وَلَو كرَّرَ «أَعْطِنِي».. صَحَّ فِي الْفُلُوسِ اتفاقاً.

(ولو دفع إلى صيرفي درهماً) كبيراً، (وقال: أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً) أي: درهماً صغيراً وزنه نصف درهم كبير؛ كذا فسره في «العناية» (إلّا حبة.. فسد البيع في الكل) عند أبي حنيفة؛ لاتحاد الصفقة، وقوة الفساد في حصة الفضة؛ لكونه مجمعاً عليه، فيشيع في الكل؛ كما إذا جمع بين حرّ وعبد وباعهما صفقة واحدة على ما مرّ في آخر البيع الفاسد.

(وعندهما: صحّ في الفلوس)، وفسد فيما بقي؛ لأنه قابل نصف الدرهم بالفلوس، ولا مانع فيه عن الجواز، وقابل النصف بنصف إلا حبّة وهو ربا.. فلا يجوز.

(ولو كرر أعطني) بأن قال: أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبة (.. صح في الفلوس اتفاقاً)؛ لأنه عقدان، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر؛ كما لو قال: بعني بنصف هذه الألف عبداً وبعني بنصفها دناً من الخمر؛ فإن البيع في العبد صحيح، وفي الخمر فاسد، ولم يشع الفساد؛ لتفرق الصفقة.

وحكي عن أبي جعفر الهندواني وشيخ الإسلام [١٥٢/أ]: أن العقد لا يصح هنا أيضاً وإن كرّر لفظ الإعطاء، لاتحاد الصفقة؛ فإن «أعطني» مساومة، وبتكرارها لا يتكرر البيع؛ لأن بذكر المساومة لا ينعقد البيع؛ فإن من قال: بعني، فقال: بعت.. لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت، وإذا كان لا ينعقد بذكر المساومة.. فكيف يتكرر بتكرارها؟ والأول أصح، لأن ذلك صار معلوم المراد في أنه إيجاب؛ فإذا وجد القبول.. ينعقد العقد.

وَلَو قَالَ: أَعْطِنِي بِهِ نصفَ دِرْهَمٍ فلوسٍ وَنصفاً إِلَّا حبّةً.. صَحَّ فِي الْكلِّ، وَالنّصفُ إِلَّا حبّةً بِمثلِهِ، والفلوسُ بِالْبَاقِي.

(ولو قال: أعطني به نصف درهم فلوس ونصفاً إلَّا حبة) والفرق بينه وبين ما تقدم: أنه لم يكرر لفظة بنصفه، بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم، وبنصف درهم إلا حبة.

(.. صح في الكل، والنصف إلَّا حبة) يقابل (بمثله، والفلوس) تقابل (بالباقي)؛ فكأنه قال: أعطني بهذا الدرهم المعلوم قدره كذا، وكذا فلوساً ونصف درهم إلا حبة.

ولو صرّح بهذا اللفظ.. يجوز، فكذا هذا.

هذا آخر أنواع البيوع.

* * *

الفهرس

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء السابع

الكفالة، الحوالة، القضاء، الشهادات،

الوكالة

دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري
(ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـــب العلميـــة - بيـــروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages	(11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2017 A.D. - 1438H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon / لبنـــان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) / الأولى (لونان)	الطبعة

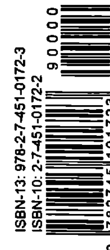
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ١٢/١١/٨١٠ ٨٠٤ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2



(كتاب الكفالة)

(كتاب الْكفَالَةِ)

هِيَ ضَمُّ ذمَّةٍ إِلَى ذمَّةٍ فِي الْمُطَالَبَة، لَا فِي الدَّينِ، هُوَ الْأَصَحُّ.

(كِتَابُ الكَفَالَةِ)

عقب البيوع بذكر الكفالة؛ لأنها تكون في البياعات غالباً، ولأنها إذا كانت بأمر.. كان فيها معنى المعاوضة انتهاءً، فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة.

ثم الكفالة في اللغة: هو الضم مطلقاً.

وفي عرف الشرع: (**هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، لا في الدين، هو الأصح**).

اختلفوا في معناها الشرعي: قال أكثر مشايخنا: ضمّ ذمة إلى ذمة في المطالبة.

وقال بعضهم - وهو مذهب الشافعي -: إنما هي ضمّ ذمة إلى ذمة في الدين.

قالوا: والأول أصح، واختاره المصنف، واستدلوا عليه: بأن الكفالة كما تصح بالمال.. تصح أيضاً بالنفس، ولا دين ثمة.

وثانيها: لو كانت عبارة عن ضم الذمة إلى الذمة في الدين.. لزم أن يكون الدين الواحد دينين؛ لأن الألف المكفول به مثلاً بعد الكفالة باق على ذمة الأصيل كما كان، ولو ثبت الدين مع هذا في ذمة الكفيل أيضاً.. كان الألف الواحد ألفين، واللازم باطل، فكذا الملزوم.

فإن قيل: إن من ضرورة ثبوت المطالبة في ذمة الكفيل: ثبوت الدين أيضاً، وإلا.. فيلزم طلب المعدوم.

وأجيب: بمنع الملازمة؛ مستنداً بأن الوكيل بالشراء يطالب بالثمن، وأصل الثمن على الموكل لا على الوكيل، فكذا هنا.

وفي «المبسوط»: ذكر هذين القولين ولم يرجح أحدهما، ودفع ما يظن مانعاً

على القول الثاني من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين؛ حيث قال: إنه لا مانع؛ لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما؛ كالغاصب مع غاصب [١٥٢/ب] الغاصب؛ فإن كلاً ضامن للقيمة، وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة؛ لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما: يوجب براءة الآخر، فكذا هنا، لكن هنا: بالقبض، لا بمجرد اختياره.

ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل: أنه لو وهب للكفيل.. صح، ويرجع الكفيل به على الأصيل، مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح.

والحاصل: أنّ ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين.

وإنما يمتنع ذلك في عين ثبت في زمان واحد في ظرفين حقيقيين.

ولكن المختار: هو القول الأول؛ لأن اعتبار الدين في ذمتين وإن أمكن شرعاً.. لكنه لا يجب الحكم بوقوع كلّ إلَّا لموجب، ولا موجب ههنا؛ لأن المقصود من الكفالة هو التوثق، وقد حصل ذلك بثبوت حق المطالبة بلا ثبوت الدين في ذمة الكفيل؛ هذا حدّه شرعاً.

وأما ركنه: قالوا: هو الإيجاب والقبول بألفاظ الكفالة التي يأتي ذكرها.

ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً، فجعلها تتم بقول الكفيل وحده في المال والنفس، على ما سيظهر لك من كلامه.

ثم اختلفوا على قول أبي يوسف:

قيل: تتوقف على إجازة الطالب.

وقيل: تنفذ وللطالب الرد.

واختلف في أنّ كتابة الكفالة في الخط بلا تلفظ هل هي كفالة أم لا؟

ففي أول كفالة «القنية»: «بخ»[1] قال لآخر: تكفل عني بما علي من الدين، فقال: فليكن، وكتب في القبالة كـ: تكفلت لفلان بن فلان بهذا القدر المذكور في هذه القبالة، ولم يتلفظ بها.. ليس للدائن أن يطالبه بها، ولا تصح هذه الكفالة وإن قبل الدائن الخط.

ولو أشهد على نفسه في الصورة الأولى.. لا يصحّ أيضاً.

«بص»[2] كتبة الكقبالة في الخط بعدما طلب الدائن كفالته كفالة، وإن لم يتلفظ. انتهى.

وأمّا شرطه: فهي أربعة أنواع: في الكفيل، والأصيل، والطالب، والمكفول به.

ثم منها ما هو شرط الانعقاد، ومنها ما هو شرط النفاذ.

- **أما شرائط الكفيل**: فالعقل والبلوغ، وهما شرطان للانعقاد، فلا تنعقد كفالة مجنون وصبي، والحرية أيضاً وهي شرط للنفاذ؛ فإن كفالة العبد تنعقد، ولا تنفذ، بل يطالب بها بعد العتق، على ما صرّح به في «الخلاصة»، وقال في «الفصولين»: إنّ كفالة القن بإذن المولى تجوز، ويؤخذ القن بها في الرق، وبعد عتقه [١٥٣/أ]. انتهى.

ومعنى «تجوز»: تنفذ، فدلّ بتقييده بالإذن: أن كفالته بغير إذن المولى لا تنفذ، بل تتوقف إلى ما بعد العتق كما في «الخلاصة».

وقال في «البزازية»: إن العبد إن كفل بمال.. ضمن المولى الأقلّ من قيمته ومن الدين، والطالب إن شاء.. يتبع المولى، وإن شاء.. يتبع العبد، وإذا أدّى أحدهما.. يرجع على الأصيل، هذا في الكفالة بالمال.

وأما لو كفل العبد بالنفس، ثم أعتقه مولاه.. لم يضمن شيئاً. انتهى.

(١) «بخ» هو رمز «برهان الفتاوى» للبخاري والمسألة في مخطوط «القنية» ص (٣٥٢).
(٢) «بص» هو رمز «برهان الصدر»، والمسألة في مخطوط «القنية» ص (٣٥٢).

وقال في «البحر»: لا تنعقد كفالة الصبي، إلا إذا استدان الولي أو الصبي ديناً في نفقته، وأمره بأن يضمن المال عنه.. فإنه صحيح.

ولو أمره بكفالة نفسه عنه.. لم يجز؛ لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط؛ فالشرط لا يزيده إلّا تأكيداً، فلم يكن متبرعاً.

وأما ضمان النفس - وهو تسليم نفس الأب أو الوصي - فلم يكن عليه، فكان متبرعاً به.. فلم يجز.

ولو أقر الصبي بعد بلوغه بالكفالة حال صباه.. ولا يصح إقراره؛ كما لا يصح إقرار المغمى عليه بعد إفاقته أنه كفل حال إغمائه كما في «البزازية».

ولو وقع الاختلاف بين الصبي بعد البلوغ وبين الطالب، فقال الطالب: كفلت وأنت رجل، وقال الصبي: كفلت وأنا صبي.. فالقول قول الصبي.

ولو قال كفلت وأنا مجنون أو مغمى علي أو مبرسم، وأنكر الطالب وقال: كفلت وأنت صحيح؛ إن كان ذلك معهوداً من المقر.. فالقول قول المقر، وإن لم يكن معهوداً.. فالقول للطالب، كذا في «التاتارخانية».

وقال في «البحر»: والحرية شرط نفاذها، فلم تنفذ كفالة العبد ولو كان مأذوناً له في التجارة، ويؤاخذ بها بعد العتق، بخلاف الصبي؛ فإنه لا يؤاخذ بها بعد البلوغ؛ لعدم انعقادها، إلا إن كفل لدين نفقته بأمر الأب أو الوصي.

وإن أذن المولى لعبده في الكفالة؛ فإن كان مديوناً.. لم يجز، وإلا.. جازت وبيع فيها.

إلا إن فداه.

ولم تجز كفالة المكاتب عن أجنبي ولو أذن مولاه، ويطالب بها بعد عتقه.

وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما. انتهى.

ومنه علم: أن كلام «الفصولين» يحتاج إلى التقييد.

• **وأما شرائط الأصيل**.. فأمران:

أحدهما: أن يكون قادراً على تسليم المكفول به بنفسه أو بنائبه، فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس.

الثاني: أن يكون معلوماً؛ فلو كفل بمال على واحد.. لم تصح؛ لعدم كون الواحد معلوماً.

ولا يشترط أن يكون الأصيل حراً عاقلاً بالغاً.

• **وأما شرائط المكفول له**.. فأمران [١٥٣/ب] أيضاً:

أحدهما: أن يكون معلوماً.

والثاني: أن يكون موجوداً في مجلس العقد، وهو شرط الانعقاد.

ويتفرع عليه: ما ذكر في «الخلاصة» نقلاً عن «الأصل»: إذا كفل رجل لرجل والمكفول له غائب.. فهو باطل.

وقال أبو يوسف آخراً: هو جائز.

وأجمعوا أنه إذا قال بطريق الأخبار.. جاز.

ولو كان المكفول عنه غائباً والطالب حاضراً فأجاز الطالب.. جاز.

فإن قال الطالب: إنه أخرج الكلام مخرج الإخبار وصحّ الكفالة، وقال الكفيل: لا، بل أنشأت.. فالقول قول الطالب. انتهى.

قوله: «وقال أبو يوسف آخراً...» بناء على ما تقدم: من أن الكفالة تنعقد عنده بالإيجاب بدون القبول.

• **وأما شرائط المكفول به**: فأن يكون:

مضموناً على الأصيل؛ ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً.

وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل.

وَلَا تصحُّ إِلّا مِمَّن يملكُ التَّبَرُّعَ.

وَهِي ضَرْبَان: بِالنَّفسِ وبالمالِ.

فَالْأُولى: تَنْعَقِدُ بكَفَلْتُ بِنَفسِهِ، ....

وأن يكون لازماً، وهو خاص بالكفالة بالمال.

فالمصنف أشار إلى شرائط الكفيل بقوله: (**ولا تصح**) أي الكفالة (**إلّا ممن يملك التبرع**) وهو: الحر العاقل البالغ؛ فإن العبد والمجنون لا يملك التبرع.. فلا تصحّ كفالته على ما تقدم تفصيله.

وهل: تصح كفالة المريض؟

ففي «البحر»: لا يشترط أن يكون الكفيل صحيحاً، فتصح كفالة المريض، لكن من الثلث؛ لأنها تبرع، وتبرع المريض لا ينفذ فيما زاد على الثلث.

ولما ذكر تعريف الكفالة وشرط الكفيل.. شرع في بيان نوع الكفالة، فقال: (**وهي**) أي: الكفالة: (**ضربان**):

أحدهما: كفالة (**بالنفس**) والمضمون بها إحضار المكفول به.

وقال الشافعي: لا تجوز الكفالة بالنفس لأنه لا يقدر على تسليمه؛ لعدم انقياده له.

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، والكفيل بالنفس غارم أيضاً؛ لأن الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر، وهو يتضرّر بإحضار المكفول به، وعدم قدرته على التسليم ممنوع؛ لأن قدرة كل شيء بحسبه، وهو يقدر على أن يعلم الطالب مكانه ويخلّي بينه وبينه، أو يستعين بأعوان القاضي.

وهل يجبر بإعطاء الكفيل بالنفس، أو لا يجبر؟

فيه تفصيل سيأتي بيانه.

(**و**) الثاني: كفالة (**بالمال**)، ثم شرع في بيان كل من الضربين، فقال: (**فالأولى تنعقد بكفلت بنفسه**)؛ فإنه يعبّر به عن البدن حقيقة، وفي هذا اللفظ إشارة إلى ما

أَو برقبتِهِ، وَنَحْوِهَما مِمَّا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْبدنِ، أَو بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهُ كنصفِهِ، أَو عُشْرِهِ، وبضمنتُهُ، أَو هُوَ عليّ، أَو إِلَيّ، أَو أَنَا زعيمٌ، أَو قَبيلٌ بِهِ. ....

تقدم من أن الكفالة تتم بقول الكفيل وحده، بلا حاجة إلى قبول الخصم عند أبي يوسف.

(أو برقبته)؛ فإنه يعبّر به عن البدن أيضاً عرفاً.

(ونحوهما مما يعبّر به عن البدن) حقيقة نحو: بجسده أو ببدنه، أو عرفاً نحو بوجهه أو برأسه أو بعنقه.

(أو بجزء [١٥٤/أ] **شائع منه)** أي من البدن **(كنصفه أو عشره)** أو ثلثه؛ لأن النفس الواحدة في حقّ الكفالة لا تتجزأ، فكان ذكر بعضها شائعاً.. كذكر كلها.

بخلاف ما إذا قال: تكفلت بيد فلان أو برجله؛ لأنه لا يعبّر بهما عن البدن أصلاً.. فلا تصح الكفالة بهما؛ كما لا يصح الطلاق بهما.

(وبضمنته) عطف على قوله: «بتكفلت»، وهذا لأنه صريح أوجب عقد الكفالة.

وفيه إشارة إلى ما قال في «البحر» عن «الخانية»: من أنه لو قال: أنا ضامن حتى يجتمعا أو يلتقيا.. لا يكون كفيلاً؛ لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال. انتهى.

(أو هو علي) لأنه صيغة الالتزام. وفي «السراج الوهاج» لو قال: هو عليّ حتى يجتمعا أو يلتقيا.. فهو جائز؛ لأن قوله: «هو علي» ضمان مضاف إلى الغير، وجعل الالتقاء غاية له.

وفي «الخانية»: لو قال: هو عليّ حتى يجتمعا.. فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها. انتهى.

(أو إليّ)؛ لأنه في معنى «عليّ» في هذا الباب، على ما ورد في الحديث.

(أو أنا زعيم)؛ لأن الزعامة هي الضمان والكفالة.

(أو قبيل به)؛ لأن القبيل هو الكفيل، ولهذا سمي الصك: قبالة.

لَا بِأَنَا ضَامِنٌ لمعرفته.

وَصَحَّ أَخذُ كفيلين وَأَكْثَرَ.

وَيجبُ فِيهَا إِحْضَارُ المكفولِ بِهِ إِذا طلبه الْمَكْفُولُ لَهُ؛ فَإِن لم يُحضرهُ.. حُبِسَ، ....

(لا بأنا) زعيم أو **(ضامن لمعرفته)**؛ لأنه التزام المعرفة دون المطالبة.

هذا على قول أبي حنيفة.

وذكر في «المنتقى»: أنه إذا قال: أنا ضامن لك لمعرفة فلان.. فهو كفالة على قول أبي يوسف، وعليه معاملة الناس.

وقال الفقيه أبو الليث: هذا القول من أبي يوسف غير مشهور، والظاهر: ما روي عنهما.

وفي «البحر» عن «خزانة الواقعات»: وبقولهما يفتى.

(وصح أخذ كفيلين وأكثر) جملة أو على التعاقب؛ لأن موجب هذه الكفالة التزام المطالبة وهي متعددة، والمقصود منها: زيادة توثق، وبالثانية يزداد التوثيق، فيجوز، وإذا سلم أحد الكفيلين نفس الأصيل.. برئا معاً.

(ويجب فيه) أي: في الكفالة بالنفس، والتذكير باعتبار العقد **(إحضار المكفول به)** في مكان يقدر له أن يخاصمه؛ مثال: أن يكون في مصر **(إذا طلبه المكفول له)**؛ لأنه التزام فيجب فيه الإيفاء كما التزم؛ فإذا سلمه.. برئ عن المطالبة؛ لأنه ما التزم إلّا تسليمه مرّة، وقد حصل ذلك.

وإنما وجب في مكان يقدر أن يخاصمه المكفول له؛ لأن المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي، وذلك لا يحصل إلا بمثل ذلك المكان.

(فإن لم يحضره) بعد الطلب مع قدرته على الإحضار في ذلك المكان **(..حبس)** الوكيل الكفيل لامتناعه عما وجب عليه مع قدرته.

أما إذا عجز عن الإحضار؛ فإما أن يعلم مكانه أو لا [١٥٤/ب]:

وَإِن عَيَّنَ وَقْتَ تَسْلِيمِهِ.. لزمَهُ ذَلِك فِيهِ إِذا طَالبه.

فَإِن سلّمَهُ قبلَ ذَلِك.. برئَ؛ ....

فإن كان الأول..مهله مدّة ذهابه وإيابه، وإن كان الثاني.. لا يطالب به على ما سيأتي.

واعلم أنه لا يلزم أحداً إحضار أحد، ولا يجبر عليه إلا في مسائل.

الأول: الكفيل بالنفس عند القدرة.

الثاني: الأب إذا أمر أجنبياً بضمان ابنه، فطلبه الضامن منه.. فعلى الأب إحضار ابنه؛ لكونه في تدبيره.

الثالث: سجان القاضي خلى رجلاً من المسجونين حبسه القاضي بدين عليه.. فلربّ الدين أن يطلب السجان إحضاره.

الرابع: ادّعى الأب مهر بنته على الزوج، فادعى الزوج أنه دخل بها وطلب من الأب إحضارها؛ فإن كانت تخرج في حوائجها.. أمر القاضي الأب بإحضارها.

وكذا لو ادّعى الزوج عليها شيئاً آخر.

وإلَّا.. أرسل إليها أميناً من أمنائه، كذا في كفالة «الأشباه».

(وإن عين وقت تسليمه.. لزمه ذلك) أي: إحضاره وتسليمه **(فيه)** أي: في ذلك الوقت **(إذا طالبه)** وليس له أن يطالبه قبل ذلك الوقت.

(فإن سلمه قبل ذلك) الوقت **(.. برئ)** الكفيل عن المطالبة؛ لحصول المقصود، لكن هذا إذا سلمه فيما كان يقدر أن يخاصمه عند القاضي، وإلا.. فلا.

هذا إشارة إلى بيان الكفالة المقيدة بالوقت، وذكرها في «الخلاصة» وقال: ولو كفل بنفس فلان إلى شهر، ثم دفعه إليه قبل الشهر.. برئ وإن أبى المكفول له أن يقبله، هكذا ذكره الحاكم والإمام السرخسي، ولم يتعرضا إلى ما بعد الشهر.

وقال في «شرح الشافي»: يجب عليه تسليمه بعد الشهر؛ كمن باع شيئاً بثمن مؤجل إلى شهر.

فَإِن غَابَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَعَلِمَ مَكَانَهُ.. أمهلَه الْحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وإِيابِهِ ....

وفي «النوازل»: سئل الفقيه أبو جعفر عن رجل كفل بنفس رجل إلى ثلاثة أيام فمضت ثلاثة أيام، هل يبرأ من الكفالة؟ قال: لا يبرأ، وإنما ثلاثة أيام أجل لتأخير المطالبة.

وفي «السير الكبير»: لو كفل بنفس رجل إلى شهر.. لم يبرأ بمضي شهر ما لم يسلم نفس الخصم إليه.

فإن قال: على أني بريء من الكفالة بعد الشهر.. فعلى ما قال.

وفي «الخانية»: رجل كفل بنفس رجل إلى ثلاثة أيام، ذكر في «الأصل»: أنه يصير كفيلاً بعد الأيام الثلاثة، وجعل بمنزلة ما لو قال لامرأته: أنت طالق إلى ثلاثة أيام؛ فإن الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام.

وعن أبي يوسف: أنه يصير كفيلاً في الحال، وفي الطلاق يقع الطلاق في الحال أيضاً.

وقال الفقيه أبو جعفر: يصير كفيلاً في الحال.

قال: وذكر الأيام الثلاثة لتأخير المطالبة إلى ثلاثة أيام، لا لتأخير الكفالة، ألا ترى أن هذا الكفيل لو سلم نفس المكفول عنه قبل الأيام الثلاثة.. يجبر الطالب على القبول [١٠٥/أ].

وما ذكر في «الأصل»: أنه يصير كفيلاً بعد الأيام الثلاثة.. أراد به: أنه يصير كفيلاً مطالباً بعد الأيام.

وغيره من المشايخ أخذوا بظاهر الكتاب وقالوا: لا يصير كفيلاً في الحال؛ فإذا مضت الأيام الثلاثة قبل تسليم النفس.. يصير كفيلاً أبداً، لا يخرج عن الكفالة ما لم يسلم. انتهى.

(فإن غاب المكفول به وعلم مكانه.. أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه).

ولو لحق بدار الحرب مرتداً؛ إن بالدخول بها.. لا تسقط الكفالة، وكونه في

فَإِن مَضَت وَلم يحضرْهُ: حَبسه.

وَإِن غَابَ وَلم يَعْلَمْ مَكَانَهُ.. لَا يُطَالَبُ بِهِ.

وَتبطلُ بِمَوْت الْكَفِيلِ، ....

حكم الموتى بعد الدخول بها إنما هو في حق قسمة ماله بين ورثته لا في حق نفسه؛ لأنه حيّ في حقّ نفسه، حتى يطالب بالتوبة وتسليم النفس إلى الخصم على ما في «النهاية» و«التبيين».

وعن «الذخيرة»: أنه إذا لحق بدار الحرب مرتداً.. ينظر؛ إن كان الكفيل قادراً على ردّه بأن يكون بيننا وبينهم معاهدة أن من لحق بهم مرتداً يردونه إلينا إذا طلبناه.. يمهل الكفيل مدة ذهابه وإيابه، وإن لم يكن قادراً.. لا يؤاخذ به؛ كما في الموت الحقيقي.

(فإن مضت ولم يحضره.. حبسه) الحاكم لتحقق امتناعه.

(وإن غاب ولم يعلم مكانه.. لا يطالب) الكفيل **(به)** أي: بإحضاره إلى أن يعرف مكانه، هذا إن رافعه الطالب على ذلك؛ لتصادقهما على العجز عن التسليم في الحال، وإن لم يصدقه، فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: لا، بل تعرفه؛ فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت.. فالقول للطالب، يؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع؛ لأن الظاهر شاهد له، والقول لمن يشهد الظاهر له.

وإن لم يكن ذلك معروفاً منه.. فالقول للكفيل؛ لأنه متمسك بالأصل - وهو الجهل بالمكان - وينكر لزوم المطالبة إياه.

وقيل: لا يلتفت إلى قول الكفيل، ويحبسه الحاكم إلى أن يظهر عجزه، وعليه عمل القضاة اليوم؛ لأن المطالبة توجهت عليه.. فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بمجرد قوله.

ولم يذكر الكفالة المقيدة بوقت.

(وتبطل) أي: الكفالة بالنفس **(بموت الكفيل)**؛ لعجزه عن التسليم.

والمكفولِ بِهِ وَلَو عبداً، ....

فإن قيل: فليؤد وارثه الدين عن تركته ولم تبطل الكفالة كما في الكفالة بالمال؛ لأن الكفيل بالمال إذا مات لا تبطل الكفالة، بل تبقى حتى يطالب ورثته بها؛ لأن حكمه بعد موته ممكن بأن يوفي الورثة من ماله، ثم ترجع إلى الأصل، إن كانت بأمره وكان الدين حالاً، وإن مؤجلاً، فلا رجوع لهم قبل حلول الأجل، كذا في «البحر».

وقال في «الحاوي القدسي»: وإن مات الكفيل [١٥٥/ب] بالدين المؤجل.. حلّ الدين في ماله ولورثته الرجوع على الأصيل إلى أجله.

وكذا إن مات المكفول عنه والكفيل حي؛ فإن مات الطالب.. فهو على الكفيل، والأصيل كما كان. انتهى.

وفيه أيضاً: أن بطلان الكفالة بالنفس بموت الكفيل هو مختار صاحب «الهداية» ومن تبعه.

وقال الكرخي: إنها لا تبطل بموت الكفيل؛ كما في الكفالة بالمال، ويطالب وارثه بإحضاره، عزاه إلى «السراج الوهاج».

(و) بموت **(المكفول به)**؛ لعجزه عن التسليم أيضاً، **(ولو)** وصلية **(عبداً)**.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخلاصة»: لو كفل بنفس عبد فمات العبد.. برئ الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد، وإن كان المدعى به نفس العبد.. لا يبرأ، ويضمن قيمته. انتهى.

وهكذا في «البزازية».

وأشار باقتصار بطلانها على موت الكفيل والمكفول به إلى أنها لا تبطل بإبراء الأصيل على ما صرح به في «البحر»، وأيده بما في أوائل كفالة «البزازية»: كفل بنفس، ثم أقره الطالب أنه لا حق له قِبَل المكفول به.. له أن يأخذ الكفيل بتسليمه،

دونَ موتِ الْمَكْفُولِ لَهُ، بل يُطَالِبُ وَارِثُه أَو وَصِيُّهُ الْكَفِيلَ.

وَيبرأُ: إذا سلَّمه حَيْثُ تُمْكِنُ مخاصمتُه، وإنْ لم يقل: إذا دَفعته إِلَيْك.. فَأَنا بَرِيء.

وبتسليمِ وَكيلِ الْكَفِيلِ.

أَو رَسُولهِ.

ولا يبرأ، ولو قال الطالب: لا حق لي قِبَل المكفول به، لا من جهته ولا من جهة غيره، ولا بوكالة ولا بوصاية ولا بولاية.. برئ من الكفالة. انتهى.

فقولهم: «براءة الأصيل توجب براءة الكفيل» إنما هو في الكفالة بالمال، **(دون موت المكفول له)** أي: الطالب، **(بل يطالب وارثه أو وصيه الكفيل)**؛ لقيام كل منهما مقام الميت في الدعوى، فيه إشارة إلى أن الوارث مقدم على الوصي في المطالبة إذا اجتمعا.

والصحيح: أن الوصي مقدم على الوارث؛ كما في «الهداية».

(ويبرأ) الكفيل **(إذا سلمه؛ حيث تمكن)** المكفول له **(مخاصمته)** عند القاضي؛ كموضع وجد فيه القاضي، **(وإن)** وصلية **(لم يقل)** الكفيل: **(إذا دفعته إليك.. فأنا بريء)**؛ لأن موجب هذه الكفالة البراءة عند التسليم وقد وجد ذلك، والنص على الموجِب عند حصول الموجَب ليس بشرط؛ كثبوت الملك بالشراء.

ولا يشترط أيضاً قبول الطالب تسليمه كما في قضاء الدين، وإلا.. لربما امتنع الطالب عن القبول فيتضرر به الكفيل.

(وبتسليم وكيل الكفيل أو رسوله) عطف على قوله: «إذا سلمه» أي: ويبرأ الكفيل بتسليم وكيله أو رسوله المكفول به إلى الطالب؛ لقيامهما مقامه.

وهل يبرأ بالتسليم إلى وكيل الطالب؟

ففي «البحر»: إنه يبرأ بالتسليم إليه إن كان وكيلاً يأخذ الكفيل من المطلوب.

وبتسليم الْمَكْفُولِ بِهِ نَفسَه من كفَالَتِه؛ فَإِن شَرطَ تَسْلِيمَه فِي مجْلِسِ القَاضِي فسلَّمه فِي السُّوقِ.. قَالُوا: يبرأُ، وَالْمُخْتَار فِي زَمَانَنا: أَنَّه لَا يبرأُ.

وفي «الخلاصة»: القاضي إذا أخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه بأمر الكفيل أو لا بأمره.. فالكفيل إذا سلمه إلى القاضي أو إلى رسوله.. برئ، وإن سلمه إلى [١٥٦/أ] المدعي.. لا.

وهذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدعي، وإن أضاف إليه بأن قال: اكفل للمدعي.. فالجواب على العكس. انتهى.

وقال في «البزازية» هنا: أخذ القاضي من المدعى عليه كفيلاً بنفسه بأمر المدعي أو لا بأمره.. فالكفيل إذا سلمه إلى القاضي.. برئ.. إلى آخر ما في «الخلاصة».

ولا يخفى عليك أن إضافة الأمر إلى المدعي في عبارة «البزازية»: من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل، أي: بطلب المدعي الكفيل من المدعى عليه.

وفي عبارة «الخلاصة»: من قبيل الإضافة إلى المفعول؛ أي: بأمر المدعى عليه الكفيل.

(وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته) بأن قال: دفعت نفسي إليك من كفالة فلان؛ لحصول مقصود الطالب.. برئ الكفيل.

وإن سكت ولم يقل: قبلت.. لم يبرأ، على ما في «قاضي خان».

بخلاف ما إذا سلمه الكفيل؛ فإنه يبرأ؛ قبل الطالب أو لا.

وبخلاف ما إذا لم يصرح الأجنبي عند الدفع عن كفالة فلان؛ فإنه لا يبرأ؛ لعدم حصول الحضور من جهة الكفيل.

(فإن شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق.. قالوا: يبرأ) لحصول المقصود، وهو القدرة على المخاصمة عند القاضي **(والمختار في زماننا: أنه لا يبرأ)**، قاله الإمام السرخسي نقلاً عن المتأخرين.

وَإِن سلَّمَهُ فِي مصرٍ آخَر.. لَا يبرأُ عِنْدهمَا.

وَيبرأُ عِنْد الإِمَامِ.

وَإِن سلَّمهُ فِي بَرِيَّةٍ أَو فِي السَّوَادِ.. لَا يبرأ.

وهذا؛ لأن الظاهر في زماننا المعاونة على الامتناع؛ لغلبة الفسق والفساد، لا على الإحضار.. فالتقييد بمجلس القاضي مفيد.

(وإن سلمه في مصر آخر) أي لو شرط أن يسلمه إليه في مصر فسلمه في مصر آخر **(.. لا يبرأ عندهما)**؛ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه من المصر.. فلا يكون التسليم في مصر آخر مفيداً.

(ويبرأ عند الإمام)؛ للقدرة على المخاصمة.

وأجيب عن قولهما: بأن شهوده كما يتوهم أن يكون في المصر الذي شرطه.. يتوهم أيضاً أن يكون فيما سلمه، فتعارض الموهومان، فتساقطا، وبقي التسليم من الكفيل على الوجه الذي التزمه، فيبرأ.

وهذا لأن المعتبر بمكة من أن يحضر مجلس القاضي؛ إما ليثبت الحق، أو يأخذ منه كفيلاً، وقد حصل ذلك.

وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، والذي فهم من تقديم قول الإمامين: ترجيحه على ما ورد عنه، لكنه قدم في «الخلاصة» قول الإمام أبي حنيفة على قولهما.

وقال في «البحر»: برئ عند أبي حنيفة إن كان في ذلك المصر سلطان أو قاض وكانت الكفالة غير مقيدة بمصر، وإلا.. فلا يبرأ بالاتفاق.

وفي «فتح القدير»: قولهما أوجه.

(وإن سلمه في برية أو في السواد.. لا يبرأ)؛ أي: لو شرط أن يسلمه في مصر [١٥٦/ب] فسلمه في برية ليس فيه قاض، ولا وال، أو سلمه في سواد، أي: في قرية ليس فيها قاض ولا وال.. لا يبرأ؛ لعدم حصول المقصود، وهو القدرة على المحاكمة؛ إذ لا قاضي ثمة.

وَكَذَا إِن سلَّمه فِي السجْنِ وَقد حَبسهُ غيرُ الطَّالِب.

فَإِن كفلَ بِنَفسِهِ على أَنَّه إِن لم يوافِ بِهِ غَداً فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيْهِ، ......

(وكذا) أي: لا يبرأ **(إن سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب)**؛ لعدم القدرة على المحاكمة فيه أيضاً.

وفي «العناية» نقلاً عن «الواقعات»: رجل كفل بنفس رجل محبوس، فلم يقدر على إتيانه.. لا يحبس الكفيل؛ لأنه عجز عن إحضاره.

ولو كفل به وهو مطلق غير محبوس، ثم حبس.. حبس الكفيل حتى يأتي به؛ لأنه حال ما كفل به قادر على الإتيان.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: رجل كفل بنفس محبوس.. ينبغي للقاضي أن يخرجه حتى يدفعه الكفيل إلى المكفول له، ثم يعيده إلى السجن.

وفي «العيون»: لو ضمن للآخر بنفس رجل، وحبس المطلوب في السجن فسلم.. لا يبرأ.

ولو ضمنه وهو في الحبس فسلمه.. يبرأ.

ولو خلي عن الحبس، ثم حبس ثانياً فدفعه إليه وهو في الحبس؛ إن كان الحبس الثاني في أمور التجارة ونحوها.. صح الدفع، وإن كان في أمر من أمور السلطات.. لا يبرأ.

حبس الطالب المطلوب، ثم طالب الكفيل به، فدفعه وهو في حبسه:

قال محمد: برئ.

ولو قال المطلوب: دفعت إليك نفسي عن كفالة فلان وهو في حبسه.. جاز، وبرئ. انتهى.

(فإن كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً، فهو ضامن لما عليه)؛ أي: من المال، قيده به؛ لأنه لو لم يقل: «ما عليه».. لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد؛ خلافاً لهما، كذا في «العناية».

فَلم يوافِ بِهِ غَداً.. لزمَه مَا عَلَيْهِ وإِنْ مَاتَ.

(**فلم يواف به غداً.. لزمه ما عليه**) بمضي الغد؛ لأن الكفالة بالمال في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة، وهو تعليق بشرط متعارف، فيكون صحيحاً؛ فإذا صح التعليق ووجد الشرط.. لزمه المال (**وإن**) وصلية (**مات**) أي: المكفول عنه؛ أي: المطلوب يعني.. لزمه المال بعدم الموافاة به ولو كان عدم الموافاة بعد موت المكفول عنه.

فإن قيل: شرط وجوب المال عليه: عدم موافاته مستحقة عليه، وبموت المطلوب بطل الكفالة بالنفس على ما تقدم، وإذا بطلت الكفالة بالنفس.. بطل ما يترتب عليها من كفالة المال؛ لأنها تابعة لها، فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعدما برئ عنه ببطلان الكفالة بموت المكفول عنه؛ كما إذا أراد الطالب عن الكفالة بالنفس سقط عنه الكفالة بالمال أيضاً.

أجيب عنه: بأن الإبراء وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه، والموت لم يوضع للفسخ، وإنما برئ [١٥٧/أ] لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة؛ لأن المستحق عليه تسليم يقع ذريعة إلى الخصام، وهو عاجز عنه، فكان ضرورياً، فيتقدر بقدرها، فيبرأ عن التسليم، ولا ضرورة إلى انفساخه في حق الكفالة بالمال.

والحاصل: أن بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس في حق تسليمه إلى الطالب للضرورة فيه، لا في حق الكفالة بالمال؛ لعدم الضرورة فيه، وبهذا الجواب يندفع ما يتوهم من أن المراد بقوله: «ولم يواف به» عدم الموافاة مع القدرة على الموافاة؛ فإن عجز عنها.. لا يلزمه المال، وبموت المطلوب قد تحقق العجز.. فلا يلزمه المال.

ووجه الاندفاع: أن العجز المتحقق بموت المطلوب: هو العجز عن تسليم نفس المطلوب، لا العجز عن المطلوب، هكذا ذكر هذه المسألة في «البزازية»؛ حيث قال: إن لم يواف به غداً فعليه ما عليه، فمات المكفول عنه.. لزمه المال بمضي الغد. انتهى.

وَلَا يبرأُ من كَفَالَةِ النفس.

ثم قال: كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه إليه؛ فإن لم يسلمه فعليه ما عليه، ومات المطلوب، فطالبه بالتسليم وعجز عنه.. لا يلزم المال؛ لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت.. لا تصح؛ فإذا لم تصح المطالبة.. لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال، فلا يجب. انتهى.

وفي «البحر»: إن جنون المطلوب كموته فيما ذكر.

بخلاف موت الكفيل؛ فإن بموته لم يتحقق شرط الكفالة المعلقة ههنا؛ فإن وارثه يقوم مقامه؛ كموت الطالب، ولو اختلفا، فقال الكفيل: وافيتك به، وقال الطالب: لم توافني به.. فالقول للطالب، والمال لازم على الكفيل؛ لأن سبب وجوب المال التزام المال بالكفالة، إلا أن الموافاة شرط للبراءة، فلا تثبت بقول الكفيل؛ كذا في «الخانية».

وذكر في «البزازية»: أنه إذا علق المال بعدم الموافاة.. لا يصدق الكفيل على الموافاة إلا بحجة.

وبيانه ما ذكر في «نظم الفقه»: قال الكفيل: دفعته إليك في اليوم المشروط، وأنكره الطالب.. فالأمر على ما كان في الابتداء، ولا يمين على واحد منهما؛ لأن كلاً منهما مدع؛ الكفيل: البراءة، والطالب: الوجوب، ولا يمين على المدعي عندنا. انتهى.

(**ولا يبرأ**) الكفيل بوجوب المال بالتكفل به عند وجود الشرط على عدم الموافاة (**من كفالة النفس**)؛ لأن الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له. لا تبطل إلّا بما ينافيها من تسليم المطلوب أو الإبراء أو موت الكفيل أو الأصيل، وليست الكفالة بالمال منافية لهما لاجتماعهما معاً، ولأن كلاً منهما للتوثق، فلا تبطل إحداهما بالأخرى.

ومنِ ادّعى على آخرَ مائَةَ دِينَارٍ بَيّنهَا، أَو لم يبينْها فكَفل بنفسه رجلٌ على أنَّه إنْ لم يوافِ به غَداً فَعَلَيهِ الْمائَةُ فَلم يوافِ بِهِ غَداً.. لزمَه الْمائَةُ، خلافاً لمُحَمدٍ.

فإن قيل: إنه لما بطل الكفالة بالنفس [١٥٧/ب] بموت الأصيل؛ أي: المكفول عنه.. فكيف يصح القول له: «ولا يبرأ من كفالة النفس» بعد قوله: «لزمه ما عليه وإن مات المكفول عنه»؟

قلنا: قد تقدم أن الكفالة بالنفس ههنا إنما تبطل في حق تسليمه إلى الطالب للضرورة فيه، لا في حق لزوم المال؛ فمعنى قوله: «ولا يبرأ من كفالة النفس» لا يبرأ في حق لزوم المال وإن برأ في حق التسليم، قال الشافعي: الكفالتان هنا كلاهما باطلان؛ أما الكفالة بالنفس.. فلما تقدم في أول الكتاب، وأما الكفالة بالمال.. فلأنها معلقة بالشرط، وتعليق سبب وجوب المال بالشرط لا يجوز كالبيع؛ لأن الشرط على خطر الوجود.

قلنا: هذا قياس، لكنا عملنا بالاستحسان؛ لتعامل الناس، والعرف قاض على القياس، ولأنا لا نسلم أنها تعليق سبب وجوب المال بالشرط؛ لأن الكفالة عندنا التزام المطالبة، لا التزام المال حتى يكون سبباً له، ولو سلم، ولكن الكفالة بالمال تشبه البيع انتهاء من حيث إنها معاوضة؛ حيث يرجع الكفيل على الأصيل إذا كان بأمره، ويشبه النذر ابتداء من حيث إنه التزام ابتداء، فلشبهه بالبيع ينبغي أن لا يجوز تعليقه بالشرط، ولشبهه بالنذر يصح تعلقه بمطلق الشرط، فقلنا بجواز تعليقه بشرط متعارف، دون غيره؛ عملاً بالشبهين، والشرط المذكور شرط متعارف عليه، ليس كهبوب الريح وإمطار السماء.

(**ومن ادعى على آخر مائة دينار؛ بينها**) بأنها جيدة أو رديئة، هندية أو مصرية؛ كذا في «العناية» (**أو لم يبينها، فكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المائة، فلم يواف به غداً**) بعد مطالبة الطالب (.. **لزمه المائة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية عنه.

(**خلافاً لمحمد**) قال: إن لم يبينها وتكفل به رجل، ثم ادعى وبينها.. لا يقدر على مطالبة الكفيل، ولا تلزمه المائة، وله فيه طريقان:

أحدهما: أن الكفيل علق مالاً مطلقاً بأمر متردد وهو عدم الموافاة غداً؛ فإنه يحتمل: أن يكون، وأن لا يكون، والكفالة على هذا الوجه لا تصح وإن بينها؛ لاحتمال أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه، بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة بترك المدعى عليه في الحال.

ويؤيده: إطلاق المال عن النسبة؛ فإنه لم ينسبه إلى ما عليه؛ حيث لم يقل: المائة التي لك عليه، وهذا الوجه منقول عن أبي منصور الماتريدي، وهو - كما ترى - يقتضي أن لا تصح الكفالة وإن بين المال، وبه صرح في «الهداية».

والثاني: أن الدعوى بلا بيان غير صحيحة، فلم يجب إحضار النفس، وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس، فلا يصح ما يبتنى [١٥٨/أ] عليها، وهذا الوجه منقول عن الكرخي، وهو يقتضي الصحة إذا كان المال معلوماً عند الدعوى.

ولهما: أن المال ذكر معروفاً؛ لأنه قال: فعليَّ المائة، فينصرف إلى ما عليه، وتكون النسبة موجودة، فخرج عن كونه رشوة، فكان المال معلوماً، والدعوى صحيحة، فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال معاً؛ لأن الثانية مثبتة على الأولى، وهذا في مقابلة الوجه الأول لمحمد.

وأما ما يقابل للوجه الثاني له.. فهو أنه لا بأس بعدم كون المال معلوماً عند الدعوى؛ لأن العادة جرت بالإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء؛ دفعاً لحيل الناس والخصوم، والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء، فيصح الدعوى على اعتبار البيان؛ فإذا بين.. التحق البيان بأصل الدعوى؛ فكأنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء: المائة التي يدعيها ويبينها في الآخرة، فصحت الكفالة له بالنفس والمال جميعاً.

وقال في «الخلاصة»: وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ألف درهم، ولم يقل: الألف الذي عليه، فمضى غد ولم يواف به، وفلان يقول: لا شيء علي، والطالب يدّعي ألف درهم، والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل.. فعلى

وَلَا يجْبرُ على إِعْطَاءِ كَفِيلٍ بِالنَّفسِ فِي حَدٍّ وقِصَاصٍ.

فَإِن سمحَتْ بِهِ نَفسُه.. صَحَّ.

وَقَالا: يجْبرُ فِي الْقِصاصِ، ....

الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الأول، وفي قوله الآخر - وهو قول محمد -: لا شيء عليه. انتهى.

(**ولا يجبر على إعطاء كفيل بالنفس في حدّ وقصاص**) يعني: أنّ من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب منه كفيل بنفسه لإحضاره في مجلس القاضي لإثبات الحد والقصاص عليه، فامتنع عن إعطائه.. لا يجبر عليه عند أبي حنيفة.

(**فإن سمحت به نفسه**) أي: تبرع بإعطاء الكفيل عن نفسه من غير جبر عليه (.. **صح**) أخذه بالإجماع؛ لأن تسليم نفسه مستحق عليه، فتصح الكفالة به.

فإن قيل: إنهم قد صرحوا بعدم جواز أخذ الكفيل للحد والقصاص، وسيأتي في الكتاب أيضاً مصرحاً؛ لعدم إمكان استيفائها من الكفيل، فكيف يصح القول إنه يصح أخذ الكفيل بالنفس في حد وقصاص وإن لم يجبر على إعطائه، وهل هذا إلا تناقض؟!

قلنا: ليس المراد بصحة أخذ الكفيل بالنفس هنا الكفالة للحد والقصاص، بل المراد به: أخذ الكفيل لإحضار من توجه عليه الحد والقصاص في مجلس القاضي؛ لإثبات الحق عليه.. فلا منافاة.

(**وقالا: يجبر**) أي: يدور الطالب مع المطلوب أينما دار؛ كيلا يتغيب؛ فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول.. يستأذنه الطالب في الدخول؛ فإن أذن له.. يدخل معه، وسكن حيث [١٥٨/ب] سكن، وإن لم يأذن بالدخول.. يجلسه في باب داره، وهذا معنى الجبر هنا، على ما في «العناية» و«التبيين».

(**في القصاص**)؛ لأن الغالب فيه حق العبد، فيجبر عليها كما في سائر حقوقه.

وحَدِّ الْقَذْفِ.

(**و**) **في** (**حد القذف**)؛ لما فيه من حق العبد أيضاً.

ولأبي حنيفة: ما روي مرفوعاً قوله ﷺ: «لا كفالة في حد» مطلقاً من غير فصل بين حد وحد، ولأن مبنى الحدود والقصاص على الدرء.. فلا يجب فيها الاستيثاق بالكفيل، بخلاف سائر الحقوق؛ لأنها لا تندرئ بالشبهات، فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير؛ فإنه محض حق العبد، سقط بإسقاطه، ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة، ويحلف فيه.. فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه؛ كما في الأموال.

قيد بحد القذف؛ لأن حد الزنا والشرب لا كفالة فيهما بالاتفاق.

قيّد عدم الجبر بالحد والقصاص، وهل يجبر في غيرهما من الحقوق؟ وعلى تقدير أن يجبر.. هل يجبر بمجرد الدعوى؟

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الأقضية»: أجمعوا أنه في الدين المؤجل إذا قرب حلول الأجل، وأراد المديون السفر.. لا يجبر على إعطاء الكفيل.

وفي «الأصل»: رجل كفل بنفس رجل، أو بمال بأمره، فأراد الخصم أن يخرج من البلد؛ إن كان ضمانه إلى أجل.. ليس للكفيل أن يمنعه، وإن لم يكن إلى أجل.. له أن يطالبه؛ إما بأداء المال، أو بتسليم النفس.

وفي «الفتاوى الصغرى»: المديون إذا أراد أن يغيب.. ليس لرب الدين أن يطالبه بإعطاء الكفيل.

وقال أبو يوسف: لو قال قائلٍ بأن له أن يطالبه؛ قياساً على نفقة شهر.. لا يبعد.

وفي «المنتقى»: رب الدين لو قال للقاضي: إن مديوني فلاناً يريد أن يغيب عني.. فإنه يطالبه بالكفيل وإن كان الدين مؤجلاً.

وفي «الفتاوى الصغرى»: يجبر المدعى عليه بإعطاء الكفيل بمجرد الدعوى، سواء كان المدعى عليه في المصر.

فَإِن شَهِدَ عَلَيْهِ مستورانِ فِي حدٍّ، أَو قَوَدٍ.. حُبِسَ.

وَكَذَا إِن شَهِدَ عَدلٌ وَاحِدٌ، ....

وإن كان غريباً.. لا يؤخذ منه الكفيل، هذا ما في «الخلاصة».

فظهر منه: أن للطالب مطالبة المطلوب بالكفيل بالاتفاق من الدين الغير المؤجل عند خوف الفرار، وفي الدين المؤجل: خلاف.

وفي «البزازية» نقلاً عن «الظهيرية» قالت المرأة: زوجي يريد أن يغيب؛ فخذ بالنفقة كفيلاً.. لا يجيبها الحاكم إلى ذلك؛ لأنها لم تجب بعد.

واستحسن الثاني أخذ الكفيل؛ رفقاً لها، وعليه الفتوى.

وفي «المحيط»: لو أفتي بقول الإمام الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل.. كان حسناً؛ رفقاً بالناس.

(**فإن شهد عليه**) أي: على من وجب عليه الحد والقصاص [١٥٩/أ] شاهدان (**مستوران**) لا تعرف عدالتهما وفسقهما (**في حد**) متعلق: بـ«شهد» (**أو قود**) أي: قصاص (.. **حبس، وكذا**) أي: حبس (**إن شهد عدل واحد**) يعرف الحاكم عدالته، وهذا؛ لأن الحبس ههنا ليس لثبوت الدعوى؛ لأنه يحتاج إلى صحة كاملة، ولم توجد، بل لتهمة الفساد إزالة اتهام القاضي بالتهاون، وذلك يثبت بأحد شطري الشهادة؛ إما العدد أو العدالة؛ لأن الحبس للتهمة وإزالة الاتهام: كلاهما من باب دفع الفساد، فيكون من باب الديانات، وهي تثبت بأحد شطريها، وقد روي أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة.

بخلاف الحبس في باب الأموال؛ لأنه أقصى عقوبة فيه.. فلا يثبت إلا بحجة كاملة.

والحاصل: أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة - كما في الأموال - إذا ثبت ولم يوجد موجبات السقوط وامتنع عن الإيفاء.. لا يحبس فيه إلَّا بحجة كاملة، وما

خلافاً لَهما فِي رِوَايَة.

وَصَحَّ الرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ بالخراجِ ....

كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص.. فإن الأقصى فيها: القتل والقطع والجلد.. جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة.

قال في «البحر»: وكلامهم هنا يدل ظاهراً: على أن القاضي يعذر للتهمة وإن لم تثبت عليه.

وأصلها: أن ما كان من التعزير: من حقوقه تعالى؛ فإنه لا يتوقف على الدعوى، ولا على الثبوت، بل إذا أخبر القاضي عدل بما يقتضيه.. أحضره القاضي وعذره؛ لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين، أو واحد عدل، والحبس تعزير. انتهى.

(**خلافاً لهما**) في شهادة الواحد العدل (**في رواية**)؛ بناء على أن الجبر بأخذ الكفيل لما جاز عندهما.. جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس.

(**وصح الرهن والكفالة**) أي: بالنفس؛ لأن الكلام فيه (**بالخراج**) أي: الموظف، وقد تقدم تفسيره، وهذا لأنه دين له مطالب من جهة العباد في الحياة والممات، حتى يحبس به، ويمنع عنه وجوب الزكاة.. فيصح الرهن والكفالة عنه؛ كسائر الديون.

بخلاف خراج المقاسمة - وقد تقدم تفسيره -؛ لأنه ليس في معنى الدين؛ لعدم وجوبه في الذمة.

وبخلاف الزكاة؛ لأنها لا تطالب بعد الموت، حتى لا تعطى من تركته.. فلا يصح الرهن والكفالة بها، ولأن الرهن شرع لما كان مضموناً يمكن استيفاؤه من الرهن، والكفالة شرعت لتحمل المطالبة بالمضمون، والخراج مطالب مضمون.. فيصح عنه الرهن في الكفالة، بخلاف الزكاة.

وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ صَحِيحَةٌ وَلَو مَجْهُولاً؛ إذا كَانَ ديناً صَحِيحاً ....

وفي تخصيصه بالخراج: إشارة إلى أن ضمان الجباية لا يصح، على ما هو مذهب عامة المشايخ، على ما صرح به في «الخلاصة» [١٥٩/ب] و«البزازية»، وجوزه بعضهم.

وفي «الخلاصة»: جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق، فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم، فقال المختفون للذين وجدهم الوالي: لا تطلعوه علينا، وما أصابكم فهو علينا بالحصص؛ فلو أخذ الوالي منهم شيئاً.. فلهم الرجوع على قول من يجوز ضمان الجباية، وعلى قول عامة المشايخ.. لا يصح. انتهى.

ولما فرغ من بيان الكفالة بالنفس.. شرع في بيان الكفالة بالمال فقال: (**والكفالة بالمال صحيحة، ولو**) - وصلية - أي: ولو كان المال (**مجهولاً**)؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع، فيحتمل فيها جهالة المكفول يسيرة أو لا، بعد أن كانت الجهالة متعارفة، على ما في «العناية».

لكن قال في «غاية البيان»: يتحمل فيها الجهالة إذا كانت يسيرة ومتعارفة. انتهى.

فقد جعل التعارف تفسيراً لليسير، ويدل أيضاً على صحة الكفالة بالمال مجهولاً: صحة الكفالة بالدرك؛ فإنها صحيحة بالإجماع، مع أن المال فيها مجهول.

وكذا الكفالة بشجة كانت خطأ: صحيحةٌ وإن كان المال مجهولاً؛ لاحتمال السراية والاقتضاء.

(**إذا كان**) المال (**ديناً صحيحاً**)، والدين الصحيح: هو الذي يكون له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالأداء أو الإبراء؛ فبدل الكتابة لا يكون ديناً صحيحاً.. فلا تصح الكفالة بها؛ فإنه يسقط بالعجز.

وفي «الأشباه»: لو كفل بالنفقة المقررة الماضية.. صحت، مع أنها تسقط بدونهما بموت أحدهما.

وكذا لو كفل بنفقة شهر مستقبل وقدر لها في كل شهر كذا، أو بيوم يأتي وقد قدر لها في كل يوم كذا. انتهى.

وفي «القنية»: قال لامرأة ابنه: ما دمت حياً ودمت حياً.. فنفقتك علي: يصح.

وقيل: لا يصح؛ حتى يقول: فالنفقة التي تجب على ابني فعلي. انتهى.

وتقييد صاحب «الأشباه» بالتقرير يناسب قول ذلك البعض.

وفي «قاضي خان»: لو قال لامرأة الغير: كفلت لك بالنفقة أبداً.. تلزمه النفقة أبداً ما دامت في نكاحه.

ولو قال لها: ما دمت في نكاحه فنفقتك علي؛ فإن مات أحدهما أو زال النكاح.. زال النفقة. انتهى.

ويصح الكفيل من الزوج حين أراد السفر بلا نفقة؛ كما صرح به في «الفتاوى العدلية» ونفقات «الحاوي القدسي».

وكذا لا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة بغيرها، على ما سيأتي مصرحاً.

بخلاف الأعيان المضمونة بعينها؛ كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء.. فإن الكفالة بها صحيحة عندنا [١٦٠/أ].

ويجب تسليم العين إن كانت باقية، وقيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة.

خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: لا تجوز الكفالة بالأعيان مطلقاً؛ مضمونة بغيرها أو بعينها؛ لأن العين مطلقاً لا تلزم في الذمة.

قلنا: إن شرط الكفالة: أن يكون المكفول به مقدور التسليم، وقد وجد ذلك.

بتكفلْتُ عَنهُ بِأَلفٍ، أَو بِمَا لَكَ عَلَيْهِ، أَو بِمَا يدركُكَ فِي هَذَا البيعِ.

وكذا لو علّقها بِشَرْطٍ ملائِمٍ:

كَشَرط وجوبِ الْحقّ؛ نَحْوِ: مَا بَايَعت فلَاناً، أَو مَا غصبَكَ، أَو مَا ذابَ..

وبخلاف الكفالة بالمال عنده إذا كان المال مجهولاً.. فإنها لا تصح عنده أيضاً؛ لأن ضمان المجهول لا يصح، وهو محجوج عليه بما ذكرناه، كيف وقد نص الشافعي على صحة ضمان الدرك على ما في «شرح الأقطع»؟

(**بتكفلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع**) أي: من الضمان، هذه ألفاظ الكفالة بالمال.

وفي «البزازية»: قال: الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك، أو أسلمه إليك، أو اقبضه مني.. لا تكون كفالة، ما لم يقل لفظاً يدل على اللزوم؛ كضمنت أو كفلت أو عليّ أو إليّ، وهذا إذا ذكره منجزاً.

أما إذا كفل معلقاً بأن قال: إن لم يؤده فلان فأنا أدفعه إليك، ونحو ذلك.. يكون كفالة؛ لما علم أن المواعيد باكتساء صور التعليق.. تكون لازمة؛ فإن قوله: أنا أحج.. لا يلزم به شيء، ولو علق وقال: إن دخلت الدار فأنا أحج.. يلزم الحج. انتهى.

وهكذا في «الخلاصة» أيضاً.

وفي «القنية»: أنا في عهدة ما على فلان: كفالة.

وفي «البحر»: لو قال رجل للدائن: لا تطالب فلاناً مالك عندي.. لا يكون كفيلاً، بخلاف ما لو قال: إن لم يوف به فلان فعندي مالك عليه.. لزمه المال؛ لأن [عندي] إذا استعمل في الدين.. يراد به الوجوب في المعلق بشرط، لا في المنجز.

قوله: لما يدركك في هذا البيع: هو ضمان الدرك.

(**وكذا**) أي: تصح الكفالة (**لو علقها بشرط ملائم؛ كشرط وجوب الحق**) أي: كشرط يكون سبباً لوجوب الحق (**نحو: ما بايعت فلاناً أو ما غصبك أوما ذاب**) أي:

لَك عَلَيْهِ، أَو إِن اسْتحقَّ الْمَبِيعُ.. فَعَلَيَّ.

وجب (**لك عليه**) كلمة «ما» في هذه الصور شرطية بمعنى: «إن».

(**أو إن استحق المبيع.. فَعَلَيَّ**)، والملائمة فيه تكون سبباً لوجوبه؛ لأن استحقاقه سبب لوجوبه على البائع للمشتري.

ثم الأصل ههنا: قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾؛ فإن منادي يوسف عليه السلام علق الكفالة بشرط هو سبب وجوب المال، وهو المجيء بصاع الملك، وكان نداؤه بأمر يوسف ﷺ، وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصّها الله تعالى ورسوله من غير إنكار.

واعترض عليه: بأنه يجوز أن يكون لبيان أجرة العامل؛ كقول من أبق عبده: من جاء به فله [١٦٠/ب] عشرة.. فلا يكون كفالة؛ لأن المنادي التزم عن نفسه ؛ حيث قال: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، لا عن غيره، والكفالة: هي الالتزام عن غيره.

وبأنه متروك الظاهر؛ لاشتماله على جهالة المكفول له، وهي تبطل الكفالة.

وأجيب عن الأول: بأن الزعيم حقيقة في الكفالة، فيحمل عليها ما أمكن، فكأن المنادي يقول: إن الملك يقول: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، فيكون ضامناً على الملك لا عن نفسه.

وعن الثاني: بأن فيها أمرين: ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له، وإضافتها إلى سبب الوجوب، وعدم جواز أحدهما بدليل.. لا يستلزم عدم الآخر.

فإن قلت: ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له؟ كانت الأولى لا تمنع الجواز أصلاً، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة نحو: تكفلت بما بايعت أحداً من الناس، والثالثة تمنعه مطلقاً.

فالجواب: أن الأولى: متصور على جوازها؛ حيث قال الله تعالى: ﴿حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ وهو غير معلوم.

والثانية: إنما تمنعه للإضافة لا للجهالة.

والثالثة: لأن الكفالة بمنزلة البيع في حق الطالب، حتى لا يصح من غير قبول الطالب، وبمنزلة الطلاق والعتاق في حق المطلوب، فكانت جهالة الطالب مانعة الجواز؛ كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع.

بخلاف جانب المطلوب؛ فإن جهالته لا تمنع؛ كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق؛ كذا في «العناية».

وفي «البحر»: قوله: «ما بايعت فلاناً وما غصبك.. فعلي»: من أمثلة الكفالة بالمجهول.

ثم قال نقلاً عن «البدائع»: لو قال: إن غصبك فلان فأنا ضامن.. لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يجوز؛ بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عندهما، خلافاً له.

وفي «القنية»: ما غصبك فلان فعلي.. يشترط القبول للحال. انتهى.

وقال في «البحر»: يعني: لا عند الغصب.

وكذا في قوله: ما بايعت وما ذاب.. يشترط القبول للحال؛ إنما قال: ما بايعت فلاناً؛ لأنه لو قال: بايع فلاناً على أن ما أصابك من خسران فعليّ.. لم يصح، كذا في «البزازية».

وفي «الخلاصة»: رجل قال للمودع: إن أتلف المودع وديعتك أو جحد فأنا ضامن لك.. صح.

ولو قال: إن قتلتك أو ابنك فلان خطأً فأنا ضامن الدية.. صح.

بخلاف قوله: إن أكلك سبع.

ولو قال: إن غصب فلان مالك أو أحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن لك.. صح.

ولو عمم فقال: إن غصبك إنسان شيئاً فأنا ضامن لك.. لا يصح. انتهى.

وكشرطِ إِمْكَانِ الاستيفاءِ؛ نَحْو: إِنْ قدمَ زيدٌ، وَهُوَ الْمَكْفُول عَنهُ.

(**وكشرط إمكان الاستيفاء؛ نحو: إن قدم زيد** [١٦١/أ] **وهو المكفول عنه**) أي: وأنا كفيل لك بما عليه، وهذا لأن قدوم المكفول عنه سبب موصل إلى الاستيفاء منه، بخلاف قدوم الأجنبي.. فإنه لا يكون سبباً موصلاً إلى الاستيفاء.. فلا يصح التعليق به، ولهذا فسّر «زيداً» بقوله: «وهو المكفول عنه».

وقال في «العناية» و«فتح القدير»: قيّد بكون زيد مكفولاً عنه؛ لأنه إذا كان أجنبياً.. كان التعليق كما في هبوب الريح. انتهى.

قال في «القنية»: لا يصح التعليق بشرط غير متعارف؛ كدخول الدار، أو قدوم زيد؛ لأنه ليس من أسباب وجوب الحق.

إلا أن الأصح ما ذكره أبو نصر: أنه يصح بقدوم زيد، ذكره في «تحفة الفقهاء». انتهى.

وقال في «البحر»: ظاهر ما في «القنية»: الأصح على الأصح؛ لأنه بإطلاقه شامل للأجنبي، ولكن ينبغي أن يحمل على أن المراد بزيد هو المكفول عنه، وأيده بما ذكرناه من «العناية» و«فتح القدير».

ثم قال: والحق، أنه لا يلزم أن يكون مكفولاً عنه؛ لما في «البدائع»؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة؛ لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو مضاربه. انتهى.

قلت: والحق يلزم أن يكون مكفولاً عنه، على ما صرح به في «الهداية» وغيرها.

وقال في الفصل الخامس من بيوع «الخلاصة» و«البزازية»: إن تعلق الكفالة بالشرط: إن كان متعارفاً.. صحت الكفالة والشرط معاً؛ نحو أن يقول: إذا قدم المطلوب فأنا به كفيل.

وإن كان شرطاً محضاً؛ كقوله: إن دخل فلان الدار، أو إن هبت الريح، أو إن جاء المطر.. لم تصح، وهذا نص فيما قلنا.

وكشرطِ تعذّرِ الاستيفاءِ، نَحْوِ: إن غَابَ عَن الْبَلَد.

وما ذكره من «البدائع» لا يصلح دليلاً على ما ذكره. تأمل.

واعلم: أنه كما يصح تعليق الكفالة بعدم المكفول عنه.. كذلك يصح تعليق الإبراء من الكفالة به؛ لما في «البزازية»: قال: ضمنت لك عن فلان ألفاً، فإذا قدم فلان فأنا بريء منه؛ إن كان فلان غريماً له بألف.. جاز شرط البراءة، وإن كان فلان أجنبياً ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذا الألف.. تصح الكفالة ويبطل شرط البراءة. انتهى.

(**وكشرط تعذر الاستيفاء، نحو: إن غاب عن البلد**) فأنا لك كفيل بما عليه.

والمراد به هنا: المكفول عنه أيضاً؛ فإن غيبة المكفول عنه عن البلد سبب لتعذر الاستيفاء؛ كما أن قدومه سبب لإمكان الاستيفاء، وقد جعلهما شرطاً للكفالة، وهو شرط ملائم لها كما ترى.

ومن قبيل التعليق بتعذر الاستيفاء: ما في «البحر» نقلاً عن «المعراج»: إن مات ولم يدع شيئاً فأنا ضامن، وكذا: إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي [١٦١/ب]، أو إن حل مالك على فلان.. فهو عليّ، أو إن مات.. فهو علي.

ومنه أيضاً ما في «البزازية»: إن غاب، ولو يوافك.. فأنا ضامن لما عليه.

ومنه أيضاً ما في «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: رجل قال لآخر: إن لم يعطك فلان مالك عليه.. فأنا لك ضامن لا سبيل له عليه حتى يتقاضى الذي عليه المال؛ فإن تقاضاه، فقال: لا أعطيك مالك.. لزم الكفيل، ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه.. لزم الكفيل أيضاً.

ولو قال: إن تقاضيت فلاناً مالك عليه فلم يعطك.. فأنا ضامن لك لما لك عليه، فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه.. بطل الضمان.

وقد مر نظير هذا نقلاً عن «البزازية» عند شرح قول المصنف: «وإن كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً... إلى آخره» فارجع إليه.

وَإن علّقهَا بِمُجَرَّدِ الشَّرْطِ؛ كهبوبِ الرّيحِ، ومجيءِ الْمَطَرِ.. بَطلَ.

وَكَذَا إِنْ جعلَ أَحدَهُمَا أَجَلاً، فَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ، وَيجبُ المَالُ حَالاً.

وفي الفصل التاسع والعشرين من «العمادية»: لو كفل بعبد رجل إن أبق من مولاه، أو كفل بدابته إن انفلتت منه، أو بشيء من ماله إن هلك.. لا يجوز.

(**وإن علقها بمجرد الشرط**) أي المجرد عن الملائمة (**كهبوب الريح ومجيء المطر**) بأن قال: إن هبت الريح، أو إن جاء المطر.. فأنا ضامن ما لك عليه.

(**.. بطل**) أي: التعليق، على ما هو الظاهر من كلامه هنا، ومن قوله قبيل كتاب الصرف: «الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة».

(**وكذا**) أي: بطل التعليق (**إن جعل أحدهما أجلاً**) للكفالة بأن قال: أنا ضامن مالك عليه إلى أن هبت الريح، أو إلى أن جاء المطر.

وأما تأجيلها إلى الحصاد أو الدياس أو قدوم الحاج والنيروز.. فجائز؛ لكونه متعارفاً، فيتناول أول من حصد، وأول حاج قدم، على ما في «الخلاصة».

(**فتصح الكفالة**) أي: في جعل أحدهما أجلاً على ما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: إن الكفالة إلى هبوب الريح تصح، ويبطل الشرط.

(**ويجب المال حالاً**).

واعلم: أن في كلامه بحثاً:

أما أولاً: فلأن الظاهر من قوله: «بطل» بطلان تعليق الكفالة بالشرطين المذكورين على ما فسرناه كذلك، لا بطلان الكفالة نفسها، مع أن الكفالة باطلة أيضاً، على ما صرح به في «المبسوط» و«قاضي خان»؛ حيث قالا: ولو علق الكفالة بما هو شرط محض؛ نحو أن يقول: إذا هبت الريح، أو إذا جاء المطر، أو إذا قدم فلان الأجنبي الدار؛ فأنا كفيل بنفس فلان.. لا يصير كفيلاً.

وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشرائط. انتهى.

وهكذا في «العناية» و«فتح القدير» و«القينة» و«الزيلعي» و«الخلاصة» في آخر الفصل الثاني من كتاب الكفالة؛ حيث قال فيه: ولو كفل بمال على أن جعل الطالب له [١٦٢/أ] جعلاً؛ فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة.. فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فالكفالة باطلة كالشرط. انتهى.

وأما ثانياً: فلأن فاعل «بطل» المقدر في قوله: «وكذا»؛ أما التعليق على ما هو الظاهر من سوق كلامه، أو الكفالة؛ إذ لا ثالث، وكلاهما غير صحيح:

أما الأول: فلأنه لا معنى لأن يقول: «وكذا بطل التعليق بهما إن جعل أحدهما: أجلاً».

وأما الثاني: فلعدم ملائمته قوله: «فتصح الكفالة».

فالجواب عن الأول: أن المقصود ههنا نفي جواز الكفالة المعلقة بشرط غير ملائم، والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه، ولما كان بطلان هذ المجموع بسبب جزء التعليق.. أسند البطلان إليه.

فإن قيل: نفي الكفالة المؤجلة كنفي الكفالة المعلقة، مع أن الكفالة لا تنتفي بانتفاء الأجل مع أنه جزء.

قلنا: إن التعليق يخرج العلة عن العلية والتأثير على ما في الأصول، فيلزم بطلانه بطلان الكفالة المعلقة، بخلاف الأجل؛ فإنه عارض بعد العقد، فلا يلزم من بطلانه بطلان معروضه.

وعن الثاني: أن فاعل «بطل» المقدر: هو الأجل، والمعنى: كما بطل التعليق بهما.. بطل الأجل بهما أيضاً إن جعل أحدهما أجلاً.

وقوله: «فتصح الكفالة» تفريع على بطلان الأجل، لا على بطلان التعليق، على ما فسره كذلك.

وهذا؛ لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف.. لم تبطل بالآجال الفاسدة؛

لأنها لا تدخل في صلب العقد، هذا تحقيق كلامه، وتوضيح المسألة ههنا يحتاج إلى بسط: قال في «الكنز»: ولا يصح بنحو: إن هبت الريح، فتصح الكفالة إن جعل أجلاً، ويجب المال حالاً. انتهى.

واعترض عليه «الزيلعي» بأن ما ذكره المصنف مذكور في «الهداية» و«الكافي» أيضاً، وهو سهو منهم، فإن الحكم في هذه المسألة: أن التعليق والكفالة لا تصح، ولا يلزم المال؛ لأن الشرط غير ملائم، فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم، ذكره «قاضي خان» وغيره.

ولو جعل الأجل في الكفالة إلى هبوب الريح.. لا يصح التأجيل، ويجب المال حالاً. انتهى.

فقد فرق بين تعليق الكفالة بشرط غير ملائم وبين تأجيلها بأجل غير ملائم وجعل الكفالة باطلة في التعليق مثل الشرط، ولم يجعلها باطلة في التأجيل، بل الكفالة صحيحة، والتأجيل باطل.

واعترض عليه ابن نجيم في «البحر» وقال: هذا منه سهو؛ لأن المصنف - أي صاحب «الكنز» - لم يقل: «فتصح الكفالة ويجب المال حالاً»، والموجود في النسخ المعتمدة: الاقتصار على قوله: «ولا تصح بإن هبت الريح»؛ فعلى هذا: الأنسب أن يقرأ [١٦٢/ب]: «ولا تصح» بالتاء الفوقية بإرجاع الضمير إلى الكفالة، لا إلى التعليق.

ثم قال: نسبة السهو إلى «الهداية» خطأ منه؛ لأن عبارة «الهداية» هكذا: فإما لا تصح بمجرد الشرط كقوله: إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إن جعل كل منهما أجلاً، إلا أنه تصح الكفالة، ويجب المال حالاً؛ لأن الكفالة كما صح تعليقها بالشرط.. لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ كالطلاق والعتاق. انتهى.

فقوله: «إلا أن تصح» إنما يعود إلى الأجل بنحو هبوب الريح ومجيء المطر، لا إلى التعليق بالشرط.

وقوله: «لما صح تعليقها» معناه: لما صح تأجيلها بأجل متعارف مجازاً، ويجوِّز المجاز عدم الثبوت فِي الحال في كل واحد منهما.

وإنما صحت مع الأجل الغير المتعارف ولم تصح مع التعليق بشرط غير متعارف؛ لأن التعليق يخرج العلة عن العلية والأجل عارض بعد العقد.. فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه، هذا ما ذكره في «البحر»، وهو مأخوذ من «فتح القدير»؛ حيث قال فيه:

والحاصل: أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلاً، ومع الأجل الغير الملائم تصح حالَّة ويبطل الأجل، لكن تعليل المصنف - أي: صاحب «الهداية» - لهذا بقوله: «لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط» يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالَّة، وإنما يبطل الشرط، والمصرح به في «المبسوط» و«فتاوى» «قاضي خان»: أن الكفالة باطلة، فتصحيح كلامه: أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها؛ بجامع أن في كلٍّ منهما عدم ثبوت الحكم في الحال، فذكر التعليق وأراد التأجيل. انتهى ما في «فتح القدير».

وهكذا ذكره في «البحر»، وقال: وقد ظهر لي أنه لا حاجة إلى جعل التعليق بمعنى التأجيل في كلامهم لتصحيحه، بل المراد: إنما صحّت الكفالة مع هذا التأجيل لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط الملائم.. لم تبطل بالشروط الفاسدة، والتأجيل بغير المتعارف: شرط فاسد، فلم تبطل به. انتهى.

لا يخفى عليك ما في هذا الوجه. تأمل.

ثم أقول: ينافي ما ذكره في «فتح القدير» و«البحر»: من التوجيه المذكور لكلام صاحب «الهداية» و«الكنز» ما ذكره في الفصل الخامس من بيوع «الخلاصة»؛ حيث قال فيه: ما جاز أن يتعلق بالشرط.. لا يبطله الشرط الفاسد؛ كالطلاق والعتاق والحوالة والكفالة.

وفي «فتاوى النسفي»: أن الشرط إذا لم يكن متعارفاً يبطل الشرط دون الكفالة.

وقال في «شرح الشافي»: الكفالة كالنكاح في أنه يبطل الشرط دون الكفالة.

وفي نسخة شمس الأئمة السرخسي: الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة [١٦٣/أ] كالنكاح، وتبطل الشروط. وانتهى ما في «الخلاصة».

اللهم، إلا أن يوجه كلام هذه الأئمة بأن يقال: مرادهم بالشرط ههنا: هو شرط التأجيل بأجل غير متعارف، فيكون خارجاً عن صلب العقد، لا الشروط الفاسدة المعلق عليها الكفالة، وإلّا.. لزم التناقض بين كلام صاحب «الخلاصة»؛ حيث قال هنا: إن الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وقال في كتاب الكفالة: إنها تبطل بالشروط الفاسدة، على ما نقلناه آنفاً.

وبالتوجيه المذكور يندفع التناقض. تأمل.

وذكر في «البزازية» ما يصلح توجيهاً هنا؛ حيث قال في الفصل الثاني: كفل بمال على أن جعل له الطالب جعلاً؛ إن لم يكن مشروطاً في الكفالة.. فالشرط باطل؛ أي: الجعل باطل؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط الجعل مع ضمان المثل فيه.. شرط الزيادة على ما أقرضه، وإنه ربا، وإن شرط فيها.. بطلت الكفالة.

وكان ينبغي أن تصح الكفالة؛ لعدم بطلانها بالشرط الفاسد، ألا ترى أن الكفالة إلى هبوب الريح تصح ويبطل الشرط.

قلنا: إنما لا يصح؛ لأنه علقها بشرط للكفيل فيه نفع؛ لأنه مما ينتفع بالجعل، فلا بد من مراعاة الشرط لثبوت الكفالة، ولم يثبت الشرط ما لم يستحق الجعل.. فلا تثبت الكفالة، فكان بطلانها من هذا الوجه، لا من حيث إنه شرط فاسد، بخلاف الهبوب؛ لأنه شرط لا ينتفع به الكفيل، وإذا خلا عن النفع.. لم يجب مراعاته؛ كما لو شرط في البيع ما لا ينتفع به أحدهما، وإذا لم يثبت.. كانت الكفالة مرسلة. انتهى.

وللطَّالِبِ مُطَالَبَةُ أَيِّ شَاءَ من كفيلِهِ وأصيلِهِ، إِلَّا إِذا شَرطَ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ، فَتكونُ حَوَالَةً.

كَمَا أَنَّ الْحَوَالَةَ بِشَرْط عدَمِ بَرَاءَةِ الْمُحِيلِ: كَفَالَةٌ.

هذا ما وعدنا بيانه قبيل كتاب الصرف عند شرح قوله: «ولا يبطله الشرط الفاسد».

قلت: والذي ظهر من كلامهم: أنها تبطل بشرط فاسد علقت عليه، ولا تبطل بشرط أضيفت إليه أعني شرط التأجيل بأجل غير متعارف، فلا بد أن يقيد كلامهم أنها لا تبطل بالشرط الفاسد: بشرط التأجيل بأجل غير متعارف.

وقال في «الدرر» الظان في هذه المسألة روايتين؛ في رواية: أنها تبطل بالشروط الفاسدة، وفي رواية: لا تبطل فيه. ما فيه. تأمل.

ثم اعلم: أن الكفالة بالنفس مثل الكفالة بالمال في:

جواز تعليقها بشرط ملائم وعدم جوازه بشرط غير ملائم.

وفي: جواز تأجيلها إلى أجل متعارف وعدم جوازه إلى أجل غير متعارف، على ما في «الزيلعي».

(**وللطالب مطالبة أيِّ شاء؛ من كفيله**) الضمير راجع إلى الطالب، أو الدين أي كفيل له، بخلاف قوله: (**وأصيله**)؛ فإن الضمير فيه؛ إما راجع إلى الكفيل، أو إلى الدين بأقل [١٦٣/ب].

ثم الأصل هنا: ما تقدم من أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وذلك يقتضي قيام الأولى في الذمة لا البراءة، فيطالب أياً شاء.

(**إلا إذا شرط براءة الأصيل، فيكون حوالة**) اعتباراً للمعنى، فلا يطالب الأصيل إلّا بالتوى، كما هو كذلك في الحوالة.

(**كما أن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة**)؛ اعتباراً للمعنى أيضاً، فيجري فيها أحكام الكفالة.

وَلَو طَالبَ أَحدَهمَا.. لَهُ مُطَالَبَةُ الآخَرِ.

فَإِن كَفِلَ بِمَا لَهُ عَلَيْهِ فبرهن على أَلفٍ.. لزمَهُ، وَإِن لم يبرهنْ.. صُدِّقَ الْكَفِيلُ فِيمَا أَقرَّ بِهِ مَعَ يَمِينه، والأصيلُ فِي إِقْرَاره بِأَكْثَرَ على نَفسِه خَاصَّةً.

(**ولو طالب أحدهما.. له مطالبة الآخر**) جملة أو متعاقباً.

بخلاف المالك إذا اختار تضمين واحد من الغاصب وغاصب الغاصب؛ فإنه لا يقدر على تضمين الآخر؛ لأن اختيار أحدهما يتضمن التمليك له.

(**فإن كفل بماله عليه**) بأن قال مثلاً: تكفلت بما لك عليه بلا تعيين قدر المال، (**فبرهن**) الطالب (**على ألف.. لزمه**) الألف؛ يعني: اختلفا في قدر المال، فبرهن الطالب على أنه ألف.. لزم الألف على الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة، ولو عاين ما عليه وكفل عنه.. لزمه ما عليه، فكذا هذا.

(**وإن لم يبرهن.. صدق الكفيل فيما أقر به**) قليلاً أو كثيراً؛ لأنه مجهول، وإنما لزمه بإقراره، فيؤخذ به.

(**مع يمينه**)؛ لأنه منكر للزيادة، وهذا لأن كلّ من جُعل القول قولُه فيما كان هو خصماً فيه والشيء مما يصح بدله.. كان القول فيه قوله مع يمينه؛ كذا في «العناية».

(**و**) صدق (**الأصيل في إقراره بأكثر**) مما أقر به الكفيل (**على نفسه**)؛ لولايته على نفسه (**خاصة**)؛ أي: لا على كفيله؛ لأنه إقرار على الغير، ولا ولاية له عليه.. فلا يصدق في حقه؛ كالمريض إذا أقرّ في مرض الموت.. يصح إقراره في حق نفسه لا في حق غرماء ديون الصحة؛ حيث يقدمون على المقر له في المرض.

بخلاف ما لو كفل مما ذاب لك على فلان أو بما ثبت لك عليه فأقرّ المطلوب - أي الأصيل - بمال؛ حيث لزم الكفيل ما أقر الأصيل مطلقاً؛ لأن الثبوت فيه حصل بقوله: «ذاب»، و«ثبت» بمعنى «حصل»، وقد حصل بإقراره، بخلاف الكفالة بما له عليه كما نحن فيه؛ فإنها بالدين القائم على الأصيل، وما ثبت الدين إلّا بإقرار، كذا في «البحر».

فَإِنْ كفل بِلَا أمرِهِ.. لَا يرجعُ عَلَيْهِ بِمَا أدّى عَنهُ وَإِن أجازها الْمَكْفُول عَنهُ.

وَإِنْ بأَمْرِهِ.. ....

ثم لما جازت الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره.. شرع في بيان حكم كل منهما، فقال: (**فإن كفل بلا أمره.. لا يرجع**) الكفيل (**عليه**) أي: على الأصيل؛ أعني: المكفول عنه (**بما أدى عنه**)؛ لأنه متبرع بأدائه عنه، والمتبرع لا يرجع؛ لوصول العوض إليه وهو الثواب، خلافاً لمالك.

(**وإن**) وصلية (**أجازها**) أي الكفالة (**المكفول عنه**)؛ لأن الإجازة بعد وقوعهما تبرعاً لا يخرجها عن كونها تبرعاً.

وفي «البحر»: وهذا إذا أجاز بعد المجلس؛ أما إذا أجاز في المجلس.. فإنها تصير موجبة للرجوع، كذا في [١٦٤/أ] «العمادي».

وذكر في حيل «الولوالجية»: رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه، فقال له الطالب: ادفع إلي ما لي على المكفول عنه حتى تبرأ من الكفالة، فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب.. فالحيلة في ذلك؛ أن يدفع الدين إلى الطالب، ويهب الطالب مال المطلوب ويوكله بقبضه، فيكون له حق المطالبة؛ فإذا قبضه.. يكون له حق الرجوع؛ لأنه لو دفع إليه المال بغير هذه الحيلة.. يكون متطوعاً. انتهى.

(**وإن**) كفل (**بأمره**) ومعنى الأمر ههنا: أن يشمل كلامه على الأمر مع الضمان، أو عني، أو علي؛ أما الأول: فبأن يقول: ادفع إلى فلان كذا درهماً على أني ضامن، قال في «الفصولين»: قال له: ادفع إلى هذا الصبي عشرة دراهم ينفقها على نفسه على أني ضامن له، والصبي محجور، ففعل.. كان ضامناً، لا لو ضمن بعد الدفع. انتهى.

وأما الثاني: فبأن يقول: اضمن عني، أو تكفل عني، على ما في «العناية».

وأما الثالث: فبأن يقول: ادفع له كل يوم درهماً على أن ذلك علي، فدفع له كل يوم درهماً، حتى اجتمع مال كثير.. فالكل على الكفيل، هكذا نقله في «البحر» عن «الخانية».

وقال: وبه علم أن لفظة «عني» ليست شرطاً ههنا، بل إما هي، أو ما يقوم مقامها وهو علي.

هذا، وقال في «فتح القدير»: لو قال: اضمن الألف التي لفلان علي.. لم يرجع عليه عند الأداء؛ لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع.. فلا يلزم المال بالشك. انتهى.

وذلك؛ لعدم اشتماله على كلمة عني أو علي.

وأما لفظة «علي» في قوله: ما لفلان علي.. فهو متعلق لفلان لا للضمان وهذا رواية «المجرد» عن أبي حنيفة على ما في «قاضي خان»؛ حيث قالوا: وعن أبي حنيفة في «المجرد»: إذا قال لآخر: اضمن لفلان الألف التي له علي فضمنها وأدى إليه.. يكون متطوعاً في الضمان، ولا يرجع على الآمر، إلا أن يكون خليطاً للآمر، فيرجع عليه، وكذا في قوله: اقضه. انتهى.

وذكر قبل هذا على رواية «الأصل» في مسائل الأمر ينقد المال، وقال: إنها على أربعة أقسام:

منها: ما يرجع المأمور على الآمر؛ سواء قال: ادفع عني أو لم يقل، خليطاً كان للآمر أو لا، وهي: أن يقول: اكفل لفلان ألف درهم علي، أو انقده ألفاً علي، أو اضمن له الألف التي علي، أو اقضه ما له التي علي، أو أعط الألف التي له علي، أو ادفع كذلك.. ففي هذه كلها كلمة «علي» كـ«عني»، ويرجع بما دفع في رواية «الأصل». انتهى.

فإن كلمة «علي» في هذه الصور كلها قيد لمال فلان، لا للضمان، مع أنه قال: يرجع فيها، وأنها مثل كلمة «عني».

قلت: والذي يقتضيه النظر: ما ذكره في «فتح القدير» [١٦٤/ب]؛ لاحتمال ذكره.

ثم ذكر في «قاضي خان» القسم الثاني وقال: **ومنها: ما يرجع إن كان خليطاً، وإلّا.. لا.**

وذكر القسم الثالث وقال: **ومنها: ما لا يرجع في جميع الأحوال،** إلا إذا شرط الآمر الضمان وقال: على أني ضامن، وهي ما لو قال: هب لفلان عني ألفاً؛ فإذا وهب المأمور.. كانت من الآمر، ولا رجوع للمأمور عليه وعلى القابض، وللآمر الرجوع فيها، والدافع متطوع، ولو قال: على أني ضامن ففعل.. جازت وضمن الآمر للمأمور، وللآمر الرجوع فيها دون الدافع.

وكذا لو قال أقرض فلاناً ألفاً، وكذا عوض فلاناً عني؛ فإن قال: «على أن ترجع عليَّ».. رجع، وإلا.. فلا.

وكذا: كفّر عن يميني بطعامك أو أدّ زكاة مالي بمال نفسك، أو أحج عني رجلاً، أو أعتق عني عبداً عن ظهاري. انتهى.

والخليط: هو الذي يكون في عياله؛ كالوالد والولد والزوجة وابن الأخ في عياله، أو أجيره وشريكه شركة عنان، كذا قال في «الأصل».

وقيل: هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده وإن لم يكن في عياله، وهذا؛ لأنه من الخلطة الشديدة.

أطلق «الآمر»، فشمل الآمر الحقيقي كما مثلناه، والحكمي أيضاً؛ كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته، ثم مات الأب فأخذ من تركته.. فإن للورثة الرجوع في نصيب الابن؛ لأنه كفالة بأمر الصبي حكماً لثبوت الولاية.

بخلاف ما إذا أدّى الأب بنفسه ولم يشهد للرجوع.. فإنه لا رجوع له؛ لاحتمال

رَجَعَ ....

أنه أدّى تبرعاً كما هو العادة، بخلاف ما إذا أشهد.. فإن التصريح يفوق الدلالة على ما صرح به صاحب «المجمع» في شرحه.

وفي «البحر»: من الأمر الحكمي: ما في «تلخيص الجامع الكبير»: لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى عليه بها، فبرهن المدّعي على الكفالة بالأمر، وقضي بها على الكفيل، وأدّى.. فإنه يرجع على المديون، وإن كان مناقضاً؛ لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء عليه، فيرتفع التناقض.

وقوله: «كفل بأمره» ليس على إطلاقه، بل مقيد بمن يصح أمره.. فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين لمن كفل بأمرهما وأدّى عنهما بماله؛ لعدم صحة الأمر منهما، ولكن يرجع على العبد بعد عتقه، بخلاف المأذون لهما؛ لصحة أمرهما.

(رجع) بما أدى إليه إن كان ما أدى إليه مثل ما ضمن وما ضمن إن كان ما أدّى خلاف ما ضمن؛ كما إذا ضم الجياد وأدى الرديء أو بالعكس، وذلك لأنه ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له أن يطالبه إلّا بما في ذمته، فكذا من نزل منزلته؛ كما إذا ملك الكفيل [١٦٥/أ] بالهبة أو بالإرث.. فإن المكفول له إذا وهب الدين للكفيل أو مات هو وورثه الكفيل.. يملك الدين في الصورتين، ويرجع على الأصيل بما ضمن في الصورتين؛ لقيامه مقام الطالب.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن هبة الدين للكفيل: تمليك الدين من غير من عليه الدين؛ إذ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، لا في الدين.

والثاني: أن في الهبة والميراث: المملوك واحد لا يعود فيه، وهو ما ضمن، وأما في الأداء بخلاف ما ضمن.. فقد تعدد الأمر، ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد؛ أعني: ما أدى وما ضمن.

وَلَا يُطَالِبُهُ ....

وأجيب عن الأول بوجهين:

أحدهما: أن تمليك الدين من غير من عليه الدين صحيح استحساناً؛ إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه، وهذا؛ لأنه إذا أذن له بالقبض.. صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه، ثم وهبه إيّاه.. فحينئذٍ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين، وهو جائز بالاتفاق.

وثانيهما: أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة، وأما إذا كانت.. فيجوز أن يجعل ذلك الضم في الدين، وههنا قد وجدت الضرورة؛ لأن الهبة موضوعة للملك، ومن ضرورة ذلك: أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه، لا ما على غيره، وأمكن ذلك لأن له ولاية نقل الدين إليه بإحالة الدين عليه، فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى بصرفها.

ومن هنا: فرقوا بين هبة الدين والإبراء عنه بأن الهبة تمليك له والإبراء إسقاط محض حتى لا يرتد بالرد.

وعن الثاني: بأن التشبيه إنما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب، وذلك موجود في الجميع، ثم إذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب إلّا ما ضمن له.. فكذا من نزل منزلته.

فإن قيل: ما الفرق بين الكفيل بأمره وبين المأمور بقضاء الدين؛ حيث إن الأول إذا أدّى.. يرجع بما ضمن، والثاني بما أدى؟

قلنا: إن الثاني لم يجب عليه للآمر شيء؛ لعدم التزامه بالكفالة، فلا يملك الدين بالأداء، حتى نزل منزلة الطالب، فيرجع بما ضمن، وإنما الرجوع بحكم الآمر بالأداء، بخلاف الكفيل بأمره على ما تقدم.

(ولا يطالبه) أي: الكفيل بالمال المكفول عنه وإن كانت الكفالة بالأمر، على ما في «الخلاصة».

قبلَ الْأَدَاء، فَإِن لُوزِمَ.. فَلهُ ملازمتُه، وَإِن حُبِسَ.. فَلهُ حَبسُه.

وَيبرأُ الْكَفِيلُ بأَدَاءِ الْأَصِيلِ، وَإِن أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْأَصِيلَ أَو أخّر عَنهُ.. برئَ الْكَفِيلُ، وَتَأَخَّرَ عَنهُ، ....

(قبل الأداء)؛ لأن الموجب للمطالبة: التملك، وهو لا يملكه قبل الأداء.

بخلاف الوكيل بالشراء؛ حيث يرجع به قبل الأداء؛ لأن الموجب قد وجد في حقه؛ حيث انعقد [١٦٥/ب] بينهما مبادلة حكمية بنفس الشراء، حتى كان له ولاية الحبس لما اشتراه لأجل الثمن.

بخلاف الوكيل بالشراء؛ فإنه يرجع به قبل الأداء؛ لأن الموجب قد وجد في حقه؛ لأنه انعقد بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية، حتى وجب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن، والمبادلة ولو حكمية.. توجب الملك الموجب لجواز المطالبة.

فإن قيل: هل للكفيل أخذ الرهن من الأصيل قبل الأداء؟

وأجيب في «البحر»: بأن له ذلك؛ مستدلاً بما في «الخانية»: كفل عن رجل بمال، ثم إن المكفول عنه أعطى الكفيل رهناً: ذكر في «الأصل»: أنه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهناً بذلك.. جاز. انتهى.

(فإن لوزم) الكفيل بالمال (**.. فله**) أي: للكفيل **(ملازمته)** أي: المكفول عنه فيما إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة.. فعليه خلاصه.

(وإن حبس) الكفيل (**.. فله**) أي للكفيل **(حبسه)** أي المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره.

(ويبرأ الكفيل) عن المطالبة **(بأداء الأصيل)** دينه؛ لعدم بقاء موجب المطالبة.

(وإن أبرأ الطالب الأصيل) أي: المكفول عنه **(أو أخر)** الدين **(عنه)** أي: عن الأصيل (**..برئ الكفيل، وتأخر عنه**)؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل؛ لأن الدين على الأصيل وقد سقط بالإبراء، لا على الكفيل في الصحيح. قبله.

قولهم: «براءة الأصيل توجب براءة الكفيل» منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة؛ فإن براءة الأصيل فيه موجودة، فلم يوجب براءة الكفيل.

أجيب: بأنه إذا شرط براءة الأصيل في الابتداء.. لم يبق هناك كفيل، بل الباقي إذ ذاك محال عليه، ولم يقل: إن براءة الأصيل توجب براءة المحال عليه، وإذا قالوا.. الكفالة بشرط البراءة حوالة.

وفي «قاضي خان»: رجل قال لجماعة: اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالألف التي له على فلان، ثم إن المديون أقام البينة أنه كان قد قضاها قبل أن يضمنه الكفيل.. قبلت بينته ويبرأ المديون عن دين الطالب، ولا يبرأ الكفيل عن الطالب؛ لأن قول الكفيل ذلك كان إقراراً منه بالدين عند الكفالة.. فلا يبرأ الكفيل، ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة.. يبرأ المديون والكفيل جميعاً. انتهى.

فعلم منه: أن براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا لم يضمن الكفيل الألف التي كان له على فلان، فبرهن فلان أنه قضاها قبل ضمان الكفيل، وإلا.. فلا يوجب براءة الكفيل كما في «الأشباه».

وفيه أيضاً نقلاً عن «الخانية»: التأخير عن الأصيل تأخير عن الكفيل، إلا إذا صالح المكاتب [١٦٦/أ] عن قتل العمد بمال، ثم كفله إنسان، ثم عجز المكاتب.. تأخرت مطالبة المصالح إلى عتق الأصيل، وله مطالبة الكفيل الآن.

وفي «القنية»: براءة الأصيل إنما يوجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء أو بالإبراء؛ فإن كانت بالحلف.. فلا؛ لأن الحلف يفيد براءة الحالف فحسب.

وفي «الخلاصة» عن «فتاوى القاضي الإمام»: رجل له على رجل مال، وبه كفيل بإبراء الطالب الأصيل؛ إن قبل الأصيل إبراءه.. برئ الأصيل والكفيل جميعاً، وإن ردّ الأصيل إبراءه.. صحّ ردّه في حقه، ويبقى المال عليه.

وهل يبرأ الكفيل؟

وَإِن أَبْرَأَ الْكَفِيل أَو أَخَّر عَنهُ.. لَا يبرأُ الْأَصِيلُ، وَلَا يتَأَخَّرُ عَنهُ.

اختلف المشايخ فيه.

ولو أبرأ الأصيل، فمات الأصيل قبل الرد والقبول.. كان ذلك قبولاً منه. انتهى.

فظهر منه: أن قبول الأصيل - حقيقة أو حكماً - الإبراء شرط في سقوط الدين عنه بإبراء الطالب، وبه صرح في «غاية البيان» عن «شرح الطحاوي».

وقال في هبة «البزازية»: إبراء الدائن من المديون لا يصح بلا قبوله.

لكن المذكور في أكثر الكتب أن هذا مذهب زفر، ومذهب علمائنا الثلاثة: عدم توقفه على قبوله، والفتوى على هذا؛ لأنه إسقاط لا تمليك، والقبول شرط في التمليك لا في الإسقاط.

(**وإن أبرأ**) الطالب (**الكفيل أو أخر عنه.. لا يبرأ الأصيل، ولا يتأخر عنه**)؛ لأن ما على الكفيل: هو المطالبة، لا أصل الدين، وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين؛ لأن بقاء الدين على الأصيل بدون الطلب أو الكفيل جائز.

ولهذا لو مات الكفيل.. ما سقط الدين عن الأصيل، والتأخير إبراء مؤقت بغاية، فيعتبر بالإبراء المؤبد.

واعترض عليه: بأنه اعتبار مع عدم التساوي، وهو باطل، ألا ترى أن الكفيل لو ردّ الإبراء المؤبد.. لم يرتد بالرد، بل يثبت الإبراء ويسقط عنه المطالبة، ولو ردّ الإبراء المؤقت.. ارتدّ بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالاً.

وأجيب: بأن اعتبار الشيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه، وإلّا.. لانتفى الاعتبار، نعم، يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر، وهو ما ذكروه: أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه؛ حيث لم يكن عليه إلا مجرد مطالبة، والإسقاط المحض لا يقبل الرد كإسقاط الخيار، وأما الإبراء المؤقت.. فهو تأخير مطالبته، ليس فيه إسقاط، ولهذا يعود بعد الأجل والتأخير؛ كالخيار.

فَإِن كفلَ الْحَالَّ مُؤَجّلاً إِلَى وَقتٍ.. يتأَجَّلُ عَن الْأَصِيل أَيْضاً.
وَلَو صَالحَ الْكَفِيلَ عَن ألفٍ على مائةٍ.. ....

قال في «البحر»: الطالب إذا أبرأ الكفيل.. يبرأ الكفيل قبل أو لم يقبل. انتهى.

وبه علم الفرق بين إبراء الكفيل وإبراء الأصيل؛ حيث لا يشترط القبول في الأول [١٦٦/ب]، ويشترط في الثاني، على ما ذكرنه آنفاً.

ثم قال في «البحر»: إن الطالب إذا أبرأ الكفيل.. برئ، ولا رجوع له على الأصيل.

بخلاف ما إذا وهب الدين من الكفيل أو تصدق به عليه.. فإن له الرجوع على الأصيل، ولابد له من القبول في الهبة والصدقة؛ لأن كلاً منهما تمليك لا إسقاط محض مثل الإبراء، فلا بد من القبول.

ولو كان الإبراء والهبة بعد موت الكفيل، فقبل الوارث.. صح، وإن ردّ ورثته.. ارتدّ في قول أبي يوسف، وبطل الإبراء.

وقال محمد: لا يرتد بردهم؛ كما لو أبرأه في حياته، ثم مات. انتهى.

(فإن كفل) لو قال: «وإن كفل» بالواو بدل الفاء.. لكان أولى. تأمل.

بالدين (الحال مؤجلاً إلى وقت) من يوم أو شهر (.. يتأجل) الدين (عن الأصيل أيضاً)؛ فإنه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين.. تعين تأخيره عن ذمة الأصيل أيضاً.

والحاصل: أنه ليس بتأخير عن الكفيل، بل هو تأخير لأصل الدين، وإن كان تأخيراً لأصل الدين وهو الأصيل.. تأخر عنه وعن الكفيل جميعاً.

بخلاف ما إذا أجل الكفيل بعد الكفالة؛ كما في المسألة الأولى؛ فإن التأجيل هنا إنما كان لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة، ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين حتى يتأخر من الأصيل أيضاً.

(ولو صالح الكفيل) مع الطالب عن (ألف على مائة) أي: من جنس الألف،

برئا، وَرَجع بهَا الكفيلُ فَقَط إِن كفلَ بِأَمْرِه.
وَإِن صَالحَ عَنِ الْألفِ بِجِنْسٍ آخرَ.. رَجَعَ بِالْألف.

شَرَطَ براءتهما جميعاً، أو براءة المطلوب خاصة، أو براءة الكفيل خاصة، أو لم يُشتَرط شيء من ذلك.. ففي الأول والثاني: برئا جميعاً، وفي الثالث: برئ الكفيل عن مائة لا غير، والألف بحاله باق على الأصيل، والطالب مخير إن شاء.. أخذ جميع الألف من الأصيل، وإن شاء أخذ المائة من الكفيل وتسعمائة من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدّى إن كان الصلح والكفالة بأمره.

وفي الرابع.. فلا يخلو؛ إن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الأول على مائة ولم يزد على ذلك، وقال: صالحتك عما استوجب بالكفالة، والثاني يكون فسخاً للكفالة لا إسقاطاً لأصل الدين، فيأخذ الطالب المائة من الكفيل إن شاء والباقي من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل.

وفي الأول - وهو مسألة الكتاب -: (برئا) جميعاً عن تسعمائة باقية؛ لأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما هو على الأصيل إذا لم يكن على الكفيل شيء سوى المطالبة فيبرأ الأصيل عن تسعمائة، وبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعاً عن المائة بأداء الكفيل إياها (ورجع بها) أي: بالمائة التي وقع عليها الصلح وأداها (الكفيل) [١٦٧/أ] على الأصيل (فقط) أي: لا يرجع بما بقي من الألف من تسعمائة يعني: يرجع بما أدى لا بما ضمن.

(إن كفل بأمره)؛ لأنه إسقاط، فيكون إبراء فيما وراء بدل الصلح، وفيه: لا يرجع الكفيل على الأصيل.

(وإن صالح عن الألف بجنس آخر) أي غير الدين (.. رجع) إلى الكفيل (بالألف) أي بما ضمن؛ لأنه كان مالكاً للدين بما أدّاه من خلاف جنسه؛ لأنه مبادلة، وإذا كان مالكاً له.. يرجع بكلّ ما ضمن من الدين، بخلاف ما سبق؛ لعدم كونه مالكاً له؛ لكون المؤدي جنساً واحداً، بل كان إسقاطاً فيما بقي عن بدل الصلح.

وَإِن صَالحَ عَن مُوجَبِ الْكَفَالَةَ.. برئَ هُوَ دونَ الْأَصِيلِ.

وَإِن قَالَ الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ بِالْأَمر: بَرِئْتَ إِلَيَّ مِنَ المَالِ.. رَجَعَ على أصيله.

وَكَذَا فِي: بَرِئتَ، عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَفِي: أَبْرَأتك.. لَا يرجعُ. ....

(وإن صالح عن موجب الكفالة) أعني: المطالبة؛ أي: إن صالح الكفيل عن موجب الكفالة على مائة مثلاً **(.. برئ هو)** أي: الكفيل عن المطالبة **(دون الأصيل)** لما ذكرناه آنفاً من أنه فسخ للكفالة لا إسقاط لأصل الدين، بل هو باق على الأصيل، فيأخذ الطالب المائة من الكفيل إن شاء والباقي من الأصيل، وإن شاء.. يأخذ الكل من الأصيل.

(وإن قال الطالب للكفيل بالأمر) أي بأمر المكفول عنه: **(برئت إليَّ من المال.. رجع)** الكفيل **(على أصيله)**؛ لأن هذه البراءة ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب، وكل براءة ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب.. لا تكون إلا بالإيفاء، فكان بمنزلة أن يقول دفعت إلي المال أو قبضته منك، وهو إقرار بالقبض.. فلا يكون لرب الدين مطالبته من الكفيل ولا من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل.

(وكذا في برئت)، ولا يزيد عليه شيء **(عند أبي يوسف)**؛ لأنه أقرّ ببراءة ابتدائها من المطلوب لذكر حرف الخطاب، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص؛ كما إذا قيل: قمت مثلاً، وهو ههنا الإيفاء دون الإبراء.

وقيل: أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسألة.

(خلافاً لمحمد) هو يقول: إنه مثل أبرأتك على ما سيأتي بيانه؛ لأنه يحتمل البراءة بالإيفاء والبراءة بالإبراء، والثانية أدناهما، فتثبت؛ لتيقنه، ولا يرجع إليه للشك.

(وفي: أبرأتك.. لا يرجع)؛ لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره؛ لاستنادها إلى نفس الطالب على الخصوص، وذلك بالإسقاط.. فلا يكون إقراراً بالإيفاء.

وهذا كله إذا كان الطالب غائباً.

وَإِن كَانَ الطَّالِبُ حَاضراً.. يُرجَعُ إِلَيْهِ فِي الْبَيَان فِي الْكلِّ.

وَلَا يَصحُّ تَعْلِيقُ الْبَرَاءَةِ عَن الْكَفَالَة بِالشّرطِ كَسَائِر البراءات، وَالْمُخْتَارُ: الصِّحَّةُ.

(وإن كان الطالب حاضراً.. يرجع إليه في البيان في الكل)؛ لأنه أوفاه أو أبرأه ليزول الاحتمال ويثبت الحكم؛ لأنه المُجمِل، فيرجَع إليه لبيان ما أجمله.

(ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط) مثل أن يقول: إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة؛ لأنها ليست بإسقاط محض؛ لما فيه [١٦٧/ب] من معنى التمليك **(كسائر البراءات)**، والتعليق إنما يصح في الإسقاط المحض.

(والمختار: الصحة) بناء على أنها إسقاط محض مثل الطلاق والعتاق؛ لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح، حتى لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد، بخلاف إبراء الأصيل؛ فإنه يرتد بالرد.

وإذا كان إسقاطاً محضاً.. يصح تعليقه، ويؤيد هذا: ما روي عن «الإيضاح»: أنه لو كفل بالمال وبالنفس وقال: إن وافيتك به غداً فأنا بريء من المال، فوافاه من الغد.. فهو بريء من المال؛ فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به.

وقيل: إن عدم الصحة فيما إذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً؛ نحو: إذا جاء غد ونحوه؛ لأنه غير متعارف، وأما إذا كان شرطاً فيه نفع للطالب وله تعامل.. فتعليق البراءة به صحيح بالاتفاق.

قال في «الكنز»: وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط.

وقال صاحب «البحر» في شرحه: وأراد بالكفالة: الكفالة بالمال؛ احترازاً عن كفالة النفس.. فإنه يصح تعليق البراءة منها على تفصيل مذكور في «الخانية»؛ حيث قال فيها: إذا علق براءة الكفيل بالنفس وشرط.. فهو على وجوه ثلاثة:

في وجه: تجوز البراءة ويبطل الشرط؛ نحو: أن يكفل رجل بنفس رجل فأبرأه

وَلَا تجوزُ الْكفَالَةُ:

بِمَا تعذّر اسْتِيفَاؤُهُ منَ الْكَفِيلِ؛ كالحدودِ وَالْقصاصِ.

الطالب عن الكفالة على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم.. جازت البراءة ويبطل الشرط.

وفي وجه: تجوز البراءة والشرط، وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل وبما عليه من المال، فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع المال إلى الطالب ويبرئه عن الكفالة بالنفس.. جازت الكفالة والشرط.

وفي وجه: لا يجوز كلاهما، وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل خاصة، فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع إليه المال ويرجع بذلك على المطلوب.. فإنه يكون باطلاً. انتهى.

(ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه من الكفيل؛ كالحدود والقصاص)، هذه قاعدة في ضبط ما لا تصح الكفالة به، وإنما لم يجز ذلك؛ للإجماع على عدم جريانها في العقوبات، ولأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه، والإيجاب يعتمد الوجوب عليه، وذلك متعذر؛ لأن الوجوب عليه؛ إما أصالة والفرض خلافه، وإما نيابة وهي لا تجري في العقوبات؛ إذ المقصود منها الانزجار، وهو بالإقامة على النائب لا يحصل.

قال في «مختصر القدوري»: كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تجوز الكفالة به؛ كالحدود [١٦٨/أ] والقصاص.

وقال صاحب «الهداية»: معناه: بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد.

وتوضيحه على ما في «غاية البيان»: أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز؛ أما الكفالة بنفس من عليه الحد.. فتجوز؛ لأن الكفالة لتسليم النفس، وتسليم النفس إلى باب القاضي واجب، بخلاف الكفالة بنفس الحدّ؛ فإنها لا تجوز؛ لأن العقوبات لا تجري فيها النيابة؛ لعدم حصول المقصود؛ أعني: الانزجار.

وَلَا بالأعيانِ الْمَضْمُونَةِ بغَيْرِهَا؛ كَالْبيعِ والمرهونِ.

هذا في الجواز، وهل يجب أخذ الكفيل لنفس من عليه الحد والقصاص؟

قلنا: لا، وقد سبق من قبل مصرحاً في الكتاب: أنه لا يجبر عند أبي حنيفة على إعطاء الكفيل بالنفس في حد وقصاص، وقد ذكر علاء الدين الإسبيجابي في «شرح مختصر الكافي»: أن الكفالة بنفس من عليه حدّ القذف وحد السرقة، وبنفس من عليه القصاص في النفس وما دون النفس.. صح، وإنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل.. ففي الحدود: لا يجبر بالإجماع، وفي القصاص: لا يجبر عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يجبر.

وهل تصح الكفالة بالدية؟

ففي «القنية»: الكفالة بالدية - على رواية القدوري - تصح.

أشار في «الأصل» إن كان لهم حظ في الدية أي: لا يصح. انتهى.

وقال في «الخانية»: لو قال: إن قتلك فلان فأنا ضامن له.. لم يصح في قول أبي حنيفة، ويصح في قول محمد.

ولو قال: من قتلك أو غصبك من الناس أو بايعت من الناس فأنا لذلك ضامن.. فهو جائز.

وقال في «البدائع»: لو قال: إن قتلك فلان، أو إن شجك فلان، أو إن غصبك فلان، أو إن بايعت فلاناً.. فأنا ضامن لذلك.. جاز.

ولو قال: من قتلك من الناس، أو من غصبك من الناس، أو من شجك من الناس، أو من بايعت من الناس.. لم يجز؛ لأن جهالة المضمون عنه يمنع صحتها.

(ولا بالأعيان المضمونة بغيرها كالبيع) بيعاً صحيحاً؛ فإنه مضمون بالثمن لا بالعين، بخلاف المبيع بيعاً فاسداً فإنه مضمون بالعين، ويجوز الكفالة به على ما سيصرح به.

(والمرهون)؛ فإنه مضمون بالدين لا بالعين.

وَلَا بِالأَمانَـاتِ؛ كَالْوَدِيعَـةِ والمُسْـتَعارِ وَالْمُسْـتَأْجِرِ وَمَـال الْمُضَـارِبَة وَالشَّرِكَة.

(ولا بالأمانات كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة) ومال اليتيم في يد الوصي؛ لأنه أمانة.

اعلم: أن الكفالة بالمال؛ إما بالدين أو بالعين:

فإن كانت بالدين.. لا بُدّ أن يكون الدين صحيحاً؛ كما تقدم.

وإن كانت بالعين.. فالأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الأولية إلى:

ما هو أمانة لا تضمن؛ كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة [١٦٨/ب].

وإلى ما هو مضمون.

ثم المضمون ينقسم إلى:

ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون.

وإلى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء، والمغصوب.

والكفالة بالأعيان كلها.

إما أن تكون بذواتها، أو تسليمها.

فإن كان الأول.. لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضموناً بالغير، وتصح فيما تكون مضموناً بنفسه عندنا، خلافاً للشافعي.

فعلى هذا: **لا تجوز الكفالة بالمبيع** عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري: إن هلك المبيع.. فعلي بدله؛ لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن.

ولا بالمرهون؛ لأنه مضمون بالدين.

ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة؛ لأنها أمانة.

وتجوز في المبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء، والمغصوب.

ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائماً، وتسليم قيمته عند الهلاك؛ لأنها أعيان مضمونة بعينها.

وإن كان الثاني.. فما كان مضموناً بغيره - كالمبيع إذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن، وكالمرهون إذا كفل عن المرتهن بتسليمه إلى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين - ففيه تجوز الكفالة، ويلزم الكفيل إحضار عين المبيع والرهن وتسليمهما.

ولو هلك المبيع قبل التسليم إلى المشتري.. لا شيء على الكفيل؛ لأن العقد قد انفسخ، ووجب على البائع رد الثمن، والكفيل لم يضمن الثمن.

وإن هلك الرهن عند المرتهن.. فكذلك؛ لأن عين الرهن إن كان مقدار الدين.. كان مستوفياً دينه، وإن كان زائداً عليه.. فالزيادة أمانة في يد المرتهن، ولا ضمان فيها.

وما كان أمانة:

فإن كان عن واجب التسليم كالوديعة والمستعار ومال المضاربة والشركة ومال اليتيم في يد الوصي.. فإن الواجب فيها التخلية، وعدم المنع عند الطلب، لا التسليم.

لا تجوز الكفالة بتسليمه؛ لعدم وجوبه، كما لا تجوز بعينها.

وإن كان واجب التسليم؛ كالمستأجر إذا كفل رجل تسليمه إلى المستأجر؛ كمن استأجر دابة وعجل الأجرة ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل.. صحت الكفالة، ويلزم الكفيل تسليمها ما دامت حية، وإن هلكت.. فليس على الكفيل شيء؛ لأن الإجارة انفسخت، وخرج الأصيل عن كونه مطالباً بتسليمها، وإنما عليه رد الأجر، والكفيل ما كفل به، هكذا في «الهداية» وحواشيها.

وَلَا بدينٍ غيرِ صَحِيحٍ؛ كبدل الْكِتَابَةِ، ....

وذكر في «الذخيرة»: أن الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح؛ سواء حصلت الكفالة بعين الرهن، أو برده متى قضى الدين. انتهى.

ولما كان هذا.. كان [١٦٩/أ] لرواية «الهداية» من جواز الكفالة بتسليمه حَمْلَه في «العناية» على اختلاف الروايتين؛ في رواية «الهداية»: تجوز.

وفي رواية «الذخيرة»: لا.

وقال شمس الأئمة السرخسي: الكفالة بتسليم العارية صحيحة.

وقال في «العناية»: رداً عليهم: إن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على «الجامع»، بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها.

قلت: الظن هنا لا يغني عن الحق شيئاً، وهل تنقلب الكفالة بالأمانات إلى الصحة بعدما كانت فاسدة.

ففي «القاعدية»: ولو كفل بالأمانة ولم تجز، ثم صارت الأمانة مضمونة.. هل تعود الكفالة جائزة حتى يؤخذ به الكفيل؟

أجاب: لا، إلا أن يكون أضاف الكفالة إلى سبب الضمان من شخص معلوم، أو علقها به؛ نحو أن يقول: إن أفسد القصار ثوبك هذا.

ولو ضمن بنفس الثوب من غير شرط الإفساد.. لا يصح عند أبي حنيفة.

وعندهما: تصح؛ لأنه غير مضمون على الأجير عنده، مضمون عندهما. انتهى.

(**ولا**) تجوز الكفالة أيضاً (**بدين غير صحيح**)، وقد تقدم بيان الدين الصحيح، ويعلم منه معنى الدين الغير الصحيح: (**كبدل الكتابة**)؛ لأنه دين غير مستقر؛ لثبوته مع المنافي وهو الرق؛ فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، ويجوز سقوطه بتعجيز المكاتب نفسه، وكل دين غير مستقر.. لا يصح عنه الكفالة؛ لأنها لتوثيق المطالبة، والدين الغير مستقر يجوز سقوطه بغير رضا الطالب واختياره.. فلم يبق للكفالة فائدة.

حرٌّ كفلَ بِهِ أَو عبدٌ، وَكَذَا بدلُ السّعَايَةِ عِنْد الإِمَام، ....

ولأن الكفالة لو صحت بها؛ فإما أن تثبت على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل، أو مطلقاً، وكلاهما باطل:

أما الأول: فلأنه يثبت على الأصيل على وجه سقط عند تعجيز نفسه؛ لأنه حينئذ يرد رقيقاً لمولاه كما كان، والكفيل ليس كذلك.

وأما الثاني: فلفوات شرط الكفالة، وهو الاتحاد في صفة ما وجب بالكفالة؛ تحقيقاً لمعنى الضم المعتبر فيها، ونفياً للزيادة على الكفيل، حتى لو كان الدين على الأصيل مؤجلاً.. كان على الكفيل كذلك، ولو جيداً أو رديئاً على الأصيل.. فكذا على الكفيل، وإذا ثبت على الكفيل مطلقاً.. لفات الاتحاد وتثبت الزيادة على الكفيل؛ لأن المطلق غير المقيد ويزيد عليه أيضاً.

وذكر في «النهاية»: أنه كما لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى.. كذلك لا تجوز الكفالة عنه بدين للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب، على ما في «المبسوط».

والوجه فيه: ما ذكر في بدل الكتابة أيضاً من عدم الاستقرار؛ لابتنائه على بدل الكتابة؛ إذ لولاها.. لم يستوجب المولى على عبده [١٦٩/ب] ديناً.

وكذا لا تجوز الكفالة بالجزية؛ لأنها تسقط بالإسلام.

وكذا لا تجوز الكفالة ببدل الالتزام؛ بأن التزم رجل من رجل مقاطعة ببدل معين، وكفل عنه رجل آخر.. لا تصح؛ لأنه ليس بدين.

(**حرّ كفل به أو عبد**) أي: لا تصح الكفالة ببدل الكتابة؛ سواء كان الكفيل به حراً أو عبداً، ذكر هذا دفعاً لما توهم من صحة هذه الكفالة إذا كان الكفيل عبداً.

(**وكذا**) أي: لا تجوز الكفالة (**بدل السعاية عند الإمام**) أبي حنيفة؛ لما ذكرناه من عدم الاستقرار لثبوته مع المنافي؛ لأن أحكام المستسعى أحكام العبد عنده؛ من

وَلَا بِالْحملِ على دَابَّةٍ مُعينَةٍ، ....

عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين لا غير، ونصف الحدود.. وغيرها من الأحكام المعتبرة في العبد.

وعندهما: أنه كالحر المديون.. فتصح الكفالة به عندهما، على ما في «الخلاصة».

(**ولا بالحمل على دابة معينة**)؛ كمن استأجر إبلاً معينة للحمل وعجل الأجرة ولم يقبضها، وكفل له بالحمل.. لم يصح؛ لأن الكفيل عاجز عن الحمل على الدابة المعينة؛ لأنها ليست في ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة، ولأن الواجب على المؤجر تسليم عين الدابة، والكفالة بالحمل: كفالة على ما لا يجب تسليمه على الأصيل.. فلا تصح.

وهذا الوجه أولى من الأول؛ لأنه منقوض بصحة كفالة الأعيان المضمونة بنفسها على ما سبق؛ لأنها ليست في ملكه.

قيّد بالحمل؛ لأنه لو كفل بتسليم الدابة المعينة.. تجوز، كذا في «البحر».

وقال في «فتح القدير»:

والحاصل: **أنه إن كان الحمل** على الدابة تسليمها.. فينبغي أن تصح الكفالة في المعينة وغير المعينة؛ لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة، ولم يمنع من كون المستأجر ملكاً لغير الكفيل.

وإن كان التحميل.. ينبغي أن لا تصح فيهما؛ لأن التحميل غير واجب على الأصيل.

والحق: أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس بمجرد تسليمها، بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها، أو هو ما ذكر في «النهاية»: من التركيب.

أَو بِخِدْمَةِ عبدٍ معيّنٍ بِخِلَافِ غيرِ الْمعيَّن.

وما ذكرنا من الحمل عليها.. ففي المعينة لا يقدر على الإذن في تحميلها؛ إذ ليس له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل، وفي غير المعينة: يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها. انتهى.

(**أو بخدمة عبد معين**)؛ لما ذكرناه من الوجهين.

(**بخلاف غير المعين**) من الدابة والعبد.

استأجر دابة غير معينة للحمل أو عبداً غير معين للخدمة، فكفل رجل بالحمل والخدمة.. تصح الكفالة؛ لأن المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وخدمة عبده.

والأصل [١٧٠/أ] فيه على ما ذكره في «الخلاصة»: أنه إذا أمكن تحصيله من الكفيل.. يصح الكفالة، وإلّا.. فلا.

ففي المعينة.. لا، وفي غير المعين.. نعم فيها.

قال في «فتاوى الأنقروي» نقلاً عن «الخانية»: وتجوز الكفالة والرهن بالخراج والنوائب التي تكون لحقّ، ذكره في «الهداية».

ويرجع على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره، وكذا الجبايات والمصادرات السلطانية في الصحيح.

وفي «الكافي» للنسفي: قيل: المراد بالخراج: الموظف، وهو في كل جريب من الأرض قفيز، لا المقاسمة، وهو: ما يعين عليه من ربع الخارج من الأرض أو خمسه إلى نصفه؛ لأنه عين لا يثبت في الذمة.. فلا يمكن فيها الكفالة، وأما النوائب الحقة ككري النهر المشترك، وأجر حراس بلد من بلاد الإسلام من الأعداء، وما وظف الإمام لتجهيز الجيوش، وتعمير الجسور والقناطير ونحوها عند خلو بيت المال عن المال؛ لأن كلاً منها دين مطالب، ممكن الاستيفاء.. فيمكن ترتيب موجب الكفالة عليه، وتوثيق استيفاء بالرهن كما في سائر الديون. انتهى.

وَلَا عَن مَيّتٍ مُفلِسٍ، خلافاً لَهما.

وسيأتي بيانها في الكتاب أيضاً.

(ولا عن ميت مفلس) أي: مات مديون مفلس ولا كفيل على دينه، وكفل عنه بدينه إنسان؛ وارثاً كان أو أجنبياً.. لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، وهو قول مالك والشافعي وأحمد؛ لإطلاق قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، ولما روي أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليه، فقال ﷺ: «فهل على صاحبكم دين؟» فقالوا: نعم، درهمان أو ديناران، فامتنع عن الصلاة عليه وقال: «صلوا على صاحبكم» فقام علي أو أبو قتادة وقال: هما علي يا رسول الله، فصلى رسول الله ﷺ.

ولأنه كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل، فتكون صحيحة، وهذا لأنه وجب لحق الطالب.. فلا يسقط إلا: بإبراء الطالب، أو بالأداء، أو بفسخ سبب الوجوب، ولم يوجد شيء من ذلك على ما هو المفروض.. فلا يسقط، ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة.

ولو تبرع به إنسان.. صح.

ولو انتفى بالموت.. لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع.

ولأبي حنيفة: أن الدين فعل اختياري؛ لصحة اتصافه بالوجوب، يقال: دين واجب؛ مثل: صلاة واجبة.. فيقتضي القدرة على الأداء، والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه، وقد انتفت بانتفائهما؛ لكونه مفلساً.. فانتفى الدين ضرورة، والكفالة عن الساقط لا تصح.

ما قيل: اتصاف الدين بالوجوب يقتضي قيام العرض بالعرض، وذلك [١٧٠/ب] غير جائز عند أهل السنة.

مندفع بأنه أمر اعتباري، لا صفة حقيقية، حتى يمنع قيامه بالعرض.

وَلَا بِلَا قَبُولِ الطَّالِبِ فِي الْمَجْلِسِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تجوزُ مَعَ غيبته إِذا بلغه فَأَجَازَ.

فإن قيل: المال قد يتصف بالوجوب أيضاً، يقال: المال واجب، فكيف يصح الاستدلال بصحة الاتصاف بالوجوب على فعلية الدين؟

قلنا: اتصاف المال بالوجوب لكون الدين في الحكم مالاً؛ لأن أداء الدين لا يتحقق إلا بتمليك طائفة من المال، فوصف المال بالوجوب لكون الأداء الموصوف به يؤول إليه، فكان وصفاً مجازياً، وقوله ﷺ: «الزعيم غارم» إنما يدل على أنّ الكفيل يغرم ما كفل به، والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أم لا؟ وحديث الجنازة يحتمل أن يكون ذلك من عليّ أو أبي قتادة إقراراً بكفالة سابقة ويحتمل أن يكون وعداً بالتبرع، ونحن نقول به.

وقولهم: ولو تبرع به إنسان..

قلنا: صحة التبرع لا تعتمد قيام الدين؛ فإن من قال: على فلان ألف درهم وأنا به كفيل.. صحت الكفالة، وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلاً.

إنما قال: «عن ميت مفلس»؛ لأنه لو كفل في حياته، ثم مات مفلساً.. لم تبطل الكفالة كما لو كان به رهن ثم مات مفلساً.. لا يبطل الرهن **(ولا بلا قبول الطالب في المجلس)** عند أبي حنيفة ومحمد.

(وقال أبو يوسف) في قوله الآخر: **(تجوز مع غيبته)** عن المجلس **(إذا بلغه)** خبر الكفالة **(فأجاز)** حين بلغ.

وفي رواية عنه: لم يشترط الإجازة.

وجه الرواية الأولى - على ما تقدم في نكاح الفضولي -: جعل كلام الواحد كالعقد التام، فيتوقف على ما وراء المجلس؛ إذ لا ضرر في هذا التوقف على أحد.

فَإِن قَالَ الْمَرِيضُ لوَارِثه: تكفلْ عنّي بِمَا عليَّ، فكفلَ مَعَ غيبَةِ الْغُرَمَاءِ.. جَازَ اتِّفَاقاً.

ووجه الرواية الأخرى: أنه تصرف التزام، فيستبد به الملتزم كالإقرار والنذر، وقد يمنع كون هذا تصرف التزام فقط؛ مستنداً بأنه عقد تبرع كالهبة والصدقة، فيتوقف على القبول.

(فإن قال المريض لوارثه: تكفل عني بما علي) أي: من الدين **(فكفل مع غيبة الغرماء.. جاز)** أي: استحساناً **(اتفاقاً)**، فهذا كالاستثناء عما سبق من قول الإمامين.

والقياس: عدم جوازها أيضاً؛ لما مر من أن الطالب غير حاضر.. فلا يتم الضمان إلّا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي.. لم يصح؛ فكذا المريض.

ووجه الاستحسان أمران:

أحدهما: أن ذلك القول من المريض وصية في الحقيقة، ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم، وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة، ولهذا قالوا: إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت؛ تصحيحاً لمعنى الوصية، وإذا كان في معنى الوصية [١٧١/آ].. لا يشترط القبول في المجلس.

والثاني: أن المريض يقام مقام الطالب ههنا ضرورة احتياجه إلى قيامه مقامه؛ لتفريغ ذمته عنه، فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث: تكفل عن أبيك لي.

فإن قيل: قيام المريض مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع، وإنما ذلك اشتراط القبول، وهو ليس بشرط ههنا.

أجيب عنه في «الهداية»: بأن ذلك إنما يصح بهذا اللفظ؛ أعني: «تكفل عني بما علي من الدين» بلا شرط القبول؛ لأن المريض يريد بقوله: «تكفل عني» تحقق الكفالة لا المساومة؛ نظراً إلى ظاهر حالته التي هو عليها، فصار كالآمر بالنكاح؛

وَلَو قَالَه لأَجْنَبِي.. اخْتلفَ فِيهِ الْمَشَايِخ.

وَتجوزُ بالأعيان الْمَضْمُونَةِ بِنَفسِهَا؛ كالمقبوضِ على سومِ الشِّرَاءِ، وَالْمَغْصُوبِ، وَالْمَبِيعِ فَاسِداً، وبتسليمِ الْمَبِيعِ إِلَى الْمُشْتَرِي، والمرهونِ إِلَى الرَّاهِنِ، والمستأجَرِ إِلَى الْمُسْتَأْجِر، وبالثمن.

كقول الرجل لامرأة: زوجيني نفسك، فقالت: زوجت؛ فإن ذلك بمنزلة قولها: زوجت وقبلت.

(ولو قاله) أي: لو قال المريض ذلك اللفظ **(لأجنبي.. اختلف فيه المشايخ)**؛ فمنهم: من لم يصحح ذلك؛ لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد الموت بدون الالتزام والقبول؛ كما لو قال ذلك صحيح لأجنبي أو لوارثه.

ومنهم: من يصحح؛ لأن المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبي إذا قضى دينه بأمره.. يرجع في تركته، فيصح هذا من المريض على طريق الوصية، أو على أن يجعل قائماً مقام الطالب؛ لضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح، فتركناه على القياس.

(وتجوز) الكفالة **(بالأعيان المضمونة بنفسها؛ كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والمبيع)** بيعاً **(فاسداً، وبتسليم المبيع إلى المشتري)** أي: تجوز الكفالة بتسليم المبيع بيعاً صحيحاً إلى المشتري قبل قبضه بعد نقد الثمن، وقد تقدم من قبل.

(و) بتسليم **(المرهون)** إذا كفل عن المرتهن بتسليمه **(إلى الراهن)** بعد استيفاء المرتهن الدين.

(و) بتسليم **(المستأجَر)** اسم مفعول إذا كفل بتسليمه **(إلى المستأجِر)** لقدرة الكفيل على تسليمها.

(و) تجوز **(بالثمن)** أيضاً؛ لأنه دين صحيح مضمون على المشتري، فيصح تسليمه.

أطلق الثمن، ولا بد أن يستثنى ثمن المبيع بالبيع الفاسد.. فإنه لا يصح الكفالة به؛ لما في «البحر»: أنه لو كفل بالثمن، ثم ظهر فساد البيع.. رجع الكفيل بما دفعه؛ إن شاء على البائع، وإن شاء على المشتري.

وإن فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطاً فاسداً.. فالرجوع للمشتري على البائع.

ويستثنى من الثمن أيضاً: ما اشترى به صبي محجور عليه، فكفل به رجل، أو كفل بالدرك بعدما قبض الصبي الثمن.. لم تصح الكفالة؛ لكونه كفل بما ليس بمضمون على الأصيل، كذا في «البحر» [١٧١/ب].

وقال في الفصل التاسع والعشرين من «العمادية»: الوكيل بالبيع إذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري.. لا يجوز، ولو أدى بحكم الضمان.. يرجع، ولو أدى بغير ضمان.. جاز ولا يرجع.

ذكر في «بحر المحيط» هشام سألت محمد عمن قال لغيره: بع من هذا العبد المحجور متاعاً وأنا ضامن لثمنه، فباعه متاعاً؟

قال لي محمد: ما حال المتاع؟

قلت: قبضه واستهلكه.

قال: لا يضمن؛ لأنه ضمن الثمن، ولا ثمن عليه؛ لأن البيع فاسد. انتهى.

وقال فيه أيضاً: من شرائط جواز الكفالة: كون المكفول به مضموناً على الأصيل؛ بحيث يجبر على تسليمه، والثمن في البيع الفاسد غير مضمون على الأصيل.. فلا يصح الكفالة به.

قال في «الفصولين»: قال لغيره: بع من هذا العبد المحجور متاعاً وأنا ضامن ثمنه، فباعه وقبضه وأتلف.. لم يضمن إذا ضمن الثمن، ولا ثمن عليه لفساد البيع.

ولو قال: ما بايعته من درهم إلى مائة فأنا ضامن له، فباعه ثوباً قيمته خمسون بمائة، وقبضه واستهلكه.. ضمن قيمة الثوب، هكذا ذكره العلامة صدر الإسلام.

ثم قال معترضاً عليه: وقوله: «أنا ضامن له» مخالف لقوله: «أنا ضامن للثمن». انتهى.

أقول: لا مخالفة؛ لأنا لا نسلم أنه معنى قوله: أنا ضامن له.. أنا ضامن للثمن، كيف وقد صرح أنه ضمن قيمة الثوب؟!

وكذا يصح تسليم المستعار على ما ذكره محمد في «الجامع».

وإنما تركه لعله بناء على ما قاله الإمام السرخسي من أن الكفالة بتسليم المستعار باطلة، لكنهم قالوا: هذا القول منه ليس بصواب، وقد ذكرناه من قبل.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَو دفعَ الْأَصِيلُ المَالَ إِلَى كفيلِهِ قبلَ دفعِ الْكَفِيلِ إِلَى الطَّالِبِ.. لَا يسْتَرِدُّهُ مِنْهُ.

(فَصْلٌ)

(ولو دفع الأصيل المال إلى كفيله قبل دفع الكفيل إلى الطالب.. لا يسترده) الأصيل **(منه)** أي: من الكفيل:

سواء كان الدفع إليه على وجه الاقتضاء؛ بأن دفعه إليه، وقال: إني لا آمن أن يأخذ الطالب منك حقه، فخذها قبل أن تؤدي، فقبضه.

أو على وجه الرسالة؛ بأن يقول للكفيل: خذ هذا وادفعه إلى الطالب.

ففي الوجهين: لا يسترده.

أما في الأول: فلأنه تعلق حق القابض إليه على احتمال قضائه الدين.. فلا يبطله بالاسترداد ما دام هذا الاحتمال باقياً؛ كمن عجل الزكاة ودفعها إلى الساعي؛ فإنه ليس له أن يستردها لتعلق حق الساعي إليها.

وأما في الثاني: فلأنه تعلق من حق الطالب.. فلا يبطله بالاسترداد، ولكن الكفيل لا يملكه ههنا؛ لأنه قبضه من الأصيل على وجه الرسالة، فيكون أمانة في يده، بخلاف الأول؛ فإنه يملكه فيه.

هذا في دفع [١٧٢/أ] الأصيل إلى كفيله، بقي الأمر فيما إذا دفع المطلوب المال إلى كفيله ليؤديه إلى الطالب.. فهل له أن يسترده من الكفيل قبل دفعه إلى الطالب أم لا؟

ففي «البحر»: إنه إن قال كفيلاً بأمره.. ليس له أن يسترده؛ لأنه حينئذ لا يملك الاسترداد، وإن كان لا بأمره.. فله أن يسترده. انتهى.

أطلق في عدم الاسترداد، ولا بد أن يقيده بما إذا لم يؤد الأصيل قبل أداء الكفيل.. فإنه حينئذ يسترده على ما صرح به في «الخلاصة»؛ حيث قال: وليس

وَمَا ربحَ فِيهِ الْكَفِيلُ.. فَلَهُ، ....

للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أداء الدين، وإن كانت الكفالة بالأمر؛ فلو طالب مع هذا وأداه، ثم أراد أن يسترده.. ليس له ذلك؛ فلو أدى المكفول عنه.. فالآن يسترده. انتهى.

(وما ربح فيه) أي: فيما قبضه على وجه الاقتضاء **(الكفيل.. فله)** أي: يطيب له ذلك الربح؛ لأنه ملكه بالقبض على وجه الاقتضاء حين قبضه، فيكون الربح حاصلاً في ملكه.. فيطيب له، هكذا ذكره في «العناية»، وقال: وإنما قلنا: إنه ملكه حين قبضه؛ لأن قضاء الدين؛ إما أن حصل من الكفيل أو من الأصيل:

فإن كان الأول.. فظاهر؛ لأنه قبض ما وجب له، فيملكه من حين قبض؛ كمن قبض الدين المؤجل معجلاً.

وإن كان الثاني.. فلأنه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل. انتهى.

ولم يعين ما وجب للكفيل على المكفول عنه: أنه المطالبة أو الدين، ومراده: المطالبة لا الدين على ما صرح به في الرد على صاحب «النهاية»؛ حيث قال في «النهاية» في وجه الثاني: وذلك؛ لأن الكفالة توجيه دينين؛ ديناً للطالب على الكفيل، وديناً للكفيل على المكفول عنه، لكن دين الطالب حال، ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء من حين تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه إلى ما بعد الأداء، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً بهذا المال.. صح؛ بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل، ولو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء إلى الطالب من الدين أو وهبه منه.. يجوز، حتى لو أداه الكفيل إلى الطالب بعد ذلك.. لم يرجع به على الأصيل. انتهى.

وقال في «العناية» رداً عليه: وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً، ولكن لا يوافق ما تقدم من أن الصحيح: أن الكفالة ضمّ ذمة إلى ذمة في المطالبة؛ فإنه على هذا التقدير: الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب

وَلَو أَمرَ الْأَصِيلُ كفيلَه أَنْ يُعِينَ عَلَيْهِ ثوباً، ....

وجه قولهما: أنه ربح في ملكه حين قبض على ما ذكرناه، ومن ربح في ملكه.. سلم له الربح.

وجه رواية كتاب الكفالة: أنه تمكن الخبث مع الملك بوجهين:

أحدهما: أن الربح كان حاصلاً في ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر؛ لأن الأصيل بسبيل من الاسترداد، على تقدير أن يقضي البر بنفسه، والملك المتردد قاصر، ولو عدم الملك أصلاً.. كان الربح فيه خبيثاً، ففي القاصر شبهة الخبث.

والثاني: أنه إنما رضي بكونه ملكاً للكفيل على اعتبار قضائه؛ فإذا قضاه الأصيل بنفسه.. لم يكن راضياً به، فتمكن الخبث، والخبث مع الملك يعمل فيما يتعين على ما تقدم في البيوع الفاسدة، والبر مما يتعين.. فسبيله التصدق.

ووجه رواية «الجامع الصغير»: أن الخبث لحق الأصيل لاعتبار قضائه بنفسه؛ فإذا ردّ إليه.. وصل الحق إلى مستحقه، وهذه الرواية أصح على ما في «الهداية»؛ لكون الحق للأصيل، لكنه استحباب لا جبر فيه؛ فإذا رد عليه؛ فإن كان فقيراً.. يطيب له، وإن كان غنياً.. ففيه روايتان، والأشبه: أن يطيب له على ما اختاره [١٧٣/أ] فخر الإسلام.

هذا كله فيما إذا قبضه على وجه الاقتضاء.

وأما إذا قبضه على وجه الرسالة.. فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين؛ عند أبي يوسف: يطيب، وعندهما: لا يطيب على ما في «العناية».

وقيل: لا يطيب بالاتفاق.

(**ولو أمر الأصيل كفيله أن يتعين عليه ثوباً**) أي: أن يشتري له ببيع العينة ثوباً هكذا فسر، لكنه قال في «المغرب»: لم أجده، وفسر العينة بالنسيئة.

وقال في «المصباح»: والعِينة بالكسر: السلف يقال: اعتان الرجل: اشترى الشيء بنسيئة. والاسم: العينة بالكسر.

وَلَا يَتَصَدَّقُ بِهِ، وردُّهُ إِلَى الْمَطْلُوبِ أحبُ إِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ شَيْئاً يَتَعَيَّن كالبُرِّ، خلافاً لَهما.

على الأصيل من المطالبة، إلا أن مطالبة الطالب حالَّة، ومطالبة الكفيل أخرت إلى وقت الأداء، فنزل ما وجب [١٧٢/ب] للكفيل على الأصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل. انتهى.

(**ولا يتصدق به**) أي: لا يجب عليه التصدق بذلك الربح؛ سواء كان قضاء الدين من الكفيل، أو من الأصيل.

أما على الأول: فلأنه حصل في ملكه، ولا خبث فيه أصلاً اتفاقاً.

وأما على الثاني: فلأنه وإن كان فيه نوع خبث على ما سيأتي في مسألة الكفالة بالبر، إلا أن الخبث مع الملك لا يعمل فيما لا يتعين.

وأما إذا قبضه على وجه الرسالة.. فالربح لا يطيب له عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه ربح من أصل خبيث، وعند أبي يوسف: يطيب؛ لأن الخراج بالضمان بقي يستحق الغلة؛ بسبب أن ضمنه، وأصل هذا: أن المودع إذا تصرف في الوديعة وربح.. فإنه على هذا الاختلاف.

(**ورده**) أي: الرابح (**إلى المطلوب**) أي: المكفول عنه فيما إذا قضى المكفول عنه بنفسه (**أحب إن كان المدفوع**) إلى الكفيل من المكفول عنه (**شيئاً يتعين؛ كالبر**) يعني: إذا قبضه الكفيل من الأصيل على وجه الاقتضاء أو تصرف فيه قبل أن يؤدي إلى الطالب وربح.. فالربح له قضاء؛ لأنه كان في ملكه على ما مر.

لكنه قال أبو حنيفة: رده إلى المطلوب أحب، وإن لم يجب عليه في الحكم، وهذا رواية «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**) قالا: لا يتصدق الربح، ولا يرده إلى المطلوب، بل هو له، وهو رواية كتاب البيوع عن أبي حنيفة، وفي رواية كتاب الكفالة عنه: أن الربح لا يطيب له ويتصدق به.

فَفعلَ.. فالثوبُ لِلْكَفِيلِ، ....

وفسرها الفقهاء: بأن يبيع الرجل متاعه إلى أجل، ثم يشتريه في المجلس بثمن حال؛ ليسلم له به من الربا.

وقيل لهذا البيع: عينة؛ لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً؛ أي: نقداً حاضراً، وذلك حرام إذا اشترى المشتري على البائع أن يشتريها منه بثمن معلوم؛ فإن لم يكن بينهما شرط.. فأجازها الشافعي؛ لوقوع العقد سالماً عن المفسدات.

ومنعها بعض المتقدمين، وكان يقول: هي أخت للربا؛ فلو باعها المشتري من غير بائعها في المجلس.. فهي عينة أيضاً؛ لكنها جائزة بالاتفاق. انتهى ما في «المصباح».

وما نقله عن الفقهاء مخالف لتفسير صاحب «الهداية» قال: فسره بأن يستقرض من تاجر عشرة دراهم ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً؛ رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل بخمسة، قال: سمي هذا البيع عينة؛ لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه؛ لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم.

وللعينة صورة أخرى ذكرها في حواشي «الهداية» وغيرها.

(ففعل) الكفيل ذلك **(.. فالثوب للكفيل)** لا للأصيل؛ لأن هذا العقد.

إما كفالة فاسدة بناء على كلمة «على» فإنها كلمة ضمان لكنها فاسدة؛ لأن الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل، والخسران ليس بمضمون على أحد.. فلا يصح ضمانه؛ مثل رجل قال لآخر: بع متاعك على أن كل خسران يصيبك فأنا ضامن لك.. فإنه ليس بصحيح.

وإما وكالة فاسدة بناء على قوله: «تعين» يعني اشتر لي ثوباً بعينة، ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض ديني، وهذا؛ لأن الثوب والثمن غير معلوم المقدار، فتفسد الوكالة؛

وَالرِّبْحُ عَلَيْهِ.

وَمن كفلَ لآخرَ بِمَا ذابَ لَهُ على غَرِيمِهِ، أَو بِمَا قُضِيَ لَهُ بِهِ عَلَيْهِ، فَغَابَ الْغَرِيمُ، فبرهنَ الطَّالِبُ على الْكَفِيلِ بأَنَّ لَهُ على الْغَرِيمِ ألفاً.. لَا يُقبل.

فإذا فسد كل من الكفالة والوكالة.. كان الثوب المشترى للمستقرض المشتري، وهو الكفيل.

(والربح) الذي ربحه البائع بيع عينة **(عليه)** أي على [١٧٣/ب] الكفيل لا على الأصيل؛ لأنه هو العاقد.

(ومن كفل لآخر) عن غريمه **(بما ذاب)** أي: وجب **(له)** أي: لآخر **(على غريمه أو بما قضي به له عليه)** أي: على غريمه، **(فغاب الغريم، فبرهن الطالب على الكفيل بأن له على الغريم ألفاً.. لا يقبل)** برهانه حتى يحضر المكفول عنه؛ لأن قبوله يعتمد صحة دعواه، وهي غير صحيحة؛ لعدم مطابقتها بالمكفول به؛ لأن المكفول به؛ إما مال مقضي به على الأصيل لدلالة ما قضى وما ذاب عليه، ودعواه مطلق عن ذلك.. فلا مطابقة بينهما.

وإنما قال: «قضي به» بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل.. فلا مطابقة أيضاً؛ للإطلاق والتقييد في الدعوى والمكفول به؛ كذا في «العناية».

وقال بعضهم في تعليل هذه المسألة: إن المكفول به مال يقضى به على الكفيل؛ لأن هذا لفظ ماض أريد به المستقبل؛ كما في: أطال بقاك، ودعوى المدعى على الكفيل غير مقيدة بكون المال واجباً على الأصيل بعد الكفالة، بل يحتمل أن يكون بعدها وأن يكون قبلها.. فلا تدخل تحت الكفالة بالشك، هكذا ذكره في «البحر».

وقال: وحاصله: أنه قضاء على الغائب - وهو الأصيل - من غير خصم عنه، وجزمهم بها بعدم القبول: ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة؛ أما على أظهر

وَلَو برهن أَنَّ لَهُ على زيدٍ ألفاً وَهَذَا كفيلُه بأَمْرِهِ.. قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمَا.

الروايتين: المفتى به: من نفاذ القضاء على الغائب، فينبغي النفاذ، ولم أر من نبه عليه ههنا. انتهى.

قلت: قد نبه عليه الفاضل يعقوب باشا في «حاشية الصدر الشريعة»؛ حيث قال فيها: فيه أن القضاء على الغائب صحيح في مثل هذه المسألة، قال في «العمادي»: إذا ادعى رجل أنه كفل من فلان بما يذوب له عليه، فأقر المدعى عليه الكفالة، وأنكر الحق وأقام المدعي بينة أنه ذاب على فلان كذا.. فإنه يقضى به في حق الكفيل الحاضر، وفي حق الغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر.. لا يلتفت إلى إنكاره. انتهى كلام ذلك الفاضل.

قلت: إنما صح القضاء في مسألة «العمادي»؛ لوجود المطابقة فيها، ونحن نقول به بعد وجود المطابقة، ولهذا قال في «العناية»: لو ادعى على الكفيل أن قاضي بلدة كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم، وأقام على ذلك بينة.. قبلت بينته؛ لوجود المطابقة حينئذٍ. انتهى.

بخلاف ما نحن فيه حيث لا مطابقة فيه، فلم تقبل بينته، وقد نص في «معراج الدراية» على أن عدم القبول ههنا؛ لكونه قضاء على الغائب؛ حيث قال في تعليلها: لأنه لو كفل بما قضي له على الأصيل فما لم يصر المال مقضياً به على المكفول عنه.. لا يكون الكفيل كفيلاً، فلا يكون خصماً، ولا يمكن القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته [١٧٤/أ]؛ لأنه يكون قضاء على الغائب، وهو لا يصح عندنا وأحمد، ويصح عند الشافعي ومالك، ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه إلى أن يحضر؛ حتى يكون الكفيل بالدين المقضي به على الأصيل كما شرط في عقد الكفالة، ألا ترى أنه لو أقر الكفيل على الأصيل بأن الطالب لا يلزمه إذا حضر الأصيل، وإذا حضر الأصيل وقضى عليه.. فحينئذٍ يلزم الكفيل. انتهى.

(ولو برهن **أن له على زيد ألفاً، وهذا كفيله بأمره.. قضي به**) أي: بالألف (**عليهما**) أي: على الحاضر والغائب جميعاً؛ لأن المكفول ههنا مال مطلق عن

وَلَو بلا أمرِهِ.. قُضِيَ على الْكَفِيلِ فَقَط.

التقييد بكونه مقضياً به، أو يقضى به فيطابق الدعوى للمدعى به، فتقبل، بخلاف ما سبق على ما مر.

(ولو) ادعى كفالته (**بلا أمره.. قُضِيَ على الكفيل فقط**) لا على الغائب.

وينبغي ههنا بيان ثلاثة فروق، ذكر المصنف منها اثنين:

أحدها: الفرق بين المسألة المتقدمة أعني الكفالة بما ذاب أو بما قضي وبين المسألة الثانية أعني: أنه كفل بأمره؛ حيث لم تقبل البينة في الأولى وقبلت في الثانية، وقد عرفت الفرق بينهما.

والثاني: الفرق بين المسألة الثانية والمسألة الثالثة؛ حيث قضي في الثانية عليهما معاً، وفي الثالثة على الكفيل فقط، ووجه الفرق هنا: أن الكفالة بأمره: تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمره: تبرع ابتداء وانتهاء، وكل ما كان كذلك.. فهما غيران لا محالة، وإذا ثبت ذلك.. فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر؛ لأن الحاكم إنما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي، ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء.. لا يجوز له القضاء بالهبة، وإن كان حكمهما واحداً وهو الملك؛ فإذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر وقضي بها ببينة.. ثبت أمره بالحجة الكاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال، فيصير مقضياً عليه؛ فلو حضر الغائب بعد ذلك.. لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه.

وإذا ادّعاها بغير أمره.. فإنها لا تمس جانب الغائب؛ إذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل؛ لأن صحة الكفالة بغير أمر يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل.. فلا يتعدى منه إلى الأصيل، ولهذا لو قال: لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل.. وجب المال عليه وإن لم يجب على الأصيل شيء.

والفرق الثالث: هو الفرق بين المسألة الثالثة فيما نحن فيه وبين ما إذا أبهم فادعى على رجل أنه كفل له على فلان بكل مال له قبله ولم يفسر، وأقام على ذلك

وَضَمانُ الدَّركِ لِلْمُشْتَرِي عِنْد البيعِ: تَسْلِيمٌ، يبْطلُ دَعْوَى الضَّامِن بعدَ ذَلِك.

بينة، وأن له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة.. فإنه يقضى بها على الكفيل والأصيل؛ سواء ادعى الكفالة بأمره أو بغير أمره [١٧٤/ب].

ووجه هذا الفرق: أن الحاضر إنما ينتصب خصماً على الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعي على الحاضر إلا بإثبات ما يدعى على الغائب، والكفالة إذا كانت بمعلوم.. أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الأصيل؛ لأنه معلوم بذاته، وإذا كانت بمجهول.. لا تصح ما لم يكن على الأصيل؛ لأن المجهول يحتاج إلى التعريف، والتعريف إنما يحصل بما كان على الأصيل، فيصير كأنه قال: إن كان لك على فلان مال.. فأنا به كفيل، فأثبته المدعي.

(وضمان الدرك) بفتحتين، وبسكون الراء أيضاً لغة، على ما في «المصباح» أي: التبعة والاستحقاق للمبيع **(للمشتري عند البيع: تسليم)** أي: تصديق من الكفيل بأن المبيع ملك البائع.

(يبطل) من الإبطال **(دعوى الضامن)** أي: الكفيل المبيع **(بعد ذلك)** يعني: من باع داراً وكفل عنه رجل للمشتري بالدرك أي ردّ الثمن عند استحقاق المبيع.. فهو تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع؛ فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري.. لا تسمع دعواه؛ لأن الكفالة؛ إما أن تكون شرطاً في البيع أو لا:

فإن كانت شرطاً: بأن باع بشرط الكفالة بالدرك وهو شرط ملائم للعقد، فتمام البيع إنما يكون بقبول الكفيل، فصار كأنه هو الموجب للعقد.. فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شفيعاً.. بطلت شفاعته، وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن، حتى لا يقبل الشك بالإقالة بأنها صحيحة إن كان طلبها سعياً في نقض ما تم من جهته؛ لأن المراد بالنقض ههنا: ما يكون بغير رضاء الخصم، والإقالة ليست كذلك، بل هي فسخ لا نقض، لكن يرد عليه ما ذكره في الحادي عشر من بيوع «الخلاصة»: رجل

وَكَذَا لَو كتبَ شَهَادَته، وَختمَ على صَكٍّ ....

اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن، ثم ادعى أن البائع باعه قبل ذلك من فلان الغائب بكذا.. قبلت بينته.

وكذا إن وهب جاريته من إنسان فاستولدها الموهوب له، ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها.. قبلت بينته، ويرجع على الموهوب له بالجارية والعقر. انتهى.

وكذا يرد عليه ما ذكره في بيوع «قاضي خان»: لو ادعى المشتري أن المبيع حر.. تسمع دعواه، وما لو باع أرضاً ثم ادعى أنه كان وقفها، أو أنها وقف.. فبينته مقبولة، ودعواه مسموعة، مع أن فيها نقض ما تم من جهته.

والجواب: أن هذه المسائل مستثناة من هذه الضابطة على ما صرح به في «الخلاصة»؛ حيث قال: من سعى في نقض ما تم من جهته.. لم يعتبر إلا في موضعين، ثم ذكر المسألتين المذكورتين آنفاً [١٧٥/أ].

لكن حصر الاستثناء على المسألتين ليس على ما ينبغي، والاستثناء لا يضر كونها من المسلمات. تأمل.

وإن لم يكن شرطاً فيه.. يكون المراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشتري؛ لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكيناً لقلبه، فصار كأنه قال: اشتر هذه الدار ولا تبال؛ فإنها ملك البائع؛ فإن أدركك.. فأنا ضامن، وذلك إقرار بملك البائع.. لا تصح دعواه بعد ذلك.

(وكذا) أي: تسليم **(لو كتب شهادته وختم على صك)**، وذلك على ما نقل عن شمس الأئمة الحلواني: بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً، ووضع عليه نقض خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل.

قيل: قوله: «وختم» وقع اتفاقاً باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا؛ فإن الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا.

كَتبَ فِيهِ: بَاعَ ملكهُ أَو بيعاً باتاً.

بِخِلَاف مَا لَو كتبهَا على إِقْرَارِ الْعَاقِدَين.

وَضَمانُ الْوَكِيلِ بِالْبيعِ الثّمنَ للْمُوكلِ: بَاطِلٌ.

وَكَذَا ضَمَانُ الْمضَارِبِ الثّمنَ لربِّ المَالِ.

(**كتب فيه**) أي: في الصك: (**باع ملكه أو بيعاً باتاً**) يعني: لو كتب في الصك: باع فلان ملكه والشاهد يشهد بذلك.. فإنه تسليم؛ لأن الكتابة على هذا الوجه توجب صحة البيع ونفاذه؛ أما الأول: فظاهر، وأما الثاني: فلأن البيع لا يكون باتاً إلا في الملك.. فلا يصح دعوى الشاهد بعد ذلك.

(**بخلاف ما لو كتبها**) أي: الشهادة (**على إقرار العاقدين**) الملك؛ فإنه ليس بتسليم من الشاهد، وإن كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ.

وبخلاف ما إذا كتب في الصك: باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان ويشهد فلان البيع؛ لأن الشهادة على هذا الوجه لا تكون شرطاً في البيع؛ لعدم الملائمة، ولا هي بإقرار بالملك؛ لأن البيع تارة يوجد من المالك، وأخرى من غيره؛ فالشهادة على أنه باع.. لا تكون إقراراً بأنه باع ملكه، وكذا الشهادة على إقرار المتعاقدين؛ فإن ادعى الشاهد بعد ذلك لنفسه.. تسمع دعواه، وتقبل شهادته لغيره أيضاً.

(**وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل**) الجار متعلق بالضمان (**باطل**)؛ لاستلزامه كون الشخص ضامناً لنفسه.

(**وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال**) لما ذكرناه.

واعلم: أن كل من رجع إليه حقوق العقد.. لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب بالعقد، وهو المراد بالضمان ههنا؛ لأن المطالبة ترجع إليه بلا التزام، ولو التزمها.. لزم أن يكون الشخص الواحد مطالِباً ومطالَباً في العقد الواحد، وذلك باطل؛ فمن وكل رجلاً ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن، أو باع المضارب من المتاع شيئاً

وَضَمانُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ حصةَ شريكهِ مِن ثَمَنِ ما باعَهُ صَفْقَةً وَاحِدَةً.

وَصَحَّ لَو بصفَقَتينِ.

وضمن لرب المال الثمن.. فالضمان باطل فيهما؛ لأن المطالبة في العقد إليهما لرجوع حقوق العقد إليهما [١٧٥/ب]، حتى لو حلف المشتري: ما للموكل عليه شيء.. يكون باراً في يمينه.

ولو حلف: ما للوكيل عليه شيء.. كان حانثاً؛ فلو ضمنا الثمن.. فقد التزما المطالبة، فيلزم أن يكون الشخص الواحد مطالِباً ومطالَباً في العقد الواحد، ولأن المال أمانة في أيديهما، ولو صح ضمانهما.. لزم أن يكون الأمين ضميناً، وذلك باطل، وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير؛ فإنهما لو ضمنا الوديعة والعارية.. لا يصح ضمانهما لأنهما أجنبيان، ولو صح ضمانهما.. لزم انقلاب الأمين ضمنياً.

(و) كذا أي: يبطل (**ضمان أحد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعه صفقة واحدة**)؛ لأنه إن كان ضامناً بحصته شائعاً.. لزم أن يكون ضامناً لنفسه، فيكون مطالِباً ومطالَباً، فيكون باطلاً على ما تقدم، وإن كان ضامناً بحصته مفرزاً.. لزم قسمة الدين قبل قبضه، وذلك باطل أيضاً؛ لأن القسمة إفراز، وذلك؛ إما أن يكون حساً أو بوصف متميز، وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور، ولأن ما يستحق بنصيب أحدهما من الثمن.. فللآخر أن يشاركه فيه إذا كان مالاً، ولهذا أن أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً.. كان للآخر ولاية المشاركة، ولو صح الضمان.. فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له، فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك؛ فإذا رجع.. بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع عليه الرجوع، ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي، فكان له أن يرجع بنصف الباقي، ثم وثم إلى ما لا يتجزأ، فيكون باطلاً.

(**وصح**) أي: الضمان (**لو**) باعا (**بصفقتين**) بأن يسمي كل واحد منهما ثمناً لنفسه، ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه.. فإنه صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر؛ لأنها لا شركة ثمة لتفرق الصفقة.

وَضَمانُ الدَّرَكِ وَالْخَرَاجِ وَالْقِسْمَةِ: صَحِيحٌ.

ولهذا كان للمشتري أن يأخذ نصيب أحدهما ويرد الآخر.

بخلاف ما اتحد فيه الصفقة قال في «الدرر»: إذا كفل أحد الشريكين لصاحبه بنصيبه من الدين.. لم يجز؛ لأنه لو انصرف إلى نصيبه.. يكون قسمة الدين وهو باطل، ولو انصرف إلى الشائع يكون ضامناً لنفسه؛ فلو قضي بحكم الضمان.. له أن يسترد للأداء بعقد فاسد.

ولو أدى متبرعاً.. جاز؛ لأن التبرع لا يتم بالقبض، وبه يصير عيناً وتميَّز نصيب شريكه؛ لصيرورته عيناً بفعله.

ولو عليهما دين لآخر بأن اشتريا عبداً بألف وكفل كل عن الآخر.. جاز؛ لعدم المانع، ولم يرجع على شريكه إلا بما أدى زائداً على النصف. انتهى.

وفي «الفصولين»: لهما دين مشترك على آخر، فضمن أحدهما نصيب [١٧٦/أ] صاحبه.. لم يجز، فيرجع بما أدى.

بخلاف ما لو أداه.

فعلم من هنا: الفرق بين ما عليهما من الدين وبين ما لهما على آخر منه.

(وضمان الدرك) قد تقدم معناه، **(والخراج)** قيل: المراد به: الخراج الموظف، لا المقاسمة على ما تقدم أيضاً قبيل الكفالة بالمال، لكنه قال في «البحر»: إطلاقه ليشمل الخراج الموظف والمقاسمة، وخصصه بعضهم بالموظف، ونفى صحة الضمان بخراج المقاسمة؛ لأنه لا يمكن ديناً في الذمة. انتهى.

وإطلاق «الخلاصة» و«البزازية» يوافق ما قاله في «البحر» من الشمول؛ حيث قالا: لو كفل بالخراج.. يصح بالإجماع، ولا يبطلان بالموت؛ لأن الكفالة بالمال لا تبطل بالموت، بل يلزم المال من تركة الكفيل، كذا في «واقعات الناطقي»، ويجوز الرهن بالخراج دون الدرك على ما في «البحر».

(والقسمة صحيح).

وَكَذَا ضَمَانُ النوائبِ، ....

أما صحة ضمان الدرك: فلأن العرف جار فيه، فوجب العمل به؛ كذا في «العناية» قبيل باب كفالة الرجلين.

وأما ضمان الخراج: فلأنه دين صحيح تصح الكفالة بها، وهذا يقتضي التخصيص بالخراج الموظف.

وأما القسمة: فمعناها على ما ذكره الفقيه أبو جعفر الهندواني: أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك، فضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة.. فإنه جاز؛ لأن القسمة واجبة عليه.

وقال بعضهم: معناها: إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه وضمنه إنسان، ولفظ المصنف يأباه؛ لأنه وقع فيه بالتاء، وعلى ما ذكره هذا.. يقتضي أن يكون بالضمير لا بالتاء.

وقال بعضهم: المراد بالقسمة هي النوائب بعينه، وكلام المصنف يأباه أيضاً؛ لأنه ذكر فيما بعد النوائب.

(وكذا) يصح **(ضمان النوائب)** جمع نائبة؛ بمعنى: نازلة يقال: نابه أمر: أصابه، على ما في «المصباح».

وقال في «المغرب»: نوائب المسلمين: ما ينوبهم من الحوائج؛ كإصلاح القناطير وسد البثوق. انتهى.

والفرق بين المعنيين: أن ما في «المصباح» ظاهر فيما يكون بحق، وما في «المغرب» ظاهر فيما يكون بغير حق، وكلاهما مراد ههنا على ما سيأتي مصرحاً.

وقال في «العناية»: أما النوائب.. فقد يراد بها ما يكون لحق، وقد يراد بها: ما ليس بحق.

والأول: ككري الأنهار المشتركة، وأجر حارس المحلة، وما وظف الإمام لتجهيز الجيش وفداء الأسارى؛ بأن احتاج إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو إلى

فداء أسارى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال، فوظف مالاً على الناس لذلك، والضمان فيه جائز بالاتفاق؛ لوجوب أدائه على كل مسلم أوجبه الإمام عليه؛ لوجوب طاعته فيما يجب [١٧٦/ب] النظر للمسلمين.

والثاني: كالجبايات في زماننا، وهي التي تأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالفتح؛ ففيه اختلاف المشايخ:

قال بعضهم: لا تصح الضمان بهما؛ لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً، وليس عليه شيء شرعاً ههنا.

وقال بعضهم: تصح، واختاره فخر الإسلام.

وفي «الخلاصة»: وعلى قول عامة المشايخ: لا يصح ضمان الجباية.

وقال فخر الإسلام: وأما النوائب.. فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه.. صحت الكفالة بها؛ لأنها ديون في حكم توجه المطالبة بها، والعبرة في الكفالة: للمطالبة؛ لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة.. كان مأجوراً، وإن كان أصله من جهة الذي يأخذ باطلاً، ولهذا قلنا: إن من قضى نائبة غيره.. يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحساناً؛ بمنزلة ثمن المبيع.

هذا، وفي «العناية» نقلاً عن شمس الأئمة: إن ما ذكره فخر الإسلام من صحة الرجوع من غير اشتراطه: إذا أمره به لا عن إكراه؛ أما إذا كان مكرها في الأمر.. فلا يعتبر أمره في الرجوع.

قلت: ويؤيد هذا ما ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن «النوازل»: جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق، فاختفى بعضهم، وظفر الوالي ببعضهم، فقال المختفون للذين وجدهم الوالي: لا تطلعوه علينا، وما أصابكم فهو علينا بالحصص؛ فلو أخذ الوالي منهم شيئاً.. فلهم الرجوع. انتهى.

سَوَاءٌ كَانَت بِحَقٍّ كَكَرْيِ النَّهرِ وَأُجْرَةِ الحارس، أَو بِغَيْرِ حقٍ كالجبايات.

وَضَمانُ الْعهْدَة بَاطِلٌ.

وَكَذَا ضَمَانُ الْخَلَاصِ، ....

فإنه ظاهر فيما ذكره عن شمس الأئمة.

وإلى ما ذكرنا من التفصيل في معنى النوائب أشار بقوله: (**سواء كانت بحق ككري النهر**) المشترك (**وأجرة الحارس**) أي: حافظ المحلة وغيرها مما ذكرناه وكفالة هذه النوائب جائزة بالاتفاق، على ما ذكرناه.

(**أو بغير حق؛ كالجبايات**)، واختلف في صحة الكفالة بها على ما تقدم آنفاً.

يقال: جبى الخراج: جمعه، والمراد بها ههنا: هي المال الذي يأخذه الظلمة في زماننا ظلماً، ومن هذا القبيل: ما وضعه الإمام في دور بعض البلاد من المقاطعات والمقابلات المعينة في كل سنة؛ إذ لا شيء في الدار المملوكة، ولو بذمي على ما تقدم في باب زكاة الخارج.

(**وضمان العهدة باطل**) هكذا ذكره في «الهداية»، ولم يذكر فيه خلافاً.

والوجه فيه: أن لفظة العهدة مشتركة بين المعاني؛ فإنها تقع على:

الصك القديم الذي هو عند البائع، وهو ملك البائع غير مضمون عليه.. فلا تصح الكفالة بها [١٧٧/أ].

وعلى: العقد أيضاً.

وعلى: حقوق العقد أيضاً.

وعلى: الدرك أيضاً.

وعلى: خيار الشرط أيضاً.. فتعذر العمل بها، فلم تصح الكفالة بها.

(**وكذا**) أي: باطل (**ضمان الخلاص**) عند أبي حنيفة، وهو عبارة عنده: عن تخليص المبيع وتسليمه على كل حال وتقدير، وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به؛

خلافاً لَهما.

وَلَو قَالَ الْكَفِيلُ: ضمنتُهُ إِلَى شهرٍ، وَقَالَ الطَّالِبُ: بل حَالاً.. فَالْقَوْلُ لِلْكَفِيلِ.

وَفِي الْإِقْرَارِ: لِلْمقَرِّ لَهُ.

لأنه إن ظهر مستحقاً.. فربما لا يساعده المستحق، أو حراً.. فلا يقدر مطلقاً، فيكون باطلاً.

(خلافاً لهما) قالا: إنه بمنزلة ضمان الدرك؛ تصحيحاً للضمان - وهو تسليم المبيع - إن قدر عليه، أو تسليم الثمن إن عجز عنه.

وأجيب عنه: بأن الأصل فراغ الذمة.. فلا تشتغل بالشك.

وقيل: هذا الخلاف جار في ضمان العهدة أيضاً.

(ولو قال الكفيل) للطالب: **(ضمنته إلى شهر، وقال الطالب: بل حالاً.. فالقول للكفيل)**؛ لأن الطالب يدعي المطالبة في الحال والكفيل ينكرها، وإنما يقر المطالبة بعد الشهر، فيكون القول له، ولأنه يدعي سلامة ذمته في الحال، فكان الظاهر شاهداً له.

(وفي الإقرار للمقر له) يعني: لو قال: لك علي مائة إلى شهر، فقال المقر له: لا، بل هي حالة.. فالقول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف في رواية ابن رستم عنه: القول في الفصلين للمقر له.

وقال الشافعي: القول فيهما للمقر؛ لأن الدين نوعان: حال ومؤجل؛ فإذا أقر بالمؤجل.. فقد أقر بأحد النوعين؛ فالقول له اعتباراً بالكفالة.

قلنا: الاعتبار بالكفالة فاسد؛ لأن الأجل في الدين عارض، بخلاف الكفالة؛ فإن الأجل فيها ليس بعارض، بل فصل منوع له.

ولأبي يوسف: أنهما تصادقا على وجوب المال، ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه.. فلا يصدق فيه إلا بحجة؛ اعتباراً بالإقرار بالدين.

والجواب عنه: فساد الاعتبار أيضاً على ما ذكرناه.

والحاصل: أن الشافعي اعتبر الإقرار بالدين بالإقرار بالكفالة، وأبا يوسف عكسه.. فالجواب عن أحدهما: عكس الجواب عن الآخر: فساد الاعتبار.

ووجه أبي حنيفة ومحمد: هو الفرق بينهما؛ لفساد اعتبار أحدهما بالآخر.

ووجه الفرق: أن المقر بالدين مدعياً حقاً لنفسه، وهو تأخير المطالبة إلى أجل، فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره، والأول مقبول، والثاني يحتاج إلى برهان؛ فإذا عجز عنه.. كان القول للمنكر، وهو المقر له، وفي الإقرار بالكفالة.. ما أقر بالدين؛ لأنه ليس عليه الدين، على الصحيح على ما تقدم، بل إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر، فاتضح الفرق بينهما.. فلا يصح اعتبار أحدهما بالآخر، كذا في «الهداية».

واعترض عليه [١٧٧/ب]: بأنا سلمنا أنه لم يقر بالدين، لكنه أقر بالمطالبة، فللخصم أن يقول: أقر بالمطالبة مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل، فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره إلى آخر ما ذكرتم.. فلا يتم الفرق، وعلى تقدير تمامه.. فهو معارض بأن يقال: الكفالة لما كانت التزام المطالبة.. وجب أن لا يثبت الأجل عند دعوى الكفيل إياه؛ لأنه إذا ثبت.. بطلت الكفالة، وفيه من التناقض ما لا يخفى.

وأجيب عنه: بأن ذلك الفرق إقناعي جدلي لدفع الخصم، لا تحقيقي.

والفرق التحقيقي: هو أن الأجل في الديون عارض؛ لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالَّة؛ حتى لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط، وفي الكفالة ليس بعارض، بل هو ذاتي منوع لها؛ فإن الأجل يثبت فيها من غير اشتراط؛ كما إذا كان الدين مؤجلاً على الأصيل.. تثبت الكفالة مؤجلاً على الكفيل، فكان الأجل ذاتياً

وَلَا يُؤْخَذُ ضَامِنُ الدَّرَكِ إِنِ اسْتحقَّ الْمَبِيع، مَا لم يُقْضَ بِثمنِهِ على بَائِعِهِ.

لنفس الكفالة؛ كالناطق المنوّع للإنسان؛ فإذا كان الأجل عارضاً في الديون لا يثبت إلا بشرط.. كان القول قول من أنكره مع اليمين؛ كما في شرط الخيار.

وإذا كان ذاتياً في الكفالة.. كان إقراره إقراراً بنوع منهما، فلا يحكم بغيره، فكان القول قوله.

(ولا يؤخذ) على صيغة المجهول **(ضامن الدرك إن استحق المبيع ما لم يقض بثمنه)** أي: ما لم يقض القاضي برد الثمن للمشتري **(على بائعه)**؛ لأن احتمال إجازة المستحق البيع تمنع أن يؤخذ الكفيل بالثمن؛ لأن بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية، ما لم يقض له برد الثمن على البائع؛ فلو كان الثمن عبداً فأعتقه البائع بعد حكم القاضي بالاستحقاق.. نفذ إعتاقه؛ لعدم انتقاض البيع بعد.

وفي رواية عن أبي يوسف له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع بالثمن؛ لتوجه الضمان عليه، ووجب للمشتري مطالبته.. فكذلك يجب على الكفيل.

* * *

(بَابُ كَفَالَةِ الرجلَيْنِ والعبدَينِ)

دينٌ عَلَيْهِمَا، كفلَ كلٌّ عَن صَاحبِهِ، فَمَا أَدَّاهُ أَحدُهُمَا.. لَا يرجعُ بِهِ على الآخرِ، إِلّا إِذا زَادَ على النّصْفِ.

وَلَو كفلا بِمَالٍ عَن رجلٍ، وكفلَ كلٌّ مِنْهُمَا بِهِ عَن صَاحبِهِ؛ ....

(بَابُ كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ وَالعَبْدَيْنِ)

لما فرغ عن ذكر كفالة الواحد.. شرع في بيان كفالة الاثنين قال:

(دين) كان **(عليهما)** بأن اشتريا عبداً بألف.. فالثمن دين عليهما؛ فإن **(كفل)** بالثمن **(كل)** من المشتريين **(عن صاحبه)** للبائع **(.. فما أداه أحدهما لا يرجع به على الآخر، إلا إذا زاد على النصف)** فيرجع بالزيادة؛ لأن كل واحد من الشريكين في نصف الثمن أصيل، وفي النصف الآخر كفيل، وكل من كان كذلك.. يكون ما أداه إلى تمام النصف واقعاً عما عليه بحق الأصالة وهو الدين؛ صرفاً له إلى أقوى ما عليه؛ لأن ما عليه [١٧٨/أ] بحق الكفالة: مطالبة لا دين، ولا شك أن الدين أقوى من المطالبة، ولا تعارض بين الأقوى والأضعف.. فيصرف إلى الأقوى.

وفي الزيادة على النصف.. يقع عن الكفالة؛ لانتفاء المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين؛ إذ لا دين عليه في الزيادة، بخلاف النصف؛ فإن انتفاء التعارض فيه لكون أحد المتعارضين راجحاً، لا لانتفاء أحدهما، ولأنه لو رجع في النصف على صاحبه.. لرجع صاحبه عليه أيضاً؛ لأن أداء نائبه كأدائه؛ فيلزم الدور المحال؛ لأن صاحبه يقول: إن أداك بحكم الكفالة عني بأمري كأدائي بنفسي؛ لأنك كفيلي بأمري؛ فإن رجعت علي بحكم الكفالة.. فأنا أرجع عليك أيضاً بما أؤدي؛ لأني كفيل عنك أيضاً، فأدى إلى الدور.

(ولو كفلاً بمال عن رجل فكفل كل منهما به) أي: بذلك المال كله **(عن صاحبه)** فكل من الكفالتين المجتمعتين على كل منهما: كفالة عن الأصيل وكفالة عن الكفيل بكل المال فيهما صحيح؛ لأن موجب الكفالة: التزام المطالبة، فتصح من

فَمَا أَدَّاهُ.. رَجَعَ بِنصفِهِ على شَرِيكِهِ، أَو بكلِّهِ على الْأَصِيلِ لَو بِأَمْرِهِ.

وَإِن أَبْرَأَ الطَّالِبُ أَحدَهُمَا.. فَلهُ أَخذُ الآخرِ بكلِّهِ.

الكفيل كما تصح من الأصيل؛ كما تصح الحوالة عن المحتال عليه بما التزم على آخر.

وإذا صحت الكفالتان من كل منهما (.. **فما أداه**) كل منهما قليلاً كان أو كثيراً (**رجع بنصفه على شريكه**)؛ لأن ما أدى أحدهما وقع شائعاً عنهما؛ إذ الكل كفالة.. فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف ما تقدم؛ لأن الأصالة في النصف ثمة راجحة بعد صورة التعارض بينهما وبين الكفالة على ما ذكرناه.

وإذا وقع شائعاً.. رجع على صاحبه بنصفه، ولا يؤدي إلى الدور؛ لأن قضية الاستواء قد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى، وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد؛ إذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم.

بخلاف ما تقدم؛ لأن كل واحد لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة، بل التزم نصفه لنفسه أصالة ونصفه الآخر عن شريكه كفالة عنه، فلكل منهما جهة ترجيح ابتداء.. فلا يضره الرجوع، فيؤدي إلى الدور.

ثم إذا رجع بنصفه على شريكه.. فيرجعان معاً على الأصيل؛ لأنهما أديا عنه دينه بأمره. (**أو بكله على الأصيل لو**) كفل (**بأمره**)؛ لأنه لما كفل عن كل منهما بأمره بجميع المال.. فله أن يرجع بما أدى بأي شاء.

ولو كان أحدهما كفيلاً عن الكفيل فقط.. لم يكن رجوع على الأصيل؛ لعدم الموجب.

(**وإن أبرأ الطالب أحدهما.. فله أخذ الآخر بكله**)؛ لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقي المال كله على الأصيل، والآخر كفيل بكله فيأخذه.

وَلَو فُسِخَتِ الْمُفَاوَضَةُ.. فلربِّ الدّينِ أَخذُ من شَاءَ من شريكيها بِكُل دِينِهِ.

وَمَا أَدَّاهُ أَحدهُمَا.. لَا يرجع بِهِ على الآخرِ، مَا لم يزدْ بِهِ على النّصْفِ.

وَإِذا كُوتِبَ العبدانِ بِعقدٍ وَاحِدٍ، وكفلَ كلٌّ عَن صَاحبِهِ.. صَحَّ ....

(**ولو فسخت**) شركة (**المفاوضة.. فلرب الدين أخذ ما شاء من** [١٧٨/ب] **شريكيها بكل دينه**)؛ لأن كل واحد من شريكي المفاوضة كفيل عن الآخر بما كان من ضمان التجارة على ما عرف في بابه؛ فللغريم أن يطالب أيهما شاء بجميع الدين.

(**وما أداه أحدهما.. لا يرجع به على الآخر ما لم يزد به على النصف**)؛ لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين.

قيد الشركة بالمفاوضة؛ لأن شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه؛ لأنها لا تتضمن الكفالة، بل إنما تتضمن الوكالة، ولذا قال في شركة «الخلاصة»: لو اشترى أحد شريكي العنان.. يطالب المشتري فقط.

وفي المفاوضة: يطالب كل منهما.

ثم قال: ولو أقر أحد شريكي العنان بدين.. لم يجز على صاحبه.

ثم قال نقلاً عن «الكافي»: إذا أقر أحدهما بدين من تجارتهما وأنكر الآخر.. لزم المقر جميع المال إن كان هو الذي تولاه.

وإن أقر أنهما تولياه.. لزمه نصفه، ولا يلزم المنكر شيء.

وإن أقر أنه تولاه.. لم يلزمه شيء.

(**إذا كوتب العبدان بعقد واحد**) بأن قال المولى: كاتبتكما بألف إلى كذا (**وكفل كل**) من العبدين (**عن صاحبه.. صح**) ذلك استحساناً.

والقياس: عدمه؛ لأنه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل منهما على الانفراد باطل؛ فعند الاجتماع: أولى أن يكون باطلا.

وَرجع كلٌّ على الآخرِ بِنصْفِ مَا أَدّى.

وَإِن أَعتَقَ السَّيِّدُ أَحدَهُمَا قبلَ الْأَدَاءِ.. صَحَّ، وَله أَن يَأْخُذَ حِصَّةَ الآخرِ مِنْهُ أَصَالَةً، ....

أما الأولى: فلأن الكفالة تبرع، والمكاتب لا يملكه.

وأما الثاني: فلما مر من أن الكفالة تقتضي ديناً صحيحاً، وبدل الكتابة ليس كذلك.

ووجه الاستحسان: أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب كل الألف عليه، ويكون عتقهما معلقاً بأداء واحد منهما؛ كأنه قال: لكل واحد منهما: إن أديت الألف.. فأنت حر، وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلاً بكل الألف عن صاحبه.. فاستويا في الوجوب عليهما؛ لاستوائهما في العلة - أعني الكتابة - فكان كل البدل مضموناً على كل واحد منهما، ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل.

وإذا صح ذلك (.. رجع كل على الآخر بنصف ما أدى) للاستواء.

ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشيء.. انتفى المساواة، وهو مقتضى العقد على ما تقدم.

(وإن أعتق السيد أحدهما قبل الأداء.. صح) العتق لمصادفته ملكه، وبرئ المعتق عن النصف؛ لأنه ما رضي بالمال إلا ليكون وسيلة إلى العتق، وقد حصل المقصود، ولم يبق المال وسيلة، فيسقط النصف.

(وله) أي: المولى **(أن يأخذ حصة الآخر منه)** أي: من الآخر **(أصالة)**؛ لبقائها في ذمته بعد سقوط حصة المعتَق؛ لأن المال في الحقيقة مقابل رقبتهما ومنقسم عليهما، وإنما جعل على كل واحد منهما لضرورة تصحيح الكفالة، فلا تتعدى غير موضعها [١٧٩/أ]، وإذا أعتق أحدهما.. استغنى عنها، وانتفى الضرورة، فاعتبر مقابلاً برقبتهما، وأحد المقابلين لا يسقط لسقوط الآخر، فللمولى أن يأخذه بما في ذمته.

أَو من الْمُعْتَقِ كَفَالَةً، وَيرجعُ الْمُعْتَقُ فَقَط بِمَا أَدّى على صَاحبه.

وَلَو كَانَ على عبدٍ مَالٌ لَا يجبُ عَلَيْهِ إِلّا بعدَ عتقِهِ، فكفلَ بِهِ رجلٌ كَفَالَةً مُطلقَةً.. لزمَ الْكَفِيلَ حَالاً،

(أو من المعتق كفالة)؛ عملاً بمقتضى العقد؛ لأن كفالته عن الآخر باقية، بخلاف العكس.

(ويرجع المعتَق) إن أخذه السيد **(فقط)** أي: لا يرجع صاحبه إن أخذه السيد؛ لأنه أدّى عن نفسه أصالة **(بما أدى على صاحبه)**؛ لأنه أداه عنه بأمره.

(ولو كان على عبد مال لا يجب عليه) صفة مال **(إلا بعد عتقه)** يعني: الديون التي لم تظهر في حق المولى؛ كما إذا أقر مالاً استهلكه وكذبه المولى، أو أقرضه إنسان أو باعه أو أودعه فاستهلكه وهو محجور عليه، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى.. فإنه لا يؤخذ بجميع هذه الديون في الحال، بل إنما يؤخذ بعد العتق؛ لعدم ظهورها في حق المولى.

(فكفل به) أي بهذا العبد **(رجل كفالة مطلقة)** أي: من غير أن يسمى حالّاً، ولا غير حال.

(.. لزم) المال المكفول به **(الكفيل حالّاً)**.

أما لزوم المال: فلأنه كفل بمال مضمون على الأصيل مقدور التسليم للكفيل، فيصح كما في سائر الديون؛ سواء كانت في ذمة الملي أو المفلس.

وأما كونها حالّاً: فلأن المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة، لكن لا يطالب؛ لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة؛ إذ جميع ما في يده ملك المولى، ولم يرض بتعلق الدين بملكه، وهو المانع غير متحقق في حق الكفيل؛ لأنه غير معسر، فيجب العمل بالمقتضي؛ لعدم المانع، فصار كالكفالة عن غائب.. تصح ويؤخذ به الكفيل حالاً، وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل.

وَإِذا أدّى.. لَا يرجعُ علىٰ العَبْدِ إِلّا بعدَ عتقِهِ.

وَلَو ادّعى رَقَبَةَ عبدٍ، فكفلَ بِهِ رجلٌ، فَمَاتَ العَبْد، فبرهنَ الْمُدَّعِي أَنَّه لَهُ.. ضَمِنَ الْكَفِيلُ قِيمَتَهُ.

وَلَو كفلَ سيّدٌ عَن عَبدِهِ بِأَمرِه ....

وكالكفالة عن مفلس.. فإنها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال، وإن كان في حق الأصيل متأخر إلى الميسرة.

فإن قيل: إذا لم يؤخذ من العبد إلا بعد العتق.. فلم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً إلا بعد الأجل؟

أجيب: بأن الدين المؤجل إنما تأخر عن الأصيل بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً، وقد التزمه الكفيل، فلزمه مؤجلاً.

(وإذا أدى) الكفيل **(.. لا يرجع على العبد إلا بعد عتقه)**؛ لأن الطالب يرجع كذلك، فكذا الكفيل؛ لقيامه مقامه.

(ولو ادعى رقبة عبد) في يد إنسان **(فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه)** أي: العبد **(له.. ضمن الكفيل قيمته)**؛ لأن على المولى رد الرقبة على وجه تخلفها القيمة عند العجز عن ردها، وإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل.. وجب على الكفيل [١٧٩/ب] أيضاً؛ لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل، وقد انتقل الضمان في حقّ الأصيل إلى القيمة.. فكذا في حق الكفيل.

واحترز بقوله: «فبرهن المدعي» عما إذا ثبت له بإقرار ذي اليد أو بنكوله عن اليمين؛ حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل؛ لأن الإقرار حجة قاصرة لا تظهر في حق الكفيل، إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل.

(ولو كفل سيد عن عبده بأمره) أي: بأمر العبد، هكذا قيده في «الكافي»، وقد تركه في «الهداية» ولا بد منه ههنا؛ كما في المسألة الآتية وإن تركه المصنف ثمة اعتماداً على ما ذكره في هذه المسألة، وهذه الكفالة صحيحة؛ سواء كانت بالنفس أو

أَو عبدٌ غيرُ مديونٍ عَن سَيّدِهِ فَعتَقَ؛ فإِنْ أَدّى. لَا يرجعُ على الآخرِ.

بما عليه من المال؛ مديوناً مستغرقاً كان العبد أو غير مستغرق؛ لوجود المقتضي، ويترتب عليها فائدتها: وهو وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله.

(أو) كفل **(عبد غير مديون)** مستغرق؛ لأن كفالة العبد المديون المستغرق غير صحيحة بحق الغرماء، وإن كان بإذن المولى **(عن سيده)** أي: بأمره، ولا بد من هذا القيد هنا كما قيده في «الهداية»، وقد تركه المصنف اعتماداً على ما سبق في المسألة الأولى، وهذه الكفالة صحيحة؛ لأن ماليته لسيده.. فله أن يجعله مشغولاً بالمطالبة؛ كما له أن يجعله مشغولاً بالدين بالرهن أو بالإقرار عليه، بخلاف ما إذا لم يأمره سيده بالكفالة فكفل عن سيده.. فإنها غير صحيحة.

(فعتق) العبد؛ **(فإن أدى)** بعد العتق **(.. لا يرجع)** بما أدى **(على الآخر)** يعني: لو أدى السيد عن عبده بعد عتقه، أو العبد عن مولاه بعد عتقه.. لم يرجع أحدهما على الآخر.

خلافاً لزفر؛ حيث قال: يرجع؛ لوجود المقتضي وهو الكفالة بالأمر، والمانع هو الرق قد زال.

قلنا: هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع؛ لأن العبد إذا لم يكن عليه دين مستغرق.. لا يستوجب على مولاه ديناً، وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال، وكل كفالة كذلك.. لا تنقلب موجبة أبداً؛ كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه؛ فإن الكفيل بعد الأداء لا يرجع على الأصيل لذلك.

وأما إذا كان على العبد دين مستغرق.. فيستوجب على مولاه ديناً؛ كما إذا باع العبد المأذون المديون من مولاه شيئاً، فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن؛ حيث لا يسقط الثمن عن مولاه.

وكذا لو استهلك المولى شيئاً من إكساب عبده المديون المستغرق المأذون.. ضمن للعبد على ما في كتاب المأذون.

* * *

(كتاب الحوالة)

(كِتابُ الْحوَالَةِ)

هِيَ نقلُ الدّينِ من ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ.

وَتَصِحُّ فِي الدَّينِ لَا فِي الْعَينِ، ....

(كِتَابُ الحَوَالَة)

(هي) في اللغة: النقل مطلقاً.

وفي الشرع: (**نقل الدين من ذمة**) الأصيل [١٨٠/أ] (**إلى ذمة**) المحتال عليه.

لا بد ههنا من معرفة أربعة أشياء:

المحيل: وهو الذي عليه الدين، وهو المراد بالأصيل.

والمحتال عليه: وهو الذي قبل الحوالة.

والمحتال به: وهو المال.

والمحتال له: وهو الدائن.

(**وتصح**) أي: الحوالة؛ لما في «سنن أبي داود» عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أُتبع أحدكم على مليء.. فليتبع»، وقال الترمذي: حسن صحيح.

ومعناه: إذا أحيل أحدكم على مليء.. فليحتل، أمر بالإتباع، والإتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مأموراً به من الشارع فدل على جوازها؛ لأنه قادر على إيفاء ما التزمه، وذلك يوجب الجواز أيضاً كما في الكفالة.

(**في الدين لا في العين**)؛ لأنها عبارة عن تحويل شرعي على ما دل عليه معناه لغة وشرعاً، والتحويل الشرعي لا يتصور إلا في محول شرعي، وهو الدين؛ لأنه وصف شرعي في الذمة، فجاز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه.

وأما العين إذا كان في محل محسوس.. فلا يمكن أن يعتبره في محل آخر ليس هو فيه؛ لأن الحس يكذبه، فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي لا الشرعي وهو المقصود.

بِرضا الْمُحْتَالِ والمحتالِ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: لَا بُدَّ من رِضا الْمُحِيلِ أَيْضاً.

فإن قيل: إن الدين وصف ثابت في الذمة، وهو عرض لا يقبل النقل؛ لأن الأعراض غير باقية، وإنما تتجدد بأمثالها.

قلنا: نعم، إلا أن الأعراض لها حكم الجواهر في الشرع؛ لأن الشرع يحكم ببقائها بعد المباشرة.

(**برضا المحتال**)؛ لأن الدين حقه، وهو يبطل بالحوالة، والذمم متفاوتة، فلا بد من رضاه.

(و) برضا (**المحتال عليه**)؛ سواء كان عليه دين للمحيل أو لا.

وقال الشافعي ومالك: إن كان للمحيل دين على المحتال عليه.. لا يشترط رضاه؛ لأنه محل التصرف، فلا يشترط رضاه؛ كما لو باع عبده؛ فإنه لا يشترط رضاه.

وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه.. فيشترط رضاه بالإجماع.

قلنا: إنه التزام الدائن، ولا لزوم بدون الالتزام.

(**وقيل: لا بد من رضا المحيل أيضاً**)، واختاره القدوري، ولم يشترط في «الزيادات».

وجه الأول: أن ذوي المروءات قد يتأنفون بتحميل ما عليهم من الدين على غيرهم، فلا بد من رضاهم.

ووجه الثاني: أن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به، بل فيه منفعة.. فلا يشترط رضاه، كذا قيل.

وقيل: إن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل، وقد تكون من المحتال عليه، والأول إحالة، وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الإرادة والرضاء، والثاني احتيال يتم بدون رضا المحيل، وهو وجه رواية «الزيادات» [١٨٠/ب].

وَإِذا تمَّتْ.. برئَ الْمُحِيلُ ....

(وإذا تمت) الحوالة بركنها وشرطها.

ومن شروطه أيضاً: كون المال المحال به معلوماً، حتى لو كان مجهولاً.. لا تصح الحوالة؛ لما ذكره في «البزازية»: احتال مالاً مجهولاً على نفسه بأن قال: احتلته بما يذوب لك على فلان.. لا تصح الحوالة مع جهالة المال، ولا تصح كفالته أيضاً بهذا اللفظ، وهكذا ذكره في «القنية» أيضاً.

ومن شروطه أيضاً: كون المال مما يقدر المحتال عليه على الوفاء به؛ لما في «الخلاصة»: ومن صور فساد الحوالة: ما إذا كانت الحوالة بشرط أن يعطي المحتال عليه مال الحوالة من ثمن دار المحيل، أو من ثمن عبده.. كانت الحوالة فاسدة؛ لأن هذه حوالة بما لا يقدر على الوفاء بها، وهو بيع الدار والعبد.

(.. برئ المحيل) أي: من الدين والمطالبة جميعها؛ لأنها تصرف في تحويل الدين عن ذمة إلى ذمة، على ما دل عليه اشتقاقه.. فيجب تحويله؛ لأن الأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية.

وقيل: إنما برئ عن المطالبة فقط، لا الدين.

قالوا: والصحيح: هو الأول لما ذكرناه، ولما قال محمد: إن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة.. لا يصح هبته وإبراؤه على ما ذكر في «قاضي خان».

ولو بقي الدين في ذمته.. وجب أن يصح.

وقد يستدل على الثاني بما ذكره محمد أيضاً: أن المحتال إذا أبرأ المحال عليه.. صح، ولا يرتد بالرد كإبراء الكفيل، ولو انتقل أصل الدين إلى المحتال عليه.. لوجب أن يرتد برده؛ كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل في الكفالة؛ فإن الإبراء حينئذ تمليك الدين، ممن عليه الدين، والتمليك يرتد بالرد.

وقيل: الأول: قول أبو يوسف، والثاني: قول محمد.

بِالْقَبُولِ، ....

وتظهر الفائدة في الراهن إذا أحال المرتهن بالدين، هل يسترد الدين؟

فعند أبي يوسف: يسترد؛ كما لو أبرأه عن الدين.

وعند محمد: لا يسترد؛ كما لو أجل الدين بعد الرهن.

وقال زفر: لا يبرأ؛ كما في الكفالة بجامع كونهما عقد توثق.

قلنا: إن العقد في كل منهما غير مضاف إلى ما ذكرتم من الجامع، بل الفارق:

هو النقل: في الحوالة؛ لأنها تنبئ عنه بحسب اللغة على ما تقدم؛ فإذا حصل نقل الدين عن ذمة.. لا يبقى فيها.

والضم: في الكفالة؛ لأنها مشتقة من الكفل، وهو ضم الشيء إلى الشيء، والضم لا يقتضي فراغ المضموم إليه، بل يقتضي بقاءه، والأصل: موافقة الأحكام الشرعية للمعاني اللغوية في كل موضع.

فإن قيل: لو صح هذا.. لزم أن لا يجبر المحتال بالقبول حين نقده المحيل؛ لأنه صار أجنبياً بانتقال الدين من ذمته، ولا جبر بالقبول من الأجنبي [١٨١/أ]؛ لكونه متبرعاً.

قلنا: إن المحل متبرع في النقد، وإنما يكون متبرعاً أن لو لم يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى، لكنه يحتمل.. فلا يكون متبرعاً.

(بالقبول) هكذا وقع في «الهداية»؛ حيث قال: وإذا تمت الحوالة.. برئ المحل من الدين بالقبول.

والذي ظهر منه ومن كلام المصنف: أن قوله: «بالقبول» متعلق بقوله: «برئ»، وليس كذلك، بل هو متعلق بـ«تمت» على ما صرح به في «العناية»؛ حيث قال: قوله: «بالقبول» يتعلق بقوله: «تمت الحوالة»، والمراد به: رضاء مَن رضاه شرط فيها. انتهى.

فَلَا يَأْخُذُ الْمُحْتَالُ من تركتِهِ، لَكِنْ يَأْخُذ كَفِيلاً مَن الْوَرَثَةِ أَو الْغُرَمَاءِ مَخَافَةَ التَّوى، ....

ويدل عليه أيضاً: لفظ القدوري في «مختصره»؛ حيث قال: إن الحوالة إذا تمت بقبول المحتال له والمحتال عليه.. برئ المحيل أيضاً. انتهى.

فظهر منه: أن صحة الحوالة تعتمد على قبول المحتال له والمحتال عليه.

وهل يشترط حضرتهما؟

ففي «قاضي خان» و«الخلاصة»: ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال له في قول أبي حنيفة ومحمد؛ كما في الكفالة، إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب، ولا يشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة، حتى لو أحاله على رجل غائب، ثم علم الغائب فقبل.. صحت الحوالة.

وكذا لا يشترط حضرة المحيل، حتى لو قال رجل لصاحب الدين: لك على فلان ابن فلان ألف درهم فاحتل بها علي فرضي الطالب بذلك وأجاز.. صحت الحوالة، حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك. انتهى.

(فلا يأخذ المحتال) - تفريع على براءة ذمة المحيل - **(من تركته)** أي: تركة المحيل، **(لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو الغرماء؛ مخافة التوى)** كذا في «الاختيار»، وإذا تحقق التوى.. يرجع على الكفيل أو على تركة المحيل.

وقال في «البزازية»: مات المحيل بعد الحوالة قبل استيفاء المحتال المال من المحتال عليه، وعلى المحيل ديون كثيرة.. فالمحتال مع سائر الغرماء على السواء، ولا يترجح المحتال بالحوالة.

وكذا لو قيده بدينه الذي على المحتال عليه.

ولو مات قبل الاستيفاء.. يتساوى المحتال مع سائر الغرماء.

وَلَا يرجعُ عَلَيْهِ إِلّا إِذا نَوِيَ حَقُّهُ، ....

بخلاف ما إذا أحال المديون طالبه على مديونه أن يؤديه من دينه الذي عليه، فلم يؤد المحتال عليه حتى مرض المحيل، فأداه في مرضه ومات المحيل عن ديون كثيرة ولا مال له سواه.. سلم المدفوع للمحتال، ولا حق للغرماء في ذلك. انتهى.

(ولا يرجع) عطف على: «لا يأخذ».

(عليه) أي: على المحيل المحتال، **(إلا إذا نوى حقه)**.

الظاهر: أنه استثناء من قوله: «ولا يرجع».

وقال الشافعي: لا يرجع وإن نوى؛ لأن براءة المحيل حصلت مطلقة عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى، فلا يعود إلا بسبب جديد؛ كما في الإبراء.

قلنا: إن أردت أنها حصلت [١٨١/ب] مطلقة لفظاً ومعنى أو معنى.. فممنوع.

وإن أردت أنها مطلقة لفظاً.. فمسلم، لكنه لا يفيد؛ لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة.. فنقول: إنها حصلت مقيدة سلامة حقه له؛ بدلالة الحال وإن كانت مطلقة لفظاً؛ إذ المقصود من شرع الحوالة: التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثاني؛ كالمشروط في العقد الأول؛ لكونها هو المطلوب؛ فإذا فات الشرط.. عاد الحق إلى المحل الأول، فصار وصف السلامة في حق المحتال به كوصف السلامة في المبيع؛ بأن اشترى شيئاً فهلك قبل القبض.. فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وإن لم يشترط ذلك لفظاً؛ لما أن وصف سلامة المبيع حق مستحق للمشتري.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن الرجوع على المحيل بالتوى هل هو بطريق انفساخ الحوالة بالتوى أو بطريق الفسخ؟

قيل: بالأول.

وقيل: بالثاني.

وَهُوَ: بِمَوْتِ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ مُفلساً، ....

ثـم حصر الرجوع عليه على صورة التوى إذا لـم يشترط الخيار في الحوالة للمحتال له.

أما إذا جعل المحتال له الخيار.. فله الرجوع على المحيل متى شاء؛ نوى أو لم ينو؛ لما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال فيها: لو احتال على رجل على أن المحتال بالخيار.. فهو جائز، وكذا إن أحاله على أنه متى شاء رجع على المحيل.. جاز، ويرجع على أيهما شاء. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: رجل له على رجل مال، فقال الطالب للمديون: أحلني بمالي عليك على فلان، على أنك ضامن لذلك، ففعل.. فهو جائز، وله أن يأخذ بالمال أيهما شاء؛ لأنه لما شرط الضمان على المحيل.. فقد جعل الحوالة كفالة؛ لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل: كفالة. انتهى.

(وهو) أي: التوى (**بموت المحال عليه مفلساً**) بأن صار إلى حال ليس له فلوس بأن لم يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً.

وإذا ترك كفيلاً بأمره أو بغير أمره.. لا يعود الدين إلى ذمة المحيل، قال في «البزازية»: المحتال أخذ الكفيل من المحتال عليه بالمال، ثم مات المحتال عليه مفلساً.. لا يعود الدين إلى ذمة المحيل؛ سواء أكفل بأمره أو بغير أمره، والكفالة حالة أو مؤجلة، أو كفل حالاً ثم أجله المكفول له.

وإن لم يكن به كفيل، ولكن تبرع رجل ورهن به رهناً، ثم مات المحتال عليه مفلساً.. عاد الدين إلى ذمة المحيل.

فلو كان مفلساً على البيع، فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه مفلساً.. بطلت الحوالة، والثمن لصاحب الرهن. انتهى.

ففرق بين الكفيل والرهن تبرعاً.

أَو إِنْكَارِهِ الْحوَالَةَ وحلفِهِ وَلَا بَيِّنَةَ عَلَيْهَا.

وظهر منه: أنه لو رهن إنسان بأمر المحيل، ثم مات المحتال عليه مفلساً [١٨٢/أ].. لا يعود الدين إلى ذمة المحيل كما في الكفيل.

وإذا أبرأ الكفيل.. فهل يعود الدين إلى ذمة المحيل؟

ففي «البزازية»: وإن مات المحتال عليه بلا تركة، ولكن كان له كفيل بالمال، ثم أبرأ صاحب المال الكفيل عنه.. يرجع على الأصيل. انتهى.

فظهر منه: أن الدين يعود إلى ذمة المحيل بعد إبراء الكفيل.

وفي «البزازية» أيضاً: قال الطالب: مات المحتال عليه مفلساً بلا تركة، وقال المحيل: مات عن تركة.. فالقول للطالب مع حلفه.

ثم قال بعد أسطر: قال المحيل: مات المحتال عليه بعد أداء الدين إليك، وقال المحتال: لا، بل قبله وتوى حقي، فلي الرجوع عليك.. فالقول للمحتال؛ لأنه متمسك بالأصل. انتهى.

ومراده بالأصيل: هو العسرة.

فإن قيل: إنه منقوض بما لو أوصى رجل لفقراء بني فلان وجاء واحد من بني فلان، وقال: أنا فقير، وقالت الورثة: إنه غني.. فالقول للورثة، وإن كان الأصل هو العسرة.

قلنا: إن ذلك الفقير مدّعٍ لنفسه، وليس بدافع شيئاً عن نفسه.. فلا يعمل بمجرد قوله في مقام الدعوى، بخلاف مسألتنا؛ فإن الطالب هنا منكر معنى؛ لأن المحيل بدعواه: أن المحتال عليه مات عن وفاء.. يدّعي توجه المطالبة على الورثة، والطالب ينكره، وفي مثله يكون القول قول المتمسك بالأصل؛ لأنه انضم إليه الإنكار.

(**أو إنكاره**) مجرور معطوف على «الموت» أي: إنكار المحتال عليه (**الحوالة وحلفه**) عن التحليف على إنكاره (**ولا بينة**) للمحيل، ولا للمحتال له (**عليها**) أي: على المحتال عليه على ما في «العناية».

وَعِنْدَهُمَا: بتفليس القَاضِي إِيَّاهُ أَيْضاً.

وَتَصِحُّ بِالدَّرَاهِمِ المودَعةِ، ....

ويجوز إرجاعه إلى الحوالة، وهذا؛ لأن العجز عن الوصول إلى الحق في الحقيقة يتحقق لكل واحد من هذين الأمرين.

أما في الأول: فلأنه لم يبق بالموت ذمة يتعلق بها الحق.

وأما في الثاني: فلأن المحتال حينئذ لا يقدر على مطالبته، فيضيع حقه؛ فإذا توى.. ثبت للمحتال حق الرجوع عليه؛ لأن براءته كانت براءة استيفاء لا براءة إسقاط، فلما تعذر الاستيفاء.. وجب الرجوع هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: بتفليس القاضي إياه أيضاً**) أي: كما يكون التوى بأحد الأمرين المذكورين.. كذلك يكون بتفليس القاضي، وذلك بأن يحكم القاضي بإفلاسه بالشهود حال حياته، وهذا الاختلاف بناء على أن الإفلاس بتفليس القاضي عنده: لا يتحقق، خلافاً لهما؛ لحصول العجز عن الوصول إلى المقصود ههنا.

ولأبي حنيفة: أن هذا العجز يتوهم ارتفاعه بحدوث المال.. فلا يعتبر.

(**وتصح** [١٨٢/ب]) أي: الحوالة (**بالدراهم المودعة**) لمَّا ذكر تعريف الحوالة وشرطها وحكمها.. شرع في بيان نوعها، وهي على نوعين: مقيدة، ومطلقة.

فالمقيدة: على نوعين:

أحدهما: أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحتال عليه بالوديعة أو الغصب.

والثاني: أن يقيدها بالدين الذي له على المحتال عليه، وإنما جاز هذا النوع بقسميها؛ لأن المحال عليه أقدر على القضاء بها؛ لأن الأداء منها يتحقق من عين حق المحيل، وهو لا يصعب عليه، ولعدم احتياجه إلى الكسب للأداء؛ لأن العين حاصلة عنده.

وسيأتي بيان النوع الثاني.

وَيبرأ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ بهلاكها، وبالمغصوبة، وَلَا يبرأُ بهلاكها.

(**ويبرأ المحتال عليه بهلاكها**)؛ لأن الحوالة مقيدة بها؛ لأنه ما التزم الأداء إلا منها، حتى لو كانت الحوالة مقيدة بالعين الذي في يد المحتال عليه بالوديعة أو بالدين الذي على المحتال عليه، ثم استحقت العين وظهر بطلان الدين بالاستحقاق.. برأ للمحال عليه، حتى لو كان أدى العين المحتال به أو الدين المحتال به إلى المحتال.. يسترد منه.

بخلاف الحوالة المطلقة؛ لأنها لا تبطل ببطلان العين الذي عند المحتال عليه، ولا ببطلان الدين على المحال عليه.

وكذا لا تبطل الحوالة المقيدة بثمن عبد كان للمحيل على المحتال عليه، ثم فسخ بيع العقد بخيار رؤية أو شرط أو عيب قبل القبض أو بعده بقضاء قاض، أو هلك العبد المبيع قبل التسليم.. بطل الثمن على المحتال عليه، ولا تبطل الحوالة استحساناً؛ كذا في «قاضي خان».

وهل يصدق في قوله: هلكت؟

ففي «البزازية»: أودع عنده ألفاً ثم أحال به غريمه مقيدة بها، فقال المودع: ضاعت الوديعة.. بطلت الحوالة، ولو كانت مقيدة بالغصب.. لا تبطل؛ لوجود الخلف. انتهى.

(و) تصح بالعين (**بالمغصوبة**) أيضاً؛ لما ذكرناه من الوجهين في الوديعة.

(**ولا يبرأ**) المحال عليه (**بهلاكها**)؛ لأنها إذا هلكت.. وجب على الغاصب مثلها إن كان مثلياً، وقيمتها إن كانت قيمياً، فكان الفوات بهلاكها فواتاً إلى خلف، فكان باقياً حكماً.

بخلاف الوديعة؛ فإن الفوات فيها لا إلى خلف.. فلم تبق أصلاً.

وَإِذا قُيِّدتِ الْحوَالَةُ بِالدَّينِ، أَو الْوَدِيعَةِ، أَو الْغَصْبِ.. لَا يُطَالِبُ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ، مَعَ أَنَّ الْمُحْتَالَ أُسْوَةٌ لغرماءِ الْمُحِيلِ بعدَ مَوته.

وَإِن لم تقيَّدْ بِشَيْءٍ.. ....

(**وإذا قيدت الحوالة بالدين**) وهو القسم الثاني من الحوالة المقيدة، وذلك بأن كان لرجل على آخر ألف درهم، وللمديون على آخر كذلك، وأحال المديون الطالب على مديونه بألف، على أن يؤديه من الألف التي للمطلوب عليه.

(**أو الوديعة أو الغصب.. لا يطالب المحيل المحال عليه**) بكل من الدين أو الوديعة والغصب المحال به؛ لأنه تعلق به حق المحتال؛ فإنه إنما رضي بنقل حقه إلى المحال عليه بشرط أن يوفي حقه ما عليه للمحيل أو بيده [١٨٣/أ]، فتعلق به حق استيفائه، وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق.. فلا يطالبه.

ولو دفعها المودع أو غيره إلى المحيل.. ضمن؛ لأنه استهلك محلاً مشغولاً بحق الغير، وصارت كالرهن في هذا الحكم؛ فإن الراهن بعدما رهن العين.. لم يبق له حق الأخذ عن يد المرتهن؛ لئلا يبطل حق المرتهن، ولكنها تخالفه في حكم آخر، أشار إليه بقوله: (**مع أن المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته**) يعني: أن المحتال قد تعلق به حقه بالمحتال به من العين والدين، فيمنع مطالبة المحيل؛ كتعلق حق المرتهن بالرهن، فيمنع مطالبة الراهن، ومع هذا: أن المحتال بعد موت المحيل بلا شيء سوى المحتال به من العين أو الدين أسوة لباقي غرمائه.

بخلاف المرتهن؛ فإنه ليس بأسوة لباقي غرماء الراهن بعد موته بلا شيء سوى الرهن.

والفرق: أن المحتال به من الدين والعين لم يصر مملوكاً للمحتال بعقد الحوالة لا يداً ولا رقبة؛ لأن الحوالة ما وضعت للتمليك، وإنما وضعت للنقل، فيكون بين الغرماء، وأما الرهن.. فلا يكون باقي الغرماء شريكاً له فيه.

(**وإن لم تقيد**) الحوالة (**بشيء**) من العين أو الدين؛ سواء ثبت شيء منها للمحيل على المحال عليه ولم يقيدها به، أو لم يثبت أصلاً؛ فإن الحوالة في

فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ.

الصورتين مطلقة، وللمحيل في الصورة الأولى أن يطالب المحال عليه بالدين، وللمحتال أيضاً أن يطالبه بالحوالة، على ما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: ولو كان للمحيل على المحتال عليه دين، فأحال دينه ولم يقيد بدينه.. فالدين على المحتال عليه على حاله، وله أن يطالبه بالدين، والمحتال أيضاً يطالبه بالحوالة.

وإن قيدها بالدين الذي عليه.. ليس له أن يطالبه. انتهى.

وإليه أيضاً أشار بقوله: (**فله**) أي: للمحيل (**المطالبة**) بما له عليه من العين أو الدين؛ لوجود المقتضي وعدم المانع من تعلق حق المحتال؛ لأن حقه إنما تعلق بذمة المحال عليه لا العين والدين، لكن هذا في صورة ما كان للمحيل شيء من العين والدين على المحال عليه، وإلا.. فليس له مطالبة المحال عليه، وإنما يطالبه المحتال فقط بحكم الحوالة.

واعلم: أن للمحتال أن يطالب المحتال عليه بحكم الحوالة في الحوالة المطلقة؛ سواء كانت الحوالة صحيحة أو فاسدة.

وأما في الحوالة المقيدة: فليس له أن يطالب المحتال عليه بحكم الحوالة في الحوالة الفاسدة؛ لظهور عدم ذلك القيد؛ أعني: الدين مثلاً: باع عبداً وأحال غريمه على المشتري بثمن العبد؛ فإن الحوالة مقيدة، ثم استحق العبد أو ظهر أنه [١٨٣/ب] حر، وقد رفع الأمر إلى القاضي.. فإنه تبطل الحوالة، ولا يطالب المحتال عليه - أي: المشتري - بثمن العبد؛ لأنه ظهر أن لا ثمن عليه، حتى لو كان المحتال قد أخذه من المشتري.. فللمشتري أن يسترده بعد ظهور بطلان الحوالة.

بخلاف الحوالة المطلقة؛ فإن للمحتال أن يطالب المحتال عليه بحكم الحوالة، وليس له أن يسترد ما أداه إلى المحتال بعد ظهور فساد الدين، بل له أن يرجع إلى المحيل؛ لأنه قضى دينه بأمره، فظهر من هنا: أن المراد - بما ذكره في «البزازية» من أن المحتال عليه إذا أدى المال في الحوالة الفاسدة.. فهو بالخيار؛ إن شاء.. رجع على القابض وهو المحتال، وإن شاء.. رجع على المحيل. انتهى - هو الحوالة

وَلَا تبطلُ الْحوَالَةُ بِأَخْذِهِ مَا على الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ أَو عِنْدَهُ.

وَإِذا طَالب الْمَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ بِمثل مَا أَحَالَ بِهِ، فَقَالَ: أحلتُ بدينٍ لي عَلَيْك.. لَا يُقبل بِلَا حجَّةٍ.

المقيدة، ومن هنا: علم أن المحتال عليه في الحوالة المقيدة لو أدى المال للمحتال به إلى المحيل بدون رضا المحتال.. لا يبرأ على الحوالة؛ إذ ليس له ذلك.

(**ولا تبطل الحوالة بأخذه**) أي أخذ المحيل (**ما على المحال عليه**) من الدين (**أو عنده**) من العين وديعة أو غصباً؛ لعدم تعلق حق المحتال بما على المحال عليه أو عنده؛ لعدم تقيد الحوالة به، بل إنما تعلقت بذمة المحال عليه مطلقاً، وفي الذمة سعة.

والجملة ههنا: أن الحوالة على نوعين؛ مقيدة، ومطلقة.

فالمقيدة أيضاً على نوعين: على ما ذكرناه آنفاً.

والمطلقة - وهي: أن لا يقيدها بعين، ولا دين؛ سواء كان له عليه شيء أو لا - على نوعين أيضاً: مؤجلة، وحالّة.

فالمؤجلة: تكون على المحال عليه مؤجلة.

والحالة: تكون حالاً؛ لأنها لتحويل الدين من الأصيل، فيتحول على الصفة التي كان على الأصيل مع تلك الصفة، ولكل من هذه الأنواع حكم خاص، وإلى جميعها أشير في المقام.

(**وإذا طالب المحال عليه المحيل بمثل ما أحال به**) مدعياً قضاء دينه من ماله، (**فقال**) المحيل: (**أحلت**) أنا (**بدين لي عليك**)، وليس لك الرجوع علي (.. **لا يقبل**) قول المحيل (**بلا حجة**)، ويجب على المحيل مثل الدين؛ لأن سبب رجوع المحال عليه وهو قضاء دينه بأمره.. قد تحقق بإقراره، إلا أنه يدعي عليه ديناً، وهو ينكر، والقول قول المنكر، والبينة للمحيل؛ فإن أقامها.. بطل حق المحتال عليه في الرجوع، وظهر من هنا: أن المحال عليه لا يرجع على المحيل قبل أداء ما أحيل عليه به من الدين عند عدم الدين عليه للمحيل.

وَلَو طَالبَ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالَ بِمَا أَحَال فَقَالَ: أحلتَنِي بدَينٍ لي عَلَيْك.. لَا يُقبلُ بِلَا حجَّةٍ.

وَتُكرَهُ السَّفْتَجَةُ وَهِي: الْإِقْرَاضُ لسُقُوطِ خَطَرِ الطَّرِيقِ.

(**ولو طالب المحيل المحتال بما أحال**)، فقال: أحلتك للقبض لي، (**فقال**) المحتال: لا، بل (**أحلتني**) أنت (**بدين لي عليك.. لا يقبل**) قول المحتال (**بلا حجة**)؛ لأنه يدعي الدين، والمحيل ينكره.. فالقول له، والبينة للمدعي.

فإن قيل: الحوالة حقيقة في نقل الدين، ودعوى المحيل أنه أحاله [١٨٤/أ] لقبضه له.. خلاف الحقيقة، مما لا دليل عليه.

أجيب عنه: بأن دعواه هذه هي دعوى الوكالة منه، ولفظة الحوالة قد تستعمل فيها مجازاً، فتكون من محتملاته، فيجوز إدارته فيصدق فيها، لكنه مع يمينه مما فيها نوع مخالفة للظاهر، على ما في «العناية».

(**وتكره السفتجة**) بضم السين، وقيل: بفتحها، والتاء مفتوحة فيهما، لفظ فارسي معرب، (**وهي: الإقراض لسقوط خطر الطريق**).

صورتها: أن يقرض إنساناً مالاً ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة؛ ليستفيد به خطر الطريق، وهو مكروه؛ لأن النبي ﷺ نهى عن قرض جرّ نفعاً.

وقيل: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد، وأما إذا لم تكن مشروطة.. فلا بأس بذلك.

وفي «غاية البيان»: رجل أقرض رجلاً مالاً على أن يكتب له بها إلى بلد كذا.. فإنه لا يجوز.

وإن أقرضه بغير شرط وكتب.. كان هذا جائزاً.

وكذلك لو قال: اكتب لي سفتجة إلى موضع كذا، على أن يعطيك هنا.. فلا خير فيه، كذا في «قاضي خان».

* * *

(كتاب القضاء)

(كتابُ القَضَاءِ)

الْقَضَاءُ بِالْحَقِّ من أقوى الْفَرَائِضِ وَأفضلِ الْعِبَادَاتِ.

(كِتَابُ القَضَاءِ)

اعلم: أن الفتوى على قول أبي يوسف في كلِّ ما يتعلق بالقضاء على ما صرح به في قضاء «الأشباه» نقلاً عن «القنية» و«البزازية».

(القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأفضل العبادات) بعد الإيمان بالله تعالى؛ لأن الله تعالى أمر به كل رسول، حتى نبينا ﷺ.

واختلفوا في معناه الشرعي؛ ففي «فتح القدير»: هو الإلزام.

وفي «المحيط»: هو فصل الخصومات وقطع المنازعات.

وفي «البدائع»: هو الحكم بين الناس بالحق.

وهو أخص من الأولين؛ لأنهما يشملان القضاء بالحق والباطل، والمراد بالحق ههنا: هو الحكم الثابت عند الله تعالى:

إما قطعاً؛ بأن كان عليه دليل قطعي، وهو: النص المفسر من الكتاب والسنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع.

وإما ظاهراً؛ بأن كان عليه دليل ظاهر يوجب عليه غلبة الظن، وهو ظاهر الكتاب والسنة، وخبر الواحد والقياس، وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء، أو التي لا رواية فيها من السلف؛ فلو قضى بخلاف ما قام عليه النص ولو ظاهراً، أو الإجماع.. لم يجز.

وكذا لو قضى بخلاف ما عليه أقاويل الفقهاء في موضع الاجتهاد.. لم يجز؛ لأن الحق لم يعدوهم.

وهل يشترط أن يقول القاضي عند القضاء: حكمت أو قضيت؟

ففي «القنية»: قول القاضي [١٨٤/ب]: حكمت أو قضيت له.. ليس بشرط.

وَأَهلُه: مَنْ هُوَ أهلٌ للشَّهَادَة.

وَشرطُ أَهْلِيَّته: شَرطُ أهليَّتِها.

وقوله بعد إقامة البينة للمعتمد: افهمه واطلب المذهب منه.. حكم.

وقوله: ثبت عندي.. يكفي.

وكذا إذا قال: ظهر عندي، أو صح عندي، أو علمت.. فهذا كله حكم في المختار.

كذا في «البحر».

وقال في «البزازية»: قوله لا أرى لك حقاً في هذه الدار بهذه الدعوى.. لا يكون قضاء، ما لم يقل: أمضيت أو أنفذت عليك القضاء بكذا.

وكذا قوله للمدعى عليه: سلم هذه الدار عليه بعد إقامة البينة.

وهذا نص على أن أمره لا يكون قضاء.

وذكر شمس الأئمة: أنه حكم؛ لأن أمره التزام وحكم.

وذكر الحلواني: قول القاضي: ثبت عندي.. حكم.

وفي «الصغرى»: أنه حكم إذا شهد عليه، وكذا: صح عندي، أو ظهر، أو علمت.

واختار الأورجندي: أنه لا بد من قوله: حكمت أو ما يجري مجراه، ولا يكون قوله: ثبت عندي حكماً.

وأما فعل القاضي.. فهل هو حكم أم لا؟

ففيه تفصيل مذكور في «البحر».

(وأهله) أي: أهل القضاء: **(من هو أهل للشهادة، وشرط أهليته: شرط أهليتها)** من الإسلام والحرية والعقل والبلوغ؛ لأن حكم القضاء - وهو الولاية - مستفاد من

وَالْفَاسِقُ أَهلٌ لَهُ، وَيصِحُّ تَقْلِيدُه، وَيجبُ أَن لَا يُقَلَّدَ، كَمَا يَصِحُّ قَبُولُ شَهَادَتِهِ، وَيجبُ أَن لَا تُقْبَلَ.

وَلَو فسقَ الْعدْلُ.. يستحقُّ العزلَ، وَلَا يَنْعَزِلُ فِي ظَاهِر الْمَذْهَبِ، ....

حكم الشهادة؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية، وهو تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، وكل ما كان حكمه يستفاد من الغير.. يشترط له ما يشترط للغير.

(والفاسق أهل له) أي: للقضاء لأهليته للشهادة.

وقال الشافعي: إن الفاسق ليس بأهل للقضاء، واختاره الطحاوي منا، وهو رواية «النوادر»، كما لا تقبل شهادته.

(ويصح تقليده) أي: تقليد الفاسق للقضاء، حتى إذا قضى.. نفذ قضاؤه؛ لأهليته في نفسه.

(ويجب أن لا يقلد) مع صحة تقليده ونفاذ حكمه إذا قلد؛ لأنه لا يؤتمن في أمر الدين على نفسه؛ لقلة مبالاته فيه.. فكيف يؤتمن في أمر الدنيا على الغير؟

(كما يصح قبول شهادته) أي: الفاسق؛ بناء على عدم اشتراط العدالة في صحتها نظراً إلى أهل ذلك العصر الذين شهد لهم رسول الله ﷺ بالخيرية، وإلى ظاهر حال المسلم في غيرهم، وهذا في ظاهر الرواية، وفي رواية: يشترط العدالة لصحتها.

(ويجب أن لا تقبل) شهادته لما ذكرناه.

(ولو فسق العدل) بأخذ الرشوة أو بالربا أو شرب الخمر (.. **يستحق العزل، ولا ينعزل في ظاهر المذهب**)، إلا إذا علق العزل عند التقليد بتعاطي الحرام.. فإنه حينئذ ينعزل؛ فإن تعليق العزل بالشرط: صحيح.

حتى لو كتب إليه الخليفة: إذا أتاك كتابي.. أنت معزول، فأتاه.. ينعزل [١٨٥/أ] كذا في «البزازية».

وقال الإمام ظهير الدين: ونحن لا نفتي بصحة تعليق العزل بالشرط.

وَعَلِيهِ مشايخنا.

(وعليه مشايخنا).

وفي «البحر» نقلاً عن «البدائع»: إن القاضي يخرج عن القضاء بكل ما يخرج الوكيل عن الوكالة، إلا فيما إذا مات الخليفة.. فإنه لا ينعزل قضاؤه وولايته.

وإذا مات الموكل.. انعزل وكيله.

ولا ينعزل بأخذ الرشوة والفسق.

ثم قال نقلاً عن «الولوالجية»: إذا ارتد القاضي أو فسق، ثم صلح.. فهو على حاله؛ لأن المرتد أمره موقوف، ولأن الارتداد فسق، وبنفس الفسق لا ينعزل.

إلا أن ما قضى في حاله الردة: باطل.

وفي «الواقعات الحسامية»: الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة؛ فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين، حتى لو قلد الكافر، ثم أسلم، هل يحتاج إلى تقليد آخر، فيه روايتان. انتهى كلام «الواقعات».

وبه علمت أن تقليد الكافر صحيح - في القول المفتى به - وإن لم يصح قضاؤه في حال كفره. انتهى كلام «البحر».

وقال في «البزازية» نقلاً عن «الأقضية»: لا يستعمل السلطان في القضاء إلا الموثوق بصلاحه وفقهه وعمله وعلمه بوجوه السنة والآثار والفقه، والعلم شرط الأولوية لا جواز التقليد، حتى لو قضى بفتوى غيره.. صح.

وكذا العدالة شرط الأولوية عندنا.

وعند الشافعي: شرط الصحة.

واختلف في تقليد الفاسق، والأصح: الجواز، ولا ينعزل بالفسق، بل يستحقه، ولكن يجب على السلطان عزله وتعزيره.

وفي قول المصنف: «يستحق العزل» إشارة إليه أيضاً؛ لأن الاستحقاق يستدعي الوجوب.

وَلَو أَخذ الْقَضَاءَ بالرِّشوةِ.. لَا يصيرُ قَاضِياً.

واحترز بظاهر المذهب: عن رواية «النوادر» - وهو المروي عن الكرخي -: من أنه ينعزل بالفسق؛ لأن المقلد اعتمد عدالته في تقليده.. فلا يكون راضياً بدونها، فكان التقليد مشروطاً ببقاء العدالة، فينتفي بانتفائها.

بخلاف تقليد الفاسق ابتداء؛ فإن المقلد لم يقلده بناء على عدالته، فصح تقليده، وإن وجب عليه أن لا يقلده.

(ولو أخذ القضاء بالرشوة.. لا يصير قاضياً) على الصحيح من الرواية، ولو قضى.. لا ينفذ حكمه، وبه يفتى.

وفي «جامع الفصولين»: الإمام لو قلد القضاء برشوة أخذها هو أو قومه وهو عالم به.. لم يجز تقليده؛ كقضائه برشوة.

ثم قال بعَلَامة «النوازل»: إن من أخذ القضاء برشوة أو شفعاء.. فحكمه: لو رفع حكمه إلى قاض آخر.. يمضيه لو وافق رأيه، وإلا.. أبطله [١٨٥/ب].

وفي «الخلاصة»: إن القضاء على نوعين: قاض قُلِّد، وقاض وُلِّي بسبب الرشوة أو الشفعاء:

فالأول: إذا قضى، ثم رفع قضيته إلى قاض يرى خلافه.. لا ينقضه.

وإذا كان في فصل تقليد القضاء بالرشوة.. لا ينفذ قضاؤه أصلاً.

وأما الذي قلد القضاء بسبب الشفعاء.. فهو والذي قلد القضاء احتساباً على السواء في نفاذ قضائهما في المجتهدات، وإن كان لا يحل الطلب بالشفعاء. انتهى.

إنما قال: «لو أخذ القضاء بالرشوة» إشارة إلى أنه لو أخذ الرشوة وقضى.. لا ينفذ حكمه فيما ارتشى بالإجماع، على ما في «البحر» نقلاً عن «الخانية» و«السراج الوهاج».

وأما فيما سواه.. ففي «العمادي»: فيه اختلاف:

قيل: ينفذ، واختاره شمس الأئمة.

وقيل: لا ينفذ؛ كما لا ينفذ فيما ارتشى فيه، واختاره البزدوي، ورجحه ابن الهمام.

وفي «البحر» نقلاً عن «سراج الوهاج»: قال أبو حنيفة: لو قضى القاضي زماناً بين الناس، ثم علم أنه مرتش.. ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه. انتهى.

وفي «البزازية»: وإن ارتشى وكيل القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه؛ فإن بأمره ورضاه.. فهو كما ارتشى بنفسه، وإن بغير علمه.. ينفذ قضاؤه، وعلى المرتشي رد ما قبض.

وفي «الخانية»: الرشوة على وجوه:

منها: ما هو حرام على الآخذ والدافع، وذلك في موضعين:

أحدهما: إذا تقلد القاضي بالرشوة.. فإنها حرام على الآخذ والدافع.

والثاني: إذا دفع الرشوة إلى القاضي ليقضي له.. فإنها حرام على الآخذ والدافع؛ سواء كان القضاء بحق أو بغير حق.

ومنها: إذا دفع الرشوة خوفاً على نفسه أو ماله.. فهذه حرام على الآخذ دون الدافع.

ومنها: إذا دفع الرشوة ليستوي أمره عند السلطان أو القاضي.. حلّ له الدفع، ولا يحل للآخذ؛ فإن أراد الآخذ أن يحل له ذلك.. فله أن يؤجر نفسه يوماً إلى الليل بما يريد.. فإنه يصح هذه الإجارة، ثم المستأجر مخير؛ إن شاء.. يستعمله في ذلك العمل، وإن شاء.. يستعمله في غيره.

هذا إذا أعطى الرشوة؛ إذ لا يسوي أمره عند السلطان، وأما إن طلب منه أن يسوي له أمره ولم يذكر له الرشوة وأعطاه بعدما سوى.. قيل: لا يحل له ذلك، وقيل: يحل، وهو الصحيح.

وَالْفَاسِقُ يصلحُ مفتياً.

وَقيل: لَا.

وَلَا يَنْبَغِي أَن يكونَ القَاضِي فظًّاً، غليظاً، جبّاراً، عنيداً.

وَيَنْبَغِي أَن يكونَ موثوقاً بِهِ فِي دِينِهِ وعفافِهِ وعقلِهِ وصلاحِهِ وفهمِهِ وَعلمِهِ...

(**والفاسق يصلح مفتياً**)؛ لأنه يخاف أن ينسب إلى الخطأ، فلا يترك الصواب.

(**وقيل: لا**) يصلح؛ لأن الفتوى من الأمور الدينية، والفاسق لا يؤتمن عليها.

وفي [١٨٦/أ] «البزازية»: أجمع الفقهاء على أن المعنى: يجب أن يكون من أهل الاجتهاد.

وقال الإمام: لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا.

وفي «الملتقط»: إذا كان صوابه أكثر من خطئه.. حلّ له الإفتاء، وإن لم يكن مجتهداً.. لا يحل له الفتوى إلّا بطريق الحكاية؛ فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء.

وأما القضاء.. فليس الاجتهاد شرطاً فيه؛ لجواز قضائه بفتوى الغير.

وهل يجوز للقاضي أن يفتي؟

ففي «البزازية»: والأصح: أنه لا بأس للقاضي أن يفتي في مجلس القضاء وغيره؛ في المعاملات والديانات.

وفي «الظهيرية»: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه، ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه.

(**ولا ينبغي أن يكون القاضي فظاً غليظاً**) عطف تفسيري لِلْفظِّ، والمراد: أن يكون شديداً في الكلام، متفاحشاً، غليظ القلب، (**جباراً**) ومتكبراً، مقبلاً بالغضب، (**عنيداً**) معانداً عنيفاً، وذلك لأن هذه الأشياء تخلّ بالمقصود من القضاء، وهو دفع الفساد.

(**وينبغي أن يكون موثوقاً به في دينه وعفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه**

بِالسنةِ وَالْآثَارِ ووجوهِ الْفِقْهِ، وَكَذَا الْمُفْتِي.

وَالِاجْتِهَادُ شَرطُ الْأَوْلَوِيَّةِ...

بالسنة والآثار) - وهو أخص من السنة - (**ووجوه الفقه**) أي: طرق الفقه.

(**وكذا المفتي**) أي: مثل القاضي في الاتصاف بالأوصاف المذكورة.

وفي «البحر»: وينبغي أن يكون المفتي كالقاضي في أوصاف الكمال.

(**والاجتهاد**) معناه لغة واصطلاحاً.. مبين في اللغة والأصول.

(**شرط الأولوية**) أي: لا الصحة، فيه إشارة إلى ما في «البزازية» و«البحر» وغيرهما: من أن تقليد الجاهل والمقلد للقضاء صحيح عندنا؛ لأن المقصود من القضاء إيصال الحق إلى المستحق، وذلك يحصل بفتوى غيره، بخلاف المفتي؛ فإن الاجتهاد شرط فيه على ما ذكرناه آنفاً من «البزازية».

قال في «فتح القدير»: وقد استقر رأي الأصوليين: على أن المفتي هو المجتهد، وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهدين.. فليس بمفت، والواجب عليه إذا سئل: أن يذكر قول المجتهد؛ كأبي حنيفة على جهة الحكاية، فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى، بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي، وطريق نقله من ذلك المجتهد أحد أمرين:

إما أن يكون له سند فيه، أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي؛ نحو: كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين؛ لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور، هكذا ذكره البزازي، فعلى هذا: لو وجد نسخ «النوادر» في زماننا هذا [١٨٦/ب].. لا يحل عزو ما فيها إلى محمد، ولا إلى أبي يوسف؛ لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا، ولم تتداول، نعم: إذا وجد النقل عن «النوادر» مثلاً في كتاب مشهور معروف كـ«الهداية» و«المبسوط».. كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب.

فلو كان حافظاً للأقاويل المختلفة للمجتهدين، ولا يعرف حجة، ولا قدرة له

فَيصحُ تَقْلِيدُ الْجَاهِلِ، ويُختارُ الأقدرُ وَالْأولَى.

وَكُرِهَ التَّقْلِيدُ لِمَنْ خَافَ الحيفَ، وَالْعجزَ عَن الْقيام بِهِ.

وَلَا بَأْسَ بِهِ لمن يَثِقُ من نَفسه بأَدَاءِ فَرْضِهِ ....

على الاجتهاد للترجيح.. لا يقطع بقول منها يفتي بها، بل يحيلها للمستفتي، فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب، ذكره في بعض الجوامع.

وعندي: لا يجب عليه حكاية كلها، بل يكفيه أن يحكي قولاً منها؛ فإن المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء؛ فإذا ذكر أحدهما فقلده.. حصل المقصود، نعم: لا يقطع عليه فيقول: جواب مسألتك كذا، بل يقول: قال أبو حنيفة: حكم هذا كذا، ولو حكى الكل.. فالأخذ بما يقع في قلبه أنه أصوب أولى، وتمامه في «فتح القدير».

وعن محمد في «الأصل»: أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً.

(فيصح) أي: إذا كان الاجتهاد شرط الأولوية.. يصح **(تقليد الجاهل)** أي: المقلد على ما هو الظاهر من كلامه.

وكذا يصح تقليد الجاهل بمعنى من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء؛ لأنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره.

(ويختار) السلطان **(الأقدر)** على الاجتهاد.

(والأولى)؛ لقوله ﷺ: «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه.. فقد خان الله تعالى ورسوله وجماعة المسلمين».

ولو قلد القضاء رجلاً وهو أهله وغيره أفضل منه.. فقد أساء ولم يأثم، على ما في «الفصولين».

(وكره التقليد) للقضاء، **(لمن خاف الحيف)** أي: الظلم في القضاء **(والعجز عن القيام به)** أي: بالقضاء.

(ولا بأس لمن يثق من نفسه بأداء فرضه).

وَمن تعيّنَ لَهُ.. فُرِضَ عَلَيْهِ.

وقال بعض مشايخنا: كره الدخول فيه مختاراً؛ سواء وثق من نفسه أو لم يثق، حتى قال الصدر الشهيد: منهم من قال: لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً، ألا ترى أن أبا حنيفة دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى، حتى ضرب ثلاثين سوطاً، فلما كان في المرة الثالثة.. قال: حتى أستشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف، فقال أبو يوسف: لو تقلدت.. لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب.

وفي «البزازي»: ضُرِبَ الإمام أبو حنيفة أياماً وقيد نيفاً وخمسين يوماً وامتنع في الأصح عن القبول، ومات على الإباء. انتهى.

ودعي محمد إلى القضاء فأبى، حتى قيد وحبس فاضطر، ثم تقلد.

وقد روي عن أبي هريرة مرفوعاً: «من جعل على القضاء.. فكأنما ذبح بغير سكين».

وقال بعض مشايخنا: الدخول فيه [١٨٧/أ] رخصة؛ طمعاً في إقامة العدل، والترك عزيمة، وصححه صاحب «الهداية». هذا كله إذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء.

(و) أما **(من تعين له)** بأن كان هو الأهل لا غيره.. فحينئذ **(فرض عليه)** الدخول فيه؛ صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد بإقامة الحدود والقصاص والتعازير.

وقيل: إقامة الحدود إلى الإمام وأمراء الأمصار، لا إلى القاضي، نقله في «البحر» عن «تهذيب القلانسي».

والصحيح: أن للقاضي إقامة الحدود، وللقاضي إقراض مال اليتيم، وتزويج الصغائر واليتامى التي لا ولي لهم، لكن يشترط أن يكتب في منشوره ذلك، وله ولاية الوقف أيضاً على ما تقدم في باب الوقف، ويفتش عن ولاتها، ويعزل الخائن عنها ولو كان ابن الواقف، وله نصب الأوصياء أيضاً إن لم يكن للميت وصي.

وفي «البزازية» عزواً إلى «الحلواني»: للقاضي أن ينصب الوصي في مواضع:

إذا كان في التركة دين؛ مهراً كان الدين أو غيره، أو وصيه، أو صغير ينصبه لقضاء الدين، أو لتنفيذ الوصية، أو لحفظ مال الصغير؛ لأن حق الدائن يتعلق بمالية التركة لا عينها.

ولو قال الوارث: أنا لا أقضي الدين، ولا أبيع التركة، بل أسلم التركة إلى الدائن.. نصب القاضي من يبيع التركة، ولهذا لو كان أب الصغير مبذراً متلفاً مال الصغير.. ينصب وصياً لحفظ ماله.

ولو اشترى الوارث من مورثه شيئاً، ثم اطلع بعد موته على عيب.. نصب القاضي وصياً حتى يرده الوارث عليه برده الأب عليه.

وقيد الخصاف نصب الوصي فيما إذا كان على الميت دين وله وارث كبير بانقطاعه من بلد المتوفى؛ بحيث لا يأتي، ولا تذهب القافلة؛ فإن لم يكن منقطعاً بذلك التفسير.. لا ينصب.

وإذا كان للصغير أب غائب واحتيج إلى إثبات حق للصغير؛ إن كانت غيبة الأب منقطعة.. نصب القاضي وصياً، وإلا.. لا.

وله أن ينصب عن المفقود وصياً لحفظ حقوقه وتطلب من الغرماء، هكذا ذكره في «البحر».

ثم قال: إذا كان المدعى عليه أصم أعمى أخرس.. فالقاضي ينصب عنه وصياً، ويأمر المدعي بالخصومة معه لو إن لم يكن له أب أو جد أو وصيهما.

ثم ذكر في «البزازية»: وإنما يلي نصب الأوصياء إذا كان مأذوناً بالاستخلاف، وينصب: عدلاً، أميناً، كافياً، لا غريباً لا يعرف، ويثبت ذلك بإخبار واحد.

وَلَا يطْلب الْقَضَاءَ وَلَا يسأَلَهُ، ....

ثم ذكر فيها: وقال وله ولاية إقراض اللقطة من الملتقط، وولاية إقراض مال الغائب، وله أن يبيع منقوله إذا خاف عليه التلف إذا لم يعلم مكان الغائب؛ فلو علم [١٨٧/ب] مكانه.. بعثه إليه.

وله أن ينصب وكيلاً في جمع غلات المفقود، طلب الوارث ذلك أو لا.

وله إيفاء ديون الغائب بماله بالحصص، ويبيع ماله لإيفاء دينه.

وليس له أن يتزوج أم ولد الغائب، وله الإذن بالإنفاق على مال الغائب وزوجته وأولاده وأصله من ماله.

(**ولا يطلب**) على صيغة النفي، ويجوز أن يكون على صيغة النهي، والمراد بالنفي: هو النهي.

(**القضاء، ولا يسأله**)، وإن صار أهلاً له؛ لما روى أنس بن مالك مرفوعاً: «من طلب القضاء.. وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه.. نزل عليه ملك يسدده» أي: يلهمه رشده.

قوله: «وكل» بالتخفيف؛ أي: فوض أمره إلى نفسه.. فلم يهد إلى الصواب؛ لأن النفس أمارة بالسوء، ولأن من طلب القضاء.. فقد اعتمد فقهه وورعه وزكاءه، وأعجبته نفسه.. فيحرم التوفيق، وإن أكره عليه.. فقد اعتصم بحبل الله، وتوكل عليه، ومن يتوكل على الله.. فهو حسبه، فيليه التوفيق.

ولأن في طلب القضاء إذلالاً وإهانة للعلم؛ لأن كل سائل مهان، كذا في «السراج الوهاج»، هذا جمع بين طلب القضاء وسؤاله؛ كما وقع في عبارة القدوري و«الهداية» أيضاً كذلك.

واختلف الشراح في تفسيرهما:

فقال بعضهم: الطلب بالقلب، والسؤال باللسان؛ فرقاً بين الطلب والسؤال، كذا في «العناية».

وَيجوزُ تقلُّدُهُ مِنَ السُّلْطَانِ الجائِرِ؛ وَمِنْ أَهلِ الْبَغيِ، إِلّا إِذا كَانَ لَا يُمكِّنُهُ مِنَ الْقَضَاءِ بِالْحَقِّ.

وَإِذا تقلَّدَ.. يسْأَلُ ديوَانَ قاضٍ قبلَهُ، وَهُوَ الخرائطُ الَّتِي فِيهَا السِّجلاتُ والمَحَاضِرُ وَغَيرُهَا، وَيبْعَثُ أَمينَينِ

وقال في «الينابيع»: الطلب أن يقول للإمام: ولني، والسؤال: أن يقول للناس: لو ولاني الإمام قضاء بلدة كذا.. لأجبته إلى ذلك، وهو يطمع أن يبلغ طلبه إلى الإمام، فلم يفرق بين الطلب والسؤال في كونهما باللسان.

والمراد بنفي الطلب والسؤال ههنا: هو النهي عنه، وإنما أتى بصيغة النفي تأكيداً للنهي.

(ويجوز تقلده) للقضاء **(من السلطان الجائر ومن أهل البغي)**؛ لأن الصحابة تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي في نوبته، وعلماء السلف والتابعين تقلدوا من الحجاج، وجوره مشهور.

(إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق).. فحينئذٍ لا يجوز تقلده؛ لعدم حصول الفائدة من التقلدة.

(وإذا تقلد.. يسأل ديوان قاض قبله، وهو الخرائط) أي: القطع المجموعة من القراطيس **(التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها)** من الصكوك.

السجلات جمع سجل، والمحاضر جمع محضر.

وفي «الدرر»: إن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي، وما جرى بينهما من الإقرار من المدعى عليه أو الإنكار منه، والحكم بالبينة أو النكول على وجه يدفع الاشتباه، وكذا: السجل، والصك: ما كتب فيه البيع والرهن [١٨٨/أ] والإقرار وغيرها، والحجة والوثيقة: تتناولان الثلاثة.

وروي: أن عمر رضي الله عنه أول من دون الدواوين للولاة والقضاة.

(ويبعث أمينين)؛ بيان: لكيفية التسليم، والواحد يكفي، والاثنان للاحتياط.

يقبضانها بِحَضْرَةِ الْمَعْزُولِ، أَو أَمِينِهِ، ويسأَلانِهِ شَيْئاً فَشَيْئًا، ويجعلانِ كلَّ نوعٍ فِي خريطةٍ على حِدةٍ.

وَينظرُ فِي حَالِ المحبوسينَ؛ فَمَنْ أَقرَّ بِحَقٍّ؛ أَو قَامَتْ عَلَيْهِ بِهِ بَيِّنَةٌ.. أَلزمَهُ، وَلَا يعْملُ بقولِ الْمَعْزُولِ، وإِلّا.. يُنَادي عَلَيْهِ، ثُمَّ يخلِّي سَبيلَهُ بَعْدَمَا استظْهَرَ فِي أمرِهِ.

(يقبضانها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه) أي: الكشف الحال لا للالتزام؛ فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا.. فلا يكون قوله حجة.

(شيئاً فشيئاً) أي: مفضلاً.

(ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة)؛ لئلا يشتبه على المُولَّى.

(وينظر في حال المحبوسين) ويسألهم عن سبب حبسهم؛ لأنه نصب ناظراً لأمور المسلمين.

(فمن أقر بحق أو قامت عليه) به أي بحق **(بينة.. ألزمه)** ذلك الحق، وحبسه إذا طلب الخصم، وذلك لقيام الحجة.

(ولا يعمل بقول المعزول)؛ لأنه صار بالعزل كواحد من الرعايا، وشهادة الفرد غير مقبولة، لا سيما إذا كان على فعل نفسه، فلا بد من الإقرار أو البينة.

(وإلا) أي: وإن لم يقر ولم يقم عليه بينة **(.. ينادي عليه)** أياماً، ويقول المنادي: إن القاضي يقول: من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني.. فليحضر؛ فإن حضر.. فبها، وإلّا.. فاستظهر، **(ثم يخلي سبيله بعدما استظهر في أمره)** ويأخذ عطف على استظهر منه كفيلاً؛ لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يُعجَّل بالتخلية؛ لجواز أن يكون له خصم غائب يدعي عليه الحق إذا حضر.

وإن قال: لا كفيل لي، أو لا أعطي لك كفيلاً؛ إذ لم يجب عليه شيء.. نادى عليه شهراً، ثم خلى سبيله.

وَيعْملُ فِي الودائعِ وغلَّاتِ الْوَقُوفِ بِالْبَيِّنَةِ، أَو بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ، لَا بقولِ الْمَعْزُولِ، إِلَّا إِذا أَقَرَّ ذُو الْيَدِ بِالتَّسْلِيمِ مِنْهُ.

وَيجْلسُ للْحكمِ جُلُوساً ظَاهِراً فِي الْمَسْجِدِ، وَالْجَامِعُ أَولى.

(ويعمل في الودائع وغلات الوقوف)؛ لأنه نصب ناظراً (بالبينة أو بإقرار ذي اليد)؛ لأن كلاً منهما حجة.

(لا بقول المعزول)؛ لما ذكرناه.

(إلا إذا أقر ذو اليد بالتسليم منه).. فحينئذٍ يقبل قوله في الودائع وغلات الوقوف؛ لأن بإقرار ذي اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول، فيصح إقرار المعزول به؛ كأنه بيده للحال؛ لأنه لو كان بيده عياناً.. صح إقراره به، فكذا إذا كان بيد مودعه.

إلا إذا أبدى ذو اليد شيئاً مما أقر به المعزول أو ينكره.

وإن كان الثاني.. فالقول قوله، ولا يجب عليه شيء بقول المعزول.

وإن كان الأول؛ فإما أن يقول ابتداء: دفعه القاضي المعزول إليّ وهو لمن أقر له القاضي فلان بن فلان، أو يقول: دفعه القاضي إليّ، ولا أدري لمن هو، فيعمل بقول المعزول فيهما؛ لما ذكرناه.

أو يقول: دفعه إلى القاضي، وهو لفلان، غير من أقر له القاضي، ثم يقول: ودفعه إلي القاضي.. فالحكم حينئذ أنه يسلمه إلى المقر له الأول، سبق حقه، ثم يضمن مثله أو قيمته للقاضي المعزول؛ لإقراره ثانياً [١٨٨/ب] أن اليد له، فيأخذه المعزول ويسلم إلى من أقر له، كذا في «النهاية».

(ويجلس) القاضي (للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد)؛ كيلا يستتر مكانه على الغرباء وبعض المقيمين.

(والجامع أولى)؛ على ما روي عن أبي حنيفة؛ لكونه أشهر وأرفق بالناس.

وقال البزدوي: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، وإلا.. يختار مسجداً في وسطها.

وَلَو جلسَ فِي دَاره وَأَذِنَ فِي الدُّخُولِ.. فَلَا بَأْس بِهِ.

وَلَا يقبلُ هَدِيَّةً إِلَّا من قَرِيبِهِ، أَو مَن جَرَتْ عَادَتُه بمهادَاتِهِ؛ إِن لم يَكُن لَهما خُصُومَةٌ وَلم يَزِدْ على الْعَادَةِ.

(ولو جلس في داره وأذن في الدخول.. فلا بأس به)، هذا إذا كان داره في وسط البلدة؛ كما في الجامع.

(ولا يقبل) القاضي (هدية)؛ لأنها من جوالب القضاء، وهو حرام.

(إلّا من قريبه) ذي رحم محرم منه؛ لأنه من جوالب القرابة، وهو مندوب إلى صلة الرحم، وفي الرد معنى القطيعة، وهو حرام.

(أو من جرت عادته) قبل القضاء (بمهاداته)؛ لأنه جرى على العادة، لا من جوالب القضاء.

(إن لم يكن لهما)؛ أي: للقريب ومن يتلوه (خصومة) للقاضي؛ لأنه لو كان بينهما خصومة.. تكون من جوالب القضاء، فيكون رشوة.

(ولم يزد على العادة)، وإلا.. فتكون من جوالب القضاء.

والذي ظهر من كلامه: أن المهاداة قبل القضاء بينه وبين القريب ليس بشرط في قبول هدية القريب، والذي يدل عليه كلام «النهاية»: أنها شرط؛ كما في هدية الأجنبي.

والحاصل: أن المهدي للقاضي؛ إما ذا خصومة، أو لا.

والأول: لا يجوز قبول هديته مطلقاً.

والثاني: إما أن يكون قريباً، أو ممن جرت له العادة بذلك أو لا.

والثاني كذلك.

والأول: يجوز قبوله إن لم يزد على العادة.

وإن أخذ القاضي ما لا يجوز له أخذه.. اختلفوا فيه:

وَيحضُر الدعْوَةَ الْعَامَّةَ لَا الْخَاصَّةَ، وَهِيَ: مَا لَا يُتَّخَذُ إِنْ لم يَحضُرْ.

وَيشْهدُ الْجِنَازَةَ، وَيعودُ الْمَرِيضَ.

ويتخذُ مُترجِماً وكاتِباً عدلاً.

وَيَسوِّي بَينَ الْخَصْمَيْنِ ....

قال بعض مشايخنا: يضعه في بيت المال.

وقال بعضهم: يرده على أربابه إن عرفهم، وإن لم يعرفوا أو يعرفهم - إلا أن الرد متعذر لبعدهم - يضعه في بيت المال.

(**ويحضر**) القاضي (**الدعوة العامة لا الخاصة، وهي**)؛ أي: الدعوة الخاصة: (**ما لا يتخذ**) المضيف (**إن لم يحضر**) القاضي، وهو اختيار الإمام السرخسي وصاحب «الهداية».

وقال بعضهم: دعوة العرس والختان عامة، وما سوى ذلك: خاصة.

وقيل: فوق العشرة: عامة، وما دونها: خاصة.

ولا فرق بين القريب وغيره على قول أبي يوسف ومعه أبو حنيفة.

وعن محمد: أنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية.

(**ويشهد الجنازة ويعود المريض**)؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين على ما روي مرفوعاً.

(**ويتخذ مترجماً وكاتباً عدلاً**) ومُحضِراً؛ إذ الخصم قد يتمرد ويعاند.. فيحتاج إلى إحضاره فيحضره إلى الحاكم، ومؤنة المحضر وأجرته على المتمرد على الصحيح.

وقيل: في بيت المال على ما [١٨٩/أ] صرح به في أوائل كتاب الدعوى من «قاضي خان».

(**ويسوي**)؛ أي: القاضي (**بين الخصمين**) شريفاً ووضيعاً، أباً وابناً، صغيراً

جُلُوساً وإِقبالاً ونظراً، وَلَا يسَارُّ أَحدَهُمَا، وَلَا يُشِيرُ إِلَيْهِ، وَلَا يضيفُهُ دونَ الآخرِ، وَلَا يضْحكُ إِلَيْهِ، وَلَا يمزحُ مَعَه، وَلَا يلَقِّنُهُ حجَّتَهُ، وَيكرهُ تلقينُهُ الشَّاهِدَ بقولِهِ: أَتَشهدُ بِكَذَا، ....

وكبيراً، حراً وعبداً، سلطاناً ورعايا، غنياً وفقيراً.

(**جلوساً**)؛ أي: يجلسهما بين يديه على الأرض؛ لأنه لو أجلسهما في جانب واحد.. كان أحدهما أقرب إليه ففاتت التسوية، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره.. فكذلك؛ لفضل اليمين على اليسار.

ولو خاصم رجل السلطان إلى القاضي، فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض.. يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد القاضي على الأرض، ثم يقضي بينهما على ما في «العناية».

وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه.

(**إقبالاً ونظراً**)؛ لقوله ﷺ: «إذا ابتلي أحدكم بالقضاء.. فليسوّ بينهم في المجلس والإشارة».

(**ولا يسار أحدهما**)؛ أي: لا يكلمه سرّاً في مجلس القضاء.

(**ولا يشير إليه**) بيده أو برأسه.

(**ولا يضيفه**) - من الضيافة - (**دون الآخر، ولا يضحك إليه**) لما في جميع ذلك تهمة وعليه الاحتراز.

ولأن فيها كسر قلب الآخر؛ فيجتنبه عن طلب حقه، فيتركه فليحرَّر.

(**ولا يمزح معه**)، أو معهما؛ لما فيه من إذهاب مهابة القضاء.

وفي «الصحاح»: الدُّعابة - بضم الدال - المُزاح [وقد دعِب فهو دَعَّاب لَعَاب]. انتهى.

(**ولا يلقنه حجته**) لما فيه من التهمة.

(**ويكره تلقين الشاهد بقوله: «أتشهد بكذا»**)؛ لأنه إعانة له فيكره؛ لمكان التهمة.

وَاسْتَحْسنهُ أَبُو يُوسُفَ فِي غيرِ مَوضِعِ التُّهْمَةِ.

وَلَا يَبِيعُ وَلَا يَشْتَرِي فِي مَجْلِسه، وَلَا يمازِحُ.

فَإِنْ عَرَضَ لَهُ هَمٌّ أَو نُعَاسٌ أَو غضبٌ أَو جوعٌ أَو عَطشٌ أَو حَاجَةٌ.. كَفَّ عَنِ الْقَضَاءِ.

وَإِذا تقَدَّمَ إِلَيْهِ الخصمانِ؛ فإِنْ شَاءَ.. قَالَ لَهما: مَا لَكمَا؟ وَإِن شَاءَ.. سكَتَ، وَإِذا تكلم أَحدهمَا.. أسكتَ الآخرَ.

(**واستحسنه**) - أي: تلقين الشاهد - (**أبو يوسف في غير موضع التهمة**)؛ لأن القضاء؛ لإحياء حقوق الناس، وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة المجلس.. فكان في التلقين إحياء للحقوق، وهذا رخصة منه رجع إليه بعدما تولى القضاء والعزيمة قولهما.

وموضع التهمة؛ مثل أن يدعي المدّعي ألفاً وخمسمائة والمدّعى عليه ينكر خمسمائة، ويشهد الشاهد بالألف، فالقاضي: إن قال: يحتمل أنه أبرأ الخمسمائة، واستفاد الشاهد علماً بذلك ووفق به.. فهذا لا يجوز بالاتفاق.

(**ولا يبيع، ولا يشتري في مجلسه**) أي: مجلس قضائه (**ولا يمازح**)؛ أي: مع الناس مطلقاً، فلا تكرار فيه، وهذا لما فيه من إذهاب مهابة القضاء.

(**فإن عرض له همٌّ أو نعاس أو غضب أو جوع أو عطش أو، حاجة.. كفّ عن القضاء**)؛ لدفعها،

(**وإذا تقدم إليه الخصمان؛ فإن شاء.. قال لهما: ما لكما، وإن شاء.. سكت، وإذا [تكلّم] أحدهما.. أسكت الآخر**) حتى يتم الأول كلامه، ثم يتكلم الآخر؛ لأنهما إذا تكلما معاً [١٨٩/ب].. لا يتمكن من الفهم.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِذا ثَبتَ الْحقُّ لِلْمُدَّعِي وَطلب حبس خَصمِهِ.

فَإِن ثَبتَ بِالْإِقْرَارِ.. لَا يحْبسُهُ، إِلَّا إِذا أمرَهُ بِالْأَدَاءِ فَأبى.

وَإِن ثَبتَ بِالْبَيِّنَةِ.. حَبسَهُ قبلَ الْأَمرِ بِالدفعِ.

وَقيل: لَا.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالحَبْسِ بَعْدَ ثُبُوتِ الحَقّ

(**وإذا ثبت الحق للمدعي**) عند القاضي وكيلاً كان المدعي أو أصيلاً، (**وطلب حبس خصمه**)؛ أي: المدعى عليه؛ (**فإن ثبت بالإقرار**)؛ أي: بإقرار المدعي عليه (**..لا يحبسه**) في أول الأمر؛ لأن الحبس جزاء المماطلة، فلا بد من ظهورها، وعند إقرار الحق.. لم يظهر كونه مماطلاً في أول الأمر؛ لأن له أن يقول: «ظننت أنك تمهلني»،

(**إلّا إذا أمره**) القاضي (**بالأداء فأبى**)؛ لأنه حينئذ يظهر مطله.. فيترتب عليه جزاؤه، وهو الحبس.

(**وإن ثبت بالبينة.. حبسه قبل الأمر بالدفع**)؛ لظهور مطله بالإنكار.

(**وقيل: لا**) يحبسه قبل الأمر به، وهو المروي عن الإمام السرخسي؛ لأن له بعد الثبوت بالبينة أن يقول: «ما علمت له ديناً علي؛ فإذا علمت الآن.. لم أتكاسل في قضائه»، والمال غير مقدر في حق الحبس بحبس في الدرهم وما دونه، على ما في «الخلاصة».

والمحبوس في الدين لا يخرج بمجيء رمضان والفطر والأضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله؛ صيانة لحق الطالب.

قيل: يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدّات والأولاد، وفي غيرهم: لا يخرج مطلقاً، وعليه الفتوى، كذا في «الخلاصة».

وتعقبه في «فتح القدير»: بأنَّ محمداً نص على خلافه.

وأجيب عنه: بأن نص محمد في المديون أصالة، والكلام في الكفيل.

وفي «البحر»: صفة الحبس: أن يكون في موضع ليس فيه فراش، ولا وطاء، ولا يمكن أحد يدخل عليه للاستئناس، إلا أقاربه وجيرانه، ولا يمكثون. انتهى.

ثم قال فيه: ولا يخرج للمعالجة؛ لإمكانها في السجن.

ولا يمنع من الجماع إن احتاج إليه، فتدخل امرأته، أو جاريته عليه إن كان فيه موضع سترة.

واختلفوا في منعه من الكسب، والأصح: المنع.

ولا يضرب، ولا يغلُّ، ولا يجرد، ولا يؤجر.

وعن أبي يوسف: أن القاضي يؤجره لقضاء دينه، وإذا خاف فراره.. قيّده، كذا في «البزازية».

وفيها أيضاً: إذا خيف الفرار.. يحول إلى سجن اللصوص، وإذا جلس المحبوس في السجن متعنتاً.. لا يوفي المال:

قيل: يطين الباب ويترك له ثقبة يلقى منها الماء والخبز.

وقيل: الرأي فيه إلى القاضي.

ويترك له دستان من الثياب ويباع الباقي.

وإن كان له ثياب حسنة.. باعها القاضي واشترى له الكفاية، وصرف الفضل إلى الدين.

ويباع ما لا يحتاج إليه في [١٩٠/أ] الحال، حتى اللبد في الصيف والنطع في الشتاء.

ولو كان له كانون من حديد.. يباع ويشترى له من الطين.

فَإِنِ ادّعى الْفقرَ.. حَبسَهَ فِي كلِّ مَا لزمَهُ بدلَ مَالٍ: كَالثّمنِ وَالْقَرْض، ....

وعن شريح: أنه باع العمامة.

ولو فلس المشتري؛ إن كان قبل القبض.. يبيع القاضي المبيع للثمن.

وعن الإمام: أن القاضي لا يبيع العقار والعرض.

وعن عصام: لا يبيع العقار إجماعاً، والخلاف في المنقول.

وقيل: يبيع العقار عندهما، وهو الأصح.

وفي «شرح القدوري»: الخلاف في مال الحاضر المحبوس، وفي الغائب.. لا يبيع العقار ولا العروض.

(**فإن ادعى الفقر**)، وأنكره الطالب.. اختلف المشايخ في قبول دعواه على خمسة أقوال:

أحدها: يقبل مطلقاً؛ أي: في كل دين لزمه بدلاً عن مال أو لا، رواه الخصاف عن أصحابنا؛ لأن الأصل هو العسرة؛ إذ الآدمي يولد بلا مال، والطالب يدّعي أمراً عارضاً وهو اليسار، والقول: قول من تمسّك بالأصل مع يمينه حتى يظهر خلافه.

والثاني: أن القول له إلا فيما بدا له مال فالقول فيه للطالب، وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

والثالث: إن كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة؛ كما في نفقة المحارم.. فالقول فيه له، وفيما ذلك.. فالقول للطالب.

والرابع: أن يحكم الزي؛ فإن كان زيَّ الفقراء.. كان القول له، وإن كان زيَّ الأغنياء.. فالقول للطالب، إلّا في أهل العلم والأشراف؛ كالعلوية والعباسية؛ فإن الزِّيَّ فيهم لا يكون دليل اليسار؛ لأنهم يتكلفون في الزِّيِّ مع احتياجهم؛ لئلا يذهب ماء وجههم.

والخامس: ما ذكره بقوله: (**حبسه في كل ما**) – أي: دين – (**لزمه بدل مال**) بسبب العقد؛ (**كالثمن و**) بدل (**القرض**)؛ لأنه إذا حصل المال في يده.. ثبت غناه،

أَو بالتزامه: كالمهرِ الْمُعَجَّلِ وَالْكَفَالَةِ، لَا فِيمَا عدا ذَلِك.

وزواله عن الملك محتمل، والثابت لا يزول بالمحتمل.

(**أو بالتزامه؛ كالمهر المعجل**) احترز عن المؤجل؛ فإن العادة جرت بتسليم المعجل.. فكان إقدامه على النكاح دليلاً على قدرته.

(**والكفالة**)؛ تعني القول فيه للطالب؛ لأن إقدامه على التزامه باختياره: دليل يساره؛ إذ العاقل لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه.

وكذا يحبس في الأجرة الواجبة، ويشملها الثمن؛ لأنها ثمن المنافع.

ويشمل الثمن أيضاً: ما على المشتري وما على البائع بفسخ البيع بالإقالة أو بالخيار.

وكذا يحبس في العين المغصوبة، وكذا في الوديعة: إن لم يدع هلاكها، وإلّا.. لا يحبس فيها؛ لأنه عند عدم دعوى الهلاك.. يكون غاصباً لها.

وفي «البزازية»: يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والأصيل معاً وكفيل الكفيل وإن كثر.

وفيها أيضاً: لهما على رجل دين، لأحدهما أقل وللآخر أكثر.. فلصاحب الأقل حبسه، وليس لصاحب الأكثر [١٩٠/ب] إطلاقه بلا رضاه.

وإن أراد أحدهما إطلاقه بعدما رضيا بحبسه.. ليس له ذلك.

وفي «القنية»: لصاحب الدين الأقل حبسه، ولصاحب الأكثر إطلاقه؛ ليكتسب ويؤدي له، كذا في «البحر».

(**لا**) يحبسه (**فيما عدا ذلك**)؛ يعني: القول فيه للمديون لا للطالب؛ بناءً على أن الأصل في بني آدم الفقر، فيكون مدّعياً متمسكاً بالأصل.

وقال في «البحر»: ويدخل تحته تسع صور: بدل الخلع، وبدل عتق نصيب الشريك، وبدل المغصوب المتلف، ونفقة الزوجات، ونفقة الأقارب، وأروش الجنايات، وبدل دم العمد، وما تأخر من المهر بعد الدخول، وبدل المتلفات.

إِلّا إِذا برهَنَ خَصمُهُ أَنَّ لَهُ مَالاً.

ويحبسُه مُدَّةً يغلبُ على ظَنّهِ أَنَّه لَو كَانَ لَهُ مَالٌ لأظَهره، هُوَ الصَّحِيحُ.

وَقيل: شَهْرَيْن، أَو ثَلَاثَةً.

فَإِن لم يظْهر لَهُ مَالٌ.. ....

ثم قال: إن الطرسوسي جعل بدل الخلع من قبيل ثمن المبيع وبدل القرض، لا من قبيل ما يدخل تحت قوله: «لا فيما عدا ذلك»، بل خطأ من جعله من هذا القبيل؛ كصاحب «المختار».

ثم أجاب عنه: بأن بدل الخلع مما التزم بعقد كالمهر؛ فإن الخلع بمال: عقد بإيجاب وقبول.

ويشكل هذا الجواب: ببدل الصلح عن دم العمد؛ فإنهم جعلوا فيه القول قول المديون لا الطالب، مع أنه التزم بالعقد.

وقال الطرسوسي: إن ادّعى المديون أنه لزمه عما ليس بمال، وادعى الدائن أنه ثمن متاع.. لم يذكرها الأصحاب، وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون، إلا أن يقيم ربّ الدين البينة.

(**إلا إذا برهن خصمه**) - أي: الطالب - (**أن له مالاً**).. فحينئذٍ يكون القول للطالب بمقتضى حجته.

(**ويحبسه**) شروع في بيان مدة الحبس، (**مدة يغلب على ظنه**) - أي: ظن القاضي - (**أنه لو كان له مال لأظهره، هو الصحيح**)؛ لأن أحوال الناس تتفاوت؛ فمنهم من تضجر في المجلس في مدة قليلة، ومنهم من لا يتضجر في تلك المدة.. فالرأي فيه إلى القاضي.

(**وقيل: شهرين أو ثلاثة**)، أو أربعة أشهر إلى ستة أشهر.

وقيل: شهر واحد، وما دون ذلك عاجل.

(**فإن لم يظهر له مال**) بعد الحبس بتلك المدة.. يسأل جيرانه وأهل خبرته؛ فإن

خَلّى سَبيله، إلا أَن يبرهِن خَصمُهُ على يَسَارِهِ فيؤبّدُ حَبسَهُ.

أخبر واحد ثقة أو الاثنان إعساره (.. **خلّى سبيله**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، ولا يلزم العدد ولفظ الشهادة في هذه البينة؛ لعدم المنازعة فيها؛ لأنه إخبار لا شهادة، بخلاف البينة فيما أشار إليها بقوله:

(**إلا أن يبرهن خصمه على يساره**) بعد أن ادّعى المطلوب إعساره؛ فإن العدد ولفظ الشهادة شرط فيها؛ لوجود المنازعة.

(**فيؤبد حبسه**)؛ لظهور مطله وظلمه، والحبس جزاؤه.

فإن شهد شاهدان على إعساره [١٩١/أ] بعد اليسار.. خلى سبيله، وليس هذا شهادة على النفي؛ لأن الإعسار بعد اليسار أمر حادث، فتكون الشهادة عليه لا على النفي، وإذا أقام البينة على اليسار والإعسار بعده.. فبينة الإعسار أولى؛ لأنه خلاف الأصل؛ لأن الأصل بقاء الشيء بعد حدوثه، فكان الأصل بقاء اليسار بعد حدوثه، والبينات شرعت؛ لإثبات خلاف الأصل؛ إذ الأصل لا يحتاج إلى الإثبات، وإن استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معسر.. حلفه القاضي؛ فإن نكل.. أطلقه، وإن حلف.. أبّد الحبس، على ما في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: كلما تعارضت بينة اليسار والعسار.. قدمت بينة اليسار؛ لأن فيها زيادة العلم، اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر، وهو يقول: «أعسرت بعده» وأقام البينة.. فإنها تقدم؛ لأن فيها أمراً حادثاً، وهو حدوث ذهاب المال. انتهى.

وقال في «البزازية»: أنكر الزوج كونه موسراً، فجاءت هي برجلين وأخبرا القاضي بيساره.. قبل، بخلاف سائر الديون؛ حيث لا يثبت اليسار فيها بالإخبار، وإن أخبر واحد بيساره.. لا يثبت اليسار وإن عدلا. انتهى.

فعلم منه: أن اليسار قد يثبت بطريق الإخبار، وقد يثبت بطريق الشهادة لا بطريق الإخبار.

وَلَا تسمعُ الْبَيِّنَةُ على إِعْسَاره قبل حَبسه، عَلَيْهِ عَامَّةُ المشايخ.

وَيُحبَسُ الرجلُ لنفقةِ زَوجتِهِ، ....

وفي إطلاق قوله: «خلّى سبيله»: إشارة إلى أنه خلّى سبيله بلا كفيل ولو في مال اليتيم والوقف.

لكنه استثنى منه في «البحر»: مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب؛ حيث قال: خلّى سبيله بلا كفيل إلّا في مال اليتيم والوقف والغائب.. فإنه يأخذ فيها كفيلاً، ثم خلى سبيله.

(**ولا تسمع البينة على إعساره قبل حبسه، وعليه عامة المشايخ**)؛ يعني: لو أخبر واحد ثقة، أو اثنان، أو شهد شاهدان قبل الحبس أنه معسر مفلس لا يعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه، وثياب ليله، وقد اختبرنا أمره سراً وعلانية.. ففيه روايتان:

في رواية: تقبل.

وفي رواية «الأصل»: لا تقبل، وعليه عامة المشايخ، وجه هذه الرواية: أن هذه البينة قامت على النفي.. فلا تقبل، إلا إذا تأيدت بمؤيد وأما إذا حبس مدة ومضت مدة الحبس.. فقد تأيدت؛ لأن الظاهر أن القادر على خلاص نفسه من مرارات الحبس لا يتحملها.

ولو قامت البينة على إعساره بعد الحبس قبل مضي مدة الحبس.. ففيه روايتان أيضاً: في

رواية: تقبل.

وفي رواية: لا تقبل، وعليه عامة المشايخ أيضاً.

(**ويحبس الرجل لنفقة زوجته**) [١٩١/ب]؛ أي: للإنفاق عليها؛ لظهور ظلمه بالامتناع عنه، بخلاف النفقة الماضية؛ سواءً سقطت بمضي الزمان، أو لم تسقط بأن حكم الحاكم بها، أو أن يصطلحا عليها.. فإنه لا يحبس فيها.

أما في الساقطة.. فظاهر.

لَا وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ إِلَّا إِنْ أَبَى مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ.

وأما في غير الساقطة.. فلأنها ليست ببدل عن مال، ولا لزمته بعقد. فالقول له مع يمينه فيما إذا قال: «أنا فقير»، إلا إذا برهنت الزوجة على يساره وطلبت حبسه.. فيحبسه القاضي، كذا في «البحر».

(**لا والد في دين ولده**)؛ أي: لا يحبس والد في دين ولده، وكذا والدة؛ لأن الحبس نوع عقوبة، فلا يستحقه الولد على والده؛ كالحد والقصاص.

(**إلا إن أبى**) الوالد (**من الإنفاق عليه**)؛ أي: على الولد إن كان صغيراً على ما في «الخلاصة»؛ لأن في إبائه هذا سعياً في إهلاك ولده فيحبس لدفع هلاكه، ولأن دين النفقة يفوت بمضي الزمان.. فيحبس حتى لا يفوت.

بخلاف سائر الديون؛ فإنها لا تسقط بمضي الزمان.. فلا يخاف الفوات، فلا يحبس فيها.

وكذا حكم الجدات والأجداد وإن علوا، على ما في «الخلاصة» و«التبيين».

ولا يحبس المولى بدينه لعبده المأذون إن لم يكن على العبد دين؛ لأن ماله للمولى، وإن كان عليه دين.. يحبس المولى لحق الغرماء؛ لأنهم أجانب، فلا يمتنع الحبس.

ولا يحبس العبد أيضاً بدينه لمولاه؛ ولأنه لا يجب له عليه دين.

وكذا لا يحبس المولى بدينه لمكاتبه إن كان الدين من حبس بدل الكتابة؛ لوقوع المقاصة به، ولأنه إذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه.. فله أخذه.

وأما إذا لم يكن الدين من جنس بدل الكتابة.. فيحبس المولى به؛ لأنه ليس له أن يجعله بالدين إلا برضاه، والمولى بمنزلة الأجنبي عنه بالنسبة إلى هذا الدين، حتى يجب عليه الأرش بالجناية عليه، ويضمن ما أتلف من ماله.. فكذا يحبس بدينه له إذا ظهر مطله.

ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة؛ لأنه لا يصير ظالماً بالامتناع عن بدل

الكتابة؛ لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضاء مولاه، ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة؛ لأنه يصير ظالماً بمطله؛ إذ لا يقدر على الفسخ في ظاهر الرواية.

وقيل: لا يحبس فيه أيضاً؛ لأنه يقدر على إسقاطه بتعجيز نفسه عن الكتابة.. فيسقط كبدل الكتابة.

وكذا لا يحبس الصبي المحجور على دين الاستهلاك، ولو له مال وعقار إذا لم يكن له أب، ولا وصي والرأي فيه إلى القاضي يأذن ببيع بعض ماله للإيفاء، وإن كان أب أو وصي.. فإنه يحبس الأب والوصي [١٩٢/أ] إذا امتنع من قضاء دينه، ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب، كذا في «الخلاصة».

وقال في «البحر»: إنّ من لا يحبس تسعة:

الأول: الأصل في دين فرعه وإن علا.

الثاني: المولى في دين عبده المأذون غير المديون، وإن كان مديوناً.. يحبس؛ كلحق الغرماء.

الثالث: العبد لا يحبس بدين مولاه.

الرابع: المولى لا يحبس بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة؛ لوقوع المقاصة، وإلّا.. يحبس؛ لتوقفها على الرضاء.

الخامس: لا يحبس المكاتب بدين الكتابة، وإن كان ديناً آخر.. يحبس به للمولى، ومنهم من منعه؛ لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز، وصححه في «المبسوط»، وعليه الفتوى.

السادس: لا يحبس صبي على دين الاستهلاك، ولو له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب ولا وصي، والرأي فيه إلى القاضي فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء، وإن امتنع الأب والوصي عن أداء دينه من ماله.. حبس الأب أو الوصي.

وَلَو مرضَ فِي الْحَبْسِ.. لَا يُخرَجُ إِن كَانَ لَهُ من يَخْدِمُهُ فِيهِ.

وإِلّا.. أُخرجَ.

وَلَا يُمكَّنُ المحترفُ مِن اشْتِغَالِهِ فِيهِ، هُوَ الصَّحِيحُ.

وَيُمكَّنُ من وَطْءِ جَارِيَتِهِ إِن كَانَ فِيهِ خلْوَةٌ.

وَإِذا تمَّتِ الْمدَّةُ وَلم يظْهرْ لَهُ مَالٌ.. خلّى سَبِيلَهُ، ....

السابع: إذا كان للعاقلة عطاء.. لا يحبسون في دية وأرش، ويؤخذ من العطاء، وإن لم يكن لهم عطاء.. يحبسون؛ كذا في «البزازية».

الثامن: المديون لا يحبس إذا علم القاضي أن له مالاً غائباً.

التاسع: إن المديون لا يحبس إذا علم القاضي أنّ له محبوساً موسراً. انتهى.

(**ولو مرض في الحبس.. لا يخرج إن كان له من يخدمه فيه**)؛ لأن الحبس شرع لتضجر قلبه، فيسارع إلى قضاء الدين، وبالمرض يزداد الضجر.

(**وإلا.. أخرج**)؛ لاحتمال الهلاك إذا لم يكن له من يمرضه، وهو ليس بمستحق عليه.

(**ولا يمكّن المحترف من اشتغاله**) لحرفته (**فيه هو الصحيح**)؛ أي: في الحبس ليتضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه.

(**ويمكّن من وطء جاريته**)، وكذا وطء امرأته على ما في «الخلاصة».

(**إن كان فيه خلوة**)، وإلّا.. فلا؛ لأنه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن والفرج.

وعن أبي حنيفة: إن قضاء شهوة الفرج ليس من أصول الحوائج.. فتمنع عنه، بخلاف قضاء شهوة البطن.

ولا يمنع عن دخول أهله وجيرانه عليه؛ ليشاورهم لقضاء دينه، لكن يمنعون من طول مكثهم عنده، وقد ذكرناه.

(**وإذا تمت المدة ولم يظهر له مال.. خلّى سبيله**)، وقد مرّ من قبل.

وَلَا يُحولُ بَينَه وَبَين غُرَمَائِه، بَل يلازمونَهُ، وَلَا يمنعونَهُ من التَّصَرُّفِ وَالسّفرِ، وَيَأْخُذُونَ فضلَ كَسبِهِ، وَيُقسم بَينَهُمْ بِالْحِصَصِ.

والملازمةُ: أنْ يدوروا مَعَهُ حَيْثُ دَارَ؛ فإِنْ دخلَ دَارَهُ.. جَلَسُوا على الْبَابِ.

وَلَو كَانَ الدّينُ لرجلٍ على امْرَأَةٍ.. لَا يلازمُها، بل يبْعَثُ امْرَأَةً تلازمُها.

وَقَالا: إِذا فَلّسهُ الْحَاكِمُ.. يحولُ بَينَهُ وَبَينَ غُرَمَائِهِ إِلَى أنْ يُبرهِنُوا أنَّ لَهُ مَالاً.

(**ولا يحول بينه وبين غرمائه**)؛ أي: بعد الخروج من الحبس (**بل يلازمونه**) على ما سيأتي من معنى الملازمة.

(**ولا يمنعونه من التصرف والسفر، ويأخذون فضل كسبه، ويقسم بينهم بالحصص**).

ثم شرع في بيان معنى الملازمة فقال: (**والملازمة أن يدوروا معه حيث دار؛ فإن دخل** [١٩٢/ب] **داره.. جلسوا على الباب**) إلى أن يخرج ، ولا يدخلون معه الدار، إلا إن أذن الدخول.

(**ولو كان الدين لرجل على امرأة.. لا يلازمها**) لما فيها من الخلوة بالأجنبية، (**بل يبعث امرأة تلازمها**)؛ لتتضجر بها.

(**وقالا: إذا فلسه الحاكم.. يحول بينه وبين غرمائه إلى أن يبرهنوا أن له مالاً**)؛ لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح، فتثبت العسرة، ويستحق النظرة إلى الميسرة.

وعند أبي حنيفة: لا يتحقق القضاء بالإفلاس؛ لأن مال الله تعالى غادٍ ورائح، ولأن وقوف الشهود على المال لا يتحقق إلّا ظاهراً.. فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة.

* * *

(فصلٌ)

إِذا شهدُوا عِنْدَ القَاضِي على خصمٍ حَاضرٍ.. حَكَمَ بهَا،...............

(فَصْلٌ)

فِي كِتَابِ القَاضِي إِلَى القَاضِي

وهو جائز استحساناً؛ لحاجة الناس إليه.

(إذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر).

قال في «النهاية» و«العناية»: ليس المراد بالخصم ههنا: المدعى عليه، بل المراد به: هو الوكيل على الغائب، أو من جعله القاضي وكيلاً عنه؛ لإثبات الحق؛ لأنه لو كان المراد به هو المدعى عليه نفسه.. لما احتيج إلى كتاب القاضي إلى آخر؛ لأن حكم القاضي قد تمّ.

ويرد عليه: أنّ على تقدير كون المراد به وكيل الغائب.. لا يحتاج إلى كتاب قاض آخر أيضاً، بل يكفي ثبوت مضمون السجل المكتوب على وجه الوكيل على ما صرّح به في «التبيين»؛ حيث قال: إنِ الحكمُ قد تم بحضور الخصم بنفسه، أو من يقوم مقامه.. فلا يحتاج إلى كتاب الحكم إلى قاضٍ آخر، وبه صرح في بعض الحواشي أيضاً.

وقد يقال: إن ذكر هذا الشق ليس مقصوداً بالذات ههنا، بل إنما ذكر لمجرد التوطئة للشق الثاني، أو لبيان أن هذا الكتاب سمّي باسم السجل، لا لأنه يكتب إلى قاض آخر على ما صرح به في «الكفاية».

أو يقال: إن المدعى عليه إذا غاب بعد الحكم عليه، وجحد ولم يسلم حقه؛ فطلب المدعي من القاضي كتاب حكمه إلى قاضي بلدة فيها خصمه؛ لتسليم حقه إليه وينفذ حكمه.. فإنه حينئذ يحتاج إلى كتاب قاض آخر على ما في «الزيلعي» وشرح «المجمع».

(حكم بها)؛ أي: بالشهادة لوجود الحجة.

وَكتب بالحكم وَهُوَ السّجِلُ.

وَإِن شهدُوا على **الْغَائِبِ**.. لَا يحكمُ، بل يكْتبُ بهَا ليحكمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، وَهُوَ كتابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي، وَالْكتابُ الْحكمِيُّ، وَهُوَ نقلُ الشَّهَادَةِ فِي الْحَقِيقَة.

(وكتب بالحكم) بأن يقول: «حكمت أو ثبت عندي».

(وهو)؛ أي: هذا الكتاب **(السجل)**؛ لأن السجل لا يكون إلّا بعد الحكم.

(وإن شهدوا على غائب.. لا يحكم)؛ لأن القضاء على الغائب.. لا يجوز عندنا.

(بل يكتب بها)؛ أي: بالشهادة **(ليحكم)** القاضي **(المكتوب إليه، وهو كتاب القاضي إلى القاضي والكتاب الحكمي)**.

واعلم: أن كتاب القاضي إلى القاضي نوعان:

أحدهما: يسمى سجلاً وهو المذكور أولاً.

والثاني: يسمى الكتاب الحكمي، وهو المذكور ثانياً، والفرق بينهما:

أن **الأول** [١٩٣/أ] إذا وصل إلى المكتوب إليه.. ليس له إلا التنفيذ، وافق مذهبه أو لا؛ لاتصال الحكم به.

والثاني: إذا وصله.. نفذه إن وافق مذهبه، وإلا.. فلا؛ لعدم اتصال الحكم به، بل هو ابتداء حكم على ما في «العناية» وغيرها.

وعلى هذا: ففي قوله: «وهو كتاب القاضي إلى القاضي» اشتباه.

(وهو)؛ أي: الكتاب الحكمي: **(نقل الشهادة في الحقيقة)**؛ أي: لا الحكم؛ لأن القاضي الكاتب لم يحكم بهذه الشهادة، وإنما نقلنا للمكتوب إليه ليحكم بها، ولهذا يحكم المكتوب إليه بها إن وافق مذهبه، وإلا.. فلا.

بخلاف السجل؛ فإنه ليس له أن يخالفه، وإنما ينفذه، وافق مذهبه أو لا.

وَيقبلُ فِي كل مَا لَا يسْقطُ بِالشُّبْهَةِ كَالدّينِ، وَالْعَقارِ، وَالنِّكَاحِ، وَالنّسبِ، وَالْغَصْبِ، وَالْأَمَانَةِ، وَالْمُضَاربَةِ المجحودتين.

وَعَن مُحَمَّدٍ: قبُولُهُ فِي كلِّ مَا يُنْقلُ، وَعَلَيهِ الْمُتَأَخّرُونَ، وَبِه يُفْتى.

(ويقبل) كتاب القاضي إلى القاضي **(في كل ما لا يسقط بالشبهة)**، احترز به عن الحد والقصاص؛ لأنها تندرئ بالشبهات.

وفي كتاب القاضي إلى القاضي زيادة شبهة؛ لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، وهو لو أخبر القاضي الآخر في محله.. لم يعمل بخبره، فكتابته أولى؛ لأنه قد يزوّر، وإنما جوزناه استحساناً؛ لحاجة الناس إليه.

(كالدين)؛ فإنه يعرف بالقدر والوصف، ولا يحتاج فيه إلى الإشارة؛ لأن الدين مما يثبت بالشبهات، ولا يحتاج فيه إلى الإشارة.

(والعقار)؛ لما ذكرناه في الدين.

(والنكاح)؛ بأن ادعى رجل نكاحاً على امرأة أو بالعكس، وأرادَ كتابَ القاضي إلى القاضي، وكذا الطلاق والعتاق والإيصاء والوصية والشفعة والوكالة والوراثة والوفاة والقتل الذي موجبه المال لا القصاص؛ فإن كتاب القاضي إلى القاضي.. يقبل في كلها لما ذكرناه في الدين.

(والنسب) من الحي أو الميت.

(والغصب والأمانة والمضاربة المجحودتين)؛ لأنهما بمنزلة الدين في عدم الاحتياج إلى الإشارة عند الدعوى.

قيّد بالجحود؛ لأنه عند الإقرار بمنزلة الأعيان المنقولة، فلا تقبل في ظاهر الرواية؛ للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة.

(وعن محمد: قبوله في كل ما ينقل) من العبيد والإماء، **(وعليه المتأخرون، وبه يفتى)**؛ لضرورة الحاجة، وهو قول مالك وأحمد والشافعي.

وقال أبو حنيفة ومحمد في رواية أخرى عنه: إنه لا يقبل في الأعيان المنقولة

وَلَا بُدَّ أَنْ يكون إِلَى مَعْلُومٍ؛ بِأَنْ يَقُولَ: من فلَانٍ إِلَى فلَانٍ، وَيذكرُ نسبَهُمَا؛ ....

مطلقاً؛ للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة، واستحسنه أبو يوسف في العبيد؛ لكثرة إباقه فتمس الحاجة إلى الكتاب دون الإماء لقلة إباقها.

وعنه: أنه تقبل فيهما بشرط أن يحلف المدعي أن له عبداً آبقاً، وهو اليوم في يد فلان، ويعرف العبد غاية التعريف باسمه وصفته ونسبه، ويكتب القاضي: أنّه [١٩٣/ب] شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا، وقامته كذا، وسنّه كذا، وقيمته كذا: ملك فلان المدعي هذا، وقد أبق إلى بلدة كذا، وهو اليوم عند فلان بغير حق.

وإذا وصل الكتاب إليه وثبت عنده أنه من عند الكاتب.. سلم العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له بالملك؛ لأن شهود الملك لم يشهدوا بحضرة العبد، ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس القيد، ويجعل خاتماً من رصاص في عنق العبد؛ كيلا يتهم المدعي بالسرقة، ويكتب كتاباً إلى القاضي الأول الذي كتبه إليه، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه، وعلى ما في الكتاب؛ فإذا وصل الكتاب إلى القاضي الأول ويشهد الشهود أن هذا كتابه وختمه.. أمر المدعي أن يحضر شهوده الذين شهدوا عنده، فيعيدوا الشهادة بالإشارة إلى العبد أنه ملكه؛ فإذا شهدوا.. حكم به، وكتب إلى المكتوب إليه أولاً بما ثبت عنده؛ ليبرأ كفيله.

والجارية؛ كالعبد فيما ذكرناه، إلا أنه لا يسلمها للمدعي، بل يبعثها مع أمين معه؛ لئلا يظنها قبل القضاء بالملك له زاعماً أنها ملكه.

(ولا بد أن يكون) الكتاب **(إلى)** قاض **(معلوم)** من قاض معلوم اسمه؛ **(بأن يقول)** في الكتاب: **(من فلان)** القاضي **(إلى فلان)** القاضي، **(ويذكر)** في الكتاب **(نسبهما)**؛ أي: نسب القاضي الكاتب والمكتوب إليه؛ كما يذكر اسمهما، وإن لم يذكر اسمهما ونسبهما.. لم يجز الكتاب.

فَإِن شَاءَ.. قَالَ بعده: وَإِلَى كلِّ مَن يصلُ إِلَيْهِ من قُضَاةِ الْمُسلمينَ، ....

ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم المكتوب إليه ونسبه، ولكنه كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين.. لا يجوز عندهما.

وجوّزه أبو يوسف، وعليه عمل الناس اليوم.

ولو كتب اسم المكتوب إليه ونسبه بعد كتابته اسم القاضي الكاتب ونسبه، ثم كتب: «وإلى كلّ من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين».. جاز بالإجماع، على ما في «الخلاصة» و«البزازية»، وإليه أشار بقوله:

(فإن شاء.. قال بعده)؛ أي: بعد ذكر اسمهما ونسبهما: **(وإلى كلّ من يصل إليه)** كتابي هذا **(من قضاة المسلمين)**.

وينبغي أن يذكر أسماء شهود الحادثة وأنسابهم أيضاً، ولو اكتفى بقوله: فأقام شهوداً عدولاً، أو سألت عنهم فعدلوا.. جاز ذلك على ما في «قاضي خان».

ويذكر اسم المدعي والمدعى عليه، وأنسابهما أيضاً، والنسبة إلى الأب تكفي عندهما، ولا بد من النسبة إلى الجد عند أبي حنيفة.

ومحمد مع أبي حنيفة في رواية شرح «الجامع الصغير».

وإن لم ينسبه إلى الجد، لكن نسبه إلى القبيلة؛ إن كان أدنى القبائل.. فهو كاف، وإن نسبه إلى أعلى الأفخاذ فقال: «تميمي».. فهو بمنزلة ما لو قال «بخاري».. فلا تحصل [١٩٤/أ] به المعرفة.

ولو لم ينسبه إلى الجد، ولا إلى القبيلة، لكن نسبه إلى الحرفة.. لا يكفي عند أبي حنيفة، وعندهما: إن كان معروفاً بتلك الصناعة.. يكفي على ما في «الخلاصة».

وينبغي أن يكون داخل الكتاب اسمَي القاضي الكاتب والمكتوب إليه ونسبهما، وعليه عنوان الظاهر أيضاً، والاعتبار إلى عنوان الباطن، حتى لو جاء بكتاب عليه اسمهما ونسبهما في عنوان الظاهر دون الباطن.. لا يقبل، ولو كان على العكس.. يقبل.

ويقرؤُهُ على من يُشهِدُهُم عَلَيْهِ، وَيُعلِمُهُم بِمَا فِيهِ، وَتَكونُ أَسمَاؤُهُم دَاخِلَةً، ويختُمُه بحضرَتِهِم، ويحفَظُوا مَا فِيهِ، ويسلِّمُهُ إِلَيْهِم.

وَأَبُو يُوسُفَ لم يشْتَرط شَيْئاً من ذَلِك ....

وأبو يوسف جوز عنوان الظاهر فقط، والاحتياط ما قالاه؛ لاحتمال التبديل في عنوان الظاهر بدون الباطن على ما في «الفتاوى».

ولا بد أن يكتب في الكتاب: التاريخ أيضاً، حتى لو لم يكتبه.. لا يقبل بمجرد شهادة الشهود **(ويقرؤه)** القاضي الكاتب كتابه الذي كتبه على الوجه الذي ذكرناه، **(على)** وجه **(من يشهدهم)** القاضي، هو من الإشهاد، «هم» راجع إلى «مَن» باعتبار معنى الجمع **(عليه)** أي: على كتابه هذا، يعني به: شهود الطريق.

(ويعلمهم) من الإعلام أي: ويعلم القاضي الكاتب لشهود الطريق **(بما فيه)** أي: في كتابه، **(وتكون أسماؤهم)** أي: أسماء شهود الطريق، وكذا أنسابهم كشهود الحادثة **(داخلة)** أي: داخل الكتاب؛ لأن كونه كتاب القاضي الفلاني لا يثبت بمجرد الشهادة.

(ويختمه بحضرتهم) أي: حضرة شهود الطريق.

(ويحفظوا) أي الشهود **(ما فيه)** أي: إلى وقت الأداء.

(ويسلمه) أي: القاضي الكاتب **(إليهم)** أي إلى شهود الطريق؛ لئلا يتوهم عليه التغيير.

وعند أبي حنيفة: يسلمه إلى المدعي، وعليه عمل القضاة اليوم على ما في «الكفاية».

(وأبو يوسف لم يشترط شيئاً من ذلك) أي: من ذكر اسم المكتوب إليه ونسبه والقراءة عليهم وتعليمهم بما فيه وختمه عندهم وحفظهم ذلك إلى وقت الأداء.. بل جوّز أن يكتبه ابتداء بعد ذكر اسم الكاتب ونسبه إلى كل من يصل إليه كتابي هذا على ما ذكرناه.

سوى شهادتهم أنَّه كِتَابُهُ لمّا ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ.

وَاخْتَارَ السَّرخسِيُّ قَوْلَهُ، وليس الخَبَرُ كالعِيانِ.

وَإِذا وصـلَ إِلَـى الْمَكْتُـوبِ.. ينظـرُ إِلَـى خَتمِـهِ، وَلَا يقبلُـهُ إِلّا بِحَضْـرَةِ الْخصمِ، ....

(سـوى إشـهادهم أنـه كتابـه) فـي روايـة، واشـتراط الخـاتم فـي روايـة علـى مـا سيصرح به (لما) بمعنى: حين أي: حين (ابتلي بالقضاء)؛ تسهيلاً على الناس.

(واختار السرخسي قوله، وليس الخبر كالعيان) فينبغي أن يشترط في الخبر ما لا يشترط في العيان.. فالاحتياط فيما قال الإمامان - وهو قول أبي يوسف أولاً -: من زيادة اشتراط كون الكاتب والمكتوب إليه معلوماً اسماً ونسباً وغيرهما من الأمور المذكورة؛ لأن الكتاب الحكمي من قبيل الخبر لا العيان[1].

(وإذا وصل) الكتاب (إلى المكتوب إليه.. ينظر إلى ختمه، ولا يقبله إلا بحضرة الخصـم)؛ لأن ذلـك بمنزلـة أداء [١٩٤/ب] الشـهادة، وذلـك لا يكـون إلّا بحضـرة الخصم.. فكذلك هذا.

بخلاف سماع القاضي الكاتب؛ فإنه جاز بغيبة الخصم؛ لأنه ليس للحكم، بل للنقل فكان جائزاً، وإن كان بغيبته.

وفي «شرح الأقطع» عن أبي يوسف: أنه يقبله من غير حضور الخصم؛ لأنه يختص بالمكتوب إليه، فكان له أن يقبله، والحكم بعد ذلك بعمله من الكتاب، فحضور الخصم معتبر عند الحكم به.

وفي «الخلاصة»: يسأل المكتوب إليه الشهود عن القاضي الكاتب: أهو عدل؟ ليكون أبعد عن الخلاف.

---

(١) رحم الله الشارح فقد ذهب بعيداً في شرح قول الماتن: «وليس الخبر كالعيان»؛ بل المعنى: أن أبا يوسف قبل أن يبتلى بالقضاء ويعاني ما فيه.. قال مثل ما قالا، وبعد أن عاين القضاء وابتلي به.. قال: جميع ذلك ليس بشرط. انظر «مجمع الأنهر» (٢/ ١٦٦).

وبشهادةِ رجلَيْنِ، أَو رجلٍ وَامْرَأَتَيْنِ: أَنَّهُ كتابُ فلَانٍ القَاضِي قَرَأَهُ علينا، وختَمَهُ، وَسلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مجْلِسِ حكمِه.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: أَنَّه كتابُ فلَانٍ وختمُه.

وَعنهُ: أَنَّ الْخَتْمَ لَيْسَ بِشَرْط.

فَإِذا شهدُوا.. فَتحَهُ، وقرأَه على الْخصم، وأَلْزمَهُ بمَا فِيهِ.

(وبشهادة رجلين أو رجل وامرأتين)؛ أما اشتراط الحجة التامة.. فلأنه ملزم، ولا إلزام بدونها.

وأما قبول رجل وامرأتين.. فلأنه حق لا يسقط بالشبهات، فيقبل كما في سائر الحقوق.

(أنه: كتاب فلان القاضي قرأه علينا، وختمه، وسلمه إلينا في مجلس حكمه) هذه الشهادة على قولهما.

(وعند أبي يوسف): شهدوا (أنه كتاب فلان وختمه، وعنه: أن الختم ليس بشرط)؛ لما مر من عدم اشتراط الأمور المذكورة؛ تسهيلاً على الناس.

وقال بعض مشايخنا: إن كان الكتاب في يد المدعي.. يفتى باشتراط الشهادة بالختم، وإن كان في يد الشهود.. يفتى بعدم الاشتراط.

(فإذا شهدوا.. فتحه) ولـم يذكر اشتراط ظهور عدالتهم «الفتح»، وهو اختيار القدوري.

وذكر الخصاف وصححه في «الهداية» وجزم به في «الخلاصة»: أنه يفتح بعد ظهور العدالة؛ لأنه إذا لم يظهر العدالة.. ربما احتاج المدعي إلى زيادة الشهود، وإنما يمكنهم أداء الشهادة حال قيام الختم يشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه، وأما إذا فك الخاتم.. فلا يمكنهم ذلك.

(وقرأه على الخصم، وألزمه بما فيه) بحكم الشهادة.

وَيَبْطُلُ الْكِتابُ بِمَوْتِ الْكَاتِبِ وعزلِهِ قَبْلَ وُصُولِ الْكِتابِ، وبِموتِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، إِلّا إِنْ كتبَ بعدَ اسْمِهِ: وَإِلَى كلِّ من يصلُ إِلَيْهِ من قُضَاةِ الْمُسلمينَ.

(ويبطل الكتاب بموت الكاتب أو عزله) أو خروجه عن أهلية القضاء بجنون أو إغماء أو فسق إذا تولى وهو عدل، ثم فسق عند بعض المشايخ.

(قبل وصول الكتاب) إلى القاضي المكتوب إليه أو بعد الوصول إليه قبل القراءة.

وأما بعدها.. فلا يبطل كما في «البحر».

وقال أبو يوسف في رواية - وهو قول الشافعي -: لا يبطل؛ لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ لأنه بكتابه ينقل الشهادة، والنقل قد يتم بالكتاب، فكان بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء، وإنه لا يمنع القضاء.

قلنا: إن هذا النقل له حكم القضاء؛ بدليل: أنه لا يصح إلا من القاضي، ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة، ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة، فيكون قضاء، لكنه [١٩٥/أ] غير تام؛ لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب عليه إلا بعد وصوله إليه وقراءته عليه، فبطل؛ كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي أو عزل أو خرج عن الأهلية قبل إتمام القضاء.

ويبطل أيضاً (بموت المكتوب إليه) قبل القضاء.

وقال الشافعي: لا يبطل بموت المكتوب إليه، بل يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء.

قلنا: إن الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته، والقضاة يتفاوتون في أداء الأمانة، فصاروا كالأمناء في الأموال، وهناك قد لا يعتمد على كلّ أحد، فكذا هنا.

(إلا إن كتب بعد اسمه: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)؛ لأنه أتى بما هو شرط، وهو أن يكون من معلوم إلى معلوم، ثم يصير غيره تبعاً له، ولا يضر ذلك.

لَا بِمَوْتِ الْخصمِ، بل ينفذُ على وَارِثِهِ.

وَإِذا علَم القَاضِي بِشَيْءٍ مِن حُقُوقِ الْعبادِ فِي زمنِ وِلَايَته ....

نعم، لو قال أولاً: من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين بلا كتب اسم المكتوب إليه.. لا يجوز على ما تقدم؛ لفقد الشرط وهو من معلوم إلى معلوم، وهذا من معلوم إلى مجهول، هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وجوّزه أبو يوسف حين ابتلي بالقضاء تسهيلاً على الناس.

(لا) يبطل (بموت الخصم، بل ينفذ على وارثه) لقيامهم مقامه؛ سواء كان تاريخ الكتاب قبل موته أو بعده، على ما في «العناية».

ولو مات المدعي.. ينبغي أن لا يبطل أيضاً، على ما في «الزيلعي»؛ لما ذكرناه.

وكما يجوز كتاب القاضي إلى القاضي.. كذلك يجوز كتاب القاضي إلى الأمير الذي ولاه، لكنه إن كان في مصره معه.. اقتصر على قوله: أصلح الله أمير الأمير، ثم قصّ القصة، ولا يكتب أكثر من ذلك.

وإن كان في مصر آخر.. فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والخصم والشهادة، كما في كتاب القاضي إلى القاضي؛ للتعرف، كذا في «الزيلعي».

(وإذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد) بأن شاهد أنه غصب، أو طلّق امرأته، أو قتله عمداً، أو خطأ، أو قذفه، ونحوها.. فإنه يجوز له القضاء بمجرد علمه حال قضائه، واحترز بغير حقوق العباد عن حقوق الله تعالى الخالصة؛ كحد الزنا وشرب الخمر.. فإنه لا يقضي فيها بمجرد علمه، إلا إذا أتي بالسكران، لكنه يعزره، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(في زمن ولايته)، احترز به عما إذا علم قبل زمن قضائه بحادثة من حقوق العباد، ورفعت تلك الحادثة إليه في زمن قضائه.. لا يجوز قضاؤه فيها بمجرد علمه عند أبي حنيفة ومحمد، وجوَّزه أبو يوسف، كذا في «التجريد».

ومحلِّها.. جَازَ لَهُ أَن يقْضِيَ بِهِ.

(و) في (محلها)، احترز به عمّا إذا علم حادثة من حقوق العباد في غير مصره الذي تولى فيه، ثم حضر مصره [١٩٥/ب] الذي تولاه، فرفعت تلك الحادثة إليه.. لا يجوز قضاؤه فيها بمجرد علمه عندهما، خلافاً لأبي يوسف أيضاً.

(**جاز له أن يقضي**) لمجرد علمه (**به**)؛ بناء على أن المقصود من الشاهد حصول العلم بالقاضي، وقد حصل ذلك.

ولو علم في رستاق مصره.. فعندهما: يقضي بمجرد علمه، واختلفوا على قول أبي حنيفة؛ سواء كان مقلداً على الرساتيق أو لا؛ بناء على أن القضاء في القرية والمفازة لا ينفذ عند أبي حنيفة.

ولو علم حادثة وهو قاض في مصره، ثم عزل عن القضاء، ثم أعيد على القضاء بعد ذلك.. فعند أبي حنيفة: لا يقضي، وعندهما: يقضي على ما في «الخلاصة».

قال في قضاء «الأشباه»: الفتوى على عدم العلم بعلم القاضي في زماننا، كما في «جامع الفصولين».

وفي «الخلاصة»: القاضي يقضي بعلمه في القصاص وحدّ القذف، لا في غيره من الحدود.

ولم يذكر المصنف المسافة بين القاضيين؛ لما فيها من الاختلاف؛ ففي ظاهر الرواية: أنه لا بد من مسيرة ثلاثة أيام؛ كالشهادة على الشهادة.

وجوزها محمد وإن كانا في مصر واحد.

وعن أبي يوسف: إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله.. صح الكتابة والإشهاد.

وفي «السراجية»: وعليه الفتوى،كذا في «البحر».

فقد تقدم: أن الفتوى على قول أبي يوسف في كل ما يتعلق بالقضاء.

* * *

(فَصْلٌ فِي قَضَاءِ المَرْأَةِ)

وَيجوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَة فِي غيرِ حدٍّ وقَوَدٍ.

وَلَا يسْتَخْلفُ قاضٍ إِلّا أنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ ذَلِك.

بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِالْجمعَةِ..

(فَصلٌ فِي قَضَاءِ المَرْأَةِ)

(**ويجوز قضاء المرأة**) في كل حق (**غير حد وقود**)؛ لما تقدم: أن حكم القضاء يستقى من الشهادة؛ فكل من كان أهلاً لها.. فبهما؛ لما في شهادتهما شبهة البدلية عن الرجل.

وفي «البحر»: يجوز قضاء المرأة، ولكن يأثم المولِّي لها؛ مستدلاً بحديث البخاري: «لم يفلح قوم ولُّوا أمرهم امرأة».

وفي «الخلاصة»: لو قضت المرأة في الحدود والقصاص، فرفع إلى قاض آخر فأمضاه.. ليس لغيره أن يبطله.

بخلاف الصبي أو العبد أو النصراني؛ فإنه إذا استقضي واحد منهم فقضى.. لا يجوز وإن أمضاه قاض آخر.

وأما الخنثى.. يصح قضاؤه بطريق الأولى، وينبغي أن لا يصح في الحدود والقصاص؛ لشبهة الأنوثة.

(**ولا يَستخلِفُ قاض**) أي لا ينصِّبُ نائباً للقضاء بعذر وبغير عذر، كما في «العناية».

(**إلا أن يفوض إليه ذلك**) أي: الاستخلاف؛ لأنه إنما قلّد إليه القضاء دون التقليد بالقضاء، فصار كالوكيل حيث لا يجوز له التوكيل بدون الإذن من الموكل.

(**بخلاف المأمور بالجمعة**)؛ حيث يجوز له استخلاف للخطبة والصلاة ابتداء

وَإِذا اسْتَخْلَفَ الْمُفَوَّضُ إِلَيْهِ.. فنائبُهُ لَا يَنْعَزِل بعزلِهِ وَلَا بِمَوْتِهِ، بل هُوَ نَائِبُ الأَصْلِ.

وبعدما أحدث، في الصلاة وقبل الشروع فيها، بعد أداء الخطبة؛ لأن الجمعة مؤقتة فتفوت بفوات [١٩٦/أ] وقته، فكان الإذن بها إذناً بالاستخلاف.

بخلاف القضاء؛ لأنها غير مؤقتة، فلا يخاف الفوات، وقد تقدم تفصيله في باب صلاة الجمعة، فارجع إليه.

(**وإذا استخلف المفوض إليه.. فنائبه لا ينعزل بعزله**)؛ لأنه صار قاضياً من جهة الخليفة.. فلا يملك الأول عزله؛ كالوكيل إذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل آخر؛ فإنه صار وكيلاً عن الموكل، حتى لا يملك الوكيل عزله، إلا أن يقول الخليفة له: ولّ من شئت واستبدل من شئت، فيملك الأول عزله.

وإذا قال الخليفة: جعلتك قاض القضاة.. كان إذناً له بالاستخلاف والعزل دلالة؛ لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليداً وعزلاً، على ما في «العناية».

(**ولا بموته**) لما ذكرناه، وإنما ينعزل بموت الخليفة كما عزل القاضي به، ووكيل الوكيل بموت الموكل الأول.

(**بل هو نائب الأصل**)؛ لكونه مأذوناً من جهته.

فإن قيل: ما الفرق بين الوصي والقاضي والوكيل؛ حيث إن الوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلاً وإيصاءً، بخلاف القاضي والوكيل، مع أن كلا منها مفوض إليه من جهة الغير؟

أجيب عنه: بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية، ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي، فيكون الموصي راضياً باستعانته من الغير، ولا كذلك القضاء والتوكيل.

وَغيرُ الْمُفَوَّضِ إِن قضى نَائِبُهُ بِحَضْرَتِهِ، أَو بغيبتِهِ، فَأَجَازَهُ.. جَازَ، كَمَا فِي الْوكَالَة.

وَإِذا رُفِعَ إِلَى القَاضِي حُكمُ قاضٍ آخرَ فِي أَمرٍ اخْتُلِفَ فِيهِ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ ....

هذا، وهل يكون للمفوض إليه الاستخلاف قبل الوصول إلى محل قضائه كما يملكه بعده؟

ففي «البحر»: وظاهر إطلاقهم: أن المأذون له بالاستخلاف صريحاً أو دلالة يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه، كما يملكه بعده، وقد جرت عادتهم إذا ولّوا السلطان قضاء بلدة بعيدة: بإرسال خليفة يقوم مقامهم إلى حضورهم، هكذا ذكره.

ثم نقل عن «شرح أدب القاضي» للخصاف: ما يفيد أن القاضي لا يملك الاستخلاف قبل وصوله إلى محل عمله.

ثم نقل عن ذلك الشرح أيضاً: ما يفيد ترجيح ما ذكره أولاً؛ من أنه يملك الاستخلاف قبل الوصول إلى محل قضائه وبعده.

(**وغير المفوض**) إليه (**أن قضى نائبه**) أي: إن استخلف غير المفوض إليه وقضى نائبه (**بحضرته أو بغيبته فأجازه.. جاز**) قضاء النائب إذا كان من أهل القضاء؛ بأن لا يكون رقيقاً أو محدوداً في قذف أو كافراً أو مجنوناً؛ لأنه حضره أي: الأول (**كما في الوكالة**) حيث نفذ توكيل الوكيل، بلا إذن التوكيل في حضرته أو بغيبته [١٩٦/ب]، بعد أن أجازه؛ لما ذكرناه.

(**وإذا رفع**) إلى القاضي (**حكم قاض آخر**) - أطلقه فشمل: ما وافق رأي القاضي المرفوع إليه، وما خالفه لرأيه، كذا في «البحر» - (**في أمر اختلف فيه الصدر الأول**) أي: الصحابة، على ما في «العناية» و«غاية البيان»: يعني أن الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه: هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة، لا الاختلاف الذي كان وقع بعدهم، حتى لو اختلف الشافعي والمالكي في حادثة.. لم يكن الحكم

باختلافهما مجتهداً فيه، ما لم يختلف فيه الصدر الأول، وعلى هذا: إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول، ورفع ذلك إلى حاكم لم يره بذلك.. كان له أن ينقضه، قال في «الخلاصة» في هذه المسألة: إذا اختلف الفقهاء في مسألة، فقضى فيها قاض بقول، ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك.. أمضى القاضي الآخر القضاء الأول. انتهى.

هكذا في «الجامع الصغير» أيضاً، فأشار المصنف إلى أن المراد بالفقهاء في كلامهم هذا: هو الصدر الأول.

وقالوا: وفي كلامهم هذا فوائد:

أحدها: أنهم قيدوا بالفقهاء؛ إشارة إلى أن القاضي إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد.. لا ينفذه القاضي المرفوع إليه على قول العامة.

ولهذا قال في «الأسروشنية»: لو قضى في فصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم بذلك.. قيل: ينفذ قضاؤه، وعامتهم: على أنه لا ينفذ، وإنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهداً فيه، قال شمس الأئمة: هو ظاهر المذهب.

وثانيها: أنهم قيدوا بقولهم: «يرى غير ذلك» إشارة إلى أن الحكم إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة.. ينفذ؛ سواء كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً؛ فإنه إذا نفذه وهو مخالف لرأيه.. ففيما يوافقه أولى، كذا في «العناية».

وثالثها: أن العبرة في كون المحل مجتهداً فيه إلى حقيقة الاختلاف في الصدر الأول على ما هو المشهور في الكتب، لا اشتباه الدليل على ما هو الظاهر من لفظ «المنتقى».

وذهب إليه بعض العلماء، مستدلين بمسائل:

منها: أن القاضي لو قضى بإبطال طلاق المكره.. نفذ قضاؤه؛ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه؛ لأنه موضع اشتباه الدليل؛ لأن اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه.

ومنها: أنه لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين.. نفذ قضاؤه؛ لأنه في فصل مجتهد؛ لاشتباه الدليل؛ لاعتبار عموم قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾.

ومنها: أنه لو قضى بجواز نكاح بغير شهود.. نفذ [١٩٧/أ]؛ لاشتباه الدليل.

ولم ينقل إلينا في هذه المسائل اختلاف بين الصحابة والتابعين، وإنما الاختلاف فيها بين المتأخرين؛ كذا في «الكفاية».

في كلام المصنف ساكتة عن الفائدة الثانية.

قلت: وفي كلّ من الفوائد المذكورة بحث:

أما في الأول: فلما ذكره في «البحر» نقلاً عن «الخلاصة»: أن اشتراط كونه عالماً بالاختلاف ـ أي: موضع الاجتهاد ـ وإن كان ظاهر المذهب.. لكن يفتى بخلافه، والتحقيق المعتمد: أن علمه يكون ما حكم به مجتهداً فيه شرط، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية.. فلا.

ثم قال نقلاً عن «فتح القدير»: وعندي: أن هذا الشرط لا يعول عليه.

وأما في الثاني: فلما فيه من الخلاف؛ ففي «البحر»: لو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه، ناسياً لمذهبه.. نفذ عند أبي حنيفة.

وفي العامة: روايتان عنه، وعندهما: لا ينفذ في الوجهين، واختلف في الترجيح؛ ففي «الخانية»: أظهر الروايتين عن أبي حنيفة: نفاذ قضائه، وعليه الفتوى، وهكذا في «الفتاوى الصغرى». وفي «المعراج» عزواً إلى «المحيط»: الفتوى على قولهما، وهكذا في «الهداية».

وفي «فتح القدير»: قد اختلف في الفتوى، والوجه في هذا الزمان: أن يفتى بقولهما؛ لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا قصد جميل.

وأما الناسي.. فلأن المقلِّد إنما ولاه ليحكم على مذهبه.. فلا يملك المخالفة.

ثم اعلم: أن عباراتهم مختلفة في هذه المسألة أعني ما إذا قضى المقلد، بخلاف مذهبه موافقاً لمذهب مجتهد.. ففي «البزازية» عزو إلى «شرح الطحاوي»: إذا لم يكن القاضي مجتهداً وقضى بالفتوى، ثم تبين أنه على خلاف مذهبه.. نفذ، وليس لغيره نقضه، وله أن ينقضه، كذا عن محمد، وقال الثاني: ليس له أن ينقضه أيضاً. انتهى. وهكذا في «العمادية».

وقال في مال «الفتاوى»: قضى بخلاف مذهبه، وهو مختلف فيه.. قال أبو حنيفة: ينفذ، وقال أبو يوسف: لا ينفذ. انتهى. هكذا ذكره في «البحر».

ثم قال بعد نقول كثيرة: والحق في هذه المسألة: أن القاضي إذا حكم على خلاف مذهبه؛ فإن كان متوهماً أنه على وفقه.. فإنه باطل يجب نقضه، وإن وافق مجتهداً فيه، وإن كان معتمداً مذهب غيره.. فإنه لا ينقض.

وهذا التفصيل متعين في حكام زماننا؛ فإنهم لا يعتمدون في أحكامهم على الاجتهاد، لا مطلقاً ولا مقيداً؛ لكونهم مقلدين؛ فإذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم.. فهو مقطوع بكونه منه خطأ، فينقض.

وقولهم [١٩٧/ب]: «لا ينقض الحكم في المجتهدات» معلل بأن الاجتهاد لا ينقض بمثله. انتهى.

وأما في الثالث: فلما في «فتح القدير»: أن النظر إلى اختلاف الفقهاء مطلقاً في كون المحل مجتهداً فيه، لا إلى اختلاف الصحابة فقط، وإن المسألة تكون مجتهداً فيها باختلاف مالك والشافعي؛ حيث قال فيه: قد صح أن مالكاً والشافعي وأبا حنيفة مجتهدون.. فلا شك في كون محل اختلافهم اجتهادياً.

أَمْضَاهُ ....

ويؤيده ما في «الذخيرة» عن الحلواني: أن الأب إذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها؛ فإن على قول مالك.. يصح، ويزول الصداق عن ملكها، ويبرأ الزوج عنه؛ فإذا قضى به قاض.. نفذ. انتهى.

وفي «الخلاصة»: المختلف بين السلف كالمختلف بين الصحابة، فكانت العبرة في المسائل كلها حقيقة إلى الاختلاف بين الفقهاء مطلقاً، لا إلى مجرد اشتباه الدليل، ولا إلى الاختلاف بين الصحابة فقط، على أن ما ذكروه في المسألة الثانية من نفاذ القضاء في الحدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتين مخالف لما ذكره في «البحر» من عدم نفاذه، على ما سيذكره.

(أمضاه) أي: ألزمه، ولا يبطله؛ لأن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه.. ينفذ، ولا يرده غيره؛ لأن اجتهاد الثاني مثل اجتهاد الأول في احتمال الخطأ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء.. فلا ينقض بما دونه درجة، وهو ما لم يتصل القضاء به.

ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه لما شغله أشغال المسلمين.. استعان بزيد بن ثابت، فقضى زيد بين رجلين، ثم لقي عمر أحد الخصمين، فقال: إن زيداً قضى علي يا أمير المؤمنين، فقال له عمر: لو كنت لقضيت لك، فقال: ما يمنعك يا أمير المؤمنين؟ الساعة فاقض لي، فقال عمر: لو كان هناك نص آخر.. لقضيت لك. ولكن هنا رأي، والرأي مشترك.

هذا فيما إذا كان القاضي مجتهداً، وأما إذا كان مقلداً.. ففيه تفصيل ذكرناه آنفاً.

وهل يجوز له إمضاؤه وتنفيذه من غير خصم شرعي وطلب شرعي، أم لا بد له من ذلك؟

أقول: لا بد له من ذلك؛ لأن القضاء إنشاء إلزام في حقوق العباد بعد دعوى صحيحة، من خصم حاضر، على خصم حاضر، والأصل في التنفيذ: أن يكون حكماً.. فلا بد من مراعاة شروط القضاء: أن يكون تنفيذاً شرعياً.

إن لم يُخَالِفِ الْكتابَ أَو السّنةَ الْمَشْهُورَةَ أَو الْإِجْمَاعَ.

وكذا الحال فيما إذا رفع إلى قاضي حجة قاض آخر في حادثة عليه، وما فعله قضاة زماننا: من أنهم يمضون حجة القاضي الآخر [١٩٨/أ] بلا خصم شرعي وطلب شرعي.. فليس تنفيذ القضاء، بل إعلام، أحاطه علمه بتلك الحجة.

(**إن لم يخالف**) حكم القاضي الأول.

(**الكتاب**) الذي لم يختلف السلف في تأويله؛ كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فإنهم قد اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته ووطئهما إن وطئها الأب؛ فلو حكم حاكم بجواز ذلك.. نقضه من رفع إليه ذلك.

وكما لو حكم بحلّ متروك التسمية عامداً؛ فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ بالاتفاق.

(**أو السنة المشهورة**)؛ كالحكم بحل المطلقة الثلاث للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثاني.. فإنه ثابت بحديث العسيلة.

(**أو الإجماع**) كالحكم ببطلان قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه، وببطلان الدعوى بمجرد مضي السنين مع سكوت المدعي.

والحاصل: أن إمضاء القاضي الثاني يحتاج إلى أن يكون المحل مجتهداً فيه، والمحل المجتهد فيه: ما اختلف فيه الصدر الأول - على ما اختاره بعض المشايخ، ومنهم المصنف - ولم يكن مخالفاً لواحد من الأدلة الثلاثة.

وإن خالف.. لا يمضيه الثاني، بل يبطله، وإن أمضاه الثاني.. أبطله الثالث، ثم وثم، ولو إلى ألف؛ لأن قضاءه وقع باطلاً.. فلا يعود صحيحاً.

والمواضع التي لا ينفذ القضاء فيها ولا يصح الإمضاء عليها كثيرة، والتي ذكرنا ههنا خمسة كما ترى.

وَمَا اجْتمعَ عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ.. لَا يعْتَبَرُ فِيهِ خلافُ الْبَعْضِ.

ومن تلك المواضع أيضاً: القضاء بتفريق بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقة حال غيبته.

ومنها: القضاء بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه، أو بصحة نكاح أمّ مزنيته أو بنتها، أو بصحة نكاح المتعة، أو بسقوط المهر بلا بينة أو إقرار، أو بعدم تأجيل العنين، أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها، أو بعدم وقوع الثلاث على الحامل، أو بعدم وقوع الثلاث على غير المدخول بها، أو بعدم وقوع طلاق الحائض، أو بعدم وقوع الزائد على الواحدة، أو بعدم وقوع الثلاث بكلمة واحدة، أو بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه، أو بنصف الجهاز لمن طلق امرأته قبل الدخول بها بعد قبض المهر، أو شاهد ويمين، أو بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص، أو بتفريق الزوجين بشهادة واحد على الرضاع، أو بصحة بيع نصيب الساكت المقر من قن حرره أحد الشريكين، أو بجواز بيع أم الولد... إلى غير ذلك مما ذكره في «البحر».

(**وما اجتمع عليه الجمهور**) أي: أكثر الناس على ما في «العناية» [١٩٨/ب] و«الكفاية» (**.. لا يعتبر فيه خلاف البعض**)؛ لأن ذلك خلاف لا اختلاف، كذا في «الهداية»؛ فعلى هذا: إذا حكم القاضي على خلاف ما عليه الأكثر.. كان حكمه على خلاف الإجماع، فينقضه من رفع إليه ذلك الحكم.

ولا يخفى عليك: أن هذا مخالف لما ذهب إليه جمهور الأصوليين من أصحابنا من أن الإجماع: لا ينعقد بمخالفة البعض وإن كان واحداً، حتى صرحوا: أن شرط الإجماع: أن يجتمع علماء العصر على حكم.

وأما إذا اجتمع أكثرهم على حكم وخالفهم في ذلك واحد أو اثنان.. لم يثبت الإجماع.

اللهم، إلا أن يقال: إنه بناء على مذهب أبي عبد الله الجرجاني وأبي بكر الرازي من أصحابنا: من أن الأكثرين ممن أجمعوا أن يسوغوا الاجتهاد للمخالف فيما ذهب إليه ولم ينكروا عليه.. كان خلافه معتداً به، ولا ينعقد الإجماع بخلافه:

وَالْقَضَاءُ بِحِلٍّ أَو حُرْمَةٍ.. ينفذُ ظَاهِراً وَبَاطِناً، وَلَو بِشَهَادَةِ زورٍ إِذا ادّعى بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا ينفذُ بَاطِناً بِشَهَادَة الزُّور؛ ....

مثل: خلاف ابن عباس في توريث الأم ثلث جميع المال مع الزوج والأب أو مع المرأة والأب.

وخلاف أبي بكر في قتال مانعي الزكاة وإن لم يسوغوا له ذلك الاجتهاد وأنكروا عليه.. لا يعتمد خلافه، ولا يخل بانعقاد الإجماع:

مثل: خلاف أبي موسى الأشعري في أن النوم مطلقاً ينقض الوضوء، واختاره شمس الأئمة السرخسي.

وخلاف ابن عباس في تحريم ربا الفضل، ولذا قال في «الخلاصة»: ولو قضى بجواز بيع الدرهم بدرهمين يداً بيد بأعيانهما أخذاً بقول ابن عباس.. لا ينفذ، وإن كان مختلفاً فيه بين الصحابة؛ لأنه لم يوافقه أحد من الصحابة، وأنكروا عليه، فكان مهجوراً. انتهى.

(**والقضاء بحل أو حرمة ينفذ ظاهراً**) أي فيما بيننا، (**وباطناً**) أي: عند الله.

يعني: لو قضى القاضي بتحريم شيء بيننا.. فهو حلال عند الله تعالى، (**ولو**) وصلية (**بشهادة زور**) أي: كذب، لكن لا مطلقاً، بل (**إذا ادعى بسبب معين**)؛ إما من العقود كالبيع والشراء والإجارة والنكاح، أو من الفسوخ كالإقالة والطلاق والعتاق، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا ينفذ باطناً بشهادة الزور**) وهو قول الشافعي؛ لأن صحة القضاء على الحجة، وهي باطلة باطناً؛ لكونهم كذبة.. فلا ينفذ باطناً، ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهراً.. فاعتبرت حجة من حيث الظاهر، فيعمل بها ظاهراً.

ولأبي حنيفة: أن حجة القضاء قامت ووجب على القاضي العمل بها؛ لأن حقيقة الصدق ساقطة العبرة؛ لتعذر الوصول إليها، فبقيت العبرة لظاهر العدالة التي

فَلَو أَقَامَتْ بَيِّنَةَ زورٍ أَنَّه تزَوَّجَهَا وَحُكِمَ بِهِ.. حلَّ لَهَا تَمْكِينُهُ، ....

اعتبرها الشرع؛ فإذا وجد.. فقد قام [١٩٩/أ] دليل الشرع فيعمل به ظاهراً وباطناً.

(**فلو أقامت**) المرأة (**بينة زور**) على رجل (**أنه تزوجها**) وهو ينكر (**وحكم به**) أي بالنكاح (.. **حلّ لها تمكينه**)، وللرجل وطؤها عند أبي حنيفة.

وكذا لو ادعى رجل على امرأة نكاحاً وأنكرت هي، فأقام عليها بينة زور، وحكم به القاضي.. حلّ للزوج وطؤها، وللمرأة تمكينه.

وكذا إذا قضى بشهادة الزور بالبيع أو الشراء.. يحل للمدعي تناول المدعى به بالوطء أو الأكل أو الشرب.

ولا يشترط أن يكون القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهداً عند بعض المشايخ؛ لأن الشهادة إنما شرطت لإنشاء النكاح قصداً، والإنشاء هنا ثبت اقتضاء.. فلا يشترط الشهادة.

وقال بعضهم: يشترط؛ لأنها شرط صحة العقد، هذا في العقود.

ومن الفسوخ: ما إذا ادّعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية مثلاً بالإقالة، وأقام شاهدي زور، وقضى القاضي بالفرقة.. حل للبائع وطؤها.

ومنها: ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت شاهدي زور، وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة.. حل للزوج الثاني وطؤها؛ علم أن الزوج الأول لم يطلقها أو لم يعلم بذلك، على ما في «العناية».

وفي «البحر»: وحل لأحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها، ولا يحل للزوج الأول وطؤها، ولا يحل لها تمكينه؛ لأن الشهادة تنفذ ظاهراً وباطناً وإن أثم الشاهدان إثماً عظيماً، على ما في «الولوالجية».

لكن لنفاذها عنده شرطان:

الأول: عدم علم القاضي بكذب الشاهدين، وإن علم كذبهما.. لم ينفذ على ما في «فتح القدير».

خلافاً لَهما.

وَفِي الْأَمْلَاكِ الْمُرْسلَةِ: لَا ينفذُ بَاطِناً اتِّفَاقًا.

وَالْقَضَاءُ فِي مُجْتَهَدٍ فِيهِ بِخِلَافِ رَأْيه نَاسِياً أَو عَامِداً.. لَا ينفذُ عِنْدهمَا، وَبِه يُفْتى.

وَعند الإِمَام: ينفذ لَو نَاسِياً وَفِي الْعمدِ: رِوَايَتَانِ.

الثاني: كون المحل قابلاً؛ فإذا كانت المرأة تحت زوج، أو كانت معتدة، أو مرتدة، أو محرمة بمصاهرة، أو برضاع.. لم ينفذ؛ لأنه لا يقبل الإنشاء.

(خلافاً لهما)؛ لما ذكرناه.

(وفي الأملاك المرسلة) أي: المطلقة عن تعيين السبب بأن ادعى جارية بأنها ملكه ولم يذكر السبب من الشراء أو الإرث أو الهبة وأقام على ذلك بينة زور وقضى بها (.. **لا ينفذ باطناً)** أي: لا يحل وطؤها **(اتفاقاً)**؛ لأن أسباب الملك متزاحمة، وليس بعضها أولى من بعض بالإلغاء بدون التعيين، وإثبات الملك بدون الأسباب ليس في وسع البشر، فتعين الإلغاء.

بخلاف ما إذا ادعى سبباً معيناً من العقود والفسوخ على ما مر؛ لأن الأسباب حينئذ تثبت مقدماً على القضاء اقتضاء تصحيحاً للقضاء.

ثم يثبت الملك **(والقضاء في مجتهد فيه)** - قد تقدم بيان كون المسألة مجتهداً فيها - **(بخلاف رأيه** [١٩٩/ب] **ناسياً)** لمذهبه **(أو عامداً.. لا ينفذ عندهما، وبه يفتى، وعند الإمام ينفذ لو ناسياً، وفي العمد: روايتان)**.

قد تقدم الاختلاف في الفتوى؛ منهم من يفتي بقولهما، ومنهم من يفتي بقول الإمام.

لهما: أنه قضى بما هو خطأ عنده، فيعلم بزعمه.

ولأبي حنيفة في النفاذ: أنه ليس بخطأ يقيناً؛ لكونه محل اجتهاد، فيكون الحكم فيه نافذاً.

وَلَا يقْضِي على غَائِبٍ إِلَّا بِحَضْرَةِ نَائِبِهِ: ....

(ولا يقضى على غائب) أي: عن مجلس القاضي **(إلا بحضرة نائبه)**.

اعلم: أن القضاء على الغائب وله.. لا يجوز عندنا، إلا إذا حضر من يقوم مقامه على الوجه الذي سيأتي بيانه في الكتاب.

وقال الشافعي: إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم فاستتر في البلد.. جاز، وإلّا.. لا يصح في الأصح؛ لأن في الاستتار تضييعاً للحقوق دون غيره، واستدل: بأن ثبوت القضاء بالبينة؛ فإذا وجدت.. ظهر الحق، فيحل للقاضي العمل بمقتضاها.

ولنا: أن العمل بالشبهات لقطع المنازعة؛ لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل، إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان حاضراً وأقر بالحق.. لا حاجة إليها، ولا منازعة إلا بالإنكار، ولم يوجد عند غيبة الخصم.

والحاصل: أن القضاء؛ إما بالإقرار أو بالشهادة عند الإنكار، ولم يوجد كل منهما، ولم يصح القضاء.

فإن قيل: لا نسلم أن الشهادة تحتاج إلى الإنكار، كيف وإنها تعمل بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت.

أجيب: بأن الشرع أنزله منكراً؛ حملاً لأمره على الصلاح؛ إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت عن دينه؛ فإذا سكت.. علم أنه منكر حتى يقام عليه الحجة؛ لأنه لو كان مقراً.. لما احتيج إلى الحجة، فكان الإنكار موجوداً حكماً.

فإن قيل: سلمنا أنه لا منازعة إلّا بالإنكار، لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه؛ أعني: عند غيبة الخصم؛ لأن الأصل عدم الإقرار؛ إذ الأصل في اليد الملك.

قلنا: ممنوع؛ فإن الظاهر من حاله الإقرار؛ لأن المدعي صادق ظاهراً؛ لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين، فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضاً.

فإن قيل: هل الحكم كذلك فيما لو أنكر وغاب - أي: عن سماع البينة، وعدم صحة القضاء - أم كان الواجب سماع البينة وصحة القضاء لوجود الإنكار؟

قلنا: الحكم فيه أيضاً: عدم صحة القضاء؛ لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء؛ لأن حجية البينة لا تتم إلا بالقضاء، وهكذا الحكم فيما لو أنكر وسمع البينة ثم غاب قبل القضاء؛ لعدم الإنكار وقت القضاء.

فإن قيل: وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد [٢٠٠/أ] ظهور الحق بالبينة وإن كان غائباً؛ لأنه إن حضر فأقر.. لزمت الدعوى وإن أنكر.. فكذلك؟

أجيب: بأن النزاع في ظهوره بالبينة؛ فإنه عندنا لا يظهر بها إلا بالنزاع، وبأنه مفيد؛ لاحتمال أن يطعن في الشهود، أو يسلم الدعوى ويدعي الأداء أو يثبته.

وعن أبي يوسف: يجوز القضاء على الغائب فيما إذا أنكر وغاب استصحاباً، قال في الجنس الثاني من قضاء «الخلاصة»: لو أقيمت عليه البينة على إنكار، ثم غاب المدعى عليه أو مات.. لا يقضي عليه حال غيبته أو موته.

وعن أبي يوسف: أنه يقضى، وأجمعوا أنه لو أقر به لهذا المدعي، ثم غاب.. يقضي القاضي عليه حال غيبته. انتهى.

قلنا: الاستصحاب إنما يصلح للدفع لا للإثبات.

فإن قيل: قد ثبت أن القضاء على الغائب وله لا يصح عندكم، ولو فعل القاضي ذلك مع عدم صحته.. هل ينفذ أم لا؟

قلنا: ينفذ؛ لما ذكره في كتاب المفقود من «الخلاصة» و«البزازية»: أن القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلاً على الغائب وعن الغائب.. فعندنا: لا؛ أما لو فعل ذلك وقضى على الغائب.. نفذ بالإجماع.

فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء، فينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر.

قلنا: لا، بل المجتهد فيه سبب القضاء، وهو: أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا؛ فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها.. نفذ؛ كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف، وعليه الفتوى. انتهى.

وذكر القاضي ظهير الدين: أن نفس القضاء مختلف فيه، فيتوقف على الإمضاء، وقال الإمام ظهير الدين: في نفاذ القضاء على الغائب روايتان، ونحن نفتي بعدم النفاذ؛ كي لا يتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا.

وقال في «قاضي خان»: لو أن القاضي سمع بينة على الغائب من غير خصم ووكيل وقضى على الغائب.. في نفاذ قضائه على الغائب روايتان؛ ذكر شمس الأئمة السرخسي والإمام المعروف بخواهر زاده: أنه ينفذ قضاؤه، وغيرهما من المشايخ: أنه لا ينفذ.

وقال في «البحر»: الذي ظهر من كلامهم: أن المذهب عن أصحابنا عدم صحة القضاء على الغائب، وإن كان القاضي الذي يراه قضى عليه.. فإنه يتوقف على الإمضاء؛ لأن الاختلاف في نفس القضاء، وما عدا هذا من الأقوال من تصرفات بعض المشايخ. انتهى.

فقد رجح ما ذكره قاضي ظهير.

ثم قال في «البحر» أيضاً: ثم ظهر لي ما يجب المصير إليه، وهو أنه إنما قالوا بأن الفتوى على النفاذ إذا قضى على الغائب فيما إذا قضى على القعود، لا في مطلق الغائب [٢٠٠/ب]، ثم ذكر مسألة من «قاضي خان» تدل على الفرق بين المعقود وغيره، وهي: رجل قدم رجلاً إلى قاض، وقال: إنّ لأبي على هذا الرجل ألف درهم، وأبي غائب، وأنا أخاف أن يتوارى هذا الرجل، فجعله القاضي وكيلاً لأبيه وقبل بينة الابن على المال فحكم بذلك، ثم رفع إلى قاض آخر.. فإن الثاني لا يجيز قضاء الأول؛ لأن بينة الابن ما قامت بحق على الغائب حتى يكون ذلك قضاء على الغائب، وإنما قامت لغائب، وهذا بخلاف المفقود؛ فإن القاضي يجعل ابن المفقود

وكيلاً في طلب حقوقه؛ لأن المفقود بمنزلة الميت، فكان للقاضي نوع بسوطة في ماله. انتهى.

قلت: في دلالة هذه المسألة على ما ذكره من الفرق بين القضاء على المفقود وبين القضاء على غيره من الغائب نظر؛ لأن غاية ما تدل هذه المسألة عليه: هو الفرق بين القضاء للغائب وبين القضاء للمفقود بعد نصب الوكيل عنهما، وكلامه في القضاء على الغائب لا للغائب.

هذا، واعلم: أن مسألة القضاء على الغائب ذكرها في «جامع الفصولين» بحيث لا مزيد عليه، ثم قال: قد اضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه، ولم يصفُ ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب، ولا إشكال؛ فالظاهر عندي: أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازاً وفساداً.

مثلاً: لو طلّق امرأته عند العدول، فغاب عن البلد، ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن نعجز عن إحضاره، وعن أن تسافر إليه هي أو وكيلها؛ لبعده أو لمانع آخر؛ كأن لا يرضى أحد بالوكالة.

وكذا المديون لو غاب عن البلد وله نقد في البلد أو نحو ذلك.. ففي مثل هذه المواضع: لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه.. فينبغي أن يحكم للغائب وعلى الغائب.

وكذا ينبغي للمفتي أن يفتي بجوازه؛ دفعاً للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع، مع أنه مجتهد فيه.

ذهب إلى جوازه الشافعي ومالك وأحمد.

وفيه روايتان عن أصحابنا، والأحوط: أن ينوب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب، ولا يفرط في حقه. انتهى.

حَقِيقَةً كوكيله، **أَو شرعاً** كوصيٍّ نَصَّبَهُ القَاضِي، **أَو حُكماً** بِأَن كَانَ مَا يَدَّعِي على الْغَائِبِ سَبباً

قلت: هذا الفصل حسن يعمل به.

ولما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه ثَم.. شرع في بيان من يقوم مقامه، فقال: (**حقيقة كوكيله**) أي: وكيل [٢٠١/أ] الغائب؛ بأن جعله للغائب وكيلاً عنه للخصومة والدعوى أو للقضاء كما إذا أقيمت البينة عليه، فوكل شخصاً للقضاء عليه ثم غاب، كذا في «البحر».

ثم قال فيه: الوكيل هنا أعم ممن نصبه الغائب، وممن نصبه القاضي وكيلاً عنه، وهو المسمى بالمسخر، وفيه اختلاف.

(**أو شرعاً كوصي نصبه القاضي**) من الغائب.

(**أو حكماً**) شرعياً لا يحتاج في إقامة الحاضر مقام الغائب إلى فعل فاعل أصلاً؛ كما في الأولين.

وذلك على نوعين:

أحدهما: معتبر في جعل الحاضر خصماً عن الغائب.

والثاني: غير معتبر.

فأشار إلى الأول بقوله: (**بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً**) لازماً؛ إنما قيدنا به احترازاً عما إذا كان سبباً في وقت دون وقت؛ فإن الحاضر فيه لا يقوم مقام الغائب؛ كما إذا قال رجل لامرأة غائب: إن زوجك الغائب وكلني أن أحملك إليه، فقالت: إنه كان قد طلقني ثلاثاً، وأقامت بينة.. قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها، لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى إذا حضر الغائب وأنكر الطلاق.. يجب عليها إعادة البينة؛ لأن ما يدّعى على الغائب - وهو الطلاق - ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده؛ فإن الطلاق متى تحقق.. قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلاً بالحمل قبل الطلاق، بل كان وكيلاً

لما يَدَّعِي على الْحَاضِرِ؛ ....

بالحمل بعده، وقد يوجب بأن كان وكيلاً قبل الطلاق، فكان المدعى على الغائب سبباً لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: يقضى بقصر اليد دون الطلاق؛ عملاً بهما، كذا في «العناية». وهكذا ذكره في «العمادي»، ثم ذكر مسائل أخرى:

منها: رجل جاء إلى عبد إنسان وقال: إن مولاك وكلني بأن أحملك إليه، فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه.. تقبل بينته في حق قصر يد الحاضر، ولا تقبل في حق ثبوت العتق على الغائب،

ومنها: لو وكل رجلاً بإجارة عبده، فأقام العبد بينة على إعتاق الموكل له.. تقبل في حق قصر يد الحاضر، لا في حق ثبوت العتق على الغائب.

ومنها: لو وكل رجلاً بقبض داره، فأقام ذو اليد بينة على الشراء من الموكل.. تقبل في حق قصر يد الحاضر، لا في حق ثبوت البيع على الغائب.

(**لما يدّعي على الحاضر**)؛ سواء كان المدعى أمراً واحداً، أو أمرين.

والأول في مسائل؛ كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها، وأنكر ذو اليد وقال: الدار داري، فأقام [٢٠١/ب] المدعي بينة على دعواه.. قبلت بينته، ويكون ذلك قضاء على الغائب والحاضر معاً، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ولا يحتاج إلى إعادة البينة عند حضور الغائب؛ لأن المدعى شيء واحد وهو الدار، وما يدعى على الغائب - وهو الشراء منه - سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر؛ لأن الشراء من المالك سبب لا محالة.

وكما إذا ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه، فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق، وأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان كذا.. فإنه يقضى بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر.. لا يلتفت إلى إنكاره؛ لأن المدعى شيء واحد وهو الكفالة عن فلان الغائب، وما

يدعي على الغائب وهو وجوب الحق عليه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر؛ لأن وجوب الحق على الغائب سبب لثبوته على الكفيل.

وكما إذا ادعى الشفعة في دار هي في يد إنسان، وقال ذو اليد: الدار داري ما اشتريتها من أحد، فأقام المدعي البينة أن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وهو يملكها، وإنه شفيعها.. يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعاً؛ لما قدمناه أيضاً.

والثاني في مسائل أيضاً:

منها: إذا شهد شاهدان على رجل لحق من الحقوق، فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب، فأقام المشهود له بينة أن فلاناً الغائب أعتقهما وهو يملكهما.. تقبل هذه الشهادة، ويثبت العتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، والمدعى شيئان: المال والعتق على الغائب، إلا أن المدعى على الغائب سبب لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة؛ لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال، فصار كشيء واحد من حيث المعنى.

ومنها: إذا قذف محصناً حتى وجب عليه الحد، فقال القاذف: أنا عبد وعلي حدّ العبيد، وقال المقذوف: لا، بل أعتقك مولاك، ولي عليك حدّ الأحرار، وأقام بينة على ذلك.. تقبل ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق.. لا يلتفت إلى إنكاره وإن ادّعى شيئين مختلفين؛ لأنه ادعى على الحاضر حداً كاملاً، وعلى الغائب العتق، لكن لما كان العتق سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر.. قضي بالبينة في حق الحاضر والغائب جميعاً.

ومنها: إذا قتل رجلاً عمداً وله وليان غاب أحدهما فادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه، وانقلب نصيبي [٢٠٢/أ] مالاً، وأنكر القاتل، فأقام المدعي البينة على ذلك.. تقبل ويقضى بها في حق الحاضر والغائب جميعاً.

فَإِن كَانَ شرطاً.. لَا يَصح.

ومنها: امرأة ادعت على رجل حاضر أنه كان لي على زوجي فلان بن فلان بقية المهر كذا، وإنك ضمنت لي ذلك عنه إن حرمت عليه بثلاث تطليقات، وإني أجزت ضمانك، وإنه حرمني على نفسه بثلاث تطليقات، وصارت بقية المهر واجبة لي عليك بسبب ضمانك هذا؛ لوقوع الفرقة، فأقر المدعى عليه بالضمان، وأنكر العلم بوقوع الفرقة الغليظة، فيشهد لها الشهود بوقوع الحرمة الغليظة.. يحكم لها القاضي بالمال على الحاضر، وبوقوع الحرمة الغليظة على الغائب، والمدعى على الغائب وهو الحرمة سبب لثبوت المدعى على الحاضر، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب. هكذا ذكره في «العمادية»، ثم قال نقلاً عن صاحب «الذخيرة»: وفي هذا نظر؛ لأن المدعى شيئان: الفرقة على الغائب، والمال على الحاضر، والمدعى على الغائب ليس بسبب لثبوت المدعى على الحاضر، بل شرطه، وفي مثل هذا لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، على ما عليه عامة المشايخ، فينبغي أن يقضى بالمال على الحاضر، ولا يقضى بالفرقة على الغائب. انتهى.

هكذا ذكره في «الفصولين» أيضاً.

ثم ذكرا وقالا: ومع هذا لو حكم القاضي بالحرمة.. نفذ؛ لاختلاف الفقهاء فيه.

ثم أشار إلى الثاني بقوله: (**فإن كان شرطاً.. لا يصح**) أي: إن كان ما يدعى على الغائب شرطاً لحق المدعي على الحاضر لا سبباً.. لا يصح القضاء على الغائب، وهذا عند عامة المشايخ، وقيل: يصح، واختاره فخر الإسلام البزدوي وشيخ الإسلام الأوزجندي.

والحاصل: أن الحاضر إنما ينتصب خصماً عن الغائب بأحد معان ثلاثة عند عامة المشايخ:

أحدها: أن يكون الحاضر وكيلاً عن الغائب.

وبِقرضُ القَاضِي مَالَ الْيَتِيمِ، وَيكْتُبُ ذِكرَ الْحقِّ، ....

والثاني: أن يكون المدعى على الحاضر والغائب شيئاً واحداً، وما يدعى على الغائب سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر لا محالة.

والثالث: أن يكون المدعى شيئين، وما يدعى على الغائب سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر لا محالة أيضاً.

وأما كون ما يدّعى على الغائب شرطاً لما يدعى على الحاضر.. فغير معتبر في كون الحاضر خصماً عن الغائب عند عامة المشايخ، واختاره المصنف، هكذا ذكره في «العمادية».

ثم ذكر نقلاً عن «فتاوى رشيد الدين»: والصحيح من الجواب فيما إذا كان ثبوت الحكم على الغائب [٢٠٢/ب] شرطاً لثبوت المدعى على الحاضر: أن ينظر؛ إن كان ذلك الشرط دائراً بين النفع والضر.. لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، وإن كان بثبوت ذلك الشرط لا يتضمن ضرراً.. في حق الغائب؛ كدخول الدار وغيره.. ينتصب خصماً، حتى لو ادعت المرأة تعليق طلاق نفسها بنكاح غيرها، وأقامت بينة أنه تزوج عليها فلانة.. فلا تقبل بَيّنتها على الصحيح؛ لأن ثبوت النكاح عليها شرط فيه ضرر في حقها.

وقيل: تقبل، والصحيح: هو الأول.

(**ويقرض القاضي مال اليتيم**)؛ لما فيه من مصلحة اليتيم؛ لبقاء ماله محفوظة مضمونة؛ لأن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه، ولو أودعه.. لم يكن المال مضمونة عند الضياع، فيقرضها، واحتمال التوى بجحود المستقرض غير معتبر؛ لأن القاضي يقدر على استخراجها؛ لعلمه بها، ولهذا قالوا: وينبغي أن يكتبه، وإليه أشار بقوله: (**ويكتب ذكر الحق**) أي: صكاً يذكر به الحق للحفظ.

وَلَا يجوزُ ذَلِك لِلْوَصِيِّ، وَلَا لِلْأَبِ فِي الْأَصَحِّ.

وذكر ظهير الدين في الأقضية: القاضي إنما يملك إقراض مال اليتيم إذا لم يجد ما يشتريه ويكون غلة لليتيم؛ فأما إذا وجد.. فلا يملك الإقراض، بل يتعين عليه الشراء، هكذا روي عن محمد.

وكذا إذا وجد من يدفع إليه مضاربة؛ لأنه أنفع لليتيم من الإقراض، ويقرض من الملي لا من المفلس.

وهل يجوز له أن يبيع مال اليتيم من نفسه؟

ففي «العمادية» نقلاً عن «مجموع النوازل»: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه.. لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز من القاضي على وجه الحكم، ولا يجوز حكمه لنفسه.

ثم ذكر نقلاً عن «الصغرى»: وما ذكر من عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه.. محمول على قول محمد.

وأما على قول أبي حنيفة: فينبغي أن يجوز.

وذكر في «المنتقى» مسألة شراء القاضي مال اليتيم لنفسه في موضعين، ذكر في موضع أنه لا يجوز، وذكر في موضع آخر أنه بمنزلة شراء الوصي لنفسه، حتى لو رفع إلى قاض آخر.. ينظر فيه؛ فإن كان خيراً لليتيم.. أجازه، وإلا.. رده.

واختارا «قاضي خان» والناطقي: عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه، ولا يبيع ماله من اليتيم.

(ولا يجوز ذلك) أي: إقراض مال اليتيم **(للوصي، ولا للأب في الأصح)**؛ لعدم قدرتهما على الاستخراج عند جحود المستقرض؛ لأن كلّ قاض ليس بعدل، ولا كل بينة تقبل بقوله في الأصح.

الظاهر: أنه قيد لقوله: «لا للأب» على ما يدل عليه كلام «الهداية»؛ حيث قال: الأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين [٢٠٣/أ]، ولهذا أعاد كلمة «لا».

واحترز به عما قيل: يجوز للأب إقراض مال اليتيم؛ لأن ولايته تعم المال والنفس كولاية القاضي، وشفقته تمنعه عن ترك النظر لولده؛ كما يجوز أخذه لنفسه قرضاً.

وفي «العدة»: الوصي لا يقرض مال اليتيم، ومع هذا لو أقرض.. لا يكون خيانة، حتى لا تستحق به العزل، والقاضي يقرض مال اليتيم، وتكلموا في الأب، والأصح: أنه بمنزلة الوصي؛ لعدم قدرتهما على الاسترداد. انتهى ما في «العمادية».

فظهر منه: أن للوصي إقراض مال اليتيم في رواية «شرح الطحاوي» لا في رواية صاحب «العمدة» وذكر في «العمادية» أيضاً: ولو استقرض الوصي لنفسه من مال اليتيم.. ضمن، وعن محمد: لا يضمن، والأب لو فعل ذلك.. لا يضمن.

وذكر نقلاً عن «الصغرى»: لو قضى الوصي دين نفسه من مال الصغير.. لا يجوز، ولو فعل الأب ذلك.. يجوز؛ لأن قضاء الأب دين نفسه من مال الصغير بمنزلة بيع مال الصغير من نفسه؛ فالأب يملك ذلك بمثل القيمة، والوصي لا يملك، إلا إذا كان خيراً لليتيم.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَو حَكَّمَ الخصمانِ من يَصلحُ قَاضِياً ليحكمَ بَينهمَا.. صَحَّ، **وَنفذَ حكمُهُ عَلَيْهِمَا**، بِبَيِّنَةٍ، أَو إِقْرَارٍ، أَو نُكُولٍ.

وإِخبارُهُ بِإِقْرَارِ أحدِ الْخَصْمَيْنِ، وبعدالةِ الشَّاهِدِ حَالَ ولَايَتِه.

(فَصْلٌ)

في التَّحْكِيمِ

وهو من أنواع القضاء، إلا أنه أدنى حالاً من حكم القاضي، ولهذا أخره عنه، ألا ترى أنه لا يجوز حكم الحكم في الحدود والقصاص.

(**ولو حكم**) من التحكيم (**الخصمان من يصلح قاضياً**) إنما قال: «من يصلح قاضياً»؛ لأنه بمنزلة القاضي المولى بينهما، فيعتبر فيه ما يعتبر في القاضي؛ فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات.. جاز؛ لأنها من أهل الشهادة فيها.

ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء والشهادة، إلا أن يحكم أهل الذمة الذمي بينهم.. فإنه يجوز بينهم، والفاسق لو حكم وقضى.. يجوز على ما تقدم في أول القضاء.

(**ليحكم بينهما.. صح**) تحكيمهما، (**ونفذ حكمه عليهما**)؛ لصدور الحكم عن ولاية عليهما.

(**ببينة أو إقرار أو نكول، وإخباره**) أي: المحكم (**بإقرار أحد الخصمين**) بأن قال: اعترفت عندي لهذا بكذا، (**وبعدالة الشاهدين**) بأن قال: قامت عندي عليك بينة لهذا، فعدّلوا عندي، وقد ألزمتك ذلك وحكمت به عليك.

(**حال ولايته**) ظرف للإخبار؛ يعني: لو أخبر المحكم بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشاهدين حال ولايته.. يقبل إخباره؛ لأنه حال ولايته يملك إنشاء الحكم عليه ما داما على تحكيمهما، فيملك الإخبار أيضاً؛ كالقاضي المولى إذا قال في قضائه لإنسان: قضيت عليك لهذا [٢٠٣/ب] بإقرار أو بينة قامت عندي على ذلك..

وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا أَن يرجعَ قبلَ حكمِهِ لَا بعدَه.

وَإِذا رُفِعَ حكمُه إِلَى قاضٍ.. أَمْضَاهُ إِنْ وَافق مذْهبه، وإِلَّا.. نقَضَه.

فإنه يصدق في ذلك، ولا يلتفت إلى إنكار المقضي عليه، فكذا ههنا لو أخبر المحكم بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشاهدين فأنكر المقضي عليه أن يكون أقرّ عنده بشيء، أو قامت عليه بينة بشيء.. لم يلتفت إلى قوله، وقضي؛ لما ذكرناه.

بخلاف ما لو أخبر المحكَّم بالحُكمِ مثل أن يقول المحكم: كنت حكمت عليك لهذا بكذا.. لم يصدق لأنه إذا حكم.. صار معزولاً، ولا يقبل قول المعزول؛ كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله: حكمت عليك بكذا.. فإنه لا يقبل.

(**ولكل منهما**) أي: من المحكمين (**أن يرجع قبل حكمه**)؛ لأنه مقلد من جهتهما، فلا بد من رضائهما جميعاً؛ لأن ما كان وجوده من شيئين.. لا بد له من وجودهما، وأما عدمه.. فلا يحتاج إلى عدمهما، بل يعدم بعدم أحدهما، فلا حاجة في إخراج المحكم إلى اتفاقهما، بل يكفي إخراج أحدهما.

فإن قيل: إخراج أحدهما: سعي في نقض ما تم من جهته.

قلنا: ما تم الأمر بعد، وإنما تمامه بعد الحكم، ولا نقض حينئذ.. فإنه لا رجوع لواحد منهما؛ للزوم الحكم بصدوره عن أهله بولايته عليهما على ما أشار إليه بقوله: (**لا بعده**) أي: لا رجوع بعد الحكم؛ لأنه يفضي إلى نقض ما تم، وهو لا يجوز.

(**وإذا رفع حكمه**) أي حكم المحكم (**إلى قاض.. أمضاه إن وافق مذهبه**)؛ إذ لا فائدة في نقضه بعد موافقة مذهبه؛ لأنه لو نقضه.. لحكم بذلك أيضاً.

وفائدة إمضائه: أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه.. لم يتمكن من نقضه.

(**وإلا**) أي: إن لم يوافق مذهبه (**.. نقضه**) أي: إن لم يمض قاض آخر يوافق مذهبه، وإلا.. فلا ينقضه.

ووجه نقضه: أن حكم المحكم لا يلزم القاضي؛ لعدم التحكيم منه.

وَلَا يَصحُّ التَّحْكِيم فِي حَدٍّ وَقَوَدٍ، وَيصِحُّ فِي سَائِرِ المجتهَدَاتِ، قَالُوا: وَلَا يُفْتى بِهِ؛ دفعاً لتجاسر الْعَوام.

وَلَو حكّماهُ فِي دَمٍ خطأٍ فَحكم بِالدِّيَةِ على الْعَاقِلَة.. لَا ينفذُ.

(ولا يصح التحكيم في حد وقود)؛ أما في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى.. فباتفاق الروايات؛ لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها.

وأما في حد القذف والقصاص.. فقد اختلفت الرواية.

قيل: جائز فيها، ذكره شمس الأئمة.

وقيل: لا يجوز، ذكره الخصاف.

(ويصح في سائر المجتهدات)؛ كجعل الكنايات رجعية، وكالطلاق المضاف، على ما في «الكفاية».

(وقالوا: ولا يفتى به) أي: بجواز التحكيم؛ (دفعاً لتجاسر العوام) وإن كان جائزاً.

(ولو حكماه في دم خطأ فحكم بالدية على العاقلة.. لا ينفذ) أي: على العاقلة؛ لأنه لا ولاية له عليهم؛ إذ لا يحكم من جهتهم، وكذا لا ينفذ إن حكم بالدية في مال القاتل؛ لأن القاضي يرده ويقضي بها على العاقلة [٢٠٤/أ]؛ لأنه يخالف رأيه، ومخالف للنص على ما سيأتي في كتاب المعاقل، إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل.. لا يرده القاضي؛ لأن العاقلة لا تعقله، حتى يقضي عليها، كذا في «العناية».

وإنما قلنا: «لا ينفذ على العاقلة»؛ لأنه ينفذ على المحكمين، كذا في «العناية».

وفيها أيضاً: وأما أروش الجراحات؛ فإن كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمس مائة درهم ويثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمداً وقضي على الجاني.. جاز؛ لأنه لا يخالف حكم الشرع، وقد رضي الجاني بحكمه.. فيجوز.

وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة؛ بأن كانت خمس مائة فصاعداً وقد ثبت

وَلَا يَصحُّ حكمُ الْمُحكَّمِ، وَلَا الْمولى لِأَبَوَيْهِ وَولدِهِ وَزَوجتِهِ.

وَيصِحُّ عَلَيْهِم.

وَيصِحُّ لمن وَلّاهُ، وَعَلَيهِ.

الجناية بالبينة، وكانت خطأ.. لا يجوز قضاؤها بها أصلاً؛ لأنه إن قضى بها على الجاني.. خالف حكم الشرع، وإن قضى على العاقلة.. فالعاقلة لم يرضوا بحكمه.

(ولا يصح حكم المحكم ولا) القاضي (المولى) من طرف السلطان (لأبويه وولده وزوجته)؛ لأن أهلية الشهادة شرط للقضاء، والشهادة لهؤلاء غير مقبولة، وكذا القضاء.

(ويصح عليهم)؛ لأهلية الشهادة عليهم؛ لعدم التهمة، فكذا القضاء.

(ويصح) حكم القاضي المولى (لمن ولاه) أي: السلطان، (وعليه) أي: على من ولاه؛ لأنه مولى من جهته.

* * *

(فصلٌ)

(مَسَائِلُ شَتَّى)

لَيْسَ لِذِي سُفلٍ عَلَيْهِ علوٌ لغيره أَن يَتِدَ فِي سفلِهِ، أَو ينقُبَ كوَّةً، بِلَا رضا ذِي الْعُلُو.

وَلَا لِذِي الْعُلُوِ أَن يَبْنِيَ عَلَيْهِ.

وَعِنْدَهُمَا: لكلٍّ مِنْهُمَا فعلُ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ بِلَا رضا الآخر.

(فَصلٌ)

(مَسَائِلُ شَتَّى)

(**ليس لذي سفل عليه علو لغيره أن يَتِدَ في سفله**) أي: وتداً (**أو ينقب كوة بلا رضا ذي العلو، ولا لذي العلو أن يبني عليه**) أي: على علوه، ولا أن يضع عليه جذوعاً لم تكن أو يحدث كنيفاً إلا ترضى صاحب السفل، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لكل منهما فعل ما لا ضرر فيه بلا رضا الآخر**) هذا بناء على أن الأصل عندهما: الإباحة ما لم يقم مانع؛ لأنه تصرف في ملكه، والملك يقتضي الإطلاق.. فلا يمنع إلّا بعارض الضرر؛ فإذا تيقن عدم الضرر.. لم يمنع بالاتفاق، وإن لم يتيقن عدمه، بل أشكل.. فعندهما: لم يجيز المنع؛ لأن الإطلاق يقين، واليقين لا يزول بالشك.

والأصل عنده الحظر؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير، وهو صاحب العلو؛ لأن قرار العلو على السفل، ولهذا يمنع صاحب السفل من الهدم اتفاقاً، وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف؛ كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في الرهن والمستأجر.

هذا، وقال في «غاية البيان»: قال بعض مشايخنا في شروح «الجامع الصغير»: ما حكي [٢٠٤/ب] عن الإمامين ههنا: تفسير لقول أبي حنيفة؛ لأن أبا حنيفة إنما أراد

وَقِيلَ: قَوْلُهمَا تَفْسِيرٌ لقَوْلِهِ.

وَلَيْسَ لأهلِ زائغةٍ مستطيلةٍ تنشعبُ مِنْهَا مستطيلةٌ غيرُ نَافِذَةٍ فتحُ بَابٍ فِي المتشعبةِ.

بالمنع: ما فيه ضرر ظاهر، فيكون فصلاً مجمعاً عليه؛ يعني: أن النزاع ههنا لفظي لا حقيقي، وإليه أشار بقوله، (**وقيل: قولهما تفسير لقوله**) أي: قول أبي حنيفة.

ولم يذكر أن السفل إذا انهدم أو هدمه صاحبه هل يجبر على البناء؟

ففي «الخلاصة»: سفل لرجل، وعليه علو لغيره، انهدم السفل.. لم يجبر صاحب السفل على البناء، ويقال لصاحب العلو: إن شئت.. فابن السفل والعلو من مالك وامنع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليك قيمة البناء.

وذكر الخصاف: أنه يرجع بما أنفق.

وفي «البحر»: إذا هدم صاحب السفل سفله.. يجبر على البناء؛ لأنه تعدى على صاحب العلو بالهدم، بخلاف ما لو انهدم السفل.. فإنه لا يجبر على البناء؛ لعدم التعدي في الانهدام.

وتفصيل هذه المسألة في حيطان «العمادي» و«الفصولين»، فارجع إليه.

(**وليس لأهل زائغة مستطيلة**)؛ نافذة أو غير نافذة، على ما يشير إليه إطلاق المصنف، وكذا إطلاق «الهداية»، لكنه قيد في «العناية» بغير النافذة، نقلاً عن التمرتاشي.

وقال في «غاية البيان»: والمراد بالزائغة: المحلة، سميت بها لميلها من طرف إلى طرف، من: زاغت الشمس إذا مالت.

(**تنشعب منها**) زائغة (**مستطيلة غير نافذة فتح باب في المتشعبة**) الغير النافذة؛ لأن فتح الباب للمرور، ولا حق لهم في المرور فيها؛ لأن المرور لأهلها خاصة؛ لكونها غير نافذة، بمنزلة دار بين قوم، ليس لأحد أن يفتح باباً بغير إذنهم، فكذا هذا.

ألا ترى: أنه لو بيعت دار في تلك السكة.. ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة؛ لأن تلك السكة لهم خاصة، بخلاف النافذة؛ لأن المرور فيها حق العامة.

وقيل: إنما منع عن المرور فيها، لا من فتح الباب؛ لأن الفتح رفع لجداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم، فرفع بعضه أولى، ولهذا لو فتح كوة أو باباً للاستضاءة دون المرور.. لم يمنع، والأول أصح، على ما في «الهداية» وغيرها؛ لما ذكرناه، ولأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة، ولأنه لو فعل ذلك وتقادم العهد.. ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب، ويكون القول قوله من هذا الوجه.. فيمنع ابتداء.

أطلقه فشمل جانب الأعلى والأسفل، وفيه اختلاف؛ ففي حيطان «قاضي خان»: رجل له دار في سكة غير نافذة، لها باب فيها، أراد أن يفتح [٢٠٥/أ] لها باباً آخر أسفل من بابها.. اختلفوا فيه، والصحيح: أنه ليس له ذلك.

ولو أراد أن يفتح له باباً آخر أعلى من بابه.. كان له ذلك.

وقال في حيطان «البزازية» و«الخلاصة»: رجل له دار، وله عليها باب، أراد أن يفتح باباً آخر أسفل من ذلك الباب، والسكة غير نافذة.. له ذلك وإن أبى أهل السكة. انتهى.

فعلم: أن في المسألة اختلافاً، ومرادهم بالأسفل: جانب الطريق الأعظم من تلك السكة الغير النافذة، لا جانب قصورها.

قال في حيطان «الخلاصة»: إذا كان لرجل دار ظهرها في سكة غير نافذة، مشتركة بينه وبين غيره، أراد أن يفتح باباً.. ليس له ذلك، هو المختار. انتهى.

أقول: الظاهر من قيد الاشتراك: أنه ليس له ذلك، وإن كان له حق المرور في المختار؛ لأن الاشتراك يقتضي حق المرور.

وَفِي النافذةِ ومستديرةٍ لَزِقَ طرفاها.. لَهُم ذَلِك.

(وفي النافذة ومستديرة لزق طرفاها) هكذا:



(لهم) أي لأهل السكة الأولى **(ذلك)** أي فتح الباب في السكة الثانية النافذة في المستديرة في أي موضع شاء؛ لأنها سكة واحدة؛ إذ هي ساحة مشتركة، لكل واحد منهم حق المرور في كلها، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها، وفي النافذة حق للعامة؛ لأنها طريق العامة.

والأصل ههنا: أن كل ما يتعلق به حق العامة.. فليس لأحد أن يتصرف فيه بما يتضرر به آحاد الناس، ومن تصرف فيه بذلك.. فلكل واحد منهم أن يعترض عليه ويمنعه.

وكذا كل ما يتعلق به حق العامة.. فليس لأحد منهم أن يتصرف فيه بذلك، ومن تصرف فيه.. فلكل واحد من تلك الخاصة أن يعترض عليه.

قال في «العمادي»: رجل له دار في سكة غير نافذة، اشترى بجنب هذه الدار بيتاً ظهره في هذه السكة.. ليس له ذلك؛ أي: فتح الباب في هذه السكة، ولأهل السكة أن يمنعوه عن ذلك، على ما نص عليه محمد في كتاب الشرب، واختاره أبو القاسم الصفار، والفقيه أبو جعفر، وأبو الليث.

وكان الفقيه أبو بكر والفقيه أبو نصر يقولان: له ذلك، وليس لأهل السكة أن يمنعوه عن ذلك؛ كما إذا أراد أن يفتح باباً للبيت في داره ليدخل من البيت في داره ويتطرق من داره إلى السكة.. فإنه لا يكون لأهل السكة أن يمنعوه من ذلك، على ما نصّ عليه في كتاب القسمة.

ووجه الفرق للأولين بين هذه المسألة وبين ما نحن فيه: أنه إذا فتح للبيت باباً في هذه السكة [٢٠٥/ب] أي: الغير النافذة.. يصير طريق السكة طريقاً لهذا البيت

أيضاً؛ لأن الدخول في البيت يجعل من طريق السكة أي: الغير النافذة يصير طريق السكة، وفي ذلك ضرر على أهل السكة؛ لزيادة الشركاء الدخول فيه.

وأما إذا فتح للبيت باباً في داره.. فإن طريق السكة لا يصير طريقاً للبيت؛ لأنه لا يدخل في البيت من طريق السكة، وإنما يدخل من داره بحكم الملك لا بحكم الطريق.. فلا يصير طريق الدار طريقاً للبيت، حتى لا يدخل الطريق في بيع البيت.. حتى يبيع البيت بحقوقه، فلا يزداد الشريك في الطريق، فحصل الفرق بينهما.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب الشرب: أن من اشترى أرضاً بجنب أرضه وشرب الأرض المشتراة من جانب آخر، فأراد أن يستوفي الماء من الأرض القديمة إلى الأرض المشتراة.. ليس له ذلك، وإن كان يسوق الماء أولاً في خالص ملكه كما أن ههنا يدخل داره أولاً، ثم يدخل البيت؟

أجيب: بأن الفرق بينهما: أن في مسألة الشرب حال ما يسوق الماء إلى الأرض المشتراة كما هو مستعمل أرضه القديمة مستعمل مجرى الماء؛ لأنه متصل أوله بآخره، وليس له استعمال مجرى الماء المشتركة بسوق الماء إلى أرض شربها من نهر آخر.. أما ههنا: حال ما يدخل البيت من الدار هو غير مستعمل لطريق السكة؛ لأن استعمال الطريق بالمرور فيه، وقد انقطع المرور بالدخول في الدار.

هذا إذا كان الدار ميراثاً بين قوم في سكة غير نافذة فاقتسموها فيما بينهم على أن يفتح كل واحد منهم في نصيبه باباً.. كان لهم ذلك وإن أبى أهل السكة.

فإن قيل: ما الفرق بينه وبين ما إذا كان لرجل أرض ولها شرب من نهر مات صاحب الأراضي واقتسم وارثه الأراضي على أن يفتح كل واحد منهم لأرضه كوة من النهر ليس لهم ذلك.

أجيب: بأن الفرق بينهما: أن الورثة قائمون مقام الميت، والميت حال حياته لو أراد أن يفتح لهذه الأراضي كوة أخرى من هذا النهر.. ليس له ذلك؛ لأنه يريد أن يأخذ زيادة على قدر حقه من الشرب، وليس له ذلك.. فكذا لا يكون لوارثه ذلك،

والميت حال حياته لو أراد أن يفتح باباً إلى تلك السكة.. كان له ذلك، فكذا لورثته، كذا في «العمادية».

وفيها أيضاً: إذا باع الرجل داراً بابها في سكة نافذة وقد كان باب تلك الدار في القديم في سكة غير نافذة، فأراد المشتري أن يفتح [٢٠٦/أ] باباً إلى تلك السكة ومنعه الجيران من ذلك.. ينظر؛ إن أقر أهل السكة بذلك الباب.. فله أن يفتحه ويمر منه؛ لأنه قائم مقام البائع وكان للبائع ذلك، فكذا للمشتري منه.

وإن جحد أهل السكة ذلك الباب.. فالقول قولهم مع اليمين إن لم يكن للمشتري بينة.

إذا اشترى حجرة في سكة غير نافذة، وأراد أن يجعلها طريقاً لحاجته وتصير السكة نافذة.. يرجع إلى القاضي؛ فإن كان فيه ضرر فاحش.. يمنع عن ذلك، ولو لم يكن فيه ضرر فاحش واستوثق ذلك ما يدفع الضرر ويقوم مقام الحائط.. لم يمنع من ذلك.

وفي «العيون» عن محمّد: سكة لا تنفذ، اشترى رجل في قصويها داراً في ظهرها طريق نافذ، فأراد أن يجعلها طريقاً نافذاً.. ليس له ذلك، ولو اتخذها خاناً ينزل فيه الناس، وجعل لها بابين.. فله أن ينزل من أيهما شاء، وليس لهم أن يتخذوه طريقاً.

ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكنهم درباً ويسدوا رأس السكة؛ لأن مثل هذه السكة ولو كانت ملكاً ظاهراً لهم.. لكن للعامة فيها نوع حق، وهو: أنه إذا زوحم الناس في الطريق.. كان لهم أن يدخلوها حتى يخف الزحام، كذا في «الفصولين».

ثم قال فيه بعلامة «الإيضاح»: سكة غير نافذة.. ليس لأصحابها بيعها ولو اتفقوا عليه، ولا أن يقسموها فيما بينهم؛ إذ الطريق الأعظم إذا كثر فيه الناس.. كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام.

وقال فيه أيضاً بعلامة فوائد شمس الأئمة: قال أبو حنيفة: الطريق لو كان غير نافذ.. فلأصحابه أن يضعوا فيه الخشب ويربطوا فيه الدواب ويتوضؤوا فيه؛ فلو عطب أحد بالوضوء أو الخشب أو الدابة.. لا يضمن.

ولو حفر فيه أحد من أهل الطريق بئراً، أو بنى فعطب به أحد.. ضمن، ويؤخذ بطمّ البئر ونقض الحفر.

وعن محمد: ليس لأهل السكة الغير النافذة أن تحفر فيها بئراً بصب الماء وإن اتفقوا كلهم عليه، ولا أن يدخلوها في دورهم، وإنما لهم المرور والجلوس إذا أراد أن يتخذ طيناً في سكة غير نافذة.

قال البرمكي وغيره: إن ترك من الطريق مقدار الممر للناس ويرفعه سريعاً ويتخذ في الأجانين مرة.. لم يمنع من ذلك.

وكان ابن سلمة يقول له: بل الطين، وأن يتخذ الآري — أي: المعلف - في سكة غير نافذة، وليس لأحد منعه عن ذلك.

وفي «فتاوى الفضلي»: اتخذ على باب داره في سكة غير نافذة آرياً يمسك دابته هناك.. فلكلّ واحد [٢٠٦/ب] من أهل السكة أن يأخذ بنقض الآري، وليس لهم أن يمنعوه عن إمساك الدواب على باب داره؛ لأن السكة إذا كانت غير نافذة.. فهي كدار مشتركة بين الشركاء، والدار إذا كانت مشتركة.. فلكل واحد من الشركاء أن يسكن في بعضها مقدار حصتها، ولكن ليس له أن يبني فيها، واتخاذ الآري من جملة البناء.

ولو كانت السكة نافذة.. فلكل واحد من أهلها إمساك الدابة على باب داره بشرط السلامة.

وفي أول الرابع والثلاثين من «العمادية»: إذا أراد الرجل إحداث ظلة في طريق العامة، وذلك لا يضر بالعامة.. فالصحيح من مذهب أبي حنيفة: أن لكل واحد من

آحاد الناس حق المنع وحق الطرح. وقال محمد: له حق المنع من الإحداث، لا حق الطرح.

وقال أبو يوسف: ليس له كلاهما.

وإن كان يضر ذلك بالمسلمين.. فلكل واحد من آحادهم حق الطرح والدفع.

وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة لا يعتبر فيه الضرر وعدمه، بل يعتبر فيه الإذن من أهل السكة، قال في «قاضي خان»: وإن أحدث رجل فيها أي: في سكة غير نافذة.. شيئاً نحو الكنيف والميازيب. قال أبو حنيفة: إذا خاصمه في ذلك واحد من الناس.. له أن يهدم، وإن كانت قديمة.. ترك.

ولو أراد أن يحدث رجل في آخر السكة شيئاً.. لا يملك إلا بإذن جميع أهلها، الأعلى والأسفل. انتهى.

وهكذا في «البزازية»؛ حيث قال: سكة غير نافذة، أحدث رجل في آخر السكة شيئاً.. لا يملك إلا بإذن كل أهل السكة، الأعلى والأسفل. انتهى.

قال في دعوى القاعدة: من له حق المرور في أرض غيره في ممر معين، فبنى صاحب الأرض على ذلك الممر بناء بإذن صاحب الحق.. ليس له أن يخاصم بعد ذلك؛ لأن الحق يبطل ويسقط بالرضاء، بخلاف ما إذا كان له رقبة الطريق فبنى صاحب الأرض. انتهى.

فعلم منه: أن حقه في الصورة الثانية لا يبطل بالرضاء والإذن.. فله المطالبة بعد الإذن، وهو المراد بقول القاعدة في البيوع: الضرر لا يصير لازماً بالرضاء والإذن، وسنذكر ما يتعلق بهذا في كتاب الشرب.

وهل يباح إحداث الظلة على طريق العامة؟

ذكر الطحاوي: أنه يباح، ولا يأثم قبل أن يخاصمه أحد، وبعد المخاصمة.. لا يباح الإحداث ولا الانتفاع، ويأثم بترك الظلة.

وَمن ادّعى هبةً فِي وَقتٍ فَسئلَ بَيِّنَةً، فَقَالَ: جحدني الْهِبَةَ فاشتريتُهُ مِنْهُ، أَو لمْ يقلْ ذَلِك، فبرهنَ على الشِّرَاءِ بعدَ وَقتِ الْهِبَةِ.. تقبل.

وَلَو قبلَه.. لَا تقبلُ.

وَمن ادّعى أَنَّ زيداً اشْترى جَارِيَته فَأنْكرَ زيدٌ وَتركَ هُوَ خصومته.. حلَّ لَهُ وَطْؤُهَا.

وقال أبو يوسف: له الانتفاع إذا كان لا يضر بالعامة.

وفي «المنتقى»: إذا أراد أن يبني كنيفاً أو ظلة [٢٠٧/أ] على طريق العامة.. فإني أمنعه عن ذلك؛ فإن بنى، ثم اختصموا.. نظرت فيه؛ فإن كان فيه ضرر.. أمرته أن يقلع، وإن لم يكن فيه ضرر.. تركته على حاله.

(ومن ادعى هبة) دار في يد رجل **(في وقت)** معين **(فسأل)** ذو اليد **(بينة)** على دعواه، **(فقال)** المدعي: **(جحدني الهبة، فاشتريته منه، أو لم يقل ذلك)** القول أي: جحدني الهبة فاشتريته منه، **(فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة.. تقبل، ولو قبله.. لا تقبل)**؛ لظهور التناقض من حيث إنه ادعى الشراء بعد الهبة، والشهود شهدوا شراء قبلها، فكانت الشهادة مخالفة للدعوى، فكان بين الشهادة والدعوى تناقض.

بخلاف الأول لإمكان التوفيق فيه؛ إذ الشراء فيه وجد بعد وقت الهبة.

وفي قوله: «فقال جحدني الهبة» إشارة إلى أنه لا بد من التوفيق بالفعل في رفع التناقض ولا يكفي إمكان التوفيق، وفيه اختلاف ذكرناه في فصل «البينة حجة متعدية» فارجع إليه.

(ومن ادعى أن زيداً اشترى جارية) منه **(فأنكر زيد)** الشراء منه **(وترك هو)** أي: المدعي **(خصومته.. حلّ له)** أي: للمدعي **(وطؤها)**؛ لأن المشتري لما جحد العقد.. كان ذلك فسخاً من جهته؛ لأن الجحود إنكار للعقد من الأصل، والفسخ رفع له من الأصل، فيتلاقيان بقاء.. فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر، كما لو تجاحدا؛ فإنه يجعل فسخاً لا محالة؛ فإذا عزم البائع على ترك الخصومة.. تم الفسخ من الجانبين،

وَمن أقرَّ بِقَبضِ عشرَةٍ، وَادّعى أَنَّهَا زيوفٌ أَو بنهرجة صُدِّقَ.

وبمجرد العزم على الترك وإن لم يثبت الفسخ، لكنه اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها.

فإن قيل: لو جاز قيام الجحود والعزم على الترك مقام الفسخ.. لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت هي على ترك الخصومة: أن تتزوج بزوج آخر؛ إقامة لها مقام الفسخ، وليس كذلك.

أجيب: بأن صحة قيام الشيء مقام غيره: إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة، والنكاح لا يحتمل الفسخ بالإنكار بعد اللزوم، فكيف يقوم غيره مقامه؟

واختلف في معنى ترك الخصومة أو العزم عليها:

قيل: يكتفى بالقلب.

وقيل: يشهد بلسانه على ما في قلبه، ولا يكتفى بالقلب، ذكرها في «البحر» نقلاً عن «المحيط».

وفي «الهداية»: لا بد من الاقتران بالفعل بإمساكها ونقلها واستخدامها؛ فإن من له خيار الشرط إذا فسخ بقلبه.. لا ينفسخ.

(ومن أقر بقبض عشرة) دراهم من فلان قرضاً، أو ثمن سلعة له عنده، أو غير ذلك **(وادعى)** موصولاً أو مفصولاً على ما في «العناية» **(أنها زيوف أو بنهرجة.. صدق)**؛ لأنها من جنس الدراهم، إلا أنها معيبة [٢٠٧/ب]، ولهذا لو تجوز بهما في الصرف والسلم.. يجوز؛ لعدم كونه استبدالاً، والقبض لا يختص بالجياد، بل يجوز في الزيوف أيضاً، فالإقرار بالقبض لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد، حتى يكون دعوى الزيوف مناقضاً لإقراره، بل هو منكر لبعض حقه، والقول قول المنكر مع يمينه.

لَا إِنِ ادّعى أَنَّهَا سَتّوقةٌ، وَلَا إِنْ أَقرَّ بِقَبضِ الْجِيَادِ أَو حَقِّهِ أَو الثّمنِ أَو بِالِاسْتِيفَاءِ.

والزيفُ: مَا يردُّهُ بَيتُ المَالِ.

والبنهرجة: مَا يردُّهُ التُّجَّارُ أَيْضاً.

(**لا إن ادعى أنها ستوقة**)؛ لأنها ليست من جنس الدراهم، حتى لو تجوز في الصرف والسلم.. لم يجز؛ لكونه استبدالاً فيما لا يجوز الاستبدال فيه، فيكون متناقضاً في دعواه.

أطلقه فشمل: ما كان موصولاً أو مفصولاً، ولا شك أنه لا يقبل مفصولاً، وأما موصولاً.. فيصدق فيه؛ لأنه بيان تغيير، فيقبل موصولاً لا مفصولاً، على ما في «العناية».

قيّد بإقراره بقبض عشرة؛ لأنه لو أقر أنه قبض حقه أو الثمن أو استوفى.. لم يصدق مطلقاً؛ للتناقض، على ما في «البحر».

وقيد بالدراهم؛ لأن المشتري لو أقر أنه قبض المبيع، ثم ادعى عيباً به.. لم يصدق، بل القول لبائعه؛ لأن المبيع معين؛ فإذا قبضه.. فقد أقرّ بأنه استوفى عين حقه، ولأنه بدعواه العيب صار متناقضاً.

واقتصر على: «قبض عشرة»، ولم يقل عشرة جياد؛ لأنه لو قال: قبضت عشرة جياداً، ثم ادعى أنها زيوف أو بنهرجة.. لا يصدق، موصولاً كان أو مفصولاً؛ للتناقض.

وقيد بدعوى المقر؛ لأنه لو أقر بقبض دراهم معينة، ثم مات فادعى وارثه أنها زيوف.. لم يقبل.

وكذا إذا أقر بالوديعة أو المضاربة أو الغصب مات وزعم الوارث أنها زيوف.. لم يصدق؛ لأنه صار ديناً في مال الميت، كذا في «البحر»[1] (**والزيوف: ما يرده بيت المال، والبنهرجة: ما يرده التجار أيضاً**)، فيكون أردأ من الزيوف.

---

(١) نقص من المتن: (ولا إن أقر بقبض الجياد أو حقه أو الثمن أو بالاستيفاء).

والستوقةُ: مَا غَلَبَ غِشُّه.

وَمن قَالَ لمن أقرّ لَهُ بِأَلْفٍ: لَيْسَ لي عَلَيْك شَيْءٌ، ثمَّ قَالَ فِي مَجْلِسِه: نعم، لي عَلَيْك أَلفٌ.. لَا يُقبلُ مِنْهُ بِلَا حجَّةٍ.

بِخِلَاف مَا لَو كذَّبَ من قَالَ لَهُ: اشْتريتَ مني هَذَا، ثمَّ صدقه.

قال في «المغرب» في باب الباء: البنهرج: الدرهم الذي فضته رديئة.

وقيل: الذي الغلبة فيه للفضة.

وعن الأزهري وابن الأعرابي: المبطل: السكة، وقد استعير لكل رديء باطل، ومنه: بُهرِجَ دمُه إذا أُهدر وأبطل.

وعن اللحياني: درهم بنهرج، ولم أجده بالنون إلا له. انتهى.

ثم قال في باب الراء: وقيل: الزيوف دون البهرج في الرداءة؛ لأن الزيوف ما يرده بيت المال، والبهرج ما يرده التجار. انتهى.

(**والستوقة: ما غلب غشه**)، فيكون أردأ من البهرجة، حتى خرج من جنس الدراهم.

وفي «المغرب»: الستوقة بالفتح: أردأ من البهرج.

(**ومن قال لمن أقر له بألف: ليس لي عليك شيء، ثم قال في مجلسه: نعم، لي عليك ألف.. لا يقبل منه بلا حجة، بخلاف ما لو كذب من قال له: اشتريت**) أنت (**مني هذا العبد، ثم** [٢٠٨/أ] **صدقه**).

اعلم: أن الإقرار؛ إما أن يكون بما يحتمل الإبطال، أو بما لا يحتمله.

فإن كان الأول؛ فإما أن يستقل المقر بإثباته، أو لا، والثاني يرتد برد المقر له مستقلاً بذلك، كما أن المقر مستقل بإثباته، والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه، فعلى هذا: إذا قال لآخر: لك علي ألف درهم، فقال الآخر ليس لي عليك شيء، ثم قال في مجلسه: نعم لي عليك ألف درهم.. لا يقبل قوله بلا حجة، ولا يلزم عليه شيء؛

وَمن قَالَ لمن ادّعى عَلَيْهِ مَالاً: مَا كَانَ لك عَلَيّ شَيْءٌ قطّ، فبرهنَ عَلَيْهِ بِهِ،

لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال، وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا محالة، وقد رده المقر له، فيرتد.

وقوله: «نعم لي عليك ألف درهم» غير مفيد؛ لأنه دعوى، فلا بد لها من بينة أو تصديق خصم، حتى لو صدقه المقر ثانياً.. لزمه المال استحساناً.

وإذا قال: اشتريت مني هذا العبد، وأنكره الخصم.. له أن يصدقه بعد ذلك؛ لأن البيع لا ينفسخ بمجرد جحود المشتري وحده؛ فإذا لم ينفسخ.. له أن يصدقه؛ فإن صدقه.. يقبل تصديقه؛ لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال، لكن المقر له ليستقل بإثباته.. فلا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ؛ كما لا ينفرد بالعقد، فبقي العقد، فيعمل التصديق.

بخلاف الأول؛ فإن أحدهما ينفرد بالإثبات، فينفرد الآخر بالرد.

وإن كان الثاني؛ كما إذا نسب عبده من إنسان فكذبه المقر له، ثم ادعاه المقر لنفسه.. فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة؛ لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال، فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك، كذا في «العناية».

أقول: قول لا يقبل منه بلا حجة، وهكذا في «الهداية»، وفسرها في «العناية» بالبينة كما ترى، يقتضي سماع الدعوى منه بالبينة.

واستشكل في «البحر» بما في «البزازية»: في يده عبد، فقال لرجل: هو عبدك، فرده المقر له، ثم قال: بل هو عبدي، وبرهن.. لا يقبل؛ للتناقض. انتهى.

قلت: لا إشكال فيه؛ لأنه في مسألة «البزازية» أقر أولاً أن العبد لذي اليد، ثم ادعاه لنفسه، وهذا تناقض ظاهر.. فلا يسمع، بخلاف مسألة الكتاب؛ إذ ليس فيها الإقرار أولاً للمقر ثم دعواه لنفسه، بل كذب المقر أولاً، ثم صدقه.. فلا تناقض فيه.

(ومن قال لمن ادعى عليه مالاً: ما كان لك علي شيء قط) أي: في جميع الأزمنة الماضية **(فبرهن)** المدعي **(عليه)** أي: على المنكر **(به)** أي: بما ادعاه،

فبرهنَ هُوَ على الْقَضَاءِ، أَو الْإِبْرَاءِ.. قُبِلَ برهانُه.

(فبرهن هو) أي: المدعى عليه **(على القضاء أو الإبراء.. قبل برهانه)** بينة المدعى عليه على القضاء والإبراء؛ لأن دعوى الدفع ودفع الدفع صحيح، بعد الإثبات وقبله، وقبل [٢٠٨/ب] الحكم وبعده.

وقال زفر وابن أبي ليلى: إنها لا تقبل؛ لأن القضاء يتلو الوجوب، وقد أنكره، فكان مناقضاً في دعواه، وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة.

ولنا: أن التوفيق ممكن؛ لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه؛ دفعاً للخصومة والشعب، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطل، كما يقال: قضى بحق، وقد يصالح على شيء فيثبت، ثم يقضى.

وكذا إذا قال: ليس لك علي شيء.. المسألة بحالها؛ لأن التوفيق أظهر؛ لأن «ليس» لنفي الحال؛ فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به، والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال.. لم يتصور تناقض أيضاً.

وكذا لو قال: كان ذلك على شيء، إلا أني أديت أو أبرأت.. تسمع، أو فصل إن برهن عليه.

وأما لو قال: استدنت منك:

فعلى ما يقتضيه التعليل المذكور؛ أعني: قولهم: «إن غير الحق قد يقضي ويبرأ».. أنه يسمع.

وعلى ما يقتضي قولهم: أن القضاء أو الإبراء يستدعي سبق الدين.. أنه لا يسمع، على ما صرح به في «البزازية»، وسنذكره بعبارته.

وهذا كما لو ادعى داراً في يد رجل أنه اشتراها منه بألف درهم، فقال ذو اليد: لم أبع، فلما أقام المدعي البينة على ما ادعى.. أقام ذو اليد البينة على أن المدعي رد عليه الدار.. تقبل بينته وينتقض البيع بينهما.

وكذا لو كان المدعي عليه أولاً قال: لا بيع بيننا، وهذا أظهر من الأول.

وَإِنْ زَادَ على إِنْكَارِهِ: وَلَا أعرفك.. فَلَا.

وكذا لو قال: لم يجر بيننا بيع، فلما أقام المدعي البينة على الشراء.. أقام البينة أن المدعي رد عليه الدار.. تقبل بينته، كذا في «قاضي خان».

ومن هنا: ظهر أن إمكان التوفيق كافٍ في دفع التناقض بلا حاجة إلى التوفيق بالفعل، على ما ذهب إليه بعض المشايخ، وقد ذكرناه مفصلاً من قبل.

وفي «البحر»: لو ادعى القصاص على آخر، فأنكر، فبرهن المدعي، وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عن سكوت.. قبل.

وكذا في دعوى الرق.

ولو صالح عن إنكار، ثم برهن عليه.. لا يقبل.

(وإن زاد على إنكاره: «ولا أعرفك».. فلا) تقبل بينته على القضاء، ولا على الإبراء؛ لتعذر التوفيق؛ إذ لا يمكن بين الخصمين أخذ وإعطاء، وقضاء واقتضاء، ومعاملة بلا خلطة ولا معرفة، هذا هو الظاهر.

قيل: تقبل فيهما؛ لأن المحتجب قد يؤذى بالشغب على بابه، فيأمر بعض وكلائه بإرضائه، ولا يعرفه، فكان التوفيق ممكناً.

وقيل: تقبل على الإبراء فقط دون القضاء؛ لأنه يتحقق بلا معرفة.

وقوله: «ولا رأيتك، أو لا تجري بيننا معاملة، أو مخالطة، أو لا أخذ ولا إعطاء بيننا [٢٠٩/أ]، أو ما اجتمعت معك في مكان»: مثل قوله: «لا أعرفك» في الحكم على ما في «فتح القدير».

وفي كتاب الدعوى من «القنية»: قال المدعى عليه للمدعي: «لا أعرفك» فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الإيصال.. لا يسمع، ولو ادعى إقرار المدعي بالوصول أو الإيصال.. يسمع. انتهى.

وفيها أيضاً: لو ادعى مهر امرأة، فقال: «ما تزوجها»، ثم ادعى الإبراء عن المهر.. فهو دفع مسموع إن وفق.

وَلَو ادّعى على آخرَ بيعَ أَمتِهِ مِنْهُ، وَأَرَادَ ردَّها بِعَيْبٍ، فَأَنْكرَ، فبرهن الْمُدَّعِي على البيعِ، وَالْمُنكرُ على الْبَرَاءَة من كلِّ عيبٍ.. لَا يُسمع برهَانُ الْمُنكر.

وفيها أيضاً: مات عن زوجة وأولاد زوجة أخرى، فأنكر الأولاد زوجيتها أصلاً وقالوا: «ما كانت زوجة أبينا قط»، فأقامت بينة بالنكاح والمهر، ثم ادعى الأولاد أنها كانت مطلقة.. لا تسمع، وكذا دعوى البراءة لا تسمع.

أنكر المودع الوديعة؛ فإن جحد الإيداع أصلاً، ثم أقام بينة على الرد.. لا تقبل، وإن أنكر الوديعة.. تقبل؛ لإمكان التوفيق.

(ولو ادعى على آخر بيع أمته منه)؛ بأن قال: «بعت أنت أمتك هذه مني»، **(وأراد)** المدعي **(ردها)** على آخر **(بعيب، فأنكر)** الآخر البيع، **(فبرهن المدعي على البيع، والمنكر على البراءة من كل عيب.. لا يسمع برهان المنكر)** في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنها تقبل؛ لإمكان التوفيق على ما مر في القضاء والإبراء.

ووجه الظاهر: أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، وذلك يقتضي وجود أصل العقد؛ لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة، وهو قد أنكره.. فكان مناقضاً.

بخلاف مسألة الدين؛ لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما تقدم.. فيمكن التوفيق؛ كذا في «البداية».

وبيَّن في «الزيلعي»: التوفيق بأن لم يبعها منه، وإنما باعها منه وكيله وأبرأه عن العيب.. فيكون صادقاً بذلك.

ونظيره: ما ذكره أبو يوسف: أنه لو ادعى الشراء من شخص فأنكر، فأقام المدعي البينة على الشراء، فأقام المنكر البينة أنه قد رد المبيع على البائع.. تقبل بينته؛ لما ذكرناه من التأويل، أو يقول: «أخذته مني ببينة كاذبة، ثم استقلته مني فأقالني». انتهى.

وَذكرُ: «إِنْ شَاءَ اللهُ» فِي آخرِ صَكٍّ.. ....

وذكر هذه المسألة في الخامس عشر من دعوى «البزازية» نقلاً عن الخصاف، ثم قال: وفي «الأصل»: ادعي شراء دار منه، فأنكر الشراء، فلما برهن المدعي على الشراء ادعى المنكر الإقالة.. تسمع دعواه، ولو لم يدع الإقالة وادعى إبراء الثمن أو الإيفاء.. اختلف فيه المتأخرون.

وأجاب أئمة سمرقند في امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها بكذا من المهر، وطالبته بالمهر [٢٠٩/ب] فأنكر الزوج النكاح، فلما برهنت هي على النكاح.. ادعى الزوج الخلع على المهر وبرهن.. يسمع؛ لجواز أن يكون أبوه زوّجها منه في صغره، ولم يعلم بالنكاح.

ذكر في «الأقضية»: ادعى عليه ألفاً وديعة، فأنكر، فلما أقام البرهان على الإيداع.. ادعى الرد أو الهلاك؛ إن كان قال: «ما أودعتني أصلاً».. فالدفع باطل؛ لأن الرد والهلاك يستدعيان وجود الإيداع، فلم يمكن التوفيق.

وإن كان قال: «ليس لك عندي وديعة».. تسمع دعوى الرد والهلاك؛ لوضوح التوفيق؛ لأنه يمكن له أن يقول: ليس لك عندي وديعة لأني رددتك أو هلكت.

فعلى هذا: في مسألة الدَّين التي ذكرناه آنفاً، وهي: من قال لمن ادعى عليه مالاً «ما كان لك علي شيء قط» ينبغي أن يفصل الجواب ويقال: إن قال: «ما كان لك علي شيء».. تسمع دعوى الإيفاء، ولو قال: «ما استدنت منك».. لا يسمع؛ لعدم إمكان التوفيق، لكن ما عللوها به من أن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه.. يقتضي القبول مطلقاً. انتهى

ما في «البزازية».

(وذكر «إن شاء الله» في آخر صك) الإقرار أو الشراء؛ يعني: أقر على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره: «من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق.. فله

يُبطل كُلَّه.

وَعِنْدَهُمَا: آخِرُه فَقَط، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ.

ولاية ذلك إن شاء الله تعالى»، أو كتب في كتاب الشراء «ما أدرك فيه فلاناً من درك.. فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى»، كذا في «الهداية».

(يبطل كله) عند أبي حنيفة، **(وعندهما)**: يبطل **(آخره فقط)**؛ أعني: قوله: «من أخرج هذا الصك، وطلب ما فيه من الحق.. فله ولاية ذلك»، وقوله: «ما أدرك ما فيه فلاناً من درك فعلى فلاناً خلاصه»، ولا يبطل ما قبله أي: يبطل التوكيل وضمان الدرك ويبقى الإقرار والشراء بحاله، والمال المقر به، والثمن لازم؛ لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه عندهما لا إلى الجميع؛ لأن المقصود من هذا الكتاب: الاستيثاق والتوكيد، وصرفه إلى الجميع مبطل له، ولأن الأصل في الكلام: الاستبداد والاستقلال.. فلا يكون ما في الصك من الحمل مرتبطاً بعضه ببعض.

ولأبي حنيفة: إن الكل فيما نحن فيه؛ كشيء واحد بحكم العطف.. فينصرف إلى الكل كما لو قال: «عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى»؛ فإنه ينصرف إلى الجميع.

(وهو)؛ أي: قولهما **(استحسان)**.

والجواب عنه: أنكم إن أردتم أنه للاستيثاق مطلقاً.. فهو أول المسألة، فلا يصح دليلاً، وإن أردتم أنه للاستيثاق؛ فإذا لم يكتب في آخره: إن شاء الله [٢١٠/أ].. فمسلم، ولا كلام فيه.

وإن الأصل في الكلام: إنما يكون استبداداً إذا لم يوجد فيه ما يدل على خلافه، وقد وجد ذلك وهو العطف، ثم هذا إذا كتب الاستثناء متصلاً من غير فرجة ببياض؛ ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام.

وأما إذا ترك فرجة قبيل قوله: «ومن قام بهذا الذكر».. فقد قالوا: لا يلتحق به، ويصير كفاصل السكوت.

قال: قيل: ما فائدة هذا الصك مع أن التوكيل على هذا الوجه توكيل بالمجهول، والمجهول لا يصح وكيلاً؟

قلنا: فائدته: إثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة؛ فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح، وكونه توكيلاً بمجهول لا يضر؛ لأنه في الإسقاط؛ فإن للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه؛ فإذا رضي فقط.. أسقط حقه، وإسقاط الحق مع الجهالة جائز.

* * *

(فَصْلٌ)

مَاتَ نَصْرَانِيٌّ فَقَالَتْ زَوجتُه: أَسلمْتُ بعدَ مَوتِهِ، وَقَالَ وَارثُه: بل قبلَه.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

(فَصْلٌ)

(**مات نصراني فقالت زوجته**) المسلمة: (**أسلمت بعد موته**)؛ لتكون وارثة لزوجها (**وقال وارثه**) أي: وارث الزوج: (**بل**) أسلمت (**قبله**)؛ لتحرم عن الإرث باختلاف الدينين عند الموت (.. **فالقول له**).

وقال زفر: القول قولها؛ إضافة للإسلام الحادث إلى أقرب أوقاته، وهو الأصل في الحوادث.

قلنا: هذا أصل مقرر، ولكن سبب الحرمان وهو اختلاف الدينين ثابت في الحال، فيكون ثابتاً فيما مضى أيضاً استصحاباً؛ كما في جريان الطاحونة عند اختلاف المتعاقدين بعد مضي المدة بأن كان الماء جارياً في الحال.. فالقول للمؤجر استصحاباً.

وإن كان منقطعاً.. فللمستأجر.

والاستصحاب حجة دافعة، فيصلح لدفع استحقاق الميراث لا لاستحقاقها، وكذا العمل بالأصل، والظاهر مطلقاً؛ حجة دافعة لا مثبتة.

واعلم: أن كلاً منهما - أعني: أن الأصل في الحوادث: أن يضاف إلى أقرب أوقاتها، وإن الاستصحاب حجة دافعة - أصل مقرر في كتب أصحابنا، يتفرع على كلّ منهما فروع كثيرة:

ومما يتفرع على الأول: مسألة الكتاب عند زفر، واستثناها فيه أبو حنيفة وصاحباه.

ومنها: المسألة الآتية في الكتاب أيضاً.

ومنها: لو أقر لوارث ثم مات، فقال المقر له: «أقرَّ في الصحة»، وقالت بقية

الورثة: «في مرضه».. فالقول قول الورثة؛ عملاً بالأصل المذكور، والبينة بينة المقر له؛ لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل، وإن لم تقم بينة وأراد استحلافهم.. فله ذلك.

ومنها: ما لو قال القاضي بعد عزله [٢١٠/ب] لرجل: «أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى زيد قضيت بها عليك»، فقال الرجل: «أخذتها ظلماً بعد العزل أو قبله».. فإن القول: قول الرجل عند بعض المشايخ، واختاره السرخسي؛ عملاً بالأصل المذكور.

وأخرجه أكثر المشايخ من الأصل المذكور وقالوا: الصحيح: أن القول للقاضي، مع أن الفعل حادث؛ لأن القاضي أسنده إلى حالة منافية للضمان فيعمل بقوله، واعتمد عليه ابن كتم.

بخلاف ما لو قال ذلك الرجل: «أخذتها ظلماً حال القضاء».. فالقول قول القاضي بلا خلاف، على ما سيأتي في الكتاب.

ومنها: ما في «النهاية»: رجل أعتق أمته، ثم قال لها: «قطعت يدك وأنت أمتي»، فقالت هي: «قطعتها وأنا حرة».. فالقول للأمة؛ عملاً بالأصل المذكور.

وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ومنها: ما في كتاب «الإقرار من المجمع»: ولو أقر حربي أسلم بأخذ المال من مسلم أو ذمي قبل الإسلام، أو أقر مسلم بمال حربي في دار الحرب، أو أقر المولى بقطع يد معتقه قبل العتق فكذبوه في الإسناد بأن قالوا: «أخذت مالي بعد إسلامك، وقطعت يدي بعد عتقي».. فالقول لهم في الكل؛ عملاً بالأصل المذكور؛ أعني: أن الحوادث تضاف إلى أقرب أوقاتها، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: القول قوله ولا ضمان عليه؛ لأنه أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان، فأخرج هذه المسائل عن الأصل المذكور.

ومنها: ما ذكره في «الزيلعي»: لو اشترى عبداً، ثم ظهر أنه كان مريضاً ومات

عند المشتري.. فإنه لا يرجع في الثمن؛ لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد، فلا يضاف إلى السابق عملاً بالأصل المذكور، لكنه يرجع بنقصان العيب.

ومنها: ما ذكروه فيما لو رأى على ثوبه نجاسة وقد صلى فيه، ولا يدري متى أصابته.. فإنه يعيدها من آخر حدث أحدثه؛ عملاً بالأصل المذكور.

ومنها: بئر وجد فيها فأرة ميتة ولم يعلم وقت سقوطها.. فإنه يحكم بنجاستها من وقت وجدانها عند أبي يوسف ومحمد؛ عملاً بالأصل المذكور؛ لأنه أقرب أوقاته.. فلا يلزم إعادة شيء من الصلاة.

ومنها: ادعت أن زوجها أبانها في المرض فصار فارّاً، وقالت الورثة: «أبانها في الصحة فلا ترث».. فالقول قولها عملاً بالأصل المذكور.

ومنها: في «القنية»: أمة ولدت عند المشتري، فقال البائع: «هو ولدي ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت البيع»، وقال المشتري: «لا، بل ولدته لأكثر من ستة أشهر».. فالقول للمشتري عملاً بالأصل [٢١١/أ] المذكور؛ لأنه أضاف الحمل الحادث إلى ما بعد البيع.

ويتفرع على الاستصحاب في «الفصولين»: لو قال لامرأته: «إذا حِضْتِ فأنت طالق» فادعت أنها حائض منذ خمسة أيام بعد يمينه، وهي كذلك في الحال.. صدقت؛ لأنها أخبرت بوجود حال هي فيها فصدقت.

ولو كانت طاهرة فادعت أنها قد حاضت فطهرت بعد اليمين.. لم تصدق؛ لأنها أخبرت بوجود حال ليست هي فيها.

ومنها: لو قال الزوج: «راجعتك أمس» فلو قال ذلك وهي في العدة.. صدق؛ لأنه أخبر في حال يملك الإنشاء، فكذا يملك الإخبار، ولو لم تكن هي في العدة.. لا يصدق.

ومنها: أن الوكيل بالبيع لو أخبر بالبيع قبل العزل.. صدق لا بعده؛ إذ يملك إنشاءه قبل العزل فصح إخباره، بخلاف ما بعد عزله.

وكذا المولي لو أخبر بالفيء في مدة الإيلاء.. يصدق لا بعد مضيها.

ومنها: أن الأب لو أنفق مال ولده الغائب على نفسه وحضر ولده وادّعى أن أباه كان موسراً وقت الإنفاق وأنكر الأب.. تغير حالة الخصومة؛ فلو كان معسراً وقت الخصومة.. صدق، وإلا.. فلا.

ومنها: أن الأب باع مال ولده الصغير فادعى بعد بلوغه أن بيع الأب وقع بغبن فاحش؛ فإن قيمته كانت يوم باعه مائة، وقد باعه منك خمسين وردّ على ملكي، وقال المدعى عليه: لا، بل قيمته كانت خمسين؛ فإنه بحكم الحال لو لم تكن المدة قدر ما تتبدل فيها الأسعار، فلو كانت مدة تتبدل فيها الأسعار.. صدق، ولو برهنا.. فبينة المثبت للزيادة أولى.

ومنها: لرجل نهر في أرض رجل آخر، وميزاب في دار آخر، فاختلفا، وأنكر رب الأرض والدار ثبوت حقه.. صدق في قوله، وعلى المدعي البينة أن له حق التسييل، إلا إذا كان الماء جارياً زمان الخصومة، لو علم أنه كان يجري قبل ذلك.. فحينئذٍ يصدق رب الماء.

ومنها: ميزاب الشرع إلى الطريق الأعظم لا يعرف حاله، فادعى أنه محدث.. فيقلع، فقال رب الميزاب بقدمه.

ثم لو كان المدعى سائلاً يوم الخصومة.. ترك، لكن يحلف بالله تعالى ما هو محدث بغير حق.

ولو لم يكن سائلاً يومها.. فلا بد من بينة على أنه مسيله، أو كان بيد أبيه كذلك ومات وهو كذلك، فورثه أو شراه بذلك المسيل.

وَكَذَا لَو مَاتَ مُسلمٌ فَقَالَتْ زَوجتُه: أَسلمْتُ قبلَ مَوتِهِ، وَقَالَ الْوَارِثُ: بل بعدَه.

ومنها: ميزاب يسيل إلى دار آخر؛ فلو اختلفا في حال جريان الماء.. صدق رب الميزاب، وإلا.. فلا بد من بينة، وقال بعضهم: يترك لو قديماً.

ومنها: [٢١١/ب] سئل محمد عن نهر عظيم لأهل قرى لا يحصون، سكَّره من هو في أعلى النهر عن الأسفل، وقالوا: هو لنا، وقال الأسفلون: هو لنا كله ولا حق لكم فيه.. قال: لو كان النهر يجري إلى الأسفلين يوم الخصومة أو علم أنه يجري إليهم فيما مضى، أو أقام الأسفلون بينة أن النهر كان يجري إليهم والأعلون هم الذين سكروه عنهم.. لا يمنع عن الأسفلين، ويؤمر الأعلون بإزالة السكر عنهم.

ومنها: استأجر أرضاً فاختلفا، فقال المستأجر: استأجرتها وهي فارغة، وقال رب الأرض: كانت مشغولة مزروعة.. قيل: يصدق رب الأرض.

بخلاف المتبايعين لو اختلفا في الصحة والفساد.. يحكم الشرع صدق مدعي الصحة.

وقيل: يحكم الحال، ويصدق المستأجر لو فارغة في الحال، وإلا.. يصدق المؤجر كما في انقطاع ماء الطاحونة.

والأصل في كل ما ذكر: أن بدلالة الحال يستدل على صدق المقال، بناء على أن استصحاب الحال حجة دافعة عندنا.

(وكذا) أي: القول للوارث **(لو مات مسلم فقالت زوجته: أسلمت قبل موته)** لتكون وارثة له، **(وقال الوارث: بل بعده)** لئلا تكون وارثة له، وذلك لأنه لو كان القول قولها.. لزم أن يكون الاستصحاب حجة مثبتة، وليس كذلك عندنا على الصحيح، بل هو حجة دافعة.. فيكون القول للوارث، حتى لا يكون الاستصحاب حجة مثبتة، بل يكون حجة دافعة؛ فإن الأصل بقاء النصرانية إلى ما بعد الموت، وهو المراد بالاستصحاب هنا.

وَإِن قَالَ الْمُودَعُ: هَذَا ابْنُ مودِعي الْمَيّتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيرُه.. دفعَ الْوَدِيعَة إِلَيْهِ.

وفيه عمل أيضاً بالأصل السابق؛ أعني: أن الأصل إضافة الحوادث إلى أقرب الأوقات.

(وإن قال المودع هذا ابن مودعي الميت لا وارث له غيره.. دفع الوديعة إليه)؛ لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة، فيجب دفعه إليه، كما إذا أقر أنه حق المورث وهو في احتمال قيام حق الميت في الوديعة بسبب الدين أو غيره متوهم مشكوك.. فلا يعارض ما ثبت يقيناً بإقراره للوارث، واليقين لا يزول بالشك، فيؤمر بالدفع إليه.

بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض، أو أنه اشتراه منه؛ حيث لا يؤمر بالدفع إليه؛ لأنه أقر بقيام حق المودع؛ لكونه حياً، فيكون إقراراً على مال الغير.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يؤمر بالدفع في المسألة الأولى أيضاً؛ لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه؟

قلنا: إنه مشكوك لا يعارض اليقين الثابت بالإقرار، على ما ذكرناه [٢١٢/أ] آنفاً.

ثم إذا أجاز المودع وكيله بالقبض فامتنع المودع عن الدفع إلى وكيله حتى هلكت، هل يضمن أو لا؟

قيل: يضمن.

وقيل: لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن على ما في «النهاية» و«العناية»؛ لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع عن المودع.

وإن سلمها هل له أن يسترده؟

قيل: لا.

وقيل: نعم، وكان ينبغي أن يسترده على ما في «الزيلعي».

وإِنْ قَالَ لآخرَ: هَذَا ابْنُه أَيْضاً، وَكذَّبُه الأوَّلُ.. قُضِيَ للأَوَّلِ.

وَلَو قُسِمَ الْمِيرَاثُ بَين الْوَرَثَةِ أَو الْغُرَمَاءِ بِشَهَادَةٍ لم يَقُولُوا فِيهَا: لَا نَعْرِفُ لَهُ وَارِثاً أَو غريماً آخرَ.. لَا يُؤْخَذُ مِنْهُم كَفِيلٌ، وَهُوَ احْتِيَاطُ ظلمٍ.. وعندهما: يؤخذ.

بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض؛ حيث يؤمر بالدفع؛ لأنه ليس فيه إقرار على الغير، بل على نفسه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها.

(**وإن قال**) المودع بعد الإقرار الأول (**لآخر: هذا ابنه**) أي: ابن مودعي الميت (**أيضاً**) أي: كالأول، (**وكذبه الأول**) بأن قال: ليس له ابن غيري (.. **قضي**) المال (**للأول**)؛ لأنه لما صح إقراره للأول في وقت لا مزاحم له.. انقطع يده عن المال؛ فإقراره الثاني يكون إقراراً على الأول.. فلا يصح؛ كما إذا كان الأول ابناً معروفاً.

ولأنه حين أقر للأول.. لم يكذبه أحد فيصح إقراره، وحين أقر للثاني كذبه الأول.. فلا يصح.

واعترض: بأن تكذيب الغير ينبغي أن لا يؤثر في إقراره، فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول.

وأجابوا: بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء؛ كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي، وأما إذا كان الدفع للأول بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً.. فلا يلزمه الإقرار، كذا في «العناية».

(ولو قسم الميراث بين الورثة أو الغرماء بشهادة لم يقولوا فيها: لا نعرف له وارثاً أو غريماً آخر.. لا يؤخذ منهم كفيل، وهو) أي: أخذ الكفيل **(احتياط)** عمل به بعض القضاة، وهو **(ظلم، وعندهما: يؤخذ)**.

إذا حضر رجل وادعى داراً في يد آخر أنها كانت لأبيه، مات وتركها ميراثاً له؛ فإما أن يقر به ذو اليد أو لا؛ فإن كان الأول.. يؤخذ الكفيل اتفاقاً؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، وإن كان الثاني وأقام المدعي على ذلك بينة.. فهو على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنهم قالوا: تركها ميراثاً لورثته ولم يعرفوهم، ولا عددهم، وفيه.. لا يقبل الشهادة، ولا يدفع إليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة؛ لأنهم ما لم يشهدوا على ذلك.. لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم، والقضاء بالمجهول متعذر.

والثاني: أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه، لا نعرف له وارثاً غيره، وفيه.. يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوُّم. وهاتان بالاتفاق.

والثالث: إذا شهدوا [٢١٢/ب] أنه ابن فلان مالك هذه الدار، ولم يشهدوا على عدد الورثة، ولم يقولوا في شهادتهم: لا نعرف له وارثاً غيره.. فإن القاضي يتلوّم زماناً على قدر ما يرى.

وقدّر الطحاوي مدة التلوم: بالحول؛ فإن حضر وارث غيره.. قسمت فيما بينهم، وإن لم يحضر.. دفع الدار إليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرماناً كالأب والابن، وإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ.. فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة.. يدفع إليه أوفى النصيبين: وهو النصف والربع عند محمد.

وأقلهما: وهو الربع والثمن عند أبي يوسف.

وقول أبي حنيفة مضطرب.

فإذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار إليه.. هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه؟

قال أبو حنيفة: لا يؤخذ، ونسب القائل به إلى الظلم.

قيل: مراده به: ابن أبي ليلى ممن عاصره.

وقالا: يؤخذ منه كفيل؛ لأن القاضي نصب ناظراً، ولا نظر في ترك الكفيل؛ فيأخذه احتياطاً؛ كما إذا دفع القاضي العبد الآبق أو اللقطة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه.. فإنه يأخذ منه كفيلاً.

وكما لو أعطي نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت في غيبته وله عند إنسان وديعة

يقر بها المودع وبقيام النكاح.. فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلاً.

ولأبي حنيفة: أن حق الحاضر ثابت قطعاً إن لم يكن له وارث آخر بيقين، أو ظاهراً إن كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم.. فإنه ليس بمكلف بإظهاره، بل بما ظهر عنده من الحجة، وكان العمل بالظاهر واجباً عليه، والثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر كموهوم؛ كمن أثبت الشراء من ذي اليد، أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه؛ فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعي من غير كفيل.

وإن كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهماً.. فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم إلى زمان التكفيل، ولأن المكفول له مجهول.. فلا يصح؛ كما إذا كفل لأحد الغرماء..

بخلاف ما إذا أقر ذو اليد؛ حيث يؤخذ منه الكفيل كما تقدم وإن كان المكفول له مجهولاً؛ لأنه إذا أقر.. لم يبق فيه ملك، ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة، وكان مظنته أن ثمة مالكاً لا محالة، وأقل ذلك بيت المال وهو معلوم، فكان التكفيل له.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن القاضي يجوز أن يأخذ الكفيل لنفسه، وإن لم يأخذه للمال.

وأجيب [٢١٣/أ]: بأن القاضي ليس بخصم له.

والثاني: أن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالإجماع على ما تقدم آنفاً، وفي ذلك تأخير حق ثابت قطعاً أو ظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم، فدل على أن التأخير جائز.

وأجيب: بأن التلوم ليس للحق الموهوم، بل إنما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق؛ بحيث يقوم مقام قول الشهود: «لا وارث له غيره» في الدلالة على ذلك؛ فإن هذه الزيادة من

وَمنِ ادّعى عقاراً إِرْثاً لَهُ ولأخيهِ الْغَائِبِ، وَبرهنَ عَلَيْهِ.. دُفِعَ إِلَيْهِ نصفُه وَتُرِكَ بَاقِيهِ مَعَ ذِي الْيَدِ بِلَا أَخذِ كَفِيلٍ مِنْهُ وَلَو جاحداً.

وَقَالا: إِنْ كَانَ جاحداً.. أُخِذَ النّصْفُ الآخرُ مِنْهُ، وَوُضِعَ عِنْد أَمِينٍ.

الشهود ليست بشهادة؛ لأن الشهادة بالنفي باطلة في غير المستثنيات، بل خبر يستأنس به على نفي الشريك، والتلوم من القاضي يقوم مقامه في إفادة ذلك في حقه، وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق، بخلاف طلب الكفالة.

وأما مسألة الآبق والملتقط.. فالجواب عنها: أن في كل منهما روايتين:

ففي رواية: لا يطالب بإعطاء الكفيل فيها:

وفي رواية: أنه يطالب به.

قالوا في شروح «الجامع الصغير»: والصحيح: أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة، فلا يصح القياس حينئذ.

وأما مسألة نفقة امرأة الغائب.. فالجواب عنه: أن التكفيل فيها لحق ثابت، وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج الغائب، والمكفول له - وهو الزوج - معلوم، فصحت الكفالة.

(ومن ادّعى عقاراً) في يد رجل **(إرثاً له ولأخيه الغائب وبرهن عليه.. دفع إليه نصفه وترك باقيه مع ذي اليد بلا أخذ كفيل منه)** أي: من ذي اليد؛ لأن أخذ الكفيل إنشاء خصومة، والقاضي نصب لقطعها لا لإنشائها.

(ولو) كان ذو اليد **(جاحداً [أو قالا: إن كان جاحداً].. أخذ النصف الآخر منه، ووضع عند أمين)**.

وإن لم يكن جاحداً فيهما.. مع أبي حنيفة في القول بترك باقية مع ذي اليد بلا أخذ كفيل.

لهما: أن الجاحد خائن، فلا يترك مال الغير في يده، ويوضع عند أمين لأمانته.

ولأبي حنيفة: أن القضاء وقع للميت مقصوداً يقضى منه ديونه، وتنفذ وصاياه،

وَفِي الْمَنْقُولِ.. يُؤْخَذ مِنْهُ بالِاتِّفَاقِ.

وَقيلَ: على الْخلافِ.

ويحتمل أن يكون ذو اليد مختاراً للميت؛ لكون المقضي به في يده.. فلا تنقطع يده بيد من هو غير مختار له؛ كما إذا كان ذو اليد معسراً.

والخيانة بجحوده قد ارتفعت بقضاء القاضي.

فإن قيل: إن المرتفع بقضاء القاضي هو الخيانة في الزمان الماضي، وأما خيانته في المستقبل.. فلا ترتفع به، بل تحتمل.

قلنا: عدم الخيانة في المستقبل ظاهر؛ لأن الحادثة [٢١٣/ب] لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتب في الخريطة.. الظاهر: أن لا يجحد في المستقبل؛ لعلمه بعدم الفائدة في جحوده.

فإن قيل: موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة، فكان الجحود في المستقبل محتملاً.

قلنا: ذلك نادر، والنادر لا حكم له.

(وفي المنقول) أي: لو كانت الدعوى في المنقول والمسألة بحالها (.. **يؤخذ منه)** كفيل **(بالاتفاق)**؛ لأن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ، والنزع أبلغ في الحفظ من تركه في يده.

بخلاف العقار؛ فإنها محصنة بنفسها.. فلا تحتاج إلى الحفظ ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار.

وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير؛ لأن لهم ولاية الحفظ، فيصرفون فيما يحتاج فيه إلى الحفظ.

(وقيل): المنقول أيضاً **(على الخلاف)**، وقول أبي حنيفة فيه أظهر؛ للحاجة إلى الحفظ؛ فإذا ترك في يد ذي اليد.. كان مضموناً عليه، ولو أخذ.. لم يكن مضموناً عليه، فكان الترك أبلغ في الحفظ.

وَإِذا حضرَ الْغَائِبُ.. دُفِعَ إِلَيْهِ نصِيبُهُ بِدُونِ إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ.

(وإذا حضر الغائب.. دفع إليه نصيبه بدون إعادة البينة) على ما اختاره بعض المشايخ؛ منهم: صاحب «الهداية» و«الخلاصة».

وقال فخر الإسلام: وهو الأصح؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق للميت وعليه، ديناً كان أو عيناً؛ لأن المقضي له وعليه في الحقيقة هو الميت، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك؛ كالوكيلين بالخصومة إذا غاب أحدهما.. كان للآخر أن يخاصم، ولهذا قلنا: إذا ادعى رجل على أحدهم ديناً على الميت وأقام عليه البينة.. ثبت في حق الكل.

وكذا إذا ادعى أحدهم ديناً للميت على رجل وأقام عليه البينة.. ثبت في حق الكل.

فإن قيل: لو صلح أحدهم للخلافة.. لكان كالميت، وجاز له استيفاء الجميع كالميت، لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالاتفاق.

أجيب: بأنه عامل فيه لنفسه.. فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره.

وقال بعض مشايخنا: يجب عليه إعادة البينة، والقضاء بها قياساً على قول أبي حنيفة في القصاص دية، إذا أقام الحاضر البينة على رجل أنه قتل أباه عمداً، ثم حضر الغائب.. فإنه يحتاج إلى إعادتها؛ كذا في «العناية» و«الكفاية».

ويخالفه ما في أول دعوى «البزازية»؛ حيث قال: وفي «الأصل»: برهن أن له ولفلان الغائب على هذا الرجل كذا درهماً، ثم قدم [٢١٤/أ] الغائب.. كلف إعادتها، وقبل قدومه.. يقضى بحصة الحاضر فقط عند أبي حنيفة.

وعن الإمامين: أنه يقضي بكله، ولا يحتاج إلى إعادتها بعد حضور الغائب؛ بناء على إثبات القصاص المشترك بين حاضر وغائب. انتهى.

فإن الظاهر من «البزازية»: عدم وجوب إعادة البينة بعد حضور الغائب في إثبات القصاص المشترك بين حاضر وغائب بالاتفاق، على ما هو مقتضى القياس؛

لأن الخلافي لا يصلح مقيساً عليه.

والظاهر من «العناية» و«الكفاية»: وجوب إعادتها فيه عند أبي حنيفة.

وذكر في «الخلاصة» مسألة القصاص المشترك مثل ما ذكره في «العناية»؛ حيث قال: وفي دية «الأصل»: لو أن أحد الورثة إذا أثبت القصاص بقتل أبيه على رجل.. هل يثبت في حق الكل؟

فعند أبي حنيفة: لا يثبت.

وعندهما: يثبت.

وقال في «الخلاصة»: وعلى هذا الخلاف لو ادعى أنه اشترى هو وفلان الغائب من هذا الرجل هذه الدار بكذا، وأقام البينة.

ولو أقام رجل البينة أنه كان لأبيه على هذا الرجل ألف درهم وأنه مات وتركني وابناً آخر غائباً، وأقام البينة، وطلب نصيبه.. يقضى له بنصيبه.

وهل يقضى بنصيب الابن الآخر أيضاً؟

ذكر في «الأقضية»: أنه يقضى، ولا يكلف الابن الغائب بعد حضوره إعادة البينة، ولم يذكر الخلاف.

وذكر في «الجامع الصغير» مسألة الدار، ولم يذكر الخلاف كما في «الأقضية» في الدين. الكل في «الخلاصة».

وهل يشترط كون المدعى به في يد الحاضر؟

ففي «الخلاصة» نقلاً عن شهادات «الأصل»: لو ادعى عيناً في تركة وأحضر المدعي أحد الورثة، وأقام البينة عليه، وقضى القاضي.. يكون قضاء على جميع الورثة.

وفي شهادات «الجامع الكبير»: إنما يكون قضاء على جميع الورثة أن لو كان المدعى به في يد الوارث الحاضر، ولو كان البعض في يده.. ينفذ بقدره، هكذا ذكره في أول كتاب الدعوى.

ثـم ذكـر في الفصـل الرابع مـن دعـوى الـدين: رجـل ادعى على ميت حقاً، فخاصمه الورثة أو الوصي؛ فلو قضى القاضي على أحد الورثة.. يكون قضاء على الكل وإن لم يكن في يد ذلك الوارث شيء من التركة، بخلاف دعوى العين. انتهى.

فظهر منه: أن كون المدعى به في يد الوارث الحاضر: شرط في دعوى العين، لا في دعوى الدين.

وكذا في «الفصولين» و«العمادي».

وهـل يشـترط كـون المـدعى بـه مقسـوماً في كـون الحـاضر خصـماً عـن الغـائب [٢١٤/ب]؟

ففـي «البزازيـة» نقـلاً عـن «القاعـدي»: تركـة فـي أيـدي ورثـة، وهـي لـم تقسـم، وبعض الورثة ادعى رجل على واحد منهم أنه ملكه بسبب إرثه من أبيه.. لـم يكـن الحاضر خصماً إلا في قدر نسبته. انتهى.

فدل هذا: على اشتراط: كونه غير مقسوم وبه صرح في «البحر» أيضاً؛ حيث قال: إنما ينتصب الحاضر خصماً عن باقي الورثة فيما في يده من العين إذا كانت العـين لـم تقسـم بـين الحاضـر والغائـب، وإن قسـمت وأودع الغائـب نصـيبه عنـد الحاضر.. فلا ينتصب خصماً عن الغائب فيه؛ لأنه حينئذ يكون كسائر أمواله. هكذا، وعزاه إلى العتابي.

قلت: ويخالفه ما في «العمادي»: ولو أودع وارث نصيبه من عين التركة عند وارث آخر، فادعى إنسان هذا العين.. ينتصب هذا الوارث خصماً عن الباقي؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين إذا كان العين في يده، بخلاف الأجنبي.

وهكذا في «الفصولين» أيضاً: فإن هذا دل على أن الحاضر من الورثة ينتصب خصماً عن الغائب في دعوى العين ولو كان العين مقسوماً؛ لأن إيداع الغائب حصته عند الحاضر لا يكون إلا بعد القسمة.

وهل يشترط تصديق الغائب كون المدعى به إرثاً عن الميت في كون الحاضر خصماً عن الغائب؟

ففي «العمادي»: إذا كان العين في يد الحاضر؛ فإن حضر الغائب وصدقه في الإرث.. فالقضـاء مـاض، وإن أنكـر الإرث وادعـى الملـك بجهـة أخـرى.. تكلـف المدعي إقامة البينة. انتهى.

وفي «البحر»: إنما لا تصح دعوى الغائب إذا حضر؛ بشرط أن يصدق أن العين ميراث بينه وبين الحاضر؛ أما لو أنكر الإرث وادعى أنه اشتراها أو ورث نصيبه من رجل آخر.. لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه، فتسمع دعواه وتقبل بينته.

والحاصـل: أن الحاضـر إنمـا ينتصـب خصـماً عـن بـاقي الورثـة الغـائبين بثلاثـة شروط:

كون العين كلها في يده.

وأن لا تكون مقسومة بين الورثة.

وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت بينه وبين الحاضر. انتهى.

وهل يكون للحاضر حق قبض نصيب الغائب فيما كان خصماً عنه؟

ففـي «العمـادي» نقـلاً عـن «فتـاوى النسـفي»: أحـد الورثـة يصـلح خصـماً عـن المورث فيما يستحق له وعليه، ويظهر ذلك في حق جميع الورثة، إلا أنه يكون له حق قبض نصيبه دون قبض أنصباء سائر الورثة، لكن إنما يثبت حق الكل إذا ادعى حق الكل، وأقام البينة على الكل [٢١٥/أ]، وقضى القاضي بالكل، فيثبت الكل، ويكون له حق المطالبة بحصة نفسه.

أما إذا ادّعى قدر نصيب نفسه وأقام البينة على ذلك، وقضى القاضي بـه.. فلا يثبت في حق سائر الورثة، حتى لو أثبت نصيب نفسه بالبينة، ثم سائر الورثة يريدون استيفاء أنصبائهم من هذا المدعى عليه بتلك البينة السابقة.. لا يملكون ذلك. انتهى.

وَمن أوصى بِثلثِ مَالِهِ.. فَهُوَ على كلِّ مَالٍ لَهُ.

مسألة واقعة الفتوى: ادّعى أحد الورثة على رجل كذا درهماً من جهة مورثه، وباقي الورثة غائب، وأقام الحاضر البينة على ذلك الرجل، وأقام الرجل بينة على الدفع بأن مورثه أبرأه عنه، ثم حضر الغائب من الورثة وادّعاه.. فهل يحتاج ذلك الرجل في الدفع عنه إلى إقامة البينة، أو لا يحتاج إليها؟

فأفتيت: بأنه لا يحتاج إليها، بل يكفيه الدفع الأول؛ لأن أحد الورثة لما قام مقام الكل في الإثبات.. فكان دفع الدافع دفعاً عن الكل.

(**ومن أوصى بثلث ماله.. فهو على كل مال له**)؛ سواء كان من جنس مال الزكاة؛ كالنقدين والسوائم وأموال التجارة، بلغ النصاب أو لا، أو من جنس غيرها؛ كالعقار والرقيق وأثاث المنزل وثياب البذلة ونحوها، وهذا: لأن الوصية أخت الميراث؛ لأنها خلافة؛ كالوراثة والميراث لا يختص بمال دون مال، فكذا الوصية، ولأنها تقع في حال الاستغناء عن المال، فتنصرف إلى الكل.

وفي «البحر»: إن قولهم ههنا - كما في «الهداية» -: «أن الوصية خلافة كالوراثة» مشكل؛ فإن المصرح به: أن ملك الموصى له ليس بطريق الخلافة كملك الوارث.

وقال الصدر الشهيد في «شرح أدب القضاء»: إن الموصى له ليس بخليفة عن الميت، ولهذا لا يصح إثبات دين الميت عليه، وإنما يصح على وارث أو وصي، ولم أر أحداً من الشارحين تنبه عليه، وقد ظهر لي: أن صاحب «الهداية» أراد بالخلافة: أن ملك كل منهما بعد الموت، لا بمعنى أنه قائم مقامه. انتهى كلام «البحر».

قلت: كون مراد صاحب «الهداية» بالخلافة: ما ذكره صاحب «البحر».. صرح به في «العناية»؛ حيث قال: لأنها خلافة كالوراثة من حيث إنهما يثبتان الملك بعد الموت. انتهى.

وَلَو قَالَ: مَالِي أَو مَا أملك صَدَقَةٌ.. فَهُوَ على مَالِ الزَّكَاة، ....

(**ولو قال: مالي أو ما أملك صدقة.. فهو على مال الزكاة**) كالنقدين والسوائم وأموال التجارة؛ بلغ النصاب أو لا؛ لأن المعتبر: هو جنس مال الزكاة، والقليل من جنسها كالكثير، ولهذا قالوا: إذا نذر أن يتصدق بماله [٢١٥/ب].. لزمه التصدق به، وإن قضى به دينه.. لزمه التصدق بقدره عند تملكه؛ لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وإن لم تجب الزكاة.

ولا يجب التصدق بالأموال التي لا يجب في جنسها الزكاة؛ كالعقار والرقيق وأثاث المنزل وثياب البذلة، وهذا استحسان.

والقياس: لا فرق بين هذا وبين الأول؛ أعني: «أوصي بثلث» في أن يقع على كل شيء؛ كما قال به زفر؛ لأن اسم المال عام يتناول الجميع.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى؛ إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً؛ لئلا ينزع إلى الشركة، وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال الزكاة خاصة، فكذا إيجاب العبد.

فإن قيل: إن الاعتكاف لم يوجد في الشرع من جنس شيء، مع أن للعبد ولاية الإيجاب له؛ لأنه يجب بإيجابه.

قلنا: ممنوع؛ لأن من جنسه الوقوف بعرفات؛ لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة، وقد مر تفصيله في باب النذر.

ثم هذا في: «مالي صدقة» بالاتفاق.

وفي: «ما أملك فوقه» اختلاف:

قيل: إنه يتناول كلّ مال؛ زكوياً كان أو غيره، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، ذكرها في «الأمالي»، واختاره الطحاوي في «مختصره»، واستدلوا عليه: بأن «ما أملك» أعم من «مالي»؛ لأن الملك يطلق على المال وغيره، يقال: ملك النكاح،

وَيدخلُ فِيهِ أَرضُ الْعشرِ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وملك القصاص، وملك المنفعة. والمال لا يطلق على ما ليس بمال، وإذا كان أعم.. ينصرف إلى غير أموال الزكاة أيضاً؛ إظهاراً لزيادة عمومه.

فإن قيل: الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية.

أجيب: بأن المقيد إيجاب الشرع، وهو مختص بلفظ المال.. فلا مخصص في لفظ الملك، فيبقى على العموم.

ورد: بأنه حينئذ يلزم أن لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع، فالصحيح: أن لفظ «مالي» و«ما أملك» سواء فيما نحن فيه، فيختصان بالأموال الزكوية، وهو اختيار الإمام السرخسي وصاحب «الهداية» والمصنف وصاحب «الكنز» وغيرهم.

وهل يدخل في الوصية بالمال ما على الناس من الديون؟

ففي «البحر»: قالوا: إن الدين ليس بمال، حتى لو حلف أن لا مال له، وله دين على الناس.. لا يحنث.

ثم استشكل هذا وقال: ولا شك أن الدين يجب فيه الزكاة بشرط القبض.. فينبغي أن يدخل تحت النذر بالمال، وفي كلام الشارح «الزيلعي» في الوصايا ما يقيد دخول الدين في الوصية بالمال؛ لأنه [٢١٦/أ] يصير مالاً بالاستيفاء، ولكن قال في «الخانية»: لا تدخل الديون.

(**ويدخل فيه أرض العشر عند أبي يوسف**)؛ لأنها سبب الصدقة؛ إذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده، فصارت الأراضي العشرية كأموال التجارة؛ لكونها من جنس ما تجب فيه الزكاة.

(**خلافاً لمحمد**)؛ لأنها سبب المؤنة؛ إذ جهة المؤنة راجحة عنده، فصارت مثل عبد الخدمة.

فَإِن لم يكنْ لَهُ مَالٌ غَيرُه.. أَمسَكَ مِنْهُ قوتَهُ.

فَإِذا أَصَابَ مَالاً.. تصدَّقَ بِمثلِ مَا أمسكَ.

وَمن أُوصِيَ إِلَيْهِ وَلم يعلم.. فَهُوَ وَصِيٌّ، ....

وأما الأرض الخراجية.. فلا تدخل بالإجماع؛ لأنه تمحض مؤنة؛ لأن مصرفه المقاتلة، وفيهم الأغنياء، وقول أبي يوسف مع محمد، على ما ذكره التمرتاشي في الخلافية.

(**فإن لم يكن له مال غيره**) أي: ما دخل تحت الإيجاب أي: مال الزكاة (**..أمسك منه قوته**)؛ لأن قوته مقدمة على غيرها؛ لئلا يقع في ذل السؤال؛ إذ لو لم يمسك قوته.. لاحتاج أن يسأل الناس لقوته.

(**فإذا أصاب مالاً.. تصدق بمثل ما أمسك**).

لو قال: «تصدق ما أمسك»، بدون لفظ «المثل» على ما وقع في «العناية».. لكان أولى؛ لأن الواجب عليه بعدما أصاب مالاً: أن يتصدق عين ما أمسك لا مثله. تأمل.

ثم مقدار يمسكه لم يتبين محمد في «المبسوط»؛ لاختلاف أحوال الناس فيه بقلّة العيال وكثرته.

وقيل: **المحترف**.. يمسك قوت يومه؛ لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً.

وصاحب الغلة أعني: صاحب الدور والحوانيت والبيوت المعدة للاستغلال.. يمسك قوت شهره؛ لأنه يصل إلى ما ينفقه شهراً.

وصاحب التجارة.. بقدر ما يرجع إليه ماله.

وصاحب الضياع.. بقدر سنة؛ لأن الدهقان يصل إلى ما ينفق سنة فسنة.

(**ومن أوصي إليه**) بصيغة المجهول؛ أي: من جعل وصياً (**ولم يعلم**) الوصاية؛ أي: كونه وصياً حتى باع شيئاً من التركة (**.. فهو وصي**) وبيعه جائز، وفيه إشارة إلى أنه لا يتمكن من إخراج نفسه عن الوصاية من غير أن يشرط من التصرف، وليس

بِخِلَافِ التَّوْكِيلِ.

وَقُبِلَ فِي الْإِخْبَارِ بِالتَّوْكِيلِ خبرُ فَرِدٍ وإِنْ فَاسِقاً، ....

كذلك، بل له إخراج نفسه عن الوصاية قبل القبول قولاً أو فعلاً؛ بأن يتصرف فيه بالبيع أو غيره.. فالأولى أن يقول: «ومن أوصى إليه ولم يعلم فتصرف فيه.. فهو وصي» على ما وقع في «الهداية».

(**بخلاف التوكيل**)؛ فإن الوكيل لو باع شيئاً قبل أن يعلم الوكالة.. لم يجز بيعه.

وجه الفرق: أن الوصاية خلافة لا نيابة؛ لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة؛ أعني: ما بعد الموت، والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا التصرف؛ الوارث بالبيع قبل العلم بموت المورث.. فإنه صحيح.

بخلاف الوكالة؛ فإنها إنابة لقيام ولاية الميت، والإنابة تتوقف [٢١٦/ب] على العلم.

وعن أبي يوسف: أن الوصاية كالوكالة بجامع النيابة؛ فإن الوصاية نيابة بعد الموت، والوكالة قبله، فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم.. لم يجز تصرف الوصي أيضاً قبله.

فإن قيل: إذا قال لرجل: اشتر عبدي من فلان ولم يعلم فلان بهذا القول، وباع عبده لذلك الرجل.. صح بيعه من غير توقف على علمه بالوكالة بالبيع.. فلا يشترط علم الوكيل.

أجيب: بأن في هذه المسألة روايتين؛ في رواية: جائز بيعه، وفي رواية أخرى: لا يجوز.

ووجه الفرق على رواية الجواز: أنه يثبت ضمناً، والكلام في الوكالة القصدية، لا الضمنية، وهذا إذا قال: بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد.. فإن فيه روايتين؛ في إحداهما: صح تصرفه وإن لم يعلم بالإذن؛ لثبوته ضمناً.

(**وقبل في الإخبار بالتوكيل خبر فرد وإن**) وصلية (**فاسقاً**) كافراً غير بالغ بعد أن

لَا فِي الْعَزْلِ مِنْهُ، إِلَّا خبرُ عدلٍ أَو مستورين.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كَالْأَولِ.

وَكَذَا الْخلافُ فِي إِخْبَارِ السَّيِّدِ بِجِنَايَةِ عَبدِهِ، وَالشَّفِيعِ بِالْبيعِ، وَالْبِكْرِ بِالتَّزْوِيجِ، ....

كان مميزاً، على ما في «العناية»؛ لأنه إثبات حق ابتداء، لا إلزام أمر.. فيكفي فيه خبر الواحد.

(**لا في العزل منه**) أي: من التوكيل (**إلا خبر عدل**) واحد (**أو مستورين**)؛ لأنه خبر ملزم؛ لكونه نافياً جواز التصرف بعد ثبوته.. فلا بد فيه من أحد شطري الشهادة؛ أعني: العدل، أو العدد.

(**وعندهما: هو كالأول**)؛ لأنه من جنس المعاملات، وجنسها يثبت بخبر الواحد ولو فاسقاً؛ كالوكالة وإذن العبد في التجارة.

(**وكذا الخلاف في إخبار السيد بجناية عبده**) إن أخبرها اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع.. كان اختياراً منه للفداء.

وإن أخبره فاسق وصدقه.. فكذلك؛ لتصديقه.

وإن لم يصدقه.. فعلى الاختلاف المذكور؛ فعنده: لا يكون اختياراً منه، وعندهما: يكون اختياراً منه.

(**والشفيع**) بالجر عطف على السيد (**بالبيع**) إن أخبره اثنان أو واحد بالبيع فسكت.. سقطت الشفعة، وإن أخبره فاسق.. فعلى الخلاف المذكور؛ عنده: لا تسقط الشفعة، وعندهما: تسقط.

(**والبكر**) بالجر أيضاً؛ أي: إخبار البكر (**بالتزويج**) إن أخبره اثنان أو واحد عدل تزويج المولى فسكتت.. كان رضاء بلا خلاف، وإن أخبره فاسق وكذبه.. فعلى الخلاف المذكور.

وَمُسلمٍ لم يُهَاجر بالشرائع.

(ومسلم) بالجر أيضاً **(لم يهاجر)** صفة مسلم؛ أي: وكذا الخلاف في إخبار مسلم لم يهاجر من دار الحرب إلينا **(بالشرائع)** إن أخبره اثنان أو واحد عدل.. لزمته، ولو تركتها.. يجب عليه قضاؤها.

وإن أخبره فاسق وكذبه.. فعلى الخلاف المذكور.

وعلى الخلاف المذكور [٢١٧/أ] بينه وبين صاحبيه أيضاً: العبد المأذون إذا أخبره واحد عدل أو اثنان بالحجر.. يثبت الحجر؛ صدق العبد أو كذب، وإن أخبره فاسق وكذبه.. يثبت الحجر عندهما، لا عند أبي حنيفة، كذا في «العناية»، ولم يذكره المصنف؛ إلحاقاً له بعزل الوكيل.

وقال في «البحر»: إذا قال رجل هذا العين معيبة، فأقدم على شرائه.. كان ذلك رضا بالعيب إن كان المخبر عدلاً أو اثنين بالاتفاق.

وإن كان فاسقاً.

فلا يكون رضا عنده، خلافاً لهما. هكذا ذكره نقلاً عن «الظهيرية».

ثم ذكر نقلاً عن «التنقيح»: مسألة فسخ الشركة من قبيل الخلاف المذكور.

ثم ذكر من عند نفسه: أن عزل الواقف المتولي من قبيل الخلاف المذكور أيضاً.

قال: ولم أره صريحاً أنه من هذا القبيل، ولكن صرحوا بأنه وكيل الواقف، فيستفاد من مسألة عزل الوكيل: أنه من قبيل الخلاف المذكور.

ثم قال: وينبغي أيضاً أن يكون عزل القاضي من قبيل الخلاف المذكور، ولم أره صريحاً، فصار مجموع الخلافية: تسعة.

وقال في «الأشباه»: يقبل قول الواحد العدل في أحد عشر موضعاً كما في «المنظومة» لابن وهبان:

في تقويم المتلف، وفي الجرح، وفي التعديل، و[في] المترجم، وفي جودة

وَلَو بَاعَ القَاضِي أَو أَمِينُهُ عبداً لِلْغُرَمَاءِ وَأخذَ المَالَ فَضَاعَ، وَاسْتحقَّ العَبْدُ.. لَا يضمنُ، ....

المسلم فيه، ورداءته، وفي الإخبار بالمفلس بعد مضي المدة، وفي رسول القاضي إلى المزكي، وفي إثبات العيب، وفي رؤية هلال رمضان عند الاعتدال، وفي إخبار الشاهد بالموت، وفي تقدير أرش المتلف.

وزدت أخرى: يقبل قول أمين القاضي إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها. انتهى.

قال ابن شحنة في شرح تلك المنظومة: وقال محمد: لا يكفي في الجرح وفي التعديل قول عدل واحد، بل لا بد من اثنين.

وكذا قال محمد: لا يكفي المترجم العدل في التوصيف، بل لا بد من اثنين.

ثم فسر إخبار الشاهد بالموت بقوله: إذا شهد عدل عند رجلين على موت رجل.. وسعهما إن شهدا عند القاضي على موته.

(ولو باع القاضي أو أمينه عبداً) من تركة الميت **(للغرماء وأخذ المال)** أي: الثمن **(فضاع)** الثمن، **(واستحق العبد.. لا يضمن)** القاضي ولا أمينه؛ لأن القاضي قائم مقام الإمام، ولا ضمان على الإمام؛ كيلا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة.. فتضيع الحقوق، ونائبه قائم مقامه.

وأمين القاضي مثل القاضي، وهو: من يقول له القاضي: جعلتك أميناً في بيع هذا العبد.

وأما إذا قال: بع هذا العبد ولم يزد عليه.. اختلف المشايخ فيه.

والصحيح: أنه لا يلحقه [٢١٧/ب] عهدة مثل الأول، كذا في «البحر» نقلاً عن شيخ الإسلام خواهر زاده.

وفيه أيضاً: لو قال أمين القاضي: بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم.. صدق بلا يمين... المسألة.

وَيرجعُ الْمُشْتَرِي على الْغُرَمَاء.

وَلَو بَاعه الْوَصِيُّ لأَجلِهم بِأَمْرِ القَاضِي ثمَّ اسْتحِقَّ أَو مَاتَ قبلَ قَبضه وَضاعَ المَالُ.. رَجَعَ الْمُشْتَرِي على الْوَصِيّ، ....

ينتقض الحصر الذي ذكره بما في «الأشباه»: كلّ من قبل قوله.. فعليه اليمين إلّا في مسائل عشر مذكورة في «القنية»:

١- الوصي في دعوى الإنفاق على اليتيم أو عبده.

٢- وفي بيع القاضي مال اليتيم.

٣- وإذا ادعى اشتراط البراءة من كل عيب.

٤- وفيما إذا ادعى القاضي إجارة مال الوقف، وفيما إذا ادعى القاضي إجارة مال اليتيم.

٥- وفيما إذا ادعى الموهوب له هلاك العين.

٦- وفيما إذا اختلفا في اشتراط العوض في الهبة.

٧- وفي قول العبد البائع: أنا مأذون.

٨- وللأب في مقدار الثمن إذا اشترى لابنه الصغير واختلف مع الشفيع.

٩- وفيما إذا أنكر الأب شراءه لنفسه وادعاه لابنه.

١٠- وفيما يدعيه المتولي من الصرف. انتهى.

(**ويرجع المشتري على الغرماء**)؛ لأن البيع وقع لأجلهم، وقد تعذر الرجوع على العاقد.. فتعين الغرماء.

(**ولو باعه الوصي لأجلهم**) أي: لأجل الغرماء (**بأمر القاضي، ثم استحق أو مات قبل قبضه وضاع المال**) أي: الثمن (.. **رجع المشتري على الوصي**)؛ لأنه عاقد نيابة عن الميت، فصار كما إذا باعه الميت بنفسه في حياته، وفي ذلك: يرجع المشتري عليه، فهنا يرجع على نائبه.

وَهُوَ على الْغُرَمَاءِ.

وَلَو قَالَ لَك قَاضٍ عدلٌ عَالمٌ: قضيتُ على هَذَا بِالرَّجمِ، أَو الْقطعِ، أَو الضَّرْبِ، فافعلْه.. وسعَكَ فعلُهُ.

وَكَذَا فِي الْعدْلِ غيرِ الْعَالمِ إِنْ استفسرَ.. فَأَحْسنَ تَفْسِيرَهُ، وإِلّا.. فَلَا.

(**وهو**) أي: الوصي (**على الغرماء**)؛ لما ذكرناه.

ثم إن ظهر للميت مال.. يرجع الغريم فيه بدينه.

وهل يرجع بما غرم للوصي فيه؟

قيل: يرجع.

وقيل: لا؛ لأنه إنما يضمن من حيث إن العقد وقع، فلم يكن له أن يرجع على غريمه.

وجه الأول: أن هذا الضمان لحقه في أمر الميت فيرجع.

(**ولو قال لك قاض عدل عالم: قضيتُ على هذا بالرجم أو القطع أو الضرب: فافعله.. وسعك فعله**) في ظاهر الرواية؛ لأنه أخبر عما يملك إنشاءه، فلا يتهم في خبره، ولأنه من أولي الأمر، وفي تصديقه بما أخبر به طاعة له، فيجب تصديقه.

وعن محمد: أنه لا يأخذ بمجرد قوله ما لم تكن الشهادة بحضرته؛ لأن قوله يحتمل الغلط، والتدارك بعد الوقوع غير ممكن، واستحسنه المشايخ؛ لفساد حال قضاة زماننا.

(**وكذا في العدل غير العالم إن استفسر**) عن قضائه؛ لبقاء تهمة الغلط.

(**فأحسن**) القاضي (**تفسيره**) أي: تفسير القضاء؛ بأن فسر على وجه اقتضاء الشرع؛ مثل أن يقول: استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه، وحكمت فيه بالرجم، وثبت عندي بالحجة: أنه أخذ من [٢١٨/أ] حرز نصاباً.

(**وإلا.. فلا**) لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلاً؛ إذ الشبهة غير دارئة.

وَلَا يُعْمَلُ بقولِ غيرِ الْعدْلِ مُطلقاً، مَا لم يعاينْ سَبَبَ الحكمِ.

وَلَو قَالَ قاضٍ عُزِلَ لشخصٍ: أَخذْتُ مِنْك ألفاً، ودفعتُها إِلَى فلَانٍ قضيتُ بهَا عَلَيْك، أَو قَالَ: قضيتُ بِقطعِ يدِك فِي حقٍّ، فَقَالَ: بل أَخَذْتَهَا، أَو قطعتَ ظلماً، واعترفَ بِكَوْن ذَلِك حَال ولَايَته.. صُدِّق القَاضِي، وَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ.

وَلَو قَالَ: فعلتَهُ قبلَ ولايتِكَ أَو بعدَ عزلِكَ، وَادّعى القَاضِي فعلَه فِي ولَايَته.. فَالْقَوْلُ لَهُ أَيْضاً، ....

(ولا يعمل بقول غير العدل مطلقاً) أي: عالماً أو جاهلاً.

(ما لم يعاين سبب الحكم)؛ لتهمة الخطأ والخيانة.

(لو قال قاض عزل) عن القضاء (لشخص: أخذت منك) حال قضائي (ألفاً، ودفعتها إلى فلان، قضيت بها عليك، أو قال: قضيتَ بقطع يدك في حق، فقال) ذلك الشخص: (بل أخذتها، أو قطعت) يدي في حال قضائك (ظلماً، واعترف) ذلك الشخص (بكون ذلك) أي: الأخذ والقطع (حال ولايته.. صدق القاضي)؛ لأنهما لو توافقا: أنه فعل ذلك في قضائه.. كان الظاهر شاهداً له؛ إذ الظاهر: أن القاضي لا يقضي بالجور والظلم، والقول قول من يشهد له الظاهر.

قيد باعتراف ذلك الشخص بكون الأخذ والقطع حال قضائه؛ لأن المأخوذ ماله والمقطوع يده لو زعما أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل.. ففيه اختلاف المشايخ.

والأصح: أن القول للقاضي أيضاً، على ما سيأتي ذكره.

(ولا يمين عليه) أي: على القاضي؛ لأن إيجاب اليمين على القاضي يفضي إلى تعطيل مصالح المسلمين بامتناع الدخول في القضاء.

(ولو قال) ذلك الشخص للقاضي: (فعلته قبل ولايتك، أو بعد عزلك، وادعى القاضي فعله في ولايته.. فالقول له أيضاً)؛ لأنه لما أسند فعله إلى حالة منافية للضمان - أعني حالة القضاء - صار بذلك الإسناد منكراً للضمان، فيكون القول له؛

هُوَ الصَّحِيحُ.

كما إذا قال من عهد منه الجنون: طلقت أو أعتقت وأنا مجنون.. فالقول له، حتى لا يقع الطلاق والعتاق؛ لإسناده إلى حالة منافية للإيقاع.

(هو الصحيح)، احترز به عما قاله بعض المشايخ؛ منهم الإمام السرخسي: أن القول قول ذلك الشخص؛ لأن المنازعة إذا وقعت في الماضي.. يحكَّم الحال، وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان، وهو بهذا الإسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه.. فلا يقبل قوله بلا برهان.

ومما يؤيد ما قاله الإمام السرخسي فيما بعد العزل.. ما قالوا: إن الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب أوقاتها، لكن أكثر مشايخنا أخرجوا المسألة المذكورة عن هذا الأصل، وأدرجوها تحت أصل آخر، وهو: أن المقر متى أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه.. لا ضمان عليه، وهو أصل مقرر يبتنى عليه فروع كثيرة:

منها: مسألة الكتاب.

ومنها: لو قال العبد لغيره بعد عتقه [٢١٨/ب]: قطعت يدك وأنا عبد، وقال المقر له: لا، بل قطعتها وأنت حر.. فالقول للعبد؛ للأصل المذكور.

ومنها: لو قال المولى لعبده بعد إعتاقه: أخذت منك كذا درهماً وأنت عبد، وقال المعتق: لا، بل أخذتها بعد العتق.. كان القول للمولى؛ للأصل المذكور.

ومنها: الوكيل بالبيع إذا قال: بعت وسلمت قبل العزل، وقال الموكل: بل بعد العزل.. فالقول للموكل.

ومنها: لو قال الوصي بعدما بلغ اليتيم: أنفقت عليك كذا وكذا من المال، وأنكر اليتيم.. كان القول للوصي؛ للأصل المذكور.

فإن قيل: هذا الأصل منتقض بمسألة ذكرها في «النهاية» وهي: رجل أعتق أمته، ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي، وقالت هي: لا، بل قطعتها وأنا حرة.. فالقول

والقاطِعُ أَو الْآخِذُ إِنْ كَانَت دَعْوَاهُ كدعوى القَاضِي.. ضمن هُنَا، لَا فِي الأول.

قولها، وكذا في كلّ شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، مع أن المولى أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان.

وأجيب عنه: ببيان الفرق: بأن المولى أقر سبب الضمان، ثم ادعى التملك لنفسه، فيصدق في إقراره، ولا يصدق في دعواه التملك له، ولذا لو قال لرجل: أكلت طعامك بإذنك، فأنكر هو الإذن.. يضمن المقر.

قلت: في هذا الجواب نظر يعرف بالتأمل.

(**والقاطع أو الآخذ**) أي: الذي يقطع اليد ويأخذ المال بأمر القاضي (**إن كانت دعواه كدعوى القاضي**) بأن أقر كل منهما بما أقر به القاضي من القطع والأخذ في حالة منافية للضمان (.. **ضمن**) كل من القاطع والآخذ.

(**هنا**) أي: فيما قال ذلك الشخص؛ أي: المقطوع يده والمأخوذ ماله: فعلته قبل زمان الولاية أو بعد العزل؛ لإقرارهما بسبب الضمان، وقول القاضي: فعلته في زمان ولايتي.. إنما يعتبر في دفع الضمان عن نفسه، لا في إبطال سبب الضمان على غيره.

(**لا في الأول**) أي: لا يضمنان فيما اعترف ذلك الشخص بكون القطع والأخذ حال ولايته؛ لأنه ثبت فعله في حالة منافية للضمان بالتصادق.

* * *

(كتاب الشهادات)

(كتاب الشَّهَادَات)

هِيَ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ لِلْغَيْرِ على الْغَيْرِ، ....

(كِتَابُ الشَّهَادَاتِ)

عقب كتاب القضاء بالشهادات؛ لأن القاضي يحتاج إلى الشهادة في الوصول إلى القضاء، فكانت من تتمة القضاء المقصودة بالذات، والكلام هنا في مواضع:

الأول: في معناها اللغوي، وهي في اللغة: مشتقة من المشاهدة، التي تنبئ عن المعاينة.

والثاني: في معناها الاصطلاحي، وسيأتي ذكره في الكتاب.

والثالث: في شرائطها، وسيأتي بيانه مفصلاً.

والرابع: سبب وجوبها، وهو طلب صاحب الحق، أو خوف فوت الحق؛ فإن من عنده [٢١٩/أ] شهادة ولا يعرفها صاحب الحق وخاف فوت الحق.. يجب عليه أن يشهد بلا طلب، على ما في «البحر» و«العناية».

والخامس: حكمها، وهو: وجوب الحكم على القاضي.

والسادس: في صفتها تحملاً وأداء، وسيأتي بيانها.

والسابع: في أن القياس عدم قبولها؛ لاحتمال الخبر الكذب، لكن لما شرطت العدالة.. ترجح جانب الصدق.

الثامن: في قبولها، وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

والتاسع: في أهلها، وسيأتي بيانه في الكتاب.

(**هي**) في عرف الشرع: (**إخبار بحق**)؛ احترز به عن الإخبار بباطل وكاذب.

(**للغير على الغير**) يجوز أن يتعلق كلٌّ من الجارين إلى الإخبار.. فيكون بياناً للمشهود له وعليه، وأن يتعلق إلى حق.. فيكون بياناً للمشهود به.

عَن مُشَاهدَةٍ لَا عَن ظَنٍّ.

وَمن تعيَّنَ لتحمُّلِهَا لَا يَسعُهُ أَنْ يمْتَنَع مِنْهُ.

ويفترضُ أَدَاؤُهَا بعدَ التَّحَمُّلِ إِذا طُلِبَتْ مِنْهُ، ....

(**عن مشاهدة**) متعلق بإخبار؛ ففيه إشارة إلى أن معناه اللغوي معتبر في معناه الاصطلاحي، وهو الأصل؛ لأنها في اللغة مشتقة عن المشاهدة المنبئة عن المعاينة.

(**لا عن ظن**)؛ لأن الظن لا يغني من الحق شيئاً.

(**ومن تعين لتحملها**) بسبب معاينة ما يتحملها له بالسماع في المسموعات، والإبصار في المبصرات ونحو ذلك (.. **لا يسعه أن يمتنع منه**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾.

(**ويفترض أداؤها بعد التحمل**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾؛ فإنها بظاهرها تدل على النهي عن الكتمان، والنهي عن أحد الضدين.. يستلزم ثبوت الضد الآخر؛ لعدم جواز ارتفاعهما، فيلزمه الأمر بالإظهار وهو الشهادة، فيكون فرضاً.

وفي قوله: «ومن تعين لتحملها» إشارة إلى أنها فرض كفاية، إلا أن يتعين للأداء.. فإنه حينئذٍ يكون فرض عين له.

(**إذا طلبت منه**)؛ لأنها حق المدعي، فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق.

هذا شرط لوجوب الأداء فيما كان من حقوق العباد؛ إذ لا بد من تقديم الدعوى وطلب الشهادة في كلّ ما هو من حقوق العباد.

بخلاف حقوق الله تعالى.. فإنه لا يشترط في قبول الشهادة عليها وجود الدعوى وطلب الشهادة، بل تقبل الشهادة من غير تقديم الدعوى، بمجرد الإخبار بالقاضي على ما سنبينه.

وأما في الشهادة الحسية؛ ما كان في حقوق الله تعالى.. فلا بد من الشهادة بدون هذه الشروط.

قال في شهادة «القنية»: الشاهد إذا أخّر شهادته، هل تقبل أم لا؟

أجاب المشايخ: في شهود شهدوا بالحرمة المغلظة بعدما أخروا شهادتهم خمسة أيام من غير عذر: إنه لا يقبل إن كانوا عالمين بأنهما [٢١٩/ب] يعيشان عيش الأزواج.

قال علاء الحمامي والخطيب الأغاطي وكمال الأئمة البياعي: شهدوا بعد سنة بإقرار الزوج بالطلقات الثلاث.. لا تقبل إذا كانوا عالمين بعيشهم عيش الأزواج.

وكثير من المشايخ أجابوا كذلك في جنس هذا.

وإن كان تأخيرهم لعذر.. جاز.

مات عن امرأة وورثة، فشهد الشهود أنه كان أقر بحرمتها حال صحته ولم يشهدوا بذلك حال حياته.. لا تقبل إذا كانت هذه المرأة مع هذا الرجل وسكتوا؛ لأنهم فسقوا، وشهادة الفاسق لا تقبل.

أقر بعض الورثة بإعتاق المورث جاريته، وأنكر البعض، ثم شهد شهود أن المتوفى أعتقها.. فتأخير الشهادة لا يكون طعناً إن كان لعذر أو تأويل.

قال أستاذنا: هذا إشارة إلى أن التأخير لو كان لا لعذر ولا لتأويل.. لا يقبل في عتق الجارية كما في الطلاق، وأنه خمس؛ لكونه بشهادة في باب الفروج في الموضعين.

وعنه: ولا يسقط عدالة الشاهد في تأخير شهادة الإعتاق إذا كان وحده ويعلم أنه لا يلتفت إلى قوله وحده.

وإن علم أنه لو أخبر القاضي وحده يحول بينهما.. يفسق بالتأخير.

وكذا في الطلاق.

هذا، وقال في فصل من لا تقبل شهادته للتهمة من «قاضي خان»: رجلان شهدا على مريض صاحب الفراش أنه طلق امرأته ثلاثاً، وقالا: أشهدنا بذلك في صحته، وأمرنا بكتمانه فكتمناه.. لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالفسق.

وعن أبي القاسم الصفار: إذا شهد اثنان على طلاق امرأة أو عتق أمة وقالا: كان ذلك عام أول.. جازت شهادتهما، وتأخيرهما لا يوهن شهادتهما.

قال رضي الله عنه: وينبغي أن يكون ذلك وهناً إذا علموا أنه يمسكها إمساك الزوجات والإماء؛ لأن الدعوى ليس بشرط في هذه الشهادة؛ فإذا أخروها.. صاروا فسقة. انتهى كلام «قاضي خان».

قلت: فعلى هذا.. يحمل قول الصفار على ما إذا لم يعلموا إمساكها إمساك الزوجات.. فلا يكون عدم قبول شهادتهم بالكتمان مختلفاً فيها، بل متفق عليه، حتى لو قضى القاضي بشهادتهم.. لا ينفذ قضاؤه، به أفتيت.

وهل تسقط الشهادة على رمضان بالتقادم؟

قالوا: إنها تسقط، ولهذا قال في صوم «قاضي خان»: إذا شهد الشهود على هلال رمضان في اليوم التاسع والعشرين: أنهم رأوا هلال رمضان قبل صومهم بيومهم؛ إن كانوا في هذا المصر.. ينبغي أن لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم تركوا [٢٢٠/أ] الحسبة، وإن جاؤوا من مكان بعيد.. جازت شهادتهم؛ لانتفاء التهمة.

ثم الطلب ههنا: أعمّ من الحقيقي والحكمي - فيدخل فيه من كان عنده شهادة ولا يعلم بها المدعي وخاف هو فوت الحق؛ فإنه يجب عليه أن يشهد بلا طلب حقيقة؛ فإنه طالب حكماً؛ لتعين الشهادة له على ما في «البحر».

وقال فيه أيضاً: إنما يلزم أداء الشهادة بشروط:

الأول: طلب المدعي فيما كان من حقوق العباد حقيقة أو حكماً.

الثاني: أن يعلم أن القاضي يقبل شهادته، وإن علم أنه لا يقبل.. لا يلزم.

الثالث: أن يتعين عليه الأداء، وإلا.. فلا يلزم.

واعلم: أن كل ما هو من قبيل حقوق الله تعالى.. تقبل فيها الشهادة ويقضى بها من غير تقديم الدعوى وطلب الشهادة، وهي في مواضع على ما ذكروه:

الأول: في الوقف، ففي «العمادية»: والشهادة على الوقف هل تقبل بدون الدعوى؟

اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: لا تقبل، وقال بعضهم: تقبل، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر؛ لأن الوقف حق الله تعالى وهو التصدق بالغلة.. فلا يشترط فيه الدعوى، ومن هنا قال في «قاضي خان»: رجل باع أرضاً، ثم ادعى أنه كان وقفها قبل البيع، وأراد تحليف المدعى عليه.. ليس له ذلك عند الكل؛ لأن التحليف يعتمد صحة الدعوى، ودعواه لم تصح؛ لمكان التناقض.

وإن أقام البينة على ما ادّعى.. اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا تقبل بينته؛ لأنه متناقض، وقال بعضهم: تقبل بينته؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى في الوقف.

وعلى قول الفقيه أبي جعفر: الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف؛ لأن الوقف حق الله تعالى.. فلا يشترط فيه الدعوى؛ كالشهادة على الطلاق والعتاق، إلا أنه إن كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع.. لا يعطى له شيء من الغلة، وتصرف جميع الغلة إلى الفقراء.

قيل: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الوقف على قوم بأعيانهم.. لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل، وإن كان الوقف على الفقراء أو على المسجد.. عندهما: تقبل ، وعند أبي حنيفة: لا تقبل بدون الدعوى. انتهى.

ذكر رشيد الدين هذا التفصيل وقال: هكذا فصل الإمام الفضلي، وهو المختار، وعليه فتوى أبي الفضل الكرماني.

أقول: لا بد من هذا التفصيل؛ لأن الأصل هنا: أن كل ما هو [٢٢٠/ب] حق العبد.. لا بد فيه من تقديم الدعوى في قبول الشهادة عليه، وكل ما هو حق الله تعالى.. فلا حاجة فيه إلى الدعوى.. فالوقف إن كان على أعيان الناس.. لا بد فيه من الدعوى؛ لثبوت استحقاقهم.

بخلاف ما إذا كان على الفقراء أو على المسجد ونحو ذلك مما يرجع إلى حق الله تعالى.

الثاني: في النسب، ففي «شرح منظومة ابن وهبان»: الشهادة على النسب على ما حكي عن صاحب «المحيط» مقبولة من غير دعوى؛ لأنه يتضمن حرمات كلها لله تعالى؛ حرمة الفرج، والأمومة، والأبوة.. فتقبل، كما في عتق الأمة.

وقيل: لا تقبل من غير دعوى من خصم.

وفي «القنية»: والشهادة على دعوى المولى نسب عبده.. تقبل من غير دعوى.

قيل: الظاهر: أن القبول على قولهما، وعدم القبول على قول أبي حنيفة.

الثالث: في العتق، ففي «العمادي» و«الفصولين»: الشهادة على عتق الأمة تقبل من غير الدعوى حسبة، ولا يشترط حضور الأمة، ولكن يشترط حضور المولى، حتى لو شهدا: أن فلاناً الغائب أعتق أمته.. لا يسمع القاضي شهادتهما.

وأما الشهادة على عتق العبد.. فاختلفوا فيها:

فقال أبو حنيفة: إنها لا تقبل بدون الدعوى.

وقال صاحباه: إنها تقبل بدون الدعوى؛ مثل عتق الأمة، هكذا ذكره في «العمادي» و«الفصولين».

ثم نقلا عن «فتاوى رشيد الدين»: أن خلاف أبي حنيفة مع صاحبيه: في الشهادة القائمة على عتق العبد الحاصل من جهة المولى.

ولا خلاف في أنهم لو شهدوا أنه حرّ الأصل تقبل بدون الدعوى؛ لأن الشهادة

على حرية الأصل شهادة على حرية أمه، والشهادة على حرية أمه شهادة تحريم الفرج، وشهادة تحريم الفرج حق الله تعالى، فتقبل الشهادة فيه من غير الدعوى حسبة كما في عتق الأمة.

وذكر صاحب «المحيط» في شرح «الجامع الصغير»: الصحيح: أن دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الأصل وفي العتق العارض، وأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى، ولا صحة الشهادة لا في حرية الأصل، ولا في العتق العارض.

وفي متفرقات شهادات «المحيط»: ولا يحلف على عتق العبد حسبة بدون الدعوى بالاتفاق.

وهل يحلف على عتق الأمة وطلاق المرأة من غير الدعوى؟

أشار محمد في آخر كتاب «التحري»: أنه يحلف.

وعن شمس الأئمة السرخسي: أنه لا يحلف.

وفي «القنية»: قالوا: والشهادة على التدبير.. كالشهادة على العتق لا تقبل [٢٢١/أ] عند أبي حنيفة بدون الدعوى.

وقيده في «الأشباه» بتدبير الأمة.

الرابع: في الطلاق، ففي «العمادي» و«الفصولين»: الشهادة على طلاق المرأة تقبل من غير دعوى حسبة؛ لأنها قامت على تحريم الفرج، ولهذا قال في أواخر دعوى النكاح من «البزازية»: الأب زوَّج البالغة وسلمها إلى الزوج ودخل بها الزوج، ثم برهنت على أنها كانت ردّت النكاح قبل إجازتها.. فالمذكور في الكتب: أنها تقبل.

قال صاحب «الواقعات»: الصحيح عدم القبول؛ لأنها متناقضة في الدعوى، والبينة تترتب على الدعوى، والصحيح: القبول؛ لأنه وإن أبطل الدعوى.. فالبينة لا تبطل؛ لأنها قامت على تحريم فرج المرأة، والبرهان عليه مقبول بلا دعوى. انتهى.

ولا يشترط حضور المرأة، ولكن يشترط حضور الزوج، حتى لو شهدوا: أن فلاناً الغائب طلق امرأته.. لا يسمع القاضي ذلك، ولو شهدوا: أن هذا الرجل طلق امرأته وهي غائبة.. تقبل.

ثم ذكرا عن شروط الحلواني: أنه يشترط حضور المرأة ليشير إليها الشهود عند الشهادة.

ثم قال بعد أسطر: لو شهد شاهدان عند المرأة بطلاق زوجها؛ فإن كان الزوج غائباً.. وسعها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان حاضراً معها.. ليس لها ذلك، ولكن لا يتمكن منها زوجها.

وكذلك إن سمعت أنه طلقها ثلاثاً وجحد الزوج ذلك وحلف، فردها القاضي عليه.. لم يسعها المقام معه.

وينبغي أن تفتدي بمالها أو تهرب.

وإذا هربت.. هل لها أن تعتد وتتزوج بآخر؟

في القضاء: لم يسعها ذلك، ويسعها فيما بينها وبين ربها.

وذكر في «العيون»: إذا أخبرت المرأة بموت زوجها أو بردته أو بتطليقه إياها.. حلّ لها التزوج.

ولو سمع من هذا الرجل رجل آخر.. حل له أن يشهد؛ لأن هذا من باب الدين.. فيثبت بخبر الواحد، بخلاف النكاح والنسب.

وهكذا ذكره في «قاضي خان»؛ حيث قال: ولو شهد عند المرأة واحد بموت زوجها أو بردته أو بطلاقها.. حلّ لها أن تتزوج.

ولم يقيدوا بالعدل كما قيده في «الذخيرة»؛ فإنه قال: إذا غاب الرجل عن امرأته، فأخبرها عدل: أن زوجها طلقها ثلاثاً أو مات عنها.. فلها أن تعتد وتتزوج.

وإن كان المخبر فاسقاً.. تحرّت.

وفي إخبار العدل بالموت.. إنما تعتمد على خبره إذا قال: عاينته ميتاً، أو شهدت جنازته.

أما إذا قال: أخبرني مخبر بذلك.. لا تعتمد على خبره، وسيأتي تفصيل هذا إن شاء الله تعالى.

الخامس والسادس والسابع: في حرمة المصاهرة والإيلاء [٢٢١/ب] والظهار؛ ففي «العمادي» و«الفصولين» أيضاً: الشهادة على هذه الثلاثة تقبل بلا دعوى، بشرط أن يكون المشهود عليه حاضراً.

وقيل: لا تقبل بدون الدعوى في الإيلاء والظهار.

الثامن: في هلال رمضان؛ ففي «العمادي» و«الفتاوى»: الشهادة القائمة على هلال رمضان تقبل بدون الدعوى عندهما، وعند أبي حنيفة: ينبغي أن يشترط الدعوى.

وهل يشترط لفظ الشهادة؟

ذكر السرخسي: أنه لا يشترط.

وذكر خواهر زاده: أنه يشترط.

وفي شهادة الفطر والأضحى: يعتبر لفظ الشهادة.

وهل يشترط الدعوى في شهادة العيدين؟

ففي «فتاوى رشيد الدين»: لا تقبل الشهادة في عيد الفطر بدون الدعوى، وفي عيد الأضحى: اختلاف المشايخ؛ لأنه اجتمع فيه حق الله وحق العبد، فبعضهم قاسوه على هلال رمضان، وبعضهم على عيد الفطر.

التاسع: في الحدود الخالصة لله تعالى؛ ففي «الأشباه»: تسمع الشهادة بدون الدعوى في الحدود الخالصة لله تعالى.

العاشر: في الخلع؛ ففي «القنية»: الشهادة على الخلع بدون دعوى المرأة

إِلَّا أَنْ يقوَم الْحقُّ بِغَيْرِهِ.

وسترُها فِي الْحُدُودِ أفضلُ ....

مقبولة؛ كما في الطلاق وعتاق الأمة، ويسقط المهر عن ذمة الزوج، ويدخل المال في هذه الشهادة تبعاً. انتهى.

قال في «شرح ابن وهبان»: وهذه اتفاقية.

الحادي عشر: في النكاح؛ ففي «الأشباه»: والنكاح يثبت بدون الدعوى كالطلاق؛ لأن حلّ الفرج والحرمة فيه حق الله تعالى.. فجاز ثبوته من غير دعوى؛ كذا في «فروق الكرابيسي». انتهى.

(إلا أن يقوم الحق بغيره)؛ فإنه حينئذ يسعه الامتناع عن الشهادة؛ لعدم الكتمان؛ لعدم تعينه لها.

(وسترها في الحدود) توقياً عن هتك عرض المؤمن حسبة لله **(أفضل)** من أن يشهد حسبة لله ليقام عليه حدود الله تعالى؛ لقوله ﷺ الصلاة لمن شهد عنده بالحد: «لو سترته بثوبك.. لكان خيراً لك»، ولأن حرمة الستر والكتمان عند خوف فوات حق المحتاج إلى الأموال، والله تعالى غني عن العالمين، وليس ثمة خوف فوات الحق، فبقي صيانة عرض أخيه المؤمن، ولا شك أنه أفضل.

فإن قيل: كل من هذين الوجهين معارض لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ الآية، وإعمالهما نسخ لإطلاق الكتاب، وهو لا يجوز بخبر الواحد، ولا بالعقل.

أجيب: بأن الآية محمولة على الدين؛ لنزولها فيه.

ورد: بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

والحق في الجواب أن يقال: إن الحديث المذكور وإن كان [٢٢٢/أ] خبر واحد.. إلا أن القدر المشترك فيما نقل عن النبي ﷺ وأصحابه في متون ذلك

وَيَقُولُ فِي السَّرقَة: «أَخَذَ» لَا «سرقَ».

وَشُرِطَ للزنا أَرْبَعَةُ رجالٍ.........

الحديث: في حق الستر ودرء الحدود متواتر المعنى، فجازت الزيادة به على إطلاق الكتاب، فزدنا به لا بالعقل.

(**ويقول في السرقة: «أخذ»**) إحياء لحق المسروق منه.

(**لا: «سرق»**) محافظة على الستر، ولأنه لو أظهر السرقة.. لوجب القطع حقاً لله تعالى، والضمان لا يجامع القطع.. فيلزم تضييع حق العبد المحتاج، وإظهار حق الغني المطلق، وذلك لا يجوز.. فتعين الشهادة على المال دون السرقة.

(**وشرط للزنا أربعة رجال**).

واعلم: أن الشهادة على مراتب، على ما علم الله فيها من الحكمة:

- **منها: الشهادة بالزنا**، شرط فيها أربعة من الرجال عدول أحرار مسلمين.

أما الأربعة والذكورة.. فلقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡ﴾، وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ ولفظ «أربعة» نص في العدد والذكورة.

فإن قيل: المفهوم ليس بحجة عندنا في الدرايات، فكيف يستدل بهذه الآية على عدم جواز ما دون الأربعة والنساء، وهل هذا إلا الأخذ بالمفهوم؟

أجيب عنه: بأن ذلك علم بالإجماع لا بالمفهوم.

فإن قيل: يعارض ما تلوتم قوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ﴾.

أجيب عنه: بأن ما تلونا مانعة، وهذه الآية مبيحة، وإذا تعارض المانع مع المبيح.. فالمانع مقدم.

فإن قيل: لا نسلم أنه مانع، وإنما المانع هو الإجماع، وإلا.. لزم العمل بالمفهوم.

وللقصاصِ وَبَقِيَّةِ الْحُدُودِ: رجلَانِ.

وللولادةِ والبِكَارةِ وعيوبِ النِّسَاءِ مِمَّا لَا يطّلعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ: امْرَأَةٌ.

قلنا: نعم، إلّا أنه لما لم يخالف هذا الإجماع.. جعلناه مانعاً.

وقد يستدل على اشتراط الذكورة: بأن في شهادة النساء شبهة البدلية؛ لقيامها مقام شهادة الرجل في غير الحدود، والحدود مما يندرئ بالشبهات، فلا تصلح الشهادة فيها.

وأما اشتراط العدالة والحرية والإسلام.. فقد تقدم في باب الزنا، وسيأتي من بعد.

- **ومنها: الشهادة للقصاص وبقية الحدود**، وإليه أشار بقوله:

(**وللقصاص وبقية الحدود**) كحد الشرب والسرقة والقذف: (**رجلان**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡ﴾، وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ، إلا أن باب الزنا خرج عن عمومها بما تلوناه من قبل في الزنا من شبهة البدلية فيها.

- **ومنها: ما يكفي فيه شهادة امرأة واحدة**، وإليه أشار بقوله: (**وللولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال: امرأة**) واحدة.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «شهادة النساء [٢٢٢/ب] جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»؛ لأن الجمع المحلى باللام: يراد به الجنس، وإذا لم يكن ثمة معهود.. فيتناول الواحدة، وهذا حجة على الشافعي في اشتراطه أربعاً من النساء؛ بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة، وهذا لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر.

ولنا أيضاً: أن الذكورة إنما سقطت بالاتفاق؛ ليخف النظر فيهن؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف، فكذا سقط اعتبار العدد أيضاً، إلا أن المثنى والثلاث أحوط؛ لما فيه من معنى الإلزام.

ثم قبول شهادة الواحد في حق الولادة قد مضت في ثبوت النسب.

وأما في البكارة؛ فإن شهدت أنها بكر.. يؤجل في العنين سنة، ثم يفرق؛ لأن شهادتها تأيدت بمؤيد وهو البكارة؛ لأنها الأصل فيصلح مؤيداً.

وكذا في رد الجارية المبيعة بشرط البكارة إن قلن: إنها بكر.. تسلم إلى المشتري بلا يمين على البائع، وإن قلن إنها ثيب.. يحلف البائع؛ لينضم نكوله إلى قولهن؛ لأن الفسخ قوي، وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد:

فيحلف بعد القبض بالله: لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر.

وقبله: بالله لقد بعتها وهي بكر.

فإن حلف.. لزم المشتري، وإن نكل.. رد عليه.

فإن قيل: شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال؛ لما روينا.. فيجب الرد بقولهن، والتحليف ترك العمل بالحديث.

قلنا: ثبت بقولهن العيب، وولاية التحليف للمشتري عمل بالحديث.

ثم يحلف البائع: على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده.

وهل تقبل شهادة رجل في الولادة ونحوها مما لا يطلع عليه الرجال؟

ففي «البزازية»: والأصح: أنه تقبل أيضاً.

ويحمل على: وقوع النظر لا عن قصد، أو عن قصد ليتحمل الشهادة كما في الزنا.

وفي «البحر»: أشار بقوله: «مما لا يطلع عليه الرجال» إلى أن الرجل لو شهد فيها.. لا تقبل شهادته، لكنه ليس بمطلق، بل فيما إذا قال: تعمدت النظر.

وَكَذَا لِاستهلالِ الْمَوْلُودِ فِي حقِّ الصَّلَاةِ، لَا الْإِرْثِ.

وَعِنْدَهُمَا: فِي حق الْإِرْثِ أَيْضاً.

ولغير ذَلِك رجلَانِ، أَو رجلٌ وَامْرَأَتَانِ؛ مَالاً كَانَ أَو غيرَ مَالٍ؛ كَالنِّكَاحِ، وَالرِّضَاعِ، وَالطَّلَاقِ، وَالْوكَالَةِ، وَالْوَصِيَّةِ.

أما إذا شهد بالولادة ونحوها وقال: فاجأتها فاتفق نظري عليها.. تقبل شهادته عليها إذا كان عدلاً.

وهل تقبل شهادة الكافرة والمملوكة مثل الحرة؟

ففي «البحر» عزواً إلى «خزانة الأكمل»: لا تقبل.

وهل تقبل شهادة الأخرس بإشارته المعهودة؟

ففي أحكام الإشارة من «الأشباه»: أنها لا تقبل.

(وكذا) أي: تقبل شهادة الواحدة **(لاستهلال المولود في حق الصلاة)** أي: على المولود؛ لأنها من الأمور الدينية [٢٢٣/أ]، وشهادتهن حجة فيها كشهادتهن على هلال رمضان، ولم أره صريحاً.

(لا) في حق **(الإرث)**؛ لأن الاستهلال صوت الصبي عند الولادة، وهو مما يطلع عليه الرجال.. فلا يقبل فيه شهادة النساء.

(وعندهما): تقبل **(في حق الإرث أيضاً)**؛ لأنه صوت عند الولادة، والرجال لا تضرها عادة، فصار كشهادتها على نفس الولادة.

والجواب: أن المعتبر في ذلك: إمكان الاطلاع، ولا شك في إمكانه.

- ومنها: **ما يكفي فيه رجلان أو رجل وامرأتان**، وهو فيما سوى المراتب الثلاثة، وإليه أشار بقوله: **(ولغير ذلك)**؛ أي: وشرط في الشهادة لغير تلك المراتب: **(رجلان، أو رجل وامرأتان، مالاً كان أو غير مال؛ كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية)**، وكذا العتاق.

وفسر الوصية في «العناية» بالوصاية، وعلله بأنه في تعداد غير المال.

ثم الأصل ههنا: قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾.

وقال الشافعي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها؛ كالإعارة والإجارة والكفالة والأجل وشرط الخيار؛ لأن الأصل: عدم قبول شهادتهن؛ لنقصان العقل واختلاط الضبط وقصور الولاية، ولهذا لا تقبل في الحدود شهادة الأربع وحدهن، إلا أنها قبلت في الأموال؛ لضرورة إحياء حقوق العباد، والنكاح والطلاق والعتق أعظم خطراً وأقل وجوداً.. فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً.

قلنا: إن الأصل فيها القبول؛ لوجود ما يبتنى عليه أهلية قبول الشهادة، وهو: المشاهدة والضبط والأداء الذي يحصل به علم القاضي، ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار والأحاديث.

وقوله: «لنقصان العقل».

قلنا: قد تقرر أن للنفس الناطقة أربع مراتب:

الأولى: العقل الهيولاني، وهي مرتبة الاستعداد المحض، وهي حاصلة لجميع آحاد الإنسان في مبدأ الفطرة.

والثانية: العقل بالملكة، وهي مرتبة تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات، فيتهيأ بها لاكتساب النظريات بالفكر.

والثالثة: العقل بالفعل، وهي مرتبة تحصيل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى كسب جديد.

والرابعة: العقل المستفاد، وهي مرتبة استحضار النظريات بالفعل.

إذا عرفت هذا.. فمناط التكليف من هذه [٢٢٣/ب] المراتب: هي المرتبة الثانية، وليس للنساء النقصان في هذه المرتبة، وإلا.. لكنَّ مكلفين دون تكليف الرجال في أركان الإسلام، وليس كذلك، والمراد بقوله ﷺ: «ناقصات عقل» هو الفعل، ولذلك

وَشُرِط لِلْكُلِّ الْعَدَالَةُ وَلَفظُ الشَّهَادَة والْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ، ....

لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة، والنقصان في هذه المرتبة لا يضر قبول شهادتهن؛ لأن مبناها ليس هذه المرتبة، بل المرتبة الثانية.

وقوله: «واختلاط الضبط».

قلنا: ممنوع، ولو سلم.. فقد انجبر بضم الأخرى إليها.. فلم يبق بعد ذلك إلا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات، وتقبل فيما يثبت بها.

(**وشرط للكل**) أي: لكل من الأنواع الأربعة المذكورة - أعني: قوله: «وشرط للزنا.. إلى قوله: والطلاق والوصية» على ما في البحر؛ حيث قال: أي: وشرط لجميع أنواعها: (**العدالة**) والحرية (**ولفظة الشهادة**)؛ أي: لفظ: «أشهد» بصيغة المضارع.. فلا يقوم غيره مقامه.

قال: وقد أفاد أنه لا بد من لفظة الشهادة في شهادة النساء أيضاً، وهو المعتمد، خلافاً للعراقيين؛ لأنهم يجعلونها من باب الإخبار لا الشهادة.

والصحيح: هو الأول؛ لأنها شهادة يشترط فيها الحرية والإسلام، حتى لا تقبل شهادة الكافر والمملوكة ومجلس القاضي أيضاً.

(**والحرية**)؛ إذ لا ولاية للرقيق، والشهادة تستدعي الولاية.

(**والإسلام**)؛ لعدم الولاية للكافر.. فلا يجوز شهادة الكافر على المسلم إلا في الوصاية والنسب؛ فإنه إذا ادعى مسلم أو كافر الإيصاء من كافر وأقام شاهدين كافرين على مسلم.. تقبل.

أو ادعى الكافر: أن فلان بن فلان الكافر مات وأنا وارثه، وأحضر مسلماً وأقام عليه شاهدين كافرين: أن لمورثه الميت ديناً عليه.. تقبل شهادتهما عليه في الاستحسان.

فإن قيل: لا يصح حصر الاستثناء على المسألتين؛ إذ قد صرحوا أن شهادة الكافر على عبد كافر مولاه مسلم، وعلى حر كافر موكله مسلم.. مقبولة، والشهادة

على العبد والوكيل هو الشهادة على المولى والموكل، فتكون هذه الشهادة شهادة الكافر على المسلم.

قلنا: إنما تصير شهادة عليه ضمناً لا قصداً وبالذات؛ لأن الشهادة شهادة الكافر على المسلم بالقصد على العبد والوكيل الكافرين، ولا معتبر للضمينات في الشرع، على ما صرح به في «الدرر».

قال في «التاتارخانية»: إذا شهد شاهدان من أهل الكفر على شهادة شاهدين من أهل الإسلام على كافر.. لا تقبل شهادتهما. انتهى.

وهذا لأن [٢٢٤/أ] هذه شهادة الذمي على المسلم قصداً، والعدالة وهي كون حسناته أكثر من سيئاته تتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر، وذلك لقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾، والفاسق لا يكون مرضياً، ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، ولأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه.. فقد يتعاطى الكذب أيضاً، فلا يؤتمن.

وعن أبي يوسف: قبول شهادة الفاسق إذا كان ذا قدر ومروءة.

والأول: أصح؛ لأن قبولها إكرام للفاسق، ونحن أمرنا بالإهانة له.

ومع هذا: لو قضى القاضي بشهادة الفاسق.. صح عندنا؛ كذا في «العناية» و«الخلاصة» وغيرهما.

وهل تشترط العدالة في شهادة الذمي؟

فقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «التجريد»: شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة إذا كانوا عدولاً في دينهم. انتهى.

واعلم: أن شرط الشهادة على نوعين، على ما ذكره في «البدائع» واستحسنه في «البحر»:

ما هو شرط تحملها، وما هو شرط أدائها.

فالأول: ثلاثة: العقل، والمعاينة، والنظر وقت التحمل.. فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لا يعقل ومن أعمى، ولا ممن لم يعاين المشهود به، بل يسمعه؛ إلا في مواضع مخصوصة تصح الشهادة فيها بالتسامع، على ما سيأتي ذكرها.

ولا يشترط للتحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة، حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً، ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي.. تقبل.

وأما شرائط أدائها.. فأربعة أنواع:

منها: ما يرجع إلى الشاهد.

ومنها: ما يرجع إلى نفس الشهادة.

ومنها: ما يرجع إلى مكانه.

ومنها: ما يرجع إلى المشهود به.

فما يرجع إلى نفس الشاهد: البلوغ، والحرية، والبصر، والنطق، والعدالة، لكن هي شرط وجوب القبول على القاضي لا جوازه، وأن لا يكون محدوداً في قذف، وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه نفعاً، ولا يدفع عن نفسه مغرماً، وأن لا يكون خصماً، وأن يكون عالماً بالمشهود به وقت الأداء، ذاكراً له.. فلا يجوز اعتماده على خطه من غير تذكر له، عنده، خلافاً لهما.

وما يرجع إلى نفس الشهادة: ثلاثة:

الذكورة في الشهادة للحد والقصاص.

وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد.

وموافقتها للدعوى فيما شرط فيه الدعوى؛ فإن خالفها.. لم تقبل، إلا إن وفق.

وما يرجع إلى المكان: واحد، وهو: مجلس القاضي؛ فما ذكره المصنف [٢٢٤/ب].. هو من شروط الأداء لا من شروط التحمل.

فَلَا تصحُّ لَو قَالَ: أعلمُ أَو أتيقنُ.

وَلَا يَسْأَلُ قاضٍ عَن شَاهِدٍ بِلَا طعنِ الْخصمِ، ....

ولفظ الشهادة بأن قال: «أشهد» بصيغة المضارع على ما في «البحر».

والأصل فيه: ما تلوناه من النصوص، ولأن في لفظ الشهادة زيادة تأكيد؛ لدلالتها على المشاهدة، وهذا أيضاً من شروط صحة الأداء، على ما صرح به في «البحر» وغيره.

بل لفظ الشهادة من أركانها.. فعده ههنا من الشروط: مسامحة.

وفي «البحر»: ولا بد ههنا من شرط آخر بجميع أنواع الشهادة، وهو: التفسير، حتى لو قال: أشهد مثل شهادته.. لا تقبل.

ولو قال: أشهد مثل شهادة صاحبي.. لا تقبل عند الخصاف.

وعند عامة مشايخنا: تقبل.

(فلا تصح) أي: إذا اشترط لفظ الشهادة.. لا تصح الشهادة **(لو قال)** الشاهد عند الشهادة: **(أعلم، أو أتيقن)** أي: لا تصح في تلك الحادثة في ذلك الوقت، على ما في «العناية».

وعن العراقيين: أن لفظ الشهادة ليس بشرط، فتصح بأعلم أو أتيقن عندهم.

والصحيح: هو الأول، على ما في «الهداية»؛ لما ذكرناه.

(ولا يسأل قاض عن شاهد بلا طعن الخصم)، بل يقتصر على ظاهر العدالة.

قال أبو حنيفة: يقتصر القاضي على ظاهر العدالة في المسلم، ولا يسأل عن الشهود حتى يعطن الخصم، لقوله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف»، وروي مثل ذلك عن عمر أيضاً.

ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه، وبالظاهر: كفايته.

فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وهنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة.

إِلَّا فِي حدٍّ وقَوَدٍ.

وَعِنْدَهُمَا: يسْأَلُ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ سرّاً وعلناً، وَبِه يُفْتى فِي زَمَاننَا.

أجيب عنه: بأنه لو لم يكتف بالظاهر.. لاحتيج إلى التزكية، وقبول قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر؛ لأن الظاهر أن قول المزكي صدق.. فالكلام فيه كالأول، وهلم جراً، وتدور أو تتسلسل.

وقد يقال: إن الظاهر هنا: اعتبر للدفع لا للاستحقاق؛ لأن دعوى المدعي وإنكار الخصم تعارضا، وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك تتعارض، وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة، فكان دافعاً.

(إلا في حد وقود)؛ لأنهما مما يحتال لإسقاطهما، فيشترط الاستقصاء، وفيهما احتيالاً للدرء.

وأما إذا طعن الخصم.. فيسأل كما في الحدود والقصاص.

ولا يكتفى بظاهر العدالة حينئذ اتفاقاً؛ لأن ظاهر عدالة الشهود معارض بظاهر حال الكذب؛ لأن الظاهر أن المسلم لا يكذب مسلماً لأجل حطام الدنيا، فيحتاج القاضي الترجيح، فيسأل عنه.

(وعندهما: يسأل في سائر الحقوق) في جميعها؛ **(سراً وعلناً، وبه يفتى في زماننا)**؛ لأن مبنى [٢٢٥/أ] القضاء على الحجة، وهي بشهادة العدول، فلا بد من التعرف عن العدالة.

على أن في السؤال صوناً للقضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً.

وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان؛ لأن أبا حنيفة أجاز في زمانه، وكان الغالب في زمانه العدل، وهما في زمانهما، وهو زمان نشوء الفساد، حتى لو شاهد أبو حنيفة.. لقال بقولهما.

ولذا قال: «في زماننا».

فإن قيل: هل سؤال القاضي شرط لصحة الشهادة؟

قلت: لا؛ لما في «البحر»: أن السؤال ليس شرط صحة عندهما؛ مستدلاً بقول أبي يوسف: لو قضى القاضي بغير تزكية الشهود.. أجزأت.

وقال في «قاضي خان»: لا يقضي القاضي بظاهر العدالة في قول أبي يوسف ومحمد، ويسأل عن الشهود، وطعن الخصم في الشهود أو لم يطعن.

وقال أبو حنيفة: إن كان المدعى به حقاً يثبت مع الشبهات.. كان له أن يقضي بظاهر العدالة إن لم يطعن الخصم في الشهود، وإذا طعن الخصم في الشهود.. لا يقضي بظاهر العدالة في قولهم جميعاً.

والفتوى: على قولهما.

وكذلك فيما لا يثبت مع الشبهات كالحدود والقصاص.. سأل عن الشهود في قولهم وإن لم يطعن الخصم. انتهى.

وليس مراده: أنه لو حكم بظاهر العدالة لا ينفذ؛ لما ذكرناه عن أبي يوسف نقلاً عن «البحر»: من أنه ينفذ.

وهل يحلف الشاهد؟

ففي «البحر» و«الأشباه» نقلاً عن «تهذيب القلانسي»: وفي زماننا: لما تعذر التزكية لغلبة الفسق.. اختار القضاة استحلاف الشهود؛ كما اختار ابن أبي ليلى؛ لحصول غلبة الظن. انتهى.

وفي «الصرفية»: يجوز تحليف الشاهد إن رآه القاضي.

وفي «الأشباه» نقلاً عن «مناقب الكروري»: اعلم: أن تحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ باطل، والعمل بالمنسوخ حرام.

وقد ذكر في «فتاوى القاعدي» و«خزانة المفتين»: أن السلطان إذا أمر قضاته بتحليف الشهود.. يجب على العلماء أن ينصحوا السلطان ويقولوا له: لا تكلف

قضاتك أمراً إن أطاعوك.. يلزم سخط الخالق. وإن عصوك.. يلزم منه سخطك. انتهى.

وذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه لا يمين على الشاهد.

وحمله ابن نجيم في «البحر»: على ما كان عند ظهور عدالته، وأما عند خفاء عدالته.. فينبغي أن يستحلف؛ خصوصاً في زماننا: أن الشاهد مجهول الحال، وكذا المزكي غالباً، والمجهول لا يُعرِّف المجهول.

ثم المراد بالسؤال عن الشهود: هو السؤال [٢٢٥/ب] عن عدالتهم لا عن حريتهم وإسلامهم، ما لم ينازع الخصم في حريتهم وإسلامهم؛ لأن الأصل في دار الإسلام: هو الحرية والإسلام.

وأما ما ذكره في «الجامع» و«القنية» وغيرهما: من أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص والقتل.. فإنه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع، بل يسأل عنه. انتهى.. فمحمول على ما إذا طعن الخصم بالرق والكفر؛ كذا في «البحر».

وصرح به في «القنية» أيضاً.

وفي «الخلاصة»: نقلاً عن شهادات «النوازل»: للخصم أن يطعن الشاهد بثلاثة أشياء:

أن يقول: هما عبدان، أو محدودان في قذف؛ أو شريكان.

فإذا قال: هما عبدان.. يقال للشاهدين: أقيما البينة أنكما حران.

وإذا قال لهما: محدودان في قذف أو شريكان.. يقال للخصم: أقم البينة أنها كذلك.

ثم في الحرية إذا سأل القاضي عن الشهود فأخبر المذكورون أنهم أحرار الأصل.. جازت شهادتهم.

وَيَكْفِي للتزكية: «هُوَ عدلٌ» فِي الْأَصَحِّ.

وَقيل: لَا بُدَّ من قَوْلِه: عدلٌ جَائِزُ الشَّهَادَة.

(ويكفي للتزكية: «هو عدل» [٢٢٦/أ] في الأصح)؛ لأن الحرية والإسلام ثابتان بالدار؛ لأن كل من نشأ في دار الإسلام.. كان الظاهر من حاله: الحرية والإسلام، فلا يحتاج إلى الزيادة.

ولهذا لا يسأل القاضي عن حريته وإسلامه، ما لم يطعن الخصم في حريته وإسلامه بالرق والكفر، بل إنما يسأل عن عدالته.

(وقيل: لا بد من قوله: «عدل جائز الشهادة»)؛ لأن العبد قد يعدل.

قال في «قاضي خان»: المزكي إذا سئل عن الشهود وعرفهم بالعدالة، فأراد التعديل: روي عن محمد أنه يقول: «هذا عندي عدل مرضي جائز الشهادة»، وبه أخذ بعض المشايخ.

وقال بعضهم: هذا اللفظ لا يكون تعديلاً؛ لأن قوله لفظ موهم.. فلا يكون تعديلاً، ألا ترى أن الشاهد لو قال: «الحق عندي لهذا المدعي» يكون ذلك باطلاً، فكذا في التعديل.

وقال بعضهم: هذا اللفظ في التعديل لا يوجب خللاً.

ولو قال المعدل: «لا أعلم فيه إلّا خيراً».. يكون ذلك تعديلاً.

وقال بعضهم: يحتاج في التعديل إلى خمسة ألفاظ، وهو: عدل، مرضي، جائز الشهادة، صالح، مقبول القول لي وعلي.

وقال بعضهم: إذا قال: «هو عدل جائز الشهادة».. يكون عدلاً، وعليه الاعتماد. انتهى.

وما ذكره المصنف من قوله: «هو عدل» فقط.. ذكره صاحب «الهداية» وصححه.

وقال السرخسي: إنه لا يكتفى بقوله: «هو عدل»؛ لأن المحدود في قذف بعد

ويُجزئُ الاكتفاءُ بالسرِّ.

ولا يشترط فيه لفظة الشهادة؛ أما إذا قال المزكون: إنهم عبيد فلان أعتقهم، أو قالت الشهود: نحن موالي فلان أعتقنا.. لا تقبل شهادتهم حتى يقيموا البينة على العتق. انتهى.

اعلم: أن التزكية على نوعين:

تزكية في السر، وتزكية في العلانية.

فالأولى: أن يبعث القاضي إلى المزكي رسولاً ويكتب إليه رقعة فيهما أسماء الشهود وأنسابهم وصفاتهم وسوقهم إن كان سوقياً حتى يتعرف المزكي فيسأل عن جيرانهم وأصدقائهم؛ فمن عرف بالعدالة.. يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه: «عدل جائز الشهادة»، ومن عرف بالفسق.. لا يكتب شيئاً، يسكت حرزاً عن هتك الستر، أو يقول: والله أعلم.

إلا إذا عدله غيره أو خاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته.. فحينئذٍ يصرح بذلك.

ومن لم تعرف عدالته وفسقه.. يكتب تحت اسمه: «مستور».

والثانية: أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد، فيقول المعدل: هذا الذي عدلته، مشيراً إلى الشاهد؛ لينتفي شبهة تعديل غيره؛ كذا في «العناية» و«الخلاصة» نقلاً عن القاضي الإمام.

(**ويجزئ الاكتفاء بالسر**)؛ لأن التزكية بالعلانية بلاء وفتنة، على ما روي عن محمد.

وقد روي: أن التزكية بالعلانية وحدها كانت في زمن الصحابة؛ لأن القوم كانوا صلحاء، والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح؛ لعدم مقابلتهم الجارح بالأذى؛ فلذا قال محمد: يكتفى بالسر؛ لأن العلانية بلاء وفتنة.

وَلَا يَصِحُّ تَعْدِيلُ الْخصمِ بقوله: هُوَ عدلٌ لَكِن أَخطَأ أَو نسيَ، فَإِن قَالَ: هُوَ عدلٌ صَدَقَ.. ثَبتَ الْحقُّ.

التوبة: عدل غير جائز الشهادة، وكذا الأب إذا شهد لابنه، فلا بد من زيادة: «جائز الشهادة» هكذا ذكره في «البحر»، وقال: وينبغي ترجيحه.

(ولا يصح تعديل الخصم) أي: المدعى عليه **(بقوله: هو عدل، لكن أخطأ أو نسي)**؛ لأنه في زعم المدعي وشهوده: أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره.. فلا يصلح معدلاً لاشتراط العدالة في المزكي بالاتفاق.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنه يصح تعديل الخصم بما ذكر، لكن عند محمد: يضم تزكية أخرى إلى تزكيته؛ بناء على أن العدد شرط عنده، كذا في «الهداية».

وقال في «العناية»: هذا إذا كان الخصم عدلاً يصلح مزكياً؛ فإن كان فاسقاً أو مستوراً أو سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال: هم عدول.. لا يصح بالاتفاق؛ لاشتراط العدالة في المزكي اتفاقاً. انتهى.

(فإن قال) الخصم: **(هو عدل صدق)** على صيغة المعلوم **(.. ثبت الحق)**؛ لأنه اعترف الحق.

وكذا لو قال: هم عدول صدقة [٢٢٦/ب]، على ما في «الهداية».

قال في «قاضي خان»: إن لم يطعن الخصم في الشهود، بل عدلهم.. فهو على وجوه ثلاثة:

إن قال: هم عدول صدقوا فيما شهدوا علي، أو قال: هم عدول جائز شهادتهم لي وعلي، أو قال: هم عدول ولم يزد.

ففي الوجه الأول والثاني: القاضي يقضي عليه بدعوى المدعي، ولا يسأل عن الشهود؛ لأنه أقر بالحق.

وإن قال: هم عدول ولم يزد - وهو الوجه الثالث - أو قال: عدول إلا أنهم أخطؤوا في الشهادة.. فهذا على وجهين:

إما إن كان المدعي عليه عدلاً يصلح للتزكية، أو غير عدل لا يصلح للتزكية بأن كان مستوراً أو فاسقاً.

فإن كان عدلاً يصلح للتزكية.. ينظر:

إن كان المدعى عليه لم يجحد دعوى المدعي عند الجواب بل سكت حتى شهد الشهود، ثم قال: عدول.. قال أبو حنيفة وأبو يوسف: القاضي يقضي للمدعي بشهادتهم، ولا يسأل عنه؛ سواء كان المدعى به حقاً يثبت مع الشبهات أو لا يثبت معها.

وقال محمد: القاضي لا يقضي قبل السؤال، بل يسأل عنهم؛ لأن عنده وإن كان قول الخصم تعديلاً.. فالعدد في المزكي شرط عنده، وعندهما: لا يشترط العدد.

وإن كان المدعي عليه جحد دعوى المدعي عند الدعوى، فلما شهد عليه الشهود.. قال: هم عدول؛ ففي بعض الروايات: جعل هذا على الخلاف الذي تقدم، عندهما: يقضي القاضي من غير سؤال، وعند محمد: لا يقضي ما لم يسأل عن غيره.

وذكر في «الجامع الصغير»: أن في هذا الوجه لا يصح تعديل الخصم في قول أبي يوسف ومحمد، ويكون تعديله بمنزلة العدم.

وفي بعض الروايات عن محمد في هذا الوجه: يقول القاضي للخصم: ماذا تقول فيهم: أصدقوا في الشهادة أم كذبوا؟

إن قال: صدقوا.. فقد أقر على نفسه بما ادعى المدعي، وإن قال: كذبوا.. لا يقضي.

هذا إذا كان المدعى عليه عدلاً، وإن كان فاسقاً أو مستوراً.. لا يصح تعديله، ولا يقضي القاضي.

ولا يجعل قول الخصم: «هم عدول» إقراراً على نفسه بالحق كما لو شهد عليه شاهد واحد، فقال المدعى عليه: هو عدل.. لا يكون قوله إقراراً.. فكذلك ههنا.

وَيَكْفِي الْوَاحِدُ لتزكيةِ السِّرِّ،

بخلاف ما لو قال: «هم عدول صدقوا»؛ فإن ذلك يكون إقراراً.

وإذا لم يصح تعديله إذا كان فاسقاً أو مستوراً.. يسأله القاضي: أصدق الشهود أم كذبوا؟

فإن قال: صدقوا.. كان ذلك إقراراً، فيقضي القاضي بإقراره، [٢٢٧/آ] وإن قال: كذبوا.. لا يقضي. انتهى.

(**ويكفي الواحد لتزكية السر**)، ولا يكفي في العلانية، بل لا بد في المزكي فيها من العدد على ما صرح به في «الخلاصة»؛ معللاً بأنها: في معنى الشهادة، ولهذا لا تصح ممن هو ليس بأهل للشهادة وإن كان عدلاً. انتهى.

وقال في «الهداية»: ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية «السرخسي»: صلح العبد مزكياً لمولاه وغيره.

وأما في تزكية العلانية.. فهو شرط.

وكذا العدد بالإجماع، على ما قاله الخصاف؛ لاختصاصها بمجلس القضاء. انتهى.

واعترض عليه في «العناية»: بأن اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر؛ لأن المزكي في السر هو المزكي في العلانية.. فيجوز أن يكون العدد شرطاً في أحدهما دون الآخر. انتهى.

قلت: الظاهر: أن السؤال مبني على مذهبنا؛ فإن عندنا المزكي في السر هو المزكي في العلانية على ما صرح به في «الخلاصة»؛ حيث قال: وأما عندنا.. فالذي يزكيهم في السر: يزكيهم في العلانية، فلا يستقيم الجواب بمذهب الخصاف؛ لعدم المقابلة. تأمل.

أطلق الواحد فشمل العبد والمرأة والأعمى والمحدود في القذف إذا تاب والصبي وأحد الزوجين للآخر والولد لوالده وعكسه والعبد لمولاه وعكسه.. فإن

والترجمةِ، والرسالةِ إِلَى الْمُزَكي، والاثنانِ أحوطُ.

الكل يصلح لتزكية السر، على ما في «البحر».

وخرج من كلامه تزكية الشاهد لحد الزنا.. فإنه لا بد في المزكي فيها من أهلية الشهادة.

وكذا في المزكي في باقي الحدود؛ احتيالاً في الدرء.

(**والترجمة**) أطلقه: فشمل الترجمة عن الشهود، وعن المدعي، وعن المدعى عليه، على ما في «البحر».

وخصه في «الزيلعي»: بالترجمة علي الشهود.

والظاهر: هو الأول؛ يعني: يكفي الواحد في الترجمة عن هذه الثلاثة؛ كما يكفي في تزكية الشهود بلا فرق.

وفي بينهما فرق من وجه آخر؛ فإن الترجمان إذا كان أعمى.. لا يصح عند أبي حنيفة، ويصح عند أبي يوسف، على ما صرح به في «الخلاصة».

ويصح في المزكي.

وكذا لا يجوز أن يكون الترجمان امراة على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الخزانة».

ويجوز في التزكية.

وقال في «قاضي خان»: إن الشاهد إذا كان أعجمياً.. لا بد أن يكون المترجم عنه اثنان عند محمد، ولا يكفي الواحد، ويكفي عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**والرسالة إلى المزكي**)، وكذا يكفي الواحد في رسول المزكي إلى القاضي.

(**والاثنان**) أي: في كل من تزكية السر والترجمة [٢٢٧/ب] والرسالة: (**أحوط**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، هذا ما قاله في «الخلاصة».

ثم تزكية السر إذا احتاط القاضي على قولهما وأراد أن يسأل غير المزكي الأول.. فإنه يفعل مع الثاني كما فعل مع الأول، ولا يعلمه أنه سأل عن حالهم من غيره.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا بُدَّ من الِاثْنَيْنِ.

وإنما قلنا: عند الإمامين؛ لأن الاثنين شرط عند محمد لا عمل بالاحتياط، ولهذا قال: (**وعند محمد: لا بد من الاثنين**)؛ لأن التزكية في معنى الشهادة، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة من العدد وغيره.

ولهما: أنها ليست في معنى الشهادة، حتى لا يشترط فيها لفظ الشهادة ومجلس القضاء.

ولو سلم، ولكن اشتراط العدد في الشهادة ثبت بالنص على خلاف القياس، وليست في معناها حتى تلحق بها دلالة.

ثم إن كان المزكي اثنين؛ سواء كان احتيالاً أو شرطاً فعدل أحدهما وخرج الآخر.. قال أبو حنيفة وأبو يوسف: الجرح أولى؛ لأنه اعتمد على دليل غير ظاهر الحال، فكان الجرح أولى، كما لو عدله اثنان وجرحه اثنان.. كان الجرح أولى في قولهم.

وقال محمد: إذا عدلهم واحد وجرحهم الآخر.. يتوقف، ولا يقضى بشهادتهم ولا يرد، بل ينظر إن جرحهم آخر.. يثبت الجرح، وإن عدلهم آخر.. تثبت العدالة، كذا في «قاضي خان».

ومنه ظهر: أن ما في «الخلاصة» - من قوله: فإن جرحه واحد وعدله آخر.. تعارضا وصار كأنه لم يسأل أحداً؛ فإن عدله الثالث.. كانت العدالة أولى، وإن جرحه الثالث.. كان الجرح أولى. انتهى - ليس على إطلاقه.. بل محمول على قول محمد.

وقال في «قاضي خان» أيضاً: جرحه واحد وعدله اثنان.. تثبت العدالة في قولهم؛ لأن قول الاثنين حجة مطلقة في الأحكام، بخلاف قول الواحد.

وإن جرحهم اثنان وعدلهم عشرة.. كان الجرح أولى؛ لأن قول الاثنين يساوي قول الجماعة، كما في دعوى الملك إذا أقام أحد المدعين: اثنين، والآخر: عشرة..

وتشترطُ الْحُرِّيَّة فِي تَزْكِيَةِ الْعَلَانِيَةِ دونَ السِّرّ.

لا يترجح صاحب العشرة؛ إذ لا يترجح بكثرة الأدلة عندنا، وإنما الترجيح بقوتها، على ما في الأصول.

(**وتشترط الحرية في تزكية العلانية دون السر**)، قال في «الهداية»: قالوا: ويشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد.

وقال في «قاضي خان»: أجمعوا على أن ما يشترط في الشاهد من العدالة والبلوغ والحرية والبصر: شرط ذلك في تزكية العلانية أيضاً.. فلا يصح تعديل الأعمى والصبي والمعتوه والفاسق في العلانية.

* * *

(فَصْلٌ)

يَشْهدُ بِكُلِّ مَا سَمِعه أَو رَآهُ كَالْبيعِ، وَالْإِقْرَارِ، وَحُكْمِ الْحَاكِمِ، وَالْغَصْبِ، وَالْقَتْلِ، وإِنْ لم يُشْهَدْ عَلَيْهِ، وَيَقُول: «أشهدُ»، لَا «أشهدني».

(فَصْلٌ)

[٢٢٨/أ] فِي بَيَانِ مَا يَتَحَمَّلهُ الشَّاهِدُ

وهو على نوعين:

أحدهما: ما ثبت الحكم بنفسه من غير احتياج إلى الإشهاد ومعاينة السبب.

والثاني: ما يحتاج إلى الإشهاد.

فأشار إلى الأول بقوله: (**يشهد بكل ما سمعه**) من المسموعات، (**أو رآه**) من المبصرات؛ (**كالبيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن**) وصلية (**لم يشهد**) على صيغة المجهول (**عليه**) أي على كل منها؛ لأنه علم الحادثة على ما هو حقه.. فيجوز له الأداء؛ لوجود الركن، قال ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس.. فاشهد، وإلا.. فدع».

(**ويقول: أشهد**) أنه باعه، أو أقرّ بِهِ، أو حكم، أو غصبه، أو قتله.

(**لا: أشهدني**)؛ لأنه كذب؛ لعدم الشهادة على ما هو الغرض.

اعلم: أن البيع يصلح أن يكون مثالاً لكل من المسموع والمبصر، وكذا الإقرار.

أما البيع.. فإنهما إن عقداه بإيجاب وقبول.. كان من المسموعات؛ لأنه حينئذ كان عبارة عن مجموع: «بعت واشتريت»، وهو لفظ مسموع.

وإن عقداه بالتعاطي بدون إيجاب وقبول.. كان من المبصرات.

واختلفوا: هل يشهد في البيع بالتعاطي بالبيع، أو الأخذ والتعاطي؟

قيل: بالبيع.

وقيل: بالأخذ والتعاطي.

وفي «البحر» نقلاً عن «البزازية»: أنه يجوز كلاهما.

ثم قال: ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء؛ لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول.. لا يصح؛ كذا في «البزازية».

وفي «الخلاصة»: رجل حضر بيعاً، ثم احتيج إلى الشهادة للمشتري يشهد له بالملك بسبب الشراء، لا بالملك المطلق.

وقيل: إنه يجوز.

والأول: أصح؛ لأن الملك المطلق ملك من الأصل، والملك بالشراء حادث.

وأما الإقرار.. فإنه إن كان بالتلفظ.. فظاهر أنه من المسموعات.

وإن كان بالكتابة.. فهو من المبصرات، والدليل عليه: ما ذكره في إقرار «البزازية»: كتب كتاباً فيه إقرار بين يدي الشهود.. فهذا على أقسام:

الأول: أن يكتب ولا يقول شيئاً، وإنه لا يكون إقراراً.. فلا يحل الشهادة بأنه إقرار.

قال القاضي النسفي: إن كتب مصدراً مرسوماً وعلم الشاهد.. حلّ له الشهادة على إقراره، كما لو أقر كذلك.

وإن لم يقل: اشهد علي به.. فعلى هذا.

إذا كتب للغائب على وجه الرسالة: «أما بعد: فعلي لك كذا».. يكون إقراراً؛ لأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر.. فيكون متكلماً.

والعامة على خلافه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة.

وفي حق الأخرس: يشترط أن يكون معنوناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب.

الثاني: كتب وقرأ عند الشهود لهم أن يشهدوا وإن لم يقل [٢٢٨/ب]: اشهدوا به علي.

الثالث: أن يكتب هو ويقرأ عليه عند الشهود غيره، ويقول الكاتب: هذا له، اشهدوا علي به.

الرابع: أن يكتب عندهم ويقول: اشهدوا علي بما فيه؛ إن علموا بما فيه.. كان إقراراً، وإلا.. فلا. انتهى.

وأما حكم الحاكم.. فيصح أيضاً أن يكون:

مثالاً للمسموع، وذلك إذا كان بالقول.

وأن يكون مثالاً للمبصر إذا كان القضاء بالفعل كتزويجه الصغار اللاتي لا وليّ لهن.. فإنه حكم منه.

وكبيع مال اليتيم وشرائه له.. فإنه حكم أيضاً.

وكقسمة مال الميت.. فإنه حكم أيضاً على ما صرح به في أول قضاء «البحر».

وأما الغصب والقتل.. فلا يكونان إلا من المبصرات.

وما ذكر في «حواشي الهداية»: من أن البيع والإقرار وحكم الحاكم من المسموعات لا من المبصرات.. ليس على ما ينبغي.

ثم اعلم أنه إذا سمع ما كان من المسموعات من إقرار وغيره من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر.. هل يجوز له أن يشهد؟

ففي «الهداية»: لا يجوز.

ولو فسر للقاضي، وقال: أشهد بالسماع من وراء الحجاب.. لا يقبله؛ لأن النغمة - وهي الكلام الخفي - تشبه النغمة، والمشبه لا يفيد العلم.. فلا يجوز؛ لانتفاء المجوز.

إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه، ثم جلس على الباب، وليس للبيت مسلك غيره، فسمع إقرار الداخل ولا يراه، وشهد عنده اثنان بأنها فلانة بنت فلان.. فإنه جاز له أن يشهد.

وكذا إذا رأى شخص المقر حال الإقرار لرقة الحجاب.

وليست رؤية الوجه شرطاً؛ لأنه حصل العلم في هذه الصورة، كذا في «العناية» عزواً إلى «الذخيرة».

وفي «الخلاصة» عزواً إلى «النوازل» بالشهادة على امرأة لا يعرفها وهي منتقبة.. سأل محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن هذه المسألة؟

قال: لا يجوز، حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة.

أما عند أبي يوسف، وعند أبي.. فيجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة.

وهل يشترط رؤية وجهها؟

اختلف المشايخ فيه:

منهم: من لم يشترط، وإليه مال الإمام خواهر زاده.

وفي «النوازل» قال: يشترط رؤية شخصها.

وفي «الجامع الصغير»: يشترط رؤية وجهها، قال ورأيت الإمام خالي أمرها بكشف الوجه وأمرني بالخروج.

وفي «المنتقى»: لو تحمل رجل الشهادة على امرأة، ثم إنها ماتت، ثم شهد رجلان عنده أن المقرة فلانة.. جاز له أن يشهد عليها الكل في «الخلاصة».

ثم نقل فيها عن الخصاف المسألة التي ذكرها [٢٢٩/أ] صاحب «الهداية» بطريق الاستثناء على ما نقلناه عنه آنفاً؛ أعني: أن رجلاً كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه.. إلخ.

ثم نقل عن «العيون»: لو أن رجلاً خبأ قوماً لرجل، ثم سأله عن شيء فأقرّ به، وهم يرونه ويسمعون كلامه، ولا يراهم هو.. جازت شهادتهم.

وإن سمعوا كلامه ولم يروه.. لا يجوز.

وَلَا يشْهدُ على شَهَادَةِ غَيرِه إِذا سمعَ أداءَها أَو إِشْهَادَ الْغَيْرِ عَلَيْهَا، مَا لم يُشْهَدْ هُوَ عَلَيْهَا.

قال: وهذا يؤيد ما اختاره الإمام خالي.

وفي شهادات «البزازية» نقلاً عن «المحيط»: شهدا على امرأة سمياها ونسياها، وكانت حاضرة، فقال القاضي: أتعرفانها؟ فقالا: لا.. لا تقبل شهادتهما.

ولو قالا: تحملنا على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية، ولكن لا ندري أنها هي أم لا.. صحت الشهادة، وكلف المدعي أن يأتي بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان الفلانية.

بخلاف الأول؛ لأنهما ثمة أقرا بالجهالة، فبطلت الشهادة.

(ولا يشهد على شهادة غيره إذا سمع أداءها أو إشهاد الغير عليها) أي: على الشهادة، **(ما لم يشهد هو عليها)**.

هذا شروع في بيان النوع الثاني؛ أعني: ما يحتاج في الشهادة إلى الإشهاد يعني: إذا سمع شاهداً يشهد بشيء.. لم يجز له أن يشهد على شهادته، ما لم يشهده على شهادته؛ لأن شهادة الأصول لا توجب الحكم بنفسها، بل بالنقل إلى مجلس القضاء، ولا يكون النقل إلا بالإنابة عند محمد، لأنه يقول:

بطريق التوكيل، ولا توكيل إلا بأمر الموكل.

أو بالتحمل، عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل، بل بطريق التحميل، ولا تحمل بدون التحميل، ولا تحميل بدون الإشهاد.

وكذا إذا سمع الشاهد أنه شهد شاهداً على شهادته.. لم يجز له أن يشهد؛ لأنه ما حمله، وإنما احتمل غيره، كذا في «العناية».

واعلم: أن الظاهر من قول المصنف ههنا: «ما لم يشهد هو عليها»: أن مجرد الإشهاد كاف في الشهادة بلا حاجة إلى أمر آخر، لكن لا بد فيها بعد الإشهاد والتحميل من أمرين أخيرين:

وَلَا يعْملُ شَاهدٌ وَلَا قَاضٍ وَلَا راوٍ بِخَطِّهِ مَا لم يتَذَكَّر.

وَعِنْدَهُمَا: يجوزُ إِن كَانَ مَحْفُوظاً فِي يَدِهِ.

أحدهما: يقبل التحميل ولا يرده، حتى لو أشهده عليها وقال هو: لا أقبل.. لا يصير شاهداً، ولو شهد بعد ذلك.. لا تقبل شهادته، كما في «القنية» و«البحر».

ثم قال في «البحر»: ينبغي أن يكون هذا على قول محمد؛ لأنه توكيل عنده، وللوكيل أن لا يقبل الوكالة، بل يردها؛ لأن الوكالة مما يقبل الرد، وأما على قولهما.. فلا يرتد بالرد؛ لأنه تحميل عندهما، والتحميل لا يرتد بالرد. انتهى.

قلت: ينبغي أن يكون هذا فيما إذا تعين للشهادة؛ لأنه حينئذ لا يقبل الرد لإفضائه إلى إضاعة الحق، وأما إذا لم يتعين.. فيقبل الرد.

الثاني: أن لا ينهاه الأصل [٢٢٩/ب] بعد التحميل عليها؛ لما في «الخلاصة»: لو حضر الأصلان ونهيا الفرع عن الشهادة.. صح النهي عند عامة المشايخ.

وقال بعضهم: لا يصح، والأول: أظهر. انتهى.

(ولا يعمل شاهد، ولا قاض، ولا راوٍ بخطه ما لم يتذكر) الحادثة عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يجوز إن كان) الخط أي: المكتوب الذي كتب فيه الشهادة أو الحكم أو السماع **(محفوظاً في يده)**.

إذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة.. لا يحل له أن يشهد؛ لأن الخط يشبه الخط، والمشتبه لا يفيد العلم.

قيل: هذا على قول أبي حنيفة؛ بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ، ولهذا قلّت روايته؛ لاشتراطه في الرواية الحفظ أيضاً؛ من وقت سماع الحديث إلى وقت الأداء.

وعندهما: يحل له ذلك رخصة، واختاره المصنف.

وقيل: عدم حل الشهادة بدون تذكر الحادثة بالاتفاق.

وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده فأثبته في خريطته، وجاء المشهود له بطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم، أو وجد حكمه مكتوباً في خريطته، وفي خريطته كذلك.. فإن أبا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك، وصاحباه جوزاه؛ لما أن القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب.

وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه؛ فإذا كان في خريطته تحت ختمه.. فالظاهر أنه لم يصل إليه يد مغيرة، والقاضي مأمور باتباع الظاهر.

ولا كذلك الشهادة في الصك؛ لأنه في يد غيره.

وعلى هذا الاختلاف: إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم: أنا شهدنا نحن وأنت.. فإنه لا يحل له بالاتفاق.

وقيل: لا يحل عند أبي حنيفة، ويحل عندهما؛ كذا في «العناية».

وقال في «الخلاصة»: الشاهد إذا رأى خطه ولم يتذكر الحادثة.. هل يحل له أن يشهد؟

ذكر في كتاب القضاء، وفي «الفتاوى الصغرى»: لو تذكر أنه كتب الشهادة ولم يتذكر أنه شهد على المال.. لا يشهد.

وعند محمد: يسعه أن يشهد.

وفي «أدب القاضي» للخصاف: من شرط صحة الشهادة عند أبي حنيفة: أن يتذكر الحادثة، والتاريخ، والمال: مبلغه وصفته، حتى إذا لم يتذكر شيئاً منه وتيقن أنه خطه وخاتمه.. لا ينبغي أن يشهد، وإن شهد.. فهو شاهد زور.

وَلَا يشْهَدُ بِمَا لم يعاينْهُ إِلَّا النَّسَبَ، ....

وعند أبي يوسف: إذا تيقن أنه خطه وخاتمه.. وسعه أن يشهد، ولكن يشترط أن يكون الصك مستودعاً ولم تتداوله الأيدي، ولم يكن في يد [٢٣٠/أ] صاحب الصك من الوقت الذي كتب اسمه ووضع خاتمه؛ فإن لم يكن ذلك.. لا يسعه أن يشهد.

ولو شهد عند القاضي.. ينبغي أن يقبل.

لكن إذا رأى الشاهد.. ينبغي أن يسأله بم تشهد عن علم أم تعتمد على الخط؟

فإن قال: عن علم.. قبلت شهادته، وإن قال: أعتمد على الخط.. لا تقبل.

قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن يفتى بقول محمد. انتهى.

وهكذا في «البزازية».

وهل تقبل شهادة القاضي بعد عزله على حكمه في زمان ولايته؟

قالوا: لا تقبل؛ لأنها شهادة على فعله.. فلا تقبل، إلا إن شهد على نفس الحادثة لا على حكمه بتلك الحادثة؛ بأن يقول: أشهد أن هذه الحادثة كذلك، ولا يقول: إني حكمت بتلك الحادثة في زمان ولايتي.. فحينئذٍ: يقبل، على ما أفتى به مشايخ الإسلام.

(**ولا يشهد بما لم يعاينه**)؛ لما مر من اشتراط العلم بالحادثة.

(**إلا النسب**)؛ فإنه تجوز الشهادة فيه بالتسامع.

صورته: إذا سمع من إنسان: أن فلانَ بنَ فلانٍ ابن فلان الفلاني.. وسعه أن يشهد بذلك وإن لم يعاين الولادة على فراشه، ألا ترى أنا نشهد أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه عند ابن أبي قحافة، وما رأينا أبا قحافة.

والأصل فيه: أن النسب مما لا يطلع عليه إلا الخواص، وقد يتعلق بها حكم يبقى على انقضاء القرون؛ كالإرث.

فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع على ما هو القياس؛ لعدم المشاهدة فيها.. لأدى إلى تعطيل الحكم الشرعي، فقلنا بالقبول استحساناً.

وهل يلزم في قبوله عدم التفسير؟

قالوا: يلزم، على ما سيأتي.

وهل يلزم دعوى المال أو لا يلزم؟

فيه تفصيل ذكرناه في موضع آخر، ولنذكر هنا أيضاً توضيحاً له؛ ففي دعوى النسب من دعوى «البزازية»: ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه؛ إذا ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن.. يقبل، ويكون قضاء على الغائب أيضاً، حتى لو حضر الأب وأنكر.. لا يقبل، ولا يحتاج إلى إعادة البينة؛ لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب.

وإن لم يدع مالاً بل ادعى الأخوة المجردة.. لا يقبل؛ لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه وأمه، والخصم فيه هو الأب والأم لا الأخ.

وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه، أو أبو أبيه والابن والأب غائب أو ميت.. لا يصح، ما لم يدع مالاً؛ فإن ادعى مالاً.. فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً.

بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة أنها زوجته، أو ادعت هي عليه أنه زوجها، أو ادعى العبد على عربي [٢٣٠/ب] العمومة.. لا بد من أن يفسر أنه عمه لأبيه أو أمه أو لهما.

ويشترط أيضاً أن يقول: هو وارثه لا وارث له غيره.

وكذا في الأخ والجد: يلزم أن يقول: «لا وارث له غيره».

وذكر في السادس من شهادات «البزازية» أيضاً: كل من لا يحجب حرماناً - كالأب والابن - إذا ذكر أنه أبوه أو ابنه.. لا يشترط أن يقولوا: هو وارثه، فيما عليه الفتوى.

وفي ذكر الأخوة والعمومة.. لا بد من ذكر لفظ الوراثة؛ لاحتمال أن يكون رضاعاً أو قبيلة أو نسباً.

ولا بد أيضاً: أنه لأب، أو لأم، أو لهما.

وهل يشترط ذكر نسب الأب والأم إلى الجد الأعلى في الشهادة على دعوى ابن العم؟

ففي السادس من «الفصولين»: ادعى أنه ابن عم الميت.. يحتاج إلى أن يذكر نسبة الأب والأم إلى الجد؛ ليصير معلوماً؛ لأن انتسابه بهذه النسبة ليس بثابت عند القاضي، فيشترط البيان؛ ليعلم.

ادّعى: إني أخوه لأبيه وأمه، وشهدوا ولم يذكروا اسم الأم والجد.. لا تقبل؛ لعدم التعريف.

وقيل: يقبل؛ لأنه ذكر محمد: أنه إن برهن أنه أخوه لأبيه وأمّه.. تقبل، ولم يشترط ذكر الجد.

وفي الأخ لا يشترط ذكر اسم الجد وغيره.

أما لو ادعى أنه ابن عمه.. لا بد أن يذكر اسم أبيه وجده. انتهى.

وذكر في «معين المفتي»: أنه يشترط في دعوى بنوة العم ودعوى العمومة: بيان النسب إلى أن يلتقيا في الجد الأعلى. انتهى.

فعلم منه: أن المراد بلفظ «الجد» في كلام «الفصولين»: هو جد المتوفى، لا جد مدعي النسب؛ لأن الجد الأعلى للمدعي هو جد المتوفى.

وهل يلزم ذكر الجد الأعلى في دعوى النسب من جهة ذي الرحم؟

ففي فتاوى مشايخ الإسلام: أنه يلزم؛ فإنه ذكر في «فتاوى شيخ الإسلام يحيى الكبير»: مات زيد وقبض تركته زوجته هند مع ابن أخته، ثم ظهرت خديجة وفاطمة وادعتا أنهما بنتا أخ زيد المتوفى، وطلبتا حصة من التركة، وأنكرت الزوجة وابن الأخت قرابتها مع زيد، فأشهدا.. فلا بد في قبول الشهادة من ذكر جد المتوفى مع أخيه الذي هو أب خديجة وفاطمة، وإلا.. فلا تقبل شهادتهما.

هذه صورة الفتوى.

وَالْمَوْتَ، ....

فلا شك أن جد المتوفى هو جد أعلى للمدعيتين المذكورتين.

وهل تقبل الشهادة بالسماع في الولاء مثل النسب؟

ففي «الخلاصة»: وأما الولاء.. فلا يشهد فيه وإن كان مشهوراً، إلا إذا كانت الورثة التي أضافوا إليهم الولاء يزعمون أنه رقيق لهم.

وفي قول أبي يوسف آخراً - وهو قول محمد [٢٣١/ب] -: تجوّز الشهادة فيه بالتسامع، ولا يجوز بالتسامع مع العتق والطلاق.

قال شمس الأئمة الحلواني: هذا قولهما؛ أما عند أبي يوسف.. يجوز كما في الولاء. انتهى.

(والموت) في «الخلاصة»: وأما الموت إذا سمع الناس يقولون: إن فلاناً مات، أو رآهم صنعوا به كما يصنع بالموتى.. يسعه أن يشهد على موته وإن لم يعاين ذلك؛ فإنّا نشهد أن رسول الله ﷺ توفي ولم ندرك وفاته.

وفي الموت مسألة عجيبة، وهي: أنه إذا لم يعاين الموت إلا واحد لو شهد عند القاضي لا يقضى بشهادته.. ماذا يصنع ذلك الواحد؟

قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله؛ فإذا سمع منه.. حلّ له أن يشهد على موته، فيشهد هو مع ذلك الشاهد، فيقضى بشهادتهما، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وفيهما أيضاً: وإذا جاء خبر موت رجل من أرض أخرى، فصنع أهله ما يصنع بالموتى.. لم يسع لأحد أن يشهد على موته، إلا أن يشهد موته، أو سمع ذلك ممن شهد موته، وبعد ذلك لو شهدا عند القاضي وقالا: نشهد أن فلاناً مات، أخبرنا بذلك من نثق به.. جازت شهادتهما على البتات في الأصح.

والخصاف جوّز ذلك أيضاً.

وفيه اختلاف المشايخ.

وكذلك لو قالا: دفناه، أو شهدنا جنازته؛ لأن كلاً من الدفن وشهود الجنازة عيان، على ما سيصرح به في الكتاب.

بقي الكلام في القتل، هل هو مثل الموت في الشهادة عليه؟

ففي «الخلاصة» وبعض نسخ «البزازية»: والقتل كالموت.

وفي بعض النسخ الأخرى للبزازية: والموت كالقتل.

والصحيح: ما في «الخلاصة»، على ما صرح به في «البحر».

لكن يرد عليه: أن الظاهر منه: أن الشهادة على القتل بالتسامع جائز؛ كما في الموت، وهو بإطلاقه مشكل؛ للفرق الظاهر بينهما؛ لأن القتل مما قد يترتب عليه القصاص دون الموت، وفي الشهادة بالتسامع شبهة.. فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهات وهو القصاص.

اللهم، إلا أن يقال: المراد بالتشبيه بالموت: في حق جواز الاعتداد؛ يعني: أنها تعتد بخبر قتل زوجها وتتزوج بآخر، كما في خبر موته.

ومن الفرق بين الموت والقتل.. ما قالوا: إن زمان القتل يدخل تحت الحكم، وزمان الموت لا يدخل.

توضيحه: أنه لو ادعى الابن [أن فلاناً قتل أباه، وأقام البينة وأرخ للقتل، أنه قتله في يوم كذا في شهر كذا من سنة كذا من سنة كذا، ثم أقامت امرأة البينة][1] أن أباه تزوجها في يوم كذا بعد ذلك اليوم الذي وقته الابن للقتل.. فإنه لا يقضي ببينة المرأة؛ لأن وقت القتل يدخل في القضاء؛ لأن المقتول يستحق حقاً على القاتل بالقتل؛ أما القصاص أو الدية؛ فإذا قضي بقتله وبوجوب القصاص أو الدية في ذلك الوقت.. لا تقبل البينة بعد ذلك.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «فتاوى قاضي خان» (٢/٢٣٤).

بخلاف الموت [٢٣٢/أ]؛ فإن الميت بموته لا يستحق شيئاً على أحد.. فلا يدخل وقته في القضاء، وإذا لم يدخل وقته في القضاء؛ لعدم تعلق الحكم به.. يبطل التاريخ بالموت.

حتى لو أقام الابن أن أباه مات في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا وترك ميراثاً له، وأقامت امرأة أنه تزوجها بعد يوم فيما وقته الابن.. يقضى بالنكاح والصداق والميراث للمرأة؛ لبطلان تاريخ الموت.

هذا، واعلم: أنهم ذكروا في الفتاوى: أن رجلاً لو أخبر امرأة رجل: سمعت من الناس أن زوجك فلاناً مات.. جاز لها أن تتزوج بآخر إن كان المخبر عدلاً؛ فإن تزوجت بآخر بخبر العدل، ثم أخبرها جماعة: أن الزوج الأول حي: إن صدقت الأول.. فالنكاح الثاني صحيح، على ما في «الخلاصة» و«البزازية» من «فتاوى النسفي».

لكن في «المنتقى»: لم يشترط تصديق المرأة، بل شرط عدالة المخبر.

وفي «النوازل»: إن كان المخبر عدلاً، لكنه أعمى أو محدود في قذف.. فهو جائز.

ثم اعلم: أنه لو أخبرها واحد بموت زوجها الغائب، وأخبرها اثنان بحياته؛ إن كان المخبر بالموت شهد أنه عاين موته، أو شهد جنازته وكان عدلاً، ولم يؤرخا.. فشهادة الموت أولى؛ فلها أن تتزوج بآخر بعد العدة.

ولو أرّخا، وتاريخ شاهدي الحياة مؤخر.. فشهادة الحياة أولى.

وههنا مسألة غريبة ذكرها الإمام السرخسي في «المحيط»: قال فيه: إذا نُعي إلى المرأة زوجها واعتدت عدة الوفاة وتزوجت بزوج آخر وولدت من هذا الزوج الآخر، ثم جاء الأول حياً.. أجمعوا: على أن المرأة ترد على الأول.

واختلفوا في الأولاد: قال أبو حنيفة: الأولاد للزوج الأول على كل حال.

وَالنِّكَاحَ، وَالدُّخُولَ، وَوِلَايَةَ القَاضِي، ....

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من دخل بها الزوج الثاني إلى سنتين.. قال أبو يوسف: هو للثاني، وقال محمد: هو للأول.

وروى الجرجاني عن أبي حنيفة: أنه رجع عن هذا القول، وقال: الأولاد للثاني. انتهى.

(**والنكاح**)، وفي «الخلاصة»: إذا رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان.. وسعه أن يشهد أنها زوجته وإن لم يعاين عقد النكاح، ألا ترى أنا نشهد أن عائشة زوجة رسول الله ﷺ وإن لم نعاين النكاح.

ثم ذكر نقلاً عن الخصاف: أن في الشهادة على النكاح بالتسامع يشهد على النكاح دون المهر.

ثم ذكر أن في الشهادة على المهر بالتسامع روايتين، والأصح: أنه جائز؛ فما ذكره [٢٣٢/ب] في النصاب[1] خلاف الأصح.

واختار «قاضي خان»: جوازه أيضاً.

(**والدخول**) أي: دخول الزوج على الزوجة.

وفي «الخلاصة»: أما الشهادة على الدخول بالمنكوحة.. فبالتسامع، ولو أراد أن يثبت الدخول.. يُثبِتُ الخلوةَ الصحيحة.

(**وولاية القاضي**)، وفي «الخلاصة»: أما القضاء بأن كان قضى في مصر ورآه الناس، وسمع الناس يقولون: إنه قاض.. يسعه له أن يشهد على كتابه إلى قاضي مصر آخر استحساناً.

ثم قال نقلا عن «شرح الطحاوي»: وكذا يجوز الشهادة أنه قاضي بلد كذا وإن لم يعاينوا المنشور والتقليد.

(١) كذا في المخطوط، ولم يتبيّن لنا معناه.

وأصلَ الْوَقْف، ....

وكذا يحل له أن يشهد: أن هذا والي بلد كذا وإن لم يعاين العهد والمنشور.

(وأصل الوقف)، قال في «الحاوي القدسي»: إذا كانت البقعة مشهورة بالوقفية.. جازت الشهادة على الوقفية مطلقاً وإن لم يعرف الشهود وقفيتها إلا بالشهرة، وبهذا الطريق يدوم الوقف. انتهى.

وفي «الخلاصة»: وأما الوقف.. فالصحيح من الجواب: جواز الشهادة على أصل الوقف؛ لأنه يبقى بعد انقضاء قرون، وإنه يشتهر.

لكن شرائط الوقف.. لا تجوز.

وفي «شرح الطحاوي»: الشهادة على الشهرة لا تجوز إلّا في خمسة أشياء:

النسب، والموت، والنكاح، والقضاء، والوقف إذا اشتهر أنه وقف فلان.

حلّ له أن يشهد أن هذا والي بلد كذا وإن لم يعاين العهد، وما سوى ذلك.. لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع. انتهى.

وفي «الفتاوى الصغرى»: الشهادة بالشهرة بالنسب وغيره بطريقين:

الشهرة الحقيقية، والحكمية.

فالحقيقية: أن تسمع من قوم كثير لا يتصور تواطؤهم على الكذب، ولا يشترط في هذه العدالة، ولا لفظ الشهادة.

والحكمية: أن يشهد عنده رجلان، أو رجل وامرأتان عدلان بلفظ الشهادة.

وفي الشهادة على الموت.. لا يقولان: سمعنا من إنسان، لكنهما يقولان: دفناه وصلينا عليه حتى تقبل.

ولو شهدوا بالشهرة في هذه الفصول وقالوا: لم نعاين، لكن اشتهر عندنا.. تقبل.

بخلاف ما لو قالوا: نشهد له بالملك؛ لأنا رأيناه يتصرف فيه تصرف الملاك.. لا يقبل. انتهى.

وقال القاضي الإمام في «فتاواه»: إذا شهد الشهود فيما يجوز به الشهادة بالسماع وقالوا: لم نعاين ذلك، ولكنه اشتهر عندنا.. جازت شهادتهم.

ولو قالوا: شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس.. لا تقبل شهادتهم. انتهى.

بقي الكلام في أصل الوقف وشرائطه؛ ففي «البزازية»: وكل ما تتعلق صحة الوقف وتتوقف عليه.. فهو من أصله، وما لا تتوقف عليه صحته.. فهو من الشرائط.

ونص الفضلي [٢٣٣/أ]: على أن الشهادة بالتسامع لا تصح في الوقف.

واختار الإمام السرخسي جوازه على أصله، لا على شرائطه؛ بأن يقولوا: إنه وقف على المسجد هذا والمعتبرة هذه.

أما إذا لم يذكر ذلك.. لا يقبل.

والمراد من الشرائط: أن يقولوا: إن قدراً من الغلة لهذه، ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة؛ فلو ذكر هذا في الشهادة.. لا تقبل. انتهى.

وفي «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: أن تقبل على شرائط الوقف أيضاً، واعتمده في «المعراج» وقواه في «فتح القدير». انتهى.

قلت: ويؤيد هذا: إطلاق «شرح الطحاوي»، ولم يقيد بأصل الوقف على ما ذكرناه آنفاً.

واعلم: أن قبول الشهادة بالتسامع في الأمور المذكورة كلها استحسان، والقياس: عدم الجواز؛ لأن الشهادة من المشاهدة، وذلك يقتضي المعاينة، والتسامع يخالفه.

ووجه الاستحسان: أن هذه الأمور لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع.. لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام؛ لأنها أمور مختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس،

إذا أخبرَهُ بهَا من يَثِقُ بِهِ من عَدْلَيْنِ أَو عدلٍ وعدلتين.

وَفِي الْمَوْتِ: يَكْفِي الْعدْلُ وَلَو أُنْثَى، ....

لا يطلع عليها إلا تلك الخواص، وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون؛ كالإرث في النسب، والموت، والنكاح، وثبوت الملك في القضاء، وكمال المهر، والعدة، وثبوت الإحصان، والنسب في الدخول على الزوجة.

فلو لم تقبل الشهادة بالتسامع فيها.. لأدى إلى تعطيل هذه الأحكام، وهو باطل.

بخلاف البيع ونحوه؛ لأنه مما يطلع عليه كل أحد.

فإن قيل: هذا الاستحسان يخالف الكتاب؛ لأنه يقتضي علم الشاهد، ولا علم فيما نحن فيه.

أجيب: بمنع عدم العلم فيما نحن فيه؛ لأن الشاهد فيه إنما يشهد بالاشتهار، وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به، وذلك يفيد العلم.

(إذا أخبره بها) أي: بالأشياء المذكورة؛ فيه إشارة إلى عدم اشتراط لفظ الشهادة في الإخبار بها لمن يشهد عند القاضي.

وأما في الشهادة عند القاضي.. فلا بد فيها من لفظ الشهادة، وبه صرح في «الخلاصة»؛ فإنه قال نقلاً عن «مختصر القدوري»: إنما يجوز له الشهادة بالتسامع إذا أخبره من يثق به.

ثم قال: فهذا يدل على أن لفظة الشهادة ليست بشرط في الإخبار بها **(من يثق به من عدلين أو عدل وعدلتين)** أشار به: إلى اشتراط العدل، والعدد في الإخبار بها، هذا قول الإمامين.

وعند أبي حنيفة: لا يكفي العدلان، بل لا بد من إخبار العامة؛ بحيث يقع في قلبه صدق الخبر.

ثم شرط العدد: في غير الموت على المختار [٢٣٣/ب]؛ لأن في الموت يكفي الواحد العدل، وإليه أشار بقوله: **(وفي الموت يكفي العدل، ولو)** وصلية **(أنثى،**

وَهُوَ الْمُخْتَار.

وَيشْهدُ من رأى جَالِساً مجْلِسَ الْقَضَاء يدْخلُ عَلَيْهِ الْخُصُومُ: أَنَّه قَاضٍ.

وَمن رأى رجلاً وَامْرَأَةً يسكنانِ مَعاً وَبَينهمَا انبساطُ الْأَزْوَاجِ: أَنَّها زَوجته.

وهو المختار)؛ لأنه قلما يشاهده غير الواحد، فيكون في اشتراط العدد فيه نوع حرج.

بخلاف الخمسة الباقية.. فإنها تكون غالباً بين الجماعة، فلا حرج في اشتراط العدد فيها.

وهل يشترط فيه لفظة الشهادة؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: إنها لا تشترط للمخبر بالموت، وأما في الفصول الباقية من النكاح والنسب وغيرهما.. فيشترط لفظة الشهادة.

(ويشهد من رأى) مفعول يشهد **(جالساً مجلس القضاء، يدخل عليه الخصوم: أنه قاض)** أي: يشهد أنه قاض، وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه؛ لحصول العلم به.

(ومن رأى رجلاً وامرأة يسكنان معاً) في بيت **(وبينهما انبساط الأزواج: أنها زوجته)**؛ أي: يشهد أنها زوجته وإن لم يحضر العقد؛ لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع.

فإن سأله القاضي: هل كنت حاضراً للعقد؟ فقال: لا.. قيل: تقبل.

وقيل: لا تقبل.

واكتفى رحمه الله بمجرد الرؤية.

وزاد في «الخلاصة» فيه السماع من الناس: أنها زوجته؛ حيث قال: رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان.. وسعه أن يشهد وإن لم يعاين النكاح.

ثم قال: الشهادة على النكاح بالشهرة تقبل؛ إذا شهد بعرسه وزفافه، أو أخبره بذلك عدلان: أن هذه امرأته.. حلّ له أن يشهد على البتات: أن هذه امرأة فلان.

وَمن رأى شَيْئاً سوى الْآدَمِيّ فِي يَدِ متصرّفٍ فِيهِ تصرفَ الْملاكِ: أَنه لَهُ إِن وَقعَ فِي قلبه ذَلِك.

وهل تقبل شهادة من رأى رجلاً وامرأة يسكنان معاً ويعلم معاملتهما معاملة الأزواج: أن هذا الرجل طلق امرأته هذه ثلاثاً من قبل ثلاثة أيام مثلاً، أم لا تقبل؟

وقد تقدم من قبل: أنه إن أخّر الشهادة بلا عذر.. لا تقبل، وإن أخّرها بعذر.. تقبل.

(ومن رأى شيئاً سوى الآدمي في يد متصرف فيه) أي: في ذلك الشيء **(تصرف الملاك أنه له)**؛ أي: يشهد ذلك الرائي: أنه له **(إن وقع في قلبه ذلك)**.

إذا رأى عيناً غير الآدمي في يد رجل، ثم رأى ذلك الرجل يدّعي على رجل آخر ذلك العين الذي رآه قبله في يد الأول، والعين في يد الآخر.. وسعه أن يشهد: بأن ذلك العين للمدعي؛ أعني: الرجل الأول؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك؛ إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها ؛ فإن الإنسان وإن عاين البيع مثلاً.. لا يعلم ملك المشتري إلا بملك البائع قبله، وملك البائع لا يعلم إلا باليد، فيكتفى في الدلالة بأقصى ما يستدل به؛ لئلا يلزم انسداد باب الشهادة، هكذا ذكره محمد في «الجامع الصغير».

ولم يقيد بالشرط المذكور [٢٣٤/أ]؛ أعني: قوله: «إن وقع في قلبه ذلك».

وكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي»: مثل ما ذكره محمد، ولم يقيد بذلك الشرط؛ حيث قال: إذا رأى عيناً في يد رجل يتصرف تصرف الملاك.. جاز له أن يشهد أنها له.

وزاد الإمام ظهير الدين في «الأقضية» ذلك الشرط، وقال: إذا رأى شيئاً في يد رجل يتصرف فيه تصرف الملاك، ووقع في قلبه أنه له.. يسعه أن يشهد بالملك، حتى لو رأى درة في يد كناس، أو كتاباً في يد جاهل.. ليس في آبائه من هو أهل لذلك.. لا يحلّ له أن يشهد بالملك له؛ لعدم وقوع العلم في قلبه أنه له.

وهكذا روي عن أبي يوسف، وصححه الإمام «قاضي خان»؛ معللاً: بأن الوقوع في القلب دليل العلم به، فتكون الشهادة عن علم.

وأما الرؤية في يد المتصرف تصرف الملاك.. فليس في مرتبة الوقوع في القلب؛ لأن كلاً من اليد والتصرف يحتمل الإنابة والملك.. فلا يفيد العلم.

وفي «الهداية»: يحتمل أن يكون ما روي عن أبي يوسف تفسيراً لقول محمد، فيكون الشرط المذكور مراداً لمحمد أيضاً، ولهذا ذكره المصنف.

قال في «الخلاصة»: وهذه المسألة على أربعة أوجه:

الأول: إن عاين المالك والملك؛ بأن عرف المالك باسمه ونسبه، وعرف الملك بحدوده ورآه يتصرف تصرف الملاك، ولا يمنعه أحد من ذلك، ويدعي أنه له اشتراه.. فإنه وسعه له أن يشهد بالملك، ولو شهد.. يقبل.

الثاني: أن لا يعرف المالك، ولا الملك، ولكن سمع من الناس قالوا: إن لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدها كذا وكذا.. فلا يحل له أن يشهد؛ فلو شهد.. لا تقبل.

الثالث: أن يعاين المالك دون الملك؛ بأن عرف الرجل معرفة تامة، وسمع أن له في قرية كذا ضيعة، وهو لا يعرف تلك الضيعة، ولم يعاين يده عليها.. لا يسعه أن يشهد، ولو شهد.. لا يقبل أيضاً.

الرابع: إذا عاين الملك دون المالك.. يسعه أن يشهد وتقبل لو شهد؛ لأن النسب يثبت بالشهرة والتسامع، فيصير المالك معلوماً بالتسامع والملك معلوم.. فتقبل. انتهى.

فإن قيل: هذه الشهادة تفضي إلى جواز الشهادة بالتسامع في الأموال، وهي باطلة.

أجيب: بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع، بل بالمعاينة، والتسامع

أَو بمعاينةِ الْيَدِ.. لَا يقبلُهَا.

بخلاف ما لو قالوا: لم نعاين بذلك، ولكن اشتهر عندنا.. تقبل شهادتهم على ما ذكرناه آنفاً عن القاضي الإمام.

وذكر القاضي الإمام أيضاً: إذا سمع الرجل موت إنسان، وأراد أن يشهد على الموت.. قال أبو حنيفة: إن كان الموت مشهوراً يقع في القلوب أنه حق.. كان له أن يشهد أن فلاناً قد مات، وإن لم يكن موته مشهوراً وأخبره عدل أنه عاين موته أو شهد جنازته.. حل للسامع أن يشهد أن فلاناً مات.

وإن شهد عند القاضي وأخبر أنه إنما يشهد بذلك لأن فلاناً أخبره.. لا يقبل القاضي شهادته في قولهم.

(**أو بمعاينة اليد**) أي: في الأملاك؛ بأن يقول: شهدنا بأن هذا الملك له؛ لأنا رأيناه في يده.

وكذا لو قالوا: رأيناه في يده يتصرف تصرف الملاك (.. **لا يقبلها**)؛ لأن عند هذا التفسير يقع في قلب القاضي شك بخلافه عند إطلاق الشهادة أو تفسيرها بالشهرة؛ بأن يقول: اشتهر عندنا؛ فإنه على كلا التقديرين.. يقع في قلب القاضي صدق الشاهد.

أطلقه؛ فشمل: الوقف وغيره مما يجوز الشهادة فيه بالتسامع من الأشياء المذكورة.

قلت: إنه في غير الوقف اتفاقي.

وأما في الوقف.. فقد جوّزوها، ولو مفسراً؛ كما صرح به في الفصل العاشر من «العمادية»؛ حيث قال: وتقبل الشهادة على الشهادة في الوقف، وكذا شهادة الرجال مع النساء، وكذا الشهادة بالتسامع.. تقبل وإن صرحا بالتسامع؛ لأن الشاهد ربما يكون سنه عشرين وتاريخ الوقف مائة سنة، فيتيقن القاضي أنّ الشاهد شهد بالتسامع لا بالعيان؛ فإذاً لا فرق بين السكوت والإفصاح [٢٣٥/أ].

والآدميُّ إِن عُلِمَ رِقُّهُ أَو كَانَ صَغِيراً لَا يعبِّرُ عَن نَفسه.. فَكَذَلِك.

وَلَو فسَّر لِلْقَاضِي: أَنَّه شهدَ بِالتَّسَامُعِ، ....

إنما هو بالنسبة إلى النسب قصداً، وهو مقبول فيه، على ما تقدم، وفي ضمن ذلك يثبت المال، ولا معتبر للتضمينات في الشرع.

(**والآدمي إن علم رقه أو كان صغيراً لا يعبر عن نفسه.. فكذلك**) يعني: إذا رأى عبداً أو أمة في يد [٢٣٤/ب] شخص.. فلا يخلو:

إما أن يعرف رقهما، أو لا.

فإن كان الأول.. حلّ له أن يشهد أنهما ملك صاحب اليد؛ لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، فيكون في يد غيره.

وإن كان الثاني.. فأما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما، أو كبيرين يعبران عن أنفسهما.

فإن كان الأول.. فكذلك؛ لأنه لا يد لهما على أنفسهما.

وإن كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان أو بالغاً.. فلا يحل له الشهادة؛ لأن اليد في ذلك لا تدل على الملك؛ لأنهما حينئذ في أيدي أنفسهما، وذلك يدفع يد الغير عنهما، حتى إنّ الصبي العاقل إن أقر على نفسه بالرق لغير.. جاز.

وعن أبي حنيفة: أنه يحل له الشهادة فيهما أيضاً؛ اعتباراً بالثياب.

وهكذا عن أبي يوسف ومحمد أيضاً، فجعلوا السيد دليلاً على الملك في الكل.

(**ولو فسر**) أي: الشاهد شهادته (**للقاضي: أنه شهد بالتسامع**)؛ أي: فيما يجوز فيه الشهادة بالتسامع من الأمور المذكورة؛ بأن يقولوا: شهدنا بذلك؛ لأنا سمعناه من الناس.

وَمن شهدَ أَنَّهُ حضرَ دفنَ زيدٍ أَو صلّى عَلَيْهِ.. قُبِلَتْ، وَهُوَ عِيانٌ.

فلو أنهما شهدا بالتسامع وقالا: نشهد بالتسامع.. تقبل شهادتهما.

بخلاف غير الوقف مما يجوز فيه الشهادة بالتسامع؛ فإنهما إذا صرحا بالتسامع في شهادتهما في غير الوقف.. لا يجوز. انتهى.

وهكذا في الثالث عشر من «الفصولين»: وهل تؤخذ الدار المدعاة للوقف بهذه الشهادة من يد ذي اليد؟

أفتى مشايخ الإسلام: بأن تصرف ذي اليد بتلك الدار إن كان مستنداً إلى سبب شرعي من أسباب الملك.. لا تؤخذ من يد ذي اليد، وإلا.. تؤخذ.

فإن قيل: فإذا لم تؤخذ من يده.. فما فائدة قبول تلك البينة على وقفيتها؟

قلت: فائدته: تظهر في محلين:

أحدهما: أنه إذا زال مستند ذي اليد بوجه.. تؤخذ الدار للوقف.

والثاني: أن ذا اليد إذا مات بلا وارث.. تؤخذ الدار للوقف لا لبيت المال.

(**ومن شهد أنه حضر دفن زيد أو صلى عليه.. قبلت**).

وإن فسرها للقاضي بأن قال: كنت حاضراً دفنه وصليت على جنازته (**وهو**) أي كل واحد من الحضور والصلاة (**عيان**) فكأنه قال: عاينت موته.

* * *

(بَابُ مَن تُقبلُ شَهَادَتُهُ وَمَن لَا تُقبلُ)

(بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَل)

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع فيه.. شرع في بيان ما تسمع منه وما لا تسمع منه، وقدم ذلك على هذا؛ لأنه محل الشهادة، والمحال شروط، والشروط مقدمة على المشروط.

واعلم: أن الأصل في عدم سماع الشهادة وردّها: هو التهمة؛ لقوله ﷺ: «لا شهادة لمتهم»، ولأنها خبر يحتمل الصدق والكذب، وحجته ترجح جانب الصدق فيه، وبالتهمة لا يترجح.

والتهمة قد تكون لمعنى في الشاهد:

- **كتذيب نفسه** كمن ادعى لنفسه شيئاً، ثم شهد أنّ ذلك لفلان المدعي.

وكمن أقر أنه لزيد، ثم شهد أنه لعمرو.. فإن في هاتين الشهادتين تكذيباً لنفسه، فلا تقبل، كما ذكره في الفصل الثاني من شهادة «الخلاصة»؛ فإنه قال في نوع التناقض نقلاً عن «الأجناس»: رجل ادعى داراً وأقام البينة، فأبطل القاضي بينته، ثم جاء بعد عشرين سنة فشهد أنها لآخر.. فشهادته باطلة.

وكذا لو قال: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها إنها لفلان آخر.. لا تقبل. انتهى.

فعلم منه [... ...][1] شهد على فلان ما ادعاه أو لا.. لا تقبل شهادته.

قيل: لا تقبل شهادة الدائن لمديونه المفلس، كما في «القنية»؛ حيث قال رامزاً إلى «المحيط»: ولا تقبل شهادة رب الدين لمديونه إذا كان مفلساً.

ثم قال رامزاً إلى شمس الأئمة الحلواني: إنها مقبولة وإن كان المديون مفلساً.

---

(١) بياض في المخطوط بمقدار كلمتين لم أتبين ما هو.

لَا تُقبلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذا تحمّلهَا بَصيراً.

وبقي الكلام في الشهادة على النفي، وإنما لا تسمع لمعنى في نفس الشهادة .. فإنها شرعت للإثبات لا للنفي، وهذا أصل يبتنى عليه الفروع.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: ستة عشر لا تقبل شهادته: العبد، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، والمحدود في القذف وإن تاب عندنا، والشريك لشريكه فيما هو فيه شريك، والمفاوض، والذي يجر إلى نفسه بشهادته مغنماً، والشهادة على النفي، وشهادة أهل الكفر على المسلم، وشهادة المولى لمأذونه، ومكاتبه، وشهادة الأعمى، والخنثى المشكل لو شهد مع رجل أو امرأة، ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل.

وتكلموا في الفسق الذي يمنع الشهادة.

واتفقوا: على أن الإعلان بالكبيرة يمنع الشهادة.

وفي الصغائر: إذا كان معلناً نوع فسق مستشنع يسميه الناس بذلك فاسقاً مطلقاً.. لا تقبل شهادته أيضاً.

وإن لم يكن كذلك؛ إن كان صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أغلب من خطئه ويكون سليم القلب.. تقبل شهادته؛ لأن غير المعصوم لا يخلو عن قليل ذنب، فيعتبر فيه الغالب.

وعن أبي يوسف: إن كان الفاسق وجيهاً ذا مروءة.. جازت شهادته؛ لأن مثله لا يكذب.

(**لا تقبل شهادة الأعمى**)؛ لاحتمال الغلط لخلل في أداة التمييز.

(**خلافاً لأبي يوسف فيما إذا تحملها بصيراً**).

واعلم [٢٣٦/أ]: أن شهادة الأعمى؛ إما أن تكون في الحدود والقصاص، أو لا.

فإن كان الأول.. فلا تقبل بالاتفاق.

وإن كان الثاني؛ فإما أن يكون مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت وغيرهما أو لا.

هذا فيما إذا كان المديون حياً، وأما إذا كان ميتاً.. فلا تقبل، كما في [٢٣٥/ب] «القنية»؛ حيث قال: رب الدين إذا شهد لمديونه بعد موته بمال.. لا تقبل؛ لتعلق حقه بالتركة.

وكذا [الموصى له] بألف مرسلة [أو شيء بعينه][١]؛ لا تقبل شهادته؛ لأنه [يزداد به] محل وصية أو سلامة عينه.

- **وكالفسق**؛ فإن من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه.. فقد لا ينزجر عنه فكان متهماً بالكذب.
- **وكجر المغنم إلى نفسه وكدفع المغرم عن نفسه**؛ كشهادة بعض أهل المحلة على بعض في القتل، كما سيأتي في باب القسامة.

وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة يتهم بها بإيثار المشهود له على المشهود عليه كالولاد.

وقد تكون لخلل في أداة التميز؛ كالعمى المفضي إلى تهمة الغلط فيها.

وقد تكون بالعجز عما جعله الشرع دليل صدقه؛ كالمحدود في القذف، كذا في «العناية».

ولا يخفى عليك أن سبب رد شهادة الصبيان والمجانين والمعتوه والنساء وحدها والرقيق.. راجع إلى الخلل في أداة التمييز كالعمى.

أما فيما عدا الرقيق.. فظاهر.

وأما في الرقيق: فلأن خدمة المولى مانعة عن كمال الضبط والحفظ، وهو شرط أهلية الشهادة؛ مثل العقل الكامل، ولأنه لا ولاية في الرقيق، وعدم الولاية يخل في التمييز، فيكون متهماً بتهمة الغلط.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من مخطوط «القنية» (٣١٠).

فإن كان الأول.. قبلت عند زفر، واختاره بعض أصحابنا كصاحب النصاب على ما في «الخلاصة» و«البزازية»، وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة.

وإن كان الثاني؛ فإن كان بصيراً وقت التحمل والمشهود به غير منقول.. قبلت عند أبي يوسف والشافعي، وإنِ انتفى أحدهما.. لم تقبل بالاتفاق، وهذا؛ لأن الشهادة لها ثلاث أحوال:

حالة التحمل، وحالة الأداء، وحالة القضاء.

فأبو يوسف: اعتبر حالة التحمل.

وأبو حنيفة ومحمد: اعتبرا الحالات الثلاث كلها.

فإذا وجد العمى حالة التحمل.. لم تقبل بالاتفاق.

وإن وجد البصير المبصر حالة التحمل، ثم عمي عند الأداء.. تقبل عند أبي يوسف، لا عندهما.

ثم وجه عدم قبولها في الحدود والقصاص.. فلأنها تندرئ بالشبهات، وشهادة الأعمى مما فيه شبهة؛ لأن الصوت والنغمة المسموعة في حق الأعمى تقام مقام المعاينة، والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير.

وأما وجه قول زفر: فهو أن الحاجة فيه إلى السماع، ولا خلل فيه.

وأجيب: بأن من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع.. لا تقبل أيضاً فيما يجري فيه التسامع كالصبي والمجنون.

وأما وجه أبي يوسف والشافعي: فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل، فصح تحمله.

ثم الأداء؛ إما أن يكون بالقول، ولا خلل في القول؛ لأن لسانه سالم، وكان المقتضي لصحة التحمل: الأداء، والأداء موجود؛ إذ المانع وهو عدم التعريف منتف؛

وَلَا شَهَادَةُ الْمَمْلُوكِ ....

لأن التعريف يحصل بالنسبة، فصار كالشهادة على الميت؛ فإنه إذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين.. فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكرا النسبة إلى الجد.

وقيل: تكفي النسبة إلى الأب.

والمختار: هو الأول.

وأجيب عنه: بأنا لا نسلم أن القول مستبد بتحصيل الأداء، بلِ الأداء مفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفي النغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود؛ فإن الشهود البصراء كثيرة، وفيهم غنية عن شهادة الأعمى.

وأما وجه أبي حنيفة ومحمد: فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده، ولا قيام لها بالعمى وقت القضاء، فصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق؛ فإنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جن أو ارتد [٢٣٦/ب] بعد الأداء أو قبل القضاء.. لا يقضي القاضي بشهادته.

كما أنهم أجمعوا أن الموت والغيبة بعد الأداء قبل القضاء لا تمنع القضاء.

والأصل ههنا: أن كل ما يمنع الأداء.. فهو يمنع القضاء أيضاً؛ لأن المقصود من أدائها: القضاء، وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع، فيمنع القضاء أيضاً.

والعماء بعد التحمل يمنع الأداء عندهما، فيمنع القضاء أيضاً، وعند أبي يوسف: لا يمنع الأداء.. فلا يمنع القضاء، كذا قالوا.

قلت: وهذا يشبه أن يكون النزاع لفظياً.

(ولا شهادة المملوك) أي: لمولاه ولغيره، وهذا لما فيه من الخلل في شرط أهلية الشهادة؛ أعني: كمال الضبط؛ لاشتغاله بخدمة مولاه، ولأن الشهادة بينة على الولاية الكاملة، وليس للمملوك ولاية قاصرة، فضلاً عن الولاية المتعدية إلى الغير.

وَالصَّبِيّ، إِلَّا إن تحمّلا حَالَ الرّقِّ والصغرِ وأدّيا بعدَ الْعتْقِ وَالْبُلُوغِ.

وَلَا شَهَادَةُ الْمَحْدُودِ فِي قذفٍ وإِنْ تَابَ، ....

أطلقه، فشمل: القن، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

وفي «البحر»: ومعتق البعض والمعتق في المرض.. كالمكاتب في زمن سعايته؛ إذا لم يخرج من الثلث.. لا تقبل شهادته.

وكذا المدبر بعد موت مولاه إذا لم يخرج من الثلث.. كالمكاتب عند أبي حنيفة في زمن سعايته، لا تقبل شهادته.

وحر مديون عندهما، فتقبل شهادته.

(**والصبي**) لما ذكرناه من الخلل في كمال الضبط؛ لعدم العقل الكامل فيه، ولقصور ولايته.

(**إلا إن تحملا حال الرق**)، بخلاف ما لو تحملها حال الحرية، ثم صادف أداؤها حال الرق .. فإنها لا تقبل.

(**والصغر وأديا بعد العتق والبلوغ**).. فإنها مقبولة، سواء شهدا قبل العتق والبلوغ فردت شهادتهما، ثم شهدا في تلك الحالة أيضاً بعد العتق والبلوغ، أو لم يشهدا أصلاً بعد التحمل، أو شهدا ولم ترد ثم شهدا أيضاً.. فإنها مقبولة في الصور الثلاث؛ لصيرورة الأهلية بالولاية والضبط الكامل وقت الأداء.

(**ولا شهادة المحدود في قذف**)؛ لعجزه عما جعل الشرع دليل صدقه؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾.

وأشار رحمه الله إلى ما في «المبسوط»: أنه لا تسقط بشهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد؛ لأن ما دونه ليس بحد، بل تعزير، وهو لا يسقط الشهادة.

وعن أبي حنيفة: أنها تسقط إذا أقيم عليه الأكثر، وعنه: إذا ضرب سوطاً.

(**وإن**) وصلية (**تاب**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾، ولأن ضمير «لهم»

راجع إلى المحدودين في القذف، وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدوداً في قذف، ولأن رد الشهادة من تمام الحد؛ لكونه مانعاً عن القذف كالجلد، فيبقى بعد التوبة كأصله [٢٣٧/أ]؛ لأن الجلد لا يسقط بالتوبة، فكذا ما هو من تمامه.

فإن قيل: المحدود في القذف فاسق؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾، والفاسق إذا تاب.. تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف.

أجيب: بأن الشهادة إن ردت للفسق كالمحدود في غير القذف.. قبلت بالتوبة، وإلا.. فلا؛ كالمحدود في القذف؛ فإنها ردت فيه لكونها من تمام الحد، لا للفسق، كذا في «العناية».

وفيه نظر؛ لأن المصرح في «الخلاصة» و«البزازية»: أن من ردت شهادته لفسقه، ثم تاب وشهد.. لا تقبل.

والجواب: أن مراد صاحب «العناية»: أنها تقبل في غير ذلك الحادثة.

والمراد بما في «الخلاصة» و«البزازية»: أنها لا تقبل في تلك الحادثة.. فلا منافاة.

وقال الشافعي: تقبل بالتوبة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾؛ فإنه استثنى التائب، وهو ينصرف إلى الجميع.

قلنا: إنه ينصرف إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾، وهو ليس بمعطوف على ما قبله؛ لأنه إخباري، وما قبله طلبي، والاستثناء منقطع على ما في الأصول.

وقال في «البحر»: لو أقام القاذف أربعة شهداء بعدما حدّ على أنّ المقذوف زنى.. قبلت شهادته بعد التوبة. انتهى.

فعلى هذا: لو قال المصنف: «إن لم يقم بينة على صدقه».. لكان أولى.

وإنما قيد بقوله: «على أنه زنى»؛ لأنه لو أقام بينة على إقرار المقذوف بالزنا..

إِلَّا إِن حُدَّ كَافِراً ثُمَّ أَسلمَ.

لا يشترط أن يكونوا أربعة، بل يكفي اثنان؛ لما في «فتح القدير» من باب حد قذف: فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا.. يدرأ الحد عن القاذف؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة.

(**إلا إن حدّ كافراً**) أي: لا تقبل شهادة المحدود في قذف في حال من الأحوال، إلا حال كونه حدّ كافراً (**ثم أسلم**)؛ فإنه حينئذ تجوز شهادته؛ لأن الإسلام حدّ ثبت له شهادة مطلقة.

توضيحه: أن الكافر إذا قذف كافراً أو مسلماً، وحُدَّ في قذف.. لم تجز شهادته بعد ذلك على الكافر.

فإذا أسلم.. جازت شهادته مطلقاً، على المسلم وعلى الكافر؛ لأن للكافر شهادة على مثله، ومن له ذلك وحدّ في قذف.. كان ردّ شهادته من تتمة حدّه، فلا تقبل شهادته على مثله، وبالإسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الأولى؛ لأن الإسلام ماح للذنوب، ومطلق للأحكام، فلا يكون الرد من تمامه.

بخلاف العبد إذا حدّ في القذف ثم أعتق؛ حيث لم تقبل شهادته؛ لأنه لم تكن له شهادة إلا ما كان بعد العتق، فجعل ردّها من تمام حده.

فإن قيل: ما الفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام [٢٣٧/ب]، وبين العبد إذا حد في القذف؛ حيث جعل القذف قائماً في حقه إلى حصول أهلية الشهادة، ولم يجعل الزنا قائماً إلى حصول نفوذ الولاية؟

أجيب: ببيان الفرق بينهما: بأن الزنا لم ينعقد موجباً في دار الحرب للحد؛ لانقطاع ولاية الإمام، فلا ينقلب موجباً، والقذف موجب في حق الأصل، فيوجب الوصف عند إمكانه.

إنما قال: «حد كافراً»؛ لأنه إذا قذف مسلماً، ثم أسلم فحد في حال إسلامه.. لم تقبل شهادته.

وَلَا الشَّهَادَةُ لأصله وإِنْ علا، وفرعِهِ وَإِن سفلَ ....

بخلاف ما لو حدَّ قبل الإسلام، ثم أسلم.. فإنه قبلت شهادته، ولهذا قيد الحدّ بحال كفره.

أطلق الحد في قوله كافراً، فشمل: ما إذا حد تماماً أو بعضاً، حتى إذا ضرب سوطاً قبل إسلامه فأسلم، ثم ضرب الباقي بعد إسلامه.. تقبل شهادته؛ لأن ما يوجد بعد إسلامه ليس بحدّ، بل تعزيز.. فلا يترتب عليه رد الشهادة.

وعن أبي حنيفة: إذا ضرب السوط الأخير بعد الإسلام.. لا تقبل شهادته؛ لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات أجزاء.. تعلق بالجزء الأخير.

وعنه أيضاً: إذا ضرب الأكثر بعد الإسلام.. لا تقبل.

واعلم: أنهم قالوا: متى ردت الشهادة لعلة، ثم زالت تلك العلة.. لا تقبل؛ إلا في أربعة مواضع:

أحدها: عبد تحمل الشهادة وردت شهادته، ثم عتق فشهد في تلك الحادثة.. تقبل إن كان عدلاً.

والثاني: كافر شهد ما تحمله على مسلم فردت شهادته، ثم أسلم فشهد له فيه.. تقبل.

الثالث: الأعمى إذا شهد فردت شهادته، ثم صار بصيراً فشهد فيه.. تقبل.

الرابع: الصبي إذا شهد في حادثة فردت، ثم بلغ فشهد فيها.. تقبل.

والمصنف أشار إلى هذه المستثنيات، إلا الثالث.

(**ولا الشهادة لأصله**)، ولو كان الأصل هو الزاني؛ لأن الوالد من الزنا لا تقبل شهادته للزاني وإن لم يثبت نسبه منه؛ كما في كتاب الزكاة من «الأشباه».

(**وإن علا، وفرعه وإن سفل**)، وإن كانت شهادته لذلك الفرع ضمناً، على ما نذكره في آخر الباب.

وَعَبدِهِ ومكاتبِهِ، وَمن أحدِ الزَّوْجَيْنِ للْآخر، ....

(وعبده ومكاتبه، و) لا **(من أحد الزوجين للآخر)**، ولو كانت الزوجة معتدة من بائن، على ما في «الخلاصة» نقلاً عن الخصاف.

وهكذا في حضانة «الدرر».

بخلاف ما لو انقضت عدتها، ثم شهد لها بما تحمل لها وقت النكاح.. فإنها تقبل.

وكذا شهادة المرأة له لا تجوز في العدة، وتجوز بعدها.

والأصل فيه: ما رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «لا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا الوالد لولده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا المولى لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره».

ولأن المنافع بين الأصول [٢٣٨/أ] والفروع متصلة، حتى لا يجوز دفع الزكاة إليهم.

واتصالها يوجب كون الشهادة لنفسه من وجه.

وكذا الاتصال بين المولى وعبده، وبين الزوج وامرأته، فيكون متهماً في شهادته بجر النفع لنفسه. فلا تقبل.

وقال الشافعي: شهادة أحد الزوجين للآخر جائزة.

والحجة عليه: ما روينا وما ذكرنا.

وقال في «فتح القدير»: ولو شهد أحد الزوجين للآخر في حادثة فردت، فارتفعت الزوجية، فأعاد تلك الشهادة.. تقبل.

ورده في «البحر» وقال: إنه سهو منه.

وأشار بقوله: «لأصله» إلى أن الشهادة على أصله وعلى فرعه جائزة كما ذكروه، واستدلوا عليه بمسائل:

منها: ما في «الولوالجية»: ويجوز شهادة الابن على أبيه بطلاق امرأته إذا لم تكن لأمه، ولا لضرتها.

ومنها: ما ذكره في «البحر» نقلاً عن «الجامع الكبير»: رجل يشهد عليه بنوه أنه طلق أمهم ثلاثاً، وهو يجحد؛ فإن كانت الأم تدعي الطلاق.. فشهادتهم باطلة، وإن كانت تجحد.. فالشهادة جائزة؛ لأنها إذا كانت الأم تدعي الطلاق.. كانت الشهادة لأمهم، فلا تقبل، وإن كانت تجحد.. كانت الشهادة على أمهم، فتقبل.

ورد هذا: بأن الشهادة على الطلاق لا تتوقف على الدعوى، بل تقبل بلا دعوى، حسبة، كما تقدم، فكان وجود الدعوى وعدمها على السواء، فتقبل فيها.

وأجاب عنه في «البزازية»: بأن الشهادة على الطلاق وإن كانت حق الله تعالى.. لكن [فيها حقها أيضاً].

ومنها: ما في «البحر» أيضاً عن «الجامع الكبير»: رجل طلق امرأته قبل الدخول، ثم تزوجها، فشهد ابنان أنه طلقها في المرة الأولى ثلاثاً، ثم تزوجها بلا تحليل.. تقبل.

ومنها: ما في «البحر» أيضاً: يشهد ابنان على الأب أنه خلع امرأته على صداقها؛ فإن كان الأب يدعي.. لم تقبل؛ دخل بها أو لم يدخل، وإلا.. تقبل؛ ادّعته أو لا.

ثم اختلفوا في الأجير المذكور فيما روينا، فقال صاحب «الهداية»: المراد به، على ما قال المشايخ: هو التلميذ الخاص، الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه، ونفع أستاذه نفع نفسه.

وقيل: التلميذ الخاص ليس ما ذكر، بل هو الذي يأكل معه، وفي عياله، وليس له أجرة معلومة.

وقيل: المراد بالأجير: هو الأجير مسانهة أو مشاهرة، وهو الأجير الوحيد،

فيستوجب الأجر بمنافعه، وأداء الشهادة من جملة منافعه، فيصير كالمستأجر عليها، فيتهم بجر المنافع، وهو الاستحسان.

والقياس: قبول شهادته؛ لكونها شهادة عدل، ولهذا أجاز شهادة [٢٣٨/ب] الأستاذ له، ووضع الزكاة فيه، لكن الاستحسان حجة يترك بها القياس.

وأما شهادة الأجير المشترك.. فمقبولة؛ لأن منافعه غير مملوكة لأستاذه، ولهذا: له أن يؤجر نفسه من غيره في مدة الإجارة، كذا في «الهداية» و«العناية».

وهكذا ذكره في «الخلاصة»، ثم قال: ولو شهد عند القاضي ولم يكن أجيراً وقت الأداء، ثم صار أجيراً قبل أن يقضي القاضي؛ فإن أبطل شهادته فيها؛ فإن لم يبطل شهادته حتى بطلت الإجارة، ثم أعاد الشهادة.. جاز؛ كالمرأة إذا طلقها قبل أن ترد شهادته، ثم أعاد.. جاز.

وقال في «قاضي خان»: إذا شهد الأمير لأستاذه، وهو أجير شهر، فلم يرد شهادته ولم يبدل حتى مضى الشهر، ثم عدل.. لا تقبل شهادته؛ لأن شهادته لم تكن مقبولة.. فلم تصر مقبولة؛ كمن شهد لامرأته، ثم طلقها قبل التعديل.. لا تقبل شهادته.

وإن شهد ولم يكن أجيراً، ثم صار أجيراً قبل القضاء.. بطلت شهادته؛ لأن قيام الشهادة إلى وقت القضاء شرط لجواز القضاء، وهو كما لو شهد وهو عدل ففسق قبل القضاء.

ولو أن القاضي لم يرد شهادته وهو غير أجير، ثم صار أجيراً ومضت مدة الإجارة.. لا يقضى بتلك الشهادة وإن لم يكن أجيراً عند الشهادة ولا عند القضاء؛ لأن اعتراض الإجارة على الشهادة أبطل الشهادة.

ولو أن القاضي لم يبطل شهادته ولم يقبل، فأعاد الشهادة بعد انقضاء مدة الإجارة.. جازت شهادته الثانية. انتهى.

وَلَا الشَّرِيكِ لِشَرِيكه فِيمَا هُوَ مِن شَرِكَتِهما.

وَلَا شَهَادَةُ المخنَّثِ الَّذِي يفعلُ الرَّدِيءَ، ....

والوكيل ومشرف القرية: كالأجير المشترك.

ولا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل.

ولو شهد للورثة الكبار.. تقبل وإن كان في حال الوصاية؛ كذا في «الخلاصة».

(ولا الشريك) أي: ولا شهادة الشريك **(لشريكه فيما هو من شركتهما)**؛ لما رويناه وذكرناه من تهمة جر المنافع لنفسه.

بخلاف ما لو شهد فيما ليس من شركتهما.. فإنها تقبل؛ لعدم التهمة.

قيل: هذا في شركة العنان، وأما إذا كانا شريكين مفاوضين.. فلا تقبل شهادة أحدهما للآخر أصلاً، إلا في الحدود والقصاص والنكاح؛ لأن ما عدا هذه الثلاثة مشترك بينهما، فيكون متهما بجر النفع إلى نفسه، كذا في «النهاية» و«العناية».

وزاد في «فتح القدير» على هذه الثلاثة: الطلاق والعتاق وطعام أهله وكسوتهم.

وتعقبه في «الزيلعي» وقال: وهذا سهو من صاحب «النهاية»؛ فإنه لا يدخل في الشركة إلا الدراهم والدنانير، ولا يدخل فيه العقار والعروض، ولهذا قالوا: لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدنانير.. لا تبطل الشركة؛ لأن المساواة فيه ليس [٢٣٩/أ] بشرط. انتهى.

قد تقدم في الشركة: أن الفلوس النافقة مثل الدراهم والدنانير في كونها مال الشركة.

(ولا شهادة المخنث) بفتح النون وكسرها مشددة على ما في «البحر»، وهو: **(الذي يفعل الرديء)**؛ من التشبه بالنساء في كلامه وتزيينه والتمكين من الرجال عمداً وغير ذلك .. فإنها معصية وفسق، فلا تقبل شهادته؛ لقوله ﷺ: «لعن الله المؤنثين من الرجال، والمذكرات من النساء».

والنائحةِ، والمغنِّيَةِ، والعدوّ بِسَبَبِ دنيا على عدوِّهِ، ....

وأما إذا كان في كلامه لين، وفي أعضائه تكسر ولم يشتهر منه شيء من الأفعال الرديئة.. فهو مقبول الشهادة.

(و) لا شهادة (**النائحة**) أي: في مصائب الناس، ولو بلا أجر؛ لارتكابها الحرام طمعاً في المال.

وأما النائحة في مصيبة نفسها.. فتقبل شهادتها، على ما صرح به في «البحر»، وذلك لعدم طمعه في المال، بل لدفع وحشته.

(**والمغنية**)، قال في «العناية»: والتغني للهو معصية في جميع الأديان.

ثم قال في «الزيادات»: إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب... وذكر منها: الوصية للمغنين والمغنيات؛ خصوصاً إذا كان الغناء من المرأة.. فإن نفس رفع الصوت منها حرام، فضلاً عن ضم الغناء إليه. انتهى.

ولهذا: أي: ولكون مطلق التغني حراماً من المرأة.. لم يقيد هنا بقوله: «للناس»، بل أطلقه وقيد به فيما ذكر من بعد هذا في غناء الرجل؛ حيث قال ثمة: «أو يغني للناس».

ثم الأصل فيها: ما روي أن النبي ﷺ نهى عن الصوت الأحمقين؛ النائحة والمغنية، وصف الصوت بصفة صاحبه.

(و) لا شهادة (**العدو بسبب دنياه على عدوه**)؛ لأن العداوة الدنيوية حرام تزيل العدالة، بخلاف العداوة الدينية .. فإنها تدل على قوة دينه.

أشار رحمه الله: إلى أن نفس العداوة الدنيوية تمنع قبول الشهادة، ولكنه قال في «القنية»: لا يجوز شهادة رجل على رجل بينهما عداوة في شيء من أمور الدنيا، وإذا كان بسبب شيء من أمر الدين.. تقبل.

ومدمنِ الشُّرْبِ على اللَّهْوِ، ....

قال أستاذنا: وجواب «عك»[1] يشير إلى أن نفس العداوة بسبب الدنيا لا تمنع قبول الشهادة، ما لم يفسق لسببها، أو يجلب بتلك منفعة، أو يدفع عن نفسه مضرة، وهو الصحيح وعليه الاعتماد.

وما في «ط»[2] و«الواقعات»: اختيار المتأخرين، وأما الرواية المنصوصة.. فبخلافها.

وفي «كنز الرؤوس»: شهادة العدو على عدوه تقبل.

وقال الشافعي: لا تقبل.

لنا: أن العداوة إن كانت قادحة في الشهادة.. وجب أن تكون قادحة في حق الكل؛ كالفسق أي: في حق عدوه وغيره، وإلا.. فتقبل، وهكذا أطلق في «خزانة الفقه».

وذكر في «شرح السنة» [٢٣٩/ب] و«معالم السنن» على مذهب الشافعي: لا تقبل شهادة العدو على عدوه؛ لأنه متهم.

وقال أبو حنيفة: تقبل إذا كان عدلاً.

قال أستاذنا: وهو الصحيح، وعليه الاعتماد، أنه إذا كان عدلاً.. تقبل شهادته وإن كان بينهما عداوة بسبب أمر الدنيا. انتهى.

فعلى هذا: ما ذكر في المتن وغيره خلاف الصحيح من الرواية.

(**ومدمن الشرب على اللهو**)؛ أي: المداوم على شرب شيء من الأشربة المحرمة؛ خمراً كانت أو غيرها؛ مثل: السكر ونقيع الزبيب والمنصف.

وشرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس؛ فإن المتهم بشرب التمر في بيته سرّاً.. مقبول الشهادة وإن كانت كبيرة. كذا في «العناية».

---

(١) «عك» هو رمز عين الأئمة الكرباسي، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٠٨-٣٠٩).

(٢) «ط» هو رمز «المحيط».

وَمن يلْعَبُ بالطُّيورِ، أَو بالطُّنبورِ، أَو يُغنِّي للنَّاسِ، ....

وقال في «قاضي خان»: إن من اتهم بشرب الخمر في بيته.. لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة، وإنما تبطل إذا أظهر ذلك أو خرج من بيته سكران يتسخر منه الصبيان؛ لأن مثله لا يحترز عن الكذب. انتهى.

وقال في «البحر» نقلاً عن «النهاية»: لا يجوز شهادة مدمن الخمر، ثم قال: شرط الإدمان، ولم يرد به الإدمان في الشرب، وإنما أراد به الإدمان في النية؛ يعني: يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده. انتهى.

والمشهور: ما فسرنا.

(و) لا شهادة **(من يلعب بالطيور)**؛ لأنه يورث غفلة لا يؤمن بها على الإقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة.. فلا تقبل شهادته.

وقد صرح في «قاضي خان»: أن من اشتد غفلته.. لا تقبل شهادته، ولأنه مصر على نوع لعب، والإصرار عليه كبيرة، ولأنه قد يقف على عورات النساء بالصعود على سطحه ليطير طيره، وذلك فسق.

وأما إذا كان يستأنس بالحمام في بيته.. فهو عدل مقبول الشهادة، إلا إذا خرجت من بيته .. فإنها حينئذ تأتي بحمامات غيره، فتفرخ في بيته، وهو يأكل ويبيع، ولا يعرفه من حمامة نفسه، فيكون آكلاً للحرام، وبه تسقط عدالته، كذا في «العناية».

(أو بالطنبور) بالضم: آلة اللهو معروف، ويدخل فيه سائر آلات اللهو، **(أو يغني للناس)** أي: اللهو مع آلة أو لا.

قيده «بالناس»؛ لأنه لو كان غناؤه لنفسه لدفع وحشته.. لا بأس به عند عامة المشايخ.

ومنهم من كره ذلك أيضاً.

ولهذا لم يكتف بذكر المغنية، بل أفرده بالذكر بعد ذكرها؛ لأنها مطلقة على ما عرفت، وهذا مقيد كما ترى.

أَو يلْعَبُ بالنَّرْدِ، أَو يقامِرُ بالشِّطرَنجِ أَو تفوتُهُ الصَّلَاةُ بِسَبَبِهِ، ....

وعلل صاحب «الهداية» عدم قبول شهادة من يغني للناس: بأنه يجتمع الناس على ارتكاب كبيرة.

وقال في «البحر»: وظاهره: أن الغناء كبيرة وإن لم يكن للناس، بل لإسماع نفسه لدفع وحشته، وهو قول شيخ الإسلام؛ فإنه قال بعموم المنع.

والعجب من صاحب [٢٤٠/أ] «الكافي» أنه علل المسألة بما علل به في «الهداية» وجوز الغناء إذا كان لإسماع نفسه لإزالة وحشته. انتهى.

قلت: كون ما ذكره ظاهر كلام «الهداية» ممنوع.

(أو يلعب بالنرد)؛ فإن مجرد اللعب بالنرد مع قطع النظر عن مقارنة القمار أو تفويت الصلاة وإكثار الإيمان الكاذبة.. مسقط للعدالة على ما في «الذخيرة»؛ لقوله ﷺ: «ملعون من لعب بالنرد».

(أو يقامر بالشطرنج)، القمار: أن يأخذ من صاحبه شيئاً في اللعب.

(أو تفوته الصلاة بسببه) أي: بسبب لعب الشطرنج.

لعب الشطرنج: بدون انضمام أحد الأمور الثلاثة: القمار، وتفويت الصلاة، وإكثار الإيمان الكاذبة، بسبب اشتغاله به.. ليس بفسق مانع عن الشهادة.

بخلاف اللعب بالنرد؛ لما ذكرناه.

وإنما يذكر المصنف القيد الثالث؛ أعني: إكثار الإيمان الكاذبة؛ لأن الغالب فيه الأولان.

وفي «الجواهر»: إن مجرد لعب الشطرنج بلا مقارنة شيء من الأمور المذكورة فسق مانع عن الشهادة.

واختار في «الهداية»: الأول وقال: لأن للاجتهاد فيه مساغاً؛ لأن مالكاً والشافعي يقولان بحله لشحذ الأذهان.

قال في إجارة «البزازية»: لا تقبل شهادة الدلال، وشهادة محضر قضاة العهد

أَو يرتكبُ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ، أَو يَأْكُلُ الرِّبَا، ....

والوكلاء المفتعلة على أبوابهم، وشهادة الصكاك؛ لملازمتهم على الحلف الكاذب والتعدي في أخذ الأجرة بالزيادة على أضعاف أجر المثل، فلا يكذبون عادلين.

ولهذا أفتوا بأن شهادة محضر القضاة مقبولة إن كان عدلاً.

ولا بد من هذا القيد.

وقال في كتاب الشهادات: وشهادة الصكاكين تقبل في الصحيح.

وقيل: لا؛ لأنهم يكتبون: هذا ما اشترى وباع وضمن الدرك فلان وإن لم يكن واقعاً، وكتابة الكذب والتكلم به سواء.

وفي «النصاب»: وشهادة البخيل لا تقبل؛ لأنه لبخله يستقصي فيما يقرض للناس، فيأخذ زيادة على حقه.. فلا يكون عدلاً.

(أو يرتكب ما يوجب الحد) كالزنا والسرقة والقتل العمد واللواطة على قول أبي يوسف ومحمد، وكالقذف قبل الحد.. فإنه كبيرة تسقط بها العدالة، على ما عليه الفتوى في «شرح النقاية».

وقال في «قاضي خان»: ومن كان يشتم أولاده وأهله وجيرانه.. ذكر في بعض الروايات: أنه لا تقبل شهادته.

وقيل: إن اعتاد ذلك.. بطلت عدالته، وإن فعل ذلك أحياناً.. لا تبطل.

قال الفقيه أبو الليث: إذا لم يكن قذفاً.. لا تبطل عدالته؛ أما القذف.. يبطل العدالة. انتهى.

وهل يشترط إعلان الكبائر التي ارتكبها في إسقاط الشهادة؟

ففي «قاضي خان»: والظاهر: أنه [٢٤٠/ب] يشترط.

(أو يأكل الربا)؛ لأنه فسق يزيل العدالة لو اشتهر به، وإلّا.. فلا؛ لأن الإنسان قلّما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة.

أَو يـدْخلُ الْحمَّامَ بِـلَا إِزَارٍ، أَو يفعـلُ مَـا يُستَخَفُّ بِـهِ كـالبولِ وَالْأكـلِ علـى الطَّرِيقِ، ....

بخلاف أكل مال اليتيم؛ فإنه مسقط للعدالة مطلقاً، اشتهر به أو لا، على ما في «العناية».

(أو يدخل الحمام بلا إزار)؛ لأن كشف العورة حرام تسقط به العدالة.

وقال في «قاضي خان»: لا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير إزار إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك.

(أو يفعل ما يستخف به؛ كالبول والأكل على الطريق) قيد لكل من البول والأكل، وهذا لأن فيه ترك المروءة؛ فإذا كان لا يستحيي من مثل ذلك.. فالظاهر: أنه لا يمتنع عن الكذب أيضاً، فكان متهماً به.

وفي «البحر»: والمراد بالأكل على الطريق والبول عليه: بأن يكون بمرأى من الناس.

وأشار رحمه الله: إلى أن كل ما يخلّ بالمروءة يمنع قبول الشهادة، وإن لم يكن محرماً.

منها: اللعب بالشطرنج على الطريق بدون القمار، وترك الصلاة، وإكثار الكذب.. فإنه بأحد هذه الثلاثة: حرام، على ما تقدم.

وبدون هذه الثلاثة على الطريق: ترك المروءة، وإلا لتشجر الأذهان؛ لأنه يعد خفة وسوء أدب، وهو ترك المروءة.

ومنها: المشي بسراويله وحده، ولا شيء عليه غيره، على ما في «قاضي خان».

ومنها: مد رجله عند الناس.

وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب.

وكشف عورته ليستنجي والناس حضور على ما في «البحر».

أَو يظْهرُ سبَّ السّلفِ.

وفيه أيضاً: أن سرقة لقمة، والإفراط في المزح المفضي إلى الاستخفاف، وصحبة الأراذل.. من قبيل ترك المروءة.

ثم قال: وإذا فعل ما يخل بالمروءة.. سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقاً به؛ حيث كان مباحاً، فكان فاعل المختل بالمروءة ليس بعدل ولا فاسق.

فالعدل: من اجتنب عن فعل المخل بالمروءة، وعن فعل الحرام.

والفاسق: من ارتكب كبيرة، أو أصر على صغيرة. انتهى.

(أو يظهر سبّ السلف) وهم: الصحابة والتابعون والعلماء؛ كأبي حنيفة وأصحابه، على ما في «الزيلعي».

وكذا السب لمسلم وإن لم يكن من السلف، على ما في «الهداية»؛ لأنه؛ إما كفر أو فسق.

قيد بالإظهار؛ لأنه لو اعتقد ذلك ولم يظهره.. فهو عدل، على ما في «العناية».

وفي «البحر»: لا تقبل شهادة بائع الأكفان.

وقيّده الإمام السرخسي: بما إذا ترصد لذلك العمل، وإلا.. فتقبل؛ لعدم تمنيه الموت والطاعون.

وفي «قاضي خان»: ومن أخر الفرض بعد وجوبه إن كان له وقت معين؛ كالصوم والصلاة.. بطلت عدالته، إلا أن يكون التأخير بعذر.

وإن لم يكن له وقت معين؛ كالزكاة والحج.. ذكر الناطقي رواية هشام عن محمد: أنه [٢٤١/أ] قال: لا تبطل عدالته، وبه أخذ محمد بن مقاتل.

وقال بعضهم: إذا أخّر الزكاة أو الحج بغير عذر.. بطلت عدالته، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

وعن أبي يوسف في «الأمالي»: إن الحج يكون على الفور، والصحيح: أن تأخير الزكاة لا يبطل عدالته.

وَتُقبلُ الشَّهَادَةُ لِأَخِيهِ وَعَمه ومَحْرَمِهِ رضَاعاً أَو مصاهرةً.

وإن ترك الجمعة ثلاث مرات.. يصير فاسقاً، كذا ذكر في بعض المواضع.

وبه أخذ الإمام السرخسي.

وذكر في بعض المواضع: أنه يبطل العدالة، ولم يقدِّر ولم يذكر العدد، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني، وعليه الفتوى.

هذا إذا تركها مجانة ورغبة عنها من غير عذر؛ أما إذا تركها لمرض أو لبعد مسافة أو تأويل؛ بأن كان يفسق الإمام أو يضلله.. لا تبطل عدالته.

وإن ترك الصلاة بالجماعة ولم يستعظم ذلك كما يفعل به العوام.. بطلت عدالته.

وإن تركها متأولاً؛ بأن كان يضلل الإمام أو يفسقه.. لا تبطل عدالته. انتهى.

ثم قال فيه أيضاً: إذا قدم الأمير بلدة فخرج الناس وجلسوا في الطريق ينظرون إليه.. قال خلف: بطلت عدالتهم، إلا أن يذهبوا للاعتبار.. فحينئذٍ لا تبطل عدالتهم.

والفتوى: على أنهم إذا خرجوا لتعظيم من لا يستحق التعظيم لا للاعتبار.. تبطل عدالتهم. انتهى.

كذا ذكره في «البحر» نقلاً عن «الخزانة».

(وتقبل الشهادة لأخيه وعمه ومحرمه رضاعاً أو مصاهرةً)؛ لعدم البسوطة بينهم في الأملاك.. فلا تهمة.

بخلاف قرابة الولاد والزوجية على ما سبق.

وكذا تقبل الشهادة لأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه؛ لما ذكرناه من عدم بسوطة الأملاك بينهم، على ما في «البحر».

وفي «المحيط»: وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب ميت، وإنما يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب حيّ، وينبغي أن لا تقبل شهادته حينئذ؛ لأن منافع الأملاك بين أخيه وأبيه متصلة؛ فكأنه شهد لأبيه.

وَشَهَادَةُ أهلِ الْأَهْوَاءِ إِلّا الخِطابيّة والذميِّ على مثلِهِ وإن اختلفا؛ ....

والجواب: أن شهادة الإنسان لأبيه إنما لا تقبل؛ لأن منافع الأملاك بين الأب والابن متصلة، فكانت الشهادة للأب لنفسه من وجه.. فلم تقبل.

وأما شهادته لأخيه.. فليست لنفسه أصلاً؛ لتباين الأملاك. انتهى.

وفي «القنية»: امتدت الخصومة سنين، ومع المدعي أخ وابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه، ثم شهدا له في هذه الخصومة بعد هذه الخصومات.. لا تقبل شهادتهما. انتهى.

قيل: وقياس هذا: أن يطرد ذلك في كل قرابة وصاحب تردد مع قرابته إلى المدعى عليه في الخصومة سنين، ويخاصم له مع المدعى عليه، ثم يشهد له بعد ذلك.. فينبغي أن لا تقبل.

(و) تقبل (**شهادة أهل الأهواء**) أيضاً [٢٤١/ب] أي: بجميع فرقهم المذكورة في الكلام.

وقال الشافعي: لا تقبل شهادتهم أصلاً.

قلنا: إنه فسق من حيث الاعتقاد، وما كان كذلك.. فهو تدين، فلا يخل عدالته، بخلاف الفسق من حيث التعاطي والتهاون.

قيل: أصول أهل الأهواء: الجبر، والقدر، والرفض، والخروج، والتشبيه، والتعطيل، ثم كلّ واحد منهم يفترق اثنتي عشرة فرقة.

(**إلا**) شهادة (**الخطابية**) قيل: هم غلاة الروافض؛ ينسبون إلى أبي الخطاب، وهو رجل كان بالكوفة، قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس؛ لأنه كان يزعم أن علياً الإله الأكبر، وجعفر الصادق الإله الأصغر.

(و) تقبل أيضاً شهادة (**الذمي على مثله وإن اختلفا**) ملة؛ كاليهود مع النصارى؛ لما رواه جابر: أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض. واليهود في معناهم في قبول عقد الذمة.. فيجوز بلا تفرقة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا

بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾، والمراد: الولاية دون الموالاة، ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار.. فيكون أهلاً للشهادة على جنسه أيضاً كالمسلمين.

وهذا حجة على الشافعي ومالك في عدم قبول شهادة أهل الذمة مطلقاً.

وعلى ابن أبي ليلى أيضاً في عدم قبول شهادة ملة على ملة أخرى، بل لا بد من اتحاد ملة.

ومما ينبغي أن يعلم ههنا: ما ذكره في الفصل الحادي عشر من شهادات «التاتارخانية» نقلاً عن «المحيط»: إذا مات الكافر فجاء مسلم وكافر وادعى كل واحد منهما ديناً، فأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر.. قال في «الكتاب»: أجرت بينة المسلم وأعطيت حقه، فإن بقي شيء.. كان للكافر.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما.

ثم قال فيه أيضاً نقلاً عن «الظهيرية»: نصراني مات وترك ألف درهم، فجاء مسلم ونصراني وادعى كل واحد ألف درهم، وأقام كل واحد منهما شاهدين نصرانيين.. فإن الألف كلها للمسلم في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر وقول أبي يوسف أولاً.

ثم رجع أبو يوسف وقال: الألف بينهما نصفان.

ثم قال فيه أيضاً نقلاً عن «المحيط»: قال محمد في «الجامع»: نصراني مات وترك مائة درهم لا غير، فأقام مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم، وأقام مسلم ونصراني شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم بينهما.. يقضى للمسلم المتفرد بثلثي المائة، ويقضي بثلث المائة بين الشريكين نصفان، ثم النصراني الشريك يأخذ من شريكه المسلم [٢٤٢/أ] نصف ما أخذ؛ لتصادقهما أن الدين مشترك بينهما.

ولو كان مكان المسلم المتفرد نصرانياً منفرداً وباقي المسألة بحالها.. فالمائة تقسم بينهم أثلاثاً؛ لكل واحد الثلث.

ولو كان شهود الشريكين مسلمين وشهود النصراني المنفرد نصرانيين وباقي المسألة بحالها.. كان هذا والأول سواء.

فإن كان شهود النصراني المنفرد مسلمين وشهود الشريكين نصراني وباقي المسألة بحالها.. يقضى للنصراني المتفرد نصف المائة، ويقضى بالنصف الآخر للشريكين. انتهى.

وهكذا في «المحيط» السرخسي: وهل يجوز شهادة الذمي على المسلم؟

ففي «الأشباه»: لا تقبل شهادة كافر على مسلم إلا تبعاً أو ضرورة.

فالأول: إثبات توكيل كافر كافراً بكافرين بكل حق هو له بالكوفة على خصم كافر، فيتعدى إلى خصم مسلم آخر، وكذا شهادتهما على عبد كافر موكله مسلم، وهذا بخلاف العكس في المسألتين؛ لكونهما شهادة على المسلم قصداً، وفيما سبق: ضمناً.

والثاني: مسألتين:

في الإيصاء: شهد كافران على كافر أنه أوصى إلى كافر، وأحضر مسلماً عليه حق الميت.

وفي النسب: شهد أن النصراني ابن الميت، فادعى على مسلم بحق. انتهى.

وعلى المستأمن؛ لأن الذمي أعلى حالاً منه؛ لكونه أقرب إلى الإسلام، فصار كشهادة المسلم على الذمي دون عكسه؛ لأنه لا ولاية للمستأمن على الذمي أصلاً؛ لكونه أدنى حالاً منه؛ لكونه أبعد منه للإسلام، ولأن الذمي من أهل دار الإسلام، والمستأمن من أهل دار الحرب، فاختلفا داراً.

إن كانا مِن دارٍ واحدةٍ، وعدوٍّ بسببِ الدِّينِ، ومَن ألَمَّ بصغيرةٍ إنِ اجتنبَ الكبائِرَ وغلبَ صوابُهُ، والأقلفِ، ....

(و) تقبل شهادة المستأمن على مثله (**إن كانا من**) أهل (**دار واحد**)؛ لولاية بعضهم على بعض.

بخلاف ما إذا كانا من أهل دارين؛ كالترك مع الروم؛ حيث لم تقبل؛ لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية بينهما.

بخلاف الذمي مع المستأمن؛ حيث تقبل شهادة الذمي عليه وإن اختلفت الدار بينهما؛ لأن للذمي شرفاً على المستأمن؛ لقربه إلى الإسلام.. فتقبل.

(و) تقبل شهادة (**عدو بسبب الدين**)؛ لأن ذلك عين تدين، والمانع من القبول: ترك ما يكون ديناً؛ كما في العداوة الدنيوية على ما تقدم.

(و) تقبل شهادة (**من ألم**) من اللمم، وهي: الصغيرة، يقال: ألمَّ إذا ارتكب (**بصغيرة إن اجتنب الكبائر**)، ولا يترك الفرائض، ولا يصر على الصغائر، (**وغلب صوابه**)؛ بأن كان إتيانه ما هو مأذون شرعاً أكثر من إلمامه بالصغائر؛ لأنه لو لم تقبل شهادته.. لأدى إلى تضييع أكثر حقوق الناس بسدّ باب الشهادة.

(و) تقبل أيضاً شهادة (**الأقلف**) [٢٤٢/ب]؛ لأن الختان سنة عندنا، وترك السنة لا يمنع العدالة، إلا إذا تركها استخفافاً بالدين.. فإنه حينئذ لا يبقى عدلاً، بل مسلماً، كذا في «العناية».

وفي «قاضي خان»: ولا تقبل شهادة الأقلف، وهو الكبير الذي ترك الختان بغير عذر؛ فإن كان يعرف أن الختان سنة إلا أنّه تركه لخوف الهلاك على نفسه.. لا تبطل عدالته، وتؤكل ذبيحته.

وهكذا ذكره في «الخلاصة»، ثم فسر العذر المبيح لترك الختان بالكبر وخوف الهلاك.

وهل للختان وقت معين؟

والخصيِّ، وَولدِ الزنا وَالْخُنْثَى، والعُمَّالِ، ....

ففيه اختلاف؛ فعن أبي حنيفة: أنه لم يقدر له وقتاً معيناً.

وقدره بعض المتأخرين: من سبع سنين إلى عشر.

وبعض قدره باليوم السابع.

(و) تقبل أيضاً شهادة **(الخصي)**؛ لما روي أن عمر قبل شهادة علقمة الخصي، ولأنها قطعت ظلماً.. فلا تمنع عدالته.

(وولد الزنا) أيضاً؛ لأن فسق الأبوين لا يربو على كفرهما، وكفرهما غير مانع لشهادة الابن، ففسقهما: أولى.

(و) تقبل شهادة **(الخنثى)** أيضاً؛ لأنه؛ إمّا رجل أو امرأة، وشهادة الجنسين مقبولة بالنص.

ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط.

وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء؛ لاحتمال أن تكون امرأة؛ كذا في «العناية».

قال في «الخلاصة»: والخنثى المشكل لا تقبل شهادته مع رجل أو امرأة، ولو شهد مع رجل وامرأة.. تقبل. انتهى.

وهكذا في «البزازية».

(و) شهادة **(العمال)** أيضاً، قال فخر الإسلام: المراد بالعمال ههنا: عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم؛ لأن نفس العمل ليس بفسق؛ فإن أجلاء الصحابة كانوا عمالاً، ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة، إلا إذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم.. فإنه لا تقبل شهادتهم.

إلا إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه؛ فإن المجازف في كلامه.. لا تقبل شهادته؛ كذا في «العناية».

ثم قال: وقيل: المراد بالعمال ههنا: الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم؛

وَالْمُعتَقِ لمعتقِهِ.

وَالْمُعْتَبَرُ: حَالُ الشَّاهِدِ وَقتَ الْأَدَاءِ لَا التحمُّلَ.

لأن من الناس من قال: لا تقبل شهادتهم، فيكون المراد بإيراد قبول شهادتهم رداً عليهم.

(و) تقبل أيضاً شهادة **(المعتق)** اسم فاعل أو مفعول، وكذا قوله **(لمعتقه)**، وهذا؛ لأنه لا تهمة بينهما؛ لعدم البسوطة بينهما في المال، فتقبل شهادة أحدهما للآخر.

(والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا التحمل) كذا في «المختار»، وعلله في «الاختيار»: بأن العمل بها والإلزام معها إنما كان وقت الأداء، فتعتبر الأهلية والولاية عنده أيضاً. انتهى.

واعلم: أن للشهادة ثلاث أحوال على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية» [٢٤٣/أ] وغيرهما:

حالة التحمل، وحالة الأداء، وحالة القضاء.

فأبو حنيفة ومحمد: اعتبرا في الأهلية حال الشاهد في الحالات الثلاث.

وأبو يوسف: اعتبر حاله في حالة التحمل، على ما صرح به في «العناية» في مسألة عدم قبول شهادة الأعمى؛ حيث قال: فالمعتبر عند أبي يوسف: الإبصار عند التحمل، وعندهما: استمراره إلى وقت القضاء، حتى لو عمي بعد الأداء قبل القضاء.. امتنع القضاء. انتهى.

ثم قال: وجه قولهما: أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء أيضاً، والعمى بعد التحمل يمنع الأداء عندهما.. فكذا يمنع القضاء؛ كالخرس والجنون والارتداد بعد الأداء قبل القضاء .. فإنها تمنع الأداء بالاتفاق.

وعند أبي يوسف: العمى بعد الأداء لا يمنع الأداء.. فلا يمنع القضاء أيضاً.

وقال في «الخلاصة»: ولو كان بصيراً عند التحمل، ثم عمي عند الأداء.. لا تقبل في الحدود، وفي غيرهما: كذلك عندهما.

وعند أبي يوسف: تقبل.

وللشهادة ثلاث أحوال: حالة التحمل، وحالة الأداء، وحالة القضاء؛ فإذا وجد العمى في إحدى الأحوال الثلاث.. يمنع القضاء، وعند أبي يوسف: إن وجد في حالة التحمل.. يمنع، وإلا.. فلا. انتهى.

فظهر: أن المعتبر عندهما: استمرار الأهلية من حالة التحمل إلى حالة القضاء.

وأما وجودها في حالة التحمل فقط، ثم عرض المانع.. فغير كاف عندهما، خلافاً لأبي يوسف؛ فإنه كاف عنده. فكلام المصنف: «والمعتبر في أهلية الشهادة حال الشاهد وقت الأداء لا التحمل» لا بد فيه من التأويل؛ بأن يقال: مراده: الاحتراز عن قول أبي يوسف، وهو الاعتبار حالة التحمل فقط، لا حصر الاعتبار وقت الأداء، لم يقل به واحد من أئمتنا.

ثم هذا الخلاف فيما إذا وجد الأهلية وقت التحمل ثم زالت بالعمى.

وأما إذا وجد العمى وقت التحمل، ثم زال وصار بصيراً.. فلا تقبل شهادته بالاتفاق، إلا فيما يجوز الشهادة فيه بالسماع، ويدل عليه: ما ذكرناه من «الخلاصة»؛ أعني: قوله: فإذا وجد العمى في إحدى الأحوال الثلاث.. يمنع القضاء.

وعند أبي يوسف: إن وجد في حالة التحمل.. يمنع.

فإن قيل: قد ذكر في «الخلاصة» أيضاً قبيل هذه المسألة: الأعمى إذا شهد فردت شهادته، ثم صار بصيراً فشهد في تلك الحادثة.. تقبل. انتهى.

وهذا يخالف ما ذكرت من أنه إذا صار بصيراً بعد العمى وقت التحمل لا تقبل شهادته.

قلنا: ليس المراد بهذه المسألة: أن العمى وقت التحمل ابتداء إذا شهد فردت

وَلَو شَهدا أَنَّ أباهما أوصى إِلَى زيدٍ، وَزيدٌ يَدَّعِيهِ.. قُبِلَتْ، ....

شهادته [٢٤٣/ب]، ثم صار بصيراً فشهد.. بل مراده والله أعلم: أنّ من تحمل الشهادة حال كونه بصيراً، ثم عمي وشهد فردت شهادته على مذهب أبي حنيفة ومحمد، ثم صار بصيراً فشهد في تلك الحادثة.. تقبل شهادته بالاتفاق؛ لأنه حينئذ يصير بصيراً في الحالات الثلاث.

ومن فروع مسألة الكتاب أيضاً: عبد شهد فردت شهادته، ثم عتق فشهد في تلك الحادثة.. تقبل شهادته إن كان عدلاً.

وهو أحد محتملات قوله: «والمعتق لمعتقه».

ومنها أيضاً: كافر شهد على مسلم فردت شهادته، ثم أسلم فشهد في تلك الحادثة.. تقبل.

ومنها: صبي شهد في حادثة فردت شهادته، ثم بلغ فشهد في تلك الحادثة.. تقبل؛ لوجود الأهلية وقت الأداء.

فإن قيل: ذكر في «النصاب» وغيره: المولى إذا شهد لعبده فردت، ثم شهد بها له بعد العتق.. لا تقبل، وقد وجدت الأهلية هنا أيضاً، فلم لم تقبل هنا؟

أجيب: بأن المردود هنا شهادة، فلا تقبل بعد الرد، بخلاف المسائل المتقدمة؛ فإن المردود فيها ليست بشهادة، فتقبل الشهادة فيها.

ومن هنا قالوا: لو ردت شهادته بفسق، ثم تاب، ثم شهد في تلك الحادثة.. لم تقبل؛ لأن المردود هنا أيضاً شهادة.

قال في «الحاوي القدسي»: وإن ردت الشهادة لفسق، ثم تاب.. لم تقبل شهادته في ذلك، وتقبل في غيره. انتهى.

(ولو شهدا) أي: الابنان **(أن أباهما أوصى إلى زيد)** أي: جعله وصياً **(وزيد يدعيه.. قبلت)** شهادتهما استحساناً إن كان الموت معروفاً.

وَإِن أنكر.. فَلَا.

وَلَو شهدا أَنَّ أباهما الْغَائِبَ وَكَّلَهُ.. لَا تقبلُ وإِنْ ادّعَاهُ.

والقياس: عدم القبول؛ لتهمة عود المنفعة إليهما بنصيب من يقوم بإحياء حقوقهما.

ووجه الاستحسان: أنها ليست شهادة حقيقة؛ لأنها هي التي توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدون هذه الشهادة، وهذه ليست كذلك؛ لتمكن القاضي من نصب الوصي بدونها إذا رضي الوصي، والموت معروف حفظاً لأموال الناس والأيتام، بل هي دافعة لمؤنة تعيين القاضي الوصي، فصار كالقرعة في عدم الحجية.

أقول: بل لا شهادة هنا أصلاً؛ لأن الشهادة لا بد وأن تقوم على المدعى عليه، ولم يوجد ههنا؛ لأن الوصي إنما يدعي الوصاية على الابنين فأقرهما، فكان من قبيل ما ثبت بالإقرار بالبينة.

(وإن أنكر) زيد ذلك أو لم يعرف الموت (.. **فلا**) تقبل شهادتهما قياساً واستحساناً؛ لأنه ليس للقاضي في شيء في هاتين الصورتين ولاية نصب الوصي، فكانت هي الموجبة لها، والتهمة تردها.

(ولو شهدا) أي: الابنان **(أن أباهما الغائب وكّله)** أي: وكّل زيداً بقبض ديونه في الكوفة مثلاً (.. **لا تقبل**) [٢٤٤/أ] شهادتهما **(وإن)** وصلية **(ادعاه)** أي: وإن ادّعى زيد الوكالة؛ لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب غير المفقود؛ فلو ثبت هذه الولاية للقاضي.. فإنما تثبت بشهادتهما، فكانت موجبة لها، وتهمة الولاد تردّها.

واعلم: أن المصنف رحمه الله ترك ههنا قيدين لا بد من ذكرهما:

أحدهما: إن جحد المطلوب بالدين الوكالة.

والثاني: قبض ديونه إلّا تقييد الوكالة بقبض ديونه.

أما الأول: فلأن المطلوب بالدين إذا أقر الوكالة.. جازت شهادة الابنين على ما صرح به في «البحر».

وأما الثاني: فللفرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكروها في باب الوكالة: أنّ من وكّل رجلاً بالخصومة في دار بعينها وقبضها، فغاب، فشهد أبناء الموكل أن أباهما وكّل هذا الرجل بالخصومة في هذه الدار وقبضها.. لا تقبل شهادتهما؛ سواء جحد المطلوب الوكالة أو أقرّ بها.

ووجه الفرق: أن في مسألة الدين: المطلوب به إذا كان مقراً بالوكالة.. يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة، وإنما أقامت الشهادة لابتراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة.. فكانت هذه الشهادة على أبيهما، لا لهما، فتقبل.

وفي مسألة الوكالة بالخصومة في الدار: المطلوب وإن كان مقراً.. لا يجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره، وإنما يجبر عليه بالشهادة، فكانت الشهادة لأبيهما لا عليهما.. فلا تقبل.

ثم اعلم: أنهم قالوا: إن البينة على المقر لا تسمع، بل إنما تسمع على المنكر، واستثنوا منها سبع مسائل، على ما ذكر في «الأشباه».

الأول: وارث مقرّ بدين على الميت، فتقام البينة عليه؛ للتعدي إلى سائر الورثة هل تقبل شهادة هذا المقر من الورثة بالدين على وارث آخر؟

قالوا: تقبل.

قال في شهادات «البزازية»: مات الرجل عن ورثة، فأقر وارثاه بدين على الميت لرجل، ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل عند القاضي قبل أن يلزم القاضي بإقرارهما الدين في حصتهما من التركة.. تقبل؛ لأن بمجرد إقرارهما قبل القضاء عليهما.. لا يحل الدين في قسطهما.

وإن قضى عليهما بإقرارهما، ثم شهدا به له عليه.. لا يقضى بشهادتهما؛ لأنهما يريدان أن يحولا بعض مالهما على ما في الورثة، فكانت جر مغنم ورفع مغرم. انتهى.

وَلَو شهد دائِنا ميت أَنَّه أوصى إِلَى زيدٍ، وَهُوَ يَدعِيهِ.. قُبِلَتْ.

وَكَذَا لَو شَهِد مديوناه، ....

الثاني: مدعى عليه أقر بالوصاية للوصي، فبرهن الوصي.

الثالث: ما ذكرناه، وهو: مدعى عليه أقرّ بالوكالة، فيثبتها الوكيل دفعاً للضرر عن نفسه.

وقال في «الفصولين»: فهذا يدل على جواز إقامة البينة مع الإقرار [٢٤٤/ب] في كل موضع يتوقع الضرر من غير المقر لولا إقامة البينة، فيكون هذا أصلاً. انتهى.

الرابع: في دعوى الاستحقاق تقبل البينة على الاستحقاق مع إقرار المستحق عليه؛ للتمكن من الرجوع على بائعه.

الخامس: لو خوصم الأب بحق عن الصغير فأقر.. لا يخرج عن الخصومة، ولكن تقام البينة عليه مع إقراره.

بخلاف الوصي وأمين القاضي إذا أقرا.. خرجا عن الخصومة.

السادس: لو أقر الوارث للموصى له وأقام الموصي له البينة .. فإنها تسمع مع إقراره.

السابع: آجر دابته بعينها من رجل، ثم من آخر، فأقام الأول البينة؛ فإن كان الآجر حاضراً.. تقبل عليه البينة وإن كان مقراً بما يدعيه هذا المدعي، وإن كان غائباً.. لا تقبل.

(**ولو شهد دائناً ميت أنه**) أي الميت (**أوصى إلى زيد**) أي: جعله وصياً، (**وهو**) أي: زيد (**يدعيه**) أي: جعله وصياً (.. **قبلت**) استحساناً لو كان الموت معروفاً؛ لما ذكرناه عند قوله: «ولو شهدا أن أباهما أوصى إلى زيد، وزيد يدّعي».

(**وكذا لو شهد مديوناه**) أي: مديونا الميت أنه جعله وصياً .. فإنها قبلت شهادتهما استحساناً مع إقرار الوصي وإن لم يكن الموت معروفاً ههنا؛ لأنهما يقران

أَو مَنْ أوصى لَهما، أَو وصياه.

على أنفسهما بالمال، فثبت الموت في حقهما باعترافهما، وإن لم يكن ثابتاً في نفس الأمر، وهذا هو الثاني الذي ذكرناه في المستثنيات المذكورة.

(**أو**) شهد (**من أوصى لهما**) أي: من جعل موصى لهما؛ يعني: إذا شهد الموصى لهما: أن الميت جعل زيداً وصياً لهما، ولم ينكر الوصي ذلك، بل أقره وكان الموت معروفاً أيضاً.. قبلت شهادتهما استحساناً؛ لما مر أيضاً.

(**أو وصياه**) أي: لو شهد وصيان للميت: أنه جعل هذا الثالث وصياً معهما ولم ينكره الثالث، بل ادعاه.. قبلت شهادتهما استحساناً؛ لما مر أيضاً.

فإن قيل: إذا كان للميت وصيان.. فلا حاجة للقاضي إلى نصب ثالث، بل لا مساغ له في ذلك؛ فلو ثبت هذه الولاية للقاضي.. ثبت بشهادتهما، فكانت موجبة، وتهمة جر النفع للوصيين تردها.

أجيب: بأن الوصيين إذا اعترفا بعجزهما.. كان له نصب ثالث، وشهادتهما بثالث معهما: اعتراف بعجزهما عن التصرف.

فروع: شهد الوصي للصبي بعد العزل.. لا تقبل.

ولو [للورثة] الكبار.. قبلت وإن في حال الوصاية، كذا في الثاني من شهادات «البزازية».

ثم قال: وكله بطلب ألف درهم قِبَلَ فلان بالخصومة فخاصم عند غير القاضي، ثم عزل الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء، ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله.. يجوز، وقال الثاني: لا يجوز؛ بناء على أن بنفس التوكيل قام مقام الموكل، وشهادة الوصي للميت إن خاصم [٢٤٥/أ].. لا تقبل، وإلا.. تقبل.

وكّله بالخصومة عند القاضي، فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضي، ثم أخرجه الموكل عنها، فشهد الوكيل: أن للموكل على المطلوب مائة دينار.. تقبل.

ولو وكّله عند غير القاضي فأشهد على الوكالة، فخاصم المطلوب بألف وبرهن

على الوكالة، ثم عزله الموكل عنها، فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كان له عليه بعد القضاء له بالوكالة.. لا تقبل؛ لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء.. صار الوكيل خصماً في حقوق الموكل على غرمائه، فشهادته بعد العزل: شهادة الخصم.. فلا تقبل.

بخلاف الأول؛ لأن القاضي علم بوكالته، وعلمه ليس بقضاء، فلم يتصل القضاء بوكالته.. فلا يصير خصماً؛ فتقبل في غير ما صار خصماً.

بخلاف ما إذا اتصل القضاء بوكالته؛ لأنه صار خصماً في جميع حقوقه.

وإن خاصمه في غير مجلس القضاء، ثم عزله، فشهد.. تقبل اتفاقاً.

خاصم الوكيل المطلوب في حق ألف درهم لموكله عليه، ثم عزله عنها، ثم شهد له بألف دينار؛ إن الوكالة عامة والدنانير واجبة قبل العزل.. لا تقبل.

ولو وجبت بعد العزل.. تقبل.

والحاصل: في الوكالة العامة بعد الخصومة.. لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب، ولا على غيره إلا في القائمة، ولا في الحادثة؛ إلا في الواجب بعد العزل.

ثم قال فيها أيضاً: وإنما شهادة الوصي بحق للميت على غيره بعدما أخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة أو بعدها.. لا تقبل.

وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعدما أدرك الورثة.. لا تقبل.

ولو شهد لبعض الورثة على الميت؛ إن كان المشهود له صغيراً.. لا يجوز اتفاقاً.

وإن بالغاً.. فكذلك عنده.

وعندهما: يجوز. انتهى.

ثم ذكر بعد هذا: شهد البائع للمشتري بأن الشفيع سلّم الشفعة بعدما سلم البائع الدار إلى المشتري.. لا تقبل؛ لأنه بنفس البيع صار خصماً، فصار كالوكيل خاصم، ثم عزل. انتهى.

وَلَا تُقبَلُ الشَّهَادَةُ على جَرحٍ مُجَرّدٍ، وَهُوَ مَا يُفَسَّقُ بِهِ من غيرِ إِيجَابِ حقٍّ للشَّرْعِ، أَو للْعَبدِ؛ ....

(ولا تقبل الشهادة على جرح مجرد) الجرح؛ إما مجرد أو غير مجرد؛ لأنه إما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أو لا.

فإن كان الثاني: هو المجرد؛ لتجرده عما يدخله تحت حكم الحاكم.

وإن كان الأول: هو الجرح الغير المجرد؛ فالمصنف رحمه الله بين المجرد بما يصدق عليه هذا المفهوم، ثم مثل بأمثلة جزئية، فقال: (وهو) أي: الجرح المجرد: (ما يفسق به) شهود المدعي (من غير إيجاب حق للشرع أو للعبد)؛ لأن مجرد التفسيق من غير إيجاب حق من حقوق الله أو من حقوق [٢٤٥/ب] العباد.. لا يدخل تحت حكم الحاكم؛ لأن الفاسق له أن يرفع فسقه بالتوبة، ولعله قد تاب في مجلسه أو قبله.. فلا يمكن إلزام القاضي بالشهادة عليه.

وكل شاهد لا يمكن للقاضي أن يلزم به.. غير مقبول، فهذا غير مقبول، ولأن في هذه الشهادة هتك حرمة الستر وإشاعة الفاحشة من غير ضرورة، وهو حرام، فيكون الشاهد به فاسقاً.. فلا تقبل شهادته.

فإن قيل: فيه ضرورة، وهو منع الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة، فينبغي أن يجوز لمحلّ الضرورة.

أجيب عنه: بأن الضرورة تندفع بأن يقول للقاضي سراً: إنه فاسق مثلاً، ولا يظهره في مجلس القاضي في أعين الناس.

فإن قيل: إن شهادتهم على الجرح المجرد غير مقبولة قبل التعديل والتزكية، سراً وعلناً، وبعدهما، على ما صرح به في «البحر».. فعلى هذا: فلِمَ لا يجوز أن تكون شهادتهم على الجرح المجرد وإخبارهم عن فسق الشهود قبل التعديل والتزكية من قبيل التعديل والتزكية العلانية فتقبل شهادتهم على الجرح المجرد كتزكية العلانية؟

نَحْوُ: هُوَ فَاسِقٌ، أَو آكِلُ رِباً، أَو إِنَّه استأجرهم.

فالجواب عنه بوجهين:

أحدهما: أن شرط التزكية العلانية في زماننا: أن يقول: لا أعلم حاله، أو يعلم القاضي سراً بذلك إذا سأله القاضي؛ احترازاً عن العداوة وإظهار الفاحشة، وليس فيما نحن فيه ذلك.

والثاني: أن ذلك متهم قبل تعديل شهود المدعي؛ للطعن في عدالتهم، لا لثبوت أمر يسقطهم عن قبول شهادتهم، ولذا لو عدلوا بعده.. تقبل شهادتهم.

فلو قبل شهادتهم قبل التعديل على الجرح المجرد.. لما قبل شهادتهم بعد التعديل؛ كذا في «البحر».

(**نحو: هو فاسق، أو آكل ربا**)، وهذا؛ لأنه جرح مجرد؛ لعدم إيجاب حق عليه.. فلا تقبل الشهادة عليه؛ لما تقدم من الوجهين من عدم دخوله تحت حكم الحاكم، ومن هتك حرمة الستر.

(**أو إنه**) أي: المدعي (**استأجرهم**) أي: الشهود؛ يعني: لو قال المدعى عليه: إن المدعي استأجرهم، وأقام البينة.. لا تقبل؛ لأنه جرح مجرد؛ لأنه لم يدع قبله حقاً يمكن القضاء به.

ودعوى الاستئجار وإن كانت دعوى صحيحة في نفسها، لكنه يدعيها لغيره، وليس له ولاية إلزام غيره، فلم تكن صحيحة ههنا، فلم يبق إلا جرح مجرد.. فلا تقبل البينة عليه؛ لما تقدم.

قال في «الزيلعي» نقلاً عن «الكافي»: إن المدعى عليه لو أقام البينة على إقرار الشهود: أنهم شهدوا بالزور، أو على إقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة، أو على إقرارهم: أن المدعى مبطل في هذه الدعوى، أو على إقرارهم: أنهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة.. لم تقبل الشهادة [٢٤٦/أ].

وكذا لو أقام البينة: أن الشهود زناة أو شربة خمر.. لا تقبل.

وَتقبلُ على إِقْرَارِ الْمُدَّعِي بفسقهم، ....

ولو أقام البينة: أنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد.. تقبل شهادتهم، هكذا ذكره في «الكافي».

وقال: إنما قيده بكونه غير متقادم العهد؛ لأنه لو كان متقادماً.. لا تقبل؛ لعدم إثبات الحق؛ لأن الشهادة بحدّ متقادم مردودة.

ثم بين الفرق بين قوله: «إن الشهود زناة أو شربة خمر»، وبين قوله: «إنهم زنوا ووصفوا الزنا أو سرقوا مني أو شربوا الخمر»؛ حيث لم يقبل في الأول وقبلت في الثاني.. بأن الأول: محمول على ما إذا تقادم العهد، والثاني: على ما إذا لم يتقادم.

وإلا.. فلا فرق بينهما.

وذكر أيضاً نقلاً عن الخصاف: أن الشهادة على الجرح المجرد مقبولة؛ كالشهادة على غير المجرد.

ولما كان هذا مخالفاً لما ذكر في عامة الكتب.. أوّله وقال: تأويله: إذا أقامها على إقرار المدعي بذلك؛ أي: بذلك الجرح أو على التزكية؛ يعني: أنه من قبل التزكية علنا.

قلت: تأويله الثاني ليس بشيء؛ لما ذكرناه آنفاً من الجوابين.

وذكر الإمام «قاضي خان» المسائل التي ذكرناها أنها لا تقبل البينة لكونها على جرح مجرد، ثم قال: لم تقبل فيها شهادة شهود المدعى عليه، ولا يثبت الجرح عند علمائنا.

ثم قال: وذكر الخصاف: أنه تقبل، وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي، والصحيح: مذهبنا لوجوه؛ منها: أن شاهد الجرح فاسق بإظهار الفاحشة من غير ضرورة.

ولما ذكر تفسير الجرح المجرد وأمثلته.. أراد أن يذكر الجرح الغير المجرد فقال: (**وتقبل**) أي: شهادة شهود المدعى عليه (**على إقرار المدعي بفسقهم**) أي: فسق شهوده.

وعَلى أَنَّهم عبيدٌ أَو محدودون فِي قَذْفٍ، أَو شاربو خمرٍ، أَو قذفةٌ، أَو شُرَكَاءُ الْمُدَّعِي، ....

وإنما يقبل هذا؛ لأن إقرار المدعي بفسق شهوده مما يدخل تحت حكم الحاكم؛ لأن معنى الشهادة على هذا الإقرار: إثبات أن لا حق للمدعي على المدعى عليه، وليس في هذه الشهادة إظهار الفاحشة حتى تمنع القبول، بل إنما حكوا الفاحشة عن المدعي، والحاكي ليس كالمظهر.

(و) تقبل أيضاً شهادة شهود المدعى عليه (**على أنهم**) أي: شهود المدعي (**عبيد**)؛ لأنها قامت على إثبات حق العبد وهو الرق، وفيه إثبات حق الله تعالى أيضاً، وهو سلب الولاية عنهم في ضمن إثبات الرق عليهم.

(**أو محدودون في قذف**)؛ لأن فيها إثبات حق الله تعالى، وهو كمال الحدّ؛ أي: ردّ الشهادة، وليس فيه إظهار الفاحشة، وإنما حكوا عن شهود القذف؛ كذا في «قاضي خان».

(**أو شاربو خمر أو قذفة**)؛ لأن فيها إثبات حق الله تعالى، وهو حد الشرب والقذف، وإظهارهم في هذه الشهادة الفاحشة [٢٤٦/ب]: جائز؛ لضرورة إيجاب حق الله تعالى وإقامة الحسبة.

واعلم أنا قد ذكرنا نقلاً عن «الكافي»: أن المدعى عليه لو أقام البينة أن شهود المدعي زناة أو شربة خمر.. لا تقبل.

ولو أقام على أنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني.. تقبل.

وهكذا ذكره الإمام «قاضي خان»، ثم قال في وجه الفرق بينهما: إنما تقبل في الثاني على الجرح؛ لأن شهود الجرح وإن أظهروا الفاحشة.. فإنما أظهروا لإيجاب الحد وإقامة الحسبة، فجازت شهادتهم.

وقد تقدم منا: أن «الزيلعي» فرق بينهما بتقادم العهد وعدم تقادمه.. فالمصنف حينئذ لو قال: «أو شربوا خمراً أو قذفوا».. لكان أولى.

(**أو شركاء المدعي**)؛ لأن فيها إثبات التهمة بالشركة.

أَو أَنه استأجرهم لَهَا بِكَذَا وَأَعْطَاهُمْ ذَلِك مِن مالٍ عِنْدَهُ، أَو إِنِّي صالحتهم بِكَذَا، ودفعتُهُ إِلَيْهِم على أَن لَا يشْهدُوا عليَّ فَشَهِدُوا.

قال في «الخلاصة»: للخصم أن يطعن الشاهد بثلاثة أشياء:

أن يقول: هما عبدان، أو محدودان في قذف، أو شريكان للمدعي.

فإذا قال: هما عبدان.. يقال للشاهد: أقم البينة على الحرية.

وفي الأخيرين: يقال للخصم: أقم البينة أنهما كذلك. انتهى.

(**أو**) شهد المدعى عليه (**أنه**) أي: المدعي (**استأجرهم لها**) أي: للشهادة (**بكذا**) مالاً (**وأعطاهم ذلك من مال**) الذي كان (**عنده**)؛ لأن فيها إثبات الخصومة في ذلك المال، والجرح إنما يثبت بناء على هذه الخصومة.

بخلاف ما لو شهدوا أن المدعي استأجرهم فقط .. فإنها لا تقبل؛ لكونه جرحاً مجرداً على ما تقدم.

(**أو إني صالحتهم**) أي: الشهود (**بكذا**) من المال (**ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي**) بهذا الزور (**فشهدوا**) علي .. فإنها تقبل؛ لما فيها من إثبات مطالبتهم برد المال الذي أعطاهم.

وهذه كلها جرح غير مجرد؛ لإيجابه حقاً للشرع أو للعبد.. فتقبل الشهادة فيها.

وفي «البحر»: إن قولهم: «إذا تضمن الجرح حقاً من حقوق الشرع.. لم يكن مجرداً».. شامل لما إذا تضمن التعزير حقاً لله تعالى.

فعلى هذا: لو برهن أن شاهد المدعي زنى بأجنبية.. تقبل المتضمنة إثبات التعزير.

لكن الظاهر: أن مرادهم من الحق: الحد.. فلا يدخل التعزير بقولهم: «وليس في وسع القاضي إلزامه؛ لأنه يدفعه بالتوبة»؛ لأن التعزير حقٌّ لله تعالى يسقط بالتوبة، بخلاف: فإنها لا تسقط بها.. فوضح الفرق.

وَمن شهدَ وَلم يبرحْ حَتَّى قَالَ: أَوهمتُ بعضَ شهادتي.. قُبِلَ إِن كَانَ عدلاً.

ويدل عليه: أنهم مثلوا للجرح المجرد بأكل الربا، مع أنه يوجب التعزير، وبإقرارهم بالزور، مع أنه يوجب التعزير. انتهى.

(ومن شهد ولم يبرح) أي لم يزل على مجلس القضاء **(حتى قال: أوهمت)** أي أخطأت **(بعض شهادتي)** بنقصان أو بزيادة (.. **قبل إن كان عدلاً**) يعني: لو شهد عند القاضي وقال: أخطأت وتركت بعضها يجب علي إتيانه، أو أتيت ما لا يجوز [٢٤٧/أ] إتيانه لي:

فإما أن يقول ذلك في مجلس القاضي أو بعدما قام عنه ثم عاد إليه، وعلى كلّ من التقديرين:

إما أن يكون عدلاً أو غير عدل، والمتدارك؛ إما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتعبير من أحد الخصمين أو لا:

فإن كان غير عدل.. ترد شهادته مطلقاً؛ سواء قال ذلك في مجلس القاضي أو بعده، وفي موضع الشبهة أو لا.

وإن كان عدلاً.. قبلت شهادته في موضع غير الشبهة؛ مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه؛ مثل أن يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه، أو الإشارة لأحدهما؛ سواء كان في مجلس القضاء أو غيره، لكن تدارك لفظة الشهادة إنما يتصور قبل القضاء؛ إذ من شرط القضاء تكلم الشاهد لفظة الشهادة إن كان في موضع شبهة التلبس؛ كما إذا شهد بألف، ثم قال: غلطت، بل هي خمسمائة أو بالعكس.. فإنها تقبل، إذا قال في المجلس بجميع ما شهد أولاً عند بعض المشايخ؛ لأن المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته، ووجب قضاؤه.. فلا يسقط ذلك بقوله: أوهمت وبما بقي أو زاد عند آخرين؛ لأن الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون بأصلها، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي.

وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها؛ لأن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء.. فكان العذر واضحاً، فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو قبل البراح من مجلس القضاء مع كونه عدلاً.

وأما بعدما قام عن المجلس.. فلم تقبل؛ لإيهامه الزيادة من المدعي بإطماع الشاهد بحطام الدنيا، والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك.. فلا تقبل احتياطاً.

وإذا اعتبر المجلس في دعوى التوهم من الشاهد؛ فلو غلط في ذكر بعض الحدود، فذكر الشرقي في مكان الغربي، أو في بعض النسب؛ كأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلاً؛ فإن تداركه قبل البراح عن المجلس.. قبلت، وإلا.. فلا.

وعن أبي يوسف: أنه يقبل مطلقاً بعد أن كان عدلاً؛ كذا في «العناية».

وقال في «القنية» رامزاً للقاضي عبد الجبار وعين الأئمة الكرابيسي: شهدوا، ثم تذكروا لفظاً تركوها، وذكروا في ذلك اللفظ.. تقبل إذا لم يكن فيه مناقضة.

ثم قال نقلاً عن أستاذه: أطلق في «الجامع الصغير» و«المحيط»: أنه إذا لم يبرح عن مكانه.. جاز ذلك إذا كان عدلاً، ولم يشترط عدم المناقضة، وإنه شرط حسن [٢٤٧/ب].

ثم قال رامزاً للقاضي عبد الجبار و«الفتاوى النسفي»: ادّعى وأقام عليه شهوداً، فكان في الدعوى أو الشهادة أو فيهما خلل، فأعاد تلك الدعوى والشهود في مجلس آخر بدون الخلل.. لا يقبل وإن لم يكن بين الثاني والأول تناقض؛ لأن الظاهر أنهم زادوه بتلقين إنسان إياهم تزويراً أو احتيالاً، وإليه أشار محمد بقوله في «الجامع الصغير»: فلم يبرح حتى يقول: أوهمت.. جازت شهادته.

* * *

تتمة

فِي أَنَّ الشَّهَادَةَ الوَاحِدَةَ هَلْ تَقْبَلُ التَّجزي أم لا

عند أبي يوسف: تقبل.

وعند محمد: لا؛ لما في «قاضي خان»: رجل مات وأوصى لفقراء جيرانه بشيء، وأنكر الورثة وصيته، فشهد على الوصية رجلان من جيرانه لهما أولاد محتاجون.. قال محمد: لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا لأولادهما فيما يختص أولادهما، فبطلت شهادتهما في ذلك، وإذا بطلت في حق الأولاد.. بطلت أصلاً؛ لأن الشهادة واحدة؛ كما لو شهدا على رجل أنه قذف أمهما وفلانة.. لا تقبل شهادتهما.

وذكر محمد في وقف «الأصل»: إذا وقف على فقراء جيرانه، وشهد بذلك فقيران من جيرانه.. جازت شهادتهما.

قال الفقيه أبو الليث: ما ذكر في الوقف: قول أبي يوسف؛ أما على قياس قول محمد.. ينبغي أن لا يقبل في الوقف أيضاً؛ لأن عند أبي يوسف: يجوز أن تبطل الشهادة في البعض وتبقى في البعض.

وعلى قول محمد: لا تقبل أصلاً.

وما ذكر في الوقف: محمول على ما كان جيرانه كثيراً لا يحصون.

وما ذكر في الوصية: محمول على ما إذا كانوا قليلين يحصون؛ فإن محمداً ذكر في «الزيادات»: لو أن سرية رجعت إلى دار الإسلام بأسارى، فقالت الأسارى: نحن من أهل الإسلام، أو من أهل الذمة، أخذنا هؤلاء في دار الإسلام، وقالت السرية: هم من أهل الحرب.. كان القول قول الأسارى؛ لأن ثبوت اليد عليهم لم يعرف إلّا في دار الإسلام، ودار الإسلام دار عصمة.. فكل من كان فيها يكون معصوماً ظاهراً.

فإن أقامت السرية بينة على دعواهم؛ إن كان الشهود من التجار.. جازت شهادتهم، وإن كانوا من السرية.. لا يقبل.

ولو كانت المسألة على هذا الوجه في الجند، فشهد بعض الجند بذلك.. جازت شهادتهم؛ لأن السرية قوم يحصون، فكانت شهادة على حق نفسه؛ أما الجيش.. فهو جمع عظيم، فلا يعتبر جمعهم مانعاً من الشهادة.

ولو أوصى بشيء من ماله لمسجد حيّه وأنكر ورثته ذلك، فشهد بذلك بعض أهل المسجد [٢٤٨/أ].. جازت شهادتهم.

وكذا لو شهدوا على وقف الجامع أو على أبناء السبيل.. جازت شهادتهم.

واختلفوا في شهادة بعض أهل المسجد:

قال بعضهم: إنه لا تقبل شهادة أهل المسجد.

وقال بعضهم: إنه يجوز هذه الشهادة؛ منهم: الإمام الزاهد أبو بكر، أخرج الرواية من الوقف.

وأما أصحاب المدرسة إذا شهدوا بالوقف على المدرسة.. قال بعضهم: إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك.. لا تقبل شهادته، وإن كان لا يطلب.. تقبل.

وقاسوا على مسألة الشفعة داراً بيعت ولها شفعاء، فأنكر البائع البيع، فشهد بذلك بعض الشفعاء؛ إن كان لا يطلب الشفعة وقال: أبطلت شفعتي.. جازت شهادته.

وإن كان يطلب الشفعة.. لا تقبل شهادته.

وقال مولانا: وعندي هذا بخلاف الشفعة مما يحتمل الإبطال؛ فإذا قال: أبطلت.. بطلت شفعته؛ أما الوقف على المدرسة؛ فمن كان فقيراً من أصحاب المدرسة.. يكون مستحقاً للوقف استحقاقاً لا يبطل بإبطاله؛ فإنه لو قال: أبطلت

حقي.. كان له أن يطلب ويأخذ بعد ذلك، فكان شاهداً لنفسه، فيجب أن لا تقبل شهادته.

وعن بعض المشايخ: إذا شهد اثنان من أهل سكة على وقف تلك السكة؛ إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً.. لا تقبل شهادته، وإن كان لا يطلب.. تقبل.

* * *

(بَابُ الاِخْتِلَافِ)

(بَابُ الاخْتِلَافِ)

أطلقه، فشمل: الاختلاف بين الدعوى والشهادة، والاختلاف بين الشاهدين، والاختلاف بين الطائفتين.

وفي هذا الفصل أشار المصنف رحمه الله إلى كلّ من المواضع الثلاثة على على ما ستطلع عليه.

واعلم: أنه ينبغي أن يعلم أولاً أن الموافقة في أي شيء تلزم، حتى يكون الاختلاف في ذلك الشيء مانعاً عن قبول الشهادة؛ ففي «العناية»: إن الموافقة بين الدعوى والشهادة: هو أن يتحدا نوعاً وكماً وكيفاً وزماناً ومكاناً وفعلاً وانفعالاً ووضعاً وملكاً ونسبة؛ فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير، وشهد الشاهد بعشرة دراهم، أو ادعى عشرة دراهم وشهد الشاهد بثلاثين، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد الشاهد بأبيض، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشُهِد بذلك يوم الفطر بالبصرة، أو ادعى شق زقّه وإتلاف ما فيه وشهد بإنشاقه عنده، أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده، أو ادّعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية [٢٤٨/ب] وشهد بولادة غيرها.. ففي الكل منها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى. انتهى.

قلت: ليس مراده أن الموافقة في هذه الأمور كلها بين الدعوى والشهادة شرط في كلّ موضع، بل مراده: أن الموافقة بين الدعوى والشهادة في هذه الأمور شرط في كل موضع يتصور الموافقة فيه في شيء من تلك الأمور، وهذا لأن المدعى به لا يخلو:

إما أن يكون عيناً.

أو قولاً محضاً من العقود؛ كالطلاق والبيع والوكالة والوصاية والرهن والعتاق والدين والبراءة والكفالة والحوالة.

أو يكون فعلاً ملحقاً بالقول؛ كالقرض.

أو يكون قولاً ملحقاً بالفعل؛ كالنكاح.

أو يكون فعلاً محضاً؛ كالجناية والغصب والقتل.

أو يكون فعلاً يتم بالفعل؛ كالهبة والصدقة والرهن .. فإنها تتم بالقبض وهو فعل أيضاً.

أو يكون قذفاً.

ففي الأول: أعني: دعوى العين.. شرطت الموافقة بينهما في كل من الأمور المذكورة.

وفي الثاني: أعني: دعوى ما يكون قولاً محضاً من العقود.. لا يشترط الموافقة فعلاً وانفعالاً، لا وصفاً ونسبة؛ لعدم تصورها فيه.

والحاصل: أن المشروط في كل موضع مما يتصور وجوده فيه من تلك الأمور، وسيأتي تفصيله.

ثم المدعى به إن كان ديناً.. فالمشهود به؛ إما أن يكون موافقاً أو أقل منه أو أكثر.

ففي الأول والثاني: تقبل الشهادة بغير دعوى التوفيق؛ لوجود الموافقة بينهما في الصورتين؛ لأن المطابقة ههنا؛ أعني: بين الدعوى والشهادة أعم من الموافقة والمماثلة، وكون المشهود به أقل من المدعى به على ما في «البحر» نقلاً عن «فتح القدير».

ومن فروع ذلك: ما إذا ادعى ألفاً وخمسمائة، فشهدوا بخمسمائة.. يقضى بخمسمائة من غير دعوى التوفيق؛ للمطابقة بينهما في ذلك الأقل، وكذا لو ادعى ألفاً

وشهدوا بخمسمائة.. يقضى بخمسمائة؛ للمطابقة فيها.

هذا بالاتفاق، بخلاف ما إذا ادعى ألفاً فشهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة؛ حيث لا يقضى فيه بشيء في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به لفظاً ومعنى شرط، ولم يوجد.

بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة، والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظاً ليس بشرط عنده.. فتقبل شهادتهما على خمسمائة بلا دعوى التوفيق.

ولو ادعى خمسة عشر، فشهد أحدهما بخمسة عشر، والآخر بعشرة.. لا يقضى [٢٤٩/أ] بشيء عند أبي حنيفة أيضاً؛ لأن «خمسة عشر» كلمة واحدة تذكر بغير حرف العطف، وهي غير العشرة، فلم يتفقا على شيء.. فلا تقبل.

بخلاف ما لو ادعى ألفاً وخمسمائة، فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة.. فإنه يقضى بالألف؛ لأن ألفاً وخمسمائة يذكر بحرف العطف، فكانت الألف مذكورة في شهادتهما، فيقضى بما اتفقا عليه وهو الألف.

وإن ادعى ألفي درهم، فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين.. لم تقبل على قول أبي حنيفة؛ لأن الألف غير الألفين، فلم يتفقا على شيء، كذا في «قاضي خان».

وفي «القنية»: «قع»[1]: ادعى مهر أخته خمسين ديناراً نيسابورية، وشهد شهوده بخمسين محمودية.. تقبل؛ لأنهم شهدوا بالأقل، وعلى العكس.. لا تقبل.

«قع» «ظم»[2]: ادعى النيسابورية، وشهدوا بالمحمودية. لا تقبل.

قال أستاذنا: لعل أنه اعتقد أن المحمودية خير من النيسابورية. انتهى.

يعني: حينئذ تكون الشهادة على الأكثر.. فلا تقبل.

ثم قال فيها: ادعى على آخر ديناً بسبب، وشهدوا بالدين مطلقاً.. تقبل على

(١) «قع» هو رمز القاضي عبد الجبار، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٢٨).

(٢) «ظم»: هو رمز ظهير مرغيناني، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٢٨).

وإذا شهدوا على الأكثر من المدعى به.. لا تقبل بدون التوفيق، وإلا.. يلزم أن يكذب المدعي شهوده في حق الزيادة، فلا تقبل أصلاً.

وأما إذا وفق.. يزول احتمال التكذيب، فتقبل شهادتهما في قدر المدعى به؛ كما إذا ادّعى ألفاً فشهدا بألف وخمسمائة، أو شهدوا بألفي درهم.. لا تقبل شهادتهما بغير توفيق؛ لتكذيب الشهود في الزيادة.

وأما إذا وفق فقال: كان لي عليه ألف وخمسمائة، إلا أني أبرأته عن خمسمائة، أو قال: استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود.. تقبل شهادتهم؛ لأنه وفق بين الدعوى والشهادة بأمر يحتمل.

وكذا في الألف والألفين.

وهل يحتاج إلى إقامة البينة في إثبات التوفيق؟

ففي «المحيط» السرخسي و«قاضي خان»: أنه لا يحتاج إلى البينة.

وعلله في «قاضي خان»: بأن الشيء إنما يحتاج إلى إثباته بالبينة إذا كان شيئاً لا يتم به ولا ينفرد بإثباته؛ كما لو ادعى الملك بالشراء، فشهد الشهود بالهبة؛ فإن ثمة يحتاج إلى إثباته بالبينة.

أما الإبراء.. فهو يتم به وحده؛ فلو أقرّ بالإبراء أو الاستيفاء.. صح إقراره، ولا يحتاج إلى إثباته بالبينة، لكن لا بد من دعوى التوفيق استحساناً.

والقياس: أن التوفيق إذا كان ممكناً.. يحمل عليه، وإن لم يدع التوفيق؛ تصحيحاً للشهادة وصيانة لكلامه.

وجه الاستحسان: أن المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة؛ فإن كان التوفيق مراداً.. تزول المخالفة، وإن لم يكن مراداً.. لا تزول المخالفة، فلا تزول بالشك؛ فإذا ادعى التوفيق.. ثبت التوفيق، وزالت المخالفة.

وذكر الإمام خواهر زاده: أن محمداً شرط في بعض المواضع دعوى التوفيق،

قول أئمة بخارى بأجمعهم، وهو الصحيح، على ما في دعوى «قاضي خان».

وقيل: لا تقبل.

وهكذا ذكره في «المحيط» السرخسي، وأسند القول بعدم القبول إلى الأوزجندي.

وذكر في دعوى «قاضي خان» بعدما صحح قول أئمة بخارى: رجل ادّعى على رجل ألفاً، وقال: خمسمائة منها ثمن متاع قد قبضه، وخمسمائة منها ثمن عبد قد قبضه.. وجاء بشاهدين، فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد قد قبضه، وآخر على خمسمائة ثمن متاع قد قبضه.. جازت شهادتهما، فيقضى للمدعي بألف وإن لم يكن على كل خمسمائة إلا شهادة شاهد واحد.

وبشهادة الفرد لا يثبت السبب، وكذا لو شهد أحدهما بالألف بذلك السبب، وشهد الآخر بالألف مطلقاً.

وكذا لو شهد على إقراره بألف بذلك السبب، وشهد الآخر على إقراره بألف مطلق.. جازت شهادتهما. انتهى.

وذكر في «القنية» أيضاً: لو ادعى عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند، فشهدوا، فسألهم القاضي عن الوزن فقالوا: بوزن مكة.. تقبل شهادتهم إن كان وزن مكة مثل وزن سمرقند أو أقل، وإلا.. فلا.

وقال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى رجل على آخر مائة قفيز حنطة بسبب السلم مستجمعاً بشرائطه، وشهد الشهود أن المدعى عليه أقر أن عليه مائة قفيز حنطة ولم يزيدوا عليه، فاختلفوا فيه:

قيل: لا تقبل شهادتهم.

وقيل: تقبل.

والأول: أصح، وهكذا في «الفصولين» أيضاً [٢٤٩/ب].

ولم يشترط في البعض، وذاك محمول على ما إذا ادعى التوفيق، أو ذاك جواب القياس، فلا بد من دِعوى التوفيق.

وكذا لو ادعى خمسمائة، فشهد له الشهود بألف، فقال المدعي: إنما كان لي عليه خمسمائة وقد كانت ألفاً فقبضت منها خمسمائة، وصل الكلام أو فصل.. تقبل شهادتهما على الخمسمائة؛ لوجود التوفيق.

بخلاف ما إذا قال: لم يكن لي عليه إلا خمسمائة، فشهد الشهود على ألف .. فإنها لم تقبل؛ لعدم إمكان التوفيق، كذا في «قاضي خان».

وقال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى الغريم على صاحب المال أنه أبرأه أو علله، وجاء بشهود شهدوا على إقرار صاحب المال بالاستيفاء؛ فإن القاضي سأل الغريم عن البراءة والتحليل إذا كانت بالإسقاط أو بالاستيفاء؛ فإن قال: كانت بالاستيفاء.. قبلت الشهادة؛ لوجود الموافقة بين [٢٥٠/أ] الدعوى والشهادة.

وإن قال: كانت بالإسقاط.. لا تقبل؛ لتحقق المخالفة.

وإن سكت.. ذكر محمد في «الأصل»: أنه لا يجبر على البيان؛ لأن الإنسان لا يجبر على تحصيل حق نفسه، ولكن لا تقبل شهادة شهوده ما لم يوفق؛ فقد رجع في هذه المسألة في البيان إلى المدعي.

وفيما إذا ادعى الغريم الإيفاء وشهد له شاهدان: أنه أبرأه أو حلله.. ذكر أنه: تقبل شهادتهما، ولم يقل رجع في البيان إلى الشاهدين إن البراءة كانت بالإيفاء أو بالاستيفاء.

وذكر في «القنية» نقلاً عن «محيط البرهاني»: ادعى المديون إيصال الدين، وشهدوا له بالإبراء.. تقبل؛ لاحتمال حصول الإبراء بالاستيفاء.

ولو ادعى المديون الإبراء، وشهدوا أن المدعي صالح المدعى عليه بمال معلوم.. تقبل شهادتهم إن كان الصلح بجنس الحق بحصول الإبراء عن البعض

بالاستيفاء، وعن البعض بالإسقاط.

ثم ذكر الإمام السرخسي عن «نوادر بشر» عن أبي يوسف: رجل ادعى على رجل ألف درهم، وشهد له شاهد بألف درهم، وشهد الآخر بألف وخمسمائة.. فالقاضي يسأل المدعي: أكان لك عليه في الابتداء ألف وخمسمائة واستوفيت خمسمائة، أو أبرأته عن خمسمائة، أو لم يكن عليه من الابتداء إلا الألف درهم، وبنى الحكم على قوله.

ثم ذكر وقال: وإذا شهد شاهدان لرجل بألف درهم، إلا أن أحدهما قال: إنها سود، وقال الآخر: بيض، وللبيض فضل على السود؛ فإن كان المدعي يدعي السود.. لا تقبل شهادتهما أصلاً؛ لكونها على الأكثر، إلا أن يوفق المدعي فيقول: كان لي عليه بيض كما شهد به هذا الشاهد، إلا أنه أبرأته عن صفة الجودة، وعلم به ذلك الشاهد؛ فإذا وفق على هذا الوجه.. تقبل شهادتهما على السود.

وإن كان يدعي البيض.. تقبل شهادتهما على السود.

وكذلك هذا الحكم في جميع المواضع في الجنس الواحد إذا اتفقا على قدر أو وصف واختلفا فيما زاد على ذلك القدر أو الوصف.. تقبل الشهادة فيما إذا اتفقا عليه إن ادّعى المدعي أفضلهما، وإن ادعى أقلهما.. لا تقبل شهادتهما أصلاً؛ إلا أن يوفق.

وأما إذا اختلف الجنس.. لا تقبل شهادتهما إذا اختلفا كيفما اختلفا؛ بأن شهد أحدهما كر حنطة مثلاً، والآخر على كر شعير، وكذا لو شهد أحدهما بمائة، وشهد آخر بمائة وخمسين إن كان المدعي يدعي بمائة.. لا تقبل الشهادة أصلاً، إلا أن يوفق.

وإن كان يدعي مائة وخمسين.. تقبل على مائة.

وفي «العيون»: شهد [٢٥٠/ب] الرجل على آخر بألف درهم، وقالا: إنه قضاه

خمسمائة، وقال الطالب: لي عليه ألف، وما قضاني شيئاً، وشهودي صدقوا في الشهادة على الألف، وأوهموا في الشهادة على القضاء.. تقبل شهادتهما إن عدلا.

ولو قال: شهادتهما بألف حق، وبالقضاء باطل وزور.. لا تقبل شهادتهما.

ولو شهدا على رجل بألف درهم، والمدعي يدعي ذلك، وشهدا أيضاً للمدعى عليه على المدعي بمائة دينار، والمدعي ينكر ذلك.. قبلت شهادتهما، هكذا ذكره الإمامان السرخسي وقاضي خان.

وذكر في «القنية» بعلامة «قع»: ادعى المديون الإيصال إلى الدائن متفرقاً، وشهد شهوده بالإيصال مطلقاً أو جملة.. لا تقبل.

وعنه أيضاً: ادعى على آخر ديناً ولمورثه، فأقر بالدين وقال: أخذ مورثك مني تابوتاً عن هذا الدين، فشهد له أحد الشاهدين على وفق دعواه، وشهد الآخر على إقرار الميت بأخذ التابوت عن الدين.. تقبل.

ولو لم يقولوا عن الدين.. لا تقبل.

ثم قال فيها: ولو ادعى المديون قضاء دينه وهو ألف، فشهدوا له أنه أعطى لرب الدين ألفاً، ولم يقولوا عن الدين.. ففيه اختلاف المشايخ.

والحاصل: أن كل موضع يكون المشهود به فيه أكثر من المدعى به.. لا بد فيه من دعوى التوفيق في قبول الشهادة، وإلا.. فلا.

هذا فيما إذا كان المدعى به ديناً.

وأما إذا كان المدعى به ملكاً.. فلا يخلو أيضاً أن يكون المشهود به موافقاً له أو أقل منه أو أكثر.

ففي الأول والثاني: تقبل بغير دعوى التوفيق؛ كما في كون المدعى به ديناً بعينه، كما إذا ادعى كل الدار، فشهدوا له بكله أو بنصفه.. جازت شهادتهم ويقضى له بكله في الأول، وبنصفه في الثاني، من غير حاجة إلى التوفيق.

وكذا لو ادعى داراً في يد رجل أنها له، وشهد الشهود أنه اشتراه من الذي في يديه.. جازت شهادتهم؛ لأنه لما ادعى ملكاً مطلقاً.. فقد ادعى الملك في الحال وفيما مضى، والشهود إذا شهدوا بالشراء.. فقد شهدوا له بالملك في الحال، فكانت شهادتهم بأقل مما ادعى، وما شهدوا به يصلح بياناً كما ادعاه المدعي؛ فإنه لو قال: ملكي لأني اشتريتها من ذي اليد.. يصح، ويكون آخر كلامه بياناً للأول.

بخلاف ما إذا ادعى المدعي أولاً النتاج، وشهد الشهود أنها له اشتراها من ذي اليد.. لا تقبل.

إلا أن يوفق فيقول: نتجته في ملكي، إلا أني بعتها منه، ثم اشتريتها، فما لم يدع التوفيق على هذا الوجه.. لا تقبل؛ لأن [٢٥١/أ] دعوى النتاج على ذي اليد لا تحتمل دعوى ملك حادث من جهته؛ فإنه لو قال: هذه الدابة ملكي بالنتاج من جهة ذي اليد.. لا يصح كلامه، فلا يمكن أن يجعل آخر كلامه بياناً للأول، فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق.

ولو ادعى أنه له ورثه من أبيه، وجاء بشهود فشهدوا أنه له ولأخيه الغائب ميراث عن أبيه.. جازت شهادتهم؛ لأنهم شهدوا له بأقل مما ادعى؛ كذا في «قاضي خان».

وقال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى المدعي الملك لنفسه مطلقاً، وشهد الشهود له بالسبب.. فالقاضي يقبل شهادتهم، ولكن ينبغي للقاضي أن يسأل المدعي: أنه يدعي الملك بهذا السبب الذي شهد به الشهود أو يدعيه بسبب آخر؟

إن قال: أدعيه بهذا السبب.. فالقاضي يقبل شهادة شهوده ويقضي له بالملك بهذا السبب.

وإن قال: أدعيه بسبب آخر، أو قال: لا أدعيه بهذا السبب.. فالقاضي لا يقضي له شهوده بالملك.

وأما في الثالث؛ أعني: كون المشهود به أكثر من المدعى به في دعوى الملك.. فلا تقبل الشهادة فيه بغير دعوى التوفيق؛ كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها له اشتراها من فلان غير ذي اليد، وهو يملكها، فشهد الشهود: أنها له.. لا تقبل شهادتهم؛ لأن المدعي ادعى ملكاً حادثاً لا يظهر في حق الزوائد، والشهود شهدوا بملك مطلق، والملك المطلق يظهر في حق الزوائد، وفي رجوع الباعة بعضهم بعضاً، فصار كأنهم شهود بالزوائد نصاً.. فلا تقبل شهادتهم، هكذا ذكره «قاضي خان».

ثم ذكر وجهاً آخر عزواً إلى «إشارات محمد»، وهو: أن المدعي أقر بالملك لمن ادعى الشراء منه، ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء منه، ولم يثبت الانتقال؛ لأنهم لم يشهدوا بالانتقال.. فلا تقبل شهادتهم.

وقال في «الأقضية»: الشهادة بالملك المطلق إذا كان الدعوى بسبب كالشراء: إنما لا تقبل إذا كان دعوى الشراء عن رجل معلوم وهو فلان بن فلان؛ أما إذا قال: اشتريته من رجل مجهول.. تقبل الشهادة على الملك المطلق.

وقيل: لا تقبل وإن ادعاه من مجهول؛ لأن هذا شهادة بزيادة ما يدعيه.. فلا تقبل.

وقال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى ملكاً بسبب الشراء من الآخر، أو الإرث عن أبيه وما أشبه ذلك وأقام البينة على الملك المطلق.. لا تقبل إن ادعى الشراء من رجل معروف [٢٥١/ب]، وإن ادعى الشراء من رجل مجهول، ثم أقام البينة على الملك المطلق.. تقبل.

وفي «البزازية»: ادعى الشراء من معروف ونسبه إلى أبيه وجده، لكن ادعى الشراء مع القبض، وشهدوا بالملك المطلق.. تقبل.

وفي «المحيط» السرخسي: قال بعضهم: لا تقبل.

ففي هذه المسائل كلها لا تقبل الشهادة على الأكثر ما لم يثبت التوفيق فيما أمكن التوفيق فيه، وإلا.. فلا تقبل مطلقاً.

ولو ادعى أنِ هذه الدار له إلا هذا البيت، فشهد الشهود أن جميع الدار له.. لا تقبل شهادتهم، إلا إذا وفق بأن يقول: كان كل الدار لي، إلا أني بعت هذا البيت منه ولم يعلم الشهود به.. فحينئذٍ تقبل شهادتهم.

ولا يحتاج فيه إلى إثبات التوفيق بالبينة؛ لأنه أقر على نفسه بزوال البيت عن ملكه.

وعلى جواب القياس: أنه يحمل على التوفيق وإن لم يدع التوفيق؛ لأنه ممكن، فيحمل عليه بلا دعوى.

ولو ادعى داراً في يد رجل أنها له اشتراها من فلان غير ذي اليد، فشهدوا أن فلاناً ذلك وهبها له وقبض وهو يملكها.. لا تقبل، حتى يوفق بأن يقول: اشتريتها منه فجحدني، ثم وهبها لي بعد ذلك، وأقام البينة على ذلك.. قبلت شهادتهم.

ولا تقبل قبل التوفيق؛ لوجود المخالفة صورة ومعنى:

أما صورة: فظاهر.

وأما معنى: فلأن الملك الحاصل بالهبة غير الملك الحاصل بالشراء؛ لأن الهبة تفيد الملك بغير عوض ولا خيار رؤية وعيب، والشراء يثبت جميع ذلك، وهذا التوفيق وإن كان محتملاً، إلا أن هذا النوع من التوفيق لا يثبت من غير دعوى؛ لأنه يحتاج إلى نقض ما ادعاه أولاً، وإلى إثبات عقد شهده الشهود، فيكون في الحمل على هذا الوجه إنشاء الخصومة، والقاضي نصب لقطع الخصومة لا لإنشائها.

وهذا النوع من التوفيق كما لا يثبت بدون الدعوى.. لا يثبت أيضاً بمجرد الدعوى بلا بينة، بخلاف ما تقدم؛ لأن ههنا أقرَّ بالملك لغيره، ثم ادعى الهبة،

شُرِطَ مُوَافقَةُ الشَّهَادَةِ الدَّعْوَى، ....

ودعوى الهبة دعوى على الغير، وليس بإقرار على نفسه، والدعوى لا تثبت إلا بالبينة، بخلاف الإبراء ونحو ذلك، وسيأتي تمام هذا في أثناء الشرح.

(**شرط موافقة الشهادة الدعوى**)، وذكر في «البحر»: أن المراد بالموافقة ههنا: هي المطابقة، أو كون المشهود به أقل من المدعى به، كذا في «فتح القدير».

وهذا لأن الشهادة لو كانت على الأقل.. قبلت كما كانت مطابقة للدعوى، بخلاف ما إذا كانت على الأكثر؛ حيث لا تقبل على ما ذكرناه، وسيأتي [٢٥٢/أ] في الكتاب أيضاً، ولهذا المعنى عمَّم الموافقة للمعنيين.

أطلق الموافقة ههنا ولم يقيدها باللفظ والمعنى كما قيدها في الموافقة بين الشاهدين؛ إشارة إلى أن المطابقة لفظاً بين الدعوى والشهادة ليست بشرط، بل الموافقة معنى كافية هنا، على ما صرح به «قاضي خان».

وهذا لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والمطابقة الكاملة في المعنى، فينصرف إليه، ولهذا قالوا: لو ادعى الغصب أو القتل، فشهد بإقرار المدعى عليه بذلك.. تقبل.

ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل، والآخر بالإقرار به.. لا تقبل، كذا في «الزيلعي» وغيره.

ثم الموافقة بين الدعوى والشهادة: إنما شرطت فيما كانت الدعوى شرطاً في قبول الشهادة كما في حقوق العباد.

وأما فيما لا تكون الدعوى شرطاً في قبولها كما في حقوق الله مثل الشهادة على الطلاق والعتق والوقف ونحوها على ما قدمناه.. فلا يشترط فيه الموافقة، على ما صرح به في «البحر».

ولهذا لو ادعى الطلاق وشهدوا على الخلع.. تقبل.

والحاصل: أن الشاهدين إذا شهدا على طبق المدعى به أو على الأقل منه..

تقبل بلا دعوى التوفيق؛ سواء كان المدعى به ديناً أو عيناً على ما قدمناه؛ لوجود المطابقة المعتبرة هنا.

وإذا شهدا على الأكثر منه.. لا تقبل بدون التوفيق، وله فروع ذكرنا بعضها، ولنذكر بعضاً آخر منها في أثناء الشرح.

ومن هنا ظهر ضعف ما في «الأشباه»؛ حيث قال: الشهادة إن وافقت الدعوى.. قبلت، وإلا.. فلا، إلا في مسائل:

ادعى ديناً بسبب، فشهدا بالمطلق.. تقبل لو كان المشهود به أقل.

ادعى أنه تزوجها، فشهدا أنها منكوحته.

ادعى ملكاً مطلقاً بلا تاريخ، فشهدا به بتاريخ.. تقبل على المختار.

ادعى أنشأ فعل الغصب وقتل، فشهدا بالإقرار به.

ادعى ألفاً كفالة عن فلان، فشهدا به كفالة عن آخر.

ادعى ملك عين بالشراء من رجل بعينه، فشهدا بالمطلق.

ادعى ملكاً مطلقاً، فشهدا بسبب، وقال المدعي: هو لي بذلك السبب.

ادعى الإيفاء، فشهدا بالإبراء والتحليل.

ادعى الهبة، فشهدا بالصدقة. انتهى.

ووجه الضعف: أنه لا استثناء في الحقيقة عن تلك القاعدة؛ سوى ما كان الدعوى في حقوق الله تعالى من العتق والبطلان ونحوهما، بل كل موضع لا تقبل فيه الشهادة للاختلاف بينها وبين الدعوى ولكون الشهادة فيه على الأكثر من المدعى به بدون التوفيق، وكلّ موضع [٢٥٢/ب] تقبل فيه الشهادة مع صورة المخالفة فيه بينهما.. فلكونها شهادة على الأقل، أو لوجود التوفيق فيه.

فَلَو ادّعى دَاراً شِرَاءً أَو إِرْثاً وشهدا بِمِلْكٍ مُطلق.. ردَّتْ.

ثم اعلم: أن ابن نجيم جعل المستثنيات عن القاعدة المذكورة في شرحه على «الكنز» ثلاث وعشرين مسألة، عشر منها ما ذكره في «الأشباه» والباقي مذكور في ذلك الشرح.

ثم قال: وفي الحقيقة: لا استثناء يعرف بالتأمل، وبيّن وجه عدم الاستثناء كما ذكرناه.

وقال في «المحيط»: عبد في يد رجل يزعم أنه ملكه، فادعى العبد عليه أنه أعتقه، وشهد الشهود أنه حر الأصل.. لا تقبل.

وكذا لو ادعى العبد أنه حر الأصل، وشهد الشهود على العتق.. لا تقبل.

وقيل: إذا ادعى أنه حر الأصل وشهد الشهود على العتق.. تقبل، وعلى العكس.. لا تقبل.

وقيل: تقبل في الوجهين جميعاً. انتهى.

وقال في «الفصولين»: ادعى أن مولاي أعتقني، وشهد أنه حرّ.. ترد؛ لأنه يدعي حرية عارضة، وشهدا بحرية مطلقة، فتصرف إلى حرية الأصل، وهي زيادة على ما ادعاه.

وقيل: تقبل؛ لأنهما لما شهدا أنه حر.. شهدا بنفس الحرية، وفيه نظر؛ لأنه لا يندفع به ما مر من دليل الرد.

أقول: الوجه فيه: أنهما لم يتعرضا في شهادتهما بسبب الحرية، وإنما شهدا به من غير ذكر سبب، وإنه لا ينافي دعواه، فتكون مطابقة للدعوى، ولا يحمل على حرية الأصل؛ لأنه حمل بعيد، ويتم الوجه بهذا.

والأمة لو ادعت أن فلاناً أعتقني، وشهدا أنها حرة.. تقبل الدعوى، ليست بشرط هنا.

(**فلو ادعى داراً شراءً أو إرثاً، وشهدا بملك مطلقاً.. ردت**) الشهادة؛ لما ذكرناه

آنفاً من أن المدعي ادعى ملكاً حادثاً لا يظهر في حق الزوائد، والشهود شهدوا بملك يظهر في حق الزوائد، وفي الزمان السابق، وفي رجوع الباعة بعضها بعضاً.. فكانت شهادتهم على الأكثر، فلا تقبل بدون التوفيق.

ومن أن المدعي أقر بالملك لمن ادعى الشراء منه، ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء منه ولم يثبت الانتقال بشهادتهم؛ لأنهم لم يشهدوا بالانتقال.

وعلى الوجهين: لا يمكن التوفيق.. فلا تقبل.

أما على الأول: فلأن المدعى بدعوى الحدوث في الملك نفي الملك في القديم، والشاهد يشهد، بخلاف الدعوى.. فلا تقبل.

وأما على الثاني: فلأنه بدعوى الملك بطريق الانتقال من الغير نفي الملك المطلق، والشاهد شهد بخلافه.. فلا تقبل.

ولا يخفى عليك أن الشهادة على الملك المطلق إذا كانت الدعوى بسبب الشراء إنما لا تقبل إذا كانت دعوى الشراء عن رجل معلوم وهو فلان بن فلان.

وأما إذا قال: اشتريته [٢٥٣/أ] عن مجهول مثل محمد.. فقد قيل: تقبل الشهادة فيه.

وقيل: لا تقبل مطلقاً.

ولهذا الخلاف ترك رحمه الله هذا القيد.

والمصنف جعل دعوى الإرث مثل دعوى الشراء، على ما اختاره السرخسي.

وقيل: إن دعوى الإرث مثل دعوى الملك المطلق، واختاره في «البزازية».

ثم ما ذكره في الشراء فيما إذا لم يدّع القبض مع الشراء؛ فإن ادّعاهما معاً فشهدوا على المطلق.. تقبل على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

ثم ما ذكره المصنف ههنا مما لا يمكن التوفيق فيه، وقد ذكرنا بعض ما يمكن التوفيق فيه، ولنذكر بعضاً آخر هنا:

لو ادعى داراً في يد رجل أنها كانت لأبيه فلان مات وتركها ميراثاً له منذ سنة، فشهدوا أنه اشتراها من الذي في يديه منذ سنتين.. لا تقبل هذه الشهادة، إلا أن يوفق ويقول: اشتريتها من ذي اليد منذ سنتين كما شهدوا، ثم بعتها من أبي، ثم مات فورثتها منه؛ فإذا وفق على هذا الوجه.. تقبل الشهادة ويقضى له، ولا يثبت هذا التوفيق ما لم يشهد الشهود بالبيع من أبيه؛ لأن دعوى البيع من أبيه دعوى على الأب.. فلا تثبت إلا ببينة.

وكذا لو ادعى الإرث أولاً، فشهد الشهود بالهبة أو الصدقة مكان الشراء.. لا تقبل ما لم يوفق.

عبد في يد رجل، ادعى رجل آخر أن الذي في يديه تصدق به عليه منذ سنة وقبضه، فشهدوا أنه اشتراه من ذي اليد منذ سنتين.. لا تقبل، إلا أن يوفق فيقول: اشتريته منه منذ سنتين، ثم بعته منه، ثم تصدق به علي منذ سنة؛ فإذا وفق على هذا الوجه فشهد الشهود بالبيع منه، ثم بالصدقة.. يقضى له.

ولو ادعى أولاً الشراء من ذي اليد منذ سنة، فشهدوا بالصدقة منذ سنتين.. لا تقبل، إلا أن يوفق فيقول: تصدق به علي منذ سنتين وقبضته، ثم بعته منه منذ سنة، ثم اشتريته، وشهد الشهود له بذلك.. تقبل.

ولو ادعى الصدقة منذ سنة، فشهد شهوده أنه اشتراه منه منذ شهر.. لا تقبل، إلا أن يوفق فيقول: تصدق به علي منذ سنة وقبضته، ثم وصل إليه بسبب من الأسباب وجحد الصدقة فاشتريته منه منذ شهر؛ فإذا وفق على هذا الوجه وأثبت بالبينة.. تقبل.

ولو ادعى ميراثاً عن أبيه منذ سنة، وشهد الشهود أنه اشتراه من ذي اليد بعدما قام من عند القاضي.. لا تقبل؛ فإن وفق فقال: جحدني الميراث، فاشتريته منه الآن.. قبلت بينته [٢٥٣/ب]، لكن إذا أعاد البينة على ذلك؛ لأن الشراء من ذي اليد دعوى على ذي اليد، فلا يثبت بدون البينة، والشهادة الأولى قامت قبل الدعوى.. فلا تعتبر.

ولو ادّعى أمة في يد رجل وقال: اشتريتها منه بعبدي هذا منذ شهر، فشهدوا أنه اشتراها منه بألف منذ قام من عند القاضي.. لا تقبل، إلا أن يوفق فيقول: اشتريتها بالعبد منذ شهر ثم جحدني، فاشتريتها منه بألف درهم بعد ذلك؛ فإذا وفق على هذا الوجه وأعاد البينة على الشراء بألف.. تقبل.

ولو ادّعى أوّلاً أنه اشتراها منه بالعبد منذ شهر، وشهد أنه اشتراها منه منذ سنة أو قبل ذلك.. لا تقبل؛ لمكان التناقض، إلا أن يوفق فيقول: اشتريتها منه منذ سنة كما شهدوا به، ثم بعتها منه، ثم اشتريتها منذ شهر؛ فإذا وفق على هذا الوجه وشهدوا بالبيع والشراء بعد ذلك.. يصح التوفيق، ويقضى له. الكل في «قاضي خان».

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: ادعى ملكاً مطلقاً مؤرخاً، والشهود شهدوا على الملك من غير تاريخ.. لا تقبل، ولو كان على العكس؛ بأن ادعى المدعي بلا تاريخ، والشهود شهدوا مع التاريخ.. تقبل على المختار.

وقيل: لا تقبل.

فيه أيضاً: ولو ادعى ملكاً بسبب الشراء مؤرخاً، والشهود شهدوا على الشراء دون التاريخ.. تقبل، وعلى العكس.. لا تقبل.

ولو شهدوا على التاريخ أيضاً، لكن على تاريخ أكثر من تاريخ المدعي.. لا تقبل، وعلى الأقل من تاريخ المدعي.. تقبل.

وهل يضرّ الخطأ فيما لا يحتاج إليه؟

ففي «الأشباه»: الشاهد إذا ذكر ما لا يحتاج إليه وأخطأ فيه.. لا يضر.

وقال في «البزازية»: سأل الإمام السفدي عمن ادّعى أرضاً وذكر حدودها وقال: يبذر فيها خمسون مكيالاً، والشهود أيضاً ذكروا الحدود كذلك وقالوا: يبذر فيها خمسون مكيالاً، وأصاب الكل في الحدود، لكن لا يسع فيها إلا عشرة مكاييل..

وَفِي عَكسه.. تقبلُ.

قال: تقبل؛ لأن ذكر المقدار لا يحتاج إليه بعد ذكر الحدود، وذكر ما لا يحتاج إليه وعدمه سواء.

قيل له: أجاب فلان بخلافه، فقال: أخطأ، والصحيح ما قلت.

وقيل: المسألة على التفصيل؛ إن شهدوا بحضرة الأرض وأشاروا إليها وأخطؤوا في مقدار ما يبذر.. تقبل وهو الوصف، وإن شهدوا بغيبة الأرض.. لا؛ لأن الشهادة بملك موصوف والوصف معدوم.

والأشبه: عدم القبول مطلقاً؛ لأنهم إما مخطئون أو كاذبون في الشهادة، وعدم كونه محتاجاً إليه.. لا يدفع الخلل،

ألا ترى أن الشاهد بالملك [٢٥٤/أ] المطلق إن أطلق بناء على اليد والتصرف.. يسوغ له ذلك وتقبل، وإن بين أنّ شهادته بناء على الرؤية.. لا تقبل، وإن كان ذكر المطلق غير محتاج. انتهى.

وهل يضر التناقض والاختلاف فيما لا يحتاج إليه؟

ففي «البزازية»: إنهما لا يضران، قال: لو سأل القاضي عن اللون فذكروا، ثم شهدوا عند الدعوى وذكروا لوناً آخر.. تقبل، والتناقض فيما لا يحتاج إليه لا يضر.

أصله في «الجامع الصغير»: اختلفا في لون الدابة في دعوى سرقة.. تقبل عنده؛ لأنه كالسكوت عن ذكر اللون، ولو اختلفا في الذكورة والأنوثة.. لا تقبل بالإجماع.

وفي الغصب: لو اختلفا في لون الدابة.. يمنع إجماعاً. انتهى.

(**وفي عكسه تقبل**)؛ أي: ادّعى ملكاً مطلقاً وشهدوا على الملك بالشراء أو الإرث.. تقبل؛ لأن دعوى الملك في القديم لا ينافي الملك في الزمان الحادث بعده، فالشاهد لم يشهد، بخلاف المدعي؛ بل إنما شهد ببعض ما ادّعاه، وذلك لا يمنع قبول الشهادة؛ لما تقدم: «من أن الموافقة بين الدعوى والشهادة أعم من المطابقة وكون المشهود به أقل من المدّعى به».

أطلق رحمه الله، وذكر في «الخلاصة» عزواً إلى «الأجناس» في هذه المسألة: أن القاضي يسأل المدعي أن الملك لك بهذا السبب الذي شهدوا أو بسبب آخر؟

إن قال: بهذا السبب.. يقضى بالملك بهذا السبب الذي شهدوا.

وإن قال: بسبب آخر.. لا يقضى بشيء أصلاً.

والحاصل: أن الشهادة على الأقل من المدعى به.. تقبل بلا توفيق، والشهادة على الأكثر منه.. لا تقبل بلا توفيق؛ لأن فيه تكذيب الشاهد، وكل موضع يكذب المدعي الشاهد.. لا تقبل الشهادة فيه.

ولهذا قال في «الفصولين» وغيره: لو ادّعى نتاجاً فشهدا بمطلق الملك.. تقبل، وفي عكسه.. لا تقبل.

وعللوه: بأن دعوى المطلق دعوى أولية الملك على سبيل الاحتمال، وشهادة النتاج شهادة أولية الملك على سبيل اليقين؛ فقد شهدوا في الأول على الأقل.. فقبلت، وفي الثاني على الأكثر.. فلم تقبل.

وقد تقدم آنفاً: أنه لو ادّعى نتاجاً وشهدا على الملك بسبب الشراء ونحوه.. لا تقبل ما لم يوفق.

وقال في «الفصولين»: لو ادعى ملكاً مطلقاً وشهدا أنه ورثه من أبيه ولم يتعرضا للملك في الحال، أو شهدا أنه شراه من فلان ولم يتعرضا لملكه في الحال؛ بأن لم يقولا: هو ملكه في الحال.. تقبل.

ولكن للقاضي أن يسأل شهوده: «هل تعلمون أنه خرج من ملكه؟».

وكذا لو ادعى: «أنها امرأتي أو منكوحتي» [٢٥٤/ب] وشهدا أنه كان تزوجها ولم يتعرضا للحال.. تقبل.

وإن ادعى داراً بيد رجل، فشهدا أنه كان في الماضي بيد المدعي.. لا تقبل في ظاهر الرواية؛ لأنهما شهدا بيده في الماضي، وقد عرفت الخروج من يده بيقين،

وَكَذَا شُرِطَ اتِّفَاقُ الشَّاهِدين لفظاً وَمعنىً، ....

بخلاف ما إذا شهدوا بملك في الماضي.. فإنها تقبل؛ إذ لم يعلم بيقين خروجه عن ملكه.

وعن أبي يوسف: أنها تقبل في الأول أيضاً.

ولو شهدا بإقرار المدعى عليه أنه كان بيد المدعي.. تقبل.

ولو ادعى ملكاً في الماضي وشهدوا به في الحال؛ قيل: تقبل، وقيل: لا، وهو الأصح.

وكذا لو ادعى أنه كان له، وشهدا أنه كان له.. لا تقبل؛ لأن إسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال؛ إذ لا فائدة للمدعي في الإسناد مع قيام ملكه في الحال، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي؛ لأن إسنادهما لا يدل على النفي في الحال؛ إذ لهم فائدة سوى النفي في الحال، وهي: أن يشهدا بما عاينا من ملكه بيقين، ولا يشهدا انتفاءه في الحال؛ لأنهما لا يعرفان بقاءه إلّا بالاستصحاب، والشاهد قد يحترز عن الشهادة مما يثبت بالاستصحاب الحال؛ لعدم تيقنه، بخلاف المالك؛ لأنه كما يعلم ثبوت ملكه يقيناً.. يعلم يقيناً بقاءه.

قلت: ومن هنا قالوا: لو ادعى ملكاً في الحال وشهدا أنه كان ملكاً.. تقبل؛ لأن إسنادهما إلى الماضي لا يدل على النفي في الحال، وما يثبت في زمان.. يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل.

واعترض عليه: بأن هذا عمل بالاستصحاب، وهو عمل بالظاهر، والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، وكلامنا في الاستحقاق لا في الدفع، فينبغي أن لا تقبل شهادته.

(**وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنىً**)، قال في «العناية»: الموافقة بين شهادة الشاهدين شرطُ قبولها، كما كانت شرطاً بين الدعوى والشهادة، لكنهم

فَلَا تقبلُ لَو شَهِدَ أَحدُهُمَا بِأَلفٍ، أَو مائَةٍ، أَو طَلْقَةٍ، وَالْآخرُ بِأَلفَيْنِ، أَو بمائتين، أَو بطلقتين أَو ثَلَاثٍ.

وَعِنْدَهُمَا: تُقبلُ على الْأَقَلِّ.

اختلفوا في أنها شرط من حيث اللفظ والمعنى لا من حيث المعنى فقط، فذهب أبو حنيفة إلى الأول، وصاحباه إلى الثاني.

وأما الموافقة من حيث المعنى.. فشرط بلا خلاف، واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف، حتى لو شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالعطية، أو أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج.. فهو مقبولة.

وأما اختلافهما من حيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن، وهو محل الخلاف.. فقد نفاه أبو حنيفة، وجوّزه صاحباه.

فظهر منه: أن المراد باتفاقهما لفظاً: عند تطابق لفظهما على إفادة المعنى بطريق الوضع [٢٥٥/أ] لا بطريق التضمن واللزوم.

ولا يخفى عليك أن الموافقة لفظاً بهذا المعنى إنما هي شرط بين الشاهدين لا بين الدعوى والشهادة، وإنما الشرط بينهما: هو الموافقة معنى فقط، ولهذا قالوا: لو ادعى الغصب أو القتل وشهدا بالإقرار به.. تقبل؛ لوجود الموافقة معنى.

ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل، والآخر بالإقرار به.. لا تقبل؛ لعدم الموافقة لفظاً.

(**فلا تقبل لو شهد أحدهما بألف أو مائة أو طلقة و**) شهد (**الآخر بألفين وبمائتين أو بطلقتين أو ثلاث**)، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: تقبل على الأقل**)؛ يعني: إذا كان المدعي يدّعي الأكثر وهو دين.. تقبل على الأقل؛ لأنهما اتفقا على الأقلّ، وتفرد أحدهما بالزيادة، فثبت المتفق عليه دون ما تفرّد أحدهما؛ لعدم الشهادة الكاملة في تلك الزيادة؛ كما في المسألة الآتية الاتفاقية.

وَلَو شهدَ أَحدهُمَا بِأَلِف، وَالْآخرُ بِأَلِف وَمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي يَدّعِي الْأَكْثَرَ.. قُبِلَتْ على الْألِفِ اتِّفَاقاً.

وَكَذَا: مائَةٌ، وَمِائَةٌ وَعشرَةٌ.

وطلقةٌ وطلقةٌ وَنصفٌ.

بخلاف ما إذا ادعى المدّعي الأقل، وشهد أحدهما بألف أو مائة، والآخر بألفين أو مائتين.. لا تقبل بالاتفاق، على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

ولأبي حنيفة: أنهما اختلفا لفظاً؛ لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية، واختلاف الألفاظ إفراداً وتثنية يدل على اختلاف المعنى؛ فإن لفظ المفرد لا يعبر به عن التثنية أصلاً، ولا عن المفرد بالتثنية، ولكل واحد منهما شاهد واحد.. فلا تقبل؛ لعدم نصاب الشهادة، فصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال.

شهد أحدهما بكرّ شعير والآخر بكر حنطة؛ **فإن قيل**: الأقل موجود في الأكثر.. فاتفقا على الأقل؛ فلو لم تقبل على الأقل مع كونه متفقاً عليه.

قلنا: نعم، إلا أن الأكثر لم يثبت بكون الشاهد عليه واحداً حتى يثبت ما في ضمنه، بخلاف ما إذا ادّعى المدعي الأكثر وشهدا معاً على الأقل؛ حيث ثبت فيه الأقلّ؛ لاتفاقهما على الأقل فصلاً، ولم تكن الشهادة مخالفاً للدعوى - على ما تقدم بيانه – فتقبل.

وبخلاف المسألة الآتية المتفق عليها على ما سيأتي.

وبخلاف ما إذا قال الزوج لها: طلقي نفسك ثلاثا، فطلقت واحدة؛ حيث وقعت واحدة، أو قال لها: أنت طالق ألفاً؛ حيث تقع ثلاث؛ لأن الأكثر في ذلك ثابت، فيتضمن الأقل.

(ولو شهد أحدهما بألف، والآخر بألف ومائة) بالعطف **(والمدعي يدعي الأكثر.. قبلت على الألف اتفاقاً)**؛ لاتفاق الشاهدين على الألف لفظاً ومعنى؛ لقضية العطف؛ لأن العطف يقرّر المعطوف عليه.

(وكذا مائة ومائة وعشرة وطلقة) [٢٥٥/ب] وطلقة **(ونصف)** يعني: شهد

أحدهما: بمائة، والآخر بمائة وعشرة بالعطف، وكذا طلقة ونصف، والمدعي يدّعي الأكثر.. قبلت على الأقل؛ لقضية العطف أيضاً، بخلاف ما إذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر؛ لأنه ليس بينهما حرف عطف، فصارا متباينين كالألف والألفين، على ما تقدم.

وبخلاف ما إذا ادّعى المدعي الأقلّ وقال: لم يكن لي إلّا الأقل، أو سكت عن قوله: «إلا الأقل».. فأنه يبطل شهادة الأكثر؛ لتكذيبه المدّعي، فلم يبق له إلا شاهد واحد.. فلا يقبل، إلا إذا صرح التوفيق بأن قال: أصل حقي ألف ومائة، لكن استوفيت مائة وأبرأته عنها، فلم يعلم الشهود ذلك.. فإنه حينئذ قبلت؛ للتصريح بالتوفيق، فصار أحوال من يدّعي الأقلّ عند اختلاف الشاهدين ثلاثة:

التكذيب، والسكوت، والتوفيق.

وجواب الأولين: بطلان الشهادة دون الثالث.

وهل يحتاج إلى البينة في إثبات هذا التوفيق؟

وقد تقدم أنه لا يحتاج إليه.

شهدا بألف درهم وقال أحدهما: بيض، والآخر: سود، وللبيض فضل على السود، أو شهدا بكر حنطة فقال أحدهما: جيد، وقال الآخر: رديء، أو شهد أحدهما بألف وعبد، والآخر بألف وعبد ودار.. لا تقبل إن ادّعى المدعي الأقلّ، وإن ادّعى أفضلهما.. قضى بالأقلّ. كذا في «الخلاصة».

والحاصل: أن الشاهد على الأكثر لا يخلو؛ إما أن شهد عليه بحرف العطف، أو بغير حرف العطف.

وعلى الثاني: إن ادّعى المدعي الأقلّ.. لا تقبل بالاتفاق، وإن ادّعى الأكثر.. لا تقبل عند أبي حنيفة، وتقبل عندهما.

وعلى الأول: إن ادّعى المدعي الأكثر.. تقبل بالاتفاق، وإن ادّعى الأقل.. لا تقبل بالاتفاق.

وهذا - أي: التفصيل المذكور - في أن المدعي إن ادعى الأقل فكذا، أو الأكثر فكذا.. فيما إذا لم يدّع المدعي عقداً، بل ادّعى مالاً، وإن ادّعى عقداً.. فهي في ثمان مسائل:

البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن، والعتق على مال، والخلع، والصلح عن دم العمد، والنكاح.

أما في البيع إذا شهد أحدهما أنه اشترى عبد فلان بألف درهم، وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة.. لا تقبل هذه الشهادة؛ سواء كان المدعي يدعي الشراء بالأقل أو بالأكثر، وسواء وجد الدعوى من البائع أو من المشتري.

وأما الإجارة: إن كانت في أول مدة.. فهي كالبيع، وإن كانت بعد مضي المدة والمدعي هو المستأجر.. فهي كالبيع أيضاً، وإن كان المدعي هو الآجر.. فهي دعوى الدين، وقد تقدم حكمها.

والكتابة [٢٥٦/أ] كالبيع إن كانت الدعوى من العبد، وإن كان المدّعي هو المولى.. لا تقبل.

وفي الرهن: إن كانت الدّعوى من الراهن.. لا تقبل، وإن كانت الدعوى من المرتهن.. فهو دعوى الدّين، فيثبت الرهن بألف ضمناً وتبعاً للدين.

وفي العتق على مال والخلع: إن كانت الدعوى من العبد والمرأة.. فهي دعوى العقد، وإن كانت من الزوج والمولى.. فهي دعوى الدين؛ لأن العتق والطلاق واقع بإقرار المولى والزوج، بقي دعوى المال.

والصلح عن دم العمد: كالخلع.

وفي النكاح: إن كان المدعي هو الزوج والمرأة منكرة.. فهي دعوى العقد

بالإجماع، وإن كانت الدعوى من المرأة.. فهذه دعوى الدين عند أبي حنيفة، وعندهما: دعوى العقد.

والصدر الشهيد لم يفصل بينهما: إذا كان الدعوى من الزوج أو من المرأة، فقال: سواء كان المدعي الزوج أو المرأة إذا اختلف الشاهدان في قدر المهر، والمدعي يدّعي الأقلّ أو الأكثر.. يقضى بالنكاح بأقلّ المالين؛ لأن المال تابع في النكاح، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يقضى بالنكاح أصلاً؛ كذا في «الخلاصة»، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

ثم اعلم أن اختلاف الشاهدين معنى كما يمنع قبول الشهادة.. كذلك يمنع اختلافهما لفظاً عند أبي حنيفة، كما تقدم.

وما ذكره المصنف ههنا: من أمثلة الاختلاف اللفظي.

وذكر ابن نجيم في «البحر»: اشتراط اتفاق الشاهدين في اللفظ عند أبي حنيفة، ثم قال: **ويستثنى منه اثنتان وأربعون مسألة منها:**

١- ما في «العمدة»: شهد أحدهما: أن له عليه ألف درهم، وشهد الآخر أنه أقرّ له بألف درهم. تقبل.

٢- **ومنها:** ادعى كر حنطة، فشهد أحدهما بأنها جيدة، والآخر رديئة والدعوى بالأفضل تقبل ويقضى بالأقل. **ومنها:** ادعى مائة دينار، فقال أحدهما: نيسابورية، والآخر: بخارية، والمدعي يدّعي النيسابورية وهو أجود.. تقبل ويقضى بالبخارية بلا خلاف؛ لأنهما اتفقا على الكمية في هذه المواضع الثلاثة، ثم انفرد أحدهما بزيادة وصف.. فلا تضر في الحكم بالأقل، ولو كان المدعى به الأقلّ فيها.. لا تقبل ما لم يوفق بالإبراء.

٣- **ومنها:** شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالعطية.. تقبل.

٤- **ومنها:** شهد أحدهما بالنكاح، والآخر بالتزويج.. تقبل.

قلت: هاتان المسألتان لا تصلح للاستثناء عن قول الإمام؛ لأن الاختلاف فيهما من قبيل الاختلاف في اللفظين المترادفين، والإمام قائل به؛ لأن محلّ النزاع بينه وبين [٢٥٦/ب] صاحبيه: هو اتفاق اللفظين في المعنى، وأما اختلافهما من حيث الترادف بعد اتفاقهما في المعنى.. فلا يضر بالاتفاق، على ما صرح به في «العناية»، وقد تقدم منا أيضاً.

٥- **ومنها**: شهد أحدهما: أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً، على أن لزيد ثلث غلتها، وشهد آخران لزيد نصفها.. تقبل على الثلث، والباقي للمساكين.

٦- **ومنها**: ادّعى أنه باع بيع الوفاء أو البات، فشهد أحدهما به، والآخر أن المشترى أقل بذلك.. تقبل، ولا خصوصية بالبيع، بل كل قول كذلك، بخلاف الشهادة على الفعل والإقرار به.. فإنه لا يجوز.

٧- **ومنها**: شهد أحدهما: على أنها آجارته، والآخر أنها كانت له.. تقبل.

٨- **ومنها**: ادعى ألفاً مطلقاً فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة.

٩- **ومنها**: ادعى الإبراء عن الدين فشهد أحدهما به والآخر على أنه وهبه أو تصدّق عليه أو حلّله.. يقبل، بخلاف ما إذا ادعى الإبراء وشهد أحدهما على الهبة، والآخر على الصدقة.. لا تقبل.

١٠- **ومنها**: ادّعى الهبة، فشهد أحدهما بالهبة، والآخر بالبراءة.. تقبل، ويثبت الإبراء لا الهبة؛ كذا في «البزازية».

١١- **ومنها**: شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه العبد، والآخر على إقراره بأنه أودعه منه هذا العبد.. تقبل؛ لاتفاقهما على الإقرار بالأخذ.

١٢- **ومنها**: شهد أحدهما على إقراره أنه غصبه منه، والآخر على إقراره أن فلاناً أودع منه هذا العبد.. تقبل ويقضى للمدعي، ولا تقبل من المدعى عليه بينة

بعده؛ لأن الشاهدين شهدا على إقراره بالملك للمدّعي.

١٣- **ومنها**: شهد أحدهما أنها ولدت منه، والآخر أنها حبلت منه.. تقبل.

١٤- **ومنها**: شهد أحدهما أنه أقر أنّ الدار له، والآخر على أنه سكن فيها.. تقبل.

١٥- **ومنها**: شهد أحدهما على أنه أذن لعبده في الثياب، والآخر على أنه أذن له في الطعام.. تقبل ويثبت إذن عبده، بخلاف ما إذا قال أحدهما: إذنه صريحاً والآخر: أنه رآه يبيع ويشتري فسكت.. فإنها لا تقبل.

١٦- **ومنها**: شهد أحدهما أنه أقر بالمال بالعربية، والآخر على أنه أقر بالفارسية.. تقبل، بخلافه في الطلاق؛ حيث لا تقبل فيه؛ كذا في «البزازية».

١٧- **ومنها**: شهد أحدهما أنه قال لعبد: أنت حرّ، وقال الآخر: قال: أزادي.. تقبل.

١٨- **ومنها**: أنه قال لامرأته: إن كلّمت فلاناً فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة، والآخر عشية.. تقبل وطلقت.

١٩- **ومنها**: أنه قال إن طلقتك فعبده حرّ، فقال أحدهما: طلّقها اليوم، والآخر: أمس.. تقبل ويقع الطلاق والعتق.

٢٠- **ومنها**: شهد [٢٥٧/أ] أحدهما أنه طلقها ثلاثا ألبتة، والآخر أنه طلقها ثنتين ألبتة.. يقضى بطلقتين ويملك الرجعة.

٢١- **ومنها**: شهد أحدهما أنه أعتقه بالعربي، والآخر بالفارسي.. تقبل؛ للاتفاق في المعنى، وكذا في الطلاق على الأصح؛ كما في «الأشباه».

بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه قذفه بالعربي، والآخر بالفارسي.. لا تقبل؛ لأن العبرة في الحدود إلى الصورة والمعنى جميعاً.

٢٢- **ومنها**: أنهما اختلفا في مقدار المهر، فشهد أحدهما بالأقل، والآخر بالأكثر.. تقبل ويقضى بالأقل.

٢٣- **ومنها:** شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان في دار سماه، والآخر أنه وكّله بخصومة فيه وفي شيء آخر.. تقبل في دار اجتمعا عليه؛ إذ الوكالة تقبل التخصيص.

٢٤- **ومنها:** ادّعى مالاً، فشهد أحدهما: على أنه وقفه في صحته، والآخر على أنه وقفه في مرضه.. تقبل، إذا شهدوا بوقف مات.

٢٥- **ومنها:** شهد أحدهما أنه أوصى إليه يوم الخميس، والآخر أنه أوصى إليه يوم الجمعة.. تقبل؛ لأنها كلام لا يختلف بزمان ومكان.

٢٦- **ومنها:** ادعى مالاً، فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال، وشهد الآخر: أنه كفل عن غريمه بهذا المال.. تقبل، كذا في «القنية».

٢٧- **ومنها:** شهد أحدهما: أنه باعه بكذا إلى شهر، والآخر بالبيع ولم يذكر الأجل.. تقبل.

٢٨- **ومنها:** شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام، وشهد الآخر على البيع ولم يذكر الخيار.. تقبل.

٢٩- **ومنها:** شهد أحدهما: أنه وكّله في الخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة، والآخر عند قاضي البصرة.. تقبل.

٣٠- **ومنها:** شهد أحدهما: أنه وكّله بالقبض، والآخر أنه جراه.. تقبل.

٣١- **ومنها:** شهد أحدهما أنه وكّله بقبضه، والآخر أنّه سلّطه على قبضه.. تقبل.

٣٢- **ومنها:** شهد أحدهما: أنه وكّله بقبضه، والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته.. تقبل.

٣٣- **ومنها:** شهد أحدهما: أنه وكله بقبضه، والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذه.. تقبل.

٣٤- **ومنها:** أنهما اختلفا في زمن إقراره بالوقف.. تقبل.

٣٥- **ومنها:** اختلفا في مكان إقراره.. تقبل.

٣٦- **ومنها:** اختلفا في زمن إقراره وقفه في صنعته أو في أرضه.. تقبل.

٣٧- **ومنها:** شهد أحدهما: لوقفها على زيد، والآخر على عمرو.. تقبل ويكون وقفاً على الفقراء.

إلى هنا جملة ما ذكره في «البحر» من المستثنيات.

قلت: ويزيد عليه بمسائل كثيرة:

٣٨- **ومنها:** شهد أحدهما: بألف، والآخر بألف وخمسمائة، والمدعي يدّعي الأكثر.. تقبل بلا توفيق، وإن ادعى الأقل.. تقبل مع التوفيق، على ما تقدم.

وكان صاحب «البحر» لم يعده من المستثنيات؛ لما تقدم [٢٥٧/ب]: أن لا مخالفة فيه لا لفظاً ولا معنى؛ لقضية العطف.

٣٩- **ومنها:** ادّعى ألفاً وشهد أحدهما: بألف سود، والآخر بألف بيض، وللبيض فضل على السود، والمدّعي يدّعي الأفضل.. تقبل ويقضى بالأقل.

٤٠- **ومنها:** أنه ادّعى عبداً في يد رجل، فشهد أحدهما: على إقرار ذي اليد بهبة المدعي عنه، والآخر على إقراره بالشراء منه، والمدعي ينكر.. تقبل، فيأخذ العبد منه.

٤١- **ومنها:** شهد أحدهما: على إقراره أنه أخذ هذا العبد من فلان، والآخر على إقراره بأنه أودعه منه.. تقبل؛ لاتفاقهما على الإقرار.

٤٢- **ومنها:** شهد أحدهما: على أن له عليه كذا من الدين، والآخر على إقراره بأن له عليه كذا من الدين.. تقبل.

والحاصل: أنهما إذا اختلفا في الزمان أو في المكان أو في الإنشاء والإقرار في كل ما يكون قولاً محضاً من العقود كالطلاق والبيع والوكالة والوصاية والعتاق والدين والبراءة والكفالة والحوالة.. لا يمنع قبول الشهادة في هذه المواضع العشرة.

وكذا اختلافهما في الوجوه الثلاثة فيما يكون فعلاً ملحقاً بالقول.. لا يمنع قبول الشهادة أيضاً كالقرض؛ فإنه وإن كان فعلاً إلا أنه ملحق بالقول؛ لعدم تمامه بالتسليم بلا قول المقرض: أقرضتك، فأشبه الطلاق، فألحق به.

وكذا لا يمنع قبول الشهادة: اختلافهما في الزمان أو المكان في قول لا يتم إلا بفعل مثله؛ كالهبة والصدقة والرهنِ.. فإنها فعل لا يتم إلا بفعل وهو القبض.. ولو اختلفا في الزمان والمكان وشهدا على معاينة القبض.. تقبل في الهبة والصدقة والرهن، عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن القبض قد يكون غير واحد، فيجوز أن يقبضه مرتين في زمانين، وفي مكانين.

وقال محمد: لا يقبل.

وفي «قاضي خان»: وهو القياس.

وكذا لا يمنع اختلافهما في الزمان أو المكان في القذف عند أبي حنيفة؛ خلافاً لهما.

وأما لو اختلفا في الإنشاء والإقرار في هذه الأربعة؛ أعني: الهبة والصدقة والرهن والقذف؛ بأن شهد أحدهما: على إنشائها، والآخر على إقرارها.. لا تقبل إجماعاً. الكل في «البزازية».

ثم قال فيها نقلاً عن «المنتقى»: شهدا على إقرار رجل بمال، إلا أنهما اختلفا في الزمان والمكان أو البلدان.. قال أبو حنيفة: تقبل؛ لأن على الشاهد حفظ عين الشهادة لا محلها وزمانها.

وقال أبو يوسف: لا تقبل.

ولو على الإقرار بالبيع أو الإيفاء واختلفا في الزمان والمكان.. تقبل.

قال أحدهما: إنه أقر في المسجد، والآخر على السوق، أو قال أحدهما: أقر غدوة، والآخر [٢٥٨/أ]: عشية.. تقبل.

وأما لو اختلفا في الزمان والمكان أو في الإنشاء والإقرار فيما كان فعلاً محضاً كالجناية والغصب والقتل، أو قولاً ملحقاً بالفعل كالنكاح.. فإنه قول، لكنه ملحق بالفعل؛ لكون حضور الشاهد شرطاً فيه، وهو الفعل، فيمنع قبول الشهادة في الوجوه الثلاثة، على ما صرح به «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية».

فظهر منه: أنه لو ادعى شيئاً مما يكون قولاً محضاً من العقود العشرة المذكورة وشهد أحدهما به، والآخر بالإقرار به.. تقبل؛ سواء شهدا في زمان واحد ومكان واحد، أو في زمانين ومكانين.

وكذا في: القرض والهبة والصدقة.

وكذا في القذف عند أبي حنيفة.

والعجب من «البزازية»: أنه عدّ الرهن أولاً من قبيل ما يكون قولاً محضاً، وصرح أن اختلاف الشاهدين فيه في الزمان والمكان والإنشاء والإقرار لا يضرّ.

ثم عده من قبيل القول الذي لا يتم إلا بالفعل كالهبة والصدقة، وقال: إن اختلاف الشاهدين فيه في الإنشاء والإقرار.. يضر ويمنع قبول الشهادة.

وجعله في «الخلاصة»: من قبيل ما يكون قولاً محضاً، وسكت عليه.

وجعله في «قاضي خان»: من قبيل القول الذي لا يتم إلا بالفعل؛ كالهبة والصدقة؛ حيث قال: وإن اختلفوا في عقد لا يثبت حكمه إلا بالفعل كالهبة والصدقة والرهن؛ فإن شهدا على معاينة القبض واختلفا في الأيام والبلدان.. جازت شهادتهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، والقياس: أن لا تقبل، وهو قول محمد وزفر.

وإن شهدا على إقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض.. جازت الشهادة في قولهم.

ولو شهدا على الرهن، فشهد أحدهما: على معاينة القبض، والآخر على إقرار الراهن بالقبض.. لا تقبل هذه الشهادة، ويكون الرهن في هذا بمنزلة الغصب.

وإن اختلف شهود الرهن في جنس الدين أو في مقداره.. لا تقبل؛ كما لو اختلف شهود البيع في جنس الثمن أو في مقداره. انتهى.

وقال في «الفصولين» بعلامة «فتاوى قاضي ظهير»: ادّعى رهنا، فشهد أحدهما: بمعاينة القبض، والآخر أن الراهن أقر بقبض الرهن.. لا تقبل؛ إذ الرهن في هذا كغصب. انتهى.

ثم قال فيه أيضاً: ادّعى الوديعة، وشهد أن المودع أقر بالإيداع.. تقبل كما في الغصب، وكذا العارية.

ولو شهد أحدهما بإيداعه، والآخر أنه أقر بإيداعه.. فعلى قياس القرض: ينبغي أن تقبل، وعلى قياس الغصب: ينبغي أن لا تقبل.

ولو ادعى نكاحاً وشهدا بإقرارها بنكاح.. تقبل [٢٥٨/ب].

ولو شهد أحدهما: بنكاح، والآخر بإقرارها به.. لا تقبل كالغصب. انتهى.

وذكر قبل هذا أيضاً: ادّعى مائة قفيز برّ بسبب سلم صحيح، وشهد أنّ المدعى عليه أقر أن له عليه مائة قفيز برّ، ولم يزيدوا عليه.. تقبل؛ لأنه اختلاف في سبب الدّين، وإنه لا يمنع قبول الشهادة.

وقيل: لا تقبل، وهو الأصح؛ لأنهما لم يذكرا إقراره بسبب السلم.

والاختلاف في سبب الدين إنما لا يمنع قبولها لو لم يختلف الدين، باختلاف السبب، ودين السلم مع دين آخر يختلفان؛ إذ الاستبدال قبل القبض لم يجز في السلم، وجاز في دين البر بلا سلم؛ فلم يشهدا بدين يدعيه المدعي.. فلا يقبل.

بخلاف ما لو ادعى ديناً بسبب القرض، وشهدا أنه أقر ولم يذكرا سبب القرض.. تقبل.

ولو ادّعى ديناً وشهدا بإقراره بالمال.. تقبل، فيكون إقامة البينة على إقراره بالمال كإقامة البينة على السبب.

وقيل: لا تقبل، وبه أفتى بعض مشايخنا.

ولو ادّعى ديناً وشهد أحدهما: بالمال، والآخر بإقراره بالمال.. تقبل.

وذكر قبل هذا أيضاً: أنه لو ادّعى ديناً بسبب قرض ونحوه، وشهدا بدين مطلق.. قيل: تقبل.

وقيل: لا تقبل؛ كما في عين ادّعاه بسبب، وشهدا بمطلق.

قال صاحب «الإيضاح»: والصحيح: أنه تقبل.

أقول: الفرق بين العين والدين: أن العين يحتمل الزوائد في الجملة، وحكم المطلق: أن يستحق الزوائد، والملك بالسبب بخلافه؛ حيث لا يستحق فيه الزوائد، فيصير المدعى بالسبب ملك بالشهود بالملك المطلق.. فلا تقبل، بخلاف الدين؛ لأنه لا يحتمل الزوائد.. فلا يكون مكذباً لشهوده، فاقترفا، فينبغي أن تقبل في الدين.

ولو ادعى ديناً ولم يبين السبب، فشهدا بالسبب.. تقبل. انتهى.

ثم قال فيه أيضاً: لو ادّعى الأداء وشهد أحدهما أنه أداه، والآخر أن الدائن أقر بقبضه.. لا تقبل؛ لأن أحدهما شهد بالفعل، والآخر بالقول.

بخلاف ما لو ادّعى قضاء دينه وشهدا أنه أقر باستيفائه.. تقبل؛ لأنهما شهدا على الفعل.

وهكذا في «العمادية» أيضاً نقلاً عن «قاضي خان».

وقال في شهادات «القنية» رامزاً إلى البرهان المحيطي: ادعى المديون الإيصال، فشهد له أحد الشاهدين بالإيصال، والآخر على إقرار رب الدين بالإيصال.. لا تقبل؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين: القول والفعل.. فلا يجمع بينهما، بخلاف ما إذا شهد أحدهما: بألف للمدعي على المدعى عليه، وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه [٢٥٩/أ] بألف.. فإنه تقبل؛ لأنه ليس بجمع بين القول والفعل. انتهى.

وذكر قبل هذا رامزاً إلى القاضي عبد الجبار: ادعى على آخر ديناً لمورثه، فأقرّ بالدين وقال: أخذ مورثك مني تابوتاً عن هذا الدين، فشهد له أحد الشاهدين على وفق دعواه، وشهد الآخر على إقرار الميت بأخذ التابوت عن الدين.. تقبل.

ولو لم يقولوا: «عن الدين».. لا تقبل. انتهى.

فعلم منه: أنه فيما لو شهد أحدهما على أداء الدين، والآخر على الإقرار باستيفائه عند بعض المشايخ.

وهذا كله فيما كان المدّعى فعلاً فقط، أو قولاً فقط.

وأما لو كان المدعى مركباً منهما؛ بأن المدعى عليه أديت ما عليّ من الدين وأنت أقررت بالاستيفاء به، فشهد أحد الشاهدين بالأداء، والآخر بالإقرار بالاستيفاء.. فهل تقبل؟

ولم أره الآن صريحاً.

والأصل فيه: أن أحد الشاهدين لو شهد على أحد جزئي المدعى، والآخر على الجزء الآخر.. فهل يضر؟

ثم الشهادة على الإقرار باستيفاء الدين: مختلف فيها، كما ذكر في دعوى «البزازية»؛ حيث قال فيها: قد بقي هنا فصل آخر اختلف فيه العلماء وهو [أن المديون] إذا برهن على إقرار المدعي باستيفاء الدين.. قيل: لا يسمع؛ لأنه دعوى الإقرار في طرف الاستحقاق؛ لأن الديون تؤدى بأمثالها، فيكون المقبوض ديناً على المدعي.

وقيل: يسمع؛ لأنه في الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه، فكان دعوى الإقرار في طرف الدفع ذكره في [«المحيط»]. انتهى كلام «البزازية».

بقي ههنا فصل آخر، وهو: أن رجلاً ادّعى على رجل أن لي عليك مالاً كذا عن جهة كذا، حتى أنكر قررت لي ذلك المال، وكتبت لي مكتوباً مشتملاً على إقرارك

وَلَو شَهدا بِأَلْفٍ أَو بقرضِ ألفٍ، وَقَالَ أَحدُهُمَا: قضى مِنْهَا كَذَا.. قُبِلَت على الْألفِ، لَا على الْقَضَاءِ، مَا لم يشْهدْ بِهِ آخرُ.

معنوناً مرسوماً مختوماً بخاتمك، وأبرز ذلك المكتوب، وأقر المدعى عليه: أن الخط خطه والختم ختمه.. فهل يقضى على المدعى عليه بذلك المال بمجرد إقراره بأن الخط خطه والختم ختمه بلا بينة من المدعي على ذلك الدائن أو على إقرار المدعى عليه؟

قلت: يقضى عليه بذلك إذا كان الخط خطه على وجه الرسالة والرسم كما صرح به في أول باب الدعوى من «قاضي خان»، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

(ولو شهد بألف أو بقرض ألف، وقال أحدهما قضى منها كذا.. قبلت على الألف)؛ لاتفاقهما عليه **(لا على القضاء)**؛ لأنها شهادة فرد.. فلا تقبل.

(ما لم يشهد به) أي بالقضاء **(آخر)**.

فإن قيل: شهادة القضاء متناقضة؛ لأنها شهادة على أنه ليس للمدعي على المدعى عليه حق [٢٥٩/ب] في مقدار ما قضاه؛ فقد نفى ما اشتبه أولاً.

أجيب: بأن قضاء الدين إنما هو بطريق المقاصة، وذلك لا يكون إلا بالعين، لا بالدين، فكان قوله: «قضاه مائة من ألف» مثلاً: شهادة على المدّعي بقبض ما هو غير ما شهد به أولاً؛ أعني: الدين، فلا يكون تناقضاً؛ لاختلاف المشهود به في الشهادتين.

وعن أبي يوسف: أن شهادة القضاء مقبولة، وليس للمدّعي إلا ما بقي؛ كما إذا شهد أحدهما بألف، والآخر بخمسمائة.

قيل: وينبغي أن يكون قول محمد كذلك، إلّا أنه خالفه؛ لأنه لم يشهد ابتداء بمقدار ما بقي بعد القضاء، بل اتفقا على وجوب الألف ابتداء، ثم انفرد الآخر.

بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف، والآخر بخمسمائة؛ فإنه شهد ابتداء بخمسمائة.

وَيَنْبَغِي لمن عَلِمَهُ أَن لَا يشْهدَ حَتَّى يقرَّ الْمُدَّعِي بِهِ.

وَلَو شَهدا بقتْلِهِ زيداً يَوْمَ النَّحْر بِمَكَّةَ، وآخرانِ بقتْلِهِ إِيَّاه فِيهِ بكوفةَ.. رُدَّتا.

فإِنْ قُضِيَ بِإِحْدَاهُمَا أَولاً.. بطلتِ الْأَخِيرَةُ.

وروى الطحاوي عن أبي يوسف: أنها لا تقبل في القرض أيضاً؛ للتناقض، ولأن المدعي أكذب الشاهدين.

وأجيب: بمنع التناقض؛ مستنداً بما ذكرناه آنفاً في الجواب، وإنما أكذبه في غير المشهود به الأول، وهو الدين.

واعلم: أنّ ما ذكره المصنف: هو المذكور في «الأصل»، وذكر في «الجامع الصغير»: شهد الرجل على رجل بقرض ألف درهم، وشهد أحدهما أنه قضاه الألف، وأنكره المدعي.. فالشهادة على القرض جائزة، ويقضي القاضي بالألف قرضاً على المدعى عليه دون القضاء.

وفي «المنتقى»: شهدا أن لهذا على هذا ألف درهم قد قبض منها مائة، وقال الطالب: لم أقبض منه شيئاً.. قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقضى بالألف، ويجعل مقضياً للمائة.

(وينبغي)؛ أي: يجب **(لمن علمه)** أي علم القضاء من الدين: **(أن لا يشهد** بالألف **حتى يقرّ المدعي به)** أي: بالقضاء والقبض؛ كي لا يصير معيناً على الظلم.

(ولو شهدا بقتله زيداً يوم النحر بمكة، وآخران) أي: وشهد آخران قبل أن يقضي القاضي بشهادة الشاهدين الأولين: **(بقتله إياه فيه)** أي في يوم النحر **(بكوفة.. ردّتا)**؛ لأن القتل الواحد لا يمكن أن يكون في مكانين مختلفين، فيكون أحدهما كاذباً بالضرورة، ولا ترجيح لأحدهما.. فبطلتا معاً.

(فإن قضى بأحدهما أولاً.. بطلت الأخيرة)؛ لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها، فلا تنتقض بما دونها.

وفيه إشارة: إلى أن اختلافهما في الزمان والمكان مانع عن قبولهما؛ كاختلافهما في الإنشاء والإقرار، وفي الآلة التي وقع بها القتل، على ما في «البحر» وغيره.

وفيه أيضاً نقلاً عن «السراج الوهاج»: وفائدة ذلك: إذا قال: إن لم أحج العام فعبدي حرّ [٢٦٠/أ]، فأقام العبد شاهدين أنه قتل يوم النحر بالكوفة، وأقام الورثة أنه قتل يوم النحر بمكة.. لا يعتق.

وقيد بكون المشهود به قتلاً؛ لأنهم لو شهدوا على إقرار القاتل بذلك في وقتين أو في مكانين.. تقبل. لأنه قول قد يعاد ويكرر.

وأشار إلى أن إحدى البيّنتين لو اتصلت بمرجح.. ترجحت على الأخرى، وإلا.. تهاترتا.

ولنذكر بعض ما يتعلق بترجيح البينات:

برهن ولي المجروح أنه مات بسبب الجرح، وبرهن الجارح أنه برأ ومات بعد عشرة أيام.. فبينة ولي المقتول أولى؛ كذا في «القنية».

برهن على آخر أنه ضرب أمته وماتت بضربه، وبرهن المدعى عليه أنها صحت بعد الضرب، ثم ماتت.. الصحة أولى؛ كذا في متفرقات دعاوي «البزازية» و«الخلاصة».

وفي «الدرر»: أن بينة الموت من الجرح أولى من بينة الموت بعد البراءة، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

وفي «الدرر» أيضاً أن بينة كون المتصرف عاقلاً: أولى من بينة كونه مخلوط العقل أو مجنوناً.

وهكذا في «التاتارخانية».

وقالوا: إن بينة الهبة: أولى من بينة العارية.

وبينة أن هذه الأرض وقف: أولى من بينة أنها ملك له؛ لأن الوقف عارض على الملك.

بخلاف ما لو غرس رجل في أرض الوقف كروماً وأشجاراً، وادعى أنه غرس لنفسه وأقام بينة، وأقام متولي الوقف بينة أنه غرسها للوقف وأقام بينة.. فإن بينة الغرس لنفسه أولى؛ لأن الأصل في الغرس في أرض الوقف: أن يكون للوقف.

ولهذا لو أطلق الغرس ولم يعين لنفسه أو للوقف.. يكون للوقف، والبينة القائمة على خلاف الأصل أولى.

بينة القرض أولى من بينة الوديعة والعارية.

وفي جنس المسائل الخمسة من «الخلاصة».

عبد في يد رجل، ادعى رجل أنه قتل له ولياً خطأ، وأقام البينة، وأقام ذو اليد البينة أن العبد لفلان أودعه.. اندفعت الخصومة؛ يعني: أن بينة الدافع أولى.

وفي تهاتر شهادات «القنية»: ادعى على رجل أنه أمر صبياً ليضرب حماره ويخرج عن كرمه، فضربه الصبي حتى مات، وأقام عليه بينة، وأقام المدعى عليه بينة أن ذلك الحمار حي.. لا تقبل بينته؛ لأنها قامت على النفي مقصوداً.

وفي «فتاوى قاضي خان»: إذا شهد رجلان: أن زوج فلانة قتل أو مات، وشهد آخران أنه حي.. كانت شهادة الموت والقتل أولى.

وفيها أيضاً: أقام أخ المقتول [٢٦٠/ب] عمداً: أنه وارثه لا وارث له غيره، وأقام القاتل بينة أن له ابناً.. لا يقضى بينة الأخ، بل يتأنى في ذلك.

ولو أقام القاتل بينة أنّ له ابناً، وأنه قد عفى عنه، أو أنه صالحه على الدية وقبضها منه.. تقبل بينة القاتل، وتفصيله ثمة.

وفي «القنية»: لو أقر لوارث ثم مات، فقال المقر له: أقر في الصحة، وقالت الورثة: أقر في مرضه.. فالقول قول الورثة، والبينة بينة المقر له.

وفي «مشتمل الأحكام»: ادّعى المقر له الإقرار عن طوع، والآخر عن كره، فأقام البينة.. فبينة الكره أولى.

وفي دعاوى «قاضي خان»: أن بينة من يدعي داراً أو متاعاً في يد رجل أنه له: أولى من بينة ذي اليد على أن المدعي أقر عند غير القاضي بعد القضاء: بأنه لا حق له فيما ادّعاه.

بخلافه قبل القضاء؛ فأنه حينئذ بينة ذي اليد على إقرار المدعي بأنه لا حق له فيه.. أولى من بينة المدعي.

وكذا بينة ذي اليد: أولى من بينة المدعي فيما إذا ادعى داراً في يد رجل أن أباه مات وتركها ميراثاً له وأقام بينة، وأقام ذو اليد بينة على أن أبا المدعي أقر في حياته أن الدار ليست له، أو على أن الوارث أقر بعد موت أبيه أو قبله: أن الدار لم تكن لأبيه.

وذكر فيه أيضاً: ادعى عيناً في يد رجل: أنه له، وأن صاحب اليد أقر له به، وأقام البينة على ذلك، وأقام ذو اليد بينة أن المدعي استوهبه مني.. فبينة ذي اليد أولى، وتندفع عنه الخصومة.

وفي «القنية» من باب الدعاوى: والاختلاف في المواريث: أن الورثة متى اختلفت في تاريخ موت الأقارب.. فالبينة بينة من يدعي زيادة الإرث، والقول قول من ينكر.

وفي «المنية»: سئل صاحب «المحيط» عن امرأة ماتت وتركت زوجاً وأبوين وبنتاً، ثم ماتت البنت، واختلف الزوج - وهو أب البنت - والأبوان في موت البنت، فقال الزوج: ماتت البنت بعد موت الأم، وقال الأبوان: بل هو على العكس، وأقام كلّ واحد بينة.. فأي البينتين أولى؟

فقال: بينة الزوج أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت للبنت النصف من تركة

الأم، وبينة الأبوين لا تثبت إلا الثلث للأم من تركة البنت.

وفي «القنية»: ادعى أحدهما: الصلح عن طوع، والآخر عن كره.. فبينة الكره أولى.

وذكر في أحكام البيع الفاسد من «قاضي خان»: أن بينة من يدعي فساد البيع بشرط فاسد أو أجل فاسد.. أولى من بينة من يدّعي صحته باتفاق [٢٦١/أ] الروايات.

وكذا بينة من يدعي فساد البيع لمعنى في صلب العقد؛ بأن ادعى: أنه اشتراه بدرهم ورطل خمر، والآخر يدعي بدرهم.. أولى من بينة من يدّعي صحته في ظاهر الرواية.

وإن ادعى أحدهما: البيع بالوفاء، والآخر بيعاً باتاً.. فبينة الوفاء أولى.

ولو ادّعى البائع أن البيع كان بشرط الخيار له، وادّعى المشتري أن البيع كان باتاً.. في ظاهر الرواية: البينة بينة المشتري.

ولو ادعى أحدهما: البيع عن طوع، والآخر عن كره.. اختلفوا فيه، والصحيح: أن البينة بينة من يدعي الكره؛ كما في الصلح والإقرار؛ فإن البينة فيهما بينة الكره.

وقيل: بينة الطوع أولى.

ولو ادعى أحدهما: أن البيع كان مواضعة، والآخر كان جداً.. فبينة المواضعة أولى.

ادعى البائع بعتك عبدي في إباقه، وقال المشتري: بعتنيه بعدما أخذته.. فالبينة بينة من يدعي الفساد، أيهما يدعيه لو تصادقا على أنه كان آبقاً قبل البيع، والقول لمدعي الصحة. وإن أقاما البينة.. فبينة من يدعي البيع بعد الأخذ أولى؛ كبينة من يدّعي بيع الخمر بعدما صار خلاً؛ فإن بينته أولى من بينة من يدّعي البيع حين كان خمراً.

وفي «الخلاصة»: اختلفا في صحة العقد وفساده.. فبينة الفساد أولى.

ولو اختلف رب السلم مع المسلم إليه، فقال رب السلم: تفرقنا قبل: نقد رأس المال، وقال المسلم إليه: بل بعد النقد، وأقام البينة.. فالبينة بينة المسلم إليه: وهذا مخالف لما ذكروه: أن بينة الفساد في العقد أولى.

وقال في آخر ما يتعلق بالمهر والولد من دعاوى «قاضي خان»: مات وترك مالاً، فادعى بعض الورثة عيناً من أعيان التركة أن المورث وهبها منه في الصحة وقبضه، وبقية الورثة قالوا: ذلك في المرض وأقام البينة.. فبينة مدعي الهبة في الصحة أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ كذا في «الجامع الصغير».

وذكر في «فتاوى النسفي»: امرأة ماتت واختلف الزوج وورثتها في مهرها، فادعى الزوج أنها وهبت منه في صحتها، وادعى الورثة: أن الهبة كانت في مرض موتها.. فالقول قول الزوج، والبينة بينة الورثة.

وهذا يخالف رواية «الجامع الصغير»، والاعتماد على ذلك الرواية؛ لأنهم تصادقوا على أن المهر كان واجباً عليه، واختلفوا في السقوط.. فكان القول قول من ينكر السقوط، ولأن الهبة أمر حادث، والحوادث تحال إلى أقرب الأوقات. انتهى.

وفي «الوجيز» [٢٦١/ب]: اختلفا في قدر المسلم فيه أو جنسه أو صنعته أو ذرعانه، أو اختلفا في رأس المال كذلك وأقاما بينة.. قضي لرب السلم.

وفي «الدرر»: إذا اختلف المتبايعان **في قدر الثمن**؛ بأن ادعى المشتري ثمناً، وادّعى البائع أكثر منه، **أو في وصفه**؛ بأن ادّعى البائع أنه بدراهم رائجة، والمشتري أنه بدراهم كاسدة، **أو في جنسه**؛ بأن ادّعى البائع أنه بالدنانير، وادّعى المشتري أنه بالسلعة مقايضة أو بالدراهم، **أو اختلفا في قدر المبيع**؛ بأن اعترف البائع بقدر من المبيع، والمشتري أكثر منه، وأقام البينة.. فالبينة بينة من يثبت الزيادة أيهما كان؛ لأن البينات للإثبات.

وإن اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً.. فحجة البائع في الثمن، وحجة المشتري في المبيع.. أولى. انتهى.

وفيه أيضاً: بينة كون المتصرف عاقلاً: أولى من بينة كونه مخلوط العقل أو معتوهاً أو مجنوناً؛ هكذا ذكره في «التاتارخانية» عن أبي الفضل.

ثم ذكر عن علي بن أحمد: أن بينة الإبراء عن الدين حال الصحة: أولى من بينة الورثة على الإبراء حال مرض الموت.

اختلفا فقال البائع بعته منك بكذا درهماً، وقال المشتري: اشتريته سلعة.. فالبينة للبائع؛ لأنه يدعي الزيادة، وللنقدين زيادة على السلعة.

وإن قال المشتري: اشتريته بكذا درهماً على أن تشتري سلعتي هذه بكذا درهماً، فبرهنا.. فبينة المشتري أولى؛ لأنه يدعي فساد البيع.

وفي «القنية»: وصيّ باع شيئاً، فادعت الورثة على المشتري: أن الوصي باعه منك بعد العزل عن الوصاية، وأقاموا البينة، وأقام المشتري بينة على أنه كان وصياً وقت الشراء.. فبينة المشتري أولى؛ لما فيها من إثبات نفاذ الشراء وسبق التاريخ.

وقيل: بينة العزل أولى من بينة البيع، وكذا الطلاق والعتاق من الوكيل. انتهى.

واختار أبو الفضل: أن بينة العزل أولى، وكذا البقالي؛ معللاً بأن العزل أمر عارض، وبينة من يثبت العارض أولى.

وفي دعوى «الذخيرة»: ادّعى داراً أنها ملكه وأن أباه باعها من ذي اليد في حال بلوغه بغير رضاه، وقال ذو اليد: إن أباك باعها مني في حال صغرك، وأقام البينة.. يجب أن تقبل بينة ذي اليد؛ لأنها المثبتة.

اختلف البائع مع المشتري في هلاك المعقود عليه، فقال البائع: هلك بعد القبض وأقام البينة.. فبينة البائع أولى.

وكذا لو ادعى البائع أن المشتري استهلك المبيع، وادعى المشتري أن البائع استهلكه.. فبينة البائع أولى.

هذا إذا لم يكن [٢٦٢/أ] للبينتين تاريخ؛ أما إذا كان لها تاريخ.. تقبل بينة الأسبق في الهلاك والاستهلاك، وهذا إذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهراً.

وأما إذا كان قبضه ظاهراً، ثم إن المشتري ادعى أن البائع استملكه والبائع يدعي أن المشتري استهلكه.. فههنا بينة المشتري أولى من بينة البائع؛ لأن البائع منكرها.

أقام البائع البينة على البيع، وأقام المشتري على الإقالة.. فبينة الإقالة أولى؛ لبطلان بينة البيع بإقرار مدعي الإقالة.

وفي «القنية»: وصيٌّ باع كرم الصغير، وبلغ الصغير وادعى غبناً فاحشاً، وأقام عليه بينة، وأقام المشتري بينة أنه باعها في صغره بمثل الثمن.. فبينة الغبن أولى.

باع ضيعة ولده، فأقام المشتري بينة أنه باعها في صغره بمثل الثمن، والابن أقام بينة أنه باعها حال البلوغ.. فبينة المشتري أولى.

وقيل: بينة الابن أولى.

باع من ابنه عيناً فمات، فاختلفت الورثة مع الابن، فقال الابن: باعها مني في صحته، وقالت الورثة: باعها في مرضه.. فالقول للورثة.

وإن أقاما بينة.. فبينة الصحة أولى؛ لأنها قامت على خلاف الأصل؛ لأن الأصل إضافة الحوادث إلى أقرب أوقاتها وهو وقت المرض، ولأن هذه البينة قامت في الحقيقة على وجود البيع.. فتكون أولى؛ لأن هذا الاختلاف بين وجود البيع وعدمه في الحقيقة، والأصل في الأشياء: العدم والوجود طارٍ عليه.

لو أقام البائع بينة أنّي بعتها في صغري، وأقام المشتري بينة أنك بعتها بعد البلوغ.. فبينة المشتري أولى؛ لأنه يثبت العارض.

وقيل: بينة مدعي الصغر أولى، على ما ذكره في باب اختلاف المتبايعين من «القنية».

وفيه أيضاً: أن بينة الوصي على أن البائع معتوه وقت البيع وأنا وصيّه.. أولى من بينة المشتري أن البائع عاقل وقت البيع.

وفي طلاق «القنية»: ادّعت المرأة أنه طلقها من غير شرط، والزوج يقول: طلقتها بالشرط ولم يوجد.. فالبينة فيه بينة المرأة.

ولو ادعت عليه أنه حلف لا يضربها، وادعى أنه لا يضربها من غير ذنب، وأقاما البينة.. يثبت كلا الأمرين، وتطلق بأيهما كان. انتهى.

قالوا: إن بينة الجرح أولى من بينة التعديل.

وفيه تفصيل: ذكره في شهادات «قاضي خان»، وقد تقدم.

وقالوا أيضاً: إن بينة البيع أولى من بينة الرهن، ذكره في باب ما يبطل دعوى المدعي من «قاضي خان».

بينة القديم أولى من بينة الحادث، ذكره في حيطان [٢٦٢/ب] «الخلاصة» و«البزازية».

وفي «القنية»: والصحيح: أن بينة الحدوث أولى من بينة القدم.

وفي كتاب الوقف من «القنية» أيضاً: أن البينة على أن الوقف بطن بعد بطن: أولى من بينة أنه وقف مطلق علينا وعليك.

وفي باب البينتين المتضادتين من «القنية» أيضاً: ادّعى على رجل أن هذه الدار التي في يديه وقف عليه مطلقاً، وادعى ذو اليد أن بائعي اشتراها من الواقف وأرخ، وأقاما البينة.. فبينة الوقف أولى.

وقيل: إن أثبت ذو اليد تاريخاً سابقاً على الوقف.. فبينته أولى، وإلا.. فبينة الوقف أولى.

وفيه أيضاً: أن بينة متولي الوقف على صحة الوقف: أولى من بينة وارث الواقف على فساده، إن كان الفساد معنى في صلب الوقف، وإن كان الفساد بشرط مفسد في الوقف.. فبينة الفساد من الوارث أولى، على ما مر نظيره في البيع.

وفي «جامع الفصولين» من دعوى الوقف: متولي ذو يد لو برهن على الوقف فبرهن الخارج على الملك.. يحكم للخارج؛ فلو برهن المتولي بعده على الوقف.. لا تسمع؛ لأن المتولي صار مقضياً عليه مع من يدّعي تلقي الوقف من جهته، وعند أبي يوسف: تقبل بينة ذي اليد على الوقف، ولا تقبل بينة الخارج على الملك؛ كمن ادّعى قنّاً، وقال ذو اليد: هو ملكي وحرّرته.. فإنه يقضى ببينة ذي اليد وفاقاً، وبقولهما: يفتى. انتهى.

وقالوا: إن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق، وبينة ذي اليد أولى في دعوى النتاج، وسيأتي تفصيله في دعوى الرجلين، من كتاب الدعوى.

وقالوا أيضاً: إن بينة الحرية الأصلية والعتق من العبد: أولى من بينة الرق من المولى، وسيأتي ذكر ما يتعلق به في آخر فصل تنازع اليد.

وفي مضاربة «المحيط»: إذا اختلف المضارب مع رب المال في قدر ما شرط من الربح للمضارب، وأقاما البينة.. فبينة المضارب أولى؛ لأنها تثبت الزيادة، وسنذكر تفصيله في المضاربة.

وفي غصب «البزازية»: برهن المالك أن قيمة المغصوب كذا، والغاصب على أنه كذا.. فبينة المالك أولى.

وفي دعوى «قاضي خان»: أن البينة على أن الميت حر الأصل: أولى من بينة أنه معتق له وأن ولاءه له.

وفي كتابة «التاتارخانية»: اختلف المولى مع مكاتبه في قدر بدل الكتابة أو في

وَلَو شَهدا بِسَرِقَةِ بقرةٍ وَاخْتلفَا فِي لَوْنهَا.. قُطِعَ.

وفيها أيضاً: أقام أحد الأخوين بينة أن الدار التي في أيدينا كانت لأمي تركتها ميراثاً بيني وبين أبي، وأقام الآخر بينة أنها كانت لأمي تركتها ميراثاً لنا.. فبينة الأول أولى؛ لإثباتها الزيادة في الإرث.

وفي «البزازية»: قالت: تزوجني وأنا صغيرة، وقال الزوج: كنت بالغة، وأقاما بينة.. فبينتها أولى؛ لأنها أقدم.

وفي العشرين من «الفصولين»: لو تنازع الزوجان بعد الولادة في صحة النكاح وفساده وبرهنا.. تقبل بينة الفساد.

وفي «البحر»: تعارضت بينتا الإجازة والرد في بيع الفضولي.. فبينة المشتري أولى.

إذا تعارضت بينتا إبراء المرأة زوجها في صحتها أو مرضها.. فيه قولان؛ قيل: بينة الصحة أولى، وقيل: بالعكس.

وفي دعوى الدين في التركة من «البزازية»: برهن الدائن على أن الورثة باعوا [٢٦٣/ب] عيناً من التركة المتفرقة، وبرهن الوارث على أن الميت كان باعه في صحته وقبض ثمنه.. فبينة الدائن أولى.

ولو اجتمع بينة الرهن مع بينة البيع البات.. فبينة البيع أولى.

وفيها أيضاً: إن برهن كل من الخارج وذي اليد على إقرار كل واحد بأنه ملك صاحبه.. تهاترتا، ويترك في يد ذي اليد.

(**ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها.. قطع**) يده عند أبي حنيفة؛ سواء كان اللونان متشابهين كالحمرة والسواد، أو لا كالسواد والبياض.

وقيل: إن كانا متشابهين.. قبلت، وإلا.. فلا.

والأول: أصح، على ما في «العناية».

جنسه وأقاما البينة.. فبينة المولى أولى؛ لأنها تثبت الزيادة، إلا أن المكاتب إذا أدى مقدار ما قامت عليه بينة [٢٦٣/أ] وهو ألف.. يعتق، وهكذا في تحالف «الدرر».

وفي دعوى «البزازية»: أن بينة ولاء الموالاة: أولى من بينة ولاء العتق.

وفي الحادي عشر من دعوى «الخلاصة» و«البزازية»: أقام العبد بينة أنه حرّ، وقال ذو اليد: إنه عبد فلان أودعنيه، أو آجرنيه، وأقام البينة عليه.. فبينة ذي اليد أولى.

بخلاف ما إذا أقام العبد البينة على مولاه أنه حرّ الأصل، وأقام مولاه البينة أنه عبد.. فبينة العبد أولى؛ لأن المولى يصلح خصماً لإثبات بينة العبد الحرية؛ أما هنا.. فالمودع ليس بخصم، لكن يحال بين العبد وبين ذي اليد استحساناً.

وفي أدب القاضي من «فتح القدير»: كلما تعارضت بينة اليسار والعسار.. قدمت بينة اليسار؛ لأن فيها زيادة العلم، إلا أن يدّعي المدعي أنه موسر، وهو يقول: أعسرت بعده، وأقام البينة.. فإنها تقدم؛ لأن فيها أمراً حادثاً، وهو حدوث ذهاب المال. انتهى.

وفي دعوى «الخلاصة»: إذا قال للظئر: أرضعت ولدي بلبن البقر، وقالت: لا، بل بلبني، وأقام البينة.. فالبينة بينتها.

وذكر الغانم البغدادي: اختلف المولى مع المكاتب في صحة الكتابة وفسادها.. فالقول قول من يدّعي الصحة، والبينة بينة من يدّعي الفساد.

وفي «القنية»: لو أقام زوج البكر بينة على سكوتها حين بلغها الخبر، وأقامت هي بينة على الرد.. فبينتها أولى.

ولو أقام الزوج بينة أنها أجازت العقد حين أخبرت، وأقامت هي بينة على أنها ردت.. فبينة الزوج أولى، بخلاف الأولى؛ لأن بينة الزوج ثمة قامت على العدم، وفي الثانية: على الإثبات. انتهى.

وَإِن اخْتلفَا فِي الذُّكُورَة وَالْأُنُوثَة.. لَا.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يُقطعُ فيهمَا.

وَفِي الْغَصْبِ: لَا تُقبلُ اتِّفَاقاً.

(وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة.. لا) يقطع، **(وعندهما: لا يقطع فيهما)** أي: في المسألتين؛ لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء، فلم يتم على كل واحد نصاب الشهادة، فصار كالغصب.

شهد أحدهما: بغصب السوداء، والآخر بغصب البيضاء، وكالاختلاف في الذكورة والأنوثة.

ولأبي حنيفة: أن التوفيق ممكن؛ لأن التحمل في الليالي من بعيد؛ لكون السرقة فيها غالباً، واللونان قد يتشابهان وقد يجتمعان؛ بأن يكون أحد جانبيها أسود والآخر أبيض، وكل واحد يرى أحد اللونين، بخلاف الذكورة والأنوثة.. فإنهما لا يجتمعان، وبعد إمكان التوفيق.. يجب القبول؛ كما إذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد.

فإن قيل: إن طلب التوفيق ههنا احتيال لإثبات القطع، والحدود يحتال لإسقاطه لا لإثباته، وإن مجرد إمكان التوفيق غير معتبر ما لم يصرح به.

قلنا: لا نسلم أنه احتيال لإثبات القطع، وإنما يكون كذلك أن لو كان فيما هو من صلب الشهادة؛ كبيان قسمة المسروق ليعلم أنه هل كان نصاباً فيقطع به، أو لا.

وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكن في صلب العقد كما نحن فيه.. فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالاً لإثبات الحد؛ لإمكان ثبوته بدونه، وإن التصريح بالتوفيق إنما يعتبر فيما كان من صلب الشهادة، وفي غيره: يكفي إمكانه.

(وفي الغصب لا تقبل اتفاقاً) أي: شهدا بالغصب، واختلفا في اللون.. لا تقبل بالاتفاق؛ لأن التحمل فيه يكون بالنهار غالباً على قرب منه، فالاختلاف فيه ليس كما في السرقة؛ لكونها في الليل غالباً.

وَلَو شهدَ وَاحِدٌ بِالشِّرَاءِ أَو الْكِتَابَةِ بِأَلفٍ، وَالْآخرُ بِأَلفٍ وَمِائَةٍ.. ردَّتْ.

هذا إذا لم يدع أحد اللونين، وأما لو ادعى أحد اللونين وقال: سرق مني أو غصب مني بقرة سوداء، فشهدا واختلفا في اللون.. لم تقبل إجماعاً؛ لأنه أكذب أحد شاهديه، كما لو ادعى أحد السببين، ثم اختلف الشاهدان.

واعلم: أن ما ذكره من أول [٢٦٤/أ] الفصل إلى هنا فيما إذا لم يدع المدعي عقداً.. فالآن شرع في بيان ما إذا ادّعى عقداً واختلف الشاهدان فيه، وهو في تسع مسائل، على ما ذكره في «البزازية»: البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن، والعتق على مال، والخلع، والطلاق، والنكاح، والمصنف ذكر ما عدا الطلاق فقال:

(ولو شهد واحد بالشراء أو الكتابة بألف، والآخر) شهد بالشراء أو الكتابة **(بألف ومائة.. ردّت)** يعني: إذا ادّعى المدعي البيع وشهد أحدهما: أنه اشتراه بألف، والآخر بألف ومائة.. لا تقبل؛ سواء كان المدعي يدعي الأقل أو الأكثر، وسواء كان المدعي البائع أو المشتري.

وكذا لو ادّعى المدعي الكتابة واختلف الشاهدان في بدل الكتابة بالزيادة والنقصان؛ سواء كان المدعي يدّعي الأقل أو الأكثر، وسواء كان هو المولى أو المكاتب.. لا تقبل، وهذا لأن المشهود به في الصورتين مختلف؛ إذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم: إثباته؛ سواء كان المدعي هو البائع أو المشتري، وهو يختلف باختلاف الثمن؛ إذ الشراء بألف غيرهما بألف ومائة، واختلاف المشهود به.. يمنع قبول الشهادة.

فإن قيل: لا نسلم أن المقصود إثبات العقد، بل المقصود هو الحكم وهو الملك، والسبب أعني العقد وسيلة إليه.

أجيب: بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب عليه حكمه وهو الملك؛ إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك.. لادعاه، وهو لا يحتاج إلى سبب معين؛ فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة، فكان مقصوده السبب.

وَكَذَا الْعِتْقُ على مَالٍ، وَالصُّلْحُ عَن قَوَدٍ، وَالرَّهْنُ وَالْخُلْعُ إِنِ ادّعى العَبْدُ وَالْقَاتِلُ والراهنُ وَالْمَرْأَةُ.

وَإِنِ ادّعى الآخر.. ....

فإن قيل: التوفيق ممكن؛ لجواز أن يكون الثمن والبدل أولاً ألفاً ثم زاد عليه مائة أخرى، وعرفه به أحد الشاهدين دون الآخر.

أجيب: بأن السيد الشهيد أبا القاسم ذهب إلى ذلك وقال: تقبل هذه الشهادة، بخلاف ما إذا شهد بجنسين كألف درهم ومائة دينار؛ حيث لا تقبل؛ لعدم إمكان التوفيق؛ لأن الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم، ثم يصير بألف ومائة دينار، فكانت المسألة خلافية.

ووجه ما في الكتاب - وهو اختيار الجمهور -: أن الشراء بألف ومائة إنما يكون؛ إذا كان الألف والمائة ملصقين بالشراء، وأما إذا اشترى بألف ثم زاد مائة.. فلا يقال: اشترى بألف ومائة، ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن بدون الزائد.

وكذا الحال إذا كانت الدعوى في الكتابة؛ أما إذا كان المدعي هو العبد.. فلا خفاء في كون المقصود من [٢٦٤/ب] الدعوى هو العقد.

وأما إذا كان هو المولى؛ فلأن العتق لا يثبت قبل أداء البدل، فكان المقصود إثبات العقد أيضاً؛ كذا في «العناية».

(وكذا العتق على مال، والصلح عن قود، والرهن، والخلع؛ إن ادعى العبد) في العتق على مال **(والقاتل)** في الصلح عن قود، **(والراهن)** في الرهن، **(والمرأة)** في الخلع؛ لأن مقصودهم من الدعوى: إثبات نفس العقد ليترتب عليه حكمه، والعقد يختلف باختلاف المال.. فلا تقبل شهادة الشاهدين؛ أحدهما: شهد بالزيادة، والآخر بالنقصان؛ لاستلزامه اختلاف المشهود به، وهو العقد.

(وإن ادعى الآخر) بأن قال المولى: أعتقتك على ألف ومائة، والعبد يدّعي الألف، وقال ولي القصاص: صالحتك بألف ومائة، والقاتل يدعي الألف.

كَانَ كدعوى الدّين.

وصورته: دعوى الرهن على ما في «الزيلعي».

ادّعى المرتهن أن الراهن رهنه ألفاً وخمسمائة، وادعى أنه قبضه، ثم أخذه الراهن فطلب الاسترداد منه، فأقام بينة، فشهد أحدهما: بألف، والآخر بألف وخمسمائة.. يثبت أقلهما. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا صورة دعوى العقد من المرتهن.. فينبغي أن لا تقبل أصلاً؛ كما في دعوى الراهن.

وأما صورة دعوى الدين من المرتهن.. فهي على ما في «فتح القدير»: أن يقول المرتهن: أطالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي.

وصورة دعوى الخلع عن الزوج بأن قال الزوج: خالعتك على ألف ومائة، والمرأة تدعي الألف.

(كان كدعوى الدين) في أنه تقبل على الألف إذا ادّعى ألفاً ومائة بالاتفاق؛ لقضية العطف.

وإن ادعى الأقل وهو الألف.. يعتبر فيه الوجوه الثلاثة المذكورة في الدين؛ من: التوفيق، والتكذيب، والسكوت عنهما، على ما تقدم في دعوى الدين.

والأصل هنا: أن كلاً من العتق والصلح عن قود والطلاق: يثبت باعتراف صاحب الحق من المولى، وولي القود، والزوج.. فبقي الدعوى في مجرد الدين.

وأما في الرهن؛ فإن كان المدعي هو الراهن.. لا تقبل تلك الشهادة؛ لعدم اتصالها بالدعوى؛ لأن الراهن لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين.. كان دعواه غير مفيدة، فكانت كأن لم تكن.

وإن كان هو المرتهن.. كان بمنزلة الدين؛ يقضى بأقل المالين، هكذا ذكره في «العناية».

وَالْإِجَارَةُ كَالْبيعِ عِنْدَ أَوَّلِ الْمدَّةِ، وكالدَّينِ بعْدهَا.

وَفِي النِّكَاحِ: تقبلُ بِأَلْفِ اسْتِحْسَانًا.

ثم قال: قيل: عقد الرهن بألف غيره بألف ومائة.. فيجب أن لا تقبل البينة، وإن كان المدعي هو المرتهن؛ لأنه كذب أحد شاهديه.

وأجيب: بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن؛ حيث كان له ولاية الرد متى شاء، فكان في حكم العقد، فكان [٢٦٥/أ] الاعتبار: لدعوى الدين؛ لأن الرهن لا يكون إلا بدين.. فتقبل البينة، كما في سائر الديون، ويثبت الرهن بالألف ضمناً وتبعاً للدين.

(**والإجارة كالبيع عند أول المدة**) أي: قبل انقضائها.. فلا تقبل الشهادة المذكورة فيها؛ لأن المقصود قبل مضي المدة إثبات العقد، وقد اختلف باختلاف البدل - أي: الأجرة - كاختلاف البيع باختلاف الثمن.

(**وكالدين بعدها**) لأن المدعي بعدها؛ إما الآجر أو المستأجر؛ فإن كان الآجر.. فهو دعوى المال، فيقضى بأقل المالين إن ادّعى الأكثر وشهد أحدهما بالأقل والآخر بالأكثر؛ لأن المدة إذا انقضت.. كانت المنازعة في وجوب الآجر، فصار كدعوى الدين.

وإن كان الثاني.. فقال بعض مشايخنا: فهذا دعوى العقد بالإجماع، فيكون في معنى الأول، فتبطل الشهادة، ويؤاخذ المستأجر باعترافه بالأقل أو الأكثر.

وفي «الخلاصة»: وإن كانت الدعوى بعد مضي المدة والمدعي هو المستأجر.. فهي كدعوى البيع.

(**وفي النكاح: تقبل بالألف استحساناً**) يعني: إذا اختلف الشهود في النكاح، فشهد أحدهما: بألف، والآخر بألف ومائة.. قبلت بألف عند أبي حنيفة استحساناً؛ لأن المال في النكاح تابع، حتى صحّ بلا تسمية مهر، والاختلاف في التابع لا يوجب

وَلَا فرقَ فِيهِ بَينَ دَعْوَى الْأَقَلِّ أَو الْأَكْثَرِ.

وَقَالَا: ردَّتْ فِيهِ أَيْضاً.

وَلَا بُدَّ مِنَ الْجَرِّ فِي شَهَادَةِ الْإِرْثِ؛ بِأَن يَقُولَ الشَّاهِدُ: مَاتَ وَتَركَهُ مِيرَاثاً لِلْمُدَّعِي، أَو مَاتَ وَهَذَا ....

الاختلاف في الأصل، فكان إثباتاً ثابتاً بلا اختلاف؛ فإذا وقع الاختلاف في المال.. يقضى بالأقل؛ لاتفاقهما عليه؛ كما في الدين.

(**ولا فرق فيه**) أي: في النكاح (**بين دعوى الأقل أو الأكثر**)؛ لأن المنظور إليه هو العقد، وهو لا يختلف باختلاف البدل؛ لكونه غير مقصود.. فلا يراعى فيه ما هو شرط في الدين من دعوى الأكثر.

وقيل: يشترط فيه دعوى الأكثر أيضاً؛ لكونه كالدين، واختاره شمس الأئمة.

والأصح: هو الأول، على ما في «الهداية».

(**وقالا: ردت فيه أيضاً**) أي: كما في البيع؛ لأن هذا اختلاف في السبب؛ لأن المقصود من الجانبين هو العقد، والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع.

ثم قيل: هذا الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية، وأما إذا كان المدعي هو الزوج.. فلا تقبل بالإجماع؛ لأن مقصود المرأة قد يكون المال، بخلاف الزوج؛ فإن مقصوده ليس إلا العقد، فيكون الاختلاف فيه، وهو يمنع القبول.

وقيل: الخلاف في الفصلين جميعاً، وهو الأصح، على ما في «الهداية».

وعلله في «العناية»: بأن الكلام ليس في أن الزوج يدعي العقد أو المال، أو المرأة تدعي ذلك، وإنما الكلام: في أن الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر [٢٦٥/ب] هل يوجب خللاً في نفس العقد أو لا يوجب؟

قال أبو حنيفة: لا يوجب ذلك، وقالا: يوجبه.

(**ولا بد من الجر**) أي جرّ الميراث إلى المدعي (**في شهادة الإرث**)؛ **بأن يقول الشاهد: مات**) فلان، وهذا المدعي وارثه (**وتركه ميراثاً للمدعي، أو: مات وهذا**

مِلْكُهُ، أَو فِي يَدِهِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

ملكه أو في يده) حتى لو قال الشاهد: كان هذا المورث لهذا المدعي.. لا يقضى للوارث حتى يجر إلى المدعي، على ما في ذكره المصنف. هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف) قال: إن ملك المورث: ملك الوارث بطريق الخلافة، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه به، وإذا كان كذلك.. صارت الشهادة بالملك للمورث: شهادة به للوارث بلا جر.

ولهما: أنّ ملك الوارث يتجدد في حق العين، ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة، ويحلّ للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير، والمتجدد يحتاج إلى النقل والجر؛ لئلا يكون الاستصحاب مثبتاً، إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت؛ لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده؛ لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان؛ إذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت: أن يسوي أسبابه ويبين ما في يده من الودائع والغصوب؛ فإذا لم يبين.. علم أن ما في يده ملكه، فجعل اليد عند الموت دليل الملك.

فإن قيل: قد يكون اليد يد أمانة ولا ضمان فيها، حتى ينقلب بواسطته يد ملك.

أجيب: بأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان؛ لأنه حينئذ ترك الحفظ، وهو تعد يوجب الضمان.

وهل يلزم للمدعي أن يدعيه بسبب الإرث، أو يكفيه دعوى ملك مطلق؟

ففي «المحيط» السرخسي: أنه يكفيه دعوى الملك المطلق؛ حيث قال فيه: سئل شيخ الإسلام أبو الحسن السفدي عمن ادّعى عيناً في يد إنسان ملكاً مطلقاً، وشهد له الشهود أنه ورثه من أبيه.. قال: لا تقبل هذه الشهادة.

فقيل له: إن محمداً ذكر في «الأصل»، وفي «الجامع»: أن من ادعى ملكاً مطلقاً وشهد الشهود بالسبب: أن الشهادة تقبل.

قال: هذا هكذا، في موضع صحت الشهادة على السبب، والشهادة على السبب هنا لا تصح، لأنهم شهدوا بالميراث ولم يجر بالميراث، ولكن هذا ليس بصواب؛ فإن قولهم: ورثه من أبيه.. كاف لإثبات الملك بسبب الميراث؛ كقولهم: اشتراه من فلان، وهو معنى جر الميراث، فكانت الشهادة صحيحة، فيجب قبولها. انتهى.

وإلى ما ذكرناه: أشار المصنف؛ حيث قال: ولا بد من الجر في شهادة [٢٦٦/أ] الإرث، ولم يقل: في دعوى الإرث.

ثم اعلم: أنه كما لا بد من الجرّ في شهادة الإرث.. لا بد فيها أيضاً من بيان جهة الوراثة؛ لما في «البزازية» نقلاً عن «الأقضية»: شهدا بأنه وارثه لا وارث له غيره، أو أخوه، أو عمه لا نعلم له وارثاً غيره.. لا تقبل حتى يبينا طريقة الوراثة، أو طريقة الأخوة والعمومة؛ لاختلاف الأسباب.

وكذا إذا قال: «مولاه» لا بد من بيان طريقة الولاء؛ لأن المولى مشترك؛ فإن قالا: هو مولاه أعتقه ولا نعلم له وارثاً غيره.. فحينئذٍ تقبل، كذا في المتقدم.

ويشترط ذكر: «لا وارث له غيره»؛ لإسقاط التلوم عن القاضي.

وقوله: «لا أعلم له وارثاً غيره» بمنزلة لا وارث له غيره عندنا.

وكلّ من لا يحجب حجب حرمان - كالأب والابن - إذا ذكر أنه أبوه أو ابنه.. لا يشترط أن يقولوا: هو وارثه، على ما هو المختار للفتوى.

وفي ذكر الأخوة والعمومة لا بد من ذكر لفظ الوراثة؛ لاحتمال أن يكون رضاعاً أو قبيلة أو نسباً.

ولا بد أيضاً من ذكر ابن عمه لأب وأم، أو لهما.

كما لا بد من ذكر أنه أخ لأب وأم أو لهما، أو عم لأب وأم أو لهما في شهادة الأخوة والعمومة.

ولو شهدوا أنه ابن ابنه، أو بنت ابنه.. لا بد من أن يقولوا: إنه وارثه.

وفيها أيضاً: شهدا بأنه أخ الميت وقضى به، ثم شهد هذان لآخر على أنه ابن الميت أيضاً.. لا يبطل القضاء الأول، بل يضمنان للثاني ما أخذ الأول من الميراث. انتهى.

وذكر في «البحر»: أنهم إذا شهدوا أنه أخوه.. فلا بد من بيان أنه أخوه لأب وأم، أو لهما.

ثم ذكر نقلاً عن «الظهيرية»: ادعى أنه وارث فلان الميت، وأقام شاهدين فشهدا أنه وارث فلان الميت لا وارث له غيره؛ فإن القاضي يسألها عن النسب، ولا يقضي قبل السؤال.

ولو أقام المدعي بينته أنه وارث فلان الميت، وأن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بأنه وارثه لا وارث له غيره وأشهدنا على قضائه، ولا يدري بأي سبب قضى.. فإن القاضي يسأل المدعي عن النسب الذي قضى له القاضي به؛ فإن بين.. قضى له بالميراث؛ لأن قضاء القاضي يحمل على الصحة ما أمكن، ولا ينتقض بالشك، ولا يقضي بالنسب الذي بين المدعي؛ لأن هذا القاضي لا يدري أن القاضي الأول هل قضى بذلك النسب أم لا، هكذا في «قاضي خان» أيضاً.

ثم ذكر مسألة من «الظهيرية»: استدل على أن الجر شرط في شهادة ملك المورث لا في شهادة شراء المورث، وهي: ادّعى داراً [٢٦٦/ب] في يد رجل أنّ أباه اشتراها من ذي اليد بألف درهم ومات أبوه، فجحد البائع ذلك.. صح دعواه. وإن لم يذكر في دعواه أنّ أباه مات وتركها ميراثاً له، وهو الذي يقال: الجر شرط عند أبي حنيفة ومحمد لصحة الدعوى.

فَإِن قَالَ: كَانَ هَذَا الشَّيْءُ لأَبِي الْمُدَّعِي، أَعَارَهُ من ذِي الْيَد، أَو أودَعهُ إِيَّاه.. قُبِلَتْ بِلَا جَرٍّ.

ثم القاضي يسأل البينة؛ فإذا أقام البينة على ذلك وقالوا: لا نعلم له وارثاً غيره.. لا بد من الجر لصحة الدعوى. انتهى.

قال: وبه ظهر أن الجر شرط لصحة الدعوى أيضاً، لا لصحة الشهادة والقضاء فقط. انتهى.

فقد استدل بهذه المسألة على أمرين:

أحدهما: أن الجر شرط في شهادة الملك لا في شهادة الشراء.

والثاني: أنه شرط لصحة الدعوى أيضاً.

والأول ظاهر، وإن أراد بالثاني أن جر الشاهد شرط لصحتها.. فمسلم، وهو الظاهر من تلك المسألة.

وإن أراد أن جرّ المدعي في دعواه شرط لصحة دعواه.. فهو ممنوع، ولا دلالة عليه في تلك المسألة أيضاً، كيف وقد ذكرنا آنفاً من «المحيط» مسألة يستدل بها على عدم اشتراط جر المدعي في دعواه.

ثم من شرط قبول الشهادة بالميراث: أن يدرك الشاهد الميت؛ لما في «البزازية»: شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً له ولم يدركا الميت.. فشهادتهما باطلة؛ لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه، ولا رأياه في يد المدعي.

(فإن قال) الشهود: **(كان هذا الشيء لأب المدعي أعاره من ذي اليد أو أودعه إياه.. قبلت)** الشهادة اتفاقاً **(بلا جرّ)**؛ أما عند أبي حنيفة: فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجد ذلك؛ لأن يد المستعير والمودع يد المعير والمودع.

وأما عند أبي يوسف: فلعدم إيجابه الجر في الشهادة مطلقاً.

واعلم: أنه قال في «الكنز»: وملك المورث لم يقض لوارثه بلا جرّ، إلا أن يشهدا بملكه أو بيده أو يد مستعيره وقت الموت.

وَإِن شَهدا أنَّ هَذَا الشَّيْءَ كَانَ فِي يَد الْمُدَّعِي مُنْذُ كَذَا.. رُدَّتْ.

وَإِن شَهدا أنَّه كَانَ مِلْكَه.. قُبلت.

قلت: هذا أحسن من كلام المصنف بوجهين:

أحدهما: أن المصنف جاء بالفاء التفريعية؛ حيث قال: «فإن قال»، وليس محل التفريع.

والثاني: أنه جعل الشهادة بملكه وبيده من قبيل الجر، وجعل الشهادة بيد مستعيره ومودعه مما لا يحتاج إلى الجر، مع أن الشهادة بملكه ويده: مثل الشهادة بيد مستعيره ومودعه في عدم كونه من قبيل الجر، كما جعله صاحب «الكنز».

(**وإن شهدا أن هذا الشيء كان في يد المدعي منذ كذا.. ردت**) يعني: إذا ادعى داراً في يد رجل، فأقام البينة، وقالا: نشهد أن الدار كانت في يد المدّعي منذ شهر مثلاً، والحال أنها ليست في يد المدعي وقت الدعوى.. لا تقبل في ظاهر الرواية، وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف [٢٦٧/أ]: إنها تقبل؛ لأن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدا بالملك.. قبلت، فكذا لو شهدا باليد.

ووجه الظاهر: أن الشهادة قامت لمجهول؛ لأن اليد منقضية تزول بأسباب الزوال، فربما زالت بعدما كانت، فيكون مجهولاً، والقضاء بالمجهول متعذر، ولأنها أي: اليد متنوعة إلى: يد ملك، ويد أمانة وضمان، فكانت مجهولة، والقضاء بإعادة المجهول متعذر، بخلاف الملك؛ لأنه معلوم غير مختلف.

(**وإن شهدا أنه كان ملكه.. قبلت**) بالاتفاق؛ لأن الملك مقصوده، فتقبل الشهادة عليه.

قال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى رجل جارية في يد رجل وقال: هذه الجارية كانت لي، وشهد الشهود أنها له.. لم تذكر هذه المسألة في شيء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيها:

وَلَو أقرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أنَّه كَانَ فِي يَدِ الْمُدَّعِي.. أُمِرَ بِالدَّفعِ إِلَيْهِ.

وَكَذَا لَو شَهدا بِإِقْرَارِهِ بذلكَ.

بعضهم قالوا: تقبل؛ لأن هذا الاختلاف لو وقع بين الشاهدين بأن ادعى المدعي أنها له، وشهد أحدهما أنها له، وشهد الآخر أنها كانت له.. لم يمنع قبول الشهادة، فكذا إذا وقع بين المدعي والشاهدين.

ومنهم من قال: إنها لا تقبل، وهو الأصح، وعلى قياس قول هذا القائل: إذا ادعى المدعي أنها له، وشهد الشاهدان أنها كانت له.. ينبغي أن لا تقبل الشهادة.

(**ولو أقر المدعى عليه أنه كان في يد المدعي.. أمر بالدفع إليه**)؛ لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار.

(**وكذا لو شهدا بإقراره بذلك**)؛ لأن الشهود به هو الإقرار، وهو معلوم، والجهالة في المقر به، وذلك لا يمنع القضاء.

وذكر الإمام السرخسي في «المحيط» هذه المسألة وقاس عليها مسألة أخرى وقال: وكذلك إذا عاين القاضي كونه في يد المدعي أمس.. يأمر بالتسليم إلى المدعي.

وقال فيه أيضاً: إذا ولدت أمة الرجل ولداً، فادعت أنّ مولاها أقرّ به، وجحد المولى ذلك، فأقامت على ذلك شاهدين، فشهد أحدهما أنه ابنه ولد على فراشه، وشهد الآخر أن المولى أقرّ به.. لا تقبل شهادتهما؛ لأن المشهود به قد اختلف بالفعل والقول. انتهى.

* * *

(بَابُ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ)

تُقبلُ فِي غيرِ حدٍّ وَقَودٍ، ....

(بَابُ الشَّهَادَةِ عَلى الشَّهَادَة)

لما فرغ عن بيان شهادة الأصول.. شرع في بيان شهادة الفروع على ما هو مقتضى الترتيب الطبيعي، وهي جائزة استحساناً؛ لمساس الحاجة إليها عند عجز الأصل في كل حق لا يسقط بالشبهة.

(تقبل في غير حد وقود)، لا فيهما؛ لما فيها من شبهة البدلية من حيث المشهود به، وشبهة زيادة احتمال الكذب.

أما شبهة البدلية: فلأن البدل ما لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل، وهذه الشهادة كذلك وأما أنها من حيث المشهود به.. فلأن المشهود به [٢٦٧/ب] بشهادة الفروع: هو شهادة الأصول، والمشهود به بشهادة الأصول: هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي.

وأما شبهة زيادة احتمال الكذب: فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب؛ لعدم العصمة، وفي شهادة الفرع: تلك التهمة، مع زيادة احتمال كذبهم، مع إمكان الاحتراز بجنس الشهود؛ بأن يزيدوا في عدد الأصول عند إشهادهم، حتى إن تعذرت إقامة بعض.. قام بها الباقون، فلا تقبل في الحدود والقود.

وفي إطلاق المصنف إشارة إلى أن الشهادة على الشهادة جائزة في الوقف، على ما هو الصحيح؛ صوناً عن اندراسه، وليشمل التعزير أيضاً، وهو جائز، وقضاء القاضي أيضاً، صرح هذه الثلاثة في «البحر».

وقال في «القنية» بعلامة شرف الدين المكي: خرج الحاكم عن المحكمة، ثم أشهد على حكمه.. تصح الشهادة.

وهذا دليل على جوازها في قضاء القاضي.

ثم قال رامزاً إلى قاضي عبد الجبار: والحضور شرط.

وإِنْ تكَرَّرتْ.

وَشُرِط لَهَا تعذُّرُ حُضُورِ الأَصْلِ بِمَوْتٍ أَو مرضٍ، أَو سفرٍ.

وهذا ظاهر في عدم جوازها، فكانت المسألة خلافية.

ويجوز في النسب أيضاً، على ما سيأتي الإشارة إليه في الكتاب.

(وإن) وصلية **(تكررت)** أي: الشهادة على الشهادة وهلم جرّا؛ أعني: الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم.

(وشرط لها) أي: للشهادة على الشهادة: **(تعذر حضور الأصل بموت)**؛ يعني: لو مات الأصل.. يجوز للفرع أن يشهد بعد موته على ما أشهد به.

وفي «الخانية» ما يخالف هذا؛ حيث قال في كتاب القاضي إلى القاضي: إن الأصل إذا مات قبل أن يشهد الفروع على شهادة الأصل.. بطلت الشهادة.

وقال في قضاء «النهاية»: إن الأصل إذا مات.. لا تقبل شهادة فرعه.

(أو مرض) يمنعه عن الحضور بمجلس القضاء.

وكونها مخدرة عذر كالمرض كما في «القنية»؛ حيث قال: الأصل في الشهادة إذا كانت امرأة مخدرة.. يجوز إشهادها على شهادتها.

والمرأة التي تخرج من بيتها لقضاء حاجتها ولأجل الحمام ونحوه.. تكون مخدرة؛ بشرط أن لا تخالط الرجال. انتهى.

(أو سفر)؛ لأن ما دون مدة السفر ليس بعجز في ظاهر الرواية.

عن أبي يوسف: أن الأصل لو كان في مكان لو غدا إلى مجلس القضاء لأداء الشهادة لا يمكنه أن يبيت في منزله.. يجوز له الإشهاد؛ دفعاً للحرج، وإحياء لحقوق الناس.

قالوا: الأول أحسن، والثاني: أرفق.

وروي عن أبي يوسف ومحمد - وأخذه كثير من مشايخنا -: أنها تقبل مطلقاً وإن كانوا في المصر؛ لأنهم ينقلون قولهم، فكان كنقل إقرارهم [٢٦٨/أ].

وفي «البزازية»: قالوا: هذا غير ظاهر، فلا يفتى به.

واختار الإمام السرخسي في «المحيط» جوازه؛ حيث قال فيه: الإشهاد على الشهادة صحيح، وإن كان في المصر بلا خلاف، حتى إذا غاب الأصل بعد ذلك أو مات فشهد الفرع على شهادته.. تقبل.

وإن كان الأصل محبوساً في المصر وأشهد على شهادته.. هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته؟ وإذا شهد عند القاضي.. فالقاضي هل يعمل بشهادته؟

فاختلفوا فيه:

قال بعضهم: إن كان محبوساً في سجن هذا القاضي.. لا يجوز، وإن كان محبوساً في سجن الوالي ولا يمكنه الإخراج من الحبس للشهادة.. يجوز.

وقال بعضهم: ينبغي أن لا تجوز هذه الشهادة. انتهى.

وفي «الصغرى»: الإشهاد على الشهادة جائز بلا عذر بالأصول، حتى لو حلهم العذر بعد التحميل فشهدوا بذلك التحميل.. يجوز.

وهل يكفي مجرد سفر الأصل في شهادة الفرع بأن يجاوز مصره قاصداً السفر، على ما هو الظاهر من كلام المصنف؟ أو يلزمه من غيبة الأصل ثلاثة أيام ولياليها؟

ففي «البحر»: إنه يجوز للفرع أن يشهد على شهادة الأصل بمجرد سفر الأصل.

وفي «الخلاصة»: لا بد وأن يكون في مسيرة ثلاثة أيام ولياليها، وهكذا في «العناية» أيضاً.

فإن قيل: قد صرح في «البزازية» و«العناية»: أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه، وآخران على شهادة غيره.. تصح هذه الشهادة، فدل هذا على أن الشهادة على الشهادة جائزة مع حضور الأصل، فكيف يشترط تعذر حضوره؟

قلنا: إن الشاهدين الآخرين في هذه المادة ليسا بشاهدين عن الأصل الحاضر، بل هما شاهدان عن الأصل الغائب الذي تعذر حضوره بأحد الأعذار المذكورة.

وإنْ يشْهدَ عَن كلِّ أصلٍ: اثْنَانِ، ....

(وأن يشهد) عطف على تعذر **(عن كل أصل اثنان)**، خلافاً لمالك قال: يكفي شهادة واحد عن كل أصل؛ لأن الفرع قائم مقام الأصل؛ فكأنه حضر بنفسه.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه: لا يجوز على شهادة رجل.. إلا شهادة رجلين.

ولأن نقل شهادة الأصل حق من الحقوق.. فلا بد من نصاب الشهادة؛ لأنها حجة ملزمة.

وفي قوله: «عن كل أصل»: إشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون الشهود على شهادته؛ أي: الأصل رجلاً؛ لأن للمرأة أيضاً أن تشهد على شهادتها رجلين، أو رجل وامرأتين، كذا في «البحر».

وفي قوله: «اثنان» إشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون الفرع رجلاً، بل يجوز أن يكون الفرع امرأة أيضاً، لكنه يشترط أن يكون من رجل: امرأتين، كذا في «البحر» [٢٦٨/ب].

وبه ظهر ضعف ما في «الحاوي القدسي» من أنه لا تقبل شهادة النساء على الشهادة.

وهل يجوز شهادة الابن على شهادة الأب؟

ففي «البزازية» نقلاً عن «الصغرى»: شهادة الابن على شهادة الأب جائزة، وعلى قضائه: لا تجوز.

وفي رواية: والصحيح: الجواز على قضائه أيضاً.

وفي «الكافي»: إن شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق.. لم يجز.

وقال في «البزازية» نقلاً عن «الأصل»: شهدا عن رجل، وأحدهما أصل في شهادته فرع عن آخر، ثم شهد هذا بعد نقل شهادة الأصل على شهادة نفسه.. لا

لَا تغايرَ فرعَي الشَّاهِدَين.

وصفتُها: أَن يَقُولَ الأَصْلُ: اشهدْ على شهادتي أَنِّي أشهدُ بِكَذَا، وَيَقُولَ الْفَرْعُ عِنْدَ الْأَدَاء: أَشهدُ أنَّ فلَاناً أَشهدني على شَهَادَته بِكَذَا، وَقَالَ لي: اشْهَدْ على شهادتي بِهِ.

تقبل؛ لأدائه إلى أن يثبت بشهادة واحد ثلاثة أرباع الحق، وإنه خلاف وضع الشهادة. انتهى.

فعلم منه: أن المراد بالاثنين: من لا يكون أصلاً في شهادته قطعاً.

(**لا تغاير فرعي الشاهدين**) الأصلين، خلافاً للشافعي قال: لا يجوز، إلا أن يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الآخر، فذلك أربع، على كل أصل اثنان.

ولنا: إطلاق ما روينا عن عليّ رضي الله عنه، ولأن نقل الشهادة من الحقوق؛ فإذا شهد بها اثنان.. فقد تم النصاب، ثم إذا شهدا بشهادة الآخر.. شهدا بحق آخر غير الأول.

(**وصفتها**)، أي: صفة الشهادة على الشهادة: (**أن يقول الأصل: اشهد على شهادتي أني أشهد بكذا**)؛ لأن الفرع نائب عن الأصل، فلا بد له من التحميل والتوكيل.

(**ويقول الفرع عند الأداء: أشهد أن فلاناً**) بن فلان بن فلان؛ لأنه لا بد أن يذكر الفروعُ أسماءَ الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم، على ما صرح به في «الخلاصة».

(**أشهدني على شهادته بكذا وقال لي: اشهد على شهادتي به**)؛ لأنه لا بد في شهادة الفرع من: شهادته، وذكر شهادة الأصل، وذكر التحميل، وهذه العبارة جامعة لها.

اعلم: أنهم طولوا الكلام في بيان لفظ الشهادة على الشهادة: ففي «المحيط» السرخسي: أن كثيراً من مشايخنا قالوا في تحميل الشهادة: يقول شاهد الأصل بين

يدي شاهد الفرع: أشهد أن لفلان على فلان كذا وأنا أشهدك على شهادتي فاشهد أنت على شهادتي بذلك، فيحتاج إلى خمس شينات.

وقالوا في أداء الشهادة على الشهادة: إن الفرع يقول بين يدي القاضي: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته الآن فيحتاج إلى ثمان شينات.

قال الخصاف وجماعة من المحققين كالفقيه أبي جعفر وغيره: هذا تكلف [٢٦٩/أ]، وما دونه يكفي في التحميل والأداء:

أما في التحميل: فيقول الأصل في الإشهاد: أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهد أنت على شهادتي بكذا، فيحتاج إلى ثلاث شينات.

وأما في الأداء: فيقول الفرع عند القاضي: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك، فيحتاج إلى ست شينات.

واختار شمس الأئمة الحلواني لفظاً آخر، وهو أن يقول في الأداء: أشهد على شهادة فلان أن لفلان على فلان كذا، أشهدني فلان على شهادته وأمرني أن أشهد بها.. فيكفي خمس شينات.

أو يقول: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا قال الفرع: أشهد على شهادة فلان بكذا.. جاز، ولا يحتاج إلى زيادة شيء.

وهكذا حكى شمس الأئمة السرخسي، وذكره أيضاً محمد في «السير الكبير».

والمصنف اختار في الأداء: خمس شينات كما اختاره الحلواني.

وَيصِحُّ تَعْدِيلُ الْفَرْعِ أَصلَه، وَأحدِ الشَّاهِدَين الآخَر.

فَإِن سكتَ عَنهُ.. جَازَ وَنُظِرَ فِي حَالِهِ.

عِنْد أبي يُوسُف.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تُردُّ شَهَادَتُهُ.

وقال في «الأقضية»: وهو المختار، وأختار في التحميل ثلاث شينات كما اختاره الخصاف.

(ويصحّ تعديل الفرع أصله) في ظاهر الرواية؛ لأنه من أهل التزكية.

وقيل: لا يصح تعديل أصله؛ لما فيه من تهمة تنفيذ شهادة نفسه بتعديل أصله.

وأجيب: بأنّ العدل لا يتّهم بمثله، قال الإمام السرخسي في «المحيط»: إن محمداً لم يشترط في «المبسوط»: سؤال القاضي عن عدالة الأصل، وإنما عرف هذا من جهة الخصاف، ثم ذكر: وروي عن محمد: أن تعديل الفرع الأصول لا يكون صحيحاً، وهكذا ذكر عن أبي يوسف.

(و) يصح أيضاً تعديل **(أحد الشاهدين الآخر)**؛ لما ذكرناه من أنه أهل للتزكية.

قيل: لا يصح هذا أيضاً؛ لما فيه من تهمة المشاركة.

والجواب: ما مر آنفاً.

(فإن سكت عنه) الفرع عن تعديل الأصل وقال: لا أخبرك، أو قال: لا أعرفه عدلاً أو لا (.. **جاز)** شهادته.

(و) لكن **(نظر)** القاضي **(في حاله)** أي: حال الأصل بأن سأل من غير الفرع من المزكين **(عند أبي يوسف، وقال محمد)** - واختاره الخصاف -: **(ترد شهادته)**؛ لأنه لا شهادة إلا بالعدالة؛ فإن لم يعرف الفرع عدالة الأصل.. لم ينقل شهادته، فلا تقبل.

ولأبي يوسف: أن اللازم على الفرع مجرد نقل الشهادة دون تعديل الأصل؛ لأن التعديل قد يخفى عليهم؛ فإذا نقلوها.. فقد أقاموا ما وجب عليهم، ثم القاضي يتعرف العدالة؛ كما إذا حضر الأصول بأنفسهم فشهدوا.

وَتبطلُ شَهَادَةُ الْفَرْعِ بِإِنكَارِ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ.

وقال الإمام السرخسي: والصحيح: قول أبي يوسف.

(وتبطل شهادة الفرع [٢٦٩/ب] **بإنكار الأصل الشهادة)** فسر الإنكار في «العناية» بقوله: بأن قالوا: ما لنا في هذه الحادثة شهادة، ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم.. لم تقبل شهادة الفروع.

وفسره في «البحر» بقوله: بأن قالوا: لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا، ثم يشهد الفروع.

وتفسير «البحر» مبني على تفسير الشهادة بالإشهاد، على ما فسره كذلك في «الزيلعي»، وعلى التفسيرين: إنما لا تقبل بعد الإنكار؛ لأن التحميل لم يثبت بالتعارض بين الأصول والفروع، والتحميل شرط في شهادة الفروع.

أطلق «الإنكار» فشمل: ما كان قبل شهادة الفرع، وما كان بعد شهادته وقبل القضاء.

صورة الأول: ما ذكرناه آنفاً.

وصورة الثاني: ما قال في «البزازية» نقلاً عن «الجامع»: شهدا على شهادة رجلين، فقبل أن يقضي القاضي بشهادتهما حضر الأصلان ومنعا الفرعين عن الأداء.. قيل: لا يعمل المنع، والأصح: أنه يعمل المنع، فيبطل شهادتهما، وعليه عامة المشايخ.

فعلم منه: أن شهادة الفرع يبطل مبنى الأصل.

وقال في «منية المفتي»: نهى الأصل الفرع عن الأداء بعدما أمره.. لا رواية فيه عن المتقدمين، واختلف المتأخرون فيه.

وفي «الخانية»: رجل أشهد رجلاً على شهادته، ثم نهاه أن يشهد على شهادته.. لا يصح نهيه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى لو شهدا بعد النهي.. جازت شهادته.

وإِنْ شَهدا على شَهَادَةِ اثْنَيْنِ على فُلَانَة بنتِ فلَانٍ الْفُلَانِيَّةِ وَقَالا: أخبرانا: أَنَّهُمَا يعرفانِها، وَجَاء الْمُدَّعِي بِامْرَأَةٍ لم يدريا أَنَّهَا هِيَ أم لَا.. قيلَ لَهُ: هَاتِ شَاهِدَين أنَّها هِيَ.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخلاصة»: لو سئل الأصول عن الفروع فسكتوا.. لم يبطل الإشهاد بسكوتهم، ولذا قيّد المصنف بالإنكار.

ومما يبطل به شهادة الفروع أيضاً: ما ذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه إذا خرس الأصلان أو عميا أو فسقا أو ارتدا أو جنا.. لم يجز شهادة الفروع.

وهل يبطل لحضور الأصل؟

[قال في «البحر»: ولو أن فروعاً شهدوا على شهادة الأصول] ثم حضر الأصول قبل القضاء.. لا يقضى بشهادة الفروع. انتهى.

قال: وظاهر قول «الخانية»: لا يقضى، دون أن يقول: بطل الإشهاد، أن الأصول لو غابوا بعد ذلك.. قضى شهادتهم. انتهى.

قلت: الظاهر من مسألة «الخانية»: كون شهادة الفروع عند حضور الأصل موقوفاً، لا بطلانها، وإلا.. لما صح القضاء بها بعد غيبوبة الأصل، فلا يصح الاستدلال بها على البطلان، كما استدل صاحب «البحر».

(وإن شهدا) أي: الفرعان **(على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية)** أي: المصرية أو الكوفية أو نحوهما.

(وقالا)؛ أي: الفرعان: **(أخبرانا)** الأصلان **(أنهما يعرفانها)** أي: تلك المرأة، **(وجاء المدعي بامرأة لم يدريا)** أي: الفرعان **(أنها)** أي المرأة التي أتاها المدعي **(هي)** التي فلانة بنت فلان [٢٧٠/أ] الفلانية **(أم لا؟ قيل: له)** أي للمدعي: **(هات شاهدين أنها هي)**؛ لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت، والمدعي يدعي الحق على الحاضرة، ولعلها غيرها.. فلا بد من تعريفها بتلك النسبة؛ كما إذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها، وشهدوا على المشتري بعدما أنكر: أن يكون

وَكَذَا فِي نقلِ الشَّهَادَةِ؛ فَإِنْ قَالَا فيهِمَا: التميميةُ.. لَا يجوزُ حَتَّى ينسباها إِلَى فَخذِهَا.

المحدود بها في يده.. لا بد من شاهدين آخرين يشهدان بأن المحدود بها في يد المدعى عليه.

(وكذا في نقل الشهادة) أي: كتب قاضي بلد إلى آخر: شاهدان شهدا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا درهماً.. فاقض عليه بذلك، فأحضر المدعي فلاناً في مجلس القاضي المكتوب إليه، ورفع إليه الكتاب.. يقول القاضي: هات شاهدين أن هذا الذي أحضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب؛ ليمكن الإشارة إليه في القضاء.

هذا، واعلم: أنه ليس الغرض من ذكر هذه المسألة: إفادة أنه إذا شهدا على فلانة بنت فلان الفلانية.. تكون النسبة تامة والشهادة مقبولة؛ لأنه لا بد من ذكر الجد أو ما يقوم مقامه من النسبة إلى السكة الصغيرة، أو إلى القبيلة الخاصة؛ لتتم النسبة وتقبل الحجة، بل الغرض منه: أنه لا يشترط أن يعرف الفرع المشهود عليه، بل يقال للمدعي عند عدم معرفة الفرع: هات شاهدين يشهدان أن الذي أحضرته هو المشهود عليه، وإلى هذا أشار بقوله:

(فإن قالا)؛ أي: الشاهدان: **(فيهما)** أي في باب الشهادة على الشهادة، وباب كتاب القاضي إلى القاضي: التميمية، أو المصرية، أو نحوهما بأن قالا: فلانة بنت فلان **(التميمية.. لا تجوز)** الشهادة **(حتى ينسباها إلى فخذها)**؛ لأن في الشهادة لا بد من التعريف، وهو لا يحصل إلا بالنسبة الخاصة، وهي بالجد أو الفخذ؛ لأن الفخذ على ما في «الصحاح»: آخر القبائل الست:

أولها: الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ.. فكان الفخذ أخص منها، ولهذا فسرها في «الهداية»: بالقبيلة الخاصة؛ فالنسبة إليها تكون خاصة كالنسبة إلى الجد، بخلافها إلى التميمية؛ لأنهم قوم لا يحصون، فكم بينهم نساء اتّحدت أساميهن وأسامي آبائهن.. فلم يحصل التعريف.

أَوْ بِنِسْبَةٍ خَاصَّةٍ.

وَالنِّسْبَةُ إِلَى الْمصرِ، أَوِ الْمحلةِ الْكَبِيرَةِ: عَامَّةٌ.

وَإِلَى السِّكَّةِ الصَّغِيرَةِ: خَاصَّةٌ.

ولا ينوب عن ذكر الجد صناعته، إلا إذا كان معروفاً بها؛ بأن لا يكون في بلده شريك له في تلك الصناعة.

والحاصل: أنه لا بد في التعريف من ذكرهم الجد الأعلى وهو أب الأب الملتقي، أو ما يقوم مقامه في التعريف كالفخذ، وعليه الفتوى.

وأفتى به مشايخ الإسلام، وبه أفتيت مراراً.

ولا يكفي ذكر اسم الأب الملتقي.

وأما ذكر اسم أب الأب الملتقي.. فغير لازم.

وفي «الفصولين» في الفصل التاسع: أنه يجب في تعريف القن: أن يكتب أنه عبد فلان أو مولى فلان؛ إذ المعتَق يعرف بمولاه.

وإن كان مولاه معتقاً أيضاً.. لا بد أن يقال: إنه مولى فلان، وإن كان المولى الثالث معتقاً أيضاً ولم ينسب إلى مولاه.. لا بأس به؛ إذ المولى الثالث بمنزلة الجد في النسب، فيجوز الاقتصار عليه. انتهى.

(**أو بنسبة خاصة**) احترز بها عن النسبة العامة؛ لأنها يحصل التعريف بها، فبين النسبة الخاصة والعامة بقوله: (**والنسبة إلى المصر أو المحلة الكبيرة: عامة، وإلى السكة الصغيرة: خاصة**)؛ لعموم الاشتراك في الأولى، وخصوصها في الثانية.

* * *

والتعريفُ: يتمُّ بِذِكْرِ الْجدِّ أَوِ الفخذِ ....

وهذا في العرب.

وأما في العجم.. فلا يشترط ذكر الفخذ عندهم؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم، بل ذكر الصناعة يقوم مقام ذكر الجد؛ كذا في «شرح الوقاية».

(**والتعريف يتمُّ بذكر الجد أو الفخذ**) يعني: لا تجوز الشهادة حتى ينسباها إلى فخذها؛ لأنه لا بد في الشهادة من [٢٧٠/ب] التعريف، والتعريف إنما يحصل بذكر الجد، أو بما يقوم مقامه، وهو الفخذ؛ لخصوص النسبة فيهما.

أما في الجد: فلقلة الاشتراك في اسم الجد، بخلاف اسم الأب؛ لأن الاشتراك فيه كثير، فلا يحصل به التعريف.

وأما الفخذ: فلقيامه مقام الجد؛ لأن الفخذ يقال للقبيلة الخاصة، أو للجد الأعلى، فنزل منزلة الجد في النسبة، وهو أب الأب الملتقي، ونسبة العبد إلى المولى كالنسبة إلى الأب، وإلى مولى المولى كالنسبة إلى الجد؛ كما سيأتي.

قال في «الأشباه»: المشهود عليه بشيء إن كان حاضراً.. كفت الإشارة إليه، وإن كان غائباً.. فلا بد من تعريفه باسمه واسم أبيه وجده، ولا يكتفى بالنسبة إلى الفخذ، ولا إلى الحرفة، ولا يكفي الاقتصار على الاسم، إلا أن يكون مشهوراً.

ويكفي النسبة إلى الزوج؛ لأن المقصود الإعلام. انتهى.

وكذا إذا كان المشهود عليه ميتاً.. لا بد من تعريفه باسمه واسم أبيه وجده، على ما صرح به في أوائل شهادات «الدرر».

وهو الظاهر في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل من العناية؛ فإنه لم يفرق ثمة بين كون المشهود عليه ميتاً أو غائباً، لكنه لو قضى القاضي بدون ذكر اسم الجد.. نفذ؛ كذا في شهادات «الدرر» نقلاً عن «العمادي»؛ معللاً بأن في اشتراط ذكر الجد اختلافاً.

(بَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ)

(بَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَة)

معناه شرعاً: نفي ما أثبته أولاً [٢٧١/أ].

وشرطه: أن يكون في مجلس القاضي، حتى لا يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، ولهذا لو ادعى المشهود عليه عند القاضي رجوع الشاهد في غير مجلس القاضي وأنكر الشاهد ذلك، فأراد المشهود عليه إثباته بالبينة، أو أراد أن يستحلفه على إنكاره.. ليس له ذلك، على ما سيصرح به في الكتاب.

وركنه: هو قول الشاهد: رجعت عما شهدت به، أو شهدت بزور فيما شهدت به، أو كذبت في شهادتي هذه.

بخلاف ما لو أنكرها؛ حيث لم يكن رجوعاً، على ما في «البحر» نقلاً عن «الخزانة».

وأما حكمه: فهو على ما ذكره في «المحيط» السرخسي: رجوع الشاهد؛ إن كان قبل القضاء.. يصح في حق نفسه وفي حق غيره، حتى يجب على الشاهد التعزير، ولا يقضي القاضي بشهادته على المشهود عليه.

وإن كان رجوعه بعد القضاء.. كان أبو حنيفة يقول أولاً: ينظر إلى حال الراجع؛ إن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة.. صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره، حتى يجب عليه التعزير، وينقض القضاء، ويرد المال على المشهود عليه؛ لترجح جانب الصدق في رجوعه.

وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة أو دونه.. يجب عليه التعزير، ولكن لا ينقض القضاء به، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، ولا يجب الضمان عليه؛ لعدم رجحان جانب الصدق في رجوعه، ثم رجع عن هذا

القول وقال: لا يصح رجوعه في حق غيره على كلّ حال، حتى لا ينقض القضاء، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

فإذا إذا صح رجوع الشاهد.. ينظر بعد هذا: إن لم يكن المشهود به مالاً بأن كان قصاصاً أو نكاحاً.. فلا ضمان على الشاهد عند علمائنا، وإنما يضمن الدية في القصاص.

وإذا صار الشاهد متلفاً لذلك شهادته بأن كان مالاً؛ فإن كان الإتلاف بعوض يعادله.. فلا ضمان على الشاهد أيضاً؛ لأن الإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإن كان بعوض لا يعادله.. فبقدر العوض لا ضمان، ويجب الضمان فيما وراءه.

وإن كان الإتلاف بغير عوض أصلاً.. يجب ضمان الكل.

ثم إن كان المشهود به عيناً.. فللمشهود عليه أن يضمِّن الشاهد المال، وإنما يضمنها إذا استوفى المشهود له ذلك من المشهود عليه، على ما ذكره شيخ الإسلام في «شرحه».

وسوّى شمس الأئمة السرخسي بين العين والدّين وقال: ليس للمشهود عليه أن يضمن الشاهد في [٢٧١/ب] فصل العين قبل أن يأخذ العين من يده كما في فضل الدين.

ثم ينظر إلى قيمة المشهود به يوم القضاء؛ لأن وجوب الضمان عليهما بالإتلاف، والإتلاف حصل بالقضاء، فيقدر القيمة يوم القضاء. الكل في «المحيط» للإمام السرخسي، وتفصيله مذكور فيه أيضاً.

وقال في «البزازية»: وإن رجعا قبل القضاء بالشهادة.. لا يلزم الضمان، وإنما يضمن الراجع إذا قبض المدعي المال، ديناً كان أو عيناً، والذي عليه الفتوى: الضمان بعد القضاء بالشهادة، قبض المدعي المال أو لا.

واعلم: أن تضمين الشاهد لا ينحصر في رجوعه؛ لما في «فروق الكرابيسي»:

لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهَا إِلَّا عِنْدَ قاضٍ.

شهد شاهدان على رجل: أن فلاناً أقر منه ألف درهم، وقضى القاضي بها، ثم أقام المقضي عليه بينة على الدفع قبل القضاء بأمر القاضي.. يرد الألف إليه، ولا يضمن الشهود.

ولو شهدوا له عليه ألف درهم وقضى القاضي بذلك وأخذ الألف، ثم أقام المقضي عليه البينة على البراءة قبل القضاء.. يضمن الشهود.

ووجه الفرق:

أن في الوجه الأول: لم يظهر كذبهم؛ لجواز أنه أقرضه، ثم أداه.

وفي الوجه الثاني: ظهر كذبهم؛ لأنهم شهدوا عليه بالألف في الحال، وقد تبين كذبهم، فصاروا [متلفين] عليه، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: إن كان لفلان عليه شيء فأنت طالق، فشهد الشهود أنه أقرضه ألفاً.. يحكم بالمال، ولا يحكم بالوقوع.

ولو شهد أن عليه ألفاً.. حكم بالمال والوقوع جميعاً.

تبين بهذا: أن الشهادة بالدين مطلقاً: شهادة على الحق في الحال، كذا في «البحر»، نقلاً عن «الكرابيسي».

إذا عرفت هذا.. فالمصنف رحمه الله أشار أولاً إلى بيان شرط الرجوع فقال: (**لا يصح الرجوع عنها إلا عند قاض**)؛ سواء كان القاضي الأول أو لا، على ما في «العناية»؛ معللاً: بأن الرجوع: فسخ للشهادة، وفسخ الشهادة مختص بمجلس الحكم، فكذا الرجوع مختص به أيضاً.

واعترض عليه: بأن هذا الدليل لا يتمّ، إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة مختص بما يختص به الشهادة، وهو ممنوع؛ فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم.

وأجيب: بأن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية، فلا بد من رفعها، والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع لها؛ لأن الشهادة في غير مجلس الحكم

فَلَوِ ادّعى الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ رجوعَهُما عِنْدَ غَيرِهِ.. لَا يُحلَّفانِ، وَلَا يُقبلُ برهانُه عَلَيْهِ.

ليست بحجة حتى يكون الرجوع رفعاً لها، فيرتفع الاستحقاق بارتفاعها، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو ثبت في ضمنه، فكان من توابعه؛ فإذا لم يوجد الارتفاع [٢٧٢/أ].. لم يوجد الإقرار أيضاً.

فإن قيل: البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء، ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطاً بشرط الابتداء؛ لكونه أسهل منه.

أجيب عنه: بأن مجلس الحكم محلها في الابتداء، وما يرجع إلى المحل.. فالابتداء والبقاء فيه سواء؛ كالمحرمية في النكاح، ووجود البيع، ووجود المبيع في البيع؛ فإنه شرط لصحته وصحة الفسخ.

وإذا لم يصح الرجوع عنها في غير مجلس القاضي؛ (**فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما عند غيره**) أي: غير القاضي، وأنكر الرجوع وأراد المشهود عليه إثباته بالبينة، أو تحليفهما على إنكارهما عند عدم البينة (**.. لا يحلفان**) على الإنكار، (**ولا يقبل برهانه عليه**)؛ أي: على الرجوع؛ لأن كلاً من الحلف والبينة يترتبان على دعوى صحيحة، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم لا تصح.

بخلاف ما لو أقرا عند القاضي أنهما رجعا عند غير القاضي؛ فإنه يصح إقرارهما برجوعهما وإن كان إقراراً برجوع باطل؛ لأن إقرارهما هذا رجوع مبتدأ بطريق الإنشاء منهما عند القاضي؛ كذا في «المحيط» السرخسي.

ثم ذكر فيه أيضاً: أنه إذا ادعى المشهود عليه الرجوع على الشاهد وأراد استحلافه أو إثباته بالبينة.. فهذا على وجهين:

الأول: أن يدعي الرجوع عند غير القاضي، وفي هذا الوجه وهو مسألة الكتاب.. لا يستحلف الشاهد، ولا يسمع بينة المشهود عليه على ذلك؛ لما ذكرناه آنفاً بعينه.

بِخِلَاف مَا لَو ادّعى وُقُوعَهُ عِنْدَ قاضٍ وتضمينَهُ ....

الوجه الثاني: أن يدعي رجوعاً في مجلس قاض آخر، وهذا على وجهين أيضاً:

الأول: أن يدعي رجوعهما عند قاض، ولا يدعي قضاء القاضي عليه بالرجوع، وفي هذا الوجه.. لا يستحلف أيضاً، ولا يسمع بينة المشهود عليه؛ لأن دعواه لم تصح؛ لأنه ادعى رجوعاً غير موجب للضمان؛ لأن الرجوع عن الشهادة لا يصير موجباً للضمان قبل قضاء القاضي به؛ لأن الرجوع فسخ الشهادة، فيعتبر بالشهادة، والشهادة لا توجب الحكم قبل القضاء بها، فكذا الرجوع.. لا يصير موجباً للضمان قبل القضاء به، ويمكن حمل كلام المصنف على هذا الوجه أيضاً، تأمل.

الوجه الثاني: أن يدعي رجوعاً وقضاء القاضي عليه بالرجوع، وفي هذا الوجه: يستحلف الشاهد، وتسمع بينة المشهود عليه على ذلك؛ لأن الدعوى قد صحت؛ لأنه يدعي رجوعاً موجباً للضمان، فيترتب عليه التحليف وسماع البينة، وهذا الوجه سيأتي ذكره في الكتاب أيضاً.

وإذا رجع الشاهد عند غير القاضي الذي شهد عنده بالمال وقضى عليه [٢٧٢/ب] بالضمان لرجوعه، فلم يؤد ذلك المال حتى تخاصما إلى القاضي الذي شهد عنده أول مرة، فقامت عليه البينة بالرجوع وبقضاء القاضي عليه بالضمان.. فهذا القاضي ينفذ عليه ذلك، فيأمره بأداء الضمان.

وكذا لو شهد عليه شاهدان عند القاضي: أنه أقر أنه رجع عند قاض من القضاة وقضى عليه بالضمان.. فهذا القاضي يقضي بهذه الشهادة، ويلزمه الضمان.

وجعل في «البزازية» دعوى الرجوع المطلق مثل دعوى الرجوع عند غير القاضي في عدم التحليف، وعدم قبول البينة.

(**بخلاف ما لو ادعى وقوعه**) أي: الرجوع (**عند قاض**) آخر، قوله: «عند» ظرف لقوله: «ادّعى» لا للوقوع (**وتضمينه**) عطف على قوله: «وقوعه»، معناه: حكم القاضي عليه بالضمان؛ أي: لو ادّعى المشهود عليه عند قاض آخر: وقوع الرجوع

إِيَّاهُمَا.

فَإِن رجعا قبلَ الحكم.. لَا يُحكَمُ.

وَإِن بعدَهُ.. لَا يُنْقضُ، وضمنا مَا أتلفاه بهَا ....

من الشاهد وحكم القاضي الأول عليه بالضمان.

(**إيّاهما**) أي: الشاهدين، فهذه الدعوى صحيحة لصحة سبب القبول، وهي دعوى الرجوع في مجلس الحكم، والحكم بالضمان عليه، فيقبل البرهان عليه، ويستحلف أيضاً.

ولما ذكر شرط صحة الرجوع وما يترتب على وجود ذلك وانتفائه.. شرع في بيان حكم الرجوع فقال مفرعاً على ذلك الشرط أيضاً: (**فإن رجعا**) أي: الشاهدان (**قبل الحكم**) بها أي: بالشهادة (.. **لا يحكم**) لسقوط الشهادة بالرجوع عنها.

وقد ذكرنا من قبل: أن الرجوع قبل القضاء يصح في حق نفسه، حتى يجب عليه التعزير، وفي حق غيره أيضاً حتى لا يقضى بشهادته على المشهود عليه، والمصنف ذكر الثاني دون الأول.

(**وإن**) رجع (**بعده.. لا ينقض**) الحكم؛ لأن آخر كلامهم مثل الأول في الدلالة على الصدق، وقد ترجح الأول بالقضاء، والشيء لا ينقضي بما دونه.

وقد تقدم منا أيضاً: أن الرجوع إن كان بعد القضاء.. ففيه عن أبي حنيفة قولان:

الأول: أن ينظر إلى حال الراجع.

الثاني - وهو قول الإمامين -: أن يصح في حقّ نفسه، ولا يصح في حق غيره على كل حال، حتى لا ينقض القضاء، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، وهذا القول الثاني هو الذي ذكره المصنف.

وإذا صح في حق نفسه.. يلزم الضمان عليه، وإليه أشار بقوله: (**وضمنا**) أي: الشاهدان الراجعان (**ما أتلفاه**) من المال المشهود به (**بها**) أي بالشهادة.

إِذا قبَضَ الْمُدَّعِي ما ادّعاهُ؛ ديناً كَانَ أَو عيناً.

و (**إذا قبض المدعي ما ادعاه**)، حتى لو لم يقبضه.. لا يجب الضمان، بل يتوقف على القبض، فلما قبض.. يضمن الشهود.

وقال الشافعي: لا ضمان على الشهود؛ لأنهما سببا الإتلاف، ولا معتبر بالسبب عند وجود المباشر وهو القاضي [٢٧٣/أ].

قلنا: لما تعذر إضافة الحكم إلى المباشر؛ لإفضائه إلى تعطيل أمور المسلمين، وكذا تعذر استيفاؤه من المدعي لتأكده بالقضاء.. اعتبرنا السبب وأضفنا إليه؛ لأن التسبب على وجه التعدي يوجب الضمان؛ كحفر البئر، ووضع الحجر على الطريق، والسعي إلى الظالم، وقد وجد ذلك من الشاهدين.

بخلاف شهود القصاص؛ حيث لا يجب القصاص على الشهود برجوعهم بعد القصاص؛ لأن القصاص نهاية العقوبة.. فلا يجب إلا بنهاية الجناية، والسبب فيه قصور، حتى لا يعتبر وجوده مع المباشر، إلا إذا تعذر اعتبار المباشر، فكان فيه شبهة، والقصاص يسقط بالشبهة.. دون ضمان المال، فيضمن الدية؛ لأنها مال.

(**ديناً كان**) المقبوض (**أو عيناً**)، على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي؛ لأن الضمان بالإتلاف، وهو يتحقق بالقبض، ولا فرق في ذلك بين العين والدين.

وقال شيخ الإسلام في «شرحه»: إن كان المشهود به عيناً.. يضمن الشاهد بعد الرجوع؛ قبضها المدعي أو لم يقبضها، وإن كان ديناً.. فليس له ذلك حتى يقبضه؛ لأنه ضمان الإتلاف، وضمان الإتلاف مقيد بالمثل.

وإذا كان المشهود به عيناً.. فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه إذا اتصل القضاء بها.. فبإزالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان: تحصل المماثلة.

وإذا كان ديناً.. فبإزالة العين عن ملكهما بالضمان قبل قبض المدعي الدين: تنتفي المماثلة؛ إذ لا مماثلة بين العين المزال وبين الدين المُلزم في ذمة المشهود عليه.

فَإِن رَجَعَ أَحدُهمَا.. ضَمِنَ نصفاً.

وَالْعبْرَةُ لمن بَقِيَ، لَا لِمَنْ رَجَعَ؛ فَإِن شهدَ ثَلَاثَةٌ، وَرجعَ وَاحِدٌ.. لَا يضمنُ.

والمختار عند أكثر المشايخ: هو الأول.

وفي «البزازية»: وإنما يضمن الراجع إذا قبض المدعي المال؛ ديناً كان أو عيناً.

والذي عليه الفتوى: الضمان بعد القضاء بالشهادة؛ قبض المدعي المال أو لم يقبض. انتهى.

وهكذا في «الخلاصة».

قيل: إن هذا خلاف الرواية فيما كان المشهود به ديناً؛ إذ لا بد فيه من القبض في تضمين الشاهد.

ولما ذكر حكم رجوع الشاهدين معاً.. شرع في بيان حكم رجوع البعض فقال: (**فإن رجع أحدهما.. ضمن**) أي: الراجع (**نصفاً**).

ثم أراد أن يبين الأصل فيه فقال: (**والعبرة**) أي في باب الرجوع عن الشهادة: (**لمن بقي**) بعد الرجوع، (**لا لمن رجع**) فإذا شهد اثنان ورجع أحدهما.. ضمن النصف؛ لأنه قد بقي بشهادة مَن بقي نصف الحق، فيضمن الراجع النصف الآخر.

فإن قيل: لا نسلم ذلك؛ فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء، فكذا بقاء.

وأجيب: بأنّ البقاء أسهل من الابتداء، فيجوز أن يصلح [٢٧٣/ب] في البقاء للإثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب؛ فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب، ويصلح في البقاء بقدره.

(**فإن شهد ثلاثة ورجع واحد.. لا يضمن**) الراجع (**شيئاً**)؛ لأنه بقي بشهادة من بقي كل الحق؛ لأن وجوب الحق في الحقيقة للمدعي بشهادة الشاهدين؛ لأن ما زاد على الشاهدين فضل في حق القضاء؛ لوجود نصاب الشهادة، إلا أن الشهود إذا كانوا

فَإِن رَجَعَ آخرُ.. ضَمِنَا نِصفاً.

وَإِن شهدَ رجلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعت وَاحِدَةٌ.. ضمنت ربعاً. ....

أكثر من الاثنين في هذه الحقوق.. يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل؛ لضرورة المزاحمة لاستواء حالهم.

فإذا رجع واحد منهم.. زالت المزاحمة لزوال الاستواء، فظهر أن القضاء كان مضافاً إلى شهادة المثنى، وهي حجة كاملة، وقد ثبت أن استحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان، ثم استحق المتلف عمرو، وأخذ الضمان من المتلف.. يسقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلا يمنع استحقاق المدعي بالحجة الكاملة الضمان عن ذلك الراجع بطريق الأولى؛ لأن الدفع أسهل من الرفع.

(فإن رجع آخر) من الباقية الثلاثة **(.. ضمنا)** أي: الراجعان **(نصفاً)**، **وقيل:** لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلاً؛ لأن المعتبر بقاء من بقي، وبعد رجوع الأول.. كان نصاب الشهادة باقياً؛ فإذا رجع الثاني.. فهو الذي أتلف نصف الحق، فيقتصر الضمان عليه..

وأجيب عنه: بأن الضمان على الأول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب، وذلك لأن الاستحقاق كان شهادتهم جميعاً على ما ذكرناه آنفاً، ثم إذا رجع الأول.. ظهر كذبه واحتمل كذب غيره؛ فإذا رجع الثاني.. تبين أن الإتلاف من الابتداء كان بشهادتهما، أو لأن القضاء كان بالشهادة، وهي موجودة منهما في حالة واحدة؛ فعند رجوع الأول.. وجد الإتلاف، ولكن المانع - وهو بقاء النصاب من الشهادة - منع عن إيجاب الضمان عليه؛ فإذا رجع الثاني.. ارتفع المانع، فظهر المقتضي ووجب الضمان بالمقتضي.

(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة.. ضمنت ربعاً) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي.

وَإِن رجعتا.. ضمنتا نصفاً.

وإنْ شهدَ رجلٌ وَعشرُ نسْوَةٍ فَرجعَ ثَمَانٍ.. لَا يضمنُ شَيْئاً.

فَإِن رجعَتْ أُخْرَى.. ضَمِنَ التِّسْعُ ربعاً.

وَإِن رَجَعَ الْعشْرُ.. ضمن نصفاً.

وَإِن رَجَعَ الْكلُّ.. فعلى الرجلِ سُدُسٌ، وعليهن خَمْسَةُ أَسْدَاس.

وَعِنْدَهُمَا: عَلَيْهِ نصفٌ وعليهنَّ نصفٌ.

وَإِن شهدَ رجلَانِ وَامْرَأَةٌ ورَجَعُوا.. فالغُرمُ على الرَّجلَيْنِ خَاصَّةً.

(وإن رجعتا) أي: الامرأتان **(.. ضمنتا نصفاً)**؛ لأن النصف باق ببقاء شهادة الرجل.

(وإن شهد رجل وعشرة نسوة فرجع ثمان.. لا يضمن شيئاً)؛ لما ذكرناه من أنه بقي بشهادة مَن بقي كل الحق.

(فإن رجعت أخرى.. ضمن التسع) الرواجع **(ربعاً)**؛ لما ذكرناه من أن ثلاثة أرباع الحق باق ببقاء من بقي [٢٧٤/أ].

(وإن رجع العشر.. ضمَّن نصفاً)؛ لما ذكرناه.

(وإن رجع الكلّ.. فعلى الرجل سدس، وعليهن خمسة أسداس.

وعندهما: عليه نصف، وعليهن نصف).

لأبي حنيفة: أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص، فصار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا، فضمن كلّ سدساً.

ولهما: أن النساء وإن كثرن.. يقمن مقام رجل واحد، فصار كأنه شهد بذلك رجلان.

(وإن شهد رجلان وامرأة ورجعوا.. فالغرم) أي: الضمان **(على الرجلين خاصة)**؛ لأن المرأة الواحدة شطر العلة، ولا يثبت به شيء من الحكم، فكان القضاء

وَلَا يضمنُ رَاجعٌ شهدَ بِنِكَاحٍ بِمهْرٍ مُسَمّى عَلَيْهَا أَو عَلَيْهِ، إِلّا مَا زَادَ على مَهْرِ الْمثل.

مضافاً إلى شهادة رجلين خاصة.

ولما ذكر حكم الرجوع عن الشهادة في العين والدين.. أراد أن يذكر حكم الرجوع عنها في النكاح فقال: (**ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها أو عليه، إلا ما زاد على مهر المثل**).

بيانه على ما في «المحيط» السرخسي: أنه إذا ادعى رجل على امرأة النكاح، والمرأة جاحدة، وأقام الرجل على ذلك بينة، فقضى القاضي عليها بالنكاح بالبينة، ثم رجعا عن شهادتهما.. فإنهما لا يضمنان للمرأة شيئاً في القياس؛ سواء كان المسمى مثل مهر المثل أو أكثر أو أقل.

وكان ينبغي أن يضمنا لها ما زاد على المسمى من مهر مثلها؛ لأنهما أتلفا الزيادة على المسمى من منافع بضعها بغير عوض من حيث الحكم، وإتلاف منافع البضع حقيقة بغير عوض.. يوجب الضمان؛ كما قالوا في المجنون إذا أكره امرأة وزنى بها.. فإنه يجب عليه العقر، فكذا الإتلاف من حيث الحكم يوجب الضمان.

وجواب القياس: أنه لا يضمن منافع البضع في الإتلاف الحقيقي؛ لأن ما ليس بمال لا يضمن بالمال؛ لعدم المماثلة بينهما، وإنما وجب المال في مقابلة البضع عند الدخول في العقد شرعاً؛ تعظيماً لأمر البضع نصاً، والنص الوارد في الإتلاف الحقيقي على خلاف القياس.. لا يكون وارداً في الإتلاف الحكمي، كما فيما نحن فيه؛ لأنه دون الإتلاف الحقيقي.

وإذا ادعت امرأة على رجل نكاحها، وأنكره رجل، وأقامت المرأة على ذلك بينة، وقضى القاضي بالنكاح بينهما بالبينة، ثم رجعا عن شهادتهما.. فإنه ينظر إلى مهر مثلها وإلى المسمى؛ فإن كان مثل المسمى الذي شهد به الشهود أو أكثر منه.. فلا يضمنان للزوج شيئاً؛ لأنهما أوجبا المهر بعوض يعدله، والإيجاب بعوض يعدله لا يوجب على الشاهد شيئاً؛ لأن الإتلاف حينئذ كلا إتلاف.

أما إذا كان مهر مثلها أقل من المسمى؛ مثلاً: مهر مثلها ألف والمسمى ألفان.. فإنهما يضمنان ألفاً للزوج؛ لأنهما أتلفا [٢٧٤/ب] على الزوج قدر ألف درهم من غير عوض، فعلى هذا: قوله: «إلّا ما زاد على مهر المثل» لا يستقيم إلا في صورة كون المدعي للنكاح امرأة، لا في صورة كون المدعي لذلك رجلاً، بل الاستثناء على هذه الصورة عكس هذا؛ بأن يقول: إلا ما زاد على المسمى.

قيل: كيف يصلح منافع البضع عوضاً عن المهر، والمهر مال، ومنافع البضع ليس بمال؟

أجيب: بأن منافع البضع حالة الدخول في الملك.. أعطى لها حكم المال شرعاً نصّاً، ألا ترى أن الشرع جوّز للأب أن يزوج ابنه الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير، والوالد لا يملك إزالة ملك الصغير إلا بعوض يعدله، ولهذا إنه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها.. لم يجز، وإن كان المسمى مثل مهر مثلها.

فلما جوّز الشرع للأب النكاح لابنه الصغير دون الخلع لابنته الصغيرة.. ظهر أن منافع البضع اعتبرت مالاً عند الدخول في الملك.

هذا في الشهادة على النكاح بالمهر المسمى، وأما إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها بمائة درهم، وقالت المرأة: لا، بل تزوجتني بألف درهم، ومهر مثلها ألف، فشهد شاهدان أنه تزوجها على مائة، فقضى القاضي بها، ثم رجعا عن شهادتهما.. فهذا على وجهين:

إما أن رجعا قبل الطلاق بها، أو بعد الطلاق.

فإن رجعا قبل الطلاق حال قيام النكاح.. فهما يضمنان للمرأة تسعمائة في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا يضمنان في قول أبي يوسف.

وإن رجعا بعد الطلاق.. فهذا على وجهين أيضاً: إما أن رجعا قبل الدخول بها، أو بعد الدخول بها.

فإن كان بعد الدخول بها.. فالجواب فيه كالجواب في الرجوع حال قيام النكاح.

وإن كان قبل الدخول بها.. فإنهما لا يضمنان للمرأة شيئاً عندهم جميعاً؛ لأن الواجب لها بالنكاح متى ورد النكاح قبل الدخول بها في مثل هذه الصورة: المتعة؛ لأن التسمية لم تثبت؛ لاختلافهما، فيجب تحكيم المتعة عندهما.

والظاهر: أن متعتها لا تزيد على خمسين درهماً، وقد قضينا لها بخمسين.

حتى لو زاد.. يضمنان لها الزيادة على خمسين عندهما، وعند أبي يوسف: القول قول الزوج في الأحوال كلها، فيكون لها خمسون درهماً متى طلقها قبل الدخول بها لا غير.

ولو شهدا على امرأة أن فلاناً تزوجها على ألف درهم وقبضت ذلك، وهي تنكر، ومهر مثلها: خمسمائة، فقضى القاضي بذلك بالبينة، ثم رجعا عن شهادتهما.. ضمنا مهر المثل دون المسمى.

ولو وقعت الشهادة بالعقد بألف أولاً، فقضى القاضي به، ثم شهدا بقبض الألف وقضى القاضي به، ثم رجعا عن الشهادتين [٢٧٥/أ].. ضمنا للمرأة المسمى؛ لأن منافع البضع حال دخولها في الملك اعتبرت مالاً متقومة، فيضمنان قيمة البضع في أحد الفصلين والمسمى في الآخر.

والفرق بين الفصلين: أن الضمان إنما يجب على الشهود بسبب الإتلاف، والشاهد إنما يصير متلفاً ما دخل تحت قضاء القاضي، والداخل تحت القضاء في الفصل الأول: النكاح لا المهر؛ لأن الشهود إنما شهدوا بالنكاح بمهر مقبوض، وفي مثله: القاضي لا يقضي بالمهر؛ لأنه يقترن بالمهر ما يمنع القضاء به، وهو القبض، فصار الشاهد بشهادته متلفاً على المرأة منافع بضعها، لا المهر.. فيضمنان قيمة منافع بضعها، وهي مهر المثل.

وَلَا من شهدَ بِطَلَاقٍ بعد الدُّخُولِ.

وَيضمنُ فِي الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ نصفَ الْمهْر.

وأما في الفصل الثاني: فالقاضي قضى بالمهر؛ فإذا رجعا عن شهادتهما.. صارا متلفين للمهر، فيضمنان به، كذا في «المحيط».

ولما ذكر حكم الرجوع عن الشهادة في النكاح.. شرع في ذكر الرجوع عنها في الطلاق فقال: (**ولا من شهد بطلاق بعد الدخول**) بها.

(**ويضمن في الطلاق قبل الدخول نصف المهر**)؛ يعني: لو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً بعد الدخول بها، وفرّق القاضي بينهما بشهادتهما، وحكم على الزوج بالمهر المسمى، ثم رجعا عن شهادتهما.. فلا ضمان عليهما؛ لأن المهر إنما تأكد بدخوله بها لا بشهادتهما، فلم يوجبا بشهادتهما على الزوج شيئاً حتى يضمنان به بالرجوع عنها.

بخلاف ما لو شهدا على رجل بالطلاق قبل الدخول؛ لأنهما بشهادتهما حينئذ أكدا وأبقيا على الزوج ما كان على شرف السقوط بارتداد المرأة أو بمطاوعتها ابن الزوج قبل الدخول بها، وعلى المؤكد ما على الموجب؛ لشبهه به.

كما أن المحرم إذا أخذ صيداً فذبحه شخص في يده.. فإنه يجب الجزاء على المحرم، ويرجع على الذابح؛ لأنه أكد ما على شرف السقوط بالتخلية.

واعلم: أن ما ذكره المصنف من ضمان نصف المهر: فيما إذا كان في النكاح تسمية.

وأما إذا لم يكن فيه تسمية فشهد شاهدان بالطلاق قبل الدخول، ثم رجعا.. فإنهما يضمنان المتعة للزوج.

قال القاضي: ما لزم على الزوج في هذه الصورة بشهادتهما: إلا المتعة، فيضمنان لها برجوعهما.

ولو شهدا على امرأة لم يدخل بها زوجها أنها اختلعت عن زوجها على أن

أبرأته عن المهر، والمرأة تجحد، والزوج يدّعي، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا عن شهادتهما.. فإنهما يضمنان للمرأة نصف المهر؛ لأنه لولا شهادتهما.. لكان يقضى لها بنصف المهر؛ لوقوع الفرقة قبل الدخول بإقرار الزوج، فهما بشهادتهما أتلفا ذلك النصف عليها، وقد أتلفاه بغير عوض [٢٧٥/ب]؛ لأن ما أدخلا في ملكها من منافع البضع لا يصلح عوضاً عما أتلفا عليها من المال.

ولو كان الزوج قد دخل بها وباقي المسألة بحالها.. ضمنا للمرأة جميع المهر؛ لأنه لولا شهادتهما.. لكان يقضى لها بجميع المهر؛ لوقوع الفرقة بإقرار الزوج بعد الدخول بها، فهما بشهادتهما أبطلا على المرأة ذلك، وقد أبطلاه بغير عوض، فيضمنان. كذا في «المحيط».

ثم ذكر فيه أيضاً وقال: إذا شهد شاهدان على طلاق امرأة، وشهد آخران على دخوله بها، وقضى القاضي بالطلاق والمهر، ثم رجعوا جميعاً عن شهادتهم.. فإن على شاهدي الدخول ثلاثة أرباع المهر، وعلى شاهدي الطلاق ربع المهر؛ لأن شاهدي الطلاق شهدا بنصف المهر، وقد شهد بهذا النصف شاهدا الدخول أيضاً؛ لأنهما شهدا بجميع المهر، فكانا شاهدين بهذا النصف؛ فعند الرجوع.. ضمان هذا النصف عليهما، على كلّ فريق نصفه، وهو ربع الكل؛ لأن نصف النصف: ربع، وقد تفرد شاهد الدخول بالشهادة بنصف المهر، فكان ضمان ذلك النصف عليهما خاصة، فكان على شاهدي الدخول ثلاثة أرباع المهر.

ولو رجع أحد شاهدي الدخول وحده.. فعليه ضمان ربع المهر.

ولو رجع شهود الدخول كلهم.. فعليهم ضمان النصف الذي تفردوا بالشهادة.

ولو لم يرجع شهود الدخول، بل رجع شهود الطلاق.. فلا شيء عليهم؛ لأنه بقي على الشهادة من يقوم بشهادته جميع ما شهد به شهود الطلاق.

ولو شهد على الطلاق رجل وامرأتان، وعلى الدخول رجل وامرأتان أيضاً، ثم رجع من شهود الطلاق امرأة، ومن شهود الدخول امرأة أيضاً.. فلا ضمان على

الراجعة من شهود الطلاق، ويكون على الراجعة من شهود الدخول ثمن المهر، وهو ربع النصف الذي تفرد به شهود الدخول.

وإذا اتفق الزوجان في أصل النكاح واختلفا في التسمية، فقال الزوج: تزوجتها بغير شيء، وقالت المرأة: تزوجتني بألف درهم، وجاءت المرأة بشاهدين شهدا أنه تزوجها بألف درهم، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم طلقها الزوج عند القاضي، ثم رجعا عن شهادتهما.. يضمنان للزوج فضل ما بين المتعة إلى تمام الخمسمائة التي غرمها الزوج؛ لأنه لولا شهادتهما بالتسمية.. لكان يتخلص الزوج بالمتعة، وهذه زيادة حصلت بغير عوض؛ لأن ثبوت النكاح غير مضاف إلى شهادتهما ليجعل ما حصل للزوج من ملك منافع البضع عوضاً عما أوجبا عليه؛ لأن النكاح كان ثابتاً قبل شهادتهما بتصادق الزوجين.

بخلاف ما إذا كان [٢٧٦/أ] الزوج جاحداً؛ لأن هناك ثبوت منافع بضعها للزوج حصل مضافاً إلى شهادتهما؛ لأن ملك النكاح لم يكن ثابتاً قبل شهادتهما، فكان ذلك إيجاباً بعوض.

ولو شهد آخران على الدخول قبل الطلاق، ثم طلقها الزوج عند القاضي وألزم القاضي الزوج ألف درهم، ثم رجعوا.. فعلى شاهدي الدخول خمسمائة خاصة، لا يشاركهما فيها شاهدا التسمية؛ لأنه لولا شهادتهما.. لكان يبرأ الزوج عن خمسمائة مما أوجب عليه شاهدا التسمية بالطلاق قبل الدخول، فلما بقي تلك الخمسمائة بشهادة شاهدي الدخول.. كان ضمان ذلك عليهما خاصة، وعلى شاهدي الدخول وشاهدي التسمية: فضل ما بين المتعة إلى تمام الخمسمائة الأخرى نصفان؛ لأن لزوم ذلك القدر للزوج بشهادة الفريقين لولا شهادتهم، لتخليص الزوج بالمتعة.

هذا الذي ذكرناه فيما إذا طلق الزوج عند القاضي؛ فإن لم يطلقها بين يدي القاضي فشهد شاهدان آخران على الطلاق قبل الدخول، والزوج جاحد الطلاق، ثم

وَفِي البيع: مَا نقصَ عَن قِيمَةِ الْمَبِيعِ.

رجعوا عن شهادتهم.. فعلى شاهدي الدخول وشاهدي التسمية فضل ما بين المتعة إلى تمام الخمسمائة نصفان؛ لما تقدم.

وقدر المتعة على شاهدي التسمية، وعلى شاهدي الدخول وعلى شاهدي الطلاق قبل الدخول؛ لأن ذلك القدر تلف بشهادتهم جملة.

ثم شرع في بيان حكم الرجوع عن الشهادة في البيع فقال: (**وفي البيع ما نقص عن قيمة المبيع**)؛ يعني: ادعى المشتري أن البائع باع عبده منه بألف، وأنكره البائع، فشهدا على البيع بألف، ثم رجعا؛ فإن كان الألف قيمته أو أكثر.. لم يضمنا شيئاً؛ لأن الإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإن كان قيمته ألفين.. ضمنا للبائع ألفاً؛ لأنهما أتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الألف من قيمته بلا عوض.

وفي «المحيط»: هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن.

وأما إذا شهدا بالبيع وبنقد الثمن، ثم رجعا عن شهادتهما.. فهذا على وجهين:

الأول: أن يشهدا على البيع وإيفاء الثمن شهادة واحدة؛ بأن شهدا أنه باع هذه الدار بألف درهم، وأوفاه الثمن، وفي هذا الوجه: القاضي يقضي عليهما بقيمة المبيع للبائع، ولا يقضي بالثمن.

الثاني: أن يشهدا على البيع وإيفاء الثمن بشهادتين مختلفتين؛ بأن شهدا على البيع أولاً، ثم شهدا أن المشتري أوفاه الثمن، وفي هذا الوجه: القاضي يقضي عليهما بالثمن للبائع.

والفرق بينهما: أنهما إذا شهدا بالبيع وإيفاء الثمن [٢٧٦/ب] بشهادة واحدة.. فالمقضي به: المبيع دون الثمن؛ لأنه لا يمكن للقاضي القضاء بإيجاب الثمن؛ لأنه يقارن القضاء بالثمن ما يوجب سقوطه، وهو القضاء بالإيفاء؛ فإذا كان المقضي به في هذه الصورة المبيع دون الثمن والشاهد عند الرجوع يضمن المقضي به.. فيضمن

وَفِي الْعِتْقِ: الْقِيمَةَ.

قيمة المبيع؛ لأن إزالة المبيع عن ملك البائع حصلت بغير عوض؛ لرجوعهما عن شهادتهما.

وأما إذا شهدا بالبيع وإيفاء الثمن بشهادتين مختلفتين.. فالثمن مقضي به؛ لأن القضاء بالثمن ممكن؛ لأنه لم يقارن القضاء بالثمن ما يوجب سقوطه؛ لأن حال ما شهدا بالبيع.. لم يشهدا بالإيفاء، وإنما شهدا بالإيفاء بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به؛ فإذا رجعا عن شهادتهما.. ضمنا الثمن دون قيمة المبيع وإن صار المبيع مقضياً به في هذه الحالة مع الثمن؛ لأن إزالة المبيع حصلت بعوض، فلا يضمنان قيمته.

هذا، ثم لا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع، وذلك بأن شهدا بأقل من القيمة، فقضى القاضي بذلك، ومضت المدة وتقرر البيع، ثم رجعا.. يضمنان ما نقص من القيمة؛ لإتلافهما بذلك الناقص بغير عوض؛ لأن البيع بالخيار وإن كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكناً من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة؛ فحيث لم يفعل.. كان راضياً به، والرضاء يسقط الضمان، لكن الحكم يضاف إلى السبب السابق.. وهو البيع المشهود به، ولهذا استحق المشتري بزوائده؛ فإذا كان الحكم مضافاً إلى السبب السابق.. يضمنان فضل ما بين الثمن والقيمة فيما إذا كان الثمن ناقصاً عن القيمة إن كان لم يرد البيع بحكم الخيار ولم يجزه في المدة اختياراً بفعل أو قول، وإلا.. فلا ضمان عليهما بالرجوع:

أما في الرد.. فلعدم الإتلاف بشيء منها.

وأما في الإجازة.. فلرضاء البائع بالبيع بذلك الثمن، كذا في «العناية» و«البحر».

(و) يضمن الراجع (**في العتق القيمة**).

قال محمد: شهود العتق يضمنون عند الرجوع قيمة العبد المشهود به؛ موسرين كانا أو معسرين؛ لأن هذا ضمان إتلاف الملك، فلا يختلف باليسار والعسار، والولاء

وَفِي الْقِصاصِ: الدِّيَةَ فَقَط.

للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بالضمان، فكذا الولاء لا يتحول إليهما، بل يكون للمولى؛ لأنه تابع للعتق.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى؛ لأنه منكر للعتق.

أجيب: بأنه مكذب في إنكاره شرعاً بقضاء القاضي بالحجة.

فإن قيل: فلما ثبت الولاء.. ثبت العوض [٢٧٧/أ] للمولى، فانتفى الضمان عن الشهود؛ لحصول الإتلاف بالعوض.

أجيب: بأن الولاء لا يصلح عوضاً؛ لكونه ليس بمال متقوم، فلا يماثل ما أتلفاه من ملك الرقبة على المولى؛ كذا في «المحيط».

(و) يضمن الراجع **(في القصاص الدية فقط)**؛ أي: لا القصاص يعني: لا يقتصان بالرجوع عن الشهادة.

وقال الشافعي: أنهما يقتصان؛ لوجود القتل منهما تسبيباً، فأشبه المكره، بل أولى منه؛ لأن المكره يمنع عن القتل، ولا يعان عليه، وولي القصاص يعان على استيفائه، فكان هذا أكثر إمضاء، ومع هذا.. اقتص من المكره؛ للتسبيب؛ فمن الشاهد: أولى.

ولنا: أن القتل لم يوجد منهما لا مباشرة، ولا تسبيباً؛ لأن السبب ما يقضي إلى المسبب غالباً، ولا إفضاء ههنا؛ لأن العفو مندوب، بخلاف المكره؛ لأن الإكراه يفضي إلى القتل غالباً؛ لأن المكره يختار حياة نفسه ظاهراً، ولأن الحدود مما يندرئ بالشبهات، فلا يستوفى بشبهة التسبيب مع صدوره من الولي اختياراً.

فإن قيل: لو كان هذا شبهة يسقط بها الحدود.. لاندفع الدية أيضاً.

أجيب: بأن الدية مال.. فلا تسقط بالشبهة، بل تثبت بها.

ثم إن رجع أحدهما.. يضمن نصف الدية، وإن رجع الولي معهما، أو جاء المشهود بقتله حياً.. فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين، وبين تضمين

وَيضمنُ الْفَرْعُ إِنْ رَجَعَ، لَا الأَصْلُ إِنْ قَالَ: مَا أشهدته على شهادتي.

وَلَو قَالَ: أشهدته وغلطتُ.. ضَمن عِنْدَ محمَّدٍ، لَا عِنْدهمَا.

وَإِن رَجَعَ الأَصْلُ وَالْفرعُ.. ضَمِنَ الْفَرْعُ فَقَط.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يُضَمِّنُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ أَيَّ الْفَرِيقَيْنِ شَاءَ.

القاتل؛ فإن ضمن الولي.. لم يرجع على الشاهدين بشيء؛ لأنه ضمن بما فعله بمباشرته.

وإن ضمن الشاهدان.. لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة، خلافاً لهما، قالا: إن الشاهدين كانا عاملين للولي، فيرجعان عليه، كذا في «العناية».

(ويضمن الفرع إن رجع الأصل)، وهذا بالإجماع.

(إن قال) الأصل: **(ما أشهدته على شهادتي)**؛ لأن الأصل أنكر سبب الإتلاف، وهو الإشهاد على شهادتهما.

(ولو قال) الأصل: **(أشهدته وغلطت)**، أو قال: رجعت عن ذلك **(.. ضمن)** الأصل **(عند محمد، لا عندهما)**؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لا بشهادة الأصول.

ولمحمد: أن الفرعين قاما مقام الأصلين في نقل شهادتهما إلى مجلس القضاء، فحصل القضاء بشهادتهما، فصار كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا، ثم رجعا.

(وإن رجع الأصل والفرع) جميعاً **(.. ضمن الفرع فقط)** عندهما؛ لأن القضاء وقع بشهادتهما لا بشهادة الأصول.

(وعند محمد: يُضمِّن المشهود عليه أيَّ الفريقين شاء) من الأصول والفروع؛ عملاً بالدليلين من شهادة الأصول: على الوجه الذي ذكره محمد، ومن شهادة [٢٧٧/ب] الفروع على الوجه الذي ذكراه.

وإن رجع الفرع فقط.. ضمنوا بالاتفاق، كذا في «المحيط».

وفيه أيضاً: لو شهد شاهدان على شهادة أربعة، وشهد آخران على شهادة

شاهدين لحقّ على رجل، وقضى القاضي بشهادتهم، ثم رجعوا.. فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: الضمان على الفريقين أثلاثاً؛ ثلثاه على الذين شهدوا على شهادة الأربعة، وثلثه على الذين شهدوا على شهادة الاثنين.

وقال أبو يوسف: الضمان على الفريقين نصفان.

وأجمعوا على أنه: إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين، وشهد أربعة على شهادة شاهدين وباقي المسألة بحالها.. أن الضمان على الفريقين نصفان.

وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على رجل بألف درهم، وشهد آخران على شهادة شاهد واحد بتلك الألف بعينها، وقضى القاضي بالألف بالشهادتين جميعاً، ثم رجع واحد من الفريق الأول وواحد من الفريق الثاني.. كان عليهما ثلاثة أثمان المال؛ الثمنان على أحد الأولين، والثمن على أحد الآخرين.

ولو لم يرجع إلا أحد الأولين.. كان عليه ربع الحق.

ولو رجع الآخران مع أحد الأولين.. ضمنوا نصف المال؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته نصف الحق، فيكون المتلف نصف الحق.

ثم ضمان هذا النصف يكون نصفه على الراجع من الأولين، ونصفه على الآخرين.

ولو شهد شاهدان على شهادة شاهدين على رجل بألف، وشهد شاهدان آخران على شهادة شاهدين آخرين بتلك الألف بعينها، وقضى القاضي به، ثم رجع واحد من هذين، وواحد من هذين.. فعليهما ثمنان ونصف، على رواية «الجامع الصغير».

وعلى رواية «الأصل»: أن عليهما نصف المال.

وعن أبي يوسف: أن عليهما ربع المال، وهو اختيار الكرخي.

وقال في «المحيط» السرخسي: وهو القياس. وبيان وجوه هذه المسائل في «المحيط».

وَقَوْلُ الْفَرْعِ: كذب أَصْلِي، أَو غلطَ.. لَيْسَ بشيءٍ، وَإِن رَجَعَ الْمُزَكِّي عَنِ التَّزْكِيَةِ.. ضمنَ، خلافاً لَهما.

وَلَا يضمنُ شَاهدُ الْإِحْصَانِ بِرُجُوعِهِ.

وَلَو رَجَعَ شَاهدُ الْيَمينِ وَشَاهدُ الشَّرْطِ.. ضمنَ شَاهدُ الْيَمينِ ....

(**وقول الفرع: كذب أصلي، أو غلط.. ليس بشيء**) أي: لا يبطل به القضاء؛ لأنه خبر محتمل الصدق والكذب، والأول تأكد باتصال القضاء به، ولا ضمان عليه؛ لأنه ما رجع بهذا القول عن شهادته.

(**وإن رجع المزكي عن التزكية.. ضمن**).

إذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم، ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار؛ فإن ثبتوا على التزكية.. **فلا ضمان عليهم**؛ لأنهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم، ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس.

ولا على الشهود؛ لعدم تبين كذبهم في شهادتهم، والدية في بيت المال.

وإن رجعوا [٢٧٨/أ] عن تزكيتهم وقالوا: تعمدنا.. ضمنوا عند أبي حنيفة؛ لأن التزكية إعمال للشهادة؛ إذ القاضي لا يعمل بالشهادة إلا بالتزكية، فيكون بمنزلة علة العلة من حيث التأثير، وعلة العلة: [كالعلة] في إضافة الحكم إليها.

(**خلافاً لهما**)؛ لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف؛ لأنه الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيراً، ولا ضمان على المثني على الشهود؛ كشهود الإحصان.

(**ولا يضمن شاهد الإحصان برجوعه**).

إذا شهدوا على الزنا وشهدوا على إحصان الزاني فرجم، ثم رجع شهود الإحصان.. لم يضمنوا شيئاً؛ لأن الإحصان شرط محض لا يضاف الحكم إليه، بخلاف التزكية؛ فإنها علة العلة على ما تقدم.

(**ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط.. ضمن شاهد اليمين**).

خَاصَّةً.

وَلَو رَجَعَ شَاهدُ الشَّرْطِ وَحدَه.. اخْتلفَ المشَايخ.

شهدا على زيد أنه علّق عتق عبده أو طلاق امرأته بشرط؛ كدخول الدار مثلاً، وشهد آخران على حصول الشرط، فحكم القاضي بالعتق والطلاق، ثم رجع الكل.. ضمن شاهد اليمين **(خاصة)**؛ خلافاً لزفر، قال: الضمان عليهم جميعاً؛ لتساويهم في الإتلاف.

قلنا: إن شاهد اليمين صاحب العلة، والآخران صاحب الشرط، والأصل في الحكم: أن يضاف إلى العلة ما لم يمنع منه مانع كحافر البئر مع [الملقي]؛ فإن الضمان عليه دون الحافر.

(ولو رجع شاهد الشرط وحده.. اختلف المشايخ)، مال الإمام السرخسي: إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط، ونص في «الزيادات»: على عدم وجوب الضمان عليه، وهو المختار على ما في «البحر».

واعلم: أنّ المصنف ذكر من أبواب الرجوع عن الشهادة: أبوابَ الرجوع عنها في: العين، والدين، والنكاح، والطلاق، والبيع، والعتق، والقصاص، والشهادة على الشهادة، والتزكية، واليمين، والشرط.

وترك كثيراً؛ كالكتابة، والتدبير، والولاء، والنسب، والولادة، والحدود، والجنايات، والهبة، والصدقة، والرهن، والوديعة، والبضاعة، والمضاربة، والإجارة.

- **أما الكتابة والتدبير**: ففي «المحيط» السرخسي: شهود التدبير يضمنون عند الرجوع ما نقصه التدبير؛ لأنهم فوتوا بعض المنافع من حيث التجارة دون البعض؛ فإنه بقي منتفعاً به من حيث الإجارة، فلم يكن الفائت جنس منفعة على الكمال، فكان نقصاناً، فيضمنان ذلك.

فإن مات المولى والعبد يخرج من الثلث.. عتق العبد كله مجاناً؛ لأن رجوع الشاهد لا يعمل في حق العبد، ويجعل في حق العبد كأنه لم يرجع.

ولو لم يرجع حتى مات المولى وباقي المسألة بحالها.. كان الجواب كما قلنا، كذا ههنا، وضمن الشهود للورثة قيمته مدبراً [٢٧٨/ب]؛ لأنهما أزالا الباقي عن ملك الورثة بغير عوض عند موت المولى، وقد ضمنا النقصان مرة للمولى.. فبعد موته يضمنان قيمته مدبراً للورثة.

وإن لم يخرج العبد عن الثلث، بل كل المال هو العبد.. عتق ثلثه مجاناً، ويسعى في ثلثي قيمته مدبراً؛ لأنهما أتلفاه بغير عوض ثلث قيمته عن ملك الورثة، فيضمنان له، ولا يرجعان بذلك على العبد.

وهل يضمنان قيمة الثلثين الذين سعى العبد بهما للورثة؟

ينظر؛ إن عجل السعاية.. يضمنان، وإن لم يعجل.. لم يضمنا..

وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد، بخلاف شهود اليسر؛ فإنهم يضمنون النقصان دون قيمة العبد كما عرفت.

والفرق: أن سبب وجوب ضمان القيمة؛ إما إزالة اليد، أو إزالة ملك الرقبة، ولم يوجد شيء من ذلك في فصل التدبير، إنما وجد سبب ضمان نقصان دون القيمة.

أما في فصل الكتابة: سبب وجوب ضمان القيمة قد وجد، وهو إزالة يد المولى عنه من غير عوض يحصل له، فيضمنان؛ فإذا ضمنا قيمة العبد للمولى.. رجعا على المكاتب ببدل الكتابة على نجومه.

ولا يعتق المكاتب ما لم يؤد بدل الكتابة إلى الشاهدين، والولاء يكون للمولى لا للشاهدين.

وإن عجز المكاتب وردّ في الرق.. كان لمولاه؛ لأن الرقبة كانت على ملك المولى؛ فإذا انفسخت الكتابة بالعجز.. بقي على ملك المولى كما كان، ويرد المولى

على الشاهدين ما أخذ منهما؛ لأن الموجب للضمان - وهو إزالة يد المولى - قد انعدم، فيزول الضمان. الكل في «المحيط» السرخسي.

وقال في «الزيلعي» في مسألة التدبير: إن العبد المدبر إذا كان معسراً.. فالشاهدان يضمنان للورثة جميع قيمته مدبراً، ويرجعان به على العبد إذا أيسر.

وقال في «البحر»: هذا سهو؛ لأنهما إنما يرجعان عليه بثلثي قيمته مدبراً، لا بجميع قيمته.

قال: وهو مصرح في المبسوط.

وقال في «فتح القدير» في مسألة الكتابة: إن الولاء للشاهد لا للمولى، وهذا سهو منه؛ لما ذكرناه من «المحيط» أن الولاء للمولى لا للشاهد.

وقال في «المحيط» أيضاً: إذا شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة، وقيمة العبد خمسمائة، وقضى القاضي بالكتابة، ثم رجعوا عن شهادتهم.. فإن القاضي يخير المولى بين تضمين الشاهدين وبين اتباع العبد بالكتابة إلى أجله؛ فإن اختار المولى تضمين الشاهدين.. لا يكون له اتباع المكاتب ببدل الكتابة أبداً، وإن اختار اتباع المكاتب.. لا يكون له تضمين [٢٧٩/أ] الشاهدين أبداً.

إلا أن يكون بدل الكتابة أقل من القيمة.. فحينئذٍ له أن يأخذ البدل من العبد، ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة.

هذا في الشهادة على المولى؛ أما إذا شهد على المكاتب، ثم رجعا.. ففي «المحيط» في هذه المسألة: إذا ادّعى عبد أن مولاه كاتبه على ألف درهم وهي قيمته، وادعى المولى أنه كاتبه على ألفين وأقام على ذلك البينة، فقضى القاضي بألفين على المكاتب فأداها، ثم رجع الشاهدان.. فإنهما يضمنان ألف درهم للمكاتب؛ لأنهما أوجبا على المكاتب ألف درهم بغير عوض حصل له؛ فإذا رجعا.. ضمنا ذلك له.

● **وأما النسب والولاء..** ففي «المحيط» السرخسي: إذا ادعى رجل أني ابنك، والأب يجحد دعواه، فأقام الابن البينة أنه ابنه، وقضى القاضي بذلك، وأثبت نسبه، ثم رجعوا.. فإنهم لا يضمنون شيئاً للأب؛ سواء رجعوا حال حياة الأب أو بعد وفاته؛ لأنهم ما ألزموه مالاً، إنما ألزموه النسب، والنسب ليس بمال، وكذلك لا يضمنون لسائر الورثة ما ورثه الابن المشهود له؛ لأن استحقاق الميراث مضاف إلى موت الأب لا إلى النسب الذي ثبت بشهادتهما، وهذا؛ لأن استحقاق الميراث، وإن كان لا بد له من الموت والنسب.. إلا أن الموت آخرهما وجوداً، فيضاف الاستحقاق إليه.

وكذلك إذا ادعى رجل ولاء رجل وقال: إني أعتقتك، والمعتَق يجحد، وأقام المدعي البينة على دعواه، ثم رجعوا.. لا يضمنون شيئاً؛ سواء رجعوا حال حياة المعتق أو بعد وفاته.

وإن كان لا بد من الموت والولاء.. إلا أن استحقاق الميراث مضاف إلى الموت الذي هو آخرهما وجوداً، لا إلى الولاء الذي ثبت بشهادتهما.

بخلاف ما إذا شهدوا بالولاء بعد موت المعتق، ثم رجعوا عن شهادتهم.. فإنهم يضمنون جميع ما ورثه المعتق لورثته المعروفين؛ لأن الاستحقاق في هذه الصورة مضاف إلى الولاء لا إلى الموت؛ لأن الولاء هنا آخرهما؛ كما لو شهد الرجل أنه ابن هذا القتيل ووارثه لا وارث له غيره، والقاتل يقر أنه قتله عمداً، وقضى القاضي للمشهود له بالقصاص، فقتله المشهود له، ثم رجعوا عن شهادتهم.. فإنهم لا يضمنون للقصاص شيئاً؛ لأن القصاص ليس بمال، ولكن يضمنون كل ما ورثه هذا الابن المشهود له من القتيل لورثته المعروفين؛ لأن استحقاق الميراث هنا مضاف إلى النسب الذي ثبت بشهادتهما، لا إلى الموت، والنسب آخرهما، وقد أقروا بالرجوع: أنهم أتلفوا ذلك على ورثته المعروفين؛ فلذا ضمنوا.

● **وأما الولادة..** ففي «المحيط» [٢٧٩/ب] نقلاً عن «الجامع»: رجل له

جاريتان، لكل واحدة منهما ولد ولدته في ملك الرجل، فشهد شاهدان لأحد الولدين بعينه وأمه: أن الرجل ادّعاه، والرجل يجحد ذلك، وشهد شاهدان آخران للولد الآخر وأمّه: أن الرجل ادّعاه، والرجل يجحد ذلك أيضاً، وقضى القاضي بشهادتهم، وجعل الابنين ابني الرجل والأمين أمَّي ولد له، ثم رجع الشهود جميعاً عن شهادتهم.. فالولدان ابنان للمولى، والجاريتان أمَّي ولد له.

فإن كانت الشهادة والرجوع عنها حال حياة المولى؛ فإن كان الولدان كبيرين.. ضمن كل فريق من الشهود قيمة الولد الذي شهد بنسبه ونقصان الاستيلاد في الأمة التي شهد لها للمولى؛ لأن في زعم كل فريق عند الرجوع: أنه أتلف على المولى الولد الذي شهد بنسبه، وأتلف من الجارية التي شهد لها قدر ما انتقص أمومية الولد بغير حق، وزعم كل إنسان حجة في حقه.

ثم إذا [أخذ][1] المولى ذلك القدر من الشهود واستهلكه، ولا وارث له غير الابنين، وكل واحد من الابنين يجحد أن يكون صاحبه ابن المولى.. كانت أمواله ميراثاً بين الابنين، وعتقت الجاريتان، وضمن كل فريق من الشهود قيمة ما بقي من الجارية التي شهدوا لها؛ لأنهم صاروا متلفين لما بقي عند موت المولى بالشهادة السابقة بغير حق، ويكون ذلك للمولى ميراثاً عنه للابنين.

هذا إذا كان جحد كلّ من الابنين كون صاحبه ابن المولى.

أما إذا كان يصدق كلّ واحد منهما صاحبه.. فالشهود لا يضمنون شيئاً للابنين.

وإن كانت الشهادة من الفريقين والرجوع عنها بعد وفاة المولى وترك الميت أخاً معروفاً مثلاً وأموالاً كثيرة وقد كان قضى القاضي بعتق الابنين وبعتق أمهما، وقضى بالميراث، وكل واحد من الابنين يجحد صاحبه.. فإن كل فريق من الشهود: يضمن الابن الذي لم يشهد له جميع قيمة الابن الذي شهد له وجميع قيمة أمّه.

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «المحيط البرهاني» (٨/ ٥٦٧).

بخلاف ما إذا كانت الشهادة في حياة المولى.. فإن هناك يضمن كل فريق نصف قيمة الابن المشهود له ونصف قيمة أمّه للابن الآخر.

هذا إذا كانت الشهادة من فريقين متفرقين.

وأما إذا كانت من فريق واحد.. فإن شهد شاهدان أن المولى قال في كلمة واحدة: هذان ابناي من هاتين الجاريتين، والابنان كبيران يدّعيان ذلك مع الجاريتين، فقضى القاضي بشهادتهم، ثم رجعوا؛ فإن كانت الشهادة والرجوع في حال [٢٨٠/أ] حياة المولى.. ضمن الشهود للمولى قيمة الولدين ونقصان الاستيلاد.

فإن أخذ المولى ذلك واستهلكه، ثم مات المولى.. لم يغرم الشهود شيئاً من قيمة الأمتين للابنين، ولا يغرم الشهود أيضاً للأخ شيئاً مما ورثه الابنان إن كان للميت أخ؛ لأنهم شهدوا بالنسب حال حياة المولى.

وإن كانت الشهادة حال حياة المولى والرجوع بعد وفاته.. لم يغرم الشهود شيئاً للابنين، ولا للأخ إن كان للميت أخ.

وإن كانت الشهادة والرجوع بعد وفاة المولى.. فالشهود لا يغرمون للابن شيئاً، ويغرمون للأخ قيمة الأمتين وقيمة الابنين وما ورثه الابنان.

بخلاف ما إذا كانت الشهادة من الفريقين.. فإن هناك لا يضمن الشهود للأخ شيئاً.

هذا كله إذا كان الولدان كبيرين والشهود فريق واحد.

أما إذا كان الولدان صغيرين وقت الشهادة والشهود فريق واحد.. ينتظر بلوغهما: فإذا بلغا؛ فإن صدّق كل واحد منهما الشهود فيما شهدا لصاحبه.. فهذا وما لو شهد لكل ابن فريق وجحد كلّ ابن صاحبه: سواء؛ لأن الشهادة هنا لا تنتقض وإن كذب كل منهما شهوده.

إما لأن هذا تكذيب بعد القضاء وهو لا يوجب بطلان القضاء والشهادة.

وإما لأن هذا تكذيب فيما شهدا له، وتكذيب المشهود عليه لا يبطل الشهادة.

وَمن عُلِمَ أنّه شهدَ زوراً.. شُهِّرَ، وَلَا يُعَزّر.

الكل في «المحيط»، وتفصيله ثمة فارجع إليه.

• **وأما الحدود والجنايات**: ففي «المحيط» أيضاً: **إذا شهد شاهدان على رجل** بسرقة ألف درهم بعينها من رجل، وقضى القاضي بها، وقطع يد المشهود عليه، ثم رجعا عن شهادتهما.. فإنهما يضمنان دية اليد للمشهود عليه.

أربعة شهدوا بالزنا ورجم بشهادتهم، ثم رجعوا.. فإنهم يضمنون الدية ويحدّون حدّ القذف.

وفيه وفي «الخانية» أيضاً: شهد شاهدان أن المولى أعتق عبده أمس، وقضى القاضي بشهادتهما، وأعتق العبد، وشهد آخران أن العبد قتل وليَّ هذا أمس، والمولى يعلم بذلك.. قضي بالدية على المولى.

فإن رجعوا جميعاً.. ضمن شاهد العتق قيمة العبد، ويضمن شهود الجناية عشرة آلاف درهم.

• **وأما الهبة، والصدقة، والرهن، والوديعة، والبضاعة، والمضاربة، والإجارة**: ففي «المحيط»: عبد لرجل شهد شاهدان عليه أنه وهب هذا العبد من هذا الرجل وقبضه، والموهوب له يدّعي، والواهب يجحد، وقضى القاضي بشهادتهم، ثم رجعا [٢٨٠/ب] عن الشهادة.. ضمنا قيمة العبد للواهب، والعبد للموهوب له، هكذا ذكره وفصله.

ثم قال: كل جواب في الهبة.. فهو الجواب في الصدقة، إلا في الرجوع.. فإنه لا رجوع في الصدقة.

بخلاف الهبة؛ فإن فيها الرجوع.

ثم ذكر أحكام الرجوع عن الشهادة في الرهن والوديعة والبضاعة والإجارة.. فارجع إليه.

(**ومن علم أنه شهد زوراً**) بإقراره أو شهد بموت زيد وبالقتل فبان حياته (**..شهر**) من التشهير (**ولا يعزر**) بالضرب؛ لأن المقصود هو الانزجار، وهو يحصل

وَعِنْدَهُمَا: يُوجع ضرباً وَيحبسُ.

بالتشهير، فيكتفى به.

وقد وقع ذلك في زمن عمر وعلي، وكان شريح يشهره فيبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً، وإلى قومه إن لم يكن سوقياً عند اجتماعهم فيقول: إنا أخذناه شاهد زور فاحذروه وحذِّروه الناس.

واختلفوا في قبول شهادته إذا تاب:

قيل: تقبل.

وقيل: لا.

وفي «البحر»: قالوا: إن كان فاسقاً فتاب.. تقبل؛ لأن الحامل له على الشهادة بالزور فسقه؛ فإذا تاب وظهر صلاحه.. تقبل؛ لزوال الفسق.

وإن عدلاً أو مستوراً.. لا تقبل أبداً.

وعن أبي يوسف: قبولها، وبه يفتى. انتهى.

(**وعندهما: يوجع ضرباً ويحبس**)، وهو قول الشافعي؛ فإن عمر ضرب شاهد زور أربعين سوطاً وسخَّم وجهه.

والجواب: أنه محمول على السياسة إذا رأى الإمام أو القاضي المصلحة فيه، على ما روي عن شمس الأئمة السرخسي.

وقال شيخ الإسلام: إنه لم يرد بالتسخيم حقيقةَ التسويد، بل إنما أراد به التخجيل بالتفضيح والتشهير.

وفي «المحيط»: قال أبو يوسف ومحمد: يعزر بالضرب، ولا يبلغ به أربعون سوطاً، ثم رجع أبو يوسف وقال: يبلغ خمسة وسبعين.

وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة: أنه يضرب، ثم يطاف ويشهّر. انتهى.

وهذا مخالف لما روي عن عمر رضي الله عنه من أربعين سوطاً.

* * *

(كتاب الوكالة)

(كتابُ الْوكَالَةِ)

هِيَ إِقَامَةُ الْغَيْرِ مقَامَ نَفسِهِ فِي التَّصَرُّفِ.

(كِتَابُ الوَكَالَة)

وهي في اللغة: تفويض الأمر إلى الغير، قال في «المصباح»: وكلت الأمر إليه وَكْلاً من باب وعد، ووكولاً: فوّضت إليه.

وفي الاصطلاح: (هي إقامة الغير مقام نفسه في التصرف).

أطلق التصرف وما يتصرف فيه، ولم يقل: «في التصرف المعلوم، في أمر معلوم»؛ ليشمل الوكالة الثابتة في أدنى التصرفات.. يظهر ذلك بالتأمل في الفروع؛ ففي «قاضي خان»: رجل قال لغيره: أنت وكيلي في قبض هذا الدين.. يصير وكيلاً فيه.

وكذا لو قال: أنت وصيّي في حياتي.

ولو قال: أنت وصيّي.. لا يكون وكيلاً.

ولو قال: أنت وكيلي في كل شيء.. يكون وكيلاً لحفظ المال لا غير، هو الصحيح.

وكذا لو قال: أنت وكيلي [٢٨١/أ] بكل قليل وكثير.

ولو قال: أنت وكيلي في كل شيء جائزٌ أمرُك.. يصير وكيلاً في جميع التصرفات المالية؛ كالبيع والشراء والصدقة.

واختلفوا في الإعتاق والطلاق والوقف.. قال بعضهم: يملك ذلك؛ لإطلاق اللفظ.

وقال بعضهم: لا يملك ذلك، إلا إذا دلّ دليل من سابقة الكلام ونحوه، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

وذكر الناطفي: إذا قال: أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك.. روي عن

محمد: أنه وكيل في المعاوضات والإجارات والهبات والإعتاق.

وعن أبي حنيفة: أنه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والإعتاق، وعليه الفتوى. انتهى.

فظهر منه: أن التصرف وما يتصرف فيه إذا كان مجهولاً.. لا يبطل الوكالة، بل يكون وكيلاً في أدنى التصرفات؛ أعني: الحفظ، على الصحيح؛ كما في قوله: أنت وكيلي في كل شيء.

قال في «البحر»: لو قال: وكلتك في هذا.. كان وكيلاً لحفظه؛ لأنه الأدنى، فيحمل عليه.

ولو قال: أنت وكيلي في كلّ شيء.. كان تفويضاً للحفظ.

والقياس: أن لا يكون وكيلاً؛ للجهالة، ولهذا قال في «الأشباه»: لا يصح توكيلٌ مجهول إلّا لإسقاط عدم الرضا بالتوكيل.

ثم قال: ومن التوكيل للمجهول: قول الدائن لمديونه: من جاءك بعلامة كذا، أو من أخذ إصبعك، أو قال لك كذا فادفع مالي عليك إليه.. لم يصحّ؛ لأنه توكيل مجهول، فلا يبرأ بالدفع إليه، كذا في «القنية».

واعلم: أن التعريف المذكور يشعر أن الوكالة تصح وتنعقد بمجرد إقامة الموكل، وليس كذلك، بل لا بد من قبول الوكيل أيضاً ؛ لأنه ركن مثل الإيجاب.

قال في «البدائع»: وأما ركن التوكيل: فهو الإيجاب والقبول؛ فالإيجاب من الموكل أن يقول: وكلتك بكذا أو أفعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه، والقبول من الوكيل أن يقول: قبلت وما يجري مجراه؛ فما لم يوجدا.. لم تتم الوكالة.

ولهذا لو وكل إنساناً بقبض دينه فأبى أن يقبض، ثم ذهب فقبض.. لم يبرأ الغريم؛ لأنه ارتد بالرد.

وَشَرطُهَا: كَونُ الْمُوكِّلِ مِمَّن يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ، ....

ثـم الركن قد يكون مطلقاً، وقد يكون معلقاً بشرط؛ نحو: إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا العبد، وقد لا يكون مضافاً إلى وقت؛ بأن يوكله في بيع هذا العبد غداً، ويصير وكيلاً في الغد وما بعده، لا قبله. انتهى.

فإن قيل: إذا كان الأمر والإذن توكيلاً، فما الفرق بينه وبين الرسول؟

أجيب عنه في «البحر»: بأن الرسول من يقول له: أرسلتك، أو كن رسولاً عني في كذا.

وفي «تهذيب القلانسي»: الوكيل من يباشر العقد، والرسول من يبلغ المباشرة.

ولما ذكر تعريفه مشيراً به إلى [٢٨١/ب] أحد ركنيه.. شرع في بيان شرطها، وهو أنواع؛ ما يرجع إلى الموكل، وما يرجع إلى الوكيل، وما يرجع إلى الموكل به.

وذكر رحمه الله كلاً من الأنواع في الكتاب على ما ستطلع عليه.

وذكر الأول بقوله: (**وشرطها: كون الموكل ممن يملك التصرف**)، علله في «الزيلعي»: بأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه، ولا يتصور أن يستفيد الولاية ممن لا ولاية له.

قيل: هذا على قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة: فالشرط أن يكون حاصلاً بما يملكه الوكيل، وأما كون الموكل مالكاً للتصرف.. فليس بشرط، حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير، وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد.

وقيل: المراد بكون الموكل مالكاً للتصرف: كونه مالكاً له نظراً إلى أصل التعريف وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي، فعلى هذا: يكون المراد بالتصرف في كلام المصنف: جنس التصرف، لا التصرف فيما وكّل به، ولا يرد عليه النقض بتوكيل المسلم الذي يبيع الخمر والخنزير، وبتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد.

لكنه يرد عليه: أن الوكيل يملك جنس التصرف أيضاً حتى لنفسه صحّ، فيكون تمليك الموكل لجنس التصرف تحصيلاً للحاصل.

وزاد في «الهداية» قيداً آخر للموكل، فقال: ومن شرطها: أن يكون الموكل من يملك التصرف ويلزمه الأحكام.

فقيل: قوله: «ويلزمه الأحكام» احتراز عن الوكيل؛ فإنه وإن كان يملك التصرف، لكنه لا يلزمه الأحكام، وقال في «النهاية» و«العناية»: إنه احتراز عن الصبي والمجنون.

فعلى الأول: يكون ملك التصرف شرطاً، ولزوم الأحكام شرطاً آخر.

وعلى الثاني: يكون المجموع شرطاً واحداً.

قال في «العناية»: والثاني أصح؛ لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل.. صح، والأحكام لا تلزمه؛ يعني: لا تثبت له، فلا يصح توكيله.

ولا يخفى عليك أنه لا حاجة إلى هذا القيد؛ فإن الصبي والمجنون يخرج عنه بقوله: «يملك التصرف» فإنهما لا يملكان التصرف.

أما المجنون: فظاهر.

وأما الصبي: فإن كان غير عاقل.. فهو كالمجنون، وإن كان صبياً يعقل.. فلا يملك تصرف الطلاق والهبة والعتاق والصدقة وغيرها من التصرفات الضارة؛ فإنه لا يملك التوكيل في هذه التصرفات، فيخرج بالنسبة إلى هذه التصرفات، وأما التصرفات النافعة له كقبول الهبة.. فيصح توكيله فيه بلا إذن وليه.

وأما ما تردد بين ضرر ونفع كالبيع والإجارة؛ فإن كان مأذوناً في التجارة.. صحّ توكيله مطلقاً، وإلّا.. توقف على إجازة وليه.

ولا يصح توكيل عبد محجور، فيخرج بقوله [٢٨٢/أ]: «يملك التصرف» أيضاً.

وصح من مأذون ومكاتب.

وَالْوَكِيلِ يعقلُ العقدَ، ويقصدُه، **فَيصحُّ** ....

(والوكيل يعقل العقد) شروع في بيان شرط الوكيل؛ يعني: يشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد؛ بأن البيع سالب والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش.

ومن شرط الوكيل: علمه بالوكالة.

ولذا قال في «الأسروشنية»: رجل قال لآخر: ادفع إلى فلان ألف درهم، على أني ضامن لها، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذه المقالة، فدفع.. فالألف قرض للدافع على الآمر، والقابض وكيل بالقبض، وليس للمأمور أن يأخذها من القابض، وللآمر أن يأخذ بعينها من القابض.

وإنما قال: «والمدفوع إليه حاضر يسمع»؛ لأن المدفوع إليه يصير وكيلاً من الآمر بالقبض، والوكالة لا تصح قبل علم الوكيل، فيشترط حضرته وسماعه؛ فلو استهلكه القابض.. يضمن، ولو هلك في يده.. يهلك أمانة.

(ويقصده) بأن لا يكون هازلاً، هكذا فسره في «العناية»، وعلله بقوله: لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة، فلا بد وأن يكون من أهل العبارة.

ثم قال: وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل، لكنهم ذكروا أن ذلك شرط، وهو مشكل؛ لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح، ومعرفة أن ما زاد على «ده نيم» في المتاع، و«ده يازدة» في الحيوان، و«ده دوازده» في العقار، أو يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه، فضلاً عن الصبي العاقل.

(فيصحّ) تفريع على كلّ من «شرط الموكل والوكيل»؛ أي: إذا كان شرط الموكل والوكيل ذلك.. يصح.

تَوْكِيلُ الحرِّ الْبَالِغِ، أَو الْمَأْذُونِ حرّاً بَالغاً أَو مَأْذُوناً، أَو صَبيّاً عَاقِلاً، أَو عبداً محجورَين.

(توكيل الحر البالغ أو المأذون) البالغ **(حراً بالغاً)** أو عبداً **(مأذوناً)** بالغاً، كلّ منهما يتعلق بكل من الحر البالغ أو المأذون البالغ، فتحصل أربع صور، وبانضمام الآتي.. تحصل ثمان صور.

(أو صبياً عاقلاً) للعقد، **(أو عبداً محجورين)** يعني: إذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون في التجارة صبياً عاقلاً محجوراً أو عبداً محجوراً.. جاز ذلك؛ لانتفاء ما يمنع ذلك.

أما من جانب الموكل: فظاهر.

وأما من جانب الوكيل: فلأن الصبي العاقل من أهل العبادة، ولهذا ينفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد من أهل التصرف على نفسه، مالك له.

وإنما لا يملك في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً في حق المولى، إلا أنه لا يصح التزام العهدة.

أما الصبي: فلقصور أهليته.

وأما العبد: فلحق سيده.

لكن العبد إذا عتق.. لزمه العهدة؛ لزوال المانع، والصبي [٢٨٢/ب] إذا بلغ لم تلزمه؛ لأن المانع فيه قصور أهليته؛ حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت، فلذا.. لم يلزمه بعد البلوغ أيضاً.

بخلاف العبد؛ فإن الأهلية كاملة فيه قبل العتق، وإنما لم يلزمه العهدة لحق المولى، فلما زال حق المولى بعد العتق.. ظهر أثر الأهلية، لكن هذا يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف.

وإنما قيد بقوله: «محجورين» إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين.. فبطريق الأولى، وتتعلق الحقوق بهما، لكن بتفصيل، وهو: أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع

بِكُلِّ مَا يعقدُهُ هُوَ بِنَفسِهِ، وبإيفاءِ كلِّ حقٍّ وباستيفائِهِ ....

فباع.. لزمه العهدة؛ سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً، وإذا وكل بالشراء بثمن مؤجل.. لم يلزمه؛ قياساً واستحساناً، بل يكون على الأمر، يطالبه البائع بالثمن؛ لأن ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن؛ لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى، وليس هذا كذلك، وإنما هذا التزم مالاً في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله، وذلك معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن، ولا يلزمه ضمان الكفالة.

وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال.. فالقياس: أن لا يلزمه العهدة، وفي الاستحسان: يلزمه؛ لأن ما التزمه ضمان ثمن؛ حيث ملك المشتري من حيث الحكم.. فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه، ثم باع منه، والصبي المأذون من أهل ذلك.

والجواب في العبد المأذون أيضاً: على هذا التفصيل، كذا في «العناية».

ولما ذكر شرط الموكل والوكيل وما يتفرع عليهما.. أراد أن يذكر شرط الموكل به فقال: (**بكلّ ما يعقده**) متعلق بالتوكيل.

(**هو**) أي: الموكل (**بنفسه، وبإيفاء كل حق، وباستيفائه**)؛ لأنه لما جاز أن يباشره بنفسه.. جاز أن يقوم غيره مقامه، فظهر منه: أنه لو قال: «بكل ما يباشره بنفسه».. لكان أخصر؛ لاستغنائه عن ذكر قوله: «وبإيفاء كلّ حق وباستيفائه».

واعلم: أن هذه الكلية ليست بمطردة، ولا بمنعكسة:

أما الأول: فبأمرين:

أحدهما: أن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه، مع أن التوكيل به لا يجوز، حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل.. يكون للوكيل لا للموكل؛ لأن البدل في القرض لا يجب ديناً في ذمة المستقرض بالعقد، وإنما يجب بالقبض، والأمر بالقبض لا يصح؛ لأنه ملك الغير، بخلاف البيع؛ فإن البدل فيه يجب بالعقد، فيصح الأمر به.

إِلّا فِي حدٍّ وقَوَدٍ مَعَ غيبَةِ الْمُوكِّلِ.

وثانيهما: أن الذمي إذا وكل مسلماً في بيع خمره.. لا يجوز، مع أن له بيعه بنفسه، ولو وكل ذمياً بذلك.. جاز عند أبي حنيفة.

وأجيب في «البحر» عن الأول [٢٨٣/أ]: بمنع عدم جواز التوكيل بالاستقراض؛ مستدلاً بمسألة «الخانية»: إن وكّل بالاستقراض؛ فإن أضاف الوكيل إلى الموكل.. كان للموكل، وإلا.. كان للوكيل. انتهى.

قلت: هذا رواية عن أبي يوسف على ما في «الزيلعي»؛ حيث قال: لا يجوز التوكيل بالاستقراض، وعن أبي يوسف: أنه يجوز، وأكثر المشايخ: على أن التوكيل بالاستقراض لا يجوز.

والتوكيل بالإقراض يجوز؛ ففي «البزازية»: صح التوكيل بالإقراض لا بالاستقراض.

وعن الثاني: بأن توكيل الذمي مسلماً بيع خمره يجوز، وإنما الممتنع توكّل المسلم عنه، وليس الكلام فيه، بل في التوكيل.

وأجيب عن النقض على العكس: بأن العكس غير لازم، وليس بمقصود.. فلا يضرّ ناقضه.

(**إلّا في حد وقود**)؛ أي: يصح التوكيل بإيفاء كلّ حق واستيفائه، إلّا بإيفاء حدّ وقود واستيفائهما، لكن الإيفاء مطلق، والثاني مقيد بغيبة الموكل، وإليه أشار بقوله: (**مع غيبة الموكل**)؛ لأن الحدود والقصاص تسقط بالشبهات، فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير؛ لما فيه من نوع شبهة العفو.

بخلاف ما إذا كان الموكل حاضراً؛ لأنه يجوز للوكيل أن يستوفي منه؛ لأنه لا يمكن فيه شبهة العفو، وقد يحتاج الموكل إلى الوكيل لقلة هدايته في الاستيفاء، ولأن قلته لا تحتمل ذلك.

وبالخصومةِ فِي كلِّ حقّ ....

وبخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود؛ فإنه يجوز؛ لأن رجوعهم نادر، فلا يتوهم، كذا في «الزيلعي».

ولهذا قال المصنف: «مع غيبة الموكل» احترازاً عن: حضوره، وعن: غيبة الشهود.

ولم يذكر المصنف التوكيل بإثبات الحدود والقصاص - وهو جائز - اكتفاء بقوله: (**وبالخصومة في كلّ حقّ**)؛ لأنه شامل لكل خصومة في كلّ حق، وإثبات الحدود والقصاص من جملة ذلك؛ لأنه خصومة في حق، وإنما جاز التوكيل في إثبات الخصومات حتى الحدود والقصاص؛ لأن كل أحد ليس بمهتد إلى وجوه الخصومات، والحاجة ماسة إليها، فيحتاج إلى توكيل الغير بالضرورة، وقد صح: أن علياً وكّل عقيلاً؛ لكونه ذكياً حاضر الجواب، وبعدما أسنَّ عقيل.. وكّل عبد الله بن جعفر. هذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود؛ كما لا يجوز لإيفائهما واستيفائهما.

ومحمد مع أبي حنيفة في رواية، ومع أبي يوسف في رواية.

وقال في «الزيلعي»: والأظهر: أنه مع أبي حنيفة.

وفي «العناية»: وقيل: هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائباً [٢٨٣/ب]، وأما إذا حضر.. فلا اختلاف في جوازه.

ولأبي يوسف: أن التوكيل إنابة، والإنابة فيها شبهة لا محالة، فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهات.

ولأبي حنيفة: أن الخصومة شرط محض؛ لأن الوجوب مضاف إلى الجناية، والظهور إلى الشهادة والشرط المحض مما يجوز إثباته بالشبهات كسائر الحقوق

بِشَرْطِ رِضا الْخصمِ؛ لِلُزومها.

إِلّا أَن يكونَ الْمُوكِّلُ مَرِيضاً لَا يُمكنهُ حُضُورُ مجْلِسِ الحكمِ.

أَو غَائِباً مَسَافَةَ سفرٍ.

أَو مرِيداً للسَّفرِ.

أَو مُخَدَّرةً غيرَ مُعْتَادَةِ الْخُرُوجِ إِلَى مجْلِسِ الْحَاكِمِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يشْتَرط رضا الْخصمِ.

الثابتة بالشبهات، بخلاف إيفائها واستيفائها.. فإنهما ليسا بشرط محض حتى يثبت بالشبهات، بل هي إلى الأولياء.

ولا يخفى عليك: أن هذا في إثبات حد السرقة والقذف، لا في حد الشرب والزنا؛ لأن حد الزنا يشمل دعوى المال، فيزيد الموكل بإثباته إثبات المال لا القطع، فيصح التوكيل بإثباته.

وكذا المقذوف يريد بالتوكيل بإثباته رفع العار عن نفسه.. فيصح.

بخلاف حد الشرب والزنا؛ إذ لا حق لأحد فيهما، بل هما حق الله تعالى؛ فإذا كان أجنبياً.. لا يصح توكيله، كذا في «الزيلعي».

(**بشرط رضا الخصم**)؛ سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه.

(**للزومها**) أي: لزوم الوكالة، الجار متعلق بشرط.

(**إلا أن يكون الموكل مريضاً لا يمكنه حضور مجلس الحكم، أو غائباً مسافة سفر، أو مريداً للسفر**) بأن يكون مشتغلاً بأمور السفر.

(**أو**) كانت امرأة (**مخدرة غير معتادة الخروج إلى مجلس الحكم**)؛ فإن رضا الخصم ليس بشرط فيها، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا يشترط رضا الخصم**) مطلقاً؛ يعني: اختلفوا في اشتراط رضا الخصم في التوكيل بالخصومة.

قال أبو حنيفة: يشترط؛ سواء كان الموكل مدعياً أو مدعى عليه، إلا في المستثنيات المذكورة.

وقالا: لا يشترط مطلقاً، وهو قول الشافعي.

وليس محلّ النزاع الجواز؛ إذ لا خلاف في الجواز بدون رضا الخصم، بل الاختلاف في اللزوم، على ما صرّح به في «الهداية».

ولهذا قال المصنف: «شرط للزومها»، فعلى قول أبي حنيفة: ترتد الوكالة بردّ الخصم؛ لعدم الشرط وهو رضاه، وعلى قول الإمامين: لا ترتد.

لهما: أن التوكيل تصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا الغير، كما في التوكيل باستيفاء الدين.

ولأبي حنيفة: لا نسلم أنه لا يكون خالصاً له، سلمناه.. لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وهنا ليس كذلك؛ لأن الناس يتفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه.. لتضرر به، فيتوقف على رضاه؛ كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين.. فإنها تتوقف على رضا الآخر وإن كان تصرفاً في خالص حقه، بخلاف المستثنيات المذكورة؛ لضرورة خالص [٢٨٤/أ] حقه فيها؛ لأن الجواب غير مستحق عليه فيها، فلا يكون فيه إسقاط حق مستحق عليه؛ فإن المرض المجوّز للتوكيل هو المرض المانع عن الحضور مجلس القاضي مطلقاً.

وأما القادر عليه بظهر الدابة أو الحمال، لكنه لو حضر لازداد مرضه.. فيصح التوكيل منه أيضاً.

وإن لم يزد مرضه.. ففيه اختلاف.

قال بعضهم: هو على الخلاف.

وقال بعضهم: له أن يوكل، وهو الصحيح. على ما في «العناية»، وهو خلاف إطلاق المصنف.

وَحُقُوق عقدٍ يضيفُه الْوَكِيلُ إِلَى نَفسه ....

وجعلوا إرادة السفر مثل السفر في صحة التوكيل؛ لتحقق الضرورة، لكنه لا يصدّق في دعواه السفر إلا بالنظر إلى زيّه وعدّة سفره، أو بالسؤال عن رفقائه.

واختلفوا في تفسير المخدرة:

ففسره المصنف بما ذكره.

وقال في «البحر»: المخدرة: هي التي لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال.

وعن الحلواني: التي لم تخرج في حوائجها مبرزة.

وقال البزدوي: من لا يراها غير المحارم: مخدرة.

وقال في «البحر»: ولو اختلفا في كونها مخدرة؛ فإن كانت من بنات الأشراف.. فالقول لها بكراً أو ثيباً؛ لأنه الظاهر من حالها.

وفي الأوساط: يقبل قولها لو بكراً.

وفي الأسافل: لا يقبل قولها في الوجوه.

والخروج للحاجة لا يقدح فيه ما لم يكثر؛ بأن تخرج لغير حاجة كذا في «البزازية».

ثم اعلم: أن العقود التي يعقدها الوكلاء على نوعين:

أحدهما: ما يتعلق حقوقه إلى الوكيل.

والآخر: إلى الموكل.

فأشار إلى ضابطة الأول بقوله: **(وحقوق عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه)** مبتدأ، خبره قوله الآتي: «تتعلق به» يعني: كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كما سيأتي ذكره.. فحقوقه تتعلق بالوكيل، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: تتعلق بالموكل؛ لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، وحكم التصرف - وهو الملك - يتعلق بالموكل، فكذا توابعه، كما في الرسول، وفي الوكيل بالنكاح والخلع ونحوهما على ما سيأتي ذكره.

قلنا: إن الوكيل هو العاقد في هذه التصرفات حقيقة وحكماً:

أما حقيقة: فلأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه: بكونه آدمياً له أهلية الإيجاب والاستيجاب، فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء.

وأما حكماً: فلأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل.

ولو كان سفيراً محضاً عن الموكل.. لما استغنى عن ذلك كالرسول، بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح ونحوه.. فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إلى الموكل؛ فإن كان عاقداً واستغنى عن الإضافة إلى الموكل.. كان الوكيل أصيلاً في الحقوق [٢٨٤/ب]، فيتعلق به.

ولهذا قال في «النهاية»: لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء.. كان باراً في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء.. كان حانثاً. انتهى.

قلنا: ثبت الملك للموكل بطريقين:

أحدهما: بطريق الخلافة عن الوكيل؛ بأن يثبت الملك ابتداء للموكل بطريق أنه قائم مقام الوكيل؛ لأن السبب - وهو العقد - انعقد موجباً للملك للوكيل، لكن الموكل قائم مقامه في ثبوت الملك له للتوكيل السابق، فبقي حقوق الملك في الوكيل، وهذا طريقة أبي طاهر الدباس، اختاره جماعة من أصحابنا.

قال صاحب «الهداية»: وهو الصحيح.

وقال شمس الأئمة: إنه أصح. وهو مختار المصنف أيضاً، على ما سيأتي.

وتحقيقها: أنّ لتصرف الوكيل جهتين؛ جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته عن الموكل، وإعمالهما ولو بوجه: أولى من إهمال أحدهما؛ فلو أثبت الملك والحقوق

للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته.. بطل التوكيل، ولو أثبتناهما للموكل.. بطل عبارته، فأثبتنا الملك للموكل؛ لأنه الغرض من التوكيل بطريق الخلافة على الوجه الذي ذكرناه، لا بطريق الأصالة على ما ذهب إليه الشافعي.

وإذا ثبت الملك للموكل بهذه الطريقة.. تعيّن الحقوق للوكيل.

وثانيهما: بطريق الانتقال، وهو أن يثبت الملك ابتداء للوكيل؛ لتحقق سببه من جهة الوكيل، ثم ينتقل منه إلى الموكل عملاً بقضية التوكيل، وهذا طريقة الكرخي.

ومما يدل على صحة طريقة أبي طاهر: أن المشترى إذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه.. لا يفسد النكاح، ولا يعتق عليه، ولو ملك الوكيل المشتري.. لفسد النكاح وعتق عليه.

ثم اعلم: أنهم تكلموا في معنى قولهم: «كلّ عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه.. ترجع حقوقه إليه»، فقال مولانا العزمي في حاشية «الدرر» نقلاً عن «شرح مختصر القدوري» للإمام الزاهدي قوله: كلّ عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه.. أراد به: أنه يصح إضافته إلى نفسه، ويستغني عن إضافته إلى الموكل، لا أنه شرط، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى موكله.. صح بالإجماع.

وقوله: «كلّ عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح» فزاده: أنه لا يستغني عن الإضافة إلى موكله، حتى لو أضاف إلى نفسه.. لا يصح، فلفظ الإضافة واحد، والمراد مختلف. انتهى.

وقال مولانا العزمي بعد هذا النقل نقلاً عن «الفصول العمادي»: إن الوكيل بالبيع والشراء لو أضاف العقد إلى الموكل.. لا ترجع حقوق العقد إلى الوكيل اتفاقاً. انتهى.

قلت: فعلى هذا.. يلزم أن يكون مراد الإمام الزاهدي [٢٨٥/أ] بقوله: «صح

بالإجماع»: صحّ على الموكل لا على الوكيل، لكن الظاهر أن مراده ليس كذلك، بل مراده: أنه يصح على الوكيل؛ يعني: كل عقد يصح إضافته إلى نفسه.. فحقوقه ترجع إليه؛ سواء أضافه إلى نفسه أو إلى موكله.

وقال في «البحر»: والمراد بقوله: فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه في كلّ عقد لا بد من إضافته إليه ينفذ على الوكيل، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه إلى نفسه وقد لا يضيفه؛ فإن أضافه إلى نفسه.. يتعلق بالوكيل، وإن أضافه إلى موكله.. يتعلق بالموكل. انتهى.

أقول: في دعوى الإجماع والاتفاق - كما في لفظي الإمام الزاهدي ومولانا العزمي - نظر؛ لأنه قال في «قاضي خان»: رجل وكّل رجلاً ليشتري له من فلان عبده، فجاء الوكيل إلى صاحب العبد وأخبره بذلك، فقال صاحب العبد: بعت هذا العبد من الموكل بكذا، فقال الوكيل: قبلت.. قال أبو القاسم الصفار: يكون الوكيل مشترياً لنفسه؛ لأن الموكل أمره بعقد كانت العهدة فيه على الوكيل؛ فإذا قال الوكيل: صاحب العبد بعث هذا العبد من الموكل.. فقد باشر بيعاً كانت العهدة فيه على الموكل، فلما قال الوكيل: قبلت.. صار المشتري هو الوكيل، فيصير الوكيل مخالفاً للموكل.

قال مولانا: فيما قال أبو القاسم نظر؛ ينبغي أن لا يصير الوكيل مشترياً لنفسه، بل يلزم الآمر، أو يتوقف على إجازته؛ لأن الوكيل لما صار مخالفاً للموكل.. صار كأن صاحب العبد قال ابتداء: بعت عبدي من الموكل؛ فإذا قال الوكيل: قبلت.. يتوقف على إجازته، ولا يصير الوكيل مشترياً لنفسه. انتهى ما ذكره «قاضي خان».

وجزم في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه لا يلزم الموكل، لأن الوكيل خالفه في أمره.

ثم قال في «البزازية»: قال أبو القاسم الصفار: الصحيح: أن الوكيل يصير فضولياً، ويتوقف العقد على إجازة الموكل، فظهر من هنا: أن في المسألة ثلاثة أقوال:

كَبيعٍ، وَإِجَارَةٍ، وَصلحٍ عَن إِقْرَار، تتَعَلَّقُ بِهِ إِنْ لم يكنْ مَحْجُوراً، ....

أحدها: أنه يلزم الموكل.

والثاني: أنه يلزم الوكيل.

والثالث: أن العقد يتوقف على إجازة الموكل. وإنه هو الصحيح.

(كبيع) مثال للعقد الذي يصحّ إضافة الوكيل إلى نفسه ويستغني عن الإضافة إلى الموكل، وكذا الشراء؛ فإن الوكيل بهما يقول: بعت هذا منك واشتريته منك، لا بعته منك من قبل فلان أو اشتريته منك لفلان، حتى لو قال كذلك.. يصير العقد موقوفاً على إجازة الموكل على الصحيح من الأقوال على ما تقدم آنفاً.

(وإجارة وصلح عن إقرار).

رجل ادعى داراً على عمرو، وهو مقرّ لتلك الدار [٢٨٥/ب] للمدعي، فوكل عمرو وكيلاً على أن يصالح بالمائة، فصالح الوكيل عن إقرار.. فعليه تسليم بدل الصلح، وإن صالح عن إنكار.. فلا عليه، بل على الموكل، على ما سيأتي.

(تتعلق به) أي: بالوكيل.

وقال الشافعي: إنه يتعلق بالموكل؛ اعتباراً بالرسول والوكيل بالنكاح.

قلنا: قد تقدم الجواب عنه، ولنذكر هنا بوجه إجمالي: هو أن الوكيل هو العاقد في هذه التصرفات حقيقة وحكماً على ما تقدم، فتعلق الحقوق إليه؛ كخلاف الرسول والوكيل بالنكاح.. فإنهما ليسا بعاقدين؛ لعدم استغنائهما عن الإضافة إلى المرسل والموكل، فلا تتعلق الحقوق بهما، حتى لو أخرج الرسول كلامه مخرج الوكالة بأن أضاف العقد إلى نفسه.. لا يجوز؛ لأن الرسالة لا تتضمن الوكالة؛ لكون الوكالة فوق الرسالة، وكذا لو أضاف وكيل النكاح العقد إلى نفسه.. لا يجوز.

(إن لم يكن) أي: الوكيل في العقود المذكورة **(محجوراً)**؛ احتراز عن الصبي والعبد المحجورين؛ فإن توكيلهما جائز، لكن حقوق عقدهما ترجع إلى الموكل على ما تقدم من أنّ التزام العهدة لا يلزمهما.

فَيسلِّمُ الْمَبِيعَ، ويتسلمُهُ، وَيقبضُ الثّمنَ، وَيُطَالِبُ بِهِ، ....

أما الصبي المحجور: فلقصور أهليته.

وأما العبد المحجور: فلحق المولى.

ثـم أراد أن يبـين الحقـوق المتعلقة بالوكيـل فـي العقـود المـذكورة وهـي علـى نوعين: نوع يكون للوكيل، ونوع يكون على الوكيل.

فالنوع الأول: لا يجب على الوكيل، حتى لو امتنع.. لا يجبره الموكل؛ لأنه مدع فيه، ولا جبر على المدعي، وإن مات الوكيل.. فولاية هذا النوع لورثته، وإن امتنعوا.. وكلوا موكل مورثهم.

والنوع الثاني: يجب على الوكيل حتى يجبر عليه؛ لأنه مدع عليه.

فأشار إلى النوعين ، فقال: (**فيسلم المبيع**) أي: الوكيل بالبيع، وهو من النوع الثاني، (**ويتسلمه**) أي: الوكيل بالشراء بقبض المبيع وهو من النوع الأول.

(**ويقبض**) أي: الوكيل بالبيع (**الثمن**) من المشتري، وهو من النوع الثاني.

(**ويُطالَب**) على صيغة المجهول؛ أي: يطالب الوكيل بالشراء (**به**) أي: بالثمن وإن لم يقبضه من موكله، على ما صرح به في «البزازية»؛ لأنه عاقد، وهو من النوع الثاني.

بخلاف الوكيل بالبيع؛ فإنه لا يطالب بالثمن من مال نفسه ما لم يقبضه من المشتري.

وهل يجبر على التقاضي؛ أي: الأخذ من المشتري؟

ففي «البزازية»: الوكيل بالبيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه، ولا يجبر على التقاضي؛ لأنه متبرع، بخلاف الدلال والسمسار والبياع؛ لأنهم يعملون بالأجر، بل يقال للوكيل: أجل الموكل على المشتري، وحق القبض للوكيل.

ولو قبضه الموكل.. صح، إلّا في الصرف.. فإنه لا يجوز قبضه إلا للوكيل؛ لأن القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول.

وَيرجعُ بِهِ عِنْد الِاسْتِحْقَاقِ، ويخاصِمُ فِي عَيْبِ مشريّهِ، وَيردُّهُ بِهِ إِنْ لم يُسلِّمْهُ إِلَى مُوكِّلِهِ.

وَبعدَ تَسْلِيمِهِ.. لَا، إِلّا بِإِذْنِهِ.

قال شيخ الإسلام [٢٨٦/أ]: الوكيل ما دام حياً، وإن كان غائباً.. لا ينتقل الحقوق إلى الموكل.

وقال الفضلي: إن مات عن وصيّ.. فإلى وصيه، لا إلى الموكل.

وإن لـم يكـن لـه وصـي.. يرفـع إلـى الحـاكم لينصـب وصـياً عنـد الـبعض، وهـو المعقول.

وقيل: ينتقل إلى موكله ولاية قبضه، فيحتاط عند الفتوى. انتهى.

(**ويرجع**) أي: وكيل الشراء على البائع (**به**) أي: بالثمن (**عند الاستحقاق**) أي: استحقاق المبيع إن نقد الثمن، وهو من النوع الأول.

(**ويخاصِم**) بكسر الصاد أي: الوكيل بالشراء، وهو من النوع الأول أيضاً.

(**في عيب مشريه ويرده**) على بائعه (**به**) أي: بسبب العيب.

(**إن لم يسلمه**) أي: الوكيل بالشراء (**إلى موكله، وبعد تسليمه.. لا، إلا بإذنه**)؛ لأن حقه بعد التسليم إليه.

قال في نوع الرد بالعيب من بيوع «البزازية»: الوكيل بالشراء له الرد بالعيب قبل الدفع إلى الموكل كالمضارب، ولو ادّعى البائع رضاء الآمر بالعيب وبرهن.. بطل الرد.

وإن أراد تحليف الآمر.. ليس له ذلك؛ لأنه لم يجر بينهما عقد.

وإن أراد تحليف الوكيل.. ليس له ذلك أيضاً؛ لعدم دعوى الرضاء منه.

ولو أقر الوكيل برضاء الآمر.. لزمه المبيع.

ويُخاصمُ فِي عيبِ مبيعِهِ، وَفِي شفعته إِن كَانَ فِي يَده، ....

وقال فيه أيضاً: الوكيل بالشراء وجد بالمشترى عيباً قبل القبض فأبرأ البائع.. جاز ولزم الآمر.

وإن كان بعد القبض.. لزمه الآمر.

ثم قال في الفصل التاسع من كتاب البيوع أيضاً: الوكيل بالشراء أخذ المشترى على وجه السّوم مع قرار الثمن، فأراه الموكل، فلم يرض به، فهلك في يد الوكيل.. ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع، ثم يرجع به على الموكل إن كان أمره بالأخذ على وجه السّوم.

وإن كان لم يأمره.. لا يرجع.

وفي «البحر»: لو مات الوكيل بالشراء قبل الرد بالعيب.. يردّه وارثه أو وصيه إن كان ذلك، وإلّا.. فيرده الموكل.

(**ويخاصَم**) بفتح الصاد؛ أي: يخاصم الوكيل بالبيع (**في عيب معيبه**).

لو مات الوكيل بالبيع قبل المخاصمة بالعيب.. يرده المشتري على وارث الوكيل أو وصيه إن كان، وإلا.. فعلى الموكل.

وفي «البزازية»: الوكيل بالشراء يملك إبراء البائع عن العيب عندهما، وعلى قول أبي يوسف اختلفوا فيه:

قيل: إن كان قبل قبض المبيع.. يملك، وإن كان بعد قبضه.. لا يملك.

وقيل: يملك إبراءه على الإطلاق.

الوكيل بالبيع يملك إسقاط الثمن عن مشتريه إقالة أو إبراء، وضمنه للموكل، وسيأتي تفصيله.

(**وفي شفعته إن كان**) المبيع (**في يده**) في يد الوكيل بالبيع؛ أي: قبل التسليم إلى المشتري.

وَكَذَا شُفْعَةُ مشريّه.

وَالْمِلْكُ يثبت لِلْمُوكِّلِ ابْتِدَاءً.. فَلَا يُعْتَق قريبٌ، أو وَكيلٌ شرَاه.

(**وكذا**) أي: يخاصم الوكيل بالشراء في (**شفعة مشريه**) أي: قبض [٢٨٦/ب] مشريه وكان في يده.

وأما إذا سلمه إلى موكله.. فالمطالب بالشفعة هو الموكل؛ لانتهاء الوكالة بالتسليم إليه.

ثم لما ذكر أن الحقوق في العقود المذكورة ترجع إلى الوكيل مع أن الملك يثبت للموكل.. أراد أن يذكر أن الملك بأي طريق يثبت للموكل؟

فقال: (**والملك يثبت للموكل ابتداء**)، قد تقدم من قبل: أن في ثبوت الملك للموكل مع تعلق حقوقه للوكيل طريقين:

أحدهما: طريقة الخلافة، وهي طريقة أبي طاهر الدباس.

والثاني: طريقة الانتقال، وهي طريقة الكرخي، واختاره «قاضي خان».

ولما كان مختار أكثر المشايخ الطريقة الأولى.. اختارها المصنف أيضاً، وهي التي صححه شمس الأئمة وصاحب «الهداية».

وقد ذكرنا وجه الطريقين.. فارجع إليه.

ثم فرع على ما اختاره من الطريقتين: (**فلا يعتق قريب أو كيل شراه**)، وكذا لا يفسد نكاح الوكيل بالشراء إذا اشترى منكوحته.

ولو ملك الوكيل بالشراء ما شراه ابتداء على ما قاله الكرخي.. يلزم أن يعتق على الوكيل بالشراء قريبه إذا اشتراه للموكل ويفسد نكاحه فيما اشتراه وكالة منكوحته، وليس كذلك، فظهر صحة طريقة أبي طاهر الدباس: من أن الملك يثبت للموكل ابتداء، لكنه بطريق الخلافة عن الوكيل.

فإن قيل: عدم وقوع العتق وعدم فساد النكاح فيهما ليس لعدم الملك للوكيل، بل لعدم استقرار الملك في الوكيل، ومدار العتق وفساد النكاح على استقرار الملك،

وَحُقُوق عقدٍ يضيفُه إِلَى مُوكِّلِهِ تَتَعَلَّقُ بالموكِّل؛ كَنِكَاحٍ وخُلعٍ وَصلحٍ عَن إِنْكَارٍ، أو دمِ عمدٍ، وَكِتَابَةٍ، وَعتقٍ على مَالٍ، وَهبةٍ، وَصدَقَةٍ وإِعارةٍ، وإِيداعٍ، وَرهنٍ، وإِقراضٍ، وَشركَةٍ، ومضاربةٍ، ....

فلم يظهر صحة قول أبي طاهر الدباس.

أجيب: بأن الظاهر من إطلاق قوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه.. عتق عليه»: أن مدار العتق هو الملك مطلقاً لا الملك على وجه الاستقرار.

فإن قيل: إن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل هو الملك على الاستقرار.

قلنا: نعم، إلا أن هذا إخراج النص عن ظاهره بلا ضرورة.

ثم أشار إلى ضابطة النوع الثاني من العقود فقال: (**وحقوق عقد يضيفه**) الوكيل (**إلى موكله**) أي: لا يستغني عن الإضافة إلى موكله، بل يلزمه الإضافة إليه (**تتعلق بالموكل**)؛ لأن الوكيل فيها سفير محض، فيكون أجنبياً عن العقد.

(**كنكاح وخلع وصلح عن إنكار**)، قيّده بالإنكار؛ لأن الصلح عن إقرار قد تقدم بيانه.

(**أو دم عمد وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة وإعارة وإيداع ورهن وإقراض**)، بخلاف التوكيل بالاستقراض؛ فإنه لا يصح على ما سنذكره.

(**وشركة، ومضاربة**)؛ لأن الوكيل في هذه العقود لا بد وأن يضيف العقد [٢٨٧/أ] إلى موكله، حتى لو أضافه إلى نفسه.. لوقع النكاح لنفسه، على ما صرح به في «الزيلعي»، فكان الوكيل فيها سفيراً محضاً، ولا عهدة على السفير، فتتعلق الحقوق بالموكل، وهذا لأن الحكم في هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب؛ أي: البعد.

أما في الخمسة الأولى: فلأنها من قبيل الإسقاطات فتتلاشى؛ لأن الساقط متلاشٍ، فيعقبه حكمه بلا فصل، فلا يتصور فيها صدور السبب أصالة عن شخص وثبوت حكمه لغيره، كما يتصور في النوع الأول؛ لأن حكمه يقبل الفصل عن

السبب؛ لأنه ليس بإسقاط حتى يتلاشى فيعقبه حكمه.. فجاز فيه أن يصدر السبب عن شخص أصالة ويقع الحكم لغيره.

ثم معنى الإسقاط في النكاح: أن الأصل في المرأة المالكية لكونها من بنات آدم، وبطريان ملك النكاح عليها سقطت مالكيتها، وصارت مملوكة الزوج، ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة، وبطريان النكاح سقطت الحرمة وثبت الملك للزوج؛ لضرورة التمكن من الوطء.

وأما في الخلع: فإنه إسقاط للنكاح، سواء كان الوكيل من جانب المرأة أو من جانب الزوج.

وأما في الصلح عن إنكار: فإنه إسقاط محض لا يشوبه معاوضة أصلاً، بل فداء يمين في حقّ المدعى عليه وهو الموكل.

وكذا الصلح عن دم عمد: فإنه إسقاط محض أيضاً.

وأما في البواقي؛ أعني: الكتابة والعتق على مال... إلخ، فلأن الحكم فيها ثبت بالقبض، وإنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير.. فلا يجعل الوكيل أصيلاً فيه، بل سفيراً ومعبراً محضاً، كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

قال في «الخلاصة»: العقود على قسمين:

منها: ما لها حقوق تقبل الفصل عن الحكم؛ كالبياعات والأشرية والإجارات والصلح الجاري مجرى البيع.. فالوكيل فيها أصيل في الحقوق، حتى يطالب بالثمن ويقبض البيع ويرد بالعيب.

ومنها: ما لا يقبل الفصل عن الحكم؛ كالنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والكتابة والعتق على مال والصلح عن إنكار.. فالوكيل فيه بمنزلة السفير لا يتعلق به شيء من الحقوق، حتى لا يطالب بتسليم البدل والمنكوحة.

وكذا الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والاستعارة والارتهان

والاستيهاب.. لا يتعلق به الحقوق، بل الحكم والحقوق يتعلق بالموكل، وليس للوكيل بها أن يرجع ويرد شيئاً من ذلك إلى يده بعدما فعل ما أمر به، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن، ولا القرض ممن عليه.

وأما التوكيل بالاستقراض.. فلا يصح، ولا يثبت به الملك للموكل فيما استقرض الوكيل، إلا إذا بلَّغ على [٢٨٧/ب] سبيل الرسالة، فيقول: أرسلني فلان إليك يستقرض منك كذا، هكذا ذكره.

ثم قال في الفصل الخامس من الرسول في النكاح والطلاق والبيع والعتاق: إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن أضاف هذه التصرفات إلى نفسه فقال: تزوجت فلانة منك، طلقتك، أعتقتك، بعتك.. لا يجوز هذه التصرفات؛ لأنه رسول، والرسالة لا تتضمن معنى الوكالة؛ لأن الوكالة فوق الرسالة، والشيء لا يتضمن فوقه.

وإن أخرج مخرج الرسالة فقال: إنَّ فلاناً يقول: طلقت، بعت منك، تزوجت منك، أعتقتك.. جاز كله على المرسل.

والوكيل بالبيع إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة.. لا ينفذ بيعه.

والوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة وقال: «إن فلاناً.. أن أطلق، أن أعتق»، ففعل ذلك.. ينفذ تصرفه على الموكل؛ لأن عهدة هذه التصرفات على الموكل على كل حال.

ولو أخرج الوكيل في النكاح والطلاق والعتاق الكلام مخرج الوكالة؛ بأن أضاف إلى نفسه.. صح إلا في النكاح.

والفرق بين الوكيل بالنكاح وبين الوكيل بالطلاق والعتاق [أنه في الطلاق] أضافه إلى الموكل معنى؛ لأنه يبتنى على ملك الرقبة، وأنه يكون للموكل في الطلاق والعتاق.

وأما في النكاح: فذمة الوكيل قابلة للمهر، حتى لو كان الوكيل من جانب المرأة

وأخرج الكلام مخرج الوكالة.. لا يصير مخالفاً؛ لأنه يصير مضافاً إلى المرأة معنى؛ لأن صحة النكاح باعتبار ملك البضع، والبضع ملك المرأة، فصار كأنه قال: ملكتك بضع موكلتي، بخلاف جانب الرجل. انتهى.

قوله: «أما التوكيل بالاستقراض لا يصحّ» عللوه بأنه أمر بالتصرف في مال الغير، وإنه لا يجوز.

وعورض بالتوكيل بالشراء؛ فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير.

وأجيب: بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل، وهو ملك الموكل.

وردَّ بأنه: لم لا يجوز أن يكون الاستقراض البدل في ذمة الموكل وهو ملك الموكل؟

وأجيب: بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض.

ونوقض: بالتوكيل بالاستعارة والاستيهاب؛ فإنه صحيح، مع أنه لا محل له سوى المستعار والموهوب له؛ إذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له حتى يجعل محلاً للتوكيل.

وأجيب: بأن المستعار والموهوب محلّ التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاستيهاب، وإنما محله فيهما: عبارة الموكل؛ فإنه يتصرف فيهما بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل [٢٨٨/أ] مقام نفسه في ذلك.

قيل: فليكن في الاستقراض كذلك؟

وأجيب: بأنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة إذا لم يكن فيها بدل في الذمة؛ فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض، وفيه بدل معتبر للإبقاء في الذمة.. لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد، من جهة عقد واحد، وهو لا يجوز.

فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِالْمهْرِ، وَلَا وَكِيل الْمَرْأَة بتسليمها، وَلَا بِبَدَلِ الْخُلْعِ.

وَلِلْمُشْتَرِي مِنعُ الثّمنِ عَنِ الْمُوكِّلِ.

فإِنْ دَفعه ....

قلت: هذا كله بناء على عدم جواز التوكيل بالاستقراض، وأما على جوازه.. فلا، وقد تقدم في أول هذا الكتاب جوازه، فارجع إليه.

وهل يجوز التوكيل باليمين بالطلاق؟

ففي آخر وكالة «البزازية»: قال لامرأة الغير: إن دخلت الدار فأنت طالق، فأجاز الزوج، فدخلت الدار.. طلقت، فدل هذا على أن التوكيل باليمين بالطلاق جائز. انتهى.

(**فلا يطالب وكيل الزوج**) بالنكاح (**بالمهر**)، هذا تفريع على عدم تعلق حقوق عقد النكاح بالوكيل.

وكذا قوله: (**ولا وكيل المرأة**)؛ أي: بنكاحها (**بتسليمها**) نفسها، (**ولا ببدل الخلع**)، وهذا لما تقدم: «أن الوكيل في هذه العقود سفير محض، فلا تتعلق به الحقوق».

(**وللمشتري**) من وكيل البيع (**منع الثمن عن الموكل**)؛ لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه؛ لما تقدم في النوع الأول من العقود المذكورة: أن الحقوق راجعة إلى العاقد - وهو الوكيل - حتى إذا نهاه الوكيل عن المطالبة بالثمن.. صح نهيه، وإن نهاه الموكل.. لا يصحّ، إلا إن أذن له الوكيل.. فحينئذٍ يصح مطالبته بالثمن.

فكما أن للمشتري منع الثمن عن الموكل.. كذلك للوكيل منع المشتري عن إعطاء الثمن إلى الموكل.

وعلى التقديرين: لو دفع المشتري بالثمن - لأن نفس الثمن حق الموكل وقد وصل إليه، فلا فائدة في الاسترداد منه - تم الدفع إليه، وإليه أشار بقوله: (**فإن دفعه**)؛

إِلَيْهِ.. صَحَّ، وَلَا يُطَالِبهُ الْوَكِيلُ ثَانِياً.

وَإِن كَانَ لِلْمُشْتَرِي على الْمُوكِّل دينٌ.. وَقعتِ الْمُقَاصَّةُ بِهِ.

وَكَذَا إِنْ كَانَ لَهُ على الْوَكِيلِ دينٌ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

أي: المشتري من الوكيل (**إليه**)؛ أي: إلى الموكل (.. **صحّ، ولا يطالبه**)؛ أي: المشتري (**الوكيل ثانياً**) لما ذكرناه: «أن الثمن حق الموكل وقد وصل إليه، فلا فائدة في الاسترداد ثُمّ الرد إليه».

وهذا في غير الصرف.

وأما في الصرف.. فقبض الموكل لا يصح؛ لأن جوازه إنما يكون بالقبض؛ لأن القبض في الصرف بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل.. لم يجز، فكذا إذا ثبت له حق القبض.

واعلم: أن قوله: «وللمشتري من الثمن... إلى قوله: فإن دفعه إليه.. صحّ» من تفريعات النوع الأول من العقود المذكورة. تأمل.

(**وإن كان للمشتري على الموكل دين.. وقعت المقاصة به**)؛ أي: بمجرد عقد الوكيل [٢٢٨/ب] ، وهذا لأنه قد وصل إليه حقّه بمجرد قبض المبيع من الوكيل.

(**وكذا**)؛ أي: وقعت المقاصّة (**إن كان له**)؛ أي: للمشتري (**على الوكيل دين**) هذا عندهما.

(**خلافاً لأبي يوسف**)، وهذا الاختلاف بناء على جواز إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن؛ فعندهما: يجوز إبراؤه، فكذا تقع المقاصة بدينه.

وعنده: لا يجوز، فلا تقع المقاصة.

ووجه البناء: أن المقاصة إبراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض.

وجه أبي يوسف: أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل، وإبراء الوكيل تصرف فيه على خلاف أمره.. فلا ينفذ؛ كما لو قبض الثمن، ثم وهبه للمشتري.. فإنه لا يجوز.

وَيضمَنُهُ الْوَكِيلُ للْمُوكِّلِ.

وَإِن كَانَ دينُهُ عَلَيْهِمَا.. فالمقاصَّةُ بدينِ الْمُوكلِ دونَ الْوَكِيلِ.

ولهما: أن الإبراء إسقاط لحق القبض، والقبض خالص حق الوكيل، فيملكه.

(ويضمنه)؛ أي: يضمن **(الوكيل)** الثمن في المقاصة والإبراء **(للموكل)** إحياءً لحقه؛ لأنه قضى دينه بمال الموكل؛ كالراهن إذا أعتق المرهون.. ينفذ عتقه ويضمن للمرتهن.

(وإن كان دينه)؛ أي: المشتري **(عليهما)**؛ أي على الموكل والوكيل (.. **فالمقاصة بدين الموكل)** فقط **(دون الوكيل)**؛ لأن الثمن حق الموكل لا الوكيل على رأي أبي يوسف، فتقع المقاصة بحق صاحب الحق.

وأما على رأيهما: فلقصر المسافة فيه؛ فإنه إذا وقع المقاصة بدين الموكل.. لا يحتاج إلى قضاء آخر كما احتاج فيما وقع بدين الوكيل، كذا في «البزازية».

* * *

(بَابُ الوكَالَةِ بِالبيعِ وَالشِّرَاءِ)

لَا يَصحُّ التَّوْكِيلُ بشرَاءِ شَيْءٍ يَشْمَلُ أَجناساً؛ ....

(بَابُ الوَكَالَةِ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)

وما ينبغي أن يعلم في هذا الباب:

١- أن كل شيئين تتحد حقيقتهما ومقاصدهما.. فهما من جنس واحد، وإن اختلفت الحقيقة أو المقاصد.. فهما من جنسين.

٢- وأن **المراد بالجنس عندهم**: ما اشتمل أصنافاً، **وبالنوع**: هو الصنف، لا ما اصطلح عليه أهل الميزان، **والصنف**: هو النوع المقيد بقيد عرضي على ما اصطلح عليه أهل الميزان في الصنف.

٣- وأن الجهالة ثلاثة أنواع:

الأولى: فاحشة، وهي: الجهالة في الجنس، فتمنع صحة الوكالة؛ سواء بين الثمن أو لم يبين؛ كالوكالة بشراء رقيق أو دار أو ثوب أو دابة.

والثانية: جهالة يسيرة، وهي: ما كانت في النوع المحض؛ كالوكالة بشراء فرس أو ثوب هروي أو مروي أو هندي، أو حمار أو بغل، أو دار بثمن كذا في محلة كذا.. فإنها تجوز الوكالة بها وإن لم يبين الثمن؛ لما صح أن رسول الله ﷺ وكّل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية، وهو حجة على بشر المريسي في القول بعدم جواز هذا النوع أيضاً.

والثالثة: جهالة متوسطة بين هذين النوعين؛ كالوكالة بشراء عبد أو جارية؛ فإن بين [٢٨٩/أ] الثمن أو النوع؛ بأن قال: عبداً تركياً أو حبشياً أو رومياً.. جاز، وإلا.. فلا؛ إذ ببيان واحد منهما.. يحصل المعرفة، وما بقي من الجهالة يسيرة فتجوز.

إذا عرفت هذا.. فاعلم أنه: **(لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل)** ذلك الشيء **(أجناساً)** مختلفة.

كالرَّقِيقِ، وَالثَّوْبِ، وَالدَّابَّةِ.

أَو مَا هُوَ كالأَجناسِ كَالدَّارِ وإِنْ بَيَّنَ الثَّمنَ.

فَإِن سمّى نوعَ الثَّوْبِ كالهرويِّ.. جَازَ.

وَكَذَا إِنْ سمّى نوعَ الدَّابَّةِ كالفرسِ والبغلِ، أَو بَيَّنَ ثمنَ الدَّارِ، أَو الْمحلةَ،

(كالرقيق)؛ فإنه ينتظم الذكور والإناث، وهما جنسان مختلفان؛ لاختلاف مقاصدهما.

(والثوب)؛ فإنه ينتظم أجناساً من الأطلس إلى الكساء.

(والدابة)؛ فإنها تنتظم: الفرس والبغل والحمار وغيرها من الأجناس المختلفة الحقيقة.

واعلم: أن في لفظ: «الثوب والدابة» تفصيلاً بين المعرَّف منها وبين المنكَّر... سيأتي ذكره نقلاً عن «البزازية».

(أو) يشتمل ذلك الشيء **(ما هو كالأجناس؛ كالدار)**؛ لأن الدور تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان، فشمل ما هو في معنى الأجناس.

(وإن) وصلية **(بين الثمن)**؛ لأن الجهالة فيها فاحشة فتمنع عن ائتمار الوكيل لما أمر به، وببيان الثمن وحده: لا تزول تلك الجهالة، ما لم يبين الجنس؛ لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس، ولا يدرى مراد الآمر.

(فإن) بيّن **(سمى نوع الثوب كالهرويّ.. جاز)**؛ لأن الجهالة يسيرة ومبنى التوكيل على التوسعة، وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج بيّن، وقد بيّنا ما صحّ فيه.

(وكذا إن سمّى نوع الدابة كالفرس والبغل)؛ أي: جاز وإن لم يبين الثمن.

(أو بين ثمن الدار والمحلة)؛ لأن مجرد بيان الثمن لا يحصل المعرفة بدون ذكر المحلة على ما اختاره المتأخرون.

أَو بَيَّنَ جنسَ الرَّقِيقِ كَالْعَبْدِ، ونوعَهُ كالتركيِّ، أَو ثمناً يعيّنُ نوعاً، أَو عمّمَ فَقَالَ: ابتع لي ما رأَيتَ.

(أو بين جنس الرقيق كالعبد) أو الجارية.

(ونوعه كالتركي) والحبشي والهندي ونحوهما.

(أو ثمناً يعين نوعاً) يعني: لا بد في بيان الجنس من ذكر النوع أو الثمن؛ لأن بذكر الثمن يعلم من أيّ نوع يريد، وبذكر النوع يعلم ثمنه.. فتزول الجهالة الفاحشة.

(أو عمّم) الوكالة **(فقال: ابتع لي ما رأيت)**.

واعلم: أن الوكالة على نوعين: خاصة وعامة.

فالخاصة: لا تجوز مع الجهالة الكثيرة بدون بيان ما يزيل الجهالة، وهي ما أشار إليه بقوله: «فإن بين نوع الثوب... إلى قوله: أو ثمناً يعين نوعاً».

والعامة: جائزة مع الجهالة الكثيرة؛ لأنه فوّض الرأي إلى الوكيل، فصار بمنزلة البضاعة، وهي ما أشار إليه بقوله: «أو عممّ فقال: ... إلى آخره».

ثم اعلم: أن المصنف مثل نوع الدابة بالفرس والبغل ولم يذكر الشاة والحمار والبقرة؛ لأنهم اختلفوا في:

الشاة: منهم: من جعلها من قسم الجهالة اليسيرة كالفرس والبغل، **ومنهم**: من جعلها من قسم [٢٨٩/ب] الجهالة المتوسطة.

وأما الحمار والبقر.. فجعلهم ما تعرف الصفة فيهما بحال الموكل، قال في «البزازية»: والجهالة اليسيرة: كجهالة النوع؛ كشاة وفرس وثوب هروي.. تصحّ الوكالة فيها؛ بيّن الثمن أو لا.

وجعل في «التجريد» الشاة من القسم الثالث؛ أي: المتوسط.

وفي الحمار: تصير الصفة معلومة بحال الموكل.

وكذا البقر؛ فلو كان الموكل [فاليزياً] فاشترى له حماراً مصرياً أو كان الموكل واحداً من العوام فاشترى له فرساً يليق بالملوك.. يلزم المأمور. انتهى ما في «البزازية».

وَلَو وَكَّلَهُ بشرَاءِ الطَّعَامِ.. فَهُوَ على الْبُرِّ ودقيقِهِ.

وَقيل: على الْبُرِّ فِي كثيرِ الدَّرَاهِمِ، وعَلى الْخبزِ فِي قليلِها، وعَلى الدَّقِيقِ فِي وَسطهَا، وَفِي متخذِ الْوَلِيمَةِ: على الْخبزِ بِكُلِّ حَالٍ.

(**ولو وكله بشراء الطعام.. فهو**) محمول (**على البر ودقيقه**) استحساناً؛ فإن العرف في شراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها.

قالوا: هذا في عرف أهل الكوفة، وفي عرف غيرهم: ينصرف إلى كلّ مطعوم، وهو القياس؛ اعتباراً للحقيقة؛ إذ الطعام اسم لما يؤكل؛ كما إذا حلف: «لا يأكل طعاماً».

وقال مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرف ديارنا: ما يمكن أكله من غير إدام؛ كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوهما، لا الحنطة والدقيق والخبز.

وفي «البحر» نقلاً عن «الذخيرة»: وعليه الفتوى.

(**وقيل: على البر في كثير الدراهم، وعلى الخبز في قليلها، وعلى الدقيق في وسطها**)، وهو قول أبي جعفر الهندواني.

(**وفي متخذ الوليمة: على الخبز بكل حال**)؛ أي: في قليلها وكثيرها.

قال في «البزازية»: إذا دفع إليه دراهم وقال: اشتر بها طعاماً، فاشترى لحماً أو فاكهة.. يصح في القياس.

وفي الاستحسان: لا؛ لأنه محمول على البر عرفاً في باب الوكالة.

بخلاف الوصية؛ فإنه إذا أوصى بالطعام.. دخل كل مطعوم؛ فقد فرق بين الوكالة والوصية في العرف.

وعلم فيه أيضاً: أنه لا فرق بين المعرف والمنكر في الطعام؛ يعني: لو قال اشتر بها الطعام أو طعاماً.. فلا فرق بينهما في الحكم.

بخلاف الثوب؛ فإنهم فرّقوا فيه بين المعرف والمنكر.

وَصَحَّ التَّوْكِيلُ بشرَاءِ عينٍ بدينٍ لَهُ على الْوَكِيلِ.

وكذا في لفظ «الشيء»، قال في «البزازية»: دفع إليه دراهم، وقال اشتر بها شيئاً.. لا يصحّ.

ولو قال: «على ما تحبّ وترضى».. جاز.

بخلاف البضاعة والمضاربة لو أمره بشراء ثوب.. لا يصح، وبشراء أي ثوب شئت.. يصح.

وفي البضاعة: لو أمره بشراء ثوب أو ثياب أو الثياب.. صح.

وبشراء أثواب.. لا يصح.

دفع إليه ألفاً وقال: اشتر لي بها الدواب أو لم يدفعه.. يصح.

ولو قال: خذ هذه الألف واشتر بها الأشياء.. جاز وإن لم يسمّ بضاعة أو مضاربة؛ لأنه أدخل اللام ولم يرد المعهود لعدمه، ولا كلّ الجنس لاستحالته.. علم أنه أراد به [٢٩٠/أ] ما تيسّر له من ذلك الجنس، حتى لو لم تدخل اللام.. لم يصحّ؛ كقوله: ثوباً أو دابة، بل أولى؛ لأن الشيء أعم، فكانت الجهالة أفحش، ولم يوجد منه ما يدل على تفويض الأمر إليه، بخلاف ما تقدم.

ولو قال: اشتر لي الأثواب.. لم يذكره محمد؛ قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز.

ولو قال: أثواباً.. لا يجوز.

ولو قال: ثياباً أو الدواب، أو الثياب أو دواباً.. يجوز وإن لم يقدر الثمن. انتهى.

وهذا بناء على عدم العرف في الثياب والدواب كما كان في الطعام.

(**وصحّ التوكيل بشراء عين**)؛ أي: شيء معين (**بدين له**)؛ أي: للموكل (**على الوكيل**)، ويكون ما اشتراه الوكيل للموكل، سواء قبضه من الوكيل، أو مات قبل القبض عن الوكيل؛ لأن في تعيين المبيع تعيين البائع، ولو عين البائع.. جاز بالاتفاق.

هكذا هذا.

وَفِي غيرِ الْعينِ؛ إن هلَك فِي يَد الْوَكِيل.. فَعَلَيهِ، وَإِن قبضَهُ الْمُوكِّلُ.. فَهُوَ لَهُ.

وَقَالا: هُوَ لَازمٌ للْمُوكِّلِ أَيْضاً.

وهلاكُهُ عَلَيْهِ إِذا قَبَضَهُ الْوَكِيلُ.

(**وفي غير العيّن؛ إن هلك**) ما اشتراه (**في يد الوكيل.. فعليه**)؛ أي: على الوكيل.

(**وإن قبضه الموكل.. فهو له**) هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: هو**)؛ أي: غير المعين (**لازم للموكل أيضاً**)؛ أي: مثل المعين.

(**وهلاكه**) عند الوكيل (**عليه**)؛ أي: على الموكل (**إذا قبضه الوكيل**) من البائع.

الظاهر: أنه قيد لكلّ من قوله: «لازم للموكل» ومن قوله: «وهلاكه عليه».

لهما: أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات؛ ديناً كان أو عيناً، ألا ترى: أنهما لو تبايعا عيناً بدين، ثم تصادقا أن لا دين عليه.. لا يبطل العقد، ولو تعين.. لبطل، وإذا لم يتعين بالتعيين.. كان الإطلاق والتعيين بالتقييد فيه، فصح التوكيل.

ويلزم الآمر على التقديرين؛ لأن يد الوكيل كيده، فصار كما لو قال: تصدق بما لي عليك على المساكين، أو قال لمستأجره: اصرف الأجرة الواجبة عليك إلى عمارة داري.. فإنه يجوز ويكون على الآمر.

ولأبي حنيفة: أن النقدين يتعينان في الوكالات؛ فلو كان هلاكه على الموكل.. كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض وهو البائع، أو كان أمراً يدفع ما لا يملكه إلا بالقبض قبل القبض، وكلاهما لا يجوز.

أما الأول: فلعدم قدرته على التسليم.

وأما الثاني: فلأن الديون تقضى بأمثالها؛ فكان ما أدّى المديون ملكه، ولا يملكه الدائن قبل القبض، والآمر: يدفع ما ليس يملكه، بخلاف ما إذا عيّن البائع؛ فإن التوكيل حينئذ صحيح لازم للموكل؛ لأنه حينئذ يجعل البائع أولاً وكيلاً عنه في

قبض ما على الوكيل من الدين، ثم يتملكه، وهذا ليس بتمليك من غير من عليه الدين، ولا أمراً بصرف ما لم يقبضه.

هذا، واستدلوا على أن النقدين يتعينان في الوكالات: بمسألتين:

إحداهما: أنه لو قيّد الوكالة بالعين [٢٩٠/ب] منهما أو بالدين منهما، ثم استهلك العين أو أسقط الدين.. بطلت الوكالة.

الثانية: أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدراهم أو الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاماً فاشترى بدراهم أو دنانير غيرهما، ثم نقد دنانير الموكل أو دراهمة.. فالطعام للوكيل، وهو ضامن لدراهم الموكل ودنانيره، على ما نقل في «العناية» عن الناطفي، وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

ويملك الضمان بالتعدي، وهاتان المسألتان تدلان على أن النقدين يتعينان بالتعيين في الوكالة.

والأولى تدل عليه مطلقاً.

والثانية تدل عليه بعد القبض.

وقال في «العناية» نقلاً عن «زيادات محمد»: رجل قال لغيره: اشتر لي بهذا الألف الدراهم جارية وأراه الدراهم، فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم.. لزم الموكل، وهذا يدل على أنهما لا يتعينان في الوكالة قبل قبض الوكيل، وإلا.. لم تلزم الجارية على الموكل.

ثم قال نقلاً عن «الذخيرة»: والأصل: أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف؛ لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء قبل التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء.

وعَلى هَذَا: إذا أَمَره أَن يسلِّمَ مَا عَلَيْهِ أَو يصَرِفهُ.

وَلَو وكَّلَ عبداً لِيَشْتَرِيَ نَفسَه لَهُ من سَيّدِهِ؛ ....

وأما بعد التسليم إلى الوكيل.. اختلف فيه المشايخ؛ قال بعضهم: يتعيّن لما ذكرنا، وعامتهم: على أنها لا تتعين.

قال في «البزازية»: النقود في الوكالة قبل التسليم إلى الوكيل لا تتعين، وبعد التسليم إليه؛ قيل: تتعين، حتى بطلت بالهلاك.

وقال أكثر المشايخ: لا تتعين، ولا تبطل بهلاكها.

وفي الشركة والمضاربة والهبة تتعين بكل حال. انتهى.

وفي قوله: «بالهلاك» إشارة إلى ردّ ما في «النهاية» من أن بطلان الوكالة مخصوص بصورة استهلاك الوكيل، ولا تبطل بالهلاك.

وما ذكر في «البزازية» موافق لما في شروح «الجامع الصغير»؛ حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء.. بطلت الوكالة، وهكذا ذكره في «الخلاصة» عن «الزيادات».

(وعلى هذا) الخلاف **(إذا أمره)**؛ أي: أمر الدائن المديون **(أن يسلم ما عليه)** من الدين **(أو يصرفه)**؛ فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف؛ بأن يقول للمديون: أسلم ما لي عليك من الدين في كرّ حنطة إلى فلان بعينه ففعل.. جاز بالاتفاق على الآمر.

وإن لم يعين؛ بأن يقول له: أسلم ما لي عليك في كرّ حنطة ولم يقل إلى فلان فأسلم.. فهو على الخلاف الذي تقدم بينه وبين صاحبيه.

وكذا الحال في الصرف.

بخلاف ما لو أمره بالتصدق أو بالإنفاق على داره المستأجرة [٢٩١/أ] للمديون.. فإنه يجوز على الآمر مطلقاً، على ما تقدم ذكره.

(ولو وكل عبداً ليشتري نفسه له)؛ أي: للموكل **(من سيده)**.. فهو على ثلاثة أوجه:

فَإِن قَالَ: بِعني نَفسِي لفُلَانٍ، فَبَاعَ.. فَهُوَ لَهُ، ....

إما أن يضيف العقد إلى موكله، أو إلى نفسه، أو أطلق.

فأشار إلى الوجه الأول بقوله:

١- **(فإن قال)**؛ أي: العبد لمولاه: **(بعني نفسي)** بكذا **(لفلان، فباع)** المولى بذلك الثمن **(.. فهو)** أي: العقد أو العبد **(له)**؛ أي: للموكل؛ لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء في نفسه؛ لأنه أجنبي عن مالية نفسه؛ لأنها للمولى، وله عبارة ملزمة كالحرّ، والعقد إنما يرد عليه من حيث إنه مال، فصار توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال الناس، وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه؛ فإذا صحّ توكيله وأضاف العقد إلى الموكل.. يقع عن الموكل - على ما هو قضية الوكالة - والثمن على العبد؛ لأنه هو المباشر.

فإن قيل: لو كان العبد أجنبياً عن مالية نفسه.. لكان للمولى حق الحبس لاستيفاء الثمن إذا باعه من نفسه لموكله؛ لأن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وليس للمولى ذلك.

قلنا: إن العبد وإن كان أجنبياً عن مالية نفسه، إلا أن ماليته بيده؛ لكونها مسلّمة إليه، فلم يكن للمولى حق الاحتباس لاستيفاء الثمن، كما أنه ليس للبائع حق احتباس المبيع بعد تسليمه إلى المشتري لاستيفاء الثمن؛ ألا ترى أن المودع إذا اشترى الوديعة التي كانت عنده.. لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن؛ لكونها في يد المودع مسلمة إليه.

والمصنف أشار بقوله: «فباع، فهو له» إلى:

- أن العقد يتم بمجرد قول البائع بعت بدون القبول من العبد، على ما دلّ عليه ظاهر «الهداية» أيضاً.

لكنه نقل في «العناية» عن «الجامع»: أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيد الملك للموكل إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد، حتى لو قال العبد:

وَإِن لم يقلْ لفُلَان.. عتقَ.

بعني نفسي من فلان، فقال: بعت.. لا يتم العقد حتى يقول العبد: قبلت؛ بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع.

بخلاف ما إذا اشترى لنفسه على ما سيأتي؛ فإنه إعتاق على مال، والواحد يتولى طرفي الإعتاق، فيتم بقول المولى: «بعت» بعد قول العبد: «بعني نفسي».

● وإلى أن وقوعه للموكل أعمّ من وقوعه له بطريق الانتقال؛ - كما هو مذهب الكرخي - أو ابتداء كما هو مذهب أبي طاهر؛ فإن ثبوت الملك للموكل بالشراء مختلف فيه، كما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: وقال الكرخي: يثبت الملك للوكيل ابتداء، ثم ينتقل إلى الموكل، وقال أبو طاهر: يثبت للموكل ابتداء، وهو الأصح.

ولهذا لو كان المشترى منكوحة الوكيل أو قريبه.. لا يفسد نكاحه، ولا يعتق عليه.

وقال القاضي أبو زيد: الوكيل [٢٩١/ب] ثابت في حق الحكم أصيل في الحقوق، فوافق الكرخي في الحقوق وأبا طاهر في حقّ الحكم، وهذا حسن. انتهى.

ثم أشار إلى الوجه الثاني والثالث بقوله:

٢+٣- (**وإن لم يقل لفلان**)، بل قال بعني نفسي مني بكذا.. وهو الوجه الثاني، أو قال: بعني نفسي بكذا بلا زيادة مني.. وهو الوجه الثالث؛ ففي الصورتين إذا قال المولى: بعت (.. **عتق**) على مال مقدّر بمجرد بعت؛ لأنه إعتاق دون بيع، وقد رضي به المولى.

فإن قيل: العبد وكيل بشراء شيء بعينه، فكيف جاز له أن يشتري لنفسه، بل واقع عن الأمر وإن لم يضف إليه؟

قلنا: نعم، إلا أن الوكيل أتى بجنس آخر من التصرف، وهو العتق على مال، فكان مخالفاً.. فينفذ عليه.

وإِنْ وكَّلَ العَبْدُ غَيرَهُ ليشتريَهُ مِن سَيّدِهِ؛ فإِنْ قَالَ الْوَكِيل للسَّيّد.. اشْتَرَيْتُهُ لنَفسِهِ فَبَاعَ.. عتق على السَّيّد، ....

فإن قيل: اللفظ حقيقة في البيع، فهلا يمكن العمل بها حتى يصرف إلى المجاز.

قلنا: إن حقيقته متعذرة ههنا؛ حيث أضاف العقد إلى نفسه، وحقيقة البيع بالنسبة إلى نفسه غير متصور، فيكون عتقاً.

فإن قيل: هذا ظاهر في الوجه الثاني، وأما في الوجه الثالث.. فلا.

قلنا: إن المطلق يحتمل الامتثال وغيره، فلا يجعل امتثالاً بالشك.. فيبقى التصرف واقعاً لنفسه؛ لأن الأصل في التصرفات: أن تقع للمباشرة فيقع عتقاً لا بيعاً؛ لما تقدم: أن حقيقة البيع متعذر.

(**وإن وكّل العبد غيره ليشتريه من سيّده**) بألف مثلاً ودفعها إلى الوكيل، وهذا عكس المسألة الأولى؛ (**فإن قال الوكيل للسيد: اشتريته لنفسه فباع**)؛ أي: إن قال الوكيل وقت الشراء للسيد: أنا أشتري عبدك لنفسه بكذا، فباعه المولى (.. **عتق**) العبد (**على السيد**)؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق له على مال، وهو يتوقف على قبول المعتق، وقد وجد ذلك منه؛ لأن شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل، والمأمور سفير محض؛ حيث أضاف العقد إلى موكله - وهو العبد - والحقوق لم ترجع إليه؛ لكونه سفيراً، فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه.

وهل يجب على العبد ألف أخرى سوى ما دفعه إلى الوكيل؟

ففي «النهاية» و«العناية»: قال الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير»: وفيما إذا بيّن الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد، هل يجب على العبد ألف أخرى؟

لم يذكر ذلك في الكتاب، وينبغي أن يجب؛ لأن الأول مال المولى، فلا يصلح بدلاً عن ملكه.

وَوَلَاؤُهُ لَهُ.

وَإِن لم يقلْ: «لنَفسِهِ».. فَهُوَ لِلْوَكِيل، وَعَلِيهِ ثمنُهُ، وَمَا أعطَاهُ العَبْدُ لأجلِ الثّمنِ لِلْمولى.

قالا: وفي كلام صاحب «الهداية» ما يشير إليه أيضاً؛ فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل، فلو لم تجب عليه أخرى.. كان إعتاقاً بلا بدل.

قلت: فعلى هذا: كلام المصنف خالٍ عن هذه الإشارة؛ لأنه لم يقيد العتق ببدل.

(**وولاؤه له**)؛ أي: للسيد؛ لأنه إذا كان إعتاقاً.. أعقب الولاء للمعتق وهو السيد [٢٩٢/أ].

(**وإن لم يقل**) الوكيل وقت الشراء: الشراء (**لنفسه**)، بل أطلقه بأن قال: اشتريته (.. **فهو**)؛ أي: العقد أو العبد (**للوكيل**)؛ لأن اللفظ حقيقة في البيع، فيحافظ عليها ما أمكن، وقد أمكن عند الإطلاق عن البيان بذكر بنفسه.

فإن قيل: لا نسلم أنها ممكنة؛ لأنه توكيل بشراء شيء بعينه، فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه.

فالجواب عنه: ما ذكرناه؛ وهو أن الوكيل أتى بجنس آخر من العقد وهو العتق على مال، فكان مخالفاً للأمر.. فينفذ عليه.

(**وعليه**)؛ أي: على الوكيل (**ثمنه**)؛ أي: ثمن العبد؛ لأن الغرم بالغنم، (**وما أعطاه العبد**) وقت التوكيل (**لأجل الثمن للمولى**)؛ لأنه ملكه؛ لأنه كسب عبده، وهذا يدل على ما ذكرناه آنفاً من «الجامع الصغير» لقاضي خان من أنه ينبغي أن يجب على العبد ألف آخر، وهذا التفصيل إنما هو في توكيل العبد غيره لشراء نفسه من مولاه.

وأما لو وكل أجنبي أجنبياً بشراء العبد من مولاه.. فلا فرق أن يقول الوكيل: أنا أشتري عبدك لموكلي أو لم يقل ذلك بل أطلقه، أو أضافه إلى نفسه في أن يقع العقد للموكل؛ لأن العقد ههنا من نوع واحدا - أعني: المبايعة - وفي الأحوال الثلاثة

وَإِذا قَالَ الْوَكِيلُ لمن وَكَّلَه بشرَاءِ عبدٍ: اشْتريتُ لَك عبداً فَمَاتَ، وَقَالَ الْمُوكِّلُ: اشْتَرَيْتَهُ لنَفسِكَ.. فَالْقَوْلُ لِلْمُوكِّلِ إِن لم يكنْ دفعَ الثّمنَ، وإِلّا.. فللوكيل.

تتوجه المطالبة نحو العاقد، فلا حاجة إلى البيان، بخلاف مسألة الكتاب؛ فإن أحدهما إعتاق يعقب الولاء، ولا مطالبة فيه على الوكيل؛ لكونه سفيراً محضاً فلا بد من البيان.

(**وإذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد**) مثلاً: (**اشتريت لك عبداً فمات**) عندي، (**وقال الموكل: اشتريته لنفسك.. فالقول للموكل إن لم يكن**) الموكل (**دفع الثمن**) إلى الوكيل، (**وإلا.. فللوكيل**).

إذا وكّل رجلاً بشراء عبد بألف، فقال الوكيل: قد فعلت، وأنكره الموكل، فلا يخلو: إما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين، أو غير معين.

وعلى التقديرين: إما أن يكون العبد حياً، أو ميتاً عند اختلافهما.

وعلى التقديرين: إما أن يكون الثمن منقوداً إليه، أو لا.. فالأقسام ثمانية.

فإن كان العبد غير معيّن وهو ميت والثمن غير منقود.. فالقول للآمر؛ لأن المأمور أخبر عمّا لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الأمر؛ لأن قوله «فعلت ومات عندي» الإخبار عن الرجوع بالثمن عليه، وهو لا يقدر على استئناف سببه - وهو العقد - لكون المحل ميتاً، والموكل منكر.. فالقول له.

وإن كان الثمن منقوداً.. فالقول للوكيل؛ لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة وهما مسألتا المتن.

وإن كان حياً والثمن منقوداً.. فالقول للوكيل أيضاً؛ لأنه أمين.

وإن لم يكن منقوداً.. فكذلك عند [٢٩٢/ب] أبي يوسف ومحمد؛ لأنه يملك استئناف الشراء لكون المحل حياً، فلا يتهم في الإخبار، وعند أبي حنيفة: القول

وللوكيل: **طلبُ الثَّمنِ** من **الْمُوكِّلِ** وإنْ لم يَدْفَعْهُ إِلَى البَائِعِ، ....

للآمر؛ لأنه موضع تهمة بأن يشتريه لنفسه، ثم وجد العقد خاسراً فأراد أن يلزمه للآمر.

وإن كان معيناً حياً.. فالقول للمأمور؛ سواء كان الثمن منقوداً أو لا بالاتفاق؛ لتملكه الاستئناف عندهما، ولعدم التهمة عنده؛ لأن الوكيل بشراء معين لا يملك الشراء لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل.

وإن كان ميتاً والثمن منقود.. فالقول للمأمور؛ لكونه أميناً.

وإن كان غير منقود فللآمر؛ لأنه أخبر عمّا لا يملك الاستئناف بسببه على ما مر، وكلام المصنف يشمل هاتين الصورتين أيضاً.

(وللوكيل) بالشراء **(طلب الثمن من الموكل)** إذا فعل ما أمر به؛ أعني: الاشتراء **(وإن)** وصلية **(لم يدفعه)**؛ أي: الثمن **(إلى البائع)**؛ لأن بينهما مبادلة حكمية؛ كأن الوكيل باعه من الموكل، والموكل اشتراه منه، فكما أن للبائع حقيقة طلب الثمن من المشتري قبل دفع المبيع إليه وبعده.. فكذلك للبائع الحكمي أن يطلب الثمن من المشتري قبل الدفع وبعده.

نعم، لو كان طلب الثمن من الموكل وحبس المبيع عنه لأجل دفع الثمن إلى البائع.. لم يكن له الطلب من الموكل قبل الدفع ولكنه ليس كذلك، بل لأجل أن بينهما مبادلة حكمية، وهذا المعنى لا يختلف بين ما إذا نقد الثمن إلى البائع أو لم ينقده، ولأن المبيع قد سلم للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأنه لو لم يرجع عليه بما دفعه.. لكان متبرعاً فيه، والشخص إنما يكون متبرعاً إذا كان الدفع بغير إذن من غير يد الرجوع عليه، والإذن ثابت ههنا دلالة؛ لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها الدفع.. علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع، فكان راضياً بذلك آمراً به دلالة.

والدليل على أن بينهما مبادلة حكمية: أن الموكل لو وجد في المبيع عيباً.. يرده على الوكيل، ولو اختلفا في قدر الثمن.. تحالفا.

فإن قيل: إن كلاً من الرد والتحالف فرع المبادلة، فكيف يكون دليلاً عليها؟

أجيب: بأن الفرع المختص بأصل: يكون وجوده دليلاً على وجوه أصله.. فلا امتناع في كونه دليلاً، وإنما الممتنع كونه علة لأصله.

وقال في وكالة «التاتارخانية»: وللوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي الثمن من مال نفسه، وهكذا ذكر في «الزيلعي» و«العناية».

وقال في «الأشباه»: الوكيل بالشراء إذا دفع الثمن من ماله.. فإنه يرجع على موكله بذلك الثمن، إلا فيما إذا ادّعى الدفع وصدقه الموكل وكذبه [٢٩٣/أ] البائع، فلا رجوع كما في كفالة «الخانية»، وهكذا ذكره في «البحر» نقلاً عن «الخانية» أيضاً.

أقول: فيه نظر؛ لأنه لما جاز للوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل دفعه إلى البائع على ما صرح به في «الخانية» و«الزيلعي» و«العناية» وغيرها من الكتب وهو مسألة الكتاب، وكانت الحقوق راجعة إلى الوكيل ههنا.. لم يكن لتكذيب البائع أثر في منع رجوع الوكيل عن موكله، وإنما الاستثناء الذي نقله عن كفالة «الخانية» في مسألتي الكفالة والتوكيل بقضاء الدين، لا في مسألة التوكيل بالشراء.

والفرق بين الكفالة والوكالة بقضاء الدين، والوكالة بالشراء: ظاهر؛ **أما بين الكفالة والوكالة**.. فلأن الكفيل إنما يرجع على المكفول عنه بحكم الأداء، حتى لا يرجع عليه قبل الأداء؛ لأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين، فلا يملك الرجوع بالدين إلا بأن ملك الدين، ولا يملكه إلا بالدفع أو بهبة الدين على ما صرح به في «البزازية» وغيرها.

والوكيل إنما يرجع على الموكل بحكم المبادلة الحكمية الجارية بينه وبين الموكل، لا بالدفع، على ما تقدم آنفاً، وبه صرح في «البزازية» و«الزيلعي».

وأما بين الوكالة بقضاء الدين والوكالة بالشراء.. فلأن الوكيل بقضاء الدين لا

يملك الرجوع على الموكل إلا بدفع الدين إلى الدائن؛ لأنه هو المأمور به، والمأمور لا يملك الرجوع على الآمر إلا بفعل ما أمر به، بخلاف الوكيل بالشراء؛ فإن المأمور به ههنا هو الشراء - وقد فعل ذلك - لا دفع الثمن إلى البائع، وإنما دفع الثمن من ماله مرضي به دلالة؛ فإذا فعل الشراء.. تمت الوكالة، فله الرجوع على ما أمره بالثمن.

ولعل ابن نجيم غفل عن هذا الفرق وجعل مسألة الوكالة بالشراء مثل مسألة الكفالة ومسألة الوكالة بقضاء الدين.. فلنذكر ما في كفالة «الخانية»: قال فيها: رجل عليه ألف لرجل، فأمر المديون رجلاً أن يقضي الطالب الألف التي عليه، فقال المأمور: قضيت، فصدقه الآمر وكذبه صاحب الدين.. لا يرجع المأمور على الآمر؛ لأن المأمور بقضاء الدين وكل شراء ما في ذمته؛ فإذا لم يسلم له ما في ذمته.. لا يرجع المأمور على الآمر؛ كالوكيل بشراء العين إذا قال: اشتريت ونقدت الثمن من مالي، وصدقه الموكل وكذبه البائع.. لا يرجع الوكيل على الموكل.

ثم قال: رجل له على رجل ألف درهم، فأمر الغريم رجلاً [٢٩٣/ب] أن يقضي صاحب المال ماله، فقال المأمور: قد قضيت صاحب المال ماله وأنا أرجع به عليك، وصدقه الغريم بذلك، وقال صاحب المال: ما قبضت شيئاً.. فالقول قول صاحب المال مع يمينه، ولا يرجع المأمور على الآمر بشيء وإن صدقه الآمر، وكذلك الكفيل على هذا.

يعني: لو كفل رجل عن رجل بمال بأمر المكفول عنه، فقال الكفيل بعد ذلك: قضيت صاحب المال ماله، وصدقه المكفول عنه بذلك، وكذبه صاحب المال وحلف، وأخذ ماله من المكفول عنه.. لم يرجع الكفيل على المكفول عنه.

ثم قال فيها أيضاً نقلاً عن «السراجية»: أمر رجلاً أن يقضي عنه ألفاً لرجل عليه له ألف، فقال: قضيت، وصدقه الآمر، وكذبه صاحب المال.. فلا رجوع له على الآمر.

والحاصل: أن الوكيل بالشراء يرجع على الموكل بعدما اشترى، وبقبض المبيع من البائع ثبت المبادلة الحكمية بينه وبين الموكل، وإن المطالبة بالثمن إلى الوكيل لا إلى الموكل، بخلاف الكفيل؛ فإنه إنما يرجع على المكفول عنه بعد دفع المال إلى المكفول له؛ لأن حق الرجوع في الكفالة بحكم الدفع، ويملك ما في ذمة المكفول عنه.

وكذا في الوكالة بقضاء لا بحكم المبادلة الحكمية.

قال في الفصل الثالث من وكالة «البزازية»: أمر بقضاء دينه، فقال المأمور: قضيت، فصدقه الآمر فيه، وكذبه الطالب، وحلف على عدم وصول المال إليه وأخذه من الآمر.. لا يرجع المأمور على الآمر، لأن الآمر كذب في إقراره حيث قضي عليه بالدين؛ لأن الإقرار إنما يبطل بالحكم على خلافه إذا كان الحكم بالبينة؛ أما إذا كان بالإقرار.. فلا يبطل، بل لأن المأمور وكيل بشراء ما في ذمة الآمر بمثله وبنقد الثمن من مال نفسه، وإنما يرجع على الآمر إذا سلم له ما في ذمته؛ كالمشتري إنما يؤمر بتسليم الثمن إلى البائع إذا سلم البائع ما اشترى؛ أما إذا لم يسلم.. فلا. انتهى.

وهذا مما يدل على ما ذكرناه من الفرق بين الوكيل بقضاء الدين وبين الوكيل بالشراء؛ فإن الوكيل بالشراء ليس وكيلاً بشراء ما في ذمة الموكل بمثله، وينقد الثمن من مال نفسه كما هو كذلك الوكيل بقضاء الدين.

ثم قال في «البزازية» نقلاً عن «الكافي»: أمره بأن ينقده عنه فلاناً ألفاً، أو قال: انقده ألفاً له عليّ، أو ادفع الذي له عليّ، أو أعطه الذي له عليّ، أو أوفه ما له عليّ، أو أعطه عني ألفاً، أو اقضه ما له عليّ، أو اقض عني، أو انقده ألفاً على أني ضامن، أو على أني كفيل بها، أو على أنها لك علي، أو على أنها [٢٩٤/أ] لك إلي أو قبلي، ونقد.. رجع في الكلّ على الآمر.

ولو أمره في هذه الفصول أن ينقد الجياد فأعطى الزيوف.. يرجع بالزيوف، وفي الكفالة.. يرجع بما كفل؛ لأن الرجوع هنا بحكم الإقراض، وفي الكفالة بحكمِ ملكَ

وَحبسُ المُشْتَرَى لأَجله، ....

ما في ذمة الأصيل بالدفع، ثم ذكره في أواخر الفصل الخامس: أن الكفيل يرجع بحكم الأداء، والوكيل يرجع بحكم المبادلة الحكمية الجارية بين الوكيل والموكل.

(وحبس المشتري)؛ أي: المبيع، وهو عطف على طلب الثمن.

(لأجله)؛ أي: لأجل الثمن؛ لما ذكرناه من أنّ بينهما مبادلة حكمية، فصار الوكيل مثل البائع، وموكله مثل المشتري.. فله الحبس قبل الدفع وبعده.

وقال زفر: ليس للوكيل حبس المبيع؛ لأن الموكل صار قابضاً بيد الوكيل؛ لأن يده يد الموكل، والحبس في المقبوض غير متصور.

ولنا: أن في ذلك طريقين:

أحدهما: أن يقال التسليم الاختياري سقط حق الحبس، وهذا التسليم ليس باختياري، بل هو ضروري لا يمكن الاحتراز عنه؛ لأن الوكيل لا يمكن له أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضاً، فلا يسقط حق الحبس.

والثاني: أن يقال: إنّ قبض الوكيل في الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل، وأن يكون لإحياء حقه، وإنما تبين أحدهما عن الآخر بجنسه وعدم جنسه.. فكان الأمر فيه موقوفاً في الابتداء؛ فإن لم يحبسه.. عرفنا أنه كان عاملاً للموكل، وإن حبسه.. عرفنا أنه كان عاملاً لنفسه، فلم يكن الموكل قابضاً بقبضه.

قال في الوكالة بالشراء من بيوع «البزازية»: وللوكيل حبس المبيع إلى أن يقبض حقه عندنا، خلافاً لزفر؛ فإن نقد الوكيلُ بالشراء الثمنَ من ماله، ثم لقي الموكل في بلد آخر - والمبيع ليس عنده - وطلب من الموكل الثمن، فأبى أن يسلم إليه المبيع:

فإن كان الموكل طالبه بتسليمه حين كان المبيع بحضرتهما ولم يسلمه، بل حبسه حتى يقبض الثمن.. له أن لا يدفع الثمن حتى يقبض المبيع؛ لأنه امتنع عن تسليم المبيع حال حضرته.. فللموكل أن يمنع حال غيبته.

وإن كان الموكل لم يطلبه منه حال حضرة المبيع.. ليس له أن يمتنع عن دفع الثمن؛ لأنه صار ديناً في ذمة الموكل.

ثم اعلم: أن كلاً من طلب الثمن من الموكل وحبس المبيع منه: إذا كان الثمن حالاً بأن اشتراه الوكيل باتاً.

وأما إذا اشتراه بثمن مؤجل.. فلا، بل يتأجل في حق الموكل أيضاً، ولا يطالبه الوكيل حالاً، حتى لو مات الوكيل قبل حلول الأجل وحلّ عليه الثمن.. لا يحل [٢٩٤/ب] على الموكل، كذا في «البزازية».

بخلاف ما إذا اشتراه بنقد، ثم أجله البائع.. كان للوكيل أن يطالبه به حالاً - وهي الحيلة - كذا في «الخلاصة» و«البحر».

وهل يرجع الوكيل عليه بالثمن فيما إذا وهب البائع الثمن للوكيل أو أبرأ عنه؟

ففي «البزازية»: وهب البائع كل الثمن للوكيل بالشراء.. رجع الوكيل على الموكل بكله، وإن وهب له نصفه، ثم النصف الباقي.. يرجع بالنصف الباقي دون الأول؛ لأن الأول: حطّ وإسقاط، والثاني: هبة.

ولو كان ألفاً فوهب له أولاً تسعمائة، ثم مائة.. يرجع بالمائة عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه أخذ الحسن، هكذا ذكره.

ثم قال: وعلم بما ذكرنا: أن إبراء البائع الوكيل وهبته على السواء.. يرجع فيهما على موكله بالثمن.

والدائن إذا أبرأ الدين عن الكفيل.. لا يرجع على المكفول عنه، وإذا وهب.. يرجع.

والفرق: أن الكفيل يرجع بحكم الأداء حتى لا يملك الرجوع قبل الأداء؛ لأنه ملك ما في ذمة الأصيل، وملكه: قد يكون بالأداء، وقد يكون بالهبة؛ لأنها سبب

فَإِن هلك قبلَ حَبسه.. هلكَ على الْآمِرِ، وَلَا يسْقطُ ثمنهُ، وَإِن بعدَ حَبسِهِ.. سقطَ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: هُوَ كَالرَّهْنِ.

للملك كالأداء؛ أما في الإبراء.. فليس من أسباب الملك بما في ذمة المديون، وفي الوكالة: الرجوع بحكم المبادلة الحكمية الجارية بين الوكيل والموكل. انتهى.

أقول: ما ذكره أوّلاً مسلم ومذكور في الكتب أيضاً، حتى نقله في «البحر» عن «الواقعات الحسامية»، وكذا ما ذكره ثانياً من قوله: «إن إبراء البائع وهبته على السواء» ممنوع، بل المعلوم مما ذكره أولاً: الفرق بين الإبراء والهبة؛ كما في إبراء الدين عن الكفيل؛ فإنه قال: «يرجع بالنصف الباقي دون الأول»، وعلله بقوله: «لأن الأول حطّ وإسقاط، والثاني هبة» فقد حكم في الإبراء: بعدم الرجوع، وفي الهبة: بالرجوع.

(فإن هلك) المبيع في يده **(قبل حبسه.. هلك على الآمر، ولا يسقط ثمنه)** عن الآمر؛ لعدم التعدي من المأمور.

(وإن) هلك **(بعد حبسه.. سقط)** الثمن عن الموكل بالاتفاق؛ لكونه مضموناً على الوكيل بالاتفاق، لكنهم اختلفوا؛ فقال أبو حنيفة ومحمد: إنه يضمن ضمان المبيع، وإليه أشار بقوله: «يسقط» لأن المبيع مضمون بالثمن، حتى إذا هلك في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري.. سقط الثمن عن المشتري، قلَّ أو كثر.

(وعند أبي يوسف: هو كالرهن)، فيضمن ضمان الرهن، فيعتبر الأقل من القيمة ومن الدين، وضمان الغصب عند زفر.. فيجب مثله إن كان مثلياً، وقيمته بالغة ما بلغت إن كان قيمياً، كما هو ضمان المغصوب، وهذا بناء على مذهبه: من أن الوكيل ليس له حق الحبس، فصار بالحبس غاصباً [٢٩٥/أ].

ولهما: «أن الوكيل بمنزلة البائع للموكل، والموكل بمنزلة المشتري منه؛ لما بينهما من المبادلة الحكمية على ما تقدم، وللبائع حق الحبس لاستيفاء الثمن، وإذا هلك عنده.. صار مضموناً عليه بالثمن، قليلاً كان أو كثيراً من القيمة، ويسقط من المشتري، فكذا الوكيل؛ لأنه بائع حكماً.

ولأبي يوسف: أنه مضمون عليه بعد الحبس بعد أن لم يكن مضموناً قبل [الحبس]، فكان في معنى الرهن لا في معنى البيع؛ فإن المبيع مضمون عليه بنفس العقد قبل الحبس أيضاً.

إذا عرفت هذا؛ فإن كان الثمن مساوياً للقيمة.. سقط بالاتفاق.

والخلاف إنما يظهر فيما إذا كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر؛ فعند زفر: يضمن خمسة عشر؛ لكونه غصباً عنده، وعند الثلاثة: يضمن عشرة.

أما عند أبي يوسف؛ فلكونه أقلّ.

وأما عندهما؛ فلكونه ثمناً.

وإن كان بالعكس.. فعند زفر يضمن عشرة، فيطالب الخمسة من الموكل، وكذا عند أبي يوسف؛ لكونه أقلّ.

ونقدها من ماله وقبض المبيع، ولم يحبسه عن الموكل حتى أعطاه نصفه، ثم حبس وهلك في يده.. سلم له النصف المقبوض، وبطل الباقي.

وإن كان حبسه في أول الأمر.. رد المقبوض أيضاً. انتهى.

هذا كله في هلاك المبيع في يد الوكيل والموكل لم يكن دفع إليه الثمن.

وأما إذا دفع الموكل الثمن إليه فهلك الثمن في يده؛ ففي الفصل الخامس من وكالة «البزازية» نقلاً عن «الجامع»: دفع إلى الوكيل ألفاً ليشتري به، فاشترى، وقبل أن ينقد للبائع هلك.. فمن مال الآمر، وإن اشترى، ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه إلى البائع عند الوكيل.. يهلك من مال الوكيل.

وفي «الجامع الأصغر»: وكّله به ودفع ألفاً إليه، فاشترى ولم ينقد حتى هلك.. رجع مرة؛ فإن دفع وهلك ثانياً.. لا يرجع أخرى، والمضارب يرجع مراراً، والكل رأس المال. انتهى. وسيأتي في **المضاربة**.

وفي «التاتارخانية»: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمر بأن يشتري له بها

عبداً، فوضع الوكيل الدراهم في منزله وخرج إلى السوق، واشترى له عبداً بألف درهم وجاء بالعبد إلى منزله وأراد أن يدفع الدراهم إلى البائع؛ فإذا الدراهم قد سرقت، وهلك العبد في منزله، فجاء البائع وطلب منه الثمن، وجاء الموكل يطلب منه العبد.. كيف يفعل؟

قالوا: يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعها إلى البائع، والعبد والدراهم هلكا على الأمانة في يده.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى [٢٩٥/ب] العبد وهلك في يده؛ أما إذا لم يعلم ذلك إلّا بقوله.. فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه. انتهى.

وفي الوكالة بالشراء من بيوع «البزازية»: الوكيل بالشراء أخذ المبيع على وجه السّوم مع قرار الثمن، فأراه الموكل، فلم يرض به الموكل، فهلك في يد الوكيل.. ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع، ثم يرجع به على الموكل إن كان أمره بالأخذ على وجه السوم، وإن كان لم يأمره.. لا يرجع.

هذا كله في الهلاك.

وأما لو ذهبت عين المبيع في يد الوكيل بعد حبسه.. فهل يسقط الثمن؟

ففي «البحر» نقلاً عن «زيادات قاضي خان»: أنه لم يسقط شيء من الثمن؛ لأن العين وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكن يخيّر الموكل؛ إن شاء.. أخذه بجميع الثمن، وإن شاء.. تركه.

وهذا كله في الوكيل بالشراء.

وهل هو كذلك في الوكالة بالاستئجار؟

ففي «البحر» نقلاً عن «الخانية»: الوكيل باستئجار الدار إذا استأجر للموكل داراً بمائة درهم، وشرط التعجيل أو لم يشترط، وقبض الوكيل الدار.. لا يكون له أن

وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ بشرَاءِ عينٍ شِرَاؤُهُ لنَفسِهِ.

يحبسها من الموكل بالأجر؛ فإن حبسها حتى مضت المدة.. ذكر في بعض الروايات: أن الأجر على الوكيل، ثم الوكيل يرجع على الموكل، ولا يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل، بخلاف ما إذا غصبها غاصب؛ فإن ثمة لا يجب الأجر على الموكل ولا على الوكيل.

وفي بعضها: يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل، قال: فيكون مضموناً ضمان البيع عندهما، وضمان الرهن عند أبي يوسف، وضمان الغصب عند زفر كما في الشراء على ما تقدم.

(**وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه**)؛ لأنه يؤدي إلى تغرير المسلم؛ لأنه اعتمد عليه - وذلك لا يجوز - ولأن فيه عزل نفسه عن الوكالة، وهو لا يملك ذلك في غيبة الموكل؛ لأنه فسخ، فلا بد من علم صاحبه كما في سائر الفسوخ، ولأن الوكيل عامل لغيره؛ فمتى كان عاملاً لنفسه.. بطلت الوكالة، فلا يملكه إلا بإذن الموكل.

فإن قيل: إن الدائن يجوز أن يوكل مديونه بإبراء نفسه عن الدين، مع أنه عامل لنفسه.

أجيب عنه: بأنه وإن كان عاملاً لنفسه بإبراء ذمته.. فهو عامل للموكل بإسقاط دينه، وشرط الوكالة: كونه عاملاً لغيره، لا كونه غير عامل لنفسه، كذا في «منية المفتي».

ومنه: ظهر ضعف ما في «الأشباه»: الوكيل عامل لغيره، فمتى كان عاملاً لنفسه.. بطلت، إلا في مسألة، وهي: ما إذا وكل المديون بإبراء نفسه.. فإنه صحيح وإن كان عاملاً لنفسه. انتهى.

وجه الضعف: أن ذلك [٢٩٦/أ] المديون عامل لغيره أيضاً كما عرفت، فلا يستقيم الاستثناء، وإنما يستقيم أن لو لم يكن عاملاً لغيره. تأمل.

فَإِن شراه بِخِلَاف جنسٍ مَا سمّى من الثّمنِ، ....

ثم قوله: «لا يملك شراءه لنفسه وإن قال عند العقد اشتريته لنفسي» ليس على إطلاقه، بل مقيّد بقبول الوكالة؛ بأن يقول: «نعم» مثلاً عند قول الموكل: اشتر لي عبد فلان أو جارية فلان؛ لما ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن شركة «الفتاوى»: رجل قال لآخر اشتر لي جارية فلان، فلم يقل المأمور: «نعم» أو «لا»، فذهب واشترى تلك الجارية؛ إن قال: اشتريتها للآمر.. فهي للآمر، وإن قال: اشتريتها لنفسه.. فهي له، وإن قال: اشتريته ولم يقل: للآمر أو لنفسي، ثم قال: «اشتريتها لفلان»؛ قبل أن يهلك أو يحدث بها عيب.. يصدق، وإن قال بعد الهلاك أو حدوث العيب.. لا يصدق بلا تصديق الموكل. انتهى. [٢٩٦/ب].

فعلم منه: أنه لو وكل بشراء شيء معين ولم يقل: «نعم»، وذهب واشترى ذلك الشيء لنفسه، وقال: اشتريت لنفسي.. يقع عنه لا عن الموكل، فظهر من هنا: أن الوكيل بشراء شيء معين إذا اشتراه لنفسه.. لا يكون له، بل للموكل، إلا في مواضع:

منها: إذا وكل غيره بدون إذن الموكل، فاشترى الوكيل الثاني عند غيبة الوكيل الأول.

ومنها: إذا خالف المؤكل في قدر الثمن.

ومنها: إذا خالفه في جنسه إن سمى الموكل الثمن.

ومنها: إذا اشتراه بغير النقود، إن لم يسمّ الموكل الثمن، بل أطلقه.. فإنه ينصرف إلى النقود في البلد.

ومنها: إذا اشتراه في حضرة الموكل وقال: اشتريته لنفسي.

ومنها: إذا قال الموكل: اشتر لي جارية فلان، ولم يقل «نعم» وذهب واشتراها، وقال: اشتريتها لنفسي.. فإن في هذه المواضع الستة يكون المشترى له لا للموكل وإن كان وكيلاً بشراء معين، فأراد المصنف أن يذكر بعضاً منها فقال: (**فإن شراه**)؛ أي: الشيء المعين الذي وكّل بشرائه، (**بخلاف جنس ما سمى**) الموكل (**من الثمن**)

فإذا لم يجز شراؤه لنفسه؛ فإن شراه لنفسه في غيبة الموكل.. وقع عن الموكل وإن قال عند العقد: اشتريته لنفسي، إلا إذا باشر العقد على وجه المخالفة في قدر الثمن، أو جنسه عند تسمية الثمن، أو اشتراه بغير النقود عند عدم تسمية الثمن، أو وكل رجلاً آخر بشرائه فاشتراه وهو غائب ولم يأذنه الموكل.. فإن في هذه الوجوه يقع العقد عن الوكيل.

وأشار بقوله: «لنفسه» إلى أنه لا يشتريه لموكل آخر بطريق الأولى، حتى لو اشترى للثاني.. يكون للأول، إلا أن يقبل وكالة الثاني بحضرة الأول.. فإنه حينئذ يكون للثاني إن اشتراه للثاني، وكذا يكون للثاني أيضاً فيما إذا وكل الأول بمائة درهم، والثاني بألف درهم أو بمائة دينار، فاشتراه بألف درهم أو بمائة دينار؛ لأنه خالف الأول ووافق الثاني، فيكون للثاني، كذا في «البحر».

واعلم: أنه لا بد أن تقيّد المسألة بغيبة الموكل كما قيدنا في الوجه الثاني؛ لأن الموكل إذا كان حاضراً عند العقد.. فللوكيل أن يشتريه لنفسه؛ لأن له حينئذ عزل نفسه.

ولذا قال في «البزازية»: الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه وإن قال عند العقد: «اشتريته لنفسي»، إلا إذا خالف في قدر الثمن أو جنسه.

هذا إذا كان الموكل غائباً.

وإن كان حاضراً وصرح الوكيل أنه يشتريه لنفسه.. صار مشترياً لنفسه. انتهى.

واحترز بالشراء عن النكاح؛ فإن الوكيل بنكاح امرأة معينة يملك تزوجها لنفسه على ما صرح به في «البزازية».

بخلاف ما لو وكلت المرأة رجلاً بالتصرف في أمورها فزوّجها من نفسه.. لا يجوز؛ لأنها لو وكّلته بالنكاح.. لا يملك التزويج من نفسه، فهنا أولى، كذا في وكالة النكاح من «قاضي خان».

هكذا قيده في «المجمع» و«الهداية»، بخلاف الجنس، ولم يطلقه حتى يشمل الخلاف في قدر الثمن، وقد صرح في «البزازية»: أن خلاف الوكيل في قدر الثمن مثل خلافه في جنسه في بطلان الوكالة بسببه.

وقال في «البحر»: إن ظاهر ما في «الهداية» و«المجمع»: أن الموكل إذا سمّى له ثمناً فزاد عليه الوكيل أو نقص عنه.. فإنه يكون مخالفاً له.

وظاهر ما في «الكافي» للحاكم الشهيد: أنه يكون مخالفاً فيما زاد عليه، لا فيما نقص عنه، حتى لو اشترى بالزيادة على المسمى.. يكون للمأمور، ولو اشترى بالنقصان منه.. يكون للآمر. انتهى.

وذكر في «الخلاصة»: أن الوكيل إذا خالف أمر الآمر؛ إن كان خلافاً إلى خير في الجنس بأن وكّله ببيع عبده بألف درهم فباعه بألف ومائة.. ينفذ، ولو وكّله ببيع عبده بألف درهم فباعه بمائة دينار.. لا ينفذ عليه وإن كان خيراً. انتهى.

فظهر منه: أن الخلاف إلى زيادة أو نقصان إنما يظهر أثره فيما اتحد بالجنس، وأما في خلاف الجنس.. فلا، بل الاعتبار ثمة إلى خلاف الجنس، حتى لا يجوز وإن كان إلى خير.

أطلق الخلاف في جنس الثمن فشمل ما إذا كان خلاف الجنس عرضاً أو نقداً؛ بأن أمره بقرض فاشتراه بنقد، أو بالعكس، أو بدنانير فاشتراه بدراهم؛ لما في «البزازية»: أمره بأن يشتري بعشرة دنانير، فاشتراه بمائتي درهم، وقيمة الدراهم مثل عشرة دنانير.. لزم الموكل، خلافاً لمحمد وزفر، ولو بعرض قيمتها مثل الدنانير.. لا يلزم الآمر إجماعاً. انتهى.

فإطلاقه يشمل ما قال محمد وزفر.

وذكر في «البحر» [٢٩٧/أ] نقلاً عن «الواقعات الحسامية»: الوكيل بالشراء بألف درهم [إذا] اشترى بمائة دينار أو بعرض.. لا يلزم الموكل. انتهى.

أَو بِغَيْرِ النُّقُودِ.. وَقع لَهُ.

وَكَذَا إِنْ أَمرَ غَيرَه فشراهُ الْغَيْرُ بغيبتِهِ.

وَإِن شراهُ بِحَضْرَتِهِ.. فللموكِّلِ.

فلم يفرق بين العرض والنقد في المخالفة كما هو مذهب محمد وزفر.

وذكر فيه نقلاً عن «الواقعات» أيضاً: قال الأسير لرجل اشترني بألف درهم، فاشتراه بمائة دينار أو بعرض.. جاز، وله أن يرجع على الأسير بالألف. انتهى.

وذكر هكذا هذه المسألة في «الأشباه» واستثناها عن قولهم: «الوكيل إذا اشترى بأكثر مما سماه الموكل من الثمن.. نفذ عليه»، وهي الأسير إذا أمر رجلاً أن ينقد به ألفاً فنقد ألفين.. يرجع عليه بألفين.

واعلم: كما أن الوكيل بشراء شيء معين إذا خالف الموكل في الثمن المسمى جنساً أو قدراً.. ينفذ عليه، كذلك إذا خالف له في ذلك الشيء نفسه.. ينفذ عليه، ولم يذكره المصنف؛ لأنه علم بطريق الأولى، وله فروع كثيرة في الفتاوى.

(**أو بغير النقود**) عطف على قوله: «بخلاف جنس ما سمى» أي: اشترى بغير النقود، فما لم توجد تسمية الثمن من الموكل (.. **وقع**) العقد (**له**)؛ أي: للوكيل في الصورتين؛ لأنه خالف الآمر فينفذ عليه.

أما المخالفة في الصورة الأولى: فظاهرة.

وأما في الثانية: فلأن المتعارف عند الإطلاق نقد البلد، فينصرف إليه، فصار كأنه أمره بنقد البلد.

(**وكذا**)؛ أي: يقع للوكيل (**إن أمر**) الوكيل (**غيره**) بشراء ما وكل به من المعين، ولم يقل له الموكل: اعمل برأيك؛ إذ لو قال له ذلك.. فللوكيل أن يوكل، ولم يكن مخالفاً بالتوكيل، (**فشراه**) ذلك (**الغير بغيبته**)؛ أي: بغيبة الوكيل؛ لأنه مأمور بأن يحضر رأيه، ولم يتحقق ذلك في حال غيبته فكان مخالفاً للآمر.. فينفذ عليه.

(**وإن شراه**) الوكيل الثاني (**بحضرته**)؛ أي: بحضرة الموكل الأول (.. **فللموكل**)؛

لأنه حينئذ وجد؛ أي: الأول، فلم يكن مخالفاً له.

واعلم: أن الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة إذا وكّل غيره، ففعل الثاني بحضرة الأول، أو فعل ذلك أجنبي، فبلغ الوكيل فأجازه.. جاز.

بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق؛ فإن الوكيل الثاني إذا طلق أو أعتق بحضرة الأول، أو فعل الأجنبي ذلك، فبلغ الوكيل.. لا يقع الطلاق والعتاق على ما في «العناية» نقلاً عن «الذخيرة» و«التتمة».

ثم بين الفرق: بأن العمل بحقيقة الوكالة في الطلاق والعتاق متعذر؛ لأن التوكيل: تفويض الرأي إلى الغير، ولا حاجة إلى الرأي فيهما إذا انفردوا عن مال، فكان التوكيل فيهما مجازاً عن الرسالة، والرسول ينقل عبارة المرسل لا غير، وتوكيل الآخر أو الإجارة بفعل الآخر.. ليس من النقل في شيء، فلم يملكه الوكيل؛ لكونه رسولاً محضاً فيهما، بخلاف البيع والشراء [٢٩٧/ب] والنكاح والخلع والكتابة.. فإنها تحتاج إلى الرأي، فيمكن العمل بحقيقة الوكالة، فيجوز توكيل الوكيل بآخر أو بإجارته بفعله، هكذا ذكره، ولم يفرق بين البيع والنكاح والخلع والكتابة، والظاهر منه: أنه اتفاقي.

ورجح في «البزازية» الخلاف فيه؛ حيث قال: وكيل البيع إذا لم يقل له: اعمل برأيك، فوكل آخر؛ فتصرف الثاني بحضرة الأول.. جاز، والعهدة على الوكيل الثاني في رواية «العيون»، وعلى الوكيل الأول في رواية «العتابي».

وإن باع الأول بحضرة موكله.. فالعهدة على الوكيل، وحضرة الموكل وغيبته سواء.

وإن باع الثاني بغيبة الأول ولم يكن قيل له اعمل برأيك؛ إن أجازه الموكل.. جاز، وإلا؛ إن كان بيّن الثمن.. جاز، وإلا.. لا.

وَفِي غيرِ الْمعيَّنِ: هُوَ لِلْوَكِيلِ، إِلّا إِن أَضَافَ العقدَ إِلَى مَالِ الْمُوكِّلِ، أَو أَطلقَ وَنوى لَهُ.

وفي الطلاق والعتاق والخلع والنكاح والكتابة كالبيع؛ إن أوجده الثاني بحضرة الأول أو كان غائباً فأجازه.. لا يجوز.

وعن محمد: أن النكاح والخلع والكتابة كالبيع. انتهى.

فعلم منه: أن ما ذكر في «العناية» ليس باتفاقي، بل قول محمد.

(وفي) توكيل شراء **(غير المعين: هو)**؛ أي: المشترى **(للوكيل، إلا إن أضاف العقد إلى مال الموكل)**؛ بأن قال: «اشتريته بمال الموكل»، هكذا حمله صاحب «الهداية» عبارة القدوري، تعرفه بالمراجعة إليه.

(أو أطلق) عن الإضافة **(ونوى له)**؛ أي: للموكل:

توضيح هذه المسألة: أن الوكيل بشراء غير المعين لا يخلو؛ إما أن يضيف العقد إلى مال الموكل، أو إلى مال نفسه، أو إلى دراهم مطلقة:

فإن كان الأول.. فالمشترى للموكل؛ حملاً بحال الوكيل على ما يحلّ له شرعاً؛ إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً، وكذا عرفا أيضاً؛ لكونه غصباً لدراهم الآخر.

وإن كان الثاني.. كان للمأمور؛ حملاً لفعله على ما يفعله الناس عادة؛ إذ العادة جرت بوقوع الشراء لصاحب الدراهم.

وإن كان الثالث؛ فأما إن نواها للآمر.. فهو للآمر، أو لنفسه.. فهو لنفسه؛ لأن له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذه الوكالة؛ لكونها في شيء غير معين.

وإن اختلفا فقال الوكيل: نويت لنفسي، وقال الموكل: لا، بل نويت لي.. حكم بالنقد بالإجماع؛ فإن نقد الثمن من مال الموكل.. فله، وإن نقد من مال نفسه.. فلنفسه؛ عملاً بالظاهر؛ لأن الظاهر حمل حاله على ما يحل له شرعاً.

وإن توافقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء.. قال محمد: هو للعاقد؛ لأن

الأصل أن يعمل كلّ أحد لنفسه، إلا إذا ثبت جعله لغيره بالإضافة إلى ماله أو بالنية، والفرض عدمه.

وقال أبو يوسف: يحكم النقد أيضاً؛ لأن المطلق يحتمل أن يكون له ولغيره، فيكون موقوفاً؛ [٢٩٨/أ] فمن أي مال نقد.. تعين به أحد المحتملين.

فإن قيل: إن الإضافة إلى أي مال كان إنما تفيد التعيين أن لو كان النقود تتعين بالتعيين في العقود، لكنها لا تتعين.

قلنا: قد تقرر فيما سبق أنها تتعين في الوكالات، والمراد بالتعيين ههنا: تعيين الوكالة وتقييدها بها، لا تعيين الشراء بها.

هذا، والتوكيل بالإسلام[1] على هذه الوجوه.

وفي «البحر» قول أبي حنيفة ومحمد فيما ذكره العراقيون، ومع أبي يوسف فيما ذكره غيرهم، وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

وأشار بإطلاقه إلى ما في «البزازية»: من أن الوكيل بالشراء أنفق دراهم الموكل على نفسه، ثم اشترى ما أمر به بدراهم من عنده.. فالمشترى للوكيل لا للآمر في المختار.

وفي «الأصل»: اشترى بدنانير من عنده، ثم نقد دنانير الموكل.. فالشراء للوكيل ويضمن مال الموكل للتعدي.

ولو اشترى ما أمر به وسلمه إلى الموكل، ثم أنفق دراهم الوكالة ونقد للبائع غيرها.. جاز.

وقال في «الأشباه»: الوكيل إذا أمسك مال الموكل ودفع مال نفسه.. فإنه يكون متعدياً، إلا في مسائل:

(١) من السَّلَم.

وَيعْتَبَر فِي الصّرْفِ وَالسّلمِ: مُفَارَقَةُ الْوَكِيلِ لَا الْمُوكِّلِ.

الأولى: الوكيل بالإنفاق على أهله.

الثانية: الوكيل بالإنفاق على بناء داره.

الثالثة: الوكيل بالشراء إذا أمسك المدفوع ونقد من مال نفسه.

الرابعة: الوكيل بقبض الدين كذلك.

الخامسة: الوكيل بإعطاء الزكاة إذا أمسكه وتصدق بماله ناوياً الرجوع.. أجزأ.

السادسة: إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن قبل قبضه وهبته صحيحه عند أبي حنيفة. انتهى.

وفي «الخلاصة» هكذا: الوكيل ببيع الدنانير؛ إذا أمسك الدنانير وباع دنانيره.. لا يصح.

ولو أمره أن يقضي دينه بهذه الدنانير، فقضى من مال نفسه وأمسك الدنانير.. جاز استحساناً.

وكذا لو أمره أن ينفق هذه الدنانير ببناء بيته فأنفق من مال نفسه.. جاز استحساناً.

ولو أمره أن يتصدق بهذا الألف فتصدق بألف من ماله؛ إن أنفق الوكيل الألف أولاً على نفسه، ثم تصدق بألف من ماله.. لا يجوز ويضمن الألف، وإن كانت الدراهم عنده فيتصدق من عنده.. جاز استحساناً.

ولو أمره بأن يقبض من فلان ألف درهم له عليه ويتصدق بها عنده، فتصدق المأمور من ماله عن الآمر بمثل ذلك الألف؛ ليرجع في مال الآمر إذا قبضه من الذي هو عليه.. جاز استحساناً. انتهى.

(**ويعتبر في الصرف والسلم مفارقة الوكيل لا الموكل**)؛ لأن قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس شرط لصحة هذين العقدين، ولا يستحق القبض إلا العاقد [٢٩٨/ب] وهو الوكيل وإن كان ممن لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد

المحجور عليه؛ فإن قبضهما صحيح وإن لم يتوجه عليهما العهدة، ولهذا أطلق المصنف ليشمله.

فإذن: كان المعتبر: مفارقة الوكيل؛ فإذا قبض الوكيل في المجلس بدل الصرف ورأس مال السلم.. تم العقد لوجود الشرط، وإن فارقه قبل القبض.. بطل العقد لفقد الشرط.

ومفارقة الموكل قبله غير معتبر؛ لأنه ليس بعاقد، بخلاف الرسول فيهما؛ لأن العاقد هو المرسل لا الرسول، فالمعتبر قبض المرسل لا الرسول.

قال في «العناية» نقلاً عن شيخ الإسلام: هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً فيه.. فإن الموكل حينئذ يصير كالصارف بنفسه، فلا تعتبر مفارقة الوكيل، هكذا ذكره في «النهاية» أيضاً.

واستشكله في «الزيلعي» بأن الوكيل [أصيلٌ] في باب البيع، حضر الموكل أو لا، وأيده بأن إطلاقاتهم تدل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلاً ولو كان حاضراً.

ثم جواز الوكالة في الصرف جار من الجانبين، وأما في السلم.. فإنما يجوز من جانب رب السلم، فقد يدفع رأس مال السلم - وهو الثمن - في عقد السلم، وأما من جانب المسلم إليه بأخذ مال السلم من رب السلم.. فلا يجوز؛ لأن وكيل المسلم إليه إذا قبض رأس المال.. يبقى المسلم فيه من المكيل أو الموزون ديناً في ذمته وهو مبيع، فيلزمه أن يبيع ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره وهو الموكل المسلم إليه، وذلك لا يجوز؛ كما إذا باع العين من ماله على أن يكون الثمن للغير؛ لأن الثمن هو بدل ماله، فيكون له لا لغيره، وإذا بطل التوكيل فيه.. كان الوكيل عاقداً لنفسه، فيجب المسلم فيه في ذمته، ورأس المال مملوك له، وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك.. كان قرضاً.

وكذا لا تجوز الرسالة من جانب المسلم إليه، كما لا تجوز الوكالة على ما بيّنه في «العناية».

وَلَو قَالَ: بَعْنِي هَذَا لزيدٍ، فَبَاعَ، ثمَّ أنكر كَونَ زيدٍ أَمره.. فلزيدٍ أَخذُهُ إِن لم يصدّقْ إِنْكَارَهُ، فَإِن صدّقه.. لَا يَأْخُذهُ جبراً، فَإِن سلّمَهُ المُشْتَرِي إِلَيْهِ.. صَحَّ.

وَمن وُكِّلَ بشرَاءِ رَطْلِ لحمٍ بدرهمٍ، فشرى رطلَين بدرهمٍ مِمَّا يُبَاع رَطْلٌ بدرهمٍ.. لزمَ مُوكِّلَهُ رَطْلٌ ....

فإن قيل: قد تقرر أن كل عقد يملكه الموكل بنفسه.. يجوز التوكيل به، والمسلم إليه يملك قبول السلم بنفسه، فينبغي أن يجوز التوكيل به أيضاً.

أجيب عنه: بأن الموكل - أي المسلم إليه - يملك قبول السلم لضرورة دفع حاجته، والنص على خلاف القياس، والثابت بالضرورة وبالنص على خلاف القياس.. يقتصر على مورده ولا يتعداه.

(**ولو قال: بعني هذا لزيد**)؛ أي: لأجل زيد (**فباع، ثم أنكر كون زيد آمره فلزيد.. أخذه إن لم يصدق إنكاره**)؛ لأن قوله: لفلان إقرار منه بالوكالة عنه، والإقرار بالشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق، وإنما يبطل بحكم القاضي [٢٩٩/أ]، بخلافه بالبينة؛ لأنه حينئذ يكون مكذباً شرعاً؛ فإذا لم يبطل إقراره.. يكون وكيلاً عنه؛ لأن احتمال قوله هذا: الشفاعة له خلاف الظاهر.. فلا يصار إليه بلا صادق، فتتعين الوكالة.

(**فإن صدقه.. لا يأخذه جبراً**)؛ لأن الإقرار السابق قد ارتد بتصديق إنكاره أن يأخذه منه بغير رضاه.

وإذا لم يأخذه جبراً؛ (**فإن سلمه المشتري إليه**)؛ أي: إلى زيد (**.. صح**) تسليمه بيعاً بالتعاطي؛ لأن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي، وإن لم يوجد نقد الثمن، وقد مر بيانه في أول كتاب البيع.

(**ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم، فشرى رطلين بدرهم مما يباع رطل بدرهم**) احترز به: «عما يباع رطلان بدرهم»؛ فإنه حينئذ يكون ما اشتراه الوكيل - من الرطلين بدرهم - له بالإجماع، لا للموكل لمخالفته إلى شيء (**.. لزم موكله**

بِنِصْفِ دِرْهَمٍ.

وَعِنْدَهُمَا: يلْزمُهُ الرطلانِ بالدِّرهمِ.

رطل بنصف درهم) عند أبي حنيفة، **(وعندهما: يلزمه)**؛ أي: الموكل **(الرطلان بالدرهم)**؛ لأن الموكل أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره رطل، والوكيل لم يخالفه فيما أمره، وإنما جاء ظنه مخالفاً للواقع، وليس على الوكيل من ذلك شيء، لا سيما إذا زاد خيراً.

ولأبي حنيفة: أنه أمره بشراء رطل دون زيادة، وظن أن ذلك المقدار يساوي درهماً، وقد خالفه فيما أمره، فينفذ العقد عليه في الزيادة وفي مقدار المأمورية على الآمر؛ لأنه إتيان بالمأمورية.

واعترض عليه بوجهين:

الأول: أنه ينبغي أن لا يلزم الآمر شيء أصلاً من ذلك؛ لأن الرطل يثبت ضمناً للرطلين لا قصداً، وقد وكله بشراء رطل قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة؛ كما إذا قال لرجل: طلق امرأتي واحدة، فطلقها ثلاثاً.. لا تقع واحدة؛ لثبوتها في ضمن الثلاث، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به، ولا يثبت ما في ضمنه أيضاً تبعاً له.

والثاني: إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة، فاشترى له هرويين بعشرة، كل واحد منهما يساوي عشرة؛ قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع في كلّ واحد منهما للآمر حتى لا يلزم للآمر، شيء منهما؛ لعدم إمكان الترجيح، والمسألة كالمسألة.

وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين: بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني، وما هو كذلك.. لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه، وما تضمنه لم يصح؛ لعدم الآمر به، فكذا ما في ضمنه، وأما فيما نحن فيه.. فكلٌّ قصدي؛ لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع، فلا يتحقق الضمني في الشراء.

وأجاب عن الثاني صاحب «النهاية»: بأنه يجعل اللحم من ذوات الأمثال، ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة [٢٩٩/ب] واحدة، وكلامنا فيه،

وَلَو وُكِّلَ بشرَاء عَبْدَيْنِ بعينِهِما، فشرى أَحَدَهُمَا.. جَازَ.

وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي رطل شاء، بخلاف الثوب؛ فإنه من ذوات القيم، فالثوبان وإن تساويا في القيمة، لكن يعرف ذلك بالحرز والظن، وذلك لا يعين حق الموكل، فيثبت حقه مجهولاً، ولا ينفذ عليه، هكذا ذكره.

وقال في «العناية»: وهذا لا يتمشى إلا على طريقة جعل اللحم مثلياً، وهو مختار صاحب «المحيط».

وأما عند غيره.. فهو من القيمي، فلا بدَّ عندهم من تعليل آخر، ولعل ذلك أن يقال: «اللحم أيضاً من ذوات القيم»، لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة، وقد اختلط بعضه ببعض، بخلاف الثوب؛ فإن تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولاً وعرضاً ورفعة، فلا يقاس عليه ما كان تطرق الخلل فيه قليلاً.

هذا: ولا يخفى عليك أن ما ذكر في مسألة الثوب الهروي فيما إذا كان الثوب غير معين.

وأما إذا كان معيناً والمسألة بحالها.. فيلزم الأمر بحصته من العشرة، على ما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: ولو أمره بشراء ثوب هروي بعينه بعشرة، فاشترى ثوبين هرويين بعشرة.. لزمه ذلك الثوب المعين بحصته من العشرة، وكذا لو أمره بشراء كر حنطة بعينها.

وعن أبي يوسف: وكله بشراء لحم بدرهم، فاشترى لحماً مطبوخاً أو مشوياً.. لا يلزم الآمر، إلا أن يكون مسافراً نزل خاناً.

ولحم طير ووحش.. جاز إن كان في بلد يباع فيه ويشتريه الناس.

(ولو وكل بشراء عبدين بعينهما) ولم يسم ثمناً **(فشرى أحدهما.. جاز)**؛ لأن التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين، وقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء، فيجوز شراء أحدهما إلا فيما لا يتغابن الناس فيه؛ فإنه لا يجوز؛ لأن التوكيل

وَكَذَا إِنْ وُكِّلَ بشرائهما بِأَلِفٍ، وقيمتُهُما سَوَاءٌ، فشرى أَحدَهُمَا بِنصفِهِ أَو بِأَقَلَّ، وَإِن بِأَكْثَرَ.. لَا.

وَقَالا: يجوزُ أَيْضاً إِن كَانَ مِمَّا يُتَغَابَنُ فِيهِ، وَقد بَقِي مَا يَشْتَرِي بِمِثلِهِ الآخرِ، فَإِنْ شرى الآخرَ بِمَا بَقِي قبلَ الْخُصُومَةِ جَازَ اتِّفَاقًا، فَإِن قَالَ الْوَكِيلُ بشِرَاءِ عبدٍ غيرِ عينٍ بِأَلِفٍ: شريتُهُ بِأَلِفٍ، وَقَالَ الْمُوكِّلُ: بِنصفِهِ، فَإِن كَانَ قد دفع إِلَيْهِ الْأَلف.. صُدِّق الْوَكِيْل إِن سَاوَى الْأَلفَ، ....

بالشراء لا يحتمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع؛ فإن أبا حنيفة يجوِّز البيع بغبن فاحش.

(وكذا إن وكل بشرائهما) بعينهما **(بألف وقيمتهما سواء، فشرى أحدهما بنصفه أو بأقل، وإن بأكثر)** من النصف **(.. لا)** يلزم الآمر عند أبي حنيفة، بل ينفذ على الوكيل؛ لأن الآمر قابل الألف بهما، وقيمتهما سواء فيقسم الألف بينهما نصفين دلالة، فكان أمراً بشراء كل واحد خمسمائة، ثم الشراء بذلك موافقة للآمر، وبأقل منهما مخالفة إلى خير.. فجاز، وبالزيادة مخالفة إلى شر؛ قليلة كانت الزيادة أو كثيرة.. فلم يجز، إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما؛ فإنه يجوز حينئذ استحساناً.

(وقالا: يجوز [٣٣٠/أ] **أيضاً)**؛ أي: فيما إذا اشترى أحدهما بأكثر من نصف المسمى **(إن كان مما يتغابن)** الناس **(فيه، وقد بقي)** من الألف المسمى **(ما يشتري بمثله الآخر)**؛ لأن التوكيل وإن حصل مطلقاً.. لكنه يتقيد بالمتعارف، وهو فيما يتغابن الناس فيه، لكن لا بد أن يبقى من الألف ما يشتري به الباقي فيحصل غرض الآمر.

(فإن شرى الآخر) بمثل **(ما بقي قبل الخصومة.. جاز اتفاقاً)** في الاستحسان؛ لحصول غرض الآمر.

(فإن قال الوكيل بشراء عبد غير عين بألف: شريته بألف، وقال الموكل: بنصفه؛ فإن كان قد دفع إليه الألف.. صدّق الوكيل إن ساوى) العبد المشترى **(الألف)**؛ لأنه

أمين، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر يدعي عليه ضمان النصف وهو ينكر، والقول للمنكر، وإن كان العبد يساوي نصف الألف.. فالقول للآمر؛ لأن الوكيل خالف إلى شر؛ حيث اشترى عبداً يساوي نصف الألف، والأمر يتناول ما يساوي الألف فيضمن.

واعلم: أن الوكيل يقبل قوله بيمينه في براءة ذمته فيما يدعيه:

إلا الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه اشترى لنفسه وكان الموكل نقد إليه الثمن.

وإلا فيما إذا قال بعد عزله: «بعته أمس» وكذبه الموكل.

وإلا فيما إذا قال بعد موت الموكل: «بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت» وكذبه الورثة في البيع.. فإنه لا يصدق إذا كان المبيع قائماً بعينه.

بخلاف ما إذا كان هالكاً، كذا في وكالة «الأشباه» نقلاً عن «الولوالجية»، وهكذا ذكره في المداينات أيضاً.

وقال في «العمادي» أيضاً: إن قال الوكيل بقبض الدين: كنت قبضت في حياة الموكل ودفعتها إليه.. لم يصدق على ذلك؛ لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه، فكان متّهماً في إقراره، وقد انعزل بموت الموكل، وهكذا ذكره في «الفصولين» أيضاً.

ثم بحث فيه وقال على قياس هذا: ينبغي أن لا يصدق الوكيل بقبض وديعة أو عارية لو أقرّ بعد موت موكله: إني كنت قبضته في حياته ودفعته إليه، مع أنه يصدق فيه. انتهى.

وأجاب عنه في «الأشباه» ببيان الفرق بينهما: بأن الوكيل بقبض الدين يريد إيجاب الضمان على الميت؛ إذ الديون تقضى بأمثالها، بخلاف الوكيل بقبض العين؛ فإنه يريد نفي الضمان عن نفسه.

وقال في «التاتارخانية»: إنه لم يصدق.

وَإِن لم يكن دَفعهَا فَإِن سَاوَى نصفهَا.. صُدِّق الْمُوكلُ، وَإِن ساواها.. تحَالفا، وَالْعَبْدُ للْمَأْمُور،...

وإن كان المقبوض من الدين هالكاً.. فرقوا بين هذا وبين الوكيل بقضاء الدين؛ إذا قال بعد موت الموكل: كنت دفعت الدين إلى الطالب قبل أن يموت الموكل، والورثة قالوا: دفعت بعد موت [٣٠٠/ب] أبينا، والمال هالك.. فإن هناك القول قول الوكيل.

واعلم: أن قول صاحب «الأشباه»: «أن الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه كان قبضه في حياته ودفعه إليه؛ فإنه لا يقبل قوله إلا ببينة».. ليس على إطلاقه، بل هو في حق براءة ذمة المديون لا في براءة ذمة نفسه؛ لأنه يقبل قوله بلا بينة مع يمينه في حق براءة نفسه؛ كما في حال حياة الموكل، وأما المديون.. فلا تبرأ ذمته بقول الوكيل: أخذت منه ودفعته إلى موكلي في حياته بلا بينة على أخذه منه ودفعه إليه، وللوارث المؤاخذة له بالدين، ما لم يقم البينة على الدفع، وتفصيل هذا مذكور في شرحنا على «الأشباه» في كتاب الوكالة، فليراجع.

(وإن لم يكن دفعها)؛ أي: الألف؛ **(فإن ساوى)** العبد **(نصفها.. صدق الموكل)** لمخالفة الوكيل إلى شر، وهو يدعي على الموكل الزيادة، والموكل ينكرها، والظاهر شاهد له.

(وإن ساواها)؛ أي: ساوى العبد الألف **(.. تخالفاً)**؛ لأنهما بمنزلة البائع والمشتري؛ للمبادلة الحكمية بينهما على ما تقدم.

وقد وقع الاختلاف في الثمن، وموجبه: التحالف.

إذا تحالفا.. فسخ العقد الحكمي، **(والعبد للمأمور)**.

فإن قيل: إن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف بينهما.. اعتبرت المخالفة والأمانة كما مر، وإذا لم يقبض.. اعتبر فيه المخالفة والمبادلة، فما الحكمة في ذلك؟

وَكَذَا فِي معيّنٍ لم يسم لَهُ ثمناً فشراهُ، وَاخْتلفَا فِي ثمنه، وَلَا عِبْرَةَ لتصديقِ البَائِع فِي الْأَظْهرِ.

أجيب: بأن في الأول: سبقت المبادلة، والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه، بخلاف الثاني.

(وكذا)؛ أي: القول للمأمور مع التحالف **(في)** التوكيل بشراء **(معين لم يسمّ له ثمناً، فشراه واختلفا في ثمنه، ولا عبرة لتصديق البائع)** المأمور **(في الأظهر)**، فلا يسقط اليمين عن المأمور بتصديق البائع له.

وقال الهندواني: يسقط؛ يعني: رجل وكّل رجلاً بشراء هذا العبد ولم يسم ثمناً، فقال المأمور: اشتريته بألف، وصدقه البائع، وقال الآمر: لا، بل بنصفه.. يكون القول للمأمور مع التحالف؛ لأنهما اختلفا في الثمن، وموجبه: التحالف، ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما حكماً، فيكون العبد للمأمور، وهذا معنى قولهم: «القول للمأمور مع الحالف».

وقال أبو جعفر الهندواني: لا تحالف بينهما، والقول للوكيل؛ لأن تصديق البائع الوكيل رفع الخلاف بين الوكيل والموكل، واختلفوا في التصحيح:

صحح صاحب «الهداية» و«الكافي» الأول، وهو المروي عن الإمام أبي منصور، وهو مختار المصنف.

وصحح الإمام قاضي خان قول أبي جعفر.

أشار بقوله: «لم يسمّ له ثمناً» إلى أن المسألة فيما إذا اتفقا على عدم تسمية الثمن، وأما إذا اختلفا [٣٠١/أ] في تسميته، فقال الآمر: «أمرتك بالشراء إلى خمسمائة، وقال المأمور: أمرتني بألف.. فالقول ههنا قول الآمر مع يمينه؛ لأن ذلك يستفاد من جهته، فكان القول قوله، ويلزم العبد المأمور لمخالفته.

فإن أقاما البينة.. فبينة الوكيل أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً.

فإن قيل: قد تقرر في «البحر» وغيره: أنه لو دفع إلى غيره مالاً ليدفعه إلى آخر،

فدفعه، ثم اختلفا، فقال الآمر: إنما أمرتك بدفعه إلى غيره، وقال المأمور: أمرتني بالدفع إليه.. فالقول قول المأمور، ولا ضمان عليه؛ لكونه أميناً، مع أن الأمر مستفاد من جهة الآمر، فينبغي أن يكون القول قوله كما في المسألة السابقة، على أنه ليس كذلك.

أجيب عنه: بأن الآمر في المسألة الأولى: هو الدافع عن نفسه ضمان الزيادة، وفي المسألة الثانية: الدافع هو المأمور، ففي المسألتين.. كان القول للدافع.

إذا أتقنت هذا.. تعرف عدم صحة ما ذكره «الزيلعي» في هذه المسألة؛ حيث قال: «وهذا فيما إذا اتفقا على أنه أمره بأن يشتريه له بألف»، وهذا لأن المسألة في عدم تسمية الثمن كما ترى.

* * *

(فَصْلٌ)

لَا يَصحُّ عقدُ الْوَكِيلِ بِالْبيعِ أَو الشِّرَاءِ مَعَ من تُرَدُّ شَهَادَته لَهُ.

وَقَالا: يجوزُ بِمثلِ الْقيمَةِ إِلَّا فِي العَبْدِ وَالْمكَاتبِ.

(فَصْلٌ)

(لا يصح عقد الوكيل بالبيع أو الشراء) أو بهما معاً، والمراد بالوكيل ههنا: هو الوكيل المطلق عن التقييد بعموم المشيئة؛ لأنه لو قال له: بع ممن شئت.. فإنه يجوز بيعه منهم بمثل القيمة اتفاقاً، وعدم الصحة ههنا مقيد أيضاً بما إذا لم يكن البيع منهم بأكثر من القيمة؛ فإن كان بأكثر.. يجوز اتفاقاً أيضاً.

وإن كان بأقل بغبن فاحش.. لا يجوز اتفاقاً.

وإن كان بغبن يسير.. لا يجوز عنده، ويجوز عندهما.

وإن كان بمثل القيمة.. ففيه روايتان عن أبي حنيفة، كذا في «البحر»، وهو المذكور في «الذخيرة».

وذكر في «شرح الطحاوي»: أن بيع الوكيل وشراؤه مع من ترد شهادته له بغبن يسير: غير جائز بالاتفاق.

(مع من ترد شهادته له) من أبيه، وجده، وولده، وولد ولده، وزوجته، وعبده، ومكاتبه، ومدبره، وأم ولده.

وفي «القنية»: الوكيل بالبيع يبيع ممن أحبّ إلا من ثمانية نفر:

أربعة بالاتفاق: عبده المأذون، ومكاتبه، وولده الصغير، وولد مكاتبه.

وأربعة عند أبي حنيفة خلافاً لهما: ولده الكبير، وولد ولده الكبير، وولده، وزوجته، وكذا زوجها إن كان الوكيل امرأة.

(وقالا: يجوز بمثل القيمة إلا في العبد) الذي لا دين عليه؛ إذ لو كان مديوناً.. يجوز على ما في «البحر» عن «المبسوط» و«المعراج».

(والمكاتب)، أشار «بمثل القيمة» إلى أنه لا يجوز بغبن يسير [٣٠١/ب] بالاتفاق

كما في الغبن الفاحش، وهو المذكور في «شرح الطحاوي»، والمذكور في «الذخيرة»: أنه يجوز باليسير على ما ذكرناه من قبل.

والحاصل: أن عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له؛ إن كان بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء.. جائز بلا خلاف.

وعكسه.. غير جائز بلا خلاف.

وبغبن يسير.. غير جائز في رواية «شرح الطحاوي»، وجائز في رواية «الذخيرة» عندهما.

وكذا جائز عندهما بمثل القيمة، وهو رواية عن أبي حنيفة، وغير جائز عنده في رواية أخرى.

لهما في الخلافية: أن التوكيل مطلق عن التقييد بشخص، والمطلق يُعمَل بإطلاقه ما لم يمنع مانع، والمانع ههنا - وهو التهمة - منتفٍ؛ لتباين الأملاك وانقطاع المنافع، بخلاف العبد؛ لأنه بيع من نفسه؛ لأن ما في يد العبد للمولى.

وكذا للمولى حق في كسب المكاتب، حتى لا تصح تبرعاته، وإنه ينقلب حقيقة الرق بالعجز، فصار كالعبد.

ولأبي حنيفة: أن التوكيل وإن كان مطلقاً، لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات، والتهمة موجودة ههنا، بدليل عدم قبول شهادته، ولأن المنافع بينهم متصلة، فصار بيعاً من نفسه من وجه، فكان فيه تهمة إيثار العين.

والإجارة والصرف والسلم على هذا الخلاف، كذا في «العناية».

وقال في «النهاية»: بيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له، على هذا التفصيل المذكور، إلا أنه إذا كان بمثل القيمة.. يجوز هنا باتفاق الروايات.

وقال في «البزازية»: بيع الوكيل ممن لا تقبل شهادته بأكثر من قيمته.. يجوز، وبالمثل.. لا يجوز.

وفي رواية: المضارب يجوز بالمثل، والخلاف في الغبن اليسير، والمضارب في هذا كالوكيل الخاص عند الإمام، لا يجوز بالغبن اليسير، وبمثل القيمة يجوز في الروايات كلها.

فأبو حنيفة: فرق بين الوكيل الخاص، والمضارب على رواية الوكالة.

واعلم: أنه ينبغي أن يعلم ههنا من يعفى منه الغبن الفاحش ومن لا يعفى؛ فقال في «البزازية»: **إن من المتصرفين من يعفى منه اليسير لا الفاحش**؛ كالأب والوصي والجد في مال الصغير والمتولي في الوقف.

ومنهم من يعفى اليسير إجماعاً، وفي الفاحش خلاف؛ كالمكاتب والمأذون، يعفى الفاحش عنده، خلافاً لهما. البيع والشراء فيه سواء.

ومنهم من لا يعفى الفاحش في الشراء إجماعاً، ويعفى في بيعه عنده، خلافاً لهما؛ كالمضارب وشريك العنان والمفاوض والوكيل بالبيع المطلق.

ومنهم من لا يعفى اليسير أيضاً؛ كالمريض في مرض الموت عليه دين مستغرق لا يعفى عنه اليسير، [٣٠٢/أ] ويعفى اليسير عن وصيته إذا باع بتركته لقضاء دينه.

وكذا إذا باع من وارثه عنه من يجوز البيع منهم بمثل القيمة بغبن يسير.. لا يجوز إلى أن يبلغ التمام، وعنده بالتمام وبالزائد أيضاً: لا، بلا إجازة الورثة.

وإن باع المضارب أو الوصي ممن لا تقبل شهادته له.. لا يعفى اليسير أيضاً. انتهى.

وفي «العمادية»: نقلاً عن «فوائد» صاحب «المحيط»: قيّم الوقف إذا باع الوقف ممن لا يقبل به له.. لا يجوز عند أبي حنيفة، وكذا إذا آجر منه، وكذا الوصي، وقيل: يجوز في الوصي. انتهى.

وأشار المصنف إلى أن بيع الوكيل من نفسه لا يجوز بطريق الأولى؛ لأن الواحد لا يكون بائعاً ومشترياً فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه، كذا في «البزازية».

وَالْوَكِيلُ بِالْبيعِ يجوزُ بَيْعُهُ بِمَا قَلَّ أَو كَثُرَ وبالعَرْضِ.

وَقَالا: لَا يجوزُ إِلّا بِمثْلِ الْقِيمَةِ وبالنقودِ.

ثم قال فيها: وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار، أو ممن لا تقبل له شهادته فباع منهم.. جاز، وبيعه من أب الموكل أو ابنه أو مكاتبه أو عبده المديون أو وكيل العبد باعه من مولاه.. جاز. انتهى.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**والوكيل بالبيع يجوز بيعه بما قل أو كثر**) وإن كان مما لا يتغابن الناس فيه إلا في الصرف؛ لما في «الخلاصة»: الوكيل ببيع الدينار بالدراهم إذا باع بما لا يتغابن الناس فيه بمثله.. لا يجوز بالإجماع، وهكذا في «البزازية» أيضاً.

(**وبالعرض**) هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: لا يجوز إلا بمثل القيمة**) لا بأقل أو أكثر.

(**وبالنقود**) لا بالعرض؛ لأن الأمر المطلق يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد، والجمد بأيام الصيف، والأضحية بأيام النحر أو قبلها من تلك السنة، حتى لو اشتراها في السنة الآتية.. لا يلزم الآمر، ولأن البيع بغبن فاحش: بيع من وجه، هبة من وجه، حتى لو حصل من المريض.. يعتبر من الثلث، والأب والوصي لا يملكانه.

وكذا المقايضة: بيع من وجه، وشراء من وجه، فلا يتناوله مطلقاً اسم البيع؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل.

ولأبي حنيفة: أن التوكيل بالبيع مطلق، فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، فيتناول كلّ ما يطلق عليه اسم البيع، والبيع بالغبن وبالعرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رائجة أو لغيرها، وعند ذلك.. لا يبالي بقلة الثمن وكثرته، فكان العرف مشتركاً لا يصلح دليلاً لأحد الخصمين، ومسائل الفحم

وَيجوز بَيْعُهُ بِالنَّسِيئَةِ، ....

والجمد والأضحية مطلقة عند أبي حنيفة، وإنما رويت على الوجه المقيد عن أبي يوسف، والبيع بالغبن أو العرض: بيع من كل وجه عنده [٣٠٢/ب]، حتى إنّ من حلف لا يبيع.. يحنث به.

فإن قيل: إنه لو كان بيعاً من كل وجه.. لكان يملكه الأب والوصي.

قلنا: إن كلامنا في الأمر المطلق بالبيع، وهما ليسا بمأمورين، ولو سلم، لكن ليس أمرهما مطلقاً، بل مقيد بشرط النظر، ولا نظر فيه.

ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه، شراء من وجه، بل هو بيع من كل وجه، وشراء من كل وجه؛ لوجود حد كل منهما فيه، وهو: مبادلة مال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب.

(**ويجوز بيعه**)؛ أي: الوكيل بالبيع (**بالنسيئة**)؛ أي: أجل؛ كان متعارفاً عند التجار في تلك السلعة، أو كان غير متعارف فيها كالبيع إلى خمسين سنة. هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يتقيد بأجل متعارف.

ووجه الطرفين: ما ذكرناه من قبل.

وقال في «البزازية»: وللوكيل بالبيع أن يبيع بالنسيئة ويأخذ رهناً وكفيلاً.

ثم قال فيها نقلاً عن «المنتقى»: عن أبي يوسف: أن الوكيل إنما يملك البيع نسيئة إذا كانت الوكالة للتجارة؛ أما إذا كانت للحاجة كالمرأة تعطي غزلها للبيع.. لم يملك البيع نسيئة، وبه يفتى؛ فإن تقييد المطلق بدلالة الحاجة أمر شائع فائض، ومن جوز النسيئة إنما يجوزه بالأجل المتعارف؛ فإن طول الأجل.. لا يجوز.

وقيل: يجوز عنده وإن طالت المدة.

وعندهما: إلا بأجل متعارف في تلك السلعة.

ثم قال فيها نقلاً عن «العيون»: قال: بعه بالنقد، فباعه بنسيئة.. جاز.

وَبيعُ نصفِ مَا وُكِّل بِبيعِهِ، وَأَخذُه بِالثّمنِ كَفِيلاً أَو رهناً، فَلَا يضمنُ إِنْ تَوِي مَا على الْكَفِيلِ، ....

قال: لا تبع إلا بالنقد، فباع بالنسيئة.. لا يجوز.

قال: بعه بالنسيئة بألف، فباعه بألف.. فقد صح؛ لحصول الغرض، وبأقل من ألف.. لا يجوز. انتهى.

فإطلاق المصنف: يشمل ما كان بأخذ الرهن والكفيل، وما لم يكن كذلك، لكنه لا بد من تقييده بالتجارة؛ احترازاً عما يكون للحاجة.

ويشمل أيضاً: ما كان يقيد بالنقد وما لم يقيد به.

قال: تقييده بالنقد لا ينافي البيع نسيئة ما لم يقل: «لا تبع إلا بالنقد» لما ترى في «العيون».

لكنه قال في «الكافي»: الوكيل بمطلق البيع يملك النسيئة عندنا، خلافاً للشافعي.

فالظاهر منه: أنه لو قيد البيع بالنقد.. لا يملك البيع بالنسيئة.

وفي «الزيلعي»: لو قال: بعه واقض ديني أو للنفقة أو نحو ذلك، وباعه بالنسيئة.. لا يجوز. انتهى.

وهذا بناء على عدم كونه للتجارة، بل للحاجة.

(و) يجوز (**بيع نصف ما وكل ببيعه**)، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يجوز، إلا إن باع الباقي قبل الخصومة على ما سيأتي.

(و) يجوز (**أخذه**)؛ أي: الوكيل بالبيع (**بالثمن كفيلاً أو رهناً**)؛ لأن استيفاء الثمن إلى الوكيل، فيملك أخذهما توقفاً للثمن.

(**فلا يضمن**) الوكيل (**إن نوى ما على الكفيل**) من الثمن، وذلك بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلساً، أو رفع الحادثة إلى قاض [٣٠٣/أ] يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة - كما هو مذهب مالك - فحكم ببراءة الأصيل، ثم مات الكفيل مفلساً.

أَو ضَاعَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ.

وَلَو وهبَ الثّمنَ من الْمُشْتَرِي، أَو أَبرَأَهُ مِنْهُ، أَو حطّ مِنْهُ.. جَازَ وَيضمن.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: لَا يجوزُ، وَكَذَا الْخلافُ لَو أَجلّه، ....

(**أو ضاع الرهن في يده**)؛ لأن المرء لا يؤاخذ بفعل ما يملك أن يفعله شرعاً.

ولو أمره أن يبيع برهن أو كفيل ثقة، فباعه بدونهما.. لا يجوز.

ولو اختلفا في اشتراطه.. فالقول للموكل؛ كما لو قال: أمرتك بغير هذا الثمن.. فالقول له كذا في «البزازية».

(**ولو وهب**) الوكيل بالبيع (**الثمن من المشتري أو أبرأه منه أو حطّ**) بعيب أو بغير عيب - كذا في «قاضي خان» - (**منه.. جاز**) عند أبي حنيفة ومحمد؛ لكونه عاقداً.

(**ويضمن**) الموكل؛ لكونه مخالفاً لأمره.

(**وعند أبي يوسف: لا يجوز**)؛ لعدم إذنه.

وهذا الخلاف قبل قبض الثمن.

وأما بعد قبضه.. فلا يجوز بالاتفاق؛ لما في «البزازية»: ولو أبرأ الوكيل المشتري عن الثمن.. صح عندهما قبل قبض الثمن وضمن، وبعد قبضه.. لا يملك الحطّ والإبراء والإقالة، كذا في «قاضي خان».

وقال في «الخلاصة» و«البزازية»: ثقة الوكيل قبض الثمن، ثم وهب أو حط؛ إن أضاف إلى المقبوض بأن قال: وهبت منك هذا الثمن.. لا يصح إجماعاً، وإن أطلق بأن قال: وهبت منك ثمن هذا العبد.. صحّ؛ كما لو كان قبل قبض الثمن. انتهى.

(**وكذا الخلاف لو أجله**)؛ أي: لو باع الوكيل نقداً، ثم أجل الثمن.. صح عندهما، ويضمن عند أبي يوسف على ما في شرح «النقاية» للقهستاني.

وليس محل الخلاف بيع الوكيل بالنسيئة ابتداء؛ لأن ذكره قد تقدم.

وَلَو أقاله.. صَحَّ، وَسقطَ الثّمنُ عَن الْمُشْتَرِي وَلزِمَ الْوَكِيلَ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: لَا يسْقطُ عَن الْمُشْتَرِي.

ففي «البزازية» أيضاً: الوكيل البائع لو أحيل الثمن عليه؛ بأن أحال المشتري الموكل على الوكيل بشرط براءة المشتري.. فالحوالة باطلة، ولا يبرأ المشتري.

(**ولو أقاله**)؛ أي: أقال البيع؛ يعني: الوكيل بالبيع؛ لأن الوكيل بالشراء لا يملك الإقالة، على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية».

(.. صح) الإقالة إن لم يقبض الثمن من المشتري أو لم يحل رجلاً على قبضه، وإلا.. فلا يصح إقالته؛ لما في «الخلاصة»: والوكيل بالبيع لو أحال رجلاً على المشتري ليأخذ الثمن، ثم أقال.. لا يصح؛ كما إذا استوفى الثمن.

لكن هذا: إذا كان للمحتال على الوكيلِ المحيلِ دينٌ.. فيصير قاضياً دين نفسه، فيضمن للموكل.

وأما إذا لم يكن عليه دين.. فهو وكالة في القبض، فلا يمنع صحة الإقالة. انتهى.

فعلم منه: أن الوكيل بالبيع لو أحال موكله على المشتري بالثمن، ثم أقال قبل قبضه.. صحت الإقالة، بخلاف ما لو أحال غيره ممن له دين عليه، ثم أقال.. لا يصح.

(**وسقط الثمن عن المشتري**)؛ لأن العقد قد انفسخ بالإقالة، فلم يبق في ذمة المشتري شيء.

وأشار بلفظ السقوط إلى ما ذكرناه من أن الإقالة إنما تصح قبل قبض الثمن لا بعد.

(**ولزم**) الثمن (**الوكيل**)؛ يعني: يضمنه للموكل.

(**وعند أبي يوسف: لا يسقط**) الثمن (**عن المشتري**)؛ لأن الوكيل صار مشترياً لنفسه بالإقالة على ما هو الأصل عنده في الإقالة، فيكون الثمن متقرراً في ذمة

أَو قَبِلَ بِهِ حِوَالَةً.

قال في «قاضي خان»: تأجيل الوكيل بالبيع الثمن: لم يذكر في «الأصل»، واختلف فيه:

قيل: إنه يجوز في قول أبي يوسف أيضاً؛ كما لو باع بثمن مؤجل ابتداء.

وقيل: إنه لا يجوز عنده، لأن من أصل أبي يوسف: أن كل تصرف يصير به الوكيل ضامناً في قول أبي حنيفة ومحمد.. فهو لا ينفذ في قول أبي يوسف.

(**أو قبل به حوالة**)؛ يعني: باع الوكيل ما وكل ببيعه وأحاله المشتري بالثمن على الغير وقبل الوكيل الحوالة.. يجوز عندهما - لا عند أبي يوسف - للموكل أن يضمن الثمن من الوكيل على قولهما، وليس له ذلك على قول أبي يوسف؛ لعدم براءة المشتري عن الثمن عنده.

وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن الموكل قال للوكيل: ما صنعت من شيء.. فهو جائز ونحوه.

فإن كان قال له ذلك.. فللوكيل أن يحتال بالثمن عند الكل، كذا في «قاضي خان».

وهل للوكيل هبة الثمن للمشتري وحطه وإبراؤه وإقالته بعدما قبل به حوالة كما ليس ذلك بعد قبض الثمن؟

قلت: لا؛ لما في «البزازية»: وبعدما قبل بالثمن حوالة.. لا يصح كلٌ من الحطّ والإبراء والإقالة، كما لا يصح بعد الاستيفاء.

وهل للوكيل حوالة موكله على مشتريه [٣٠٣/ب] بالثمن كما أن للمشتري حوالة الوكيل على الغير بالثمن؟

ففي «البزازية»: وإن أحال الوكيل البائعُ موكلَه على مشتريه بالثمن.. جاز، ويكون هذا وكالة لا حوالة؛ لأنه ليس للموكل شيء على وكيله حتى يكون حوالة.

وهل للمشتري حوالة الموكل على وكيله بالثمن؟

المشتري؛ لكون البيع ملكه بالإقالة.

وهل تصح إقالة الوكيل بالسلم؟

ففي «قاضي خان»: والوكيل بالسلم والوصي والأب المتولي: كالوكيل بالبيع. انتهى.

وهل تصح إقالة الموكل في السلم؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: ولو أقال الموكل السلم.. صح.

وأما الوكيل بالإجارة إذا فسخ العقد.. فهل يصح فسخه؟

ففي «البزازية»: والوكيل بالإجارة إذا فسخ العقد.. صح بعد الإجارة لا بعد مضي المدة، وبعد قبض الأجرة؛ ديناً كانت الأجرة أو عيناً.

ولو ناقض وكيل المستأجر رب الأرض، والأرض في يد المؤجر.. جاز، وإن كان في يد الوكيل أو الموكل.. لا يجوز استحساناً؛ كما في الوكيل بالإجارة. انتهى.

وهل يصح إبراء الوكيل بالإجارة المستأجر؟

ففي «قاضي خان»: والوكيل بالإجارة إذا أبرأ المستأجر عن الأجرة أو وهبها منه؛ أن أبرأ عن البعض أو وهب له البعض والأجرة دين.. جاز إجماعاً.

وإن أبرأ عن الكل أو وهب الكل [٢٠٤/أ]؛ إن كانت الأجرة ديناً.. لا تصح في قول أبي يوسف الآخر.

وفي قوله الأول - وهو قول أبي حنيفة ومحمد -: تصحّ اعتباراً لفعل الوكيل بفعل الموكل، ولا تبطل الإجارة.

وإن كانت الأجرة عيناً.. لا تصح حتى يقبل المستأجر.

وإذا قبل.. بطلت الإجارة؛ لأن الأجرة بمنزلة المبيع، والمشتري إذا وهب المبيع من البائع قبل القبض.. لا يصح، ما لم يقبل البائع.

وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يجوزُ شِرَاؤُهُ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ وَبِزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ بهَا، وَهِي مَا يَقُولُ بِهِ مقوِّمٌ، وَقُدِّرَ فِي الْعُرُوضِ: (ده نيم)، وَفِي الْحَيَوَانِ: (ده يازده)، ....

وإذا قبل.. بطل البيع. انتهى.

(**والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة، وبزيادة يتغابن بها**) عادة؛ لعدم تحقق التهمة فيه.

قيل: هذا إذا لم يكن له سعر معروف، وأمّا إذا كان له سعر معروف كالخبز واللحم والعنب ونحوها.. لا يعفى فيه الغبن اليسير وإن قل ولو فلساً واحداً.

وقيل: لا يتحمل فيه الغبن اليسير مطلقاً.

ثم بين معنى الغبن اليسير وقال: (**وهي ما يقوِّم به مقوّم**)؛ أي: يدخل تحت تقويم المقومين؛ فما لا يدخل تحت التقويم.. فهو فاحش؛ فلو اشترى الوكيل بالشراء شيئاً بعشرة فامتنع الموكل من أخذه؛ لكونه غالباً عنده فعرض المشترى على المقوّمين، فقوّم بعض بتسعة وبعض بعشرة.. فهو داخل تحت التقويم، فيكون الغبن يسيراً، فيلزم الموكل.

وإن لم يقوّم أحد أصلاً بعشرة.. يكون فاحشاً؛ لعدم دخوله تحت التقويم، فيلزم الوكيل.

وقال في «العناية» نقلاً عن شيخ الإسلام: هذا التحديد لليسير فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب، وأما ما له قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فاشتراه الوكيل بالشراء بالزيادة.. لا ينفذ على الموكل وإن قلّت الزيادة كالفلس مثلاً؛ لأن هذا مما لا يدخل تحت التقويم؛ إذ الداخل تحته: ما يحتاج فيه إلى التقويم، ولا حاجة ههنا؛ للعلم به، فلا يدخل تحته.

(**وقُدِّرَ**) على صيغة المجهول؛ أي: قدر بعضهم الغبن اليسير:

(**في العروض: ده نيم**)؛ أي: نصف عشر القيمة.

(**وفي الحيوان: ده يانزده**) عشر القيمة.

وَفِي الْعقارِ: (ده دوازده).

لَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ بهَا.

وَلَو وُكِّل بِبيعِ عبدٍ فَبَاعَ نصفه.. جَازَ.

وَقَالا: لَا يجوزُ ....

(وفي العقار: ده دوانزده) خمس القيمة؛ فإن كانت الزيادة إلى هذا المبلغ.. كان يسيراً؛ لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها، وقلّتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرتها.

ووقوعها في القسم الأول: كثير، وفي الأخير: قليل، وفي الأوسط: متوسط.

وعشرة دراهم: نصاب يقطع به يد محترمة، فجعل أصلاً، والدرهم مال يحبس لأجله؛ فقد لا يتسامح به في المماكسة، فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً.

والنصف من النصفة.. فكان يسيراً، وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع؛ فما كان أقل وقوعاً منه.. اعتبر ضعفه، وما كان أقل من الأقل.. اعتبر ضعف ضعفه.

(لا بما)؛ أي: لا يجوز بزيادة (لا يتغابن بها) [٣٠٤/ب]؛ لأن التهمة تتحقق، ولعله اشتراه لنفسه؛ فإذا لم يوافقه أو وجده خاسراً.. ألحقه بغيره.

حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه فاشتراه بغبن فاحش.. ينفذ على الموكل عند عامة المشايخ؛ لعدم تحقق التهمة فيه؛ لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه، وهو الصحيح.

وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها.. جاز عنده؛ لعدم تحقق التهمة فيه أيضاً؛ لأنه لا بد له من الإضافة إلى الموكل في العقد.

وفي «البزازية»: وكّله أن يبيع عبده بألف، وقيمته كذلك، ثم زادت قيمته إلى ألفين.. لا يملك بيعه بألف. انتهى.

(ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه.. جاز) عند أبي حنيفة، (وقالا: لا يجوز)؛ لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف، وبيع النصف غير متعارف؛ لما فيه من ضرر الشركة.

إِلَّا إِنِ بَاعَ الْبَاقِي قبلَ الْخُصُومَةِ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ.

وإِنْ وُكِّلَ بشرَاءِ عبدٍ فَاشْترى نصفَه.. لَا يلْزمُ الْموكِّلَ إِلَّا إِنِ اشْترى بَاقِيَهُ قبلَ الْخُصُومَةِ اتِّفَاقًا.

(إلّا إن باع الباقي قبل الخصومة)؛ لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى امتثال الأمر بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق؛ فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول.. تبين أنه وقع وسيلة إلى الامتثال، وإن لم يبع.. ظهر أنه لم يقع وسيلة، فلا يجوز.

ولأبي حنيفة: أن اللفظ مطلق عن قيد: الاقتران، والاجتماع، والكل، والبعض، فيجري على إطلاقه، ألا ترى: أنه لو باع الكل بثمن النصف.. جاز عنده، وإذا باع النصف به.. كان أولى.

(وهو استحسان) عندهما، ووجهه: ما ذكرناه، والقياس: قول أبي حنيفة، هكذا ذكره في «الهداية».

والذي ظهر منه: ترجيح قول الإمامين.

(وإن وكّل بشراء عبد، فاشترى نصفه.. لا يلزم الموكل، إلا إن اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقاً)؛ لما مر من قبل من وجه الإمامين.

والفرق لأبي حنيفة بينهما وبين ما مر من مسألة الوكيل بالبيع: أن التهمة في الشراء متحققة، على ما ذكرناه.

وفيما يتغابن فيها: غير متحققة في البيع؛ لأن الأمر بالبيع يصادف ملكه، فيصح، فيعتبر فيه؛ لإطلاقه، فيملك بيع كله أو نصفه.

وأما الأمر بالشراء.. فإنه يصادف ملك الغير، فلم يصح، فلا يعتبر التقييد والإطلاق، بل يعتبر فيه العرف، والعرف: بشراء الكل.

فإن قيل: فعلى هذا: ينبغي أن لا يصح التوكيل بالشراء، لمصادفته ملك الغير.

قلنا: القياس هكذا، لكنا جوزناه استحساناً؛ لحديث الأضحية على ما روينا.

وَلَو رُدَّ الْمَبِيُع على الْوَكِيلِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءٍ.. رَدَّهُ على آمره مُطلقاً فِيمَا لَا يحدثُ مثلُه.

وَكَذَا فِيمَا يحدثُ مثلُه إِن بِبَيِّنَةٍ أَو نُكُولٍ.

وَإِنْ بِإِقْرَارٍ.. فَلَا، وَلزِمَ الْوَكِيلَ.

(ولو ردّ البيع على الوكيل) بالبيع (بعيب بقضاء.. رده على آمره مطلقاً)؛ أي: سواء كان القضاء ببينة المشتري، أو بنكول الوكيل عن اليمين، أو بإقراره.

(فيما لا يحدث مثله) مطلقاً؛ كالإصبع الزائدة، أو في هذه المدة من الأمراض.

(وكذا)؛ أي: يرده على الآمر (فيما يحدث مثله إن) رد على الوكيل (ببينة أو نكول، وإن بإقرار.. فلا) يملك الرد على الموكل، (ولزم) المردود بالإقرار (الوكيل).

أمر رجلاً ببيع عبده [٣٠٥/أ] فباعه، وقبض الثمن، أو لم يقبض، فرده المشتري على الوكيل بعيب؛ فإما إن رده بقضاء أو بغير قضاء؛ فإن كان الأول.. فلا يخلو: إما بعيب يحدث مثله، أو لا.

والثاني: إما أن يكون العيب ظاهراً، والقاضي عاين البيع، أو لا.

والثاني لا يحتاج إلى حجة من بينة أو نكول أو إقرار؛ لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ، والعيب ظاهر.. فلا يحتاج للرد إلى شيء من تلك الحجج.

والأول: فلا بد فيه من تلك الحجج لا للقضاء؛ بل لأنه إذا لم يعاين البيع.. قد يشتبه عليه تاريخه، فيحتاج إليها لظهوره، وقد لا يكون العيب ظاهراً؛ كالقرن في الفرج، فيحتاج النساء في توجه الخصومة، والرد لا يثبت بقول النساء، وكذا بقول الطبيب، فيحتاج إلى الحجة.

وفي هاتين الصورتين: الرد على الوكيل رد على الموكل، فلا يحتاج إلى رد وخصومة؛ لأن الرد بالقضاء فسخ؛ لعموم ولاية القاضي.

والأول؛ أعني: ما يكون بعيب يحدث مثله؛ فإن رده ببينة أو بنكول يمين..

فكذلك؛ لأن البينة حجة متعدية، والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه؛ لعدم ممارسته المبيع.. فلزم الآمر.

وإن رده بإقرار.. لزم الوكيل؛ لأن الإقرار حجة قاصرة هو غير مضطر إليه - لأنه أمكنه السكوت - أو لإنكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول، لكن له أن يخاصم الموكل، فيلزم ببينة أو بنكول الموكل.

وإن كان الثاني؛ أعني: ما يكون بغير قضاء؛ فإما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لا:

فإن كان الأول، وكان رده بإقرار.. لزم الوكيل، وليس له أن يخاصم الموكل.

وإن كان الثاني، وكان الرد بإقراره.. لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع «الأصل»؛ لأن الرد متعيّن.

وفي عامة «الزيادات»: لا يلزم الموكل، وليس للوكيل أن يخاصم.

وفي «الخلاصة»: والصحيح رواية العامة، والرد بالبينة أو النكول في صورة عدم القضاء غير متصور، كذا في «الهداية» و«العناية»، وهكذا ذكره في بيوع «الخلاصة».

ثم قال: وأما الوكيل بالشراء.. فله أن يرده بالعيب قبل أن يدفعه إلى الآمر استحساناً كالمضارب.

ولو ادعى البائع رضاء الآمر.. لا يمين على الآمر؛ لأنه ما جرى بينهما عقد، ولا يحلف الوكيل؛ لأنه يدعي رضاء الغير.

ولو أقام البينة على رضاء الآمر.. بطل الرد.

ولو أقر الوكيل برضاء الآمر.. جاز إقراره في حقه ولزمه المشترى، إلا أن يرضى الآمر بقوله أو يقيم هو البينة على رضاء الآمر الموكل إذا وجد بالمشترى عيباً بعدما مات الوكيل بالشراء، فالموكل يرد بالعيب. انتهى.

وَلَو بَاعَ بنسيئةٍ وَقَالَ الْمُوكِّلُ: أَمرتُكَ بِالنَّقْدِ، وَقَالَ: بل أطلقت.. صُدِّقَ الْمُوكِّلُ، ....

(ولو باع) الوكيل بالبيع (بنسيئة) بأجل متعارف [٣٠٥/ب] أو غير متعارف، (وقال الموكل: أمرتك بالنقد، وقال) الوكيل: (بل أطلقت) الأمر (.. صدق الموكل)، فينفذ البيع على الوكيل؛ لأن الأمر يستفاد من جهة الموكل، فيكون أعلم بما قاله، فيعتبر.

إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدّعاه، وليس بموجود؛ لأن مبنى عقد الوكالة على التقييد حتى يثبت العقد، ما لم يقل: وكلتك ببيع هذا الشيء.

ولو قال: وكلتك بمالي ونحوه.. يحمل على الحفظ.

قال في وكالة «البزازية»: وجملة الأمر ههنا: أن كل ما قيّد به الموكل لا يخلو:

إما أن يكون القيد مفيداً من كل وجه، أو غير مفيداً أصلاً، أو مفيداً من وجه غير مفيد من وجه.

- فإن كان مفيداً من كل وجه.. يلزم رعايته، أكده بالنفي أو لم يؤكده؛ كبيعه بخيار، فباعه بدونه.. لا يصح.
- وإن كان غير مفيداً أصلاً.. لا يلزم رعايته؛ كبيعه بالنسيئة، فباعه بنقد.. يجوز.
- وإن كان مفيداً من وجه دون وجه.. يجب رعايته إن أكده بالنفي، وإن لم يؤكده به.. لا يجب؛ مثاله: لا تبعه إلا في سوق كذا.. يجب رعايته.

بخلاف قوله: بعه بسوق كذا، فباعه في غيره.. يجوز، كما في الوديعة؛ فإنه لو قال: لا تحفظ إلا في هذا البيت.. يلزم الرعاية.

وإن قال: احفظه في هذا البيت.. لا يلزم الرعاية.

وإن عين صندوقاً.. لا يلزم الرعاية وإن أكده بالنفي؛ لعدم كونه مفيداً أصلاً.

والتقييد بالرهن والكفالة: مفيد من كل وجه؛ كالبيع بالخيار.. فلا يجوز خلافه، حتى لو قال الموكل: بعه برهن، أو قال: بعه بكفيل، فباعه بلا رهن وكفيل.. لا

وَفِي الْمُضَارِبَةِ: الْمضَارِبُ.

يجوز، أكده بالنفي أو لا.

والإشهاد من وجه دون وجه؛ فإنه يفيد: عند حضور الشهود وكانوا عدولاً، وغير مفيد عند غيبته وفسقه؛ فإذا أكده بالنفي.. يلزم رعايته؛ بأن قال: لا تبعه إلا عند الشهود، وإن لم يؤكده بالنفي.. لا يلزم رعايته.

وإن قال: بعه نسيئة من فلان، فباعه بأجل من غيره.. لا يجوز؛ لأن التقييد مفيد من كل وجه؛ لأن الذمم متفاوتة، كذا في «البزازية».

وفي «قاضي خان»: لو قال: بعه من فلان، فباعه من غيره.. لا يجوز.

وفي «الخلاصة»: لو قال: بعه بالنقد، فباعه بالنقد والنسيئة، يجوز.

ولو قال: لا تبعه إلا بالنقد، فباعه بالنسيئة.. لا يجوز.

ولو قال: بعه بألف نسيئة، فباعه بالنقد بألف.. يجوز؛ لأنه خلاف إلى خير.

وإن باعه بأقل من ألف.. لا يجوز؛ لكونه خلافاً إلى شر.

ثم قال فيها: الوكيل: إذا خالف أمر الآمر؛ إن كان خلافاً إلى خير في الجنس؛ بأن وكله ببيع عبده بألف درهم فباعه بألف ومائة بنقد، ولو وكّله ببيع عبده بألف درهم فباعه بمائة دينار.. لا ينفذ عليه وإن كان خيراً؛ للاختلاف في الجنس [٣٠٦/أ].

وفي «قاضي خان»: الوكيل بالبيع نسيئة لو باع نقداً.. اختلفوا فيه:

قال محمد بن الفضل: إن باعه نقداً بما يباع بالنسيئة.. جاز، وإن باع بالنقد بأقل مما يباع نسيئة.. لا يجوز.

وقال غيره: يجوز مطلقاً؛ لأن العاجل خير من الآجل.

وقال في «الخلاصة»: لو قال له: بعه إلى أجل، فباعه بالنقد؛ قال الإمام السرخسي: الأصح أنه لا يجوز بالإجماع. انتهى.

(وفي المضاربة: المضارِب)؛ أي: لو اختلف المضارب ورب المال في الإطلاق والتقييد.. صدق المضارب؛ لأن الأمر وإن كان مستفاداً من جهة رب

المال.. إلا أن في العقد ما يخالف دعواه؛ لأن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق؛ حتى إنّ المضارب يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة، بخلاف ما إذا اختلفا في النوع؛ بأن ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر.. فإن القول حينئذ يكون لرب المال لا المضارب؛ لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما، فنزل إلى الوكالة المحضة، وفيها: القول للآمر كما ترى آنفاً.

اعلم: أن الوكيل مع الموكل إذا اختلفا ولم يكن لأحدهما بينة.. فالقول لمن؟

وفيه تفصيل ولنذكر بعضاً منه:

لو اختلفا فقال الموكل: أمرتك أن تبيع بالنقد فبعته بالنسيئة، وقال الوكيل: لا، بل أطلقته.. فالقول للموكل على ما تقدم.

ولو قال الموكل: اشتريتها بخمسمائة، وقال الوكيل: لا، بل اشتريتها بألف؛ فإن كان الموكل قد دفع إلى الوكيل ألفاً.. فالقول للوكيل إن لم يكذبه الظاهر بأن كانت الجارية تساوي الألف، وإن كذبه الظاهر؛ بأن كان قيمة الجارية خمسمائة.. فالقول للموكل.

وكذا القول للموكل إن لم يكن دفع الألف إلى الوكيل، كذا في «الخانية».

ولو قال الموكل: أمرتك أن تبيع بألف درهم، وقال الوكيل: لا، بل أطلقت.. فالقول للموكل.

ولو قال الموكل: أمرتك بالشراء بخمسمائة، وقد اشتريتها بألف، وقال الوكيل: لا، بل أمرتني بألف وقد اشتريتها بألف كما أمرتني.. فالقول قول الموكل.

ولو وكله بشراء معين، ولم يسم له ثمناً، فاشتراه، فقال الوكيل: اشتريته بألف، وصدقه البائع، وكذبه الموكل وقال: بل اشتريته بخمسمائة.. قال الشيخ أبو منصور: يتحالفان.

وقال أبو جعفر الهندواني: لا يتحالفان.

ومختار المصنف هو الأول، وهو الأصح على ما تقدم في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء.

وقد تقدم في هذا الباب أيضاً: أن الوكيل إذا قال: اشتريته لك فمات عندي، وقال الموكل: بل اشتريته لنفسك.. فالقول للموكل إن لم يكن دفع الثمن، وإلا.. فللوكيل على ما فصلناه ثمة.

ولو قال الموكل: أمرتك أن تبيع على أنه بالخيار فيه، وقال المأمور: لم تأمرني [٣٠٦/ب] بذلك.. فالقول قول المأمور.

وكذا لو قال: أمرتك أن تبيع بيعاً فاسداً، وقال المأمور: بل أمرتني بيعاً صحيحاً.. فالقول قول المأمور، كذا عن محمد.

وفي «الخانية»: الوكيل بشراء الغلام إذا قال: اشتريت وقضيت الثمن من مالي، وقال الموكل: بل أديت إليك الدراهم.. فالقول قول الوكيل.

وفي «فتاوى أبي الليث»: وكل رجلاً أن يشتري له أخاه، فاشتراه الوكيل وجاء به، فقال الموكل: هذا ليس بأخي، وقال الوكيل: بل هو أخوك.. فالقول قول الموكل مع يمينه، ويلزم العبد الوكيل ويعتق عليه بإقراره.

وفي «المنتقى» عن محمد: أمر رجلاً ببيع داره، فقال المأمور: بعتها بكذا وقضيت الثمن وضاع؛ فإن كان الآمر دفع الدار إلى المأمور وقال الآمر للمأمور: لم تقبض الثمن من المشتري.. فالقول قول المأمور.

وإن لم يكن دفع الدار إليه.. فالقول قول الآمر.

وعن أبي يوسف مثل هذا في العبد أيضاً.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: لو اختلف الوكيل مع الموكل في اشتراط الرهن والكفالة في البيع.. فالقول قول الموكل.

وكذا لو قال الموكل: أمرتك بغير هذا الثمن.. فالقول له.

وَلَا يَصحُّ تصرُّفُ أَحدِ الوكيلَينِ وَحدَه فِيمَا وُكِّلا بِهِ، ....

وفي «الحاوي»: وكل رجلاً بأن يكاتب عبده ويقبض بدل الكتابة، ثم اختلفا.. فالقول قول الوكيل في الكتابة لا في قبض بدل الكتابة، بل القول فيه للموكل.

وذكر في «البحر»: لو اختلف الوكيل مع الموكل في التقييد والإطلاق؛ بأن ادعى الموكل التقييد والتعيين، وادعى الوكيل الإطلاق.. فالقول قول الموكل: بأن قال الموكل: أمرتك بألف أو بدينار أو بحنطة أو شعير أو بنقد وفعلت خلافه، وقال الوكيل: بل أطلقت.

وكذا الحال في النكاح والكتابة والإجارة والعتق على مال.

وكذا لو قال: أمرتك ببيع برهن أو كفيل، وقال الوكيل: بل أطلقت.

(**ولا يصح تصرف أحد الوكيلين وحده فيما وكلا به**)؛ يعني: لو وكل وكيلين بكلام واحد فيما يحتاج فيه إلى رأي؛ كالبيع والشراء والخلع والكتابة والتزويج والطلاق بمال والعتق بمال؛ بأن قال: وكلتكما ببيع كذا، أو بخلع كذا، أو بكتابة عبدي ببدل كذا، أو بتزويج امرأة بمهر كذا، فباع أحدهما أو كاتب أو خلع أو زوج.. لا ينفذ، بل يتوقف على إجازة الموكل والوكيل الآخر، سواء كان المال مسمى أو لا؛ لأن تسمية الموكل المال لا يمنع احتمال أن يزيد أحدهما في المال أو ينقص لقصور رأيه، بخلاف ما إذا اجتمع رأيهما، حيث ينقطع ذلك الاحتمال عند اجتماع رأيهما.

ولو سلم الاحتمال.. لكنه قد رضي برأيهما.

وسواء كان الوكيل حاضراً في المجلس أو غائباً عنه؛ فإن مجرد حضوره لا يكفي ما لم يجزه، على ما في «الزيلعي».

ولو كان غائباً فأجازه.. لم يجز عند أبي حنيفة [٣٠٧/أ].

وقال أبو يوسف: إنه جائز، على ما في «المحيط».

وإن مات أحدهما أو ذهب عقله بالجنون.. لم يجز للآخر أن يتصرف وحده؛

إِلّا فِي: خُصُومَةٍ، ورَدِّ وَدِيعَةٍ، ....

لعدم رضاء الموكل؛ لأنه إنما رضي برأيهما، وهو المدار ههنا، بخلاف ما إذا وكّلا بكلامين؛ لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد ابتداء؛ حيث وكلهما متعاقباً، فيجوز تصرفهما على أي وجه كان.

أطلق الوكيلين؛ فشمل: ما إذا كانا حرّين بالغين، أو أحدهما حرّ بالغ والآخر صبي محجور أو عبد؛ فإن وكالتهما صحيحة وإن لم يلزمهما الأحكام، وشمل أيضاً: الوكيلين بالقبض.

ففي «البزازية»: الوكيلان بقبض الدين يتفرد أحدهما باستيفائه، حتى لو قبض أحدهما.. لا يبرأ المطلوب، وبالقضاء يتفرد أحدهما به استحساناً.

والوكيل بقبض عين، قبض وجاء وكيل آخر.. ليس له أن يقبضه من الوكيل الأول، وهذا؛ لأنهما لم يكونا وكيلين بكلمة واحدة، فنفذ تصرف الأول.

بخلاف ما لو كان الوكيل الثاني وكيلاً بقبض كلّ حق له؛ فإن له قبضه من الأول؛ لأن ما قبضه الأول من جملة الحقوق، وليس للأول قبضه من الثاني.

ولو وكله بقبض دار له معين من فلان وقبضه، ثم وكل آخر بقبضه أيضاً؛ إن كان الأول قبضه قبل توكيل الثاني.. أخذه الثاني من الأول، وإلا.. لا.

ولا يشتبه غير المعين الشيء المعين (**إلا في خصومة**)؛ لأن لكل منهما أن يخاصم بدون صاحبه؛ فإن اجتماعهما عليهما في التكلم متعذر، ولأنه يفضي إلى الشغب في مجلس القضاء.

فإن قيل: إن الخصومة قد تحتاج إلى الرأي، والموكل رضي برأيهما.

قلنا: نعم، إلا أن رأيهما قد حصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها.. فيكتفى بذلك.

(و) إلا في (**رد وديعة**)؛ كبضاعة وعارية ومغصوب؛ فإن لكل واحد من الوكيلين بردّها ردّها بدون صاحبه؛ لأنه مما لا يحتاج إلى الرأي.. فكان ردّ أحدهما كردهما.

وَقَضَاءِ دينٍ، وَطَلَاقٍ وَعِتْقٍ لَا عِوضَ فيهمَا.

ولو قال: «وفي رد عين».. لكان أولى؛ فإنه لا فرق بين رد الوديعة العارية والمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً، على ما صرح به في الفصل السابع من وكالة «الخلاصة».

واحترز بالرد عن الاسترداد؛ فإنه لو وكلا باسترداد الوديعة.. فليس لأحدهما استردادها وقبضها بدون صاحبه؛ لأنه حفظ اثنين ليس كحفظ واحد؛ فإذا قبض أحدهما.. ضمن كله إذا هلك؛ لأنه قبض بغير إذن صاحبه، كذا في «البحر».

(و) إلا في (**قضاء دين**) احترز بالقضاء عن قبضه؛ فإنه لو قبض الدين أحد الوكيلين بقبضه بغير إذن صاحبه.. ضمن؛ لأنه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن، وللموكل فيه فائدة وغرض؛ لأن حفظ [٣٠٧/ب] اثنين ليس كحفظ واحد، بخلاف القضاء؛ لأنه لا يحتاج إلى الرأي.

(و) إلا في (**طلاق وعتق لا عوض فيهما**)، وكذا في عتق بلا مال؛ لأنهما لا يحتاجان إلى رأي؛ لأنهما إسقاط محض.

بخلاف ما لو وكل وكيلين بطلاق أو عتق بمال.. فإنهما يحتاجان إلى رأي، فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه.

وبخلاف ما لو وكل وكيلين بطلاق أو عتق بغير عوض مالي وقال: لا يطلق أحدكما بدون صاحبه، أو لا يعتق أحدكما بدون صاحبه.. فإنه لا يجوز تصرف أحدهما بدون الآخر.

وكذا لو قال لهما: طلقاها إن شئتما، أو قال: أمرها بأيديكما.. لا ينفرد أحدهما عن الآخر في التصرف.

وكذا العتق؛ لأنه تفويض إلى رأيهما، فكان تمليكاً مقتصراً لهما على المجلس.. فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر.

وكذا لو قال للوكيلين: طلقاها ثلاثاً، فطلق أحدهما واحدة، ثم طلقها الآخر

وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوكِّلَ غَيرَه، ....

بطلقتين.. لم يقع شيء حتى يجتمعا على ثلاث تطليقات، كما في وكالة «قاضي خان».

فإن قيل: ينبغي أن يقدر أحدهما على نصف تطليقة.

أجيب عنه: بأن فيه إبطال حق الآخر.

فإن قيل: الإبطال ضمني، فلا معتبر به.

قلنا: لا حاجة إلى الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع.

وقال في «البزازية»: لو قال: طلقاها جميعاً ثلاثاً، فطلق أحدهما طلاقاً، ثم الآخر طلق طلقتين.. لم يقع، ما لم يجتمعا على الثلاث.

قال لامرأتيه: طلقا أنفسكما ثلاثاً، فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها ثلاثاً.. طلقتا، لكن طلاقها نفسها يختص بالمجلس.

ولو زاد: «إن شئتما»، فطلقت إحداهما.. لا تطلق؛ لأن تقدير الكلم: «طلقا أنفسكما إن شئتما طلاقكما» والموجود من إحداهما نصف الشرط.

وفي «البحر» نقلاً عن «الولوالجية»: لو وكل رجلين بتسليم الهبة للموهوب له.. فلا ينفرد أحدهما عن الآخر.

بخلاف ما لو وكلهما باسترداد الهبة عن الموهوب له.. فإن لأحدهما أن ينفرد بالاسترداد، كما في رد الوديعة واستردادها.

(**وليس للوكيل أن يوكل غيره**) فيما وكل به؛ لأنه فوض إليه التصرف فيما وكل به لا غير، والتوكيل ليس بتصرف فيه، وذلك لأنه رضي برأيه لا برأي غيره، والناس متفاوتة في الرأي.

قيده بالتوكيل؛ لأن الوكيل بالبيع والشراء يخيّر ببيع ما باع فضولي فيما وكل به، وكذا شراؤه، كما في «الفصولين».

إِلَّا بِإِذْنِ مُوكِّلِهِ أَو بقولِهِ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ.

فَإِنْ أَذَنَ فوكّلَ.. كَانَ الثَّانِي وَكِيلَ الْمُوكِّلِ الأَوَّلِ لَا الثَّانِي، فَلَا يَنْعَزِلُ بعزلِهِ، وَلَا بِمَوْتِهِ، وينعزلان بِمَوْتِ الأَوَّلِ.

وَإِن وكّلَ بِلَا إِذنٍ فعقدَ الثَّانِي بِحَضْرَتِهِ.. جَازَ.

(**إلا بإذن موكله أو بقوله: اعمل برأيك**)؛ فإن الموكل في الصورتين قد رضي برأي غيره فيجوز.

وفي «البزازية»: إذا قيل للوكيل: اصنع ما شئت.. له التوكيل.

ولو قال الوكيل الأول ذلك لوكيله.. لا يملك الثاني توكيل ثالث.

بخلاف ما لو قال السلطان للقاضي: استخلف من شئت، فاستخلف آخر [٣٠٨/أ]، وقال القاضي له أيضاً: استخلف من شئت.. له الاستخلاف أيضاً، ثم وثم.

والوكيل بقبض الدين، وبالخصومة، وبالشراء: سواء، على ما يدل عليه إطلاق المصنف، وبه صرح في «البزازية».

(**فإن أذن**) الموكل (**فوكل.. كان**) الوكيل (**الثاني وكيل الموكل الأول لا الثاني، فلا ينعزل بعزله، ولا بموته، وينعزلان بموت**) الموكل (**الأول**).

(**وإن وكل الوكيل بلا إذن**) الموكل وبلا تعميمه؛ بأن قال: اعمل برأيك، (**فعقد الثاني بحضرته**)؛ أي: بحضرة الوكيل الأول (.. **جاز**) استحساناً؛ لأن المقصود: حضور رأي الأول، وقد وجد بحضوره.

فإن قيل: قد تقدم: أن أحد الوكيلين بالبيع إن باع بغير إذن صاحبه.. لم يكتف بحضوره، بل لا بد من الإجازة، فما الفرق بينهما؟

أجيب: بأن وكيل الوكيل يتصرف بتوكيله ورضائه، فكان سكوته عند التصرف بحضرته رضاء، بخلاف أحد الوكيلين؛ فإنه يتصرف بتوكيل الموكل لا بتوكيل صاحبه، فلم يكن سكوته رضاء؛ لجواز أن يكون غيظاً منه، هكذا ذكر في شرح «الهداية» نقلاً عن «الجامع الصغير».

وَكَذَا لَو عَقَدَ بغيبته فَأَجَازَهُ، أَو كَانَ قد قدَّرَ الثّمنَ.

لكن قال في «البزازية»: وذكر شيخ الإسلام: أن بيع الثاني وإن بحضرة الأول.. لا يجوز بلا إجازة، قال: ولم يذكر هذا الشرط غيره، بل اكتفى بحضرة الأول وإن لم يجزه.

وقال الكرخي: ليس في المسألة روايتان؛ بل الجواز بحضرة الأول: محمول على إجازته، وبه العامة؛ لأن توكيلَ الوكيلِ فضوليٌّ ملحق بالعدم، فيتوقف على الإجازة.

وقيل: فيه روايتان: في رواية: شرط الإجازة، وفي رواية: لم يشترط.

ثم اختلفوا في أن العهدة على من تلزم بعد جواز التصرف بحضرة الأول؟

فمنهم من قال: إنها تلزم على الوكيل الأول، على ما ذكر في «البزازية» عن «العتابي».

ومنهم من قال: إنها تلزم على الوكيل الثاني، على ما ذكره عن «العيون»؛ معللاً بأنه العاقد.

(**وكذا: لو عقد**) الوكيل الثاني (**بغيبته**)؛ أي: غيبة الأول، (**فأجازه**) الأول؛ كما لو باع غير الوكيل، فبلغ الخبر فأجازه؛ فإنه جائز لحصول رأيه.

(**أو كان**) الوكيل الأول أو الموكل - على ما في «البزازية» - (**قد قدر الثمن**) للثاني، فعقد الثاني بغيبته؛ فإنه جائز؛ لأن الرأي يحتاج إليه لتقدير الثمن، وقد حصل التقدير، هكذا ذكره في «البزازية» عن أبي يوسف في رواية «النوازل»، وعن الصدر الشهيد أيضاً.

ثم ذكر عن الطحاوي: أنه لا يجوز بغيبة الأول؛ لأن الوكيل الأول لو باشر البيع.. ربما يباع بالزيادة على المقدار المعين من الثمن لذكائه.

وأكثر المشايخ على الأول.

وَلَا يجوزُ لعبدٍ أَو مكَاتَبِ التَّصَرُّفُ فِي مَالِ طِفْلِهِ بِبيعٍ أَو شِرَاءٍ، وَلَا تَزْوِيجهُ، وَكَذَا الْكَافِرُ فِي حقِّ طِفْلِهِ الْمُسلمِ.

(ولا يجوز لعبد أو مكاتب التصرف في مال طفله ببيع أو شراء)؛ لعدم ولايتهما عليه.

(ولا تزويجه)؛ لما ذكرناه.

(وكذا الكافر) ذمياً أو حربياً؛ لما ذكرناه.

بخلاف المرتد؛ [٣٠٨/ب] حيث إن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة إجماعاً؛ فإذا أسلم.. جعل كأنه لم يزل مسلماً، فنفذ تصرفه، وإذا مات أو قتل على ردته.. يبطل تصرفه.

وأما تزويجه لنفسه.. فهو باطل وإن أسلم.

(في حق طفله المسلم) في ماله وتزويجه؛ لعدم ولاية الكافر على المسلم.

* * *

(بَابُ الْوَكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ)

لِلْوَكِيل بِالْخُصُومَةِ الْقَبْضُ، خلافاً لزفَرَ، وَالْفَتْوَى الْيَوْمَ على قَوْلِهِ.

وَمثلُهُ الْوَكِيلُ بالتقاضي.

وللوكيلِ بِقَبضِ الدّينِ الْخُصُومَةُ قبلَ الْقَبْضِ، ....

(بَابُ الوَكَالَةِ بِالخُصُومَةِ وَالقَبْضِ)

(للوكيل بالخصومة)؛ أي: في الدين أو العين **(القبض)**؛ لأن الخصومة لا تتم إلا بالقبض؛ لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضي أو غيره.

وما لا يتم الواجب إلّا به.. فهو واجب؛ فلو وكّل رجلاً أن يدعي ويثبت ماله على فلان، ولا يزيد عليه شيء، فأثبت عليه الوكيل شيئاً بالبينة أو الإقرار.. فله أن يقبض ذلك الشيء عند الثلاث.

(خلافاً لزفر) قال: ليس له القبض؛ لأنه ما رضي إلا بالخصومة، والقبض غيرها؛ لأنها قول يستعمل في إظهار الحق، والقبض فعل حسي.

(والفتوى اليوم) عند عامة المشايخ **(على قوله)**.

(ومثله الوكيل بالتقاضي)؛ لظهور الخيانة في الوكلاء، ولأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصاً، وهو ظاهر، ولا دلالة؛ لأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة، ولا يرضى بأمانته وقبضه.

وأجيب: بأن الدلالة ثابتة؛ لما تقدم: من أن «ما لا يتم الواجب إلا به».. [فهو واجب].

(وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض) عند أبي حنيفة، حتى إذا اقتضى وأقام الخصم بينة على استيفاء الموكل أو أبرأه.. يقبل عنده؛ لأنه يملك الخصومة، فيكون خصماً له.

خلافاً لَهما.

وللوكيلِ بِأخذِ الشُّفْعَةِ الْخُصُومَةُ قبلَ الْأَخْذِ اتِّفَاقًا.

وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ، أَو بِالْقِسْمَةِ، أَو بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ بعدَ مُبَاشَرَتِهِ.

(**خلافاً لهما**)، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن القبض غير الخصومة.

وليس كل من يؤتمن على قبض المال يهتدي في الخصومات، فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بالخصومة.

ولأبي حنيفة: أنه وكله بالتملك؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فما قبضه الوكيل ليس عين حق الموكل، بل مثله، فيملكه الوكيل، والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد، والأصيل في حقوق خصم: كالموكل.

وفي «الخلاصة»: الوكيل بقبض الدين ليس له أن يخاصم بالإجماع. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن دعوى الإجماع في هذه المسألة إنما تتمشى على رواية الحسن عن أبي حنيفة، وإلا.. فلا، كما ترى.

(**وللوكيل بأخذ الشفعة**)؛ أي: بأخذ الدار بالشفعة (**الخصومة قبل الأخذ اتفاقاً**)، حتى إذا أقام المشتري عليه البينة: أن الموكل سلم الشفعة.. تقبل وتبطل الشفعة؛ لكونه خصماً له في هذه الدعوى.

(**وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة**)؛ فلو أقام الموهوب له البينة: على أخذ الواهب العوض.. فإنها تقبل ويبطل الرجوع؛ لكونه خصماً له في هذه الدعوى.

(**أو بالقسمة**)؛ بأن وكّل أحد الشريكين وكيلاً بأن يقاسم مع شريكه، وأقام الشريك [٣٠٩/أ] البينة عليه: أن الموكل قبض نصيبه.. فإنها تقبل.

(**أو بالرد بالعيب**) على البائع؛ فإنه إذا أقام البينة عليه: أن الموكل رضي بالعيب.. تقبل بينته؛ لكونه خصماً له.

(**وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته**) الشراء: له الخصومة في طلب حقوق العقد.

وَلَيْسَ للْوَكِيلِ بِقَبضِ الْعينِ الْخُصُومَةُ؛ فَلَو برهن ذُو الْيَد على الْوَكِيل بِقَبضِ عبدٍ أَنَّ مُوكِّلَهُ بَاعه مِنْهُ.. تقصرُ يَدُ الْوَكِيلِ، وَلَا يثبتُ البيعُ، فَيلْزم إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ إِذا حضرَ الْمُوكِّلُ، كَمَا تقصرُ يَدُ الْوَكِيلِ بِنَقْلِ الزَّوْجَةِ أَو العَبْدِ، وَلَا يثبتُ الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ لَو برهنا عَلَيْهِمَا بِلَا حُضُور الْمُوكِّلِ، ....

وأما قبل المباشرة بالشراء.. فلا يكون خصماً.

(**وليس للوكيل بقبض العين: الخصومة**) بالاتفاق؛ لأنه أمين محض؛ حيث لا مبادلة هناك أصلاً كما في قبض الدين؛ لأنه يقبض عين حق الموكل، فأشبه الرسول، فلم تتعلق الحقوق بالقابض، فلا يكون خصماً، ولا تقبل البينة عليه.

إلى هنا ثمان وكالات، وحكمها كما ذكره المصنف.

وههنا: وكالة أخرى لم يذكرها المصنف، وهو: الوكالة بالملازمة، وحكمها: أن ليس للوكيل الخصومة والقبض، كذا في «الخلاصة».

(**فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد: أنَّ موكله باعه منه.. تقصر يد الوكيل**) ولا يسلم العبد إليه في الاستحسان، والقياس: أن يسلم إليه، ولم يلتفت إلى بيّنة ذي اليد؛ لأنها قامت لا على خصم.

(**ولا يثبت البيع**)، بل يتوقف الأمر حتى يحضر الموكل؛ لأن الوكيل بقبض العين ليس خصماً له حتى تقبل بينته ويثبت البيع، لكنه لقيامه مقام الموكل في القبض.. يكون خصماً له في حق قصر اليد.

(**فيلزم إعادة البينة**) على البيع (**إذا حضر الموكل**)؛ لعدم قبولها على الوكيل.

(**كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة أو العبد**)؛ فيما إذا أقامت المرأة البينة: أن زوجها طلقها، وأقام العبد: أن مولاه أعتقه.. فإن بينتهما تقبل في حق قصر يد الوكيل، لا في ثبوت الطلاق والعتاق.

ولذا قال: (**ولا يثبت الطلاق والعتق لو برهنا عليهما**)؛ أي: على الطلاق والعتق (**بلا حضور الموكل**)؛ لأن القضاء على الغائب متعذر على ما تقدم.

وَإِقْرَارُ الْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ على مُوَكِّله عِنْد القَاضِي صَحِيحٌ.

لَا عِنْد غير القَاضِي، خلافاً لأبي يُوسُف.

لَكِن لَو برهنَ عَلَيْهِ أَنَّه أَقَرَّ فِي غيرِ مجْلِسِ الْقَضَاءِ.. خرجَ عَنِ الْوكَالَةِ، وَلَا يُدْفعُ إِلَيْهِ المَالُ؛ ....

(وإقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي صحيح)؛ سواء كان الموكل هو المدعي - فأقر الوكيل عند القاضي باستيفاء حقه - أو المدعى عليه، فأقر الوكيل بثبوته عليه (لا عند غير القاضي) عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف)، قال: جاز إقراره في الوجهين جميعاً؛ لأنه قائم مقام الموكل، فلا يختص إقراره بمجلس القضاء.

وقال زفر والشافعي: إنه لايجوز في الوجهين، وهو القياس؛ لأن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة، والإقرار ليس بمنازعة؛ لأنه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن التوكيل بالخصومة صحيح، وصحته إنما تكون بتناوله ما يملكه الموكل؛ لأن التوكيل فيما لا يملكه باطل، وهو إنما يملك مطلق الخصومة؛ إنكاراً كان أو إقراراً، لا واحداً بخصوصه؛ لأن الخصم إذا كان محقاً.. وجب عليه الإقرار، وإن كان مبطلاً.. وجب عليه الإنكار.

ولكن لفظ الخصومة [٣٠٩/ب] حقيقة في الإنكار فصرفناها إلى مطلق الجواب مجازاً، فيتناول: **الخصومة الحقيقية**، وهي: الإنكار، **والمجاز به**: وهو الإقرار، والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء، فما كان في غير مجلس القضاء.. لا يكون خصومة، لا حقيقة ولا مجازاً، فلا يتناوله الأمر، وهذا استحسان يترجح على القياس.

(لكن) استدراك من قوله: «لا عند غير القاضي» (لو برهن عليه)؛ أي: لو برهن عند القاضي على الوكيل: (أنه أقر في غير مجلس القضاء.. خرج عن الوكالة، ولا يدفع إليه المال).

حتى لو ادعى بعد ذلك الوكالة، وأقام على ذلك بينة.. لا تقبل بينته؛ لأنه زعم أنه مبطل في دعواه.

أطلق الإقرار هنا وهو مقيد بغير الحدود والقصاص؛ لأنه لا يصح إقراره بها على موكله بالاتفاق؛ للشبهة.

وقيده بالخصومة؛ لأن الوكيل بالصلح لا يصح إقراره مطلقاً؛ ففي «البزازية»: والوكيل بالصلح لا يملك الإقرار؛ لأن الوكيل بالخصومة إنما ملكه؛ لكونه من أفراد الجواب، وهو وكيل بالجواب؛ لأنه هو المشروع، فكان لفظ الخصومة متناولاً للإقرار.

والصلح مسالمة لا مخاصمة، ولذا قلنا: الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة، والوكيل بالخصومة لا يملك الصلح، [والصلح] عقد من العقود، والوكيل بعقد لا يباشر عقداً آخر.

هذا، ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار؛ بأن قال: وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار.. فهل يصح هذا التوكيل والإقرار؟

ففي «البزازية»: يصح التوكيل، ولا يصح إقراره على موكله في الظاهر، موصولاً كان الاستثناء أو مفصولاً.

ولو كان التوكيل بسؤال الخصم.. يصح استثناؤه؛ موصولاً لا مفصولاً.

ولو وكله غير جائز الإنكار.. صح عند محمد لا الثاني.

ولو وكله غير جائز الإقرار والإنكار.. قيل: لا يصح الاستثناء؛ لعدم بقاء فرد تحته.

وقيل: يصح؛ لبقاء السكوت.

وعن محمد: استثناء الإقرار يصح من الموكل الطالب؛ لأنه مجبر، ولا يصح من المطلوب؛ لأنه مجبور عليه.

بَكَالْأَبِ أَو الْوَصِيِّ إِذا أَقرَّ فِي مجْلِسِ الْقَضَاء.. لَا يَصحُّ وَلَا يُدْفَع إِلَيْهِ المَالُ، وَلَا تَوْكِيلُ ربِّ المَالِ كفيلَه بِقَبض مَا على الْمَكْفُول عَنهُ.

والمطلوب: إذا وكل بالتماس الطالب واستثنى إقراره؛ أي: بمحضر طالبه.. صح، وإن بلا حضوره.. جاز عند محمد اعتباراً بالعزل.

خلافاً لأبي يوسف.

وعلى هذا: أذن لوكيله أن يوكل، فنهاه؛ إن بحضور الطالب.. صح، وإن لا بحضوره.. فهو على الخلاف.

والحاصل: أن هذه المسألة على خمسة أوجه:

الأول: أن يوكل بالخصومة ولا يستثني أصلاً، وهو مسألة المتن.

الثاني: أن يستثني الإقرار.. فيكون وكيلاً بالإنكار فقط.

الثالث: عكسه.. فيكون وكيلاً بالإقرار فقط في ظاهر الرواية؛ موصولاً أو مفصولاً.

الرابع: أن يوكله [بالخصومة] جائز الإقرار.. فيكون وكيلاً بالإقرار والإنكار.

الخامس: أن يستثنى الإقرار [٣١٠/آ] والإنكار.. فهو على الخلاف المذكور.

(**كالأب أو الوصي إذا أقر**)؛ أي: كل منهما (**في مجلس القضاء.. لا يصح**) إقرارهما.

(**ولا يدفع إليه المال**)؛ يعني: إذا ادّعيا شيئاً للصغير، فأنكر المدعى عليه وصدقاه، ثم جاء يدعي المال.. فإن إقرارهما بأن صدقا المدعي عليه لا يصح، ولكن لا يدفع المال إليهما؛ لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال؛ بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه.

(**ولا**) يصح (**توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه**) لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها:

أما بعد البراءة: فلأنها لما لم تصح ابتداء حال التوكيل على ما سيأتي.. لم

تنقلب بعده صحيحة؛ كمن كفل لغائب فأجازها بعدما بلغته.. فإنها لا تصح؛ لأنها لم تصح ابتداء؛ لعدم القبول، فلا تنقلب صحيحة.

وأما قبل البراءة: فلأن الوكيل من يعمل لغيره، والكفيل من يعمل لنفسه في إبراء ذمته؛ فلو كان صحيحاً.. لزم أن يكون الوكيل عاملاً لنفسه، فينعدم الركن.

فإن قيل: توكيل المديون بإبراء ذمته عما عليه من الدين.. صحيح، على ما في «الجامع الصغير»، مع أنه عامل لنفسه في ذلك.

أجيب: بأنا لا نسلم أنه صحيح - على ما ذكره شيخ الإسلام - ولو سلم أنه صحيح.. فنقول: ولكن الإبراء: تمليك؛ بدليل: أنه يرتد بالرد، وكلامنا في التوكيل بالقبض، وقد تقدم من قبل: أنها وإن كان عاملاً لنفسه بتفريغ ذمته، لكنه عامل لرب الدين بإسقاط دينه، فيكون عاملاً للغير كمسائل الوكيل. هكذا ذكره في «البحر» عزواً إلى «منية المفتي»، ورجحه على الجواب الأول؛ بأن ذلك الإبراء: لو كان تمليكاً.. لم يصح رجوع الدائن عنه قبل إبراء المديون نفسه، مع أنه يصح، فلم يكن تمليكاً.. فلم يصح الجواب الأول.

أطلق الكفيل، وهو مقيد بالكفيل عنه بالمال؛ لأن توكيل الكفيل بالنفس صحيح؛ سواء كان بالخصومة أو بقبض ما على المكفول عنه، على ما في «البحر».

وكذا يصح توكيل الكفيل بالمال بالخصومة، ولهذا قيد المصنف بالقبض.

قال في «الزيلعي»: ولو وكل الطالب المولى بقبض المال من العبد.. لا يصح؛ يعني: لو أعتق عبد المديون، حتى لزم عليه ضمان الدين وعلى العبد جميع الدين، فوكل الطالب المولى بقبض الدين من العبد.. لا يصح؛ لما تقدم من أنه يلزم أن يعمل لنفسه في إبراء ذمته.

وفي «البحر»: إن المحتال لو وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه.. لم يصح؛ وذلك لأنه يعمل لنفسه؛ لاحتمال أن الدين يلزمه بالتواء اللاحق.

وَمن صَدّقَ مدعي الْوكَالَة بِقَبضِ الدّينِ.. أَمِرَ بِالدفعِ إِلَيْهِ؛ ....

وقال فيه أيضاً: إن توكيل المديون وكيل الطالب بالقبض.. باطل.

وأيّده بمسألة نقلها عن «القنية»، وهي: لو وكله بقبض دينه على فلان، فأخبر به المديون، فوكله ببيع سلعته وإيفاء دينه عن ثمنه لرب الدين، [٣١٠/ب] فباعها وأخذ الثمن، وهلك.. هلك من مال المديون؛ لاستحالة أن يكون قاضياً ومقتضياً، والواحد لا يصلح أن يكون وكيلاً للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء. انتهى.

ولا يخالفه ما في «الواقعات الحسامية»: المديون: إذا بعث بالدين على يد وكيله فجاء به إلى الطالب وأخبره ورضي به وقال: اشتر لي شيئاً، فذهب واشترى ببعضه شيئاً وهلك منه الباقي:

قال بعضهم: يهلك من مال المديون.

وقال بعضهم: من مال الطالب، وهذا أصح؛ لأن أمره بالشراء بمنزلة قبضه. انتهى.

لأن ما في «القنية» فيما إذا سبق توكيل الطالب، وما في «الواقعات» فيما إذا سبق توكيل المطلوب.

ثم قال فيه: وتجوز كفالة الوكيل بالقبض والوكيل بالنكاح بالمهر، وإذا صحت كفالة الوكيل بالقبض.. بطلت وكالته.

والحاصل: أن الكفالة بالمال مبطلة للوكالة، تقدّمت الكفالة أو تأخّرت؛ لكونها أقوى من الوكالة؛ فإذا بطلت الوكالة؛ فلو أخذ الدين عن المديون، وهلك في يده.. لم يهلك على الطالب.

(**ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين**) الذي كان للغائب (.. **أمر**) ذلك المصدق وهو المديون (**بالدفع إليه**)؛ أي: إلى الوكيل؛ لأنه أقر على نفسه؛ لأن ما يقضيه الغريم خالص حقه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان تصديقه إقراراً على نفسه، ومن أقر على نفسه.. أمر بتسليمه إلى المقرّ له.

فَإِن صدّقَهُ صَاحب الدّينُ، وإِلّا.. أمر بِالدفعِ إِلَيْهِ أَيْضاً، وَرجعَ بِهِ على الْوَكِيلِ إِنْ لم يهْلكْ فِي يَدِهِ.

وَإِن هلكَ.. لَا، إِلّا إِن كَانَ ضمِنَهُ ....

(**فإن صدّقه صاحب الدين**)؛ أي: بعد أن حضر من الغيبة.. فبها.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يصدقه.. أمر المديون (**بالدفع إليه**)؛ أي: إلى صاحب الدين (**أيضاً**)؛ لأنه لمّا لم يصدقه وأنكر الوكالة.. لم يثبت الاستيفاء والإيفاء، وهو واجب على المديون، فيجب الدفع إليه ثانياً.

والقول فيه قوله؛ لأنه منكر.

(**ورجع**)؛ أي: الغريم (**به**)؛ أي: بما أدّاه (**على الوكيل إنْ لم يهلك**) ما أداه (**في يده**)؛ أي: في يد الوكيل؛ لأن غرضه من الدفع: براءة ذمته، ولم يحصل، فله أن ينقض ويرجع.

(**وإن هلك**) في يده (.. **لا**) يرجع عليه؛ لأن بتصديقه اعترف: «أنّ الوكيل محق في القبض لا رجوع عليه»، ولأنه بتصديقه اعترف أنه مظلوم في الأخذ الثاني، والمظلوم لا يظلم غيره.

بخلاف ما إذا كان العين باقية في يد الوكيل.. فإنه يمكنه نقض القبض؛ لبقاء العين، فيرجع بسبب نقضه.

وبخلاف ما إذا استهلكه الوكيل؛ حيث ضمنه مثله، على ما صرح به في الثالث من وكالة «البزازية».

(**إلا إن كان ضمنه**)؛ إما بالتشديد أو بالتخفيف.

فالمعنى على الأول: «إلا إن ضَمَّنَ المديون الوكيل»؛ بأن قال: اضمن ما دفعت إليك عن الطالب، حتى لو أخذ الطالب من مالي [٣١١/أ].. أرجع عليك بما دفعت إليك.

عِنْدَ دَفعِهِ، أَو دفَعَ إِلَيْهِ على ادِّعائِهِ غيرَ مُصدِّقٍ وكَالَتَهُ.

وعلى الثاني: إلا إن ضَمِنَ الوكيل للمديون، وقال: أنا ضامن لك إن أخذ الطالب منك ثانيا.

(عند دفعه) إلى الوكيل.. فإنه حينئذ يرجع على الوكيل؛ لأن المأخوذ ثانياً مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون؛ لأن رب الدين غاصب في حقهما فيما قبضه ثانياً.

(أو دفع) الغريم **(إليه)**؛ أي: الوكيل **(على ادعائه)**؛ أي: ادعاء الوكيل الوكالة.

(غير مصدق وكالته)، ولا مكذبها أيضاً بل سكت، أو يكذبها.. فإنه يرجع على الوكيل في الصورتين إن رجع صاحب المال على الغريم.

أما في الأولى: فلأنه لم يصدقه على الوكالة، وإنما دفع إليه على رجاء إجازة الطالب؛ فإذا انقطع الرجاء.. رجع الغريم على الوكيل.

وأما في الثانية: فلأنه إذا كذبه.. صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب، وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب.

وهل يحلف الغريم على إنكاره الوكالة؟

قال الخصاف: لا يحلف على قول أبي حنيفة، ويحلف على قولهما.

ولو أقر بالوكالة وأنكر الدين.. يحلف عنده، لا عندهما، كذا في «العناية».

وهل تقبل بينة الوكيل على الدين بعد تصديقه الوكالة والدين؟

فقال في «قاضي خان»: أحضر الوكيل المديون، فأقر المديون بالوكالة وأنكر الدين، فأقام الوكيل البينة على الدين.. لا تقبل بينته؛ لأن البينة على الدين لا تقبل إلا من خصم، وبإقرار المديون لم تثبت الوكالة، فلم يكن خصماً، ألا ترى: أن المديون لو أقر بالوكالة فقال الوكيل: أنا أثبت الوكالة بالبينة مخافة أن يحضر الطالب وينكر الوكالة.. قبلت بينته وإن كانت البينة قائمة على المقرّ.

وَمن صدَّقَ مدعي الْوكَالَةِ بِقَبض الْأَمَانَةِ.. لَا يُؤمر بِالدفعِ إِلَيْهِ.

وكذلك الوصي؛ إذا أقر المديون بالوصاية وأنكر الدين، فأثبت الوصي الوصاية بالبينة.. قبلت بينته.

وكذا الرجل: إذا ادعى ديناً على ميت وأحضر وارثاً، فأقر الوارث بالدين، فقال المدعي: أنا أثبت الدين بالبينة، فأقام البينة.. قبلت بينته. انتهى.

وهكذا ذكره في «القنية» أيضاً في باب ما تقبل البينة على المقر من كتاب أدب القاضي مع زيادة تفصيل، فارجع إليه.

وهل يصح قبول الوكيل لقبض الدين الحوالة؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: إنه لا يصح.

(ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الأمانة.. لا يؤمر بالدفع إليه)؛ لأنه إقرار بمال الغير بحق القبض، فلا يصح.

بخلاف الدين، لأنها تقضى بأمثالها، فيقضي المديون بمال نفسه بمثل الدين، فكان إقراره إقراراً على نفسه بحق المطالبة والقبض، فيصح.

فإن دفع الأمانة إليه، فحضر الغائب وأنكر الوكالة.. حلف على ذلك [٣١١/ب] وضمن المودع.. فهل له الرجوع على الوكيل؟

فعلى الوجوه الأربعة السابقة؛ إن دفعها إليه مصدقاً بالوكالة.. لا يرجع.

وإن صدقه وضمنه، أو سكت، أو كذبه فدفعها إليه.. يرجع إن لم تكن العين باقية.

وإن كانت باقية.. أخذها؛ لأنها صارت ملكه بالضمان.

وعلم من كلامه: أن الوكالة بقبض الوديعة لا تثبت بإقرار المودع.

ولهذا قال في «الخلاصة»: الوكيل بقبض الوديعة: إذا أقر الذي الوديعة عنده أنه وكيل بقبضها.. فإنه لا يكفي إقراره، ويقيم البينة على إثبات الوكالة.

وَكَذَا لَو صَدَّقَهُ فِي دَعْوَى شِرَائِهَا من الْمَالِك.

وَلَو صدّقَهُ فِي أَنَّ الْمَالِكَ مَاتَ وَتركهَا مِيرَاثاً لَهُ.. أُمِرَ بِالدَّفع إِلَيْهِ.

ثم قال: لو أقام الوكيل بقبض الوديعة البينة على الوكالة مع أن المودع صدقه.. تقبل.

وأشار إلى أنه: لو أثبت الوكالة بالبينة.. يجبر على دفع الوديعة إلى الوكيل، على ما في «قاضي خان».

وفي «البحر»: ولو أثبت الوكيل بقبض الوديعة أنه وكيل بقبضها، فادعى الأمين دفعها إلى الموكل أو إلى الوكيل.. فالقول له في براءة ذمته.

(**وكذا**)؛ أي: لا يؤمر بالدفع (**لو صدقه**)؛ أي: صدقه المودع (**في دعوى شرائها**)؛ أي: الوديعة (**من المالك**)؛ لأن المالك المودع ما دام حياً.. كان إقرار المودع إقراراً لملك الغير؛ لكونه من أهل الملك، فلا يصدقان في دعوى البيع عليه.

(**ولو صدقه: في أن المالك مات وتركها**)؛ أي: الوديعة (**ميراثاً له.. أمر بالدفع إليه**)؛ يعني: ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له، ولا وارث له غيره، وصدقه المودع.. أمر بالدفع إليه؛ لأنه لا يبقى مال المودع بعد موته.

وكذا الحال في دعوى الوصية؛ بأن قال: مات وترك الوديعة وصية لي، ولا وارث له، وصدقه المودع.. أمر بالدفع إليه؛ لأن الموصى له ينزل منزلة الوارث عند عدمه، ولا بد من التلوم فيها؛ لاحتمال أن يكون له وارث آخر، كذا في «البحر».

وقيد بالتصديق؛ لأنه لو أنكر موته، أو قال: لا أدري.. لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم يقم البينة.

وهل يؤمر بالدفع فيما إذا ادعى الإيصاء إليه وصدقه ذو اليد؟

لم يؤمر بالدفع له إذا كان عيناً في يد المقر؛ لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته، فلا يصح؛ كما لو أقر أنه وكيله في حياته بقبضها.

وَلَو ادّعى الْمَدْيُونُ على الْوَكِيلِ بِقَبضِ الدَّين اسْتِيفَاءَ الدَّائِنِ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ.. أُمِرَ بِدَفْعِهِ إِلَيْهِ، وَلَا يستحلفُهُ أَنَّه مَا يعلمُ اسْتِيفَاءَ مُوَكِّلِهِ، بل يتبعُ ربَّ الدّينِ، ويستحلفهُ أَنَّه مَا استوفى.

أطلق الدفع إلى الوارث، وهو مقيد بما إذا لم يكن على الميت دين مستغرق؛ لما في «جامع الفصولين»: في التركة دين، فدفع المودع الوديعة إلى الوارث بلا أمر القاضي.. ضمن حينئذ لو مستغرقة.

وهذا إذا لم يؤتمن، وإلا.. فله الأخذ وأداء الدين منه.

(**ولو ادعى المديون على** [٣١٢/أ] **الوكيل بقبض الدين استيفاء الدائن، ولا بينة له**) على الاستيفاء (.. **أمر**) المديون (**بدفعه**)؛ أي: الدين (**إليه**)؛ أي: إلى الوكيل؛ لأن الوكالة قد ثبتت بالبينة على ما هو الفرض، والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه، فلا يؤخر الحق.

(**ولا يستحلفه**)؛ أي: الوكيل (**أنه ما يعلم استيفاء موكله**)؛ لأن مبنى التحليف على دعوى صحيحة، ودعوى الاستيفاء لم تصح بلا بينة.

(**بل يتبع رب الدين ويستحلفه أنه ما استوفى**)؛ رعاية لجانب الغريم؛ فإن حلف.. مضى الأداء، وإن نكل.. يتبع المديون الوكيل فيسترد ما قبض.

وقال زفر: حلف الوكيل على العلم؛ فإن نكل.. خرج عن الوكالة والطالب على حجته؛ لأن الوكيل لو أقرّ بذلك.. بطلت وكالته، فجاز أن يحلف عليه.

والجواب: أن الغريم يدعي حقاً على الموكل لا على الوكيل، فتحليف الوكيل يكون نيابة، والنيابة لا تجري في الأيمان.

بخلاف الوارث: يحلف أنه لا يعلم استيفاء مورثه؛ لأن الحق يثبت للوارث، فالدعوى عليه واليمين بالأصالة لا بالنيابة.

إنما قال: «ولا بينة له»؛ لأنه لو كان له بينة على استيفاء الدائن.. تقبل.

بخلاف الوكيل بإجارة الدار وقبض الأجرة؛ فيما إذا ادعى بعض السكان أنه

وَلَو ادّعى البَائِعُ على وَكيلِ الرَّدِ بِالْعَيْبِ أَنَّ مُوكّله رَضِيَ بِهِ.. لَا يُؤمَر بِدفعِ الثّمنِ قبلَ حلفِ المُشْتَرِي.

وَمن دفعَ إِلَيْهِ آخرُ عشرَةً ينفقُها على أَهله فأنفقَ عَلَيْهِم عشرَةً من عِنْده.. فَهِيَ بهَا.

عجل الأجرة لموكله، وبرهن عليه.. توقف، ولا يحكم بقبض أجر حتى يحضر الغائب، كذا في «البحر».

(ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب أن موكله) وهو المشتري **(رضي به)**؛ أي: بالعيب (.. **لا يؤمر)** البائع **(بدفع الثمن)** إلى الوكيل وأخذ المبيع عنه **(قبل حلف المشتري)**: «بأنه لم يرض بالعيب».

والفرق بينهما وبين مسألة الدين: أن التدارك ممكن في الدين باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكول رب الدين - أي: الموكل - وههنا غير ممكن؛ لأن القضاء بفسخ البيع يصح وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة؛ لأن القضاء ينفذ ظاهراً وباطناً عنده في العقود والفسوخ، فلا يستحلف المشتري بعد ذلك.

وأما عندهما: فقد قالوا: يجب أن يرد بالعيب كما في مسألة الدين؛ لأن التدارك ممكن عندهما؛ لبطلان القضاء.

قيل: الأصح عند أبي يوسف: أن يؤخر الرد في فصلين إلى أن يستحلف.

(ومن دفع إليه آخر عشرة ينفقها)؛ أي: يشتري بها نفقة **(على أهله، فأنفق عليهم عشرة من عنده.. فهي)**؛ أي: العشرة التي أنفقها من ماله **(بها)**؛ أي: بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل؛ أي: لا يكون متبرعاً بما أنفق من عنده.

وفي القياس: أنه متبرع بها، ويرد ما أخذه إلى الموكل؛ وإن استهلكه.. ضمن [٣١٢/ب].

والأول استحسان: وجهه: أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، وهو إذا دفع الثمن من مال نفسه وقبض المبيع.. فله أن يرجع به، على ما مرّ، فكذا هذا.

وقيل: كلٌّ من القياس والاستحسان في قضاء الدين لا في الإنفاق؛ فلو دفع المديون إلى رجل ألفاً يوكله بقضاء دينه بها، فدفع الوكيل من مال نفسه قضاء عنه.. فإنه متبرع في القياس لا في الاستحسان؛ لأن قضاء الدين ليس بشراء أصلاً.

بخلاف التوكيل بالإنفاق؛ فإنه أمرٌ بشراء الطعام، والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة إليه، بل بمثل في الذمة، ثم يثبت له حق الرجوع على الآمر، كذا في «الهداية» وشروحها.

قيد بقوله: «على أهله»، وليس باحترازي؛ لأنه لا فرق بين الوكيل بالإنفاق على الأهل والوكيل بالإنفاق بالبناء، على ما في «الخلاصة».

هذا في الدفع إليه للإنفاق، وهل الأمر كذلك في الأمر بالإنفاق بدون دفع شيء؟

ففي «البزازية»: أمر غيره بأن ينفق عليه أو يقضي دينه، ففعل.. يرجع بلا شرط الرجوع.

بخلاف ما لو قال: عوض عن بيتي، أو أطعم عن كفارتي، أو أدّ زكاة مالي، أو هب لفلان عني ألفاً.. حيث يرجع بلا شرط الرجوع.

ففي كل موضع ملك المدفوع إليه المال المدفوع مقابلاً بملك المال.. فالمأمور يرجع بلا شرط الرجوع.

وفي كل موضع ملك المدفوع إليه غير مقابل بملك المال.. لا يرجع بلا شرط؛ لأن الدافع يملك المدفوع إليه، حتى تقع الزكاة والتعويض والكفارة عنه.

فإذا ملكه المدفوع إليه مقابلاً بالملك.. كان الملك ثابتاً للآمر أيضاً مقابلاً بالملك، فيرجع عليه المأمور؛ لأن بدل الملك يجب على من يجب له الملك.

أما إذا ملك المدفوع إليه المال المدفوع مقابلاً بالملك.. فالآمر يملكه أيضاً لا مقابلاً بالملك، فيكون متبرعاً، فلا يرجع بلا شرط الضمان.

ثم قال فيها: وفي المؤن المالية؛ إذا أمر غيره بالأداء:

قال فخر الإسلام: يرجع بلا شرط الرجوع، وكذا في كل مطالب من العباد حساً.

قال لرجل: خلصني من مصادرة الوالي، أو قال الأسير ذلك، فخلصه إنسان:

قيل: لا يرجع فيهما بلا شرط الرجوع.

وقيل: في الأسير.. يرجع بلا شرط، إلا في المصادرة.

والإمام السرخسي على أنه يرجع فيهما بلا شرط الرجوع، قال: وهو الصحيح.

وإذا غاب رب الأرض وأخذ الوالي الخراج من الأكار؛ ففي ظاهر الرواية: لا يرجع الأكار عليه.

وقال الفقيه: إنه يرجع.

وإن أخذه [٣١٣/أ] من الجار.. لا يرجع.

قوله للمديون: ادفع مالي عليك من الدين إلى من شئت، أو اطرحه في البحر، ففعل.. لا يسقط عنه الدين؛ لأن الدين يقضى بملك المديون.. فلا يصلح أمره؛ لمصادفته ملك الغير.

ولو قال لمودعه: ادفع الوديعة إلى من شئت، أو ألقه في البحر، ففعل.. فمن مال الآمر؛ لأن العين ملكه، فصح أمره في ملكه.

* * *

(بَابُ عزلِ الْوَكِيلِ)

لِلْمُوكِّلِ عزلُ وَكيلِهِ، إِلّا إِذا تعلَّقَ بِهِ حقُّ الْغَيْرِ؛ كوكيلِ الْخُصُومَةِ بِطَلَبِ الْخصمِ.

(بَابُ عَزْلِ الوَكِيلِ)

(للموكل عزل وكيله إلا إذا تعلق به حق الغير؛ كوكيل الخصومة بطلب الخصم).

اعلم: أن الوكيل:

إن كان للطالب.. فعزله صحيح، حضر المطلوب أو لا؛ لأن الطالب بعزله يبطل حقه؛ لأن الوكالة حقه، والإنسان لا يتوقف في إبطال حقه على حضور الغير.

وإن كان للمطلوب؛ فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه.. فكذلك، وإن كان بطلب من جهته؛ فإما أن علم الوكيل بالوكالة، أو لا يعلم.. فكذلك؛ لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل، فكان العزل امتناعاً، فله ذلك.

وإن علم ولم يردها.. لم يصح في غيبة الطالب؛ لأن بالتوكيل يثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك، وهو المراد.

المذكور ههنا بطريق الاستثناء وإن أطلقه المصنف.

وصح في حضرته؛ لأن الحق لا يبطل؛ لإمكان الخصومة مع الموكل، أو يطلب منه وكيلاً آخر.

ونظير هذه الوكالة - أعني: من جهة المطلوب بطلب من جهة الطالب - كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن؛ بأن وضع الرهن على يد عدل، وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع.. ليس له ذلك؛ لأن البيع صار حقاً للمرتهن، وبالعزل يبطل الحق.

فإن قيل: عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به.

بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة.. فإنه صحيح إذا كان بحضرة الطالب، رضي به أو لا، ولو كانتا نظيرتين.. لما افترقتا من هذه الجهة.

أجيب: بأن مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه؛ فإذا بطل الحق.. بطل العزل، وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته؛ لما تقدم، فكان جائزاً.

وأما في مسألة الرهن؛ فلو صح العزل بحضرة المرتهن.. بطل حقه في البيع أصلاً؛ إذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع، كذا في «العناية».

حاصله: أن المراد بكونهما نظيرين: ليس من كل الوجوه، بل في عروض اللزوم لهما من وجه؛ فإن كانت الوكالة ببيع الرهن لازمة كالرهن [٣١٣/ب] حيث لا يملك الراهن عزله.. فكذلك الوكالة بالخصومة من جهة المطلوب بطلب من جهة الطالب لازمة؛ من حيث إنّ الموكل لا يملك عزله عند غيبة الطالب وإن كان يملكه عند حضرته؛ لعدم التضرر.

حينئذ أقول: كون الموكل مالكاً بعزل الوكيل بحضرة الطالب: جواب ظاهر الرواية.

وأما في غير ظاهر الرواية.. فلا يملك عزله بحضرة الطالب أيضاً إلا برضاه، على ما صرح به في نوع عزل الوكيل من وكالة «البزازية».

فعلى غير ظاهر الرواية: لا حاجة إلى الجواب المذكور؛ لأنهما حينئذ صارا نظيرين من كل الوجه.

ثم اعلم: أن الوكيل بالبيع إذا أخّر المطالبة بالثمن عن المشتري، فوكل الموكل بقبض الثمن عن المشتري:

وَيتوقَّفُ انعزالُهُ على عِلْمِهِ، فتصرُّفُهُ قبلَهُ صَحِيحٌ.

فإن كان وكالة الموكل بأمر القاضي.. ليس للوكيل إخراج موكله غيرها.

وإن كان لا بأمر القاضي، بل من قبل نفسه.. له إخراجه وعزله عنها.

وعن محمد أيضاً: أنه لا يملك إخراجه عنها في الفصلين.

وعن أبي يوسف أنه قال: إنّ الوكيل بالبيع إذا في قبض الثمن.. أخرجه عنها وجعل حق قبضه للموكل؛ حتى إذا أدى المشتري ثمنه إلى الوكيل بعد علمه بالإخراج.. لا يبرأ.

وإن قبل علمه بالإخراج.. يبرأ.

وعن أبي حنيفة: أنه ليس للموكل ولا للقاضي إخراجه عن الوكالة في قبض ثمن ما باع وإن أخر، ولا يجبر الوكيل على قبضه أيضاً؛ لأن العزل عن حكم تصرف مضى لا يتصور.

(**ويتوقف انعزاله**)؛ أي: انعزال الوكيل بعزل الموكل بعد علمه بتوكيله وقبوله.

(**على علمه**)؛ أي: علم الوكيل بعزل الموكل له؛ لأن في انعزاله بغير علمه إضراراً به من وجهين:

أحدهما: من حيث بطلان ولايته الذي يتضمن تكذيبه؛ لأن الوكيل ينصرف بادعاء أن له ولاية التصرف، وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه؛ لبطلان ولايته، وضرر التكذيب ظاهر.

والثاني: من حيث رجوع الحقوق إليه؛ فإنه ينفذ من مال الموكل إن كان وكيلاً بالشراء، ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع؛ فإذا كان معزولاً.. كان التصرف واقعاً له بعد العزل، فيضمنه فيتضرر به.

فإذا توقف انعزاله على علمه.. (**فتصرفه قبله**)؛ أي: قبل علمه (**صحيح**)؛ لأنه باق على وكالته؛ كما أن القاضي إذا عزله السلطان.. لا ينعزل حتى يصل إليه خبر عزله.

حتى لو قضى قبل وصول الخبر إليه.. نفذ، كما في أول «العمادية».

وفي القاعدة الرابعة من «الأشباه»: وهذا في الوكيل بالخصومة وبالبيع والشراء، وهل هو كذلك في الرسول والوكيل بالطلاق والنكاح؟

ففي «البزازية»: وعزل الرسول لا يصح بلا علمه [٣١٤/أ]؛ يعني: لا يصح بلا علمه بالعزل بعد علمه بالرسالة.

وأما لو عزله قبل علمه بالرسالة.. فيصح بلا علمه بالعزل؛ كما في الوكالة.

وفيها أيضاً: وعزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم؛ لأنه وإن لم يلحقهم الضرر فيه.. ولكنه يصير مكذباً، فيكون غروراً. انتهى.

وهذا هو الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرناهما آنفاً.

وفي «البزازية» أيضاً: كتب الموكل إلى وكيله الغائب كتاب عزله، فبلغه وعلم بما فيه، أو أرسل إليه عدلاً أو غيره، حراً أو عبداً، صغيراً أو كبيراً، فقال الرسول: الموكل أرسلني إليك لأبلغك عزله عن الوكالة.. انعزل.

وإن لم يرسل ولم يكتب إليه، لكنه أشهد على العزل حال غيبة الوكيل.. لا ينعزل.

وإن أخبره بالعزل عدل واحد أو مستوران.. انعزل وإن لم يصدق المخبر إذا بان صدقه؛ كما في حجر المأذون، والأخبار ببيع الدار المشفوع، ونكاح الولي البكر، وبجناية عبده.

وهل الوكيل بقبض الدين يتوقف عزله على علم المديون؟

ففي «البحر»: الوكيل بقبض الدين لا بحضور المديون.. له عزله، وإن بحضوره.. لا، ما لم يعلم به المديون؛ فلو دفع المديون دينه إلى هذا الوكيل قبل علمه بعزله.. يبرأ.

ولو دفعه إليه بعد علمه.. لا يبرأ، وهكذا في «البزازية» نقلاً عن «الظهيرية».

وهل يتوقف عزل الوكيل نفسه على علم الموكل؟

ففي «البزازية»: الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بلا علم الموكل.

قلت: هذا ليس على إطلاقه، بل فيما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه.

وأما إذا كان وكيلاً بشراء شيء لا بعينه.. فإنّ للوكيل عزل نفسه عن الوكالة بلا علم الموكل، ذكره صاحب «العناية» في أول باب الوصي نقلاً عن الشارحين، فليطلب تفصيله منه.

ولو وكله بشرط أن لا يعزله.. فهل له أن يعزله بعده؟

ففي «البزازية»: وكله غير جائز الرجوع، ثم أراد الرجوع:

قال بعض المشايخ: ليس له أن يعزل في الطلاق والعتاق؛ كما لو قال لرجل: جعلت أمر امرأتي إليك فطلقها متى تشاء، أو قال: جعلت عتق عبدي في يدك تعتقه متى شاء، أو قال: أعتق عبدي إذا شئت، أو طلق امرأتي إن شئت.. لا يملك الرجوع.

وإن في البيع والشراء والإجارة.. يصح العزل.

وقال بعض مشايخنا: له العزل في كل الفصول، وليس فيه رواية مسطورة.

قال: كلما عزلتك.. فأنت وكيلي وكالة مستقبلة، ثم عزل.. ينعزل، لكنه يكون وكيلاً وكالة مستقبلة؛ لوجود الشرط وصحة تعليق الوكالة بالخطر.

وإذا أراد الموكل عزله عن الوكالة الدورية [٣١٤/ب].. كيف يعزله؟

قيل: يقول: عزلتك كلما وكلتك.

وإنه لا يصح؛ لأن فيه تعليق العزل بالشرط؛ حيث قال: يعني: إن صرت وكيلي.. فأنت معزول، وقد تقدم أن تعليق العزل بالشرط لا يصح، ولأن المعلقة بالعزل غير ثابتة، فكيف يصح العزل عنه؟

وَتبطلُ الْوكَالَةُ:

بِمَوْتِ الْمُوكِّلِ.

وجنونِهِ مطبقاً، ....

واختار شمس الأئمة أن يقول: عزلتك عن الوكالات كلها، أو عزلتك عن ذلك كله، وإنه أيضاً مشكل؛ لأن الإخراج قبل الدخول في ذلك الشيء لا يتصور، والعزل إخراج، والمعلقة غير ثابتة، فلا يتصور الإخراج.

قال الفقيه أبو جعفر والإمام ظهير الدين: يقول: رجعت عن المعلقة وعزلت عن المنفذة، ولا يقدم العزل عن المنفذة على الرجوع عن المعلقة؛ لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة.. ينجز وكالة أخرى من المعلقة، فلا ينعزل بعده عنها بالرجوع عن المعلقة.

وهذا.. إنما يتم إذا خص لفظ الرجوع بالمعلقة من الوكالات؛ احترازاً عن خلاف الإمام أبي يوسف: «أن الإخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح».

وقال صاحب «النظم»: لو قال متى عزلتك.. فأنت وكيلي، فطريق عزله أن يقول: عزلتك، ثم عزلتك بخلاف كلمة «كلما»؛ فإنه لاقتضائه التكرار يقول: رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة، هكذا ذكره في «البزازية».

وقال في «الخلاصة»: والفتوى على ما قاله الإمام ظهير الدين.

وفيهما أيضاً: إذا وكل رجلاً وكالة معلقة بالشرط، ثم عزله قبل وجود الشرط:

عند أبي يوسف: لا يصح.

وعند محمد: يصح، وبه يفتى.

(وتبطل الوكالة:

• **بموت الموكل وجنونه مطبقاً)**، قد تقدم آنفاً: أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضا الطالب.

ففي الأول: تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً، وبما سيأتي ذكره في الكتاب من اللحاق بدار الحرب مرتداً وغيره.

وفي الثاني: لا تبطل بشيء منها؛ لأن التوكيل في الثاني صار لازماً؛ لتعلق حق الغير به، فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه، فلا يلزم بقاء الأمر لبقاء الوكالة.

بخلاف النوع الأول؛ لأن الوكالة فيه لما لم تكن لازمة.. كان لدوامه حكم ابتدائه، فيلزم بقاء الأمر لبقائها.

توضيحه: أن التوكيل عقد غير لازم؛ إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضاء من الجانبين، وههنا ليس كذلك؛ لأن كلاً منهما ينفرد في فسخهما؛ فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة، وللموكل أيضاً أن يمنع الوكيل عنها.. فلا لزوم.

وكل تصرف غير لازم.. فلدوامه حكم ابتدائه؛ لأن المتصرف [٣١٥/أ] بسبيل من نقضه في كل لحظة، فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة، فينتهي، فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد، ولا بد في ابتدائه من الأمر.. فكذلك فيما هو بمنزلته، وقد بطل الأمر بهذه العوارض، فلا تبقى الوكالة من هؤلاء؛ كما لم ينعقد منهم ابتداء.

فإن قيل: البيع بالخيار عقد غير لازم مع أنه لا يبطل بالموت، بل يتقرر.

أجيب: بأن الأصل في البيع: اللزوم، وعدمه لعارض الخيار؛ فإذا مات.. بطل العارض وتقرر الأصل. الكل في «العناية».

وقال في «البزازية»: قولهم: «ينعزل الوكيل بجنون الموكل وموته» مقيد بالموضع الذي يملك الموكل فيه عزل وكيله.

فأما في الرهن: إذا وكّل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد.. لا ينعزل وإن مات الموكل.

والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم.. ينعزل بجنون الموكل وبموته.

والوكيل بالطلاق.. ينعزل بموت الموكل استحساناً، لا قياساً. انتهى.

والذي ظهر من إطلاق قوله: «والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل»: أن كل وكالة بالخصومة بالتماس الخصم ولو كانت لازمة.. تبطل بموت الموكل وبجنونه.

وإن ما لا يبطل بهما الوكالة اللازمة وكالتان فقط:

أحدهما: الوكيل ببيع الرهن.

والثاني: الوكيل بالأمر باليد.

وهذا خلاف ما ذكرناه من «العناية»؛ لأن المذكور فيه: أن الوكالة اللازمة بأنواعها لا تبطل بموت الموكل.

ويمكن التوفيق بينهما: أن مراد «البزازية» بقوله: «والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم» هو الوكيل للطالب بالتماس الخصم، لا الوكيل للمطلوب بالتماس الطالب.

واللازم هو الثاني لا الأول، فلا يلزم بطلان بعض الوكالة اللازمة بموت الموكل وجنونه، على ما ذكره في «العناية».

ولا بدَّ من حمل كلام المصنف على ما في «العناية» وإن أطلقه.

قال في «البحر»: اعلم: أن الوكالة تبطل بموت الموكل إلا في بيع الوفاء.

قال في «جامع الفصولين»: باعه جائزُ الوكالة ثم مات موكله.. لا ينعزل بموت الوكيل.

والبيع الجائز: هو بيع الوفاء اصطلاحاً. انتهى.

وفي «الخلاصة»: والوكيل بالبيع إذا مات.. ينتقل حق القبض إلى وصيه، وإن لم يكن له وصي.. يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب القاضي له وصياً، ولا يكون حق القبض للموكل.

وَحدُّه: شهرٌ عِنْد أَبي يُوسُفَ، وحولٌ عِنْدَ محمَّدٍ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ.

وبلحاقِهِ بدارِ الْحَرْبِ مُرْتَداً، خلافاً لَهما.

ولو كان البائع وكّل رجلاً بقبض الثمن في حياته.. كان حق قبض الثمن إلى وكيله لا إلى موكله.

قيد الموت والجنون: بالموكل، وكذا الحال في موت الوكيل وجنونه؛ لأن الوكالة تبطل بموت الوكيل [٣١٥/ب] وجنونه أيضاً، ولهذا لم يقيد في «الكنز» كما قيده المصنف؛ بل قال: تبطل الوكالة بموت أحدهما وجنونه مطبقاً ولحوقه مرتداً.

وإنما قيد الجنون بالإطباق؛ لأن قليله بمنزلة الإغماء، فلا تبطل الوكالة.

(وحدُّه)؛ أي: حد الجنون المطبق: **(شهر عند أبي يوسف)** اعتباراً بما سقط به الصوم، وهو الشهر.

وعنه: أنه أكثر من يوم وليلة؛ اعتباراً بما يسقط به الصلوات الخمس.

وهو رواية عن محمد أيضاً.

(وحول عند محمد)؛ اعتباراً بما يسقط به جميع العبادات، **(وهو المختار)** والأحوط.

- **(وبلحاقه)**؛ أي: الموكل **(بدار الحرب مرتداً، خلافاً لهما)**.

لأبي حنيفة: أن تصرفات المرتد عنده موقوفة، والوكالة من جملتها، فتكون موقوفة أيضاً؛ فإن أسلم.. نفذت، وإن قتل مرتداً أو لحق بدار الحرب.. بطلت الوكالة.

ولهما: أن تصرفات المرتد جائزة عندهما، فلا تبطل وكالته، إلا أن يموت أو يقتل أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق.

ولو كان الموكل امرأة، فارتدت.. فالوكيل لا ينعزل بارتدادها حتى يموت أو يلحق بدار الحرب؛ لأن ردتها لا تؤثر [في] عقودها لأنها لا تقتل، إلا توكيلها

وَكَذَا بعجزِ مُوكّله مكَاتباً، وحجرِه مَأْذُوناً، وافتراقِ الشَّرِيكَيْنِ، ....

بالتزويج.. فإن ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة، هكذا ذكره في «الهداية»، ثم ذكر موت الوكيل وجنونه ولحاقه بدار الحرب وسنذكره أيضاً.

• **(وكذا)**؛ أي: تبطل الوكالة **(بعجز موكله مكاتباً)** حال من الوكيل؛ يعني: إذا وكل المكاتب، ثم عجز عن الكتابة.

• **(وحجره مأذوناً)** عطف على: «عجز موكله»؛ أي: إذا وكل العبد المأذون له رجلاً، ثم حجر العبد.

• **(وافتراق الشريكين)**؛ أي: تبطل بافتراق الشريكين أيضاً؛ يعني: إذا وكل المكاتب، ثم عجز أو العبد المأذون له، ثم حجر عليه، وكان التوكيل بالبيع أو الشراء.. بطلت الوكالة.

وكذا: إذا وكل أحد الشريكين ثالثاً بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا.. بطلت الوكالة؛ لأن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر، وقد بطل الأمر بالعجز والحجر والافتراق.

ولا فرق في هذا بين العلم وعدمه؛ لأنه عزل حكمي.. فلا يتوقف على العلم؛ كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل.

وإنما قيدنا توكيل المكاتب والعبد المأذون: «بالبيع والشراء» لأنهما إذا وكلا بقضاء الدين أو التقاضي.. لا تبطل هذه الوكالة بالعجز والحجر؛ لأن العبد مطالب بإيفاء ما وليه، وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له؛ فإذا بقي حقه.. بقي وكيله على الوكالة.

وقيدنا توكيل أحد الشريكين: بما لم يله بنفسه؛ لأنه إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه بنفسه، ثم افترقا واقتسما وأشهدا على أنه لا شركة بينهما، ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم.. جاز [٣١٦/أ] ذلك عليهما؛ لأن

وَتصرفِ الْمُوكلِ فِيمَا وُكِّل بِهِ.

وَلَا يشْتَرَطُ فِي الْمَوْت وَمَا بعدَهُ عِلْمُ الْوَكِيلِ.

توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما، فصار وكيلاً من جهتهما، فلا ينعزل بنقضهما الشركة، كذا في «العناية» نقلاً عن «المبسوط».

فإن قيل: إن ما ذكر في «العناية» لم يفصل بين ما وليه بنفسه وبين ما لم يله، فما الفارق بينهما؟

أجيب عنه: بأن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه.. كان لتوكيله جهتان: جهة مباشرته، وجهة كونه شريكاً؛ فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة.. لم تبطل الأخرى، وهي مستندة إلى حال المفاوضة.

وتوكيل أحدهما في حال المفاوضة كتوكيلهما، فبقي في حقهما.

وإذا وكل فيما لم يله.. كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير، وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعاً.

• (و) تبطل أيضاً بـ**(تصرف الموكل فيما وكل به)**؛ سواء كان من قبيل الإثباتات أو من قبيل الإسقاطات من البيع والشراء والتزويج والخلع والعتق والطلاق والكتابة ونحوها؛ لأنه لما تصرف هو بنفسه.. تعذر على الوكيل التصرف، فبطلت الوكالة لانقضاء [الحاجة].

(ولا يشترط في الموت وما بعده) - من اللحاق والعجز والحجر والافتراق والتصرف - **(علم الوكيل)**؛ لأنه عزل حكمي قصدي.. فلا يتوقف على العلم به.

واعلم: أن كلاً من الموت والجنون المطبق واللحاق بدار الحرب مرتداً، كما تبطل الوكالة من جانب الموكل.. كذلك يبطلها في جانب الوكيل أيضاً.

أما الموت والجنون؛ فلأن الوكيل بعروضهما: لم يبق محلاً لأمر الآمر، فلم تبق الوكالة أيضاً؛ لأن بقائها ببقاء الآمر؛ فإذا بطل الآمر.. بطلت هي أيضاً.

وأما اللحاق بدار الحرب مرتداً؛ فلأنه إذا لحق بدار الحرب مرتداً.. لم يجز أن يتصرف فيما وكل به، إلا أن يعود مسلماً.. فحينئذٍ يجوز تصرفه فيه؛ لعود الوكالة.

قال في «الهداية»: هذا عند محمد.

وقال أبو يوسف: فلا تعود الوكالة وإن عاد مسلماً.

لمحمد: أن التوكيل إطلاق؛ لأنه رفع المانع؛ لأنه كان ممنوعاً شرعاً عن التصرف في ملك موكله؛ فإذا وكله.. دفع المانع الشرعي، والإطلاق باق وكيلاً كالأول.

وهذا، وإن كان من قبيل تخصيص العلة، لكن المخلص معروف.

ولأبي يوسف: أنه إثبات؛ لأن التنفيذ للوكيل، وإثبات هذه الولاية يتصل بالملك؛ لأنه تمليك، والتمليك بلا ملك غير متصور، فكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة، وقد بطل الملك باللحاق.. فتبطل الولاية أيضاً، وإذا بطلت الولاية.. بطل التوكيل، لئلا تتخلف العلة عن المعلول، وإذا بطلت.. لا تعود؛ كملكه في المدبر وأم الولد.

وقال في «العناية»: هذا الخلاف بين محمد وأبي يوسف فيما إذا قضى القاضي بلحاقه.

وأما إذا لم يقض [٣١٦/ب] بذلك.. فإنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعاً.

ثم قال: ولو عاد الموكل مسلماً بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتداً.. لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية.

وعن محمد: أنها تعود كما في الوكيل؛ لأن الموكل إذا عاد مسلماً.. عاد عليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت بقديم ملكه، فيعود الوكيل على وكالته؛ كما لو وكل ببيع عبده، ثم باعه الموكل بنفسه، ورد عليه بعيب بقضاء القاضي.. عاد الوكيل على وكالته.

ووجه الفرق لمحمد على ظاهر الرواية: أن مبنى الوكالة:

في حق الموكل: على الملك، وقد زال بردته والقضاء بلحاقه.

وفي حق الوكيل: على معنى قائم به، ولم يزل باللحاق.

وأبو يوسف: سوى في عدم العود بين الفصلين.

* * *

الفهرس

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

تأليف
العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه
محمد مصطفى الخطيب

الجزء الثامن

الدعوى، الإقرار، الصلح، المضاربة، الوديعة،
العارية، الهبة


دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـب العلميـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء) **عدد الصفحات**

Size 17x24 cm **قياس الصفحات**

Year 2017 A.D. - 1438H. **سنة الطباعة**

Printed in Lebanon لبنـان **بلد الطباعة**

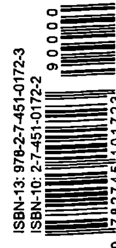
Edition 1st (2 Colors) الأولى (لونان) **الطبعة**

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



(كتاب الدعوى)

(كتابُ الدَّعْوَى)

(كِتَابُ الدَّعْوَى)

هي: اسم من الادعاء، وألفها للتأنيث، فلا تنون، على ما في «المغرب»؛ حيث قال فيه: ادعى زيد على عمرو مالاً: فزيد: المدعي، وعمرو: المدعى عليه: والمال: المدعى، والمدعى به: لغو، والمصدر: الادعاء، والاسم: الدعوى، وألفها للتأنيث، فلا تنون؛ يقال: دعوى باطلة أو صحيحة. انتهى.

وقال في «المصباح»: ادعيت الشيء: طلبته لنفسي، والاسم: الدعوى، ودعوى فلان كذا؛ أي: قوله. انتهى.

فعلم من هنا: أن تعديته إلى المال بنفسه لا بالحرف.

ولذا قال صاحب «المغرب»: قولهم: المدعى به: لغو.

وإنه يجيء في اللغة بمعنى: الفعل القلبي: وهو الطلب، وبمعنى القول المخصوص.

ولهذا قال في «العناية»: هي في اللغة: عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره.

وهي في اصطلاح الفقهاء: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته، كذا في «العناية».

وهو الأنسب بمعناها اللغوي، بخلاف ما ذكره المصنف.

وسببها: تعلق البقاء المقدر للإنسان بتعاطي المعاملات.

وشرطها:

١- حضور خصم.

٢- ومعلومية المدعى ديناً أو عيناً.

هِيَ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ لَهُ على غَيرِهِ.

وَالْمُدَّعِي: من لَا يجْبرُ على الْخُصُومَةِ.

وَالْمُدَّعى عَلَيْهِ: من يجْبرُ.

٣- وكونه ملزماً على الخصم؛ فإن ادعى على غائب.. لم يسمع.

وكذا إذا كان المدعي مجهولاً؛ لعدم إمكان القضاء بالمجهول.

وحكمها: وجوب الجواب على الخصم بالنفي أو الإثبات إن كانت صحيحة.

(**هي: إخبار بحق له على غيره**) فيه: أن الدعوى في عرفهم ليس مجرد إخبار حق له على غيره، بل هي إخبار عنه على وجه المطالبة والمخاصمة في مجلس القاضي، وهو شرط الدعوى؛ كما في «الاختيار» و«العناية» كما ذكرناه.

ويدل على ما ذكرناه: دخول الخصومة في مفهوم المدعي والمدعى عليه، على ما سيصرح به، وما ذكره المصنف يناسب ما ذكره في «المصباح»؛ حيث قال فيه: وقد يتضمن الادعاء معنى الإخبار، [٣١٧/أ] فتدخل الباء جوازاً، يقال: فلان يدعي بكرم فعاله؛ أي: يخبر بذلك عن نفسه. انتهى.

ولكن هذا المعنى ليس بمراد في الدعاوى الشرعية.

(**والمدعي**) اسم فاعل: (**من لا يجبر على الخصومة**) إذا تركها.

(**والمدعى عليه: من يجبر**) عليها.

وقد اختلفوا في تعريفهما:

واختار القدوري وصاحب «الهدية» ما ذكره المصنف.

وقيل: **المدعي**: من لا يستحق بحجة من البينة أو الإقرار، **والمدعى عليه**: من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة؛ كذي اليد.

وقيل: **المدعي**: من يلتمس غير الظاهر، **والمدعى عليه**: من يتمسك بالظاهر.

والصحيح: هو الأول؛ لانتقاض كل من الأخيرين بصورة على ما في «العناية».

وَلَا تصحُّ الدَّعْوَى إِلَّا بِذكرِ شَيْءٍ عُلِمَ جنسُهُ وَقدرُه، فَإِن كَانَ دَيناً ذَكَرَ أَنَّه يُطَالِبُهُ بِهِ، ....

(ولا تصح الدعوى إلا بذكر شيء عُلِمَ جنسه وقدره).

وقد ذكرنا آنفاً: أن معلومية المدعى به: شرط لصحة الدعوى؛ فلا بد من ذكر ما يعينه، وهو بيان جنسه؛ كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك.

وبيان قدره؛ مثل: كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كيلاً أو كراً؛ لأن فائدة الدعوى: الإلزام على الغير بإقامة الحجة، والإلزام في المجهول غير متحقق.

(فإن كان)؛ أي: ما يدعي **(ديناً.. ذكر)** المدعي **(أنه يطالبه به)**؛ أي: بالدين؛ لأن المطالبة حقه، فلا بد من طلبه؛ وذلك لأن صاحب الذمة قد حضر، فلم يبق إلا المطالبة.

لكن لا بد من تعريفه بالوصف؛ بأن قال: ذهباً أو فضةً.

فإن كان مضروباً.. يقول: كذا وكذا ديناراً أو درهماً، جيداً أو ردياً أو وسطاً إذا كان في البلد نقود مختلفة، وإلا.. فلا حاجة إلى هذا التفصيل.

قال في «قاضي خان»: رجل ادعى عند القاضي على رجل حقاً.. فهو على وجوه:

إما أن يدعي ديناً أو عيناً.

والعين لا يخلو؛ إما أن يكون منقولاً أو غير منقول.

والمنقول لا يخلو؛ إما أن يكون قائماً أو هالكاً.

والقائم لا يخلو؛ إما أن يكون غائباً أو حاضراً.

أما إذا كان المدعى به ديناً.. لا يصح إلا بعد بيان القدر والجنس والصفة عن ظهر القلب، أو بالكتب في صحيفة، أو بلسان الترجمان، أو بإشارته المعهودة إن كان أخرس.

وإن ذكر هذه الثلاث ولم يذكر السبب؛ فقال المدعى عليه: سله من أي وجه يدعي؟ يسأله القاضي عن ذلك؛ فإن أبى أن يبين:

ذكر في عامة الروايات: أن القاضي لا يجبره على بيان السبب.

وذكر الشيخ علي بن محمد البزدوي: أن القاضي إذا سأله عن السبب.. لا يجب عليه أن يجيب؛ لأن المدعي قد يستحيي عن بيان السبب، أو يشق عليه بيان ذلك.

فإن بين المدعى عليه وقال: هذا المال الذي يدعي عليَّ من ثمن خمر أو ميتة:

قال أبو حنيفة: يصير مقراً بالمال [٣١٧/ب] إذا كذبه المدعي في السبب.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن بين مفصولاً.. فكما قال أبو حنيفة، وإن بين موصولاً.. صح بيانه.

ثم قال فيه أيضاً: ادعى رجل [على] رجل ديناً ولم يبين السبب، فشهد الشهود بالسبب.. جازت شهادتهم.

وإن ادعى ديناً بسبب، وشهد الشهود بالدين المطلق:

قيل: لا تقبل شهادتهم؛ كما لو ادعى ملكاً بسبب، فشهد الشهود بالملك المطلق.

والصحيح: أنها تقبل.

وقال في «البحر»: إن في دعوى الدين شروطاً أخرى لم يذكرها في المتون والشروح، وهي: أن دعوى الدين:

إن كانت دعوى البضاعة والوديعة بسبب الموت.. [لا بد أن يبين قيمته][1] يوم موته.

---

(١) نقص في المخطوط، تم استدراكه من «البحر» (٧/٢٠٢).

وَلَا بُدَّ من إِحضارِها إِن أمكنَ؛ ليشارَ إِلَيْهَا عِنْدَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ أَوِ الْحلفِ.

(ولا بد من إحضارها) - أي: العين - مجلس القضاء (إن أمكن) الإحضار؛ (ليشار إليها عند الدعوى، وعند الشهادة أو الحلف)؛ لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط في الدعوى؛ نفياً للجهالة.

وذلك في المنقول: بالإشارة [٣١٨/أ]؛ لأن النقل ممكن، والإشارة أبلغ في التعريف؛ لكونها بمنزلة وضع اليد عليه.

بخلاف ذكر الأوصاف؛ فإن اشتراك شيئين فيهما.. ممكن.

هذا فيما لا مؤنة في حمله، وإلا.. ففيه اختلاف؛ لما في «قاضي خان» قال: وإن كان المدعى به منقولاً عظيماً لا يمكن نقله إلا بمؤنة وضرر نحو: الخشب العظيم، والحجر والرحى، والغنم الكثير[1]، والمكيل والموزون.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: ينقل إلى مجلس القاضي ومؤنة النقل على المدعى عليه.

والصحيح: أن القاضي يبعث رجلاً يسمع الشهادة بحضرة المدعى به وشهوداً معه، فيشهدون عند القاضي: أن شهود المدعي شهدوا للمدعي.. فحينئذٍ يقضي القاضي للمدعي.

والذي بعثه القاضي لسماع الشهادة: لا يكون قاضياً؛ فلا بد من القضاء بتلك الشهادة. انتهى.

وفي الخامس عشر من «البزازية»: لا تصح دعوى الإحضار في الوديعة؛ لأن الواجب فيها: التخلية.

وقيل: يصح.

---

(١) في «فتاوى قاضي خان» (٢١٥/٢): (والصنم الكبير)، والمثبت: من المخطوط.

وَإِن كَانَ نقلياً.. ذَكَر أَنَّهَا فِي يَدِ الْمُدعى عَلَيْهِ بِغَيْرِ حقٍ، وأَنَّه يُطَالِبُهُ بهَا.

وفي دعوى مال المضاربة بموت المضارب.. لا بد من ذكر: أن مال المضاربة يوم موته نقد أو عرض؛ لأنه لو كان عرضاً.. فله ولاية دعوى قيمة العرض.

ولو ادعى مالاً بكفالة.. لا بد من بيان المال أنه بأي سبب؛ لجواز بطلانها؛ إذ الكفالة بنفقة المرأة؛ إذا لم تذكر مدة معلومة.. لا تصح، إلا أن يقول ما عشت أو ما دامت في نكاحه.

والكفالة ببدل الكتابة: لا تصح.

ولو ادعت امرأة مالاً على ورثة الزوج.. لم يصح ما لم تبين السبب؛ لجواز أن يكون دين النفقة، وهي تسقط بموته.

قال في الخامس عشر من دعوى «البزازية» وفي: دعوى الدين على الميت؛ إذا ذكر أنه مات قبل أداء شيء من هذا الدين، وخلف من التركة في يد هؤلاء الورثة ما يفي لقضاء هذا الدين وزيادة، ولم يذكر أعيان التركة.. يسمع فيما عليه الفتوى.

لكن لا يحكم بأداء الدين على الوارث ما لم تصل إليه التركة على وجه يحصل به الإعلام.

وفي دعوى الدين من «الخلاصة»: التركة المستغرقة بالدين؛ إذا جاء غريم وادعى الدين.. فالخصم هو الوارث، وللورثة حق استخلاص التركة بقضاء الدين.

وكذا لأحد الورثة إذا امتنع الباقون.

ولو امتنع الكل عن الاستخلاص.. لا يجبرون، ولكن القاضي ينصب وصياً. انتهى.

(وإن كان) ما يدعي عيناً (نقلياً.. ذكر) المدعي (أنها في يد المدعى عليه بغير حق وأنه يطالبه بها)؛ لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده، وأنه يطالبه.

وقوله: «بغير حق»؛ لإزالة رهن عنده أو محبوس بثمن متاع.

وقيل: لا حاجة إلى ذكر هذا، لإغناء الطلب عنه، كذا في «البزازية».

وَإِن تعذرَ.. يذكرُ قيمتَهَا.

(وإن تعذر)؛ أي: إحضار المدعى به، أو حضور القاضي مكانه، أو إرسال النائب؛ لعدم العلم بمكانها أو لهلاكها (.. يذكر) المدعي (قيمتها)؛ ليكون المدعى معلوماً بأقصى ما يمكن؛ لأن العين لا يعرف بذكر الأوصاف وإن بولغ فيها؛ لإمكان المشاركة فيها.

وقال أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

وقال بعض مشايخنا: لاحاجة إلى ذكرها؛ لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة: القيمة، فلا حاجة إلى ذكرها.

ولأبي الليث: أن القضاء بقيمة المستهلك: بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبي حنيفة؛ لأن حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده؛ فإذا كان كذلك.. لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة؛ ليعلم القاضي بماذا يقضي، فلا بد من ذكر الذكورة والأنوثة.

قال في «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: إن شهدوا على سرقة بقرة واختلفا في لونها.. تقبل الشهادة عنده، خلافاً لهما.

وهذه المسألة تدل على: أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى، ولو شرط.. لأحضرت البقرة، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها، وهذه المسألة الناس عنها غافلون. انتهى.

قلت: أشار المصنف إلى الجواب عنه: بقوله: «وإن تعذر.. يذكر قيمتها».

فإن الظاهر منه: أن إحضار عين المنقول: شرط عند عدم التعذر، وإلا.. فذكر القيمة بمنزلة إحضار العين، فلا دلالة في تلك المسألة على عدم اشتراط الإحضار في المنقول.

تحرير المسألة على ما في «قاضي خان»: ادعى على آخر عيناً؛ فهو على وجهين:

أما إن كان [٣١٨/ب] العين هالكاً أو قائماً؛ فالقائم: لا يخلو:

أما إن كان حاضراً في المجلس أو غائباً:

فإن ادعى أنه هالك.. فهذا ودعوى الدين سواء؛ لأنه بعد الهلاك يدعي الضمان، وهو المثل في المثليات، والقيمة في القيميات.. فلا تصح هذه الدعوى إلا بعد بيان القدر والجنس والنوع.

وإن كان العين الذي يدعيه المدعي قائماً حاضراً في المجلس.. لا بد أن يشير إليه باليد، فيقول: هذا العين لي، ولا بد للشهود أيضاً أن يشهدوا بالملك ويشيروا بأيديهم إلى المدعي والعين المدعى بها.

والإشارة بالرأس لا تكفي، إلا إذا علم بإشارتهم الإشارة إلى العين المدعى بها.

ولو قالا: نشهد أن هذا العين له.. لا يكتفى بذلك ما لم يصرحوا بالملك؛ لأن الشيء كما ينسب إلى الإنسان بالملك.. ينسب إليه أيضاً بالإجارة، فلا بد من التصريح بالملك؛ لقطع الاحتمال.

وإن كان غائباً، وادعى أنه في يد المدعى عليه، فأنكر؛ فإن بين المدعي قيمته وصفته.. تسمع دعواه وتقبل بيّنته.

وإن لم يبين القيمة وقال: غصب مني عيناً كذا، ولا أدري أنه هالك أو قائم، ولا أدري كم كانت قيمته:

ذكر في عامة الروايات: أنه تسمع دعواه.

فإنه ذكر في كتاب الرهن: إذا ادعى رجل على رجل أنه رهن عنده ثوباً هكذا، وهو ينكر.. قال: تسمع دعواه.

وذكر في الغصب: إذا ادعى على آخر أنه غصب منه عبداً أو جارية وعينهما وأقام البينة على ذلك.. تقبل بينته، ويجلس حتى يجيء بها وترد على صاحبها وإن لم يبين قيمتها. انتهى.

وهكذا في «المحيط» السرخسي أيضاً؛ فإنه قال في كتاب الدعوى: وإن وقعت الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه؛ بأن ادعى رجل على آخر أنه أخذ منه ثوباً أو جارية لا يدري أنه قائم أو هالك؛ فإن بيّن الجنس والصفة والقيمة.. فدعواه مسموعة، وبينته مقبولة.

وإن لم يبين القيمة.. أشار في عامة الكتب إلى أنها مسموعة؛ فإنه ذكر في كتاب الرهن: إذا ادعى رجل على آخر أنه رهن عنده ثوباً وهو ينكر.. قال: تسمع دعواه وتقبل بينته.

وقال في كتاب الغصب: رجل ادعى على غيره أنه غصب منه جارية، وأقام بينة على ما ادعى.. تسمع دعواه وبينته. انتهى.

فعلم منه: أنه قد يكتفي بذكر القيمة في دعوى الأعيان الغائبة لا في دعوى قيمة الأعيان المستهلكة؛ لأنه لا بد فيها من بيان: جنسه ونوعه وقدره؛ لأنه كدعوى الدين.

وهل يلزم في دعوى قيمة الأعيان المستهلكة: بيان الأعيان أيضاً؟

ففي «البزازية»: ودعوى قيمة الأعيان المستهلكة لا تصح بلا بيان الأعيان؛ لجواز أن يكون [٣١٩/أ] مثلياً، ويطالب بالقيمة.

وقال في النصاب: لا يحتاج إلى ذكر الأعيان؛ لأن الظاهر المطالبة بالواجب، فلا ترد الدعوى بالاحتمال.

واعلم: أن المصنف لم يفصل في المنقول بين دعوى عين وعين، ولا بد منه؛ لما في الثالث من دعوى «البزازية»: وفي دعوى الإيداع.. لا بد من بيان مكان الإيداع؛ سواء كان لها حمل أو لا.

وفي دعوى الغصب؛ إن كان له حمل ومؤنة.. لا يصح بلا بيان المكان، وإن لم يكن له حمل.. صح بدونه.

ودعوى التمر والملح والحنطة والشعير: لا تصح بالوزن، بل لا بد من ذكر الكيل؛ لأنها من المكيلات بالنص إلا على الرواية التي جاءت: «إن الوزن في المكيل إذا تعارفوه.. يكون موزوناً» لأن النص كان باعتبار العرف.

وفي الذرة والمج: يعتبر العرف.

ثم اعتبار الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات: إذا لم يكن مشاراً إليه؛ لأن الوزن والكيل في المشار إليه: لغو، حتى لو ادعى موزوناً أو مكيلاً مشاراً إليه وذكر أنه: عشرة أمناء؛ فإذا هو عشرون أو أقل.. يقبل.

وفي الحنطة: تصح الدعوى إذا ذكر الجنس والنوع؛ أعني: سقية أو بخسية، ربيعية أو خريفية.

والصفة؛ أعني: جيدة أو رديئة أو وسطاً.

والقدر: بالكيل؛ لأنها من المكيلات.

وسبب الوجوب: لاختلاف الأحكام باختلاف الأسباب، حتى السلم يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء.

وفي ثمن المبيع: لا يشترط بيان مكان الإيفاء.

ويذكر في السلم أيضاً: شرائطه وانتقاده في المجلس.

ولو قال: بسلَم صحيح ولم يذكر الشرائط.. كان شمس الإسلام يفتي بالصحة، وغيره.. لا؛ لأن شرائطه مما لا يعرفه إلا الخواص ومختلف فيه في بعضها.

وفي «المنتقى»: قال: بيع صحيح.. يكفي.

وعلى هذا: كل ما له شرائط كثيرة.. لا يكتفى فيه بقوله: بسبب صحيح.

وإذا قلّت الشرائط.. يكتفى به.

وقال: كفل كفالة صحيحة.. لا يصح عند شمس الإسلام كما في السلم.

وَفِي الْعقارِ لَا يحْتَاجُ إِلَى قَوْله: بِغَيْر حقٍّ، ....

ويذكر في القرض: أقرضه من مال نفسه؛ لجواز أن يكون وكيلاً في الإقراض عن غيره، والوكيل في القرض سفير، فلا يملك الطلب.

ويذكر أيضاً قبض المستقرض وصرفه إلى حوائجه؛ ليكون ديناً بالإجماع؛ فإن كونه ديناً عند أبي يوسف: موقوف على صرفه واستهلاكه.

وقال صدر الإسلام: ولا يشترط بيان مكان الإيفاء في القرض، ويتعين مكان العقد.

وفي بيع العين: يتعين مكان العقد للتسليم.

وقيل: يتعين مكان البيع، حتى لو باع براً في السواد.. يتعين بالسواد.

وتفصيل هذا النوع: في الخامس عشر [٣١٩/ب] من «البزازية»، فليرجع إليه.

ثم اعلم: أن الدعوى بسبب من الأسباب المذكورة: من القرض والغصب والشراء وغيرها مسموعة في طرف الاستحقاق.

وهل هو كذلك في الدعوى بسبب الإقرار؟

قالوا: إن الدعوى بسبب الإقرار في العين والدين؛ إن كانت في طرف الاستحقاق.. لا تسمع، وإن كانت في طرف الدفع.. تسمع.

ثم لما ذكر الدعوى في الدين والعين النقلي.. شرع في بيان الدعوى في العقار فقال: (**وفي العقار**)، وهو في عرف الشرع: اسم للعرصة المملوكة، مبنية أو لا؛ كالضيعة، كذا في نفقات «القهستاني».

وخصه في «العمادية»: بالعرصة المبنية.

(**لا يحتاج إلى قوله بغير حق**).

وقيل: يزيده أيضاً، كذا في شرح «النقاية».

واعلم: أن المدعى به: إذا كان عقاراً.. فلا بد من ثلاثة أشياء:

وَلَا تثبتُ الْيَدُ فِيهِ بتَصادُقِهما، بل بِبَيّنَةٍ، أَو بِعلمِ القَاضِي ....

الأول: تحديده؛ للإعلام بأقصى ما يمكن، وهو في العقار بالتحديد، وسيأتي بيان التحديد.

والثاني: ذكر المدعي أن ما ادعاه في يد المدعى عليه؛ لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان ما يدعيه في يد المدعى عليه.

والثالث: ذكر المدعي أنه يطالبه؛ لأنه المطالبة حقه، فلا بد من طلبه، كذا في «العناية».

وكل من هذه الثلاثة: مذكور في الكتاب أيضاً؛ الأول فيما بعده، والثاني والثالث فيما قبل.

فالآن شرع في بيان: أن يد المدعي عليه بأي شيء تثبت؟

فقال: (**ولا تثبت اليد**)؛ أي: يد المدعى عليه (**فيه**)؛ أي: في العقار (**بتصادقهما**)؛ بأن قال المدعي: إنه في يد المدعى عليه، وصدقه المدعى عليه.

بخلاف المنقول؛ فإن اليد فيه تثبت بتصادقهما بلا حاجة إلى البينة.

(**بل**) تثبت (**ببينة**)؛ بأن شهدوا أنهم عاينوا أنه في يده، حتى لو قالوا: سمعنا ذلك.. لم تقبل؛ لأن الشهادة بالسماع لم تجز فيه.

(**أو بعلم القاضي**)؛ نفياً لتهمة المواضعة؛ لأن العقار قد يكون في يد غيرهما، وهما يواضعان: على أن يصدق المدعى عليه المدعي «بأن العقار في يد المدعى عليه»؛ ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه، فكان القضاء فيه: قضاء بالتصرف في مال الغير، وذلك يفضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث.

بخلاف المنقول؛ فإن اليد فيه مشاهدة، فيكفي التصادق.

واعلم: أن ذكر اليد وإثباته: إنما تلزم في دعوى العقار.

وأما في الشهادة عليه.. ففيه خلاف؛ لما في شهادة «البزازية»: شهدوا أنه ملكه، ولم يقولوا: «في يده بغير حق».. يفتى بالقبول.

قال الحلواني: اختلف فيه المشايخ، والصحيح: أنه لا يقبل؛ لأنه ما لم يثبت أنه في [٣٢٠/أ] يده بغير حق.. لا يمكنه المطالبة بالتسليم، وبه كان يفتي أكثر المشايخ.

وقيل: يقضي في المنقول، ولا يقضي في العقار، حتى يقولوا: «إنه في يده بغير حق».

والصحيح الذي عليه الفتوى: أنه يقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم.

حتى قال هذا القائل: لو سأل القاضي الشاهد: أهو في يد المدعى عليه بغير حق؟ فقال: لا أدري.. تقبل على الملك، نص عليه في «المحيط»، هكذا ذكره في كتاب الشهادة.

ثم ذكر في نوع إثبات اليد من كتاب الدعوى نقلاً عن «الصغرى»: ادعى على آخر ضيعة بأنها له، فأقر المدعى عليه أنها في يده وبرهن المدعي على أنها ملكه، فحكم الحاكم بالملك له.. لا يصح ما لم تثبت اليد بالبينة أو بعلم الحاكم.

ولو قال المدعى عليه: ليس العقار في يدي.. يحلفه حتى يقر؛ فإذا أقر باليد.. يحلفه أنها ليست ملكه حتى يقر بالملك للمدعي؛ فإن أقرّ به له.. يأمره بترك التعرض.

لكن: إذا أراد أن يبرهن على أنها ملكه.. لا بد من تقديم البينة على أنها في يده؛ لأن المالك قد يبعد عن العقار عادة؛ فأمكن أن يتواضع اثنان، ويقر أحدهما باليد ويبرهن الآخر عليه بالملك، ويسامحه المدعى عليه في الشهود، ثم يدفع المالك عند قاض آخر معللاً بحكم الحاكم الأول، وهذه التهمة في المنقول منتفية؛ لأن يد المالك لا تنقطع عن المنقول عادة، بل يكون في يده، فاندفع ما قيل في

«شرح الوقاية» تهمة المواضعة ثابتة في الموضعين على السواء، فيقضي في المنقول بإقراره باليد؛ كما صرح به في جميع الكتب.

فظهر منه: أن ثبوت اليد بالبينة أو علم القاضي في العقار: إنما هو لصحة القضاء بالملك بالبينة لا لصحة الدعوى، كذا في «البحر».

لكن الظاهر من كلام المصنف: أنه لازم لصحة الدعوى.

ثم ذكر في النوع الخامس عشر من دعوى «البزازية» أيضاً: أن المدعي: إنما يحتاج إلى إثبات يد المدعى عليه في دعوى العقار إذا ادعاه بالملك المطلق؛ أما إذا ادعى الشراء منه وأقر بأنه في يده، فأنكر الشراء وأقر بكونه في يده.. لا يحتاج إلى إعادة البينة على كونه في يده.

والفرق: أن دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد.. تصح على غيره أيضاً؛ فإنه يدعي عليه التمليك، والتمليك كما يتحقق من ذي اليد.. يتحقق من غيره أيضاً، فعدم ثبوت اليد بالإقرار: لا يمنع صحة الدعوى.

أما دعوى الملك: فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد وطلب إزالتها: لا يتصور إلا من صاحب اليد.

وبإقراره: لا يثبت كونه ذا اليد [٣٢٠/ب]؛ لاحتمال المواضعة كما قررناه من قبل. انتهى.

والحاصل: أن اشتراط ثبوت اليد في العقار إنما هو في دعوى الملك المطلق؛ أما في دعوى الشراء أو الغصب.. فلا.

ثم اعلم: أن الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن غيره من المتون: أن دعوى الملك المطلق في العقار: صحيح.

وقد ذكر في التناقض في أوائل دعوى «البزازية» ما يدل على عدم صحته بدون بيان السبب؛ حيث قال: اعلم: أن مشايخ فرغانة ذكروا أن الشرط في دعوى العقار

فِي الصَّحِيحِ.

وَلَا بُدَّ فِيهِ من ذكر الْبَلَدِ والمحلَّةِ وَالْحُدُودِ الْأَرْبَعَةِ فِي الدَّعْوَى، وَالشَّهَادَةِ

في بلاد قدم بناؤها: بيان السبب، ولا تسمع فيه دعوى الملك المطلق؛ لوجوه:

الأول: أن دعوى الملك المطلق: دعوى الملك من الأصل بسبب الحطّة؛ ومعلوم أن صاحب الحطّة في مثل تلك البلاد غير موجود، فيكون كذباً لا محالة، فكيف يقضى به؟

والثاني: أنه لما تعذر القضاء بالمطلق لِمَا قلنا.. فلا بد من أن يقضى بالملك بسبب، وذلك؛ إما بسبب مجهول أو معلوم.

فالمجهول: لا يمكن القضاء به للجهالة.

والمعلوم: لعدم تعيين المدعي إياه.

والثالث: أن الاستحقاق لو فرض بسبب حادثٍ.. يجوز أن يكون ذلك السبب بشراء ذي اليد من آخر.

ثم يجوز **أن يكون السبب سابقاً** على ملك ذي اليد، فيمنع الرجوع.

ويجوز **أن يكون لاحقاً**، فلا يمنع الرجوع فيشتبه.

وكل من هذه الموانع غير متحقّقٍ في المنقول؛ لعدم المانع من الحمل على التملك من الأصل. انتهى.

(**في الصحيح**) احتراز عما قيل: إن اليد تثبت في العقار أيضاً بالتصادق، فللمدعي أن يأخذها من يده بعد أن يثبت ملكيتها بالبينة أو بإقرار ذي اليد أو نكوله.

(**ولا بد فيه**)؛ أي: في دعوى العقار (**من ذكر البلد والمحلة والحدود الأربعة: في الدعوى والشهادة**)؛ لأن التعريف يحصل بها.

وفي ذكر الحدود: يبدأ بما شاء.

وقيل: يبدأ بالمغرب، ثم المشرق، ثم الشمال.

وقيل: ذكر المحلة والسوق غير لازم، والمصر والقرية يلزم.

وَأَسْمَاءِ أَصْحَابِهَا ونسبهم إِلَى الْجدِّ، وَفِي الرجلِ الْمَشْهُورِ: يُكْتَفَى بِذكرِهِ.

فَإِن ذكر ثَلَاثَةً وَتركَ الرَّابع.. صَحَّ.

وفي «البزازية»: ذكر السرخسي: ادعى محدوداً وبيّن حدوده، ولم يذكر أنه أرض أو كرم أو عقار.. لا يصح.

وقال شمس الإسلام: إنه يصح إذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود.

ولو ادعى ساحةً، وذكر الحدود لا الطول والعرض.. يصح.

وذكر شمس الإسلام وشمس الأئمة: إذا كان أحد الحدود أو جميعها متصلاً بملك المدعي.. لا يحتاج إلى ذكر الفاصل، بخلاف اتصاله بملك الغير.

والشجرة لا تصلح فاصلاً، إلا إذا أحاطت بكل المدعى.

والمسناة تصلح، وكذا النهر.

واعلم: أن المصنف حينئذ: أشار إلى ما ذكره محمد: «من أنه يبدأ من الأعم كالبلدة، ثم المحلة، ثم السكة».

خلافاً لما قاله [٣٢١/أ] أبو زيد: «من أنه يبدأ من الأخص - كما في النسب - ثم يرتقي إلى الأعمّ».

وفي «المحيط»: إنه مخير في البدء بالأعم أو بالأخص.

(**وأسماء أصحابها**)؛ أي: أصحاب الحدود (**ونسبهم إلى الجد**)؛ فيقول في كل حد: ينتهي إلى ملك فلان ابن فلان.

وقيل: لم يشترط ذكر الجد، وهو رواية عن أبي يوسف.

والأول؛ لأن تمام التعريف: بذكر الجد عند أبي حنيفة.

(**وفي الرجل المشهور**)؛ مثل: أبي حنيفة وابن أبي ليلى (**يكتفى بذكره**)؛ أي: بذكر اسم الرجل المشهور، ولا حاجة إلى ذكر النسب من الأب والجد.

(**فإن ذكر ثلاثة**) من الحدود (**وترك الرابع.. صح**)؛ لوجود الأكثر.

وَإِن ذكره وَغَلط فِيهِ.. لَا.

خلافاً لزفر.

(وإن ذكره)؛ أي: الرابع **(وغلط فيه.. لا)** يصح؛ لأنه يختلف بالغلط في الجد المدعى، ولا كذلك بتركها؛ كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن.. جاز.

ولو غلطا في الثمن.. لا تجوز شهادتهم؛ لأنه صار عقداً آخر بالغلط.

هذا إذا كان الغلط منه في ابتداء الدعوى والشهادة.

بخلاف ما إذا ادعى المدعى عليه الغلط بعد القضاء، أو قبل القضاء بعد جواب المدعي بأن الدار ملكي.. فإنه لا تسمع منه هذا الدعوى، على ما صرح به في فصل دعوى الدور من «قاضي خان»؛ حيث قال فيه: المدعى عليه: إذا ادعى بعد القضاء أن المدعي أخطأ في الحد الرابع.. لا تسمع دعواه.

وكذا: لو ادعى قبل القضاء بعدما أجاب المدعي أنها ملكي وفي يدي، ثم ادعى أنه أخطأ في الجد الرابع.. لا تسمع دعواه.

وإن شهدوا على حدين.. لم تقبل.

وعن أبي يوسف: أنه تقبل.

إذا ادعى محدوداً وذكر الحدود الأربعة، وقال الشهود: نحن نعلم حدودها إذا ذهبنا إليها، ونقف ثمة، ولكن لا نعرف جيرانها، ولا أسامي جيرانها.. قال شمس الأئمة الحلواني: ههنا مسائل ثلاثة:

أحدها: أن يقول الشهود لهذا المدعي: «دار في محلة كذا، في سكة كذا، تلاصق دار فلان، في زقيقة كذا، غصبها منه هذا المدعى عليه، وإنها في يده بغير حق» ولم يذكروا حدودها، أو قالوا: «لا نعلم حدودها»، وجاء المدعي بشهود آخرين، فشهدوا بحدودها.. فإن القاضي لا يقضي للمدعي؛ لأن الذين شهدوا

بالملك لم يشهدوا بالحدود، والذين شهدوا الحدود والدار لم يشهدوا أنه يملك الدار.

وثانيها: لو قالت الشهود: نحن نعلم حدودها: أحدها كذا، والثاني كذا، والثالث كذا، والرابع كذا، لكن لا ندري أيوافق الحدود الذي سمينا دعوى المدعي، وهل هذه الحدود حدود تلك الدار؛ فإنا تحملنا الشهادة بهذه الحدود وسمي لنا حدودها هذه الحدود، وأقر البائع [٣٢١/ب] بهذه الحدود لكن ما رأيناها، ولا مررنا بتلك المحلة، ولا بسكنها.

وأكثر ما يكون: تحمل الشهادة على الدار والأرض على هذا الوجه: يسمى البائع حدودها والشهود يتحملون الشهادة بتعريف البائع.

وفي هذه المسألة: القاضي يبعث أمينين إلى الدار لينظرا إلى الدار: أن هذه الحدود هل هي حدود تلك الدار؟

فإن وافق.. قضى بها للمدعي إذا رجعا إليه وشهدا عنده أن حدودها هذه الحدود.

وإن خالف.. لا يقضي.

وثالثها: إذا قال الشهود: إن لهذا المدعي داراً في محلة كذا، نعرف حدودها إذا قمنا عند حيطانها، ونشير أن أحد حدودها إلى هنا، والثاني إلى هنا، والثالث إلى هنا، والرابع إلى هنا، ولكنا لا نعلم جيرانها.. فإن هنا:

إذا أراد القاضي أن يقضي للمدعي.. يأمر الشهود بأن يذهبوا إلى الدار، ويبعث معهم شاهدين أو أمينين من أمنائه ويبينوا الحدود للأمينين، ثم يتعرف الأمينان جيرانها ويسألان أساميهم؛ فإذا رجعوا إلى القاضي وشهد أميناه: أن الشهود بينوا حدود الدار وأشاروا إليها وأنّا تعرفنا عن جيرانها فوجدناها كذلك.. فإن القاضي يقضي بشهادة الشهود الذين شهدوا بملك الدار للمدعي. انتهى.

وَإِذا صَحّت.. سَأَلَ الْقَاضِي الْخصمَ عَنْهَا؛ فَإِن أقرَّ.. حُكِمَ عَلَيْهِ.

وإِنْ أنكرَ.. سَأَلَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ.

فَإِنْ أَقَامَهَا، وإِلَّا.. حُلِّفَ الْخصمُ إِن طلبه خَصمُهُ.

فَإِن حلفَ.. انْقَطَعتِ الْخُصُومَةُ حَتَّى تقومَ الْبَيِّنَةُ.

(**وإذا صحت**) الدعوى بعد استجماع شرائطها (**.. سأل القاضي الخصم عنها**) إلا عن الدعوى؛ لينكشف له وجه الحكم من الأمر بالخروج عما لزمه بالحجة، ومن جعل ما هو بعرضية أن يصير حجة قاطعة؛ فإن الشهادة: على عرضية أن تكون حجة قبل القضاء بها، وبعده: تصير حجة.

(**فإن أقر**) الخصم (**.. حكم عليه**) بالخروج عما لزمه بإقراره؛ لأن الإقرار على نفسه حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء، وإنما القضاء للخروج عن موجب الإقرار.

(**وإن أنكر.. سأل المدعي البينة**) لقوله ﷺ: «ألك بينة؟»، فقال: لا، فقال: «لك يمينه».

(**فإن أقامها**).. قضى بها؛ لانتفاء التهمة عن الدعوى؛ لترجح جانب الصدق.

(**وإلا.. حلف الخصم إن طلبه خصمه**)؛ لما روينا من قوله ﷺ: «لك يمينه».

(**فإن حلف.. انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة**).

فيه إشارة إلى ما قالوا: من أن البينة بعد التحليف: مسموعة، على ما صرح به في الفتاوى.

قال في الباب الثالث من شهادة «جواهر الفتاوى»: لو قال المدعي: ليس لي شهود، فحلف المدعى عليه، ثم جاء شهود.. فإنه تقبل في رواية.

وذكر في «شرح الطحاوي»: أن المدعي إذا قال: ليس لي بينة، أو قال الشهود: ما لنا شهادة، ثم جاء المدعي بشهود، أو شهد الذي قال: «لا شهادة عندي» [٣٢٢/أ].. قال: هذا عند أصحابنا:

في رواية: لا تقبل؛ للتناقض.

وفي رواية: تقبل، وهو الصحيح؛ لأن التوفيق ممكن؛ بأن يقول: كان لي شهود وكنت نسيته، أو بقول الشهود كذلك: كانت لنا شهادة وكنا نسينا، ثم تذكرنا. انتهى.

وفي «الأستروشية»: أسند القول بالقبول إلى أبي حنيفة، والقول بعدم القبول إلى محمد.

واشار أيضاً: إلى أن التحليف حق القاضي، حتى لو حلّف المدعي المدعى عليه عند غير القاضي.. فهذا ليس بتحليف، حتى لو حلّفه ثانياً عند القاضي.. فله ذلك.

وإلى أنه لا بد من حضور الخصم عند الدعوى، لإقامة البينة [... ...][1] ههنا أن الإنسان **قد لا يكون خصماً في البينة، ولا في اليمين، ولو أقر** [لا يجبر به، ولكن لو دفع.. جاز؛ كمن][2] ادعي أنك اشتريت هذا العبد من وكيلي فلان فأقر المشتري بالشراء والوكيل غائب.. لا تقبل بينة المدعي أنه وكيله بالبيع، ولا يحلف المشتري به، ولو أقر.. لا يجبر عليه بالدفع ولكنه لو دفع.. جاز.

وقد لا يكون خصماً في البينة ولا في اليمين، ولكنه لو أقر.. يجبر عليه؛ كمن ادعى عبداً في يد رجل، فأنكر دعواه، فصالح رجل مع المدعي على دراهم ودفعها إليه، على أن يكون العبد له، ثم جاء المصالح إلى ذي اليد وأقام بينة على أن العبد كان للمدعي وأراد أخذه.. لم تقبل بينته ولم يحلف عليه.

لكن لو أقر ذو اليد.. يؤمر بدفع العبد إلى المصالح، ويكون المصالح بمنزلة المشتري.

وقد يكون خصماً في اليمين لا في البينة؛ كمن اشترى عبداً وقبضه، ثم أقر به لغير البائع فلان ابن فلان ودفعه إلى المقر له، ثم أقام بينة: أنه كان للمقر له ليرجع

---

(١) بياض في المخطوط لم أتبين ما هو.

(٢) بياض في المخطوط، تم استدراكه من مخطوط «القنية» ص (٢٩١).

صَحَّ، وَعُرِضَ الْيَمِينُ ثَلَاثاً، ثُمَّ الْقَضَاءُ أحوطُ، وَلَا تردُّ يَمِينٌ على مُدَّعٍ.
وَلَا يُقْضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ.
وَلَا يُحَلَّفُ فِي نِكَاحٍ ورجعةٍ ....

وفي «البحر» نقلاً عن الشارح الزيلعي: يحبس عند أبي حنيفة حتى يقر أو ينكر. وقالا: يستحلف.

وفي «البدائع» الأشبه: أنه إنكار.

(.. صح) القضاء عند العامة، وهو الصحيح؛ لأنه بمنزلة الإقرار؛ فلو قال بعد القضاء: أنا أحلف.. لم يلتفت إليه.

(وعرض اليمين) على المدعى عليه في صورة النكول **(ثلاثاً)** بأن يقول: إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً؛ فإن حلفت.. فيها، وإلا.. قضيت عليك بما ادعاه.

(ثم القضاء أحوط) أي: ليس بأمر لازم في ظاهر الرواية.

وعنهما: أن العرض ثلاثاً لازم، حتى لو قضى بعد العرض مرة.. لا يصح، وإليه ذهب بعض مشايخنا.

(ولا ترد يمين) من جهة المدعى عليه **(على مدَّعٍ، [ولا يقضى بشاهد ويمين])** عند نكول المدعي عليه، خلافاً للشافعي؛ حيث جوّز ذلك.

ولنا: قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر».

(ولا يحلف) المنكر **(في نكاح)** بأن ادعى رجل على امرأة نكاحاً، أو بالعكس وأنكره الآخر.. لا يحلف المنكر.

وكذا في دعوى الرضاء بالنكاح أو الأمر به.

(و) لا في (رجعة) بأن ادعى أحد الزوجين بعد الطلاق والعدة أنه راجعها في العدة وأنكرها الآخر.. فلا يحلف المنكر، بخلاف ما لو ادعى الرجعة في العدة؛ حيث تثبت الرجعة بقوله في الحال.

وَإِن نكلَ مرّةً أَو سكتَ بِلَا آفَة فقضيَ بِالنّكُولِ ....

بالثمن على البائع.. لم تقبل بينته، ولكن له أن يحلف البائع بالله ما كان للمقر له؛ فإن نكل.. يرد الثمن.

وقد يكون خصماً في البينة دون اليمين: وعلى هذا عشرة مسائل وأكثر:

منها: ادعى عبدين في يد رجل، فأنكر، ثم صالحه من دعواه على أحدهما بعينه، ثم أقام بينة: أن العبدين له [.. كان له][1] أن يأخذ الآخر، ولو أراد أن يحلف ذا اليد.. ليس له ذلك.

وباقي المسائل: مذكور في باب «من شرط حضرته لسماع البينة» من «القنية» فليطلب ثمة.

(وإن نكل) عن اليمين؛ بأن قال عند العرض: لا أحلف **(مرة أو سكت)**؛ أي: بعد عرض اليمين عليه ولم يقل [٣٢٢/ب] لا أحلف **(بلا آفة)** من خرس أو غيره، **(فقضى بالنكول)** أي: بسبب النكول أو بسبب السكوت.

وفيه إشارة إلى أن النكول أعم من السكوت.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الأقضية»: رجل ادعى على آخر مالاً، فلزمه السكوت، فلم يجب أصلاً.. يؤخذ منه كفيل، ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه؛ فإن أخبروا أنه لا آفة به.. يحضر مجلس الحكم؛ فإن سكت ولم يجب.. ينزل منكراً.

قال الإمام السرخسي: هذا قولهما؛ أما عند أبي يوسف.. فيحبس إلى أن يجيب. انتهى.

وفي «البحر»: والفتوى على قول أبي يوسف.

وفي «المجمع»: ولو قال: لا أقر ولا أنكر.. فالقاضي لا يستحلف.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من مخطوط «القنية» ص (٢٩٢).

وَفَيْءٍ وإِيلاءٍ واستيلادٍ ورقٍّ وَنسبٍ وَوَلَاءٍ.

وَعِنْدَهُمَا: يُحلَّفُ، ....

(وفيء وإيلاء) بأن ادعى أحد الزوجين على الآخر بعد مدة الإيلاء: أنه فاء ورجع إليها في مدته، وأنكره الآخر.. فلا يحلف.

فإن اختلفا قبل المدة.. ثبت الفيء بقوله.

(واستيلاد) بأن ادعت الأمة على مولاها أو على زوجها - وكذا الحرة على زوجها -: أنها ولدت هذا الولد منه، وأنكره الزوج.. فلا يحلف.

وكذا لو ادعى الزوج أو المولى عليها أنها ولدت منه هذا الولد؛ لأن بمجرد إقرارهما الولادة.. يثبت النسب منه، ولا يلتفت إلى إنكار المرأة، فلا فائدة في التحليف.

(ورق) بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده، أو ادعى المجهول ذلك النسب أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك [٣٢٣/أ]؛ لأن هذه الدعوى من معروف النسب لا تصح.

(ونسب) بأن ادعى على آخر أنه ولده أو والده بلا دعوى حقّ وأنكره الآخر.. فلا يحلف المنكر عنده.

وهل تقبل بينة المدعي عنده؟

ففي «الزيلعي» و«البحر»: ينظر إن كان نسباً يثبت بالإقرار.. تقبل بينته؛ مثل الولد والوالد، وإن لم يثبت بإقراره.. لا تقبل بينته؛ مثل الجد وولد الوالد والأعمام والأخوة وأولادهم؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، بخلاف دعوى المولى الأعلى أو الاسفل؛ حيث تقبل، وإن ادعى أنه معتق جده ونحو ذلك. انتهى.

(وولاء) أي: ولاء العتاقة أو الموالاة؛ بأن ادعى شخص على مجهول النسب أو بالعكس: أن بينهما ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة وأنكره الآخر.. فلا يحلف. هذا كله عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يحلف) المنكر في كل من هذه السبعة.

وَبِهِ يُفْتى، وَلَا فِي حدٍ ولعانٍ.

فإذا نكل.. يقضى بالنكول، (وبه يفتى)، واختاره الفقيه أبو الليث.

وفي «البحر»: اختار المتأخرون من مشايخنا: أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه؛ فإن رآه متعنتاً.. يحلفه أخذاً بقولهما، وإن رآه مظلوماً.. لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة.

ثم ذكر نقلاً عن «الاختيار»: أن عندهما كل نسب يثبت من غير دعوى المال كالبنوة والأبوة والزوجية.. يستحلف عليه، وكل نسب لو أقر به لا يثبت إلا بدعوى المال كالأخ والعم.. لا يستحلف، إلا إذا ادعى بسببه مالاً أو حقاً؛ كدعوى الإرث وعدم الرجوع في الهبة ونحوه. انتهى.

قال: وظاهره: صحة دعوى نسب الأخ ونحوه وإن لم يدع المال؛ لأنه إنما نفى الاستحلاف فقط، وظاهر ما في «البزازية» من الفصل العاشر في دعوى النسب والإرث: عدم صحة الدعوى بالأخوة المجردة، ولهذا لو برهن.. لا تقبل؛ لأنه في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه، والخصم فيه هو الأب لا الأخ. انتهى.

قلت: المصرح في «المحيط» و«التاتارخانية»: هو المذكور في «البزازية».

(ولا في حد ولعان) هذا بالاتفاق، ولهذا أتى بالخلافية.

صورة الحد: ادعى عليه القذف فأنكره.. لا يحلف.

وكذا لا يحلف المنكر في حد الشرب على ما صرحوا به.

وفي حد الزنا والسرقة تفصيل سيأتي ذكره.

وصورة اللعان: ادعت المرأة على الزوج ما يوجب اللعان من القذف، فأنكره.. لا يحلف.

لهما في الخلافية والاتفاقية: أن النكول إقرار عندهما لا دلالة على كذبه في إنكار، والإقرار لا يجري في هذه [٣٢٣/ب] الأمور كلها، فيعمل بالنكول فيها، إلا أنه

إقرار فيه شبهة؛ لأنه في نفسه سكوت.. فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات، لا فيما يندرئ بالشبهات من الحدود المذكورة واللعان.

ولأبي حنيفة: أن النكول بذل وقطع للخصومة بدفع ما يدعيه المدعي، والبذل لا يجري في هذه الأمور المذكورة كلها؛ فإنه لو قال: أنا حرّ وهذا الرجل يؤذيني، فدفعت نفسي إليه للاسترقاق، أو قال: أنا ابن فلان، ولكن أبحت لهذا أن يدعي نسبي، أو قالت: أنا لست بامرأته، ولكن دفعت نفسي وأبحت له الإمساك.. لا يصح.

فإن قيل: إن أبا حنيفة ترك الحديث المشهور قوله ﷺ: «اليمين على من أنكر» بالرأي، وذا لا يجوز.

أجيب: بأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها، لكنه يقول: لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول؛ لكونه بذلاً لا يجري في تلك الأمور.. سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود.

ثم أُورد على كل من الطرفين نقوضٌ بمسائل ذكرت في شروح «الهداية» مع جوابها.. فارجع إليها.

والذي ينبغي أن يذكر ههنا: ما يجري فيه الاستحلاف وما لا يجري غير ما ذكره المصنف؛ ففي «قاضي خان»: الاستحلاف على ثلاثة أوجه:

وجه يستحلف عند الكل وهو القصاص والأموال.

ووجه لا يستحلف عند الكل، وهو الحدود.

ووجه لا يستحلف عند أبي حنيفة، ويستحلف عندهما، وهي المسائل السبعة التي ذكرها المصنف.

ثم قال: وقالوا: لا يحلف في واحد وثلاثين خصلة، بعضها مختلف فيه، وبعضها متفق عليه، وعدّ منها السبعة المذكورة.

ومنها: إذا ادعى رجل أو امرأة على رجل أنه قذفه.. لا يحلف المنكر في قولهم.

ومنها: إذا ادعى الزنا.. لا يحلف، إلا إذا تضمن حقاً؛ بأن علق عتق عبده بالزنا بأن قال: إن زنيت أنا.. فأنت حر، فادعى العبد أنه قد زنى بعد حلفه، ولا بينة للعبد على زنى المولى، والمولى منكر للزنا.. له أن يستحلف المولى، حتى لو نكل بعد الاستحلاف.. يحكم القاضي بالعتق دون الزنا، على ما ذكره صدر الشهيد.

ومنها: إذا ادعى السرقة وأنكر.. لا يحلف في حق القطع، ولكن يحلف في حق ضمان المال على ما سيأتي بيانه.

ومنها: رجل ادعى على رجل أن المدعى عليه تزوج ابنته فلانة منه وهي صغيرة، فأنكر الأب وطلب المدعي يمينه؛ إن كانت البنت صغيرة وقت الخصومة.. لا يستحلف الأب عند أبي حنيفة؛ لوجهين:

أحدهما: [٣٢٤/أ] أنه لا يرى اليمين في النكاح.

والثاني: أن اليمين للنكول.

وعنه: إذا أقر الأب على ابنته الصغيرة بالنكاح.. لا يصح إقراره.

وعند أبي يوسف ومحمد: يستحلف الأب؛ لأنه لو أقر عليها بالنكاح.. يصح إقراره عندهما.

وإن كانت كبيرة وقت الخصومة.. لا يستحلف الأب عند الكل.

أما عند أبي حنيفة: فلما ذكرنا.

وأما عندهما: فلأنها إذا كانت كبيرة.. كان الأب بمنزلة الوكيل، والوكيل بالنكاح لا تتوجه عليه الخصومة، فلا يستحلف.

ومنها: رجل ادعى على رجل أنه زوج منه أمته فلانة على مائة درهم، فأنكر المولى.. لا يحلف المولى عند أبي حنيفة، ويحلف عندهما.

ومنها: رجل ادعى على رجل أن فلاناً مات وأوصى إليك ولي عليه دين، فأنكر المدعى عليه الإيصاء، أو أقر بالإيصاء وأنكر الدين.. لا يمين عليه عندهم.

ومنها: رجل ادعى على رجل أن فلاناً وكلك بطلب حقوقه وكالة عامة، ولي على موكلك كذا، فأنكر المدعى عليه الوكالة، أو أقر الوكالة وأنكر الدين.. لا يحلف كالوصي.

ومنها: رجل في يديه شيء من الأعيان، فقدمه رجلان إلى القاضي، وادعى كل واحد منهما أنه اشتراه من ذي اليد بكذا، فأقر المدعى عليه لأحدهما بعينه أنه باعه منه وأنكر للآخر، فقال الآخر للقاضي: حلِّف المدعى عليه لي أنه لم يبع مني.. فإنه لا يحلفه.

وكذا لو أنكرهما فحلفه القاضي لأحدهما فنكل وقضى عليه بالنكول، ثم قال الآخر: حلفه لي.. فإنه لا يحلفه.

ومنها: لو ادعيا على رجل الهبة مع التسليم إليها، فأقر ذو اليد الهبة لأحدهما بعينه، وطلب الآخر يمينه.. لا يحلف.

وكذا لو حلف لأحدهما فنكل فقضي له.. لا يحلف للآخر.

ومنها: لو ادعى أحدهما: الرهن والتسليم، والآخر الشراء، فأقر بالرهن وأنكر البيع.. لا يحلفه للمشتري.

ومنها: لو ادعى أحدهما: الإجارة، والآخر الشراء، فأقر بالإجارة وأنكر البيع.. لا يحلف لمدعي الشراء، ويقال لمدعي الشراء: إن شئت.. تنتظر حتى تنقضي مدة الإجارة، وإن شئت.. تفسخ.

ومنها: لو ادعى أحد الرجلين الصدقة والقبض، والآخر الشراء، فأقر بأحد الأمرين.. لا يستحلف للثاني.

ومنها: لو ادعى كل واحد منهما الإجارة، فأقر لأحدهما، أو حلف ونكل.. لا يحلف للآخر.

بخلاف ما إذا ادعى كل منهما على ذي اليد الغصب منه فأقر لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل.. فإنه يحلف للثاني، كما لو ادعى كل منهما الإيداع فأقر لأحدهما.. يحلف للثاني.

وكذا الإعارة.

ومنها: إذا ادعى البائع على الوكيل بالشراء رضا [٣٢٤/ب] الموكل بالعيب.. لم يحلف الوكيل بالشراء حين أراد الرد بالعيب على البايع.

ومنها: رجل مات فادعى رجل أن الميت فلاناً أوصى إلي وإلى هذا الذي قدمته إليك، فأنكر الذي قدمه، فسأل المدعي من القاضي يمينه.. فإن القاضي لا يحلف.

وكذلك الوكالة.

ومنها: امرأة بالغة زوّجها وليها وهي بكر، فادعى الزوج أنه زوجها برضاها، فأنكرت المرأة.. لا تحلف هي في قول أبي حنيفة.

ومنها: امرأة زوّجها وليها من رجل، وقبل النكاح عن الرجل أجنبي، وادعى أنه وكيل الزوج بالنكاح، ثم أنكر الزوج وكالته وقال: ما كنت وكلته ولا رضيته، وأرادت المرأة تحليفه.. لا يحلف الرجل في قول أبي حنيفة.

ومنها: رجل استصنع رجلاً في شيء، ثم اختلفا في المصنوع، فقال المستصنع: لم تفعل ما أمرتك، وقال الصانع: فعلت.. قالوا: لا يمين فيه لأحدهما على الآخر.

ومنها: لو ادعى الصانع على رجل أنك استصنعت إلي في كذا، وأنكر المدعى عليه.. لا يحلف.

ومنها: لو ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه وبالخصومة، فأنكر المديون.. لا يحلف المديون عند أبي حنيفة، ويحلف عندهما، على ما ذكره بعض مشايخنا.

وقال بعضهم: يحلف في قولهم جميعاً.

ومنها: رجل قدم رجلاً إلى القاضي وقال: إن فلان ابن فلان الفلاني مات ولم يترك وارثاً غير هذا، وله على هذا الرجل الذي قدمته كذا وكذا من المال، وقال للقاضي: سله عما ادعيت.. أجابه القاضي؛ فإن سأله فكذبه المدعى عليه في جميع ذلك، فقال المدعي للقاضي: حلفه بالله ما يعلم أنه ابن فلان ابن فلان، ولا يعلم أن فلاناً مات.. قال الخصاف: روي عن أصحابنا: لا يستحلف، لكن يقال للمدعي: أقم البينة على وفاة فلان وأنك ابنه؛ فإذا أقمت البينة على ذلك.. فبعده أحلفه على ما تدعي لأبيك من المال. ثم قال الخصاف: وفيها قول آخر: أنه يستحلف على العلم كما طلب المدعي.

فقال بعضهم: ما ذكره الخصاف أنه يستحلف: قول أبي يوسف ومحمد، وما ذكره أنه لا يحلف: قول أبي حنيفة.

الكل في «قاضي خان».

وزاد عليه في «البحر» بمسألتين:

أحدهما: أن البائع إذا أنكر قيام العيب للحال.. لا يحلف عند الإمام.

ولو أقر به.. لزمه.

والثاني: أن الشاهد إذا أنكر رجوعه لا يستحلف.

ولو أقر به.. يضمن ما تلف.

وذكر نقلاً عن الإسبيجابي: ولا يستحلف الأب في مال الصبي، ولا الوصي في مال اليتيم، ولا المتولي للمسجد والأوقاف؛ إلا إذا ادعى عليهم العقد.. فإنهم يستحلفون حينئذ [٣٢٥/أ].

وَالسَّارِقُ يحلفُ فإنْ نكلَ ضَمِنَ وَلَا يقطعُ.

وَيحلفُ الزَّوْج إِنِ ادَّعَت طَلَاقاً قبلَ الدُّخُولِ إِجْمَاعاً، فَإِن نكلَ.. ضَمِنَ نصفَ الْمهْر.

وقال في استحلاف «القنية»: وكثيرمن المواضع يكون القول فيه قوله بلا يمين، وسنذكره في الحالف.

وقال في «الدرر»: النيابة تجري في الاستحلاف، حتى يجوز أن يكون شخص نائباً عن آخر له حق على غيره في طلب اليمين على المدعى عليه، إذا عجز عن البينة لا الحلف، حتى لا يجوز أن يكون شخص نائباً عن شخص توجه عليه اليمين ليحلف من قبله.. فالوكيل والوصي والمتولي وأب الصغير يستحلفون، ولكنهم لا يحلفون، إلا إذا صح إقرارهم على الأصيل؛ كالوكيل بالبيع أو الخصومة في الرد بالعيب.

(**والسارق يحلف**) يعني: إذا ادعى على رجل سرقة وأراد أخذ المال منه، وأنكره الرجل.. يحلف بالله ما له عليك المال الذي ادعاه؛ لأن المال يثبت بالشبهات، فجاز أن يثبت بالنكول عن اليمين.

بخلاف ما إذا ادعى عليه القطع؛ حيث لا يحلف؛ لما مر أنه تحليف في الحدود.

وعن محمد: أنه يقول القاضي للمدعي: ماذا تريد بالدعوى؟ فإن قال: القطع.. يقول له القاضي: الحدود لا يستحلف فيها. وإن قال: أريد المال.. يقول له: دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال.

(**فإن نكل.. ضمن، ولا يقطع**) لا لنكول، إنما لم يقل: «في الأول دون الثاني»؛ لما فيه من الشبهة، والحدود لا تثبت بالشبهة.

(**ويحلف الزوج إن ادعت**) المرأة (**طلاقاً قبل الدخول إجماعاً؛ فإن نكل.. ضمن نصف المهر**)؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم، سيما إذا كان المقصود هو المال.

وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِنِ ادَّعَت مهرهَا.

وَفِي النَّسَبِ إِنِ ادّعى حَقاً كإرثٍ وَنَفَقَةٍ وَغَيرها.

(وكذا) أي: يحلف الزوج **(في النكاح إن ادعت)** المرأة في ضمن دعوى النكاح **(مهرها)** ونفقتها؛ لأن ذلك دعوى المال؛ فإن نكل.. لزم المال دون النكاح.

(و) كذا يحلف المنكر **(في)** دعوى **(النسب إن ادعى حقاً كإرث ونفقة وغيرها)**.

قال في «قاضي خان»: رجل ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، فأنكر المدعى عليه.. قال أبو حنيفة: لا يمين على المنكر، إلا أن يدعي عليه مالاً بسبب النسب؛ كالميراث والنفقة إذا كان ممن يستحق النفقة، فيستحلف على المال.

وعندهما: إن ادعى نسباً يثبت بإقراره.. يستحلف المنكر؛ ادعى عليه مالاً أو لم يدع.

وإن ادعى نسباً لا يثبت بإقراره؛ كالأخوة والعمومة ونحوهما؛ إن ادعى مالاً.. تسمع دعواه، ويستحلف المنكر، وإن تجرد عن دعوى المال.. لا يستحلف المنكر.

وما يصح به إقرار الرجل من النسب أربعة: الأب، والولد، والمرأة، ومولى العتاقة.

وإقرار المرأة يصح [٣٢٥/ب] **بثلاثة:** الأب، والزوج، ومولى العتاقة.

ولا يصح إقرارها بالولد؛ لأنه إقرار على الزوج.. فلا يصح؛ لأنه إقرار على الغير.

وإن ادعى مالاً بنسب بأن ادعى بأن أباهما مات وترك مالاً في يد المدعى عليه، أو ادعى أنه زمن والمدعى عليه موسر، والمدعى عليه ينكر الأخوة.. يستحلف المنكر على المال عند الكل، لا على النسب، فيستحلف بالله: ما يعلم أن له في هذه الدار نصيباً كما يدعي؛ فإن حلف.. برئ، وإن نكل.. يقضى عليه بالمال لا بالنسب.

وجنس هذه المسائل أربعة:

أحدها: الميراث.

والثانية: النفقة.

والثالثة: إذا ادعى حق الحفظ والحضانة؛ بأن قال لمن التقط صغيراً لا يعبر عن نفسه: إن هذا الصغير الذي التقطه أخي، وأنكر الملتقط.

والرابعة: إذا ادعى بطلان حق الرجوع؛ بأن وهب لإنسان هبة، ثم أراد أن يرجع فيها، فقال الموهوب له: أنا أخوك، وأنكر الواهب.. يستحلف الواهب.

والحاصل: أنه إذا ادعى بسبب النسب مالاً.. أو حقاً لازماً.. كان المقصود إثبات ذلك الحق دون النسب، فيستحلف عند الكل. انتهى.

فظهر منه: أن محل النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في مسألة النسب: هو النسب الذي يثبت بإقراره كالأبوة والبنوة.

وأما النسب الذي لا يثبت بإقراره كالأخوة ونحوها.. فهو اتفاقي بينهم؛ حيث إن ادعى فيه مالاً أو حقاً.. يستحلف المنكر فيه بالاتفاق، وإلا.. فلا يستحلف بالاتفاق.

بقي ههنا مسألة لم يذكرها المصنف، وهي: هل تقبل بينة مدعي النسب أو لا تقبل؟

ففي دعوى النسب من دعاوى «البزازية»: ادعى على آخر أنه أخوه لأبيه؛ إن ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن.. تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً، حتى لو حضر الأب وأنكر.. لا تقبل، ولا يحتاج إلى إعادة البينة؛ لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب.

وإن لم يدع مالاً، بل ادعى الأخوة المجردة.. لا تقبل بينته؛ لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه، والخصم فيه هو الأب لا الأخ.

وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه، أو أبو أبيه، والابن والأب غائب أو ميت.. لا يصح ما لم يدع مالاً؛ فإن ادعى مالاً.. فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً كما مر.

بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة أنها زوجته، أو ادعت عليه أنه زوجها، أو ادعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة، أو ادعى عربي على آخر أنه معتقه، أو ادعت المرأة على رجل أنها أمته، أو كان الدعوى في ولاء الموالاة وأنكر المدعى عليه، فبرهن المدعي على ما قال.. تقبل؛ ادعى به [٣٢٦/أ] حقاً أو لا.

بخلاف دعوى الأخوة؛ لأنه دعوى على الغير.

ألا ترى: أنه لو أقر بأنه أبوه أو ابنه أو زوجها أو زوجته.. صح، وبأنه أخوه.. لا يكون حمل النسب.

ودعوى المرأة على آخر أنه ابنها.. يسمع استحساناً.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنه لا يسمع، وهو القياس. انتهى.

والذي ظهر منه: أنه إن ادعى نسباً يثبت بإقراره.. تقبل بينته بالاتفاق؛ ادعى حقاً أو لم يدع، وعدم استحلاف المنكر فيه بدون دعوى الحق عند أبي حنيفة لا يضر قبول بينة المدعي بدون دعوى الحق؛ إذ ليس فيه حمل النسب على الغير.

وإن ادعى نسباً لا يثبت بإقراره.. لا تقبل بينته بدون دعوى الحق بالاتفاق، كما يستحلف فيه بدون دعوى الحق.

ومما ينبغي أن يعلم ههنا: أن دعوى الأبوة والأمومة والبنوة والزوجية من الرجل أو المرأة، وولاء العتاقة من المولى أو من العبد، وولاء الموالاة مما يثبت بإقراره.. تقبل البينة بلا حاجة إلى دعوى المال أو الحق، ولا يعتبر فيها التناقض، حتى لو نفاه ثم ادعى.. سمع وتقبل بينته.

وَفِي الْقِصاصِ؛ فَإِن نكلَ فِي النَّفس.. حُبِسَ حَتَّى يقرَّ أَو يحلفَ، وَفِيمَا دونهَا يقْتَصُّ.

وَعِنْدَهُمَا: يضمَن الْأَرْشَ فيهمَا.

وأما دعوى الأخوة والعمومة ودعوى بنوة الابن وأبوة الأب وأمومة الأم وبنوة الأخت وبنوة الأخ والخال والخالة كلها مما يثبت بإقراره.

ولا بد في صحة هذه الدعاوي وإقامة البينة عليها من دعوى المال أو الحق، ويعتبر فيها التناقض، على ما صرح به في «البحر»؛ لأنهم أرجعوها إلى دعوى المال، فكما يعتبر التناقض في دعوى المال.. كذلك يعتبر أيضاً في هذه الدعاوى.

وهل دعوى بنوة العم والخال كذلك، حتى يعتبر فيه التناقض، أو مثل دعوى الأبوة والبنوة حتى لا يعتبر فيها التناقض؟

ففي «الزيلعي» و«البحر»: أنها مثل دعوى الإخوة في اشتراط دعوى المال أو الحق؛ حيث قالا: وإن لم يثبت النسب بالإقرار.. لا تقبل بينته؛ مثل الجد وولد الولد والأعمام والأخوة وأولادهم؛ لأن فيه حمل النسب على الغير. انتهى.

وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

وفي «المحيط» السرخسي: ما يدل على أن دعوى بنوة العم مثل دعوى الأبوة في عدم اشتراط دعوى المال أو الحق في صحتها؛ معللاً بأن الغاية في دعوى بنوة العم: النسب، فلا يشترط فيها دعوى المال أو الحق، وفيه نظر، سيأتي في إقرار المريض.

(و) كذا يحلف المنكر (في) دعوى (القصاص)؛ يعني: ادعى على آخر قصاصاً في النفس أو الأطراف، فأنكره.. يستحلف المنكر بالإجماع.

(**فإن نكل في النفس.. حبس حتى يقر أو يحلف، وفيما دونها.. يقتص**) عند [٣٢٦/ب] أبي حنيفة.

(**وعندهما: يضمن الأرش فيهما**)؛ لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما من حيث

إنه لم يصرح الإقرار.. فلا يثبت به القصاص، ويثبت به المال؛ كما لو أقر بالخطأ، والولي يدعي العمد، فأشبه الخطأ في كون امتناع القصاص من جانب من عليه.

بخلاف ما إذا أقام على القصاص رجلاً وامرأتين، أو الشهادة على الشهادة؛ حيث لا يقضى بشيء من القصاص والمال؛ لأن الحجة قامت على القصاص، لكن تعذر استيفاؤه من جانب من له الاستيفاء، فلم يشبه الخطأ.. فلا يجب شيء، ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس والأطراف.

والفرق بين هذا وبين السرقة؛ حيث ثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول، وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة: أن الأصل في السرقة: المال، والقطع بطريق التعدي منه إليه، وإذا لم يتعد.. بقي على الأصل.

وههنا الأصل المشهود به: هو القصاص، ثم يتعدى منه إلى المال إذا وجد شرطه، ولو يوجد في صورة شهادة رجل وامرأتين؛ لعدم شبهها بالخطأ.

ولأبي حنيفة: الأطراف يسلك بها مسلك الأموال؛ لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال، فيجري فيها البذل، حتى لو قال: اقطع يدي، فقطعها.. لا يجب الضمان لعمل البذل.

بخلاف الأنفس؛ حيث لا يجري فيها البذل، حتى لو قال: اقتلني، فقتله.. يؤخذ بالقصاص في رواية.

وبالدية في أخرى.

فإن قيل: لو كانت يسلك بها مسلك الأموال.. لجاز قطع يده من غير إثم إذا قال: اقطع يدي.

قلنا: إنما لا يباح؛ لعدم الفائدة، حتى لو كان القطع مفيداً كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع.. لا يأثم بفعله، وما نحن فيه وهو البذل بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به، فيكون مباحاً.

فَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي: لي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ، وَطلبَ يَمِينَ خَصمِه.. لَا يُحَلَّفُ، ....

فإن قيل: قد مر في السرقة: أن القطع لا يثبت بالنكول.

قلنا: إن الأطراف إنما سلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد؛ لاحتياجهم، فيثبت بالشبهات؛ كالأموال.

والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهات.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخانية»: أن في كيفية التحليف في القتل روايتين:

في رواية: يستحلف على الحاصل بالله: ما له عليك دم ابنه فلان، ولا دم عبده فلان، ولا دم وليه فلان، ولا قبلك حق بسبب هذا الدم الذي يدعى.

وفي رواية: يحلف على السبب بالله: ما قتلت فلان ابن فلان [٣٢٧/أ] عمداً.

وفيما سوى القتل من القطع والشجة ونحو ذلك.. يحلف على الحاصل بالله: ما له عليك قطع هذا اليد، ولا له قبلك حق بسببها.

وكذلك في الشجاج والجراحات التي يجب فيها القصاص. (**فإن قال المدعي: لي بينة حاضرة**) في المصر (**وطلب يمين خصمه.. لا يحلف**) عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إنه يحلف.

وقول محمد مضطرب.

وفي «شرح النقاية» والصحيح: قول أبي حنيفة.

لأبي يوسف: أن اليمين حقه؛ لما روينا مرفوعاً: «ألك بينة»، فقال: لا، فقال: «لك يمينه»؛ فإذا طالبه بحقه.. يجيبه به.

ولأبي حنيفة: أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما رويناه، فلا يكون حقه دونه.

ومحمد لما رأى الوجهين متعارضين.. اضطرب قوله، في رواية الخصاف: مع أبي يوسف. وفي رواية الطحاوي: مع أبي حنيفة.

وَإِن كَانَ غَرِيباً.. يكفلُ أَو يلازمُ قدرَ مجْلِسِ القَاضِي.

وَالْيَمِينُ: بِاللهِ تَعَالَى، لَا بِطَلَاقٍ وعتاقٍ.

وَقيل: إِن أَلحَّ الْخصمُ.. صَحَّ بهما فِي زَمَانِنَا.

والغداء والعشاء والعمل، إلا إذا أدّى مؤنته.

واعلم: أن التكفيل والملازمة عند الإباء عنه.. فيما إذا قال: لي بينة حاضرة.

وأما إذا قال: لا بينة لي، أو شهودي غيب.. لا يكفل، ولا يؤمر بالملازمة؛ لعدم الفائدة فيه؛ لأن [٣٢٧/ب] الفائدة هي الإحضار عند حضور الشهود، ولا شهود له، بل يحلف، وفي كلام المصنف إشارة إليه.

ثم هذا إذا كان المدعى عليه مقيماً.

(وإن كان غريباً) أي: مسافراً **(.. يكفل أو يلازم قدر مجلس القاضي)** من أوله إلى آخره؛ لأن في الزيادة عليه ضرر منع السفر.

وفي «قاضي خان»: إن المسافر لا يكفل، بل يؤجل إلى آخر المجلس.

وفي «الخزانة»: أنه يكفل يوماً، ثم إن أقام المدعي البينة في المدة المضروبة.. فبها، وإلا.. يحلف أو يدعه.

وفي «البزازية»: لو كان المدعى عليه مسافراً وعرف منه ذلك.. لا يكفل، بل يؤجل إلى آخر المجلس؛ فإن برهن.. فبها، وإلا.. خلى سبيله.

ولو قال: أنا أخرج غداً أو إلى ثلاثة أيام.. يكفله إلى وقت الخروج، وإن أنكر الطالب خروجه.. نظر إلى زيّه، أو بعث من يثق به إلى رفقائه؛ فإن قالوا: غداً الخروج معنا.. يكفله إلى وقت الخروج. انتهى.

ثم شرع في بيان كيفية اليمين فقال: **(واليمين بالله تعالى)** لا بغيره؛ لقوله ﷺ: «من كان منكم حالفاً.. فليحلف بالله أو ليذر»، **(لا بطلاق وعتاق)** في ظاهر الرواية؛ لما روينا.

(وقيل: إن ألحَّ الخصم.. صح بهما في زماننا) لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى.

ويكفلُ بِنَفسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ فَإِن أَبى.. لَازَمه وَدَار مَعَه حَيْثُ دَار.

وإنما قيدنا الحضور بالمصر؛ لأنه لو كان حاضراً في مجلس القضاء.. لا يحلف بالاتفاق.

وإنما الخلاف فيما ذكرناه، كذا في «البحر».

وفيه أيضاً: أنه لو قال: لي بينة غُيَّبٌ مسيرة سفر.. يحلف بالاتفاق، ثم لو حضروا.. قبلت شهادتهم وإن شرط عدم سماعهم عند التحليف.

وكذا لو قال: لا بينة لي واستحلف، ثم حضر له بينة.. تقبل على الصحيح، وقد تقدم من قبل.

(ويكفل) أي: يطلب كفيلاً استحساناً **(بنفسه)**؛ نظراً للمدعي.

وله أن يطلب وكيلاً بالخصومة.

وصح أن يكون الواحد وكيلاً بالخصومة وكفيلاً بالنفس؛ لأن الواحد يقوم بهما.

أطلق في الخصم حيث أضاف النفس إليه.. فشمل: من كان وجيهاً وحقيراً والمدعي فقيراً أو بالعكس على ما هو الصحيح.

وعن محمد: أن المدعى عليه إذا كان معروفاً وجيهاً لا يخفى شخصه بذلك القدر.. لا يجبر على ذلك، وإن سمحت نفسه بذلك.. يؤخذ **(ثلاثة أيام)** على ما روي عن أبي حنيفة.

وروي عن أبي يوسف: أنه يكفل إلى أن يجلس القاضي مجلساً آخر، ولو سبعة أيام. قيل: هو الأرفق.

وقيل: هذا في الزمن الأول، وأما في زماننا.. فالأرفق هو الأول؛ لأنه في زماننا يجلس كل يوم بلا فصل، وصححه في «الهداية».

(فإن أبى) عن إعطاء الكفيل **(.. لازمه)**؛ كيلا يضيع حقه، **(ودار معه حيث دار)** تفسير للملازمة؛ فإذا دخل داره.. يحبس بابه، ولا يمنعه عن الوضوء والغسل

وتغلَّظُ بذكرِ صِفَاته تَعَالَى إن شَاءَ القَاضِي.

ويحترزُ منَ التّكْرَارِ.

لكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين بهما.. لا يقضى عليه بالنكول؛ لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، ولو قضى به.. لم ينفذ القضاء، على ما في «العناية».

وفي «البزازية»: التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة.. لم يجوّزه أكثر مشايخنا، وإن مسته الضرورة.. يفتى بأن الرأي إلى القاضي؛ فلو حلفه بالطلاق فنكل وقضى بالمال.. لا ينفذ.

ثم قال: وإن حلف بالطلاق، ثم برهن المدعي على المال؛ إن شهدوا على الإقراض.. لا يفرق بينه وبين امرأته؛ لأن بقاء الدين بالاستصحاب والحلف كان على عدم قيام الدين، وقيام الدين لم يثبت بدليل يكون حجة، وإن شهدوا على قيام الدين؛ فإن قالوا: له عليه كذا وقضى به القاضي.. يفرق بينه وبين امرأته. انتهى.

قلت: لو قال: «والحلف لم يكن على قيام الدين».. لكان أولى.

(وتغلظ) اليمين **(بذكر صفاته تعالى)** بلا عاطف؛ لئلا يتكرر، وذلك بأن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، أو بالله الرحمن الرحيم الذي يعلم السر والخفا ما لفلان هذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه.

(إن شاء القاضي)؛ لأن حق المدعي هو اليمين لا التغليظ، بل هو إلى القاضي إن رأى فيه مصلحة.. يغلظ بما شاء من صفاته تعالى.

وقيل: ينظر إلى حال المدعى عليه؛ إن عرفه بالصلاح.. لا يغلظ، بل يكتفى بذكر اسم الله تعالى، ولا يذكر الصفة [٣٢٨/أ]، وإن عرفه على غير ذلك.. يغلظ فيذكر الاسم والصفة معاً ويبالغ فيه.

وقيل: ينظر إلى حال المدعى به؛ إن كان مالاً خطيراً.. غلظ، وإن كان حقيراً.. لا يغلظ.

(ويحترز من التكرار)، وذلك بذكر حرف العطف أو غيره؛ لأن المستحق يمين واحد.

لَا بِزَمَانٍ أَو مَكَانٍ.

وَيُحلَّفُ الْيَهُودِيُّ: بِاللهِ الَّذِي أنزل التَّوْرَاة على مُوسَى عَلَيْهِ الصَّلَاة وَالسَّلَام.

وَالنَّصْرَانِيُّ: بِاللهِ الَّذِي أنزل الْإِنْجِيل على عِيسَى عَلَيْهِ الصَّلَاة وَالسَّلَام.

والمجوسيُّ: بِاللهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ.

والوثنيُّ: بِاللهِ.

وَلَا يُحلَّفُونَ فِي معابِدِهِم.

وهل يكتفى بيمين أحد الورثة، أو يحلف كل منهم؟

ففي الفصل السادس عشر من «العمادية»: لا يكتفى، بل يحلف كل واحد مستقلاً؛ حيث قال: لو ادعى على ميت مالاً، وله ورثة.. فله أن يحلف الورثة كلهم على علمهم، ولا يكتفى بيمين أحدهم. انتهى.

(لا) يغلظ المسلم - كذا في «العناية» - **(بزمان أو مكان)** أي:

في الوقت الشريف كأول الجمعة أو ليلة القدر مثلاً.

أو في المكان الشريف كبين الركن ومقام إبراهيم مثلاً؛ لأن المقصود تعظيم المقسم به، وقد حصل ذلك بدونهما.

وفي إيجابه حرج على القاضي بحضوره فيهما.

(ويحلف اليهودي: بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام والنصراني: بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه الصلاة والسلام والمجوسي: بالله الذي خلق النار)؛ لأنه يغلظ على كل أحد بذكر معتقده، ومعتقدهم هكذا.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصاً.

(والوثني: بالله)، وسائر المشركين كذلك؛ لأنهم قالوا: ﴿مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلْفَىٰٓ﴾، فلا يغلظ بضم الغير.

(ولا يحلفون في معابدهم)؛ لأن القاضي لا يحضرها؛ لما فيه من التعظيم المنهي عنه.

وَيحلَّفُ على الْحَاصِلِ؛ **فَفِي البيعِ وَالنِّكَاحِ**: بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا بيعٌ قَائِمٌ، أَو نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الْحَال.

وَفِي الطَّلَاق: مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْك الْآن.

(**ويحلف على الحاصل**)، شروع في بيان نوع آخر من كيفية اليمين، وهو اليمين على الحاصل أو السبب.

والضابط في ذلك: أن السبب؛ إما أن كان مما يرتفع برافع أو لا.

فإن كان الثاني.. فالتحليف على السبب بالإجماع.

وإن كان الأول؛ فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل.. فكذلك، وإن لم يتضرر.. يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى السبب عند أبي يوسف، إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب على ما سيأتي بيانه.

(**ففي البيع والنكاح: بالله ما بينكما بيع قائم أو نكاح قائم في الحال**)؛ يعني: إذا ادعى المشتري الشراء منه، وأنكره البائع.. يحلف البائع بالله: ما بينكما بيع في الحال، ولا يحلف بالله ما بعت منه؛ لأنه قد تباع العين ثم تقال فيه، فيحلف على الحاصل؛ حذراً عن الإقالة، وفيه تفصيل سنذكره.

وإذا ادعت المرأة مهرها أو نفقتها في ضمن دعوى النكاح.. يحلف بالاتفاق بالله: ما بينكما نكاح قائم في الحال، ولا يحلف ما نكحت؛ لأنه قد يتزوج، ثم يخالع (**وفي الطلاق: ما هي بائن منك الآن**)، ولا يحلف: ما طلقت؛ لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل [٣٢٨/ب].

هذا إذا ادعت الطلاق البائن.

وإن ادعت الرجعي.. يحلف على السبب في رواية، وعلى الحاصل في رواية.

وفي «البزازية»: ادعت على زوجها تطليقة رجعية.. يحلف بالله ما هي طالق منك الساعة.

وإن ادعت البائن.. ففي ظاهر الرواية: بالله ما هي بائن منك الساعة بواحدة أو

ثلاث، على حسب الدعوى، أو: بالله ما طلقها البائن أو الثلاث في هذا النكاح المدعى.

ولا يحلف: ما طلقتها ثلاثاً مطلقاً.

وكذا لو لم تدعي، ولكن شهد واحد عدل أو جماعة فساق بالبائن.. يحلف على الحاصل.

لو ادعت أنها سألته الطلاق، فقال لها: أمرك بيدك، فاختارت بذلك التفويض نفسها، وحرمت عليه، وأنكر الزوج الأمر بالاختيار.. لا يحلفه على الحاصل بلا خلاف.

ويحلف على السبب، ويحتاط فيه له، ويحلف بالله: ما جعلت أمرها بيدها منذ آخر تزوج تزوجتها بعد سؤالها الطلاق، ولا علمت أنها اختارت نفسها بذلك التفويض في مجلس التفويض؛ لجواز الإيقاع بالتفويض والتزوج بعده.

فلو أطلق.. لم يتمكن الزوج من الحلف؛ فلو أقر الزوج بهذا، ثم ادعى النكاح.. لا يصدق بلا بينة.

وقال أبو يوسف: إنه يحلف على الأمر والاختيار كما لو ادعت المرأة، إلا إذا عرض.

وقيل: عند الكل يحلف كما ادعت؛ فإن أقر بالأمر وأنكر الاختيار.. يحلف على عدم العلم بالاختيار. انتهى.

ثم ذكر فيها في التحليف في مسألة البيع تفصيلاً بما حاصله: أن المدعي في البيع لا يخلو من أن يكون بائعاً أو مشترياً؛ فإن كان بائعاً.. فلا يخلو من أن يذكر في دعواه تسليم المبيع، أو يذكر عدم تسليمه.

فإن ذكر تسليم المبيع.. يحلف بالله ما لهذا به تسليم عليك من العبد الذي يدعي أنه باعك، وعلى قياس قول أبي يوسف: يحلف على الشراء بالله ما اشتريت.

وَفِي الْغَصْبِ: مَا يجبُ عَلَيْك ردُّه.

وإن ذكر أنه لم يسلم المبيع.. يحلف: ما عليك من هذا العبد وقبض العبد، ولا شيء منه.

قال الإمام أبو حنيفة لا أحلفه: ما اشتريتَ، ولا ما أودعك، ولا ما أعارك، ولا ما استأجرت منه، ولكن أحلفه: ما له قبلك ما ادعى، وهو قولهما.

وإن كان المدعي مشترياً.. فلا يخلو أيضاً من أن يذكر تسليم الثمن، أو يذكر عدم تسليمه.

فإن ذكر تسليم الثمن.. يحلف على الحاصل أيضاً، إلا رواية عن أبي يوسف.

وإن ذكر عدم تسليمه الثمن.. يقال له: أحضر الثمن؛ فإن أحضره مجلس القضاء.. يحلف: ما عليك قبض الثمن، ولا تسليم المبيع من الوجه الذي يدعي.

وعن أبي يوسف: أنه إن ادعى مالاً مطلقاً.. يحلف عليه، وإن ادعى مالاً بسبب.. يحلف [٣٢٩/أ] على السبب بالله: ما استقرضت هذا المال، أو ما غصبت منه.

إلا أن يقول المدعى عليه: لا تحلفني هكذا؛ فإنه قد يستقرض، ثم لا يكون ذلك المال عليه بأن يرده أو أن يبرأه، وبه أخذ بعض المشايخ.

وقال الإمام الحلواني: ينظر إلى جواب المدعى عليه؛ إن أنكر السبب.. يحلف عليه، وإن قال: ليس له على هذا المال المدعى.. فعلى الحاصل بالله: ما له عليك هذا المال الذي يدعي، ولا شيء منه، وهو أحسن الأقاويل عندي. وعليه أكثر القضاة. انتهى.

(وفي الغصب: ما يجب عليك رده).

توضيحه على ما في «الخلاصة» و«البزازية»: أن المدعي في دعوى الغصب لا يخلو؛ إما أن قال: العبد المغصوب قائم في يده، أو قال: هالك، أو قال: لا أدري.

- فإن قال: إنه قائم في يده.. فالغاصب لا يخلو؛ إما أن يقر أنه قائم في يده أو ينكر:
- فإن أقر.. يؤمر بإحضاره بلا ذكر القيمة، على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

وفي «القدوري»: لابد من ذكر القيمة والصفة، ولو كان دابة.. لا بد من ذكر سنها وقيمتها.

فإن أحضره.. يحلف بالله ما هذا الشيء ملك هذا المدعي من الوجه الذي ادعاه، ولا شيء منه.

وإن ذكر القيمة في الحلف.. يكون أحسن على ما أشار إليه محمد.

وذكر الخصاف: لا بد من ذكر القيمة؛ فإن ذكر.. يحلف بالله: ما لهذا المدعي في يدك هذا الشيء الذي يدعيه، ولا شيء منه من الوجه الذي يدعي، ولا له عليك قيمته، ولا شيء منه.

- وإن أنكر؛ فإن برهن المدعي أنه قائم في يده.. حبس حتى يجيء به؛ فإن مضى زمان ولم يحضره وقال: لا أقدر عليه، أو قال هلك.. فإنه يتلوم الحاكم، وصدقه موكول إلى رأي القاضي؛ إن وقع في قلبه صدقه وكان الشهود بيَّن قيمة ذلك الشيء.. يقضي بالقيمة.

وإن لم يكن للمدعي بينة.. فالقول للغاصب مع يمينه.

فإن حلف فنكل وأعطي المالك القيمة بقول المالك، ثم ظهر العبد.. فهو للغاصب.

وإن حلف وأعطاه القيمة، ثم ظهر العبد.. فالمالك بالخيار؛ إن شاء.. رد القيمة وأخذ العبد، وإن شاء.. رضي بالقيمة.

وفي «الأصل» إن كان القضاء بالقيمة بالبينة أو النكول أو إقرار الغاصب.. لا سبيل للمالك إلى العبد، وإن كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب.. يخير المالك؛

وَفِي **الْوَدِيعَةِ**: مَا لَه هَذَا الَّذِي ادَّعَاهُ فِي يدك وَدِيعَةٌ وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ، وَلَا لَهُ قَبلَك حقٌّ.

لَا على السَّبَب؛ ....

سواء أكان قيمته مثل ما أخذ أو بينهما تفاوت هذا كله إذا قال: إنه قائم في يده.

- وأما إذا ادعى الهلاك أو قال: لا أدري.. فإنه يشترط لصحة الدعوى: بيان القيمة باتفاق الروايات.

فإذا بيّن القيمة وذكر قدرها.. يحلف بالله [٣٢٩/ب] ما لهذا عليك قيمة هذا العبد، ولا شيء منه وهو كذا، وإن قال: لا أدري أنه قائم أو هالك.. يحلف بالله ما لهذا المدعي في يدك هذا الشيء، ولا شيء منه، ولا قيمته من الوجه الذي يدعي، ولا له عليك، ولا قبلك هذا المدعى به، ولا قيمته، ولا شيء منه.

والتحليف على هذا الطريق لا يختلف في ظاهر الرواية بين ما ادعى الغصب أو ادعى العبد مثلاً بلا ذكر الغصب.

وعلى قول أبي يوسف: إن ادعى الغصب.. يحلف بالله ما غصبته، إلا إذا عرَّض.

وقال: قد يغصب الإنسان الشيء ثم لا يلزمه تسليمه؛ بأن اشتراه منه أو وهبه.. فحينئذٍ يحلف على الحاصل بالإجماع.

وهذا التفصيل يجري في دعوى السرقة أيضاً.

(**وفي الوديعة: ما له هذا**) الشيء (**الذي ادعاه في يدك وديعة، ولا شيء منه، ولا له**) أي: للمدعي (**قبلك حق، لا على السبب**) أي: لا يحلف على السبب من الغصب والوديعة والبيع والنكاح والسرقة والعارية والكفالة ونحوها من الأسباب.. بل يحلف على الحاصل.

ففي العارية: يحلف مثل ما قال في الوديعة.

وفي الكفالة: يحلِّف بالله: ما له قبلك كفالة بذلك المال، ولا يحلف.

نَحْوُ: بِاللَّه مَا بِعته، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(**نحو: بالله**) ما كفلت (**ما بعته، خلافاً لأبي يوسف**)؛ فإنه قال: يحلِّف على الأسباب في جميع هذه الأشياء: بالله ما بعته، وما نكحتها، وما طلقتها، وما أودعته، وما أعرته، وما غصبته، وما سرقته، وما كفلته.

له: أن اليمين إنما يستوفى لحق المدعي، فوجب أن يكون مطابقاً لدعواه، والمدعى هو السبب على ما هو الفرض، فيحلف عليه، إلا عند تعريض المدعى عليه برفع السبب عند قول القاضي: احلف بالله ما غصبت، أو ما أودعت، أو ما أعرت؛ بأن قال: قد يغصب الإنسان.

ثم لا يلزمه تسليمه: بأن اشتراه منه، وبأن قال: قد يبيع الإنسان شيئاً ثم يُقال.. فحينئذٍ: يحلف على الحاصل أيضاً.

وعنه أيضاً: أنه ينظر القاضي إلى إنكار المدعى عليه؛ إن أنكر السبب.. يحلف عليه، وإن أنكر الحكم.. يحلف على الحاصل واختاره الإمام الحلواني، وعليه أكثر القضاة، وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

ولهما: أن هذه الأسباب قد ترتفع برافع بأن باع ثم تقايلا، أو نكحها ثم طلقها أو أبانها، أو طلقها ثم راجعها أو نكحها، أو غصبه ثم سلم أو ملكه بالشراء أو بالهبة.

وكذا في السرقة والوديعة؛ فلو حلف على الأسباب في هذه الأشياء.. لتضرر المدعى عليه؛ لأنه لو حلف على نفي السبب.. لكان كذباً، ولو لم يحلف.. قضي عليه [٣٣٠/أ] بالنكول، ولا كذلك لو حلف على الحاصل؛ لأنه إن كان محقاً.. أمكنه الحلف، فلا يتضرر.

أقول: إن المدعى عليه إن كان محقاً في إنكاره السبب.. أمكنه الحلف على إنكاره، فلا يتضرر، واحتمال وجود الرافع من الإقالة وغيرها يحتاج إلى إقامة البينة؛

فَإِن كَانَ فِي الْحَلِفِ على الْحَاصِلِ تركُ النَّظرِ لِلْمُدَّعِي.. حُلِّفَ على السَّبَبِ إِجْمَاعاً؛ كدعوى الشُّفْعَةِ بالجوارِ، وَنَفَقَةِ المبتوتةِ، والخصمُ لَا يراهما. وَكَذَا فِي سَبَبٍ لَا يرْتَفعُ؛ كَعبدٍ مُسلمٍ يَدعِي الْعِتْقَ، ....

فإن أقام البينة.. فبها، وإلا.. يحلف المدعي في إنكار وجود الرافع، وبه يظهر قوة قول أبي يوسف.

(فإن كان في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي.. حلف على السبب إجماعاً).

وإن كان السبب مما يرتفع برافع **(كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم)** أي: المشتري والزوج **(لا يراهما)** بأن كان شافعياً؛ لأنه لو حلف على الحاصل بالله: ما لها عليك النفقة، أو ما هو مستحق بالشفعة.. صدق في يمينه؛ بناء على اعتقاده، فيبطل حق المدعي ويتضرر به، فيحلف على السبب بالله: ما اشتريت هذه الدار التي تبناها بكذا، أو بالله: ما هي معتدة منك.

فإن قيل: بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه؛ لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب، وهو ليس بأولى بالضرر من المدعي؟

أجيب: بأن القاضي لا يجد بداً من إلحاق الضرر بأحدهما، والمدعي يدعي ما هو أصل؛ لأن الشراء إذا ثبت.. ثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة، فيجب التمسك بالأصل، حتى يقدم الدليل على العارض.

(وكذا) أي: يحلف على السبب بالإجماع **(في سبب لا يرتفع)** برافع؛ **(كعبد مسلم يدعي العتق)** على مولاه، وجحد المولى.. يحلف على السبب بالله: ما أعتقت؛ لعدم تكرره؛ لأنه إنما يتكرر بوقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بمتصور؛ لأنه يقتل بالارتداد.

وكذا يحلف على السبب بالإجماع فيما إذا ادعى على الغير أنه وضع على حائطه خشبة، أو بنى عليه، أو أجرى ميزاباً على سطحه، أو في داره، أو رمى تراباً أو

بِخِلَافِ الْكَافِرِ وَالْأَمَةِ.

ميتة في أرضه، أو شق في أرضه نهراً: بالله ما فعلت كذا؛ لعدم ارتفاع هذه الأسباب برافع.

(بخلاف) العبد **(الكافر والأمة)** وإن كانت مسلمة؛ فإن الرق قد يتكرر على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق، وعلى الأمة بالردة واللحاق؛ لعدم القتل عليها بالارتداد.

لما ذكر اليمين على السبب أو على الحاصل.. شرع في بيان نوع آخر من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البتات، قال في «العناية»: والضابط فيه: أن الدعوى إذا وقعت على فعل غير المدعى عليه.. كان الحلف على العلم.

وإن وقعت على فعل المدعى عليه.. كان على البتات [٣٣٠/ب].

وفي «البزازية»: والدعوى: إن وقع على فعل المدعى عليه من كل وجه؛ بأن ادعى عليه الفعل.. يحلف على البتات.

وإن وقع على فعل الغير من كل وجه؛ بأن ادعى ديناً على مورثه بسبب الاستهلاك، أو ادعى أن مورثه غصب أو سرق.. فعلى العلم.

إلا إذا كان شيئاً يتصل به؛ كما إذا برهن المشتري على إباق العبد المشترى أو سرقته عنده؛ فإنه يحلف البائع على البتات؛ لاتصال التسليم به أو ينفي التهمة به عن نفسه؛ كالمودع يدعي قبض المودع الوديعة من داره.. فإن المودع يحلف على البتات، والقبض فعل الغير، وهو صاحب الوديعة.

وإن وقع على فعل المدعى عليه من وجه، وفعل الغير من وجه؛ بأن قال: اشتريت مني أو استأجرت مني أو استقرضت مني؛ فإن هذه الأفعال تقوم باثنين: فعل غيره، وفعل نفسه.. فيحلف على البتات.

وقيل: التحليف على فعل الغير: على العلم، إلا إذا كان يدعي العلم بفعل الغير؛ كالمودع يدعي أن ربّ الوديعة قبض الوديعة مني.

وَمن ورثَ شَيْئاً فَادَّعَاهُ آخرُ.. حُلِّفَ على الْعلمِ.

وَإِن شراهُ أَو وُهِبَ لَهُ.. فعلى الْبَتَاتِ.

وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وأنكر الموكل.. فالقول قول الوكيل مع يمينه على البتات: بالله لقد قبض الموكل الثمن، والقبض فعل الغير.

وإذا حلفه.. برئ المشتري. انتهى.

وذكر قبل هذا أيضاً: أن من له حق الحلف على البتات إذا حلَّف القاضي خصمه على العلم.. يبقى لخصمه حق البتات، حتى لو نكل عن اليمين على العلم فقضى بالنكول.. لا ينفذ قضاؤه.

وفي العكس: على العكس؛ بأن يوجب الحلف على العلم فحلف على البتات.. يسقط الحلف على العلم، ويقضى لو نكل؛ لأن الحلف على البتات أقوى.

فقال: (**ومن ورث شيئاً فادعاه آخر.. حلف على العلم**)؛ لأنه لا علم له بما صنع المورث، فلا يحلف على البتات، بل يحلف على العلم: بالله ما علمت أن هذا الشيء للمدعي.

(**وإن شراه أو وهب له.. فعلى البتات**)؛ أي: اشترى شيئاً أو وهب له، وادعى ثالث أنه له، وأراد المدعي تحليف المدعى عليه.. يحلف على البتات: بالله ما هو له؛ لوجود المطلق باليمين؛ لأن كلاً من الشراء والهبة سبب اختياري شرعاً، فيعلم ما صنع، بخلاف الإرث؛ لأنه ليس بسبب اختياري ثبت بالمباشرة، بل اضطراري.. فلا يعلم ما صنع المورث، فيحلف على العلم. كذا في «الهداية» وشروحه.

وقال في «البزازية»: والفقه فيه: أن الوارث خلف عن الميت، ولا تجري النيابة في اليمين حتى يحلف على البتات، والمشتري أصل بنفسه لا نائب عن غيره.. فيحلف على البتات.

وإن اختلفا؛ فقال المدعى عليه: هو [٣٣١/أ] ميراث عندي.. حلف على العلم،

وَلَو افتدى الْمُنكرُ يَمِينه أَو صَالَح عَنْهَا على شَيْءٍ.. صَحَّ وَلَا يُحَلَّفُ بعدَهُ.

وقال المدعي: وصل إليك بالشرط.. حلف على البتات؛ يحلف المدعي على العلم: بالله ما لم يعلم أنه وصل إليه بميراث؛ فإن حلف.. يحلَّف المدعى عليه على البتات، وإلا.. على العلم. انتهى.

(**ولو افتدى المنكر يمينه**) بإعطاء ما ادعاه المدعي من المال (**أو صالح عنها**) أي: عن اليمين (**على شيء.. صح**)؛ يعني: ادعى رجل على آخر مالاً، وأنكره الآخر، واستحلفه المدعي، وافتدى يمينه أو صالح على شيء.. صح، على ما هو المأثور عن عثمان، روي أنه ادُّعي عليه أربعون درهماً، فأعطى شيئاً وافتدى يمينه، ولم يحلف، فقيل: ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قَدَرٌ يميني، فيقال: هذا بسبب يمينه الكاذبة.

(**ولا يحلف بعده**) أي بعد الافتداء أو الصلح أبداً؛ لأنه أسقط حقه في ضمن الفداء والصلح.. فلا يطلبه بعده.

بخلاف ما لو اشترى يمينه بمال معلوم؛ حيث لم يجز.. فله أن يستحلفه بعده؛ لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال، واليمين ليس بمال، ولذا قيدوا بالفداء والصلح، كذا في «النهاية».

إنما قلنا: في ضمن الفداء والصلح؛ لما في الرابع عشر من دعوى «البزازية»: قال المدعي: برئت من الحلف أو تركت عليه الحلف أو وهبت.. لا يصح، وله التحليف بعده، بخلاف البراءة عن المال؛ لأن التحليف للحاكم.. فليس له أن يسقط، فعلم منه: أن إسقاطه قصداً غير صحيح، وبه صرح في «البحر» أيضاً.

* * *

(بَابُ التَّحَالُفِ)

وَلَوِ اخْتلفَا فِي قدرِ الثّمنِ أَو الْمَبِيعِ أَو فيهمَا.. حُكِمَ لِمَن برهنَ.
وإِنْ برهنا.. فَلِمثبِتِ الزّيَادَةِ:

(بَابُ التَّحَالُفِ)

(**ولو اختلفا**)؛ أي: العاقدان (**في قدر الثمن**)؛ بأن ادعى المشتري أقل، والبائع أكثر؛ كمائة ومائتين مثلاً، (**أو**) في قدر (**المبيع**) بأن قال البائع: إن المبيع كر من حنطة، والمشتري: إنه كران منها.

(**أو فيهما**)؛ بأن قال البائع: بعتك هذه الجارية بمائة، والمشتري: بعتني الجارية وهذه معاً بخمسين.

(.. **حكم لمن برهن**)؛ لترجح جانبه بالبينة على جانب الآخر؛ إذ ليس في الجانب الآخر إلا مجرد الدعوى.

(**وإن برهنا.. فلمثبت الزيادة**)؛ لأن البينات شرعت للإثبات، ولا تعارض بينهما في الزيادة؛ فمثبتها كان أكثر إثباتاً، فيكون أولى.

ففي الصورة الثالثة: بينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع للزيادة؛ فالجاريتان معاً للمشتري بمائة.

إنما قيد اختلافهما بقدر الثمن؛ لأنهما لو اختلفا في جنسه [٣٣١/ب] كما لو قال البائع: بعتك هذه الجارية بعبدك هذا أو بالدنانير، وقال المشتري: اشتريتها منك بمائة درهم، وأقاما البينة.. فهي لمن لا اتفاق على قوله، وهو البائع؛ لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع في الثمن.. فبينته على حقه أولى بالقبول؛ لأن كل بينة قامت على إثبات حق نفسه: أولى من بينة قامت على إثبات حق الغير.

ولم يذكر اختلافهما في صحة العقد وفساده لعدم التحالف فيه.. ففي أحكام البيع الفاسد من «قاضي خان»: إذا اختلف المتبايعان؛ أحدهما: يدعي الصحة،

والآخر الفساد؛ إن كان مدعي الفساد يدعيه بشرط فاسد أو أجل فاسد.. كان القول قول مدعي الصحة، والبينة بينة الفساد باتفاق الروايات.

وإن كان مدعي الفساد يدعيه لمعنى في صلب العقد؛ بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم ورطل من الخمر، والآخر يدعي البيع بألف درهم.. فيه روايتان عن أبي حنيفة، في ظاهر الرواية: القول قول من يدعي الصحة، والبينة بينة مدعي الفساد كما في الأول.

وفي رواية عنه: القول قول مدعي الفساد.

ولو ادعى عبداً في يد رجل أنه اشتراه منه بألف درهم، وقال البائع: بعتك بألف درهم وشرطت أن لا تبيع ولا تهب، أو ادعى المشتري ذلك وأنكر البائع.. كان القول قول من ينكر الشرط الفاسد، والبينة بينة الآخر.

وكذا لو كان مكان الشرط الفاسد شرط الخمر والخنزير أو الشيء الذي لا يحل مع الألف.

وإن اختلفا في أصل الثمن، فقال البائع: بعتك عبدي هذا بعبدك هذا، وقال المشتري: اشتريته بألف درهم ورطل من خمر.. تحالفا وترادا.

فإن قامت البينة لهما.. يؤخذ بينة البائع.

والأصل في هذا: أنه إذا اختلف الثمنان واتفقت بينة البائع والمشتري على ثمن واحد، وزادت إحدى البينتين على ذلك ما يفسد البيع.. فالقول قول من ينكر الفساد، والبينة بينة الفساد.

وإن كان الثمنان من صنفين مختلفين وأحدهما مما يفسد البيع.. فالبينة بينة البائع.

وإن ادعى أحدهما بيع الوفاء، والآخر بيعاً باتاً.. كان القول قول من يدعي البات، والبينة بينة الوفاء.

وَإِن عَجزا عَن الْبُرْهَانِ.. قيل لَهما: إِمَّا أَنْ يرضى أَحَدكُمَا بِدَعْوَى الآخرِ، وإِلّا.. فسخنا البيعَ.

فإِنْ لم يرضَ أَحدُهمَا بِدَعْوَى الآخرِ.. تحَالفا ....

وإن اختلفا فادعى البائع أن البيع [٣٣٢/أ] كان بشرط الخيار للبائع، والآخر يدعي أن البيع كان باتاً.. ففي ظاهر الرواية: عن أبي حنيفة: القول قول من ينكر الخيار، وعنه في رواية: أنه إن كان البائع يدعي البيع بشرط الخيار لنفسه.. كان القول قوله.

وعن محمد: القول قول من يدعي الخيار، والبينة بينة الآخر.

وإن كان المشتري يدعي الخيار لنفسه، والبائع يدعي البات.. كان القول قول البائع في قول أبي حنيفة على الروايتين جميعاً.

وإن ادعى أحدهما البيع عن طوع، والآخر عن إكراه.. اختلفوا فيه، والصحيح: أن القول قول من يدعي الطوع، والبينة بينة الكره، كذا في «قاضي خان».

(**وإن عجزا عن البرهان.. قيل لهما**)؛ أي: من طرف القاضي: (**إمّا أن يرضى أحدكما بدعوى الآخر، وإلا.. فسخنا البيع**)، فيقال للمشتري؛ إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع، وإلا.. فسخنا.

ويقال للبائع؛ إما أن تسلم ما ادعاه المشتري، وإلا.. فسخنا البيع؛ لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهته (**فإن لم يرض أحدهما بدعوى الآخر.. تحالفا**) في الصور الثلاث؛ أعني: الاختلاف في قدر الثمن، أو في قدر المبيع، أو في قدرهما.. ثم يترادان؛ لقوله ﷺ: «إذا ختلف المتبايعان والسلعة قائمة.. تحالفا وترادا»، فيحلف البائع: بالله ما باعه بما ادعاه المشتري من الثمن، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع من الثمن.

وقال في «الزيادات»: يحلف البائع: بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف.

وقالوا: والأصح في صفة التحليف: هو الأول؛ لأن الأيمان شرعت للنفي، كما أن البينات شرعت للإثبات، فلا حاجة إلى ضم الإثبات إلى النفي.

فإن قيل: إن هذا التحالف قبل قبض المشتري المبيع موافق للقياس والحديث.

أما القياس: فلأن البائع يدعي زيادة في الثمن، والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد، والبائع ينكره، فكان كل منهما منكراً، واليمين على من أنكر؛ لأنها شرعت للنفي.

وأما الحديث: فهو حديث: «البينة للمدعي، واليمين على من أنكر».

وأما بعد القبض.. فمخالف لهما؛ لأن المشتري لا يدعي شيئاً لسلامة المبيع له، فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن، والمشتري ينكره، فكان [٣٣٢/ب] القياس الاكتفاء بيمينه.

أجيب: بأن هذا قياس، لكنه ترك بالاستحسان؛ لما روينا.

واعلم: أن الصير إلى التحالف عند عجزهما عن البينة.. ليس في مطلق البيع، بل في البيع الذي ليس لأحدهما خيار رؤية أو خيار عيب وخيار شرط؛ لأنه إذا كان لأحدهما خيار من هذه الخيارات.. لا حاجة إلى التحالف؛ لتمكن من له الخيار من الفسخ، فلا حاجة إلى تحالفهما، ولذا قال في «الخلاصة»: إذا كان للمشتري خيار الرؤية أو خيار العيب أو خيار الشرط.. لا يتحالفان. انتهى.

وهكذا ذكره في «البحر» وقال: والبائع كالمشتري، والمقصود: أن من له الخيار متمكن من الفسخ، فلا حاجة إلى التحالف، ولكن ينبغي: أن البائع إذا كان يدعي زيادة الثمن وأنكرها المشتري.. فإن خيار المشتري يمنع التحالف، وأما خيار البائع.. فلا.

ولو كان المشتري يدعي زيادة المبيع، والبائع ينكرها.. فإن خيار البائع يمنعه؛ لتمكنه من الفسخ، وأما خيار المشتري.. فلا.

وبُدِئَ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي.

وَفِي المقايضة: بِأَيِّهِمَا شَاءَ.

وَمن نكل.. لزمَه دَعْوَى صَاحِبِهِ.

وإِنْ حلفا.. فسخَ القَاضِي البيعَ بِطَلَب أَحدِهِمَا.

هذا ما ظهر له تخريجاً لا نقلاً. انتهى.

(**وبُدِئ بيمين المشتري**) في الصور الثلاث.

وعن أبي يوسف أولاً: أنه يبدأ بيمين البائع، قالوا: والأول: أصح؛ لأن المشتري يطالبه البائع أولاً بالثمن، وهو ينكره، فكان أقدم إنكاراً، وهو لا يطالب البائع بتسليم المبيع للحال.

(**وفي المقايضة**)؛ أي: بيع السلعة بالسلعة.. يبدأ (**بأيهما يشاء**)؛ لأن كلًّا من البدلين يصلح ثمناً فيها، فيستوي الطرفان في الإنكار.

وكذا في الصرف أيضاً؛ لاستواء الطرفين فيه أيضاً.

(**ومن نكل.. لزمه دعوى صاحبه**)؛ لما تقدم من القضاء بالنكول.

(**وإن حلفا.. فسخ القاضي البيع**).

أشار إلى أنه لا ينفسخ بنفس التحالف ما لم يفسخ القاضي؛ لأنه لما لم يثبت مدعى كل منهما.. بقي بيعاً مجهولاً، فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة، ولأنه لما لم يثبت البدل.. بقي بيعاً بلا بدل، وهو فاسد، وسبيله الفسخ، فما لم يفسخ.. كان قائماً.

قال في «المبسوط»: حل للمشتري وطء الجارية المشتراة قبل الفسخ بعد التحالف، وهذا يدل على لزوم فسخ القاضي.

(**بطلب أحدهما**)، أو بطلب كلاهما؛ لأن الفسخ حقهما.. فلا بد من الطلب؛ فلو لم يطلبا الفسخ.. تركهما القاضي حتى يصطلحا على شيء.

وَلَا تحالفَ لَوِ اخْتلفَا فِي الْأَجَلِ أَو شَرطِ الْخِيَارِ أَو قبضِ بعضِ الثّمنِ وَحُلِفَ الْمُنكرُ، وَلَا بعدَ هَلَاكِ الْمَبِيعِ ....

(**ولا تحالف لو اختلفا في الأجل**)؛ أي: في أصله أو في قدره أو في [٣٣٣/أ] مضيه.

(**أو**) في (**شرط الخيار أو قبض بعض الثمن**)، وكذا في قبض كله.

ولو ترك لفظ «البعض».. لكان أولى، وهذا؛ لأن الاختلاف في هذه الأشياء اختلاف في غير المعقود عليه وبه.. فلا يوجب التحالف؛ لأن نص التحالف ورد في الاختلاف فيما يتم به العقد، وهذه الأشياء ليست ما يتم به العقد؛ لأن العقد لا يختل بعدمها، فصار كالاختلاف في الحط والإبراء عن الثمن، بخلاف الاختلاف في: **وصف الثمن**؛ كالجودة والرداءة، **وفي جنسه**؛ كالدراهم والدنانير، والنقد والعروض؛ حيث يكون الاختلاف فيها كالاختلاف في قدره في جريان الحالف؛ لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن؛ لكونه ديناً في الذمة، وهو يعرف بالوصف والجنس، بخلاف الأجل؛ فإنه ليس بوصف، ولهذا يبقى الثمن بعد مضي الأجل، والوصف لا يفارق الموصوف.. فصار أصلاً بنفسه، لكنه ثبت بواسطة الشرط لا بدونه؛ فإذا لم يجر بينهما الحالف فيها.. فالقول للمنكر مع يمينه - وهو البائع -: في أصل الأجل، وقدره، وشرط الخيار، وقبض الثمن ، والمشتري: في مضي الأجل؛ لأن الأجل حقه، وهو ينكر استيفاءه.

وإليه أشار بقوله: (**وحلف المنكر**) أي: بائعاً أو مشترياً كما ذكرناه.

بخلاف الاختلاف في الأجل في السلم بأن ادعاه أحدهما وأنكره الآخر.. فإن القول فيه للمدّعي لا للمنكر عند أبي حنيفة؛ لأن الأجل في السلم شرط، وتركه فيه مفسد للعقد، وإقدامهما عليه يدل على الصحة، فكان القول لمدعيه؛ لأن الظاهر شاهد له.

(**ولا**) تحالف أيضاً فيما إذا اختلفا في قدر الثمن (**بعد هلاك المبيع**) في يد المشتري بعد قبضه.

وَحُلِّف الْمُشْتَرِي.

وَعند مُحَمَّد: يَتَحَالَفَانِ، وَيفْسخُ وَتلْزمُ الْقيمَة.

وكذا باستهلاكه بالإخراج عن يده؛ لعدم إمكان التحالف فيهما؛ أعني: الرد بالفسخ، بل القول للمشتري في الصورتين مع يمينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، على ما أشار إليه بقوله: **(وحلف المشتري)**؛ لأنه هو المنكر ههنا.

بخلاف ما قبل القبض؛ فإن كلاً منهما قبل القبض منكر، فيتحالفان، على ما تقدم آنفاً، ولأن التحالف بعد قبض المبيع إنما يثبت على خلاف القياس حال قيام السلعة لما رويناه.. فلا يتعدى إلى الغير **لا قياساً**؛ لعدم شرط القياس، **ولا دلالة**؛ لأن التحالف حال قيام السلعة يفضي إلى الفسخ، فيندفع [٣٣٣/ب] به ضرر الطرفين، ولا كذلك بعد الهلاك أو الخروج عن ملك المشتري، فلا يكون في معناه.. فلا يلحق به **دلالة أيضاً**.

(وعند محمد: يتحالفان ويفسخ) البيع **(وتلزم القيمة)** يوم القبض، وهو قول الشافعي أيضاً.

واستدل عليه بإطلاق قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا»، وبأن كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه، والآخر ينكره، فيتحالفان كما في حال قيام السلعة.

وفائدة هذا التحالف دفع زيادة الثمن عن المشتري بنكول البائع حين تحالفا؛ كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم، والآخر بالدنانير.. تحالفا، ولزم المشتري رد القيمة.

والجواب عنه: أن محل ما رواه حال قيام السلعة؛ لما رويناه من تصريح قيام السلعة؛ لأن الظاهر: أنه ذكر على سبيل الشرط لا التنبيه والتأكيد على ما ظن؛ لأن التأسيس أولى من التأكيد والتنبيه، خصوصاً في كلام الشارع، فيحمل على المقيد، وهو الأصل عند اتحاد الحادثة والراوي في حمل المطلق على المقيد، وإن

وَكَذَا الْخلاف لَو تعذَّرَ الرَّدُّ وَهُوَ قَائِمٌ.

الاختلاف في السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر بينهما، وههنا ليس كذلك؛ لأن المشتري ليس بمدعٍ على البائع شيئاً ينكره؛ لقبضه المبيع وتمامه بالهلاك حتى يترتب على البائع الحلف بإنكاره؛ فدعوى كل منهما غير ما ادعاه الآخر.. لا تضر.

وما ذكره من الفائدة من دفع زيادة الثمن ليس من موجبات العقد، بل من موجبات النكول الذي هو من موجبات التحالف.. فلا يعتبر، فلا يترك به ما هو من موجبات العقد.

وهو يملك المبيع وقبضه.

وهذا الخلاف إذا كان المبيع مقبوضاً والثمن ديناً ثابتاً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة، وأما إذا كان الثمن عيناً بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين.. فإنهما يتحالفان اتفاقاً؛ لأن المبيع في أحد الجانبين قائم، فتوفر فائدة الفسخ وهو التراد، ثم يرد مثل الهالك إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً.

وإن لم يكن المبيع مقبوضاً وهلك في يد البائع بعد قبض الثمن.. يتحالفان بالاتفاق أيضاً على ما في «الكفاية».

(وكذا الخلاف لو تعذر الرد) على البائع بعيب أو بزيادة **(وهو)** أي المبيع **(قائم)**؛ أي: غير هالك، وهذا؛ لأنه في حكم الهالك؛ لتعذر الرد [٣٣٤/أ].

والزيادة أعم من أن تكون متصلة متولدة من عين المبيع كالثمن، أو غير متولدة منها كالصبغ، أو منفصلة متولدة كالولد وأرش العضو.. ففي هذه الصور لا يتحالفان عندهما، ويتحالفان عنده:

فيفسخ العقد على العين في المتصلة المتولدة من العين.

وفي المنفصلة الغير المتولدة منها.. يفسخ على العين أو القيمة.

وفي المنفصلة المتولدة منها.. على القيمة.

وأما في المنفصلة الغير المتولدة منها كالكسب.. فيتحالفان.

وَلَا بعدَ هَلَاكِ بعضِهِ، إِلّا أَن يرضى البَائِعُ بتركِ حِصَّةِ الْهَالِك.

وَعِنْدهما: يَتَحَالَفَانِ، ....

ويفسخ بالاتفاقِ على العين والكسب للمشتري، كذا في «المبسوط».

(ولا) يتحالفان أيضاً عنده فيما إذا اختلفا (بعد هلاك بعضه) كأن باع عبدين صفقة واحدة فهلك أحدهما بعد قبض المشتري، ثم اختلفا في الثمن بالزيادة والنقصان.. فلا يتحالفان.

(إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) بأن يخرج الهالك من العقد، فكأنه لم يكن، وصار الثمن كله بمقابلة القائم.. فحينئذٍ يتحالفان، فمصرف الاستثناء: عدم التحالف.

وقال في «الجامع الصغير» في هذه المسألة: القول للمشتري مع يمينه عند أبي حنيفة، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي، ولا شيء له.

واختلفوا في توجيهه:

قيل: معناه: أنه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً، وإنما يأخذ القائم.

وقيل: معناه؛ لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً آخر زائداً على ما أقر به المشتري.

فمصرف الاستثناء على الأول: عدم التحالف على ما في الكتاب.

وعلى الثاني: هو يمين المشتري؛ لأن المذكور هو يمين المشتري لا التحالف، وهذا؛ لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري وصدقه فيما أقر به.. لا يحلف.

ثم اختلفوا فيما أخذ البائع من الحي: أنه يأخذه بطريق الصلح أو بطريق تصديق المشتري وترك ما يدعي عليه؟

والمختار عند شيخ الإسلام وصاحب «الهداية» هو الثاني.

(وعندهما: يتحالفان)، لكن عند محمد يتحالفان عليهما، ويفسخ العقد فيهما على رواية واحدة منهم، ويرد الحي وقيمة الهالك؛ لأن هلاك كل المبيع لا يمنع التحالف عنده على ما مر، فهلاك بعضه أولى.

وَيُرَدُّ الْبَاقِي، وَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي فِي حِصَّة الْهَالِك عِنْد أبي يُوسُف، وَتلْزم قِيمَتُهُ عِنْدَ محمَّدٍ، ....

واختلف في تفسيره على قول أبي يوسف: قال بعضهم: يتحالفان في الحي ويفسخان فيه فقط؛ لأن امتناع التحالف للهلاك فيقدر بقدره، وهذا ليس بصحيح؛ فإن [٣٣٤/ب] المشتري لو حلف بالله: ما اشتريت الحي القائم بحصّته من الثمن الذي يدعيه البائع.. حلف وكان صادقاً فيه، وكذا لو حلف البائع ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري.. صدق، ولا يفيد التحالف شيئاً.

بل الصحيح: ما قاله بعض مشايخنا: إنه يتحالفان فيهما، ويفسخ العقد في الحي فقط، فيحلف المشتري بالله: ما اشتريتهما بما يدعيه البائع؛ فإن نكل.. لزمه دعوى البائع، وإن حلف.. يحلف البائع بالله: ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري؛ فإن نكل.. لزمه دعوى المشتري، وإن حلف.. يفسخ العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن، فيرد على البائع، ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك؛ لعدم انفساخ العقد فيه، على ما أشار إليه بقوله:

(ويرد الباقي) لانفساخ العقد فيه باتفاقهما.

(والقول للمشتري في حصة الهالك) أي: من الثمن (عند أبي يوسف)؛ لعدم الفسخ فيه عنده على ما ذكرناه.

(وتلزم قيمته)؛ أي: قيمة الهالك (عند محمد)؛ لانفساخ العقد فيه أيضاً عنده.

ولأبي حنيفة: أن التحالف إنما هو في حال قيام السلعة: بالنص على خلاف القياس، على ما تقدم، والسلعة اسم للجميع، وبانتفاء البعض ينتفي الكل.. فلا يتعدى حكم التحالف إلى صورة الهلاك: لا قياساً، ولا دلالة؛ لعدم كونه في معنى المنصوص عليه.

فإن قيل: إن القصار إذا أقام بعض العمل في الثوب، ثم اختلفا في مقدار الأجرة.. ففي حصة العمل: القول لرب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي:

وَتعْتَبرُ قيمتُهمَا فِي الانقسام يَوْمَ الْقَبْضِ.

وإِنْ اخْتلفَا فِي قيمَةِ الْهَالِكِ فِيهِ.. فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ.

يتحالفان بالإجماع، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين، وفيه التحالف عند أبي حنيفة دون هلاك أحد العبدين.

قلنا: إن السلعة في البيع واحدة؛ فإذا تعذر الفسخ فيها بالهلاك في البعض.. تعذر في الباقي أيضاً، وأما الإجارة.. فهي عقود متفرقة تتجدد في كل آن، فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة، فبتعذر الفسخ في بعض.. لا يتعذر الباقي.

(**وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض**) يعني: يقسم الثمن الذي أقر به المشتري على القائم والهالك على قدر قيمتها يوم القبض؛ فإن اتفقا: أن قيمتهما يوم القبض واحدة.. يجب على المشتري [٣٣٥/أ] نصف الثمن الذي أقر به، ويسقط عنه النصف الآخر، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض على التفاوت؛ فإن تصادقا على أن قيمة الهالك على النصف من قيمة القائم.. يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن.

(**وإن اختلفا في قيمة الهالك فيه**)؛ أي: في يوم القبض (.. **فالقول للبائع**)؛ لأن الثمن قد وجب باتفاقهم، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكره، والقول للمنكر.

واعترض عليه: بأن المبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن، لا قيمته يوم القبض؛ لما قاله محمد في «الزيادات»: قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض؛ لأن الأم صار مقصوداً بالعقد، والزيادة بالزيادة، والولد بالقبض، وكل واحد من القائم والهالك من المبيع مقصود بالعقد، فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض.

وأجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن في مسألة «الزيادات» لم يوجد ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن فيه قد وجد، وهو التحالف.. فيجب اعتباره في قيمة الهالك يوم القبض؛ لعدم إمكان رد العين.

وَإِن برهنا.. فبرهانُه أولى.

وإِنْ اخْتلفَا فِي قدر الثّمن بعدَ إِقَالَةِ البيعِ.. تحالفا وعادَ البيعُ إِنْ لم يقبضِ البَائِعُ الْمَبِيعَ.

وإِنْ قَبضه.. فَلَا تحالفَ، خلافاً لمُحَمد.

وَفِي قدرِ رَأسِ المَالِ بعد إِقَالَةِ السّلمِ.. فَالْقَوْل إليه فِيهِ، ....

وثانيهما: أن الأصل ما ذكر في «الزيادات»، ولكن لما كان الصفقة فيما نحن فيه واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك.. صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة، غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك.. فعملنا فيه بالدليلين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن: نظراً إلى عدم الانفساخ، وبانقسامه على قيمته يوم القبض: نظراً إلى الانفساخ، ثم أيهما برهن.. يقبل برهانه.

(**وإن برهنا.. فبرهانه**) أي البائع (**أولى**)؛ لأنه أكثر إثباتاً؛ لأنه يثبت الزيادة في قيمة الهالك، ودعوى المشتري الزيادة في قيمة القائم ضمنية، فلا معتبر بها.

(**وإن اختلفا في قدر الثمن**) بعد القبض (**بعد إقالة البيع.. تحالفا وعاد البيع**) الأول، حتى صار حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة.

(**إن لم يقبض البائع المبيع**)؛ أي: بعد الإقالة.

والأصل فيه: ما ذكرناه من أن التحالف قبل قبض المبيع على وفاق القياس.

(**وإن قبضه**) البائع بعد الإقالة، ثم اختلفا في قدر الثمن [٣٣٥/ب] (.. **فلا تحالف**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**خلافاً لمحمد**)؛ لأن التحالف عنده معلول بوجود الإنكار من الجانبين، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض.

(و) لو اختلفا (**في قدر رأس المال**)؛ أي: في قدر الثمن في السلم (**بعد إقالة السلم.. فالقول**) للمسلم (**إليه فيه**) مع يمينه؛ لأن رب السلم يدعي عليه زيادة من

وَلَا يعود السّلمُ.

وَلَو اخْتلفَا فِي قدرِ الْأُجْرَةِ أَو الْمَنْفَعَةِ أَو فيهمَا قبلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ.. تحَالفا ....

رأس المال وهو ينكر، وأما هو.. فلا يدعي على رب السلم شيئاً؛ لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة.

(**ولا يعود السلم**)؛ لأن فائدة التحالف: الفسخ والإقالة في باب السلم لا تحتمله؛ لأنه في السلم إسقاط المسلم فيه وهو دين، والدين الساقط لا يعود، بخلاف الإقالة في البيع؛ فإنه يحتمل الفسخ فيعود المبيع؛ لكونه عيناً إلى المشتري بعد عوده إلى البائع، وحكم الاختلاف في الأجل في السلم وفي مضيه قد تقدم في بابه.

(**ولو اختلفا**)؛ أي: المؤجر والمستأجر (**في قدر الأجرة**) بأن قال المستأجر: إنها خمسة دراهم، وقال المؤجر: إنها عشرة دراهم (**أو**) قدر (**المنفعة**) بأن قال المستأجر: إنها خمسة أنك أجرتني شهرين بعشرة دراهم، وقال الآخر: بل أجرتك شهراً واحداً بعشرة دراهم، أو قال المستأجر: أجرتني دابتك إلى الكوفة بعشرة دراهم، وقال صاحب الدابة: بل أجرتك إلى القصر بعشرة دراهم.

(**أو فيهما**) معاً بأن قال المستأجر: أجرتني شهرين بعشرة دراهم، وقال الآخر: بل أجرتك شهراً بخمسة عشر، أو قال المستأجر: أجرتني إلى الكوفة بخمسة، وقال الآخر: بل أجرتك إلى القصر بعشرة.

(**قبل استيفاء المنفعة**)؛ أي: قبل أن يتصرف المستأجر فيما استأجره من الدار أو الدابة أو غيرهما أصلاً؛ لأن حكم اختلافهما بعد استيفاء بعض المنفعة سيأتي من بعد (.. **تحالفا**) لو عجزا عن البينة؛ لأن الإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ، والتحالف في المبيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مرّ فيقاس عليه الإجارة.

وترادًّا، وبُدِئَ بِيَمِينِ الْمُسْتَأْجِرِ إِنِ اخْتلفَا فِي الْأُجْرَةِ، وبيمين الْمُؤَجّرِ لَو فِي الْمَنْفَعَة.

وَأَيُّهمَا نكلَ.. لزمَه دَعْوَى الآخرِ.

وَأَيُّهمَا برهنَ.. قُبِلَ.

وإِنْ برهنا.. فحجَّةُ الْمُسْتَأْجرِ فِي الْمَنْفَعَةِ، وَحجَّةُ الْمُؤَجّرِ فِي الْأُجْرَةِ.

وَبعدَ اسْتِيفَاء الْمَنْفَعَة: ....

(**وترادا**)؛ عملاً بالتحالف.

(**وبُدِئَ بيمين المستأجر إن اختلفا في الأجرة**)؛ لأنه منكر بوجوب الزيادة، (**وبيمين المؤجر لو**) اختلفا (**في المنفعة**.

وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر)؛ عملاً بالنكول.

(**وأيهما برهن.. قبل**)؛ لأنه نوّر [٣٣٦/أ] دعواه بالحجة.

(**وإن برهنا.. فحجة المستأجر في المنفعة**)؛ لأنها تثبت الزيادة فيها.

(**وحجة المؤجر في الأجرة**) لأنها تثبت الزيادة فيها.

وهذا؛ سواء كان الاختلاف في المنفعة أو في الأجرة أو فيهما، ولم يذكر المصنف حكم اختلافهما في جنس الأجرة.. ففي «قاضي خان»: إن اختلفا في جنس الأجرة، فقال الآجر: أجرتك الدابة إلى القصر بدينار، وقال المستأجر: إلى الكوفة بعشرة دراهم.. فإنهما يتحالفان، وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر، وأيهما أقام البينة.. قبلت.

وإن أقاما البينة.. فإنه يقضى إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم إذا كان القصر على النصف من بغداد إلى الكوفة.. يقضى إلى القصر بدينار ببينة الآجر، ومن القصر إلى الكوفة بخمسة دراهم ببينة المستأجر. انتهى.

(و) إن اختلفا في قدر الأجرة أو المنفعة أو فيهما معاً (**بعد استيفاء المنفعة**)

لَا يَتَحَالَفَانِ، وَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ.

وَبعد اسْتِيفَاءِ الْبَعْض: يَتَحَالَفَانِ، ويفسخُ فِيمَا بَقِي، وَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِر فِيمَا مضى.

كلها (.. **لا يتحالفان**) بالاتفاق؛ لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، على ما مر في البيع.. فكذا في الإجارة.

وأما عند محمد: فلأن فائدة التحالف فسخ العقد، والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة، وليس شيء منهما بموجود ههنا؛ أما المعقود عليه - وهو المنفعة -: فلأنه عرض لا يبقى زمانين.

وأما ما يقوم مقامه: فلأن المنافع لا تقوم بنفسها، بل بالعقد، وقد تبين بحلفهما: أن لا عقد بينهما؛ لانفساخه من الأصل، فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ.

(**القول للمستأجر**) مع يمينه لامتناع التحالف لما ذكرناه؛ لأنه هو المستحق عليه.

(و) لو اختلفا (**بعد استيفاء البعض**) من المنفعة (.. **يتحالفان ويفسخ**) العقد (**فيما بقي**)؛ لأن العقد في الإجارة ينعقد ساعة فساعة، فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها، فكان الاختلاف: بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنفعة، وفيه التحالف على ما مر.

(**والقول للمستأجر فيما مضى**)؛ أي: في حصة ما مضى؛ لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف: بالنسبة إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالف فيه، والقول للمستأجر بالاتفاق، بخلاف البيع؛ فإن العقد فيه ينعقد دفعة واحدة؛ فإذا تعذر في البعض.. تعذر في الكل أيضاً [٣٣٦/ب].

ولم يذكر المصنف اختلاف المؤجرين في قدر الأجرة، ولا الاختلاف في نوع العقد، ولا في نوع المعقود عليه:

ففي «قاضي خان»: إن تكارى دابة من رجلين، فاختلف المكاريان، فقال

أحدهما: أكريناها بعشرة دراهم، وقال الآخر: لا، بل أكريناها بخمسة عشر، والمتكري يقول: أكريتماني بعشرة.

قال: إن كان قبل الركوب.. كان القول قول المكاري الذي يدعي خمسة عشر في نصيبه.

وإن كان بعد الركوب.. فالقول قول المستكري.

ولو ركب دابة إلى بغداد ثم اختلفا، فقال الراكب: أعرتنيها، وقال رب الدابة: أجرتكها بدرهم ونصف.. فإن القول يكون قول الراكب؛ لأن صاحب الدابة يدعي تقويم المنفعة، وهو منكر.

ولو ركب دابة رجل إلى الحبرة فادعى أنه أعارها إلى الحيرة، وقال صاحبها: بل أكريتها إلى الجبانة إلى أطراف البيوت بدرهم؛ فإن سلمت الدابة.. كان القول قول الراكب، ولا يلزمه شيء، وإن هلكت.. كان القول قول صاحب الدابة، ويضمن قيمتها؛ لأن الراكب أقر بالمجاوزة عن الجبانة وادعى الإذن، وصاحبها أنكر الإذن.

ولو اختلفا، فقال المستأجر: أمرتني أن أستكري الغلام لحفظ الدابة وأن أعطي نفقة الغلام والدابة من الكراء، ففعلت ذلك، وأنكر المؤجر كلاً من الأمر باستكراء الغلام وبإعطاء نفقته ونفقة الدابة من الكراء.. فالقول قول صاحب الدابة.

بخلاف ما لو أقر صاحب الدابة الأمر بإعطاء نفقة الغلام من الكراء، وأنكر الدفع، وأقر الغلام الإعطاء.. فالقول قول الغلام.

ولو اختلف الخياط مع رب الثوب، فقال الخياط: أنا خطته، وقال صاحب الثوب: أنا خطته؛ فإن كان الثوب في يد رب الثوب أو في بيته.. فالقول قوله مع يمينه، ولا أجر للخياط، وإن كان الثوب في يد الخياط أو في يدهما.. كان القول قول الخياط مع يمينه وله أجر.

ولو اختلفا في نوع المعقود عليه، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قباء وقد

خاطه قميصاً، وقال الخياط: لا، بل أمرتني أن أقطعه قميصاً.. كان القول قول رب الثوب مع يمينه، وهو بالخيار؛ إن شاء أخذ القميص وأعطاه أجر مثله، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه غير مقطوع.

ولو دفع إلى خياط ثوباً ليقطعه قباء محشواً ودفع إليه البطانة والقطن، ففعل الخياط [٣٣٧/أ] ذلك، ثم اختلفا، فقال للخياط: ليس هذا بطانتي.. كان القول قول الخياط مع يمينه.

ولو دفع إلى قصار ثوباً ليقصره بدرهم، فأعطاه القصّار ثوباً، فقال: هذا ثوبك، وقال رب الثوب: ليس هذا ثوبي.. كان القول قول القصار في قول أبي حنيفة.

وكذا لو كان القصار يدعي رد الثوب وأنكره رب الثوب؛ لأن في قول أبي حنيفة: القصار أمين، وكذا كل أجير مشترك، والفتوى على قوله.

رجل قال لرجل: إني أركبتك بغلاً من ترمذ إلى بلخ بعشرة دراهم، وقال المدعى عليه: لا، بل استأجرتني لأبلغه إلى فلان ببلخ بخمسة دراهم.. فإنه يحلف كل واحد منهما؛ فإن حلفا.. لا يجب شيء، وإن أقاما البينة.. كانت البينة بينة صاحب البغل؛ لأن حفظ البغل واجب على المستأجر.

ولو دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه أحمر بالعصفر، ففعل الصباغ ذلك، ثم اختلفا في الأجر، فقال الصباغ: عملته بدرهم، وقال صاحب الثوب: بدانقين؛ فأيهما أقام البينة.. قبلت بينته، وإن أقاما.. يؤخذ ببينة الصباغ.

وإن لم يكن لهما بينة.. ينظر إلى ما زاد الصبغ في قيمة الثوب؛ فإن كان درهماً أو أكثر.. يؤخذ بقول الصباغ ويعطى له درهم بعد يمينه بالله ما صبغته بدانقين.

وإن كان ما زاد له الصبغ أقل من دانقين.. كان القول قول رب الثوب مع يمينه.

وإن كان يزيد قيمة الثوب نصف درهم.. يعطى للصباغ نصف درهم بعد يمينه.

وإن كان الصبغ مما ينقص الثوب.. كان القول قول صاحب الثوب.

وَإِنِ اخْتلفَا فِي قدرِ بدلِ الْكِتَابَةِ.. لَا يَتَحَالَفَانِ، وَالْقَوْلُ لِلْعَبدِ.

وَقَالا: يَتَحَالَفَانِ ويفسخُ.

وَإِنِ اخْتلفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ ....

دفع إلى صائغ عشرة دراهم فضة، وقال: زد عليها درهمين؛ يكون قرضاً على وصفه قلباً، وأجرك: درهم، فصاغه وجاء به، وقال: زدت عليها درهمين، وقال رب الفضة: لم تزد عليها.. فإنه يحلف كل منهما؛ فإن حلفا.. يخير الصائغ؛ إن شاء دفع القلب إليه وأخذ منه درهم أجر العشرة، وإن شاء دفع إليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب؛ لأن كلاً منهما ينكر أن على صاحبه ما ادعاه.

(وإن اختلفا) أي: المولى والمكاتب **(في قدر بدل الكتابة.. لا يتحالفان، والقول للعبد)** عند أبي حنيفة؛ لأن الكتابة عقد معاوضة يجب به البدل في مقابلة فك الحجر في حق اليد، والتصرف في الحال وهو سالم: للعبد باتفاقهما على الكتابة، وإنما ينقلب ومقابلاً للعتق عند الأداء، فقبله: لا مقابلة له [٣٣٧/ب]، فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير؛ لأن العقد لا يدعي شيئاً، بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة، والقول للمنكر.

(وقالا: يتحالفان ويفسخ) العقد، وهو قول الشافعي أيضاً؛ لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ، فأشبه البيع بجامع: أن المولى يدعي بدلاً زائداً لم ينكره العبد، والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره.. فكان كالبيع الذي اختلفا فيه في قدر الثمن، فيتحالفان.

(وإن اختلف الزوجان في متاع البيت)؛ أي: البيت الذي يسكنان فيه؛ سواء كان البيت ملك الزوج أو ملك المرأة، وسواء كان اختلافهما في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة، بفعل من الزوج أو من الزوجة، ولذا أطلقه، وقيد بمتاع البيت؛ لأن حكم اختلافهما في المهر قد تقدم في باب المهر.

فَالْقَوْلُ لَهَا فِيمَا صلحَ لَهَا، وَله فِيمَا صلح لَهُ، أَو لهمَا.

وَبعَد موتِ أَحدِهِمَا.. القَوْلُ فِي الْمُحْتَمِلِ للحيّ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: كَذَلِك فِي الزَّائِدِ على جهازِ مثلِهَا، وَفِي جهازِ مثلِهَا: لَهَا أَو لورثتها.

(.. **فالقول لها**) مع يمينها فيما صلح لها كالوقاية والملحفة والخمار؛ لأن الظاهر شاهد لها.

(**فيما صلح لها**)، إلا إذا كان الزوج صائغاً وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال ونحوها.. فحينئذٍ لا يكون مثل هذه الأشياء لها، على ما ذكره التمرتاشي وغيره.

(**وله**)؛ أي: للزوج مع يمينه (**فيما صلح له**) كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة والكتب؛ لأن الظاهر شاهد له فيما ذكر، إلا إذا كانت الزوجة تبيع ثياب الرجال.

(**أو**) فيما صلح (**لهما**) كالآنية والذهب والفضة والنقود والأمتعة والعقار والمواشي؛ لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوي لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها؛ لأنها تعارض ظاهر الزوج بظاهر يد الاختصاص، ويرجح عليه بالاستعمال.

(**و**) لو اختلفت ورثة أحدهما مع الآخر (**بعد موت أحدهما**) أو تطليق الزوج، ولم يذكر حكم الاختلاف بعد التطليق؛ لأن الطلاق والموت سواء.. فاكتفى بذكر الموت، كذا في «الهداية».

(**القول في المحتمل: للحي**) أيهما كان؛ من الزّوج أو المرأة؛ لأن اليد للحي دون الميت، هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: كذلك**) أي: القول للرجل في المحتمل مع يمينه (**في الزائد على جهاز مثلها، وفي جهاز مثلها: لها أو لورثتها**)؛ لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز، وهذا ظاهر أقوى؛ لجريان العادة بذلك، فيبطل بظاهر [٢٣٨/أ] الزوج.

وَعند مُحَمَّدٍ: للرجلِ أَو لورثتِهِ.

وَإِن كَانَ أَحدُهُمَا مَمْلُوكاً.. فَالْكلُّ للْحرّ فِي الْحَيَاةِ، وللحيّ فِي الْمَوْتِ.

وَقَالَا: الْمَأْذُونُ وَالْمكَاتبُ كَالْحرِّ.

وأما في الزائد على جهاز مثلها.. فلا معارض لظاهر الزوج، القول فيه له.

بخلاف ما يصلح لها.. فإن القول فيه لها بالاتفاق؛ في جهاز مثلها، وفي الزائد عليه؛ عملاً بظاهر أقوى، وهو الاختصاص لها.

وإنما محل الاختلاف هو المحتمل، على ما صرح به في «العناية».

(**وعند محمد**): القول (**للرجل**)؛ أي: في المحتمل على ما هو محل الخلاف.

(**أو لورثته**) إن كان الرجل ميتاً لما ذكرناه في وجه أبي حنيفة من أن المرأة وما في يدها للرجل.

(**وإن كان أحدهما مملوكاً**) والآخر حراً واختلفا في متاع البيت مطلقاً على ما يدل عليه إطلاقه، وصرح به في «شرح النقاية» نقلاً عن فخر الإسلام، وعن «الحقائق»: أنه فيما إذا اختلفا في الأمتعة المحتملة لهما (.. **فالكل للحر في الحياة**)؛ لأن يده أقوى من يد المملوك؛ محجوراً كان المملوك أو مأذوناً أو مكاتباً، والأقوى أولى بالاعتبار.

(**وللحي**) منهما (**في الموت**)؛ حراً كان الحي أو عبداً، هكذا في عامة نسخ «الجامع الصغير»، واختاره صاحب «الهداية»؛ مستدلاً: بأنه لا يد للميت، فخلت يد الحي عن المعارض.

وقال فخر الإسلام وشمس الأئمة: إنه للحر بعد الموت أيضاً.

ثم قال شمس الأئمة: ما وقع في عامة نسخ «الجامع الصغير» سهو، كذا في «العناية»، وهذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا**): العبد (**المأذون**) له؛ أي: في التجارة (**والمكاتب: كالحر**)؛ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات، حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في أيديهما..

قضي به بينهما؛ لاستوائهما في اليد.

ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة.. استويا فيه، فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات.. فكذلك في متاع البيت.

والجواب عنه: أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه، والحر في السكنى أصل دون المملوك، فلا تعارض بينهما.

ولم يذكر حكم كون أحد الزوجين مسلماً والآخر كافراً، ففي «قاضي خان»: ولو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً.. فهذا وما لو كانا مسلمين سواء.

ولو كان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً، أو كانا صغيرين.. ذكر في بعض الروايات: أنهما سواء.

وذكر في بعض الروايات، وقيد فقال: لو كان الزوج بالغاً والمرأة غير بالغة إلا أنها بلغت مبلغ الجماع.. فهو وما لو كانا كبيرين سواء.

ولم يذكر أيضاً حكم اختلافهما في البيت، ففي «قاضي خان»: لو اختلف الزوجان في البيت الذي [٣٣٨/ب] يسكنان فيه، كل واحد يدعي أنه له.. كان القول في ذلك قول الزوج في قولهم؛ فإن أقامت المرأة البينة أو أقاما جميعاً.. يقضى ببينة المرأة؛ لأنها خارجة معنى.

وأما اختلافهما في الغزل.. ففي «قاضي خان» أيضاً: إذا غزلت المرأة قطن زوجها، ثم اختلفا في الغزل قبل الفرقة أو بعدها.. فالمسألة على وجوه:

إما أن أذن لها بالغزل، أو نهاها عن الغزل، أو لم يأذن لها ولم ينه.

فإن أذن لها بالغزل؛ إن قال: اغزليه لي.. كان الغزل للزوج، ولا أجر لها عليه؛ لأنه لما أمر بالغزل ولم يذكر لها أجراً.. كان ذلك استعانة منها.

وإن ذكر لها أجراً؛ إن سمى لها أجراً معلوماً.. كان لها ذلك؛ لأنه استأجرها بالعمل غير مستحق عليها بأجر معلوم.

وإن ذكر أجراً مجهولاً أو شرط أن يكون الغزل أو الكرباس لها.. كان الغزل للزوج ولها أجر مثلها؛ لأنه استأجرها ببعض ما يخرج من العمل، فيكون في معنى قفيز الطحان، وهو كما لو دفع غزلاً إلى حائك لينسجه له بالنصف.

وإن اختلفا في الأجر فقالت المرأة: غزلت بأجر، وقال الزوج: بغير أجر.. كان القول قول الزوج مع يمينه؛ لأنه أنكر الإجارة والأجر.

ولو قال: اغزليه لنفسك.. كان الغزل لها، ولا شيء عليها؛ لأنه تبرع عليها بالقطن.

وإن اختلفا، فقال الزوج: إنما أذنت لك لتغزليه لي، وقالت: لا، بل قلت: اغزليه لنفسك.. كان القول قول الزوج؛ لأن الإذن مستفاد من جهته، فيكون القول قوله مع يمينه.

ولو قال لها: اغزليه ليكون الغزل لنا.. كان الغزل للزوج، ولها أجر المثل.

ولو قال: اغزليه ولم يزد عليه.. كان الغزل للزوج؛ لأن الظاهر من حاله أنه يرضى بالغزل له.

وإن نهاها عن الغزل فغزلت.. كان الغزل لها، وعليها مثل ذلك القطن لزوجها؛ لأنها غزلت غصباً فتضمن مثل ذلك القطن لزوجها؛ كمن غصب حنطة فطحنها.. كان الدقيق للغاصب، وعليه مثل ذلك الحنطة.

وإن اختلفا، فقال صاحب القطن: غزلت بإذني، وقالت: غزلت بغير إذنك.. كان القول قول صاحب القطن؛ لأن المرأة تدعي تملك القطن وهو ينكر.

وإن حمل قطناً إلى بيته ولم يقل شيئاً، فغزلته؛ إن كان الزوج يبتاع القطن.. كان الغزل لها وعليها مثل ذلك القطن؛ لأن الظاهر من حاله [٣٣٩/أ] أنه كان يشتري القطن لأجل البيع.

وإن لم يكن يبتاع القطن؛ إن كان الزوج يدعي الإذن.. كان القول قوله؛ لأن

الظاهر من حاله أنه يحمل القطن إلى بيته لتغزل المرأة، فكان الإذن ثابتاً دلالة؛ كما لو طبخت طعاماً من اللحم الذي جاء به؛ فإن الطعام يكون للزوج، ولأن الزوج كان يدعي الإذن، فالمرأة تدعي عليه تملك القطن وهو ينكر.

وكذا لو اختلفا في الكرباس، فقال الزوج للمرأة: دفعت إلى حائك لينسجه بإذني، وقال: دفعت بغير إذنك.. كان القول قول الزوج.

وإذا غزلت المرأة قطن زوجها بإذنه وكانا يبيعان من ذلك الكرباس ويشتريان بالثمن أمتعة لحاجتهما، وأخذا ببعض الكرباس ثياب البيت.. فجميع ذلك من الكرباس وما يشترى به: للرجل؛ لأن المرأة تعمل للرجل، فيكون ذلك للرجل، إلا شيئاً اشتُرِيَ لها وتسمى عند الشراء، أو عُلِم عادة أنه اشتري لها ودفع إليها، فيكون لها.

رجل كان يدفع إلى امرأته ما تحتاج إليه، وكان يدفع لها أحياناً من الدراهم ويقول: اشتري بها قطناً واغزلي، وكانت تشتري وتغزل، ثم تبيع وتشتري به أمتعة للبيت.. كانت الأمتعة للمرأة؛ لأنها اشترت من غير توكيل الزوج إياها بالشراء، فكانت مشترية لنفسها. الكل في «قاضي خان».

وقال فيه أيضاً في فصل هبة الوالد لولده: رجل جهز ابنته بماله، فوجه الابنة مع جهازها إلى زوجها، فماتت الابنة، فادعى الأب أنه كان عارية، وزوجها يدعي الملك بهبة ونحوها.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: القول قول الزوج، والبينة على الأب، وبه أخذ محمد بن الفضل.

وقال بعضهم: القول قول الأب؛ لأنه هو الدافع والمملك، قال: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل:

إن كان الأب من الكرام والأشراف.. لا يقبل قول الأب؛ لأن مثله يأنف عن الإعارة.

وإن كان من أوساط الناس.. يكون القول قول الأب؛ لأنه هو الدافع، وليس بمكذب فيما قال من حيث الظاهر. انتهى.

وهكذا في نكاح «الخلاصة» في الفصل الرابع عشر.

أقول: علم منه: جواب مسألة أخرى، وهي: رجل اشترى حلياً فدفع إلى زوجته واستعملته الزوجة فماتت هي، واختلف الزوج مع ورثتها: أنه دفع على وجه العارية أو التمليك، ولا بينة لها.. فالقول قول الزوج [٣٣٩/ب] مع يمينه؛ لأنه دافع مملك.

ولو مات الزوج واختلفت الزوجة مع ورثته: أنه دفع على وجه العارية أو التمليك.. فالقول قول الزوجة مع يمينها؛ لأنها حيّة وصاحبة يد، فهي أعرف بوجوه الدفع والتمليك، بخلاف ورثة الزوج.

وبخلاف ما إذا ادعت الزوجة الهبة وأنكرها ورثة الزوج من غير دعوى العارية.. فإنها لا يقبل قولها بلا بينة، وعليه يحمل ما ذكره في فصل اختلاف الزوجين من نكاح «قاضي خان»: ولو أقرت المرأة بمتاع أنها اشترته من زوجها.. كان المتاع للزوج، وعليها البينة. انتهى.

وقال في تنازع الخصمين من «القنية»: رجل كان يتصرف في غلات امرأته ويدفع ذهبها بالمرابحة، ثم ماتت الزوجة، فادعى ورثتها: أنك كنت تتصرف في مالها بغير إذنها.. فعليك الضمان، وقال الزوج: بل بإذنها.. فالقول قول الزوج؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر أن الرجل لا يتصرف مثل هذا التصرف في مال امرأته إلا بإذنها، والظاهر يكفي للدفع. وهكذا في دعوى «البزازية».

وكذا الحال إذا مات الزوج.

وقال في دعاوي «قاضي خان»: رجل اشترى لامرأته متاعاً، ودفع أيضاً إليها دراهم حتى اشترت متاعاً، ثم اختلفا، فقال الزوج: هو من المهر، وقالت المرأة: هو هدية.. ذكر في «الكتاب»: أن القول قول الزوج، إلا في الطعام الذي يؤكل.

وفسروا ذلك وقالوا: إن كان تمراً أو دقيقاً أو عسلاً أو شيئاً يبقى.. كان القول فيه قول الزوج، وإن كان مثل اللحم والخبز أو الشيء الذي لا يبقى.. لا يقبل فيه قول الزوج، بل القول قول المرأة.

وقال أبو القاسم الصفار: وكل متاع لا يجب على الزوج شراؤه.. كان القول فيه قول الزوج أنه من المهر، وما كان واجباً على الزوج مثل الدرع والخمار ومتاع البيت.. لا يقبل فيه قول الزوج أنه من المهر.

فقيل له: الخف والملاءة؟

قال: ليس على الزوج أن يهيأ لها أمر الخروج.

قال الفقيه أبو الليث: قول أبي القاسم الصفار، وبه نأخذ.

رجل بعث إلى امرأته متاعاً، وبعث أب المرأة إلى الزوج متاعاً أيضاً، ثم قال الزوج: الذي بعثته كان صداقاً.. كان القول قول الزوج مع يمينه.

فإن حلف؛ إن كان المتاع قائماً.. كان للمرأة أن ترد المتاع؛ لأنها لم ترض بكونه مهراً، وترجع على الزوج بما [٣٤٠/أ] بقي من المهر.

وإن كان المتاع هالكاً؛ إن كان مثلياً.. ردت على الزوج مثل ذلك.

وإن لم يكن مثلياً.. لا يرجع على الزوج بما بقي من المهر.

وأما الذي بعث أب المرأة؛ إن كان هالكاً.. لا يرجع على الزوج بشيء، وإن كان قائماً وكان الأب بعث ذلك من مال نفسه.. يسترد من الزوج؛ لأنه هبة لغير ذي الرحم، فكان له أن يرجع.

وإن بعث الأب ذلك من مال الابنة البالغة برضاها.. فلا رجوع فيه؛ لأنه هبة من المرأة، وأحد الزوجين إذا وهب من الآخر.. لا يرجع.

رجل تزوج امرأة وبعث إليها هدايا، وعوضت المرأة لذلك عوضاً وزفت إليه، ثم فارقها، فقال الزوج: كنت بعثت ذلك عارية، وأراد أن يسترده، وأرادت المرأة

استرداد العوض أيضاً.. قالوا: القول قول الزوج في متاعه؛ لأنه أنكر التمليك، وللمرأة أن تسترد ما بعثت؛ لأنها تزعم أنها بعثت عوضاً للهبة؛ فإذا لم يكن ذلك هبة.. لم يكن ذلك عوضاً، وكان لكل منهما استرداد متاعه.

قال أبو بكر الإسكاف: إن صرحت حين بعثت أنها عوض.. فكذلك، وإن لم تصرح بذلك ولكنها حسبت ونوت أن يكون عوضاً.. كان ذلك هبة منها، وبطلت نيتها.

امرأة ادعت بعد وفاة زوجها: أن لها عليه ألف درهم من المهر.. يقبل قولها إلى تمام مهر مثلها في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده يحكم مهر المثل.

وفي «الفصولين»: لو تنازعا في أنه مجهول النسب.. ينبغي أن يكون القول للمقر له؛ لأنه ينكر أن يكون له أب غير المقر، ويحتمل أن يكون القول لم ينكر نسبه من المولى؛ لأن الظاهر أن للعبد نسباً معروفاً في مولده.

واعلم أن الأصل في جنس هذه المسائل: أن كل من تمسك بالأصل.. فالقول قوله؛ كما أن كل من تمسك، بخلاف الأصل.. فالبينة بينته؛ سواء كان الأصل أمراً عدمياً أو أمراً وجودياً.

ويبتنى على هذا الأصل: ما ذكره في كفالة «قاضي خان» من القاعدة الكلية: أن كل من أنكر فعل غيره.. كان القول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، ومن ادعى فعل نفسه.. لا يقبل قوله إلا بحجة.

ولو ادعى المودع أنه أمره بدفعها إلى فلان، وكذبه صاحبها.. فالقول له إن لم يأمره.

ولو دفع إلى آخر مالاً ليدفعه إلى آخر، ثم اختلفا في تعيينه، فقال الآمر: أمرتك بدفعه إلى زيد، فقال المأمور: إلى عمرو وقد دفعت له.. فالقول للوكيل؛ لأنهما اتفقا على [٣٤٠/ب] الإذن، فكان أميناً، كذا في «البحر».

وهل يلزم اليمين في كل موضع يكون القول فيه قوله، أو لا يلزمه؟

ففي «القنية»: وكثيرمن المواضع يكون القول فيه قوله بدون اليمين:

منها: قال الوصي لليتيم: أنفقت عليك كذا من مالك، وذلك نفقة مثله، أو قال: ترك أبوك رقيقاً فأنفقت عليه من مالك كذا، ثم مات أو أبق، وقال الصغير: ما ترك أبي رقيقاً، أو قال: اشتريت لك رقيقاً وأديت الثمن من مالك وأنفقت عليه كذا.. فهو مصدق في ذلك كله بلا يمين.

وقال في «قاضي خان»: إذا بلغ الصغير وطلب ماله من الوصي، فقال الوصي: ضاع مني.. كان القول قوله؛ لأنه أمين.

وإن قال: أنفقت عليك مالك.. يصدق في نفقة مثله في تلك المدة.

ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر.

وإن اختلفا في المدة، فقال الوصي: مات أبوك منذ عشر سنين، وقال اليتيم: مات من خمس سنين.. اختلف المشايخ فيه:

قال السرخسي: القول قول الابن على قول محمد، وقال أبو يوسف: القول قول الوصي.

إذا ادعى الوصي أن الميت ترك رقيقاً، فأنفقت عليهم إلى وقت كذا، ثم ماتوا وكذبه الابن.. قال محمد والحسن بن زياد: القول قول الابن، وقال أبو يوسف: القول قول الوصي.

وأجمعوا على أن العبيد لو كانوا أحياء.. كان القول قول الوصي.

إذا ادعى الوصي أن الغلام لليتيم أبق، فجاء به رجل فأعطيت جعله أربعين درهماً، والابن ينكر الإباق.. كان القول قول الوصي عند أبي يوسف.

وفي قول محمد وابن زياد: القول قول الابن، ولا بد للوصي من بينة.

إذا قال الوصي: أديت خراج أرضك عشر سنين، كل سنة بألف درهم، وقال اليتيم: مات أبي منذ خمس سنين.. كان القول قول الابن عند محمد.

وقال أبو يوسف: القول قول الوصي.

ومنها: قاض باع مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب، فقال القاضي: أبرأتني منه.. فالقول قوله بلا يمين.

وكذا لو ادعى رجل قبله إجارة أرض ليتيم وأراد تحليفه.. لم يحلف.

وكذا في كل شيء يدعي عليه.

وعن أبي يوسف: ادعى الموهوب له هلاك الموهوب عند إرادة الواهب الرجوع.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: لو قال الواهب شرطت لي عوضاً، وقال الموهوب له: لم أشترط.. فالقول له بدون اليمين [١٤١/٣أ].

ومنها: اشترى العبد شيئاً، فقال البائع: أنت محجور، وقال العبد: أنا مأذون.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: إذا اشترى عبد من عبد شيئاً، فقال أحدهما: أنا محجور، وقال الآخر: أنا وأنت مأذون.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: اشترى لابنه الصغير داراً، ثم اختلفا مع الشفيع في الثمن.. فالقول للأب بدون اليمين.

ومنها: إذا اشترى داراً، فجاء الشفيع وأنكر المشتري الشراء وقال: إنها لابنه الصغير، ولا بينة للشفيع.. فالقول للمشتري بدون اليمين.

وقد ذكرناه في فصل خيار العيب.

ومن فروع الأصل المذكور: ما ذكره القاءاني في آخر باب القياس من «شرح المغني»: إذا اختلف الحافر للبئر مع ولي الهالك فيها، فقال الحافر: إنه أسقط نفسه

فيها، وقال الولي: بل وقع فيها.. كان القول قول الحافر استحساناً.

والقياس: أن يكون القول قول الولي؛ كما ذهب إليه أبو يوسف؛ لأن الضمان قد وجب على عاقلة الحافر، فهو بدعوى إلغاء النفس يريد إسقاط ذلك عن نفسه.. فلا يقبل قوله بلا بينة، إلا أنا استحسنا قبول قول الحافر؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو صلاحية العلة لإضافة الحكم إليها، وهو ينكر خلافة الشرط عن العلة التي هي خلاف الأصل، فكان القول قوله.

بخلاف ما إذا ادعى الجارح أن المجروح مات بسبب آخر وقال الولي: إنه مات من تلك الجراحة؛ حيث يكون القول قول الولي؛ لأن الجارح صاحب علة لا صاحب شرط، والأصل في العلة: الصلاحية للحكم، وكان الولي هو المتمسك بالأصل هناك. انتهى.

ومن فروعه أيضاً: اختلف الزوجان في وصول النفقة والكسوة المقررتين في مدة مديدة، فقال الزوج: إنها وصلت، وقالت الزوجة: إنها لم تصل.. فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاؤهما في الذمة.

كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكره الداين.. فالقول للمنكر؛ لأن الأصل عدم الوصول بعد الثبوت، بل بقاؤه في الذمة؛ فلو اختلفا في التمكن من الوطء.. فالقول لمنكره.

وكذا لو اختلفا في نفس الوطء؛ لأن الأصل عدمه.

ولو اختلفا في السكوت والرد عند بلوغ خبر النكاح [٣٤١/ب].. فالقول للمرأة؛ لأن الأصل عدم الرضاء.

ولو اختلفا بعد العدة في الرجعة فيها.. فالقول لها؛ لأن الأصل عدمها.

ولو اختلفا فيها في العدة.. فالقول له؛ لأن الأصل حينئذٍ وجودها؛ لأنه يملك الإنشاء، فيملك الاختيار أيضاً.

ولو ادعى المشتري أن اللحم لحم ميتة أو ذبيحة مجوسيّ، وأنكر البائع.. فالقول قول المشتري؛ لأنه يدعي بطلان البيع، فيكون الأصل عدم البيع.

ادعت المطلقة امتداد الطهر وبقاء العدة، وأنكره الزوج.. فالقول قولها ولها النفقة؛ لأن الأصل بقاؤها.

ادعى عليه الدين، وأنكره الخصم ولا بينة له.. فالقول للمنكر؛ لأن الأصل عدمه؛ لأن الأصل براءة الذمة، بخلاف دعوى دفع الدين وأنكره الخصم.. فإن الأصل ثمة بقاؤه في الذمة على ما تقدم.

اختلفا في قيمة المتلف والمغصوب.. فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة الذمة عما زاد.

ولو اختلف الشريكان أو المضارب مع رب المال في الربح.. فالقول لمن يدعي أنه لم يربح؛ لأن الأصل عدمه.

وكذا لو قال: لم أربح إلا كذا؛ لأن الأصل عدم الزيادة.

ولو اختلفا في قبض المبيع والعين المؤجرة.. فالقول لمنكره؛ لأن الأصل عدمه، ولو ادعى المالك أنه قرض والآخر أنه مضاربة.. فالقول فيها قول الآجر؛ لأنهما اتفقا على جواز التصرف له، ثم اختلفا في لزوم الضمان؛ لأن الأصل عدمه.

ولو اختلفا في قدم العيب، والبائع منكر، ولا بينة.. فالقول للبايع؛ لأن الأصل عدمه.

ولو اختلفا في اشتراط الخيار.. قيل: القول لمن نفاه؛ لأن الأصل عدمه، وقيل: القول لمن ادعاه؛ لأنه منكر لزوم العقد.

إلى غير ذلك.

* * *

(فَصْلٌ)

قَالَ ذُو الْيَدِ: هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فلَانٌ الْغَائِبُ، أَو أعارنيهِ، أَو آجرنيه، أَو رهنيه، أَو غصبتُه مِنْهُ، وَبرهنَ على ذَلِك.. اندفعتْ خُصُومَةُ الْمُدَّعِي.

(فَصْلٌ)
فِيمَا يَتَعَلَّق بِدَفْعِ الدَّعْوَى

قال في «المحيط»: يجب أن يعلم: أن دفع الدعوى كما هو صحيح.. فدفع الدفع صحيح أيضاً.

وكذلك دفع دفع الدفع وما زاد على ذلك.. صحيح، هو المختار.

وكما يصح دفع الدعوى بعد إقامة البينة.. يصح دفعه قبل إقامة المدعي البينة.

وإذا ادعى المدعى عليه الدفع وطلب من القاضي الإمهال.. فالقاضي يمهله إلى المجلس الثاني. انتهى.

(قال ذو اليد) يعني: رجل ادعى عيناً في يد رجل أنه ملكه، وقال ذو اليد: **(هذا الشيء)** الذي ادعيت أنت **(أودعنيه فلان الغائب، أو أعارنيه، أو آجرنيه، أو رهنيه** [٣٤٢/أ]**، أو غصبته منه)** أي: من الغائب **(وبرهن)** ذو اليد **(على ذلك)** أي: على دعواه؛ أعني: الإيداع أو الإعارة أو الإجارة أو الرهن أو الغصب من الغائب.

وفي كلامه إشارة إلى أن الخصومة إنما تندفع بدعوى شيء من هذه الأشياء إذا كان العين قائمة في يد المدعى عليه وقت الدعوى، لا هالكاً، وإلا.. فلا، كما سيأتي.

ولا بد أيضاً أن لا يدعي ذو اليد لنفسه، وإلا.. فلا يندفع، كما صرح به في دعوى «البزازية»؛ حيث قال في نوع الدفع: وإن برهن المدعي أن المدعى عليه ادعاه لنفسه.. لا يقبل دعوى الإيداع من المدعى عليه، كما إذا ادعى عليه الفعل. انتهى.

(اندفعت خصومة المدعي)؛ لأنه أثبت بالبينة أن يده ليست يد خصومة، فصار كما لو أقر المدعي بذلك، أو أثبت ذو اليد إقراره بذلك.. فإنه حينئذ تندفع الخصومة

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِيمَن عُرِفَ بالحِيَلِ: لَا تنْدَفعُ، ....

عن المدعى عليه، فكذلك إذا برهن المدعى عليه على دعواه، لكن الشرط إثبات هذه الأشياء بالبينة، لا إثبات الملك للغائب، حتى لو برهن أن هذا الشيء ملك فلان الغائب دون هذه الأشياء.. لا تندفع عنه الخصومة، وفي عكسه.. تندفع، كذا في «الزيلعي».

(وقال أبو يوسف فيمن عرف بالحيل: لا تندفع) وإن برهن، وإنما تندفع فيمن عرف بالصلاح؛ لأن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سراً إلى مسافر يودعه إياه، ويشهد عليه الشهود علانية، فيحتال لإبطال حق غيره؛ فإذا اتهمه القاضي بها.. لا يقبلها.

اعلم: أن هذه المسألة سميت مخمِّسة كتاب الدعوى؛ لأنها فيها خمس مسائل: الإيداع، والإجارة، والإعارة، والرهن، والغصب.

وقد يلحق به دعوى كونها مزارعة في يده؛ بأن ادعى عليه أرضاً محدوداً، فبرهن على أنها في يده بالمزارعة من فلان ابن فلان الغائب.

وتلحق الزراعة بالإجارة أو الوديعة.. فلا يزداد على الخمس؛ فلذا سميت بالمخمسة، أو لأن فيها خمسة أقوال:

قال أبو حنيفة: إنها تندفع إن برهن على الأشياء المذكورة، ويكتفى بالمعرفة ولو بالوجه فقط.

وقال محمد: تندفع بالبرهان عليها، ولا يكتفى بالمعرفة بالوجه، بل لا بد من المعرفة بالوجه والاسم والنسب.

وقال أبو يوسف: تندفع بالبرهان لو عرف بالصلاح [٣٤٢/ب]، لا لو عرف بالحيل.

وقال ابن شبرمة قاضي بغداد: لا تندفع مطلقاً وإن برهن؛ لأنه صار خصماً بظاهر يده، ولا يخرج عنه بإقامة البينة على هذه الأشياء؛ لأنه لا يثبت الملك للغائب

وَبِه يُؤْخَذُ.

وإِنْ قَالَ الشُّهُودُ: أَوْدعهُ من لَا نعرِفُهُ.. لَا تنْدَفعُ، بِخِلَاف قَوْلهم: نعرُفه بِوَجْهِهِ لَا باسمِهِ وَنسبِهِ؛ حَيْثُ تنْدَفعُ عِنْدَ الإِمَامِ، ....

بهذه البينة، وخروجه من أن يكون خصماً إنما يكون في ضمن ثبوت الملك لغيره.. فلا يثبت المتضمن بدون أصله.

وقال ابن أبي ليلى: تندفع عنه الخصومة بإقراره للغائب من غير حاجة إلى إقامة البينة.

واختلف في المختار من هذه الأقوال؛ ففي «البزازية»: وتعويل الأئمة على قول محمد، وقال المصنف: (**وبه**) أي: بقول أبي يوسف (**يؤخذ**)، والوجه فيه ما ذكرناه.

(**وإن قال الشهود**) أي: شهود المدعى عليه على الإيداع وغيره من الأشياء المذكورة: (**أودعه من لا نعرفه.. لا تندفع**) الخصومة عنه بالاتفاق من غير ابن أبي ليلى؛ لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولم يعرفوه، ولأن ذا اليد ما أحال المدعي على معين يمكنه اتباعه؛ فلو اندفعت الخصومة.. تضرر المدعي.

ولو قال ذو اليد: أودعنيه أو رهنه رجل لا أعرفه، وقال الشهود: أودعه فلان ابن فلان.. ذكر الخصاف: أن القاضي لا يقبل الشهادة، ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد؛ لأن دعوى ذي اليد الإيداع هنا غير صحيح؛ لجهالة المودع، والشهادة لا تقبل من غير دعوى صحيحة، كذا في «المحيط».

(**بخلاف قولهم: نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه؛ حيث تندفع**) الخصومة (**عند الإمام**).

كما تندفع بالاتفاق في قولهم: نعرفه باسمه ونسبه ووجهه؛ لأنه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم، فوجب قبولها.

وكما تندفع عند بعض المشايخ في قولهم: نعرفه باسمه ونسبه، ولا نعرفه بوجهه. كذا في «المحيط».

خلافاً لِمُحَمدٍ.

(**خلافاً لمحمد**)؛ حيث قال: لا تقبل، ولا تندفع عنه الخصومة، بل لا بد من المعرفة بالطرق الثلاث؛ بالوجه، والاسم، والنسب؛ لأن المعرفة بالوجه فقط ليس بمعرفة.

وفي «البزازية»: ولو قال الشهود: أودعه من نعرفه بالطرق الثلاث، لكن لا نقول، ولا نشهد به.. لا تندفع الخصومة.

ولو شهدوا أنه دفعه إليه رجل معروف، لكن لم ينصوا على أنه ملك ذلك المودع الغائب.. تندفع؛ لأن المقصود دفع الخصومة لا إثبات الملك للغائب، حتى لو عاين الحاكم دفع الغائب إليه، أو علم إقرار المدعي بالإيداع [٣٤٣/أ].. تندفع.

وكذا تندفع لو قالوا: أودعه فلان، لكن لا ندري لمن ذلك الشيء، أو قالوا: كان هذا الشيء في يد فلان الغائب، لكن لا ندري: أدفعه إليه أم لا، وقال ذو اليد: هو دفعه إلي.. يندفع.

ولو قال المدعي: وهبه لك بعد الإيداع، أو باعه منك بعده.. يحلف ذو اليد على أنه ما وهبه لك، ولا باعه منك؛ لأنه لو برهن عليه.. تقبل.

فإذا أنكر.. يحلف.

فإذا برهن على إيداع الغائب أو إيجاره أو رهنه واندفع الخصومة عنه فحضر الغائب وبرهن ذو اليد أيضاً على أن الغائب الآخر أودعه أو أجره أو رهنه.. تندفع الخصومة أيضاً.

الكل في «البزازية».

فإن قيل: إن دعوى الإيداع والإجارة والرهن ونحوها من ذي اليد إقرار منه بأن هذا الشيء ملك للغائب.. فلا يسمع دعواه بعده لنفسه ولا لغيره، فكيف تندفع عنه الخصومة فيما إذا برهن على أن الغائب الآخر أودعه أو أجره بعد إقراره للغائب الأول؟

قلنا: لا نسلم أن دعوى هذه الأشياء للغائب إقرار منه بأن هذا الشيء ملك الغائب، بل هو إقرار بأن هذا الشيء ليس ملكاً له، ولا يلزم منه الإقرار بأنه ملك الغائب، ولو سلم أنه إقرار منه بأنه ملك الغائب، ولكن لا يلزم منه كون هذا الشيء ملكاً للغائب في نفس الأمر.. فله أن يدعي الإيداع لغائب آخر للدفع، ما لم يقم الغائب الأول بينة على أنه ملكه.

وفائدة إقراره للغائب الأول: إنما تظهر في دفع دعوى المدعي، ولو سلم أنه يلزم منه كونه ملكاً للغائب الأول.. لكنه ضمناً لا قصداً؛ لأنه ليس بإقرار صريح، بل ضمني، ولا معتبر بالضمنيات.. فله دعوى الإيداع للغائب الآخر للدفع.

ومما يجب ههنا حفظه: أن المساومة، والاستيداع، والاستعارة، والاستئجار، والاستيهاب: بما يندفع بها الدعوى، وكذا الشهادة بها كالمسائل الخمسة المذكورة؛ لأنها إقرار بالملك للبائع والمودع والمعير والمؤجر، أو بعدم كونه ملكاً له ضمناً؛ كالأشياء الخمسة.

والفرق بينه وبين الإقرار الصريح يظهر فيما إذا وصل العين إلى يده.. يؤمر بالرد إلى المقر له؛ أعني: المودع والمعير والمؤجر والواهب في فصل الإقرار الصريح.

ولا يؤمر في فصل الإقرار الضمني؛ أعني: بيانه أنه اشترى متاعاً من إنسان وقبضه، ثم إن أب المشتري استحقه بالبرهان [٣٤٣/ب] من المشتري وأخذه، ثم مات الأب وورثه الابن المشتري.. لا يؤمر برده إلى البائع، ويرجع بالثمن على البائع، ويكون المتاع في يد المشتري، هذا بالإرث.

ولو كان أقر عند البيع بأنه ملك البائع، ثم استحق أبوه من يده، ثم مات الأب وورثه الابن المشتري هذا.. لا يرجع إلى البائع؛ لأنه في يده بناء على زعمه بحكم الشراء الأول؛ لما تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن.

وفي «الزيادات»: ساوم ثوباً، ثم ادعى أنه كان له قبل المساومة، أو كان لأبيه يوم مات قبل ذلك، وتركه ميراثاً له.. لا يسمع.

أما لو قال: كان لأبي، وكلك بالبيع فساومته، ولم ينفق البيع.. يسمع؛ لإمكان التوفيق؛ كذا في دعوى «البزازية».

وقال فيها أيضاً: لو ادعى رجل شراء ثوب، وشهدا له بالشراء من المدعى عليه، ثم زعم أحد الشاهدين: أن الثوب له أو لأبيه، ورثه هو عنه.. لا يسمع.

وكذا إذا شهدا بالاستئجار أو الاستيداع أو الاستيهاب أو الاستعارة من المدعي.. بطل دعواه لنفسه أو لغيره.

وقال في دعوى «قاضي خان»: إذا أقام المشهود عليه البينة أن المدعي ساومه بالمدعى به.. قبلت بينته، وبطلت بينة المدعي؛ لأن الاستيام إقرار الملك للبائع، أو إقرار من المساوم بأن لا ملك له فيما ساومه.

فلو أن المدعي بعد بينة المدعى عليه على هذا الوجه أقام البينة: أن صاحب اليد استام من المدعي بها.. قبلت هذه البينة، ويبطل الدفع الأول؛ لأن في رواية «الجامع»: الاستيام إقرار بالملك للمستام منه، فكان المدعي بهذا الدفع مدعياً إقرار صاحب اليد أنها ملك المدعي، والتناقض يبطل بتصديق الخصم، وهو صاحب اليد، فيصير في التقدير كأن صاحب اليد ادعى أن المدعي أقر بأن الدار ملك صاحب اليد، ثم إن المدعي ادعى أن صاحب اليد أقر بعد ذلك أن الدار ملك المدعي، ولو كان هكذا.. يبطل دفع صاحب اليد.

واعلم: أن الخصومة كما تندفع بدعوى المدعى عليه واحداً من الأشياء الخمسة المذكورة وإثباته بالبرهان.. كذلك تندفع بدعوى المدعى عليه إقرار المدعي بواحد من الأشياء المذكورة، وإثباته بأن هذا المدعي أقر بأن هذا الشيء الذي يدعيه أودعنيه فلان الغائب أو آجرنيه [٣٤٤/أ] أو أعارنيه وبرهن عليه.

برهن على أن هذا إرث له عن أبيه، فبرهن المطلوب على إقرار أبيه حال حياته أنه لا حق له فيه، أو برهن على إقرار المدعي حال حياة أبيه، أو بعد مماته: أنه لم يكن لأبيه.. بطل دعوى المدعي وبرهانه.

وكذا لو برهن المطلوب على إقرار المدعي قبيل دعواه أنه ليس له، أو ما كانت له، أو لا حق فيه وهناك من يدعيه.. بطلت بينة المدعي.

وفي «الأصل»: برهن المطلوب على إقرار الوكيل: أن هذا المدعى به ليس لموكله.. بطلت بينة الوكيل.

وهذه المسائل تدل على أن دعوى إقرار المدعي مسموعة في طرف الدفع لا في طرف الاستحقاق، هكذا ذكره [٣٤٤/ب] في دعوى «البزازية».

ثم قال وتمامه ما ذكر في «الذخيرة»: ادعى أن له عليه كذا، أو أن العين الذي في يده لما أنه أقر له به، أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال: إنه أقر أن هذا لي، أو أقر أن لي عليه كذا.. قيل: يصح.

وعامة المشايخ: على أنه لا يصح؛ لعدم صلوح الإقرار للاستحقاق؛ كالإقرار كاذباً، فلا يصح الإقرار لإضافة الاستحقاق إليه، بخلاف دعوى الإقرار من المدعى عليه على المدعي؛ بأن برهن على أنه أقر أنه لا حق له فيه، أو بأنه ملك المدعى عليه.. حيث يقبل.

وقيل: لا يقبل في طرف الدفع أيضاً.

وعامة المشايخ: على أنه يقبل في طرف الدفع؛ للفرق بينهما.

وأجمعوا أنه لو قال: هذا العين ملكي، وهكذا أقر به المدعى عليه.. يقبل؛ لأنه لم يجعل الإقرار علة الاستحقاق.

ولو برهن عليه أيضاً.. يقبل.

ولو أنكر الإقرار في هذه الصورة.. هل يحلف على إقراره؟

وهذا بناء على ما تحقق وتقرر: أن دعوى الإقرار معتبر في طرف الدفع، فيندفع بها دعوى الاستحقاق من المدعي، على ما عليه عامة المشايخ.

وقيل: إنه غير معتبر، والمختار هنا: قول العامة أيضاً على عكس ما في طرف الدفع.

والأصل في هذا: أن الدفع للإبقاء لا للإثبات، والاستحقاق لإثبات ما لم يكن لا للإبقاء، والظاهر يكفي للإبقاء إلى الإثبات؛ لأن الإثبات قوي.. فلا بد له من حجة قوية، والإقرار حجة ظاهرة، فيكفي للدفع والإبقاء لا للإثبات.

واستدلوا عليه بمسائل:

منها: ما ذكره الخصاف: ادعى أنه أقر بهذا العين لأبيه أو لجده، ولا وارث له غيره، أو أقرَّ بأنه له، ولم يقل: إنه ملكي.. قيل: يحكم له به؛ كما لو شهدوا أنه له.

وأكثرهم: على أنه لا يحكم له حتى يقول: هو ملكي؛ لأن دعوى الملك بناء على الإقرار المجرد لا تصح، نص عليه في «الأقضية».

وفي «البزازية»: والفتوى على قول الأكثر.

ومنها: ما ذكره في «المنتقى»: ادعى شيئاً وبرهن عليه عند الحاكم، وحكم به له، فقَبْلَ قبضِهِ برهن المطلوب بأن المدعي أقر أنه لا حق له فيه؛ إن كان شهدوا على هذا الإقرار قبل القضاء به للمدعي.. بطل شهود المدعي ودعواه أيضاً، وإن بعد القضاء.. لا يبطل.

وذكر في «المنتقى» أيضاً في موضع آخر: برهن المالك على الغاصب بأنه غصب منه هذا الشيء، وادعى الغاصب أن المالك هذا أقر به له.. أتقبل منه الحجة والمغصوب في يده، أم يأمره بتسليم الغصب، ثم يسأله الحجة؟

قال: إن كان برهانه حاضراً.. قبله وأقر العين في يد المدعى عليه، وإلا.. لا يؤخر.

قيل: إنه على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد.

والفتوى: على أنه يحلف على المال لا على الإقرار.

وذكر القاضي: أن دعوى المال بناء على الإقرار مقبولة عند عامة المشايخ وإن كان في طرف الاستحقاق، وهذا خلاف ما ذكرناه من «الذخيرة».

والمختار: ما في «الذخيرة».

وهذا كله على قول من جعل الإقرار إخباراً وأما على قول من جعله تمليكاً للحال.. يقبل بلا خفاء، كذا في «البزازية»، وسيأتي بيانه في كتاب الإقرار.

واعلم: أن الدعوى إنما تندفع بدعوى المدعى عليه شيئاً من الإيداع والإعارة والإجارة والرهن والغصب إذا كان العين المدعى به قائماً في يد المدعى عليه حين الدعوى، وإلا.. فلا تندفع؛ كما إذا كان عبداً في يد رجل مات، وجاء رجل يدعي وأقام بينة: أنه عبده، وأقام ذو اليد بينة: أن العبد كان وديعة في يده من جهة فلان، أو كان بإجارة في يده من جهة فلان أو عارية.. فإنه لا يندفع عنه الخصومة، ويقضي القاضي بقيمة العبد للمدعي.

والفرق بين هذا وبين ما كان العين قائماً في يده وقت الدعوى: أن العين إذا كان قائماً في يده.. يقع الدعوى في العين، والمدعى عليه إنما ينتصب خصماً له في العين بظاهر يده؛ فإن ظاهر اليد يدل على الملك، إلا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك، وبإقامة البينة أن العين وديعة عنده ظهر [٣٤٥/أ] أن يده ليست يد ملك، فيندفع عنه الخصومة.

أما إذا كان العين هالكاً.. فالدعوى تقع في الدين، ويحتمل الدين الذمة.. فالمدعى عليه ينتصب خصماً عنه للمدعي بذمته، وبإقامة البينة: أن العين الهالك كان في يده وديعة .. لا يتبين أن ذمته لغيره، فلا تتحول الخصومة عنه.

وإذا كان عبد أيضاً في يد رجل أبق من يده، وجاء رجل يدعي أنه عبده، وأقام

وَلَو قَالَ: اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ.. لَا تَنْدَفُع.

بينة، وأقام صاحب اليد بينة: أنها وديعة أو إجارة أو رهن أو غصب من فلان الغائب.. فلا تندفع عنه الخصومة كما في الموت؛ لأن الإباق يوجب ضمان القيمة؛ كالموت بعينه، إلا أنه في فصل الإباق إذا قضى القاضي بقيمة العبد الآبق للمدعي على المدعى عليه؛ أعني: أبق العبد من يده، ثم عاد العبد من الإباق.. ففي صورة الوديعة والإجارة والرهن.. يعود على ملك الغائب، وفي الغصب والعارية.. يعود على ملك من أبق العبد من يده.

ووجه الفرق: مذكور في «المحيط».

(ولو قال)؛ أي: المدعى عليه: (اشتريته منه)؛ أي: من فلان الغائب (.. لا تندفع) الخصومة؛ لأنه لما زعم بدعوى الشراء أن يده يد ملك.. اعترف بكونه خصماً، فلا تندفع عنه خصومة المدعي؛ سواء ادعى عليه المدعي الشراء قبل شرائه، أو الإجارة قبله، أو الرهن قبله.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن المشتري هل يصير خصماً لن يدعي عليه إجارة أو رهناً أو شراء قبل شرائه، أم لا يصير خصماً؟

قال بعضهم: يصير خصماً.

وبعضهم لا يصير خصماً.

والمختار: هو الأول، ولهذا اختاره المصنف.

واختلفوا أيضاً: في أن المستأجر هل يصير خصماً لمن يدعي عليه الإجارة أو الرهن أو الشراء؛ بأن ادعى عليه أنه استأجر هذه الدار أو الدابة قبله، أو اشتراها قبله، أو ارتهنها قبله، أم لا يصير خصماً؟

قال بعضهم: يصير خصماً، قال صاحب «الذخيرة»: وهذا القول أقرب إلى الصواب.

وقال بعضهم: لا يصير خصماً، إلا أن يدعي عليه فعلاً؛ بأن يقول: استأجرتها منه وقبضتها منه، ثم قبضها مني؛ فإنه حينئذ يصير خصماً ويسمع البينة عليه.

وأما بدون دعوى الفعل عليه.. فلا ينتصب خصماً منه.

وقال شمس الأئمة السرخسي: الصحيح: أن المستأجر الثاني لا يكون خصماً حتى يحضر المالك بمنزله؛ لأنه لا يدعي ملك العين، فلا يكون [٣٤٥/ب] خصماً للأول.

قال في «العمادي» و«الفصولين»: والحاصل: أن المستأجر لا يكون خصماً لمن يدعي الإجارة، ولا لمن يدعي الرهن، ولا لمن يدعي الشراء، والمشتري يكون خصماً للكل، وكذلك الموهوب له، قال هذا القول: الإمام المعروف بخواهرزاده. انتهى.

هذا، وكذا لا تندفع فيما ادعى عليه الخارج الشراء منه وبرهن المدعي عليه: أنه مودع فلان الغائب، وهذا اتفاقي فيما إذا ادعى الشراء منه بدون القبض.

وأما إذا ادعى الشراء منه مع القبض.. ففيه خلاف:

قيل: يندفع؛ لأنه كدعوى الملك المطلق، ألا ترى أنه لو برهن على أنه باع منه عبداً مجهولاً وسلمه إليه.. تقبل، مع أن الجهالة تمنع صحة البيع، لكن لما اقترن به ذكر التسليم.. حمل على دعوى الملك المطلق.

وأكثرهم: على أنها لاتندفع؛ لأن السبب بعدما ذكر.. لا يلغى. كذا في «البزازية»؛ حيث قال: وإن ادعى الفعل عليه؛ بأن قال: غصبته مني، أو أودعتك، أو اشتريت منك، وبرهن ذو اليد على وصوله إليه من الغائب الفلاني على وجه لا يفيد ملك الرقبة له كالإيداع مثلاً.. لا يندفع.

بخلاف دعوى الملك المطلق؛ حيث يدفع فيه. والفرق ما عرف: أن دعوى الملك المطلق لا تصح إلا على ذي اليد أو نائبه، والمودع ليس بذي يد ولا نائبه.

وَكَذَا لَو قَالَ الْمُدَّعِي: سَرقتَهُ أَو غصبْتَهُ مني.

وإِنْ برهنَ ذُو الْيَد على إِيدَاعِ الْغَائِبِ، وَكَذَا إِن قَالَ: سرقَ مني، ....

بخلاف دعوى الفعل؛ فإنه يصح على غير ذي اليد؛ فإن دعوى الغصب تصح على الغاصب، وإن كان العين في يد غاصب الغاصب.

ثم قال: وفي دعوى الشراء إنما لا تندفع الخصومة عنه إذا ادعاه بدون القبض.

أما إذا ذكر معه القبض.. فهو دعوى الملك المطلق، فتندفع.

وجماعة من مشايخنا قالوا: لا تندفع أيضاً؛ لأن دعوى الشراء بقي معتبراً، ولهذا لا يحكم القاضي بالزوائد المنفصلة، ولا يكون للباعة أن يرجع بعضهم على بعض، ولو كان كدعوى الملك المطلق.. لكان الأمر بخلافه.

ووضع محمد المسألة في الدار، وقال: إنه يندفع.

والرواية في الدار رواية في العبد ونحوه.

وذكر الوتار: ادعى الشراء والقبض منه، وقال: لم أحدثت عليه اليد؟ فبرهن ذو اليد على إيداع الغائب عنده.. يندفع، معللاً: بأن دعوى الشراء مع القبض دعوى الملك المطلق؛ لانقضاء الشراء بجميع أحكامه. انتهى.

(وكذا)؛ أي: لا تندفع **(لو قال** [٣٤٦/أ] **المدعي: سرقته)** أنت **(أو غصبته)** أنت **(مني وإن)** وصلية **(برهن ذو اليد على إيداع الغائب)**؛ لأنه صار خصماً له بدعوى الفعل عليه، لا بدعوى اليد، ولا يندفع بدعوى إحالة الملك إلى الغير؛ لأنه لم يدع الملك عليه، بل ادعى الفعل، وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره، حتى يقال: إنه أثبت بالبينة: أن فعله فعل غيره، بل فعله مقصور عليه، بخلاف دعوى الملك المطلق؛ لأن ذا اليد صار خصماً فيه بيده، ويده متردد بين أن يكون له ولغيره، وبإقامة البينة: أثبت أن يده لغيره.. فلا يكون خصماً.

(وكذا)؛ أي: لا يندفع **(إن قال)** المدعي: **(سُرِق)** على بناء المفعول **(مني)** وأقام المدعى عليه البينة: أن فلان الغائب أودعنيه.

خلافاً لمُحَمدٍ.

(خلافاً لمحمد)؛ حيث قال: تندفع؛ لأنه لم يدع الفعل عليه، فصار كما لو قال: غُصِب مني على بناء المفعول؛ فإنه يندفع بالاتفاق.

قال في الخامس عشر من دعوى «البزازية»: وإن ادعى على غير ذي اليد؛ بأن قال: غصبها مني فلان.. فهو كدعوى الملك الطلق على ذي اليد.

وكذا إذا ذكر باسم ما لم يسم فاعله؛ نحو: قوله: غصب مني.

وأما إذا قال: سرق مني.. فكذلك عند محمد، وهو القياس.

وفي الاستحسان - وهو قول الإمامين -: أنه كدعوى عليه؛ لأن في ذكر الفاعل إشاعة الفاحشة، بخلاف قوله: غصب مني. انتهى.

وقال فيها أيضاً: قال محمد: مودع الغاصب، وغاصب الغاصب حضم لمن يقول: إنه ملكي غصبه مني فلان، ثم غصبته منه، أو أودعه عندك. انتهى.

ولهما - وهو الاستحسان -: أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة، والظاهر: أنه هو الذي في يده، لا أنه لم يعينه درأً للحد عنه شفقة عليه.

فإن قيل: إذا لم تندفع.. فربما يقضى عليه بالعين فيجعل سارقاً، فما وجه درء الحد؟

أجيب: بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضي عليه بتسليم العين إلى المدعي؛ إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين.. لم يقطع يده؛ لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك.

ولو لم نجعله سارقاً.. اندفع الخصومة عنه، ولم يقض بالعين للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين.. قطعت يده؛ لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقاً احتيالاً للدرء.

بخلاف ما إذا قال: غصب مني على بناء المفعول؛ لأنه لا حد فيه.. فلا يحترز عن كشفه [٣٤٦/ب].

وَلَو قَالَ الْمُدَّعِي: ابتعتُهُ من زيدٍ، وَقَالَ ذُو الْيَدِ: أودعنيهِ هُوَ.. اندفعَتْ بِلَا حجَّةٍ، إِلّا إِذا برهَنَ الْمُدَّعِي: أَنَّ زيداً وكَّلَهُ بِقَبْضِهِ.

(ولو قال المدعي: ابتعته من زيد، وقال ذو اليد: أودعنيه هو)؛ أي: زيد (.. اندفعت) الخصومة (بلا حجة)؛ لتوافقهما على أصل الملك لغيره، فيكون وصوله إلى ذي اليد من جهته.. فلم تكن يده يد خصومة.

(إلا إذا برهن المدعي: أن زيداً وكله بقبضه)؛ لأنه أثبت ببينة أنه أحق بإمساكه.

وفي قوله: «أودعنيه هو» إشارة إلى ما ذكره في «البزازية»: من أنه لو قال ذو اليد: أودعنيه وكيل زيد.. لا يندفع بلا حجة.

وقال فيها أيضاً من قبل هذه المسألة نقلاً عن «الذخيرة»: ادعى أنه له، غصبه منه فلان الغائب، وبرهن عليه، وزعم ذو اليد عليه: أن هذا الغائب أودعه عنده.. يندفع بلا برهان؛ لاتفاقهما على وصول العين من غيره، وأن صاحب اليد ذلك الرجل، بخلاف ما إذا كان مقام دعوى الغصب دعوى السرقة؛ فإنه لا يندفع بزعم ذي اليد إيداع ذلك الغائب منه في الاستحسان.

* * *

(بَابُ دَعْوَى الرجلَيْنِ)

لَا تعْتَبرُ بَيّنَةُ ذِي الْيَد فِي الْملْكِ الْمُطلق، وَبَيّنَةُ الْخَارِجِ فِيهِ أَحَقُّ.

لو برهنا على مَا فِي يَدِ آخرَ.. قضَي بِهِ لَهما.

(بَابُ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ)

(**لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق**)؛ أي: عن ذكر السبب والتاريخ والنتاج وغيرها، على ما سيأتي ذكره، وهذا؛ لأن الملك ثابت له باليد، فلا حاجة له إلى البينة فتلغو.

(**وبينة الخارج**)؛ أي: عن التصرف واليد (**فيه**) أي في الملك المطلق: (**أحق**) من بينة ذي اليد عند الثلاث؛ إن لم يؤرخا، وإن أرخ أحدهما فقط.. فبينة صاحب الوقت أولى عند أبي يوسف، خلافاً لهما على ما سيأتي.

وقال الشافعي: بينة ذي اليد أحق مطلقاً.

قلنا: إن الخارج هو المدعي.. فالبينة له؛ لما روينا: «البينة للمدعي، واليمين على من أنكر»؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لعدم الثبوت قبلها أصلاً، فكانت أولى؛ لأنها شرعت للإثبات، بخلاف بينة ذي اليد؛ لأنه وجد الثبوت قبلها بحكم اليد.

(**لو برهنا**)؛ أي: الخارجان في دعوى الملك المطلق (**على ما في يد آخر**)؛ أي: الثالث (.. **قضي به لهما**) على النصفين.

وقال الشافعي في رواية: تهاترتا؛ المتعارض وعدم الترجيح.

وفي رواية أخرى عنه: يقرع بينهما؛ لما روي عن سعيد بن المسيب: أن النبي ﷺ أقرع فيه وقال: «اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق».

ولنا: حديث تميم بن طرفة الطائي: أن النبي ﷺ قضى فيه بنصفين بينهما، وحديث القرعة كان في الابتداء وقت إباحة القمار، ثم نسخ بحرمة القمار، ولأن المطلق للشهادة [٣٤٧/أ] محتمل الوجود في حق كل منهما؛ بأن يعتمد أحدهما

بسبب الملك بأن رآه يشتري، فشهد على ذلك، والآخر يعتمد إليه فشهد على ذلك، فكانت الشهادتان صحيحتين، فيجب العمل بينهما ما أمكن، فيعمل بالتنصيف.

واعلم: أن الجملة في هذا الباب: أن الرجلين إذا ادعيا عيناً.. فلا يخلو؛ إما أن ادعيا ملكاً مطلقاً، أو شراء، أو إرثاً.

وكل قسم ثلاثة أقسام؛ لأنه:

إما أن يكون المدعي في يد ثالث، أو في أيديهما، أو في يد أحدهما.

وكل قسم ثلاثة أقسام؛ لأنه:

إما أن برهنا، أو لم يبرهنا، أو برهن أحدهما فقط.

والأول أربعة أقسام؛ لأنه:

إما أن لم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً واحداً، أو تاريخاً متفاوتاً، أو أرخ أحدهما فقط.

فحصل أربع وخمسون قسماً:

- تسعة منها ما لم يبرهنا.. فالحكم فيها عدم سماع دعواهما، وترك العين على صاحب اليد، لكن لا على وجه القضاء، حتى لو أقاما أو أقام أحدهما البينة بعده.. يسمع.
- وتسعة منها ما يبرهن أحدهما دون الآخر.. فالحكم فيها: أن العين للمبرهن.
- فبقيت ست وثلاثون قسماً، وهي التي برهنا فيها، بيانها: أنهما إن ادعيا ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً وبرهنا.. يقضى بينهما؛ لاستوائهما في الحجة.

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق.. يقضى بالأسبق؛ لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره، فيقضى بالملك له، ثم لا يقضى بعده لغيره، إلا إذا تلقى الملك منه، ومن ينازعه.. لم يتعلق الملك منه، فلا يقضي له به.

ولو أرخ أحدهما فقط؛ عند أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف أولاً وعلى قول محمد آخراً.. لا عبرة للتاريخ، ويقضى به بينهما نصفين؛ لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقديم ملكه؛ لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه، ويحتمل أن يكون متأخراً عنه، فجعل مقارناً رعاية للاحتمالين.

وعند أبي يوسف: للمؤرخ؛ لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقيناً، ومن لم يؤرخ.. يثبت للحال يقيناً، وفي ثبوته وقت تاريخ صاحبه شك.. فلا يعارضه.

وعند محمد: يقضى لمن أطلق؛ لأن دعوى الملك المطلق: دعوى الملك من الأصل، ودعوى المؤرخ تقتصر على وقت التاريخ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض، ويستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، فكان المطلق أسبق تاريخاً [٣٤٧/ب]، فكان أولى.

هذا فيما إذا كان العين في يد ثالث، وإن كان في يدهما.. فكذلك الجواب؛ لأنه لم يترجح أحدهما على الآخر باليد، ولم ينحط حاله عن حال الآخر باليد.

وإن كان في يد أحدهما؛ فإن أرخا تاريخاً متساوياً، أو لم يؤرخا.. فهو للخارج؛ لأن بينته أكثر إثباتاً.

وإن أرخا وأحدهما أسبق.. فهو لأسبقهما؛ لما تقدم من أنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره.

وعن محمد: أنه رجع عن هذا القول وقال: لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره؛ لأن البينتين قامتا على مطلق الملك، ولم يتعرضا لجهة الملك، فاستوى التقدم والتأخر، فيقضى للخارج.

ولهما: أن البينة مع التاريخ تتضمن معنى الدفع؛ فإن الملك إذا ثبت للشخص في وقت.. فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي منه، فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج، على معنى: أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من

قبله، وبينته على الدفع مقبولة، وعلى هذا: إذا كان العين في أيديهما.. فصاحب الوقت أولى عندهما، وعنده: يكون بينهما.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر.. فعند أبي يوسف: يقضي للمؤرخ؛ لأن بينته أقدم من المطلق.

وعند أبي حنيفة ومحمد: يقضى للخارج؛ سواء أرّخ الخارج أو ذو اليد؛ لأن التأريخ حالة انفراد أحدهما بالتاريخ الملك المطلق غير معتبر عندهما.

هذا كله في دعوى الملك المطلق.

وإن ادعيا الإرث من أبيهما؛ فإن كان العين في يد ثالث ولم يؤرخا، أو أرخا سواءً.. فهو بينهما نصفان؛ لاستوائهما في الحجة.

وإن أرخا وأحدهما أسبق.. فهو لأسبقهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وكان محمد يقول أولاً: يقضى به بينهما نصفان في الإرث والملك المطلق؛ لعدم اعتباره التاريخ، ثم رجع إلى قولهما.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر.. قضي بينهما نصفين إجماعاً؛ لأنهما لو ادعيا تلقي الملك من رجلين.. فلا عبرة للتاريخ.

وقيل: يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف.

ولو كان العين في أيديهما.. فكذا الجواب.

وإن كان العين في يد أحدهما ولم يؤرخ أو أرخا سواء.. يقضى للخارج.

وإن أرخا وأحدهما أسبق.. فهو لأسبقهما.

وعند محمد: للخارج؛ لأنه لا عبرة للتاريخ هنا.

وإن أرخ أحدهما لا الآخر.. فهو للخارج إجماعاً.

وقيل: للمؤرخ.

وَلو علي نِكَاحِ امْرَأَةٍ.. سقطا، وَهِي لمن صدَّقتْه، فإِنْ أرّخا.. فَالسَّابِقُ أَحَقُّ، وَإِن أقرّت لأَحَدِهِمَا قبل الْبُرْهَان.. فَهِيَ لَهُ، فإِن برهنَ الآخرُ بعد ذَلِكَ.. قضي لَهُ.

وَإِن برهن أَحدُهمَا فقضيَ لَهُ ثمَّ برهَن الآخرُ.. لَا يقبُل إِلاَّ إِنْ أَثبتَ سَبْقَهُ.

وَكَذَا لَا يقبلُ برهَانُ خَارِجٍ على ذِي يَدٍ نِكَاحُه ظَاهِرٌ ....

(ولو) برهنا (على نكاح امرأة.. سقطا)؛ لتعذر العمل بهما في النكاح فيرجع إلى تصديق المرأة.

(وهي لمن صدقته)؛ لأن النكاح مما يحكم بتصادق الزوجين، هذا فيما إذا لم يؤرخا؛ (فإن أرخا.. فالسابق أحق)؛ لما فيه من زيادة الإثبات، ولأنه معارض له في ذلك الزمان.

(وإن أقرت) المرأة (لأحدهما قبل البرهان.. فهي له)؛ لتصادقهما (فإن برهن الآخر بعد ذلك.. قضي له)؛ لأن البينة أقوى من الإقرار.

ولو برهن أحدهما، ثم أقرت للآخر.. فالحكم فيه أيضاً بطريق الأولى.

ولو برهنا بعدما أقرت لأحدهما؛ فإن وقتا.. فالسابق أولى، وإن لم يوقتا.. فالذي زكت بينته أولى، وإن لم يتزك بينتهما [٣٤٨/ب] أو زكتا.. فعند بعض مشايخنا: يقضى للمقر له سابقاً.

وعند بعضهم: لا يقضى لواحد منهما.

(وإن برهن أحدهما فقضي له، ثم برهن الآخر) بعد ذلك (.. لا يقبل)؛ لأن الأول قد صح وتأكد بالقضاء ومضى، فلا ينتقض بما دونه، (إلا إن أثبت سبقه).. فحينئذٍ يقضي له؛ لأنه قد ظهر بسبق التاريخ خطأ الأول بيقين.

(وكذا لا يقبل برهان خارج على ذي يد نكاحه ظاهر)؛ لأن اليد الظاهرة دليل السبق؛ فلو قضي بالنكاح للخارج ببينة، ثم أقام صاحب اليد بينته.. تقبل بينته عند بعض المشايخ، لا عند بعض آخر، على ما في «العمادي».

هذا في دعوى الإرث.

وأن ادعيا الشراء [٣٤٨/أ] من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء.. فهو بينهما نصفان؛ لاستوائهما في الحجة.

وأن أرخا وأحدهما أسبق.. يقضى لأسبقهما اتفاقاً.

بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما، ولا تاريخ لملك البائعين.. فتاريخه لملكه لا يعتد به، وصار كأنهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ، فيكون بينهما.

أما هنا: فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل، وإنما اختلفا في التلقي منه، وهذا الرجل أثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه.. فيقضى له به، ثم لا يقضي به لغيره بعده، إلا إذا تلقى منه، وهو لا يتلقى منه.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر.. فهو للمؤرخ اتفاقاً؛ لأنه أثبت شراء لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره، فيقضى له به حتى يتبين تقدم شراء غيره عليه.

بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين ووقت أحدهما لا الآخر.. فإنه يقضى بينهما نصفين؛ لأن كل واحد منهما، ثمة خصم عن تابعه في إثبات الملك له، وتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائعه، ولعل ملك البائع الآخر أسبق، فلذا قضينا بينهما، وهنا اتفقا: على أن الملك لبائع واحد، فحاجة كل منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه لا إلى إثبات الملك للبائع، وسبب الملك في حق من وقت شهوده أسبق، فكان أولى.

وإن كان العين في أيديهما.. فهو بينهما، إلا إذا أرخا وأحدهما أسبق.. فحينئذٍ يقضى لأسبقهما.

وإن كان في يد أحدهما.. فهو لذي اليد؛ سواءً أرخ أو لم يؤرخ، إلا إن أرخا وتاريخ الخارج أسبق.. فيقضى به للخارج كذا في «الفصولين»، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

إِلَّا إِنْ أَثْبتَ سَبْقَهُ.

(**إلا إن أثبت**) الخارج (**سبقه**).. فحينئذٍ تقبل بينة الخارج للسبق.

أقول: توضيح هذه المسألة: أن دعوى نكاح المرأة من رجلين؛ إما أن يكون في حال حياتها أو بعد موتها.

وإن كان في حال حياتها؛ فإما أن يكون متعاقباً أو معاً.

وإن كان معاً؛ فأما أن يكون ثمة بينة أو لا.

وإن لم يكن لهما بينة أصلاً؛ فأما أن يكون لأحدهما فقط شيء من اليد والدخول والإقرار من المرأة، أو لأحدهما شيء من هذه الثلاثة، وللآخر شيء آخر من هذه الثلاثة أيضاً؛ بأن يكون لأحدهما يد وللآخر دخول مثلاً، أو لا هذا ولا ذاك.

فإن كان لأحدهما فقط شيء من هذه الثلاثة.. فهي امرأته؛ لتأكد دعواه بما يدل على السبق؛ لأن كلاً من هذه الثلاثة يدل على السبق.

وإن كان لأحدهما شيء من هذه الثلاثة وللآخر شيء آخر منها؛ بأن يكون لأحدهما يد وللآخر دخول أو إقرار المرأة له.. فصاحب اليد أولى على ما قاله محمد بن الفضل.

ولو كان لأحدهما دخول وللآخر إقرار.. فصاحب الدخول أولى؛ قياساً على ما قاله محمد بن الفضل؛ لأن الدخول أقوى من الإقرار، ولم أره صريحاً.

وإن لم يكن لأحدهما شيء من هذه الثلاثة أصلاً.. لم يقض لواحد منهما لتهاتر دعواهما.

وإن ثمة بينة؛ فإما من طرف واحد أو من طرفين.

وإن كان من طرف واحد.. فأيهما أقام البينة فهي امرأته؛ سواء كان للآخر شيء من اليد والدخول والإقرار أو لم يكن؛ لأن البينة أقوى منها.

وإن كان من طرفين؛ فإما أن لم يؤرخا، أو أرخ أحدهما فقط، أو كلاهما تاريخاً مساوياً، أو متفاوتاً.

فإن لم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً مساوياً؛ فإما أن يكون لأحدهما شيء من هذه المعاني الثلاثة أو لم يكن.

فإن لم يكن.. بطلت [٣٤٩/أ] البينتان؛ لأن النكاح حالة الحياة لا يحتمل الشركة، وليس أحدهما بأولى من الآخر؛ لعدم المرجح، بخلافه بعد الموت على ما سيأتي.

وإن كان لأحدهما شيء من هذه الثلاثة.. فبينته أولى؛ لتأكدها بما يدل على السبق ولتصادقهما في الإقرار، والنكاح مما يثبت بالتصادق.

إلا أن يقيم الآخر بينة على السبق.. فتقبل؛ لأن البينة أولى من اليد ونحوه.

وإن كان لأحدهما يد وللآخر إقرار وبرهنا.. قيل: يحكم للمقر له ترجيحاً بالإقرار.

وقيل: يحكم بذي اليد ترجيحاً باليد.

قلت: وهو الأولى؛ لأن اليد أقوى من الإقرار.

وإن أقام كل واحد منهما بينة على الدخول.. لا يقضى شيء من اليد والدخول والإقرار؛ فصاحب التاريخ أولى؛ لأنه أكثر إثباتاً.

وإن كان للآخر شيء من اليد والدخول.. فصاحب اليد والدخول أولى.

وكذا إذا كان للآخر إقرار، على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية»؛ لأن كلاً من هذه الثلاثة من أسباب الترجيح.

وإن أرخا متفاوتاً.. فالسابق أولى؛ سواء كان للآخر واحد من هذه الثلاثة أو لم يكن؛ لأنها أكثر إثباتاً، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

هذا كله فيما كانت الدعوى حال حياتها.

وإن كانت بعد موتها.. ففي «قاضي خان»: يقضى لهما بميراث زوج واحد؛ لأن حكم النكاح بعد الموت: الميراث، وإنه يحتمل الشركة.

وقال في «الخلاصة». أما بعد موت المرأة.. إن أقاما بينة؛ إن كان تاريخ أحدهما أسبق.. يقضى له، وإن كان تاريخهما سواء، أو لم يؤرخا.. يقضى بالنكاح بينهما، وعلى كل واحد نصف المهر، ويرثان ميراث زوج واحد.

وإن جاءت بولد.. يثبت النسب منهما، ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد. انتهى.

وهذا فيما إذا كان إقرار المرأة قبل البينة يبطل بينة الآخر.. فلا يعتبر قبلها.

وقيل: يعتبر، ولو كان قبلها.. فيقضي للمقر له.

والمختار عند الصدر الشهيد وصاحب «التتمة» و«البزازية»: هو الأول.

وقال في دعاوى «قاضي خان»: ادعت أختان على رجل، وأقامت كل واحدة منهما البينة أنه تزوجها أولاً.. كان ذلك إلى الزوج؛ إذا صدق واحدة منهما أنها نكحت أولاً.. كانت امرأته، وتبطل بينة الأخرى، ولا شيء لها من المهر إن لم يكن دخل بها.

وان قال الزوج: لم أتزوج واحدة منهما، أو قال: تزوجتهما جميعاً [٣٤٩/ب]، ولا أدري الأولى منهما [.. قال في «الكتاب»: فرق بينه وبينهما، وعليه نصف المهر بينهما؛ إن لم يكن دخل بواحدة منهما][1].

واعلم: أنه لو برهن الخارج وذو اليد على النكاح مطلقاً بلا تاريخ.. يقضى ببينة ذي اليد.

فلو قضي للخارج في النكاح ببينة، ثم برهن ذو اليد.. هل يقضى ببينته؟

اختلف فيه المشايخ.

وفي مطلق الملك فيما سوى النكاح.. لا تقبل بينة ذي اليد على الملك بعدما قضي عليه وفاقاً؛ كذا في «الفصولين».

(١) نقص من المخطوط، تم استدراكه من «فتاوى قاضي خان» (٢/٢٣٨).

وإِنْ برهنا على شِرَاءِ شَيْءٍ من آخَر فَلِكُلٍّ نصفُه بِنصْفِ ثمنِهِ أَو تَركُه، وبترك أَحدِهِمَا بعد مَا قُضِيَ لَهما.. لَا يَأْخُذُ الآخرُ كُلَّه.

ههنا مسألة واقعة الفتوى: ادعى رجل نكاح امرأة، لها زوج ظاهر، وأنكر الزوج الظاهر.. هل المرأة للأول أو للثاني؟

ففي دعوى النكاح من «البزازية»: ادعى عليها نكاحاً، فقالت: كنت زوجته، لكني أُخبرت بوفاته فاعتددت وتزوجت بهذا.. فهي زوجة المدعي.

وهل يشترط حضور الثاني للتفريق؟

ففي دعوى «البزازية» أيضاً: لو ادعى نكاح امرأة لها زوج ظاهر.. يشترط حضور هذا الزوج أيضاً.

(**وإن برهنا على شراء شيء من آخر**) أي: من ثالث وهو صاحب اليد؛ لأن بيان ما كان لأحدهما يد أو تاريخ سيأتي عن قريب.

(.. **فلكل نصفه بنصف ثمنه**) الذي شهد به بينته، ويرجع بنصفه الآخر على البائع إن نقده؛ لاستوائهما في الدعوى والحجة، كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما البينة بلا تاريخ أو تاريخ مساو.

(**أو تركه**)؛ لأن شرط العقد الذي يدعيه - وهو اتحاد الصفقة -، قد تغير عليه؛ فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل، فيرد ويأخذ كل الثمن، وللآخر أن يأخذ كل المبيع بكل ثمنه.

(**وبترك أحدهما بعدما قضي لهما**) بنصفين (.. **لا يأخذ الآخر كله**)؛ لأنه صار مقضياً عليه بالنصف، فانفسخ العقد فيه بقضاء القاضي، فلا يعود إلا بتجديد ولم يوجد.

فإن قيل: هو مدع، فكيف يكون مقضياً عليه؟

قلنا: إنه خصم في النصف الذي قضي به عليه لظهور استحقاق كل واحد منهما الكل بالبينة لولا بينة الآخر، بخلاف ما لو ترك أحدهما قبل ما قضي لهما؛ لأن

فَإِنْ كَانَ لأَحَدِهِمَا يَدٌ أَو تَارِيخٌ.. فَهُوَ أَولى.

وَإِنْ أَرّخا.. فَالسَّابِقُ أَولى.

وَإِنْ كَانَ لأَحَدِهِمَا يَد وَللآخرِ تَارِيخٌ.. فذو الْيَدِ أَولى.

للآخر حينئذٍ أن يأخذ الجميع؛ لأنه يدعي الكل، والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه، وزال مزاحمة الآخر بتركه وهو المانع، هذا فيما إذا لم يكن لأحدهما يد ولا تاريخ، أو لهما تاريخ مساوٍ.

(فإن كان لأحدهما يد أو تاريخ) دون الآخر **(.. فهو أولى)** من الآخر.

أما الثاني: فلأنه ثبت له الملك في ذلك الوقت بتوقيته، ووقع الشك [٣٥٠/أ] في ملك الآخر.. فلا يقضى للآخر بالشك، ولا يثبت له الملك.

وأما الأول: فلأن تمكنه من قبضة اليد يدل على سبق شرائه.

وتحقيق هذا: يتوقف على مقدمتين:

إحداهما: أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته.

والثانية: أن ما بعد الموت بعدية زمانية.. فهو بعد.

فإذا عرفت هذا فقبض القابض وشراء الآخر أمران حادثان؛ فأقرب أوقاتهما: هو زمان الحال، فيضافان إليه ويثبتان فيه، ولا شك أن قبض القابض: بعد شرائه زماناً، ويلزمه أن يكون شراء الآخر بعد شراء القابض؛ لأن شراء الآخر وقبض القابض مقارنان زماناً؛ لما ذكرناه: أنهما يضافان إلى زمان الحال، وقد عرفت أن قبض القابض بعد شرائه زماناً، فكذا ما معه بالزمان.. فثبت أن شراء القابض مقدمة على الآخر، فيكون أولى منه.

(وإن أرّخا) بتاريخ متفاوت **(.. فالسابق أولى)**؛ لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به.

(وإن كان لأحدهما يد وللآخر تاريخ.. فذو اليد أولى)؛ لأن القبض متى وجد بيقين.. لا ينقض بالشك، وتاريخ الآخر محتمل، فلا ينقض به اليد الثابتة بيقين، إلا

وَالشِّرَاءُ أَحَقُّ من هبةٍ وَصدقَةٍ مَعَ قبضٍ.

وَالْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيمَا لَا يحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ سَوَاءٌ.

أن يشهدوا أن شراه كان قبل شراء ذي اليد.. فحينئذٍ يكون الخارج أولى؛ لأن الصريح أولى من الدلالة، والبينة صريح، واليد دلالة.

(والشراء أحق من هبة وصدقة مع قبض)؛ يعني: ادعى أحدهما: الشراء من رجل، والآخر: الهبة أو الصدقة من ذلك الرجل مع القبض، وبرهنا ولا تاريخ لهما.. فبينة الشراء أحق؛ لأنه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه، والهبة والصدقة لا يثبته إلا بالقبض، فكان الشراء والهبة والصدقة ثابتين معاً، والشراء مثبت للملك دونهما؛ لتوقفهما على القبض.. فالمثبت أولى.

(والهبة والصدقة) المقبوضتين؛ يعني: ادعى رجل: هبة مقبوضة، والآخر: صدقة مقبوضة، وأقاما البينة؛ فإن وقت أحدهما دون الآخر.. قضي بها لصاحب الوقت إن لم يكن في يد من لم يوقت.

وإن كان في يده.. قضي بها له؛ لأن اليد دليل السبق.

إلا أن يقيم الموقت بينة أخرى: أن وقته أقدم.

وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لأحدهما.. فهو **(فيما لا يحتمل القسمة)** كالحمام والرحى [٣٥٠/ب] والعبد والدابة **(سواء)**، فيقضى به بينهما؛ لاستوائهما في وجه التبرع، ولا ترجيح بلزوم الصدقة؛ حيث لا يصح الرجوع فيها - لوصول العوض إليه وهو الثواب - كما صح في الهبة؛ لأنه ترجيح بما يظهر أثره في ثاني الحال، والترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال.

واختلفوا فيما يحتمل القسمة كالدار والبستان.. قال بعضهم: إنه سواء أيضاً؛ كما فيما لا يحتملها؛ لأن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل، ثم الشيوع بعد ذلك طارٍ، وذلك لا يمنع صحة القبض والصدقة والهبة.

وَكَذَا الشِّرَاءُ وَالْمهْرُ عِنْد أبي يُوسُف.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الشِّرَاءُ أولى، وعَلى الزَّوْجِ الْقِيمَةُ.

وقال بعضهم: لا يصح، ولا يقضى لهما بشيء؛ لأنه تنفيذ الهبة في الشايع، فصار كإقامة البينتين على الارتهان.

وقيل: هذا على قول أبي حنيفة؛ أما على قول صاحبيه.. فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف، على قياس هبة الدار لرجلين، وإلا.. صح أنه: لا يصح على قولهم جميعاً؛ لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف.. فإنما يقضى بالعقد الذي يشهد به شهوده.

وعند اختلاف العقدين.. لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي، ولكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها.

(وكذا الشراء والمهر)؛ يعني: ادعى رجل على رجل أنه اشترى منه هذا العبد الذي في يده، وادعت المرأة على ذلك الرجل الذي هو صاحب يد أنه تزوجها على هذا العبد ولم يؤرخا، أو أرخا على السواء.. يقضى به بينهما على السواء.

(عند أبي يوسف)؛ لاستوائهما في القوة؛ فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه، وللمرأة على زوجها نصف قيمة العبد، ويرجع المشتري على الزوج بنصف الثمن إن كان نقده إياه.

(وقال محمد الشراء أولى)؛ لأن العمل بالبينات مهما أمكن واجب؛ فإن قدمنا النكاح.. بطل العمل بها، وإن قدمنا الشراء.. صح العمل بها؛ لأن التزويج على ملك الغير صحيح، والتسمية صحيحة، وتجب القيمة إن لم يجز صاحبه، فتعين تقديمه، (و) يجب **(على الزوج القيمة)**؛ عملاً بموجب العقد.

والجواب عن أبي يوسف على ما في «الأسرار»: أن المقصود من ذكر السبب هو ملك العين، والنكاح إذا تأخر.. لم يوجب ملك عين المسمى؛ كما إذا تأخر

وَالرَّهْنُ مَعَ الْقَبْضِ أولى من الْهِبَةِ مَعَه.

فَإِنْ كانت بشرطِ الْعِوَضِ.. فَهِيَ أولى.

وَإِنْ برهنَ خارجانِ على مِلْكٍ مؤرّخٍ ....

الشراء، فهما سواء في حق ملك العين، وبينة **(الرهن مع القبض أولى من)** بينة **(الهبة معه)**؛ أي: مع القبض [٣٥١/أ]، وهذا استحسان.

والقياس عكسه؛ لأن الهبة تثبت الملك، والرهن لا يثبته، والمثبت أولى.

وجه الاستحسان: أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى من التبرع.

وهذا إن لم تكن الهبة بشرط العوض.

(فإن كانت بشرط العوض.. فهي)؛ أي: فبينتها **(أولى)** من بينة الرهن؛ لأن الهبة بشرط العوض بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن؛ لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة.

ولم يذكر الشراء مع الهبة بعوض.. ففي «البحر»: إنهما سواء؛ مستدلاً بما ذكرناه: من أن الهبة بشرط العوض بيع انتهاء.

وقال فيه أيضاً: ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض، والهبة مع القبض؛ فإن الملك في كل منهما متوقف على القبض، وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة. انتهى.

وفيه أيضاً: إنه لو اجتمع نكاح وهبة أو رهن أو صدقة.. فالنكاح أولى. انتهى.

(وإن برهن خارجان على ملك) مطلق **(مؤرخ)** بتاريخين متفاوتين؛ يعني: لو ادعى الخارجان ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث، وبرهنا عليه وأرخا تاريخاً متفاوتاً.. فالسابق أولى.

وأما لو لم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً متساوياً.. فالعين بينهما نصفين، على ما تقدم في أول الباب.

أَو شِرَاءِ مؤرّخٍ من وَاحِدٍ غيرِ ذِي الْيَدِ.. فَالسَّابِقُ أولى.

وإِنْ برهَنَ أَحدُهُمَا على الشّرَاءِ من زيدٍ، وَالْآخرُ عَلَيْهِ من بكرٍ، وَاتفقَ تاريخُهُما.. فهما سَوَاءٌ ....

(أو شراء مؤرخ من واحد غير ذي اليد)؛ يعني: ادعى الخارجان عيناً في يد رجل ثالث: بأنهما اشترياه من فلان ابن فلان غير ذي اليد، وهو الرابع، وبرهن كل من المدعيين الخارجين على الشراء من ذلك الفلان.

فقوله: «من واحد» متعلق بالشراء؛ احترز به عن المسألة الآتية؛ أعني: قوله: «وإن برهن أحدهما: على الشراء من زيد والآخر من بكر».

وقوله: «غير ذي اليد» احتراز عما سبق من قوله: «وان برهنا على شراء شيء من آخر»؛ لأن المراد بالآخر هنا: هو ذو اليد، وقد عرفت حكمها.

(.. فالسابق أولى) من كل من المسألتين؛ أما في الأولى.. فلأنه أثبت أنه أول المالكين، فلا يتلقى الملك إلا من جهته، والفرض أن الآخر لم يتلقاه منه، بل من غيره، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً، وقول محمد أولاً.

ثم قال محمد: يقضى بينهما، ولا يكون للتاريخ عبرة في الملك المطلق.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر.. ففي رواية [٣٥١/ب] «النوادر» عن أبي حنيفة: أنه يقضى بينهما؛ لعدم العبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق.

وعلى قول أبي يوسف: يقضى لمن أرخ.

وعلى قول محمد: يقضى لمن لم يؤرخ؛ لأنه يدعي أولية الملك، وقد ذكرناه من قبل.

وأما في الثانية: فلأنه أثبت الملك في وقت لا منازع له فيه، فكان استحقاقه ثابتاً من ذلك الوقت، وأن الآخر اشتراه من غير مالك.. فكان باطلاً.

(وإن برهن أحدهما على الشراء من زيد، والآخر من بكر واتفق تاريخهما.. فهما سواء) عليه في استحقاق المدعى، فيصير بينهما؛ لأنهما يثبتان الملك لبائعهما،

وَكَذَا لَو وَقَّتَ أَحدُهُمَا فَقَط.

وَلَو برهنَ خَارجٌ على الشّرَاءِ من شخصٍ، وَآخرُ على الْهِبَةِ وَالْقَبْضِ من غَيره، وَآخرُ على الْإِرْثِ من أَبِيه، وَآخرُ على الصَّدَقَةِ وَالْقَبْضِ من رَابعٍ، قُضِيَ بَينهم أَربَاعاً.

وَلَو برهنَ خَارجٌ على مِلْكٍ مؤرخٍ، وَذُو الْيَدِ على مِلْكٍ أقدمَ مِنْهُ.. فَهُوَ أَولى، خلافاً لمُحَمدٍ فِي رِوَايَة.

فيصير كأنهما حضرا وادعيا وأرخا تاريخاً واحداً، ثم يخير كل واحد منهما؛ إن شاء.. أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء.. ترك على ما سبق.

(وكذا)؛ أي: فهما سواء في استحقاق المدعي (لو وقت أحدهما فقط)؛ لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقديم الملك؛ لجواز أن يكون الآخر أقدم منه، فيقضى بالنصف بينهما.

بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من رجل واحد؛ لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته؛ فإذا أثبت أحدهما تاريخاً.. يحكم به، إلا إذا أثبت الآخر أن شراءه أقدم منه.

(ولو برهن خارج على الشراء من شخص، وآخر على الهبة والقبض من غيره، وآخر على الإرث من أبيه، وآخر على الصدقة والقبض من رابع.. قضي بينهم أرباعاً)؛ لأنهم أثبتوا الملك لملكهم، فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق، والحكم فيه: كذلك.

(ولو برهن خارج على ملك مؤرخ، وذو اليد على ملك أقدم منه.. فهو)؛ أي: ذو اليد (أولى) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خلافاً لمحمد في رواية) رجع إليها آخراً؛ لأن بينته قامت على ملك مطلق عن جهة الملك، فكان التقدم والتأخر سواء.

وَكَذَا الْخلافُ لَو كَانَتِ الْيَدِ لَهما.

وَلَو برهَن خَارجٌ وَذُو يدٍ علَى مِلْكٍ مُطلقٍ، وَوقّتَ أَحدُهُمَا فَقَط.. فالخارجُ أولى.

لهما: أن البينة مع التاريخ المقدم متضمنة لمعنى الدفع على ما بيناه، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، ألا ترى أن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك، وأقام البينة أنه اشتراه منه.. تندفع الخصومة.

بخلاف ما لو ادعى لخارج أن هذا العبد أو الدابة ملكي غاب عني منذ سنة مثلاً، وقال ذو اليد: ملكي منذ سنتين.. فإنه يقضى للخارج اتفاقاً، ولا يلتفت إلى بينة ذي اليد؛ لأن ما ذكر الخارج: تاريخ غيبة العبد لا تاريخ الملك، فكان دعواه في الملك المطلق عن التاريخ، وصاحب [٣٥٢/أ] اليد ذكر التاريخ، لكن التاريخ حالة الانفراد لا يعتبر، فكان دعوى صاحب اليد دعوى ملك مطلق كدعوى الخارج.. فيقضى ببينة الخارج، كذا في «الدرر».

وقال أيضاً في استحقاق «البزازية»: برهن على ملكية الحمار، وحكم على المشتري به، وأعطى الحاكم للمشتري سجلاً ليرجع به على بائعه، فجاء البائع إلى المستحق وقال: كم مدة غاب الحمار عنك؟ فقال: منذ نصف عام، فبرهن على أن الحمار في ملكه منذ سنتين.. لا يندفع؛ لأنه تاريخ الغيبة لا تاريخ ملك. انتهى.

(وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما)؛ يعني: لو كانت الدار مثلاً في أيديهما، فادعيا، وأقاما بينة، وأرخا تاريخاً متفاوتاً.. فبينة المقدم أولى عندهما، خلافاً لمحمد؛ لما مر من الجانبين.

(ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق، ووقت أحدهما فقط.. فالخارج أولى) عند أبي حنيفة ومحمد.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: ذُو الْوَقْتِ أولى.

وَلَو كَانَ الْمُدَّعى فِي أَيْدِيهِمَا ....

(وعند أبي يوسف) وهو رواية عن أبي حنيفة: **(ذو الوقت أولى)**؛ لأن بينته قد دلت على تقدم الملك، فكانت أولى من الملك المطلق، وصار كالمدعيين للشراء من واحد إذا أرّخ أحدهما فقط.. كان صاحب التاريخ أولى، على ما تقدم.

ولهما: أن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا تضمنت معنى الدفع - على ما قدمناه - ولا دفع ههنا؛ لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته، وههنا وقع الشك في ذلك؛ لأنه بذكر تاريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقى من جهته لإمكان أن الآخر لو وقت.. كان أقدم تاريخاً منه.

بخلاف ما إذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم.

وبخلاف مسألة الشراء؛ لأن الشراء معنى حادث، وإذا لم يؤرخ.. حكم بوقوعه في الحال؛ بناء على أن الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب أوقاتها، فكان المقدم أولى منه، والملك ليس معنى حادثاً، ولا يحكم بوقوعه في الحال.

قال شيخ الإسلام في «مبسوطه» في هذه المسألة: إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر.. فعلى قول أبي حنيفة: الخارج أولى؛ لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حال الانفراد.

وعلى قول محمد الأول: يقضى لمن لم يؤرخ؛ لأنه أسبقهما تاريخاً.

وعلى قوله الآخر: لا عبرة للتاريخ، فيكون الخارج أولى، وهو قول أبي يوسف الأول.

وعلى قوله الآخر: يقضى لذي اليد؛ سواء كان التاريخ له أو للخارج.

(ولو كان المدعى في أيديهما).

اعلم: أنهما لو برهنا [٣٥٢/ب] على ملك مطلق والعين في أيديهما، ووقت أحدهما فقط.. اختلفوا في الحكم في هذه المسألة؛ ففي «الفصولين»: لا، كما في المسألة الآتية، واختاره المصنف.

أَو فِي يَدِ ثَالِث، وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا.. فهما سَوَاءٌ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: الَّذِي وَقَّتَ أولى.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: الَّذِي أَطلقَ أولى.

وإِنْ برهَن خَارِجٌ وَذُو يَدٍ على النِّتَاجِ.. فذو الْيَدِ أولى.

وفي «الهداية» و«العناية»: المدعى بينهما نصفان عند أبي حنيفة ومحمد؛ لعدم اعتبار التاريخ عندهما عند الانفراد، كما إذا لم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً متساوياً.. فإن المدعى فيهما نصفان بينهما.

وللموقت عند أبي يوسف، كما في المسألة السابقة.

(أو) كان المدعى **(في يد ثالث والمسألة بحالها)**، يعني: برهنا على ملك مطلق والعين في يد ثالث، ووقت أحدهما دون الآخر (.. **فهما**) - أي المدعيان في المسألتين على ما اختاره المصنف اتباعاً لما في «الفصولين» - **(سواء)** في استحقاق المبيع بنصفين عند أبي حنيفة.

(وعند أبي يوسف: الذي وقت أولى.)

وعند محمد: الذي أطلق أولى)؛ لأن الإطلاق دعوى أولية الملك؛ بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن، والمنفصلة كالأولاد والأكساب، ويدل على ملك الأصل، وملك الأصل: أولى من التاريخ.

ولأبي يوسف: أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن.

ولأبي حنيفة: أن التاريخ يزاحمه عدم التقدم؛ لأن الذي لم يؤرخ: سابق على المؤرخ من حيث إنه دعوى الأولية، ولاحق من حيث إن دعوى الملك المطلق تحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ؛ فإذا كان غير المؤرخ سابقاً من وجه، لاحقاً من وجه.. كان المؤرخ أيضاً كذلك، فاستويا، فيجعل كأنهما ملكا معاً، وعند ذلك: لا يمكن اعتبار معنى التاريخ.

(وإن برهن خارج وذو يد على النتاج.. فذو اليد أولى) في الاستحسان.

والقياس: عكسه، وبه أخذ ابن أبي ليلى؛ لأن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد؛ لأن الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج، واستحقاق الملك الثابت بذي اليد بظاهر يده، وذا اليد لا يثبتها: استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه.

ووجه الاستحسان: أن بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد، وهو الأولية بالنتاج، كبينة الخارج.. فاستويا، وترجحت بينة ذي اليد باليد، فيقضى له؛ سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده، على ما في «العناية».

وقيل: تهاترت البينتان، ويترك العين في يده لا على وجه القضاء [٣٥٣/أ]، حتى لو أقام الخارج بعده بينة.. تسمع، والصحيح: هو الأول، على ما في «الهداية».

واعلم: أن بينة ذي اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً؛ نحو الغصب أو العارية أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن.

وأما إذا ادعى ذلك.. فبينة الخارج أولى؛ لأن صاحب اليد أثبت ما هو ثابت بظاهر يده، والخارج يثبت ما لم يثبت من الفعل أصلاً، فكان أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً، ولأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، وهكذا ذكره في «العمادي» نقلاً عن «الذخيرة».

ثم ذكر نقلاً عن أبي الليث ما يخالف ذلك؛ حيث قال: دابة في يد رجل، أقام آخر بينة أنها دابته، أجرها من ذي اليد، أو أعارها منه، أو رهنها، وصاحب اليد أقام بينة على أنها دابته نتجت عنده.. فإنه يقضى بها لصاحب اليد؛ لأنه يدعي ملك النتاج، والآخر يدعي الإعارة والإجارة، والنتاج أسبق من الإعارة والإجارة.. فيقضى لذي اليد. انتهى.

والنتاج بالكسر اسم يشمل وضع البهايم من الغنم وغيرها.

ولا يشترط في الشهادة عليه رؤية انفصاله عن أمه، بل يكفي رؤية الولد عقيب أمه، على ما في «النهاية»؛ لحصول العلم بها.

وَكَذَا لَو برهَن كلٌّ على تلقّي الْمِلْكِ من آخرَ، وعَلى النِّتَاج عِنْده.

وَلَو برهَن أَحدُهمَا على الْمِلْكِ الْمُطلق، وَالْآخرُ على النِّتَاجِ.. فَهُوَ أولى.

وَكَذَا لَو كَانَا خَارِجَينِ.

وَلَو قُضِيَ بالنتاجِ لذِي الْيَدِ ثمَّ برهَن ثَالِثٌ على النِّتَاجِ.. قُضِيَ لَهُ، إِلَّا أَنْ يُعِيدَ ذُو الْيَدِ برهانَهُ، ....

(وكذا)؛ أي: بينة ذي اليد أولى إذا لم يدع الخارج عليه فعلاً كما ذكرناه (لو برهن كل) من الخارج وذي اليد (على تلقي الملك)؛ أي: أخذه (من آخر، وعلى النتاج عنده)؛ يعني: لو ادعى كل من الخارج وذي اليد تلقي الملك من رجل على حدة، وكان هناك بائعان، وأقام كل منهما بينة على النتاج عند بائعه.. فهو بمنزلة إقامة البينة على النتاج في يد نفسه، فيقضى به لذي اليد؛ كأن البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة؛ فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد، كذا ههنا، على ما في «العناية» و«غاية البيان».

(ولو برهن أحدهما)؛ أي: من الخارج وذي اليد (على الملك المطلق، والآخر على النتاج.. فهو) أي صاحب النتاج (أولى)؛ سواء كان خارجاً أو ذا يد؛ لأن بينته قامت على أولية الملك.. فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته.

(وكذا)؛ أي: بينة النتاج أولى (لو كانا)؛ أي: المدعيان الملك المطلق والنتاج (خارجين)؛ لما ذكرناه: أن بينة النتاج تدل على أولية الملك، فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته.

هذا [٣٥٣/ب] إذا ادعى أحد الخارجين الملك المطلق، والآخر النتاج.

وأما إذا ادعى الخارجان النتاج فأقاما البينة أنها نتجت عنده.. ففيه تفصيل سيأتي في آخر الباب.

(ولو قضى بالنتاج لذي اليد، ثم برهن ثالث على النتاج.. قضي له)؛ أي: للثالث، (إلا أن يعيد ذو اليد برهانه)؛ لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بالقضاء الأول؛

كَمَا لَو برهَن الْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ الْمُطلقِ على النِّتَاجِ.. يُقبلُ، ويُنْقَضُ الْقَضَاءُ.

وكلُّ سَبَبٍ لَا يتَكَرَّرُ.. فَهُوَ مثلُ النِّتَاجِ؛ ....

فإذا أقام البينة على مدعاه.. يقضى له.

ثم إن ادعى ذو اليد بينة.. قضي له بها؛ تقديماً لبينته، وينقض القضاء على الثالث، وإن لم يعد.. فلا.

(كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج.. يقبل وينقض القضاء) الأول؛ لأنه بمنزلة النص في دلالته على الأولية قطعاً، وكان واقعاً على خلافه.. فلا يقبل وينقض.

وفي القياس: لا تقبل بينته؛ لكونه مقضياً عليه بالملك المطلق.

والجواب: منع كونه مقضياً عليه؛ لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأً.. فلا يكون مقضياً عليه.

فإن قيل: القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه؛ فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج، فينبغي أن لا ينقض القضاء لمصادفته موضع الاجتهاد.

أجيب: بأن قضاءه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء، فيترجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء.. فلم يكن عن اجتهاد، بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد؛ فإذا أقام ما يدفع به.. انتقض القضاء الأول.

(وكل سبب لا يتكرر.. فهو مثل النتاج).

قد تقدم: أن القياس ترجيح بينة الخارج في دعوى النتاج على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى، وتركناه استحساناً؛ لما روى جابر أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل، فأقام البينة على نتاجها، وأقام ذو اليد على نتاجها كذلك.. فقضى رسول الله ﷺ لذي اليد،

كنسجِ ثِيَابٍ لَا تنسجُ إِلّا مرّةً، وكحلبِ اللَّبنِ، واتخاذِ الْجُبْنِ، واللِّبْدِ، والمرعزي، وجزِّ الصُّوف.

فلا يلحق بالنتاج غيره في هذا الحكم، إلا ما كان في معناه من كل وجه، وهو فيما لا يتكرر من الأسباب.

(**كنسج ثياب لا ينسج إلا مرة**) وهي الثياب القطنية.

(**وكحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد**) وزان: «حَمَل» ما تلبد من شعر أو صوف على ما في «المصباح».

(**والمرعزي**) بكسر الميم والعين المهملة، إذا شددت الزاي.. قصرت، وإن خففت.. مدت، وهي كالصوف تحت شعر العنز [٣٥٤/أ] على ما في «الكفاية».

(**وجز الصوف**) فإن رجلاً إذا ادعى أنه ملكه نسجه وحلبه من شاته وصنع الجبن في ملكه أو جزه من شاته، وادعى ذو اليد مثل ذلك، وأقام عليه بينة.. فإنه يقضى بذلك لذي اليد؛ لأنها في معنى النتاج من كل وجه، فيلحق به بدلالة النص.

قال في «قاضي خان»: ولو تنازعا في صوف أقام ذو اليد البينة أنها ملكه جزه من شاة هو يملكها، وأقام آخر البينة أن ملكه جزه من شاة ملكها.. يقضى به لذي اليد؛ لأن جز الصوف مما لا يتكرر، فما جز.. لا يجز ثانياً.

ولو أقام خارج البينة على شاة في يد غيره أنها شاته، وجز هذا الصوف منها، وأقام ذو اليد البينة: أن الشاة التي يدعيها له، وجز هذا الصوف منها.. فإنه يقضى بالشاة للمدعي؛ لأنهما ادعيا في الشاة ملكاً مطلقاً، فيقضى بالشاة للخارج، ثم يتبعها الصوف؛ لأن الجز ليس من أسباب الملك. انتهى. فليتأمل.

وقال في «المحيط» السرخسي: إذا كان الدعوى في جبن، فأقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه جبنه، صنعه في ملكه.. فهو للذي في يده؛ لأن الجبن لا يصنع إلا مرة واحدة.

وهذه المسألة على خمسة أوجه:

وَمَا يتكَرَّرُ: بِمَنْزِلَةِ الْمِلْكِ الْمُطلقِ؛ كنسجِ الْخَزِّ، وكالبناءِ وَالْغَرْسِ وزراعةِ الْبُرِّ والحبوبِ.

أحدها: ما بيناه.

والثاني: إذا أقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه، فيقضى به للمدعي.

والثالث: أن يقيم كل واحد منهما البينة أنه حلب اللبن الذي صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضى لذي اليد.

والرابع: إذا أقام كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه، فيقضى به للمدعي؛ لأن المنازعة في ملك الشاة، وبينة كل واحد منهما قامت على الملك المطلق، وفيه بينة الخارج أولى.

والخامس: أن يقيم كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن شاته، ولدت في ملكه من شاته.. فبينة ذي اليد أولى. انتهى.

(**وما يتكرر بمنزلة الملك المطلق**) فقضى به للخارج؛ لعدم كونه في معنى المنصوص عليه من النتاج؛ (**كنسج الخز**) وهو اسم دابة، ثم يسمى به الثوب المتخذ من وبره.

قيل: هو ينسج؛ فإذا بلي.. يغزل مرة أخرى وينسج.

(**وكالبناء والغرس وزراعة البر والحبوب**)؛ فإنه يبنى ويغرس [٣٥٤/ب] في موضع ثم ينقض ويقلع مرة ويبنى مرة أخرى ويغرس في موضع آخر.

وكذلك الحبوب تغربل فتزرع مرة أخرى.

وكذا المصنوع من الخشب كالصندوق والسرير ونحوهما ينقض ويصنع مرة أخرى.

وكذا المصنوع من نحاس أو حديد أو الحجرَين.

وَمَا **أشكلَ**: رَجَعَ فِيهِ إِلَى أَهلِ الْخِبْرَةِ؛ فَإِنْ أَشكلَ عَلَيْهِم.. جُعلِ كالمطلقِ.

وإِنْ برهنَ خَارِجٌ على مِلْكٍ مُطلقٍ، وَذُو يَدٍ على الشِّرَاءِ مِنْهُ.. فَهُوَ أَولى.

وَإِن برهَن كلٌّ مِنْهُمَا على الشِّرَاءِ من صَاحبه، وَلَا تَارِيخَ لَهما.. تهاترا وَترك المَالُ فِي يَد ذِي الْيَد.

وَعند مُحَمَّد: يُقْضى لِلْخَارِج.

(**وما أشكل**) أنه مما يتكرر أو لا يتكرر (.. **رجع فيه إلى أهل الخبرة**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾؛ فإن قالوا: إنه مما لا يتكرر.. كان في معنى النتاج.

(**فإن أشكل عليهم**)؛ أي: على أهل الخبرة (.. **جعل كالمطلق**) في رواية أبي حفص الكبير، فيقضى به للخارج؛ لأن القضاء بالبينة هو الأصل، والعدول كان لما رويناه من خبر النتاج؛ فإذا عدم.. يرجع إلى الأصل.

وفي رواية أبي سليمان الجوزجاني: يحكم به لذي اليد.

وكذا الحال فيما إذا اختلف أهل الخبرة؛ بأن قال بعضهم: إنه مما لا يتكرر، وبعضهم: إنه مما يتكرر.. فيجعل كالمطلق في رواية حفص، وكالنتاج في رواية أبي سليمان الجوزجاني.

(**وإن برهن خارج على ملك مطلق، وذو يد على الشراء منه.. فهو**)؛ أي: ذو اليد (**أولى**)؛ لأن الخارج إن كان يدعي أولية الملك.. فذو اليد تلقى منه، ولا تتأتى في هذا، فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك للخارج، ثم ادعى الشراء منه.

(**وإن برهن كل منهما**)؛ أي: من الخارج وذي اليد (**على الشراء من صاحبه، ولا تاريخ**) معهما (.. **تهاترا**)؛ أي: تساقطا (**وترك المال في**) يد (**ذي اليد**) عندهما.

(**وعند محمد: يقضى للخارج**)؛ عملاً بالبينتين مهما أمكن، وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض، ثم باع منه ولم يقبض هو، وهذا لأن

وإِنْ أرّخا فِي الْعَقارِ بِلَا ذكرِ قبضٍ، وتاريخُ الْخَارجِ أسبقُ.. قُضِيَ لذِي الْيَد.

القبض دليل السبق، ولا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولاً ثم باعه إياه؛ لأن ذلك يستلزم البيع قبل القبض، وذلك لا يجوز عنده وإن كان في العقار.

ولهما: أن الإقدام على الشراء إقرار من المشتري بالملك للبائع، فصار كأنهما قامتا على الإقرارين، وفيه التهاتر بالإجماع، كذا ههنا.

وقوله: «عملاً بالبينتين مهما أمكن» ممنوع؛ لأن السبب إنما يراد لحكمه وهو الملك، والقضاء بالبينتين مع كون المال للخارج يستلزم القضاء بمجرد السبب بدون حكمه بالنسبة إلى بينة ذي اليد، وذلك غير جائز.

ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن.. فينتقصان عندهما إن استوى الثمنان؛ لوجود قبض [٣٥٥/أ] مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدا على نقد الثمن.. فالقصاص على مذهب محمد للوجوب عنده.. فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب.

ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض.. تهاترتا بالإجماع، على اختلاف التخريج.

فعندهما: باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرارمن كل منهما بالملك لصاحبه، وفي هذا الإقرار: يتهاتر الشهود.. فكذلك ههنا.

وعند محمد: باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز؛ لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول.. تساقطا، فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت.

(**وإن أرخا**)، أي: البينتان (**في العقار بلا ذكر قبض، وتاريخ الخارج أسبق.. قضي لذي اليد**) عندهما، فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً، ثم باع قبل القبض من صاحب اليد؛ فإنه جائز في العقار عندهما.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لِلْخَارِجِ.
وإِنْ أَثبتا قبضاً.. قُضِيَ لذِي الْيَدِ اتِّفَاقًا.
وَإِن كَانَ وَقتُ ذِي الْيَدِ أَسبقُ.. قُضِيَ لِلْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

(**وعند محمد: للخارج**)؛ لعدم صحة البيع قبل القبض عنده، فبقي على ملكه، فيجعل كأن ذا اليد اشتراه من الخارج، ثم باع منه ولم يسلم، وهذا لا يجوز عنده.

(**وإن أثبتا قبضاً**) وتاريخ الخارج أسبق (.. **قضي لذي اليد اتفاقاً**)؛ لأنه يجعل كأن الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها، وذلك صحيح على القولين جميعاً.

(**وإن كان وقت ذي اليد أسبق.. قضي للخارج في الوجهين**)؛ يعني: سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا به.

أما الأول: فظاهر.

وأما الثاني: فيجعل كأن ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج، فيؤمر بالتسليم إليه.

أطلق المصنف ذا اليد فشمل الثالث وأحد المدعيين، وفيه تفصيل مذكور في «المحيط»، ولنذكره تتميماً للفائدة، وهو: أنه متى تنازع اثنان في عين ادعى كل واحد منهما أنه اشتراه من صاحبه بثمن معلوم، أو ادعى أنه باعه من صاحبه بثمن معلوم، وأنكر صاحبه، وأقام كل واحد منهما البينة على ما ادعاه ولم يؤرخا.. فإنه يتهاتر البينتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ سواء أكان المبيع في يد أحدهما أو في يد ثالث والثالث يجحد، وسواء كان الثمنان على السواء، أو أحدهما أنقص من الآخر.

إلا أن المبيع إذا كان في يد أحدهما [٣٥٥/ب].. فإنه يترك في يده قضاء ترك في جميع الروايات.

وإذا كان في يد ثالث.. ففي رواية بيوع «الجامع»: إنه يقضى بالمدعي بين المدعيين بالنصفين وإن كان لا يقضى بالعقدين.

وفي رواية أخرى: أنه يترك في يد الثالث قضاء ترك. هذا على قولهما.

وَلَا تَرْجِيحَ بِكَثْرَةِ الشُّهُودِ.

وقال محمد: متى تنازعا وادعى كل منهما أنه اشتراه من صاحبه بثمن معلوم والعين في يد أحدهما؛ إن شهد الشهود بالعقد دون القبض.. فالقبض المعاين يجعل أولاً؛ كأن ذا اليد اشترى أولاً وقبض، ثم باع ولم يسلم، فيؤمر بالتسليم، ويجب لكل واحد منهما على صاحبه ما ادعى من الثمن، ويتقاصان إذا كانا على السواء.

وإن شهدوا بالعقد والقبض.. فإنه حينئذ يجعل القبض المعاين آخراً؛ كأن الخارج اشترى أولاً وقبضه، ثم باعه من صاحبه وسلم، فيقضى بالمبيع لذي اليد.

وإن كان العين في يد ثالث والمسألة بحالها؛ إن ادعى كل واحد منهما من الثمن مثل ما ادعاه الآخر.. يقضى بالمبيع بينهما نصفين؛ سواء شهدوا بالعقد دون القبض، أو شهدوا بهما.

إلا أنهم متى شهدوا بالعقد دون القبض.. يقضى لكل واحد منهما بنصف الثمن على صاحبه، ومتى شهدوا بهما.. فإنه يقضى لكل واحد منهما بجميع الثمن على صاحبه، ثم يتقاصان، وإن كان أحد الثمنين أنقص من الآخر؛ إن شهدوا بالعقد دون القبض.. فإنه يجوز عقد كل واحد منهما في النصف، ويبطل في النصف الآخر.

وإن شهدوا بهما.. فإنه يقضى لكل واحد منهما بما ادعى من العقد على صاحبه في الجميع، هذا ما ذكره في «المحيط» وما في تفصيله فيه.

(**ولا ترجيح بكثرة الشهود**) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته على ما في الأصول، حتى لو كان لأحدهما شاهدان عدلان، وللآخر ألف شاهد غير عدل.. يرجح الأول لعدالته، ولو كان لأحدهما اثنان عدلان وللآخر ألف عدول.. فهما سواء؛ لأن كل عدل علّة مستقلة بنفسه، ولهذا لا يترجح خبر الواحد بخبر آخر، ولا الآية بآية أخرى؛ لكون كل منهما علة مستقلة، والمفسر يرجح على النص، والنص على الظاهر؛ باعتبار القوة القائمة بهما.

واعلم: أن الأصل في باب ترجيح البينات: هو الإثبات؛ فأيهما أثبت.. فهو

أصح؛ لما ذكره في «المحيط» في فصل دعوى الملك المطلق: إن البينات [٣٥٦/أ] في الأصل وضعت للإثبات، فيطلب الترجيح من جانب الإثبات أولاً؛ فبما كانت أكثر إثباتاً.. كانت الأولى بالقبول، وبعد الاستواء في الإثبات.. يقع الترجيح بحكم اليد.

إذا ثبت هذا.. فنقول: بينة الخارج في دعوى الملك المطلق أكثر إثباتاً من بينة ذي اليد؛ لأن الخارج ببينته يثبت زيادة استحقاق على ذي اليد لا يثبته ذو اليد على الخارج ببينته؛ إذ ليس للخارج ملك ثابت بظاهر اليد حتى يستحق ذو اليد ذلك بينة عليه، فكانت بينة الخارج أكثر إثباتاً من حيث إثبات زيادة الاستحقاق بعد تساويهما في إثبات أولية الملك لصاحبها.

بخلاف ما إذا وقع الدعوى في النتاج؛ لأن هناك استوت البينتان في الإثبات؛ لأن كل بينة أثبتت أولوية الملك لصاحبها، ولم يثبت استحقاقها على الآخر باعتبار التملك من جهته؛ لأن كل بينة نصبت على أولية الملك؛ حيث قال: نتجتْ عندي، وهذا لا يحتمل التملك من جهة صاحبه.. فاستويا في الإثبات، فرجحنا بينة ذي اليد بحكم اليد؛ لأن يده دليل على زيادة صدقه في دعواه.

وبخلاف ما لو وقع الدعوى في تلقي الملك من جهة ثالث؛ لأن هناك استوت البينتان في الإثبات والاستحقاق؛ لأن كل بينة أثبت الملك لصاحبه والانتقال من بائعه إلى نفسه وترجح صاحب اليد بحكم اليد.

وبخلاف ما لو تنازعا في عبد ادعى كل واحد أنه عبده دبره أو أعتقه، وأقاما البينة؛ حيث يقضى ببينة ذي اليد؛ لأن الدعوى في الحاصل في الولاء؛ لأن العتق حاصل للعبد لتصادقهما، وقد استوت البينتان في إثبات الولاء، وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد.

هذا إذا لم يذكرا تاريخاً، أو ذكرا تاريخاً مساوياً؛ لأن عند تساويهما في التاريخ.. لا عبرة للتاريخ، فتبقى الدعوى في الملك المطلق.

وَإِنْ ادّعى أحدُ خارِجين نصفَ دَارٍ، وَالْآخرُ كلَّهَا.. فَالربعُ لـلْأَوَّلِ، وَعِنْدَهُمَا: الثُّلُثُ، ....

وإن كان تاريخ أحدهما أسبق.. فبينة الأسبق أولى؛ سواء كان هو الخارج أو ذو اليد.

أما إذا كان خارجاً: فظاهر؛ لأنه أكثر إثباتاً من حيث الاستحقاق من وقت سابق.

وأما إذا كان ذا يد: فلأنه أثبت الملك في وقت سابق على وقت الخارج، ففي بينته زيادة إثبات واستحقاق من حيث الوقت، وإن كان في بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث إنه يستحق على صاحب اليد [٣٥٦/ب] الملك الثابت له بظاهر اليد واستويا في إثبات الاستحقاق من هذا الوجه.. يرجح بينة صاحب اليد، بحكم اليد كما في دعوى النتاج. انتهى.

فظهر منه: أن قولهم: «سبق التاريخ» من أسباب الترجيح راجع في الحقيقة إلى الترجيح بأكثرية الإثبات إن كان السابق خارجاً، وإلى الترجيح بحكم اليد إن كان السابق صاحب يد.

وكذا قولهم: «التاريخ من أسباب الترجيح فيما إذا ادعيا ملكاً مطلقاً وأرخ أحدهما فقط.. فبينة المؤرخ أولى» راجع إلى أكثرية الإثبات؛ فإن بينته أثبتت الملك والتاريخ معاً، وأثبت بينة من لم يؤرخ: الملكَ فقط.

(**وإن ادعى أحد خارجين نصف دار**) في يد ثالث، (و) ادعى (**الآخر كلها.. فالربع للأول**)، وثلاثة أرباعه لمن يدعي الكل بطريق المنازعة عند أبي حنيفة، وذلك أن من يدعي الكل لا ينازعه أحد في النصف.. فسلم له من غير منازعة، ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر، فيكون بينهما.. فسلم له ثلاثة الأرباع، وللآخر ربعه بطريق المنازعة.

(**وعندهما: الثلث**) للأول اعتباراً بطريق العول والمضاربة؛ لأن مدعي الكل

وَالْبَاقِي لِلْآخَرِ.

يدعي النصفين، والآخر النصف الواحد، وليس لشيء واحد ثلاثة أنصاف حتى يعطى لمدعي الكل نصفان وللآخر نصف واحد، فيعول إلى الثلاثة فيقسم الدار أثلاثاً على قدر حقهما؛ فثلثه: لمدع النصف، وثلثاه: لمدعي الكل.

(والباقي) أي ثلاثة أرباعها عند أبي حنيفة وثلثاها عندهما: **(للآخر)**؛ أي: لمدعي الكل.

اعلم: أن لهذه المسألة نظائر وأضداداً يحتاج بيانها إلى معرفة أنواع القسمة، وهي أربعة:

- **نوع منها يقسم بطريق العول بالاتفاق،** وهي في ثمانية مواضع:

أحدها: الميراث؛ إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها.. يقسم على طريق العول.

والثانية: إذا اجتمعت الديون المتفاوتة وضاقت التركة عن الوفاء بها.. تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول.

والثالثة: إذا أوصى الرجل بثلث ماله، وللآخر بربع ماله، ولآخر بسدسه، ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث.. يقسم الثلث بينهم بطريق العول.

والرابعة: الوصية بالمحاباة؛ إذا أوصى أن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم [٣٥٧/أ]، وأوصى لآخر أن يباع منه العبد الذي قيمته ألفا درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم.. كان الثلث بينهما بطريق العول.

والخامسة: الوصية بالعتق؛ إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه، وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه، وذاك لا يخرج من الثلث.. يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول، وسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية.

والسادسة: الوصية بألف مرسلة؛ إذا أوصى لرجل بألف، ولآخر بألفين.. كان الثلث بينهما بطريق العول.

والسابعة: عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما.. يقسم الجاني بينهما بطريق العول؛ ثلثاه لولي القتيل، وثلثه للآخر.

والثامنة: مدبر جنى على هذا الوجه، ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية.. كانت القيمة بينها بطريق العول.

- **ونوع منها يقسم بطريق المنازعة بالاتفاق،** وهو في موضع واحد: فضولي باع عبداً من رجل بألف درهم، وفضولي آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة، فأجاز المولى البيعين جميعاً.. يخير المشتريان؛ فإن اختار الآخذ أخذاً بطريق المنازعة: ثلاثة أرباعه لمشتري الكل، وربعه لمشتري النصف عندهم جميعاً.

- **ونوع منها يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وبطريق العول عندهما،** وهو في ثلاثه مواضع:

أحدها: مسألة الكتاب.

والثاني: إذا أوصى بجميع ماله لرجل، ولآخر نصفه، وأجازت الورثة.. عند أبي حنيفة: المال بينهما أرباعاً بطريق المنازعة، وعندهما: أثلاثاً بطريق العول.

والثالث: إذا أوصى بعبد بعينه لرجل، وبنصفه لآخر، وهو يخرج من ثلثه أو لا يخرج، وأجازت الورثة.. كان العبد بينهما أرباعاً عند أبي حنيفة بطريق المنازعة، وأثلاثاً عندهما بطريق العول.

ونوع منها يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة وبطريق المنازعة عندهما، وهو في خمسة مواضع:

الأول: عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد المولين مائة بأن باعه شيئاً نسيئة، وأدانه أجنبي آخر مائة، فبيع العبد بمائة.. عند أبي حنيفة: يقسم ثمن العبد بين

المولى المدين وبين الأجنبي أثلاثاً؛ ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى؛ لأن إدانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه، وإدانة الأجنبي تصح في نصيبهما.

وعندهما: أرباعاً.

والثاني: إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين، وبيع العبد.. عند أبي حنيفة: يقسم الثمن بينهما [٣٥٧/ب] أثلاثاً بطريق العول.

وعندهما: أرباعاً بطريق المنازعة.

والثالث: عبد قتل رجلاً خطأً وآخر عمداً، وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما.. يخير المولى بين الدفع والفداء؛ فإن فدى المولى.. يفدي بخمسة عشر ألفاً؛ خمسة آلاف لشريكه العافي، وعشرة آلاف لولي الخطأ.

وإن دفع.. يقسم العبد بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة.

وأرباعاً عندهما.

والرابع: لو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها ودفع المولى قيمته.. فعند أبي حنيفة: أثلاثاً.

وعندهما: أرباعاً.

والخامس: أم ولد قتلت مولاها وأجنبياً عمداً، ولكل واحد منها وليان، فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب... سعت في ثلاثة أرباع قيمتها.. كان للساكت من وليي الأجنبي ربع القيمة، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثاً عند أبي حنيفة.

وعندهما: أرباعاً بطريق المنازعة.

إذا عرفت هذا.. فاعلم: أن الأصل فيها: أن عند أبي حنيفة أن الوصول إلى الحق؛ إما بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه كالبيع والإرث، وإما بسبب غير صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق بانضمام معنى

وَإِن كَانَت فِي أَيْدِيهِمَا. فَكلُّهَا لمُدَّعِي الْكلِّ؛ نصفٌ بِقَضَاءٍ، وَنصفٌ بِلَا قَضَاءٍ.

آخر إليه كالدعوى والشهادة؛ فمن وصل إليه بالأول.. يأخذ بحسب كل حقه، ومن وصل إليه بالثاني.. يأخذ بقدر ما يصيبه حال المزاحمة.

وأن عندهما: أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين.. كانت القسمة بطريق العول، ومتى وجبت لا بسبب حق في العين.. فالقسمة بطريق المنازعة.

فعلى هذين الأصلين اتفقوا في مسائل ثمانية التي ذكرناها على العول؛ لجريان أصلهم فيها.

أما أصله: فلأن السبب فيها لا يحتاج إلى ضم شيء.

وأما أصلهما: فلأنها وجبت فيها بسبب حق في العين.

وفي مسألة واحدة مما ذكرناه اتفقوا على المنازعة لجريان أصلهما فيها أيضاً.

أما أصله.. فلأن بيع الفضولي ليس سبباً صحيحاً؛ لاحتياجه إلى الإجازة.

وأما أصلهما: فلأن حق كل كل من المشتريين كان في الثمن، فتحول إلى المبيع بالإجازة بالشراء.

وافترقوا في مسائل ثمانية أخرى، التي ذكرناها.. ففي ثلاثة منها بطريق المنازعة عنده، وبطريق العول عندهما.

وفي الخمس الأخرى: بالعكس، على ما هو مقتضى الأصلين المذكورين.

أما في مسألة [٣٥٨/أ] الكتاب.. فلأن سبب استحقاق كل من المدعيين هو الدعوى والشهادة، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها، فليس بسبب صحيح.. فكانت القسمة بطريق المنازعة عنده، وأما على أصلهما: فلأن حق كل منهما في العين.. فكانت القسمة بطريق العول عندهما.

(وإن كانت) الدار (**في أيديهما فكلها لمدعي الكل؛ نصف بقضاء ونصف بلا قضاء**)؛ لأن دعوى كل منهما تنصرف إلى ما في يده؛ لئلا يكون في إمساكه ظالماً،

وإنْ برهَن خارجانِ على نتاجِ دَابَّةٍ وأرّخا.. قُضِيَ لِمَن وَافقَ سنُّهَا تَارِيخَه.

وإن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد؛ فإذا كانت الدار في أيديهما.. فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئاً، ومدعي الكل يدعي عليه النصف، وهو خارج عن النصف.. فعليه إقامة البينة.

فإن أقامها.. فله جميع الدار؛ نصفها الذي كان بيد صاحبه على وجه القضاء، ونصفها الذي كان بيده لا على وجه القضاء؛ لأن صاحبه لم يدعه، ولا قضاء بدون الدعوى.. فيترك في يده.

هذا فيما إذا كان لهما بينة.

وأما إذا لم يكن لهما بينة.. فمدعي النصف يحلف لمدع الكل، ومدع الكل لا يحلف لمدع النصف؛ لأن مدعي النصف لا يدعي لنفسه شيئاً مما في يد مدعي الكل؛ أما مدعي الكل.. يدعي لنفسه جميع ما في يد مدعي النصف؛ فإن حلف مدعي النصف.. برئ عن خصومة مدعي الكل، وصار الحال بعد الحلف كما كان قبله، وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفان، فكذا بعد الحلف.

وإن نكل عن الحلف.. قضي لمدع الجميع بجميع الدار، كذا في «المحيط».

وفيه أيضاً: دار في يد رجل منها منزل، وفي يد رجل آخر منها منزل آخر، ادعى أحدهما أن جميع الدار له، وادعى الآخر أن الدار بينهما نصفان، ولا بينة لهما.. حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ فإن حلفا.. فالمنزل الذي في يد مدعي الجميع يترك في يده؛ لأنه برئ عن دعوى مدع النصف بالحلف، فعاد الأمر إلى ما كان قبل الدعوى، ويقضى له بنصف المنزل الذي في يد مدعي النصف، ويقضي بالساحة بينهما؛ لأنهما في يدهما قبل الدعوى والحلف، فكذا بعد الحلف.

(وإن برهن خارجان على نتاج دابة) أنها نتجت عنده أو عند بائعه **(وأرخا.. قضي لمن وافق سنها تاريخه)**؛ لظهور علامة صدق شهوده بشهادة الحال، فيترجح.

قيد بقوله: «خارجان»؛ لأن حكم دعوى الخارج مع ذي اليد النتاج [٣٥٨/ب] قد سبق من قبل؛ أعني: بينة ذي اليد هو على النتاج: أولى من بينة الخارج، ما لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد؛ سواء برهنا على النتاج فقط، أو برهنا على تلقي الملك من ثالث وعلى النتاج عنده معاً.

وقيد بقوله: «على النتاج»؛ لأن حكم برهان أحد الخارجين على النتاج والآخر على الملك المطلق قد سبق أيضاً؛ أعني: أن بينة النتاج أولى.

وكذا لو أقام الخارج على النتاج وذو اليد على الملك المطلق أو بالعكس.. بينة النتاج أولى على ما سبق، من غير نظر إلى سن الدابة في هذه الصورة.

وأما لو كانت الدابة في يد رجلين، وادعى كل واحد منهما أنها دابته نتجت عنده، وأقاما البينة على دعواهما؛ فإن لم يؤرخا.. يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يده؛ لأنه اجتمع في كل نصف، بينة ذي اليد، وبينة الخارج، وقد تقدم وأن بينة ذي اليد في دعوى النتاج أولى من بينة الخارج.

وإن أرخا وتاريخها سواء.. ينظر إلى سن الدابة؛ فإن كان مشكلاً أو كان موافقاً للوقت الذي ذكرا.. يقضى بالدابة بينهما.

وإن كان مخالفاً للوقت الذي ذكرا.. تهاترت البينات عند عامة المشايخ، وتترك الدابة في أيديهما كما كان قبل هذا.

وأن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً.. تترك الدابة في أيديهما كما كانت، كذا في «المحيط» السرخسي.

ولم يذكر صورة سبق أحد التاريخين؛ لما ذكر في «الفصولين»: أن التاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال؛ أرخا تاريخاً متساوياً، أو أحدهما أسبق، أو أرخ أحدهما دون الآخر؛ إذ الغرض من إثبات التاريخ: زيادة الاستحقاق على خصمه؛

ليترجح بينته، وإثبات زيادة الاستحقاق لا يتصور في النتاج؛ لأنه دعوى أولية الملك. انتهى.

فإن قيل: هذا ينافي ما ذكره المصنف في مسألة دعوى الخارجين النتاج؛ حيث قال: «وأرخا قضي له؛ وافق سنها تاريخه».. فإن الظاهر منه: اعتبار التاريخ، وإلا.. ينبغي أن يحكم بينهما كما لم يؤرخا.

وكذا ينافي ما ذكره الإمام السرخسي حيث ذكر صور تاريخهما وتأريخ أحدهما فقط مقابلاً لصورة عدم التأريخ.. فالظاهر منه: اعتبار التاريخ.

قلنا: لا منافاة؛ لأن الحكم في تلك الصور لظهور كذب بينة أحدهما بعد موافقة سن الدابة لوقت الآخر، لا لاعتبار تاريخه، فصار وكأنه لم يبرهن على النتاج [٣٥٩/أ] إلا أحدهما.

والحاصل: أن الدابة في دعوى النتاج لا يخلو:

إما أن تكون في يد أحد المدعيين، أو في يدهما، أو في يد ثالث.

فإن كانت في يد أحدهما.. فلا يخلو:

إما أن يدعيا النتاج فقط، أو يدعيا تلقي الملك من رجل آخر والنتاج عند ذلك الرجل.. ففي الصورتين: بينة ذي اليد أولى.

أو يدعى أحدهما النتاج والآخر الملك المطلق.. فحينئذٍ بينة النتاج أولى؛ سواء كان مدعي النتاج خارجاً، أو ذا يد.

وإن كانت الدابة في يدهما أو في يد ثالث؛ فإن لم يؤرخا.. فهي بينهما.

وإن أرخا.. ينظر إلى سن الدابة كما ترى.

قال في دعاوى «قاضي خان»: رجلان بيد كل واحد منهما شاة، أقام كل واحد منهما البينة على أن الشاة التي في يد صاحبه شاته، ولدت من شاته التي في يده؛ فإن كانتا مشكلتين.. ذكر في «الأصل»: أنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي في يد

وَإِن أَشْكَلَ.. فَلَهُمَا.

وَإِن خالفَهما.. بطلا.

وَإِنْ برهَن أحدُ الخارجَينِ على غصبِ شَيْءٍ، وَالْآخرُ على وديعتِهِ.. اسْتَوِيَا.

الآخر؛ لأنهما استويا في دعوى النتاج، فتعارضت البينتان في ذلك.. فلا يعتبر دعوى النتاج، فيجعل كأنهما ادعياه ملكاً مطلقاً، فيقضى لكل شاة ببينة الخارج.

وعن أبي يوسف: أنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي في يده قضاء ترك، لا قضاء استحقاق؛ لأنه لا وجه للقضاء لكل منهما بالنتاج؛ لمكان الاستحالة، والقضاء بغير النتاج قضاء بغير دعوى، فتبطل البينتان ضرورة. انتهى.

(**وإن أشكل**) أي: سن الدابة بأن لم يعرف كم هي حتى يعلم أنها توافق تاريخها أو لم يوافق (.. **فلهما**)؛ لأنه سقط التوقيت بالإشكال وكانا كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما.. فيكون بينهما، كذا قالوا.

قلت: قد ذكر في «الفصولين» وغيره: أنه لا عبرة في دعوى النتاج التاريخ؛ فذكر التاريخ وعدم ذكره، ومعرفته وعدم معرفته: سواء؛ فالأولى في التعليل أن يقال: إنه لما أشكل سنها.. لم يظهر كذب شهود أحدهما، فيكون بينهما؛ لعدم الترجيح.

(**وإن خالفهما**)؛ أي: خالف سن الدابة تاريخ الخارجين (.. **بطلا**)؛ أي: البينتان.

قال في «المحيط» السرخسي: إن كان سن الدابة مخالفاً لتاريخ الخارجين.. لم يذكر محمد هذه المسألة في «الأصل»، قال عامة المشايخ: الصحيح : أنه يتهاتر البينتان فيترك الدابة في يد صاحب اليد كما كان.

وروي شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه» عن محمد: أن الدابة [٣٥٩/ب] في هذه الصورة بينهما نصفان كما في صورة كون السن مشكلاً، قال: وهو الأصح.

وقال أبو الليث: ولعل الأصح: أن الدابة تترك في يد ذي اليد كما كان، واختاره المصنف أيضاً.

(**وإن برهن أحد الخارجين على غصب شيء، والآخر على وديعته.. استويا**)؛

يعني: ادعى أحد الخارجين على ذي يد أنك غصبت هذا العبد مني، والآخر ادعى أنه أودعه إياه، وبرهنا.. استويا في الاستحقاق له؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق؛ فإن المودع لما أنكر الوديعة.. صار غاصباً، فصار إلى دعوى الغصب والتساوي في سبب الاستحقاق.. يوجب التساوي في نفس الاستحقاق.

* * *

(فصلٌ فِي التَّنَازُعِ بِالْأَيْدِي)

لابِسُ الثَّوْبِ أَولى مِنَ الْآخِذ بكُمِّه.

والراكبُ أَحَقُّ مِنَ الْآخِذِ باللِّجام.

وَمَن فِي السَّرْجِ أَحَقُّ مِنَ الرَّدِيفِ.

(فَصْلٌ)
في التَّنَازُعِ بِالأَيْدِي

لما ذكر وقوع الملك بالبينة.. شرع في هذا الفصل بيان وقوعه بظاهر اليد، ولما كان الأول أقوى.. قدمه على الثاني.

(لابس الثوب أولى من الآخذ بكمه) أو غيره من أطرافه؛ لأنه أظهرهما تصرفاً واستعمالاً حتى يصير به غاصباً.

(والراكب) على الدابة **(أحق من الآخذ باللجام)**؛ لأن تصرفه أظهر؛ لأن الركوب يختص بالمالك غالباً، بخلاف الآخذ باللجام.

(ومن في السرج أحق من الرديف)، قال في «البزازية»: ادعيا دابة وهما عليها؛ إن كانا في السرج.. فبينهما.

وإن كان أحدهما فيه والآخر رديفه.. فلمن في السرج.

قال في «شرح الطحاوي»: هذا رواية عن أبي يوسف، وفي الظاهر: هذا كالأول فيستويان. انتهى كلام البزازي.

اختار المصنف رواية أبي يوسف اتباعاً لصاحب «الهداية».

والمراد بالرديف: هو الراكب خارج السرج خلف الراكب في السرج.

واختار القدوري ظاهر الرواية؛ حيث قال: تنازعا في دابة وأحدهما راكب في السرج والآخر رديفه.. قضي بالدابة بينهما.

وفي «المحيط»: لو كان أحدهما يقود الدابة، والآخر يسوقها.. قضي بالدابة للقائد؛ لأن للقائد يداً؛ فإنه ممسك باللجام، والسائق لا يد له.

وَصَاحِبُ الْحِملِ أَولى مِمَّن عَلَّق كوزَهُ عَلَيْهَا.
والراكبانِ بِلَا سرجٍ أَو فِيهِ سَوَاءٌ.
وَكَذَا الْجَالِسُ على الْبِسَاطِ والمتعلِّقُ بِهِ سَوَاء.
وَمَن مَعَهُ ثوبٌ وطرفُهُ مَعَ آخَر.

وفيه أيضاً: إنه لو كان أحدهما ممسكاً بلجام الدابة والآخر متعلقاً بذنبها.. ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها.

(وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه عليها)؛ أي: على الدابة؛ لأنه هو المتصرف بتصرف يختص بالمالك غالباً، بخلاف تعليق الكوز؛ فإنه وإن كان تصرفاً للدابة أيضاً.. إلا أنه لا يختص بالمالك [٣٦٠/آ].

(والراكبان بلا سرج أو فيه) أي في السرج **(سواء)**؛ لاستوائهما في التصرف.

(وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء)؛ أي: سواء في التصرف.

وكذا لو كانا جالسين عليه أو متعلقين به سواء بينهما، فيترك في أيديهما على ما كان، لا على طريق القضاء؛ لأن اليد على البساط؛ إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه، وكذا التعلق به ليس بشيء من ذلك.. فلا يكون يداً، فلا يكون بأيديهما، ولا في يد غيرهما، وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما نصفين.

بخلاف ساكني دار إذا ادعياها؛ حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره؛ لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم؛ لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له، وزوال ذلك غيرمعلوم؛ لأنها بعد أن كانت في مكانها الذي ثبت يد المختط له فيه عليها.. لم يتحول إلى مكان آخر، فكان يده ثابتة عليها، ولم يعلم به القاضي.. فلا يجوز القضاء أصلاً؛ لعدم شرطه وهو علم القاضي بأن المدعي ليس في يد غير المدعيين.

(ومن معه ثوب وطرفه مع آخر)؛ أي: بينهما سواء نصفان؛ لأن كل واحد منهما متمسك باليد، إلا أن أحدهما أكثر استمساكاً، ومثل تلك الزيادة لا توجب رجحان

والحائطُ لِمَنْ جذوعُهُ عَلَيْهِ، أَو اتَّصلَ ببنائِهِ اتِّصَالَ تربيعٍ، ....

إحدى الحجتين؛ لكونها من جنس تلك الحجة، كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة، بخلاف مسألة لابس الثوب والآخر متعلق بكمه؛ لأن الزيادة فيها ليس من جنس الحجة؛ فإن الحجة هنا هي اليد والزيادة هي التصرف والاستعمال.. فيصلح مرجحاً للحجة.

(والحائط) المتنازع فيه **(لمن جذوعه)** جمع جذع بكسر الجيم والمراد به: سهم السقف **(عليه)** أي على الحائط المتنازع فيه **(أو)** لمن **(اتصل)** ذلك الحائط **(ببنائه اتصال تربيع)** وذلك بأن يكون أنصاف لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة في أنصاف لبنات الحائط الغير المتنازع فيه إن كان الحائط من حجر أو مدر.

أو يكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى إن كان من الخشب على ما في «الكافي».

أو بأن يكون أنصاف اللبن من جانبي الحائط المتنازع فيه متداخلة بحائطين لأحدهما، والحائطان متعللان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً له أضلاع أربعة، فيكون الكل في حكم بناء واحد، وبه أخذ [٣٦٠/ب] بعض المشايخ، وهو مختار الكرخي.

وعن أبي يوسف: تغيير اتصال التربيع الذي يترجح به صاحب الاتصال على صاحب الجذوع: اتصال جابني الحائط المتنازع فيه بمداخلة أنصاف اللبن بحائطين لأحدهما.

وأما اتصال الحائطين بحائط آخر في مقابلة الحائط المتنازع فيه.. فغير معتبر، وعليه أكثر المشايخ؛ منهم الإمام السرخسي.

والمراد بجانبي الحائط: متنها من الطرفين.

وأما إذا نقب في حائط فأدخل فيه.. لا يكون اتصال تربيع، بل يقال له اتصال ملازقة ومجاورة:

لَا لِمَنْ لَهُ عَلَيْهِ هراديٌّ، بل الجارانِ فِيهِ سَوَاءٌ.

وَإِن كَانَ لكلٍّ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ جُذُوعٍ.. فبينُهما.

وَلَا تَرْجِيحَ بِالْأَكْثَرِ مِنْهَا.

فإن كان لهما اتصال تربيع أو مجاورة .. يحكم بالحائط بينهما.

وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر اتصال ملازقة.. يقضى لصاحب التربيع.

وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع.. فصاحب الاتصال أولى، والجذوع أولى من الملازقة. كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(**لا لمن له عليه هرادي**)؛ لأن صاحب الجذوع والاتصال هو المستعمل للحائط، وصاحب الهرادي هو المتعلق به، والمستعمل أولى من المتعلق - كما في دابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق على ما تقدم - والهرادي، وكذا البواري ليس بشيء؛ لأن الحائط لا يبنى لهما أصلاً، وإنما يبنى للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري، وهما إنما يوضعان للاستظلال.

هرادي جمع هردية، وهي قصبات تضم ملويّة بطاقات من الكرم ترسل عليها قضبان الكرم على ما في «المغرب».

(**بل الجاران فيه**)؛ أي: الهرادي والبواري (**سواء**)، حتى لو تنازعا في حائط عرف كونه في أيديهما ولأحدهما عليه هرادي، وليس للآخر عليه شيء.. قضي به بينهما قضاء ترك، ولا يؤمر لصاحب الهرادي رفع الهرادي، إلا أن يدعي الآخر استحقاق للحائط ويثبته بالبينة.. فحينئذٍ يؤمر برفعه.

(**وإن كان لكل**) من الجارين (**عليه ثلاثة جذوع.. فبينهما**)؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

(**ولا ترجيح بالأكثر**)؛ أي: من الثلاثة (**منها**)؛ أي: من الجذوع؛ لأن الزيادة عليها من جنس الحجة؛ فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبنى للأكثر منها، ولا

ترجيح بكثرة الحجج عندنا، كذا في «الهداية» وحواشيه.

وذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان لأحدهما على الحائط المتنازع فيه أجذاع، وللآخر عليه أكثر.. جعلته بينهما نصفين؛ لعدم الترجيح بالأكثر؛ فإن كان لأحدهما عليه ثلاثة وللآخر [٣٦١/أ] عشرون.. فالحائط لصاحب العشرين ولصاحب الثلاثة موضع جذوعه، وإنما أجعله بينهما نصفين إذا تقاربت أو كان لصاحب الأقل أكثر من نصف جذوع الآخر.

وذكر الحاكم الشهيد في «المختصر»: إذا كان لأحدهما عليه عشر خشبات، وللآخر سبع خشبات.. فهو بينهما نصفان.

وهذا يوافق ما في «المنتقى» عن أبي يوسف؛ لأن عدد أصحاب القليل أكثر من نصف عدد صاحب الكثير.

وذكر في صلح «الأصل»: لو كان لأحدهما عليه عشرة أجذاع، وللآخر خمسة أجذاع.. فلكل واحد منهما ما في يده.

قالوا: أراد بذلك: أن الحائط المتنازع فيه يكون بينهما على ثلاثة أسهم؛ ثلثاه لصاحب العشرة، وثلثه لصاحب الخمسة، وبه أخذ بعض مشايخنا، وهذا أيضاً يوافق ما ذكر في «المنتقى»؛ لأن أجذاع صاحب القليل ليست بأكثر من نصف جذوع الآخر.

والحاصل: أن الرواية مختلفة فيما إذا كان لكل واحد منهما عليه جذوع، وجذوع أحدهما أكثر من جذوع الآخر، ولكن جذوع صاحب القليل لا تنقص من الثلاثة:

فما اختاره صاحب «الهداية» وتبعه المصنف: قول أبي يوسف آخراً، وهو استحسان.

وَإِن، كَانَ لأَحَدِهِمَا ثَلَاثَةٌ، وَلِلْآخَرِ أَقَلُّ.. فَهُوَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ، وَلِلْآخَرِ مَوضِعُ خَشَبِهِ.

وما ذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف قوله أولاً، وبه كان يقول أبو حنيفة أولاً، ثم رجع عنه إلى الاستحسان.

(**وإن كان لأحدهما ثلاثة**) جذوع (**وللآخر أقل**)؛ أي: واحد أو اثنان (.. **فهو لصاحب الثلاثة، وللآخر موضع خشبه**)؛ أي: له حق الوضع على ما في رواية كتاب الإقرار لمحمد؛ فإنه قال فيه: الحائط كله لصاحب الأجذاع، ولصاحب القليل موضع جذعه.

وقالوا: يريد به حق الوضع على أن يكون لفظ «موضع» مصدراً ميمياً.

وذكر في رواية كتاب الدعوى والصلح: لكل واحد منهما ما تحت خشبه؛ حيث قال فيه: إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع، فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط، وعلى هذه الرواية قال بعضهم: ما بين الخشب يكون بينهما؛ لاستوائهما في ذلك، كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات.

وقال بعضهم: على قدر خشبهما، وقال: إنه لصاحب الأكثر؛ لأن الحائط للأكثر لا لجذوع واحد أو اثنين.

ثم هذا استحسان.

والقياس: أن يكون الحائط بين صاحب الأقل؛ أي: الجذع والجذعين [٣٦١/ب] وبين صاحب الأكثر؛ أي: الثلاثة فصاعداً: نصفين؛ لأنهما استويا في أصل الاستعمال، والزيادة من جنس الحجة، والترجيح لا يقع بها، على ما تقدم.

ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين من الكتابين: أن يكون لصاحب الأكثر، ولصاحب الأقل موضع خشبه.

ثم وجه رواية كتاب الإقرار: أن الحائط وضع للأكثر لا للواحد، ولا للاثنين، فكان الظاهر: شاهداً لصاحب الكثير، إلا أن لصاحب القليل حق الوضع؛ لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده.. فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة.

وَلَو لأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ، وَلِلْآخَرِ اتِّصَال .. فلِذِي الِاتِّصَالِ، وَلِلْآخَرِ حَقُّ الْوَضعِ.

وَقِيل: لِذِي الْجُذُوعِ.

ووجه رواية كتاب الدعوى والصلح: أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته، والاستحقاق بحسب الاستعمال.

واعلم: أن ما ذكره المصنف: - من جعل الجذعين مثل جذع واحد، وهو قول بعض المشايخ واختاره صاحب «الهداية» - باعتبار أن التنصيف بينهما نادر؛ كجذع واحد.

وقال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاثة؛ لإمكان التنصيف بنيهما.

(**ولو**) كان (**لأحدهما جذوع وللآخر اتصال**)؛ أي: اتصال تربيع لا ملازقة؛ لأنه لو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال ملازقة.. فالجذوع أولى، على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية»، وقد ذكرناه من قبل.

(.. **فلذي الاتصال**) التربيعي عند عامة المشايخ، على ما روي عن أبي يوسف في «الأمالي»؛ لأن الحائطين بالاتصال التربيعي من الطرفين.. صارا كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه: القضاء بكله؛ لعدم القائل بالاشتراك، فصار الظاهر شاهداً له.

(و) لكن (**للآخر حق الوضع**)؛ لما ذكرناه: أن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده.

(**وقيل:**) الحائط (**لذي الجذوع**)؛ لأنه صاحب التصرف، وصاحب الاتصال صاحب اليد، والتصرف أقوى من اليد.

وإنما قيدناه بطرفي الحائط المتنازع فيه؛ لأنه لو كان لأحدهما: جذوع وللآخر:

اتصال تربيع بأحد طرفي الحائط المتنازع فيه.. فالمختار عند عامة المشايخ: أن صاحب الجذوع أولى؛ لكونه صاحب تصرف يرجح على صاحب اليد، وهو صاحب اتصال تربيع، وممن رجحه: الإمام السرخسي.

وقيل: إن صاحب الاتصال فيه أيضاً أولى؛ لكون الحائطين بالاتصال كبناء واحد.. فيُقضَى له بالكل، لكن للآخر حق الوضع بعين ما ذكرناه، وهذا رواية الطحاوي، ورجحه الجرجاني على ما في [٣٦٢/أ] «العناية».

هذا جملة ما ذكره المصنف في الحائط المتنازع فيه، ولم يستوف جميع احتمالاته.

وتوضيحه: على ما في «المحيط»: أن الحائط المتنازع فيه لا يخلو؛ إما أن لا يكون متصلاً ببناء لهما، أو يكون متصلاً ببناء لأحدهما اتصال تربيع، أو اتصال ملازقة.

وعلى التقديرين: لا يخلو؛ إما أن لا يكون لهما عليه شيء من الجذوع والهرادي، أو كان لهما عليه جذوع أو هرادي، أو لأحدهما جذوع وللآخر هرادي، أو لم يكن شيء:

فإن لم يكن الحائط متصلاً ببناء لهما ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره.. فإنه يقضى للحائط بينهما؛ لاستوائهما في الدعوى، وليس ثمة من ينازعهما فيه، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيقضى بينهما.

ومعنى القضاء لهما: أنه إذا عرف كونه في أيديهما.. يقضى بينهما قضاء ترك على ما كان، وإن لم يعرف كونه في أيديهما، وادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يده.. يجعل في أيديهما، إلا أنه يقضى بينهما .

وكذلك: إن كان لأحدهما عليه هرادي أو بواري، ولا شيء للآخر عليه.. يقضى بينهما؛ لأن بوضع الهرادي: لا يثبت على الحائط يد استعمال؛ لأن الحائط

إنما يبنى للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع عليه، لا الهرادي أو البواري.

نظيره: ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوب مبسوط، ولا شيء للآخر.. فهناك يقضى بالحائط بينهما، فكذا ههنا.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع، ولا شيء للآخر.. يقضى لصاحب الجذوع؛ لأنه المستعمِل.

وكذلك إن كان للآخر عليه هرادي؛ لأن الهرادي ليس باستعمال للحائط.

على ما بيناه.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع، وللآخر عليه حائط سترة.. فالحائط الأسفل: لصاحب الجذوع؛ لكونه مستعملاً بوضع حمل مقصود عليه، ولصاحب السترة: السترة على حالها؛ بمنزلة سفل لأحدهما وعليه علو لآخر.

وإن كان لأحدهما عليه سترة، ولآخر عليه هرادي.. فالحائط لصاحب السترة.

وإن كان لأحدهما جذع واحد، ولا شيء للآخر، أو لآخر عليه هرادي.. لم يذكر محمد هذا في ظاهر الرواية.

وقال بعض مشايخنا: لا يقضى لصاحب الجذع الواحد؛ لأن الحائط لا يبنى لوضع جذع واحد.

وروى ابن سماعة: عن محمد أنه قال: يقضى لصاحب الجذع الواحد؛ لأن له نوع استعمال مع اليد.

هذا كله: إذا لم يكن الحائط المتنازع فيه متصلاً ببناء [٣٦٢/ب] لهما.

وأما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلاً ببناء لهما:

إن كان اتصالهما جميعاً اتصال ملازقة.. يقضى بينهما نصفين؛ لاستوائهما في الدعوى والاتصال.

وإن كان اتصال أحدهما تربيعاً والآخر اتصال ملازقة.. فصاحب التربيع أولى.

وَذُو بَيتٍ من دَارٍ كذي بيُوتٍ مِنْهَا فِي حقِّ ساحتِها.

وَلَو ادّعَيَا أَرضاً كلٌّ أَنَّهَا فِي يَدِهِ وبرهنا.. قُضِيَ بيدِهِما.

(وذو بيت من دار: كذي بيوت منها في حق ساحتها)؛ لاستوائهما في الاستعمال، وهو: المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة ونحوها.

ولا معتبر بكون أحدهما خرَّاجاً ولَّاجاً دون الآخر؛ لأنه من قبيل الترجيح بكثرة الأدلة، ولا معتبر به.

(ولو ادعيا أرضاً: كلٌّ أنَّها في يده وبرهنا.. قُضِيَ بيدهما) نصفين؛ لقيام الحجة في حق كل منهما؛ فإن طلبا القسمة بعد ذلك.. لم يقسم بينهما بمجرد يدهما ما لم يقيما البينة على الملك بالاتفاق عند بعض المشايخ.

وقال بعضهم: هذا قول أبي حنيفة.

وقالا: يقسم بينهما؛ بناء على مسألة أخرى، وهي: ما إذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي: أنها ميراث في أيديهم من أبيهم، والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم.. فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثاً لهم، عند أبي حنيفة.

وقالا: يقسمها بينهم بإقرارهم، ويُشْهِدُ أنه إنما قسمها بإقرارهم وإن لم تقم لهم حجة.

[فإن] طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده: حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات؛ فإن حلفا.. لم يقض لهما باليد، وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه، وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال.

وإن نكلا.. قُضِيَ لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه.

وإن نكل أحدهما.. قضي عليه بكلها للحالف؛ لنكوله.

وإن كانت الدار في يد ثالث.. لم تنزع من يده، بل تترك فيه.

هذا إذا ادعيا اليد في الدار.

فَإِنْ برهنَ أَحدُهمَا أَو كَانَ لَبِنٌ فِيهَا، أَو بنى، أَو حفرَ.. قُضِيَ بِيَدِهِ.

فِي يَدِهِ صبيٌّ يعبّرُ عَن نَفسِهِ قَالَ: أَنا حرٌّ.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

وَإِن قَالَ: أَنا عبدٌ لفُلَانٍ.. فَهُوَ عبدٌ لذِي الْيَدِ.

وأما إذا ادعيا الملك فيها؛ وقال كل منهما: إنها ملكي، ولم يكن لهما بينة، وطلب كل منهما يمين صاحبه: «ما هي ملكه» يحلف كل منهما؛ فإن نكلا.. قضي لكل واحد منهما بالملك نصفين على كلٍّ بمدَّعى صاحبه.

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر.. قضى بالكل للذي حلف: النصف باليد، والنصف بنكوله.

وإن برهن أحدهما.. قضي بالكل له: النصف باليد، والنصف بالبينة، كذا في «العناية» و«الخلاصة» و«البزازية».

(**فإن برهن أحدهما**): أن الأرض في يده (**أو كان لبن**) - من التلبين - (**فيها، أو بنى أو حفر.. قضي بيده**).

في كل من هذه الصور: لقيام الحجة في [٣٦٣/أ] حقه بالبرهان ووجود التصرف والاستعمال منه؛ بالتلبين والبناء والحفر، ومن ضرورات ذلك: ثبوت اليد.

(**في يده صبيّ يعبر عن نفسه، قال:**)؛ أي: الصبي (**أنا حرٌّ**) وذو اليد يدعي رقّه (**.. فالقول له**)؛ أي: للصبي؛ لأنه أنكر ثبوت اليد عليه، وتأيد بالظاهر، فيكون في يد نفسه، فلا تقبل دعوى أحد على نفسه.

(**وإن قال**) ذلك الصبي: (**أنا عبد لفلان**) غير ذي اليد (**.. فهو عبد لذي اليد**) لا لفلان؛ لأنه أقر بأنه لا يد له على نفسه بإقراره بالرق، فظهر: أنه رق بدعوى صاحب اليد؛ لانتفاء المانع حينئذ عن عملها وهو دعوى الصبي الحرية، وهذا يشبه تخصيص العلة، والمخلص معروف.

فإن قيل: إن الإقرار بالرق من المضار، وأقوال الصبي في المضار غير معتبر؛ كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين، فكيف يصح إقراره بالرق ههنا؟

وَكَذَا من لَا يعبّرُ عَن نَفسِهِ.

قلنا: إن رقيته ههنا لم تثبت بإقراره، بل بدعوى صاحب اليد، ولكن عند معارضته إياه بدعوى حريته بقوله: «أنا حر» لا تتقرر يده عليه، ولا يظهر أثر العلة، وعند عدم المعارضة بترك الدعوى.. تتقرر ويظهر أثر العلة، فيكون القول: قول ذي اليد.

(وكذا)؛ أي: لذي اليد **(من لا يعبّر عن نفسه)**؛ لأنه بعدم التعبير عن نفسه.. صار كمتاع لا يد له على نفسه أصلاً، فيكون لصاحب اليد.

فإن قيل: إنِ الملتقِط إذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه.. فإنه لا يكون عبده، وإن الرق من العوارض؛ إذ الأصل الحرية، وهو يدفع العارض، فكان الواجب أن لا يصدق ذو اليد إلا بحجة.

قلنا عن الأول: إن فرض الالتقاط بضعف اليد؛ لأن الملتقط أمين في اللقيط، ويد الأمين في الحكم يد غيره، فكانت ثابتة من وجه دون وجه.. فلا يثبت لها الرق.

وعن الثاني: أن الأصل يترك بدليل يدل على خلافه، واليد على من شأنه ذلك - لكونه بمنزلة المتاع - دليل الملك، فيترك به الأصل.

هذا فيما كان الصبي في يد رجل.

ولو كان في يد رجلين.. فكذلك الحكم.

فإنه قال في «المحيط» نقلاً عن «الأصل»: إذا اختصم رجلان في عبد، وكل واحد منهما يقول: هو عبدي، وهو في يديهما:

فإن كان العبد صغيراً لا يعبر عن نفسه.. فالقاضي لا يقضي لواحد منهما بالملك ما لم يقم البينة، ولكن يجعله في أيديهما [٣٦٣/ب]؛ لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه والبهيمة سواء، والحكم في تنازع الرجلين في البهيمة كذلك، فكذا في هذا الصبي.

فَلَو ادّعى الْحُرِّيَّةَ عِنْدَ كِبَرِهِ.. لَا يُقبلُ بِلَا حجَّةٍ.

وإن كان الغلام كبيراً أو صغيراً يعبر عن نفسه، فقال: أنا حر.. فالقول قوله، ولا يقضي القاضي لهما بشيء لا بالملك، ولا باليد ما لم يقيما البينة على ذلك.

ولو قال الصغير: أنا عبد أحدهما.. لم يصدق، وهو عبدهما؛ لأنه لما أقر بالرق.. فقد ثبت يدهما عليه حقيقة وحكماً، فلا يقدر على إبطال يد أحدهما.

بخلاف ما لو قال: أنا حر الأصل؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه، فاليد لا تثبت للحر على الحر بدون البينة. انتهى.

(فلو ادعى) الصبي بعد أن قال في صغره: «أنا عبد فلان» **(الحرية عنده كبره.. لا يقبل بلا حجة)**؛ لظهور الرق عليه في صغره، فلا يزول بعده بلا بينة؛ لأنه يريد إبطال ما ثبت بالقضاء، فلا يقدر عليه بدون الحجة.

فظهر منه: أن إقرار الصبي: حكم، وهو عدم قبول قوله بعد البلوغ في دعوى الحرية بلا بينة.

ونظير هذا: ما ذكره في الحادي عشرمن دعوى «البزازية»: لو قال العبد أنا حر الأصل.. فالقول له بحكم الأصل ما لم يسبق منه انقياد للرق.

وبعده: لا يقبل قوله بلا برهان. انتهى.

وهل يرجع المشتري على البائع بالثمن بعد الحكم بحريته بحكم الأصل؟

ففي الفصل السابع والعشرين من دعوى «المحيط»: عبد ادعى أنه حر الأصل في موضع لم يسبق منه الإقرار بالرق، وقضى القاضي بحريته لكون القول في ذلك قوله.. لا يرجع المشتري بالثمن على البائع، والفقه للمشتري في ذلك؛ حتى يرجع بالثمن على البائع: أن يدعي المشتري على العبد الرق ويقول: أقر لي بالرق، ويقيم البينة عليه، ثم يقيم العبدُ البينةَ عليه أنه حر الأصل.. فيرجع المشتري حينئذ بالثمن على البائع. انتهى.

ثم ذكر في هذا الفصل أيضاً: الجارية إذا تداولتها الأيدي فادعت أنها حرة

الأصل، أو ادعت عتقاً عارضياً بتاريخ قبل تاريخ البياعات، ورجع المشتري الآخر على بائعه ، وكذلك بائعه رجع على بائعه، وأبى البائع الأول الرجوع عليه:

ففيما إذا ادعت حرية الأصل؛ إن لم يسبق منها إقرار بالرق لا نصاً ولا دلالة من انقيادها لبيع وما أشبه ذلك.. ليس له أن يأبى؛ لأن حرية الأصل تثبت بمجرد قولها في حق الناس كافة إذا لم يسبق [٣٦٤/أ] منها إقرار بالرق.

وإن سبق منها إقرار بالرق.. كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه؛ لأن حرية الأصل لا تثبت بمجرد قولها في موضع سبق منها الإقرار بالرق.

وفيما إذا ادعت عتقاً عارضياً.. كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه على كل حال؛ لأن العتق العارضي لا يثبت بمجرد قولها. انتهى.

فقد فرق بين مسألة العبد ومسألة الأمة في دعوى حرية الأصل في حق رجوع المشتري بالثمن على بائعه؛ فقال: لا يرجع عليه في مسألة دعوى العبد حرية الأصل ما لم يثبت إقراره بالرق، ويرجع عليه في مسألة دعوى الأمة بدون إثبات إقرارها بالرق، ولكن لم يبين وجه الفرق.

وقال في الحادي عشر من دعوى «البزازية»: اشترى عبداً وادعى أنه حر، وألزمه الحاكم إقراره، فبرهن على الحرية، والعبد ينكرها.. تقبل ويرجع بالثمن. انتهى.

فلم يشترط في حق الرجوع بالثمن على البائع في دعوى الحرية: إثبات إقرار العبد بالرق؛ كما ذكره في «المحيط» في مسألة الجارية.

وذكر فيه أيضاً: برهن العبد على من في يده: بالحرية، وذو اليد: على أنه وديعة فلان، أو إجارة فلان، أو إعارة فلان عندي.. تندفع دعوى العبد، لكن يحال بينه وبين المودع؛ كما لو برهن العبد على الوكيل بنقله بينة على الحرية.. تقبل بينته في قصر يد الوكيل لا في حق إثبات الحرية.

كذا هنا.

ولو برهن العبد على مولاه بالحرية، وبرهن المولى عليه بالرق.. فبيّنة العبد أولى؛ لأن الرق لا يرد على الحر، والحرية ترد على الرق.

لو قال العبد: أعتقني فلان، وذو اليد: إنه مودع فلان هذا عنده.. لا يحال بينه وبين المودع؛ لأنه أقر بالرق له.

وكذا إن لم يبرهن المودع على الوديعة منه.. لا يحال.

وفي «الجامع الصغير»: قال العبد: اشترني فإني عبد، ثم ادعى الحرية الأصلية أو العارضية.. تسمع دعواه.

ثم إن البائع؛ إن كان حاضراً أو معلوماً مكانه.. يرجع بالثمن عليه، وإن كان غائباً غيبة منقطعة.. رجع على العبد، والعبد على البائع متى وجده.

وقال أبو يوسف: لا يرجع على العبد؛ كما لو قال: اشترني، أو قال: فإني عبد فقط، وكما لو قال: ارتهني؛ فإني عبد.

* * *

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ)

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ)

لما فرغ عن بيان دعوى الأموال.. شرع في بيان دعوى النسب؛ لأن الأول [٣٦٤/ب] أكثر وقوعاً.. فكان أهم ذكراً.

ينبغي أن يبين أولاً: مراتب النسب.

قالوا: لثبوت النسب ثلاث مراتب:

أحدها: بالنكاح الصحيح، وما هو في معناه من النكاح الفاسد.

والحكم فيه: أن يثبت من غير دعوى، وله أن ينفيه ما لم يقر بنسبه صريحاً، أو يظهر منه ما يكون اعترافاً من قبول تهنئة، أو شراء متاع الولادة، أو تطاول المدة مع العلم بالولادة، أو يقع الاستغناء عن نفيه، أو يقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال؛ فمتى وجد واحد من هذه الأسباب.. لا يملك النفي بعد ذلك.

أما إذا أقر بنسب الولد صريحاً.. فلأن الإقرار بنسب الولد: إقرار له بحقوق مالية بحق النفقة والميراث اقتضاءً.

ولو أقرّ له بهذه الحقوق صريحاً.. لا يعمل الرجوع بعد ذلك، فكذا إذا أقر له بذلك اقتضاءً.

وأما إذا قبل التهنئة، أو اشترى متاع الولادة.. فلأنها إقرار بالولادة عادةً.

وأما إذا وقع الاستغناء عن نفيه.. فلأن بعدما وقع الاستغناء عن نفيه: لا يكون للنفي فائدة، فلا ينفى.

وأما إذا تطاولت المدة ولم ينف فيها.. فهو أيضاً إقرار بالولادة عادةً.

واختلف في معرفة تطاول المدة:

قيل: المرجع فيه العرف والعادة.

....

وقيل: الرأي فيه إلى القاضي.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنهما قدرا مدة التطاول أربعين يوماً؛ فبعد الأربعين.. لا يصح النفي.

وأما إذا وقع فيه حكم لا يقبل النقض؛ فكما إذا جنى هذا الولد جناية وقضى القاضي على عاقلة الأب بالأرش.. فإنه لا يستطيع نفي هذا الولد بعده؛ لأنه وقع فيه حكم لا يقبل النقض والبطلان.

وقد تقدم تفصيل هذه المرتبة في «باب ثبوت النسب» من «كتاب الطلاق».

والمرتبة الثانية: أم الولد.

والحكم فيها: أن يثبت نسب ولدها بدون الدعوة إذا كانت بحال يحل للمولى وطؤها.

أما إذا كانت بحال لا يحل للمولى وطؤها.. فلا يثبت نسب ولدها بدون الدعوة؛ كأم ولد كاتبها المولى، ثم جاءت بولد.. لا يثبت النسب بدون الدعوة، وللمولى أن ينفيه إذا لم يوجد شيء من الأشياء المذكورة في المرتبة الأولى من قبل التهنئة وغيرها.

المرتبة الثالثة: الأمة.

والحكم فيها: أن لا يثبت نسب ولدها بدون دعوة المولى.

ويستوي في ذلك: أن يدعي المولى نسب ولدها بعد الولادة أو قبلها في بطنها؛ بأن قال: هذا الحمل الذي في بطن أمتي مني. كذا في «المحيط».

وقد تقدم [٣٦٥/أ] بيان هاتين المرتبتين في «باب ثبوت النسب والاستيلاد».

ثم اعلم: أن الدعوة في النسب على ثلاثة أوجه:

١- دعوة استيلاد.

٢- ودعوة تحرير.

٣- ودعوة الأب ولد جارية ابنه.

أما دعوة الأب ولد جارية ابنه: فظاهر.

وشرط صحتها: أن يكون للأب تأويل ملك في جارية بمحل النقل من ملك إلى ملك، على ما صرح به في «المحيط».

فلو ولدت أمة ابن الرجل ولداً، وادعاه الرجل.. صحت دعوته، صدقه الابن أو كذبه؛ لأن للأب تأويل الملك في مال ابنه؛ لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فإذا كان له تأويل الملك في مال ابنه.. اتصل العلوق بتأويل ملكه، ولو اتصل العلوق بحقيقة ملكه.. كان مصدقاً في الدعوة، فكذا إذا اتصل العلوق بتأويل ملكه؛ لأن النسب مما يحتاط فيه؛ فإذا صحت دعوته.. صارت الجارية أم ولد له، ويضمن قيمته للابن.

وأما دعوة التحرير:

فشرطها: أن لا يكون العلوق في ملك المدعي، ويكون الملك قائماً في المحل للمدعي وقت الدعوة.

وأما دعوة الاستيلاد:

فهو أن يكون ابتداء العلوق في ملك المدعي.

وشرط صحتها: قيام الملك في المحل وقت العلوق.

وأما قيام الملك في المحل وقت الدعوة.. فليس بشرط لصحة الدعوة عند علمائنا الثلاث؛ حتى أن من باع جارية، وولدت في يد المشتري لأقل في ستة أشهر من وقت البيع، فادعى البائع الولد.. صحت دعوته، على ما سيأتي في الكتاب.

ومما ينبغي أن يعلم ههنا أيضاً: أن دعوة النسب على نوعين:

نوع لا حاجة فيه إلى دعوى المال؛ كدعوى البنوة والأبوة.. فإنها تسمع بلا

ولدتْ مبيعةٌ لأَقلَّ من نصفِ سنةٍ مُنْذُ بِيعَتْ، ....

حاجة إلى دعوى المال من إرث أو نفقة، والتناقض لا يضر في هذا النوع؛ حتى لو قال: ليس بابني، ثم ادعى أنه ابنه.. تسمع.

وكذا لو قال: ليس بأبي، ثم قال: إنه أبوه.. تسمع.

ونوع لا يسمع بدون دعوى إرث أو نفقة ونحوهما من الحقوق المالية؛ كدعوى الأخوة والجدية والعمومة والخالية وابن الابن وابن البنت.

فإن دعوى الأخوة المجردة بدون دعوى المال: لا تسمع، وكذا دعوى العمومة وغيرها.

والتناقض فيها ليس بعفو، بل يمنع صحة الدعوى، لو قال: ليس بأخي، أو ليس بعمي، أو ليس بخالي، ثم ادعى أنه أخوه أو عمه أو خاله.. أنه لا يسمع؛ لأنها في قوة دعوى المال.

والنوع الأول [٣٦٥/ب]: لا يثبت بالإقرار شرط تصديق المقر له إياه، وتقبل البينة عليه عند إنكار المقر له.

بخلاف النوع الثاني؛ فإنه لا يثبت بالإقرار، ولا تقبل البينة عليه بدون دعوى المال. على ما سيأتي بيانه في إقرار المريض.

ولا بد في دعوى النسب: من ذكر الخصم وهو خمسة: ١- الورثة، ٢- والوصي، ٣- والمُوصَى له، ٤- والغريم للميت، ٥- أو على الميت.

(ولدت) جارية؛ أي: عند المشتري **(مبيعة لأقل من نصف سنة منذ بيعت)** بعد أن كانت عند البائع مكثت سنتين، ثم بيعت.

إنما قيد بالأقل من نصف سنة؛ لأن حكم ولادتها لأكثر من نصف سنة وحكم ولادتها لأكثر من سنتين: سيأتي مصرحاً.

ولا بد من قيد آخر ههنا؛ أعني: كون الجارية عند البائع تمام سنتين، لما قال في «البزازية»: باع الحامل، فولدت عند المشتري لأقل من نصف عام، وكانت عند

فَادَّعَاهُ البَائِعُ.. فَهُوَ ابنه، وَهِيَ أُمُّ وَلَده، ....

البائع تمام عامين.. صحت دعوة البائع وبطل البيع، وبعد إعتاق المشتري الولد.. لا تصح الدعوة.

وتصح بعد إعتاق الأم؛ لأن الولد هو الأصل، وكان ابنَهُ، ويرد حصة الولد من الثمن إلى المشتري.

وإنما فرضنا ولادتها عند المشتري - لأقل من نصف عام وبكونها عند البائع أكثر من عامين - ليحصل القطع بكون العلوق عند البائع. انتهى.

(فادعاه البائع) أن الولد المولود منه (.. **فهو**)؛ أي: الولد (**ابنه، وهي**)؛ أي: الأمة (**أم ولده**) لصحة دعواه؛ سواء صدقه المشتري أو كذبه.

وهذا استحسان أخذه علماؤنا الثلاث.

والقياس: أن لا تصح دعوة البائع فيما إذا كذبه المشتري.

وبه أخذ زفر؛ لأن البائع في دعوته متناقض ساع في نقض ما تم من جهته - وهو البيع - فلا يقبل قوله؛ كما لو قال: كنت أعتقتها أو دبرتها قبل البيع؛ لأن إقدامه على البيع إقرار منه أنها ليست بأم ولد له، فيصير بدعوى أميّة الولد له متناقضاً.

وجه الاستحسان: أنا تيقنا بحصول العلوق قبل البيع في ملك البائع.

وقلنا: اتصال العلوق بملك الإنسان: شهادة ظاهرة بأن العلوق من ذلك الإنسان لا من غيره؛ لأن الظاهر عدم الزنا، فنزل ذلك الاتصال منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها، فتصير أم ولد له، والولد لولده.

ألا ترى: أن جارية المريض إذا جاءت بولد في ملكه وادعى نسبه منه.. يصير الولد: ولده، والجارية: أم ولد له؛ تنزيلاً [٣٦٦/أ] لاتصال العلوق بملكه منزلة البينة في إبطال حق الغرماء والورثة عنها وعن ولدها.

وقوله: إنه متناقض في دعواه.

قلنا: نعم، إلا أن التناقض في أمثاله معفو؛ لأنه محل الخفاء؛ لأن الإنسان قد لا

وَيفْسخُ البيعُ، وَيردُّ الثّمنُ. وإنْ ادَّعَاهُ المُشْتَرِي مَعَ دَعوتِهِ ....

يعلم بالعلوق أصلاً، وقد لا يعلم أن العلوق منه، ثم يعلم بعد ذلك، ومثل هذا الخفاء: لا يمكن تصويره في العتق والتدبير.. فلا يكون التناقض فيه معفواً.

هذا الذي ذكرناه في دعوة البائع وحده.

وإن ادعاه المشتري وحده.. صحت دعوته أيضاً، ويثبت النسب منه، وصارت الجارية أم ولد له، فيحمل أمره على نكاح صحيح أو فاسد قبل الشراء لا على الزنا؛ حملاً له على الصلاح، واحتياطاً في نسب الولد؛ لأن النسب مما يحتاط فيه.

ولو ادعى المشتري دعوة تحرير.. صحت دعوته؛ هذا أيضاً لكونها في ملكه، فيثبت له الولاء على الولد.

وإذا صحت دعوة المشتري وثبت النسب منه.. لا تصح دعوة البائع بعد ذلك؛ لأنه ثبت منه حقيقة النسب بهذه الدعوة، والحقيقة أقوى من حق استحقاق البائع.

هذا في دعوة المشتري وحده.

وإن ادعياه جميعاً؛ فإن سبق أحدهما صاحبه في الدعوة.. فدعوته أولى، وإن خرج الكلامان معاً.. فدعوة البائع أولى عندنا؛ لأنه سابق معنى؛ لأن دعوته: دعوة الاستيلاد، وأنه مستند إلى وقت العلوق.

ودعوة المشتري حينئذ: دعوة تحرير، وأنها مقتصرة على الحال، والسابق أولى. كذا في «المحيط».

(ويفسخ البيع)؛ لأنه لما كانت دعوته صحيحة.. استندت إلى وقت العلوق، فتبين أنه باع أم ولده، وبيع أم الولد: فاسد، فينفسخ البيع. هذا استحسان.

وفي القياس: البيع نافذ، ودعوته باطلة للتناقض. وقد تقدم الجواب عنه.

(ويرد الثمن) إن كان منقوداً؛ لأنه قبضه بغير حق.

(وإن) وصلية **(ادعاه)**؛ أي: النسب **(المشتري مع دعوته)**؛ أي: دعوة البائع؛ لأن دعوة البائع أسبق على دعوة المشتري؛ لاستناده إلى وقت العلوق؛ لكونها دعوة

أَو بعْدَهَا.

وَكَذَا لَو ادَّعَاهُ بعدَ موتِ الْأُمِّ أَو عِتقِهَا.

وَيردُّ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمنِ فِي الْعِتْقِ، ....

استيلاد، ودعوة المشتري: دعوة تحرير؛ لعدم كون أصل العلوق في ملكه، فيقتصر على الحال، والسابق أولى. وقد ذكرناه من قبل.

بخلاف ما [إذا] كان المشتري ادعاه وحده دعوة استيلاد.. فإنها تصح، ويحمل أمره على النكاح صحيحاً أو فاسداً قبل الشراء؛ حملاً له على الصلاح، وتصير الجارية [٣٦٦/ب] أم ولد له، والولد ابنه وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

(أو بعدها)؛ أي: بعد دعوة البائع؛ لاستغناء الولد حينئذ عن النسب؛ لثبوته بدعوة البائع قبلها، فلا حاجة إلى دعوة المشتري.

وأما لو ادعاه المشتري وحده بدون دعوة البائع.. فقد صحت دعوته دعوة استيلاد أو دعوة تحرير.

على ما عرفت.

(وكذا): يثبت نسب الولد **(لو ادعاه)**؛ أي: البائع **(بعد موت الأم)** وقد ولدته لأقل من ستة أشهر؛ لأن الولد هو الأصل في النسب لإضافة الأم إليه - يقال أم الولد - وتستفيد هي الحرية من جهته؛ لقوله ﷺ: «أعتقها ولدها» فلا يضره فوات التبع، فيكون الولد للبائع.

(أو بعد عتقها)؛ أي: الأم؛ يعني: ادعى البائع الولد بعد إعتاق المشتري أمه.. فدعواه صحيحة، والولد للبائع.

(ويرد) إلى المشتري **(حصته)**؛ أي: حصة الولد **(من الثمن في العتق)**؛ بأن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم، فما أصاب الأم.. يلزم المشتري، وما أصاب الولد.. سقط عنه إن لم يقبضه، ويرد إليه إن قبض.

وكلَّ الثَّمنِ فِي الْمَوْت.

وَقَالا: حِصَّتَهُ فيهمَا.

(و) يرد **(كل الثمن في الموت)** عند أبي حنيفة، وكذا في العتق عنده على الصحيح. على ما في «الهداية».

واختاره شمس الأئمة في «الجامع الصغير» بناء على أن أم الولد لا قيمة لها، فيرد كله.

وقالوا: إنه مخالف لرواية «الأصول»، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في حق الجارية؟

فلهذا لم يبطل إعتاق المشتري بعد القبض.

ولهذا: ذكر شمس الأئمة في «المبسوط» وقاضي خان: أن يرد حصة الولد من الثمن، عنده أيضاً، واختاره المصنف.

وفرقوا بين العتق والموت؛ بأنّ في الإعتاق: كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته، فلم يبق لزعم البائع عبرة.

وأما في الموت: فبموت الأم.. لم يجز الحكم، بخلاف ما زعم البائع، فبقي زعمه معتبراً في حق الولد، فيرد جميع الثمن.

واعترض عليه: بأن الولد حدث بعد قبض المشتري الجارية، ولا حصة من الثمن فيما حدث بعد قبض المبيع.

وأجيب: بأن ذلك من حيث الصورة، وأما من حيث المعنى.. فهو حادث قبل القبض، وما هو كذلك، فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع، وقد استهلكه بالدعوة.

(وقالا:) يرد **(حصته فيهما)**؛ أي: في عتق الأم وموتها؛ بناء على أن مالية أم الولد متقومة عندهما، فيضمن المشتري، فيلزم [٣٦٧/أ] البائع رد حصة الولد.

وَلَوِ ادَّعَاهُ بعدَ مَوتِهِ أَو عتقِهِ.. رُدَّتْ.

وَلَو ولدتْ **لأكْثَرَ من نصفِ سنةٍ وَأَقلَّ مِن سنتَيْن**؛ ....

(ولو ادعاه)؛ أي: لو ادعى البائع الولد - وقد ولدته لأقل من ستة أشهر - **(بعد موته)**؛ أي: موت الولد **(أو عتقه)**؛ أي: عتق المشتري الولد **(.. ردت)** دعوة البائع في حق الولد والأم معاً في الموت والإعتاق.

أما في الموت؛ فلأنه لا حاجة له بعد موته إلى النسب، حتى أثبتناه له، والأم في الاستيلاد تابعة له؛ فإذا لم يثبت النسب للأصل.. فلا يثبت الاستيلاد للتابع أيضاً.

وأما في العتق؛ فلأن إعتاق المشتري الولد مانع عن ثبوت النسب من البائع؛ لأن الإثبات منه لا يكون إلا بفسخ إعتاق المشتري، والعتق لا يقبل الفسخ، ولأن الثابت بإعتاق المشتري حقيقة الحرية، والثابت للبائع حق الدعوة، والحق لا يعارض الحقيقة، وإذا لم يثبت النسب منه.. لم يثبت ما هو تابع له.

واستيلاد الأم: بخلاف الفصل الأول؛ أعني: إعتاق المشتري الأم؛ فإن ثبوت المانع في البيع - وهو الأم - من البائع: لا يمنع صحة الدعوى وثبوت النسب في الأصل، على ما تقدم.

فإن قيل: إذا صح دعوى البائع وثبت نسب الولد في هذه الصورة.. كان ينبغي أن تصير الجارية أم ولد للبائع؛ لأنه من أحكام ثبوت النسب منه لولدها، ولهذا: صارت أم ولد له؛ فيما إذا ادعى البائع نسباً لولد قبل إعتاق المشتري الأم، ويثبت نسب الولد منه.. صارت الجارية أم ولد له لكونه من أحكام ثبوت... نسب ولده منه.

أجيب: بأن كون الجارية أم ولد له: إنما هو من أحكام ثبوت النسب لا من ضروراته؛ بحيث لا ينفك ثبوت النسب عنه، بل يجوز الانفكاك عنه؛ كما في ولد المغرور.. فإنه حر ثابت النسب من المشتري المستولد، وأمه لا تكون أم ولد له.

(ولو ولدت) الجارية المبيعة **(لأكثر من نصف سنة وأقل من سنتين)** من وقت

إِنْ صدَّقَهُ المُشْتَرِي.. فَالْحكمُ كَالْأَوَّلِ، وإِلَّا.. فَلَا يثبتُ.

وَإِنْ **لأكْثرَ من سنتَيْن**.. لَا تصحُّ دَعوته؛ فَإِنْ صدَّقه المُشْتَرِي.. ثَبتَ نسبُه، وَحُمِلَ على النِّكَاح، وَلَا يردُّ البيعُ وَلَا يَعْتقُ الْوَلَدُ.

البيع، وادعاه البائع؛ **(إن صدقه المشتري.. فالحكم كالأول)**؛ أي: في دعوته النسب فيما ولدت لأقل من نصف سنة، فثبت النسب من البائع ويبطل البيع - والولد له حر، والأم: أم ولد له - لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك،

(وإلا.. فلا يثبت) النسب من البائع؛ لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه، فلم توجد الحجة.

وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الفصل.. صحت دعوته؛ لإمكان أن العلوق كان في ملكه، فيكون الولد: حر الأصل، والأم: أم ولد له.

وإن ادعياه معاً أو متعاقباً.. فالمشتري أولى؛ لأن البائع في [٣٦٧/ب] هذه الحالة كالأجنبي.

(وإن) كان - أي: الولد - يعني: إن ولدت **(لأكثر من سنتين)** من وقت البيع **(.. لا تصح دعوته)** إن لم يصدقه المشتري؛ لأنه حينئذ تيقن أن العلوق لم يكن في ملكه.

(فإن صدقه المشتري.. ثبت نسبه) من البائع **(وحمل على)** الاستيلاد **(بالنكاح)**؛ حملاً له على الصلاح.

(ولا يرد البيع، ولا يعتق الولد)، ولا تصير الأم: أم ولد للبائع؛ لأن العلوق لم يكن في ملكه، فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد، ولا حقه في حق الأم حتى تصير أم ولد له؛ فإذا لم تصر أم ولد له.. بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير.

وغير المالك ليس من أهله، والبائع ليس بمالك.

وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الفصل، أو ادعياه معاً، أو متعاقباً.. صح دعوة المشتري؛ لأن البائع كالأجنبي. هذا كله إذا كانت المدة معلومة.

وَإِنْ بَاعَ عبداً وُلِدَ عِنْده ثـمَّ ادَّعَاهُ بعدَ بيعِ مُشْتَرِيه.. صحّت دَعوتُهُ، وَرُدَّ بيعُ مُشْتَرِيه.

وَكَذَا لَو كَاتَبَهُ المُشْتَرِي، أَو كَاتب أمَّه، أَو رهَنَ، ....

أما إذا لم تكن معلومة؛ بأنها ولدت بعد البيع لأقل من النصف أو أكثر من سنتين أو ما بينهما.. فهو على أربعة أوجه أيضاً:

- فدعوة البائع وحده.. لا تصح إلا بتصديق المشتري.
- ودعوة المشتري وحده صحيحة.
- وإن ادعياه معاً.. لم تصح دعوة واحد منهما، وكان الولد عبداً للمشتري.
- وإن ادعيا متعاقباً؛ إن سبق المشتري.. صحت دعوته، وإن سبق البائع.. لم تصح دعوة واحد منهما. كذا في «العناية».

فحاصل المسألة: أن الجارية المبيعة إذا ولدت بعد البيع؛ فإما أن تكون مدة الولادة معلومة أو لا.

فإن كانت معلومة؛ إما أن تكون لأقل من نصف سنة، أو لأكثر منها، أو لما بينهما.

وعلى كل التقادير الأربعة؛ إما أن يكون المدعي هو البائع وحده، أو المشتري وحده، أو كلاهما معاً، أو متعاقباً.. وحكم كل منها سبق.

ولا بد أن يكون البائع اشترى هذه الجارية وباعها بعد سنتين؛ حتى يعلم أن العلوق كان في ملك البائع. كما صرح في «الخلاصة».

(وإن باع عبداً ولد عنده) وكان أصل العلوق في ملكه، **(ثم ادعاه بعد بيع مشتريه.. صحت دعوته)** بناء على أنه: إذا كان الحادث في الولد مما يلحقه الفسخ.. لا يمنع الدعوة فيه، وههنا كذلك؛ لأن البيع مما يقبل الفسخ.

(ورد بيع مشتريه)؛ لأن ما للبائع من حق الدعوة: لا يحتمل النقض، والبيع يحتمله، فينتقض لأجله.

(وكذا لو كاتبه)؛ أي: الولد **(المشتري أو كاتب أمه، أو رهن)**؛ أي: الولد

أَو آجَر، أَو زَوَّجَهَا، ثمَّ كَانَتِ الدعْوَةُ.. صحّت، ونُقِضَتْ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ.

وَلَو بَاعَ أحدَ توأَمَينِ وُلِدَا عِنْدَهُ فَأَعْتقهُ مُشْتَرِيه، ثـمَّ ادّعى البَائِعُ الآخرَ.. ثَبتَ نسبُهما وَبَطلَ عِتْقُ المُشْتَرِي.

[٣٦٨/أ] أو الأم، **(أو آجر)**؛ أي: الولد **(أو زوجها)**؛ أي: الأم، **(ثم كانت الدعوة)** من البائع **(.. صحت)**. لما ذكرناه.

(ونقضت هذه التصرفات)؛ لاحتمالها النقض، فينتقض لأجل ما لا يحتمله.

بخلاف إعتاق المشتري وتدبيره؛ لعدم قبولهما النقض.

وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أوّلاً، ثم ادعاه البائع.. حيث لا يثبت النسب من البائع لثبوته أولاً من المشتري، وذلك لا ينتقض كعتقه.

فإن قيل: الثابت بإعتاق المشتري: حقيقة الحرية، وبدعوته: حق الحرية، فأنى يتساويان؟

وأما الدعوة من البائع ومن المشتري، فتتساويان: في أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح؟

أجيب عنه: بأن التساوي بين عتق المشتري ودعوته: في عدم احتمال النقض، وذلك ثابت البتة، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع: من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له، فلا حاجة إلى الثانية.

(ولو باع أحد توأمين ولدا عنده)، وكان أصل العلوق في ملكه، **(فأعتقه مشتريه، ثم ادعى البائع الآخر.. ثبت نسبهما)**؛ أي: من البائع؛ لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما.. ثبوت نسب الآخر.

(وبطل عتق المشتري) بكسر الراء وفتحها؛ لأنه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة مِلْكَهُ؛ إذ المسألة مفروضة فيه.. ثبت حرية الأصل فيه، فثبت نسب الآخر وحريته أيضاً؛ ضرورة كونهما من ماء واحد، فتبين أن عتق المشتري لاقى حر الأصل فبطل.

وَمَنْ فِي يَدِهِ صبيٌّ لَو قَالَ: هُوَ ابْنُ زيدٍ، ثمَّ قَالَ: هُوَ ابْني.. لَا يكونُ ابْنَهُ وإنْ جحدَ زيدٌ بنوَّتَهُ.

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ إنْ جحدَ.

بخلاف ما إذا كان الولد واحداً.. حيث بطلت ثمة دعوة البائع، لا عتق المشتري. على ما سبق؛ لأن هناك لو صحت الدعوة من البائع.. لزم بطلان العتق المقصود.

وقد تقدم: أن حق الدعوة لا يعارض الإعتاق.

وأما في مسألة التوأمين: ثبت بطلان عتق المشتري تبعاً لحرية هي: حرية الأصل لا حرية التحرير.

ثم: لو لم يكن أصل العلوق في ملكه.. يثبت نسب الولد الذي عنده، ولا ينقض البيع فيما باع؛ لأن هذا دعوة تحرير؛ لانعدام شاهد الاتصال بالمدعي، فيقتصر على محل ولايته، وهو الذي عنده.

(ومن في يده)، قيد اليد ليس بشرط، بل اتفاقي. كما صرح به في «الزيلعي» **(صبي لو قال: هو ابن زيد)** الغائب، **(ثم قال: هو ابني.. لا يكون ابنه)** أصلاً، لا في الحال لتعلق حق الغير به، ولا في الاستقبال [٣٦٨/ب]؛ لأن الغائب لا يخلو؛ إما أن يصدقه، أو يكذبه، أو يسكت.

ففي الأول والثالث: لا تصح دعوته بالاتفاق؛ لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له، فبقي إقراره.

وفي الوجه الثاني: اختلاف على ما أشار إليه بقوله:

(وإن) - وصلية - **(جحد زيد بنوته)** هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يصح إن جحد)، فيكون الصبي للمقر.

وجههما: أن الإقرار بالنسب: يرتد بالرد؛ فإذا رده المقر له.. كان وجود الإقرار وعدمه على السواء، فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه، وصار كما إذا أقر

المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع، ثم قال المشتري: أنا أعتقته.. فإن الولاء يتحول إليه.

بخلاف ما إذا صدقه المقر له؛ لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير.. وذلك لا يصح.

وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه؛ لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه؛ كمن نفى ولد المنكوحة ولاعن، ثم فرق القاضي بينهما: لا تصح دعوة نسبه من الغير؛ لتعلق حق الملاعن به؛ لاحتمال تكذيب نفسه.

ولأبي حنيفة: أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته بالاتفاق، والإقرار بمثله لا يرتد بالرد، فبقي، فتمتنع دعوته؛ لأن الإقرار به يتضمن شيئين:

خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به؛ لعدم احتمال النقض كالإقرار بالطلاق والعتاق.

وتعلق حق المقر له به.

وبتكذيب العبد.. لا يبطل شيء منهما، ومسألة الولاء على الخلاف.

ولو سلمناه، ولكن الولاء.. قد يبطل باعتراض الأقوى؛ كجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب.

وإنما لا يبطل: إذا تقرر سببه، ولم يتقرر؛ لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب.. فكان الولاء موقوفاً، وقد اعترض عليه ما هو أقوى: وهو دعوى المشتري.. فيبطل.

قال في «البزازية» من دعوى النسب نقلاً عن «الجامع»: لو قال: هذا ابن عبدي أو ابن فلان الغائب، ثم قال: هو ابني.. لا يكون ابنه أبداً.

وقالا: إن كذبه المقر له في النسب، ثم ادعاه المقر.. صح. انتهى.

وَلَو كَانَ فِي يَد مُسلِمٍ وَذمِّيٍ، فَادّعى الْمُسلمُ رقَّه، وَالْكَافِرُ بنُوتَهُ.. فَهُوَ حرٌّ ابْنُ الْكَافِرِ.

فعلى هذا: في كلام المصنف قصور؛ لأن الظاهر من كلام المصنف: عدم الحاجة إلى دعوة المقر بعد تكذيب المقر له.

والظاهر من «البزازية» خلافه كما ترى.

(**ولو كان**)؛ أي: الصبي (**في يد مسلم وذمي، فادعى المسلم رقه والكافر بنوته.. فهو**)؛ أي: الصبي (**حر ابن الكافر**)، نظراً للصبي؛ لأنه ينال: شرف الحرية حالاً، وشرف الإسلام مآلاً؛ لأن دلائل الوحدانية ظاهرة، والعقل مستقل في معرفة [٣٦٩/أ] حسن الإيمان وقبح الكفر.

وفي عكسه.. ينال: شرف الإسلام تبعاً ويحرم عن الحرية؛ إذ ليس في وسعه اكتسابها.

وقوله تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ﴾ يعارضه قوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ﴾ فبقيت الأحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان سالمة عن المعارض.. فعملنا بها.

ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة.. فالمسلم أولى؛ ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين.

بخلاف ما لو ادعى غلام بالغ نصراني على نصراني ونصرانية أنه ابنهما، وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما، وأقام الطرفان البيّنة.. حيث لا يترجح جانب الإسلام؛ لأن البيّنتين وإن استويا في إثبات النسب بفراش النكاح، لكن ترجحت بينة الغلام: من حيث إنه مثبت حقاً لنفسه؛ لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالد؛ لأن الولد يعير بعدم الأب، ولا يعيّر الوالدان بعدم الولد، وبينة من يثبت حقاً لنفسه أولى.

فإن قيل: إنه أضعف من الإسلام في الترجيح.

قلنا: إنه يقوّي بقوله ﷺ: «البينة على المدعي»؛ لأنه أشبه المدعيين؛ لكونه يدعي حقاً لنفسه، ولأن النسب: في معنى النتاج، وفي النتاج: بينة ذي اليد أولى،

والغلام ههنا: ذو اليد؛ لأنه في يد نفسه.

وكذا لو ادعى غلام بالغ على مسلم ومسلمة أنهما أبواه وأقام عليه البينة، وأقام مسلم ومسلمة أخرى: أن هذا الغلام ابنهما.. فبينة الغلام أولى. لما ذكرناه.

واعلم: أن دعوى نسب الغلام على ثلاثة أقسام:

- **الأول: دعوى الخارج مع ذي اليد:**

قال محمد في «الأصل»: لو أن حراً مسلماً في يديه غلام يدعي أنه ابنه، جاء مسلم أو ذمي أو عبد وأقام بينة أنه ابنه، ولا بينة لصاحب اليد.. قضي بثبوته من المدعي الخارج؛ لأن البينة لا تعارضها اليد. ولا قول ذي اليد.

وقال شيخ الإسلام: ويكون الولد حراً في ذلك كله.

وقال: وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا كان المدعي حراً، ويشكل فيما إذا كان المدعي عبداً؛ لأن ماء العبد رقيق، ما لم يثبت اتصاله برحم الحرة، وإذا لم يسموا الأم.. لم يثبت اتصاله برحم الحرة.

ثم أجاب فقال: حرية الولد كانت ظاهرة حين ادعى صاحب اليد نسبه وهو حر، وبما أقام العبد من البينة.. لم تبطل تلك الحرية، لأنهم إذا لم يسموا أمه.. يجوز أن تكون أمه حرة.

حتى لو أقام [٣٦٩/ب] العبد بينة: أن هذا ابنه من امرأته هذه وامرأته أمة.. يبطل ما ثبت للولد من الحرية بإقرار ذي اليد.

وذكره شمس الأئمة الحلواني وقال: ويكون الصبي حراً إلا في العبد خاصة؛ فإنه إذا ثبت نسبه من العبد.. يكون مملوكاً.

واستحسنه الإمام السرخسي وقال: وهو الأشبه.

ثم قال: وإذا كان الصبي في يد رجل يدعي أنه ابنه ويقيم على ذلك بينة، ورجل آخر يقيم بينة أنه ابنه.. قضي لصاحب اليد؛ لأن النسب في معنى النتاج، وفي النتاج:

بينة ذي اليد أولى، فكذا في النسب.

ولو أقام صاحب اليد بينة: أنه ابنه من امرأته هذه، وأقام رجل آخر بينة: أنه ابنه من امرأته هذه.. قضي لذي اليد؛ لأنهما استويا في اليد على الأم، ولأحدهما يد على الولد، فيترجح من له يد على الولد؛ كما في دعوى النتاج: ويكون الصبي ابناً له ولامرأته معاً؛ سواء ادعى الأب وجحدته المرأة أو أقرته.

وكذا لو ادعته المرأة وجحد الأب أو أقر به؛ لأن الأب ينتصب خصماً عن ابنه في إثبات نسبه من الأم، وكذا الأم تنتصب خصماً عن الابن في إثبات نسبه من الأب؛ لأن النسب حق الولد؛ لكونه محض منفعة له، فيكون كل من الأب والأم خصماً عنه في إثباته.

ثم قال: عبد تحته امرأة، وفي أيديهما صبي، جاء رجل حر تحته حرة وادعى أن هذا الصبي ابنه من هذه المرأة، وأقام على ذلك بينة، وادعى العبد أنه ابنه من امرأته وأقام على ذلك بينة.. يقضى به للحر، ولم تعتبر اليد الثابتة للعبد؛ ترجيحاً إذا كان الخارج حراً؛ لأن اليد إنما تعتبر للترجيح إذا استوت البينتان في الإثبات، ولا استواء ههنا؛ لأن بينة الحر تثبت النسب بجميع أحكامه، وبينة العبد: لا تثبت النسب بجميع أحكامه.. فتكون بينة الحر أكثر إثباتاً، فتكون أولى.

وإذا كان الصبي في يدي رجل، أقام رجل بينة أنه ابنه من امرأته هذه - وهما حران - وأقام صاحب اليد بينة أنه ابنه وهو حر أيضاً إلا أنه لم ينسبه إلى أمه.. فإنه يقضى بالولد للمدعي؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت النسب من الأب والأم جميعاً، وبيّنة صاحب اليد لا تثبت النسب من الأم إذا لم يسم الأم.

صبي في يد رجل من أهل الذمة يدعي أنه ابنه، جاء مسلم وأقام بينة من المسلمين أو من أهل الذمة [٣٧٠/أ] أنه ابنه، وأقام الذي في يده بينة من أهل الذمة أنه ابنه.. قضي للخارج؛ لأن ما أقام الذمي من البينة ليست بحجة في حق المسلم، فصار في حق المسلمين؛ كأن الذمي لم يقم البينة.

وإن أقام الذمي بينة من المسلمين - وباقي المسألة بحالها - قضي للذمي بحكم يده عند الاستواء في الحجة. هكذا ذكره في «المحيط».

ثم قال: ومما يتصل بهذا القسم: ادعى الخارج مع ذي اليد نسب الأمة مع دعوى تلك الأمة؛ كما قال محمد: إذا كان في يد رجل أمة ولدت ولداً، أقام رجل آخر بينة أن هذه الأمة أمته ولدت هذا الولد منه على ملكه، وأقام ذو اليد بينة أن هذه الأمة أمته ولدت هذا الولد منه على ملكه وعلى فراشه، والغلام صغير لا يتكلم، أو قد احتلم إلا أنه يدعي أنه ابن صاحب اليد.. فالقاضي يقضي بالغلام لذي اليد؛ لأن بينة ذي اليد في دعوى النسب مرجحة حسب ترجحها في دعوى النتاج، ويقضى بالأمة لذي اليد وإن كان المدعي خارجاً؛ لأنهما تصادقا على أن حق العتق للأم بسبب ثبات هذا الولد؛ لأن حق الأم إنما يثبت تبعاً لثبوت حق الولد، وكل من يثبت نسب الولد منه.. يثبت حق العتق للأم من جهته باتفاق الخصمين وباتفاق البيّنتين، وقد ثبت نسب الولد ههنا من ذي اليد.. فثبت حق العتق للأم من جهته.

ومما يتصل بهذا القسم أيضاً: دعوى الخارج مع ذي يد: نسب ولد الحرة مع دعوى نكاح الحرة؛ كما قال محمد: حرة لها ابن وهما في يد رجل، أقام رجل آخر بينة أنه تزوجها وأنها ولدت منه هذا الولد على فراشه، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك.. فإنه يقضى بالولد لذي اليد؛ سواء ادعى الغلام أنه ابن ذي اليد أو ادعى أنه ابن الخارج؛ إن ادعى أنه ابن ذي اليد.. فظاهر، وإن ادعى أنه ابن الخارج.. فلأنا قضينا بالنكاح لذي اليد؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك في نصفها من جهة واحدة، ولأحدهما يد.. فيقضي لذي اليد؛ كما في دعوى الشراء، وإذا وجب القضاء بالنكاح لذي اليد.. لم يكن القضاء بالنكاح للخارج، وما لم يثبت النكاح في المرأة للخارج.. لا يمكن إثبات النسب منه.

ولو كان الذي هما في يده من أهل الذمة، [والذي يدعي مسلم] وشهوده مسلمون، والمرأة من أهل الذمة.. قضي بالمرأة والولد لذي اليد؛ لأن بينة [٣٧٠/ب]

كل واحد منهما حجة على صاحبه.

وفي دعوى النكاح والنسب: بينة ذي اليد أولى، فيقضى بالمرأة والولد لذي اليد.

وإن كانت المرأة [مسلمة] في هذه الصورة.. قضي بالمرأة والولد للمدعي؛ سواء كان شهود ذي اليد مسلمين أو كانوا من أهل الذمة:

أما إذا كانوا من أهل الذمة.. فظاهر؛ لأن شهود أهل الذمة ليست بحجة على المدعي؛ فكأن ذا اليد لم يقم البينة، فيقضى للخارج ببينته.

وإن كان شهود ذي اليد من أهل الإسلام.. فلأن ذا اليد يدعي نكاحاً فاسداً؛ لأن نكاح الذمي على المسلمة فاسد، وبينة ذي اليد في دعوى النكاح إنما تترجح إذا ادعى ذو اليد نكاحاً صحيحاً.

- **القسم الثاني:**

في دعوى الخارجين نسب الولد:

قال محمد: صبي في يد رجل، جاء رجلان وادعى كل واحد منهما أنه ابنه، وأقاما على ذلك بينة.. قضي بنسبه منهما.

وإن وقتت إحدى البينتين وقتاً قبل الأخرى.. ينظر إلى سن الصبي؛ فإن كان مخالفاً[1] لإحدى الوقتين بيقين مشكلاً لوقت الأخرى.. يقضى للمشكل؛ لأنه لم يتيقن بكذبه وتيقن كذب الآخر.

وإن كان مشكلاً للوقتين:

فعلى قول أبي يوسف ومحمد: يسقط اعتبار التاريخ ويقضى بينهما باتفاق الروايات.

(١) في المخطوط: «موافقاً» وهو خطأ ظاهر، والمثبت من «المحيط البرهاني» (٣٢٦/٩).

وَلَو كَانَ فِي يَدِ زَوْجَيْنِ فَزعمَ أَنَّه ابْنُهُ مِن غَيرِهَا، وَزَعَمت أَنَّه ابْنُهَا مِن غَيرِهِ.. فَهُوَ ابنُهما.

وأما على قول أبي حنيفة: ذكر شيخ الإسلام: أنه يقضى بينهما في رواية أبي حفص، ولا يعتبر التاريخ.

وعلى رواية أبي سليمان: يقضى لأسبقهما تاريخاً.

صبي في يد رجل، يدعي نسبه خارجان: أحدهما مسلم والآخر ذمي، وأقام كل واحد منهما بينة من المسلمين أنه ابنه.. قضي بالنسب من المسلم، وترجح المسلم على الذمي بحكم الإسلام.

وفيما إذا كان الصبي في يد ذمي يدعي أنه ابنه، ويقيم عليه بينة من المسلمين، وجاء مسلم وادعى نسبه منه، وأقام بينة من المسلمين أو من أهل الذمة.. يقضى للذمي؛ لأن هناك الترجح بحكم اليد ممكن.. فرجحنا اليد عند الاستواء في الحجة.

والحاصل: أن الترجيح في باب النسب أوّلاً باليد؛ فإن لم يمكن باليد.. يصار إلى الترجيح بالإسلام.

صبي في يد رجل؛ ادعاه مسلم أنه ابنه من هذه الأمة، وادعاه عبد أو مكاتب أنه ابنه من هذه المرأة.. قضي للحر؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه.

ولو ادعاه عبد أنه ابنه ولد من هذه الأمة، وادعاه مكاتب أنه ابنه [٣٧١/أ] ولد من هذه المكاتبة.. قضي للمكاتب؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها توجب حرية الولد.

- **القسم الثالث: في دعوى صاحبي اليد الولد**، وإليه أشار بقوله: (**ولو كان**)؛ أي: الصبي لا يعبر عن نفسه (**في يد زوجين، فزعم**) الزوج (**أنه ابنه من غيرها، وزعمت**) المرأة (**أنه ابنها من غيره.. فهو ابنهما**)؛ لأن الظاهر أن الولد منهما؛ لقيام يديهما ولقيام الفراش بينهما.

ثم كلّ واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه، فلا يصدق عليه؛ وصار كثوب في

يد رجلين؛ يقول كل واحد منهما: هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي.. يكون الثوب بينهما، إلا أن هناك يدخل المقرّ له في نصيب المقر؛ لأن المحل ثمة يحتمل الشركة، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن النسب لا يحتملها.

ولو ادعت المرأة وحدها أنه ابنها منه؛ فإن صدقها الزوج.. ثبت النسب منهما بالتزامه بلا حاجة إلى حجة.

وإن كذبها.. لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة؛ لأنها تدعي تحمل النسب على الغير، فلا تصدق إلا بالحجة، وشهادة القابلة: كافية؛ على ما صح عن النبي ﷺ: أنه قبل شهادة القابلة على الولادة.

ولو كانت معتدة وادعتها.. احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة، إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج، ومما لا يكفي: شهادة امرأة واحدة، على ما مر في الطلاق.

ولو ادعتها ولم تكن ذات زوج، ولا معتدة.. قالوا: يثبت النسب منها بمجرد قولها؛ لالتزامها على نفسها.

وقيل: لا يقبل قولها؛ سواء كانت ذات زوج أو لا.

والفرق هو: أن الأصل: أن كل من ادعى أمراً لا يمكن إثباته بالبينة.. كان القول فيه قوله من غير بينة.

وكل من ادعى أمراً يمكنه إثباته بالبينة.. لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة.

والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة؛ لأن انفصال الولد منها مما يشاهد؛ فلا بد لها من بينة.

والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق؛ لخفائه، فلا يحتاج إليها.

والمختار: هو القول الأول؛ لعدم التحميل على أحد فيها.

وَلَو استولَدَ مشتراتِهِ ثـمَّ استحقَّت.. فَالْوَلَدُ حرٌّ، وعَلى الْأَبِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ.

فإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ.. فَلَا شَيْءَ على أَبِيه، وَتركتُهُ لَهُ.

ولو كان الصبي في يد امرأة، وادعته امرأة أخرى أنه ابنها وأقامت على ذلك امرأة واحدة، وأقامت المرأة التي في يدها أنه ابنها.. يقضى لذي اليد.

ولو شهد لكل منهما رجلان.. قضي لذي اليد أيضاً [٣٧١/ب].

ولو شهد لصاحب اليد امرأة واحدة وللخارجة رجلان.. يقضى للخارجة. كذا في «المحيط».

(**ولو استولد مشتراته**)؛ أي: ولدت منه، ولم ينكر هو، (**ثم استحقت**) الوالدة المشتراة (.. **فالولد حر**) الأصل بالإجماع؛ لأنه ولد المغرور؛ فإن المغرور: من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح.. فتلد منه، ثم استحقت المرأة وهو كذلك.

وولد المغرور: حر، ومضمون على الأب بإجماع الصحابة، إلا أنهم اختلفوا في كيفية الضمان.

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يضمن بالمثل؛ فإن كان غلاماً.. فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية.. فعليه جارية مثلها.

وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: يضمن بالقيمة. وهو مذهب أصحابنا.

ولهذا قال: (**وعلى الأب قيمته**)؛ لأنه قد ثبت بالنص: أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل، بل بالقيمة (**يوم الخصومة**)؛ لأنه لما كان حصوله في يده من غير تعد منه.. كان كولد المغصوبة أمانة عنده، فلا يضمن إلا بالمنع، ويوم الخصومة: هو يوم المنع.

(**فإن مات الولد**)؛ أي: قبل الخصومة (.. **فلا شيء على أبيه**)؛ أي: لم يضمن قيمته؛ لعدم المنع منه.

(**وتركته له**)؛ لأنه حر الأصل في حقه فيرثه.

وَإِن قَتَلَه الْأَبُ.. غُرِّمَ قِيمَتَهُ، وَكَذَا إِن قَتله غَيرُهُ فَأخذ دِيَتَهُ، وَيرجعُ بِقِيمَتِهِ وبالثمنِ على بَائِعِهِ، لَا بالعُقْرِ.

فإن قيل: ينبغي أن يكون المال مشتركاً بين الأب والمدعي؛ لأنه حر الأصل في حق الأب، رقيق في حق المدعي.

أجيب: بأنه علق حر الأصل في حق المدعي أيضاً، ولهذا.. لا يكون الولاء له.

وإنما قدر الرق في حقه: ضرورة القضاء بالقيمة، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها.

(**وإن قتله الأب.. غرم قيمته**)؛ لوجود المنع منه.

(**وكذا: إن قتله غيره فأخذ**) الأب قدر قيمته من (**ديته**)، وذلك؛ لأن سلامة بدله: كسلامة نفسه، ومنع بدله: كمنع نفسه.. فيغرم الأب ما أخذه من قدر قيمته من ديته.

وإن لم يأخذ الأب شيئاً من ديته.. لا يجب عليه شيء؛ لأن المنع لا يتحقق فيما لا يصل إليه.

وإن أخذ أقل من قيمته.. وجب عليه بقدره؛ اعتباراً للبعض بالكل. على ما في «الزيلعي».

(**ويرجع**) الأب (**بقيمته**)؛ أي: بقيمة الولد (**وبالثمن**)؛ أي: ثمن الأم (**على بائعه**)؛ أي: بائع الأم؛ لأن البائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه، ولم يسلم كذلك؛ لأن الولد من أجزائه.

والتزم أيضاً: سلامته عن العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق، فيرجع عليه بما ضمنه.

ولو هلك [٣٧٢/أ] عند المشتري، فضمنه المستحق قيمتها وقيمة ولدها.. يرجع المشتري أيضاً على البائع بالثمن وقيمة الولد، ولا يرجع عليه بقيمة الأم؛ لأن أخذ قيمتها: كأخذ عينها، وفيه: لا يرجع إلا بالثمن.. فكذا هنا.

(**لا**)؛ أي: لا يرجع الأب على البائع (**بالعقر**) الذي ضمنه للمدعي؛ لأنه إنما

ضمنه له؛ لكونه واطئاً منه ومستوفياً لمنافع بضعها، ومنافعها ليست من أجزاء المبيع، فلم يكن البائع ضامناً لسلامتها، وسقط عنه الحد مع كونه واطئاً لأمة الغير؛ لشبهة المغرور.

وإنما قيد هذه المسألة بالمشتراة؛ لأنه لو استولد أمة موهوبة أو متصدقة أو وصية له، فاستحقت.. لا يرجع الأب بشيء من قيمة الولد على الواهب والمصدق والموصي؛ لأن هذه العقود: عقد تبرع، ولا شيء على المتبرع.

بخلاف البيع؛ لأنه عقد معاوضة يوجب السلامة والضمان، على ما تقدم.

وبخلاف التزوج؛ لأنه موضوع للاستيلاد وطلب النسل؛ فإذا لم يسلم له ما هو المقصود.. يرجع بذلك على من غرّه وهو المزوِّج؛ فإنه لو زوجه رجل امرأة على أنها حرة، ثم استحقت.. يرجع على المزوج بثمن الأم وقيمة الولد؛ لكونه مغروراً من جهته.

ولو باع المشتري هذه الأمة من رجل آخر، فاستولدها الثاني ثم استحقت.. يرجع المشتري الثاني على البائع لثاني بالثمن وبقيمة الولد، ويرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن، ولا يرجع عليه بقيمة الولد. عند أبي حنيفة.

وقالا: يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً؛ لأن البائع الأول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع، ولم يسلم له؛ حيث أخذ منه قيمة الولد، فيرجع به عليه كما في الثمن.

ولأبي حنيفة: أن البائع الأول ضمن للمشتري سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشترى منه؛ لأن ضمان السلامة إنما يثبت بالبيع، والبيع الثاني لا يضاف إليه، وإنما يضاف إلى البائع الثاني بمباشرته باختياره، فينقطع به سبب الأول.

بخلاف الثمن؛ لأن البائع الأول ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع، فلم يسلم له، فلا يسلم لبائعه الثمن.

* * *

(كتاب الإقرار)

(كتابُ الْإِقْرَارِ)

هُوَ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ لآخرَ ....

(كِتَابُ الإِقْرَار)

هو في اللغة: الإثبات، يقال: قر الشيء قراراً: إذا استقر في مكانه، وأقره غيره: إذا أثبته.

وفي الشرع: (**هو إخبار**)؛ أي: إعلام بالقول، حتى لو سكت [٣٧٢/ب] أو أشار ولم يتكلم بشيء.. لم يكن إقراراً؛ لعدم الإخبار.

بخلاف ما لو كتب إلى غائب: «أما بعد: فله عليّ كذا».. فإنه إقرار؛ لكونه مكالمة مع الغائب.

(**بحق لآخر**)؛ حتى: لوعلم ذلك الآخر أن المقر كاذب في إقراره.. لا يحل له أخذه عن كره؛ لعدم حقه عليه؛ سواء ادعى المقر أنه كاذب في إقراره أو لم يدع، وذلك بأن أثبت إقراره فيما إذا أنكر، أو حلف فيما إذا ادعى أنه أقر كاذباً وأراد تحليف ذلك الآخر على عدم علمه بكذبه في إقراره.. فإن للمقر تحليف المقر له إذا ادعى أنه أقر كاذباً على عدم علمه بكذبه في إقراره له. على ما صرح به في باب اليمين من دعوى «قاضي خان»؛ حيث قال:

إذا أقر رجل: أني وهبت هذا العين لفلان وقبضه مني، ثم ادعى أنه لم يقبضه مني، وإني أقررت بالقبض كاذباً، وطلب يمين الموهوب له.. ذكر شيخ الإسلام: أنه لا يحلف الموهوب له في قول أبي حنيفة ومحمد.

ويحلف في قول أبي يوسف.

وكذا: في كل موضع إذا ادعى أنه كان كاذباً فيما أقر؛ كما لو أقر بقبض الثمن من المشتري وغيره؛ ثم ادعى أنه كان كاذباً في إقراره، أو أقر الواهب بقبض الهبة، ثم ادعى أنه كان كاذباً في إقراره، وأراد استحلاف المشتري بالله: «لقد نقدته الثمن»،

أو طلب يمين الموهوب له بالله: «لقد قبضت الهبة بإذن الواهب».. على قول أبي حنيفة ومحمد: ليس له أن يستحلفه.

وعلى قول أبي يوسف والشافعي: له ذلك.

فإذا كان في المسالة خلاف أبي يوسف والشافعي.. يفوّض ذلك إلى رأي القاضي والمفتي. انتهى.

واعلم: أن الإقرار حجة ظاهرة، فيكفي في مقام الدفع؛ لأن الدفع للإبقاء، والظاهر يكفي للدفع والإبقاء، ولا يكفي في مقام الاستحقاق؛ لأن الاستحقاق: إثبات أمر لم يكن؛ فلا بد من حجة قوية، وعليه استقر فتوى علماء خوارزم.

وتمامه: ما ذكر في «الذخيرة»: ادعى عليه كذا درهماً، أو أن العين الذي في يده له لما أنه أقر له به، أو ابتداءًا بدعوى الإقرار وقال: إنه أقر أن هذا لي، أو أقر: أن لي عليه كذا.. قيل: يصح.

وعامة المشايخ: على أنه لا تصح الدعوى؛ لعدم صلوح الإقرار للاستحقاق؛ كالإقرار كاذباً.. فلا يصح الإقرار؛ لإضافة الاستحقاق إليه.

بخلاف دعوى الإقرار من المدعى عليه على [٣٧٣/أ] المدعي لدفع دعواه؛ بأن برهن على أنه أقر أنه لا حق له فيه، أو بأنه ملك المدعي.. حيث تقبل؛ لأن دعوى الإقرار مسموعة في مقام الدفع لا في مقام الاستحقاق.

وقيل: لا تقبل دعوى الإقرار في طرف الدفع أيضاً.

وعامة المشايخ: على أنه تقبل في طرف الدفع.

وأجمعوا: على أنه لو قال: هذا العين ملكي، وهكذا أقر به المدعى عليه.. تقبل؛ لأنه لم يجعل الإقرار علة الاستحقاق.

ولو برهن عليه أيضاً.. تقبل.

ولو أنكر الإقرار في هذه الصورة.. هل يحلف على إقراره؟

قيل: إنه على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد.

والفتوى: على أنه يحلف على المال لا على الإقرار.

وذكر القاضي: أن دعوى المال بناء على الإقرار.

وإن كان في طرف الاستحقاق.. تقبل عند عامة المشايخ.

وقال في «البزازية»: وهذا على خلاف ما ذكر في «الذخيرة»: من أنه لا تقبل في طرف الاستحقاق عند عامة المشايخ.

وقال فيها أيضاً: وقد بقي هنا فصل آخر اختلف فيه العلماء، وهو: أن المديون إذا برهن على إقرار المدعي باستيفاء الدين.. قيل: لا تسمع؛ لأنه دعوى الإقرار في طرف الاستحقاق؛ لأن الديون تؤدى بأمثالها، فيكون المقبوض ديناً على الدافع.

وقيل: تسمع؛ لأنه في الحاصل: يدفع أداء الدين عن نفسه، فكان دعوى الإقرار في طرف الدفع. كذا في «المحيط».

وقال في «المنتقى» بعلامة «حم»: أقر بدين لرجل، ثم قال: نسيت القضاء، ولي على ذلك بينة، فأقام أن هذا الدين الذي أقر هو قضاه قبل هذا الإقرار.. لا تقبل؛ لأنه متناقض. انتهى.

وقد وقع لي أن أفتي بهذا.

ثم اعلم: أنهم اختلفوا في أن الإقرار: إخبار أو تمليك.

واختار المصنف: كونه إخباراً.

وفي «البزازية»: هو الأوجه.

واستدلوا عليه بمسائل:

منها: صحة الإقرار بالخمر؛ مع أنه لا يتصور فيه التمليك من المسلم.

على نَفسِهِ.

وَلَا يَصحُّ إِلّا لمعلوم.

ومنها: عدم صحة إقراره بالطلاق والعتاق مكرهاً، ولو كان تمليكاً.. لصح؛ لأن طلاق المكره وعتاقه صحيح.

ومنها: صحة إقرار المريض المديون بجميع ماله لأجنبي؛ حيث صح بدون إجازة الورثة، ولو كان تمليكاً.. لكان من الثلث.

ومنها: صحة إقرار العبد المأذون بعين في يده، مع أنه ممنوع عن التمليك.

ومنها: صحة الإقرار بنصف ما يقسم عند الإمام أيضاً، مع عدم صحة [٢٧٣/ب] تمليك الشائع.

ومنها: صحة الإقرار بالنكاح بلا حضور الشهود، وابتداء النكاح: لا يصح بدونه.

ومنها: صحة إقرار المريض بالدين المستغرق، ولو كان تمليكاً.. لما صح.

ويدل أيضاً على أنه إخبار لا تمليك: ما قالوا: إن دعوى الملك والنكاح بناء على الإقرار.. لا يصح، ولو كان تمليكاً.. لصحَّ.

واستدل القائلون «بأنه تمليك»: بأن الإقرار يرتد بالرد، ولو لم يكن تمليكاً بل إخباراً.. لما بطل بالرد، ولا يصح إقراره لوارثه في مرضه.

وأجيب عنه: بأنه إنما تلزمه تلك الأحكام - أي: الارتداد بالرد - وما بعدها لوجود معنى التمليك فيها؛ ارتد برد المديون أو بردّ الوارث.

(**على نفسه**) قيده بكونه على نفسه؛ لأنه لو كان: لغيره على غيره.. تكون شهادة، ولنفسه على غيره.. تكون دعوى.

(**ولا يصح**)؛ أي: الإقرار (**إلا لمعلوم**)؛ لأن المجهول لا يصلح مستحقاً، فلا بد أن يكون المقر له معلوماً [لا] مجهولاً بجهالة فاحشة أو غير فاحشة؛ حتى لو قال:

وَحكمُهُ: ظُهُورُ الْمُقَرِّ بِهِ، ....

عليّ ألف درهم لواحد من الناس أو لأحد هذين.. لا يصح إقراره في الصورتين. هكذا ذكره شمس الأئمة.

لكن ذكر شيخ الإسلام والناطفي: أن الجهالة إذا تفاحشت.. لا تجوز، وإن لم تتفاحش.. تجوز.

وكذا: لا يجوز مع جهالة المقر؛ حتى لو قال: لك على واحد منا ألف.. لا يصح إقراره.

بخلاف جهالة المقر به؛ فإنها لا تمنع صحة الإقرار. على ما سيصرح به.

قال في «الأشباه»: الإقرار للمجهول باطل، إلا في مسألة ما إذا ادعى رد المبيع بعيب، فبرهن البائع على إقراره أنه باعه من رجل ولم يعينه.. قبلت بينته، وسقط حق الرد. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن الحصر في كلام المصنف: في ابتداء الإقرار من المقر، لا في الإقرار المثبت ببينة الخصم بعد إنكار المقر.. فلا استثناء حينئذ.

(**وحكمه: ظهور المقر به**)؛ لأن الإقرار ملزم على المقر ما أقر به؛ لوقوعه، دالاً على المخبر به؛ بناء على: أن مدلول الخبر - الصدق والكذب - احتمال عقلي، كيف وقد ألزم رسول الله ﷺ ماعزاً الرجم بإقراره، وتلك المرأة الغامدية باعترافها؛ فلو لم يكن ملزماً.. لما ألزمهما ﷺ بإقرارهما ما يندرئ بالشبهات؛ فلأن يكون ملزماً في غيره أولى، وإذا كان ملزماً.. يلزمه ظهور حكمه بالضرورة؛ سواء صدقه المقر له أو سكت؛ لأن تصديقه: ليس بشرط في صحة الإقرار.

وأما لو رده [٣٧٤/أ]؛ فإن كان المقر به ديناً أو عيناً.. يبطل إقراره بالرد، وإن كان طلاقاً أو عتاقاً.. لا يبطل بالرد؛ لأنه إسقاط يتم بالمسقط وحده.

وكذا: لو أقر لآخر وقال: أنا عبدك، فرده المقر له.. لا يبطل الإقرار، فيكون عبده؛ لأن الإقرار بالرق لا يبطل بالرد، كما لا يبطل بجحود المولى. كما في

«الخلاصة» و«البزازية».

ولو عاد المقر له إلى تصديق المقر بعد رده.. لا يفيد تصديقه.

ولو أعاد المقر إقراره بعد الرد، وصدقه المقر له في الإقرار الثاني.. يصح إقراره. كذا في «القنية».

وأما الإقرار بالنسب.. فهل يرتد بالرد؟

ففي «الفصولين»: بعلامة قاضي ظهير: لو قال: ليس هذا الولد مني، ثم قال: هو مني.. يصح؛ لأنه بالإقرار بأنه «ابني» تعلق حق المقر وحق المقر له؛ **أما حق المقر له**: فإنه يثبت نسبه من رجل معين، حتى ينتفي كونه من الزنا؛ فإذا قال: ليس هذا الولد مني.. لا يملك إبطال حق الولد؛ فإذا عاد إلى التصديق.. يصح.

قال: هذا فيما إذا أقر أوّلاً بأنه «ابني» ثم نفاه، ثم عاد إلى الإقرار.

وأما إذا نفي أولاً ثم أقر.. فلا يستقيم، هذا إذا لم يبطل بالنفي حق الولد؛ لعدم حقه؛ لأنه لم يقر نسبه حينئذ.. فالأولى أن يعلل بأن التناقض لا يمنع في مثله.

قال: ولو قال هذا الولد مني، ثم قال: ليس بولدي.. لا يصح النفي؛ لأن النسب إذا ثبت.. لا ينتفي بنفيه.

وهذا إذا صدقه الابن.

وأما بغير تصديقه.. فلا يثبت النسب؛ لأنه إقرار على الغير بأنه جزئي.

لكن إذا لم يصدقه ا لابن، ثم صدقه.. تثبت البنوة؛ لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن.

ولو أنكر الأب إقراره، فبرهن الابن أنه أقر «أني ابنه».. يقبل.

والإقرار بأنه «ابني»: مقبول؛ لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه.

أما الإقرار بأنه أخوه.. فلا يقبل؛ لأنه إقرار على الغير.

لا إِنشاؤُهُ ....

ولو ادعى: إن أبي فلان، وصدقه فلان.. ثبت نسبه، ثم ادعى: أني ابن فلان آخر.. لا يسمع؛ لأنه يتضمن إبطال حق المقر له الأول.

وكذا لو قال: إن أبي فلان، ولم يصدقه فلان، ثم ادعى: أني ابن فلان آخر.. لم يصح إقراره الثاني؛ إذ ثبت للأول حق التصديق؛ فلو صححنا إقراره الثاني.. يفضي إلى إبطال حق التصديق للآخر - وإنه لم يجز - وصار كمن ادعى أنه مولى فلان ولم يصدقه فلان، ثم ادعى أنه مولى فلان آخر [٣٧٤/ب].. فإنه لم يجز؛ لما فيه من إبطال حق الغير. هكذا ذكره. بعلامة قاضي ظهير.

ثم ذكر بعلامة «العدة»: إنه لو قال: هو ابن فلان، ثم قال: هو ابني.. لم يكن ابنه أبداً وإن جحد المقر له؛ لأن النسب المقر به لا يحتمل النقض. وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: هو ابن المقر لو جحد المقر له؛ لأن الإقرار بالنسب يحتمل النقض، فيرتد برده. انتهى.

قال في «البزازية» نقلاً عن «الجامع»: لو قال: هذا ابن عبدي، أو ابن فلان الغائب، ثم قال: هو ابني.. لا يكون ابنه أبداً.

وقالا: إن كذبه المقر له في النسب، ثم ادعاه المقر.. صح. انتهى.

فظهر منه: أنه لا يكون ابن المقر فيما جحد المقر له على إطلاقه؛ كما هو الظاهر من لفظ «العدة»، بل لا بد من دعوى المقر بعد إنكار المقر له.

(**لا إنشاؤه**)؛ أي: لا إثبات المقر به للمقر له ابتداء بهذا اللفظ - على ما هو شأن الإنشاءات - كما في البيع والهبة؛ وهذا لأنه إخبار عن أمر كائن - على ما تقدم - فيحتمل الكذب، فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه.

بخلاف الإنشاء الشرعي؛ فإنه يمتنع التخلف عنه؛ لأنه إيجاد أمر، وتمليكه: بلفظ يقارنه في الوجود.

فصحَّ الْإِقْرَارُ بِالْخمرِ لِلْمُسلِمِ، لَا بِطَلَاقٍ وعتاقٍ مكْرهاً.
وَإِذا أَقَرَّ حرٌّ ....

وقد تقدم: أنهم اختلفوا في أن الإقرار: إخبار، أو تمليك وإنشاء للحال.

واختار المصنف: أنه إخبار، وعليه أكثر مشايخنا.

واستدلوا عليه بمسائل:

منها: ما ذكره المصنف بقوله: (**فصح الإقرار بالخمر للمسلم**)، حتى يؤمر بتسليمه إليه.

ولو كان تمليكاً ابتداء.. لما صح هذا.

(**لا**) يصح إقراره (**بطلاق وعتاق مكرهاً**) في إقراره ولو بوعيد الحبس والقيد.

ولو كان إنشاء.. لصح إقراره بهما مكرها؛ لأن طلاق المكره وعتاقه: صحيح عندنا.

وكذا: لا يصح إقراره بهما هازلاً أو كاذباً. على ما في إكراه «قاضي خان».

ولو كان تمليكاً.. لصح.

ومنها: أنه لو أقر لآخر بعين في يد رجل، ولا يملكه المقر.. صح إقراره في حقه، حتى لو ملكه المقر يوماً من الدهر.. يؤمر بتسليمه.

ولو كان تمليكاً.. لما صح؛ لأنه تمليك بما لا يملكه بعد.

إلى غير ذلك من المسائل التي استدلوا بها على أنه إخبار. على ما تقدم آنفاً.

(**وإذا أقر حرٌّ**)، والحرية ليس بشرط في صحة الإقرار؛ لأن إقرار العبد صحيح أيضاً؛ مأذوناً أو محجوراً:

أما المأذون: فلأنه يلحق بالحر في حق إقرار ما يكون من باب التجارة، حتى ينفذ في الحال إقراره بالمال والحدود والقصاص.

وإن لم ينفذ في [٣٧٥/أ] الحال إقراره بما ليس من باب التجارة؛ كإقراره بمهر

مُكَلَّفٌ ....

امرأة تزوجها بغير إذن مولاه، وكإقراره بجناية موجبة للمال.. فإنه إنما ينفذ بعد عتقه.

وأما المحجور: فلأنه لو أقر بما لا تهمة فيه؛ كالحدود والقصاص.. ينفذ في الحال.

وإن لم ينفذ في الحال إقراره بما فيه تهمة؛ كإقراره بالأموال.. فإنه إنما ينفذ بعد العتق؛ لزوال المانع.

نظيره: ما مرّ آنفاً: أن الحر لو أقر لآخر بعين في يد رجل، ولا يملكه المقر.. صح، وينفذ بعد زوال المانع، وهذا وإن كان ينزع إلى تخصيص العلة، لكن الملخص معروف في الأصول.

قلت: فعلى ما ذكرناه من صحة إقرار العبيد: لا يكون ذكر الحرية قيداً احترازياً، بل بياناً للواقع، وحكم إقرار العبيد مسكوت عنه.

(**مكلف**)؛ أي: عاقل بالغ؛ لأن إقرار المجنون والمعتوه والصبي: لا يصح؛ لانعدام أهلية الإلزام، إلا إذا كان الصبي والمعتوه مأذوناً لهما؛ لأنهما بحكم الإذن ملحقان بالعاقل البالغ، فيصح إقرارهما بكل ما يكون طريقه التجارة؛ كالديون والعواري والودائع والمضاربات والغصوب.

بخلاف ما ليس من باب التجارة - كالمهر والجناية والكفالة - لأنها تبرع ابتداء، غير داخل تحت الإذن.

وكذا: يصح إقرار الصبي العاقل بالرِّقِّيَّة، بأن قال: أنا عبد لفلان؛ فإنه يكون صغيراً، حتى لو ادّعى الحرية الأصلية بعد كبره.. لا يقبل قوله بلا حجة. على ما تقدم قبيل دعوى النسب.

والنائم والمغمى عليه: كالمجنون؛ لعدم التمييز.

بِحَقٍّ مَعْلُومٍ أَو مَجْهُولٍ كشيءٍ وَحقٍّ.. صَحَّ ....

والسكران؛ إن كان سكره بطريق محظور.. يصح إقراره مطلقاً؛ لأنه لا ينافي الخطاب، إلا إذا أقر بما يقبل الرجوع؛ كالحدود الخالصة حقاً لله تعالى.

وإن كان سكره بطريق مباح: كالشرب مكرهاً.. لا يصح إقراره.

وكذا بشرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما، خلافاً لمحمد على ما في «الزيلعي».

(**بحق معلوم**) مقداره (**أو مجهول كشيء وحق**)؛ بأن قال: له عليّ حق أو شيء (.. صح) إقراره؛ لأن الحق قد يلزمه مجهولاً؛ بأن يتلف مالاً، أو يجرح جراحة، أو يبقى عليه بقية حساب لا يعرف قيمته، ولا أرشها، ولا قدرها، وهو يحتاج إليه لإبراء ذمته بالإيفاء أو التراضي.. فيصح بالضرورة.

بخلاف الشهادة؛ فإنها لا تجوز إلا بالعلم، مع أنها إخبار أيضاً عن ثبوت الحق للمدعي، والحق قد يلزم له [٣٧٥/ب] مجهولاً، والشهادة عليه لا تصح مجهولة، وهذا؛ لأن العلم بالمشهود به ثبت نصاً؛ لقوله ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس.. فاشهد، وإلا.. فدع»، فلا يجوز انتفاؤه، ولأن الشهادة لاتوجب حقاً إلا بالقضاء، ولا يمكن القضاء بالمجهول.

وبخلاف المقر والمقر له؛ فإن الإقرار لا يصح ما لم يكونا معلومين. على ما سبق.

وهل يصح إقراره بالكتابة، أو يلزمه التلفظ بالمشافهة؟

وفيه تفصيل:

قال في إقرار «البزازية»: كتب كتاباً فيه إقرار بين يدي الشهود.. فهذا على أقسام:

الأول: أن يكتب ولا يقول شيئاً.. [وإنه] لا يكون إقراراً، فلا تحل الشهادة بأنه إقرار.

وَلَزِمَهُ بَيَانُ الْمَجْهُولِ ....

قال القاضي النسفي: إن كتب مصدراً مرسوماً وعلم الشاهد.. حل له الشهادة على إقراره كما أقر كذلك وإن لم يقل اشهد عليّ به.

فعلى هذا: إذا كتب للغائب على وجه الرسالة: «أما بعد: فلك عليّ كذا».. يكون إقراراً؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، ويكون متكلماً.

والعامة على خلافه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة.

وفي حق الأخرس: يشترط أن يكون مُعَنْوَناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب.

الثاني: كتب وقرأ عند الشهود: لهم أن يشهدوا به وإن لم يقل اشهدوا علي.

الثالث: أن يقرأ عليه عندهم غيره، فيقول الكاتب: اشهدوا عليّ به.

الرابع: أن يكتب عندهم ويقول: اشهدوا عليّ بما فيه؛ إن علموا ما فيه.. كان إقراراً، وإلا.. فلا.

وذكر القاضي: ادعى عليه مالاً، وأخرج خطّاً وقال: إنه خط المدعى عليه بهذا المال، فأنكر أن يكون خطه، فاستُكتِب، وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد.. لا يحكم عليه بالمال في الصحيح؛ لأنه لا يزيد على أن يقول: هذا خطي وأنا حررته، لكن ليس علي هذا المال، وثمة لا يجب. كذا هنا.

إلا في «يادكار»: الباعة والصراف والسمسار. انتهى.

وفي أحكام الكتابة من «الأشباه»: أنه يعمل بدفتر البياع والصراف والسمسار، فالخط فيه حجة.

(ولزمه)؛ أي: المقر **(بيان المجهول)**؛ لأنه مُجْمِل، فإليه البيان للخروج عن العهدة.

حتى لو لم يبين.. أجبره الحاكم على البيان؛ صيانة لحق المقر له.

وإن مات قبل البيان.. يجبر ورثته على البيان، على ما في «البزازية»؛ حيث قال في دعوى النسب والإرث: لو قال: أحد هذين ابني.. صح إقراره ويجبر على البيان،

بِمَا لَهُ قِيمَةٌ،

وبعده [٣٧٦/أ].. يجبر ورثته على البيان، ولا يثبت النسب بإقراره حتى يجتمعوا على أحدهما. انتهى.

واعلم: أنه متى أقر بمجهول، وأطلق ولم يبين السبب.. يصح إقراره ويلزم بيانه، ويحمل على أنه: وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة؛ كالغصب والوديعة؛ لأن الجهالة لا تمنع تحققهما وثبوت حكمهما؛ لأن الإنسان قد يغصب مالاً مجهولاً ويودع مالاً مجهولاً في كيس.

وإن لم يطلق، بل بين السبب.. ينظر؛ فإن بين سبباً لا تضره الجهالة كالغصب والوديعة.. يصح إقراره أيضاً ويلزم بيانه، وإن بيّن سبباً تضره الجهالة كالبيع والإجارة.. لا يصح إقراره ولا يلزم بيانه.

حتى لو أقرَّ أنه باع من فلان شيئاً، أو أجر من فلان شيئاً، أو اشترى من فلان شيئاً.. لا يصح إقراره ولا يجبر على البيان.

ثم لزوم البيان على المقر فيما أمكن، وإلا.. فليطلب البيان من علم آخر.

مثلاً: لو قال: لزيد عليّ ألف ونصف ما لعمرو، ولعمرو ألف إلا نصف ما لزيد، فمات قبل البيان، ولم يكن له وارث معروف يبينه.. فالجواب: أنا فرضنا ما أقرّ لزيد شيئاً، فيكون لعمرو ألف إلا نصف شيء.. فلزيد ألف وخمسمائة إلا ربع شيء: يعدل شيئاً الذي فرضناه لزيد وجبرناه؛ بأن أسقطنا الاستثناء من طرف ذي الاستثناء، وأدرجنا المستثنى - أعني: ربع شيء - في المستثنى منه وزدنا مثله في الطرف الآخر؛ فصار ألفاً وخمسمائة: يعدل شيئاً وربع شيء، ثم قسمنا بسط ألف وخمسمائة - أعني: ستة آلاف - على شيء وربع شيء - أعني: خمسة - يخرج ألف ومائتان.. وهو المقر به لزيد، فيكون لعمرو أربعمائة؛ لأنه أقرّ له بألف إلا نصف ما لزيد؛ فإذا استثني من الألف نصف ما لزيد؛ أعني: ستمائة.. بقي أربعمائة.

(بما له قيمة)؛ لأنه أخبر عما وجب في ذمته.

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِن ادّعى الْمقَرُّ لَهُ أَكْثَرَ.

وَفِي مَالٍ.. لَا يصدَّقُ فِي أَقَلَّ مِن دِرْهَمٍ.

وَمَالٌ عَظِيمٌ نِصَابٌ مِمَّا بَيَّنَ بِهِ؛ ....

وما لا قيمة له: كحبة حنطة وقطرة ماء، وكالخمر: لا يجب في الذمة؛ فإذا بين بما لا قيمة له.. يكون رجوعاً عن إقراره، وذلك باطل، فيلزمه البيان بما له قيمة.

ولو بين بالصبي أو الزوجة أو بجلد الميتة.. لا يصح.

وقيل: يصح.

والأول: أصح، على ما في «الزيلعي»، وعليه الأكثر، على ما في «البزازية».

وقال فيها أيضاً: لو قال: غصبت منه شيئاً.. صح ويجبر على بيان ما يجري فيه التمانع والتقوم؛ سواء أكان مما يضمن بالغصب، أو لا؛ كالعقار.

ولو بيّن [٣٧٦/ب] بحبة حنطة أو خمر.. لا يصح.

وكذا: لا يصح بيانه بولده أو زوجته؛ لعدم جريان التمانع فيه، ولا التقوم فيه.

(**والقول قوله**)؛ أي: قول المقر (**مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر**) منه - أي: مما أقرّ به المقر - يعني: إذا بين بما له قيمة مما ثبت في الذمة، مكيلاً كان أو موزوناً أو عددياً نحو: كر حنطة أو فلس أو جوزة؛ فإما أن يساعده المقر له أو لا؛ فإن ساعده.. أخذه، وإلا.. فالقول قول المقرمع يمينه؛ لأن المقر له يدعي أكثر منه - وهو منكر - والقول قول المنكر مع يمينه ولو برهن المقر له على الأكثر.. قبلت بينته؛ لأنه مدع، فتقدم بينته.

(**وفي**) قوله: لفلان عليّ (**مال.. لا يصدق في أقل من درهم**) والقياس: قبوله؛ لأنه مال أيضاً إلا أنه ترك القياس بالاستحسان؛ لأن ما دونه من الكسور: لا يطلق عليه اسم المال عادة، والعرف قاض على الحقيقة.

(و) في قوله: لفلان عليّ (**مال عظيم**).. لا يصدق في أقل من (**نصاب مما**)؛ أي: من مال (**بين به**)؛ أي: بذلك المال.

فضَّةً أَو غَيرَهَا.

وَمن الْإِبِلِ: خمسٍ وَعِشْرينَ.

وَمن الْبُرّ: خَمْسَةِ أَوسُقٍ.

وَمن غيرِ مَالِ الزَّكَاةِ: قيمَةُ النِّصابِ.

وأموالٌ عِظَامٌ: ثَلَاثَةُ نُصُب.

(**فضة**)؛ بأن قال: مال عظيم من فضة (**أو غيرها**) كالذهب.. فلا يصدق في الفضة: في أقل من مائتي درهم، وفي الذهب: في أقل من عشرين مثقالاً.

(و) لا يصدق فيما بيّن به (**من الإبل**): في أقل من (**خمس وعشرين**)؛ لأنها: النصاب المقدر في وجوب الإبل على المزكي؛ لأن الواجب فيما دونه هو الشاة.

(**ومن البرّ خمسة أوسق**)؛ لأنها : النصاب عندهما.

وذلك؛ لأنه لما وصف المال بالعظم.. فلا يجوز إلغاؤه؛ لأنه صدر عن عقل كامل، فلا بد من أن يبين بما يعد عظيماً عند الناس، والنصاب: عظيم عند الناس؛ لأنه يعد صاحبه غنياً عند الناس، فلا بد من البيان من جنس ما يجب الزكاة فيه.

هذا إذا بين المال العظيم.. بالمال الزكوي.

وأما إذا بينه بغير المال الزكوي.. فأشار إليه بقوله: (**ومن غير مال الزكاة: قيمة النصاب**)؛ أي: لا بد من أن يبيّنه بقيمة النصاب.

ثم هذا قولهما، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وروي عنه أيضاً: أنه لا يصدق في أقل من نصاب السرقة؛ لأنه عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة.

(و) في قوله: له عليّ (**أموال عظام**).. لا يصدق في أقل من (**ثلاثة نصب**)؛ أي: من أي نوع سماه من الزكوي وغيره؛ اعتباراً لأدنى الجمع.

ولو قال: عليّ مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل.. قال الناطفي: لم أجده منصوصاً عليه [٣٧٧/آ]، وكان الجرجاني يقول: يلزمه مائتان.

ودراهمُ: ثَلاثَةٌ.

ودراهمُ كَثِيرَةٌ: عشرَةٌ، وَعِنْدَهُمَا: نِصَابٌ.

وَكَذَا درهماً: دِرْهَمٌ.

وَكَذَا كَذَا: أَحِدَ عشَر.

(و) في قوله: لفلان عليّ (دراهم) لا يصدق في أقل من (**ثلاثة**) دراهم. لما ذكرناه.

(ودراهم كثيرة)، وكذا دنانير كثيرة: (**عشرة**) دراهم أو دنانير، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما): لا يصدق في أقل من (**نصاب**)؛ أي: مائتا درهم أو عشرون مثقالاً؛ لأن في النصاب كثرة؛ حتى يعد صاحبه غنياً مكثراً، فيعمل به، بخلاف ما دونه.

ولأبي حنيفة: أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع؛ يقال: عشرة دراهم، ثم يقال: أحد عشر درهماً.

فيكون العشرة هو الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه، فيصرف إليه من غالب نقد البلد؛ فإن لم يوجد.. فمن وزن سبعة مثاقيل.

ولو قال: ثياب كثيرة.. يلزمه عشرة عنده.

وما يبلغ قيمته مائتي درهم عندهما.

(و) في قوله: لفلان عليّ (كذا درهماً).. لا يصدق في أقل من (**درهم**)؛ لأنه المتبادر.

(و) في قوله: عليّ (**كذا كذا**) درهماً بلا واو.. لا يصدق في أقل من (**أحد عشر**) درهماً؛ لأنه ذكر عددين مبهمين، وليس بينهما حرف عطف، فيحمل على نظيرهما من الأعداد المفسرة، وأقل عددين يذكران بلا حرف عطف بينهما: «أحد عشر»، فيحمل عليه لتيقنه.

وَإِن ثَلَّثَ.. فَكَذَلِك.

وَكَذَا وَكَذَا: أحدٌ وَعِشْرُونَ. وإِنْ ثلث.. زِيْدَ مائَةٌ.

وَإِن رَبَّعَ.. زيدَ أَلْفٌ.

(**وإن ثلث**) لفظة «كذا» بلا حرف عطف (.. **فكذلك**)؛ أي: لا يصدق في أقل من «أحد عشر» لما ذكرناه.

ولا يزاد عليه؛ لعدم النظير، فتبطل الزيادة.

(و) في قوله: (**كذا وكذا**) «بالواو».. يجب (**أحد وعشرون**)، ولا يصدق فيما دونه؛ لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف عطف، وأقل ذلك من المفسر: أحد وعشرون، فيحمل عليه.

(**وإن ثلث**) بالواو (.. **زيد**) على أحد وعشرين: (**مائة**)؛ حملاً له على نظيره من المفسر.

(**وإن ربع**) بالواو (.. **زيد**) على مائة وأحد وعشرين: (**ألف**)؛ حملاً له على نظيره من المفسر أيضاً؛ لأن أقل أعداد ثلاثة يذكر بحرفي عطف: مائة واحد وعشرون، وأقل أعداد أربعة تذكر بثلاثة حروف عطف: ألف ومائة وأحد وعشرون.

ولو خمس «بالواو».. ينبغي أن يزاد عشرة آلاف.

ولو سدس.. يزداد مائة ألف.

ولو سبع.. يزداد ألف ألف.

وعلى هذا: كلما زاد عدداً معطوفاً بالواو.. زيد عليه ما جرت به العادة إلى ما لا يتناهى.

ولو قال: كذا كذا درهماً وديناراً.. فعليه أحد عشر منهما؛ لأنه ذكر عدداً مبهماً وأشرك فيه جنسين من المال، فلزمه النصف من كل واحد منهما؛ حملاً له على المفسر؛ فإنه إذا قال: عليّ أحد عشر درهماً وديناراً.. لزمه من كل واحد منهما [٣٧٧/ب] النصف.

وَكَذَا كُلُّ مَكِيلٍ ومَوْزُون.

وبِشِرْكٍ فِي عبدٍ.. فَهُوَ نصفٌ عِنْد أبي يُوسُف، وَعندَ مُحَمَّد: يُؤمرُ بِالْبَيَانِ.

(**وكذا كل مكيل وموزون**)، حتى لو قال له: عليّ حنطة كثيرة.. فعندهما: لا يصدق في أقل من خمسة أوسق؛ لأنه هو النصاب عندهما.

ولو قال: له عليّ زعفران كثير.. لا يصدق في أقل من خمسة أمناء عندهما؛ لأنه هو النصاب فيه.

وكذا الإقرار بالغصب في جميع ما ذكر، حتى لو قال: غصبت من فلان إبلاً كثيراً، أو غنماً كثيراً، أو حنطة كثيرة، أو بقراً كثيراً.. ينصرف إلى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما، وهو: خمسة وعشرون من الإبل، وأربعون من الغنم، وثلاثون من البقر، وخمسة أوسق من الحنطة عندهما.

وعند أبي حنيفة: يرجع إلى بيان المقر. كذا في «الزيلعي».

وهذا كله: إذا ذكر الدرهم منصوباً، وإن ذكره مجروراً؛ بأن قال: كذا درهم بالجر.. فعن محمد: أنه على مائة درهم؛ لأن أقل عدد يذكر الدرهم عقيبه بالجر «مائة».

ولو قال: عليّ غير ألف.. فعن محمد: أنه ألفان.

ولو قال: غير الألفين.. أنه أربعة آلاف.

ولو قال: له على دريهم بالتصغير.. فعليه درهم تام؛ لأن التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال، فلا ينقص عن الوزن، والمعتبر: هو الوزن المعتاد.

(**وبشرك في عبد**)؛ أي: إذا قال: له شرك في هذا العبد (.. **فهو نصف عند أبي يوسف**)؛ لأن الشرك يطلق ويراد به الشركة لغة.

ولو قال: له شركة في هذا العبد.. كان إقراراً بالنصف. فكذا هذا.

(**وعند محمد: يؤمر بالبيان**)؛ لأن الشرك قد يراد به: النصيب، وقد يراد به: الشركة، فكان مجملاً، فالبيان إلى المُجمِل.

وَقَوله: علي أَو قِبَلي: إِقْرَارٌ بدين.

فإِنْ وَصَلَ بِهِ «هُوَ وَدِيعَةٌ».. صُدِّقَ.

وإِنْ فصلَ.. لَا.

وَعِنْدِي، أَو معي، أَو فِي بَيْتِي، أَو صندوقي، أَو كيسي: إِقْرَارٌ بأمانةٍ.

(**وقوله: له عليَّ أو قبلي.. إقرار بدين**)؛ لأن عليّ: للإيجاب، وقبلي: ينبئ عن الضمان. كذا في «الكفاية».

(**فإن وصل به**)؛ أي: بهذا القول («هو وديعة»)؛ أي: قاله بلا تراخ (.. **صدق**)؛ لأن اللفظ يحتمله مجازاً؛ لأن المودَع يجب عليه حفظه والمال محله، فقد ذكر المحل وأراد الحال مجازاً، فيصح موصولاً.

(**وإن فصل.. لا**) يصدق؛ لأنه تقرر حكم اللفظ بالسكوت، والحقيقة هو الأصل، فلا تتغير بعده كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط.

(**وعندي، أو معي، أو في بيتي، أو صندوقي، أو كيسي: إقرار بأمانة**)؛ لأن هذه المواضع: محال للعين لا للدين؛ إذ الدين محله الذمة، والعين تحتمل أن تكون مضمونة وأمانة، والأمانة أدناهما، فيحمل عليها المتيقن.

بخلاف ما [٣٧٨/أ] إذا قال: له قبلي مائة دراهم دين وديعة أو وديعة دين.. حيث يحمل على الدين لا على الأمانة؛ لأنه ذكر لفظين: أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة، والجمع بينهما غير ممكن، ولا يجوز إهمالهما، وحمل الدين على الوديعة حمل الأعلى الأدنى، فلا يجوز، فتعين العكس.

قال في «قاضي خان»: رجل قال في صحته: جميع ما هو داخل في منزلي لامرأتي هذه، ثم مات.. صح إقراره قضاء؛ فإن علمت المرأة بسبب من أسباب الملك من بيع أو هبة.. كان لها ذلك، وإلا.. فبنفس الإقرار لا تملك.

ولو قال: جميع ما يعرف مني، أو جميع ما ينسب إليّ، فهو لفلان.. قال أبو بكر الإسكاف: هذا إقرار.

وَلَو قَالَ لمن ادّعى عَلَيْهِ أَلفاً: اتزِنْها، أَو انتقدْها، أَو أَجِّلْني بهَا، أَو قد قضيتُكَها، أَو أَبرأْتَني مِنْهَا، أَو وهبتَها لي، أَو تَصَدَّقتَ بهَا عَلَيّ، أَو أحلتُكَ بهَا.. فقد أقرَّ، وَبلا ضمير.. لَا.

وكذا: لو قال: جميع ما في بيتي لفلان.. فهو إقرار.

ولو أقر لا نبته في صحته بجميع ما في منزله: من الفرش والأواني وغير ذلك مما يقع عليه الملك من صنوف الأموال كلها، وله في الرستاق دواب وغلمان وهو ساكن في البلد.. قال الإسكاف: إقراره يقع على ما في منزله الذي هو ساكن فيه في البلد، وعلى ما كان يبعث من الدواب إلى الباقورة بالنهار، ويرجع إلى وطنه الذي أقر بقماشه لابنته ، وكذلك عبيده الذي يخرجون في حوائجه نهاراً ويأوون إلى منزله ليلاً.. فهم داخلون في الإقرار. انتهى. وهكذا في «الخلاصة».

(**ولو قال لمن ادعى عليه ألفاً: اتزنها**) أمر من الوزن، (**أو انتقدها**): أمر من النقد، (**أو أجلني**): أمر من التأجيل (**بها**)، أي: بالألف (**أو قد قضيتكها**) بصيغة التكلم، (**أو أبرأتني منها، أو وهبتها لي، أو تصدقت بها عليَّ، أو أحلتك بها**) من الإحالة بصيغة التكلم، والضمائر كلها راجعة إلى الألف (**فقد أقر، وبلا ضمير.. لا**)؛ لأن الضمير كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك، فصار كأنه أعاد المدعى وهو وجوب ألف عليه، فيكون إقراراً بها.

بخلاف ما إذا لم يكن فيه «الألف»؛ لأنه لا دليل على انصرافه إلى المذكور، فيكون كلاماً مبتدأ، فلا يلزمه شيء؛ وذلك لأن اللفظ الذي ورد بعد السؤال؛ إما أن يصلح جواباً له فقط، أو يصلح الابتداء به فقط، أو يصلح لهما.

فعلى الأول: يحمل على الجواب.

وعلى الأخيرين: يحمل على الابتداء.

فبذكر الضمير: يصلح جواباً، فيحمل عليه، وبعدم ذكره: لا يصلح جواباً.

فإما أن يصلح الابتداء فقط أو كلاهما معاً.

وَلَو أقرَّ بدَينٍ مُؤَجَّلٍ وَقَالَ الْمَقُر لَهُ هُوَ حَالٌّ.. لزمَه حَالّاً، وَحُلِّفَ الْمقرُّ لَهُ على الْأَجَلِ.

وَلَو قَالَ: عَليّ مائَةُ دِرْهَمٍ.. فَالْكلُّ دَرَاهِم:

وَكَذَا كلُّ مَا يُكَالُ أَو يُوزن.

وَلَو قَالَ: مائَةٌ وثوبٌ، أَو مائَةٌ وثوبان.. لزمَه تَفْسِيرُ الْمِائَةِ.

وعلى التقديرين: يحمل على الابتداء [٣٧٨/ب]، فلا يلزمه شيء؛ فكأنه قال: صر وزانا للناس ونقاداً لهم واترك الدعاوى الباطلة.

(**ولو أقر بدين مؤجل، وقال المقر له: هو حال.. لزمه حالاً**)؛ لأنه أقر بحقٍ على نفسه وادعى حقاً على المقر له، فإقراره على نفسه: حجة، ولا تقبل دعواه على الغير بلا حجة؛ كما إذا أقر بعبد في يده لغيره وادعى الإجارة منه.. فإنه يقبل إقراره له، ولا تسمع دعواه بلا حجة.

بخلاف ما إذا أقر بدراهم سود.. فإنه يصدق؛ لأن السواد صفة في الدراهم، فتلزم على الصفة التي أقر بها.

بخلاف الأجل؛ فإنه عارض لا يثبت بنفس العقد، بل بالشرط.. فالقول فيه للمنكر مع يمينه.

ولذا قال: (**وحلف المقر له على الأجل**)؛ لكونه منكراً.

(**ولو قال: عليَّ مائة درهم.. فالكل دراهم**)، فيلزمه مائة درهم.

(**وكذا كل ما يكال أو يوزن**)؛ فلو قال: عليّ مائة وقفيز حنطة أو مائة من زعفران.. فالكل حنطة وزعفران، فيلزمه مائة قفيز وقفيز ومائة مَنٍّ ومَنٌّ.

ولو قال: مائة دينار.. فالكل دينار.

(**ولو قال: مائة وثوب، أو مائة وثوبان.. لزمه تفسير المائة**).

وكذا لو قال: مائة وشاة.. لزمه شاة واحدة، ويرجع في تفسير المائة إليه، ولا تفسير لها ههنا؛ لأن الدرهم وغيره من المقدرات المذكورة معطوف عليها بالواو،

وإِنْ قَالَ: مائةٌ وَثَلَاثَةُ أَثْوابٍ.. فَالْكلُّ ثِيَابٌ.

فلا تكون تفسيراً؛ لأن العطف يقتضي المغايرة، فبقيت المائة على إبهامها، فيرجع في تفسيرها إلى المُجمِل كما في الفصل الثاني.

ووجه الاستحسان: أنهم يستثقلون تكرار الدرهم، ويكتفون بذكره مرة عقيب عددين عطف أحدهما على الآخر، ويقولون: أحد وعشرون درهماً، ولا يذكرون لكل من المعطوف والمعطوف عليه تمييزاً؛ للاستثقال، والاستثقال إنما يكون فيما يكثر استعماله، وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه، وذلك فيما يثبت في الذمة: كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والعددي المتقارب لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالاً ومؤجلة، ويجوز الاستقراض بها.

بخلاف غيرها؛ فإن الثوب لا يثبت ديناً في الذمة إلا بطريق السلم.

والشاة: لا تثبت ديناً في الذمة أصلاً، فلم تكثر كثرتها، فبقيت على الأصل؛ وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل؛ لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة، ولا ضرورة [٣٧٩/أ] ههنا.

(**وإن قال: مائة وثلاثة أثواب.. فالكل ثياب**) بالاتفاق؛ لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً؛ إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف.. فانصرف إلى المذكورين جميعاً؛ لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير.

وذكر في «النهاية» عن أبي يوسف في قوله: مائة وثوب.. أن الكل ثياب.

وفي قوله: مائة وشاة.. أن الكل شاة؛ كما في قوله: مائة وثلاثة أثواب.

ووجهه: أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة، بخلاف العبيد.. فإنهم لا يقسمون قسمة واحدة، وما يقسم قسمة واحدة: يتحقق في أعداده المتجانسة، فيمكن أن يجعل المفسَّر منه: تفسيراً للمبهم. وهو ضعيف؛ لأنهم قالوا: إن العبيد يقسمون كالغنم عندهما.

ولا يقسمون عند أبي حنيفة.

وَلَو أَقرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرة.. لزماهُ.

أَو بِخَاتَمٍ.. لزمَه الْحلقَةُ والفصُّ.

أَو سيفٍ.. فالنصلُ والجَفنُ والحمائلُ.

أَو بحَجَلةٍ.. فالكِسوةُ والعيدانِ.

وإِنْ بِدَابَّةٍ فِي إِصطبلٍ.. لزمَه الدَّابَّةُ فَقَط.

ولو قال: لفلان عليَّ نصف دينار ودرهم وثوب.. فعليه نصف كل واحد منها. كذا في «الزيلعي».

(**ولو أقر بتمر في قوصرة**)؛ بأن قال: غصبت تمراً له في قوصرة؛ على ما فسره في «الأصل»: القوصرة - بتشديد الراء وتخفيفها -: وعاء التمر يتخذ من قصب.. (**لزماه**)؛ لأن غصب الظروف بدون الظرف لا يتصور.

بخلاف ما إذا قال: غصبت تمراً من قوصرة؛ لأن كلمة «من» للانتزاع، فيكون إقراراً لغصب المنزوع.

(**أو**) أقر (**بخاتم.. لزمه الحلقة والفص**)؛ لأن اسم الخاتم يشملهما.

(**أو سيف.. فالنصل**)؛ أي: الحديدة (**والجفن**) - بالجيم ثم الفاء -: هو الغمد (**والحمائل**) جمع حمالة - بكسر الحاء -: علاقة السيف؛ لأن الاسم أيضاً ينطلق على الكل.

(**أو بحجلة**) - بفتح الحاء والجيم -: ستر العروس في جوف البيت. على ما في «المغرب».

وفي «الصحاح»: بيت يزين بالثياب والأسترة.

ويناسبه قوله: (**فالكسوة والعيدان**): جمع عود؛ كالديدان: جمع دود، والأصل فيه: ما ذكرناه أيضاً.

(**وإن**) أقر (**بدابة في إصطبل.. لزمه الدابة فقط**).

وكذا إذا قال: غصبت منه طعاماً في بيت.. لزمه الطعام فقط عند أبي حنيفة

وبثوبٍ فِي منديلٍ.. لزماه.

وَكَذَا بِثَوْبٍ فِي ثوبٍ.

وإِنْ بِثَوْبٍ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ.. لزمَهُ ثوبٌ وَاحِدٌ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، وَأَحدَ عشرَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

وَلَو قَالَ: عَليَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ.. لزمَهُ خَمْسَةٌ، ....

وأبي يوسف؛ لأن الدابة والطعام: يدخلان في ضمانه بالغصب، والإصطبل والبيت: لا يدخلان عندهما؛ لأن العقار لا ينقل، والغصب الموجب للضمان.. لا يكون إلا بالنقل والتحويل.

وقال محمد: يدخلان في ضمانه أيضاً؛ لأنه يرى بغصب العقار.

(**وبثوب في منديل.. لزماه.**

وكذا بثوب في ثوب).

وكذا لو أقر طعاماً في سفينة أو حنطة [٣٧٩/ب] في جوالق.. لزماه؛ لما ذكرناه: أن المظروف لا ينقل بدون الظرف، بخلافه من سفينة أو من جوالق؛ لما ذكرناه.

(**وإن**) أقر (**بثوب في عشرة أثواب.. لزمه ثوب واحد عند أبي يوسف وأحد عشر عند محمد**)؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب، فأمكن حمله على الظرف.

ولأبي يوسف: أن كلمة «في» تستعمل في البين والوسط أيضاً، فوقع الشك في كونها للظرف أو للبين، والمال: لا يثبت بالشك، والأصل: براءة الذمة، على أن كل ثوب موعى، وليس بوعاء.. فلا يتحقق أن يكون ظرفاً إلا الثوب الذي هو ظاهر، فتعذر حمله على الظرف، فتعين الحمل على البين، فلغا آخر كلامه.. فتعين أوله وهو الثوب.

(**ولو قال: عليَّ خمسة في خمسة.. لزمه خمسة**)؛ لأن الحقيقة - وهي: الظرفية - متعذرة؛ لعدم جريانه في نحو: عليَّ درهم؛ إذ لا يصلح الدرهم للظرفية، ولا يصار

وإِنْ نوى الضَّرْبَ.

وبنيَّةِ «مَعَ».. لزمَ عشرَةٌ.

وَفِي قَوْله.. عَليَّ مِن دِرْهَمٍ إِلَى عشرَةٍ، أَو مَا بَينَ دِرْهَمٍ إِلَى عشرَةٍ.. يلْزمُهُ تِسْعَةٌ، وَعِنْدَهُمَا: عشرَةٌ.

إلى المجاز أيضاً لتعذره؛ لأنها قد تجيء بمعنى: «الواو» وبمعنى: «مع» لعلاقة الجمعية، وبمعنى «على» أيضاً نحو: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ فإذا تعذرت الحقيقة ولا يصار إلى المجاز.. صار لغوا، فلزم ما ذكر أولاً وهو الخمسة؛ كما في: عليَّ درهم في درهم؛ لأن الثاني: لغو فيه أيضاً.

(**وإن**) وصلية (**نوى الضرب**) لتكثير الأجزاء؛ لإزالة الكسر لا لزيادة المال.. فلا أثر له في النية في الزيادة.

وعن الحسن: أنه يلزمه خمسة وعشرون. وقد مر مثله في الطلاق.

(**وبنية «مع» لزم عشرة**)؛ لأن اللفظ يحتمله ولو مجازاً. على ما ذكرناه.

فإذا نوى محتمل كلامه.. صحت نيته، لا سيما: إذا كان تشديداً على نفسه.

(**وفي قوله: عليَّ من درهم إلى عشرة، أو ما بين درهم إلى عشرة.. يلزمه تسعة. وعندهما:**) يلزم (**عشرة**).

وقال زفر: يلزمه ثمانية، وهو القياس؛ لأنه جعل الطرفين حداً، والحد لا يدخل تحت المحدود؛ كما إذا قال: لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين.

ولهما: أن الحدين: لا بد أن يكونا موجودين في المحدود؛ إذ المعدوم: لا يكون غاية للموجود، فيدخلان في المحدود.

ولأبي حنيفة: أن الحد غير المحدود، فلا تدخل الغاية تحت المغيّا، إلا أن الغاية الأولى لما توقف عليها تحقُّقُ الثاني والثالثِ.. اعتبر دخولها، فلزمه تسعة.

وَإِن قَالَ: «لَهُ من دَاري مَا بَين هَذَا الْجِدَارِ إِلَى هَذَا الْجِدَارِ».. فَلَهُ مَا بَينهمَا فَقَط.

وَصَحَّ الْإِقْرَارُ بِالْحَملِ، وَحُمِلَ على الْوَصِيَّة من غَيره.

وللحملِ إِنْ بيَّنَ سَبباً صَالحاً كإرثٍ أَو وَصِيَّةٍ؛ فإِنْ ولدَتْ حَيّاً لأَقلَّ من نصفِ حولٍ مُذْ أقرَّ.. فَلَهُ مَا أقرَّ بِهِ.

(وإن قال: له من داري ما بين هذا [٣٨٠/أ] **الجدار إلى هذا الجدار.. فله ما بينهما فقط)** بالاتفاق؛ لخروج الغايتين ههنا بالاتفاق؛ لأن ما بينهما محسوس موجود.. فلا حاجة إلى اعتبار دخول الطرفين.

(وصح الإقرار بالحمل)؛ أي: حمل شاته أو جاريته بلا اشتراط بيان السبب الصالح له؛ كما اشترط في الإقرار للحمل. كما سيصرح به.

(وحُمِل)؛ أي: الإقرار بالحمل **(على الوصية من غيره)**؛ بأن أوصى رجل بحمل جاريته لرجل، ومات الموصي، وأقر وارثه، فورث الجارية عالماً بوصية مورثه، فأقر: بأن هذا الحمل لفلان؛ أي: للموصى له.. صح بالإجماع، وإذا صح ذلك.. وجب حمل الإقرار عليه؛ لأن الحمل وحده لا يملك إلا بالوصية، فتعينت سبباً.

(و) صح الإقرار **(للحمل)** أيضاً؛ بأن قال: لحمل فلانة عليَّ ألف درهم مثلاً، وهذه المسألة على ثلاث صور؛ لأنه: إما أن يبين سبباً صالحاً، أو سبباً غير صالح، أو لم يبين سبباً أصلاً.

- **فأشار إلى الأول بقوله: (إن بين سبباً صالحاً؛ كإرثٍ أو وصية)**؛ بأن قال: مات أبوه فورثه، أو أوصى له فلان؛ لأن كلاً من الإرث والوصية سبب لو عايناه.. حكمنا به، فكذلك بإقراره.

ثم إذا وجد السبب الصالح.. فلا بد من وجود المقر له عند الإقرار.

(فإن ولدت) الحمل المقر له بسبب صالح **(حياً لأقل من نصف حول منذ أقر.. فله ما أقر به)**؛ لأن إقراره لما كان صحيحاً والمقر له موجوداً وقت إقراره.. لزمه ما أقر به بالضرورة.

وإِنْ حيَّينِ.. فَلَهُمَا.

وإِنْ مَيتاً.. فللموصي والمورِّثِ:

وإِنْ فسَّرَ بِبيعٍ أَو إِقراضٍ أَو أَبهَمَ الْإِقْرَارَ.. يكونُ لَغواً.

وكذا.. لزمه ما أقر به لو ولدت لأكثر من نصف حول إلى سنتين وهي معتدة؛ لتيقن وجود المقر له وقت الإقرار في هاتين الصورتين.

بخلاف ما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة.. فإنه لم يلزمه ذلك؛ لعدم تيقن وجود المقر له وقت الإقرار. كذا في «العناية».

(وإن) ولدت **(حيين.. فلهما)** نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين.

وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى.. ففي الوصية: كذلك.

وفي الميراث: للذكر مثل حظ الأنثيين.

(وإن) ولدت **(ميتاً.. فللموصي والمورث)**.

يقسم المال بين ورثة المورث والموصي؛ لأن هذا الإقرار في الحقيقة: كان لهما، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة، ولم ينتقل.

- **وأشار إلى بيان الثاني بقوله: (وإن فسر)** السبب **(ببيع أو إقراض)**؛ بأن قال: بايعته الحمل وأقرضته.

- **وأشار إلى الثالث بقوله: (أو أبهم لإقرار.. يكون لغواً)**؛ أي: في الثاني والثالث.

أما في الثاني: فلأنه بيّن سبباً غير صالح [٣٨٠/ب]؛ لأن البيع والإقراض لا يتصوران من الحمل أصلاً، فكان كذباً محضاً، فلا يجوز بالإجماع.

واعترض عليه: بمسألة ذكرها في كتاب الحيل من «التاتارخانية»: لو أقر أن لهذا الصغير عليّ ألف درهم قرض أُقرِضْتُه أو من ثمن مبيع بايعته.. صح الإقرار، مع أن الصبي ليس من أهل البيع والقرض، لكن إنما يصح باعتبار أن هذا القرض والبيع محل لثبوت الدين للصغير عليه بالجملة. انتهى.

وإِنْ أقرّ بِشَرْطِ الْخِيَارِ.. لزِمَهُ المَالُ وَبَطلَ الشَّرْطُ.

وهكذا ذكره في إقرار «الأشباه» أيضاً.

وذكر من قبيل هذا أيضاً: أن الإقرار بشيء محال حساً أو شرعاً.. باطل؛ كما لو أقر بأرش يده التي قطعها، ويداه صحيحتان.

وكما لو أقر لوارث قدراً من السهام أزيد من الفريضة الشرعية؛ لأنه محال شرعاً.

قال: ولكن: لا بد من كونه محالاً من كل وجه، وإلا.. فينتقض بمسألة «التاتارخانية» التي ذكرناها؛ لأن الإقرار فيها صحيح؛ لعدم كونه محالاً من كل وجه.

وأما في الثالث: ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد.

فقال أبو يوسف: إنه لغو؛ لأن لجوازه طريقين: الإرث والوصية، وليس أحدهما أولى من الآخر.. فيلغو.

وقال محمد: إنه يصح؛ لأن الإقرار حجة موجبة، فيجب إعماله ما أمكن، وقد أمكن حمله على السبب الصالح؛ لأنه يمكن أنه ورثه أو أوصى له به، فلا يصار إلى الإلغاء؛ كما في العبد المأذون له إذا أقر بدين.. فإن إقراره - وإن احتمل الفساد: بأن كان صِدَاقاً أو دين كفالة، والصحة: بأن كان دين التجارة - كان صحيحاً؛ تصحيحاً لكلام العاقل.

(**وإن أقر بشرط الخيار**)؛ بأن قال: لفلان عليّ ألف درهم؛ قرض أو غصب أو وديعة أو عارية فائتة أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام (.. **لزمه المال**)؛ لأن الإقرار: حجة ملزمة، وقد وجد.

(**وبطل الشرط**)؛ لأن الخيار للفسخ، والإقرار إخبار لا تمليك - على ما تقدم بيانه - والإخبار لا يحتمل الفسخ؛ لأن الخبر؛ إن كان صادقاً.. فهو واجب العمل به، فلا معتبر باختياره وعدم اختياره.

وإن كان كاذباً.. فهو واجباً لرد لم يتغير باختياره، وعدم اختياره، فتعين الإلغاء. وإنما تأثيره في العقود؛ ليغير به صفة العقد، ويتخير به بين فسخه وإمضائه.

* * *

(بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ)

صَحَّ استِثناءُ بعضِ مَا أَقرَّ بِهِ لَو مُتَّصِلاً، وَلَزِمَه بَاقِيه.

(بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ)

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير.. شرع في بيان موجبه مع المغير - وهو: الاستثناء - وما في معناه [٣٨١/أ] وهو الشرط.

(**صح استثناء بعض ما أقر به**)؛ قليلاً كان البعض المستثنى أو كثيراً، صحيحاً أو كسراً؛ حتى لو قال: عليّ لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو، ولعمرو عشرة إلا ثلث ما لزيد.. صحّ، فلزيد تسعة ولعمرو ثمانية؛ لأنا فرضنا ما لزيد شيئاً.. فلعمرو عشرة إلا ثلث شيء، فلزيد خمسة إلا سدس شيء يعدل شيئاً، فبعد إسقاط المشترك - وهو سدس شيء من الطرفين - يبقى خمسة يعدل خمسة أسداس شيء، فاقسم بسط الأول وهو ثلاثون الحاصل بضرب الخمسة في مخرج الكسر - أعني: الستة - على بسط الثاني وهو خمسة، وهو صورة الكسر.. خرج ستة: فهي لزيد.

وفي معرفة ما لعمرو: فأفرض ما له شيئاً.. فلزيد عشرة إلا نصف شيء، فلعمرو ستة وثلثان إلا سدس يعدل شيئاً، فبعد إسقاط المشترك لستة وثلثاً يعدل خمسة أسداس شيء، فاقسم حاصل المقسوم - وهو أربعون - على حاصل المقسوم عليه - وهو خمسة - يخرج ثمانية.

(**لو** كان الاستثناء (**متصلاً**) بإقراره؛ لأنه بيان تغيير، فلا يجوز تأخيره عن وقته. وهو قول العامة.

وقال ابن عباس: يجوز التأخير عنه.

(**ولزمه باقيه**)؛ لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثُّنْيا؛ حتى لو قال: له عليّ عشرة إلا درهماً.. لزمه التسعة؛ **إما** لأن «العشرة» مجاز عن التسعة، و«إلا درهماً» قرينة له.

وإما؛ لأن المراد بعشرة: عشرة أفراد، فيتناول التسعة والدرهم معاً، ثم أخرج

وَبَطَلَ **اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ**.

منها درهم فبقيت تسعة، ثم أسند الحكم إلى العشرة المخرجة عنها درهم، فلم يقع الإسناد إلا على التسعة.

وإما؛ لأن مجموع عشرة إلا درهماً موضوع بإزاء تسعة؛ حتى كأنه وضع لهما اسمان: أحدهما تسعة، والآخر عشرة إلا درهم، على ما بين في الأصول.

(وبطل استثناء الكل) اتفاقاً؛ لما مر: أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، ولا باقي في استثناء الكل، فيكون رجوعاً، والرجوع عن الإقرار باطل؛ موصولاً أو مفصولاً، فلزمه جميع ما أقر به، وبطل استثناؤه.

وقال أصحابنا: هذا إذا كان الاستثناء بعين لفظه الأول أو بمساويه؛ نحو: عبيدي أحرار أو إلا عبيدي، أو إلا مماليكي.

وأما لو استثنى بلفظ يكون أخص من الأول في المفهوم.. يجوز.

ولو كان مساوياً له في الوجود [٣٨١/ب]؛ نحو: عبيدي أحرار إلا هؤلاء، ولا عبيد له سوى المعدود، ونحو نسائي طوالق إلا هؤلاء: زينب طلحة وسعاد، ولا نساء له غيرهن؛ لأن كونه استثناء كل؛ لضرورة عدم ملكه سواه، لا لأمر يرجع إلى اللفظ، فبالنظر إلى ذات اللفظ.. أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج، فلا يضره.

بخلاف ما إذا كان بعين لفظ الأول؛ فإنه لم يمكن جعله تكلماً بالباقي بعد الثنيا بالنظر إلى اللفظ أيضاً.

فإن قيل: هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى بالكلية.

قلنا: إن الاستثناء تصرف لفظي يرجح على جانب المعنى، ألا ترى: أنه إذا قال: أنت طالق ست تطليقات إلا أربعاً.. صح الاستثناء ووقع طلقتان وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم؛ لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، ومع هذا: لا يجعل كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً؛ اعتباراً بجانب اللفظ.

وَإِن أَقَرَّ بِشيئَينِ وَاسْتثنَى أَحدَهمَا، أَو أَحدَهمَا وَبَعضَ الآخرِ.. بَطلَ اسْتِثْنَاؤُهُ، خلافًا لَهما.

وَإِن اسْتثْنى بعضَ أَحدِهِمَا أَو بعضَ كلٍّ مِنْهُمَا.. صَحَّ اتِّفَاقًا.

وَلَو اسْتثْنى كيلياً أَو وزنياً أَو عدديًا متقارباً من دَرَاهِمَ.. صَحَّ بِالْقِيمَةِ، خلافاً لمُحَمدٍ.

(وإن أقرّ بشيئين)؛ بأن قال: له عليّ كرّ حنطة وكرّ شعير **(واستثنى أحدهما)**؛ بأن قال: إلا كرّ حنطة، أو إلا كرّ شعير.

(أو) استثنى **(أحدهما وبعض الآخر)**؛ بأن قال: إلّا كرّ حنطة وقفيز شعير **(..بطل استثناؤه)** عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ أي: في استثناء أحدهما وبعض الآخر؛ لأن قوله: «له عليّ كرّ حنطة وكرّ شعير إلا كر حنطة وقفيز شعير» كلام متصل؛ لأن قوله: «إلا كرّ حنطة» استثناء صحيح لفظاً، إلا أنه غير مفيد؛ فإذا كان كلاماً متصلاً.. كان استثناء القفيز متصلاً لما قبله، فيصح ويفيد.

ولأبي حنيفة: أن استثناء الكل: باطل بالإجماع، فكان قوله: «إلا كر حنطة»: لغواً، فكان قاطعاً لما قبله، فيكون الاستثناء منقطعاً.

(وإن استثنى بعض أحدهما)؛ بأن قال: إلا قفيز حنطة **(أو بعض كل منهما)**؛ بأن قال: إلا قفيز حنطة وقفيز شعير **(.. صح اتفاقاً)**؛ لأن قوله: «إلا قفيز حنطة» استثناء صحيح مفيد.. فلا يكون قاطعاً، فيصح العطف عليه، فيلزمه كر حنطة وكر شعير إلا قفيز حنطة وقفيز شعير.

(ولو استثنى: كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً من دراهم.. صح بالقيمة)؛ يعني: لو قال: له عليّ مائة درهم إلا قفيز حنطة، أو إلا ديناراً أو إلا فلوساً.. لزمه مائة إلا قيمة القفيز والدينار والفلوس عند أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي.

(خلافاً لمحمد)، وزفر معه.

وَلَو اسْتَثْنى مِنْهَا شاةً أَو ثوباً أَو دَاراً.. بطل اتفاقاً.

وَمن وَصَلَ بِإِقْرَارِهِ: «إِنْ شَاءَ اللهُ»: بَطَلَ إِقْرَارُهُ.

وَكَذَا إِنْ علَّقَهُ بِمَشِيئَةِ مَن لَا تُعرفُ مَشِيئَتُه كالملائكةِ وَالْجِنّ.

(**ولو استثنى منها**)؛ أي: من دراهم (**شاةً** [٣٨٢/أ] **أو ثوباً أو داراً.. بطل اتفاقاً**) بين أصحابنا.

وقال الشافعي: يصح في الفصلين - أي: في المثليّ والقيميّ - لأن شرط الاستثناء عنده: اتحاد الجنس على الأصح، وهو موجود في الفصلين من حيث المالية، فانتفى المانع مع وجود المقتضي - وهو التصرف اللفظي - فيصح.

ولمحمد: أن الاستثناء: إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام، على معنى: أنه لولاه.. لدخل المستثنى تحت اللفظ، وذلك لا يتصور في خلاف الجنس؛ لعدم دخوله تحت اللفظ، ولا جنسية بين القيمي والمثلي، فبطل استثناء أحدهما عن الآخر، والمالية غير معتبرة في الجنسية.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن القياس: ما قاله محمد في الفصل الأول أيضاً؛ لعدم الجنسية بين الدراهم وبين الكيلي والوزني والعددي، إلا أنا استحسنا فيها؛ لأنها جنس واحد من حيث المعنى؛ من أنها تثبت حالاً ومؤجلاً في الذمة.

ويجوز استقراضها وإن اختلفت صورها.

والحاصل: أن المكيلات والموزونات والعدديات: تجانس الدرهم في أخص أوصافها - أعني: الثمنية - فتكون جنساً واحداً، فيصح استثناؤها منه باعتبار المعنى.

بخلاف القيمي؛ إذ لا جنسية بينه وبين المثلي أصلاً، والمالية غير معتبرة في الجنسية، بل المعتبر فيها أخص الأوصاف، والمالية ليست كذلك.

(**ومن وصل بإقراره: «إن شاء الله».. بطل إقراره**.

وكذا: إن علقه بمشيئة) وقدرة (**من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن**)؛ لأن الاستثناء بمشيئة من لا تعرف مشيئته؛ إما إبطال، أو تعليق - على ما عرف في تعليق

وَلَو أَقرَّ بدارٍ وَاسْتَثنى بناءَها.. كَانَا لِلْمقرِّ لَهُ.

الطلاق - وعلى التقديرين: لم يلزمه الإقرار.

لأنه على الأول: قد أبطل الإقرار.

وأما على الثاني: فلأن الإقرار إخبار عما سبق، فلا يحتمل التعليق بالشرط؛ لأنه إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل، أو لأنه شرط لا يوقف عليه، والتعليق به غير صحيح. على ما تقدم في تعليق الطلاق.

بخلاف نحو ما إذا قال: لفلان عليّ مائة درهم إذا مت، أو إذا جاء رأس الشهر أو الأضحى أو أفطر الناس.. فإنه تلزمه المائة؛ مات أو عاش، جاء رأس الشهر أو لا، أفطر الناس أو لا؛ لأنه ليس بتعليق، بل بيان المدة، فيكون ذلك منذ دعوى الأجل إلى الوقت المذكور.

حتى لو كذبه المقر له في الأجل [٣٨٢/ب].. كان المال حالاً عندنا. كذا في «العناية».

قلت: وكذا يكون المال حالاً لو سكت المقر له ولم يكذبه.

وذكر الشارح الزيلعي ههنا تفصيلاً ذكرناه وما يرد عليه قبيل كتاب الصرف. فارجع إليه.

(**ولو أقر بدار واستثنى**) منها (**بناءها.. كانا للمقر له**)؛ لأن البناء لم يتناوله الدار مقصوداً.

حتى لو استحق البناء قبل القبض.. لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته، بل يخير المشتري.

وإذا لم يتناوله مقصوداً.. لم يصح الاستثناء؛ لأن الاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصوداً، ولم يدخل تحت حكمه.

بخلاف ما إذا قال: هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها.. فإنه كما قال؛ لأن

وَلَو قَالَ: بناؤُها لي، والعَرَصَةُ لَهُ.. كَانَ كَمَا قَالَ.

وفَصُّ الْخَاتِمِ، ونخلُ الْبُسْتَانِ كبنائِهَا.

ذلك داخل فيه لفظاً ومقصوداً، حتى لو استحق البيت في بيع الدار.. تسقط حصته من الثمن.

(**ولو قال: بناؤها لي والعرصة له.. كان كما قال**)؛ لأن العرصة: عبارة عن بقعة لا بناء فيها؛ فكأنه قال: بياض هذه الأرض دون البناء لفلان، والبناء لا يتبعه.

بخلاف ما إذا قال: بناء هذه الدار لي والأرض لفلان.. حيث كانا للمقر له؛ لأن الإقرار بالأرض لأصالتها إقرار بالبناء؛ كالإقرار بالدار.

وكذا لو قال: هذه الدار له، وهذا البيت منه لي.. كانا للمقر له؛ لأنه أقر بكلها ثم ادعى شيئاً منها، فلا يصدق إلا بحجة.

(**وفص الخاتم ونخل البستان: كبنائها**) في كونها داخلة تبعاً لا لفظاً ومقصوداً، فيلزمه الفص والنخل: بإقرار الخاتم والبستان.

وجنس هذه المسائل تخرج على أصلين:

أحدهما: أن الإقرار بعد الدعوى: صحيح دون العكس.

والثاني: أن الإقرار ليس بحجة على الغير؛ فإذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر:

فإن أقر لشخص واحد.. فظاهر، وإن أقر لشخصين:

فإن قدم التابع نحو: بناء هذه الأرض لفلان والأرض لفلان.. فكما قال؛ لأن الإقرار الأول يستتبع التابع، فالإقرار بالتابع بعده: إقرار على الغير.

وإن أقر بأحدهما:

فإن كان المتبوعَ نحو: الأرض لفلان والبناء لي.. كانا للمقر له بالاستتباع.

وإن كان التابعَ؛ كقوله: الأرض لي والبناء لفلان.. كان كما قال؛ لأن في الأول دعوى بعد الإقرار، فلا يصح.

وفي الثاني: عكسه، فيصح.

وإِنْ قَالَ.. لَهُ عَلَيّ ألف من ثمنِ عبدٍ لم أقبضْهُ؛ فَإِن عيَّنَهُ.. قيل لِلْمقَرِّ لَهُ: سلِّمْ وتَسَلَّمْ إِنْ شِئْتَ.

وإِنْ لم يُعيِّنهُ.. لزمَه الْألفُ ولغا قَوْلُه: «لم أقبضهُ».

(**وإن قال: له عليّ ألف من ثمن عبد**) اشتريته منه و(**لم أقبضه؛ فإن عيَّنه**)؛ أي: عين المقر العبد (.. **قيل للمقر له**) بالألف: (**سلِّم**) العبد [٣٨٣/أ] الذي عينه المقر (**وتسلم**)؛ أي: خذ الألف الذي أقره لك.

(**إن شئت**)، هذا: إن صدقه المقر له في تعيينه؛ لأن «الثابت بالتصادق كالثابت معاينة»، فيؤمر بالتسليم والتسلم.

وأما إذا لم يصدقه المقر له في تعيينه وقال: العبد عبدك، وإنما بعتك غيره وسلمته إليك.. فيلزم على المقر ما أقره؛ لأن إقراره عند سلامة العبد: له، وقد سلم له، ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود، فيلزمه الألف؛ سواء كان العبد في يده أو في يد المقر له.

ولو قال المقر له: العبد عبدي ما بعتكه.. فلا يلزم على المقر شيء؛ لأنه ما أقر إلا عوضاً عن العبد ولم يسلم له، فلا يلزمه شيء؛ سواء كان ذلك العبد في يد المقر أو في يد المقر له.

ولو قال: ما بعتكه، إنما بعتك غيره.. يتحالفان؛ لأن المقر: يدعي تسليم ما عينه، والآخر: ينكره، والمقر له: يدعي عليه الألف ببيع غيره، والآخر: ينكره.

وإذا تحالفا.. بطل المال من المقر، والعبد سالم لمن هو في يده.

(**وإن لم يعينه**)؛ أي: المقر (.. **لزمه**)؛ أي: المقر (**الألف**) الذي أقر به.

(**ولغا قوله: لم أقبضه**) عند أبي حنيفة؛ لأنه رجوع عن إقراره الموجب لوجوب المال عليه، فلا يصح ولو موصولاً، وإنما كان هذا رجوعاً؛ لأن إنكار القبض في غير المعين: يقتضي جهالة المبيع، وجهالته مطلقاً: تقتضي سقوط وجوب الثمن.

فأول كلامه: يوجب وجوب الثمن، وآخره: يوجب سقوطه، وذلك رجوع.

وَلَو قَالَ: مِن ثمنِ خمرٍ أَو خِنْزِيرٍ لَا يصدَّقُ.
وَعِنْدَهُمَا: إِن وصلَ.. صُدِّقَ.

وقالا: المقر له؛ إن صدق المقر في الجهة.. فالقول للمقر في عدم القبض.

وإن كذبه فيها:

فالمقر؛ إن وصل قوله: لم أقبضه.. فالقول له.

وإن فصل.. لم يصدق؛ لأن أول كلامه: موجب، وآخره: تغيُّر؛ لأنه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض، فكان بيان تغيير، وهو: إنما يصح موصولاً لا مفصولاً.

(ولو قال): له عليّ ألف **(من ثمن خمر أو خنزير.. لا يصدق)**، ولزمه الألف، ولم يقبل تغييره عند أبي حنيفة؛ وصل أو فصل إن لم يصدقه المقر له؛ لأنه رجوع عما وجب عليه بإقراره، فلا يقبل. كذا في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: «لا يصدق إن كذبه المقر له في السبب» بدل «إن لم يصدقه».

فالظاهر منه: أن المقر له؛ إن سكت.. يصدق المقر [٣٨٣/ب] في تفسيره، بخلاف ما في «العناية».

(وعندهما: إن وصل.. صدق) في المسألتين ولم يلزمه شيء؛ لأنه بين بآخر كلامه: أنه ما أراد به الإيجاب، فكان بيان تغيير، فيصح موصولاً لا مفصولاً؛ كما إذا قال في آخره: «إن شاء الله» موصولاً.. حيث لم يلزمه شيء.

وجواب الإمام عنه: أن ذلك تعليق بصيغته، فيكون بياناً لما قبله، فلا يلزمه شيء؛ لأن اللزوم عليه من حكم الإرسال، ومع صيغة التعليق لا يلزم حكم الإرسال.

بخلاف ما نحن فيه.. فإنه إبطال، والإبطال: رجوع عن الإقرار.. فلا يصح ولو موصولاً.

وَلَو قَالَ: مِن ثَمَنِ مَتَاعٍ، أَو قَالَ أَقْرَضنِي وَهِي زيوفٌ أَو بنهرجةٌ.. ....

قال في «البزازية»: له عليّ ألف، لكنه من ثمن خمر، وقال المقر له: بل ثمن بر.. فالمال لازم مع يمين الطالب.

وقالا: القول للمقر مع يمينه؛ كما في قوله: «عن ثمن ميتة». ذكره الخصاف.

وذكر الناطفي على قياس قول الإمام في مسألة الميتة: يلزم المال؛ كما في قوله: «من ثمن الخمر».

وقال الحلواني: ما ذكره الخصاف قولهما؛ أما على قول الإمام: فالمال لازم، فكأنه ذهب عن الخصاف، وعن الإمام في الميتة روايتان.

وعن أبي يوسف: عليّ ألف حرام أو باطل.. لزمه عند الإمام.

عليّ ألف من ثمن خمر، وصدقه المدعي.. قال الإمام: يجب المال؛ لأن ثمن الخمر يمكن وجوبه على المسلم عنه بتوكيل الذمي شراء الخمر.

وقالا: لا يجب؛ بناء على تلك المسألة. انتهى. كلام «البزازية».

وفي «المجمع»: لو أقر حربي أسلم بأخذ المال من مسلم أو كافر قبل إسلامه، أو أقر بإتلاف خمر بعد إسلام الكافر، أو أقر مسلم بمال حربي في دار الحرب، أو أقر المولى بقطع يد معتقه قبل العتق فكذبوه في إسناد الأفعال إلى ما ذكر ضِمْنَ الزمان.. أفتى محمد: بعدم الضمان في كل من هذه الصور.

وقالا: يضمن.

(ولو قال): له عليّ ألف درهم **(من ثمن متاع أو قال: أقرضني)** ألف درهم مثلاً.

(وهي زيوف)، يقال: زافت عليه دراهمه إذا صارت مردودة عليه لغش فيها.

وقيل: هي دون البنهرج؛ لأن الزيف: ما يرده بيت المال، والبنهرج: ما يرده التجار. كذا في «المغرب».

(أو بنهرجة)، في «المغرب»: البنهرج: الدراهم التي فضتها رديئة.

لزمَه الْجِيَادُ.

وَقَالا: يلْزمُهُ مَا قَالَ إِنْ وصلَ.

وعن اللحياني: درهم بهرج ولم أجده بالنون.

(.. لزمه الجياد) عند أبي حنيفة؛ وصل أو فصل.

وعنه أيضاً في غير رواية «الأصول»: أنه يصدق [٣٨٤/آ] في الزيوف إذا وصل في القرض.

(وقالا: يلزمه ما قال إن وصل).

وعلى هذا الخلاف: إذا قال: «إلا أنها زيوف» بكلمة الاستثناء.

وكذا: إذا قال: هي ستوقة أو رصاص. على ما في «الهداية».

لكن ذكر في «العناية»: فيها روايتان عن أبي يوسف:

في رواية عنه: لا يصدق وإن وصل.

لهما: أنه بيان تغيير؛ لأن اسم الدراهم: يصرف إلى الجياد، ويحتمل الزيوف والبنهرجة والستوقة ولو مجازاً، فيتوقف أول كلامه على آخره.

فإذا ذكرها آخراً.. كان بياناً مغيراً، فيصحّ موصولاً كالشرط والاستثناء؛ كما إذا قال: إلا أنها وزن خمسة، ونقد البلد: وزن سبعة.

ولأبي حنيفة: أن هذا رجوع؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة ونحوها عيب، فلم يكن داخلاً تحت العقد لتكون دعواه بياناً، بل تكون رجوعاً عن بعض موجبه؛ كما إذا قال: بعتك معيباً، وقال المشتري: سليماً.. فإن القول للمشتري؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة.

بخلاف: إلا أنها وزن خمسة؛ لأنها تصح استثناء؛ لكونه مقداراً.

بخلاف الجودة والزيافة ونحوها.. فإنها أوصاف، فلا يجوز استثناؤها؛ كالبناء في الدار.

وَإِن قَالَ: مِن غَصبٍ أَو وَدِيعَةٍ وَهِي زيوفٌ أَو بنهرجةٌ.. صُدِّق.

وَلَو قَالَ: ستوقةٌ أَو رصاصٌ؛ فإِنْ وصلَ.. صُدِّقَ، وإِلّا.. فَلَا.

فإن قيل: إذا قال: له عليَّ كر حنطة من ثمن عبد، إلا أنها رديئة.. يصح الاستثناء، مع أن الرداءة وصف كالجودة.

قلنا: ممنوع، بل الرداءة: نوع في الحنطة.

وفي كل ما يكال أو يوزن سوى الدراهم والدنانير: لا عيب.

وفي الدراهم: عيب؛ لأن العيب ما تخلو عنه الفطرة السليمة، والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة، بخلاف الدراهم؛ فإذا كانت نوعاً في الحنطة.. لم تكن من مقتضى مطلق العقد؛ لأنه لا دلالة له على نوع دون نوع، حتى لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يتبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة، فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه، فيصح موصولاً ومفصولاً.

وإن قال: عليّ ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة.. قال بعض مشايخنا: إنه يصدق بالإجماع إذا وصل.

وقال الكرخي: إنه على الخلاف، لا يصدق عند أبي حنيفة مطلقاً؛ لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعيينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم، فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء، فيكون على الخلاف المذكور فيما بين سببه تجارة.

(وإن قال) له عليّ ألف درهم [٣٨٤/ب] (من غصب أو وديعة وهي زيوف أو بنهرجة.. صدق) وصل أو فصل؛ لأن الغصب والوديعة لا يختصان بالجياد؛ لأن الإنسان يغصب ما يجد، ويودع ما يملك، ولا تعامل لهما في الجياد، فيكون بيان النوع لا بيان التغيير، فيصح ولو مفصولاً.

(ولو قال:) له عليّ ألف درهم من غصب أو وديعة، وهي (ستوقة أو رصاص؛ فإن وصل.. صدق، وإلا.. فلا)؛ لأن الستوقة وكذا الرصاص ليست من جنس الدراهم، لكن كلامه يحتمل مجازاً، فيكون بيان تغيير، فيصح موصولاً لا مفصولاً.

وَلَو قَالَ: غصبْتُ ثوباً وَجَاء بمعيبٍ.. صُدِّقَ.

وَلَو قَالَ: عليَّ ألفٌ إِلَّا أَنَّهُ ينقصُ مائَةً: صُدِّقَ إِنْ وَصَلَ، وإِلَّا.. لزِمَ الْألفُ.

وَلَو قَالَ: أخذتُ مِنْك ألفاً وَدِيعَةً فَهَلَكت، وَقَالَ الْمقرُّ لَهُ: أَخَذتَهَا غصباً.. ضَمِنَ.

(ولو قال: غصبت ثوباً وجاء بمعيب.. صدق)؛ لما مر: أن الغصب لا يختص بالسليم عن العيب كالوديعة.

وفي «قاضي خان»: لو قال: قد قبضت من فلان ألفاً، ثم قال: هي زيوف.. قبل قوله.

ولو قال: هي ستوقة.. لا يقبل.

(ولو قال: علي ألف) من ثمن متاع أو قرض أو غصب، (إلا أنه ينقص مائة.. صدق إن وصل)؛ لأنه استثناء مقدار معين، فيصح موصولاً.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يصل (.. لزم الألف)؛ لأن الاستثناء لا يصح مفصولاً، ولو كان الفصل بسبب النَّفَس أو دفع السعال.. فهو موصول؛ لأنه ثمة ضرورة.

(ولو قال: أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت، وقال المقر له: أخذتها غصباً.. ضمن)؛ أي: المقر؛ لأنه أقر بسبب الضمان - وهو الأخذ -، ثم ادعى ما يوجب البراءة، وهو الإذن بالأخذ، والآخر: ينكره.. فكان القول قول المنكر مع يمينه، ووجب الضمان على المقر، إلا أن ينكل المنكر عن اليمين.

بخلاف ما إذا قال له: بل أخذتها قرضاً.. فإنه يكون القول فيه للمقر؛ لأنهما تصادقا على أن الأخذ كان بالإذن، فلا يكون سبباً للضمان على الآخذ، والمقر له يدعي عليه سبباً للضمان - وهو القرض - والآخر ينكره.. فكان القول للمنكر مع يمينه.

ولو قال المقر: هي وديعة، ثم قال: هي زيوف.. يصدق. كذا في «قاضي خان».

وَلَو قَالَ بدل «أخذتُ»: «أَعْطَيْتنِي».. لَا يضمنُ.

وَلَو قَالَ: غصبْتُ هَذَا الشَّيْءَ من زيدٍ، لَا بل من عَمْرٍو.. فَهُوَ لزيدٍ، وَعَلَيهِ قِيمَتُه لعَمْرٍو.

وَلَو قَالَ: هَذَا كَانَ لي وَدِيعَةً عنْدَكَ فَأَخَذتُهُ، وَقَالَ الآخرُ: هُوَ لي.. دُفع إِلَيْهِ.

وإِنْ قَالَ: آجرتُ فرسي أَو ثوبي هَذَا فلَاناً فَرَكبَهُ أَو لبِسَهُ وردَّهُ عَليّ أَو أَعرْتُهُ أَو أَسكنْتُه دَاري ثمَّ ردَّهَا عَليّ.. صُدِّقَ، وَعِنْدَهُمَا: القَوْلُ للمأخوذِ مِنْهُ.

(ولو قال)؛ أي: المقر (بدل «أخذت»: «أعطيتني») ألفاً وديعة، وقال المقر له: لا، بل غصبته (.. لا يضمن)؛ لأن المقر له ادعى سبب الضمان، والآخر ينكره.. فالقول له مع يمينه.

(ولو قال: غصبت هذا الشيء من زيد، لا بل من عمرو.. فهو لزيد)؛ لصحة إقراره أوّلاً، وقوله بعد ذلك «بل من عمرو» رجوع منه، فلا يقبل؛ لتعلق حق الأول.

(وعليه قيمته لعمرو)؛ لصحة إقراره في حقه أيضاً، إلا أن الشيء الواحد لا يكون للاثنين [٣٨٥/أ]، فتكون العين للأول، والقيمة للثاني.

(ولو قال: هذا كان لي وديعة عندك، فأخذته، وقال الآخر: هو لي.. دفع) عينه إن كان قائماً، وقيمته إن كان هالكاً.

(إليه)؛ أي: إلى المقر له؛ لأنه أقر أن اليد للمخاطب والأخذ منه، والسبيل في الأخذ: الرد على المأخوذ منه ما لم يصدق الآخذ، أو أقيمت البينة على المدعي.

(وإن قال: آجرت فرسي أو ثوبي هذا فلاناً، فركبه أو لبسه، ورده عليّ، أو أعرته، أو أسكنته داري، ثم ردها عليّ.. صدق) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: القول للمأخوذ منه) إن لم تكن هذه الأشياء معروفة للمقر، وإلا.. فالقول له بالاتفاق.

لهما: أنه أقر باليد للمأخوذ منه، ثم ادعى عليه الاستحقاق، فقبل إقراره دون دعواه عليه.. فيجب عليه الرد، وهو القياس.

وَلَو قَالَ: خاطَ ثوبي هَذَا بِكَذَا، ثُمَّ قَبضتُهُ، وادَّعاهُ الآخرُ.. فعلى هَذَا الْخلافِ فِي الصَّحِيحِ.

وَلَو قَالَ: اقتضيتُ مِن فلَانٍ ألفاً كَانَت لي عَلَيْهِ، أَو أَقْرَضتُهُ ألفاً، ثُمَّ أَخَذتُهَا مِنْهُ، وَأنكرَ فلَانٌ.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

وَلَو قَالَ: زَرَعَ فلَانٌ هَذَا الزَّرْعَ، أَو بنى هَذِهِ الدَّارَ أَو غرسَ هَذَا الْكَرمَ لي، استعنْتُ بِهِ فِيهِ، وَادّعى فلَانٌ ذَلِك.. فَالْقَوْلُ للْمقِرِّ.

وقول أبي حنيفة: استحسان؛ لأن اليد في الإجارة: ثبتت ضرورة استيفاء المعقود عليه - وهو المنافع - فلا تكون إقراراً باليد.

(**ولو قال: خاط**) فلان (**ثوبي هذا بكذا**) درهم، (**ثم قبضته**) منه، (**وادعاه**)؛ أي: الثوب (**الآخر.. فعلى هذا الخلاف في الصحيح**).

فعند أبي حنيفة: القول للمقر.

وعندهما: للمأخوذ منه الثوب. لما ذكرناه.

وقيل: القول للمقر بالإجماع، والصحيح: هو الأول.

(**ولو قال: اقتضيت من فلان ألفاً كانت لي عليه، أو أقرضته ألفاً، ثم أخذتها منه، وأنكر فلان.. فالقول له**)؛ أي: للمنكر؛ لأن الديون تقضى بأمثالها؛ فإذا أقر بالاقتضاء.. فقد أقر بأن ما قبضته من فلان ملكه، وأنه أخذه منه اقتضاء بحقه، فيكون مضموناً عليه؛ لإقراره بسبب: وهو الإقرار بملك الغير، ثم ادعى عليه ما يبرؤه من الضمان، والآخر ينكره.. فكان القول للمنكر.

(**ولو قال: زرع فلان هذا الزرع، أو بنى هذه الدار، أو غرس هذا الكرم لي، استعنت به**)؛ أي: بفلان (**فيه، وادعى فلان ذلك**)؛ أي: الزرع والبناء والغرس لنفسه (**.. فالقول للمقر**)؛ لأنه لم يقر له باليد صريحاً أو دلالة، وإنما أقر له بمجرد فعل منه، وذلك ممكن من غير ثبوت يد فيه، فلا تقبل دعواه لنفسه؛ فصار

كما قال: خاط لي هذا القميص فلان بدرهم، ولم يقل قبضته منه.. فإنه لم يكن إقراراً له باليد.

هذا فيما إذا كانت هذه الأشياء في يد المقر، على ما صرح به في «الزيلعي».

وأما إذا كانت في يد المقر له.. فالقول قول المقر له؛ كما صرح به في «البزازية» [٣٨٥/ب].

* * *

تتمة:

قال في «قاضي خان»: رجل قال: قد قبضت من فلان ألفاً، ثم قال: هي زيوف.. قبل قوله.

ولو قال: هي ستوقة.. لا يقبل.

وإن مات المقر قبل أن يقول شيئاً بعد إقراره، فقال وارثه: هي زيوف.. لا يصدق.

رجل قال: عندي ألف درهم وديعة، ثم قال: هي زيوف.. صدق.

وإن مات المقر قبل أن يقول شيئاً، فقال وارثه: هي زيوف.. لا يقبل قوله؛ لأنها صارت ديناً بموته، فلا يقبل قول الوارث.

وفي المضاربة والوديعة والغصب؛ إذا قال الوارث: هي زيوف.. لا يقبل قوله.

ولو أقر بعشرة أفلس أو قرض، ثم قال: هي كاسدة.. لا يصدق في قول أبي حنيفة.

وقالا: يصدق في القرض إذا وصل.

وفي البيع: لا يصدق في قول أبي يوسف.

وقال محمد: يصدق، ويلزمه قيمة المبيع إذا كان هالكاً.

ولو قال: غصبت فلاناً عشرة أفلس، أو قال: أودعني عشرة أفلس، ثم قال هي كاسدة.. قبل قوله.

المسلَم إليه إذا أقر بقبض رأس مال السلم، ثم ادعى أنها زيوف؛ إن كان أقر بقبض حقه أو باستيفاء الدراهم أو بقبض رأس المال.. لا يقبل قوله أنها كانت زيوفاً.

وإن كان أقر بقبض الدراهم، ثم ادعى الزيافة.. **في القياس**: القول قول رب السلم، والبينة على المسلَم إليه.

وفي الاستحسان: القول قول المسلَم إليه مع يمينه، والبينة على رب السلم أنه أعطاه الجياد.

ولو قال: أسلمت إليّ عشرة دراهم في كر حنطة، وقال: لم أقبضها، وقال رب السلم: لا، بل قبضتها؛ إن قال المسلَم إليه ذلك موصولاً.. صدق قياساً واستحساناً.

وإن فصل.. **في الاستحسان**: لا يصدق، ويلزمه المسلَم فيه.

وفي القياس: صدق، ولا يلزمه شيء. انتهى.

وأوضح منه: ما في «البزازية»؛ فإنه قال: المسلم إليه أقر بقبض رأس المال، ثم ادعى الزيافة.. فعلى ستة أوجه:

١- أقر بقبض الجياد، ٢- أو بقبض حقه، ٣- أو بقبض رأس المال، ٤- أو باستيفاء الدراهم.. لا تسمع دعواه الزيافة.

٥- وإن أقر بقبض الدراهم.. فالقول لرب السلم، والبينة على المسلم إليه **قياساً**.

وفي الاستحسان: أن القول للمسلم إليه، وعلى رب السلم البينة.

٦- وإن أقر بالقبض ولم يزد.. فالقول للمسلَم إليه؛ كما في: «قبضت الدراهم». انتهى.

وفيها أيضاً: أقر لوارثه، ثم مات، واختلف المقر له مع الورثة، فقال: كان في الصحة، والورثة قالوا: كان في المرض.. فالقول للورثة [٣٨٦/أ].

وإن برهنا.. فبينة المقر له أولى.

وإن لم يكن له بينة.. فله أن يحلف الورثة.

ادعى الإقرار في الصغر، وأنكره المقر له.. فالقول للمقر؛ لإسناده إلى حالة معهودة منافية للضمان.

قال: أخذته منك عارية، وقال: لا، بل بيعاً.. فالقول للآخذ لإنكاره البيع.

وكذا لو قال: أخذت الدراهم منك وديعة، وقال: لا، بل قرضاً.

وقال في «قاضي خان»: رجل أقر على نفسه بمائة درهم، وأشهد شاهدين، ثم أقر له بمائة درهم في موطن آخر وأشهد شاهدين، فقال المقر: هي مائة، وقال الطالب: هي مائتان:

قال الإمام شمس الأئمة الحلواني: هذه مسألة ذكرها محمد في «الأصل»، وذكرها الخصاف في «أدب القاضي» وزاد على ما ذكر في «الأصل» وجعلها على وجوه وشوَّش.

والحاصل: أن يقول: هذه المسألة على وجوه:

إما إن أضاف إقراره إلى السبب، والسبب: واحد أو مختلف، أو لا يضيف إلى سبب:

فإن أضاف إلى سبب؛ بأن قال: له عليّ ألف درهم ثمن هذا العبد، ثم أقر بعد ذلك المجلس أو في مجلس آخر أن عليه لفلان ألف درهم ثمن هذا العبد، والعبد واحد.. ففي هذا الوجه: لا يلزمه إلا مال واحد على كل حال في قولهم جميعاً.

وإن كان السبب مختلفاً؛ بأن قال: لفلان عليّ ألف درهم ثمن هذه الجارية، ثم قال: لفلان عليّ ألف درهم ثمن هذا العبد.. وفي هذا الوجه: يلزم المالان في قولهم، سواء أقر بذلك في موطن واحد، أو في موطنين.

وإن لم يضف الإقرار إلى سبب، لكن عقد إلى نفسه بالمال صكاً؛ فإن كان الصك واحداً.. كان المال واحداً عند الكل.

وإن عقد على نفسه صكين: كل صك بألف درهم، وأشهد على ذلك.. لزم المالان على كل حال.

واختلاف الصك: يكون بمنزلة اختلاف السبب.

وإن لم يعقد صكاً، ولكنه أقر مطلقاً؛ فإن كان إقراره الأول عند غير القاضي بحضرة شاهدين، وإقراره الثاني عند القاضي.. يلزمه مال واحد.

وكذا.. لو أقر أولاً عند القاضي بألف وأثبت القاضي ذلك في ديوانه، ثم أعاده إلى القاضي في مجلس آخر، وادّعى الطالب المالين، والمطلوب يدعي أنه مال واحد.. كان القول قول المطلوب.

وتفصيله في «قاضي خان» فارجع إليه [٣٨٦/ب].

* * *

(بَابُ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ)

دَيْنُ صِحَّتِهِ وَمَا لزمَهُ فِي مَرضِهِ بِسَبَبِ مَعْرُوفٍ سَوَاءٌ.

ويقدَّمانِ على مَا أَقَرَّ بِهِ فِي مَرضِهِ، ....

(بَابُ إِقْرَارِ المَرِيض)

أي: بمرض الموت.

تكلموا في حده، والمختار: أنه إذا كان الغالب منه الموت.. كان مرض الموت؛ سواء كان صاحب الفراش أو لم يكن. كذا في «المضمرات».

وقال في «العمادي» و«الفصولين»: المريض مرض الموت: من لا يخرج إلى حوائج نفسه.

والمعتبر في حق الفقيه: أن لا يقدر على الخروج إلى المسجد.

وفي حق السوقي: أن لا يقدر على الخروج إلى الدكان.

وفي حق المرأة: أن لا تقدر على الصعود على السطح.

المريض الذي به السل: فهبته وسائر تصرفاته كسائر المرضى ما لم يتطاول.

وفسر التطاول: بسنة؛ فلو تصرف بعد سنة في مرضه.. فهو كتصرفه حال الصحة.

(**دين صحته**)؛ سواء كان ثبوته بأسباب معروفة، أو بالإقرار في الصحة؛ بأن قال المدعي: إن لي عليه ألف درهم مثلاً، حتى أقر به في صحته وأثبت إقراره به في صحته.. يصح، وإلا.. فلا يصح دعوى المال عيناً أو ديناً؛ بناء على الإقرار المجرد.

(**وما**)؛ أي: دين (**لزمه في مرضه بسبب معروف**)؛ مثل: بدل ما ملكه بالاستقراض أو الاشتراء أو الاستئجار أو بالتزوج بمهر المثل أو بدل ما استهلكه، وكلها: عرف بالمعاينة لا بالإقرار.

(**سواء**)؛ أي: في الدرجة، وهو خبر لقوله: «دين صحته وما لزمه».

(**ويقدمان على ما**)؛ أي: على دين (**أقر به في مرضه**).

وقال الشافعي: دين الصحة ودين المرض مطلقاً - أي: بسبب معروف أو بإقرار في المرض - سواء؛ لاستواء سببهما، وهو: الإقرار الصادر عن الأهل، مضافاً إلى المحل، وهي: الذمة القابلة للحقوق، فصار كإنشاء تصرف المبايعة والتزوج في مرضه، والإقرار: إخبار عن الواجب في الذمة، ولا فرق في ذلك بين صحة المقر ومرضه.

ولنا: أن الإقرار غير معتبر إذا تضمن إبطال حق الغير، وإقرار المريض قد تضمن إبطال حق غرماء الصحة، ولهذا: منع من التبرعات والمحاباة أصلاً إذا أحاطت الديون بماله، وعن الزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين.

فافترق بين صحته ومرضه؛ فإنه لا يمنع في صحته عن التبرع والمحاباة والتزوج بمهر المثل من الحوائج الأصلية في أصل الوضع، فلا يمنع عنه مطلقاً [٣٨٧/أ]؛ كالصرف في ثمن الأدوية والأغذية وأجرة الطبيب.

لو تزوج بالزيادة على مهر المثل.. فالزيادة باطلة والنكاح صحيح.

والمبايعة بمثل القيمة.. لا يبطل بها حق الغرماء؛ لأن حقهم يتعلق بالمالية لا بالصورة كالمبايعة، والمالية باقية.

فإن قيل: لو تعلق حقهم بمال المديون.. لزم بطلان إقراره بالدين حال الصحة؛ لتضمنه إبطال حق الغرماء.

قلنا: في حال الصحة لا يتعلق بالمال؛ لقدرته على الاكتساب، فتحقق التمييز.

بخلاف حالة المرض؛ لأنها حالة عجز عن الاكتساب المثمر، فيتعلق حقهم بالمال حذراً عن التوى.

فإن قيل: سلمنا ذلك، لكن إذا أقر في المرض ثانياً.. وجب أن لا يصح؛ لتعلق حق المقر له الأول بماله، كما لا يصح في حق غرماء الصحة كذلك.

وَالْكلُّ مقدَّمٌ على الْإِرْثِ.

وَلَا يَصحُّ تَخْصِيصُهُ غريماً بِقَضَاءِ دَينِهِ،

أجيب عنه: بأن حالتي المرض: حالة واحدة بعد اتصال الموت به؛ لأنه حالة الحجر، فكانا بمنزلة إقرار واحد؛ كحالتي الصحة، فيعتبر الإقراران جميعاً.

بخلاف حالتي: الصحة والمرض؛ لأن الأولى: حالة إطلاق، وهذه: حالة حجر، فيفترقان.. فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض.

ولا يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره.

(والكل) - أي: كل من: دين الصحة ودين المرض؛ سواء كان بأسباب معروفة أو بالإقرار - **(مقدم على الإرث)**؛ لتقدم سببها على سبب الإرث؛ لأن الوارث يستحق المال بالنسب والموت جميعاً، فيضاف الاستحقاق إلى آخرهما وجوداً؛ وهو: الموت.

وأما الدين؛ فإنما يجب بأسباب متقدمة على الموت.

(ولا يصح تخصيصه)؛ أي: المريض؛ لأن تخصيص الصحيح بعض غرمائه بقضاء دينه: صحيح. على ما في شرح «النقاية» نقلاً عن «النهاية».

(غريماً) من غرمائه؛ سواء كان غرماء الصحة أو غرماء المرض.

(بقضاء دينه)؛ لأن فيه إبطال حق باقي الغرماء، إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه بمثل قيمته، وقد علم ذلك بالمعاينة أو بالبينة؛ إذ ليس فيه إبطال حق الباقين، بل إنما حول حقهم من محل أخرجه عن ملكه إلى محل آخر يعدله؛ فصار كما لو ردّ عين ما استقرضه إلى المقرض، أو ردّ المبيع بعيب إلى البائع.

والإخراج عن ملكه بما يعادله: لا يعد إخراجاً.

بخلاف ما لو تزوج امرأة وأعطاها [٣٨٧/ب] مهرها.. حيث يكون لهم: أن يشاركوا المرأة فيما قبضت.

وَلَا إِقْرَارُهُ لوَارِثِهِ، إِلّا أَن يصدِّقَهُ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ.

وكذا لو استأجر عيناً واوفى أجرتها؛ لأنه أخرج عن ملكه من غير بدل يعادله مما يتعلق به حق الغرماء، لان المنافع لا يتعلق حقهم بها.

فإن قيل: قد ثبت أن الإقرار للوارث: صحيح في المرض، وقد تضمن ذلك إبطال حق بقية الورثة؛ خصوصاً إذا كان المقر له بالنسب ممن يحجب غيره.. فينبغي أن يجوز تخصيصه في المرض غريماً بقضاء دينه وإن كان فيه إبطال حق بقية الغرماء.

والجواب عنه: أن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً، فيضاف إلى الموت، فليس في إقراره بالنسب: إبطال حق بقية الورثة؛ لأن استحقاقهم المال ليس بمضاف إلى إقراره بالنسب.

(ولا) يصح **(إقراره)**: بعين أو بدين أو بقبض دين أو بإبراء من الدين **(لوارثه)**؛ لما رواه الدارقطني مرفوعاً أنه: «لا وصية لوارث، ولا إقرار له بدين»، ولأن فيه إيثار بعض الورثة بماله بعدما تعلق به حقهم.. فلا يجوز؛ لما فيه من إبطال حقهم: كالوصية.

(إلا أن يصدقه بقية الورثة) أو الغرماء؛ لأن الحجر كان لهم؛ فإذا صد قوه.. فقد أقروه بتقدمه عليهم.

خصّ الاستثناء بصورة التصديق، وينبغي أن يستثني: كونه محجوراً عن الإرث؛ لما في «الفتاوى»: أقر لوارث بدين، ثم صار محجوراً؛ بأن أقر لأخيه بدين، ثم ولد له ابن.. صح إقراره؛ لأن المنظور: وقت الموت، لا وقت الإقرار.

ولا بد أن يستثنى ثلاث مسائل أيضاً؛ كما في «الأشباه» فإنه قال: إقرار المريض للوارث موقوف على الإجازة، إلا في ثلاث:

لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة.

وإِنْ أَقَرَّ لأجنبيّ.. صَحَّ، وَلَو أحَاط بِمَالِهِ.

أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة.

أو بقبض ما قبض الوارث بالوكالة من مديونه. انتهى.

وكذا: إذا كان له دين على وارثه، فأقر بقبضه.. لا يصح، إلا أن يصدقه البقية.

وهل يعتبر تصديقهم في حياة المريض أو لا يعتبر، بل لا بد من التصديق بعد موته؟

ففي أحكام المريض من «العمادية»: لا بد من تصديق الورثة في حياة المريض المقر أو بعد موته.

وأما وصيته للوارث وبما زاد على الثلث.. فلا بد من تصديقهم بعد موته.

ولا يعتبر تصديقهم قبل موته؛ حتى لو أجازوها قبل موت الموصي.. كان لهم الرجوع بعد موته، كما صرح به في [٣٨٨/أ] وصايا «قاضي خان».

وقال الشافعي: يصح إقراره له بدين.

والحجة عليه: ما رويناه وذكرناه.

(**وإن أقر**) بدين (**لأجنبي.. صح**) استحساناً؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: «إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث.. فإنه جائز وإن أحاط بماله» ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، فلا يمنع عنه.

(**ولو**) وصلية (**أحاط**)؛ أي: الدين (**بماله**)؛ لما روينا وذكرناه.

قال في «العمادي» و«الفصولين»: المريض إذا أقر لوارثه.. لا يجوز حكاية ولا ابتداء، وإقراره للأجنبي.. يجوز حكاية: من جميع المال، وابتداء: من ثلث المال.

وفي هذين الكتابين أيضاً: المريض لو أقر بدين، ثم بوديعة بعينها خاصة.. فهما دينان، ولا تقدم الوديعة.

ولو أقر بوديعة، ثم بدين.. يبدأ بالوديعة.

ولو أقر بوديعة ألف درهم لرجل، ثم مات، ولا تعرف بعينها.. فهو دين في تركته كدين المرض إذا هلك الوديعة بموته مجهلاً.. فهو والإقرار بدين: سواء.

وفي كل موضع عرف عين في يد المريض أنه لغيره بشهادة أو معاينة.. ترد عليه؛ لأنه أحق بماله.

مريض أقر بلقطة، ولا مال سواه، وكذبه وارثه.. قال محمد: لا يصدق، فيورث كله.

وقال أبو يوسف: هو من الثلث.

ولو أقر بأرض بيده أنها وقف.. فهو على ثلاثة أوجه:

١- لو أقر أنه وقفها.. تعتبر من ثلثه كما لو أقر بعتق قنه.

٢- ولو أقر أنه وقفها غيره؛ فلو صدقه الغير أو وارثه بعد موته.. جاز في الكل.

٣- ولو أقر به مطلقاً.. فهو من الثلث.

ثم قالا: مريض أقر لوارثه بدين.. لم يجز.

ولوديعة مستهلكة: تجوز.

صورتها: إذا أودع الرجل أباه ألف درهم في مرض الموت أو في صحته بمعاينة الشهود، فلما حضره الموت أقر باستهلاكه.. صدق على ذلك؛ لأنه لو سكت حين يموت، ولا يدرى ما صنع بالوديعة.. كانت ديناً في ماله؛ فإذا أقر باستهلاكه.. كان أولى.

ولو أقر أولا بهلاكها في يده، وأراد الوارث استحلافه فنكل عن اليمين، ومات.. لم يكن للوارث في ماله شيء.

وهل يصح إقرار المريض باستيفاء الدين من مديونه؟

ففي «العمادي» و«الفصولين» أيضاً: الأصل فيه: أن المريض مرض الموت إذا

أقر بأنه استوفى الدين من غريمه؛ فإن كان الدين وجب له على الأجنبي في حالة الصحة.. فإقراره باستيفائه جائز.

وإن كان عليه دين معروف؛ سواء:

وجب الدين الذي [٣٨٨/ب] أقر باستيفائه بدلاً عما هو مال كالثمن.

أو وجب بدلاً عما ليس بمال كبدل الصلح عن دم عمد أو المهر ونحوه.

وإن كان الذي أقر باستيفائه وجب له على الأجنبي في مرض الموت وعليه دين معروف، أو دين وجب في المرض بمعاينة الشهود - **إن كان الذي أقر باستيفائه بدلاً عما هو مال؛ كالثمن ونحوه.. لا يصح إقراره بالاستيفاء.**

وإن كان ديناً بدلاً عما ليس بمال كبدل الصلح عن دم العمد ونحوه.. **فإن إقراره بالاستيفاء جائز وإن كان عليه دين معروف**. انتهى.

وهل يصح إقرار المريضة باستيفائها مهرها من زوجها؟

ففي «العمادية»: المريضة إذا أقرت باستيفاء مهرها؛ فإن ماتت وهي منكوحته أو معتدته.. لا يصلح إقرارها.

فإن كانت غير منكوحة، ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول.. يصح. انتهى.

وهكذا أفتى به مشايخ الإسلام. وبه أفتيت.

وهل يصح إقراره بالإبراء؟

ففي «العمادية» أيضاً: إبراء المريض وارثه من دين له عليه أصلاً أو كفالة: باطل، وكذلك إقراره باستيفائه أو احتياله به على غيره.

وإبراؤه للأجنبي من دين له عليه: جائز، إلا أن يكون الوارث كفيلاً عنه.. فلا يجوز؛ لأنه يبرأ ببراءته.

وإِنْ أَقرَّ لأَجْنَبِيٍّ ثمَّ أَقرَّ أَنَّهُ ابْنُهُ.. ثَبتَ نسبُهُ، وَبَطَلَ إِقْرَارُه.

وإِنْ أَقَرَّ لأجنبيَّةٍ ثمَّ تزَوَّجَهَا.. لَا يبطلُ إِقْرَارُهُ.

وَلَو أَوصى لَهَا ثمَّ تزَوَّجهَا.. بَطَلت.

وإن كان [الأجنبي هو][1] الكفيل عن الوارث.. جاز إبراؤه إياه من الثلث، ولم يجز إقراره باستيفاء شيء منه؛ لأن فيه براءة الكفيل. هكذا ذكره عن «الجامع».

ثم قال: لو أقر المريض أنه كان أبرأ فلاناً من الدين الذي له عليه في صحته.. لم يجز؛ لأنه لا يملك إنشاء البراءة في الحال.. فكذلك لا يملك الإسناد إلى زمان مقدم.

بخلاف الإقرار بالقبض؛ لأنه يملك الإنشاء، فيملك الإقرار به. هكذا ذكره نقلاً عن «الإيضاح».

واعترض عليه: بأن إقرار المريض للوارث: لا يجوز، لا حكاية ولا ابتداء، وإقراره للأجنبي: يجوز حكاية من جميع المال، وابتداء: من ثلثه.

(وإن أقر لأجنبي، ثم أقر أنه ابنه.. ثبت نسبه)؛ أي: من المقر.

(وبطل إقراره) الأول؛ لأن النسب يستند إلى حالة العلوق، فتبين: أن البنوة كانت حالة الإقرار بالمال.. فلا يجوز؛ لأنه للوارث.

(وإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها.. لا يبطل إقراره)؛ فإن الزوجية حادثة مقتصرة على زمان التزوج؛ فتبين: أن إقراره لأجنبية [٣٨٩/أ] لا للوارث فصح.

وقال زفر: يبطل إقراره لها؛ لأنها وارثته بعد الموت وإن لم تكن وارثته عند الإقرار، فحصلت التهمة، وهي المعتبرة في الباب كما في الوصية والهبة لها وهي أجنبية؛ على ما أشار إليه بقوله:

(ولو أوصى لها)؛ أي: لأجنبية **(ثم تزوجها.. بطلت)** وصيته.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «مجمع الضمانات» ص (٤٥٠).

وَلَو وَهبهَا ثُمَّ تزَوجهَا.. فَلَه رُجُوعٌ.

(ولو وهبها، ثم تزوجها.. فله الرجوع).

وفي بعض النسخ: فلا رجوع، وهو من طغيان القلم؛ إذ لا وجه له أصلاً.

والأصل ههنا: أن المقر له: أما أن لا يكون وارثاً للمريض المقر، أو يكون وارثاً له.

والوارث: إما أن تكون وراثته مستمرة من حيث الإقرار إلى الموت، أو لا تكون مستمرة.

وغير المستمر: إمام أن يكون وارثاً حالة الإقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره، أو بالعكس منه؛ أي: وارث حالة الموت غير وارث حالة الإقرار لحجب أو لغيره.

أو يكون وارثاً حالة الإقرار والموت معاً غير وارث بينهما.

والذي يكون لغير الحجب: إما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أو لا.

فهذه ثمانية أوجه:

ففيما لم يكن وارثاً أصلاً.. صح إقراره بالإجماع.

وفيما يكون وارثاً مستمراً.. لا يصح بالإجماع.

وفيما يكون وارثاً حالة الإقرار دون الموت؛ فإن كان الانتفاء لحجب - كما إذا أقر لأخيه - وهو وارث حالة الإقرار، ثم ولد له ولد أو أسلم ولده الكافر أو أعتق الرقيق.. صح الإقرار بالاتفاق.

وإن كان لغيره؛ كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها، وقد أقر لها بدين.. فلها الأقل من الدين والميراث؛ لوجود تهمة الإيثار بقيام العدة، ولا تهمة في الأقل، فثبت.

وَإِن أقرَّ بِغُلَامٍ مَجْهُولِ النّسَبِ ....

وفيما كان وارثاً حالة الموت دون الإقرار؛ فإن كان حجب؛ كما إذا أقر لأخيه وله ابن، ثم مات الابن.. بطل إقراره، خلافاً لزفر.

وإن كان لغيره وقد استند السبب؛ كما إذا أقر لأجنبي في مرضه، ثم ادعى نسبه.. ثبت نسبه منه وبطل إقراره.

وإن لم يستند؛ كما إذا أقر لأجنبية، ثم تزوجها.. لم يبطل.

وفيما كان وارثاً في الحالتين دون الوسط؛ كما إذا أقر لزوجته، ثم أبانها، ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات.. بطل الإقرار عند أبي يوسف.

وجاز عند محمد - وهو القياس -؛ لأنها ترث بسبب حادث بعد الإقرار، فلا يؤثر فيما قبله.

ووجه أبي يوسف - وهو استحسان -: أن الإقرار لوارث باطل؛ لتهمة الإيثار؛ فإذا وجد سبب [٣٨٩/ب] الوراثة عند الإقرار.. حدثت التهمة، والعقد المتجدد قام مقام الأول في تقرير صفة الوراثة عند الإقرار، لأن التهمة لم تكن متقررة؛ لاحتمال زوال النكاح.. فلا يصح الإقرار. كذا في «العناية».

قال في «الفصولين»: أقر لابنه وهو قن، ثم عتق فمات الأب.. جاز إقراره؛ لأنه للمولى لا للقن.

بخلاف الوصية لابنه وهو قن، ثم عتق.. فإنها تبطل؛ لأنها حينئذ للابن.

ولما فرغ من الإقرار بالدين والمال.. شرع في بيان الإقرار بالنسب، فقال:

(وإن أقرّ بغلام مجهول النسب) قيده به؛ لأنه لو كان معروف النسب من شخص.. بطل إقراره؛ لامتناع ثبوته من غيره.

وأشار بقوله: «بغلام»: إلى بيان الإقرار بالولد.

ولو اختلفا في أنه مجهول النسب أو معروف النسب، ولا بينة لأحدهما.. يحتمل أن يكون القول للمقر له، ويحتمل أن يكون للمقر، كما في «الفصولين». وقد ذكرناه من قبل.

يُولَدُ مثلُهُ لمثلِهِ أَنَّه ابْنُهُ، وَصدَّقهُ الْغُلَام.. ثبتَ نسبُهُ مِنْهُ وَلَو مَرِيضاً، ....

ولصحة هذا الإقرار ثلاث شرائط:

الأول: هذا، أعني: أن لا يكون ثابت النسب من الغير، بل يكون مجهول النسب.

والثاني: ما ذكره بقوله: (**يولد مثله لمثله**)؛ لأنه لو لم يكن كذلك.. لكان الظاهر مكذباً له

(**أنه ابنه**): بيان لإقراره بالغلام.

والثالث: ما ذكره بقوله: (**وصدقه الغلام**) وبه أشار إلى أن المراد بالغلام: غلام يعبّر عن نفسه؛ لأنه في يد نفسه.. فيعتبر تصديقه.

بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه. على ما تقدم في دعوى النسب.

(**ثبت نسبه منه**)؛ أي: من المقر، يصير ابناً له.

ولو ادعى أحد بعده أنه ابن لغير المقر.. لا تصح دعواه، إلا إن أثبت أحد أنه كان معروف النسب في مولده وقت إقرار المقر.. فإنه يصح؛ دفعاً لإقرار المقر؛ كما في «الفصولين»؛ فإنه قال: ولو جهل نسبه، فبرهن: أني ابنه.. يقبل.

فلو برهن المقر له بعده: ابنك ابن فلان الآخر.. يقبل في دفع برهان الابن لا في إثبات نسبه من فلان الآخر؛ لأنه ليس بخصم عنه.

(**ولو**) - وصلية - كان المقر (**مريضاً**)؛ إذ ليس فيه تهمة؛ لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو يلزمه خاصة، وليس فيه تحميله على الغير، فثبت منه ولو مريضاً.

فإن قيل: وإن لم يكن فيه تحميل النسب على الغير، لكنه تضمن إبطال حق بقية الورثة.. فكيف يصح من المريض؟

قلنا: إن استحقاق الورثة المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى [٣٩٠/أ] آخرهما وجوداً وهو الموت، لا إلى النسب، فلا يضر ثبوته من المريض بإقراره إياه.

ويُشَارِكُ الْوَرَثَةَ وَصَحَّ إِقْرَارُ الرَّجلِ بالوالدَينِ وَالْولَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمولى، ......

(**ويشارك الورثة**) الباقية؛ لأنه صار كالوارث المعروف.

(**وصح إقرار الرجل**)؛ لأن إقرار المرأة سيأتي ذكره مصرحاً (**بالوالدين**)؛ أي: الأب والأم (**والولد والزوجة والمولى**)؛ أي: مولى العتاقة؛ سواء كان أعلى أو أسفل، وسواء كان إقراره بهؤلاء في صحته أو في مرضه؛ لأنه أقر بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير.. فتحقق المقتضي وانتفى المانع، فوجب القول بجوازه في جميع هؤلاء. على ما ذكره صاحب «الهداية».

وقال في «النهاية»: إن ما ذكره صاحب «الهداية» موافق لرواية «تحفة الفقهاء» والإمام سراج الدين، لكنه مخالف لما ذكر في «المبسوط» و«الإيضاح» و«الجامع الصغير» للمحبوبي: أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر: بالأب، والابن، والمرأة، ومولى العتاقة.

ثم قال: والله أعلم بصحة ما ذكره صاحب «الهداية»؛ ترجيحاً لما في «المبسوط» و«الإيضاح».

ولا يخفى عليك صحته؛ لأن الدليل المذكور كما يدل على صحة إقراره بالأب.. كذلك يدل على صحة إقراره بالأم أيضاً بلا فرق، فالفرق تحكُّم. كذا في «العناية».

والإقرار بمولى الموالاة: مثل الإقرار بمولى العتاقة. على ما في «المحيط» و«البزازية».

قال في آخر كتاب الإقرار من «الخلاصة» نقلاً عن «مختصر القدوري»: إقرار الرجل يصح بأربعة، وإقرار المرأة يصح بثلاثة:

أما إقرار الرجل: فيصح: بالابن والأب والزوجة ومولى العتاقة، والمعنى من الصحة وعدم الصحة ما ذكر في فرائض «الأصل»؛ يعني: أن في الأربعة يرث المقر له مع الوارث المعروف، ويشاركه في الميراث، وفيما وراء الأربعة.. لا يرث مع

وَشَرِطَ تَصْدِيقُ هَؤُلَاءِ.

الوارث المعروف؛ أما الإقرار.. فصحيح في نفسه، حتى لو لم يبق له وارث.. كان الميراث له لا لبيت المال. انتهى.

(وشرط) في صحة الإقرار بهؤلاء: **(تصديق هؤلاء)** لأنهم في أيدي أنفسهم، فيعتبر تصديقهم.

لكن شرط في صحة تصديقِ المرأة: خلوها عن زوج آخر وعدته، وأن لا تكون أختها تحت المقر، ولا أربع سواها. على ما في «العناية».

وفي صحة تصديق الوالدين: أن يولد مثله لمثله، وأن ليس للمقر: أب وأم معروفين.

وفي صحة تصديق المولى: أن لا يكون للمقر مولى معروفاً.

وهل تثبت هذه الأمور؛ أعني [٣٩٠/ب]: الأبوة والأمومة والبنوة والبنتية والزوجية، وولاء العتاقة والموالاة بالبينة عند عدم تصديق هؤلاء وإنكارهم؟

ففي «المحيط» السرخسي: إذا أدعى رجل على رجل أنه ابنه، والأب ينكر، فأقام المدعي بينة على دعواه.. قبلت بينته؛ ادعى مع ذلك مالاً أو لم يدع؛ لأن هذه بينة قامت على خصم؛ لأنه يدعي عليه فعلاً: وهو إيلاده، ويحمل نسبه عليه.

ولهذا: لو أقر المدعى عليه بذلك.. يصح إقراره.

وكذلك: لو ادعى على رجل أنه أبوه، والابن منكر، فأقام المدعي بينة على دعواه.. قبلت بينته؛ ادعى مع ذلك مالاً أو لم يدع؛ لأن هذه بينة قامت على خصم أيضاً، ولهذا: لو أقر المدعى عليه بذلك.. صح إقراره.

وكذلك لو ادعى على امرأة نكاحاً وهي تنكر، أو ادعت امرأة على رجل نكاحاً وهو ينكر، فأقام المدعي بينة على دعواه.. قبلت بينته؛ لأنها قامت على خصم؛ لأنه يدعي عليه عقداً باشره وتولاه، ولأن الزوج: يدعي عليها الملك، وهي: تدعي على الزوج المهر والنفقة وثبوت حق المطالبة بالجماع.

ولهذا.. لو أقر المدعى عليه بذلك.. صح إقراره أيضاً فتقبل بينة المدعي.

ولو ادعى رجل على رجل أنه مولاه عتاقة من فوق أو أسفل، أو ادعى أنه مولاه من موالاة، والمدعى عليه ينكر، فأقام المدعي بينة.. قبلت؛ لأنها قامت على خصم وإن لم يدع عليه مالاً، ولهذا.. لو أقر المدعى عليه بذلك.. صح إقراره أيضاً. انتهى.

فقد حكم؛ بأن هذه المعاني: تثبت بالبينة من المدعي عند عدم تصديق المدعى عليه – أعني: المقر له – وأن المدعى عليه ولو ادعى تصديق المدعي عليه.. يصدق استحساناً. انتهى.

ثم قال فيها أيضاً: ادعى أنه أبوه.. لا يصدق إلا بتصديق المدعى عليه، أو شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

وكذا إذا ادعى أنه ابنه إن كان يعبر عن نفسه، وإلا.. يتم بدعواه استحساناً. انتهى.

والحاصل: أن الإقرار بهذه المعاني صحيح وإن لم يدع مالاً، وأنها تثبت بالإقرار بها مع تصديق المقر له وبإثبات المدعي، بإقامة البينة على هذه المعاني نفسها، أو على إقرار المدعى عليه بهذه المعاني. على ما هو الظاهر مما نقلناه من «المحيط» لأن الإقرار بها لما كان صحيحاً.. فالبينة القائمة على الإقرار ممن يصح الإقرار منه: تصح أيضاً.

لكن ذكر في «فتاوى» شيخ الإسلام الأنقروي نقلاً عن «النصاب» ما يدل على أن [٣٩١/أ] البينة القائمة على إقرار المدعى عليه بالمولى.. لا تصح؛ حيث قال: ولو شهدوا أن زيداً أقر أن المدعي أخوه أو أبن أخيه أو ابن أخته أو مولاه.. فليس بشيء حتى يبينوا.

وَكَذَا إِقْرَارُ الْمَرْأَةِ، لَكِن شُرِطَ فِي إِقْرَارِهَا بِالْوَلَدِ: تَصْدِيقُ الزَّوْجِ أَيْضاً، ..

بخلاف ما لو شهدوا: أنه أقر أنه ابن خاله أو ابن عمه.. فإن الغالب في هذا: النسبُ، فيورث منه إذا لم يكن له وارث معروف غيره. انتهى.

وهكذا ذكره في «المحيط» للسرخسي نقلاً عن «المنتقى».

فالظاهر منه: أنه لو ادعى رجل على رجل: أنه أخوه أو ابن أخيه أو ابن أخته أو مولاه عتاقة أو موالاة، وأنكر المدعى عليه ذلك، وأقام المدعي بينة على إقرار المدعى عليه بذلك.. لا تقبل بينته، ويلزمه عدم صحة إقراره بالمولى؛ كما لا يصح إقراره بالأخوة وابن الأخ والأخت.

بخلاف ابن الخال أو ابن العم.. حيث يصح الإقرار بهما. وكذا.. البينة القائمة على إقرارهما.

(**وكذا**)؛ أي: صح (**إقرار المرأة**): بالأب والأم والولد والزوج ومولى العتاقة والموالاة؛ لأنها أقرت بما يلزمها، وليس فيه تحميل النسب على الغير، فتحقق المقتضي وانتفى المانع.. فوجب القول بصحته.

وفي «المبسوط» و«جامع الفصولين»: إنما يصح إقرار المرأة بثلاث: نفر: بالأب، والزوج، ومولى العتاقة.

والأمر فيه: كما ذكرناه في إقرار الرجل من صحة الإقرار بالأم أيضاً.

فإن قيل: كيف يصح إقرار المرأة بالولد مع أن فيه إقراراً على الغير أعني الزوج؟

فأجاب بقوله: (**لكن شرط في إقرارها بالولد: تصديق الزوج أيضاً**)؛ أي: كما شرط تصديق الولد؛ وذلك لأن فيه تحميل النسب على الزوج؛ لأن النسب منه لا منها؛ كما قال الله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ﴾ فلا تقبل ما لم يصدقها الزوج؛ لأن الحق له فيعتبر تصديقه.

أو أقامت المرأة البينة عند عدم تصديقه.. فتقبل. لما في «المحيط».

أَوْ شَهَادَةُ قَابِلَةٍ.

وَصَحَّ تصديقُهُم بعدَ موتِ الْمقرِّ، إِلّا تَصْدِيقَ الزَّوْجِ بعدَ مَوتِهَا.

وَعِنْدَهُمَا: يَصِحُّ أَيْضاً.

أو ادعت امرأة على رجل نكاحاً، وهو ينكر، فأقامت المرأة بينة.. تقبل. على ما نقلناه آنفاً.

(**أو شهادة قابلة**)؛ لأن الفَرَضَ: أن الفراش قائم، فيحتاج إلى تعيين الولد، وشهادتها مقبولة في ذلك. على ما مر في الطلاق.

(**وصح تصديقهم**)؛ أي: تصديق هؤلاء المذكورين (**بعد موت المقر**)؛ أي: بالنسب؛ لأن النسب مما يبقى بعد الموت.. فصح تصديقهم.

(**إلا تصديق الزوج**) زوجته المقرة بالزوجية (**بعد موتها**)؛ لأن النكاح انقطع بالموت، ولا عدة عليه حتى يصح تصديقه باعتبارها، ولهذا.. جاز له نكاح أخت [٣٩١/ب] امرأته المتوفاة عقيب موتها.

فإن قيل: إن الإرث موجود بعد موتها وإن لم تكن العدة عليه موجودة.. فلمَ لا يجوز بقاء النكاح باعتبار الإرث ويعتبر تصديقه بعد موتها؟

قلنا: إن الإرث وإن كان موجوداً بعد موتها، لكنه معدوم وقت الإقرار، والتصديق يستند إلى وقت الإقرار، فلا يجوز اعتباره باعتبار الإرث.

بخلاف تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالزوجية؛ لأن حكم النكاح باق، وهو: العدة.. فإنها واجبة عليها بعد موت زوجها، وهي من آثار النكاح، ألا ترى: أنها تغسل زوجها بعد موته عند عدم من يغسله من الرجال؛ لقيام حكم النكاح، فيعتبر تصديقها بعد موته بالاتفاق. هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يصح أيضاً**)؛ أي: يصح تصديق الزوج بعد موت الزوجة: كتصديق الزوجة زوجها بعد موت الزوج؛ لأن الإرث من أحكام النكاح، وهو: مما يبقى بعد النكاح كالعدة.

وصية من وجه.

حتى كان للمقر: أن يرجع عن إقراره؛ لأن نسبه لم يثبت، فلا يلزمه؛ كالوصية.

وإرث من وجه.

حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث.. لا تنفذ إلا بإجازة هذا المقر له ما دام المقر على إقراره، فصار كأنه وارثه حقيقة.

اعلم: أن النسب على نوعين:

نوع: يثبت بالإقرار؛ كالأبوة والبنوة ، وكذلك الزوجية والولاد على ما تقدم.

ونوع: لا يثبت بالإقرار؛ كالأخوة والعمومة وابن الابن وابن البنت وابن العم والخال والخالة والجدية.

والمدعى عليه في النوع الأول: خصم شرعي للمدعي بلا دعوى حق لنفسه من الإرث والنفقة.

ولا يضر التناقض في هذا النوع؛ لأنه عفو، ولا يصح نفيه بعد إقراره؛ حتى لو قال لغلام مجهول النسب: هذا ابني.. ثبت نسبه منه، ثم قال: ليس بابني.. لا يصح نفيه؛ لأن النسب ثبت بإقراره، ثم لا ينتفي بنفيه؛ لتعلق حق المقر له.

ولو قال: ليس بابني، ثم قال: هو ابني.. يصح لكون التناقض عفواً فيه.

ولو أنكر الغلام ذلك، وأقام المدعي بينة.. تقبل بلا دعوى الحق لنفسه.

بخلاف النوع الثاني؛ فإنه لا يثبت بمجرد إقراره، بل لا بد من دعوى حق لنفسه من الإرث والنفقة؛ حتى لو أقام بينة على المدعى عليه عند إنكاره.. لا تقبل؛ لأن المدعى عليه في هذا النوع ليس بخصم له في إثبات النسب؛ لما فيه من تحميل النسب على الغير.

إلا أن يدعي لنفسه حقاً.. فحينئذٍ يكون خصماً له وتقبل بينته عليه ويثبت ما ادعاه من الحق ويثبت النسب أيضاً ضمناً.

وَإِنْ أَقَرَّ بِنَسَبِ غيرِ الوِلادِ كأخٍ وعمٍّ.. لَا يثبتُ، ويرثُهُ إِنْ لم يكن لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ، وَلَو بَعيداً.

والجواب عنه: أن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع، فيصير النكاح قائماً باعتبارها.

وأما الإرث.. فليس بلازم له؛ لجواز أن تكون المرأة كتابية، فلم يعتبر النكاح قائماً باعتباره.

(**وإن أقر بنسب غير الولاد كأخٍ وعمٍ**) وجد وابن ابن وابن بنت وخال وخالة وعمة وأخت وابن أخت وعم وابن عم (.. **لا يثبت**) نسبه منه؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، فلا يجوز إلا في حق نفسه؛ حتى يلزمه نفقة المقر له وحضانته والإرث إذا تصادقا عليه.

وإليه أشار بقوله: (**ويرثه**)؛ أي: المقر له من المقر (**إن لم يكن له**)؛ أي: للمقر (**وارث معروف ولو**) – وصلية – (**بعيداً**)؛ يعني: أن من أقر بالنسب غير الولاد.. لا يقبل إقراره في حق النسب؛ حتى لا يثبت نسب المقر له.

وأما في حق الإرث؛ فإما أن يكون له وارث معروف قريب كذوي الفروض والعصبات مطلقاً، أو بعيداً كذوي الأرحام ومولى الموالاة، أو لا يكون:

فإن كان.. فهو أولى بالميراث من المقر له؛ لأنه لما لم يثبت نسبه منه.. لم يزاحم الوارث المعروف.

وإن لم يكن.. استحق المقر له ميراثه؛ لأنه أقر بشيئين: أحدهما: النسب، والآخر: استحقاق المقر له ماله بعده.

والأول: غير مسموع؛ لما ذكرناه، والثاني: مسموع؛ لأن له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث؛ حتى لو أوصى بجميع ماله.. استحق الموصى له [٣٩٢/أ] جميعه.

فكذا.. له أن يجعل جميعه لهذا المقر له؛ لأنها:

والتناقض ليس بعفو في هذا النوع؛ لأنه في قوة دعوى المال؛ حتى لو قال: هذا ليس بأخي أو عمي أو ابن ابني أو ابن أخي أو ابن عمي أو خالي أو عمتي أو خالتي، ثم قال: هذا أخي أو عمي أو ابن ابني أو ابن عمي إلى غير ذلك.. لا يسمع، ولا تقبل بنيته؛ للتناقض.

بخلاف ما لو قال: أنا لست بوارث له، ثم ادعى أنه وارثه وبين الجهة بأنه أخوه أو عمه ونحوهما.. يصح، وهذا التناقض لا يضر، ولا يمنع صحة الدعوى؛ لأن نفيه مطلق عن بيان الجهة، ودعواه مقيد ببيان الجهة، فلا تناقض بينهما في الحقيقة.

ولهذا: قال [٣٩٢/ب] في [....][1] و«الفصولين»: لو قال: أنا لست بوارث له، ثم ادعى أنه وارثه وبيّن الجهة.. يصح، والتناقض في النسب: لا يمنع صحة الدعوى. انتهى.

يعني: مرادهما بالتناقض ههنا: هو التناقض بين النفي المطلق والدعوى المقيدة.

وأما التناقض بين النفي المقيد بجهة من جهات النسب، وبين الدعوى المقيدة بتلك الجهة التي نفاها.. فليس بعفو، بل هو معتبر مطلقاً في النوع الثاني من نوع النسب. كما في دعوى المال.

وبيان هذا: يتوقف على أربع مقدمات:

الأولى: أن البينة إذا قامت على خصم حاضر حقيقة أو حكماً.. تقبل، وإلا.. فلا.

الثانية: أن من ادعى على آخر دعوى، وأقام بينة؛ فإن كان المدعى عليه ممن يصح إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى.. تسمع دعواه وتقبل بينته؛ لأنها قامت

(١) بياض في المخطوط، لم أتبين ما هو.

على خصم حاضر؛ لأن كل من يصح إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى: يصير خصماً له.

وإن كان ممن لا يصح إقراره له بذلك؛ فإن كان المدعى عليه ممن يتصور منه إثبات سبب ما وقع فيه الدعوى.. تقبل البينة؛ كما لو ادعى رجل على امرأة أنه ابنها، وأنكرت، وأقام الرجل بينته.. قبلت؛ حتى إذا كان لها زوج.. يثبت نسبه منه.

ولو حضر الزوج بعده، وأنكر كون المدعي ابناً له.. لا ينفعه إنكاره؛ لأن البينة قامت على خصم حاضر؛ لأن المرأة وإن لم يصح إقرارها للمدعي بالولد في حق الزوج؛ لكونه إقراراً وحملاً للنسب على الغير، لكن يتصور منها ما هو سبب ثبوت البنوة وهو الولادة؛ فإن ولادتها تكون سبباً لثبوت نسب الولد منها؛ كما في ولد الملاعنة والزنا؛ فكأن المدعي ادعى عليها أنها ولدته، فكانت خصماً له.. فتقبل بينته.

وإن كان المدعى عليه ممن لا يتصور منه إثبات سبب ما وقع فيه الدعوى.. فلا تقبل البينة عليه؛ كما في دعوة الأخوة والعمومة وبنوة الابن والأخ والعم ونحوها.. فإن المدعى عليه فيها: لا يصح إقراره للمدعي؛ لكونه إقرار النسب على الغير، وليس ممن يتصور منه إثبات سبب ما وقع فيه الدعوى.. فلا تقبل البينة عليه أيضاً، إلا أن يدعى منها حقاً لنفسه.. فحينئذٍ: يصح الإقرار وتقبل البينة.

الثالثة: أن الإقرار على الغير: لا يصح، وعلى نفسه: يصح.

الرابعة [٣٩٣/أ]: أن كل ما يجري فيه الخفاء.. فالتناقض فيه عفو، وما لا.. فلا.

إذا عرفت هذه المقدمات.. فاعلم: أنه إذا ادعى رجل على رجل أنه ابنه أو أبوه؛ فإن أقر المدعى عليه بذلك وصدقه.. يصح إقراره؛ لأنه إقرار على نفسه فيصح بناء على المقدمة الثالثة.

وإن أنكر، وأقام المدعي البينة.. قبلت بينته؛ ادعى مع ذلك حقاً لنفسه أو لم يدع؛ لأنها قامت على خصم حاضر.

أما على المقدمة الأولى: فلأن المدعي يدعي عليه فعلاً - وهو إيلاده - فيصح خصماً له.

وأما على المقدمة الثانية: فلأن المدعى عليه ممن يصح إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى، وهو الأبوة والبنوة؛ لأنه إقرار على نفسه.. فيصلح خصماً له.

وكذا الحال في دعوى الزوجية من الرجل أو المرأة: في صحة الإقرار بها وقبول البينة بلا دعوى حق.

وكذا.. دعوى ولاء العتاقة أو الموالاة.

بخلاف دعوى الأخوة؛ فإنه لو ادعى على رجل أنه أخوه؛ فإن ادعى أخوة مجردة.. لا يصح الإقرار بها؛ لكونه إقراراً على الغير في الأب، ولا تقبل البينة عليها أيضاً؛ لعدم قيامها على خصم حاضر.

أما على المقدمة الأولى: فلأن الحاضر لا يصلح خصماً له في إ ثبات الأخوة، وإنما الخصم له: هو الأب، وهو غائب؛ لأن نسب أحد الأخوين لا يثبت من الآخر؛ لعدم الأولوية، بل ثبت من الأب.

وأما على المقدمة الثانية: فلأن المدعى عليه الحاضر: ممن لا يصح إقراره للمدعي بالأخوة؛ لكونه إقراراً على الغير، فلا يكون خصماً له.

وإن ادعى مع الأخوة حقاً لنفسه من الإرث أو النفقة.. تسمع دعواه وتقبل بينته.

أما على المقدمة الأولى: فلأن المدعى عليه حينئذ: يصلح خصماً له فيما يدعيه لنفسه من الحق، فيصلح خصماً له في دعوى الأخوة أيضاً؛ لأن ما يدعيه لنفسه من

وَمن مَاتَ أَبوهُ فأَقرَّ بِأَخ.. شَارَكَهُ فِي الْإِرْثِ وَلَا يثبتُ نسبُهُ.

الحق لا يتوصل إليه إلا بإثبات النسب من الأبوين، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إنكار النسب، فتقبل البينة، ويصير الغائب مقضياً عليه أيضاً بهذه البينة.

حتى لو حضر بعد ذلك، وأنكر كون المدعي ابنه.. لا ينفعه إنكاره، بل يثبت نسبه منه؛ كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه اشتراها من فلان الغائب المالك لها، وأنكر ذو اليد، فأقام المدعي بينة.. قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على [٣٩٣/ب] الحاضر والغائب معاً؛ حتى لا يحتاج إلى إعادة البينة عند حضور الغائب.

وأما على المقدمة الثانية: فلأن المدعى عليه حينئذ: ممن يصح إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى، فيكون خصماً له.. فتقبل البينة عليه.

وكذا الحال فيما إذا ادعى على آخر أنه عمه أو ابن عمه أو خاله أو ابن خاله. ونحوها.

(**ومن مات أبوه فأقرّ بأخ.. شاركه في الإرث**) إن صدقه المقر له، وإلا.. فلا.

(**ولا يثبت نسبه**) منه؛ لما تقدم: من أن فيه حملاً للنسب وإقراراً به على الغير.. فلا يقبل.

بخلاف إقراره بالمال.. حيث يقبل ويلزمه المال؛ فإنه إقرار على نفسه، فيقبل.. فيشاركه ما في يده؛ كمشتر أقر على البائع أنه أعتق العبد المشتري قبل البيع.. فإنه لم يقبل في حق البائع؛ حتى لا يرجع عليه بالثمن، ويقبل في حق نفسه؛ حتى يعتق العبد عليه.

فإذا قبل إقراره في حق نفسه.. يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقاً. عندنا.

خلافاً لابن أبي ليلى ومالك؛ فيما إذا كان المقر: أحد الابنين، وأقر بأخ ثالث، وأنكره الآخر.. فإنهما يقولان: يعطى للمقر له ثلث ما في يده؛ لأن المقر: أقر له بثلث شائع في النصفين.. فنفذ في حصته وبطل في حصة الأخ؛ فيكون له: ثلث ما في يده -

وَلَو كَانَ لأبيهما الْمَيِّتِ دَينٌ على شخصٍ فأَقرَّ أَحدُهُمَا بِقَبضِ أَبِيه نصفَه.. فالنصفُ الْبَاقِي للْآخرِ، وَلَا شَيْءَ للْمقِرِّ.

وهو سدس جميع المال - والسدس الآخر في نصيب الأخ.. فبطل إقراره فيه.

(**ولو كان لأبيهما الميت دين**)؛ يعني: لو مات وترك ابنين له وله دين (**على شخص، فأقر أحدهما**) - أي: أحد الابنين - (**بقبض أبيه نصفه.. فالنصف الباقي للآخر، ولا شيء للمقر**)؛ لأن الإقرار باستيفاء الدين: إقرار بالدين على الميت؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فيكون المقبوض غير الدين، فيكون مضموناً على القابض ديناً في ذمته.

ثم يتقاصّان؛ فإذا كذبه أخوه.. لا يصدق عليه، فينفذ في حقه خاصة، فوجب على الميت النصف المقبوض على زعمه.

والدين: مقدم على الميراث، فاستغرق نصيبه، فلا يأخذ من النصف الآخر شيئاً، وإن تصادقا على أن ذلك النصف مشترك بينهما من تركة أبيهما؛ كما إذا أقر عليه بدين آخر وكذبه أخوه؛ وذلك لأن المقر: لو رجع على أخيه بشيء.. لرجع أخوه على الغريم؛ لزعمه: أن أباه لم يقبض منه شيئاً، وله تمام النصف، ثم رجع الغريم على [٣٩٤/أ] المقر؛ لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث.. فيؤدي إلى الدور.

قال في نوع من شهادات «البزازية»: مات الرجل عن ورثة، فأقر وارثاه بدين على الميت لرجل، ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل عند القاضي قبل أن يلزم القاضي بإقرارهما الدين في حصتهما من التركة.. تقبل؛ لأن بمجرد إقرارهما قبل القضاء عليهما: لا يحل الدين في قسطهما.

وإن قضى عليهما بإقرارهما، ثم شهدا به له عليه.. لا يقضي بشهادتهما؛ لأنهما يريدان أن يحولا بعض ما لزمهما على باقي الورثة، فكانت جر مغنم ودفع مغرم.

وفيه إشكال، وذلك أن الدين لما لم يلزم على نصيبهما بإقرارهما.. فكيف يصح للقاضي أن يقضي بالدين عليهما في نصيبهما؟

قلنا: الديون تقضى من أيسر المالين قضاء، وحصتهما أيسر الأموال قضاء؛ لإنكار سائر الورثة الدين وعدم البينة للمدعي. انتهى.

هكذا ذكره.

ثم قال في أواخر كتاب الدعوى: إن كان في الورثة صغير.. لا يصح إقرار الكبار بالدين في حق الصغير، ولا بد من البرهان حتى يظهر في حق الصغير أيضاً؛ فإن أقر أحد الورثة.. يلزمه في حصته حتى يستغرق.

قال الفقيه: وهو القياس، وبه أخذ علماؤنا.

لكن الاختيار عندي: أن يؤخذ ما بحقه من الدين.

وهو قول الشعبي والثوري وابن أبي ليلى والشافعي. وأنه أبعد من الضرر وأقرب إلى الصواب.

قال شمس الأئمة: مما يحفظ: أن الدين لا يحل بمجرد الإقرار، وإنما يحمل بالقضاء.

وعلم ذلك: بمسألة ذكرها في «الزيادات»: أن الوارث المقر بالدين: إذا شهد مع رجل آخر بالدين على الميت.. تقبل، ولو كان حل في حصته بالإقرار.. لما قبل؛ لما فيه من دفع المغرم.

وقال في التاسع والثلاثين من «العمادية»: ولو أن الوارث لم يقر بالدين على مورثه، وعجز المدعي عن إقامة البينة.. فإنه يحلف الوارث على العلم؛ فإن حلف.. اندفعت الخصومة عنه.

فإن نكل.. يستوفي الدين من نصيبه في ظاهر الرواية.

وقال الفقيه أبو الليث: وعندي: يؤخذ من المقر والناكل ما يخصه من الدين.

وهذا القول أعدل وأحسن وأبعد عن الضرر. انتهى.

* * *

(كتاب الصلح)

(كتابُ الصُّلْحِ)

هُوَ عقدٌ يرفعُ النِّزاعَ.

وَيجوزُ مَعَ إِقْرَارٍ وسكوتٍ وإِنكارٍ.

(كِتَابُ الصُّلْحِ)

(هو): **في اللغة:** اسم المصالحة خلاف المخاصمة.

وفي الشرع [٣٩٤/ب]: (**عقد يرفع النزاع**).

وركنه: الإيجاب والقبول.

وشرطه: العقل، وكون المصالح عنه حقاً للمصالح ثابتاً في المحل، وكون البدل معلوماً إن احتيج إلى القبض أو منفعة.

ولا يشترط: البلوغ؛ حتى يجوز عن صبي مأذون يعقل أنه: جالب للنفع دافع للضرر.

ولا الحرية؛ حتى يجوز عن عبد مأذون ومكاتب.

(**ويجوز مع إقرار وسكوت وإنكار**)؛ لأن الخصم وقت الدعوى؛ إما أن يسكت، أو يتكلم مجيباً بالإنكار أو بالإقرار.. وكل ذلك جائز؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ فإنه وإن وقع في سياق الزوجين في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، إلا أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ولأن قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ ذكر للتعليل، فيكون عاماً؛ لأن العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه، بل أينما وجدت العلة.. يتبعها حكمها.

ولما صححه الترمذي عن عمرو بن عوف رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «كل صلح جائز فيما بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»

وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت؛ لأنه صلح أحل حراماً وحرم حلالاً، وذلك حرام.. فلا يجوز، لما روينا.

فَالْأَولُ: كَالْبيعِ إِنْ وَقعَ عَن مَالٍ بِمَالٍ، ....

قلنا: تأويله: أحل حراماً لعينه؛ كالخمر، وحرم حلالاً لعينه؛ كالصلح على أن: لا يطأ الضرة أو لا يتسرى، والحمل على ذلك: واجب؛ لئلا يبطل العمل به أصلاً؛ وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة.. لكان كالصلح على غير الإقرار؛ لأن الصلح في العادة: لا يكون إلا على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق.. كان حلالاً للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح، وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله، وحل بعده، فالصلح على الإقرار: يكون سبباً لحرمة الحلال وحل حرام كالصلح على غيره.

فعرفنا: أن المراد بذلك: ما كان حلالاً أو حراماً لعينه، ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة، فكان كالصلح مع الإقرار.. فيقضى بجوازه؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع؛ لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه، وهذا أمر مشروع، والمدعى عليه: يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا مشروع أيضاً؛ لأن المال وقاية الأنفس.

وهل يلزم أن يكون الصلح عن إنكار بعد دعوى صحيحة؟

قال في «الأشباه» نقلاً عن «القنية»: الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدة: فاسد.

فعلم منه: أن يكون [٣٩٥/أ] بعد دعوى صحيحة.

فإن قيل: يخالفه ما ذكر في «الهداية» في مسائل شتى من القضاء: أن الصلح على إنكار: جائز بعد دعوى مجهولة.

فالجواب: أنّ فاسد الصلح في مسألة «القنية» بسبب مناقضة المدعي، لا لترك شرط الدعوى، فيحمل كلام صاحب «الهداية» على الثاني. كذا في «الأشباه».

(**فالأول: كالبيع إن وقع عن مال بمال**)؛ لوجود معنى البيع فيه؛ لأن معنى البيع: مبادلة مال بمال بتراضيهما، وهو متحقق في الصلح عن إقرار وكان عن مال بمال.

ولكن هذا: ليس على إطلاقه، بل إن وقع على خلاف جنس المدعى به.

فَتثبتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ، وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَخِيَارُ الرُّؤيَة وَالشَّرْط.

ويُفْسِدُه: جَهَالَةُ الْبَدَلِ لا جَهَالَةُ الْمصَالَحِ عَنهُ.

وأما إن وقع على جنسه.. فينظر؛ فإن كان أقل من المدعى.. فهو حطٌّ وإبراء، وإن كان بمثله.. فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه.. فهو فضل وربا. كذا في «الزيلعي».

قال في «الأشباه»: الصلح عن إقرار: بيعٌ، إلا في مسألتين:

الأولى: ما إذا صالح من الدين على عبد وقبضه.. ليس له أن يبيعه مرابحة بلا بيان.

الثانية: لو تصادقا على أن لا دين عليه.. بطل الصلح، وفي الشراء بالدين.. لا. انتهى.

(**فتثبت فيه**)؛ أي: إذا تحقق فيه معنى البيع.. تثبت فيه (**الشفعة**) إن كان ذلك الصلح في العقار؛ بأن كانت الدعوى في دار في يد رجل قد أقر له بها، فصالح المدعي على مال معين دفعه إليه؛ فهذا في المعنى: بيع، فللجار أن يطلب الشفعة فيها.

(**والرد بالعيب**)؛ بأن كان بدل الصلح عبداً مثلاً، فوجد المدعي فيه عيباً.. له أن يرده؛ لأنه اعتبر بيعاً.

(**وخيار الرؤية**)؛ بأن لم ير المصالح بدل الصلح وقت الصلح، ثم رآه.. فله الخيار؛ كما في شراء ما لم يره.

(**والشرط**) إذا شرط أحدهما ثلاثة أيام.. جاز له ذلك؛ كما في البيع؛ وهذا لأن هذا الأحكام من أحكام البيع، فتجري فيما كان في معنى البيع من العقود كما فيما نحن فيه.

(**ويفسده**)؛ أي: القسم الأول من الصلح (**جهالة البدل لا جهالة المصالح عنه**)؛ لأنه لما اعتبر بيعاً.. يفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم، غير أن المصالح

وتشترطُ الْقُدْرَةُ على تَسْلِيمِ الْبَدَلِ، وَإِن اسْتحقَّ بعضُ الْمصَالَحِ عَنهُ أَو كُلُّه.. رَجَعَ بِكُلِّ الْبَدَلِ أَو بعضِهِ.

وإِنْ اسْتحقَّ بعضُ الْبَدَلِ، أَو كُلُّه.. رَجَعَ بِكُلِّ الْمصَالَحِ عَنهُ أَو بعضِهِ.

وإِنْ وَقَع عَن مالٍ بِمَنْفَعَةٍ.. اعْتبر إِجَارَةً، ....

عنه: لا يحتاج فيه إلى التسليم.. فلا تضره الجهالة؛ لعدم إفضائه إلى النزاع.

وبدل الصلح يحتاج إلى التسليم.. فيفسده الجهالة؛ لإفضائه إلى النزاع.

(**وتشترط القدرة على تسليم البدل**) لا على تسليم المصالح عنه؛ لعدم لزوم التسليم [٣٩٥/ب] فيه.

بخلاف البدل؛ لأن التسليم لازم فيه، فيشترط القدرة عليه أيضاً؛ لئلا يفضي إلى تكليف ما لا يطاق.

(**وإن استحق**)؛ أي: في يد المدعى عليه (**بعض المصالح عنه أو كله.. رجع**)؛ أي: المدعى عليه على المدعي (**بكل البدل أو بعضه**).

(**وإن استحق**)؛ أي: في يد المدعي (**بعض البدل أو كله.. رجع**)؛ أي: المدعي على المدعى عليه (**بكل المصالح عنه أو بعضه**)؛ وهذا، لأن كل واحد منهما: عوض عن الآخر، فأيهما استحق عليه ما أخذه.. رجع بما دفعه؛ إن كلًّا.. فيرجع بالكل، وإن بعضاً.. فيرجع بالبعض بحصته؛ لأنه حكم المعاوضة.

(**وإن وقع**)؛ أي: الصلح مع الإقرار (**عن مال بمنفعة.. اعتبر إجارة**)؛ كما إذا ادعى داراً، فصالحه على خدمة عبده أو ركوب دابته أو سكنى داره ولبس ثوبه أو زراعة أرضه.. كل ذلك: سنة مثلاً.. جاز الصلح؛ لأن هذه المنافع يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فيجوز استحقاقها بعقد الصلح أيضاً؛ اعتباراً للصلح مع الإجارة.

وهذا، لأن الأصل في الصلح: أن يحمل على أشبه العقود به، فتجري عليه أحكامه؛ لأن العبرة: للمعاني دون الصور، ولهذا.. جعلت الهبة بشرط العوض: بيعاً، والكفالة بشرط براءة الأصيل: حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل: كفالة،

فَيُشْتَرَطُ فِيهِ التَّوْقِيتُ، وَيَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا.

فأشبه العقود للصلح الواقع على هذه المنافع: عقد الإجارة، فيحمل عليها؛ لأن الإجارة تمليك المنافع، فكذا الصلح على هذه الأشياء؛ كما أن أشبه العقود للصلح الواقع على مال عن مال: هو البيع. على ما مر.

هذا فيما وقع الصلح عن مال بمنفعة.

وإن وقع هذا الصلح عن منفعة بمال.. اعتبر إجارة أيضاً. على ما سيأتي بيانه في أول الفصل الأول.

فإذا اعتبر إجارة.. (**فيشترط فيه التوقيت**) كما اعتبر في الإجارة؛ حتى لو قال: صالحت على خدمة عبده أو ركوب دابته أبداً أو حتى يموت.. بطل الصلح، كما بطل الإجارة؛ لجهالة المدة.

وهذا فيما يحتاج إلى التوقيت.

وأما إذا لم يحتج إليه.. فلا يشترط فيه التوقيت؛ كما لو وقع الصلح على مال على نقل هذا الشيء من هنا إلى ثمة.

(**ويبطل**)؛ أي: الصلح عن مال بمنفعة: (**بموت أحدهما**)؛ أي: في المدة التي وقت بها.

قال في «الكفاية شرح الهداية»: إن اعتبار الصلح عن مال بمنفعة بالإجارة على الإطلاق.. إنما هو على قول محمد؛ حتى فسد الصلح بهلاك المدعي أو المدعى عليه أو محل المنفعة؛ سواء [٣٩٦/أ] هلك بنفسه أو أتلفه أحد وضمن قيمته إن كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدعي على جميع دعواه، إلا إذا استوفى شيئاً من المنفعة.. فتبطل دعواه بقدر ما استوفاه.

وهذا، لأن محمداً جعل هذا الصلح: بمنزلة الإجارة، والإجارة تبطل بموت المؤجر أو المستأجر وهلاك محل المنفعة مطلقاً.. فكذلك الصلح.

والأَخيرانِ: مُعَاوضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي، وَفِدَاءُ الْيَمِينِ وَقطعُ الْمُنَازَعَةِ فِي حقِّ الآخرِ، ....

وعند أبي يوسف: ليس كالإجارة من كل وجه؛ فإنه يقول: لو مات المدعى عليه.. لا يبطل الصلح، والمدعي يستوفي جميع المنفعة كما في حياته.

ولو مات المدعي.. فكذلك الصلح، بل قام الوارث مقامه في مثل خدمة العبد وسكنى الدار، ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب؛ لأن الصلح لقطع المنازعة، وفي إبطال الصلح بموت أحدهما: إعادة المنازعة.. فلا يبطل.

ولكن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس.. فلا يقوم الوارث في مثلها مقام المورث؛ للضرر الذي يلحق المالك، فيفوت المعقود عليه.. فيبطل ضرورة.

(**والأخيران**)؛ أي: الصلح عن سكوت وإنكار: (**معاوضة في حق المدعي**)؛ لما ذكرناه: أن المدعي يأخذه عوضاً في زعمه.

(**وفداء اليمين وقطع المنازعة: في حق الآخر**)؛ أي: المدعى عليه؛ لأن في زعمه: أن لا حق عليه، وأن المدعي: مبطل في دعواه، وإنما دفع المال إليه؛ لئلا يحلف وليقطع الخصومة عن نفسه.

فإن قيل: كونه فداء لليمين وقطعاً للمنازعة: ظاهر في صورة الإنكار، وأما في السكوت.. ففيه خفاء.

أجيب: بأنه لا خفاء فيه؛ لأن السكوت يحتمل الإقرار والإنكار، فجهة الإنكار راجحة؛ إذ الأصل: فراغ الذمم.. فلا تجب عليه بالشك، ولا يثبت به: كون ما في يده عوضاً.

فإن قيل: العقد الواحد كيف يجوز اتصافه بأمرين متقابلين؛ أعني: كونه معاوضة وكونه فداء لليمين؟

فَلَا شُفْعَةَ فِي دَارٍ صُولِحَ عَنْهَا مَعَ أَحدِهِمَا.

وَتجبُ فِي دَارٍ صُولِحَ عَلَيْهَا.

وَمَا اسْتحقَّ من الْمُدَّعَى ....

أجيب: بأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما، وإنما لا يجوز في حق شخص واحد فقط، وهذا كما يختلف حكم الإقالة؛ فإنها: فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد: في حق ثالث.

وكعقد النكاح؛ فإن حكمه: الحل في حق امرأته، والحرمة المؤبدة في حق أمها.

وهل يصح الصلح بعد يمين المدعي؟

اختلفوا فيه:

قيل: يصح؛ دفعاً للنزاع.

وقيل: لا يصح؛ لأن اليمين بدل عن المدعى به؛ فإذا حلفه.. فقد استوفى البدل، فلا يصح.

(**فلا شفعة في دار**) [٣٩٦/ب] (**صولح عنها مع أحدهما**)؛ أي: مع الإنكار أو السكوت؛ لأن المدعى عليه إنما يستبقي الدار على ملكه ويدفع إلى المدعي مالاً لدفع الخصومة عن نفسه في زعمه.

والمرء إنما يؤاخذ بما في زعمه لا في زعم غيره.

ولا شراء في زعمه حتى تثبت الشفعة، بل استيفاؤها على ملكه كما كان.

(**وتجب**)؛ أي: الشفعة (**في دار صولح عليها**)؛ لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال في زعمه، فكان معاوضة في حقه.. فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه؛ فصار كأنه قال: اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر.

(**وما استحق من المدعى**) على صيغة المفعول، وما وقع في أكثر الكتب «المدعى به» بحرف الجر: سهو؛ لما في «المغرب»: يقال: ادعى زيد على عمرو

كُلًّا أَو بَعْضاً.. يَرُدُّ الْمُدَّعِي حِصَّتَهُ مِنَ الْبَدَلِ، وَيرجِعُ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ.

وَمَا اسْتحقَّ مِنَ الْبَدَلِ بَعْضاً أَو كلًّا.. يرجُع الْمُدَّعِي إِلَى دَعْوَاهُ فِي قدرِهِ.

مالاً.. فزيد: المدعي، وعمرو: المدعى عليه، والمال: المدعى، والمدعى به: لغو. انتهى.

(**كلًّا أو بعضاً.. يرد المدعي حصته من البدل**)؛ يعني: إذا ادعى داراً في يد آخر، وصولح على مال عن إنكار أو سكوت، ثم استحق الدار كلها أو بعضها.. يرد ما أخذه من المال كله أو بعضه بقدر حصة المستحق إلى المدعى عليه؛ لأن المدعى عليه: ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه؛ فإذا ظهر الاستحقاق.. ظهر أن لا خصومة له، فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه، فيسترده؛ كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل على غرض دفعه إلى رب الدين، ثم أدى بنفسه قبل أداء الكفيل.. فإنه يسترده؛ لعدم اشتماله على غرضه.

ونوقض هذا: بما إذا ادعى داراً، وأنكر المدعى عليه، ودفع المدعي إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار، ثم استحقت.. فإنه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع؛ مع أنه بظهور الاستحقاق.. تبين أن المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة.

وأجيب: بأن المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة؛ فإذا استحقت.. زالت الضرورة الموجبة لذلك؛ لانتفاء الخصومة، فيرجع على الآخذ.

وأما المدعي.. فإنما دفع باختياره، ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق، فلا يسترده.

(**ويرجع**)؛ أي: يرجع المدعي على المستحق: (**بالخصومة فيه**)؛ أي في دعواه؛ لأن المستحق قائم مقام المدعى عليه بعد الاستحقاق؛ لكونه ذا يد للمدعي.

(**وما استحق من البدل بعضاً أو كلًّا.. يرجع المدعي**) على المدعى عليه (**إلى دعواه في قدره**) [٣٩٧/أ]؛ أي: في قدر المستحق؛ إن كلًّا.. فكلًّا، وإن بعضاً.. فبحصته.

وهلاكُ الْبَدَلِ قبلَ التَّسْلِيمِ: كاستحقاقه فِي الْفَصْلَيْنِ.

(وهلاك البدل)؛ أي: بدل الصلح (قبل التسليم)؛ أي: إلى المدعي (كاستحقاقه في الفصلين)؛ أي: في فصل الإقرار والإنكار، والسكوت داخل في الإنكار على ما مر؛ فإذا كان كاستحقاقه.. يبطل به الصلح؛ لأن هلاك البدل في البيع: يبطل البيع؛ فكذا هذا.

وهذا في فصل الإقرار ظاهر؛ لأنه بيع حقيقة على ما مر.

وأما في فصل الإنكار والسكوت: فلأنه بيع في حق المدعي - على ما مر أيضاً- فيبطل بهلاكه؛ فلو هلك كله.. يكون كاستحقاق كله، فيرجع بكله على المدعى عليه.

ولو هلك بعضه.. يكون كاستحقاق بعضه، فيرجع بحصته.

وهذا فيما إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين.

وإن كان مما لا يتعين بالتعيين؛ كالدراهم والدنانير.. لا يبطل الصلح بهلاكه؛ لأنهما لا يتعينان في العقود والفسوخ، فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما، وإنما يتعلق بمثلهما في الذمة، فلا يتصور فيه الهلاك، ولهذا.. لم يشترط قبض البدل في المجلس.

قال في «الخلاصة»: الصلح؛ إن كان عن دعوى في محدود، فصالحوا على دراهم أو دنانير، أو كيلي كالحنطة والشعير، أو وزني كالحديد والصُّفْر.. لا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس.

ثم في المكيل والموزون: إذا كانا معيَّنَين وأضاف العقد إليهما، أو غائبين لكنهما في ملك المدعى عليه.. صح الصلح، ويقع على ما يسمى من الكيلي والوزني.

ولو أشار إليهما ولم يسم الكيل والوزن.. جاز الصلح ويتعين ذلك الذي أشير إليه في العقد.

وَلَو صَالحَ على بعضِ دَارٍ يدَّعيها.. لَا يَصحُّ.

وإن كان موصوفاً في الذمة.. فالشرط: بيان القدر والوصف، والأجل ليس بشرط، ولو بين الأجل.. ثبت.

ولو كان البدل دراهم.. يحتاج إلى بيان القدر دون الصفة.

ويقع على نقد البلد إن ذكر الدراهم والدنانير مطلقاً، وإن اختلف.. فعلى الأغلب، وإن استوت.. لم يجز حتى يبين.

ويجوز الصلح عليهما: حالَّة ومؤجلة. هذا إذا كانت الدراهم غير معينة.

فإن كانت معينة.. جاز، ولا حاجة إلى بيان القدر والوصف، لكن لا يتعلق العقد بعينهما. انتهى.

(ولو صالح على بعض دار يدعيها.. لا يصح)؛ لأن ما قبضه: بعضُ حقه، وهو على دعواه في الباقي، وتقبل بينته فيه؛ لأنه استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي، والإبراء عن العين باطل، فكان وجوده وعدمه سواء، والإبراء إنما يصح: في الدين [٣٩٧/ب] والدعوى. هذا هو المذكور في أكثر الكتب. واختاره في «الهداية».

وذكر شيخ الإسلام: أنه لا يسمع دعواه في الباقي، ولا تقبل بينته.

وقال صاحب «النهاية»: إنه ظاهر الرواية.

ووجهه: أن الإبراء لاقى عيناً ودعوى، والإبراء عن الدعوى: صحيح.

فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذا العين.. صح، ولو ادعاه بعد ذلك.. لم تسمع.

وإنما قيد بقوله: «على بعض دار يدعيها»؛ لأن الصلح لو كان على بيت معلوم من دار أخرى.. صح؛ لكونه حينئذ بيعاً.

وكذا.. لو كان على سكنى بيت معين من غيرها؛ لكونها إجارة، حتى شرط: كون المدة معلومة.

وحيلتُهُ: أنْ يزيدَ فِي الْبَدَلِ شَيْئاً، أَو يَبْرأَ عَن دَعْوَى الْبَاقِي.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: ولو كانت الدعوى في دار، فصالحه على بيت منها أو من غيرها.. يجوز. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا إنما يستقيم على ظاهر الرواية من أنه لا يسمع دعواه في الباقي، ولا تقبل بينته؛ بناء على: جواز الصلح على بعض المدعى، لا على ما اختاره المصنف.

(وحيلته)؛ أي: حيلة تصحيح الصلح على بعض دار يدعيها: أمران:

أحدهما: ما ذكره بقوله: **(أن يزيد في البدل شيئاً)** كدرهم أو غيره؛ ليصير ذلك الشيء عوضاً عن حقه فيما بقي.

أطلق البدل ولم يقيده بلزوم أخذه، وهو مقيد به؛ لما ذكره في التاسع من دعوى «البزازية» في هذه المسألة: إنه لو شرط المدعي مع بعض الدار الذي وقع الصلح عليه: دراهم معلومة، فدفعه المدعى عليه إليه؛ فإنه حيلة تنقطع بها دعواه؛ لأنه لما أخذ بعض حقه من الدار.. فقد جعل بإزاء الباقي دراهم وباعه له منه واستوفى منه البدل، فتنقطع الدعوى. انتهى.

ونظير هذا: ما إذا ادعى على أخيه نصف ما في يده بحكم الميراث، وأنكره الأخ، وصالح على بعضه ثم برهن على الميراث.. لا تصح دعواه، ولا يقبل برهانه، ولا يأخذ باقي حصته؛ لأن الصلح قد صح لزعم المدعي: أن ما أخذه بعض ملكه، وبعضه ملك المدعى عليه، وما ترك في يد المدعى عليه: فبعضه ملكه، وبعضه ملك المدعى عليه.. فيكون ما أخذ من ملك المدعى عليه [عوضاً] عما ترك في يد المدعي عليه. كذا في التاسع من دعوى «البزازية».

والثاني: ما ذكره بقوله: **(أو يبرأ)**: من البراءة، لا من الإبراء. على ما سيظهر لك وجهه.

(عن دعوى الباقي)؛ بأن يقول: برئت من هذه الدار، أو من دعواي في هذه الدار.. فإنه يصلح؛ لمصادقة البراءة بالدعوى وهو صحيح؛ حتى [٣٩٨/أ] لو ادعى

بعد ذلك وجاء ببينة.. لم تقبل.

بخلاف ما لو قال: أبرأتك عن دعواي أو خصومتي في هذه الدار.. حيث يكون باطلاً، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك.

والفرق بين البراءة والإبراء:

أنّ أبرأتك: إنما يكون إبراءً من الضمان لا من الدعوى.

وقوله: برئت: يكون براءة من الدعوى. على ما نقله في «النهاية» عن «الذخيرة»، وعزاه في «العناية» إلى القوم.

وقال في «البزازية»: لو قال أبرأتك من هذا العبد.. له أن يدعيه بعْده؛ لأنه إبراء عن الضمان الواجب، فيبقى أمانة في يده.. فتصح دعواه بعده حال قيام العين واستهلاكه لا حال هلاكه.

ولو قال: برئتَ من هذا العبد أو العين.. لا تصح دعواه بعده مطلقاً. انتهى.

وهل يصح الإبراء في ضمن عقد فاسد، أم لا بد له من عقد صحيح؟

قال في «البزازية»: إذا جرى الصلح بين المتداعيين وكتب الصك، وفيه أبرأ كل منهما الآخر عن دعواه أو كتب وأقر المدعي: أن العين للمدعى عليه، ثم ظهر فساد الصلح بفتوى الأئمة، وأراد المدعي العود إلى دعواه.. قيل: لا يصح الإبراء السابق.

والمختار: أنه يصح الدعوى والإبراء والإقرار في ضمن عقد فاسد لا يمنع صحة الدعوى؛ لأن بطلان المتضمن يدل على بطلان المتضمن.

ولدفع هذا: اختار أئمة خوارزم: أن يحرر الإبراء العام في وثيقة الصلح بلفظ يدل على الاستيثاق؛ بأن يقر الخصم بعد الصلح ويقول: أبرأته إبراءً عاماً غير داخل تحت الصلح، أو يقر بأن العين له إقراراً غير داخل تحت الصلح ويكتبه كذلك؛ فإن كان حاكماً؛ لو حكم ببطلان هذا الصلح.. لا يتمكن المدعي من إعادة دعواه، والحيلة لقطع الخصومة حسنة. انتهى.

* * *

(فَصْلٌ)

يجوزُ الصُّلْحُ عَن مَجْهُولٍ.

وَلَا يجوزُ إِلّا على مَعْلُوم، ....

(فَصْلٌ)

(**يجوز الصلح عن مجهول، ولا يجوز إلا على معلوم**) أطلقه.

وفيه تفصيل: وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه:

١- إما أن يكون: عن معلوم على معلوم، وهو جائز لا محالة.

٢- وإما أن يكون: عن مجهول على مجهول؛ فإن لم يحتج فيه التسليم والتسلم؛ مثل: أن يدعي حقاً في دار رجل، وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي، فاصطلحا على ترك الدعوى.. جاز.

وإن احتيج فيه إلى التسليم والتسلم، وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالاً ولم يبينه: على أن يترك [٣٩٨/ب] الآخر دعواه، أو على أن يسلم إليه ما ادعاه.. لم يجز.

٣- وإما أن يكون: عن مجهول على معلوم، وقد احتيج فيه إلى التسليم؛ كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه، فاصطلحا على أن يعطيه المدعي مالاً معلوماً ليسلم المدعى عليه ما ادعاه.. وهو لا يجوز.

وإن لم يحتج فيه إلى التسليم؛ كما إن اصطلحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه.. جاز.

٤- وإما أن يكون: عن معلوم على مجهول، وقد احتيج فيه إلى التسليم والتسلم.. لا يجوز.

وإن لم يحتج إليه.. جاز.

والأصل في ذلك كله: أن الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم

فَيجوزُ عَن دَعْوَى المَالِ، وَالْمَنْفَعَةِ، ....

والتسلم: هي المفسدة؛ فما لا يجب فيه التسليم والتسلم.. جاز، وما وجبا فيه.. لم يجز مع الجهالة؛ لأن القدرة على تسليم البدل: شرط؛ لكونه في معنى البيع. كذا في «العناية».

ولا يخفى عليك: أن المراد بالمجهول ههنا: هو الدعوى المجهولة، وإلا.. فالصلح عن الأعيان المجهولة: لا تصح. (**فيجوز**)؛ أي: الصلح (**عن دعوى المال**)؛ لأنه في معنى البيع في حقهما إن وقع عنه بمال عن إقرار، أو في حق المدعي وحده إن وقع عنه بمنافع، وكلّ ذلك: جائز. على ما سبق.

أطلق.. فشمل ما بعد حلف المدعى عليه.

قال في «الأشباه»: يصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعاً للنزاع: بإقامة البينة، ولو برهن المدعي بعد هذا الصلح على أصل الدعوى.. لم يقبل، إلا في صلح الوصي عن مال اليتيم على إنكار: إذا صالح على بعضه، ثم وجد البينة.. فإنها تقبل.

ولو بلغ الصبي فأقامها.. تقبل أيضاً، ولو طلب يمينه.. لا يحلف، كذا في «القنية». من آخر كتاب الصلح.

(و) يجوز أيضاً عن دعوى (**المنفعة**)؛ فيكون بمعنى الإجارة؛ سواء وقع عنها بمال أو بمنافع أخرى؛ لأن المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الإجارة.. فكذا بعقد الصلح أيضاً.

ألا ترى: أنه إذا أوصى سكنى داره أو خدمة عبده، فمات، وادعى الموصى له السكنى أو الخدمة، فصالح الورثة مع الموصى له على مال أو منفعة.. جاز ذلك، فكذا هذا.

لكن إنما يجوز الصلح على «المنفعة عن المنفعة»: إذا كانا مختلفي الجنس؛ بأن صالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الأرض أو لبس الثياب.

وَالْجِنَايَةِ فِي النَّفْسِ وَمَا دونَهَا؛ عمداً أَو خطأً.

وأما إذا اتحد الجنسان؛ كما إذا صالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة.. فلا يجوز؛ لأنه لا يجوز استئجار [٣٩٩/أ] المنفعة بجنسها من المنافع. فكذا الصلح.

وعند اختلاف الجنس.. يجوز استئجارها بالمنفعة. فكذا الصلح.

قال في «الأشباه»: الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة، كما في «المستصفى». انتهى.

لكنه صرح في «البحر» خلافه. فارجع إليه.

(و) يجوز أيضاً عن دعوى (**الجناية في النفس وما دونها، عمداً أو خطأً**).

أما الأول؛ فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾؛ لأنها نزلت في الصلح عن دم العمد؛ على ما روي عن ابن عباس والحسن والضحاك رضي الله عنهم.

ومعناها: من بذل له بدل أخيه المقتول مال.. فلولي القتيل اتباع؛ أي: قبول بالمعروف؛ أي: بالمجاملة وحسن المعاملة، وذلك لا يكون إلا بالصلح، ولأن القصاص حق ثابت في المحل في حق الفعل، فيكون المحل مملوكاً له في حق إقامة العقل قبل الفعل، فجاز أخذ العوض عنه.. فصار هو: بمنزلة النكاح من حيث إن كلًّا منهما: مبادلة المال بغير المال، ومن حيث إن كلًّا منهما: لا يحتمل الفسخ بالتراضي.

حتى: أن كل ما يصلح مسمى في النكاح من مال معلوم أو منفعة معلومة من سكنى دار أو خدمة عبد مدة معلومة.. يصلح أن يكون بدلاً في الصلح عن دم العمد، إلا أن عند فساد التسمية في الصلح بجهالة فاحشة؛ كما إذا صالح على مال غير معلوم من الدابة أو الثوب أو غيرهما أو منفعة غير معنية من سكنى الأبد أو خدمة الأبد.

أو بتسمية ما ليس بمال متقوم؛ كما إذا صالح على خمر.. فإنه يصار إلى الدية في الأول؛ لكونها موجباً أصلياً في الدم.

ولا يجب عليه شيء في الثاني؛ لأنه لما لم يسم مالاً متقوماً.. صار ذكره والسكوت عنه سيّان.

ولو سكت.. بقي العفو مطلقاً، وفيه.. لا يجب، فكذا في ذكر غير متقوم.

وأما في النكاح.. فيجب مهر المثل في الفصلين؛ أي: فصل تسمية المال المجهول، وفصل تسمية الخمر؛ لأنه الموجب الأصلي في النكاح، ويجب مع السكوت عنه حكماً.

وأيضاً: أن ما هو أقل من عشرة دراهم يصلح بدلاً عن الصلح، ولا يصلح مهراً في النكاح.. فافترقا.

فإن قيل: إن الشفعة حق ثابت للشفيع في الدار المبيعة؛ كما أن القصاص حق ثابت لأولياء المقتول في القاتل، مع أن الصلح عن حق الشفعة على مال: لا يصح.

قلنا: إن حق الشفعة: حق التملك، وذلك ليس [٣٩٩/ب] بحق ثابت في المحل قبل التملك، فأخذ البدل فيه: أخذ مال في مقابلة ما ليس بثابت في المحل، وذلك رشوة: حرام.

وأما القصاص؛ فإنه حق ثابت في المحل في حق الفعل على ما ذكرناه، فكان أخذ العوض فيه أخذاً عما هو حق ثابت له في المحل فكان صحيحاً؛ فإذا لم يصح الصلح على مال في الشفعة.. بطلت الشفعة؛ لأنها تبطل بالإعراض والسكوت.

بخلاف الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته؛ فإنه وإن لم يصح لكون حصة الدار من الثمن مجهولاً.. لكن لا تبطل شفعته؛ لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة.

حتى لو صالح الكفيل مع المكفول له على مال ليخرج عن الكفالة.. لا يصح الصلح عليه، ولا يجب المال؛ كما لا يصح عليه في حق الشفعة.

إلا أن في بطلان الكفالة روايتين:

في رواية أبي حفص: تبطل، وبه يفتى على ما في «العناية».

وفي رواية أبي سلمان: لا تبطل.

وأما الثاني: وهو جناية الخطأ؛ فلأن موجبها المال، فيصير بمنزلة البيع، فيرجع إلى دعوى الأموال.. فيجوز الصلح فيه.

ثم الصلح فيه؛ إما أن يكون على أحد مقادير الدية: من مائة إبل أو مائة بقر أو ألف، أو لا.

والأول؛ إما أن يكون منفرداً أو منضماً إلى الصلح عن العمد؛ فإن كان منفرداً.. لا يصح بالزيادة على قدر الدية؛ لأنه مقدر شرعاً، والمقدر الشرعي لا يبطل، فيرد الزيادة.

بخلاف الصلح عن القصاص.. حيث يجوز الزيادة فيه على قدر الدية؛ إذ ليس فيه تقدير شرعي حتى يكون الزيادة إبطالاً له، بل القصاص ليس بمال، فكان الواجب أن لا يقابله مال، ولكنه أشبه النكاح في تقومه بالعقد، فجاز بأي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح.

وإن كان منضماً إلى العمد؛ كما إذا قتل عمداً وآخر خطأً، ثم صالح أولياؤهما على أكثر من ديتين.. فالصلح جائز، ولصاحب الخطأ الدية، وما بقي فلصاحب العمد؛ كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم، فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم.. فلصاحب الألف: ألفٌ، والباقي لصاحب الدينار؛ كما إذا صالح على مكيل أو موزون.. جازت الزيادة على قدر الدية؛ لأنه مبادلة بهما، إلا أن يشترط القبض في المجلس؛ لئلا يكون افتراقاً عن دين الدية بدين بدل الصلح.

وَعَنِ الرِّقِّ، وَكَانَ عتقاً بِمَالٍ وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ.

ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية [٤٠٠/أ]؛ مثل: إن قضى بمائة من الإبل، ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة.. جاز؛ لأن الحق قد تعين بالقضاء في الإبل وخرج غيره من أن يكون واجباً بهذا الفعل، فكان ما يعطي عوضاً عن الواجب.. فكان صحيحاً.

بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء؛ لأن تراضيهما على بعض المقادير: بمنزلة القضاء في حق التعيين.

ولو قضى القاضي بأحد المقادير بزيادة على مقدار الدية.. لم يجز، فكذا هذا.

وما دون النفس معتبر بالنفس في العمد والخطأ.

ثم لا يختلف الحكم في هذه الأشياء: بين أن يكون عن إقرار أو إنكار أو سكوت على ما في «الزيلعي».

(وعن) دعوى **(الرق)**؛ يعني: ادعى على رجل مجهول الحال أنه عبده، فصالحه على مال أعطاه.. جاز.

(وكان) هذا الصلح **(عتقاً بمال)**؛ أي: في حق المدعي؛ لأن أقرب العقود إليه شبهاً هو العتق على مال، فيجعل بمنزلته؛ لإمكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه.

ولهذا.. صح على حيوان في الذمة إلى أجل.

ولو لم يكن على هذا الوجه، بل على طريق المعاوضة.. لما جاز هذا؛ لأن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة في المعاوضات، وأما في حق المدعى عليه: فيجعل لدفع الخصومة؛ لأنه يزعم أنه حر الأصل.

(ولا ولاء)؛ أي: للمدعي **(عليه)**؛ أي: على المدعى عليه؛ لأنه ينكر العتق ويزعم أنه حر الأصل، فلا يثبت عليه الولاء ولا يرثه، إلا أن يقيم المدعي البينة بعد

وَدَعوى الزَّوْجِ النِّكَاحَ، وَكَانَ خلعاً.

وَيحرُم عَلَيْهِ ديانَةً إِنْ كَانَ مُبْطلًا.

وَلَو صالحها بِمَالٍ لتقرَّ لَهُ بِالنِّكَاحِ.. جَازَ، وتجعلُ زِيَادَة فِي الْمهْرِ لِأَنَّهَا تزْعُم أَنَّهَا زَوَّجَتْ نَفسهَا مِنْهُ ابْتِدَاءً بِالْمُسَمّى، وَهُوَ يزْعُم أَنَّه زَادَ فِي مهرِهَا.

ذلك.. فتقبل بيّنته في حق ثبوت الولاء له عليه لا غير، حتى لا يكون رقيقاً؛ لأنه صار معتقاً بالصلح، فلا يعود رقيقاً.

هذا في الصلح عن إنكار.

وإن كان عن إقرار.. يثبت الولاء للمدعي؛ لاعترافه بالرق.

(و) عن (**دعوى الزوج النكاح**)؛ أي: ادعى على امرأة نكاحاً وأنكرت، فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى.. جاز.

(**وكان خلعاً**) في حق الزوجة؛ لأن أقرب العقود إليه شبهاً: هو الخلع، فيحمل عليه؛ لإمكان تصحيحه على هذا الوجه، وكان بذلاً للمال في حق المرأة دفعاً للخصومة؛ لأنها منكرة ذلك.

وإن أقام بعد ذلك على التزويج بينة.. لم تقبل؛ لأن ما جرى.. كان خلعاً في زعمه، ولا فائدة في إقامتها بعده.

(**ويحرم**) بدل الصلح (**عليه**)؛ أي: على المدعي ما أخذه من تلك المرأة (**ديانة إن كان مبطلاً**) في دعواه، إلا أن تسلمه بطيب من نفسها، فيكون تمليكاً على طريق الهبة.

وهذا عام في جميع أنواع الصلح. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

(**ولو صالحها**) [٤٠٠/ب]؛ أي: الزوج مع المرأة (**بمال**) أعطاها (**لتقر**) تلك المرأة (**له بالنكاح.. جاز وتجعل زيادة في المهر؛ لأنها تزعم: أنها زوجت نفسها منه ابتداءً بالمسمى، وهو يزعم: أنه زاد في مهرها**)، فيحمل على ما زعمه؛ لإمكان تصحيحه على هذا الوجه.

وَلَا يجوزُ إِنِ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ، وَقيل: يجوزُ.

وَلَا عَن دَعْوَى الحدِّ.

(**ولا يجوز إن ادعته**)؛ أي: النكاح (**المرأة**).

(**وقيل: يجوز**)؛ أي: إذا ادعت على رجل نكاحاً، فصالحها على مال بذله لها.. اختلف فيه المشايخ:

قيل: لا يجوز.

وقيل: يجوز.

وجه الأول: أنه بذل لها لترك الدعوى؛ فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة.. فلا عوض على الزوج في الفرقة؛ إذ لا يسلم له في هذه الفرقة شيء، وهي تسلم لها المال والنفس.

وإن لم يجعل فرقة.. فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى؛ لأن الفرقة لما لم توجد.. كانت دعواه على حالها؛ لبقاء النكاح في زعمها، فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض.. فكان رشوة.

ووجه الثاني: أن يجعل: كأن الزوج بإعطاء بدل الصلح زاد على مهرها، ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة.. فيسقط أصل المهر دون الزيادة.

(**ولا عن دعوى الحد**)؛ إذا أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر أو قاذفاً، وأراد أن يرفعه إلى الحاكم، فصالحه المأخوذ على مال ليتركه.. فالصلح باطل، وله أن يرجع عليه بما دفعه من المال؛ لأن الحد حق الله تعالى، والاعتياض عن حق الغير: لا يجوز.

ولهذا.. لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها؛ لأنه حق الولد لا حقها.

وكذا لا يجوز: صلح واحد من العامة عما أشرعه إلى طريق العامة؛ لأنه حق العامة لا حقه وحده، فلا يجوز أن يصالح واحد منهم على الانفراد عنه.

وَإِن قتلَ عبدٌ مَأْذُونٌ رجلاً عمداً، وَصَالحَ عَن نَفسِهِ.. لَا يجوزُ، بِخِلَاف صُلْحِهِ عَن نفسِ عبدٍ لَهُ قتلَ رجلاً عمداً.

ويدخل في إطلاق الحد: حد القذف أيضاً؛ لأن الغالب فيه حق الله تعالى، ولهذا.. لا يجوز عفوه، ولا يورث.

(وإن قتل عبد مأذون رجلاً عمداً وصالح عن نفسه.. لا يجوز)؛ سواء كان عليه دين أو لا؛ لأن المأذون له: لا يجوز أن يتصرف إلا فيما هو من باب التجارة، ورقبته ليست حاصلة من تجارته، حتى لا يملك التصرف فيه بيعاً وإن جاز إجارة، فكذا: لا يملك استخلاصه بمال الولي، وهو كالأجنبي في حق نفسه؛ لأن نفسه مال الولي، والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بدون إذنه.. لا يجوز؛ فكذا هذا.

ثم صلحه هذا وإن لم يصح.. لكن ليس لمولى القتيل أن يقتله بعد الصلح؛ لأنه لما صالحه.. فقد عفا عنه ببدل، فصح العفو [٤٠١/أ] ولم يجب البدل في حق المولى، فتأخّر إلى ما بعد العتق؛ لأن صلحه عن نفسه صحيح؛ لكونه مكلفاً وإن لم يصح في حق المولى.. فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق، ولو فعل ذلك.. جاز الصلح، ولم يكن له أن يقتل، ولا أن يبيعه بشيء ما لم يعتق؛ فكذا هذا. كذا في «العناية».

(بخلاف صلحه)؛ أي: صلح العبد المأذون له (عن نفس عبد له)؛ أي: للعبد المأذون له (قتل رجلاً عمداً)؛ يعني: قتل عبدٌ للعبد المأذون له رجلاً عمداً، فصالح العبد المأذون له عنه.. جاز؛ سواء كان عليه دين أو لا؛ لأن عبده من تجارته وكسبه، وتصرفه فيه نافذ بيعاً: فكذا استخلاصاً.

بخلاف تصرفه في نفسه.. فإنه غير نافذ؛ لما تقدم.

ومن الصلح الفاسد: ما ذكره في الثالث من صلح «البزازية»: صالح على دعوى عبد على غلته شهراً.. لم يجز.

وكذا في الدار والنخل: صالح على غلة الدار وثمرة النخل.. لا يجوز.

وإِنْ صَالحَ عَن مَغْصُوبٍ تَلِفَ بِأَكْثَرَ من قِيمَتِهِ.. جَازَ.

وَقَالا: يبطلُ الْفضلُ إِنْ كَانَ بمَّا لَا يَتَغَابَنُ فِيهِ.

بخلاف ما إذا صالح على خدمة العبد شهراً.. فإنه يجوز.

(وإن صالح عن مغصوب تلف بأكثر من قيمته.. جاز). عند أبي حنيفة.

(وقالا: يبطل الفضل إن كان بما لا يتغابن فيه)؛ لأن الواجب هو القيمة؛ لكون العين متلفة، وهي مقدرة بالدراهم والدنانير، فالزيادة عليها بما لا يتغابن الناس: كانت ربا.

بخلاف ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، فلا تظهر فيه الزيادة.

وبخلاف ما إذا صالح على عرض؛ لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، فتجوز مطلقاً على ما سيصرح به.

ولأبي حنيفة طريقان:

أحدهما: أن المغصوب بعد الهلاك: باق على ملك المالك، ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة بالقضاء أو الرضاء.

حتى لو كان المغصوب عبداً، واختار ترك التضمين.. كان العبد هالكاً على ملكه، حتى كان الكفن عليه.

ولو كان العبد آبقاً، فعاد من إباقه.. كان مملوكاً له، وإذا كان كذلك.. فالمال الذي وقع عليه الصلح: يكون عوضاً عن ملكه في نحو العبد والثوب.

ولا ربا بين العبد والدراهم؛ كما لو كان العبد قائماً؛ لاختلاف الجنس.

والثاني: أن الواجب على الغاصب رد العين، وإنما تجب القيمة: عند تعذر رد العين؛ لتقوم القيمة مقام العين، وكان ذلك [٤٠١/ب] ضرورياً لا يصار إليه إلا عند العجز.

وإن كان الصلح على عرض.. يجوز مطلقاً.

وإن لم يبرهن على الوديعة.. جاز.

وإن صالح عن مائتي درهم وديعة على عشرة دنانير؛ إن كان على إنكارها.. صح الصلح إذا تفرقا بعد قبض الدنانير؛ سواء كانت الدراهم حاضرة في المجلس أو غائبة.

وإن كان على إقرارها؛ إن كانت الوديعة حاضرة في مجلس الصلح.. جاز إذا جدد المودع قبضاً وقبض المالك الدنانير.

وإن لم يجدد قبضاً.. فالصلح باطل.

وإن كانت الوديعة غائبة عن مجلس الصلح.. فالصلح باطل.

والثانية: أن يقول المودَع: هلكت الوديعة أو رددتها إليك، وصالح بعد ذلك.. فهذا على [٤٠٢/أ] وجوه:

الأول: ادعى الوديعة وأنكر المودَع، ثم صالح على مال معلوم.. جاز إجماعاً.

الثاني: المالك ادعى الإيداع والإتلاف، والمودع أقر بهما ولم يدعِ الرد والهلاك، فصالح.. جاز بلا خلاف.

الثالث: ادعى الإيداع والإتلاف، وادعى المودَع الرد أو الهلاك وصالح.. لا يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن البراءة حصلت بقوله: «رددتها»، والحكم الثابت بجبره: لا يبطل بدعوى المالك الإتلاف، ولهذا.. لم يصح الصلح قبل الدعوى؛ فكذا بعده.

وعند محمد - وفي آخر القول عن أبي يوسف -: يجوز.

وأجمعوا: أن المودَع لو حلف على مدعاه.. لا يصح الصلح بعده.

وقال السغدي: إذا قال المالك: «أتلفتها»، ثم ادعى المودع الرد والهلاك.. يجوز الصلح إجماعاً.

فإذا صالح على شيء.. كان البدل عوضاً عن العين وهو خلاف الجنس، فلا يظهر الفضل حتى يكون ربا.

هذا: إنما قيد المغصوب بقوله: «تلف»؛ لأنه لو كان قائماً.. جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاتفاق. على ما في «العناية».

ولو قيده بكونه قيمياً أيضاً.. لكان أحسن؛ لأنه لو كان مثلياً؛ نحو: كر حنطة، وصالح على دراهم أو دنانير.. جاز بالاتفاق أيضاً؛ سواء كان يمثل القيمة أو بأكثر منها، لكن القبض شرط فيه. كذا في «العناية».

قال في «البزازية»: أتلف ثوب إنسان، وصالح على أكثر من قيمته.. لا يجوز عندهما؛ كما لو صالح بعد القضاء بالقيمة على أكثر منها، أو صالح على أكثر من الدية من أحد مقاديرها كالإبل والدراهم والدنانير، أو صالح الشفيع من المشتري على أكثر من الثمن، أو صالح الساكت مع المعتق على أكثر من نصف قيمة العبد المعتق من النقدين.. لا يجوز، إلا قدر ما يتغابن الناس فيه.

وعند أبي حنيفة: يجوز؛ لأنه بدل المتلف لا بدل قيمة الثوب، فلم يتحقق الربا.

ولو صالح في مسألة الثوب على عَرَضٍ قيمتُه أكثر من قيمة المتلف.. جاز؛ كما لو صالح على خلاف مقادير الدية. انتهى.

قيد «بالمغصوب»؛ لأن في صلح الأمانات من الوديعة والعارية تفصيل مذكور في «الفتاوى».

قال في «البزازية»: صلح المودَع مع المودِع لا يخلو من وجهين:

الأول: أن تكون الوديعة قائمة بعينها وهي مثلاً: مائتا درهم، فصالحه على مائة؛ إن كان المودع منكراً لها.. يجوز قضاء لا ديانة؛ لوجود الفضل في الواقع.

وإن كان مقراً أو منكراً أو برهن المودع على ذلك.. لم يجز.

وإن لم يبرهن على الوديعة.. جاز؛ لأنه قطع خصومة.

وَإِن بِعرضٍ.. صَحَّ مُطلقاً اتِّفَاقًا.

وإِنْ أَعتقَ مُوسرٌ عبداً مُشْتَركاً، وَصَالحَ عَن بَاقِيهِ بِأَكْثَرَ مِن نصفِ قِيمَتِهِ.. بَطلَ الْفضلُ.

والخلاف: فيما إذا بدأ المودع الرد والهلاك، ثم ادعى المالك الإتلاف.

وعامة المشايخ: لم يفرقوا بين المسألتين، وجعلوا كلهما على الخلاف.

والرابع: إذا قال المودَع: رددت أو هلكت، ولم يقل المالك شيئاً وسكت.. ذكر الكرخي: أنه لا يصح الصلح عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

ولو أنكر المالك أن يكون المودَع قال هذه المقالة قبل الصلح.. صح الصلح، ولو قال المودع قلتها لم يصح الصلح عند أبي حنيفة وأبي يوسف.. فالقول للمالك، وإن برهن على مقالته.. يقبل ويبطل الصلح. انتهى كلام «البزازية».

ثم قال: والعارية: كالوديعة، وكذا كل مال أصله أمانة كالمضاربة، وهكذا ذكره في «الخلاصة» أيضاً.

ثم ما ذكره المصنف من الاختلاف: فيما إذا كان الصلح بأكثر من قيمته من النقود، وأما إذا كان الصلح على عَرَض.. فذكره بقوله: **(وإن بعرض.. صح مطلقاً)**؛ أي: إن صالح عن مغصوب تلف بعرض.. صح الصلح؛ سواء كان أكثر من قيمة المغصوب أو لا.

(اتفاقاً)؛ لما ذكرناه: من أن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس.

(وإن أعتق موسر عبداً مشتركاً، وصالح) مع شريكه **(عن باقيه بأكثر من نصف قيمته.. بطل الفضل)** فيما يتغابن فيه الناس؛ أما عندهما: فلما تقدم في مسألة الغصب.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن القيمة في العتق منصوص عليه بقوله ﷺ: «من أعتق شقصاً من عبد بينه وبين شريكه.. قوّم عليه نصيب شريكه» فيضمن إن كان موسراً، أو يسعى العبد.

وَإِنْ بِعرضٍ.. صَحَّ.

وَيجوزُ صلح الْمُدَّعِي بِمَالٍ يَدْفَعهُ إِلَى الْمُنكرِ لِيُقِرَّ لَهُ.

وَبدلُ الصُّلْحِ عَن دمِ عمدٍ أَو على بعضِ دينٍ يَدّعِيهِ.. يلْزمُ الْمُوكِّلَ لَا الْوَكِيلَ، إِلَّا إِنْ ضَمِنَهُ.

وَبدلُ مَا هُوَ كَبيعٍ.. يلْزَمُ الْوَكِيلَ.

وتقدير الشرع لا يكون دون [٤٠٢/ب] تقدير القاضي، وبه يتقرر، فكذا بما هو فوقه، فلا تجوز الزيادة عليه.

بخلاف ما تقدم؛ لأن القيمة فيه غير منصوص عليها. هذا فيما صالح على النقد.

(وإن) صالح عن باقيه بأكثر من نصف قيمته **(بعرض.. صح)**؛ لأن الفضل لا يظهر في خلاف الجنس، فلا ربا.

(ويجوز صلح المدعي بمال يدفعه إلى المنكر ليقر له)؛ يعني: رجل ادعى على آخر عيناً في يده، فأنكره، فصالحه على مال ليقر له بالعين.. يجوز، فيكون في حق المنكر: كالبيع، وفي حق المدعي: كالزيادة في الثمن.

(وبدل الصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه.. يلزم الموكل لا الوكيل، إلا إن ضمنه)؛ يعني: إذا وكل رجلاً بالصلح عن دم عمد، فصالحه على مال.. يلزم الموكل لا الوكيل؛ لأنه إسقاط محض، وكان الوكيل فيه: سفيراً محضاً.. فلا ضمان عليه؛ كالوكيل بالنكاح، إلا إن ضمنه، فيكون مؤاخذاً بالضمان لا بالصلح.

وكذا الحال: إذا وكل رجلاً بالصلح عما يدعيه على آخر من الدين، فصالحه على بعض ما يدعيه.

(وبدل ما)؛ أي: صلح **(هو كبيع يلزم الوكيل)**؛ كما إذا كان عن مال بمال.. فإن بدله يلزم الوكيل؛ لكونه بمنزلة البيع.

أطلقه، ولا بد من التقييد بعدم كونه عن إنكار؛ فإنه إن كان عن إنكار.. لا يجب

وإِنْ صالحَ فُضُولِيٌّ وَضمنَ الْبَدَلَ، أَو أَضَافَ الصلحَ إِلَى مَالِهِ، أَو أَشَارَ إِلَى عَرَضٍ أَو نَقْدٍ بِلَا إِضَافَةٍ، أَو أطلقَ وَسلّم.. صَحَّ ....

على الوكيل شيء ولو كان عن مال بمال؛ لأن الصلح عن إنكار: معاوضة بإسقاط الحق، فيكون بمنزلة الطلاق بجعل ، وذلك جائز مع الأجنبي جوازه مع الخصم.

قيده «بما هو كبيع»؛ احترازاً عن الصلح عن دم العمد أو عن بعض ما يدعيه من الدين.. فإنه لا يلزم على الوكيل شيء؛ لكونه سفيراً محضاً. كذا في «العناية».

(**وإن صالح فضولي، وضمن البدل، أو أضاف الصلح إلى ماله**)؛ بأن قال: صالحتك على ألفي هذه أو عبدي هذا.

(**أو أشار إلى عرض**)؛ بأن قال: صالحتك على هذا العبد أو على هذا الثوب.

(**أو نقد**)؛ بأن قال: صالحتك على هذا الألف (**بلا إضافة**) إلى ماله.

(**أو أطلق**)؛ أي: عن الإضافة إلى ماله والإشارة إلى عرض أو نقد؛ بأن قال: صالحتك على ألف.

(**وسلم**)؛ أي: بدل الصلح في صورة الإطلاق.

(.. **صح**) الصلح في الصور كلها.

أما في الأول: وهو ما إذا صالح عنه الفضولي وضمن البدل؛ فلأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة؛ لأنه: إن كان عن إقرار.. يكون إسقاطاً [٤٠٣/أ] للدين، وإن كان عن إنكار.. يكون إسقاطاً للخصومة.

وعلى التقديرين: ليس الحاصل للمدعى عليه إلا براءة الذمة.

وفي حق البراءة: الأجنبي والمدعي سواء؛ لأن الساقط يتلاشى، ومثله لا يختص بأحد، فيصلح أن يكون الفضولي الأجنبي أصيلاً في هذا الضمان إذا أضافه إلى نفسه؛ كالزوج إذا خالع امرأته مع أجنبي فضولي من جانب المرأة، وضمن الأجنبي بدل الخلع.. فإنه يصح، فكذا هنا.

ثم يكون ذلك الفضولي: متبرعاً على المدعى عليه، ولا يرجع عليه بشيء؛ كما لو تبرع بقضاء الدين.. فإنه يصح، ولا يرجع على المديون بشيء.

بخلاف ما إذا كان بأمره.. فإنه لا يكون حينئذ متبرعاً، ويرجع عليه بما أداه، ولا يملك هذا المصالح الدينَ المدعى به بما أداه للدين؛ لأنه لما كان بطريق الإسقاط لا بطريق المبادلة.. لم يبق شيء حتى يثبت له بعد ذلك؛ سواء كان الخصم مقراً أو منكراً.

أما إذا كان منكراً.. فظاهر؛ لأنه في زعمه: أن لا شيء عليه، وزعم المدعي لا يتعدى إليه.

وأما إذا كان مقراً بالصلح.. كان ينبغي أن يصير المصالح الفضولي مشترياً ما في ذمته بما أدى، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين: تمليك له، وذلك لا يجوز.

بخلاف ما إذا كان المدعى به عيناً والمدعى عليه مقراً.. فإن المصالح حينئذ: يصير مشترياً لنفسه إذا كان فضولياً؛ لأن شراء الشيء من مالكه صحيح وإن كان في يد غيره.

وأما في الثاني: وهو ما إذا أضاف الصلح إلى ماله؛ فلأنه لما أضاف إلى مال نفسه.. فقد التزم تسليمه، فصح الصلح ولزم تسليمه.

وأما في الثالث والرابع: وهو ما [إذا] أشار إلى عرض أو نقد بلا إضافة إلى نفسه؛ فلأنه لما عينه للتسليم.. صار شارطاً لسلامته له فيتم بقوله، ولو استحق العبد أو وجد به عيباً فرده.. فلا سبيل له على المصالح؛ لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه؛ فإن سلم المحل له.. تم الصلح، وإن لم يسلم.. لم يرجع بشيء.

بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها، ثم استحقت، أو

وَكَانَ مُتَبَرِّعاً.

وإِنْ أَطلقَ وَلم يسلِّم.. توقَّفَ؛ فإِنْ أَجَازَهُ الْمُدَّعى عَلَيْهِ.. جَازَ، وَلَزِمَهُ الْبَدَلُ، وإِلَّا.. بَطَلَ.

وجدها زيوفاً.. حيث يرجع عليه؛ لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان، حتى يجبر على التسليم؛ فإذا لم يسلم له ما سلمه.. رجع عليه ببدله [٤٠٣/ب]؛ إذ النقود لا تتعين بالعقود.

وأما في الخامس: وهو ما أطلق وسلم؛ فلأن التسليم إليه: يوجب سلامة العوض له، فيتم العقد لحصول مقصوده.

(**وكان**)؛ أي: المصالح الفضولي (متبرعاً) على المدعى عليه في الصور المذكورة كلها.

لا كما زعمه صاحب «الدرر» من أنه: إنما يكون متبرعاً في الصورة الخامسة؛ إذ لا وجه لتخصيص التبرع بها.

وإذا كان متبرعاً.. لا يرجع على المدعى عليه بشيء أصلاً على ما ذكرناه.

(**وإن أطلق**) الفضولي عن الإضافة إلى نفسه، وعن الإشارة، وعن الضمان، (**ولم يسلم.. توقف**) الصلح؛ (**فإن إجازه المدعى عليه.. جاز ولزمه**) – أي: المدعى عليه – (**البدل**)؛ لأنه بإجازته: صار كأنه المصالح ابتداء.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يجز (.. **بطل**)؛ لأن المقصود من الصلح: سلامة العوض للمدعي، وإذا لم يجز.. لم يسلم له العوض، ولم تسقط الخصومة عن المدعى عليه، فيبطل الصلح هذا اختيار بعض المشايخ، منهم: صاحب «الهداية».

وقال بعضهم: إنه ينفذ على المصالح الفضولي بمنزلة قوله: «صالحني على ألفي»، والتوقف على إجازة المدعى عليه فيما إذا قال: صالِحْ فلاناً على ألف درهم من دعواك عليه.. فإن فيه: يوقف على إجازة المدعى عليه؛ فإن أجاز.. جاز، وإن رد.. بطل.

واعلم: أن صلح الفضولي لا يخلو عن خمسة أوجه؛ سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً، والمدعى عليه منكراً أو مقراً على ما ذكره في صلح «قاضي خان»، قال في الفصل الثاني: رجل ادعى على رجل فصالح [رجل أجنبي][1] فهذا على وجهين:

إما أن كان المدعى به ديناً أو عيناً وكل ذلك على وجهين:

إما أن صالح الأجنبي بأمر المدعى عليه أو بغير أمره.

فإن ادعى ديناً، فأنكر المدعى عليه، فصالح الأجنبي.. فهو على خمسة أوجه:

أحدها: أن يقول الأجنبي للمدعي: صالح فلاناً عن دعواك على ألف درهم.

أو يقول: صالحتك عن دعواك على فلان على ألف درهم.

أو يقول: صالحني عن دعواك على فلان على ألف درهم.

أو يقول: صالح فلاناً على ألف درهم من مالي أو على ألفي هذه أو على ألف درهم على أني ضامن لها.

فإن قال الأجنبي: صالح فلاناً عن دعواك على ألف درهم، فقال المدعي: صالحت.. توقف الصلح على إجازة المدعى عليه؛ إن أجاز.. جاز، وإن رد.. بطل [٤٠٤/أ]، ويخرج الأجنبي من البين؛ لأن الأجنبي لم يضف الصلح إلى نفسه، ولا إلى ماله ولم يضمن.

وصلح الفضولي لا ينفذ عليه إلا بأحد هذه الأمور الثلاثة؛ فإذا لم يوجد شيء من ذلك.. توقف.

وأما إذا قال الأجنبي للمدعي: صالحتك من دعواك على فلان على ألف درهم.. اختلف فيه المشايخ:

قال بعضهم: هذا والأول سواء؛ لأنه وإن أضاف الصلح إلى نفسه.. فمنفعة

---

(١) ما بين حاصرتين بياض في المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (٤٣/٣).

الصلح تعود إلى المدعى عليه، والإضافة إلى نفسه تحتمل النيابة والوكالة وغير ذلك؛ فكأن العقد مع المدعى عليه.

وقال [بعضهم:] هذا بمنزلة قوله: صالحني من دعواك [على] فلان على ألف درهم، وثمة: ينفذ الصلح عليه، ويلزمه المال على كل حال؛ لأنه أضافه إلى نفسه بحرف التاء.

ولو قال: صالح فلان على ألف درهم من مالي، أو على ألفي هذه، أو على إني ضامن.. فعن هذه الوجوه الثلاثة ينفذ الصلح على الأجنبي ويلزمه المال، ولا يرجع بذلك على المدعى عليه إذا لم يكن بأمر المدعى عليه.

هذا إذا كان المدعى عليه منكراً والصلح لم يكن بأمر المدعى عليه.

فإن صالح الأجنبي بأمره، وهو منكر.. فهو على خمسة أوجه أيضاً:

إن قال المأمور للمدعي:

صالح فلاناً عن دعواك على ألف درهم.. نفذ الصلح على المدعى عليه؛ لأنه صار بأمره.

وإن قال المأمور: صالحتك على ألف درهم.. اختلف المشايخ فيه على نحو ما قلنا، إذا كان الصلح بغير أمر المدعى عليه.. عند البعض: ينفذ الصلح على المدعى عليه؛ لأنه صار بأمره.

وإن قال: صالح فلاناً على ألف درهم على أني ضامن.. نفذ الصلح على المدعى عليه، والمدعي بالخيار؛ إن شاء.. طالب المدعى عليه بالبدل، وإن شاء.. طالب المصالح بحكم الكفالة.

بخلاف ما إذا لم يكن مأموراً في هذا الوجه؛ فإنه ثمة ينفذ الصلح على المصالح، ولا يرجع على المدعى عليه كما عرفت.

هذا كله إذا كان المدعى عليه منكراً.

فإن كان مقراً بالدين، فصالح الأجنبي بغير أمره.. فهو على خمسة أوجه أيضاً:

إن قال الأجنبي: صالح فلاناً على ألف.. يتوقف الصلح على إجازة المدعى عليه.

وإن قال: صالحتك.. اختلف المشايخ فيه أيضاً على الوجه الذي ذكرنا.

وإن قال: صالحني على ألف درهم.. نفذ الصلح على الأجنبي ويلزمه المال [٤٠٤/ب]، ولا يرجع على المدعى عليه؛ لأنه أوجب المال على نفسه؛ لإسقاط اليمين على المدعى عليه.

وإن قال: صالح فلاناً على ألف من مالي.. ينفذ الصلح عليه ويلزمه المال، ولا يرجع على المدعى عليه أيضاً.

وإن قال: صالح فلاناً على ألف على أنه ضامن.. يتوقف ذلك على إجازة المدعى عليه؛ لأن قوله: «على أني ضامن»: يحمل على الكفالة.

بخلاف ما إذا كان المدعى عليه منكراً.

هذا إذا كان المدعى عليه مقراً بالدين، والأجنبي غير مأمور بالصلح.

فإن كان مأموراً به.. فهو على خمسة أوجه أيضاً، وحكم كل من الوجوه مذكور في «قاضي خان».

هذا كله: **إذا كان المدعى به ديناً.. فهو على وجهين**؛ إما أن كان المدعى عليه مقراً أو منكراً، وتفصيل كل منهما مذكور في «قاضي خان». فارجع إليه.

* * *

(بَاب الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ)

(بَابُ الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ)

لما ذكر الصلح عن عموم الدعاوى.. أراد أن يذكر الصلح عن دعوى الدين؛ لاختصاصه ببعض الأحوال.

ذكره في هذا الباب؛ لأن الخاص بعد العام.

اعلم: أن الصلح في الدين صحيح؛ سواء كان الدين للحي أو للميت أو للصغير على آخر، أو كان الدين عليهم. على ما أشار إليه بإطلاقه.

وقال في السابع والعشرين من «العمادي»: الوصي: إذا صالح عن حق الميت أو عن حق الصغير على رجل؛ فإن كان المدعى عليه مقراً بالمال أو عليه بينة أو كان قضى عليه بذلك.. لا يجوز صلح الوصي على أقل من الحق.

وإن لم يكن كذلك.. يجوز.

ولو صالح الوصي عن حق يدعيه إنسان على الميت أو على الصغير؛ إن كان للمدعي بينة على دعواه، أو علم القاضي بذلك، أو كان قضى بذلك.. جاز الصلح.

وإن لم يكن كذلك.. لا يجوز.

وفي «مبسوط» السيد أبي شجاع: إذا كان للصغير دين فصالحه أبوه أو وصيه على بعض وحطّ عنه؛ إن كان الدين وجب بمعاقدة الأب أو الوصي.. يصح الحط، ويضمن عند أبي حنيفة ومحمد؛ كالوكيل إذا أبرأ المشتري عن الثمن وإن لم يكن بمعاقدته.. لا يصح؛ لأنه تبرع بمال الصبي.

ولو صالح عن الدين على مال آخر؛ إن كان بقيمته أو أقل بما يتغابن الناس فيه.. يجوز.

وذكر الفقيه أبو الليث: إذا ادعى رجل على صبي حقاً في داره أو في عبده [٤٠٥/أ] دعوى، فصالحه الأب.. فهو على وجهين:

إما أن يكون للمدعي بينة أو لم يكن؛ فإن كانت .. جاز صلح الأب من مال ولده بمقدار قيمة المدعي أو بزيادة قليلة يتغابن الناس فيها؛ لأنه بمنزلة البيع.

ويجوز بيع الأب مال الصغير بمقدار القيمة أو بزيادة قليلة.

ولو صالح على مال نفسه.. يجوز؛ قليلاً كان أو كثيراً.

وإن لم يكن للمدعي بينة.. لا يجوز الصلح إلا من مال الأب.

ولو كان للصبي دين على رجل أو دعوى، فصالحه الأب على مال قليل؛ فإن كان لا بينة له والآخر منكر.. جاز صلحه.

وإن كان الدين ظاهراً بالبينة أو بالإقرار؛ فإن صالحه على محاباة يتغابن الناس في مثلها.. جاز بمنزلة البيع.

وإن حطّ مقدار ما لا يتغابن فيه.. لا يجوز.

وإن كان الدين وجب بمعاقدة الأب.. جاز صلحه على نفسه، ويضمن للابن مقدار الدين عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف: لا يجوز.

والوصي في جميع ما ذكرنا: كالأب.

ولو كانت الورثة صغاراً وكباراً، وكانت دعواهم في دار، فصالح الوصي بمقدار ما يتغابن الناس في مثله.. جاز عند أبي حنيفة في نصيبهم جميعاً.

وقالا: لا يجوز إلا في نصيب الصغار خاصة. وهو نظير الاختلاف في البيع.

ولو كانت الورثة كلهم كباراً.. لا يجوز صلح الوصي في شيء، إلا إذا كانوا غيباً.. جاز صلح الوصي في العروض، ولا يجوز في العقار.

الصُّلْحُ عَمَّا اسْتُحِقَّ بِعقدِ المداينةِ على بعضِ جنسِهِ: أَخْذٌ لبَعضِ حَقِّه، وَإِسْقَاطٌ لباقيهِ، لَا مُعَاوضَةٌ.

ولـو كانـت الورثـة كلهـم صغاراً، فـادعى إنسـان فـي دارهـم دعـوى، وصـالحه الوصي من أموالهم على شيء؛ فإن لم يكن للمدعي بينة.. لا يجوز الصلح، وإن كانت له بينة.. جاز بمقدار ما يتغابن الناس فيه. هذا كله مما ذكره في «العمادي».

ثم قال فيه: ولم يذكر في الكتاب: أن البينة قامت عند القاضي أو عند الوصي؛ فلو قامت عند القاضي.. فلا يشكل أن للوصي أن يصالح من ذلك؛ لأنه قد ظهر حق المدعي في المدعى.

ولو قامت عند الوصي خاصة.. تكلم المشايخ فيه.

وذكر عـن شـداد بـن حكيم أنه كـان يقـول: إذا ادعـى رجـل علـى الميـت ديناً، وعرف الوصي ذلك بإقرار الميت أو بشهادة شهود شهدوا عليه.. كان له أن يقضي الدين.

وذكر عن خلف بن أيوب أنه كان يقول: إن ثبت عنده بالإقرار.. فإنه يقضي، وإن كان بالشهادة.. فلا يقضي.

وروي [٤٠٥/ب] عن عيسى بن أبان أنه قال: لا يقضي في الوجهين.. فكذلك في هـذه المسـألة؛ إن كـان الشـهود شـهدوا عنـد الوصـي خاصـة.. فيخـرج علـى هـذا الاختلاف. انتهى.

(**الصلح عما استحق**) المدعي على المدعى عليه، (**بعقد المداينة**) قيده به وإن كان حكم الغصب كذلك؛ حملاً لأمر المسلمين على الصلاح.

(**على بعض جنسه: أخذ لبعض حقه وإسقاط لباقيه**)؛ تصحيحاً لتصرف العاقل ما أمكـن؛ فلـو قـال المـدعي للمدعى عليه المنكر: صـالحتك علـى مائـة مـن ألـف عليـك.. كـان ذلـك أخـذاً منه بمائـة وإبـراء عـن تسـعمائة قضـاء لا ديانـة، إلا إذا زاد أبرأتك. كذا في «القهستاني».

(**لا معاوضة**)؛ لأن جعله معاوضة يفضي إلى الربا، وهذا يبتني عليه فروع:

فَلَو صَالَحَ عَن أَلفٍ حَالٍّ على مائةٍ حَالَّةٍ، أَو على أَلفٍ مُؤَجَّلٍ.. صَحَّ.

وَكَذَا عَن أَلفٍ جِيَادٍ على مائةٍ زيوفٍ.

وَلَا يَصحُّ عَن دَرَاهِمَ على دَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ.

أَو عَن أَلفٍ مُؤَجَّلٍ على نصفِهِ حَالّاً.

أَو عَن أَلفٍ سودٍ على نصفِهِ بيْضاً.

وإليه أشار بقوله: (**فلو صالح عن ألف حال على مائة حالة، أو على ألف مؤجل.. صح**) بلا اشتراط القبض.

ففي الأول: يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط بعضه.

وفي الثاني: على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط؛ لأن فيه إسقاط الحالة، وهي حقه.

(**وكذا: عن ألف جياد على مائة زيوف**)؛ فيحمل على أنه: استوفى بعض حقه وأسقط بعضه مع صفته؛ أعني: الجودة.

(**ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة**)؛ لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة، حتى تحمل على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط كما مر، فتعين جعله معاوضة، وفي ذلك: بيع الدرهم بالدنانير نسيئة.. فلا يجوز؛ لما فيه من معنى الربا.

(**أو عن ألف مؤجل على نصفه حالاً**)؛ لأنه لا يمكن حمله على الإسقاط ؛ لأن المعجل لم يكن مستحقاً بالعقد؛ حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه، فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين، وصفة التعجيل في مقابلة الباقي؛ لأنه خير من النسيئة، وذلك اعتياض عن الأجل بالحال.. وإنه حرام.

(**أو عن ألف سود على نصفه بيضاً**)، ولو كان على عكس هذا.. جاز؛ لأن الأصل ههنا: أن المستوفى إذا كان أدون من حقه.. فهو إسقاط؛ كما في العكس.

وَلَو صَالحَ عَن ألفِ دِرْهَمٍ وَمِائَةِ دِينَار: على مائَةِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ أَو مُؤَجَّلَةٍ.. صَحَّ.

وإن كان أزيد قدراً أو وصفاً.. فهو معاوضة؛ لأن الزيادة غير مستحقة له [٤٠٦/أ]، فلا يمكن جعله استيفاء لحقه، فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف.. وهو ربا.

بخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود؛ كما إذا صالح عن ألف درهم بنهرجة على ألف درهم بخّيّة[1]؛ لأن البخيّة أجود من البنهرجة.. فإنه جائز؛ لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالصفة حينئذ: فيجوز، إلا أنه يعتبر القبض في المجلس؛ وهذا لأن الجودة إذا وقعت في مقابلة مال.. كانت ربا؛ كما في مسألة الكتاب، وأما إذا لم تقع كما في هذه المسألة.. تكون صرفاً، والجيد والرديء فيه سواء، يداً بيد.

(**ولو صالح عن ألف درهم ومائة دينار: على مائة درهم حالة أو مؤجلة.. صح**)؛ لأنه أمكن جعله إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة إن كانت حالة، وإسقاطاً لذلك وتأجيلاً للباقي إن كانت مؤجلة تصحيحاً، أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم؛ لأن مبنى الصلح على الحطيطة، والحط ههنا أكثر، فيكون الإسقاط ألزم من معنى المعاوضة.

ولو صالح عن ألف على طعام موصوف في الذمة مؤجل.. لا يجوز؛ لأنه ليس بإسقاط، بل افتراق عن دين بدين وبيع الكَالِئِ بِالكَالِئِ.

قال في «البزازية»: باع عبداً بألف سود، فصالحه على ألف ومائة بنهرجة.. لم يجز.

وكذا.. إذا صالحه على كيلي أو وزني موصوف في الذمة؛ لأنه بيع؛ لأنه قوبل

---

(١) قال في «مبسوط السرخسي» (١٦٥/٢٠): «البخية: هي نقد بيت المال، سميت بذلك؛ لأنه يقال لمن يتملكها: بخٍ بخٍ».

وَإِن قَالَ من لَهُ على آخَر ألفٌ: أَدِّ غَداً نصفَه على أَنَّك بَرِيءٌ مِن بَاقِيهِ فَفعلَ.. بَرِئَ، وإِلّا.. فَلَا يبرأُ، خلافاً لأبي يُوسُف.

بالدين، وبيع ما ليس عنده: لا يجوز وإن نقده في المجلس، وإن ذكر شرائط السلم أيضاً؛ لأن رأس المال دين.

(**وإن قال من له على آخر ألف**) حالة (**أدِّ غداً نصفه على أنك بريء من باقيه، ففعل**)؛ أي: أدى نصفه (.. **بَرِئَ**) من الباقي.

(**وإلا.. فلا يبرأ**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**خلافاً لأبي يوسف**)، قال: لا يعود الألف؛ لأنه إبراء مطلق؛ إذ ليس فيه ما يصده إلا جعل أداء نصفه عوضاً؛ حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي «على» والأداء لا يصلح عوضاً؛ لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، والأداء مستحق عليه لم يُستَفَد به شيء لم يكن، فجرى وجوده - أي: وجود جعل الأداء هو عوضاً - مجرى عدمه، فبقي الإبراء مطلقاً، وهو لا يعود؛ كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال: أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة.

ولهما: أن هذا إبراء مقيد بالشرط، والمقيد بشرط: يفوت عند فواته؛ لبقائه على العدم الأصلي.

وإنما كان هذا مقيداً بالشرط [٤٠٦/ب]؛ لأنه بدأ بأداء نصفه في الغد، وأنه يصلح غرضاً حذر إفلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح، فصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى.

وكلمة «على» وإن كانت للمعاوضة، لكن تحتمل معنى الشرط أيضاً؛ لوجود معنى المقابلة فيه؛ فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين، وقد تقدر العمل بمعنى المعاوضة، فيحمل على الشرط تصحيحاً لتصرفه ما أمكن، ولأن مثل هذا الشرط في الصلح: متعارف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً؛ فصار كما لو قال: إن لم تنقد غداً.. فلا صلح بيننا.

وإِنْ قَالَ: صالحُتكَ على نصفِهِ على أَنَّك إِنْ لم تدفعْ غَداً النِّصْفَ فالألْفُ عَلَيْكَ.. لَا يبرأُ إِذا لم يدْفع إِجْمَاعًا.

فإن قيل: إن تعليق الإبراء عن الدين بالشرط: باطل. على ما تقدم، والتقييد بالشرط: تعليق به، فلا يجوز التقييد به.

قلنا: إنا لا نسلم اتحادهما؛ لأن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه أداة الشرط صريحاً، والتعليق به يستعمل فيه ذلك، ولأن الحكم في التقييد به ثابت في الحال على عرضية أن يزول عند انتفاء الشرط، وفي التعليق به: الحكم غير ثابت في الحال، وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط.. فتغايرا لفظاً ومعنىً، فلا يلزم من صحة التقييد به: صحة التعليق به.

والأصل فيه: أن في الإبراء: معنى الإسقاط ومعنى التمليك.

وتعليق الإسقاط المحض بالشرط: جائز؛ كتعليق الطلاق والعتاق.

وتعليق التمليك: غير جائز؛ كتعليق البيع والهبة. على ما تقدم.

والإبراء: له شبه بهما، فوجب العمل بالشَّبهين بقدر الإمكان، فقلنا:

لا يحتمل التعليق بالشرط؛ عملاً بشبهه التمليك؛ وذلك إذا كان بحرف الشرط.

ويحتمل التقييد به؛ عملاً بشبهه الإسقاط، وذلك إذا لم يكن ثمة حرف شرط.. وليس فيما نحن فيه حرف شرط.. فكان مقيداً بشرط يفوت عند فواته، فصار كالحوالة؛ فإن براءة المحيل مقيد بشرط السلامة؛ حتى لو مات المحال عليه مفلساً.. عاد الدين إلى المحيل.

وجواب أبي يوسف عن قوله: «كما إذا بدأ بالإبراء» يظهر عند قوله الآتي: «وإن قال: أبرأتك من نصفه». انتهى.

(وإن قال: صالحتك) عن الألف **(على نصفه، على أنك إن لم تدفع غداً النصف فالألف عليك.. لا يبرأ إذا لم يدفع)** النصف غداً **(إجماعاً)**؛ لأنه أتى بصريح التقييد بالشرط فيعمل به.

وإِنْ قَالَ: أَبْرَأْتُكَ من نصفِهِ على أَنْ تُعْطِيَنِي نصفَه غَداً برئ مِن نصفِهِ؛ أَعْطى أَو لم يُعْطِ.

وَكَذَا لَو قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ نصفَهُ على أَنَّك بَرِيءٌ من بَاقِيهِ وَلم يُوَقِّتْ.

وَلَو قَالَ: إِنْ أَدّيتَ، إِلَيّ نصفَه فَأَنت بَرِيءٌ، أَو إِذا أَدّيتَ، أَو مَتى أَدّيتَ..

بخلاف الأولى الخلافية إذ لم يصرح فيه التقييد بالشرط. هذا تفصيل [٤٠٧/أ] ما ذكره في «البزازية» نقلاً عن «الجامع الصغير».

قال: أدِّ إلي غداً خمسمائة على أنك بريء من الباقي، على أنك إن لم تعطني خمسمائة غداً فالألف عليك على حاله.. فالأمر كما قال. انتهى.

(وإن قال: أبرأتك من نصفه على أن تعطيني نصفه غداً.. برئ من نصفه؛ أعطى أو لم يعط)؛ لأنه أطلق الإبراء أولاً، فحصل الإبراء مطلقاً، ثم إعطاء نصفه: لا يصلح عوضاً؛ لما ذكرناه في المسألة الأولى، ولكنه يصلح شرطاً مقيداً له مزيلاً لإطلاقه، فوقع الشك في تقييده بالشرط ، فلا يقيد به؛ لأن الثابت أولاً لا يزول بالشك.

بخلاف المسألة الأولى؛ فإنه بدأ فيها بأداء النصف، ثم الإبراء حصل مقروناً به؛ فمن حيث إنه لا يصلح عوضاً على ما ذكرناه، ثم يقع مطلقاً؛ ومن حيث إنه يصلح شرطاً: لا يقع مطلقاً، فلا يثبت الإطلاق بالشك، فافترقا، فظهر فساد قياس أبي يوسف المسألةَ الأولى على هذه المسألة.

(وكذا.. لو قال: أد إلي نصفه على أنك بريء من باقيه ولم يوقت)؛ أي: الأداء؛ أي: يصح الإبراء، ولا يعود الدين؛ لأن هذا ابراء مطلق؛ لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً.. لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً؛ لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان، فلم يتقيد، بل حمل على المعاوضة، ولا يصلح عوضاً على ما مر.

بخلاف ما تقدم؛ لأن الاداء في الغد غرض صحيح.

(ولو قال: إن أديت إلي نصفه فأنت بريء، أو إذا أديت، أو متى أديت..

لَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ وإِنْ أَدّى.

وَمن قَالَ سرّاً لربِّ دَينِهِ: لَا أُقِرّ لَك حَتَّى تُؤخِّرَهُ عنِّي أَو تحطَّ عنِّي فَفعلَ.. جَازَ، ....

لا يصح الإبراء وإن - وصلية - **(أدى)**؛ لأنه علق الإبراء بالشرط صريحاً، وتعليق الإبراء بصريح الشرط: باطل؛ لما فيه من معنى التمليك؛ حتى يرتد بالرد.

بخلاف ما تقدم؛ لأنه ما أتى بصريح الشرط، فيحمل على التقييد. كما تقدم.

واعلم: أن الأصل في جنس هذه المسائل: أن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء البعض لا يخلو:

إما أن يبدأ بالأداء أو لا.

فإن بدأ به.. فلا يخلو:

إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أو لا.

فإن لم يذكره.. فهو المسألة الأولى، وإن ذكره.. فهو المسألة الثانية.

وإن لم يبدأ بالأداء.. فلا يخلو:

إما أن يبدأ بالإبراء أو لا.

فإن بدأ به.. فهو المسألة الثالثة.

وإن لم يبدأ به.. فلا يخلو:

إما أن يبدأ بحرف الشرط أو لا.

فإن لم يبدأ.. فهو الرابعة، وإن بدأ.. فهو الخامسة [٤٠٧/ب].

(ومن قال سراً لرب دينه: لا أقر لك) بما لك علي **(حتى تؤخرهُ عني أو تحط عني، ففعل.. جاز)** كل من تأجيله وحطه، فلا يتمكن رب الدين من المطالبة في الحال إن أخره، وأبداً إن حط؛ لأنه ليس بمكره في ذلك؛ لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف.

وإِنْ أعلنَ.. لزمَهُ للْحَالِ.

(وإن أعلن)؛ أي: إن قال المديون ذلك القول علانية **(.. لزمه)** جميع المال **(للحال)** عملاً بموجب قوله.

وقال في «البحر»: لو ادعى ألفاً، فجحد، فقال المدعي: أقر لي بها على أن أحط منها مائة أو على أن حططت منها مائة فأقر.. جاز الحط.

بخلاف قوله: على أن أعطيتك مائة؛ لأن الإقرار لا يستحق به البدل.

ولو قال: إن أقررت لي حططت لك منها مائة، فأقر.. صح الإقرار لا الحط. كذا في «المجتبى».

أقول: قوله: «لأن الإقرار لا يستحق به البدل» مختص بالدين، ولا يتمشى في العين؛ لما ذكره في «البزازية»: المسروق منه صالح السارق على أن يعطيه مائة درهم على أن يقر بالسرقة؛ إن كان المسروق قائماً بعينه.. يصح، وإلا.. فلا. انتهى.

(تتمة)

قال في «البزازية»: لو برهن الطالب أنه صالحه من الألف الذي عليه على مائة وثوب، وبرهن المطلوب على أنه أبرأه من الدين.. يقضى ببرهان الطالب عند أبي يوسف؛ لأنه يقبل في حق الثوب، فيقبل في حق المائة أيضاً.

ولو برهن على الصلح على مائة، وبرهن المطلوب على الإبراء.. فبرهان المطلوب أولى؛ لإثباته الإبراء.

قال أبو الفضل في المسألة الأولى: بينة الطالب تقبل في حق الثوب، وبينة المطلوب في حق البراءة؛ حتى يحكم بالثوب لا بالمائة.

المديون بالألف برهن على أن الطالب صالحني على أربعمائة على أن يؤديها إليه وأبرأني الباقي، وقال الطالب: أبرأتك عن خمسمائة وصالحت على خمسمائة، وبرهنا وقتاً واحداً، أو وقتين، أو لم يوقتا.. فالبينة للمطلوب في جميع ذلك.

لو قال لغريمه: حططت عنك خمسمائة من الألف التي عليك على أن تعطيني

الخمسمائة الباقية أول الشهر، وقال المديون: حططت بغير شيء.. فالقول للمطلوب؛ لإقرار الحط. هذا عند محمد.

وعن أبي يوسف: ادعى داراً في يد رجل، فصالحه على مال وسلم البدل، ثم برهن المدعى عليه أن الدار له.. لا تقبل.

وإن برهن على أنه اشتراها من [٤٠٨/أ] المدعي قبل الصلح.. بطل الصلح ورد بدله؛ إذ كل صلح وقع بعد الشراء: لا يصح.

وإن كان شراء بعد شراء.. فالثاني أحق.

وإن برهن المدعى عليه بعد الصلح على أنه كان صالحه قبل ذلك.. يصح الأول ويبطل الثاني، وكل صلح بعد صلح.. فالأول صحيح لا الثاني. انتهى.

والأصل فيه: أن كل عقد أعيد وجدد.. فإن الثاني باطل، فالصلح بعد الصلح باطل. كذا في «المجتبى» نقلاً عن «الفوائد الزينية».

ويستثنى منه مسائل:

منها: الشراء بعد الشراء؛ فإنه صحيح، لكنه أطلقه في «الفصولين» و«البزازية» وقيده في «القنية»؛ بأن يكون الشراء الثاني أكثر ثمناً من الأول وبجنس آخر، وإلا.. فلا.

ومنها: الكفالة بعد الكفالة صحيحة.

ومنها: الإجارة بعد الإجارة؛ فإنها صحيحة وتكون الثانية فسخاً للأولى.

* * *

(فَصْلٌ)

[في الدَّينِ المشتركِ]

إِنْ صَالَحَ أَحَدُ رَبَّيِ الدَّينِ عَن نصفِهِ على ثوبٍ.. فلشريكِهِ أَنْ يتبعَ الْمَدْيُونَ بِنصفِهِ،

(فَصْلٌ)

في الدَّيْنِ الْمُشْتَرَك

وهو الذي يكون واجباً بسبب متحد؛ كثمن مال مشترك، وموروث مشترك، وقيمة مستهلك مشترك، وثمن مبيع صفقة واحدة بشرط: أن يتساويا في قدر الثمن أو صفته.

وقيد الصفقة: بالواحدة؛ احترازاً عما إذا كان عبد بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة، وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة، وكتب عليه صكاً واحداً بألف درهم، ثم قبض أحدهما منه شيئاً.. لم يكن للآخر أن يشاركه فيه؛ لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر، فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك.

وإنما قلنا: بشرط أن يتساويا؛ لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب الآخر خمسمائة، ثم قبض أحدهما منه شيئاً.. لم يكن للآخر أن يشاركه فيه؛ لأن تفريق التسمية في حق البائعين كتفريق الصفقة؛ بدليل: أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما.

وكذلك لو شرط أحدهما أن يكون نصيبه: خمسمائة بخية، ونصيب الآخر: خمسمائة سود.. لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه؛ لأن التسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفاً، فلا بد في كون الدين مشتركاً بينهما من القيود التي ذكرناها.

إذا عرفت هذا.. فاعلم أنه: **(إن صالح أحد ربي الدين)** المشترك **(عن نصفه على ثوب.. فلشريكه أن يتبع المديون بنصفه)**؛ أي: بنصف الدين [٤٠٨/ب].

أَو يَأْخُذَ نصفَ الثَّوْبِ.

إِلَّا أَنْ يضمنَ لَهُ الْمُصَالِحُ ربُعَ الدَّينِ.. وَإِن قبضَ شَيْئاً مِنَ الدَّينِ.. شَارَكَهُ شَرِيكُهُ فِيهِ، واتبعا الْغَرِيم بِمَا بقِيَ:

وإِنِ اشْترى بِنَصِيبِهِ شَيْئاً.. ضمَّنَهُ ....

(**أو يأخذ نصف الثوب**) الذي قبضه شريكه صلحاً، (**إلا أن يضمن له**) الشريك (**المصالح ربع الدين**).. فإنه حينئذ لا خيار له بين الاتباع والأخذ، بل يتعين له أخذ الربع من القابض.

والأصل في هذا: أن الدين المشترك بين اثنين: إذا قبض أحدهما منه شيئاً.. فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض؛ لأن الدين ازداد خيراً بالقبض؛ إذ مالية الدين: باعتبار عاقبة القبض، والنقد خير من النسيئة، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد والثمرة، وله حق المشاركة في ذلك؛ لأنه من أصل حقه، فكذا ههنا.

فإن قيل: لو كانت زيادة الدين بالقبض والنقد كزيادة الثمن والولد.. لما جاز تصرف القابض في المقبوض؛ كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير إذن الآخر.

قلنا: إن المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه: باق على ملك القابض؛ لأن العين غير الدين حقيقة؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، وقد قبضه بدلاً عن حقه، فيملكه، وينفذ تصرفه فيه، ويضمن لشريكه حصته.

(**وإن قبض**) أحد الشريكين (**شيئاً من الدين.. شاركه شريكه فيه**)؛ لما ذكرناه في الأصل.

(**واتبعا**)؛ أي: رجعا (**الغريم بما بقي**)؛ لأنهما لما اشتركا في المقبوض.. لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة.

(**وإن اشترى**) أحد الشريكين (**بنصيبه**) من الدين (**شيئاً**)؛ أي: ثوباً مثلاً (**.. ضمّنه**

شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّينِ، أَوِ اتَّبَعَ الْغَرِيمَ.

وَمن أَبْرَأَ عَن نصِيبِهِ، أَو قاصَّ الْغَرِيمَ بدينٍ سَابِقٍ..............

شريكُه) الآخر (**ربع الدين، أو اتبع الغريم**).

وليس الشريك المشتري مخيراً بين دفع ربع الدين ودفع نصف الثوب الذي اشتراه كما كان مخيراً بينهما في صورة الصلح على ما سبق، وذلك: لأنه استوفى نصيبه من الدين بالمقاصة من غير حطيطة أصلاً؛ لأن مبنى البيع على المماكسة، ومثله: لا يتوهم فيه الحطيطة والإغماض.

بخلاف الصلح؛ لأن مبناه على الحطيطة والإغماض؛ فلو ألزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة بلا تخيير.. يتضرر، فيخير القابض فيه، إلا أن يضمن له. على ما سبق.

وليس للشريك الآخر ههنا سبيل على الثوب الذي اشتراه؛ لأنه ملكه بعقده.

فإن قيل: سلمنا أنه ملكه بعقده، لكنه إنما ملكه ببعض دين مشترك، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض.

قلنا: لا نسلم [٤٠٩/أ]أن الاستيفاء وقع بالدين المشترك، بل إنما وقع بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة؛ إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري.

فإن قيل: إنه أضاف الشراء عند العقد إلى ما على الغريم من نصيبه، على ما دل عليه ظاهر عبارة الكتاب، فكيف يقع الاستيفاء بما يخصه من الثمن لا بنصيبه؟

أجيب: بأنه على تقدير تحقق هذه الإضافة عند العقد: لا ينافي ما ذكر؛ لأن النقود؛ عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود.

بخلاف الصلح.. فإنه لا يلزم به في ذمة المصالح شيء يقع المقاصة به، فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك، فكان للشريك سبيلاً من المشاركة فيه.

(**ومن أبرأ عن نصيبه**) من الدين المشترك (**أو قاص**) من المقاصة (**الغريم بدين سابق**)؛ يعني: إذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك وتقاصا

وَإِن أجلَّ نصِيبَهُ.. لَا يَصِحُّ، خلافاً لأبِي يُوسُف.

(وإن أجل نصيبه.. لا يصح) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لأبي يوسف).

وقول محمد مضطرب: ذكره صاحب «الهداية» مع أبي حنيفة، وغيره مع أبي يوسف، والأمر فيه سهل.

ولأبي يوسف: أنه يملك الإبراء المطلق.. فكذلك التأجيل؛ لأنه إبراء مقيد، ولأنه لو أقر بتأجيل نصيبه.. يصح على ما في «غاية البيان»، فكذلك يصح إنشاؤه؛ لأن الإنشاء يعتبر بالإخبار.

ولأبي حنيفة: أنه يلزم قسمة الدين قبل القبض؛ لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما: بالحلول، والآخر: بالتأجيل، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز؛ لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، ولأن في قسمة الدين تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضاً عما يتملكه عليه، وتمليك الدين من غير من عليه الدين: لا يجوز؛ لأن في ذلك نقلاً للوصف[1] من محل إلى محل آخر قصداً، والانتقال على الأوصاف[1] محال على ما بين في الكلام.

فإن قيل: إن إبراء أحدهما عن نصيبه جائز لا محالة على ما تقدم، وذلك يوجب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا، فيلزم قسمة الدين قبل القبض.

قلنا: إن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الابن، فلا قسمة فيهما.

ولو غصب أحد الشريكين من الغريم عيناً، أو اشتراه شراء فاسداً، وهلك في يده.. فهو قبض، فلشريكه اتباعه؛ لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين، وهو آخر الدينين، فيصير قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب.

---

(١) في المخطوط: للعرض، والمثبت من «الكفاية شرح الهداية» ص (٦٠٩).

.. لَا يضمَنُ لشَرِيكه.

وَإِن أَبْرَأَ عَن الْبَعْضِ.. قسَّمَ الْبَاقِي على سهامه.

(.. لا يضمن لشريكه).

أما في صورة الإبراء: فلأنه إتلاف وإسقاط، وليس بقبض حتى يضمن.

وأما في صورة التقاص: فلأن الشريك قاض بنصيبه لا مقتض؛ بناء على ما تقرر من آخر الدينين: قضاء عن أولهما؛ إذ العكس: يستلزم القضاء قبل الوجوب، والقضاء لا يسبق الوجوب، وإذا لم يكن مقتضياً.. لم يلزمه الضمان.

واعلم: أنه يكفي في المقاصة: إقرار الدين السابق، ولا يلزم بلفظ المقاصة؛ لما قال في «البزازية»: باعا من رجل عبداً لهما بألف، فأقر أحدهما: أنه كان للمشتري عليه خمسمائة قبل البيع.. برئ المشتري من حصة المقر، ولا شيء عليه لشريكه.

بخلاف ما لو قبض من الدين شيئاً.. فإنه يشاركه. انتهى.

وهبة نصيبه من الدين وكل ما يسقط نصيبه من الدين: مثلُ الإبراء في عدم الضمان لشريكه؛ لما في «البزازية» أيضاً: ولو أبرأه من نصيبه أو وهبه أو جنى جناية موجبة للأرش حتى سقط به الدين.. لم يكن لشريكه.

وكذا.. لو صالحه عن العمد الموجب للقصاص على مال.

ولو أفسد له متاعاً حتى صار مستوفياً.. ففي رواية أبي سلمان: لا يشاركه بلا خلاف.

وفي رواية أبي حفص: يشاركه عند محمد؛ كما لو غصب منه شيئاً يساوي حصته. انتهى.

(**وإن أبرأ عن البعض**) من نصيبه (**.. قسم الباقي**) من الدين (**على سهامه**)؛ أي: سهام كل منهما من [٤٠٩/ب] الدين، حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً، فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه.. كانت المطالبة له بالخمسة، وللساكت بالعشرة.

وكذا لو استأجر أحدهما من الغريم بنصيبه داراً وسكنها، فأراد شريكه اتباعه.. له ذلك أيضاً؛ لأنه صار مقتضياً نصيبه، وقد قبض ما له حكم المال من كل وجه؛ لأن ما عدا منافع البضع من المنافع: جعل مالاً من كل وجه عند ورود العقد عليها.

وكذا لو أحرق أحدهما متاع الغريم؛ بأن رمى عليه النار فأحرقه.. فإنه يصير قبضاً لنصيبه من الدين لو ساوى نصيبه عند محمد.

خلافاً لأبي يوسف.

ولمحمد: أن الإحراق: إتلاف لمال مضمون، وكان كالغصب، والمديون صار قاضياً لنصيبه بطريق المقاصة، فيجعل المحرق مقتضياً لما ذكرناه.

ولأبي يوسف: أنه متلف [٤١٠/أ] نصيبه من الدين بما صنع لا قابض، فلا يرجع لشريكه عليه شيء؛ كما لو جنى على نفس المديون بما يوجب القصاص حتى سقط نصيبه من الدين.. فإن شريكه لا يرجع عليه بشيء، فكذا ههنا.

ولو أخذ الثوب من الغريم، ثم أحرقه.. فإن لشريكه أن يتبعه بالإجماع؛ لأن الضمان حينئذ حصل بالقبض قبل الإحراق، فيستند إليه، فيملكه من ذلك الوقت.

ولو كان لهما دين على امرأة، وتزوج أحدهما تلك المرأة بنصيبه من الدين عليها.. لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية؛ لأنه لم يقبض من نصيبه شيئاً مضموناً يقبل الشركة؛ فإنه يملك به البضع، وإنه ليس بمال متقوم، ولا مضمون على أحد.. فكان كالجناية.

وعن أبي يوسف: أنه يرجع عليه؛ لوجود القبض بطريق المقاصة.

والصحيح: هو الأول؛ لأنه إتلاف. كذا في «الزيلعي».

وروي عن بشر: أن أبا يوسف رجع إلى الأول.

ولو استقرض أحدهما من الغريم، أو اشترى منه بعد ثبوت الدين لهما.. يشاركه الآخر فيه. كذا في «البزازية».

وَبَطَلَ صلحُ أحدِ رَبَّي سَلَمٍ عَن نصِيبِهِ على مَا دفعَ، خلافاً لَهُ أَيْضاً.

وقال في «قاضي خان»: رجلان لهما على رجل ألف درهم؛ إن لم يكن الدين واجباً بعقد أحدهما بأن ورثا ديناً مؤجلاً من رجل، فصالحه أحدهما على مائة معجلة على إن أخر عنه ما بقي من حصته وهو أربعمائة.. فالمائة المقبوضة تكون بينهما، وتأخير حصته وذلك أربعمائة باطل في قول أبي حنيفة؛ حتى لو قبض الشريك الآخر شيئاً.. كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: تأخيره في حصته جائز.

وإن كان دينهما واجباً بإدانة أحدهما؛ بأن كانا شريكين شركة عنان؛ فإن أخر الذي وليَ الإدانة.. صح تأجيله في جميع الدين، وإن أخر الذي لم يباشر الإدانة.. فعلى قول أبي حنيفة: لا يصح تأخيره في حصته.

وعلى قولهما: يصح.

وإن كانا متفاوضين، فأجل أحدهما ديناً كان من المفاوضة.. صح تأجيله عند الكل أيهما أجل. انتهى.

(**وبطل صلح أحد ربي سلم عن نصيبه على ما دفع**) من رأس المال.

(**خلافاً له أيضاً**) أي: لأبي يوسف.

يعني: إذا أسلم رجلان رجلاً في كر حنطة، فصالح أحدهما مع المسلَم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال المدفوع ويفسخ عقد السلم في نصيبه.. لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد إلا بإجازة الآخر؛ فإن أجاز.. جاز، وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما [٤١٠/ب]، وما بقي من السلم؛ مشتركاً بينهما.

وإن لم يجز.. فالصلح باطل.

وقال أبو يوسف: إنه جائز بلا توقف على إجازة الآخر؛ اعتباراً بسائر الديون؛ فإن أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل.. جاز، وكان الآخر مخيراً؛ على ما تقدم. فكذا هذا.

وَإِنْ أَخرجَ الْوَرَثَةُ أحدَهُم عَن عَرَضٍ أَو عقارٍ بِمَالٍ، أَو عَن أحدِ النَّقْدَيْنِ بِالْآخرِ، أَو عَنْهُمَا بهما.. صَحَّ؛ قَلَّ الْبَدَلُ أَو كَثُرَ.

ولو صالح الكفيل المطالب على طعام من جنس السلم إلا أنه دون السلم في الجودة.. جاز، ويرجع هو على المسلم إليه بالجيد.

وإن صالح الطالب الكفيل على غير جنس السلم.. لا يصح.

ولو صالح الكفيل الأصيل على غير جنس المسلم.. جاز. انتهى.

(**وإن أخرج الورثة أحدهم عن عرض أو عقار بمال، أو عن أحد النقدين بالآخر، أو عنهما بهما.. صح؛ قلّ البدل أو كثر**)؛ أي: إذا كانت [٤١١/أ] التركة بين الورثة عقاراً أو عرضاً أو مختلطين، وأخرجوا أحدهم بطريق الصلح على مقدار معين من ذلك المال، أو كانت التركة ذهباً وأخرجوا أحدهم بالفضة، أو فضة وأخرجوا أحدهم بالذهب أو كانت ذهباً وفضة وأخرجوا أحدهم بالذهب والفضة.. صح في الكل؛ قل ما أعطوه أو كثر؛ لأنه أمكن تصحيحه بيعاً، والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير، ولم يصح جعله إبراء؛ لأن الإبراء عن الأعيان غير المضمونة: لا يصح.

لكن هذا الصلح: جاز على إطلاقه فيما إذا كانت التركة عقاراً أو عرضاً غير مقيد بلزوم التقابض.

وأما إذا كانت نقوداً.. فلا بد من التقابض في المجلس؛ لكونه صرفاً، إلا أن الوارث الذي في يده بقية التركة؛ إن كان جاحداً لكونها في يده.. يكتفي بقبضه السابق؛ لأنه قبض ضمان، فينوب عن قبض الصلح؛ لكونهما مثلين، والشيء ينوب عن مثله.

وإن كان مقراً.. فلا بد من تجديد القبض؛ بأن ينتهي إلى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية؛ لأنه حينئذ قبض أمانة، فلا ينوب عن قبض الصلح؛ لكونه دونه، والشيء لا ينوب عما فوقه، وإنما ينوب عن مثله وعما دونه. كذا في «الهداية» وشروحه.

ولهما وجهان:

أحدهما: أنه لو جاز؛ فإما أن جاز في نصيبه خاصة، أو في النصف من النصيبين.

فإن كان الأول.. لزمه قسمة الدين قبل القبض، وهو باطل على ما تقدم.

وإن كان الثاني.. فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه.

والثاني: أنه لو جاز الصلح.. لشاركه في المقبوض من رأس المال؛ لأن الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما، وإذا شاركه فيها.. يرجع المصالح على من عليه الدين بالقدر الذي قبضه الشريك، وقد كان ساقطاً بالصلح ثم عاد بعد سقوطه. وهو باطل.

فإن قيل: إن هذا المعنى موجود في الدين المشترك أيضاً إذا استوفى أحدهما نصيبه؛ فإذا شاركه شريكه في النصف.. رجع المصالح بذلك على الغريم، وفيه عود الدين بعد سقوطه.

أجيب: بأنه أخذ بدل الدين، وأخذه يوزن بتقدير المبدل لا بسقوطه، بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها.

وفي السلم: يكون فسخاً، والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب.

قالوا: هذا الخلاف إنما هو إذا اختلطا رأس المال وعقدا عقد السلم.

وأما إذا لم يختلطا.. فقال بعضهم: هو على هذا الاختلاف أيضاً.

وبعضهم: إن الصلح فيه جائز بالاتفاق.

هذا، وهل يصح صلح كفيل السلم؟

ففي «قاضي خان»: والكفيل بالسلم إذا صالح الطالب على رأس المال.. لا يصح ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الصلح على رأس المال إقالة، والكفيل لا يملك الإقالة.

وَعَن نَقْدينِ وَغَيرِهِمَا بِأحدِ النَّقْدَيْنِ.. لَا يَصحُّ، إِلَّا أنْ يكونَ الْمُعْطى أَكثرَ من

ولو ظهر في التركة عني بعد التخارج.. هل يدخل تحت الصلح؟

ففي فصل التخارج من «البزازية»: أنه لو ظهر في التركة عين بعد التخارج.. لا رواية في أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا، ولقائل أن يقول: لا يدخل.

ثم قال فيها بعد ورقة: صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاماً، ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح.. لا رواية في جواز الدعوى.

لقائل أن يقول: تجوز دعوى حصته منه. وهو الأصح.

ولقائل أن يقول: لا.

وفي: [«البزازية»](1) لو أبرأ أحد الورثة الباقي، ثم ادعى التركة وأنكروا.. لا تسمع دعواه، وإن أقرّوا بالتركة.. أمروا بالرد عليه. انتهى.

واعلم: أنهم قالوا: تخارج الورثة بعضهم بعضاً بطريق الصلح يصح بيعاً.

واعترض عليه: بأنه لو كان بيعاً.. لشرط معرفة مقدار حصته من التركة؛ لأن جهالة المبيع: تفسد البيع.

وأجيب عنه: بأن الجهالة المفضية إلى النزاع: هي المفسدة للبيع؛ لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وما نحن فيه: لا يحتاج إلى التسليم؛ لكونه في يد المشتري؛ أعني: بقية الورثة [٤١١/ب]، فلا يفضي إلى المنازعة، فلا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة؛ وصار هذا: كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً واشتراه من المقر له.. جاز البيع وإن لم يعلما مقداره؛ لعدم احتياجه إلى التسليم والتسلم.

وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه: أثر عثمان على ما روي في محله.

(وعن نقدين وغيرهما) من العروض والعقار؛ يعني: لو كانت التركة نقدين وغيرهما وأخرجوا أحدهم **(بأحد النقدين.. لا يصح، إلا أن يكون المعطى أكثر من**

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «البزازية» (٦/٤٣).

نَصِيبِهِ مِن ذَلِك الْجِنْس.

نصيبه من ذلك الجنس)؛ أي: جنس المعطى؛ ليكون نصيبه بمثله، والزيادة لحقه من بقية التركة من العروض والعقار، ولا بد من التقابض فيما تقابل حصته من أحد النقدين؛ لأنه صرف في هذا القدر.

ولو لم يكن المعطى أكثر؛ فإما أن يكون مساوياً لنصيبه، أو أقل، أو لا يعلم مقدار نصيبه.. ففي الكل بطل الصلح؛ للربا.

أما إذا كان مساوياً.. فلزيادة العروض.

وفيما إذا كان أقل.. فلزيادة العروض وبعض الدراهم.

وفيما إذا كان مجهولاً.. ففيه شبهة الربا، لتعذر تصحيحه بطريق البيع والمعاوضة.

ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً؛ لما ذكرناه آنفاً: أن الإبراء عن الأعيان غير المضمونة: غير صحيح. كذا في «الهداية» وشروحه.

وقال في «قاضي خان»: إن كان لا يعلم أن نصيب المرأة من التركة أقل من بدل الصلح أو أكثر أو مساو.. اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يفسد العقد على كل حال؛ سواء علم أن في التركة نقداً من جنس بدل الصلح أو لم يعلم؛ لأن هذا عقد شُكَّ في جوازه.. فلا يجوز بالشك.

والصحيح: ما قاله الفقيه أبو جعفر: أن الشك؛ إن كان في وجود ذلك في التركة.. يجوز العقد؛ لأن الثابت هنا شبهة الشبهة، وشبهة الشبهة لا تعتبر.

وإن علم وجود ذلك في التركة، لكن لا يدري أن بدل الصلح أقل من حصتهما من دراهم التركة أو أكثر أو مثله.. فسد العقد ههنا؛ لأن مقابلة الفضة بالفضة: لا تجوز، إلا بشرط التساوي؛ فإذا وقع الشك في التساوي.. لا يجوز؛ كما لو باع الفضة بالفضة مجازفة، وهكذا في «البزازية» أيضاً.

هذا، واعلم: أن بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم: إنما هو في حالة التصادق.

أما إذا ادعت ميراث زوجها، وأنكر الورثة [٤١٢/أ] الزوجية، فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث.. جاز ذلك؛ لأن المدفوع إليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين، وليس في ذلك ربا. على ما صرح به في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: إذا صولحت المرأة عن ثمنها وصداقها، والورثة يقرون بنكاحها؛ فإن كان في التركة دين على الناس فصولحت عن الكل: على أن يكون نصيبها من الدين للورثة، أو صولحت عن التركة، ولم تقل شيئاً.. كان الصلح باطلاً؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض: باطل، وإذا فسد العقد في حصة الدين.. فسد في الباقي أيضاً.

أما عند أبي حنيفة؛ لأن من مذهبه: أن العقد إذا فسد في البعض لفساد مقارن.. يفسد في الكل.

وأما عندهما؛ فلأن الدين ليس بمال حقيقة؛ فإذا شرط في العقد تمليك ما ليس بمال.. بطل في الكل؛ كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة.

فإن طلبوا تجويز هذا الصلح على أن يكون نصيبها من الدين للوارث.. فطريق ذلك: أن تشتري المرأة من الوارث عيناً من أعيان الوارث بمقدار نصيبها من الدين، ثم يحيل الوارث على غريم الميت بحصتها من الدين، ثم يعقدون الصلح بينهم من غير أن يكون ذلك شرطاً في الصلح.

فإن صالحت ورثة زوجها من أعيان التركة خاصة دون الدين.. فلا يخلو:

إما أن يكون بدل الصلح من الدراهم والدنانير وليس في التركة من جنس ذلك.. فهو جائز على كل حال.

أو كان في التركة نقد من جنس بدل الصلح؛ بأن كان في التركة دراهم،

وَإِنْ بِعَرَضٍ.. جَازَ مُطلقاً.

وَإِن فِي التَّرِكَةِ دينٌ على النَّاسِ فأخرجوهُ لِيَكُونَ ....

فصولحت على دراهم؛ إن كان بدل الصلح أكثر من حصتها من دراهم التركة.. جاز، وإلا.. فلا على ما تقدم بيانه.

ثم قال: وقال الحاكم الشهيد: إنما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حال التصادق؛ أما في حال الجحود والإنكار: يجوز الصلح ؛ لأن المأخوذ في حالة الإنكار: لا يكون بدلاً؛ لا في حق الآخذ، ولا في حق الدافع.

(**وإن**) أخرجوه (**بعرض.. جاز مطلقاً**)؛ قل العرض أو كثر، وجد التقابض في المجلس أو لا، كانت التركة عرضاً أو عقاراً أو نقداً؛ لعدم الربا فيها.

والحاصل: أن الصلح عن الدين؛ إن كان بطريق الإبراء: كما في الصورة التي ذكرت في باب الصلح في الدين.. لا يشترط فيه القبض [٤١٢/ب] في المجلس.

وإن كان بطريق البيع: كما في الصورة المذكورة آنفاً؛ فإن كان البيع صرفاً.. يشترط فيه القبض في المجلس، وإلا.. فلا؛ كما في هذه الصورة.

وفي «البزازية»: أن في الموضع الذي صلح التخارج: لو أراد الورثة أن يدعوا شيئاً من الدين على رجل يقولون: كنا قضينا كذا، فبعد التخارج: صار الكل لها.

ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج.. لا رواية في أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا؟

لقائل أن يقول: يدخل.

ولقائل أن يقول: لا.

ثم قال بعد أسطر: وبعد صحة التخارج: يقسم الباقي بينهم على سهامهم التي ظهرت قبل التخارج. انتهى.

هذا كله فيما إذا لم يكن في التركة دين.

(**وإن كان في التركة دين على الناس فأخرجوه**)؛ أي: أخرجوا أحدهم (**ليكون**

الدَّيْنُ لَهُم.. بَطَلَ الصُّلْحُ.

الدين لهم.. بطل الصلح) في الدين والعين جميعاً؛ لأن فيه تمليك نصيبه من الدين من غير من عليه الدين، وهو الورثة، فيبطل فيه، ثم يتعدى إلى العين؛ لاتحاد الصفقة؛ سواء بيّن حصة الدين أو لم يبين عند أبي حنيفة.

وكان ينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بيّن حصته.

وأصل الخلاف: فيما إذا جمع بين حر وعبد، وشاة ذكية وميتة، وباعهما صفقة واحدة، وبيَّن حصة كل واحد منهما من الثمن.. بطل في الكل عنده.

وعندهما: صح في العبد والذكية، كذا في «الزيلعي».

وذكر في «النهاية»: أن هذه المسألة - يعني مسألة الصلح - ترد نقضاً على قول أبي يوسف ومحمد فيما إذا سلم حنطة في شعير وزيت.. فإنهما قالا: يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وهنا قالا: يفسد في الكل.

قال: هذا مما يحفظ.

ويمكن أن يقال في مسألة الصلح: فيما إذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما.

وفي مسألة السلم: إذا بين؛ توفيقاً بينهما وتصحيحاً لقاعدتهما.

قلت: فعلى هذا.. لا بد أن تحمل مسألة الجمع بين الحر والعبد في البيع فيما سبق في كلام «قاضي خان»: على ما إذا لم يبين حصة كل منهما من الثمن، وإلا.. فما ذكره «قاضي خان» في تلك المسألة: مخالف لما ذكره «الزيلعي» وغيره من جواز البيع في حصة العبد.

واعلم: أن معنى قوله «بطل الصلح»: أن رب الدين يبطله؛ لأن حكم الشرع: أن يكون الدين على جميع الورثة؛ كما في فصل التخارج من «البزازية».

وفيها أيضاً: لو لم يذكر في صلب التخارج: أن في التركة ديناً [٤١٣/أ] أو لا.. فالصك صحيح.

وكذا: لو لم يذكر في الفتوى، ولكن يسأل عن صحة التخارج.. يفتى بالصحة

فَإِنْ شرطُوا بَرَاءَةَ الْغُرَمَاءِ من نصِيبهِ.. صَحَّ.

وَكَذَا إِنْ قضَوا حِصَّتَهُ مِنْهُ تَبَرُّعاً، أَو أقرضوه قدرَهَا، وأحالَهم بِهِ ....

ويحمل على وجود شرائطها؛ كما ذكر في «الفتاوى»: رجل باع ماله.. يفتى بالصحة وإن احتمل أنه غير عاقل.

والأصل فيه: أن **المطلق:** يحمل على الكمال الخالي عن العوارض الأصلية. انتهى.

(فإن شرطوا: براءة الغرماء من نصيبه)؛ أي: من الدين (.. **صح**) الصلح؛ لأنه حينئذ: يكون إسقاطاً أو تمليكاً للدين ممن عليه الدين، وهو جائز.

(وكذا)؛ أي: يصح الصلح **(إن قضوا)**؛ أي: الورثة **(حصته منه)**؛ أي: حصة المصالح من الدين **(تبرعاً)**.

وفي «الهداية»: وفي هذين الوجهين: ضرر ببقية الورثة.

أما في الوجه الأول: فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء.

وأما في الثاني: فلأنه لزم عليهم النقد بمقابلة الدين، والنقد خير من النسيئة.

أقول: إن أراد أن الورثة: لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بحصة المصالح.. فهو مسلم، لكن لا ضرر فيه.

وإن أراد: لا يمكنهم الرجوع مطلقاً.. فهو ممنوع.

هذا، ولو قضى إنسان غير الورثة حصته من الدين تبرعاً.. صح الصلح أيضاً.

وذكر الورثة اتفاقي؛ لأنه قال في «البزازية»: وإن أحب الورثة جواز هذا الصلح.. فالحيلة فيه: استثناء الدين، أو تبرع إنسان بقضاء الدين ويكون متطوعاً وسقط الدين عن الغريم بقدره، ثم تصالحوا على ما بقي من التركة. انتهى.

(أو أقرضوه قدرها)؛ أي: أقرض الورثة المصالح قدر حصته من الدين أو باعوه شيئاً من أموالهم، على ما تقدم، هذه الحيلة من «قاضي خان».

(وأحالهم)؛ أي: أحال المصالح الورثة **(به)**؛ أي: بالقرض الذي أخذه من

على الْغُرَمَاء وصالحُوه عَن غَيرِهِ.

وَفِي صِحَّةِ الصُّلْحِ عَن تَرِكَةٍ هِيَ أَعْيَانٌ غيرُ مَعْلُومَةٍ على مَكِيلٍ، أَو مَوْزُونٍ: اخْتِلَافٌ.

وَالأَصَحُّ: الْجَوَازُ إِنْ عَلِمَ أَنَّها غيرُ الْمكيلِ أَو الْمَوْزُونِ إِذا كَانَت كلُّهَا فِي يَدِ الْبَقِيَّةِ.

الورثة، أو بثمن المبيع الذي اشتراه منهم.

(على الغرماء، وصالحوه عن غيره)؛ أي: غير الدين من أعيان التركة.

قال في «الهداية»: هذا هو الأوجه في الحيلة، وذلك؛ لأنه ليس فيه من الضرر ما في الأولين، إلا أن فيه ضرر النقد؛ فإن العين خير من الدين.

فالأوجه في الحيلة: ما ذكره بعض مشايخنا: وهو أن يبيعوه كفاً من تمر أو نحوه بقدر الدين، ثم يحيلهم على الغرماء. وهو مختار «قاضي خان» على ما ذكرناه.

(وفي صحة الصلح عن تركة هي أعيان غير معلومة) ولا دين فيها؛ لأن حكم التركة التي فيها دين سبق **(على مكيل أو موزون: اختلاف، والأصح: الجواز إن علم أنها غير المكيل أو الموزون، إذا كانت)** [٤١٣/ب] **(كلها في يد البقية)**.

قال في «العناية»: ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون.. قيل: لا يجوز؛ لاحتمال الربا.

وهو قول الإمام ظهير الدين المرغيناني؛ بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل.

وقيل: يجوز، وهو قول أبي جعفر؛ لاحتمال أن يكون في التركة دين من ذلك الجنس.

وإن كان.. فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل، ففيه شبهة الشبهة، وليست بمعتبرة.

ولو كانت في التركة غير المكيل والموزون، لكنها أعيان غير معلومة، فصالحوا

على مكيل أو موزون أو غير ذلك.. قيل: لا يجوز؛ لكونه بيعاً؛ إذ لا يصح أن يكون إبراء؛ لأن المصالح عنه عين، والإبراء عن العين لا يجوز، وإذا كان بيعاً.. كانت الجهالة مانعة عنه.

وقيل: يجوز، وهو الأصح؛ لأنها ليست بمفضية إلى النزاع؛ لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة، فما ثمة احتياج إلى التسلم حتى يفضي إلى النزاع.

حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح، ولا يعلمون مقداره.. لم يجز؛ لاحتياجه إلى التسليم. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن كلام المصنف أنسب إلى الثاني من الخلافية.

وإنما قال «والإبراء عن العين»؛ لأن الإبراء عن دعوى العين: صحيح على ما صرّح به في القول في الدين من أواخر «الأشباه»؛ حيث قال فيه: لا يصح الإبراء عن الأعيان، وعن دعواها صحيح؛ فلو قال: أبرأتك عن دعوى هذا العين.. صح الإبراء، فلا تسمع دعواه بها بعده.

ولو قال: برئت من هذه الدار ومن دعوى هذه.. لم تسمع دعواه وبينته.

ولو قال: أبرأتك عنها، أو عن خصومتي فيها.. فهو باطل وله أن يخاصم.

وإنما أبرأه عن ضمانه، كذا في «النهاية» من الصلح.

وفي «كافي» الحاكم من الإقرار: لا حق لي قبله.. يبرأ من العين والدين والكفالة والإجارة والحدود والقصاص.

وبه علم: أنه يبرأ من الأعيان في الإبراء العام.

لكن في مداينات «القنية»: افترق الزوجان، وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى، وكان للزوج بذر في أرضها وأعيان قائمة.. فالحصاد والأعيان القائمة: لا تدخل في الإبراء عن جميع الدعاوى. انتهى كلام «الأشباه».

فعلم منه: أن الإبراء من العين صحيح عند بعض المشايخ، مثل الإبراء من الدين.

وَبَطَلَ الصُّلْحُ وَالْقِسْمَةُ إِن كَانَ على الْمَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ.

وَإِن غيرُ مُسْتَغْرِقٍ.. فَالْأَولى: أَنْ لَا يُصَالحَ قبلَ قَضَائِهِ، ....

وعلم منه أيضاً: أن معنى قولهم: «أن الإبراء عن الأعيان لا يصح»: أنه لا يملك [٤١٤/أ] بالإبراء، وإلا.. فالإبراء عنها لسقوط الضمان صحيح بالاتفاق، حتى لو أبرأ من العين المغصوب.. برئ عن ضمانها، وتصير أمانة في يد الغاصب؛ فلو هلك بعده.. لا يضمن.

وقال في نوع الدفع من دعوى «البزازية»: ولو برهن أحد الورثة على إقرار الآخر أنه بريء من ميراث أبيه، والميراث أعيان.. لا يقبل؛ لعدم صحة الإبراء عن العيان. انتهى.

وفي «الخلاصة»: عن محمد: لو قال الرجل لآخر: أبرأتك من هذه الدار، أو من خصومتي في هذه الدار، أو من دعواي، أو برأت من هذه الدار.. جاز، ولا حق له فيها.

وفي «واقعات» الناطفي: رجل قال لآخر: أبرأتك عن هذه الدار، أو عن خصومتي في هذه الدار، أو عن دعواي.. فهذا كله باطل؛ حتى لو ادعى بعد ذلك هذه الدار.. يسمع، ولو أقام البينة.. تقبل.

بخلاف ما لو قال: برأت من هذه الدار، أو برأت من دعواي في هذه الدار.. فإنه يجوز؛ حتى لا تسمع دعواه وبينته بعد ذلك؛ لأن بقوله «أبرأتك»: خاطب الواحد.. فله أن يخاصم غيره، وأما قوله «برأت».. فإضاف البراءة إلى نفسه، فيبرأ.

(**وبطل الصلح والقسمة**)؛ أي: قسمة التركة (**إن كان على الميت دين مستغرق**)؛ لأن الوارث لا يمتلك التركة ما دام الدين مستغرقاً.

(**وإن**) كان (**غير مستغرق.. فالأولى أن لا يصالح قبل قضائه**)؛ لتقدم حاجة الميت عليه.

وَلَو فُعِلَ.. قَالُوا: يجوزُ.

وَالْقِسْمَةُ تجوزُ قِيَاساً لَا اسْتِحْسَانًا.

وَقِيلَ: الْقِيَاسُ: أَنْ يُوقفَ الْكلُّ، وَالِاسْتِحْسَانُ: أَن يُوقفَ قدرُ الدَّينِ، وَيُقسمَ الْبَاقِي.

(**ولو فُعِلَ**) بصيغة المجهول (.. **قالوا: يجوز**)؛ أي: الصلح.

وحكم في «قاضي خان» بعدم جوازه مطلقاً؛ حيث قال: إن كان على الميت دين، فصولحت المرأة عن ثمنه على شيء.. لا يجوز هذا الصلح؛ لأن الدين القليل: يمنع جواز التصرف في التركة.

فإن طلبوا الجواز.. فطريق ذلك: أن يضمن أجنبي بشرط براءة الميت. انتهى.

(**والقسمة تجوز قياساً**)؛ لأن التركة لا تخلو عن قليل الدين، فيقسم نفياً للضرر عن الورثة.

(**لا استحساناً**)؛ لأن الدين يمنع تملك الوارث؛ إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين.. فلا يجوز القسمة قبل قضائه.

(**وقيل: القياس: أن يوقف الكل، والاستحسان: أن يوقف قدر الدين ويقسم الباقي**).

* * *

(كتاب المضاربة)

(كتابُ الْمُضَاربَةِ)

هِيَ شركَةٌ فِي الرِّبْح بِمَالٍ من جَانب، وَعملٍ من جَانب، وَالْمُضَارِبُ أَمِين.

فَإِذا تصّرفَ.. فوكيلٌ.

فَإِن رَبَح.. فشريكٌ.

(كِتَابُ المُضَارَبَة)

و(**هي**) **في اللغة:** مشتقة من الضرب في الأرض، ويسمى هذا العقد مضاربة؛ لأن المضارب يسير في [٤١٤/ب] الأرض غالباً طالباً للربح.

وفي الشرع: (**شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من جانب**) وبه تم معناها الشرعي.

وأما أحكامها:

فصيرورة المضارب:

أميناً بعد دفع المال إليه.

ووكيلاً عند الشروع في العمل.

وشريكاً له إذا ظهر الربح.

وغاصباً إن خالف.

وإليه أشار بقوله: (**والمضارب: أمين**) فيما دفع إليه من المال إن قبضه بأمر مالكه: لا على وجه البدل؛ كالمقبوض على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة كالرهن.

وكل مقبوض كذلك.. فهو أمانة.

(**فإذا تصرف.. فوكيل**) لأنه يتصرف بإذن مالكه.

(**فإن ربح.. فشريك**) في الربح؛ لأنه تملك جزء من المال وهو شائع، فيشركه.

وَإِنْ خَالَفَ.. فغاصبٌ.

وَإِنْ شَرطَ كلَّ الرِّبْحِ لَهُ.. فمستقرِضٌ.

وَإِنْ شَرطَ لربِّ المَالِ.. فمستبضِعٌ.

وَإِنْ فَسدَتْ.. فأجيرٌ، فَلهُ أجرُ مثلِهِ رَبحَ أَو لم يربحْ.

وَلَا يُزَادُ على مَا شَرطَ لَهُ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمد.

(**وإن خالف.. فغاصب**)؛ لأنه تعدى على مال الغير بغير رضاه.

(**وإن شرط كل الربح له.. فمستقرض**)؛ لأنه لا يستحق كل الربح، إلا إذا صار رؤوس المال ملكاً له، وذلك لا يكون إلا بتمليك المالك، والتمليك يقتضي أن لا يرد رأس المال إليه؛ كما في الهبة.

لكن لفظ المضاربة: يقتضي الرد في رأس المال، فجعلناه قرضاً؛ لاشتماله على المعنيين عملاً بهما، ولأن القرض أدنى التبرعات؛ لأنه: يقطع الحق عن العين دون البدل، والهبة: تقطع عنهما.

(**وإن شرط**) الربح (**لرب المال.. فمستبضع**)؛ لأن المضارب لم يطلب لعمله بدلاً، وعمله لا يتقوم إلا بالتسمية.. فكان وكيلاً متبرعاً.

(**وإن فسدت**) المضاربة بفساد شيء من الشروط المعتبرة فيها (**.. فأجير**)؛ لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله، فيصير ما شرط له من الربح كالأجرة على عمله، وإذا فسدت.. ظهر معنى الإجارة.

(**فله أجر مثله؛ ربح أو لم يربح**)؛ لأنه لا يستحق المسمى؛ لفساد العقد، ولم يرض العمل مجاناً.. فله أجر مثل عمله على ما هو مقتضى الإجارة.

(**ولا يزاد**) على أجر المثل (**على ما شرط له**) من الربح (**عند أبي يوسف**)، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ وهذا لأنه رضي بذلك المقدار، فلا يزاد على ما رضي.

(**خلافاً لمحمد**)؛ فإنه قال: يجب الأجر بالغاً ما بلغ وإن لم يربح؛ لأن تسليم العمل قد وجد منه، فيستحق أجره.

وَلَا يضمنُ المَالَ فِيهَا أَيْضاً.

وعن أبي يوسف: لا يجب له شيء إذا لم يربح؛ اعتباراً بالمضاربة الصحيحة؛ فإن فيها: إذا لم يربح.. لا يستحق شيئاً، ففي الفاسدة أولى؛ لأن العقد الفاسد: يأخذ حكَمه من الصَّحِيح من جنسه، كما في البيع الفاسد.

أجيب عنه: بأن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد [٤١٥/أ] الجائز كالبيع، وههنا: المضاربة الصحيحة: تنعقد شركة لا إجارة، والفاسدة: تنعقد إجارة.. فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل.

(**ولا يضمن المال فيها**)؛ أي: في المضاربة الفاسدة (**أيضاً**)؛ أي: كما لا يضمن في الصحيحة؛ اعتباراً لها بها، ولأنه عينٌ مستأجر في يده، فلا يضمن - كذا في «الهداية» - أي: لأن رأس المال: عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غير، فلا يضمن؛ كأجير الواحد، هكذا فسره في «العناية».

ثم قال: وهذا التعليل يشير: إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر؛ لأن الشخص الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجِرَين في وقت واحد. انتهى.

فعلى هذا: يلزم أن لا يضمن فيها بالاتفاق؛ سواء تلف في يده أو بعمله، كما هو حكم أجير الواحد على ما سيأتي.

وقال بعض مشايخنا: القول بعدم الضمان فيها: هو قول أبي حنيفة، واختاره الطحاوي.

وأما عندهما: فهو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه؛ كالغصب والسرقة، وهذا بناء: على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك؛ لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد.

والأجير المشترك: إذا تلف المال في يده بغير عمل وصنع منه.. لا يضمن عند

وَلَا تصحُّ الْمُضَارَبَةُ إِلَّا بِمَالٍ تصحُّ بِهِ الشَّرِكَة.

أبي حنيفة؛ سواء تلف بما يمكن التحرز عنه: كالغصب والسرقة، أو لا يمكن: كالموت والحريق الغالب.

ويضمن عندهما إن تلف بما يمكن التحرز عنه.

وقال الإمام الإسبيجابي في شرح «الكافي»: والأصح: أنه لا ضمان على قول الكل؛ لأنه أخذ المال بحكم المضاربة، والمال في يد المضارب؛ صحت المضاربة أو فسدت: أمانة.

(**ولا تصح المضاربة إلا بمال تصح به الشركة**).

هذا شروع في بيان شرط صحتها، وهو ست:

أحدها: هذا، وهو: أن يكون رأس المال مما تصح به الشركة؛ أعني: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير. عندهما.

وقال محمد: يكون بالفلوس أيضاً؛ لأنه ثمن عنده لا عندهما.

وقال ابن أبي ليلى: تجوز المضاربة بالمكيل والموزون أيضاً؛ فإنهما من ذوات الأمثال، فيمكن تقدير رأس المال.

وثانيها: أن يكون الربح جزءاً مشاعاً من الجملة. على ما سيأتي في الكتاب.

وثالثها: إعلام قدر الربح من النصف أو الثلث أو الربع؛ لأن الربح هو المعقود عليه، فجهالته: توجب [٤١٥/ب] فساد العقد.

ورابعها: أن يكون المشروط للمضارب: مشروطاً من الربح لا من رأس المال؛ حتى لو شرط له شيئاً من رأس المال أو منه أو من الربح.. فسدت المضاربة.

وخامسها: التخلية بين المضارب وبين رأس المال، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

وسادسها: أن يكون رأس المال معلوماً بالإشارة أو بالتسمية عند العقد.

وأما المضاربة بالدين أو العروض: فصحيحة بوجه، وفاسدة بوجه.

وَإِن دفعَ عَرَضاً وَقَالَ: بِعْهُ واعمل فِي ثمنه مُضَارَبَةً، ....

أما الفاسدة في الدين: فهو أن يكون له دين على رجل، فقال له: اعمل مضاربة فيما لي عليك من الدين بالنصف.. لا تصح المضاربة بالإجماع، ويكون ما اشتراه: له، والدين: في ذمته كما كان؛ عند أبي حنيفة.

وعندهما: الوكالة صحيحة، وما اشتراه: لرب المال، وله أجر مثله.

وإنما فسدت المضاربة في هذه الصورة؛ لأن الدين لا يصلح رأس مال المضاربة؛ لأن المضاربة شرعت: لاستنماء المال، ولا يتصور استنماء المال، إلا أن يكون المال عيناً. على ما تقدم في الشركة.

ومتى فسدت المضاربة.. بقي أمراً وتوكيلاً بالشراء بالدين الذي عليه، وذلك لا يصح عنده.

وعندهما: يصح، فوقع الشراء للموكل، فيكون المشترى له ، وللوكيل أجر مثله.

وأما الفاسدة في العروض؛ فإن قال: خذ عبدي هذا، أو عروضي هذا مضاربة بالنصف على أن رأس مالي قيمته.. فالمضاربة فاسدة؛ لأنه أضاف المضاربة أولاً إلى العبد، ثم أضاف إلى قيمته، فالمضاربة على كليهما فاسدة؛ لأن قيمة العبد والعروض مجهولة وقت العقد، فيمنع صحة العقد.

وأما وجه صحة المضاربة بهما: فأشار إليه أولاً في العروض بقوله: (**وإن دفع عرضاً وقال: بعه واعمل في ثمنه مضاربة**).. جازت؛ لأن عقد المضاربة يشتمل على التوكيل والإجازة، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل، فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك؛ لئلا يخالف الكل الجزء، فلا مانع من الصحة.

أطلق في الثمن.. فشمل: الدراهم والدنانير؛ فلو باعه بأحدهما وعمل به.. فالمضاربة جائزة بالاتفاق.

ولو باعه بالفلوس وعمل به.. فالمضاربة فاسدة عندهما، جائزة عند محمد.

أَو قَالَ: اقبضْ مَا لَي على فلَانٍ، واعملْ به مُضَارَبَةً.. جَازَت أَيْضاً.

ولو باعه بالمكيل أو بالموزون وعمل به.. فالمضاربة فاسدة عندهم، جائزة عند ابن أبي ليلى. على ما تقدم.

وأشار إلى وجه صحتها في الدين بقوله: (**أو قال: اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة** [٤١٦/أ].. **جازت أيضاً**)؛ لأنه وكله بقبض دين له على غيره، وأضاف المضاربة إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده، وكلاهما جائز؛ لما تقدم: أن المضاربة وما تشتمله: تقبل الإضافة إلى زمان مستقبل.

بخلاف ما لو قال: اعمل مضاربة بالدين الذي عليك.. فإنه لا تصح. على ما تقدم.

وأشار بقوله: «واعمل فيه» أي: في المقبوض: إلى أنه لو عمل قبل قبضه الدين كله.. تصح المضاربة؛ لما في «المحيط»: لو قال: اقبض ديني من فلان، ثم اعمل به مضاربة، فعمل قبل أن يقبض كله.. ضمنه.

ولو قال: فاعمل به.. لا يضمن.

والفرق: أن كلمة، «ثم» في اللغة: للترتيب والتراخي، فصار الإذن بالعمل مضافاً إلى ما بعد القبض؛ كأنه قال: اقبض الدين، ثم اعمل به، فلا يصير مأذوناً في العمل قبل قبض الكل.

وأما كلمة «الفاء» و«الواو»: للعطف والاشتراك لا للترتيب، فيقتضي وجودها كيفما وجد معاً أو متعاقباً، فلم يتأخر الإذن عن القبض بمقتضى حرف العطف، وإنما يتأخر ضرورة أنه لا يمكنه العمل قبل القبض.

وإذا وجد قبض البعض وأمكنه العمل.. يصير مأذوناً.

وأما إذا قال: اقبض ديني لتعمل به مضاربة بالنصف، أو تعمل به.. لا يصير مأذوناً ما لم يقبض الكل؛ لأن قوله: «لتعمل» أو «تعمل به»: لا يستقيم الابتداء به، فيعتبر متعلقاً بما قبله حتى لا يلغو؛ فإذا اعتبر متعلقاً بما قبله.. صار أحدهما: بمنزلة

وَشرطُ:

تَسْلِيمُ المَالِ إِلَى الْمضَارِبِ بِلَا يَدٍ لربِّ المَالِ فِيهِ، عاقداً كَانَ أَو غيرَ عَاقِدٍ، كالصغيرِ إِذا عقدهَا لَهُ وليُّه، وَأحدِ الشَّرِيكَيْنِ إِذا عقدهَا الآخرُ.

الشرط، والآخر: بمنزلة الجزاء، فجعلنا القبض شرطاً، والعمل جزاء له؛ لأن العمل لا يصلح شرطاً للقبض، والقبض يصلح شرطاً للعمل؛ فصار كأنه قال: إن قبضت الدين.. فاعمل به مضاربة.

ولو نص على ذلك ما لم يقبض الكل.. لا يثبت الجزاء، وهو الإذن بالعمل، فكذا هذا.

بخلاف قوله: «واعمل به»؛ لأنه مما يستقيم الابتداء به، فلا يصير متعلقاً بما قبله.

و«الواو» لا توجب التأخير.. فلا يتأخر الإذن عن القبض. انتهى ما في «المحيط»، وسيأتي زيادة بيان له.

(وشرط: تسليم المال إلى المضارب بلا يد لرب المال فيه) بتصرف أو عمل؛ لأن المال أمانة في يده، فلا بد من التسليم إليه كالوديعة.

بخلاف الشركة؛ لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب، ولا بد من التخلص للعمل؛ ليتمكن من التصرف فيه، وبقاء يد غيره: يمنع التخلص.

وأما الشركة: فالعمل فيها من الجانبين؛ فلو شرط خلوص اليد لأحدهما.. انتفى الشركة.

(عاقداً كان) رب المال **(أو غير عاقد)** [٤١٦/ب] **(كالصغير إذا عقدها)** - أي: المضاربة - **(له وليه)** أو وصيه، تركه؛ اكتفاء.

(وأحد الشريكين) عطف على الصغير **(إذا عقدها الآخر)**؛ يعني: إذا عقد المضاربة أحد المتفاوضين، أو أحد شريكي العنان، ولم يسلم المال إلى المضارب، وشرط عمل صاحبه.. فسدت المضاربة؛ لما ذكرناه.

وَكَونُ الرِّبْحِ بَينهمَا مشَاعاً، فتفسدُ إِنْ شَرط لأَحَدِهمَا عشرَةَ دَرَاهِمَ مثلاً.

وكلُّ شَرطٍ يُوجبُ جَهَالَةَ الرِّبْح: يُفْسِدهَا.

وَمَا لَا.. فَلَا.

وَيبْطلُ الشَّرْطُ؛ كَشَرطِ الوضيعةِ على الْمضَارِبِ.

(و) [شُرِطَ] **(كون الربح)** عطفٌ على «تسليمُ المال» **(بينهما مشاعاً)**؛ كالنصف والثلث والربع، كذا في «المحيط».

يريد بكونه مشاعاً بينهما: أن لا يستحق أحدهما في الربح دراهم مسماة؛ لأن شرط ذلك: ينافي الشركة المشروطة لجوازها، والمنافي لشرط جواز الشيء: مناف له أيضاً.

(فتفسد)؛ أي: إذا شرط كون الربح مشاعاً بينهما.. تفسد المضاربة.

(إن شرط لأحدهما عشرة دراهم مثلاً)؛ أي: من الربح، وإذا فسدت.. فله أجر مثله.

هذا: ولما كان من الشروط ما يفسد به العقد، ومنها ما لا يفسد به العقد، بل يفسد الشرط في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة.. أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: **(وكل شرط يوجب جهالة الربح)**؛ كما إذا قال رب المال: لك نصف الربح أو ثلثه، وشرطا أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها. كذا في «العناية».

(.. يفسدها)؛ أي: المضاربة؛ لأنه جعل بعض الربح: عوضاً عن عمله، والبعض الآخر: عوضاً عن أجرة داره وأرضه، ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتسقط حصة ما أصاب منفعة الدار والأرض، فيفضي إلى المنازعة.

(وما)؛ أي: شرط **(لا)** يوجب جهالة الربح **(.. فلا)** تفسد المضاربة به.

(ويبطل الشرط؛ كشرط الوضيعة)؛ أي: الخسران **(على المضارب)**، أو على رب المال، أو عليهما. كذا في «العناية».

وكاشتراط رب المال: أن يدفع رب المال إليه داره ليسكنها أو أرضه ليزرعها، على عكس ما سبق.. فإنها شروط لا توجب جهالة الربح ولا قطع الشركة، فتبطل في نفسها، ولا يسري الفساد إلى العقد، بل يبقى العقد صحيحاً؛ لأن المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة. على ما تقدم قبيل كتاب الصرف.

فظهر: أن ههنا شروطاً لصحة المضاربة، وهي ستة على ما ذكرناه، وشروطاً [لا] تفسد المضاربة بها، بل تبطل تلك الشروط في نفسها ويبقى العقد على الصحة كما نراه.

ومما ينبغي أن يعلم ههنا: أنه لو شرطا في المضاربة بعض الربح لغيرهما.. فهل تفسد المضاربة به أم لا؟

ففي «المحيط» [٤١٧/أ] للسرخسي: لو شرطا في المضاربة بعض الربح لغيره.. فلا يخلو: إما إن كان المشروط له: عبد المضارب، أو عبد رب المال، أو أجنبياً، أو قضاء دين أحدهما، أو المساكين، أو الحج.

فإن كان المشروط له عبد أحدهما؛ بأن دفع ألفاً مضاربة على أن: ثلث الربح له، وثلثه للمضارب، وثلثه لعبد المضارب أو لعبد رب المال.. صح الشرط، ثم ينظر: إن لم يكن على العبد دين.. وجب الوفاء بالشرط؛ شرط عمل العبد في المضاربة أو لم يشترط؛ لأن ما شرط للعبد: مشروط لمولاه؛ لأن الملك يثبت للمولى لا له، لا إن تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد؛ إذ ليس له عمل، ولا رأس مال أمكن تصحيحه لمولاه؛ لأن عقد المضاربة قد جرى بين رب المال وبين المولى، فأمكن أن يجعل المشروط للعبد باعتبار المعنى: واقعاً لمولاه؛ فصار كأن المولى شرط لنفسه الثلثين من الربح.

وإن كان عليه دين.. إن شرط عمله.. جاز؛ كما لو شرط بعض الربح لأجنبي بشرط عمله في المضاربة.. صح الشرط. فهذا أولى.

إن لم يشترط عمله.. ينظر:

إن شرط ثلث الربح لعبد المضارب.. لا يصح عند أبي حنيفة، ويكون الثلثان لرب المال.

وعندهما: يصح، ويكون للمضارب.

لأن عنده: المولى لا يملك كسب عبده المديون، فلا يكون المشروط للعبد مشروطاً للمولى، فتعذر تصحيحه لا في حق العبد، ولا في حق المضارب.. فبطل الشرط.

وعندهما: المولى يملك كسب عبده المديون؛ فيكون المشروط للعبد المديون: مشروطاً للمضارب.. فصح.

وأما إذا شرطا لعبد رب المال.. يكون الثلثان لرب المال بالإجماع.

وإن كان شرطا بعض الربح لأجنبي؛ فإن شرطا عمله.. صح؛ لأنه يصير مضارباً مع الأول فيصح، وإن لم يشترطا عمله.. لا يصح، ويكون المشروط له لرب المال.

وكذلك لا يصح: لو شرطا بعض الربح لامرأة المضارب أو لمكاتبه أو لمواليه أو لمن لا تقبل شهادته له؛ لأن الأملاك متباينة بينه وبين هؤلاء؛ فالمشروط لهؤلاء: لا يكون مشروطاً للمضارب، ولم يشترط عمل هؤلاء.. فلا يصح الشرط.

وإن شرطا ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو دين رب المال.. صح الشرط ويدفع إليه، ولا يجبر على دفعه إلى غرمائه؛ لأن المشروط لقضاء دينه: مشروط له معنى؛ لأن منفعته تعود إليه - وهو براءة ذمته من الدين - فصار مشروطاً له معنى [٤١٧/ب].

ولو شرطا ذلك للمساكين، أو في الحج، أو في الرقاب.. لم يصح الشرط لهم؛ لأنه ليس للمشروط له عمل ولا رأس مال، فيكون لرب المال. كذا في «المحيط».

وللمضاربِ فِي مُطلقِهَا أنْ يَبِيعَ، وَيَشْتَرِيَ، ....

وسيأتي الإشارة إليه في الباب الآتي من الكتاب.

ثم اعلم: أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع:

١- نوع يملكه بمطلق العقد، وهو: ما يكون متعارفاً بين التجار.

٢- ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ويملكه إذا قيل له: اعمل برأيك، أو أذن له صراحة.

٣- ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ولا بقوله: اعمل برأيك، إلا أن ينص عليه.

فذكر هذه الأنواع الثلاثة، فقال: (**وللمضارب في مطلقها**)؛ أي: ما لا يكون مقيداً بزمان ومكان، ولا بشخص، ولا نوع؛ نحو أن يقول: دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف، ولم يزد على ذلك.

(**أن يبيع ويشتري**)؛ أي: بالنقد والنسيئة، ما لم يكن أجلاً لا يبيع إليه التجار.. فإنه حينئذ لا يجوز، على ما سيصرح به في الكتاب.

وأطلق في «الهداية» كلًّا من البيع والشراء ههنا، ولم يقيد بقيد أصلاً، وفسّر إطلاقه في «العناية»: بالنقد والنسيئة.

ولم يقيد النقد: بما لا يتغابن الناس فيه، ولا النسيئة: بما لا يبيع إليه التجار كما قيدناه.

وفصّل في «قاضي خان» كلًّا من البيع والشراء، فقال: رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة بالنصف.. فهي مضاربة مطلقة، له أن يشتري ما بدا له من سلع التجارة بالنقد والنسيئة؛ فإن اشترى شيئاً بما لا يتغابن فيه الناس.. يكون مخالفاً؛ قال رب المال: اعمل فيه برأيك أو لم يقل؛ لأن الغبن الفاحش: تبرع، وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع.

ولو باع مال المضاربة بما لا يتغابن فيه الناس أو بأجل غير متعارف.. جاز عند أبي حنيفة، خلافاً لصاحبيه؛ كالوكيل بالبيع. انتهى.

ويوكِّلَ بهما، ويسافَر، ....

وفي «البزازية»: وفي المضاربة المطلقة: له شراء السفن، لا في المقيدة.

ثم قال بعد ورقة: والمضارب يملك الشراء الفاسد لو كان المشترى مما يملك بالقبض؛ لحصول الربح.

ولا يملك شراء الدم والميتة والخمر والخنزير وأم الولد والمدبر؛ علم ذلك أو لا؛ لعدم حصول الربح؛ لعدم إمكان بيعه. انتهى.

(**ويوكل بهما**)؛ أي: بالبيع والشراء، وله أيضاً: أن يوكل بكل ما جاز له أن يعمل بنفسه: من الإيداع والرهن والارتهان والإبضاع والإيجار والاستئجار وقبول الحوالة، على ما صرح به في «قاضي خان»؛ حيث قال بعد ذكر جواز هذه التصرفات [٤١٨/أ] له: وما جاز له أن يعمل بنفسه.. جاز له أن يوكل غيره بذلك.

فالأولى: أن يذكر هذا اللفظ بعد ذكر التصرفات المذكورة؛ كما وقع في «قاضي خان».

وله الأخذ بالشفعة؛ كما صرح به في «البدائع».

وما وقع في مضاربة «الأشباه» نقلاً عن «البزازية»: أن المضارب لا يأخذ بالشفعة.. فهو غلط، منشؤُه ما وقع في بعض نسخ «البزازية» من لفظ «الشفعة» بدل «السفتجة» كما وقع في بعض نسخ «البزازية»، كذلك يعني السفتجة، وهو الصحيح؛ لأن المضارب لا يملك السفتجة ويملك الشفعة.

(**ويسافر**)؛ أي: براً وبحراً في ظاهر الروايات، على ما في «قاضي خان».

وعن أبي يوسف: أنه لا يسافر، وإن سافر فهلك المال في الطريق.. كان ضامناً.

وعنه أيضاً: له أن يسافر إلى موضع يقدر على الرجوع إلى أهله في يومه ويبيت عندهم؛ نحو فرسخين أو ثلاثة.

وليس له أن يسافر؛ أي: سفراً مخوفاً يتحامى الناس عنه في قولهم جميعاً.

ويُبْضِعَ، ويُودِعَ، ويَرهنَ، ويَرتهنَ، ويؤاجِر، ويستأجِر، ويحتالَ بالثَّمن على الْأَيْسَرِ وَغَيْرِه.

وعنه أيضاً: عن أبي حنيفة: أن رب المال: إن دفع إلى المضارب في بلده.. ليس له أن يسافر عنه؛ لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة.

وإن دفع إليه في غير بلده.. له أن يسافر إلى بلده؛ لأنه هو المراد في الغالب؛ إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع، فلما أعطاه عالماً بغربته.. كان دليل الرضاء بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه.

وهذه الروايات كلها: خلاف ظاهر الرواية، والاعتماد: على ظاهر الرواية.

(ويبضع)؛ أي: يدفعه بضاعة.

(ويودع)؛ أي: يدفعه وديعة.

(ويرهن)؛ أي: يدفعه رهناً هكذا ذكره في «المحيط» و«قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية».

ثم قال في «البزازية» بعد صحيفة: ولا يملك المضارب الاستدانة؛ وإن رهن من متاع المضاربة بما استدان.. ضمن؛ لاقتصار الدين لزوماً عليه؛ فإذا رهن من متاع المضاربة.. فقد أوفى دينه الخاص من مال رب المال. انتهى.

فظهر منه: أن قوله: «ويرهن» ليس على إطلاقه، بل لا بد أن يستثنى منه ما في «البزازية».

(ويرتهن)؛ أي: يقبل به الرهن.

(ويؤاجر) أي يدفعه إجارة.

(ويستأجر) الأُجَرَاء: لحفظ المال، ويستأجر الدواب: للحمل، ويستأجر المكان والسفن: للحفظ أيضاً.

(ويحتال بالثمن)؛ أي: يقبل الحوالة به **(على الأيسر)**؛ أي: الغني **(وغيره)**؛ أي: الفقير.

وَلَو أبضعَ لربِّ المَالِ.. صَحَّ، وَلَا تفْسدُ بِهِ الْمُضَارِبَة.

وَلَيْسَ لَهُ:

أَنْ يضاربَ ....

والأصل في هذا: أن المقصود من المضاربة: هو الاسترباح، وهو [٤١٨/ب] لا يحصل إلا بالتجارة، وكلّ من هذه التصرفات من صنيع التجار، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميعها.

(ولو أبضع) المضارب؛ أي: دفع مال المضاربة بضاعة **(رب المال)** مفعول أيضاً **(.. صح)**؛ لأن البضاعة من صنيع التجار وكونه رب المال لا يمنعه، فوجد المقتضي وارتفع المانع.

(ولا تفسد به المضاربة)، خلافاً لزفر؛ فإنه قال: تفسد به؛ لأنه يكون متصرفاً في ملك نفسه لنفسه، فيكون مسترداً.

ولنا: أن التخلية التي هي شرط صحتها قد حصلت، وصارت التصرفات حقاً للمضارب، ومضارب المال في حق التصرف كالأجنبي؛ فإذا أبضع رب المال.. صار كأنه وكّل أجنبياً في التصرف، فصح، فلمّا صح توكيلاً.. لم يكن أخذ رب المال استرداداً.

بخلاف شرط العمل على رب المال ابتداء.. فإنه يمنع التخلية والتسليم، فلم يوجد الشرط.

وبخلاف ما إذا دفع مال المضاربة إلى رب المال مضاربة.. حيث لا يصح؛ لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب، ولا مال للمضارب ههنا حتى يدفعه إلى رب المال مضاربة؛ فلو جوزناه.. لأدى إلى قلب الموضوع وعكس المشروع، وإذا لم يصح.. بقي عمل رب المال بأمر المضارب، فلا تبطل به المضاربة الأولى.

(وليس له)؛ أي: للمضارب في المضاربة المطلقة: **(أن يضارب)**؛ أي: أن يدفع

إِلَّا بِإِذنِ ربِّ المَالِ، أَو بقولِهِ لَهُ: «اعْمَلْ بِرَأْيِك».

وَلَا أَن: يقْرِضَ، ....

مال المضاربة مضاربة، لكنه لو دفعه مضاربة.. لا يضمن بنفس الدفع إلى الثاني، بل إن عمل الثاني بيعاً أو شراء.. صار مخالفاً.

ورب المال بالخيار في تضمين الأول أو الثاني؛ فإن ضمن الثاني.. رجع على الأول، وإن ضمن الأول.. صحت المضاربة بين الأول والثاني.

كذا في «البزازية».

وهل له أن يمسك مال المضاربة، ولا يبيع لظن فائدة كثيرة؟

ففي أواخر مضاربة «البزازية»: اشترى المضارب متاعاً، فقال له رب المال: بعه، وأباه المضارب وأراد إمساكه حتى يظفر بربح كثير.. ليس له ذلك، إلا إن أعطى لرب المال ماله إن لم يكن فيه ربح.. فحينئذٍ يملك المضارب إمساكه.

ثم إن كان في المال ربح.. يجبر المضارب على البيع؛ لأنه أجير، إلا إذا أعطى رب المال حقه.. فحينئذٍ لا يجبر المضارب.

وإن لم يكن فيه ربح.. لا يجبر على بيعه أيضاً، ويقال لرب المال: إما أن تأخذه برأس مالك، أو تبيعه لتصل إلى مالك. انتهى.

(إلا بإذن رب المال أو بقوله له: اعمل برأيك)؛ لأن الشيء لا يتضمن مثله، ولا يرد: جواز إذن المأذون لعبده، وجواز الكتابة للمكاتب، والإجارة للمستأجر [٤١٩/آ] في مدة استئجاره، والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين.. فإنها أمثال لما يجانسها، وقد تضمنت أمثالها؛ لأن المضاربة تضمنت الأمانة والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل، فكذا المضارب: لا يضارب غيره إلا بالإذن، وبصريح قوله: «اعمل برأيك»، بخلاف الإيداع والإبضاع والرهن والارتهان والاستئجار؛ لأنها دونه، فيضمنها.

(ولا أن يقرض).

أَو يستدينَ، ....

وفي «قاضي خان»: ولا يأخذ سفتجة مال المضاربة، ولا يدفع مال المضاربة بسفتجة وإن كان رب المال قال له: «اعمل فيه برأيك»، إلا أن يأذن له بالسفتجة نصاً.

وذكر فيه أيضاً قبل هذه المسألة: ولا أن يشارك شركة عنان أو مفاوضة، ولا أن يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره.

ولو كان رب المال قال له: «اعمل فيه برأيك».. جاز له أن يدفع إلى غيره مضاربة ويشاركه ويخلط ماله بمال المضاربة.

ولو دفع مالاً مضاربة إلى رجل ولم يقل: «اعمل برأيك»، إلا أن معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون المال، ولا ينهاهم ربّ المال عن ذلك، فعمل في ذلك.. قالوا: إن غلب التعارف بينهم في مثل هذا.. نرجو أن لا يضمن، وتكون المضاربة بينهما على العرف.

لو خلط مال نفسه مال المضاربة.. ضمن عليه.

وكذا: لو شارك مع غيره شركة عنان أو خلط.. ضمن، ويصح بينهما.

وهذا.. إذا لم يقل اعمل برأيك؛ فلو قيل له.. فله أن يخلط؛ فإذا ربح.. قسم الربح بين المالين، فربح ماله خاصة وربح المضاربة على شرطهما. انتهى. كذا في فتاوى «الأنقروي».

(أو يستدين)؛ أي: على مال المضاربة؛ وذلك بأن يشتري سلعة بأكثر من مال المضاربة ديناً في ذمته؛ قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، أو لم يقل، إلا أن يأذن له بالاستدانة نصاً. كذا في «قاضي خان».

وإذا لم يكن له أن يستدين على مال المضاربة.. فليس له أن يرهن من متاع المضاربة فيما إذا استدان.

أَو يهبَ، أَو يَتَصَدَّقَ إِلّا بتنصيصٍ.

فإِنْ شرى بمالِها بزّاً وقَصَرَهُ، أَو حَمَلَهُ بِمَالِه.. فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ، وإِنْ قِيلَ لَهُ «اعْمَلْ بِرَأْيِك».

وَله الْخَلْطُ بِمَالِه، ....

ولو رهن فيما استدان.. ضمن، على ما صرح به في «البزازية»، وقد ذكرناه من قبل عند قوله: «ويرهن».

(**أو يهب أو يتصدق إلا بتنصيص**)؛ أي: ليس للمضارب هذه التصرفات وإن قال له رب المال: «اعمل برأيك»، إلا أن ينص عليها.

أما القرض والهبة والتصدق.. فلأنها تبرعات، فلا يحصل بها ما هو المقصود، وهو الربح.

وأما الاستدانة؛ فلأنه يصير المال زائداً على ما انعقدت عليه المضاربة، وهو لا يرضى به، ولا باشتغال ذمته بالدين.

(**فإن شرى**)؛ أي: [٤١٩/ب] إذا لم يكن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة؛ فإن شرى (**بمالها**)؛ أي: بمال المضاربة (**بزاً**) بفتح الباء، ثم الزاء المعجمة: نوع من الثياب، (**وقصره**) من القصارة؛ أي: قصره بالماء أو غيره، (**أو حمله**) من موضع إلى آخر (**بماله.. فهو**)؛ أي: المضارب (**متبرع**)؛ لأنه لو لم يكن متبرعاً.. لجاز على رب المال، فيكون مستديناً عليه، وليس للمضارب أن يستدين عليه على ما تقدم.

(**وإن**) - وصلية - (**قيل له: اعمل برأيك**)؛ لأن المراد منه: هو التعميم في مال المضاربة، لا ما يزيد عليه مما ليس من أعمال المضاربة.

(**وله**)؛ أي: للمضارب في المضاربة المطلقة: (**الخلط**)؛ أي: خلط مال المضاربة (**بماله**) وبمال غيره أيضاً. على ما في «قاضي خان» و«البزازية».

والصبغُ إِنْ قيل لَهُ ذَلِك.

فَلَا يضمنُ بِهِ، وَيصيرُ شَرِيكاً بِمَا زَاد الصَّبْغُ، وحصَّتُهُ لَهُ إِذا بيعَ، وَحِصَّةُ الثَّوْبِ فِي الْمُضَاربَةِ.

(**والصبغ إن قيل له ذلك**)؛ أي: اعمل برأيك (.. **فلا يضمن به**)؛ لأنه فعل ما أذن به لدخوله تحت قوله: «اعمل برأيك».

ولو لم يقل بذلك وصنع.. يصير المضارب غاصباً؛ فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء.. ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض يوم صبغه، وإن شاء.. أخذ الثوب وأعطى قيمة ما زاد الصبغ يوم الخصومة.

وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة فضل؛ وأما إذا كان فيها فضل.. فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمن - كذا في «شرح الوقاية» - للأسود، وكذا يضمن بالخلط بماله فيما إذا لم يقل: «اعمل برأيك» إذا لم يكن الخلط معتاداً في تلك البلدة، وإلا.. لم يضمن به.

(**ويصير**)؛ أي: المضارب (**شريكاً**)؛ أي: لرب المال (**بما زاد الصبغ**) أحمر أو أصفر، بخلاف الأسود؛ فإنه نقصان عنده.

(**وحصته**)؛ أي: حصة الصبغ (**له**)؛ أي: للمضارب؛ لأن الصبغ بالكسر: عينُ مالٍ قائمٌ بالثوب، وهو له.. فكذا حصته.

بخلاف القصارة والحمل؛ لأنهما ليسا بمال قائم (**إذا بيع**) الثوب المصبوغ.

(**وحصة الثوب**)؛ أي: حين كونه أبيض (**في المضاربة**)؛ أي: باق على المضاربة؛ حتى لو كانت قيمة الثوب غير مصبوغ ألفاً، ومصبوغاً ألفاً ومائتين.. كان الألف للمضاربة، ومائتا درهم للمضارب حصة ماله، وهو الصبغ.

قال في «قاضي خان»: ولو دفع مالاً مضاربة إلى رجل، ولم يقل له: «اعمل برأيك»، إلا أن معاملة التجار في تلك البلد أن المضاربين يخلطون المال ولا ينهاهم

رب المال عن ذلك، فعمل في ذلك.. قالوا: إن غلب بينهم في مثل هذا.. نرجو أن لا يضمن، وتكون المضاربة بينهما على العرف.

رجل دفع إلى غيره مالاً مضاربة، ثم إن المضارب شارك رجلاً آخر بدراهم من غير مال المضاربة، ثم اشترى المضارب وشريكه عصيراً من شركتهما، ثم جاء المضارب بدقيق من مال المضاربة فاتخذ منه [٤٢٠/أ] ومن العصير «فلاتج».. قالوا: إن اتخذ الفلاتج بإذن الشريك.. ينظر إلى قيمة الدقيق قبل أن يتخذ منه الفلاتج وإلى قيمة العصير؛ فما أصاب حصة الدقيق.. فهو على المضاربة، وما أصاب حصة العصير.. فهو بين المضارب وبين الشريك.

لكن هذا: إذا كان رب المال قال له: «اعمل فيه برأيك»؛ فإن لم يكن قال له ذلك، وفعل المضارب ذلك بغير إذن الشريك.. فالفلاتج يكون للمضارب وهو ضامن مثل الدقيق لرب المال، ومثل حصة الشريك من العصير للشريك.

وإن كان رب المال أذن له في ذلك، والشريك لم يأذن.. فالفلاتج يكون للمضارب، والمضارب ضامن حصة شريكه من العصير.

وإن كان الشريك أذن له في ذلك، ورب المال لم يأذن.. فالفلاتج يكون بينه وبين الشريك، وهو ضامن لرب المال مثل الدقيق.

ولو اشترى المضارب دقيقاً بمال المضاربة، فأعطاه رب المال دقيقاً آخر، وقال له: اخلط بهذا الدقيق على سبيل ما تواضعنا، فخلط، ثم باع الكل.. قالوا: مقدار ثمن دقيق المضاربة على ما اشترطا في عقد المضاربة، ومقدار ثمن الدقيق الآخر.. كله يكون لرب المال بربحه، وعليه وضيعته، وللمضارب أجر مثل عمله فيما تصرف في ذلك من بيعه، على ما قاله أبو بكر البلخي.

وقال أبو الليث: إنما يكون للمضارب أجر مثله إذا لم يكن خلط الدقيق بمال المضاربة؛ أما إذا خلط بها.. فلا أجر له؛ لأنه عمل في شيء هو شريك فيه.

وَإِن قُيِّدتْ بِبَلَدٍ، أَو سِلْعَةٍ، أَو وَقتٍ، أَو مُعَامِلٍ معيَّنٍ.. فَلَيْسَ لَهُ أَن يتَجَاوَزَ؛ كَمَا فِي الشَّركَة.

فَإِنْ تجَاوَز.. ضمن، وَالرِّبْحُ لَهُ.

(**وإن قيدت**)؛ أي: المضاربة - شروع في بيان المضاربة المقيدة - (**ببلد أو سلعة أو وقت أو معامل معين.. فليس له أن يتجاوز**) تلك القيود (**كما في الشركة**)؛ وهذا لأنها تتضمن الوكالة، والتوكيل في شيء معين: يختص به، وفي التخصيص بتلك القيود: فائدة؛ لأن التجارات تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص، فيجب رعايتها؛ توفيراً لما هو المقصود، وهو الربح.

وليس له أيضاً أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة؛ لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه.. لا يملك تفويضه إلى غيره أيضاً.

(**فإن تجاوز**)؛ بأن أخرج إلى غير ذلك البلد فاشترى أو اشترى سلعة غير ما عينه، أو في وقت غير ما عينه، أو باع من غير من عينه (.. **ضمن**)، وكان ما اشتراه (**والربح له**) وعليه وضيعته؛ لأنه تصرف في ملك غيره بخلاف أمره، فصار غاصباً.

وإن لم يتصرف فيه ورده إلى البلد الذي عينه.. برئ من الضمان؛ لأنه أمين خالف، ثم عاد إلى الوفاق - كالمودع المخالف: إذا ترك المخالفة - ورجع المال مضاربة [٤٢٠/ب] على حاله؛ لبقائه بالعقد السابق.

وإذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه، وأخرج البعض منه ولم يشتريه، ثم رده إلى الذي عينه.. كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة؛ لما ذكرناه من البقاء في يده بالعقد السابق.

وأما إذا اشترى ببعضه فيه، وببعض آخر في غيره.. فهو ضامن لما اشتراه في غيره؛ وله ربحه وعليه وضيعته؛ لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر، والباقي على المضاربة.

فإن قيل: إن الصفقة متحدة، وفي ذلك: تفريقها.

فَإِنْ قَالَ لَهُ: عَامِلْ أَهلَ الْكُوفَةِ، أَو الصيارفةَ، فعاملَ فِي الْكُوفَةِ غيرَ أَهلِهَا، أَو صَارفَ مَعَ غيرِ الصيارفةِ.. لَا يكونُ مُخَالفاً.

وَكَذَا لَو قَالَ: اشْتَرِ فِي سوقِهَا، فَاشْترى فِي غَيرِه.

بِخِلَافِ قَوْلِه: «لَا تشترِ فِي غيرِ السُّوق».

قلنا: إن الجزء معتبر بالكل، وإذا اشترى كله في البلد الذي عينه.. بقيت المضاربة على حالها؛ فكذا إذا اشترى لجزئه، وتفريق الصفقة: موضوع إذا استلزم ضرراً، ولا ضرر عند الضمان.

(**فإن قال له: عامل أهل الكوفة أو الصيارفة**)؛ أي: دفع المال إلى المضارب، وقال له هذا اللفظ (**فعامل**) المضارب (**في الكوفة غير أهلها، أو صارف مع غير الصيارفة.. لا يكون مخالفاً**)؛ لأن فائدة التقييد بأهل الكوفة: هو التقييد بالمكان وهو الكوفة، وإذا اشترى بها.. فقد وجد ذلك وإن كان من غير رجل كوفي.

وفائدة التقييد بالصيارفة: هو التقييد بالنوع، وهو الصرف، وقد وجد ذلك.. فلا معتبر بغيره.

ومقتضى اللفظ: قد يعدل عنه بدلالة العرف، والعرف: فيما قلنا.

(**وكذا**)؛ أي: لا يكون مخالفاً (**لو قال**) رب المال: (**اشتر في سوقها**)؛ أي: سوق الكوفة، (**فاشترى في غيره**)؛ أي: غير سوقها؛ لأن المصر مع تباين أطرافها: كبقعة واحدة، فلا تقيد التقييد.

(**بخلاف قوله: لا تشترِ في غير السوق**)؛ لأنه صرح بالحَجْر، والولاية إليه، فيعمل به.

فإن قيل: إنه منقوض بما لو قال: خذه على أن تبيع بالنسيئة، ولا تبع بالنقد، فباع بالنقد.. صح ولم يعد مخالفاً؛ مع أنه صرح بالحجر.

قلنا: إن التقييد بقيد؛ إما مفيد من كل وجه، أو غير مفيد من كل وجه، أو مفيد من وجه غير مفيد من وجه.

وَإِنْ قَالَ: «خُذ هَذَا المَال تعْمَلُ بِهِ فِي الْكُوفَة، أَو فاعملْ بِهِ فِيهَا، أَو خُذْهُ بِالنِّصْفِ فِيهَا».. فَهُوَ تَقْيِيدٌ.

بِخِلَافِ: خُذْهُ، واعملْ بِهِ فِيهَا.

والأول: مقبول.

والثاني: لغو.

والثالث: مقبول عند النهي، لغو عند السكوت عنه.

فالأول: كالتقييد ببلد وسلعة ووقت. وقد تقدم.

والثاني: كصورة النقض.

والثالث: كصورة التقييد بالسوق؛ فإنه مفيد؛ من حيث إن البلد ذات أماكن مختلفة **حقيقة** وهو ظاهر.

وحكماً: فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة.. ليس له أن يحفظ في غيرها، وقد تختلف الأسعار أيضاً باختلاف أماكنه.

وغير مفيد: من حيث إن المصر مع تباين أطرافه: جعل كمكان واحد؛ كما إذا اشترط [٤٢١/أ] الإيفاء في السَّلَم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة.. فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي عنه؛ لكون ولاية الحجر عليه، ولم تعتبر حالة السكوت عنه، فالنقض بإحدى الصورتين على الآخر ليس في شيء من محل النقض.

(**وإن قال: خذ هذا المال تعمل به في الكوفة، أو فاعمل به فيها، أو خذه بالنصف فيها.. فهو تقييد، بخلاف: خذه واعمل به فيها**).

اعلم: أن ههنا ستة ألفاظ تفيد تقييداً، ولفظين لا تفيد تقييداً، بل تعتبر مشورة.

والضابط لتمييز ما يفيد التقييد عما لا يفيده: أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح متعلقاً بما تقدم.. جعل متعلقاً به؛ لئلا يلغو.

وإذا أعقبه ما يصلح الابتداء به.. لم يجعل متعلقاً بما تقدم؛ لانتفاء الضرورة، فيحمل على المشورة.

وعلى هذا: إذا قال: خذ هذا المال على أن تعمل كذا، أو في مكان كذا، أو في زمان كذا. وبشخص كذا.

أو قال: خذه تعمل به في الكوفة مجزوماً ومرفوعاً، وكلام المصنف يحتملهما.

أو قال: فاعمل به بالكوفة.

أو قال: خذه بالنصف بالكوفة.

أو قال: لتعمل به بالكوفة، ولم يذكره المصنف؛ لأن قوله: «تعمل» بالرفع يعطي معناه.

فقد أعقب لفظ المضاربة في هذه الصور الست بما لا يصح الابتداء به؛ فإنه لا يصح الابتداء بقوله: «على أن تعمل كذا»، وبقوله: «تعمل به في الكوفة»، وبقوله: «فاعمل به فيها»، وكذا بغيرها، وهو ظاهر، لكنه يصح جعله متعلقاً بما قبله، فجعل قوله: «على أن تعمل كذا»: شرطاً.

والمفيد من الشرط معتبر، وهو يفيد صيانة المال؛ لما ذكرناه: من أن التجارات تختلف باختلاف الأمكنة والأوقات والأشخاص.

وقوله: «تعمل به في الكوفة»: تفسير لقوله: «خذ هذا المال» أي: مضاربة.

وقوله: «فاعمل به في الكوفة»: في معناه؛ لأن الفاء فيها للوصل والتعقيب، والمتصل المتعقب للمبهم: تفسير له.

وكذا قوله: «خذه بالنصف بالكوفة»؛ لأن «الباء» للإلصاق ويقتضي إلصاق موجب كلامه - وهو العمل بالمال - ملصقاً بالكوفة؛ بأن يكون العمل فيها.

وقوله: «خذه واعمل به في الكوفة» بواو، وكذا بغير واو، فقد أعقب فيه ما يصح الابتداء به.

وللمضاربِ أَنْ يَبِيعَ بنسيئةٍ، مَا لم يكن أَجَلاً لَا يَبِيعُ إِلَيْهِ التُّجَّارُ.

أما بغير واو: فظاهر.

وأما بواو: فلأن الواو مما يجوز الابتداء، فاعتبر كلاماً مبتدأ، فيجعل مشورة؛ كأنه قال: إن فعلت كذا.. كان أنفع.

فإن قيل: فلِمَ لم تُجعَل واوَ الحال كما في قوله: «أدّ إليّ ألفاً وأنت حر»؟

قلنا: لعدم صلاحيته لذلك ههنا؛ لأن [٤٢١/ب] العمل بعد الأخذ، لا حال الأخذ، فلا مقارنة.

قال في «البزازية» في الألفاظ: ما يكون شرطاً ستة: دفعت على أن تعمل بخوارزم، أو لتعمل بها بخوارزم، أو تعمل بها مجزوماً أو مرفوعاً، أو فاعمل في خوارزم، أو قال دفعت إليك مضاربة بخوارزم.

ولو قال: دفعت مضاربة فاعمل بخوارزم أو اعمل فيها.. مشورة لا تفيد. انتهى.

(**وللمضارب**)؛ أي: في مطلقها (**أن يبيع بنسيئة ما لم يكن أجلاً لا يبيع إليه التجار**)؛ لدخوله تحت إطلاق العقد.

بخلاف الأجل الذي لا يبيع إليه التجار؛ كأن باع إلى عشر سنين على ما ذكره في «النهاية».. فإنه يجوز؛ لخروجه عن صنيع التجار، فلا يشمله العقد.

وله أيضاً: أن يبيع بما لا يتغابن الناس عند أبي حنيفة إذا قيل: «اعمل برأيك».

خلافاً لهما؛ حيث لا يجوز بما لا يتغابن الناس عندهما. على ما صرح به في «المحيط» و«قاضي خان» و«البزازية».

ولو اشترى بما لا يتغابن الناس فيه.. لا يجوز بالاتفاق؛ قال: اعمل برأيك أو لم يقل؛ لأنه تبرع.

وله أيضاً: الشراء الفاسد.. لو كان ما اشتراه مما يملك بالقبض لحصول الربح، ولا يملك شراء ما لا يملك بالقبض كالدم والميتة والخمر والخنزير وأم الولد والمدبّر؛ يعلم بذلك أو لا؛ لعدم حصول الربح.

وَإِنْ بَاعَ بِنَقْدٍ ثُمَّ أَخَّرَ.. صَحَّ إِجْمَاعًا.

وَلهُ أَنْ يَأْذَنَ لعبدِ الْمُضَاربَةِ فِي التِّجَارَةِ.

وَلَيْسَ لَهُ أَن يُزَوِّجَ عبداً أَو أمةً من مَالهَا.

(**وإن باع بنقد، ثم أخر.. صح إجماعاً**)؛ لأن الوكيل يملكه، فكذا المضارب، غير أن الوكيل: إذا أخر الثمن.. يضمنه، والمضارب لا؛ لأنه يملك إقالة العقد ثم البيع نسيئة، لا الوكيل، كذا في «البزازية».

(**وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة**)؛ لأنه بمنزلة الإبضاع، وله ذلك كما مر، فكذا هذا.

وعن محمد: أنه ليس له ذلك كالمضاربة.

قلنا: المضارب يصير شريكاً، والعبد لا يصير شريكاً له، فافترقا. كذا في «الزيلعي».

قال في «المحيط»: أذن المضارب للعبد في التجارة.. جاز على رب المال في ظاهر الرواية؛ لأن الإذن من صنيع التجار، فيملكه المضارب، ويملك العبد المأذون من جهة المضارب ما يملك المضارب من التصرفات دون ما لا يملكه.

وإن اشترى ذلك العبد المأذون عبداً من تجارته فجنى.. لا يدفعه ولا يفديه حتى يحضر المضارب أو رب المال؛ لأنه لا يملك أن يفعل ما لا يملكه المضارب بنفسه.

(**وليس له أن يزوج عبداً أو أمة من مالها**)؛ أي: من مال المضاربة.

عن أبي يوسف [٤٢٢/أ]: أنه يزوج الأمة؛ لأنه من الإكساب؛ لأنه يصل إلى مهرها وإلى سقوط نفقتها عنه، بخلاف تزويج العبد؛ فإن فيه إشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به.

ولهما: أنه ليس من باب التجارة، فلا يدخل تحت إطلاق العقد؛ لأن العقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة لا غير، وصار كالكتابة والإعتاق على مال؛ فإنه

وَلَا أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ من يَعْتِقُ على ربّ المال؛ فَإِن شرى كَانَ.. لَهُ لَا لَهَا.

وَلَا أَنْ يَشْتَرِيَ من يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ فِي المَال ربحٌ، ....

اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة.. لا يدخل تحت عقد المضاربة. فكذا هذا.

وهل للمضارب أن يتزوج أمة من مال المضاربة؟

ففي «قاضي خان»: ولو تزوج المضارب أمة للمضاربة؛ فإن كان في المال ربح.. لا يجوز له نكاحها؛ أذن له رب المال أو لم يأذن.

فإن لم يكن في المال ربح؛ فإن تزوجها بإذن رب المال.. جاز، وتخرج الأمة من المضاربة وتصير محسوبة عن رأس مال المضاربة على رب المال؛ لأن المضاربة انفسخت فيها؛ لإقدامهما على نكاحها.

وقال في «المحيط»: وعن محمد: لا يطأ رب المال، ولا المضارب جارية المضارب، ولا يقبلها، ولا يمسُّها بشهوة وإن لم يكن فيها فضل على رأس المال.

(**ولا أن يشتري به من يعتق على رب المال**) بقرابة أو بسبب يمين؛ بأن حلف رب المال على عتقه إن ملكه؛ وهذا لأن عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح، وذلك بالبيع بعد الشراء، وفي التصرف فيه مرة بعد أخرى، والعتق ينافيه.

بخلاف الوكيل بشراء العبد؛ حيث يجوز له أن يشتري من يعتق على الموكل؛ لأن التوكيل هناك مطلق، فيجري على إطلاقه، وهنا: مقيد بمال يمكن التجارة فيه؛ حتى لو وجد في الوكالة أيضاً ما يدل على التقييد؛ بأن قال: اشتر لي عبداً أبيعه أو جارية أطؤها.. كان الحكم كذلك.

(**فإن شرى.. كان له**)؛ أي: للمضارب (**لا لها**)؛ أي: لا للمضاربة؛ لأن الشراء إذا لم يجد نفاذاً على رب المال.. نفذ على المشتري.

(**ولا أن يشتري من يعتق عليه**)؛ أي: على المضارب (**إن كان في المال ربح**)؛ لأنه يعتق نصيبه، ويفسد بسببه نصيب رب المال، أو يعتق؛ على الاختلاف الذي مر في العتق بين أبي حنيفة وصاحبيه، فيمتنع التصرف فيه.

فَإِن فعلَ.. ضَمِنَ، وإِنْ لم يكن ربحٌ.. صَحَّ.

والمراد بظهور الربح هنا: أن يكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال؛ سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لا؛ لأنه إذا كان قيمة العبد مثل رأس المال.. لا يظهر ملك المضارب فيه، بل يجعل مشغولاً برأس المال؛ حتى إذا كان رأس المال ألفاً وصار عشرة آلاف، ثم اشترى [٤٢٢/ب] المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل.. لا يعتق عليه.

وكذا: لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر، وقيمة كل واحد ألف أو أقل، فاشتراهم.. لا يعتق واحد منهم؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال، ولا يملك المضارب منهم شيئاً؛ حتى تزيد قيمة كل واحد على رأس المال على حدة من غير ضمه إلى آخر.

قال في «المحيط»: وليس للمضارب أن يكاتب؛ لأن الكتابة ليست بتجارة؛ فإن كاتب وليس فيه فضل.. فما أداه: يكون من مال المضاربة، فلا يعتق.

ولو كاتب، وفيه فضل.. تصح الكتابة في حصة المضارب عند أبي حنيفة، والباقي على المضاربة؛ لأن عنده: الكتابة تتجزأ كالعتق.

وعندهما: لا تتجزأ، فللآخر نقض الكتابة؛ دفعاً للضرر عن نفسه.

فإن لم ينقض الكتابة حتى أداها.. عتق نصيب المضارب عنده.

وعندهما: يعتق الكل، وما قبض المضارب من المكاتبة.. فربعه له، وثلاثة أرباعه يكون على المضاربة، فيستوفي رب المال رأس ماله من ثلاثة أرباع المكاتبة، وما بقي: يكون بينهما على الشرط. انتهى.

(**فإن فعل**) المضارب ذلك؛ أي: شراء من يعتق عليه، وفي المال ربح (.. **ضمن**)؛ لأنه صار مشترياً العبد لنفسه؛ لعدم دخوله تحت إطلاق العقد، فيضمن بالنقد من مال المضاربة.

(**وإن لم يكن**) في المال (**ربح**)؛ بأن لم يكن في قيمة العبد زيادة على رأس المال (.. **صح**) شراؤه للمضاربة؛ لأنه إذا لم تزد قيمته على رأس المال.. لا يعتق

فَإِنْ حدثَ ربحٌ بعد الشِّرَاءِ.. عتقَ نصِيبُه، وَلَا يضمنُ، بل يسْعَى الْمُعْتَقُ فِي نصيبِ ربِّ المَالِ.

وَلَو اشْترى الْمضَارِبُ بالنّصْفِ: أمةً بِأَلف، وَقيمتُهَا أَلفٌ، فَولدت ولداً يُسَاوِي أَلفاً فَادَّعَاهُ مُوسِراً ....

عليه؛ إذ لا ملك للمضارب فيه؛ لكونه مشغولاً برأس المال، فيمكنه أن يبيعه للمضاربة.. فيجوز الشراء.

(**فإن حدث ربح بعد الشراء**)؛ بأن كانت قيمته وقت الشراء: قدر رأس المال أو أقل، ثم زادت قيمته على رأس المال (.. **عتق نصيبه**)؛ لأنه ملك بعض قريبه.

(**ولا يضمن**) لرب المال شيئاً؛ لأنه لا صنع له فيه، وإنما عتق عليه نصيبه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة بلا صنع منه؛ فصار كما إذا ورثه مع غيره؛ كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً وأخاً.. عتق نصيب الزوج، ولا يضمن لأخيها شيء؛ لعدم الصنع منه.

(**بل يسعى المعتق في نصيب رب المال**)، وهو رأس المال، وحصة رب المال من الربح، وهذا لأنه احتسبت مالية العبد عند العبد، فيسعى فيه كما في الورثة؛ فإن العبد لو كان موروثاً بين اثنين وأحدهما أبوه.. فالعبد يعتق عليه، ويسعى في نصيب الآخر، ولا يضمن.

هذا، ولو اشترى المضارب نصف قريبه بمال المضاربة، ولا فضل فيه، ونصفه بماله.. صح عليهما؛ لأن هذا النصف لا ربح فيه، فلم يثبت العتق [٤٢٣/أ] فيه، وإنما دخل العتق فيه حكماً بما اشتراه لنفسه، فلم يصر مخالفاً.. فلا يضمن، بل يسعى العبد لرب المال. كذا في «الزيلعي».

(**ولو اشترى المضارب بالنصف: أمة بألف**) وهي مال المضاربة (**وقيمتها ألف**)، فوطئها المضارب، (**فولدت ولداً يُساوي**) قيمة الولد (**ألفاً، فادعاه**) المضارب أنه ابنه (**موسراً**)؛ أي: حال يساره.

إنما قيده به؛ لنفي شبهة؛ هي: أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب، وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار، فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً، ومع ذلك لا يضمن.

ووجه الدفع: أن دعوة المضارب صحيحة في الظاهر؛ لصدورها عن أهلها في محلها؛ حملاً لها على الفراش بالنكاح؛ بأن زوَّجها منه البائع، ثم باعها منه وهي حبلى منه؛ حملاً لأمره على الصلاح.

ولكن لا تنفذ هذه الدعوى؛ لعدم الملك، وهو شرط فيه؛ إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال، فلا يظهر الربح فيه، وذلك لأن مال المضاربة: إذا صارت أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال.. لا يظهر الربح فيه، والرقيق أجناس مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحداً، وعندهما أيضاً في رواية كتاب المضاربة.

وإذا لم يظهر فيه ربح.. لم يكن للمضارب نصيب في الأمة، ولا في الولد.. فلا تنفذ دعواه؛ لأن الثابت له حينئذ: مجرد حق التصرف، وذلك لا يكفي في نفاذ دعواه، وإذا لم تنفذ دعواه.. فلا ضمان عليه.

فإن قيل: إن الجارية كانت متعيّنة لرأس المال قبل الولد، فتبقى كذلك بعده، وتعين أن يكون الولد كله ربحاً.

قلنا: تعينها كان لعدم المزاحم، لا لأنها رأس المال؛ فإن رأس المال: هو الدراهم، وبعد الولد تحققت المزاحمة، فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى لذلك من الآخر، فاشتغلا برأس المال؛ دفعاً للترجيح بلا مرجح.

وهذا، بخلاف ما إذا اشترى المضارب بألف المضاربة فرسين، كل واحد منهما يساوي ألفاً؛ حيث يظهر الربح فيه.. كان للمضارب فيه ربعهما؛ حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه.. صحّ.

فَصَارَتْ قِيمَتُه ألفاً وَنصفه.. استسعاه ربُّ المَالِ فِي ألفٍ وربعِهِ، أَو أَعْتَقهُ.

وذلك لأن الفرسين جنس واحد يقسمان جملة عندهما، وإذا اعتبرا جملة.. حصل البعض ربحاً.

بخلاف العبدين؛ فإنهما جنسان عندهم، فلا يقسمان جملة واحدة، بل كل واحد يكون بينهما على حاله؛ لعدم الأولوية [٤٢٣/ب]، فلا يظهر الربح.

(فصارت)؛ أي: بعد الدعوة **(قيمته)**؛ أي: قيمة الولد **(ألفاً ونصفه)**؛ أي: نصف الألف **(.. استسعاه رب المال في ألف وربعه)**؛ أعني: مائتين وخمسين.

(أو أعتقه)، وذلك لأنه لما ازدادت قيمة الغلام وصارت ألفاً ونصفه.. ظهر الربح فيه في ذلك الوقت ونفذ؛ لأن سببها كان موجوداً، وهو فراش النكاح على ما ذكرناه، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع، وهو عدم الملك؛ فإذا زال المانع.. صار نافذاً.

بخلاف ما إذا أعتق المضاربُ الولدَ، ثم ازدادت قيمته على رأس المال.. حيث لا ينفذ إعتاقه السابق؛ لأن الإعتاق إنشاء العتق، ولم يصادف محله؛ لعدم الملك، فكان باطلاً، وإذا بطل.. لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك.

وأما الدعوة: فإخبار؛ فإذا ردَّ في حق غيره [.. فهو باقٍ] في حق نفسه؛ فإذا ملكه بعد ذلك.. نفذت دعوته فيه؛ كما إذا أقر بحرية عبد لغيره.. يرد إقراره؛ فإذا ملكه بعد ذلك.. نفذ عليه وصار حراً.

ولو أعتق عبد الغير، ثم ملكه.. لا ينفذ عتقه؛ فإذا نفذت دعوته فيه.. صار الغلام ابناً له، وعتق عليه بقدر نصيبه منه وهو ربعه، ولم يضمن حصته رب المال من الولد؛ لأن عتقه يثبت بالملك والنسب، فصارت العلة ذات جزئين، والملك آخرهما وجوداً، فيضاف الحكم - وهو: العتق - إليه على ما هو الأصل في أمثاله؛ كما في مسألة: وضع القفيز الأخير في السفينة والقدح الأخير؛ فإن الضمان: يضاف إلى القفيز الأخير في السفينة، والسكر إلى القدح الأخير في الشرب، ولا صنع

فَإِذا قبضَ الْألفَ.. ضمنَ الْمُدَّعِي نصفَ قيمَةِ الأمةِ.

للمضارب في الملك، فلا يجب عليه الضمان؛ لعدم التعدي منه؛ إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدي؛ فإذا انتفى الضمان عنه.. كان رب المال بالخيار بين الاستسعاء والإعتاق.

فإن شاء.. استسعى الغلام؛ لاحتباس ماليته عنده، وإن شاء.. أعتقه؛ لكونه قابلاً للعتق؛ فإذا اختار الاستسعاء.. استسعاه في الألف ومائتين وخمسين؛ لأن الألف: تستحق له برأس المال، ومائتين وخمسين: نصيبه من الربح.

(**فإذا قبض**) رب المال من الغلام (**الألف**)؛ أي: رأس المال (.. **ضمن المدعي**)؛ أي: المضارب (**نصف قيمة الأمة**)؛ لأن الألف المأخوذة من الولد لما استحق برأس المال؛ لكونه مقدماً في الاستسعاء على الربح.. ظهر أن الجارية كلها ربح، فتكون بينهما، وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة، فيضمن.

وضمان [٤٢٤/أ] التملك: لا يستدعي صنعاً، بل يعتمد التملك، وقد حصل، فيضمن نصيب رب المال موسراً أو معسراً؛ لأن ضمان التملك لا يختلف باليسار والعسار؛ كما إذا استولد جارية بالنكاح، ثم ملكها، هو وغيره وراثة.. فإنه يضمن لشريكه نصيبه؛ كالأخ تزوج بجارية أخيه، فاستولدها، فمات المزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر، فملكها الزوج بغير صنعه، ويضمن نصيب شريكه.

بخلاف ضمان الولد؛ فإنه ضمان إعتاق، وهو إتلاف؛ فلا بد من التعدي، وهو لا يتحقق بدون صنعه، ولا صنع له فيه. على ما سبق.

هذا فيما إذا زادت قيمة الولد على ألف.

ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الأم عليه حتى صارت تساوي ألفاً وخمسمائة.. صارت الجارية أم ولد للمضارب، ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهماً؛ لأنها لما زادت قيمتها.. ظهر الربح فيها، وملك المضارب

بعض الربح، فنفذت دعوته فيها، ويجب عليه لرب المال رأس ماله: وهو ألف، ويجب عليه نصيبه من الربح: وهو مائتان وخمسون.

فإذا وصل إلى يده ألف.. استوفى رأس المال، وصار الولد كله ربحاً، فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه، وما لم يصل إلى رب المال الألف.. فالولد رقيق.

ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح.

ولو ازدادت قيمتها.. عتق الولد، وصارت الجارية أم ولد له؛ لأن الربح ظهر في كل واحد منهما، ويأخذ رأس المال من المضارب؛ لأن ما وجب عليه أيسر المالين؛ لأنه معجل وهو موسر، والسعاية مؤجلة والعبد معسر.

ويأخذ منه أيضاً ما بقي من نصيبه من الربح، ويضمن أيضاً نصف عقرها؛ لأنه لما استوفى رأس المال.. ظهر أنه ربح؛ لأن عقر مال المضاربة: يكون للمضاربة، ويسعى الغلام في نصيب رب المال، ويسقط منه نصيب المضارب. كذا في «الزيلعي».

* * *

(بَابُ الْمضَاربِ يضاربُ)

فإِنْ ضَاربَ الْمضَاربُ **بِلَا إِذنٍ**.. فَلَا ضَمَانَ مَا لم يعْملِ الثَّانِي فِي ظَاهر الرِّوَايَة، وَهُوَ قَوْلهمَا.

وَفِي رِوَايَةِ الْحسنِ عَنِ الإِمَامِ: لَا يضمنُ بِالْعَمَلِ أَيْضاً مَا لم يربحْ.

(بَابُ الْمضَاربِ يضاربُ)

أي: مع آخر (**فإن ضارب المضارب**)؛ أي: دفع مال المضاربة إلى آخر مضاربة (**بلا إذن**) من رب المال (.. **فلا ضمان ما لم يعمل**) المضارب (**الثاني في ظاهر الرواية، وهو قولهما**)؛ أي: قول أبي يوسف ومحمد.

ثم رجع أبو يوسف وقال: يضمن بالدفع بدون اشتراط العمل، وبه قال زفر؛ لأن ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع؛ لعدم الإذن بغيره، ودفعه مضاربة ليس على وجه [٤٢٤/ب] الإيداع، فلا يملكه.

ولهما: أن دفعه: إيداع حقيقة، وإنما يتضرر كونه للمضاربة بالعمل، فكان الحال قبله موقوفاً؛ إن عمل.. ضمن، وإلا.. فلا.

(**وفي رواية الحسن عن الإمام**) أبي حنيفة: (**لا يضمن**) المضارب الأول (**بالعمل**)؛ أي: بعمل المضارب الثاني (**أيضاً**)؛ أي: كما لا يضمن بمجرد الدفع بدون العمل (**ما لم يربح**) المضارب الثاني.

وله: أن الدفع قبل العمل: إيداع، وبعده: إبضاع، والفعلان يملكهما المضارب، فلا يضمن بهما؛ لعدم المخالفة بهما، إلا أنه إذا ربح.. فقد أثبت له شركة في المال، فصار مخالفاً؛ لاشتراك الغير في ربح مال رب المال، وفي ذلك إتلاف، فيوجب الضمان؛ كما لو خلطه بغيره.

ثم وجوب الضمان عليه بالربح، أو بالعمل، أو بمجرد الدفع - على ما ذكرناه -: فيما إذا كانت المضاربتان صحيحتين.

وأما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما.. فلا ضمان على واحد منهما؛

وَإِنْ كَانَتِ الثَّانِيَةُ فَاسِدَةً.. فَلَا ضَمَانَ وَإِنْ ربحَ.

وَحَيْثُ ضَمِنَ.. فلربِّ المَالِ تضمينُ أَيهمَا شَاءَ فِي الْمَشْهُورِ.

لأنهما، إن كانت الثانية هي الفاسدة.. صار أجيراً، وللأول أن يستأجر من يعمل في المال. على ما تقدم.

وإن كانت هي الأولى.. فكذلك الجواب؛ لأن فسادها يوجب فساد الثانية؛ لأن الأولى لما فسدت.. صارت إجارة، وصار الربح كله لرب المال.

ولو صحت الثانية في هذه الحالة.. لصار الثاني شريكاً، وليس للأجير: أن يشارك غيره، بل المضارب لا يملك ذلك، فكانت فاسدة بالضرورة، وكانا أجيرين.

وكذا إذا كانتا فاسدتين؛ فإذا كانا أجيرين.. لا يضمن واحد منهما، بل له أجر مثله، كذا في «الزيلعي» و«العناية».

فعلى هذا: لا وجه لتخصيص الفساد بالثانية في قوله: (**وإن كانت الثانية فاسدة.. فلا ضمان**)؛ أي: على واحد منهما (**وإن ربح**)؛ لما ذكرناه.

والحاصل: أنه لا ضمان على كل واحد منهما؛ سواء: فسدت الثانية، أو الأولى، أو كلاهما؛ غير أنه: إذا فسدت الثانية.. يكون الأول: مضارباً على شرطهما، والثاني: أجيراً له أجر مثله.

وإذا فسدت الأولى أو كلاهما.. يكون كل منهما أجيراً له أجر مثلهما.

فإن قيل: الأجير ليس له أن يستأجر للعمل، فكيف جاز هنا للمضارب الأول أن يستأجر بعد ما فسدت الأولى، وهو أجير فيها؟

قلنا: الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها، فلما كان له أن يستأجر في المضاربة الصحيحة.. كان له أن يستأجر في الفاسدة أيضاً.

(وحيث ضمن)؛ أي: حيث لزم الضمان على المضارب (.. **فلرب المال تضمين أيهما شاء في المشهور**) من [٤٢٥/أ] الرواية؛ لأن المضارب الأول: صار غاصباً بدفعه إلى غيره بغير إذن رب المال، والمضارب الثاني: صار قابضاً مال الغير بغير

وَقيل: على الْخلافِ فِي إِيدَاعِ الْمُودَعِ.

وَإِن أَذِنَ لَهُ بالمضاربةِ فضاربَ بِالثُّلثِ وَقد قيل لَهُ: «مَا رزقَ اللهُ تعالى بَيْننَا نِصْفَانِ، أَو فلي ....

إذن صاحبه، وكلٌّ من الأمرين: مدار الضمان، فيخير صاحبه أيهما شاء، وهذا اتفاقي في المشهور.

(وقيل: على الخلاف في إيداع المودع)؛ يعني: أن أبا حنيفة لا يوجب الضمان على مودع المودع، وصاحباه يوجبان.

فقال بعض مشايخنا: إن إيجاب الضمان على المضارب الثاني جاز على أصل الإمامين في مودع المودع.

ولا يجب عند أبي حنيفة كما لا يجب على مودع المودع عنده، فلا بد من بيان الفرق في المسألتين على قول أبي حنيفة المشهور.

وذلك: أن مودع المودع: يقبضه لمنفعة الأول.. فلا يضمن.

والمضارب الثاني: يعمل فيه لمنفعة نفسه.. فيضمن.

ثم إن ضمن الأول.. صحت المضاربة الثانية؛ لأنه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال؛ فصار كما إذا دفع مال نفسه.

وإن ضمن الثاني.. رجع على الأول بما ضمن؛ لأنه مغرور من جهته؛ كمودع الغاصب.

وتصح المضاربة الثانية بينهما، والربح على ما شرطا بينهما؛ لأن قرار الضمان على الأول؛ فكأنه ضمنه ابتداء، ويطيب الربح للثاني، ولا يطيب للأول؛ لأن الثاني يستحق بعمله ولا خبث في عمله، والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان، ولا يعرى عن نوع خبث؛ لأنه ثابت من وجه دون وجه، وسبيله التصدق.

(وإن أذن له)؛ أي: للمضارب **(بالمضاربة، فضارب)** المضارب **(بالثلث، وقد قيل له)**؛ أي: للمضارب الأول: **(ما رزق الله تعالى بيننا نصفان، أو فلي)** مما رزق الله

نصفُه، أَو مَا فضلَ فنصفان».. فَنصفُ الرِّبْحِ لربِّ المَالِ، وَثلثه للثَّانِي، وسدُسُهُ للأَوَّلِ.

وَإِن دفعَ بِالنِّصْفِ.. فنصفُهُ لربِّ المَالِ، وَنصفُه للثَّانِي، وَلَا شَيْءَ للأولِ.

وَإِن شَرطَ للثَّانِي الثُّلثَيْنِ.. فَكَمَا شَرطَ، وَيضمنُ الأولُ للثَّانِي سدساً.

وَإِن كَانَ قيل لَهُ: «مَا رزقَكَ اللهُ تَعَالَى، أَو مَا ربحتَ بَيْننَا نِصْفَانِ»، فَدفَع بِالثُّلثِ.. فَلِكُلٍّ مِنْهُم ....

(نصفه، أو ما فضل فنصفان.. فنصف الربح لرب المال، وثلثه للثاني، وسدسه للأول)؛ لأن الدفع إلى المضارب الثاني صحيح؛ لأنه كان بأمر الأول، ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى، وقد جعل الأول للثاني ثلثه، فينصرف ذلك إلى نصيبه؛ لأنه لا يقدر على أن ينقص من نصيب رب المال شيئاً، فبقي له السدس، ويطيب ذلك لكلهم؛ لأن رب المال يستحقه بماله، والمضارب الأول والثاني يستحقان بعملهما.

(وإن دفع) المضارب الأول **(بالنصف)**؛ أي: لو قال رب المال للأول: ما رزق الله بيننا نصفان، ودفع المال للثاني بالنصف (.. **فنصفه لرب المال، ونصفه للثاني** [٤٢٥/ب]، **ولا شيء للأول)**؛ لأن رب المال شرط النصف له، والمضارب الأول شرط للثاني النصف أيضاً، والشرطان صحيحان، فلم يبق للأول شيء.

(وإن شرط) المضارب الأول **(للثاني الثلثين)**، وقد قال رب المال للأول: ما رزق الله نصفان بيننا (.. **فكما شرط)** المضارب الأول؛ أي: للثاني ثلثان من الربح.

(ويضمن) المضارب **(الأول للثاني سدساً)**؛ لأن رب المال شرط لنفسه النصف، وبعد إخراج الثلثين للثاني: بقي الثلث لرب المال، فكملناه نصفاً بالسدس، ولا مخرج له إلا المضارب الأول.

(وإن كان قيل له: ما رزقك الله تعالى أو ما ربحت بيننا نصفان، فدفع)؛ أي: المضارب الأول (بالثلث.. **فلكل منهم)**؛ أي: من رب المال والمضارب الأول

ثلثُهُ.

وإِنْ دفعَ بِالنِّصْفِ.. فللثاني نصفه، وَلِكُلٍّ من الأولِ، وَربِّ المَالِ ربعٌ.

وَلَو شَرطَ لعبدِ ربِّ المَالِ ثلثاً ليعْمَل مَعَه، ....

والثاني: (ثلثه)؛ لأن المضارب الأول شرط للثاني الثلث، وشرطه صحيح؛ لأنه بإذن المالك.. فله ذلك، فبقي الثلثان واستوى فيه رب المال والمضارب الأول، فلكل منهما ثلث؛ لأن رب المال لم يشترط لنفسه إلا نصف ما ربح الأول، على ما يدل عليه صيغة الخطاب، ولم يربح الأول إلا الثلثين، فكان بينهما.

(**وإن دفع**) المضارب الأول (**بالنصف**)، وقد كان قال رب المال: ما رزقك الله أو ما ربحت بيننا نصفان (.. **فللثاني نصفه**)؛ لأنه شرطه الأول، وشرطه صحيح لما عرفت.

(**ولكل من الأول ورب المال: ربع**)؛ لما ذكرناه: من أنهما يستويان في استحقاق النصف الباقي، ونصف النصف: ربع.

(**ولو شرط**)؛ أي: المضارب (**لعبد رب المال ثلثا**) ليس تقييده بقيد رب المال احترازاً عن عبد المضارب؛ لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه: مثل حكم عبد رب المال، فيجوز أن يكون احترازاً عن الأجنبي؛ فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب.. صح الشرط والمضاربة جميعاً، وصارت المضاربة مع الرجلين.

وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه.. صحت المضاربة مع الأول، والشرط باطل، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال؛ لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل، ولم يوجد من ذلك شيء. كذا في «العناية».

(**ليعمل**) العبد (**معه**)؛ أي: مع المضارب.

وهذا احتراز عما إذا لم يشترط ذلك؛ فإن فيه تفصيلاً على ما في شرح «الهداية»، وذلك:

ولِربِّ المَالِ ثلثاً، ولنفسِهِ ثلثاً.. صَحَّ.

وَتبطلُ:

بِمَوْتِ أَحدِهِمَا، ....

إما أن يكون على العبد دين أو لا.

فإن لم يكن.. صح الشرط؛ سواء كان العبد للمضارب أو لرب المال؛ لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لانتفاء [٤٢٦/آ] ما يوجب استحقاق الربح في حقه.. جعلناه شرطاً في حق مولاه؛ تصحيحاً لكلامه.

وإن كان عليه دين؛ فإن كان عبد المضارب.. فعلى قول أبي حنيفة: لا يصح الشرط، والمشروط كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال؛ لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وللمضارب أيضاً؛ لأنه لا يملك بسبب عبده المديون. عند أبي حنيفة.

وعندهما: يصح الشرط، ويجب الوفاء به.

وإن كان عبد رب المال.. فالمشروط لرب المال بلا خلاف.

وأما إذا شرطا أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب.. فهو جائز على ما شرطا؛ سواء كان على العبد دين، أو لم يكن؛ لأن للعبد يداً معتبرة، لا سيما إذا كان مأذوناً له، واشتراط العمل: إذن له، فلم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال؛ لأنه مانع من التسليم.

(**ولرب المال ثلثاً ولنفسه ثلثاً.. صح**)؛ لأن اشتراط العمل على العبد: لا يمنع التخلية والتسليم؛ لأن للعبد يداً معتبرة، خصوصاً إذا كان مأذوناً له، ولهذا.. لا يلي المولى بأخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، وإذا لم يمنع التخلية.. لم يمنع الصحة، وإذا صح.. يكون الثلث للمضارب عملاً بالشرط، والثلثان للمولى؛ لأن اشتراطه لعبده: يكون اشتراطاً للمولى؛ فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح؛ لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه.. فكسبه للغرماء.

(**وتبطل**)؛ أي: المضاربة (**بموت أحدهما**)؛ لأن المضاربة: توكيل، والوكالة

تبطل بموت أحدهما، فكذا هذا.

وهل يشترط علم الآخر بموت أحدهما؟

أطلقه في «الهداية» وشروحه ولم يصرحوا بذلك.

وصرح في «قاضي خان»: بعدم اشتراط علم المضارب بموت رب المال، ولم يتعرض لعكسه؛ حيث قال: وتبطل المضاربة بموت رب المال؛ علم المضارب بذلك أو لم يعلم، حتى لا يملك المضارب الشراء بعد ذلك بمال المضاربة، ولا يملك السفر، ويملك بيع ما كان عرضاً لينقد المال؛ لأنه عزل حكمي.

ولو عزله قصداً.. يملك بيع ما كان اشترى من العروض.

ولو خرج المضارب بعدما مات رب المال إلى مصر رب المال.. لا يضمن استحساناً، هكذا ذكره في «البزازية»؛ حيث قال: وبموت رب المال ينعزل المضارب، [ولو خرج] بعدما مات رب المال.. إلى مصر رب المال لا يضمن استحساناً. انتهى.

هكذا ذكره في «البزازية»؛ حيث قال: وبموت رب المال ينعزل المضارب [٤٢٦/ب]؛ علم أو لا، فلا يملك الشراء المبتدأ، ويملك بيع المشترى لينقد المال. انتهى.

والذي ظهر من قولهما: «لينقد المال»: أن المضارب يملك بيع العروض بعد موت رب المال بالنقد لا بالعروض.

لكنه قال في «البزازية» بعد هذا: مات المضارب والمال عروض.. فولاية البيع لوصي المضارب.

وقيل: للوصي ولرب المال معاً؛ لأن المال مشترك بينهما.

وإن مات رب المال، والمال نقد.. بطلت المضاربة في حق التصرف.

وبلحاقِ ربِّ المَالِ مُرْتَدّاً، ....

وإن عرضاً: في حق المسافرة.. تبطل لا في حق التصرف، فيملك بيعه بالعروض والنقد. انتهى.

فقد أفاد بقوله: «يملك بيعه بالعرض والنقد»: أن للمضارب بيع العروض بالنقد، والعروض بعد موت رب المال على خلاف ما ذكره أوّلاً.

وقال في «البزازية» أيضاً: ولو أتى المضارب مصراً واشترى شيئاً، فمات رب المال وهو لا يعلم ذلك، فأتى بالمتاع مصراً آخر.. فنفقة المضارب في مال نفسه، وهو ضامن لما هلك في الطريق، وإن لم يسلم المتاع.. جاز بيعه؛ لبقائها في حق البيع.

ولو خرج من ذلك المصر قبل موت رب المال، ثم مات.. لم يضمن نفقته في سفره. انتهى.

والذي يقتضيه النظر: أنها لما كانت مثل الوكالة.. لم يشترط العلم بموت أحدهما - أيهما كان - في بطلان المضاربة بالموت كما في الوكالة.

(**وبلحاق رب المال مرتداً**)؛ أي: تبطل بالقضاء بلحاق رب المال بدار الحرب مرتداً؛ لأن بعد القضاء بلحاقه مرتداً: صار بمنزلة الموت، ولهذا.. يورث ماله، وتعتق أمهات أولاده ومدبروه، فبطلت المضاربة بالاتفاق.

وأما قبل القضاء بلحاقه.. فيتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة؛ فإن أسلم.. نفذ كما كان، وإن قتل مرتداً، أو مات عليه، أو حكم بلحاقه.. بطلت المضاربة؛ لأنه يتصرف لرب المال، فكان كتصرف رب المال بنفسه، وتصرفه موقوف عند أبي حنيفة؛ فكذا تصرف من يتصرف له.

وعندهما: يجوز بلا توقف. كذا في «شرح المجمع».

ثم هذا: إذا لم يعد مسلماً؛ أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء بلحاقه أو بعد القضاء به.. فكانت المضاربة باقية كما كانت.

لَا بلحاقِ الْمضَارِبِ.

وَلَا يَنْعَزِلُ بعزلِهِ مَا لم يعلمْ بِهِ ....

أما قبل القضاء: فلأنه بمنزلة الغيبة، وهي لا توجب بطلان المضاربة.

وأما بعده: فَلِحَقِّ المضارب؛ كما لو مات حقيقة، ثم أحياه الله تعالى.. لم تبطل المضاربة؛ لحق المضارب. كذا في «العناية».

قال شمس الأئمة: لو أحياه الله تعالى بعد الموت.. أخذ ما وجده من أعيان ماله في [٤٢٧/أ] يد وارثه.

(لا بلحاق المضارب)؛ أي: عندهم جميعاً.

أما عندهما: فلأنه بمنزلة عندهما في جميع تصرفاته.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن ردته إنما تنافي الولاية الأصلية دون الولاية المستفادة من جهة الغير؛ لأن مدار هذه الولاية على العقل وقصد التصرف وصلاحية الذمة، ولا خلل في ذلك، فصحت عبارته ونفذت وكالته؛ حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع، ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب.. جازت تلك التصرفات كلها، والربح بينهما على ما شرطا.

وتوقف تصرف المرتد عند أبي حنيفة؛ لتعلق حق الوارث بماله.

ولا توقف في ملك رب المال؛ لعدم تعلقهم به، فبقيت المضاربة كما كانت، غير أن ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى: يكون على رب المال في قول أبي حنيفة؛ لأن حكم العهدة يتوقف بردته؛ لأنه لو لزمته.. تقضى من ماله، ولا تصرف له فيه بعد ارتداده، فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء.

وعندهما: حاله في التصرف بعد الردة: كهي فيه قبلها، فالعهدة عليه، ويرجع على رب المال.

(ولا ينعزل بعزله)؛ أي: بعزل رب المال (ما لم يعلم) المضارب (به)؛ أي: بالعزل؛ لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه.. فلا ينعزل

فَإِنْ علمَ وَالْمَالُ عرُوضٌ.. فَلهُ بيعهَا، وَلَا يتَصَرَّفُ فِي ثمنِهَا.

وَإِن كَانَ نَقْداً من جنسِ رَأسِ المَالِ.. لَا يتَصَرَّفُ فِيهِ.

وإِنْ مِن غيرِ جنسِهِ.. فَلهُ تبديلُه بِجِنْسِهِ اسْتِحْسَانًا.

بدونه، حتى لو اشترى وباع بعد عزله وقبل علمه.. يصح تصرفه.

وإنما قلنا: «قصداً»؛ لأن العزل الضروري لا يتوقف على العلم؛ كما في موت رب المال والموكل؛ فإن المضارب والوكيل: ينعزلان بموتهما وإن لم يعلما بذلك.

(فإن علم) بعزله (والمال عروض.. فله بيعها) نقداً ونسيئة، حتى لو نهاه عن البيع نسيئة.. لم يعمل نهيه؛ لأن حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد، والربح إنما يظهر بالقسمة، والقسمة تبتنى على رأس المال بتمييزه، ورأس المال إنما يتميز ويحصل بالبيع نقداً ونسيئة.

(ولا يتصرف في ثمنها)؛ أي: ثمن ما باع من العروض بعد؛ لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال، وقد اندفعت من حيث صار نقداً، فيعمل.

(وإن كان نقداً) من دراهم أو دنانير وقد كان علم بعزله (من جنس رأس المال.. لا يتصرف فيه)؛ لأنه ليس في إعمال عزله: إبطال حقه في الربح؛ لظهوره، فلا ضرورة في ترك الإعمال.

(وإن) كان (من غير جنسه)؛ بأن كان المال دراهم ورأس المال دنانير، أو على العكس (.. فله)؛ أي: للمضارب (تبديله بجنسه [٤٢٧/ب] استحساناً)؛ لأن الربح لا يظهر إلا به، وصار كالعروض.

وفي القياس: لا يبدله؛ لأن النقدين جنس واحد من حيث الثمنية، فيظهر الربح بأيهما كان.

وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقاً والمال عروض.. كعزله والمال عروض؛ حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه، كما لا يمنعه عزله منه؛ لأن جواز بيعه له بعد العزل لأجل حق المضارب؛ لاحتمال أن يكون فيه ربح فيظهر، وذلك لا

وَالبياعُ وَالسِّمسارُ يُجبرانِ عَلَيْهِ.

وَمَا هلكَ مِن مَالِ الْمُضَارِبَةِ.. صُرفَ إِلَى الرِّبْحِ أَولاً.

فَإِنْ زَادَ على الرِّبْحِ.. لَا يضمنُ الْمضَارِبُ.

(والبياع)؛ أي: الدلال.

(والسمسار)؛ أي: المتوسط بين البائع والمشتري بأجر.

(يجبران عليه)؛ أي: على الاقتضاء؛ لأنهما يعملان بالأجر عادة، وإذا وصل إليه أجره.. أجبر على تمام عمله.

قال في «العناية»: استئجار السمسار قلما يخلو عن فساد؛ لأنه إذا استؤجر على شراء شيء بعينه.. فقد استؤجر على ما لا يستقل [٤٢٨/أ] به؛ لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة على بيعه، وقد لا يساعده، وقد يتم بكلمة، وقد لا يتم بعشر كلمات، فكان فيه نوع جهالة.

والأحسن في ذلك: أن يؤمر بالبيع والشراء ولم يشترط له أجراً معيناً، فيكون وكيلاً معيناً له، ثم إذا فرغ من عمله.. عوضه بأجر المثل، هكذا روي عن أبي يوسف ومحمد، هكذا ذكره قاضي خان، وجعله حيلة في جواز استئجار الدلال والسمسار، وقال: يجوز ذلك لمساس الحاجة؛ كما جاز دخول الحمام بأجر غير مقدر.

(وما هلك من مال المضاربة.. صرف إلى الربح أوّلاً)؛ لأن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال؛ لقوله ﷺ: «مثل المؤمن كمثل التاجر: لا يسلم ربحه حتى يسلم له رأس المال.. فكذلك المؤمن: لا تسلم له نوافله حتى تسلم له فرائضه»، ولأن رأس المال أصل، والربح تبع، ولا معتبر بالتبع قبل وصول الأصل؛ فمتى هلك منه شيء.. استكمل من التبع أوّلاً.

(فإن زاد) الهلاك **(على الربح.. لا يضمن المضارب)**؛ لأنه أمين، فلا يكون ضميناً؛ للتنافي بينهما.

وَلَو افْتَرقَا وَفِي المَال دينٌ على النَّاسِ لزمَهُ الِاقْتِضَاءُ إِن كَانَ ربحٌ، وإِلَّا.. فَلَا.

ويوكلُ الْمَالِكَ بِهِ، وَكَذَا سَائِرُ الوكلاءِ.

يختلف بين أن يكونِ العزل قصداً أو حكماً كما في الأمور المذكورة؛ لأن حقه فيه ثابت على كل حال.

بخلاف ما إذا لم يكن فيه حق؛ بأن كان المال كله نقداً من جنس رأس المال، أو كان وكيلاً لا مضارباً.. حيث يختلف فيه بين العزل القصدي والحكمي؛ فإنه لا ينعزل في القصدي، إلا إذا علم.

وفي الحكمي: ينعزل؛ علم أو لم يعلم.

ولو مات المضارب والمال عروض.. فولاية البيع لوصي المضارب.

وقيل: للوصي ولرب المال معاً؛ لأن المال مشترك بينهما.

(ولو افترقا)؛ أي: رب المال والمضارب **(وفي المال دين على الناس.. لزمه)**؛ أي: المضارب **(الاقتضاء)**، حتى لو امتنع عن الاقتضاء.. أجبره الحاكم عليه **(إن كان ربح)**؛ لأنه بمنزلة الأجير، وأجره الربح، فيلزمه تمام العمل.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يربح، **(.. فلا)** يجبر على الاقتضاء؛ لأنه حينئذ وكيل محض، والوكيل متبرع لا يجبر على إيفاء ما يتبرع به.

(ويوكل المالك به)؛ أي: بالاقتضاء، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال: أن رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب على المضارب، وذلك لا يتم إلا بالقبض، وما لا يتم الواجب إلا به.. فهو واجب، فالاقتضاء واجب عليه على كل حال.

ووجه الدفع: أنا لا نسلم أن الرد واجب، وإنما الواجب عليه رفع يده كالمودع، فيقال له: وكل الموكل في الاقتضاء؛ فإذا وكله.. فقد أزال يده، ولا بد له من ذلك؛ لأن حقوق العقد ترجع إليه؛ فإن لم يوكل.. يضيع حق رب المال.

(وكذا سائر الوكلاء)؛ يعني: أن الوكيل إذا باع وانعزل.. لا يجبر على التقاضي، بل يقال له: وكل الموكل بالاقتضاء.

وأما لو أهلكه المضارب بالإنفاق على نفسه، أو الإعطاء إلى رجل وأتلفها الرجل.. فتبطل المضاربة ويصير المال مضموناً عليه.

اعلم: أنه إذا هلك المال قبل التصرف.. بطلت المضاربة؛ لأنه فات محل العقد، وهو المال المعين المسلم إليه.

والقول قول المضارب في الهلاك مع يمينه؛ لأنه أمين بمنزلة المودع.

ولو استهلكه أو أنفقه أو أعطاه رجلاً فاستهلكه.. لم يكن له أن يشتري على المضاربة شيئاً؛ لأنه صار مضموناً عليه بالتعدي، ومن حكم المضاربة: أن يكون أميناً لا ضميناً؛ فإن أخذه من الذي استهلكه.. كان له أن يشتري على المضاربة، رواه الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنه أخذ بدل المضمون، وهذه مبادلة؛ فصار كما لو باعه وأخذ ثمنه.

وروي عن محمد: أن المضارب إذا أقرض رجلاً؛ فإن رجعت إليه الدراهم بعينها.. رجعت إلى المضاربة؛ كالمودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق.

وإن أخذ مثلها.. لم يرجع؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك عينها، فلا يبرأ عن ضمان، وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان.

ولو اشترى بألف المضاربة ثياباً، وقبض الثياب، ولم ينقده الألف حتى ضاعت الألف.. يرجع على رب المال بألف أخرى، فتكون رأس العين؛ لأن رب المال دفع العين على جهة المضاربة.

وكذلك كلما هلك قبل النقد، ويكون رأس ماله جميع ما غرم مع الألف.

بخلاف الوكيل بالشراء [٤٢٨/ب]؛ فإنه يرجع بالثمن مرة.

والفرق بينهما مذكور في «المحيط» للسرخسي.

هذا فيما إذا هلك مال المضاربة قبل التصرف.

فَإِنِ اقتسماهُ وفُسِخَت ثمَّ عُقِدَت فَهَلَكَ المَالُ أَو بعضُهُ.. لَا يترادَّانِ الرِّبْحَ.

وأما إذا هلك بعد التصرف.. فيغرم المضارب قدر حصته من الربح، والباقي يغرمه رب المال؛ كما سيأتي في الكتاب عن قريب.

وقال في «المحيط»: ولو تصرف المضارب في ألف المضاربة حتى صارت ألفين، فاشترى بهما جارية قيمتها ألفان، فهلكت الألفان قبل أن ينقد.. رجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة، ويضمن المضارب خمسمائة، وتكون ربع الجارية له، ويخرج من المضاربة، والباقي على المضاربة؛ لأنه اشترى ثلاثة أرباع الجارية لرب المال؛ لأن ثلاثة أرباع الثمن كانت مملوكة لرب المال، فكان ضمان مملوكه عليه، وربعها اشتراه لنفسه؛ لأن ربع الثمن كان ملكاً له؛ لأنه حصته من الربح، فكان ضمان هذا الربح عليه، وخرج من المضاربة؛ لأن حق المضارب لا يظهر إلا في الربح، والربح لا يتحقق إلا بعد القسمة، وإذا قسم.. لا يجوز أن يكون للمضارب رأس مال في المضاربة.

وأما ثلاثة الأرباع.. فبقيت على المضاربة؛ لأن ضمان رب المال لا يخرجه من المضاربة؛ لأن رأس ماله على حاله.

وإن باع تلك الجارية بخمسة آلاف.. كان ثمن الربع له وثلاثة أرباعه على المضاربة يأخذ رب المال منه رأس ماله ألفين وخمسمائة، والباقي بينهما على الشرط؛ لأن رأس مال هذه المضاربة ألفان وخمسمائة، يأخذ رب المال ذلك أولاً، والباقي يكون بينهما على الشرط. انتهى.

(**فإن اقتسماه**)؛ أي: الربح (**وفسخت**)؛ أي: المضاربة (**ثم عقدت**) ثانياً، (**فهلك المال**) بعد العقد الثاني كله (**أو بعضه.. لا يترادان الربح**) الذي اقتسماه؛ لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ، وثبوت الثانية بعقد جديد، فهلاك المال كلًّا وبعضاً في الثانية.. لا يوجب انتقاض الأولى؛ فصار كما إذا دفع إليه مالاً آخر.

وإِنْ اقتسماهُ مِن غيرِ فسخٍ.. ترادَّاهُ حَتَّى يتمَّ رَأسُ المَالِ.

فإِنْ فضلَ شَيْءٌ.. اقتسماه.

وَإِن لم يَفِ.. فَلَا ضَمَانَ على الْمضَارِبِ.

وهذه هي الحيلة إذا خاف المضارب أن يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من رأس المال.

(وإن اقتسماه)؛ أي: الربح **(من غير فسخ)** ثم هلك المال كله أو بعضه **(.. تراداه)**؛ أي: الربح الذي اقتسماه **(حتى يتم رأس المال)** لما ذكرناه: أن الربح تبع، ولا يسلم التبع بدون سلامة الأصل.

نظيره: أن الورثة لو عزلوا بعض التركة لقضاء دين الميت، ثم اقتسموا بقية التركة، ثم هلك المعزول.. فإن قسمتهم قد بطلت، ووجب عليهم الترادّ لقضاء الدين.

(فإن فضل شيء)؛ أي: إن فضل بعد التراد من رأس المال [٤٢٩/أ] **(.. اقتسماه)**؛ لأنه ربح، فهو بينهما على ما شرطا.

(وإن لم يف) رأس المال؛ أي: بعد التراد **(.. فلا ضمان على المضارب)**؛ لأنه أمين لا ضمين.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَا يُنْفقُ الْمضَارِبُ من مَالِهَا فِي مِصرِه، أَو فِي مصرٍ اتَّخذهُ دَاراً، وَلَا فِي الْفَاسِدَةِ.

(فَصْلٌ)

(ولا ينفق المضارب) على نفسه، ولا على خادمه **(من مالها)**؛ أي: مال المضاربة **(في مصره)** الذي كان ولد فيه، بقرينة قوله: **(أو)** في **(مصر اتخذه داراً)**؛ لأن المراد منه: ما اتخذه وطناً له، لا مجرد ما نوى الإقامة فيه بدون اتخاذ الدار فيه.

فيكون المراد بالأول: هو الوطن الأصلي الذي ولد فيه.

وهذا: لأن النفقة تجب بأداء الاحتباس؛ كنفقة القاضي والمفتي والزوجة والمدرس.

والمضارب ما دام في مصره أصلياً أو اتخاذياً غير محتبس لعمل المضاربة، بل هو ساكن فيه بالسكنى الأصلية، فلا تجب له النفقة في مال المضاربة، بل ينفق من مال نفسه؛ حتى لو سكن في مصر بنيّة الإقامة بدون اتخاذه داراً.. تجب النفقة في مال المضاربة؛ لأنه ساكن فيه لعمل المضاربة لا بالسكنى الأصلية.

قال في «البزازية»: ما دام يعمل المضارب في المصر.. فنفقته من مال نفسه، وإن كان المصر كبيراً وهو أقام في ناحية منه.. يعمل للمضاربة. انتهى.

(ولا في الفاسدة) من المضاربة؛ لأنه يكون فيها أجيراً، له أجر مثله بيقين، والأجير لا يستوجب النفقة؛ لتعين أجرته.

وهذا؛ أي: عدم لزوم النفقة في مال المضاربة: هو القياس في المضارب المسافر أيضاً؛ لأنه بمنزلة الوكيل والمستبضع؛ لكونه عاملاً لغيره بأمره، أو بمنزلة الأجير؛ لكونه شرط لنفسه شيئاً من الربح.

ولا يستحق واحد من هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به، فكذا المضارب مطلقاً، إلا أنا تركناه في المضارب المسافر بمال المضاربة استحساناً لأجل العرف؛

فَإن سَافرَ.. ....

لأن العرف بين التجار: على أن النفقة في مال المضاربة في السفر، وفي مال المضارب نفسه في الحضر.

وفرقناه بين [هؤلاء] وبين هؤلاء؛ بأن الوكيل والمستبضع متبرعان في عملهما، بخلاف المضارب؛ لأنه يعمل لنفسه في حق الربح.

وبأن الأجير: يستحق البدل بيقين في مقابلة عمله، فلا يتضرر بالإنفاق من مال نفسه.

بخلاف المضارب؛ فإنه لا يستحق إلا الربح، وهو في حيز التردد؛ إذ قد يحصل وقد لا يحصل، فلو أنفق من مال نفسه.. يتضرر، فأوجبناه من مال المضاربة.

(فإن سافر) المضارب بمال المضاربة، ليس المراد هنا بالسفر: سفر القصر، بل المراد: مدة لو خرج من أهله لا يبيت [٤٢٩/ب] مع أهله في ذلك اليوم؛ بقرينة ما سيأتي مصرحاً في الكتاب من قوله: «وما دون السفر».

وقال في «المحيط» للسرخسي: وإن خرج المضارب ما دون السفر.. ينظر؛ إن كان يغدو، ثم يروح إلى منزله ويبيت في أهله.. فلا نفقة له؛ لأنه ليس لهذا حكم الخروج؛ لأن أهل المصر يتجرون في السوق وفي السواد، ثم يبيتون في منازلهم.

وإن كان لا يبيت في أهله.. فنفقته في مال المضاربة؛ لأن خروجه قد صار للمضاربة، فصار محتبساً لأجلها.

ولو نوى الإقامة في مصر.. فله النفقة في مال المضاربة، ولا تبطل نفقته إلا بإقامته في مصره أوفي مصر يتخذه داراً؛ لأن الإقامة إذا كانت للتصرف.. فهو محتبس لأجل المضاربة؛ فإذا صار موطناً له.. فقد توطن بوطنه الأصلي، فكانت إقامته: لتوطنه لا لأجل المضاربة. انتهى.

فقد أفاد: أن للمضارب نفقة في مال المضاربة فيما دون السفر إذا لم يكن يبيت بأهله، لكن في «البزازية» ما يوهم خلاف هذا؛ حيث قال: وإن خرج المضارب من

فطعامُهُ وَشَرَابُهُ مِن مَالِهَا بِالْمَعْرُوفِ.

وَكَذَا كِسوتُهُ وركوبُهُ شِرَاءً واستئجاراً.

وَكَذَا أُجْرَةُ خادمِهِ، ....

العمران مع مال المضاربة؛ كان مدة سفر أو لا.. فنفقته في المال. انتهى.

فإنه أفاد: أن للمضارب نفقة فيما دون السفر، ولو دون يوم بمجرد تجاوزه من عمران المصر، ولم يقيد وجوب النفقة: بعدم البيتوتة مع أهله.

اللهم، إلا أن يحمل كلام «البزازية» على المقيد بإضمار القيد.

هذا، وإذا أنفق المضارب في سفره من مال نفسه.. فهل يرجع بما أنفق في مال المضاربة أو لا؟

ففي «البزازية»: أنه يرجع؛ حيث قال: صار مال المضاربة ديناً في الناس، ورب المال في بلد آخر، فأنفق في سفره وتقاضيه ما لا بد له منه.. يحتسب من المضاربة؛ لأن سعيه لأجل مالها.

وبه يعلم: أنه إذا أنفق في سفره من ماله.. يرجع في مالها؛ لأنه قد لا يجد بداً منه؛ بأن لا تصل يده إلى مال المضاربة عند حاجته إلى النفقة، إلا أن تزيد نفقته على الدين.. فلا يرجع بالزيادة؛ لأن نفقته في مال المضاربة، لا في ذمة رب المال.

ولهذا: إذا سافر بمالها وأنفق من مال نفسه في طعامه وكسوته وغيره؛ ليرجع على مال المضاربة، ثم تلف المال قبل الرجوع.. لا يرجع على رب المال.

بخلاف ما إذا استأجر دابة ليحملوا متاع المضاربة، واشترى طعاماً لها فضاع المال قبل أن ينفق.. يرجع على رب المال. انتهى.

(فطعامه) شروع في بيان النفقة المعتبرة ههنا.

(وشرابه: من مالها)؛ أي: مال المضاربة **(بالمعروف)** [٤٣٠/أ] بين التجار.

(وكذا: كسوته وركوبه؛ شراءً واستئجاراً)؛ أي: بالمعروف بينهم.

(وكذا: أجرة خادمه)؛ أي: خادم المضارب.

وفراشٌ ينامُ عَلَيْهِ، وَغسلُ ثِيَابِهِ، والدُّهنُ فِي مَوضِعٍ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَيْهِ.

وَضَمِنَ مَا كَانَ زَائِداً على الْعَادةِ.

وَنَفَقَتُهُ فِي مِصرِهِ: مِن مَالِهِ كالدواءِ.

وأما أجرة خادم رب المال ودابته.. ففي مال رب المال لا في مال المضاربة. كذا في «البزازية».

(وفراش ينام عليه، وغسل ثيابه)؛ أي: ثياب المضارب وثياب خادمه، وكذا ثياب عبد المضاربة.

(والدهن)، كذا ذكره محمد في «الأصل» معللاً: بأن الدهن يستعمل غالباً في عموم الأوقات، فصار كالذي لا بد منه.

وذكر الكرخي في «مختصره»: أن الدهن في مال المضارب نفسه؛ لأن هذا ليس من المؤن الأصلية.

(في موضع يحتاج فيه إليه) كالحجاز.

وكذا الخضاب: في موضع يحتاج إليه في مال المضاربة. كل ذلك بالمعروف.

(وضمن ما كان زائداً على العادة)؛ أي: عادة التجار؛ لأنه تعدٍّ على قدر الحاجة، فيُضْمَن.

وكذا: كل ما لزم المضارب في سفره: من علف دابته، وعلف دواب الحمل، والكلاب للحراسة، وأكل الفاكهة، وأجرة الحمام، والحلاق، وقصر الشارب.. كل ذلك في مال المضاربة بالمعروف؛ للعرف، ولأن نظافة البدن والثياب توجبه كثرة من يعامله؛ لأن صاحب الوسخ يعده الناس من المفاليس، فيجتنبون معاملته.

(ونفقته)؛ أي: نفقة المضارب **(في مصره)**؛ أصلياً كان أو اتخاذياً. على ما تقدم.

(من ماله)؛ أي: مال المضارب: **(كالدواء)**؛ لأنه لم يحتبس لعمل المضاربة، بل احتبس للسكنى الأصلية، والنفقة إنما تجب: بأداء الاحتباس. على ما تقدم.

وَيردُّ مَا بَقِيَ من كِسْوَةٍ وَغَيرِهَا إِذا قَدِمَ إِلَى رَأسِ المَال.

وَمَا دونَ السّفرِ: كسوقِ الْمِصرِ؛ إِنْ أَمكنَهُ أَن يَغْدُوَ ويبيتَ فِي أَهلِهِ.

وإِلَّا.. فكالسفرِ.

وَلَيْسَ للمستبضِعِ الْإِنْفَاقُ من مَالِهَا.

قال في «المحيط»: وثمن الدواء والحجامة والفصد وجارية الوطء أو الخدمة: في مال المضارب؛ لأنه لا يحتاج إليه في عموم الأوقات.

(ويرد ما بقي من كسوة وغيرها) مما ذكر **(إذا قدم)** من سفره بمصره.

(إلى رأس المال) متعلق بيرد، وذلك لتمام الحاجة، ودفع الضرورة بعد القدوم بمصره، والحكم ينتهي بتمام علته.

كالحاج عن الغير: إذا بقي في يده شيء.. رده على المحجوج عنه أو لوارثه.

وكالغازي: إذا خرج من دار الحرب.. يرد ما بقي في يده من النفقة إلى الغنيمة.

وكالأمة إذا بوّأها مولاها منزلاً مع الزوج، ثم أخرجها للخدمة وقد بقي شيء من النفقة في يدها.. استردها الزوج من المولى.

وعن الحسن: عن أبي حنيفة: أن الدواء وأجرة الحمام والكحل من مال المضاربة.

(وما دون السفر: كسوق المصر إن أمكنه أن يغدو ويبيت في أهله)؛ لأن أهل المصر يتَّجِرون [٤٣٠/ب] في الأسواق والسواد، ثم يبيتون في منازلهم.

(وإلا)؛ أي: وأن لم يغدو ويبيت في أهله **(.. فكالسفر)**، فيجب فيها ما تجب في مدة السفر من النفقة وغيرها؛ لأنه حينئذ صار محتبساً لعمل المضاربة.

(وليس للمستبضع) - أي: من يأخذ المال بضاعة - **(الإنفاق من مالها)**؛ أي: من مال البضاعة ؛ لأنه متبرع فيها، إلا إن كان أذن له.

وَيُؤْخَذُ مَا أنفقهُ الْمضَارِبُ مِنَ الرِّبْحِ أَولاً، وَمَا فَضَلَ قُسِمَ.

وإِنْ سَافرَ بِمَالِهِ وَمَالِ الْمُضَارِبَةِ أَو بمالينِ لِرجلَيْنِ.. أَنْفق بِالْحِصَّةِ.

وإِنْ بَاعَ مَتَاعَ الْمُضَارِبَةِ مُرَابحَةً.. حُسِبَ مَا أنفقهُ عَلَيْهِ مِن حَمْلٍ وَنَحْوِه، لَا نَفَقَةُ نَفسِهِ.

(**ويؤخذ ما أنفقه المضارب**) على نفسه وعلى خادمه ودوابه (**من الربح أوّلاً، وما فضل**) من الربح بعد الأخذ (.. **قسم**) بينهما على ما شرطا؛ لأن ما ذهب بالإنفاق هالك، والهالك يصرف أوّلاً إلى الربح، وإن لم يفِ الربح بالانفاق.. فمن رأس المال؛ على ما في «البزازية»:

وإن سافر ولم يتفق له شراء المتاع.. فالنفقة في مال المضاربة.

(**وإن سافر**) المضارب (**بماله ومال المضاربة**)؛ يعني: اختلط مال المضاربة بماله؛ إما لكونه قد قيل له: اعمل برأيك، (**أو**) لكون الخلط في تلك البلد معتاداً بين التجار؛ سواء كان الخلط بالنصف أو لا.

(**أو**) سافر (**بمالين لرجلين**)؛ أي: أخذ المال من رجلين مضاربة وسافر بهما (..**أنفق**) في الصورتين (**بالحصة**) من المالين: إن بالنصف.. فالنصف، أو بالثلث.. فكذلك النفقة.

(**وإن باع متاع المضاربة**)؛ أي: المتاع الذي كان أنفق عليه (**مرابحة.. حُسِب ما أنفقه عليه**)؛ أي: على ذلك المتاع، وصورة البيع مرابحة: سبقت في باب بيع المرابحة.

(**من حمل ونحوه**)؛ كأجرة السمسار والصباغ والقصار والطراز، ونحو ذلك مما ذكر في باب المرابحة؛ أي: يضم جميع ذلك من الأجرة إلى رأس المال، ويقول: قام عليّ بكذا.

(**لا نفقة نفسه**)؛ لأن هذه الأشياء تزيد في القيمة، وتعارف التجار إلحاقها برأس المال في بيع المرابحة، فجاز ذلك.

وَلَو شرى مضَارِبٌ بِالنِّصْفِ بِأَلفِ الْمُضَارَبَة بَزّاً وَبَاعه بِأَلْفَيْنِ، وَاشْترى بهما عبداً فضاعا فِي يَدِهِ قبلَ نقدِهما.. يُغرَّمُ الْمضَارِبُ ربعَهُما، وَالْمَالِكُ الْبَاقِي، وَربعُ العَبْدِ: لِلْمُضَارِبِ، وَبَاقِيه: للمضارَبةِ، ....

بخلاف ما أنفق على نفسه في سفره؛ لأنهم لم يتعارفوا ضمه إلى رأس المال، ولا يزيد هو أيضاً في قيمة المتاع.

بخلاف الإنفاق على المتاع؛ لأنها بالزيادة على الثمن: صارت في معنى الثمن.

(**ولو شرى مضارب بالنصف بألف المضاربة**)؛ أي: كان معه ألف بالنصف مضاربة، فاشترى بهذا الألف (**بزاً**) بفتح الباء: متاع البيت خاصة على ما في «المغرب».

(**وباعه بألفين، واشترى بهما**)؛ أي: بالألفين (**عبداً، فضاعا**)؛ أي: الألفان (**في يده**)؛ أي: يد المضارب (**قبل نقدهما**)؛ أي: إلى البائع (.. **يغرم المضارب ربعهما**)؛ أعني: خمسمائة، (**والمالك**) - أي: رب المال - (**الباقي**)؛ أعني: ألفاً وخمسمائة.

(**وربع العبد للمضارب، وباقيه**)؛ أي: ثلاثة أرباعه (**للمضاربة**) [٤٣١/أ].

وقد ذكرنا هذه المسألة فيما سبق من «المحيط».

والأصل فيها: أنه لما صار المال ألفين.. ظهر الربح في المال وهو ألف، فكان بينهما نصفين، فنصيب المضارب منه: خمسمائة.

فإذا اشترى بألفين عبداً.. صار العبد مشتركاً بينهما؛ فربعه: للمضارب؛ لأن ربع الثمن له، وثلاثة أرباعه لربّ المال؛ لأن ثلاثة أرباع الثمن له.

ثم إذا ضاع الألفان في يد المضارب قبل النقد إلى البائع.. كان عليهما ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد؛ فربعه: على المضارب، وثلاثة أرباعه على رب المال، ونصيب المضارب خرج عن المضاربة؛ لأنه صار مضموناً عليه، ومال المضاربة أمانة عنده، وبينهما تنافٍ.. فلا يدخل نصيبه في مال المضاربة، ونصيب رب المال على المضاربة؛ لعدم ما ينافيها.

وَرَأْسُ المَالِ أَلْفَانِ وَخَمْسُمائةٍ.

وَلَا يَبِيعهُ مُرَابحَةً إِلّا على أَلْفَيْنِ.

فَلَو بيعَ بأَرْبعَةِ آلَافٍ.. فحصةُ الْمُضَاربَةِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ، وَالرِّبْحُ منها: خمسمائةٌ بَينهمَا.

وَلَو اشْترى ربُّ المَال عبداً بِخَمْسِمِائَة، وَبَاعه من الْمضَاربِ بِأَلفٍ.. لَا يَبِيْعهُ مُرَابحَةً إِلّا على خَمْسِمِائَة.

(**ورأس المال**) ألفان وخمسمائة؛ لأنه دفع إليه مرة ألفاً، ثم مرة أخرى ألفاً وخمسمائة، فصار مجموع ما دفع إليه: (**ألفان وخمسمائة**).

(**ولا يبيعه**) أي: العبد المشترى بألفين (**مرابحة: إلا على ألفين**)؛ لأن بيع المرابحة بيع بالثمن الأول، وقد اشتراه بألفين.

(**فلو بيع**) العبد المشترى بألفين مرابحة: (**بأربعة آلاف.. فحصة المضاربة: ثلاثة آلاف**) وربعه وهو الألف حصة المضارب، (**والربح منها**) أي: من ثلاثة آلاف؛ (**خمسمائة بينهما**) على ما شرطا.

يعني: إذا بيع العبد بأربعة آلاف.. كان ربعه وهو الألف: للمضارب، وألفان وخمسمائة: رأس المال.. فهو لرب المال، فبقي خمسمائة.. فهي الربح بينهما على ما شرطا.

(**ولو اشترى رب المال عبداً بخمسمائة، وباعه من المضارب**)؛ أي: الذي معه ألف مضاربة: (**بألف.. لا يبيعه**) المضارب (**مرابحة إلا على خمسمائة**)؛ لأن بيعه من المضارب.

وإن قضى بجوازه بناء على تغاير مقصوديهما؛ لأن مقصود رب المال: وصوله إلى الألف مع بقاء العقد، ومقصود المضارب: استفادة اليد على العبد، إلا أن فيه شبهة عدم جوازه؛ لأن بيعه من مضاربه: كبيعه من نفسه؛ لأنه وكيل عنه، فيكون بيع ماله بماله، وهو غير جائز.

والشبهة في المرابحة: ملحقة بالحقيقة؛ لأن المرابحة مبنية على الأمانة واحتراز عن شبهة الخيانة، فكان كالمعدوم حقيقة.. فلا يجوز بناء المرابحة عليه، فيبنى على أقل الثمنين - أعني: ما اشتراه به رب المال - لثبوته من كل وجه بلا شبهة.

بخلاف الأكثر - أعني: ما اشتراه به المضارب - فإنه ثابت من وجه بالنظر [٤٣١/ب] إلى تعلق حق المضارب به، غير ثابت من وجه بالنظر إلى أنه بيع ماله بماله، فلا تبنى عليه المرابحة؛ حذراً عن شبهة الخيانة، فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه مرابحة على خمسمائة.

ولو كان هذا بالعكس؛ بأن اشترى المضارب الذي معه ألف عبداً بخمسمائة، فباعه من رب المال بألف.. يبيعه رب المال مرابحة على خمسمائة؛ لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم؛ لما ذكرناه بعينه، فتبنى المرابحة على ما اشتراه المضارب - وهو أقل الثمنين - فكأن المضارب اشتراه له وناوله إياه من غير بيع، كذا ذكره «الزيلعي».

وذكر في «الهداية»: لو اشترى المضارب عبداً بألف، وباعه من رب المال بألف ومائتين.. باعه رب المال مرابحة بألف ومائة؛ لأن بيعه من رب المال اعتبر عدماً في حق نصيب رب المال من الربح - وهي المائة - لما ذكرناه.

ونظيره ما ذكر في «شرح الكافي»: إذا دفع رجل إلى رجل ألفاً مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبداً، فباعه من رب المال بألفين.. باعه رب المال مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأنا نعتبر في حق رب المال الثمن الأول، وذلك ألف، وحصة المضاربة: من الربح، وذلك خمسمائة، فيبيعه مرابحة على: ألف وخمسمائة.

وبيانه: أن الألف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد، فيعتبر في بيع المرابحة، ونصف الألف التي هي الربح: ملك رب المال قبل البيع وبعده على ما شرطا، فلا يعتبر؛ أما النصف الذي هو حصة المضارب من الربح.. خرج عن ملك

وَلَو اشْترى مضَاربٌ بِالنّصفِ بِأَلفِ الْمُضَاربَةِ عبداً يعدلُ أَلفَيْنِ، فَقتلَ رجلاً خطأً.. فربُعُ الْفِدَاءِ عَلَيْهِ، وَبَاقِيه على الْمَالِك.

وَإِذا فُدِيَ خرجَ عَنِ الْمُضَاربَةِ ويَخدمُ الْمضَاربَ يَوْماً وَالْمَالِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وَلَو اشْترى بِأَلفِ الْمُضَاربَةِ عبداً وَهلكَ الْأَلفُ قبلَ نَقدِهِ.

رب المال إلى ملك المضارب حقيقة [بإزاء هذا][1] العبد، فيعتبر، كذا في «غاية البيان».

(**ولو اشترى مضارب بالنصف بألف المضاربة عبداً يعدل ألفين، فقتل**) العبد (**رجلاً خطأً.. فربع الفداء عليه**)؛ أي: على المضارب، (**وباقيه**)؛ أي: ثلاثة أرباع الفداء: (**على المالك**)؛ لأن الفداء مؤونة الملك، فيقدر بقدره، والمضارب ملك ربعه - وهو خمسمائة نصف الربح - ورب المال ملك ثلاثة أرباعه - وهو ألف وخمسمائة - الألف: لكونه رأس ماله، والخمسمائة: لكونها حصته من الربح، فكذا الفداء.

(**وإذا فُدِيَ**) العبد (.. **خرج عن المضاربة**)؛ أما نصيب المضارب منه: فلأنه صار مضموناً عليه على ما ذكرناه، وأما نصيب رب المال: فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما؛ لأن قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما؛ لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة الفداء، ولا سلامة إلا بالقسمة، والمضاربة [٤٣٢/أ] تنتهي بالقسمة.

بخلاف ما إذا ضاع الألفان في يد المضارب قبل نقدهما كما في المسألة المتقدمة؛ حيث لا تنتهي المضاربة هناك؛ لأن جميع الثمن فيه على المضارب؛ لكونه عاقداً، وإن كان له الرجوع على رب المال بما ضمن.. فلا حاجة إلى القسمة، والدفع إلى الفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه.

(**ويخدم**) العبد (**المضارب يوماً، والمالك ثلاثة أيام**) يعني: على مقدار ملكهما.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٧٣/٥).

دفعَ الْمَالِكُ الثمنَ ثُمَّ وَثُمّ، ....

(**ولو اشترى**) المضارب (**بألف المضاربة عبداً وهلك الألف قبل نقده**) إلى البائع (.. **دفع المالك الثمن، ثم وثمّ**).

يعني: إذا كان معه ألف مضاربة فاشترى بها عبداً، وضاع الثمن قبل النقد.. يرجع على رب المال؛ فإذا دفع رب المال إليه ثانياً، ثم هلك قبل النقد أيضاً.. يرجع عليه أيضاً.

وكذا يرجع عليه كلما هلك، إلى أن تسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى البائع؛ لأن المال في يده أمانة، وقد هلك وبقي عليه الثمن ديناً، وهو عامل لرب المال، فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين، وبالقبض ثانياً لا يصير المضارب مستوفياً؛ لأن الاستيفاء لا يكون إلا بقبض مضمون، وقبض المضارب ليس بمضمون، بل هو أمانة.

فإذا لم يكن مستوفياً.. كان له أن يرجع إلى أن يستوفي، حتى تسقط عنه العهدة.

بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء؛ فإنه لا يرجع إليه إلا مرة واحدة؛ لأنه أمكن أن يجعل مستوفياً؛ لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع؛ فإذا قبضه مرة بعد الهلاك.. صار مستوفياً لذلك، فصار مضموناً عليه؛ فإذا هلك.. ليس له أن يرجع به على الموكل؛ لأن المستوفي لم يبق له حق بعد الاستيفاء، ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفياً لحقه مضموناً؛ لأن الوكالة بجامع الضمان.

كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب.. فإنه يصير وكيلاً، ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المغصوب.. وجب الضمان، ولم يعتبر أميناً.

وَجَمِيع مَا دفع رَأْسُ المَالِ.

وَلَو كَانَ مَعَ الْمضَارِبِ أَلْفَانِ، فَقَالَ: دفعتَ إِلَيّ ألفاً، وربحتُ ألفاً، وَقَالَ الْمَالِكُ: بل دفعتُ إِلَيْك أَلْفَيْنِ.. فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ.

هذا، بخلاف ما اشترى، ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك قبل نقده.. فإنه لا يرجع إليه؛ لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء، فجعل مستوفياً بالقبض بعده [٤٣٢/ب]، والمستوفي لا يرجع.

وأما المدفوع إليه قبل الشراء.. فإنه أمانة في يده، وهو قائم على الأمانة بعد، فلم يصر مستوفياً؛ فإذا هلك.. يرجع إليه مرة، ثم لا يرجع؛ لوقوع الاستيفاء على ما ذكرنا.

(وجميع ما دُفع)؛ أي: إلى المضارب: **(رأس المال)**؛ لأنه دفعه إليه بعقد المضاربة.

(ولو كان مع المضارب ألفان، فقال) لرب المال: **(دفعت)** أنت **(إليَّ ألفاً، وربحت)** أنا **(ألفاً، وقال المالك: بل دفعت إليك ألفين.. فالقول للمضارب)**.

هذا شروع في بيان الاختلاف الواقع بين رب المال والمضارب، وهو على أنواع:

- نوع في الاختلاف مقدار رأس المال.
- ونوع في الاختلاف في مقدار رأس المال مع الاختلاف في مقدار الربح.
- ونوع في الاختلاف في صفة رأس المال.
- ونوع في الاختلاف في عموم المضاربة وخصوصها.

والمصنف أشار إلى هذه الأنواع الأربعة على هذا الترتيب كما ترى، وما ذكره من النوع الأول: هو قول أبي يوسف ومحمد.

ورجع إليه أبو حنيفة آخراً، وقد قال أولاً: القول فيه قول رب المال، وهو قول زفر؛ مستدلاً بأن المضارب يدعي الشركة، وهو ينكر، والقول قول المنكر.

ووجه القول المرجوع إليه: أن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض، والقول في ذلك: قول القابض؛ ضميناً كان كالغاصب، أو أميناً كالمودع؛ لكونه أعرف بمقدار المقبوض.

وههنا أنواع ثمانية أخرى لم يذكرها المصنف.

وهو الاختلاف في مقدار الربح الحاصل، وفي حصول الربح وعدم حصوله، والقول فيهما.. قول المضارب؛ بناء على أن الأصل عدم الزائد وعدم الربح كما ذكر في «الأشباه».

والثالث: في قدر ما شرطا من الربح للمضارب.. فالقول فيه قول رب المال مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على المضاربة، والمضارب ادعى زيادة في الربح، وأنكرها رب المال، وادعى الأقل.. فكان القول له؛ لأنه منكر، ولو أقاما البينة.. فالبينة للمضارب؛ لأنه أثبت زيادة شرط في الربح، فكانت أولى؛ لأن البينات شرعت للإثبات.

وكذلك إن أنكر رب المال شرط الربح، وادعى المضارب شرط نصف الربح.. فالقول لرب المال؛ فللمضارب: أجر المثل؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد؛ لأن رب المال ادعى إجارة فاسدة؛ لأنه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة، وكان مقراً بمضاربة فاسدة، والمضاربة [٤٣٣/أ] إذا فسدت.. كانت إجارة فاسدة، والمضارب ادعى المضاربة الصحيحة، والمضاربة مع الإجارة عقدان مختلفان، فكان القول قول صاحب المال.

ولو قال المضارب: شرطت لي ثلث المال، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم فلك أجر المثل.. فالقول: للمضارب، والبينة: لرب المال؛ لأنهما اتفقا على المضاربة، إلا أن رب المال ادعى زيادة شرط يفسد العقد.. فلا يقبل قوله إلا ببينة؛ كما لو اتفقا على البيع وادعى أحدهما شرطاً زائداً يفسد البيع.

وَلَو اخْتلفَا مَعَ ذَلِكَ فِي قَدْرِ الرِّبْحِ.. فللمالِكِ.

بخلاف ما لو قال رب المال: شرطت لك من الربح مائة، وقال المضارب: شرطت لي ثلث الربح؛ لأنه أقر بالمضاربة الفاسدة؛ لأنه لم يقر ما يكفي لصحة المضاربة فكان مدعياً إجارة فاسدة، والمضارب ادعى المضاربة؛ فقد اختلفا في نوع العقد.. فكان القول لصاحب المال.

ولو قال رب المال: شرطت لك ثلث المال إلا عشرة دراهم.. فالقول له، وللمضارب أجر المثل؛ لأن المتكلم مع الاستثناء متكلم عما وراء المستثنى، فصار المضارب مدعياً تمام الثلث، ورب المال ينكر، فكان القول له.

ولو قال رب المال: شرطت لك الثلث، وقال المضارب: شرطت لي الربح ولم يربح.. فالقول لرب المال، والبينة بينته أيضاً؛ لأن رب المال ادعى مضاربة جائزة والمضارب ادعى مضاربة فاسدة، فكان مدعياً إجارة فاسدة.. فقد اختلفا في نوع العقد، فكان القول لرب المال، والبينة بينته أيضاً؛ لأنها قامت على إثبات الشرط، وبينة المضارب قامت على صورة النفي.. فكانت المثبتة أولى.

وكذلك لو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح، وقال المضارب: شرطت لي ربح مائة.. فله أجر المثل.. فالقول لرب المال؛ لما بيناه، والبينة بينة المضارب؛ لأنها تثبت الزيادة، وهي أجر المثل. كذا في «المحيط».

(**ولو اختلفا مع ذلك**)؛ أي: مع الاختلاف في مقدار رأس المال (**في قدر الربح.. فللمالك**)؛ مثل أن يقول رب المال: رأس المال ألفان، والمشروط ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف، والمشروط نصف الربح.. فالقول في الربح لرب المال، وفي رأس المال للمضارب.

أما في رأس المال: فلما مر.

وأما في الربح: فلأن الربح يستحق بالشرط، وهو يستفاد من جهة رب المال.

وَلَو قَالَ مَن مَعَهُ أَلْفٌ قد ربحَ فِيهَا: هِيَ مُضَارَبَةُ زيدٍ، وَقَالَ زيدٌ: بل بِضَاعَةٌ.. فَالْقَوْلُ لزيدٍ.

وَكَذَا: لَو قَالَ ذُو الْيَدِ: هِيَ قرضٌ، وَقَالَ زيدٌ: بضَاعَةٌ، أَو وَدِيعَةٌ، أَو مُضَارَبَةٌ.

ولو أنكر أصل الشرط؛ بأن قال: كان المال بيده بضاعة.. كان [٤٣٣/ب] القول له، فكذا إذا أنكر الزيادة، وأيهما أقام البينة على ما ادعاه من فضل.. قبلت.

وإن أقاما جميعاً.. فبينة رب المال أولى في رأس المال، وبينة المضارب أولى في الربح؛ لأن البينات للإثبات.

هذا فيما إذا كان المضارب واحداً.

وأما لو كان المضارب اثنين واختلف أحدهما مع رب المال وصدق الآخر رب المال في دعواه.. ففيه اختلاف بين المشايخ على ما ذكره في «المحيط»؛ حيث قال فيه:

دفع إلى رجلين مالاً بالنصف، فجاء الرجلان بثلاثة آلاف، فقال رب المال: كان رأس مالي ألفين، والربح ألف، فصدقه أحدهما وكذبه الآخر وقال: بل رأس المال ألف، والربح ألفان.. فرب المال يأخذ ألفاً من رأس المال من أيديهما؛ لتصادقهما عليه، ويأخذ أيضاً خمسمائة من المصدق؛ لأنه أقر بأنه رأس المال لا حق له، ولا لصاحبه فيه، فيدفعها إلى رب المال، ويقاسم الآخر خمسمائة مما في يده أثلاثاً؛ ثلثها لرب المال، وثلثها للمضارب.. وطعن فيه عيسى بن أبان وقال: ينبغي أن يكون نصفين.

ووجه كل من الطرفين مذكور في «المحيط».

(**ولو قال من معه ألف قد ربح فيها: هي مضاربة زيد، وقال زيد: بل بضاعة.. فالقول لزيد**)؛ لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح، أو شرطاً من جهة بمقدار من الربح، أو الشركة فيه وهو ينكر، والقول للمنكر.

(وكذا لو قال ذو اليد: هي قرض، وقال زيد: بضاعة أو وديعة أو مضاربة) صحيحة أو فاسدة؛ أي: القول في هذه الصور: لرب المال وهو زيد، والبينة: لذي اليد؛ لأنه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر.

ولو أقاما البينة.. فبينة ذي اليد أولى؛ لأنها تثبت التمليك.

ولو كان الأمر بالعكس؛ بأن ادعى رب المال القرض، وذو اليد المضاربة.. كان القول لذي اليد؛ لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال، ورب المال يدعي عليه ضماناً، وهو ينكر، فكان القول قوله، وأيهما أقاما البينة.. قبلت.

ولو أقاما.. فبينة رب المال أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

وفصله في «المحيط» وقال: ولو قال رب المال: هو قرض، فادعى القابض المضاربة؛ فإن كان بعدما تصرف.. فالقول لرب المال، والبينة بينته أيضاً، والمضارب ضامن؛ لأن العامل أقر بسبب موجب للضمان وهو العمل في ماله؛ فإن التصرف في مال الغير موجب [٤٣٤/أ] للضمان، ثم ادعى الإذن لإبراء ذمته عن الضمان، والإذن بالعمل لم يثبت؛ لأن صاحب المال يدعي القرض، والمستقرض لا يعمل بإذن المقرض، وإنما يتصرف بحكم ملكه، والبينة بينة رب المال؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ لأنها أثبتت ضماناً على القابض، وبينة القابض أثبتت شركة في الربح، والضمان آكد وألزم من الشركة في الربح.

ولأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض؛ لأن القرض يَرِد على المضاربة، والمضاربة لا يرد على القرض.. فإنه يجوز أن يكون مضاربة، ثم يجعله قرضاً، فيقدم المضاربة؛ لإمكان العمل بالبينتين.

وإن كان لم يتصرف فيه.. فالقول له، ولا ضمان عليه؛ لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض، وصار كأنه قال: أخذت منك هذا

وَلَو قَالَ الْمضَارِبُ. أطلقتَ، وَقَالَ الْمَالِكُ: عيَّنتُ نوعاً.. فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ.

وَلَو ادّعى كلٌّ نوعاً.. فللمالِكِ.

المال وديعة، وقال رب المال: أخذته قرضاً وقد هلك المال في يده قبل التصرف.. لا يضمن؛ لتصادقهما على أن القبض بإذن المالك؛ وديعة كان أو قرضاً فكذا هذا.

ولو قال رب المال: أخذته غصباً، وقال المضارب: دفعته مضاربة وضاع قبل العمل.. يقر القابض بالغصب.

وأما بعد العمل.. فإن العمل في مال الغير موجب للضمان، إلا أن يثبت الإذن، ولم يثبت؛ لإنكار رب المال، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال الإذن، والبينة للمضارب في الوجهين؛ لأنهما أكثر إثباتاً؛ لأنها أثبتت المضاربة وإذنا بالقبض والعمل، وأوجبت شركة في الربح، وبينة رب المال تنفي ذلك، ولكنها أوجبت ضماناً على القابض لا غير.

ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه غصب، ثم دفع مضاربة؛ لأن المضاربة ترد على الغصب، وأما المضارب.. فلا يصير غاصباً لمال المضاربة إلا بالخلاف، ورب المال لم يدع على المضاربة غصباً ابتداء.

(ولو قال المضارب: أطلقت) في كل تجارة، (وقال المالك: عينت نوعاً) من التجارة (.. فالقول للمضارب.

ولو ادعى كل) من رب المال والمضارب (نوعاً.. فللمالك).

اعلم: أن الاختلاف الواقع بينهما في عموم المضاربة وخصوصها على وجهين:

أحدهما: الاختلاف في العموم والخصوص، وهو ما ذكره بقوله: «لو قال المضارب أطلقت، وقال المالك عينت نوعاً»، وذلك بأن قال رب المال: دفعت [٤٣٤/ب] إليك مضاربة في الطعام خاصة، وقال المضارب: ما سميت تجارة بعينها.

فإن كان هذا الاختلاف قبل التصرف.. لا يكون للمضارب التصرف في عموم التجارة؛ لأنه لو نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف صريحاً.. صح نهيه، فكذا هذا.

وإن كان بعد التصرف.. فالقول قول المضارب استحساناً، ولرب المال قياساً، وهو قول زفر ورواية الحسن؛ لأن الإذن يستفاد من جهة رب المال.

ولو أنكر الإذن أصلاً.. كان القول له، فكذا إذا أنكر البعض، وصار كالبضاعة لو اختلف المبضع والمستبضع في عموم الإذن وخصوصه.. فالقول لرب المال، فكذا هذا.

ووجه الاستحسان: أن مقتضى المضاربة: الإطلاق والعموم؛ لأن في لفظة المضاربة ما ينبئ عن العموم؛ لأنها من الضرب في الأرض، والضرب في الأرض كلها يكون للتجارة كلها، فمدعي الخصوص يدعي تغيير موجب العقد بحسب معناه اللغوي المعتبر في معناه الشرعي أيضاً.. فلا يصدق إلا ببينة، ومدعي العموم يتمسك بالأصل، فيكون القول له.

بخلاف البضاعة؛ لأنها تنبئ عن دفع بعض المال، ولا تنبئ عن العموم لغة.. فلم يكن مدعي الخصوص فيها مدعياً تغيير موجب العقد، والإذن مستفاد من جهته، فيكون القول له.

وإن أقاما البينة على ما قالا.. فبينة رب المال أولى؛ وقَّت أحدهما، أو لم يوقت، أو وقتًا على السواء؛ لأن مدعي الخصوص أثبتت بينته ما ليس بثابت - وهو تغيير العقد عن مقتضاه - بشرط زائد اقترن به.

وإن وقتا.. يؤخذ ببينة الوقت الأخير؛ لأن الأول يحتمل الانفساخ.

والثاني: فيما إذا اتفقا في خصوص العقد، ثم اختلفا في نوعه، وهو الذي ذكره المصنف بقوله: «ولو ادعى كل نوعاً»، وذلك بأن قال رب المال: أذنت لك

في البر خاصة، وقال المضارب: أذنت لي في الطعام.. فالقول لرب المال؛ لأن الإذن يستفاد من جهته؛ لأنهما اتفقا على تغيير موجب العقد.. فيثبت التغيير باتفاقهما، وإنما اختلفا في صفته، وكان القول في صفة العقد قول من يستفاد الإذن من جهته.

وإذا كان القول لرب المال.. فالبينة للمضارب.

وإن أقاما البينة؛ فإن وقتا.. أخذ بينة الوقت الأخير، وإن وقت أحدهما، أو لم يوقت.. فالبينة بينة المضارب [٤٣٥/أ]؛ لأن توقيت أحدهما لا يحصل فائدة؛ لأنه لا يظهر به التقديم والتأخير، فجعل كأنهما لم يوقتا، فيصير المضارب مدعياً؛ لأنه يحتاج إلى دفع الضمان عن نفسه، ورب المال لا يحتاج إلى الإثبات.

وكذا لو وقتا وقتاً واحداً. كذا في «المحيط».

وقال في «العناية» في هذه المسألة: ولو وقتت البينات وقتاً.. فصاحب الوقت الأخير أولى؛ لأن آخر الشرطين ينقض الأول.

وإن لم يوقتا، أو وقتا على السواء، أو وقت أحدهما دون الآخر.. فالبينة لرب المال؛ لأنه تعذر القضاء بهما معاً: للاستحالة، وعلى التعاقب: لعدم الشهادة على ذلك، وإذا تعذر القضاء بهما.. يعمل ببينة رب المال؛ لأنها تثبت ما ليس بثابت. انتهى.

ولا يخفى عليك ما فيه من الخلاف؛ لما ذكرناه من «المحيط».

وذكر في «البزازية» مثل ما ذكره في «المحيط»؛ حيث قال فيها: قال المضارب: هو في الطعام، وقال رب المال: هو في الكرباس.. فالقول له.

وإن برهنا.. فللمضارب؛ لأن رب المال لا يحتاج إلى الإثبات، والمضارب يحتاج إلى إثباته لدفع الضمان عن نفسه.

وإن وقتا.. فالوقت الأخير أولى. انتهى.

ولو قال المضارب: أمرتني بالنقد والنسيئة، وقال رب المال: أمرتك بالنقد.. فالقول للمضارب، والبينة بينة رب المال؛ لأنه يدعي الخصوص، وهو خلاف مقتضى العقد.

وكذلك لو قال: أمرتك أن تعمل بالكوفة، وأمرتك أن تشتري كذا، وقال المضارب: العموم.

وكذلك لو اختلفا في المنع من السفر؛ بأن خرج المضارب بالمال من المصر، فقال رب المال: لم آمرك بالخروج، وأنكر المضارب.. فالقول له في ظاهر الرواية.

وفي رواية «النوادر»: ضمن.

ولو اختلفا في الشراء للمضاربة؛ بأن اشترى المضارب عبداً بألف، فقال رب المال: اشتريته لنفسك، وقال المضارب: لا، بل على المضاربة، فلا يخلو:

إما أن كان ألف المضاربة والعبد قائمين، أو هالكين، أو أحدهما قائم والآخر هالك.

فإن كانا قائمين.. فالقول للمضارب؛ لأنه يحكى أمراً يملك استئنافه؛ فإنه يملك إنشاء الشراء على المضاربة للحال، فيصدق فيما يحكى عنه.

وإن كانا هالكين، أو كان مال المضاربة هالكاً والعبد قائماً.. لا يصدق المضارب إلا ببينة؛ لأنه بعد هلاك مال المضاربة لا يملك إنشاء الشراء؛ لأن [٤٣٥/ب] المضاربة انتقضت بهلاك رأس المال، فانعزل المضارب، فلا يصدق.

وإن كان مال المضاربة قائماً والعبد هالكاً.. يصدق المضارب في حق تسليم ما في يده إلى البائع، ولا يصدق في حق الرجوع بمثله على رب المال إذا هلك المال في يده؛ لأن رأس المال مشغول بثمن عبد هالك.

اشترى عبداً بألف ولم يسمّ، ثم اشترى عبداً آخر ولم يسمّ، فقال: نويتها على المضاربة بألف ولم ينقد المال.. فهو على أوجه:

إما أن صدّقه رب المال فيهما، أو كذبه فيهما، أو صدقه في الأول وكذبه في الثاني، أو على العكس منه.

ففي الأول والثاني والثالث: العبد الأول للمضاربة دون الثاني.

وأما في الرابع: فالقول لرب المال، والعبد الثاني للمضاربة.

اقتسما الربح، ثم اختلفا في رأس المال، فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال، ثم اقتسمنا، وقال رب المال: ما دفعت إلى رأس المال.. فالقول لرب المال، والبينة للمضارب؛ لأن المضارب بدعوى رد رأس المال يدعي استخلاص ما قبضه من الربح لنفسه وانقطاع شركة رب المال فيه، وأنكره رب المال.. فيكون القول له الكل في «المحيط».

* * *

(كتاب الوديعة)

(كتابُ الْوَدِيعَةِ)

الْإِيدَاعُ: تسليطُ الْمَالِكِ غَيرَه على حفظِ مَالِهِ.

والوديعةُ: مَا يُتْرَكُ عِنْدَ الْأَمينِ للْحِفْظِ.

وَهِيَ أَمَانَةٌ، ....

(كِتَابُ الوَدِيعَة)

(الإيداع) في اصطلاح الشرع: **(تسليط المالك غيره على حفظ ماله)**.

قال في «المصباح»: أودعت زيداً مالاً: دفعته إليه ليكون عنده وديعة، وجمعها: ودائع، وأخذته منه وديعة، فيكون الفعل من الأضداد، ولكن الفعل في الدفع أشهر. انتهى.

فعلم منه: أن كلام المصنف مبني على هذا الأشهر.

ثم الإيداع: ينعقد بإيجاب وقبول؛ بأن قال: أودعتك هذا المال، أو ما قام مقامه؛ فعلاً كان أو قولاً، وقبله الآخر حقيقة أو عرفاً؛ فإن من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال: هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع.. كان ضامناً؛ لأن هذا قبول للوديعة عرفاً.

(والوديعة) فعيلة بمعنى مفعولة على ما في «المصباح».

وفي «المغرب»: يقال: أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده، فأنا: مودِع ومستودِع [بالكسر، وزيد: مودَع ومستودَع، والمال: مودَع ومستودَع][1] بالفتح أيضاً أي وديعة. انتهى.

(ما يترك عند الأمين للحفظ)، وإنما سمي بها؛ لأنها في اللغة بمعنى الترك.

(وهي)؛ أي: الوديعة: **(أمانة)**، هذا من قبيل حمل الأعم على الأخص؛ لأن الوديعة لا تكون إلا بالعقد، بالإيجاب [٤٣٦/أ] والقبول، والأمانة أعم منه؛ فإنها قد

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «المغرب».

فَلَا يَضمنُ بِالْهَلَاكِ.

تكون بلا عقد، كما إذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره.. فإنه أمانة عنده، ولا يقال: أنه وديعة، كذا في «العناية».

(فلا يضمن بالهلاك) لقوله ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان».

والغلول والإغلال: الخيانة، إلا أن الغلول في المغنم، والإغلال عام.

ولأن شرعية الوديعة لحاجة الناس إليها؛ فلو ضمن المودع.. امتنع الناس عن قبولها، وفي ذلك تعطيل المصالح.

اعلم: أن الأمانات مضمونة بالموت مجهلاً، إلا في مسائل:

منها: الناظر إذا مات مجهلاً غلات الوقف.. فإنه لا يضمن.

ومنها: القاضي إذا مات مجهلاً أموال الناس عند من أودعها.. لا يضمن.

ومنها: السلطان إذا أودع بعض الغنيمة عند الغازي، ثم مات ولم يبين من أودعها.. لا يضمن.

ومنها: أحد المتفاوضين إذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده.. لا يضمن.

ومنها: الوصي إذا مات مجهلاً.. لا يضمن.

ومنها: الأب إذا مات مجهلاً مال ابنه.. لا يضمن.

ومنها: الوارث إذا مات مجهلاً.. ما أودع عند مورثه.. لا يضمن.

ومنها: أنه إذا مات مجهلاً لما ألقته الريح في بيته.. لا يضمن.

ومنها: أنه إذا مات مجهلاً لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه.. لا يضمن.

ومنها: إذا مات الصبي مجهلاً لما أودع عنده محجوراً.

هكذا جمعها في «الأشباه» نقلاً عن «الفتاوى».

وفي «البزازية»: ذكر مسألة موت القاضي مجهلاً ثم قال: بخلاف ما إذا قبض القاضي مال اليتيم ووضعه في منزله، ولا يدرى أين وضعه ومات.. يضمن.

ثم قال: ولو قال القاضي حال حياته: ضاع مال اليتيم، أو أنفقته عليه.. لا يضمن.

وذكر فيها أيضاً: مسألة موتِ أحد المتفاوضين مجهلاً نقلاً عن «التتمة» مثل ما في «الأشباه».

وقيد المال بمال الشركة ولم يطلقه كما أطلقه في «الأشباه».

ثم قال في الفصل السادس من آخر الوديعة: متفاوضان أودع إنسان عند أحدهما، ثم مات المودع بلا بيان.. فالضمان عليهما. انتهى.

فعلم منه: أن تقييد المال في مسألة المتفاوضين بمال الشركة.. مما لا بد منه في الاستثناء عن القاعدة المذكورة.

وقال في شركة «البحر» نقلاً عن «الناطفي»: وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات.. فذكر بعض [٤٣٦/ب] الفقهاء: أنه لا يضمن، وأحاله إلى شركة «الأصل»، وذلك غلط، بل الصحيح: أن يضمن نصيب صاحبه، كذا في «فتاوى قاضي خان».

وبه تبين: أن ما في «فتح القدير» وبعض الفتاوى ضعيف، وأن الشريك يكون ضامناً بالموت عن تجهيل؛ عناناً أو مفاوضة. انتهى ما في «البحر».

ثم معنى موته مجهّلاً أن لا يبين حال الأمانة وكان لا يعلم أن وارثه يعلمها؛ فإن بينها، أو قال في حياته: رددتها.. فلا تجهيل إن برهن الوارث على مقالته، وإلا.. لم يقبل قوله.

وإن كان يعلم أن وارثه يعلمها.. فلا تجهيل أيضاً، على ما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: المودع إنما يضمن بالتجهيل إذا لم يعرف الوارث الوديعة؛ أما

إذا عرف، والمودع يعلم أن وارثه يعلم ومات ولم يبين.. لا يضمن.

ولو قال الوارث: أنا علمت الوديعة، وأنكر الطالب أن يفسر الوديعة، وقال: الوديعة كذا وكذا، وأنا علمتها، وقد هلكت.. صدق.

اختلف الوارث والمودع - أي الطالب - فقال الطالب: إنه مات مجهلاً، وقالت الورثة: كانت الوديعة قائمة يوم مات المودع، وكانت معروفة، ثم هلكت.. فالقول للطالب في الصحيح؛ لأن الوديعة صارت ديناً في التركة ظاهراً، فلا يقبل قول الورثة.

قالت الورثة: رد مورثنا الوديعة في حياته.. لم يقبل قولهم.

ولو برهنوا أنه قال حال حياته: رددتها.. تقبل.

والحاصل: أن المودع إذا مات مجهلاً.. فالوارث لا يصدق في دعوى الهلاك بعد موته، ولا في دعوى رد مورثه، بل القول فيه قول الطالب، إلا أن يقيم الوارث بينة.

بخلاف ما إذا عين الميت المال في حياته أو أعلم بذلك.. فإنه حينئذ يكون أمانة في يد الوارث، كما في يد المورث، فيصدق في دعوى التسليم أو الهلاك، على ما صرح به في سادس وديعة «البزازية».

وفي الفصل الثاني من «البزازية» أيضاً: المضارب لو قال قبل موته: أودعت مال المضاربة فلاناً، ثم مات.. لا شيء عليه، ولا على وارثه.

ولو أنكر فلان إيداعها عنده.. فالقول له مع يمينه، ولا شيء عليه، ولا على الورثة.

ولو مات فلان قبل أن يقول شيئاً، ولم يعلم أن المضارب دفعه إليه إلا بقوله.. لا يصدق عليه.

وللمودَعِ أَن يحفظَها بِنَفسِهِ وَعِيَالِهِ.

وَله السّفرُ بهَا عِنْدَ عدمِ النَّهْيِ وَالْخَوْفِ.

وإن دفعه إلى فلان بالبرهان أو الإقرار منه، ثم مات المضارب، ثم فلان مجهلاً.. كان ديناً في مال فلان، ولا شيء على المودع.

ولو مات المضارب وفلان حي، فقال: رددتها عليه في [٤٣٧/أ] حياته.. فالقول قوله، ولا ضمان عليه، ولا على الميت.

(**وللمودع أن يحفظها بنفسه وعياله**)؛ لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، وهو إنما يحفظ مال نفسه بمن في عياله؛ أي: من يساكنه؛ سواء كانت نفقته عليه، أو لا، فيجوز أن يدفع الوديعة إليهم أيضاً.

وعن محمد: أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وهو ليس في عياله، أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثوّبه من مال نفسه وليس في عياله.. لا يضمن؛ لأنه حفظه ما مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله.. فلا يجب عليه أكثر من ذلك، ذكره في «الزيلعي» نقلاً عن «النهاية».

وقال: وعليه الفتوى.

ثم قال: وعلى هذا لم يشترط في «التحفة» في حفظ الوديعة بالعيال وقال: لأنه يلزم المودع حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله، حتى له أن يحفظه بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له في يده ماله.

أقول: علم منه: أن المراد بالأمين المذكور: من يحفظ ماله بوجه من وجوه الأمانة من الشركة والمضاربة والوديعة والعارية ونحوها، لا من يثق به مطلقاً؛ بناء على ظاهر حال المسلم، وهذا هو المراد بالأمين أيضاً في قولهم: الأمين يقبل قوله مع يمينه.

(**وله السفر بها**) أي بالوديعة، وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة (**عند عدم النهي والخوف**).

خلافاً لَهما فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمَؤُونَةٌ.

والذي ظهر من إعادة اللام الجارة: أن قوله: «عند عدم النهي والخوف» متعلق بالسفر وحده، ولا يخفى عليك صحة تعلقه بقوله: «أن يحفظها بعياله» أيضاً؛ لأن حفظه بعياله مشروط أيضاً بعدم النهي وبعدم خوف الخيانة، والأمر فيه سهل.

ثم الذي ظهر من «البزازية»: أن اشتراط عدم النهي في الحفظ مع عياله ليس على إطلاقه، بل في عياله الذي له يد فيه، وأما في عياله الذي ليس له يد فيه.. فلا فائدة في اشتراط عدم النهي على ما تقدم؛ حيث قال: إن كانت الوديعة مما تمسك في البيوت، فقال: لا تدفعها إلى زوجتك، فدفع إليها.. لا يضمن.

وقيل: لو نهاه عن الدفع إلى بعض عياله فدفع؛ إن لم يجد بداً منه.. لا يضمن، وإلا.. يضمن.

قال: لا تدفع إلى غلامك، فدفع.. لا يضمن. انتهى.

واعلم: أنهم اختلفوا في معنى التعدي في هذا الباب، قال بعضهم: معناه: ترك الحفظ الملتزم والقصور فيه.

وقال بعضهم: المتعدي: هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع [٤٣٧/ب]، كذا في «العناية».

فالظاهر منه: أن التعدي لا بد فيه من فعل المودع سوى التقصير في الحفظ.

والظاهر من كتبهم: هو الأول.

(**خلافاً لهما فيما له حمل ومؤونة**).

الحَمْل بالفتح: مصدر حمل الشيء، ومنه قولهم: ما له حمل ومؤونة: يعنون: ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال. كذا في «المغرب».

بيانها: أن للمودع أن يسافر بالوديعة، وإن كان لها حمل ومؤونة، إن كان الطريق آمناً ولم يته عنه، وإن كان مخوفاً أو نهى عنه.. ضمن بالاتفاق.

وإذا كان آمناً وله بد من السفر.. فكذلك ضمن.

وإن لم يكن له بدّ، فسافر بأهله.. لا يضمن.

وإن سافر بنفسه.. يضمن؛ لأنه أمكنه تركها في أهله.

ولا فرق بين السفر الطويل والقصير، هذا عند أبي حنيفة.

وقالا: ليس له ذلك إذا كان له حمل ومؤونة.

لكن قيل: عند أبي يوسف: ليس له الخروج فيما له حمل ومؤونة إذا كانت المسافة بعيداً؛ لأن القصيرة لا يخاف فيها عادة، ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير زوج ومحرم.

وعند محمد: ليس له ذلك؛ قريبة كانت المسافة أو بعيدة، إذا كان له حمل ومؤونة إذا كانت المسافة بعيدة؛ لأن القصيرة لا يخاف فيها عادة، ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير زوج ومحرم.

وعند محمد: ليس له ذلك؛ قريبة كانت المسافة أو بعيدة إذا كان له حمل ومؤونة؛ لأنه يلزمه الرد.

والظاهر: أنه لا يرضى به.

ولأبي حنيفة: إطلاق الأمر؛ لأن الأمر أمره بالحفظ مطلقاً.. فلا يتقيد بمكان، كما لا يتقيد بزمان، والمفازة قد تكون محلاً للحفظ إذا كان الطريق آمناً، ولهذا يملك الأب والوصي المسافرة بمال الصبي، ولو كان التلف مظنوناً.. لما جاز لهما ذلك، مع أن ولايتهما نظرية.

ولهما: أنه قد يلزم المالك بذلك مؤونة الرد؛ لاحتمال أن المودع يموت في الطريق.

والظاهر: أنه لا يرضى به، فيتقيد به.

قلنا: سلمنا أن المؤونة قد تلزم المالك، لكنه ليس لمعنى من قبل المودع، بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمر المالك؛ فإنه أمره مطلقاً، وهو لا يتقيد بمكان،

فإنْ حفظَهَا بغيرِهم.. ضَمِنَ.

فهو لمعنى راجع إلى المالك، فلا يبالى به.

(**فإن حفظها بغيرهم**)؛ أي: بغير من في عياله (.. **ضمن**)؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره؛ لأن الأيدي تختلف في الأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله؛ كالمضارب لا يضارب.

والوضع عند من ليس في عياله: إيداع؛ كالتسليم إليه، فيوجب الضمان.

اعلم: أنهم اختلفوا في تفسير العيال ههنا.

قيل: هو الذي يسكن معه وتجري عليه نفقته.

وقيل: هو الذي يساكن معه بلا اعتبار النفقة.

والثاني أعم من الأول؛ فعلى هذا: المودع إذا أجر بيتاً من داره [٤٣٨/أ] من رجل ودفع الوديعة إلى هذا المستأجر؛ إن كان لكل غلق على حدة.. يضمن.

وإن لم يكن وكلٌّ منهما يدخل على الآخر بلا حشمة.. لا يضمن. كذا في «البزازية».

أما الضمان.. فلعدم كون هذا المستأجر عياله على التفسيرين.

وأما عدم الضمان في الثاني.. فلكون هذا المستأجر في عياله على التفسير الثاني.

ولو دفع الوديعة إلى مستأجره مشاهرة أو مسانهة.. لا يضمن؛ لأنه في عياله على التفسيرين.

بخلاف المستأجر مياومة؛ لأنه ليس في عياله على التفسيرين.

قال في «البزازية»: والعيال: هو الذي يسكن معه، وتجري عليه نفقته، والأبوان كالأجنبي، حتى يشترط كونهما في عياله.

ولا يشترط ذلك في حق ولده الصغير وزوجته، حتى لو كانت الزوجة تسكن في محلة هو لا ينفق عليها، ولا يجيء إليها.. لا يضمن.

إِلّا إذا خَافَ الحَرقَ أَو الْغَرَقَ فَدَفعَهَا إِلَى جَارِهِ، أَو إِلَى سفينةٍ أُخْرَى.

وكذا لو دفعت المرأة إلى زوجها.. لا تضمن وإن لم يكن هو في عيالها.

والولد الصغير كذلك، لكن يشترط في حقه أن يكون قادراً على الحفظ.

وفي النصاب: العبرة للمساكنة لا النفقة، ألا ترى: أن الابن لو ساكن معهما، وليس في عيالهما مخرجاً وتركا المنزل عليه.. لا يضمنان. انتهى كلام «البزازية».

قوله: وليس في عيالهما؛ أي: ليس عليهما نفقته.

وقال فيها أيضاً: خلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس، ثم رجع وطلب الودائع ولم يجدها:

إن كانت أمينة.. لا تضمن.

وإن كانت غير أمينة وعلم بذلك، ومع ذلك ترك الودائع في البيت.. يضمن.

وعن هذا قالوا في «تم بان»[1] إذا ذهب وترك الحال على عبد له، فذهب العبد بودائع الناس.. يضمن إن كان سارقاً وهو عالم به. انتهى.

فعلم منه: أن جواز الحفظ مع عياله مشروط بكون عياله أميناً لا يظن به الخيانة.

وقال ابن أبي ليلى: لا يضمن المودع بالإيداع إلى الأجنبي، ولا مودع المودع بالقبض؛ لأنه يجب عليه أن يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله، ويحفظ ماله تارة: بنفسه، وتارة: بغيره.

قلنا: لم يوجد من المودع الرضاء بالدفع إلى غيره، ولا الدلالة على الرضاء؛ إذ لو رضي بالدفع إلى غيره.. لما أودعه عنده، فكان متعدياً بالدفع فيضمن.

(إلا إذا خاف الحرق أو الغرق، فدفعها إلى جاره أو إلى سفينة أخرى).. فإنه حينئذ لا يضمن بالدفع؛ لإنه حينئذ تعين الدفع إلى الجار أو السفينة للحفظ، فيكون برضى المالك، فينتفي الضمان.

---

(١) كذا في المخطوط، و«المحيط البرهاني» (٥/٥٣٠)، و«مجمع الضمانات» (٨٢).

فَإِن طلبَهَا رَبُّهَا فحبسَها، وَهُوَ قَادرٌ على تَسْلِيمهَا.. صَارَ غَاصِباً.

وَكَذَا لَو جَحدَهُ إِيَّاهَا وإِنْ أَقرَّ بعدَه.

لكنه متهم في دعوى [٤٣٨/ب] ذلك؛ لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب - وهو الدفع إلى الجار أو السفينة - فصار كدعوى الإذن بالإيداع.. فلا بد من إقامة البينة عليه، ولا يصدق بمجرد قوله.

وفي «الزيلعي»: هذا إذا لم يمكن له الدفع إلى عياله في ذلك الوقت، وإن أمكن ذلك ودفعها إلى الأجنبي.. ضمن؛ لعدم الضرورة حينئذ.

وكذا لو ألقاها إلى سفينة أخرى وهلكت قبل أن يستقر فيها؛ بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج.. يضمن؛ لأن الإتلاف حصل بفعله هذا.

وفي «المنتقى»: إذا عُلِمَ احتراق بيته.. قبل قوله بلا بينة.

وفي «الحدادي»: المودع إذا قال: ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من مالي شيء.. يقبل قوله مع يمينه بلا بينة.

ولو قال المودع: وضعت الوديعة بين يدي، ثم قمت ونسيت فضاعت.. يضمن.

ولو قال: وضعتها بين يدي في داري؛ إن كان مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة الذهب والفضة ونحوهما.. يضمن أيضاً.

وإلا.. فلا. انتهى.

وفي «القنية»: احترق بيت المودع، فلم ينقل الوديعة إلى مكان آخر مع إمكانه.. يضمن إذا تمكن من حفظها بنقلها إلى مكان آخر.

قال: ويعرف من هذا كثير من الواقعات. انتهى.

(فإن طلبها)؛ أي: الوديعة **(ربها فحبسها وهو قادر على تسليمها.. صار غاصباً)**؛ لأنه متعد بالحبس بعد الطلب فيضمن.

(وكذا) أي: يضمن **(لو جحده إياها)** عند طلب ربها؛ لأنه لما طالبه بالرد.. فقد عزله عن الحفظ، فبعد ذلك بالإمساك صار غاصباً فيضمن **(وإن)** وصلية **(أقر بعده)**؛

بِخِلَافِ جَحدِهَا عِنْدَ غَيرِهِ.

لأن العقد قد ارتفع بالجحود؛ إذ المطالبة بالرد: دفع للعقد من جهته، والجحود: فسخ من جهة المودع بجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع، فتم الرفع.

ولأن المودع قد عزل نفسه عن الوديعة بالجحود بمحضر من المالك؛ فإذا عزل نفسه.. ارتفع العقد، وإذا ارتفع.. لا يعود إلا بتجديده، ولم يتجدد، فلم يوجد الرد إلى نائب المالك؛ أعني: المودع نفسه بإقراره، فصار غاصباً.

بخلاف الخلاف فعلاً، ثم العود إلى الوفاق؛ فإن الشيء يرتفع بما ينافيه، والفعل لا ينافي القول؛ أي: عقد الوديعة.

وأما الجحود.. فهو قول بنقيض العقد، فينافيه، فيرتفع به.. فلا يعود.

(**بخلاف جحدها عند غيره**)؛ أي: غير المالك؛ بأن قال له رجل: ما حال وديعة فلان؟ فقال: ليس له عندي وديعة.. فإنه لا يضمنها بهذا [٤٣٩/أ] الإنكار عند الثلاثة.

وكذا لو جحدها عند مالكها من غير طلب منه؛ مثل أن يقول: ما حال وديعتي عندك؟ فقال: ليس لك عندي وديعة.. لا يضمن؛ لأنه من باب الحفظ؛ لأن فيه قطع طمع الطامعين.

وقال زفر: يضمن.

وذكر الناطفي: إذا جحد المودع الوديعة عند صاحبها.. يكون ذلك فسخاً للوديعة، حتى لو نقلها المودع من الموضع الذي كانت فيه في حالة الجحود.. يضمن.

وإن لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت.. لا يضمن. كذا في «قاضي خان».

ثم قال فيه أيضاً: صاحب الوديعة إذا طالب المودع بالرد، فجحد، فأقام صاحب الوديعة البينة أنه أودعه كذا، وأقام المودع البينة أنها ضاعت عنده.. لا تقبل بينته ويكون ضامناً.

وَإِنْ خلطَها بِمَالِهِ بِحَيْثُ لَا تَتَمَيَّزُ.

فَإِنْ بجنسها.. ضَمِنَ، وَانْقَطَعَ حقُّ الْمَالِكِ مِنْهَا فِي الْمَائِعِ وَغَيرِهِ عِنْدَ الإِمَامِ.

وكذا لو أقام المودع البينة أنها كانت ضاعت قبل الجحود.

وذكر في «المنتقى»: إذا جحد المودع الوديعة، ثم ادعى أنه ردها بعد ذلك، وأقام البينة.. قبلت بينته.

وكذا لو أقام البينة أنه ردها قبل الجحود.

ولو قال: إنما غلطت في الجحود، أو نسيت، أو ظننت أني رددت حين دفعتها إلي وأنا صادق في قولي هذا، وأقام بينة.. قبلت بينته في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وإن خلطها**)؛ أي: الوديعة (**بماله بحيث لا تتميز**)، احترز به عن الخلط بطريق المجاورة مع إمكان التمييز؛ كخلط الجوز باللوز، والدراهم البيض بالسود.. فإنه لا يقطع حق المالك بالإجماع؛ لتيسُّر الوصول إلى عين حقه.

واعلم: أن خلط المودع على أربعة أنواع، ولكل نوع حكم، على ما سيأتي بيانه.

وأما لو خلطها الأجنبي أو بعض من في عيال المودع.. فلا يضمن فيه المودع، بل يضمن الخالط؛ صغيراً كان أو كبيراً، ولا يضمن أبوه لأجله، على ما صرح به في أول وديعة «البزازية».

(**فإن**) خلطها (**بجنسها**)؛ سواء كان الخلط:

بطريق المزج؛ كخلط الدهن بمثله، والخل بمثله.

أو: **بطريق المجاورة**؛ كخلط الحنطة بمثلها، والشعير بمثله، والدراهم البيض بمثلها، والسود بمثلها.

(.. **ضمن، وانقطع حق المالك منها**)؛ أي: لا شركة بينهما في المخلوط (**في المائع وغيره**) كما ذكرناه (**عند الإمام**).

وَعِنْدَهُمَا: فِي غيرِ الْمَائِع: لِلْمَالِكِ أَن يشرُكَهُ إِن شَاءَ.

وَكَذَا فِي الْمَائِعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يصيرُ الْأَقَلُّ تَابعاً لِلْأَكْثَرِ فِيهِ.

وإِنْ بِغَيْرِ جِنْسِهَا؛ كبُرٍّ بشعيرٍ، وزيتٍ بشيرجٍ.. ضمنَ، وَانْقطعَ حقُّ الْمَالِكِ إِجْمَاعاً.

(**وعندهما: في غير المائع: للمالك أن يشركه إن شاء**).

لهما: أنه تعذر الوصول إلى عين حقه صورةً، وأمكنه معنىً بالقسمة، فكان هذا الخلط استهلاكاً من وجه دون وجه [٤٣٩/ب]، فيميل إلى أيهما شاء.

ولأبي حنيفة: أنه استهلاك من كل وجه؛ لتعذر الوصول معه إلى عين حقه.

وقولهما: «وأمكنه معنى بالقسمة» غير صحيح؛ لأن القسمة من أحكام الشركة ومقتضياتها.. فلا يصلح أن يكون علة موجبة لها، وإلا.. لانقلب المعلول علة.

ثم لو أبرأ المالك الخالط.. سقط حقه عن ذمة المودع عند الإمام؛ لأنه لا حق له إلا في الدين وقد أسقط.

وعندهما: لا، بل إنما يسقط خيرة الضمان؛ لكون الدين متعيناً لصرف الإبراء إليه، فتبقى الشركة في المخلوط.

(**وكذا**)، أي: للمالك أن يشركه إن شاء (**في المائع عند محمد**)، قليلاً كان المخلوط أو كثيراً؛ بناء على أن الجنس لا يغلب الجنس عنده؛ كما قال في الرضاع إذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصبت في حلق رضيع.. يثبت الرضاع منهما جميعاً عنده، بلا فرق بين القليل والكثير.

(**وعند أبي يوسف: يصير الأقل تابعاً للأكثر فيه**)؛ أي: في المائع، فيكون المخلوط لصاحب الكثير، ويضمن لصاحب القليل؛ اعتباراً للغالب أجزاء.

(**وإن**) خلطها (**بغير جنسها**) بطريق المجاورة أو المزج؛ (**كبّر بشعير، وزيت بشيرج.. ضمن**) الخالط، (**وانقطع حق المالك**) منها (**إجماعاً**)؛ **لأنه استهلاك صورة؛**

وَإِنْ اختلطَتْ بِلَا صُنْعِهِ.. اشْتَرَكَا إِجْمَاعاً.

وَإِنْ تعدَّى فِيهَا؛ بِأَن كَانَت ثوباً فلبسَهُ، أَو دَابَّةً فركبَهَا، أَو عبداً فاستخدمَهُ.. ضَمِنَ.

لعدم التمايز بينهما، **ومعنى؛** لتعذر القسمة بسبب اختلاف الجنس؛ لأن حقيقة القسمة بالإفراز، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس.

وهذا على رواية واحدة في الخلط بطريق المزج بغير الجنس.

وأما في الخلط بطريق المجاورة خلط البر بالبر.. قيل: فيه اختلاف.

والصحيح: أنه لا فرق بينهما، على ما اختاره المصنف، وهو المذكور في «الهداية»؛ لأن حبات أحدهما لا تخلو من حبات الآخر.

وقيل: إن خلط البر بالشعير مثل خلط البر بالبر، والشعير بالشعير.. فكان على الاختلاف المذكور فيه.

والحاصل: أن الخلط بحيث يتعذر التمييز: على أربعة أنواع:

خلط بجنسها بطريق المجاورة، أو بطريق الممازجة، وخلط بخلاف جنسها بطريق المجاورة، أو بطريق الممازجة. وقد علم حكم كل منها.

(**وإن اختلطت**) الوديعة بماله (**بلا صنعه**)؛ كما لو انشق الكيسان فاختلطا في صندوق المودع (**.. اشتركا إجماعاً**)؛ لأنه لم يصنع شيئاً يوجب الضمان.

فإن هلك البعض.. كان من مالهما جميعاً؛ إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك والباقي على الشركة.

(**وإن تعدى**) المودع (**فيها**)؛ أي: في [٤٤٠/أ] الوديعة (**بأن كانت ثوباً فلبسه، أو دابة فركبها، أو عبداً فاستخدمه.. ضمن**) إن هلك من ذلك الفعل، هذا أصل كلي في الضمان.

ومن فروعه: إذا قال المودع: وضعت الوديعة في مكان حصين فنسيت.. قالوا: إنه يضمن؛ لأنه جهّل الأمانة، فيكون متعدياً كما لو مات مجهلاً.

وقال الفقيه أبو الليث: إن قال وضعت الوديعة في داري فنسيت المكان.. لا يكون ضامناً.

ولو قال: لا أدري وضعتها في داري أو في موضع آخر.. كان ضامناً.

وهكذا روي عن أبي يوسف.

ولو قال: وضعت الوديعة بين يدي في مكان، ثم قمت فنسيتها، أو قال: سقطت مني.. قال الفقيه أبو بكر البلخي: يضمن.

وقال الفقيه أبو الليث: إن قال: سقطت مني.. لا يضمن.

ولو قال بالفارسية: بيفكندم.. يكون ضامناً.

لو قال: سقطت الوديعة.. يضمن.

وقال الإمام ظهير الدين: لا يضمن؛ كما لو قال: سقطت الوديعة، وعليه الفتوى.

ولو قال: ضاعت الوديعة.. لا يضمن.

ولو قال: ضيعت.. لا يضمن؛ لأن الإضاعة والتضييع تعد، بخلاف الضياع.

ولو قال: لا أدري كيف ذهبت.. قال بعضهم: يضمن، بخلاف ما لو قال: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت.

وقال شمس الأئمة السرخسي: الأصح: أنه لا يضمن على كل حال؛ سواء قال: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت، أو قال: لا أدري كيف ذهبت ولم يزد عليه.

ولو دفع إلى دلال ثوباً ليبيعه، ثم قال الدلال: وقع الثوب من يدي وضاع، ولا أدري كيف ضاع.. لا ضمان عليه.

ولو قال: نسيت، ولا أدري كيف ضاع.. قال أبو بكر محمد بن الفضل: لا ضمان عليه.

ولو قال: نسيت، ولا أدري في أيّ حانوت وضعت.. يكون ضامناً.

نجار أودع عند رجل زنبيلاً فيه آلاته، ثم ادعى أنه كان فيه قدوم، وطلبه منه، فقال المودع: لا أدري ما كان فيه.. قال الفقيه أبو جعفر: لا ضمان عليه، ولا يمين حتى يدعي عليه أنه رفعه أو ضيعه.. فحينئذٍ يحلف؛ فإن حلف.. برئ، وإن نكل.. ضمن.

لو قال المودع: دفنت الوديعة ونسيت موضعها.. قال ابن شجاع: إن دفنها في داره.. لا يضمن، وإن دفنها في دار غيره.. يضمن، قيل له: فإن دفنها في كرمه فسرقت؟ قال: إن كان له باب.. فليس بتضييع، وإلا.. فهو تضييع.

وكذلك الدار إن لم يكن له باب.

لو قال [٤٤٠/ب]: لا أدري أضيعت الوديعة أم لم أضيّع.. قالوا: يكون ضامناً.

ولو قال: لا أدري أضاعت أم لم تضع.. لا يكون ضامناً.

لو دفع جوهراً إلى رجل ليبيعه، فقال القابض: أنا أريها تاجراً لأعرف قيمتها، فضاع الجوهر قبل أن يريه.. قال محمد بن الفضل: إن ضاعت أو سقطت بحركته.. يكون ضامناً، وإن سرقت منه أو ضاعت بمزاحمة أصابته من غيره.. لا يضمن.

ولو وضع الوديعة في حانوته وذهب إلى الجمعة، وترك باب الحانوت مفتوحاً، أو أجلس صغيراً ليحفظ حانوته، فذهبت الوديعة من الحانوت.. قال محمد بن الفضل: إن كان الصبي ممن يضبط الأشياء ويحفظها.. لم يضمن، وإن كان ممن لا يضبط.. ضمن.

وقال القاضي الإمام علي السغدي: لا يضمن على كل حال؛ لأنه ترك الوديعة في حرزه.. فلا يكون تضييعاً.

ولو دفع الوديعة إلى عيال المالك.. ذكر القدوري والفقيه أبو الليث والإمام السرخسي: أنه يضمن.

وذكر محمد بن الفضل: أنه لا يضمن؛ لأن الرد إلى من في عيال المالك يكون رداً على المالك من وجه، والضمان لم يكن واجباً.. فلا يجب بالشك، بخلاف الغاصب إذا رد المغصوب إلى من في عيال المالك.. فإنه لا يبرأ؛ لأن ثمة الضمان كان واجباً، والرد على من كان في عيال المالك يكون رداً على المالك من وجه.. فلا يبرأ بالشك. كذا في وديعة «قاضي خان».

وقال فيه أيضاً: رجل تناول مال إنسان بغير أمره في حياته، ثم رد المال إلى ورثته بعد موته.. قال أبو بكر محمد بن الفضل: يبرأ الظالم عن الدين، ويبقى حق الميت في مظلمة أبيه، ولا يرجى له الخروج عنها إلا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له.

وقال فيه أيضاً في فضل براءة الغاصب والمديون: رجل له على رجل مال ولم يقدر على استيفائه.. قالوا: الإبراء أفضل من أن يدعو عليه؛ لأن في الإبراء تخليص المديون عن نار الآخرة.

رجل مات وعليه فرض.. ذكر الناطفي: يرجى أن لا يكون مؤاخذة في الآخرة إذا كان من نيته قضاء الدين.

رجل مات وعليه دين نسيئة، ووارثه يعلم ذلك.. فإن الوارث يقضي دينه من مال الميت.

ولو أن هذا الوارث نسي أيضاً حتى مات.. لا يؤاخذ الوارث بذلك في [٤٤١/آ] الآخرة؛ لأن الوارث لم يباشر سبب الدين في الابتداء، فلم يكن ظالماً، والنسيان لم يكن منه.

رجل مات وله على رجل حق، ولم يخلف وارثاً.. قالوا: يتصدق المديون بما عليه عن الميت؛ ليكون ذلك وديعة عند الله يوصله إلى خصمه يوم القيامة.

مسلم غصب من ذمي مالاً، أو سرق منه.. فإنه يعاقب به يوم القيامة؛ لأنه أخذ

فَإِن أَزَالَ التَّعَدِّي.. زَالَ الضَّمَانُ.

مالاً معصوماً، والذمي لا يرجى منه العفو، ويرجى ذلك من المسلم، فكانت خصومة الذمي أشد، وعند الخصومة: لا يعطى له ثواب طاعة المسلم؛ لأن الكافر ليس من أهل الثواب، ولا وجه أن يوضع على المسلم مال كفر الكافر.. فتبقى خصومته.

وعن هذا قالوا: إن خصومة الدابة تكون أشد من خصومة الآدمي.

هذا، وفي «البزازية»: توجه نحوه السراق، فدفنها في الجبانة خوفاً وفر، ثم جاء ولم يجدها؛ إن أمكنه أن يجعل علامة ولم يعلّم.. يضمن.

وإلا؛ فإن جاء على فور الإمكان.. لا يضمن، وإلا.. يضمن.

جعل دراهم الوديعة في الخف الأيمن فضاع.. يضمن، وإن في الأيسر.. لا يضمن.

وقيل: لا يضمن فيهما. انتهى.

وفي «العمادي»: إذا جعل المودع خاتم الوديعة في الخنصر أو البنصر.. يضمن، وإن جعله في الوسطى أو السبابة أو الإبهام.. لا يضمن، وعليه الفتوى.

وكذلك المرتهن.

ولو كان المودع امرأة.. ففي أي إصبع لبسه.. يضمن، هكذا ذكره نقلاً عن «الذخيرة».

ثم علله: بأن هذا استعمال من المرأة دون الرجل.

(**فإذا زال التعدي**) بأن ردها إلى يده بترك اللبس والركوب والاستخدام (.. **زال الضمان**).

وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان؛ لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً، فلا يبرأ إلا بالرد على المالك.

ولنا: أن الأمر باق؛ لإطلاقه عن التقييد بوقت، فيوجب بقاء المأمور به، وهو: الحفظ على وجه الأمانة، وارتفاع حكم العقد - وهو: الحفظ المذكور لضرورة

بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ، وَالْمُسْتَأْجِرِ.

ثبوت نقيضه، وهو: الأمانة - بالمخالفة، والثابت بالضرورة: يتقدر بقدرها، ولا يتعدى إلى ما بعدها؛ فإذا ارتفعت الضرورة بارتفاع المخالفة.. عاد الأمانة.

فإن قيل: إن الأمر باق، فيكون مأموراً بدوام الحفظ، وما هذا شأنه: فالمخالفة فيه رد الأمر من الأصل؛ كالجحود على ما مر.. فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة؛ كالاعتراف بعد الجحود على ما تقدم.

قلنا [٤٤١/ب]: لا نسلم أن المخالفة فيه ردّ له من الأصل؛ لأن بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله، أو بما ينافيه، والمخالفة بالفعل والاستعمال ليست بموضوعة لإبطال عقد الإيداع، ولا منافية له؛ لأنه بالقول، ولا وضع ولا منافاة بين الفعل والقول، بخلاف الجحود.. فإنه قول موضوع للرد، فيجوز أن يكون رد القول مثله.

ألا ترى: أن الجحود في أوامر الشرع ردّ لها، حتى يكفر به، والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمورٍ به ليست برد، حتى لا يكفر به.

(بخلاف المستعير والمستأجر) إذا تعديا في العين المستعارة والمستأجرة، ثم أزال التعدي.. لا يبرأ عن الضمان؛ لأن البراءة من الضمان إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكماً، ولم يوجد في ذلك؛ لأن قبضهما العين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع؛ فإذا تركا الخلاف.. لم يوجد الرد إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكماً.

بخلاف المودع؛ لأن يده يد المالك حكماً؛ لأنه عامل له في الحفظ؛ فإذا ترك الخلاف.. فقد ردها إلى يد صاحبها حكماً.. فيبرأ؛ إذ هو ثابت عنه.

وأما الرهن: فهو مثل الوديعة، حتى لو تعدى على الرهن، ثم أزال التعدي.. زال الضمان عنه، على ما في «قاضي خان»؛ حيث قال: ومن حكم الوديعة والرهن: أن يخرج من الضمان إذا عاد إلى الوفاق، بخلاف الإجارة والإعارة؛ فإن فيهما لا يخرج عن الضمان بترك الاستعمال. انتهى.

ومثل المستعير: المستأجر، على ما في «العمادية»؛ حيث قال فيه فيما يصدق فيه المودع وما لا يصدق: والمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق.. يبرأ عن الضمان، بخلاف ما إذا جحد الوديعة أو منعها، ثم اعترف.. فإنه لا يبرأ إلا بالرد على المالك، وكذا المرتهن والمستأجر والمستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق.. لا يبرأ. انتهى.

فقد جعل الرهن مثل الإجارة والاستعارة، ثم قال والوكيل بالبيع إذا خالف؛ بأن استعمل العبد، ثم عاد إلى الوفاق وباعه.. جاز.

وكذا الوكيل بالحفظ والوكيل بالإجارة والاستئجار والمضارب والمستبضع إذا خالف ودفع المال لينفقه في حاجته، ثم عاد إلى الوفاق.. عاد مضارباً ومستبضعاً.

أما مستأجر الدابة إذا نوى الخلاف أو المستعير، ثم ندم وترك تلك النية؛ إن كان سائراً عند النية.. فعليه الضمان إذا هلكت الدابة؛ أما إذا كان وافقاً إذا ترك النية.. عاد أميناً.

والشريك شركة عنان [٤٤٢/أ] أو مفاوضة إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق.. عاد أميناً. هكذا ذكره هذه الجملة.

ثم ذكر نقلاً عن أبي اليسر: ولو كان مأموراً بالحفظ شهراً، فمضى شهر، ثم استعمل الوديعة، ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ كما كان.. لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه عاد إلى الوفاق، والأمر بالحفظ غير باق. انتهى.

فعلم مما ذكره عن أبي اليسر: أن الوديعة تجوز مطلقاً ومؤقتاً، وأن المودع إذا أزال التعدي.. زال الضمان في المطلق دون الموقت.

وهل يلزمه الضمان بمجرد تركه حفظ الوديعة المؤقتة بعد مضي الوقت بلا تعد عليها؟

ففي آخر وديعة «البزازية»: المودع إذا ترك حفظها بعد مضي الوقت.. قال صاحب «المحيط»: لا يضمن إذا هلكت.

وَكَذَا لَو أودعَها ثمَّ استردَّها.

قيل له: ولم لا تجعله مودعاً ثانياً بعد مضي الوقت؟

قال: لأن المالك رضي بأن لا يحفظها بعد مضي الوقت. انتهى.

وهل يوجد العود إلى الوفاق بمجرد نزع ثوب الوديعة؟

فقال في «العمادي»: سئل ظهير الدين: عن لبس ثوب الوديعة، ودخل المشرعة ليخوض الماء، ونزع الثوب ووضعه على ألواح المشرعة، [فلما انعمس][1] سرق الثوب.. قال: لا ضمان عليه؛ لأنه لما نزعه فقد عاد إلى الوفاق، فلا يضمن.

وفيه نظر؛ بدليل مسألة المحرم إذا لبس المخيط، ثم نزعه، ثم لبسه ثانياً؛ إن نزعه على قصد اللبس.. يتحد الجزاء؛ لأنه إذا كان على هذا القصد.. فكأنه دام على ذلك اللبس.

وإن نزعه لا على هذا القصد.. يتعدد الجزاء، فعلى هذا: ينبغي أن لا يبرأ؛ لأنه نزعه على قصد اللبس.

(وكذا لو أودعها، ثم استردها)؛ أي: لو أودع المودع الوديعة بلا إذن صاحبها.. ضمن للتعدي، ثم استردها.. زال الضمان؛ كما في ترك اللبس والركوب والاستخدام كما تقدم.

وإنما فصله عنها؛ لما بينهما من المخالفة؛ لأنه لو أودعها فهلكت عند الثاني.. فالضمان على الأول عند أبي حنيفة، وقالا: على أيهما شاء - على ما سيأتي مصرحاً - لأن الأول خالف أمره، والثاني تعدى بقبض مال الغير بغير أمره، وكلاهما موجب الضمان.

ثم إن ضمن الأول.. لا يرجع على الثاني؛ لأنه ملكه بالضمان مستنداً، فيكون مودعاً ملكه.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «الفتاوى الهندية» (٣٤٨/٤).

وإن ضمن الثاني.. يرجع على الأول؛ لأنه إنما لحقه ذلك بسبب الأول، فيكون مغروراً من جهته، فصار كمودع الغاصب؛ فإنه يرجع على الغاصب بالضمان.

ولأبي حنيفة: أن الثاني قبض المال من يد أمين؛ لأنه بالدفع إليه لا يضمن [٤٤٢/ب] ما لم يفارقه؛ لوجود ما هو المقصود - وهو الحفظ الذي يحضره رأيه، لا الحفظ بصورة يده؛ بدليل: أنها لو هلكت قبل أن يفارقه.. لا يضمن واحد منهما بالاتفاق.

فعلم بذلك: أن الإيداع مباح له إذا لم ينقطع رأيه، فلم يكن متعدياً بمجرد الدفع ما لم يفارقه؛ فإذا لم يكن متعدياً.. لم يكن قبض الثاني من ضمين، وإذا فارقه.. صار مضيعاً لها وقت التفرق بترك الحفظ الملتزم بالعقد.

وأما القابض منه: لم يكن متعدياً بالقبض؛ بدليل ما تقدم من عدم وجوب الضمان عليهما بالهلاك قبل أن يفارقه الأول، وبعد الافتراق: لم يُحدِث فعلاً آخر، بل هو مستمر على الحالة الأولى - وهو القبض من أمين - فلا يكون متعدياً ضامناً؛ لأنه لما صار في أوله أميناً.. وجب أن يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله، فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في حجر غيره.. فإنه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه تعد، كذا هذا.

والجامع بينهما: أن كل واحد منهما لم يكن متعدياً في الابتداء.. فلا ينقلب متعدياً بدون إحداث فعل آخر.

واعلم: أن أشياء إذا ملكها إنسان.. ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض، ولا بعده:

منها: مسألة الكتاب: أن المودع لا يملك إيداع الوديعة عند الأجنبي، ولو أودع.. يصير متعدياً، وكذا لو أعارها أو أجرها أو رهنها.

ومنها: المرتهن لا يملك الرهن بغير إذن الراهن؛ فإن فعل وهلك عند الثاني..

وَإِنْ أَنْفَقَ بَعْضَهَا فَهَلَكَ الْبَاقِي.. ضمنَ مَا أَنْفَقَ فَقَط.

كان للراهن أن يضمن أيهما شاء قيمة الرهن؛ فإن ضمن الأول.. لا يرجع على الثاني، وإن ضمن الثاني.. يرجع على الأول.

ومنها: الوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره إذا لم يقل الموكل: «اعمل برأيك» أو أذن له في ذلك، على ما تقدم تفصيله في الوكالة.

ومنها: إذا استأجر دابة ليركبها بنفسه.. لا يملك إيجاره غيره؛ لا للركوب ولا للحمل، وكذا إذا استأجر ثوباً للبسه.. لا يؤجر غيره.

ومنها: إذا استأجر دابة للركوب أو ثوباً للبسه.. لا يملك إعارته للغير.

ومنها: أخذ أرضاً وبذراً من رجل ليزرعها، ولم يقل له صاحب الأرض: «اعمل فيه برأيك».. لا يملك أن يدفع إلى غيره مزارعة، بخلاف ما إذا كان البذر من قبل الآخذ؛ فإن له حينئذ أن يدفع إلى غيره مزارعة على كل حال.

ومنها: المضارب لا يدفع إلى غيره مضاربة، ما لم يقل له رب المال: «اعمل برأيك»، على ما تقدم.

ومنها: أن المستبضع لا يملك [٤٤٣/أ] الإيداع؛ فإن أبضع وهلك.. فلرب المال أن يضمن أيهما شاء.

ومنها: أن المستبضع لا يملك الإبضاع أيضاً، كذا في «قاضي خان».

(وإن أنفق) المودع **(بعضها)**؛ أي: بعض الوديعة **(فهلك الباقي.. ضمن ما أنفق فقط)**؛ لعدم تعدّيه في الباقي.

إلا إذا تعيب الباقي بالتبعيض.. فحينئذ يضمن الكل.

أشار بالاتفاق: إلى أنه لو أخذ بعضها أو كلها لينفقه في حاجته، ثم بدا له فرده إلى موضعه، ثم ضاعت الوديعة.. لم يضمن؛ لأن أخذه ولو للإنفاق.. لم يناف الحفظ، بل هو عين الحفظ، وبمجرد النية لا يصير متعدياً؛ كما لو نوى أن يغصب مال إنسان ولم يفعل؛ نظيره: مودع غاب عن بيته، فقال له رجل أجنبي: إن لي في

وَإِن ردَّ مثلَهُ وخلطَهُ بِالْبَاقِي.. ضمنَ الْجَمِيعَ.

وَلَو تصرَّفَ فِيهَا، فربحَ.. يتَصَدَّقُ بِهِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يطيبُ لَهُ.

وَإِن أَودعَ اثْنَانِ مِن وَاحِدٍ شَيْئاً.. لَا يدْفعُ إِلَى أَحدِهِمَا حِصَّتَهُ بغيبةِ الآخرِ.

بيتك شيئاً فادفع إلي المفتاح حتى أرفعه، فسلم إليه المفتاح، فلما عاد الرجل إلى بيته.. لم يجد الوديعة في موضعها، قال محمد بن الفضل: لا يضمن المودع؛ لأنه بمجرد دفع المفتاح إليه.. لم يصر جاعلاً بيته في يد الأجنبي، فلم يكن متعدياً في الحفظ.

(وإن رد مثله)؛ أي: مثل ما أنفقه **(وخلطه بالباقي.. ضمن الجميع)**، بعضه: باستهلاكه بالإنفاق، وبعضه: بالاستهلاك.

فإن قيل: فاجعل الرد قضاء لا خلطاً.

قلنا: إن تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه لا يجوز.

ولو جعل علامة على ما رده من ماله حين خلطه بالوديعة.. لا يضمن الجميع، بل يضمن ما أنفق فقط، على ما في «غاية البيان»، وهذا؛ لعدم استهلاك الباقي بالخلط.

(ولو تصرف) المودع **(فيها)**؛ أي: في الوديعة **(فربح.. يتصدق به)**؛ أي: بالربح، هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: يطيب) الربح **(له)**؛ أي: للمودع - يعني: إذا أدى الضمان - لأن شرط طيب الربح عنده: أداء الضمان؛ لأنه حينئذ يكون ملكه، فيطيب.

لهما: أنها إنما تصير ملكاً له بأداء الضمان مستنداً إلى وقت وجوبه، والمستند: ثابت من وجه، فيكون الربح حاصلاً له من ملك غيره من وجه، فيتصدق به لخبثه.

ولو باع الوديعة، ثم اشتراها من المشتري ودفعها إلى مالكها، وسلم له فضل الثمن.. يطيب له الفضل كذا في «شرح المجمع».

(وإن أودع اثنان من واحد شيئاً.. لا يدفع) المودع **(إلى أحدهما حصته بغيبة الآخر)** عند أبي حنيفة.

خلافاً لَهما.

(خلافاً لهما)، هذا الخلاف في ذوات الأمثال من المكيلات والموزونات.

وفي غيرها: ليس له ذلك بالإجماع على الصحيح، على ما في «العناية» [٤٤٣/ب] نقلاً عن «الفوائد الظهيرية»، قال: حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد.. لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع.

لهما في الخلافية: أن الحاضر طلب نصيبه خاصة، فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك.

ولأبي حنيفة: أن المودع لا يملك القسمة بينهما.

ولنا: لو دفع إليه نصفه.. لا يكون ذلك قسمة بالإجماع، حتى تصيب الغائب؛ لعدم إذنه بذلك، فيكون متعدياً بالدفع، فيضمن نصفه.

بخلاف الدين المشترك؛ لأنه يطالبه بتسليم حصته؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فيكون المديون متصرفاً في مال نفسه لا في حق غيره، كذا في «الهداية» و«العناية» و«الزيلعي».

ولم يقيدوا المسألة بنهي المالكين، وقد قيدها بذلك في «قاضي خان»؛ حيث قال: ثلاثة أودعوا رجلاً مالاً، وقالوا: لا تدفع إلى رجل منا حتى يجتمع كلنا، فدفع نصيب أحدهم إليه.. كان ضامناً في قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يتعين نصيبه إلا بالقسمة، والمودع لا يملك القسمة.

رجلان أودعا رجلاً ثوباً، وقالا: لا ندفع إلا إلينا جميعاً، فدفع إلى أحدهما.. كان ضامناً؛ فإن أراد المودع أن يخرج نفسه عن الضمان.. قالوا: الحيلة له في ذلك: أن يقول للحاضر الذي يطالبه بعد ما دفع إلى الأول: أحضر خصمك حتى أدفعه إليكما، ولا يقر بالدفع إلى الأول. انتهى.

هذه الحيلة هي المنقولة عن أبي حنيفة في مسألة الحمامي، وهي: رجلان دخلا حماماً وأودعا عند الحمامي مالاً، فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه، ثم خرج الآخر

فطالبه، فتحير الحمامي وذهب إلى أبي حنيفة، فقال له أبو حنيفة: قل له: لا أعطيك حتى تحضر صاحبك، فانقطع هذا.

ولنذكر مسائل الحمام قال في أول وديعة «قاضي خان»: رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟ وقال صاحب الحمام: في ذلك الموضع، فوضع ثمة ودخل الحمام، ثم خرج من الحمام ولم يجد الثوب، فقال صاحب الحمام: إن صاحبك أخذ وذهب، ولم يكن لصاحب الثوب صاحب.. فصاحب الحمام ضامن؛ لأن قول صاحب الثوب: «أين أضع الثوب» استيداع عرفاً، وكلام صاحب الحمام: «في ذلك الموضع» قبول للوديعة. هذا قول ابن سلمة وأبي نصر الدبوسي.

وقال أبو القاسم: لا ضمان عليه.

والأول: أصح، على ما في «العمادي».

قال: إن كان صاحب الحمام جالساً لأجل الغلة [٤٤٤/أ]، فوضع صاحب الثوب ثوبه برأي العين منه، ولم يقل باللسان شيئاً، ودخل الحمام؛ فإن لم يكن للحمام ثيابي.. يضمن صاحب الحمام؛ لأن وضع الثياب برأي العين منه استحفاظ.

وإن كان للحمام ثيابي؛ فإن كان الثيابي حاضراً.. لا يضمن صاحب الحمام شيئاً، بل يضمن الثيابي؛ لأن هذا استحفاظ من الثيابي لا من الحمامي.

وإن كان الثيابي غائباً ونزع الثياب برأي العين من صاحب الحمامي.. كان استحفاظاً من الحمامي، فحينئذٍ يضمن الحمامي.

دخل حماماً فنزع ثيابه بحضرة من صاحب الحمام، فلما خرج من الحمام لم يجد ثيابه، ووجد صاحب الحمام نائماً.. قالوا: إن كان نائماً قاعداً.. لا يكون ضامناً؛ لأنه مستيقظ حكماً، فلم يكن تاركاً للحفظ.

وإن كان نائماً مضطجعاً واضعاً جنبيه على الأرض.. كان ضامناً؛ لأنه تارك للحفظ.

دخل الحمام ووضع ثيابه عند صاحب الحمام فخرج رجل من الحمام ولبس ثيابه، ولم يدر أنها ثيابه أو ثياب غيره، ثم خرج صاحب الثوب وقال: ليست هذه ثيابي، وقال الحمامي: خرج رجل من الحمام ولبس الثياب فظننت أنها ثيابه.. كان [ضامناً]؛ لأنه ترك الحفظ، كذا في «قاضي خان».

وقال في «العمادي»: سئل قاضي خان عن المودع دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابي، فضاعت.. قال: وجب الضمان؛ لأنه ليس للمودع أن يودع.

وقال صاحب «المحيط»: ينبغي أن لا يضمن؛ لأنه إيداع ضمني، وإنما يضمن بالإيداع القصدي.

وسئل «قاضي خان» أيضاً: عمن دخل الحمام وفي ثيابه خاتم رهن، هل يضمن المرتهن؟

قال: يضمن؛ لما ذكرناه.

وضع الوديعة مع ثيابه على شط النهر واغتسل ولبس ثيابه، ونسي الوديعة.. ضمن.

وكذا: إذا سرقت حين انغمس.

ثم قال فيه في ضمان الحمامي نقلاً عن «الذخيرة»: رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: احفظ الثياب، فلما خرج لم يجد ثيابه؛ فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعها وهو يراه، ويظن أنه يرفع ثيابه.. فهو ضامن؛ لأنه ترك الحفظ ولم يمنع القاصد وهو يراه.

وإن أقر: أني رأيت أحداً قد رفع ثيابك إلا أني ظننت أن الرافع أنت.. فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يصر تاركاً للحفظ لمَّا ظن أن الرافع هو. انتهى.

والشق الأول: هو مسألة «قاضي خان» التي ذكرناها آنفاً، إلا أنه لم يذكر في «قاضي خان» أمر صاحب الثوب بحفظ [٤٤٤/ب] ثوبه للحمامي.. فعلم منه أنه يضمن في الشق الأول؛ سواء أمر صاحب الثوب بالحفظ أو لم يأمر.

وقال في «العمادي» أيضاً وإن سرق الثوب والحمامي يشترط له بإزاء حفظه الثياب بشيء: وإذا شرط له بإزاء حفظ الثياب أجراً.. كان له الأجرة بإزاء الانتفاع بالحمام والحفظ، فحينئذٍ يكون على الاختلاف المعروف:

لا ضمان عند أبي حنيفة.

خلافاً لهما؛ لأنه أجير مشترك.

وكذا: على هذا الخلاف فيما دفع الثياب إلى جار دار وسرق منه.

امرأة دخلت الحمام، ودفعت ثيابها إلى المرأة التي تمسك الثياب، فلما خرجت.. لم تجد عندها ثياباً:

قال محمد بن الفضل: إن كانت هذه المرأة دخلت في أول مرة في هذا الحمام ودفعت ثيابها إلى التي تمسك الثياب.. فلا ضمان على الثيابية في قولهم جميعاً وإذا لم تعلم أنها تحفظ الثياب بأجر؛ لأنها إذا دخلت في هذا الحمام أول مرة ولم تعلم بذلك ولم تشترط لها الأجر على الحفظ.. كان ذلك إيداعاً منها، والمودع لا يضمن عند الكل إلا بالتضييع.

وإن كانت هذه المرأة قد دخلت هذا الحمام قبل هذه المرة، وكانت تدفع ثيابها إلى هذه الممسكة وتعطيها الأجر على حفظ الثياب.. فلا ضمان عليها عند أبي حنيفة.

خلافاً لهما؛ لأنها أجير مشترك، والمختار في الأجير المشترك: قول أبي حنيفة.

وإِنْ أودعَ عِنْد اثْنَيْنِ:

مَا يُقسَمُ.. اقتسماهُ وَحفظَ كلٌّ حِصَّتَهُ.

فإنْ دفع أَحدُهمَا إِلَى الآخرِ.. ضَمِنَ.

الدَّافِع لَا الْقَابِضُ.

وَعِنْدَهُمَا: لكلٍّ حفظُ الْكلِّ بِإِذنِ الآخرِ.

وقيل: هو قول محمد.

والفتوى: على قول أبي حنيفة: أن الثيابي لا يضمن إلا بما يضمن المودع.

وذكر «قاضي خان» وقال: ينبغي أن يكون الجواب في هذه المسألة عندهما على التفصيل؛ إن كان الثيابي أجير الحمامي يأخذ كل يوم منه أجراً معلوماً بهذا العمل.. لا يكون ضامناً عند الكل، بمنزلة تلميذ القصّار.

(وإن أودع) واحد **(عند اثنين ما يقسم)** وهو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسيِّ؛ كالمكيل والموزون (.. **اقتسماه، وحفظ كل)** من المودعين **(حصته)** بالنصف.

(فإن دفع أحدهما إلى الآخر.. ضمن الدافع، لا القابض) عند أبي حنيفة.

وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما الآخر.

(وعندهما: لكل) واحد منهما **(حفظ الكل)**؛ أي: كل الوديعة بلا اقتسام **(بإذن الآخر)**.

لهما: أنه رضي بأمانتهما.. فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر، ولا يضمنه كما فيما لا يقسم.

وله: أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ واحد منهما كله، والرضاء بأمانة الاثنين: لا يكون رضا [٥٤٤/أ] بأمانة الواحد.

وهذا: لأن الفعل كالحفظ، متى أضيف إلى اثنين فيما يقبل التجزي.. يتناول البعض دون الكل، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضاء المالك.. فيضمن الدافع؛

وَإِن مِمَّا لَا يُقسمُ.. حفظَه أَحدُهمَا بِإِذنِ الآخرِ إِجْمَاعاً.

وَإِن نهى عَن دَفعِهَا إِلَى عِيَالِهِ فَدفَع إِلَى مَن لَهُ مِنْهُ بُدٌّ.. ضَمِنَ.

وإِنْ إِلَى مَن لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ؛ كدفع الدَّابَّةِ إِلَى عَبدِهِ، وَشَيْءٍ يحفظُهُ النِّسَاءُ إِلَى زَوجتِهِ.. لَا يَضمَنُ.

لكونه متعدياً، لا القابض؛ لأنه مودع المودع عنده، ومودع المودع لا يضمن عنده ما لم يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكها، على ما في آخر وديعة «البزازية».

بخلاف ما لا يقسم؛ لأنه لما أودعهما، ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار، وأمكنهما المهايأة.. كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال.

وفي «العناية» عن «المبسوط»: قول أبي حنيفة أقيس؛ لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد.

(وإن) كانت الوديعة **(مما لا يقسم)**، وهو الذي يتعيب بالتفريق الحسي؛ كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق والحمام والرحى (.. **حفظه أحدهما بإذن الآخر إجماعاً)**؛ لما ذكرناه.

(وإن نهى) المالك **(عن دفعها)**؛ أي: دفع المودع الوديعة **(إلى عياله)**، وقد ذكرنا تفسير العيال.

(فدفع إلى من له)؛ أي: للمودع (منه بد)؛ أي: افتراق؛ بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأته فلانة، وله امرأة أخرى، أو نهى أن يدفعها إلى غلامه فلان وله غلام آخر، فخالفه فدفعه إليه (.. ضمن)؛ لأن الشرط مفيد؛ فإن من العيال من لا يؤتمن على المال، وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط.. فاعتبر.

(وإن) دفع **(إلى من لا بد له منه؛ كدفع الدابة إلى عبده)**، ولا عبد له غيره (وشيء) عطف على الدابة؛ أي: كدفع شيء **(يحفظه النساء)** كعقد اللؤلؤ **(إلى زوجته.. لا يضمن)** بالدفع إليه وإن نهاه المالك عنه؛ لأنه لا يمكنه الحفظ بدونه.. فلا يعتبر النهي عنه.

وَإِن أَمَرَ بحفظِهَا فِي بَيتٍ معيَّنٍ مِن دَارٍ، فحفظَهَا فِي غَيرِهِ مِنْهَا.. لَا يضمنُ، إِلّا إِذا كَانَ فِيهِ خَلَلٌ ظَاهِرٌ.

وإِنْ أَمَرَ بحفظِهَا فِي دَارٍ، فحفظَ فِي غَيرِهَا.. ضَمِنَ.

(**وإن أمر بحفظها**)؛ أي: الوديعة (**في بيت معين من دار، فحفظها في غيره منها**)؛ أي: من تلك الدار (.. **لا يضمن**)؛ لأن بيوت دار واحدة لا تتفاوت.. فلا فائدة في التعيين.

(**إلا إذا كان فيه**)؛ أي: في ذلك البيت (**خلل ظاهر**) لا يؤتمن على حفظها فيه.. فحينئذٍ يعتبر التعيين، فيضمن بالمخالفة.

(**وإن أمر بحفظها في دار فحفظ في غيرها.. ضمن**)؛ لأن الدارين قد تتفاوت حفظاً، فيعتبر التقييد.

قال في «قاضي خان»: رجل أودع وديعة، وقال للمودع: لا تضع وديعتي في حانوتك؛ فإنه مخوف، فوضع في الحانوت، فسرقت الوديعة في الليل.. قال [٤٤٥/ب] الفقيه أبو جعفر: إن لم يكن منزله أحرز من الحانوت، وليس له مكان آخر أحرز من الحانوت.. فلا ضمان عليه.

وإن كان غير ذلك.. يكون ضامناً.

ولو دفع بضاعة وقال المستبضع: ضعها في هذا العِدل، فوضعها في الحقيبة، فضاع.. ضمن.

وإن قال: ضعها في الجوالق من غير إشارة، فوضعها في الحقيبة.. لا يضمن. انتهى.

وذكر قبل هذا: رجل أودع عند إنسان وديعة، وقال في السر: من أخبرك بعلامة كذا وكذا فادفع إليه الوديعة، فجاء رجل وبيّن تلك العلامة، فلم يصدقها المودع حتى هلكت الوديعة عنده.. قال أبو القاسم: لا ضمان على المودع. انتهى.

فعلم منه: أنه لو قال المالك: طلبتها منك برسولي ومنعتها منه، وقال المودع:

من طلبها أجنبي ليس برسولك، فلم أدفعها إليه.. فالقول قول المودع في إنكار رسالته.

وكذا لو قال: أمرتني بدفعها إلى فلان فدفعتها إليه، وأنكر المالك دفعه إلى فلان.. فالقول للمودع.

إلا إن كذبه المالك في الأمر بالدفع.. فحينئذٍ القول للمالك.

ولنذكر بعض ما يصدق فيه المودع وما لا يصدق.. ففي «الفصولين»: ادعى المودع الرد أو الهلاك، وادعى رب الوديعة الإتلاف.. فالقول للمودع، ولو برهنا.. قيل: تقبل بينة المودع أيضاً.

وقيل: تقبل بينة المالك؛ لأنها تثبت الضمان.

ولو ادعى المودع دفعها إلى أجنبي للضرورة لحرق ونحوه.. لا يصدق إلا ببينة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وفي «العدة»: لو عُلِم وقعُ الحريق في بيته.. قبل قوله، وإلا.. فلا.

ولو قال المودع: أودعتها عند أجنبي، ثم ردّها علي فهلكت عندي، وكذبه المالك.. ضمن المودع، إلا أن يبرهن؛ لأنه أقر بوجوب الضمان عليه، ثم ادعى البراءة.. فلا يصدق إلا ببينة.

وكذا: لو قال: بعثت به إليك مع أجنبي، والمودع ينكر ذلك.

وكذا: لو دفعها إلى رسول المالك، فأنكر المودع الرسالة.. ضمن المودع، والقول قول المالك، ولم يرجع المودع على الرسول إن صدقه أنه رسول المودع، ولم يضمن له ضمان الدرك.

إلا أن يكون المدفوع قائماً.. فيرجع به.

ولو قال: رددتها إليك على يدي، أو على يد من في عيالي، وكذبه المالك.. فالقول قول المودع مع يمينه؛ لأن حاصل الاختلاف: في وجوب الضمان، وهو

وَلَو أَودعَ الْمُودَعُ فَهَلَكت.. ضَمِنَ الأَوَّلُ فَقَط.

وَعِنْدَهُمَا: ضَمَّنَ أَياً شَاءَ.

ينكر.. فيكون القول قوله.

بخلاف ما لو قال: بعثت بها على يد [٤٤٦/أ] أجنبي؛ لأنه أقر ثمة بوجوب الضمان، ثم ادعى البراءة.. فلا يصدق إلا ببينة.

وكذلك لو أقر المودع أنه استعملها، ثم ردها إلى مكانها فهلكت.. لا يصدق في الرد إلا ببينة؛ لأنه أقر بوجوب الضمان، ثم ادعى البراءة.. فلا يصدق بدون البينة.

والحاصل: أن المودع إذا خالف في الوديعة بما يوجب الضمان، ثم ادعى العود إلى الوفاق.. إنما يبرأ عن الضمان إذا صدقه المالك في العود، وإلا.. فلا يبرأ بدون البينة على العود.

بخلاف ما لو أقر بعد الإنكار أو بعد الرد.. فإنه لا يبرأ فيهما بإقامة البينة، ما لم يدفعها إلى المالك، على ما تقدم.

وهل للمولى أن يأخذ وديعة عبده؟

ففي «البزازية»: ليس للمالك أن يأخذ وديعة عبده؛ مأذوناً أم لا، ما لم يحضر العبد معه ويظهر أنه من كسبه؛ لاحتمال أن تكون وديعة الغير في يد العبد؛ فإن برهن أنه للعبد.. يدفع إليه. انتهى.

فعلم منه: أن المودع لو دفع وديعة العبد إلى مولاه بغير أمره؛ فإن كانت الوديعة للعبد نفسه.. لا يضمن المودع، وإن لغيره وديعة عنده.. يضمن.

(ولو أودع المودع) بغير إذن المالك **(فهلكت)** الوديعة **(.. ضمن الأول فقط)** عند أبي حنيفة.

(وعندهما: ضَمَّن) أي: المالك **(أياً شاء)** من المودع الأول والثاني، وقد ذكرنا وجه الطرفين عند قوله: «لو أودعها، ثم استردها».

فَإِن ضَمَّنَ الثَّانِيَ.. رَجَعَ على الأَوَّلِ، لَا بِالْعَكْسِ.

وَلَو أَودعَ الْغَاصِبَ.. ضمّنَ أَيّاً شَاءَ إِجْمَاعاً.

وَلَو أَودعَ عِنْدَ عبدٍ مَحْجُورٍ شَيْئاً، فأتلفَهُ.. ضمنَهُ بعدَ عتقِهِ.

(فإن ضَمَّن الثاني.. رجع على الأول)؛ لأنه مغرور من جهته.

(لا بالعكس)؛ أي: لو ضمن الأول.. لا يرجع على الثاني؛ لأن الأول ملكه بالضمان مستنداً، فعلم أنه أودع ملك نفسه.. فلا يرجع.

(ولو أودع الغاصب.. ضَمَّن) من التضمين؛ أي: ضمن المغصوب منه **(أياً شاء)** من الغاصب والمودع.

أما الغاصب: فظاهر؛ لأنه متعد.

وأما مودعه: فلقبضه منه بلا رضاء مالكه.

ثم مودع الغاصب إن لم يعلم أنه غاصب.. يرجع على الغاصب قولاً واحداً.

وإن علم.. فكذلك في ظاهر الرواية.

وحكى أبو اليسر: أنه لا يرجع، وإليه أشار شمس الأئمة، كذا في «الزيلعي».

(إجماعاً)؛ أما عندهما: فلما مر في مودع المودع.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن مودع الغاصب مثل الغاصب وغاصب الغاصب ومشتري الغاصب في التلقي بملك الغير بغير إذنه ابتداء، فكذا بقاء؛ يعني: أن مودع الغاصب وغاصب الغاصب والمشتري من الغاصب: مثل الغاصب في لزوم الضمان، إلا أن كلًّا منهم لما كان مغروراً من جهة الغاصب، عاملاً له.. كان له أن يرجع على الغاصب [٤٤٦/ب] بما لحقه من العهدة من جهته.

(ولو أودع) حرّ **(عند عبد محجور شيئاً، فأتلفه)** العبد **(.. ضمَّنه)** من التضمين **(بعد عتقه)** عند أبي حنيفة ومحمد.

قال في الفصل الثالث من «العمادية»: إذا شهد شاهدان على عبد محجور

وَإِن عِنْدَ صبيٍّ، ....

بغصب اغتصبه أو بوديعة استهلكها وشهدا على إقراره بذلك، وشهدا عليه ببيع أو إجارة أو شراء، وأنكر العبد ذلك، ومولاه غائب.. لا تقبل تلك الشهادة على المولى، حتى لا يخاطب المولى ببيع العبد، وتقبل على العبد، ويقضى عليه، ويؤاخذ العبد بها بعد العتق.

وإن كان المولى حاضراً مع العبد؛ فإن ادعى المدعي استهلاك مال أو غصب مال.. فالقاضي يقضي على المولى.

وإن ادعى استهلاك وديعة أو استهلاك بضاعة على العبد المحجور.. فعندهما: لا تسمع هذه البينة على المولى، وتسمع على العبد، ويؤاخذ به بعد العتق.

وعند أبي يوسف: تسمع البينة على المولى.

وإن شهدوا على إقرار العبد بذلك.. لا يقضى على المولى؛ سواء أكان حاضراً أو غائباً. انتهى.

هذا في العبد المحجور.

وأما إذا شهدا على عبد مأذون له في التجارة وأخذ الودائع بشيء من الغصب، أو استهلاك الوديعة، أو الإقرار بهما، أو البيع والإجارة والشراء، وأنكر العبد ذلك.. قبلت على المولى؛ حاضراً كان المولى أو غائباً.

ولا يشترط حضوره، على ما في «العمادية» أيضاً.

ولهذا قيدنا العبد بالمحجور.

(وإن) أودع **(عند صبي)** عاقل محجور عليه.

قيدناه بالعاقل: لأن الصبي الغير العاقل.. لا يضمن بالاتفاق.

وقيدناه بالمحجور: لأن الصبي الذي أذن له أبوه أو وصي أبيه في التجارة وأخذِ الودائع.. بمنزلة العبد المأذون له، حتى إذا شهد الشهود عليه بما يوجب

فأَتلفَهُ.. فَلَا ضَمَانَ أصلاً.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يضمنَانِ للْحَالِ.

الضمان.. قبلت شهادتهم عليه؛ سواء كان الذي أذن له حاضراً أو غائباً، فيضمن في الحال.

(فأتلفه.. فلا ضمان) عند أبي حنيفة ومحمد **(أصلاً)**؛ أي: لا في الحال، ولا بعد البلوغ.

(وقال أبو يوسف: يضمنان للحال)، فيباع العبد.

ولأبي يوسف: أن محجوريتهما في الأقوال فقط، لا في الأفعال.

ولهما: أن المالك استحفظ ممن ليس بأهل التزامِ الحفظ:

أما الصبي: فلم يصح التزامه أصلاً.

وأما العبد: فلم يصح التزامه في حق المولى؛ نظراً له.. فلا يضمن في الحال، وصح في حق نفسه؛ لكونه مكلفاً آدمياً.. فيضمن بعد العتق.

وفي «الحقائق»: العبد يشمل: المدبر، وأم الولد، والمكاتب.. فيضمن في الحال.

وفي «شرح المجمع»: وعلى هذا [٤٤٧/أ] الخلاف: الإقراض والإعارة.

قال في «العمادية» نقلاً عن الخصاف: لو ادعى على صبي محجور عليه مالاً بالاستهلاك أو بالغصب؛ فإن قال المدعي: لي بينة حاضرة.. تسمع دعواه، ويشترط حضرة الصغير؛ لأن الصبي مؤاخذ بأفعاله، والشهود محتاجون إلى الإشارة، لكن يحضر معه أبوه أو وصيه؛ حتى إذا لزم الصغير بشيء.. يؤدي عنه أبوه من مال الصغير.

وإن لم يكن له أب ولا وصي، وطلب المدعي من القاضي أن ينصب له وصياً.. أجابه القاضي إلى ذلك.

لكن يشترط حضرة الصغير عند نصب الوصي.

وإِنْ دفعَ العَبْدُ الْوَدِيعَةَ إِلَى مثلِهِ، فَهَلَكتْ.. ضَمَّنَ الأَوَّلُ بعدَ الْعِتْقِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: ضمّنَ أَيَّهمَا شَاءَ للْحَالِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: إن ضَمَّنَ الأَوَّلَ.. فَبعدَ الْعِتْقِ.

وإِنْ ضمّنَ الثَّانِيَ.. فللحالِ.

وقال بعض المتأخرين: حضرة الصغير عند الدعاوى شرط؛ سواء كان الصغير مدعياً أو مدعى عليه.

والصحيح: أنه لا يشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعاوى، كذا في «المحيط».

وذكر رشيد الدين: لا يشترط حضرة الصبي عند نصب الوصي، بل يشترط أن يكون القاضي عالماً بوجود الصبي، وأن يكون الصبي في ولايته.

ولكن المختار: أنه يشترط حضرته عند الدعوى.

(**وإن دفع العبد**) المحجور (**الوديعة**) الموضوعة عنده (**إلى مثله**)؛ أي: عبد محجور آخر (**فهلكت**) الوديعة عند الثاني (.. **ضُمِّنَ**) من التضمين (**الأول بعد العتق**) عند أبي حنيفة؛ لأن الثاني مودع المودع.. فلا ضمان عليه عنده، على ما سبق.

(**وعند أبي يوسف: ضَمَّن أيهما شاء للحال**).

أما الأول: فلأنه متلف بالدفع إلى الثاني.

وأما الثاني: فلأنه مودع المودع وهو ضامن عنده في الحال، على ما تقدم.

وإن أعتق الثاني أولاً وضمنه.. رجع على الأول، وإن أعتق الأول أولاً وضمنه.. لم يرجع على الثاني أصلاً، على ما في «شرح المجمع».

(**وعند محمد إن ضمن الأول.. فبعد العتق، وإن ضمن الثاني.. فللحال**)؛ لأن ضمانه ضمان فعل؛ لقبضه ملك غيره بغير إذنه.. فلزمه في الحال.

وَمَن مَعَهُ أَلفٌ، فَادّعى كلٌّ مِن اثْنَيْنِ إِيداعَها عِنْدَه، فنكلَ.. لَهما وَضَمِنَ لَهما مثلَهَا.

(**ومن معه ألف فادعى كل من اثنين إيداعها عنده فنكل لهما**).. فهي لهما، (**وضمن لهما مثلها**)؛ لأن دعوى كل منهما صحت، فتوجهت لهما اليمين على المنكر، فيحلف لهما القاضي كلًّا بانفراده؛ لأن كلًّا منهما ادعاه بانفراده، ويبدأ بأيهما شاء؛ لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية.

ولو تشاحا.. أقرع بينهما، كذا في «الهداية».

والمسألة على أربعة أوجه: لأنه إما أن يحلف لهما، أو يحلف للأول وينكل للثاني، أو بالعكس، أو ينكل لهما.

فإن حلف لكل منهما.. فلا شيء لهما؛ لعدم الحجة.

وإن حلف للأول ونكل للثاني.. فالألف للثاني ببذله أو إقراره [٤٤٧/ب] على الخلاف المعروف بين الإمام وصاحبيه: أن اليمين بذل أو إقرار.

وإن عكس.. فالألف للأول، ولا شيء للثاني.

وإن نكل للثاني أيضاً.. فالألف بينهما؛ لأنه أوجب الحق لكل منهما عليه؛ ببذله أو إقراره، وعليه ألف آخر بينهما؛ لأن نكوله أوجب لكل منهما كل الألف؛ كأن ليس معه غيره؛ فإذا صرفه إليها.. فقد صرف نصيب هذا إلى ذلك، ونصف نصيب ذاك إلى هذا، فيغرم ذلك. والله أعلم.

* * *

(كتاب العارية)

(كتابُ الْعَارِيةِ)

هِيَ: تمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ بِلَا بدلٍ.

(كِتَابُ العَارِيَة)

قيل: هي مشتقة من التعاور؛ بمعنى: التناوب، فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه، على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء.

واختلف في تعريفه، قال عامة الفقهاء: (**هي تمليك منفعة بلا بدل**).

احترز بقوله: «منفعة» عن الهبة.

وبقوله: «بلا بدل» عن الإجارة.

وقال الكرخي - وهو المروي عن الشافعي -: هي إباحة الانتفاع بملك الغير؛ لأنها تنعقد بلفظ الإباحة، ولا يشترط فيها ضرب المدة، والنهي يعمل فيها، ولا يملك الإجارة من غيره، وكل ذلك: يدل على أنها إباحة لا تمليك؛ لأن التمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة، ولا بد له من ضرب المدة؛ لأن تمليك المجهول لا يصح، ولا يعلم إلا بضرب المدة.

وأن المملك لا يملك النهي؛ كالآجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع بالمستأجر.

بخلاف المعير؛ فإنه يملك النهي عن الاستعمال، ولو كان تمليكاً.. لما ملكه.

وإن المستأجر يملك أن يؤجر العين المستأجرة؛ لتملكه منافعها، بخلاف المستعير.. فإنه لا يملك الإجارة.

فلو كانت الإعارة تمليكاً.. لجاز له ذلك.

وقالت العامة: إنها تنبئ عن التمليك؛ فإن العارية مشتقة من العرية، وهي: العطية، وهي تمليك، ولهذا تنعقد بلفظ التمليك؛ مثل أن يقول: ملكتك منفعة داري هذه شهراً.

وَلَا تكونُ إِلّا فِيمَا يُنْتَفعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عينهِ.

وإِعارةُ المكيلِ، ....

فإن قيل: المنافع أعراض، والأعراض لا تبقى، فلا يقبل التمليك.

قلنا: بعد تسليم عدم بقاء الأعراض: إن المنافع قابلة للملك والتملك، بعوض وبغير عوض؛ كالأعيان، والجامع بينهما: دفع حاجة الناس؛ لأنها إنما شرعت لدفع حاجة الناس.

فإن قيل: قد تقرر في محله: أن التعريف لا يعلل؛ فكيف يصح ما ذكره العامة على تعريفهم المذكور؛ لأنه من قبيل الاستدلال على التعريف؟

قلنا: إن تعريفهم المذكور:

إن كان تعريفاً لفظياً.. فلا نسلم أنه لا يقبل التعليل، كيف وإنه من المطالب التصديقية، على ما بيّن في محله.

وإن كان حقيقياً.. يجوز أن يكون [٤٤٨/أ] ما ذكروه بياناً لوجه المناسبة بينه وبين معناه اللغوي، لا استدلالاً، ويجوز أن يكون بياناً لخواص يعرف بها المعرف لا استدلالاً، والجهالة في العارية لا تفضي إلى المنازعة؛ لعدم اللزوم.. فلا تحتاج إلى ضرب المدة، والممنوع: هي الجهالة المفضية إلى المنازعة، وعمل النهي فيها ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك، بل من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد، وله ذلك؛ لكونها عقداً غير لازم، وإنما لا يملك الإجارة؛ لدفع زيادة الضرر، لا لعدم التمليك فيها.

(**ولا تكون**)؛ أي: الإعارة (**إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه**)؛ كالثوب والدابة.

هذا شروع في بيان شرطها بعد ذكر تعريفها.

فشرطها: هو إمكان الانتفاع مع بقاء العين؛ سواء كان مشاعاً أو لا؛ لأن إعارة المشاع جائز، كما صرح في «العمادية» وغيرها.

(**وإعارة المكيل**) كالبر والشعير ونحوهما.

وَالْمَوْزُونِ، والمعدود، قرضٌ إلّا إنْ عيَّنَ انتفاعاً يُمكِنُ ردُّ الْعَينِ بعدَهُ.

وَتَصِحُّ بأعرْتُكَ، ومَنَحْتُكَ، وأَطعمْتُكَ أَرضي، ....

(والموزون) كالدراهم والدنانير وغيرهما من الموزونات.

(والمعدود: قرض) في المعنى؛ لأن الانتفاع بها لا يمكن إلا باستهلاك عينها، ولا يملك الاستهلاك إلا بتمليكها، وذلك لا يكون إلا بالهبة أو القرض، والقرض: أدناهما ضرراً، فيحمل عليه.

(إلا إن عين انتفاعاً يمكن رد العين بعده)؛ أي: بعد الانتفاع؛ مثل: أن يعيرها؛ لأن يزين بها دكانه، أو يعاير بها ميزانه.. فإنه حينئذ يكون عارية لا قرضاً؛ لإمكان رد العين بعد الانتفاع بها.

قال في «البزازية» مفرعاً على هذا الشرط: فإذا قال: أعرتك هذه القصعة من الثريد، فأخذها وأكلها.. يضمنه، ويكون قرضاً، إلا إذا كان بينهما بسوطة تدل على الإباحة.

(وتصح)؛ أي: الإعارة (بأعرتك)؛ لأنه صريح فيها، (ومنحتك) ثوبي هذا أو جاريتي هذه؛ إذا لم يرد به الهبة؛ فإن المنح: لتمليك العين عرفاً.

وعند عدم إرادته: يحمل على تمليك المنفعة.

وتحقيقه: أن المنح في أصله: أن يعطي الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها، ثم ترد إليه، ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى شيئاً: منح؛ فإذا [أراد به][1] الهبة.. أفاد ملك العين، وإلا.. بقي على أصل وضعه، فسقط ما توهم أنه إذا كان حقيقة عرفية في تمليك العين، فلا يحتاج إلى إرادته؛ لأن حقيقة اللفظ مستغنية عن النية.

(وأطعمتك أرضي)؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل عينه.. يراد به أكل غلتها مجازاً، بعلاقة [٤٤٨/ب] الحالية والمحلية.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٨٤/٥).

وحَمَلْتُكَ على دَابَّتي، وأَخدمْتُكَ عَبدِي.. إذا لَم يُرِدَ بذلكَ الْهِبَةَ.

وداري لَكَ سُكْنى، أَو عُمرى سُكْنى.

وللمعيرِ أَنْ يرجعَ فِيهَا مَتى شَاءَ.

(وحملتك على دابتي)؛ أي: إذا لم يرد به الهبة؛ لأنه مستعمل فيها عرفاً؛ كما يقال: حمل الأمير فلاناً على الفرس.. يراد به: الهبة. وفي العارية أيضاً لغة؛ لأنه في اللغة الإركاب؛ فإذا استعمل فيها.. صحت نيته، وإن لم تكن له نية.. يحمل على الأدنى وهو العارية.

(وأخدمتك عبدي)؛ لأنه يراد به العارية؛ لأنه إذن له في الاستخدام؛ (إذا لم يرد بذلك الهبة).

والذي ظهر منه: أن ذلك إشارة إلى الأخير، لكن مقتضى ما صرح في «الهداية» و«الزيلعي» وغيرهما: أن يكون ذلك إشارة إلى منحتك وحملتك.

(وداري لك سكنى، أو) داري لك (عمرى سكنى)[1]؛ لأن قوله: «داري لك» يحتمل أمرين، وقوله: «سكنى» محكم في إرادة منفعة السكنى.. فيحمل عليه.

(وللمعير أن يرجع فيها متى شاء)؛ لأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها، فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث.. فله ذلك.

أطلقه؛ فأشار إلى أن له الرجوع، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة.

قال في «البزازية»: وللمعير أن يرجع في العارية، أطلق أو وقَّت؛ لأنها غير لازمة؛ فإذا رجع وطلبها، فلم يردها المستعير عليه حتى هلكت.. يضمن.

ولو قال: دعها عندي، فتركها وهلكت.. لا يضمن.

---

(١) قال في «الدر المختار» (٦٧٨/٥): («داري» مبتدأ، «لك» خبر «سكنى» تمييز؛ أي: بطريق السكنى «وعُمْرى» مفعول مطلق؛ أي: أعمرتها لك عمرى «سكنى» تمييزه؛ أي: جعلت سكناها لك مدة عمرك).

وَلَو هَلَكَتْ بِلَا تعدٍّ.. فَلَا ضَمَانَ.

طلبها، فقال: أدفع، ومضى شهر حتى هلك؛ إن كان عاجزاً وقت الطلب من الرد.. لا يضمن، وإن قادراً؛ إن أظهر المعير الكراهة والسخط في الإمساك وأمسك.. يضمن، وكذا: إن سكت.

وإن صرح بالرضاء بأن قال: لا بأس في إمساكه.. لا يضمن.

وإن لم يطلب، وهو لم يرده حتى ضاعت؛ إن كانت العارية مطلقة.. لا يضمن، وإن قيدها بوقت ومضى الوقت ولم يرده.. يضمن.

وكذا لو كانت مقيدة؛ بأن استعار قدوماً لكسر الحطب، فكسَّرَ ولم يرده حتى ضاع.. ضمن.

استعار كتاباً فضاع، فجاء مالكه، فلم يخبره بالضياع، إن لم يكن آيساً من وجوده.. لا ضمان عليه.

وإن آيساً من وجوده.. ضمن.

قال صدر الشهيد: هذا التفصيل خلاف ظاهر الرواية؛ فإنه إذا وعده الرد، ثم ادعى الضياع.. يضمن؛ للتناقض إذا كان دعوى الضياع قبل الوعد، وبه يفتى.

ولو ردها بيد أجيره أو عبده.. يبرأ عن الضمان.

ولو ردها إلى عبد رب الدابة، أو أجيره، أو من في عياله.. يبرأ، لكنه إن كان عبد رب الدابة عبده الذي يقوم على الدابة.. يبرأ قياساً [٤٤٩/أ] واستحساناً.

وإن كان لا يقوم عليها.. يبرأ استحساناً.

(ولو هلكت) المستعار أو نقصت بالتعيب **(بلا تعد.. فلا ضمان)**؛ لأنه أمانة، فلا تضمن بلا تعد.

قال الشافعي: تضمن إذا هلكت في غير حالة الاستعمال، ولو بلا تعد؛ لأنه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق، فيضمنه، والإذن إنما يثبت لضرورة الانتفاع

بها.. فلا يظهر فيما وراء الاستعمال، ولهذا كان واجب الرد، فصار كالمقبوض على سوم الشراء.

قلنا: إن الضمان؛ إما أن يجب: بالعقد، أو بالقبض، أو بالإذن، وليس شيء يوجب الضمان:

أما العقد: فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية.. لا ينبئ عن التزام الضمان أصلاً؛ لأنه تمليك المنافع بغير عوض، أو إباحتها على الخلاف الذي ذكرناه من قبل، وما وضع لتمليك المنافع: لا يتعرض فيه للعين، حتى يوجب الضمان عند هلاكه.

وأما القبض: فلأنه إنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً، وليس كذلك؛ لكونه مأذوناً فيه.

وأما الإذن: فلأن إضافة الضمان إليه في الوضع؛ لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان، فكيف يضاف إليه، والإذن من المالك وإن لم يثبت إلا لأجل الانتفاع بها.. إلا أن قبضه أيضاً لم يكن إلا للانتفاع منها أيضاً، فلم يكن ثمة تعدّ، ولا ضمان بدونه، ووجوب الرد لا يدل على أنه مضمون؛ لأنه إنما وجب رده لمؤنة القبض الحاصل؛ كنفقة المستعار، لا لوجوب الضمان عليه.

والمقبوض على سوم الشراء: مضمون بالعقد لا بالقبض؛ لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد، فكان العقد فيه موجوداً حكماً؛ صيانة لأموال الناس.. فصار مضموناً بالعقد، وليس في الإعارة عقد يوجب الضمان: حقيقة ولا حكماً، وإنما الموجود فيها: هو عقد الإعارة، وهو لا يوجب الضمان على ما ذكرناه.

قيده بعدم التعدي؛ لأنه لو هلك بالتعدي.. يضمن.

وكذا: لو نقص بالتعدي.. يضمن النقصان، على ما ذكره في ضمان العارية من ضمانات «العمادية»؛ حيث قال نقلاً عن «فتاوى الديناري»: إذا انتقص العين

وَلَا تؤَجَّرُ وَلَا تُرهَنُ؛ كَالْوَدِيعَةِ.

المستعار في حالة الاستعمال.. لا يجب الضمان بسبب النقصان إذا استعمله استعمالاً معهوداً. انتهى.

فإنه يدل: على أنه [إذا] استعمله استعمالاً غير معهود.. يجب الضمان بسبب النقصان.

وهل يضمن بشرط الضمان؟

ففي «الأشباه»: إن العارية إذا اشترط فيها الضمان على [٤٤٩/ب] المستعير.. تصير مضمونة عندنا في رواية. ذكره «الزيلعي»، وجزم به في «الجوهرة»، ولم يقل: «في رواية»، ولكن نقل بعده فرع «البزازية» عن «الينابيع»، ثم قال: في الوديعة والعين المؤجرة.. لا يضمنان بحال.

وقال في «البزازية»: قال أعرني هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن له، فأعاره، فضاع.. لم يضمن. انتهى.

أي ضاع بلا تعدّ.

(ولا تؤجر) العارية؛ لأن الإجارة فوقها، والشيء لا يتضمن فوقه.. فلا يشملها اللفظ، ولأنا لو صححناها؛ فإمّا أن يكون لازماً، أو غير لازم، وكلاهما: باطل.

أما الثاني: فلأنه خلاف مقتضى الإجارة؛ فإنه عقد لازم.

وأما الأول: فلأنه حينئذ يكون بتسليط المعير، ومن مقتضيات عقد الإعارة، فلا يقدر المعير على الاسترداد إلى انقضاء وقت الإجارة؛ ليكون عقد الإعارة لازماً، وهو خلاف مقتضاه أيضاً، وفيه زيادة ضرر بالمعير أيضاً، فأبطلناه.

وإذا كانت باطلة.. كان بالتسليم غاصباً، فيضمن حين سلم بالإجارة، والمعير مخير؛ يضمن أيهما شاء، على ما سيأتي ذكره.

(ولا ترهن كالوديعة)؛ لأن الرهن إيفاء، وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه، ولأن فيه ضرراً؛ لأن الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن.. فصار كالإجارة.

واختلفوا في إيداعها:

قال بعض مشايخنا: ليس للمستعير أن يودع العارية مطلقاً، واختاره الكرخي؛ مستدلاً بمسألة «الجامع الصغير»: أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي، فهلكت في يد الرسول.. ضمن المستعير العارية، وليس ذلك الإيداع منه.

قال الباقلاني: هذا القول أصح؛ لأن الإيداع تصرف في ملك الغير - وهو المعير - بغير إذنه قصداً.

بخلاف الإعارة؛ لأنها تصرف في المنفعة قصداً، وتسليم العين من ضروراته.. فافترقا.

وقال بعض مشايخنا: له أن يودع العارية؛ لأنها دون الإعارة؛ فإذا جاز إعارته.. فإيداعه أولى، به أخذ الفقيه والصدر الشهيد.

وقيل: وعليه الفتوى، ونسبه الزيلعي إلى الأكثر.

ولقائل أن يقول: إنما جاز له أن يعير المستعار؛ لأنه مأذون من جهة المعير له؛ لإطلاق الإذن بالانتفاع به، ومثل هذا الإذن مفقود في الإيداع.. فهو باق على أصل الحجر، فليس له أن يودع.

فإن قيل: إنه إذا أعاره.. فقد أودعه؛ لتضمنه له.

قلنا: الإيداع في ذلك ثبت ضمناً وتبعاً لا قصداً، والشيء [٤٥٠/أ] قد يثبت ضمناً، ولا يثبت قصداً وصريحاً؛ ألا ترى أن بيع حمل الجارية تبعاً لأمها: صحيح، ولا يصح بيعها قصداً وصريحاً.

وقد ثبت: أنه لا معتبر بالضمنيات، ولهذا اختار شيخ الإسلام في «واقعاته» القول الأول، وقال: ليس للمستعير أن يودع عند غيره؛ لأنها أمانة في يده كالوديعة.

وقال بعض مشايخنا: له ذلك.

ولكن الأصح: هو الأول.

فإِنْ آجرَها فَتلفَتْ.. ضَمَّنَ أَيُّهمَا شَاءَ.

فَإِن ضمّنَ الْمُؤَجِّرَ.. لَا يرجعُ على أَحدٍ.

وَإِن ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجرَ.. رَجَعَ على الْمُؤَجِّرِ إِنْ لم يعلم أَنَّهُ عَارِيَةٌ.

وَلهُ أَن يُعيرَ مَا لَا يخْتَلف باخْتلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ؛ كالحَمْلِ على الدَّابَّةِ.

لَا مَا يخْتَلفُ كالركوبِ إِن عيّنَ مُسْتَعْمِلاً.

(فإن آجرها فتلفت.. ضَمَّن) من التضمين؛ أي: ضمن المعير **(أيهما شاء)** من المستعير والمستأجر؛ لأن المستعير صار غاصباً بالتسليم إلى المستأجر بغير إذن المعير، والمستأجر صار قابضاً لملك الغير بغير إذنه.. فتحقق في كل منهما موجب الضمان.

(فإن ضمن المؤجرَ)؛ أي: المستعيرَ (.. **لا يرجع)** المؤجر **(على أحد)**؛ لأنه ظهر بالضمان أنه أجر ملك نفسه.

(وإن ضمن المستأجر.. رجع) المستأجرُ **(على المؤجر إن لم يعلم أنه عارية)**؛ دفعاً لضرر الغرور من جهته؛ لأنه صار مغروراً من جهته.

وعلى هذا التفصيل: لو رهن المستعير العارية؛ حيث كان للمعير تضمين أيهما شاء: من الراهن والمرتهن؛ فإن ضمن الراهن.. لا يرجع الراهن على أحد، وإن ضمن المرتهن.. يرجع المرتهن على الراهن؛ لما ذكرناه.

(وله) أي: للمستعير **(أن يعير ما)**؛ أي: مستعار **(لا يختلف باختلاف المستعمل؛ كالحمل على الدابة)** واستخدام العبد والسكنى والزراعة؛ لأنها تمليك المنافع على ما تقدم، والمالك يملك التمليك؛ كالمستأجر يملك الإيجار، والموصى له بالخدمة يملك الإعارة.

(لا ما يختلف كالركوب إن عين مستعملاً)؛ دفعاً لمزيد الضرر عن المعير؛ لأن الناس مختلف في الركوب.

وَإِن لم يعيّنْ.. جَازَ أَيْضاً مَا لم يتَعَيَّنْ.

فَإِن تعيّنَ.. لَا يجوزُ.

فَلَو ركبَ هُوَ.. لَيْسَ لَهُ إِركابُ غَيرِهِ.

وإِنْ أركبَ غَيره.. لَيْسَ لَهُ أَنْ يركبَ هُوَ.

(وإن لم يعين.. جاز أيضاً)؛ أي: كما لا يختلف.

(ما لم يتعين) المستعمل بالفعل.

(فإن تعين.. لا يجوز).

ثم فرع عليه بقوله: **(فلو ركب هو)**؛ أي: المستعير (.. **ليس له إركاب غيره، وإن أركب غيره.. ليس له أن يركب هو)**؛ لأنه تعين باختيار الفعل، فيكون خلافه تعدياً.. فيضمن.

تفصيل هذا: ما ذكره في ضمانات «العمادية»: قال فيها: هل للمستعير أن يعير؟

إن كان الإعارة مطلقة.. له أن يعير؛ سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به، أو شيئاً لا يتفاوت الناس فيه، حتى أن من استعار دابة للركوب ولم يبين الراكب، أو استعار ثوباً ولم يبين اللابس.. فله أن يعير للركوب واللبس وإن كان الناس يتفاوتون في الركوب [٤٥٠/ب] واللبس.

ولكن إنما يعير لغيره إذا لم يركب أو لم يلبس بنفسه.

أما إذا ركب أو لبس بنفسه.. فقد اختلف المشايخ فيه:

قيل: ليس له أن يعير، ولو أعار.. يضمن، وهو اختيار فخر الإسلام.

وقال بعضهم: له أن يعير، ولو أعار.. لا يضمن، وهو اختيار شيخ الإسلام أبي بكر، وشمس الأئمة السرخسي.

وكذلك في الابتداء: لو أركب غيره أو ألبس غيره، ثم أراد أن يركب بنفسه، أو يلبس بنفسه.. ففيه اختلاف المشايخ على نحو ما ذكرنا.

وَإِن قُيِّدَ بِنَوْعٍ أَو وَقتٍ أَو بهما.. ضَمِنَ بِالْخِلَافِ إِلَى شَرٍّ فَقَط.
وإِنْ أَطلَقَ فيهمَا.. فَلهُ الِانْتِفَاعُ بِأَيِّ نوعٍ شَاءَ، فِي أَيِّ وَقتٍ شَاءَ.

هذا إذا كانت الإعارة مطلقة.

وإن كانت مقيدة.. كان للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس فيه، حتى أن من استعار دابة ليحمل عليها بنفسه، أو داراً ليسكنها، أو عبداً للخدمة.. فله أن يعير من غيره؛ لأن الناس لا يتفاوتون في هذه الأشياء.

ولو استعار ثوباً ليلبسه بنفسه، أو دابة ليركبها بنفسه.. ليس له أن يعير غيره.

ولو أعار شيئاً وقال: لا تدفع إلى غيرك، فدفع، فهلك عنده.. يضمن. انتهى.

(وإن قيد) المعير العارية **(بنوع أو وقت أو بهما.. ضمن بالخلاف)**؛ أي: بما سماه من القيد بنوع أو وقت أو بهما.

(إلى شر فقط)؛ أي: لا بالخلاف:

إلى مثله؛ كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزاً من هذه الحنطة، فحمّلها قفيزاً من حنطة أخرى مثله.

أو إلى خير منه؛ كما إذا حمل مثل ذلك الحنطة شعيراً. هذا استحسان.

وفي القياس: يضمن؛ لأنه خلاف جنس، وعند اختلاف الجنس.. لا تعتبر المنفعة والضرر.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم؛ إذا باع بألف دينار.. لا ينفذ بيعه.

وجه الاستحسان: أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة؛ إذ مقصوده من التقييد: دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير: أخف على الدابة.. فهو أنفع.

(وإن أطلق فيهما)؛ أي: في النوع والوقت (.. **فله الانتفاع بأي نوع شاء، في أي وقت شاء)**.

فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً.. فله أن يَركب ويُركب ويحمل متى شاء؛ لأنه يملك التصرف على الوجه الذي أذن له فيه.

واعلم: أن العارية إذا كانت مؤقتة بوقت، فأمسكها بعد الوقت.. فهو ضامن؛ سواء كانت العارية مؤقتة نصاً، أو دلالة.

حتى أن من استعار قدوماً ليكسر الحطب، فكسّره، فأمسك حتى هلك.. يضمن؛ لكونها مؤقتة دلالةً.

كذا في «العمادية» نقلاً عن «فتاوى القاضي ظهير».

وفيها أيضاً نقلاً عن «شرح شيخ الإسلام أبي بكر»: إذا لم تكن [٤٥١/أ] العارية مؤقتة، لكنه قال: احمل عليها حنطة، فمكث بنقل الحنطة عليها أياماً.. فلا ضمان عليه؛ لأن العارية مطلقة.

وفي «العدة»: العارية لو كانت مقيدة بالوقت، مطلقة في غيره؛ نحو أن يعيره يوماً.. فهذه العارية مطلقة، إلا في حق الوقت، حتى لو لم يردها بعدما مضى الوقت مع الإمكان.. ضمن إذا هلكت؛ سواء استعملها بعد الوقت، أو لم يستعملها، وهو المختار.

ولو كانت مقيدة بالمكان.. فهي مطلقة إلا من حيث المكان، حتى لو خالف في المكان.. ضمن وإن كان هذا المكان أقرب من المكان المأذون فيه.

وكذا: لو أمسك الدابة في الموضع الذي استعمله ولم يذهب إلى الموضع الذي استعارها فيه.. ضمن.

وفي «الذخيرة»: ولو استعار دابة إلى الليل، وهلكت قبل الليل.. لا يضمن.

وإن هلكت في اليوم الثاني.. ضمن.

قال بعض مشايخنا: إنما يضمن لو امتنع بها في اليوم الثاني، حتى يصير غاصباً؛ أما بدون ذلك.. فلا يضمن؛ كما في المودع إذا أمسك الوديعة بعد انقضاء المدة؛ بأن

قال له المالك: احفظ وديعتي اليوم، فهلكت في اليوم الثاني.. لا يجب الضمان.

ومنهم من قال: يجب الضمان على كل حال.

وإطلاق محمد يدل عليه.

وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي.

وهؤلاء فرقوا بين العارية والوديعة، والفرق بوجهين:

أحدهما: أن المستعير إنما أمسك العين بعد انقضاء المدة لنفسه؛ لأنه أمسك بقبضه السابق، وقبضه السابق كان لنفسه، فانتهت المدة وهو قابض لنفسه.. فيضمن، ولا كذلك المودع.

والثاني: أن رد المستعار لازم على المستعير بعد انقضاء المدة.. فكأن المالك قال له: رد المستعار علي؛ فإذا لم يرد.. فقد امتنع عن الرد بعد طلب المالك، فيضمن.

ولا كذلك المودع؛ لأن رد الوديعة ليس على المودع، بل هو على المالك.

وفي «فتاوى قاضي ظهير»: استعار دابة إلى موضع كذا.. فله أن يذهب عليها ويجيء ويعيرها من غيره، وإن لم يسمّ لها موضعاً.. ليس له أن يخرج بها من المصر.

وفي «فتاوى رشيد»: لو استعار دابة شهراً.. فهو على المصر.

وكذا: في عارية الخادم واستئجاره.

وكذا: الموصى له بالخدمة.. فهو على المصر.

وفي «الذخيرة»: روى بشر عن أبي يوسف: ضمن استعار دابة أو ثوباً حتى وقع الاستعمال في المصر، ثم خرج بها عن المصر؛ فإن استعملهما.. فهو ضامن.

وإن لم يستعملهما.. ففي الثوب: لا ضمان؛ لأنه حافظ له [٤٥١/ب] خارج المصر، وفي الدابة: يجب الضمان؛ لأنها بمجرد الخروج تصير عرضة للتلف،

فيكون إخراجها تضييعاً لها معنى فيصير ضامناً.

وفي «واقعات اللامتي»: لو هلكت الدابة العارية في يد المستعير؛ فإن كان العقد مطلقاً.. لا يضمن؛ سواء هلك في حالة الاستعمال أو في غيره.

وعند الشافعي: إن هلكت في حالة الاستعمال.. يضمن، وإلا.. فلا.

وإن كانت مؤقتة؛ فإن هلكت في المدة.. فعلى هذا الخلاف.

وإن هلكت بعد مضي المدة.. يضمن في قولهم جميعاً؛ لأنه أمسكها بعد انقضاء المدة بغير إذن المالك، فصار غاصباً.

هذا إذا لم يعين جهة الانتفاع؛ أما إذا عيّن ثم خالف.. فهذا على ثلاثة أوجه:

إما أن خالف في المعنى مع اتحاد الجنس.

أو خالف في الجنس.

أو خالف في القدر.

أما الأول: فهو أن يستعار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عشرة مخاتيم من حنطة أخرى.. لم يضمن.

وكذا لو استعار ليحمل عليها من حنطة نفسه، فحمل مثل ذلك من حنطة غيره؛ لأن مثل هذا التقييد لا يفيد.

وأما الثاني: وهو إن خالف في الجنس؛ بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة، فحمل عليها عشرة أقفزة شعير.. ففي القياس: يضمن.

وفي الاستحسان: لا يضمن، على ما ذكرنا وجههما.

وأما الثالث: وهو إن خالف في القدر؛ بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل خمسة عشر مختوماً فهلكت؛ فإن علم أن هذه الدابة لا تطيق حمل هذا القدر.. ضمن كل قيمتها.

وَتَصِحُّ إِعَارَةُ الأَرْضِ لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ.

وَله أَن يرجعَ مَتى شَاءَ، ويكلِّفُه قلعَهُما، وَلَا يضمنُ إِن لم يُوَقِّت.

وَإِن وَقَّتَ وَرجعَ قبلَه.. كُرِهَ لَهُ ذَلِك، وَضَمِنَ مَا نَقَصَ بِالْقَلْعِ.

وَقيلَ: يضمنُ قِيمَتَهُ ويتملَّكُهُ.

وإن علم أنها تطيق.. يضمن ثلث قيمتها؛ توزيعاً للضمان على القدر المأذون فيه وغير المأذون فيه.

بخلاف ما إذا أمر إنسان بضرب عبده عشرة أسواط، فضربه أحد عشر سوطاً ومات العبد.. يضمن نصف القيمة؛ لأن المعتبر في القتل عدد الجناية لا عدد الجنايات؛ لأن القليل من الجراحة في القتل: مهلك، والكبير في غير القتل: غير مهلك، فاعتبرنا فيه عدد الجناة.

(وتصح إعارة الأرض للبناء والغرس)؛ لأن منفعتها معلومة، ويجوز الانتفاع بها شرعاً وإجارتها.. فكذا إعارتها، بل هي أولى؛ لكونها تبرعاً.

(وله)؛ أي: للمعير **(أن يرجع متى شاء)**؛ لأن العارية غير لازمة، فكان له أن يرجع أيَّ وقت شاء.

(ويكلفه)؛ أي: المستعير **(قلعهما)**؛ أي: قلع البناء والغرس؛ لأنه شاغل أرضه بملكه، فيؤمر بالتفريغ.

(ولا يضمن) المعير قيمة البناء والغرس **(إن لم يوقت)** [٤٥٢/أ] الإعارة؛ لأنها غير لازمة، فلم يكن غاراً له بالإطلاق.. فلا يضمن.

(وإن وقت ورجع قبله.. كره له ذلك)؛ لما فيه من خلف الوعد.

(وضمن ما نقص) من البناء والغرس **(بالقلع)**؛ لأنه حينئذ يصير غاراً له بذلك؛ حيث نص على تركها في يده إلى الوقت المذكور، فيكون مغروراً من جهته.. فيضمن بالخلف.

(وقيل: يضمن) المعير للمستعير **(قيمته)**؛ أي: قيمة غرسه وبنائه، **(ويتملكه)**؛

وللمستعيرِ قلعُهُ بِلَا تضمينٍ إِنْ لم تَنقصِ الأَرْضُ بِهِ كثيراً، وَعند ذَلِكَ: الْخِيَارُ لِلْمَالِك.

وَإِن أَعارَهَا لِلزَّرْعِ.. لَا تُؤْخَذُ مِنْهُ حَتَّى يحصدَ؛ وقّتَ أم لَا.

وَأُجْرَةُ ردِّ الْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ والوديعةِ وَالرَّهْنِ وَالْمَغْصُوبِ على الْمُسْتَعِيرِ والمؤجرِ وَالْمُودَعِ وَالْمُرْتَهِنِ وَالْغَاصِبِ.

أي: يتملك البناء والغرس. ذكره الحاكم الشهيد.

إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما.. فله ذلك؛ لأنه ملكه، وإليه أشار بقوله: **(وللمستعير قلعه)**؛ أي: قلع البناء والغرس **(بلا تضمين إن لم تنقص الأرض به)**؛ أي: بالقلع **(كثيراً)**.

(وعند ذلك)؛ أي: عند نقصان الأرض به: **(الخيار للمالك)**؛ فإن شاء.. أبقاه بقيمته مقلوعاً، وإن شاء.. يقلعه ويضمنها ما نقص منه.

(وإن أعارها للزرع.. لا تؤخذ حتى يحصد) الزرع، بل تترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل؛ لأن فيه مراعاة الحقين.

(وقت أم لا)؛ لأن للزرع نهاية معلومة.. فلا حاجة إلى التوقيت.

بخلاف الغرس والبناء؛ لأنه ليس له نهاية معلومة، فيقلع؛ دفعاً للضرر عن المالك.

(وأجرة رد المستعار والمستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والمؤجر والمودع والمرتهن والغاصب)؛ لأن مؤنة الرد تجب على من وجب عليه الرد، وهؤلاء قد وجب الرد عليهم؛ لأن المستعير قبضها لمنفعة نفسه، ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت.. ضمن.

فإذا قبضها لمنفعة نفسه.. وجب الرد عليه؛ فإذا وجب الرد عليه.. وجب مؤنته عليه أيضاً.

وكذا: المستأجر قبض العين المستأجرة لمنفعة المؤجر؛ لأن الأجر سلم له، فالرد واجب عليه.. فكذا مؤنته.

وكذا: الوديعة؛ فإن منفعة القبض - وهو الحفظ - حاصلة للمودع، فيجب الرد، ومؤنته عليه.

وكذا الحال: في المغصوب؛ فإن القبض فيه وقع لمنفعة الغاصب.

وأما الرهن: فاختلفت فيه عباراتهم:

ففي «الكنز» و«الدرر»: وقع كما في كلام المصنف: من أن مؤنة رد الرهن على المرتهن.

وعلله في «الزيلعي»: بأن قبض الرهن قبض استيفاء، فكان المرتهن قابضاً لنفسه.. فيجب الرد، ومؤنته عليه أيضاً.

وقال في «البزازية» و«النقاية» و«قاضي خان» و«الخلاصة» [٤٥٢/ب] و«العمادية»: إن مؤنة رد الرهن على الراهن.

قال في «العمادية» نقلاً عن «فتاوى قاضي خان»: استأجر دابة أو عبداً؛ فإن مؤنة الرد بعد الفراغ على صاحب العبد والدابة.

وكذا: مؤنة رد المرهون يكون على الراهن.

وكذا: رد المبيع بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط على المشتري. انتهى.

ورجح في «البحر»: ما ذكره المصنف وقال: فيما ذكره صاحب «الخلاصة» وغيره: أن مؤنة رد المرهون على الراهن.. كلام لا يخفى، وسكت عليه.

وقال في «الأشباه»: مؤنة رد العارية على المستعير، إلا في عارية الرهن.

وفصله في «البحر»: بأن رجلاً أعار شيئاً له حمل ومؤنة ليرهنه، فرهنه المستعير.. قالوا:

وَإِذا ردَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ إِلَى إِصطبل رَبِّهَا، أَو العَبْدَ، أَو الثَّوْبَ إِلَى دَارِ مَالِكِهِ.. بَرِئَ، بِخِلَافِ الْغَصْبِ والوديعةِ.

وَإِنْ ردَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ مَعَ عَبدِهِ أَو أجيرِهِ مشاهرةً أَو مسانهةً.. بَرِئَ.

وَكَذَا: إِنْ ردّهَا مَعَ أَجِيرِ رَبِّهَا أَو عَبدِهِ؛ يقومُ علىٰ الدَّابَّةِ أَو لَا.

إن رد هذه العارية على المعير.. فرقوا بينها وبين غيرها من العواري؛ ففي غيرها من العواري: يكون مؤنة الرد على المستعير، وفيها: على المعير؛ لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها؛ فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن. انتهى.

(**وإذا رد المستعير الدابة إلى إصطبل ربها، أو العبد أو الثوب إلى دار مالكه.. برئ؛ بخلاف الغصب والوديعة**)؛ لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، والواجب على المودع: هو الرد إلى المالك، لا إلى داره ومن في عياله؛ لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله.. لما أودعها إياه، **هذا استحسان**.

والقياس: أن لا يبرأ المستعير بذلك الرد أيضاً؛ لأنه لم يردها إلى مالكها، ولا إلى وكيل مالكها، بل ضيّعها تضييعاً.. فيضمن بالهلاك؛ كما في الغصب والوديعة.

ووجه الاستحسان: أن في العارية عرفاً ليس في غيرها، وهو: أن رد العواري إلى دار المالك معتاد؛ كآلة البيت.. فإنه لو ردها إلى المالك لردها المالك إلى المربط، حتى لو استعار عبداً فرده إلى دار مالكه ولم يسلم إليه.. لم يضمن.

ولو استعار عقد لؤلؤ.. لم يردها إلى المعير؛ للعرف في الأول دون الثاني.

(**وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة.. برئ**)؛ لأنها أمانة عنده، وله أن يحفظها على أيديهم، كما في الوديعة.

(**وكذا إن ردها مع أجير ربها**)، إلا رب الدابة، (**أو عبده.. يقوم**)؛ أي: كل من الأجير والعبد (**على الدابة أو لا**)؛ لوجود الرضاء به من المالك.

ألا ترى أنه لو ردها إلى المالك.. فهو يردها إلى أجيره أو إلى عبده.

قيل: لا بد أن يكون الأجير أو العبد ممن يقوم عليها.

بِخِلَاف: الْأَجْنَبِيّ.

والأجيرِ مياومة.

ورَدِّ شيءٍ نَفِيسٍ إِلَى دَارِ مَالِكِهِ.

والأول: هو الأصح، على ما في «الهداية».

(**بخلاف الأجنبي**) [٤٥٣/أ] (**والأجير مياومة**)؛ حيث يضمن به إن هلك؛ لأنه متعد في الدفع إلى يدهما.

وبخلاف (**رد شيء نفيس**)؛ كعقد لؤلؤ (**إلى دار مالكه**)؛ حيث يضمن به إن هلك؛ لعدم العرف فيه.

بل الواجب فيه: الرد إلى يد مالكه.

وفي قوله: «بخلاف الأجنبي»: إشارة إلى أن المستعير ليس له الإيداع من الأجنبي، وقد تقدم أن المسألة خلافية:

منهم من قال: إن له الإيداع.

ومنهم من قال: ليس له الإيداع.

وكأنه اختار القول الثاني، أو يحمل قوله هذا على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها، ثم بعثها مع الأجنبي؛ لأنه بالإمساك بعد المدة يصير متعدياً.

ومما يتفرع على أن العارية مبنية على العرف: ما ذكره في «العمادية»: استعار دابة أو استأجرها ليشيع الجنازة، فركبها، ثم نزل ودفعها إلى إنسان ليصلي صلاة الجنازة، فسرقت.. فلا ضمان على المستعير ولا على المستأجر، وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت مستثنى للعرف.

ولو كان يصلي في الصحراء، فنزل عن الدابة وأمسكها فانفلتت.. لا ضمان عليه.

وفي «الذخيرة»: ولو طلب من رجل ثوراً عارية، فقال له المعير: أعطيكه غداً، فلما كان الغد أخذ المستعير الثور بغير إذن صاحبه واستعمله، فعطب الثور.. اختلفوا فيه:

ففي «فتاوى أبي الليث»: أن عليه الضمان.

وفي «مجموع النوازل»: لا ضمان عليه.

استعار من رجل ثوراً يساوي خمسين ليستعمله، فقرنه مع ثور يساوي مائة، فعطب الثور العارية؛ إن كان الناس يفعلون مثل ذلك.. لا يضمن، وإلا.. يضمن.

استعار ثوراً ليكرب أرضاً معينة فكرب أرضاً أخرى غير تلك الأرض.. يضمن لو عطب؛ لأن الأراضي تتفاوت في الكراب باعتبار الرخاوة والصلابة.

وإذا ترك الثور المستعار في المرعى فهلك؛ إن علم أن المعير يرضى بكونه في المرعى وحده كما هو عادة بعض أهل الرساتيق.. لا يضمن، وإن لم يعلم بأن كانت العادة مشتركة.. يضمن.

وذكر أبو القاسم: استعار دابة واستعملها، ثم تركها في الجبانة فأكلها الذئب.. ضمن.

وإن كانت الجبانة مسرح هذا البقر للمعير؛ أي: مرعاه، وكان المعير يرضى بكونه فيها وبأن يرعى فيها وحده.. لا يضمن.

وفي «العدة»: استعار ثوراً فاستعمله، ثم فرغ ولم يحل الحبل عن البقر فذهب البقر إلى المسرح فصار الحبل في عنقه، فشده.. ضمن إن عطب.

وإذا ربط الحمار المستعار بحبل فاختنق.. لا يضمن؛ لأن [٤٥٣/ب] العادة أن الحمار يربط بالحبل.

وإذا جعل الدابة المستعارة في المربط، وجعل على الباب خشباً كي لا يخرج الحمار، فسرق:

إن استوثق وثيقة لا يقدر الحمار على الذهاب.. فلا ضمان عليه. الكل في «العمادية».

وَيكْتبُ مستَعيرُ الأَرْضِ للزِّرَاعَة: قد أطعمتَني أَرْضَكَ، لَا «أَعَرْتَني».

خلافاً لَهما.

وفي «البزازية»: استعار ثوراً ليكرب أرضه، فكرب أرض غيره.. يضمن؛ لأن الأراضي تختلف ليناً وصعوبة.

وكذا لو أمسكه في منزله ولم يكرب حتى عطب.. ضمن؛ لأنه غير مأذون في الإمساك؛ لعدم الرضاء به، وكذا في الإجارة إذا أمسك ولم يذهب. انتهى.

وهذه المسألة: دليل على أنه قد يصير متعدياً بترك الفعل المأذون فيه: كما يصير متعدياً بخلافه.

وفي «العمادية»: استعار فأساً أو قدوماً ليكسر الحطب في المصنف، فوضعه في بيته حتى هلك من غير تقصيره.. لا يضمن، على ما أفتى به صاحب «المحيط» وقاضيخان.

وقال بعضهم: ينبغي أن يضمن؛ لأنه مأذون بكسر الحطب لا بوضعه في البيت، وبه أفتى الإمام جلال الدين.

وهذا القول بعيد ما ذكره في «البزازية» في مسألة استعارة الثور ليكرب الأرض ولم يكرب وهلك.. يضمن، وينبغي أن يكون في مسألة «البزازية» قولان أيضاً.

(**ويكتب مستعير الأرض للزراعة: «قد أطعمتني أرضك»، لا «أعرتني»**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ حيث قالا: يكتب: «أعرتني أرضك»؛ لأن الإعارة هي الموضوعة لهذا العقد، والكتابة باللفظ الموضوع له أولى؛ كما في إعارة الثوب والدار؛ فإنه يكتب: «أعرتني الثوب» لا «ألبستني»، ولا «أسكنتني».

ولأبي حنيفة: أن لفظ الإطعام أدل على المقصود، ولأنه يخص الزراعة؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل.. يعرف أن المراد به الاستقلال بالتمكين من الزراعة، بخلاف لفظ الإعارة؛ فإنها تنتظم الزراعة والبناء ونصب الخيم وغيرها.

هذا إذا اختلف المعير والمستعير في الأيام، أو في المكان، أو فيما يحمل على الدابة.. فالقول قول رب الدابة مع يمينه.

ولو تصرف المستعير وادعى أن المعير أذن له، وجحد المعير.. فالقول قول المعير، ويضمن المستعير، إلا إذا أقام بينة على الإذن.

* * *

(كتاب الهبة)

(كتابُ الْهِبَة)

هِيَ: تمْلِيكُ عينٍ ....

(كِتَابُ الهِبَة)

(هي) في الشريعة: **(تمليك عين)** من أعيان ماله.

وإنما قلنا: «من ماله»؛ لأن الهبة لا تتحقق فيما لا يملكه، حتى لو وهب ما قبضه بالبيع الباطل لا يصح؛ لعدم الملك.

وهل تصح الهبة بالهزل؟

ففي «شرح النقاية» للقهستاني: أنها تصح.

واستدل في «الأشباه» بما قال في «الخلاصة» [٤٥٤/أ] و«البزازية»: رجل قال لآخر على وجه المزاح: هب لي هذا الشيء، فقال الآخر: وهبت، وقال هو: قبلت وسلم إليه.. جاز. انتهى.

وهكذا ذكر هذه المسألة الإمام قاضي خان في «فتاواه»، ثم استدل على جواز هبة المازح بقصة عبد الله بن المبارك، وقال: هذه القصة دليل على ما مر أن هبة المازح جائزة. انتهى.

أقول: لا دلالة في المسألة المذكورة من «الخلاصة» و«البزازية» على جواز الهبة بالهزل والمزاح، وإنما تدل على طلب الهبة، وإنما تجوز بقولهما: وهبت وقبلت، على ما دل عليه قولهما: «فقال الآخر: وهبت، وقال هو: قبلت» كيف قالوا لجواز الهبة هزلاً، مع أنهم قد صرحوا: أن الرضاء شرط في الهبة، والهزل ينافي الرضاء؛ مثل الإكراه، كما بين في الأصول.

فكما لا تجوز هبة المكره؛ لعدم الرضاء.. كذلك لا تجوز هبة المازح؛ لعدم الرضاء.

احترز بقوله: «تمليك عين» عن:

بِلَا عوضٍ.

العارية والإجارة، وهو ظاهر؛ لأنهما تمليك منفعة.

وعن: الوصية أيضاً؛ لأن المتبادر منه هو التمليك حالاً، والوصية تمليك العين بعد الموت.

(بلا عوض)؛ أي: بلا شرط عوض، لا بمعنى: اشتراط عدم العوض، حتى ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض.

احترز به عن: البيع؛ لأنه تمليك عين بعوض.

اعلم: أن الهبة تخالف البيع من جهة العاقدين:

أما من جهة الواهب: فلأن الإيجاب كاف في الهبة، حتى لو حلف أن يهب عبده لفلان، فوهب ولم يقبل هو.. بر في يمينه لا في البيع؛ فإنه لا يكفي فيه، بل القبول ركن منه.

وأما من جهة الموهوب له: فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض، بخلاف البيع؛ فإن الملك يثبت بمجرد القبول من المشتري بدون القبض، كذا في «العناية».

وهذا صريح في أن القبول ليس بركن ولا شرط في الهبة، وإليه أشار في «الخلاصة»؛ حيث قال: لو قال لآخر: وهبت منك هذا العين، فقبض الموهوب له بحضرة الواهب، ولم يقل: قبلت.. صح.

وهكذا في «البزازية».

ويؤيده أيضاً: ما قالوا: إنه لو وهب الدين من الغريم.. لم يفتقر إلى القبول.

لكنه قال في «الكفاية شرح الهداية»: ركن الهبة: الإيجاب والقبول؛ لأنها عقد، وقيام العقد بالإيجاب والقبول؛ لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبول.

وإنما يحنث لو حلف أن لا يهب، فوهب ولم يقبل؛ لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له [٤٥٤/ب] وهو الإيجاب، لا القبول؛ لأنه فعل الغير. انتهى.

وَتَصِحُّ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ.

وقال في «القنية» بعلامة القاضي عبد الجبار: إن الهبة لا تصح إلا بقبول بالقول.

وقال في «غاية البيان»: إن الهبة اسم لإيجاب ملك من جانب، وإنه يتم بالمالك، إلا أن القبول شرط ثبوت الملك، لا شرط وجود الهبة.. فصار كما إذا حلف أن لا يقر له بشيء، وأن لا يوصي له بشيء، فأقر وأوصى هو ولم يقبل الآخر.. فإنه يحنث بلا قبول، فكذا هذا.

بخلاف البيع.. فإنه تمليك من الجانبين، فلا يتم إلا بهما. انتهى.

وظاهر عبارة «الهداية» يؤيد ما في «الكفاية» - فإنه قال: وتصح بالإيجاب والقبول؛ لأنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول - لأنه ظاهر في كون الإيجاب والقبول ركنين، ولا يمكن أن يقال: المراد بكون القبول ركناً: كونه ركناً في ثبوت الملك بها، لا في وجوبها.. فيرجع إلى ما في «غاية البيان»؛ لأن ركن الشيء قد يطلق عليه الشرط أيضاً؛ لأنه ينافي هذا التوجيه: أن ركنية الإيجاب ليس بهذا المعنى، بل إنه ركن في وجود الهبة، فلا يجوز أن يراد بلفظ الركن هذان المعنيان في حالة واحدة، ولكن يمكن إرجاع ما في «العناية» إلى ما في «غاية البيان».. فالخلاف رجع إلى أنه ركن أو شرط.

وصرح في «الكافي» و«التحفة» كونه ركناً.

وقال بعض المشايخ: الحق: عدم كونه ركناً؛ مستدلاً بما قال أصحابنا: إنه لو وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع.. جاز.

وقول المصنف: **(وتصح بإيجاب وقبول)**: ظاهر في ركنية القبول، ويحتمل عدم ركينته؛ لأن أخذ مفهوم الخلاف ليس مذهبنا.. فلا يلزم عدم الصحة بدون القبول، حتى يلزم كونه ركناً.

وتتمُّ بِالْقَبْضِ الْكَامِلِ.

(وتتم)؛ أي: الهبة؛ أي: تثبت الملك للموهوب له؛ لأن تمام التمليك: ثبوت الملك للموهوب له.

(بالقبض الكامل)، حتى لو قال: قبلت ولم يقبض حتى افترقا.. لا يثبت الملك ولا تتم الهبة وإن كانت الهبة في مرض الموت؛ لأن الهبة في مرض الموت وإن كانت وصية.. لكنها هبة حقيقة، فتفتقر إلى القبض، حتى لو وهب في مرض موته شيئاً للأجنبي ولم يسلمه حتى مات.. تبطل الهبة؛ كما صرح به في هبة المريض من «العمادية».

والذي يظهر من كلام المصنف: أن الإيجاب والقبول ركنان، والقبض شرط لثبوت الملك للموهوب له:

أما ركنية الإيجاب والقبول: فلما تقدم آنفاً.

وأما شرطية القبض: فلقوله ﷺ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» [٤٥٥/أ] أي لا يثبت بها الملك بدون القبض؛ إذ نفس الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق بوجود الإيجاب والقبول، ولأنها عقد تبرع، وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به، وفي إثبات الملك قبل القبض ذاك؛ إذ فيه إلزام التسليم على الواهب، وهو لم يتبرع به.

بخلاف الوصية؛ حيث إن الملك يثبت بها بدون القبض، مع أنه عقد تبرع، وهذا؛ لأنه لا إلزام ثمة زيادة على ما تبرع به، وذلك؛ لأن أوان ثبوت الملك فيها: بعد الموت، وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع؛ لعدم أهلية اللزوم، وحق الوارث متأخر عن الوصية.. فلم يملكها حتى يقام مقام المالك الموصي فيها، فيتوقف ملك الموصى له على تسليمه.

قيد القبض: بالكامل؛ لإطلاق ما روينا؛ لأن الإطلاق ينصرف إلى الكامل.

واحترز به:

عن هبة المشاع الذي يقبل القسمة من المكيلات والموزونات والدور قبل

القسمة.. فإن هبتها لا تجوز؛ بمعنى: لا تفيد الملك عندنا إلا بعد القسمة؛ لأن قبضه إنما يتم بعد القسمة، وقبلها: ناقص.. فلا يثبت بها الملك.

وعن هبة المستأجر؛ لأن يد المستأجر تمنع القبض؛ لأن عقد الإجارة لازم؛ كما في «البزازية»؛ حيث قال: وهب لابنه الصغير داراً وفيها ساكن بأجر.. لا يصح؛ لأن يد المستأجر تمنع القبض؛ لكونها لازمة.

وكذا تصرف المستأجر لا يصح؛ لما ذكر.

وعن هبة ما اتصل بملك الواهب اتصال مجاورة، وكان مشغولاً بحق الواهب؛ كهبة السرج على الدابة بدونها.. فإن هبته لا تجوز عندنا بالمعنى المذكور؛ لنقصان القبض؛ لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة، فكانت للواهب عليه يد مستعملة، فيوجب نقصاناً في القبض.

وكهبة الدابة التي عليها حمل بدون الحمل؛ لأنها مستعملة للحمل، فكانت مشغولة بملك الواهب، فيوجب نقصاناً في القبض.

وكهبة البيت أو الجوالق وفيها متاع الواهب؛ لأنها لحفظ المتاع، فكانت مشغولة بحق الواهب، فتوجب نقصاناً في القبض.

وكهبة الزرع أو الشجر في الأرض، والتمر على النخل بدون الأرض والنخل.. فإنها لا تجوز؛ لنقصان القبض.

وكهبة أرض فيها متاع الواهب أو زرعه أو شجره.

وكهبة نخل فيه تمر الواهب.. فإنها لا تجوز بالمعنى المذكور.

والحاصل: أن هبة الشاغل تجوز، وهبة المشغول لا تجوز.

قال في «خزانة المفتي»: الأصل في جنس هذه المسائل: أن [٤٥٥/ب] اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة؛ لأن القبض شرط تمام الهبة.

وأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب له.. فلا يمنع تمام الهبة؛ مثاله: وهب جراباً فيه طعام.. لا يجوز، ولو وهب طعاماً في جراب.. جاز. انتهى.

بخلاف هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة؛ كهبة نصف العبد أو الدابة أو البيت أو الرحى؛ لأن القبض الكامل فيها غير متصور، فاكتفى بالقاصر.

وبخلاف هبة ما اتصل بملك الواهب اتصال مجاورة ولم يكن مشغولاً بحقه؛ كهبة دابة مسروجة بدون سرجها، وكهبة الحمل على الدابة بدون الدابة، وكهبة متاع في البيت بدون البيت.. فإنها جائزة؛ لعدم شغل الموهوب بحق الواهب وإن اتصل بملكه.

وبخلاف هبة دقيق في حنطة، ودهن في سمسم ونحوهما، مما كان المحل معدوماً وقت الهبة.. فإنها باطلة لا تجوز أصلاً، حتى لو استخرجهما وسلمهما إلى الموهوب له.. لم يفد الملك؛ لوقوعها باطلة ابتداء؛ لعدم المحل.

بخلاف هبة المشاع والمشغول بحق الواهب مما ذكرناه.. فإنها وقعت جائزة؛ لوجود المحل وقت الهبة، إلا أن ثبوت الملك بها للموهوب له: يتوقف على القسمة والقبض بعد التفريغ، حتى لو قسم وفرغ الموهوب عن حقه وسلمه.. يفيد الملك.

وبخلاف هبة المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها، وله فيها أمتعة، والزوج معها ساكن فيها.. فإنها تصح وتفيد الملك؛ لأن المرأة مع ما فيها من الدار والمتاع في يد الزوج، فتصح.

وبخلاف هبة المشغول بملك غير الواهب.. فإنها تجوز؛ كما لو أعار بيتاً، فوضع فيه المعير أو المستعير متاعاً غصبه، ثم وهب البيت.. جاز؛ كما في الثلاثين من «الفصولين».

ولو وهب لعبدِ رجلٍ.. فالقبول والقبض إلى العبد، والمال إلى السيد وإن كان العبد صغيراً لا يعقل قبض مولاه، كذا في «الحاوي».

فَإِنْ قبضَ فِي الْمجْلِسِ بِلَا إِذنٍ.. صَحَّ.

وَبعدَه.. لَا بُدَّ مِنَ الْإِذْنِ.

ويدخل في هبة الأرض: ما يدخل في بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكر.

وكذا: في الصلح على أرض أو عنها؛ كذا في «القنية».

وفيها أيضاً بعلامة «كص»[1]: الزرع يدخل في الرهن والإقرار والفيء؛ أي: الغنيمة بغير ذكر، ولا يدخل في البيع والقسمة والوصية والإجارة والنكاح والعقد والهبة والصدقة: في القضاء بالملك المطلق.

(**فإن قبض في المجلس بلا إذن**) الواهب (.. **صح**) استحساناً.

(**وبعده**)؛ أي: بعد المجلس [٤٥٦/أ] (.. **لا بد من الإذن**).

والقياس: أن لا يجوز في الوجهين، وهو قول الشافعي؛ لأن القبض تصرف في ملك الواهب؛ لأن ملكه قبل القبض باق بالاتفاق، والتصرف في ملك الغير بدون إذنه: لا يجوز.

ووجه الاستحسان في الأول: أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع؛ من حيث إن ثبوت الملك يتوقف عليه؛ كما يتوقف على القبول في البيع، ومقصود الواهب من العقد: إثبات الملك للموهوب له.. فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض؛ تحصيلاً لمقصوده، فكان إذناً له دلالة.

والقبض بعد الافتراق ليس كذلك؛ لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً للقبض بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما قام مقامه.

بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس؛ حيث لم يجز له القبض، مع أن تسليطه عليه موجود لوجود الإيجاب منه؛ لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح.. فيعمل بالنهي الصريح، فانتفى التسليط.

---

(١) رمز: ركن الصاغي، والمسألة في مخطوط «القنية» (٢١٥).

والحاصل: أنه إذا أذن له بالقبض صريحاً.. يصح قبضه في المجلس، وبعده: قياساً واستحساناً؛ لأن الإذن الصريح لا يتقيد بالمجلس.

ولو لم يأذن بالقبض ولم ينه عنه؛ إن قبض في المجلس.. صح القبض استحساناً لا قياساً.

وإن قبض بعد المجلس.. لا يصح القبض قياساً واستحساناً.

وإن نهاه عنه.. لا يصح قبضه أيضاً قياساً واستحساناً؛ لما ذكرناه.

وههنا بحث من وجوه:

الأول: أنه لوكان القبض بمنزلة القبول في البيع.. لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس؛ كما لا يصح في البيع.

والثاني: أن مقصود البائع من البيع بثبوت الملك للمشتري بدون إذن البائع.. جاز له أن يسترده ويحبسه للثمن.

والثالث: أنه لو وهب تمراً على نخل، أو قفيزاً من صبرة ونحوهما مما اتصل بملك الواهب، والموهوب حاضر؛ فإن أخذه أو اكتاله في المجلس.. لا يجوز له ذلك، ما لم يأذن له صريحاً؛ لأن الأخذ والاكتيال تصرف في ملك الواهب.. فلا يصح بلا إذنه، فلم يكن الإيجاب فيه تسليطاً له.

وانتقض إطلاق قوله: «فإن قبض في المجلس بلا إذن صح».

وأجيب عن الأول: بأن الإيجاب من البائع شطر العقد، وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس.. فلا يصح الأمر بعده، وفي الهبة: العقد تام، وهو يتوقف على ما وراءه.. فيصح الإذن بعده.

قلت: هذا الجواب إنما يتمشى على القول بأن القبول ليس بركن في الهبة، وأما على القول بأنه ركن.. فلا.

وعن [٤٥٦/ب] **الثاني**: بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك

للمشتري، بل مقصوده منه: تحصيل الثمن لا غير، وثبوت الملك له ضمني.. فلا معتبر به، فلم يجعل الإيجاب عنه تسليطاً.

وعن الثالث: بأن كون الإيجاب تسليطاً له: مقيد بعدم المانع، واشتغال الموهوب بملك الواهب مانع.. فقول المصنف: «فإن قبض في المجلس» مقيد بعدم المانع.

وهل هو مقيد بالقبض فعلاً أو هو أعم منه ومن القبض قولاً؟

ففيه تفصيل:

فذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه لو قال لآخر: وهبت منك هذا العين، والعين حاضر، فقبض الموهوب له بحضرة الواهب، ولم يقل: قبلت، ولو لم يقبضه في المجلس ولكنه قال: قبضت.. قال محمد: يصير قابضاً بمجرد قوله، وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً. انتهى.

فعلم: أن القبض في كلام المصنف يعم القول والفعل على قول محمد، ويخص الفعل على قول أبي يوسف.

ثم القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية أم لا؟ ففي بيوع «قاضي خان»: أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز: تكون قبضاً، وفي البيع الفاسد: روايتان، والصحيح: أنه قبض.

وفي الهبة الفاسدة؛ كالهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة.. لا تكون قبضاً باتفاق الروايات.

واختلفوا في الهبة الجائزة:

ذكر الفقيه أبو الليث: لا يصير قابضاً بالتخلية في قول أبي يوسف.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أنه يصير قابضاً، ولم يذكر فيه خلافاً.

فلو باع تمراً على النخل، وخلى بينه وبين المشتري.. صار المشتري قابضاً.

ولو وهب تمراً على النخل وخلى بينه وبين الموهوب له.. لا يصير قابضاً؛ لأنه في معنى المشاع الذي يحتمل القسمة.

ولو باع داراً ليست بحضرتهما، فقال البائع: بعتها إليك، وقال المشتري: قبلت.. ذكر في ظاهر الرواية: أن التخلية في الدور والعقار لا تكون قبضاً إلا بقرب منهما.

وذكر في «النوادر»: إذا قال البائع للمشتري: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت، والدار ليست بحضرتهما.. يصير المشتري قابضاً في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن كانت الدار بقرب منهما يقدر على الدخول والإغلاق.. يصير قابضاً، وإلا.. فلا.

وفي ظاهر الرواية: يعتبر القرب.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا كان قريباً منه.. يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال، فتقام التخلية مقام القبض.

أما إذا كان بعيداً لا يتصور القبض الحقيقي في الحال.. فلا تقام التخلية مقام القبض.

وكذلك في الهبة والصدقة [٤٥٧/أ]. انتهى.

ثم قال في فصل هبة المشاع من كتاب الهبة: والتخلية في الهبة الفاسدة لا تكون قبضاً عند الكل؛ كما في البيع الفاسد.

وفي الهبة الجائزة: قبض عند محمد.

والموهوب إذا كان غائباً عن حضرة الواهب والموهوب له.. فالقبض فيها: أن يأمره بالقبض.

وعند أبي يوسف: لا تكون التخلية قبضاً فيما ينقل حتى يزيله عن مكانه.

والتخلية: أن يخلي بينه وبين الموهوب له، ويقول: اقبضه. انتهى.

وتنعقدُ: بوهبتُ، ونَحَلْتُ، وَأَعْطَيْتُ، ....

وذكر فيه أيضاً قبل هذا الفصل: رجل قال لآخر: وهبت عبدي هذا منك، والعبد حاضر بحيث لو مد يده ناله، فقال: قبضته.. قال أبو بكر: جازت الهبة من غير قوله: «قبلت»، ويصير قابضاً في قول محمد.

وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبض.

وإن كان العبد غائباً فقال له: وهبت منك عبدي فلاناً فاذهب واقبضه، فذهب وقبضه.. جاز وإن لم يقل: «قبلت»، وبه نأخذ. انتهى.

وهل يثبت القبض بالإقرار بالهبة؟

ففيه تفصيل:

قال في «قاضي خان»: رجل قال لآخر: كنت وهبت لي ألف درهم، ثم قال بعدما سكت: لم أقبضها.. كان القول قوله؛ لأن الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض، حتى يكون النفي متناقضاً.

رجل أقر أنه وهب لفلانٍ هذا العبد.. قال بعضهم: يكون إقراراً بالهبة والقبض جميعاً؛ لأن الإقرار بالهبة المطلقة: إقرار بهبة صحيحة تامة، وذلك لا يكون إلا بعد القبض.

والأصح: أن الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض. انتهى.

(وتنعقد)؛ أي: الهبة (بـ«وهبت»)، ولو مزاحاً، على ما في «شرح النقاية» للقهستاني.

وقد ذكرنا في أول الكتاب ما يدل عليه من «قاضي خان» و«الخلاصة»، وهذا؛ لأن اللفظ صريح فيها.

(ونحلت وأعطيت)؛ لأنهما يستعملان بمعنى الهبة عرفاً.

وأطعمتُكَ هَذَا الطَّعَامَ،

(وأطعمتك هذا الطعام)؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه.. يراد به تمليك عينه، وإذا أضيف إلى ما لا يطعم عينه.. يراد به: أكل غلتها، كذا في «الهداية».

وذكر في «شرح المجمع» عن «المحيط»: إذا قال: أطعمتك هذا الطعام فأقبضه.. فهي هبة؛ لأن الإطعام يحتمل التمليك والإباحة؛ فإذا ذكر القبض عقيبه.. دل على أنه أراد به التمليك؛ لأن الهبة هي المحتاجة إلى القبض.

فهذا دل على أن الإطعام بدون ذكر القبض بعده لا يكون هبة.

ويرد على ما في «الهداية» أيضاً: أن الإطعام لو حمل على تمليك العين حين أضيف [٤٥٧/ب] إلى ما يطعم عينه.. لزم أن يحمل في باب الكفارات على تمليك العين أيضاً، مع أنهم عمموه ثمة لتمليك العين والإباحة.

ومن ألفاظ الهبة: ما ذكره في «قاضي خان»: رجل قال لغيره: هذه الأمة لك.. قال أبو يوسف: هذه هبة جائزة، يملكها إذا قبض.

ولو قال: هي لك حلال.. لا يكون هبة، إلا أن يكون قبله كلام يستدل به على أنه أراد به الهبة.

ولو قال: وهبت لك فرجها.. فهي هبة يملكها إذا قبض.

رجل في يديه ثوب وديعة لرجل، فقال لصاحب الثوب: أعطنيه، فقال: أعطيتك.. عن محمد: يكون هبة.

قال لآخر: قد متعتك بهذا الثوب، أو قال: بهذه الدراهم، فقبضها منه.. قال محمد: هي عندي هبة.

رجل رفع إلى رجل طعاماً وقال: هذه منحة لك، أو رفع إليه شاة وقال: هذه منحة لك.. فله أن يتشرب لبنها ويأكل الطعام.

وكذا: لو أعطاه دراهماً وقال: هذه منحة لك.

وكسوتُكَ هَذَا الثَّوْبَ،

وكذلك الدينار وما يؤكل ويشرب.

وقال أبو حنيفة: هو على الهبة.

وهو قول أبي يوسف ومحمد.

ثم ذكر بعد أسطر: رجل عنده دراهم لغيره، فقال له صاحب الدراهم: اصرفها في حوائجك.. كان قرضاً.

وإن كانت حنطة فقال له صاحبها: كُلها.. كانت هبة له.

ثم قال بعد أسطر: رجل قال لآخر: خذ هذا المال فاغز في سبيل الله.. يكون قرضاً.

وكذا: لو دفع إليه دراهم فقال: أنفقها، ففعل.. يكون قرضاً.

وهو كما قال: اصرفها في حوائجك؛ لأن الكلام يحتمل القرض والهبة، والقرض أدناه، فيحمل عليه لتيقنه.

ولو دفع إليه ثوباً [فقال: أكس به نفسك، ففعل.. يكون هبة؛ لأن قرض الثوب باطل؛ فإذا تعذر حمله على القرض.. يجعل هبة؛ تصحيحاً للتصرف][1].

قال لآخر: أعرتك هذه القصعة من الثريد، فأخذها وأكلها.. كان عليه مثلها أو قيمتها؛ لأن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه.. يكون قرضاً.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يكن بينهما دلالة الهبة ولا تهادي، وإلا.. يكون هبة أو إباحة.

(وكسوتك هذا الثوب)؛ لأنه يراد به التمليك عرفاً؛ يقال: كسى الأمير فلاناً ثوباً إذا ملكه منه.

وكذا: لو قال: أعطيتك أو متعتك هذا الثوب، على ما في «قاضي خان».

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «فتاوى قاضي خان» (١٤٣/٣).

وأعمرتُكَ هَذَا الشَّيْءَ، وَجَعَلْتُهُ لَكَ عُمرى، وداري لَك هبةٌ تسكنُها.

وبنيتُها فِي حَملتُكَ على هَذِهِ الدَّابَّةِ.

وَإِن قَالَ: دَاري لَك هبةٌ سُكْنى، أَو سُكْنى هبةٌ أَو نحلى سُكْنى، ....

(وأعمرتك هذا الشيء)؛ لقوله ﷺ: «فمن أعمر عمرى.. فهي للعمر له، ولورثته بعده».

(وجعلته لك عمرى) أو عمرك أو حياتك؛ لأن اللام للتمليك.

ولو قال: جعلته باسم ابني.. فهو إلى التمليك أقرب عرفاً؛ لأن الناس يريدون بهذا: التمليك والهبة، كذا في «قاضي خان».

وقال فيه أيضاً قبل هذا: رجل غرس كرماً وله ابن صغير، فقال: جعلته [٤٥٨/أ] لابني فلان.. يكون هبة؛ لأن الجعل عبارة عن التمليك.

بخلاف ما لو قال: اغرسه باسم ابني فلان.. لا يكون هبة.

(وداري) مبتدأ، **(لك)** خبره، **(هبة)** نصب على الحال من ضمير الظرف، واللام: للملك، **(تسكنها)** تنبيه على المقصود، بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، وهذا الثوب لك تلبسه.

(وبنيتها)؛ أي: نية الهبة **(في: حملتك على هذه الدابة)**؛ لأن الحمل هو الإركاب حقيقة، فيكون عارية، لكنه يحتمل الهبة.. فحمل عليه بالنية.

(وإن قال: داري لك هبة) بالنصب، **(سكنى)** وهو تمييز.. فيكون تفسيراً لما قبله، فيحمل على العارية.

(أو سكنى هبة) بالنصب أيضاً؛ معناه: داري لك بطريق السكنى حال كون السكنى هبة.. فتكون عارية لا هبة.

(أو) داري لك **(نحلى)** بضم النون؛ معناه: نحلتها نحلى؛ أي: أعطيتها بلا عوض.

(سكنى) تمييز له.. فيكون عارية لا هبة.

أَو سُكْنى صَدَقَةٌ، أَو صَدَقَةٌ عَارِيَةٌ، أَو عَارِيَة هبةٌ.. فعاريَةٌ.

وَتَصِحُ هبةُ مشَاعٍ لَا يحْتَملُ الْقِسْمَةَ.

لَا مَا يحتَمِلُها.

(أو) داري **(سكنى صدقة)**؛ أي: حال كون السكنى صدقة.

(أو صدقة عارية)؛ أي: حال كون الصدقة عارية.

(أو عارية هبة)؛ أي: حال كون العارية هبة.

(.. فعارية)؛ أي: هذه الألفاظ كلها من قوله: «وإن قال» إلى هنا: عارية؛ لما ذكرناه.

(وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة) كالحمام والبئر والرحى والعبد والدابة والبيت الصغير وغيرها مما يتعيب بالتبعيض، وهو الضابط فيما لا يحتمل القسمة.

وإنما تصح الهبة فيه؛ لكفاية القبض الناقص فيه.

أطلقه؛ فشمل: الهبة لشريكه ولغير شريكه؛ فإن هبة مشاع لا يحتمل القسمة لشريكه وللأجنبي: صحيحة في قولهم جميعاً.

لكنه لا بد من التقييد بكون الموهوب قدراً معلوماً؛ لما ذكره في «البحر»: من أنه يشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة: أن يكون قدراً معلوماً، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به.. لم تجز؛ لأنها جهالة توجب المنازعة. انتهى.

بقي: لا بد من علم الواهب للموهوب.

وأما علم الموهوب له.. فلا يلزم؛ لما ذكره في «البزازية»: قال: وهبت حصتي من هذا العبد لك، والموهوب له لا يعلم كم حصته.. تصح. انتهى.

(لا)؛ أي: لا تصح، ولو لشريكه هبة **(ما يحتملها)**؛ كالدار والبيت الكبير والثوب المزروع وغيرها مما لا يتعيب بالقسمة.

قال في «قاضي خان»: رجل وهب نصيبه مما يقسم؛ كالدار والأرض والمكيل والموزون من غير شريكه.. لا يجوز عند الكل.

وإن وهب من شريكه.. لا يجوز عندنا.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز.

ولو وهب داره من رجلين.. لا يجوز عند أبي حنيفة.

وكذلك كل ما يقسم.

وقال صاحباه: يجوز [٤٥٨/ب].

ولو رهن داره من رجلين.. جاز عند الكل.

وكذا لو أجر داره من رجلين.

ولو وهب نصف داره من رجل، والنصف الآخر من رجل، وسلم الدار إليهما معاً.. جاز.

وإن تقدم تسليمه إلى أحدهما.. لا يجوز.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز في الوجهين.

وفيما لا يقسم كالعبد والدابة والثوب.. يجوز هبة المشاع من شريكه وغيره في قولهم. انتهى.

وجعل أبا يوسف مع محمد في هبة الدار من رجلين؛ حيث قال: وقال صاحباه: يجوز.

وفي «الخلاصة»: جعله مع أبي حنيفة؛ حيث قال: وهب داره من رجلين.. لا يجوز عندهما، وعند محمد: يجوز.

والتوفيق: أنه محمول على الروايتين عن أبي يوسف، وسيأتي في الكتاب مثل ما في «قاضي خان».

وهل كون الدرهم مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتملها، حتى يجوز هبة النصف من درهم؟

ففي «قاضي خان»: لو وهب درهماً صحيحاً من رجلين.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن تنصيف الدرهم لا يضر، فكان مما يحتمل القسمة.

والصحيح: أنه يجوز، وبه قال السغدي وشمس الأئمة الحلواني؛ لأن الدرهم الصحيح لا ينكسر عادة، فكان مما لا يحتمل القسمة.

حتى لو كان من الدراهم التي تكسر عادة، ولا يضرها الكسر والتبعيض.. كان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة، فلا يجوز.

والدينار الصحيح.. قالوا: ينبغي أن يكون بمنزلة الدرهم الصحيح.

رجل معه درهمان، فقال لرجل: وهبت منك درهماً منهما.. قالوا: إن كان الدرهمان مستويين في الوزن والجودة.. لا يجوز؛ لأن الهبة تناولت أحدهما وهو مجهول.

وإن كانا متفاوتين.. جاز؛ لأن الهبة تناولت وزن درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة، فيجوز.

وهل الأثواب المختلفة والدواب المختلفة مما يقسم أو مما لا يقسم؟

فقال في «الخلاصة»: ولو وهب نصف ثوبين، أو نصف عشرة أثواب مختلفة؛ زطي وهروي ومروي، أو نصف دواب مختلفة.. جاز؛ لأنها لا تقسم؛ فإن كانت من نوع واحد.. لم تجز إلا مقصوداً. انتهى.

وهل المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له أم لا؟ وهل هي تفيد الملك بالقبض أم لا؟

استدل في «قاضي خان»: على أنه مضمون، وقال: ذكر ابن رستم: رجل دفع درهمين إلى رجل، وقال: أحدهما هبة لك والآخر أمانة عندك، فهلكا جميعاً..

فَإِن قَسَمَ وَسَلَّم.. صَحَّ.

يضمن درهماً، وفي الآخر أمين.

قال: وإنما يضمن؛ لأنه أخذه بهبة فاسدة نص أنها تكون مضمونة.

وذكر في مضاربة «الكبير» [٤٥٩/أ]: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: نصفها هبة لك، ونصفها مضاربة عندك.. لا يجوز؛ فإن هلك المال عند القابض.. يضمن خمسمائة درهم.

ولو وهب نصف الدار أو تصدق وسلم، ثم إن الواهب باع ما وهب أو تصدق.. ذكر في وقف «الأصل»: أنه يجوز بيعه؛ لأنه لم يقبض.

ولو باعها الموهوب له.. لا يجوز بيعه؛ لأنه لم يملك.

نص أن هبة المشاع فيما يقسم.. لا تفيد الملك وإن اتصل بها القبض، وبه قال الطحاوي.

وذكر عصام: أنها تفيد الملك، وبه أخذ بعض المشايخ.

رجل دفع تسعة دراهم إلى رجل، وقال: ثلثه لك قضاء من حقك، وثلثه لك هبة، وثلثه تصدقت بها عليك.. قال محمد: ثلثه قضاء: جائزة، وثلثه صدقة: لم يجز ولا يضمن، وثلثه هبة: لم يجز ويضمن.

نص أن الهبة الفاسدة مضمونة: إلى هنا كلام «قاضي خان».

فقد استدل بهذه المسائل على أن الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض.

وعلم منها أيضاً: أن إفادة الهبة الفاسدة الملك بالقبض: خلافية.

وقال في «الخلاصة»: الهبة الفاسدة: مضمونة بالقبض، والصدقة الفاسدة: كالهبة الفاسدة، وإنها لا تفيد الملك على المختار.

(**فإن قسم**)؛ أي: ما يحتمل القسمة (**وسلم.. صح**)؛ أي: يثبت الملك للموهوب له؛ لأن هبة مشاع يحتمل القسمة وقعت صحيحة في نفسها؛ لوجود المحل، ولكن ثبوت الملك بها للموهوب له يتوقف على التقسيم والتسليم؛ ليوجد القبض الكامل

فيها؛ إذ لا يكتفى بالقبض الناقص فيما يمكن فيه القبض الكامل، وقد أمكن هذا فيما يحتمل القسمة.. فلا بد فيه من القسمة والتسليم؛ ليوجد القبض الكامل.

فمراده:

بعدم صحة هبتها: عدم ثبوت الملك بها قبل القسمة، لا البطلان.

وبالصحة بعدم القسمة: ثبوت الملك بها.

وقال الشافعي: هبة المشاع جائزة في الوجهين؛ لأنه عقد تمليك، فيصح في المشاع وغيره؛ كأنواع البيع؛ من: الصحيح والفاسد والصرف والسلم؛ فإن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع، حتى لو باع وخلى بينه وبين المشتري.. خرج عن ضمان البائع، ودخل في ضمان المشتري، وملكه المشتري.

وإن كان البيع فاسداً؛ فلو لم يتم قبضه.. لما دخل في ملكه، وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف، والقبض شرط فيهما.. فكذا تصح هبته [٤٥٩/ب].

ولا يمنع تمام القبض؛ لأن المشاع قابل للملك كما في البيع والإرث وكلّ ما هو قابل للملك.. فهو محل له، فكان العقد صادراً عن أهله مضافاً إلى محله، فلا مانع ثمة أصلاً، فكان جائزاً.

لا يقال: إن الهبة تبرع، فيجوز أن يكون الشيوع مبطلاً فيها؛ لأنا نقول: لم يعهد أن الشيوع مبطل في التبرعات كما في القرض والوصية.

قلنا: إن القبض في الهبة منصوص عليه فيما روينا، فيشترط كماله، وقبض المشاع ناقص؛ لأنه لا يقبل إلا بضم غير الموهوب إليه.. فلا يثبت به الملك، ولأن في إثبات الملك به: إلزام الواهب شيئاً لم يلزمه، وهو مؤنة القسمة والتسليم.

بخلاف ما لا يقسم؛ لأنه يكتفى فيه بالقبض الناقص، ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة، والمهايأة إنما تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، والمتبرع به بالهبة هو

وَلَا تصحُّ هبةُ دَقِيقٍ فِي بُرّ، ودُهْنٍ فِي سِمْسِم؛ وَسَمْنٍ فِي لَبَنٍ وإِنْ طُحِنَ البرّ، أَوِ استخرجَ الدّهنَ، وَسُلِّمَ.

وَهبةُ لبنٍ فِي ضَرعٍ، وصوفٍ على غنمٍ، ونخلٍ وَزرعٍ فِي أَرضٍ، وتمرٍ فِي نخلٍ.. كَهِبَةِ الْمشَاعِ.

العين لا المنفعة؛ فإيجاب المهايأة ليس بإلزام ما لم يلتزم المتبرع.

والوصية ليس من شرطها القبض، وكذا البيع الصحيح حتى يتصور كون الشيوع مانعاً فيهما.

وأما البيع الفاسد والصرف والسلم، وإن كان القبض شرطاً فيها.. لكنه غير منصوص عليه، فلا يشترط أن يكون كاملاً.

والقرض تبرع من وجه، وعقد ضمان من وجه، فشرطها: القبض القاصر دون القسمة؛ عملاً بالدليلين.

(ولا تصح)؛ أي: تبطل في نفسها **(هبة دقيق في بر ودهن في سمسم وسمن في لبن وإن)** وصلية **(طحن البر أو استخرج الدهن)** والسمن **(وسلم)** إلى الموهوب له؛ لأن المحل هنا معدوم حالة العقد.. فلا ينعقد العقد أصلاً؛ كبيع المعدوم؛ فإنه باطل، فلا ينعقد إلا بالتجديد.

بخلاف هبة المشاع؛ فإنه جائز في نفسه؛ لوجود المحل حالة العقد، لكن ثبوت الملك موقوف على القبض الكامل.. فلا بد فيه من التسليم والقسمة، على ما ذكرناه.

(وهبة لبن) مبتدأ، خبره: قوله: «كهبة المشاع» **(في ضرع، وصوف على غنم، ونخل وزرع في أرض، وتمر في نخل: كهبة المشاع)**؛ أي: جائزة في نفسها، لكن ثبوت الملك موقوف على الإفراز والتسليم والقبض؛ كما في المشاع، حتى إذا أفرزت هذه الأشياء عن ملك الواهب وسلمت إلى الموهوب له.. ملكها الموهوب له بالقبض؛ كما في المشاع.

وكذا: لو وهب ما في بطن جاريته وما في بطن غنمه.. لا يجوز.

واعلم: أن أمهات مسائل الشائع - سواء كان مما يحتمل القسمة، أو مما لا يحتملها - تسع:

بيع [٤٦٠/أ] الشايع، وإجارته، وإعارته، وإيداعه، ورهنه، وهبته، وصدقته، وقرضه، ووقفه.

- **أما بيعه:** فجائز؛ سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها، وسواء كان من شريكه أو من أجنبي، وسواء كان الكل له فباع النصف، أو كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه، وقد ذكرناه في كتاب البيع مفصلاً في آخر البيع الفاسد.

- **وأما إجارته:** فلا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله بين ما يحتمل القسمة، وبين ما لا يحتملها.

والجواب في الكل عنده: واحد.

ثم العين إذا كان بين اثنين؛ فإن أجر أحدهما نصيبه من شريكه.. جاز بالإجماع، وفي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وروي عنه: أنه لا يجوز أيضاً.

وسواء أجر كل نصيب من شريكه أو بعضه.

ولو كان العين بينهما وأجر أحدهما نصيبه من أجنبي.. اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة.

حكى أبو طاهر الدباس عنه: أنه يجوز.

وحكى غيره عنه: أنه لا يجوز.

ولو كان العين كله لرجل، فأجر النصف من أجنبي.. فعند أبي حنيفة: لا يجوز.

وعندهما: يجوز.

ثم اختلفوا على قول أبي حنيفة:

قيل: لا ينعقد، حتى لا يجب الأجر أصلاً.

وقيل: ينعقد فاسداً، حتى يجب أجر المثل.

قالوا: وهو الصحيح.

وإن كان الكل له فأجر الكل من اثنين؛ فإن أجمله وقال: أجرت الدار منك.. جاز بالإجماع.

وإن فصل.. فلا يخلو:

إما أن يكون بالتنصيف بأن قال: نصفها منك ونصفها منك، أو بالأثلاث بأن قال: ثلثها منك وثلثها منك.

وفي هذا الوجه: يجب أن تكون المسألة على قول أبي حنيفة على الاختلاف الذي ذكرنا فيما إذا كان الكل بينهما وأجر النصف أحدهما من أجنبي.. فعلى ما حكى عنه أبو طاهر: ينبغي أن يجوز، وعلى ما حكى عنه غيره: ينبغي أن لا يجوز.

ثم الشيوع الطارئ لا يفسد الإجارة في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، ويفسدها في رواية عنه.

- **وأما إعارته:** ففي «العمادية» نقلاً عن كتاب الشيوع: إذا أعار الشائع.. جاز في الوجوه كلها.

- وذكر عن «فتاوى ظهير الدين»: **أن إيداع المشاع جائز.**

- **وأما رهنه:** فلا يجوز، لا من الشريك ولا من غيره، فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها، والشيوع الطارئ والمقارن سواء.

وسيأتي تفصيله في كتاب الرهن.

وكذا: لا يجوز مضاربته، ذكره في «العمادية» عن «عيون المختلف».

- **وأما هبته:** فعلى ما تقدم آنفاً من التفصيل.

ولنُعِد بعض ما ذكر مع زيادة؛ تتميماً للفائدة [٤٦٠/ب].

قالوا: هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة: تجوز من الشريك ومن الأجنبي.

وفيما لا يحتملها.. لا تجوز، لا من الشريك، ولا من الأجنبي.

والشيوع المقارن: يفسد الهبة بالاتفاق؛ أعني: الشيوع حالة القبض، وأما الشيوع حالة العقد.. فلا يضر.

والشيوع الطارئ: لا يفسد الهبة بالاتفاق.

والشيوع الطارئ في الهبة: أن يرجع الواهب في بعض الهبة، فبقي الموهوب بينه وبين الموهوب له مشتركاً.

وأما الشيوع الحاصل بالاستحقاق في بعض الموهوب.. فمن قبيل الشيوع المقارن؛ لأن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة.. كان مستنداً إلى ما قبل الهبة، فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها.

واختلفوا في أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له أو لا.

والمختار في الفتوى: أنه مضمون.

واختلفوا أيضاً في أن الهبة الفاسدة هل تفيد الملك للموهوب له بالقبض أو لا تفيد؟

والمختار: أنه لا يفيد.

ومنه وقع الخلاف في أن نفقة الموهوب بالهبة الفاسدة على من يكون؟

قيل: على الواهب؛ لعدم إفادته الملك بالقبض.

وقيل: على الموهوب له؛ بناء على القول بإفادة الملك.

واتفقوا: على أن رجلاً إذا وهب من قريبه شيئاً هبة فاسدة.. له حق الرجوع؛ سواء أفادته الملك بالقبض للموهوب له، أو لم تفد.

أما على القول بأنها لا تفيد الملك: فظاهر.

وأما على القول بأنها تفيد الملك: فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له بالقيمة أو بالمثل؛ فإذا كان مضموناً.. كان يستحق الرد قبل الهلاك، فملك الرجوع والاسترداد، كذا في «العمادي».

- **وأما تصدق الشائع:** فقالوا: هذا وهبة المشاع في جميع ما ذكر سواء، إلا في شيء، وهو: أنه إذا وهب الكل من اثنين فيما يحتمل القسمة وسلم إليهما.. لا يجوز عند أبي حنيفة بلا خلاف عنده.

وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله:

منهم من قال: لا يجوز الصدقة أيضاً.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان؛ على رواية «الأصل»: لا يجوز، وعلى رواية «الجامع الصغير»: يجوز.

قيل: وهو الصحيح. وسيأتي تفصيله فيما بعد.

- **وأما وقف الشائع:** فعند محمد: لا يجوز، وعند أبي يوسف: يجوز ويلزم، وبه أخذ أبو القاسم الصفار.

بعد القضاء بصحته: يجوز عند الكل، وتقدم تفصيله في كتاب الوقف.

وهل يتحقق غصب الشائع؟

اختلفت فيه عباراتهم؛ ففي «فتاوى [٤٦٢/أ] رشيد»: أن غصب نصف الشائع شائعاً لا يتصور ولا يتحقق.

وذكر الصدر الشهيد: أنه يتصور.

وَهبةُ شَيْءٍ هُوَ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ: تتمّ بِلَا تَجْدِيدِ قبضٍ.

(**وهبة شيء وهو في يد الموهوب له**) بطريق العارية، أو الوديعة، أو الرهن، أو الغصب، أو الإجارة: (**تتم بلا تجديد قبض**)؛ لأن قبض الأمانة تنوب عن قبض الهبة؛ لتجانسهما في عدم كونهما قبض ضمان.

وكذا: قبض الرهن والغصب والإجارة تنوب عن قبض الهبة؛ لأنها فوق قبض الهبة، والشيء يتضمن ما دونه.

وكذا: لو كان في يده هبة فاسدة، ثم وهبها منه هبة صحيحة.. لا يحتاج إلى قبض جديد؛ لأن المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون عليه، فيكون أقوى من قبض الهبة الصحيحة.. فينوب عنها.

وكذا: لو كان في يده بيعاً فاسداً فوهبها.. لا يحتاج إلى تجديد قبض؛ لأن قبض البيع ولو فاسداً: أقوى من قبض هبة.

بخلاف البيع؛ فإنه إذا باع الوديعة أو العارية ممن في يده.. يحتاج إلى قبض جديد؛ لأن البيع يقتضي قبضاً مضموناً، وقبض المودع قبض أمانة.. فلا ينوب عن قبض الضمان، بل يحتاج إلى تجديد قبض.

والأصل هنا: أن القبضين إذا تجانسا.. ينوب أحدهما عن الآخر؛ لاتحادهما جنساً.

وإذا اختلفا.. ناب الأقوى عن الأضعف بلا عكس؛ لأن في الأقوى مثل الأدنى وزيادة، وليس في الأدنى ما في الأقوى.

قال في «القنية»: استودع أخاه عبداً، أو ثوباً، أو متاعاً، أو داراً، أو دابة، ثم قال: «وهبت لك وديعتي»، وهي في يد المودع.. يجوز إذا قال: «قبلت».

ولو وهب عبداً لأخيه وقبضه في المجلس أو بعده بأمره بالقبض نصاً.. صح بدون قوله: «قبلت».

فشرط القبول: في الأول دون الثاني؛ لأن إقدامه على القبض: قبول منه، وأمره

وَهبةُ الْأَبِ لطفلِهِ: تتمُّ بِالْعقدِ إِنْ الْمَوْهُوبُ فِي يَدِ الْأَبِ أَو يَدِ مودَعِهِ.

بالقبض: رضاء من الواهب، ولا كذلك في الأول؛ لأنه في يد الموهوب له؛ فلو لم يشترط القبول نصاً.. يقع الملك له في الهبة بغير رضاه، وإنه ضرر. انتهى.

فعلم منه: أن القبول شرط في مسألة الكتاب وإن لم يذكره.

والأولى: أن يقول: تتم بالقبول بلا تجديد قبض.

والمراد بتجديد القبض: أن ينتهي إلى موضع فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها، كذا في «العناية».

(**وهبة الأب لطفله تتم بالعقد؛ إن كان الموهوب في يد الأب أو يد مودعه**)؛ لأن قبض الأب ينوب عن قبض الطفل؛ لولايته عليه، بخلاف الهبة لولده الكبير وإن كان في عياله [٤٦٢/ب]؛ لأنه لا ولاية له عليه.. فلا بد من قبض الولد، ويد مودع الأب كيد نفسه، فينوب عن قبض الطفل أيضاً.

ويد مستعير الأب كيده، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

ثم لا بد في تمام هبة الأب لطفله: من كون الموهوب معلوماً؛ لما ذكر في «النهاية»: وكل شيء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه، وذلك الشيء معلوم.. فهو جائز، والقبض فيه: بإعلام ما وهبه له والإشهاد عليه، هكذا نقله عن «المبسوط».

ثم قال: والإشهاد ليس بشرط، بل الهبة تتم بالإعلام، إلا أنه ذكر الإشهاد احتياطاً؛ للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته، وعن جحوده بعد إدراك الولد.

وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً؛ حيث قال: والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته، والإعلام لازم؛ لأنه بمنزلة القبض.

وفي قوله: «إن كان الموهوب في يد الأب»: إشارة إلى ما في «قاضي خان»: لو وهب عبده الآبق لولده الصغير.. لا يجوز، وإن باع.. جاز. انتهى.

إلا إن كَانَ فِي يَد غَاصِبٍ، أَو مبتاعٍ بيعاً فَاسِداً أَو مُتَّهِبٍ.

لأنه ليس في يد الواهب حالة إباقه، لكنه قد ذكرنا في باب البيع الفاسد نقلاً عن «الزيلعي» و«فتح القدير» و«غاية البيان»: أن هبة العبد الآبق لولده الصغير جائزة، فارجع إليه.

(**إلا**)؛ أي: لا تتم هبة الأب لطفله بالعقد والإعلام (**إن كان**) الموهوب (**في يد غاصب أو مبتاع**)؛ أي: من يقبل البيع؛ أي: المشتري (**بيعاً فاسداً**).

وحكم يد مبتاع بيعاً صحيحاً: معلومٌ مستغن عن البيان.

(**أو**) يد (**متهب**)، هكذا وقع في النسخ، ولعل الصواب: «أو مرتهن» على ما وقع في عامة الكتب.

وهذا؛ لأن كَلًّا من هؤلاء قابض لنفسه.. فلا تكون يده يد الأب.

وكذا يد المستأجر لا تنوب عن يد الأب؛ لأنه قابض لنفسه، قال في فصل هبة المشاع من «قاضي خان»: ولو وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع للأب، أو وهب لابنه داراً والأب ساكن فيها.. لم تجز الهبة.

وعن أبي حنيفة في «المجرد»: رجل تصدق على ابنه الصغير بدار، والأب ساكن فيها، أو له متاع فيها، أو فيها قوم يسكنون بغير أجر.. جازت الصدقة، ويصير الأب قابضاً لابنه.

ولو كان فيها سكان بأجر.. كانت الصدقة باطلة.

ثم قال فيها في فصل هبة الوالد لولده: رجل وهب لابنه الصغير داراً، وهي مشغولة بمتاع الأب.. قال أبو نصر: جاز، ولا يحتاج إلى التفريغ؛ لأنها مشغولة بمتاع القابض وهو الأب.

ولو تصدق على ابنه الصغير بدار، والأب ساكن فيها.. لا يجوز في قول [٤٦١/أ] أبي حنيفة، ويجوز في قول أبي يوسف، وعليه الفتوى؛ لما قلنا في الهبة. انتهى.

وَالصَّدَقَةُ فِي ذَلِكَ كَالْهِبَةِ.

فقد فرق بين هبة الأب من ابنه داراً سكن فيها، وبين هبة الأب من ابنه داراً فيها متاع الأب؛ حيث حكم في الأول بعدم جواز الهبة، وفي الثاني بجوازها.. فهو: إما محمول على الروايتين، أو على اختلاف القولين.

وقال في «الزيلعي»: ولو وهب الأب من ابنه الصغير داراً، والأب ساكن فيها، أو متاعه فيها.. جازت الهبة، وملكها الابن بمجرد قوله: وهبتها له؛ لأنها في يده، ولو كان يسكنها غيره بأجر.. لا يجوز؛ لأن المستأجر قابض لنفسه لا للأب، وإن كان بغير أجر.. جازت الهبة، ذكره محمد في «المنتقى».

فلم يفرق بين المسألتين كما فرقه «قاضي خان»، وحكم بجواز الهبة فيهما.

وكذا لم يفرق بينهما في «الخلاصة»، وحكم بجواز الهبة فيهما؛ حيث قال نقلاً عن «الملتقى»: رجل وهب أو تصدق على ابن له صغير بدار، وله فيها متاع، أو هو ساكن فيها بعياله، أو فيها ساكنٌ بغير أجر ولم يفرغها.. جازت الهبة والصدقة.

ثم نقل عن «الفتاوى»: رجل وهب لابنه الصغير داراً، والدار مشغولة بمتاع الواهب.. جاز.

ولو تصدق بدار على ابنه الصغير، والأب ساكنها.. لا تجوز عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز، وعليه الفتوى.

وما ذكر في «المنتقى» قول محمد. انتهى.

(**والصدقة في ذلك**)؛ أي: في حق الطفل (**كالهبة**)، ففي كل موضع يجوز هبة الأب من طفله.. يجوز تصدقه عليه أيضاً، وما لا.. فلا يجوز تصدق ما في يده أو في يد مودعه أو مستعيره، ولو مشغولة بمتاعه، لا في يد غاصبه أو مبتاعه بيعاً فاسداً أو مرتهنه أو مستأجره؛ لما ذكرناه في الهبة.

فلم يفرق بين الهبة من طفله والصدقة عليه، وقد تقدم من قبل: أن الإمام قاضي

خان فرق بينهما وقال: لو وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب، أو داراً فيها متاع الأب.. لا تجوز الهبة.

ثم قال نقلاً عن «المجرد»: لو تصدق على ابنه الصغير بدار سكن فيها الأب، أو له متاع فيها.. تجوز.

وهكذا فرق بينهما في «الخلاصة» وقال: ما ذكر في «المنتقى» من الجواز.. قول محمد على ما ذكره آنفاً.

وما ذكره المصنف من عدم الفرق.. هو المذكور في «الهداية» و«العناية» و«الزيلعي».

ومما يتعلق بالهبة من الصغير: ما في أوائل هبة «قاضي خان»: رجل غرس كرماً، وله ابن صغير، فقال: جعلته لابني فلان.. يكون هبة [٤٦١/ب]؛ لأن الجعل عبارة عن التمليك.

ولو قال: اغرسه باسم ابني فلان.. لا يكون هبة.

وإن قال: جعلته باسم ابني.. يكون هبة ظاهراً؛ لأن الناس يريدون بهذه: الهبة.

رجل اتخذ وليمة للختان، فأهدى الناس هدايا، ووضعوا بين يديه.. قالوا: إن كانت الهدية مما يصلح للصبيان؛ مثل لباس الصبيان، أو يكون شيئاً يستعمله الصبيان.. فهو للصبي؛ لأن مثل هذا يكون هبة للصبي عادة.

وإن كانت الهدية دراهم أو دنانير أو غير ذلك.. يرجع إلى المهدي؛ فإن قال المهدي: هي هبة للصغير.. كانت للصغير، وإن للأب.. فهي للأب.

وإن تعذر الرجوع إليه.. ينظر؛ إن كان المهدي من معارف الأب وأقاربه.. فهي للأب.

وإن كان من قرابة الأم أو من معارفها.. فهي للأم.

وكذلك: إن اتخذ وليمة لزفاف الابنة إلى بيت زوجها، فأهدى الناس هدايا.. فهو على ما ذكرناه من قرابة الأب [أو من قرابة الأم][1].

وكذلك: لو كان المهدي من قرابة الزوج أو من معارفه، أو من معارف المرأة أو من قرابتها.

إلا إذا بيّن المهدي فقال: أهديت لهذا أو لهذا.. فالقول قوله.

وقال بعضهم: في الأحوال كلها الهدية تكون للوالد؛ لأن الوالد هو الذي اتخذ الوليمة.

وقال بعضهم: تكون للولد؛ لأن الوالد اتخذ الوليمة للولد لا لنفسه.

ولا يعتبر قول المهدي عند الإهداء: أهديت للوالد.

والاعتماد: على ما قلنا أولاً. انتهى.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: رجل اتخذ وليمة للختان، فأهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الصبي، إن كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان أو ما يستعمله الصبيان.. فالهدية للصبي، وإن كانت غير ذلك؛ كالدراهم أو الدنانير والحيوان ومتاع البيت.. ينظر إلى المهدي؛ إن كان من أقرباء الأب أو معارفه.. فهو للأب، وإن كان من أقرباء الأم أو معارفها.. فهو للأم؛ سواء كان المهدي يقول عند الهدية: هذا للصبي، أو لم يقل.

وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته إلى بيت زوجها. انتهى.

فعلم منه: أن ما ذكره قاضي خان: مخالف لما ذكره في «الخلاصة» و«البزازية» بوجهين:

أحدهما: من جهة قوله: «وضعوا بين يديه»؛ لأن الظاهر منه: أن ضمير يديه

---

(١) زيادة لا بد منها، تم استدراكها من «البزازية» (١٤٣/٣).

راجع إلى رجل لا إلى صبي، كما في «الخلاصة» و«البزازية»، فظهر منهما: أن هدية ما يصلح للصبي في الختان.. فهي للصبي؛ سواء وضعها المهدي بين يدي الأب كما في «قاضي خان»، أو بين يدي الصبي كما في «الخلاصة» و«البزازية».

والثاني: من جهة قوله: «وإن كانت [٤٦٣/أ] الهدية دراهم أو دنانير أو غير ذلك يرجع إلى المهدى له»؛ فإنه قال فيه: «إن القول قول المهدي؛ إن قال: هي للصغير فهي للصغير»، وقد قال في «الخلاصة» و«البزازية» هنا: «إن العبرة فيه إلى المهدي من أقرباء الأب أو معارفه، أو من أقرباء الأم أو معارفها، ولا عبرة لقول المهدي أنها للصبي».

قال في «الخلاصة» أيضاً: رجل قدم من السفر وجاء بهدايا إلى من نزل عنده، وقال له: اقسم هذه الأشياء بين أولادك أو بين امرأتك وبين نفسك؛ إن أمكن الرجوع إلى بيان المهدي.. فالقول قوله، وإن تعذر.. فما يصلح للرجال.. فللأب، وما يصلح للنساء.. فلأمراته، وكذا بين الصغار، وما يصلح لكليهما.. ينظر إلى المهدي أنه من أقارب الزوج أو المرأة.

رجل اتخذ لولده ثياباً، ثم أراد أن يدفع إلى آخر.. ليس له ذلك، إلا أن يبين وقت الاتخاذ أنها عارية.

وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً، فأبق التلميذ، فأراد أن يدفع إلى غيره.

وإن أراد الاحتياط: يبين أنها عارية، حتى يمكنه أن يدفع إلى غيره. انتهى.

وقيد في «قاضي خان» مسألة التلميذ بقوله بعدما دفع الثوب إليه؛ حيث قال: «فأبق التلميذ بعدما دفع إليه».

والأصل فيه: العرف؛ لأن التلميذ يملكه بعد الدفع إليه في العرف، فليس له أن يرجع فيه ليدفع إلى غيره.

فإن قيل: قال في «قاضي خان» من فصل العوض: إذا وهب للصغير هبة،

فعوض الأب أو الوصي الواهب من مال الصبي.. لا يجوز؛ لأنه تبرع؛ فإذا بطل التعويض.. كان للواهب أن يرجع في هبته. انتهى.

وهكذا في «البزازية».

فهذا يقتضي صحة الرجوع في الهبة للصغير، فلمَ لا يجوز أن يرجع الأستاذ في الثوب الذي دفع إلى التلميذ؟

فالجواب: أن ما ذكره: في فصل العوض في الهبة بشرط العوض، بخلاف دفع الثوب إلى التلميذ؛ فإن العرف فيه على عدم العوض فيه.. فلا يرجع؛ لكونه تبرعاً.

وذكر في «الخلاصة» أيضاً: رجل وهب للصغير شيئاً من المأكول.. يباح للوالدين أن يأكل منه، كذا روي عن محمد، هكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

ثم قال فيها: رجل وهب العبد الآبق له إلى دار الحرب لابنه الصغير.. لا يجوز.

ولو كان متردداً في دار الإسلام.. يجوز ويصير قابضاً.

بخلاف البيع؛ لأن الشرط فيه التسليم، والشرط في الهبة: القبض دون التسليم؛ لأن المتردد في دار الإسلام في يد الأب حكماً [٤٦٣/ب].

تصدق بعبد آبق له على ابن صغير له.. لا يجوز.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز.

فإما أن يحمل على الروايتين، ويحمل عدم الجواز على اللاحق بدار الحرب، والجواز: على المتردد في دار الإسلام.

وقال في هبة الوالد لولده من «قاضي خان»: امرأة لها مهر على زوجها، وهبت المرأة لابنها الصغير الذي هو من هذا الزوج. الصحيح: أنه لا تصح هذه الهبة؛ لأن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز، إلا إذا وهبت وسلطت ولدها على القبض.. فيجوز ويصير ملكاً للولد إذا قبض. انتهى.

وَالأُمُّ كَالْأَبِ عِنْدَ غيبتِهِ غيبَةً مُنْقَطِعَةً، أَو مَوتِهِ وَعدمِ وَصِيِّهِ إِن كَانَ الطِّفْلُ فِي عيالِها.

والذي ظهر منه: أن هذه الهبة مختلف في صحتها قبل التسليط.

وأما بعد التسليط.. فجائزة بالاتفاق، وتتم إذا وجد القبض، وإلا.. فلا تتم.

وفي «القنية»: سئل أبو بكر عن هذه المسألة، فقال أولاً: أنا متوقف فيها، ويحتمل أنها تجوز.

ثم قال: إنها لا تجوز؛ لأنها غير مقبوضة.

ثم قال بعلامة واقعات الناطفي: وبه نأخذ.

وقال فيها أيضاً قبيل هذا نقلاً عن «الفتاوى النجارية»: لها على زوجها دين، فوهبته لولدها الصغير.. صح؛ لأن الهبة هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز إذا سلطه على القبض، وللأب ولاية قبض الهبة لولده الصغير، فكان قبضه بحكم الولاية؛ كقبض الصغير، فصار كأنها سلطت الصغير على قبضه. انتهى.

والذي ظهر منه: أن هذه الهبة صحيحة مطلقاً من غير تسليط من المرأة الصغير على القبض؛ بناء على أن قبض الأب بحكم الولاية على الصغير، بمنزلة تسليط المرأة الصغير بلا حاجة إلى التسليط منها صريحاً، كيف وإنه لو احتاج إلى التسليط قصداً.. لا يلزم أن لا تصح تلك الهبة، فيما إذا لم يفعل الصغير القبض والتسليط ولو بتسلط المرأة.

(والأم) في هبتها لولدها الصغير وتصدقها عليه: **(كالأب عند غيبته غيبة منقطعة، أو موته وعدم وصيه)**؛ أي: وصي الأب؛ لأن وصي الأب مثل الأب في ذلك.

(إن كان الطفل في عيالها)؛ أي: عيال الأم.

فلو وهبت الأم لطفلها أو تصدقت عليه وهو في عيالها.. جازت الهبة والصدقة، والقبض لها عند عدم الأب والجد.

وَكَذَا: كلُّ مَن يعولُ الطِّفْلَ.

ووصيُّهما بحكم ولايتهما على طفلها عند عدم هؤلاء: كما كان كذلك عند هبة الأجنبي لطفلها؛ فإن القبض فيها أيضاً للأم عند عدم هؤلاء، على ما سيأتي.

وإنما قيد «بكون الطفل في عيالها»؛ ليكون لها نوع ولاية لها عليه.

وقيد «بعدم الأب ووصيه»؛ لأن عند وجودهما [٤٦٤/أ] لا ولاية لها على القبض، وكذا :عند وجود الجد ووصيه، كذا في الروايات الظاهرة، ذكره في «الخلاصة»، نقلاً عن «التجريد».

ثم قال: وذكر الصدر الشهيد: إن اشتراط عدم الأب في تملك الأم قبض الهبة للصغير: ليس بأمر لازم؛ فإنه ذكر في «الأصل»: الرجل إذا زوّج ابنته الصغيرة من رجل.. فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ.. انتهى.

وفي تعليله بما ذكر في «الأصل»: نظر، ولهذا جعل في «البزازية» ما ذكره في «الأصل» مسألة مبتدأة، لا تعليلاً لما قبله من قوله: ليس بأمر لازم، ولا يلزم من جواز قبض الزوج هبة زوجته الصغيرة عند حضرة الأب: جواز قبض الأم هبة طفلها عند حضرة الأب، كيف وأن الزوج إنما يقبضها لتفويض الأب أمور الصغيرة إلى زوجها؟!

(وكذا كل من يعول الطفل)؛ أي: دخل في عياله؛ سواء كان ذا رحم محرم من الطفل كالأخ والعم، أو أجنبياً، لكن ليس على إطلاقه، بل عند عدم الأب والجد ووصيهما.

وأما مع وجود واحد من هؤلاء الأربعة.. فولاية القبض له لا لغيره؛ سواء كان الطفل في عياله أو لا، على ما في «العناية» عن «الإيضاح» و«مختصر الكرخي».

فإذا لم يبق واحد من هؤلاء الأربعة.. جاز قبض من كان الصبي في عياله؛ لثبوت نوع ولاية له حينئذ، ألا ترى: أنه يؤدبه، ويسلمه في الصنائع، فيقام هذا العذر

وَهبةُ الْأَجْنَبِيِّ لَهُ: تتمُّ بِقَبْضِهِ لَو عَاقِلاً.

وبقبضِ أَبِيهِ أَو جدِّهِ ....

مطلقاً، حتى قبض الهبة له؛ لكونه من باب المنفعة، إلى هنا فيما وهب الأب لولده الصغير.

وأما إذا كان له ابن وبنت فأراد أن يهب لهما شيئاً ويفضل أحدهما على الآخر في الهبة.. ففي «قاضي خان»: أجمعوا: أنه لا بأس بتفضيل بعض الأولاد على البعض في المحبة؛ لأنها عمل القلب، وذلك غير مقدور، ولو أراد تفضيل أحدهما على الآخر في الهبة.. لا رواية لهذا في «الأصل» من أصحابنا.

وروي عن أبي حنيفة: أنه لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل في الدين، وإن كانوا سواء فيه.. يكره.

وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه لا بأس به إذا لم يقصد به الإضرار للآخر، وإن قصد به الإضرار.. يسوى بينهم، يعطى للبنت ما يعطى الابن.

وقال محمد: يعطى للذكر ضعف ما تعطى الأنثى.

والفتوى على قول أبي يوسف.

رجل وهب في صحته كل المال لولده.. جاز ذلك قضاء [٤٦٤/ب]، ويكون آثماً. انتهى.

وفي «الخلاصة»: ولو كان ولده فاسقاً، فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث.. هذا خير من تركه؛ لأن فيه إعانة على المعصية، ولو كان ولده فاسقاً.. لا يعطى له أكثر من قوته. انتهى.

ولما ذكر هبة الأب لولده.. شرع في بيان هبة الأجنبي له، فقال: (**وهبة الأجنبي له**)؛ أي: للطفل (**تتم بقبضه لو**) كان الطفل (**عاقلاً**)؛ لأنه نافع في حقه، وهو من أهله.

(**وبقبض أبيه أو جده**) أب الأب، كذا في «الخلاصة» و«قاضي خان».

أَوِ وَصِيِّ أَحدهِمَا، أَو أَمِّهِ إِن فِي حِجرها، أَو أَجْنَبِيِّ يربِّيهِ.

أَو بِقَبضِ زوجِ الطِّفلةِ لَهَا، وَلَو مَعَ حَضْرَةِ الْأَبِ، بعدَ الزِّفافِ ....

(**أوِ وصيِّ أحدهما أوِ أمه**)؛ أي: أم الطفل على الترتيب المذكور، لكن وصي الأب مقدم على الجد، على ما صرح به في «قاضي خان»؛ (**إن**) كان الطفل (**في حجرها**)؛ أي: حجر الأم، قيده بذلك لما ذكرناه في عيالها.

(**أو أجنبي يربيه**)؛ أي: يربي الطفل، وذلك بأن كان الطفل في حجره؛ لأن من كان الطفل في يده.. كان له ولاية التصرف النافع.

وقبض الهدايا، وحفظ الأموال: من قبيل النفع المحض، فيملكه من كان هو في حجره ولو أجنبياً له لا قرابة بينهما.

(**أو بقبض زوج الطفلة لها**)؛ أي: للطفلة (**ولو مع حضرة الأب بعد الزفاف**)؛ لأن الأب قد فوض أمورها إلى الزوج؛ حيث زفها إليه وهي صغيرة، وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها، وقبض الهبة: من حفظ المال.

لكن لا تبطل بذلك ولاية الأب، حتى لو قبضها الأب.. جاز ولو كانت الصغيرة في بيت زوجها.

وكذا لو قبضت هي بنفسها لو عاقلة للقبض.

أطلقه: فشمل: ما إذا كانت الصغيرة ممن لا يجامع مثلها.

وقيل: إن كانت الصغيرة ممن لا يجامع مثلها.. لا يصح قبض الزوج هبتها، ولو بعد الزفاف.

قالوا: والصحيح: هو الأول.

واحترز بقوله: «ولو مع حضرة الأب» عما في «البزازية» عن «التجريد»: «قَبْضُ الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً»؛ لأن الصحيح أن الزوج يملك القبض مطلقاً، وحضور الأب لا يمنعه، بخلاف الأم وكل من يعولها، غير الزوج؛ فإنهم لا يملكون ذلك إلا بعد موت الأب والجد ووصيهما، حقيقة أو حكماً.

لَا قبلَهُ.

(لا قبله)؛ لأن جواز ذلك: لكونها في عياله، وإن له عليها يداً مستحقة، وذلك لا يوجد قبل الزفاف.

ومن أحكام الصبي أيضاً: أنه لا تكليف على الصبي والصبية بشيء من العبادات؛ بدنية أو مالية.. فلا تجب الزكاة في ماله.

وتجب عليه في [٤٦٥/أ] ماله: نفقة زوجته ووالديه وقنّه اتفاقاً.

واختلف في وجوب الأضحية في ماله.

والمعتمد: الوجوب، ويضحيها عنه الولي، لكنه لا يتصدق بشيء من لحمها، فيطعمه منها ما يمكن أكله، وما بقي يبتاع منه ما ينتفع بعينه.

ولو لم يكن له مال.. لا يجب على الأب أن يضحي عنه من مال نفسه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة.

واتفقوا على وجوب العشر والخراج في أرضه.

وأما الإيمان بالله تعالى.. فسيأتي بيانه في آخر كتاب المأذون.

وليس هو من أهل الولايات.. فلا يلي الإنكاح والقضاء والشهادة مطلقاً، لكنه لو خطب بإذن السلطان وصلى بالغٌ.. جاز.

وتصح سلطنته ظاهراً، ويصلح وصياً وناظراً، ويقيم القاضي مكانه بالغاً إلى بلوغه، كما في وصايا «منظومة ابن وهبان».

ويصح؛ أذانه، قيل: مع الكراهة.

وفي ظاهر الرواية: أنه لا كراهة في أذان الصبي العاقل.

ويقبل قوله في الهدية والإذن.

وتصح الإجارة له. ويمنع من مس المصحف.

وتمنع الصبية المطلَّقة أو المتوفى عنها زوجها من التزوج إلى انقضاء العدة، ولا يجب عليها العدة على الصحيح.

ويصح أمانه.

ولا يداوى إلا بإذن وليه.

وإذا أهدي له شيء من المأكولات.. يباح أكل أبويه منه، على ما روي عن محمد.

وقال في «الأشباه» نقلاً عن «الملتقط»: لا يأكل منه بلا حاجة.

ويصح توكيله إذا كان يعقل العقد، ولو محجوراً.

ولا ترجع الحقوق إليه في نحو بيع، بل لموكله.

ولا يصح الخصومة منه، إلا أن يكون مأذوناً، كذا في «الأشباه» نقلاً عن «الملتقط».

ويحصل بوطئه التحليل إذا كان مراهقاً.

ويملك المال بالاستيلاء كالبالغ.

والتقاطه كالتقاط البالغ.

ويجب رد سلامه.

ويصح إسلامه وردته، ولا تقبل لو ارتد بعد إسلامه.

وتحل ذبيحته بشرط أن يعقل التسمية.

ويؤكل الصيد برميه إذا سمى.

ويجوز دخوله على الأجنبية من النساء إلى خمسة عشر سنة، على ما في «الأشباه» عن «الملتقط».

ولا يقع طلاقه وعتقه.

ويحجر مما يضر من الأقوال.

وتثبت حرمة المصاهرة بوطئه إن كان ممن يشتهي النساء، وإلا.. فلا.

ولا يدخل في القسامة والعاقلة.

وإن وجد قتيل في داره، ولا يعرف قاتله.. فالدية على عاقلته.

ولا جزية عليه.

ولا يدخل في الغرامات السلطانية؛ كالنساء.

واختلف في تحليفه.. ففي سابع قضاء «البزازية»: لا يحلف الصبي المأذون عند نصير؛ لأنه [٤٦٥/ب] لا يحنث.

ولا يلزمه الدين إلا بإقرار وبينة، وعلماؤنا على أنه يحلف، وبه نأخذ، واختار في «الأشباه» قول نصير، نقله عن «العمدة».

ويقام التعزير عليه تأدباً.

وتتوقف عقوده المترددة بين النفع والضر على إجازة وليه.

ويصح قبضه للهبة لو كان يعقل كما عرفت.

ولا يتوقف من أقواله ما يمحض ضرراً، ومنه: إقراضه واستقراضه لو كان محجوراً؛ فإنه لو أقرضه أحد.. فما بقي عينه: فلمالكه أن يسترده على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

ولو لم يبق عينه.. لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد مطلقاً.

وقال أبو يوسف: لو أنفقه أو أتلفه.. يضمن، لا لو تلف بنفسه وفاقاً.

وكذا لو أتلف الصبي المحجور وديعة عنده.. لا يضمن عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

ولو استهلك مال الغير من غير سابقة الإيداع أو الإقراض.. يضمن بالإجماع.

وَصَحَّ هبةُ اثْنَيْنِ لوَاحِدٍ دَاراً، لَا عَكسُه.

خلافاً لَهما.

ولو قبل الوديعة بإذن وليه واستهلكه.. يضمن بالإجماع أيضاً.

هذا تفصيل ما قالوا: يضمن الصبي ما أتلفه.

وكفالته باطلة ولو عن أبيه، وصحت له وعنه مطلقاً، وتفصيله في «العمادي».

(وصح هبة اثنين لواحد داراً)؛ لأن المقتضي - وهو العقد - موجود، والمانع - وهو الشيوع - منتف.

لأن الشيوع؛ إما أن يكون بالتسليم أو القبض، وهما سلماها له جملة، وهو قد قبضها جملة.. فلا شيوع أصلاً.

(لا عكسه)؛ أي: لا تصح هبة واحد لاثنين داراً بينهما؛ لأنه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا لو كانت هذه الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما.. جاز بالاتفاق، ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حدة.. لما جاز، فينصرف قبض كل واحد منهما إلى نصيبه على حدة، وهو شائع، فيكون القبض **ناقصاً** كما في هبة نصيبه الشائع لشريكه **أو معدوماً**؛ إذ قبض الشائع لا يتصور.. فلا يجوز مطلقاً.

سواء كان الواهب نص على نصيب كل واحد منهما ابتداء، أو متساوياً، أو متفاضلاً؛ بأن قال: وهبت لك نصفها ولهذا نصفها.

أو قال: وهبت لك ثلثها، ولهذا ثلثيها.

أو بعد الإجمال؛ بأن قال: وهبت لكما هذه الدار؛ لك نصفها، ولهذا نصفها.

أو لم ينص على نصيب واحد منهما أصلاً؛ إذ الشيوع حاصل في الكل.. فلا يجوز، هذا عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ حيث جوّزا العكس لهما أيضاً.

لهما: أن هذه هبة الجملة منهما؛ لاتحاد التمليك، ولا شيوع في هبة الجملة، فصار كما إذا رهن من رجلين، بل أولى؛ لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في

الهبة، حتى لا يجوز الرهن في [٤٦٦/أ] مشاع لا يقسم دون الهبة.

ولو رهن من رجلين.. جاز، فهذا أولى، ولأن الشيوع لم يوجد إلا من أحد الطرفين؛ أي: طرف الموهوب له.. فلا يفسد؛ إذ ليس فيه إلزام المتبرع مؤنة القسمة، فصارت كالمسألة الأولى.. فتجوز.

إلا أن محمداً لم يفرق بين:

أن ينص الواهب على نصيب كل واحد منهما ابتداء أو بعد الإجمال؛ متساوياً كان نصيب كل منهما؛ بأن قال: لك نصفها ولهذا نصفها، أو متفاصلاً بأن قال: لك ثلثها ولهذا ثلثها.

وبين: أن لا ينص في القول بالجواز.

كما لم يفرق أبو حنيفة بينهما في عدم الجواز على ما ذكرناه.

وفرق أبو يوسف بينهما وقال: إنه إذا لم ينص.. يجوز، وإذا نص بالتفصيل؛ بأن قال: ثلثها لك وثلثيها لهذا.. لم يجز؛ إذ بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض، فيتحقق الشيوع.

ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض.

وإذا نص بالتنصيف؛ بأن قال: لك نصفها ولهذا نصفها.. ففيه عن أبي يوسف روايتان؛ في رواية: لا يجوز، وفي رواية: يجوز؛ لأنه نص على ما يقتضيه مطلق العقد.. فلا يفسد؛ لأن مطلق العقد يقتضي التنصيف، فأمكن تصحيحه؛ بأن يجعل مجازاً عن الموجب، فيجعل مجازاً عن العقد.. فلا يفسد.

بخلاف ما إذا نص على التفاضل بالثلث والثلثين؛ لأن مطلق العقد لا يقتضيه.. فلا يمكن جعله مجازاً عن موجبه.. فيقتضي شيوعاً في العقد بالضرورة.

وقيل: إنما جوز أبو يوسف في النص بالتنصيص: فيما إذا أجمل أولاً، ثم فصل على التنصيف؛ بأن قال: وهبت لكما هذه الدار؛ نصفها لك ونصفها لهذا؛ لأن

التنصيف لم يخالفه الإجمال، فيكون لغواً في الكلام.. فلا يوجب الفساد.

وأما إذا فصل أولاً من غير إجمال؛ بأن قال: وهبت نصف هذه الدار لك، ونصفها الآخر لهذا.. لا يجوز عنده أيضاً، كذا في «الزيلعي».

ثم الجواب لأبي حنيفة عن قولهما:

أن حكم الرهن: الحبس، ولا شيوع فيه، بل يثبت لكل واحد منهما كملاً، ولهذا لو قضى دين أحدهما.. لا يسترد شيئاً من الرهن.

وأن ثبوت الملك مشاعاً في طرف الموهوب له يقتضي ثبوت التمليك مشاعاً أيضاً في طرف الواهب؛ لأن الملك: حكم التمليك، والحكم يثبت بقدر دليله، وقولهما ليس فيه إلزام المتبرع مؤنة القسمة.

قلنا: مسلم، لكن نقصان القبض أيضاً مانع [٤٦٦/ب]، والمانع ليس بمنحصر فيه.

ألا ترى: أن رجلين لو وهبا لرجلين على أن نصيب أحدهما لأحدهما بعينه، ونصيب الآخر للآخر.. لا يجوز بالإجماع.

وليس على الوجهين مؤنة القسمة، وإنما لم يجز.. لمانع نقصان القبض، فكذا فيما نحن فيه.

أطلق الاثنين، فشمل: الأولاد والأجنبي، لكنه لا بد أن يكون الأولاد كبيرين؛ لما في «قاضي خان»: ولو وهب داراً لابنين له؛ أحدهما صغير في عياله.. كانت الهبة فاسدة عند الكل.

بخلاف ما لو وهب لابنين كبيرين وسلم إليهما جملة.. فإن الهبة جائزة في قول أبي يوسف ومحمد.

أما إذا كان أحدهما صغيراً، فكما وهب.. يصير الأب قابضاً حصة الصغير، فيتمكن الشيوع وقت القبض، فتفسد.

بخلاف الكبيرين؛ فإن الشيوع فيهما لم يوجد: لا وقت العقد، ولا وقت القبض. هكذا ذكره.

وقال في «البزازية»: وهب داراً لابنين له، أحدهما: كبير والآخر: صغير؛ إن قبض الكبير.. جازت.

وذكر بعده: أنها باطلة.

وهو الصحيح؛ لأن هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة؛ كقيام قبض الأب مقام قبضه، وهبة الكبير محتاجة إلى قبول، فسبقت هبة الصغير، فتمكن الشيوع.

والحيلة: أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما، هكذا ذكره الأنقروي في «فتاواه».

وقال في «حاشيته»: يفهم منه: جواز الهبة لولديه الصغيرين، كذا حرره جوى زاده.

وقال في «قاضي خان»: رجل وهب من رجل داراً، وسلم، فاستحق نصفها.. بطلت الهبة في الباقي. انتهى.

لا يقال هذا مخالف لما تقرر: «أن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة بالاتفاق» لأنا نقول: أن الشيوع الحاصل بالاستحقاق: ليس شيوعاً طارئاً، بل شيوع مقارن وقت القبض؛ لأن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة.. كان مستنداً إلى ما قبل الهبة، فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها، وقد تقدم أيضاً.

وذكر في «قاضي خان» أيضاً: لو وهب في مرضه داراً، وليس له مال سوى الدار، ثم مات ولم يجز الورثة هبته.. بقيت الهبة في ثلثها، وتبطل في الباقي.

والأصل فيه أيضاً: ما ذكرناه: من «أن الشيوع الحاصل بالاستحقاق ليس شيوعاً طارئاً، بل شيوع مقارن».

وذكر فيه أيضاً: لو وهب داراً بما فيها من المتاع وسلم، ثم استحق المتاع.. ذكر في «الزيادات»: أن الهبة لا تبطل في الدار.

وذكر ابن رستم: أن هذا قول محمد؛ أما على قول أبي يوسف [٤٦٧/أ]: لو أستحق وسادة منها.. تبطل الهبة في الدار؛ لأن موضع الوسادة من الدار لم يقبض.

بخلاف ما لو وهب أرضاً فيها زرع مع زرعها، ثم استحق الزرع.. بطلت الهبة في الأرض عند الكل، والزرع لا يشبه المتاع؛ لأن اتصال الزرع بالأرض أشد من اتصال المتاع بها.

ولو وهب سفينة فيها طعام بطعامها، ثم استحق الطعام.. بطلت الهبة في قول أبي يوسف في «القنية».

وقال ابن رستم: وهذا قول أبي حنيفة.

و قال محمد: لا تبطل الهبة في السفينة.

لأبي يوسف: أن موضع الطعام من السفينة لم يقبض؛ لكونه مشغولاً بما ليس بهبة.. فلم تصح هبة السفينة.

ويؤيد قول أبي يوسف: ما ذكروه: رجل وهب داراً فيها متاع للواهب، أو جوالق، أو جراباً فيها طعام الواهب، وسلّم.. لا يجوز؛ لأن الموهوب مشغول بما ليس بهبة.

بخلاف ما لو وهب المتاع والطعام دون الجوالق والدار، وسلم.. جاز؛ لأن الموهوب حينئذ غير مشغول بما ليس بهبة، بل هو شاغل بما ليس بهبة، وكون الموهوب شاغلاً لغيره ليس بمفسد، وإنما المفسد: كونه مشغولاً بغيره؛ لأنه هو المانع لتمام القبض، لا لكونه شاغلاً.

ولو وهب كرماً أو أشجاراً مغروسة على الأراضي الأميرية أو الوقف لولده الكبير أو الأجنبي بغير أن يفرغ الأرض للموهوب له بإذن صاحب الأرض.. لا يجوز.

وَصَحَّ تصدُّقُ عَشَرَةٍ على فقيرَينِ، وهبتُها لَهما.

وَلَا تصحَّانِ لغَنِيَّيْنِ.

خلافاً لَهما.

بخلاف ما لو هب تلك الأشجار أو الكرم لولده الصغير بغير أن يفرغ الأرض له.. جاز.

وبخلاف ما لو وهب الدار المبنية على أرض الوقف أو الأميرية بغير إذن المتولي وصاحب الأرض.. فإنه يجوز، كما أفتى به مشايخ الإسلام.

(وصح تصدق عشرة على فقيرين وهبتها لهما، ولا تصحان لغنيّين) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، هذا في رواية «الجامع الصغير»؛ حيث جعل كل واحد من الصدقة والهبة مجازاً عن الآخر؛ جعل الهبة للفقيرين: صدقة، والصدقة على الغنيين: هبة؛ لعلاقة: أن كل واحد منهما تمليك بلا عوض، فجازت الاستعارة.

وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم، حتى أجاز الصدقة على اثنين، ولم يجوز الهبة لهما؛ حيث جعلها مجازاً عن الصدقة.

ووجه الفرق: أن الصدقة يُبْتَغَى بها وجه الله تعالى، وهو واحد معلوم، والفقير نائب عنه، ولا كذلك الهبة، فتكون تمليكاً من اثنين.. فلا تجوز.

ولهذا: لو أوصى ثلث ماله للفقراء [٤٦٧/ب] المجهولين.. جاز، ولو أوصى به للأغنياء المجهولين.. لا يجوز.

وفي رواية «الأصل»: سوى بينهما في الحكم؛ حيث قال عقب ذكر الهبة: وكذلك، فالشيوع كما يمنع الهبة.. يمنع الصدقة أيضاً؛ لأن كل واحد منهما مبني على القبض الكامل، والشيوع يمنعه فيهما.. فلا يجوز تصدق عشرة على فقيرين، ولا هبتها لهما؛ كما لا يجوزان على غنيين في رواية؛ لما ذكرناه.

ففي المسألة: روايتان؛ رواية «الجامع الصغير»، ورواية «الأصل». كذا في «الهداية».

وقال الحاكم: يحتمل أن يكون مراده في «الأصل» من قوله: «وكذلك الصدقة على الغنيين»، فيكون مجازاً عن الهبة، فعلى هذا: ليس في المسألة روايتان.

وفي «النهاية»: الظاهر: أن في المسألة روايتين.

وقيل: الصحيح: رواية «الجامع الصغير».

وهذا كله على قول أبي حنيفة.

وقالا: الهبة على شخصين جائزة على ما سبق، والصدقة أولى.

* * *

(بَابُ الرُّجُوعِ فِيهَا)

يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهَا كلًّا أَو بَعْضاً، وَيُكرَهُ.

وَيمْنَعُ مِنْهُ: حُرُوف «**دمع خزقه**».

فالدالُ: الزِّيَادَةُ، الْمُتَّصِلَةُ، ....

(بَابُ الرُّجُوعِ فِيهَا)

أي: في الهبة.

(صح الرجوع فيها **كلًّا أو بعضاً**)؛ لأنها عقد تبرع، وثبوت الملك به للموهوب له، غير لازم، فيصح الرجوع ما لم يمنع مانع من الموانع التي سيأتي بيانها؛ حتى لو قال الواهب: أسقطت حقي في الرجوع.. لا يسقط حقه، وله الرجوع بعده متى شاء، ما لم يوجد أحد الموانع المذكورة.

(**ويكره**)؛ لقوله لقوله ﷺ: «العائد في الهبة كالكلب [يعود] في قيئه»، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة، ولذا كان مكروهاً.

(**ويمنع منه**)؛ أي: من الرجوع، هذا شروع في بيان الموانع عن الرجوع، وهي سبعة على ما جمعه (حروف: **دمع خزقه**).

١ - (**فالدال: الزيادة المتصلة**)؛ أي: الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة؛ كالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك.

ولو زاد من حيث السعر.. فله الرجوع؛ لأنه لا زيادة في العين، فلا يلزم من رجوعه إبطال حق الموهوب له، وهو المانع.

وكذا إذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة؛ كما إذا طال الغلامُ الموهوبُ في يد الموهوب له؛ لأنه نقصان في الحقيقة.. فلا يمنع الرجوع. كذا في «الزيلعي».

ويخالفه ما في «قاضي خان»: ولو وهب عبداً صغيراً فشب وصار رجلاً طويلاً.. لا يرجع الواهب فيه؛ لأن الزيادة في البدن تمنع الرجوع وإن كانت تنقص القيمة. انتهى.

ففي المسألة روايتان.

وفي «فتاوى شيخ الإسلام الأنقروي» نقلاً عن قاضي ظهير: ولو زادت [٤٦٨/أ] الهبة في يدها خيراً، ثم ذهبت الزيادة.. كان للواهب أن يرجع في هبته.

وفي «البزازية»: لو كان الموهوب نحيفاً فسمن، أو كان قبيحاً فحسن.. لا يرجع الواهب.

ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل.. اختلفوا فيه:

ففي «المنتقى»: أنه عند أبي حنيفة ومحمد: ينقطع الرجوع.

وعند أبي يوسف: لم ينقطع؛ لأن الزيادة لم تحصل في العين، فصار كزيادة السعر.

ولهما: أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل.. فبطل.

بخلاف نفقة العبد؛ لأنه لا ببدل - وهو المنفعة والمؤونة بلا بدل - فيكون مضراً.

ولو وهب عبداً كافراً فأسلم في يد الموهوب له، أو عبداً حلال الدم فعفا ولي الجناية في يد الموهوب له.. لا يرجع.

ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له.. لا يمنع الرجوع، ولا يسترد منه الفداء.

ولو علّم الموهوب له العبدَ الموهوبَ القرآن أو الكتابة أو الصنعة.. لم يمنع الرجوع؛ لأن هذه ليست بزيادة في العين، فأشبهت الزيادة في السعر. كذا في «الزيلعي».

كالبناءِ وَالْغَرْسِ وَالسِّمَنِ.

ولو وهب تراباً، فبله الموهوب له بالماء.. بطل حق [٤٦٨/ب] الواهب في الرجوع؛ لأن اسم التراب قد زال بالزيادة فيه، فصار شيئاً آخر.

بخلاف ما إذا وهب سويقاً، فبله الموهوب له بالماء.. فإنه لا يبطل حق الواهب في الرجوع؛ كما لو وهب حنطة فبلها الموهوب له.

وهب عبداً فمرض العبد عند الموهوب له، فداواه حتى صح.. كان للواهب أن يرجع؛ لأن هذا ليس بزيادة في العين، وفي التقييد بالزيادة: إشارة إلى أن النقصان لا يمنع الرجوع.

ولذا قال في «قاضي خان» وغيره: لو وهب شجرة لرجل بأصلها، فقطعها الموهوب له.. كان للواهب أن يرجع فيها، وفي مكانها من الأرض على الصحيح، وعللوه: بأن القطع نقصان.. فلا يمنع الرجوع.

ولو أنه جعل الشجرة أبواباً أو جذوعاً.. لا يرجع؛ لأنه زيادة.

وروي: أنه يرجع في الجذوع؛ معللاً: بأنه ليس بزيادة، بل نقصان؛ كما لو جعله حطباً.. فإنه يرجع فيه؛ لأنه نقصان، وهكذا في كل ما كان نقصاناً.

(**كالبناء والغرس والسمن**)، وهذا لأن الرجوع لا يصح إلا في الموهوب، والزيادة ليست بموهوبة.. فلا رجوع فيها، والفصل متعذر ليرجع في الأصل دون الزيادة، فامتنع أصلاً، وبطل حق الواهب؛ لأن حقه في الأصل فقط، وحق الموهوب له في الأصل والزيادة، فكان مراعاته أولى.

والمراد بالبناء والغرس ههنا: ما كان يوجب زيادة في الأرض، وإن كان لا يوجبها.. لا ينقطع حق الرجوع.

وإن كان يوجب في قطعة منها؛ بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة في الأرض كلها.. امتنع الرجوع في تلك القطعة فقط. كذا في «الزيلعي».

وذكر في «قاضي خان»: إذا وهب المولى العبد المديون من صاحب دينه.. بطل دينه.

وكذا: لو كان على العبد جناية خطأ، فوهب المولى ذلك العبد لولي الجناية.. بطلت الجناية.

وفي الصورتين: يكون للواهب أن يرجع في هبته استحساناً؛ لأن كلًّا من بطلان الدين والجناية ليس بزيادة في العين.

ثم إذا رجع المولى في هبة العبد.. لا يعود الدين والجناية في قول محمد، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وفي القياس: لا يمنع رجوعه في الهبة، وهو رواية الحسن عن أبي [حنيفة]، والمعلى عن أبي يوسف، وهشام عن محمد.

ولو وهب الأمة من زوجها.. بطل النكاح؛ فإن رجع بعده.. صح رجوعه؛ لأن هذا ليس بزيادة، ثم لا يعود النكاح كما لا يعود الدين والجناية.

وعلى قول أبي يوسف: إذا رجع المولى في الهبة.. يعود الدين والجناية.

وفي عود النكاح: روايتان عنه:

في رواية: يعود.

وفي رواية: لا. هكذا ذكره في «قاضي خان».

ثم قال: تعليم الموهوب له القرآن أو الكتابة أو الصنعة أو شيئاً من الحروف.. يمنع الرجوع.

وعلى قول زفر: لا يمنعه، وهو رواية عن محمد، رواه في «المنتقى».

وعن أبي حنيفة: فيه روايتان. انتهى.

فعلى هذا: ما ذكره «الزيلعي» هو قول زفر.

لَا الْمُنْفَصِلَةِ.

وجعل في «قاضي خان» الحُسْنُ من قبيل السمن؛ حيث قال: لو كان العبد نحيفاً فسمن، أو قبيحاً فحسن.. لا يرجع الواهب.

ثم قال: رجل وهب داراً، فبنى فيها الموهوب له، أو جصّصها، أو طينها، أو جعل فيها مغتسلاً، أو بنى في طائفة منها بناء، أو غرس شجراً.. فلا رجوع في شيء من ذلك عندنا.

وقال ابن أبي ليلى: له أن يرجع في جميع ذلك. وهذا إذا كان البناء يعد زيادة عرفاً.

وإن كان لا يعد زيادة كالآريّ في البيت والتنور في الكاشانة.. لا يمنع الرجوع.

وإن كانت ثوباً فصبغه أحمر أو أصفر أو خاطه.. لا يرجع الواهب للزيادة.

ولو قطعه ولم يخط.. كان له أن يرجع.

وإذا صبغه أسود.. قالوا: عند أبي حنيفة: له أن يرجع، وعند [٤٦٩/أ] صاحبيه: لا يرجع.

وقيل: هذا إذا كان السواد لا يعد زيادة، وإن كان يعد زيادة تزداد قيمته بذلك.. لا يرجع عند الكل.

وإذا قصر الموهوب له الثوب الموهوب.. لا يرجع الواهب.

بخلاف ما لو غسله؛ لأن القصارة زيادة متصلة لا الغسل.

وفي «الإملاء»: له أن يرجع في القصارة أيضاً.

ولو نقط الموهوب له المصحف الموهوب.. لا يرجع الواهب، وكذا الكتب؛ لأن النقط زيادة.

(لا المنفصلة)؛ كالولد من الحيوان أو الجارية؛ من نكاح كان أو سفاح، والإرش والعقر.. فإن الواهب يرجع في الأصل دون الزيادة؛ لإمكان الفصل، حتى

وَالْمِيم: موتُ أحدِ الْعَاقِدين.

لو ولدت الأمة الموهوبة في يد الموهوب له.. كان للواهب أن يرجع في الأم في الحال دون الولد. عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يرجع في الأم حتى يستغني الولد عنها، ثم يرجع بعد الاستغناء في الأم دون الولد. كذا في «قاضي خان» و«البزازية».

وعن أبي حنيفة: أن الولادة تمنع الرجوع في الأمة.

وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب في البيع دون الرجوع في الهبة، والمتصلة: بالعكس.

وأجيب: بأن الرد:

في المنفصلة؛ إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً، أو على الأصل وحده.

لا سبيل إلى الأول؛ لأن الزيادة؛ إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية، والأول لا يصح؛ لأن العقد لم يرد عليها، والفسخ يرد على مورد العقد.

وكذلك الثاني؛ لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة.

ولا إلى الثاني أيضاً؛ لأنه تبقى الزيادة في يد المشتري مجاناً، وهو ربا.

بخلاف الرجوع في الهبة؛ فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً.. لم تفض إلى الربا.

وأما في المتصلة؛ فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت الزيادة على ملكه - وهو المشتري - فكان فيه إسقاط حقه برضاه، فلا تكون الزيادة مانعة عنه، بخلاف الرجوع في الهبة؛ فإن الرجوع ليس برضا من ذلك، ولا باختياره.. فكانت مانعة.

٢- **(والميم: موت أحد العاقدين)**؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب.. فلا يرجع عليهم؛ كما إذا انتقل إليهم في حال حياته، ولأن تبدل الملك كتبدل العين، وبموت الواهب يبطل خياره؛ لأنه

وَالْعينُ: الْعِوَضُ الْمُضَافُ إِلَيْهَا إِذا قُبضَ؛ نَحْو: خُذْ هَذَا عِوَضاً عَن هِبتِكَ، أَو بَدَلاً عَنْهَا، أَو فِي مقابلتِها وَلَو كَانَ من أَجْنَبِيٍّ.

وصف له، وهو لا يورث؛ لعدم بقاء [٤٦٩/ب] الأعراض، فصار كخيار الرؤية والشرط على ما تقدم.

٣- (**والعين: العوض المضاف إليها**)؛ أي: إلى الهبة وقت العقد؛ لأن العوض المسقط للرجوع: هو العوض المضاف إلى الهبة وقت العقد.

وأما العوض المتأخر عن وقت العقد.. فلا يسقط الرجوع ولو كان مضافاً إلى الهبة.

(**إذا قبض**)؛ أي: لا يرجع الواهب في هبته إذا قبض العوض.

وأما قبل قبضه.. فله حق الرجوع.

بقي شرط العوض في الهبة: هو القبض والإفراز؛ كما في نفس الهبة.

(**نحو خذ هذا عوضاً عن هبتك، أو بدلاً عنها، أو في مقابلتها**) أو في مكانها، أو قال: كافأتك، ونحوها.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها» أي: ما لم يعوض.

(**ولو**) وصلية (**كان**)؛ أي: العوض (**من أجنبي**)؛ لأن الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالماً له من قبل، بل هو لإسقاط الحق، فيصح من الأجنبي أيضاً، كما صح بدل الخلع والصلح عن دم العمد من الأجنبي.

بخلاف ما لو كان فيه دخول ملك لم يحصل قبله؛ حيث لا يجوز من الأجنبي، وقد تقدم في صلح الفضولي.

ثم الأجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له وإن كان بأمره؛ لأنه لم يؤد عنه واجباً عليه يرجع عليه؛ لأن العوض ليس بواجب على الموهوب له.

بخلاف قضاء الدين؛ فإن الأجنبي إذا قضى دينه بأمره.. يرجع عليه؛ لأن الدين: ثابت على المديون واجب في ذمته، وقد أمره بأن يسقط مطالبته عنه، فيكون أمراً بأن

فَلَو لم يضفْ.. فَلِكُلٍّ أَنْ يرجِعَ فِيمَا وَهَبَ.

وَالْخَاء: الْخُرُوجُ عَن مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ.

وَالزَّاي: الزَّوْجِيَّةُ وَقتَ الْهِبَة.

فَلَهُ الرُّجُوعُ لَو وهبَ ثمَّ نكحَ، ....

يملكه ما كان للطالب وهو الدين، فصار كما لو أمره أن يملكه عيناً، إلا أن يقول الموهوب له للأجنبي: عوّض عني فلاناً، على أني ضامن لك.. فحينئذٍ يرجع الأجنبي عليه.

كما لو قال لغيره: أطعم في كفارتي، أو قال: أدّ زكاة مالي، أو قال: هب لفلان عبدك هذا عني.. فإن المأمور في هذه الصور يرجع على الآمر: فيما إذا قال الآمر: على أني ضامن. كذا في «قاضي خان».

ثم يشترط:

أن يكون العوض معلوماً؛ لأنه تمليك مبتدأ.

وأن لا يكون بعض الموهوب، وإلا.. لا يجوز؛ مثل: أن يكون الموهوب [داراً]، والعوض بيت منها، أو الموهوب ألفاً والعوض درهم منها.. فإنه حينئذ لا ينقطع حق الرجوع للواهب؛ لعدم صحة التعويض. كذا في «قاضي خان» و«العناية» وسيأتي في الكتاب أيضاً.

(**فلو لم يضف**) العوض إلى الهبة (.. **فلكل**) من الواهب والموهوب له (**أن يرجع فيما وهب**) له؛ لأنه حينئذ كان العوض [٤٧٠/أ] بيعة مبتدأة لا عوضاً عن الهبة الأولى.

٤- (**والخاء: الخروج عن ملك الموهوب له**)؛ لأن بالإخراج عن ملكه تبدل ملكه، وتبدل الملك كتبدل العين، فصار كعين أخرى، ولأن الإخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب، فلا يتمكن من نقض ما تمَّ من جهته.

٥- (**والزاي: الزوجية وقت الهبة، فله**) أي: للواهب (**الرجوع لو وهب ثم نكح**)؛ لعدم الزوجية وقت الهبة.

لَا لَو وَهَبَ ثُمَّ أَبانَ.

وَالْقَاف: الْقَرَابَةُ، فَلَا رُجُوعَ فِيمَا وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ محرمٍ.

(لا) أي: لا يرجع (لو وهب) لزوجته (ثم أبان)؛ لأن مقصود كل منهما بالهبة للآخر: الصلة والتوادد دونه العوض؛ كما في القرابة المحرمة، وقد حصل المقصود.. فلا يرجع بعد حصول المقصود.

بخلاف الهبة للأجنبي؛ لأن المقصود منها: العوض، فله الرجوع قبل حصول مقصوده.

والنكاح بعد الهبة لا يكون عوضاً حتى يمنع الرجوع.

ولو أبان زوجته، ووهبت الزوجة مهرها الذي في ذمة زوجها المطلق لزوجها.. لا يرجع أيضاً وإن لم توجد الزوجية وقت الهبة؛ لأن هبة الدين لمن عليه الدين: إبراء، فلا يرجع؛ لأن هبة الدين لمن عليه الدين، لا يصح الرجوع عنها. كما في «فتاوى ابن نجيم».

٦- (والقاف: القرابة، فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم)؛ لقوله ﷺ: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم.. لم يرجع فيها»، ولأن المقصود منها: صلة الرحم، وقد حصل، وفي الرجوع: قطعه، فلا يجوز؛ سواء كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً، أو كانا مسلمين أو كافرين؛ كالعتق بالملك.

ولو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي.. يرجع فيها عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يرجع في الأولى، ويرجع في الثانية؛ لأن الملك يقع للمولى، فكان المعتبر هو المولى.

وله: أن الهبة تقع للمولى من وجه: وهو ملك الرقبة، والعبد من وجه: وهو ملك اليد، ألا ترى: أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته.. فباعتبار أحد الجانبين: يلزم فيها، وباعتبار الجانب الآخر: لا يلزم فيهما، فلا يلزم بالشك.

ولأن الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما، والصلة الكاملة: هي المانعة من الرجوع، فلا تتعدى.

ولو كان كل من العبد ومولاه ذا رحم محرم من الواهب.. ذكر الكرخي عن محمد: أن قياس قول أبي حنيفة: أن يرجع؛ لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة.

وقال الهندواني: ليس له أن يرجع في قولهم؛ لأن الهبة لأيهما وقعت.. تمنع الرجوع.

وقال في «قاضي خان»: وهو الصحيح؛ معللاً بأن المقصود من هذه الهبة: صلة الرحم في [٤٧٠/ب] جانب العبد والمولى جميعاً، وقد حصل.

ثم قال فيه: وكذا لو كان العبد عَمّاً للواهب، ومولاه خاله، فوهب شيئاً للعبد.. قال محمد: في قياس قول أبي حنيفة: للواهب أن يرجع.

قال محمد: وهذا قبيح.

ولو وهب للمكاتب، وهو ذو رحم محرم منه؛ فإن أدّى الكتابة وعتق.. لا يرجع في قولهم؛ لأن الملك استقر له، فيكون حينئذ حقه صلة من كل وجه باعتبار العقد وحكمه.

وإن عجز وردَّ إلى الرق.. فعند محمد: لا يرجع؛ لأن الكسب كان للمكاتب، ثم انتقل إلى المولى عند العجز، وانتقال الملك يمنع الرجوع.

وعند أبي يوسف: يرجع؛ لأنه بالعجز: يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة.

ولو كان المكاتب أجنبياً، ومولاه قريب الواهب؛ فإن عتق المكاتب.. رجع؛ لأن الملك وقع للأجنبي، وإن عجز.. فكذلك عند أبي حنيفة؛ بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه. على ما تقدم آنفاً.

وَالْهَاء: هَلَاكُ الْمَوْهُوبِ.

وَالْقَوْلُ فِيهِ: قَوْلُ الْمَوْهُوب لَهُ.

وَفِي الزِّيَادَةِ: قَوْلُ الْوَاهِبِ.

قوله: «ذي رحم محرم» احتراز عن المحرم بغير الرحم كالرضاع ونحوه؛ فإن الهبة منه لا تمنع الرجوع. هذا كله في الهبة الصحيحة.

وهل يرجع في الهبة الفاسدة؟

ففي «العمادية»: إذا وهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه.. قال: له الرجوع؛ سواء أفاد الهبة الفاسدة الملك بالقبض أو لا. وبه يفتي.

٧- (**والهاء: هلاك الموهوب**) ولو بالبيع والهبة ونحوهما؛ لأن بالهلاك تعذر الرجوع؛ إذ هو غير مضمون عليه.

(**والقول فيه**) - أي: في الهلاك - (**قول الموهوب له**)؛ أي: لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة، والواهب ينكره.. فالقول قول الموهوب له من غير يمين، على ما في «قاضي خان».

وهذا؛ لأنه ينكر وجوب الرد عليه، والواهب يدعي وجوب الرد عليه حقيقة، والأصل: براءة الذمة.. فكان القول قول الموهوب له، فكان يشبه المودع في دعوى الهلاك على ما تقدم.

(**وفي الزيادة: قول الواهب**)؛ يعني: لو ادعى الموهوب له: أن الموهوب زاد في يده زيادة متصلة، وأنكره الواهب.. فالقول قول الواهب؛ لأن الموهوب له يدعي بطلان حق الرجوع، والواهب ينكره.. فالقول له.

أطلق في «الزيادة»، وليس بمطلق؛ لما في «قاضي خان»: رجل وهب لرجل جارية، فأراد الواهب أن يرجع فيها، فقال الموهوب له: وهبتها صغيرة فكبرت وازدادت خيراً، وقال الواهب: لا، بل وهبتها لك.. كان القول للواهب.

وكذا في كل زيادة متولدة.

وأما في البناء والخياطة ونحوها.. كان القول قول الموهوب له. هكذا ذكره.

ثم قال: رجل [٤٧١/أ] في يديه دار، قال لرجل: تصدقت بها علي وأذنت لي في قبضها وقبضتها، وقال المتصدق: [لا]، بل قبضتها بغير إذني.. كان القول للمتصدق.

ولو قال الذي في يده الدار: كانت في يدي فتصدقت علي، وقال المتصدق: لا، بل كانت في يدي وقبضتها بغير إذني.. كان القول قول المتصدق عليه.

ولو ادعى رجل عبداً في يد غيره، وزعم أنه كان وهبه للذي في يديه، وكان العبد غائباً منهما، فقبضه الموهوب له بغير إذنه، وقال الموهوب له: وهبته إلي وقبضته بإذنك.. كان القول للموهوب له.

وإن قال الموهوب له: حين وهبته لي كان في منزلك لا بحضرتنا، فأمرتني بقبضه فقبضته.. لا يصدق.

ولو قال المدعي: وهب لك والدي ولم تقبضه إلا بعد موته، وقال الموهوب له: قبضته في حياته؛ فإن كان العبد في يد الذي يدعي القبض في حياته.. كان القول للوارث.

ولو اختلف الواهب والموهوب له عند رجوع الواهب، فقال الواهب: كانت هبة، وقال الموهوب له: كانت صدقة، ولا رجوع لك.. كان القول قول الواهب.

وقال في «التاتارخانية»: إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، فقال الموهوب له: أنا أخوك، أو قال: عوضتك، أو: إنما تصدقت به علي، وكذبه الواهب.. فالقول قول الواهب. استحساناً.

والقياس: أن يكون القول قول الموهوب له.

وكذا القياس - فيما إذا كانت الهبة جارية، فقال الموهوب له: وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت وازدادت خيراً، فكذبه الواهب -: أن يكون القول للموهوب له.

فالإمام «قاضي خان»: أخذ الاستحسان في المسألتين.

وَلَو عَوَّضَ فَاسْتحقَّ نصفُ الْهِبَةِ.. رَجَعَ بِنصْفِ الْعِوَضِ.

وإِنْ اسْتحقَّ نصفُ الْعِوَضِ.. لَا يرجعُ بِشَيْءٍ حَتَّى يردَّ بَاقِيه.

(ولو عوض، فاستحق نصف الهبة.. رجع) الموهوب له **(بنصف العوض)**؛ لأنه لم يدفع إليه إلا ليسلم له الموهوب كله؛ فإذا فات بعضه.. رجع بقدره؛ كغيره من المعاوضات.

(وإن استحق نصف العوض.. لا يرجع) الواهب على الموهوب له **(بشيء)** من الهبة **(حتى يرد)** الواهب إلى الموهوب له **(باقيه)**؛ أي: باقي العوض، خلافاً لزفر؛ اعتباراً له باستحقاق نصف الهبة.

قلنا: إن العوض ليس ببدل عنه حقيقة؛ لأنه تمليك عين بلا بدل، ولأنه يجوز أن يعوضه أقل من جنسه في المقدرات.

ولو كان معاوضة.. لما جاز؛ للربا، وإنما أعطاه.. ليسقط عنه حق الرجوع، وما بقي من العوض بعد [٤٧١/ب] الاستحقاق: يصلح لإسقاط الرجوع.

ولهذا: لو عوضه هذا القدر ابتداء.. سقط به حق الرجوع، إلا أنه لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض له؛ فإذا لم يسلم له كله.. كان له الخيار؛ إن شاء.. رضي بما بقي، وإن شاء.. رد الباقي ورجع في الهبة كلها.

بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً في الهبة.. فإنها تتم بيعاً، فيوزع البدل على المبدل؛ فإذا استحق بعض العوض.. يرجع بما يقابله من العوض. كذا في «الأسرار».

واعلم: أن ما ذكره المصنف من قوله: «وإن استحق نصف.. لا يرجع بشيء حتى يرد إليه» هو المذكور في «الهداية» و«الخلاصة».

لكنه قال في «قاضي خان»: فإن استحق نصف العوض.. لا يرجع الواهب في شيء من الهبة، ويبطل حق الواهب في الرجوع.

فإن قال الواهب: رد ما بقي من العوض وارجع في الهبة.. ليس له ذلك.

وَإِنْ اسْتحقَّ الْكلُّ.. رَجَعَ بِالْكُلِّ فيهمَا.

وعن أبي يوسف: له أن يرجع ما بقي من العوض، ويرجع في الهبة إن شاء. انتهى.

فظهر منه: أن ما ذكره المصنف: قولُ أبي يوسف.

(وإن استحق الكل)؛ أي: كل الهبة أو كل العوض **(.. رجع بالكل فيهما)**؛ أي: في الهبة والعوض.

تفصيله: أن الاستحقاق؛ إما إن وقع على الهبة أو على العوض، وكل وجه على وجهين:

فإن استحق جميع العوض.. كان للواهب أن يرجع في جميع الموهوب؛ لأن الهبة بقيت بلا عوض، فصار كأن لم يكن عوضه أصلاً.

وإن استحق جميع الموهوب.. كان للموهوب له أن يرجع جميع العوض؛ لعدم سلامة مقصوده له من العوض، وهو تأكد ملكه في الموهوب.

هذا إذا كان بدل المستحق قائماً.

وإن كان هالكاً.. يفترق الجواب بين استحقاق العوض واستحقاق الموهوب: **فإن استحق العوض،** والموهوب هالك.. لا يرجع على الموهوب له أصلاً؛ لأن هلاك الهبة مانع من الرجوع.

وإن استحق الموهوب، والعوض هالك.. يرجع على الواهب بقيمة العوض إن كان من القيمي، وبمثله إن كان من المثلي؛ لأنه لم يسلم له مقصوده من العوض.

وحكم استحقاق البعض من كل منهما مر آنفاً.

وهل يرجع الواهب إذا وجد في العوض عيباً كما رجع في الاستحقاق؟

ففي «قاضي خان»: إذا وجد الواهب في العوض عيباً.. لم يكن له أن يرجع في شيء من الهبة؛ كان العيب فاحشاً أو لم يكن فاحشاً. انتهى.

والوجه فيه: ما ذكرناه في جواب زفر.

وَلَو عوَّضَ عَن نصفِهَا.. فَلَهُ أَنْ يرجعَ بِمَا لم يعوِّضْ.

وَلَو خرجَ نصفُهَا عَن مِلْكِهِ.. فَلَهُ أَنْ يرجعَ بِمَا لم يخرجْ.

وهل يرجع إذا بطل العوض؟

ففي «قاضي خان»: إذا وهب للصغير هبة، فعوض الأب أو الوصي من مال الصبي [٤٧٢/أ].. لا يجوز؛ لأنه تبرع.

وإذا بطل العوض.. كان للواهب أن يرجع في هبته؛ كما في الاستحقاق. انتهى.

(ولو عوض عن نصفها)؛ أي: نصف الهبة **(.. فله)**؛ أي: للواهب **(أن يرجع)** عن هبته **(بما لم يعوض)**؛ أي: له الرجوع في النصف الآخر؛ لأن حقه في الرجوع كان في الكل؛ فإذا عوضه عن بعضه.. امتنع الرجوع في ذلك البعض، وبقي حقه في الباقي على ما كان.

أطلقه؛ فشمل: ما إذا كان الموهوب له واحداً أو اثنين؛ فإنه إذا وهب رجل رجلاً شيئاً وعوض الموهوب له عن نصف الموهوب.. فللواهب أن يرجع في النصف الباقي.

فإن قيل: النصف الباقي: شائع، فكيف يصح الرجوع فيه؟

قلنا: شيوع النصف الباقي لا يمنع الرجوع على ما صرحوا به.

وفي «قاضي خان»: ويصح رجوعه في النصف الشائع، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

وكذا لو وهب رجل من رجلين عبداً مثلاً، فعوضه أحدهما عن حصته.. كان للواهب أن يرجع في حصة الآخر ولو شائعاً. كذا في «قاضي خان».

(ولو خرج نصفها)؛ أي: نصف الهبة **(عن ملكه)**؛ أي: ملك الموهوب له ببيع أو هبة **(.. فله)**؛ أي: للواهب **(أن يرجع)** عن هبته **(بما لم يخرج)**؛ لأن المانع من الرجوع – أعني: الهلاك - لم يوجد إلا في النصف الهالك لا الباقي.. فيرجع فيه.

وَلَا يَصحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بتراضٍ أَو حكمِ قاضٍ.

فَلَو أعتقَ الْمَوْهُوبَ لَهُ بعدَ الرُّجُوعِ قبلَ الْقَضَاءِ وَالتَّسْلِيمِ.. ....

ثم إذا عاد النصف الخارج إلى ملك الموهوب له.. فللواهب الرجوع في ذلك النصف أيضاً.

والدليل عليه: ما ذكره في «قاضي خان»: رجل وهب لرجل هبة، فقبضها الموهوب له ووهبها لآخر وسلمها إليه، ثم رجع الواهب الثاني في هبته بقضاء أو رضاء.. كان للواهب الأول أن يرجع في هبته.

(ولا يصح الرجوع) عن الهبة فيما يصح الرجوع فيها؛ أعني: ما لا يوجد فيه شيء من الموانع المذكورة.

(إلا بتراض) من الجانبين، **(أو حكم قاض)**؛ لأن ملك الموهوب له ثبت في العين الموهوب، فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضاء أو بالقضاء، ولأن الرجوع مختلف فيه بين العلماء؛ لاختلاف الآثار فيه، وأن في أصله وهاء، وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء.

لأنه: **يحتمل** أن يكون غرضه: العوض الدنيوي، فثبت له حق الرجوع.

ويحتمل أن يكون غرضه: الثواب أو إظهار الجود.. فلا يكون له حق الرجوع؛ فلا بد من الفصل بالرضاء أو القضاء.

وإلا.. فملك الموهوب له ثابت في العين؛ حتى تنفذ تصرفاته فيه من عتق وبيع [٤٧٢/ب] وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة قبل الحكم بدون اتصال الحكم.

(فلو) كان الموهوب عبداً أو أمة، و**(أعتق الموهوب له)** أو باعه **(بعد الرجوع)**؛ أي: رجوع الواهب **(قبل القضاء)** بالرد، ولو بعد المرافعة عند القاضي قبل اتصال القضاء به.

(والتسليم) هكذا وقع في عامة نسخ المصنف التي كانت عندنا، ولم أجده في غيره من الكتب، والصواب: إسقاطه؛ لأنه يوهم أنه لو أعتق بعد الرجوع والقضاء

نَفَذَ.

وَلَو مَنعَهُ فَهَلَكَ.. لَا يضمنُ.

قبل التسليم إلى الواهب.

(.. **نفذ**) عتقه، مع أنه لا ينفذ بعد القضاء؛ سواء سلمه إلى الواهب أو لا؛ لأن القضاء بالرد: فسخ، فلا يحتاج إلى التسليم والقبض.

كما لا يحتاج الرجوع بالقضاء إلى التسليم.. كذلك لا يحتاج الرجوع بالتراضي إلى التسليم؛ لكونه فسخاً أيضاً.

وحمل التسليم على معنى التراضي: بعبد نفذ عتقه وبيعه؛ لعدم خروجه عن ملكه بدون القضاء أو الرضاء.

بخلاف ما لو أعتق الواهب بعد رجوعه قبل القضاء بالرد أو الرضاء.. فإنه لا ينفذ؛ لعدم صحة رجوعه بدون القضاء أو الرضاء.

حتى لو وهب ثوباً فسلمه إليه، ثم اختلسه منه، فاستهلكه.. ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له؛ لأنه أتلف ملكه بغير رضاه، ورجوعه لا يصح قبل القضاء أو الرضاء. كذا في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: مريض وهب له عبد، ثم رجع الواهب في الهبة، فرده المريض برضاه بغير قضاء.. جاز ذلك من الثلث؛ لأنه تملكه بالقبض.

ثم رضاه بالرد.. تبرع منه، فيعتبر من الثلث؛ فإن كان الرد بقضاء.. يجوز، ولا شيء لورثته على الواهب؛ لأنه حينئذ بمنزلة الاستحقاق بالبينة.

(**ولو منعه**)؛ أي: منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد الرجوع والطلب قبل القضاء، (**فهلك**) الموهوب عند الموهوب له قبل القضاء (.. **لا يضمن**) الموهوب له؛ لقيام ملكه فيه.

وكذا لا يضمن إذا هلك عنده بعد القضاء قبل المنع؛ لأن أول القبض غير مضمون، وهذا دوام عليه.. فلا يضمن.

وَهُوَ مَعَ أَحدهمَا: فسخٌ مِنَ الأَصْل.

لَا هبةٌ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ، ....

وأما لو منعه بعد القضاء والطلب.. فإنه يضمن بالهلاك ؛ لأنه حينئذ صار غاصباً؛ كما لو أخذه الواهب بعد الرجوع من الموهوب له بغير رضاه قبل القضاء، فهلك.. فإنه حينئذ يضمن الواهب. وقد تقدم من قبل.

(**وهو**)؛ أي: الرجوع في الهبة (**مع أحدهما**)؛ أي: مع واحد من القضاء أو الرضاء: (**فسخ من الأصل، لا هبة من الموهوب له**) للواهب.

وقال زفر: الرجوع بالتراضي بمنزلة عقد جديد، فيجعل بمنزلة [٤٧٣/أ] الهبة المبتدأة؛ لأن الملك عاد إليه بتراضيهما، فأشبه الرد بالعيب؛ فإنه إذا كان بالقضاء.. كان فسخاً، وإذا كان بالرضاء.. كان كالبيع المبتدأ.

ولهذا: لو رده في مرض موته برضاه.. يعتبر من الثلث.

قلنا: إن عقد الهبة انعقد موجباً حق الفسخ للواهب، وهو بالفسخ يكون مستوفياً؛ لأن العقد وقع غير لازم؛ فإذا رفع.. رجع إليه عين ملكه كالعارية، فيكون فسخاً في حق الكل، فلا يمكن أن يجعله هبة مبتدأة؛ حتى لا يشترط فيه قبض الواهب، ويصح في الشائع.

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض؛ لأن حقه فيه في وصف السلامة، لا في الفسخ.

ولهذا: لو زال العيب.. امتنع الرد؛ لوصول حقه إليه، لكن إذا لم يكن سليماً له.. فات رضاه، فيرجع بالعوض، ويلزم منه فسخ العقد ضرورة، من غير أن يثبت حقه في الفسخ؛ فإذا لم يكن له حق في الفسخ.. لم يصر مستوفياً حقه، فيكون ملكاً مبتدأ ضرورة.

غير أنه: إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه.. جعلناه فسخاً لعموم ولايته.

فَلَا يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ.

وَصَحَّ فِي الْمَشَاعِ.

وإِنْ تلفَ الْمَوْهُوبُ، فَاسْتحقَّ، فضمنَ الْمَوْهُوبُ لَهُ.. لَا يرجعُ على واهبِهِ.

ولا كذلك المتعاقدان؛ لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما فقط، وإنما اعتبر رده في المرض من الثلث؛ لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله، فلا يقدر أن يبطله باختياره، وإن أبطله.. رده عليه كيفما كان. استحساناً.

وفي القياس: أن لا يرد. كذا في «الزيلعي» نقلاً عن ابن سماعة.

(**فلا يشترط قبضه**)؛ أي: إذا كان فسخاً.. لا يشترط قبض الواهب؛ لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لافي عوده إلى مالكه، والموجود هنا: هو العود لا الانتقال، على ما ذكرناه.

بخلاف ما لو تصدق على رجل بشيء، ثم استقال المتصدق عليه فأقاله المتصدق عليه.. لم يجز حتى يقبض المتصدق؛ لأنها هبة مستقلة، فيشترط فيها القبض.

وكذا إذا وهب لذي رحم محرم.

وكل شيء [لا] يفسخه القاضي لو اختصما إليه.. كان الرجوع فيه بمنزلة الهبة المستقلة.

وكل شيء يفسخه القاضي لو اختصما إليه فأقاله الموهوب له، فهلك.. يهلك من مال الواهب وإن لم يقبضه، فالإقالة: فسخه حقيقة، فالفسخ لا يحتاج إلى القبض.

(**وصح**)، أي: الرجوع (**في المشاع**) القابل للقسمة، ولو كان هبة مبتدأة.. لما صح فيه.

(**وإن تلف الموهوب**) في يد الموهوب له، (**فاستحق، فضمن الموهوب له.. لا يرجع على واهبه**) لما ضمن ؛ لأن الهبة عقد تبرع، وهو غير عامل له، فلا يستحق

وَالْهِبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَض:

هبةٌ ابْتِدَاءً، فَشُرِطَ الْقَبْضُ فِي الْعِوَضَيْنِ، ومنعَها الشُّيوعُ فِي أَحدِهِمَا.

بيعٌ انْتِهَاءً، فَتثبتُ الشُّفْعَةُ، وَخِيَارُ الْعَيْبِ، وَالشّرطِ والرؤيةِ فِي كلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

السلامة [٤٧٣/ب]، ولا يثبت به الغرور من جهته.

بخلاف الوديعة؛ لأن المودع عامل له.

وبخلاف المعاوضات؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة، فيكون كل واحد ملتزماً لوصف السلامة بالإقدام على العقد؛ فإذا لم يسلم له.. بقي مغروراً من جهته، فيرجع بما لحقه.

وفي «العناية» عن «الذخيرة»: أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له؛ فإن ضمن بعد الاستحقاق.. رجع على الواهب.

(**والهبة بشرط العوض**)؛ مثل أن يقول: وهبتك هذا العبد على أن تهب هذا العبد، لا أن يقول بالباء.. فإنه يكون بيعاً ابتداء وانتهاء بالإجماع. كذا في «العناية».

(**هبةٌ ابتداء، فشرط القبض في العوضين**)؛ حتى يصح الرجوع عنها قبل قبضه العوض.

(**ومنعها الشيوع**) القابل للقسمة، والمراد: الشيوع المقارن؛ لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة إلا في رواية عن أبي يوسف، على ما تقدم.

(**في أحدهما**)؛ أي: أحد العوضين.

(**بيعٌ انتهاء، فتثبت الشفعة وخيار العيب والشرط والرؤية في كل منهما**)؛ أي: كل من العوضين.

وقال زفر والشافعي: هو بيع ابتداء وانتهاء؛ لأنها بمعنى البيع: وهو التمليك بعوض، والعبرة بالمعنى دون اللفظ، ألا ترى: أن الكفالة بشرط براءة الأصيل: حوالة.

والحوالة بشرط عدم البراءة: كفالة.

وهبة الدين لمن عليه الدين: إبراء.

وبيع العبد من نفسه: إعتاق.

وهبة المنفعة بالعوض: إجارة.

والإعارة بعوض: إجارة.

قلنا: إنه اشتمل على جهتين، فيجمع بينهما ما أمكن؛ عملاً بالدليلين، فيكون:

ابتداؤه معتبراً بلفظه؛ فتجري فيه أحكام الهبة.

وانتهاؤه معتبراً بمعناه؛ فتجري فيه أحكام البيع.

فصار كالهبة في المرض؛ فإن ظاهره: تمليك في الحال، ومعناه: معنى الوصية؛ لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة، فيعتبر:

ابتداؤه بلفظه؛ حتى شرط فيه القبض ويبطل بالشيوع.

وانتهاؤه بمعناه؛ حتى ينفذ من الثلث بعد إخراج الدين؛ لأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها، وقد أمكن فيما نحن فيه.

بخلاف المسائل المستشهد بها؛ فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن؛ للتضاد بين الحكمين، فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى؛ ترجيحاً لجانب المعنى.

وأما فيما نحن فيه.. فلا تضاد بين حكميها؛ لأن حكم البيع قد يكون متراخياً باشتراط الخيار لأحدهما، فيكون موافقاً لحكم الهبة من حيث تأخره إلى القبض، والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما مر من الموانع، فتكون موافقة للبيع.

هذا، أشار بقوله: «بشرط العوض» [٤٧٤/أ] إلى ما في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما: من أن تعليق الهبة بشرط ملائم.. جائز؛ لأن العوض شرط ملائم.

بخلاف التعليق بشرط غير ملائم.. فإنه لا يجوز؛ على ما سيصرح به في أول الفصل الآتي.

قال في «الخلاصة»: تعليق الهبة بالشرط: باطل إن ذكر بكلمة «إن».

وإن ذكر بكلمة «على»: إن كان ملائماً بأن شرط العوض.. صحت الهبة والشرط، وإن كان الشرط مخالفاً.. صحت الهبة وبطل الشرط؛ فلأن المراد بالشرط ههنا: هو الشرط بكلمة «على».

ولم يذكر المصنف هبة المريض.. قالوا: إن هبة المريض مرض الموت: هبة حقيقة؛ حتى لو حلف لا يَهب، فوهب في مرض موته.. يحنث، ولو حلف لا يوصي.. لا يحنث بهبته في مرض موته وصية وحكماً؛ حتى تعتبر من ثلث ماله عند عدم إجازة الورثة.

قال في «قاضي خان»: مريض وهب داره لإنسان، والدار لا تخرج من ثلث ماله، ولم تجز الورثة هبته.. فإن الهبة تنقض في الثلثين وتبقى في الثلث.

وهل المعتبر: إجازة الورثة حال حياة المريض أو بعد موته؟

قلت: بعد موته؛ لما ذكره في «العمادية»: المريضة إذا وهبت مهرها من زوجها، وأجازت الورثة قبل موتها، ثم ماتت.. لا تصح الهبة؛ لأن المعتبر: هو الإجازة بعد الموت لا قبله؛ لأن الحق للورثة إنما يثبت بعد الموت. انتهى.

ولا بد أن لا يتغير المرض الذي وجدت الهبة فيه، بل يموت على ذلك المرض؛ حتى لو اشتد ذلك المرض وتغير حاله.. يعتبر ذلك مرضاً آخر، وتصح الهبة التي وجدت قبل التغير والاشتداد.

* * *

(فَصْلٌ)

وَمنَ وهبَ أَمةً إِلّا حملَهَا.

أَو على أَن يردَّهَا عَلَيْهِ.

أَو يعتقَها.

أَو يستولدَها.. صحَّتِ الْهِبَةُ، وَبَطَل الِاسْتِثْنَاءُ وَالشّرطُ.

(فَصْلٌ)

(ومن وهب أمة إلا حملها، أو على أن يردها عليه، أو يعتقها، أو يستولدها.. صحت الهبة، وبطل الاستثناء والشرط)؛ لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل؛ لكونه وصفاً؛ لأنه بمنزلة أطراف الحيوانات؛ لاتصاله به خلقة، والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً؛ حتى لو وهب الحمل لآخر.. لم يصح.

فكذا إذا استثنى، فانقلب الاستثناء شرطاً فاسداً؛ لكونه مخالفاً لمقتضى العقد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة إن ذكر بكلمة «على»؛ كالصدقة والصلح عن دم العمد والطلاق والخلع. على ما ذكر في قبيل كتاب الصرف، بل يبطل الشرط وتصح الهبة.

بخلاف البيع والإجارة والرجعة وغيرها مما ذكر في ذلك المحل؛ لأنها تبطل بالشروط الفاسدة.. فيبطل فيها العقد.

وبخلاف تعليق الهبة [٤٧٤/ب] بشرط ملائم كشرط العوض؛ فإن الشرط والعقد صحيح. على ما تقدم.

فإن قيل: ما الفرق بين الحمل ونحوه، وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع؛ حيث إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزه واللبن بحلبه، وقبض الموهوب له.. فإنه جائز استحساناً على ما تقدم، دون الحمل ونحوه؟

وَكَذَا: لَو وَهَبَ دَاراً على أَن يرّد عَلَيْهِ بَعْضَهَا أَو يعّوضَهُ شَيْئاً مِنْهَا.

وَلَو دبَّر الْحملَ ثمَّ وَهبَهَا.. فالهبةُ بَاطِلَةٌ.

أجيب: بأن: ما في البطن ليس بمال أصلاً، ولا يعلم وجوده حقيقة، بخلاف الصوف واللبن.

وأن: إخراج الولد ليس إليه، فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباً عن الواهب، بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن.

ثم إنما بطل هذا الشرط؛ لأنه يخالف مقتضى العقد؛ لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقاً، بخلاف الشرط الملائم؛ لأنه متعارف، وإنما لم تبطل الهبة؛ لما روي: أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الشرط، ونهى عن بيع وشرط.

(وكذا)؛ أي: صحت الهبة وبطل الشرط **(لو وهب داراً على أن يرد عليه بعضها)** من ثلثها أو نصفها، **(أو يعوضه شيئاً منها)**؛ لأنه شرط فاسد لما ذكرناه. هكذا وقع في «الكنز».

واعترض عليه «الزيلعي» بأنه: إن أراد بقوله: «أو يعوضه شيئاً منها»: الهبة بشرط العوض.. فهو والعوض جائزان، فلا يستقيم قوله: «بطل الشرط».

وإن أراد: أن يعوضه شيئاً من العين الموهوبة.. فهو تكرار محض؛ لأنه ذكره بقوله: «على أن يرد عليه بعضها». انتهى.

والجواب: أن المراد بقوله: «على أن يرد عليه بعضها»: البعض المعلوم؛ مثل: الثلث أو الربع، وبقوله: «على أن يعوضه شيئاً منها»: البعض المجهول من العين الموهوبة.. فلا تكرار؛ لأن التعويض من بعض العين الموهوبة فاسد؛ سواء كان بعضاً معلوماً أو مجهولاً؛ لأن العوض إنما يصح إذا كان معلوماً.

(ولو دبر الحمل، ثم وهبها.. فالهبة باطلة)؛ لأن الحمل باق على ملكه، فيكون من قبيل هبة المشاع.. فلا يجوز.

بِخِلَافِ مَا لَو أَعْتَقَهُ ثُمَّ وَهبَهَا.

وَمن قَالَ لمديونِهِ: إذا جَاءَ غَدٌ فالدَّينُ لَك، أَو فَأَنتَ بَرِيءٌ مِنْهُ، أَو إِن أَدّيتَ إِلَيّ نصفَه فالباقي لَك، أَو فَأَنتَ بَرِيءٌ مِنْهُ.. فَهُوَ بَاطِلٌ.

بخلاف الاستثناء؛ لأنا أبطلناه على ما تقدم، وجعلنا الحمل موهوماً، وههنا التدبير يمنع عن ذلك؛ لاستلزامه بقاء ملكه.

فإن قيل: سلمنا أنها هبة مشاع، لكنها فيما لا تحتمل القسمة وهي جائزة على ما تقدم.

أجيب: بأن عرضية الانفصال في ثاني الأحوال ثابتة لا محالة، فأنزل منفصلاً في الحال، فكان في منزلة ما يحتمل القسمة.

(**بخلاف ما لو أعتقه**)؛ أي: الحمل (**ثم وهبها**)؛ أي: الأم؛ حيث جازت الهبة؛ لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب؛ لخروجه عنه بالإعتاق، فلم تكن هبة مشاع [٤٧٥/أ].. فتكون جائزة.

قيل: في المسألة روايتان:

في رواية: لا تجوز الهبة والإعتاق والتدبير معاً.

وقيل: جازت فيهما.

وقال في «قاضي خان»: والصحيح: الفرق بين الإعتاق والتدبير، كما عرفه المصنف.

(**ومن قال لمديونه: إذا جاء غد فالدين لك، أو فأنت بريء منه، أو إن أديت إلي نصفه فالباقي لك، أو فأنت بريء منه.. فهو باطل**)؛ لأن الإبراء:

تمليك من وجه؛ لارتداده بالرد.

إسقاط من وجه؛ لعدم توقفه على القبول.

وهبة الدين ممن عليه الدين: إبراء؛ لارتداده بالرد وعدم توقفه على القبول.. فكان تمليكاً من وجه، إسقاطاً من وجه.

والتعليق بالشروط يختص بالتبرعات والإسقاطات المحضة التي يحلف بها - أي: يقبل التعليق بالشرط؛ كالطلاق والعتاق والقرض وهبة العين والصدقة ونحوها - فلا يتعداها إلى ما فيه تمليك.

فإن قيل: قولهم: «هبة الدين ممن عليه الدين لا يتوقف على القبول»: منقوض بدين الصرف والسلم؛ فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له.. توقف على قبوله.

أجيب: بأن توقفه على ذلك لا من حيث إنه هبة الدين، بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه.. فلهذا توقف على القبول. كذا في «العناية».

واعلم: أن هبة الدين؛ إما لمن عليه الدين، أو لغير من عليه الدين.

- **والثاني:** لا يصح، إلا إذا وهبه وأمر بقبضه فقبضه.. جاز استحساناً، وإن لم يأمره بقبضه.. لم يجز، ولو أمره بقبضه ولم يقبضه.. لم يستحكم. على ما في «العمادي».

ومن هنا قال في «الفتاوى»: لو وهبت البنت مهرها الذي في ذمة زوجها من أبيها؛ إن أمرته بالقبض.. صحت، وإلا.. لا.

وكذا لو وهبت امرأة مهرها الذي في ذمة زوجها من ولدها الصغير الذي من هذا الزوج.. لا تصح على الصحيح.

إلا إذا أمرت ولدها وسلطته على القبض.. فحينئذٍ يصح؛ لأنها هبة لغير من عليه الدين، فلا بد من التسليط بالقبض.

وهل للأب والابن قبض ذلك المهر من الزوج بعد الهبة لهما، والتسليط على القبض من الزوج؟

قلت: هذا واقعة الفتوى، والذي يقتضيه ظاهر إطلاق قولهم: «إن أمرته بالقبض.. صحت الهبة»: أن يكون له حق المطالبة والقبض؛ لأن المتبادر من الصحة هو الصحة باباً، وذلك يقتضي جواز المطالبة بالقبض عقيب الهبة والتسليط على القبض.

والذي يقتضيه قولهم: «الدين المؤجل [٤٧٥/ب] لا يطالب قبل حلول الأجل»: أن لا يجوز له حق المطالبة والقبض إلا بعد موت الزوج أو تطليقه بائناً؛ لأن المهر المؤجل لا يطالب إلا بعد الموت أو الطلاق؛ لأنه مؤجل بهما.

لكن لقائل أن يقول: إن هذا الأجل صحيح عرفاً - كما صرح في مهر «القنية» و«البزازية» - وجهالة وقت الموت والطلاق تتحمل، فلا يقبضه قبل حلول الأجل؛ فيصير كأنه وهبه حين قبضه.

● **والأول**؛ أي: هبة الدين لمن عليه الدين: صحيح قياساً واستحساناً، وكذا الإبراء منه صحيح قياساً واستحساناً. اتفاقاً.

واختلفوا في الفرق بين هبة الدين ممن عليه الدين، وبين الإبراء منه:

منهم من لم يفرق بينهما أصلاً.

ومنهم من فرق بينهما.

ووجه من لم يفرق: أن كلًّا منهما إبراء ذمة المديون.

ووجه من فرق: أن الهبة تمليك لا إسقاط، والإبراء إسقاط، والتمليك ليس عين الإسقاط وإن استلزمه.

ثم اختلفوا في اشتراط القبول:

منهم من قال: إن هبة الدين ممن عليه الدين لا تتم من غير قبول من المديون،

والإبراء يتم بدونه؛ لأن الهبة تمليك، فلا تتم إلا بالقبول؛ لأنه إلزام الملك، والإبراء: إسقاط، فلا حاجة إلى القبول؛ إذ ليس فيه إلزام شيء.

وعن زفر: أنه سوى بينهما وقال: تتم الهبة والإبراء بدون القبول، وهو اختيار شمس الأئمة، وعليه عامة المشايخ، على ما في «الواقعات».

وعلى كلا القولين: إنه يرتد بالرد.

وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء والهبة أم لا يشترط؟

قيل: نعم، وقيل: لا. وقد ذكرناه في باب اليمين في الضرب والقتل من كتاب الإيمان، فارجع إليه.

فإن قيل: قد ذكرت أن الإبراء يرتد بالرد، وهذا مخالف لما ذكره في «الخلاصة» -: لو قال الغريم للدائن: أبرئني عما لك علي، فقال: قد أبرأتك من ديني عليك، فقال: لا أقبل.. فهو بريء - فإنه يدل على أن الإبراء لا يرتد بالرد.

قلنا: إن قوله: «لا أقبل»: رد بعد القبول.. فلا يعتبر؛ فإنه لما طلب منه الإبراء.. فقد قبله، ثم لا يقبل رده.

ومما يدل على أن قبول المديون ليس بشرط في جواز هبة الدين منه: ما ذكره «قاضي خان»: رجل مات، فوهبت امرأته مهرها منه.. صحت هبتها وبرئ الزوج؛ لأن الدين لا يسقط بالموت، وقبول المديون ليس بشرط لجواز الهبة.. فصحت.

وهل لورثته رد هذه الهبة؟

والذي ظهر من «البزازية»: أن لهم ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد؛ حيث قال: غريم الميت وهب الدين من [٤٧٦/أ] الوارث.. صحت؛ لأنها ممن عليه الدين حكماً.

ولو رد الوارث الهبة.. ترتد بالرد، خلافاً لمحمد.

وقيل: لا خلاف ههنا، والخلاف فيما لو وهب للميت، فرده الوارث. انتهى.

ثم قال فيها: ولو وهب لبعض الورثة.. فالهبة لكلهم.

ولو أبرأ الوارث.. صح أيضاً.

ثم اعلم: أن تعليق الهبة بالشرط؛ سواء كان الموهوب عيناً أو ديناً.. باطل مطلقاً إن ذكر الشرط بكلمة «إن»؛ لأنه تعليق على خطر الوجود، وهو ينافي التمليك.

وإن ذكر بكلمة «على»:

فإن كان ملائماً.. فجائز؛ لأن كلمة «على» للعوض، فيكون من قبيل التعليق بالعوض، والهبة بشرط العوض: جائزة، ولأن المذكور بـ«على»: تقييد لا تعليق.

وإن لم يكن ملائماً.. لا يجوز.

ويتفرع عليه: ما ذكره في «الذخيرة البرهانية»: إذا وهبت المرأة لزوجها ضيعة على أن يمسكها ولا يطلقها، فأمسكها زماناً، ثم طلقها بعد ذلك؛ فإن شرطت للإمساك وترك الطلاق وقتاً مؤقتاً، فطلقها قبل مضي الوقت.. فالهبة باطلة، وإن لم تشترط للإمساك وقتاً معيناً.. فالهبة ماضية على الصحة.

وقال في «قاضي خان»: امرأة قالت لزوجها: وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي؛ فإن لم يقبل الزوج ذلك.. بطلت الهبة، وإن قبل ذلك في المجلس.. جازت الهبة.

ثم إن فعل الزوج ذلك.. فالهبة ماضية، وإن لم يفعل.. فكذلك عند البعض؛ كمن أعتق أمته على أن لا تتزوج، فقبلت.. عتقت؛ تزوجت أو لم تتزوج.

ثم قال: امرأة قالت لزوجها: وهبت مهري إن لم تظلمني، فقبل ذلك، ثم ظلمها بعد ذلك.. قال أبو بكر الإسكاف وأبو القاسم الصفار: الهبة فاسدة؛ لأنها تعليق الهبة بالشرط.

بخلاف ما لو قالت: وهبت منك مهري على أن لا تظلمني، فقبل.. صحت الهبة لأنها تعليق الهبة بالقبول؛ فإذا قبل.. تمت الهبة، فلا يعود المهر بعد ذلك.

وهو نظير ما لو قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار.. لا تطلق ما لم تدخل.

ولو قال: أنت طالق على دخولك الدار، فقالت: قبلت.. وقع الطلاق.

وقال محمد بن مقاتل في مسألة الظلم: مهرها عليه على حاله إذا ظلمها؛ لأن المرأة لم ترض بالهبة إلا بهذا الشرط؛ فإذا فات الشرط.. فات الرضاء.

أما الطلاق.. فالرضاء فيه ليس بشرط.

والدليل على هذا: ما ذكر في كتاب الحج: إذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج لها، فقبل الزوج ذلك ولم يحج لها.. كان المهر عليه على حاله.

والفتوى [٤٧٦/ب]: على هذا القول.

قال مولانا: ويمكن الفرق بين مسألة الحج وبين مسألة الظلم:

بأن في **مسألة الحج**: لما شرطت الحج.. فقد شرطت نفقة الحج عليه، فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض؛ فإذا لم يحصل العوض.. لا تتم الهبة.

أما في مسألة الظلم: شرطت عليه ترك الظلم، وترك الظلم لا يصح عوضاً.

قال: وإذا ضربها.. إنما يسقط المهر إذا ضربها بغير حق؛ أما إذا ضربها لتأديب مستحق عليها.. لا يعود المهر؛ لأن ما كان حقاً.. لا يكون ظلماً.

امرأة وهبت مهرها من زوجها ليعطيها في كل حول ثوباً مرتين، وقبل الزوج ذلك، فمضى حولان ولم يعط.. قال محمد بن الفضل: إن كان ذلك شرطاً في الهبة.. فمهرها عليه على حاله؛ لأن هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض؛ فإذا لم يحصل العوض.. لا تصح الهبة، وإن لم يكن ذلك شرطاً في الهبة.. سقط مهرها، ولا يعود بعد ذلك.

وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها، ولم يحسن.. كانت الهبة باطلة، وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض.

امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها، فقبل الزوج ذلك، ثم طلقها.. قال محمد بن الفضل: إن لم يكن وقّت للإمساك وقتاً.. لا يعود مهرها على زوجها، وإن وقت وقتاً فطلقها قبل ذلك الوقت.. كان المهر عليه على حاله.

فقيل له: إذا لم يوقت لذلك وقتاً.. كان قصدها أن يمسكها ما عاش؟! قال: نعم، إلا أن العبرة لإطلاق اللفظ.

وقال: حلف إذا وهبت امرأة مهرها من زوجها على أن لا يطلقها، وقبل الزوج ذلك.. صحت الهبة؛ طلقها الزوج أو لم يطلقها؛ لأن ترك الطلاق لا يكون عوضاً، فبقيت هذه هبة بشرط فاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وذكر في «النوازل»: إذا قالت المرأة لزوجها: تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي، ففعل الزوج ذلك.. قال: مهرها عليه كما كان ما لم تطلق نفسها.

قال في «فتاوى الأنقروي» نقلاً عن «المجتبى»: لو منعها الزوج من أبويها، وقال: لو وهبت لي مهرك بعثتك إليهما، فوهبت له بعض مهرها، فبعثها أو لم يبعثها.. فالهبة باطلة؛ لأنها كالمكرهة، وهبة المكره باطلة.

وقال الشيخ خير الدين: يؤخذ منه جواب حادثة الفتوى، وهي: أن البكر البالغة يمنعها إخوتها التي هي في بيتهم عن الدخول بزوجها حتى [٤٧٧/أ] تهبهم أو تبيعهم حصتها من أبيها في الإرث وَأَشْهَدَ لهم.

والجواب في مثل ذلك: أنها كالمكرهة في ذلك.

ثم قال نقلاً عن الفقيه أبي جعفر: من منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبويها إلا أن تهب مهرها، فوهبت بعض مهرها.. فالهبة باطلة؛ لأنها كالمكرهة.

ثم قال: ويؤخذ من هذا جواب حادثة الفتوى، وهي: ما لو زوّج ابنته البكر من

رجل، فلما أرادت أن تخرج من بيته إلى زوجها منعها الأب، إلا أن تشهد عليها أنها استوفت منه ما تعرف فيه من ميراث أمها، فأقرت بذلك، ثم أذن لها في الخروج.. فإن الظاهر أن الحكم فيه: عدم صحة الإقرار؛ لكونها في معنى المكرهة؛ لما ذكر من المنع، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود العمادي.

المرأة المطلقة: إذا أرادت أن يتزوجها الذي طلقها، فقال لها المطلق: لا أتزوجك حتى تهبيني مالك علي من المهر، فوهبت مهرها الذي عليه على أن يتزوجها، ثم أبى أن يتزوجها.. قالوا: مهرها عليه على حاله؛ تزوجها أو لم يتزوجها؛ لأنها جعلت المال على نفسها عوضاً عن النكاح، وفي النكاح: العوض لا يكون على المرأة.

امرأة تقول لزوجها: إنك تغيب عني كثيراً، فإن مكثت معي، ولا تغيب.. فقد وهبت منك الحائط الذي في مكان كذا، فمكث معها زماناً، ثم طلقها.. قالوا هذه المسألة على خمسة أوجه:

١- **إن كان** كلامها عدة منها لا هبة للحال.. لا يكون الحائط للزوج؛ لأن بالوعد لا يملك.

٢- **وإن كانت** وهبت منه وسلمت إليه، والزوج وعدها أن يمكث معها.. يكون الحائط للزوج؛ لأنها وهبت للحال ولم تعلقها بشرط، وإنما شرطت عليه شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

٣- **والوجه الثالث:** أن تقول المرأة: وهبت منك الحائط إن مكثت معي، فقبل الزوج ذلك.. كانت باطلة؛ لأنها علقت الهبة بالشرط، والهبة لا تحتمل التعليق بالشرط.

٤- **والوجه الرابع:** أن تقول المرأة: وهبت منك على أن تمكث معي.. قال أبو القاسم: يكون الحائط للزوج.

وعلى ما قال محمد بن مقاتل ونصير فيما تقدم آنفاً: لا يكون للزوج، والاعتماد على ما قالا؛ لأنها ما رضيت إلا بهذا الشرط.

٥- **والوجه الخامس**: أن تصالح المرأة زوجها على أن يمكث معها على أن يكون الحائط هبة للزوج.. لا يكون الحائط للزوج؛ كما في الوجه الرابع [٤٧٧/ب]، والصلح باطل.

رجل وهب لرجل أرضاً وسلمها إليه، وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من الخارج.. كانت الهبة فاسدة؛ لأنه شرط على الموهوب له عوضاً مجهولاً؛ لأن الخارج من الأرض مما يملكه، فيكون له.. فلا يصلح عوضاً، فيكون العوض مجهولاً، فيكون مفسراً.

بخلاف ما إذا كانت الهبة كرماً، وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من ثمرته؛ قال: ثمة.. تصح الهبة ويبطل الشرط؛ لأن الواهب حينئذ شرط على الموهوب له رد بعض الهبة على الواهب، فيكون الشرط فاسداً، والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد، بل يبطل الشرط وتصح الهبة.

لو قال لمديونه: إن لم تقض ما لي عليك من دين حتى تموت فأنت في حل أو بريء.. فهو باطل؛ لأنه تعليق، والبراءة لا تحتمل التعليق.

ولو قال لمديونه: إذا متُّ - بضم التاء - فأنت في حل أو بريء.. فهو جائز؛ لأن هذه وصية لا إبراء.

بخلاف ما لو قال لمديونه: إذا متَّ - بفتح التاء - فأنت بريء من ذلك الدين.. حيث لا يبرأ؛ لأنه مخاطرة وتعليق؛ كقوله: إن دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك.. لا يبرأ.

وكذا لو قالت المرأة لزوجها المريض: إذا متَّ - بفتح التاء - من مرضك هذا فأنت في حل من مهري، أو قالت: فمهري عليك صدقة.. فهو باطل؛ لأنه تعليق ومخاطرة.

والعمرى جَائِزَةٌ للمعمَرِ حَالَ حَيَاتِهِ، ولورثَتِهِ بعدَه.

وَهِيَ أَن يَجْعَل دَارَه لَهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ، فَإِذا مَاتَ.. رُدَّتْ إِلَيْهِ.

والرُقبى بَاطِلَةٌ؛ فَإِن قبضَهَا.. كَانَت عَارِيةً فِي يَدِهِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: تصحُّ كالعمرى، وَهِيَ أَن يَقُولَ: إِن متُّ قبلَكَ.. فلكَ ذَلِكَ، وإِنْ متَّ قبلي.. فلي.

وكذا لو قالت المرأة المريضة لزوجها: إن متُّ - بضم التاء - من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو فأنت في حل من مهري، فماتت من ذلك المرض.. كان مهرها على زوجها كما كان؛ لأن هذه مخاطرة.. فلا تصح.

هذه الجملة في كتاب الهبة من «قاضي خان».

فدلت هذه المسائل: أن تعليق الإبراء من الدين وتعليق هبة الدين بشرط ملائم بكلمة «على»: جائز.

وقد صرح به في «البحر» قبيل كتاب الصرف على ما ذكرها ثمة.

ففي قوله: «إن أديت إلي نصفه»: إشارة إلى أنه لو قال: وهبت لك نصفه على أن تؤدي نصفه الباقي وقبله المديون.. جاز.

(والعمرى جائزة للمعمر) له؛ أي: للموهوب له **(حال حياته ولورثته بعده)**؛ لما روينا: أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الشرط.

(وهي)؛ أي: العمرى: **(أن يجعل داره له مدة عمره؛ فإذا مات.. ردت إليه)**.

(والرقبى باطلة؛ فإن قبضها.. كانت عارية في يده) عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: تصح كالعمرى).

(وهي)؛ أي: الرقبى: **(أن يقول إن مت)** أنا **(قبلك.. فلك ذلك، وإن مت)** أنت **(قبلي.. فلي)**، هذا تفسير الرقبى على قول أبي حنيفة ومحمد.

لهما: ما رواه أحمد والنسائي [٤٧٨/أ]: أن النبي ﷺ أجاز العمرى ومنع الرقبى،

وَالصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ، لَا تصحُّ بِدُونِ الْقَبْضِ، وَلَا فِي مشَاعٍ يُقسَمُ.
وَلَا رُجُوعَ فِيهَا وَلَو لَغَنِيٍّ.
وَلَا فِي الْهِبَةِ لفقيرٍ.

ولأن معنى العمرى: هو التمليك في الحال ويجعلها عمره له، ثم إن مات.. يرجع، فصح التمليك وبطل الشرط؛ لأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد، بل يبطل الشرط.

ومعنى الرقبى: أن يملكها بعد موته، فتكون الرقبى تمليكاً مضافاً إلى زمان المستقبل، وهو من الارتقاب بمعنى الانتظار؛ كأنه ينتظر موته.. فلا يصح؛ لعدم التمليك في الحال.

ولأبي يوسف: أن الرقبى: تمليك للحال، واشتراط الرد في المال كالعمرى.. فيجوز.

فليس بينهما نزاع في الحقيقة، بل النزاع لفظي؛ بناء على تفسيرها؛ فمن فسرها بالتمليك الحالي: أجازها، ومن فسرها بالتمليك الاستقبالي: منعها. كذا في «الزيلعي».

(**والصدقة كالهبة، لا تصح بدون القبض**)؛ لقوله ﷺ: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة»، ولأنها تبرع كالهبة، فلا تتم بدون القبض.

(**ولا في مشاع يقسم**)؛ لأن الشيوع فيما يقسم يمنع تمام القبض المشروط.

(**ولا رجوع فيها ولو لغني**)؛ لأن المقصود منها: هو الثواب، وقد حصل، فصارت كهبة عوض عنها.

لكن القياس في الصدقة على غني: صحة الرجوع؛ لأن الغرض ثمة: هو حصول العوض لا الثواب.

ووجه الاستحسان: أن الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب أيضاً.

(**ولا في الهبة لفقير**)؛ لأن المقصود منها: هو الثواب، وقد حصل.

وتفصيل ما يتعلق بالصدقة مذكور في فصل الصدقة من آخر كتاب الهبة من

وَلَو قَالَ: جَمِيعُ مَالِي، أَو مَا أَملِكُهُ لفُلَانٍ..
فَهُوَ هبةٌ، وَإِن قَالَ: مَا ينْسبُ إِلَيَّ أَو يُعرَفُ بي.. فإقرارٌ.

«قاضي خان»، وذكر فيه أحكام الصدقة، وقال: اختلفوا في التصدق على سائل المسجد.. قالوا: لا ينبغي [أن يتصدق]على السائل في المسجد.

(**ولو قال: جميع مالي أو ما أملكه لفلان.. فهو هبة**)؛ لأن مملوكه إنما يكون ملكاً لغيره بالتمليك، والهبة أدناه.

قال في إقرار «قاضي خان»: لو قال: جميع مالي أو جميع ما أملكه لفلان.. فهو هبة لا تجوز إلا بالتسليم، ولا يجبر على ذلك.

ولو قال: جميع ما في بيتي لفلان.. كان إقراراً.

وكذا لو قال: جميع ما يعرف مني، أو جميع ما ينسب إلي فهو لفلان.. يكون إقراراً. هكذا ذكره في كتاب الإقرار نقلاً عن الإسكاف.

ثم ذكر في كتاب الهبة وجه الفرق بينهما وقال: لأن في الوجه الأول: صرح بإضافة الملك إلى نفسه، ثم أضافه إلى فلان.. ومثله: يكون هبة.

وفي الوجه الثاني: لم يصرح بملك نفسه؛ لأن ما في البيت وما يعرف منه وينسب إليه لا يستلزم الملك [٤٧٨/ب]؛ لأنه قد يكون لغيره، ومثل هذا: لا يكون هبة؛ لأن الهبة تستدعي سابقية الملك يقيناً.

وقال في «الخلاصة» من كتاب الإقرار: رجل قال: جميع ما في يدي فهو لفلان.. فهذا إقرار لا هبة. والوجه فيه أيضاً: ما ذكر.

ويشكل هذا الفرق بما ذكره في إقرار «قاضي خان»: جميع ما في بيتي بعته من فلان.. جاز البيع.

ولو قال: جميع ما أملكه بعته من فلان.. يقتضي جهالة المبيع جهالة فاحشة، بخلاف قوله جميع ما في بيتي.

(**وإن قال: ما ينسب إلي أو يعرف بي.. فإقرار**) والوجه: ما ذكرناه آنفاً.

* * *

الفهرس

الفهرس

كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء التاسع

الإجارة، المكاتب، الولاء، الإكراه، الحجر،

المأذون، الغصب، الشفعة، القسمة



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري
(ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـب العلميـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء) عدد الصفحات

Size 17x24 cm قياس الصفحات

Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة

Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنـان

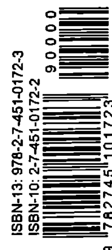
Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

(كتاب الإجارة)

(كتابُ الْإِجَارَةِ)

هِيَ: بيعُ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ بِعِوَضٍ مَعْلُوم، دَينٍ أَو عَينٍ.

(كتاب الإجارة)

قال في «المصباح»: أجرت الدار على أفعلت، وأنا مؤجر، ولا يقال مؤاجر.. فهو خطأ.

ثم قال: آجرت الدار، والعبد من أفعل لا من فاعل، ومنهم من يقول: آجرت الدار على فاعل، فهو مؤاجر.

ثم قال: ويستعمل الإجارة بمعنى الأجر، وبمعنى الأجرة، وتمام تفصيله في «المغرب» و«المصباح».

(هي: بيع منفعة معلومة)، والمراد بالمنفعة: منفعة مقصودة من العين؛ حتى لو لم تكن مقصودة منها.. كانت الإجارة فاسدة؛ كمن استأجر داراً لا يسكنها، بل يظن الناس أنها له، أو عبداً لا يستخدمه ويظن الناس أنه له، أو ثوباً لا يلبسه ويظن الناس أنه له... إلى غير ذلك. كذا في «البحر».

(بعوض معلوم؛ دين) كان العوض؛ بأن كان بأحد النقدين **(أو عين)**؛ بأن كان بغير النقدين من العبيد والعروض والحيوان.

ولا ينعقد إلا بإيجاب وقبول، وهذا التعريف مشتمل:

على شرطها، وهو: كون الطرفين ـ أي: البدل والمنفعة ـ معلوماً؛ لأن جهالتهما تفضي إلى المنازعة، فيفسد بهما العقد.

وعلى حكمها أيضاً، وهو: وقوع الملك في البدلين؛ لأنه مقتضى عقد البيع، إلا أنه إنما يقع هنا ساعة فساعة؛ لأن المعقود عليه ـ وهو المنافع ـ معدوم حين العقد.

والقياس: أن لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم، إلا أنها أجيزت لضرورة شدة الحاجة إليها.. فتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع.

والعين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها؛ ليرتبط الإيجاب والقبول، حتى لو أضاف العقد إلى المنفعة.

وقال: بعت منفعة هذه الدار شهراً بكذا أو بعت سكناها.. لا يجوز.

وكذا إذا قال: آجرتك منفعة هذه الدار شهراً بكذا.. لا يجوز عند بعض المشايخ.

وقال الإمام خواهرزاده: إذا أضاف الإجارة إلى [٤٧٩/أ] المنفعة.. يجوز.

وإنما لا يجوز إذا أضاف البيع إلى المنفعة، وعمله يظهر في البدلين ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة على حسب انعقاده لا قبل وجودها بمجرد العقد، فالملك في المنفعة وبدلها ـ أي: الأجرة ـ يقع ساعة فساعة، وكذا استحقاقهما.

ولو عطف قوله: «أو نفع».. لكان أولى؛ فإن الإجارة بالمنفعة جائزة أيضاً إذا كان جنس المنفعة مختلفة؛ كسكنى دار بخدمة عبده.

بخلاف ما إذا كان جنس المنفعة: منفعة؛ كسكنى دار بسكنى دار.. فإنها لا تجوز.

ثم إن كان العوض أحد النقدين.. فالشرط فيه: بيان القدر، ويقع ذلك على نقد البلد.

وإن كانت نقود البلد مختلفة.. يقع على الغالب منها.

وإن كانت الغلبة مختلفة.. فالإجارة فاسدة ما لم يبين نقداً منها؛ فإن بيّن.. جاز.

وإن كان العوض كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً.. فالشرط فيه: بيان القدر، والصفة، ومكان الإيفاء فيما يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء، وذلك إذا كان له حمل ومؤونة وإن لم يكن له حمل ومؤونة.. فلا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء. هذا عند أبي حنيفة.

وعند صاحبيه: بيان مكان الإيفاء ليس بشرط مطلقاً، ولا يحتاج في الكيلي والوزني والعددي إلى بيان الأجل؛ فإن بين الأجل.. جاز ويثبت.

وإن كان العوض ثياباً أو عروضاً.. فالشرط فيه: بيان القدر والأجل والصفة؛ لأنها لا تثبت ديناً في الذمة إلا من جهة السلم، فكان لثبوته: أصل واحد، وهو السلم.. فلا يجوز إلا على شرائط السلم.

بخلاف الكيلي والوزني؛ لأن لثبوتهما أصلين: القرض والسلم، والأجل في القرض ليس بشرط؛ فإن بين.. جاز كما في السلم، وإن لم يبين.. جاز أيضاً كما في القرض.

وإن كان العوض حيواناً.. يشترط أن يكون معيناً.

وإن كان منفعة.. يشترط أن يكون خلاف الجنس، حتى لا يجوز عند اتحاد الجنس؛ كإيجار دار بدار للسكنى ودابة بدابة للركوب.

هذا بيان معلومية العوض.

وأما المنفعة.. فبيانها:

ببيان الوقت؛ أي: الأجل.

وببيان العمل.

وببيان المكان.

كذا في «البزازية» و«غاية البيان».

وركنها: الإيجاب والقبول، لكنها لا تنعقد بلفظ البيع والشراء، حتى لو قال: بعت منك خدمة هذا العبد شهراً بكذا.. لم تصح إجارة.

وكذا لو قال: اشتريت [٤٧٩/ب] خدمة عبدك هذا شهراً بكذا.. لم تصح إجارة.

وهل يكون باطلاً أو تنعقد إجارة فاسدة؟

وَمَا صَلُحَ ثمناً.. صَلُحَ أُجْرَةً.

ففيه اختلفت عباراتهم:

ففي «المحيط»: لو قال: بعت منك خدمة هذا الغلام شهراً بكذا.. كان باطلاً، وعلله: بأن البيع وضع لتمليك الأعيان دون المنافع.

وقال في «البزازية»: لو قال: اشتريت خدمة عبدك شهراً بكذا.. فإجارة فاسدة.

بعت منك منافع هذه الدار شهراً بكذا.. إن الإجارة فاسدة؛ لعدم المنافع، والمعدوم ليس بمحل للبيع.

وذكر شيخ الإسلام فيه خلافاً بين المشايخ.

وقال: الحرُّ إذا قال: بعت نفسي منك شهراً بكذا.. فإجارة فاسدة.

وعن الكرخي كذلك، ثم رجع وقال: تنعقد. انتهى ما في «البزازية».

وقال قبل هذا: إن الإجارة تنعقد بقوله: «أعرتك، وهبتك».

(**وما صلح ثمناً**) في البيع كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والمكيل والموزون (**.. صلح أجرةً**) في الإجارة؛ لأن الأجرة: ثمن المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع.

وليس كل ما يصلح ثمناً لا يصلح أجرة؛ لأن بعض ما لا يصلح ثمناً ـ كالأعيان التي هي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلاً إذا كانت معينة ـ يصلح أجرة؛ كما إذا استأجر داراً بثوب معين وإن كان لا يصلح ثمناً. كذا قيل.

ونوقض ببيع المقايضة، فالأولى: أن تمثل بالمنفعة؛ فإنها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنفعة كما ذكرناه.

ولا تصلح ثمناً أصلاً لأن الثمن يجب أن يملك بنفس العقد، والمنفعة معدومة وقت العقد.. فلا يملك بنفس العقد.

وأما الأجرة: يجوز أن لا تكون مملوكة بنفس العقد، بل بالتعجيل أو استيفاء المعقود عليه أو التمكن منه، على ما سيأتي، فيجوز أن تكون المنفعة أجرة، ولهذا..

وتفسدُ بِالشُّرُوطِ.

وَيثبتُ فِيهَا خِيَارُ الشَّرْطِ، والرؤيةِ، وَالْعَيْبِ.

وتُقالُ، وتُفسَخُ.

صلح أن تكون المنفعة مهراً في النكاح؛ لأنه ليس من شرط الأمهار: أن يكون المسمى مملوكاً بنفس العقد، حتى لو سمى عبد الغير.. صح. فكذا هذا.

(وتفسد) الإجارة (بالشروط) الفاسدة؛ أي: التي لا يقتضيها العقد، كما يفسد بها البيع؛ لأنها بمنزلته، ولهذا.. تفسد بجهالة أحد البدلين وبجهالة المدة أيضاً.

وإذا فسدت.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، أو الأقل من أجر المثل والمسمى. على ما اختلف فيه، وسيأتي بيانه في أول الإجارة الفاسدة.

(ويثبت فيها خيار الشرط والرؤية والعيب، وتقال وتفسخ)؛ لأنها بمنزلة البيع على ما تقدم، فيجري فيها ما يجري في [٤٨٠/أ] البيع من الأحكام؛ لأن المنافع تقوم بالعقد وتصير مالاً، فتعتبر الإجارة معاوضة مالية.

اقتصر على الخيارات الثلاث، ويثبت فيها خياران آخران؛ كما قال في «العمادية»: أما الخيارات التي تثبت في العقود التي تحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن مال بمال.. أنواع، منها: خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار التعيين، وخيار تفرق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض والاستحقاق.

ثم قال: ومن استأجر داراً شهراً بكذا على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. جاز؛ كما في البيع.

فلو فسخ في اليوم الثالث بحكم الخيار.. هل يجب على المستأجر أجر يومين؟

أفتى صاحب «المحيط»: أنه لا يجب؛ لأنه لا يتمكن من الاستيفاء بحكم الخيار؛ لأنه لو انتفع.. يبطل خياره.

وتفصيل هذا: في الفصل الخامس والعشرين من «العمادية».

وَالْمَنْفَعَةُ تُعلَمُ تَارَةً بِبَيَانِ الْمدَّةِ: كالسكنى والزِّراعةِ.. **فَتَصِحُّ مُدَّةً مَعْلُومَةً أَيَّ مُدَّةٍ كَانَت.**

(والمنفعة)؛ لما ذكر: أن المنفعة لا بد أن تكون معلومة.

شرع في بيان ما يعلم به المنفعة فقال: (تعلم تارة ببيان المدة) شهراً أو سنة أو أكثر؛ لأن المدة إذا كانت معلومة.. كان مقدار المنفعة فيها معلوماً أيضاً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت؛ بأن سمى ما يزرع في الأرض؛ لأن ما يزرع فيها متفاوت، فلا بد من التسمية به حتى لا يفضي إلى المنازعة.

(كالسكنى والزراعة)؛ أي: كاستئجار الدار للسكنى، واستئجار الأرض للزراعة سنة مثلاً.

(فيصح) العقد (مدة معلومة أي مدة كانت)؛ أي: طويلة كانت المدة أو قصيرة إذا كانت بحيث يعيش إليها العاقدان؛ لأن الحاجة التي جوزت الإجارة لها قد تمس إلى تلك المدة، وهي: مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة.. فتصح؛ كالأجل في البيع.

وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد المتعاقدين.. فمنعه بعضهم؛ لأن الظاهر في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة، والظاهر مثل المتيقن في حق الأحكام، فصارت الإجارة مؤبدة معنى، والتأبيد يبطلها؛ لإفضائه إلى تملك العين.

وجوزه آخرون: منهم الخصاف؛ لأن العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين، وأنه يقتضي التوقيت.

ولا معتبر بموت العاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة؛ لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالباً، ولم يعتبر؛ كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة.. فإنه متعة، ولم يجعل بمنزلة التأبيد [٤٨٠/ب] حتى يصح النكاح ويخرج عن المتعة.

وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالباً، وجعل ذلك متعة اعتباراً للصيغة. كذا في «العناية».

والظاهر منه: أن الإجارة الطويلة في مدة طويلة يعيش إليها الإنسان غالباً: صحيحة بالاتفاق، وإنما الخلاف: فيما لا يعيش إليه الإنسان غالباً.

والمذكور في «فتاوى قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية»: أن الإجارة الطويلة استخرجها الإمام محمد بن الفضل البخاري.. فقبلها البعض، وردها البعض، ولم يقيدوا بما لا يعيش إليها الإنسان؛ حيث قالوا: إن الإجارة الطويلة على وجهين:

أحدهما: أنه إذا أراد أن يؤاجر الكرم إجارة طويلة، أو الأرض وفيها زرع.. يبيع الأشجار والزرع بأصولها من الذي يريد الاستئجار بثمن معلوم، ويسلم ثم يؤاجر منه الأرض مدة معلومة ثلاث سنين أو أكثر، غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة، أو كل ستة أشهر من كل سنة، بمال معلوم؛ على أن يكون أجر كل سنة من السنين سوى الأيام المستثناة منها: كذا من ذلك الأجر، وبقية الأجرة تكون بمقابلة السنة الأخيرة، وأن يكون لكل واحد منهما ولاية فسخ الإجارة في أيام الخيار ثلاثة أيام من آخر كل سنة.

والوجه الثاني: أن يدفع الأشجار والزرع الذي في الأرض معاملة إلى الذي يريد الإجارة؛ على أن يكون الخارج بينهما على مائة سهم؛ سهم منها: للدافع، والباقي: للعامل، ثم يوكل العامل في صرف نصيبه من الخارج فيما أحب، ثم يؤاجر منه الأرض مدة معلومة على نحو ما قلنا، من غير أن يكون أحد العقدين شرطاً في الآخر.

وبعض مشايخ بخارى أنكروا الوجه الأول، وقالوا: بيع الأشجار وبيع الزرع ليس ببيع رغبة، بل هو في معنى التلجئة.

ولهذا.. لا يكون للمستأجر أن يقطع الأشجار، وعند فسخ الإجارة.. ينفسخ البيع من غير فسخ.

وبيع التلجئة لا يزيل المبيع من ملك البائع وإن اتصل بالقبض، وبقاء الأشجار والزرع على ملك البائع يمنع الإجارة في الأرض.

وبعضهم: جوزوا طريق البيع أيضاً، وقالوا: ليس هذا بيع التلجئة، بل هو بيع رغبة؛ لأنهما لما قصدا تصحيح الإجارة ولا صحة للإجارة مع بيع التلجئة.. فقد قصدوا بيع الرغبة.

ويجوز أن يكون الأشجار مملوكة للمشتري، ولا يملك قطعها؛ لتعلق حق الغير به؛ كالراهن لا يملك [٤٨١/أ] قطع أشجار الرهن وإن كان يملكها؛ لتعلق حق الغير به.

وقال بعضهم: إن باع الأشجار والزرع بثمن المثل أو أكثر.. يكون رغبة، وإلا.. فلا.

وهذا ليس بصحيح أيضاً؛ فإن الإنسان قد يبيع ماله بثمن قليل عند مساس الحاجة.

وذكر الطحاوي: إذا باع الأشجار وآجر الأرض.. جاز شرط أن يبيع الأشجار بطريقها إلى الباب إن كان لها طريق، وإلا.. ينبغي أن يبين للأشجار طريقاً معلوماً في الأرض؛ حتى لو لم يبين.. لا يجوز.

وقال ظهير الدين: الإجارة بطريق بيع الأشجار: باطلة، كما ذهب إليه بعض المشايخ.

ثم من جوَّز الإجارة الطويلة.. اختلفوا في أنها عقد واحد أو عقود متعددة:

استدل من قال: «إنها عقود متعددة»: بأنها لوجعلت عقداً واحداً وفيها شرط الخيار ثلاثة أيام في كل سنة أو في كل ستة أشهر.. تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام في عقد واحد، وذلك فاسد في قول أبي حنيفة.

واستدل من قال بـ«أنها عقد واحد»: بأنها لو حملت عقوداً متعددة.. لكانت

وَفِي الْوَقْف يُتبَعُ شَرطُ الْوَاقِفِ.

الإجارة في السنة الثانية والثالثة مضافة إلى وقت في المستقبل، وفي الإجارة المضافة: الأجر لا يملك بالتعجيل ولا باشتراط التعجيل. هذا ما ذكروه.

وهل تجزئ الإجارة الطويلة في الدار والأرض الخالية عن الزرع والكرم؟

وقد ذكرها الإمام السرخسي في «المحيط»؛ حيث قال: الإجارة الطويلة التي يفعلها الناس في بعض البلاد، وهي: أنهم يؤاجرون الأرض أو الدار ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة؛ على أن كل واحد منهما بالخيار في ثلاثة أيام من آخر كل سنة، ويجوز لكل سنة من تسعة وعشرين سنة أجراً قليلاً وبقية الأجر للسنة الأخيرة.

ثم قال: هذه الإجارة لا تجوز عند أبي حنيفة؛ لأنها إجارة واحدة يشترط فيها الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وهذا يفسد الإجارة كما يفسد البيع.

والصحيح: أنها تجوز بالإجماع؛ لأن هذا ليس بشرط للخيار في الإجارة، بل هذا استثناء ثلاثة أيام في آخر كل شهر من الإجارة؛ على أن هذه الأيام لم تدخل في هذه الإجارة، ولم يثبت حكم الإجارة في هذه الأيام، وهذا لا يفسد الإجارة؛ كما لو أجر هذه الدار عشر سنين إلا السنة الثانية أو الثالثة.. جاز، فكذا هذا. انتهى.

هذا يؤيد ما ذكره في «العناية».

وهل تنعقد الإجارة بالتعاطي [٤٨١/ب] مثل البيع؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: لا تنعقد الإجارة الطويلة بالتعاطي، وتنعقد غيرها.

ثم ما ذكر من الإجارة الطويلة.. يجري في الملك، وأما في الوقف.. فلا. على المختار.

وإليه أشار بقوله: (**وفي الوقف يتبع شرط الواقف**)؛ فإن شرط.. يعمل بشرطه.

فَإِن لم يُشْتَرطْ.. فالفتوى: أَن لَا يُزَادَ فِي الْأَرَاضِي على ثَلَاثِ سِنِينَ.

وَفِي غَيرِهَا: على سنةٍ.

(فإن لم يشترط) شيئاً من المدة في الإجارة (.. فالفتوى: أن لا يزاد في الأراضي على ثلاث سنين) كي لا يدعي المستأجر الملك في الوقف، ولأنه مضر في الوقف.

(وفي غيرها)؛ أي: غير الأراضي من الدور والمنازل: (على سنة)؛ لما ذكرناه.

قد ذكرنا في كتاب الوقف ما يتعلق بإجارة الوقف، ولنذكر هنا بعض ما بقي:

قال في «الخلاصة»: المتولي: إذا آجر دار الوقف أكثر من سنة؛ إن كان الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من سنة.. لا يجوز، وإن لم يشترط شيئاً.. جاز مقدار سنة إلى ثلاث سنين، على اختيار الفقيه أبي الليث.

وقال الإمام أبو حفص الكبير: في الضياع: يجوز قدر ثلاث سنين، وفي غير الضياع: لا يجوز أكثر من سنة.

وقال السفدي: لا ينبغي أن يفعل ذلك، ولو فعل.. صحت الإجارة.

وفي «البزازية»: إذا أراد أن يصح بالإجماع.. يرفعه بعد الإجارة بأكثر من ثلاث سنين إلى الحاكم، فيحكم بجوازه على قول الكل إن وجدت شرائط الحكم.

وقال في «قاضي خان»: إذا آجر أرض اليتيم أو استأجر لليتيم أرضاً بمال اليتيم إجارة طويلة رسمية ثلاث سنين.. لا يجوز ذلك.

وكذلك أب الصغير ومتولي الوقف؛ لأن الرسم في الإجارة الطويلة: أن يجعل شيء يسير من مال الإجارة بمقابلة السنين الماضية، ومعظم المال بمقابلة السنة الأخيرة. على ما عرفت آنفاً.

فإن كانت الإجارة أرض اليتيم أو الوقف.. لا تصح في السنين الأولى؛ لأنها تكون بأقل من أجر المثل.

وإن استأجرها لليتيم أو الوقف بمالهما.. ففي السنة الأخيرة يكون بأكثر من

أجر المثل؛ فإذا فسدت الإجارة في البعض.. فسدت في الكل على قول من يجعل الإجارة الطويلة عقداً واحداً؛ سواء كان خيراً لليتيم والوقف أو لا.

وعلى قول من يجعلها عقوداً متعددة.. تصح الإجارة فيما كان خيراً لليتيم والوقف، لا فيما كان شراً.

والظاهر: هو الفساد في الكل.

ثم قال: وطريق تصحيح الإجارة الطويلة في أرض اليتيم والوقف: أن يؤاجر بمال معلوم، ويجعل أجر السنين كلها مقدار أجر المثل، ثم إن الوصي ومتولي الوقف يبرئ المستأجر [٤٨٢/أ] على السنين الأولى.. فيصح ذلك على قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي «الخلاصة»: وإن اتصل به حكم حاكم.. يصير متفقاً عليه.

وذكر في «المحيط»: إن كتب الإجارة الطويلة على الوقف في ثلاث سنين بأجر المثل، وأبرأ الآجر المستأجر عن الأجر، وحكم حاكم بجواز ذلك.. يجوز؛ لأنه مجتهد فيه.

وكذا: لو حط.

واعترض عليه: بأنه لا وجه لتصحيح هذا العقد ـ أي: الإجارة الطويلة ـ أصلاً؛ لأنا لو جعلناه عقداً واحداً على ما اختاره البعض.. يلزم ثبوت الخيار في العقد أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن فيها شرط الخيار ثلاثة أيام في آخر كل سنة أو في آخر كل ستة أشهر على ما تقدم.

ولو جعلناه عقوداً متعددة على ما اختاره البعض.. يصير شارطاً في كل عقد ثلاثة أيام من آخر كل سنة أو ستة أشهر.

وعلى قول أبي حنيفة: من اشترى شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر.. يكون له الخيارمن أول الشهر إلى آخره ـ على ما صرح به في «قاضي خان» ـ فيزيد

وَتارَةً تعلمُ بِذكر الْعَمَلِ: كصبغِ الثَّوْبِ وخياطتِهِ، وَحَملِ قدرٍ مَعْلُومٍ على دَابَّةٍ مَسَافَةً مَعْلُومَةً.

الخيار على ثلاثة أيام أيضاً في كل عقد.

أجيب عنه: بأنه لا يثبت الخيار في الأيام الثلاثة من آخر كل سنة أو ستة أشهر، بل تجعل ثلاثة أيام من آخر كل سنة مستثناة عن العقد، ويكتب: غير ثلاثة أيام من كل سنة.

حتى لو كتب في الصك: على أن لكل منهما الخيار في الأيام الثلاثة من آخر كل سنة.. فسد العقد، كذا في «قاضي خان»، وقد تقدم مثله في «المحيط».

وباقي مسألة إجارة الوقف ذكرناها في كتاب الوقف.

(وتارة تعلم بذكر العمل)؛ أي: بتسميته في العقد.. فحينئذٍ تصير المنفعة معلومة بنفس العقد؛ (كصبغ الثوب وخياطته، وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة)؛ لأنه إذا بين: المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به، وجنس الخياطة والمخيط، والقدر المحمول على الدابة والمسافة.. صارت المنفعة معلومة بلا شبهة.

وكذا بيان من يركب على الدابة.. صارت المنفعة معلومة بلا شبهة، فيصح العقد. كذا في «الزيلعي».

ثم قال فيه أيضاً: ومن هذا النوع: الإجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه؛ يعني: أن الأمثلة المذكورة في الكتاب واستئجار القصار ونحوه: من نوع واحد؛ أعني: مما يعرف المنفعة فيه بنفس العقد؛ أي: تسمية العمل فيه وإن لم يبين المدة.

واعلم: أن صاحب «الهداية» و«الزيلعي» والمصنف: جعلوا استئجار الدابة للمحل أو للركوب من قبيل الاستئجار على العمل، فيشترط فيه بيان العمل لا المدة.

لكنه قال في [٤٨٢/ب] «غاية البيان» نقلاً عن «التحفة»: الإجارة نوعان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال.. فلكل نوع شروط وأحكام.

وَتارَةً بِالْإِشَارَةِ: كنقلِ هَذَا مثلاً إِلَى مَوضِعِ كَذَا.

وَالْأُجْرَةُ لَا تَسْتَحقُّ بِالْعقدِ، ....

أما الإجارة على المنافع: فكإجارة الدور والمنازل والحوانيت والضِّياع وعبيد الخدمة، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للبس، والأواني والظروف للاستعمال.. فالعقد في ذلك كله جائز.

وشرط جوازه: أن تكون العين المستأجرة معلومةً، والأجرة معلومة، والمدة معلومة يوم أو شهر أو سنة؛ لأنه عقد معاوضة كالبيع، إلا أن المعقود عليه ههنا المنافع، فلا بد من إعلامها: بالمدة والعين الذي عقد عليه الإجارة على منافعه؛ كما شرط في البيع إعلام المبيع والثمن.

وأما الإجارة على الأعمال: فكاستئجار الإسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الأعمال من نحو: تحميل الأشياء من موضع إلى موضع آخر.

وهو نوعان: استئجار الأجير المشترك، والأجير الخاص الذي سمي أجير الواحد أيضاً:

فالأجير المشترك: هو الذي يتقبل الأعمال من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما.

وأجير الواحد: هو الذي يعمل للواحد مدة معلومة.

(**وتارة بالإشارة كنقل هذا**) المتاع (**إلى موضع كذا**)؛ لأنه إذا علم المتاع المنقول والمكان المنقول إليه.. صارت المنفعة معلومة أيضاً، فيصح العقد.

واعلم: أن المصنف ذكر ما يعلم به المنفعة، ولم يذكر ما يعلم به العوض اقتداءً لصاحب «الهداية» و«القدوري»، وقد ذكرناه في أول الباب، فارجع إليه.

ثم شرع في بيان ما يستحق به الأجرة فقال: (**والأجرة لا تستحق بالعقد**)؛ سواء كانت عيناً أو نقداً أو نفعاً؛ لأنها لا تملك بنفس العقد، وما لا يملك.. لا يستحق إبقاؤه.

بل بالتعجيلِ، أَو بِشَرْطِهِ، ....

فإن قيل: إن الإبراء عن الأجرة والهبة من المستأجر والارتهان عنها والكفالة بها: صحيحة بالاتفاق، ولولا ملك لها.. لما صحت هذه التصرفات.

قلنا: صحة الإبراء عنها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوع؛ لعدم وجوبه في الحال.

وجوزه محمد؛ لكون العقد سبباً في وجوب الأجرة؛ إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به، وعدم الانعقاد في جانب المنفعة ؛ لضرورة العدم، ولا ضرورة في الأجرة، فظهر الانعقاد في حقها وصح الإبراء عنها؛ لوجوده بعد السبب؛ كالإبراء عن القصاص بعد وجود سببه، وهو الحرج، والرهن والكفالة إنما جاز للوثيقة.. فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب [٤٨٣/أ].

ومن هنا: ظهر ضعف ما ذكره صاحب «النهاية»؛ حيث قال: معنى قول صاحب «الهداية»: الأجرة لا تجب بالعقد، ولا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد.

ووجه الضعف: أن نفي وجوب التسليم: لا يستلزم نفي التملك؛ فإن المبيع يملكه المشتري بمجرد العقد، ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن.

(**بل بالتعجيل أو بشرطه**)؛ أي: بشرط التعجيل، وهذا في الإجارة المطلقة لا في المضافة إلى وقت مستقبل لا يستحق بالتعجيل ولا بشرط التعجيل، على ما صرح به في فصل الإجارة الطويلة من «قاضي خان». وقد ذكرناه من قبل.

اعلم: أن الإجارة؛ إما معجلة، أو مشروطة معجلة، أو مؤجلة، أو منجمة، أو مسكوت عنها.

- **فإن كانت معجلّة بالفعل؛ فإن لم تنتقض الإجارة.. فبها، وإن انتقضت.. كان** له بحسب ما استوفى من المنفعة، ويرد الباقي على المستأجر.
- **وإن كانت مشروطة تعجيلها.. له أن يطالبه بها.**
- **وأن كانت مؤجلة..** ليس له أن يطالبه ما لم يمض الأجل.

أَو بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، أَو التَّمَكُّنِ مِنْهُ.

- وإن كانت منجمة؛ فإذا مضى نجم.. يجب عليه نجم واحد.
- وإن كانت مسكوتاً عنها.. فعند أبي حنيفة أولاً: لا يطالبه ما لم يستوف المنفعة كلها، وفي قوله الآخر ـ وهو قولهما ـ: يطالبه عند مضي كل يوم. هكذا في «الخلاصة» و«البزازية».

فعلى هذا: معنى قول المصنف «يستحق الأجرة بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء» أنه يستحق قبضها وتصرفها بالتعجيل، وطلبها بالفعل: بشرط التعجيل، وبعد مضي الأجل، والنجم بشرط التأجيل والتنجيم، أو طلبها بعد استيفاء المنفعة، أو التمكين من الاستيفاء.. ففي كلامه نظر. وتأمل.

فإن قيل: اشتراط التعجيل شرط يخالف مقتضى العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين، فيكون فاسداً.. فيفسد العقد به.

قلنا: إن مخالفته لمقتضى العقد: من حيث كونه إجارة، وجواز اشتراط التعجيل ليس باعتبار كونه إجارة، بل باعتبار كونه عقد معاوضة، وباعتباره لا يخالف مقتضاه؛ فإن تعجيل البدل أو اشتراط تعجيله لا يخالفه من حيث المعاوضة، وكذا اشتراط التأجيل والتنجيم.

(أو باستيفاء المعقود عليه) ـ وهي المنفعة ـ (أو التمكن منه)؛ أي: من استيفائه بتسليم العين المستأجرة في المدة بلا مانع من الاستيفاء.. هذا في الإجارة الصحيحة لا في الفاسدة.

لأن الأجرة في الفاسدة: لا تجب بالتمكن منه، ولا بالتعجيل أو شرطه، بل إنما تجب بحقيقة الاستيفاء إذا وجد التسليم إليه من جهة [٤٨٣/ب] الإجارة، وإن كان التسليم إليه لا من جهة الإجارة.. لا تجب الأجرة أيضاً وإن وجد حقيقة الاستيفاء.

وإذا كان عجل الأجرة في الإجارة الفاسدة.. فللمستأجر حق الحبس لاستيفاء ما عجله من الأجرة.

وإذا مات المؤجر.. فالمستأجر أحق بأجرته.

كذا في مسائل الشيوع من إجارات «البزازية».

وهذا عندنا.

وقال الشافعي: يستحق بنفس العقد، ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة بدون شيء من المعاني الأربعة المذكورة؛ لأنها عقد معاوضة يثبت الملك في البدلين بنفس العقد؛ بناء على أن المنفعة المعدومة جعلت موجودة حكماً عنده؛ لأن من شرط جواز العقد: كون المعقود عليه موجوداً مقدور التسليم، ولو حكماً.

والشارع جعل المعدوم حقيقة: موجوداً حكماً؛ كما جعل النطفة في الرحم كالحي حكماً في حق بعض الأحكام من الوصية والإرث.

ويدل على أنه كالموجود: جواز الاستئجار بالدين؛ فلو كان معدوماً.. لما جاز؛ لأنه يصير ديناً بدين، وهو حرام شرعاً.

قلنا: إن هذا عقد معاوضة، فتقتضي المساواة بينهما، وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم، وأحد البدلين ـ وهو المنفعة لمن يضر ـ مملوكة بنفس العقد؛ لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم.. فكذا في البدل الآخر.

ولو ملك الأجرة.. لملكها بغير بدل، وهو ليس من قضية المعاوضة، فتأخر الملك فيه؛ ضرورة تحقيق المساواة بينهما.

وإذا استوفى المنفعة.. يثبت الملك في الأجرة أيضاً؛ تحقيقاً للمساواة.

وإن عجلها أو شرط تعجيلها.. فقد التزم بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد: فيصح.

بخلاف الإجارة المضافة إلى زمان مستقبل بشرط تعجيل الأجرة.. فإن الشرط فيه باطل، ولا يلزمه في الحال شيء؛ لأن امتناع وجوب الأجرة فيه ليس بمقتضى العقد، بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت مستقبل.

والمضاف إلى وقت: لا يكون موجوداً قبل ذلك الوقت.. فلا يتغير هذا المعنى بالشرط، وفيما نحن فيه: إنما يجب الأجر لاقتضاء العقد المساواة، وليس بمضاف صريحاً.. فيبطل ذلك المعنى بالتصريح على خلافه.

نظيره: أن الثمن في البيع يجب في الحال بنفس العقد، ولا يجب تسليم المبيع في الحال؛ لأنه تأخر بالعقد صريحاً.

وجواز العقد ليس باعتبار المعدوم جعل موجوداً كما زعمه الشافعي؛ لأن الموجود [٤٨٤/أ] من المنفعة لا يقبل العقد؛ لعدم القدرة على تسليمها؛ لأنها عرض لا يبقى زمانين حتى يقدر على تسليمه.. فلا يكون محلاً للعقد، بل باعتبار إقامة العين المستأجرة مقام المنفعة:

في حق: صحة الإيجاب والقبول.

وفي حق: وجوب التسليم؛ إذ ما يمكن تسليمه هو العين الباقية لا العرض الغير الباقية.. فانعقد العقد في حق العين في الحال، حتى وجب تسليمها في الحال، وانعقد في حق المنفعة مضافاً إلى مستقبل؛ أعني: وقت حدوثها؛ لأن أقصى ما يُتَصور العقدُ على المنفعة على حسب وجودها شيئاً فشيئاً، وهذا معنى قولهم: «إن عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع».

وإنما جاز الاستئجار بالدين؛ لأن العقد لم ينعقد في حق المنفعة، فلم تصر المنفعة ديناً في ذمته.. فلا يجب بدلها أيضاً عند انعقاد العقد فيها ـ وهو زمان حدوثها ـ لتصير هي مقبوضة، فلا يكون ديناً بدين أصلاً، ولو كان العقد منعقداً في حق المنفعة.. لما جازت الإجارة بالدين المؤجل أصلاً، كما لا يجوز السلم به.

فَتجبُ لَو قبضَ الدَّارَ وَلم يسكنهَا حَتَّى مَضَتِ الْمدَّةُ.

(فتجب): تفريغ على قوله: «أو التمكن منه»؛ أي: يجب الأجرة على المستأجر (لو قبض الدار) المستأجرة في مدة الإجارة؛ إذ لو قبضها بعد مدة الإجارة.. لا تجب الأجرة.

(ولم يسكنها حتى مضت المدة)؛ أي: مدة الإجارة؛ إذ لا مانع من جهة المؤجر، والتفريط من جهة المستأجر؛ لأن الواجب على المؤجر تسليم العين المستأجرة، لا تسليم المنفعة؛ لأنه غير متصور؛ لعدم وجودها وعدم بقائها بعدما وجد.

فإذا وجد تسليم العين في المدة في المكان الذي وجد العقد فيه فارغة عن متاعه، ولم يكن ثمة مانع من المؤجر، أو من العين من علة أو مرض بها، أو من أجنبي.. وجد تمام القبض، فيجب الأجر، وهو المدار.

والحاصل: أن ههنا قيوداً أربعة لوجوب الأجرة:

الأول: التمكن من الاستيفاء بأن يسلمها فارغة عن متاعه، خالية عن الموانع، حتى لو لم يتمكن منه.. لا تجب الأجرة.

الثاني: أن يكون التمكن من الاستيفاء في المدة، حتى لو تمكن في غير المدة.. لا يجب الأجر أيضاً.

الثالث: أن تكون الإجارة صحيحة، حتى لو كانت فاسدة.. لا تجب الأجرة بالتمكن من الاستيفاء في المدة، وقد ذكرناه من قبل.

الرابع: التمكن من الاستيفاء في المدة في الموضع الذي وجد فيه العقد، حتى لو استأجر [٤٨٤/ب] دابة للركوب، فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضت مدة الإجارة:

فإن استأجرها للركوب خارج المصر.. لا يجب؛ لعدم تمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد؛ فإن ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم

يركب.. يجب الأجر، وإن ذهب بها خارج المصر بعد مضي المدة ولم يركب.. لا يجب الأجر.

وإن استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدانق، فوضعه في بيته ولم يلبسه، فمضى سنون.. كان عليه لكل يوم دانق في الوقت الذي يعلم أنه لو لبسه لا ينخرق.

فإذا مضى وقت يعلم أنه لو لبسه يتخرق.. سقط عنه الأجر؛ لأنه بعدما مضى ذلك الزمان لا يمكن جعل الثوب منتفعاً به تقديراً، فسقط عنه الأجر؛ كامرأة إذا أخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب نفسها؛ إذا مضى وقت لو لبسته لبساً معتاداً يتخرق.. كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى، وإلا.. فلا، كذا في «الخلاصة» و«قاضي خان».

وهل يلزم تسليم المستأجر إلى المؤجر بعد تمام المدة؟

قالوا: يجب تسليمه في مكان الإجارة.

وهل يلزم الأجر بتسليم المفتاح إلى المستأجر؟

ففي «قاضي خان»: رجل آجر داره ودفع المفتاح إلى المستأجر، وقال: خذ، فأخذه، ثم جاء المستأجر بعدما مضت مدة الإجارة، وقال: لم أقدر على فتح الدار ولم أسكن، وقال رب الدار: بل قدرت وسكنت.

قالوا: إن كان دفع إليه مفتاحاً لذلك الغلق.. كان القول قول صاحب الدار؛ فله أجر داره.

وإن لم يكن مفتاحاً لذلك الغلق.. كان القول قول المستأجر، والأجر عليه.

وإن كان المفتاح مفتاح ذلك الغلق، فضل المفتاح أياماً، ثم وجده.. كان عليه أجر ما مضى؛ لأنه صح تسليم الدار إليه وإن لم يسكن الدار؛ لتقصير كان من قبله. انتهى.

وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

وَتسقطُ بِالْغَصْبِ بِقدرِ فَوتِ التَّمَكُّنِ.

وذكر فيها أيضاً قبل هذه المسألة: إن قال له المالك: دونك المنزل فاسكنه، إلا أنه لم يفتح الباب، وقال المستأجر بعد المدة: لم أسكنه؛ إن قدر على الفتح بلا مؤنة.. يلزمه الأجر، وإلا.. فلا.

وكسر الغلق ليس بشيء، حتى لا يكون للآجر أن يحتج ويقول: هلا كسرت الغلق ودخلت المنزل.

وكذا يلزم الأجر إذا أجر داراً وسلمها فارغة إلا بيتاً كان مشغولاً بمتاع المالك، أو سلم كل الدار، ثم نزع شيئاً منها من يده، لكنه رفع الأجر بحصته [٤٨٥/أ].

وقال في «القنية»: تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار: تسليم للدار، حتى تجب الأجرة بمضي المدة وإن لم يسكن.

وتسليم المفتاح في السواد: ليس بتسليم للدار وإن حضر المصر والمفتاح في يده. انتهى.

وقال في «البزازية»: استأجر دواباً إلى سمرقند من خوارزم.. يكفي لوجوب الأجرة تسليم الدواب، ولا يؤمر رب الدابة بإرسال الغلام معها.

وذكر محمد: أنه بإرسال الغلام معها.

وذكر شيخ الإسلام: أنه يخير، ولا يجبر.

(**وتسقط**)؛ أي: الأجرة (**بالغصب بقدر فوت التمكن**)، حتى لو غصب في جميع المدة.. سقط تمام الأجرة.

ولو غصب في بعضها.. تسقط بحسابها؛ لزوال التمكن من الانتفاع.

وهل تنفسخ الإجارة بالغصب في الباقي، أم لا؟

قال صاحب «النهاية»: إنها تنفسخ.

وقال القاضي فخر الدين والفضلي: إنها لا تنفسخ، كذا في «الزيلعي».

وقال في «القنية»: الغاصب إذا بعد المستأجر عن الدار في المدة أو في بعضها.. لا يسقط الأجر.

ولو داراً فنزلها غاصب مدة.. سقط حصتها إن لم يمكن إخراجه إلا بإنفاق مال.

وإن أمكن بالشفاعة أو الحماية.. لا يسقط.

فظهر منه: أن بمجرد تبعيد الغاصب المستأجر.. لا يتحقق الغصب، ما لم يسكن هو بنفسه.

قال في مسائل الشيوع من إجارة «البزازية»: الوكيل بالاستئجار: استأجر الدار للموكل، وتسلم، ولم يسلمها إلى الموكل، وسكنها بنفسه.. قال أبو يوسف: لا أجر عليه.

وقال محمد: على الموكل؛ لأن قبض الوكيل كقبضه، فوقع قبض الوكيل أولاً للموكل، وصار الوكيل بالسكنى غاصباً.. فلا يجب عليه، وفيه نظر؛ لأن الدار إذا غصب من المستأجر.. يسقط عنه الأجر. انتهى. كلام «البزازية».

كأنه يريد ترجيح قول أبي يوسف، أعني: «لا أجر على الموكل»، بل على الوكيل.

وهل يرجع الوكيل على الموكل بعد الأداء، أم لا يرجع؟

ذكر في فصل التوكيل بالإجارة من «البزازية»: أنه لا يرجع على الموكل بالأجرة على الصحيح استحساناً؛ لأن الوكيل بالحبس صار غاصباً الدار من الموكل، والغصب من غير المالك متصور، فصار كغصب الأجنبي.

وقيل: إنه يرجع على الموكل، وبه جزم في «المحيط» السرخسي، نقلاً عن «الجامع»؛ حيث قال فيه:

الوكيل بالاستئجار استأجر الدار وقبض، ومنع الآمر حتى انقضت المدة..

فالأجر على الوكيل، ويرجع به على الموكل، كما في الشراء؛ لأن الوكيل بالاستئجار: كالوكيل بالشراء، تثبت حقوق العقد له، وتجب عليه، ولا تكون المنفعة بالقبض [٤٨٥/ب] والمنع مضمونة عليه؛ لأن إتلافها وقبضها لا يتصور.

والوكيل بالشراء لو حبس المبيع من موكله له، وليس له حق الحبس بأن كان اشتراه بثمن مؤجل وهلك في يده.. كان الثمن على الوكيل؛ لأنه نائب عنه في القبض، فلا يسقط الأجر من الموكل متى تلفت المنافع في يد الوكيل بعدما حبس عن المؤكل؛ لأن هلاك المعقود عليه بعد قبض الأمر، فالآمر لا يسقط عنه البدل.

ولهذا لو انهدم شيء من الدار بسكنى الوكيل.. لا يضمن؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الوكيل بالسكنى غاصباً للدار من صاحب الدار وله حق القبض، ولا يمنع الآمر من الانتفاع؛ كما لو منع المالك عن ماله حتى ضاع.. لا يصير غاصباً.

وإن استأجر الوكيل بشرط تعجيل الأجرة.. لزم المستأجر ولم يرجع على الآمر؛ لأن له حق المنع والحبس بالأجرة إذا كانت الأجرة معجلة لحق العقد. انتهى كلام «المحيط».

وهكذا ذكره في أواخر فصل الإجارة الطويلة من «قاضي خان».

وقال في «القنية»: الآجر إذا منع المستأجر عن سكنى الدار التي أجرها بعد التسليم.. لا يسقط الأجر.

إذا كان المستأجر يماطل الآجر في أداء الغلة، فأخذ الآجر المفتاح ليدفع الغلة، فبقي مغلقاً شهراً.. لا تسقط حصته؛ لأنه كان متمكناً من الانتفاع بواسطة أداء الغلة.

وكذا إذا استأجر مشط الحائك لعمل في محاكة الوقف، فأخذ المتولي رهناً لاستيفاء الغلة شهراً.. لا يسقط حصة الأجر منه لما مر.

أجر داره وسلمها، ثم وقعت فتنة، فشغل بيتاً منها بأمتعته.. سقط حصته من الأجر لفقد تسليم المنفعة.

ولربِّ الدَّارِ وَالْأَرْضِ طلبُ الْأَجرةِ لكلِّ يَوْمٍ.

ولربِّ الدَّابَّةِ: لكلِّ مرحلةٍ.

ثم قال فيها رامزاً إلى «تج»[1]: استأجر رحى مع الدار للطحن، فمنعه الجيران بفتوى الأئمة أو بالقضاء.. لا يسقط عنه الأجر ما لم يمنع حساً.

«عك»[2] انسد راقود قول الحمام، فلا ينتفع به وهي في يد المستأجر.. سقط أجرة هذه المدة، ولا تبقى الإجارة إذا لم ينتفع بها انتفاع الحمام.

وقيل: يجب الأجر بقدر ما ينتفع بها [للسكن][3] أو ربط الدواب. انتهى.

وقال في الثالث من إجارات «البزازية»: استأجر منزلاً مقفلاً، فأعطى المفتاح للمستأجر، وقال: افتحه، فأعطى شيئاً للحداد وفتحه.. لا يرجع به على المؤجر، ويلزمه الأجرة، وإن انكسر القفل بعلاج الحداد.. ضمنه الحداد، إلا أن يكون علاجاً خفيفاً لا ينكسر به القفل عادة، وإن انكسر بعلاج المستأجر.. لا يضمن إن كان يعالج بمثله عادة.

(**ولرب الدار والأرض طلب الأجرة لكل يوم**)؛ لأنه استوفى [٤٨٦/أ] منفعة مقصودة، إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد.. فحينئذٍ ليس له المطالبة قبل ذلك الوقت؛ لأنه بمنزلة شرط التأجيل، والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة قبله، فكذا ما هو بمنزلته.

(**ولرب الدابة: لكل مرحلة**)؛ لأن سير كل مرحلة مقصود؛ كسكنى يوم.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: لا يجب الأجر في الكل حتى يستوفي جميع المنفعة بانقضاء المدة وانتهاء السفر، وهو قول زفر؛ لأن المعقود عليه جملة المنافع

---

(١) رمز تاج الدين الحسامي، وجميع ما ذكر من المسائل هنا نقلاً عن «القنية» في مخطوطها (٢٨٢- ٢٨٣).

(٢) رمز عين الأئمة الكرباسي.

(٣) سقطوا تم استدراكه من مخطوط «القنية» (٢٨٣).

وللقصَّارِ والخيَّاطِ: بعدَ الْفَرَاغِ مِن عملِهِ وإنْ عَمِلَ فِي بَيتِ الْمُسْتَأْجِرِ.

في المدة.. فلا يتوزع الأجر على أجزاء تلك الجملة كما في البيع؛ فإنه ما لم يسلم جميعه.. لا يستحق قبض الثمن، وصار كما إذا كان المعقود عليه: هو العمل كالخياطة؛ فإن الخياط لا يستحق شيئاً من الأجرة ما لم يتم العمل على ما سيأتي.

ثم رجع عنه، وقال: له طلب الأجرة لكل يوم ولكل مرحلة؛ لأن القياس اقتضى استحقاق الأجر ساعة فساعة؛ تحقيقاً للمساواة بين البدلين على ما مر، إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيرها، فيتضرر به، بل تفضي إلى عدمها؛ فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر، فيمتنع الانتفاع من جهته، فتمتنع المطالبة أيضاً.

وما يفضي وجوده إلى عدمه.. فهو منتف؛ فالمطالبة في كل ساعة منتفية، فقدرناها باليوم والمرحلة تسهيلاً. (**وللقصار والخياط: بعد الفراغ من عمله وإن**) وصلية (**عمل في بيت المستأجر**)؛ لأن المعقود عليه هو العمل في كل الثوب، والعمل في بعضه غير منتفع به، وغير المنتفع به لا يستوجب به الأجر.

ولو كان ثوبين ففرغ من أحدهما:.. جاز أن يطلب أجرته؛ لأنه منتفع به، كذا في «العناية».

واعلم: أن ما ذكره المصنف في هذه المسألة هو مختار صاحب «الهداية».

وقال في «النهاية»: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب من «مبسوط شيخ الإسلام» و«الذخيرة» و«المغني» و«شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام و«قاضي خان» و«التمرتاشي» و«الفوائد الظهيرية».

وذكر عن كل واحد من هذه الكتب نقلاً يدل على أن من استأجر خياطاً يخيط له في بيت المستأجر.. فله الأجر بقدر ما خاط؛ لوجود التسليم إلى صاحبه؛ لكونه في بيته.

وللخباز: بعدَ إِخْرَاجِ الْخبزِ؛ فَإِنِ احْتَرَقَ قبلَ الْإِخْرَاجِ.. سقطَ الْأَجرُ، وإِنْ بعدَهُ.. فَلَا إِنْ فِي بَيتِ الْمُسْتَأْجِرِ، ....

ونقل عن «الذخيرة»: يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر؛ كما في الحمال وباني الدار.

ثم قال: ولكن نقل من «التجريد»: أن الحكم قد ذكر فيه، كما ذكره صاحب «الهداية».. فيحتمل أن صاحب «الهداية» [٤٨٦/ب] اتبع صاحب «التجريد» في هذا الحكم.

وقال في «العناية»: إن كلام صاحب «الذخيرة» ـ على ما نقله في «النهاية» ـ: «يدل على استحقاق بعض الأجرة».. إنما هو إذا كان له حصة معلومة، وذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء من الكم والذيل حصة معلومة، وحينئذ.. يكون كل جزء بمنزلة ثوب على حدة، بأجرة معلومة، فيستوجب أجرة؛ كما في كل الثوب.

(**وللخباز: بعد إخراج الخبز**) من التنور؛ لأنه قد فرغ، فيملك المطالبة بالأجر.

لكن هذا إذا كان في بيت المستأجر على ما سيأتي التقييد به.

(**فإن احترق قبل الإخراج.. سقط الأجر**)؛ لهلاكه قبل التسليم إلى صاحبه، ولأنه قبل الإخراج لا قيمة له.

وكذا لو سقط من يده قبل الإخراج فاحترق.. لا يستحق الأجر؛ لما ذكر.

بخلاف ما إذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الأجرة بخياطة بعضه وإن هلك قبل التسليم؛ لأن ذلك القدر له قيمة وينتفع به، فيستحق الأجرة بحسابه، كذا في «الزيلعي».

(**وإن بعده**)؛ أي: إن هلك بعد الإخراج (.. **فلا**) يسقط الأجر؛ لأنه حينئذ يملك بعد التسليم؛ لأن بمجرد الإخراج يوجد التسليم؛ لكونه في منزل صاحبه.

(**إن**) كان (**في بيت المستأجر**)، هذا قيد لكل من قوله: «وللخباز بعد إخراج الخبز» وقوله: «وإن بعده فلا».

وَلَا ضَمَانَ.

وَقَالا: إِن شَاءَ الْمُسْتَأْجِرُ ضَمَّنَهُ مثلَ دقيقِهِ وَلَا أَجرَ.

وإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الْخبزَ، وَلهُ الْأَجرُ.

وللطباخ: للوليمةِ بعدَ الغرفِ.

وإن كان في بيت الخباز.. ليس له المطالبة بعد الإخراج ما لم يسلم إلى صاحبه، ويسقط الأجر بعد الإخراج أيضاً.

(ولا ضمان)؛ لأنه هلك بعد التسليم؛ لكونه مسلماً إليه بالإخراج، ولأنه أمين، ولا ضمان على الأمين.

بخلاف ما لو احترق قبل الإخراج.. فإنه يضمن؛ لأنه بخيانة بعده، كذا في «الزيلعي».

(وقالا): إنه يضمن؛ لأن العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب، ولا يبرأ إلا بحقيقة التسليم، والوضع في بيته: ليس كذلك.

ثم؛ إذا وجب الضمان؛ (**إن شاء المستأجر.. ضمنه مثل دقيقه ولا أجر، وإن شاء.. ضمَّنه الخبز وله**)؛ أي: للخباز (**الأجر**).

قال صاحب «النهاية»: هذا الذي ذكر من الاختلاف: اختيار القدوري.

وأما عند غيره.. فهو مجري على عمومه؛ بأنه لا ضمان بالاتفاق.

أما عند أبي حنيفة: فلأنه لم يهلك من عمله.

وأما على قولهما: فلأنه هلك بعد التسليم.

ولكن هذا إنما يتم إذا كان الوضع في بيته تسليماً، وهل يجب عليه ضمان الحطب والملح؟

ففي «الزيلعي»: أنه لا يجب؛ لأنه صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه.

(**وللطباخ للوليمة: بعد الغرف**) بفتح الغين المعجمة، مصدر «غرف»؛ أي:

فَإِن حَبَسَهَا فَضَاعَت.. فَلَا ضَمَانَ ولا أجرَ.

وَقَالا: إِنْ شَاءَ الْمَالِكُ ضَمَّنَهُ مصبوغاً وَلَهُ الْأجرُ، أَو غيرَ مصبوغٍ وَلَا أجرَ لَهُ.

وَمن لَا أثرَ لعملِهِ فِيهَا؛ كالحمَّالِ والملَّاحِ وغاسلِ الثَّوْبِ.. لَيْسَ لَهُ حَبسُهَا.

وأما القصار، إن كان يقصر بالنساسج أو ببياض البيض.. فله الحبس.

أما إذا كان ببياض الثوب لا غير.. فقد اختلف المشايخ فيه، والأصح: أن له حق الحبس على كل حال؛ لأن البياض كان مستتراً، وقد ظهر بفعله بعد أن كان هالكاً بالاستتار، فصار كأنه أحدثه فيه بالإظهار، كذا في «الزيلعي» نقلاً عن «النهاية».

وقال في «الخلاصة»: وهذا كله إذا عمله في دكانه.

أما إذا عمله في بيت المستأجر.. فليس له حق الحبس.

(**فإن حبسها فضاعت.. فلا ضمان**) عليه عند أبي حنيفة؛ لأنه غير متعد في الحبس، فبقي أمانة كما كان عنده.

(**ولا أجر**) له؛ لأن المعقود عليه هلك قبل التسليم، وذلك يوجب سقوط البدل؛ كالمبيع إذا هلك قبل التسليم إلى المشتري.. يسقط الثمن من المشتري.

(**وقالا: إن شاء المالك.. ضمَّنه مصبوغاً وله الأجر، أو غير مصبوغ، ولا أجر له**)؛ لأن العمل لم يصر مسلماً إليه، وسيأتي تفصيله في ضمان الأجير.

(**ومن لا أثر لعمله فيها**)؛ أي: في العين؛ (**كالحمال**) بالحاء أو الجيم، (**والملاح، وغاسل الثوب.. ليس له حبسها**)؛ لأن المعقود عليه: نفس العمل، وهو غير قائم في العين.. فلا يتصور حبسه، فليس له ولاية الحبس [٤٨٧/ب].

وقال زفر: ليس له أن يحبس العين فيما لعمله أثر أيضاً، واستدل عليه: بأن المعقود عليه صار مسلماً إلى صاحبه باتصاله بملكه، فسقط حق الحبس؛ لأن الاتصال بملكه صار بإذنه، فصار كالقبض بيده.

ولضاربِ اللَّبِنِ: بعدَ إِقَامَتِهِ.

وَقَالا: بعدَ تشريجِهِ.

وَمَن لعَمَلِهِ أَثرٌ فِي الْعينِ كصبَّاغٍ وقصَّارٍ يقصرُ بالنَّشاءِ وَالْبيضِ.. فَلَهُ حَبسُهَا لِلْأَجرِ.

إخراجه إلى القِصاع؛ لأنه من تمام عمله عرفاً.

وإن استؤجر [٤٨٧/أ] في طبخ قدر مخصوص.. فليس عليه الغرف؛ أي: تفريغه إلى القصاع.

(**ولضارب اللَّبِن: بعد إقامته**) عند أبي حنيفة؛ فإن أفسده المطر قبل ذلك وانكسر.. فلا أجر له؛ لأنه لا يصير مسلَّماً ما لم يصر لَبِناً، وما دام على الأرض: لا يصير لبناً.

(**وقالا**): يستحق الأجر (**بعد تشريجه**) بالجيم؛ أي: تنفيذه بضم بعضه إلى بعض؛ لأن التشريج من تمام عمله عرفاً، فصار كالمشروط نصاً.

فلو أفسده المطر بعد إقامته قبل التشريج.. لا أجر له عندهما، هذا فيما إذا لبّن في أرض المستأجر؛ لأنه يصير مسلماً إليه بالإقامة أو التشريج، على اختلاف الأصلين.

وإن لبَّن الأجير في أرض نفسه.. لا يستحق الأجر حتى يسلمه بالعد بعد الإقامة أو التشريج.

(**ومن لعمله أثر في العين؛ كصباغ وقصّار يقصر بالنشاء والبيض.. فله حبسها**)؛ أي: العين (**للأجر**)؛ لأن المعقود عليه وصف في المحل.. فله حق الحبس لاستيفاء البدل؛ كما في المبيع للثمن.

إلا إذا كانت الأجرة مؤجلة، ثم ليس له حبسها.

قال في «الخلاصة» في كسر الحطب وحلق شعر العبد: حق الحبس، وللنساج: حق الحبس، وكذا: كل من صار العين بعمله شيئاً آخر؛ بحيث لو فعله الغاصب.. زال ملك المالك.

بِخِلَافِ ردِّ الْآبِقِ.

وَإِذا أطلقَ الْعَمَلَ للصَّانعِ.. فَلهُ أَن يسْتَعْمِلَ غَيرَهُ.

وإِنْ قَيَّدَهُ بِعَمَلِهِ بِنَفسِهِ.. فَلَا.

قلنا: اتصال العمل بالمحل: ضرورة إقامة العمل، فلم يكن راضياً بهذا الاتصال من حيث إنه تسليم، بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الأثر في المحل؛ إذ لا وجود للعمل إلا به، فكان مضطراً إليه، والرضاء لا يثبت مع الاضطرار؛ كصاحب العلو إذا بنى السفل.. لا يكون متبرعاً راضياً به؛ لأنه مضطر إليه.

(**بخلاف رد الآبق**)؛ حيث كان للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل، ولا أثر لعمله؛ لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه؛ فكأنه باعه منه.. فله حق الحبس.

(**وإذا أطلق العمل للصانع**)، وذلك بأن لم يقيد بعمله بنفسه (.. **فله**)؛ أي: للصانع (**أن يستعمل غيره**)؛ لأن المستحق: هو العمل في ذمته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره؛ بمنزلة إيفاء الدين.. فله أن يستأجر غيره أو يستعمله بعضه.

(**وإن قيد بعمله بنفسه.. فلا**)؛ أي: ليس له أن يستعمل غيره؛ لأن المعقود عليه: العمل من محل معين، فيستحق عينه؛ كالمنفعة في محل بعينه؛ كمن استأجر دابة بعينها للحمل.. فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها، كذا قالوا.

واستشكل بعض مشايخنا: بأنه لو خالف إلى خير؛ بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الصنع، أو سلم دابة أقوى من ذلك.. كان ينبغي أن يجوز.

قال في «البزازية»: لو قال للخياط: استأجرتك لتخيط، فخاط غلامه.. استحق الأجر، وإن قال: بيد نفسك.. لا يستحق. انتهى.

فقد جعل الأول من قبيل الإطلاق، والثاني من قبيل التقييد.

وقال فيها أيضاً: لو قال: استأجرتكِ لتُرضعي، فأرضعت جاريتها.. استحقت الأجر.

وإن شرط إرضاع نفسها.. قيل: استحقت الأجر.

وَمَنِ اسْتَأْجرَهُ رجلٌ ليجيءَ بعيالِهِ، فَوجدَ بَعضَهم قد مَاتَ، فَأَتى بمن بقِيَ.. فَلهُ أَجرُهُ بحسابِهِ.

وقيل: لا.

والأوجه: الاستحقاق.

فعلى هذا: يكون استئجار الغير: مستثناة من مسألة المتن.

(**ومن استأجره رجل ليجيء بعياله**) من بصرة مثلاً ـ الباء للتعدية ـ (**فوجد بعضهم قد مات، فأتى بمن بقي.. فله أجره بحسابه**)؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، فيستحق العوض بقدره.

قال في «المحيط» و«قاضي خان»: هذا إذا كان عياله معلومين، حتى يكون الأجر مقابلاً بجملتهم، فيستحق القدرُ المستوفى منه تلك الجملةُ الأجرَ.

وأما إذا كان عياله غير معلومين.. فهل تصح هذه الإجارة أم لا تصح؟

والذي [٤٨٨/أ] صرح في «الخلاصة» والبزازية: أنها فاسدة؛ حيث قالا: وإن لم يكونوا معلومين.. فالإجارة فاسدة، فحينئذٍ: يلزم أجر المثل بقدر عمله.

والذي ظهر من «الزيلعي»: أنها صحيحة؛ حيث قال نقلاً عن أبي جعفر الهندواني: هذا إذا كان عياله معلومين؛ فإن كانوا غير معلومين.. يجب الأجر كله. انتهى.

فإنها لو كانت فاسدة.. لما وجب الأجر المسمى كله؛ لأن اللازم في الإجارة الفاسدة: هو أجر المثل.

وفي «قاضي خان»: أهل بلدة ثقلت عليهم المؤنات فاستأجروا رجلاً بأجر معلوم ليذهب إلى السلطان ويرفع القصة إليه ليخفف عنهم السلطان نوع تخفيف، وأخذ الأجر من عامة أهل البلد من الأغنياء والفقراء.. قالوا: إن كان بحال لو ذهب إلى بلد السلطان يتهيأ له إصلاح الأمر في يوم أو يومين.. جازت الإجارة، وإن بحال

وَإِنْ اسْتُؤْجِرَ لإِيصالِ طَعَامٍ إِلَى زيدٍ فَوَجَدَهُ مَيتاً فَرَدَّهُ.. فَلَا أَجْرَ لَهُ.

وَكَذَا لإِيصالِ كتابٍ إِلَيْهِ فَردَّه لمَوْتِهِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أَجرُ ذَهَابِهِ هُنَا.

لا يحصل المقصود في يوم أو يومين، وإنما يحصل في مدة؛ فإن وقتوا للإجارة وقتاً.. جازت الإجارة، وله كل المسمى.

وإن لم يوقتوا.. فسدت الإجارة، وكان له أجر المثل على أهل البلدة، على قدر مؤنتهم ومنافعهم.

(**وإن استؤجر لإيصال طعام إلى زيد**) بالبصرة مثلاً (**فوجده ميتاً فرده**)؛ أي: الطعام (**.. فلا أجر له**) بالاتفاق؛ لنقضه تسليم المعقود عليه ـ وهو: حمل الطعام إلى زيد ـ بالرد إلى صاحبه، فصار كأنه لم يفعل.. فلا أجر؛ كالخياط إذا خاط ثوباً، ثم فتقه.

وقال زفر: له الأجر؛ لأنه لما حمل الطعام إلى البصرة.. انتهت إجارته، فوجب الأجر، ثم صار في الرد إلى صاحبه غاصباً: فلا يسقط حقه به في الأجر المستحق.

كمن باع طعاماً وسلم إلى المشتري، ثم استرده منه.. يجب الثمن على المشتري، والبائع غاصب للطعام، فيجب عليه بمجرد حمل الطعام إلى البصرة؛ لأن المعقود عليه هو الحمل إلى زيد بالبصرة، ولم يوجد هذا، وإنما الموجود منه: هو الحمل إلى البصرة، وليس بمعقود عليه.. فلا يجب الأجر.

(**وكذا**) لو استؤجر (**لإيصال كتاب إليه**)؛ أي: إلى زيد في البصرة، (**فرده**)؛ أي: الكتاب إلى صاحبه (**لموته**)؛ أي: لموت زيد.

(**وقال محمد: له أجر ذهابه هنا**)؛ أي: في مسألة إيصال الكتاب إلى زيد.

والفرق له بين هذه المسألة وبين مسألة إيصال الطعام: أن المعقود عليه في هذه المسألة: هو قطع المسافة؛ لأن حمل الكتاب لا يصلح أجراً؛ إذ ليس له حمل ومؤنة.. فلا يصلح معقوداً عليه.

وَلَو تَركَهُ هُنَاكَ.. فَلهُ أَجرُ الذّهابِ إِجْمَاعاً.

بخلاف قطع المسافة؛ فإن لها حملاً ومؤنة [٤٨٨/ب]، فيستحق الأجر في مقابلتها، وقطع المسافة قد وجد في الذهاب، فيستحق الأجر في مقابلته.

بخلاف مسألة إيصال الطعام.. فإن المعقود عليه في هذه المسألة هو حمل الطعام إلى زيد؛ لأن له حملاً ومؤنة، فيصلح معقوداً عليه، ولم يوجد ذلك.. فلا يستحق الأجر.

وقالا: إن المعقود عليه في مسألة إيصال الكتاب: هو نقل الكتاب إلى زيد، وقد نقضه برده إلى صاحبه، فيسقط الأجر؛ كما في مسألة إيصال الطعام إلى زيد.

(**ولو تركه**)؛ أي: الكتاب (**هناك**)؛ أي: في البصرة ليصل إلى زيد أو إلى ورثته (**.. فله أجر الذهاب إجماعاً**)؛ لأنه أتى بما في وسعه، فله نصف المسمى.

وقال في رابع إجارات «البزازية» في تفصيل هذه المسألة: إن دفع الكتاب إلى ورثة فلان.. يجب أجر الذهاب بالإجماع، وإن وجد فلاناً غائباً و ترك الكتاب هناك.. قال مشايخنا: إنه أيضاً على الخلاف.

وبعضهم: أنه يجب أجر الذهاب أيضاً إجماعاً.

هذا إذا شرط عليه المجيء بالجواب.

أما بلا شرطه؛ فإن ترك الكتاب ثمة حتى يعطى له إن حضر إذا كان غائباً، أو إلى ورثته إن كان ميتاً.. يستحق الأجر.

وكذا: لو وجده ودفع الكتاب ولم يقرأ وعاد بلا جواب.. يجب الأجر كملاً؛ لأنه أتى بما في وسعه.

ولو لم يجده، أو وجده وعاد بالكتاب.. فلا أجر له.

وقال محمد: له أجر الذهاب.

ولو نسي الكتاب ثمة.. لا يستحق أجر الذهاب إجماعاً. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: ولو ترك الكتاب ثمة أو مزقه ولم يرد.. كان له أجر الذهاب في قولهم.

وقيل: إذا مزقه.. ينبغي أن لا يجب الأجر؛ لأنه إذا ترك الكتاب ثمة ينتفع بالكتاب وارث المكتوب إليه، فيحصل الغرض، بخلاف ما إذا مزقه.

ولو استأجر رجلاً ليذهب إلى موضع كذا ويدعو فلاناً إليه بأجر مسمى، فذهب إلى ذلك الموضع، فلم يجد فلاناً.. قالوا: له الأجر.

ولو استأجره ليذهب إلى موضع كذا ويؤدي رسالته إلى فلان، فذهب ولم يجد فلاناً في ذلك الموضع وعاد.. كان له الأجر مقابل الذهاب، لا بتبليغ الرسالة. انتهى.

يعني: أنه أتى بما في وسعه وهو الذهاب إليه وقطع المسافة.. فيستحق الأجر في مقابلته، وإما تبليغ الرسالة إليه والإسماع.. فليس في وسعه، فلا يقابله الأجر.

فإن قيل: ما الفرق بين مسألة الرسالة هذه وبين المسألة السابقة؛ أعني: مسألة إيصال الكتاب، حيث قالا في مسألة إيصال الكتاب: إنه لو عاد [٤٨٩/أ] بكتاب.. لا أجر له، وفي هذه المسألة: لو عاد.. له أجر الذهاب؛ كما قال محمد كذلك في مسألة إيصال الكتاب؟

قلنا: الفرق لهما: أن الكتاب يكون سراً مختوماً غالباً، فيمكنه الترك؛ لعدم اطلاع الغير عليه؛ لعدم حل فك ختم غيره، بخلاف الرسالة.. فإنها سر لا يذاع عند الغير؛ فامتنع إبلاغ الغير.

وقال الإمام الحلواني: لا فرق بين الكتاب والرسالة.

قال في «فتاوى قاضي خان» من فصل ما يجب على المستأجر وما لا يجب: استأجر [سفينة][1] ليذهب بها إلى موضع كذا، ويحمل عليها كذا، ويجيء بها،

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (١٦٣/٢).

فذهب بالسفينة ولم يجد ذلك الشيء.. قال محمد: يلزمه كراء السفينة في الذهاب فارغة أقل كراء.

ولو قال اكتريتها منك على أن تحمل الطعام من موضع كذا إلى هنا، فلم يجد الطعام.. فليس عليه شيء من الكراء.

لأن في المسألة الأولى: اكترى السفينة للذهاب والحمل والرجوع.. فيلزمه حصة الذهاب.

وفي المسألة الثانية: وقع الاستئجار على حمل الطعام من موضع كذا إلى هنا؛ فإذا لم يحمل.. لا يلزمه شيء.

ولو استكرى دابة ليحمل [عليها][1] من هناك حمولة، فجاء المكاري وقال: ذهبت ولم أجد الحمل.. قالوا: أن صدقه المستكري في ذلك.. كان عليه أجر الذهاب خالياً عن الحمل.

استأجر دابة في المصر ليحمل عليها الدقيق من طاحونة كذا والحنطة من قرية كذا، فذهب فلم تكن الحنطة [طحنت][2] ولم يجد في القرية حنطة فرجع إلى المصر.. قال محمد بن الفضل: ينظر في لفظة الاستئجار؛ إن كان المستأجر قال: استأجرت هذه الدابة من هذه البلدة حتى أحمل الدقيق من طاحونة كذا.. يجب نصف الكراء؛ لأن الإجارة وقعت صحيحة من البلدة إلى الطاحونة من غير حمل شيء، فيجب نصف الأجر للذهاب، ثم الإجارة من الطاحونة إلى البلدة إنما كان لحمل الدقيق ولم يوجد.. فلم يجب للرجوع شيء.

وأما إذا قال المستأجر: أجرت منك هذه الدابة بدراهم حتى أحمل الدقيق من الطاحونة، فلم يجد الدقيق هناك.. لا يجب شيء؛ لأن هناك الإجارة وقعت على

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان».
(٢) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان».

حمل الدقيق من الطاحونة، فلا يجب الأجر إذا لم يحمل الدقيق. انتهى.

وقد ذكر فيه أيضاً قبل هذه المسألة: رجل اكترى من رجل سفينة ليحمل فيها الطعام إلى موضع كذا، فلما بلغت السفينة إلى ذلك الموضع.. ردها الريح إلى المكان الذي اكتراها؛ فإن لم يكن الذي اكترى السفينة مع الملاح.. ليس على المكتري [٤٨٩/ب] كراء.

وإن كان معه.. فعليه الكراء؛ لأن العمل صار مسلماً إلى المكتري كالخياط؛ إذا خاط الثوب في دار صاحب الثوب.

استأجر بغلاً للركوب إلى موضع كذا، فجمح في بعض الطريق ورده إلى الموضع الذي استأجره.. فعليه الأجر.

وهو نظير مسألة السفينة إذا ردها الريح والمكتري مع الملاح في السفينة.

وفي «البزازية» نقلاً عن «الواقعات»: رجل اشترى أشجاراً للقلع بالأجراء، فلم يرض البائع فتقايلا؛ إن استأجرهم ليذهبوا معه من المصر إلى موضع الأشجار.. فلهم أجر الذهاب، وإن كانت الإجارة لقلع الأشجار في موضع كذا.. فلا أجر.

وفي «النوازل»: استأجر أجيراً على أن يقلع له الأشجار في موضع كذا، على أن أجر الذهاب والرجوع على المستأجر.. قال: لا أرى له أجر الذهاب ولا الرجوع؛ لأنه لم يعمل شيئاً.

استأجر مكارياً يحمل له وقراً من الحنطة إلى موضع كذا، فلما بلغ نصف الطريق.. عاد به إلى المكان الأول: لا يجب الأجر.

* * *

(بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الإجَارَةِ وَمَا لا يَجُوزُ)

وفي «البزازية»: الإجارة إذا وقعت على العين.. لا تجوز؛ فلا يصح استئجار الآجام والحياض لصيد السمك أو رفع القصب وقطع الحطب أو لسقي أرضه أو غنمه منها، وكذا إجارة المراعي.

والحيلة في الكل: أن يستأجر موضعاً معلوماً لعطن الماشية ويسبح الماء والمرعى.

وقد ذكرنا في باب البيع الفاسد نقلاً عن «البحر»: ما يفيد جواز إجارة الحياض للصيد.. فارجع.

ومما لا يجوز: استئجار الزوج زوجته للخدمة، واستئجار الأب ابنه.

قال في «الخلاصة»: لو استأجر امراته لتخدمه.. لا يجوز.

ولو كانت المرأة أمة الغير.. جاز.

ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها.. جاز في ظاهر الرواية.

وروى أبو عصمة بن سعد بن معاذ المروذي: أنه باطل.

وذكر في كتاب جعل الآبق: أن للزوج أن لا يخدمها، ومتى رجع الأمر إلى القاضي.. يفسخ العقد بينهما.

ومن مشايخنا من قال: تأويل قول أبي عصمة: أنه سيبطل.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان.

وإن استأجر ابن الحر الأب أو الأم ليرعى غنمه أو ليعمل عملاً آخر غير الخدمة.. جاز.

ولو استأجر الابن أمه للخدمة أو جده أو جدته.. لا يجوز.

وَصَحَّ اسْتِئْجَارُ الدَّارِ والحانوتِ وَإِن لم يذكرْ مَا يَعْمَلُ فِيهِ.

وَلهُ أَنْ يعْملَ كلَّ شَيْءٍ سوى مَا يوهِنُ الْبناءَ كالحِدادةِ والقِصارةِ والطَّحنِ.

ولو عمل واحد من هؤلاء.. يجب المسمى.

ولو استأجرت زوجها ليرعى غنمها.. جاز.

ولو استأجر الأب ليخدمه.. لا يجوز؛ حراً كان الأب أو عبداً لغيره أو كافراً.

ولا يجب الأجر إذا خدم، إلا إذا كان مكاتباً أو عبداً. انتهى.

(وصح استئجار) [٤٩٠/أ] **(الدار والحانوت وإن لم يذكر ما يعمل فيه)** من السكنى وغيره.

والقياس: أن لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيه؛ لأن المقصود من الدار والحانوت: الانتفاع، وهو متنوع، فوجب أن لا يجوز ما لم يبين نوعاً منها؛ للجهالة المفضية إلى النزاع، لكنه جاز استحساناً.

ووجهه: أن المعروف عرفاً: كالمشروط نصاً، فينصرف إليه، وهو السكنى، ولهذا سمِّي مسكناً.

فإن قيل: سلمنا أن السكنى متعارف، ولكنه قد يتفاوت بتفاوت السكان.. فلا بد من بيانه.

أجيب: بأن السكنى لا تتفاوت وإن تفاوت السكان، وما لا يتفاوت.. لا يشتمل على ما يفسد العقد، فيصح.

(وله أن يعمل كل شيء) من: السكنى والإسكان، والوضوء والغسل وغسل الثياب، وكسر الحطب للوقيد، وغيرها من توابع السكنى؛ لإطلاق العقد.

(سوى ما يوهن البناء؛ كالحدادة والقصارة والطحن) بالماء أو بالدابة، دون اليد إن لم يوهن البناء؛ لأن فيما يوهن البناء ضرراً ظاهراً، فيقيد بما وراءه دلالة. وفي «الخلاصة»: لا يمنع من رحى اليد، إلا إذا كان يضر.. فحينئذٍ يمنع. وعليه الفتوى.

وكذا: يمنع من كسر الحطب إذا زاد، أو يوهن البناء.. إلا برضاء المالك، أو يشترط في الإجارة.

ولو أقعد فيها قصاراً فانهدمت من عمله.. ضمن، ولا يجب الأجر فيما ضمن.

وينبغي: أن يجب فيما لم يضمن وهو الساحة.

وإن لم ينهدم شيء بالقصارة.. لا يجب الأجر قياساً.

ويجب المسمى استحساناً.

هذا فيما إذا استأجر ولم يذكر ما يعمل فيه.

وإذا استأجر ليقعد قصاراً.. فله أن يقعد حداداً أيضاً؛ إذا كانت مضرتهما واحدة.

ولو قال المستأجر: شرطت لك القصارة، وأنكر الآجر.. فالقول قوله.

وإن أقاما البينة.. فالبينة بينة المستأجر.

وهل له أن يرابط دوابه؟

ففي «الخلاصة»: وللمستأجر أن يرابط فيها دابته وبعيره وشاته؛ فإن لم يكن هناك مربط.. ليس له اتخاذ المربط، بل يربط على باب داره.

وكذا: إن لم يكن فيها بئر ماء.. ليس له أن يحفر بئر ماء.

ولو حفر؛ فما عطب به.. يضمن إن كان بغير إذن المالك.

ولو ضربت الدابة إنساناً فمات، أو هدمت حائطاً.. لم يضمن.

ولو أدخل المؤجر دابته الدار المستأجرة بعدما سكن، فعطب به شيء.. ضمن؛ إذ ليس له إدخال دابته بعدما سكن المستأجر، إلا إذا أدخلها بإذن المستأجر.. فلا يضمن.

بخلاف ما إذا أعار داره، ثم ربط المعير دابته على باب الدار فضربت إنساناً.. لا يضمن.

هذا [٤٩٠/ب] إذا أجر كل الدار؛ فإن لم يؤجر صحن الدار.. له أن يربط في الصحن.

وللمستأجر أن يبني التنور فيها، حتى لو بنى فاحترق به شيء من الدار.. لم يضمن؛ لأن التنور من لوازم السكنى.

وله أيضاً: الإيجار إلى آخر، لكنه لو أجره بأكثر مما استأجره.. تصدق بالفضل، إلا إذا أصلح في الدار شيئاً أو ضم إليها شيئاً آخر وآجرهما معاً.. فيصرف الزيادة إلى شيء آخر.

أو آجرها بخلاف جنس ما استأجر به أولاً أو جصّصها، ثم أجر بالزيادة.. فحينئذٍ تطيب له الزيادة في هذه الصور.

بخلاف ما إذا كنس الدار، ثم أجرها بالزيادة؛ حيث لا تطيب له الزيادة، إلا إذا قال: على أن اكنس الدار.

استأجر منزلاً من دار، وفيها سكان، فأدخله الدار وخلى بينه وبين المنزل، ثم قال بعد مدة: حال بيني وبين المنزل فلان.. يحكَّم الحال:

إن فيها فلان.. لا يلزم الأجر.

وإن فيها المستأجر.. يلزم بشهادة الظاهر.

وإن خالياً.. يجب أيضاً؛ لوجود التخلية.

أجره داراً شهراً وسكن المالك فيها معه، وقال المستأجر: لا أعطيك الأجرة؛ لعدم التخلية.. فعليه الأجر بحساب ما في يده؛ لأنه استوفى بعض المعقود عليه.

استأجر حانوتاً على بابه دكان على الطريق مع الدكان، فمنع من الترفق بالدكان.. سقط حصة الدكان، ولا تفسد هذه الإجارة؛ لأنه موقوف على إذن السلطان.

واستئجارِ الأَرْضِ للزَّرْعِ إِنْ بيَّن مَا يزرعُ، أَو قَالَ: على أَنْ يزرعَ مَا شَاءَ.

وللبناءِ وَالْغَرْسِ.

وَإِذا انْقَضتْ الْمدَّةُ.. لزمَهُ أَن يقلَعهُما ....

ساحة بين يدي حانوت الرجل في الشارع، فأجرها الرجل وأخذ الأجرة.. فاختلفوا فيه:

فقال في «المحيط»: إن هذه الأجرة للعاقد.

وقال الفقيه أبو الليث: هذا إذا كان ثمة بناء حتى يصير المؤجر غاصباً عندهما.

وقال في «البزازية»: والصحيح عندي: هو الأول؛ لأن عندهما وإن لم يتحقق الغصب في حق الضمان.. يتحقق في حق غيره؛ كلزوم الرد والإثم، فكذا في حق استحقاق الأجر.

(و) صح (**استئجار الأرض**):

(**للزرع إن بين ما يزرع**)؛ لأن الزراعة منفعة مقصودة، فتصلح للاستئجار.

وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة؛ لأنها قد تستأجر لغيرها أيضاً، فلا بد من البيان؛ نفياً للجهالة.

ولا بد من بيان ما يزرع فيها أيضاً؛ لأنه متفاوت في الضرر بالأرض.. فلا بد من التعيين؛ قطعاً للمنازعة.

(أو قال: على أن يزرع ما شاء).

(**وللبناء والغرس**)؛ لأنه لما فوض الاختيار إليه.. اندفعت الجهالة المفضية إلى النزاع.

ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص؛ لأن الإجارة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع إلا بها، فيدخلان في إطلاقه.

بخلاف البيع؛ فإن المقصود منه مقصودة [٤٩١/أ] بالأراضي، فيصح العقد لها.

(**وإذا انقضت المدة.. لزمه**)؛ أي: المستأجر (**أن يقلعهما**)؛ أي: البناء والغرس.

ويسلِّمَها فارغةً.

إلّا أَنْ يغرمَ المؤجرُ قيمَةَ ذَلِكَ مقلوعاً برضى صَاحبِهِ.

وَإِن كَانَتِ الأَرْضُ تنقُصُ بقلعِهِ.. فبدونِ رِضَاهُ أَيْضاً.

أو يرضيا بِتَرْكِهِ.. فَيكونُ الْبناءُ وَالْغَرْسُ لهَذَا، وَالْأَرْضُ لهَذَا.

والرطبةُ كالشَّجرِ.

وَالزَّرْعُ يتْرَكُ بِأَجْرِ الْمثلِ إِلَى أَنْ يدْرِكَ.

(ويسلمها)؛ أي: الأرض **(فارغة)**؛ لأنهما لا نهاية لهما؛ ففي إبقائهما: ضرر لصاحب الأرض.

(إلا أن يغرم المؤجر قيمة ذلك)؛ أي: البناء والغرس **(مقلوعاً برضى صاحبه)**؛ أي: صاحب البناء والغراس إن لم تكن الأرض تنقص بقلعهما.

(وإن كانت الأرض تنقص بقلعه)؛ أي: بقلع كل منهما (.. **فبدون رضاه أيضاً**)؛ أي: يغرم قيمته بدون رضى صاحبه، كما يغرم برضاه.

(أو يرضيا بتركه) على الأرض، **(فيكون البناء والغرس لهذا، والأرض لهذا)**؛ أي: لصاحبهما.

(والرطبة كالشجر)؛ لأن لها عروقاً في الأرض وبقاء عليها؛ كالشجر.. فكان حكمها كحكمه.

(والزرع يترك) بعد انقضاء المدة ولم يحصد **(بأجر المثل إلى أن يدرك)**؛ لأن له نهاية معلومة، فأمكن فيه رعاية الجانبين، وذلك بأجر المثل، فيصير إليه.

ومما يتعلق بإجارة الأرض: ما ذكر في «الفتاوى»: رجل استأجر أرضاً ليزرعها، فزرعها، فأصاب الزرع آفة فهلك، أو غرقت الأرض ولم تنبت.. فعليه الأجر تاماً.

ولو غرقت قبل أن يزرعها.. فلا أجر عليه؛ لعدم استيفاء المعقود عليه، هكذا ذكره في «الخلاصة» و«البزازية» من غير تفصيل.

ثم ذكرا عن «المحيط» تفصيلاً وقالا: قال في «المحيط»: والفتوى: على أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع، إلا إذا تمكن من إعادة زرع مثله أودونه في الضرر بالأرض.

وقالا: وكذا لو منعها غاصب عن الزراعة؛ بناء على إمكان الزراعة وعدمه؛ يعني: إن أمكن الزراعة بعد الغصب.. يجب الأجر، وإلا.. فلا.

ولو قبض الأرض ولم يزرعها حتى مضت السنة.. يجب تمام الأجر.

استأجر أرضاً ليزرعها، فزرعها، فلم يجد الماء ليسقيها، فيبس الزرع يسقط الأجر منه؛ سواء استأجر بشربها أو بغير شربها.

كما لو استأجر الرحى وانقطع ماؤه.

وكذا: لو خرب النهر الأعظم ولم يقدر على سقيها.. يسقط الأجر.

وكذا: لو كانت الأرض تسقى بماء المطر وماء الأرض، فانقطع ماء المطر.. يسقط الأجر؛ لعدم الانتفاع بها بدون ماء المطر.

ولو استأجر من أرض الجبل فزرعها، فلم تمطر ولم تنبت حتى مضت السنة، ثم مطرت ونبت.. فالزرع كله للمستأجر، وليس عليه كراء الأرض، ولا قيمة نقصانها؛ لأن الزرع لم يكن غصباً.

وهل تطيب للمستأجر زيادة الزرع؟

ففي «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: أنه يتصدق بالفضل.

وإن قال رب الأرض: أنا [٤٩١/ب] أقلعه.. له ذلك.

ولو استأجر أرضاً ليزرعها، فزرعها، فقل ماؤها أو انقطع.. فله أن يخاصمه، حتى يفسخ القاضي العقد بينهما، وبعدما فسخ يترك الحاكم الأرض في يده بأجر مثلها إلى أن يدرك الزرع؛ فإن سقى زرعه.. كان ذلك رضاء، وليس له أن ينقض الإجارة.

واستئجارُ الدَّابَّةِ للرُّكُوبِ وَالْحملِ، وَالثَّوْبِ لِلُّبْسِ؛ فإِنْ أطلقَ.. ....

ولو استأجر أرضاً سنة يزرعها غلة واحدة قد سماها بعينها، فزرع تلك الغلة؛ فلما نبتت أصاب الزرع آفة فأفسدته وهي في وقت لا يستطيع أن يعيد تلك الزراعة بعينها، فأراد أن يزرع غير ما سمى مما هو دونه في الضرر على الأرض أو مثله.. له أن يفعل ذلك وإن كان من غير أمر صاحبه.

وإن كان ما زرع أضر على الأرض.. لم يكن له ذلك، ويرد الأرض على الآجر، وعليه الأجر بقدر ما أنبتت في يده.

وبيان أحكام إجارة الأرض المغصوبة سيأتي في كتاب الغصب.

(و) صح (**استئجار الدابة للركوب والحمل**)؛ لأنهما منفعة مقصودة معهودة في الدابة، وعلفها على المؤجر لا على المستأجر، حتى لو شرط على المستأجر.. فسدت الإجارة.

ولو تركها المستأجر بلا علف وماتت جوعاً.. لم يضمن، كما في «البزازية».

بخلاف إجارة العبد.. فإن طعامه على المستأجر.

وبخلاف استئجار المكاتب.. فالأجر عليه لا على المستأجر، كذا في «الأشباه».

(و) صح استئجار (**الثوب للبس**)؛ لأنه منفعة مقصودة في الثوب.

(**فإن أطلق**)؛ أي: الركوب واللبس، وذلك بأن قال: استأجرت على أن أُركب من أشاء، أو أحمل ما أشاء، أو أُلبس من أشاء.

وهو: المراد بالإطلاق ههنا، لا أن يقول: استأجرت للركوب أو للحمل أو للبس ولم يزد عليه.. فإن العقد في هذه الصورة فاسد.

تفصيله: أنه إذا استأجر دابة أو ثوباً:

فإما أن يقول عند العقد: استأجرت للركوب أو للحمل أو للبس ولم يزد عليه لفظاً آخر.

فَلَهُ أَن يُرْكِبَ، ويُلْبِسَ من شَاءَ.

فَإِذا رَكِبَ أَو لَبِسَ هُوَ، أَو أَركبَ أَو أَلبَسَ غَيره.. تعيّنَ، فَلَا يَسْتَعْمِلُهُ غَيرُه.

وَإِن قيّد بِرَاكِبٍ أَو لابِسٍ فَخَالف.. ضَمِنَ.

أو زاد فقال: استأجرت على أن أُركب من أشاء أو أحمل ما أشاء أو أُلبس من أشاء.

أو قال: استأجرت على أن أركب فلاناً أو أحمل الشيء الفلاني أو ألبس فلاناً.

فهذه ثلاثة أوجه.

فإن كان الأول: فالعقد فاسد؛ لأنه مما يختلف اختلافاً فاحشاً؛ فإن أركب أو ألبس شخصاً ومضت المدة.. فالقياس؛ أن يجب أجر المثل؛ لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد، فلا ينقلب جائزاً.

وفي الاستحسان: يجب المسمى وينقلب جائزاً، إلا أن الفساد كان للجهالة، وقد ارتفعت حالة الاستعمال؛ فكأنها ارتفعت من الابتداء [٤٩٢/أ]؛ لأنها عقد ينعقد ساعة فساعة، وكل جزء منه ابتداء، وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء.. صح العقد، فكذا ههنا. كذا في «العناية».

وإن كان الثاني والثالث: صح العقد، ويجب المسمى.

فإذا كان المراد بالإطلاق ما ذكرناه؛ فإذا أطلق العاقد عند العقد بهذا المعنى (.. **فله أن يركب ويلبس من شاء**) عملاً بإطلاقه، وله أن يحمل ما شاء.

أيضاً: في الاستئجار للحمل: يجب عليه المسمى.

(**فإذا ركب أو لبس هو**)؛ أي: المستأجر، (**أو أركب أو ألبس غيره.. تعين**) مراداً من الأصل، فصار كأنه نص عليه.

(**فلا يستعمله غيره**)؛ لأنه خلاف النص المذكور، حتى لو استعمله غيره.. ضمن بالهلاك.

(**وإن قيد براكب أو لابس**) معينين (**فخالف.. ضمن**)؛ لأن التقييد بالمعين مفيد؛

وَكَذَا كلُّ مَا يخْتَلفُ باخْتلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ.

وَمَا لَا يخْتَلفُ بِهِ.. فتقييدُهُ هدْرٌ.

فَلَو شَرطَ سُكْنى وَاحِدٍ.. جَازَ أَنْ يُسكنَ غَيرَهُ.

وَإِن سمَّى مَا يُحمَلُ على الدَّابَّةِ نوعاً وَقدراً ككُرِّ بُرٍّ.. فَلَهُ حملُ مثْلِهِ، أَو أخفَّ؛ كالشَّعيرِ والسِّمَسِمِ، ....

لتفاوت الناسِ في الركوب واللبس، والأشياءِ في الحمل.. فيعتبر؛ فبالخلاف منه صار متعدياً.. فيضمن.

(وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل)؛ أي: يضمن بالخلاف إذا كان مقيداً كالفسطاط، حتى لو استأجره وقيده بإسكان فلان، فدفعه إلى غيره إجارة أو إعارة، فنصبه وسكن فيه.. ضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب أوتاره.

وعند محمد: لا يضمن؛ لأنه للسكنى، فصار مثل الدار.

(وما لا يختلف به)؛ أي: باختلاف المستعمل (.. **فتقييده**)؛ أي: تقييد المؤجر بشخص: **(هدر)**؛ لعدم التفاوت، فلا يفيد التقييد.

فإذا كان هدراً؛ **(فلو شرط سكنى واحد)** بعينه (.. **جاز أن يُسكن**) من الإسكان **(غيره)**؛ لأن التقييد غير مفيد؛ لعدم التفاوت في السكنى.

وما كان يضر البناء من إسكان الحداد والقصار والطحان: خارج على ما تقدم.

(وإن سمى) المستأجر **(ما يحمل على الدابة نوعاً وقدراً؛ ككر بر)**؛ أي: بعينه.

الأول: لبيان النوع.

والثاني: لبيان القدر.

(.. **فله حمل مثله**) في الضرر؛ ككر بر آخر، **(أو أخف)** منه ضرراً؛ **(كالشعير والسمسم)**؛ فإنهما إذا كانا كسراً.. يكون أخف من كر بر، فيكون أقل ضرراً.

لَا مَا هُوَ أَضرُّ كالملحِ.

وإِنْ سمَّى قَدْراً مِنَ الْقُطنِ.. فَلَيْسَ لَهُ أَن يحملَ مثلَ وَزنِهِ حَديداً.

وإِنْ زَادَ على مَا سمَّى، فعطبتْ.. ضَمِنَ قدرَ الزِّيَادَةِ إِنْ كَانَت تطِيقُ مَا حَمَلَهَا، وإِلَّا.. فَكلّ الْقيمَةِ.

(لا ما هو أضر؛ كالملح) إذا كان مثل البر كيلاً؛ فإنه أثقل.. فيكون أكثر ضرراً.

(وإن سمى قدراً من القطن.. فليس له أن يحمل مثل وزنه حديداً)؛ لأنه ربما كان أضر على الدابة؛ لاجتماعه في موضع واحد من الظهر، بخلاف القطن؛ فإنه ينبسط عليه.

(وإن زاد على ما سمى) من البر والقطن، **(فعطبت)** الدابة (.. **ضمن قدر الزيادة إن كانت**) الدابة **(تطيق ما حملها)**؛ لأنها حينئذ هلكت بما هو مأذون فيه، وغير مأذون فيه، وسبب الهلاك: الثقل، فانقسم عليهما.

(وإلا)؛ أي: وإن لم تطق [٤٩٢/ب] ما حملها (.. **فكل القيمة**)؛ أي: ضمن كل القيمة؛ لعدم إذنه فيها أصلاً؛ لأنها خارجة عن العادة؛ كما إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى.. فإنه حينئذ يضمن جميع قيمتها؛ لعدم الإذن.

فإن قيل: إذا استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختوماً منها، فهلك.. ضمن جميع القيمة، مع أن الزيادة من جنس المسمى، ويطيق به الثور.

أجيب: بأن الطحن يكون شيئاً فشيئاً؛ فإذا طحن العشرة المسماة.. انتهى الإذن، فبعد ذلك: هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن.. فيضمن الجميع.

وأما الحمل: فيكون جملة واحدة، فهو مأذون في بعض دون بعض، فيوزع الضمان على ذلك.

ولنذكر بعض ما يتعلق بضمان المكاري:

قال في «الخلاصة»: لو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم، فجعل في

جوالق عشرين مختوماً، وأمر رب الدابة بوضعه عليها ففعل.. لا ضمان على المستكري؛ لأن صاحب الدابة هو الواضع.

ولو حملاها جميعاً.. ضمن ربع القيمة؛ لأن النصف مأذون، والنصف الآخر بغير إذن، وهما حملاه.. فضمن نصف هذا النصف.

ولو كان الحمل عدِلين، حمل كل واحد منهما عدلاً، فوضعا جميعاً.. لم يضمن.

وكذا لو حمل المستأجر أولاً؛ لأن رب الدابة حامل للزيادة.

وإن حمل رب الدابة أولاً، ثم المستأجر.. ضمن نصف قيمة الدابة.

ولو تكارى دابة ليحمل عليها شعيراً كيلاً معلوماً، فحمل عليها براً مثل كيله.. ضمن قيمتها.

وإن حمل عليها مثل نصف ذلك من البر.. قال الإمام السرخسي: يضمن.

وقال الإمام خواهرزاده: لا يضمن استحساناً.

قال الصدر الشهيد: هو الأصح.

ولو زاد وبلغ المكان، ثم ضاع.. ضمن بقدر الزيادة؛ لأنه صار غاصباً.. فلا يبرأ إلا بالرد إلى المالك.

وفي «فتاوى قاضي خان»: لو استأجر دابة ليحمل عليها شيئاً سماه، فحمل عليها غيره.. فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: إن حمل عليها من جنس المسمى، إلا أنه خالف المشروط؛ بأن استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من غير تلك الحنطة إذا حمل عليها حنطة رجل آخر.. لا يكون مخالفاً.

والثاني: إن خالف في الجنس؛ بأن استأجر ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير:

في القياس: يكون مخالفاً ضامناً.

وفي الاستحسان: لا يكون؛ لأن المعتبر هو الضرر، ولا ضرر ههنا؛ لأن مثل ذلك من الشعير.. يكون أخف على الدابة: فإن سلمت الدابة.. يجب المسمى، أو عطبت من ذلك.. يضمن قيمتها، ولا يجب الأجر [٤٩٣/أ]؛ فعلى هذا: يكون ما ذكره المصنف استحساناً.

والثالث: إن خالف إلى ما هو أضر بالدابة؛ بأن استأجر لحمل الحنطة، فحمل عليها حديداً أو آجراً أو قطناً أو حطباً مثل وزن الحنطة، فعطبت.. يضمن قيمتها.

فإن سلمت.. لا يجب الأجر. انتهى.

وفي «الخلاصة» أيضاً: لو سمى من الحنطة وزناً معلوماً، فحمل على الدابة من الشعير مثل ذلك الوزن وعطبت الدابة.. يضمن قيمتها.

ولو استأجرها ليحمل عليها شعيراً، فحمل عليها في إحدى الجولقين شعيراً، وفي الآخر حنطة، فعطبت الدابة.. يضمن نصف قيمتها، وعليه نصف أجرها؛ لأنه في النصف موافق، وفي النصف مخالف.

استأجر دابة ليحمل عليها. فله أن يركبها.

وإن استأجرها ليركبها.. ليس له أن يحمل عليها، ولو حمل عليها.. لا أجر عليه؛ لأن الركوب يسمى حملاً، ويقال: ركب فلان وحمل معه غيره، ولا يسمى الحمل ركوباً أصلاً.

استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها عشرين منها، فسلمت.. فعليه الأجر تاماً.

فإن عطبت بعدما بلغت.. فعليه نصف قيمتها والأجر تام.

وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف إذا استأجرها لحمل معلوم فساقها رب الدابة، فعثرت الدابة، فسقطت الحمولة، وفسدت، وصاحب المتاع يمشي مع رب

الدابة أو ليس معه.. فالمكاري ضامن.

استأجرها ليحمل عليه زيتاً أو متاعاً، فحمله، فركب هو والمكاري، فتلف المتاع.. لا ضمان على المكاري؛ لأنه لم يخلّ بينه وبين المتاع.

وكذلك لو كانا يقودان البغل ويسوقانه.

ولو انقطع حبله فسقط الحمل.. ضمن بالاتفاق.

أما لو أصابته الشمس أو المطر ففسد الحمل، أو سرق الحمل من ظهر الدابة.. لا يضمن عنده.

وعندهما: يضمن.

ولو حمل عليها عبداً، فساق رب الدابة، فعثرت، وعطب العبد.. لا يضمن؛ لأن العبد في يد نفسه.

بخلاف المتاع.

وكذا لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها، فساقها رب الدابة فعثرت، فعطب الرجل أو فسد المتاع.. لم يضمن صاحب الدابة.

ولو كان العبد لا يستمسك.. ضمن؛ كما في الثوب والبهيمة إذا هلكت بسوقه.

المستأجر إذا ركب الدابة وقد لبس من الثياب أكثر مما عليه حين استأجرها؛ إن لبس مثل يلبس الناس.. لا يضمن، وإن لبس ما لا يلبس الناس.. يضمن بقدر ما زاد.

استأجر حماراً ليحمل عليه وِقر حنطة إلى المصر، فحمله عليه وبلغ موضعه، فلما انصرف.. حمل عليه قفيز ملح، مرض الحمار [٤٩٣/ب] ومات.. فعليه الضمان؛ لأنه فعل ذلك بغير إذن مالكه.

بخلاف ما إذا ركب في حال رجوعه؛ حيث لا يضمن وإن كان بغير إذن المالك؛ لأن ذلك متعارف.

قال القاضي الإمام: يضمن بالركوب أيضاً؛ كما في الدابة المستعارة إذا ركب في حالة الرد.

إذا استأجرها ليحمل عليها إنساناً بأجر معلوم، فحمل عليها امرأة ثقيلة، فعطبت؛ فإن كانت الدابة تطيق حملها.. لا ضمان، وعليه الأجر استحساناً.

وإلا.. يكون ضامناً.

استأجر حماراً ليحمل عليه اثني عشر وقراً من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لَبِن فكلما عاد من أرضه يحمل عليه وقراً من لَبِن؛ فإن هلك الحمار في الرجوع.. يضمن قيمة الحمار دون الأجر، وإن سلم الحمار حتى تم العمل.. فعلى المستأجر تمام الدرهم: في كل وقر من التراب: نصف دانق.

كما إذا استكرى دابة لمسير فرسخ، فسار سبعة فراسخ.. فعليه من الكراء مقدار ما شرط، وفيما زاد: هو غاصب.

استأجر حماراً فضلّ، فتركه ولم يطلبه حتى ضاع؛ إن ذهب الحمار من حيث لا يشعر به وهو حافظ.. لا ضمان عليه في تركه الطلب.

فإن علم فطلبه ولم يظفر به.. فلا ضمان عليه.

وكذا: لا ضمان عليه في ترك الطلب إذا كان آيساً من وجوده لو طلبه بالقرب في حوالي الموضع الذي ذهب.

ولو أوقف الحمار وشرع في الصلاة فذهب الحمار وهو يراه ولم يقطع الصلاة.. يضمن وإن كان في الفرض؛ لأن الحفظ واجب عليه وهو قادر على ذلك.

وكذا لو كان في بول أو غائط أو حديث مع غيره فذهب الحمار؛ إن توارى عن بصره وضاع.. ضمن.

البقار لا يكون تاركاً للحفظ ما لم يغب البقر عن بصره وإن كان نائماً.

وإن غاب عن بصره.. يكون تاركاً للحفظ. كذا ذكره في «الخلاصة» و«البزازية» مطلقاً.

ثم ذكرا عن «الصغرى»: أنه إذا نام قاعداً.. لا يكون تاركاً للحفظ، وإن نام مضطجعاً.. يكون تاركاً للحفظ.

وإذا اشتغل بعمل آخر وضل الحمار.. يضمن.

إذا جاء إلى الخباز ليشتري الخبز، وترك الحمار؛ إن كان غاب عن بصره.. يضمن.

وإن لم يغب.. لا يضمن.

والتقييد بالبصر: في النهار والليل سواء.

ولو ربط الحمار على آري[1] في سكة نافذة، ولا منزل له فيها، ولا لقريبه؛ إن كان استأجره لركوب نفسه.. يضمن إن ضاع.

وإن استأجره مطلقاً بلا بيان الراكب وهنا رجال نيام ليسوا في عيال المستأجر، ولا من أجرائه؛ إن لم يستحفظهم.. ضمن إن ضاع، أو إن استحفظهم أو بعضهم [٤٩٤/أ] وقبلوا منه والغالب ثمة أن نوم الحافظ ليس بإضاعة.. لا يضمن.

وإن كان نوم الحافظ يعد إضاعة.. ضمن.

ترك الحمار على الباب، ودخل المنزل ليأخذ خشب الحمار، وضاع؛ إن لم يغب عن بصره.. لا ضمان، وإن غاب:

إن كان موضعاً لا يعد تضييعاً كما كانت السكة غير نافذة أو في بعض القرى.. لا يضمن.

وإن عد تضييعاً.. ضمن.

---

(١) **الآري**: المعلف. «مصباح».

ربط الحمار على بابه، ودخل الدار ليأخذ شيئاً، أو المسجد ليصلي.. فهذا وترك الربط: سواء؛ فيضمن في المختار.

استأجر دابة أياماً معلومة ليركبها في المصر، فانقضت المدة، فأمسكها في بيته ولم يجئ صاحبها ليأخذها، فعطبت.. لا ضمان عليه؛ لأن مؤنة الرد على الآجر.

قالوا: هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال؛ أما إذا كان الإخراج بغير إذن رب المال.. فمؤنة الرد على الذي أخرج؛ مستعيراً كان أو مستأجراً.

رجل استأجر دابة إلى موضع، فأخبر أن في الطريق لصوصاً، فلم يلتفت، وذهب، فأخذ اللصوص الدابة؛ إن كان الناس يسلكون الطريق بدوابهم مع الخبر.. لا يضمن، وإن كانوا لا يسلكون.. ضمن.

رجل استأجر رجلاً ودفع إليه حماراً وخمسين درهماً ليذهب به إلى بلد كذا، ويشتري شيئاً للتجارة، فذهب المأمور، فأخذ السلطان حمر القافلة، فذهب البعض، ولم يذهب البعض ولا الأجير، ومن الذين ذهبوا في طلب الحمار: بعضهم استردوا، وبعضهم لا؛ فإن كان الذين استردوا لم يكونوا يلومون على الذين لم يذهبوا لما فيه من تحمل المشقة.. لا يضمن الأجير، وإن كانوا يلومونهم.. يضمن الأجير.

وإن استقبلهم اللصوص، فطرح المكاري الكرباس، وذهب بحماره، فأخذ اللصوص الكرباس.. لا يضمن المكاري إن كان يعلم أنه لا يتمكن التخلص عنهم بالحمار والكرباس، ويعلم أنه لو حمله.. أخذوا الحمار والكرباس.

استأجر حماراً ليحمل عليه الشوك، فأدخله في سكة فيها نهر، فبلغ موضعاً ضيقاً، فضرب الحمار، فوقع الحمار مع الحمل في النهر، فاشتغل المستأجر بقطع الحبل، فهلك الحمار؛ إن كان بحال لا يسع فيه بمثل ذلك الحمل.. فهو ضامن.

وإن كان الحمار يقدر على مجاوزته عن مثل ذلك الموضع مع ذلك الحمل؛ فإن عنف عليه في الضرب حتى وثب من ضربه.. فهو ضامن، وإلا.. فلا.

وَفِي الإِردافِ: يضمنُ النّصْفَ، ....

وكذا لو وقع في النهر بعنفه في السوق.. يضمن. الكل في «الفتاوى» من «قاضي خان» [٤٩٤/ب] و«الخلاصة» و«البزازية».

وذكر في «العمادي»: أنه إذا دفع حملاً إلى مكار ليحمله إلى موضع كذا، وشرط عليه أن يسير ليلاً، وصاحب الحمل معه يسيران ليلاً، فضاعت الدابة مع الحمل؛ إن كان المكاري ضيع بترك الحفظ.. ضمن، وإن كانت ضاعت من غير تضييعه.. لم يضمن عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وينبغي أن لا يضمن إذا كان رب الدابة يسير معه بلا خلاف.

وفي «قاضي خان»: لو استأجر مرّاً من رجل، وجعله في الطين، ثم صرف وجهه عن الطين، ولم يبرح مكانه ودعى أجيره، ثم نظر إلى المر، فلم يجده.. قالوا: إن كان تحويل وجهه عن المر قليلاً لا يعد ذلك تضييعاً عند الناس.. لا يضمن.

وإن كان طويلاً يعد تضييعاً عند الناس.. ضمن. انتهى.

فعلم منه: أن المستأجر لو ترك المستأجر ولم يحفظه على خلاف العادة، وضل وضاع.. ضمن.

(وفي الإرداف: يضمن النصف).

قال في «الزيلعي»: تقييده بالإرداف: احتراز عما إذا حمله الراكب على عاتقه؛ فإنه حينئذ: يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب حينئذ مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد، فيكون أشق على الدابة.. فيضمن جميع القيمة وإن كانت الدابة تطيق حملها. هكذا ذكره نقلاً عن «النهاية».

ثم قال: ذكر في «المختصر»: أنه يضمن نصف القيمة في الإرداف.

ولم يذكر كم يجب عليه من الأجر إذا هلكت بعدما بلغت به مقصده؟

قالوا: يجب عليه كل الأجر ونصف القيمة، ثم للمالك الخيار؛ إن شاء.. ضمن الرديف، وإن شاء.. ضمن الراكب، والراكب لا يرجع بما ضمن، والرديف يرجع إن

وَلَا عِبْرَةَ بالثِّقلِ.

كان مستأجراً، وإن كان مستعيراً.. لا يرجع. انتهى.

هكذا ذكره في «الخلاصة».

وعلل لزوم الأجر كاملاً: بأنه استوفى المنفعة.

وعلل لزوم الضمان: بأنها تلفت بركوب اثنين أحدهما غير مأذون؛ فيضمن النصف.

وفي التقييد بالإرداف: احتراز أيضاً عما إذا استأجرها ليركب هو بنفسه ولم يركب هو، بل أركب غيره.. فإنه حينئذ يضمن كل القيمة إن عطبت الدابة من ركوب الغير.

ووجه الفرق بينهما: أن في إركاب غيره منفرداً: مخالفة من كل وجه.. فيضمن كل القيمة.

وفي الإرداف: مأذون من وجه دون وجه.. فيضمن النصف.

(ولا عبرة بالثقل)؛ لأن الدابة قد يثقل عليها الراكب الخفيف، ويخف عليها الراكب الثقيل؛ لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون.. فلا يمكن معرفته بالوزن: فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات؛ حيث إذا جرح رجل رجلاً جراحة [٤٩٥/أ] واحدة، والآخر عشر جراحات خطأ، فمات منها.. فالدية بينهما نصفان؛ باعتبار عدد الجاني.

ثم هذا فيما إذا كان تعليق الدابة.

وإلا.. فبالتلف بالإرداف يضمن كل القيمة.

بخلاف ما إذا ركب وحمله على عاتقه... فإنه حينئذ يضمن كل القيمة لو عطبت ولو كانت تطيق على ما تقدم آنفاً.

وفي إطلاقه: إشارة إلى أنه يضمن النصف؛ سواء كان الرديف رجلاً أو صبياً، قادراً للاستمساك بنفسه على الدابة أو لم يقدر؛ لكن قالوا: إذا أردف صبياً لا

وَإِنْ كبحَهَا أَو ضربَهَا فعطبَتْ.. ضَمِنَ، خلافاً لَهما فِيمَا هُوَ مُعْتَادٌ.

يستمسك على الدابة بنفسه.. يضمن بقدر ثقله؛ لأنه بمنزلة حمل المتاع. كذا في «الخلاصة».

(**وإن كبحها**)؛ أي: جذبها بلجامها لتقف ولا تجري، (**أو ضربها فعطبت.. ضمن**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما فيما هو معتاد**)؛ لأن المتعارف من الكبح والضرب: داخل تحت مطلق العقد، فيكون مأذوناً فيه.

ولأبي حنيفة: سلمنا أنه حاصل بالإذن، لكن الإذن مقيد بشرط السلامة إذا أمكن تحقق المقصود بها، وههنا: ممكن؛ إذ يتحقق السوق بدون الضرب، وإنما يضرب للمبالغة، فصار كالمرور في الطريق وضرب الزوجة، بخلاف ضرب القاضي للحد أو التعزير وفصد الفصّاد؛ حيث لا يضمن إذا هلك بها؛ لأن الحد والتعزير: واجب عليه.

وكذا الفصد بعقد الإجارة، ولا ضمان مع الوجوب.

وهذا: بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر؛ حيث يضمن بالاتفاق؛ لأنه يؤمر وينهى لفهمه.. فلا ضرورة إلى الضرب.

وعلى هذا الخلاف: ضرب الأبِ أو الوصيِّ الصغيرَ إذا لم يتجاوز المعتاد للتأديب، حتى يجب الدية والكفارة عنده.

ولا تجب عندهما؛ لأن الضرب لإصلاح الصغير.. فكان معيناً له، فلا تجب الدية، كما لا يجب إذا ضربه المعلم بإذن الأب.

ولأبي حنيفة: أن الأب يضربه لمنفعة نفسه، بخلاف المعلم؛ فإنه يضربه إعانة للأب، والمعين لا ضمان عليه.

وَإِنْ تجَاوزَ بهَا مَكَاناً سَمَّاهُ.. ضَمِنَ.

وَلَا يبرأُ بردِّهَا إِلَى مَا سَمَّاهُ وَإِن اسْتَأْجرَهَا ذَهَاباً وإِياباً فِي الْأَصَحِّ.

(**وإن تجاوز بها**)؛ أي: بالدابة المستأجرة (**مكاناً سماه**) للركوب أو للحمل (**.. ضمن**) قيمتها؛ لأن بالتعدي صار غاصباً؛ كما لو عين طريقاً فسلك غيره، ما لم يسلكه الناس، على ما سيأتي.

(**ولا يبرأ**) عن الضمان (**بردها إلى ما سماه**) من المكان (**وإن**) وصلية (**استأجرها ذهاباً وإياباً في الأصح**).

قال الإمام قاضي خان في تحرير هذه المسألة: رجل استأجر دابة للركوب إلى الكوفة، فجاوز بها عن الكوفة مقدار ما لا يسمح فيه الناس، ركب في تلك الزيادة أو لم يركب وردها إلى الكوفة.. كان عليه الأجر إلى الكوفة، فتكون الدابة مضمونة عليه [٤٩٥/ب]، ما لم يردها إلى صاحبها، حتى لو هلكت في طريق الكوفة.. يضمن قيمتها، ولا يسقط عنه شيء من الأجر، وهذا قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول صاحبيه.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: إذا ردها إلى الكوفة.. برأ عن الضمان، ثم رجع وقال: لا يبرأ عن الضمان بإزالة التعدي.

وكذا الخلاف في المستعير إذا جاوز، ثم عاد إلى ذلك المكان.

بخلاف المودع إذا جاوز، ثم عاد إلى الوفاق.. فإنه يبرأ عن الضمان.

وقال بعضهم: برئ الكل عن الضمان بإزالة التعدي.

وقال بعضهم: إذا استأجرها جائياً وذاهباً.. برئ، وكذا المستعير.

وإن استأجرها ذاهباً لا جائياً.. لا يبرأ على كل حال، إلا المودع. انتهى.

فحاصل الأقوال إلى ثلاثة:

أحدها: أن المستأجر والمستعير لا يبرأ عن الضمان بإزالة التعدي، والعود إلى الوفاق على القول المرجوع إليه، ويبرأ المودع.

وإِنْ نزعَ سرجَ الْحِمارِ وأَسرجه بِمَا يُسَرَجُ بِهِ مثْلهُ.. لَا يضمنُ.

والفرق بينهما: أن المودع مأمور بالحفظ قصداً فبعد العود إلى الوفاق.. بقي الأمر بالحفظ، فحصل الرد إلى نائب المالك؛ لأن المودع نائبه.

بخلاف الإجارة والإعارة؛ لأن الحفظ فيهما مأمور به تبعاً للاستعمال المقصود أصالة؛ فإذا انقطع الاستعمال بالوصول إلى المكان المسمى.. لم يبق هو نائباً عن المالك.. فلا يبرأ بالعود إلى الوفاق؛ إذ لم يوجد الرد إلى المالك ولا إلى نائبه.

والثاني: عدم الفرق بين المستأجر والمستعير والمودع في البراءة عن الضمان عند إزالة التعدي.

وفي «الخلاصة»: وهذا ليس بصحيح، بل الصحيح: الفرق بينهما وبين المودع.

والثالث: أنه استأجر أو استعار جائياً وذاهباً.. برئ، وإن ذاهباً لا جائياً.. لا يبرأ، ويبرأ في الوديعة.

واختار في «الهداية»: ما ذكره المصنف من عدم البراءة بإزالة التعدي، وقال: وهذا أصح.

واعترض عليه: بأن غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب.. برئ عن الضمان، مع أنه لم يوجد الرد إلى المالك ولا إلى نائبه؛ كما في المستأجر والمستعير.

وأجيب: بأن الرد على أحدهما: يوجب البراءة البتة، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما، لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر، وهو الرد إلى من لم يرتفع بالرد عليه ضمانة من قبل، وغاصب الغاصب: كذلك؛ فإنه بالرد عليه.. لا يبرأ عن الضمان الأول.

(وإن نزع سرج الحمار وأسرجه بما يسرج به مثله.. لا يضمن)؛ لأن الإذن الأول حينئذ قد تناوله العقد.

وإِنْ أَسرَجهُ أَو أَوكَفَهُ بِمَا لَا يُسرَجُ أَو لَا يُوكَفُ بِهِ مثْلُهُ.. ضَمِنَ.
وَكَذَا إِن أَوكَفَهُ بِمَا يُوكَفُ بِهِ مثْلُهُ.

(وإن أسرجه أو أوكفه بما لا يسرج أو يوكف) عطف على: «لا يسرج» [٤٩٦/أ] لا على: «يسرج».

والجار في قوله: (به) متعلق: بكل من يسرج ويوكف؛ يعني: لو استأجرها بسرج فأوكفها بإكاف يوكف مثلها، أو بسرج لا يسرج (مثله فهلكت (.. ضمن)؛ لأنه حينئذ لم يتناول العقد الإذن به.

(وكذا إن أوكفه بما يوكف به مثله).

توضيحها: من اكترى حماراً بسرج.. فاستعماله به موافقة.

فإن نزع؛ فإما أن يستعمله بسرج آخر، أو إكاف.

وكل منهما على قسمين:

إما بسرج يسرج بمثله الحمار، أو لا.

وكذلك الإكاف.

فإن أسرج بذلك.. فلا ضمان عليه؛ لأنه لما كان مثله.. تناوله الإذن؛ إذ لا فائدة في التقييد بالعين، ولا يضمن إلا إذا كان زائداً في الوزن.. فحينئذٍ يضمن الزيادة إذا كان من جنس المسمى، وموضع واحد على الدابة في دفعة واحدة.

وإن أسرج بما لا يسرج به مثله؛ مثل أن يسرج بسرج البرذون.. ضمن القيمة كلها؛ لأنه لم يتناوله الإذن من جهته، فصار مخالفاً.

وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر.. يضمن؛ لما قلنا في السرج؛ من أنه لم يتناوله الإذن، بل هو أولى؛ لكونه من خلاف جنسه.

وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر.. ضمن عند أبي حنيفة.

ولم يبين مقدار المضمون؛ اتباعاً لصاحب «الهداية»، وهو رواية «الجامع الصغير»؛ لأنه لم يذكر فيه مقدار المضمون، بل قال: هو ضامن.

وَقَالا: يَضْمَنُ قدرَ مَا زَادَ وَزنُهُ على السَّرجِ فَقَط.

وذكر في كتاب الإجارات: يضمن بقدر ما زاد.

فاختلف المشايخ:

فقال بعضهم: ليس في المسألة روايتان، وإنما المطلق محمول على المقيد.

وقال بعضهم: فيها روايتان؛ في رواية الإجارات: يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية «الجامع الصغير»: يضمن جميع القيمة.

وقال شيخ الإسلام: وهذا أصح.

هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وقالا: يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط**)، حتى لو كان وزن السرج منوين، ووزن الإكاف ستة أمناء.. يضمن ثلثي قيمتها؛ لأنه إذا كان الإكاف مما يوكف بمثله الحمر.. كان هو والسرج سواء، فيكون المالك راضياً به، إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن.. فيضمن الزيادة؛ لعدم الإذن بها، فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه.

ووجه أبي حنيفة على رواية الإجارات: أن الإكاف ليس من جنس السرج؛ لأنه للحمل، والسرج للركوب، وينبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر، فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيراً.. فإنه يضمن جميع القيمة؛ لأن الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة، فكان مخالفاً.

إنما قال: «قدر ما زاد وزنه» [٤٩٦/ب] اختياراً لقول بعض المشايخ.

ومنهم من قال: إنه يضمن عندهما قدر ما زاد مساحته مساحة السرج، حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر الشبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار.. يضمن نصف قيمتها؛ سواء تساويا في الوزن، أو لا.

هذا كله فيما لو استأجرها بسرج.

وإنْ سلكَ الْحمّالُ طَرِيقاً غيرَ مَا عيَّنَهُ الْمَالِكُ مِمَّا يسلكُهُ النَّاسُ.. فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إنْ لم يتَفَاوَتِ الطَّرِيقان.

وَإن تَفَاوتا، أَو كَانَ مِمَّا لَا يسلكُهُ النَّاسُ أَو حمله فِي الْبَحْرِ فَتلفَ.. ضَمِنَ.

وأما لو استأجرها بإكاف فأوكفها بإكاف مثله، أو أسرجها مكان الإكاف.. لا يضمن، على ما في «الخلاصة»؛ لأنه خلاف إلى خير.

ولو استأجرها عريانة فأسرجها وركبها.. ضمن.

قال مشايخنا: إن استأجرها من بلد إلى بلد.. لا يضمن؛ فإنه لا يمكنه الركوب حينئذ بدون السرج.

وإن استأجر ليركبها في المصر:

إن كان المستكري من الأشراف.. لا يضمن؛ لأنه لا يركبه بدون السرج.

وإن كان من العوام يركبون عرياناً.. يضمن.

ولو تكارى دابة ولم يذكر السرج والإكاف، وسلمها عريانة فركبها بهذا أو بهذا؛ إن كان مثله يركب بسرج.. يضمن إذا ركبها بإكاف، وإن كان يركب بكل واحد منهما.. لا يضمن إذا ركبها بهذا أو بهذا إن كان مثله. كذا في «الخلاصة»، نقلاً عن المشايخ.

قال: تأويله: إذا ركب من بلد إلى بلد.

ولو استأجرها بغير لجام فألجمها.. لا يضمن إذا ألجم بلجام لا يلجم مثلها.

(**وإن سلك الحمال طريقاً غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس.. فلا ضمان عليه إن لم يتفاوت الطريقان**) قرباً وبعداً، خوفاً وأمناً، اعوجاجاً واستقامة؛ لأن الإذن حينئذ يتناوله؛ لعدم الفائدة في التقييد بالمعين.

(**وإن تفاوتا**) بشيء مما ذكرناه، (**أو كان مما لا يسلكه الناس، أو حمله في البحر فتلف.. ضمن**)؛ لأن التقييد في الأولين: صحيح؛ لكونه مفيداً، وفي الثالث:

وإِنْ بلغَ.. فَلَهُ الْأجرُ.

أصح وأولى؛ لأن التفاوت بين البر والبحر فاحش، حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة في البر دون البحر.

(وإن بلغ) الحمال المقصد **(.. فله الأجر)**؛ لحصول المقصود، وارتفاع الخلاف معنىً.

ذكر في «العمادي» نقلاً عن «الأصل»: لو استأجر حمالاً ليحمل له دن خلّ، فعثر وانكسر، أو سقط من رأسه، أو زلق رجله وانكسر بعدما ينتهي إلى المقصد.. فله الأجر بلا ضمان عليه؛ لأنه حين انتهى إلى المكان المشروط.. لم يبق الحمل مضموناً عليه؛ إذ وجب له جميع الأجر، فصار الحمل مسلماً إلى صاحب الحمل، حتى لا يستحق الحبس بأجر، والمتولد من عمل غير مضمون.. لا يكون مضموناً.

وهذا: بخلاف القصار إذا قصر الثوب وهلك عنده.. لا يضمن الثوب، ولا يكون له الأجر؛ لأن حمل القصار إنما يقع لصاحب [٤٩٧/أ] الثوب إذا سلم الثوب إليه، ولم يوجد، ولا كذلك الحمال إذا هلك الدن في يده بعد الحمل والوصول إلى المقصد؛ لأن الحمل وقع مسلماً إلى صاحب الدن، ولهذا لا يملك حبسه بالأجر.

ولو انكسر في وسط الطريق من غير عمله؛ بأن أصابه حجر من مكان، أو وقع عليه حائط، أو كسره رجل وهو على رأسه.. فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يضمن إذا هلك بأمر يمكن الاحتراز عنه.

استأجر رجلاً ليحمل له طعاماً إلى مكان مسمى بدرهم، فحمله إليه، ثم رده إلى المكان الذي حمله منه.. سقط الأجر عنده، خلافاً لزفر، ويصير غاصباً؛ لأن يده قام مقام يد المستأجر في الحكم، فصار الطعام في الحكم مسلماً إلى رب الطعام إذا انتهى إلى ذلك المكان؛ فإذا ردّه منه.. صار غاصباً؛ كما لو سلمه إليه حقيقة.

ثم أخذه منه وذكر في «الذخيرة»: لو حمل متاعاً على حمال، وصاحب المتاع يمشي معه، فعثر الحمال وسقط المتاع وفسد.. فهو ضامن؛ لأنه من جناية يده.

ولو استأجر حمالاً ليحمل له زقاً من سمن فحمله صاحبه والحمال [ليضعاه][1] على رأس الحمال، فوقع وتخرق الزق.. لا يضمن الحمال؛ لأنه لم يسلم إليه السمن، ولا ضمان بدون التسليم إليه، كذا روي عن أبي يوسف ومحمد.

ولو حمله الحمال، ثم وضعه في بعض الطريق، ثم أراد رفعه فاستعان برب الزق، فرفعاه، فوقع وتخرق.. فالحمال ضامن؛ لأنه صار في ضمانه حين حمله، ولم يبرأ منه بعد؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه.

وإن حمله الحمال ودنا من بيت صاحبه، ثم أنزله الحمال مع صاحب الزق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما.. فالحمال ضامن عند أبي حنيفة، وهو قول محمد أولاً، ثم رجع محمد، وقال: لا يضمن؛ لأن الزق وصل إلى يد صاحبه.

قال الفقيه أبو الليث: القياس أن يضمن الحمال النصف؛ لأن الزق وقع من فعلهما.

وكثير من المشايخ أفتوا به.

وإذا سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع معه.. لا يضمن؛ لأن يد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد، وقيام يده يمنع وقوع التسليم إلى غيره، كذا روي عن أبي يوسف.

وإن لم يكن صاحبه معه.. قال أبو حنيفة: لا يضمن أيضاً.

وقال صاحباه: يضمن.

وإذا انقطع حبل الحمال وسقط الحمل.. ضمن بالاتفاق؛ لأنه لما شده بحبل لا يحتمله.. فكأنه هو المسقط للحمل، فكان التلف حاصلاً من جناية يده.

ولو شقت الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها.. قال أبو بكر: ضمن الحمال؛ كما إذا انقطع حبله.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «المحيط البرهاني» (٧/٥٩١).

وإِنْ عيّنَ زرعَ بُرٍّ، فزرعَ رُطبَةً.. ضَمِنَ مَا نقصتِ الأَرْضُ، وَلَا أجرَ عَلَيْهِ.

وإِنْ أَمرَ بخياطةِ الثَّوْبِ قَمِيصاً، فخاطَهُ قَبَاءً.. خُيِّرَ الْمَالِكُ: بَين تَضمِينِ قِيمَتِهِ، وَبَينَ أَخذِ القَبَاءِ، وَدفعِ أجرِ مثلِهِ ....

وقال أبو الليث [٤٩٧/ب]: في قياس قول أبي حنيفة: لا يضمن.

ولا يشبه هذا انقطاع الحبل؛ لأن ثمة التفريط كان من قبل المحال؛ حيث شدّ الحمل بحبل واهٍ، وههنا: التقصير جاء من قبل رب الحقيبة، وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

الحمال إذا نزل في مفازة، وتهيأ له الانتقال ولم ينتقل حتى فسد المتاع بسرقة أو مطر.. فهو ضامن إن كانت السرقة والمطر غالباً؛ لأنه حينئذ يكون مضيعاً، وإلا.. فلا. الكل في «العمادي».

(**وإن عين زرع برّ فزرع رطبة.. ضمن ما نقصت الأرض**)؛ لأنه خلاف إلى شر؛ لأن للرطبة عروقاً يختل بها قوام الأرض.

بخلاف المزارع؛ فإنه إذا زرع خلاف ما أمر به.. يصير مخالفاً؛ سواء أضر ذلك بالأرض أو لم يضر. كذا في ضمان المزارع من «العمادية».

(**ولا أجر عليه**)؛ أي: على المستأجر ؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان؛ إذ الأجر: يستلزم عدم التعدي، والضمان: يستلزمه، وتنافي اللوازم: يدل على تنافي الملزومات.

(**وإن أمر بخياطة الثوب قميصاً، فخاطه قَباء.. خير المالك بين تضمين قيمته، وبين أخذ القباء ودفع أجر مثله**).

قيل: المراد بالقباء ههنا: القرطف، وهو الذي يلبسه العجم مكان القميص، وهو ذو طاق واحد.

والوجه فيه: أنه يستعمل استعمال القميص والقباء.. فثبت له الخيار.

وفي غيره: لا يثبت له الخيار، بل يضمنه بالقيمة حتماً.

لَا يُزَادُ على مَا سمّى.

وَكَذَا: لَو أُمِرَ بقباءٍ فخاطَهُ سَرَاوِيلَ فِي الْأَصَحّ.

وَقيلَ: يضمنُهُ هُنَا بِلَا خِيَارٍ.

وقيل: يجري الجواب على إطلاقه في الكل، وإطلاقه: يدل على ذلك.

ووجهه: أن القباء والقميص يتفاوتان في المنفعة، وأجزاؤهما واحدة، وهي: الذيل والكم والدخريص.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا خيار لرب الثوب في الكل، بل يضمنه قيمة الثوب؛ لأن القباء جنس آخر، فصار مخالفاً له من كل وجه.

ووجه ظاهر الرواية: أنه قميص من وجه؛ لأنه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص، فصار موافقاً من هذا الوجه، وهو مخالف من حيث التقطيع.. فيميل إلى أيهما شاء.

فإن مال إلى الخلاف.. يضمنه قيمته، وصار الثوب للخياط.

وإن مال إلى الوفاق.. يأخذ القباء ويعطيه أجر مثله.

(**لا يزاد على ما سمى**)؛ لأن صاحب الثوب لم يرض بالمسمى إلا مقابلاً بخياطة القميص؛ فإذا خالف.. فات رضاه، فلا يجب عليه المسمى، والخياط لم يخطه مجاناً.. فيجب عليه أجر مثله، لا يجاوز به المسمى؛ لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد أو شبهه، وليس فيما زاد على المسمى: عقد ولا شبهة.. فلا تقوم ولا يجب.

(**وكذا لو أمر بقباء فخاطه سراويل في الأصح**)؛ أي: يخير بين تضمين [٤٩٨/أ] قيمته وبين أخذ السراويل؛ للاتحاد في أصل المنفعة؛ أعني: ستر العورة ودفع الحر والبرد.

فصار كما إذا دفع [إلى رجلٍ][1] نحاساً، فأمره أن يصنعه شيئاً من الأواني، فصنعه له خلافه.. فإنه يخير؛ للاتحاد في أصل المنفعة.

(**وقيل: يضمنه هنا بلا خيار**)؛ للتفاوت في المنفعة والهيئة.

---

(١) زيادة لا بد منها، من «الزيلعي» (١٢٠/٥).

هذا قال في «المحيط»: إن كفاني قميصاً.. فاقطعه، فقطعه فلم يكفه.. فهو ضامن؛ لأن هذا إذن مشروط بشرط الكفاية، وبدون الشرط: لا يكون مأذوناً.

ولو قال: هل يكفيني؟ فقال: نعم، قال: اقطع، فلم يكفه.. فلا ضمان عليه؛ لأنه أمره بالقطع مطلقاً غير معلق بشرط الكفاية؛ لأنه لم يذكر حرف التعليق، فيكون إذناً مطلقاً؛ لأنه غيره، ومثله لا يوجب الضمان.

ولو قال: انظر إلى هذا الثوب هل يكفيني قميصاً؟ فقال: نعم، قال: فاقطعه وإذا هو لا يكفيه.. قال أبو بكر البلخي: إنه يضمن؛ لأن قوله فاقطعه الفاء فيه حرف تعليق، فيقتضي شرطاً، فصار كأنه قال: إن كان يكفيني فاقطعه. انتهى.

* * *

(بَابُ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ)

(بَابُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ)

اعلم: أن الإجارة تفسد بأمور:

• منها: الشروط الفاسدة، وهي الشروط المفسدة للبيع؛ أعني: شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين، وهذا؛ لأن المنافع تقوم بالعقد وتصير مالاً، فتعتبر الإجارة بالمعاوضة المالية؛ أعني: البيع؛ دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد؛ فإذا اعتبرت بالبيع.. كان ما يفسد البيع من الشروط مفسداً لها أيضاً.

إلا أن بينها وبين البيع فرقاً من جهة أخرى.. فإن الفاسد من البيع: يملك المبيع بالقبض، وفي الفاسد من الإجارة: لا يملك المنافع بالقبض، حتى لو مات الآجر بعد قبض المستأجر في العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة وقد كان عجل الأجرة.. فالمستأجر أحق بما عجله من الأجرة.

بخلاف البائع؛ فإن المشتري لو قبض المبيع بالبيع الفاسد وأدى الثمن ومات البائع.. فالمشتري لا يستحق الثمن.

وليس للمستأجر إجارة فاسدة: أن يؤجر العين المستأجرة إلى آخر، ولو بعد قبضها.

ولو أجرها.. يكون غاصباً عند بعض المشايخ.

وللآجر الأول أن ينقض هذه الإجارة.

بخلاف البيع الفاسد؛ فإن المشترى بالشراء الفاسد إذا باعه من آخر بيعاً صحيحاً.. ليس للأول نقض هذا البيع بالاتفاق.

إنما قلنا: «عند المشايخ» كما في مسائل الشيوع من إجارات «البزازية» [٤٩٨/ب]: والمستأجر إجارة فاسدة؛ لو أجره من غير إجارة صحيحة.. يجوز في الصحيح.

وقيل: لا يملك ذلك، واستدلوا بما ذكر في الإجارات:

دفع إليه داراً ليسكنها ويرممها، ولا أجر له.. فأجر المستأجر من غيره وانهدم الدار من سكنى الثاني.. ضمن اتفاقاً؛ لأنه صار غاصباً.

وأجابوا عنه: بأن العقد في تلك المسألة إعارة لا إجارة؛ لأن ذكر المرمّة على وجه المشورة لا الشرط. انتهى.

ثم الشروط المفسدة للإجارة قد فصلها في «غاية البيان» بعض تفصيل؛ حيث قال: والشروط التي تفسدها: كاشتراط تطيين الدار ومرمتها، أو تعليق باب عليها، أو إدخال جذع في سقفها، أو اشتراط كري نهر في الأرض، أو ضرب مسناة عليها، أو حفر بئر فيها، أو أن يسرقنها، أو ردها مكروبة على المستأجر.. فإن كل ذلك: تفسد الإجارة؛ لأنه جعل هذه الأعمال من جملة الأجر، وإنها مجهولة، وجهالة بعض الأجر: يوجب جهالة الباقي.. فتفسد به الإجارة .

وكذلك لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع الماء عنها.. فالأجر عليه: لا يجوز؛ لأن قضية العقد أن لا تجب الأجرة إلا عند التمكن من الانتفاع؛ فإذا شرط الآجرة مع عدم التمكن منه.. فقد غير مقتضى العقد، ففسد به العقد.

وكذلك إذا تكارى دابة إلى بغداد، على أنه إن رزقه الله تعالى شيئاً أو رزقه من فلان شيئاً.. أعطاه من ذلك شيئاً، وهذا فاسد؛ لأنه تعليق الأجرة بالخطر؛ لأنه لا يدري أيرزق أم لا يرزق.

ولو تكارى دابة إلى بغداد، على أنه إن بلّغته فله أجر عشرة دراهم، وإلا فلا شيء له.. فالإجارة فاسدة أيضاً.

وكذلك لو استأجر عبداً شهراً بألف، على أنه إن مرض.. عمل في الشهر الذي بعده بقدر الأيام التي مرض فيها؛ لأنه لا يدري أي مقدار من الشهر يمرض، وهو يخالف مقتضى العقد.

وكذلك كل شرط يوجب الجهالة في العقد.. يفسده. انتهى ما في «غاية البيان».

وقال في «البزازية»: لو استأجر داراً شهراً بعشرة، على أن يسكن فيها يوماً.. فعليه العشرة.

أو دابة إلى خوارزم بعشرة، على أنه إن رجع من مرحلة كذا أو من قرية كذا فعليه كل الأجر.. فالإجارة فاسدة.

وإن استأجر دابة على أنه إن حمل كذا فأجرها كذا، وإن حمل كذا فأجرها كذا، أو أرضاً على أنه زرع كذا فكذا أو كذا فكذا، أو داراً إن سكنها عطاراً فكذا، وإن سكنها حداداً فكذا.. ففي رواية عن الإمام [٤٩٩/أ]: الإجارة فاسدة، وهو قولهما.

وفي أخرى: يجوز.

ولو استأجر داراً على أن لا يسكنها.. فالإجارة فاسدة؛ لأن فيه نفعاً لرب الدار، ولا يقتضيه العقد. انتهى.

فظهر مما ذكرنا: أن جملة الشروط المفسدة: راجعة إلى الجهالة في العقد، أو إلى خلاف قضية العقد.

وفي الجنس الثالث من إجارات «الخلاصة»: رجل استأجر فرساً، [ليجنّبها] ولا يركبها أو ليربطها على باب داره ليري الناس أن له فرساً، أو آنية يضعها في بيته ليتجمل بها، ولا يستعملها، أو داراً لا يسكنها، لكن ليظن الناس أن له داراً، أو عبداً على أن لا يستخدمه، أو دراهم يضعها في بيته.. فالإجارة في جميع ذلك فاسدة، ولا أجر له، [إلا] إذا كان الذي يستأجر قد يكون أن يستأجر لينتفع به. انتهى.

والحاصل: أن كل عقد إجارة ينعقد على منفعة غير مقصودة من العقد: فاسد.

- **ومنها**: الشيوع الأصلي، وذلك بأن يؤجر نصيبها من داره، أو نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه.

وإنما فسد بالشيوع؛ لأن المقصود منها: الانتفاع، وهو أمر حسي لا يمكن بالمشاع، ولا يتصور تسليمه.

بخلاف البيع؛ فإن المقصود منه: هو الملك، وهو أمر حكمي يمكن بالمشاع.

وإنما قيدناه بالأصلي؛ احترازاً عن الشيوع الطارئ؛ فإنه لا يفسد الإجارة في ظاهر الرواية؛ كما إذا أجر كل داره، ثم فسخا في النصف.

وكما لو استأجر من اثنين داراً ومات أحد الأجيرين قبل المدة، أو فسخ في حصته.. تبقى في حصة الآخر.

ثم الشيوع الأصلي: إنما يفسد الإجارة من الأجنبي، وأما من شريكه.. فلا يفسدها.

- **ومنها**: جهالة المسمى؛ بأن جعل الأجرة ثوباً أو دابة بلا تعيين.

وكذا: جهالة المدة أو العمل: تفسدها.

قال في «المحيط»: كل جهالة تفسد البيع.. تفسد الإجارة أيضاً؛ لأن الجهالة المتمكنة في البدل أو المبدل أو المدة: تفضي إلى المنازعة. انتهى.

- **ومنها**: عدم التسمية؛ بأن يقول: أجرتك داري شهراً أو سنة، ولم يقل: بكذا.
- **ومنها**: تأبيد المدة؛ كما في الثاني من إجارات «البزازية» قال: أجر أرضه إلى وقت موته أو أبداً.. لم يجز. انتهى.

الأول: لجهالة المدة، والثاني: للتأبيد.

- **ومنها**: تعيين العمل عليه؛ كما لو استأجر الزوج زوجته ليخبز أو يطبخ له؛ فإن الخبز والطبخ يلزم على المرأة.. فلا يجوز.

وفي «الخلاصة»: دفع إلى رجل ثوباً، وقال له: بعه بعشرة، فما زاد فهو بيني وبينك.. قال أبو يوسف: باعه بعشرة أو لم يبعه.. فلا أجر له وإن تعب في ذلك.

يجبُ فِيهَا أجرُ الْمثلِ لَا يزاد على الْمُسَمّى.

وإن باعه باثني عشر أو أكثر.. فله أجر مثل عمله إذا تعب [٤٩٩/ب] في ذلك؛ لأنه عمل بإجارة فاسدة، فيستحق الأجر.

قال القاضي الإمام: وهذا أصح، وبه يفتى؛ لأنه مقابل بالبيع دون مقدماته إذا كان المعقود عليه البيع دون السعي كما هنا.

وفروع كل نوع: مذكور في الفتاوى، ولا يساعده المختصر.

ثم شرع في بيان ما يجب في الإجارة الفاسدة فقال: (**يجب فيها أجر المثل، لا يزاد على المسمى**).

هذا ما ذكره في القدوري و«الهداية» و«الكنز».

وقال في «قاضي خان»: الإجارة إذا كانت فاسدة ووجب أجر المثل.. هل يجب بالغاً ما بلغ، أم لا؟

ينظر؛ إذ كان فساد الإجارة بجهالة المسمى من الأجر، أو لعدم التسمية.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ.

وإن كان فسادها بحكم شرط فاسد، أو نحو ذلك.. كان له أجر المثل، ولا يزاد على المسمى. انتهى.

وهكذا في «البزازية» أيضاً؛ حيث قال: ومتى فسدت الإجارة والفساد لعدم المسمى أو لجهالة الأجر.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ.

ومتى فسدت بحكم شرط فاسد ونحوه مع كون المسمى معلوماً.. يجب أجر المثل، ولا يتجاوز به عن المسمى. انتهى.

فمنه علم: أن مراد المصنف: لزوم أجر المثل فيما إذا كان فسادها بشرط فاسد، لا على إطلاقه.

فإن قيل: قد ذكر في «العناية» و «الكفاية» و«غاية البيان»: أن الواجب في الإجارة الفاسدة بالشرط الفاسد: هو الأقل من أجر المثل والمسمى، لا واحد منهما

بعينه.. فهل هذا حكم آخر غير ما ذكره المصنف وقاضي خان، أو هذا تفصيل لما ذكره المصنف وقاضي خان؟

قلنا: هو تفصيل له؛ لأن مرادهم بالأقل: هو أجر المثل الذي لا يزاد على المسمى.

أما إذا كان الأقل أجر المثل. فظاهر.

وأما إذا كان الأقل هو المسمى.. فلأن الواجب حينئذ ليس المسمى، بل أجر المثل أيضاً، لكنه لما رضي بسقوط الزيادة على المسمى من أجر مثله.. ألزمناه بمقدار المسمى من أجر مثله.

ثم لا يخفى عليك: أن ما ذكره المصنف أولى من ذلك التفصيل؛ لأن أجر المثل لو كان مساوياً للمسمى.. لا يَصدُق عليه ما ذكروه في هذا التفصيل.

وأما قول المصنف.. فيَصدُق عليه بلا كلفة. هذا قول أصحابنا.

وقال زفر والشافعي: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ بكل حال؛ قياساً ببيع الأعيان؛ فإن البيع إذا فسد.. وجبت القيمة بالغة ما بلغت؛ لأن المنافع بمنزلة الأعيان، فيجب لها القيمة كما في الأعيان، وكما في الفساد لجهالة الأجرة أو لعدم التسمية.

قلنا: إن المنافع لا تتقوم بنفسها، بل بالعقد؛ لضرورة حاجة الناس إليه.. فيكتفى بقدر الضرورة، وهي تندفع بالصحيح منها [٥٠٠/أ]، فلا تتعدى إلى الفاسد.

إلا أنه تبع للصحيحة فيعتبر معه فيثبت فيه ما يثبت في الصحيحة من البدل عادة، وهو قدر أجر المثل بالغاً ما بلغ.

إلا أنهما إذا اتفقا على مقدار معين في الفاسد.. فقد أسقطا الزيادة عليه، فكان الواجب لزوم المسمى حينئذ بالغاً ما بلغ.

لكن لما كانت التسمية فاسدة.. لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل،

وَمنِ استأجرَ دَاراً كلَّ شهرٍ بِكَذَا.. صَحَّ العقدُ فِي شهرٍ فَقَط، إِلّا أَن يُسميَ جملَةَ الشُّهُور.

فاستقر الواجب على ما هو: الأقل من أجر المثل والمسمى إذا كانا مختلفين زيادة ونقصاناً.

بخلاف البيع؛ لأن العين متقوم بنفسه، وهو الموجب الأصلي؛ فإن صحة التسمية انتقل عنه، وإلا.. فلا.

(**ومن استأجر داراً كل شهر بكذا.. صح العقد في شهر فقط**)، وفسد في الباقي؛ للجهالة.

(**إلا أن يسمي جملة الشهور**)؛ مثل أن يقول: عشرة أشهر كل شهر بكذا، وهذا لأن الأصل أن كلمة «كل» إن دخلت فيما لا نهاية له.. تنصرف إلى الواحد؛ لتعينه ولتعذر العمل بالعموم؛ لأن جملة الشهور مجهولة، والبعض منها غير محصورة: مجهول أيضاً ومحصوراً: ترجيح بلا مرجح.. فصح العقد في الواحد؛ لكونه معلوماً، وفسد في الباقي؛ لكونه مجهولاً، كذا في «الهداية» وشروحه و«الزيلعي».

وقال في «المحيط» السرخسي: اختلف مشايخنا في جواز هذه الإجارة في الشهر الثاني:

قيل: إنها فاسدة للجهالة، إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني ولم تفسخ الإجارة.. انقلبت جائزة؛ لكونه معلوماً مثل الشهر الأول، وكذلك في الشهر الثالث والرابع.

والصحيح: أن الإجارة في كل شهر جائزة؛ لأن كلمة «كل» تعم كلَّ شهر، وابتداء كل شهر وانتهاؤه معلوم، فكما جاز العقد في الشهر الأول.. جاز فيما عداه.

وأيضاً: فإذا تم الشهر.. كان لكل منهما أن ينقض الإجارة في الشهر الآتي.

وهل يلزم أن يكون النقض بمحضر من الآخر أو لا؟

اختلف فيه المشايخ؛ فمنهم من يقول: إنه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد، و يصح على قول أبي يوسف.

ومنهم من يقول: لا يصح بغير محضره، بلا خلاف.

قال في «قاضي خان»: رجل أجر داره أو حانوته كل شهر بدرهم.. كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة عند تمام الشهر.

فإن خرج المستأجر قبل تمام الشهر وخلف امرأته ومتاعه فيهما.. لم يكن للآجر أن يفسخ الإجارة مع المرأة؛ لأنها ليست بخصم.

فإن أراد أن يفسخ عند غيبة المستأجر.. قال بعضهم: يؤاجر الدار من إنسان آخر قبل تمام الشهر؛ فإذا تم هذا الشهر.. تنفسخ الإجارة الأولى وتنفذ الثانية [٥٠٠/ب]، فيخرج المرأة من الدار، ويسلم إلى الثاني.

وهو نظير ما قال أبو حنيفة ومحمد: رجل باع شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم أراد أن يفسخ بحكم الخيار عند غيبة المشتري.. لا يجوز ذلك، وإن باعه من غيره.. جاز وينقض البيع الأول.

هذا إذا كان المستأجر غائباً.

فإن كان حاضراً وقد كان أجر داره كل شهر [.. لا يجوز][1] حتى تفسخ الإجارة.

قال بعضهم: يقول المؤاجر للمستأجر في الشهر الأول: فسخت الإجارة التي بيننا في دار كذا إذا جاء رأس الشهر.

وعامة المشايخ: لم يجوّزوا هذا الطريق؛ لأن فيه تعليق الفسخ بمجيء الشهر، وذا لا يجوز عند العامة؛ كما لا يجوز تعليق الإجارة به.

وقال بعضهم: يقول المؤجر في آخر الشهر مرة بعد أخرى: فسخت الإجارة، حتى يهل الهلال، وفيه من الحرج ما لا يخفى.

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (١٥٥/٢).

وكلُّ شهرٍ سَكَنَ مِنْهُ سَاعَةً.. صَحَّ فِيهِ، وَسقطَ حقُّ الْفَسْخ.

وَظَاهر الرِّوَايَةِ: بَقَاؤُهُ فِي اللَّيْلَةِ الأُولى ويومِها.

وقال بعضهم: يفسخ في الأيام الثلاثة من الشهر الثاني؛ اعتباراً بأيام الخيار، وذلك باطل؛ لأن جواز ذلك في البيع: عرف شرعاً، بخلاف القياس.. فلا تقاس عليه الإجارة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن لكل واحد منهما النقض عند رأس الشهر؛ فإن سكنها من الشهر الثاني يوماً أو يومين.. جاز.

ولو قال: فسخت الإجارة بيننا رأس الشهر الثاني.. جاز ذلك؛ لأن إضافة الإجارة جائزة.. فكذلك إضافة الفسخ.

وقال بعضهم: يفسخ في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها.

وعليه الفتوى. انتهى.

وهو ظاهر الرواية على ما ذكره المصنف.

(**وكل شهر**)؛ أي: غير الشهر الأول (**سكن منه ساعة**)؛ أي: بدون فسخ العقد الأول (.. **صح**) العقد (**فيه**)؛ أي: في ذلك الشهر؛ لأنه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله.

وكذا: كل شهر سكن في أوله بعد هذا الشهر أيضاً؛ إذا صح فيه.. يلزمه الأجر المسمى، ولا يكون لأحدهما الامتناع عن المضي للمستأجر إن سكن فيه إلى انقضاء الشهر، وليس للمؤجر أن يخرجه إلى انقضاء الشهر لسقوط حق الفسخ، وإليه أشار بقوله: (**وسقط حق الفسخ**)؛ لأن صحة العقد تنافيه.

هذا هو القياس، واختاره القدوري وبعض المشايخ.

(**وظاهر الرواية: بقاؤه**)؛ أي: بقاء حق الفسخ لكل منهما (**في الليلة الأولى ويومها**) من الشهر الداخل.

وفي «الزيلعي»: وبه يفتى؛ لأن فيما ذكره القدوري يعد الحرج؛ لأن فسخ العقد

على هذا القول متعسر؛ لأن المقصود: هو الفسخ في رأس الشهر الثاني، وهو عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال على هذا القول؛ فكما أهل.. مضى رأس الشهر، والفسخ بعد ذلك: فسخ بعد [٥٠١/أ] مضي مدة الخيار، وقبل ذلك: فسخ قبل مجيء وقته، وكلاهما: لا يجوز.

إلا بأن يقول من يريد الفسخ في خلال الشهر الأول: فسخت العقد رأس الشهر.. فينفسخ العقد إذا أهل الشهر، فيكون هذا فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر.

وعقد الإجارة يصح مضافاً إلى المستقبل.. فكذا فسخه.

وأما على ظاهر الرواية: فرأس الشهر هو اليوم مع ليلته في العرف فيمكنهما الفسخ فيها.

هذا فيما إذا استأجر داراً كل شهر بكذا، بخلاف ما إذا استأجر داراً شهراً فسكن فيها شهرين.. فإن فيه اختلافاً:

ففي رواية «الأصل»: لا يلزمه أجر الشهر الثاني.

وقال بكر: وعن أصحابنا: أنه يجب أجر الشهر الثاني.

وروي عن الكرخي وابن سلمة: التوفيق بين الروايتين: بالحمل على المعد للاستغلال وعلى غير المعد له؛ من غير فصل بين الحمام والدار، فقالوا: إذا لم يكن معداً للاستغلال.. لا يلزمه أجر الشهر الثاني، وإن كان معداً للاستغلال؛ سواء كان داراً أو حماماً أو أرضاً.. يلزمه أجر الشهر الثاني.

وقال الصدر الشهيد والإمام «قاضي خان»: وعليه الفتوى.

هكذا ذكره في «قاضي خان» و«البزازية»، ثم ذكر في «البزازية»: ولا تصير الدار معدّة للاستغلال بالإجارة سنة أو سنتين أو أكثر، إلا إذا بناها لذلك، أو اشتراها لذلك.

ولا تصير معدة للاستغلال في حق المشتري بإعداد البائع للاستغلال.

ومن سكن دار الوقفِ أو اليتيمِ بأهله وأتباعه.. فأجر الشمل على الرجل المتبوع.

رهن داراً لغيره، وهي معدة للاستغلال، فسكنها المرتهن.. لا يلزم الأجر؛ فإن السكنى بتأويل الملك؛ كبيت سكنها أحد الشركاء بلا عقد لا يلزم وإن كانت معدة للاستغلال.

وكذا: السكنى بتأويل العقد؛ كعقد الرهن، وبه أفتيت.

وهل تصير الأرض وحجر القصار [معدان للاستغلال؟].

ففي «القنية» و«الملتقط»: أنهما يصيران معدان للاستغلال مثل الدار، وكذا الحيوان؛ مثل الإبل والفرس. هكذا ذكره.

ثم ذكر فيها بعد سطر: والسكنى بتأويل ملك أوعقد في الوقف.. لا تمنع لزوم أجر المثل.

وقيل: دار اليتيم كالوقف.

وأجاب نجم الأئمة في دار مشتركة بين يتيم وبالغ، سكنها البالغ كلها: لا يجب أجر مثل حصة الصغير؛ كما في الكبيرين.

بخلاف الوقف.

قيل له: فما تختار فيمن سكن دار اليتيم غير الشريك بغير عقد؟

قال: أختار عدم لزوم الأجر، بخلاف الوقف.

وذكر قبل هذا: والفتوى في غصب [٥٠١/ب] دور الوقف وعقاره: على الضمان؛ كما في منافعه، وكذا: اليتيم.

والإمام ظهير الدين: أفتى بأجر المثل في الوقف، لا في اليتيم.

ففي «البزازية»: يتيم لا أب له، ولا أم له أيضاً، استعمله أقرباؤه مدة في أعمال شتى بلا إذن الحاكم، وبلا إجارة.. له طلب أجر المثل بعد البلوغ؛ إن كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوي أجر المثل.

أقعد صبياً مع رجل يعمل معه، فاتخذ له هذا الرجل كسوة، ثم بدا للصبي أن لا يعمل معه.. قال: إن كان أعطاه كرباساً والصبي هو الذي تكفل خياطته.. لم يكن للرجل على الكسوة سبيل.

قال في إجارات «الأشباه»: ويستثنى من مال اليتيم مسألة: سكنت أم اليتيم مع زوجها في دار اليتيم.. ليس لهما ذلك، ولا أجر عليهما، كذا في وصايا «القينة».

وقال في أحكام الصغار للأستروشي من مسائل الإجارات: سئل صاحب «المحيط» عن امرأة لها ولد صغير، وللصغير [٥٠٢/أ] دار.. هل لها أن تسكن في دار ولدها؟

قال: إن لم يكن لها زوج.. لها ذلك بحكم الحاجة، وإن كان لها زوج.. ليس لها ذلك؛ لأن سكناها واجب على الزوج.. فلا تكون محتاجة إلى السكنى.

وكذلك: إن كان لها مال.

وإن سكنتها بغير أمر الزوج.. هل تأثم؟

قال: نعم.

وهل يجب عليها أجر المثل؟

قال: ينظر؛ إن كان للصغير يد قائمة بحيث يقدر على المنع والتسليم؛ بأن كان الولد ولد عشر سنين.. لا أجر عليها؛ لأنه لم يوجد التسليم.

وإن لم يكن للصغير يد بأن كان أقل من عشر سنين.. يجب عليها أجر المثل على جواب المشايخ؛ أما على جواب الكتاب.. فلا أجر عليها؛ لأنها صارت غاصبة.

والفتوى: على جواب المشايخ.

ومن المشايخ من قال: إذا كان ضمان النقصان خيراً لليتيم من أجر المثل.. يلزم ذلك على الغاصب، والأجر: المثل.

وكذا قاله فيمن سكن داراً أو حانوتاً للوقف واليتيم: بعد الإجارة.. يجب خيرهما للوقوف واليتيم.

ثم ذكر فيها أيضاً: متولي الوقف باع الوقف، ثم عزل ونصب آخر، فادعى الثاني على المشتري الساكن: أنه وقف، وأخذه بحكم القاضي.. فعلى المشتري أجر المثل؛ سواء كانت معدة للاستغلال، أو لا.

قال السيد في «الملتقط»: والأليق بمذهب أصحابنا: أن لا تجب الأجرة في البيع والرهن المستأجر؛ إذا سكن بعد فسخ الإجارة بتأويل: أن له حق الحبس حتى يستوفي الأجر الذي أعطاه.. فعليه الأجرة إذا كانت معدة للاستغلال في المختار.

وكذا في الوقف على المختار.

سكن المستأجر بعد موت المؤاجر.. قيل: يجب الأجر بكل حال؛ لأنه ماض على الإجارة.

والمختار للفتوى: عدم الأجر قبل طلب الأجر.

أما إذا سكن بعد طلب الأجر.. يلزم الأجر؛ لأنه بعد طلب رب الدار الأجر؛ يكون التزاماً منه.

ولا فرق فيه بين المعد للاستغلال وغيره، وإنما الفرق في ابتداء الطلب.

وفي «المحيط»: الصحيح: لزوم الأجر؛ أي: معداً للاستغلال بكل حال. الكل في «البزازية».

وقال في «العمادية»: اشترى داراً وسكن فيها، ثم ظهر أنها وقف، أو كانت للصغير.. يجب عليه أجر المثل؛ صيانة للوقف والصغير.

هذا في مال الصغير، وهل يلزم الأجر في استعمال الصغير أيضاً؟

وقال القاضي الإمام فخر الدين: جاز للأم أن تسكن دار ولدها الصغير وإن كان لها زوج، ولا يجب عليها أجر المثل.

واعلم: أن في مواضع يجب أجر المثل.

منها: الإجارة الفاسدة: يجب بالغاً ما بلغ، أو ما لا يزاد على المسمى على ما تقدم بيانه.

ومنها: أنه لو عمل له شيئاً ولم يسم له شيئاً من الأجرة وكان الصانع معروفاً بتلك الصنعة.. وجب أجر المثل على قول محمد، وبه يفتى.

ومنها: في غصب المنافع؛ إذا كان المغصوب مال يتيم أو وقف أو معداً للاستغلال.. فإنه يلزم أجر المثل فيها على المفتى به.

ولا تسقط شبهة الملك أو العقد في: مال اليتيم والوقف، وتسقط في: المعد للاستغلال وأتلف منافعها.

وأما إذا غصب واحداً منها وأجرها على آخر بأجرة معلومة.. فعلى المستأجر ما سمى من الأجرة للمؤجر الغاصب، ويلزم الغاصب أن يرد ما قبضه من المسمى على المالك المغصوب منه.

ومنها: إذا فسدت الشركة؛ بأن كان المال لأحدهما فقط، والمساقاة والمزارعة.. كان للعامل أجر المثل.

ومنها: إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الأرض زرع.. فإنه يترك بأجر المثل إلى الحصاد.

ومنها: إذا فسدت المضاربة.. فللعامل أجر مثله.

ومنها: عامل الزكاة يستحق أجر مثل عمله، بقدر ما يكفيه وأعوانه.

ومنها: الناظر على الوقف إذا لم يشترط له الواقف.. فله أجر مثل عمله إذا عين القاضي [له أجراً]، وإلا.. فلا شيء له.

وَإِنْ آجرَها سنةً بِكَذَا.. صَحَّ وإِنْ لم يبينْ قسطَ كلِّ شهرٍ.

وَابْتِدَاءُ الْمدَّةِ: مَا سمَّى، وإِلَّا.. فوقتُ العقدِ.

وقيل: له أجر مثل عمله وإن لم يشترط له القاضي.

ومنها: الوصي إذا نصبه القاضي وعين له أجراً بقدر أجر مثله.. جاز.

ومنها: القسام لو لم يستأجر بمعين.. له أجر مثل عمله.

ومنها: القاضي يستحق أجر مثله على كتابة [٥٠٢/ب] المحاضر والسجلات.

وكذا المفتي: يستحق أجر مثله على كتابة الفتوى.

(وإن آجرها)؛ أي: الدار والحانوت **(سنة بكذا.. صح)** العقد **(وإن لم يبين قسط كل شهر)**؛ لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة، والأجرة معلومة أيضاً.. فتصح وإن لم تقسم الأجرة على أجزاء المدة، فصار كما إذا استأجر شهراً بكذا بدون بيان قسط كل يوم؛ فإذا صح [.. وجب][1] تقسيم الأجرة بين كل شهر على السواء؛ لعدم المرجح.

(وابتداء المدة)؛ أي: مدة الإجارة: **(ما سمى)**؛ أي: إن وجدت التسمية؛ بأن يقول: من شهر رجب من هذه السنة مثلاً.

(وإلا)؛ أي: وأن لم يسم شيئاً من المدة، **(.. فوقت العقد)**؛ لأن الأوقات كلها في حق الإجارة سواء، وفي مثله: يتعين الزمان الذي يتعقب السبب؛ كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً؛ لأنه لو لم يتعين ما يعقبه السبب.. لصار مجهولاً، فتبطل الإجارة.

والظاهر من حال العاقد: أن يقصد الصحة، فتعين عقيب العقد؛ لعدم المزاحم له.

بخلاف ما إذا قال: لله عليَّ أن أصوم شهراً.. حيث لا يتعين الشهر الذي يتعقب نذره ما لم يعينه؛ لأن الأوقات في الصوم ليست كلها على السوية؛ لأن الليالي ليست

(١) نقص تم استدراكه من «التبيين».

فَإِن كَانَ حِينَ يهلُّ.. تعْتَبرُ بِالْأَهِلَّةِ.

وإِلّا.. فبالأَيَّامِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: الأولُ بِالْأَيَّامِ، وَالْبَاقِي بِالْأَهِلَّةِ.

بمحل له، ولا بد له من النية عقيب النذر؛ إذ لا يصير شارعاً فيه بدون النية، وربما لا تقترن النية بالسبب، فلا يتعين عقيب السبب بدون التعيين.

(فإن كان) العقد **(حين يهل)** على بناء المفعول؛ أي: يرى الهلال **(.. تعتبر)** شهور السنة **(بالأهلة)**؛ لأن الأهلة أصل في الشهور العربية، فمهما كان العمل به ممكناً.. لا يصار إلى غيره.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يكن العقد حين يهل، بل في أثناء الشهر **(.. فبالأيام)** عند أبي حنيفة؛ كل شهر: ثلاثون يوماً، فالسنة: ثلاث مائة وستين يوماً.

(وعند محمد: الأول بالأيام، والباقي) من الشهور **(بالأهلة)**، يكمل ما بقي من الشهر الأول من الأيام، [والباقي بالأهلة:] من الشهر الثاني من شهور تلك السنة وهي أحد عشر شهراً بالهلال؛ لأن الأيام إنما يصار إليها ضرورة، والضرورة في الأول دون ما عداه، فيقتصر على محل الضرورة، ويكمل من الأخير.

ولأبي حنيفة: أن تمام الأول واجب ضرورة تسميته شهراً، وتمامه إنما يكون ببعض الثاني؛ فإذا تم الأول بالأيام.. ابتدأ الثاني بالأيام أيضاً ضرورة ، وكذلك إلى آخر السنة؛ لأنا لو اعتبرنا الأول بالأيام والباقي بالأهلة وتممنا الأول من الأخير كما قال محمد.. لزم أن يكون الثاني والثالث وما بعده من الأشهر قبل الشهر الأول؛ لأن وجود الشيء بعد تمامه [٥٠٣/أ] وهو محال، فاعتبرنا كلها بالأيام.

نظيره: ما قالوا في العدة: من أن الطلاق؛ إن كان في أول الشهر.. يعتبر الشهور بالأهلة، وإن كان في وسطه.. فبالأيام في حق التفريق.

وفي حق العدة.. كذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: يكمل الأول بالأخير، والمتوسطان بالأهلة.

وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي رِوَايَةٍ، وَمَعَ الإِمَامِ فِي أُخْرَى.

وكَذَا العدّةُ.

وَيجوزُ أَخذُ أُجْرَةِ الْحمَّامِ والحجَّامِ، ....

(وأبو يوسف معه)؛ أي: مع محمد **(في رواية، ومع الإمام في)** رواية **(أخرى، وكذا العدة)**، وقد تقدم.

(ويجوز أخذ أجرة الحمام)؛ أي: من الداخل فيه للغسل **(والحجام)**.

أما الحمام؛ فلجريان العرف بذلك، والقياس: عدم الجواز؛ للجهالة، ولكنه ترك لإجماع المسلمين على ذلك.

ولو دخل الحمام وأعطى أجرة الحمام ولم يعط للحلاق والخادم شيئاً.. ينظر؛ إن كانا أجيرين للحمامي.. لا يلزمه أجرهما إن كانا يعملان له، وإلا.. يجب أجرهما.

استأجر حماماً في قرية، فوقع الجلاء ونفر الناس عنها.. سقط الأجر، ولو نفر بعض الناس وبقي البعض.. لا يسقط.

وإن كان حماماً للرجال وحماماً للنساء وجددهما جميعاً، إلا أنه سمّي في الإجارة حماماً.. جاز استحساناً.

قيل: إذا كان باب الحمامين والدهليز واحداً.. جاز، ولو كان لكل باب.. لا يجوز.

وفي «الخزانة» سوى بينهما. وهو الصحيح.

وإن انكسر قدر الحمام.. سقط الأجر. كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

ومسائل ضمان الحمامي ذكرناها في الوديعة.

وأما الحجام؛ فلما روي: أنهﷺاحتجم وأعطى الحجام أجره، ولأنه استئجار على عمل معلوم، بأجر معلوم، بلا مانع.. فيصح.

وإنما ذكرهما في الإجارة الفاسدة مع جوازهما؛ لأن لبعض الناس فيه خلافاً؛

لَا أَخذُ أُجْرَةِ عَسَبِ التَّيسِ.

ولا على **الطَّاعَاتِ**: كالأَذانِ وَالْحَجِ والإمامةِ وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالْفِقْهِ.

أَو **الْمعاصِي**: كالغناءِ وَالنَّوحِ والملاهِي.

حيث كره بعضهم غلة الحمام، وبعضهم فصل بين حمام الرجال وحمام النساء، فكره حمام النساء دون الرجال، وكذا أجرة الحجام.

والصحيح عند العامة: جواز دخول الحمام مطلقاً للرجال والنساء، بل حاجة النساء إليه أظهر من الرجال، وكذا أخذ أجرته، كيف وقد صح أن النبيﷺدخل حمام جحفة؟!

وتأويل ما رووه من الكراهة في دخول الحمام: محمول على الدخول مكشوف العورة.

وما رووه في أجرة الحمام: منسوخ على ما في محله.

(**لا أخذ أجرة عسب التيس، ولا على الطاعات؛ كالأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه**)، وكذا كل طاعة تختص بالمسلم كالتدريس والوعظ، على ما في «البزازية»؛ لقولهﷺ:«اقرؤا القرآن، ولا تأكلوا به»، ولقولهﷺلعثمان بن عاص: «وإن اتخذت مؤذناً.. فلا تأخذ على الأذان أجراً» ولأن القربة متى حصلت.. وقعت عن العامل، ولهذا تعتبر أهليته.. فلا يجوز له أخذ الأجر [٥٠٣/ب] من غيره؛ كما في الصوم والصلاة.

(**أو المعاصي: كالغناء والنوح والملاهي**)؛ لأنه استئجار على المعصية.. فلا يستحق بالعقد، ولو عمل.. لا أجر له.

وإن استأجره ليكتب له غناء بالفارسية أو بالعربية أو غيرهما.. قيل: لا يحل له الأجر.

والمختار: أنه يحل؛ لأن المعصية في القراءة لا في الكتب.

ويفتى الْيَوْمَ بِالْجَوَازِ على الْإِمَامَةِ وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالْفِقْهِ.

ولو استأجرته امرأة ليكتب لها كتاباً إلى حبيبها.. يجب الأجر، ويطيب له الأجر إن بيّن الشرائط وذكر أعداد الخط وقدره.

كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(**ويفتى اليوم: بالجواز على الإمامة وتعليم القرآن والفقه**)؛ لظهور التواني في الأمور الدينية؛ ففي الامتناع: تضييع حفظ القرآن، وإنما كره المتقدمون ذلك: لأنه كان للمعلمين في زمنهم عطيات من بيت المال، وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من معاشهم، وقد كان في الناس رغبة في التعليم حسبة لله، بخلاف زماننا.

فإذا جاز ذلك؛ فإن سموا الأجر.. فلهم المسمى، وإلا.. فلهم أجر المثل.

بخلاف قراءة القرآن بالأجرة للميت كما اعتاده الناس؛ إذ لا ضرورة في قراءته بالأجرة.. فلا تجوز قياساً على تعليم القرآن والفقه؛ كما ظنه بعض الجهلة وجوزها.

ولأن الإجارة: تمليك المنفعة، ولا يمكن التمليك في القراءة للميت؛ لأن المطلوب هنا: وصول الثواب، وهو من أمور الآخرة، ولا يقدر العبد تمليكه، بل هو يخص فضل الله تعالى.

بخلاف التعليم؛ لأن فعل المعلم يحصل للمتعلم بسببه العلم، فيستحق الأجرة في مقابلته، ولأن القراءة عبادة بدنية محضة؛ كالصلاة.. فلا يجوز أخذ الأجرة ـ كما في الصلاة ـ اتفاقاً.

بخلاف التعليم؛ لأن فيه جهتين: حصول الثواب للمعلم، وحصول العلم للمتعلم؛ فبالاعتبار الثاني.. تصح الأجرة، دون الأول.

ويدل أيضاً على صحة ما قلنا: ما ذكروا في كتاب الوصية؛ فإنه قال في «المحيط السرخسي»: أوصى لقارئ القرآن يقرأ عند قبره بشيء.. فالوصية باطلة؛ لأن أخذ الشيء للقراءة: بمنزلة الأجرة على القراءة، وذا لا يجوز.

وَيُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ على دفعِ مَا سُمِّيَ، وَيحبسُ بِهِ.

وعَلى الحُلوةِ المرسومَةِ.

وَلَا تصحُّ إِجَارَةُ الْمشَاعِ، إِلّا منَ الشَّرِيكِ.

وَعِنْدَهُمَا: تصحُّ مُطلقاً.

وفي «المحيط البرهاني»: لا معنى لهذه الوصية؛ لأن هذا بمنزلة الأجرة، والإجارة في ذلك باطلة، وهي بدعة، ولم يفعلها أحد من الخلفاء.

وقال في «الاختيار»: وأخذ الشيء للقراءة.. لا يجوز؛ لأنه كالأجرة.

وفي «البزازية»: أوصى لقارئ القرآن يقرأ عند قبره بشيء.. فالوصية باطلة.

وفي «القنية»: وكذا الوقف لا يصح، وقيل: إنه يصح.

(ويجبر المستأجر على دفع ما سمى) [٥٠٤/أ] **(ويحبس به)**.

وكذا على دفع أجر المثل فيما لا تسمية له.

(وعلى) دفع **(الحلوة المرسومة)**.

وكذا دفع العيدي ويبخ شبنهي على ما في «البزازية».

(ولا تصح إجارة المشاع)؛ سواء كان نصيبه معلوماً كالربع ونحوه، أو مجهولاً.

(إلا من الشريك). هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: تصح مطلقاً)؛ أي: من شريكه وغيره؛ لأن المشاع له منفعة، ولهذا.. يجب أجر المثل عنده.

وما له منفعة.. يصح أن يرد عليه عقد الإجارة؛ لأنه عقد على المنافع، فكان المقتضي موجوداً، والمانع ـ وهو عدم القدرة على التسليم ـ: مرتفعاً؛ لأنه يمكنه بالتخلية أو بالتهايؤ، فصار كما إذا آجر من شريكه.

وفي «الزيلعي» نقلاً عن «المغني»: الفتوى في إجارة المشاع: على قولهما.

ولأبي حنيفة: أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن تسليم المشاع وحده ـ سواء

كان محتملاً للقسمة كالدار، أو لا كالعبد ـ غير متصور.. فلا تصح إجارته، والتخلية لم تعتبر تسليماً لذاتها؛ حيث اعتبرت، بل لكونها تمكيناً، والتمكين: هو الفعل الذي يحصل به التمكن، والتمكن في المشاع: غير حاصل، ولا معتبر بالعلة عند فوات المعلول.

وأما التهايؤ: فهو من أحكام العقد بواسطة الملك، فيكون متأخراً عنه؛ لأن حكم الشيء يتأخر عنه، والعقد منتف؛ لانتفاء شرطه: وهو القدرة على التسليم.. فلا يمكن إثباته بالتهايؤ المتأخر عنه.

بخلاف ما إذا آجر من شريكه.. فإن الكل يحدث على ملكه، فلا شيوع يمنع التسليم والتسلم، إلا أن النصف: بحكم الملك، والنصف الآخر: بحكم الإجارة، ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة.

بخلاف الهبة والرهن.. حيث لا يجوز في المشاع أصلاً ولو للشريك؛ لأن المقصود في الهبة: هو القبض التام، وفي الرهن: هو الحبس التام، وكلاهما لا يتصوران في الشائع ولو للشريك.

وأما المقصود الأصلي في الإجارة: هو المنفعة، وهو ليس بمتعذر، وإنما المتعذر: هو التسلم، وذلك لا يوجد في حق الشريك، ويجوز أن يكون الشيء الواحد ـ وهو الشيوع ـ مانعاً بحكم دون حكم.

وقال القاضي: إجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم: فاسدة في قول أبي حنيفة، وعليه الفتوى، وهكذا في «الفتاوى الصغرى».

وقال في «الحقائق»: الفتوى على قول أبي حنيفة، وما ذكره في «الزيلعي» نقلاً عن «المغني» «من أن الفتوى في إجارة المشاع على قولهما»: شاذ ومجهول القائل. كذا في «فتاوى الأنقروي».

وإِنْ أَجَّرَ دَاراً من رجلَيْنِ.. صَحَّ اتِّفَاقاً.

وَيجوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ، ....

(وإن آجر داره من رجلين)؛ أي: بعقد واحد (.. صح اتفاقاً)؛ لأن العقد أضيف إلى الكل [٥٠٤/ب]، ولا شيوع فيه؛ لوقوع التسليم جملة، وإنما الشيوع يظهر حكماً لتفرق الملك فيما بينهما، وهو طارئ على التسليم، والشيوع الطارئ على التسليم: لا يفسد العقد، وكذا إذا مات أحد المستأجرين.. بقي العقد في نصيب الحي شائعاً؛ لكونه طارئاً، وإنما ينفسخ العقد في نصيب الميت، وهذا: لأن الشيوع إنما كان مفسداً؛ لكونه مانعاً من القبض، ولا حاجة إليه بعد القبض.

ولو آجر رجلان داراً مشتركة بينهما من رجل.. جاز أيضاً؛ لما ذكرناه في عكسه.

وكذا لو مات أحد المؤجرين.. يبقى العقد في نصيب الحي وينفسخ في نصيب الميت لما ذكرناه.

وكذا لو آجر كل داره، ثم فسخا العقد في نصفه.. يجوز في الباقي بلا خلاف في ظاهر المذهب؛ لكون الشيوع طارئاً.

وعن الإمام: أن الشيوع الطارئ يرفع، كما أن الشيوع المقارن يمنع.

(ويجوز استئجار الظئر بأجر معلوم)؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ يعني: بعد الطلاق، ولأن التعامل به كان جارياً في عهد رسول الله ﷺ وقبله، وأقرهم عليه.

بخلاف استئجار شاة ليرضع ظبياً أو جدياً.. فإنه لا يجوز؛ لعدم العرف والتعامل به. كذا في «البزازية».

ثم اختلفوا في المعقود عليه، فقيل: هو المنافع، وهو خدمتها للصبي والقيام بأموره وتلقيم ثديها، واللبن تبع له كالصبغ في الثوب، واختاره صاحب «الهداية» و«الذخيرة» و«الإيضاح».

وَكَذَا بطعامِهَا وكسوتِهَا.

خلافاً لَهما.

وقيل: هو اللبن، والخدمة تابعة، واختاره شمس الأئمة السرخسي؛ مستدلاً: بأن المقصود هو اللبن، وما سوى ذلك من الخدمة والقيام بمصالح الصبي: تبع، والعقد يرد على المقصود الأصلي.

ويؤيده ما قالوا: إنها لو أرضعته بلبن شاة أو أطعمته بطعام.. لا تستحق الأجر، على ما سيصرح به المصنف.

قالوا: والأقرب إلى الفقه: هو الأول؛ لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان قصداً؛ كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها.

ولا نسلم أن المقصود: هو اللبن، بل المقصود: هو الإرضاع وتلقم الثدي وانتظام أمر الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط؛ منها: اللبن، وإنما لا تستحق الأجر فيما لو أرضعته بلبن شاة أو أطعمته بطعام؛ لأنها لم تأت بالواجب؛ وهو: الإرضاع وتلقم ثديها.

فإن قيل: إن ابن سماعة روى عن محمد أنه قال: إن استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة: دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام: دليل على أنه لا يجوز [٥٠٥/أ] استحقاقه بعقد الإجارة.. فهذه الرواية عنه: دليل على القول الثاني، فكيف يرجحون الأول بعد هذه الرواية عن إمام الفن؟

أجيب عنه: بأنه ليس بظاهر الرواية، ولو سلم.. فنحن ما منعنا أن يستحق اللبن بعقد الإجارة، وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً، وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك.

(وكذا)؛ أي: يجوز استئجار الظئر (بطعامها وكسوتها)؛ كما جاز بأجر معلوم كسائر الإجارات عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ حيث قالا: لا يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها، كما لا يجوز

وَعَلَيْهَا غَسْلُ الصَّبِيِّ وَغسلُ ثِيَابهِ، وَإِصْلَاحُ طَعَامِهِ، ودَهنُهُ.

استئجار الطباخة بطعامها وكسوتها، وهو قول زفر والشافعي أيضاً، وهو القياس؛ لأن الأجرة ـ وهي الطعام والكسوة ـ مجهولة.

ولأبي حنيفة: أن العادة جارية بالتوسعة على الأظآر؛ شفقة على الأولاد، وذلك يرفع الجهالة، بخلاف استئجار الطباخة والخبازة بطعامهما وكسوتهما ؛ لأن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة في أمثالها المماكسة والمضايقة، لا التوسعة.

وذكر في «الجامع الصغير»: إن سمّى الطعام دراهم، ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها.. جاز ـ أي: بالإجماع ـ لزوال الجهالة.

وقالوا: معنى قوله: «سمى الطعام دراهم»: أن يجعل الأجر دراهم، ثم يدفع الطعام مكانه؛ فيكون معناه: أن يسمي بدل الطعام دراهم بحذف المضاف، ولكنه تأويل غير ظاهر من عبارته.

ولو سمى الطعام وبين قدره وجنسه.. جاز بالإجماع؛ لزوال الجهالة.

ولا يشترط تأجيله؛ لأن المقدرات الموصوفة في الذمة أثمان، ولا يشترط في الثمن أن يكون مؤجلاً، بل يجوز حالاً ومؤجلاً، ويشترط: بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. على ما تقدم في السلم.

وفي الكسوة: يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان الجنس والقدر؛ لأنه إنما يثبت ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً: عند الأجل كما في السلم، فيشترط فيه ما يشترط في السلم.

(**وعليها**)؛ أي: على الظئر: (**غسل الصبي وغسل ثيابه وإصلاح طعامه ودهنه**)؛ لأن هذه المنافع معقود عليها:

إما قصداً على ما اختاره صاحب «الهداية» و«الذخيرة» و«الإيضاح».

أو تبعاً على ما اختاره الإمام السرخسي.

وعلى القولين: لا بد منهما.

لَا ثمنُ شَيْءٍ مِنْهَا.

بل هُوَ وأَجرُها على مَن نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ.

فَإِن أَرْضَعَتْهُ فِي الْمدَّةِ بِلَبنِ شَاةٍ أَو غَذَتْهُ بِطَعَامٍ.. فَلَا أجرَ لَهَا.

ولزوجِها وَطْؤُهَا، لَا فِي بَيتِ الْمُسْتَأْجِرِ.

وَله فَسخُهَا إِنْ لم تكن بِرِضَاهُ إِنْ نِكَاحُهُ ظَاهِراً، ....

(**لا ثمن شيء منها**)؛ أي: من ثياب الصبي وطعامه ودهنه؛ لعدم دخوله في العقد أصلاً.

(**بل هو**)؛ أي: ثمن كل من هذه الأشياء، (**وأجرها**)؛ أي: أجر الظئر (**على من نفقته**)؛ أي: نفقة [٥٠٥/ب] الصبي (**عليه**)، وهو: الأب ومن بعده من العصبات على الترتيب المعهود، وقد مر في باب الأولياء.

(**فإن أرضعته في المدة**)؛ أي: مدة الإجارة (**بلبن شاة أو غذته**) ـ بالغين والذال المعجمتين ـ: من التغذية، والضمير المنصوب للصبي (**بطعام.. فلا أجر لها**)؛ لعدم إتيانها بالواجب: وهو الإرضاع وتلقم ثديها.

وفي كلامه اشتباه؛ **لأن قوله**: «وعليها غسل الصبي وغسل ثيابه.. إلى قوله: ودهنه»: يدل على أن المعقود عليه قصداً: هو المنافع المذكورة، على ما اختاره الفرقة الأولى.

وقوله: «فإن أرضعته في المدة... إلى قوله: فلا أجر لها»: يدل على أن المعقود عليه قصداً: هو اللبن، على ما اختاره الفرقة الثانية؛ لأن هذا التفريع إنما يظهر على قولهم على ما ذكرناه، ولو أتى بالواو بدل الفاء.. لكان أظهر.

(**ولزوجها**)؛ أي: زوج الظئر (**وطؤها**)؛ لأنه حقه، فلا يتمكن المستأجر إبطاله.

(**لا في بيت المستأجر**)؛ لأن المنزل له فيتمكن منعه.

(**وله**)؛ أي: للزوج (**فسخها**)؛ أي: عقد الإجارة للظئر (**إن لم تكن برضاه**؛ **إن**) كان (**نكاحه ظاهراً**) بين الناس.

لَا إِنْ أَقَرَّت بِهِ.

وَلأَهلِ الطِّفْلِ فَسخُهَا إِن مَرِضَت أَو حَبِلَتْ.

والقياس: أن يفسخها مطلقاً؛ لأن له: أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي من الدخول عليها، ولأن الإرضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها، فكان له المنع منها كما يمنعها من الصوم تطوعاً، لكنه لما أسقط حقه برضاه بالإجارة.. لم يكن له حق الفسخ حينئذ، فبقي فيما لم يرض على القياس؛ سواء كان يشينه إجارتها بأن كان وجيهاً بين الناس أو لا يشينه في الأصح. على ما في «الزيلعي».

(**لا إن أقرت به**)؛ أي ليس له الفسخ إن ثبت النكاح بينهما بإقرارها، وكذا بإقرارهما أيضاً؛ لأنهما لا يصدقان بقولهما في حق المستأجر؛ كما إذا أقرت المنكوحة المجهولة بالرق لإنسان.. تصدق في الرق لا في حق بطلان النكاح.

(**ولأهل الطفل**) من أبيه أو أمه أو غيره (**فسخها إن مرضت**) الظئر (**أو حبلت**)؛ لأن لبن الحامل والمريضة يضر الولد، والإجارة مما تفسخ بالأعذار.

وكذا له الفسخ لو تقيّأ الصبي لبنها؛ لأنه يضر الصبي.

وكذا لو كانت سارقة أو فاجرة.

بخلاف ما إذا كانت كافرة؛ لأن كفرها من اعتقادها، ولا يضر ذلك للطفل.

وفي «البزازية»: لو استأجر مطلقته الرجعية أو امرأته لإرضاع ولده.. لا أجر لها.

والمعتدة من بائن أو ثلاث.. في ظاهر الرواية: تستحق.

وفي رواية: لا.

استأجر الرجل أمه أو بنته أو أخته لإرضاع ولده.. جاز، وكذا كل [٥٠٦/أ] ذات رحم محرم.

استأجر معتدته بعد انقضاء عدتها.. جاز، ثم تزوجها.. لا يرتفع.

مسلمة ترضع ولداً لكافر بالأجر.. جاز.

وَفَسَدَ اسْتِئْجَارُ حائكٍ لينسجَ لَهُ غزلاً بنصفِهِ.

أَو حماراً لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ طَعَاماً بقفيزٍ مِنْهُ.

أَو ثَوْراً ليطحنَ لَهُ برّاً بقفيزٍ مِن دقيقهِ.

استأجر مدبرته للإرضاع أو للخدمة أو للطبخ أو لعمل آخر.. لا يجوز.

(**وفسد استئجار حائك لينسج له غزلاً بنصفه، أو حماراً ليحمل عليه طعاماً بقفيز منه، أو ثوراً ليطحن له برّاً بقفيز من دقيقه**)؛ لأن النبيﷺ نهى عن قفيز الطحان، وهو: أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها.

ومسألة الحائك وحمل الحمار: في معناه؛ في جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله، وهو المعنى في النهي عن قفيز الطحان؛ لأن المستأجر لا يقدر على تسليم الأجرة؛ لأنها بعض عمل الأجير، فلا يحصل إلا بعمله، والشخص لا يقدر بقدرة غيره.

والحيلة في جوازها: أن يشترط: ذراع ثوب مطلقاً، أو قفيزاً مطلقاً، من غير أن يشترط أنه من الثوب المنسوج أو من المحمول على الدابة أو من المطحون.. فيجب في ذمة المستأجر، ثم يعطيه منه.

ومشايخ بلخ: جوزوا نسج الثوب ببعض المنسوج، وحمل الطعام ببعض المحمول؛ للتعامل بينهم، وقالوا: إن القياس قد يترك بالعرف كالاستصناع؛ فإنه تُرِكَ فيه القياس؛ للتعامل، فترك فيهما أيضاً القياس على مسألة قفيز الطحان: للعرف.

ولئن قيل: إن عدم جوازهما ليس بالقياس عليهما، بل بدلالة نص النهي عن قفيز الطحان.

قالوا: دلالة النص قد تخصص أيضاً بالعرف، فخصصناه به.

ومشايخنا قالوا: إن القياس والنص: قد يترك ويخص بالعرف العام لا العرف الخاص فيه، والعرف في هاتين المسألتين: خاص ببلدهم لا جميع البلدان؛ كما في الاستصناع.. فلا يترك به القياس، ولا يخص به دلالة النص، على أن الدلالة لا

وَيجبُ أَجرُ الْمثلِ فِي الْكلِّ، لَا يُجَاوزُ الْمُسَمّى.

عموم لها حتى يخص؛ لأن العموم والخصوص من أحوال الألفاظ على ما عرف في الأصول.

(**ويجب أجر المثل**)؛ أي: بعد العمل (**في الكل**)؛ أي: في كل من المسائل المذكورة؛ لأن المستأجر استوفى منافعه في كل من الثلاثة بعقد فاسد.. فيجب أجر مثله.

(**لا يجاوز المسمى**)؛ لأنه رضي بحط الزيادة.

بخلاف ما اشتركا في الاحتطاب، واحتطب أحدهما وجمع الآخر.. فإنه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد؛ لأن المسمى ـ وهو نصف الحطب ـ هناك غير معلوم.. فلم يصح الحط.

وعند أبي يوسف: لا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك؛ لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشترك.

وأما إذا احتطبا معاً وجمعا معاً [٥٠٦/ب].. فهما شريكان على السواء.

وبخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر؛ حيث لا يجب له الأجر أصلاً: لا المسمى، ولا أجر المثل؛ لأن المستأجر ملك الأجير أجرته في الحال بالتعجيل؛ لأن تسليم الأجرة بحكم التعجيل: يوجب الملك في الأجرة على ما مر، فصار المؤجر حاملاً طعاماً مشتركاً بينهما.

ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما.. لا يجب الأجر أصلاً على ما سيأتي بيانه.

والأصل ههنا: أن المستأجر متى جعل المنسوج والمحمول والمطحون كله لنفسه، وشرط له الأجر من المنسوج والمحمول والمطحون.. فسدت الإجارة للمعنى الذي ذكرناه، فيجب أجر المثل بعد العمل، وهو مسألة الكتاب.

ومتى جعل بعض المنسوج أو المحمول: له، والبعض الباقي أجرة.. بطلت

وَإِن اسْتَأْجرهُ ليخبزَ لَهُ الْيَوْمَ قَفِيزاً بدرهَمٍ.. فسدَ، خلافاً لَهما.

الإجارة، فلا يستحق الأجر أصلاً ولو بعد العمل؛ كالمسألة التي ذكرناها، حتى لو قال: احمل هذا الكر إلى بغداد بنصفه ـ فيما ذكرناه ـ بالنصف الآخر: إشارة إلى هذا.

(**وإن استأجره ليخبز له اليوم قفيزاً بدرهم.. فسد**) العقد عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لأن المعقود عليه: هو العمل ـ على ما يدل عليه ذكره ـ وهو معلوم.. فيصح العقد عليه؛ حتى إذا فرغ منه نصف النهار.. فله الأجر كاملاً، وإن لم يفرغ في اليوم.. فعليه أن يعمل في الغد أيضاً؛ لأن المقصود: هو العمل، وذكر الوقت للتعجيل لا لتعليق العقد به.

ولأبي حنيفة: أن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر الوقت يدل على أنه هو المنفعة، وذكر العمل يدل على أنه هو العمل، وليس أحدهما أولى من الآخر، والجهالة المفضية إلى النزاع: تفسد العقد، وههنا كذلك؛ لأن نفع المستأجر في الثاني، ونفع الأجير في الأول، فيتنازعان، وجعل ذكر الوقت للتعجيل: تحكم؛ لتفاوت الأغراض، فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة.

فإن قيل: ما الفرق: **بين هذه المسألة وبين ما إذا قال**: إن خطته اليوم.. فلك درهم، وإن خطته غداً.. فلك نصف درهم؛ حيث إن أبا حنيفة أجاز الشرط الأول، وجعل الوقت للتعجيل على ما سيأتي هو ونظائره.

وكذا بينها وبين ما إذا استأجر رجلاً ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم.. فإنها جائزة بالإجماع.

قلنا: الفرق بينها وبين الأولى: أن نقصان الأجر للتأخير في المسألة الأولى قرينة صارفة للوقت عن حقيقته إلى مجازه ـ وهو التعجيل ـ وليس في مسألتنا قرينة كذلك حتى يراد بها فيها التعجيل.

وبينها وبين الثانية: أن كلمة «على» [٥٠٧/أ]: فيها معنى الشرط؛ فحيث جعله شرطاً.. دل على أن مراده: التعجيل، بخلاف مسألتنا.

وَلَو قَالَ: «فِي الْيَوْم».. صَحَّ اتِّفَاقاً.

وإِنِ اسْتَأْجرَ أَرضاً على أَن يكرِبَها ويزرعَها، أَو يسقيَها ويزرعَها.. صَحَّ.

وعَلى أَن يثنيها أَو يكْرِي نهرَها أَو يُسَرْقِنَها.. لَا يَصحُّ.

(**ولو قال: في اليوم.. صح اتفاقاً**)؛ لأن «في» للظرف، والظروف قد لا تستغرق المظروف؛ فكأنه قال: «إن عملت في بعض اليوم»، وذلك يفيد التعجيل، فكان العمل هو المعقود عليه.

بخلاف قوله: «اليوم»؛ فإن المنفعة تستغرق الوقت.. فتصلح أن تكون معقوداً عليه، وتلزم الجهالة.

(**وإن استأجر أرضاً على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها.. صح**) العقد؛ لأن الزراعة تستحق بالعقد، ولا تتأتى إلا بالكراب والسقي، فكانا من مقتضيات العقد، فذكره لا يوجب الفساد.

(**وعلى أن يثنيها**) من الإثناء: وهو أن يعيد الحرث بالحراث بعد الحرث الأول.

وقيل: المراد به: أن يرد الأرض مكروبة.

(**أو يكري نهرها أو يسرقنها.. لا يصح**)؛ لأن هذه شروط لا يقتضيها العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين؛ لبقاء أثره بعد انقضاء المدة، وما هذا شأنه.. يوجب الفساد؛ لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة، فيصير صفقتان في صفقة، وهو منهي عنه.

ثم إن كان المراد بالتثنية: هو المعنى الثاني.. فظاهر أنه ليس من مقتضيات العقد.

وإن كان الأول.. فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة [والمدة] سنة؛ لأنه إذا كان في موضع لا تخرج الأرض إلا بالكراب مرتين، أو كانت تخرج بالكراب مرة، إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين.. فإنه لا

وَكَذَا الِاسْتِئْجَارُ لِلزِّرَاعَةِ بزراعةٍ، وللرُّكوبِ بركوبٍ، وللسُّكنى بسُكنى، ولِلُبسِ بلُبسٍ.

وَإِنِ اسْتَأْجرَ شَرِيكَهُ أَو حِمَارَهُ لحملِ طَعَامٍ هُوَ لَهما.. لَا يلْزمُ الْأَجرُ؛ ...

يفسد العقد به؛ لأن الأول حينئذ: من مقتضياته، والثاني: ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة؛ لعدم بقاء أثره بعد المدة؛ لانقضاء الأثر في السنة الثالثة.

وهل ينقلب العقد صحيحاً بالوفاء بالشرط؟

قلت: لا؛ كما أفتى به مشايخ الإسلام، وبه أفتيت.

وهل تجوز الإجارة بشرط الخيار ثلاثة أيام وأزيد؟

ففي «البزازية»: استأجر على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. يجوز، وعلى أكثر.. على الخلاف. انتهى.

(**وكذا**)؛ أي: لا يصح (**الاستئجار للزراعة بزراعة، وللركوب بركوب، وللسكنى بسكنى، وللبس بلبس**)؛ لأن الإجارة جوزت على خلاف القياس للحاجة إليها، ولا حاجة عند اتحاد الجنس؛ لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة، فيبقى على الأصل.. فلا يجوز.

بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة؛ كالركوب واللبس؛ لأن حاجة كل منهما إلى المنفعة التي ليست عنده: باقية.

ثم إذا فسد العقد في الأمور المذكورة.. يجب أجر المثل بعد الاستيفاء في ظاهر الرواية [٥٠٧/ب]، وعن أبي يوسف؛ لأنه لا شيء عليه.

وقال الشافعي: تجوز الإجارة في كلها، ولو بجنسها لأن المنفعة عنده جعلت موجودة بالعقد، فيكون بيع الموجود بالموجود.

(**وإن استأجر شريكه أو حماره**)؛ أي: حمار شريكه (**لحمل طعام هو لهما**)؛ أي: مشترك بينهما (.. **لا يلزم الأجر**)، لا المسمى، ولا أجر المثل؛ لأنه استأجر لحمل نصيبه؛ إذ لا يتصور استئجاره لحمل نصيب شريكه وهو ظاهر، ونصيبه غير معين؛

كراهنٍ اسْتَأْجَرَ الرَّهْنَ مِنَ الْمُرْتَهِنِ.

لكونه شائعاً؛ فاستئجاره هذا: كان استئجار العمل لا وجود له؛ لأن الحمل؛ لكونه فعلاً حسياً.. لا يقع إلا على معين، وقد عرفت: أن نصيبه غير معين.. فكان المحل معدوماً، وبانعدام المحل: ينعدم الفعل أيضاً، فكان الحمل معدوماً، فبطل استئجاره.

ولأن حامل الشائع ما يحمل جزءاً إلا وهو شريك له فيه، فكان عاملاً لنفسه، فلم يستحق أجراً على غيره؛ لعدم تحقق التسليم إليه.

بخلاف الدار المشتركة؛ فإن المعقود عليه، ثمه: المنفعة، ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام فيها؛ فإنه إذا تسلَّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلاً.. وجب عليه الأجر.

وأما المعقود عليه فيما نحن فيه: هو العمل، وتسليمه في الشائع غير متصور.

وبخلاف العبد المشترك؛ فإن المعقود عليه هناك: إنما هو نصيب صاحبه، وهو أمر حكمي يمكن إيقاعه في التبايع.

فالضابط هنا: أن كل موضع لا يجب فيه الأجر إلا بإيقاع عمل في العين المشترك.. لا يجب.

وكل موضع لا يكون كذلك [.. يجب][1] كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك.

(كراهن استأجر الرهن من المرتهن).. فإنه لا يجوز؛ لأنه ملكه، والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره منه.

ولأن حقيقة الإجارة: هي تمليك المنافع، ولا يملك تمليكها؛ إذ التمليك من غير المالك: محال، والراهن إنما يتمكن من الانتفاع به من حيث إنه مالك له؛ إذ الملك هو المطلق للتصرف، إلا أنه ممنوع منه لتعلق حق المرتهن؛ فإذا بطل في الإيجار له.. صار منتفعاً به، على أنه ملكه بزوال المانع.

---

(١) زيادة لا بد منها، تم استدراكها من «العناية» (٩/١١٧).

وَإِنِ اسْتَأْجَرَ أَرضاً وَلم يَذكُر أَنَّه يَزْرَعُهَا، أَو لم يُبَيِّنْ مَا يَزْرَعُهَا.. لَا يَصحُّ إِن لم يُعَمِّمْ.

فَإِن زَرعَهَا وَمضَى الْأَجَلُ.. عَادَ صَحِيحاً، وَلهُ الْمُسَمَّى.

وَإِنِ اسْتَأْجَرَ حماراً إِلَى مَكَّةَ وَلَم يذكُر ما يحملُ عَلَيْهِ، فَحملَ الْمُعْتَادَ، فنفقَ.. لَا يَضمَنُ، ....

وفي «الحاوي القدسي»: لا يجوز إجارة الرهن من الراهن، ولا من المرتهن، ولا من الأجنبي؛ فإن أجر.. خرج عن كونه رهناً، ولا يعود إليه إلا بعقد جديد. انتهى.

(وإن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها، أو لم يبين ما يزرعها.. لا يصح إن لم يعمم)؛ لأنه حينئذ يصير المعقود عليه مجهولاً؛ لأن الأرض كما تستأجر للزراعة.. تستأجر لغيرها أيضاً؛ كالبناء والغرس.

وكذا: ما يزرع فيها: مختلف؛ فمنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره كالذرة والأرز [٥٠٨/أ]؛ فإن ضررهما أكثر من الحنطة والشعير، وجهالة المعقود عليه: تفسد العقد؛ لإفضائها إلى المنازعة، فلا بد من أن يبين أيَّ نوع يزرع فيها، وأي يوم يزرع فيها؛ بأن يقول: على أن يزرع فيها ما شاء؛ لأن لما فوض إليه الخيرة.. ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع.

(فإن زرعها ومضى الأجل.. عاد صحيحاً، وله المسمى)، هذا استحسان.

والقياس: أنه لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه وقع فاسداً.. فلا ينقلب جائزاً.

ووجه الاستحسان: أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد، فينقلب جائزاً؛ كما إذا سقط الأجل المجهول قبل مجيئه، والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع، وهما على الخلاف بيننا وبين زفر.

(وإن استأجر حماراً إلى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه، فحمل المعتاد فنفق)؛ أي: هلك **(.. لا يضمن)**؛ لأن العين أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة؛

وَإِن بلغَ مَكَّةَ.. فَلهُ المسمَّى.

وَإِنِ اخْتَصمَا قبلَ الزَّرْعِ وَالْحملِ.. نُقضتِ الْإِجَارَةُ لِلْفَسَادِ.

لأن الفاسد معتبر بالصحيح؛ لكونه مشروعاً من وجه؛ لأنه مشروع بأصله دون وصفه.. فلا يضمن ما لم يتعد؛ فإذا تعدى.. ضمن، والأجر عليه؛ كما في الصحيح.

(**وإن بلغ مكة.. فله المسمى**)؛ لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل عليه.

فإذا حمل عليها شيئاً يحمل على مثلها.. تعين ذلك، فانقلب صحيحاً؛ لزوال الموجب للفساد.

(**وإن اختصما قبل الزرع**)؛ أي: في إجارة الأرض (**والحمل**) في إجارة الدابة (.. **نقضت الإجارة؛ للفساد**)؛ أي: دفعاً للفساد؛ لأن الفساد قائم قبل أن ترفع الجهالة بالتسليم بالزرع والحمل.

ولو استأجر دابة، ثم جحد الإجارة في بعض الطريق.. وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف؛ لأنه بالجحود صار غاصباً، والأجر والضمان لا يجتمعان.

وقال محمد: يجب الأجر كله؛ لأنه سلم من الاستعمال، فسقط الضمان؛ كذا في «الزيلعي».

وقال في «البزازية»: استأجر دابة ليطحن بها كل [يوم][1] بدرهم؛ إن بيّن ما يطحنه.. يجوز، وإلا.. ذكر شمس الأئمة: الجواز، وشيخ الإسلام: عدمه حتى يبين ما يطحن، وبه يفتى.

اكترى من خوارزم إلى بغداد دابة للحج عليها، ثم تنازعها في وقت الخروج.. يؤخذ بقول مريد الخروج في الوقت المعتاد الذي يخرج فيه أهل خوارزم.

* * *

---

(١) زيادة من «البزازية» (٦/٤٩).

(فَصْلٌ)

الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ: مَن يعْملُ لغيرِ وَاحِدٍ، ....

(فَصْلٌ)

(**الأجير المشترك: من يعمل لغير واحد**)

اعلم: أن الأجراء على نوعين:

أجير مشترك، وأجير خاص ويقال له أجير وحد أيضاً.

واختلفت عباراتهم في تعريفهما.

قال بعضهم:

الأجير المشترك: من يعمل لغير واحد [٥٠٨/ب].

والأجير الخاص: من يعمل لواحد.

وقال الشارح الزيلعي: معنى قولهم: «من يعمل لغير واحد»: من لا يجب عليه أن يختص بواحد؛ عمل لغيره أو لم يعمل، ولا يشترط أن يكون عاملاً لغير واحد بالفعل، بل إذا عمل لواحد أيضاً.. فهو أيضاً مشترك؛ إذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره أيضاً.

وقال بعضهم:

الأجير المشترك: من يتقبل العمل من غير واحد.

والأجير الخاص: من يتقبل العمل من واحد.

وهو قريب من الأول.

وقال بعضهم:

الأجير المشترك: من يكون عقده وارداً على عمل معلوم.

والأجير الخاص: من يكون عقده وارداً على منافعه في مدة أو مسافة معينة.

توضيح هذا القول: ما ذكره الكرخي: كل من يستحق الأجر بعمله دون تسليم نفسه.. أجير مشترك؛ كالقصار والصباغ والخياط.

وكل من يستحق الأجر بالوقت دون العمل.. فهو أجير خاص؛ كرجل استأجر رجلاً ليخدمه شهراً بخمسة دراهم، أو كل شهر بخمسة دراهم، أو ليقصر معه أو ليخيط معه [أو ليعمل عملاً من الأعمال][1] سماه كل شهر بكذا أو كذا.

حاصله: أن العقد في الأجير المشترك: إنما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس.

وفي الأجير الخاص: يقع على تسليم النفس في المدة المعلومة أو المسافة المعلومة، لا على تسليم العمل.

وقال القدوري:

الأجير المشترك: من لا يستحق الأجر حتى يعمل.

والخاص: من يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل.

واعترض عليه:

بأن هذا التعريف دوري؛ لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك والخاص.. فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف، فيلزم الدور.

وبأنه تعريف بالمفرد؛ لأن قوله: «من لا يستحق الأجر حتى يعمل»: مفرد، والتعريف بالمفرد.. لا يصح عند المحققين.

وأجيب عن الأول: بأنه قد علم من قبل في باب من يستحق الأجر: أن بعض الإجراء يستحق الأجرة بالعمل.. فلم تتوقف معرفة المعرف على معرفة المعرف، فلا دور. تأمل.

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٥/١٣٤).

وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأجرَ حَتَّى يَعْمَلَ؛ كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ.

وعن الثاني: بأنه تعريف لفظي، فلا يضر كونه مفرداً.

إذا عرفت هذا.. فالمصنف عرفه أولاً بقوله: «من يعمل لغير واحد»، ثم جعل ما ذكره القدوري حكماً من أحكامه، وعطف على تعريفه فقال: (**ولا يستحق الأجر حتى يعمل**)، وهذا لما ذكرناه آنفاً: أن عقده انعقد على العمل، لا على تسليم نفسه.

ثم مثله بقوله: (**كالصباغ والقصار**)، وكذا النحّاس والدلال؛ كذا في «العمادية» نقلاً [٥٠٩/أ] عن «التجريد».

وكذا: الخياط: أجير مشترك على ما في «العمادية» أيضاً.

وأما الراعي والبقار.. ففي «قاضي خان» و«العمادية» و«الفصولين»: ذكر محمد: إذا استأجر راعياً أو بقاراً؛ لو قال: استأجرتك لترعى غنمي هذه السنة، كل شهر بكذا.. يكون الراعي والبقار أجيراً مشتركاً.

إلا إذا صرح بما هو حكم أجير وحد؛ بأن قال: على أن ترعى معها غنم غيري.. فحينئذٍ يكون أجير وحد.

ولو أورد العقد على المدة أولاً بأن قال: استأجرتك شهراً بكذا لترعى غنمي.. كان أجير وحد.

إلا أن يذكر بعدُ ما هو حكم الأجير المشترك؛ بأن قال: على أن لك أن ترعى مع غنمي غنم غيري.. فحينئذٍ يصير أجيراً مشتركاً، ويتغير أول كلامه بآخره.

ثم قال: وكذا الحكم في حق من كان في معنى الراعي.

ثم على تقدير كون الراعي أجير وحد؛ لو ماتت من الأغنام واحدة.. لا يضمن، ولا ينقص من الأجر شيء فيما لو ماتت الأغنام كلها.

وعلى تقدير كونه أجيراً مشتركاً؛ لو ماتت من الأغنام غنم.. لا يضمن عندهم جميعاً.

ثم الأجير الخاص: قد يكون لواحد، وقد يكون لاثنين أو ثلاثة.

وَالْمَتَاعُ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ لَا يُضمنُ إِن هَلَكَ وَإِن شَرطَ ضَمَانَهُ وبِهِ يُفْتَى.
وَعِنْدَهُمَا: يُضمنُ إِن أَمكَن التَّحَرُّزُ مِنْهُ؛ كالغصبِ وَالسَّرِقَةِ.
بِخِلَافِ مَا لَا يُمكنُ كالموتِ، والحريقِ الْغَالِبِ، والعدوِّ المكابرِ.

فإن كان لواحد.. لا يضمن ما هلك في يده إلا بالتعدي والخلاف.

وإن كان لاثنين أو ثلاثة.. يضمن ما هلك في يده مطلقاً، على ما سيأتي تفصيله.

واختلفوا في حارس الخان والحمام والسوق بأجر.

قيل: إنه أجير مشترك.

وقيل: إنه أجير خاص.

وفي «العمادية»: وهو الصحيح، وعليه الفتوى.

والصانع والنجار والبناء والعلّاف والوراق والنساج والطباخ والملاح والحداد والجمال والطحان والمكاري: كلها أجير مشترك.

(والمتاع في يده)؛ أي: أبيض يد الأجير المشترك: **(أمانة، لا يُضمن إن هلك وإن)** وصلية **(شرط ضمانه. وبه)**؛ أي: بعدم الضمان **(يفتى)**، وهو المروي عن علي، وهو قول أبي حنيفة وزفر والحسن.

قالوا: إنه لا يضمن؛ سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه، أو لا يمكن التحرز عنه، وهو القياس.

قال في الفصل الثاني عشر من إجارة «الخلاصة»: الأجير المشترك؛ كالقصار وغيره إذا ادعى رده على الآجر.. لا يصدق إلا ببينة، كذا روى هشام عن محمد.

وهذا الجواب مستقيم على قول من يرى يد الأجير المشترك يد ضمان؛ فأما من يرى يده يد أمانة ـ وهو أبو حنيفة ـ يقبل قوله كالمودع. انتهى.

(وعندهما)، وهو المروي عن عمر: **(يضمن إن أمكن التحرز منه؛ كالغصب والسرقة، بخلاف ما لا يمكن)** [٥٠٩/ب] التحرز عنه؛ **(كالموت والحريق الغالب والعدو المكابر)** والغارة الغالبة.

وَيضمنُ مَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ اتِّفَاقاً؛ كتخريقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ، ....

ولأجل اختلاف الصحابة والتابعين.. اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف، وأفتيت به مراراً.

قال في «العمادية» نقلاً عن إجارات «الجامع» عن أبي بكر: أنه إذا شرط على الأجير المشترك أن يضمن؛ لو هلك عنده.. يضمن في قولهم جميعاً.

وإنما لم يضمن عند أبي حنيفة: إذا لم يشترط عليه الضمان.

وأما إذا شرط عليه ذلك.. يضمن.

وقال الفقيه أبو جعفر: الشرط وغير الشرط سواء؛ لأن اشتراط الضمان على الأمين: باطل، وبه نأخذ. انتهى. ولهذا اختاره المصنف.

(ويضمن ما تلف بعمله اتفاقاً كتخريق الثوب من دقه).

وذكر في «العمادي» نقلاً عن «العيون»: لو دفع إلى القصار ثوباً ليقصره له بدانق، فجعل يدقه القصار، فاستعان برب الثوب على دقه، فدقه معه فتخرق الثوب.. قال محمد: إذا لم يعلم من أيهما تخرق.. فالضمان على القصار؛ لأنه في يده.

وذكر الكرخي في «مختصره»: روى بشر عن أبي يوسف: القصار إذا استعان بصاحب الثوب أن يدق معه ففعل وتخرق، ولا يدرى من أي الدقين تخرق وقد كان صحيحاً قبل الدق.. فعلى القصار نصف القيمة.

وقال ابن سماعة عن محمد: يجب كل الضمان على القصار؛ حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه.

اعتبر أبو يوسف: حالة الشك من أيهما.

ومحمد: اعتبر قبض القصار.

وقال صاحب «الذخيرة»: على قول أبي حنيفة: «يضمن».. ينبغي أن لا يضمن القصار أصلاً، ما لم يعلم أنه تخرق من دقه؛ لأن يد الأجير المشترك: يد أمانة عنده، ويد ضمان عندهما.

أو يكون قوله كقول أبي يوسف؛ اعتباراً للأحوال.

وإذا لم يتخرق الثوب.. هل يسقط من الأجر مقدار ما يخصه من عمل المالك؟

قيل: إنه يسقط.

وقيل: لا يسقط.

والصحيح: هو الأول، واختاره شمس الأئمة.

وكذا: لو جاء صاحب الثوب وخاط بعضه مع الخياط، ونسج بعض ثوبه مع النساج.. فإنه يسقط من الأجر بقدر عمله على الصحيح.

ولو جفف القصار الثوب، فمرت به حمولة فمزقته.. لا ضمان عليه عند أبي حنيفة؛ لأن الهلاك لم يكن من فعله.

وعندهما: يضمن؛ لأن هذا مما يمكن التحرز عنه.

هذا في دق القصار نفسه.

وإذا دق أجير القصار ثوباً من ثياب القصار فخرقه، أو عصره فتخرق.. لا ضمان عليه؛ لأن أجير القصار لا يضمن ما تخرق من عمله المأذون فيه.

إلا أن يخالف [٥١٠/أ]؛ لأنه أجير وحد في حق القصار، ولم يخالف، والأستاذ ضامن؛ لأن عمل الأجير منقول إليه؛ لأنه عمل بإذنه.

وإن وطئ ثوباً فتخرق؛ إن كان ثوباً يوطئ مثله.. لا ضمان عليه بذلك؛ لأنه مأذون فيه من جهة الأستاذ دلالة.

وإن كان لا يوطئ مثله.. يضمن سواء كان الثوب ثوب قصارة أو لم يكن؛ لأنه غير مأذون بوطئ ما لا يوطئ مثله من جهة الأستاذ.

ولو حمل شيئاً في بيت الأستاذ بإذنه، فسقط على ثوبه فتخرق؛ إن كان من ثياب القصارة.. لا يضمن الأجير، ويضمن الأستاذ.

وإن لم يكن من ثياب القصارة.. يضمن الأجير.

وفي الوطئ.. يضمن في الحالين إذا كان مما لا يوطئ مثله.

تلميذ القصار أو أجيره الخاص إذا أوقد نارا بأمر الأستاذ للسراج، فوقعت شرارة على ثوب.. لا ضمان على الأجير والتلميذ؛ إنما الضمان على الأستاذ.

وإن لم يكن من ثياب القصارة.. ضمن الأجير.

أجير القصار إذا انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب، فوقعت على ثوب فتخرق:

إما أن انفلتت أولاً على الثوب قبل أن تقع على الخشبة التي يدق عليها، أو انفلتت بعدما وقعت على الخشبة.

ففي الوجه الأول: يجب الضمان على أجير القصار.

وفي الوجه الثاني: يجب الضمان على القصار.

قصار شمّس ثوب القصارة فاحترق.. كان ضامناً.

وكذا إذا عصر الثوب فتخرق.

وإن فعل ذلك تلميذ القصار ولم يتعمد الفساد.. لا يضمن هو، ويضمن الأستاذ.

والحاصل: أن تلميذ القصار وسائر الصنائع وأجيرهم.. لا ضمان عليهم، إلا إذا تعدوا فيه، وفيما لم يتعدوا فيه.. يضمن الأستاذ، ولا يرجع عليهم.

ومن هنا قالوا: قصار سلم ثياب القصارة إلى أجيره ليشمسها في المقصرة ويحفظها، فنام الأجير، ثم رجع بالثياب وقد ضاع منها خمس قطع، ولا يدري كيف ضاعت ومتى ضاعت.. ينظر.

إن لم يعلم أنه ضاع في حال نومه.. فالضمان على القصار دون الأجير؛ لعدم تحقق التعدي من الأجير.

وإن علم أنه ضاع في حال نوم الأجير.. فالأجير ضامن؛ لتعديه بترك الحفظ الواجب عليه.

وقيل: إن شاء صاحب الثوب.. ضمن القصار في الوجهين جميعاً؛ أخذاً بقول الإمامين في الأجير المشترك.

وأما على قول أبي حنيفة: لا ضمان على القصار فيه؛ لأن الهلاك لم يكن من عمله.

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

قصاران يتقبلان الثياب من الناس، فترك [٥١٠/ب] أحدهما العمل ودفع الثياب إلى الآخر وذهب، فضاع شيء.. لا يضمن الثاني، ولا الأول بالدفع إلى الثاني.

بخلاف ما إذا كان الأول مودعاً.. يضمن بالدفع إلى غيره إذا ضاع؛ لأن القصارين شريكان، فكان أخذ أحدهما: كأخذ صاحبه.

بخلاف المودع مع الغير.

ولو رهن القصار ثوب القصارة بدين عند رجل، ثم افتكه وقد أصاب الثوب نجاسة عند المرتهن، فلما نظر إليه صاحب الثوب.. كلف القصار بتطهير الثوب وإزالة النجاسة، فامتنع القصار عن ذلك فثاجرا، وترك الثوب عند القصار، فهلك الثوب عنده.. قالوا:

إن كانت النجاسة لا تنقص قيمة الثوب.. لا شيء على القصار؛ لأنه وإن صار مخالفاً بالرهن؛ إلا أنه لما افتكه.. فقد ارتفع الخلاف وعاد إلى ما قبل الخلاف؛ فإذا خلى القصار بينه وبين المالك.. خرج من الضمان، والنجاسة إذا لم تنقص قيمة الثوب.. لا يعتبر.

وإن كانت النجاسة تنقص قيمة الثوب.. كان على القصار ضمان النقصان، ويهلك الثوب أمانة؛ لأنه خرج عن ضمان الثوب بالتخلية.

قصار وضع الثوب على الحب في الحانوت، وأقعد ابن أخيه ليحفظ الحانوت، وغاب القصار، فدخل ابن أخيه الحانوتَ الأسفل، فطر الطرار الثوب.. قالوا:

إن كان الحانوت الأسفل بحال لو دخل إنسان لا يغيب عن بصره الموضع الذي كان فيه الثوب.. لا يجب الضمان.

وإن كان بحال لو دخله إنسان يغيب عن بصره الموضع الذي كان فيه الثوب.. ينظر:

• **إن كان الصبي الذي أقعده القصار ضمَّه إلى القصار** أبوه أو أمه أو وصيه، أو لم يكن له أحد من هؤلاء ولكن القصار ضمه إلى نفسه.. فالضمان على الصبي؛ لأنه ضيع بترك الحفظ الواجب عليه، ولا ضمان على القصار؛ لأن له أن يحفظ الثوب بيد ذلك الصبي، كذا ذكره «العمادي» نقلاً عن «فتاوى أبي الليث»، وهكذا ذكره الإمام «قاضي خان» في «فتاواه».

ثم قال: وهذا الجواب إنما يستقيم إذا كان الصبي مأذوناً؛ لأن الصبي المأذون يؤاخذ بضمان تضييع الوديعة؛ أما إذا كان محجوراً.. فإنه لا يؤاخذ باستهلاك الوديعة؛ كما لو دل سارقاً على الوديعة.. فإنه لم يضمن إذا كان محجوراً.

فإذ كان هذا الصبي مأذوناً.. كان الضمان عليه، وإلا.. فلا.

• **وإن لم يكن الصبي منضماً إليه** من جهة من ذكر، ولم يكن في عيال القصار، ولا تلميذاً له، ولا أجيراً له، إلا أن القصار [٥١١/أ] أخذ بيده وأقعده حافظاً للحانوت.. فالضمان على القصار؛ لأنه لما استحفظ من ليس في عياله.. يصير مستهلكاً.

دفع ثوبه إلى قصار ليقصره، فدفعه إلى آخر، فهلك في يد الثاني:

وزَلَقِ الْحَمَّالِ، ....

فإن شرط الأول أن يقصره بنفسه.. يضمن بالدفع إلى غيره.

وإن لم يشترط أن يقصره بنفسه.. لا يضمن بالدفع إلى غيره.

رجل دفع ثوباً إلى قصار، ثم أمر رجلاً أن يقبض الثوب من القصار، فدفع إليه القصار غير ذلك، فهلك الثوب في يد الوكيل.. فهل يضمن الوكيل؟

قالوا: لا شيء على الوكيل، ولرب الثوب أن يتبع القصار بثوبه، كذا في «العمادي».

وتعقبه الإمام قاضي خان: بأن عدم وجوب الضمان على الوكيل مشكل إذا كان الثوب الذي دفع إليه القصار ثوب غيره؛ لأنه أخذ ثوب إنسان بغير أمره.. فيضمن بالهلاك وظن أنه له: ليس بعذر؛ لأن الجهل في ذلك ليس بعذر.

فإن كان الثوب الذي دفعه القصار إلى الرسول ثوب القصار.. لا يضمن الرسول بالهلاك.

وإن كان ثوب غير القصار.. فعلى الرسول الضمان، ولصاحب الثوب الخيار: إن شاء ضمن القصار، وإن شاء ضمن الرسول.

فإن ضمن القصار.. لا يرجع على الرسول.

وإن ضمن الرسول.. يرجع على القصار. الكل في «العمادي».

(وزلق الحمال)، ذكر في «الأصل»: لو استأجر حمالاً ليحمل له دن خل، فعثر وانكسر، أو سقط من رأسه فانكسر.. يضمن؛ لأنه تولد من عمله وهو العثار والزلق.

لكن هذا فيما إذا انكسر في وسط الطريق قبل الوصول إلى المكان المشروط.

أما إذا سقط من رأسه وزلق رجله بعد وصوله إلى المكان المشروط وانكسر الدن.. فلا ضمان عليه، وله الأجر؛ لأنه حينئذ انتهى إلى المكان المشروط، ولم يبق الحمل مضموناً عليه؛ لأنه صار مسلماً إلى صاحبه، حتى لا يستحق الحبس للأجر،

فله الأجر الكامل، ولا ضمان عليه؛ لأن المتولد من عمل غير مضمون.. لا يكون مضموناً.

بخلاف القصار إذا قصر الثوب وهلك عنده.. لا يضمن الثوب، ولا يكون له الأجر؛ لأن عمل القصار إنما يكون لصاحب الثوب إذا سلم الثوب إليه ولم يوجد، ولا كذلك الحمال إذا هلك الدن في يده بعد الحمل؛ لأن الحمل وقع مسلماً إلى صاحب الدن، ولهذا لا يملك حبسه للأجر.

ولو انكسر الدن في وسط الطريق من غير عمله؛ بأن أصابه حجر من مكان، أو وقع عليه حائط، أو كسره رجل وهو على رأسه.. فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يضمن إذا هلك [٥١١/ب] بأمر يمكن الاحتراز عنه؛ بناء على اختلافهم في الأجير المشترك.

ولو استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً إلى مكان مسمى بدرهم، فحمله إليه، ثم رده إلى ذلك المكان الذي حمله منه.. يسقط الأجر عندنا.

خلافاً لزفر؛ لأن الطعام بالوصول إلى المكان المسمى: صار مسلماً إلى صاحبه حكماً، ثم برده إلى المكان الأول.. صار غاصباً؛ كما لو سلمه إليه حقيقة ثم أخذه منه، ولا أجر على الغاصب.

لو حمل متاعاً على حمال، وصاحب المتاع يمشي معه، فعثر الحمال وسقط المتاع وفسد.. فهو ضامن؛ لأنه من جناية يده.

بخلاف ما لو حمل صاحب الزق والمتاع مع الحمال ليضعاه على رأس الحمال فوقع فتخرق الزق أو المتاع.. لا يضمن الحمال؛ لأنه لم يسلم إليه المتاع؛ لأنه في يد صاحبه بعد، ولا ضمان على الحمال بدون التسليم. كذا روي عن أبي يوسف.

وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ المُكَارِي، ....

بخلاف ما إذا سرق المتاع من رأس الحمال ورب المتاع معه.. لا يضمن؛ لعدم التعدي منه، ويد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد. كذا روي عن أبي يوسف.

وعند أبي حنيفة: لا يضمن أيضاً وإن لم يكن صاحب المتاع معه.

وبخلاف ما لو حمله الحمال، ثم وضعه في بعض الطريق، ثم أراد رفعه فاستعان برب المتاع فرفعاه يضعانه على رأس الحمال، فوقع المتاع وتخرق.. فالحمال ضامن؛ لأنه صار في ضمانه حين حمله ولم يبرأ منه بعد؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه.

ولو حمله الحمال ودنى بيت صاحبه، ثم أنزله الحمال مع صاحب المتاع والزق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما وتخرق.. فاختلف فيه:

قال أبو حنيفة: يضمن، وهو قول محمد أولاً؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه بعد.

ثم رجع محمد وقال : لا يضمن؛ لأن المتاع وصل إلى صاحبه.

وقال الفقيه أبو الليث: القياس: أن يضمن الحمال النصف؛ لأن الهلاك وقع من فعلهما.

وكثير من مشايخنا أفتوا به.

ولو انشقت الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها.. قال أبو بكر: ضمن الحمال؛ كما إذا انقطع حبله.

وقال الفقيه أبو الليث: في قياس قول أبي حنيفة: لا يضمن، وليس هذا مثل انقطاع الحبل؛ لأن ثمة التفريط كان من قبل الحمال؛ حيث شد الحمل بحبل واهٍ، وههنا: التقصير جاء من قبل رب الحقيبة، وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

(**وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري**)؛ لأن الهلاك حصل من تقصيره؛ حيث شد الحمل بحبل واهٍ.. فيضمن؛ سواء كان صاحب المتاع يسير معه خلف الدابة، أو لم يسر؛ لما في «العمادية» نقلاً عن «الذخيرة»: إذا عثرت الدابة المستأجرة، وسقط

المتاع وهلك وصاحب [٥١٢/أ] المتاع يسير معه خلف الدابة.. فالأجير يضمن؛ لأن الهلاك حصل من جناية يده، ومحل العمل سلم إليه؛ لأنه سلم المتاع إليه، وسيره معه خلف الدابة: ليس باسترداد لما دفع إليه.

ألا ترى أنه بهذا السير غير متمكن من الدابة؛ فكيف يتمكن مما عليها.

وكذا: يضمن المكاري بعثار الدابة، على ما صرح به في «الفتاوى»، فقال في «العمادية»: ولو كان على الدابة مملوك صغير لرب المتاع، فعثرت الدابة، فوقعا، فمات المملوك وفسد الحمل.. يضمن الحمل، ولا يضمن المملوك؛ لأن الدم مما لا يضمن بالعقد، على ما سيصرح به في الكتاب أيضاً.

بخلاف المتاع.. فإنه يضمن بالعقد.

ثم إنما يضمن المتاع.. إذا كان المملوك مما لا يصلح للحفظ؛ فإن كان يصلح لحفظ المتاع.. لا يضمن الأجير المتاع أيضاً؛ لأنه في يد العبد، ويد العبد: يد المالك، فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى.

هذا كله فيما إذا لم يكن رب المتاع مع الأجير، وإلا.. فلا ضمان عليه؛ فإنهم قالوا: لو كان رب المتاع والمكاري راكبين على الدابة المستأجرة أو سائقين أو قائدين، فعثرت الدابة وهلك المتاع الذي عليه.. لا ضمان على المكاري؛ كما لو سرق المتاع من رأس الحمال ورب المتاع معه.. فلا ضمان على الحمال على ما تقدم؛ لأن يد صاحب المتاع قائم على المتاع.

وكذلك القطار إذا كان عليها حمولة ورب الحمولة على بعير.. فلا ضمان على الأجير.

ولو دفع حملاً إلى مكار ليحمله إلى موضع كذا، وشرط عليه أن يسير ليلاً، وصاحب الحمل معه يسيران ليلاً، فضاعت الدابة مع الحمل؛ إن كان المكاري ضيع

وغَرَقِ السَّفِينَةِ مِن مَدِّها.

لَكِن لَا يضمنُ بِهِ الْآدَمِيَّ مِمَّن غرقَ فِي السَّفِينَةِ، أَو سقطَ مِنَ الدَّابَّةِ.

بترك الحفظ.. ضمن، وإن ضاعت من غير تضييعه.. لم يضمن عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

قالوا: وينبغي أن لا يضمن إذا كان رب المتاع معه بلا خلاف.

قال الأستروشي: قلت: لا أدري ما الدليل على عدم الضمان، بل الروايات صريحة في وجوب الضمان هنا بالإجماع.

(وغرق السفينة من مدها) أي: مد السفان السفينة؛ لأنه أجير مشترك، فيضمن بالتعدي.

قال في «الصغرى»: إذا غرقت السفينة؛ إن كان من ريح أصابها أو موج أو جبل صدمها من غير مد الملاح وفعله.. لا يضمن بالاتفاق.

وإن كان بفعله:

إن خالف؛ بأن جاوز المعتاد.. يضمن بالإجماع.

وكذا إذا لم يجاوز المعتاد عندنا؛ لأنه أجير مشترك، فيضمن بجناية يده.

فكلام المصنف: يحتمل الصورتين: ما يتجاوز المعتاد وما لا يتجاوز.

وإن دخل الماء السفينة فأفسد المتاع؛ إن كان بفعله [٥١٢/ب] ومده.. يضمن عندنا.

وإن كان لا بفعله؛ إن لم يمكن التحرز عنه.. لا يضمن إجماعاً.

وإن أمكن التحرز عنه.. لا يضمن عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

وهذا كله إذا لم يكن رب المتاع أو وكيله في السفينة، وإلا.. لا ضمان عليه أصلاً إذا لم يخالف؛ بأن لم يجاوز المعتاد.

(لكن لا يضمن) السفان **(به)**؛ أي: بغرق السفينة **(الآدمي ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة)** وإن كان غرقه وسقوطه من يد ملاح السفينة، ومن سوق

وَلَا يَضْمَنُ فَصَّادٌ وَلَا بزّاغٌ لم يجُاوزِ الْمُعْتَادَ.

المكاري الدابة أو قوده؛ لأن الآدمي لا يجب ضمانه بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا لا تتحمله العاقلة إلا إذا كان من الجناية، وبالمد والسوق والقود.. لم يقصد الجناية عليه.

قيل: هذا إذا كان الآدمي كبيراً ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده، وإلا.. فهو كالمتاع.

والصحيح: هو الأول، كذا في «الزيلعي».

(ولا يضمن فصاد، ولا بزاغ)، وكذا الحجام ولم يذكره؛ اكتفاء بذكر الفصاد؛ لاتحادهما في الحكم.

البزاغ بالنسبة إلى الحيوان: مثل الحجام بالنسبة إلى الإنسان.

(لم يجاوز المعتاد)؛ إذ لو تجاوز المعتاد.. ضمن للجناية يده، وإنما لم يضمن فيما لم يتجاوز؛ لأنه التزم بالعقد، فصار واجباً عليه، والفعل الواجب: لا يجامع الضمان؛ كما إذا حد القاضي أو عذر فمات المضروب من ذلك الضرب.. لم يضمن، ولأن ضمان الفصد والبزغ ضمان سراية؛ لأن الهلاك لم يكن مقارناً، وإنما هو بالسراية بعد تسليم العمل وليس على هؤلاء ضمان السراية إذا لم يتجاوزوا المعتاد المأذون فيه؛ لأن التحرز عن السراية غير ممكن؛ لأنها تبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم، وما هو كذلك: مجهول، والاحتراز عن المجهول غير ممكن.

حتى لو شرط على هؤلاء السليم الصحيح من العمل دون الساري المفسد.. لا يصح الشرط، ولا يفيد التقييد؛ لأنه ليس في وسعهم ذلك.

بخلاف دق الثوب ونحوه؛ لأن الهلاك مقارن بعمله ـ أعني: الدق ـ قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار، والتحرز عنه ممكن؛ لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالنظر والاجتهاد.. فيصح التقييد بالشرط ويفيد.

وَلَو انكسَرِ دَنٌّ في طَرِيقِ الْفُرَاتِ.. ....

والختَّان: مثل القصار والبَّزاغ.

واعلم: أنه علم من تقييده بقوله: «لم يجاوز المعتاد»: أنه أن تجاوز المعتاد.. يضمن كما ذكرناه، لكن لم يعلم منه قدر الضمان على تقدير الحياة والموت.. قالوا: إن قدر الضمان بحسب قدر التجاوز منه، حتى أن الختَّان إذا ختن فقطع الحشفة؛ إن برئ.. ضمن كمال الدية؛ لأن [٥١٣/أ] الحشفة عضو مقصود لا ثاني له في النفس، فيتقدر بدله ببدل النفس؛ كما في قطع اللسان.

وإن مات.. فعليه نصف بدل نفسه؛ أي: نصف الدية؛ لأنه لما مات.. فقد حصل تلف النفس بفعلين:

أحدهما: مأذون فيه، وهو قطع الجلدة.

والآخر: غير مأذون فيه، وهو قطع الحشفة.. فكان ضامناً نصف بدل النفس.

فإن قيل: التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب، وقد انتفى ذلك؛ لأن قطع الحشفة أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لا محالة، فكان كقطع اليد مع جزر الرقبة.

أجيب: بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً، وأن لا يقع، والتفاوت غير مضبوط.. فكان هدراً، بخلاف الجز؛ فإنه لا يحتمل أن لا يقع إتلافاً.

ثم اعلم: أن ما ذكره المصنف في الحر لا في الرق؛ لأنه يضمن العبد بالقصد بدون إذن المولى وإن لم يجاوز المعتاد؛ لأنه قال في «العمادية»: سئل صاحب «المحيط» عن فصاد جاء إليه غلام، وقال افصدني، ففصد فصداً معتاداً، فمات من ذلك السبب.. قال: يضمن الفصاد قيمة العبد، ويكون على عاقلة الفصاد؛ لأنه خطأ.

وكذلك الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد.

(**ولو انكسر دن في طريق الفرات**)؛ أي: من استأجر حمالاً ليحمل له دنا فوقع

فللمالكِ أَن يُضَمِّنهُ قِيمَتَهُ: فِي مَكَانِ حَملِهِ وَلَا أجرَ، أَو فِي مَكَانِ كَسرِهِ وَلهُ الْأَجرُ بِحِسَابِهِ.

والأَجيرُ الْخَاصُّ: من يعْملُ لوَاحِدٍ، ويُسمَّى أَجِيرَ وَحدٍ.

وَيسْتَحقُّ الْأجرَ بِتَسْلِيمِ نَفسِهِ مدَّتَهُ؛ ....

في بعض الطريق فانكسر (.. **فللمالك أن يضمنه قيمته في مكان حمله**)؛ أي: المكان الذي حمله منه (**ولا أجر**) للحمال.

(**أو في مكان كسره، وله الأجر بحسابه**).

وإنما وضع المسألة في الفرات؛ لأن الدنان كانت تباع هناك في الفرات، وهو وضع محمد في «الجامع الصغير».

ثم وجوب الضمان عليه: لأنه أجير مشترك، وقد تلف المتاع في يده بصنعه؛ كما في تخريق الثوب بالدق.

وأما الخيار بين المكانين، مع أن القياس يقتضي أن لا يخير عند أبي حنيفة، بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر.. لأن المال عنده أمانة في يد الأجير المشترك؛ فإذا كان أمانة.. وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه؛ لأنه إذا انكسر في بعض الطريق والحمل شيء واحد.. تبين أنه وقع تعدياً من الابتدأ من هذا الوجه، ومن حيث إن ابتداء الحمل حصل بإذنه.. لم يكن تعدياً.

وإنما التعدي عند الكسر.. فيختار أي الجهتين شاء؛ فإن اختار الوجه الثاني.. فله الأجر بقدر ما استوفى من العمل، وإن اختار الوجه الأول.. فلا أجر له [٥١٣/ب]؛ لأنه ما استوفى أصلاً باعتبار هذا الوجه.

(**والأجير الخاص: من يعمل لواحد**) وقد تقدم منا بعض ما يتعلق بتعريفه في الأجير المشترك.

(**ويسمى: أجير وحد أيضاً**)؛ لأنه يعمل لواحد لا لغيره.

(**ويستحق الأجر بتسليم نفسه مدته**)؛ أي: مدة العقد؛ لأن تسليم النفس هو

كمَنِ اُسْتُؤْجِرَ لِلْخدمَةِ سنةً، أَو لرعيِ الْغَنَمِ.

المعقود عليه في الأجير الخاص، وإذا وجد.. يستحق الأجر وإن لم يعمل؛ لأن العمل؛ أي: تسليم المنفعة ليس بمعقود عليه، حتى لو وجد مانع من تسليم النفس من المرض الحسي أو المطر أو نحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل.. لا يستحق الأجر.

والحقيقة: أن الأجير الخاص متى سلم نفسه.. استحق المستأجر منافعه، فاستحق الأجير في مقابلته الأجر وإن نقض العمل، بخلاف الأجير المشترك؛ فإنه لا يستحق الأجر بنقض عمله؛ لما ذكره في «العناية» نقلاً عن محمد: في خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب.. فلا أجر للخياط؛ لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل؛ لأنه لو أجبر عليه.. أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل.

وإن كان الخياط هو الذي فتق الثوب.. فعليه أن يعيد العمل؛ لأنه لما فتق الثوب.. فقد نقض عمله، فصار كأن لم يكن، فلا أجر له، وعليه الإعادة حتى يستحق الأجر، ولو كان أجيراً خاصاً فنقض.. يستحق الأجر. انتهى.

(**كمن استؤجر للخدمة سنة، أو لرعي الغنم**)، قد ذكرنا: أن الراعي والبقار قد يكون أجير وحد وقد يكون أجيراً مشتركاً.

وعلى تقدير كونه أجير وحد ـ على ما ذكره المصنف ـ لو ماتت واحدة من الأغنام أو البقر.. لا يضمن، ولا ينقص شيء من الأجر بحسابها؛ كما لو ماتت الأغنام كلها لا ينقص الأجر.

ولو ضرب شاة منها وفقأ عينها أو كسر رجلها.. ضمن؛ لأن أجير الوحد يضمن بالخلاف والتعدي، وقد خالف؛ لأن الضرب غير داخل تحت العقد، فيكون بالضرب مخالفاً ومتعدياً بالإتلاف به.

بخلاف ما لو هلكت بالصياح والصفق أو في السقي؛ لأنه حينئذ لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد؛ لأن الغنم في العادة يساق ويرعى بالصياح، ولا بد له من

السقي أيضاً.. فلا يعد ذلك خلافاً.

ولو هلكت من شدة سوق الراعي والبقار.. اختلفوا فيه:

قيل: يضمن.

وقيل: لا.

قال القاضي ظهير: ولو أن البقار ساق البقر وتنطاحت، فقتل بعضها بعضاً في سوقه، أو استعجلها في السوق فنفرت بقرة منها [٥١٤/أ] فكسرت، أو ساقها في الماء لتشرب فوقعت في الماء.. يضمن البقار إن كان مشتركاً، وإن كان خاصاً.. لا يضمن.

وهكذا ذكره الإمام قاضي خان.

ثم قال: إن كان البقار أجير وحد لرجل.. لا يضمن.

وإن كان مشتركاً لقوم.. يضمن.

وذكر في «السير الكبير»: أن الأجير الخاص إذا عنف في السير فحدثت هذه العوارض.. يضمن.

وذكر في «الذخيرة»: ولو حدثت هذه العوارض من سوقه؛ إن كان الراعي مشتركاً.. فهو ضامن على كل حال؛ لأن هذه جناية من يده.

وإن كان خاصاً؛ إن كانت الأغنام لواحد.. لا يضمن، وإن كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة.. فهو ضامن.

وصورة الأجير الخاص في حق الاثنين والثلاثة: أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعياً شهراً يرعى غنماً لهما أو لهم.. فقد فرق في حق الأجير الخاص بين ما إذا كانت الأغنام لواحد، وبين ما إذا كانت لاثنين أو ثلاثة.

وحصل منه التوفيق ـ بين ما ذكره الإمامان قاضي ظهير وقاضي خان: من أن الأجير الخاص لا يضمن، وبين ما ذكره في «السير الكبير»: من أنه يضمن ـ بحمل ما ذكره الإمامان: على ما كانت الأغنام لواحد، وحمل ما ذكره في «السير الكبير» على

ما كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة إذا كان الراعي أجيراً مشتركاً فرعى الغنم في موضع، فعطبت واحدة منها أو هلكت بآفة نحو الغرق في الماء وافتراس السبع والسقوط من العلو وما أشبه ذلك، فقال رب الغنم: شرطت عليك أن ترعى في غير هذا الموضع، وقال الراعي: لا، بل اشترطت علي الرعي في الموضع الذي رعيتها.. فالقول قول رب الغنم بالإجماع، حتى يضمن الراعي؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة الراعي، حتى لا يضمن عند أبي حنيفة؛ لأنه هو المدعي؛ لأنه يثبت ما ليس بثابت.

وكذا: إذا كان الراعي أجيراً خاصاً واختلفا على نحو ما بينا.. فالقول لرب الأغنام؛ لما ذكرناه. كذا في «العمادية» و«الفصولين».

وذكر في «المحيط»: إذا رعى في مكان لم يؤذن له بالرعي، فعطبت الغنم أو ما أشبهه.. صار الراعي ضامناً، فلا أجر له.

وإن سلمت.. يجب له الأجر استحساناً.

راعى الرماك إذا توهق[1] برمكة، فوقع الوهق في عنقها فماتت.. يضمن؛ لأن التوهيق لم يدخل تحت الإذن.

وإن فعل بإذن صاحب الرماك.. لا يضمن؛ سواء كان أجيراً مشتركاً أو خاصاً.

الراعي إذا خلط الغنم بعضها ببعض [٥١٤/ب]؛ فإن كان يقدر على التمييز.. لا يضمن، ويكون القول قوله أنها لفلان، وإن كان خلطاً لا يمكن التمييز.. يكون ضامناً قيمتها، والقول في مقدار القيمة: قول الراعي، ويعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط.

وإن دفع الراعي غنم رجل إلى غير صاحبه، فاستهلكها المدفوع إليه، وأقر الراعي بذلك.. ضمن الراعي، ولا ضمان على المدفوع إليه.

ولو ندت بقرة من الباقورة، وترك الراعي اتباعها لحفظ الباقي وهو في وسعه..

(١) الوهق: الحبل الذي تشد به الإبل والخيل لئلا تند، وهو الحبل الذي يرمى لتؤخذ به الدابة والإنسان. «تاج العروس».

لا ضمان عليه فيما ندت بالإجماع إن كان أجيراً خاصاً.

وإن كان أجيراً مشتركاً.. فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

وإنما لا يضمن عند أبي حنيفة وإن ترك الحفظ فيما ندت؛ لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا ترك بغير عذر؛ أما إذا ترك بعذر.. فلا يضمن، وهنا ترك الحفظ فيما ندت بعذر حفظاً للباقي.

وعندهما: يضمن؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه.

بقار لأهل قرية، لهم مرعى تلتف بالأشجار، لا يمكنه النظر إلى كل بقرة، فضاعت بقرة.. لا يضمن.

ولو مرت بقرة على قنطرة فدخلت رجلها في ثقبها فانكسرت، أو دخلت في ماءٍ عميق والبقار لا يعلم، فلم يسقها.. ضمن إذا أمكن سوقها.

أهل موضع جرت العادة بينهم أن البقار إذا دخل السرح في السكك يرسل كل بقرة في سكة صاحبها، ففعل الراعي ذلك، فضاعت بقرة أو شاة قبل أن تصل إلى صاحبها.. لا ضمان عليه؛ لأن المعروف كالمشروط، فلا يكون خلافاً.

البقار إذا شرط مع أصحاب البقور: إني إذا دخلت البقور القرية إلى موضع كذا فأنا بريء منها.. فالشرط جائز وهو بريء.

بخلاف ما إذا شرط على الراعي ضمان ما مات.. فإنه شرط فاسد، يفسد العقد. الكل في «العمادية».

وفيها أيضاً نقلاً عن «النوازل»: امرأة بعثت بقرة إلى البقار، ثم جاء الرسول إلى البقار وقال: البقرة لي، وأخذها من البقار، وهلكت في يده؛ فإن أقامت المرأة بينة.. فلها أن ترجع على البقار بقيمة البقرة؛ لأنه ظهر أن البقار دفع مالها إلى غيرها بغير إذنها، ثم لا يرجع البقار على الرسول إن كان يعلم أن البقرة لها ومع ذلك دفع إليه.

وإن لم يكن علم بذلك.. يرجع؛ لأنه معذور.

وَلَا يضمنُ مَا تَلِفَ فِي يَدِهِ، أَو بِعَمَلِهِ.

وفي «فوائد» صاحب «المحيط»: رجل بعث بقرة إلى البقار على يدي رجل، فجاء إلى البقار بهذه البقرة وقال: إن فلاناً بعث إليك هذه البقرة، فقال البقار: اذهب بها فإني لا أقبلها، فذهب بها [٥١٥/آ]، فهلكت في يد الرسول.. فالبقار ضامن؛ لأنه إذا جاء بها إلى البقار.. فقد انتهى الأمر، فيصير البقار أميناً، وليس للمودع أن يودع.

وفي «الذخيرة»: أهل قرية يرعون دوابهم بالنوبة فذهبت منها بقرة في نوبة أحدهم، قال إبراهيم بن يوسف.. فهو ضامن في قول من يضمن الأجير المشترك.

وقال أبو الليث: وعندي أنه لا يضمن في قولهم جميعاً؛ لأن كل واحد منهم مُعِين في رعيه لا أجير؛ لأنه لو جعل أجيراً.. كان ذلك مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها، وذلك لا يجوز.. فكان مُعِيناً لا أجيراً، والمُعِين لا يضمن.

ولو كان نوبة أحدهم فلم يذهب هو، لكن استأجر رجلاً ليحفظها، فأخرج الباقورة إلى المفازة، ثم رجع إلى الأكل يعني الأجير، ثم عاد وذهبت منها بقرة.. ينظر:

إن ضاعت بعدما رجع الأجير عن الأكل.. لا يضمن واحد منهما.

وإن ضاعت قبل ذلك.. ضمن الأجير دون صاحب النوبة؛ لأن له أن يحفظها بأجرائه، لكن هذا: إذا لم يشترط عليه الحفظ بنفسه.

وإلا.. يضمن بالدفع إلى غيره.

(**ولا يضمن**)؛ أي: الأجير الخاص (**ما تلف في يده أو بعمله**) المأذون.

أما فيما تلف في يده: وذلك بأن سرق من يده أو غابت أو غصب.. فلأنَّ العين أمانة في يده؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه، ولا ضمان على الأمين بلا تعد.

وأما فيما تلف بعمله: وذلك بأن انكسر القدوم في عمله، أو انخرق الثوب من دقه بيد أحدهما.

وَلَا يضمنُ مَا تَلِفَ فِي يَدِهِ، أَو بِعَمَلِهِ.

أنه لما سلم نفسه إليه.. صارت منافعه مملوكة له، وصار هو نائباً منابه في الفعل، فكأنه فعل بنفسه.. فلا يضمن.

إلا أن يخالفه.. فحينئذٍ يضمن بالخلاف؛ لأن الأجير الخاص يضمن بالخلاف؛ لعدم دخوله تحت العقد.

والثاني: أن الأجر في الأجير الخاص ليس بمقابلة العمل؛ بدليل: أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل، بل بمقابلة تسليم النفس؛ عمل أو لم يعمل، وهو المعقود عليه، وقد وجد ذلك سالماً، والتلف إنما وجد في تسليم العمل، وهو ليس بمعقود عليه.. فلم يكن مضموناً عليه.

حتى لو وجد مانع من تسليم النفس من المرض الحسي أو المطر أو نحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل.. لا يستحق الأجر؛ لعدم تسليم المعقود عليه.

* * *

[بَابُ الإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْن]

وَصَحَّ ترديدُ الْأَجرِ بَينَ نفعَينِ مُخْتَلفَينِ، وَأَيُّهمَا وُجِدَ.. لزمَ مَا سُمِّيَ لَهُ؛ نَحْوُ: إِنْ خطتَهُ فارسياً.. فبدرهم؛ أَو رومياً.. فبدرهمَينِ.

وَإِن صبغْتَهُ بعُصفرٍ.. فبدرهمٍ، أَو بزعفرانٍ.. فبدرهمَين.

وَإِن سكنتَ هَذِهِ.. فبدرهَمٍ فِي الشَّهْر، أَو هَذِهِ.. فبدرهمين.

وَإِن ركبتها إِلَى الْكُوفَةِ.. فبدرهمٍ، أَو إِلَى وَاسِطٍ.. فبدرهمَينِ.

وَكَذَا: يَصحُّ لَو رَدّدَ بَينَ ثَلَاثَةٍ، ....

[باب الإجارة على أحد الشرطين]

(وصح ترديد الأجر بين نفعين مختلفين).

هذا شروع في بيان الإجارة على أحد الشرطين بعد ذكر الإجارة على شرط واحد؛ أي: صح ترديد الأجر بين التسميتين باعتبار الشرطين.

(وأيهما)؛ أي: أيٌّ من النفعين **(وجد.. لزم ما سُمي له)**؛ أي: لذلك النفع؛ **(نحو: إن خطته فارسياً.. فبدرهم)** [٥١٥/ب] **(أو رومياً.. فبدرهمين)** وإنما.. جاز هذا؛ لأنه سمى نوعين معلومين من العمل، وسمى لكل واحد منهما معلوماً.. فيجوز؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع؛ كما إذا خيره في البيع بين عبدين على ما تقدم في البيع.

(وإن صبغته بعصفر.. فبدرهم، أو بزعفران.. فبدرهمين)؛ لما ذكرناه أيضاً.

(وإن سكنت هذه) الدار **(.. فبدرهم في الشهر، أو هذه)** الدار **(.. فبدرهمين)** لما ذكرناه أيضاً.

وهذا في الحقيقة ترديد الأجر بين النفع في المكانين.

(وإن ركبتها)؛ أي: الدابة **(إلى الكوفة.. فبدرهم، أو إلى واسط)** اسم موضع **(..فبدرهمين)**، وهذا لما ذكرناه أيضاً.

وهذا ترديد الأجر بين النفع في المسافتين.

(وكذا) أي **(يصح)** ترديد الأجر **(لو ردد بين ثلاثة)** أشياء مثل أن يقول للخياط:

لَا بَينَ أَرْبَعَةٍ.

وَلَو قَالَ: إِن خطتَهُ الْيَوْمَ فبدرهمٍ، أَو غَداً فبنصفهِ، فخاطَهُ الْيَوْمَ.. فَلَهُ الدِّرْهَمُ، وَإِنْ خاطه غَداً.. فَلَهُ أجرُ الْمثلِ لَا يُجاوزُ نصفَ دِرْهَمٍ.

إن خطته فارسياً.. فبدرهم، أو رومياً.. فبدرهمين، أو هندياً.. فبثلاثة دراهم.

أو: إن ركبتها إلى الكوفة.. فبكذا، أو إلى واسط.. فبكذا، أو إلى قزوين.. فبكذا.

(لا بين أربعة) أشياء.

والأصل فيه: البيع؛ فإنه يجوز بيع أحد الشيئين أو ثلاثة، ولا يجوز في أكثر من ثلاثة؛ لما بيناه في أول البيع.

والجامع بينهما: دفع الحاجة؛ غير أنه لا بد من اشتراط الخيار للمشتري في البيع على ما تقدم.

وفي الإجارة: لا يشترط ذلك؛ لأن الأجر إنما يجب بالعمل، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً.

وفي البيع: يجب الثمن بنفس العقد.. فتتحقق الجهالة، ولا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار للمشتري.

(ولو قال: إن خطته اليوم)؛ يعني: لو ردد العمل بين الزمانين، وقال: إن خطته اليوم **(.. فبدرهم أو)** خطته **(غداً.. فبنصفه، فخاطه اليوم.. فله الدرهم، وإن خاطه غداً.. فله أجر المثل)**، وهذا؛ لأنه صح في اليوم الأول فوجب المسمى، ولم يصح في اليوم الثاني فوجب أجر المثل.

(لا يجاوز) أجر المثل **(نصف درهم)**؛ لأنه المسمى فيه، وقد رضي به.

هذا في رواية عن أبي حنيفة، وقال القدوري: وهي الصحيح.

وفي «الجامع الصغير»: أن له في اليوم الثاني أجر المثل لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم؛ لأن التسمية الأولى لا تتقدم في اليوم الثاني.. فتعتبر لمنع

وَقَالا: الشَّرطانِ جائزان.

الزيادة، وتعتبر التسمية الثانية؛ لمنع النقصان.

وإن خاطه في اليوم الثالث.. لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لأنه إذا إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد.. فبالزيادة إلى ما بعد الغد: أولى.

وأما عندها: فالصحيح: أنه ينقص من نصف درهم، ولا يزاد عليه كذا في «العناية» و«الزيلعي».

ثم هذا؛ أي: جواز العقد في اليوم الأول دون الثاني: هو قول أبي حنيفة.

(وقالا: الشرطان جائزان)؛ ففي أيهما عمل.. لزمه المسمى على قولهما.

وقال زفر [٥١٦/أ]: الشرطان فاسدان؛ لأن العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل، وذلك يفضي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع، وبيان ذلك:

أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت؛ لأن اليوم حال إفراد العقد في اليوم بقوله: «خطه اليوم بدرهم» كان للتعجيل لا للتوقيت.. فكذا ههنا.

وذكر الغد للترفيه؛ لأنه حال إفراد العقد في الغد بقوله: «خطه غداً بنصف درهم» كان للترفيه.. فكذا هنا؛ إذ ليس لتعدد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان:

أما في اليوم: فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه.. كان العقد المضاف إلى غد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم.

وأما في الغد: فلأن العقد المنعقد في اليوم باق؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل، فيجتمع مع المضاف إلى غد، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان.. لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل، فصار كأنه قال: خطه بدرهم أو بنصف درهم، وهو باطل؛ لكون الأجر مجهولاً، فصار هذا نظير: «بعتك حالاً بألف، وبعتك مؤجلاً بألفين».

والجواب: أن الجهالة تزول بوقوع العمل؛ فإن بالعمل يتعين الأجر؛ للزومه عند العمل.

ولهما: أن ذكر اليوم للتأقيت؛ لأنه حقيقته؛ فكأنه قال: إن خطته اليوم.. فبدرهم، مقتصراً على اليوم، فبانقضاء اليوم: لا يبقى العقد إلى الغد، بل ينقضي بانقضاء الوقت.

وذكر الغد للإضافة؛ لأن الإجارة مما يقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل وإن لم تقبل التعليق بشرط، فتكون مرادة؛ لكونها حقيقة فيهما أيضاً.

فإذا كانت للإضافة.. لم يكن العقد ثابتاً في الحال، فلا يجتمع في كل يوم تسميتان؛ لأن اليوم: لما كان حقيقة في التأقيت، والغد: في الإضافة.. كانا مجازين في التعجيل والترفيه؛ لعدم الاشتراك، وقد ثبت في محله: أنه لا يصار إلى المجاز حتى يقوم الدليل عليه ـ لأن الأصل في الكلام: هو الحقيقة ـ ولا دليل هنا عليه، والحقيقة ممكنة، سيما إذا كان الحمل على المجاز يؤدي إلى فساد العقد.

فإذا حملا على الحقيقة.. لا يلزم اجتماع تسميتين في كل يوم، بل كان نظير خياطة الرومية والفارسية، بخلاف حالة الانفراد؛ لأنه لو حمل على التأقيت لفساد العقد إذا تعين العمل مع تعين الوقت.. لا يجتمعان.

فإن تعين العمل.. يوجب كونه أجيراً مشتركاً، وتعين الوقت.. يوجب كونه أجيراً خاصاً، وبينهما تنافح لتنافي لوازمهما، فصرنا إلى المجاز؛ أعني: الحمل على التعجيل بدلالة حالهما؛ إذ مقصودهما صحة العقد لا فساده.

ولأبي حنيفة: أن اليوم للتعجيل، والغد للإضافة؛ لأن الكلام لحقيقته [٥١٦/ب] حتى يقوم الدليل على مجازه، وقد قام الدليل في اليوم على مجازه، وهو التعجيل؛ لأن مرادهما: صحة العقد.

ولا يمكن هذا: إلا بحمل اليوم على التعجيل؛ لأن تعين العمل مع التوقيت

وَلَو قَالَ: إِن سكنتَ هَذَا الْحَانُوتَ عطَّاراً فبدرهمٍ، أَو حدَّاداً فبدرهمين.. جَازَ. خلافاً لَهما.

وَكَذَا: الْخلافُ لَو قَالَ: إِنْ ذهبتَ بِهَذِهِ الدَّابَّةِ إِلَى الْحِيرَةِ.. فبدرهمٍ، وَإِن جاوزتَها إِلَى الْقَادِسِيَّةِ.. فبدرهمَين.

أَو قَالَ: إِنْ حملْتَ عَلَيْهَا إِلَى الْحيرَةِ كرَّ شعيرٍ.. فبدرهمٍ، وإِنْ حملْتَ كرَّ بُرٍ.. فبدرهمَينِ.

مفسد للعقد؛ لعدم إمكان اجتماعهما كما ذكرناه.. فتعين المجاز في اليوم، ولم يقم الدليل في الغد على المجاز، وهو الترفيه، بل قام على حقيقته وهو الإضافة، فتركناه على حقيقته؛ لأنا لو حملناه على الترفيه.. لفسد العقد؛ من حيث إنه يجتمع تسميتان في اليوم - كما قاله زفر - فوجب حمله على حقيقته، وهو: الإضافة.

فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للإضافة.. لم يوجد في اليوم إلا تسمية واحدة، فلم يفسد؛ فإذا خاط اليوم.. وجب عليه المسمى وهو الدرهم؛ فإذا جاء الغد.. فسد العقد؛ لوجود تسميتين فيه؛ لأن المعلق ينزل بمجيء الغد، والتسمية الأولى باقية، فيفسد؛ لاجتماع تسميتين في عمل واحد.

بخلاف خياطة الرومية والفارسية؛ لأنه ليس لأحد العقدين موجب في العمل الآخر، فكانا عقدين مختلفين؛ كل و احد منهما ببدل مسمى على انفراد معلوم.. فافترقا.

(**ولو قال: إن سكنت هذا الحانوت عطاراً فبدرهم، أو حداداً فبدرهمين.. جاز**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**).

(**وكذا الخلاف لو قال: إن ذهبت بهذه الدابة إلى الحيرة فبدرهم، وإن جاوزتها إلى القادسية فبدرهمين.**

أو قال: إن حملت عليها إلى الحيرة كر شعير فبدرهم، وإن حملت كر برّ فبدرهمين).

لهما: أن المعقود عليه في هذه العقود أحد الشيئين ، وكذلك الأجر أحد الشيئين، وهو مجهول، والجهالة الواحدة توجب الفساد، والجهالتان أولى، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية؛ لأن الأجر ثمة يجب بالعمل، وعنده ترتفع الجهالة.

أما في هذه المسائل.. فالأجر فيها يجب بالتخلية في الحانوت، والتسلم في الدابة، فتبقى الجهالة.

بقي أن الأصل عندهما: أن الأجر متى وجب بالتخلية والتسليم.. لا يجوز أن يكون الأجر متردداً بين شيئين عند التخلية والتسليم؛ لأنه لا يدرى أيهما يجب، والإجارة تفسد بهذا.

ولأبي حنيفة: أنه خيره بين شيئين متفاوتين، وجعل لكل واحد منهما أجرة معلومة، فوجب أن يجوز؛ كما في المسألة الرومية والفارسية، وكونهما متغايرين: لأن إسكانه عطاراً يغاير إسكانه حداداً، وكذا غيره.

وقولهما: «والأجرة فيها تجب بالتخلية والتسليم».

قلنا: إن الإجارة تعقد للانتفاع، والظاهر: أنه يستوفي المنافع، وعند الاستيفاء.. ترتفع الجهالة.

وأما ترك الانتفاع [٥١٧/أ] مع التمكن.. فنادر لا معتبر به.

ولو احتيج إلى الإيجاب لمجرد التخلية عند عدم الانتفاع بعد التسليم؛ أي: سلم إليه ولم ينتفع به حتى مضى المدة.. فاختلف فيه المشايخ:

قال بعضهم: يجب نصف كل واحد من البدلين؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر، فيجعل التسليم لهما.

وقال بعضهم: يجب أقل البدلين؛ لأنه لا يكون أكثر ضرراً من الانتفاع بأقلهما ضرراً، ولأن الأقل متيقن.

وهذا هو الصحيح على ما في «الزيلعي»، واختاره في «الهداية» و«العناية».

وَلَا يُسَافِرُ بِعَبْدٍ اسْتَأْجَرَهُ لِلْخدمَةِ بِلَا اشْتِرَاطه.

ولو استأجرَ عبداً مَحْجُوراً فَعملَ وَأخذَ الْأجرَ.. لَا يسْتَرِدُّهُ مِنْهُ.

(ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه)؛ لأن مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر؛ لأنه المتعارف، فانصرف إليه المطلق، فصار كالمشروط به صريحاً.. فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر؛ لأنه أشق، فيكون خلافاً إلى ما هو أضر.

نظيره: ما لو استأجر فرساً للركوب وعين الراكب.. فليس له أن يركب غيره؛ للتفاوت في الركوب.

وما لو استأجر داراً للسكنى.. ليس له أن يسكن حداداً؛ لأنه أضر.

ولأن مؤنة الرد من السفر على المولى، ويلحقه ضرر بذلك.. فلا يملكه إلا بإذنه.

وإن اشترط ذلك.. فله أن ينقله إلى السفر؛ لأن مولاه رضي بذلك.

وكذلك يجوز أن ينقله إلى السفر إذا كان المستأجر وقت الإجارة متهيأً للسفر وعرف بذلك؛ لأن المعروف كالمشروط. كذا في «الزيلعي».

فلو سافر عند عدم الاشتراط أو التهيؤ للسفر، وهلك.. ضمن؛ لأنه صار غاصباً، ولا أجر عليه وإن سلم؛ لأن الضمان والأجر لا يجتمعان.

وهل له أن يؤجر عبداً استأجره للخدمة؟

قالوا: نعم.

فقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «السرخسي»: أنه إذا استأجر عبداً للخدمة.. فله أن يؤجر من غيره للخدمة؛ لأن هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة؛ كسكنى الدار، ولأن العبد عاقل، لا ينقاد إذا كلف فوق طاقته. انتهى.

(ولو استأجر عبداً محجوراً) عليه **(فعمل)** العبد **(وأخذ)**؛ أي: العبد **(الأجر.. لا يسترده)** المستأجر **(منه)**؛ أي: من العبد. هذا استحسان.

وفي القياس: له أن يسترده؛ لأنه يقتضي أن لا تصح الإجارة؛ لانعدام إذن

وَلَو آجرَ العَبْد الْمَغْصُوبُ نَفسَهُ فَأكلَ غاصبُهُ أجرَهُ.. لَا يضمنُ. خلافاً لَهما.

المولى وقيام الحجر، فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال، ولا أجر على الغاصب؛ فصار كما إذا هلك العبد.. فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر؛ لأنه ضامن بالغصب، والأجر والضمان لا يجتمعان.

وجه الاستحسان: أن التصرف:

نافعٌ على اعتبار الفراغ سالماً؛ لأنه [٥١٧/ب] يحصل للمولى الأجرة.

ضارٌّ على اعتبار الهلاك بالاستعمال، والنافع مأذون فيه؛ كقبول الهبة.

وإذا جاز الدفع له.. لم يكن له أن يسترده منه.

بخلاف ما إذ هلك العبد في حالة الاستعمال.. فإنه يجب على المستأجر قيمته حينئذ، وإذا ضمن قيمته.. صار مالكاً له من وقت الاستعمال، فيصير مستوفياً منفعة عبد نفسه، فلا يجب عليه الأجر.

وكذلك الصبي المحجور عليه إذا آجر نفسه وسلم من العمل.. كان له الأجر؛ لأنه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات، ولهذا: يملك قبول الهبة، وجواز الإجارة بعد الفراغ من العمل سالماً: نفع محض.

وقال في «النهاية»: الأجر الذي يجب في هاتين الصورتين: أجر المثل؛ فإن أعتقه المولى في نصف المدة.. نفذت الإجارة، ولا خيار للعبد في الفسخ، وأجر ما مضى: للمولى، وأجر ما يستقبل: للعبد.

وإن آجره المولى، ثم أعتقه في نصف المدة.. فللعبد الخيار؛ فإن فسخ الإجارة.. فأجر ما مضى: للمولى، وإن آجر.. فأجر ما يستقبل: للعبد، والقبض للمولى؛ لأنه العاقد. كذا في «الزيلعي».

(ولو آجر العبد المغصوب نفسه، فأكل غاصبه أجره.. لا يضمن) الغاصب ما أكله من الأجر. عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: يضمن؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه، ولا تأويل له؛ لأن

وَمَا وجدَهُ سَيِّدُهُ.. أَخذَهُ.

المال للمولى؛ لأن إجارة العبد نفسه: جائزة على تقدير الفراغ سالماً، على ما تقدم في المسألة الأولى.

وكسب العبد للمولى؛ لأنه تبع لرقبته، فيكون الغاصب متعدياً بالأخذ منه والإتلاف.. فيضمن.

ولأبي حنيفة: أن الضمان يجب بإتلاف مال محرز متقوم، وليس ذلك بمحرز:

لأن الإحراز: أن يكون بيده أو بيد نائبه، وهذا المال لا في يده ولا في يد نائبه؛ لأن الغاصب ليس بنائب عنه، والعبد ليس في يد نفسه، بل هو في يد الغاصب، وما في يده يكون في يد الغاصب أيضاً تبعاً لنفسه.. فلا يتصور أن يكون محرزاً بحرزه؛ إذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب، فكيف يحرز ما في يده عنه؟!

وما لم يقع في يد المولى حقيقة أو حكماً بالنيابة.. لا يكون مضموناً له؛ كالمال المسروق في يد السارق بعد القطع.

ولأن الأجرة بدل المنفعة، والبدل حكمه: حكم المبدل.

ولو أتلف الغاصب المبدل؛ أي: المنفعة.. لا يضمن، فكذا إذا أتلف بدلها.

واعترض على الوجه الأول: بولد المغصوبة؛ بأن الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة.. ضمنه، مع أنه لا إحراز فيه.

وأجيب: بأنه تابع للأم؛ لكونه جزء منها، وهي [٥١٨/أ] محرزة، بخلاف الأجر؛ فإنه يحصل من المنافع، وهي غير محرزة.

إنما قال: «لو آجر العبد المغصوب نفسه»؛ لأنه لو أجر الغاصب العبد المغصوب بنفسه، وأخذ الأجرة وأكلها.. لا ضمان عليه بالاتفاق.

(وما)؛ أي: شيء من الأجرة **(وجده سيده)**؛ أي: وجده في يد العبد المغصوب **(.. أخذه)**؛ لأنه وجد عين ماله، ولا يلزم من بطلان التقوم: بطلان الملك؛ كما في

وَقبضُ العَبْدِ أجرَهُ صَحِيحٌ.

وَلَو آجرَ عَبدَهُ هذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شهراً بأَرْبعَةٍ، وشهراً بِخَمْسَةٍ.. صَحَّ الأَوَّلُ بأَرْبعَةٍ.

المسروق بعد القطع.. فإنه لم يبق متقوماً؛ حتى لا يضمن بالإتلاف، ويبقى الملك فيه، حتى يأخذه المالك حين وجده.

(وقبض العبد أجره: صحيح)؛ يعني: إذا آجر العبد نفسه وأخذ أجره: صحيح بالإجماع؛ لأنه هو المباشر، وحقوق العقد ترجع إليه، وتصرفه نفع محض يصح قبضه، فيخرج به المستأجر عن عهدة الأجرة؛ فإنه يحصل بالأداء إلى العبد؛ لكونه عاقداً.

(ولو آجر عبده هذين الشهرين؛ شهراً بأربعة وشهراً بخمسة.. صح الأول)؛ أي: من الشهرين **(بأربعة)**؛ لأنه المذكور أولاً، والمذكور أولاً: ينصرف إلى ما يلي العقد؛ تحرياً للجواز، وذلك: لأنه لما قال: «بأربعة» منكراً.. كان مجهولاً، والإجارة تفسد بالجهالة، فصرفناه إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز؛ كما لو استأجر منك هذا العبد بشهر أو سكت.. فإنه ينصرف إلى ما يلي ابتداء العقد؛ فإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه.. ينصرف إلى ما يلي الأول أيضاً ضرورةً؛ لأنها أقرب الأوقات إليه.

فإن قيل: مبنى هذا البيان: على أن يكون الشهر منكراً مجهولاً، والمذكور في الكتاب معرّف؛ حيث قال «هذين الشهرين».

فالجواب: أن المذكور في الكتاب: قول المستأجر، واللام فيه للعهد؛ لما كان في كلام المؤجر منكراً؛ فكأن المؤجر قال: «أجرت عبدي هذين الشهرين؛ شهراً بأربعة وشهراً بخمسة»، فقال المستأجر: «استأجرته هذين الشهرين؛ شهراً بأربعة وشهراً بخمسة»

وَلَو اسْتَأْجرَ عبداً فأَبَقَ، أَو مرِضَ، فادَّعى وجودَهُ، أَوَّلَ الْمدَّةِ، وَالْمولى وجودَهُ قُبيلَ الْإِخْبَارِ بساعةٍ.. حُكِّمَ الْحَالُ.

فإِنْ كَانَ حَاضراً أَو صَحِيحاً.. صُدِّقَ الْمولى، وإِلَّا.. فالمستأجِرُ.

(ولو استأجر عبداً، فأبق أو مرض، فادعى وجوده أول المدة، والمولى: وجوده قبيل الإخبار بساعة.. حُكِّم الحال؛ فإن كان العبد حاضراً أو صحيحاً.. صدق المولى، وإلا)؛ أي: وإن لم يكن العبد حاضراً أو صحيحاً (.. **فالمستأجر)**.

هذا شروع الحكم في بيان الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر.

يعني: لو استأجر عبداً شهراً بدرهم مثلاً وقبضه في أول الشهر، ثم جاء في آخره، وقال: أبق العبد أو مرض في أول الشهر حين قبضته، وأنكر المولى ذلك، أو أنكر إسناده إلى أول المدة، فقال: أصابه ذلك قبل أن يأتيني [٥١٨/ب] بساعة.. يحكم الحال؛ فيكون القول: قول من يشهد له الحال مع يمينه؛ لأن القول في الدعاوى: قول من شهد له الظاهر، ووجود ذلك العيب في الحال: يدل على وجوده في الماضي استصحاباً، فيصلح مرجحاً.

وإذا لم يصلح حجة للاستحقاق.. فيكون القول للمستأجر.

وإن لم يوجد في الحال.. فالقول للمولى.

فإن قيل: هذا فيما إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر: مسلم لا إشكال فيه؛ لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق على المستأجر، والظاهر يصلح دفعاً للاستحقاق.

وأما فيما إذا كان الظاهر يشهد للمؤجر.. ففيه إشكال؛ من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق.

أجيب: بأنه إنما يستحقه بالسبب السابق - وهو العقد - وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت.. فلم يكن مستحقاً بمجرد الظاهر، وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب.. أقر المستأجر بالوجوب عليه، ثم بالإنكار بعد ذلك: يكون متعرضاً لنفيه.. فلا يقبل إلا بحجة.

وَكَذَا: الِاخْتِلَافُ فِي انْقِطَاعِ مَاءِ الرَّحَى وجريانِهِ.

وَلَو قَالَ ربُّ الثَّوْب: أَمَرتُكَ أَن تصبغَهُ أَحْمَرَ فصبغتَهُ أصفَر، وَقَالَ الصَّانِعُ: أَمرتَنِي بِمَا صنعتُ.. صُدِّقَ رَبُّ الثَّوْبِ.

وَكَذَا: الِاخْتِلَافُ فِي الْقَمِيصِ والقباءِ، ....

وعلى هذا: لو أعتق جارية ولها ولد، فقالت: أعتقني قبل ولادتِهِ، فيكون حراً تبعاً لي، وقال المولى: أعتقتك بعدها فلا يعتق.. كان القول قول من كان الولد في يده؛ لأن الظاهر يشهد له.

وكذا لو باع شجراً فيه ثمر، واختلفا في بيع الثمر معها.. كان القول قول من في يده الثمر بتحكيم الحال.

(وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه)؛ أي: اختلفا بعد مدة الإجارة، وقال المستأجر: إن الماء انقطع في أول المدة، وأنكره المؤجر.. ينظر: إن كان الماء منقطعاً في الحال.. فالقول قول المستأجر.

وإن كان جارياً.. فالقول قول صاحب الرحى تحكيماً للحال.

(ولو قال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصانع: أمرتني بما صنعت.. صدق رب الثوب)؛ أي: مع يمينه.

(وكذا الاختلاف في القميص والقباء)؛ أي:

اختلفا في لون الصبغ، فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصانع: لا، بل أمرتني أصفر.

أو اختلفا في نوع المعقود عليه، فقال رب الثوب: أمرتك بخياطة القميص فخطته قباء، وقال الخياط: بل أمرتني قباء.. ففي الصورتين: القول قول رب الثوب؛ لأن الأمر يستفاد من جهته، والقول قول من يستفاد الأمر من جهته؛ كما لو أنكر أصل الأمر.. كان القول قوله.

وكذا إذا أنكر وصفه، لكنه بعد اليمين؛ فإنه أنكر ما لو أقر به.. لزمه.

فَإِن حَلَفَ.. ضَمَّنَ الصَّانِعَ قِيمَةَ ثَوْبِهِ غيرَ مَعْمُولٍ وَلَا أَجْرَ، أَو أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أجرَ مثلِهِ لَا يُجَاوزُ بِهِ المسمَّى.

وإِنْ قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ: عملتَ لي بِلَا أَجرٍ، وَقَالَ الصَّانِع: بِأَجْرٍ.. فَالْقَوْلُ لربِّ الثَّوْبِ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: القولُ للصَّانعِ إِن كَانَ حِرِّيفاً لَهُ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: للصَّانعِ إِن كَانَ مَعْرُوفاً بِعَمَلِهِ بِالْأَجْرِ.

(**فإن حلف**)؛ أي: رب الثوب.. فهو مخيّر [٥١٩/أ]؛ إن شاء (.. **ضمن الصانع قيمة ثوب غير معمول، ولا أجر**) للصانع، (**أو أخذ**) رب الثوب (**الثوبَ وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى**).

وقد تقدم بيانه قبيل باب الإجارة الفاسدة.

وقال ابن سماعة عن محمد: يضمن صاحب الثوب الصباغ ما زاد الصبغ فيه؛ لأن الصباغ بمنزلة الغاصب، والحكم في الغصب كذلك.

وقال ابن أبي ليلى في مسألة الصبغ أيضاً: القول قول الصباغ؛ لأنهما اتفقا على الإذن في الصبغ، ثم رب الثوب يدعي عليه خلافاً ليضمنه أو ليثبت نفسه الخيار، وهو ينكر.. فكان القول له.

وجوابه: ما ذكرناه: من أن القول لمن يستفاد منه الأمر.

(**وإن قال رب الثوب: عملت لي بلا أجر، وقال الصانع: بأجر.. فالقول لرب الثوب**)؛ لأنه ينكر تقوم عمل الصانع ووجوب الأجر عليه، والصانع يدعيه.. فكان القول للمنكر. هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: القول للصانع إن كان حريفاً**)؛ أي: خليطاً (**له**)، وذلك بأنَّ تكرر تلك المعاملة بينهما بأجر.. فله الأجر، وإلا.. فلا؛ لأن سبق ما بينهما بأجر.. يعين جهة الطلب بأجر؛ جرياً على معتادهما؛ لأن المعروف كالمشروط.

(**وعند محمد:**) القول (**للصانع إن كان معروفاً بعمله بالأجر**)؛ لما ذكر: «من أن المعروف كالمشروط».

وفي «الزيلعي» و«الأشباه»: والفتوى: على قول محمد.

واعلم: أن المصنف ذكر بعض ما يتعلق باختلاف الأجر والمستأجر في فصل التحالف على ما تقدم بيانه، وذكر بعضه في هذا الباب ولم يستوف بحذافيره، ولنذكر إجمالاً بعض ما بقي منه تتميماً للفائدة.. فنقول:

إن المؤجر والمستأجر إذا اختلفا:

إما أن يختلفا في المستأجر، أو في الأجرة.

- **وعلى الأول**؛ إما أن يختلفا في: **أصل المستأجر** بأن قال المؤجر: المستأجر هو هذا، وقال المستأجر: لا، بل هو هذا **أو في نوعه، أو في قدره**.

فإذا اختلفا في أصل المستأجر؛ إما أن يكون اختلافهما قبل التصرف، أو بعد انقضاء المدة والتصرف؛ فإن كان قبل التصرف.. تحالفا؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فتعتبر ببيع العين.

وفي بيع العين إذا اختلفا قبل القبض.. يتحالفان، فكذلك في بيع المنفعة.

والاختلاف هنا: قبل قبض المنفعة، فيتحالفان، فيفسخ القاضي، وأيهما أقام البينة.. قبلت، وإن أقاما.. يقضى ببينة المؤجر؛ لأنه يثبت حقاً لنفسه.

وإن اختلفا بعد انقضاء المدة.. فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأن المعقود عليه قد هلك؛ لأن المنافع بالاستيفاء صارت مثلاً شبه هالكة [٥١٩/ب]، وهلاك المعقود عليه: يمنع التحالف عندهما.

وقال محمد: لا يمنع التحالف في بيع المنفعة؛ لأن في بيع العين إنما يمنع التحالف؛ لأنهما إذا تحالفا وتعذر الرد لمكان الهلاك.. وجب رد القيمة.

وهنا: إذا تحالفا وانفسخ العقد.. بقيت المنافع مستوفاة من غير عقد.. فلا يكون لها قيمة، فتعذر رد القيمة وامتنع التحالف.

وإن اختلفا في نوع المستأجر؛ كاختلافهما في نوعي الصبغ؛ بأنه أصفر أو أحمر على ما ذكره المصنف بعينه.. فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما ذكرناه.

ولأن الصَّباغ أقر الضمان - وهو الصبغ في ثوب الغير - ثم ادعى البراءة عنه وهو الإذن من جهة صاحب الثوب، وأنكره صاحب الثوب.. فيكون القول للمنكر؛ كما لو قال: قطعت ثوبك، أو هدمت جدارك بإذنك، وأنكره الصاحب.. فالقول للمنكر.

وإن اختلفا في مقدار المستأجر؛ بأن قال المستأجر: إنه أكراه دابتين بأعيانهما بعشرة دراهم إلى بغداد، وقال المؤجر: إنه أكراه إحداهما بعينها بعشرة دراهم إلى بغداد.. فالقول قول المؤجر؛ لأنه ينكر الزيادة.

• **وعلى الثاني**؛ إما أن يختلفا في أصل الأجرة، فقال رب الثوب: عملت لي بغير أجر، وقال القصار: لا، بل عملت لك بأجر:

فإن اختلفا قبل العمل.. يتحالفان، ويفسخ القاضي؛ لأن كل واحد منهما مدعٍ من وجه منكرٍ من وجه، وأيهما أقام بينة.. قبلت، وإن أقاما.. يقضى ببينة المستأجر؛ لأنه يثبت حقاً لنفسه.

وإن اختلفا بعد العمل.. فالقول لرب الثوب، عند أبي حنيفة على ما ذكره المصنف؛ لأن التحالف حينئذ لا يفيد؛ لأنه لا قيمة للعمل من غير عقد، فكان بمنزلة الحمال والمكاري إذا اختلفا بعد العمل.. فالقول للمعمول له.

خلافاً لأبي يوسف ومحمد، كما ذكره المصنف.

وإن اختلفا في قدر الأجرة، ولم يأخذ في العمل بعد، فقال المستأجر: الأجر خمسة دراهم، وقال الآجر: لا، بل عشرة دراهم.. فيتحالفان.

وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر، ويبدأ بيمين المستأجر؛ فإذا حلفا.. فسخ القاضي العقد.

وأيهما أقام البينة.. قبلت.

وإن أقاما.. يقضى ببينة الأجر؛ لأنه يثبت الزيادة.

وكذلك لو اختلفا في قدر مدة الإجارة، أو في قدر مسافة الإجارة:

بأن قال المستأجر: أجرتنيها شهرين بعشرة دراهم، وقال الآخر: لا، بل أجرتها شهراً واحداً بعشرة دراهم.

أو قال المستأجر: أجرتنيها إلى الكوفة بخمسة دراهم، وقال الآجر: لا، بل إلى المصر بخمسة دراهم.

فهذا وما اختلفا في قدر الأجرة: سواء.

إلا أنهما لو تحالفا في المدة أو في المسافة.. يبدأ بيمين الآجر [٥٢٠/أ]، وإن أقاما البينة فيهما.. يقضى ببينة المستأجر.

وإن اختلفا في قدر الأجرة والمدة جميعاً، أو في الأجرة والمسافة جميعاً.. فإنهما يتحالفان، فيفسخ القاضي.

وأيهما أقام البينة.. قبلت.

وإن أقاما.. يقضى بالبيّنتين جميعاً، فيقضي بزيادة الأجر ببينة الآجر، وبزيادة المدة والمسافة ببينة المستأجر.

وهذا إذا اتفقا في جنس الأجرة ما بها، درهم كلها أو دنانير.

بخلاف ما إذا اختلفا في قدر الأجرة والمدة، أو في قدر الأجرة والمسافة، أو في قدر الأجرة والمستأجر مع اختلافها في جنس الأجرة، وذلك بأن قال الآجر: أجرتك الدار شهراً بدينار، وقال المستأجر: لا، بل أجرتنيها شهرين بعشرة دراهم.

أو قال الآجر: آجرتك الدابة إلى القصر بدينار، وقال المستأجر: لا، بل إلى الكوفة بعشرة دراهم.

أو قال الآجر: آجرتك إحدى هاتين الدابتين بدينار إلى بغداد، وقال المستأجر: لا، بل آجرتني هاتين الدابتين بعشرة دراهم إلى بغداد.. ففي الصور الثلاث: يتحالفان، وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر.

وإن حلفا.. فسخ القاضي العقد، وأيّهما أقام.. قبلت بينته.

وإن أقاما البينة.. فإنه يقضى إلى شهرين، أو إلى الكوفة، أو بإجارة الدابتين إلى بغداد: بدينار وخمسة دراهم.

إذا كان القصر على النصف من المبدأ إلى الكوفة.. يقضى إلى القصر بدينار ببينة الآجر، ومن القصر إلى الكوفة بخمسة دراهم ببينة المستأجر؛ عملاً بالبينتين.

وكذا الحال في الصورتين.

والحاصل: أنه إذا اختلفا في المستأجر أصلاً أو قدراً أو نوعاً، أو في الأجرة كذلك، أو في المدة أو المسافة، أو في الأجرة والمدة معاً، أو في الأجرة والمسافة معاً.. ففي هذه الوجوه: إن اختلفا قبل استيفاء المنفعة.. يتحالفان، وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر، وإن حلفا.. فسخ القاضي العقد، وأيهما أقام.. قبلت بينته، وإن أقاما البينة.. فبينة الآجر أولى.

وإن اختلفا بعد استيفاء المنفعة في هذه الوجوه.. كان القول قول المستأجر مع يمينه، ولا يتحالفان عندهم جميعاً.

* * *

(بَابُ فَسْخِ الْإِجَارَةِ)

(بَابُ فَسْخِ الإِجَارَةِ)

اعلم: أن الإجارة عقد لازم لا ينفسخ بغير عذر.

إلا إذا وقعت على استهلاك عين – كالاستكتاب: يقع على استهلاك الكاغد والحبر، وكرب الأرض في المزارعة: إذا كان البذر من قبله – فإنه ينفسخ بغير عذر كما في باب العذر من إجارات «القنية».

ثم إنها: تفسخ بالعيب في المعقود عليه بالاتفاق، وبالعذر [٥٢٠/ب] الحاصل في أحد العاقدين عندنا.

خلافاً للشافعي فيه على ما سنبينه عند قول المصنف: «وتفسخ بالعذر».

ولما كان الفسخ بالعيب اتفاقياً.. قدمه المصنف على الفسخ بالعذر.

والأصل: أن العيب متى حدث بالعين المستأجرة:

فإن كان عيباً لا يؤثر في اختلال المنافع.. لم يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ نحو: العبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط شعره، أو سقط حائط من الدار ولم يضر بالسكنى؛ لأنه لما يلم يتمكن الخلل في المنفعة وهي المعقود عليه.. لم يثبت الخيار.

وإن كان عيباً يؤثر في اختلال المنافع؛ كالعبد إذا مرض، والدابة إذا دبرت أو ندت، والدار إذا انهدم بعض بنائها، أو سقط حائط يضر السكنى.. فللمستأجر الخيار؛ لأن الخلل قد تمكّن في المعقود عليه قبل القبض؛ فإن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض الدار، ولكن باعتبار التمكن من الاستيفاء: يصير قابضاً له حكماً؛ فإن استوفى المنفعة مع العيب.. يلزمه جميع البدل، وإن نقص العبد للعيب المفوت لوصف المعقود عليه قبل القبض.. لا يلزمه شيء من البدل.

وإن أزال المؤجر عيباً بشيء.. يسقط الخيار.

وهل ينفسخ العقد بدون الفسخ بهذه الأعذار أم لا ينفسخ بدون الفسخ؟

ففيه اختلف المشايخ:

قيل: ينفسخ بالعوارض المؤثرة في اختلال المنفعة؛ من نحو: انهدام الدار، وانقطاع ماء الرحى وماء الأرض؛ بحيث لا يمكنه أن يزرع، ودبر الدابة، ومرض العبد، وهو رواية «الأصل».

واستدلوا عليه: بأنه لو انهدم الدار.. يجوز أن يخرج عنه المستأجر مع غيبة المؤجر، ولا يلزم الآجر.

فلو لم ينفسخ العقد بدون الفسخ.. لتوقف خروجه على حضرة المؤجر.

وقيل: لا ينفسخ بدون الفسخ، بل يستحق الفسخ، وهو رواية «الزيادات».

واستدلوا عليه: بأنه إذا صالح على سكنى دار، فانهدمت الدار.. لم ينفسخ الصلح، وللمصالح أن يبني الدار ويمضي على الصلح.

وبما روي عن محمد: فيمن استأجر بيتاً فانهدم، ثم بناه الآجر.. فليس للمستأجر أن يمتنع عنه، فهذا نص على أن الإجارة لا تنفسخ؛ هكذا ذكره في «المحيط».

وقال: والصحيح هو الثاني؛ لأن أصل المعقود عليه لا يفوت بانهدام البناء؛ لأن الانتفاع بالعرصة ممكن بدون البناء إلا أنه ناقص، فكان بمنزلة العيب الفاحش، وبالعيب: يستحق الفسخ، ولا ينفسخ.

ومن هنا قالوا: إن الإجارة: هل تنعقد على الصحراء للسكنى؟

قيل: لا تنعقد؛ لأنه لا سكنى في الصحراء [٥٢١/أ].

وقيل: تنعقد، وله خيار الفسخ؛ لأن السكنى تتحقق فيه، إلا أنها ناقصة.

وقيل: ما ذكر في «الأصل»: محمول على ما إذا كان العذر جلياً؛ كما إذا استأجر لقلع السن وسكن وجعه، أو لقطع يده للآكلة فبرئت الآكلة.

تُفسخ ....

وما ذكر في «الزيادات»: على ما إذا كان العذر خفياً؛ كالدين.. قال في «قاضي خان»: إذا تحقق العذر.. ذكر في بعض الروايات: أن الإجارة تنقض، وفي بعضها: أنها لا تنقض.

ومشايخنا وفقوا فقالوا: إن كانت الإجارة لغرض، فلم يبق ذلك الغرض، أو كان عذراً يمنعه من الجري على موجب العقد شرعاً.. تنتقض الإجارة من غير نقض؛ كما لو استأجر لقطع يده عند وقوع الآكلة أو لقلع سنه عند الوجع، فبرئت الآكلة وزال الوجع.. تنتقض الإجارة؛ لأنه لا يمكنه الجري على موجب العقد شرعاً.

وإن استأجر دابة بعينها إلى بغداد لطلب غريم له، أو لطلب عبد آبق له، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الإباق.. تنتقض الإجارة؛ لأنها وقعت لغرض وقد فات ذلك الغرض.

وكذا لو ظن في بناء داره خللاً، فاستأجر لهدم البناء، ولم يوجد فيه خلل، أو استأجر طباخاً لوليمة العرس فمات العروس.. بطلت الإجارة، وإلا.. فلا تنتقض بغير نقض.

ثم إذا تحقق العذر ومست الحاجة إلى النقض.. هل ينفرد صاحب العذر بالنقض أو يحتاج إلى القضاء أو إلى الرضاء؟

اختلفت الروايات فيه، والصحيح: أن العذر: إن كان ظاهراً.. ينفرد، وإن كان مشتبهاً.. لا ينفرد.

(تفسخ)؛ أي: الإجارة، هو من الفسخ ولم يقل: «تنفسخ»: إشارة إلى أنها لا تنفسخ من غير فسخ بالعيوب التي ذكرها في الكتاب موافقاً للترجمة؛ فإنه قال: «باب فسخ الإجارة» ولم يقل: «باب انفساخ الإجارة».

وقيل: إنها تنفسخ من غير فسخ كما تقدم ذكره.

بِعَيْبٍ فَوْتَ النَّفْعَ؛ كخرابِ الدَّارِ، وَانْقِطَاعِ مَاءِ الأَرْضِ ....

وفيه أيضاً إشارة: إلى أنه لا حاجة إلى قضاء القاضي في الفسخ.

وقيل: إنه يحتاج إليه، على ما تقدم.

(بعيب) حادث بعد قبض المستأجر أو قبل قبضه؛ لأن العيب الذي حدث بعد قبض المستأجر: كان قبل قبض المعقود عليه في الحقيقة، فيوجب الفسخ، وهذا لأن المعقود عليه في الإجارة: هو المنافع، وأنها توجد شيئاً فشيئاً، وكل ما كان كذلك.. فكل جزء منه بمنزلة الابتداء، فكان العيب حادثاً قبل قبض ذلك الجزء، وذلك يوجب الخيار كما في البيع.

(فوت النفع؛ كخراب الدار) [٥٢١/ب] المستأجرة، أطلقه.. فشمل خراب البيت وخراب الجدار منه المخل بالسكنى.

قال في «قاضي خان»: إذا انهدم البيت المستأجر، أو انهدم ما ينقض السكنى كالحائط ونحو ذلك.. فله أن يخرج عن الدار ويفسخ الإجارة بحضرة الآجر؛ لأنه بمنزلة العيب الحادث في البيع قبل القبض. انتهى.

بخلاف ما إذا كان عيباً لا يضر بالسكنى كحائط سقط، ولم يكن محتاجاً إليه في السكنى.. فإنه لا تفسخ الإجارة به. على ما في «العناية».

(وانقطاع ماء الأرض)؛ يعني: استأجر أرضاً للزراعة، فخرب النهر الأعظم وعجز عن السقي.. كان له أن يفسخ الإجارة.

وإن لم يفسخ حتى مضت المدة.. كان عليه أجرها إذا كان بحال يمكنه أن يحتال بحيلة فيزرع شيئاً، وإن كان لا يقدر على ذلك بوجه.. لا شيء عليه.

وكذا لو لم ينقطع الماء، ولكن سال فيها حتى عجز عن الزراعة.. فلا أجر عليه.

ولو استأجر أرضاً، فانقطع الماء؛ إن كانت الأرض تسقى بماء النهر وبماء المطر، لكن انقطع ماء المطر أيضاً.. لا أجر عليه.

ولو غرقت الأرض قبل أن يزرعها، فمضت المدة.. فلا أجر عليه؛ كما لو غصبها غاصب.

ولو زرعها فأصاب الأرض آفة، فهلك الزرع، أو غرقت بعد الزرع ولم ينبت.. عن محمد في رواية: كان عليه الأجر كاملاً.

وعنه في رواية: أنه إذا استأجر أرضاً قل ماؤها أو انقطع.. فله أن يخاصم الآجر إلى القاضي حتى يترك الأرض في يده بأجر المثل إلى أن يدرك؛ فإن سقى زرعه بعد ذلك.. لم يكن له أن ينقض الإجارة.

والمختار للفتوى: أنه إذا هلك الزرع.. لم يكن عليه لما بقي من المدة بعد هلاك الزرع أجر، إلا إذا كان متمكناً من أن يزرع مثل ذلك ضرراً بالأرض أو أقل ضرراً من الأولى.

وإن اختل الزرع، وانقضت عليه.. كان عليه الأجر كاملاً وإن لم يسقه إذا لم يكن رفعه إلى الحاكم.

ولو استأجر أرضاً من أرض الجبل، فزرعها، فلم تمطر عامه ولم ينبت حتى مضت المدة، ثم مطرت السماء ونبت الزرع.. قال محمد: الزرع كله [للمستأجر](1).

الكل في «قاضي خان».

وقال في «البزازية»: وعن أبي يوسف: استأجر أرضاً للزراعة وانقطع الماء، وبقي شيء من المدة ما يصلح أن يزرع غرباً، ولم يخاصم ولم ينقص حتى تمت المدة.. لزم تمام الأجر، وإن خاصم.. له نقض الإجارة، وينقص من الأجر بحسابه.

وإن لم يصلح أن يزرع غرباً.. لا يلزمه الأجر فيما بقي وإن لم يخاصم [٥٢٢/أ].

---

(١) في المخطوط: (الزرع كله بطلت الإجارة)، والمثبت من «قاضي خان» (١٦٣/٢) وهو الصواب.

أَو الرَّحَى.

(أو الرحى)، إذا انقطع ماء الرحى.. فهو عذر تفسخ به الإجارة، بل تنفسخ؛ فإن لم يفسخ.. يرفع عنه من الأجر بحسابه؛ لأن المعقود عليه وهي المنفعة: قد فات فواتاً يرجى عوده فيخير المستأجر؛ كما لو أبق العبد المستأجر للخدمة.

واختلفوا في تفسير قول محمد: «بحسابه»:

قيل: حساب أيام الانقطاع؛ حتى لو انقطع الماء عشرة أيام من الشهر.. سقط حصة عشرة أيام من الأجر؛ لأنه فات منفعة الطحن في عشرة أيام.

وقيل: بقدر حصة الماء الذي انقطع دون الثلث، فينظر إلى بيت الرحى وهو يطحن بكم يستأجر عشرة أيام، وهو لا يطحن بكم يستأجر؟ فإن كان وهو يطحن يستأجر عشرة أيام بعشرة، وهو لا يطحن يستأجر بخمسة.. سقط خمسة دراهم، وهي حصة ما انقطع من الماء، ولا يسقط ثلث المسمى؛ لأن منفعة الطحن إن فاتت.. بقي منفعة السكنى وربط الدابة؛ فإن له أن يسكن فيه ويربط فيه دوابه، فسقط من الأجر بقدر ما فات، وبقي بقدر ما بقي.

قاله في «المحيط السرخسي».

والأول: أصح؛ بدليل أن محمداً قال: إذا انقطع الماء شهراً ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر.. فلا أجر عليه.

قال في «قاضي خان»: استأجر رحى ماء فانقطع ماؤه.. كان له أن يرده، وإن لم يرده حتى مضت المدة.. لا أجر عليه.

وإن قل الماء؛ بحيث تدور الرحى وتطحن نصف ما كانت تطحن.. كان للمستأجر أن يرده أيضاً، وإن لم يرد حتى طحن.. كان ذلك رضى، وليس له أن يرده بعد ذلك؛ لأنه رضي بالعيب.

استأجر طاحونتي ماء في موضع يكون الحفر على المؤاجر في عرفهم، واحتاج النهر إلى الكري، وصار بحال لا يعمل إلا أحد الرحايين؛ فإن كان بحال: لو صرف

أَو أخلَّ بِهِ؛ ....

الماء إليهما جميعاً عملا ناقصاً.. كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة؛ لاختلال المطلوب، وإن لم يفسخ الإجارة.. فعليه أجرهما جميعاً؛ لأنه تمكن من الانتفاع بهما بصفة النقصان.

وإن كان بحال: لو صرف الماء إليهما لم يعملا.. كان عليه أجر أحدهما إذا لم يفسخِ الإجارة؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع إلا بإحداهما.

وإن تفاوت أجرهما.. فعليه أجر أكثرهما إذا كان الماء يكفي لأكثرهما أجراً.

وإن كان ذلك في موضع يكون كري النهر على المستأجر في عرفهم.. كان عليه كل الأجر؛ لأن العجز والخلل كان لمعنىً من قبله، وهو بمنزلة: ما لو استأجر خيمة وانكسرت أوتادها.. لا يسقط الأجر؛ لأن الأوتاد تكون على المستأجر.

قال في «المحيط السرخسي» [٥٢٢/ب]: لو اختلفا في انقطاع الماء.. فلا يخلو:

إما أن اختلفا في قدر أيام الانقطاع، أو اختلفا في أصل الانقطاع.

فإن اختلفا في قدر أيام الانقطاع؛ بأن قال المستأجر: انقطع الماء عشرة أيام، وقال الآجر: خمسة أيام.. فالقول للمستأجر؛ لأن الآجر يدعي تسليماً مبتدأ يعود الماء بعد خمسة أيام، والمستأجر ينكر.. فيكون القول له.

وإن اختلفا في أصل الانقطاع.. ينظر:

إن كان الماء منقطعاً يوم الخصومة.. فالقول للمستأجر؛ لأن الظاهر شهد له.

وإن كان الماء جارياً.. فالقول للآجر مع يمينه؛ لأن الظاهر يشهد له حينئذ.

(أو أخل به) عطف على قوله: «فوت».

والذي ظهر منه: أنه لم يفرق بين العيب المفوت للنفع، وبين العيب المخل بالنفع في أن العقد يفسخ بالفسخ، ولا ينفسخ بغير الفسخ.

والمختار: الفرق بينهما؛ بأنَّ العقد ينفسخ بدون الفسخ بالعيب المفوت للنفع، ولا ينفسخ بدون الفسخ بالعيب المخل به.

كَمَرَضِ العَبْدِ، ودَبَرِ الدَّابَّةِ.

فَلَو انْتفعَ بِهِ معيباً، أَو أَزَالَ المؤَجِّرُ عَيبَهُ.. سَقَطَ خِيَارهُ.

وتفسخُ بالعُذرِ، ....

(كمرض العبد) المستأجر للخدمة.

ولو كان العبد سارقاً.. كان عذراً في فسخ الإجارة مثل مرضه.

بخلاف ما لو وجد العبد غير حاذق في الخدمة.. فإنه لا يكون عذراً في الفسخ. كذا في «قاضي خان».

(ودبر الدابة)؛ أي: جرح ظهرها أو خفها على ما نقل عن ابن الأثير.

وكذا ند الدابة: عذر في الفسخ.

(فلو انتفع)؛ أي: المستأجر (به)؛ أي: المستأجَر بالفتح (معيباً)؛ أي: بالعيب المفوت للنفع وبالعيب المخل به على ما هو الظاهر من سوق كلامه.

أما سقوط الخيار في الثاني: فظاهر؛ لأن العقد لا ينفسخ به بدون الفسخ بالاتفاق؛ فإذا لم يفسخ وانتفع به معيباً.. سقط الخيار ولزمه الأجر.

وأما سقوطه في الأول: فعلى القول: «أن العقد لا ينفسخ بالعيب المفوت للنفع ما لم يفسخ، بل له خيار الفسخ أيضاً».

(أو أزال المؤجر عيبه)؛ كما إذا بنى الدار المهدومة، وكذا إذا زال العيب بنفسه (.. سقط خياره)؛ لأنه لما استوفى المنفعة مع العيب.. فقد رضي بالعيب ولزمه جميع الأجرة، وليس له خيار كما في البيع.

(وتفسخ) الإجارة (بالعذر)، فيه إشارة:

إلى أنها لا تنفسخ من غير فسخ بالأعذار التي ذكرها في الكتاب.

وقيل: إنها تنفسخ من غير فسخ.

وإلى أنها لا تحتاج في الفسخ إلى القضاء.

وقيل: إنها تحتاج، على ما تقدم، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تفسخ الإجارة إلا بالعيب؛ بناء على أصله: «أن المنافع عنده بمنزلة الأعيان» حتى يجوزْ الْعَقِد عليهِا، فكانت كالبيع، والبيع لا يفسخ بالعذر، بل إنما يفسخ بالعيب، فكذا الإجارة.

قلنا: إن المنافع غير مقبوضة قبل الاستعمال أو الاستيفاء [٥٢٣/أ] وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع، فتفسخ به الإجارة كالبيع بالعيب؛ لأن العيب الحادث قبل القبض إنما أوجب حق الفسخ؛ لأنه لا يمكنه المضي في موجب العقد إلا بضرر يلزمه، وهو لم يرض به، فثبت له حق الرد؛ دفعاً للضرر عن نفسه.

وكذلك العذر: متى تحقق قبل القبض.. عجز العاقد عن المضي على موجب العقد إلا بضرر يلزمه، وهو لم يرض به.

ثم الشافعي محجوج عليه بما سيأتي من مسألة: قلع سن سكن وجعه، وطبخ وليمة ماتت عروسها؛ إذ لا خلاف في جواز الفسخ بهذه الأعذار، وكذا في غيرها.

ومما خالفنا فيه الشافعي: الفسخ بخيار الشرط وخيار الرؤية؛ فإنه يقول: لا يصح اشتراط الخيار في الإجارة، ولا خيار الرؤية أيضاً:

أما خيار الشرط؛ فلأن الخيار؛ إن كان للمستأجر.. لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله؛ لفوات بعضه في مدة الخيار، وإن كان للمؤجر.. فلا يمكن تسليمه على الكمال؛ لفوات بعضه أيضاً في مدة الخيار، وكل ذلك يمنع الخيار، وهذا بناء على أصله: «أن المنافع جعلت في الإجارة كالأعيان القائمة، وفوات بعض العين في البيع: يمنع الفسخ»، فكذا هنا.

وأما خيار الرؤية؛ فلأن استئجار ما لم يره: استئجار لما هو مجهول.. فلا يجوز؛ للجهالة.

وَهُوَ: ....

قلنا: في الجواب عن الأول: أن الإجارة: عقد معاملة لا تستحق القبض في المجلس، وكل ما هو كذلك.. جاز اشتراط الخيار فيه، وذلك بأن استأجر داراً سنة على أنه أو المؤجر مخير فيها ثلاثة أيام كما في البيع، والجامع بينهما: دفع الحاجة؛ فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لئلا يقع فيه الغبن، وفوات بعض المعقود عليه.. لا يمنع الرد، بخلاف العيب في الإجارة كما تقدم، فكذا بخيار الشرط.

بخلاف البيع؛ فإن فوات بعض المبيع: يمنع الرد، وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة، فلذا.. اشترط رد الكل في المبيع دون الإجارة؛ لأن التكليف بحسب الوسع.

ولأجل عدم اشتراط رد الكل في الإجارة: يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة؛ لأن التسليم بكماله غير ممكن.

وبخلاف النكاح؛ فإنه ليس بعقد معاملة، فلا يحتاج إلى التروي؛ لأنه لا يقع بغتة، بل يقع على وجه السوم والتأمل.. فلا يحتاج إلى اشتراط الخيار؛ دفعاً لاحتمال الغبن [٥٢٣/ب].

وبخلاف الصرف والسلم؛ لأن القبض فيهما يستحق بالعقد في المجلس على ما تقدم، فاشتراط الخيار: يمنع تمام القبض المستحق فيهما بالعقد.

وفي الجواب عن الثاني: أن الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت تفضي إلى النزاع، وهذه الجهالة لا تفضي إليها؛ لأنها إن لم توافقه.. يرده، فلا تمنع الجواز؛ فإذا ثبت له كل من خيار الشرط والرؤية.. ثبت له حق الفسخ بكل منهما.

والمصنف ذكر في أول الإجارة: جواز كل من خيار الشرط والرؤية، ولذا.. لم يذكر هنا.

(وهو)؛ أي: العذر، هذا شروع في تفسير العذر الموجب لحق الفسخ عندنا.

الْعَجزُ عَنِ الْمُضِيِّ على مُوجَبِ العَقدِ إِلّا بتحمُّلِ ضَرَرٍ غيرِ مُسْتَحِقٍّ بِهِ؛ كقلعِ سنٍّ سكنَ وَجَعُه بَعْدَمَا استؤجرَ لَهُ، وطبخٍ لوليمةٍ مَاتَت عروسُها بعدَ الاستئجارِ للطَّبخِ لَهَا أَوِ اخْتلعَتْ.

واعلم: أن العذر الموجب لحق الفسخ على نوعين:

نوع في جانب المؤجر.

ونوع في جانب المستأجر.

وجعل الإمام «قاضي خان» العيوب المذكورة: من الأعذار التي في جانب المستأجر، والتعريف الذي ذكره المصنف: صادق على النوعين على ما هو قانون التعاريف.

(العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر)؛ أي: ضرر أحد المتعاقدين مالاً أو بدناً.

(غير مستحق)؛ أي: ذلك الضرر **(به)**؛ أي: بالعقد، ولم يلزم به، وبه تم الحد.

ثم شرع في ذكر أمثلة العذر الذي في جانب المستأجر:

(كقلع سن سكن وجعه) واستغنى عن قلعه **(بعدما استؤجر له)**؛ أي: للقلع.. فإنه يفسخ؛ للزوم ضرر القلع للمستأجر.

(وطبخ) - عطف على «قلع»؛ أي: كضرر طبخ طعام - **(لوليمة ماتت عروسها بعد الاستئجار للطبخ لها)**؛ أي: للوليمة.

يعني: استأجر رجلاً ليطبخ طعام الوليمة، فماتت عروسها.. فإنه يفسخ العقد؛ للزوم ضرر الطبخ للمستأجر.

(أو اختلعت) المرأة من زوجها.. فإنه يفسخ العقد؛ للزوم ضرر الطبخ للمستأجر أيضاً.

وَكَذَا لَو اسْتَأْجرَ دكَّاناً ليتَّجَر فَذهبَ مَالُه.

أَو آجرَ شَيْئاً فَلَزِمَهُ دينٌ لَا يجدُ قَضَاءَهُ إِلَّا من ثمنِ مَا آجرَهُ وَلَو بِإِقْرَارِهِ.

(وكذا)؛ أي: يفسخ العقد (لو استأجر دكاناً ليتَّجِرَ) في ذلك الدكان بالبيع والشراء (فذهب ماله) وافتقر.. فإنه عذر للمستأجر يفسخ به العقد؛ سواء أراد ترك التجارة أصلاً بسبب فقره، أو أراد التحول إلى تجارة أخرى؛ لأن في الجري على موجب العقد: إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد.

وقال بعضهم: إن تهيأ له أن يعمل التجارة الثانية أو الحرفة الثانية في الدكان الأول.. ليس له أن ينقض الإجارة، وإن لم يتهيأ له ذلك.. كان له أن ينقض الإجارة. كذا في «قاضي خان».

بخلاف ما لو وجد دكاناً آخر أرخص من الأول.. فإن ذلك لا يكون عذراً.

وبخلاف ما لو اشترى دكاناً، فأراد التحول إليه.. فإنه لم يكن عذراً. كذا في «قاضي خان».

وهل يكون ضيق الدكان عذراً للمستأجر؟

قيل: لا، وقيل: نعم. كذا في «شرح [٥٢٤/أ] النقاية».

قيده بالدكان، وهل هو كذلك لو استأجر داراً ليسكن فيها، ثم افتقر المستأجر؟

قلت: إنه كذلك كما في «الحاوي القدسي»؛ فإنه قال: وكمن آجر دكاناً أو داراً، ثم أفلس وركبته الديون.. فسخ القاضي العقد.

وهذا كله في جانب المستأجر.

ثم شرع في بيان بعض العذر الذي في جانب المؤجر: (أو آجر شيئاً)؛ أي: بيتاً أو دكاناً أو رحى (فلزمه دين لا يجد قضاءه إلا من ثمن ما آجره ولو) وصلية (بإقراره)؛ أي: ولو كان الدين لزمه بإقراره.. فيه إشارة: إلى أن الدين لو لزمه بعيان أو ببينة.. كان بطريق الأولى في العذر.

أَو اسْتَأْجرَ عبداً للْخدمَةِ فِي الْمصرِ أَو مُطلقاً فسافرَ.

وهل ينفرد المؤجر في الفسخ بسبب هذا الدين، أم يحتاج إلى القضاء، أو الرضاء؟

ففي «قاضي خان» قال: إن المؤجر إذا لحقه دين لا وفاء له إلا بثمن المستأجر.. فإن المؤجر لا ينفرد بالنقض، ويفوض ذلك إلى القاضي؛ لتعارض الضررين، فيرجح القاضي أحدهما على الآخر؛ فإذا أراد القاضي فسخ الإجارة لأجل الدين.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: يبيع الدار، فينفذ بيعه، فتفسخ الإجارة.

وقال بعضهم: يفسخ الإجارة أولاً، ثم يبيع.

هذا إذا كان الدين ظاهراً.

وإن لم يكن ظاهراً، ولكن صاحب الدار أقر بالدين على نفسه وكذبه المستأجر.. قال أبو حنيفة: يصح إقراره، ويفسخ القاضي الإجارة بينهما.

وقال صاحباه: لا يصح إقراره.

فالمصنف: اختار قول أبي حنيفة.

وهل يكون الفقر عذراً للفسخ مثل الدين المؤجر؟

ففي «قاضي خان» جعله عذراً أيضاً؛ فإنه قال: رجل آجر داره، ثم صار معسراً، ولا يجد نفقة نفسه ولا عياله.. كان له أن يفسخ الإجارة؛ كما لو لحقه دين فادح. انتهى.

بخلاف ما لو انهدم المنزل الذي سكنه المؤجر، وليس له مسكن آخر سوى الذي آجره.. فإنه لم يكن له أن يفسخ الإجارة.

وكذا لو أراد الآجر أن يتحول عن مصره.. لم يكن ذلك عذراً. كذا في «قاضي خان».

(أو استأجر عبداً للخدمة في المصر) متعلق بالخدمة (أو مطلقاً)؛ أي: غير مقيد بالخدمة في المصر، (فسافر)؛ أي: المستأجر؛ فإن سفر المستأجر عذر له تفسخ به

أَو اكترى دَابَّةً للسَّفرِ ثمَّ بدا لَهُ مِنْهُ.

وَلَو بدا للمكاري مِنْهُ.. فَلَيْسَ بِعُذْرِ.

وَلَو مرضَ.. فَهُوَ عذرٌ فِي رِوَايَةِ الْكَرْخِيِّ، دونَ رِوَايَة «الأَصْل».

وَلَوِ اسْتَأْجَرَ خيّاطٌ يعْملُ لنَفسِهِ عبداً يخيطُ لَهُ فأَفلَسَ.. فَهُوَ عذرٌ.

الإجارة؛ لأن من استأجر عبداً للخدمة.. ليس له أن يخرجه إلى السفر.

بخلاف سفر المؤجر.. فإنه ليس بعذر له.

وكذا سفر من استأجر داراً.. عذر له تفسخ به الإجارة، لا سفر المؤجر.

(أو اكترى دابة للسفر، ثم بدا له منه)؛ أي: أن يقعد من السفر أو يرجع عنه في بعض الطريق.. فإن هذا عذر للمستأجر تفسخ به الإجارة.

(ولو بدا للمكاري منه)؛ أي: من السفر (.. **فليس**) [٥٢٤/ب] **(بعذر)**؛ لأنه يمكنه إبقاء المعقود عليه من العبد والدابة والدار في يد المستأجر من غير لزوم ضرر؛ بأن يقيم غيره مقام نفسه في الحي، ودفع الدابة إليه.

(ولو مرض)؛ أي: المكاري (.. **فهو**)؛ أي: مرض المكاري **(عذر في رواية الكرخي)**؛ لأنه لا يعري عن ضرر؛ لأن غيره لا يشفق على دابته أو عبده مثله، والمكاري لا يمكنه الخروج إليه بنفسه لمرضه، فيتضرر.

بخلاف ما إذا لم يمرض المكاري.. فإنه حينئذ يمكنه الخروج إليه بنفسه، فلا يتضرر.

(دون رواية «الأصل»)؛ لما ذكرناه: من أنه يصح إقامة الغير مقامه للحفظ.

(ولو استأجر خياطٌ يعمل) صفة لخياط **(لنفسه)**، احترز به عن خياط يعمل بأجر على ما سيأتي حكمه **(عبداً)** مفعول استأجر **(يخيط)** صفة «عبداً» **(له)**؛ أي: للخياط الذي يعمل لنفسه، **(فأفلس)** الخياط (.. **فهو**)؛ أي: إفلاس الخياط **(عذر)** تفسخ به الإجارة؛ لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد؛ لفوات مقصوده وهو رأس ماله.

بِخِلَافِ خيّاطٍ يخيطُ بِالْأَجْرِ.

وَبِخِلَافِ تَركِهِ الْخياطَةَ ليعْمَلَ فِي الصَّرْفِ.

وَبِخِلَافِ بيعِ مَا آجرَهُ.

وَلَوِ اسْتَأْجَر دكّاناً لعملِ الْخياطَةِ فَتَركَهُ لعملٍ آخرَ.. فعذرٌ.

(بخلاف خياط يخيط) للإنسان **(بالأجر)**.. فإن رأس مال هذا الخياط: الخيط والمخيط والمقراض، فلا يتحقق فيه الإفلاس.

حتى لو استأجر هذا الخياط غلاماً يخيط معه في الدكان.. فليس له فسخ الإجارة مع الغلام.

وقيل: يتحقق له الإفلاس أيضاً؛ بأن يظهر عند الناس خيانته، فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو تلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث إن الناس لا يأمنون على ثيابهم.

(وبخلاف) متعلق بالمسألة الأولى؛ أعني قوله: «ولو استأجر خياط يعمل نفسه» **(تركه الخياطة ليعمل)** ذلك الخياط في **(الصرف)**؛ يعني: استأجر خياط يعمل لنفسه عبداً يخيط له، ثم أراد الخياط ترك الخياطة ليعمل في الصرف.. فهذا ليس بعذر يفسخ به العقد مع العبد؛ لأنه يمكنه المضي على موجب العقد بدون لزوم ضرر له؛ بأن يقعد العبد للخياطة في ناحية الدكان، وهو يعمل للصرف في ناحية أخرى منه.

(وبخلاف بيع ما آجره)؛ فإن بيعه ليس بعذر؛ لأنه لا يلزمه الضرر في المضي على موجب العقد، وإنما يفوته الاسترباح، وإنه أمر زائد. كذا في «الهداية».

وقد تقدم: «أن بيع المستأجَر موقوف على إذن المستأجِر»، ومع هذا.. ليس للمستأجر أن يفسخ العقد، بل البيع نافذ في حق البائع والمشتري؛ حتى لا يحتاجان إلى تجديد البيع بعد الإذن.

(ولو استأجر دكاناً لعمل الخياطة، فتركه لعمل آخر.. فعذر)؛ لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين، فيكون عذراً؛ كما لو أراد [٥٢٥/أ] تركه بعذر الإفلاس أو الدين.

وَكَذَا: لَوِ اسْتَأْجرَ عقاراً، ثُمَّ أَرَادَ السَّفَرَ.

وتنفسخُ بِمَوْتِ أَحدِ الْعَاقِدَين ....

(وكذا لو استأجر عقاراً) من دكان أو دار أو حمام أو خان، **(ثم أراد السفر)**.. فإنه عذر للمستأجر، والإلزام: منع من السفر، أو إلزام الأجر على المستأجر بدون السكنى، وذلك ضرر له.

بخلاف المؤجر؛ فإنه لو أجر عقاره، ثم سافر.. لم يكن ذلك عذراً له في فسخ الإجارة؛ لأنه لا ضرر له فيه؛ إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته.

(وتنفسخ) الإجارة بلا فسخ، ولذا قال: «تنفسخ» كما فيما سبق؛ إذ لا خلاف في انفساخها بدون الفسخ بعذر الموت.

(بموت أحد العاقدين)؛ أي: أحد من الآجر والمستأجر، أو أحد من الآجرين، أو أحد من المستأجرين؛ إذ الإجارة تنعقد ساعة فساعة، فتتوقف على حياتهما، فأيهما مات.. تنفسخ.

لكنه لو مات أحد الآجرين أو أحد المستأجرين.. تنفسخ الإجارة في حصته فقط دون حصة الحي، على ما صرح به في «قاضي خان» و«الكافي» و«المحيط».

وارتداد أحد المتعاقدين ولحوقه بدار الحرب: كموته في كونه عذراً للفسخ.

وإن عاد مسلماً إلى دار الإسلام في مدة الإجارة.. عادت الإجارة. كذا في «قاضي خان».

فإن قيل: هذا منقوض بما ذكر في «المحيط»: لو مات أحد العاقدين قبل انقضاء مدة الإجارة، وفي الأرض المستأجرة زرع.. يترك ذلك، ويكون على المستأجر أو على ورثته الأجر المسمى؛ لأن القول بالانفساخ إضرار بأحدهما؛ فإنه يوجب قلع الزرع، فبقينا العقد لهذا الضرر، ولهذا.. وجب المسمى؛ لأن الباقي حكم ذلك العقد، وذلك العقد يستدعي أن يكون مضموناً بالمسمى. انتهى.

فقد صرح: بأن هذه الإجارة لا تنفسخ بموت أحد العاقدين.

عقدَهَا لنَفسِهِ، فَإِن عقدَهَا لغيرِه.. فَلَا؛ كَالْوَكِيلِ، وَالْوَصِيِّ، ومتولِّي الْوَقْفِ.

وكذا لو مات المكاري في الطريق.. لا ينفسخ العقد حتى يبلغ مأمنه على ما صرحوا به.

قلنا: بقاء هذه الإجارة؛ لضرورة المصلحة، على ما صرح به في «المحيط» كما ترى، والضرورات مستثناة.

(عقدها)؛ أي: الإجارة، وهو صفة لأحد **(لنفسه؛ فإن عقدها لغيره.. فلا)** تنفسخ؛ لبقاء العاقدين حقيقة؛ لأن حكم العقد لم يقع له، بل للغير، فموته لا يغير حكمه.

(كالوكيل) بالإيجار؛ فإن حكم العقد وقع للموكل، فموته يؤثر في فسخ العقد لا للوكيل، فلا يؤثر موته.

قال في «قاضي خان»: تبطل الإجارة بموت الموكل لا بموت الوكيل، بخلاف الوكيل بالاستئجار؛ فإنه كالمالك: إذا مات.. تبطل الإجارة؛ لأنه توكيل بشراء المنافع، فكان كالوكيل بالشراء [٥٢٥/ب]، على ما في «البزازية»، ولهذا قيدنا الوكيل بالإيجار.

(والوصي) إذا آجر عقار اليتيم أو أرضه، ثم مات الوصي.. لا تنفسخ الإجارة.

وكذا الأب والقاضي إذا آجر أرض اليتيم أو عقاره ثم مات.. لا ينفسخ العقد.

ولو آجر الأب أو الوصي أو القاضي مال اليتيم، فبلغ اليتيم في مدة الإجارة.. كان له أن يفسخ الإجارة.

وكذا لو آجر المولى عبده، ثم أعتقه في مدة الإجارة.. كان للعبد أن يفسخ الإجارة. كذا في «قاضي خان».

(ومتولي الوقف)؛ فإنه إذا آجر الوقف، ثم مات أو عزل.. لم تنفسخ الإجارة؛ لأنه يعمل للغير؛ كالوكيل.

قال في «البزازية»: الواقف إذا آجر الوقف بنفسه، ومات.. القياس: أن ينفسخ، وبه أخذ أبو بكر الإسكاف؛ لأنه كالمالك لا يلي أحد حجره.

وفي الاستحسان: لا يبطل؛ لأنه يعمل للغير كالوكيل. انتهى.

أطلقه، وهو مقيد بما لم يكن موقوفاً عليه، كما صرح به في وقف «الأشباه»؛ حيث قال: الناظر إذا آجر، ثم مات.. فإن الإجارة لا تنفسخ بموته، إلا إذا كان هو الموقوف عليه وكان جميع الريع له.. فإنها تنفسخ بموته.

* * *

(مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ)

وَلَو أحرقَ حصائدِ أَرض مستأجَرَةٍ، أَو مستعارَةٍ فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ فِي أَرضِ غَيرِهِ.. لا يضمَنُ إِنْ كَانَتِ الرِّيحُ هادئةً.

وإنَ كانتَ مضطربةً.. ضَمِنَ.

(مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ)

أي: متفرقة

(ولو أحرق حصائد) - جمع حصيد -: وهو الزرع المحصود، والمراد بها هنا: ما يبقى من أصول القصب المحصود في (أرض مستأجرة أو مستعارة) يعلم منه: أرض مملوكة له بطريق الأولى، (فاحترق شيء في أرض غيره.. لا يضمن)؛ لأن هذا سبب لا علة، وشرط الضمان في التسبيب: التعدي، ولم يوجد التعدي هنا؛ فصار كما لو حفر بئراً في ملك نفسه، أو أحرق حصائد ملك نفسه فتلف به إنسان.. فإنه لا يضمن؛ لعدم التعدي؛ فإنه تصرف في ملكه.

بخلاف ما إذا أحرقت شيئاً لإنسان في الموضع الذي أوقدت فيه النار، أو رمى سهماً في ملكه فأصاب إنساناً.. حيث يضمن؛ لأنه مباشر، فلا يشترط فيه التعدي؛ لأن المباشرة علة لا يبطل حكمها بعذر، متى وجدت.. وجد الحكم البتة، والتسبيب ليس بعلة، فلا بد له من التعدي ليلحق بالعلة، وإحراق الحصائد في مثله: مباح، فلا يضاف الحكم إليه، فلا يصير علة، هكذا ذكر المسألة مشايخنا من غير تقييد.

وقيدها شمس الائمة بما ذكره المصنف، وهو قوله: (إن كانت الريح هادئة وإن كانت مضطربة.. ضمن)، واختلف في تفسير قوله: «هادئة»

قيل: إنها بالنون من هدن؛ أي: سكن.

وقيل: إنها بالياء من هدأ بالهمزة؛ أي: سكن.

معناه على التقديرين: أنه إذا كانت الريح [٥٢٦/أ] ساكنة حين أوقد النار، ثم تحركت.. لا يضمن؛ لأنه لا صنع له في تحريكها.

وأما إذا كانت الريح مضطربة حين أوقد النار.. ينبغي أن يضمن؛ لأنه يعلم أنها لا تستقر، فلا يقدر.

هذا مختار شمس الأئمة، واختاره المصنف أيضاً.

ومن هذا التفصيل قالوا: إنه لو وضع جمرة في الطريق فأحرقت شيئاً.. ضمن؛ لأنه صار متعدياً بالوضع على الطريق.

ولو رفعته الريح إلى شيء آخر فأحرقت شيئاً.. لا يضمن؛ لأن الريح نسخت فعله، فلم يكن متعدياً.

ولو أخرج الحداد الحديد من الكير في دكان، فوضعه على العلاة، وضربه بمطرقة، وخرج شرر النار إلى طريق العامة وأحرق شيئاً.. ضمن.

ولو لم يضربه، ولكن أخرج الريح شيئاً فأحرق شيئاً.. لم يضمن؛ لعدم التعدي.

ولو أوقد في تنوره ناراً، وألقى فيه من الحطب ما لا يتحمله التنور، فأحرقت بيته وتعدت إلى دار الجار فأحرقتها.. يضمن صاحب التنور.

ولو مر بنار في ملكه أو ملك غيره، فوقعت شرارة منها على ثوب إنسان فاحترق.. قال محمد بن الفضل: يضمن؛ لأنه لم يتخلل بين حمل النار والوقوع على الثوب واسطة.

حتى لو طارت الريح بشرر من النار وألقته على ثوب إنسان.. لا يضمن؛ لأنه غير مضاف إليه، بل إلى الريح. كذا روي عن أبي يوسف.

وقال بعض مشايخنا: إن من مر بالنار في موضع له حق المرور، فوقعت منه شرارة في ملك إنسان أو ألقاها الريح.. لا يضمن.

وإن لم يكن له حق المرور في ذلك الموضع.. فالجواب على التفصيل:

إن وقعت منه شرارة.. يضمن، وإن هبت به الريح.. لا يضمن، وعليه الفتوى.

وله نظائر، ولنذكر بعضها.

وفي «العمادي»: إذا تعلق برجل وخاصمه، فسقط من المتعلق به شيء فضاع.. يضمن المتعلق؛ للتعدي؛ أي: إن سقط من تعلقه، وإلا.. فلا.

ومن [هدم][1] بيت نفسه، فسقط من ذلك بيت جاره.. لا يضمن؛ لأنه غير متعد فيه.

ولو ضرب رجلاً، فسقط المضروب مغشياً عليه، فسقط منه شيء وتوى.. قال محمد: يضمن الضارب المال الذي مع المضروب؛ لأنه هو المستهلك.

وكذا: يضمن ثيابه التي عليه لو تلفت، وكذا: لو مات المضروب.

ولو أخذ رجلاً وألقاه في حوض أو نهر، وفي جيب ذلك الرجل أو في كيسه دراهم، فسقط في الحوض؛ إن سقط عند إلقائه في الماء.. يضمن؛ لأنها سقطت بفعله، وإن سقطت وقت خروجه [٥٢٦/ب] عن الماء.. لا يضمن؛ لأنها ضاعت بفعل صاحبها.

لو قال لغيره: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلك وأخذه اللصوص.. لا يضمن.

ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن.. وباقي المسألة بحالها.. ضمن؛ لأن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور في ضمن عقد المعاوضة، أو ضمن الغار السلامة للمغرور نصاً.

ولو قال الطحان لصاحب الحنطة: اجعل الحنطة في الدلو، فجعله في الدلو، فذهبت من ثقب كان به إلى الماء والطحان كان عالماً به.. يضمن؛ لأنه صار غاراً في ضمن العقد.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد، وههنا العقد يقتضي السلامة، فيصير مغروراً، فيضمن.

(١) زيارة من «المحيط البرهاني» (٥/٥٠٩).

فتح باب قفص لرجل، فخرج منه الطائر، أو فتح الزق والسمن جامد، فذاب، فخرج منه السمن.. قال محمد: يضمن الفاتح.

بخلاف ما لو حل قيد العبد فأبق العبد.. فإنه لا يضمن؛ لأن العبد له عزيمة؛ فإن [كان][1] العبد ذاهب العقل.. لا يضمن.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن في الكل؛ لأن كون الطير على الخروج، بل هو مقتضى طبعه، والسمن تلف من دونه لا من فتح الزق، والفتح سبب بعيد.. فلا يضاف التلف إليه.

والجواب: أن كون الطير على الخروج لما كان مقتضى طبعه لا عن عزيمة؛ إذ لا عزيمة للحيوان.. كان القياس أن يضمن الفاتح؛ كما في حبل القنديل؛ لأن السقوط بعد قطع الحبل من مقتضى طبع القنديل.

بخلاف ما لو شق زق دهن سائل حتى سال.. فإنه يضمن بالاتفاق.

ولو فتح باب إصطبل وخرج الحمار وتلف.. قال محمد: يضمن، وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

ولو نقب حائط إنسان بغير الإذن، ثم غاب الناقب، فدخل إنسان من ذلك النقب وسرق شيئاً.. لا ضمان على الناقب؛ لأنه مسبب لا مباشر، والمباشر هو السارق.

وقيل: يضمن الناقب.

والمختار للفتوى: عدم الضمان على الناقب.

واعلم: أن أصحابنا فرقوا بين النار والماء، وقالوا: لا ضمان بسراية النار، ويضمن ما تلف بسراية الماء؛ لأن طبع النار الجمود، والتعدي أنما يكون بفعل الريح ونحوه، وطبع الماء السيلان، فالتعدي من فعل مسيل الماء.

(١) زيارة من «لسان الحكام» (٢٧٨) لا بد منها.

وَلَو أَقعدَ خياطٌ أَو صَبّاغٌ فِي حانوتِهِ مَنْ يطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلَ بالنِّصفِ.. صَحَّ.

قال أبو جعفر: من سقى أرضه فتعدى إلى أرض جاره.. فهو على وجوه: إن أجرى الماء في أرضه إجراء لا يستقر في أرضه، وإنما يستقر في أرض جاره [٥٢٧/أ].. كان ضامناً.

وإن كان الماء يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى أرض جاره؛ إن تقدم إليه جاره بالسكر والإحكام ولم يفعل.. كان ضامناً، ويكون هذا بمنزلة الإشهاد على الحائط المائل.

وإن لم يتقدم إليه حتى تعدى.. لم يضمن.

وإن كان أرضه صعوداً وأرض جاره هبوطاً ويعلم أنه إذا سقى أرضاً ينفذ إلى أرض جاره.. كان ضامناً ويؤمر بوضع المسناة.

وذكر في «الملتقط»: إذا أجرى الماء في النهر ما لم يتحمله النهر، فدخل دار إنسان بغير ثقب.. ضمن ما تلف.

وإن دخل داراً من حجر لولا الحجر لما دخل، والحجر خفي.. لا ضمان عليه. الكل في ضمانات «العمادي» و«الفصولين». وليطلب تفصيله من هذين الكتابين.

(**ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته**)؛ أي: دكانه (**من يطرح عليه العمل بالنصف**) الباء متعلق بأقعد (.. **صح**) في الاستحسان.

صورته: أنه إذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف، وهو رجل مشهور بين الناس وله جاه واعتبار عندهم، ولكنه غير حاذق، فأقعد في دكانه رجلاً حاذقاً ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويطرح العمل على ذلك الرجل الحاذق ويعمل الحاذق، وجعلا ما يحصل من الأجرة بينهما نصفين.. جاز استحساناً.

وفي القياس: لا يجوز.

وَكَذَا: لَوِ اسْتَأْجَرَ جَمَلاً يحملُ عَلَيْهِ محملاً، وراكبينَ إِلَى مَكَّة، وَله الْمحمَلُ الْمُعْتَادُ.

والطحاوي مال إلى القياس، وقال: القياس في هذه المسألة: أولى عندي من الاستحسان.

وجه القياس: أن رأس مال صاحب الدكان: المنفعة[1]، وهي لا تصلح رأس مال الشركة، ولأن التقبل للعمل؛ إن كان صاحب الدكان على ما ذكرناه.. يكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول، وإن كان العامل مستأجراً لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول.. فلا يصح.

ووجه الاستحسان: أن هذه ليست بإجارة، وإنما هي شركة الصنائع، وهي شركة التقبل.

لأن شركة التقبل: أن يكون ضمان العمل عليهما، وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل بحذاقته وهو متعارف.. فوجب القول بصحته للتعامل.

فإن قيل: إن شركة التقبل: هو أن يشتركا على أن تقبل الأعمال.. على ما تقدم في الشركة، وههنا ليس كذلك، بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر.

أجيب: بأن الشركة في الخارج تقتضي إثبات الشركة في التقبل، فيثبت فيه اقتضاء؛ فإذا كان شركة لا إجارة.. لم تضره الجهالة فيما يحصل؛ كما في الشركة.

(**وكذا**)؛ أي: صح (**لو استأجر جملاً**)؛ أي: إبلاً (**يحمل عليه محملاً**) [٥٢٧/ب] (**وراكبين إلى مكة، وله المحمل المعتاد**).

والقياس: أن لا يصح، وهو قول الشافعي؛ لأن المحمل مجهول فيفضي إلى المنازعة.

وجه الاستحسان: أن المقصود: هو الراكب، وهو معلوم، والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يزول بالصرف إلى المعتاد.

---

(١) كذا في المخطوط والمراجع، ولعلها: (السمعة)، والله أعلم بالصواب.

وإِنْ شَاهَد الْجمَّالُ الْمحملَ.. فَهُوَ أَجودُ.

وإِنِ اسْتَأْجرَهُ لحملِ زَادٍ فَأَكلَ مِنْهُ.. فَلهُ رَدُّ عِوَضِهِ.

وَلَو قَالَ لغاصبِ دَارِهِ: فَرِّغْها، وإِلَّا فَأَجرُها كلَّ شهرٍ كَذَا، فَلم يفرِّغْ.. فَعَلَيهِ المسمّى.

(**وإن شاهد الجمال**) بالجيم؛ أي: المكاري (**المحمل.. فهو أجود**)، لأنه أبعد من الجهالة وأقرب بتحقق الرضاء منه.

(**وإن استأجره**)؛ أي: الجمال (**لحمل زاد**) إلى مكة مثلاً، (**فأكل منه**)؛ أي: من الزاد في الطريق (.. **فله**)؛ أي: للمستأجر (**رد عوضه**)؛ أي: رد ما أكل من الزاد؛ لأنه استحق عليه حمل قدر معين في جميع الطريق.. فله أن يستوفيه.

وقال بعض الشافعية: ليس له أن يرد عوض ما أكل؛ لأن عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد، ولا يردون بدله شيئاً، والمطلق يحمل على المتعارف، وعقدهم هذا مطلق، فيحمل على عدم الرد.

بخلاف الماء؛ حيث يكون له الرد بدل ما نفذ منه؛ لأن العرف عندهم في الماء جرى برده عند نفاده.

ولنا: أنه لما استحق عليه حملاً مقدراً في جميع الطريق.. له أن يستوفيه، والعرف مشترك؛ فإن بعض المسافرين يردون الزاد كالماء، فلا يلزمنا عرف البعض، أو يحمل فعل من لا يرد منهم: على أنهم استغنوا عن الرد.. فلا يلزم حجة علينا.

ولهذا: يرده بعضهم، وهم المحتاجون إليه.

فوجب جواز رد ما نقص، وهو المقصود، فمعنى قوله: «فله رد عوضه»: أنه يجوز له رد عوضه إن أراد الرد، وليس المكاري يتبعه.

(**ولو قال لغاصب داره: فرغها**) - من التفريغ - (**وإلا**)؛ أي: وإن لم تفرغها (**فأجرها كل شهر كذا**)؛ أي: فهي عليك كل شهر بكذا، (**فلم يفرغ**) الغاصب (..**فعليه**)؛ أي: فعلى الغاصب (**المسمى**)؛ لأنه رضي بالمسمى بطريق التعاطي.

فَإِن جَحَدَ الْغَاصِبُ مِلْكَهُ، أَو لم يَجْحَدْ لَكِنْ قَالَ: لَا أُرِيدُها بِالْأَجْرِ.. فَلَا
وإِنْ برهنَ على مِلْكِهِ بعدَ جَحدِهِ.

وفي إضافة الدار إلى ضمير المغصوب منه: إشارة إلى أن الغاصب مقر بأن الدار ملك المغصوب منه.

(**فإن جحد الغاصب ملكه أو لم يجحد، لكن قال: لا أريدها بالأجر.. فلا**) أجر على الغاصب؛ لأنه لم يكن راضياً بالإجارة على التقديرين.

(**وإن**) وصلية (**برهن**) المغصوب منه (**على ملكه بعد جحده**)؛ أي: جحد الغاصب، بل يحكم بالدار للمغصوب منه بلا أجر عليه؛ لأن الحكم يثبت بقدر دليله.

وإنما قال: «لكن قال: لا أريدها بالأجر»؛ إذ لو سكت عند قوله: «فرغها وإلا فأجرها كل شهر كذا».. يلزمه المسمى على ما صرح به الشيخ علاء الدين.

قال في أول الإجارات من «القنية»: رهن دار غيره وهي معدة للاستغلال، فسكنها [٥٢٨/أ] المرتهن.. لا شيء عليه؛ لأنه لم يسكنها ملتزماً للأجر، بل بتأويل عقد الرهن؛ كما لو رهنها المالك، فسكنها المرتهن.. لا يجب الأجر لما ذكر.

ثم قال بعلامة محمد ترجماني: سئل الوبري عن فساد البيع بوجه، أو فسخ البيع بالتراضي وطلب البائع الدار، وامتنع مشتريها عن ردها، فقال البائع: هي عليك كل سنة بخمسة دنانير، ومضت السنة.

أجاب الوبري: بأنه يجب المسمى إن سكت المشتري؛ أما إذا صرح بالإنكار.. فلا شيء عليه؛ لأن الدلالة تبطل بالصريح.

بخلاف قول الخجندي والصفار المروزي: غصب دابة أو داراً، فقال مالكها له: أجرتها كل يوم بدرهم، أو قال: إن لم ترد إلي فعليك كل يوم درهم، واستعملها مدة.. لا أجر عليه ما لم يقبل العقد.

وهذا خلاف جواب الوبري.

وَمَنْ آجرَ ما اسْتَأْجَرهُ بِأَكْثَرَ.. يتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ.

ورجح الإمام الزاهدي في «القنية» نقلاً عن أستاذه جواب الوبري؛ حيث قال بعدما نقل جواب الوبري والخجندي والصفار: قال أستاذنا: وما أجاب به الوبري.. صحيح من حيث الرواية؛ [فإنه] ذكر في «شرح السير الكبير» استشهاداً بأن المؤجر إذا أشهد على المستأجر بعدما نهاه عن الإقامة فيها بعد مضي مدة الإجارة: أنه إن أقام الشهر الداخل فأجر الدار عليه عشرون درهماً، ثم أقام.. فعليه عشرون درهماً؛ لأنه رضي المشروط.

قال: وانتزع أصحابنا منه مسألة أخرى، فقالوا جميعاً: بأن المغصوب منه إذا أشهد على الغاصب أنه «إن رددت إلي داري.. فبها، وإلا أخذت منك كل شهر ألف درهم».. فالإشهاد صحيح، فلو أقام فيها الغاصب بعده.. يلزمه الأجر المسمى.

قال: وفي «المحيط» نقلاً عن «النوازل»: مثل مسألة الاستشهاد.

وفي «المنتقى»: مثل مسألة الغاصب، لكن ما أجاب به الخجندي والصفار: صحيح من حيث المعنى؛ لأن إقامة الغاصب فيه محتمل، فلا يكون رضاً بالشك.

هذا، والذي ظهر من كلام المصنف: أنه اختار جواب الوبري في مسألة الغصب أيضاً؛ يعني: أنه يلزم الغاصب المسمى بعد تقاضي المغصوب منه وإن سكت الغاصب عن قبول العقد صريحاً.

واختاره أيضاً في «البزازية»؛ حيث قال فيها: سكن دار غيره.. لا يجب الأجر، إلا إذا تقاضاه رب الدار، ويسكن الغاصب بعده؛ لأنه يكون التزاماً.

(**ومن آجر ما استأجره بأكثر.. يتصدق بالفضل**)؛ لأنه ربح ما لم يقبضه.

وعند [٥٢٨/ب] الشافعي: يطيب له الفضل؛ لأن المنفعة مقبوضة حكماً عنده؛ لكونها بمنزلة الأعيان عنده، فصارت ربح ما قبض.

هذا فيما إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأول، وإلا.. طاب الفضل اتفاقاً على ما ذكره الطحاوي. كذا في «شرح المجمع».

وتصحُّ الْإِجَارَةُ مُضَافَةً.

قال في «البزازية»: لا يجوز له الفضل إلا في مسألتين:

إحداهما: إذا كانت الأجرة الثانية من خلاف جنس الأول.

الثانية: أن يعمل المستأجر عملاً يكون قائماً وقت الإجارة؛ كعمارة الدار وتجصيصها، أو جعل المسناة على الأرض، بخلاف كنس الدار ورفع التراب.

(**وتصح الإجارة مضافة**) إلى الزمان المستقبل؛ كما إذا أضافها إلى رمضان وهو في شعبان؛ بأن قال: آجرتك داري هذه بكذا غداً أو في رمضان إلى سنة، وهو في شعبان، وهذا لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنافع وحدوثها، والمنافع لا يتصور وجودها في الحال، فتكون مضافة إلى المستقبل بالضرورة، وهذا هو معنى الإضافة.

وهل يجوز نقض هذه الإجارة قبل مجيء ذلك الوقت؟

ففي أول إجارات «قاضي خان»: رجل قال لغيره: آجرتك داري هذه غداً بدرهم، ثم آجرها اليوم من غيره إلى ثلاثة أيام، فجاء الغد وأراد المستأجر الأول أن يفسخ الإجارة الثانية.. فيه روايتان عن أصحابنا:

في رواية: للأول أن يفسخ الإجارة الثانية، وبه أخذ نصير.

وفي رواية: ليس له أن يفسخ الثانية، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، والفقيه أبو الليث وشمس الأئمة الحلواني، وهو قول عيسى بن إبان، وعليه الفتوى.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي: أن الإجارة المضافة لازمة قبل وقتها، فلا تظهر الثانية في حق الأولى. انتهى.

فعلم منه: أن جواز نقض الإجارة المضافة قبل وقتها: مختلف فيه، والمختار للفتوى: جوازه بالإجارة الثانية، والمختار عند السرخسي: عدم جوازه.

ولو كانت الأولى ناجزة.. لا تظهر الثانية في حق الأولى.

هذا إذا كانت الأولى مضافة إلى الغد، ثم آجر من غيره إجارة ناجزة.

ولو كانت الثانية مضافة أيضاً.. لا تظهر في حق الأولى اتفاقاً، هذا فيما إذا آجر إلى غيره قبل مجيء ذلك الوقت.

وهل يجوز له نقضه قبل مجيء ذلك الوقت بالبيع إلى الآخر، أم لا يجوز؟

ذكر في «قاضي خان» عن «المنتقى»: فيه روايتان:

في رواية: ليس للآجر أن يبيع قبل مجيء الوقت.

وفي رواية [٥٢٩/أ] قال: إذا باع أو وهب قبل مجيء الوقت.. جاز ما صنع.

والفتوى: على أنه ينفذ البيع وتبطل الإجارة المضافة، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني.

ثم إذا نفذ البيع؛ فإن رد عليه بعيب بقضاء أو رجع في الهبة قبل مجيء وقت الإجارة.. عادت الإجارة على حالها، وإن عاد إليه بملك مستقل.. لا تعود الإجارة.

وهل يملك الآجر الأجرة بالتعجيل أو باشتراط التعجيل في الإجارة المضافة كما يملكه في الإجارة المطلقة على ما تقدم في أول الإجارة؟

ففيه روايتان:

في رواية: أنه يملك بالتعجيل أو باشتراط التعجيل.

وفي رواية: لا يملك. ذكره «قاضي خان» في فصل الإجارة الطويلة.

وفي شرح «النقاية»: والفتوى: على أنه يملك.

هذا كلها في إضافة الإجارة إلى زمان مستقبل؛ بأن قال: آجرتك داري هذه غداً بكذا.

وأما لو علقها بزمان مستقبل؛ بأن قال: إذا جاء غد فقد أجرتك داري هذه بكذا.. ففيه اختلاف:

قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الإسكاف: إنه يجوز، ولا يعدّ هذا خطراً في

وَالْمُضَارَبَةُ وَالْوكَالَةُ وَالْكَفَالَةُ والإيصاءُ وَالْوَصِيَّةُ وَالْقَضَاءُ والإمارةُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ وَالْوَقْفُ.

لَا البيعُ وإِجازتُهُ ....

(والمضاربة)؛ كما إذا دفع عشرة دراهم إلى زيد، وقال له بعدما صارت العشرة عشرين: اعمل به مضاربة بالنصف.. فإنه يصح، ويصير مضارباً عند صيرورة العشرة عشرين، وقد تقدم أنها يصح تعليقها بالشرط أيضاً.

(والوكالة)؛ كما إذا قال: بع عبدي غداً أو رأس الشهر الآتي.. يصح، ويصح بيعه في الغد ورأس الشهر الآتي، واختلف في العزل قبل ذلك الوقت، وصح رجوعه إجماعاً بشرط علم الوكيل، على ما في «شرح النقاية» نقلاً عن «العمادي»، ويصح تعليقه بالشرط كما تقدم.

(والكفالة)؛ بأن قال: كفلت بنفس فلان غداً.

(والإيصاء)؛ أي: جعله وصياً بأن قال: أوصيتك بعد موتي.

(والوصية)؛ بأن قال: ثلث مالي لكذا بعد موتي.

(والقضاء والإمارة)؛ أي: تفويضهما؛ بأن قال الإمام: أنت قاضٍ أو أمير رأس الشهر الآتي.

(والطلاق)؛ بأن قال لامرأته: أنت طالق غداً أو رأس الشهر الآتي، فتطلق في ذلك الوقت.

(والعتق)؛ بأن قال لعبده: أنت حر غداً.

(والوقف)؛ بأن قال: داري هذه موقوفة على كذا بعد موتي أو بعد هذا الشهر.

(لا البيع)؛ أي: لا يصح إضافة البيع إلى الزمان المستقبل؛ كما إذا قال: بعتك عبدي غداً.

(وإجازته)؛ أي: البيع إذا عقد فضولي؛ بأن قال: أجزت بيعه غداً.

وَكَذَا: فَسخُهَا، والمزارعةُ والمعاملةُ ....

الإجارة؛ لأن هذا الوقت يجيء لا محالة، بخلاف التعليق بشرط آخر؛ مثل: قدوم زيد وشفاء المرضى ونحوهما.

وقال أبو القاسم الصفار: لا يجوز.

وفي «القنية»: والفتوى على الجواز.

(وكذا فسخها)؛ أي: يصح فسخ الإجارة مضافة إلى زمان مستقبل؛ بأن يقول: فسختها غداً أو رأس الشهر الآتي.

وأما تعليق فسخها بزمان مستقبل مثل مجيء غد.. فلا يصح على المفتى به، كما في «قاضي خان»؛ حيث قال في أول الإجارات: لو آجر داره كل شهر بكذا، ثم قال: إذا جاء الشهر.. فقد أبطلت الإجارة.

قال الفقيه أبو الليث: كما يصح تعليق الإجارة بمجيء الشهر.. يصح تعليق فسخها أيضاً بمجيء الشهر وغيره من الأوقات.

وقال شمس الأئمة السرخسي: قال بعض أصحابنا: إضافة الفسخ إلى الغد وغيره من الأوقات: صحيح، وتعليق الفسخ بمجيء الشهر وغيره: لا يصح.

والفتوى على قوله.

(والمزارعة)؛ أي: وتصح المزارعة أيضاً مضافة إلى الزمان المستقبل؛ بأن قال: دفعت إليك هذه الأرض للزراعة أو العمل فيها غداً أو رأس الشهر الآتي، وأما تعليقها بالشرط.. فلا يصح على ما تقدم قبيل كتاب الصرف.

(والمعاملة)؛ أي: المساقاة؛ بأن قال: ساقيتك بستاني هذا أو كرمي أو أشجاري هذا من أول الشهر الآتي أو بعد شهر [٥٢٩/ب] من هذا الوقت.. صح.

وأما تعليقها بالشرط.. فلا يصح على ما تقدم.

وفسخُه وَالْقِسْمَةُ وَالشَّرِكَةُ وَالْهِبَةُ وَالنِّكَاحُ وَالرَّجْعَةُ وَالصُّلْحُ عَن مَالٍ، وإبراءُ الدّين.

(**وفسخه**)؛ أي: البيع ولو كان بيعاً جائزاً، فلو قال أحد العاقدين: فسخت البيع بعد غد.. لا يصح الفسخ.

(**والقسمة**)؛ بأن قال: اقتسمت غداً.. لم يصح.

(**والشركة، والهبة، والنكاح، والرجعة، والصلح عن مال، وإبراء دين**).

وكذا لا يصح العفو عن القصاص مضافاً، بأن قال: عفوت عنه غداً، كما في «العمادي».

وإنما لم يجز إضافة هذه العقود إلى زمان مستقبل؛ لأنها تمليك، وقد أمكن تنجيزها للحال.. فلا حاجة إلى الإضافة إلى المستقبل، بخلاف الفصل الأول.

* * *

(كتاب المكاتب)

(كتاب الْمكَاتَبِ)

الْكِتَابَةُ: ....

(كِتَابُ المُكَاتَبِ)

قال في «المصباح»: كاتبت العبد مكاتبة وكتاباً من باب قاتل.

قال الأزهري: الكتاب والمكاتبة: أن يكاتب الرجل عبده أو أمته على مال منجم، ويعتق العبد إذا أدى النجوم، والعبد مكاتَب - بالفتح -: اسم مفعول، وبالكسر: اسم فاعل.

فعلى هذا: معنى التركيب: «كتاب أحوال مكاتبة المكاتب».

أورده عقيب كتاب الإجارة لمناسبة: أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة.

بخلاف البيع؛ فإنه عقد يستفاد به المال [٥٣٠/أ] بمقابلة مال.

وكذا الهبة بشرط العوض.

وبخلاف النكاح والطلاق والعتق على مال؛ فإنها عقود يستفاد بها المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول، لكن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة، بل بطريق التبع.

(الكتابة): هو في اللغة: اسم للمكتوب.

قيل في بعض الشروح: هي لغة: مصدر كاتب عبده.

قلت: فيه نظر؛ لأن مصدر «كاتب عبده» ليس كتابة، بل مكاتبة وكتاباً.

وأما «الكتابة» فمصدر كتبنا في المعاملات، لا مصدر كاتب عبده، على ما صرح به في «المصباح»؛ حيث قال:

تَحْرِيرُ الْمَمْلُوكِ يداً فِي الْحَالِ، ورقبةً فِي الْمَآلِ.

يقال: كاتب العبد مكاتبة وكتاباً: من باب قاتل، وكتبنا كتاباً في المعاملات وكتابة بمعنى.

وقول الفقهاء: «باب الكتابة»: فيه تسامح؛ لأن الكتابة: اسم للمكتوب.

وقيل: للمكاتبةِ كتابةٌ؛ تسمية باسم المكتوب مجازاً واتساعاً؛ لأنه يكتب في الغالب للعبد على مولاه كتاباً بالعتق عند أداء النجوم.

ثم كثر الاستعمال، حتى قال الفقهاء للمكاتبة: كتابة وإن لم يكتب شيء.

وشذ الزمخشري فجعل المكاتبة والكتابة بمعنى واحد، ولا يكاد يوجد لغيره، ويجوز أنه أراد «الكتاب» فطغا القلم بزيادة الهاء. انتهى ما في «المصباح».

وقال في «المغرب»: وأما الكتابة في معنى المكاتبة.. فلم أجدها إلا في «الأساس».

وفي الشرع: **(تحرير المملوك)**، فيه إشارة إلى أن شرط الكتابة: قيام الرق في المحل.

(يداً) تمييز من التحرير؛ أي: إزالة المولى عن نفسه ملك اليد وتمليكه إلى العبد؛ حتى لا يملك المولى أكسابه.

(في الحال) متعلق بالتحرير أيضاً.. فلا يمنعه المولى عن البيع والشراء والخروج إلى السفر.

(ورقبةً) عطف على يداً **(في المآل)**؛ أي: في وقت أداء بدل الكتابة. هذا قول العامة.

وقال بعض مشايخنا: إنها تحرير المملوك يداً ورقبةً في الحال، لكنه لا يملك رقيقه إلا عند الأداء، وهذا تحديدها شرعاً.

وأما ركنها: الإيجاب والقبول بألفاظ سيأتي ذكرها.

فَمنْ كَاتبَ مَمْلُوكَه ....

وشرطها: قيام الرق في المحل، وكون البدل معلوماً؛ مالاً كان أو عملاً، وأما كونه منجماً أو مؤجلاً.. فليس بشرط، حتى يجوز الكتابة على المال الحال والمنجم.

وحكمها:

في جانب العبد: انتفاء الحجر، وثبوت الحرية في حق اليد حالاً.

وفي جانب المولى: بقاء رقبة العبد على ملكه، وثبوت حق المطالبة ببدلها متى شاء، واسترداده إلى ملكه إذا عجز.

(**فمن كاتب مملوكه**)؛ بأن قال: كاتبتك على ألف، أو على أن تخدمني شهراً أو سنة أو سنتين [٥٣٠/ب] مثلاً.. فإن الكتابة على الخدمة مدة معينة جائزة استحساناً.

وفي «واقعات المفتي»: من قال لعبده: أنت حر على أن تخدمني أربع سنين، فقبل.. عتق، وعليه أن يخدمه أربع سنين.

فإن مات المولى قبل الخدمة.. بطلت الخدمة؛ لأنه شرط الخدمة للمولى، وقد مات المولى.

فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: على العبد قيمة نفسه.

وعلى قول محمد: عليه قيمة خدمته أربع سنين.

ولو كان خدم سنة، ثم مات المولى.. فعلى قولهما: عليه ثلاثة أرباع قيمة نفسه.

وعلى قول محمد: عليه قيمة خدمته ثلاث سنين.

وكذلك لو مات العبد وترك مالاً.. يقضى لمولاه في ماله بقيمة نفسه في قولهما.

وفي قول محمد: يقضى بقيمة الخدمة. انتهى.

وفي «الحاوي القدسي» نأخذ بقول محمد.

وَلَو صَغِيراً يعقلُ بِمَالٍ حَالٍّ أو مُؤَجَّلٍ أَو منجَّمٍ ....

(**ولو**) وصلية (**صغيراً يعقل**)؛ أي: يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له.

خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: لا يصح كتابة الصغير؛ لأنه ليس بأهل للعقد.

قلنا: إنه إذا كان عاقلاً للبيع والشراء.. كان من أهل القبول.

وإن كان لا يعقل فكاتبه، ثم أداها عنه رجل، فقبلها المولى.. لم يعتق ويسترد المال؛ لأن أداء البدل إنما يتصور في عقد منفعة، لا في عقد باطل، ولا بد أيضاً أن يعقل الغبن اليسير من الفاحش على ما في «المضمرات».

(**بمال**) متعلق بكاتب، ولا بد أن يكون المال معلوماً، وإلا.. فلا يصح.

(**حال أو مؤجل**) سنة أو سنتين مثلاً.

(**أو منجم**)؛ بأن يقول: كاتبتك على ألف درهم إلى سنة على أن تعطيني كل شهر كذا، وهو من التنجيم: بمعنى التوقيت بطلوع النجم.

قال الراغب: أصل النجم: الكوكب الطالع، ويقال: نجمت عليه إذا وزعته؛ كأنك فرضت أن تدفع عند طلوع نجم - أي: كوكب - نصيباً، ثم صار متعارفاً في تعدي الدفع بما قدره. هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز كتابة الحالَّة؛ لأنه عاجز عن تسليم المعقود عليه؛ لأنه مملوك لا يقدر على شيء، وفي زماننا: لا يمكنه التحصيل.. فلا يجوز إلا منجماً، وأقله نجمان ليتمكن من التحصيل؛ إذ القدرة على التحصيل: شرط لصحة العقد، ألا ترى أن العجز الطارئ يبطلها على أصلكم، فكذا العجز المقارن على أصلنا؟!

بخلاف السلم الحال؛ فإنه يجوز على أصله؛ لأن العاقد في السلم أهل للملك قبل العقد، فالظاهر: أنه قادر على إنفاذ ما التزم، وإقدامه على العقد: يدل على ذلك.

ولنا: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗا﴾ الآية؛ فإنه يتناول الحال والمؤجل، والصغير والكبير.. فلا يجوز تقييده

فَقبلَ.. صحَّ.

وَكَذَا: لَو قَالَ: جعلتُ عَلَيْكَ أَلفاً تُؤَدِّيهِ نُجُوماً، أَوَّلُهَا كَذَا، وَآخِرُهَا كَذَا، فَإِذا أديتَهُ فَأَنتَ حرٌّ، وَإِن عجزتَ فَقِنٌّ، فَقبلَ.. صحَّ.

بالمؤجل ولا بالكبير؛ لأنه [٥٣١/أ] نسخ الكتاب، فلا يجوز.

ولأن البدل في الكتابة: معقود به كالثمن في البيع؛ حتى صح الاستبدال به قبل القبض، والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد؛ فإن من ليس عنده شيء يصلح للثمنية.. جاز أن يشتري ما يشاء مما شاء.

بخلاف السلم؛ فإن المسلم فيه معقود عليه لا يجوز العقد على المعدوم، فجعلنا الأجل عوضاً عما فات من القدرة؛ ليمكنه التحصيل في المدة، ولأن الكتابة عقد إرفاق.. فالظاهر أنه يسامحه، ولا يطالبه في الحال.

بخلاف السلم؛ لأنه مبني على المماكسة والمضايقة.. فالظاهر: أنه لا يسامحه المطالبة؛ إذا توجه له المطالبة نحوه في الحال.

هذا، وهل تصح الكتابة إلى أجل مجهول كالحصاد ونحوه؟

ففي «شرح النقاية» للقهستاني: أنها تجوز.

(**فقبل**) العبد (.. **صح**)؛ لوجود المقتضي، وهو: الإيجاب والقبول وارتفاع المانع.

وإنما اشترط قبول العبد؛ لأنه يلزمه المال؛ لأنها عقد معاوضة، فلا بد من التزامه؛ إذ لا لزوم بلا التزام.

(**وكذا**)؛ أي: صح (**لو قال** المولى: (**جعلت عليك ألفاً تؤديه**) ألفاً (**نجوماً**)؛ أي: في أوقات متفرقة؛ فإنها جمع نجم، سمي بالوقت (**أولها**) بالنصف؛ أي: في أول النجوم، (**كذا**) درهماً من البدل، (**وآخرها**) من آخر النجوم (**كذا**) درهماً من البدل؛ (**فإذا أديته فأنت حر، وإن عجزت فقن**)؛ أي: فأنت قن، (**فقبل**) العبد.. (**صح**) الكتابة في الاستحسان، ولزمه المال المقدر؛ لوجود المقتضي، وارتفاع المانع.

وَلَو قَالَ: إِذا أَدّيتَ إِلَيّ أَلفاً كُلَّ شهرٍ مائَةً فَأَنت حُرٌّ.. فَهُوَ تَعْلِيقٌ.

وَقيل: مُكَاتَبَةٌ.

وَإِذا صَحتِ الْكِتَابَةُ.. خرجَ عَن يَدِ الْمولى ....

يعني: أنها تنعقد بقوله: «جعلت عليك ألفاً تؤديه نجوماً، أولها: كذا وآخرها: كذا» يحتمل الكتابة والضريبة [وله أن يضرب] على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة.

وقوله بعد ذلك: [«إن أديته فأنت حر»][(١)] يكون تفسيراً ومخصصاً له بالكتابة دون الضريبة؛ لأنه ظاهر في الكتابة، فيصلح تفسيراً للمحتمل.

وقوله بعد ذلك: «وإن عجزت فقن»: فضلة من الكلام غير محتاج إليه، وإنما أتى به حثاً له على أداء بدل الكتابة.

(**ولو قال: إذا أديت إليَّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حر.. فهو تعليق**) في رواية أبي حفص.

قال فخر الإسلام: وهو الأصح؛ اعتباراً بما لو قال: إذا أديت إلي ألفاً في هذا الشهر بلا تنجيم فأنت حر.. فإنه تعليق لا كتابة.

والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيراً لها؛ لأنه يدخل في سائر الديون أيضاً، وقد تخلو الكتابة عنه، ولم يوجد لفظ مختص بالكتابة حتى يكون تفسيراً لها.. فلا يكون كتابة، بل يكون تعليقاً.

(**وقيل**) - وهو رواية أبي سلمان - (**مكاتبة**)؛ لأن التنجيم يدل على الوجوب؛ لأنه [٥٣١/ب] يستعمل للتيسير، وذلك في المال، ولا يجب إلا بالكتابة؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة.

(**وإذا صحت الكتابة**)؛ لخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي (.. **خرج**) المكاتب والمكاتبة (**عن يد المولى**)؛ لتحقق الحرية يداً في الحال كما دل عليه

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (١٥١/٥).

دونَ مِلْكِهِ؛ فَإِذا أَتلفَ مَالَهُ.. ضمنَهُ.

وَكَذَا: إن وَطِىءَ الْمُكَاتبَةَ، أَو جنى عَلَيْهَا، أَو على وَلَدهَا.

تحديدها بما تقدم.

ولهذا.. لم يكن للمولى بعد تحقق العقد منعه عن السفر ولو بعيداً، ولا عن البيع والشراء؛ لأنه مالك يده وكسبه.

(دون ملكه)؛ أي: ملك المولى؛ لما مر في التعريف: «من أنه حر رقبة في المآل لا في الحال»، فلا تخرج رقبته عن ملكه في الحال، ولأن الكتابة عقد معاوضة تقتضي المساواة بين المتعاقدين، وأصل البدل: يجب للمولى في ذمته بنفس العقد، لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه إلا بالقبض؛ لأن ثبوته في ذمته مع المنافي؛ إذ المولى لا يستوجب ديناً على عبده، ولهذا.. لا تصح الكفالة به، فثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضاً.

فإذا تم للمولى الملك بالقبض.. تمت المالكية للعبد أيضاً، وتمام المالكية لا يكون إلا بالعتق، فيعتق؛ لضرورة المالكية، فتتحقق المساواة بذلك ابتداءً وانتهاءً.

(فإن أتلف) تفريع على قوله: «خرج عن يد المولى» أي: إن أتلف المولى **(ماله)**؛ أي: مال المكاتب **(.. ضمنه)** المولى؛ لأنه بالكتابة خرج عن يد المولى وصار كالأجنبي، فصار أحق بأكسابه؛ ليتوصل إلى المقصود بالكتابة وهو حصول الحرية.

(وكذا)؛ أي: ضمن المولى العقر **(إن وطئ المكاتبة)**؛ لأنها أحق بقيمة بضعها بالكتابة، والمراد بالعقر: هو قيمة بضعها.

(أو جنى عليها)؛ أي: على المكاتبة **(أو على ولدها)**؛ يعني: أو جنى على المكاتبة أو على ولدها بالجرح، أو على مالها بالإتلاف.. يضمن أرش جرحها.وقيمة مالها أو مثلها؛ لأنها أحق بنفسها ومالها بالكتابة.

وكذا يضمن أرش جرح المكاتب إن جنى عليه بالجرح.

وَإِن كَاتبَهُ على قِيمَتِهِ.. فَسدتْ.

فَإِن أَدَّاهَا عتقَ.

(وإن كاتبه على قيمته.. فسدت) الكتابة.

وصورته: كاتبتك على قيمتك، أو إن أديت إليَّ قيمتك فأنت حر؛ **(فإن أداها)**؛ أي: القيمة هكذا وقع في النسخ بالفاء، ولو قال: وإن أداها بالواو مكان الفاء.. لكان أولى **(.. عتق)**؛ لارتفاع الجهالة بالأداء.

وإنما فسدت؛ لأن القيمة: مجهولة القدر؛ لاختلافها باختلاف المقومين.

وكذا جنسها مجهول؛ لأن القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان، ولم يتعين واحد منهما، ففسد؛ لتفاحش الجهالة؛ كما إذا كاتب على دابة أو ثوب؛ لأن الدابة والثوب أجناس مختلفة، وما هو مجهول الجنس.. لا يثبت في الذمة أصلاً؛ حتى في النكاح، ولأن موجب الكتابة الفاسدة [٥٣٢/أ]: القيمة، فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد، فيكون فاسداً. كذا في «الزيلعي».

قلت: هذا الوجه الثاني من قبيل الاستدلال بوجود اللازم الأعم على وجود الملزوم، وقد ثبت: أن وجود اللازم لا يدل على وجود الملزوم، بل الأمر بالعكس.

وقد يقال بطريق المعارضة: إنه لو كاتب عبده على عبد: يجوز، ويجب قيمة عبد وسط أو قيمته؛ حتى لو أتى بقيمته.. يجبر المولى على قبولها، ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة.. لما صح ذلك.

أجيب: بأن القيمة في مسألة الكتابة لو وجبت.. وجبت قصداً، وهي مجهولة، فلا يمكن إيجابها قصداً.

وفيما إذا كاتبه على عبد.. يجب حكماً لا قصداً، وكم من شيء يثبت حكماً وضمناً ولا يثبت قصداً؛ إذ لا معتبر بالضمنيات في الشرع، ألا ترى: أن بيع الجنين لا يجوز قصداً، ويجوز تبعاً لأمه.

وَكَذَا: تفْسدُ لَو كَاتبَهُ على عينٍ لغيرِهِ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، ....

(وكذا تفسد لو كاتبه على عين لغيره) من المكيل أو الموزون أو العروض، لا النقدين من دراهم أو دنانير؛ فإن الكتابة على دراهم الغير أو دنانيره: صحيحة؛ لعدم تعينها بالتعيين، ولذا قيده بقوله: (تتعين بالتعيين).

قال في «قاضي خان»: إذا كاتبه على عين لغيره.. فيه روايتان، والأظهر: هو الفساد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن هذه الكتابة جائزة، حتى لو أهلك العبد ذلك العين وسلمها إلى المولى.. عتق، وإن عجز.. رد إلى الرق؛ لأن المسمى: مال متقوم، والقدرة على التسليم موهومة؛ فصار كما لو تزوج امرأة على عبد غيره.. فإن التسمية صحيحة؛ حتى لو لم يجز المالك.. رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل، ولو فسدت.. لرجعت به.

ووجه ظاهر الرواية: أن العين في المعاوضات معقود عليها، والقدرة على تسليم المعقود عليه: شرط لصحة العقد الذي يحتمل، وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد، فلا تصح تسميته.

بخلاف ما إذا كان البدل غير عين كالدراهم والدنانير؛ لأنه معقود به في العقد، فلا تشترط القدرة عليه كالثمن في البيع؛ لأن القدرة عليه ليس بشرط لصحة البيع، وإنما شرط لصحة القدرة على المبيع.

وبخلاف النكاح؛ لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح – وهو: تسليم منافع البضع - ليس بشرط، حتى لو تزوج صغيرة رضيعة.. جاز، فعلى ما هو تابع فيه - وهو المهر - أولى أن لا يشترط فيه القدرة، ولهذا جاز مع نفي المهر أيضاً.

ولأن الكتابة شرعت [٥٣٢/أ] على وجه يختص المكاتب بمكاسبه، فيثبت له حرية اليد حالاً، وحرية الرقبة مآلاً على ما نطق به تعريفها المذكور.

فلو جازت هذه الكتابة.. لثبتت الحريتان معاً لا على وجه التعاقب.. فيكون إعتاقاً ببدل، لا كتابة، وهو خلاف الغرض.

هذا فيما إذا لم يجز صاحب العين للعبد.

ولو أجاز صاحب العين له.. روي عن محمد: أنها تجوز - كما لو اشترى شيئاً بمال الغير فأجاز صاحبه.. يجوز – بالإجازة، مع أن البيع والشراء على المماكسة.. فالكتابة أولى؛ لأنها مبنية على المسامحة والمساهلة.

وروي عن أبي حنيفة: أنها لا تجوز أيضاً؛ اعتباراً له بحال عدم الإجازة.

وروي عن أبي يوسف: أنها تجوز؛ أجاز صاحبه ذلك أو لم يجز، غير أنه إذا أجاز.. وجب تسليم عينه، وإذا لم يجز.. وجب تسليم قيمته؛ كما في النكاح.

وإن لم يجز صاحبه، لكن المكاتب ملك العين بسبب وأداه.. فعن أبي حنيفة: أنه لا يعتق؛ لأنه لم ينعقد، إلا إذا قال له: إذا أديت إلي كذا فأنت حر.. فحينئذٍ يعتق بحكم الشرط.

وهذا في ظاهر الرواية عنه، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وفي رواية أخرى عن أبي يوسف: أنه يعتق؛ قال ذلك الشرط أو لم يقل؛ لأن العقد ينعقد مع الفساد بكون المسمى مالاً، فيعتق بأداء المشروط.

وإن كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بأن كان مأذوناً له في التجارة:

في رواية: يجوز؛ لأنه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه.

وفي رواية: لا يجوز؛ لأن المولى كاتبه على مال نفسه؛ إذ الكلام في عين اكتسبه من قبل في يد المولى.

ولو كاتبه على دراهم ودنانير على يد المكاتب وهو من كسبه أيضاً.. يجوز بالاتفاق؛ لأنها تتعين في عقد المعاوضة.

أَو على مائَةٍ وَيردُّ عَلَيْهِ عبداً غيرَ معيّنٍ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: تجوزُ، وتقسمُ الْمِائَةُ على قيمَةِ الْمكَاتَبِ، وَقِيمَةِ عبدٍ وسطٍ، فَيسْقطُ قِسطُ العَبْدِ، وَالْبَاقِي بدلُ الْكِتَابَةِ.

وَإِن كَاتبَ الْمُسلمَ بِخَمْرٍ أَو خِنْزِيرٍ.. فسد.

(أو) كاتبه **(على مائة)** من الدراهم أو الدنانير.

(ويرد) المولى؛ أي: بشرط أن يرد المولى **(عليه)**؛ أي: على العبد المكاتب **(عبداً غير معين)**؛ حتى لو شرط أن يرد عليه عبداً معيناً أو أمة معينة.. صح العقد اتفاقاً، كذا في «الدرر». هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: تجوز) ولو كان العبد غير معين.

(وتقسم المائة) - على قول أبي يوسف - **(على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط، فيسقط قسط العبد، والباقي بدل الكتابة)** لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه.. جاز استثناؤه من العقد أيضاً، والعبد يجوز عقد الكتابة عليه.. فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة أيضاً، فيكون العبد مكاتباً بما بقي من قيمة العبد المستثنى؛ أعني: الوسط؛ لأن المطلق ينصرف إلى الوسط.

فإن قيل: المستثنى مجهول [٥٣٣/أ]، وجهالة المستثنى تقتضي جهالة المستثنى منه، وجهالة البدل: تفسد الكتابة.

قلنا: جهالة المستثنى: جهالة في وصف، وهي لا تمنع صحة التسمية.. فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية.

ولهما: أن بدل الكتابة مجهول القدر، فلا يصح؛ كما إذا كاتبه على قيمة العبد ابتداء، وهذا لأن العبد لا يمكن استثناؤه من الدراهم والدنانير إلا باعتبار القيمة، و تسمية القيمة تفسد العقد.. فكذا استثناؤها؛ لأن الاستثناء معتبر بالتسمية، على معنى: «أن كل ما يصح تسميته.. يصح استثناؤه، وما لا.. فلا» فكانت هذه الجهالة مفسدة.

(وإن كاتب المسلم) عبداً؛ مسلماً كان العبد أو كافراً **(بخمر أو خنزير.. فسد)**؛

فَإِن أَدّاهُ.. عُتِقَ، ....

لأن الخمر والخنزير لا مالية لهما في حق المسلم، فلا يصلحان ببدل.

وكذا إذا كاتب الذمي عبده المسلم على خمر أو خنزير.. فسد العقد؛ لما ذكرناه.

بخلاف ما لو كاتب الذمي عبده الكافر على خمر أو خنزير.. فإنه يصح؛ لأن الخمر والخنزير مال في حقهما، فينعقد العقد صحيحاً لصحة البدل.

(فإن أداه)؛ أي: أدّى الخمر أو الخنزير **(.. عتق)**؛ أي: سواء قال المولى حين كاتبه: إن أديت إلي فأنت حر، أو لم يقل ذلك في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه.

وعن أبي حنيفة ومحمد: أنه يعتق بأداء عين الخمر والخنزير إذا قال له: إن أديتها فأنت حر؛ باعتبار أنه تعلق بالشرط وقد وجد الشرط، فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة أو دم.. فإنه لا يعتق إلا في صورة التعليق.

وعن أبي يوسف: أنه يعتق بأداء عين الخمر والخنزير وبأداء قيمة نفسه أيضاً.

أما الأول؛ فلأنه بدل صورة.

وأما الثاني؛ فلأنه بدل معنى.

وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه؛ لأن البدل في الكتابة الفاسدة: هو القيمة؛ كما في البيع الفاسد، كذا في أكثر نسخ «الهداية» في نقل قول زفر.

وقال في بعض نسخها: وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر.

قالوا: وهو غلط من الكاتب.

ووجّه: بأن هذا يجوز أن يكون رواية أخرى؛ لأن الخمر من المثليات، فيصلح قيمة بدلاً.

وَلَزِمَهُ قِيمَةُ نَفسِه.

وَالْكِتَابَةُ على ميتَةٍ أَو دمٍ: بَاطِلَةٌ، فَلَا يعْتقُ بأَدَاءِ الْمُسَمّى.

وَتجبُ الْقيمَةُ فِي الْفَاسِدَةِ، ....

ثم وجه ظاهر الرواية: أن الخمر والخنزير مال في الجملة وإن لم يكن لهما تقوم عند المسلم، فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما، وموجب العتق عند أداء البدل المشروط.

بخلاف الدم والميتة؛ إذ ليس لهما مالية أصلاً، فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيهما، فاعتبر فيهما معنى الشرط؛ بأن قال: إذا أديت إلي فأنت حر، حتى لو لم ينص على هذا الشرط.. لم ينعقد العقد أصلاً.

بخلاف الخمر والخنزير؛ حيث ينعقد العقد عليهما فاسداً [٥٣٣/ب] وإن لم ينص على الشرط كما ذكرناه.

(ولزمه)؛ أي: لزم المكاتب (قيمة نفسه)؛ يعني: إذا عتق بأداء عين الخمر والخنزير.. لزمه أن يسعى في قيمته؛ لأنه وجب رد رقبته؛ لفساد العقد، وقد تعذر رده لوقوع العتق بالأداء، فيجب رد قيمة رقبته كما في البيع الفاسد؛ فإنه إذا تعذر رد عين المبيع بسبب الهلاك.. يجب رد قيمته في القيمي، ورقبة العبد قيمي، فيجب رد قيمته.

وأشار بإضافة القيمة إلى نفسه إلى رد ما في بعض نسخ «الهداية»؛ حيث قال: قال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر. كما ذكرناه.

(والكتابة على ميتة أو دم: باطلة)؛ لأنهما ليستا بمالين عند أحد أصلاً، فلا تنعقد؛ لعدم البدل.

(فلا يعتق بأداء المسمى)؛ لبطلان التسمية، إلا إذا قال: إن أديت إلي فأنت حر.. فإنه حينئذ ينعقد بصريح الشرط، ويعتق: بحكم اليمين، لا لأجل الكتابة، ولا يلزمه شيء؛ لأن العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية عقد المعاوضة.

(وتجب القيمة)؛ أي: قيمة العبد الذي كان كاتبه مولاه (في) الكتابة (الفاسدة)

وَلَا تنقُصُ عَنِ الْمُسَمّى، وتزادُ عَلَيْهِ.

وَصحّت على حَيَوَانٍ ذَكَرَ جنسَهُ فَقَط، لَا وَصفَه، ولا نَوْعه، وَلـزِمَ الْوسطُ، أَو قِيمَتُهُ.

أي: بالغة ما بلغت على ما في «العناية».

(ولا تنقص) القيمة (عن المسمى وتزاد عليه)؛ أي: على المسمى، وهذا لأنه عقد فاسد، فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت؛ لأن المولى ما رضي بالنقصان؛ سواء كان في المسمى أو في القيمة؛ لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل، فلا يرضى بالنقصان؛ لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان.. فلا يفوت له شيء.

والعبد رضي بالزيادة؛ سواء كانت في القيمة أو في المسمى؛ كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً؛ فإنه إن لم يرض بها.. يمتنع المولى عن العقد، فيفوت له إدراك شرف الحرية. كذا في «العناية».

وبهذا التقرير: يندفع ما قيل: «إن اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر»، فكيف يتصور بطلان حق العبد في العتق أصلاً بعد استيفاء حقه لو لم يرض بالزيادة؟

وجه الاندفاع: أن اعتبار الزيادة والنقصان بناء على التقرير المذكور: إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه.

(وصحت)؛ أي: الكتابة (على حيوان ذكر جنسه) كالعبد والفرس والحمار، (لا وصفه) كالجودة والرداءة.

(ولا نوعه): ككونه تركياً أو هندياً.

وكذا صحت على ثوب بيّن:

جنسه: من القماش والقطن والكتان.

لا وصفه: من الجودة والرداءة.

ولا نوعه: من التركي والهندي.

(ولزم الوسط) من ذلك الجنس (أو قيمته)؛ أي: قيمة الوسط.

وقدر أبو حنيفة الوسط في العبد: بما قيمته أربعون درهماً.

وقالا: على قدر غلاء السعر [٥٣٤/أ] ورخصه.

ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب؛ لأن عقد الكتابة: عقد إرفاق، فالظاهر: أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب.

ثم إنما لزم الوسط؛ لأن الأصل في الحيوان: أن المجهول إذا ثبت في الذمة.. أن ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية، وفي الوسط: نظر للجانبين.

وإنما جوز القيمة حتى يجبر المولى على قبولها.. لأنه قضاء في معنى الأداء؛ لأنها أصل من وجه؛ أعني: من حيث إن البدل ـ أي الوسط ـ يعرف بها، فصار كأنه أتى بعين المسمى. هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تجوز هذه الكتابة؛ لأنها عقد معاوضة كالبيع، فيكون تسمية البدل شرطاً فيها كما في البيع، والبيع مع البدل المجهول أو الأجل المجهول: لا يجوز فكذا الكتابة.

قلنا: إن هذا قياس فاسد؛ لأن قياس الكتابة على البيع:

إما أن يكون من حيث ابتدائها، أو من حيث الانتهاء.

والأول: لا يصح؛ لأن البيع: معاوضة مال بمال، والكتابة: معاوضة مال بغير مال؛ لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء.

وكذلك الثاني: لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة.. لكن على وجه سقط الملك فيه، فاشتبه النكاح في الانتهاء، وفي أن مبنى كل منهما على المسامحة، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح.. فلا تفسدها الجهالة اليسيرة في البدل؛ كما في النكاح، وصارت الجهالة في البدل كالجهالة في الأجل.

فإنه إذا كاتبه على ألف إلى الحصاد أو الدياس.. صح؛ لأن ما كان مبناه على المسامحة.. لا يضر فيه الجهالة اليسيرة.

وَصَحَّ كِتَابَةُ كَافِرٍ عَبدَهُ الْكَافِرَ بِخَمْرٍ مُقَدّرٍ، وَأَيٌّ أَسْلَمَ.. فللسَّيدِ قيمتُهَا، وَعُتِقَ بأَدَاءِ عينِهَا.

بخلاف البيع؛ فإنه مبني على المضايقة والمماكسة، فتضره الجهالة في البدل والأجل.

وبخلاف ما إذا كاتبه على دابة أو حيوان.. حيث لا يجوز؛ لأن الجهالة فيها فاحشة لا يسيرة؛ حيث لم يبين فيها الجنس.

وكذا لو كاتبه على قيمته.. فإن الجهالة فيه أيضاً فاحشة على ما تقدم.

(**وصح كتابة كافر عبده الكافر**)، بخلاف عبده المسلم.. فإنه لا تصح كتابة عبده المسلم على خمر أو خنزير على ما تقدم.

(**بخمر مقدر**)، وإنما جازت؛ لأن الخمر مال عندهم كالخل عندنا، فصحت الكتابة بها، وإنما اعتبر التقدير؛ ليعلم قدر البدل.

(**وأي**) من المولى والعبد (**أسلم.. فللسيد قيمتها**)؛ أي: قيمة الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتمليكها، والقيمة: تصلح بدلاً في العقد ألا ترى: أنه لو كاتب عبده على عبد غير معين، فجاء بقيمة عبد وسط.. أجبر المولى على القبول؟!

(**وعتق**) المكاتب (**بأداء عينها**) [٥٣٤/ب]؛ أي: عين الخمر؛ لما تقدم من قبل: «أن الخمر مال في الجملة»، فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجبه: العتق عند أداء البدل المشروط، وإذا عتق بأداء عين الخمر.. لزمه أن يسعى في قيمته.

وقال في «العناية» نقلاً عن «التمرتاشي»: إنه لو أدى الخمر.. لا يعتق، فكان في العتق بأداء الخمر روايتان، وتفصيله في «الزيلعي».

* * *

(بَابُ تصرُّفِ المُكَاتَبِ)

لَهُ أَن يَبِيعَ، وَيَشْتَرِيَ، ويسافرَ، وَإِن شَرطَ عَدمَهُ.

(بَابُ تَصَرُّفِ المُكَاتَبِ)

(له)؛ أي: للمكاتب **(أن يبيع ويشتري)** ولو بغبن فاحش والمحاباة: عند أبي حنيفة.

وأما عندهما: فلا يصح بهما.

ولو قال: صحت له التجارة.. لكان شاملاً لمثل المضاربة والشركة والإجارة والاستئجار والاستقراض والإبضاع والاستبضاع والرهن والارتهان؛ فإن هذه التصرفات كلها من صنع التجار، فساغ للمكاتب كلها.

(ويسافر)؛ لأنه لما خرج عن يد المولى بالكتابة على ما تقدم.. كان له هذه التصرفات؛ لتحصيل البدل، وليس للمولى منعه لخروجه عن يده.

(وإن) وصلية **(شرط عدمه)**؛ أي: عدم السفر؛ بأن قال: كاتبتك على أن لا تخرج من البلد.

وكذا الحال في باقي التصرفات المذكورة.

وهذا: لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة؛ لأن مقتضاه: مالكية اليد على جهة الاستبداد، وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه؛ لتحصيل ما هو المقصود بالعقد.

وذلك قد يكون بهذه التصرفات، والسفر إلى البلاد النائية، والتقييد بمكان معين: ينافيه، والشرط المخالف لمقتضى العقد: باطل، فهذا الشرط باطل.

فإن قيل: فهذا بطلان العقد كما في البيع؛ فإنه يبطل ببطلان الشرط.

أجيب أولاً: بأن الشرط الباطل.. إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد، وهو يدخل في أحد البدلين؛ كما إذا قال: كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زماناً أو

وِيزوِّجُ أَمَتَهُ، ويكاتِبُ عَبدَهُ، ....

على أن أطأك، وهذا ليس كذلك؛ لأنه لا شرط لا في بدل الكتابة، ولا فيما يقابله.. فلا تفسد به الكتابة.

وتحقيق هذا الجواب: أن الكتابة تشبه البيع من حيث إنها عقد معاوضة واحتمالها الفسخ قبل الأداء.. فيشبه النكاح من حيث إنها معاوضة مال بغير مال، فعملنا فيها بالشبهين، فقلنا:

ببطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن في صلب العقد؛ عملاً بشبه النكاح.

وببطلان العقد إذا تمكن في صلبه؛ عملاً بشبه البيع.

وثانياً: بأن الكتابة في جانب العبد: إعتاق، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة.

(ويزوج أمته)؛ لأن تزويج أمته من باب الاكتساب؛ لأنه يملك مهرها ويسقط نفقتها عن نفسه، وقد أطلق له [٥٣٥/أ] باب الاكتساب ضرورة قضيّة عقد الكتابة، فيملك هذا أيضاً ضرورة، لكن هذا إذا زوّج أمته أجنبياً.

وأما إذا زوج أمته عبده.. لا يجوز؛ لأنه ليس فيه اكتساب المال. كذا ذكره في «المحيط» و«الولوالجي».

وعن أبي يوسف: أنه يجوز أيضاً.

(ويكاتب عبده)، خلافاً لزفر والشافعي؛ لأنه يؤول إلى العتق، وليس للمكاتب أن يعتق عبده ولو على مال.

ولنا: أن الكتابة عقد اكتساب للمال، فيملكها كما يملك البيع، وربما تكون الكتابة أنفع من البيع؛ إذ البيع يزيل الملك بنفسه، والكتابة لا تزيله إلا بعد وصول البدل إليه، ولهذا يملكه الأب ووصيه؛ فإذا جاز البيع.. فأولى أن تجوز الكتابة.

بخلاف العتق على مال؛ فإنه ليس باكتساب للمال، بل هو من التصرفات الضارة؛ فإن بمجرد الإعتاق على مال: يزول الملك في الحال بعوض في ذمة المفلس؛ إذ هو حين أعتق مفلس لا مال له، ولا يزول في الكتابة إلا بعد سلامة

فَإِن أَدَّى بعدَ عتقِ الأَوَّلِ.. فولاؤُهُ لَهُ.

وإِنْ قبلَهُ.. فللسَّيِّدِ.

البدل له، والظاهر: أن البدل أكثر من قيمته، فظهر الفرق بين الكتابة والعتق على مال.

ولأن الإعتاق على مال: فوق الكتابة، والعقد لا يتضمن ما فوقه، ويتضمن مثله.. فجاز له الكتابة دون الإعتاق على مال.

ولا تعليق العتق على مال؛ لأن في تعليقه على مال: إثباتاً للحرية مقصوداً، فيكون فوق الكتابة.

(فإن أدى)؛ أي: إذا صح كتابة عبده؛ فإن أدى المكاتب الثاني؛ أي: عبده بدل الكتابة للمكاتب الأول **(بعد عتق)** المكاتب **(الأول.. فولاؤه)**؛ أي: ولاء المكاتب الثاني **(له)**؛ أي: للأول؛ لأن الولاء لمن أعتق، وقد عتق الثاني بعد تمام ملك الأول في رقبته.. فهو من أهل الولاء؛ لحريته كُملاً، فثبت له الولاء.

(وإن) أدى **(قبله)**؛ أي: قبل عتق الأول **(.. فللسيد)**؛ أي: فالولاء للسيد؛ لأنه تعذر إثبات الولاء من المكاتب الأول؛ لأنه رقيق رقبة بعد، فلا أهلية له للولاء، فيخلفه فيه أقرب الناس إليه وهو سيده؛ كما إذا اشترى المأذون شيئاً.. فإنه لا يملكه؛ لعدم الأهلية، ويخلفه فيه مولاه؛ لأنه أقرب الناس إليه.

فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق.. لم يرجع ولاء الثاني إلى الأول.

لأنه بمنزلة النسب، وقد تقرر على شخص، فلا ينتقل بعده إلى غيره.

ولأن السيد جعل معتقاً مباشرة حكماً؛ لعدم أهلية المكاتب الأول، والولاء ينتقل من المعتق المباشر حكماً.

بخلاف حر الولاء في ولد الجارية؛ فإن مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة، بل سبباً باعتبار إعتاق الأصل وهي الأم، والأصل: أن الحكم لا يضاف إلى

وَلَيْسَ لَهُ أَن يَتَزَوَّجَ بِلَا إِذنٍ، ....

السبب إلا عند تعذر الإضافة [٥٣٥/ب]، والتعذر عند عدم عتق الأب؛ فإذا أعتق.. زالت الضرورة، فيتحول الولاء إلى قوم الأب. وسيأتي تفصيله.

(وليس له)؛ أي: للمكاتب **(أن يتزوج)** امرأة **(بلا إذن)** سيده؛ لأنه ليس من باب الاكتساب، وفيه ضرر للمولى بلزوم المهر في رقبته.

وإن أذن له المولى.. جاز؛ لزوال المانع.

وهل للمكاتبة أن تتزوج رجلاً بلا إذن مولاها؟

قال الإسبيجابي: في «شرح الكافي»: ولا تتزوج المكاتبة بغير إذن مولاها؛ لأنها مملوكة للمولى.

وقال زفر: يجوز ذلك؛ لأنه من باب الاكتساب.

قلنا: المهر إنما وجب في مقابلة الملك في الذات لا في المنافع وهو حق السيد، فلا يملك التصرف فيه بغير إذن السيد.

وإن أعتقت المكاتبة قبل أن يفسخ النكاح.. يجوز ذلك النكاح؛ لزوال المانع وهو حق المولى، ولا خيار لها؛ لأنها باشرت العقد برضاها ونفذ بعد الإعتاق. كذا في «شرح الوقاية» لعلاء الدين.

لكنه قال في «قاضي خان»: المكاتبة إذا تزوجت بإذن المولى، ثم عتقت.. كان لها خيار العتق، وأحكام المكاتبة في النكاح والعدة: أحكام القنة.

وهل للمكاتب التسري؟

قال أصحابنا: لا.

قال في «الدرر»: ولا التسري.

اشتري جارية ليستمتع بها وطئاً، ولم يأذن المولى كالمأذون والمدبر؛ لأن مبنى التسري: على ملك الرقبة دون المتعة؛ فالرقيق وإن كان مكاتباً أو مأذوناً أو مدبراً..

وَلَا يهبَ وَلَو بعِوَضٍ وَلَا يَتَصَدَّقُ إِلَّا بِيَسِيرٍ، ....

لا يملك شيئاً من أحكام ملك المال؛ لكون رقبته مملوكة، ولا ينفع إذن المولى. انتهى.

(ولا يهب ولو) وصلية (بعوض، ولا يتصدق إلا بيسير)؛ لأن كلاً من الهبة والتصدق: تبرع ليس باكتساب المال.

والهبة بعوض: تبرع ابتداء.. فلا يملكه.

واليسير من الصدقة: من ضرورات التجار؛ لأنه لا يجد بداً من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون[1].

ومن ملك شيئاً.. يملك ما هو من ضروراته ولوازمه، ولا يجوز وصيته في ماله وإن ترك وفاء.

وكذا لا يجوز إيفاؤه في ولده، إلا أن يعتق قبل وفائه، ثم يموت.

فإن مات عن غير وفاء.. بطلت.

وإن مات عن وفاء.. كان وصياً عن أولاده الذين دخلوا في كتابته، لا في أولاده الحرائر. كذا في «الحاوي».

وقال في «قاضي خان»: المكاتب إذا أوصى بوصية.. فهو على وجوه ثلاثة:

إن أوصى بوصية، ثم مات عن وفاء.. لا تصح وصيته؛ لأنه يعتق قبل الموت في ساعة لا يسع كلمة الإيصاء.

والوجه الثاني: أن يقول المكاتب: إذا أعتقت فقد أوصيت بثلث مالي لفلان، ثم أدى بدل الكتابة [٥٣٦/أ] وعتق، ثم مات بعد ذلك.. كانت وصية صحيحة في قولهم.

---

(١) **المجاهزون**: قال في «العناية» (١٠/٣٩٠): جمع مجاهز، وهو عند العامة: الغني من التجار، وكأنه أريد به: المجهِّز، وهو الذي يبعث التجارة بالجهاز، وهو فاخر المتاع، ويسافر به. كذا في «المُغرب».

وَلَا يكفلُ، وَلَا يقْرضُ، وَلَا يعْتقُ وَلَو بِمَالٍ، وَلَا يُزَوّجُ عَبدَهُ، وَلَا يَبِيعُهُ مِن نَفسِهِ.

وَالْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ: كَالْمكَاتَبِ.

وَلَا يملكُ الْمَأْذُونُ شَيْئاً من ذَلِك.

والثالث: إذا أوصى بوصية، ثم أدى، فعتق، ثم مات.. صحت وصيته في قول أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا تصح، إلا أن يجددها بعد العتق. انتهى.

(**ولا يكفل، ولا يقرض**)؛ لأن كلاً من التكفل بالنفس أو المال ومن الإقراض: تبرع، وليس من ضرورات التجارة والاكتساب.. فلا يملكه المكاتب.

ولو أجاز المولى كفالته أو إقراضه وهبته.. لا يجوز أيضاً؛ لأنه لا ملك له في ماله، وإنما له حق التملك.

وكلٌّ من الكفالة والإقراض والهبة: مبني على حقيقة الملك. كذا في «شرح الوقاية» لعلاء الدين نقلاً عن الأقطع.

(**ولا يعتق**) عبده (ولو) وصلية (**بمال**)؛ لأنه ليس من الاكتساب، بل من التصرفات المضرة للمولى على ما ذكرناه من قبل.

(**ولا يزوج عبده**) امرأة؛ لأنه ليس من باب الاكتساب، وفيه تنقيص للعبد وتعييبه بشغل ذمته بالمهر والنفقة.

(**ولا يبيعه**)؛ أي: عبده (**من نفسه**)؛ أي: نفس العبد؛ لأنه إعتاق على مال، والمكاتب لا يملكه على ما تقدم.

(**والأب والوصي في رقيق الصغير: كالمكاتب**)؛ يعني: يملك الأب والوصي في رقيق الصغير ما يملك المكاتب في رقيقه فيما كان كتابة عبد الصغير، لا إعتاقه على مال، ولا بيعه من نفسه، ولا تزويجه، ويملكان تزوج أمته.

(**ولا يملك**) العبد (**المأذون شيئاً من ذلك**)؛ أي: من تزويج أمته وعبده وكتابته والتصدق والتكفل والإقراض والإعتاق على مال؛ لأن هذه التصرفات ليس من

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَهُ تَزْوِيجُ أَمَتِهِ، وعَلَى هَذَا الْخِلافِ الْمُضَارِبُ وَالشَّرِيكُ.

وَإِنِ اشْتَرى الْمكَاتَبُ قَرِيبَهُ وِلاداً.. دخلَ فِي كِتَابَتِهِ.

الاكتساب والتجارة، والمأذون له: يملك ما هو من باب التجارة دون غيره. هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: له)؛ أي: للمأذون له **(تزويج أمته)**؛ لأن فيه نفعاً له من إلزام المهر على الزوج والنفقة عليه.

(وعلى هذا الخلاف: المضارب والشريك) بشركة عنان ومفاوضة.

قالا: لا يملكان التزويج والكتابة؛ لأنهما ليسا من التجارة، والمضارب والشريك لا يملكان إلا التجارة.

وقال أبو يوسف: لهما تزويج الأمة لما ذكر.

(وإن اشترى المكاتب قريبه ولاداً)؛ أي: أباه وأمه وأولاده، وإن علا وإن سفل **(.. دخل في كتابته)** ويكون كسباً له؛ لأن المكاتب وإن لم يكن أهلاً للعتق، لكنه أهل لأن يكاتب كما تقدم، فيجعل كل منهم مكاتباً معه داخلاً في كتابته؛ تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان.

وإنما قال: «دخل في كتابته»، ولم يقل: «صار مكاتباً».. إشعاراً بأنه ليس أصالة، بل تبعاً؛ لأنه لو صار مكاتباً.. لكان أصلاً في [٥٣٦/ب] الكتابة، وبقيت كتابة بعد عجز المكاتب الأصل، وليس كذلك، بل إذا عجز المكاتب الأصلي.. بيع الأب؛ لما أن كتابته داخلة بطريق التبعية لا الأصالة؛ فإذا عجز الأصل.. بقي التبع رقيقاً.

ثم أقواهم دخولاً في الكتابة: الولد المولود في كتابته؛ بأن اشترى المكاتب أمة فوطئها، فولدت منه ولداً قبل أداء الكتابة.. فإن هذا الولد داخل في كتابته معه، ويكون كسبه له.

ثم الولد المشترى، ثم الأبوان، ولهذا.. يتفاوتون في الأحكام؛ فإن الولد

المولود في كتابته: يكون حكمه حكم أبيه، حتى إذا مات أبوه ولم يترك وفاء.. يسعى على نجوم أبيه ولم يرد رقاً.

والولد المشترى: يؤدي بدل الكتابة حالاً، ولا يتمكن من السعاية على نجوم الأب؛ ليظهر نقصان حاله عن الولد المولود في كتابته في التبعية، وإن لم يؤد البدل حالاً.. يرد إلى الرق.

والوالدان: يردان إلى الرق كما مات المكاتب، ولم يقبل منهما البدل بعد موت المكاتب لا حالاً ولا مؤجلاً.

وإنما كانت أحوالهم كذلك؛ لأن الولد المولود في كتابته: تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكماً في حق العقد لا حقيقة في حقه؛ إذ لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال.

والوالدان: تبعيتهما بالملك فقط، لا البعضية.. فإنهما ليسا ببعض له، فاختلفت الأحكام لذلك. كذا في «الزيلعي».

فإن قيل: قد صرحوا وذكرناه أيضاً: أن المكاتب لا يملك وطء جاريته، حتى صرح حسن بن زياد في «المجرد»: أن المكاتب لا يتسرى.. فكيف يتصور المكاتب الولد المولود في كتابته؟

قلنا: لا يلزم من عدم جواز التسري: أن لا يثبت نسب الولد المولود في كتابة منه، وأن لا يدخل في كتابته؛ لأن الوطء بشبهة يكفي في ثبوت النسب، وللمكاتب ملك اليد في أمته المشتراة، فكان ذلك شبهة في وطئه، فيثبت نسبه منه بعد الدعوة.

وبه صرح في «المجرد»؛ حيث قال: المكاتب ليس له أن يتسرى جارية، ولا أن يتزوج امرأة، وإن تسرى فولد منه ولد فادعاه.. ثبت نسبه منه.

ولهذا: إذا ادعى المولى ولد جارية مكاتبه.. صح النسب منه؛ للشبهة وإن لم يحل الوطء له.

وَلو اشْترى ذَا رحمٍ محرمٍ غيرِ الولادِ.. لَا يدْخُلُ. خلافاً لَهما.

وكذا: إذا ادعى على أحد الشريكين ولد الجارية المشتركة.. ثبت نسبه منه.

فإن قيل: ما الفرق بين الولد المشترى في كتابة، وبين ما إذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير.. فإنه إذا أعتق المولى الولد المشترى في كتابة.. لم يسقط من البدل شيء، وإذا أعتق الصغير.. يسقط من البدل ما يخصه [٥٣٧/آ]، وكذا إذا أعتق المولى الولد المولود في كتابة.. لم يسقط شيء من البدل؟

فالجواب: أن الولد المشترى والولد المولود في كتابة: بيع من كل وجه للمكاتب، فلا معتبر بهما في أمر البدل؛ لتقرره قبل دخوله في الكتابة.

وأما الصغير: فكان مقصوداً بالعقد من وجه، وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده.. فلهذا: يسقط ما يخصه من البدل.

(ولو اشترى ذا رحم محرم غير الولاد) كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة **(.. لا يدخل)** في الكتابة عند أبي حنيفة؛ حتى جاز للمكاتب بيعهم، لكن المكاتب إذا أدى البدل.. يعتق، ولا سعاية عليهم، على ما صرح به في «الدرر».

(خلافاً لهما)؛ حيث قالا: يدخل فيهما؛ اعتباراً بقرابة الولاد؛ لأن وجوب الصلة ينتظمهما، ولهذا.. لا يفترقان؛ فإن الحر إذا اشترى ذا رحم محرم منه غير الولاد.. يعتق عليه، كما يعتق أبوه وأولاده.

ولأبي حنيفة: أنه للمكاتب كسباً لا ملكاً؛ لأنه ملك لغيره، والمملوك لا يملك، ولهذا لا يملك الهبة ونحوها من التبرعات.

ولو اشترى زوجته.. لم يفسد النكاح عليه، ويجوز دفع الزكاة إليه ولو وجد كنزاً.

غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد لا في غيره.

ألا ترى: أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد، ولا يكفي في

وَإِنِ اشْترى أمَّ وَلَدِهِ مَعَ وَلَدِهَا.. دخلَ الْوَلَدُ فِي الْكِتَابَة وَلَا تباعُ الْأُمُّ.

غيرها؛ حتى لا يخاطب الأخ بنفقة أخيه، إلا إذا كان موسراً، والدخول في الكتابة بطريق الصلة.. فيختص بمحله.

ولأن قرابة الأخوة: توسط بين القرابة البعيدة: وهي بني الأعمام، و القرابة القريبة: وهي الولاد، والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما، فعملنا بالشبهين وألحقناها:

بالقريبة في العتق؛ حتى إذا ملك الحر أخاه.. عتق عليه؛ كما إذا ملك والده أو ولده.

وبالبعيدة في الكتابة؛ حتى إذا ملك المكاتب أخاه.. لم يدخل في كتابته؛ كما إذا ملك ابن عمه، وهذا أولى من العكس؛ لأنا لو ألحقناها بالولاد في الكتابة.. وجب علينا أن نلحقها به في العتق أيضاً؛ لأنه أسرع نفوذاً من الكتابة، وفي ذلك: إبطال لأحدهما، وإعمالهما ـ ولو من وجه ـ: أولى من إهمال أحدهما.

(وإن اشترى أم ولده مع ولدها.. دخل الولد في الكتابة، ولا تباع الأم)؛ يعني: أن المكاتب له امرأة قنة، إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه، فملكها المكاتب مع ولدها؛ بأن ملكها مولاها مع ولدها.. فليس له أن يبيعها بالاتفاق؛ لأن ولدها دخل في الكتابة، ولما دخل ولدها في الكتابة.. امتنع بيعه؛ لما ذكرناه من قبل [٥٣٧/ب].

والأم تابعة للولد في هذا الحكم؛ لقولهﷺ: «أعتقها ولدها»، فامتنع بيعها أيضاً.

وهل تدخل الأم في الكتابة أيضاً؟

والذي ظهر من كلام المصنف: أنها لا تدخل، وإنما يمتنع بيعها تبعاً لولدها.

وبه صرح علاء الدين في «شرح الوقاية»؛ حيث قال: ولم تدخل الأم في كتابة، حتى تعتق بعتقه، نصّ عليه في «المبسوط». انتهى.

لكنه قال في «المجمع» و«شرحه»: أنها تدخل في الكتابة؛ حيث قالا: لو

وَإِن لم يكنْ مَعهَا جَازَ بيعُهَا.

خلافاً لَهما.

اشترى المكاتب أم ولده وهو معها؛ أي: إذا اشترى المكاتب زوجته التي ولدت بالنكاح والولد معها.. كاتب عليه ـ أي: بغير أم ولد مكاتباً عليه ـ وحرم بيعها؛ لأنها تابعة للولد؛ لقوله صلى الله وعليه ولسلم: «أعتقها ولدها».

قيد بالمكاتب: لأن المكاتبة إذا اشترت زوجها.. لا تكاتب عليه، ولها أن تبيعه اتفاقاً. انتهى.

وقال الحافظ العيني في «شرح الكنز»: إنها [لا][1] تدخل في كتابته؛ حتى لا تعتق بعتقه، ولم يفسخ النكاح؛ لأنه لم يملكها، فجاز له أن يطأها بملك النكاح. انتهى.

فعلم: أن ما في «المجمع» و«شرحه»: ليس على ما ينبغي.

(**وإن لم يكن معها**)؛ أي: إن لم يكن مع الأم ولد (.. **جاز بيعها**)؛ أي: بيع الأم. عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لأنها أم ولده، فصار كالحر إذا اشترى أم ولده بدونه.

ولأبي حنيفة: أن القياس يقتضي جواز بيعها وإن كان الولد معها؛ لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل؛ فإن أدى.. عتق، وما فضل معه.. فهو له.

وإن عجز.. عاد هو وماله إلى المولى.

وكل موقوف: يقبل الفسخ، فكسب المكاتب: يقبل الفسخ، وما يقبل الفسخ.. لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ؛ كالاستيلاد؛ لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للأدنى.

---

(١) زيادة لا بد منها من «تبيين الحقائق» (١٥٩/٥).

وَولدُهُ مِن أَمَتِهِ يدْخلُ فِي كِتَابَتِهِ، وَكَسبُهُ لَهُ.

وَلَو زَوّجَ أمتَهُ مِن عَبدِهِ ثمَّ كاتبهُمَا، فَولدت.. يدْخلُ الْوَلَدُ فِي كِتَابَةِ الْأُمِّ، وَكَسبُه لَهَا.

إلا أنه ثبت امتناع البيع فيما إذا كان معهما ولد تبعاً؛ لثبوته في الولد بناء عليه، وبدون الولد ثبت هذا الحق ابتداء، والقياس ينفيه.

(**وولده من أمته: يدخل في كتابته**)؛ يعني: أن الولد المولود للمكاتب في كتابته من أمته: له؛ يدخل ذلك الولد في كتابته؛ لما ذكرناه في الولد المشترى: من أن المكاتب وإن لم يكن أهلاً للإعتاق.. فهو أهل للكتابة».

فإن قيل: إن المكاتب لا يملك التسري، فكيف يتصور له ولد من أمته؟

فالجواب عنه: تقدم من قبل، فارجع إليه.

(**وكسبه له**)؛ أي: كسب الولد للمكاتب؛ لأن كسب الولد: كسبه؛ إذ الولد كسبه، وكان كذلك قبل الدعوة، فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه بكسب ولده.

وكذا: لو ولدت المكاتبة ولداً.. دخل الولد في كتابتها؛ لأن الولد المولود [٥٣٨/أ] تسري إليه الصفات الشرعية الثابتة في الأم؛ كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك؛ فإذا سرت إليه.. صار حكمه حكم أمه، فكانت هي أحق به وبكسبه؛ لأنه جزؤها، وقد انقطع حق المولى عنه.

(**ولو زوج أمته من عبده، ثم كاتبهما، فولدت**) الأمة ولداً من العبد (.. **يدخل الولد في كتابة الأم، وكسبه لها**)؛ لأن الولد يتبع الأم في الصفات الشرعية الثابتة في الأم؛ كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك، فكان مكاتباً لها، فكان أحق بكسبه من الأب؛ لأنه لا ملك له عليها حتى يسري إلى الولد، وقد انقطعت يد المولى عنها بعقد الكتابة، فكذا عن ولدها أيضاً، فكانت هي أحق بالولد من الأب؛ لأنه جزؤها، وهي نظير المسألة الأولى.

وَلَو نكحَ مكَاتَبٌ بِالْإِذْنِ امْرَأَةً زعمت أَنَّهَا حرَّةٌ فَولَدَت فاستحِقَّتْ.. فولدُها عبدٌ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: حرٌّ، وَتُؤْخَذُ مِنْهُ قِيمَتُهُ بعدَ عتقِهِ.

ولو قيل: هذا الولد يكون قيمته للأم دون الأب؛ لما ذكرنا: أنها أحق به من الأب.

بخلاف ما إذا قبلا الكتابة عن أنفسهما، وعن ولدهما صغير، فقتل الولد.. حيث تكون قيمته بينهما، ولا تكون الأم أحق به؛ لأن دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه، والقبول وجد منهما.. فيتبعهما، فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر، وفيما نحن فيه.. لم يدخل بالقبول، وإنما دخل بمجرد التبعية، وفيها: الأم أولى من الأب على ما بيّناه.

(**ولو نكح مكاتب بالإذن**)؛ أي: بإذن المولى (**امرأة زعمت**) تلك المرأة (**أنها حرة**)؛ يعني: أنها ليست حرة في الواقع، بل في زعمها حيث قالت: أنا حرة، (**فولدت**) تلك المرأة المنكوحة من المكاتب، (**فاستحقت**) المرأة (.. **فولدها عبد**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لا يأخذ المكاتب بقيمة يؤديها إلى المستحق عندهما.

(**وعند محمد: حر**)؛ أي: بقيمته، (**وتؤخذ منه**)؛ أي: من المكاتب (**قيمته**)؛ أي: قيمة الولد (**بعد عتقه**) ـ أي: عتق المكاتب له ـ لأنه ولد المغرور؛ لأن المكاتب مغرور من جهتها؛ لأنه ما رغب في نكاحها.. إلا لينال حرية أولاده؛ فإذا كان مغروراً.. كان ولده حراً بالقيمة، فتجب عليه قيمة ولده بعد العتق، على ما في شروح «الجامع الصغير»، واختاره صاحب «الهداية».

لكنه قال في «العناية» نقلاً عن «المبسوط»: إنه يجب على المكاتب قيمة ولده ومهر المرأة في الحال؛ لوجود الإذن من المولى.

والمصنف: اختار رواية شروح «الجامع الصغير» كما ترى، وهكذا ذكره في «الزيلعي».

وإِنْ وَطِىءَ الْمكَاتَبُ أمةً بِمِلْكٍ بِغَيْرِ إِذنِ سَيِّدِهِ فاستحِقَّتْ.. أُخِذَ مِنْهُ عُقْرُهَا فِي الْحَالِ.

ثم قال: وإن تزوج بغير إذن المولى.. يجب على المكاتب قيمة الولد بعد العتق، ثم إذا غرم المكاتب قيمة ولده.. يرجع بها على المرأة بعد عتقها، عند محمد؛ لأن الغرور حصل من جهتها.

ولهما: أنه مولود بين [٥٣٨/ب] رقيقين، والمولود بين رقيقين: رقيق، فالولد رقيق، وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية.

لكنا تركنا هذا الأصل فيما إذا كان الزوج حراً: بإجماع الصحابة، والمكاتب ليس في معنى الحر؛ لأن حق المولى ـ أي: المستحق في الحر ـ مجبور بقيمة واجب في الحال، وفي المكاتب: بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق، فتعذر الإلحاق؛ لعدم المساواة. هكذا ذكره في «الهداية» وغيرها.

واستشكله «الزيلعي»: بأن دين العبد إذا لزمه بسبب إذن المولى فيه.. يظهر في حق المولى، ويطالب به في الحال.

والمفروض هنا: أن الدين صار بإذن المولى، وإنما يستقيم هذا.. إذا كان التزوج بغير إذن المولى؛ لأنه لا يظهر الدين في حق المولى، فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال.

والمسألة التي تلي هذه المسألة تشهد لهذا المعنى. انتهى.

قلت: ويشهد له أيضاً ما ذكرناه من «المبسوط».

(**وإن وطئ المكاتب أمة بملك**)؛ يعني إذا اشترى المكاتب أمة شراء صحيحاً، فوطئها بحكم الشراء وإن لم يجز وطؤها له، (**بغير إذن سيده**)؛ أي: سيد المكاتب، (**فاستحقت**) الأمة (.. **أخذ**) المولى؛ أي: المستحق (**منه**)؛ أي: من المكاتب (**عقرها**)؛ أي: عقر الأمة (**في الحال**)؛ أي: حال الكتابة بلا تأخير إلى ما بعد العتق.

قيد بغير إذن السيد؛ ليعلم منه ما إذا كان الوطء بإذن سيده بطريق الأولى؛ فإن

وَكَذَا: إِنِ اشتراها فَاسِداً فَوَطِئَهَا فَردَّتْ.

وإِن وَطِئَهَا بِنِكَاحٍ.. لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ إِلَّا بعدَ عتقِهِ، ....

لزوم العقر عليه: في الحال فيما إذا كان الوطء بإذن سيده أولى؛ كما إذا كان وطؤه بغير إذن سيده. وهو ظاهر.

(وكذا)؛ أي: يلزمه عقرها في الحال **(إن اشتراها)** شراء **(فاسداً، فوطئها)** بحكم الشراء الفاسد، **(فردت)** الأمة على بائعها.. فإنه يؤخذ من المكاتب عقرها في الحال.

(وإن وطئها بنكاح.. لا يؤخذ منه)؛ أي: من المكاتب عقرها **(إلا بعد عتقه)**؛ أي: عتق المكاتب؛ سواء وطئها بإذن سيده أو بغير إذن سيده.

والفرق بينهما: **أن في الأول** ـ أي: الوطء بحكم الشراء؛ صحيحاً أو فاسداً بإذن مولاه أو بغير إذنه ـ: ظهر الدين في حق المولى؛ لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة، وهذا العقد من توابع التجارة؛ إذ لولا الشراء ولو فاسداً.. لم يسقط الحد عن المكاتب، وما لم يسقط.. لا يجب العقر؛ فإذا كان من توابع التجارة.. ينتظمها عقد الكتابة.

وفي الثاني ـ أي الوطء بحكم النكاح ـ: لم يظهر الدين في حق المولى؛ لأن النكاح ليس من الاكتساب، فلا تنتظمه الكتابة.. فإذن: لم يظهر الدين في حق المولى [٥٣٩/أ] بتأخر العقر إلى ما بعد العتق، بخلاف الأول؛ فإنه لما ظهر الدين فيه في حق المولى.. لم يتأخر إلى ما بعد العتق.

فإن قيل: إن العقر إنما يثبت بالوطء لا بالشراء، والإذن ليس إذناً بالوطء، والوطء ليس في شيء من التجارة حتى تنتظمه الكتابة، فالوطء إذن كان بغير إذن المولى.. فكيف يظهر الدين في حق المولى، وإنما يظهر في حقه: أن لو أَذِنَ في الوطء أو كان الوطء داخلاً تحت الكتابة، وكلاهما مفقودان هنا؟!

فالجواب: أن الوطء مستند إلى الشراء؛ إذ لولاه.. لكان الوطء حراماً بلا شبهة، فيجب به الحد.

وَمِثلُه: الْمَأْذُونُ فِي التِّجَارَةِ.

ولا يثبت به العقر، فيكون الإذن بالشراء إذناً بالوطء دلالة، والوطء نفسه وإن لم يكن من التجارة.. يمكن الشراء منها، فيكون ثابتاً في حق المولى.

(ومثله)؛ أي: ومثل المكاتب **(المأذون)** له **(في التجارة)**؛ يعني: لو تزوج عبد مأذون له في التجارة امرأة زعمت أنها حرة بالإذن، فولدت، فاستحقت.. فالولد رقيق عندهما، وحر بالقيمة عند محمد، وتؤخذ من المأذون قيمته في الحال؛ لأنه مغرور؛ كما تقدم بيانه في المكاتب.

وكذا لو اشترى العبد المأذون له في التجارة أمة شراء صحيحاً أو فاسداً، فوطئها بإذن سيده أو بغير إذنه، ثم استحقت الأمة أو ردت بحكم الفساد.. وجب عليه العقر في الحال.

ولو وطئها بحكم النكاح.. وجب عليه العقر بعد العتق، كما في المكاتب بعينه.

* * *

وَإِذا مَضَتْ على الْكِتَابَةِ.. أَخذَتْ مِنْهُ عُقرَهَا.

وَإِن مَاتَ الْمولى.. عتقَتْ، وَسَقَطَ عَنْهَا الْبَدَلُ.

وَإِنْ مَاتَتْ وَتركَتْ مَالاً.. أُدِّيتْ مِنْهُ كِتَابَتُهَا، وَمَا بَقِي: مِيرَاثٌ لابنها.

وَلَا يثبتُ نسبُ مَن تلدُهُ بعدَه بِلَا دَعْوَةٍ، بل هُوَ مثلُهَا فِي الحكمِ.

يحتاج فيه إلى تصديق الابن؛ لأن له أن يتملك مال ولده للحاجة، فيتملكها قبل الاستيلاد بطريق الاقتضاء، فلا يحتاج إلى تصديقه، والولد حر؛ لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها، والدعوة منه كالتحرير.

(وإذا مضت) المكاتبة **(على الكتابة.. أخذت)** المكاتبة **(منه)**؛ أي: من مولاها **(عقرها)**؛ أي: مهر مثلها؛ لاختصاصها بنفسها ومنافعها؛ لأنها صارت أخص بإجرائها؛ توسلاً إلى المقصود من الكتابة.

(وإن مات المولى) بعد مضيها على الكتابة **(.. عتقت)** بالاستيلاد، **(وسقط عنها البدل)**؛ أي: بدل الكتابة؛ لأنها ما التزمت البدل إلا لتُسلَم لها نفسُها بمقابلته بجهة الكتابة؛ فإذا سلمت لها بجهة أخرى.. لم ترض بتسلمه له أو لورثته مجاناً، فلا يجب عليها. وسيأتي زيادة تفصيله.

(وإن ماتت) المكاتبة **(وتركت مالاً.. أديت منه)**؛ أي: من ذلك المال **(كتابتها، وما بقي.. ميراث لابنها)**؛ جرياً على موجب الكتابة.

وأن لم تترك مالاً.. فلا سعاية على الولد؛ لأنه حر.

(ولا يثبت نسب من تلده بعده)؛ أي: بعد الولد الأول **(بلا دعوة)** جديدة؛ لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرمة الوطء، وهذه محرمة الوطء؛ لأنها مكاتبة، فلا بد من الدعوة أيضاً.

(بل هو)؛ أي: الولد للثاني.

(مثلها)؛ أي: مثل المكاتبة؛ لأنه مكاتب تبعاً لها **(في الحكم)**.

(فَصْلٌ)

وَإِذا ولدتِ الْمُكَاتَبَةُ مِن مَوْلَاهَا.. مَضَتْ على الْكِتَابَة، أَو عجَّزَتْ نَفسَهَا وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ.

(فَصْلٌ)

(وإذا ولدت المكاتبة من مولاها)، وذلك بأن ادعاه المولى **(.. مضت على الكتابة أو عجَّزت)** ـ من التعجيز ـ **(نفسها، وهي أم ولده)**، يعني: أنها مخيرة بين المضي على الكتابة وبين قبول الرق بالعجز.

فإن مضت فيها أو عجزت.. صارت أم ولد لمولاها؛ سواء صدقته إذا ادعى أو كذبته؛ لأن للمولى حقيقة الملك في رقبتها، ولها حق الملك، والحقيقة: أقوى من الحق، فثبتت من غير تصديق.

وإنما خيرت؛ لأنها لما صارت أم ولد له.. تلقاها هنا حرية:

عاجلة: ببدل الكتابة.

وآجلة: بغير بدل وهي أمومية الولد، فتختار أيهما شاءت.

ونسب ولدها ثابت بالدعوة من المولى بلا حاجة إلى تصديقها لما ذكرناه؛ سواء جاءت به لستة أشهر أو لأكثر، ولأن المكاتب إذا ادعى نسب ولد مكاتبته.. يثبت نسبه منها، فلأن يثبت من المولى: أولى؛ لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته.

بدليل: جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب.

بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية المكاتب.. حيث لا يثبت النسب من المولى [٥٣٩/ب]، إلا إذا صدقته المكاتبة؛ لأنه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة، وإنما له حق التملك، فيحتاج فيه إلى تصديق المكاتبة.

بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية أبيه.. حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى، ولا

وَالْمُدبَّرُ يسْعَى فِي بدلِ كِتَابَتِهِ، أَو ثُلُثَي قِيمَته إِن كَانَ مُعسراً.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يسْعَى فِي الْأَقَلِّ مِنَ الْبَدَلِ، أَو ثُلُثَي قِيمَتِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يسْعَى فِي الْأَقَلِّ مِن ثُلُثَي الْبَدَلِ أَو ثُلُثَي الْقِيمَةِ.

بالنسبة إلى البدل، لكنها بقيت في حق الأولاد والأكساب، فتعتق الأولاد ويخلص لها الأكساب بعد موت المولى.

يعني: أن الكتابة وإن انفسخت في حق نفسها بالنسبة إلى البدل.. لكنها بقيت بالنسبة إلى الأولاد والأكساب؛ لأن الفسخ للنظر لها في فسخها في حق نفسها، وفي بقائها في حق أولادها وسلامة أكسابها، فتجعل كأنها عتقت بالإيفاء في حق الأولاد والأكساب.

لو أدت أم الولد بدل الكتابة قبل موت المولى.. عتقت بالكتابة؛ لأنها باقية بعد، **(والمدبر يسعى)**؛ يعني: إن كانت مدبرة أو أم ولده ومات المولى قبل الأداء.. فأم الولد عتقت مجاناً، والمدبر يسعى. **(في بدل كتابته)** تماماً، **(أو)** يسعى **(ثلثي قيمته)** مدبراً **(إن كان)** المولى **(معسراً)** لا مال له سواه. هذا عند أبي حنيفة.

(وعند أبي يوسف: يسعى في الأقل من البدل أو ثلثي قيمته).

(وعند محمد: يسعى في الأقل من ثلثي البدل أو ثلثي القيمة).

والخلاف ههنا في موضعين: في الخيار والمقدار.

فأبو يوسف: مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد: في نفي الخيار.

أما الكلام في الخيار: فمبني على تجزؤ الإعتاق وعدم التجزؤ.

فعند أبي حنيفة: لما كان متجزئاً.. بقي ما وراء الثلث عبداً، وبقيت الكتابة على ما كانت قبل عتق الثلث، فتوجه لعتقه جهتان:

جهة الكتابة: وهي مؤجلة.

وجهة السعاية: وهي معجلة.

فيخير بينهما؛ للتفاوت بين الأمرين؛ لأن في التخيير فائدة؛ لجواز أن يكون أكثر

وَإِن كَاتبَ مدبَّرَهُ أَو أمَّ وَلَدِهِ.. صَحَّ.

فَإِن مَاتَ.. عُتِقَتْ مجَّاناً.

حتى إذا عجَّزت نفسها بعد الولد الأول وولدت ثانياً ولد آخر في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز.. ثبت نسبه من المولى بمجرد الدعوة من غير تصديق.

إلا إذا نفاه صريحاً كسائر أمهات الأولاد.

ولو لم يدَّعِ الولد الثاني، وماتت من غير وفاء.. سعى هذا الولد في بدل الكتابة؛ لأنه مكاتب تبعاً لهما.

ولو مات المولى بعد ذلك.. عتق وبطل عنه السعاية.

(وإن كاتب) المكاتب **(مدبره أو أم ولده.. صح)**؛ لأن ملكه ثابت في كل واحد منهما، وأم الولد وإن كانت غير متقومة عند أبي حنيفة.. إلا أن عقد الكتابة يرد على المملوك؛ لحاجة المملوك إلى التوصل:

إلى ملك اليد والمكاسب في الحال.

أو إلى حرية الرقبة في المآل بعد أداء البدل.

وأم الولد في هذه الحاجة كغيرها؛ لأنها مملوكة يداً ورقبةً، فيتحقق فيها حكم الكتابة، فتملك ما يملك المكاتب في الحال والمآل.

فإن قيل: إن الكتابة تقتضي العتق ببدل، وأمومية الولد تقتضيه بلا بدل، والعتق الواحد لا يثبت بهما.. فكانا متنافيين.

فالجواب: أنه لا تنافي [٥٤٠/أ] بينهما؛ لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل.

(فإن مات) المولى **(.. عتقت)** أم الولد بالاستيلاد؛ لتعلق عتقها بموت السيد **(مجاناً)**؛ لأن الغرض من إيجاب البدل: العتق عند الأداء؛ فإن أعتقت قبله.. لم يمكن توفير الغرض عليه، فسقط البدل وبطلت الكتابة؛ لامتناع إبقائهما بلا فائدة

المالين: أيسر عليه باعتبار الأجل، وأقلهما: أعسر عليه أداء؛ لكونه حالاً، فكان في التخيير بينهما فائدة.

وإن كان جنس المالين متحداً؛ بأن كانا درهماً أو ديناراً.

وعندهما: لما عتق كله بعتق ثلثه؛ لعدم تجزؤ الإعتاق عندهما..، بطلت الكتابة؛ لعدم بقاء المحل، وبطل الأجل أيضاً؛ لأنه كان لأجل الكتابة.

وقد بقي عليه أصل الدين غير مؤجل؛ لأن عتق بعضه ـ وهو الثلث ـ حصل بطريق الوصية؛ لكون التدبير: وصية، وعتق بعضه بطريق الوصية.. لا يسقط عنه بدل الكتابة؛ كما لو أعتقه المولى في مرض موته ولا مال له غيره.. فإنه يعتق كله عندهما، ولا يسقط عنه بدل الكتابة.

وإذا بقي عليه بدل الكتابة حالًا، أو وجب عليه [٥٤٠/ب] ثلثا القيمة بالتدبير حالاً.. وجب عليه مآلاً، فيلزمه أقلهما من غير تخيير؛ إذ لا فائدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد؛ كما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين.. فإنه يلزمه الأقل بلا خيار بالاتفاق، فكذا هذا.

والفرق لأبي حنيفة: أن البدلين في هذه المسألة ـ أعني: الألف والألفين ـ: حال، وأنهما من جنس واحد، فيجب الأقل لتيقنه؛ إذ لا فائدة في التخيير؛ لعدم الأجل.

وفيما نحن فيه: أحدهما: مؤجل.. فيفيد التخيير على ما ذكرناه.

وأما الكلام في المقدار:

فعندهما: لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء.

وعند محمد: يسقط عنه ثلثه؛ لأن الكتابة صادفت كله، فيكون البدل مقابلاً بكله، وقد عتق ثلثه بالتدبير.. فيبطل ما بإزائه من البدل.

ألا ترى: أنه لو عتق كله بالتدبير وكان يخرج من الثلث.. سقط عنه كل البدل، فكذا إذا عتق ثلثه.. وجب أن يسقط عنه ثلثه اعتباراً للجزء بالكل؛ فصار كما لو

وَإِن دبَّرَ مكَاتَبَهُ.. صَحَّ، وَمضى عَلَيْهَا ....

تقدمت الكتابة على التدبير.. فإنه يسقط عنه الثلث بالاتفاق على ما سيأتي.

ولهما: أن المال قوبل بما تصح مقابلته وبما لا تصح مقابلته به معاً، فانصرف كله إلى ما تصح مقابلته وهو الثلثان؛ لأن الثلث لما استحق بالتدبير.. لم يصح مقابلته المال؛ كرجل طلق امرأته طلقتين، ثم طلقها ثلاثاً بألف.. فإن الألف كله ينصرف إلى الطلقة الواحدة؛ لأن الطلقتين لما وقعتا أولاً.. لم تصح مقابلة المال بهما، فينصرف المال إلى ما يصح المقابلة به وهو الطلقة الواحدة.

ففيما نحن فيه: لما أوجب التدبير استحقاق ثلث رقبته.. لم يتصور استحقاق ذلك الثلث بالكتابة؛ لأن الكتابة توجب ثبوت ما لم يثبت، وقد ثبت استحقاقية الثلث بالتدبير أوّلاً، فلم يبق محلاً للكتابة حتى يكون في مقابلة شيء من بدل الكتابة؛ فإذا كان بدل الكتابة كله في مقابلة الثلثين.. لم يسقط شيء منه.

بخلاف ما لو دبر مكاتبه؛ لأن البدل هناك مقابل الرقبة؛ فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير.. سقط حصته من بدل الكتابة بقدره على ما سيأتي.

أما هنا: فالكتابة وقعت بعد التدبير، ومالية الثلث قد سقطت، فكان البدل بأداء الثلثين.

إنما قيد بكونه معسراً؛ لأن المولى إذا مات موسراً بحيث يخرج المدبر من ثلثه.. فإنه يعتق بالتدبير ويسقط عنه بدل الكتابة.

(وإن دبر مكاتبه.. صح) التدبير؛ لأنه يملك تنجيز العتق فيه، فيملك تعليقه بالموت؛ لأنه مالك رقبة، والتصرف نافع له؛ لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجاناً، أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة [٥٤١/أ]؛ أعني: التدبير.

(ومضى عليها)؛ أي: على الكتابة، فيعتق بأداء بدل الكتابة لو لم يمت المولى قبل أداء الكتابة، وإن مات قبله.. عتق مجاناً بحكم التدبير.

أَو عجّزَ نَفسَهُ، وَصَارَ مُدبراً؛ فَإِن مضى عَلَيْهَا فَمَاتَ سَيِّدُهُ مُعسراً.. يسْعَى فِي ثُلثَي الْبَدَلِ أَو ثُلثَي قِيمَتِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: يسْعَى فِي الْأَقَلِّ مِن ثُلثَي كلٍّ مِنْهُمَا.

وَإِن أَعتق مكَاتبَهُ.. عَتَقَ، وَسقطَ عَنهُ بدلُ الْكِتَابَةِ.

(**أو عجّز**) من التعجيز (**نفسه**) من بدل الكتابة (**وصار مدبراً..**) فيعتق عند موت المولى؛ لوجود المقتضي، وهو التدبير.

يعني: أن هذا المدبر مخيّر بين أمرين:

- (**فإن مضى عليها**)؛ أي: على الكتابة، (**فمات سيده معسراً**)؛ أي: فقيراً لا مال له غيره (.. **يسعى في ثلثي البدل**)؛ أي: بدل الكتابة، (**أو ثلثي قيمته**).

عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يسعى في الأقل من ثلثي كل منهما**)؛ أي: من البدل والقيمة.

والكلام هنا في موضعين:

أحدهما: في الخيار، فالخلاف فيه مبني على تجزؤ الإعتاق وعدم تجزئه، على ما ذكرناه في المسألة الأولى.

وثانيهما: في المقدار، ولا خلاف فيه، بل هو اتفاقي؛ لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة؛ إذ لم يستحق شيئاً من الحرية قبل ذلك؛ فإذا عتق بعض الرقبة مجاناً بعد ذلك بالتدبير.. سقط حصته من بدل الكتابة.

بخلاف ما إذا تقدم التدبير؛ لأنه سلم بالتدبير.. فيكون بدل الكتابة مقابلاً بما لم يسلم له، وهو الثلثان.

- (**وإن أعتق مكاتبه.. عتق**)؛ لقيام الملك فيه، (**وسقط عنه**)؛ أي: عن المكاتب (**بدل الكتابة**)؛ لأنه التزمه ليحصل العتق، وقد حصل بدونه، وكذا المولى كان يستحق ذلك البدل في مقابلة التحرير، وقد فات ذلك التحرير بالإعتاق مجاناً.

فإن قيل: الكتابة لازمة في جانب المولى.. فلا تقبل.

وَإِن كُوتِبَ على أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ، فَصَالحَ على نصفِهِ حَالّاً.. صَحَّ.

أجيب: بأن الكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضى العبد، واللزوم على المولى كان لتعلق حق العبد؛ فإذا رضي بالفسخ.. فقد أسقط حقه؛ كما لو باعه المولى أو أجره برضاه، والظاهر: رضاه؛ توسلاً إلى عتقه بغير بدل؛ فإنه إذا رضي به ببدل.. فبلا بدل يكون أرضى.

(**وإن كوتب**) العبد (**على ألف مؤجل**) إلى سنة مثلاً، (**فصالح**) المولى (**على نصفه**)؛ أي: نصف الألف المؤجل حال كون ذلك النصف (**حالاً.. صح**) الصلح استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز؛ لأن هذا الصلح اعتياض عن الأجل بخمسمائة من بدل الكتابة، والأجل: ليس بمال، وخمسمائة؛ مال؛ لأنه دين، والدين مال، والاعتياض عن غير المال بالمال.. ليس بجائز؛ لأنه ربا.

فإن قيل: فليكن خمسمائة بدلاً عن ألف لا عن الأجل، فيكون اعتياضاً عن المال بما هو مال؛ لأن الألف مال أيضاً.

قلنا: هذا ليس بجائز أيضاً؛ لأنه ربا.

فإن قيل: فليكن هذا إسقاطاً لبعض الحق، وهو: خمسمائة أخرى.

قلنا: الإسقاط إنما يتحقق [في المستحق][1]، والألف لم تكن قبل حلول الأجل متحققةً [٥٤١/ب].. فلا يكون إسقاطاً.

ولهذا.. لو كان لرجل دين مؤجل على حر آخر أو على مكاتب الغير، فصالحه على نصفه.. لم يجز؛ لكونه ربا.

وجه الاستحسان: أن الأجل في حق المكاتب: مال من وجه؛ لأنه لا يقدر على أداء البدل إلا به، فأعطي له حكم المال، وبدل الكتابة: مال من وجه؛ حتى لا تصح

---

(١) زيادة من «البناية شرح الهداية» (١٠/٤١٧).

وَإِنْ مَاتَ مَرِيضٌ كَاتَبَ عبداً قِيمَتُهُ أَلْفٌ على أَلْفَيْنِ إِلَى سنةٍ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ وَلم تُجِزِ الْوَرَثَةُ.. أَدَّى العَبْدُ ثُلثَي الْبَدَلِ حَالّاً، وَالْبَاقِي إِلَى أَجلِهِ، أَو رُدَّ رَقِيقاً.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يُؤَدِّي ثُلُثَي قِيمَتِهِ لِلْحَالِ، وَالْبَاقِي إِلَى أَجلِهِ، أَو يُردُّ رَقِيقاً.

الكفالة به فاعتدلا، وكان اعتياضاً عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه، وقد اختلف الجنس.. فلم يكن ثمة ربا.

(**وإن مات مريض كاتب**) صفة مريض (**عبداً له، قيمته: ألف، على ألفين إلى سنة، ولا مال له**)؛ أي: للمريض المتوفى (**غيره**)؛ أي غير: المكاتب (**ولم تجز الورثة**) كتابته (**.. أدى العبد**) المكاتب (**ثلثي البدل**)؛ أي: الألفين، وهو: ألف وثلاث مئة وثلاثون درهماً وثلث درهم (**حالّاً والباقي**)؛ أي: الثلث وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم (**إلى أجله، أو رد رقيقاً**). عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: يؤدي ثلثي قيمته**)؛ أي: الألف (**للحال، والباقي إلى أجله، أو يرد رقيقاً**)؛ لأن المريض ليس له التأجيل في ثلثي القيمة؛ إذ لا حق له فيه، وفي ثلثها والزائد عليها: يصح له الترك بأن يكاتبه على ثلثي قيمته فيصح له التأجيل أيضاً؛ لأن من له ترك شيء.. له ترك وصفه أيضاً، والتعجيل وصفه، فيجوز له تركه إلى التأجيل.

فعلى هذا.. يكون المراد بالباقي: ثلث القيمة وما زاد على القيمة، لا الثلث فقط.

وإليه أشار في «العناية»؛ حيث قال معترضاً على «الهداية»: لو قال: لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرهما.. لكان أحسن. انتهى.

ولهما: أن جميع المسمى ـ وهو الألفان ـ بدل الرقبة لا صلة، مثل بدل الخلع؛ حتى أجري عليه أحكام البدل من: جواز البيع بالمرابحة، وجواز الأخذ بالشفعة فيما إذا كان بدل الكتابة وأراد بدل الرقبة، يتعلق به حق الورثة؛ لتعلقه بالمبدل؛ فإن

وَإِن كَاتَبَهُ على أَلْفٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ وَلم يجيزوا.. أَدّى ثُلثَي الْقِيمَةِ لِلْحَالِ، أَو رُدَّ إِلَى الرِّقِّ اتِّفَاقاً، وَمِثلُهَا: البيعُ.

المبدل لما كان مالاً متقوماً.. كان حكم بدله حكمه، فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة؛ لتعلقه بالمبدل، وما يتعلق به حق الورثة.. جاز للمريض إسقاط ثلثه، فيجوز تأجيله؛ لأنه إسقاط معنى.

(**وإن كاتبه**)؛ أي: المريض كاتب عبده (**على ألف**) إلى سنة (**وقيمته ألفان، ولم يجيزوا.. أدّى ثلثي القيمة للحال، أو رد إلى الرق اتفاقاً**)؛ لأن المحاباة هنا حصلت في القدر والتأخير، فاعتبر الثلث فيهما.

يعني: أنه لما أسقط أحد الألفين من القيمة وأجل الآخر وهو المراد بالمحاباة فيهما.. صح له التصرف في [٥٤٢/أ] ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير، ولما سقط ذلك الثلث.. لم يبق له التأخير أيضاً؛ لعدم بقاء المحل للتأخير، ولم يصح تصرفه في ثلثيهما؛ لا في حق الإسقاط، ولا في حق التأخير؛ لعدم حق التصرف له فيهما، فتعلق حق الورثة لهما.

وفرق محمد بين هذه المسألة والمسألة الأولى:

بأن الزيادة على القيمة في المسألة الأولى كانت حق المريض بالكتابة؛ حتى كان يملك إسقاطها بالكلية بأن يبيعه بقيمته، فتأخيرها أولى؛ لأنه أهون من الإسقاط.

وهنا: وقعت الكتابة عن أقل من قيمته.. فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله؛ لأن حق الورثة تعلق بجميعه، بخلاف الأول.

(**ومثلها**)؛ أي: مثل كتابة المريض المذكور في الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد: (**البيع**)؛ أي: بيع المريض.

ولو ذكر هذا قبل المسألة الثانية الاتفاقية.. لكان أحسن، على ما وقع في «الهداية»؛ يعني: أن المريض إذا باع داراً قيمتها ألف بثلاثة آلاف إلى سنة، ثم مات ولا مال له غيرها، ولم تجز الورثة.. فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يقال للمشتري:

وَإِن كَاتبَ حرٌّ عَن عبدٍ بِأَلفٍ وأَدَّى عَنهُ.. عَتَقَ، وَلَا يرجِعُ بِهِ عَلَيْهِ.

وإِنْ قَبِلَ العَبْدُ.. فَهُوَ مكَاتبٌ.

إما أن تعجل ثلثي جميع الثمن ثلاثة آلاف، والثلث عليك إلى أجله، وإلا.. فانقض البيع.

وعند محمد: يقال له: إما أن تعجل ثلثي القيمة ألفاً والباقي عليك إلى أجله، وإلا فانقض البيع؛ لأن محاباة المريض بالأجل: تعتبر في جميع الثمن.

ووصيته: من الثلث عندهما؛ لأن التأجيل: تبرع من المريض، وتبرع المريض يعتبر من الثلث، وجميع الثمن هنا بدل رقبة الدار؛ بدليل: أنه يثبت فيه أحكام البدل من جريان بيع المرابحة على جميع الثمن، والأخذ بالشفعة بكل الثمن إذا كان البدل داراً، لا صلة مثل بدل الخلع، فيتعلق به حق الورثة كما تعلق بالبدل، فيعتبر تبرعه من الثلث الذي لم يتعلق به حق الورثة.

وعن أبي حنيفة: الأجل فيما زاد على القيمة: يصح من رأس المال ويعتبر من الثلث في قدر القيمة.

هذا، ولما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل في الكتابة.. شرع في ذكر أحكام تتعلق بالنائب فيها، فقال: **(وإن كاتب حر)**؛ أي: قبل الكتابة **(عن عبد)** لرجل **(بألف، وأدى)** الحر ذلك الألف **(عنه)**؛ أي: عن العبد **(.. عتق)** العبد **(ولا يرجع)** الحر **(به)**؛ أي: بالألف الذي أداه **(عليه)**؛ أي: على العبد؛ لأنه متبرع فيه.

(وإن قبل العبد.. فهو مكاتب).

قال في «الجامع الصغير»: وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم؛ فإن أدى عنه.. عتق، وإن بلغ العبد وقبل.. فهو مكاتب.

واختلف شارحوه في تصويره:

فقال [٥٤٢/ب] **بعضهم**: هو أن يقول الحر لمولى العبد: كاتب عبدك فلاناً على ألف درهم، على أني إن أديت إليك ألفاً، فهو حر، فكاتبه المولى على هذا الشرط

وقبله الحر عنه، ثم أدى الحر ألفاً.. فإنه يعتق بأدائه بحكم الشرط؛ فإنه لما علق عتقه بأدائه.. عتق بأدائه؛ لوجود الشرط من غير حاجة إلى قبول العبد وإجازته؛ كما إذا علقه بغيره من الشروط فوجد الشرط.. فإنه يعتق بوجود الشرط.

وإذا بلغ هذا العبد، فقبله العبد حين بلغ.. صار مكاتباً؛ لأن كتابته كانت موقوفة على إجازته وقبوله، فصارت إجازته في الانتهاء: كقبوله في الابتداء.

ولو قبلها في الابتداء أو وكل به.. كان ينفذ عليه، فكذا إذا أجازه في الانتهاء.

يعني: أن هذا العقد:

نافذ في حق ما للعبد من حرمة بيعه، ونفوذ عتقه بأداء هذا الحر.

وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البدل؛ لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك، فيتوقف على إجازة من له الإجازة؛ فإذا قبله.. كان ذلك إجازة منه، فيصير مكاتباً؛ لأن الإجازة في الانتهاء.. كالإذن في الابتداء.

وإن رده العبد ولم يقبله، وأدى عنه ذلك الحر.. لا يجوز؛ لأن العقد ارتد برده.

ولو ضمن الحر.. لم يلزمه شيء؛ لأن الضمان ببدل الكتابة لا يجوز.

ثم لو أدى الحر البدل عنه.. يعتق العبد، ولا يرجع الحر عليه بشيء؛ لأنه متبرع فيه، وحصل له مقصوده - وهو عتق العبد - فصار كما لو تبرع بأداء الثمن عن المشتري.

وهل يرجع على المولى ويسترد ما أداه؟

إن أداه بضمان.. يرجع؛ لأن ضمانه كان باطلاً؛ لأنه ضمن غير الواجب.

وإن أداه بغير ضمان.. لا يرجع؛ لأنه تبرع به ليحصل له العتق.

هذا إذا أدى بدل الكتابة كله، وإن أدى عنه بعضه.. فله أن يرجع؛ سواء أدى بضمان أو بغير ضمان؛ لأنه لم يحصل له غرضه - وهو: العتق - فكان حكم الأداء موقوفاً، فيرجع.

وَإِن كَاتَبَ عبداً عَن نَفسِهِ، وَعَن آخرَ غَائِبٍ فَقبِلَ.. صَحَّ، وَقبُولُ الْغَائِبِ وردُّه لَغْوٌ، وَيُؤْخَذُ الْحَاضِرُ بِكُلِّ الْبَدَلِ، وَلَا يُؤْخَذُ الْغَائِبُ بِشَيْءٍ، ....

وقال بعضهم: هو أن يقول: كاتب عبدك على ألف درهم، ولم يقل: على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر، فأدى.. عتق استحساناً لا قياساً؛ لأنه لا شرط؛ حتى يعتق بوجود الشرط، والعقد موقوف.

وجه الاستحسان: أنه لا ضرر للعبد الغائب في توقف العتق على أداء ذلك الحر، فيصح العقد في حق هذا الحكم، ويتوقف في لزوم الألف على العبد.

(**وإن كاتب**) المولى (**عبداً عن نفسه**)؛ أي: عن نفس العبد (**وعن**) عبد (**آخر**) له (**غائب، فقبل**) الحاضر (.. **صح**) العقد.

(**وقبول**) العبد (**الغائب ورده: لغو**)؛ لأن الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله.. فلا يعتبر بعد ذلك قبوله [٥٤٣/أ]، ولا رده.

يعني: إذا قال العبد لمولاه: كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب، ففعل المولى.. جاز استحساناً.

والقياس: أن تصح على نفسه؛ لولايته عليها، وتتوقف في حق الغائب؛ لعدم الولاية عليه؛ كمن باع عبده وعبد غيره، أو زوج أمته وأمة غيره.

ووجه الاستحسان: أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء: جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً، والكتابة على هذا الوجه مشروعة؛ كالأمة إذا كوتبت.. دخل أولادها في كتابتها تبعاً؛ حتى عتقوا بأدائها، وليس عليهم من البدل شيء.

وإذا صح العقد على هذا الوجه.. لا يكون على الغائب من البدل شيء.

(**ويؤخذ الحاضر بكل البدل، ولا يؤخذ الغائب بشيء**)؛ لأن التبع في العقد لا شيء عليه عند وجود الأصل فيه.

وَأَيُّهمَا أَدّى.. أُجبِرَ الْمولى على الْقَبُولِ، وعتقا، وَلَا يرجعُ أَحدُهمَا على الآخرِ.

(**وأيهما**) من الحاضر والغائب (**أدى**) البدل (.. **أجبر المولى على القبول**)؛ يعني: يحكم بعتقه بالتخلية بين المال والمولى؛ سواء أخذ المولى أو لا، وسواء كان المخلى هو الحاضر أو الغائب.

أما الحاضر.. فلكون البدل عليه، وأما الغائب.. فلأنه ينال شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه.

وهذا كمن استعار من رجل ثوباً ليرهنه بدينه، فرهنه، ثم إذا أدى المعير الدين للمرتهن لفكاك عينه.. يجبر المرتهن على القبول؛ لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه.

(**وعتقا**)؛ أي: الحاضر والغائب؛ لوجود شرط العتق وهو أداء بدل الكتابة.

(**ولا يرجع أحدهما على الآخر**).

أما الحاضر: فلأنه قضى ديناً عليه، ومثله لا يرجع على آخر.

وأما الغائب: فلأنه متبرع في أداء غيره مضطر إليه، ومثله أيضاً لا يرجع.

فإن قيل: إن الغائب كمعير الرهن على ما تقدم آنفاً، ومعير الرهن مضطر في الأداء، ولهذا.. كان يرجع على المستعير بما أدى، فكيف يكون غير مضطر إليه؟

أجيب: بأنه مثل معير الرهن في جواز الأداء من غير دين عليه، لا في الاضطرار؛ فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل، وههنا ليس كذلك، إنما هو لعرضية أن تحصل له الحرية، وهذا كما يقال: عدم الربح، لا يسمى حراماً.

فإن قيل: حق الحرية حاصل له بالكتابة بما فاته لو لم يؤد، فكأنه مضطر إليه.

أجيب: بأنه متوهم، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً.. فلا يثبت به، ثم المولى إذا أعتق الغائب.. يسقط عن الحاضر حصته من البدل؛ لأن الغائب دخل في العقد مقصوداً، فكان البدل منقسماً [٥٤٣/ب] عليهما وإن لم يكن مطالباً به.

وَكَذَا لَو كاتبَهُما مَعاً، وَلَا يعْتِقُ أَحدُهمَا بأَدَاءِ حِصَّتِهِ.

بخلاف الولد المولود في الكتابة.. حيث لا يسقط عن الأم شيء من البدل بإعتاق المولى الولد؛ لأنه لم يدخل في العقد مقصوداً إذا لم يكن يوم العقد موجوداً، وإنما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعاً لها.

وكذا: ولدها المشترى.

ولو أبرأ المولى الغائب أو وهبه مال الكتابة.. لا يصح؛ لعدم وجوبه عليه.

ولو أبرأ الحاضر أو وهب له البدل.. صح وعتقا جميعاً.

بخلاف ما لو أعتق الحاضر.. حيث لم يعتق الغائب، بل سقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدي الغائب حصته حالاً، وإلا.. رد في الرق.

بخلاف الولد المولود في الكتابة.. حيث يبقى على نجوم والده إذا مات. كذا في «الزيلعي».

(**وكذا**)؛ أي: صح (**لو كاتبهما معاً**)؛ أي: لو كاتب المولى عبديه كتابة واحدة.. صح.

(**ولا يعتق أحدهما بأداء حصته**)؛ يعني: لو كاتب رجل عبديه كتابة واحدة بألف.. وذلك على وجهين:

أحدهما: أن يكاتبهما على أنهما إن أديا الألف عتقا، وإن عجزا ردا إلى الرق.. صح العقد وعتقا معاً بأداء الكل؛ حتى لو أدى أحدهما حصته من البدل.. لا يعتق عندنا؛ لأنه علق عتقهما في كتابة واحدة بأدائهما كل البدل، فلا يعتق أحدهما بدون كمال الشرط؛ كما لو قال: إن دخلتما هذه الدار فأنتما حران..لا يعتق أحدهما بدخول واحد منهما وحده، وفيه خلاف زفر.

وثانيهما: أن يكاتبهما معاً على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر.. صح أيضاً في الاستحسان، ويجعل كل واحد منهما أصيلاً في وجوب الألف عليه،

بِخِلَافِ مَا لَو كَانَا لاثنين.

وَلَو عجَّزَ أَحدُهُمَا ثمَّ أَدّى الآخرُ الْكلَّ.. عتقا.

ويكون عتقهما معلقاً بأدائه، ويجعل كفيلاً بأدائه بألف في حق صاحبه؛ تصحيحاً لتصرفهم؛ لحاجتهم إلى الخروج عن الرق.

وإذا كان كذلك؛ فأحدهما أدى الألف جميعاً.. عتقا؛ لوجود الشرط، ويرجع على صاحبه بنصف ما أدى؛ لأنه قضى ديناً عليه بأمره، فيرجع عليه تحقيقاً للمساواة.

ولو أعتق المولى أحدهما قبل الأداء.. عتق وسقطت حصته، ويبقى على الآخر النصف، ويأخذه المولى من أيهما شاء:

من المعتق: بالكفالة.

ومن صاحبه: بالأصالة، كذا في «الاختيار».

وكلام المصنف يحتمل الصورتين.

(**بخلاف ما لو كانا**)؛ أي: العبدان (**لاثنين**) وكاتباهما بألف كتابة واحدة.. فإن كل واحد منهما يكاتب بحصة نفسه لا حصة الآخر، ويعتق بأدائهما؛ لأن كل واحد منهما إنما استوجب البدل على مملوكه، ويعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن شرطه معتبر [٥٤٤/أ] في حقهما؛ لأنهما مملوكاه. كذا في «الاختيار».

(**ولو عجز أحدهما: ثم أدى الآخر الكل**)؛ أي: كل البدل (**.. عتقا**).

قال في «الاختيار»: فإن عجز أحدهما فرد إلى الرق؛ إما بتصالحهما، أو رده القاضي، ولم يعلم الآخر ذلك، ثم أدى الآخر جميع الكتابة.. عتقا؛ لأنهما كشخص واحد.

ألا ترى: أنهما لا يعتقان إلا بأداء الجميع، فكذا لا يردان إلا بعجزهما، ولأن

وَإِن كاتَبَتْ أمةٌ عَنْهَا وَعَن صغيرَينِ لَهَا.. جَازَ، وَأيٌّ أدّى.. أُجبِرَ الْمولى على الْقَبُولِ، وعتقوا، وَلَا يرجعُ على غَيرِهِ.

الغائب يتضرر بهذا القضاء؛ لأنه لو نفذ.. تسقط حصته من البدل، ولا يعتق بأداء حصته. انتهى.

(**وإن كاتبت أمة عنها**)؛ أي: عن نفسها، (**وعن صغيرين لها**)؛ أي: للأمة (**..جاز**) استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز إلا عن نفسها؛ لولايتها على نفسها لا عن صغيرين؛ لعدم ولايتها عليهما.

وجه الاستحسان: أن المولى خاطب الأمة قصداً وجعل الصغيرين تبعاً لها، والكتابة على هذا الوجه: مشروعة، حتى عتقوا جميعاً بأداء الأمة، وليس على الصغيرين شيء من البدل كما في المسألة المتقدمة.

(**وأيٌّ**) من الأمة والصغيرين (**أدى**) الكتابة (**.. أجبر المولى على القبول وعتقوا، ولا يرجع**) المؤدي (**على غيره**).

أما الأمة: فلأنها أدت ما عليها من الدين.

وأما الصغيران: فلأنهما تبرعا، والمتبرع لا يرجع.

واعلم: أن وضع المسألة في الأمة: إشارة إلى أن الحكم في العبد والأمة سواء؛ فإنه لو وضعها في العبد.. لربما توهم: أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما، فلا يجوز ذلك في الأمة؛ لعدم ولاية الأم على الولد؛ حرة أو أمة، بل طريق جواز العقد في الأولاد بطريق التبعية استحساناً، لا بطريق الولاية.

* * *

(بَابُ كِتَابَةِ العَبْدِ الْمُشْتَرَكِ)

وَلَو أَذنَ أَحدُ شَرِيكَيْنِ فِي عبدٍ للْآخرِ أَن يُكَاتِبَ حِصَّتَهُ مِنْهُ بِأَلْفٍ وَيقبضَ الْبَدَلَ، فَفعلَ وَقبضَ الْبَعْضَ، فعجزَ الْمكَاتبُ.. فالمقبوضُ للقابضِ خَاصَّةً، وَقَالَا: بَينهمَا ....

(بَابُ كِتَابَةُ العَبْدِ المُشْتَرَكِ)

(**ولو أذن أحد شريكين في عبد**) متعلق بشريكين (**للآخر**) متعلق بـ«أذن».

(**أن يكاتب حصته**)؛ أي: حصة الآخر، وهو المأذون له (**منه**)؛ أي: من العبد (**بألف**) متعلق بـ «يكاتب» (**ويقبض البدل، ففعل**)؛ أي: كاتبه (**وقبض البعض**)؛ أي: بعض البدل وهو الألف، (**فعجز المكاتب.. فالمقبوض للقابض خاصة**). عند أبي حنيفة.

(**وقالا: بينهما**)؛ أي: العبد مكاتب بينهما وما أدى.. فهو بينهما.

وأصل هذا الاختلاف: أن الكتابة تتجزأ عند أبي حنيفة، ولا تتجزأ عندهما كالإعتاق؛ لأن الكتابة شعبة من شعبه؛ لأنها تفيد الحرية من وجه ـ أعني: يداً: في الحال، وفي المآل: رقبة ـ فتقتصر على نصيب من كاتبه؛ أعني: الشريك المأذون له، ولا تتجاوز حصة الآذن عنده؛ لأن الإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة، وإنما تكون فائدته: أن لا يكون للآذن حق الفسخ [٥٤٤/ب] كما يكون له ذلك إذا لم يأذن.

وفائدة إذنه بالقبض: أن ينقطع حقه فيما قبض، بل يختص به القابض؛ لأن إذنه بالقبض: إذن للعبد بالأداء إليه منه، فيكون متبرعاً بنصيبه على المكاتب، فيصير المكاتب أخص به.

فإذا قضى به دينه.. اختص به القابض، وسلم له كله؛ كرب الوديعة إن أَذِنَ للمودع بقضاء دينه من الوديعة، فقضى المودع.. لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل، كذا هذا.

إلا إذا نهاه الآذن قبل الأداء.. فيصح نهيه؛ لأنه تبرع لم يتم بعد.

والحاصل: أن العبد المكاتب نصف كسبه؛ لكونه مكاتباً، والنصف الآخر للشريك الذي لم يكاتب وهو الآذن؛ لأن نصيبه قن، فيكون كسبه له؛ فإذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدينه.. صح، ويتم تبرعه بقضاء دينه به، ولهذا.. كان المقبوض للقابض.

وإن عجز المكاتب قبل الأداء جميعاً.. فهل يرجع الآذن بذلك؟

فقال في «الزيلعي»: إنه لا يرجع وإن لم يحصل مقصوده وهو حرية المكاتب؛ لأن المتبرع عنه: هو العبد، ولو رجع.. لرجع به على العبد، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً.

بخلاف ما إذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع، ثم استحق المبيع، أو هلك قبل القبض وانفسخ البيع، أو تبرع إنسان بقضاء مهر، ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه.. حيث يرجع البائع والمرأة بالثمن والمهر؛ لأن ذمة البائع والمرأة صالحة لوجوب دين المتبرع عليهما، فأمكن الرجوع.

وعندهما: أن الكتابة لا تتجزأ كالإعتاق، فيكون الإذن بكتابة نصيب صاحبه إذناً بكتابة كله؛ فإذا كاتبه.. صار كله مكاتباً نصيبه بالأصالة، ونصيب شريكه بالوكالة، فيكون مكاتباً لهما، ويكون بدل الكتابة بينهما، والمقبوض بينهما أيضاً، قبل العجز وبعده.

وإنما قيد بقوله: «فعجز المكاتب»؛ لأنه لو لم يعجز وأدى كل البدل وقبضه الشريك المأذون له.. يعتق نصيبه.

ولو كاتبه بغير إذن شريكه.. صار نصيبه مكاتباً عند أبي حنيفة.

وعندهما: صار كله مكاتباً؛ لما ذكرناه أيضاً من الأصل المذكور: «من أن الإعتاق: هل يقبل التجزؤ أم لا يقبله؟».

أَمَةٌ لِرجلَيْنِ كاتباها، فَأَتَت بِولدٍ فادَّعاهُ أَحدُهُمَا، ....

وحينئذ.. كان للساكت أن يفسخ بالإجماع قبل أن يؤدي بدل الكتابة؛ دفعاً للضرر عن نفسه.

بخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط.. حيث لا ينفسخ؛ لأنه لا يقبل.

ولو أدى بدل الكتابة.. عتق نصيبه خاصة عند أبي حنيفة؛ لأن العتق يتجزأ عنده، وللساكت أن يأخذ من الذي كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة [٥٤٠/أ]؛ لأنه كسب عبد مشترك بينهما.

ثم ينظر:

إن كاتب كله بألف.. لم يرجع على المكاتب بشيء مما أخذه منه شريكه؛ لأنه سلم له بدل نصيبه.

وإن كاتب نصيبه فقط بألف.. رجع على المكاتب بما أخذه شريكه؛ لأن الكل كان بدل نصيبه، فلم يسلم له إلا نصفه، فيرجع به عليه.

وعندهما: بالأداء عتق كله، ويرجع الساكت على شريكه إن كان موسراً، وإلا.. فعلى العبد.

ولو كاتب الساكت بمائة دينار بعد الأول.. صار مكاتباً لهما.

أما عنده: فظاهر؛ لأن نصيبه لم يكاتب من قبل، فتصح كتابته بعد الأول؛ لأن الكتابة تتجزأ عنده، فنفذ كتابة كل واحد منهما.

وأما عندهما: فلأن الساكت كان له أن يفسخ كتابة شريكه بغير بإذنه؛ فإذا كاتبه.. كان فسخاً في نصيبه منه، فأيهما قبض شيئاً من بدل نصيبه.. لا يشاركه صاحبه في ذلك.

(أمة لرجلين)؛ أي: مشتركة بينهما (كاتباها)، فوطئها أحدهما، (فأتت بولد، فادعاه)؛ أي: الولد (أحدهما)؛ أي: الواطئ؛ يعني: صحت دعوته وثبت نسبه منه.

ثـمَّ أَتَـت بِـآخَرَ فادَّعـاه الآخـرُ، فعجـزت.. فَهِـيَ أمُّ ولـدٍ لـلأَوَّلِ وَضـمنَ نصـفَ قيمتِهَا، ....

(ثم أتت بآخر)؛ أي: ثم وطئها الشريك الآخر فأتت بولد آخر، (فادعاه الآخر)؛ يعني: صحت دعوته أيضاً وثبت نسبه منه، (فعجزت) الأمة عن الكتابة.

(.. فهي)؛ أي: فالأمة بعد تعجيز نفسها: (أم ولد للأول)؛ أي: للواطئ الأول؛ لأنه لما ادعى الواطئ الأول الولد الأول.. صحت دعوته؛ لقيام الملك له فيه؛ لأن نصفها له، فصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاد في المكاتبة تنجزأ عند أبي حنيفة؛ لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه، ولا يمكن تملك نصيب صاحبه؛ لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فتقتصر أمومية الولد على نصيبه.

كما في المدبرة المشتركة؛ فإن الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق.

بجامع أن كلاً من الكتابة والتدبير: يمنع الانتقال من ملك إلى ملك.

ولا وجه لفسخ الكتابة؛ لأن المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة، ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد؛ فإذا لم يتمحض الفسخ منفعة.. لا ينفسخ إلا بفسخ المكاتبة.

ثم إن ادعى الواطئ الثاني ولدها الآخر.. صحت دعوته أيضاً؛ لقيام ملكه فيها أيضاً.

ثم لما عجزت نفسها بعد ذلك.. جعلت الكتابة كأن لم تكن، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول؛ لأنه زال المانع من الانتقال من ملك إلى ملك ـ وهو الكتابة ـ ووطؤه كان سابقاً، فتكون كلها أم ولد للأول بالاتفاق.

والخلاف الواقع [٥٤٥/ب] بين أبي حنيفة وبين صاحبيه: في أمر آخر على ما سيظهر لك.

فإذا كانت كلها أم ولد للأول.. فالحكم فيها: ما أشار إليه بقوله: (وضمن)؛ أي: الواطئ الأول لشريكه: (نصف قيمتها)؛ لأنه تملك نصيب شريكه لما استكمل الاستيلاد.

وَنصفَ عُقْرِهَا، وَضمنَ الثَّانِي تَمامَ عُقْرِهَا، وَقِيمَةَ الْوَلَد، وَهُوَ ابْنُهُ.

وَأيُّهمَا دَفَعَ الْعُقرَ إِلَيْهَا قبلَ الْعَجزِ.. جَازَ.

(ونصف عقرها)؛ لأنه وطئ جارية مشتركة.

(وضمن) الواطئ (الثاني) للأول: (تمام عقرها)، فيكون النصف بالنصف قصاصاً، ويبقى للأول على الثاني نصف العقر (وقيمة الولد) عطف على «تمام عقرها».

(وهو)؛ أي: الولد (ابنه)؛ أي: ابن الثاني بالنظر إلى الظاهر والحقيقة.

أما بالنظر إلى الظاهر؛ فلأنه بمنزلة المغرور؛ لأنه حين وطئها: كانت ملكه، قائماً ظاهراً، وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة.

وأما بالنظر إلى الحقيقة؛ فللزوم كمال العقر؛ لأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة.

اعترض عليه: بأنه لما وطئ أم ولد الغير حقيقة.. كان ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة؛ لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه، ولا قيمة لأم الولد عنده، فكذا لولدها.

أجيب عنه: بأن هذا على قولهما، وأما على قول أبي حنيفة: فليس عليه ضمان قيمة الولد، وفيه نظر؛ لأن المشهور وهو الظاهر من كلام المصنف: أن هذا ليس على قول أبي حنيفة.

بل الصواب في الجواب: ما قيل عن أبي حنيفة في تقوّم أم الولد: روايتان:

في رواية: أنها تتقوم، فيكون ولدها متقوماً أيضاً على هذه الرواية، فيكون حراً بالقيمة.

(وأيهما) من الواطئ الأول والثاني (دفع العقر إليها)؛ أي: إلى المكاتبة (قبل العجز.. جاز)؛ لأن الكتابة ما دامت باقية.. فحق القبض لها؛ لاختصاصها بمنافعها وأبدالها.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يثبتُ نسبُ الْوَلَدِ مِنَ الثَّانِي، وَلَا يضمنُ قِيمَتَهُ، وَحكمُهُ: كَأُمِّهِ، وَيضمنُ تَمامَ الْعُقرِ، ....

وإذا عجزت.. ترد العقر الذي أخذته إلى المولى؛ لظهور اختصاص المولى به. هذا كله قول أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا يثبت نسب الولد من الثاني، ولا يضمن قيمته**)؛ يعني: أنها عندهما: أم ولد للأول ومكاتبة له، فعتقت بأداء البدل إلى الأول، ولا يجوز تكميلها بالإجماع ما أمكن؛ لأن الاستيلاد طلب الولد، وإنه يقع بالفعل، والفعل لا يتجزأ، فكذا ما ثبت به.

ولهذا، يجب استكمالها فيما لو استولد أمة مشتركة بالإجماع؛ لإمكان التكميل بالتملك نصيب شريكه؛ لكونها قابلة للانتقال.

وقد أمكن هنا أيضاً بطريق الفسخ؛ لأن الكتابة قابلة للفسخ.. فينفسخ تكميل الاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة، وهو أمومية الولد؛ لأنه لا ضرر لها فيها، بل لها فيها نفع؛ حيث لم تبق محلاً للابتدال بالبيع والهبة، وتبقى الكتابة فيما تتضرر، وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها.. فإنه لو انفسخت الكتابة في كونها بأكسابها.. لتضررت به المكاتبة [٥٤٦/أ]، فلا يضمن قيمته.

(**وحكمه: كأمه**) في عدم التقوم، وإلا.. يضمن قيمتها، (**ويضمن تمام العقر**)؛ لأن مثل هذا الوطء في دار الإسلام: لا يخلو عن إحدى الغرامتين: الضمان الجابر، أو الحد الزاجر، ولما تعذر الحد لشبهة أنها مكاتبة بينهما.. فتعين تمام العقر لها.

ثم اختلفوا: فقال أبو منصور الماتريدي: إذا بقيت الكتابة فيما وراء أمومية الولد وصارت مكاتبة للأول.. صارت مكاتبة له بنصف بدل الكتابة؛ لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب، ولا يتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة.

وقال الجمهور: إنها مكاتبة له بكل بدل الكتابة؛ لأن الانفساخ ضروري، فلم

وَيضمنُ الأَوَّلُ نصفَ قيمتِهَا مُكَاتَبَةً عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، والأقلَّ مِنْهُ وَمِن نصفِ مَا بَقِيَ مِنَ الْبَدَلِ عِنْدَ محمَّدٍ.

وَلَو لم يطَأِ الثَّانِي بل دبَّرَهَا فعجزَتْ.. بَطلَ التَّدْبِيرُ، ....

يظهر فيما وراء الضرورة، وهو التملك لاستكمال الاستيلاد.. فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل.

(**ويضمن الأول**)؛ أي: للثاني (**نصف قيمتها مكاتبة عند أبي يوسف**)؛ لأنه تملك نصيب شريكه مكاتبة؛ موسراً كان أو معسراً؛ لأنه ضمان التملك، وهو لا يختلف باليسار والإعسار.

(**والأقل منه**)؛ أي: ويضمن الأقل من نصف قيمتها، (**ومن نصف ما بقي من البدل عند محمد**)؛ لأن حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الأداء، أو في نصف البدل على اعتبار الأداء، والأقل متيقن.. فيجب الأول.

واعلم: أن هذا التركيب من مشكلات هذا الفن؛ لأنه قد يتوهم أن كلمة «من» هذه التي تستعمل في أفعل التفضيل، وليس كذلك، على ما بينه بعض محققي مشايخنا؛ حيث قال:

إن كلمة «من» ليست هي التي تستعمل في أفعل التفضيل؛ لأنه إن أريد أنه يضمن بأقل من كل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من البدل.. فهذا غير مراد، وإن أريد أنه يضمن بأقل من المجموع أو بأقل من أحدهما.. فهذا مع كونه غير مراد أيضاً: شيء مجهول غير مفيد.

بل المراد: أنه يضمن بما هو أقل؛ فإن كان نصف القيمة أقل.. يضمنه، وإن كان نصف ما بقي أقل.. يضمنه.

فتكون «من» للبيان: تقديره: أنه يضمن بما هو أقل من الآخر الذي هو نصف القيمة تارة، ونصف ما بقي أخرى. هذا كله فيما إذا وطئها الثاني.

(**ولو لم يطأ الثاني، بل دبَّرها**) الثاني، (**فعجزت**) المكاتبة نفسها (.. **بطل التدبير**)

وَهِي أُمُّ ولدٍ للأَوَّل، وَالْولدُ لَهُ، وَضَمِنَ نصفَ قيمتِهَا، وَنصفَ عُقرهَا.

وَلَو أعْتقَهَا أَحدُهُمَا مُوسِراً فعجزَتْ.. ضمنَ الْمُعْتِقُ نصفَ قيمتِهَا، وَيرجعُ بِهِ عَلَيْهَا.

خلافاً لَهما.

بالاتفاق؛ لعدم مصادفته الملك.

أما عندهما: فظاهر؛ لأن المستولد تملكها قبل العجز عندهما؛ لما تقدم في المسألة المتقدمة.

وأما عند أبي حنيفة: فلأنه بالعجز: تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء، فتبين: أن التدبير صادف ملك غيره، والتدبير يعتمد الملك.. فلا يصح بدونه.

بخلاف النسب.. فإنه يثبت من الثاني إن وجد الوطء منه؛ لأنه يعتمد [٥٤٦/ب] الغرور لا الملك.

(**وهي أم ولد للأول**)؛ لأنه تملك نصيب شريكه، وكمل الاستيلاد؛ لزوال المانع من الانتقال بالعجز. على ما تقدم.

(**والولد له**)؛ أي: للأول؛ لأنه صحت دعوته؛ لقيام الملك في المكاتب، (**وضمن**) الأول لشريكه (**نصف قيمتها**)؛ لأنه تملك نصفها بالاستيلاد بالقيمة (**ونصف عقرها**)؛ لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما.

(**ولو أعتقها أحدهما**)؛ أي: لو كاتباها، ثم أعتقها أحدهما (**موسراً**)؛ أي: المعتق، (**فعجزت**) المكاتبة نفسها (.. **ضمن المعتِق**) - اسم فاعل - أي: ضمن لشريكه (**نصف قيمتها ويرجع**) المعتق (**به**)؛ أي: بما ضمن لشريكه (**عليها**)؛ أي: على الأمة عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ فإنهما قالا: يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها، ولا يرجع عليها بما ضمن لشريكه؛ لأنه إنما ضمن بسبب إعتاقه، والإعتاق فعله.. فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله.

وإِنْ لم تعجز.. فلا ضمانَ.

وَعِنْدَهُمَا: يضمنُ الْمُوسِرُ، ....

وأما ضمان شريكه؛ فلأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، والكتابة لا تمنع ورود العتق على المكاتبة، فعتقت كلها عندهما للحال، وانفسخت الكتابة، فيلزمه الضمان لشريكه.

ولأبي حنيفة: أن العتق يتجزأ عنده، فجاز إعتاق نصف المكاتبة، ولا يؤثر ذلك الفساد في نصيب الساكت زائداً على ما أوجبته الكتابة.. فلا يظهر أثر الإعتاق في نصيب الساكت ما دامت مكاتبة؛ لأن إعتاق النصف عنده: إنما يؤثر في جعل الباقي كالمكاتبة، وهي كانت مكاتبة قبل الإعتاق، فكان الإعتاق محققاً لكتابتها.. فلا يضمن المعتق قبل العجز عنده؛ لعدم ظهور أثر الإعتاق فيها.

فإذا عجزت.. ظهر أثر العتق فيها؛ فكان للساكت الخيارات الثلاث:

إن شاء.. أعتق، وإن شاء.. استسعى الأمة، وإن شاء.. ضمَّن شريكه قيمة نصيبه.

وعندهما: ليس له إلا الضمان مع اليسار، والسعاية مع الإعسار، على ما بين في كتاب الإعتاق.

فإذا ضمن المعتق.. كان له أن يرجع عليها عنده؛ لما ذكرناه: من أنه قام مقام الساكت، وللساكت الاستسعاء، فكذا للمعتق.

واعلم: أن أحد الشريكين لو أعتق القن المشترك بينهما.. فالخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه: كالخلاف المذكور في المكاتبة المشتركة في الرجوع، وفي الخيارات الثلاث، وفي الولاء، وترديد الاستسعاء، على ما تقدم في كتاب العتق، وبيّنه في «العناية» و«النهاية».

(**وإن لم تعجز**) المكاتبة (.. **فلا ضمان**) على المعتق عند أبي حنيفة؛ لما ذكرناه: من أن أثر العتق لم يظهر في نصيب الساكت.

(**وعندهما: يضمن الموسر**)؛ لما ذكرناه: من أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما،

وَتجبُ السّعَايَةُ فِي الْمُعسِرِ.

وَلَو دبَّرَ أَحدُ الشَّرِيكَيْنِ، ثُمَّ أَعتقَ الآخرُ مُوسِراً.. ضَمَّنهُ الْمُدبِّرُ، أَوِ استسعى العَبْدَ، أَو أَعْتقَهُ، وإِنْ عكسا.. فالمدَّبِّرُ يُعْتِقُ أَو يستسعي.

فيعتق الكل.. فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً.

(**وتجب السعاية في**) [٥٤٧/أ] (**المعسر**)؛ لأنه ضمان إعتاق، فيختلف باليسار والعسار.

(**ولو دبر أحد الشريكين، ثم أعتق الآخر**) حال كون المعتق (**موسراً.. ضمَّنه**) من التضمين (**المدبر، أو استسعى العبد أو أعتقه**)؛ يعني: مخير بين الثلاثة.

(**وإن عكساً**)؛ أي: أعتق أحد الشريكين أولاً ثم دبر الآخر (.. **فالمدبر يعتق أو يستسعى**)؛ يعني: أعتق أحدهما أوّلاً.. فللآخر الخيارات الثلاث أيضاً، وإن دبره.. لم يبق له خيار التضمين، بل بقي له خيار الإعتاق والاستسعاء. هذا كله عند أبي حنيفة.

ووجهه: أن التدبير تنجيز عنده مثل الإعتاق؛ فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه، ولا يتجاوز نصيب الآخر، لكنه يفسد به نصيب الآخر؛ لسد باب النقل عليه.. فللآخر: أن يضمن قيمة نصيبه، أو أن يعتقه، أو استسعاه؛ أي: مخير بين الخيارات الثلاث.

فإذا أعتقه.. لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء، ويقتصر الإعتاق على نصيبه أيضاً؛ لأنه يتجزأ عنده، ولا يسري إلى نصيب الآخر، ولكنه يفسد به نصيب الآخر؛ لسد باب الاستخدام عليه.. فللآخر: تضمين قيمة نصيبه والإعتاق والسعاية أيضاً؛ فإن ضمَّنه.. ضمَّنه قيمة نصيبه مدبراً؛ لأن الإعتاق صادف المدبر.

وهل يتملكه بالضمان؟

ففي «العناية»: أنه لا يتملكه بالضمان؛ لأنه يقبل الانتقال من ملك إلى ملك؛ كما إذا غصب مدبراً وأبق.. فإنه يضمنه، ولا يتملكه، فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك. انتهى.

وَعِنْدَهُمَا: إِنْ دبَّر الأوَّلُ.. ضمنَ نصفَ قِيمَتِهِ مُوسِراً أَو مُعسراً، وَعِتقُ الآخرِ لَغْوٌ.

هذا كله بيان المسألة الأولى.

وأما المسألة الثانية إذا عكسا؛ فإن أعتقه أولاً، ثم دبره الآخر خيار [.. لم يكن له] التضمين والإعتاق والاستسعاء عنده؛ لأن العتق اقتصر على نصيبه؛ لكونه يتجزأ عنده، فلا يسري نصيب الآخر، لكنه يفسد نصيب الآخر كما مر.. فله الخيارات الثلاث.

وإذا دبره.. لم يبق له خيار التضمين؛ لأنه بمباشرة التدبير: يصير مبرئاً للمعتق عن الضمان؛ لأن نصيبه كان قناً عند إعتاق المعتق، فكان تضمينه إياه معلقاً بشرط تمليك العين بالضمان، وقد فوت ذلك بالتدبير.

بخلاف الأول؛ فإن هناك كان نصيبه مدبراً عند إعتاق المعتق، لا قناً.. فلا يكون الضمان مشروطاً بتمليك العين منه.

والحاصل: أن الضمان يتعلق بالتمليك: **إذا كان المحل قابلاً له وقت الإعتاق**؛ كما إذا أعتق أولاً أو غصب القن، فمات أو أبق.

وأما **إذا لم يكن المحل قابلاً له وقت الإعتاق**؛ كما إذا تقدم التدبير.. فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك.. لا بالتمليك.

فإذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق [٥٤٧/ب] بالتمليك.. سقط الضمان؛ لفوات شرطه، فصار مفوت الشرط بتفويته: مبرئاً لصاحبه عما لزمه، وبقي له خيار الإعتاق والاستسعاء؛ لأن المدبر يعتق ويستسعى.

(**وعندهما: إن دبر الأول.. ضمن نصف قيمته؛ موسراً**) كان المدبر (**أو معسراً، وعتق الآخر لغو**)؛ لعدم بقاء المحل المعتق.

وهذا: لأن التدبير لا يتجزأ عندهما مثل الإعتاق، فكان بالتدبير يتملك نصيب صاحبه ضرورة، فيلزمه ضمان نصيبه ضمان تملك، وضمان التملك: لا يختلف

وإِنْ أعتقَ الأَوَّلُ.. ضَمِنَ لَو مُوسِراً، أَو استسعى العَبْدَ لَو مُعسِراً وتدبيرُ الآخَرِ لَغْوٌ.

باليسار والعسار، فيضمنه موسراً أو معسراً.

ولما صادف تدبيره القن.. يضمن نصف قيمته قناً.

(وإن أعتق الأول.. ضمن) قيمة نصيب الآخر (لو) كان الأول (موسراً) أو معسراً، (أو استسعى العبد لو) كان الأول (معسراً)؛ لأن هذا ضمان الإعتاق، فيختلف باليسار والعسار.

(وتدبير الآخر لغو)؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما..، فعتق كله بإعتاق الأول، فلم يبق للتدبير محلاً قابلاً.

* * *

(بَابُ الْعَجزِ وَالْمَوْتِ)

إذا عجزَ الْمكَاتَبُ عَن نَجْمٍ؛ فَإِن رُجيَ لَهُ حُصُولُ مَالٍ.. لَا يعجِّلُ الْحَاكِمُ بِتعجِيزِهِ، ويُمهَلُ يَوْمَيْنِ أَو ثَلَاثَةً.؟

وَإِلَّا.. عَجّزَهَ، وَفسخَ الْكِتَابَةَ إِن طلبَ سَيِّدُهُ، أَو عَجّزَهُ سَيّدُهُ بِرِضَاهُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يُعَجَّزُ مَا لم يتوالَ عَلَيْهِ نَجْمانِ.

(بَابُ العَجْزِ وَالمَوْتِ)

أي: عجز المكاتب وموته.

(**إذا عجز المكاتب عن نجم**).

النجم: هو الكوكب الطالع، ثم سُمِّيَ به الوقت المضروب، ثم سُمِّيَ به ما يؤدى فيه من الوظيفة، وقد تقدم من قبل أيضاً.

(**فإن رجي له**)؛ أي: للمكاتب (**حصول مال**) سيصله (.. **لا يعجل الحاكم بتعجيزه، ويمهل يومين أو ثلاثة**) أيام؛ نظراً للجانبين.

فإن الثلاثة: هي المدة التي تضرب لإبلاء الأعذار؛ كإمهال الخصم للدفع؛ فإن المدعى عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال: لي بينة حاضرة.. يؤخر يوماً أو يومين أو ثلاثة لا يزاد عليها.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن له ما يرجى حصوله من المال (.. **عجزه**) الحاكم، (**وفسخ الكتابة إن طلب سيده، أو عجزه سيده برضاه**)؛ أي: رضي المكاتب، وهذا: لأنه عقد لازم تام، فلا بد له من القضاء أو الرضاء؛ كما في الرجوع عن الهبة والرد بالعيب بعد القبض.

وقيل: ينفرد المولى بالفسخ، ولا يشترط رضى المكاتب؛ كما إذا وجد المشتري عيباً في المبيع قبل القبض.. فإنه ينفرد بالفسخ.

(**وعند أبي يوسف: لا يعجز ما لم يتوال عليه نجمان**)؛ لقول عليٍّ رضي الله

وَإِذا عجِّزَ.. عَادَتْ أَحْكَامُ رِقِّهِ، وَمَا فِي يَدِهِ لمَوْلَاهُ، ....

عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان.. رد في الرق، علقه بهذا الشرط.. فلا يوجد دونه.

ولأن عقد الكتابة عقد إرفاق، مبناه على المسامحة؛ حتى كان أحسنه: مؤجَّله، وحالة الوجوب: بعد حلول نجم، فلا إرفاق في الطلب عنده، فلا بد من إمهال مدة إرفاقاً.

وأولى المدة لذلك: ما توافق عليها العاقدان؛ فإذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال.. فالآن تحقق العجز عن أدائها، فينفسخ؛ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليها العاقدان.

ولهما: أن [٥٤٨/أ] سبب الفسخ ـ وهو العجز ـ قد تحقق؛ لأن من عجز عن أداء واحد.. كان عن أداء نجمين أعجز.

والمروي عن عليٍّ: بقيد إثبات الفسخ إذا توالى عليه نجمان.. فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه.

وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها إلى الرق، فيعارض ما روي عن علي رضي الله عنه، فسقط الاحتجاج به؛ لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ.. تساقطت، ويصار إلى ما بعد من الحجة، فبقي دليلها المذكور؛ أعني: أن سبب الفسخ ـ وهو العجز ـ قد تحقق سالماً عن المعارض؛ لأن ما ذكره أبو يوسف خُطِّئ به لا يعارض القول المعقول، فيثبت الفسخ.

(وإذا عجز) نفسه (.. **عادت أحكام رقه)**؛ لانفساخ الكتابة بالعجز؛ لأن مقصود المولى من الكتابة: الوصول إلى المال عند حلول نجم؛ فإذا عجز نفسه.. فات مقصود المولى، فيفسخ العقد.

(وما) كان **(في يده)** من الأكساب.. فهو **(لمولاه)**؛ لأنه ظهر أنه كسب عبده، وكسب العبد لمولاه.

وَيحلُّ لَهُ، وَلَو أَصلُهُ مِن صَدَقَةٍ.

وَإِن مَاتَ عَن وَفَاءٍ.. لَا تفسخُ، وَيُؤَدَّى بدلُهَا مِن مَالِهِ، وَيُحكَمُ بِعِتْقِهِ فِي آخرِ جُزْءٍ من حَيَاتِهِ، وَيُورثُ مَا بَقِيَ مِن مَالِهِ، وَيعتقُ أَوْلَادُهُ الَّذينَ شَرَاهم، أَو وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أَو كوتِبوا مَعَهُ تبعاً أَو قصداً.

(ويحل له)؛ لما ذكرناه آنفاً (ولو) وصلية **(أصله من صدقة)**؛ لأنها بعد قبضه: صارت من أكسابه، فحل لمولاه؛ سواء كان أداه إلى مولاه قبل عجزه، أو أداه إليه بعد عجزه.

أما الأول: فبالإجماع؛ لأن سبب الملك فيه قد تبدل؛ لأن العبد يملكه صدقة، والمولى يملكه عوضاً عن العتق، وتبدل سبب الملك كتبدل العين.

وأما الثاني: فعلى الصحيح من القول، على ما بين في «العناية» و«الهداية».

(وإن مات) المكاتب **(عن وفاء)**؛ أي: عن مال بقي بما كان عليه من البدل (.. **لا تفسخ)** الكتابة، **(ويؤدي بدلها من ماله، ويحكم بعتقه في آخر جزء من حياته، ويورث ما بقي من ماله، ويعتق أولاده الذين شراهم أو ولدوا في كتابته)**، الظرف: متعلق بكل من الفصلين؛ أي: شراء وولداً.

(أو كوتبوا)، عطف على شراهم؛ أي: يعتق أولاده الذين كوتبوا **(معه)**؛ أي: مع المكاتب كتابة واحدة.

(تبعاً)؛ بأن كان الأولاد صغاراً؛ فإنه لو كوتب عن نفسه، وعن أولاده الصغار.. دخلت الأولاد في الكتابة تبعاً له.

(أو قصداً)؛ بأن كانت الأولاد كباراً؛ فإن الكبار من الأولاد يدخلون في الكتابة بكون العقد واحداً قصداً لكونهم كباراً، هذا هو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما، وبه أخذ علماؤنا.

وقال الشافعي: تبطل الكتابة بموته، ويموت عبداً لا حراً، وما تركه.. فلمولاه، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه.

واستدل لذلك بالمعقول؛ بأن المقصود من الكتابة: عتقه، وعتقه [٥٤٨/ب] باطل.. فالمقصود منها: كذلك، وذلك لأن العتق ثبت؛ فإما أن يثبت بعد الممات مقصوداً، أو قبله، أو بعده مستنداً إلى حال حياته.

لا سبيل إلى الأول؛ لأن الميت ليس بمحل للعتق، ولا بد له من محل يقوم به.

ولا إلى الثاني أيضاً؛ لأنه مشروط بالأداء، والفرض: عدمه.. فلزمه وجود المشروط بدون شرطه.

ولا إلى الثالث؛ لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند، وهذا الشيء لم يثبت بعد.

ولنا: أن الكتابة عقد معاوضة لا تبطل بموت أحد العاقدين وهو المولى، فكذا بموت الآخر؛ بجامع: أن كلاً منهما يحتج إلى إبقاء العقد لإحياء الحق، بل حاجة المكاتب إلى بقاء العقد بعد موته: أقوى من حاجة المولى؛ لأن حق المكاتب آكد من حق المولى؛ حتى لزم العقد في جانبه دون جانب المولى؛ حتى لم ينفسخ العقد بدون رضى المولى بسبب عجز المكاتب، والموت أنفى للمالكية منه؛ فإن المملوكية ضعيفة، والموت لا ينافيه؛ لكونه عجزاً صرفاً حقيقياً.

وفي المالكية: ضرب قوة، والموت ينافيها أشد منافاة، فكان الموت في المالك أنفى للمالكية في الموت في المكاتب للمملوكية.

والجواب عن الشافعي: أنه إذا لم تبطل الكتابة بالموت.. ينزل المكاتب حياً تقديراً؛ كما نزل الميت حياً في بقاء حق التركة على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق، وفي حق التجهيز والتكفين وبتنفيذ الوصايا: في الثلث؛ كما اختاره بعض العلماء.

وتستند الحرية باستناد سبب الأداء ـ وهو الكتابة ـ إلى ما قبل الموت بجزء، كما اختاره المصنف، وهو مختار الأكثرين، ويكون أداء خَلَفِهِ كأداء نفسه.. فلا يلزم تقدم

وَإِن لم يترُكْ وَفَاءً وَلهُ ولدٌ وُلِدَ فِي كِتَابَتِهِ.. سعى على نجومِهِ، فَإِذا أَدَّى.. حُكِمَ بِعِتْقِهِ وَعِتْقِ أَبِيهِ قبلَ مَوتِهِ، ....

المشروط على الشرط، ولا تقدم العتق على الأداء، بل يقدر الأداء قبل العتق.

ثم اعلم: أن المكاتب إذا مات عن وفاء وعليه ديون.. بدئ بدين الأجنبي، ثم بدين المولى، ثم ببدل الكتابة. كذا في «شرح النقاية» نقلاً عن «المحيط».

(وإن لم يترك وفاءً وله وَلَدٌ وُلِدَ) ـ على صيغة المجهول ـ **(في كتابته.. سعى)** الولد **(على نجومه)**؛ أي: نجوم الوالد.

(فإذا أدى) الولد بدل الكتابة **(.. حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته)**؛ أي: في آخر جزء من حياته بطريق الاستناد، هذا بالاتفاق؛ يعني: أنهم اتفقوا: على أن الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة أبيه على نجومه إن مات بلا وفاء؛ لدخوله في كتابته تبعاً له، فكان كسبه ككسبه، فيخلفه في الأداء؛ كما لو تركه وفاء.. فإنه حينئذ يخلفه في الأداء بالاتفاق، فيكون أداؤه كأدائه، فكذا هذا.

ويؤديه على نجومه؛ لأن حق الكتابة لما ثبت في الولد [٥٤٩/أ] بطريق السراية فيه.. ثبت له حق الوجه الذي ثبت لأبيه، وقد كان التأجيل ثابتاً لأبيه، فثبت له أيضاً، فلا يسقط التأجيل بموت الأب.

بخلاف الحر إذا مات وعليه دين مؤجل؛ لأن حق التأجيل لم يثبت للوارث؛ لأن ثبوت الدين على الوارث بطريق الانتقال والخلافة، لا بطريق السراية.. فلا يثبت على الوجه الذي ثبت على المورث.

ثم إذا أدى الولد.. حكم بعتق الأب والولد جميعاً بالاتفاق؛ لوجود شرط العتق ـ وهو الأداء ـ بطريق الاستناد إلى آخر جزء من حياته.

ونظيره: أن من حفر بئراً على قارعة الطريق، ثم مات عن عبد، ولا مال له غيره، فأعتقه الوارث، ثم مات فيها إنسان.. يضمن الوارث قيمة العبد؛ كأنه أتلفه بعد ثبوت الجناية. كذا في «علاء الدين».

وَالْوَلَدُ الْمَشْرِيُّ.

إِمَّا أَن يُؤَدِّيَ حَالّاً، أَو يُرَدُّ فِي الرِّقّ.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كَالْأَوَّلِ.

هذا فيما إذا لم تكن الكتابة بخيار الشرط.

أما إذا كانت بخيار الشرط.. ففيه خلاف محمد.

قال في «الزيلعي» نقلاً عن «الكافي»: لو كاتب أمة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فولدت هي في مدة الخيار وماتت، وبقي الولد.. بقي خيار المولى وعقد الكتابة، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وللمولى أن يجيزها؛ فإذا أجاز.. يسعى الولد على نجوم أمه، وإذا أدى.. عتقت الأم في آخر جزء من أجزاء حياتها، وعتق ولدها أيضاً استحساناً.

وعند محمد: تبطل الكتابة، ولا تصح إجازة المولى، وهو القياس؛ لأن الولد إنما يقوم مقام الوالد في الكتابة إذا كان ولد المكاتبة، وأمه لم تصر مكاتبة بعد شرط الخيار.

ولهما: أن في إبقاء العقد فائدة؛ بأن يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الأم بنفاذه في حق الولد، ثم يستند إلى وقت الانعقاد.

هذا كله في الولد المولود في الكتابة.

وأما الولد المشترى فيها.. ففيه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، وهو الذي ذكره بقوله:

(**والولد المشري**)؛ أي: الولد الذي اشتراه أبوه أو أمه في كتابته ومات بلا وفاء وترك الولد الذي اشتراه.. فقال أبو حنيفة: يقال لذلك الولد: (**إما أن يؤدي حالّاً**) بدل الكتابة، (**أو يرد في الرق**).

(**وعندهما: هو**)؛ أي: الولد المشترى (**كالأول**)؛ أي: الولد المولود في الكتابة.

والجامع بينهما: أن الولد المشترى في الكتابة: يكاتب عليه تبعاً له مثل الولد

وَإِن مَاتَ الْمكَاتَبُ وَترَكَ ولداً من حرَّةٍ ودَيناً على النَّاس فِيهِ وَفَاءٌ، فجنى الْوَلَدُ فَقُضِيَ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ على عَاقِلَةِ الْأُمِّ.. لَا يكونُ ذَلِكَ قَضَاءً بعجزِ الْمكَاتَبِ.

المولود في الكتابة، ولهذا.. يملك المولى إعتاق الولد المشترى فيها مثل الولد المولود فيها.

بخلاف سائر أكساب المكاتب؛ فإن المولى لا تصرف له في أكسابه، ولهذا.. لا يقدر على إعتاق عبد المكاتب.

وفرق أبو حنيفة بينه وبين الولد [٥٤٩/ب] المولود فيها: بأن الولد المولود ثبت له حكم الكتابة بطريق السراية؛ لكونه جزءاً منه حالة العقد، فثبت له ما ثبت لأبيه، على ما تقدم من قبل.

بخلاف الولد المشترى في الكتابة؛ لأنه لم يثبت فيه حكم الكتابة بطريق السراية؛ لعدم إمكان السراية؛ لأنه منفصل عن المكاتب حالة العقد.. فلم يثبت فيه ما ثبت للأصل من الأصل، بل يقال له ما ذكر من الترديد.

وكان ينبغي أن يباع بعد موت الأب؛ لفوات المتبوع، ولعدم السراية، ولكنه إذا جاء ببدل الكتابة حالاً.. صار كأنه مات عن وفاء.

(**وإن مات المكاتب وترك ولداً من حرة**)؛ أي: امرأة معتقة لغير (**ودينا على الناس فيه**)؛ أي: في ذلك الدين (**وفاء**) بالكتابة، (**فجنى الولد، فقضى**) القاضي (**بأرش الجناية على عاقلة الأم.. لا يكون ذلك**) القضاء (**قضاء بعجز المكاتب**).

يعني: مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة معتقة، وترك ديناً على الناس فيه وفاء بمكاتبته.. فالكتابة باقية، وولاء الولد لمولى الأم.

أما بقاء الكتابة: فلأن له من المال ما ينتظر حصوله؛ لأن الدين: مال باعتبار مآله، ولكنه لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل.

وأما أن الولاء لمولى الأم: فإنه لما لم يحكم بعتقه.. لم يظهر للولد ولاء في

وَإِنِ اخْتصمَ موَالِي الْأُمِّ وَالْأَبِ فِي وَلائِهِ.. فَقضُيَ بِهِ لموَالِي الْأُمِّ.. فَهُوَ قَضَاءٌ بعجزِهِ.

جانب أبيه، فيكون لموالي الأم؛ لإلحاقه بأمه في الحرية؛ حتى لو ترك عيناً بدل الدين.. لم يتأت القضاء بإلحاقه بالأم؛ لإمكان الوفاء في الحال.

ولهذا قال: «وديناً على الناس»؛ لأنه لو ترك عيناً.. لم يكن الإلحاق بالأم.

فإن جنى هذا الولد جناية وقضي بموجب الجناية على عاقلة الأم.. لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخاً للكتابة؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة، وكل ما يقرر الشيء.. لا يبطله.

أما أنه يقرر حكم الكتابة؛ فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالي الأم، وإيجاب العقل عليهم لا على وجه الاستقرار، بل على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب بالأداء، فيجر ولاء ابنه إلى مواليه؛ لأن الولاء كالنسب، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب.

حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه؛ كما إذا كذب اللاعن نفسه.. عاد النسب إليه، فكذلك الولاء، فكان إيجاب العقل من لوازمها، وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه.

وأما أن كل ما يقرر شيئاً لا يبطله.. فلئلا يعود على موضوعه بالنقض.

(وإن اختصم موالي الأم والأب في ولائه)؛ يعني: مات هذا الولد بعد موت الأب، واختصم موالي الأب مع موالي الأم، فقال [٥٥٠/أ] موالي الأم: مات الولد رقيقاً والولاء لنا، وقال موالي الأب: مات حراً والولاء لنا.

(**فقضى**) القاضي (**به**)؛ أي: بالولاء (**لموالي الأم.. فهو قضاء بعجزه**)؛ أي: عجز المكاتب وفسخ الكتابة؛ لأن هذا الاختلاف: اختلاف في الولاء مقصوداً، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها؛ فإنها إذا فسخت.. مات عبداً واستقر الولاء على

وَلَو جنى عبدٌ، فكاتبَهُ سَيِّدُهُ جَاهِلاً بِجِنَايَتِهِ فعجَّزَ.. دَفعَ أَو فَدَى.

وَكَذَا: لَو جنى الْمكَاتَبُ فعجزَ قبلَ الْقَضَاءِ بِهِ.

موالي الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء.. مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب واستقر عليهم.

فإذا قضى القاضي بالولاء لموالي الأم.. ينفذ قضاؤه؛ لكونه في فصل مجتهد فيه؛ لأن القضاء في فصل مجتهد فيه: نافذ بالإجماع؛ فإذا نفذ قضاؤه.. كان تعجيزاً لمكاتب وفسخاً للكتابة.

فظهر الفرق بين هذه المسألة والمسألة المتقدمة.

(**ولو جنى عبد، فكاتبه سيده جاهلاً بجنايته، فعجَّز**) المكاتب نفسه (**.. دفع**)؛ أي: المولى العبد (**أو فدى**) مالاً؛ أي: المولى مخير بين الدفع والفداء؛ لأن أحد هذين الأمرين موجب جناية العبد في الأصل، والموجب للأصل: لا يترك إلا لمانع، والمانع عنه حال الكتابة قائم:

إما عن الفداء؛ فلعدم علمه بجناية.

وإما عن الدفع؛ فلتعذره بالكتابة.

فإذا عجز عنهما.. فقد زال المانع وعاد الحكم الأصلي.

فإن قيل: فما الحكم فيه عند عدم العجز؟

فالجواب: أنه يجب على المولى قيمته لولي الجناية؛ لأنه لما لم يعلم جنايته.. لم يلزمه الفداء، ولما كان كاتبه.. تعذر عليه الدفع، فوجب عليه قيمته. كذا في «العناية».

(**وكذا**)؛ أي: المولى مخير بين الدفع والفداء (**لو جنى المكاتب، فعجز قبل القضاء به**)؛ أي: بموجب الجناية؛ لما ذكرناه: من أنه زال المانع فعاد الحكم الأصلي.

وَلَو بَعْدَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِهِ.. فَهُوَ دينٌ، يُبَاعُ فِيهِ.

وَلَا تَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَيُؤَدِّي الْبَدَلَ إِلَى ورثتِهِ ....

(ولو) عجز (بعدما قضي عليه)؛ أي: على المكاتب (به)؛ أي: بموجب الجناية (.. فهو)؛ أي: ما قضي به عليه من موجب الجناية: (دين) في ذمة (يباع فيه).

اعلم: أن المكاتب إذا جنى جناية خطأً.. فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية؛ لأن دفعه تعذر بسبب الكتابة، وهو أحق بكسبه، وموجب الجناية عند تعذر الدفع: على من يكون له الكسب، فيلزم على المكاتب موجب جنايته، وهو: الأقل من القيمة ومن أرش الجناية.

كما في جناية المدبر وأم الولد.. فإنه يجب على المولى: الأقل من قيمتهما ومن أرش جنايتهما ؛ لأن المولى هو الأحق بكسبهما، هكذا ذكره الكرخي وغيره.

وإذا علمت هذا.. ظهر لك أن الحق فيما نحن فيه: قد انتقل بالكتابة من الموجب الأصلي ـ وهو دفع الرقبة ـ إلى القيمة؛ فإذا زالت [٥٥٠/ب] الكتابة بالعجز قبل القضاء.. عاد الموجب الأصلي، وإذا زالت به بعد القضاء.. لم يعد الموجب الأصلي؛ صوناً للقضاء عن البطلان.

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقد رجع إليه أبو يوسف آخراً.

وكان يقول أولاً: يباع فيه وإن عجز قبل القضاء، إلا أن يقضي المولى عنه، وهو قول زفر.

(ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد)؛ لأنها لو انفسخت بموته.. لأدى موته إلى إبطال حق المكاتب؛ لأن الكتابة حقه؛ لأنها سبب حريته، وحريته: حقه، وسبب الحق: حق له أيضاً، وما يفضي إلى إبطال حق الغير.. لا معتبر به.

(ويؤدي) المكاتب (البدل إلى ورثته)؛ أي: ورثة السيد؛ سواء كان البدل مالاً بأن كاتبه على مال، أو عملاً بأن كاتبه على خدمته سنة معينة.

لكنه لو كاتبه على سنتين مثلاً، فمات المولى قبل خدمته أصلاً أو تماماً.. ينقلب

على نجومِهِ.

فَإِن أَعْتَقَهُ بَعضُهُم.. لَا ينفذُ، وَإِن أَعتقوهُ كلُّهم.. عَتَقَ مجاناً.

البدل مالاً، على ما بيناه عند شرح قوله: «فمن كاتب مملوكه ولو صغيراً». فليراجع.

(على نجومه)؛ أي: مؤجلاً؛ لأنه استحق الحرية على هذا الوجه، والسبب انعقد كذلك، فينبغي بهذه الصفة من غير تغيير.

(فإن أعتقه)، أي: المكاتَب (بعضهم)؛ أي: بعض الورثة (.. لا ينفذ) عتقه؛ لأنه لم يملكه بعد أداء المكاتب، [وهذا لأن المكاتب](1) لا يملك بسائر أسباب الملك، فكذا بالإرث، ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم.

(وإن أعتقوه كلهم.. عتق مجاناً) في الاستحسان.

والقياس: أن لا يعتق أيضاً؛ لعدم الملك فيه؛ لما ذكرناه.

وجه الاستحسان: أن يصير إعتاقهم إبراء عن بدل الكتابة؛ فإنهم يملكونه بجريان الإرث فيه، وإذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة.. عتق مجاناً؛ كما إذا أبرأه مولاه.

فإن قيل: هلّا جعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه؟

أجيب: بأنه لا يصح؛ لأنا نجعله:

إبراءً اقتضاء؛ تصحيحاً لعتقه، والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض البدل.

أو أداءً، لا في بعضه ولا في كله؛ لأن عتقه معلق بسقوط جميع البدل، ولهذا: لو أبرأ المورث عن بعض البدل.. لم يعتق شيء منه؛ فإذا لم يمكن إثبات المقتضي.. لا يثبت المقتضى، فلا وجه لإبراء البعض.

وكذلك: لإبراء الكل؛ لحق بقية الورثة.

* * *

---

(1) زيادة لا بد منها، من «فتح القدير» (٩/٢١٧).

(كتاب الولاء)

(كِتَابُ الْوَلَاءِ)

الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعتَقَ.

(كِتَابُ الوَلَاءِ)

الولاء يتنوع باختلاف السبب إلى نوعين:

الأول: ولاء عتاقه، ويسمى ولاء نعمة أيضاً.

وسببه: العتق على ملكه.

وقيل: سببه الإعتاق؛ استدلالاً بقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق».

والصحيح: هو الأول؛ لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة.. كان [٥٥١/أ] الولاء له ولا إعتاق، فجعل العتق سبباً أولى لعمومه.

والثاني: ولاء الموالاة.

وسببه: العقد، على ما سيصرح به.

ولهذا يقال: ولاء العتاقة وولاء الموالاة؛ إضافةً للمسبب إلى السبب على ما هو الأصل في الإضافة.

وهو في اللغة: التناصر مطلقاً.

وفي عرف الفقهاء: عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل.

فالمصنف أشار إلى النوع الأول فقال: (**الولاء لمن أعتق**)، هكذا روي مرفوعاً إلى رسول الله؛ يعني: إذا أعتق الرجل مملوكه.. كان الولاء له؛ لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق».

وجه الاستدلال: أن الحكم إذا ترتب على المشتق.. دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم، ولأن العتق يحصل به العقل والميراث: **أما العقل؛** فلأن المولى ينتصر بمعتقه بسبب العتق، ومن ينتصر بشخص.. يعقله؛ لأن الغنم بالغرم؛ فحيث يغنم بنصره.. يغرم عقله.

وَلَو: بتدبيرٍ، أَوِ استيلادٍ، أَو كِتَابَةٍ، أَو وَصِيَّةٍ، أَو مِلْكِ قريبٍ.

ولغا شَرطُه لغيرِهِ أَو سائبةٍ.

وأما الميراث؛ فلأن المولى أحياه بالإعتاق؛ لإزالة الرق منه؛ لأن الرقيق هالك حكماً؛ حتى لا يثبت في حقه كثير من أحكام الأحياء؛ كالقضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والعيدين.

وبالإعتاق: ثبتت هذه الأحكام في حقه، فكان إحياء، ومن أحيا غيره معنى.. ورثه كالولد، فصار الولاء كالولاد، والولاد يوجب الإرث.. فكذلك الولاء.

فإذا انتصر المولى بالمعتق عقلاً وإرثاً بسبب العتق.. ثبت أن الولاء لمن أعتق؛ لأنه عبارة عندهم عن تناصر يوجب العقل والإرث.

ثم كلمة «مَن» أعمّ من الرجال والإناث؛ لأن المرأة لها ولاء عتاقة لمعتقها، لكن الحربي مخصص عنه؛ فإن الحربي لو أعتق عبده في دار الحرب.. لا ولاء له عليه؛ حتى إذا خرجا إلينا مسلمين.. لا يرثه، خلافاً لأبي يوسف.

بخلاف الذمي؛ فإن له ولاء العتاقة. كذا في «الزيلعي».

(ولو) وصلية (**بتدبير، أو استيلاد، أو كتابة، أو وصية، أو ملك قريب**)؛ يعني: يستوي عند الموت أيضاً.

فإن قيل: كيف يثبت الولاء عند الموت؟

أجيب عنه: بأن المراد: أن ثبوت الولاء:

لعصبة المولى: إنما يكون بسبب ثبوته للمولى؛ فإنه المستحق له أولاً؛ لصدور سبب العتق منه، ثم يسري منه إلى عصبته.

وبالقرابة: بأن ملك قريبه يثبت بها عند الشراء، وسواء كان العتق حاصلاً ابتداء أو بجهة الواجب؛ ككفارة اليمين والفدية.

(**ولغا شرطه**)؛ أي: شرط الولاء (**لغيره**)؛ بأن أعتق عبده وشرط أن ولاه لغيره.

(**أو سائبة**)؛ بأن أعتق عبده وشرط أن لا يرثه، ولا ولاء [٥٥١/ب] عليه.. كان كل

وَمَن أَعتقَ حَامِلاً مِن زوجٍ قِنٍّ فَولَدَت لأَقَلَّ مِن نصفِ سنةٍ.. فولاءُ الْوَلَدِ لَهُ، لَا يَنْتَقِلُ عَنهُ أَبداً.

وَكَذَا: لَو وَلَدَت توأَمَينِ؛ أَحدُهمَا لأَقَلَّ مِن نصفِهَا.

وَإِن وَلَدَتْ لأَكْثرَ مِن ذَلِكَ.. فولاؤهُ لَهُ أَيْضاً.

من الشرطين لغواً؛ لكونه مخالفاً لحكم الشرع.. فلا يرثه غيره ويرثه هو؛ كما في النسب إذا شرط أن لا يرثه.

(**ومن أعتق حاملاً من زوج قنّ**)؛ يعني: إذا زوج رجل أمته من عبد الغير، وحبلت الأمة من زوجها القن للغير، (**فولدت لأقل من نصف سنة**) من حين أعتقت (.. **فولاء الولد له**)؛ أي: للمعتق، وهو مولى الأم.

(**لا ينتقل**) الولاء (**عنه**)؛ أي: عن مولى الأم (**أبداً**)؛ لأنه عتق مولى الأم: كالأم قصداً؛ لأنه جزء الأم، فيقبل الإعتاق قصداً؛ لأن الجنين في حكم العتق: كشخص على حدة؛ حيث يجوز انفراده بالعتق، فلا ينتقل ولاؤه عنه؛ لأن الولاء لمن أعتق نصاً.

(**وكذا لو ولدت توأمين أحدهما**)؛ أي: ولدت أحد التوأمين (**لأقل من نصفها**)؛ أي: من نصف السنة.. فالولاء لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً؛ لأنا تيقنا حينئذ أن الأول كان موجوداً وقت العتق، وتيقنا أنهما توأمان حملت بهما جملة؛ لعدم تخلل أقل مدة الحمل بينهما؛ فإذا تناول الإعتاق الأول.. تناول الآخر أيضاً ضرورةً، فصار المولى معتقاً لهما جميعاً، لا ينتقل منه أبداً.

(**وإن ولدت لأكثر من ذلك**)؛ أي: من نصف سنة (.. **فولاؤه**)؛ أي: [ولاء الولد][1] (**له**)؛ أي: لمولى الأم (**أيضاً**)؛ كما إذا ولدت لأقل من نصف سنة؛ لأنه عتق تبعاً لأمه؛ لاتصاله بها عند عتقها، وقد تعذر جعله تبعاً للأب لرقيته.

---

(١) زيادة من «درر الحكام» (٢/٣٤).

لَكِن؛ إِن أُعتِقَ الْأَبُ جَرّهُ إِلَى مَوَالِيهِ، ....

(**لكن إن أُعتِقَ الأبُ**)؛ أعني: عبداً للغير؛ إذا أعتق هو بعد عتق الأم وولادتها لأكثر من نصف سنة (.. **جرّه**)؛ أي: جرَّ الأب ولاء ولده من موالي الأم (**إلى مواليه**)؛ أي: موالي الأب؛ لأن الولاء بمنزلة النسب؛ لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب».

ثم النسب إلى الآباء.. فكذلك لولاء، والنسبة إلى موالي الأم كانت لضرورة عدم أهلية الأب لرقه؛ فإذا صار أهلاً له بزوال المانع.. عاد الولاء إليه؛ كما أن ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة؛ فإذا أكذب الملاعن نفسه.. عاد الانتساب إليه.

اعترض على قولهم: «فإذا صار أهلاً له.. عاد الولاء»: بأنه إذا أعتقت المعتدة عن موت؛ بأن كانت الأمة امرأة مكاتب، فمات المكاتب عن وفاء، أو أعتقت المعتدة عن طلاق، فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق.. حيث يكون الولد لموالي الأم لم ينتقل عنهم أصلاً وإن أعتق الأب الرقيق.

أجيب: بأن العود إليه بعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق أهلية؛ لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت؛ لعدم تصور الوطء، وإلى [٥٥٢/أ] ما بعد الطلاق البائن بحرمة الوطء، وكذلك إلى ما بعد الطلاق الرجعي؛ لأنه لا يصير مراجعاً بالشك؛ لأنه إذا جاءت بالعبد لأقل من سنتين.

احتمل أن يكون موجوداً عند الطلاق.. فلا حاجة إلى إثبات الرجعة؛ لثبوت النسب.

واحتمل: أن لا يكون، فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب.

وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك.. أسند إلى حالة النكاح، فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فيعتق مقصوداً، ومن عتق مقصوداً.. لا ينتقل ولاؤه أبداً، كما في المسألتين المذكورتين في الكتاب من قبل.

وتبين من هذا: أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر.. كان الحكم كذلك بطريق الأولى؛ للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق.

وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين.. فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي.

ففي البائن: مثل ما كان.

وأما في الرجعي: فولاء الولد لموالي الأب؛ لتيقننا بمراجعته، كذا في «العناية».

واعلم: أن المصنف ذكر ههنا جر الولاء، وفرق مواضع الجر عن غيره.

والأصل في ذلك: أن العتق إذا وقع على الولد مقصوداً.. لا ينتقل ولاؤه من المعتق أبداً، وإن وقع تبعاً لأمه، ثم أعتق الأب.. جر ولاء ابنه إلى مواليه.

وعلى هذا: لو أعتق الرجل أمته وولدها.. عتقا معاً وولاؤها له؛ فإن أعتق الأب بعد ذلك.. لا يجر ولاءه؛ لأنه لما كان منفضلاً عن الأم.. كان مملوكاً لمالك الأم، والعتق يتناوله مقصوداً.. فلا يتبع أحداً.

وإذا أعتقت الأم وهي حامل، أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر، أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر، ثم أعتق الأبَ رجلٌ آخر.. فكذلك: لا ينتقل الولاء إلى موالي الأب؛ لأن المولى قصد إعتاق الأم، والعقد إليها بالعتق قصد إلى جميع أجزائها، والحمل جزء منها.

فإن كان الحمل ظاهراً وقت الإعتاق.. فواضح وهي مسألة الكتاب.

وإن ولدت لأقل من ستة أشهر.. حصل اليقين بقيامه فيه.

وكذا: إذا ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر، على ما ذكر في الكتاب وبيناه.

وأما إذا أعتقها، ثم ولدت لأكثر من ستة، ثم أعتق الأب.. جر ولاء ابنه إلى مواليه على ما بيناه، وسيأتي زيادة تفصيل.

وَلَا يرجعُ الْأَوَّلونَ عَلَيْهِم بِمَا عقلوا عَنهُ قبلَ الْجَرّ.

وَلَو تزوَّجَ عجميٌّ ـ لَهُ مولى مُوالَاةٍ أَو لَا ـ مُعتقَةً، ....

وإذا جُر ولاؤه إلى مواليه.. فهل يرجع الأولون عليهم بما عقلوه؟

قالوا: لا يرجعون، وإليه أشار بقوله: (**ولا يرجع الأولون**)؛ أي: موالي الأم (**عليهم**)؛ أي: على موالي الأب (**بما عقلوا** [٥٥٢/ب] **عنه**)؛ أي: عن الولد (**قبل الجر**).

بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم، ثم أكذب الملاعن نفسه.. حيث يرجعون على عاقلة الأب.

والفرق: أن النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الإكذاب؛ إذ لا يتصور أن يكون الإنسان ولد الشخص في وقت، ثم يتحول بعد ذلك إلى غيره فيكون ولداً لغيره، وبالإكذاب: تبين ذلك، وتبين أن عقله كان على موالي الأب، وقد أُجبر قوم على الأداء.. فيرجعون عليهم.

وفي الولاء حين عقل قوم الأم.. كان ثابتاً لهم، وإنما يثبت لقوم الأب مقتصراً على زمان الإعتاق؛ لأن سببه هو العتق مقصور عليه.. فلا يرجعون به. كذا في «الزيلعي».

(**ولو تزوج**) مسلم (**عجمي**) لم يعتقه أحد أصلاً، بل هو حر.

قيده بـ«العجمي»؛ لأنه لو كان الأب عربياً.. يكون ولاؤه لقوم أبيه بالاتفاق.

وفسرنا بكونه «حر الأصل»؛ لأن الأبوين لو كانا معتقين.. يكون ولاؤه لقوم أبيه أيضاً بالاتفاق على ما سنبينه.

(**له**)؛ أي: ذلك الحر العجمي، والمراد بالعجمي هنا: غير العربي كما في باب الكفالة.

(**مولى موالاة أو لا**)؛ أي: أو لم يكن له مولى موالاة (**معتقةً**) مفعول «تزوج».
أطلق المعتقة، وهو وضع محمد في «الجامع الصغير»، واختاره صاحب «الهداية»

فَولدت مِنْهُ.. فولاءُ الْوَلَدِ لمواليها.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: حكمُهُ حكمُ أَبِيه.

و«الكنز»، ولم يقيِّدها بكونها معتقة العربي كما هو وضع القدوري؛ لما ذكره في «الزيلعي» وغيره: أن وضع المسألة في مطلق المعتقة: هو الصواب، وما ذكره القدوري: اتفاقي لا احترازي.

لأن ولاء العتاقة: قوي معتبر شرعاً.. فلا يختلف بين أن يكون معتق هذه المعتقة من العرب أو من غير العرب، فيجب في الجميع: نسبة أولاد المعتقة إلى المعتق.

فإن لم يكن أبوهم عربياً على ما قالوا، (**فولدت منه.. فولاء الولد لمواليها**)؛ أي: لموالي الأم المعتقة عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: حكمه حكم أبيه**).

صورة المسألة: حر عجمي تزوج معتقة، فولدت منه.. فولاء ولدها لموالي الأم؛ سواء كان للأب ولاء موالاة أو لا، وسواء كانت الأم معتقة العربي أو معتقة العجمي. عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: حكم ولدها: حكم أبيه؛ سواء كان للأب ولاء موالاة أو لا.

ولا يكون لموالي الأم ولاء؛ لأن الولاء كالنسب، والنسب إلى الأب، وإن كانت الأم أشرف؛ لكون الأب أقوى.. فكذا الولاء:

كما إذا تزوج عربي معتقة، فولدت منه.. فولاء ولدها للأب لا لموالي الأم، وكذا إذا كان الأب عجمياً؛ لاستوائهما في الحرية الأصلية.

وكما إذا تزوج [٥٥٣/أ] **عجمي بعربية حرة**، فولدت منه.. فولاء ولدها لقوم أبيه لا لموالي لأم، وكذا إذا كانت الأم معتقة.

بخلاف ما إذا كان الأب عبداً.. فإن العبد هالك معنى؛ لكونه رقيقاً، فلا ينسب إليه النسب.

ولهما: أن ولاء العتاقة قوي يعتبر لقوته في حق الأحكام، حتى اعتبرت الكفاءة فيه، والنسب في حق العجم لما كان ضعيفاً؛ لتضييعهم أنسابهم - حتى لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب - كان وجوده كعدمه كالعبد لضعفه؛ سواء كان له ولاء موالاة أو لم يكن، فلا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة.

أما إذا لم يكن.. فظاهر.

وأما إذا كان له ولاء موالاة.. فلأن ولاء الموالاة ضعيف أيضاً، حتى يقبل الفسخ، فلا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة، فصار وجوده كعدمه أيضاً.

وكذا حريته ضعيفة، ألا ترى: أنها تحتمل الإبطال بالاسترقاق.

بخلاف العربي؛ فإن له نسباً معتبراً، وحريته ثابتة، فامتنع نسبة الولد إلى معتق الأم؛ لقوة جانب الأب.

وبخلاف ما إذا تزوج العجمي عربية؛ لأن أولاده منها لو نسبوا إلى قوم أمهم.. لنسبوا إليهم بالنسب، والنسب إلى الأم ضعيف غير معتبر، ولا عصوبة بينهم.

وأما أولاد المعتقة.. فينسبون إلى قوم أمهم بالعصبة لا بالنسب، فيجوز.

ثم ثمرة هذا الاختلاف: تظهر فيما إذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوي الأرحام ومعتق الأم أو عصبة معتقها.. كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما.

وعند أبي يوسف: يكون لذوي الأرحام؛ لأن حكمه حكم أبيه عنده.. فلا يكون عليه ولاء؛ كما إذا كان الأب عربياً.

واعلم: أنهم اختلفوا في أنه: هل يشترط في ثبوت الولاء على الولد أن لا تكون الأم حرة أصلية، أو لا يشترط؟

فمنهم من ذهب إلى الأول، ومنهم من ذهب إلى الثاني.

والأكثر: على الأول؛ منهم صاحب «البدائع» وصاحب «الدرر».

وأكثر مشايخ الإسلام حتى المولى أبو السعود: أفتى أولاً بعدم الاشتراط، ثم رجع وأفتى بالاشتراط، واستقر عليه رأيه، وبيانه يحتاج تمهيد مقدمة.

فاعلم أولاً: أن لفظ «حر الأصل»: يستعمل عند الفقهاء على معنيين:

أحدهما: من لم يجر على نفسه رق، بل تولد من معتقة.

والثاني: من لا يكون في أصله رقيق أصلاً.

وثانياً: أن الولاء على ما صرح به في «الهداية» وغيرها: مبني على زوال الملك، ولهذا لا تقبل الشهادة بالتسامع في الولاء، كما لا تقبل في العتق، وزواله فرع [٥٥٣/ب] ثبوته، وثبوته على الولد: يكون من قبل الأم؛ لما تقرر: أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، ولا يسري ملك الأب إلى الولد.. فلا يكون زواله عن الولد إلا من قبل معتق الأم؛ فإذا لم يكن في جانب الأم رق.. لا يتصور على الولد ولاء.

وثالثاً: أن اللفظ إذا كان قطعياً في معنى.. وجب أن يحمل عليه الظاهر المحتمل له ولغيره.

ورابعاً: أن المطلق يحمل على المقيد في الروايات.

إذا عرفت هذه المقدمات.. **فاعلم:** أن صاحب «البدائع» ذكر: أن من شرط ثبوت الولاء على الولد: أن لا تكون الأم حرة أصلية؛ فإن كانت حرة أصلية.. فلا ولاء لأحد على ولدها وإن كان الأب معتقاً؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، ولا ولاء لأحد على أمه، فكذا على ولدها، وهذا لأنه أراد بالحرية الأصلية: المعنى الثاني الذي ذكرناه؛ بقرينة قوله: «ولا ولاء لأحد على أمه».

وقد عرفت: أن الولاء مبني على زوال الملك، وزوال الملك بالواسطة: لا يكون إلا من قبل الأم؛ فإذا كانت الأمة حرة الأصل بهذا المعنى.. لم يثبت على الولد ملك، فلا يثبت عليه ولاء.

هذا، وقال في «المنية»: وإن عتق حر الأصل بأن كانت أمه حرة أصلية أو عارضية.. يجوز أن يثبت عليه ولاء؛ إما لقوم الأب، أو لقوم الأم.

ثم قال: إن كان الأب حر الأصل.. لا ولاء لقوم الأب، وكذا: إذا كانت الأم حرة الأصل.. لا ولاء لقوم الأم؛ لأن حر الأصل لم يجر عليه عتق. وهكذا ذكره في «الدرر».

ثم قال: فالمتبادر من ظاهر كلامه: أن الأم إذا كانت حرة الأصل مطلقاً.. جاز أن يثبت على ولدها الولاء. وليس كذلك، بل مراده بالحرية الأصلية ههنا: الحرية الأصلية بالمعنى الأول؛ أعني: لا يكون في أصله رقيق أصلاً، بقرينة: أنه جعل الولد المتولد من حرة عارضية ـ وهي المعتقة ـ حر الأصل، ثم جعل الحرية الأصلية مقابلة المعارضية.. فلا مخالفة بينه وبين ما سبق من «البدائع».

فصورة كون الولاء لقوم الأب: ما إذا لم يكن في نسب الأب رقيق، والولد ولد من معتقة أو ممن ولدت من معتقة؛ فإن ولاء الولد في الأول: لقوم الأب اتفاقاً، وفي الثاني: لقوم الأم عند أبي حنيفة ومحمد.

والحاصل: أن الأبوين إذا كانا حرين أصليين بالمعنى الثاني.. فلا ولاء على الولد أصلاً.

وإذا كانا معتقين، وفي أصلهما معتق [٥٥٤/أ].. فالولاء لقوم الأب.

وإذا كان الأب معتقاً أو في أصله معتق، والأم حرة الأصل بالمعنى الثاني؛ سواء كانت عربية أو عجمية.. فلا ولاء على الولد لقوم الأم.

وإن كان غير عربي.. فعند أبي حنيفة ومحمد: يكون لقوم الأم عليه ولاء، خلافاً لأبي يوسف.

قال في «حاشية الدرر» نقلاً عن «شرح الوجيز»: ولد: أمه حرة أصلية، وأبوه رقيق.. لا ولاء عليه ما دام الأب رقيقاً؛ فإن أعتق.. فهل يثبت الولاء عليه لمولى الأب؟

وَالْمُعتِقُ مقدَّمٌ على ذَوي الْأَرْحَامِ، مُؤخَّرٌ عَنِ الْعصبَةِ النسبيَّةِ.

فَإِن مَاتَ السَّيِّدُ ثُمَّ الْمُعْتَقُ.. فإرثُهُ لأَقْرَبِ عصبَةِ سَيِّدِهِ.

فَيكونُ لِابْنِهِ دونَ أَبِيهِ لَو اجْتمعَا.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لِأَبِيهِ السُّدُسُ وَالْبَاقِي لِلِابْنِ.

يحكى فيه قولان. انتهى.

ثم ذكر مثله عن «معراج الدراية» أيضاً، ولعل مبنى الروايتين: على اشتراط عدم كون الأم حرة أصلية، وعدم اشتراطه:

فمن لم يشترط.. يثبت الولاء.

ومن شرط.. لا يثبته.

(والمعتِق) ـ اسم فاعل ـ **(مقدم على ذوي الأرحام مؤخر عن العصبة النسبية)**، وهي: كل من يأخذ ما أبقته أصحاب الفرائض من التركة، وعند الانفراد: يأخذ التركة كلها؛ كالابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد والعم لأبوين أو لأب وابن العم كذلك.

وذوو الأرحام: كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة، على ما بين في الفرائض.

وقد بين فيه أيضاً: أن المعتق آخر العصبات: مؤخر عن العصبة النسبية، مقدم على ذوي الأرحام.

(فإن مات السيد، ثم المعتَق) ـ اسم مفعول ـ ولا وارث له (.. **فإرثه لأقرب عصبة سيده فيكون)** الإرث **(لابنه)**؛ أي: ابن السيد **(دون أبيه لو اجتمعا)**؛ أي: ابن سيده وأبيه، وهذا: لأن الابن مقدم على الأب على ما بين في الفرائض. هذا وعند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: لأبيه السدس، والباقي للابن).

قلنا: استحقاق الأب السدس مع الابن: بالفرضية لا بالعصبة، والأب ههنا: عصبة لا صاحب فرض، فيقدم أقرب العصبات وهو الابن.

وَعندَ اسْتِوَاءِ الْقُرْبِ: تستوي الْقِسْمَةُ.

وَلَيْسَ للنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعتقنَ، أَو كاتبنَ، أَو كَاتبَ مَن كاتبْنَ... الحَدِيث.

ولو أعتقت امرأة عبداً لها، ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها، ثم مات العبد، ولا وارث له غيرهما.. فالميراث لابنها دون أخيها بالاتفاق؛ لأن الابن أقرب في العصوبة، ولا فرضية للأخ، إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها؛ لأنه من قوم أبيها، وجنايتها على قوم أبيها، [وكذلك] جناية معتقها، وابنها ليس من قوم أبيها.

(وعند استواء القرب. تستوي القسمة)، حتى لو مات السيد وترك ابنين، ثم مات المعتق بلا وارث.. يستوي الابنان في القسمة؛ لاستوائهما في القرب.

(وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن) [٥٥٤/ب] أو أعتق من أعتقن **(أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن.. الحديث)**؛ أي: تمام الحديث، أو دبَّرن أو دبَّر من دبَّرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهنّ هذا الحديث، وإن كان فيه شذوذ من حيث المتن؛ حيث لم يوجد في الصحاح والحسان بهذا المتن، لكنه تأكد بما روي عن كبار الصحابة بمثله، فصار بمنزلة المشهور، فيحتج به.

والكلام فيه من وجهين :

- **الأول:** في إعرابه، فقوله: «إلا ما أعتقن» مستثنى من متعدد، و«ما» موصولة، وضمير الصلة محذوف؛ أي: ليس للنساء شيء من الولاء: إلا ولاء ما أعتقت، أو ولاء من أعتق من أعتقته، أو ولاء ما كاتبته أو ولاء ما كاتبه من كاتبته، أو ولاء ما دبرته، أو ولاء ما دبره من دبرته.

وقوله: «أو جر»: يحتاج إلى أن تقدر معه «أن» حتى يصير مؤولاً بالمصدر؛ أي: ليس لهن شيء من الولاء إلا ولاء ما ذكر، أو أن جر ولاء معتقهن.

حاصل المعنى: ليس لهن شيء من الولاء إلا ولاء معتقهن أو ولاء معتق معتقهن... إلى آخره، أو الولاء الذي جره معتقهن.

اعترض عليه: بأن «ما» لغير العقلاء، والمعتق من العقلاء.

أجيب عنه بوجهين:

الأول: بأن «ما» عبارة عن المرقوق الذي يتعلق به الإعتاق، والرق في المرقوق: بمنزلة الموت، فيكون المرقوق بمنزلة الميت الجماد، فاستعمل فيه كلمة «ما».

والثاني: أن «ما» مجاز عن كلمة «من».

- **الكلام الثاني في صور مسائل:** فصورة ولاء معتقهن ومكاتبهن: ظاهرة، وأما صورة ولاء معتق معتقهن: فهي أن المرأة إذا أعتقت عبداً، فاشترى ذلك العبد عبداً آخر وأعتقه، ثم مات المعتق الثاني، وليس له عصبة نسبية، وقد مات قبله العبد الأول وعصبته.. فميراثه لتلك المرأة بالعصوبة من جهة الولاء ، وكذلك الحكم في مكاتب مكاتبهن.

وصورة ولاء مدبرهن: أن دبرت امرأة عبداً، ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب، وحكم القاضي بلحاقها وعتق عبدها المدبر، ثم أسلمت ورجعت إلى دار الإسلام، ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية.. فولاؤه لها.

وصورة مدبر مدبرهن: أنها دبرت، فلحقت بدار الحرب، فقضى به وبعتق مدبرها، فاشترى عبداً ودبره، ثم مات، ورجعت المرأة ثانية إلى دار الإسلام؛ إما قبل موت مدبرها أو بعد موته، ثم مات المدبر الثاني ولم يخلف عصبة نسبية.. فولاؤه لها.

وصورة جّر ولاء المعتق: أن عبد امرأة [٥٥٥/أ] تزوج بمعتقة الغير بإذنها، فولد بينهما ولد هو حر تبعاً لأمه.. فولاؤه لأمه؛ فإذا أعتقت تلك المرأة عبدها.. جر ذلك ولاء ولده إلى نفسه أوّلاً، ثم إلى مولاته؛ حتى إذا مات المعتق، ثم مات ولده وخلف معتقة أبيه.. فولاؤه لها.

وصورة الجر ولاء معتق معتقهن: أن امرأة أعتقت عبداً، فاشترى العبد المعتق عبداً، وزوجها بمعتقة الغير، فولد بينهما ولد هو حر تبعاً لأمه.. فولاؤه لموالي أمه؛ فإذا أعتق ذلك العبد المعتق عبده.. جرّ ولاء ولد معتقه من موالي الأم إلى نفسه، ثم إلى مولاته.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَاء الْمُوَالَاةِ سَبَبُهُ العقدُ.

(فَصْلٌ)
فِي وَلَاءِ الْمُوَالَاةِ

أخره عن ولاء العتاقة؛ لأن ولاء العتاقة مقدم عليه رتبة لقوته؛ لكونه غير قابل للتحول، فقدمه وضعاً؛ ليوافق الوضعُ الطبعَ.

(**ولاء الموالاة: سببه العقد**)؛ بأن يسلم رجل على يد رجل ويقول له: واليتك على أني إن مت فميراثي لك، وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك، وقبل الآخر منه.. صح العقد بعد وجود شرائطه التي نذكرها، وهي خمسة:

أحدها: أن يكون ذلك الرجل مجهول النسب؛ بأن لا ينتسب إلى غيره، وإلا.. لا يصح أن يوالي غيره، وأما نسبة غيره إليه.. فغير مانع.

والثانية: أن لا يكون له ولاء عتاقة وولاء موالاة مع أحد، وقد عقل عنه.

والثالثة: أن لا يكون عربياً؛ لأن تناصر العرب بالقبائل، فأغنى عن الموالاة.

والرابعة: أن يكون حراً عاقلاً بالغاً؛ لأن عقد الموالاة تصرف دائر بين النفع والضر؛ لأن فيه إيجاب الإرث وإلزام العقل.. فلا يصح عن العبد إلا بإذن سيده، ولا عن المجنون وهو ظاهر، ولا عن الصبي أيضاً ولو عاقلاً إلا بإذن أبيه أو وصيه.

والخامس: أن يشترط الميراث والعقل؛ لأن هذا العقد يقع على ذلك، فلا بد من ذكره في العقد.

وأما كونه المسلم على يد الأعلى.. فليس بشرط في صحة العقد، وإنما وقع ذلك في عبارة المصنف وغيره من الفقهاء اتفاقاً؛ إخراجاً له مخرج الغالب.

وحكمه: أن يثبت به الإرث إذا مات، وأن يعقل عنه إذا جنى، ويدخل فيه أولاده الصغار ومن يولد له بعد العقد.

فَلَو أسلمَ عجميٌّ على يَدِ رجلٍ ووالاهُ على أَنَّهُ يَرِثُهُ وَيَعْقِلُ عَنهُ، أَو والى غيرَ مَن أسلمَ على يَدِهِ.. صَحَّ إن لم يكن معتَقاً، وعقلُهُ عَلَيْهِ، وَإِرثُهُ لَهُ إِن لم يكُنْ لَهُ وَارِثٌ، وَهُوَ مُؤخَّرٌ عَن ذَوي الْأَرْحَامِ.

(**فلو أسلم**)، هذا ليس بشرط في هذا العقد، بل خرج مخرج الغالب، وقد ذكرناه من قبل.

(**عجمي**)؛ أي: حر أصلي مكلف، وهذا من شروطه كما ذكرناه.

(**على يد رجل، ووالاه**)؛ بأن قال: واليتك على أن ترثني إن مت، وتعقل عني إن جنيت [٥٥٥/ب].

ولا بد من ذكر هذا كما عرفت من قبل، وإليه أشار بقوله: (**على أن يرثه**) إن مات، (**ويعقل عنه**) إن جنى.

(**أو والى**)، عطف على قوله «ووالاه»؛ أي: أسلم أعجمي على يد رجل ووالى (**غير من أسلم على يده.. صح**) عقد الموالاة.

وقال الشافعي ومالك: لا يصح هذا العقد.

ووجههما والجواب عنه: ذكر في المفصلات.

(**إن لم يكن معتَقَاً**) اسم مفعول؛ لأنه لو كان معتقاً لإنسان.. لم يصح عقد موالاته؛ لأن ولاء العتاقة قوي، فلا يقدر على إبطاله بعقد الموالاة، وهذا من إحدى شروطه أيضاً على ما ذكرناه.

(**وعقله**) هذا شروع في بيان حكمه؛ أي: عقل جنايته (**عليه**)؛ أي: على من والاه.

(**وإرثه له**)؛ أي: لمن والاه (**إن لم يكن له**)؛ أي: للذي والى غيره (**وارث**).

فإنه لو كان له وارث.. فالوارث أولى منه.

وإن كان من ذوي الأرحام.. فإنه مؤخر عن ذوي الأرحام، على ما أشار إليه بقوله: (**وهو**)؛ أي: القابل لمولى الموالاة (**مؤخر عن ذوي الأرحام**)؛ فإذا كان مؤخراً.. فلا يرثه عنه.

وَمَا لَم يَعقِلْ عَنهُ.. فَلَهُ أَن: **يفسَخَهُ قولاً بِحَضْرَتِهِ**، ....

واعترض عليه: بأنه ينبغي أن يكون الثلث لمولى الموالاة؛ كما لو أوصى بكل ماله لرجل آخر وله وارث معروف.. فإن ثلثه لذلك الرجل.

وأجيب: بأنه جعله بعقد الولاء وارثاً عنه، وفي سبب الوراثة: ذو القرابة. أرجح:

لأن القرابة متفق على ثبوتها شرعاً وإن اختلفوا في كونها سبباً للإرث.

وعقد الولاء: مختلف في ثبوته شرعاً؛ فإن الشافعي ومالكاً: أنكراه.

ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي.. فلا يظهر استحقاق المولى معه لهذا السبب في شيء من المال.

بخلاف الوصية بالثلث.. فإنها خلافة في المال مقصوداً، فلا يمكن جعل الثلث بطريق الوصية؛ لأنه ما أوجب له ذلك مقصوداً، ولا بطريق الإذن؛ لترجح استحقاق القريب عليه.

(**وما لم يعقل عنه.. فله**)؛ أي: للمولى الأسفل ـ أعني: من والى غيره ـ (**أن يفسخه قولاً بحضرته**)؛ أي: بحضرة الأعلى؛ لأنه عقد غير لازم كالوكالة والوصية؛ لأن الأعلى: متبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته، والأسفل: متبرع بجعله خليفته في ماله، والتبرع غير لازم ما لم يحصل به القبض والعوض؛ كما في الهبة، فهذا غير لازم ما لم يعقل عنه شيئاً؛ فإذا كان غير لازم.. فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بمحضر صاحبه لا في غيبته؛ لأن العقد قد تم بهما معاً؛ كما في الشركة والوكالة والمضاربة.. فلا بد في فسخه من حضورهما، كيف لا!! والفسخ في غيبة [٥٥٦/أ] الآخر لا يعرى عن ضرر؟!

لأنه ربما يموت الأسفل، فيأخذ الأعلى ماله ميراثاً له، وقد كان فسخه الأسفل ولم يعلمه الأعلى، فيكون ما أخذه ميراثاً مضموناً عليه، فيتضرر به الأعلى.

وفعلاً مَعَ غيبتِهِ، بِأَن ينْتَقل عَنهُ إِلَى غَيرِهِ.

وَبعد أَن عقلَ عَنهُ، أَو عَن وَلَدِهِ.. لَا يفسخُهُ هُوَ وَلَا وَلَدُهُ.

وللأَعلى أَيْضاً أَن يبرأَ عَن ولائِهِ بمحضرِهِ.

وَلَو أسلمتِ امْرَأَةٌ ووالت، أَو أَقرَّتْ بِالْوَلَاءِ فَولدت مَجْهُولَ النّسَبِ، ...

أو يعتق الأسفل عبداً على ظن أن عقل عبده على المولى الأعلى، فيجب عليه وحده، فيتضرر به الأسفل.

فلا يصح الفسخ قولاً إلا بمحضر الآخر؛ دفعاً للضرر، كما في الوكالة.

بخلاف ما إذا فسخه ضمناً لا قصداً، وإليه أشار بقوله:

(**وفعلاً مع غيبته**)؛ أي: يفسخه فعلاً مع غيبة الآخر، وذلك (**بأن ينتقل**) المولى الأسفل بالولاء (**عنه**)؛ أي: عن المولى الأعلى (**إلى غيره**)؛ أي: إلى غير المولى الأعلى.

وذلك بأن يوالي غير الأول.. فإنه حينئذ ينفسخ العقد الأول في ضمن العقد مع الثاني بلا فسخ منه؛ لأنه فسخ حكمي لا قصدي.. فلا يشترط فيه حضور الآخر كما اشترط في الفسخ بالقول؛ لأنه فسخ قصدي لا بد له من علم الآخر.

(**وبعد أن**) ـ مصدرية ـ (**عقل**) المولى الأعلى (**عنه**)؛ أي: جناية الأسفل، (**أو عن**) جناية (**ولده.. لا يفسخه هو**)؛ أي: الأسفل، (**ولا ولده**) يحتمل صوراً أربع. تأمل.

وهذا: لأنه إذا عقل عنه أو عن ولده.. تأكد العقد بتعلق حق الغير به واتصال القضاء به، فلا يفسخ، ولأنه لما عقل عنه.. صار كالعوض المقبوض؛ كما في الهبة.. فلا يفسخ.

(**وللأعلى أيضاً**)؛ أي: كالأسفل (**أن يبرأ عن ولائه بمحضره**)؛ أي: بمحضر الأسفل؛ لعدم لزوم تضرر الأسفل به كما تقدم آنفاً.

(**ولو أسلمت**) ـ هذا القيد أخرج مخرج الغالب، وليس بشرط على ما ذكرناه من قبل ـ (**امرأة ووالت**) رجلاً؛ أي: عقدت عقد الموالاة معه بشروطه المتقدمة، (**أو أقرت بالولاء**)؛ أي: ولاء الموالاة، (**فولدت**) ـ في الصورتين ـ (**مجهول النسب**)؛ أي:

أَو كَانَ مَعهَا ولدٌ صَغِيرٌ كَذَٰلِكَ.. تبعَها فِيهِ.

خلافاً لَهما.

لا يعرف له أب (أو كان معها)؛ أي: في الصورتين (ولد صغير كذلك)؛ أي: لا يعرف له أب (.. تبعها فيه)؛ أي: صح عقدها بالموالاة.

وكذلك إقرارها بها وتبعها ولدها المولود وولدها الصغير، ويصيران موالي فلان، وهذا عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ حيث قالا: يتبعها ولدها في الصورتين؛ لأن الأم لا ولاية لها على ماله.. فعلى نفسه: أولى.

ولأبي حنيفة: أن الولاء كالنسب، وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يكن له أب، فتملكه الأم كقبول الهبة للصغير.

قال في «الدرر» نقلاً عن «المحيط»: والى ذمي مسلماً أو ذمياً.. جاز، وهو مولاه؛ لأنه يجوز أن يكون للذمي على المسلم ولاء العتاقة.. فكذلك [٥٥٦/ب] ولاء الموالاة.

وإن أسلم على يدي حربي ووالاه.. هل يصح؟

لم يذكره في الكتاب، وفيه خلاف:

قيل: يصح؛ لأنه يجوز أن يكون للحربي ولاء العتاقة على المسلم، فكذا ولاء الموالاة كما في الذمي.

وقيل: لا يصح؛ لأن في عقد الموالاة مع الحربي تناصر الحربي وموالاته، وقد نُهِينَا عنه، بخلاف الذمي.

واستشكل عليه: بأن الإرث لازم للولاء، وقد تقرر: أن اختلاف الدينين مانع من الإرث كاختلاف الدارين، اللهم إلا أن يقال: معناه: أن سبب الإرث ثبت في ذلك الوقت، ولكن لا يظهر الإرث ما داما على حالهما؛ فإذا زال المانع.. يعود

الممنوع؛ كما أن العصبة أو صاحب الفرض مانع من الإرث؛ فإذا زال قبل الموت.. يعود الممنوع.

قلت: هذا من قبيل تخصيص العلة والمخلص معروف.

* * *

(كتاب الإكراه)

(كِتَابُ الْإِكْرَاهِ)

هُوَ فعلٌ يوقِعُهُ الْإِنْسَانُ بِغَيْرِهِ يفوتُ بِهِ رِضَاهُ، أَوْ يُفْسِدُ اخْتِيَارَهُ..........

(كِتَابُ الإِكْرَاهِ)

(هو) **في اللغة:** عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه، يقال: أكرهت فلاناً؛ أي: حملته على أمر يكرهه.

وفي الاصطلاح: ما ذكره بقوله: (**فعل يوقعه الإنسان بغيره**) متعلق بـ«يوقعه» (**يَفُوت**) صفة «فعل» وهو من الثلاثي (به)؛ أي: بذلك الفعل (رضاه)؛ أي: رضا الغير (**أو يفسد اختياره**).

اعلم: أن الإكراه على نوعين: ملجئ، وغير ملجئ.

فالملجئ: هو الكامل، وهو: أن يكرهه بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه؛ فإنه يعدم الرضاء، ويوجب الإلجاء، ويفسد الاختيار.

وغير الملجئ: قاصر، وهو: أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه، ولا على تلف عضو من أعضائه؛ كالإكراه بالضرب الشديد أو الحبس؛ فإنه يعدم الرضاء، ولا يوجب الإلجاء، ولا يفسد الاختيار.

والنوع الثاني: لا يؤثر إلا في تصرف محتاج فيه إلى الرضاء؛ كما في البيع والإجارة والإقرار.

ألا ترى: أن الهزل يؤثر في هذه التصرفات؛ لعدم الرضاء؛ حتى لا ينفذ معه، فكذا مع الإكراه؛ لعدم الرضاء به أيضاً.

والنوع الأول: يؤثر في الكل، فيضاف فعله إلى المكرِه؛ كأنه فعله بنفسه، والمكرَه: إنما هو آلة له فيما يصلح أن يكون آلة له؛ كإتلاف النفس والمال.

وإن لم يصلح أن يكون آلة له.. اقتصر الفعل على المكرَه، ولا يتجاوز إلى المكرِه؛ لعدم كونه آلة له، فيكون هو كأنه فعله بنفسه باختياره من غير إكراه أحد،

مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ.

وَشَرطُهُ: قدرةُ الْمُكْرِهِ على إِيقَاعِ مَا هَدَّدَ بِهِ؛ سُلْطَاناً كَانَ أَوْ لِصّاً.

وذلك مثل: الأقوال والأكل والشرب؛ فإن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره، ولا يأكل ولا يشرب بفم غيره.. فلا يكون مضافاً إلى غير المتكلم والآكل والشارب.

ولكنه [٥٥٧/أ] إذا كان فيه إتلاف شيء.. فيضاف إليه من حيث الإتلاف؛ لصلاحيته آلة له في الإتلاف.

وإن لم يصلح آلة له في التلفظ والأكل والشرب.. فيرجع المكرِه على المكرَه بقيمة التلف؛ كما إذا أكره على العتق وتكلم بكلمة العتق.. يقع العتق كأنه أوقعه باختياره؛ حتى يكون الولاء له، ويضاف إلى المكرِه من حيث الإتلاف، فيرجع عليه بقيمته. هكذا ذكر في كتب الأصول والفروع.

فظهر منه: أن عدم الرضاء معتبر في جميع صور الإكراه، وأصل الاختيار ثابت في جميع صوره، لكن في بعض الصور: يفسد الاختيار، وفي بعضها: لا يفسد.

فعلم منه: أن قول المصنف: «يفوت به رضاه أو يفسد اختياره»: ليس على ما ينبغي.

وهكذا وقع في «الهداية» و«الوقاية» أيضاً؛ لأنه من قبيل جعل قسم الشيء قسيماً له؛ لأن ما يعدم الرضاء على قسمين:

قسم يفسد اختياره ولا يعدمه، وقسم لا يفسد.

(**مع بقاء أهليته**)، فيه إشارة: إلى أن المكره لم يسقط عنه الخطاب؛ لأن الخطاب بالأهلية.

وإذا كانت الأهلية ثابتة.. كان المكره مخاطباً، وإنما بقيت الأهلية؛ لأن المكره مبتلى، والابتلاء لا ينافي الأهلية والخطاب الثابتين، بل يحققهما.

(**وشرطه**)؛ أي: شرط الإكراه: أربعة أمور:

- **الأول:** (**قدرة المكرِه**) ـ على صيغة اسم الفاعل ـ (**على إيقاع ما هدد به؛ سلطاناً كان أو لصاً**)، لم يفرق بين حصوله من السلطان واللص كما هو مذهب أبي

يوسف ومحمد؛ لأن تحقق الكرَه يتوقف على خوف المكره وقوع ما توعد به، ولا يخاف ذلك إلا إذا كانَ المكرِه قادراً على ذلك، والسلطان وغيره عند تحقق القدرة عليه: سيان.

والذي قاله أبو حنيفة: من أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان.. فقد قالوا :إن هذا: اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان؛ لأن مناط الحكم: القدرة على إيقاع ما هدد به، ولم تكن تلك القدرة في زمن أبي حنيفة إلا للسلطان.

ثم بعد ذلك: تغير أهل الزمان في زمانهما، فقد تحققت تلك القدرة في كل من المتغلبة، فقالا: يتحقق الإكراه من السلطان وغيره، وعليه الفتوى.كما في «قاضي خان» و«الخلاصة».

ومجرد الأمر من السلطان.. هل يكون إكراهاً؟

ففي «قاضي خان»: إن مجرد الأمر من السلطان من غير تهديد يكون إكراهاً.

وعندهما: إن كان المأمور يعلم أنه لو لم يفعل ما أمره به يفعل به ما يفعل السلطان.. كان أمره إكراهاً.

قال في الثاني والثلاثين [٥٥٧/ب] من «العمادية» نقلاً عن «الذخيرة»: رجل ادعى على رجل أنه أمر فلاناً فأخذ منه كذا من المال؛ فإن كان المدعى عليه الآمر سلطاناً.. فالدعوى عليه مسموعة، وإن كان غير سلطان.. فلا؛ لأن أمر السلطان إكراه؛ لأن المأمور يعلم أنه لو لم يمتثل أمره.. يعاقب، وهذه عادة السلطان.

ولو هدده السلطان بالعقوبة على أن يأخذ مال الغير أو يتلفه، ففعل.. كان الضمان على السلطان دون المأمور، فكذا إذا أمره بذلك ولم يهدده.

وإذا كان الضمان على السلطان.. كانت الدعوى عليه صحيحة.

وأما أمر غير السلطان.. فليس بإكراه:

وَخَوفُ الْمُكْرَهِ وُقُوعَ ذَلِكَ.

وَكَونُهُ مُمْتَنعاً قبلَهُ عَن فعلِ مَا أُكرِهَ عَلَيْهِ، لحقِّه، أَو لحقِّ آخرَ، أَو لحقِّ الشَّرْعِ.

وَكَونُ الْمُكْرَهِ بِهِ متلِفاً نفساً أَو عضواً أَو مُوجِباً غَمًّا يعْدِمُ الرِّضى.

لأنه لا يعاقب المأمور لو لم يمتثله.. فكان مجرداً، وإنه لم يصح، فخرج الآمر، وبقي الفعل مقصوراً على المأمور.. فكان الضمان عليه.

قال: وإن ادعى الضمان على المأمور؛ بأن ادعى على رجل أن فلاناً أمرك فأخذت من مالي كذا وكذا؛ فإن كان الآمر ذا سلطان.. فالدعوى على المأمور لا تصح، وإن لم يكن ذا سلطان.. فدعوى الضمان عليه صحيح؛ لما قلنا. انتهى.

- **والشرط الثاني:** ما ذكره بقوله: (**وخوف المكرَه**) ـ على صيغة اسم مفعول ـ (**وقوع ذلك**) الفعل، وذلك بأن غلب على ظنه أنه يفعله.

- **والشرط الثالث** قوله: (**وكونه**)؛ أي: للمكرَه ـ اسم مفعول ـ (**ممتنعاً قبله**)؛ أي: قبل الإكراه (**عن فعل ما أكره عليه لحقه**) اللام متعلقة بـ«ممتنعاً»؛ كالإكراه ببيع ماله أو إتلافه أو إعتاق عبده.

(**أو لحق**) شخص (**آخر**)؛ كإتلاف مال الغير.

(**أو لحق الشرع**)؛ كشرب الخمر والزنا ونحوهما.

- وأشار إلى **الشرط الرابع** بقوله: (**وكون المكره به متلفاً نفساً أو عضواً**) كالقتل والقطع (**أو موجباً غمًّا**) ـ بالمعجمة ـ (**يعدم**)، من الإعدام (**الرضى**)؛ كالضرب الشديد والحبس المديد.

فإذا وجد الإكراه من أهله في محله مجتمعاً بهذه الشرائط الأربعة.. فتصرف المكره نوعان:

أحدهما: لا يصح تصرفه.

والثاني: يصح.

فَلَو أُكرِهَ على بيعٍ، أَو شِرَاءٍ، أَو إِجَارَةٍ، أَو إِقْرَارٍ، بقتلٍ أَو ضَرْبٍ شَدِيدٍ، أَو حبسٍ مديدٍ.. خُيِّرَ بَينَ الْفَسْخِ والإمضاءِ.

ويملِكُهُ الْمُشْتَرِي ملكاً فَاسِداً إِن قَبَضَهُ.

فَلَو أَعتَقَ.. صَحَّ إِعْتَاقُهُ وَلَزِمَهُ: قِيمَتُهُ، ....

فذكر النوع الأول أوّلاً مع بعض ما يتعلق به، ثم ذكر النوع الثاني بقوله: «وإن أكره على طلاق أو عتاق...» إلى آخره.

فالنوع الأول وهو ما أشار إليه بقوله: (**فلو أكره على بيع أو شراء أو إجارة أو إقرار**)؛ أي: لآخر بألف درهم مثلاً (**بقتل**) متعلق بـ«أكره».

ولم يذكر القطع: لأنه في حكم القتل.

(**أو ضرب شديد أو حبس مديد.. خيرَ**) المكره (**بين الفسخ والإمضاء**)؛ لأن الإكراه يعدم الرضاء، والرضاء: شرط في هذه التصرفات.. فلا يصح بدونه؛ فإذا لم يصح.. كان مخيراً بين الفسخ والإمضاء بالإجازة.

ولأن الإقرار [٥٥٨/أ] إنما صار حجة في غير الإكراه: لترجح جانب الصدق، وعند عدم الرضاء بالإكراه:

يترجح جانب الكذب؛ لدفع المضرة.. فلا يكون حجة.

(**ويملكه المشتري ملكاً فاسداً إن قبضه**)، كما في سائر البيوع الفاسدة؛ فإن المشتري يملك المبيع في البيوع الفاسدة بالقبض ملكاً فاسداً؛ كما تقدم في البيع.

وفيه خلاف زفر.

وكذا يملكه المشتري لو تصرف فيه تصرفاً لا يحتمل النقض قبل القبض؛ كالإعتاق، وإليه أشار بقوله: (**فلو أعتق**)؛ أي: لو أعتق المشتري العبدَ الذي اشتراه بالكره (.. **صح إعتاقه**)؛ لعدم احتماله النقض، (**ولزمه قيمته**)؛ سواء أجاز البائع أو لم يجز؛ لأن إجازته بعد إعتاق المشتري.. لا تصح، على ما في «قاضي خان»، فلزمه قيمته في الصورتين.

وَقبضُ الثَّمنِ، أَو تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ طَوْعاً إِجارةٌ، لَا فعلُهمَا كرهاً، وَلَا دفعُ الْهِبَةِ طَوْعاً بَعْدَمَا أُكرِهَ عَلَيْهَا.

ثم قال في «قاضي خان»: ولو أكره على الشراء والقبض ودفع الثمن، والبائع غير مكره، فلما اشترى المكره العبد وقبضه أعتقه أو دبره، أو كان المبيع أمة فوطئها أو قبلها بشهوة.. كان إجازة للشراء.

ولو أن المشتري اشترى ولم يقبض حتى أعتقه البائع.. نفذ عتقه وبطل البيع.

وإن أعتقه المشتري قبل القبض.. نفذ إعتاقه استحساناً.

ولو أعتقاه معاً قبل القبض.. فإعتاق البائع أولى.

ولو كان البائع مكرهاً، والمشتري غير مكره.. لا يصح إعتاق المشتري قبل القبض، ويصح بعد القبض.

وإن أجاز البائع بعد إعتاق المشتري.. نفذ البيع، ولا ينفذ العتق قبل القبض. انتهى.

وإنما لزمه قيمته؛ لإتلافه ما ملكه بالعقد الفاسد؛ كما هو حكم المتلف بالعقد الفاسد.

(**وقبض الثمن أو تسليم المبيع طوعاً**)، قيد لكل من القبض والتسليم (**إجازة**) البيع (**لا فعلهما**)؛ أي: قبض الثمن وتسليم المبيع (**كرهاً**).

لو باع مكرهاً، وقبض الثمن من المشتري طوعاً، أو سلم المبيع إلى المشتري طوعاً.. كان كل من قبض الثمن وتسليم المبيع طوعاً: إجازة للبيع، فينفذ.

بخلاف ما إذا قبض الثمن كرهاً، أو سلم المبيع كرهاً بعد أن باع كرهاً.. فإنه ليس بإجازة للبيع، بل يكون فاسداً ويتملكه المشتري ملكاً فاسداً بعد القبض لا قبله. كما ذكر.

(**ولا دفع الهبة طوعاً بعدما أكره عليها**)؛ يعني: لو أكره على الهبة، فوهبه مكرهاً وسلمه طوعاً.. تكون الهبة باطلة، وليس تسليمه طوعاً إجازة.

وإِن هلكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ مشترٍ غيرَ مكرَهٍ.. لزمَهُ قِيمَتُهُ، وَلِلْبَائِعِ الْمُكْرَه تضمينُ أَيِّ شَاءَ مِنَ المكرِهِ وَالْمُشْتَرِي.

فَإِن ضمَّنَ الْمُكْرِهَ.. رَجَعَ على الْمُشْتَرِي بِقِيمَتِهِ.

وَإِن ضمّنَ الْمُشْتَرِيَ بَعْدَمَا تداولَتْهُ الْبياعَاتُ.. ....

وكذا لو تصدق مكرهاً وسلم طوعاً.. فالصدقة باطلة. على ما في «قاضي خان».

(وإن هلك المبيع في يد مشترٍ غير مكره.. لزمه قيمته)؛ لما تقدم: أنه مقبوض بحكم بيع فاسد [٥٥٨/ب]، فيكون مضموناً عليه بالقيمة.

(وللبائع المُكْرَه) ـ اسم مفعول ـ (تضمين أي شاء من المكرِه) ـ اسم فاعل ـ (والمشتري)؛ لأن كل واحد منهما أحدث سبب الضمان.

أما المشتري: فلأنه أتلف ما قبضه بحكم العقد الفاسد.

وأما المكره: فلأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير إذنه، فصار غاصباً.. فيضمن؛ لأن المكره في حق التسليم جعل آلة له، فصار فعله كفعلِه.

(فإن ضمن المكرِه.. رجع) المكرَه (على المشتري بقيمته)؛ لأنه بأدائه الضمان.. ملكه، فقام مقام المالك المكرَه، فيكون مالكاً له من وقت وجود السبب بالاستناد.

وإن ضمن المشتري.. لا يرجع على المكرِه؛ لأنه ثبت ملك المشتري فيه؛ كغاصب لا يرجع على الغاصب إذا ضمن قيمة المغصوب؛ لأنه ملكه بالضمان، وإليه أشار بقوله: (وإن ضمن المشتري بعدما تداولته البياعات)؛ بأن باعه المشتري من آخر، وباع الآخر من آخر... وهكذا، ثم ضمن المشتري الأول.. نفذ كل شراء وقع بعد شرائه لا وقع قبله؛ يعني: لو باع مكرهاً من غير مكرِه، ثم باع ذلك المشتري من آخر وباع الآخر، وهكذا.. فللبائع تضمين من شاء من المشترين الأُوَل، ونفذ كل الشراء.

نَفَذَ كلُّ شِرَاءٍ وَقعَ بعدَ شِرَائِهِ، لا ما وَقَعَ قبلَه.

وَإِن أَجَازَ عقداً مِنْهَا.. جَازَ مَا قبلَهُ أَيْضاً.

وَله اسْتِرْدَادُهُ إِذا فسخَ لَو بَاقِياً.

وإن ضمن المشتري الثاني أو الثالث أو الرابع، وهكذا (.. نفذ كل شراء وقع بعد شرائه) هذا المشتري (لا ما وقع قبله)؛ لأن المشتري ملكه بالضمان من وقت قبضه بطريق الاستناد لا قبل قبضه.

(وإن أجاز) المالك هو البائع (عقداً منها)؛ أي: من تلك البياعات (.. جاز ما قبله أيضاً)؛ أي: كما جاز ما بعده؛ لأن بإجازة المالك.. زال المانع، وهو حقه، وقد أسقط بالإجازة، فيعود الكل جائزاً.

بخلاف ما إذا أجاز المالك أحد بيع من بيوع الفضولي.. فإنه لا يجوز إلا بيع من أجازه المالك دون غيره مما قبله ومما بعده؛ لأن كل واحد من الفضولي باع ملك غيره.. فلا يفيد البيع ملكاً للمشترى منه.

فعند إجازة المالك.. يملك من أجيز لعقده، ويبطل البقية؛ لورود ملك بات على ملك موقوف؛ لأن ملكهم قبل الإجازة موقوف، وبعده صار باتاً، والموقوف يبطل عند ورود البات، وفيما نحن فيه: يبيع كل منهم ملكه؛ لأن بيع المكره يفيد الملك بالقبض كما تقدم، والمانع من نفوذه زال بالإجازة.. فنفذ الكل.

(وله)؛ أي: للبائع وهو المالك المكره على البيع (استرداده)؛ أي: رد الثمن الذي قبضه مكرهاً (إذا فسخ) البيع (لو) كان الثمن (باقياً) [٥٥٩/أ] في يده.

وإن هلك.. لا يضمن؛ لأن الثمن كان أمانة عنده؛ لأنه أخذه بإذن المشتري، والقبض إذا كان [بإذن][1] المالك.. فإنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك، وهو لم يقبضه للتملك؛ لأنه مكره على قبضه.

---

(١) زيادة من «درر الحكام» (٢/٢٧٢).

وَضربُ سَوْطٍ، وَحبسُ يَوْمٍ: لَيْسَ بِإكراهٍ.

إِلّا فِيمَن يستضُّر بهِ؛ لِكَونِهِ ذَا منصبٍ.

وَإِن أُكرِهَ على أَكلِ ميتَةٍ، أَو دمٍ، أَو لحمِ خِنْزِيرٍ، أَو شُربِ خمرٍ؛ ....

بخلاف المشتري الغير المكره.. فإنه يضمن قيمة المبيع إذا هلك؛ لأنه قبضه بغير إذن البائع، وقد قبضه للتملك.

بخلاف ما لو كان المشتري مكرهاً دون البائع، فهلك المبيع عند المشتري بغير تعد.. فإنه لا يضمن؛ لأنه أمانة عنده. كذا في «قاضي خان».

وهل للمشتري الغير المكره حق الفسخ مثل البائع؟

ففي «قاضي خان»: ولو كان البائع مكرهاً و المشتري غير مكره، فقال المشتري بعد القبض: نقضت البيع.. لا يصح نقضه، وإن نقض قبل القبض.. صح نقضه.

ولو كان المشتري مكرهاً دون البائع.. فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض، وأما بعد القبض.. فيكون حق الفسخ إلى المشتري دون البائع.

(**وضرب سوط وحبس يوم: ليس بإكراه، إلا فيمن يستضرُّ به؛ لكونه ذا منصب**)؛ أي: عز ومرتبة؛ فإن الشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد: أكثر مما يستنكف غيره من ضرب سياط وحبس أيام.

ولهذا قال محمد: ليس في ذلك تقدير لازم، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به.

(**وإن أكره على أكل ميتة أو دم أو لحم خنزير أو شرب خمر**).

لمّا ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد المالية.. شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى، وذكر فيه:

الإكراه الملجئ: وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو.

وغير الملجئ: وهو الإكراه بالضرب والحبس والقيد.

بِضَرْبٍ أَو حبسٍ أَو قيدٍ.. لَا يَحلُّ التَّنَاوُلُ.

وَإِن بقتلٍ، أَو قطعِ عُضْوٍ.. حلَّ.

وَيَأْثَمُ بصبرِهِ على التَّلفِ إِن عَلِمَ الْإِبَاحَةَ؛ ....

والأول: معتبر شرعاً في الفعل والقول.

والثاني: غير معتبر في الفعل ولا في القول الذي يستوي فيه الجد والهزل، ومعتبر في القول الذي لا يستوي فيه الجد والهزل على ما سيظهر لك.

فعلى هذا.. تصير مسألة هذا الفصل على أربعة أنواع:

- **الأول**: ما أشار إليه بقوله: «وإن أكره على أكل ميتة...» إلى آخره.

(**بضرب أو حبس أو قيد.. لا يحل التناول**)؛ لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة؛ كما في حالة المخمصة؛ فإنه يحل التناول؛ لقيام المرخص؛ أعني: خوف التلف، ولا ضرورة عند عدم الخوف.. فلا يحل، حتى لو خاف التلف عن الضرر وغلب على ظنه.. أبيح له ذلك.

(**وإن**) أكره على الأشياء المذكورة (**بقتل**) نفسه (**أو قطع** [٥٥٩/ب] **عضو**) من أعضائه: من اليد والرجل والأصابع أو الأذن والأنف.

إنما قيدنا: القتل بنفسه والقطع بأعضائه؛ لأنه لو أكره على فعل الأشياء المذكورة بقتل رجل آخر أو بقطع عضو آخر.. لا يحل له فعل هذه الأشياء، وإنما يحل له ذلك إذا أكره بقتل نفسه أو قطع عضوه، على ما صرح به في القسم الرابع من مسائل هذا الفصل من «قاضي خان»؛ حيث قال فيه: ولو قيل له: لتشربن هذا الخمر، أو لتأكلن هذه الميتة، وإلا لأقتلن أباك أو ابنك.. لا يسعه أن يأكل ويشرب، ولو شرب مع ذلك.. لا يحد.

(**..حلّ**)؛ لوجود الضرورة المرخصة؛ أعني: خوف التلف على نفسه أو على عضوه؛ لأن الضرورات مستثناة في أحكام الشرع.

(**ويأثم بصبره على التلف إن علم الإباحة**)؛ لأنه لما أبيح؛ من حيث إن حرمة

كَمَا فِي المخمَصَةِ.

وَإِن أُكرَهِ على الْكفْرِ، أَو سبِّ النَّبِي عَلَيْهِ الصَّلَاة وَالسَّلَام بقتلٍ، أَو قطعِ عُضْوٍ.. ....

هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العرض، وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن.. كان بالامتناع عن الإقدام معاوناً لغيره على هلاك نفسه، فيأثم.

(**كما في**) حالة (**المخمصة**)؛ فإنه إذا كان بحيث يموت جوعاً وعنده لحم ميتة أو خنزير، أو يموت عطشاً وعنده خمر.. حلّ له التناول، ويأثم بصبره إن علم الإباحة، وإلا.. لا يأثم.

وعن أبي يوسف: أنه لا يأثم؛ لأن الإقدام على ذلك رخصة؛ إذ الحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر وهي قائمة؛ فإذا امتنع.. كان أخذاً بالعزيمة، فلا يأثم.

قلنا: لا نسلم أن الحرمة قائمة؛ لأن الله تعالى قد استثنى حالة الاضطرار، فقال: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ والاستثناء: تكلم بالباقي بعد الثنيا.. فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام، فلا محرم حينئذ، فكان إباحة لا رخصة، فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال؛ حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثماً.

لكنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة؛ لأن في انكشاف الحرمة خفاء؛ لأنه أمر يختص بمعرفته الفقهاء، فتعذر أوساط الناس بالجهل فيه؛ كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب.

- وأشار إلى النوع الثاني بقوله: (**وإن أكره على الكفر أو سبِّ النبي ﷺ بقتل**) - أي: نفسه - (**أو قطع عضو**) من أعضائه.

قيدناهما بذلك؛ لما ذكرناه من قبل بعينه، وبه صرح في «قاضي خان» أيضاً.

رُخِّصَ لَهُ إِظْهَارُهُ وَقَلبُهُ مطمئِنٌّ بِالْإِيمَانِ، ويُؤْجَرُ بِالصَّبرِ على التَّلفِ.

(.. **رخص له إظهاره وقلبه مطمئن بالإيمان**)؛ لقول النبي ﷺ لعمار بن ياسر حين [٥٦٠/أ] ابتلي به: «كيف وجدت قلبك؟» قال: مطمئناً بالإيمان، قال: «فإن عادوا.. فعد»، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾.

ولأن الركن الأصلي للإيمان: هو التصديق، وهو قائم حقيقة، والإقرار: ركن زائد، وهو قائم تقديراً؛ لأن التكرار ليس بشرط، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة، فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً، وفوت حق الله تعالى توهماً.. فيسعه الميل إلى إحياء حقه.

ولو أكره الكافر على الإسلام [فأسلم][1].. صح إسلامه على ما صرح به في «قاضي خان» و«الخلاصة» حيث قال: وإذا أجبر الكافر على الإسلام فأسلم.. صح، ولكن لو ارتد.. يحبس، ولا يقتل استحساناً، هكذا ذكروه على الإطلاق.

لكن قيد الكافر في كتاب أحكام المرتد من «التاتارخانية»: بالحربي؛ حيث قال فيه: إن إسلام المكره: إسلام عندنا إذا كان حربياً، وإن كان ذمياً.. لا يكون إسلاماً. انتهى بعبارته.

وقد صرح في «الاختيار»: صحة إسلام الذمي المكره؛ كإسلام الحربي، فتعارضت عباراتهم في صحة إسلام الذمي المكره: لا يصح على أصل الشافعي، ولم يتعرضوا صحته وعدمه على أصل أصحابنا، والذي يقتضيه النظر: صحة إسلامه قضاء.

(**ويؤجر بالصبر على التلف**)؛ لأن النبي ﷺ سمى مثله: شهيد الشهداء.

وقال أيضاً: «هو رفيقي في الجنة»، ولأن حرمة الكفر باقية؛ لتناهي قبحه، وبقاؤها يوجب الامتناع، فكان الامتناع عزيمة لإعزاز الدين.

بخلاف ما تقدم من أكل الميتة وشرب الخمر؛ فإن الحرمة هناك لم تكن باقية؛ للاستثناء كما تقدم.

---

(١) في المخطوط: (فلم يسلم)، والمثبت من «قاضي خان» (٢٩٨/٣) وهو الصواب.

وَلَا رخصَةَ بِغَيْرِهِمَا.

واعترض عليه: بأن إجراء كلمة الكفر أيضاً مستثنى بقوله: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنُّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾ من قوله: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَـٰنِهِۦٓ﴾ فينبغي أن يكون مباحاً؛ كأكل الميتة وشرب الخمر.

وأجيب: بأن في الآية تقديماً وتأخيراً، تقديره: من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً.. فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان.. فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما وضع عنهم العذاب والغضب.

وليس من ضرورة نفي الغضب ـ وهو حكم الحرمة ـ: عدم الحرمة؛ لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم: عدم العلة؛ كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض؛ فإن السبب موجود والحكم متأخر، فجاز أن يكون منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب [٥٦٠/ب] وهو الحرمة، فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر.

(ولا رخصة) لإجراء كلمة الكفر **(بغيرهما)**؛ أي: بغير القتل والقطع من الضرب والحبس والقيد؛ لأنه فوق أكل الميتة والدم في القبح؛ فما لم يكن مرخصاً فيهما.. ففي إجراء كلمة الكفر أولى.

قال في «قاضي خان»: وإذا أكره بوعيد حبس أو ضرب لا يخاف منه تلف عضو على أن يكفر بالله، فتلفظ بالكفر.. يصير كافراً، وتبين امرأته منه.

فإن قال: كان قلبي مطمئناً بالإيمان.. لا يصدق.

وإذا أكره على الكفر، فقال: كفرت بالله، فقال: نويت به الخبر عن كفر سابق في الماضي كذباً.. تبين امرأته منه في القضاء.

ولو قال: كفرت بالله، ولم يرد به الخبر على الماضي، وإنما قصد تحقيق الكفر.. تبين منه امرأته قضاء وديانة، ويصير كافراً؛ لأنه يقدر على الخلاص عن الإكراه بإجراء كلمة الكفر من غير تحقيق الكفر.

وَإِن أُكرِهَ على إِتْلَافِ مَالِ مُسلمٍ بِأَحَدِهِمَا.. رُخِّصَ لَهُ، وَالضَّمانُ على الْمُكْرِهِ.
أَو على قَتلِهِ أَو قطعِ عضوِهِ.. .

ولو قال: كفرت بالله، وقلبه مطمئن بالإيمان.. لا تبين امرأته.

ولو أكره على سب محمد ﷺ، فسب محمداً وخطر بباله محمد آخر ونواه.. بانت منه امرأته قضاء، وإن لم يرد محمداً آخر.. تبين امرأته قضاء وديانة.

وإن لم يخطر بباله غير النبي ﷺ، وسب محمداً وقلبه مطمئن بالإيمان.. لا تبين امرأته؛ لأنه مكره.

والإكراه في هذه المسائل بوعيد الحبس والقيد: لا يكون إكراهاً. انتهى.

• وأشار إلى النوع الثالث بقوله: **(وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأحدهما)**؛ أي: بالقتل أو القطع **(.. رخص له)**؛ لأن مال الغير قد يستباح للضرورة؛ كما في حالة المخمصة، وقد تحققت الضرورة هنا؛ لأنه أكرهه بالقتل أو القطع وغلب على ظنه ذلك.

وإن صبر وقتل.. كان أفضل؛ لأن إتلاف مال الغير حرام في نفسه؛ لبقاء دليله؛ فإذا صبر وقتل.. فقد بذل نفسه لدفع الحرام. كذا في «شرح المجمع».

ولأن الظاهر من «قاضي خان»: استواء الطرفين؛ حيث قال: الإقدام على الإتلاف والامتناع عنه: سواء.

(والضمان على المكرِه) على صيغة اسم الفاعل؛ لأن المكرَه ـ اسم مفعول ـ آلة للمكرِه فيما يصلح آلة له، وإتلاف المال: من هذا القبيل؛ لأن المكرِه يمكنه أن يأخذ المكرَه ويلقيه على المال فيتلفه.

بخلاف الأكل والتكلم والوطء؛ فإن المكرَه لا يصلح آلة للمكرِه في هذه الأشياء؛ فإن الشخص لا يتكلم بلسان الغير، ولا يأكل بفم الغير، ولا يطأ بآلة الغير.. فالعهدة على الآكل والمتكلم والواطئ، لا على المكره قلبا.

• وأشار إلى النوع الرابع بقوله: **(أو على قتله أو قطع عضوه)**؛ أي: قتل مسلم

لَا يرخصُ.

فَإِن فعلَ.. فالقِصاصُ على الْمُكْرِهِ فَقَط.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا قصاصَ على أَحدٍ.

أو قطع عضوه (.. **لا يرخص**) له ذلك [٥٦١/أ]، حتى لو صبر فقتل.. يكون مأجوراً، وإن قتله أو قطعه.. يكون آثماً؛ لأن قتل المسلم بغير حق مما لا يباح بحالة لضرورة ما، فكذا بالإكراه.

ومن هذا القبيل: أنه لو أكره على الزنا أو اللواطة.. لا يسعه أن يفعله، وإن صبر وقتل.. لكان مأجوراً، وإن فعل.. لكان آثماً.

بخلاف جانب المرأة: فإنها لو أكرهت على الزنا بالقتل أو القطع وفعلت ذلك.. لا تأثم؛ إذ ليس فيها إضاعة الولد. كذا في «الزيلعي».

(**فإن فعل**)؛ أي: قتل مسلماً أو قطع عضوه (.. **فالقصاص على المكرِه**) ـ اسم فاعل ـ (**فقط**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: لا قصاص على أحد**).

وقال الشافعي: يجب القصاص على المكرِه والمكرَه جميعاً.

وقال زفر: يجب القصاص على المكرَه لا على المكرِه، على عكس قول أبي حنيفة ومحمد.

ولزفر: أن الفعل من المكرَه **حقيقة**: لصدوره منه بغير واسطة، وحساً: فإنه معاين مشاهد، **وكذا شرعاً**: لأنه قرر عليه حكمه وهو الإثم، فإيجاب القصاص على غيره: غير معقول وغير مشروع.

بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير؛ لأنه سقط حكمه ـ وهو الإثم ـ فإيجاب القصاص على غيره: غير معقول وغير مشروع.. فلم يكن مقرراً عليه شرعاً، فجاز إضافته إلى غيره.

وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكرَه، ويوجبه على المكرِه أيضاً؛ متمسكاً

بوجود التسبيب إلى القتل منه، وللتسبيب في القتل حكم المباشرة عنده؛ كما إذا شهدا على رجل بالقتل العمد، فاقتص المشهود عليه، ثم جاء المشهود بقتله حياً.. فإنه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب.

ولأبي يوسف: أن القتل الحاصل من المكرَه يحتمل الاقتصار عليه، والتعدي إلى غيره؛ نظراً إلى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد على ما سيأتي دليلهما؛ لأن تأثيمه الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه، وكونه محمولاً على الفعل: يدل على أنه كالآلة، والفعل ينتقل عنه، وكل ما كان كذلك.. [كان][1] شبهة، والقصاص.. يندفع بها.

ولهما: أن فعل المكرَه محمول على القتل بطبعه؛ إيثاراً لحياته، والمحمول على الفعل بالطبع: آلة؛ لأن الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف؛ فإن طبعه القتل عند الاستعمال في محله، فيصير آلة للمكرِه فيما يصلح آلة له ـ وهو القتل ـ بأن يلقيه المكرِه عليه، والفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة.

فإن قيل: لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكره كالقتل.

أجيب: بأنه لا يصلح آلة له في الجناية على دينه، فبقي العقل في حق الإثم مقصوراً عليه؛ كما نقول في الإكراه على الإعتاق: بأن إعتاقه ينتقل إلى [٥٦١/ب] المكرَه من حيث إتلاف مالية العبد؛ حتى وجبت عليه قيمة العبد، ويقتصر من حيث التكلم عليه؛ فإنه لو انتقل إليه من حيث التكلم أيضاً.. لم يعتق العبد، وإذا ظهر أن المكرَه آلة للمكرِه في القتل.. ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا أصابته مخمصة فقتل إنساناً وأكل لحمه حتى بقي هو حياً؛ إيثاراً لحياته بطبعه.. فإنه يجب عليه القصاص وإن كان مضطراً أيضاً كالمكرَه؛ لأنه ليس ثمة من يكون آلة له، فيضاف القتل إلى نفسه.

---

(١) زيادة من «البناية» (٦١/١١).

وَلَو أُكرِه على أَن يتردَّى مِن جبلٍ فَفعلَ.. فديتُهُ على عاقلةِ الْمُكْرِهِ.

واعلم: أن صاحب «النهاية» قال: سواء كان هذا المكرِه الآمر بالغاً عاقلاً، أو معتوهاً، أو صبياً.. فالقود على الآمر، وعزاه إلى «المبسوط».

وقال في «العناية» نقلاً عن عبد العزيز: إنه سهو.

والرواية في «المبسوط» بفتح الراء في المكرَه دون كسرها؛ لأن الصبي والمجنون ليس بأهل لوجوب القصاص عليه.

ثم اعلم: أن أبا يوسف يقول: إن هذا الإكراه صحيح ليس بباطل كما هو كذلك عند زفر، ولكنه يسقط القصاص عنهما؛ لما ذكرناه.

ويجب على الآمر المكرِه دية المقتول في ماله في ثلاث سنين؛ إذ لم يأذن في قطعه؛ فإن أذن ومات في الإذن.. لم تجب ديته على أحد.

ولو كان المقطوع مكرهاً في الإذن أيضاً.. لا تسقط الدية. ثم هذا كله في الإكراه الملجئ.

وأما لو أكره بوعيد حبس أو قيد أو ضرب، فقتله.. لا يصح الإكراه في قولهم جميعاً، ويجب على القاتل القصاص بالاتفاق. كذا في «قاضي خان».

ثم قال فيه أيضاً: السلطان إذا قال لرجل: اقطع يد فلان هذا، وإلا لأقتلنك.. وسعه أن يقطع، وإذا قطع.. كان على الآمر القصاص في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا رواية فيها عن أبي يوسف.

وهذا يخالف ما ذكره المصنف بقوله: «أو قطع عضو لا يرخص».

وفي «الحاوي»: ولو كان القاتل ذا رحم محرم من المقتول.. لم يحرم الميراث.

(ولو أكره على أن يتردى)؛ أي: على أن يلقي نفسه **(من جبل)** مرتفع، **(ففعل)** المكرَه؛ بأن ألقى نفسه (**.. فديته على عاقلة المكرِه**) ـ اسم فاعل ـ عند أبي حنيفة؛ لأنه بمنزلة القتل بالمثقل، وفيه: كان يجب الدية على العاقلة عنده. فكذا هذا.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: تجبُ فِي مَالِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: عَلَيْهِ الْقصاصُ.

(وعند أبي يوسف تجب) الدية **(في ماله)**؛ أي: في مال المكرِه الآمر في رواية.

(وعند محمد): يجب **(عليه القصاص)**؛ أي: على الآمر، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

تفصيل هذه المسألة على ما في «قاضي خان»: لو قال السلطان لرجل: ألقِ نفسك في هذه النار، وإلا لأقتلنك.. ينظر:

إن كانت النار قد ينجو منها وقد لا ينجو.. وسعه أن يلقي نفسه [٥٦٢/أ] فيها؛ فإن ألقى ومات.. كان على الآمر القصاص في قول أبي حنيفة ومحمد.

وعن أبي يوسف فيه روايتان: في رواية: يجب القصاص، وفي رواية: يجب الدية في ماله.

وإن كانت بحيث لا ينجو منها، لكن له في الإلقاء قليل راحة.. كان له أن يلقي فيها نفسه؛ فإن ألقى نفسه فيها فهلك.. كان على الآمر القصاص في قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي قول أبو يوسف: تجب الدية في مال الآمر لا القصاص،

ولا يغسل هذا الميت.

وإن لم يكن له في إلقاء النفس قليل راحة، ولا ينجو منه.. لا يسعه أن يلقي نفسه؛ فإن ألقى فهلك.. يهدر دمه في قولهم جميعاً.

ولو قال السلطان لرجل: لَتُلْقَيِنَّ نفسك من شاهق الجبل وإلا لأقتلنك:

فإن لم يكن له في الإلقاء أدنى راحة.. لا يسعه الإلقاء؛ فإن هلك.. يهدر دمه.

وإن كان له فيه أدنى راحة.. وسعه أن يلقى نفسه في قياس قول أبي حنيفة.

فإن ألقى نفسه فهلك.. فديته على عاقلة الآمر.

وَلَو أُكرِهَ بقتلٍ على تَرَدٍّ، أَوِ اقتحامِ نَارٍ، أَو مَاءٍ، وكلٌّ مُهلِكٌ.. فَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْإِقْدَامِ وَالصَّبْرِ.

وفي قول صاحبيه: يسعه أن يلقي نفسه؛ فإن فعل وهلك.. كان على الآمر القصاص.

وهي فرع مسألة القتل بالمثقل عند أبي حنيفة، وذلك لا يوجب القصاص.

وعندهما: يوجب القصاص، وفعل المأمور كفعل الآمر.

ولو ألقاه الآمر.. لا يجب القصاص عند أبي حنيفة، بل تجب الدية.

وعندهما: يجب القصاص.

وعن أبي يوسف في رواية أخرى: على الآمر ديته في ماله.

وإن كان يخاف منه الهلاك ويرجو النجاة، فألقى نفسه، فهلك.. كانت الدية على عاقلة الآمر في قولهم؛ لأنه كقاتل الخطأ.

ولو قال السلطان لرجل: ألق نفسك في هذا الماء وإلا لأقتلنك؛ إن كان يعلم أنه لا ينجو.. لا يسعه أن يفعل، وإن فعل.. يهدر دمه.

وإن كان له فيه أدنى راحة.. وسعه ذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يسعه.

فإن فعل وهلك.. كانت الدية على عاقلة الآمر في قول أبي حنيفة؛ كما لو ألقى الآمر بنفسه.

وقال أبو يوسف: ديته على الآمر في ماله، ولا قصاص فيه.

وقال محمد: عليه القصاص.

وعن أبي يوسف في رواية: مثل قول محمد. انتهى ما في «قاضي خان»، فاحفظه؛ فإنه ينفعك فيما ذكره بقوله:

(ولو أكره بقتل) [٥٦٢/ب] أو قطع **(على ترد)** من جبل عال **(أو اقتحام نار أو ماء)**؛ أي: الإلقاء فيهما، **(وكلٌّ)** من هذه الأفعال **(مهلك.. فله الخيار في الإقدام والصبر)** عند أبي حنيفة.

وَقَالا: يلْزمُهُ الصَّبْرُ.

وَلَو وَقعتْ نَارٌ فِي سفينةٍ إِن صَبرَ احْتَرَقَ، وَإِن أَلْقى نَفَسَهُ غَرِقَ.. فَلَهُ الْخِيَارُ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يلْزمُهُ الثَّبَاتُ.

(وقالا: يلزمه الصبر)؛ لأنه لو ألقى نفسه.. لكان مباشراً في إتلاف نفسه، فوجب الصبر.

ولأبي حنيفة: أنه ابتلي ببليتين متساويتين في الإفضاء إلى الهلاك، فيتخير، هكذا ذكر هذه المسألة في «المجمع».

وعلله في شرحه بما ذكرناه للطرفين، وفيه بحث من وجهين:

الأول: أنه مخالف لما ذكرناه من «قاضي خان»؛ لأن الظاهر منه: أن كلاً من هذه الأفعال ـ أي: التردي والاقتحام في النار أو في الماء ـ إن كان مهلكاً بأن لا يرجى منه الخلاص.. فالصبر واجب بالاتفاق، ولا خيار له بين الإقدام والصبر، نعم لو قال: «وكلٌّ مهلكة، لكن له في التردي والاقتحام أدنى راحة» كما في «قاضي خان».. لكان أولى؛ لأن هذه الأفعال لو كانت مهلكة بمعنى لا يرجى الخلاص، ولا أدنى راحة.. ليس له الخيار بالاتفاق.

والثاني: أن يذكر كونه مخيراً بين الإقدام والصبر.

ثم ذكر الاختلاف المذكور بعده من وجوب الدية على عاقلة المكره عند أبي حنيفة، وفي مال المكره عند أبي يوسف، ووجوب القصاص عند محمد؛ لأن هذا الخلاف جارٍ بينهم في التردي و الاقتحام في النار والماء بعد الإقدام عليه.

(ولو وقعت نار في سفينة؛ إن صبر احترق، وإن ألقى نفسه غرق.. فله الخيار عند الإمام)؛ لما ذكرناه في المسألة الأولى.

(وعند محمد) ومعه أبو يوسف: **(يلزمه الثبات)**، لما ذكرناه أيضاً.

وإِنْ أُكرِهَ على طَلَاقٍ أَو إِعتاقٍ أَو تَوْكِيلٍ بهما.. نفَذ، ....

(وإن أكره) لمّا ذكر ما لا يصح تصرف المكره فيه ـ أعني: البيع والشراء والإجارة والإقرار ونحوها ـ شرع في بيان ما يصح تصرفه فيه؛ أعني: ما ذكره بقوله: (**على طلاق أو إعتاق أو توكيل بهما.. نفذ**) عندنا؛ يعني: لو أكره على طلاق امرأته، فطلق مكرهاً.. يقع طلاقه عندنا.

وكذا لو أكره على إعتاق عبده، فأعتق مكرهاً.. عتق عبده عندنا، خلافاً للشافعي؛ على ما تقدم دليل الطرفين في الطلاق والعتاق.

وكذا لو أكره على التوكيل بطلاق امرأته وإعتاق عبده، فوكل مكرهاً، فطلق الوكيل امرأته وأعتق عبده.. نفذ طلاق الوكيل وإعتاقه استحساناً لا قياساً؛ لأن الوكالة تبطل بالهزل، فكذا مع الإكراه.

ووجه الاستحسان: أن الإكراه يؤثر في فساد العقد لا في بطلانه، فكان كالشرط الفاسد، والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة، فكذا الإكراه؛ فإذا لم تبطل الوكالة.. نفذ تصرف [٥٦٣/أ] الوكيل.

أما إنه كالشرط الفاسد.. فلأنه يعدم الرضاء، فيفسد به الاختيار، فصار كأنه شرط شرطاً فاسداً.

وأما أن الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ فلأنها من الإسقاطات؛ لأن الموكل أسقط حقه بالتفويض.

والحاصل: أن تصرفات المكره كلها منعقدة عندنا، إلا أن بعضها منعقدة بوصف الصحة، وبعضها منعقدة بوصف الفساد.

فما جعل الرضاء فيها شرطاً ـ وهي: التصرفات المالية من البيع والشراء والإجارة ونحوها ـ ينعقد بوصف الفساد؛ لأن الرضاء شرط الصحة لا شرط الانعقاد.

وما لا يكون الرضاء فيها شرطاً.. ينعقد بوصف الجواز؛ كالطلاق والعتاق والتوكيل بهما.

وكذا صح نكاحه أيضاً.

قال محمد في «الأصل»: ولو أن رجلاً أكره بوعيد أو بحبس أو بقيد أو بضرب على أن يتزوج امرأته على عشرة آلاف ومهر مثلها ألف درهم.. كان النكاح جائزاً، ويكون للمرأة من عشرة آلاف: مهر مثلها ألف درهم، وتبطل الفضلة، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وذكر الشيخ أبو جعفر الطحاوي في «مختصره»: أن الزوج يلزمه جميع ذلك، ويرجع بالفضل على من أكره.

أما جواز النكاح إذا كان الإكراه بوعيد تلف: فلأن النكاح يصح مع الهزل، فكذا مع الإكراه؛ كالطلاق والعتاق عندنا.

وإن كان بقيد أو بحبس أو ضرب.. فلا يكون ذلك إكراهاً في حق التزوج، بل يكون النكاح طائعاً والتسمية فاسدة، فيلزم مهر المثل، ولا يرجع الزوج على المكرِه بشيء؛ لعدم الإكراه منه.

بخلاف ما لو أكره على الإقرار بالطلاق أو العتاق والنكاح، فأقر بذلك مكرهاً.. حيث لا يصح إقراره.

وكذا لو أكره على أن يزوج ابنته الصغيرة من غير كفئها، أو بأقل من مهر مثلها، ففعل ذلك مكرهاً.. لا ينعقد نكاحه، إلا أن يبلغ مهر مثلها.. فحينئذٍ ينقلب صحيحاً.

بخلاف غير الكفؤ؛ فإنه فاسد.

وإن كانت المرأة بالغة، فأكرهت هي ووليها على النكاح، ففعلا؛ إن لم يكن الزوج كفؤاً.. كان للمرأة أن ترد، وإن رضيت المرأة.. كان للمولى أن يرد.

وإن كان النكاح بأقل من مهر مثلها.. فللمرأة أن ترد في قول أبي حنيفة خاصة.

وعند صاحبيه: ليس للولي حق الرد بعدم الكفاءة، وليس له الرد بنقصان المهر. كذا في «قاضي خان».

وَيرجعُ بِقِيمَةِ العَبْدِ على الْمُكْرِهِ، وَكَذَا بِنِصْفِ الْمهْرِ لَوِ الطَّلَاقُ قبلَ الدُّخُولِ، وَلَا رُجُوعَ لَو بعدَهُ.

ثم ذكر فيه أيضاً: إذا أكرهت المرأة لتقبل من زوجها تطليقة بألف، فقبلت.. تقع طلقة رجعية، ولا يلزمها المال؛ كالصغيرة أو المجنونة إذا اختلعت [٥٦٣/ب] من زوجها بمال.. يقع الطلاق، ولا يلزمهما المال.

ثم ينظر:

إن كان الخلع بلفظ الخلع.. يكون الطلاق بائناً.

وإن كان بلفظ الطلاق بعد الدخول.. يكون رجعياً.

فلو أن المرأة أجازت الطلاق بعد ذلك بالمال الذي أكرهت عليه.. صحت إجازتها على قول أبي حنيفة، ويلزمها المال، ويصير الطلاق بائناً.

وفي قول محمد: الإجازة باطلة، والطلاق رجعي.

وعن أبي يوسف فيه روايتان.

(**ويرجع**) المولى المكرَه (**بقيمة العبد على المكرِه**) اسم فاعل؛ لأن إتلاف المال مضاف إليه؛ سواء كان موسراً أو معسراً؛ لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والعسار.

ثم لا يرجع هو على العبد بما ضمنه؛ لأنه هو المؤاخذ بإتلافه.

(**وكذا**)؛ أي: يرجع الزوج (**بنصف المهر**) على المكرِه (**لو**) كان (**الطلاق قبل الدخول، ولا رجوع**) عليه (**لو**) كان الطلاق (**بعده**)؛ أي: الدخول:

اعلم: أن المكرَه على الطلاق إذا طلق زوجته.. فلا يخلو:

إما أن طلقها قبل الدخول والمهر مسمى، أو غير مسمى، أو بعد الدخول.

- **فإن كان قبل الدخول والمهر مسمى**.. وجب على الزوج نصف المهر؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب سقوط نصف المهر، ويرجع الزوج بذلك على المكرِه؛ لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بسبب الفرقة من جانب المرأة بتقبيلها ابن الزوج

عن شهوة أو ارتدادها قبل الدخول، فصار كأن المكره الحامل: أخذ من مال المكره المحمول ذلك القدر وأتلفه.

- **وأما إذا كان الطلاق قبل الدخول، والمهر غير مسمى**، وجب على الزوج المتعة؛ لأن المتعة هي الواجبة بالنص في هذه الصور، ويرجع الزوج بما ضمن من المتعة على المكرِه.
- **وأما إذا كان الطلاق بعد الدخول**.. فلا يرجع الزوج على المكرِه بشيء؛ لأن المهر أكد الدخول على وجه لا يسقط عنه بوجه، ولم يوجب المكره عليه شيئاً، وإنما تلف ملك النكاح، وملك النكاح عند الخروج عن ملك الزوج ليس بمال.. فلا رجوع.

ثم اعلم: أن رجوع المكرَه على المكرِه وعدم رجوعه عليه بما لزمه من العهدة نذكرها مختصراً على ما في «قاضي خان»؛ حيث قال فيه: وإذا لزم المكرَه بمباشرة ما أكره عليه.. هل يرجع بذلك على المكرِه؟

فهذا على نوعين:

في نوع: يرجع عليه.

وفي نوع: لا يرجع.

أما الأول: إذا أكره بطلاق امرأته قبل الدخول بها، فطلق.. يقع الطلاق، ويرجع بنصف المهر على المكرِه إن كان المهر مسمى، وإلا.. يرجع بالمتعة.

وكذا لو أكره ليقر لفلان بمال، فأقر وأخذ فلان منه المال، فغاب المقَر له؛ بحيث [٥٦٤/أ] لا يقدر عليه أو مات مفلساً.. كان للمكرَه أن يرجع بذلك على المكرِه.

وكذا لو أكره ليقطع يد نفسه بقتل أو قطع عضو، ففعل.. كان للمكرَه أن يرجع على المكرِه بالدية فيما لا يجب فيه القصاص، وبالقصاص فيما يجب فيه القصاص.

وَصَحَّ يَمِينُ الْمُكْرَهِ ونذرُهُ، ....

وكذا لو أكره على قتل عبده بقتل أو غيره، ففعل.. كان له أن يرجع على المكرِه بقيمة العبد، ولا يرجع بذلك على العبد، ولا سعاية على العبد أصلاً.

وكذا لو أكره الرجل أن يهب عبده لفلان، فوهب وسلم، وغاب الموهوب له.. كان للواهب أن يرجع على المكرِه بقيمة العبد.

وكذلك في الصدقة والبيع.

وإذا أكره على تدبير عبده، ففعل.. صح التدبير، ويرجع بنقصان التدبير على المكرِه في الحال، وإذا مات المولى.. يعتق المدبر ويرجع ورثة المولى بثلثي قيمته مدبراً على المكرِه أيضاً.

وأما الثاني ـ أعني ما لا يرجع المكره فيه بما غرم ـ: فكما إذا أكره على التزوج، فتزوج ودخل بها.. يجب المهر على الزوج، ولا يرجع به على المكرِه، ثم طلق هذا الرجل امرأته.. يجب المهر عليه أيضاً، ولا يرجع به على المكرِه.

وإذا أكره على بيع سلعة، فباع بمثل قيمتها.. لا يرجع به على المكرِه.

وكذا لو أكره على الهبة بعوض، ففعل.. لا يرجع بعد قبض العوض... إلى آخر ما ذكره في «قاضي خان».

(**وصح يمين المكرَه**)؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، فيستوي فيه الجد والهزل والكره؛ سواء كان اليمين على الطاعة، أو على المعصية.

والأصل فيه: حديث حذيفة رضي الله عنه: أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله ﷺ في غزوة، فحلفه مكرها، ثم أخبر به رسول الله ﷺ، فقال ﷺ: «أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله تعالى عليهم».

(**ونذره**)؛ أي: لو أكره على أن يوجب على نفسه صدقة أو صوماً أو حجاً أو شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى، ففعل.. لزمه ذلك؛ لأن النذر لا يحتمل الفسخ؛

وظِهارُه، وَلَا يرجُع بِمَا غَرِمَ بِسَبَبِ ذَلِكَ.

ورجعتُهُ وإِيلاؤُهُ وفيئُهُ فِيهِ، وإِسلامُهُ لَكِن لَا قَتْلَ فِيهِ لَوِ ارْتَدَّ.

وَلَا يَصحُّ إبراؤُهُ، ....

كاليمين، ويستوي فيه الجد والهزل والكره.. فلا يؤثر فيه الإكراه، ولا يرجع المكرَه على المكرِه بما لزمه؛ إذ لا مطالب له في الدنيا.

(**وظهاره**)؛ لأنه من باب التحريم، فأشبه اليمين، ولأن الظهار في: معنى الطلاق، وقد كان طلاقاً في الجاهلية، فلا يؤثر فيه الإكراه؛ مثل الطلاق واليمين.. فصح ظهاره.

(**ولا يرجع**) المكرَه على المكرِه (**بما غرم؛ بسبب ذلك**)؛ أي: الكره.

(و) صحت (**رجعته**)؛ أي: أكره على مراجعة امرأته المطلقة بطلاق رجعي فراجعها.. صح؛ لأن الرجعة تصح مع الهزل، فكذا مع الإكراه؛ لأن كل ما يصح مع الهزل.. يصح مع الإكراه أيضاً [٥٦٤/ب]؛ لعدم شرط الرضاء فيه.

(و) صح (**إيلاؤه وفيئه فيه**)؛ أي: في مدة الإيلاء؛ يعني: أكره على الإيلاء، فآلى.. صار مولياً؛ لأن الإيلاء: يمين في الحال، طلاق في المآل، والإكراه لا يمنع تحقق اليمين والطلاق كما تقدم؛ فإن تركها أربعة أشهر.. بانت منه.

والفيء فيه: كالرجعة في الاستدامة، فلا يؤثر فيه الإكراه؛ كما في الرجعة، وليس له أن يرجع على المكرِه؛ لأنه كان متمكناً من الفيء في المدة، وليس بمضطر.

وكذا: صح خلعه؛ لأنه طلاق أو يمين من جانب الزوج على ما تقدم في الخلع، والإكراه لا يؤثر في كل منهما.

(و) صح (**إسلامه، لكن لا قتل فيه لو ارتد**)؛ يعني: أسلم مكرهاً ثم ارتد.. لا يقتل؛ لتمكن الشبهة في إسلامه.

(**ولا يصح إبراؤه**) مديونه أو كفيله، ولا صلحه؛ لأن في الإبراء الصحيح: معنى التمليك، والتمليك لا يصح مع الإكراه؛ لتوقفه على الرضاء، والإكراه ينافيه.

وَلَا ردَّتُهُ.. فَلَا تبينُ بهَا امْرَأَتُهُ.

فَإِنِ ادَّعَت تحقُّقَ مَا أَظهرَهُ، وَادّعى أَنَّ قلبَهُ مطمئِنٌ بِالْإِيمَانِ.. صُدِّقَ.

وَلَو أُكرِهَ على الزِّنا فَفعلَ.. حُدَّ، مَا لم يُكْرِههُ سلْطَانٌ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَبِهِ يُفْتَى.

(**ولا ردته**)؛ لأن الكفر يتعلق بالاعتقاد؛ لأنه تبديل الاعتقاد من الحق إلى الباطل؛ فإذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان حين أجرى الكفر على لسانه.. رخص له ذلك ولم يحكم بكفره وإن لم يكفر.

(**فلا تبين بها**)؛ أي: بالردة مكرهاً (**امرأته**)؛ لأن البينونة دائرة على اختلاف الدين، وذلك بتبديل الاعتقاد، ولم يوجد ذلك منه.

(**فإن ادعت**) المرأة (**تحقق ما أظهره**) من الكفر؛ بأن قالت: اعتقدت بقلبك الكفر حين أجريت على لسانك كلمة الكفر بالإكراه، (**وادعى**) الزوج (**أن قلبه مطمئن بالإيمان.. صدق**) الزوج؛ لأن الظاهر يشهد له، والقول لمن يشهد الظاهر له. وهذا استحسان.

والقياس: أن يكون القول للمرأة؛ لأن الكفر سبب البينونة كالطلاق، ففي الطلاق: يستوي الطائع والمكره.

(**ولو أكره على الزنا، ففعل.. حد، ما لم يكرهه سلطان**) عند أبي حنيفة؛ لأن عنده لا يوجد الإكراه من غير السلطان، وكان أبو حنيفة أولاً يقول: لا حد عليه، ثم رجع وقال: عليه حد، إلا أن يكرهه السلطان.

(**وعندهما: لا حد عليه، وبه يفتى**)؛ بناء على: أن الإكراه يوجد عندهما من غير السلطان أيضاً.

وقد تقدم أنهم قالوا: إن هذا اختلاف عصر لا اختلاف برهان.

* * *

(كتاب الحجر)

(كتابُ الْحَجْرِ)

هُوَ مَنعُ نَفاذِ تصرفٍ قَوليٍّ.

وأَسبابُهُ:

الصِّغَرُ، وَالْجُنُونُ، وَالرِّقُّ.

(كِتَابُ الحَجْرِ)

أورد الحجر عقيب الإكراه؛ لأن كلاً منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً؛ لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة.. كان أحق بالتقديم.

الحجر **في اللغة:** المنع مطلقاً.

وفي عرف الفقهاء [٥٦٥/أ]: **(هو منع نفاذ تصرف قولي)** عن شخص مخصوص، وهو الصغير والرقيق والمجنون.

والمقصود بها: المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس بالاتفاق، وسيصرح به في الكتاب.

قيده بقوله: «قولي»؛ لأن الحجر لا يتصورٍ في الأفعال؛ لأنه حسي لا يمكن رده بعدما وقع؛ حتى إذا أتلف الصبي مالاً.. يجب عليه الضمان، وكذا المجنون، ولا يمكن الرد عنه.

بخلاف القول؛ فإن نفوذه حكمي لا حسي، فيتصور رده بعد الوقوع، فكذا قبل الوقوع.

(وأسبابه: الصغر والجنون والرق).

واعلم: أن التصرفات الشرعية على ثلاثة أنواع:

منها: ما تردد بين النفع والضر؛ كالبيع والشراء.

ومنها: ما يتمحض ضرراً؛ كالطلاق والعتاق.

فَلَا يَصحُّ تصرُّفُ صبيٍّ، أَو عَبْدٍ بِلَا إِذنِ وليٍّ أَو سيِّدٍ، وَلَا تصرُّفُ الْمَجْنُونِ المغلوبِ ....

ومنها: ما يتمحض نفعاً؛ كقبول الهدية والصدقة والهبة.

فالمعاني الثلاثة:

توجب الحجر في النوع الأول؛ أي: التوقف على الإذن من الولي.

- وتوجب الإبطال من الأصل في النوع الثاني.

ولا توجب شيئاً من الحجر والإبطال [في النوع الثالث][1]، على ما سيظهر لك.

(فلا يصح تصرف صبي)؛ لعدم عقله، أو لنقصان عقله وأهليته للتصرف، وإنما هي بالعقل الكامل، لكن ينجبر هذا النقصان بإذن وليه.. فحينئذٍ يصح تصرفه.

(أو عبد)؛ لأنه وإن كان له أهلية للتصرف بالعقل الكامل ـ والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة؛ لأنه مكلف، محتاج، كامل الرأي من بني آدم كالحرائر ـ لكن جعله الشرع سبباً للحجر، وحجر عليه؛ لرعاية حق المولى؛ كيلا يتعطل عليه منافع عبده وهو حقه؛ فإنه لو لم يثبت الحجر.. لنفذ بيعه وشراؤه، فيلحقه ديون كثيرة، فيأخذ أرباب الديون أكسابه التي هي منفعة المولى، وذلك تعطيل لها عنه؛ كي لا تملك رقبتُهُ بتعلق الدين بها إن لم يكن له كسب.

(بلا إذن ولي) والمراد بالولي هنا: هو القاضي ومن له ولاية التجارة في مال الصغير كالأب والجد والوصي.. فلا يجوز بإذن الأم والأخ والعم. كذا في «شرح المجمع».

(أو سيد)؛ لأن بإذن الولي للصغير ينجبر نقصان العقل، فيلتحق بالبالغ العاقل.

والمولى إذا أذن لعبده.. فقد رضي بفوات حقه، فيجوز.

(ولا تصرف المجنون المغلوب)؛ أي: المختلط عقله؛ بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً.. فإن تصرفه لا يجوز.

---

(١) زيادة لا بد منها من «العناية» (٢٥٥/٩).

بِحَالٍ.

وَمَن عقدَ مِنْهُم وَهُوَ يعقِلُهُ.. فَوَلِيُّهُ مُخَيّرٌ بَينَ أَنْ يُجِيزَهُ أَو يفسَخَهُ.

(**بحال**)؛ أي: حال إذن الولي أو السيد وحال عدمه؛ لعدم أهليته أصلاً.

بخلاف المجنون الغير المغلوب وهو: الذي يعقل البيع ويقصده، إلا أنه ربما يختلف كلامه ويقل فهمه، ولا يضرب ولا يشتم.. فإن تصرفه صحيح بحال إجازة الولي أو السيد [٥٦٥/ب].

(**ومن عقد منهم**)؛ أي: هؤلاء المحجورين؛ من قبيل ذكر الجمع وإرادة التثنية؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾؛ لأن المراد به: الصبي والعبد؛ لان المجنون المغلوب. ولو أريد المجنون المغلوب معهما.. لكان الجمع على ظاهره.

(**وهو يعقله**)؛ أي: يعقل العقد؛ بأن البيع: سالب، والشراء: جالب، ولو عطف على قوله: «يعقله ويقصده» على ما وقع في «الهداية».. لكان أولى؛ ليحترز به عن الهازل والخاطئ.. فإنهما لا يقصدان العقد وإن كانا يعقلانه.

(**فوليه مخير بين أن يجيزه أو يفسخه**)؛ فإن رأى فيه مصلحة للصبي.. أجازه، وإلا.. فسخه.

وكذا السيد إن رأى فيه مصلحة لنفسه.. أجازه، وإلا.. فسخه؛ لأن التوقف في تصرف العبد كان لحق المولى، وفي الصغير لحق الصغير نظراً له، فكذا المصلحة المرئية: كانت بالنسبة إليهما.

فإن قيل: التوقف على الإذن مستقيم في بيعهما؛ لما ذكر، وأما في شرائهما.. فلا يستقيم؛ لأن الأصل في الشراء: أن يوجد نفاذاً على المباشر كما في شراء الفضولي؛ فإن الفضولي إذا اشترى مال إنسان لآخر.. ينفذ عليه بلا توقف.

أجيب: بأن عدم التوقف إنما يكون إذا وجد على المباشر نفاذاً ابتداء؛ كما في شراء الفضولي؛ فإنه وجد نفاذاً عليه؛ لثبوت أهليته، وفيما نحن فيه: لم يوجد نفاذاً على المباشر؛ أعني: الصبي والعبد المحجورين؛ لعدم الأهلية.

وَمَن أَتلفَ مِنْهُم شَيْئاً.. فَعَلَيهِ ضَمَانُهُ.

(**ومن أتلف منهم شيئاً.. فعليه ضمانه**)؛ لأن كلاً من الصغر والرق والجنون لا يوجب الحجر عن الأفعال؛ لأن الأفعال لا مرد لها، حتى إنه لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها.. وجب عليه الضمان في الحال، مع أنه لا قصد له فيه.

وكذا الحائط المائل لو تلف به شيء بعد الإشهاد عليه.. يضمن صاحبه وإن عدم القصد من صاحبه في سقوطه، فكذلك الصغير والمجنون إذا أتلفا شيئاً.. لزمهما الضمان في الحال مع عدم القصد؛ لأن الأفعال توجد حساً مشاهدة ويحصل بها الإتلاف، وبعد الحصول: لا يمكن أن يجعل كالإتلاف، فانعقد الإتلاف موجباً للضمان وإن عدم القصد؛ لأنه ليس من شرطه.

بخلاف الأقوال؛ لأن اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع، والقصد من شرط ذلك الاعتبار، وليس للصبي والمجنون قصد، فينتفي المشروط به أيضاً.

وأما في العبد.. فالقصد وإن وجد منه، لكنه غير معتبر شرعاً؛ للزوم الضرر على المولى بغير اختياره.

فإن قيل: الأقوال موجودة أيضاً حساً ومشاهدة، فما بالها شرط اعتبارها [٥٦٦/أ] موجودة شرعاً بالقصد دون الأفعال؟

فالجواب عنه بوجهين:

أحدهما: أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة: ليست عين مدلولها، بل هي دوال عليها، ويمكن تخلف المدلول عن دليله، فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم، فلا بد له من اشتراط القصد.

بخلاف الأفعال؛ فإن الموجود منها: عينها، فبعد ما وجدت.. لا يمكن أن تجعل غير موجودة، فلا حاجة إلى اشتراط القصد.

والثاني: أن القول قد يقع صدقاً، وقد يقع كذباً، وقد يقع هزلاً.. فلا بد من القصد حتى يتميز بينها.

وَلَا يَصِحُّ طَلَاقُ الصَّبِيِّ والْمَجْنُونِ وَلَا إِعتاقُهما، وَلَا إِقرارُهُما.

ألا ترى: أن القول من الحر العاقل البالغ إذا وجد هزلاً.. لم يعتبر شرعاً، فكذا من هذه الثلاثة.

بخلاف الأفعال؛ فإنها حيث وقعت.. وقعت حقيقة، فلا يمكن تبديلها.

والحاصل: أن الأفعال مطلقاً لا مرد لها، ويترتب عليها آثارها بلا اشتراط قصد، فانعقاد أفعال الصغير والرقيق والمجنون موجباً للضمان وإن لم يكن لهم قصد معتبر.

إلا إذا كان فعل الصبي والمجنون فعلاً يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات؛ كالحدود والقصاص.. حيث يجعل فيه عدم القصد شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحد والقصاص.

ولذا: لم يقتص الصبي والمجنون، إلا إذا أتلف الصغير ما استقرضه.. فإنه لا يضمنه على ما صرح في «المجمع» نقلاً عن «الخانية»؛ حيث قال: إذا استقرض الصبي مالاً فأتلفه.. لا يؤاخذ به في الحال، ولا بعد البلوغ؛ لأنه ليس من أهل الالتزام.

(**ولا يصح طلاق الصبي والمجنون**) المغلوب عقله، (**ولا إعتاقهما، ولا إقرارهما**)؛ أي: تبطل هذه التصرفات منهما أصلاً، بخلاف البيع والشراء.. فإنهما لا يبطلان من الأصل، بل يمنعان عنها، وتتوقف على الإذن كما تقدم.

والأصل هنا: ما رواه الترمذي مرفوعاً عن أبي هريرة رضي الله عنه: «كل طلاق واقع، إلا طلاق الصبي والمعتوه» والإعتاق يتمحض ضرراً لا محالة، فيبطل منهما، والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ، لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال:

لا في الحال؛ لعدم الشهوة.

وَصَحَّ طلاقُ العَبْدِ وَإِقْرَارُه فِي حقِّ نَفسِهِ، لَا فِي حقِّ سَيِّدِهِ.

فَلَو أَقَرَّ بِمَالٍ.. لزِمَهُ بعدَ عتقِهِ.

وَإِن بِحَدٍّ أَو قَوَدٍ.. لزِمَهُ فِي الْحَالِ.

ولا في المآل؛ لأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتبيين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة، ولا علم له بذلك، والولي وإن أمكن أن يقف على المصلحة في الحال.. لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا.. لا يتوقفان على إجازة، ولا ينفذان بمباشرته.

بخلاف البيع والشراء كما تقدم.

وإقرارها يتمحض [٥٦٦/ب] ضرراً.. فلا يصح.

(**وصح طلاق العبد وإقراره في حق نفسه**).

أما طلاقه: فلأنه مكلف يتصرف في خالص حقه، وليس فيه إبطال حق المولى، فصح؛ كتصرف سائر الأحرار.

وأما إقراره: فلأنه أهل له؛ لكونه مكلفاً.

(**لا في حق سيده**)؛ لأنه إقرار على الغير.. فلا يصح؛ لأن إقرار الإنسان على الغير: لا يصح، إلا إذا كان له ولاية عليه، ولا ولاية للعبد على سيده.

(**فلو أقر بمال.. لزمه بعد عتقه**)؛ لأن المانع من المطالبة في الحال: حق المولى، وقد زال بعد عتقه، فيؤاخذ به.

(**وإن**) أقر على نفسه (**بحد أو قود**)؛ أي: قصاص (.. **لزمه في الحال**)، ولا يتأخر إلى ما بعد الموت.

وقال زفر: لا يصح إقراره بهما إذا كان محجوراً عليه؛ لأنه لو صح.. يلزمه منه إتلاف مال المولى، فلا يصح؛ كما لو أقر بدين.

ولنا: أن العبد مبقي على أصل الحرية في حق الحد والقصاص؛ لأنهما من خواص الإنسانية، وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمي، وإن كان مملوكاً من حيث إنه مال.

وَلَا يُحْجَرُ على السَّفِيهِ وإِنْ كَانَ مبذِّراً.

وَمَن بلغَ غيْرَ رشيدٍ.. لَا يُسلَّمُ إِلَيْهِ مَالُهُ مَا لم يبلغْ سِنُّهُ خمْساً وَعشْرينَ.

فَإذا بلغَهَا.. دُفِعَ إِلَيْهِ وإِنْ لم يُؤنَس رُشدُهُ.

وإِنْ تصَّرفَ فِيهِ قبلَ ذَلِكَ.. نَفَذَ.

وَعِنْدَهُمَا: يُحْجَرُ على السَّفِيهِ، وَلَا يُدْفعُ إِلَيْهِ مَالُهُ مَا لم يُؤْنَس رشْدُهُ.

ولهذا.. لا يصح إقرار المولى بهما عليه، ولا يملك سفك دمه؛ فإذا بقي على أصل الحرية فيهما.. ينفذ إقراره لأنه أقر بما هو حقه، وبطلان حق المولى ضمني.

فإن قيل: قوله ﷺ: «لا يملك العبد شيئاً إلا الطلاق»: يقتضي أنه لا يملك الإقرار بالحدود والقصاص.

قلنا: لما بقي على أصل الحرية في حقهما.. يكون من قبيل إقرار الحر، لا من قبيل إقرار العبد.

(**ولا يحجر على السفيه**)، السفه في اللغة: خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل.

ثم غلب في عرف الفقهاء: على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع، وإليه أشار بقوله: (**وإن**) وصلية (**كان مبذراً**)؛ أي: متلفاً ماله لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً؛ كشراء الحمام الطيار بثمن غال ونحوه.

(**ومن بلغ غير رشيد.. لا يسلم إليه ماله، ما لم يبلغ سنه خمساً وعشرين**) سنة؛ (**فإذا بلغها.. دفع إليه**) ماله (**وإن**) وصلية (**لم يؤنس رشده**).

(**وإن تصرف فيه**)؛ أي: في ماله (**قبل ذلك**)؛ أي: قبل بلوغه إلى خمس وعشرين سنة بعد أن بلغ (**.. نفذ**) تصرفه. هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وعندهما**) ـ والشافعي معهما ـ: (**يحجر على السفيه، ولا يدفع إليه**) بعد بلوغه (**ماله ما لم يؤنس رشده**) وإن بلغ إلى خمس وعشرين فصاعداً.

وَلَا يَصحُ تصرُفُهُ فِيهِ؛ ....

(**ولا يصح تصرفه فيه**).

واعلم: أن الخلاف ههنا في مسألتين:

إحداهما: في أن السفيه هل يحجر أم لا؟

والثانية: في أن الصبي إذا بلغ غير رشيد.. هل [٥٦٧/أ] يسلم إليه ماله أم لا يسلم؟

- **أما الأولى:** فقال أبو حنيفة: لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه، وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً يتلف ماله فيما لا مصلحة فيه؛ كالإلقاء في البحر أو الإحراق بالنار ونحوهما.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله في تصرفات تتصل بماله.

ولا يصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والهبة والصدقة والإقرار بالمال.

ولا يحجر في تصرفات لا تتصل بماله كالإقرار بالحدود والقصاص، ولا في تصرفات تتصل بماله لكنها تصح مع الهزل؛ كالنكاح والطلاق والعتاق؛ فإن الحجر لا يؤثر في هذه التصرفات عندهما أيضاً.

وقال الشافعي: يحجر عليه؛ نظراً له كالصبي؛ فإنه يمنع عن التصرف في ماله نظراً له، فكذا السفيه؛ لأنه محل نظر له كالصبي، بل هو منه أشد؛ لأن الثابت في حق الصبي: احتمال التبذير، وفي حق السفيه: حقيقة التبذير، ويدل عليه: أنه منع منه ماله.

والظاهر: أن منع ماله منه لا يفيد بدون الحجر؛ لأنه قد يتلف بلسانه ما منع من يده، فلا بد من الحجر عليه؛ حتى يفيد منع ماله منه.

ولأبي حنيفة: أنه حر مكلف عاقل مخاطب، وكل من هو كذلك.. لا يحجر عليها كالرشيد، كيف وإن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم، وهو أشد

ضرراً من التبذير، ولا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى.

حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام؛ كالحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس.. جاز فيما يروى عنه؛ إذ هو دفع الأعلى باختيار الأدنى.

بخلاف منع ماله عنه، لأن منع ماله عنه إنما هو بطريق العقوبة عليه؛ ليكون زجراً له عن التبذير، والحجر أبلغ منه في العقوبة؛ لما فيه من سلب ولايته وإهدار آدميته.. فلا يقاس على:

منع ماله؛ لأنه قياس مع الفارق.

ولا على: الصبي أيضاً؛ لأن الصبي عاجز عن النظر لنفسه.

والسفيه قادر عليه.

نظر له الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة ـ وهب العقل ـ والجري بخلافه إنما هو بسوء اختياره فكان قياساً مع الفارق أيضاً؛ لأنه قياس القادر على العاجز.

وأما منع ماله عنه بدون الحجر.. فمفيد؛ لأن غالب السفه إنما يكون في الهبات والصدقات، وذلك يقف على اليد؛ فإذا لم يكن في يده شيء.. يمتنع عن ذلك، وإن فعل بدون شيء من المال في يده.. لم يفد، فكان المنع بلا حجر مفيداً.

وإذا عرفت هذا.. فاعلم: أن قاضياً [٥٦٧/ب] لو حجر على سفيه بناء على رأيه، ثم رفع حكمه إلى قاض آخر، فأبطل حجره بناء على رأيه أيضاً وأطلق.. جاز إطلاقه.

وكذا: تصرف السفيه، وكان الواجب أن لا يجوز إطلاقه؛ لأن قضاءه لاقى فصلاً مجتهداً فيه، ونقضه: باطل، وإنما جاز ذلك؛ لأن الحجر من القاضي للأول، فتوى منه لا قضاء؛ لأن القضاء لفصل الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لأحدهما على الآخر، ولم يوجد ذلك؛ إذ ليس هنا مقضياً له.

سلمنا وجود المقضي له على احتمال أن يجعل السفيه مقضياً له من حيث

الحجر نظراً له، لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه؛ فإن أبا حنيفة لم يقل به.. فلا بد من الإمضاء حتى يلزمه؛ لأن الاختلاف إذا وقع في نفس القضاء.. لا يلزمه، ولا يصير مجمعاً عليه؛ إذ لو كان الاختلاف موجوداً قبل القضاء.. يتأكد أحد القولين بالقضاء، فلا ينقض بعد ذلك.

وأما إذا كان الاختلاف في نفس القضاء.. فلا بد من قضاء قاضٍ آخر حتى يصير مجمعاً عليه.

هذا تفصيل ما ذكره في «الهداية».

واعترض عليه: بأن الاختلاف هنا موجود قبل القضاء؛ فإن محمداً يرى حجره بنفس السفه، ولا ينفذ تصرفاته أصلاً، فيصير القضاء به على هذا التقدير: قضاء بقول محمد، فيتأكد قوله بالقضاء، بخلاف القضاء على الغائب؛ فإن الاختلاف فيه في نفس القضاء: هل يجوز أم لا؟

فعندنا: لا ينفذ.

وعند الشافعي: يجوز، فيحصل الاختلاف بالقضاء.. فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء.

• **وأما الثانية**: فقال أبو حنيفة: إذا بلغ الغلام سفيهاً غير رشيد.. منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وتصرفاته قبل ذلك نافذة؛ لأنه لا يحجر عنده كما تقدم في المسألة الأولى؛ فإذا بلغ ذلك السن.. سلم إليه ماله وإن لم يؤنس الرشد.

وقالا: لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس رشده، ولا يجوز تصرفه في ماله؛ لأن علة المنع: السفه، فيبقى الحكم ببقاء علته كالصبا.

ولأبي حنيفة: أن منع ماله عنه: بطريق التأديب، ولا تأديب بعد خمس وعشرين سنة ظاهراً وغالباً؛ لأنه في هذه المدة: يصير جداً باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال:

فَإِنْ بَاعَ.. لَا يَنفُذُ، وَإِنْ فِيهِ مصلحَةٌ.. أَجَازَهُ الْحَاكِمُ.

وهو اثني عشر سنة، وأقل مدة الحمل: وهو ستة شهر، وإذا لم يبق قابلاً للتأديب.. لا فائدة في المنع، فلزم الدفع.

ولأن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا؛ لأن العادة وجدانه في أوائل البلوغ، ثم ينقطع بتطاول المدة، وقدر ذلك بخمس وعشرين [٥٦٨/أ] سنة.

ولهذا قال أبو حنيفة: إن بلغ رشيداً، ثم صار سفيهاً.. لا يمنع عنه المال؛ لأنه ليس بأثر الصبا.

(فإن باع) تفريع على قول الإمامين (.. **لا ينفذ**) بيعه؛ لأنه محجور عليه، وبيع المحجور عليه: لا ينفذ، بل يكون موقوفاً على المصلحة.

(وإن) وجد **(فيه مصلحة)**؛ بأن كان بمثل القيمة، أو كان البيع رابحاً، وكان الثمن باقياً في يده (.. **أجازه**) ـ أي: بيعه ـ **(الحاكم)**؛ لما فيه من المصلحة.

وإن كان الثمن أقل من مثل القيمة، أو كان البيع خاسراً.. لم يجزه الحاكم؛ لما فيه من الضرر له.

والقاضي نصب ناظراً فيتحرى المصلحة فيه، ولذا: توقف البيع على إجازته.

ولو باع قبل حجر القاضي.. جاز عند أبي يوسف؛ لأنه لا بد من حجر القاضي عنده؛ لأن الحجر دائر بين الضرر ـ وهو إهدار آدميته ـ وبين النظر له في إبقاء المبيع على ملكه كما كان.. فلا بد من مرجح، وهو القضاء؛ فإذا لم يوجد.. لم يكن محجوراً، فيجوز بيعه.

وعند محمد: لا يجوز؛ لأنه يبلغ محجوراً عنده؛ إذ العلة ـ هو السفه ـ بمنزلة الصبا، وهو موجود قبل القضاء، فيترتب عليه حكمه، وهو: الحجر، وبيع المحجور: لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف: إذا بلغ رشيداً، ثم صار سفيهاً.. عند أبي يوسف: لا يصير محجوراً حتى يقضي القاضي.

وَإِنْ أَعْتَقَ.. نفذَ، وسعَى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ، وَإِنْ دبّر.. صَحَّ.

فَإِنْ مَاتَ قبلَ رُشدِهِ.. سعى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ مُدبَّراً.

وعند محمد: يصير محجوراً بمجرد السفه.

(وإن أعتق) بعد الحجر (.. **نفذ**) عتقه عندهما ، وكذلك عند أبي حنيفة.

أما عندهما: فلما ذكر: من أن السفيه لا يحجر في تصرفات تصح مع الهزل.

وأما عنده: فلما تقدم أيضاً: أنه لا حجر على السفيه مطلقاً عنده.

وقال الشافعي: لا ينفذ عتقه.

(وسعى العبد في قيمته) عند محمد، وهو قول أبي يوسف الأول؛ لأن الحجر على السفيه: كالحجر على المريض؛ فإنه لأجل النظر لغرمائه وورثته.

ثم هناك إذا أعتق عبداً.. وجبت عليه السعاية لغرمائه في قيمته، أو لورثته في ثلثي قيمته إن لم يكن عليه دين ولا مال له غيره؛ لأن الرد واجب لمعنى النظر، وتعذر رد عينه، فترد قيمته معنى بإيجاب السعاية، فكذا هنا.

وفي قول أبي يوسف الأخير ـ وهو رواية عن محمد ـ: ليس عليه سعاية؛ لأنه لو سعى.. لسعى لمعتِقه، والمعتَق لا تلزمه السعاية لحق معتِقه، وإنما تجب السعاية لأجل غيره.

(وإن دبر.. صح) تدبيره؛ لأنه يوجب حق العتق، فيعتبر بحقيقة العتق، إلا أنه لا تجب السعاية ما دام المولى حياً؛ لأنه باق على ملكه.

(فإن مات) المولى **(قبل رشده.. سعى العبد في قيمته مدبراً)**؛ لأنه بموت المولى: عتق وهو مدبر، والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبراً، ألا ترى: أن صحيحاً لو دبر [٥٦٨/ب] عبده في صحته، ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته.. فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبراً لغرمائه.

قيل: ينبغي أن يسعى في قيمته قنا؛ لأن العتق حصل بالتدبير السابق، وهو في تلك الحالة توجب السعاية قنّا؛ كما لو أعتقه.

وَيَصِحُّ تزَوُّجُهُ بِمهْرِ الْمثلِ، ....

وأجيب: بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله، إلا أنه جعل ههنا سبباً قبله ضرورةً، فلا يظهر سببه في إيجاب السعاية عليه قنا، وإنما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته؛ لأن الثابت بالضرورة يقدر بقدرها.

قيل: سلمنا ذلك، لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته؛ لأن التدبير وصية، وفيها: يسعى العبد كذلك.

وأجيب: بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير، ألا ترى: أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير.

ولو ولدت جاريته، فادعاه.. يثبت نسبه منه، وكان الولد حراً، والجارية أم ولد له؛ لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله، وإبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته، فألحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد.

فإن مات بعد هذه الدعوة.. كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لأحد وإن مات مديوناً.

وإن لم يعلم لها ولد منه وقال: هذه أم ولدي.. كانت بمنزلة أم الولد؛ لأن الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير، فلا يقدر على بيعها، وإن مات.. سعت في جميع قيمتها؛ لأنه كالإقرار بالحرية؛ إذ ليس لها شهادة الولد، فصار كأنه قال: أنتِ حرة، فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته.

بخلاف الفصل الأول؛ لأن الولد شاهد لها في إبطال حق الغير، فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه. كذا في «العناية».

(ويصح تزوجه)؛ لأن النكاح مما لا يبطل بالهزل، فكذا بالحجر، ولأنه من الحوائج الأصلية؛ لبقاء نسله.

(بمهر المثل).

أما المهر: فلأنه من ضرورات النكاح.

وَإِن سمَّى أَكثرَ.. بطلتِ الزِّيَادَةُ.

وأما المثل: فلأنه لا ضرورة في الزيادة عليه، وإنما لزم بالتسمية، ولا نظر له فيه، فلم تصح الزيادة وإليه أشار بقوله:

(وإن سمى أكثر.. بطلت الزيادة) على مهر المثل؛ لعدم النظر له فيها.

أشار بالبطلان: إلى أن الزيادة ههنا: غير معتبرة أصلاً؛ لا في جميع المال، ولا في الثلث.

بخلاف المريض الذي تزوج في مرض موته بأكثر من مهر مثلها.. فإن الزيادة فيها على مهر مثلها غير معتبرة من جميع ماله، بل تعتبر من الثلث؛ فإن خرجت من الثلث.. أخذتها المرأة، وإلا.. فلا.

ولو طلقها قبل الدخول.. وجب لها نصف المهر في ماله؛ لأن [٥٦٩/أ] التسمية صحيحة إلى مقدار مثلها.

قال في «قاضي خان»: والمرأة المحجورة: بمنزلة الرجل المحجور؛ فإن زوجت المحجورة نفسها من رجل كفؤ.. يجوز نكاحها.

فإن قصرت عن مهر مثلها.. قال أبو حنيفة: يخير الزوج؛ إن شاء.. كمّل مهر مثلها، وإن شاء.. فارقها.

وقالا: يجوز النكاح بما زوجت، ولا يخير الزوج.

ولو أن المحجورة بعدما زوجت نفسها اختلعت من زوجها على مال.. يقع الطلاق، ولا يلزمها المال؛ لأنها لا تملك التزام المال بدلاً عما ليس بمال، وبضعها ليس بمال عند الخروج.

وهل يكون هذا الطلاق بائناً أو رجعياً؟

ذكر في الكتاب: أنه يكون رجعياً؛ لأنه طلاق لا يقابله البدل أصلاً، فيكون رجعياً، وهي كالصغيرة: إذا اختلعت من زوجها على مال.. يكون رجعياً.

بخلاف الأمة إذا كانت تحت زوج، فاختلعت على مال.. فإن الطلاق يكون

وَتُخرَجُ زَكَاةُ مَالِ السَّفِيهِ، وَيُنْفَقُ مِنْهُ عَلَيْهِ، وعَلى من تَلْزمُهُ نَفَقَتُهُ، ....

بائناً؛ لأنها من أهل الالتزام؛ فإن فعلت ذلك بإذن المولى.. يجب المال في الحال، وإن كان بغير إذن المولى.. كان عليها المال بعد العتق.

والطلاق ببدل يكون بائناً، حتى لو كانت الأمة محجورة، فاختلعت نفسها على مال.. يكون الطلاق رجعياً لا يجب عليه المال لا في الحال ولا بعد العتق.

(**وتخرج زكاة مال السفيه**)؛ لأنها واجبة عليه، فلا تسقط بالسفه.

(**وينفق منه**)؛ أي: من ماله (**عليه**)؛ أي: على السفيه.

(**وعلى من تلزمه**)؛ أي: السفيه (**نفقته**) من أولاده وزوجته وذوي أرحامه؛ لأن إحياء نفسه وأولاده وزوجته من حوائجه الأصلية فيصرف من ماله.

والإنفاق على ذوي أرحامه الذين لزمت نفقتهم عليه: واجبة عليه لحق القرابة.

والأصل هنا: أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الإسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب عليه نفقته.. فالسفيه والمصلح فيه سواء؛ لأنه مخاطب.

وبالسفه: لا يستحق النظر في إسقاط شيء من حقوق الشرع عنه ولا من حقوق الناس.. فلا يسقط شيء من هذه الحقوق بالسفه، لكنه لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها.

ولا في غير القريب: لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه.. فلا يلزم إقراره شيئاً إلا في الولد؛ فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب.. قبل قولهما؛ لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب، والسفه لا يؤثر في منع الإقرار بالنسب بكونه من حوائجه، لكن لا بد من إثبات [٥٦٩/ب] عسرة المقر له لما ذكرناه.

والإقرار بالزوجية: صحيح، ويجب مهر المثل والنفقة.

بخلاف ما إذا أوجب على نفسه شيئاً باليمين أو النذر أو الظهار.. حيث لا

وَيَدْفَعُ القَاضِي قدرَ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ لِيؤدِّيَ بِنَفسِهِ، ويوكِّلُ عليه أَميناً إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَهَا.

فإِنْ أَرَادَ حُجَّةَ الْإِسْلَامِ.. لَا يُمْنَعُ مِنْهَا، وَلَا من عُمْرَةٍ وَاحِدَةٍ.

وتُدْفَعُ نَفَقَتُهُ إِلَى ثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي الطَّرِيقِ، لَا إِلَيْهِ.

وَتَصِحُّ مِنْهُ الْوَصِيَّةُ بِالْقُرَبِ، وأَبوابِ الْخَيْرِ مِنَ **الثُّلُثِ**.

يلزمه المال، بل يكفر ليمينه وظهاره بصوم لكل حنث: ثلاثة أيام متتابعات، وعن ظهار: شهرين متتابعين وإن كان مالكاً للمال وقت التكفير.

(**ويدفع القاضي قدر الزكاة إليه**)؛ أي: إلى السفيه (**ليؤدي بنفسه**)؛ لأن الواجب عليه: الإيفاء، وهو: عبارة عن فعل يفعله هو عبادة مع النية.

(**ويوكل عليه**) ـ أي: على السفيه ـ أي يدفع القاضي معه (**أميناً إلى أن يؤديها**)؛ كيلا يصرف إلى غير المصرف.

ويسلم القاضي النفقة المفروضة إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقها؛ لأنه لا يحتاج فيها إلى النية، فاكتفي فيها بفعل الأمين.

بخلاف الزكاة؛ فإنها تحتاج إلى النية.. فلا يكتفى فيها بفعل الأمين، بل يفعلها السفيه بنفسه.

(**فإن أراد حجة الإسلام**)؛ أي: الفرض (.. **لا يمنع منها**)؛ لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى، والسفه لا يؤثر في إسقاط ما أوجبه الله تعالى.

(**ولا من عمرة واحدة**) استحساناً؛ لاختلافهم في وجوبها، فيمكن منها احتياطاً.

بخلاف ما زاد على الحج الواحد والعمرة الواحدة من الحج.

(**وتدفع نفقته**)؛ أي: نفقة السفيه في طريق الحج (**إلى ثقة ينفق عليه في الطريق، لا إليه**)؛ كي لا يبذر، ولا يسرف.

(**وتصح منه**)؛ أي: من السفيه (: **الوصية بالقُرَب**)؛ أي: ما يتقرب به إلى الله تعالى (**وأبواب الخير من الثلث**)؛ لأن نظره في ثلث ماله؛ لأنها حالة انقطاعه عن ماله.

ويحجرُ على الْمُفْتِي الماجنِ، والطَّبِيبِ الْجَاهِلِ، والمُكاري الْمُفلِسِ اتِّفَاقاً.

وَلَا يُحْجَرُ على فَاسِقٍ، ....

(ويحجر على المفتي الماجن)؛ أي: من يعلم الناس بالحيل، أو يفتي عن جهل، وهذا لأنه يفسد على الناس دينهم، ففي منعه: دفع الضرر العام.

(والطبيب الجاهل)؛ لأن فيه إفساد أبدان الناس، ففي منعه: دفع الضرر العام أيضاً.

وهل يضمن إذا أتلفه بعلاجه؟

ففي «الفتاوى»: رمدت عين رجل، فعالجها بأمره طبيبٌ، فزالت منفعة عينه بالكلية:

فإن ثبت أنه طبيب حاذق في الطب وأنه عالجه على المعتاد.. لا ضمان عليه.

وإن ثبت أنه طبيب جاهل عالجه على خلاف المعتاد.. ضمن له دية عينه.

والأصل ههنا: أن الطبيب والجرّاح والفصّاد والحجّام ليس عليهم ضمان السراية إذا لم يعالجوا ولم يقطعوا زيادة على قدر المعتاد المعهود المأذون فيه.

فإن شرط على هؤلاء: الفعل السليم دون الساري.. فالشرط فاسد؛ لأنه ليس في وسعهم ذلك، كذا في ضمانات «العمادية» و«الفصولين».

(والمكاري المفلس)؛ لأنه يتلف أموال الناس [٥٧٠/أ]؛ فإن ماتت حمولته في المفازة، وليس له حمولة أخرى، ولا يمكنه شراء أخرى ولا استئجارها.. فيؤدي إلى إتلاف أموال الناس، فيلزم منعه.

(اتفاقاً) قيد للثلاثة.

(ولا يحجر على فاسق)، الفسق الأصلي والطارئ: فيه سواء. هذا قول الإمامين عن علمائنا.

وقال الشافعي: يحجر على الفاسق.

ومغفَّلٍ إِذا كَانَ مصلِحاً لمَالِهِ.

وَلَا على مديونٍ، وَلَا يَبِيعُ القَاضِي مَالَهُ فِيهِ، بل يحْبِسُهُ أَبداً حَتَّى يَبِيعَهُ هُوَ بِنَفسِهِ.

ومعنى الخلاف: على أن الحجر عنده: للزجر والعقوبة، والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وإن كان مصلحاً للمال.

وعندهما: الحجر للنظر على المحجور عليه في ماله؛ فإذا كان مصلحاً بماله.. لم يبق عليه حجر.

(ومغفل)؛ أي: من يغبن في التجارات (إذا كان) كل من الفاسق والمغفل (مصلحاً لماله)؛ لما ذكرناه: أن الحجر للنظر له؛ فإذا كان مصلحاً.. لم يبق عليه حجر.

(ولا على مديون) بسبب دينه ولو طلب غرماؤه الحجر عليه، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم، وهو ضرر فوق ضرر الدين، فلا يختار الأعلى لدفع الأدنى.

(ولا يبيع القاضي ماله)؛ أي: مال المديون (فيه)؛ أي: في دينه، (بل يحبسه أبداً حتى يبيعه هو بنفسه)؛ لأن الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم، فيحبسه القاضي دفعاً لظلمه إيصالاً للحق إلى مستحقه؛ لأنه نصب ناظراً، ولا يكون ذلك إكراهاً على البيع؛ لأن المقصود من ذلك: الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان؛ إن شاء ببيع ماله، وإن شاء بسبب آخر.

بخلاف ما إذا باع القاضي ماله.. فإنه حجر عليه.

وقال أبو يوسف: القاضي ينصب وكيلاً ويحكم، كما في «قاضي خان»؛ حيث قال: رجل عليه دين ثبت بإقراره أو ببينة قامت عليه عند القاضي، فغاب المطلوب قبل الحكم وامتنع عن الحضور، قال أبو يوسف: ينصب القاضي عنه وكيلاً، ويحكم عليه بالمال إذا سأل الخصم ذلك. انتهى.

فَإِن كَانَ مَالُهُ مِن جنسِ دَيْنِهِ.. أَدَّاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ.

وَيَبِيعُ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ بِالْآخَرِ استسحاناً.

وَعِنْدَهُمَا: يُحْجَرُ عَلَيْهِ إِن طلبَ غرماؤُهُ.

وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْإِقْرَارِ، وَيَبِيعُ الْحَاكِمُ مَالَهُ إِنِ امْتنعَ، وَيقسِمُهُ بَينَ غُرَمَائِهِ بِالْحِصَصِ.

وإِنْ أَقَرَّ حَالَ حَجرِهِ.. لزمَهُ بعدَ قَضَاءِ دُيُونِهِ، لَا فِي الْحَالِ.

وَيُنْفَقُ مِن مَالِ الْمُفلِسِ عَلَيْهِ، ....

(**فإن كان ماله من جنس دينه.. أداه الحاكم منه**)؛ أي: بلا أمر له؛ لأن للغرماء حق الأخذ من جنس حقهم بلا رضاه، فكذا للقاضي.

(**ويبيع**) القاضي (**أحد النقدين بالآخر**)؛ أي: يبيع الدنانير لدراهم دينه (**استحساناً**)؛ لاتحادهما في الثمنية والنقدية.

(**وعندهما: يحجر عليه**)؛ أي: على المديون (**إن طلب غرماؤه**) الحجر عليه، (**ويمنع**) القاضي المديونَ (**من التصرف**) في ماله؛ نظراً للغرماء (**والإقرار**)؛ لما ذكرناه.

(**ويبيع الحاكم ماله إن امتنع**) المديون عن البيع بنفسه.

(**ويقسمه**) أي الثمن (**بين غرمائه بالحصص**)؛ إيصالاً للحق إلى مستحقه.

(**وإن أقر**) المديون بمال أو دين لإنسان [٥٧٠/ب] (**حال حجره.. لزمه**)؛ أي: لزم ما أقرّ به (**بعد قضاء ديونه**)؛ لأن المديون لما حجر للغرماء.. تعلق حقهم بما في يده، فلا يملك إبطاله بالإقرار لغيرهم بعد هذا، لكن ينفذ إقراره على نفسه، فلزمه بعد قضاء حق الغرماء.

(**لا في الحال**)؛ لما ذكرناه.

(**وينفق من مال المفلس: عليه**)؛ أي: على المديون المفلس المحجور من ماله.

وعَلى مَن تلْزمُهُ نَفَقَتُهُ.

وَالْفَتْوَى: على قَوْلِهِمَا فِي بيعِ مَالِهِ لامتناعه.

وَتُبَاعُ النُّقُودُ، ثمَّ الْعُرُوضُ، ثمَّ الْعقارُ، وَيُتْركُ لَهُ دُستٌ مِن ثِيَابِ بَدَنِهِ.

وَقيل: دُستانِ.

وَمَن أَفلسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعُ رَجُلٍ شراهُ مِنْهُ.. فَرَبُّ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ فِيهِ.

(**وعلى من تلزمه نفقته**) من أولاده وزوجته وذوي أرحامه لما ذكرناه في السفيه.

(**والفتوى: على قولهما في بيع ماله**)؛ أي: مال المديون المحجور من ماله؛ (**لامتناعه**) عن بيعه.

(**وتباع النقود، ثم العروض**)؛ يعني: يباع أحد النقدين بالآخر للدين؛ لأنه أقرب إلى الدين؛ فإن فضل شيء من الدين.. باع العروض.

(**ثم العقار**).

(**ويترك له دست من ثياب بدنه**)، قال في «المصباح»: الدست من الثياب: ما يلبسه الإنسان ويكفيه لتردده في حوائجه.

(**وقيل: دستان**)؛ لأنه إذا غسل ثوبه.. لا بد له من ثوب؛ يعني: يترك له دست أو دستان فيباع الباقي للدين.

(**ومن أفلس وعنده متاع رجل شراه منه.. فرب المتاع أسوة الغرماء فيه**)؛ يعني: يشارك البائع سائر الغرماء في قيمة المتاع؛ لما أخرجه الدارقطني مرفوعاً: «إيما رجل باع سلعته فأدركها عند رجل قد أفلس.. فماله بين غرمائه».

خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: البائع أولى، وهو محجوج عليه بما روينا.

بخلاف المرتهن؛ فإنه أحق بالرهن في قدر دينه، والزائد للغرماء.

* * *

(فصلٌ)

يُحكَمُ ببلوغِ الْغُلَامِ: بالاحتلامِ، أَوِ الْإِنْزَالِ، أَو الإِحبالِ.

وببلوغِ الْجَارِيَةِ: بِالْحيضِ، أَوِ الِاحْتِلَامِ، أَوِ الْحَبل.

فإِنْ لم يُوجدْ شَيْءٌ مِن ذَلِكَ.. فَإِذا تَمَّ لَهُ ثَمَانِي عشْرَةَ سنةً، وَلها سبْعَ عشْرَةَ سنةً.

وَعِنْدَهُمَا: إِذا تَمَّ خمْسَ عشرَةَ سنةً فيهمَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ، وَبِه يُفْتى.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ حَدِّ البُلُوغِ

وهو: تارة يكون بالعلامة، وتارة يكون بالسن:

فإلى الأول أشار بقوله: (**يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام أو الإنزال أو الإحبال**) إذا وطئ.

والأصل: هو الإنزال، إلا أن الإحبال لا يكون إلا مع الإنزال فجعل كل منهما علامة.

(**وببلوغ الجارية: بالحيض أو الاحتلام أو الحبل**) إذا وطئت.

(**فإن لم يوجد شيء من ذلك**)؛ أي: شيء من المذكور من العلامات؛ (**فإذا تم له**)؛ أي: للغلام هذا بيان حد البلوغ السني في الغلام والجارية: (**ثماني عشرة سنة**).. يحكم ببلوغه.

(و) إذا تم (**لها**)؛ أي: للجارية: (**سبع عشرة سنة**).. يحكم ببلوغها. هذا عند أبي حنيفة على ما ذكره صدر الإسلام أبو اليسر.

(**وعندهما: إذا تم خمس عشرة سنة فيهما**)؛ أي: يحكم ببلوغهما.

(**وهو**)؛ أي: قول الإمامين: (**رواية عن الإمام، ويه يفتى**)؛ لقصور أعمار أهل هذا الزمان، كذا علله صدر الإسلام.

هذا أكثر المدة.

وَأَدنى مدَّتِهِ لَهُ: ثِنْتَا عَشْرَةَ سنةً، وَلها: تسعُ سِنِين.

وَإِذا راهقا وَقَالا: بلغنَا.. صُدِّقا، وَكَانَا كَالْبَالِغِ حكماً.

(**وأدنى مدته**)؛ أي: مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه:

(**له**)؛ أي: للغلام: (**ثنتا عشرة سنة**) [٥٧١/أ].

(**ولها**)؛ أي: للجارية: (**تسع سنين**) بالاتفاق.

(**وإذا راهقا**)؛ أي: دنا للحلم وأشكل أمرهما في البلوغ ولم يعلم ذلك منهما (**وقالا: بلغنا.. صدقا، وكانا كالبالغ حكماً**)؛ لأن البلوغ معنى لا يعرف إلا من جهتهما؛ فإذا أخبرا ولم يكذبهما الظاهر.. قُبِلَ قولهما فيه؛ كما قبل قول المرأة في الحيض. كذا في «الهداية».

وقال في «قاضي خان»: رجل له امرأة ابنة أربع عشرة سنة، وغلام ابن أربع عشرة سنة أيضاً، فقال للمرأة: إذا حضت فأنت طالق، وقال للغلام: إذا احتلمت فأنت حر، فقالت المرأة: قد حضت، وقال الغلام: قد احتلمت.. قال: تصدق المرأة، ولا يصدق الغلام.

وقال في قسمة «فتاوى الفضلي»: صبي أقر أنه بالغ، وقاسم الوصي؛ فإن كان مراهقاً.. جازت قسمته ولم يقبل قوله بعده أنه كان غير بالغ.

وإن لم يكن مراهقاً ويعلم أن مثله لا يحتلم.. لم تجز قسمته، ولا يقبل قوله أنه بالغ.

قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: وبهذه المسألة تبين أن بعد ثنتي عشرة سنة: يشترط شرط آخر لصحة الإقرار بالبلوغ وهو: أن لا يكون بحال يحتلم مثله، وكلام المصنف خالٍ من هذا القيد.

وقال في «العمادي»: قبل ثنتي عشرة سنة لا يصح إقراره بالبلوغ البتة، وبعد ثنتي عشرة سنة؛ إن كان مثله يحتلم عادة.. يصح إقراره.

* * *

(كتاب المأذون)

(كِتَابُ الْمَأْذُونِ)

الْإِذْنُ: فكُّ الْحَجرِ، وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ، ثمَّ تَصَرُّفُ العَبْدِ بأَهليَّتِهِ، فَلَا تلْزَمُ سَيِّدَهُ عهدتُهُ.

(كِتَابُ المَأْذُونِ)

ذكره عقيب كتاب الحجر؛ لأن الإذن يقتضي سبق الحجر، فناسب أن يذكره بعده.

(الإذن): في اللغة: الإعلام.

وفي الشرع: **(فك الحجر وإسقاط الحق)**؛ لأنه لا يقبل التأقيت والتخصيص؛ فإنه لما كان تصرف المأذون بحكم مالكيته الأصلية العامة لجميع الأوقات والأمكنة وأنواع التجارات.. لا يختص بمكان ووقت ونوع من التجارات.

وكل ما لا يختص ولا يتوقت.. فهو من قبيل الإسقاط، فهذا: من قبيل الإسقاط لحق المولى؛ إذ الإسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق.

وههنا: المولى إذا أذن لعبده في التجارة.. أسقط حق نفسه الذي كان العبد لأجله محجوراً قبل الإذن.

(ثم تصرف العبد)؛ أي: تصرفه بعد الإذن: **(بأهليته)** الأصلية؛ لأن الرقية عارضة؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية، وإنما عرضه الرقية لشآمة الكفر، وبعد عروضه.. يبقى أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز؛ لأنه من آثار الآدمية، وبعروض الرق: لا يخرج عن الآدمية.

لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه، وذلك حق المولى، فحجر عليه لحق المولى كي لا يبطل حقه.. فلا بد من إذنه [٥٧١/ب]؛ فإذا أذن.. زال المانع عن التصرف، فظهرت أهليته الأصلية، فتصرف بها.

(فلا تلزم سيده عهدته)، تفريع على كون تصرفه بأهليته الأصلية، وهذا: لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون: الشراء؛ لأنه لا مال له حتى يبيع، والعبد في

وَلَا يتوقَّتُ؛ فَلَو أَذِنَ لَهُ يَوماً.. فَهُوَ مَأْذُونٌ دَائِماً، إِلَى أَنْ يَحْجُرَ عَلَيْهِ.

وَلَا يتخصَّصُ؛ فَإذا أَذِنَ فِي نوعٍ مِنَ التِّجَارَةِ.. كَانَ مَأْذُوناً فِي سَائِرِ الْأَنْوَاعِ.

الشراء: متصرف لنفسه لا للمولى؛ لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب.. حبس وذمته خالص حقه لا محالة.

ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص.. صح وإن كذبه المولى؛ فإذا كان تصرفه لنفسه.. لا تلزم عهدته سيدَه.

(ولا يتوقت) بزمان أو مكان، هذا تفريع على كونه إسقاطاً، ففيه نشر على خلاف ترتيب اللف، وهذا لأن الإسقاط لا يتوقت بشيء منها؛ مثل الطلاق والعتاق كما تقدم.

(فلو أذن) ـ تفريع على عدم توقته ـ **(له)**؛ أي: لعبده **(يوماً.. فهو مأذون دائماً إلى أن يحجر عليه)**.

(ولا يتخصص) بنوع من التجارات، وهذا من تفريع كونه إسقاطاً أيضاً.

بخلاف التوكيل؛ فإنه إنابة لا إسقاط، فيقبل التوقيت و التخصيص.

وكذا إذن القاضي يقبلهما؛ لأنه بمنزلة التوكيل، على ما في «قاضي خان».

(فإذا أذن في نوع من التجارة.. كان مأذوناً في سائر الأنواع)؛ لأن جميع الأزمنة والأمكنة وأنواع التجارات متساوية بالنسبة إلى أهليته الأصلية، وقد تقدم: أن تصرفه بعد الإذن بأهليته؛ فإذا لم يكن موقتاً، ولا مخصصاً.. فلا يعتبر التقييد بواحد منها؛ لعدم الفائدة في التقييد بها.

فإن قيل: المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك؛ إذ لا يملك شيئاً مما اشتراه بعد الإذن، بل الملك لمولاه، فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف أيضاً؛ لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها، وهو ليس بأهل له.

وَيثبتُ صَرِيحاً وَدلَالَةً؛ بِأَنْ رأَى عَبدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسكتَ؛ سَوَاءٌ كَانَ البيعُ للْمولى أَو لغيرِه، بِأَمْرِهِ أَو بِغَيْرِ أمرِهِ، صَحِيحاً أَو فَاسِداً.

أجيب: بأن حكم التصرف: ملك اليد لا ملك الرقبة، والرقيق أصيل في ملك اليد، فيستقيم.

(**ويثبت**) الإذن (**صريحاً**)؛ بأن يقول المولى لعبده: أذنت لك في التجارة.

(**ودلالة؛ بأن رأى عبده يبيع ويشتري فسكت**) المولى ولم ينه.. يصير العبد مأذوناً عندنا؛ (**سواء كان البيع للمولى أو لغيره بأمره**)؛ أي: بأمر المولى.

ويجوز إرجاعه إلى الغير أيضاً.

(**أو بغير أمره**) بيعاً (**صحيحاً أو فاسداً**)، هكذا ذكره في «الهداية»؛ معللاً: بأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها، فيعاملونه بالبيع والشراء بناء على ظنهم هذا، فيتضررون به عند عدم كونه مأذوناً؛ لأنه تتأخر المطالبة حينئذ إلى ما بعد العتق، وقد يعتق وقد لا يعتق، فجعلناه مأذوناً بسكوت المولى؛ دفعاً للضرر عن الناس [٥٧٢/أ].

وذكر في «قاضي خان» ما يخالف هذا؛ فإنه قال في أول كتاب المأذون: فإذا رأى المولى عبده يبيع عيناً من أعيان المال فسكت.. لم يكن إذناً.

وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت.. لا يبطل الرهن.

وروى الطحاوي: أن المرتهن إذا سكت.. كان رضاً بالبيع ويبطل الرهن.

فإن هذا: مخالف لمقتضى قوله: «سواء كان البيع للمولى».

ثم ذكر في «قاضي خان» أيضاً ما يوافق في «الهداية»؛ حيث قال: لو أمر عبده ببيع متاع غيره.. يصير مأذوناً.

ولو رأى عبده في حانوته يبيع متاعه، فسكت حتى باع متاعاً كثيراً من ذلك.. كان إذناً، ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع؛ لأنه يزول عن ملكه، فلا يكون سكوته إذناً في ذلك البيع بل يكون إذناً بعده.

بخلاف ما لو رآه يشتري شيئاً فسكت.. فإن سكوته يكون إذناً في ذلك الشراء؛ لأنه يدخل في ملكه فينفذ عليه.

ولو أن رجلاً دفع إلى عبد رجل متاعاً له ليبيعه، فباعه بغير إذن المولى، فرآه المولى ولم ينهه.. كان إذناً في التجارة، ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع.

وتكلّموا في العهدة:

قال بعضهم: العهدة ترجع إلى الآمر.

وعند البعض: ترجع إلى العبد.

ولو رأى المولى عبده يشتري شيئاً بدراهم المولى أو دنانيره، فلم ينهه.. يصير مأذوناً؛ فإن نقد الثمن من مال المولى.. كان للمولى أن يسترده، وإذا استرد.. لا يبطل ذلك البيع.

ولو كان مال المولى مكيلاً أو موزوناً، فاسترد المولى.. يبطل البيع؛ بأن كان الشراء بمكيل أو موزون بعينه، وإن لم يكن بعينه واسترد المولى.. لا يبطل. الكل في «قاضي خان» مع بعض زيادة عليه.

ويمكن أن يقال: إن مراد «قاضي خان» بقوله: «فسكت.. لم يكن إذناً» مما ذكره أولاً: أنه لم يكن إذناً في بيع ذلك المال، فلا مخالفة بينه وبين ما في «الهداية».

ثم ثبوت الإذن بسكوت المولى هو مذهبنا.

وقال زفر والشافعي: لا يثبت الإذن بسكوت المولى عندما يراه يبيع ويشتري؛ لأن سكوته يحتمل الرضاء والسخط وقلة الالتفات إلى تصرفه، والمحتمل: لا يكون حجة، ولأن الإذن إنابة وتوكيل.. فلا يثبت بالسكوت؛ كما إذا رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينهه.. لا ينفذ ذلك عليه بسكوته.

وكذا لو رأى القاضي الصبيَّ أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري فسكت.. لا يكون إذناً له في التجارة، مع أن له أن يأذن لليتيم والمعتوه إذا لم يكن لهما ولي

وللمـأذونِ إِذْنـاً عَامّـاً ـ لَا بشـرَاءِ شَـيْءٍ بِعَيْنِه، أَو طَعَـامِ الْأَكْـلِ، أَو ثِيَـابِ الْكِسْوَةِ.

امتنع من الإذن لهما عند طلبه.

وكذا سكوت المرتهن [٥٧٢/ب] عندما يرى الراهن يبيع الرهن.. لا يكون رضاً.

وكذا إذا رأى عبده أو أمته تتزوج، فسكت.. لا يكون إذناً منه بالتزوج.

قلنا: إن هذه التصرفات مبنية على عادات الناس، وقد جرت العادة: أن من لا يرضى بتصرف عبده.. ينهاه عنه ويؤدبه عليه؛ فإذا سكت.. دل على رضاه، فصار إذناً دلالةً؛ لأجل دفع الضرر عن الناس على ما ذكرناه آنفاً، فصار:

كسكوت النبي ﷺ عند أمر يعاينه عن الإنكار.. فإنه إذن منه فيه.

وكسكوت البكر والشفيع والولي القديم عندما يرى ماله يقسم بين الغانمين.

بخلاف ما إذا سكت عندما يرى الأجنبي يبيع ماله؛ لأنه توكيل، والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه.. فلا يثبت التوكيل بالسكوت، بل لا بد له من صريح الإذن.

وكذا إذن القاضي: توكيل لا إسقاط؛ لأنه لا حق له في مال الغير؛ حتى يكون الإذن منه إسقاطاً لحقه.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه إسقاط لا توكيل كما تقدم، وسكوت المرتهن رضا في رواية الطحاوي؛ كما ذكره «قاضي خان».. فلا يصلح مقيساً عليه.

وفي تزويج العبد والأمة: ضرر عظيم على المولى.. فلا يلزمه مثل هذا الضرر بدون التصريح بالإذن.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه لا ضرر فيه في الحال، وفي المآل: جانب النفع راجح، على ما في «الزيلعي».

(وللمأذون إذناً عاماً لا بشراء شيء بعينه أو طعام الأكل أو ثياب الكسوة)؛ يعني: لو أذن المولى عبده إذناً عاماً؛ بأن قال: أذنت لك في التجارة، أو قال: آجر

أَن يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ ويوكِّلَ بهما، وَيُسلِمَ، وَيَقبَلَ السَّلَمَ، ويَرهنَ، ويَرتهِنَ، ويُزارِعَ، وَيَشْتَرِيَ بِـذراً يزرعُـهُ، ويشـارِكَ عِنَـاناً، ويستـأجرَ ويُـؤَجِّرَ وَلَـو نَفسَـهُ، ويضارِبَ وَيدْفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً، ويُبضِعَ، ويُعيرَ، ويقرَّ بدَينٍ، ووديعةٍ، وغصبٍ.

نفسك للناس، ولم يقيده بشراء شيء بعينه أو طعام الأكل أو ثياب الكسوة، ولا بنوع من التجارة.. صار مأذوناً في جميع التجارات.

بخلاف ما لو قيده بشيء من ذلك أو بإجارة نفسه من فلان بعينه؛ بأن قال: آجر نفسك من فلان.. فإنه حينئذ لا يكن مأذوناً، بل استخداماً له، كيف ولو كان مأذوناً بهذا القدر.. يتعذر على المولى استخدامه، وهو ظاهر؟!

(أن يبيع ويشتري ويوكل) من التوكيل **(بهما)**؛ أي: بالبيع والشراء؛ لأنه من توابع التجارة.

(ويسلم، ويقبل السَّلَم، ويرهن، ويرتهن)؛ لأنها من توابع التجارة كالتوكيل.

(ويزارع ويشتري بذراً يزرعه).

(ويشارك عناناً)؛ لأنه من صنيع التجار؛ لأنه طريق تحصيل الربح، وليس له أن يشارك مفاوضة؛ لأنها تتضمن الكفالة والوكالة.

وهو لا يملك الكفالة لكونها تبرعاً، ولو فعل ذلك.. كان عناناً؛ لأن في المفاوضة عناناً وزيادة، فصحت بقدر ما يملكه [٥٧٣/أ] المأذون، وهو الوكالة دون الكفالة.

(ويستأجر) الأُجراء للخدمة **(ويؤجر ولو)** وصلية **(نفسه)**؛ لأن كلاً من الإيجار والاستئجار من باب التجارة.

(ويضارب)؛ أي: يقبل المال مضاربة.

(ويدفع المال) إلى الغير **(مضاربة، ويبضع ويعير)**؛ لما ذكرناه.

(ويقر بدين ووديعة وغصب)؛ لما ذكرناه أيضاً؛ لأنه لو لم يصح إقراره.. لم يعامله أحد، فيبطل المقصود من الإذن.

وَلَو بَاعَ أَوِ اشْترى بِغُبنٍ فَاحِشٍ.. جَازَ.

خلافاً لَهما.

وَلَو حابى فِي مرضِ مَوتِهِ.. صَحَّ مِن جَمِيعِ المَالِ إِنْ لم يَكُنْ عَلَيْهِ دَينٌ.

وفي «البزازية»: وإقرار المأذون بالديون والمغصوب، وإتلاف الودائع والعواري، والجنايات في الأموال: جائز.

وأما الإقرار بجناية توجب الدية والفداء: لا يصح محجوراً أو مأذوناً.

وإقرار المحجور بالدين أو الغصب وعين مال: لا يصح.

وفي المأذون: يصح، ويؤخذ به في الحال.

ولو أقر المأذون بمهر امرأة وصدقته.. لا يصح في حق المولى، ولا يؤخذ إلا بعد الحرية. انتهى.

(ولو باع أو اشترى بغبن فاحش.. جاز) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لأن المقصود من الإذن: الاسترباح، والعقد بالغبن الفاحش: إتلاف لا استرباح، فلا يدخل تحت الإذن.. فلا يجوز؛ كما لا يجوز ذلك العقد من الأب والوصي والقاضي في مال الصغير.

ولأبي حنيفة: أن المأذون متصرف لنفسه كالحر، فيصح عقده ولو بالغبن الفاحش، بخلاف هؤلاء؛ لأن تصرفهم: للصغير، وهو مقيد بالنظر له.. فلا يجوز بالفاحش؛ لعدم النظر فيه.

(ولو حابى)؛ أي: العبد المأذون.

قال في «المصباح»: حبوت الرجل حِباء بالكسر والمد: أعطيته الشيء بغير عوض، وحاباه محاباة: سامحه، مأخوذ من حبوته إذا أعطيته. انتهى.

والمراد بالمحاباة: بيع المتاع بنقصان فاحش من قيمته.

(في مرض موته.. صح من جميع المال إن لم يكن عليه دين)؛ أي: تنفذ محاباته من جميع ماله وإن زادت على الثلث.

وإِنْ كَانَ.. فَمِن جَمِيعِ مَا بَقِي.

وإِنْ لم يبْقَ.. أَدّى المُشْتَرِي جَمِيعَ الْمُحَابَاةِ، أَو ردَّ الْمَبِيع.

(وإن كان) عليه دين **(.. فمن جميع ما بقي)**؛ أي: يؤدي دينه أولاً، فما بقي بعد قضاء الدين.. يكون كله محاباة؛ لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة، ولا وارث للعبد والمولى وإن كان وارثاً، إلا أنه رضي بالإذن؛ لسقوط حقه، فنفذت محاباته في جميع ما بقي من الدين.

ألا ترى: أن الوارث لو أسقط حقه في الثلثين.. لنفذ تصرف المريض في الكل.

(وإن لم يبق) شيء للدين بعد المحاباة **(.. أدى المشتري جميع المحاباة، أو رد المبيع)**؛ أي: يقال للمشتري: إما أن تؤدي جميع المحاباة، أو ترد المبيع؛ كما إذا حابى الحر في مرض موته.

قال في «الكفاية»: إن ما ذكره صاحب «الهداية» من قوله: «ولو حابى [٥٧٣/ب] العبد المأذون في مرض موته.. يعتبر من جميع ماله».. فيما إذا كان مولاه صحيحاً.

أما إذا كانت المحاباة في مرض موته.. فمحاباته بما يتغابن الناس فيه، وبما لا يتغابن فيه.. جائزة في قول أبي حنيفة من ثلث مال المولى؛ سواء كان ذلك في البيع أو في الشراء؛ لأن العبد بالإذن صار مالكاً للمحاباة مطلقاً في قول أبي حنيفة، حتى لو باشره في صحة المولى.. كان ذلك صحيحاً منه.

والمولى حين استدام الإذن بعد مرضه.. جعل تصرف العبد بإذنه كتصرفه بنفسه.

ولو باع المولى بنفسه وحابى.. يعتبر ذلك من ثلث ماله؛ سواء كانت محاباة يسيرة أو فاحشة، فكذا إذا باشره عبده.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: محاباته بما يتغابن الناس فيه: كذلك.

وأما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه: فباطل وإن كان يخرج من ثلث مال المولى؛ لأن العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة بالإذن له في التجارة، حتى لو

وَلهُ: أَنْ يُضِيفَ مُعامِلَهُ، وَيَحُطَّ مِنَ الثَّمنِ بِعَيْبٍ، ....

باشره في صحة المولى.. كان باطلاً.

وإن كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده، ولا مال لغيره، فحابى في مرض المولى.. لم يجز محاباة العبد بشيء؛ لأن مباشرة العبد كمباشرة المولى، ومحاباة المولى عند استغراق الدين ماله: لا تجوز، فكذا محاباة عبده.

وإن لم يكن على المولى دين، وكان على العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما في يده.. فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى؛ لأن حكم الإذن لم يتغير بلحوق الدين إياه، والمحاباة وإن جازت على الغرماء.. فإنما هي من مال المولى. انتهى.

فظهر منه: أن محاباة العبد المأذون في مرضه على أنواع؛ لأنها:

إما أن تكون في صحة المولى أو في مرضه.

- **فإن كانت في صحة المولى**، وليس على المولى ولا على العبد المأذون دين أصلاً.. فمن جميع المال.

وإن كان عليهما أو على واحد منهما.. فمن جميع ما بقي.

وإن كان على المولى دين محيط.. فالمحاباة باطلة.

وإن كان على العبد دين محيط.. فمحاباته معتبرة من ثلث المال، وهي الصورة الأخيرة مما ذكرناه من «الكفاية».

- **وإن كانت محاباته في مرض المولى**.. فهي الصورة المذكورة أولاً في «الكفاية».

(**وله**)؛ أي: للعبد المأذون: (**أن يضيّف معامِلَه**)؛ لأن الضيافة للعامل من صنيع التجار استجلاباً لقلوب أهل حرفته، لكن قيد الضيافة في «شرح النقاية»: باليسيرة لا الكثيرة.

(**ويحط من الثمن بعيب**) مثل ما يحط التجار؛ لأنه من صنيعهم، وربما يكون

وَيَأْذَنَ لرقِيقِهِ فِي التِّجَارَةِ.

لَا أَنْ يَتَزَوَّجَ، أَو يُزَوِّجَ عَبدَهُ، وَكَذَا: أَمَتُهُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

الحط أنظر له [٥٧٤/أ] من قبول المعيب.

بخلاف الحط منه بلا عيب.. فإنه تبرع محض لا يملكه المأذون، ولذا قيده بالعيب.

(**ويأذن**) العبد المأذون (**لرقيقه في التجارة**)؛ لأنه نوع تجارة.

والأصل: أن كل من له ولاية التجارة: يصح إذنه لعبده في التجارة؛ كالمكاتب والمأذون والمضارب والأب والجد والقاضي وشريكي المفاوضة والعنان والموصي.

ولا يجوز ذلك للأم والأخ والعم؛ لأنه ليس لهم ولاية التجارة في مال الصغير. كذا في «الاختيار».

(**لا أن يتزوج**) امرأة؛ لأنه ليس من التجارة إلا بإذن المولى، وهل يتسرى؟

ففي نكاح «التاتارخانية»: ولا يتسرى جارية من أكسابه؛ لأنه لا ملك للعبد حقيقة، وحِلُّ الوطء بدون أحد الملكين منفي شرعاً، وسواء أذن له المولى أو لم يأذن له؛ لما ذكرناه: أن العبد لا يملك شيئاً؛ لأنه مملوك.. فيستحيل أن يكون مالكاً، وبالإذن لا يخرج عن كونه مملوكاً، فلا تندفع الاستحالة. انتهى.

وقال في «ذخيرة العقبى»: إن المولى لو سلم إلى مأذونه أمته المملوكة، فقال: أعطيتكها أو وهبتكها، فتمتع بها تمتع الرجل من النساء، فقبضها ووطئها.. يكون زنا محضاً وحراماً صرفاً، لكنه يسقط عنه الحد للشبهة.

ولو ادعى.. ثبت نسبه منه.

(**أو يزوج عبده**)، لما ذكرناه، (**وكذا: أمته**)؛ لما ذكرناه أيضاً.

(**خلافاً لأبي يوسف**) في تزوج الأمة.. فإنه جوز تزويج أمته.

وَلَا أَنْ يُكَاتِبَ ....

وله: أن تزويج الأمة نوع تجارة لإيجاب نفقتها ومهرها على زوجها، بخلاف العبد؛ لأن تزويجه يوجب النفقة والمهر عليه، فينافي أمر التجارة.

(ولا أن يكاتب) عبده؛ لأنه ليس بتجارة؛ إذ هي مبادلة المال بالمال، والبدل في الكتابة: مقابل بفك الحجر، فلم يكن من باب التجارة، ولأن الكتابة أقوى من الإذن؛ لأن الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل، والإذن لا يوجب شيئاً من ذلك، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه.. فلا يجوز.

إلا إذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين؛ لأن الامتناع لحقه؛ فإذا أجازه.. زال المانع فينفذ.

وهذا: لما عرف: أن كل عقد موقوف وله مجيز وقت وقوعه.. يجوز بإجازته، فتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

ثم ليس للعبد أن يقبض البدل؛ لأنه نائب عن المولى كالوكيل، فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته؛ لأن الوكيل فيه سفير ومعير، فلا يتعلق به حقوق العقد كالنكاح، بخلاف المبادلة المالية [٥٧٤/ب]. كذا في «الزيلعي».

وذكر فيه أيضاً نقلاً عن «النهاية»: أنه لو كان على العبد دين قليل.. فكتابته باطلة وإن أجازها المولى؛ لأن قيام الدين يمنعه من ذلك؛ قل أو كثر.

ثم استشكل عليه: بأن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لرقبته ولما في يده.. لا يمنع الدخول في ملك المولى بإجماع أصحابنا؛ حتى جاز للمولى عتق ما في يده، فكيف تتصور هذه المسألة؟!

وإنما الخلاف في المستغرق:

فعند أبي حنيفة: يمنع من دخوله في ملك المولى.

وعندهما: لا يمنع.

أَو يعْتِقَ وَلَو بِمَالٍ، أَو يُقْرِضَ، أَو يَهَبَ وَلَو بعوضٍ، أَو يهدِيَ إِلّا الْيَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ.

ثم لو أدى المكاتب البدل إلى المولى قبل الإجازة، ثم أجازه المولى.. لا يعتق، وسلم المقبوض للمولى؛ لأنه كسب عبده.

(أو يعتق ولو) كان العتق (بمال)؛ لأن العتق فوق الكتابة، فكان أولى بالامتناع.

وإن أجازه المولى ولم يكن عليه دين.. جاز، وكان قبض العوض إليه إن كان العتق على مال.

وإن كان عليه دين مستغرق.. لا ينفذ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ بناء على أنه: يملك ما في يده أم لا؟

(أو يقرض)؛ لأنه تبرع ابتداء.. فلا يملكه.

(أو يهب)؛ لأنه تبرع محض.. فلا يملكه.

(ولو) كان (بعوض).

(أو يهدي)؛ لأنه تبرع.

وكذا لا يتصدق؛ لما ذكر.

(إلا اليسير من الطعام)، فيه إشارة إلى: أنه ليس له أن يهدي شيئاً من الدراهم والدنانير.

قال في «خزانة الفقه» لأبي الليث: عشرة أشياء لا يملكها العبد المأذون:

١ـ الكفالة بالنفس والمال ٢ـ والقرض ٣ـ والهبة ٤ـ والصدقة ٥ـ والعتق على مال وغيره ٦ـ والكتابة ٧ـ وتزويجه لنفسه ٨ـ وتزويج عبده وأمته ٩ـ والصلح من قصاص وجب عليه ١٠ـ والعفو عن القصاص.

ثلاثة عشر شيئاً يملكها العبد المأذون: يبيع ويشتري الأرض ويزرعها ويصالح من قصاص وجب على عبده ويهدي اليسير من الطعام ويضيف من يطعمه ويجوز بيعه من مولاه بمثل قيمته. انتهى.

والمحجورُ لَا يُهدي الْيَسِيرَ أَيْضاً.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: إِذا دَفَعَ الْمولى إِلَى الْمَحْجُورِ قوتَ يَوْمِهِ فَدَعَا بعض رفقائِهِ للْأَكْلِ مَعَهُ.. فَلَا بَأْس بِهِ.

بِخِلَافِ مَا لَو دفعَ إِلَيْهِ قوتَ شهرٍ.

قَالُوا: وَلَا بَأْسَ للْمَرْأَةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِن بَيتِ زَوجِهَا باليسيرِ؛ كالرغيفِ وَنَحْوِهِ.

وَمَا لزمَ الْمَأْذُونَ مِنَ الدَّينِ بِسَبَبِ تِجَارَةٍ، أَو مَا فِي مَعْنَاهَا؛ كَبيعٍ وَشِرَاءٍ وَإِجَارَةٍ واستئجارٍ وغصبٍ وَجحدِ أَمَانَةٍ وعُقْرِ أَمَةٍ شَراها فَوَطِئَهَا فاستُحِقَّتْ..

وفي «البزازية»: ليس للمأذون الكفالة بالنفس والمال إلا بإذن المولى، وبإذن المولى: لا يجوز، إلا أن يكون عليه دين. انتهى.

(والمحجور لا يهدي اليسير) من الطعام **(أيضاً)**؛ أي: كما لا يهدي الكثير من الطعام.

(وعن أبي يوسف: إذا دفع المولى إلى المحجور قوت يومه، فدعا بعض رفقائه للأكل معه.. فلا بأس به).

(بخلاف ما لو دفع إليه المولى قوت شهر)؛ لأنهم: إذا أكلوه.. يتضرر المولى به، ولا يمكن أن تقدر الضيافة بقدر.

(قالوا: ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه)؛ لكمال الازدواج بينهما.

(وما لزم المأذون [٥٧٥/أ] من الدين بسبب تجارة أو ما في معناها كبيع وشراء) مثال: لسبب تجارة **(وإجارة، واستئجار، وغصب، وجحد أمانة، وعقر أمة شراها فوطئها فاستحقت)** الأمة.

هذه كلها مثال لما كان في معنى التجارة على ما صرح به علاء الدين.

يتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، ....

والعقر وإن استند إلى الشراء، لكن السبب القريب: هو الوطء، وفائدة الاستناد إلى الشراء: سقوط الحد.

(يتعلق) الدين اللازم بهذه الأسباب **(برقبته)** عندنا.

قال زفر والشافعي: لا يتعلق برقبته، بل بكسبه، فلا تباع رقبته، بل يباع كسبه فقط في دينه؛ لأن رقبته ملك المولى.. فلا يتعلق الدين بها إلا بتعيين المولى، والمولى عين الكسب؛ لتعلق الدين دون الرقبة؛ لأن غرضه من إذنه: تحصيل مال لم يكن، لا تفويت مال قد كان.

وذا: في أداء دين التجارة من كسب التجارة لا من رقبته.

بخلاف دين الاستهلاك؛ فإن رقبته تباع فيه بالإجماع؛ لأن سببه هو الجناية لا الإذن، وقبل: الإذن: يباع بدين الاستهلاك، فكذا بعد الإذن.

ولنا: أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى بسبب الإذن، فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر والنفقة، ولأن بيعه في الدين كان جائزاً في أول الإسلام؛ حتى كان يباع الحر بالدين، على ما روي: أنه ﷺ باع رجلاً يقال له: سرق في دينه، فانتسخ في حق الحر، وبقي في حق العبد على حاله؛ لعدم المانع.

ولأن في تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس، وحملاً لهم على المعاملة، وبه يحصل مقصود المولى؛ لأن المعسر الذي ليس له مال لا يعامله أحد؛ خوفاً من توى مالهم.. فلا يحصل غرضه.

وإذا تعلق برقبته.. يتعاملون معه، فيحصل غرض المولى من الإذن بالتجارة، وتعلقه بكسبه: لا ينافي تعلقه برقبته أيضاً؛ فيبدأ بكسبه؛ لأنه أهون على المولى مع إبقاء حق الغرماء.

وعند انعدامه: يستوفى من الرقبة؛ دفعاً للضرر عن الغرماء، فلا يعجل القاضي بيعه، بل يتلوم؛ لاحتمال أن يكون له مال؛ فإذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له مال..

فَيُبَاعُ إِنْ لم يَفدِهِ الْمولى، وَيُقسَمُ ثمنُهُ وَمَا فِي يَدِهِ مِن كَسبِهِ بِالْحِصَصِ؛ سَوَاءٌ كَسِبَهُ قَبلَ الدَّينِ، أَو بعدَهُ، أَوِ اتَّهبَهُ.

وَمَا بَقِيَ عَلَيْهِ.. يُطَالَبُ بِهِ بعدَ عتقِهِ.

باعه؛ لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين، وقد نظر للمولى: بالتلوم، وللغرماء: بالبيع.

(فيباع) العبد المأذون **(إن لم يفده المولى)** بأداء ديونه.

(ويقسم ثمنه وما في يده من كسبه بالحصص) بين الغرماء.

وشُرِطَ في بيع العبد نفسه: أن يكون المولى حاضراً [٥٧٥/ب]؛ لأن المولى هو الخصم في رقبة العبد؛ كما إذا ادعى رقبته إنسان، ولا يكون العبد فيه خصماً.

ولبيع كسبه: لا يشترط حضور المولى، بل يشترط حضور العبد؛ لأنه الخصم في كسبه، ألا ترى: أنه إذا ادعى إنسان كسبه.. كان هو الخصم فيه.

(سواء كسبه قبل الدين أو بعده أو اتهبه)؛ أي: قبل الهبة قبل الدين أو بعده؛ لأنه من جملة أكسابه أيضاً.

(وما بقي عليه)؛ أي: ما بقي على العبد المأذون بعد تقسيم ثمنه وما في يده من كسبه **(.. يطالب)** المأذون **(به)**؛ أي بما بقي **(بعد عتقه)**.

ولا يطالب به في الحال؛ لأن دينهم ثابت في ذمته لأهليته له، ولم يستوفوا الكل منه.. لأن رقبته وما في يده من الكسب لم يفِ به، فبقي دينهم على حاله في ذمته، فيستوفون به إذا قدروا على إيفائه، ولا يقدرون إلا بعد العتق؛ لأنه لا يمكنه بيعه ثانياً، ولا استسعاؤه؛ لأن المشتري يتضرر به، ولأنه لو علم المشتري أنه يباع عليه ثانياً أو يستسعى.. يمتنع من شرائه، فيؤدي إلى امتناع البيع بالكلية، فيعود الضرر على الغرماء.. فلا يشرع.

ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه للغرماء.. لم يكن لهم على العبد تعلق؛ لأن هذا ملك جديد بسبب جديد، وتبدل الملك: كتبدل العين حكماً، فصار كأنه عبد

وَمَا أَخذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ قبلَ الدَّينِ.. لَا يُسْتَردُّ، وَله أَخذُ غلَّةِ مثلِهِ مَعَ وجود الدَّين، وَالزَّائِدُ عَلَيْهَا لِلْغُرَمَاءِ.

وينحجرُ الْمَأْذُونُ إِنْ أَبَقَ، ....

آخر كذا في «الزيلعي».

(وما أخذه سيده منه)؛ أي: من المأذون **(قبل الدين.. لا يسترد)** من السيد؛ لأن الدين لم يتعلق بما أخذه قبله، بل ذلك حق المولى، فلا يسترد.

وقيده بـ«ما قبل الدين»؛ لأن ما أخذه سيده من كسب عبده المأذون بعد الدين.. يؤخذ منه ويدفع إلى الغرماء؛ سواء مات المأذون أو لا.

(وله) أي للمولى **(أخذ غلة مثله مع وجود الدين، والزائد عليها)**؛ أي: على غلة مثله **(للغرماء)**، هذا جواب الاستحسان.

والقياس: أن لا يجوز ذلك؛ لأن حق الغرماء مقدم في كسبه على المولى.

وجه الاستحسان: أن في أخذه الغلة: منفعة الغرماء؛ فإنه يتركه على حاله لأجل ما يحصل له من المنفعة، ولو لم يأخذ عليه مثله.. لحجر عليه، فينسد عليه باب الاكتساب، فكان ما يأخذه من غلة مثله كتحصيل الكسب لهم، فلا يمنع من أخذه، إلا أنه إذا أخذ أكثر من غلة مثله.. يسترد منه ذلك، وإلا.. يتضرر به الغرماء.

(و ينحجر المأذون إن أبق) وإن لم يعلم أهل سوقه إباقه كما في الجنون [٥٧٦/أ].

وقال زفر والشافعي: لا ينحجر لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن؛ لأن المولى إذا أذن لعبده الآبق المحجور عليه في التجارة، وعلم العبد بذلك.. صح إذنه وينحجر العبد بذلك الإذن؛ فلأَنْ لا ينافي بقاءه وهو دونه.. أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

فصار كما إذا غصب عبده وللمولى بينة عليه، وكان الغاصب يقر بالغصب، وأذن له المولى في يد ذلك الغاصب.. صح إذنه، ولا ينافي الغصب صحة الإذن.. فكذا الإباق.

أَو مَاتَ سَيِّدُهُ، أَو جُنَّ مطبِقاً، أَو لَحِقَ بدارِ الْحَرْبِ مُرْتَدّاً،............

ولنا: أن الإباق حجر عليه دلالة؛ لأن المولى إنما يرضى بكون عبده مأذوناً على وجه يتمكن من قضاء دينه بكسبه، ولم يتحقق ذلك من الإباق، فلا يكون راضياً به، وإلا.. لم يكن مانعاً في الابتداء؛ لأنا نجعله حجراً دلالة، ولا معتبر بالدلالة عند الصريح، بخلافها؛ بأن أذن صريحاً.

وبخلاف الغصب؛ لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر بإقامة البينة أو بإقرار الغاصب، حتى لو لم يتيسرَ له ذلك.. لم يصح إذنه.

ثم إن عاد من الإباق.. هل يعود الإذن أو لا؟

قيل: يعود.

وقيل: لا يعود، وهو الصحيح على ما في «العناية» و«الزيلعي».

(**أو مات سيده، أو جن مطبقاً**)، تعريف الجنون المطبق وما هو المختار فيه قد سبق في آخر كتاب الوكالة.

(**أو لحق بدار الحرب مرتداً**)؛ يعني: يصير العبد المأذون محجوراً عليه بهذه الأشياء الثلاثة، علم العبد أو لم يعلم؛ لأن الإذن غير لازم، وقد تقرر في محله: أن ما لم يكن لازماً من التصرفات.. يكون لدوامه حكم ابتدائه؛ كأنه يأذن له ابتداء في كل ساعة؛ ليمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة، فتركه على ما كان عليه: كإنشاء الإذن فيه.

فيشترط: قيام الأهلية في تلك الحالة، كما يشترط في الابتداء، وقد زالت الأهلية بالموت والجنون، وكذا باللحوق بدار الحرب مرتداً؛ لأنه موتٌ حكماً على ما تقدم في باب المرتد، فصار محجوراً عليه في ضمن بطلان الأهلية.. فلا يشترط فيه علمه، ولا علم أهل سوقه؛ لأن الحجر حكمي، فلا يشترط فيه العلم؛ كانعزال الوكيل بهذه الأشياء.

أَو حُجِرَ عَلَيْهِ وَعَلِمَ بِهِ أَكْثَرُ أَهلِ سُوقِهِ.

(**أو حجر عليه**)؛ أي: على المأذون، (**وعلم به**)؛ أي: بالحجر عليه (**أكثر أهل سوقه**).

وكذا.. شُرِطَ علم العبد نفسه بالحجر، لكن هذا فيما إذا كان الإذن شائعاً بين أهل سوقه، وإلا.. فعلم العبد وحده كافٍ في الحجارة بالحجر.

اعلم: أن إذن المولى [٥٧٦/ب] لعبده: إما أن يكون شائعاً، أو لا.

فإن كان شائعاً.. لم ينحجر بحجره حتى يعلم الحجر العبد وأكثر أهل سوقه؛ لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخير حقهم إلى ما بعد العتق؛ لأنه حينئذ إن اكتسب شيئاً.. أخذه المولى من يده؛ لكونه حقه، وإن لحقه دين.. أقام البينة أنه كان قد حجر عليه قبل الدين، فتتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق، والعتق موهوم؛ أيعتق أم لا، ومتى يعتق؟ وقد بايعوا على رجاء تعلق حقهم برقبته وكسبه؛ فإذا لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه بانحجاره من غير علمهم.. لتضرروا.

فقلنا: إنه لم ينحجر حتى يعلم هو وأهل سوقه، واكتفي بأكثر أهل سوقه.

والقياس: أن لا يكتفى إلا بعلم الجميع؛ دفعاً للضرر عنهم، إلا أنّا استحسنّا بعلم الأكثر؛ لتعذر علم الكل أو تعسره، فلو حجر عليه بحضرة الأقل.. لم يصر محجوراً عليه، حتى لو باعه من علم منهم ذلك ومن لم يعلم.. جاز البيع؛ لأنه لما كان مأذوناً له في حق الأكثر وهو ممن لم يعلم.. صار مأذوناً.

وفي حق من علم أيضاً؛ لأن كلاً من الإذن والحجر لا يتجزأ.

- **وإن لم يكن الإذن شائعاً**.. ينحجر بحجره بلا اشتراط علم أهل سوقه، بل يكفي علم العبد نفسه.

وقال الشافعي: ينحجر بحجر المولى وإن لم يعلم ذلك أحد من أهل سوقه، ولا العبد نفسه؛ بناء على: أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل وإن لم يعلمه الوكيل عنده.

والحجة عليه: ما ذكرناه.

وَالْأَمَةُ إِنِ اسْتَوْلَدَهَا، لَا إِنْ دبَّرهَا، وَيضمَنُ الْقيمَةَ للْغَرِيمِ فيهمَا.

وَإِقْرَارُهُ بعدَ الْحجرِ بدَينٍ أَو بأَنَّ مَا فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ أَو غصبٌ: صَحِيحٌ. خلافاً لَهما.

(والأمة)؛ أي: وتنحجر الأمة المأذون لها (إن استولدها) مولاها.

وقال زفر: لا تصير محجوراً عليها. وهو القياس؛ لأن المولى إذا أذن لأم ولده ابتداء.. يجوز، فكذا بقاءً.

وجه الاستحسان: أن العادة جرت بتحصين أمهات الأولاد، وإنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة، ودليل الحجر: كصريحه.

بخلاف ما إذا أذن لأم ولده صريحاً؛ لأن الصريح يفوق الدلالة، فكان أولى بأخذه.

نظيره: إذا قدم طعاماً لإنسان.. يكون إذناً منه بالأكل حتى حلّ التناول له، ثم إذا نهاه صريحاً عن الأكل.. لا تعتبر الدلالة، ولا يحل له التناول.

(لا إن دبرها)؛ أي لا تنحجر إن دبر الأمة المأذون لها؛ لأن العادة لم تجر بتحصين المدبرة، فلم يوجد دليل الحجر، فبقيت على ما كانت؛ إذ لا تنافي بين حكمي التدبير والإذن.

(ويضمن) المولى (القيمة للغريم فيهما)؛ أي: في صورتي التدبير والاستيلاد؛ لأنه أتلفه بالاستيلاد والتدبير، فتعلق به حق [٥٧٧/أ] الغرماء؛ لأنه بفعله.. امتنع بيعها، وبالبيع يقضى حقهم.

(وإقراره)؛ أي: إقرار العبد المأذون له (بعد الحجر بدين) متعلق بالإقرار (أو بأن ما في يده أمانة) لفلان (أو غصب.. صحيح) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، وهو القياس؛ لأن المصحح لإقراره؛ إما الإذن أو اليد، ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر:

أما الإذن: فلزواله بالحجر.

وأما اليد: فلأن الحجر أبطلها؛ لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعاً، فصار:

كما إذا أخذه المولى من يده بعد حجره قبل إقراره.

وكما إذا أخرجه المولى من يده بالبيع ونحوه، ثم أقر.

وكما إذا كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر وأقر بعد الحجر بدين آخر.

وكما إذا كان ما في يده مما اكتسبه بعد الحجر.

ثم المراد بـ«عدم اعتبارية المحجور عليه»: أنها غير معتبرة فيما هو من كسبه، أو فيما عرف أن ما في يده مال المولى.

وأما إذا لم يكن كذلك.. فيده معتبرة.

ولهذا قالوا: إذا استودع عند رجل رجلاً وديعة، ثم غاب العبد.. لم يكن لمولاه أن يأخذ تلك الوديعة ـ مأذوناً كان العبد أو محجوراً عليه ـ بدون حضور العبد، على ما ذكر في «العناية» و«الكفاية».

فلو لم تكن يد المحجور عليه معتبرة.. لما اشترط حضرته، بل يأخذ مولاه الوديعة من غير حضور العبد.

فعلم: أن يده معتبرة في أمثال هذا؛ أي: فيما لم يكن من كسبه ولا من مال المولى.

ولكنه قال في «الكفاية» نقلاً عن «الذخيرة»: وهذا إذا لم يعلم المودع أنها كسب العبد، ولكنه لو علم أنها مال المولى.. كان للمولى أن يأخذ. انتهى.

وهكذا ذكره في «الزيلعي» و«العناية».

ولأبي حنيفة: أن المصحح للإقرار قبل الحجر عليه: هو اليد، ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر عليه بما أخذه المولى من يده؛ لخروجه عن يده حقيقة، واليد ههنا باقية حقيقةً وحكماً:

وَإِنِ استغرقَ دينُهُ رقبتَهُ وَمَا فِي يَدِهِ.. لَا يملِكُ سَيِّدُهُ مَا فِي يَدِهِ.

فَلَو أَعتَقَ عبداً مِمَّا فِي يَدِهِ.. لَا يَصِحُّ.

أما حقيقةً: فظاهر؛ لأن الكلام في الإقرار بما في يده.

وأما حكماً: فلأن الشرط: بطلانها بالحجر حكماً في أنها عن حاجة، ولم يوجد هذا الشرط؛ بدليل إقراره؛ لأن إقراره دليل على تحققها.

فإذا كانت باقية حقيقة وحكما.. صح إقراره؛ لقيام المصحح.

بخلاف المسائل المذكورة:

فإن المولى إذا أخذ ما في يده قبل الإقرار.. فقد زالت يده عنه حقيقة، ويد المولى ثابتة فيه حقيقةً وحكماً.. فلا تبطل بإقراره.

وإنَّ المولى إذا باع ذلك العبد من غيره أو وهبه منه.. صار ذلك العبد كعين آخر؛ لأن تبدل الملك: كتبدل العين، فصار إقراره بعد دخوله في ملك الغير: كإقرار عبد [٥٧٧/ب] آخر.. فلا يقبل فيما أخرجه من يده.

وإنه لو كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه.. تعلق حقوق أصحاب الديون بما في يده، فلا يقبل إقراره في إبطال حقهم، فيقدمون على المقر له بالدين بعدهم.

كالمريض يقر بدين في مرضه وعليه دين الصحة.. فإن إقراره لا يقبل في حق غرماء الصحة، بل غرماء الصحة يقدمون على المقر له في المرض.

وإن كسبه بعد الحجر: حق المولى، فلا يقبل إقراره به.

(وإن استغرق دينه)؛ أي: دين العبد المأذون **(رقبته وما في يده)** من كسبه (.. **لا يملك سيده ما في يده)**؛ لأن المولى حينئذ كالأجنبي.

(فلو أعتق) المولى **(عبداً مما في يده)**؛ أي: يد العبد المأذون (.. **لا يصح)** عتقه عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: يملِكُ، فَيصحُّ عتقُهُ.

وَإِنْ لم يسْتَغرِقْ.. صَحَّ اتِّفَاقاً.

(وعندهما: **يملك**) المولى ما في يد عبده المأذون ولو كان دينه مستغرقاً، **(فيصح عتقه)**؛ أي: عتق المولى عبداً من كسب المأذون.

(وإن لم يستغرق.. صح اتفاقاً)؛ يعني: أن العبد المأذون إذا لزمته ديون.. فلا يخلو:

إما أن يحيط بماله ورقبته، أو يحيط بماله دون رقبته، أو لا يحيط بشيء منهما.

فصورة الأول: كما إذا أذن لعبده، فاشترى ذلك العبد عبداً آخر يساوي ألفاً، والمأذون أيضاً يساوي ألفاً وعليه ألفا درهم.

والثاني: أن يكون عليه درهم.

والثالث: أن يكون عليه خمسمائة درهم.

الأول: لم يملك المولى ما في يده، ولو أعتق عبداً من كسبه.. لا يعتق عند أبي حنيفة.

وقالا: يملك المولى ما في يده ويعتق ما أعتقه من كسبه، ويغرم المولى قيمته لغرمائه؛ لأن سبب الملك في كسب المأذون موجود، وهو ملك رقبته؛ فإن ملك الرقبة: أصل، وملك الكسب: تبع له، والملك الأصلي: علة للملك التبعي، ولهذا.. يملك إعتاق المأذون ووطء الأمة المأذونة لها، وكل من الإعتاق وحل الوطء: دليل على كمال ملك الرقبة، فكان سبب الملك في الكسب موجوداً على الكمال، فيملكه وينفذ فيه إعتاقه.

فإن قيل: سلمنا ذلك، لكن استغراق الدين مانع عنه كما في التركة؛ فإن الدين لو استغرقها.. لا ينفذ إعتاق الوارث عبداً من التركة، مع أن سبب الملك موجود فيها على الكمال، وهو الانتقال من المورث إلى الوارث.

قلنا: إن الملك إنما يثبت للوارث نظراً للمورث بإيصال ماله إلى أقرب الناس

وَيصِحُّ بَيْعُهُ مِن سَيِّدِهِ بِمِثلِ الْقِيمَةِ، ....

إليه، ولهذا.. يقدم الأقرب فالأقرب، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته، بل النظر [٥٧٨/أ] في قضاء دينه؛ لأنه فرض عليه، والميراث صلة، فلا ملك للوارث عند استغراق الدين، [ولا][1] وعتق له أيضاً.

بخلاف ملك المولى في رقبة العبد المأذون.. فإنه ثابت لا محالة؛ بدليل: صحة إعتاقه وحل وطء الأمة المأذونة، فيملك كسبه وإعتاق عبيده أيضاً.

ولأبي حنيفة: أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد [عند][1] فراغه عن حاجته؛ كملك الوارث ثبت خلافة عن المورث عند فراغه عن حاجته؛ والمال الذي أحاطه به الدين: مشغول بحاجة العبد.. فلا يخلفه فيه؛ كما في التركة.

وفي الثاني: نقل في «العناية» عن شرح «الجامع الصغير»: أنَّ عتق المولى عبداً من كسب المأذون في هذه الصورة: جائز، ويلزمه: أنه يملك رقبته أيضاً، لم يذكر صاحب «الهداية» هذه الصورة، وكذا المصنف.

وفي الثالث: يملك المولى كسبه وينفذ عتقه عبداً من كسبه بالاتفاق؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع.

(**ويصح بيعه**)؛ أي: بيع العبد المأذون الذي لزمته ديون شيئاً من كسبه.

(**من سيده بمثل القيمة**)؛ لأنه حينئذ متَّهم فيجوز.

وإنما قيدنا المأذون بالذي لزمته ديون؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين.. لم يصح بيعه من سيده ولو بمثل القيمة؛ لأن بيعه من سيده إنما صح لكونه أجنبياً من كسبه فيما إذا كان عليه دين.

وأما إذا لم يكن عليه دين.. فلم يكن المولى أجنبياً من كسبه.. فلا يصح بيعه منه. كذا في «العناية».

وكذا لا يصح بيع سيده منه. كذا في «شرح النقاية».

---

(١) زيادة من «العناية» (٩/٣٠٠).

لَا بِأَقَلَّ.

وَبيعَ سَيِّدِهِ مِنْهُ بِمِثْلِهَا لَا بِأَكْثَرَ.

فَلَو بَاعَ بِأَكْثَرَ.. يحطُّ الزَّائِدَ أَو ينقضُ البيعَ.

(**لا بأقل**) من مثل القيمة؛ لأنه حينئذ متهم في حق المولى بميله إليه عادة.

بخلاف ما إذا باع من أجنبي.. فإنه يصح مطلقاً؛ سواء كان بمثل القيمة أو بأقل منها؛ لعدم التهمة فيه، ولو سلم.. فهي موهومة لا محققة؛ إذ لا دليل عليها في الأجنبي.

بخلاف ما إذا باع المريض شيئاً من ماله من وارثه.. لا ينفذ؛ سواء كان بمثل القيمة أو لا؛ لأن حق بقية الورثة: تعلق بعينه، حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته.. فلا يملك المورث بيعه.

وأما حق الغرماء: فقد تعلق بالمالية لا بعينه، فافترقا.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن بيعه من مولاه جائز ولو بغبن فاحش، ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن، وبين أن ينقض البيع؛ لأن في المحاباة: إبطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به.

بخلاف بيعه من الأجنبي بالغبن اليسير.. فإنه جائز، ولا يؤمر المشتري بإزالة [٥٧٨/ب] الغبن. على ما في «الزيلعي».

(و) يصح (**بيع سيده منه**)؛ أي: من العبد المأذون (**بمثلها**)؛ أي: بمثل القيمة، وكذا بأقل، (**لا بأكثر**) منها؛ لأن المولى أجنبي عن كسب عبده المأذون المديون، فيصح بيعه منه بمثل القيمة أو بأقل منها؛ لعدم التهمة، وفيه نفع للغرماء، لا بأكثر منها؛ للتهمة فيه.

(**فلو باع**) المولى من عبده المأذون المديون (**بأكثر.. يحط الزائد**) ولو كان الزائد يسيراً؛ صيانة لحق الغرماء.

(**أو ينقض البيع**).

فَإِنْ سلَّمَ سَيِّدُهُ إِلَيْهِ الْمَبِيعَ قَبْلَ نقدِ الثَّمنِ.. سقطَ الثَّمنُ.

قيل: الخيار بين نقض البيع وحط الزائد: قول الإمامين.

وأما عند أبي حنيفة: فالبيع بأكثر من القيمة: فاسد وإن أسقط الزائد وكان الزائد يسيراً. كذا في «شرح النقاية» نقلاً عن «المحيط».

(**فإن سلم سيده إليه**)؛ أي: إلى العبد المأذون المديون (**المبيع قبل نقد الثمن**)؛ أي: من العبد المأذون (.. **سقط الثمن**) من ذمة العبد، ويملك المبيع مجاناً.

يعني: لو باع السيد من عبده المأذون المديون وسلم المبيع إليه قبل قبض الثمن منه.. فلا يطالب العبد بشيء من الثمن، ولا من المبيع؛ لأنه بتسليم المبيع إليه.. سقط حق حبسه للثمن، فلا يجب على عبده دين من جهته، فخرج المبيع من يده مجاناً.

بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً.. حيث يكون المولى أحق به من الغرماء؛ إذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده، وهو أحق به من الغرماء؛ كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو أودع ماله عند عبده، أو قبض العبد المبيع بغير إذن المولى.. فإن المولى أحق بالعين من الغرماء في هذه الصورة.. فكذا: فيما إذا كان الثمن عرضاً.

وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده، فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن من المولى.. حيث لا يسقط الثمن من المولى؛ لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون له دين على مولاه.

ألا ترى: أنه لو استهلك المولى شيئاً من أكساب عبده المديون.. ضمن للعبد قيمته، هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أن للمولى أن يسترد المبيع من العبد المأذون إن كان قائماً في يد العبد، ويحبسه حتى يستوفي الثمن؛ لأنه لم يسقط حقه من العين بشرط أن

وَلهُ أَن لَا يُسلِّمَهُ حَتَّى يَأْخُذَ ثمنَهُ.

وَيضمنُ السَّيِّدُ بإِعتاقِهِ الْمَأْذُونَ مديوناً: الْأَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ وَمِنَ الدّينِ.

يسلم له الثمن، ولم يسلم.. فبقي حقه في العين على حاله؛ ويتمكن من استرداده ما بقيت العين قائمة في يده.

وأما بعد الاستهلاك.. فقد صار ديناً في ذمة العبد، والمولى: لا يستوجب الدين على عبده.

كذا في «الزيلعي».

(**وله**)؛ أي: للمولى (**أن لا يسلمه**)؛ أي: المبيع (**حتى يأخذ ثمنه**) من العبد [٥٧٩/أ]؛ لأن البيع لا يزيل يد البائع ما لم يصل إليه الثمن، فيبقى ملك اليد للبائع حتى يستوفي الثمن.

ولهذا.. كان أحق به من سائر الغرماء قبل التسليم إلى المشتري.

وأما إذا سلمه.. فقد أسقط حقه في الحبس.

(**ويضمن السيد بإعتاقه**) عبده (**المأذون**) حال كون المأذون (**مديوناً**)؛ سواء كان دينه مستغرقاً له، أو لم يستغرق؛ لأن ملك الرقبة ثابت، وبقاء العتق يبتنى عليه، فيصح عتقه بالإجماع.

وإنما الخلاف في صحة إعتاق عبده من كسبه المأذون على ما تقدم.

فإذا صح عتقه.. يضمن (**الأقل من قيمته ومن الدين**)؛ دفعاً للضرر عن الغرماء؛ لأنه أتلف ما تعلق به حقهم، والعتق لا يقبل الفسخ.. فلزمه الضمان بالضرورة، دفعاً للضرر عنهم.

فإذا كان الدين أقل من قيمته.. ضمن الدين لا غير؛ لأنه حقهم.

وإن كانت القيمة أقل من الدين.. ضمن قيمته بالغة ما بلغت؛ لأن حقهم تعلق بماليته فضمنها؛ كما إذا أعتق الراهن المرهون.

بخلاف ما إذا كان العبد المأذون له مدبراً أو أم ولد.. حيث لا يجب الضمان

وَمَا زَادَ مِن دَيْنِهِ على قِيمَتِهِ.. طُولِبَ بِهِ مُعتقاً.

وَإِن بَاعَهُ وَهُوَ مديونٌ مُسْتَغْرِقٌ وغَيَّبَهُ مُشْتَرِيهِ.. فللغرماءِ: إجَازَةُ بَيْعِهِ وَأَخذُ ثمنِهِ، ....

على المولى بإعتاقها للغرماء؛ لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما، فلم يكن المولى متلفاً حقهم، فلم يضمن شيئاً.

وهل يلزم علم السيد بالدين في وجوب الضمان عليه بسبب إعتاقه؟

ففي «الزيلعي» و«العناية»: أن السيد يضمن الأقل من قيمته ومن الدين بإعتاقه؛ سواء كان السيد علم بالدين أو لم يعلم، بمنزلة إتلاف مال الغير لما تعلق به حق الغرماء بيعاً.

واستيفاء ثمنه وضمان الإتلاف: لا يختلف بالعلم وعدمه، ولا يوجب أزيد من مقدار ما أتلفه، ويبقى الزائد على المتلف من الدين إلى ما بعد العتق.

بخلاف إعتاق العبد الجاني.. حيث يجب على المولى جميع الأرش إن كان إعتاقه بعد علمه بالجناية؛ لأن الواجب فيه: إنما وجب على المولى، وهو مخير بين الفداء والدفع.. فيكون بالإعتاق مختاراً للفداء عالماً، ولا كذلك فيما نحن فيه؛ لأن المولى ليس عليه شيء من دين المأذون، وإنما يضمن باعتبار تفويت حقهم كإتلاف مال الغير، وذلك لا يختلف بالعلم وعدمه.

(**وما زاد من دينه**)؛ أي: من دين العبد المأذون (**على قيمته.. طولب به معتقاً**)؛ أي: بعد عتقه؛ لما ذكرناه: أنه ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف لا يوجب أزيد مما أتلفه، فتبقى الزوائد من الدين على قيمته إلى ما بعد العتق.

(**وإن باعه**)؛ أي: باع المولى العبدَ المأذونَ المديونَ بدون إذن الغرماء بثمن غير وافٍ بديونهم وقبضه المشتري [٥٧٩/ب] (**وهو**)؛ أي: العبد المأذون (**مديون مستغرق**)؛ أي: يحيط دينه برقبته وماله (**وغيبه**)؛ أي: العبد المأذون (**مشتريه.. فللغرماء إجازة بيعه وأخذ ثمنه**) من المشتري إن لم يسلمه إلى البائع إن قبض الثمن.

أَو تضمينُ أَيِّ شاؤوا مِنَ السَّيِّدِ أَو المُشْتَرِي قِيمَتَهُ.

فَإِن ضمَّنُوا السَّيِّدَ ثمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ.. رَجَعَ عَلَيْهِم بِالْقِيمَةِ، وَعَادَ حَقُّهم فِي العَبْدِ.

(**أو تضمين أي شاؤوا من السيد أو المشتري: قيمته**).

أما تضمينهم قيمته: فلأن حقهم تعلق بالعبد، حتى كان لهم أن يبيعوه بدينهم إن لم يقض المولى ديونهم، وقد أتلفاه.. فوجب الضمان بالإتلاف.

وأما وجوبه على البائع: فلإتلافه بالبيع والتسليم.

وأما على المشتري: فلإتلافه بالقبض والتغييب.

وأما خيار التضمين بينهما: فلوجود سبب الضمان منهما على السواء.

وأما إجازتهم: فلأن الحق لهم.. فلهم الإجازة.

بخلاف ما لو كان بيع المولى بإذنهم.. حيث لا يضمن المولى هناك شيئاً؛ كما في صورة إجازتهم البيع.

وكذا إذا كان في الثمن وفاء بدينهم، ووصل إليهم الثمن.. لا ضمان؛ لحصول المقصود.

وإذا كان الدين على المأذون مؤجل إلى أجل، فباعه المولى بأكثر من قيمته أو أقل منها.. جاز بيعه، وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم؛ فإذا حل.. ضمنوه قيمته؛ لأنه أتلفه عليهم محل حقهم وهي المالية، ولهذا.. قيدنا الدين بالحال.

(**فإن ضمنوا**)؛ أي: الغرماء (**السيد، ثم رد عليه بعيب.. رجع**)؛ أي: السيد (**عليهم**)؛ أي: على الغرماء (**بالقيمة، وعاد حقهم**)؛ أي: حق الغرماء (**في العبد**)؛ لأن سبب الضمان وهو البيع و التسليم قد زال.

فصار كالغاصب إذا باع المغصوب وسلم وضمن القيمة، ثم رد عليه بعيب.. كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع بالقيمة التي دفعها إلى المالك.

وَإِن بَاعَهُ وَأَعلَمَ بِكَوْنِهِ مديوناً.. فللغرماءِ ردُّ البيعِ إِن لم يَصِلْ ثمنُهُ إِلَيْهِم.

ثم المشتري؛ إن كان رده على السيد قبل قبضه.. يرجع السيد عليهم مطلقاً إن رد عليه بخيار الرؤية والشرط.

وأما إن رده عليه بعد القبض بغير قضاء.. فلا سبيل للغرماء على العبد، ولا للمولى على القيمة التي ضمنها؛ لأن الرد بالتراضي: إقالة، وهو بيع جديد في غيرهما.

ولم يذكر حكم تضمينهم المشتري، **وحكمه:** أنهم إن ضمنوا المشتري.. رجع المشتري على البائع؛ لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين منه.

والحاصل: أن الغرماء في هذه المسألة مخيّرون بين ثلاثة أحوال:

إجازة البيع، وأخذ الثمن، وتضمين البائع أو تضمين المشتري.

فإن اختاروا الإجازة.. فلا تضمين لهم بعده.

وإن اختاروا ضمان البائع.. فحكمه ما ذكر في الكتاب.

وإن اختاروا ضمان المشتري.. فحكمه ما ذكرناه.

ثم أيهما اختاروا في التضمين.. برئ الآخر، حتى لا يرجعون إليه بعده وإن هلكت القيمة عند الذي اختاروه في التضمين [٥٨٠/أ]؛ لأن المخير بين الشيئين؛ إذا اختار أحدهما.. تعين حقه فيه، وليس له أن يختار الآخر بعده. كذا في «الزيلعي».

(**وإن باعه**)؛ أي: وإن باع السيدُ العبدَ المأذونَ المديونَ، (**وأعلم بكونه مديوناً**)؛ بأن قال للمشتري: هذا العبد الذي أبيعه منك مديون؛ يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين، ليكون البيع لازماً بنيهما وإن لم يكن لازماً في حق الغرماء.

(.. **فللغرماء رد المبيع إن لم يصل ثمنه إليهم**)؛ لأن حقهم تعلق به - وهو حق الاستسعاء أو البيع واستيفاء الدين من ثمنه - وببيع السيد.. فاتت هذه الخيرة، فكان لهم حق الرد.

وَإِن وَصَلَ وَلَا مُحَابَاةَ فِي البيعِ.. فَلَا.

فَإِن غَابَ البَائِعُ.. فَالْمُشْتَرِي لَيْسَ خصماً لَهُم إِن أَنكَرَ الدَّينَ.

وبإعلام السيد بكونه مديوناً.. لم يلزم البيع في حق الغرماء، وإنما يلزم في حق العاقدين؛ أعني: السيد والمشتري، فثبت لهم حق الرد خالياً عن المانع.

(**وإن وصل**) إليهم ثمنه، (**ولا محاباة في البيع.. فلا**)؛ أي: ليس لهم أن يردوا البيع؛ لوصول حقهم إليهم.

فإن قيل: إن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع - وذلك بأن كان البيع بمثل القيمة -: لا يستلزم انتفاء الرد لهم لجواز أن يصل إليهم الثمن، ولا محاباة في البيع، لكن لا يفي بديونهم، فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون.

قلنا: إنهم قد رضوا بسقوط حقهم؛ حيث قبضوا الثمن، فلم يبق لهم ولاية الرد.

فإن قيل: فعلى هذا الجواب.. لا فائدة في قوله: «ولا محاباة في البيع»؛ لأنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به.. سقط حقهم وإن كان في البيع محاباة.

قلنا: المراد بقوله: «ولا محاباة»: أن الثمن يفي بديونهم؛ فمعنى كلامه: لهم رد البيع إن لم يصل إليهم الثمن الوافي، وإن وصل إليهم الثمن الوافي.. فلا.

فإن قيل: إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بجنايته.. كان مختاراً للفداء، فما بال هذا لا يكون مختاراً بالبيع لقضاء الديون من ماله؟

قلنا: إن موجب الجناية: لزوم دفع العبد إلى ولي الجناية على المولى؛ فإذا تعذر عليه الدفع بالبيع.. طولب بالفداء؛ لبقاء الواجب عليه، وأما الدين ههنا.. فهو واجب في ذمة العبد المأذون؛ بدليل: أنه لا يسقط عنه بالبيع والإعتاق؛ حتى يؤاخذ به بعد العتق، فلما كان ذلك.. كان البيع من المولى بمنزلة القبول إن قضى دينه، وذلك عدة منه بالتبرع، فلا يلزمه.

(**فإن غاب البائع**)؛ أي: لو باع المولى عبده المأذون وقبضه المشتري ثم غاب البائع (.. **فالمشتري ليس خصماً لهم**)؛ أي: للغرماء (**إن أنكر**) المشتري (**الدين**).

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: هُوَ خصْمُ وَيَقْضَى لَهُم بِالدَّينِ.

وَمن قَالَ: أَنا عبدُ فلَانٍ، فَاشْترى وَبَاعَ.. فَحكمَهُ: كالمأذونِ، ....

قيد بإنكار المشتري؛ لأن المشتري إذا أقر بدينهم وصدقهم [٥٨٠/ب] في الدعوى.. كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف.

(**وعند أبي يوسف: هو خصم، ويقضى**) على المشتري (**لهم**) للغرماء (**بالدين**)؛ لأنه يدعي الملك فيه لنفسه، فيكون خصماً لكل من ينازعه فيه.

ولهما: أن الدعوى تتضمن فسخ العقد، والعقد قد قام بهما، فيكون الفسخ قضاء على الغائب.. فلا يجوز.

قال فخر الإسلام: وعلى هذا الخلاف: إذا اشترى رجل داراً لها شفيع، ثم وهبها لرجل وسلمها إليه وغاب الواهب، ثم حضر الشفيع.. فإن الموهوب له ليس بخصم عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

وروي عنهما: مثل قول أبي يوسف أيضاً.

(**ومن قال**)؛ أي: قدم مصراً وقال: (**أنا عبد فلان، فاشترى وباع**)؛ أي: مع أهل المصر، (.. **فحكمه كالمأذون**)؛ أي: لزمه كل شيء من التجارة كما لزم المأذون؛ يعني: يقبل قوله في الإذن في حق كسبه، حتى يقضى دينه من كسبه.

وهذه المسألة على وجهين:

• **أحدهما**: أن يخبر بعد أن قال «أنا عبد فلان»: بأن مولاه قد أذن له.. فيصدق في قوله، هذا استحسان؛ عدلاً كان أو غير عدل.

والقياس: أن لا يصدق إلا بحجة؛ لأنه أخبر عن أمرين: أحدهما: أخبر أنه مملوك، وهذا إقرار منه على نفسه.. فيقبل.

والثاني: أخبر أنه مأذون له في التجارة، وهذا إقرار على المولى.. فلا يقبل بلا حجة.

ولأنه يدعي الإذن وقد قال ﷺ: «البينة على المدعي».

إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاعُ فِي الدَّينِ مَا لم يُقِرَّ سَيِّدُهُ بِإِذْنِهِ.

وكذا القياس: أن يشترط العدالة في المخبر؛ لأنه بالعدالة.. يترجح جانب الصدق.

وجه الاستحسان: أن الناس يعاملونه من غير اشتراط شيء من الحجة على قوله، والعدالة وإجماع المسلمين حجة يختص بها الأثر ويترك بها القياس، ولأن في ذلك ضرورة وبلوى؛ فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن.

وما ضاق على الناس.. اتسع حكمه، وما عمت بينته.. سقطت قضيته.

وكذا على هذا من القياس والاستحسان: دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها.

• **والثاني**: أن يبيع ويشتري، ولا يخبر بشيء منه.. فالقياس فيه أيضاً: أن لا يثبت الإذن؛ لأن السكوت محتمل.

وفي الاستحسان: يثبت؛ لأن الظاهر أنه مأذون له؛ لأن عقله ودينه يمنعانه من ارتكاب المحرم، فوجب حمله عليه؛ لوجوب حمل أمر المؤمنين على الصلاح ما أمكن.. فالعمل بدليل الظاهر: هو الأصل في المعاملات؛ دفعاً للضرر عن العباد، فلا يشترط فيه الإخبار أنه مأذون له، بل يكتفى بظاهر [٥٨١/أ] حاله.

فإذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله.. صحت تصرفاته، حتى يظهر خلاف ذلك، ولزمته الديون، فيستوفى من كسبه.

وإن لم يفِ الكسب بالدين.. لا يباع في الدين، وإليه أشار بقوله: (**إلا أنه لا يباع في الدين ما لم يقر سيده بإذنه**)؛ لأن ملك المولى في الرقبة ثابت، فلا يصدق في إقراره عليه بلا حجة.

ولا يلزم من وجوب الدين: أن يباع به، ألا ترى: أن المدبر وأم الولد لا يباع بالدين.

بخلاف الكسب؛ لأن المولى لا يملكه ما دام مشغولاً بحاجة العبد، وإنما يخلفه في الفاضل عن حاجته.

فإن حضر المولى وأقر بالإذن.. بيع بالدين؛ لظهور الدين في حقه بإقراره؛ فإن قال: هو محجور عليه.. فالقول قوله؛ لتمسكه بالظاهر، فلا يباع إلا إذا أثبت الغرماء الإذن منه بالبينة.. فحينئذٍ يباع؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً.

* * *

(فَصْلٌ)

تَصرُّفُ الصَّبِيِّ إِن نَفَعَ؛ كالإِسلامِ وَقَبُولِ الْهِبَةِ وَالَصَّدَقَةِ.. صحَّ بِلَا إِذنٍ.
وَإِن ضرَّ؛ كَالطَّلَاقِ وَالْإِعْتَاقِ.. فَلَا، وَلَو بِإذنٍ.

(فَصْلٌ)

لما فرغ من أحكام العبد المأذون.. شرع في بيان أحكام الصبي المأذون والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش.

إذا أذن له المولى.. كان كالعبد المأذون في: نفوذ التصرف، وعدم التقييد بنوع، وصيرورته مأذوناً بالسكوت، وصحة إقراره بما في يده، وغير ذلك من الأحكام.

وقد ذكرنا بعض أحكام الصبي في «كتاب الهبة» ولنذكر بعضه ههنا في أثناء شرح كلام المصنف.

(**تصرف الصبي إن نفع**) له نفعاً محضاً (**كالإسلام وقبول الهبة والصدقة.. صح بلا إذن**) المولى.

قال في «العمادي»: لا خلاف أن الإيمان لا يجب على الصبي، ولكنه إذا أسلم.. يصح إسلامه.

وعند الشافعي: لا يصح.

وقال في «التجريد»: استثنى فخر الإسلام من العبادات: الإيمان، فأثبت أصل وجوبه في الصبي إلا الأداء؛ فإذا أسلم عاقلاً.. وقع فرضاً، فلا يجب تجديده بالغاً؛ كتعجيل الزكاة بعد السبب.

ونفاه شمس الأئمة؛ لعدم حكمه؛ فإذا وجد.. وجد، والأول أوجه. انتهى.

وتفصيل هذا: ذكرناه في الأصول، وأما بيان سائر العبادات المالية والبدنية - فقد ذكرناه في «كتاب الهبة».

(**وإن ضر كالطلاق والإعتاق.. فلا**) يصح (**ولو**) وصلية (**بإذن**) المولى؛ لأن إذن الولي لا يؤثر فيما يضر له؛ لأن تصرفه نظر رأي، ولا نظر له فيما يضر.

وَإِن احتملَهما؛ كَالْبيعِ وَالشِّرَاءِ.. صَحَّ بِالْإِذْنِ لَا بِدُونِهِ.

(**وإن احتملهما**)؛ أي: النفع والضر؛ (**كالبيع والشراء.. صح بالإذن لا بدونه**).

وقال الشافعي: لا يصح ولو بالإذن؛ لأن حجره لصيانة نفسه، وهو باق بعد الإذن، وبقاء العلة يستلزم بقاء المعلول [٥٨١/ب] لا محالة.

بخلاف حجر الرقيق؛ فإنه ليس للرق نفسه، بل لحق المولى، وهو يسقط بإذنه؛ لكونه راضياً بتصرفه حينئذٍ، ولأن الصبي مولًى عليه، حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه، والمولَّى عليه.. لا يكون والياً؛ للمنافاة بينهما؛ لأن كونه مولياً عليه: سمة العجز، وكونه والياً: سمة القدرة، فصار كالطلاق والعتاق في عدم الصحة من الصبي وإن أذن له الولي.

بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة؛ لأنهما لا يقومان بالولي، فيصحان منه.

وكذا وصيته في أبواب الخير صحيحة؛ لعدم قيامها بالولي.

وكل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه.. صح تصرفه فيه بنفسه بلا إذن الولي.

أما البيع والشراء.. فيتولاه الولي، فلا ضرورة في تولي الصبي نفسه إياهما، فلا ينفذ من الصبي ولو بالإذن.

والحاصل: أن كل تصرف لا يمكن صدوره من الولي.. يصح من الصبي ضرورة بلا إذن.

وكل تصرف يمكن صدوره من الولي.. فلا يصح من الصبي؛ لعدم الضرورة كما في البيع والشراء.

ولنا: أن التصرف المشروع صدر من أهله ووقع في محله عن ولاية شرعية، فوجب تنفيذه.

أما إنه تصرف شرعي؛ فلأن الله تعالى أحل البيع وحرم الربا من غير فصل بين البالغ والصبي.

فَإِذا أَذِنَ للصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ أَبوهُ، أَو جدُّهُ عِنْدَ عَدَمِهِ ....

وأما إنه صدر من أهله؛ فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع: سالب للمبيع جالب للثمن، والشراء عكسه، ويعلم الغبن اليسير من الفاحش؛ لأن الكلام في مثل هذا الصبي، والأهلية لمثل هذا التصرف: تكون كذلك.

وأما إنه وقع في محله؛ فلكون المبيع مالاً متقوماً.

وأما إنه صدر عن ولاية شرعية؛ فلأنه صدر بإذن وليه، والولي له هذا التصرف.. فكذا من أذن له.

ولهذا: إن الولي لما لم يكن له حق الطلاق والعتاق.. لا يملك الإذن بهما أيضاً.

ولا نسلم أن حجر الصبي لصباه نفسه، بل لعدم هدايته في أمور التجارة، فصار كالعبد في كون حجره لغيره لا لذاته، وهو حق المولى.

فإذا أذن له الولي.. زال ذلك المانع؛ لأنه لو لم يكن هادياً في أمور التجارة.. لما أذن له الولي، فيصح تصرفه كالعبد المأذون له؛ لزوال المانع - أعني: حق المولى - لإسقاطه بالإذن.

فإن قيل: لا نسلم ثبوت الهداية في أمور التجارة بإذن الولي حتى يزول المانع، كيف ولو ثبتت الهداية بإذن الولي.. لم يبق الولي ولياً بعده، مع أنه ولي أيضاً كما كان؟

قلنا: بقاء ولايته بعد ثبوت الهداية للصبي بالإذن لأمرين:

أحدهما: للنظر للصبي؛ فإن الصبا من أسباب المرحمة.

والثاني: لاحتمال تبدل حال الصبي [٥٨٢/أ] من الهداية إلى غيرها، فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك.

(**فإذا أذن للصبي في التجارة أبوه أو جده عند عدمه**) - أي: عدم الأب - يشير به إلى أن المراد بالجد ههنا: أب الأب.

أَو وصيُّ أَحدِهِمَا أَو القَاضِي.. فَحكمُهُ حُكمُ العَبْدِ الْمَأْذُونِ بِشَرْطِ أَن يعقلَ كَونَ البيعِ سالباً للْمِلكِ وَالشِّرَاءِ جالباً لَهُ.

فَلَو أقرّ بِمَا فِي يَدِهِ مِن كَسبِهِ أَو إِرْثِهِ.. صَحَّ.

(**أو وصي أحدهما**)؛ أي: وصي الأب أو الجد ، وهذا الترتيب ليس بمراد؛ لأن وصي الأب مقدم على الجد، فالأولى أن يقول: أبوه أو وصيه أو جده أو وصيه.

(**أو القاضي**)، ووصي القاضي: مثل القاضي عند عدم القاضي.

ثم الوالي، والمراد بالوالي ههنا: أمير أكبر، له تقليد القضاء، لا أمير البلدة. هكذا ذكره في «العناية».

وقدم الوالي في «الزيلعي» على القاضي، وهو الظاهر، وما عدا هذه الأولياء من العصبة وغيرها؛ كالعم والأخ والأم ووصيها وصاحب الشرط – أي: أمير البلدة – لا يصح إذنهم للصبي؛ لأنه ليس لهم أن يتصرفوا في مال الصبي تجارة، فكذا لا يملكون الإذن له فيها، والأوَل يملكون التصرف في ماله تجارة.. فكذا يملكون الإذن له فيها.

(.. **فحكمه**)؛ أي: حكم الصبي المأذون له: (**حكم العبد المأذون**) في نفوذ تصرفه وغيره من الأحكام على ما ذكرناه في أول الفصل وغيرها.

(**بشرط أن يعقل**) الصبي (**كون البيع سالباً للملك**)؛ أي: المبيع (**والشراء جالباً له**)؛ أي: للملك.

(**فلو أقر بما في يده من كسبه**)؛ بأن يقول: إن ما في يدي من الكسب غصبته من فلان، أو وديعة فلان، أو أنه استهلك مال فلان ولزمني كذا درهماً، (**أو إرثه**)؛ بأن: يقول: إن ما ورثته من أبي لفلان.

(.. **صح**) ؛ لأنه بإذن الولي التحق بالبالغ، فصح إقراره.

وَالْمَعْتُوهُ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ.

وَصَحَّ إِذنُ الْوَصِيّ أَوِ القَاضِي لعبدِ الْيَتِيمِ.

(**والمعتوه**) الذي يعقل البيع و الشراء بالمعنى المذكور: (**بمنزلة الصبي**)، فيصير مأذوناً بإذن الأب ووصيه والجد ووصيه والوالي والقاضي دون غيرهم من الأقارب.

(**وصح إذن الوصي أو القاضي لعبد اليتيم**)، وكذا: للصغير نفسه أن يأذن لعبده، وكذا المعتوه. كذا في «الزيلعي».

* * *

(كتاب الغصب)

(كتَابُ الْغَصْبِ)

هُوَ: إِزَالَةُ الْيَدِ المُحِقَّةِ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ المبطلَةِ.

(كِتَابُ الغَصْبِ)

(**هو إزالة اليد المحقة**)؛ أي: التي لها حق، (**بإثبات اليد المبطلة**)، في مال متقوم، محترم، قابل للنقل، بغير إذن مالكه، وهذه القيود لا بد منها في تعريف الغصب.

ثم الأصل: هو الإزالة لا الإثبات، حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب وثمرة البستان إذا هلكت بغير صنع وتعد؛ لعدم إزالة يد المالك؛ لأن الإزالة لا بد فيها من الصنع وإن كان فيها إثبات اليد المبطلة.

ولا يضمن أيضاً: ما صار مع المغصوب بغير صنعة؛ كما إذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها، فهلكت.. لا يضمن التابع؛ لعدم إزالة يد [٥٨٢/ب] المالك أيضاً؛ لعدم صنعه فيه.

وكذلك لو حبس المالك نفسه عن مواشيه حتى ضاعت.. لا يضمن؛ لعدم إزالة يد المالك؛ لعدم إثبات اليد المبطلة أيضاً.

وكذلك لا يضمن غير المتقوم؛ كالخمر والخنزير.

وغير المال المحترم كـ«مال الحربي في دار الحرب».

ولا ما لا يقبل النقل كالعقار. هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: الغصب: هو تفويت يد المالك لا غير.

والمراد بالإزالة: هي الإزالة علناً؛ ليخرج السرقة.

والمراد باليد: المالك؛ لتخرج يد المرتهن والمستعير. كما في «شرح النقاية».

وقال الشافعي: هو إثبات يد العدوان لا غير.

حتى يجري الغصب والضمان في العقار عندهما؛ لصدق تعريفهما عليه.

فَاستخدامُ العَبْدِ، وَحَمْلُ الدَّابَّةِ: غَصْبٌ.

ولا يجري في زوائد الغصب عند محمد؛ لعدم صدق تعريفه عليه.

ويجري عند الشافعي؛ لصدق تعريفه عليه. وسيظهر لك تفصيله.

(**فاستخدام العبد**) ولو مشتركاً (**وحمل الدابة**)، ولو مشتركة: (**غصب**)، حتى لو هلكا.. ضمن القيمة ونصيب الشريك؛ لوجود إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة.

وكذا لو أرسل العبد في خدمته بغير رضى مالكه أو ركب الدابة أو ساقها بغير رضى صاحبها.. يضمن؛ لما ذكرناه.

وفي «الذخيرة»: ركب دابة غيره فتلفت.. ضمن؛ ساقها أو لم يسقها في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: يضمن إذا ساقها.

وكذا لو وضع شيئاً في طريق المسلمين، فتلف منه شيء.. ضمن إن لم يزل عن موضعه؛ لما في ضمانات «الفصولين»: وضع في طريق لا يملكه شيئاً، فتلف به شيء.. ضمن.

ولو زال ذلك الشيء إلى موضع آخر، فتلف به شيء.. برئ واضعه.

والأصل فيه: كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه.. برئ على كل حال.

ولو لم يكن له حق الوضع.. ضمن لو لم يزل عن محل وضعه، لا بعدما زال عنه بمزيل؛ كوضع جمرة في طريق، فأزالتها الريح عن محلها فأحرقت شيئاً.. لا يضمن الواضع. وهذا لأنه قبل زوال المزيل: تحقق فيه الغصب، لا بعده.

وكذا لو ربط حماره في طريق المسلمين، فأصاب ذلك الحمار دابة إنسان.. ضمن؛ لأن ربطه جناية. كذا في «العمادية».

وقال في «العمادي» نقلاً عن «فتاوى رشيد الدين»: إذا أمر عبد غيره بالإباق، أو قال له: اقتل نفسك، ففعل العبد ذلك.. يجب عليه قيمة العبد.

ولو قال له: أتلف مال مولاك، فأتلف.. لا يضمن الآمر.

وهذا: لأنه بأمره بالإباق أو القتل: صار غاصباً؛ لأنه استعمله في ذلك الفعل.

أما بالأمر بإتلاف مال المولى.. لا يصير غاصباً لمال [٥٨٣/أ] المولى، وإنما يصير غاصباً للعبد، والعبد المغصوب قائم لا هالك.. فلا يضمن شيئاً.

وفي غصب «الصغرى»: من استعمل عبد الغير بغير رضاه، وهلك من ذلك العمل.. يضمن.

وكذا: لو كان ذلك العبد وديعة عند المستعمل.

ذكر في قسمة «الصغرى»: عبد بين اثنين، استخدمه أحدهما بغيبة صاحبه، فمات في خدمته.. لا يضمن، وفي الدية.. يضمن.

وفي «نوادر هشام»: أنه يضمن، وفي العبد أيضاً.

وذكر في بعض أصول الفقه: أن التصرف في الجارية المشتركة لا يوجب الضمان كالاستخدام وإن كان لا يحل له وطؤها.

وقال صاحب «الذخيرة»: من استعمل عبداً مشتركاً أو حماراً مشتركاً بينه وبين غيره.. يضمن نصيب شريكه.

ولو استعمل عبد غيره بغير أمره وهلك.. يضمن قيمته؛ سواء علم أنه عبد الغير أو لم يعلم.

وكذا لو قال العبد: إني حر، فاستعمله، ثم ظهر أنه عبد.. يضمن؛ علم أو لم يعلم.

وكذا لو قال: إني عبد فاستعملني في عمل، فاستعمله وهلك من ذلك العمل وظهر أنه عبد.. يضمن؛ علم أو لم يعلم.

ولكن هذا.. إذا استعمله في عمل نفسه.

وأما إذا استعمله في عمل غيره.. لا يضمن؛ لأنه لا يصير به غاصباً؛ كما لو قال لعبد الغير: ارتق هذه الشجرة وانثر المشمش لتأكله أنت، فسقط وهلك.. لا ضمان على الآمر.

ولو قال: لتأكله أنت وأنا.. أفتى «قاضي خان»: أنه يضمن قيمة العبد كله؛ لأنه استعمل كله في منفعته.

وقال صاحب «المحيط» في غلام حمل كوز ماء لينقل إلى بيت مولاه بإذنه، فدفع إليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض بغير إذن المولى، فهلك العبد في الطريق.. يضمن ذلك الرجل نصف قيمته.

ثم قال: إنه يضمن كل قيمة العبد؛ كما قال في «قاضي خان» في المسألة المذكورة من قبل.

وعلله صاحب [...][1] بأنَّ فعل ذلك الرجل صار ناسخاً لفعل المولى، فيصير غاصباً كل العبد.

ولو أمر عبد غيره باستهلاك مال إنسان، فأهلك.. فالمولى يضمن، ثم يرجع على الآمر؛ لأن الآمر صار مستعملاً للعبد، فصار غاصباً له.

وكذا لو أمر صبياً باستهلاك مال إنسان.. فالصبي يضمن ما أتلفه ويرجع على الآمر.

بقي: أنه لو استعمل عبد غيره بغير رضاه وفرغ من الاستعمال و تركه في مكانه الذي أخذه منه، ثم هلك العبد.. فهل يضمن أم لا؟

قالوا: ينبغي أن يكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا غصب دابة رجل [٥٨٣/ب] من الإصطبل، ثم ردها إلى الإصطبل ولم يردها على المالك.. فيه روايتان:

في رواية: يبرأ، وفي رواية لا يبرأ.. فكذلك في العبد إن استعمله في غيبة المالك بغير رضاه.

وإن استعمله بحضرة المولى؛ فما لم يرده إلى المالك.. لا يبرأ البتة؛ كما لو غصب من يد المالك.

(١) بياض في المخطوط، والمسألة في «مجمع الضمانات» (١٤٥).

لَا الْجُلُوسُ على الْبِسَاطِ.

وَحُكْمُهُ:

الْإِثْمُ لمن عَلِمَ.

وَوُجُوبُ ردِّ عينِهِ فِي مَكَانِ غصبِهِ إِن كَانَت بَاقِيَةً.

وَالضَّمانُ لَو هَلَكَتْ.

بقي: أنه إذا غصب عبداً ومعه ثياب ومال المولى.. فهل يكون غاصباً للمال والثياب أيضاً؟

قالوا: نعم؛ لأن الثياب والمال تابع للعبد، وقد وجد فيه إزالة اليد المحقة أيضاً.

بخلاف ما إذا غصب حراً ومعه مال.. فإنه لا يكون غاصباً للمال؛ لأنه تحت يد الحر، فلم تزل اليد المحقة.

وبخلاف ما إذا غصب دابة وتبعها ولدها.. فإنه لا يضمن الولد كما ذكرناه من قبل.

(لا الجلوس على البساط)؛ لعدم إزالة اليد المحقة؛ لأن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه، ولهذا.. لا يرجع بالجلوس عليه على المتعلق به عند تنازع الرجلين، فلم يصر بالجلوس عليه في يده، والبسط فعل المالك، فتبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله؛ لعدم ما يزيل يده بالنقل والتحويل.

وإن لم يوجد النقل والتحويل من الغاصب.. فلم يوجد فيه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة.

(وحكمه)؛ أي: حكم الغصب: **(الإثم لمن علم)**، وإلا.. فلا إثم؛ لأن الخطأ موضوع.

(ووجوب رد عينه: في مكان غصبه إن كانت) العين **(باقية)**؛ مثلية كانت أو قيمية ولو بعد الإبراء عنه.

(والضمان لو هلكت) العين.

أما وجوب الرد: فلأنه حق العبد فيستوجب الرد.

وأما رده في مكان غصبه: لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن، ولهذا.. تتفاوت القيمة به، حتى لو كانت قيمته في بلدة الخصومة أقل من قيمته في بلدة الغصب.. فحينئذٍ يكون للمغصوب عنه خيارات ثلاث: إن شاء.. انتظر، وإن شاء.. رضي به، وإن شاء.. أخذ قيمة المغصوب في مكان الغصب يوم الخصومة. على ما في «العمادي».

وأما رد عينه ما دامت العين باقية: فلأن رد العين هو الموجب الأصلي على ما قالوا؛ لأنه أعدل وأكمل في رد الصورة والمعنى، ورد القيمة أو المثل مخلص له، فيصار إليه عند تعذر الأصل وهو رد العين؛ فما أمكن رد العين بأن كانت باقية.. يطالب به.

حتى لو أتى بالقيمة أو المثل.. لا يعتد به؛ لكونه قاصراً، ولهذا.. يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك؛ بأن سلمه إليه من جهة أخرى؛ كما إذا وهبه له أو أطعمه إياه فأكله المالك، ولا يدري أنه ملكه.

ولو لم يكن [٥٨٤/أ] هو الواجب الأصلي.. ما برئ، إلا إذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة.

وقيل: الموجب الأصلي: هو المثل أو القيمة، ورد العين مخلص، ولهذا لو أبرأه عن ضمانها أو عن دعواها حال قيام عين المغصوب.. يصح وتبقى العين أمانة في يد الغاصب، والإبراء عنها وعن دعواها: محمول على الإبراء عن ضمانها؛ حتى لا يجب عليه الضمان بعده بالهلاك.

ويصح دعواه بعد الإبراء ما دام باقياً، و الإبراء عن العين لا يصح.

فدل: أن الواجب: هو المثل أو القيمة، لا العين.

فَفِي المثليِّ؛ كالكيليِّ والوَزنيِّ والعدَدِيِّ المتقارِبِ: يجبُ مثلُهُ.

وكونه لا يصار إليه مع القدرة على رد العين: مسلم، ولكن لا يقتضي كونه موجباً أصلياً.

ألا ترى: أن الموجب الأصلي: هو الظهر، والجمعة خلف عنه، مع أنه لا يصار إلى الظهر إلا عند تعذر الجمعة، فلو كان الأمر ما ذكرتم.. لزم أن تكون الجمعة موجباً أصلياً.

وإنما يبرأ الغاصب بالتسليم إلى المالك من غير علمه؛ لتعيّنه؛ لأن حقه متعين بالعين، بخلاف المثل والقيمة؛ لأن حقه غير متعين في المقبوض، بل حقه في مثله أو قيمته من أيّ عين كان، وذلك لا يتعين إلا باتفاقهما؛ لاختلاف الناس في معرفة الأمثال والقيم، ولا كذلك العين؛ لأن حقه غير متعين فيها؛ فبأي طريق وصل.. ناب عن الواجب عليه.

(**ففي المثلي**)، قال في «الدرر»: المراد بـ«المثلي»: ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت بين أجزائه.. يعتد به، وما لا يكون كذلك.. فهو قيمي.

ثم المثلي:

قد يكون مصنوعاً؛ بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعلهِ نادراً بالنسبة إلى أصله كالقمقمة والقدر والإبريق، فيكون قيمياً.

وقد يكون مصنوعاً؛ بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية؛ لبقاء كثرته وعدم تفاوته كالدراهم المضروبة والدنانير. انتهى.

فظهر منه: أن اختلاف الضربة لا يخرج المضروب من المثلية بعد أن يتحد الجنس.

(**كالكيلي والوزني والعددي المتقارب: يجب مثله**)؛ لأن الواجب حينئذ: هو المثل؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾.

والمثل إذا أطلق.. ينصرف إلى ما هو مثلٌ صورة ومعنى؛ لأن المثل صورة

ومعنى: أعدل؛ لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية؛ لأن الحنطة مثلاً: مثلُ الحنطة جنساً، وماليةُ الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة وإن كان فيها جودة؛ لأن الجودة ساقطة العبرة في الربويات، فكان إعطاء المثل أدفع للضرر؛ فإن الغاصب فوت على المغصوب منه [٥٨٤/ب] الصورة والمعنى.. فالجبر التام: أن يتداركه بما هو مثل صورة ومعنى؛ مثل: المثلي بالكيلي والوزني والعددي المتقارب.

وأطلقه، وقال في «العمادي» نقلاً عن أبي اليسر: ليس كل مكيل ولا كل موزون مثلياً، إنما المثلي من المكيلات والموزونات: ما هي متقاربة، وأما ما هي متفاوتة.. فليس بمثلي، فكان الكيلي والوزني والعددي سواء في اعتبار التقارب.

وهكذا ذكره في «الفصولين» أيضاً.

ثم قالا: وفي الزرعيات يجب أن يكون كذلك.

وقالا: وبين السويق والسويق: تفاوت فاحش بسبب القلي، فصار كالخبز.. فلا يكون أمثالاً متساوية.

واختلفوا في الخبز:

قيل: إنه من المثليات.

وقال في «قاضي خان» في «جامعه الصغير»: إنه من القيمي في ظاهر الرواية.

وفي غصب «الذخيرة»: استثنى مشايخنا من الموزونات: الناطف للبزر والدهن والمربى، وقالوا: الضمان: القيمة فيهما؛ لأن الناطف متفاوت بتفاوت البزر ، وكذلك الدهن المربى.

وذكر صاحب «المحيط» في «جامعه الصغير»: العدديات المتقاربة: كلها من ذوات الأمثال؛ كيلاً وعدداً ووزناً.

وعند زفر: العدديات كلها من ذوات القيم.

وما يتفاوت آحاده في القيمة.. فهو عددي متفاوت، فليس بمثلي.

وما لا يتفاوت آحاده، وإنما يتفاوت أنواعه كـ«باذنجان».. فهو متقارب مثلي.

فعلى قياس هذا: ينبغي أن يكون البصل والثوم مثليين.

وذكر شيخ الإسلام في «المبسوط»: أنها من العددي المتفاوت.

وصغير البيض وكبيره سواء، بعد أن كان من جنس واحد.

وذكر رشيد الدين: النحاس من ذوات القيم وإن كان وزنياً.

وذكر شيخ الإسلام الإسبيجابي في «شرحه»: والصحيح: أن النحاس والصفر مثليان.

وذكر في «العمادي»: اللبن من ذوات الأمثال.

واللحم: مثلي عندهما، قيمي عند أبي حنيفة.

والتفاح والكمثرى و الخوخ: مثلي؛ لأنها عددي متقارب.

والعنب: مثلي، وكذا الزبيب والتمر.

وقيل: العنب قيمي.

الخل والعصير: مثليان.

وكذا الدقيق والنخالة والحمص والنورة والقطن والصوف وغزله والتبر بجميع أنواعه: مثلي.

وقال فيها أيضاً: الرياحين الرطبة والبقول والخشب وأوراق الأشجار والحطب والحصير والسواري والأدم والصرم والجلود: كلها من ذوات القيم.

ولهذا.. لا يكون السلم فيها، وكذا لا يجوز استقراضها.

وأما الرياحين اليابسة التي تكال أو توزن [٥٨٥/أ].. فمضمونة بالمثل عندنا، فيجوز السلم والقرض فيها.

والدرَّة من ذوات القيم؛ تدل عليه مسائل ذكرها في غصب «قاضي خان»؛

فَإِنِ انْقَطَعَ الْمثلُ.. تجبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يَوْمَ الْغَصْبِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يَوْمَ الِانْقِطَاعِ.

حيث قال: وكذا الدجاجة إذا ابتلعت لؤلؤة وقيمتها سواء؛ فإن كانت قيمة اللؤلؤة أكثر.. كان لصاحب اللؤلؤة أن يتملك الدجاجة بقيمتها، ولو أراد صاحب الدجاجة أن يعطي قيمة اللؤلؤة.. كان له ذلك.

ثم قال بعد ورقة: رجل ابتلع درة رجل ومات؛ فإن ترك مالاً.. يعطى الضمان من تركته، وإن لم يدع.. لا يشق بطنه، وإن كان حياً.. يضمن قيمتها، ولا ينتظر إلى أن يخرج.

(**فإن انقطع المثل**) في المثليات؛ أي: عن أيدي الناس.

وقيل: عن الأسواق التي يباع ذلك فيه.

(.. **تجب قيمته**)؛ أي: قيمة المتلف المثلي (**يوم الخصومة**) عند أبي حنيفة؛ لأن الواجب عليه بالغصب هو المثلي، وهو باق في ذمته، ما لم يقض القاضي بالقيمة.

ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل.. كان له ذلك، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء؛ حتى لا يعود إلى المثلي بوجوده بعد القضاء بالقيمة، وتعتبر قيمته وقت الانتقال من المثل إليها، وهو وقت الخصومة.

(**وعند أبي يوسف: يوم الغصب**)؛ لأن المثل لما انقطع.. التحق بذوات القيم، وفيها: تعتبر القيمة يوم الغصب، فكذا فيما التحق بها، وهذا لأن القيمة خلف عن المثل في المثليات، والخلف يجب بما يجب به الأصل، فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل.

(**وعند محمد: يوم الانقطاع**)؛ لأن المثل لما كان هو الواجب في المثلي بالغصب.. لا ينتقل منه إلى القيمة إلا بالعجز عن الأصل، والعجز عنه يحصل بالانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع.

واختلف في التصحيح والاختيار:

وصحح صاحب «الخزانة» و«التحفة» قول أبي حنيفة.

وقال صاحب «النقاية» و«النهاية»: قول أبي يوسف أعدل الأقوال، وهو المختار.

وفي «التاتارخانية»: وعليه الفتوى.

وفي «شرح النقاية»: أفتى كثير من المشايخ بقول محمد.

ولم يذكر المصنف أنه: هل يلزم ذكر مكان الغصب عند الدعوى؟

ففيه تفصيل.

وقال في «العمادي»: غصب شيئاً، فطالبه ربه في بلد آخر؛ فإن كان المغصوب قائماً.. فالمغصوب منه يأخذه؛ مثلياً كان أو قيمياً، إلا إذا كانت قيمته في بلدة الخصومة أقل من قيمته في بلدة الغصب. فحينئذٍ يكون للمغصوب منه خيارات ثلاث: إن شاء.. انتظر، وإن شاء.. رضي، وإن شاء.. أخذ قيمة المغصوب في مكان الغصب يوم الخصومة.

وإن كان المغصوب هالكاً:

ففي غير المثلي: للمغصوب منه قيمته في بلدة الغصب [٥٨٥/ب] يوم الخصومة.

وفي المثلي: الجواب على التفصيل:

- إن تساوى القيمة في البلدتين.. يطالبه برد المثل.
- وإن كانت القيمة في بلدة الغصب أكثر.. فللمالك خيارات ثلاث: إن شاء.. رضي بالمثل، وإن شاء.. طالب بقيمته في بلدة الغصب يوم الخصومة، وإن شاء.. انتظر.

وَفِي الْقِيَمِيِّ؛ كالعدديِّ المتفاوتِ والبُرِّ المخلوطِ بالشَّعيرِ.. تجبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْغَصْبِ إِجْمَاعاً.

فَإِنِ ادّعى الْهَلَاكَ.. حُبِسَ حَتَّى يُعلَمَ أَنَّهُ لَو كَانَ بَاقِياً لأَظهرَهُ.

ثُمَّ يُقْضَى عَلَيْهِ بِالْبَدَلِ.

- وإن كانت قيمته في بلدة الغصب أقل.. فالغاصب بالخيار: إن شاء.. أعطاه المثل، وإن شاء.. أعطاه القيمة في بلدة الغصب أو في مكان الغصب يوم الخصومة، إلا إذا رضي المالك بالتأخير، ويكون له ذلك.

فعلى هذا: ينبغي أن يذكر في دعوى غصب المكيل والموزون - سوى الدراهم والدنانير - مكان الغصب؛ حتى يعلم أنه: هل له ولاية المطالبة أم لا؟

هكذا ذكره نقلاً عن «الذخيرة».

ثم ذكر عن «عدة المفتين»: أنه إذا ادعى الوديعة.. لا بد من ذكر موضع الإيداع: أنه في أي مصر؛ سواء كان له حمل ومؤونة أم لا.

وفي دعوى الغصب: إذا لم يكن له حمل ومؤونة.. لا يشترط بيان موضع الغصب.

(**وفي القيمي: كالعددي المتفاوت، والبر المخلوط بالشعير.. تجب قيمته يوم الغصب إجماعاً**)؛ لأنه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى؛ لعدم المثل، فوجب اعتبار المثلي معنى، وهو: القيمة؛ لأنها تقوم مقامه ويحصل بها مثله.

وإنما اعتبر يوم الغصب فيه؛ لأن القيمة وجبت بالغصب، فاعتبر فيه زمان انعقاد السبب.

(**فإن ادعى**) الغاصب (**الهلاك**)؛ أي: هلاك المغصوب (**.. حبس**)؛ أي: حبسه القاضي (**حتى يعلم أنه**) – أي: المغصوب - (**لو كان باقياً.. لأظهره، ثم يقضي عليه بالبدل**)؛ أي: المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وهذا لأن حق المالك ثابت في

وَالْغَصْبُ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا يُنْقَلُ؛ فَلَو غَصَبَ عَقاراً فَهَلَكَ فِي يَدِهِ.. لَا يَضمَنُ.

خلافاً لمُحَمَّدٍ، ....

العين؛ لأنه الموجب الأصلي مطلقاً على ما بيناه، فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على الظن أنه صادق في قوله.

وليس لحبسه حد مقدر، بل مفوض إلى رأي القاضي؛ كحبس الغريم في الدين.

ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد عليه، وعكس المالك، وأقاما البينة.. فبينة الغاصب أولى عند محمد؛ لأنها تثبت وجوب الضمان، والآخر منكر، والبينة: للإثبات. كذا في «الزيلعي».

(**والغصب إنما هو فيما ينقل**)؛ أي: لا في العقار من الدار والضيعة، وهذا لأن الغصب إزالة اليد المحقة على ما تقدم، والإزالة لا تتحقق بدون النقل، ولا نقل في العقار، فلا غصب فيه أيضاً [٥٨٦/أ].

(**فلو غصب عقاراً فهلك في يده**) بغير صنعه (.. **لا يضمن**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**خلافاً لمحمد**)، قال: يضمن؛ لتحقق الغصب في العقار، وهو قول زفر والشافعي.

والقول الأول: عن أبي يوسف.

واحتجوا: بأن الغصب يتحقق بوصفين: بإثبات يد العدوان، وإزالة اليد المحقة، وذلك ممكن في العقار؛ لأن إثبات اليد من المتدافعين على شيء واحد: لا يمكن؛ لتعذر اجتماعهما فيه.

فإذا ثبت يد العدوان للغاصب في العقار.. انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة؛ لأن اليد: عبارة عن القدرة على التصرف، وعدم اليد: عبارة عن عدم القدرة عليه..

وَمَا نقصَ مِنْهُ بِفِعْلِهِ؛ كسكناهُ وزَرعِهِ.. ضَمِنَهُ.

فكانت في يد الغاصب لا في يد المالك؛ لما ذكر، فيضمن به الهالك كما يضمن المنقول.

لهما: أن الغصب تصرف في المغصوب بإثبات يده وإزالة يد المالك، ولا يكون ذلك إلا بالنقل، والعقار لا يمكن نقله وتحويله، وأقصى ما يمكن فيه: إخراج المالك عنه، وذلك تصرف في المالك لا في العقار نفسه، فلا يتحقق فيه الغصب والضمان.

كما إذا أُبعد المالك ومنع عن مواشيه حتى ضاعت المواشي.. لا يضمن؛ لعدم تحقق الغصب فيه.

بخلاف ما لو منع المواشي عن المالك.. فإنه يضمن بالهلاك؛ لتحقق الغصب حينئذ.

وكذا لو حبس رجلاً حتى ضاع ماله.. لا يضمن.

ولو حبس ماله من صاحبه.. يضمن على ما في «الفصولين».

(**وما نقص منه**)؛ أي: من العقار (**بفعله**)؛ أي: فعل الغاصب (**كسكناه**).

ويدخل فيه ما إذا انهدمت الدار بسكناه، وعمله بأن كان عمله الحدادة أو القصارة، فهوى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم.. كان مضموناً عليه بالاتفاق.

بخلاف ما إذا انهدمت الدار بعدما غصبها وسكن فيها، لا بسكناه وعمله، بل بآفة سماوية؛ من الحرق بالنار والغرق بالسيل والانهدام والزلزلة.. فإنه لا ضمان عليه عند أبي يوسف.

(**وزرعه**) في الأرض المغصوبة (.. **ضمنه**)؛ أي: النقصان بالاتفاق.

أما على قول محمد وزفر والشافعي: فظاهر.

وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: فلأنه إتلاف، والعقار يضمن بالإتلاف بالاتفاق؛ كما إذا نقل ترابه.

وَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يتَصَدَّقُ بِهِ.

ولا يشترط في ضمان الإتلاف أن يكون في يد المتلف، ألا ترى: أن الحر يضمن بالإتلاف بلا يد للمتلف فيه.

بخلاف ضمان الغصب؛ فإنه [لا][1] يضمن إلا بالحصول في يد الغاصب.

واختلف في تفسير النقصان:

قال نصير بن يحيى: إنه ينظر بكم يستأجر هذه الأرض والدار قبل الاستعمال وبعده.. فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان [٥٨٦/ب].

وقال محمد بن سلمة: يعتبر ذلك بالشراء لا بالإجارة؛ يعني: ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبعده.. فنقصانها: ما تفاوت من ذلك، فيضمنه.

وفي «الزيلعي»: هو الأقيس؛ لأن العبرة لقيمة العين دون المنفعة.

وذكر في «النهاية»: أن محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير.

(ويأخذ) الغاصب (رأس ماله) وهو البذر وما غرم من النقصان وما أنفق على الزرع.

(ويتصدق بالفضل)؛ حتى إذا غصب أرضاً، فزرعها كُرَّين، فخرجت ثمانية أكرار ولحقه من المؤونة والنفقة قدر كرين.. فإنه يأخذ من الخارج أربعة أكرار ويتصدق بالباقي؛ لأنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير، فيكون سبيله التصدق. هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: لا يتصدق به)؛ لأن الزيادة حصلت في ضمانه وملكه؛ لأن ما ضمن من الفائت: يملكه بأداء الضمان، والمضمونات: تملك بأداء الضمان عندنا؛ مستنداً إلى وقت وجود السبب وهو الغصب، فتبين: أن الفضل حصل في ملكه؛ إذ الخراج بالضمان.. فلا يتصدق.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٥/٢٢٥).

وَكَذَا: لَو استغلَّ العَبْدَ الْمَغْصُوبَ فنقَصهُ الاستغلالُ، أَو آجرَ الْمُسْتَعَارَ وَنقصَ.. يضمنُ النُّقْصَانَ، وَمَا فضلَ مِنَ الْغلَّةِ وَالْأَجْرِ.. تصدَّقَ بِهِ.

خلافاً لأَبِي يوسفَ.

(وكذا لو استغل) الغاصبُ (العبدَ المغصوبَ)، وذلك بأن آجره (**فنقصه الاستغلال**) بأن كان مهزولاً، (**أو آجر**) المستعير (**المستعار**) أو المودع الوديعة (**ونقص**) الاستغلال والإيجار العبد والمستعار والوديعة (.. **يضمن**) الغاصب (**النقصان**) الحاصل من إيجاره؛ لأنه دخل المغصوب بجميع أجزائه في ضمانه بالغصب.

فما تعذر رد عينه عليه.. رد قيمته ونقصان وصفه.

(**وما فضل من الغلة والأجرة.. تصدق به**)؛ كما تصدق بالربح فيما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة والعارية بالبيع وربح فيه.. فإنه يتصدق بالربح؛ لما مر في المسألة الأولى من أنه حصل بسب خبيث، فسبيله التصدق.

قال في «الهداية» و«الكنز»: يتصدق بالغلة.

واعترض عليه «الزيلعي»: بأنه كان ينبغي أن يتصدق بما زاد على من ضمن من النقصان عندهما، لا بالغلة كما في المسألة الأولى.

ولهذا.. عدل المصنف عن عبارتهما إلى قوله: «وما فضل من الغلة والأجرة.. تصدق به». هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ فإن عنده: لا يتصدق؛ لما ذكرناه في المسالة الأولى.

ولو هلك العبد في يد الغاصب بعد الاستغلال وضمنه.. له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان بالإتفاق.

أما عند أبي يوسف: فظاهر.

وأما عندهما: فلأن الخبث [٥٨٧/أ] لأجل المالك.

وَإِن تصرَّفَ فِي الْغَصْبِ، أَوِ الْوَدِيعَةِ فربحَ وهُما يتعيَّنانِ بِالتَّعْيِينِ.. تصدَّقَ بِالرِّبْحِ.

حتى لو أدى إلى المالك الغلة مع العبد.. يحل له التناول إلى الغلة؛ فإذا ضمن له.. زال الخبث بالضمان.

بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري، ثم استحق وغرمه المشتري.. فليس للغاصب حينئذ أن يستعين في أداء الثمن إلى المشتري بالغلة؛ لأن الخبث ما كان لأجل المشتري حتى زال بالأداء إليه.

إلا إذا لم يجد الغاصب غير الغلة؛ لأنه حينئذ يحتاج إليها.. فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه؛ كما أن له التصدق إلى نفسه إذا كان فقيراً محتاجاً إليها.

ثم جواب الإمامين في الوديعة: أظهر من جواب أبي يوسف؛ لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف في الوديعة؛ لانعدام سبب الضمان قبله، فكان التصرف في غير ملكه مطلقاً، فيكون الربح خبيثاً.

ثم الخبث في الربح يتحقق وإن تناولته الأيدي.

ولهذا قال في «الهداية»: ومن غصب ألفاً، فاشترى بها جارية، فباعها بألفين [ثم اشترى بالألفين][1] جارية فباعها بثلاثة آلاف.. فإنه يتصدق بجميع الربح عندهما.

(وإن تصرف في الغصب أو الوديعة) بالبيع **(فربح)**، وهو على وجوه، أشار إلى تفصيلها:

- **(وهما)**؛ أي: المغصوب والوديعة، وكذا العارية **(يتعينان بالتعيين)** كالعروض **(.. تصدق بالربح)** عندهما.

يعني: لو غصب شيئاً مما يتعين بالتعيين، أو أودع رجل عنده شيئاً منه فباعه وربح فيه؛ بأن باعه أكثر من قيمته.. يتصدق بالربح؛ لأنه لا يحل له التناول من ذلك الشيء قبل ضمان قيمته، وبعد الضمان: يحل له التناول، إلا فيما زاد على قدر قيمته،

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الهداية» (٤/٢٩٨).

خلافاً لَهُ أَيْضاً.

وَإِن كَانَا لَا يتعيَّنانِ: فَإِن أَشَارَ إِلَيْهِمَا ونقدَهُما.. فَكَذَٰلِك.

وَإِن أَشَارَ إِلَى غَيرِهِمَا ونقدَهما، أَو أَشَارَ إِلَيْهِمَا وَنقد غَيرهمَا، أَو أطلق ونقدَهما.. طَابَ لَهُ الرِّبْحُ اتِّفَاقاً.

قيل: وَبِه يُفْتى.

وَالْمُخْتَار: أَنَّهُ لَا يطيبُ مطلقاً.

وهو المراد بالربح المذكور ههنا.. فيتصدق به؛ لأنه حصل بسبب خبيث، فسبيله التصدق.

(خلافاً له) أي: لأبي يوسف **(أيضاً)**. وقد تقدم وجهه أيضاً.

- **(وإن كانا لا يتعينان)** كالنقدين؛ يعني: لو غصب درهماً أو ديناراً وأودع رجل عنده درهماً أو ديناراً، فتصرف فيهما بأن اشترى بهما شيئاً:

(فإن أشار إليهما)؛ أي: إلى النقد المغصوب أو النقد الوديعة وقت العقد **(ونقدهما.. فكذلك)**؛ أي: يتصدق بالربح؛ لأن الإشارة وإن لم تفد التعيين فيما لا يتعين.. إلا أن نقدهما بعد الإشارة إليهما يعينهما، فيتحقق الخبث بالنقد.. فيتصدق.

(وإن أشار إلى غيرهما ونقدهما، أو أشار إليهما ونقد غيرهما، أو أطلق) وقت العقد **(ونقدهما.. طاب له الربح اتفاقاً، قيل: وبه يفتى)**، وهو قول الكرخي.

(والمختار: أنه) أي الربح **(لا يطيب مطلقاً)**؛ أي: في الوجوه الأربعة كلها.

اعلم: أن تصرف الغاصب في المغصوب؛ إما بالاستغلال والإيجار، أو بالبيع [٥٨٧/ب].

فإذا كان الأول: فسبيله التصدق عندهما كما تقدم.

وإن كان الثاني:

فإما أن يكون المغصوب مما يتعين بالتعيين، أو مما لا يتعين:

فإن كان الأول: فسبيله التصدق أيضاً عندهما كما تقدم.

وإن كان الثاني: فهو على أربعة أوجه على ما ذكره الكرخي و«الهداية» والمصنف وغيرهم.

وذكر في «العناية» نقلاً عن «المبسوط» وجهاً خامساً، وهو: أن الغاصب دفع إلى البائع تلك الدراهم المغصوبة أولاً ثم اشترى منه بتلك الدراهم.

ففي الوجه الأول - من هذه الوجوه الخمسة؛ أعني: أن يشار إليهما وينقدهما - وفي الوجه الأخير: لا يطيب له الربح، ويطيب في الوجوه الثلاثة الباقية على قول الكرخي.

وأما الفتوى اليوم: فعلى قوله؛ دفعاً للحرج عن الناس.

ووجهه: أن الإشارة لا تفيد فيما لا يتعين، فكان وجودها وعدمها سواء، لا تؤثر وحدها في تحقق الخبث، بل لا بد أن تتأكد بالنقد حتى يتحقق الخبث.

ففي الوجه الأول: لما تأكد الإشارة بالنقد.. تحقق الخبث، فلزم التصدق.

وفي الوجه الخامس: لما دفع تلك الدراهم أولاً إلى البائع، ثم عقد.. تحقق الخبث بذلك أيضاً؛ لتعين تلك الدرهم بالثمنية.

وأما الوجوه الثلاثة الباقية: فلم تتأكد الإشارة بالنقد، فلم يتحقق الخبث، فيطيب له الربح.

قال فخر الإسلام: قال مشايخنا: لا يطيب له الربح مطلقاً قبل الضمان، ولا بعد الضمان في الوجوه كلها، وهو المختار؛ لإطلاق الجواب في «الجامعين» و«المبسوط»، وذلك: لأنه **إذا نقد منها ولم يشر إليها**.. فسلامة المبيع له حصلت بهذه الدراهم المغصوبة، فثبتت شبهة الخبث في الربح.

وإن أشار إليها ونقد من غيرها.. فإعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة، فتمكن شبهة الخبث أيضاً.

وَلَوِ اشْترى بِأَلْفِ الْغَصْبِ، أَوِ الْوَدِيعَةِ جَارِيَةً تَعدِلُ أَلْفَيْنِ، فَوَهَبَهَا، أَو طَعَاماً فَأَكَلَهُ.. لَا يَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ.

وكذا إن أطلق نقدهما.. حصل شبهة الخبث.

وأما في الوجه الأول والخامس: فثبوت الخبث فيهما لما ذكرناه من قبل، فاستوت الوجوه كلها في الخبث ولزوم التصدق.

وعلى هذا: دراهم الوديعة أيضاً.

(**ولو اشترى بألف الغصب أو الوديعة جارية تعدل ألفين فوهبها**) أو اشترى بألف الغصب (**أو**) الوديعة (**طعاماً فأكله.. لا يتصدق بشيء**) بالاتفاق؛ لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس؛ بأن يصير الأصل ما زاد عليه دراهم أو دنانير، ولم يصر ههنا كذلك.. فلا يظهر الربح حتى يتصدق.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِن غيَّرَ مَا غصَبَهُ فَزَالَ اسْمُهُ وَأَعظَمُ مَنَافِعِهِ.. ....

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ مَا يَتَغَيَّرُ بِهِ المَغْصُوب وَيَزُولُ بِهِ ملك المَالِكِ

أي: المغصوب منه.

(وإن غيّر) الغاصب **(ما غصبه)** بالتصرف فيه ولو باختلاط [٥٨٨/أ] ملكه؛ بحيث لا يتميز أصلاً أو بحرج.

بخلاف ما إذا غصب صبياً فصار ملجئاً عنده؛ فإنه أخذه من الغاصب بلا ضمان، إن لم يتغير منه بالتصرف فيه.

وبخلاف ما إذا غصب العنب وصار زبيباً بنفسه، أو غصب الحليب وصار لبناً بنفسه، أو غصب العصير وصار خلاً، أو الرطب تمراً بنفسه.. فإن المالك فيه مخير: إن شاء.. أخذه، وإن شاء.. تركه وضمنه.

(فزال اسمه)، احترز به عما إذا غصب شاة فذبحها.. فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها؛ لأنه لم يزل اسمها؛ يقال: «شاة مذبوحة» كما يقال: «شاة حية».

وكما إذا غصب كاغدا فكتب عليه؛ لأنه لم يزل اسمه.

(وأعظم منافعه)، قيل: ذكره ليتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها؛ فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشاء وبذراً وغيرها: يزول بالطحن.

والظاهر: أنه تأكيد لما قبله؛ فإن الحنطة إذا طحنت.. زال اسمها ويقال: «دقيق» لا «حنطة».

ويمكن أن يقال: ذكره احترازاً عن دراهم؛ فسبكها بلا ضرب؛ فإنه وإن زال اسمه.. لكن تبقى أعظم منافعه، ولذا: لا ينقطع حق المالك عنه. كذا في «المحيط» وغيره.

ضَمِنَهُ وَمَلَكَهُ.

وَلَا يحلُّ انتفاعُهُ بِهِ قبلَ أَدَاءِ الضَّمَانِ؛ ....

(.. **ضمنه وملكه**)، يتقرر الضمان عليه كما هو المتبادر، وإليه ذهب المتقدمون من أصحابنا.

وقال بعض المتأخرين منهم: إنه يملكه بالغصب عند أداء الضمان. نقله شارح «النقاية» عن «المبسوط».

قال في «الكفاية» نقلاً عن «الإيضاح»: وفي «شرح النقاية» نقلاً عن «النهاية»: أنه إذا غير المغصوب بفعله بحيث يزول اسمه.. ضمنه وملكه على وجه لو أبى المالك أخذ القيمة وأراد أخذ المغير.. لم يكن له ذلك؛ لأن الملك قد زال عنه، بل له أخذ القيمة.

ثم نقل شارح «النقاية» عن مفتي الثقلين: أن الصحيح عند المحققين من مشايخنا: أن الغاصب لا يملكه بمجرد ذلك إلا عند تراضي الخصمين بالضمان أو بقضاء القاضي بذلك، أو بأداء البدل. كذا في «الذخيرة».

(ولا يحل انتفاعه به)، أي: بالمغصوب المغير وإن كان قد ملكه بتقرر الضمان عليه، أو بالغصب عند أداء الضمان على الاختلاف السابق.

(قبل أداء الضمان)؛ لقوله ﷺ في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها «أطعموها»؛ فإن الأمر بالتصدق أفاد زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء، والحديث مشهور.

ومعنى «المصلية»: المشوية.

ولأنه لو حل الانتفاع به.. يلزم منه فتح باب الغصوب، وفي منعه.. حسم مادته فيمنعه عن الانتفاع به قبل أداء البدل أو حكم الحاكم بالقيمة [٥٨٨/ب] أو تراضيهما على مقدار؛ فإن وجد أحد من هذه الثلاثة.. حل الانتفاع، وإلا.. فلا.

عمل الطحن: في تفريق الأجزاء، لا في إحداث ما لم يكن موجوداً، وتفريق الأجزاء لا يبدل العين؛ كالقطع في الثوب.

وقال الشافعي: يضمنه؛ لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وعنه أيضاً: أنه يزول ملكه عنه، ولا يسقط عنه حقه، لكنه يباع في دينه، وهو أحق به من الغرماء بعد موته.

وللشافعي: أن بقاء العين المغصوبة يوجب البقاء على ملك المالك؛ إذ الواجب الأصلي في الغصب: ردُّ العين عند قيامه، ولولا بقاؤه على ملك المالك.. لما كان كذلك، والعين باقية ههنا على ما هو المفروض، فتبقى على ملكه.

وتتبعه الصنعة الحادثة: بالغصب، والتغيير: في البقاء؛ لأنها تابعة للأصل؛ كما إذا ذهبت الريح في حنطة وألقتها في طاحونة، فطحنت.. فإن الدقيق يكون لمالك الحنطة، فكذلك هذا.

فإن قيل: هذا القياس فاسد؛ لأنه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون هذه المسألة.

أجيب: بأنه لا معتبر بفعل الغاصب؛ فإنه محظور، فلا يصلح سبباً للملك؛ لأن المِلك نعمة من نعم الله تعالى، والمحظور شرعاً: نقمة، والنقمة لا تصير سبباً للنعمة، فصار وجوده كعدمه، فصارت صورة النزاع مثل المقيس عليه – أعني: مسألة الطاحونة – وصار أيضاً كما إذا ذبح شاة مغصوبة وجعلها عضواً عضواً [٥٨٩/أ].. فإن المالك يأخذها لبقاء ملكه؛ فإنَّ فعل الغاصب فيها ليس بسبب للملك؛ لكونه محظوراً.

ولنا: أنه أحدث صنعة متقومة؛ لأن قيمة الشاة تزداد بطحنها وشيّها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً، وإحداثها جعل حق المالك هالكاً من وجه، ألا

كشاةٍ ذَبحَهَا وطَبَخَها، أَو شَوَاها، أَو قطَّعَهَا.

وبُرٍّ طَحَنَهُ، أَو زَرَعَهُ.

ودقيقٍ خَبَزَهُ.

وعِنَبٍ، أَو زيتونٍ عَصَرَهُ.

وقُطنٍ غَزَلَهُ.

وغزلٍ نَسَجَهُ.

وحديدٍ جعلَهُ سَيْفاً.

وصُفرٍ جَعَلَهُ آنيةً وساجةً.

أَو لَبِنَةٍ بنى عَلَيْهَا.

وعن أبي يوسف في الحنطة المزروعة والثياب المذروعة: يحلّ له الانتفاع قبل أداء الضمان؛ لوجود الاستهلاك من كل وجه، ولا يتصدق بالفضل عنده كما تقدم.

(كشاة ذبحها وطبخها أو شواها أو قطعها).

قيل: لا ينقطع بالقطع حق المالك.

وقيل: ينقطع.

والمختار: هو الأول.

(وبر طحنه أو زرعه، ودقيق خبزه، وعنب أو زيتون عصره، وقطن غزله، وغزل نسجه، وحديد جعله سيفاً، وصفر جعله آنية، وساجة أو لبنة بنى عليها)؛ أي: على الساجة واللبن المغصوبين، والساجة – بالجيم –: خشبة للأساس، هذا كله مذهبنا.

وقال الشافعي – وهو رواية عن أبي يوسف –: لا ينقطع حق المالك عن العين المغصوبة بذلك.

غير أن أبا يوسف قال: إنه إذا اختار العين.. لا يضمِّنه النقصان في الأموال الربوية كالدقيق مثلاً؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ إذ الدقيق عين الحنطة من كل وجه؛ لأن

وَإِن جعلَ الْفضَّـةَ أَوِ الذَّهَبَ دِرَاهَـمَ أَو دَنَانِيرَ، أَو آنِيـةً.. لَا يملكُـهُ، وَهُوَ لمَالِكِهِ بِلَا شَيْءٍ.

ترى: أنه تبدَّل الاسمُ وفات معظم المقاصد، وحق الغاصب في هذه الصنعة قائم من كل وجه، وما هو قائم من كل وجه: [مرّجح على الهالك من وجه][1] فينقطع حق المالك بالشي والطبخ والطحن وغيرها من الأحوال المذكورة.

وهذه الصنائع لها جهتان:

جهة تفويت يد المالك عن المحل.

[وجهة إحداث صنعة][1]، وهي [سبب] من هذه الجهة.

بخلاف الشاة المذبوحة بدون الطبخ والشي؛ فإنه بالذبح لم يتبدل الاسم ولو مسلوخاً ومقطوعاً عضواً عضواً؛ إذ يقال: «شاة مذبوحة مسلوخة» كما يقال «شاة حية» والسلخ والقطع لا يبدل الاسم، ولا يفوت المقصود؛ لأن المقصود من الشاة اللحم والذبح، ثم السلخ والتقطيع يحققه ولا يفوته.. فلا يصلح مقيساً عليه.

واعلم: أن كل موضع ينقطع فيه حق المالك.. فالمغصوب منه أحق بذلك الشيء من سائر الغرماء حتى يستوفي حقه؛ فإن ضاع ذلك.. ضاع من مال الغاصب، ولا يكون هذا بمنزلة الرهن. كذا في «العمادي» نقلاً عن «المنتقى».

ولما ذكر ما ينقطع به حق المالك.. شرع في بيان ما لا ينقطع به حق المالك فقال: (**وإن جعل الفضة**) المغصوبة (**أو الذهب**) المغصوب (**دراهم أو دنانير أو آنية**) أو حلياً (.. **لا يملكه**) الغاصب (**وهو لمالكه بلا شيء**) عند أبي حنيفة؛ لأن العين باقية من كل وجه.

ألا ترى: أن الاسم باق ولم يزل، وكذلك الأحكام المتعلقة بالذهب و الفضة من الثمنية والموزونية، وجريان الربا، ووجوب الزكاة عند النصاب: باقية كما كانت.. فلم ينقطع حق المالك منها بتلك الصنعة.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «العناية» (٩/٣٣٤).

وَعِنْدَهُمَا: يملكُهُ الْغَاصِبُ وَعَلِيهِ مثلُهُ.

(**وعندهما: يملكه الغاصب وعليه مثله**):

لأنه أحدث فيهما صنعة معتبرة متقومة، جعل إحداثُها حقَّ المالك هالكاً من وجه.

ألا ترى: أنه كسر وفات عليه بعض المقاصد، وحق الغاصب ثابت في الصنعة من كل وجه، فيترجح حقه كما تقدم.

ولأنه كان قبل ذلك تبراً، وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات، وبعدما ضربه.. صلح لذلك.

وهذا يدل أيضاً: على تغايرهما اسماً ومعنى؛ لأنه كان قبل الضرب يسمى: تبراً وفضة وذهباً، وبعده: دراهم ودنانير، وبمثل ذلك [٥٨٩/ب]: ينقطع حق المالك.

والجواب لأبي حنيفة: لا نسلم أن ما أحدث من الصنعة فيها معتبرة متقومة، وإنما تعتبر الصنعة وتقوّم عند المقابلة بخلاف الجنس؛ كمن استهلك قلب فضة.. فعليه قيمته من الذهب مصنوعاً عندنا، وذلك لأنا:

لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها.. أدى إلى الربا.

ولو أوجبنا وزنها.. كان فيه إبطال حق المالك عن الجودة والصنعة؛ فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا.. قلنا: يضمن قيمته من الذهب مصنوعاً، فاعتبرت الصنعة عند المقابلة بخلاف الجنس.

وإن وجد صاحبه مكسوراً ورضي به.. لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح؛ لأنه عاد إليه عين ماله، فبقيت الصنعة منفردة عن الأصل، ولا قيمة لها في الأموال الربوية، فكانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه، فلا تصلح؛ لإبطال حق ثابت من كل وجه.

ولا نسلم أن صلاحيته لرأس المال بعد الضرب يدل على تغايرهما؛ لأن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة؛ لأنه هلك العين بها من وجه فحصل التغاير.

فَإِن ذبحَ الشَّاةَ.. فالمالكُ إِن شَاءَ طرحَها عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قيمتَهَا، أَو أَخذَهَا وَضَمَّنَهُ نُقصانَها.

وَكَذَا: لَو قطعَ يَدَهَا ....

(**فإن ذبح الشاة**)؛ أي: ذبح شاة الغير بغير أمره (.. **فالمالك**) مخير؛ (**إن شاء.. طرحها**)؛ أي: الشاة المذبوحة (**عليه**)؛ أي: على الذابح (**وضمنه قيمتها، أو أخذها**) أي: الشاة المذبوحة (**وضمنه نقصانها**). هذا جواب ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يأخذها، ولا يضمنه شيئاً؛ لأن الذبح والسلخ في الشاة ليس بنقصان؛ لأن معظم المقاصد في الشاة: اللحم، والذبح يحققه، ولا يفوته.

وجه الظاهر: أن إزالة الحياة: إتلاف وجه باعتبار بعض الأغراض من الدر و النسل، فكان للمالك الخيار؛ لاحتمال أن يكون له في بقائها حية مقصود من الدر والنسل.

وكذا لو قطع الجزور - وهو ما أعد للذبح - لأنه وإن أعد للذبح.. لكن يجوز أن يكون للمالك مقصود في بقائه حياً من الدر والنسل والحمل، فيخير بين الطرح عليه وضمان القيمة، وبين الأخذ وضمان النقصان.

(**وكذا**)؛ أي: مخير بين ضمان القيمة مع الطرح عليه، وبين ضمان النقصان مع الأخذ (**لو قطع يدها**)؛ أي: الشاة؛ لأن قطع يدها - وكذا رجلها - تفويت من وجه؛ لأنه يضر في بقائها حياً.. فيخير المالك.

وكذا لو قطع يد الجزور، كذا في «الهداية»؛ حيث قال: ومن ذبح شاة غيره.. فمالكها بالخيار: إن شاء.. ضمنه قيمتها وسلمها له، وإن شاء.. ضمنه نقصانها، وكذا الجزور.

وكذا إ ذا قطع يدهما [٥٩٠/أ] في ظاهر الرواية؛ لأنه إتلاف من وجه باعتبار: فواتِ بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل، وبقاءِ بعضها من اللحم، فصار

كالخرق الفاحش في الثوب. انتهى.

بقي الكلام في الجناية على العين.

ففي «العمادي»: في عين الشاة: قيمة النقصان.

وفي عين بقرة الجزار وعين جزوره: ربع القيمة.

وكذا: عين الحمار والبغل والفرس.

وذكر في «المنتقى»: ما يحمل على ظهره.. في عينه: ربع القيمة، وما لا يحمل عليه لصغره كالفصيل والطير والجحش؛ إذا فقئ منه عين واحدة.. ففيه ربع القيمة.

ثم قال نقلاً عن «فتاوى ظهير»: ولو فقأ عين حمار.. قال أبو حنيفة: إن شاء.. سلم الجثة وضمنه كل قيمته، وليس له أن يمسك الجثة ويضمنه النقصان، وهكذا في «الفصولين» أيضاً.

وفي «الاختيار»: في عين شاة القصاب: ما نقصها.

وقال أبو يوسف: عليه ما نقصه في جميع البهائم؛ اعتباراً بالشاة.

ثم بقي الكلام في ذبح شاة لا يرجى حياتها وما يناسبه من ثبوت الإذن دلالة، وتسمى المسائل الاستحسانية:

ففي «العمادي» و«الفصولين» نقلاً عن «فوائد صدر الإسلام»: إذا ذبح شاة لا ترجى حياتها.. لا يضمن استحساناً، والأجنبي والراعي فيه سواء.

في الفرس والبغل.. يفتى بالضمان في الأجنبي، وإنما يضمن قيمة فرس وحمار لا يرجى حياتهما.

والراعي والبقّار لو ذبح البغل أو الحمار.. لا يضمن.

وفي «فتاوى قاضي ظهير»: إذا خاف على شاة فذبحها.. ذكر في «الأصل»: أنه يضمن قيمتها يوم الذبح.

أَو قطَعَ طرفَ دَابَّةٍ غيرَ مأكولةٍ، ....

قال الإمام خواهر زاده: وإنما يضمن إذا ذبح شاة يرجى حياتها؛ أما إذا تيقن بموتها.. لا يضمن؛ لأنه مأمور بحفظها، وذبحها إذ ذاك: حفظ مأذون فيه دلالة.

وفي «فوائد صدر الإسلام»: من أحضر فَعَلَةً لهدم داره، فجاء إنسان فهدم بغير إذنه.. لا يضمن استحساناً.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن كل عمل لا يتفاوت فيه الناس.. يثبت الاستعانة لكل واحد من آحاد الناس دلالة، وكل عمل يتفاوت فيه الناس.. لا يثبت الاستعانة لكل واحد من آحاد الناس؛ كما لو علق شاة للسلخ فجاء إنسان وسلخ بغير إذنه.. يضمن؛ لأن الناس تتفاوت في السلخ دون الذبح.

(**أو قطع طرف دابة غير مأكولة**)؛ أي: هو مخير بين الطرح عليه وأخذ جميع قيمتها، وبين الأخذ وتضمين نقصانها لو قطع طرف دابة غير مأكولة كالفرس والحمار [٥٩٠/ب] والبغل، هذا هو الظاهر من كلامه، وهو خلاف ما ظهر من «الهداية»؛ فإن الظاهر منها: ضمان جميع القيمة بلا خيار؛ حيث قال: ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم، فقطع الغاصب طرفها.. فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها؛ لوجود الاستهلاك من كل وجه.

وقد ذكر قبله: أن من قطع طرف مأكول اللحم من الحيوان.. مخير بين الأمرين المذكورين.

وعلله: بأنه إتلاف من وجه.

فظهر: أن ما بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فرقاً في قطع طرفيهما:

القاطع في الأول: مخير بين الأمرين المذكورين.

ولا خيار في الثاني، بل ضمان جميع القيمة بلا خيار.

وقال في «العمادي» نقلاً عن «العيون»: قال أبو حنيفة: إذا استهلك رجل حمار غيره أو بغله بقطع يده أو بذبحه؛ إن شاء صاحبه.. ضمنه وسلمه إليه، وإن شاء..

حبسه ولا يضمنه شيئاً. وعليه الفتوى.

ولو ضرب رجل الدابة حتى صارت عرجاء.. فهو كالقطع.

ثم قال نقلاً عن «فتاوى ظهير»: من ذبح شاة غيره ظلماً.. فمالكها بالخيار: إن شاء ترك المذبوح عليه وضمنه قيمتها، وإن شاء أخذ المذبوح وضمنه النقصان.

وكذا: إذا سلخها وجعلها عضواً عضواً.

ولو قطع يد حمار أو بغل أو قطع رجله.. فصاحبه بالخيار:

إن شاء ضمنه قيمته ودفع الدابة، وإن شاء أمسكها، ولا يرجع على الغاصب بشيء.

بخلاف ما إذا كان المغصوب عبداً أو جارية وقطع يدهما أو رجلهما.. فإنه كان للمالك أن يضمن الغاصب القيمة ويدفع إليه المغصوب، وإن شاء ضمنه النقصان وأخذ المقطوع.

والفرق: أن الآدمي بقطع اليد أو الرجل لا يصير مستهلكاً، والدواب تصير به مستهلكاً.

هذا إذا كانت الدابة مما لا يؤكل لحمه.

فإن كانت مما يؤكل لحمه كالشاة والجزور.. ففي ظاهر الرواية: هذا والأول سواء؛ للمالك أن يضمنه جميع قيمتها، وليس له أن يضمنه النقصان ويمسك الدابة. هكذا ذكره.

ثم قال: لو ذبح حمار غيره.. ليس له أن يضمن النقصان، ولكن يضمنه جميع القيمة عند أبي حنيفة.

وعلى قول محمد: له أن يمسكه ويضمن النقصان، وإن شاء ضمنه كل القيمة، ولا يمسك المذبوح. الكل في «العمادي».

كله مخالف لما ذكره المصنف في قطع طرف دابة غير مأكولة من التخيير بين الأمرين المذكورين، إلا ما نقله عن محمد.. فإنه على وفق ما ذكره المصنف.

ثم ما ذكره «العمادي» فيما يؤكل لحمه من قوله: «ففي ظاهر الرواية: هذا والأول سواء [٥٩١/أ].. إلى آخره»: مخالف لما ذكره المصنف فيما يؤكل لحمه أيضاً، فيحمل كلام المصنف على غير ظاهر الرواية.

قال في «الكفاية»: وفي «المنتقى»: عن هشام عن محمد: رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي منه قيمته، فله أن يمسك ويأخذ النقصان.

ويمكن حمل كلام المصنف على هذا أيضاً؛ يعني: لو قطع طرف دابة غير مأكولة.. ينظر:

فإن كان لما بقي بعد القطع قيمة.. فهو مخير بين طرح الدابة عليه وتضمين جميع القيمة، وبين إمساك الدابة وتضمين نقصانها.

وإن لم يكن لما بقي قيمة.. فالواجب تضمين جميع القيمة وطرح الدابة عليه وليس له أن يمسكها ويضمن النقصان.

ثم قال في «الكفاية» أيضاً: إن ذبح حمار إنسان ذبحاً، فقال صاحبه: إني أضمِّنه النقصان ولا أسلم الجلد إليه؛ فإن كان لجلد الحمار ثمن.. فله ذلك.

وإن قتله.. فليس له ذلك؛ لأن ذبحه بمنزلة الدباغ فله قيمة، بخلاف القتل.

هذا كله في قطع طرف الدابة من يدها ورجلها، وقد ذكرنا حكم فقء عينها، بقي الكلام في قطع أذنها أو ذنبها:

ففي «العمادية»: إذا قطع أذن الدابة أو بعض أذنها.. ضمن النقصان.

وكذلك: لو قطع ذنبها.. يضمن النقصان.

جعل قطع الأذن والذنب نقصاناً يسيراً.

وقال في «فتاوى شيخ الإسلام الأنقروي» نقلاً عن «الفتاوى»: لو قطع ذنب

أَو خَرَقَ الثَّوْبَ خَرقاً فَاحِشاً فَوّتَ بعضَ الْعينِ وَبَعضَ نَفعِهِ.

وَفِي يسيرٍ نَقصَهُ وَلم يُفَوِّت شَيْئاً مِنَ النَّفْعِ.. يضمنُ نقصانَهُ.

فرس القاضي.. يضمن جميع القيمة، فقد [فرَّق] بين ذنب دابة القاضي وغيره من عوام الناس، ولعل ذنب فرس المفتي والأمير كذلك.

ولو وطئ فرس غيره أو حماره.. فلصاحب الفرس: أن يدفع فرسه إليه ويضمن قيمته، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

(أو خرق الثوب خرقاً فاحشاً فوّت بعض العين وبعض نفعه، وفي) خرق **(يسير نقصه ولم يفوت شيئاً من النفع.. يضمن نقصانه)**.

اختلفوا في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش:

فقال بعضهم: ما أوجب نقصان ربع القيمة.. فهو فاحش، وما أوجب دونه.. فهو يسير.

وقال بعضهم: ما أوجب نقصان نصف القيمة.. فهو فاحش، وما أوجب دونه.. فهو يسير.

وقال بعضهم: ما يبطل به عامة المنافع.. فاحش، واليسير خلافه، وإليه أشار في «القدوري».

وقال في «الهداية»: والصحيح: أن الفاحش: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة ويبقى بعض من كل منهما.

واليسير: ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يريد فيه النقصان – أي: بحسب المالية – بسبب فوات الجودة.

وإنما [٥٩١/ب] كان هذا صحيحاً؛ لأن محمداً جعل في «الأصل»: الخرق الفاحش كذلك، ولهذا اختاره المصنف.

إذا عرفت هذا.. فالغاصب إذا خرق الثوب المغصوب خرقاً فاحشاً بالمعنى الذي ذكره.. فمالكه مخير بين طرح الثوب عليه وتضمين قيمته، وبين إمساك الثوب

وتضمين نقصانه؛ لأنه استهلاك من هذا الوجه؛ فإنه قبل القطع صالح لجميع أنواع الثياب، وبعده: لم تبق هذه الصلاحية.

وإنما بقي له صلاحية لبعض الثوب، فكان مستهلكاً من وجه دون وجه.. فلصاحبه الخيار بين الخيارين المذكورين.

وإن خرقه خرقاً يسيراً بالمعنى الذي ذكره.. ضمن نقصانه، والثوب لمالكه؛ لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب منقص.. فيضمن النقصان.

قال في «العمادي»: غصب ثوب إنسان ولبسه، فجاء صاحب الثوب فمد ثوبه والغاصب لا يعلم أنه صاحب الثوب، فتخرق الثوب.. لا ضمان على الغاصب؛ لأنه تخرق من مده.

ولو قال صاحب الثوب: رد على ثوبي، فمنعه الغاصب، فمد مداً لا يمد مثله من شدته، فتخرق.. لا ضمان على الغاصب أيضاً؛ لأنه بمنزلة سكين جاء به فخرقه.

ولو مده كما يمد الناس عادة، فتخرق منه.. ضمن الغاصب نصف القيمة؛ لأنه من جنايتهما.

ولو كان الثوب ملكاً لمن لبسه، فمده إنسان مداً لا يمد بمثله أو يمد بمثله، فتخرق.. فعلى المادّ جميع القيمة؛ لأن التخرق يضاف إلى مده.

موضع المسألة في الثوب، والحكم في كل عين من الأعيان الغير الربوية: كذلك.

ولذا قال شمس الأئمة السرخسي: الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخير المالك بين الخيارين إذا كان الخرق فاحشاً هو الحكم في كل عين من الأعيان، إلا في الأموال الربوية؛ فإن وجد التعيب فيها؛ فاحشاً كان أو يسيراً.. كان لصاحبها الخيار: بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء، وبين أن يسلم العين ويضمن مثله أو قيمته؛ لأن تضمين النقصان متعذر؛ لأنه يؤدي إلى الربا.

وَمَن بنى فِي أَرضِ غَيرِهِ.. أُمِرَ بِالْقَلْعِ وَالرَّدّ.

ثم الحكم المذكور: فيما إذا قطع الثوب ولم يجدد فيه صنعة، وأما إذا جدد فيه صنعة بأن خاطه قميصاً مثلاً.. فإنه ينقطع به عنه حق المالك عندنا. كذا في «الزيلعي» عن «النهاية».

(ومن بنى في أرض غيره) بغير رضاه أو غرس شجراً (.. أُمِرَ) الغاصب - على صيغة المجهول - (بالقلع)؛ أي: قلع البناء والشجر.

بخلاف ما لو غصب تالة صغيرة، فغرسها في ملكه فأدركت [٥٩٢/أ] في أرضه.. فلصاحب التالة قيمة التالة، ولا سبيل له على النخلة عندنا؛ لأنها صارت تابعة لأرضه. كذا في «العمادية».

وقال في غصب «القنية»: وصل غصنه بشجرة غيره فأثمر الوصل.. فهو له، والشجرة لصاحبها. انتهى.

فعلم أنه: لو وصل غصنه بشجرة غير مملوكة.. تعتبر الشجرة ملكاً له أيضاً؛ كما لو وصل غصنه في الأشجار النابتة في الأراضي الغير المملوكة.

ولهذا أفتى مشايخ الإسلام: بأنه لو وصل غصنه بشجرة نابتة في الأراضي الأميرية بغير إنبات متصرفها.. تصير الشجرة ملكاً لصاحب الغصن لا لمتصرف الأرض.

(والرد)؛ أي: رد الأرض إلى صاحبها؛ لقوله ﷺ: «ليس لعرقٍ ظالمٍ حق» أي: ليس لذي عرق ظالم، حتى وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازاً؛ كما يقال: «نهاره صائم».

ولأن ملك صاحب الأرض باق؛ فإن الأرض لم تصر مستهلكة بالبناء والغرس، ولا مغصوبة حقيقة؛ لعدم الانتقال فيها، ولا وجد فيها شيء يوجب الملك للغاصب، فيؤمر بتفريغها وردها إلى مالكها؛ كما إذا أشغل ظرف غيره بطعامه.. فإنه يؤمر بتفريغ الظرف والرد إلى مالكه. كذا في «الهداية» و«مختصر القدوري».

وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي: أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً، فقال: إن كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء.. فله أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء.. ليس له أن يأخذها.

وفي «العمادي» نقلاً عن «العمدة»: أن بعض المتأخرين أفتوا بقول الكرخي؛ فإنه حسن، ونحن نفتي: بجواب الكتاب - أي: «مختصر القدوري» - اتباعاً لمشايخنا.

وقالوا: إن ما ذكره الكرخي قريب من مسائل حفظت عن محمد؛ حيث قال: لؤلؤة سقطت من يد إنسان فابتلعتها دجاجة إنسان.. ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة؛ فإن كانت قيمة الدجاجة أقل.. يخير صاحب اللؤلؤة: إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها، وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة.

وكذا إذا أدخل شاة أو بقر رأسه في قدر من النحاس وتعذر إخراجه منه.. ينظر: أيهما أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه، ويتملك صاحبه ويتخير بعد ذلك في إتلاف أيهما شاء.

وكذلك لو دخل فصيل إنسان في داره وكبر فيها ولم يمكن إخراجه إلا بهدم [٥٩٢/ب] الجدار.. ينظر: أيهما أكثر قيمة، وهكذا.

وقال في «العمادية» نقلاً عن صاحب «الذخيرة»: غصب أرضاً وزرعها ونبت.. فلرب الأرض أن يأمر الغاصب بقلع الزرع؛ فإن أبى.. فللمغصوب منه أن يقلع؛ فإن لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع.. فإنه للغاصب، وللمالك أن يرجع بنقصان الأرض.

وفي «الفصولين»: لو غصب أرضاً وزرعها، فلم تنبت حتى جاء صاحبها.. فهو مخير: إن شاء ترك بذره فيها بأجر المثل، وإن شاء ضمن البذر للغاصب.

بقي عن محمد: أنه يضمن له ما زاد البذر فيها: لو شاء.. تركه حتى تنبت ثم

وَإِن كَانَت تنقصُ بِالْقَلْعِ.. فللمالِكِ أَن يضمَنَ لَهُ قيمتَها مَأْمُوراً بقلعِها،...

يأمر بقلعه، ولو شاء.. أعطاه ما زاد البذر فيها، فتقوم الأرض وفيها بذر، وتقوم بلا بذر فقط لو شاء أخذه.

وعن أبي يوسف: أنه يعطيه مثل بذره.

والمختار: أن يضمن قيمة بذره منذ زراعتهما في أرض غيره، وهو أن تقوم الأرض مزروعة ببذر يجب قلعه إذا نبت، وغير مزروعة، ففضل ما بينهما: قيمة بذر ما زرع في أرض غيره.

ولو غصب أرضاً.. فلرب الأرض أن يأمر الغاصب بتفريغها، فلو أبى.. فلربها أن يقلعه بنفسه.

ولو لم يحضر رب الأرض حتى أدرك الزرع.. فهو للغاصب، وللمالك أن يرجع بنقصان أرضه. الكل في «الفصولين».

وفي الفصل الثلاثين من «العمادية»: لو اشترى أرضاً فبنى أو غرس، ثم استحق نصفها شائعاً.. هل يجبر على تفريغ الكل؟

ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في بناء أحد الشريكين في الأرض المشتركة، وثمة: تقسم الأرض بينهما؛ فما وقع من البناء في نصيب الذي لم يبنِ.. يؤمر بقلعه.

وفي «جوامع الفقه للعتابي»: اشترى حائطاً وبنى عليها، ثم استحق ثلثه.. فله أن يرد المبيع ويرجع بالثَّمَن وثلث قيمة البناء على البائع.

(**وإن كانت**) الأرض (**تنقص بالقلع.. فللمالك**)؛ أي: لصاحب الأرض (**أن يَضْمَن**) - من الضمان لا من التضمين - (**له**)؛ أي: للغاصب (**قيمتها**)؛ أي: قيمة البناء أو الغرس (**مأموراً بقلعها**)؛ أي: قيمتها مستحق القلع لا قيمتها مقلوعاً - وسيأتي الفرق بينهما - فيكون كل من البناء والغرس: لصاحب الأرض؛ لأن فيه دفع الضرر عنهما، فتعين فيه النظر لهما.

فتقَّومُ الأَرْضُ بِلَا شجرٍ أَو بِنَاءٍ، وَتقوَّمُ مَعَ أَحدِهمَا مُسْتَحقَّ الْقلعِ.. فَيضمنُ الْفضلَ.

وإنما يضمن له قيمته مستحق القلع؛ لأنه يستحق القلع، فيعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعاً.

فبيِّن كيفية معرفة قيمته مستحق القلع؛ فقال: (**فتقوم الأرض بلا شجر أو بناء، وتقوم مع أحدهما مستحق القلع.. فيضمن**) صاحب الأرض (**الفضل**)؛ مثلاً: تعتبر قيمة الأرض بدون الشجر [٥٩٣/أ]: عشرة، ومع الشجر المستحق للقلع: خمسة عشر.. يضمن صاحب الأرض للغاصب خمسة، فتسلم الأرض والشجر له. كذا في «الهداية» و«العناية» و غيرهما.

وقال الشارح الزيلعي: وهذا ليس بضمان لقيمة الشجر مقلوعاً، بل هو ضمان لقيمته قائماً مستحق القلع، وإنما يكون ضماناً لقيمته مقلوعاً: أن لو قوم الشجر أو البناء مقلوعاً موضوعاً على الأرض؛ بأن يقدر الشجر: حطباً، والبناء: آجراً وحجارة مكومة على الأرض، فيقوم وحده من غير أن يضم إلى الأرض، فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية. انتهى.

مراده بذلك: بيان الفرق بين قيمة الشجر والبناء مقلوعاً، وبين قيمتها مستحق القلع.

وتحقيق الفرق: ما ذكره في «الدرر»: بأن قيمة الشجر والبناء المستحق القلع: أقل من قيمته مقلوعاً، فقيمة المقلوع إذا نقصت منها أجرة القلع.. كان الباقي قيمة الشجر المستحق القلع؛ فإن كانت قيمة الأرض: مائة، وقيمة الشجر المقلوع: عشرة، وأجرة القلع: درهم.. بقي بعد إخراج الدرهم تسعة، فالأرض مع الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم، فيضمن المالك التسعة. انتهى.

فظهر: أن المضمون ههنا: هو قيمة الشجر أو البناء المستحق القلع، لا قيمته مقلوعاً، ولهذا قال المصنف: مأموراً بقلعها لا مقلوعاً، فما وقع في بعض المحل لفظة «مقلوعاً»: ليس على ما ينبغي.

وَإِن صبغَ الثَّوْبَ أَحْمَرَ، أَو أصفرَ، أَو لَتَّ السَّويقَ بِسمنٍ.. فالمالكُ إِن شَاءَ ضَمَّنَهُ قيمَةَ ثَوْبِهِ أَبيضَ، وَمثلَ سَوِيقهِ، أَو أَخذَهُما وَضَمِنَ مَا زَادَ الصِّبْغُ وَالسَّمنُ.

(**وإن صبغ الثوب أحمر أو أصفر أو لتَّ السويق بسمن.. فالمالك**)؛ أي: صاحب الثوب والسويق: مخير؛ (**إن شاء.. ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل سويقه، أو أخذهما**)؛ أي: الثوب والسويق (وضَمِن) المالك للغاصب - هو من الضمان لا من التضمين - (**ما زاد الصبغ والسمن**).

وقال الشافعي: في الثوب: يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان، وسلمه إلى صاحبه.

وإن انتقص بذلك قيمة الثوب.. فعليه ضمان النقصان؛ لأن الغاصب متعد، فلا يكون لفعله عبرة، والتمييز [ممكن][1] فصار نظير الغرس والبناء في الأرض.

بخلاف السمن في السويق؛ لتعذر التمييز.

ولنا: أن الصبغ مال متقوم كالثوب، وبجنايته لا يسقط تقوم ماله، فيجب صيانة حقهما ما أمكن، فكان صاحب الثوب أولى بالخيار؛ لأنه صاحب أصل، والآخر: صاحب وصف، وهو قائم بالأصل.

وكذا السويق أصل، والسمن تبع، ولهذا يقال: سويق ملتوت، فيخير صاحبه؛ لتعذر التمييز.

بخلاف البناء؛ لأن التمييز ممكن فيه بالنقض، وله وجودٌ بعد النقض، فأمكن إيصال [٥٩٣/ب] حق كل واحد منهما إليه، والصبغ يتلاشى بالغسل، فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه.

وبخلاف [ما] إذا انصبغ من غير فعل أحد؛ كإلقاء الريح.. حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار، بل يؤمر صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ إلى صاحبه؛ لأنه لا

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٥/٢٣٠).

وَإِن صَبَغَهُ أَسودَ.. ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ أَبيضَ، أَو أَخذَهُ بِلَا ردِّ شَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ نقص.

وَعِنْدَهُمَا: الْأَسودُ كَغَيْرِهِ، وَهُوَ اخْتِلَافُ زَمَانٍ.

جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب.

والجواب في لت السويق: كالجواب في الصبغ، إلا أنه يضمن مثل السويق، وفي الصبغ: قيمته؛ لأن السويق والسمن من ذوات الأمثال، بخلاف الصبغ والثوب.. فإنهما من ذوات القيم.

وقال في «الكافي» نقلاً عن «المبسوط»: يضمن قيمة سويقه؛ لأنه يتفاوت بتفاوت القلي، فلم يبق مثلياً كما الخبز.

وقال أبو عصمة في مسألة الغصب: إن شاء رب الثوب.. باع، فيُضرِبُ كلُّ واحد منهما بقيمة ماله، وهذا طريق حسن إلى وصول [حق][1] كل واحد منهما إلى صاحبه.

ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ بنفسه بلا صبغ أيضاً.

(**وإن صبغه**)؛ أي: الثوب المغصوب (**أسود.. ضمَّنه**) - من التضمين - أي: ضمَّن المالكُ الغاصبَ (**قيمته**)؛ أي: قيمة ثوبه حال كون الثوب (**أبيض**)، فيكون الثوب للغاصب.

(**أو أخذه**)؛ أي: أخذ المالكُ الثوبَ من الغاصبِ (**بلا رد شيء**) على الغاصب من أجرة صبغه وقيمته؛ (**لأنه**)؛ أي: الأسود (**نقص**)، وهذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: الأسود كغيره**) في كونه زيادة.

قالوا: (**وهو اختلاف زمان**):

ففي زمان أبي حنيفة: كانوا يمتنعون عن لبس السواد فقال: إنه نقص.

وفي زمانهما: كانوا يلبسون السواد وقالوا: إنه مثل الأحمر في الزيادة.

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٥/٢٣٠).

فكلٌّ أجاب بما شاهد من عادة أهل زمانه، ولا خلاف فيه بينهما في الحقيقة.

وقال بعض مشايخنا: إن كان ثوباً ينقصه السواد.. فهو نقص، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد.. فهو كالحمرة.

وكذلك إن كان ثوباً ينقصه الحمرة.. فهو نقصان، وإن كان ثوباً يزيد فيه الحمرة أو الصفرة.. فهو زيادة.

ولهذا لم يقيدوا الصبغ في بعض الكتب بالحمرة والسواد أو غيرهما، بل ذكروا المسألة على إطلاق الصبغ؛ كما وقع في عبارة «الكنز».

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِن غَيَّبَ مَا غَصَبَهُ وَضَمِنَ قِيمَتَهُ.. مَلَكَهُ مُسْتَنداً إِلَى وَقتِ الْغَصْبِ، .....

(فَصْلٌ)

(وإن غيب ما غصبه وضمن قيمته.. ملكه) الغاصب (**مستنداً إلى وقت الغصب**).

اعلم: أن الأحكام تثبت بطرق أربعة على ما في «المستصفى»: **الاقتصار**: كما إذا أنشأ الطلاق والعتاق مثلاً.

والانقلاب: وهو انقلاب ما ليس بعلة علة؛ كما إذا علق الطلاق والعتاق بالشرط، فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة [٥٩٤/أ] علة؛ فإن الجزاء علة للحكم عند وجود الشرط عندنا.

والاستناد: وهو أن يثبت في الحال، ثم يستند قهقرياً؛ كالمضمونات: تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى وقت وجوده، وكطهارة المستحاضة والمتيمم تنقض عند خروج الوقت ورؤية الماء مستنداً إلى وقت الحدث، ولهذا.. قلنا: لا يجوز المسح لهما.

والتبيين: وهو أن يظهر في الحال: أن الحكم كان ثابتاً من قبل؛ مثل أن يقول في اليوم: إن كان زيد في الدار فأنت طالق، وتبين في الغد وجوده فيها.. يقع الطلاق في اليوم، ويعتبر ابتداء العدة منه.

وكما إذا قال لامرأته: إذا حضت فأنت طالق، فرأت الدم.. لا يقضى بوقوع الطلاق ما لم يمتد ثلاثة أيام؛ فإذا تم ثلاثة أيام .. حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت.

والفرق بين التبيين والاستناد:

أن في التبيين: يمكن أن يطلع عليه العباد.

وفي الاستناد: لا يمكن.

وَتَسلَمُ له الأَكسابُ دونَ الْأَوْلَادِ.

وَالْقَوْلُ فِي الْقِيمَةِ لِلْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ إِن لَم يُبَرْهِنْ مَالِكَهُ على الزِّيَادَةِ.

وفي الحيض يمكن الاطلاع عليه بشق البطن، فيعلم أنه من الرحم.

وكذا: تشترط المحلية في الاستناد دون التبيين.

وكذا: الاستناد يظهر أثره في القائم دون المتلاشي، وأثر التبيين يظهر فيهما.

(ويسلَم) - من السلامة - (له)؛ أي: للغاصب (**الأكساب دون الأولاد**)، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يملكه؛ لأن الغصب عدوان محض، وما هو كذلك - لا يصلح سبباً للملك؛ لأنه نعمة؛ كما لو غصب مدبراً وغيبه وضمن قيمته؛ فإن الغاصب لا يملكه بالاتفاق.

ولنا: أن المالك ملك البدل بكماله بالضمان وهو القيمة، والبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك، وكل من ملك بدل شيء كذلك - أي: قابل للنقل من ملك إلى ملك - خرج المبدل عن ملكه ودخل في ملك صاحب البدل؛ رفعاً للضرر عن مالك البدل.. فثبت: أن الغاصب ملك بالضمان، ولكنه بطريق الاستناد، حتى ملك الأكساب لكونها تبعاً من كل وجه، بخلاف المدبر؛ لأنه غير قابل للنقل من ملك إلى ملك؛ لحق المدبر.. فلا يقاس عليه ما نحن فيه.

فإن قيل: إن المولى لو باع المدبر وحكم القاضي بجواز بيعه.. ينفذ البيع ويملكه المشتري ويفسخ البيع، فثبت: أن المدبر قابل للنقل من ملك إلى ملك.

أجيب: بأن هذا إنما كان في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه.. فحينئذٍ كان البيع مصادفاً للقن بالقضاء لا للمدبر؛ أما ما نحن فيه.. فلم ينفسخ التدبير.

(**والقول في القيمة للغاصب مع يمينه إن لم يبرهن مالكه على الزيادة**) [٥٩٤/ب].. فحينئذٍ يكون القول للمالك؛ لأنه أثبت بالحجة الملزمة.

فَإِن ظَهَرَ وَقِيمَتُهُ أَكثَرُ وَقد ضَمِنَهُ بقولِ الْمَالِكِ، أَو ببرهانِهِ، أَو بِالنُّكُولِ.. فَهُوَ لِلْغَاصِبِ، وَلَا خِيَارَ لِلْمَالِكِ.

وإن عجز عن إقامة البينة، وطلب يمين الغاصب، وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب.. لم تقبل بينته، بل يكلف على دعواه؛ لأن بينته تنفي الزيادة، والبينةُ القائمة على النفي لا تُقبل. كذا قالوا.

وقال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل هذه البينة لإسقاط اليمين؛ كالمودع إذا ادعى رد الوديعة.. فإن القول قوله.

ولو أقام البينة على ذلك.. قبلت لإسقاط اليمين.

وكان أكثر مشايخنا فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة، وهو الصحيح؛ لأن المودع ليس عليه إلا اليمين، وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة؛ كما إذا وجد القتيل في محلة، فادعى أهل المحلة أنه قتل رجل آخر من محلة أخرى وأقاموا البينة من غير المحلة التي وجد فيها القتيل على ذلك الرجل الآخر بالقتل.. فإن هذه البينة مقبولة من أهل المحلة لإسقاط اليمين ودفع الخصومة عنهم؛ لأنه ليس عليهم إلا اليمين، وبإقامة البينة: أسقطوها.

وأما الغاصب.. فعليه ههنا اليمين والقيمة، وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين، فلا يكون في معنى المودع.

(**فإن ظهر**) العين المغصوب الذي غيبه الغاصب وقد ضمن قيمته، (**وقيمته**) التي ضمنها (**أكثر**) مما ضمنه الغاصب، (**وقد ضمنه**) الغاصب (**بقول المالك أو ببرهانه أو بالنكول**)؛ أي: نكول الغاصب عن اليمين (.. **فهو**)؛ أي: العين المغصوب (**للغاصب، ولا خيار للمالك**)؛ لأن الغاصب من له الملك بسبب اتصل به رضى المالك؛ حيث ادعى هذا المقدار من القيمة، فيكون للغاصب بلا خيار للمالك.

وَإِن ضَمِنَهُ بقولِهِ.. فالمالكُ:

إِن شَاءَ أَمضى الضَّمَانَ.

أَو أَخذَهُ ورَدَّ عِوَضَهُ.

وَلَو بَرهَنَ كُلٌّ مِنَ الْمَالِكِ وَالْغَاصِبِ على الْهَلَاكِ عِنْدَ الآخَرِ.. فَبَيِّنَةُ الْغَاصِبِ أَولى.

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(**وإن ضمنه**) الغاصب (**بقوله**)؛ أي: بقول الغاصب مع يمينه؛ سواء كانت قيمته أكثر مما ضمنه أو مثله أو زائد على ما في «العناية» في ظاهر الرواية (.. **فالمالك**) مخير:

(**إن شاء أمضى الضمان، أو أخذه**)؛ أي: العين المغصوب (**ورد عوضه**)؛ لأنه لا يتم رضاه بهذا المقدار؛ حيث يدعي الزيادة، وأخذُه دون الزيادة: لا يدل على تمام الرضاء؛ لأنه إنما أخذه لضرورة عدم محبته على الزيادة.

(**ولو برهن كلٌّ من المالك والغاصب على الهلاك عند الآخر.. فبينة الغاصب أولى**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**خلافاً لأبي يوسف**).

قال في «قاضي خان»: رجل غصب دابة فهلكت، فأقام صاحبها البينة أنها هلكت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب بينة أنه ردها وماتت عند صاحبها.. كانت بينة صاحبها أولى، ويقضي على الغاصب بالقيمة.

وكذا لو شهد شهود صاحبها: أن [٥٩٥/أ] الغاصب قتلها، أو كان المغصوب داراً فأقام صاحبها البينة: أن الغاصب هدم الدار، وأقام الغاصب بينة أنه ردها على صاحبها.. كانت بينة صاحبها أولى؛ لأن القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد على المالك، فيجعل كأن الغاصب ردها، ثم قتل الدابة وهدم الدار، فكانت بينة صاحبها أولى؛ لأنها تثبت سبباً حادثاً للضمان.

وَمَن غصبَ عَبداً فَبَاعَهُ فَضَمِنَهُ.. نَفَذَ بَيْعُهُ.

وَإِن أَعْتَقَهُ فَضَمِنَهُ.. لَا ينفذُ عِتقُهُ.

ولو أقام صاحبها البينة: أنها ماتت عند الغاصب، وأقام الغاصب بينة: أنه ردها وماتت عند صاحبها.. قال أبو يوسف: بينة صاحبها أولى؛ لما قلنا.

وقال محمد: يقضى ببينة الغاصب؛ لأنها قامت على الإثبات، وهو إثبات فعل الرد، وليس في بينة صاحبها إثبات فعل على الغاصب، ولا إثبات سبب الضمان بعد الغصب، بخلاف الأول. انتهى.

فظهر منه وجه الطرفين، وأن بينة الغاصب أولى عندهما ليس في جميع الصور كما فهم من كلام المصنف، بل في الصورة الثالثة.

وأما في الصورتين الأوليين: فبينة المالك أولى بالاتفاق.

قال في غصب «التاتارخانية»: إذا ماتت الدابة المغصوبة ووقع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه، فقال الغاصب: رددت الدابة عليك ونفقت عندك، وقال رب الدابة: لا، بل نفقت عندك من ركوبك، ولم يكن لواحد منهما بينة.. فالقول قول رب الدابة؛ كما لو قال: أكلت مالك بإذنك، وأنكر صاحب المال.. كان القول قوله.

وإن أقاما جميعاً البينة:

أقام رب الدابة أنها نفقت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب أنه قد ردها عليه، ثم ماتت في يده.. فإن الغاصب يضمن قيمتها.

وما ذكروا: أنه لا ضمان على الغاصب: قول محمد.

أما على قول أبي يوسف.. فهو ضامن. انتهى.

فظهر منه: أن ما ذكره «قاضي خان» في المسألة الأولى: من أنه يقضى على الغاصب بالقيمة: قول أبي يوسف، لكن كون البينة للمالك اتفاقاً: يقتضي أن القول بالضمان على الغاصب اتفاقي أيضاً.

(ومن غصب عبداً فباعه، فضمنه.. نفذ بيعه، وإن أعتقه فضمنه.. لا ينفذ عتقه).

وزوائدُ الْمَغْصُوبِ غيرُ مَضْمُونَةٍ، مَا لَم يَتَعَدَّ فِيهَا، أَو يمْنَعَهَا بِعدَ طلبِ الْمَالِكِ إِيَّاهَا.

سَوَاءٌ كَانَت مُتَّصِلَةً؛ كالحُسنِ وَالسِّمَنِ، أَو مُنْفَصِلَةً؛ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ ......

والفرق بينهما: أن ملك الغاصب ناقص؛ لأنه ثبت مستنداً أو ضرورة؛ لاجتماع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد وهو المالك، وكل ما ثبت مستنداً أو ضرورة.. ثابت من وجه دون وجه، ولهذا.. لا يظهر الملك للغاصب في حق الأولاد، ويظهر في حق الأكساب على ما تقدم، وذلك:

لأن الولد أصل من وجه قبل الانفصال [٥٩٥/ب]، وبعده أصل من كل وجه.

والكسب تبع من كل وجه؛ لكونه بدل المنفعة، وهي تبع محض؛ فإذا كان ثابتاً من وجه دون وجه.. كان الملك ناقصاً، والملك الناقص: يكفي لنفوذ البيع دون العتق.

ألا ترى: أن البيع ينفذ من المكاتب - بل من المأذون - دون العتق.

وقيد المسألة بإعتاق الغاصب، ثم تضمينه: احترازاً عن إعتاق المشتري من الغاصب، ثم ضمنه الغاصب، وأجاز المالك البيع.. فإن فيه روايتين:

في رواية: يصح إعتاق المشتري.

وفي رواية: لا يصح.

والأول: أصح على ما في «العناية» و«الزيلعي».

(وزوائد المغصوب غير مضمونة.. ما لم يتعد فيها)؛ أي: الزوائد؛ كإتلاف ثمرة الأشجار التي غصبها بالأكل والبيع؛ فإن الإتلاف تعدٍ.. فيضمن.

(أو يمنعها بعد طلب المالك إياها)؛ لأنها أمانة في يد الغاصب؛ لأنها ليست بمغصوبة، فتكون أمانة، والأمانات لا تضمن إلا بالتعدي أو بالجحود بعد الطلب.

(سواء كانت) الزوائد (متصلة كالحسن والسمن، أو منفصلة كالولد) للجارية (والثمرة) للشجرة المغصوبة والبستان المغصوب.

وقال الشافعي: زوائد المغصوب مضمونة؛ متصلة كانت أو منفصلة لوجهين:

أحدهما: أنها متولدة من عين مضمونة، فتكون مضمونة؛ لما عرف: أن الأوصاف الشرعية تسري من الأصل إلى ما يتولد منه.

ألا ترى: أن ولد أم الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة: يسري إليه حكم أمه؛ حتى يكون حكمه كحكمها، وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم: يسري إليه حكم أمه؛ حتى يضمنه بالإتلاف مثل أمه.

والثاني: أن الغصب عنده: إثبات اليد على ملك الغير بغير رضاه، وقد تحقق ذلك في الزوائد حسب تحققه في الأصل، فكان مضموناً كالأصل.

ولنا: أن الغصب: إثبات اليد المبطلة على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما تقدم، وإثبات اليد على ذلك الوجه لم يتحقق في الزوائد؛ لأنها كانت ثابتة على هذه الزوائد حتى يزيلها الغاصب، فلم يتحقق الغصب فيها.. فلا يضمن إلا بالتعدي أو بالجحود بعد الطلب؛ لأن الجحود حينئذ تعد أيضاً.

فإن قيل: فعلي هذا.. ينبغي أن يضمن ولد الجارية المغصوبة حاملاً؛ لأن اليد كانت ثابتة عليه، وليس كذلك؛ فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل، فحبلت في يد الغاصب وولدت: في عدم ضمان الولد على ما روي في «الأسرار».

أجيب [٩٩٦/أ] عنه: بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال، بل يعد عيباً في الأمة.. فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير.

ولو سلم ذلك.. لكنه لا إزالة ثمة ظاهراً؛ إذ الظاهر: عدم المنع عند الطلب، حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه بأن أتلفه أو ذبحه أو باعه وسلمه أو أكله فيما أكله.. قلنا بالضمان أيضاً.

وما ذكره: من أن الأم مضمونة البتة والأوصاف الشرعية تسري من الأصل إلى ما يتولد منه كالحرية والرق والملك.. قلنا: ذلك في الأوصاف القارة في الأم

وإِن نقصتِ الجاريةُ بالولادةِ في يدِ الغاصبِ.. ضَمِنَ نقصانَها.

وَيُجْبَرُ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ أَو بالغُرَّةِ ....

كالمذكورات، والضمان ليس بصفة قارة في الأم، بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب؛ فإن وصف به المال.. كان مجازاً.

وقياسه على الظبية المخرجة: فاسد؛ لأنه: **إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال.. فهو ظاهر الفساد؛** لأنه لا ضمان فيه عندنا؛ لعدم العلة، وهو المنع.

وإن قاس عليها بعد التمكن منه.. فهو كذلك؛ لأن الضمان فيه اعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع، لا باعتبار أن الأم مضمونة وإن أطلق.

وقيل: بوجوب الضمان في ولد الظبية؛ سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده؛ فهو ضمان جناية إتلاف؛ لأن صيد الحرم كان آمناً في الحرم صيداً، وذلك في بعده عن أيدينا، فالوقوع في أيدينا: تلف؛ لمعنى الصيدية.. فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا، ولهذا: يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية؛ فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم، ثم أرسله فيه، ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم.. وجب جزاء آخر.

ثم اعلم: أن الأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب: ليست من نمائة وزوائده، فلا يضمن بالتعدي؛ لأنها عوض عن منافع المغصوب، ومنافعه غير مضمونة عندنا، فكذا: بدلها، إلا في مال الوقف على ما سيأتي مصرحاً في إجارات «البزازية» و«القنية» وإلى هذا أشار المصنف بقوله: «وزوائد المغصوب».

(وإن نقصت الجارية بالولادة في يد الغاصب.. ضمن نقصانها)؛ أي: نقصان الجارية الحاصل بالولادة؛ لأن الجارية بسبب الغصب: دخلت في ضمان بجميع أجزائها، وقد فات جزء من مضمون منها، فيكون مضموناً عليه؛ كما لو فات كلها.

(ويجبر) النقصان الحاصل في الجارية **(بقيمة الولد أو بالغرة)**، كذا في «المختار»، والمراد بالغرة: العبد أو الأمة.

إن وَفَت.

وقال في «المغرب»: غرة المال: خياره؛ كالفرس والإبل والعبد والأمة، ومنها الحديث: «وجعل في الجنين غرة»؛ أي: [٥٩٦/ب] عبداً أو أمة. انتهى.

(**إن وفت**) القيمة أو الغرة؛ يعني: لو ردت الجارية والولد معاً وقد نقصت قيمة الجارية بالولادة، وفي قيمة الولد وفاء بنقصانها.. ينجبر النقصان بقيمة الولد ولم يضمن الغاصب شيئاً.

وكذا: لم يضمن الغاصب شيئاً لو كان في غرة الولد وفاء بذلك النقصان؛ لأن الغرة كالولد؛ لقيامها مقامه لوجوبها بدلاً عنه.

وإن لم يكن في قيمة الولد أو الغرة وفاء بنقصان الجارية.. تسقط حصة قيمة الولد أو الغرة ويضمن الباقي من النقصان. هذا عندنا.

وقال زفر والشافعي: لا ينجبر النقصان بقيمة الولد أو بالغرة؛ لأن الولد ملكه، فكيف ينجبر ملكه بملكه؟! فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم:

كما لو هلك الولد قبل الرد، أو هلكت الأم بالولادة أو غيره من الأسباب وفي قيمة الولد وفاء.

وكما لو جز صوف شاة غيره، أو قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره، أو خصى عبد غيره فازدادت قيمته بالخصي، أو علمه حرفة فأضناه التعليم وازدادت به قيمته.. فإنه ينجبر: الصوف بالصوف، والقوائم بالقوائم، ولا ما نقص من الجز.

والخصي والتعليم: بما زاد من القيمة فيه، بل يضمن الجزء الفائت.

ولنا: أن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو العلوق عند أبي حنيفة، والولادة عند أبي يوسف ومحمد.

وعند اتحاد السبب.. لا يعدّ النقصان نقصاناً؛ لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان معاً؛ أعني: حدوث مالية الولد، وفوات جزء من مالية الأم.. كانت

إن وَفَت.

وَلَو زنى بِأمةٍ غَصَبهَا فَردَّهَا حَامِلاً فَولدَتْ فَمَاتَتْ بهَا.. ....

الزيادة خلفاً عن النقصان؛ كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه.. جعل الثمن خلفاً عن مالية المبيع؛ لاتحاد السبب وتأثيره فيهما معاً.

حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته، فقضى القاضي به، ثم رجعا.. لم يضمنا شيئاً؛ لأن الفوات إلى خلفه كلا فوات، فكانوا بشهادتهم أخلفوا قدر ما أتلفوا بها.. فلا يعد ذلك إتلافاً منهم.

ونظيره: ما إذا غصب جارية سمينة، فهزلت ثم سمنت، أو سقطت سنها، ثم نبتت، أو قطع يد المغصوب في يده، وأخذ أرشها وأداه مع العبد إلى مالكه، يحسب عن نقصان القطع.. ولم يعتبر النقصان؛ لكونه إلى خلفه.

وقولهما: «كولد الظبية».

قلنا: لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد، وكذا لا نسلم أن الأم إذا ماتت.. لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيها وفاء.

وقولهما: «وكما لو هلك [٥٩٧/أ] الولد قبل الرد».

قلنا: إن كلامنا فيما إذا ردت الأم بنقصان الولادة - هل ينجبر النقصان برد الولد؟

وإذا كان الولد هالكاً.. كيف ينجبر النقصان به؟

والخصي لا يعد زيادة في الشرع؛ لأنه غرض بعض الفسقة، فلم يكن له اعتبار في الشرع.

وما وراء ذلك من المسائل.. فليس فيه اتحاد السبب؛ لأن سبب النقصان: القطع والجز، وسبب الزيادة: النمو، وسبب النقصان: التعليم، وسبب الزيادة: الفهم، فلا تتصل بمحل النزاع؛ لأن محل النزاع ما اتحد فيه السبب.

(**ولو زنى بأمة غصبها، فردها حاملاً، فولدت، فماتت بها**)؛ أي: بسبب الولادة

ضَمِنَ قيمتَهَا يَوْمَ عُلُوقِها. بِخِلَافِ الْحُرَّةِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يضمنُ فِي الْأَمَةِ أَيْضاً.

(.. **ضمن قيمتها يوم علوقها، بخلاف الحرة**).

(**وعندهما: لا يضمن في الأمة أيضاً**).

قال في «الجامع الصغير»: محمد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة: في الرجل يغصب الجارية فيزني بها، ثم يردها فتحبل وتموت في نفاسها.. قال: هو ضامن لقيمتها يوم علقت، وليس عليه في الحرة ضمان.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعدما ردها.

وهكذا ذكره في «الهداية» و«الوقاية» أيضاً، وتابعهم المصنف في قول في ردها حاملاً؛ حيث قدم الرد على الحبل؛ لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد.

وقال في «العناية»: وقد وقع في عامة النسخ: بتقديم الحبل على الرد، ففي عامة النسخ: لا بيان للمعنى المذكور هذا.

لهما: أن الرد إلى مالكها قد صح؛ لأنه أوصل الحق إلى المستحق، وصحته توجب البراءة عن الضمان.

فإن قيل: لا نسلم أن الرد صح.. كيف وأنها هلكت بسبب كان عنده لا عند المالك؟

أجيب: بأن الهلاك كان بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة عنده، لا بسبب كان عند الغاصب، والهلاك بسبب كان عند المالك: لا يوجب ضمان القيمة على الغاصب، لكنه يوجب ضمان نقصان الحبل، والكلام في ضمان القيمة.

كما إذا حبلت في يد الغاصب، ثم ردها إلى مالكها، فهلكت في يد المالك.

أو زنت في يد الغاصب فردها، فجلدت، فهلكت منه.. لا يضمن، على ما سيصرح بهما.

وَلَو ردَّهَا محمومةً فَمَاتَتْ.. لَا يضمنُ.

وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل، فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها.. فإنه لا يرجع على البائع بالثمن.

ولأبي حنيفة: أن الرد لم يكن صحيحاً؛ لأن الصحيح منه: ما يكون على الوجه الذي أخذه، ولم يوجد ههنا؛ فإنَّه غصَبَها خالية عن سبب التلف، وردَّها مع سبب التلف، فصار كما إذا جنت في يد الغاصب، فقتلت بها [٥٩٧/ب] في يد المالك أو دفعت بها؛ بأن كانت الجناية خطأً.. فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة. فكذا هذا.

بخلاف الحرة إذا زنى بها رجل مكرهةً، فحبلت وماتت في نفاسها.. لا تضمن؛ لأن الحرة لا تضمن بالغصب.

ولهذا: لو هلكت الحرة عنده.. لا تضمن.

وقولهما: «وكمن اشترى جارية.. إلى آخره».

قلنا: إن الواجب على البائع في فصل الشراء: هو تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد:

إن كان وقت العقد سليماً.. يجب عليه التسليم سليماً.

وإن كان معيباً.. يجب عليه التسليم معيباً.

وقد كان المبيع ههنا معيباً وقت العقد بالحمل، فوجب تسليمه كذلك، وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم الواجب.

وأما في الغصب: فسلامة المغصوب شرط لصحة الرد، فما لم يرد مثل ما أخذ.. فالرد فاسد، فافترقا.

وأما مسألة الحمَّى والزنا فسنبينه في شرح قوله: (ولو ردها)؛ أي: الأمة المغصوبة (محمومة، **فماتت**) في يد المالك (.. **لا يضمن**) الغاصب قيمتها؛ لأن سبب موتها ما بها من الحمى والضعف وقت الموت، ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب.. فلا يضمن بالشك.

وَكَذَا لَو زَنَت عِنْدَهُ فَردَّهَا فجُلِدَت فَمَاتَتْ مِنْهُ.

وَلَا يضمَنُ مَنَافِعَ مَا غصبَهُ؛ سَوَاءٌ سكنَهُ أَو عطَّلَهُ.

(وكذا)؛ أي: لا يضمن **(لو زنت)** الأمة المغصوبة **(عنده)**؛ أي: عند الغاصب، **(فردها فجلدت)** عند المالك، **(فماتت منه)**؛ أي: من الجلد؛ لأن الزنى الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم، لا الجارح ولا المتلف، ولمّا جلدت في يد المالك بجلد متلف.. كان غير ما وجب في يد الغاصب، فلا يضمن.

(ولا يضمن منافع ما غصبه)، والمراد بالمنافع: هي الأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب واستعماله، لا الزوائد المتولدة من المغصوب؛ متصلة أو منفصلة؛ لأن حكم الزوائد قد تقدم بيانه من قبل.

(سواء سكنه) أو آجره أو استعمله **(أو عطله)**؛ بأن يترك معطلاً من غير استعمال واستغلال.

وقال الشافعي: إنها مضمونة بأجر المثل؛ سواء سكنه أو عطله.

وقال مالك: سكنها واستعملها.. يلزم أجر المثل، وإن عطلها.. لا يلزم شيء.

واستدل الشافعي: بأن المنافع: أموال متقومة؛ لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي، ويضمن بالعقود كالأعيان؛ صحيحة كانت العقود أو فاسدة، فكذا بالغصوب؛ لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقوماً؛ كما لو رد العقد على الميتة.

ولنا: أن المنافع حصلت على ملك الغاصب؛ لأنها حصلت في تصرفه وكسبه [٥٩٨/أ]، وما حدث في تصرف الرجل وكسبه.. فهو ملكه؛ دفعاً لحاجته؛ فإن الملك لم يثبت للعبد.. إلا دفعاً لحاجته؛ فإذا حصلت في ملكه.. لا يضمن؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه.

ولو سلم حدوثها على ملك المالك.. لكن لا يتحقق غصبها وإتلافها؛ لعدم بقائها؛ إذ الأعراض لا تبقى.

إِلَّا فِي الْوَقْفِ.

وَلَا خمرَ الْمُسلِمِ، أَو خنزيرَهُ بِالْإِتْلَافِ.

وَضمنَ الْقِيمَةَ فيهِمَا لَو كَانَا لذِمِّيّ.

ولو سلم تحقق غصبها وإتلافها.. لكن شرط ضمان العدوان: المماثلة نصاً وإجماعاً، والمنافع تماثل الأعيان؛ لسرعة فنائها وبقاء الأعيان.

(إلا في الوقف)، وكذا في مال اليتيم والمعد للاستغلال.. فإنه يلزم أجر المثل في هذه الثلاثة، إلا أن شبهة الملك أو العقد أسقطت الضمان في المعد للاستغلال لا في مال الوقف واليتيم، على ما في إجارات «البزازية».

قال في «العمادية» نقلاً عن ظهير الدين: الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة: بالضمان؛ كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف: بالضمان.

ثم قال في «فوائد» صاحب «المحيط»: اشترى داراً وسكنها، ثم ظهر لها وقف أو كانت للصغير.. يجب عليه أجر المثل؛ صيانة لمال الوقف والصغير.

(ولا) يضمن أيضاً **(خمر المسلم أو خنزيره بالإتلاف)**؛ سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً.. فإنه لا ضمان عليهما بالإجماع، على ما في «العناية»؛ لعدم تقومهما في حق المسلم، والضمان: في المتقوم.

(وضمن القيمة فيهما)؛ أي: في الخمر أو الخنزير **(لو كانا لذمي)**؛ لأنهما مال في حقه، فيضمنه المتلف؛ سواء كان مسلماً أو ذمياً.

وقال الشافعي: لا ضمان على المتلف أيضاً؛ لأنه سقط تقومهما في حق المسلم، فكذا في حق الذمي؛ لأنهم أتباع لنا في الأحكام؛ قال ﷺ: «إذا قبلوا عقد الذمة.. فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم»؛ فإذا سقط تقومهما.. لا يجب بإتلافهما مال متقوم، وهو ما يضمن به.

ولنا: أن التقوم باق في حقهم؛ إذ الخمر لهم كالخل لنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا؛ فإذا وجد التقوم.. فيكون متلفاً لمال متقوم مملوك.. فيضمنه المتلف.

وَإِن أَتلفَ ذمِّيٌّ خمرَ ذمِّيٍّ.. ضَمِنَ مثلَهَا.

وَلَا ضَمَانَ بِإِتْلَافِ الْميتَةِ وَلَو لذِمِّيٍّ.

وَلَا بِإِتْلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عمداً وَلَو لِمَن يبيحُهُ.

وَإِن غصبَ خمرَ مُسلمٍ فخلَّلها بِمَا لَا قيمَةَ لَهُ.. أَخذَهَا الْمَالِكُ بِلَا شَيْءٍ.

إلا أن متلف الخمر:

لو كان مسلماً.. يضمن قيمته لا مثله وإن كان مثلياً؛ لأن المسلم ممنوع عن تملكه وتمليكه.

ولو كان ذمياً.. يضمن مثله، وإليه أشار بقوله: (**وإن أتلف ذمي خمر ذمي.. ضمن مثلها**)؛ لأنها من المثليات، والذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتمليكه، فيضمن مثلها.

بخلاف المسلم؛ فإنه ممنوع عن تملكه وتمليكه، فيضمن قيمته.

(**ولا ضمان بإتلاف الميتة ولو**) وصلية (**للذمي**).

وكذا لا ضمان بإتلاف الدم؛ لأن أحداً من أهل الأديان [٥٩٨/ب] لا يدين تمولهما.

(**ولا بإتلاف متروك التسمية عمداً ولو**) وصلية (**لمن يبيحه**) من المسلمين؛ لأن ولاية المحاجة والسيف ثابتة، فيكون ميتة في حقهم.

فعلم منه: حكم متروك التسمية عمداً لمن يبيحه بطريق الأولى.

(**وإن غصب خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له**) بأن نقلها من الشمس إلى الظل، أو من الظل إلى الشمس، كذا في «الزيلعي».

(.. **أخذها**)؛ أي: الخل (**المالك بلا شيء**)؛ لأن التخليل تطهير لها؛ بمنزلة غسل الثوب النجس، فيبقى على ملك المالك؛ لأن المالية لم تثبت بفعله، ولم يتصل له مال متقوم من الغاصب.

فَلَو أتلفَهَا الْغَاصِبُ.. ضمنَهَا.

لَا لَو تَلفَتْ.

وَإِن خلَّل بِإِلقاءِ ملحٍ.. ملكَهَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَعِنْدَهُمَا: يَأْخُذُهَا الْمَالِكُ إِن شَاءَ، وَيردُّ قدرَ وزنِ الْملحِ مِنَ الْخلِّ.

فَلَو أتلفَهَا الْغَاصِبُ.. لَا يَضمنُ.

خلافاً لَهما.

(**فلو أتلفها**)؛ أي: الخل (**الغاصب.. ضمنها**)؛ لأنه أتلف مال الغير (**لا لو تلفت**)؛ لعدم التعدي منه.

(**وإن خلل**) خمر المسلم (**بإلقاء ملح.. ملكها**) الغاصب، (**ولا شيء عليه**)؛ أي: على الغاصب؛ لأن الخمر لم يكن متقوماً والملح متقوم، وقد استهلكه بالخلط بالمتقوم، فيرجح جانب الغاصب، فيكون له بغير شيء هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يأخذها**)؛ أي: الخل (**المالك إن شاء، ويرد قدر وزن الملح من الخل**).

قال في «الزيلعي»: كأنهما اعتبرا الملح مائعاً؛ لأنه يذوب، فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان فيه عندهما.

ولو أراد المالك أن لا يأخذ الخل، بل يتركه عليه ويضمنه.. ففيه اختلاف المشايخ:

قيل: ليس له ذلك بالاتفاق.

وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: له ذلك، وسيأتي بيانه في دفع الجلد بما له قيمة.

(**فلو أتلفها الغاصب.. لا يضمن**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: إنه يضمن، وسيأتي وجه الطرفين في دفع الجلد بما له قيمة.

وَإِن خلَّلها بإلقاءِ خلٍّ.. ملكَهَا وَلَا شَيْءَ لِلْمَالِكِ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَكَذَا: عِنْدَ محمَّدٍ إن تخلَّلَتْ مِن ساعتِها.

وإِلَّا.. فالخلُّ بَينهمَا على قدرِ ملكِهِمَا.

(وإن خللها بإلقاء خل.. ملكها) الغاصب، **(ولا شيء للمالك عند الإمام)**؛ سواء صارت خلاً من ساعتها أو بمرور الزمان عليها؛ لأن الخلط استهلاك عنده، واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان، ولأنه لما ملكها بالخلط.. لا يضمن؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه.

(وكذا)؛ أي: هو للغاصب، ولا شيء للمالك **(عند محمد إن تخللت من ساعتها)**؛ لأنه استهلكه وملكه وهو غير متقوم، وإنما التقوم بعد كونه ملكاً له، فلا ضمان عليه.

(وإلا)؛ أي: وإن تخللت بعد زمان (.. **فالخل بينهما على قدر ملكهما**)؛ أي: كيلاً، على ما في «الهداية» و«الزيلعي»؛ لأنه لم يستلهك الخمر، فيصير في التقدير: كأنه خلط بالخل، والخلط ليس باستهلاك عند محمد وإن كان مائعاً؛ لأن الجنس لا يهلك بجنسه، هكذا ذكره في «الزيلعي».

ثم قال: وقيل: ظاهر الجواب في هذه المسألة: أنه يقسم بينهما على قدر حقهما؛ سواء صارت خلاً من ساعتها أو بعد حين.

أما عندهما: فلا يشكل [٥٩٩/أ]؛ لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

وكذلك عند أبي حنيفة؛ لأن الخلط إنما يوجب زوال الملك إذا كان يوجب الضمان، وههنا قد تعذر وجوب الضمان؛ لأن خمر المسلم لا يضمن بالإتلاف، فصار كما إذا اختلط بنفسه من غير صنعه. كذا في «الزيلعي».

وفي «الهداية»: وبعض المشايخ قال: إن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء؛ أي: سواء صار خلاً بإلقاء الملح أو بإلقاء الخل، وسواء تخللت من ساعتها أو بعد زمان.

وَإِن غصبَ جلدَ ميتَةٍ فدبغَهُ بِمَا لَا قيمَةَ لَهُ.. أَخذَهُ الْمَالِكُ بِلَا شَيْءٍ.

فَلَو أَتْلفَهُ الْغَاصِبُ.. ضمِنَ قِيمَتَهُ مدبوغاً.

وَقيل: طَاهِراً غيرَ مدبوغٍ.

وَإِن دبغَهُ بِمَا لَهُ قيمَةٌ.. يأَخذُهُ الْمالكُ وَيردُّ مَا زَادَ الدَّبغُ؛ بِأَن يُقَوَّمَ مدبوغاً وذكياً غيرَ مدبوغٍ.

وَيُرَدُّ فضلُ مَا بَينَهمَا. وللغاصبِ أَن يحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ.

(وإن غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له) كالتراب والشمس (.. **أخذه المالك بلا شيء**)؛ لأنه بمنزلة غسل الثوب على ما ذكرناه في مسألة الخمر.

(فلو أتلفه الغاصب.. ضمن قيمته مدبوغاً، وقيل): قيمته **(طاهراً غير مدبوغ)**؛ لأن وصف الدباغة: هو الذي حصله.. فلا يضمنه.

ووجه القول الأول: أن صفة الدباغة تابعة للجلد وهي غير متقومة منفردةً عن الجلد؛ فإذا أصاب الجلد مضموناً عليه بالإتلاف.. فكذا ما يتبعه من الصفة يكون مضموناً عليه تبعاً للأصل.

(وإن دبغه بما له قيمة) كالقرظ والعفص ونحو ذلك (.. **يأخذه**)؛ أي: الجلد **(المالك ويرد ما زاد الدبغ)**؛ أي: على الغاصب.

بخلاف ما إذا خلل خمر مسلم بما لا قيمة له.. حيث أخذها المالك بلا شيء على ما تقدم.

والفرق بينهما: أن التخليل نظير لها بمنزلة غسل الثوب النجس، فلا يتصل به مال متقوم على ما تقدم.

بخلاف دباغة الجلد بما له قيمة؛ فإنه اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب؛ كالصبغ في الثوب.. فيلزم رد ما زاد الدبغ.

ثم أشار إلى طريق معرفة ما زاد الدبغ بقوله: **(بأن يقوم)** الجلد **(مدبوغاً، وذكياً غير مدبوغ، ويرد فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه)**؛ لحق

وَإِن أَتْلَفَهُ.. لَا يضمنُ.

وَعِنْدَهُمَا: يَضمَنُهُ مدبوغاً إِلَّا قدرَ مَا زَادَ الدَّبغُ.

حبس المبيع للبائع للثمن، والرهن للمرتهن للدين.

هذا كله فيما إذا كان الجلد باقياً في يد الغاصب بعد الدبغ.

وأما إذا لم يكن باقياً.. فأشار إلى بيان حكمه بقوله: (**وإن أتلفه**)؛ أي: أتلف الجلد الغاصب (**.. لا يضمن**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يضمنه مدبوغاً إلا قدر ما زاد الدبغ**).

لهما: أن الجلد باق على ملك المالك، حتى كان له أن يأخذه؛ فإذا كان باقياً على ملكه وهو مال متقوم، وقد استهلكه.. يضمنه مدبوغاً بالاستهلاك؛ كما إذا خلل خمر مسلم بما له قيمة، ثم أتلفه على ما تقدم؛ فإذا ضمنه مدبوغاً.. يرده المالك ما زاد الدباغ فيه؛ لأنه مال الغاصب؛ كما [٥٩٩/ب] إذا غصب ثوباً فصبغه، ثم استهلكه.. يضمنه ويرد المالك ما زاد الصبغ فيه.

قال في «الزيلعي» و«العناية»: قولهما: «ويرده المالك ما زاد الدبغ فيه»: محمول على اختلاف الجنس؛ يعني: أن القاضي يقوم الجلد بالدراهم، والدباغ بالدنانير، فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الصبغ.

أما إذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير.. فيطرح عنه ذلك القدر.. ويأخذ منه الباقي؛ لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه.

ولأبي حنيفة: إنا لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه، وإنما حصل له التقوم بصنعة الغاصب، وصنعته تقوم لاستعماله مالاً متقوماً فيه، ولهذا.. كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ، فكان التقوم حقاً للغاصب، وكان الجلد تابعاً لصنعة الغاصب في حق المتقوم.

ثم الأصل وهو الصنعة.. غير مضمونة عليه بالإتلاف، فكذا: التابع؛ لئلا يلزم مخالفة الفرع الأصل؛ كما إذا هلك من غير صنعة؛ فإن عدم الضمان هناك: باعتبار

وَلَو تلفَ.. لَا يَضمَنُ اتِّفَاقاً.

وَمَن كسرَ لمُسلمٍ بُربُطاً، أَو طبلاً، أَو مِزْمَاراً، أَو دُفّاً، أَو أراقَ لَهُ سَكَراً، أَو منصِّفاً.. ضَمِنَ قِيمَتَهُ لغيرِ لَهوٍ.

وَيصِحُّ بيعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ.

أن الأصل - وهو الصنعة - غير مضمونة.. فكذلك الجلد.

وإلا.. فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك.

بخلاف الثوب المصبوغ؛ لأن التقوم فيه كان ثابتاً قبل الصبغ، فلم يكن الثوب تابعاً للصنعة؛ كما في الجلد المدبوغ بما له قيمة، والتقوم: يوجب الضمان بالإتلاف.

هذا، ولو كان الجلد المدبوغ بما له قيمة قائماً في يد الغاصب، فأراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته.. فهل له ذلك؟

قيل: ليس له ذلك بلا خلاف؛ لأن الجلد لا قيمة له، بخلاف الثوب؛ لأن له قيمة قبل الصبغ.. فلمالكه أن يرده على الغاصب ويضمنه قيمته.

وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: له ذلك.

(**ولو تلف**) الجلد المدبوغ بما له قيمة (**.. لا يضمن اتفاقاً**)؛ لما ذكرناه، من أن الأصل فيه: غير مضمونة.. فكذلك التبع، وهو الجلد.

(**ومن كسر لمسلم بربطاً**) هو آلة من آلات الطرب، (**أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً أو أراق له سَكَراً**)، هو: اسم للنيّء من ماء الرطب إذا اشتد.

(**أو منصَّفاً**)؛ أي: ما يذهب نصفه بالطبخ.

(**.. ضمن قيمته لغير لهو**).

ففي الطنبور: يضمن قيمة الخشب المنحوت، وكذا الحال في الطبل والدف.

وإنما لم يضمن المثل في السَّكَر والمنصف، مع أنهما من المثليات؛ لأن المسلم ممنوع من تملك عينه وتمليكه، وإن كان لو فعل.. جاز، ولذا: جاز بيعه عند أبي حنيفة، على ما دل عليه قوله: (**ويصح بيع هذه الأشياء**) عند أبي حنيفة.

وَقَالَا: لَا يَضمنُ، وَلَا يجوزُ بيعُهَا، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى.

وَمَن غصبَ مُدبَّرَةً فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ.. ضَمِنَ قيمتَهَا.

(**وقالا: لا يضمن**) هذه الأشياء بالإتلاف، (**ولا يجوز بيعها. وعليه الفتوى**) [٦٠٠/أ]؛ لأنها معدة للمعصية، فيسقط تقومهما؛ كالخمر، ولأنه فعله بإذن الشرع؛ لقوله ﷺ: «بعثت بتكسير المزامير وقتل الخنازير».

ولأبي حنيفة: أنه أتلف ما لا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو.. فلا تبطل قيمته لأجل اللهو؛ كاستهلاك الأمة المغنية؛ لأن الفساد مضاف إلى فعل فاعل مختار، وجواز البيع ووجوب الثمن مبنيان على المالية، وقد وجد ذلك.

بخلاف الصليب؛ حيث يضمن قيمته صليباً؛ لأنه مال متقوم عندهم، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون.

قيل: الخلاف المذكور: في الطبل والدف الذي يضرب للهو، وأما الدف والطبل الذي يباح ضربهما في العرس والغزو.. فيضمن بالاتفاق.

وفي «الاختيار»: لو أحرق باباً منحوتاً عليه نقوش.. ضمن غير منقوش؛ لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم، وإن كان مقطوع الرأس.. يضمن قيمته منقوشاً.

(**ومن غصب مدبرة، فماتت في يده.. ضمن قيمتها**) مدبرة بالاتفاق؛ لأنه أتلف مالاً متقوماً.. فهل يملكها بالضمان؟

قالوا: لا يملكها؛ لأنها لا تقبل النقل من ملك إلى ملك، وقد تقدم في كتاب العتاق.

وكذا الحال في المدبر.

ولو غصب المكاتب وهلك.. يضمن على ما ذكره «قاضي خان» في باب البيع الباطل.

لكن ذكر في جناية «مبسوط السرخسي»: أن المكاتب لا يضمن بالغصب والبيع الفاسد.

وَلَو أُمَّ ولدٍ.. فَلَا ضَمَانَ.

خلافاً لَهما.

وَلَو شقَّ الزِّقَّ لإراقةِ الْخَمرِ.. لَا يضمَنُهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

خلافاً لمُحَمَّدٍ.

(ولو غصب (**أم ولد.. فلا ضمان**) عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**)؛ لأنها متقومة عندهما، غير متقومة عنده، وقد تقدم وجههما في العتاق.

(**ولو شق الزق**)؛ أي: زق الخمر (**لإراقة الخمر.. لا يضمنه عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد**)، وأبو حنيفة مع محمد على ما دل عليه كلام «الزيلعي»؛ حيث قال: ولو كسر زقا فيه خمر.. يضمن عندهما؛ لإمكان الإراقة بدون كسر الزق.

وعند أبي يوسف: لا يضمن؛ لأنه قد لا تتيسر الإراقة بدونه.

وذكر في «النهاية»: أن الزقاق لا تضمن بالكسر إن كان بإذن الإمام.

والفتوى في زماننا: على قولهما؛ لكثرة الفساد فيما بين الناس.

وفيها أيضاً: ذكر الصدر الشهيد رواية عن أصحابنا: أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد؛ حتى قالوا أيضاً: لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين.

وقيل: يراق العصير أيضاً قبل أن يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق.

فسرنا الزق: بزق الخمر؛ لأن الاختلاف المذكور: فيه، لا في زق ما يحل أكله وشربه؛ لأنه ذكر في «العمادية» نقلاً عن «العمدة»: لو شق زق دهن سائل حتى سال.. ضمن [٦٠٠/ب] بالاتفاق، وكذا في قطع حبل القنديل.

ثم قال فيها: لو فتح الزق والسمن جامد، فذاب وخرج بالذوب.. لا يضمن.

وعند محمد: يضمن.

وفي «مبسوط أبي شجاع»: إذا شق الرجل راوية إنسان.. فإنه يضمن لما شق منها وما سال؛ لأنه أفسد عليه ملكه.

وَلَا ضَمَانَ على مَن حلَّ قيدَ عبدِ غيرِهِ، أَو رِبَاطَ دَابَّتِهِ، أَو فتحَ إصطبلَها، أَو قفصَ طيرٍ فَذهبَ.

خلافاً لمُحَمَّدٍ فِي الدَّابَّةِ وَالطَّيرِ.

وفي «فتاوى سمرقند»: إذا شق راوية رجل، فسال ما فيها حتى مال إلى الجانب الآخر، فوقعت وتخرقت وسال ما في الزق الآخر.. ضمن الشاق، إلا أنه إذا ساقها رب الدابة مع علمه بالشق.. لا ضمان على الشاق على كل حال.

وفي «الإيضاح»: لو حل رباط الزيت؛ فإن كان ذائباً.. ضمن، وإن كان جامداً فذاب السمن وسال.. لا يضمن.

وفي «المختلفات القديمة»: لو فتح زق سمن أو دبس فخرج منه.. فإنه يضمن، ولو وقف ساعة ثم سال.. لا يضمن.

قال بعض المشايخ: يضمن على كل حال، والصحيح: هو الأول.

(**ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره، أو رباط دابته، أو فتح إصطبلها، أو قفص طير فذهب**) العبد أو الدابة أو الطير.

(**خلافاً لمحمد في الدابة والطير**)، قال: يضمن الدابة والطير؛ لأنه أتلف مال الغير.

بخلاف العبد؛ فإن له اختياراً صحيحاً، فيضاف قراره إلى اختياره؛ لأنه مباشر، ومُطلِق القيد مسبِّب، والأصل في الإضافة: هو المباشر.

بخلاف الدابة والطير؛ إذ ليس لهما اختيار صحيح.

وقالا: لا نسلم أنه ليس لهما اختيار، بل نرى عياناً: أنهما يخرجان اختياراً أو يذهبان اختياراً كالعبد.. فلا ضمان في الكل؛ كما هو رواية أخرى عن محمد.

قال في بعض أصول الفقه:

كل ما كان الغالب فيه أن يلبث.. فإنه لا يضمن؛ كفتح باب القفص والإصطبل وحل قيد العبد.

وَلَا على مَن سَعَى إِلَى سُلْطَانٍ بِمَن يُؤْذِيهِ وَلَا يَنْدَفعُ إِلَّا بالسَّعي، أَو بِمَن يفسُقُ وَلَا يمْتَنِعُ بنَهْيِهِ.

وَلَا على مَن قَالَ لسلطانٍ - قَد يُغَرِّمُ وَقد لَا يُغَرِّمُ -: إنّ فلَاناً وَجَدَ مَالاً، فغرَّمَهُ شَيْئاً.

وَإِن كَانَ عَادَتُهُ أَن يُغَرِّمَ الْبَتَّةَ.. ضَمِنَ.

وما كان الغالب فيه أن لا يلبث.. فإنه يضمن؛ كشق الزق وحل حبل القنديل.

وعن أبي القاسم الصفار: أنه يضمن في الكل.

والمودع: إذا فتح باب القفص أو الإصطبل أو حلّ قيد العبد حتى ذهب.. فإنه يضمن؛ سواء وقف ثم ذهب، أو لم يقف بالاتفاق؛ لأنه التزم الحفظ.

ولهذا إذا دل الغاصب أو السارق على الوديعة.. ضمن، وغيره لا يضمن.

ولو نفر طير إنسان من رجل.. لا يضمن، ولو قصد تنفيره.. يضمن.

(**ولا على من سعى إلى سلطان بمن يؤذيه ولا يندفع**) ذلك المؤذي عن الإيذاء (**إلا بالسعي**) إلى السلطان؛ لأنه ليس باختياريّ في سعيه إليه، فيعذر.

(**أو**) يسعى (**بمن يفسق ولا يمتنع**) عن فسقه (**بنهيه**)؛ لأنه نهي عن المنكر، وهو مأمور به شرعاً.. فلا يضمن ما أخذه السلطان من ماله بسعيه.

(**ولا على من** [٦٠١/أ] **قال لسلطان - قد يغرم وقد لا يغرم -: إن فلاناً وجد مالاً**)، أو له مال كثير، أو أصاب ميراثاً كثيراً، أو عنده مال لفلان الغائب، (**فغرمه**) السلطان (**شيئاً**)؛ أي: أخذ منه شيئاً غرامة.

(**وإن كانت عادته**)؛ أي: عادة السلطان (**أن يغرم البتة.. ضمن**) الساعي.

قال في «العمادية» نقلاً عن صدر الإسلام البزدوي: إذا سعى إنسان إلى سلطان في حق آخر غرمه السلطان مالاً.. روى بعض علمائنا: أنهم كانوا يفتون أن الساعي يضمن.

وَكَذَا: لَو سعى بِغَيْرِ حقّ عِنْدَ محمَّدٍ؛ زجراً لَهُ، وَبِه يُفْتى.

وَلَو أَطْعمَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ مَالِكَهُ.. برىءَ وَإِن لم يُعْلِمْهُ.

وبعضهم فرقوا بين سلطان وسلطان، فقالوا: إن كان السلطان معروفاً بالوعادة وتغريم من سعى إليه.. يضمن، وإن لم يكن معروفاً بذلك.. لا يضمن.

قال: ونحن لا نفتي به؛ فإن هذا خلاف أصول أصحابنا؛ فإن السعي سبب محض لإهلاك مال صاحب المال؛ فإن السلطان يغرمه اختياراً لا طبعاً.

ولكن لو رأى القاضي تضمين الساعي.. له ذلك؛ لأن الموضع موضع الاجتهاد، فنحن نكل الرأي إلى القاضي. انتهى.

يعني: لا ضمان على الساعي مطلقاً عند صدر الإسلام؛ لأنه مسبب لا مباشر، لكن للقاضي رأي في ذلك.

(وكذا لو سعى) إلى السلطان **(بغير حق عند محمد؛ زجراً له، وبه يفتي)**.

قال في «العمادية» نقلاً عن «العمدة»: ولو قال: إن فلاناً وجد مالاً كثيراً أو لقطة، وقد ظهر أنه كان كاذباً.. ضمن إذا كان السلطان لا يغرم بمثل هذه السفاهات، أو قد يغرم وقد لا يغرم.. فلا يضمن الساعي.

ولو وقع في قلبه أن فلاناً يجيء إلى امرأة أو جارية، فرفع إلى السلطان ، ثم ظهر كذبه.. عندهما: لا يضمن الساعي، وعند محمد: يضمن.

والفتوى: على قول محمد؛ لغلبة السعاة في زماننا.

ثم ذكر نقلاً عن «فتاوى قاضي ظهير»: الساعي إذا سعى بغير ذنب أصلاً.. يضمن، كذا اختاره المتأخرون.

(ولو أطعم الغاصب المغصوب مالكه.. برئ) الغاصب عن الضمان **(وإن)** وصلية **(لم يعلمه)**؛ أي: مالكه.

خلافاً للشافعي، قال: لا يبرأ به. كذا في «العمادية».

وكذا لو كان المغصوب ثوباً، ثم إن الغاصب كساه رب الثوب.. برئ عن الضمان؛ علم أو لم يعلم، خلافاً للشافعي.

وأجمعوا: أنه لو وهب منه وسلمه إليه، أو باعه منه وهو لا يعلم به.. برئ عن الضمان.

وأجمعوا أيضاً: أنه لو كان المغصوب حنطة فطحنها أو خبزها وأطعم المغصوب منه، أو كان المغصوب تمراً فنبذه وسقاه إياه.. لا يبرأ به عن الضمان.

وكذلك لو كان كرباساً فقطعه وخاطه، ثم كساه.. لا يبرأ؛ لأنه كان ملكه بهذه [٦٠١/ب] الأفاعيل، هكذا ذكره عن شيخ الإسلام.

وذكر قبل هذا أيضاً: غاصب الدابة إذا جاء بها إلى صاحبها، فلم يقبضها منه صاحبها، بل تركها حتى ضاعت.. فلا ضمان على الغاصب؛ كما لو أخذ منديل إنسان، ثم رمى بالمنديل إلى صاحبه، فلم يأخذه، بل تركه حتى ضاع.. لا يضمّن الآخذُ الراميَ؛ لأنه برئ بالرمي عليه.

ولو باع الغاصب المغصوب بأمر القاضي.. يبرأ عن الضمان؛ كما لو باعه بأمر مالكه.

أخذ ثوب إنسان من بيته بغير أمره، ثم ردّه إلى بيته فوضعه فيه، فهلك.. برئ من الضمان استحساناً.

وكذلك لو أخذ دابة غيره من آريّها بدون الإذن، ثم ردّها إلى موضعها، فذهبت.. برئ عن الضمان استحساناً.

هذا كله فيما يبرأ الغاصب بفعله.. وهل يبرأ بفعل المالك؟

فقال في «العمادية»: والمالك إذا جر المغصوب من الغاصب.. يبرأ عن الضمان بنفس العقد؛ كما لو باعه منه.

ولو أعاره منه.. لا يبرأ، حتى لو هلك قبل الاستعمال.. يكون مضموناً على الغاصب.

إذا قال المالك للغاصب: أودعتك المغصوب، ثم هلك في يده.. يضمن؛ لأنه لم يوجد الإبراء عن الضمان نصاً، والأمر بالحفظ وعقد الوديعة: لا ينافيان ضمان الغصب.

ولو أمر المالكُ الغاصبَ أن يضحي بالشاة المغصوبة؛ فقبل التضحية.. لا يخرج عن ضمان الغصب، وبعدها.. يخرج.

وتوكيل المالك الغاصب ببيع المغصوب.. لا يبرأ به عن ضمانه وإن باعه، ما لم يسلّمه.

وكذا لو باع المالك المغصوب.. لا يخرج عن ضمان الغاصب ما لم يسلمه إلى المشتري.

* * *

(كتاب الشفعة)

(كتابُ الشُّفْعَةِ)

هِيَ: تملُّكُ الْعَقارِ على مُشْتَرِيهِ بِمَا قَامَ عَلَيْهِ جبراً.

(كِتَابُ الشُّفْعَة)

هي في اللغة: مشتقة من الشفع وهو الضم؛ سميت بها، لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع.

وسببها: إيصال ملك الشفيع بملك المشتري؛ مجاورة أو خليطاً.

وشرطها: كون المبيع عقاراً..

وفي اصطلاح الشرع: (**هي تملك**) الشفيع (**العقار**)، احترز به عن المنقول من الشجر والبناء؛ فإنهما من المنقولات، ولا شفعة فيهما إلا بتبعيّة العقار؛ كالدار والكرم والرحى والبئر. كذا في «شرح النقاية».

وسيأتي في الباب الآتي من الكتاب أيضاً.

والمراد بالتملك: ما يكون ملكاً طيباً كما هو المتبادر، فلا شفعة فيما يملكه بالبيع الفاسد وإن اتصل به القبض ما لم يبطل حق البائع في الاسترداد كما سيأتي.

(**على مشتريه**) الجارّ متعلّق بالتملك، وكذا في قوله: (**بما قام عليه**)؛ أي: على المشتري؛ أي: الثمن.

احترز به عمّا ملكه:

بلا عوض؛ كما بالهبة والإرث والصدقة.

أو بعوض غير عين؛ كالمهر [٦٠٢/أ] والإجارة والخلع والصلح عن دم عمد.. فإنه لا شفعة في شيء منها على ما سيأتي.

(**جبراً**)؛ أي: بغير رضى المشتري؛ فإنَّ المشتري لا يرضى به غالباً.

وَتجبُ بعدَ البيعِ.

وتستقرُّ بِالْإِشْهَادِ.

وتُملكُ بِالْأَخْذِ بِقَضَاءٍ، أَو رضاءٍ.

وَإِنَّمَا تجِبُ:

١- للخليطِ فِي نفسِ الْمَبِيعِ.

فَإِن لَم يكُنْ:

(**وتجب**)؛ أي: تثبت (**بعد البيع**)، وعبارة «قاضي خان» هكذا: «وتثبت بالبيع»، وإنما عدل عنه المصنف؛ لأنه يشعر أن سبب الشفعة البيع، وليس كذلك، بل هو اتصال الملك.

(**وتستقر بالإشهاد**)؛ أي: تتأكد به.

قال في «قاضي خان»: وتتأكد بالطلب ومالهما متقاربان؛ لأن الإشهاد يستلزم الطلب.

وإنما يتأكد قبل الإشهاد والطلب؛ لأن حق الشفعة ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الطلب، وبالإشهاد عليه: يعلم طلبه، فلا بد منه لإثبات طلبه عند القاضي.

(**ويملك**)؛ أي: الشفيع المبيع (**بالأخذ**)؛ أي: من يد المشتري (**بقضاء أو رضاء**).

ولو قال: «ويملك بقضاء أو بالأخذ برضاء».. لكان أولى؛ لأنه بعد القضاء يملكه؛ سواء أخذه أو لا.

ولذا قال في «قاضي خان»: ويملك بالقضاء أو بالتسليم.

(**وإنما تجب**) الشفعة (**للخليط**)؛ أي: الشريك (**في نفس المبيع**)؛ بأن يكون المبيع مشتركاً بين رجلين، فباع أحدهما نصيبه.

(**فإن لم يكن**) خليطاً في نفس المبيع.. صح.

أَو سلَّم.. فللخليطِ فِي حقِّ الْمَبِيعِ؛ كالشربِ وَالطَّرِيقِ الخاصَّين؛ كنهرٍ لَا تجْرِي فِيهِ السُّفُنُ، وَطَرِيقٍ لَا ينفذُ.

٢- ثمَّ للْجَارِ المُلاصِقِ ....

(أو) كان خليطاً فيه، لكنه (سلم) الشفعة إلى المشتري (.. **فللخليط في حق المبيع كالشرب والطريق الخاصين**)، ولو كانا عامين.. فللجار.

(**كنهر لا تجري فيه السفن**) مثال للشرب الخاص؛ أي: أصغر السفن.

فالنهر العام عند أبي حنيفة: ما تجري فيه السفن كدجلة وفرات وجيجون ونيل.

وذكر شيخ الإسلام: أن المشايخ اختلفوا فيه؛ فقيل:

الخاص: ما يتفرق ماؤه بين الشركاء، ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي، ولا يكون له منفذ إلى المفاوز التي لجماعة المسلمين.

والعام: ما يتفرق ويبقى وله منفذ.

وعامة المشايخ: على أنه ما كان شركاؤه لا يحصون.

واختلفوا فيما لا يحصى من خمسمائة أو مائة أو أربعين أو عشرة:

والأصح: أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه؛ فلو باع حصته بشربها.. فالشفعة للخليط.

ثم لأهل الجدول، ثم لأهل الساقية، ثم لأهل النهر العظيم. كذا في «شرح النقاية» نقلاً عن «النتف».

ومثال الطريق الخاص هذا ما ذكره بقوله: (**وطريق لا ينفذ**)؛ أي: السكة الغير النافذة.

(**ثم للجار الملاصق**) ولو كان ذمياً أو عبداً مأذوناً أو مكاتباً، وإنما شرع لدفع ضرر الجار السوء.

وَلَو بَابُهُ فِي سكَّةٍ أُخْرَى.

وَمَن لَهُ جُذُوعٌ عَلَى حائِطِها أَو شركَةٌ فِي خَشَبَةٍ عَلَيْهِ: جَارٌ.

(ولو) وصلية (بابه)؛ أي: باب عقار الجار، ويجوز إرجاعه [٦٠٢/ب] إلى المبيع أيضاً (**في سكة أخرى**) نافذة أو غير نافذة.

قال في «قاضي خان»: الخليط - أي الشريك -: في حقوق الدار أحق من الجار، والجار أحق من غيره.

وصورة هذا الترتيب: منزل بين رجلين في دار مشتركة بين أحد هذين الرجلين وبين رجل آخر سواهما، وهذه الدار في سكة غير نافذة، على ظهر هذا المنزل: دار لرجل آخر، باب تلك الدار في سكة أخرى، فباع أحد شريكي المنزل في الدار نصيبه من المنزل.. كان الشريك في المنزل أولى بالشفعة من غيره؛ لأنه شريك في نفس البقعة المبيعة؛ فإن سلم هو الشفعة.. كان الشريك في الدار أولى بالشفعة من الشركاء في السكة؛ لأنه شريك في الطريق الخاص وهو الطريق في الدار؛ فإن سلّم هو.. فأهل السكة أحق بالشفعة؛ لأنهم شركاء في الطريق الخاص؛ فإن سلّم أهل السكة.. كانت الشفعة للجار الملازق، وهو الذي على ظهر المنزل. انتهى.

واعلم: أن طلب الشفعة واجب على كل من الشفعاء، وإن لم يتمكن كلهم من الأخذ.

وفائدة الطلب: تظهر فيما إذا كان الجار يطلب الشفعة لمكان الشريك قبله، ثم سلم الشريك الشفعة.. لم يكن للجار شفعة؛ لعدم طلبه أولاً. كذا في «شرح النقاية».

(**ومن له جذوع على حائطها**)؛ أي: حائط البقعة المبيعة (**أو شركة**)؛ أي: للبائع (**في خشبة**) موضوعة (**عليه**)؛ أي: على حائط المبيع: (**جار**)؛ أي: لا خليط وشريك؛ فإذا كان هو جاراً.. لا يقدم على سائر الجيران في الشفعة.

بيانه: أن الشركة المعتبرة في الشفعة: هي الشركة في العقار لا في المنقول، والخشبة من المنقولات، وبالشركة فيها لا يكون شريكاً في الدار نفسها.. فلا يستحق

وَإِن فِي نفسِ الْجِدَارِ.. فشريكٌ.

الشفعة بحق الشركة، ولكنه يكون جار ملاصقاً؛ لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر، فيستحق الشفعة بحق الجار الملاصق.. فلا يقدم بذلك على سائر الجيران.

وكذا لا يكون شريكاً به في الدار المبيعة بوضع الجذوع على حائط المبيع، ولكنه يكون جاراً ملاصقاً لما ذكرناه، فلا يقدم به على سائر الجيران.

(**وإن في نفس الجدار.. فشريك**)؛ أي: إن كان له شركة في نفس الجدار.. فشريك لا جار، فيقدم في الشفعة على الجيران.

لكن المراد بالشركة في نفس الجدار: هي الشركة في البناء مع المكان الذي عليه البناء، لا الشركة في مجرد البناء؛ لأن الشركة في مجرد البناء بدون الأرض لا تستحق بها [٦٠٣/أ] الشفعة بحق الشركة؛ كما في الشركة في خشبة موضوعة على الحائط، نعم تستحق الشفعة بها بحق الجار الملاصق.

قال في «الزيلعي»: إذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار بدون الأرض.. لا يقدم على غيره من الجيران؛ لأن الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا تستحق بها الشفعة.

ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً بينهما.. كان أولى من غيره من الجيران، ويتأتى ذلك بأن يبني الشريكان في الأرض المشتركة، ثم يقتسمان الأرض غير موضع البناء، فيبقى البناء وموضعه على الشركة.

وإنما كان هو أولى من غيره؛ لأنه شريك في بعض المبيع، والشريك أولى من الجيران.

أما في موضع البناء.. فظاهر؛ لكونه شريكاً فيه.

وأما في الباقي من موضع البناء من المبيع.. فكذلك أولى فيه عند محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأن الضرر أخصُّ به؛ حيث كان شريكاً في البعض فيقدم على الجار.

وَهِيَ على عَددِ الرُّؤُوسِ لَا السِّهَام.

وفي رواية أخرى عنه: هو والجار سواء إلا في موضع الجدار؛ لأن استحقاقه الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار، وغيره يساويه فيه.

وعلى هذا: لو كان بعض الجيران شريكاً في منزل من الدار، أو في بيت منها، فبيعت الدار.. كان هو أحق في المنزل من غيره من الجيران.

واستووا في البقعة في رواية عنه؛ لأن كلهم جيران في حق البقعة.

وكذا لو كان دار بين رجلين، ولأحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار، فباعها.. كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار؛ لأنه شريك فيها والآخر جار، والشريك في البئر أولى بالبئر؛ لأنه شريك فيها والآخر جار.

ثم ما ذكره المصنف ههنا: كله مذهبنا.

وقال الشافعي: لا شفعة للجار.

ووجهه والجواب عنه مذكور في المفصلات.

(**وهي**)؛ أي: الشفعة تثبت (**على عدد الرؤوس**)؛ أي: رؤوس الشفعاء إذا كانوا أكثرين (**لا السهام**)؛ أي: قدر الملك.

صورته: دار بين ثلاثة؛ لأحدهم نصفها، وللآخر سدسها، وللثالث ثلثها، فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة.. يقضي بالنصف بينهما.

وكذا لو باع صاحب السدس أو الثلث.. يقضى بالنصف بينهما. هذا عندنا.

وقال الشافعي: تثبت بقدر السهام، حتى لو باع صاحب النصف في الصورة المذكورة.. يقضى بينهما بالشفعة أثلاثاً بقدر سهامهما.

ولو باع صاحب السدس [٦٠٣/ب].. يقضى بينهما أخماساً.

ولو باع صاحب الثلث.. يقضى بينهما أرباعاً.

استدل الشافعي: بأن الشفعة من مرافق ملكه؛ لأنها لتكميل منفعته، وكل ما هو كذلك.. فهو مقدر بقدر ملكه؛ كالربح والغلة والولد والثمرة.

ولنا: أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال، ولهذا لو انفرد واحد منهم.. استحق كلَّ الشفعة، وهذا آية كمال السبب، والتساوي في سبب الاستحقاق: يوجب التساوي في الاستحقاق لا محالة؛ ليثبت الحكم بقدر دليله.

فإن قيل: الاتصال سبب الاستحقاق، وصاحب الملك الكثير أكثر اتصالاً، فلا يتساويان في السبب.

قلنا: إن كثرة الاتصال توزن بكثرة العلة.

ألا ترى: أن الاتصال بكل جزء: علة؛ بدليل: أن صاحب القليل لو انفرد.. استحق الجميع، وقد تقرر في الأصول: أنه لا ترجيح بكثرة العلة، وإنما الترجيح بقوتها، ولا قوة ههنا في الكثير لظهور القليل في مقابلة الكثير.. حيث يستحق صاحب القليل، ولو كان مرجوحاً.. لما ظهر في مقابلة الراجح.

وقوله: «إن الشفعة من مرافق ملكه».

قلنا: ممنوع؛ لأن التمكن من التملك بملك الغير يجعل الشفعة من ثمرات ملكه ومرافقه كالأب؛ فإن له التمكن من تملك جارية ابنه، ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه.

بخلاف ما استشهد به من الربح والغلة والولد والثمرة.. فإنها متولدة من الملك، فتستحق بقدر الملك، وتملُّكُ ملكِ الغير لا يتولد من ملكه.. فكيف يجعل من ثمرات ملكه؟!

ثم لو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء له بحقه من الشفعة.. فالشفعة للباقين في الكل على عدد رؤوسهم أيضاً دون سهامهم؛ لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم، والتشقيص كان للمزاحمة، وقد انقطعت بالتسليم.

فَإِذا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبيعِ.. يُشْهدُ فِي مجْلِسِ عِلمِهِ أَنَّهُ يطْلبُهَا، وَيُسمَّى: **طلب مواثبةٍ.**

نظيره: الرهن؛ فإنه لو كان رهناً عند رجلين، فأسقط أحدهما حقه وقضى دين أحدهما.. كان الرهن كله للآخر، وليس له أن يأخذ شيئاً من الرهن، بخلاف ما لو أسقط حقه بعد القضاء له.. حيث لا يكون للباقي أن يأخذ نصيب التارك؛ لأنه بالقضاء له: قطع حق كل واحد منهم في نصيب المقضي له.. فليس لهم أن يأخذوا نصيبه بعده، وإلا.. لزم أن يكون شخص واحد مقضياً عليه ومقضياً له في قضية واحدة.

ولا فرق في هذا بين ما استووا في سبب الشفعة، وبين ما يكون بعضهم أقوى؛ كالشريك مع الجار.

ولو كان البعض غائباً.. يقضى [٦٠٤/أ] بالشفعة بين الحاضرين على عدد رؤوسهم؛ لأن الغائب يحتمل أن يطلب وأن لا يطلب.. فلا يترك حق الحاضرين بالشك.

وإن قضي للحاضرين بالجميع، ثم حضر آخر وطلبها.. يقضى له بالنصف؛ فإن حضر ثالث وطلبها.. يقضى له بثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقاً للتسوية.

ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض.. لا يصح ويبطل حقه؛ لإعراضه، ويقسم بين الباقين على عدد رؤوسهم.

(فإذا علم الشفيع).

اعلم: أنه لا بد في الشفعة من الطلب، وهو ثلاثة: طلب مواثبة، وطلب إشهاد، وطلب أخذ وتملك.

فأشار إلى الأول بقوله: (بالبيع) متعلق بعلم، (يشهد) من الإشهاد (**في مجلس علمه: أنه يطلبها**)؛ أي: الشفعة (ويسمى) هذا الإشهاد بالطلب: (**طلب مواثبة**)، ولا بد له من هذا الطلب؛ لقوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها».

وشرط: أن يكون على الفور كما علم بالبيع من غير تأخير؛ عملاً بلفظ الحديث؛ لأن معنى «واثبها»: طلبها على وجه السرعة والمبادرة، ولأن سكوته وتأخيره بعد العلم بالبيع بلا عذر: يدل على عدم طلبه، فبطلت شفعته، ولأن الشفعة حق ضعيف، ولا بد له من الطلب فور العلم حتى لا يبطل؛ حتى قالوا: ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله، أو في وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره.. بطلت شفعته عند عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد.

وفي رواية عنه: له مجلس العلم حتى لا يبطل ما لم يوجد منه دليل الإعراض.

وبه أخذ الكرخي وقال: وهذا بمنزلة خيار المخيرة والأمر باليد وقبول البيع.. فإنه يبقى إلى أن يوجد منه دليل الإعراض من القيام من المجلس.

واستدل عليه: بأنه لما ثبت له خيار التملك.. لا بد له من زمان التأمل؛ كما في المخيرة.. فله التأمل إلى آخر المجلس.

ولو قال بعدما بلغه خبر البيع: الحمد لله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو سبحان الله.. لا تبطل شفعته على هذه الرواية؛ لأن الأول حمد على الخلاص من سوء جواره، والثاني: تعجب منه لقصد إضراره، والثالث: لافتتاح الكلام به، ولا يدل شيء منه على الإعراض.

وكذا إذا قال: من ابتاعها؟ أو بكم بيعت؟ لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض.. فلا يدل ذلك قبل العلم به على الإعراض.

وكذا إذا قال: خلصني الله تعالى، أو قال للمشتري حين لقيه: السلام عليكم ورحمة الله.. بطلت الشفعة، أو قال: كيف أصبحت، أو قال: كيف أمسيت، أو قال: الله أكبر [٦٠٤/ب]، أو عطس صاحبه فشمته، ثم قال: طلبت الشفعة.. صح طلبه.

قال في «الهداية» و«العناية»: إن الإشهاد في طلب المواثبة: ليس بشرط.

وبيّنه في «العناية»: بأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة.. فلا يشترط فيه الإشهاد.

وفي تقييده بالمجلس: إشارة إلى ما اختاره الكرخي. تأمل.

ثم اختلفوا في لفظ هذا الطلب:

قال بعضهم: يقول: طلبت الشفعة، وأنا طالبها وأطلبها.

وقال بعضهم: يطلب بلفظ الماضي أو المستقبل، ولا يجمع بينهما.

وقال بعضهم: يقول: أطلب الشفعة وآخذها، ولا يقول: طلبت الشفعة وأخذتها؛ لأنه وقع كذباً ابتداء، فلو قال بذلك.. بطلت شفعته.

وقال بعضهم: لا يقول: أطلب الشفعة وآخذها؛ لأن ذلك عده محض.

والمختار: أنه يصح بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة؛ لأن الاعتبار بالمعنى، وقوله: «طلبت الشفعة وأخذتها»: إنشاء حالي لا ماضوي.. فلا يكون كاذباً؛ كما في بعت واشتريت، فلا تبطل به الشفعة، وهو الصحيح على ما في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: إنه إذا طلب بأي لفظ من الماضي أو المستقبل.. يصح طلبه.

وهل يشترط العدد والعدالة في الإخبار بالبيع؟

ففي «قاضي خان»: أما طلب المواثبة: فوقته فور علم الشفيع بالبيع في ظاهر الرواية:

إن أخبره بالبيع رجلان أو رجل وامرأتان أو رجل عدل وسكت ولم يطلب الشفعة.. بطلت شفعته.

وإن أخبره بالبيع رجل غير عدل أو امرأة أو عبد أو صبي ولم يطلب الشفعة.. لا تبطل شفعته في قول أبي حنيفة، وقالا: تبطل؛ لحصول الإعلام بخبر الواحد؛ عدلاً كان أو لم يكن، حراً كان أو عبداً، صبياً كان أو بالغاً.

ثُمَّ يُشْهِدُ عِنْدَ الْعقارِ، أَو على الْمُشْتَرِي، أَو على البَائِعِ إِن كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ، ....

ولا يشترط العدد والعدالة عندهما.

وعند أبي حنيفة: يشترط؛ للعلم أحد شرطي الشهادة: العدد أو العدالة.

ولما ذكر طلب المواثبة.. شرع في بيان طلب الإشهاد فقال: (**ثم يشهد على العقار**)، هكذا في النسخ التي عندنا، ولو قال: «عند العقار» على ما في «الهداية» و«الزيلعي» وغيرهما.. لكان أولى.

(**أو على المشتري أو على البائع إن كان المبيع في يده**) - أي: يد البائع - يعني: قبل التسليم إلى المشتري.

ويسمى هذا الطلب: طلب إشهاد وتقرير.

قال في «قاضي خان»: وإنما يسمى هذا طلب الإشهاد لا لأن الشهادة شرط فيه، بل لتمكنه إثبات الطلب عند جحود الخصم.

فإن كان الشفيع حاضراً في مجلس البيع فطلب الشفعة بحضرة البائع [٦٠٥/أ] أو المشتري.. كفاه ذلك عن الطلب الثاني - أي طلب الإشهاد - فيقوم مقام الطلبين.

وإن لم يكن كذلك؛ بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والمبيع، فذهب إلى المشتري أو إلى البائع أو إلى المبيع لطلب الإشهاد.. فالمسألة على وجوه:

إن كان البائع والمشتري والشفيع والدار المبيعة في مصر واحد، والدار في يد البائع.. فإلى أيهم ذهب الشفيع وطلب الشفعة.. صح طلبه، ولا يعتبر فيه الأقرب والأبعد؛ لأن المصر مع تباعد الأطراف: كمكان واحد.

إلا أن يجتاز على الأقرب ولم يطلب الشفعة.. فحينئذٍ تبطل شفعته.

وإن كان البائع والمشتري والدار في مصر واحد والشفيع في بلدة أخرى؛ فإلى

فَيَقُولُ: اشْترى فلَانٌ هَذِه الدَّارَ، وَقد كنتُ طلبتُ الشُّفْعَةَ، وَأَنا أَطلبُها الْآنَ فَاشْهَدُوا على ذَلِكَ، وَيُسمى: **طلبَ تَقْرِيرٍ وإِشهادٍ**.

أيهم ذهب الشفيع إلى البائع والدار في يده، أو إلى المشتري، أو إلى الدار وطلب الشفعة.. صح طلبه.

وإن كان الشفيع مع أحد المتبايعين في مصر واحد، وأحد المتبايعين والدار في غير هذا المصر، فقصد الشفيع الإشهاد بعد طلب الشفعة وترك الأقرب إليه.. بطلت شفعته.

وإن كان البائع سلم الدار إلى المشتري؛ فإن طلب الشفعة من المشتري وأشهد.. صح طلبه.

وكذا لو لم تكن الدار في يد المشتري، فطلب من المشتري.. صح طلبه.

وإن طلب من البائع وأشهد؛ إن كانت الدار في يد البائع.. صح طلبه، وإلا.. فلا، ويصير كأنه لم يطلب. انتهى.

والحاصل: أنه إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة؛ بأن سمع الشراء حال غيبة كل من البائع والمشتري والدار المبيعة، وأما إذا سمع بحضرة أحد هؤلاء وأشهد على طلب المواثبة.. فلا يحتاج بعده إلى طلب الإشهاد، بل الأول يكفي عن الطلبين.

ثم إنما صح الإشهاد عند هؤلاء الثلاث؛ لأن المشتري والبائع خصم فيه؛ المشتري: بالملك والبائع: باليد قبل التسليم إلى المشتري.

وأما بعد التسليم إليه.. فليس بخصم له أصلاً، لا ملكاً ولا يداً، فلا يصح الإشهاد عليه.

وأما عند العقار؛ فلتعلق الحق به.

(**فيقول**) الشفيع؛ هذا شروع في بيان صورة طلب الإشهاد: (**اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة**)؛ أي: طلب المواثبة، (**وأنا أطلبها**)؛ أي: الشفعة (**الآن فاشهدوا على ذلك، ويسمى طلب تقرير وإشهاد**) كذا صوره في «الزيلعي»، وهذا

ثُمَّ يطْلبُ عِنْدَ قاضٍ فَيَقُولُ: اشْترى فلَانٌ دَارَ كَذَا، وَأَنا شفيعُها بِسَبَبِ كَذَا، فمُره بِالتَّسْلِيمِ إِلَيّ، وَيُسمَّى: طلبَ خُصُومَةٍ وتمليكٍ.

بناء على الإشهاد عند الدار المبيعة.

وأما صورة الإشهاد على المشتري.. فعلى ما ذكره في «قاضي خان»: أن يقول الشفيع [٦٠٥/ب] للمشتري حين لقيه: أطلب منك الشفعة في دار اشتريتها من فلان التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا، وأنا شفيعها بالجوار بدار أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا، فسلمها لي ولا بد على إطلاقه.

وأسند في «الهداية» و«الزيلعي» لزوم بيان المبيع وبيان تحديده إلى أبي يوسف.

اعلم: أن هذا الطلب إنما يثبت عند التمكن من الإشهاد، حتى لو تمكن ولم يشهد.. بطلت شفعته.

ولو لم يتمكن؛ بأن كان الشفيع في الطريق ولم يجد أحداً يوكله.. لم تبطل.

قال في «قاضي خان»: إن علم الشفيع بالبيع وهو في طريق مكة، فطلب طلب المواثبة ولم يقدر على طلب الإشهاد بأن لم يكن البائع والمشتري في الرفقة.. فإنه يؤكل وكيلاً يطلب الشفعة؛ فإن لم يوكل ومضى في الطريق؛ فإن وجد من يوكله بالطلب ولم يوكل.. تبطل شفعته.

وإن لم يجد وكيلاً ووجد فيجاً - أي: رسولاً - يكتب كتاباً على يديه ويوكل بالكتاب وكيلاً؛ فإن لم يفعل.. بطلت شفعته.

وإن لم يجد وكيلاً، ولا فيجاً.. لا تبطل شفعته حتى يجد؛ لأنه معذور. انتهى.

وذكر الثالث بقوله: (**ثم يطلب**) الشفيع (**عند قاضٍ فيقول: اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بسبب كذا**) من الشركة والجوار (**فمره بالتسليم إلي، ويسمى: طلب خصومة وتمليك**) ولا بد له من هذا الطلب إن أبى المشتري من أن يسلم الدار إليه

وَلَا تبطلُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِهِ مُطلقاً فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى.

وَقيل: يُفْتى بقولِ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ إِن أَخَّرهُ شهراً بِلَا عُذرٍ.. بطَلَتْ.

بعد طلب الإشهاد؛ لأنه لا يحكم له بالمبيع بدونه.

(**ولا تبطل الشفعة بتأخيره**)؛ أي: تأخير هذا الطلب؛ أي: طلب خصومة وتمليك (**مطلقاً**)؛ أي: بلا تعيين بمدة من شهر أو ثلاثة أيام فقط.

(**في ظاهر المذهب**) عن أبي حنيفة وأبي يوسف، (**وعليه الفتوى**)؛ لأن الحق متى ثبت واستقر بطلب المواثبة والإشهاد.. لا يبطل إلا بإسقاطه صريحاً كما في سائر الحقوق.

وهذا فيما إذا تركه من غير عذر؛ لأنه إذا تأخر بعذر المرض والسفر أو غيرهما من الموانع، ولا يمكنه التوكيل بهذا الطلب.. لا تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب أبداً بالاتفاق، على ما صرح به في «العناية».

(**وقيل: يفتى بقول محمد: أنه إن أخره شهراً بلا عذر.. بطلت**)؛ لأنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة أبداً.. لتضرر المشتري؛ لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع، فقدرناه بشهر لأنه آجل، وما دونه: عاجل.

وفي «قاضي خان»: ولو أن الشفيع بعد طلب المواثبة والإشهاد لم يرفع الأمر إلى القاضي؛ إن لم يتمكن من الرفع لمرض، أو حبس [٦٠٦/أ]، أو منع مانع ولم يجد من يوكله بالخصومة عند القاضي.. لا تبطل شفعته؛ فإن لم يرفع مع التمكن من المرافعة.. ذكر في الكتاب: أنه على شفعته أبداً وإن حال الزمان.

قالوا: هذا قول أبي حنيفة.

واختلفت الروايات عن محمد:

في رواية: إن مضى شهر ولم يرفع مع التمكن.. بطلت شفعته.

وفي رواية أخرى: إذا مضى شهر وثلاثة أيام.

وفي رواية عنه: إذا مضى ثلاثة أيام ولم يرفع.. بطلت شفعته.

وَإِذا ادّعى الشِّرَاءَ وَطلبَ الشُّفْعَةَ.. سَأَلَ الْقَاضِي الْمُدَّعى عَلَيْهِ؛ فَإِن أَقَرَّ بِملكِ مَا يشفعُ بِهِ أَو نكلَ عَنِ الْحَلِفِ على الْعِلمِ بملكيَّتِهِ، أَو برهَنَ الشَّفِيعُ.. سَأَلَهُ عَنِ الشِّرَاءِ:

واختلف فيه عن أبي يوسف أيضاً.

والفتوى: على أنه شهر. انتهى.

وفي «الزيلعي»: أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في ظاهر الرواية.

ثم ذكر فيه: ولو كان التأخير من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلدة.. لا تسقط شفعته بالإجماع وإن طالت المدة؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة في مصره؛ فإن عدم قاض يرى الشفعة بالجوار: من الموانع المرخصة التأخير، وهكذا في «قاضي خان» أيضاً.

بخلاف ما إذا أجبر اليهود بالبيع يوم السبت، فلم يطلب.. حيث تبطل شفعته؛ لأنه غير معذور في التأخير.

وكذا لو كان الشفيع في عسكر خوارج أو أهل بغي، فخاف على نفسه أن يدخل في عسكر أهل العدل، فلم يطلب شفعته؛ لأنه غير معذور أيضاً.

(وإذا ادعى)؛ أي: إذا تقدم الشفيع إلى القاضي وادعى **(الشراء)** على المشتري، **(وطلب الشفعة)** عند القاضي **(.. سأل القاضي المدعى عليه)** وهو المشتري؛ **(فإن أقر)** المدعى عليه **(بملك ما يشفع به)**؛ أي: سأل القاضي المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع: هل هي ملك الشفيع أم لا؟

فإن أقر أنها ملكه.

(أو نكل عن الحلف)؛ أي: عند إنكار المدعى عليه بملك ما يشفع به **(على العلم بملكيته)**، وإنما يحلف على العلم؛ لأن الاستحلاف على ما في يد غيره.

(أو برهن الشفيع) على أنها ملكه **(.. سأله)**؛ أي: سأل القاضي المشتري **(عن الشراء)** فيقول له: هل اشتريت أم لا؟

فَإِن أَقَرَّ بِهِ أَو نكلَ عَنِ الْيَمين أَنهُ ما ابْتَاعَ، أَو مَا يسْتَحقُّ عَلَيْهِ هَذِهِ الشُّفْعَة، أَو برهَنَ الشَّفِيعُ.. قُضِيَ لَهُ بهَا.

(فإن أقر به)؛ أي: بالشراء **(أو نكل عن اليمين أنه ما ابتاع، أو ما يستحق عليه هذه الشفعة)**؛ أي: من الوجه الذي ادعاه الشفيع من جهة الشركة أو الجوار **(أو برهن الشفيع.. قضى له)**؛ أي: للشفيع **(بها)**؛ أي: بالشفعة؛ لثبوتها عنده.

هذا هو بيان كيفية طلب الأخذ.

وقد ذكر فيه: سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولاً عقيب طلب الشفيع، وليس كذلك.. بل القاضي يسأل أولاً للمدعي - قبل أن يتوجه على المدعى عليه -: عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدود؛ لأنه ادعى حقاً فيها.. فلا بد أن تكون الدار معلومة؛ لأن [٦٠٦/ب] دعوى المجهول لا تصح.. فصار كما إذا ادعى رقبتها.

فإذا بين المدعي ذلك.. سأله القاضي أيضاً: هل قبض المشتري الدار أم لا؟ لأنه إذا لم يقبضها.. لم تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع.

فإذا بين ذلك.. سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها؛ لأن الناس مختلفون فيه، فلعله ادعاه بسبب غير صالح لو يكون هو محجوباً بغيره.

وإذا بين سبباً صالحاً ولم يكن محجوباً بغيره.. سأله أنه متى علم وكيف منع حين علم؟ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه.. فلا بد من كشف ذلك.

فإذا بين ذلك.. سأله عن طلب التقرير: كيف كان؟ وعند من أشهد؟ وهل كان الذي أشهد عنده أقرب من غيره أم لا؟

فإذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه، ثم دعواه.

وَلَا يُشْتَرَطُ إِحْضَارُ الثَّمنِ وَقتَ الدَّعْوَى؛ فَإِذا قَضَى لَهُ.. لزِمَ إِحْضَارُهُ،...

ثم أقبل القاضي على المدعى [عليه][1] فسأله عن الدار التي يشفع بها: أهي ملك الشفيع أم لا؟

فإن أنكر المدعى عليه كونها ملكاً للشفيع.. يقول للمدعي: أقم البينة أنها ملكك.

فإن عجز عن البينة وطلب يمين المدعى عليه.. استحلف بالله: ما لم يعلم أنه مالكٌ لها، عند أبي يوسف.

وقال محمد: يحلف على البتات.

فإن نكل، أو قامت للشفيع بينة، أو أقر المشتري بذلك.. ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها، وبذلك يثبت سبب الشفعة.

وبعد ذلك: يسأل القاضي المدعى عليه: عن الشراء كما ذكره المصنف. كذا في «الزيلعي».

بقي الكلام في بيان الخصم الشرعي عند الدعوى.

فقال في «قاضي خان»: إذا رفع الأمر إلى القاضي.. فإن القاضي لا يسمع دعواه إلا بحضرة الخصم:

فإن كان الدار في يد البائع.. يشترط لسماع الدعوى: حضرة البائع والمشتري.

وإن كانت الدار في يد المشتري.. كفاه حضرة المشتري.

(ولا يشترط إحضار الثمن وقت الدعوى)؛ أي: يصح للشفيع دعوى الشفعة من غير إحضار الثمن إلى مجلس القاضي.

(فإذا قضى له) القاضي بالشفعة **(.. لزم إحضاره)**؛ أي: إحضار الثمن، وهذا ظاهر رواية «الأصل».

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٥/٢٤٥).

وَلِلْمُشْتَرِي حَبْسُ الدَّارِ لقبضِهِ، وَلَا تَبطلُ شفعتُهُ بِتَأْخِيرِ الثَّمنِ بَعْدَمَا أُمِرَ بِأَدَائِهِ.

وللشَّفيعِ أَن يُخَاصِمَ البَائِعَ إِن كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ.

وَلَا يسمعُ القَاضِي الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ حَتَّى يحضُرَ الْمُشْتَرِي، ....

وعن محمد: أن القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ احترازاً عن توى الثمن.

وجه الظاهر: أن الثمن قبل القضاء: غير واجب عليه، ولا يجب التسليم قبل الوجوب.. فلا معنى لإحضاره قبل القضاء، غير واجب عليه بالشفعة قبل إحضاره الثمن.

(وللمشتري حبس الدار) عن الشفيع **(لقبضه)**؛ أي: الثمن؛ لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري، وقد كان للبائع حبس المبيع للثمن عن المشتري، فكذا هذا [٦٠٧/أ].

(ولا تبطل شفعته بتأخير الثمن بعدما أمر بأدائه)؛ لأنها تأكدت بالقضاء.. فلا تبطل بتأخير الثمن.

بخلاف ما إذا أخر قبل القضاء بها بعد الإشهاد عليه.. فإنها تبطل عند محمد؛ لعدم تأكدها بالقضاء.

(وللشفيع أن يخاصم البائع إن كان المبيع في يده)؛ لأن يده يد أصالة.. فلا يكون خصماً.

(ولا يسمع القاضي البينة عليه)؛ أي: على البائع إن كانت الدار في يده **(حتى يحضر المشتري)**؛ لأن الشفيع يطلب القضاء بالملك واليد جمعياً، والملك للمشتري واليد للبائع، فيشترط حضرتهما.

بخلاف ما لو كانت الدار المبيعة في يد المشتري.. فإنه لا يشترط حينئذ حضور البائع؛ لأنه صار أجنبياً من الدعوى إذ لم يبق له يد ولا ملك أصلاً، فيسمع

فَيفْسخُ البيعَ بِحَضْرَتِهِ، وَيَقْضِي بِالشُّفْعَةِ على البَائِعِ، وَيجْعَلُ الْعهْدَةَ عَلَيْهِ.

وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ: خَصْمٌ للشَّفِيعِ، مَا لم يُسَلِّم إِلَى الْمُوكِّلِ.

وللشفيعِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالْعَيْبِ وَإِن شَرط الْمُشْتَرِي البراءةَ مِنْهُ.

الدعوى على المشتري فقط بدون حضور البائع.

(**فيفسخ البيع بحضرته**)؛ أي: بحضرة المشتري (**ويقضى بالشفعة على البائع**).

وجه الفسخ: أن أخذ المبيع من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض، وفواته قبل القبض: يوجب فسخ العقد؛ لكونه قبل تمامه؛ كما إذا هلك قبل القبض في يد البائع؛ فإذا انفسخ البيع في حق المشتري.. يقضى بحق الشفعة على البائع.

(**ويجعل العهدة عليه**)؛ أي: على البائع، حتى يجب تسليم المبيع وضمان الثمن عند استحقاق المبيع عليه.

(**والوكيل بالشراء: خصم للشفيع ما لم يسلم**) الدار المبيعة (**إلى الموكل**) لأن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل قبل تسليم المبيع إلى الموكل، والشفعة من حقوق العقد، وإذا سلم إليه.. لم يبق له يد ولا ملك، فترجع الحقوق إلى الموكل، فيكون الخصم هو الموكل.

(**وللشفيع: خيار الرؤية والعيب و إن**) – وصلية – (**شرط المشتري**)؛ أي: مع البائع (**البراءة منه**)؛ أي: من العيب أو رآه المشتري.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِنِ اخْتلفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمنِ.. فَالْقَوْلُ للْمُشْتَرِي.

وَإِن برهنا.. فَللشَّفِيعِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: لِلْمُشْتَرِي.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ الاخْتِلَافِ الوَاقِعِ بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ

(**وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن**) وعجزا عن البينة (.. **فالقول للمشتري**)؛ لأنه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه بأقل الثمنين، والقول: قول المنكر مع يمينه.

ولا يتحالفان؛ لأنه لم يرد ثمة نص، ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه؛ لأن التحالف عرف بالنص فيما وجد الدعوى والإنكار من الجانبين، والمشتري ههنا لا يدعي على الشفيع شيئاً.. فلا يكون في معنى ما ورد به النص، فلا يصح الإلحاق به.

هذا فيما إذا عجزا عن البرهان.

وإن أقام أحدهما بينة.. قبلت بينته.

(**وإن برهنا.. فللشفيع**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: للمشتري**).

له: أن بينة [٦٠٧/ب] المشتري أكثر إثباتاً؛ لأنه يدعي زيادة الثمن، فصار:

كبينة البائع إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقام البينة.. فإنها للبائع؛ لكونها أكثر إثباتاً.

وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن.. فإنها للوكيل.

وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد.. فإنها للمشتري؛ لكونها أكثر إثباتاً.

والشافعي مع أبي يوسف لذلك.

ولهما طريقان:

أحدهما: أنه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع؛ لجواز تحقق البيعين مرة بألف، وأخرى بألفين مثلاً، على ما شهد عليه البينتان، وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع؛ لتأكد حقه.. فجاز أن يجعلا موجودين في حقه، وله أن يأخذ بأيهما شاء.

بخلاف البائع مع المشتري؛ لأنهما لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول، فالجمع بينهما غير ممكن، فيصار إلى أكثرهما إثباتاً؛ لأن المصير إلى الترجيح: عند تعذر التوفيق، وهذا هو الترجيح لبينة الوكيل أيضاً؛ لأنه كالبائع والموكل كالمشتري.. فلا يمكن توالي العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول، فتعذر التوفيق.

على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد: من أن البينة بينة الموكل.

وأما المشترى من العدو.. فقد ذكر في «السير الكبير»: أن البينة بينة المالك القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف.

ولو سلم أن البينة للمشتري.. فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر؛ إذ لا يصح البيع الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاها محمد وأخذ بها.

والطريقة التالية حكاها أبو يوسف ولم يأخذها، وهي: أن بينة الشفيع ملزمة؛ لأنها إذا قبلت.. وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع، شاء أو أبى، والملزم من البينتين: أولى؛ لأنها وضعت للإلزام، وبينة المشتري غير ملزمة؛ لأنها

وَإِنِ ادّعى المُشْتَرِي ثمناً، وَالْبَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ.. أَخذَهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ البَائِعُ قبلَ قبضِ الثّمنِ.

وَبِمَا قَالَ المُشْتَرِي بعدَهُ.

وَإِن عَكَسا.. فَبعدَ الْقَبْضِ يعْتَبرُ قَولُ المُشْتَرِي.

إذا قبلت.. لا يجب على الشفيع شيء، ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك، وغير الملزم في مقابلة الملزم: غير معتبر.

(**وإن ادعى المشتري ثمناً والبائع أقل منه.. أخذه الشفيع بما قال البائع قبل قبض الثمن**)، وذلك لأن الأمر:

إن كان على ما قال البائع.. فقد وجب الشفعة به.

وإن كان على ما قال المشتري وادعى البائع أقل منه.. فقد حط البائع بعض الثمن، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما سيأتي بيانه، فيأخذ مما قال البائع، ولأن التمليك على البائع كان بإيجابه؛ لأنه لو لم يقل: «بعت».. لا يثبت للشفيع شيء [٦٠٨/أ].

ألا ترى: أنه لو أقر بالبيع وأنكره المشتري.. لا يثبت له حق الأخذ؛ فإذا كان التمليك عليه بإيجابه.. كان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته، فيأخذ الشفيع بقوله.

(**وبما قال المشتري بعده**)؛ أي: أخذ الشفيع بما قال المشتري بعد قبض البائع الثمن عن المشتري إن شاء، ولم يلتفت إلى قول البائع؛ لأن البائع لما استوفى الثمن.. انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين وصار كالأجنبي، فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري.. فيكون القول للمشتري.

(**وإن عكسا**)؛ بأن ادعى البائع ثمناً والمشتري أقل منه (.. **فبعد القبض: يعتبر قول المشتري**)، ولا يلتفت إلى قول البائع؛ لما ذكرناه: من أن البائع بعد استيفاء

وَقَبلَهُ يَتَحَالَفَانِ.

وَأيٌّ نَكَلَ.. اعْتُبِرَ قَوْلُ صَاحِبِهِ.

وَإِن حَلَفَا.. فُسِخَ البيعُ، وَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ البَائِعُ.

الثمن صار أجنبياً من العقد، فلا قول له، فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري، فيكون القول له.

(**وقبله: يتحالفان**) ويترادان؛ للحديث المعروف في باب التحالف.

(**وأيٌّ نكل**) من الحلف (.. **اعتبر قول صاحبه**)؛ فإن نكل البائع.. اعتبر قول المشتري، فيأخذه الشفيع بقول المشتري، وإن نكل المشتري.. فيأخذه الشفيع بقول البائع.

(**وإن حلفا.. فسخ**) القاضي (**البيع**)؛ لما عرف في كتاب الدعوى.

(**ويأخذه الشفيع بما قال البائع**)؛ لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وإن كان الفسخ بالقضاء؛ لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم.

هذا كله: فيما إذاكان مقبوضية الثمن وعدم مقبوضيته معلوماً للشفيع.

وأما إذا لم يكن معلوماً له.. فلا يخلو:

إما أن يقر البائع بالقبض أو لا يقر.

فإن كان الثاني.. فحكمه حكم ما إذا كان الثمن غير مقبوض كما عرفت ذلك.

وإن كان الأول، والحال: أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري:

فإما أن يقر أولاً بمقدار الثمن، ثم بالقبض أو بالعكس.

فإن كان الأول؛ كما لو قال: بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن.. أخذها الشفيع بقول البائع وهو الألف؛ لأنه إذا بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار.. تعلقت الشفعة بالبيع بمقدار.. تعلقت الشفعة بالبيع بذلك المقدار، ثم بقول: «قبضت الثمن»: يريد إسقاط حق الشفيع.. فيرد عليه.

وإن كان الثاني؛ كما لو قال: قبضت الثمن وهو ألف.. لم يلتفت إلى قوله؛ لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن.. خرج من البين وصار أجنبياً، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن؛ فإذا كان كذلك.. يأخذه الشفيع بما قال المشتري.

هذا كله في الاختلاف بين الشفيع والمشتري أو بين المشتري [٦٠٨/ب] والبائع في الثمن.

وإن اختلف الشفيع والمشتري في الطلب؛ بأن قال المشتري: إني قد اشتريت هذه الدار التي يريد أن يأخذها بالشفعة منذ سنة، وقد علم هذا المدعي بالشراء ولم يطلب الشفعة.. فيقول القاضي للمدعي: متى اشترى هو هذه الدار مع يمينه؟

فإن قال الشفيع: علمت منذ سنة وطلبت، وقال المشتري: لم تطلب.. كان القول قول المشتري.

وهو كالبكر إذا زُوّجت وبلغها الخبر، فردت، فاختصما إلى القاضي، فقال الزوج: حين بلغَها الخبر سكتَتْ، وقالت: رددت حين علمت.. كان القول قولها.

ولو قالت: علمت يوم كذا ورددت.. لا يقبل قولها.

ولو قال الشفيع: لم أعلم بالشراء إلا الساعة.. كان القول قوله، وعلى المشتري البينة أنه علم قبل ذلك ولم يطلبه.

ولو قال المشتري: إنه لم يطلب الشفعة حتى لقيني، وقال الشفيع: طلبت الشفعة.. كان القول قول المشتري ويحلف بالله: أنه لم يطلب الشفعة حتى لقيك.

ولو قيل للشفيع: متى علمت؟ فقال: أمس أو في يومي قبل هذه الساعة.. لا يقبل قوله إلا بالبينة.

ولو أن رجلاً ادعى شفعة بالجوار قِبَل رجل لا يرى الشفعة بالجوار، فأنكر المدعى عليه وقال: لا شفعة له.. كان القول قوله مع يمينه، ويحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار.

وَإِن حطَّ عَنِ الْمُشْتَرِي بعضَ الثّمنِ.. يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِالْبَاقِي.
وَإِن حَطَّ الْكلَّ.. يَأْخُذُهُ بِالْكُلِّ.

ولو قال المشتري: وهب لي البناء أولاً، ثم اشتريت الأرض.. كان القول قول المشتري، ويأخذ الشفيع الأرض بدون البناء.

ولو قال: اشتريت النصف، ثم النصف الآخر، وقال الشفيع بالجوار: اشتريت الكل بعقد واحد.. كان القول قول الشفيع استحساناً، وإن أقاما البينة.. كانت البينة بينة المشتري في قول أبي يوسف؛ لأنه هو المحتاج إلى البينة، وعلى قول محمد: البينة بينة الشفيع.

وإن قال المشتري: وهب لي هذا البيت من الدار بطريقه إلى باب الدار، ثم باعني ما بقي من الدار بألف درهم، وقال الشفيع: بل اشتريت كل الدار بألف درهم.. كان القول قول المشتري في البيت، ويأخذ الشفيع كل الدار غير البيت وطريقه إن شاء بألف.

وإن جحد البائع هبة البيت.. كان القول قوله مع يمينه. الكل في «قاضي خان».

(**وإن حط**) البائع (**عن المشتري بعض الثمن.. يأخذه الشفيع بالباقي**)؛ أي: من الثمن.

(**وإن حط الكل.. يأخذه بالكل**)؛ لأن حط البعض قبل القبض يلتحق بأصل العقد، فيصير كأنه اشتراه بذلك الباقي، فيظهر ذلك في حق الشفيع؛ لأنه إنما يأخذ بالثمن، والثمن هو ما بقي.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده؛ لوجود الالتحاق في الصورتين، فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن.

ولو حط بعضه بعد تسليمه الشفعة.. كان له أن يأخذها بالباقي؛ لأنه تبين له أن الثمن أقل، فلا يصح تسليمه.

ولا يحلف بالله ما له قبلك شفعة في هذه الدار؛ لأنه لو حلف على هـ
يحلف بناء على مذهبه، فيفوت حق المدعي.

رجلان تبايعا، فطلب الشفيع الشفعة بحضرة البائع والمشتري، فقال ا
البيع بيننا بيع معاملة، وصدقه المشتري وأنكره الشفيع.. فالقول قول الشـ
لا يصدَّقان على الشفيع، على ما ذكره محمد بن الفضل.

اشترى داراً لابنه الصغير، فأراد الشفيع أن يأخذها بالشفعة، واختلفا ،
في الثمن.. فالقول قول الأب، ولا يمين على الأب؛ لأن فائدة الاستحلاف
وإقرار الأب لا يصح على الصغير.

اشترى داراً فحضر الشفيع، فأراد أن يأخذ الدار، فقال المشتري: أ
بناء، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتها مبنية كما هي.. كان القول قول المشـ
أقام البينة.. كانت بينة الشفيع أولى.

وكذا لو اشترى أرضاً، فحضر الشفيع وفيها أشجار واختلفا على هـ
يكون القول قول المشتري إذا لم يكذبه الظاهر؛ بأن قال: أحدثت فيه
أمس.. فإنه حينئذ لا يقبل قول المشتري [٦٠٩/أ].

وإن قال: اشتريت منذ عشرين يوماً وأحدثت فيها الأشجار.. قبل قو

وإن قال المشتري: اشتريت البناء بخمسمائة درهم، ثم اشتريت ا
ذلك، أو قال: اشتريت الأرض بدون البناء أولاً، ثم اشتريت البناء بعقد
شفعة لك في البناء، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتهما معاً في صفقة واحدة:

في القياس: يكون القول قول المشتري.

وفي الاستحسان: يكون القول قول الشفيع؛ لأن المشتري ينكر ا
البناء؛ لتفرق الصفقة بعد قيام سبب الشفعة ظاهراً.. فلا يقبل قوله.

وَإِن حطَّ النِّصْفَ ثمَّ النِّصْفَ.. يَأْخُذُ بِالنِّصْفِ الْأَخيرِ.

وَإِن زَادَ الْمُشْتَرِي فِي الثّمنِ.. لَا تلْزمُ الشَّفِيعَ الزِّيَادَةُ.

وَإِذا كَانَ الثّمنُ مِثلِيّاً.. لزمَ الشَّفِيعَ مثلُهُ.

وَإِن قيميّاً.. فَقيمتُهُ.

وَإِن كَانَ مُؤَجّلاً.. أَخذَ بِثمنٍ حَالٍّ.

أَو يطْلبُ فِي الْحَالِ وَيَأْخُذُ بعدَ مُضِيّ الْأَجَلِ.

بخلاف حط الكل؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد؛ لئلا يخرج العقد عن موضوعه؛ لأنه لو التحق به.. لكان هبة أو بيعاً بلا ثمن، وهو فاسد، فلا شفعة فيها.

(وإن حط النصف ثم) حط **(النصف)** الآخر.. **(يأخذ)** الشفيع **(بالنصف الأخير)**؛ لأنه لما حط النصف الأول.. التحق [٦٠٩/ب] بأصل العقد، فوجب عليه نصف الثمن، فلما حط النصف الآخر.. كان حطاً للجميع، فلا يسقط؛ كما لا يسقط الكل ابتداء.

(وإن زاد المشتري في الثمن.. لا تلزم الشفيع الزيادة)؛ لأنه استحق أخذه بالثمن المسمى قبل الزيادة، فلا يملك إبطال حقه الثابت له، فلا يتغير العقد في حقه؛ كما لا يتغير بتجديدهما العقد؛ لما يلحقه بذلك من الضرر؛ لأنه يحتمل أنهما تواضعا على ذلك إضراراً بالشفيع، بخلاف الحط؛ لأنه نفع له.

(وإذا كان الثمن مثلياً.. لزم الشفيع مثله).

(وإن) كان **(قيمياً.. فقيمته)**؛ لأن الشفيع يتملكه بمثل ما يتملكه المشتري؛ إن مثلياً.. فمثلي، وإن قيمياً.. فقيمي، حتى لو باع داراً بدار.. أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر؛ لأنها من القيميات.

(وإن كان) الثمن **(مؤجلاً.. أخذ)** الشفيع **(بثمن حال أو يطلب)** الشفعة **(في الحال، ويأخذ)** الدار **(بعد مضي الأجل)**؛ يعني:

وَلَا يتعجَّلُ مَا على الْمُشْتَرِي لَو أَخذَ الشَّفِيعُ بِالْحَالِّ.

وَلَو سكتَ عَنِ الطَّلبِ ليحلَّ الْأَجَلُ.. بَطَلَت شفعتُهُ.

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

الشفيع مخير بين الأمرين، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا.

وقال زفر والشافعي في القديم: له ذلك؛ لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة بالثمن، فيأخذه بأصله ووصفه معاً كما في الزيوف.

ولنا: أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع والمشتري.. فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما، ولأنه لا بد في الشفعة من الرضاء؛ لكونها مبادلة، ولا رضاء في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل؛ لأن الرضاء به في حق المشتري ليس برضى في حق الشفيع، ولا مستلزم له؛ لتفاوت وصف الشيء يتبعه لا محالة، وهذا ليس كذلك؛ لأنه حق المشتري، والثمن حق البائع.. فكيف يكون وصفاً له؟ وإلا.. لزم أن يكون الأجل حقاً للبائع أيضاً.

ثم للشفيع أن يأخذها بثمن حال؛ إن شاء من البائع ومن المشتري.

فإذا أخذها بثمن حال من البائع.. سقط الثمن من المشتري؛ لتحول الصفقة إلى الشفيع، فصار المشتري أجنبياً.

وإن أخذها من المشتري.. رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان، واليه أشار بقوله: **(ولا يتعجل ما على المشتري)** من الثمن المؤجل **(لو أخذ الشفيع بالحال)**؛ أي: بالثمن الحال؛ لأن الأجل يثبت بالشرط، فلا يبطل بأخذ الشفيع بثمن حال؛ كما لا يبطل بيعه من غير الشفيع بثمن حال.

(ولو سكت) الشفيع فيما كان الثمن مؤجلاً إلى أجل معلوم **(عن الطلب ليحل الأجل.. بطلت شفعته)** عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أولاً.

(خلافاً لأبي يوسف).

له: أن الطلب ليس [٦١٠/أ] بمقصود لذاته، بل للأخذ، وهو لا يمكن من الأخذ

وَلَو اشْترى ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ أَو خِنْزِيرٍ.. يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ الذِّمِّيُّ بِمِثْلِ الْخمرِ وَقِيمَةِ الْخِنْزِيرَ، وَالْمُسلمُ بِالْقِيمَةِ فيهمَا.

في الحال قبل حلول الأجل بثمن مؤجل، فلا فائدة في طلبه في الحال، فلا يكون سكوته دليل الإعراض حتى يبطل شفعته.

ولهما: أن حق الشفيع قد ثبت، ولهذا.. كان له أن يأخذه بثمن حال، ولولا أن حقه ثابت.. لما كان له الأخذ في الحال.

والسكوت عن الطلب في الحال بعد ثبوت حقه: دليل الإعراض، فتبطل به شفعته، فلا بد له من الطلب وإن لم يتمكن من الأخذ قبل حلول الأجل.

(**ولو اشترى ذمي بخمر أو خنزير.. يأخذه الشفيع الذمي بمثل الخمر**)؛ لأن الذمي يملك مثل الخمر وهو من المثليات، فيأخذه بمثله.

واحترز بقيد الذمي: عن المرتد؛ إذ لا شفعة له، وعن الشفيع المسلم؛ لما سيأتي ذكره.

(**وقيمة الخنزير**) لأن الذمي يملكه وهو من القيميات، فيأخذه بقيمته.

(**والمسلم**)؛ أي: يأخذه الشفيع المسلم (**بالقيمة فيهما**)؛ أي: في المشترى بخمر وخنزير؛ لأن المسلم لا يملك شيئاً من الخمر والخنزير، فيأخذه بالقيمة فيهما.

فإن قيل: قيمة الخنزير تقوم مقام يمينه؛ لأن قيمة ما يكون من القيميات: تقوم مقامه، فوجب أن يحرم على المسلم قيمته أيضاً، بخلاف قيمة الخمر؛ لأنه من المثليات.. فلا يقوم قيمته مقامه، فيجوز على المسلم تمليك قيمته.

قلنا: إنما يحرم على المسلم تمليك قيمة الخنزير إذا كانت القيمة بدلاً عن الخنزير، وليس كذلك؛ لأنها ههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير.

والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكر من الأحكام؛ لالتزامه أحكامنا مدة إقامته في دارنا، فصار كالذمي في تلك المدة. كذا في «الزيلعي».

وَلَـو بنـى الْمُشْـتَرِي أَو غَـرَسَ.. أَخَـذَهَا الشَّـفِيعُ بِـالثّمنِ، وبقيمتِهِمَـا مقلوعَينِ؛ كَمَا فِي الْغَصْبِ، أَو كلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلعَهُما.

(**ولو بنى المشتري أو غرس**)؛ أي: على الأرض المشفوعة (.. **أخذها**)؛ أي: الأرض المشفوعة (**الشفيع بالثمن**) الذي اشترى بذلك الثمن المشتري (**وبقيمتهما**)؛ أي: قيمة البناء والغرس (**مقلوعين**)؛ أي: مستحق القلع لا مقلوعاً بالفعل، على ما تقدم الفرق بينهما في «كتاب الغصب».

(**كما في الغصب، أو كلف المشتري قلعهما**)؛ أي: قلع البناء والغرس.

وعن أبي يوسف: أنه لا يكلف بالقلع، بل يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك، وهو أحد قولي الشافعي.

وله قول آخر، وهو: أن يقلع الغرس ويعطي قيمة البناء.

لأبي يوسف: أنه ليس بمتعد في البناء والغرس، بل بنى وغرس بناء على أنهما ملكه، فيكون محقاً في البناء والغرس، والمحق في الشيء: لا يكلف بقلعه؛ لأن التكليف بالقلع من أحكام [٦١٠/ب] العدوان:

كالموهوب له إذا بنى أو غرس.. ليس للواهب أن يكلف بالقلع، بل يرجع في الأرض.

وكالمشتري شراء فاسداً إذا بنى أو زرع.. فإنه ليس له أن يكلف بقلع البناء والزرع.

ووجه ظاهر الرواية: أن المشتري بنى وغرس في محل تعلق به حق متأكد للغير؛ بحيث لا يقدر على إسقاطه جبراً من غير تسليط من جهة من له الحق، وكل ما هو كذلك.. نقض؛ كالراهن إذا بنى أو غرس في المرهون.

وهذا: لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري، ولهذا.. ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة. على ما في «الزيلعي».

بخلاف بناء الموهوب له والمشترى شراء فاسداً؛ فإن بناءهما حصل بتسليط

وَلَوِ اسْتحقَّتْ بَعْدَمَا بَنَى الشَّفِيعُ، أَو غرسَ.. رَجَعَ على المشتري بالثَّمنِ فقط.

وَإن جَفَّ الشّجرُ أَوِ انْهَدمَ الْبناءُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي يَأْخُذهُا الشَّفِيعُ بِكُلِّ الثّمنِ إن شَاءَ.

الواهب والبائع، فليس لهما التكليف بالقلع، ولا تسليط ههنا من الشفيع.. فله أن يكلف بالقلع.

(**ولو استحقت**) الأرض المشفوعة (**بعدما بنى الشفيع أو غرس**)، فكلف المستحق الشفيع بقلع البناء والغرس، فقلع الشفيع البناء والغرس (.. **رجع**) الشفيع (**على المشتري بالثمن**)؛ لأنه تبين: أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق؛ لأن الأرض لم تكن في ملكه، فيسترد الثمن منه.

(**فقط**)؛ أي: دون قيمة البناء والغرس، لا على البائع إن كان أخذها منه، ولا على المشتري إن كان أخذها منه.

قال في «الزيلعي»: معناه: أنه لا يرجع بما نقص البناء والغرس بالقلع.

ثم هذا جواب ظاهر الرواية.

عن أبي يوسف: أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضاً؛ لأنه متملك عن المشتري، فكان كالمشتري، والمشتري في صورة الاستحقاق: يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء.. فكذلك الشفيع.

ووجه الظاهر: هو الفرق بينه وبين المشتري؛ بأن المشتري مغرور من جهة البائع مسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري؛ لأن الشفيع أخذها منه جبراً.

(**وإن جف الشجر أو انهدم البناء**)؛ يعني: اشترى أرضاً فيها شجر أو بناء، فجف الشجر أو انهدم البناء من غير صنع أحد (**عند المشتري.. يأخذها**)؛ أي: الأرضَ (**الشفيعُ بكل الثمن إن شاء**)، ولا يسقط من الثمن؛ لأن الشجر والبناء تابعان

وَإِن هَدَمَ الْمُشْتَرِي الْبناءَ.. أَخذَ الشَّفِيعُ الْعَرَصَةَ بحصَّتِها، وَلَيْسَ لَهُ أَخذُ النِّقْضِ.

وَإِن شَرَى الْمُشْتَرِي الأَرْضَ مَعَ شجرٍ مُثمِرٍ أَو ....

للأرض؛ حتى يدخلان في البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن.

قال في «الزيلعي»: [هذا] إذا انهدم البناء ولم يبق [له نقض،] [1] ولا حطب أو خشب من الشجر، وأما إذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري.. فليس للشفيع أخذه لانفصاله من الأرض؛ حيث لم يكن تبعاً [٦١١/أ] من الأرض.. فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك؛ لأنه حينئذ: مال قائم بقي محتبساً عند المشتري، فيكون له حصة من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة.

(**وإن هدم المشتري البناء.. أخذ الشفيع العرصة بحصتها**) من الثمن.

(**وليس له أخذ النقض**) ـ بكسر النون ـ أي: المنقوض من البناء، وهذا لأنه صار بالإتلاف مقصوداً، فيقابله شيء من الثمن.

بخلاف ما إذا انهدم من غير صنع؛ لأن الهلاك فيه بآفة سماوية، فلا يقاس عليه.

فإذا كان له حصة من الثمن.. يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليهما.

بخلاف ما إذا انهدم بآفة سماوية وكان النقض باقياً عند المشتري.. حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحبس.

هذا: وتقييد الهدم بالمشتري ليس باحتراز عن الأجنبي؛ لأن نقض الأجنبي كنقض المشتري في الحكم المذكور على ما في «الزيلعي».

(**وإن شرى المشتري الأرض مع شجر مثمر**)؛ أي: عليه ثمر وقت الشراء (**أو**

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزيلعي» (٢٥١/٥).

غيرَ مثمِرٍ، فأَثمَرَ فِي يَدِهِ.. أَخذَهَا الشَّفِيعُ مَعَ الثَّمرِ فيهِمَا.

فَإِن جذَّهُ المُشْتَرِي.. فَلَيْسَ للشَّفِيعِ أَخذُهُ، وَيَأْخُذُ مَا سواهُ بِالْحِصَّةِ فِي الأَوَّلِ وَبِكُلِّ الثَّمَنِ فِي الثَّانِي.

غير مثمر)؛ أي: لا ثمر له وقت الشراء، **(فأثمر في يده.. أخذها الشفيع مع الثمر فيهما)** استحساناً.

والقياس: أن لا يكون له أخذ الثمر؛ لعدم التبعية؛ كالمتاع الموضوع فيها.

وجه الاستحسان: أنه بالاتصال خلقة: صار تبعاً من وجه؛ لأنه متولد من المبيع، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل؛ كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض.. فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم، فكذا هذا.

(فإن جذّه)؛ أي: الثمر في الفصلين **(المشتري.. فليس للشفيع أخذه)**؛ أي: الثمر؛ لبطلان تبعيته بالكلية بالانفصال.

(ويأخذ) الشفيع **(ما سواه)**؛ أي: ما سوى الثمر المقطوع من الأرض والشجر **(بالحصة)** من الثمن **(في الأول)**؛ أعني: ما اشتراه المشتري مع شجر مثمر **(وبكل الثمن في الثاني)**؛ أعني: ما اشتراها بشجر غير مثمر فأثمر في يده.

وهذا: لأن الثمر في الأول: كان داخلاً في العقد لوجوده حين العقد، فيكون له حصة من الثمن، فتسقط حصته منه بالقطع.

بخلاف الفصل الثاني؛ لأن الثمن فيه لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يدخل عند الأخذ في المبيع إلا تبعاً ـ فلا يقابله شيء من الثمن.

* * *

(بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ فِيهِ وَمَا يُبْطِلُهَا)

إِنَّمَا تجبُ الشُّفْعَةُ قصداً فِي عقارٍ مُلِكَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ وَإِن لم يُمكِنَ قسمتُهُ؛ كرحى وحمَّامٍ وبئرٍ.

(بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ فِيهِ وَمَا يُبْطِلُهَا)

(إنما تجب)؛ أي: تثبت **(الشفعة قصداً)**.

احترز به عن البناء والشجر في بيع العقار؛ لأن الشفعة فيهما تجب تبعاً للعقار.

(في عقار) وهو: ما له أصل من دار أو ضيعة.

أطلقه؛ فشمل [٦١١/ب] ما يقسم وما لا يقسم؛ كالبئر والرحى والحمام والنهر والطريق؛ لأن الشفعة تجب فيها عندنا.

وقال الشافعي: لا تجب فيما لا يقسم؛ بناء على أصله: من أن الشفعة تجب عنده لدفع أجرة القسام ومؤونة القسمة، فلا يتحقق إلا فيما لا يقسم.

قلنا: لا نسلم أنها تجب لدفع ذلك، بل تجب لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، وذلك لا يختص بما قسم، بل تجري فيما يقسم وما لا يقسم، والمنصوص: يشهد لنا أيضاً: منها قوله ﷺ: «الشفعة في كل شيء؛ عقار أو ربع» إلى غير ذلك من العمومات، والربع: الدار.

(مُلِكَ) ـ على صيغة المجهول ـ: صفة عقار.

(بعوض هو مال)، احترز: بقوله: «بعوض»: عما ملك بهبة.. فإن الشفعة لا تجب فيها، وبقوله: «هو مال»: عما إذا ملك بعوض غير مال كالمهر و الخلع و الصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك.. فإن الشفعة لا تجب في هذه الأشياء على ما سيأتي.

(وإن) ـ وصلية ـ **(لم يمكن قسمته؛ كرحى)**؛ أي: بيت رحى على ما في «العناية».

(وحمام وبئر) ونهر في طريق، وفيه خلاف الشافعي على ما ذكرناه من قبل.

فَلَا تجبُ فِي: عَرَضٍ، وفُلْكٍ، وَبِنَاءٍ وَشَجَرٍ بيعا بِدُونِ الأَرْضِ، وَلَا فِي إِرْثٍ، وَصدقَةٍ، وَهبةٍ بِلَا عوضٍ مَشْرُوطٍ، ....

(.. **فلا تجب**)؛ أي: لا تثبت (**في عرض**)؛ لقوله ﷺ: «الشفعة في كل عقار»؛ لأن سكوته ﷺ في محل البيان: يفيد نفي الحكم عن غير المذكور.

(**وفلك**) مال ملك تثبت الشفعة؛ لأنها تسكن كالعقار.

ولنا قوله ﷺ: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» والربع: الدار.

(**وبناء وشجر بيعا**)؛ أي: البناء والشجر (**بدون الأرض**)؛ لأنهما منقولان، ولا شفعة في المنقول عندنا إلا تبعاً للعقار، حتى لو بيعا مع الأرض.. تثبت الشفعة فيهما تبعاً للأرض.

بخلاف العلو؛ فإنه تجب فيه الشفعة بدون السفل على ما سيصرح به.

وكذا: لا شفعة في بناء أو شجر بُنِيَ وغرس على أرض الوقف أو على أرض الأميرية.

(**ولا في إرث وصدقة وهبة بلا عوض**) مالي (**مشروط**)، وهذا: لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري: بمثل ما تملكه المشتري في المثليات، وبقيمته في القيميات، فقد شرط المشرع في تملك الشفيع: أن يكون تملكه بسبب كان المشتري تملكه بذلك السبب، لا بإنشاء سبب آخر.

ولهذا.. لم تثبت الشفعة فيما ملكه بالإرث والصدقة والهبة بلا عوض مشروط؛ لأنه لو أخذ الواهب والمتصدق والمورث بالشفعة.. أخذه بعوض مالي لا مجاناً، فكان أخذه بسبب غير السبب الذي تملك به الوارث والفقير والموهوب، وهذا قلب الموضوع.

بخلاف الهبة بعوض مالي مشروط في العقد، وقد وجد القبض؛ بأن وهب [٦١٢/أ] دار الرجل على أن يهب الموهوب له ألف درهم وتقابضا.. فإن فيه الشفعة؛ لأنه في معنى البيع، فيأخذه الشفيع بذلك العوض.

وَمَا بِيع بِخِيَارِ البَائِعِ أَو بيعاً فَاسِداً.. مَا لم يُسْقِط حقَّ الْفَسْخِ.

(**وما بيع**)؛ أي: لا شفعة فيما بيع (**بخيار البائع**)؛ لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه، وبقاءُ ملكه يمنع وجوب الشفعة؛ لأن شرط ثبوتها: أن يخرج عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري، وخيار البائع يمنع ذلك.

بخلاف ما إذا أسقط البائع خياره.. فإنه حينئذ تثبت الشفعة؛ لوجود المقتضي وزوال المانع.

واختلف في اشتراط الإشهاد للشفيع عند سقوط الخيار:

قالوا: الأصح: أنه يشترط؛ لأن البيع إنما صار سبباً لزوال الملك في ذلك الوقت.

وبخلاف ما إذا اشترى بشرط الخيار.. حيث تثبت له الشفعة؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال الملك عن البائع، ووجوب الشفعة يبتنى عليه، وسيأتي ذكره.

(**أو بيعاً فاسداً**)؛ لأن البيع الفاسد قبل القبض: لا يفيد الملك للمشتري، فيكون ملك البائع باقياً على ملكه، فلا يثبت للشفيع حق الشفعة.

وبعد القبض وإن كان يفيد الملك، لكن حق البائع باق فيها، ولهذا.. كان واجب الدفع؛ لدفع الفساد، ويحرم على المشتري التصرف فيها.

وفي إثبات الحق للشفيع: تقرير الفساد، فلا يجوز، وإلا.. لتحول ذلك الفساد بعينه إلى الشفيع.

(**ما لم يسقط**) البائع الذي باع بخيار الشرط، أو بيعاً فاسداً (**حق الفسخ**)؛ أعني: الخيار في الأول.

وبناء المشتري في الدار المشفوعة أو إخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو الهبة أو جعله نهراً أو غير ذلك في الثاني.

أما سقوط الخيار للبائع.. فقد تقدم بيانه.

وأما بناء المشتري فيها: فلأن حق البائع ينقطع به، فلا يملك الاسترداد؛ لأن

وَلَا فِيمَا قُسِمَ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، أَو جُعِلَ أُجْرَةً أَو بدلَ خُلْعٍ أَو عِتقٍ، أَو صلحٍ عَن دمِ عمدٍ، أَو مهراً.

حق البائع في الاسترداد في البيع الفاسد لحق الشرع، والبناء حق المشتري، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى؛ لاحتياج العبد، وقد بنى المشتري بتسليط البائع.. فلا يكون له نقض.

وأما إخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو غيره.. فلانقطاع حق البائع أيضاً؛ فإن المشتري الشراء الفاسد لو باع المبيع بالبيع الصحيح.. يخرج المبيع عن ملكه، فكان للشفيع أن يأخذ بالشفعة بأي البيعين شاء؛ لانقطاع حق البائع؛ فإن أخذه بالبيع الثاني.. أخذه بالثمن؛ لأن البيع الثاني صحيح، والواجب فيه: الثمن، فيأخذ به.

وإن أخذه بالبيع الأول.. أخذه بالقيمة؛ لأن الواجب فيه القيمة؛ لفساد هذا البيع، ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثاني [٦١٢/ب] ليأخذه الشفيع؛ لأن البيع الثاني كان صحيحاً مفيداً للملك، وإنما فسخ لحق الشفيع.

ولو عاد حق البائع.. لبطل حق الشفيع، وذلك باطل؛ لأن ما يكون من مقتضيات حق شخص.. لا يثبت على وجه يبطل حقه، وإلا.. لزم استلزام وجود شيء وعدمه، وهو محال.

ولو أخرجه عن ملكه بالهبة أو جعله مهراً أو بدل خلع.. أخذه الشفيع بالقيمة.

(**ولا فيما قسم بين الشركاء**)؛ يعني: لو اقتسم الشركاء العقار بينهم.. فلا شفعة لجارهم بالقسمة؛ لأن القسمة تشتمل الإفراز والمبادلة، والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة، وهي المبادلة من كل وجه.

(**أو جعل**) العقار (**أجرة**)؛ بأن استأجر داراً من رجل [وجعل] العقار أجرة له.

(**أو**) جعل (**بدل خلع أو**) بدل (**عتق**) بأن عتق عبداً على دار.

(**أو**) بدل (**صلح عن دم عمد، أو**) جعله (**مهراً**) لامرأة تزوجها.

والأصل ههنا: ما ذكرناه في الإرث والصدقة والهبة.

وَإِن قُوبِلَ بِبَعْضِهِ مَالٌ.

وَعِنْدَهُمَا: تجبُ فِي حِصَّةِ المَالِ.

وَلَا فِيمَا صُولِحَ عَنهُ بِإِنكارٍ ....

وتوضيحه: أن الشرع لم يشرع التمليك بالشفعة إلا بما يملك به المشتري: **صورة ومعنى**؛ كما في المثليات، أو معنى؛ كما في القيميات، ولا يمكن ذلك إذا تملك العقار بهذه المعاني؛ لأنها ليست بأموال، ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها.. فلا يمكن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بما يملك به المشتري، فلم يكن مشروعاً، وفيها خلاف الشافعي.

أطلق المهر؛ فشمل: **المهر المسمى**؛ بأن جعل العقار مهراً مسمى حين العقد أو بعد العقد.

ومهر المثل؛ بأن تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها عقاراً بدل مهر المثل.

بخلاف ما لو باع العقار من زوجته بمهر مسماها أو بمهر مثلها.. فإنه ثبت فيه الشفعة؛ لأنه مبادلة مال بمال؛ لأن ما أعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر. كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(**وإن**) وصلية (**قوبل ببعضه**)؛ أي: بعض العقار الذي جعله مهراً (**مال**)، وذلك بأن تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة على الزوج ألف درهم في مقابلة بعض الدار.. فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة؛ لأن معنى البيع فيه: تابع، ولا شفعة في المتبوع.. فكذا في التابع.

(**وعندهما: تجب**) الشفعة (**في حصة المال**)؛ لأنه مبادلة بمال في الحصة، فتجري فيه الشفعة.

(**ولا فيما صولح عنه**)؛ أي: ولا شفعة في عقار صولح عنه بمال؛ لأنه إذا صالح عنه (**بإنكار**).. بقي العقار في يده، وهو يزعم أنه لم يزل عن ملكه، والشفعة تبتنى على زوال الملك.

أَو سكُوتٍ.

وَتجبُ فِيمَا صُولِحَ عَلَيْهِ بِأَحَدِهِمَا.

وَلَا فِيمَا سَلِمَتْ شفعتُهُ ثـمَّ رُدَّ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ، أَو شَرطٍ، أَو بِخِيَارِ عيبٍ بِقَضَاءٍ.

وَمَا رُدَّ بِهِ بِلَا قَضَاءٍ، أَو بالإِقالَةِ.. تجبُ فِيهِ.

(أو سكوت)؛ لأنه يحتمل بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه [٦١٣/أ]؛ كما إذا أنكر صريحاً.

بخلاف ما إذا صالح عنه بإقراره؛ لأنه معترف بالملك للمدعي، وإنما استفاده بالصلح، فكان مبادلة مال بمال، فتجري فيه الشفعة.

(وتجب) الشفعة ـ أي: تثبت ـ **(فيما)**؛ أي: في عقار **(صولح عليه بأحدهما)**؛ أي: بإنكار أو سكوت.

وكذا: بإقراره على ما في «الهداية»؛ لأنه أخذه عوضاً عن حقه في زعمه، فكان مبادلة مال بمال.

ولا بد أن يكون العوض من غير جنس حقه؛ لأنه إذا كان من جنس حقه.. كان أخذه لحقه، فليس فيه معاوضة، فلا تجب فيه الشفعة. كذا في «الهداية» و«العناية».

(ولا فيما سلمت شفعته، ثم رد بخيار رؤية أو شرط أو بخيار عيب بقضاء)؛ يعني: إذا سلم الشفيع الشفعة، ثم رد العقار على البائع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان، أو بخيار عيب بقضاء قاضٍ.. لا شفعة فيها؛ لأنه فسخ من كل وجه، فلا يمكن أن يجعل عقداً جديداً، فعاد إلى قديم ملك البائع، والشفعة تجب في الإنشاء لا في البقاء على ما كان، ولا فرق في ذلك: بين أن يكون الفسخ قبل القضاء أو بعده.

(وما رد به)؛ أي: بخيار عيب **(بلا قضاء أو بالإقالة.. تجب)** الشفعة **(فيه)**؛ لأن الإقالة بيع جديد في حق الثالث ـ وهو الشفيع على ما تقدم في الإقالة ـ فتجري فيها الشفعة.

وَتجبُ فِي الْعُلُوّ وَحدَهُ.

وَفِي السُّفْلِ بِسَبَبِهِ.

والرد بعيب بلا قضاء: ليس بفسخ من كل وجه، بل هو إقالة، فتجري فيها الشفعة أيضاً.

قال في «الهداية» و«العناية»: إذا رد بعيب بقضاء قاض.. لا فرق فيه بين القبض وعدمه في عدم ثبوت الشفعة.

وأما إذا رد بعيب بغير قضاء؛ فإن كان الرد قبل القبض.. فلا شفعة فيه أيضاً؛ لأنه فسخ لا بيع من الأصل، وإن كان الرد بعد القبض.. ففيه الشفعة.

وقال في «الزيلعي»: إنما يستقيم هذا على قول محمد؛ لأن بيع العقار عنده لا يجوز قبل القبض؛ كما في المنقول، فلا يمكن حمله على البيع، فيحمل على الفسخ.

(وتجب) الشفعة ـ أي: تثبت ـ **(في العلو وحده)**؛ أي: بدون السفل.

بخلاف البناء بدون العرصة.. فإنه لا تجب الشفعة في البناء وحده بدون العرصة على ما تقدم في أول هذا الباب.

(وفي السفل بسببه)؛ أي: بسبب العلو.

ولا يخفى عليك: أن هذه المسألة لم تقع في محلها عقيب قوله في أول الباب : «وبناء وشجر بيعا بدون الأرض» بأن يقول هكذا: «ولا تجب في عرض وفلك وبناء وشجر بيعا بدون الأرض، بخلاف العلو بدون السفل؛ فإنه يجب فيه الشفعة [٦١٣/ب] بدون السفل، وبسببه تجب الشفعة في السفل أيضاً» على ما وقع في «الهداية»؛ حيث قال فيها:

ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعا بدون العرصة، بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة في السفل.

ثم لا يخفى: أن استحقاق الشفعة في السفل بسبب العلو:

قد يكون بالجوار، وقد يكون بالشركة.

والأول: فيما كان طريق العلو في السكة لا في السفل.. فإنه حينئذ يكون العلو طاراً للسفل.

والثاني: فيما كان طريق العلو في السفل.. فإنه حينئذ يكون العلو شريكاً للسفل في الطريق الخاص، فيكون مقدماً على الجار في حق الشفعة.

قال في «قاضي خان»: علو لرجل وسفل لآخر، وطريق العلو في السكة العليا لا في السفلى، باع صاحب السفل سفله.. كان لصاحب العلو أن يأخذ السفل بالشفعة؛ لأن السفل متصل بالعلو، فكانا جارين.

ولو أن صاحب العلو طلب الشفعة، فانهدم العلو قبل أن يأخذ أو كان العلو مهدماً حين بيع السفل.. كان لصاحب العلو أن يأخذ السفل بالشفعة في قول محمد؛ لأن له حق التعلي على السفل، فيأخذ بذلك.

وقال أبو يوسف: إذا انهدم العلو.. لا شفعة له.

وصاحب السفل بشفعة العلو: أحق من الجار في قول أبي حنيفة؛ إذا لم يكن للجار شركة في الطريق. انتهى.

قلت: صح وجه الطرفين لو أن محمداً قال: إن الشفعة في العلو لا تستحق بعين البناء؛ لأن البناء مما يحول وينقل.. فيكون من المنقولات، وقد تقدم: أنه لا شفعة في المنقول، وإنما تستحق بسبب قرار البناء؛ أعني: حق التعلي، وهذا قائم لم ينزل بانهدام البناء، ولذا.. كان لصاحب العلو البناء على السفل وإن لم يرض صاحب السفل؛ فإذا قام بسبب الشفعة بعد الانهدام.. كان له حق الشفعة بعده.

وقال أبو يوسف: إن الشفعة إنما تستحق بما هو مملوك للشفيع؛ بدليل: أن الساكن لا يستحق الشفعة لانعدام الملك، وحق التعلي غير مملوك؛ لأنه عبارة عن الهواء، وإنما المملوك هو البناء، وقد انعدم بالانهدام، فلم يبق له سبب الشفعة قبل أن يأخذ، فتبطل شفعته.

وَفِيمَا بِيعَ بِخِيَارِ الْمُشْتَرِي.

وَإِن بِيعَتْ دَارٌ بِجَنبِ الْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ.. فَالشُّفْعَةُ لِمَن لَهُ الْخِيَارُ، بائعاً أَوْ مُشْتَرِياً وَتَكون إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي.

وعلى هذا الخلاف أيضاً: أنه إذا بيعت دار بجنب السفل، فانهدم العلو والسفل قبل الأخذ بالشفعة.. قال أبو يوسف: الشفعة لصاحب السفل فقط.

وقال محمد: لصاحب السفل والعلو معاً. كذا في «المجمع» وشروحه.

(**وفيما بيع**)؛ أي: تجب الشفعة في عقار بيع (**بخيار المشتري**)؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال [٦١٤/أ] الملك عن البائع، ووجوب الشفعة يبتنى عليه؛ فإن أخذ الشفيع في أيام الخيار؛ أعني الثلاث.. لزم البيع؛ لعجز المشتري عن الرد على البائع، ولا خيار للشفيع؛ لأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط، والشرط كان للمشتري لا للشفيع.

بخلاف خيار البائع؛ فإنه يمنع الشفعة كما تقدم آنفاً.

(**وإن بيعت دار**) متصلة (**بجنب**) الدار (**المبيعة بالخيار**) . الباء متعلق بالمبيعة . (.. **فالشفعة لمن له الخيار بائعاً أو مشترياً**).

أما البائع: فظاهر؛ لأن ملكه باق في الدار المبيعة بالخيار، وهي التي يشفع بها؛ لأن خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه؛ فإذا كان ملكه باقياً.. كان له الشفعة..

وأما المشتري: ففيه إشكال؛ لأن أصل أبي حنيفة: أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار له، والشفعة لا تستحق إلا بالملك.. فكيف يكون له حق الشفعة؟

(**ويكون**) الأخذ بالشفعة (**إجازة**) للبيع الأول (**من المشتري**)؛ أي: إذا أخذها المشتري بالشفعة.. يكون أخذه بالشفعة: إجازة للبيع الأول، فيسقط خياره، فيملك المبيع الأول بالبيع الأول، والمبيع الثاني بالشفعة.

ومن هنا: يمكن اندفاع الإشكال المذكور. تأمل.

ولشفيعِ الأُولى أَخذُهَا مِنْهُ، لَا أَخذُ الثَّانِيَةِ.

وَإِن بِيعَتْ دَارٌ بِجنبِ مَا بِيعَتْ فَاسِداً.. فشفيعُها البَائِعُ إِن بِيعَتْ قبلَ قبضِ المُشْتَرِي.

فَإِذا قبضَ بعدَ الحُكمِ لَهُ بهَا.. لَا تَبطلُ.

وأما أخذ البائع بالشفعة.. فكان نقضاً للبيع الأول؛ لأنه قرر في ملكه في المبيع، وإقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار: نقض للبيع؛ فإذا كان نقضاً للبيع.. سقط خياره أيضاً.

ثم ما ذكره من قوله: «ويكون إجازة من المشتري في خيار الشرط للمشتري، بخلاف خيار الرؤية له»؛ فإنه إذا اشترى داراً ولم يرها.. لم يبطل خيار الرؤية له بأخذ ما بيع بجنب تلك الدار بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال، فكيف يبطل بدلالته؟!

(**ولشفيع**) الدار (**الأولى**) وهي التي اشتراها المشتري بشرط الخيار: (**أخذها**)؛ أي: الدار الأول (**منه**)؛ أي: من المشتري بحق الشفعة.

(**لا أخذ الدار الثانية**) وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة؛ لانعدام ملك شفيع الأول في الأول حين بيعت الثانية، فلا يملكها بالشفعة.

(**وإن بيعت دار بجنب ما بيعت فاسداً.. فشفيعها**)؛ أي: شفيع الدار المبيعة بيعاً صحيحاً بجنب ما بيعت فاسداً: (**البائع**) الأول؛ أي: البائع فاسداً (**إن بيعت**) الدار المبيعة بيعاً صحيحاً (**قبل قبض المشتري**) الدار المبيعة بيعاً فاسداً؛ لأن ملك البائع باق فيها قبل قبض المشتري كما كان؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك للمشتري قبل قبض، ولا يخرجه عن ملك البائع.

(**فإذا قبض**) المشتري [٦١٤/ب] الدار المبيعة بيعاً فاسداً (**بعد الحكم له**)؛ أي: للبائع فاسداً (**بها**) أي: بشفعة الدار المبيعة بجنب هذه الدار (.. **لا تبطل**) شفعته؛ لأن

وَإِن بِيعَتْ بعدَ قبضِ المُشْتَرِي.. فَالشُّفْعَةُ لِلْمُشْتَرِي.

فَإِنِ اسْتردَّ البَائِعُ مِنْهُ الْمَبِيعةُ قبلَ الحُكمِ لَهُ بِالشُّفْعَةِ.. بطَلَتْ شفعتُهُ.

وَإِن بعدَ الحُكمِ.. بقِيَتِ الثَّانِيَةُ على مِلْكِهِ.

بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بالشفعة: ليس بشرط لتقرر الشفعة بالحكم بها.

بخلاف ما إذا قبضها المشتري قبل الحكم للبائع بالشفعة.. فإنه حينئذ بطلت شفعة البائع؛ لزوال ما كان يستحق الشفعة به قبل الحكم.

(**وإن بيعت**) دار (**بعد قبض المشتري**) الدار المبيعة فاسداً (.. **فالشفعة للمشتري**)؛ لأنه ملك تلك الدار.

فإن قيل: في ذلك تقرير للفساد؛ فإنه أخذ الدار المبيعة صحيحاً بالشفعة بالدار المشتراة فاسداً، وهذا تقرير لهذا الفساد.

أجيب: بأن المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة: متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في الدار التي أخذها بالشفعة، بخلاف المشتراة شراء فاسداً؛ لأن أخذها بالشفعة يفضي إلى تقرير الفساد على ما تقدم.

(**فإن استردَّ البائع منه**)؛ أي: من المشتري الدار (**المبيعة**) بيعاً فاسداً (**قبل الحكم له**)؛ أي: للمشتري شراء فاسداً (**بالشفعة**)؛ أي: بشفعة الدار المبيعة بيعاً صحيحاً بجنب تلك الدار (.. **بطلت شفعته**)؛ أي: شفعة المشتري؛ لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها.

وهل تثبت الشفعة للبائع بعد الاسترداد من المشتري؟

ففي «العناية»: أنها لا تثبت للبائع؛ لأنه لم يكن في وقت بيع المشفوع جاراً.

(**وإن**) استردها (**بعد الحكم**) للمشتري بالشفعة (.. **بقيت**) الدار (**الثانية**) التي أخذها بالشفعة (**على ملكه**)؛ لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم له بالشفعة: ليس بشرط كما تقدم.

وَالْمُسلِمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ.

وَكَذَا: الْحرُّ وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ وَالْمكَاتِبُ وَلَو فِي مَبِيعِ السَّيِّدِ؛ كالعكسِ.

(والمسلم والذمي)، والباغي والعادل، والصغير والكبير (في الشفعة سواء).

قال ابن أبي ليلى: لا شفعة لكافر؛ لأن الشفعة رفق شرعي.. فلا يستحقه من ينكر الشرع.

ولنا: العمومات الواردة في حق الشفعة من غير فصل بين مسلم وذمي، ولأنهم في: سبب الشفعة، وهي: اتصال الملك، وحكمها، وهي: دفع ضرر سوء الجوار: سواء، والاستواء في السبب والحكم: يقتضي الاستواء في الاستحقاق أيضاً.

(وكذا: الحر والعبد المأذون والمكاتب) والذكر والأنثى؛ لما ذكرناه من العمومات الواردة، والاستواء في السبب والحكم والاستحقاق.

(ولو) وصلية (في مبيع السيد؛ كالعكس).

قال في «قاضي خان»: لو باع الرجل داراً وعبده المأذون شفعيها؛ فإن كان على العبد دين.. فله الشفعة، وإن لم يكن [٦١٥/أ].. فلا شفعة له.

ولو باع العبد المأذون داراً، ومولاه شفيعها؛ فإن لم يكن على العبد دين.. لا شفعة للمولى، وإن كان عليه دين.. فلمولاه الشفعة.

ولو باع المولى داراً ومكاتبه شفيعها.. كان له الشفعة.

ولو باع المكاتب ومولاه شفيعها.. كان له الشفعة أيضاً. انتهى.

فظهر منه: أن كلام المصنف لا بد أن يقيد بالعبد المأذون المديون، كما سيأتي في الكتاب أيضاً.

* * *

(فَصْلٌ)
[فِيمَا تَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَة]

وَتَبطلُ الشُّفْعَةُ:

بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ، أَوِ الْبَعْضِ وَلَو مِنَ الْوَكِيلِ.

(فَصْلٌ)
[فِيمَا تَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَة]

لما ذكر ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب.. شرع في بيان ما يبطلها.

(وتبطل الشفعة بتسليم الكل)؛ لأن تسليم الكل صريح في الإسقاط، فتبطل به.

(أو البعض)؛ لأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً؛ لأنه يملكه الشفيع كما ملكه المشتري، والمشتري لا يملك البعض؛ لأنه تفريق الصفقة، فلا يتجزأ إسقاطاً أيضاً، فيكون ذكر بعضه كذكر كله.

والمراد بالتسليم: هو التسليم بعد البيع؛ لأن التسليم قبل وقوع البيع: لا يصح، ويصح بعده.

سواء علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم، وعلم من سلم إليه الشفعة أو لم يعلم؛ لأن تسليم الشفعة كما في الطلاق والعتاق.

(ولو) وصلية (من الوكيل).

قال علاء الدين في «شرح الوقاية»: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم الشفعة وأقر على الموكل أنه سلمها.. فعند أبي حنيفة: يصحان في مجلس القاضي لا غيره.

وقال أبو يوسف: أولاً لا يصحان كيف كانا، ثم رجع وقال: يصحان أين كانا.

وقال محمد: لا يصح تسليمه بحال، ويصح إقراره في مجلس القاضي لا في غيره.

وهكذا ذكره في «الدرر» وقال: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم أو أقر على

الموكل بتسليم الشفعة.. صح لو كانا عند القاضي، وإن كان عند غيره.. لا يجوز، إلا أنه يخرج من الخصومة.

وقال أبو يوسف: يجوز مطلقاً.

وقال زفر: لا يجوز مطلقاً. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم الشفعة للمشتري.. جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. انتهى.

ولم يقيد بمجلس القاضي.

فعلى هذا: يكون المراد بالوكيل في كلام المصنف: هو الوكيل بطلب الشفعة، فمعنى كلامه: «وتبطل الشفعة بتسليمها ولو كان التسليم صادراً من الوكيل».

وكذا تبطل بتسليمها إلى الوكيل بالشراء؛ كما في «شرح النقاية».

وقال في «قاضي خان»: ولو أن الشفيع قال للمشتري وقد اشترى الدار لغيره بالوكالة: سلمت شفعتها أو سلمت الشفعة لك.. كان تسليماً للشفعة.

ولو قال الشفيع للبائع والدار في يد البائع: سلمت شفعتها لك.. كان تسليماً للشفعة.

ولو قال البائع بعدما سلم الدار إلى المشتري [٦١٥/ب]: سلمت الشفعة لك.. صح استحساناً.

ولو قال: سلمت الشفعة بسببك أو لأجلك.. صح تسليمه قياساً واستحساناً.

ولو قال للوكيل بالشراء بعدما دفع الدار إلى الموكل: سلمت لك الشفعة.. صح استحساناً.

ولو اشترى داراً بالوكالة لغيره، فقال أجنبي للشفيع: سلم شفعة هذه الدار للموكل، فقال الشفيع: سلمتها لك أو أعرضت عنها لك.. صح تسليمه استحساناً.

وبتركِ طلبِ المواثبةِ أَو التَّقْرِيرِ

وبالصُّلحِ عَنِ الشُّفْعَةِ على عِوَضٍ، ....

ولو قال الشفيع الأجنبي ابتداء: سلمت شفعة هذه الدار لك، أو قال: أعرضت عنها لك.. لا يصح تسليمه، ولا تبطل شفعته قياساً واستحساناً.

ولو قال الشفيع لأجنبي: سلمت الشفعة للموكل، أو قال: رميتها للموكل، أو قال: أعرضت عنها للموكل لأجلك وشفاعتك.. صح تسليمه للآمر، وتبطل شفعته.

وإن قال لأجنبي: سلمت لك شراء هذه الدار.. لم يكن ذلك تسليماً، ولا تبطل شفعته.

(**وبترك طلب المواثبة أو التقرير**) وقد تقدم معنى طلب المواثبة وطلب التقرير.

وترك طلب المواثبة: يكون بتأخيره عن مجلس علمه، وترك طلب التقرير: يكون بتأخير الإشهاد عن مدة التمكن منه؛ فلو أخر طلب المواثبة عن المجلس والإشهاد عند البائع أو المشتري أو العقار عن مدة التمكن منه.. بطلت شفعته ولو كان التأخير بالحمد والتسبيح والتكبير.

وفي رواية عن محمد: أنه لو حمد أو حوقل أو سبح أو أجاب سلاماً أو شمت عاطساً... لا تبطل شفعته؛ كما إذا أتم الأربع قبل الظهر وبعد الجمعة.

وكذا: لو أتم أربعاً بعد الظهر.. لا تبطل، ولو جعلها ستاً.. بطلت شفعته.

وذكر الناطفي: أنه إذا علم بالبيع وهو في التطوع فجعلها أربعاً أو ستاً.. لا تبطل شفعته.

والصحيح: أنه إذا جعلها ستاً.. تبطل على ما في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: ولو افتتح التطوع بعد طلب المواثبة قبل طلب الإشهاد.. تبطل شفعته.

(**وبالصلح**)؛ أي: تبطل الشفعة بالصلح (**عن الشفعة على عوض**) مالي من

وَعَلَيهِ ردُّهُ.

وَكَذَا: لَو بَاعَ شفعَتَهُ بِمَالٍ.

الدراهم أو الدنانير؛ سواء صالح مع المشتري أو مع الأجنبي، على ما في «قاضي خان»؛ لأنه تسليم للشفعة.

(وعليه)؛ أي: على الشفيع (رده) أي: رد العوض؛ لأن الصلح باطل أيضاً؛ لأنه ليس للشفيع إلا مجرد حق التملك بلا ملك.. فلا يصح الاعتياض عنه بمال؛ لأنه رشوة، فيرده.

قال في «قاضي خان»: رجل اشترى داراً بمائة دينار، وقال للشفيع: اشتريت هذه الدار بمائة دينار فسلم إليَّ نصفها وأدفع نصفها إليك، وقال الشفيع: نعم؛ إن قال: فعلت ذلك.. يكون تسليماً للشفعة.

قال: وذكر هذه المسألة [٦١٦/أ] في كتاب الشفعة وجعلها على ثلاثة أوجه: إما أن يسلم الشفعة بالدراهم، أو ببعض منها بعينها، أو ببعضها بغير عينها.

إن قال: سلمت نصف الشفعة لك بمائة درهم.. بطلت شفعته في الكل، وفي رواية: لا تبطل.

وذكر في «الجامع» ما يدل على أن تسليم الشفعة في البعض لا يبطل شفعته في الكل.

فإن صالح الشفيع من الشفعة على دراهم.. بطلت شفعته، ولا يجب المال.

وإن صالح على بعض معين من الدار.. صح، ويكون للشفيع نصف الدار ويبقى النصف للمشتري، ولذا.. قيدنا العوض بالدراهم والدينار.

ثم قال في «قاضي خان» أيضاً: ولو صالح الشفيع الأجنبي من شفعته على دراهم معلومة.. كان تسليماً لها، ولا يجب المال؛ لأنه لو صالح المشتري من شفعته على مال.. بطلت شفعته، ولا يجب المال.

(وكذا)؛ أي: تبطل الشفعة (لو باع شفعته بمال)؛ لما ذكرناه في الصلح على عوض.

وَكَذَا: لَو قَالَ للمخيَّرَةِ: اختاريني بِأَلِفٍ، أَو قَالَ الْعِنِّينُ لامْرَأَتِهِ ذَلِكَ فاختارَتْهُ.. بَطلَ خِيَارُهَا، وَلَا يَجِبُ الْعِوَضُ.

وَتبطلُ بِبيعِ مَا يَشفعُ بِهِ قَبلَ الحُكمِ لَهُ بهَا.

وبموتِ الشَّفِيعِ، لَا بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي.

وَلَا شُفْعَةَ لِمَنْ، بَاعَ أَو بِيعَ لَهُ، ....

(وكذا لو قال) الزوج (للمخيرة: اختاريني بألف، أو قال العنين لامرأته ذلك)؛ أي: اختاريني بألف، (فاختارته)؛ أي: اختارت المرأة في الصورتين زوجها (.. بطل خيارها، ولا يجب العوض) على الزوج ـ أعني: الألف ـ لأن اختيار المرأة ليس بمال، بل مجرد حق اختيار الزوج بلا مال.. فلا يصح الاعتياض عنه بمال.

(وتبطل) الشفعة (ببيع ما يشفع به) بيعاً باتاً، حتى لو باعه بالخيار.. لم تبطل (قبل الحكم له)؛ أي: للشفيع (بها)؛ أي: بالشفعة؛ لأن الاستحقاق بالشفعة بالجوار أو بالشركة، وقد زال ذلك قبل التملك.

(وبموت الشفيع)؛ لأن ملكه زال بالموت وانتقل إلى الوارث، وبعد ثبوته لم يوجد البيع؛ لأن البيع قد وجد قبل الانتقال إلى الوارث، فلا تثبت الشفعة للوارث.

(لا بموت المشتري)؛ لأن المستحق باق، وبموت المستحق عليه لا يتغير سبب الاستحقاق.

(ولا شفعة لمن باع)؛ أصيلاً كان أو وكيلاً على ما في «الزيلعي»، وهذا لأن أخذ البائع أصيلاً أو وكيلاً المبيع بالشفعة: يكون سعياً في نقض ما تمّ من جهته وهو الملك، واليد للمشتري؛ لأن الأخذ بالشفعة: تملك المبيع، وهو ينافي تمليكه للمشتري، وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته: مردود.

ومنه: ظهر فساد ما في «شرح النقاية» من تخصيص تفسير البائع ههنا بالوكيل.

(أو بيع له)؛ يعني: رجل وكل رجلاً بالبيع، فباع الوكيل للموكل داره.. فلا شفعة للموكل؛ لما ذكرناه: من أن أخذه بالشفعة: سعيٌ في نقض ما تم من جهته؛ إذ

أَو ضَمِنَ الدَّرَكَ، أَو ساوَمَ المُشْتَرِي بيعاً أَو إِجَارَةً.

وَتجبُ لِمَنِ ابْتَاعَ أَوِ ابتِيعَ لَهُ.

لولا توكيله.. لما جاز بيعه، فكان تمام بيع الوكيل من جهته، فسعيه لإبطاله [٦١٦/ب]: مردود.

وصورته على ما في «العناية»: رب المال إذا باع المضارب داراً من مال المضاربة، ورب المال شفيعها.. فلا شفعة له.

وصورة أخرى له: الوكيل بالبيع باع داراً لموكله وهذه متصلة بدار؛ أي لموكله.. فليس للموكل شفعته.

(أو ضمن الدرك)؛ أي: ضمن الشفيع للمشتري عن البائع الدرك؛ أي: الاستحقاق.. فلا شفعة للشفيع؛ لأن أخذه بالشفعة: سعي في نقض ما تم من جهته؛ لأن تمام البيع والملك للمشتري إنما كان من جهته؛ فإنه لو لم يضمن الدرك.. لم يرض المشتري.

(أو ساوم) الشفيع **(المشتري بيعاً أو إجارةً)**؛ لأن مساومة المشتري بيعاً أو إجارة: دليل الرضاء بثبوت الملك للمشتري؛ لأن المشتري لا يقدر بيعه منه، ولا إيجاره منه إلا بعد ثبوت الملك له، وذلك لا يكون بإسقاط الشفيع حقه ، وكذلك إذا طلبها منه تولية أو أخذها مزارعة أو معاملة، وكل ذلك بعد العلم بالشراء على ما في «الاختيار».

(وتجب) الشفعة **(لمن ابتاع)**؛ أي: المشتري أصالة أو وكالة **(أو ابتيع له)**؛ أي: لمن وكل آخر بالشراء، فاشترى الوكيل لأجل الموكل، والموكل شفيع.. كان له الشفعة.

صورته: دار بين ثلاثة، وللدار جار ملاصق؛ فإذا بيعت هذه الدار واشتراها أحد الشركاء.. تثبت الشفعة للمشتري؛ سواء اشترى أصالة أو وكالة.

وَلَو قِيلَ للشَّفِيعِ: إِنَّهَا بِيعَتْ بِأَلفٍ فَسلَّمَ، ثمَّ بَانَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ، أَو بكيلِيٍّ أَو وَزنِيٍّ، أَو عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ قِيمَتُهُ أَلفٌ، أَو أَكثرَ.. فَلَهُ الشُّفْعَةُ.

وَلَو بَان أَنَّها بِيعَتْ بِعَرَضٍ قِيمَتُهُ أَلفٌ، أَو بِدَنَانِيرَ قيمتُهَا أَلفٌ.. فَلَا.

وكذا: تثبت للموكل إذا كان اشتراها الوكيل لأجله، وتثبت أيضاً الشفعة للشريك الآخر.

وفائدته: أنها لا تثبت للجار الملاصق؛ لأن الشريك مقدم عليه.

والأصل ههنا: أن الشفعة إنما تبطل بإظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا بإظهار الرغبة فيها، والشراء أصالة أو وكالة إظهار الرغبة في المشترى.. فلا يكون إبطالاً للشفعة.

بخلاف البيع أصالة أو وكالة؛ فإنه إظهار الرغبة عنه، فيكون إبطالاً للشفعة لا يستحق به الشفعة.

(ولو قيل للشفيع: إنها بيعت بألف) درهم **(فسلم)** الشفعة، **(ثم بان)** ـ أي: ظهر ـ **(أنها بيعت بأقل أو بكيلي أو وزني أو عددي متقارب قيمته)**؛ أي: قيمة الكيلي أو الوزني أو العددي **(ألف أو أكثر.. فله الشفعة)**.

أما في ظهوره أقل: فلأن تسليمه عند كثرة الثمن لا يكون دليلاً على تسليمه عند قلة الثمن؛ لأن تسليمه لتعذر الثمن الكثير عليه، فيجوز رغبته عنه بالثمن القليل.

وأما في البواقي: فلأن تسليمه في أحد الجنسين لا يستلزم تسليمه في الجنس الآخر؛ لأنه ربما يسهل عليه الجنس الآخر.

(ولو بان أنها بيعت بعرض قيمته ألف، أو بدنانير) [٦١٧/أ] **(قيمتها ألف.. فلا)** شفعة.

يعني: قيل له: بيعت بألف فسلَّم، ثم بان أنها بيعت بعرض ليس من ذوات الأمثال من القيميات، وقيمته ألف أو أكثر.. صح تسليمه، ولا شفعة له؛ لأن الواجب فيه القيمة، وهي: إما دراهم أو دنانير:

وَلَو قِيلَ لَهُ: الْمُشْتَرِي فلَانٌ فَسلَّم الشفعةَ، فَبَانَ أَنَّهُ غَيرُهُ.. فَلهُ الشُّفْعَةُ.

وَلَو بَانَ أَنَّهُ هُوَ مَعَ غَيرِهِ.. فَلهُ الشُّفْعَةُ فِي حِصَّةِ الْغَيْرِ.

وَلَو بلغَهُ بيعُ النّصْفِ، فَظهرَ بيعُ الْكلِّ.. فَلهُ الشُّفْعَة.

فإن كانت كما سمع وسلم وهو الألف.. فلا يظهر التفاوت، فلا فائدة في الأخذ بالشفعة.

وإن كانت أكثر؛ فلأنه إنما سلم الشفعة لاستكثار الثمن؛ فإذا كان أكثر من ذلك.. كان أرضى بالتسليم.

بخلاف ما إذا كانت أقل.. فإن له الأخذ بالشفعة حينئذ لما ذكرناه.

وكذا: إذا بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر.. فلا شفعة له، بخلاف ما إذا كانت قيمتها أقل؛ لما ذكرناه.

(ولو قيل له)؛ أي: للشفيع: **(المشتري فلان، فسلم الشفعة، فبان غيره.. فله الشفعة)**؛ لتفاوت الناس في الأخلاق؛ فمنهم: من يُرغَب في معاشرته، ومنهم: من يُجتَنَبُ مخافة شره، فالتسليم في حق بعضه.. لا يكون تسليماً في حق غيره.

(ولو بان أنه)؛ أي: المشتري **(هو)** أي الفلان الذي سمعه **(مع غيره.. فله الشفعة)** في حصة الغير؛ لأن التسليم لم يوجد **(في حصة الغير)**.

(ولو بلغه)؛ أي: الشفيع **(بيع النصف)**، فسلم **(فظهر بيع الكل.. فله الشفعة)** في الكل؛ لأنه سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل، والكل غير النصف.. فلا يكون إسقاطه إسقاطاً للكل.

بخلاف ما إذا بلغه بيع الكل فسلم، فظهر بيع البعض.. لا شفعة له في ظاهر الرواية؛ لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه كلها.

وفي رواية: أن له الشفعة؛ لأنه: **قد لا يتمكن** من تحصيل ثمن الجميع، **وقد تكون** حاجته إلى النصف دون الكل.

وإن باعَها إِلَّا ذِرَاعاً مِن طُولِ جَانبَ الشَّفِيعِ.. فَلَا شُفْعَةَ لَهُ.

وَإِن شَرَى مِنْهَا سَهماً بِثمنٍ، ثمَّ شَرَى بَاقِيَهَا.. فَالشُّفْعَةُ فِي السَّهْمِ فَقَط.

وَإِنِ ابتاعَها بِثمنٍ ثُمَّ دفعَ عَنهُ ثوباً.. أَخذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمنِ لَا بِقِيمَةِ الثَّوْبِ.

وَلَا تكرهُ الْحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَبِهِ يُفْتَى قبلَ وُجُوبِهَا.

(وإن باعها)؛ أي: الدار **(إلا ذراعاً من طول جانب الشفيع.. فلا شفعة له)**؛ لأن الاستحقاق بالجوار، ولم يوجد الاتصال بالمبيع.

وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري؛ لعدم الافتراق والاتصال أيضاً، وهذا حيلة في إسقاط الشفعة.

(وإن شرى منها)؛ أي: من الدار **(سهماً بثمن، ثم شرى باقيها.. فالشفعة في السهم)** الأول **(فقط)**؛ لأن الشفيع جار في السهمين، والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار.

ولو أراد الحيلة.. اشترى السهم الأول بجميع ثمن الدار إلا درهماً منه، ثم اشترى الباقي بالدرهم، فلا يرغب الجار في السهم الأول؛ خصوصاً إذا كان السهم الأول جزء قليلاً كالعشر مثلاً أو أقل.

(وإن ابتاعها)؛ أي: اشترى الدار **(بثمن، ثم دفع)** إلى البائع **(عنه)**؛ أي: عن الثمن **(ثوباً.. أخذها)**؛ أي: الدارَ **(الشفيعُ بالثمن لا بقيمة** [٦١٧/ب] **الثوب)**؛ لأن الثوب عوض عما في ذمة المشتري، فيكون البائع مشترياً للثوب بعقد آخر غير العقد الأول.

وهذه حيلة في إسقاط الشفعة تعم الجار والشريك؛ بأن باع الدار بأضعاف قيمته، ثم دفع المشتري إليه ثوباً قيمته قدر قيمة الدار.. فلا يرغب الشفيع بأضعاف قيمته.

(ولا تكره الحيلة في إسقاطها)؛ أي: الشفعة **(عند أبي يوسف، وبه يفتي قبل وجوبها)** أي: الشفعة.

وَعِندَ مُحَمَّدٍ: تُكرَهُ.

وللشفيعِ أَخذُ حِصَّةِ بعضِ المشتَرِينَ، لَا حِصَّةُ بعضِ البائعينَ.

(وعند محمد: تكره)؛ لأن الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب، وإلحاق الضرر به: حرام، فكانت مكروهة.

ولأبي يوسف: أنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع وإن كان يتضرر غيره في ضمنه.

قيل: هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب، وأما بعده.. فمكروه بالإجماع؛ كما في الزكاة؛ فإن الحيلة في إسقاطها لا تكره قبل الوجوب عند أبي يوسف وتكره بعد الوجوب بالاتفاق.

وقيل: لا تكره الحيلة بمنع وجوب الشفعة مطلقاً، وإنما الخلاف في فصل الزكاة.

واعلم: أن لإسقاط الشفعة حيلاً كثيرة؛ منها: ما ذكرناه من قبل:

ومنها: أنه شرى بدراهم معلومة مع قبضة فلوس أشير إليها وجهل قدرها، وضاعت الفلوس بعد القبض.. فإنه تبطل الشفعة؛ فإن تلك الفلوس الثمن معلوم حالة العقد ومجهول حالة الشفعة، وجهالة الثمن.. تمنع الشفعة... إلى غير ذلك من الحيل التي ذكرها في «قاضي خان» وغيره.

وهل للشفيع أن يحلف المشتري بأنه ما فعل هذه الحيلة فراراً عن الشفعة؟

ففيه اختلاف:

ففي «قاضي خان»: أنه لا يحلفه.

وفي «الولواجية» و«التجنيس»: أنه يحلفه؛ فإن نكل.. له الشفعة.

(وللشفيع أخذ حصة بعض المشترين لا حصة بعض البائعين).

يعني: إذا تعدد المشتري؛ بأن اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد.. يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم، حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي.

وللجارِ أَخذُ بعضِ مشَاعٍ بِيعَ فقُسِمَ وَإِن وَقع فِي غيرِ جَانِبِهِ.

وإن تعدد البائع؛ بأن باع جماعة عقاراً مشتركاً بينهم، والمشتري واحد.. لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم، حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض.

والفرق: أن الشفيع في الثاني: يأخذ نصيب بعضهم بتفرق الصفقة على المشتري، فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه، وبعيب الشركة، وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع.. فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضرراً زائداً سوى الأخذ.

وفي الوجه الأول: يقوم الشفيع [٦١٨/أ] مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة على أحد.

ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح، إلا أن الشفيع لا يمكن له أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد من الثمن حصته حتى ينقد الجميع، كي لا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم؛ لأنه كواحد منهم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه فصَّل فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم.. ليس له ذلك، وبعده.. كان له ذلك؛ لأنه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه، وبعده: لا يتضرر؛ لأنه لم يبق له يد.

وجوابه: أن له أن يحبس المبيع إلى أن يستوفي جميع الثمن، فلا يؤدي إلى تفريق اليد. كذا في «الزيلعي».

(وللجار أخذ بعض مشاع بيع، فقسم وإن) وصلية **(وقع في غير جانبه)**؛ أي: لو اشترى نصف دار غير مقسوم، فقاسم المشتري البائع.. أخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته أو تركه.

وليس له أن ينقض القسمة؛ سواء كانت القسمة بحكم القاضي أو بالتراضي؛ لأن القسمة من تمام القبض؛ لما فيه من تكميل الانتفاع.

ألا ترى: أن الهبة تتم بها، حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشيوع؛ باعتبار أن قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة؛ فإذا كانت من تمام القبض.. فالشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع.. فكذا ما يتم بالقبض.

فإذا لم ينقض القسمة.. فله أخذ نصيب المشتري أو تركه، لا أخذ الكل.

فإن قيل: القسمة فيها معنى المبادلة، والشفيع يملك نقض تصرفات المشتري.. فكذا نقض قسمته.

أجيب: بأن القسمة **إفراز من وجه**، ولهذا يجري فيها الجبر، **ومبادلة من وجه**، ولهذا يجري فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية:

باعتبار أنها مبادلة: يملك.

وباعتبار أنها إفراز: لا يملك.. فلا يملك بالشك.

بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه.. فإن للشفيع نقضه؛ لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع، بل هو تصرف بحكم الملك، فكان مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيره من التصرف كالهبة.

ثم اختلفت الرواية في أن الشفيع: هل يأخذ نصيب المشتري من أي جانب كان، أو من جانب يشفع بها؟

فعن أبي يوسف: أنه يأخذ من أي جانب كان، ويدل عليه إطلاق «الجامع الصغير»، وأخذه المصنف؛ حيث قال: وإن في غير جانبه.

وعن أبي حنيفة: إذا وقع جانب الدار التي [٦١٨/ب] يشفع بها؛ لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر.

والأكثر: على الأول.

وَلِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ الشُّفْعَة فِي مَبِيعِ سَيِّدِهِ، وَبِالْعَكْسِ.

وَصَحَّ تَسْلِيمُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ شُفْعَةَ الصَّغِيرِ.

خلافاً لمُحَمَّدٍ فِيمَا بِيعَ بِقِيمَتِه، أَو أَقَلَّ.

(**وللعبد المأذون المديون الشفعة في مبيع سيده، وبالعكس**)؛ أي: للسيد الشفعة في مبيع عبده المأذون المديون.

وهذا: لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين محيط؛ لأنه يفيد ملك اليد للعبد؛ لكون المولى لا يملك ما في يد عبده المديون، أو لكون العبد أحق به، وقد تقدم من قبل أيضاً.

(**وصح تسليم الأب والوصي شفعة الصغير**).

وأما تسليم الوكيل شفعة الكبير.. فقد تقدم ذكره في أول الفصل.

ثم هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**خلافاً لمحمد**)، وزفر معه (**فيما بيع بقيمته أو أقل**) قال: لا يصح تسليمها.

وللصغير طلب الشفعة إذا بلغ؛ كما أن للموكل طلب الشفعة إذا بلغ حتى تسليم وكيله الشفعة.

وله: أن تسليمهما الشفعة: إبطال لحق الصغير؛ كالعفو عن قوده وإعتاق عبده وإبراء غريمه.. فلا يجوز؛ لأن تصرفهما في حقه نظري، ولا نظر في هذا، بل النظر في بقاء الشفعة.

ولهما: أن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة، بل عينها.

ألا ترى: أنه مبادلة المال بالمال، وترك الأخذ بها: ترك التجارة، فيملكه كما يملك [ترك][1] التجارة برد البيع عندما يقال للأب والوصي: بعتك هذا لابنكِ الصغير.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٢٦٣/٥).

وَقَولُهُ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ فِي الْأَقَلِّ الَّذِي لَا يَتَغَابَنُ فِيهِ.

ولأنه إذا أخذه بالشفعة، ثم باعه من ذلك الرجل بعينه.. جاز، فكذلك إذا سلمه إليه، بل أولى؛ لأنه إذا أخذه، ثم باعه منه.. كانت العهدة على الصبي، وفي الأول: على البائع أو على المشتري، ولأن هذا تصرف يحتمل الضرر والنفع، فيحتمل على أن يكون الترك أنفع بإبقاء الثمن على ملك الصغير، فيملكه كالآخذ.

بخلاف العفو عن القود وأختيه؛ فإنه ضرر محض غير متردد بين النفع والضرر، فلا يملكه الوصي.

وإذا بيع بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله:

قيل: جاز التسليم بالإجماع؛ لأن النظر في التسليم لا في الأخذ.

وقيل: لا يجوز التسليم بالإجماع؛ لأنه لا يملك الأخذ حينئذ، فلا يملك التسليم أيضاً كالأجنبي.

(**وقوله**)؛ أي: قول محمد (**رواية عن الإمام في الأقل الذي لا يتغابن فيه**).

* * *

(كتاب القسمة)

(كتابُ الْقِسْمَةِ)

هِيَ جَمعُ نصيبٍ شائعٍ فِي مُعَيَّنٍ وتشتملُ على: الْإِفْرَازِ، والمبادَلةِ.

والإفرازُ أغلبُ فِي الْمِثْلِيَّاتِ، فَيَأْخُذُ الشَّرِيكُ حَظَّهُ مِنْهَا حَالَ غيبَةِ صَاحِبِهِ.

(كِتَابُ القِسْمَةِ)

(**هي جمع نصيب شائع في**) محل (**معين**).

وسببها: طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص.

وركنها: ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين؛ كالكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، والذرع في المذروعات، والعدد في المعدودات [٦١٩/أ].

وشرطها: أن لا يفوت منفعته بالقسمة، ولهذا.. لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما؛ لفوات منفعتهما بالقسمة والإفراز.

(**وتشتمل**)؛ أي: القسمة مطلقاً؛ سواء كان في المثليات أو في القيميات.

(**على: الإفراز**)، وهو: أخذ عين حقه.

(**والمبادلة**)، وهو: أخذ عوض حقه.

وهذا: لأنَّ ما أفرز لأحدهما.. كان بعضه له وبعضه لصاحبه، فهو يأخذ عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه.

(**والإفراز أغلب في المثليات**) كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة؛ لعدم التفاوت فيها، فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه.. مثل ما ترك على صاحبه بيقين، فأخذ مثل الحق بيقين: بمنزلة العارية، فكان الإفراز؛ أي: أخذ عين حقه: أظهر وأغلب فيها.

(**فيأخذ الشريك**)؛ أي: أحد الشريكين (**حظه منها**)؛ أي: من المثليات (**حال غيبة صاحبه**)؛ لما ذكرناه: من أن نصيب كل واحد منهما بمنزلة العارية عند الآخر في

وَلَوِ اشترياهُ فاقتسماهُ.. فَلِكُلٍّ أَن يَبِيعَ حِصَّتَهُ مُرَابحَةً بِحِصَّةِ ثمنِهِ.

والمبادلةُ أَغلَبُ فِي غَيرِهَا، فَلَا يَأْخُذُهُ وَلَا يَبِيعُ مُرَابحَةً بعدَ الشِّرَاءِ وَالْقِسْمَةِ.

وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِيهِ بِطَلَبِ الشَّرِيكِ فِي مُتَّحِدِ الْجِنْسِ، ....

المثليات، ولو كانت مبادلة.. لم يأخذ أحدهما نصيبه عند غيبة الآخر، بل لا بد من رضاه، فعلم: أن الإفراز فيها أغلب.

(**ولو اشترياه**)؛ أي: المثلي، (**فاقتسماه.. فلكل**) من الشريكين (**أن يبيع حصته مرابحة بحصة ثمنه**)، ولو كان مبادلة.. لما جاز ذلك.

(**والمبادلة: أغلب في غيرها**)؛ أي: في غير المثليات؛ كالحيوان والعقار والنبات من القيميات؛ لأنها متفاوتة.. فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه؛ لعدم المعادلة بينهما بيقين، حتى يجعل معنى الإفراز أغلب، فيجعل كأنه أخذ عوض حقه وهو معنى المبادلة.

فإذا كان معنى المبادلة فيها أغلب.. (**فلا يأخذه**)؛ أي: لا يأخذ أحد الشريكين حظه فيها حال غيبة صاحبه، (**ولا يبيع**) حصته (**مرابحة بعد الشراء والقسمة**).

فإن قيل: لو كان معنى المبادلة أغلب في الحيوانات والعروض.. لما أجبر الآبي على القسمة في ذلك، مع أنه يجبر.

أجاب عنه بقوله: (**ويجبر**) القاضي من أبى عن القسمة (**عليها**)؛ أي: على القسمة (**فيه**)؛ أي: في غير المثلي من القيميات، وفي المثلي بطريق الأولى.

(**بطلب الشريك في متحد الجنس**) كالإبل والبقر والفرس؛ لأن في قسمة متحد الجنس: معنى الإفراز؛ لتقارب المقاصد فيه، ولا منافاة بين الجبر والمبادلة؛ لأنها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين؛ فإن المديون يجبر على القضاء، والديون تقضى بأمثالها.

لَا فِي غَيرِهِ.

فصار ما يؤدي: بدلاً عما في ذمته، وهذا جبر في المبادلة قصداً وهو جائز.. فلأَنْ يجوز بلا قصد إليه: أولى.

وهذا لأن أحد الشريكين بطلب القسمة [٦١٩/ب] يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضي إجابته، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره.

(**لا في غيره**)؛ كالإبل مع البقر أو مع الفرس؛ فإن القاضي لا يجبر الآبي عن القسمة عليها في مختلف الجنس؛ لأن التفاوت فاحش والمقاصد مختلفة.. فليس فيها معنى الإفراز، ولو تراضوا على القسمة.. جاز ذلك برضاهم هذا.

قال في قسمة «قاضي خان»: إذا كان المكيل أو الموزون بين حاضر وغائب، أو صغير وبالغ، وأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه فهلك الباقي، إن هلك قبل أن يصل ذلك إليهما.. لا يكن الهلاك على الصغير والغائب وهو كالصبرة إذا كانت مشتركة بين الدهقان والمزارع، فقال الدهقان للمزارع: اقسمها وافرز نصيبي، فقسم المزارع، والدهقان غائب، فحمل نصيب الدهقان إلى الدهقان، فلما رجع وإذا قد هلك ما أفرز لنفسه.. كان الهلاك عليهما.

وإن قسم الصبرة وأفرز نصيب الدهقان، وحمل نصيب نفسه إلى بيته أولاً، فلما رجع إذا قد هلك ما أفرزه للدهقان.. كان الهلاك على الدهقان خاصة. كذا قال بعض المشايخ. انتهى.

فعلم منه: أن قسمة أحد الشريكين وأخذ حظه في المثليات حال غيبة صاحبه.. إنما يصح وينفذ إذا وصل وسلم نصيب الغائب إليه، وإلا.. فلا؛ كما في القيميات.

حتى لو هلك قبل أن يصل نصيب الغائب إليه.. كان الهلاك عليهما لا على الغائب، وبه صرح في «العمادية»؛ حيث قال: إذا أخذ الحاضر نصيبه من المكيل أو

وَنُدِبَ لِلْقَاضِي نصبُ قَاسِمٍ رِزقُهُ مِن بَيتِ المَالِ؛ لِيقسمَ بِلَا أَجرٍ.

فَإِن لَم يَفعَلْ.. نصَّبَ قاسماً يَقْسِمُ بِأَجْرٍ ....

الموزون حال غيبة صاحبه .. فإنما ينفذ قسمته من غير شريك إن سلم نصيب الغائب إليه، حتى لو هلك ما بقي قبل أن يصل إلى الغائب.. كان الهلاك عليهما.

(**وندب للقاضي نصب قاسم، رزقه من بيت المال**)؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث يتم به قطع المنازعة، فأشبه رزق القاضي، ولأن منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاة والمفتين والمقاتلة، فيكون كفايته من بيت المال؛ لأنه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء.

(**ليقسم بلا أجر**)؛ لما ذكرناه.

(**فإن لم يفعل**) القاضي ذلك؛ أي: إن لم يجعل رزقه من بيت المال (.. **نصب**) القاضي (**قاسماً يقسم بأجر**) على المقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، فيأخذ منهم.

قال في «مشتمل الأحكام»: اختلف المتأخرون في قدر الأجر:

قال ابن سماعة: هو ربع العشر كالزكاة؛ لأنه عمل للعامة، فأشبه الزكاة.

وسئل أبو نصر: أنه هل يقدّر؟ فأجاب: يقدر بربع العشر [٦٢٠/أ].

قال أبو يوسف في «الأمالي»: هو ربع العشر، واتفق المتأخرون عليه، وعليه الفتوى. كذا في «فتاوى الأنقروي».

وقال فيها أيضاً: قال بعضهم: الأجرة غير مقدرة.

وقال بعضهم: مقدرة في كل مائة: خمسة دراهم.

قال أبو جعفر الكبير: تقدير الأجرة أحسن في زماننا، وبه نأخذ؛ لأن في ربع العشر نظراً للطرفين.

فإن قيل: القسمة قضاء، والقضاء لا يجوز أخذ الأجرة عليه.

يُقَدِّرُهُ لَهُ القَاضِي.

وَهُوَ على عددِ الرُّؤوسِ.

وَعِنْدَهُمَا: على قدرِ السِّهَامِ.

قلنا: لا نسلم: أن القسمة قضاء حقيقة، كيف وأنها لا تفترض على القاضي، والقضاء فرض عليه؟! وإنما الفرض على القاضي جبر الآبي عن القسمة عليها.

وأنها تشبه القضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء؛ فإن الأجنبي لا يقدر على الجبر:

فمن حيث أنها ليست بقضاء.. جاز أخذ الأجرة عليها.

ومن حيث إنها تشبه القضاء.. يستحب أن لا يأخذ، بل يأخذ كفايته من بيت المال.

ولهذا إذا قسم القاضي بنفسه.. جاز له أخذ الأجرة على القسمة؛ لعدم كونها قضاء؛ كما جاز له أخذ الأجرة على كتب الحجج والصكوك والسجلات.

(يقدره)؛ أي: الأجر **(له)** أي: للقاسم **(القاضي)**؛ كي لا يأخذ الزيادة من أجر مثله.

(وهو)؛ أي: الأجر: **(على عدد الرؤوس)**، فلا يتفاوت بتفاوت الأنصباء هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: على قدر السهام)، فيتفاوت بتفاوت الأنصباء نصفاً وربعاً وسدساً وثمناً إلى غير ذلك.

فعلى صاحب النصف: النصف، والربع: الربع، والسدس: السدس؛ لأن الأجرة مؤونة الملك، فتجب على مقدار الملك؛ لأن المؤونة تبع له، وصار كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة العبد المشترك.

ولأبي حنيفة: أن الأجر وجب في مقابلة تمييز الحقوق بعضها عن بعض، وهذا عمل لا تتفاوت فيه الأنصباء؛ فإن تمييز الأقل منها من الأكثر: مثل تمييز الأكثر من

وَأُجْرَةُ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ على قدرِ السِّهَامِ إجماعاً إِن لم يَكُن لِلْقِسْمَةِ.

وَإِن لَهَا.. فعَلى الْخلافِ.

وَيجبُ كَونُهُ: عَدلاً، أَميناً، عَالماً بِالْقِسْمَةِ.

وَلَا يُجْبَرُ النَّاسُ على قَاسِمٍ وَاحِدٍ.

الأقل، فيكون على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصباء.

وأجرة الكيال والوزان إن لم يكن الكيل والوزن للقسمة في مقابلة العمل لا في مقابلة القسمة.. فلا يكون مقيساً عليه، وإن كان للقسمة.. فعلى هذا الخلاف.

وأجرة حفر البئر لنقل التراب ونفقة العبد المشترك؛ لبقاء الملك.. فلا يكون مقيساً عليه.

(وأجرة الكيل والوزن على قدر السهام إجماعاً إن لم يكن للقسمة)، بل اشتريا مكيلاً أو موزوناً وأمرا رجلاً بكيله ليصير الكل معلوم القدر، فأجرة الكيل بقدر الأنصباء؛ لأن الكيل والوزن إذا لم يكن للقسمة.. تكون الأجرة بقدر العمل لا للقسمة، وعمله لصاحب الكثير أكثر، فكان أصعب، فيستحق زيادة الأجر.

بخلاف [٦٢٠/ب] القسمة؛ فإن الأجرة فيها لمحض القسمة وتمييز الحقوق كما عرفت، فالقليل والكثير فيها سواء.

(وإنْ لها)؛ أي: إن كان الكيل والوزن للقسمة **(.. فعلى الخلاف)** المذكور في أجرة القسام لما ذكر.

(ويجب كونه)؛ أي: القاسم **(عدلاً أميناً عالماً بالقسمة)** حَذِراً عن الجور والخيانة.

(ولا يجبر) القاضي **(الناس على قاسم واحد)**؛ لأنه لو عين قاسماً واحداً.. لتحكم بالزيادة على أجر مثله، ولأن القسمة نسبة القضاء فيجوز بالتراضي كالحكم في القضاء، إلا إذا كان فيهم صغير.. فإنه حينئذ لا يجوز بالتراضي؛ لأن تصرف

وَلَا يَتْرُكُ القُسَّامُ لِيشتَرِكُوا.

وَصَحَّ الاقتسامُ بِأَنْفسِهِم بِلَا أَمرِ القَاضِي.

وَيُقسَمُ على الصَّبِيّ وليُّهُ أَو وَصِيُّهُ.

فَإِن لم يكن.. فَلَا بُدَّ مِن أَمرِ القَاضِي.

الصغير لا ينفذ، ولا ولاية لهم عليه، فلا بد من القاسم من طرف القاضي، فينصب له وصياً فيقسم.

(ولا يترك) القاضي (القُسَّام) ـ بضم القاف وتشديد السين ـ: جمع قاسم (ليشتركوا)؛ أي: يمنعهم القاضي من أن يشتركوا مع الناس كي لا يتضرر الناس؛ لأن الأجرة تصير بذلك غالية؛ لأنهم إذا اشتركوا.. يتواكلون، وعند عدم الشركة: يتبادرون إليها خشية الفوت فيرخص الأجر بسبب ذلك.

(وصح **الاقتسام**)؛ أي: اقتسام التركة (**بأنفسهم**) أي: بتراضيهم؛ لأن في القسمة معنى المبادلة كما تقدم، وأنها تشبه القضاء، فيجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم.

(**بلا أمر القاضي**)؛ لأن الحاجة إلى أمر القاضي: لدفع المنازعة، ولا منازعة ثمة لتراضيهم.

(**ويقسم على الصبي وليه**)؛ أي: الأب والجد أب الأب، لكن ولاية الجد على الصغير عند عدم الأب أو وصيه، لا عند وجود أحدهما، ولا ولاية للأم والأخ والأخت والعم على الصغير. كذا في «قاضي خان».

(**أو وصيه**)؛ يعني: تقسيم الشركاء بأنفسهم بلا حاجة إلى أمر القاضي إن لم يكن بينهم صغير، وإن كان فيهم صغير.. يقسم على الصغير وليه أو وصيه بلا حاجة إلى أمر القاضي أيضاً.

(**فإن لم يكن**) للصغير ولي، ولا وصي (.. **فلا بد من أمر القاضي**)؛ لأن تصرف الصغير غير نافذ، ولا ولاية لهم عليه، فلا بد من الولي أو الوصي أو رأي القاضي.

وقسمتهم بدون واحد من الولي أو الوصي أو أمر القاضي:

قال في «قاضي خان»: إذا اقتسم الورثة التركة فيما بينهم بغير أمر القاضي، وفي الورثة صغير أو غائب أو شريك للميت.. لا تصح القسمة إلا بإجازة الغائب، أو ولي الصغير، أو بإجازة الصبي بعد البلوغ، أو بإجازة القاضي قبل البلوغ.

فإن مات الغائب أو الصبي قبل الإجازة، فأجازت ورثته.. نفذت القسمة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا تنفذ في قول محمد. كذا ذكره عصام.

وذكر الخصاف: إذا كان في الورثة صغير أو غائب ولم يكن في يد الغائب ولا في يد أم الصغير شيء [٦٢١/أ] من التركة، بل كان الكل في يد الحضور الكبار، فطلبوا القسمة من القاضي.. فإن القاضي يجعل للصغير وصياً يقوم بالقسمة، ويقبض حقه، ويجعل للغائب وكيلاً، أو يأمرهم بالقسمة.

وإن كان في يد الغائب شيء من التركة.. لا يقسم حتى يحضر الغائب أو يقوم البينة على أن ذلك ميراث بينهم، وعلى عدد الورثة.. فحينئذٍ يقسم.

وذكر في «الجامع»: أنه لا يقسم وإن قامت البينة على ذلك ما لم يحضر الغائب.

ولو كان شيء من التركة في يد أم الصغير.. فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان شيء من التركة في يد الغائب، وثمة لا يقسم. انتهى.

واعلم: أن وصي الأب والوصي المنصوب من جهة القاضي: يملك قسمة كل شيء على الصغير إذا لم يكن فيها غبن فاحش؛ سواء كان من تركة الأب أو لا، عقاراً أو منقولاً.

وأما وصي الأم.. فليس له ولاية القسمة على الصغير في غير ما تركته الأم.

وكذا يجوز قسمة وصي الأب على الكبير الغائب فيما سوى العقار؛ لأنه قائم مقام الأب فيما يرجع إلى الحفظ على الكبير. كذا في «قاضي خان».

وَلَا يُقسَمُ عقارٌ بَينَ الْوَرَثَةِ بِإِقرارِهم مَا لم يُبَرهِنوا على الْمَوْتِ وَعددِ الْوَرَثَةِ.

وَعِنْدَهُمَا: يُقسَمُ.

وَغيرُ الْعقارِ يُقسمُ إجماعاً.

وَكَذَا: الْعقارُ الْمُشْتَرَى وَالْمَذْكُورُ مُطلَقٌ ملكَهُ.

(ولا يقسم عقار بين الورثة بإقرارهم)؛ يعني: إذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم عقار، وادعوا أنهم ورثوها عن فلان.. لم يقسمها القاضي بينهم بإقرارهم.

(ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يقسم) بإقرارهم، لكن القاضي يذكر في كتاب القسمة: أنه قسمه بإقرارهم؛ لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم؛ لأن الإقرار حجة قاصرة.

(وغير العقار: يقسم إجماعاً، وكذا العقار المشترى والمذكور مطلقٌ ملكه)؛ أي: ادعوا الملك المطلق، ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم من الإرث أو الشراء أو غيرهما.

توضيح هذه المسألة: أن الشركاء إذا حضروا عند القاضي، وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته:

فإما أن يكون عقاراً، أو غيره.

فإن كان عقاراً:

فإما أن ادعوا أنهم ورثوه، أو اشتروه، أو ادعوه وسكتوا عن كيفية الانتقال إليهم، وهو المراد بقوله: «والمذكور مطلق كله».

فإن كان الأول.. لم يقسم القاضي حتى يقيم البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة، وقالا: يقسمه بإقرارهم.

وإن كان الثاني.. يقسمه بينهم بالاتفاق.

وإن كان الثالث.. قسمه بينهم على ما يذكره.

وإن كان غير عقار وادعوا أنه ميراث.. قسمه في قولهم جميعاً.

لهما: أن الامتناع عن القسمة؛ إما أن يكون شبهة في الملك، أو تهمة في دعواه، أو لمنازعة للمدعي [٦٢١/ب] في دعواه، ولا شيء من ذلك يتحقق ههنا؛ لأن اليد دليل الملك، والإقرار من أمارة الصدق، والفرض عدم المنازعة، فيقسمه بينهم لوجود المقتضي وارتفاع المانع؛ كما في المنقول الموروث والعقار المشترى.

وطلب البينة ليس بلازم؛ لأنها لا تكون إلا على منكر، ولا منكر ههنا، فلا تفيد، إلا أن القاضي يذكر في صك القسمة باعترافهم؛ لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم.

ولأبي حنيفة: أن القسمة قضاء على الميت؛ إذ التركة قبل القسمة: مبقاة على ملكه، حتى لو حدثت الزيادة.. تنفذ وصاياه فيها وتقضي ديونه منها.

بخلاف ما بعد القسمة.. فإن الزيادة للموصى له، ولهذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان، فولدت قبل القسمة.. تنفذ وصيته فيها بقدر الثلث كأنه أوصى بها.

فإذا كانت القسمة قضاء على الميت.. فلا بد له من حجة، وهي: إما بإقرار الورثة أو بينتهم، وإقرارُهم ليس بحجة على الميت.. فلا بد من البينة.

وقولهما: «فلا تفيد».

قلنا: ممنوع؛ لأن بعض الورثة ينتصب خصماً؛ بأن يجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه فتفيد.

فإن قيل: كل واحد منهما مقر بدعوى صاحبه، والمقر لا يصلح خصماً للمدعى عليه.

قلنا: لا منافاة بين كونه مقراً وكونه خصماً؛ لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً؛ كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين؛ فإنه إنما يقضي عليهما بالبينة بدون

وَإِن برهَنا أَنَّ الْعقارَ فِي أَيْدِيهِمَا.. لَا يُقسَمُ حَتَّى يُبرهِنا أَنَّهُ لَهما.

الميت وإن كان مقرين بها.

وإنما يقسم المنقول الموروث بإقرارهم؛ لأن في قسمته نظراً؛ للحاجة إلى الحفظ.

أما العقار.. فمحفوظ بنفسه، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده، ولا كذلك العقار عند أبي حنيفة، وعلى التقدير: لا يصلح مقيساً عليه.

وكذا العقار المشترى لا يصلح مقيساً عليه؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم، فلم تكن القسمة قضاء على الغير.

وإن ادعوا الملك وسكتوا عن كيفية الانتقال إليهم.. قسمه بينهم من غير إقامة البينة؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم. كذا قالوا.

وقال صاحب «الهداية»: هذه رواية كتاب القسمة، وفي رواية «الجامع الصغير»: لم يقسم بدون إقامة البينة؛ حيث قال فيه: أرض ادعاها رجلان، وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة.. لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما؛ لاحتمال أن تكون لغيرهما.

ثم قيل: هذا قول أبي حنيفة خاصة.

وقيل: هو قول الكل، وهو الأصح؛ لأن القسمة نوعان:

قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق اليد [٦٢٢/أ] لأجل الحفظ والصيانة.

والثاني في العقار: غير محتاج إليه.. فتعين قسمة الملك، وقسمته تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة، فامتنع الجواز.

(**وإن برهنا**)؛ أي: حضر رجلان عند القاضي وادعيا العقار وبرهنا على (**أن العقار في أيديهما**)، وطلبا القسمة (**.. لا يقسم**) القاضي (**حتى يبرهنا أنه**) ـ أي: العقار ـ (**لهما**)؛ لاحتمال أن يكون هو لغيرهما.

وَلَو بَرهَنوا على الْمَوْتِ وَعددِ الْوَرَثَةِ وَالْعَقارُ فِي أَيْدِيهم، وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ، أَو صبيٌّ.. قُسِمَ، وَنَصِبَ وَكيلٌ أَو وَصِيٌّ لقبضِ حِصَّةِ الْغَائِبِ، أَوِ الصَّبِيِّ.

وَلَو كَانَ الْعقارُ فِي يَدِ الْغَائِبِ، أَو شَيْءٌ مِنْهُ، أَو فِي يَدِ مودَعِهِ، أَو فِي يَدِ الصَّغِيرِ.. لَا يُقسَمُ.

ولا يخفى: أن هذه المسألة وقعت تكراراً؛ لأن المراد بقوله السابق: «والمذكور مطلق ملكه»: أن يدّعوا الملك فيما في أيديهم من العقار، ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم على ما بيناه، وهو المراد بما ذكره ههنا أيضاً، ولم يشترط فيما سبق إقامة البينة على أنه ملكهم، وقد شرط ههنا.. فلا بد من الحمل على الروايتين:

ففي رواية القدوري ـ وهو المشهور ـ: أنها لم تشترط كما ذكره أوّلاً.

وفي رواية «الجامع الصغير»: أنها تشترط كما ذكره ثانياً، وهو الأصح على ما ذكرناه، لكن عبارته آب عن هذا.

(**ولو برهنوا على الموت**) ـ أي: موت المورث، والمراد بالجمع: ما فوق الواحد ـ (**وعدد الورثة، والعقار في أيديهم، ومعهم وارث غائب أو صبي.. قسم**)؛ أي: قسمه القاضي بطلبهم (**ونصب**)؛ أي: نصب القاضي (**وكيل**) للغائب (**أو وصي**) للصبي (**لقبض حصة الغائب أو الصبي**)؛ لأن في ذلك نظراً للغائب والصبي.

ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة أيضاً عند أبي حنيفة، بل أولى؛ لأن في هذه القسمة: قضاء على الغائب والصغير بقولهما.

وعندهما: يقسم بينهم بإقرارهم بلا حاجة إلى إقامة البينة، ويعزل نصيب الغائب والصغير، ويشهد أنه قسمها بإقرارهم.

هذا إذا لم يكن للصبي وصي الأب، وإلا.. فلا حاجة إلى وصي القاضي.

(**ولو كان العقار في يد الغائب أو شيء منه**)؛ أي: من العقار (**أو في يد مودعه، أو في يد الصغير.. لا يقسم**) حتى يحضر الغائب أو يقوم البينة على أن ذلك ميراث لهم.

وَكَذَا: لَو حضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ، ....

وفي رواية «الجامع»: لا يقسم حتى يحضر الغائب وإن قامت البينة على ذلك، كذا في «قاضي خان» وقد ذكرناه من قبل.

(**وكذا**)؛ أي: لا يقسم القاضي (**لو حضر وارث واحد**) وادعى القسمة وباقي الورثة غائب؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون مخاصِماً ومخاصَماً عليه ومقاسِماً ومقاسَماً.. فلا بد من حضور شخصين؛ لأنه إن كان خصماً عن نفسه.. فليس أحد يخاصمه عن نفسه فيقيم البينة عليه، فتعذر الحكم.

بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين كما في المسألة الأولى.

وعن أبي يوسف: أن القاضي ينصب عن الغائب ويسمع البينة [٦٢٢/ب] ويقسم الدار.

وجه الظاهر: أن التركة قبل القسمة وإن كانت مبقاة على حكم ملك الميت، لكنها صارت ملكاً للورثة من وجه؛ حتى لو أعتق و احد منهم عبداً من التركة قبل القسمة.. نفذ عتقه في نصيبه، فكان كل واحد منهم طالباً للارتفاق في نصيبه، فتكون القسمة على هذا التقدير: قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه.. فلا تجوز.

ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث إنه دعوى على الميت.. فلا يجوز له نصب الوصي من حيث إنه دعوى على شركائه الغيب، فلا يجوز له نصب الوصي بالشك.

بخلاف ما إذا ادعى أجنبي على الميت ديناً.. حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت؛ لأنه دعوى على الميت من كل وجه.

وللقاضي: أن ينصب الوصي عن الميت لا عن الحي.

فإذا تعذر نصب الوصي.. فالواحد الحاضر لا يصلح خصماً عن الميت وعن سائر الشركاء، وأن يكون مدعياً ومدعى عليه، فتعذر قبول البينة؛ لأنها لا تقبل من غير خصم.

أَو كَانُوا مشتَرِينَ، وَغابَ أَحدُهمَ.

وَإِذا انْتفع كُلٌّ مِنَ الشُّرَكَاءِ بِنَصِيبِهِ بعدَ الْقِسْمَةِ.. قُسِمَ بِطَلَبِ أَحدِهم.

وَإِن تضرَّرَ الْكُلُّ.. لَا يُقسَمُ إِلَّا برِضَاهم.

(**أو كانوا**)؛ أي: الشركاء (**مشترين وغاب أحدهم**)؛ أي: لا يقسم المال مع غيبة أحدهم؛ فإن الملك الثابت بالشراء: ملك جديد بسبب باشره، ولهذا.. لا يرد بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب.. فلا يقسم وإن أقام بينة على الشراء.

بخلاف ما لو أقاموا بينة على الموت وعدد الورثة وغاب أحدهم.. فإنه يقسم وينصب وكيل لحصة الغائب على ما تقدم.

والفرق بينهما: أن الملك الثابت بالإرث: ملكُ خلافة؛ حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث، ويرد عليه فيما باعه هو، ويصير مغروراً بشراء المورث، فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، وصح القضاء؛ لقيام البينة على خصم حاضر.

وفي الشراء: قامت على خصم غائب.. فلا تقبل، ولا يقضى عليه؛ فإن الملك الثابت به: ملك جديد، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب كما ذكرناه.

(**وإذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه بعد القسمة**) كما إذا كان المقسوم بيتين كبيرين متساويين (**.. قسم بطلب أحدهم**)؛ لأن في القسمة تكميل المنفعة لانتفاع كل واحد منهم بنصيبه بعد القسمة، فكانت القسمة حقاً لهم، فوجب على القاضي إجابتهم.

(**وإن تضرر الكل.. لا يقسم إلا برضاهم**)؛ كما في البئر والرحى والحمام والحائط؛ فإن الكل يتضرر بالقسمة فيها؛ لتفويت المنفعة، فالطالب للقسمة فيها متعنت.. فلا يجيبه القاضي.

ويجوز برضاهم؛ لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم.

وَإِنِ انْتفعَ الْبَعْضُ دونَ الْبعضِ.. قُسِمَ بِطَلَبِ ذِي النَّفْعِ، لَا بِطَلَبِ الآخَرِ هُوَ الْأَصَحُّ.

وَيَقسِمُ الْعَرُوضَ مِن جِنسٍ وَاحِدٍ.

(وإن انتفع [٦٢٣/أ] البعض) لكثرة نصيبه (دون البعض) لقلة نصيبه (.. قسم بطلب ذي النفع)؛ لأنه يطلب من القاضي حقه، فيعتبر طلبه، فيجيبه القاضي لئلا يفوت حقه، ولا يعتبر تضرر الآخر؛ لأنه يريد أن ينتفع بملك صاحبه بعدم القسمة.. فلا يعتبر تضرره.

(لا بطلب الآخر)؛ لأنه متعنت في طلبه القسمة مع عدم انتفاعه بها، بل يتضرر بها، والقسمة وضعت للانتفاع، والقاضي نصب ناظراً، فلا يشتغل بما لا يفيد فائدة، بل يُتَضرَّر به.

(هو الأصح)، احترز به عما نقل عن الحاكم: «أن أيهما طلب القسمة.. يقسم القاضي»؛ لأنه إن طلب صاحب الحظ القليل القسمة.. فقد رضي بضرر نفسه، وإن طلب صاحب الحظ الكثير.. فقد طلب أن ينتفع بنصيبه، فيجيب القاضي كل واحد منهما.

وعن ابن أبي ليلى: لا يقسم القاضي بطلب البعض مطلقاً، إلا إذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه؛ لأن المقصود بالقسمة: تكميل المنفعة وتحصيلها، لا تفويتها، والمعتبر فيها: المعادلة بينهم في المنفعة.

قيل: يقسم بطلب غير المنتفع؛ لأنه يقصد الإضرار على نفسه، لا بطلب المنتفع؛ لأنه يقصد الإضرار على الغير.. فلا يجيبه القاضي.

والأصح: ما ذكره المصنف.

(ويقسم) القاضي (العروض) إن كانت (من جنس واحد) كالثياب مثلاً أو الإبل مثلاً؛ لأن عند اتحاده: يتحد المقصود، فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة، فيجبر القاضي على القسمة عند الطلب.

وَلَا يَقسِمُ الجنسَينِ بعضَهُما فِي بعضٍ، وَلَا الْجَوَاهِرَ، وَلَا الْحَمَّامَ، وَلَا الْبِئْرَ، وَلَا الرَّحَى، وَلَا الثَّوْبَ الْوَاحِدَ. ....

(ولا يقسم الجنسين) المختلفين الذين كان (بعضهما في بعض)؛ لأنه اختلاط بين الجنسين.. فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة، وسبيلها: التراضي دون جبر القاضي.

يعني: أن الجنسين المختلفين لا يقسمان قسمة جمع؛ بأن يجمع حصة أحد منهم في جنس واحد وحصة الآخر؛ في الجنس الآخر؛ لفحش التفاوت بين الجنسين، بل يقسمان قسمة فرد؛ بأن يقسم كل جنس بانفراده، فلو كان المقسوم إبلاً وغنماً مثلاً.. لم يجمع نصيب أحد من الشركاء في الإبل خاصة ونصيب الآخر منهم في الغنم خاصة، بل يقسم الإبل بينهم على حصصهم، ثم الغنم كذلك.

وكذا كل مكيل وموزون.

والعددي المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس: يقسم بانفرادها.

(ولا الجواهر)؛ أي: لا تقسم الجواهر.

قال في «الهداية»: وأما الجواهر؛ فقد قيل: إذا اختلف الجنس.. لا تقسم كاللآلئ واليواقيت.

وقيل: لا تقسم الكبار منها؛ لكثرة التفاوت، وتقسم الصغار؛ لقلة التفاوت.

وقيل: يجري الجواب على إطلاقه؛ لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق، ألا ترى: أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة [٦٢٣/ب] أو خالع عليها.. لا تصح التسمية.

ويصح ذلك على عبد؛ فإذا فحشت الجهالة فيها من الرقيق.. فلا يجبر على القسمة فيها كما لا يجبر في الرقيق، بل أولى منه، فالمصنف أجرى الجواب على إطلاقه.

(ولا الحمام، ولا البئر، ولا الرحى، ولا الثوب الواحد)؛ لأن القسمة فيها

وَلَا الْحَائِطَ بَينَ دارَينِ.. إلّا بِرِضَاهم.

وَكَذَا: الرَّقِيقُ خلافاً لَهما.

تشتمل الضرر على الكل؛ إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً منه، فلا يجبر القاضي على القسمة.

قال في «الهداية»: ولا يقسم ثوباً واحداً؛ لاشتمال القسمة على الضرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع، ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما؛ لما بينا.

بخلاف ثلاثة أثواب إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين، فأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر.. يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوباً والآخر ثوبين.

وكذا: إن استقام أن يجعل أحد القسمين ثوباً وربع ثوب، والآخر ثوباً وثلاثة أرباع ثوب... فإنّ القاضي يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركاً بينهما على ذلك الوجه؛ لأنه قسمة البعض وذلك جائز؛ لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل.. قسم الكل عند طلب بعض الشركاء، فكذلك في البعض. كذا في «العناية».

(**ولا الحائط بين دارين**)؛ لأن يتضرر الطرفين بالقسمة؛ لعدم بقاء نصيب كل منهما منتفعاً به، فلا يقسم (**إلا برضاهم**) في كل من الأشياء المذكورة؛ لأن الحق لهم، وهم أعرف بحالهم.

(**وكذا**): لا يقسم القاضي (**الرقيق**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**).

قالا: يقسمه القاضي؛ لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم.

ولأبي حنيفة: أن التفاوت فاحش في الآدمي؛ لتفاوت المعاني الباطنة فيه، فصار كالجنس المختلف.

بخلاف الحيوانات؛ لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس.

والدُّورُ فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ يُقسَمُ كُلٌّ على حِدَتِهِ.

وَقَالا: إن كَانَ الْأَصْلَحُ قِسْمَةُ بَعْضِهَا فِي بعضٍ.. جَازَ.

ألا ترى: أن الذكر والأنثى من بني آدم: جنسان لاختلاف المقاصد، ومن الحيوانات: جنس واحد.

بخلاف رقيق المغنم؛ لأن حق الغانمين في المالية؛ حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وههنا يتعلق بالعين والمالية.. فافترقا، فلا يلحق أحدهما بالآخر.

(**والدور**) المشتركة الكائنة (**في مصر واحد.. يقسم كل**) واحد من تلك الدور (**على حدته**)؛ أي: على انفراده، ولا يقسم قسمة واحدة إلا بالتراضي عند أبي حنيفة.

(**وقالا: إن كان الأصلح قسمة بعضها في بعض.. جاز**).

اعلم: أنه كان لرجلين دور في مصر واحد، فطلبا من القاضي قسمتها.. فإنه يقسم كل دار منهما على حدة ولم يجمع نصيب أحدهما في دار، إلا أن يتراضيا على ذلك عند أبي حنيفة.

وقالا: الرأي في ذلك إلى القاضي؛ فإن رأى أن الأصلح لهما قسمة بعضها في بعض.. قسمها بينهما كذلك.

وعلى هذا الخلاف [٦٢٤/أ]: الأراضي المشتركة المتفرقة.

لهما: أن الدور جنس واحد؛ نظراً إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى، والأجناس؛ نظراً إلى اختلاف الأغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال، فكان الترجيح إلى رأي القاضي؛ لأنه نصب ناظراً، والمقصود من القسمة: تكميل المنفعة ورفع الضرر عن الشركاء؛ فإن رأى القاضي: أن الأصلح قسمة بعضها في بعض؛ أي: مجتمعاً.. جاز ذلك.

وهذا: لأنه إذا قسم كل دار على حدة.. ربما يتضرر كل واحد من الشركاء لتفرق نصيبه، وإذا قسم الكل قسمة واحدة.. يجتمع نصيب كل واحد من الشركاء

وَفِي مِصرَينِ: يُقسَمُ كُلٌّ على حِدَتِهِ اتِّفَاقاً.

وَكَذَا: دَارٌ وضَيعةٌ، أَو دَارٌ وحانوتٌ، ....

من دار واحدة وينتفع بذلك، فيكون ذلك أصلح لهم؛ فإذا مال القاضي إلى ذلك.. يقسم بينهم على هذا الوجه.

ولأبي حنيفة: أن الدور أجناس مختلفة؛ لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب إلى المسجد والحمام والماء والسوق، والبعد عنها.. اختلافاً فاحشاً.

وكذا الأراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك.

والأجناس المختلفة: لا تقسم قسمة واحدة إلا بتراضي الشركاء؛ لأنها لتكميل المنفعة، وذا: إنما يكون عند اتحاد الجنس.

وأما إذا اختلف الجنس.. فقطع حق البعض عن إحدى الدارين لا يكون تكميلاً للمنفعة، بل يكون تفويتاً لها.

بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها؛ لأن قسمة كل بيت على حدة تخل بمنافع البيوت، فيخل بمنافع الدار أيضاً، فلا يحصل معنى القسمة، فيقسم مجتمعاً.

(وفي مصرين)؛ أي: إن كانت الدور المشتركة في مصرين (.. **تقسم كل**) دار (**على حدته اتفاقاً**).

وقال في «الاختيار»: وعن محمد: لو كانت إحداهما بالكوفة والأخرى بالبصرة.. قسمت إحداهما في الأخرى ـ أي: مجتمعاً ـ فعلم: أن في هذه المسألة روايتين عن محمد.

(وكذا)؛ أي: قسم على حدة (**دار وضيعة، أو دار وحانوت**)؛ لاختلاف الجنس على ما ذكره الخصاف.

والبيوتُ فِي محلَّةٍ وَاحِدَةٍ، أَو فِي محلَّاتٍ يجوزُ قِسْمَةُ بَعْضِهَا فِي بعضٍ.

والمنازلُ المتلاصِقَةُ: كالبيوتِ، والمتبايِنَةُ: كالدُّورِ.

وقال في «الهداية»: قال في إجارات «الأصل»: إن إجارة منافع الدار بمنافع الحانوت: لا تجوز.

فهذا يدل على: أن الدار والحانوت، وكذا الدار مع الضيعة: جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان.

ولئن جعل منافع الدار ومنافع الحانوت أو الضيعة مختلفة: روايةً واحدةً، لا متحدة بحمل حرمة الربا في إجارات «الأصل» على شبهة المجانسة بينهما.

(والبيوت في محلة واحدة أو في محلات) من مصر واحد: (**يجوز قسمة بعضها في بعض**)؛ أي: مجتمعاً؛ لأن التفاوت فيما بين البيوت في محلة أو محلات [٦٢٤/ب] من مصر: يسير.

(والمنازل المتلاصقة) بعضها ببعض: (**كالبيوت**)؛ أي: قسمت قسمة واحدة؛ يعني: مجتمعاً.

(والمتباينة: كالدور)؛ لأن المنزل فوق البيت دون الدور، فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى، ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور، فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه.

فلشبهها بالبيوت.. قلنا: إذا كانت متلاصقة.. تقسم قسمة واحدة كالبيوت؛ لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد.

ولشبهها بالدور.. قلنا: إذا كانت في أمكنة متفرقة.. لا تقسم قسمة واحدة.

واعلم: أن ههنا ثلاثة فصول: الدور والبيوت والمنازل.

فالدور: متلاصقة كانت أو متباينة.. لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي.

والبيوت: تقسم مطلقاً؛ لتقاربهما في معنى السكنى.

والمنازل: إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض.. قسمت قسمة واحدة، وإلا.. فلا؛ سواء كانت في محال أو في دار واحدة، بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها؛ لما ذكرناه.

وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه. كذا في «العناية».

* * *

(فَصْلٌ)

وَيَنْبَغِي للقاسِمِ: أَن يُصَوِّرَ مَا يَقسِمُهُ ويُعَدِّلُهُ ويَذرِّعُهُ، وَيُقَوِّمُ بناءَهُ، ويُفرِزُ كلَّ نصيبٍ بطريقِهِ وشُربِهِ.

ويُلَقِّبُ الأَنصباءَ بالْأَوَّلِ، وَالثَّانِي، وَالثَّالِثِ، وَيكْتُبُ أَسماءَهم ويُقرِعُ.

فَالْأَوَّلُ لِمَن خرجَ اسْمُهُ أَولاً، وَالثَّانِي لمَن خرجَ ثَانِياً، وَالثَّالِثُ لِمَنْ خرجَ ثَالِثاً.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ فِيمَا يقْسم

(**وينبغي للقاسم أن يصور**) من التصوير (**ما يقسمه**) على قرطاس يمكنه حفظه، أو ليرفع ذلك القرطاس إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه إن لم يأمرِ القاسمَ بالقرعة.

وذلك: بأن يكتب على القرطاس: إن فلاناً نصيبه من التركة كذا، وفلاناً كذا - أي: النصف أو الثلث أو السدس - إلى غير ذلك من مسألتهم.

(**ويعدله**)؛ أي: يسويه على سهام القسمة، ويروى: «يعزله»؛ أي: يقطعه بالقسمة عن غيره.

(**ويذرعه**)؛ إن كان المقسوم من المذروعات؛ لأن قدر المساحة تعرف بالذراع.

(**ويقوم بناءه**)؛ ليعرف قيمة البناء؛ لأنها لا تعرف إلا بالتقويم، ولا بد منه؛ لحاجته إليه لأجل الأجرة.

(**ويفرز كل نصيب**) عن الباقي (**بطريقه وشربه**) إن أمكن ذلك؛ لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة؛ لأن القسمة لتكميل المنفعة، وبذلك تتم المنفعة.

وإن لم يمكن.. بطلت القسمة.

(**ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث**)، وهكذا إلى أن تتم السهام، (**ويكتب أسماءهم ويقرع؛ فالأول: لمن خرج اسمه أولاً، والثاني: لمن خرج**) اسمه (**ثانياً، والثالث: لمن خرج ثالثاً**).

وَلَا تدخلُ الدَّرَاهِمُ فِي الْقسمةِ إِلَّا بِرِضاهم.

قال في «الزيلعي»: **وكيفيته: أن ينظر إلى أقل الأنصباء، فيقدر به أجزاء السهام؛ حتى إذا كان العقار مشتركاً بين ثلاثة نفر: لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس.. يجعل أجزاء السهام أسداساً؛ لأن السدس أقل السهام، فيكون [٦٢٥/أ] لصاحب النصف: ثلاثة أسداس، ولصاحب الثلث: سدسان، ولصاحب السدس: سدس واحد.**

ويلقب النصيب من أي جانب شاء بالأول، ثم الذي يليه بالثاني، ثم الذي يليه بالثالث.

ثم يكتب أسامي الشركاء ببطاقات ويطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة، ويجعلها في طين، ثم يخرجها ويدلكها بين كفيه، ثم يجعلها في وعاء أو في كمه، ثم يخرج واحداً؛ فمن خرج اسمه أولاً.. فله السهم الأول، ومن خرج اسمه ثانياً.. فله السهم الثاني إلى أن ينتهي إلى الآخر.

فإن خرج أولاً في المثال المذكور اسم صاحب النصف.. كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول.

وإن خرج ثانياً.. كان له من الذي يلي الأول.

وإن خرج ثالثاً.. كان له كذلك من الذي يلي الثاني، وعلى هذا كل واحد منهم.

هذا، **واعلم**: أن القرعة في القسمة ليست بواجبة ، بل لتطييب قلوبهم، حتى لو قسم بلا قرعة.. جاز، ولقب الأنصباء؛ ليتمكن من الإلزام عند خروج قرعة كل واحد منهم؛ فإذا كانت القرعة لتطييب قلوبهم.. فلا قمار فيها على ما زعم.

(**ولا تدخل الدراهم**)، وكذا الدنانير (**في القسمة إلا برضاهم**)؛ أي: لا تدخل في القسمة الدراهم التي ليست في التركة؛ ليجبر بها نقصان بعض الأنصباء، بل يجبر النقصان بشيء من التركة.

صورته: دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد

فَإِن وَقعَ مسيلٌ أَو طَرِيقٌ لأَحَدِهم فِي نصيبِ آخرَ وَلم يُشْتَرَط ....

أحد الشركاء أن يكون عوض الفضل دراهم أو دنانير، وآخر لم يرض بذلك.. لم تدخل الدراهم في القسمة، حتى لا يكلف من وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء دراهم؛ إذ لا شركة بينهم في الدراهم.

لأنها ليست من التركة.. فلا يجوز قسمة ما ليس من التركة.

ولأنه يفوت به التعديل في القسمة؛ لأن أحدهما يصل إلى عين العقار المشتري، ودراهم الآخر كانت في ذمته وقت القسمة، ولعلها لا تسلم له؛ لاحتمال التوى قبل الوصول إليه.

ولأن الجنس المشترك لا يقسم كما تقدم، فما ظنك عند عدم اشتراكها؟!

فلا تدخل في القسمة إلا عند رضاهم؛ لأن أصحاب الحقوق أعرف بحالهم، ولا مزاحم لهم عند الرضاء ولا عند الضرورة.

ولهذا.. ذهب أبو يوسف فيما إذا كان المقسوم أرضاً وبناء: إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن المعادلة إلا بالتقويم؛ لأن البناء لا يمسح، فلا يمكن تعديله بالمساحة، بل بالتقويم.

وذهب أبو حنيفة: إلى أن الأرض تقسم بالمساحة؛ لأنها [٦٢٥/ب] الأصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة؛ كالأخ لا ولاية له في المال، ثم يملك قسمة الصداق ضرورة التزويج.

وذهب محمد: إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة؛ فإن لم تف العرصة بقيمة البناء.. فحينئذٍ يرد الفضل دراهم؛ لأن الضرورة تحققت في هذا المقدار، فلا يترك الأصل إلا لها.

قيل: وهذا يوافق رواية «الأصل».

(**فإن وقع مسيل**) الماء (**أو طريق لأحدهم في نصيب**) شريك (**آخر، ولم يشترط**

فِي الْقِسْمَةِ.. صُرِفَ عَنْهُ إِن أَمْكَنَ.

وإِلّا.. فُسِخَت.

وَيَقسِمُ سَهْمَيْنِ مِنَ الْعُلُوّ بِسَهْمٍ مِنَ السّفل.

في القسمة.. صرف عنه إن أمكن) الصرف، **(وإلا.. فسخت)**؛ يعني: إن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين، ولأحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق.. فلا يخلو:

إما أن يمكن صرف ذلك عنه، أو لا.

فإن أمكن صرفه، ولا يسيل ولا يستطرق في نصيب الآخر؛ سواء كان ذلك مشروطاً في القسمة أو لم يكن مشروطاً؛ لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة وهو الإفراز والتمييز من غير ضرر للآخر.. فلا يصار إليها مع ارتكاب الضرر.

وإن لم يمكن:

فإما أن اشترط ذلك في القسمة، أو لا.

فإن كان الثاني.. فسخت القسمة؛ لأنها مخلة؛ لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط، فيستأنف.

بخلاف البيع؛ فإنه إذا باع داراً أو أرضاً، ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق.. فإنه لا يفسد؛ لأن المقصود من البيع: تملك العين، وإنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال؛ كما لو اشترى جحشاً صغيراً.

وأما القسمة؛ فإنها لتكميل المنفعة، ولا يتم ذلك إلا بالطريق والمسيل.

وإن كان الأول: يدخل فيها؛ لأن القسمة لتكميل المنفعة، وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل، وفيها معنى الإفراز أيضاً، وذلك باعتبار انقطاع تعلق حق أحدهما بالآخر، فباعتباره: لا يدخل من غير تنصيص، فقلنا: يدخل عند التنصيص، ولا يدخل عند عدمه؛ عملاً بالدليلين.

(ويقسم) القاضي **(سهمين من العلو بسهم من السفل)**؛ أي: بمقابلة سهم منه. عند أبي حنيفة.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: سَهْماً بِسَهْمٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يُقسَمُ بِالْقيمَةِ، وَعَلَيهِ الْفَتْوَى.

(وعند أبي يوسف: يقسم سهماً) من العلو **(بسهم)**؛ أي: بمقابلة سهم من السفل.

(وعند محمد: يقسم بالقيمة) لا بالسهم.

(وعليه الفتوى)، هكذا في «المختار».

وعبارة «الهداية» هكذا: وإذا كان سفل لا علو عليه، وعلو لا سفل له، وسفل له علو.. قوّم كل واحد على حدة، وقسم بالقيمة عند محمد.

وقال أبو حنيفة [٦٢٦/أ] وأبو يوسف: يقسم بالذراع.

ثم قال أبو حنيفة: وذراع من سفل بذراعين من علو.

وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، وهكذا في «الكنز» و«الوقاية».

وصورته: على ما ذكر علاء الدين في «شرح الوقاية»: سفل وعلو مشترك بين رجلين، وسفل مشترك بين هذين الرجلين، وعلوه لرجل آخر، وعلو مشترك بين هذين الرجلين أيضاً، وسفله لرجل آخر في دار واحدة، وطلبا القسمة من القاضي، أو طلب أحدهما.. فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقسم بالذراع؛ لأن القسمة بالذراع هي الأصل في المذروعات، والكلام فيها. والمعتبر: التسوية في أصل السكنى لا في المرافق، والعلو والسفل سيان في أصل السكنى.

وقال محمد: يقسم بالقيمة؛ لأن السفل يصلح لما يصلح له العلو، والعلو لا يصلح لما يصلح له السفل؛ من حفر البئر واتخاذ الإصطبل والسرداب وغيرها، فصارا جنسين مختلفين.. فلا يمكن التعديل بنيهما إلا بالقيمة.

ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذراع:

فقال أبو حنيفة: ذراع من سفل بذراعين من علو.

وقال أبو يوسف: ذراع بذراع.

ثم قيل: أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره؛ فأبو حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو، وأبو يوسف أجاب على ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في معنى السكنى، ومحمد أجاب بناء على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان.

وقيل: هو اختلاف حجة وبرهان؛ فإن أبا حنيفة يقول: **لصاحب السفل منافع كثيرة**، وهي تبقى أيضاً بعد انهدام العلو، والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل، فكانت منفعته ضعف منفعة العلو، **ولصاحب العلو منفعة واحدة**، وهي: منفعة السكنى.

وأبو يوسف يقول: هما مستويان في الانتفاع؛ فإن لكل واحد من صاحب السفل والعلو أن يفعل ما لا يضر بالآخر؛ حتى كان لصاحب العلو أن يبني إذا لم يضر بصاحب السفل، ولصاحب السفل أن يحفر إذا لم يضر بصاحب العلو، فاستويا في الانتفاع، فيستويان في القسمة أيضاً.

ومحمد يقول: العلو والسفل بناء، والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة دون الذراع؛ لأن في بعض البلدان: قيمة العلو أكثر، وفي بعضها: قيمة السفل أكثر؛ كما في البلاد الحارة والباردة، فلا يمكن اعتبار المعادلة بينهما إلا بالقيمة.

ثم قول محمد: لا يحتاج إلى التفسير، وتفسير [٦٢٦/ب] قول أبي حنيفة: أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلث ذراع من البيت الكامل ـ أي المشتمل على السفل والعلو ـ لأن العلو عنده مثل نصف السفل، فثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلث ذراع من علو البيت الكامل: يكون بمقابلة مثله من العلو المجرد، وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد؛ فذلك تمام المائة، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد:

ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل؛ لأن علوه مثل نصف سفله، فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد، وستة وستون وثلثان من علو الكامل: في مقابلة: ثلاث وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة.

وتفسير قول أبي يوسف: أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل: مائة ذراع من السفل المجرد، أو مائة ذراع من العلو المجرد؛ لأن العلو والسفل عنده سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة: مائة ذراع: خمسون منها سفل وخمسون منها علو. كذا في «الهداية» و«العناية».

فَإِن أقرّ أحدُ المتقاسمَينِ بِالِاسْتِيفَاءِ ثـمَّ ادَّعى أَنَّ بعضَ نصِيبِهِ فِي يَدِ صَاحِبِهِ.. لَا يُصدَّقُ إِلَّا بِحجَّةٍ.

(**فإن أقر أحد المتقاسمين بالاستيفاء، ثم ادعى أن بعض نصيبه في يد صاحبه.. لا يصدق إلا بحجة**).

هذا شروع في بيان دعوى الغلط في القسمة، وهي على وجوه:

منها ما ذكره المصنف.

بيانه: أن أحد الشريكين ادعى الغلط في القسمة، وزعم أن بعض نصيبه في يد صاحبه، وقد أشهد على نفسه باستيفاء حقه تماماً.. لا تسمع دعواه، ولا يصدق في ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها، فلا يصدق إلا بحجة.

كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيار الشرط.. فإنه لا تسمع دعواه إلا ببينة؛ فإن أقامها.. فقد نور دعواه بها، وإن عجز عنها.. استحلف الشركاء؛ لأنهم لو أقروا بذلك.. لزمهم؛ فإذا أنكروه.. استحلفوا؛ لرجاء النكول، فمن حلف.. لا سبيل عليه، ومن نكل.. جمع بين نصيبه ونصيب المدعي، فيقسم على قدر حقهما؛ لأن نكوله حجة عليه كإقراره، ولا يكون حجة على غيره.

وإنما لم يتحالفا؛ لأنه متناقض في دعواه، والتناقض يمنع صحة الدعوى، والتحالف يبتنى على صحة الدعوى. كذا في «العناية» وغيره.

ويرد عليه: أنه ينبغي أن لا تقبل بينته أيضاً؛ لأنها تبتنى أيضاً على صحة الدعوى، وإذا لم تصح الدعوى للتناقض.. لم تقبل بينته، ولا يترتب عليه التحالف.

وباقي وجوه دعوى الغلط: ذكرها الإمام قاضي خان؛ حيث قال في «فتاواه»: إذا ادعى [٦٢٧/أ] أحد الشركاء غلطاً في القسمة.. لا تعاد القسمة بمجرد دعواه، ولا يعاد ذرع شيء من ذلك، ولا مساحته، ولا كيله، ولا وزنه إلا بحجة.

وإن لم يكن له حجة وطلب استحلاف الشركاء.. فإنه يستحلف لرجاء النكول.

ثم الغلط في القسمة على وجوه:

أحدها: أن يقول: حقي في النصف، وقد أخذت الربع أو الثلث، وقال الآخر: بل حقك الثلث وقد أخذته، وفي هذا: يتحالفان ويترادّان أيضاً؛ لأن القبض له شبه العقد.. ولو اختلفا في العقد يتحالفان، فكذا ما يشبهه.

ومنها: أن تكون المنازعة بينهما في الزيادة، فيقول أحدهما: أخذت أنت يا فلان أكثر من حقك، أو غصبت الزيادة غصباً بعدما قبضته، ويقول الآخر: أخذتُ حقي وما أخذتُ الزيادة.. كان القول قول الآخر، والبينة بينة صاحبه، ولا يتحالفان، ولا يترادان القسمة.

ومنها: أن تكون المنازعة بينهما فيما أشهد كل منهما على استيفاء الحق بالتمام، ثم يقول أحدهما: حقي الذي في يدك، وحقك الذي في يدي، أو يقول: قد قسمناها، ولكن أخذت أنا بعض حقي دون بعض.. لا تسمع دعواه ولا خصومته بعدما أشهد على القبض والاستيفاء، كما ذكره المصنف.

ومنها: أن تقع المنازعة بينهما في التقويم، ويقول أحدهما: قيمتها أكثر مما قومته، وينكر الآخر.. ففي هذا الوجه: لا يقبل قوله، ولا تسمع دعواه. كذا ذكر في «الأصل».

وَتقبَلُ شَهَادَةُ القاسِمِينَ فِيهَا.

خلافاً لمُحَمَّدٍ.

قال الفقيه أبو بكر البلخي: إن كان التفاوت يسيراً.. فهو كما قال في «الأصل»، وإن كان التفاوت كثيراً.. يرجى أن تسمع دعواه. هكذا ذكره في «قاضي خان».

وفصله في «العناية»؛ حيث قال: ولو اختلفا في التقويم.. فلا يخلو:

إما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقومين.

فإن كان يسيراً.. لم يلتفت إلى دعواه؛ سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً.

وإن كان فاحشاً؛ فإن كانت القسمة بقضاء القاضي.. فسخت القسمة؛ لأن الرضاء منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد.

وإن كان بالتراضي.. لم يذكره محمد.

وحكي عن الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه؛ أما البيع من غير المالك.. فإنه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب.

ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث [٦٢٧/ب] القسمة؛ فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش.. فات شرط جواز القسمة، فيجب نقضها.

والصدر الشهيد وصاحب «الهداية»: اختارا القول الأول. انتهى.

(وتقبل شهادة القاسمين فيها)؛ أي: في استيفاء حقه، والتأنيث باعتبار المسألة؛ يعني: لو أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه، فشهد القاسمان أنه استوفى حقه.. تقبل شهادتهما؛ سواء كانا من جهة القاضي أو من جهة غيره. هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خلافاً لمحمد)؛ فإنه قال: لا تقبل شهادة القاسمين، وبه قال أبو يوسف أولاً،

وَإِن قَالَ: قَبِضتُهُ ثمَّ أَخَذْتَ بعضَهُ.. حلَّفَ خَصمَهُ.

وهو قول الشافعي أيضاً.

وذكر الخصاف قول محمد مع قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإليه مال القدوري.

لمحمد: أنهما شهداء على فعل أنفسهما لتصحيح تصرفهما.. فلا تقبل؛ كمن عتق عبده على فعل غيره، فشهد ذلك الغير على فعله.

ولهما: أنهما شهداء على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما؛ لأن فعلهما: التمييز لا غير، ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز، أو لأنه لا يصلح أن يكون مشهوداً به؛ لأنه غير لازم، وإنما يلزم بالقبض والاستيفاء هو فعل غيرهما، فتقبل الشهادة عليه.

وقال الطحاوي: إذا قسما بأجرة.. لا تقبل شهادتهما بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ؛ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجر عليه، فكانت: شهادةً صورة، ودعوىً معنى.. فلا تقبل.

وأجيب عنه: بأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة مغنماً؛ لأن الخصوم اتفقوا على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء، فانتفت التهمة.

وقيد بالقاسمين؛ لأنه لو شهد قاسم واحد.. لا تقبل؛ لأن شهادة الفرد لا تقبل على الغير. كذا في «الزيلعي».

(**وإن قال**) أحد الشريكين: (**قبضتُه**) على صيغة التكلم، (**ثم أخذتَ**) على صيغة المخاطب (**بعضه**)؛ أي: المقبوض (.. **حلف خصمه**)؛ يعني: يكون القول قول خصمه مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه غصب بعض ما قبضه من نصيبه، وهو ينكر الغصب، والقول: قول المنكر، والبينة: بينة مدعي الغصب، ولا يتحالفان.

وَإِن قَالَ قبلَ أَن يُقِرَّ بِالِاسْتِيفَاءِ: أَصابَنِي كَذَا وَلم يُسَلَّم إِلَيّ، وَكذَّبَهُ الآخرُ.. تحَالَفَا وفُسِخَت.

وَلَو ادّعى غُبناً.. لَا يُعْتَبَرُ؛ كَالْبيعِ.

إِلَّا إِذا كَانَتِ الْقِسْمَةُ بِقَضَاءِ والغُبنُ فَاحشٌ.. فتفسخُ.

وَلَو اسْتُحِقَّ بعضٌ مُعَيَّنٌ مِن نصيبِ الْبَعْضِ.. لَا تُفسَخُ، وَيَرجِعُ بِقسْطِهِ فِي حَظّ شَرِيكِهِ.

(**وإن قال قبل أن يقر بالاستيفاء: أصابني كذا ولم يسلم إليّ، وكذبه**) شريكه (**الآخر.. تحالفا وفسخت**) القسمة؛ لأن اختلافهما: فيما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن. كذا في «الزيلعي».

وعلله في «قاضي خان» بغير هذا وقد ذكرناه من قبل.

(**ولو ادعى غبناً**) في القسمة (.. **لا يعتبر؛ كالبيع**)؛ أي: كما لا يعتبر دعوى الغبن في البيع.. فإن دعوى الغبن غير معتبرة ولو فاحشاً، إلا أن تكون مع التقرير من الغابن.

(**إلا** [٦٢٨/أ] **إذا كانت القسمة بقضاء**) القاضي (**والغبن فاحش.. فتفسخ**) القسمة؛ لأن قسمة القاضي مقيدة بالعدل والنظر؛ فإذا لم يوجد العدل منه.. لم تعتبر قسمته، فيسمع دعوى الغبن الفاحش.

قال في «قاضي خان»: إذا اقتسم القوم شيئاً من ميراث وغير ذلك، ثم ظهر الغبن الفاحش في القسمة؛ إن كانت القسمة بقضاء القاضي.. يبطل عند الكل، وإن كانت بالتراضي.. اختلفوا فيه:

قال الفقيه أبو جعفر: إن قال قائل: بأن للمغبون أن يبطل القسمة.. فله وجه، وإن قال قائل: ليس له أن يبطل.. فله وجه أيضاً.

وقال في «الزيلعي» نقلاً عن «الكافي»: والصحيح: تبطل القسمة.

(**ولو استحق**) شروع في بيان دعوى الاستحقاق بعد القسمة (**بعض معين من نصيب البعض**)؛ أي: بعض الشركاء (.. **لا تفسخ، ويرجع بقسطه في حظ شريكه**).

وَكَذَا فِي الشَّائع.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: تُفسَخُ.

وَفِي بعضٍ مشَاعٍ فِي الْكلِّ.. تُفسَخُ إجماعاً.

(وكذا في الشائع)؛ أي: ولا تفسخ أيضاً لو كان الاستحقاق في الجزء الشائع في نصيب البعض. هذا عند أبي حنيفة.

(وعند أبي يوسف: تفسخ، وفي بعضٍ مشاع في الكل)؛ أي: في كل من النصيبين (.. تفسخ إجماعاً).

اعلم: أن ههنا أربعة أوجه:

الأول: استحقاق بعض معين في أحد النصيبين، وهو الذي ذكره المصنف أولاً.

والثاني: استحقاق بعض معين في النصيبين.

[**والثالث**: استحقاق لبعض شائع في أحد النصيبين][1].

والرابع: استحقاق بعض شائع في النصيبين.

ففي الأول والثاني: لا تفسخ القسمة بالاتفاق، بل في الأول يرجع بقسطه في حظ شريكه، وفي الثاني كذلك إن كان الاستحقاق في أحدهما أزيد من الآخر، وإن استويا.. فلا رجوع لأحدهما على الآخر.

وفي الثالث: لا تفسخ عند أبي حنيفة، بل يخير؛ إن شاء.. رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وإن شاء.. رد ما بقي واقتسم ثانياً.

وقال أبو يوسف: تفسخ.

ومحمد مع أبي يوسف في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية.

وفي الرابع: تفسخ بالاتفاق، هكذا ذكر الاختلاف في «الأسرار» في الجزء الشائع، واختاره المصنف.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «العناية» (٤٥١/٩) بتغيير يسير.

وذكر في «القدوري» و«المختار» الاختلاف في الوجه الأول ـ أعني: استحقاق بعض معين في أحد النصيبين ـ والصحيح: ما ذكره المصنف. كذا في «الزيلعي».

وما ذكره في «الهداية»: من أن صاحب «الأسرار»: ذكر الاختلاف كما ذكر في القدوري في البعض المعين: خطأ على ما صرح به في «النهاية».

ثم وجه أبي يوسف: أن باستحقاق بعض شائع.. ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه باطلة، فصار كما إذا استحق بعض شائع في الكل في [٦٢٨/ب] انعدام معنى القسمة؛ أعني: الإفراز.

أما في النصيب الذي ظهر فيه الاستحقاق: فظاهر.

وأما في النصيب الآخر: فلأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً.

بخلاف البعض المعين؛ فإن باستحقاق بعض معين: يبقى الإفراز فيما وراءه، لكنه مخير: إن شاء.. نقض القسمة من الأصل؛ لأنه ما رضي بها إلا على تقدير المعادلة وقد فاتت، وإن شاء.. رجع، كما ذكرناه.

ولأبي حنيفة: أن معنى القسمة ـ وهو التمييز والإفراز ـ لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما؛ لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر، ولهذا.. جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء؛ بأن كانت دار نصفين، والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر، والنصف المقدم من هذا النصف المقدم لواحد منهم، والنصف الآخر منه بين اثنين على السوية، والنصف المؤخر نصفي الدار بين هذين الاثنين على السوية أيضاً، فاقتسم الاثنان على أن يأخذ أحدهما قدر نصيبهما من المقدم وربع المؤخر.. فإنه جائز.

فإذا جاز ابتداء.. جاز انتهاء بعد الاستحقاق بطريق الأولى، وصار كاستحقاق الجزء المعين في عدم انتفاء معنى الإفراز.

بخلاف الشائع في النصيبين؛ فإنه لو بقيت القسمة.. لتضرر الثالث بتفريق

وَلَو ظَهَرَ بعدَ الْقِسْمَةِ دَينٌ على الْمَيِّتِ مُحِيطٌ.. نُقِضَت.

وَكَذَا: لَو غيرَ مُحِيطٍ، إِلَّا إِذا بَقِيَ بِلَا قسْمَةٍ مَا يَفِي بِهِ.

وَلَو أَبْرَأَ الْغُرَمَاءُ أَو أَدَّاهُ الْوَرَثَةُ مِن مَالِهِم.. لَا تُنقَضُ مُطلقاً.

نصيبه في النصيبين؛ أما ههنا.. فلا ضرر بالمستحق؛ فإذا لم تبطل القسمة.. فله الخيار على ما ذكرناه.

(ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط نقضت) القسمة؛ أي: ولم توف الورثة ولم يبرأ الغرماء، وإلا.. فلم تنقض القسمة، وهذا: لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث، فظهر: أن القسمة وقعت في غير محله، فتنقض.

(وكذا لو) كان الدين **(غير محيط)**؛ لأن حق الغرماء تعلق بالتركة.. فتبطل القسمة؛ لتعلق حقهم.

(إلا إذا بقي) من التركة **(بلا قسمة ما يفي به)**؛ أي: بالدين.. فحينئذٍ لا تفسخ القسمة؛ لعدم الحاجة إلى الفسخ؛ لإمكان وصول حقهم إليهم بلا فسخ القسمة.

(ولو أبرأ الغرماء) الورثة **(أو أدّاه)**؛ أي: الدين **(الورثة من مالهم.. لا تنقض)** القسمة **(مطلقاً)**؛ أي: سواء كان الدين محيطاً أو لا، وسواء كان الدائن راضياً أو لم يرض.

بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة، وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما.. فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث والموصى له؛ لأن حقهما في عين التركة.. فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاهما. كذا في «العناية».

قلت: فيه نظر؛ لأنه ذكر في فصل من قسمة «قاضي خان» وقال: لو لم يكن الدين [٦٢٩/أ] ظاهراً وقت القسمة، ثم ظهر بعد القسمة.. كانت القسمة مردودة، إلا أن يقضوا الدين من مالهم، وكذا لو ظهر في التركة وصية بالثلث أو بعين من أعيان المال.. فالوصية بمنزلة الدين. انتهى.

فقد جعل دعوى الوصية مثل دعوى الدين دون مثل دعوى الإرث.

أطلق الدين؛ فشمل: دين الوارث، ودين الأجنبي على الميت، والدين على الوارث؛ فإن دين الوارث مثل دين الأجنبي في بطلان القسمة بظهوره.

وإقدام الوارث على تقسيمه لا يمنع دعوى الدين، ولا بطلان القسمة؛ لما قال في «قاضي خان»: ميراث بين قوم، لم يكن هناك دين ولا وصية، فمات بعض الورثة وعلى الميت الثاني دين أو وصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير، فاقتسم الورثة ميراث الميت الأول بغير قضاء.. كان لغرماء الميت الثاني أن يبطلوا القسمة.

وكذلك: لصاحب الوصية والوارث الغائب والصغير؛ لأن ورثة الميت الثاني قاموا مقام الميت الثاني، ولو كان هو حياً غائباً.. لم تنفذ قسمتهم عليه، فكذا: إذا كان ميتاً.

ميراث بين قوم، اقتسموا، وأشهدوا على أنفسهم بالقسمة، ثم ادعت امرأة الميت المهر على الميت وأقامت البينة.. كان لها أن تبطل القسمة ويكون دينها كدين أجنبي، فإقدامها على القسمة: لا يمنعها من دعوى الدين؛ لأن إجازة الغريم القسمة قبل أن يصل إليه الدين: باطلة، ويكون وجودها كعدمها، وكان له أن يبطل القسمة، فكذا إذا كان الغريم هو الوارث. انتهى.

فظهر من المسألة الأولى: أن ظهور الدين على الوارث.. يبطل صحة القسمة.

ومن المسألة الثانية: أن ظهور الدين للوارث.. يبطل صحة القسمة.

* * *

(فَصْلٌ)

[في المُهَايَأَةِ]

وَتجوزُ الْمُهَايَأَةُ.

(فَصْلٌ)

[في المُهَايَأَةِ]

لما ذكر أحكام القسمة في الأعيان.. شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض وهي المهايأة.

وهي في اللغة: المفاعلة من الهيئة، قال في «المصباح»: الهيئة: الحالة الظاهرة، يقال: هاء يهوء وتهيأ هيئة حسنة إذا صار إليها، وتهيأت الشيء: أخذت له هيئة وتفرغت له، وهيأته للأمر: أعددته فتهيأ، وتهايأ القوم: تهايؤوا من الهيئة: إن جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد: النوبة وهايأته مهايأة.وقد تبدل الهمزة ألفاً للتخفيف فيقال: قد هايبته مهايأة انتهى.

وقال في «المغرب» الهيئة: هي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء، والتهايؤ: تفاعل منها، وهو: أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته: أن كلاً منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها، يقال: هايأ فلان فلاناً [٦٢٩/ب] وتهايأ القوم، وأما المهاياة بإبدال الهمزة ألفاً.. فلغة. انتهى.

وفي عرف الفقهاء: هي عبارة عن قسمة المنافع، وهي جائزة استحساناً.

ولذا قال: (**وتجوز المهايأة**).

والقياس: أن لا تجوز؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها؛ لأن كل واحد من الشريكين ينتفع بنوبته في ملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته، ولكن: ترك القياس بالكتاب والسنة والإجماع على سبيل التعاقب على ما بين في محله.

ولأن المهايأة قد يحتاج إليها؛ إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع من عين واحد، فكانت المهايأة جمعاً للمنافع في زمان واحد؛ كالقسمة.. فإنها جمع النصيب

وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ يسكنُ هَذَا بَعْضاً وَهَذَا بَعْضاً، أَو هَذَا عُلُوَّها وَهَذَا سُفلَها.

الشائع في مكان معين، فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الأعيان.

ولو لم نجز المهايأة.. لأدى إلى تعطيل الأعيان، ولهذا يجري فيها جبر القاضي إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره؛ كما في قسمة الأعيان.

إلا أن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة؛ لأنها جمع المنافع في زمان واحد دفعة واحدة.

والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة.. يقسم القاضي؛ لأنها أبلغ في التكميل.

ولو وقعت المهايأة فيما تحتمل القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة.. تقسم وتبطل المهايأة.

(**ويجبر عليها**)؛ أي: على المهايأة (**في دار واحدة**)؛ بأن (**يسكن هذا**) الشريك (**بعضاً، وهذا بعضاً**) آخر من تلك الدار (**أو هذا علوها، وهذا سفلها**)؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة.. فكذا المهايأة.

اختلفوا في التهايؤ على هذا الوجه: هل هو إفراز أو مبادلة؟

قال بعضهم: إنه إفراز لا مبادلة؛ لتحقق معنى الإفراز فيه؛ فإن القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت أو مكان واحد بعد أن كانت شائعة في بيتين أو مكانين، وكذلك في حق الآخر.

ولو كان مبادلة.. لما صح ذلك؛ لأنها لا تجوز في الجنس الواحد لشبه الربا؛ لأن المبادلة تمليك بالعوض، فلا تعرى عن شبهة الربا.

وقيل: هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه؛ كقسمة الأعين.

قال في «الزيلعي»: والأوجه: أنها إفراز من كل وجه في المهايأة؛ في المكان، ولهذا.. لا يشترط فيها التأقيت، وجاز لكل واحد من الشركاء أن يستغل ما أصابه

وَفِي بَيتٍ صَغِيرٍ يسكنُ هَذَا شهراً وهذا شهراً.

وَله الْإِجَارَةُ وَأخذُ الْغلَّةِ فِي نوبَتِهِ.

وَفِي عبدٍ يخْدِمُ هَذَا يَوْماً وَهَذَا يَوْماً.

بالمهايأة؛ شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه، ولا كذلك العارية والإجارة، وفي المهايأة في الزمان: إفراز من وجه. انتهى.

واعترض عليه: بأن كلاً من الشريكين يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه [٦٣٠/أ] بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه، فكيف يتصور أن يكون إفرازاً لكل نصيبه؟!

(**وفي بيت صغير**)؛ أي: ويجبر عليها أيضاً في بيت صغير (**يسكن هذا شهراً، وهذا شهراً**)، وهذا هو التهايؤ في الزمان، وإنما جاز؛ لضرورة الحاجة إليه، وهذا التهايؤ إفراز من وجه على ما ذكرناه.

(**وله**)؛ أي: لكل من الشريكين (**الإجارة**)؛ أي: إجارة ما أصابه بالمهايأة في المكان أو في الزمان، شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه.

(**وأخذ الغلة**)؛ أي: الأجرة (**في نوبته**)، متعلق بالإجارة.

(**وفي عبد**)؛ أي: ويجبر عليها في عبد (**يخدم هذا يوماً، وهذا يوماً**) وهو التهايؤ في الزمان وهو متعين فيه؛ كما في البيت الصغير؛ لتعذر التهايؤ في المكان.

ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما.. يأمر القاضي: بالاتفاق.

لأن التهايؤ في المكان: أعدل؛ لاستوائهما في زمان الانتفاع، وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر، فكان أعدل.

وفي الزمان: أكمل؛ لأن كل واحد في نوبته ينتفع بجميع الدار فكان أكمل.

وَفِي عَبْدَيْنِ يخْدِمُ أَحدُهمَا أَحدَهمَا وَالْآخرُ الآخرَ.

وَلَو اتَّفقَا على أَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ عبدٍ على مَن يَخْدِمُهُ.. جَازَ اسْتِحْسَاناً.

بِخِلَافِ الْكسْوَةِ.

وَفِي دارَينِ يسكُنُ هَذَا هَذِهِ وَهَذَا الْأُخْرَى.

فلما اختلفت الجهة.. فلا بد من الاتفاق؛ فإن اختاراه من حيث الزمان.. يقرع بينهما تطييباً لقلوبهما ونفياً للتهمة عن نفسه. كذا في «الزيلعي».

(**وفي عبدين: يخدم أحدهما**)؛ أي: أحد العبدين (**أحدهما**)؛ أي: أحد الشريكين (**و**) العبد (**الآخر**) يخدم الشريك (**الآخر**).

أما عند أبي يوسف ومحمد؛ فلأن قسمة الرقيق جائزة عندهما، فكذا قسمة المنفعة.

وأما عند أبي حنيفة: ففي رواية عنه: أنه لا يجوز إلا بالتراضي؛ لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده، فكذا منفعته.

وفي رواية عنه ـ وهو الأصح ـ: أنه يجوز جبراً؛ لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، بخلاف أعيان الرقيق؛ لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

(**ولو اتفقا**) في التهايؤ على العبدين (**على أن نفقة كل عبد على من يخدمه.. جاز استحساناً**)؛ لأن العادة جرت بالمسامحة في إطعام المماليك.. فلا تفضي الجهالة إلى النزاع؛ كاستئجار الظئر بطعامها وكسوتها.

(**بخلاف الكسوة**)؛ لأنه لا تسامح فيها عادة.. فلا يجوز.

(**وفي دارين: يسكن هذا**) الشريك (**هذه**) الدار (**وهذا**) الشريك الآخر يسكن هذه الدار (**الأخرى**)؛ أي: ويجبر الآبي عليه بالاتفاق على ما في «الزيلعي».

أما عندهما؛ فلأن الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما.

وَلَا يجوزُ ذَٰلِكَ فِي دَابَّةٍ أَو دابَّتينِ إِلَّا بتراضِيهما.

خلافاً لَهما.

وَيجوزُ فِي استغلالِ دَارٍ أَو دارَينِ هَٰذَا هَٰذِه، وَهَٰذَا الْأُخْرَى.

لَا فِي استغلالِ عبدٍ أَو دَابَّةٍ.

وكذا عنده؛ لأن المنافع لا تتفاوت.. فيجوز ويجبر الآبي عنها، ويعتبر إفرازاً [٦٣٠/ب] كالأعيان المتقاربة.

بخلاف القسمة؛ لأن التفاوت في أعيانها فاحش، فالتحقت بالأعيان المختلفة، فصارت مبادلة.

وقيل: عنده: يجوز بالتراضي، ولا يجبر اعتباراً بالقسمة.

وعنه: أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلاً لا بالجبر ولا بالتراضي؛ لأنه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة، وذلك لا يجوز.

بخلاف قسمة رقبتهما؛ حيث يجوز بالتراضي؛ لأن بيع إحداهما بالأخرى جائز.

وفي الظاهر: أن قوله كقولهما. كذا في «الزيلعي».

(**ولا يجوز ذلك في دابة أو دابتين إلا بتراضيهما**)؛ بأن يركب أحدهما يوماً والآخر يوماً. هذا عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: يجوز التهايؤ في الدابة أيضاً بواحدة أو اثنتين اعتباراً لها بقسمة الأعيان.

ولأبي حنيفة: أن الاستعمال بتفاوت الراكبين يتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

(**ويجوز**) التهايؤ (**في استغلال دار أو دارين**)، وذلك بأن استغل (**هذا**) الشريك (**هذه**) الدار، (**وهذا**) الشريك الدار (**الأخرى**)، أو استغل هذا شهراً، وهذا شهراً في الدار الواحدة.

(**لا في استغلال عبد أو دابة**) من حمار أو بغل أو فرس وغيرها، وهذا: لأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء.. فالظاهر: التغير في الحيوان، فتفوت المعادلة.

وَمَا زَادَ فِي نوبَةِ أَحدِهمَا فِي الدَّارِ الْوَاحِدَةِ مُشْتَرَكٌ، لَا فِي الدَّارَيْنِ.

وَفِي استغلالِ عَبدَيْنِ: هَٰذَا هَٰذَا وَهَٰذَا الآخر.. لَا يجوزُ.

خلافاً لَهما.

بخلاف التهايؤ في استغلال الدار الواحدة؛ حيث يجوز في ظاهر الرواية؛ لأن الظاهر عدم التغير في العقار، فافترقا.

(**وما**)؛ أي: الغلة التي (**زاد في نوبة أحدهما في الدار الواحدة.. مشترك**) بين الشريكين؛ تحقيقاً للتعديل.

(**لا في الدارين**)؛ أي: لا يشتركان فيما زاد من الغلة في نوبة أحدهما في استغلال الدارين؛ لأن معنى الإفراز راجح في الدارين؛ لاتحاد زمان الاستيفاء؛ فإن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها صاحبه، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضاً؛ كأنه استقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني، ويجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في إيجار نصيب صاحبه؛ فإذا استوفى القرض.. كان الباقي مشتركاً بينهما.

(و) التهايؤ (**في استغلال عبدين هذا هذا**)؛ أي: هذا الشريك استغل هذا العبد (**وهذا**) الشريك (**الآخر**) العبد الآخر (.. **لا يجوز**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: يجوز؛ لأن المعادلة تتمكن بينهما؛ لاتحاد وقتهما، ولأن قسمة رقبتهما ومنفعتهما جائز عندهما، فكذا: قسمة غلتهما، فصارا كالدارين.

بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد؛ حيث لا يجوز؛ لأنه لا يتأتى إلا في زمانين [٦٣١/أ] فيتوهم تغيره، بل هو الظاهر في الاستغلال؛ لأن العادة جرت بالاستقصاء فيه، فيتغير من التعب.

بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد؛ حيث يجوز بالإجماع على ما تقدم.

ولأبي حنيفة: أن التهايؤ في الخدمة جُوِّز للضرورة؛ لعدم إمكان قسمتها، ولا ضرورة في الغلة؛ لأنه يمكن قسمتها؛ لأن الغلة عين مال.

وعَلى هَذَا: الدَّابَّتانِ.

وَلَا يجوزُ فِي ثَمَرِ شجرٍ، أَو لَبَنِ غنمٍ، أَو أَوْلَادِهَا.

وَيجوزُ فِي عبدٍ وَدَارٍ على السُّكْنَى والخِدْمَةِ.

وَكَذَا: فِي كلِّ مختلفَي الْمَنْفَعَةِ.

(وعلى هذا) الخلاف: (الدابتان) لا يجوز استغلالهما عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما؛ لما ذكرناه في العبدين.

(ولا يجوز) التهايؤ (في ثمر شجر، أو لبن غنم، أو أولادها)؛ يعني: لو كان شجر أو غنم بين رجلين فتهايأا على أن يأخذ كل منهما طائفة من الشجر أو الغنم يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها ويأخذ أولادها.. لا يجوز ذلك؛ لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى.. فتتعذر قسمتها، وهذه أعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها.

والحيلة فيها: أن يبيع حصته من الآخر، ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته، أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه؛ إذ قرض المشاع جائز. كذا في «الهداية».

قيد بلبن غنم؛ احترازاً عن لبن ابن آدم.. فإنه يجوز التهايؤ فيه، حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايأا على أن ترضع إحداهما ولد إحديهما والأخرى ولد الأخرى.. يجوز؛ لأن لبن ابن آدم لا قيمة له، فجرى مجرى المنافع. كذا في «الزيلعي».

(ويجوز) التهايؤ (في عبد ودار على السكنى والخدمة)؛ يعني: لو كان بين اثنين عبد ودار فتهايأا على أن يخدم أحدَهما العبدُ ويسكن الآخر في الدار.. جاز ذلك؛ لأن التهايؤ في الخدمة والسكنى يجوز عند اتحاد الجنس، فعند الاختلاف أولى. كذا في «الاختيار».

(وكذا في كل مختلفي المنفعة)؛ كسكنى دار وزرع أرض، وكذا الحمام والدار

وَلَا تبطلُ الْمُهَايَأَةُ بِمَوْتِ أَحدِهمَا، وَلَا بموتِهما.

وَلَو طلب أَحدُهمَا الْقِسْمَةَ.. بطَلَتْ.

المشتركتان بين اثنين، وذلك لما ذكرناه أيضاً.

(ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما، ولا بموتهما)؛ لأنا نحتاج إلى إعادتها بطلب الوارثين أو أحدهما.. فلا تبطل.

(ولو طلب أحدهما) بعد المهايأة (القسمة.. بطلت) المهايأة؛ يعني: لو تهايأا ما يحتمل القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة.. بطل التهايؤ ويقسم القاضي؛ لأن القسمة أقوى من المهايأة على ما ذكرناه في أول الفصل.

* * *

الفهرس

الفهرس

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥ هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء العاشر

المزارعة، المساقاة، الذبائح، الأضحية، الكراهية،
إحياء الموات، الأشربة، الصيد، الرهن،
الجنايات، الديات



دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري
(ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتــب العلميــة - بيــروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء) **عدد الصفحات**

Size 17x24 cm **قياس الصفحات**

Year 2017 A.D. - 1438H. **سنة الطباعة**

Printed in Lebanon **بلد الطباعة** لبنـــان

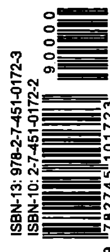
Edition 1st (2 Colors) **الطبعة** الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7-451-0172-3
ISBN-10: 2-7-451-0172-2

(كتاب المزارعة)

(كتابُ الْمُزَارَعَةِ)

هِيَ: عقدٌ على الزَّرْعِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ.

وَهِيَ فَاسِدَةٌ.

وَعِنْدَهُمَا: جَائِزَةٌ، وَبِهِ يُفْتَى.

(كِتَابُ الْمُزَارَعَةِ)

(هي) في اللغة: مفاعلة من الزرع.

وفي الشريعة: **(عقد على الزرع ببعض الخارج، وهي)**؛ أي: المزارعة **(فاسدة)** عند أبي حنيفة.

(وعندهما: جائزة، وبه يفتى)؛ لحاجة الناس إليها في عموم البلدان.

ثم محل الخلاف: وفي المزارعة - على قدر [٦٣١/ب] معين من الخارج من الثلث أو الربع أو النصف، ولذا قال في التعريف: «ببعض الخارج»، وإلا: فلو لم يعين شيئاً أصلاً أو عقدا عقد المزارعة على دراهم مسماة.. كانت فاسدة بالاتفاق.

لهما: ما روي أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما خرج من ثمر أو زرع، ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز اعتباراً بالمضاربة، والجامع: دفع الحاجة.

بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد؛ لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها، فلم تتحقق شركة.

ولأبي حنيفة: ما روى أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة، وهي: المزارعة، ولا الاستئجار ببعض ما يخرج من عمله، فيكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول ومعدوم، وكل ذلك مفسد، ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح، وهو جائز.

قَالَ الحُصَيرِيُّ: وَأَبُو حنيفَةَ هُوَ الَّذِي فرَّعَ هَذِه الْمسَائِلَ على أُصُولِهِ؛ لعلمه أَنَّ النَّاسَ لَا يَأْخُذُونَ بقولِهِ.

وَيشْتَرَطُ فِيهَا: صَلَاحِيَةُ الأَرْضِ للزَّرْعِ.

وأهليَّةُ الْعَاقِدَينِ.

وَتَعْيِينُ الْمدَّةِ، ....

ثم إذا فسدت المزارعة عنده؛ فإن سقى المزارع الأرض وكربها.. فله أجر مثل عمله؛ سواء خرج من الأرض شيء أو لم يخرج؛ لأنه في معنى إجارة فاسدة.

هذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض.

وإن كان البذر من قبل المزارع.. فعليه أجر مثل الأرض، والخارج في الوجهين: لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه، وللآخر الأجر.

(قال الحصيري: وأبو حنيفة هو الذي فرع هذه المسائل على أصوله) الظاهر: أن هذا الضمير راجع إلى أبي حنيفة، وفيه نظر؛ لما قال في «الخلاصة»: أن أبا حنيفة إنما فرع المسائل على قول من جوز المزارعة؛ لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله. انتهى.

فعلم: أن في ضمير «أصوله» نظراً، اللهم إنه راجع إلى المجوز في عبارة الحصيري.

(لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله).

(ويشترط فيها)؛ أي: يشترط في المزارعة عند من يجوزها شروطٌ ثمانية:

١- أحدها: **(صلاحية الأرض للزرع)**؛ لأن المقصود لا يحصل دون الصلاحية.

٢- **(وأهلية العاقدين)** - أي: هو الشرط الثاني - أي: يكون كلٌّ من المزارع ورب الأرض من أهل العقد؛ لأن العقد الشرعي لا يصلح إلا من الأهل.

٣- **(وتعيين المدة)**، وهو الشرط الثالث، وهذا: لأنها عقد على منافع الأرض أو منافع العامل، ولا يعرف ذلك إلا بالمدة المعينة، ولا بد أن تكون المدة قدر ما

وربِّ الْبِذْرِ، ....

يتمكن من الزراعة أو أكثر.

ولا يكون الأكثر قدر ما لا يعيش إليه مثلهما أو مثل أحدهما غالباً.

حتى لو كانت المدة أقل مما يتمكن من الزراعة، أو أكثر من قدر ما يعيش إليه أحدهما مثل مائة سنة [٦٣٢/أ]:

قال في «قاضي خان»: إن دفع أرضه مزارعة ولم يذكر الوقت.. قال في «الكتاب»: لا تصح المزارعة؛ لأن المزارعة إجارة؛ فإن البذر لو كان من قبل صاحب الأرض.. كانت المزارعة : استئجاراً للعامل، وإن كان البذر من قبل العامل.. فهي استئجار للأرض.

ولهذا : لو قال لغيره: استأجرتك لتزرع أرضي هذه ببذري على أن يكون الخارج بيننا نصفين.. كانت مزارعة.

وكذا لو قال العامل ذلك لصاحب الأرض، والمنافع لا تصير معلومة إلا ببيان الوقت.

وقال مشايخ بلخ: لا يشترط بيان المدة، وتكون المزارعة على أول السنة؛ يعني: أول زرع. يكون في تلك السنة.

واختاره محمد بن سلمة، وقال: والفتوى في بيان الوقت على جواب «الكتاب»؛ يعني: لزومه.

٤- (و) بيان (رب البدر) - وهو الشرط الرابع - وهذا: لأن المعقود عليه وهو منافع العامل أو منافع الأرض لا تعرف إلا ببيان من عليه البذر؛ لأنه المستأجر.. فببيانه يعرف ما وقع عليه عقد الإجارة من منافع الأرض أو منافع العامل.

بيانه: أن البذر: إذا كان من قبل صاحب الأرض.. كانت المزارعة استئجاراً للعامل، وإن كان البذر من قبل العامل.. كانت المزارعة استئجاراً للأرض، فكان المعقود عليه مجهولاً.

وجنسِهِ، ....

وأحكامهما: مختلفة أيضاً؛ فإن العقد في حق من لا بذر منه يكون لازماً في الحال، وفي حق صاحب البذر لا يكون لازماً قبل إلقاء البذر.

ولهذا: لو دفع إلى رجل أرضاً وبذراً مزارعة.. جائزة.

ثم إن رب الأرض أخذ الأرض والبذر وزرعها بنفسه.. كان ذلك نقضاً للمزارعة، ولا تكون إعارة؛ لعدم كونه لازماً في حقه قبل إلقاء بذر، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وقال الفقيه أبو بكر البلخي: لا يشترط بيان رب البذر، بل يحكم فيه العرف؛ فإن كان في موضع يكون البذر من قبل العامل أو من قبل صاحب الأرض.. يعتبر فيه عرفهم، ويجعل البذر على من كان البذر عليه في عرفهم إن كان العرف مستمراً، وإن كان مشتركاً.. لا تصح المزارعة.

ثم هذا إذا لم يذكر لفظاً يعلم به صاحب البذر.

فإن ذكر لفظاً يدل عليه؛ بأن قال صاحب الأرض: دفعت إليك الأرض لتزرعها لي، أو قال: استأجرتك لتعمل فيها بنصف الخارج.. يكون بياناً أن البذر من قبل [٦٣٢/ب] صاحب الأرض، وإن قال: لتزرعها لنفسك.. كان بياناً أن البذر من قبل العامل. كذا في «قاضي خان».

٥- (وجنسه)؛ أي: شرط بيان جنس البذر - وهو الشرط الخامس - لأن الأجرة منه.. فلا بد من بيان جنس الأجرة؛ لأن الإجارة لا تصح عند جهالة الأجرة، ولأن بعض الزرع يضر بالأرض.. فلا بد من بيانه.

وقيد بجنس البذر؛ لأن بيان مقدار البذر لا يشترط؛ لأن ذلك بإعلام الأرض.

ثم إن لم يبينا جنس البذر؛ فإن كان البذر من قبل صاحب الأرض.. جاز؛ لأن في حقه المزارعة لا تتأكد قبل إلقاء البذر، وعند إلقاء البذر: يصير الأجر معلوماً.

والإعلام عند التأكد: يكون بمنزلة الإعلام وقت العقد؛ كما لو استأجر دابة للركوب ولم يبين الراكب، أو للحمل ولم يبين الحمل.. لا تصح الإجارة، ثم ينقلب جائزاً عند الركوب والحمل.

وإن كان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنس البذر.. كانت المزارعة فاسدة؛ لأنها لازمة في حق صاحب الأرض قبل إلقاء البذر، فلا يجوز.

إلا إذا فوض الأمر إلى العامل على وجه العموم؛ بأن قال له رب الأرض: على أن تزرعها ما بدا لك أو ما بدا لي؛ لأنه لما فوض الأمر إليه.. فقد رضي بالضرر.

وإن لم يفوض الأمر إليه على وجه العموم، وكان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنس البذر.. فسدت المزارعة.

ثم إذا زرعها شيئاً.. تنقلب جائزة؛ لأنه لما خلى بينه وبين الأرض وتركها في يده حتى ألقى البذر.. فقد تحمل الضرر، فيزول المفسد، فتجوز؛ كما في مسألة استئجار الدابة للركوب أو للحمل كما تقدم.

أطلق الجنس؛ فشمل: البيان من جنس واحد، ومن جنسين، ومن أجناس مختلفة.

وصورة الأول: ظاهرة.

وفي صورة الثاني والثالث تفصيل ذكره في «قاضي خان»؛ حيث قال فيه: وصورة ذلك: رجل دفع إلى رجل أرضاً على أن يزرعها ببذره سنة هذه على أنه إن زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وإن زرعها شعيراً.. فلصاحب الأرض ثلثه، وإن سمسماً فلصاحب الأرض ربعه.. جاز ذلك على ما شرطا؛ لأن المزارعة في حق صاحب البذر تتأكد عند إلقاء البذر، وعند ذلك البذر معلوم.

ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعير أو بعضها سمسماً.. جاز أيضاً على ما شرطا في كل نوع.

وَنصِيبِ الآخرِ.

وكذا لو دفع إلى رجل أرضاً [٦٣٣/أ] ثلاثين سنة على أن ما زرع فيها من حنطة أو شعير أو شيء من غلة الصيف والشتاء فهو بينهما نصفان، وما غرس فيها من شجر أو كرم أو نخل فهو بينهما أثلاثاً: لصاحب الأرض ثلثه وللعامل ثلثاه.. فهو جائز على ما شرطا؛ سواء زرع الكل على أحد النوعين، أو زرع بعضها، أو جعل بعضها كرماً.. فهو جائز أيضاً في ظاهر الرواية.

ولو دفع أرضاً مزارعة على أن يزرعها ببذره ويقره على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً وبعضها سمسماً؛ فما زرع فيها حنطة فهو بينهما نصفان، وما زرع فيها شعيراً فلرب الأرض ثلثه، وما زرع فيها سمسماً فلرب الأرض ثلثاه.. فهو فاسد كله.

بخلاف ما تقدم؛ لأن ههنا نص على التبعيض، فقال: على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً.. فليس له أن يزرع كلها أحد الأصناف الثلاثة، وإنما يزرع كل نوع في بعض الأرض، وذلك البعض مجهول في الحال وعند إلقاء البذر في الأرض أيضاً؛ لأنه إذا زرع بعضها حنطة.. لا يدري ماذا يزرع في ناحية أخرى، وليس عليه أن يزرع، فكان العقد فاسداً، وإذا فسد العقد.. كان الخارج كله لصاحب البذر.

وكذا لو قال: خذ هذه الأرض على أن ما زرعت فيها حنطة فالخارج بيننا نصفان، وما زرعت فيها شعيراً فلي ثلثه ولك ثلثاه، وما زرعت فيهما سمسماً فلي ثلثاه ولك ثلثه.. فهو فاسد أيضاً في ظاهر الرواية لما قلنا.

وتفصيل باقي ما يتعلق بهذا الشرط مذكور في «قاضي خان».

٦- (ونصيب الآخر)؛ أي: شرط أيضاً بيان نصيب الآخر؛ أعني: من لا بذر من جهته - وهو الشرط السادس - لأنه أجرة؛ إما لأرضه أو لعمله.. فلا بد أن يكون معلوماً.

وَالتَّخْلِيَةُ بَيْنَ الأَرْضِ وَالْعَامِلِ.

٧- **(والتخلية)**؛ أي: شرط التخلية - وهو الشرط السابع - **(بين الأرض والعامل)**؛ لأن بالتخلية بينهما: يتمكن من العمل؛ كما في المضاربة، فكل ما يمنع التخلية كاشتراط عمل صاحب الأرض مع العامل.. يمنع جواز المزارعة.

والتخلية: أن يقول صاحب الأرض للعامل: سلمت إليك الأرض.

ومن التخلية أيضاً: أن تكون الأرض فارغة عند العقد؛ فإن كان فيها زرع قد نبت.. يجوز العقد وتكون معاملة، ولا تكون مزارعة.

وإن كان فيها زرع قد أدرك.. لا يجوز العقد؛ لأن الزرع بعد الإدراك لا يحتاج إلى العمل؛ فكما تعذر تجويز هذا العقد مزارعة.. تعذر تجويزها معاملة أيضاً.

وينبغي: أن يكون العامل عارفاً للأرض؛ لأنه [٦٣٣/ب] إذا لم يعلم والأراضي متفاوتة.. لا يصير العمل معلوماً، فيفسد العقد.

وإن شرط مع العامل عمل عبد العامل.. جاز العقد على كل حال؛ كما لو شرطا على العامل: البقر.

وإن شرطا مع العامل عمل عبد صاحب الأرض على أن يكون للعامل ثلث الخارج:

إن كان البذر من قبل صاحب الأرض.. يجوز العقد ويكون للعامل ثلث الخارج؛ لأن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض.. كان اشتراط عمل عبده بمنزلة اشتراط البقر على صاحب الأرض، واشتراط البقر على صاحب الأرض: جائز إذا كان البذر منه، فكذا إذا شرط عمل عبد صاحب الأرض، ويكون المشروط للعبد: لمولاه إن لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين.. فكذلك في قول أبي يوسف ومحمد.

وَالشَّرِكَةُ فِي الْخَارِجِ.

فتفسدُ إِنْ شُرِطَ لأَحَدِهِمَا قُفزانٌ مُعيَّنَةٌ، أَو مَا يخرجُ مِن مَوضِعٍ مُعَيَّنٍ؛ كالماذياناتِ والسَّواقي.

وقياس قول أبي حنيفة: المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الأجنبي؛ فكأنه دفع الأرض والبذر مزارعة إلى عاملين على أن يكون لكل واحد منهما ثلث الخارج.

وإن كان البذر من قبل العامل وشرطا لعمل عبد صاحب الأرض مع العامل.. لا يجوز؛ كما لو شرطا البقر على صاحب الأرض من قبل العامل كان فاسداً. كذا في «قاضي خان».

٨- **(والشركة)**؛ أي: وشرطت الشركة - وهو الشرط الثامن - **(في الخارج)**؛ لأنه هو المقصود من المزارعة، فتنعقد إجارة في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء.

وإذا شرطت الشركة في الخارج.. **(فتفسد)** المزارعة بكل ما يقطع الشركة في الخارج مثل **(إن شرط لأحدهما)**؛ أي: لأحد العاقدين من رب الأرض والعامل **(قفزان)** - جمع قفيز مثل أقفزة - **(معينة)**؛ أي: مسماة من الخارج.

(أو) مثل إن شرط لأحدهما أن **(ما يخرج من موضع معين)** من الأرض **(كالماذيانات)** في «المغرب» الماذيانات: جمع الماذيان، وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه ماء السيل، ثم تسقى منه الأرض. انتهى.

(والسواقي) - جمع الساقية -: وهي فوق الجدول ودون النهر. كذا في «المغرب».

والحاصل: أنهما لو شرطا أن ما يخرج في هذه الناحية من الأرض لأحدهما والباقي للآخر.. تفسد؛ لعقد الشرط المذكور؛ لاحتمال أن لا يخرج إلا من ذلك الموضع فتنقطع الشركة في الخارج.

أَو أَن يُرفَعَ قَدرُ الْبذرِ، أَوِ الْخراجِ وَيُقسَمَ مَا بقي، أَو أَن يكونَ التِّبْنُ لأَحَدِهِمَا وَالْحبُّ للْآخرِ، أَو يكونَ الْحبُّ بَينهمَا والتِّبنُ لغيرِ ربِّ الْبذرِ، أَو يكونَ التِّبْنُ بَينَهمَا وَالْحبُّ لأَحَدِهمَا.

وإِنْ شُرِطَ كَونُ الْحَبِّ بَينَهمَا، والتِّبنِ لربِّ الْبذرِ، أَو شُرِطَ دَفعُ الْعُشْرِ.. صحَّت.

(أو) شرطا **(أن يرفع)** صاحب البذر **(قدر البذر أو الخراج ويقسم ما بقي)** من أيهما كان البذر؛ لاحتمال أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك المقدار، فتنقطع الشركة.

والمراد بالخراج هنا: **خراج الموظف**، وهو: ما وظفه الإمام عليهم كل سنة [٦٣٤/أ] بقدر ما تطيق به أرضهم، **لا خراج مقاسمة**، وهو: أن يشترط بعض ما يخرج كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك مما كان جزءاً شائعاً في الخارج.. فإن اشتراطه جائز؛ لعدم إفضائه إلى قطع الشركة.

كما لو شرطا دفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشرية، وشرط رب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما.. فإنه جائز؛ لأنه مشاع في الخارج، فلا يفضي إلى قطع الشركة؛ فإن ما من قدر تخرجه الأرض إذا دفع منه عشره أو نصفه أو ثلثه.. بقي بعد ذلك شيء يكون بينهما، فيجوز؛ لعدم انقطاع الشركة.

(أو) شرطا **(أن يكون التبن لأحدهما والحب للآخر)**؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد؛ لأنه يفضي إلى قطع الشركة؛ إذ ربما يصيبه آفة، فلا ينعقد الحب، فلا يخرج إلا التبن.

(أو يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر) لما ذكرناه أيضاً؛ لأنه يفضي إلى قطع الشركة أيضاً بأن لا يخرج من الأرض إلا التبن.

(أو يكون التبن بينهما والحب لأحدهما)؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة أيضاً فيما هو المقصود وهو الحب.

(وإن شرط كون الحب بينهما والتبن لرب البذر أو شرط دفع العشر.. صحت) في الصورتين:

وإِنْ لم يتَعَرَّض للتِّبنِ.. فَهُوَ بَينَهمَا.

وَقيلَ: لربِّ الْبذرِ.

أما في الصورة الأولى: فلأنه شرط يقتضيه العقد؛ لأن مقتضاه: أن يكون الحب بينهما ، والحب لصاحب البذر، حتى لو سكتا عن ذكر التبن.. يكون التبن لصاحب البذر.

وأما في الصورة الثانية: فلأنه شرط لا تنقطع به الشركة كما ذكرناه من قبل.

(وإن لم يتعرض للتبن)؛ أي: لو شرطا الحب بينهما نصفين وسكتا عن ذكر التبن **(فهو)**؛ أي: التبن **(بينهما، وقيل: لرب البذر)**؛ أي: صحت المزارعة في هذه الصورة؛ لأنهما شرطا الشركة فيما هو المقصود منها وهو الحب، والتبن يكون بينهما أيضاً عند بعض المشايخ؛ لأنه تبع للحب، والتبع يقوم بشرط الأصل وهو اختيار مشايخ بلخ.

وقال غيرهم: إنه لصاحب البذر؛ لأنه نماء بذره، وفي حقه: لا يحتاج إلى الشرط.

واعلم: أن ما ذكره في مسألة اشتراط التبن وعدم اشتراطه خمس صور؛ ثلاث منها فاسدة، واثنتان جائزتان كما ترى، وهكذا ذكره في «الهداية».

وقد جعل في «قاضي خان»: الصور الفاسدة ستاً، وجعل السادسة منها: ما إذا شرطا أن يكون التبن بينهما وسكتا عن الحب، وعلل فساد هذه الصورة: بأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة في المقصود؛ لاحتمال أن يحصل أحدهما دون الآخر، وهذه عكس الصورة الخامسة التي ذكرها [٦٣٤/ب] المصنف ولم يذكرها المصنف اكتفاء بذكر عكسه.

ثم الصورة التي ذكرها المصنف أولاً وثالثاً تشتمل كل واحدة منهما على صورتين، فيكون المذكور في كلام المصنف صريحاً: خمس صور من الفاسدة وثنتين من الصحيحة فبلغ سبعاً، واكتفى عن الثامنة بعكسه.

وَأَجرُ الْحَصَّادِ والرَّفَّاعِ والدَّوسِ والتَّذرِيَةِ: عَلَيْهِمَا بالحصَصِ.

فإنْ شُرِطَ على الْعَامِلِ.. فَسدَتْ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَصِحُّ وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى.

(وأجر الحصاد) معنى الحصاد معروف.

(والرَّفاع) بالفتح والكسر، وهو: أن يرفع الزرع إلى التذرية.

(والدوس)، وهو: وطء الزرع بقوائم الدواب.

(والتذرية)، وهو: تمييز الحب من التبن بالريح.

(عليهما بالحصص)؛ لأن العقد يتناهى بتناهي الزرع؛ لحصول المقصود، فيبقى مال مشترك بينهما، فتجب مؤونته عليهما بقدر ماليهما، كما نفس هذه الأعمال؛ فإنها عليهما.

(فإن شرط)؛ أي: الأجرة (على العامل.. فسدت) المزارعة؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين وهو رب الأرض؛ كشرط الحمل أو الطحن، فيفسد به العقد.

وكذا لو شرطا الحصاد والرفاع والدوس والتذرية أنفسها على العامل.. فسدت؛ كما إذا شرطا أجرة هذه الأشياء.

والأصل ههنا: إذا شرط على أحدهما ما ليس من أعمال المزارعة.. تفسد المزارعة، وعمل المزارعة ما ينبت وينمو في الخارج، وما لا ينبت ولا ينمو ولا يزيد في الخارج.. فهو ليس من أعمال المزارعة.

إذا ثبت هذا الأصل.. فنقول: إذا شرط على أحدهما شيئاً من هذه الأشياء أو أجرتها.. فسدت المزارعة في ظاهر الرواية من أيهما كان البذر.

(وعن أبي يوسف: أنه يصح، وهو الأصح، وعليه الفتوى)؛ للتعامل فيه؛ اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخ بلخ.

وَشَرطُهُ على ربِّ الأَرْضِ مُفسدٌ اتِّفَاقاً.

وَمَا قبلَ الْإِدْرَاكِ؛ كالسقي وَالْحِفْظِ.. فَهُوَ على الْمُزَارِعِ وإِنْ لم يُشْتَرَط.

(**وشرطه على رب الأرض مفسد اتفاقاً**)؛ لما ذكرناه: من أنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وإنما جوزه أبو يوسف فيما إذا شرط على العامل للتعامل، وليس في رب الأرض تعامل، ففسد.

لكن ذكر في «الخلاصة» عن أبي يوسف نقلاً عن «النوازل» جواز هذا الشرط مطلقاً؛ سواء كان على العامل أو على رب الأرض، فكان فيه عن أبي يوسف روايتان:

في رواية: أنه يجوز فيما إذا شرط على العامل.

وفي رواية عنه: أنه يجوز مطلقاً.

لكن الظاهر من «الهداية»: ما ذكره المصنف من أنه مفسد بالاتفاق رواية واحدة فيما كان الشرط على رب الأرض.

(**وما قبل الإدراك**)؛ أي: عمل كان قبل الإدراك.

واعلم: أن الأعمال ثلاثة:

منها: ما كان قبل إدراك الزرع، وهو من أعمال المزارعة؛ كالسقي والحفظ.. فهو على المزارع [٦٣٥/أ] كما ذكره في الكتاب.

ومنها: ما كان بعد الإدراك قبل القسمة؛ كالحصاد والدياس والتذرية والرفاع، وهو ليس من أعمال المزارعة، وهذا عليهما على الاشتراك.

ومنها: بعد الإدراك وبعد القسمة، وهو الحمل إلى البيت والطحن، وهو ليس من أعمال المزارعة أيضاً، وهذا يكون عليهما بقدر حصصهما. كذا في «العناية».

والمصنف ذكر النوع الأول بقوله: (**كالسقي والحفظ.. فهو على المزارع وإن لم يشترط**)، وإن شرط ذلك عليه.. لا يفسد؛ لأنه لا يزيده إلا وكادة.

قال في «قاضي خان»: الأصل فيه: أنه إذا شرط في المزارعة على العامل ما

يحصل به الخارج أو يتربى كالحفظ والسقي إلى أن يدرك الزرع.. لا تفسد المزارعة؛ لأن ذلك يستحق عليه بمطلق العقد، فالشرط لا يزيده إلا وكادة.

وكذا لو شرط على العامل ما لا يخرج الأرض بدونه زرعاً معتاداً كشرط الكراب.. لا يفسد العقد.

وإن شرط على العامل ما له أثر في الزيادة على المعتاد.. ينظر في ذلك:

إن كان لا تبقى منفعته بعد انتهاء المزارعة؛ كشرط الكراب.. لا يلزمه من غير شرط، وإذا شرط عليه.. يلزمه لوفاء به.

وإذا شرط على العامل ما يبقى أثره بعد انقضاء المدة؛ كما لو شرط على العامل كري الأنهار الصغار وإصلاح المسناة الثيان.

[وتفسيره] عند البعض: أن يرد الأرض على صاحبها مكروبة.

وعند البعض: زيادة كراب لا تحتاج إليه؛ لخروج الزرع المعتاد.. يفسد العقد؛ سواء كان البذر من العامل أو من صاحب الأرض.

وإن شرط على صاحب الأرض: إصلاح المسناة، وكري الأنهار، وتقريب الماء حتى يمكنه الشرب.. جاز؛ سواء كان البذر من العامل أو من صاحب الأرض؛ لأن ذلك من عمارة الأرض، فيكون على صاحب الأرض بدون الشرط، فالشرط لا يزيده إلا وكادة. انتهى.

فظهر منه: اشتراط كراب الأرض على العامل على الوجهين جائز من أيهما كان البذر.

وأما اشتراطه على رب الأرض: ففيه تفصيل ذكره في «الخلاصة»؛ حيث قال:

ولو شرط كراب الأرض على المزارع.. جاز من أيهما كان البذر.

ولو شرط على رب الأرض:

إن كان البذر من قبل المزارع.. فالمزارعة فاسدة؛ كما لو شرط الحفظ على رب الأرض.

وإن كان البذر من قبل رب الأرض:

إن لم يبين للكراب وقتاً.. فسدت؛ لجهالة [٦٣٥/ب] وقت المزارعة؛ لأن التسليم بعده يقع.

وإن بين وقته.. جاز؛ لأن المزارع يقبلها مكروبة، والمزارعة تقع من ذلك الوقت وهو معلوم، وعمل رب الأرض مِن قَبلِهِ، ولم يكن شرط عمله في المزارعة.

بخلاف ما إذا كان البذر من قبل المزارع؛ لأنه يجبر على التسليم من حين عقد، فيقع شرط عمله بعده في حال الشركة.. فلا يجوز، هكذا ذكر هذه المسألة.

ثم قال: ولو شرط في المزارعة على أحدهما إلقاء السرقين:

إن شرط على المزارع.. فالمزارعة فاسدة من أيهما كان البذر، والخارج كله للمزارع إن كان البذر منه، وعليه أجر مثل الأرض، ولا يغرم رب الأرض شيئاً للمزارع من قيمة السرقين الذي طرحه في الأرض.

وإن كان البذر من رب الأرض.. فالخارج له، وعليه أجر مثل عمل المزارع في أرضه وقيمة ما طرح من السرقين.

وإن شرط السرقين على رب الأرض:

إن كان البذر من المزارع.. فالمزارعة فاسدة، والخارج للمزارع، وعليه أجر مثل الأرض وقيمة السرقين.

وإن كان البذر من رب الأرض.. فالمزارعة جائزة.

وإن شرط إلقاء السرقين رب الأرض.. قالوا: إن شرط على المزارع.. جاز من أيهما كان البذر، وإن شرط على رب الأرض؛ إن كان البذر من العامل.. لا يجوز، وإن كان البذر من رب الأرض.. يجوز.

وَإِذَا كَانَ الْبِذْرُ وَالْأَرْضُ لأَحَدِهِمَا، وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ للْآخرِ، أَوِ الأَرْضُ لأَحَدِهِمَا والبقيَّةُ للْآخرِ، أَوِ الْعَمَلُ لأَحَدِهِمَا والبقيَّةُ للْآخَرِ. ....

ولو شرط أن لا يسرقنها أحدهما.. فالمزارعة جائزة على أيهما شرط، والبذر من المزارع أو من رب الأرض.

ولو شرط الدولاب أو الدالية على المزارع.. يجوز مطلقاً؛ كاشتراط البقر عليه.

ولو شرط على رب الأرض:

إن كان البذر منه.. يجوز أيضاً.

وإن كان من المزارع.. لا يجوز.

ولو شرط العلف مع الدابة على المزارع.. جاز من أيهما كان البذر.

وعلى رب الأرض؛ إن كان البذر منه.. جاز، وإن من المزارع.. لا يجوز.

(وإذا كان البذر والأرض لأحدهما والعمل والبقر) وسائر الآلات **(للآخر)**.

هذا شروع في أنواع المزارعة على قول من يجوزها، وهي على ما ذكره: ستة؛ ثلاثة منها جائزة، وثلاثة منها فاسدة.

أما الثلاثة الجائزة:

١- أحدها هذه، وإنما جازت هذه؛ لأن صاحب الأرض يصير مستأجراً للعامل ليعمل العامل ببقره لصاحب الأرض والبذر.

٢- والثاني ما ذكره بقوله: **(أو الأرض لأحدهما والبقية)**؛ أي: البذر والعمل والبقر والآلات **(للآخر)**، وإنما جاز هذا إذا شرط [٦٣٦/أ] لصاحب الأرض شيئاً معلوماً من الخارج؛ لأن صاحب البذر حينئذ يكون مستأجراً للأرض بشيء معلوم من الخارج، فيجوز.

٣- والثالث ما ذكره بقوله: **(أو العمل لأحدهما والبقية للآخر)**؛ لأن صاحب الأرض حينئذ يكون مستأجراً للعامل بشيء معلوم من الخارج ليعمل في أرضه ببقره وبذره، فيجوز.

صحَّت.

وَإِنْ كَانَتِ الأَرْضُ وَالْبَقَرُ لأَحَدِهِمَا، وَالْبِذْرُ وَالْعَمَلُ للْآخرِ.. بطلَت.

وَكَذَا لَو كَانَ الْبِذْرُ وَالْبَقَرُ لأَحَدِهِمَا، وَالْأَرْضُ وَالْعَمَلُ للْآخرِ، أَوِ الْبِذْرُ لأَحَدِهِمَا وَالْبَاقِي للْآخرِ.

(.. صحت)؛ أي: في كل من الصور الثلاث؛ لما ذكرناه.

ولما ذكر الصور الثلاث الصحيحة.. شرع في بيان الصور الثلاث الفاسدة:

١- الأولى منها: ما ذكره بقوله: **(وإن كانت الأرض والبقر لأحدهما، والبذر والعمل للآخر.. بطلت)**؛ لأن صاحب البذر يصير مستأجراً الأرض والبقر بشيء معلوم من الخارج، فتفسد.

بخلاف ما لو كان صاحب البذر مستأجراً الأرض فقط بشيء معلوم من الخارج دون البقر.. فإنه جائز كما تقدم. هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز أيضاً؛ لمكان العرف فيه.

قال في «قاضي خان»: والفتوى: على ظاهر الرواية؛ لأن منفعة الأرض لا تجانس منفعة البقر؛ فإن منفعة الأرض: إنبات البذر؛ لقوة في طبعها، ومنفعة البقر: العمل؛ فإذا لم تكن منفعة البقر من جنس منفعة الأرض.. لا يكون البقر تبعاً للأرض، فيبقى استئجار البقر مقصوداً بشيء من الخارج، وذلك فاسد؛ كما لو كان البقر فقط، والباقي للآخر.

٢- **(وكذا)**؛ أي: بطلت **(لو كان البذر والبقر لأحدهما والأرض والعمل للآخر، أو البذر لأحدهما والباقي للآخر)**؛ أما في هذه الصورة؛ فلأن البذر فقط إذا كان لأحدهما.. يكون صاحب البذر مستأجراً الأرض، فلا بد من التخلية بينه وبين الأرض، والأرض بها في يد العامل - أعني - صاحب الأرض لا في يد المستأجر - أعني - صاحب البذر، وهذا هو وجه الفساد في الصورة الثانية أيضاً.

٣- **واعلم**: أن من الصور الفاسدة: ما إذا كان البقر فقط لأحدهما والباقي للآخر؛ كما ذكرناه في أثناء الشرح، وبه صرح في «قاضي خان» و«الخلاصة» ولم

يذكره المصنف.

ثم هذه الصور كلها: إذا كانت الأرض لأحدهما والبذر لأحدهما؛ فإن كانت الأرض لأحدهما وشرطا أن يكون البذر منهما:

إن شرطا العمل على غير صاحب الأرض، وشرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين.. كانت فاسدة؛ لأن صاحب الأرض يصير قائلاً للعامل: ازرع أرضي ببذري على أن يكون الخارج كله لي، وازرع أرضي ببذرك على أن يكون [٦٣٦/ب] الخارج كله لك.. كان فاسداً؛ لأن هذه مزارعة بجميع الخارج بشرط إعادة نصف الأرض من العامل.

وكذا: لو شرطا أن يكون الخارج بينهما أثلاثاً؛ ثلثاه للعامل، وثلثه لصاحب الأرض، أو على العكس.. كان فاسداً؛ لأن فيه إعارة الأرض، وإذا فسدت المزارعة.. كان الخارج بينهما على قدر بذرهما، وسلم لصاحب الأرض ما أخذه من الخارج؛ لأنه نماء ملكه حصل في أرضه، وله على الآخر أجر نصف الأرض؛ لأن الآخر استوفى منفعة أرضه بعقد فاسد، وما أخذه من الخارج.. يطيب له مقدار بذره ويدفع من الباقي أجر نصف الأرض.

ولو كانت الأرض لأحدهما والبذر منهما، وشرطا العمل عليهما على أن يكون الخارج بينهما نصفين.. جاز؛ لأن كل واحد منهما عامل في نصف الأرض ببذره، فكانت هذه إعارة نصف الأرض لا بشرط العمل له.. فجاز، بخلاف الأول كذا في «قاضي خان».

وهذا كله من الصورة الفاسدة.

والصحيح مما ذكره المصنف ومما ذكره «قاضي خان»: فيما إذا كانت الأرض لأحدهما، وأما إذا كانت الأرض لهما.. ففيه تفصيل:

وَإذا صحَّت.. فالخارجُ على الشَّرْطِ.

وإنْ لم يَخرُجْ شَيْءٌ.. فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ.

وَمن أَبى عَنِ الْمُضِيّ بعدَ العقدِ.. أُجبِرَ، إِلّا ربُّ الْبذرِ.

ذكره في «قاضي خان» أيضاً؛ حيث قال: ولو كانت الأرض بينهما، وشرطا أن يكون البذر والعمل من أحدهما والخارج بينهما نصفان.. لا يجوز؛ لأن من لا بذر منه: يكون قائلاً للآخر: ازرع أرضك ببذرك على أن يكون الخارج كله لك وازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لي، فكان العقد في حقه مزارعة بجميع الخارج.. فلا يجوز.

ولو كان البذر من الدافع والعمل على الآخر والخارج بينهما نصفان.. لا يجوز أيضاً، وتفصيله في «قاضي خان».

(وإذا صحت) المزارعة كما في الصور الثلاث المذكورة (.. فالخارج على الشرط)؛ لأن الالتزام صحيح، والمسلم على شروطه.

(وإن لم يخرج شيء.. فلا شيء للعامل)؛ لأنها إن كانت إجارة.. فالواجب في العقد الصحيح: المسمى، وهو معدوم ههنا، وإن كانت شركة.. فالشركة في الخارج لا في غيره، ولا خارج.

بخلاف ما إذا فسد العقد؛ كما سيصرح به.

(ومن أبى عن المضي بعد العقد.. أجبر إلّا رب البذر)؛ يعني: إذا عقدت المزارعة عقداً صحيحاً، فامتنع أحدهما عن المضي؛ فإن كان الممتنع عن العمل هو الذي ليس من قبله البذر.. أجبره الحاكم على العمل بموجب العقد؛ لأن الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه، فلزم العقد كما يلزم في سائر الإجارات.

إلا إذا كان امتناعه بعذر انفسخت به الإجارة [٦٣٧/أ].. فتنفسخ به المزارعة.

وإن كان الممتنع هو رب البذر.. فله ذلك؛ لأنه لا يتوصل إلى الوفاء بالعقد والمضي بموجبه إلا بإتلاف ماله وهو البذر، وفيه ضرر يلزمه، فلا يجبر على ذلك؛

وَإِن فَسَدَتْ.. فالخارجُ لربِّ الْبِذرِ، وَلِلْآخرِ أَجرُ مِثلِ عَمَلِهِ، أَو أَرضِهِ.

وَلَا يُزَادُ على مَا شُرِطَ.

خلافاً لمُحَمدٍ.

وَإِن فَسَدَتْ لكَونِ الأَرْضِ وَالْبَقَرِ فَقَط ....

كما إذا استأجر لهدم داره ثم امتنع.

والأصل ههنا: **أن المزارعة لازمة من قبل من لا بذر منه؛** حتى لا يملك الفسخ إلا بعذر.

وغير لازمة من قبل من له بذر قبل إلقاء البذر في الأرض؛ حتى يملك الفسخ من غير عذر؛ لأن فيه إتلاف ماله.. فلا يجبر عليه.

(وإن فسدت) المزارعة **(.. فالخارج لرب البذر)؛** لأنه نماء ملكه وهو البذر **(وللآخر أجر مثل عمله أو أرضه)؛** سواء أخرجت الأرض شيئاً أو لم تخرج؛ لأن أجر المثل في الذمة، والذمة لا تفوت بعدم الخارج.

ثم إن كان البذر من قبل العامل.. فلرب الأرض أجر مثل أرضه.

وإن كان من قبل رب الأرض.. فللعامل أجر مثل عمله.

(ولا يزاد) أجر المثل **(على ما شرط)** في العقد عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خلافاً لمحمد)، قال: له أجر مثل عمله بالغاً ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها؛ إذ لا مثل لها.

ولهما: أنه قد رضي بسقوط الزيادة على المسمى، ولزوم أجر مثل الأرض على هذا الخلاف أيضاً.

قالا: لا يزاد على ما شرط.

وقال محمد: يزاد كذا في «العناية».

(وإن فسدت) المزارعة **(لكون الأرض والبقر فقط)؛** أي: دون العمل والبذر

لأَحَدِهِمَا.. لزمَ أَجرُ مثلِهِمَا هُوَ الصَّحِيحُ.

وَإِذا فَسَدَتْ وَالْبِذْرُ لربِّ الأَرْضِ.. فالخارجُ كُلُّهُ حِلٌّ لَهُ.

وإِنْ لِلْعَامِلِ.. تصدَّقَ بِمَا فضلَ عَن قدرِ بذرِهِ وَأُجْرَةِ الأَرْضِ.

(لأحدهما.. لزم أجر مثلهما، هو الصحيح)؛ يعني: لو كان الأرض والبقر لأحدهما والباقي للآخر حتى فسدت المزارعة.. لزم أجر مثل الأرض والبقر على العامل وهو صاحب البذر؛ لأن البقر له مدخل في المزارعة، فتنعقد المزارعة عليه فاسداً، فيجب أجر مثل.

قال محمد في «الأصل»: وكما يجب أجر مثل الأرض في المزارعة الفاسدة.. يجب أجر مثل الأرض أيضاً.

وقال صاحب «الخلاصة» في أول المزارعة: ومراده من قوله: «يجب أجر مثل الأرض والبقر»: أنه يجب أجر مثل الأرض مكروبة؛ أما البقر.. فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة. انتهى.

فالمصنف أشار بقوله: «هو الصحيح»: إلى رد ما في «الخلاصة»، ووجه الرد: ما ذكرناه.

(وإذا فسدت) المزارعة **(والبذر لرب الأرض.. فالخارج كله حلّ له)؛** أي: لرب البذر، وهو رب الأرض؛ لأنه نماء ملكه حصل في أرضه فحل له.

(وإن) كان البذر **(للعامل.. تصدق بما فضل عن قدر** [٦٣٧/ب] **بذره وأجرة الأرض)** وما أنفق عليه أيضاً؛ يعني: يأخذ من الخارج قدر بذره وقدر أجرة الأرض وقدر ما أنفق عليه، ويعطي من المأخوذ: أجرة الأرض، ويتصدق ما فضل من قدر البذر وأجرة الأرض والنفقة؛ لأن الزيادة حصلت له من أرض الغير بعقد فاسد.. فلا تطيب له.

وإذا فسدت المزارعة والبذر لأحدهما، والعمل والبقر والأرض للآخر.. فالخارج لصاحب البذر، وللعامل أجر مثل عمله وبقره وأرضه.

وَإِذا أَبى ربُّ الْبِذرِ عَنِ الْمُضِيِّ، وَقد كَرَبَ الْعَامِلُ الأَرْضَ.. فَلَا شَيْءَ لَهُ حُكماً، ويستَرضَى ديانَةً.

وَتبطلُ الْمُزَارعَةُ بِمَوْتِ أَحدِهمَا.

وتُفسَخُ بالأَعذارِ؛ كَالْإِجَارَةِ، ....

(وإذا أبى رب البذر) وهو رب الأرض (عن المضي) بموجب العقد (وقد كرب العامل الأرض.. فلا شيء له)؛ أي: للعامل (حكماً)؛ أي: قضاء؛ لأن المأتي به مجرد المنفعة، وهو لا يتقوم إلا بالعقد، والعقد قوّمه بجزء من الخارج، وقد فات ذلك الجزء بالإباء.

(ويسترضى) صاحب الأرض الذي البذر منه (ديانةً)؛ لأنه غرّه في الاستعمال.

(وتبطل المزارعة بموت أحدهما) إذا عقدا لأنفسهما؛ لأنها عقد فيه معنى الإجارة، فكما تبطل الإجارة بموت أحد العاقدين على ما مر في الإجارة.. فكذا تبطل المزارعة أيضاً.

قالوا: هذا على إطلاقه هو جواب القياس.

وفي الاستحسان: إذا مات أحدهما وقد نبت الزرع.. يبقى عقد الإجارة حتى يستحصد ذلك الزرع، ثم يبطل العقد في الباقي من المدة؛ لأن في إبقاء العقد إلى الحصاد: مراعاة الحقين، فيعمل العامل أو ورثته على حاله؛ فإذا حصد.. يقسم على ما شرطا، وبعد الحصاد لا ضرورة في الباقي، فتبطل.

فلو مات رب الأرض قبل الزراعة بعدما كرب الأرض وحفر الأنهار.. انتقضت المزارعة؛ لأنه ليس في ذلك إتلاف مال على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة عمله؛ لأن عمله إنما يقوم بالعقد، والعقد قوّمه بالخارج، ولا خارج ههنا.. فلا يجب شيء.

بخلاف المسألة الأولى؛ فإنه يفتى فيها بالإرضاء؛ لأنه غرّه على ما تقدم، ولم يوجد التغرير ههنا؛ لأن الموت يأتي بلا صنع منه.

(وتفسخ بالأعذار؛ كالإجارة).

فتفسَخُ إِنْ لَزِمَ دَينٌ مُحوِجٌ إِلَى بيعِ الأَرْضِ قبلَ نَبَاتِ الزَّرْعِ، لَا بعدَهُ، مَا لم يُحصَدْ.

وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ إِن كَانَ كَرَبَ الأَرْضَ، أَو حَفَرَ النَّهرَ.

وإِنْ تمَّت مدَّتُهَا قبلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ.. فعلى الْعَامِلِ أجرُ مِثْلِ حِصَّتِهِ مِنَ الأَرْضِ حَتَّى يُدْرِكَ، وَنَفَقَةُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا بِقدرِ حِصَصِهِما.

وَأَيُّهمَا أَنْفق بِغَيْرِ إِذنِ الآخَرِ وَلَا أَمرِ قاضٍ.. فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ، ....

الظاهر: أنها قيد لكل من الموت والفسخ؛ فإن الإجارة تبطل بالموت وتفسخ بالأعذار، كما تقدم.

فبين العذر بقوله: (فتفسخ)؛ أي: المزارعة (إن لزم) رب الأرض (دين محوج إلى بيع الأرض قبل نبات الزرع)؛ لأن الدين عذر كما في الإجارة، فتفسخ وتباع للدين قبل النبات.

(لا بعده، ما لم يحصد)؛ لما ذكرنا [٦٣٨/أ] في المسألة الأولى: من أن في إبقاء العقد بعد الزرع إلى الحصاد: مراعاة الحقين ما أمكن، وفي البيع: إبطال حق المزارع من كل وجه.

(ولا شيء للعامل) لعمله (إن كان كرب الأرض أو حفر النهر) لما ذكرناه في المسألة الأولى.

(وإن تمت مدتها)؛ أي: مدة المزارعة (قبل إدراك الزرع.. فعلى العامل أجر مثل حصته من الأرض حتى يدرك) الزرع؛ لأن العقد قد انتهى بمضي المدة، ولو قلع الزرع.. لتضرر، فبقيناه بأجر المثل إلى الحصاد، فيجب على غير صاحب الأرض حصته من أجر المثل؛ لأنه استوفى منفعة أرض الغير بدون عقد.

(ونفقة الزرع عليهما بقدر حصصهما)؛ لأن الخارج ملكهما، فالمؤونة فيه عليهما؛ كأجرة الحصاد والرفاع والدوس كما تقدم.

(وأيهما أنفق بغير إذن الآخر ولا أمر قاض.. فهو متبرع)؛ لأنه لا ولاية له عليه،

وَلَيْسَ لربِّ الأَرْضِ أَخذُ الزَّرْعِ بَقلاً.

وإِنْ أَرَادَ الْمزَارِعُ ذَلِكَ.. قيل لربِّ الأَرْضِ: اقلعِ الزَّرْعَ ليَكُونَ بَيْنكُمَا، أَو أعْطِهِ قيمَةَ نصِيبِهِ، أَو أَنْفِق أَنْتَ على الزَّرْعِ وارجعِ فِي حِصَّتِهِ.

وَلَو مَاتَ ربُّ الأَرْضِ وَالزَّرْعُ بقلٌ.. فعلى الْعَامِلِ الْعَمَل إِلَى أَن يُدْرِكَ.

وإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ فَقَالَ وَارِثُهُ: أَنا أَعملُ إِلَى أَن يستحصِدَ.. فَلهُ ذَلِكَ وإِنْ أَبى ربُّ الأَرْضِ.

ولا هو مضطر إلى ذلك؛ لأنه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة.

(وليس لرب الأرض أخذ الزرع بقلاً)؛ لأن فيه ضرراً للمزارع.

(وإن أراد المزارع ذلك)؛ أي: الأخذ بقلاً (.. قيل لرب الأرض: اقلع الزرع ليكون بينكما، أو أعطه قيمة نصيبه، أو أنفق أنت على الزرع وارجع في حصته)؛ دفعاً للضرر عنه؛ يعني: إذا أراد المزارع ذلك.. فرب الأرض مخير بين الخيارات الثلاثة؛ دفعاً للضرر عنه.

(ولو مات رب الأرض والزرع بقل.. فعلى العامل العمل إلى أن يدرك) استحساناً؛ لبقاء العقد كما تقدم.

(وإن مات العامل، فقال وارثه: أنا أعمل إلى أن يستحصد.. فله ذلك)؛ لأنه قائم مقام مورثه.. فله ذلك، وفيه نظر أيضاً.

(وإن) وصلية (أبى رب الأرض)؛ لأن فيه ضرراً على الوارث، فلا يلتفت إليه.

وإن أبى الوارث عن العمل.. فلا يجبر على العمل؛ لأنا أبقينا العقد نظراً له، وإذا ترك النظر لنفسه.. كان له ذلك.

* * *

(كتاب المساقاة)

(كتابُ الْمُسَاقَاةِ)

هي: دَفعُ الشَّجَرِ إِلى مَن يُصلِحُهُ بجزءٍ مِن ثمرِهِ.

وَهِيَ كالمزارعةِ حُكماً وَخِلَافاً وشروطاً، إِلّا الْمدَّةُ؛ فإِنَّها تصحُّ بِلَا ذِكرِهَا. ....

(كِتَابُ المُسَاقَاةِ)

(هي: دفع الشجر) ونحوه مما سيأتي ذكره (إلى من يصلحه بجزء من ثمره)، هـذا معناها الشرعي، وهي معناها اللغوي أيضاً؛ لأنها في لغة أهل المدينة: هي المعاملة.

(وهي)؛ أي: المساقاة (كالمزارعة حكماً).

قال في «الخلاصة»: أما بيان حكم المزارعة.. فيكون حكماً بثبوت الملك في منفعة الأرض إذا كان البذر من جهة الزارع والشركة في الخارج. انتهى.

فقس عليه حكم المساقات، فما في «شرح المجمع»: من أن المراد بالحكم [٦٣٨/ب] ههنا: كون الفتوى على صحتها كما في المزارعة.. ليس بشيء.

(وخلافاً) بين أبي حنيفة وصاحبيه كما في المزارعة.

(وشروطاً)؛ يعني: شروط المساقاة عندهما: هي شروط المزارعة المذكورة فيما سبق.

(إلا المدة؛ فإنها)؛ أي: المساقاة (تصح بلا ذكرها)؛ أي: ذكر المدة؛ يعني: لا يشترط فيها بيان المدة استحساناً؛ لأن وقت إدراك الثمر معلوم.

وقيل: ما يتفاوت، فيدخل فيه ما هو المتيقن، بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف، وانتهاءه يبنى عليه، فتدخل في الجهالة الفاحشة.

قال في «الزيلعي»: وشروطها عندهما: شروط المزارعة في جميع ما ذكر، إلا في أربعة أشياء:

وَتَقَعُ على أَوَّلِ ثَمَرَةٍ تخرجُ.

أحدها: إذا امتنع أحدهما.. يجبر عليه؛ لأنه لا ضرر عليه في المضي، بخلاف المزارعة؛ حيث لا يجبر صاحب البذر إذا امتنع.

والثاني: إذا انقضت المدة.. يترك بلا أجر، ويعمل بلا أجر، وفي المزارعة: بأجر.

والثالث: إذا استحق النخيل.. يرجع العامل بأجر مثله، والمزارع بقيمة الزرع.

والرابع: في بيان المدة؛ فإنه إذا لم يبين فيها المدة.. يجوز استحساناً، ولا تجوز المزارعة.

ولم يستثن المصنف الثلاثة الأولى من الشرط؛ لأنه لم يعدها من شروط المزارعة.

وعلى ما ذكره «الزيلعي»: بقي شيء ينبغي استثناؤه أيضاً، وهو: ما ذكره في «الخلاصة»؛ حيث قال: المعاملة لازمة من الجانبين، حتى لو أراد أحدهما السفر.. ليس له الفسخ إلا بعذر، والمزارعة لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض.

(وتقع على أول ثمرة تخرج) في أول السنة؛ لأنه معلوم، والتفاوت فيه قليل، فيقع العقد عليه.

بخلاف ما إذا دفع إليه غرساً نبت ولم يثمر بعد بطريق المساقاة.. حيث لا يجوز إلا ببيان المدة؛ لأنها تتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً، فلا يمكن صرفه إلى أول ثمر يخرج منه.

وبخلاف ما إذا دفع إليه نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها حتى يذهب أصولها؛ لأنه لا يعرف متى ينقطع النخيل والرطاب؛ لأن الرطبة تنمو ما دامت مركبة في الأرض، فتكون المدة مجهولة.. فتفسد المساقاة.

وكذا: تفسد إذا أطلق في الرطبة ولم يزد على قوله: «حتى تذهب».

وَفِي الرّطبَةِ على إِدْرَاكِ بذرِها.

بخلاف ما إذا أطلق في النخيل.. فإنه يجوز وينصرف إلى أول ثمر يخرج.

والفرق: أن لإدراك ثمر النخيل وقتاً معلوماً، ولا يعرف في الرطبة أول جزء منه [٦٣٩/أ]؛ لأنه لا يعرف متى يخرج، حتى لو كان معروفاً.. جاز هذا أيضاً؛ لعدم الجهالة.

(وفي الرطبة): تقع **(على إدراك بذرها)**.

البزر - بالزاي المعجمة -: مختص بالبقول والرياحين على المشهور في الاستعمال.

وأما البذر - بالذال المعجمة -: فهو المبذور في الأرض من الحبوب مطلقاً.

وقال بعضهم: هو مختص بالحنطة والشعير. كذا في «المصباح».

وصورة المسألة ههنا: إذا دفع رطبة قد انتهى جزازها، على أن يقوم المدفوع إليه على حفظها وسقيها حتى يخرج بذرها على ما رزق إليه في ذلك من بزره فهو بيننا نصفان، ولم يسميا وقتاً له.. فهو جائز استحساناً للتعامل؛ لأن لإدراك البذر وقتاً معلوماً عند المزارعين، والبذر يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة في البذر بطريق المساقاة: جائز، فيكون الرطبة لصاحبها؛ إذ لا أثر لعمل العامل فيها والبذر على ما شرطا كثمر الشجر، حتى لو شرطا بنصف الرطبة.. فسدت المساقاة؛ لاشتراطها الشركة فيما هو حاصل قبل المساقاة بدون عمل العامل؛ كما في الشجر الحاصل بدون عمل العامل؛ لأن الأصل في هذا الباب: أن المعاملة متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة.. صحت، وإذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل.. لا تصح، حتى لو زرع أرضه ونبت الزرع إلا أنه لم يتناهى، فدفع إلى غيره معاملة حتى يربيه العامل ويسقيه ويحفظه.. يجوز، وإن تناهى، فدفع الأرض مع الزرع المتناهي مزارعة بالنصف ليحفظه ويحصده.. لا يجوز.

وَلَو دفعَ نخيلاً أَو أُصُولَ رُطبَةٍ ليقومَ عَلَيْهَا، أَو أطلقَ فِي الرّطبَةِ.. فَسدَتْ.

ويُفسِدُها ذِكرُ مُدَّةٍ لَا يَخرجُ الثَّمرُ فِيهَا.

وإِنِ احْتُمِلَ خُرُوجُهَا وَعَدَمُهُ.. جَازَت.

فَإِن خرجَ فِيهَا.. فعلى الشَّرْطِ.

وإِنْ تَأَخَّرَ عَنهَا.. فَسدَتْ، ....

[(ولو دفع نخيلاً أو أصول رطبة ليقوم عليها، أو أطلق في الرطبة.. فسدت)][1].

(ويفسدها)؛ أي: المساقاة: **(ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها)**؛ كما أفسد المزارعة ذكر مدة لا يتمكن فيها الزراعة، وإنما فسد هذا؛ لأنه فات الشركة بينهما في الخارج.

(وإن احتمل خروجها) في المدة المذكورة **(وعدمه.. جازت)** موقوفاً، على ما في «الخلاصة» ؛ فإنه قال: وإن كانت مدة يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج.. فالمعاملة موقوفة.

(فإن خرج الثمر فيها)؛ أي: في المدة المضروبة **(.. فعلى الشرط)**؛ أي: صحت المعاملة على ما شرطا.

(وإن تأخر عنها)؛ أي: عن المدة المضروبة **(.. فسدت)**؛ لفوات الشركة في الخارج في المدة المضروبة.

أطلق المسألة، وهي مقيدة؛ لما في «الخلاصة».

وهذا.. إذا أخرجت شيئاً في المدة المضروبة مما يرغب في مثله في المعاملة.

وإن أخرجت شيئاً لا يرغب في مثله في المعاملة.. لا تجوز المعاملة.

وإن لم يخرج النخيل شيئاً في تلك المدة.. ينظر [٦٣٩/ب]:

إن أخرجت بعد مضي تلك المدة في تلك السنة.. فالمعاملة فاسدة.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من المتن.

وَكَذَا: كلُّ مَوضِعٍ فَسدَتْ فِيهِ.

وَإن لَم يخرُج شَيْءٌ.. فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَتَصِحُّ الْمُسَاقَاةُ فِي النّخلِ وَالْكَرْمِ وَالشَّجَرِ والرِّطابِ وأُصولِ الباذنجانِ.

وإن لم تخرج في تلك السنة لعلّة حدثت بها.. فالمعاملة جائزة. انتهى.

فظهر منه: أن قوله «فإن خرج فيها فعلى الشرط» ليس على إطلاقه.

(وللعامل أجر مثله)؛ أي: إذا فسدت المعاملة.. فللعامل أجر مثل عمله؛ لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة.

(وكذا كل موضع فسدت) المعاملة (فيه)؛ أي: في موضع؛ يعني: للعامل أجر مثل عمله؛ لما ذكرناه.

(وإن لم يخرج شيء) من الثمر لا في المدة المضروبة، ولا بعدها (.. فلا شيء له)؛ أي: للعامل؛ لأن العقد حينئذ باق على الصحة - كما ذكرناه من «الخلاصة» - فلا يلزمه أجر المثل، ولم يوجد الخارج.. فلا شيء له أصلاً.

(وتصح المساقاة في النخل والكرم والشجر والرطاب وأصول الباذنجان)؛ لإطلاق الأثر الوارد في هذا الباب.

فإذا صحت المعاملة في هذه الأشياء؛ فلو دفع إلى رجل نخلاً معاملة بالنصف، فيه طَلْعٌ ولم يسم وقتاً، أو دفعه بعدما صار بسراً أخضر أو أحمر، غير أنه لم يتنه عظمه.. جازت المعاملة؛ لأنه في الزيادة بعد، وقد تقرر: أن المعاملة متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة.. صحت، وإذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحيث لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل.. لا تصح المعاملة.

لأن في الأول: يحتاج إلى عمل العامل، ونهايته معلومة، فصحت.

وفي الثاني: لم يحتج إلى عمله، فلم تصح؛ فإذا عمل فيه.. كان له أجر مثله.

ولو دفع إلى رجل غراس نخل أو شجر أو كرم، وقد علق في الأرض ولم يبلغ الثمر، على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقح النخل: فما خرج من ذلك فهو بيننا نصفان..

فَإن كَانَ فِي الشَّجَرِ ثَمَرٌ؛ إنْ كَانَ يزِيدُ بِالْعَمَلِ.. صحت، وإلّا.. فَلَا.

وَكَذَا: فِي الْمُزَارعَةِ لَو دفعَ أَرضاً فِيهَا بقلٌ.

وَمَا قبلَ الْإِدْرَاكِ؛ كالسقيِ والتَّلقيحِ ....

كانت فاسدة وإن لم يسم مدة معلومة؛ لأن الكرم والنخل والشجر يتفاوت باختلاف قوة الأرض وضعفها، لا يدري كم يحمل النخل والشجر والكرم؛ فإن بينا لذلك وقتاً.. صح، وإلا.. فلا.

ولو دفع أصول رطبة في أرضٍ معاملةً ولم يسم الوقت.. يكون فاسداً؛ لأن الرطبة ليس لها نهاية تنتهي إليها، بل ما كان في الأرض ينمو ساعة فساعة على مرور الزمان؛ فإن كانت رطبة لنباتها غاية تنتهي إليها، ثم تقطع، ثم يخرج بعد ذلك.. جازت المعاملة من غير بيان الوقت، وتكون المعاملة على أول جزة تكون. كذا في «قاضي خان».

وفي تخصيص الرطب وأصول الباذنجان بالذكر: إشارة إلى أنهما من أنواع الشجر؛ لأن الشجر اسم لما له ساق، ولهما ساق.

ثم إذا صحت المعاملة في هذه الأشجار؛ (فإن كان في الشجر ثمر؛ إن كان يزيد بالعمل)؛ أي: بعمل العامل (.. صحت) المساقاة، (وإلا)؛ أي: وإن لم يكن فيه ثمر كذلك [٦٤٠/أ] (.. فلا) تصح المعاملة؛ لما ذكرناه: من أن الأصل في المعاملة: أن تنعقد على ما هو في حدّ النمو والزيادة حتى أثر فيه عمل العامل.

(وكذا في المزارعة لو دفع أرضاً) مزارعة (فيها بقل)؛ يعني: إن كان البقل يزيد بعمل المزارع.. صحت المزارعة، وإلا بأن يستحصد الزرع.. فلا؛ لما ذكرناه أيضاً.

(وما)؛ أي: عمل يكون (قبل الإدراك)؛ أي: إدراك الثمر في المعاملة (كالسقي)؛ أي: سقي الشجر (والتلقيح).

وفي «المصباح»: لقّحت النخيل تلقيحاً: بمعنى: أبّرت، واللِّقاح: اسم لما يلقح به.

وَالْحِفْظِ.. فعلى الْعَامِلِ.

وَمَا بعدَهُ؛ كالجِذاذِ وَالْحِفْظِ.. فعلَيْهِمَا.

وَلَو شُرِطَ على الْعَامِلِ.. فَسدَتِ اتِّفَاقاً.

وَتبطُلُ بِمَوْتِ أَحدِهِمَا.

(**والحفظ.. فعلى العامل**)؛ لأنها من أعمال المعاملة، فتكون على العامل.

(**وما**)؛ أي: عمل يكون (**بعده**)؛ أي: بعد الإدراك (**كالجذاذ**)؛ أي: قطع الأثمار (**والحفظ.. فعليهما**)؛ لأنه بعد الإدراك ليس من أعمال المعاملة.

(**ولو شرط**) ما يكون بعد الإدراك (**على العامل.. فسدت اتفاقاً**)، بخلاف المزارعة؛ فإن فيها خلاف أبي يوسف على ما تقدم.

(**وتبطل**) المساقاة (**بموت أحدهما**)؛ لأنها في معنى الإجارة، فكما بطلت الإجارة.. بطل ما كان بمعناها.

فإن مات رب الأرض والخارج بسر.. فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم عليه قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحساناً.. فيبقى العقد؛ دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر.

ولو التزم العامل الضرر.. يتخير ورثة الآخر: بين أن يقسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر، وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر؛ لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم، وقد تقدم نظيره في المزارعة.

ولو مات العامل.. فلورثته أن تقوم عليه وإن كره رب الأرض؛ لأن فيه النظر من الجانبين.

فإن أرادوا أن يصرموه بسراً.. كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي تقدمت.

وإن ماتا جميعاً.. فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامه، وهذا خلافة في حق

فَإِنْ كَانَ الثَّمرُ خاماً عِنْدَ الْمَوْتِ أَو تَمامِ الْمدَّةِ يقومُ الْعَاملُ أَو وَارثُهُ عَلَيْهِ.

وإِنْ أَبى الدَّافِعُ أَو ورثتُهُ؛ فإِنْ أَرَادَ الْعَامِلُ أَو وَارثُهُ صَرمَهُ بُسراً.. خُيِّرَ الآخَرُ أَو وَارثُهُ بَينَ أَنْ يَقسِمُوهُ على الشَّرْطِ، ....

مالي، وهو بترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وراثة في الخيار، حتى يرد عليه: أن الخيار لا يورث؛ فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه.. كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض.

وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر.. فهذا والأول سواء، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن تدرك، لكن بغير أجر؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره.

بخلاف المزارعة في هذا؛ لأن الأرض يجوز استئجارها.

وكذلك العمل كله على العامل ههنا، وفي المزارعة في هذا: عليهما؛ لأنه لما وجب أجر مثل الأرض [٦٤٠/ب] بعد انتهاء المدة على العامل.. لا يستحق عليه العمل، وههنا لا أجر.. فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها. كذا في «الهداية».

إذا عرفت هذا.. فلنأت شرح الكتاب:

(**فإن كان الثمر خاماً**)؛ أي: بسراً (**عند الموت**)؛ أي: موت رب الأرض أو العامل (**أو تمام المدة**)؛ أي: مدة المعاملة (**.. يقوم العامل**) عند موت رب الأرض أو تمام المدة (**أو وارثه**)؛ أي: وارث العامل عند موت العامل (**عليه**)؛ أي: على العمل (**وإن**) وصلية (**أبى الدافع**)؛ أي: رب الأرض (**أو ورثته**)؛ أي: ورثة الدافع عند موت الدافع.

(**فإن أراد العامل**) عند موت رب الأرض (**أو وارثه**)؛ أي: وارث العامل عند موت العامل (**صرمه**)؛ أي: قطعه (**بسراً.. خُيِّر الآخر**)؛ أي: رب الأرض عند موت العامل (**أو وارثه**) عند موت رب الأرض (**بين أن يقسموه**)؛ أي: البسر (**على الشرط**)،

أو يدفعوا قيمَةَ نصِيبِهِ، أَو ينفقوا وَيرجعوا كَمَا فِي الْمُزَارعَةِ.

وَلَا تُفسخُ بِلَا عذرٍ.

وَمرضُ الْعَامِلِ إِذا عجزَ عَنِ الْعَمَلِ: عذرٌ.

وَكَذَا: كَونُهُ سَارِقاً يُخَافُ مِنْهُ على الثَّمرِ أَو السَّعَفِ.

أو يدفعوا قيمة نصيبه) من البسر، (**أو ينفقوا**) على البسر حتى يبلغ (**ويرجعوا**) بذلك؛ أي: بما أنفقوا في حصة الآخر من الثمر. كذا في «الهداية» على ما ذكرناه من قبل.

واستشكله الزيلعي وقال: وفي رجوعهم في حصته: إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، وكان العمل كله عليه، ولهذا لو اختار المضي أو لم يمت صاحبه.. كان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط.. يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤونة بحصته فقط، وهذا خلف؛ لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المساقاة، وهذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً. انتهى.

ولهذا الإشكال: أطلق المصنف قوله: «ويرجعوا» ولم يقيد بحصة الآخر.

هذا كله في موت أحدهما.

وإن ماتا جميعاً.. فالخيارات الثلاثة لورثة العامل، وإن أبوا.. فلورثة رب الأرض على ما ذكرناه من قبل.

(**كما في المزارعة**) وقد تقدم في المزارعة.

وقد تقدم أيضاً: أن العامل في المزارعة يقوم بأجر له، وفي المعاملة: لا بأجر؛ لعدم صحة استئجار الأشجار، وصحة استئجار الأرض.

(**ولا تفسخ**) المساقاة (**بلا عذر**)؛ لأنها عقد لازم من الجانبين.. فلا بد لفسخه من العذر.

(**ومرض العامل إذا عجز عن العمل: عذر، وكذا كونه سارقاً يخاف منه على الثمر أو السعف**) وهو أغصان النخل ما دامت بالخوص؛ فإذا زال الخوص عنها..

وَلَو دفعَ فضاءً مُدَّةً مَعْلُومَةً لِمَن يغْرِسُ؛ لتَكونَ الأَرْضُ وَالشَّجَرُ بَينهمَا.. لَا يَصحُّ وَالشَّجرُ لربِّ الأَرْضِ، وللغارِسِ قيمَةُ غرسِهِ وَعَمَلِهِ.

قيل جريد، كذا في «المصباح» الخوص: هو ورق النخل.

(**ولو دفع فضاء**) الفضاء - بالمد -: هو المكان الواسع.

(**مدة معلومة**)؛ أي: سنين معلومة (**لمن يغرس؛ لتكون الأرض والشجر بينهما.. لا يصح**)؛ لاشتراط الشركة فيما كان موجوداً قبل الشركة لا بعمله وهي الأرض، أو لأنه استأجر أجيراً ليجعل أرضه بستاناً [١٦٤/أ] بآلات الأجير على أن تكون أجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله، فيفسد؛ كما إذا استأجر صباغاً ليصبغ له ثوباً بصبغ نفسه، على أن له نصف المصبوغ.

(**والشجر لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وعمله**)؛ لأن العقد في الشجر لمّا كان فاسداً وقد غرسه العامل بأمره في أرضه.. صار كأن صاحب الأرض فعل ذلك بنفسه، فيصير قابضاً للغرس باتصاله بأرضه، مستهلكاً له بالعلوق فيها، فيجب عليه: قيمة الأشجار لاستهلاكه، وأجر مثل عمله؛ لأنه فعله بأمره وقد فسد العقد، فلا يلزم المسمى، فبقي أجر المثل مستحقاً له.

* * *

(كتاب الذبائح)

(كتابُ الذَّبَائِحِ)

الذَّبِيحَةُ: اسْمُ مَا يُذْبَحُ.

وَالذَّبْحُ: قطعُ الْأَوْدَاجِ.

(كِتَابُ الذَّبَائِح)

جمعُ ذبيحة.

(الذبيحة: اسم ما يذبح)، وأما قولهم: إذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة.. فخطأ، والصواب: «الذبحة»، كذا في «المغرب».

وأما صفة ما يذبح: هو الذبيح والمذبوح.

(والذبح: قطع الأوداج)، جمع الودج: بفتح الدال وكسرها مثل سبب وأسباب: عُرفٌ في المذبح الذي يقطعه الذابح.

قال في «الزيلعي»: والمراد بالأوداج ههنا: هو الحلقوم والمريء والودجان، وإنما عبر عنه بالأوداج تغليباً. انتهى.

وهذا: لأن المراد: بيان الذبح الشرعي الذي يحل به أكل المذبوح، وذلك يحصل بما ذكر، على ما سيأتي بيانه.

واعلم: أن الذبح على نوعين: اختياري واضطراري.

فالأول: كالجرح فيما بين الحلق واللبّة.

والثاني: هو الجرح في أي موضع كان من البدن.

والثاني كالبدل عن الأول؛ لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية.

وهذا: لأن الأول أعمل في إخراج الدم، والثاني أقصر فيه، فاكتفي به عند العجز عن الأول؛ إذ التكليف بحسب الوسع. كذا في «الهداية» وسيأتي تفصيله.

ثم لما كان من شرط حل أكل الذبيحة كون الذابح صاحب ملة التوحيد اعتقاداً

وَتحلُّ ذَبِيحَةُ مُسلمٍ وكتابيٍ ذمِّيٍ أَو حَرْبِيٍ، وَلَوِ امْرَأَةً أَو صَبياً أَو مَجْنُوناً يعقلانِ، ....

وادعاءً.. أشار إلى ذلك بقوله: **(وتحل ذبيحة مسلم)** وهو صاحب ملة التوحيد اعتقاداً.

(وكتابي ذمي أو حربي) وهو: صاحب ملة التوحيد ادعاء، لكن يشترط فيه: أن لا يذكر غير اسم الله.

حتى لو ذكر المسيح أو عزيراً.. لا يحل.

وشرط في حق الصيد أمر آخر، وهو: أن يكون الذابح حلالاً خارج الحرم.

(ولو) وصلية **(امرأة أو صبياً أو مجنوناً يعقلان)** التسمية والذبيحة، على ما في «الهداية».

أو: كون الحلِّ بالتسميةِ على ما في «الكرماني».

فسر بعضهم المجنون: بالمعتوه، وعلله: بأن المجنون لا قصد له، ولا بد من القصد في الحل؛ لأن التسمية شرط بالنص، وهي بالقصد، ولا قصد في المجنون.

قلت: المراد بالقصد ههنا: هو قصد التسمية [٦٤١/ب] عند الذبح، لا مطلق القصد، وهو متصور من المجنون.

قال في «الهداية»: ويحل إذا كان الذابح يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة.

أما إذا كان لا يضبط، ولا يعقل التسمية والذبيحة.. لا تحل. انتهى.

وفسر في «العناية» قوله: «يضبطه»: بأن يعلم شرائط الذبح من فري الأوداج والحلقوم.

وفسره في «شرح النقاية»: بأن يقدر على قطع الأوداج.

فعلى تفسير «العناية»: وجهُ تركِ المصنف قيد الضبط ظاهرٌ؛ لأن قوله: «يعقلان»: يغني عن ذكره.

أَو أخرسَ، أَو أَقْلَفَ.

لَا ذَبِيحَةُ وَثَنِيّ، أَو مَجُوسِيّ، أَو مُرْتَدّ، أَو تَارِكِ التَّسْمِيَةِ عمداً.

(أو أخرس)؛ لأنه معذور في ترك التسمية، فتقوم ملة التوحيد مقامه كالناسي، بل أولى. كذا قالوا.

وفي «البزازية»: تحريك الشفتين في حق الأخرس كالذكر.

(أو أقلف)؛ أي: من لم يختن.

احترز به عن قول ابن عباس: أن ذبيحة الأقلف وشهادته لا تجوز.

(لا ذبيحة وثني)؛ لأنه مشرك لا كتابي، ولا ملة له، فانعدم التوحيد اعتقاداً وادعاءً، فانعدم شرط الحل.

(أو مجوسي)؛ لما ذكرناه، ولقوله ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم».

(أو مرتد)؛ لأنه ترك ما كان عليه من الدين، ولا يقر على ما انتقل إليه، وإذا ارتد إلى دين أهل الكتاب.. فلا ملة له أيضاً.

بخلاف اليهودي إذا تنصّر أو بالعكس، أو تنصر المجوسي أو تهود.. فإنه يقر على ما انتقل إليه من الملة عندنا، فيعتبر ما هو عليه بعد الانتقال عند الذبح، فكان له ملة.

حتى لو تمجّس اليهودي أو النصراني.. لا تحل ذبيحته.

والمتولد بين الكتابي والمشرك: يعتبر بالكتابي لا بالمشرك؛ لأنه يعتبر بالأخف.

(أو تارك التسمية عمداً)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ ولقوله ﷺ لعدي: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه.. فكُلْ» الحديث.

والمسلم والكتابي فيه سواء على ما في «الزيلعي» و«الهداية».

فَإِن تَرَكَهَا نَاسِياً تحِلُّ.

وذبيحة الصابئ تحل عند أبي حنيفة، لكنه مكروه.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تحل.

وذكر الكرخي: لا خلاف بينهم في الحقيقة، وإنما اختلفوا لأنهم صنفان:

صنف منهم: يقرون بنبوة عيسى ويقرون الزبور.. فهم صنف من النصارى.

وصنف منهم: ينكرون النبوة والكتب أصلاً، ويعبدون الشمس.. فهم كعبدة الأوثان لا يؤكل صيدهم ولا تحل ذبيحتهم.

(فإن تركها ناسياً.. تحل)؛ لأنه معذور؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» وهو مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم.

وقال ابن عمر رضي الله عنهما: إنَّه يحرم كتارك التسمية عمداً، وبه أخذ مالك.

وعلى هذا الخلاف: حملوا الخلاف بيننا وبين الشافعي [٦٤٢/أ]: من أن ذبيحة تارك التسمية حلال عنده؛ لأن حرمة ذبيحة تارك التسمية عمداً مما أجمع عليه السلف، والقول بحله: خرق للإجماع، فكيف يتصور عن الشافعي؟!

ولهذا قال: إن متروك التسمية عمداً لا يسوغ فيها الاجتهاد، حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه.. لا ينفذ قضاؤه؛ لكونه مخالفاً للإجماع.

ثم التسمية في ذكاة «الاختيار»: تشترط عند الذبح قاصداً التسمية على الذبيحة، ولو سمى ولم تحضره النية.. صح؛ لأنه أتى بالتسمية، وظاهر حاله: يدل على أنه قصد به التسمية على الذبيحة، فيقع عنها.

ولو سمى وأراد به التسمية لابتداء الفعل؛ كسائر الأفعال.. لا يحل؛ كمن قال: «الله أكبر» وأراد به متابعة المؤذن.. لا يصير به شارعاً في الصلاة.

وتشترط عند الذبح؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ وهي حالة النحر، والمعتبر: أن تذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس، حتى لو تبدل المجلس بفعل عمل كثير.. لا يحل.

وَكُرِهَ أَن يذكُرَ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعَالَى غَيرَهُ وصلاً دونَ عطفٍ، وَأَن يَقُولَ: باسمِ اللهِ اللَّهُمَّ تقبَّل مِن فلَانٍ.

فإِنْ قَالَهُ قبلَ الإِضجاعِ أَوِ التَّسْمِيَةِ أَو بعدَ الذّبحِ.. لَا يكرهُ.

وفي الصيد: يشترط عند الإرسال والرمي؛ لأن المقدور له في الصيد: هو الإرسال والرمي؛ كما في ذكاة «الاختيار» والذبح، فيشترط عند فعل يقدر عليه.

(وكره) ولا تحرم به الذبيحة (أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وصلاً دون عطف) مثل أن يقول: باسم الله محمدٌ رسول الله - بالرفع - لأن الشركة لم توجد؛ لأن «محمد رسول الله» لم تذكر على سبيل العطف، فيكون مبتدأ، فلا يكون الذبح وأفعاله، فلا تحرم الذبيحة، إلا أنه يكره؛ لوجود الوصل صورة.

بخلاف ما قاله بالخفض.. فإنه لا يحل، على ما ذكره في «الزيلعي» و«النوازل».

واعلم: أن مسألة ذكر غير اسم الله مع اسم الله عند الذبح على ثلاثة أوجه، على ما ذكره في «الجامع الصغير»:

منها: ما يكره ولا يحرم.

ومنها: ما يحرم.

ومنها: ما لا يحرم ولا يكره.

فالأول: هذه، ومن هذا الوجه: ما ذكره بقوله: (وأن يقول: باسم الله، اللهم تقبل من فلان)؛ لأن الشركة لم توجد فيه أيضاً، ولكنه مكروه لوجود الوصل صورة.

وأشار إلى ما لا يحرم ولا يكره بقوله: (فإن قاله)؛ أي: اللهم تقبل من فلان مثلاً (قبل الإضجاع أو قبل التسمية أو بعد الذبح.. لا يكره)؛ لأنه ﷺ قال بعد الذبح: «اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ولكل من شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ».

وروي أيضاً: أنه ﷺ كان يقول إذا أراد أن يذبح: «اللهم هذا منك، ولك صلواتي ونسكي، ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له، وبذلك أمرت

وإِنْ عطفَ.. حَرُمَت؛ نَحو بِاسمِ اللهِ وَفُلَانٍ بِالْجَرِّ.

وَكَذَا: إِن أَضجعَ شَاةً وسمّى وَذبحَ غَيرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ.

[٦٤٢/ب] وأنا من المسلمين باسم الله، الله أكبر، ثم يذبح».

وأشار إلى ما يحرم بقوله: (وإن عطف) غيره على اسم الله (.. حرمت) الذبيحة (نحو باسم الله وفلانٍ - بالجر -)، أو: باسم الله واسم فلان، أو باسم الله ورسول [الله] - بالجرِ - فإنه يحرم في كلها؛ لوجود الشركة مع الغير؛ لأنه أهلَّ به لغير الله تعالى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾؛ أي: عدَّ من المحرمات، وأشار بقوله: «بالجر»: إلى أنه لو رفع المعطوف على اسم الله.. يحل؛ لأنه مبتدأ.

واختلفوا في نصب المعطوف:

قيل: لا يحل كما في الجر.

وقيل: يحل، لكنه يكره؛ لوجود الوصل صورة، وكذا في الرفع مكروه لذلك.

وقال في «التمرتاشي»: لو قال باسم الله ومحمدٍ رسول [الله] بالجر.. يكره، ولعل مراده بالكراهة: كراهة تحريم.

وقال في «الخلاصة»: قال باسم الله صلى الله على محمد.. تحل، والأَوْلى: أن لا يفعل.

وكذا لو قال: باسم الله وصلى الله على محمد.. يحل.

ولو قال: باسم الله ينام فلان.. قال أبو بكر الإسكاف يجوز مطلقاً.

ولو لم يُظْهِر الهاء في باسم الله؛ إن قصد ذكر اسم الله.. تحل، وإن لم يقصد، وقصد ترك الهاء.. لا تحل.

(وكذا)؛ أي: حرمت (إن أضجع شاة وسمى) لها (وذبح غيرها)؛ أي: غير تلك الشاة (بتلك التسمية) وبالسكين التي كانت في يده عند التسمية، على ما في «الزيلعي».

وإِنْ ذَبحهَا بشفرةٍ أُخْرَى.. حلَّت.

وإِنْ رمى إِلَى صيدٍ وسمّى فَأَصَابَ غَيرَهُ.. أُكِلَ[1].

وإن سمَّى على سهمٍ ورمى بغيرِه.. لا يُؤكَلُ.

ويدل عليه أيضاً: قوله: (**وإن ذبحها**)؛ أي: الشاة الأولى التي وقع عليها التسمية (**بشفرة**)؛ أي: سكين (**أخرى**)؛ أي: لم تكن في يده عند التسمية؛ يعني: لو أضجع شاة وسمى، فطرح السكين وأخذ سكيناً آخر فذبحها به (**.. حلت**).

والفرق بينهما على ما ذكره في «الزيلعي»: أن التسمية في الأولى: تعلقت بالسكين، وفي الثانية: بالمذبوح.

قال في «الخلاصة»: ولو ذبح تلك الشاة - أي الشاة الأولى - ثم ذبح بعدها شاة أخرى يظن أن تلك التسمية تكفي.. لا تحل.

ولو نظر إلى قطيع من الغنم، فأخذ السكين وسمى، ثم أخذ شاة وذبحها بتلك التسمية.. لا يحل.

(**وإن رمى إلى صيد**) - وبيان أحوال الصيد يأتي في كتاب الصيد - (**وسمى**) عند الرمي، (**فأصاب**) المرمي من السهم أو البندقة (**غيره**)؛ أي: غير المرمى إليه (**..أُكِلَ**)؛ أي: حل أكله؛ لأن المشروط في الصيد: هو التسمية عند رمي الآلة الجارحة أو إرسالها؛ لأن التكليف بحسب الوسع، وما في وسعه: هو الرمي والإرسال دون الإصابة، فشرط التسمية عند فعل يقدر عليه، وهي تقع على الآلة؛ كما أنها تقع على الذبيحة في المذبوح؛ لأن المقدور ثمة: هو الذبح، فشرط التسمية عند الذبح، فتقع على المذبوح [٦٤٣/أ].

(**وإن سمى على سهم**) وترك ذلك السهم وأخذ غيره (**ورمى بغيره**)؛ أي: بغير السهم المسمى عليه (**.. لا يؤكل**)؛ لأن التسمية في الصيد تقع على الآلة لا على

---

(١) [نقص في المتن].

وِالإِرسالُ كالرَّمي.

وَالشَّرطُ: الذِّكرُ الْخَالِصُ؛ فَلَو قَالَ: اللَّهُمَّ اغْفِر لي.. لَا يحلُّ.

وبـ«الحمدُ للهِ» وَسُبْحَانَ اللهِ.. يحلُّ، لَا لَو عطَسَ وَحَمِدَ لَهُ.

المذبوح، ولمّا ترك السهم الذي سمى عليه وأخذ سهماً آخر ورمى بذلك الآخر.. صار كأنه لم يسم أصلاً.

(**والإرسال**) إلى الصيد: (كالرمي) في اشتراط التسمية عنده، لا عند الأخذ والإصابة؛ إذ لا قدرة له عليه، حتى لو أرسل كلبه المعلم أو البازي المعلم إلى الصيد وسمى عند الإرسال، فترك الكلب أو البازي ذلك الصيد فأخذه غيره.. حلت؛ لتعلق التسمية بالكلب والبازي.

بخلاف ما لو سمى على كلب أو باز وترك ذلك الكلب أو البازي وأرسل غيره.. لا يحل؛ لما ذكرناه.

(**والشرط**)؛ أي: شرط التسمية: (الذكر الخالص)؛ أي: المجرد عن ذكر الدعاء؛ لقوله لابن مسعود: «جردوا التسمية عن الدعاء».

(**فلو قال**) عند الذبح: (اللهم اغفر لي.. لا يحل)؛ لأنه محض دعاء.

(**وبالحمد لله وسبحان الله.. يحل**) مريداً به التسمية؛ لأنه حينئذ يكون تسمية على الذبح، فيحل.

(**لا**)؛ أي: لا يحل (لو عطس) عند الذبح (وحمد له)؛ أي: للعطس؛ بأن قال: الحمد لله؛ لأنه يريد به الحمد على النعمة دون التسمية.

وقيل: يحل.

والأول: أصح، على ما في «الهداية» و«الزيلعي».

قال في «الزيلعي»: وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله: باسم الله والله أكبر: منقول عن النبي ﷺ، وعن علي وابن عباس رضي الله عنهم.

وَالسّنَّةُ: نحرُ الْإِبِلِ، وَذبحُ الْبَقرِ وَالْغنم.

وَيُكرَهُ الْعَكْس وَيَحِلُّ.

وَالذّبْحُ بَيْنَ الْحَلقِ ....

مثله قاله ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير قوله: فاذكروا اسم الله عليها صواف.

وذكر الحلواني: أن المستحب أن يقول: باسم الله الله أكبر - بلا واو - ويكره؛ لأنه يقطع فور التسمية. انتهى.

(والسنة) له؛ أي للذبح: (نحر الإبل) في «المصباح»: النحر: موضع القلادة من الصدر. انتهى.

والمراد به ههنا: المعنى المصدري؛ أي: قطع العروق في أسفل العنق عند الصدور، على ما فسره الإمام «قاضي خان».

(وذبح البقر والغنم)، وسيأتي تفسير الذبح في الكتاب.

(ويكره العكس، ويحل)؛ أما وجه السنة فيهما.. فلموافقة السنة المتوارثة، ولاجتماع العروق في المنحر في الإبل، وفي المذبح في البقر والغنم.

وأما الكراهة في العكس.. فلمخالفة السنة، لكنه لما كان لمعنى في غيره.. لم يمنع الجواز والحل.

ولا بأس بأكل الجزور إذا ذبح ذبحاً ولم ينحر، والشاة والبقر إذا نحرتا ولم تذبحا، ويكره ذلك.

وفي بعض النسخ: لا يستحب. كذا في «الخلاصة».

قوله: «ولا يستحب»: يشعر بأن المراد بالكراهية: هي التنزيهية [٦٤٣/ب].

(والذبح): شرع في بيان محل الذبح الاختياري: (بين الحلق).

قال في «المصباح»: الحلق من الحيوان: جمعه حلوق، مثل: فلس وفلوس.

واللَّبَّةِ ....

والحلقوم: هو الحلق، ميمه زائدة، والحلقوم: بعد الفم، وهو موضع النفس، وفيه شعب يتشعب منه، وهو مجرى الطعام والشراب. انتهى.

(واللبّة) هو - بفتح اللام والباء المشددة -: المنحر، وهو رأس الصدر؛ أي: موضع القلادة.

واعلم: أن موضع الذبح الاختياري على ما ذكره القدوري و«الكنز» و«النقاية» والمصنف: هو بين الحلق واللبة؛ أي: ما بين الحلق والنحر.

قال في «الزيلعي»: وفي «الجامع الصغير»: لا بأس بالذبح في الحلق كله: أعلاه وأوسطه وأسفله، والأصل فيه: ما روي أنه ﷺ بعث منادياً ينادي في مخارج منى، ألا أن الذكاة في الحلق، رواه الدارقطني، ولأنه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق، فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه، وهو إنهار الدم.

والتقييد بالحلق واللبة: يفيد أنه: لو ذبح أعلى من الحلقوم.. يحرم؛ لأنه ذبح في غير المذبح، على ما ذكره في «الواقعات» و«فتاوى سمرقند».

وذكر في «النهاية» ما يخالف مقتضى هذا التقييد عن الإمام الرستغفني؛ فإنه قال:

سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر، وكان يجب أن تبقى مما يلي الرأس، أتؤكل أم لا؟

قال: هذا قول العوام من الناس، وليس هذا بمعتبر، ويجوز أكلها؛ سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر؛ لأن المعتبر عندنا: قطع أكثر الأوداج، وقد وجد.

ثم حكى: أن شيخه كان يفتي به.

وهذا مشكل؛ فإنه لم يوجد فيه قطع الحلقوم، ولا لمريء، وأصحابنا وإن اشترطوا قطع الأكثر.. فلا بد من قطع أحدهما عند الكل، وإذا لم يبق شيء من عقدة

أَعلَى الْحلقِ أَو أَسْفَلِهِ أَو أَوسطِهِ.

الحلقوم مما يلي الرأس.. لم يحصل قطع واحد منهما.. فلا تؤكل بالإجماع. إلى هنا كلام «الزيلعي».

أقول: ما ذكره صاحب «النهاية» عن الإمام الرستغفني: يوافق لفظ الحديث الذي رواه الدارقطني؛ لأنه يقتضي جواز الذبح في الحلق مطلقاً وإن كان قبل العقدة فوق الحلقوم.

ويؤيده أيضاً ما روي أنه ﷺ قال: «الذكاة ما بين اللبة واللحيين»؛ فإنه أيضاً يقتضي جواز الذبح فوق الحلقوم قبل العقدة؛ لأنه وإن وقع قبل العقدة.. فهو بين اللبة واللحيين.

وكذا رواية «الجامع الصغير» كما ذكرناه عن «الزيلعي»؛ فإنه إذا ذبح في أعلى الحلقوم.. لا بد أن يقع العقد من تحت، على ما صرح به في «البزازية».

وبه أيضاً [٦٤٤/أ] أخذ في «المبسوط»؛ حيث قال فيه: الذكاة بين اللبة واللحيين.

لكنه قال في «الذخيرة»: إن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم.. لا يحل.

وهذا يؤيد ما ذكره الإمام «الزيلعي».

والذي اختاره المصنف: هو الذي ذكره صاحب «النهاية» عن الإمام الرستغفني على ما سيظهر لك.

(أعلى الحلق، أو أسفله، أو وسطه) هذا على رواية «الجامع الصغير»؛ فإنه قال فيه: لا بأس بالذبح في الحلق كله؛ أعلاه وأوسطه وأسفله.

وما ذكره أولاً من قوله: «بين الحلق واللبة»: رواية القدوري، واختاره كثير.

وإنما أتى المصنف برواية «الجامع الصغير» بعد رواية القدوري؛ لأن في رواية «الجامع» بياناً ليس في رواية القدوري؛ لأن في رواية القدوري: الذبح بين الحلق واللبة، وليس بينهما مذبح غيرهما، فيحمل على ما يدل عليه رواية «الجامع

وَقِيلَ: لَا يجوزُ فَوقَ الْعُقْدَةِ.

وَالْعُرُوقُ الَّتِي تُقطَعُ فِي الذَّكاةِ: الْحُلْقُومُ، والمريءُ، والوَدَجانِ:

وَيَكْفِي قطعُ ثَلَاثَةٍ مِنهَا أَيّاً كَانَت.

الصغير»: من أن الذبح يجوز في أعلى الحلق وأوسطه وأسفله وإن بقيت عقدة الحلقوم من طرف الصدر؛ لأنه إذا ذبح في أعلى الحلق.. لا بد أن تبقى العقدة من تحت بالضرورة كما ذكرناه، ويساعده أيضاً: لفظ الحديث و«المبسوط» على ما ذكرناه.

(وقيل: لا يجوز) الذبح الاختياري (فوق العقدة)، وإنما ضعفه؛ لمخالفته لفظ الحديث ورواية «الجامع الصغير» و«المبسوط» والإمام الرستغفني.

لكنه يشكل بما ذكره «الزيلعي» من أنه: إذا لم يبق عقد الحلقوم مما يلي الرأس.. لا يؤكل بالإجماع.

(والعروق التي تقطع في الذكاة: الحلقوم)، قال في «المصباح»: بعد الفم، وهو موضع النَّفس ومجرى الطعام والشراب.

وفي «المغرب»: أنه مجرى النفس.

(والمريء)، قال في «المصباح»: المريء - وزان كريم -: رأس المعدة والكرش اللازم للحلقوم، يجري فيه الطعام والشراب، ومنه يدخل في المعدة، وهو مهموز؛ وهكذا في «المغرب» أيضاً.

(والودجان)، قال في «المصباح»: الودج بفتح الدال وكسرها: عرق في العنق يقطعه الذابح، فلا يبقى معه حياة، ثم قال: والودجان: عرقان غليظان يكتنفان ثغرة النحر يميناً ويساراً، والجمع: أوداج.

فكانت العروق التي يلزم قطعها في الذبح: أربعة.

ثم اختلفوا في اشتراط ما يقطع من هذه الأربعة، وإليه أشار بقوله: (ويكفي قطع ثلاثة منها)؛ أي: من هذه الأربعة (أيّاً كانت)؛ أي: سواء كانت: الحلقوم والمريء

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا بُدَّ مِن قطعِ أَكثرِ كلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا بُدَّ مِن قَطعِ الْحُلْقُومِ والمريءِ وَأَحدِ الوَدَجَينِ.

وَقِيلَ: مُحَمَّدٌ مَعَهُ.

وأحد الودجين، أو المريء والودجان، أو الحلقوم والودجان، هذا قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف أيضاً أولاً.

(وعند محمد [٦٤٤/ب]: لا بد من قطع أكثر كل واحد منها)؛ أي: هذه الأربعة.

(وهو رواية عن الإمام) أبي حنيفة.

وقال في «الزيلعي»: أجمعوا أنه يكتفى بقطع الأكثر من هذه العروق الأربعة؛ لأن الأكثر يقوم مقام الكل، غير أن محمداً اعتبر أكثر كل واحد من هذه الأربعة، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن كل واحد منها أصل بنفسه، لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفريه، فيعتبر أكثر كل واحد منها. انتهى.

(وعند أبي يوسف: لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين، وقيل: محمد معه).

ووجهه: أن المقصود من قطع الودجين: إنهار الدم؛ لأنها مجرى الدم فينوب أحدهما عن الآخر في القطع، فلا حاجة إلى قطعهما معاً.

ووجه أبي حنيفة: أن الأكثر منها يقوم مقام الكل، وأي ثلاثة منها قطع.. قطع الأكثر، والمقصود يحصل به، وهو إنهار الدم المسفوح، فلا حاجة إلى اشتراط قطع المعين منها.

وهذه ثلاثة أقوال: قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف، [وقول محمد].

وههنا وجه رابع: وهو قطع الأربعة جميعاً، وهو قول مالك.

وقول خامس - وهو قول الشافعي -: وهو الاكتفاء بقطع الحلقوم والمريء، واحتج بقوله ﷺ: «افرِ الأوداج بما شئت» بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان..

وَيجوزُ الذَّبحُ بِكُلِّ مَا أَفرى الْأَوْدَاجَ وأَنهرَ الدَّمَ وَلَو مروةً أَو لِيطةً أَو سِنّاً أَو ظُفراً منزوعَين.

لَا بالقائِمَين.

فدل على أن المقصود بها: ما يحصل به زهوق الروح، وهو بقطع الحلقوم والمريء؛ لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما: ما.

قلنا: إن لفظ الأوداج مما دلالة له على الحلقوم والمريء أصلاً، فكيف يصح الاكتفاء بهما؟

ولأن المقصود: إسالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجرى الدم وهو الودجان، لا الحلقوم والمريء، وإنما الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام والشراب، فحملنا الأوداج على العروق الأربعة كلها: تغليباً للودجين على الباقيين، واكتفينا بالأكثر لما ذكرناه.

(**ويجوز الذبح بكل ما أفرى الأوداج**)؛ أي: قطعها (**وأنهر الدم**)؛ أي: أخرجها؛ فلو ذبح في مذبحه ولم يسل الدم.. اختلفوا فيه:

قال الصفار: لا يحل.

وقال الإسكاف: يحل.

وفي «النوازل»: إن تحركت بعد الذبح وخرج دم مسفوح.. يحل، وإن تحركت ولم يخرج أو بعكسه.. يحل أيضاً، وإن عدمتا.. لا تحل.

وهذا إذا لم يعلم حياتها وقت الذبح؛ فإن علم.. حل؛ تحركت أو لا، خرج الدم أو لا؛ كذا في «البزازية».

وفي «شرح الطحاوي»: خروج الدم لا يدل على الحياة، إلا إذا كان يخرج كما يخرج من الحي.

(**ولو**) وصلية (**مِروة**) بكسر الميم: الحجر الذي فيه حدة، (**أو ليطة**) قشر القصب (**أو سناً أو ظفراً منزوعين**) عن محالهما، (**لا بالقائمين**) في محالهما.

وَنُدِبَ إحدادُ الشَّفْرَةِ قبلَ الإضجاعِ.

وَكُرِهَ بعدَهُ، وَكَذَا: جرُّها برجلِها إِلَى المَذبحِ.

والنَّخعُ، ....

وكذا يجوز [٦٤٥/أ] الذبح بقرن منزوع، لا بالقائم، قال في «الهداية»: يجوز الذبح بهذه الثلاثة منزوعين، إلا أنه مكروه.

وقال الشافعي: المذبوح بها ميتة؛ لقوله ﷺ: «كل ما أنهر الدم، وأفرى الأوداج، ما خلا الظفر والسن؛ فإنهما مدى الحبشة»، ولأنه فعل غير مشروع.. فلا يكون ذكاة؛ كما إذا ذبح بغير المنزوع.

ولنا: قوله ﷺ: «أنهر الدم بما شئت» ويروى «أفر الأوداج بما شئت»؛ وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره، إلا أنا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي؛ فإن فيه دلالة على ذلك؛ وهو لفظ «فإنها مدى الحبشة»، فإنهم لا يقلمون الأظفار ويحدقون الأسنان ويقاتلون بالخدش والعض، ولا نسلم: أن إنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين: غير مشروع؛ فإن كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بهما المقصود وهو إخراج الدم النجس، فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل.

بخلاف غير المنزوع؛ فإنه يقتل بالثقل لا بالحد، وإنما يكره؛ لأن فيه زيادة الألم للمذبوح وقد نهينا عنه.

(وندب إحداد الشفرة)؛ أي: السكين (قبل الإضجاع)؛ لما رواه مسلم: «وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته».

(وكره بعده)؛ لما روي أنه ﷺ رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته، فقال: «لقد أردت أن تميتها موتات!!.. هلا أحددتها قبل أن تضجعها؟!».

(وكذا)؛ أي كره (جرّها برجلها إلى المذبح) لما فيه من زيادة التعذيب.

(والنخع): وهو أن يصل السكين إلى النخاع، وهو خيط أبيض في جوف عظم

وَقطعُ الرَّأْسِ، والسَّلخُ قبلَ أَن تَبرُدَ، وَالذّبحُ مِنَ القفاءِ.

وَيحلُّ إِنْ بقيَت حَيَّةً حَتَّى قُطِعَتِ الْعُرُوقُ، وإِلّا.. فَلَا.

الرقبة؛ وإنما كره ذلك لنهيه ﷺ عن نخع الشاة إذا ذبحت.

وقيل: المراد بالنخع: أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها.

وقيل: أن يكسر رقبتها قبل أن سكن من الاضطراب، وكل ذلك مكروه.

(وقطع الرأس والسلخ قبل أن تبرد)؛ لما فيهما من زيادة الألم.

(والذبح من القفاء)؛ لما ذكرناه أيضاً، ولا بأس في الأكل في كل منها؛ لأن الكراهة فيها لمعنى زائد وهو زيادة الألم للمذبوح.. فلا يوجب حرمة الأكل.

(ويحل) الأكل (إن بقيت) المذبوحة (حية حتى قطعت العروق)؛ أي: إن ذبح من القفاء فبقيت حية حتى قطع العروق.. حل الأكل؛ لتحقق الموت لما هو ذكاة، لكنه يكره لزيادة الألم من غير حاجة.

(وإلا)؛ أي: وإن لم تبق حية قبل قطع العروق، بل ماتت (.. فلا) تؤكل؛ لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها.

قال في «البزازية»: ذبح شاة مريضة ولم يتحرك [٦٤٥/ب] إلا فمها؛ إن فتحها.. لا يؤكل، وإن ضمها.. يؤكل، وكذا العين.

وفي الرجل: إذا قبضها.. يؤكل، وإن مدها.. لا يؤكل.

وفي الشعر إن نام لا وإن قام.. يؤكل.

هذا إذا لم يعلم حياتها وقت الذبح.

مرضت الشاة وبقي من الحياة ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، أو الذئب قطع بطن شاة وبقي من الحياة ما يبقى في المذبوح.. عندهما: لا تقبل الذكاة، حتى لو ذكاها.. لا تحل.

والأصح عند الإمام: أنها تقبل الذكاة، حتى لو ذكاها.. تحل، وعليه الفتوى.

وَلزِمَ ذبحُ صيدٍ استأنَس.

وَجَازَ جرحُ نَعَمٍ توحَّشَ، أَو تردَّى فِي بِئْرٍ إِذا لم يُمكِنْ ذبحُهُ.

وَلَا يحلُّ الْجَنِينُ بذكاةِ أُمِّهِ، أَشعرَ أَو لَا.

وَقَالا: يحلُّ إِنْ تَمَّ خَلقُهُ.

الكلب المعلم أخذ صيداً وبقي فيه ما يبقى في المذبوح، أو رمى إلى صيد وبقي فيه من الحياة ما ذكرناه.. لا تقبل الذكاة لو وجده، ولو لم يذكه.. يحل.

(ولزم ذبح صيد استأنس) كالضبي إذا تآلف في البيت.. فإنه يذبح؛ لأن ذكاة الاضطرار لا يصار إليها إلا عند العجز عن ذكاة الاختيار، ولا عجز فيما استأنس من الصيد، فيذبح، ولا يكتفي بالجرح، إلا إذا توحش بعد الاستئناس.

(وجاز)؛ أي: يكفي (جرح نَعَم)؛ كالغنم والبقر والإبل والضبي والدجاجة - وهو بفتحتين - (توحش)؛ أي: صار وحشياً بأن صار من أهله، وخرج من أهله إلى البادية، وأن يكتفي فيها بالجرح؛ لأن ذكاة الاختيار تعذرت بالتوحش، فيصار إلى ذكاة الاضطرار، وهو الجرح في أي موضع كان.

(أو تردى)؛ أي: النعم؛ أي: سقط (في بئر إذا لم يمكن ذبحه).. فإنه يكتفي بالجرح؛ لتعذر الذبح.

(ولا يحل الجنين)؛ وهو الولد الذي وجد في بطن أمه من شاة، أو بقرة، أو ناقة، أو غيرها. (بذكاة أمه؛ أشعر أو لا)؛ أي: نبت شعره أو لا.

(وقالا: يحل) بذكاة أمه (إن تم خلقه)، وبه قال الشافعي ومالك، لقوله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه».

ولأبي حنيفة: أن لفظة «ذكاة أمه» منصوب بنزع الخافض، وهو للتشبيه؛ لأن ذبح الأم ليس بسبب لخروج الدم من الجنين؛ بدليل: أنه يتصور بقاؤه بعد موت الأم، وبه قال زفر وحسن بن زياد.

وقال في «الزيلعي» عزواً إلى «النهاية»: إن بقرة لو تعسرت عليها الولادة، فأدخل صاحبها يده فرجها وذبح الولد.. حلّ له أكله.

وإن جرحه في غير موضع الذبح؛ إن كان لا يقدر على مذبحه.. يحل أيضاً، وإن كان يقدر.. لا يحل.

قال في «البزازية»: شق بطن شاة وأخرج ولدها وذبح الولد، ثم الشاة؛ إن كانت الشاة لا تعيش من الشق.. لا يحل، وإلا.. يحل.

* * *

(فَصْلٌ)

[فِيمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ وَمَا لَا يَحِلّ]

وَيحرمُ أَكلُ كلِّ ذِي نَابٍ أَو مخلَب مِن سَبعٍ أَو طيرٍ، وَلَو ضَبَعاً أَو ثعلباً. والحُمُرُ الْأَهْلِيَّةُ، ....

(فَصْلٌ)

(ويحرم أكل كل ذي ناب)؛ أي: السن **(أو مخلب)**؛ أي: الظفر [٦٤٦/أ] **(من سبع أو طير)**؛ أي: يحرم أكل كل حيوان يصيد بالسن أو بالظفر.

وإنما قلنا: يصيد؛ احترازاً عن البعير والنعامة؛ فإن لهما ناباً ومخلباً.

والأصل فيه: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير، رواه مسلم وأبو داود.

والسباع: جمع سبع؛ وهو كل مختطف منتهب جارح عادٍ قاتل عادةً. كذا في «الزيلعي».

ظاهره: أن الاختطاف والانتهاب من فعل سباع البهائم.

لكن قال في «العناية»: إن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل سباع البهائم، وهكذا في «المبسوط».

هذا: لأن طبيعة السباع من البهائم والطيور مذمومة شرعاً؛ فيخشى أن يتولد من لحمها شيء من طباعها، فتحرم؛ إكراماً لبني آدم.

(ولو) وصلية **(ضبعاً)**؛ لأنه من السباع وهو حيوان معروف.

(أو ثعلباً)؛ لأنه ذو ناب.

(والحمر الأهلية)؛ لما رواه البخاري ومسلم: عن أبي ثعلبة أنه قال: حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية.

وذهب بشر المريسي إلى إباحته، ونقل ذلك مستدلاً بما روي عن عائشة

وَالْبِغَالُ، والفيلُ، والضَّبُّ، واليربوعُ، وَابْنُ عِرسٍ، والزنبورُ، والسُّلحفاةُ، والحشراتُ.

وَيكرَهُ الْغُرَابُ الأَبقعُ، ....

رضي الله عنها: أنها سئلت عن ذلك.. فتلت قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ الآية، وبحديث غالب بن أبجر قال لرسول الله ﷺ: لم يبق من مالي إلا حميرات، فقال ﷺ: «كل من سمين مالك» واستدلالاً بحل أكل الحمر الوحشي.

قلنا: الآية على ما قيل: قبل حرمة لحم الحمر الأهلية؛ لأنها مخصصة بحرمة الأشياء المحرمة، فيجوز تخصيصها بما ذكرناه أيضاً.

أما الحديث؛ فلأنه مأول بأكل ثمنها.

وأما الاستدلال؛ فلأن من شرط القياس: أن يكون الفرع منصوصاً عليه، والنص الناهي عن لحوم الحمر الأهلية: قائم ههنا، وهو الذي روينا، فبطل بالقياس.

(والبغال)؛ لأنه من نسل الحمار، فكان كأصله، حتى لو كانت أمه فرساً.. كان على الخلاف المعروف في لحم الفرس؛ لأن المعتبر في الحل والحرمة: الأم فيما تولد من مأكول اللحم وغير مأكول اللحم.

(والفيل)؛ لأنه ذو ناب.

(والضب واليربوع وابن عرس والزنبور والسلحفاة والحشرات)؛ لأنها من الخبائث قال الله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾، وما روي أنه ﷺ: أباح أكله: محمول على ما قبل التحريم، ثم حرم الخبائث.

قال الشافعي: الضب والضبع واليربوع: يجوز أكلها.

والمراد بالحشرات: مثل الحية والعقرب والفأرة والوزغة والضفدع وسام أبرص والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد [٦٤٦/ب] ، ولا بأس بأكل دود الزنبور قبل نفح الروح؛ لأن ما لا روح له.. لا يسمى ميتة، كما في «قاضي خان».

(ويكره الغراب الأبقع)؛ أي: الذي يأكل الجيف.

والغُدافُ، والرُّخَمُ، والبُغاثُ.

وَالْخَيْلُ تَحْرِيماً فِي الْأَصَحِّ.

الغراب ثلاثة أنواع:

نوع يأكل الجيف.. فهو لا يؤكل؛ فإنه خبيث وهو المراد بالأبقع.

ونوع يأكل الحب فقط.. فهو يؤكل.

ونوع يخلط بينهما: يأكل تارة الحب، وأخرى الجيف.. فهو يؤكل عند أبي حنيفة، وهو العقعق، وهو كالدجاج.

وعن أبي يوسف: أنه يكره؛ لأن غالب مأكوله الجيف.

والأول: أصح.

اختلف في الخفافيش:

قيل: يؤكل.

وقيل: لا يؤكل؛ لأن له ناباً.

(والغداف): وهو: غراب القيظ؛ لأنه يأكل الجيف، وإنه من الخبائث؛ وهو: غراب أسود كالفحم.

(والرخم): طير كبير يأكل الجيف في البوادي.

(والبغاث)، قال في «المصباح»: البغاث من الطير: ما لا يصيد، ولا يرغب في صيده؛ لأنه لا يؤكل.

وكذا: لا يؤكل العقاب والصقر والبازي والباشق والشاهين والحدأة من الطيور؛ لأنها ذو مخلب.

(و) يكره (الخيل تحريماً في الأصح).

قيل: كره تنزيهاً.

وجه الأصح: أن أبا حنيفة قال: إذا قلت: في شيء أكرهه.. فرأيي فيه التحريم.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يُكرهُ الْخَيلُ.

وَحلَّ العُقعُقُ، وغرابُ الزَّرْعِ، والأرنبُ.

وَلَا يُؤْكَلُ مِن حَيَوَانِ المَاءِ إِلَّا السَّمكُ بأنواعِهِ؛ كالجريثِ والمارمَاهِيِّ.

وَلَا يُؤْكَلُ الطَّافي مِنْهُ.

(وعندهما: لا يكره الخيل)؛ لما عرف في محله.

(وحل العقعق وغراب الزرع)؛ أبقع كان أو أسود.

والعقعق: طائر طويل الذنب فيه سواد وبياض.

وعن أبي يوسف: أنه يكره؛ لأن غالب أكله الجيف.

وعن محمد: إذا أكل الجيف.. لا يؤكل، وإذا أكل الحب.. يؤكل.

(والأرنب)؛ لما روي: أنه ﷺ: أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدى إليه مشوياً.

(ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك بأنواعه؛ كالجرِّيث)، يقال له: سمكة الرس [مدورة] كالترس.

(والمارماهي) مثل: الحية، وغيرهما من أنواع السمكة.

(ولا يؤكل الطافي منه): وهو: اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا.

والمراد من السمك الطافي: هو الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب، فيعلو الماء.

بخلاف ما إذا مات في الماء لسبب من الأسباب الجارحة، مثل: ضيق المكان بأن سقط في جب ماء أو في حظيرة أو في شبكة الصيد ولم يقدر على الخروج منها فمات.. فإنه يحل أكله ولو كان طافياً على الماء؛ لأنه مات بسبب.

وكذا لو مات بأكل شيء ألقي في الماء لصيد السمك؛ فإنه مات بسبب.

وَإِن مَاتَ لحرٍّ أَو بردٍ.. فَفِيهِ رِوَايَتَانِ.

وَيحلُّ هُوَ وَالْجَرَادُ بِلَا ذكاةٍ.

وَلَو ذبحَ شَاةً لم تُعلَم حَيَاتُهَا فتحرَّكتَ؛ أَو خرجَ مِنْهَا دمٌ.. حلَّت، وإِلَّا.. فَلَا.

وإِنْ عُلِمَتْ.. حلَّت مُطلقاً.

وكذا.. لو مات بقتل طير الماء، أو سمك آخر، أو وجد في بطن سمك آخر، أو لدغ حية ونحوه.

(**وإن مات لحر أو برد.. ففيه روايتان**):

في رواية: أنه يؤكل؛ لأنه مات بسبب حادث [٦٤٧/أ].

وفي رواية أخرى: لا يؤكل؛ لأن الحر والبرد من صفات الزمان ليسا من أسباب الموت غالباً.

(**ويحل هو**)؛ أي: السمك (**والجراد بلا ذكاة**)؛ لقوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان؛ أما الميتتان: فالسمك والجراد، وأما الدمان: فالكبد والطحال».

(**ولو ذبح شاة لم تعلم حياتها فتحركت أو خرج منها دم.. حلت، وإلا.. فلا**).

(**وإن علمت**) حياتها (**.. حلت مطلقاً**)؛ أي: تحركت أو لا، خرج الدم أو لا، وهذا: لأن الحركة وخروج الدم لا يكونان إلا من الحي؛ لأن الميت لا يتحرك، ولا يخرج منه الدم، فيكون وجود أحدهما: علامة الحياة فيه.. فيحل، وعدمهما: علامة الموت.. فلا تحل.

إلا إذا علم حياتها عند الموت.. فتحل؛ لأن الأصل: بقاء ما كان على ما كان، فلا يحكم بزوال الحياة بالشك.

* * *

(كتاب الأضحية)

(كتابُ الأُضْحِيَّةِ)

هِيَ وَاجِبَةٌ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: سنَّةٌ.

وَقيلَ: هُوَ قَوْلُهمَا.

(كِتَابُ الأُضْحِيَّة)

وهي: في اللغة: اسم ما يذبح في يوم الأضحى؛ على وزن أفعولة في أصله، اجتمعت الواو والياء، وسبقت إحداهما بالسكون، وهو الواو، فقلبت الساكن ياء وأدغمت الياء في الياء؛ وكسرت الحاء؛ لثبات الياء فصار أضحية.

وفي الشريعة: عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص، وهو يوم الأضحى.

وشرائطها: سيأتي ذكرها في أثناء الكلام.

وسببها: دخول وقت الأضحى كما في الصلاة، وقد عرف في الأصول.

وصفتها: الوجوب في الأصح.

ولهذا قال: **(هي واجبة)**؛ أي: بالقدرة المتمكنة؛ بدليل: أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر، ثم افتقر.. كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها، ولا تسقط عنه الأضحية؛ فلو كانت واجبة بالقدرة الميسرة.. لكان دوامها شرطاً؛ كما في الزكاة والعشر والخراج.. حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة.

(وعن أبي يوسف: سنة) مؤكدة.

(وقيل: هو)؛ أي: كونه سنة **(قولهما)**؛ أي: قول أبي يوسف ومحمد.

ذكره الطحاوي وغيره؛ مستدلين بقوله ﷺ: «إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي.. فليمسك عن شعره وأظفاره»، رواه مسلم.

وَإِنَّمَا تجبُ على: حُرٍّ، مُسلِمٍ، مُقيمٍ، مُوسِرٍ، عَن نَفسِهِ، لَا عَن طِفْلِهِ.

والإرادة: تنافي الوجوب، ولأنها لو كانت واجبة.. وجبت على المقيم والمسافر كالزكاة وصدقة الفطر؛ لأنهما لا يختلفان في العبادة المالية.

وجه الوجوب: قوله ﷺ: «من وجد سعة ولم يضح.. فلا يقربن مصلّانا» رواه أحمد وابن ماجه، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، ولأنه ﷺ أمر بإعادتها [٦٤٧/ب] بقوله: «من ضحى قبل الصلاة.. فليعد»، والأمر للوجوب، وإنما لم تجب على المسافر؛ لأن أداءها يختص بأشياء تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت.. فلا تجب عليه؛ لدفع الحرج عنه كالجمعة.

بخلاف الزكاة وصدقة الفطر؛ فإنهما لا يفوتان بمضي الوقت.

والمراد بالإرادة فيما رواه: ضد السهو، لا التخيير؛ لأنه غير مخير إجماعاً؛ لأن التخيير يقع في المباح.

(وإنما تجب على حر مسلم مقيم موسر).

أما اشتراط الحرية: فلأنها قربة مالية، فلا تؤدى إلا بالمال، والمالك: هو الحر لا العبد؛ إذ لا ملك للعبد.

وأما الإسلام: فلأن القربة لا تتأدى إلا من المسلم؛ لأن الكافر ليس أهلاً للقربة إلى الله.

وأما الإقامة: فلما ذكرناه من قبل.

وأما اليسار: فلما روينا، ولأن العبادة لا تجب إلا على القادر، والقدرة في العبادة المالية: بالغنى لا بالفقر.

(عن نفسه)؛ لأنه أصل في الوجوب عليه، **(لا عن طفله)**؛ أي: لا تجب عن أولاده الصغار في ظاهر الرواية، وعليه الفتوى؛ لأنه قربة محضة، والأصل في العبادات: أن لا تجب على أحد بسبب غيره.

بخلاف صدقة الفطر؛ لأن فيها معنى المؤونة، والسبب فيها رأس يمونه ويلي

وَقِيل: تجبُ عَنهُ أَيْضاً.

وَقِيل: يُضحِّي عَنهُ أَبوهُ أَو وَصِيُّهُ مِن مَالِهِ، فيطعِمُ مِنْهَا مَا أَمكنَ، ويستبدِلُ بِالْبَاقِي مَا يُنْتَفعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ.

عليه، وهذا المعنى: متحقق في حق الولد في صدقة الفطر دون الأضحية؛ فلهذا: لا تجب عليه عن عبده، وصدقة الفطر تجب عليه عنه.

(وقيل: تجب عنه)؛ أي: عن طفله (أيضاً)؛ أي: كما تجب عن نفسه، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وذلك: لأنه في معنى نفسه، فيلحق به كما في صدقة الفطر.

فعلى هذه الرواية: لو ولد له ولد في أيام النحر [.. فعلى الروايتين المذكورتين في اليسار فيها، والأول: ظاهر الرواية][1].

والمعتبر: يساره وإعساره في ذلك اليوم.

(وقيل: يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله)؛ أي: مال الطفل إن كان له مال.

(فيطعم)؛ أي: يطعم أبوه أو وصيه إياه (منها)؛ أي: من الأضحية التي هي من مال الطفل (ما أمكن) إطعامه إياه (ويستبدل بالباقي ما ينتفع به مع بقائه)؛ أي: بقاء عينه؛ كالثوب والخف والفرو والفأس والمنخل ونحوها، وهذا اختيار شمس الإسلام؛ وهو رواية ابن سماعة عن محمد، وجعله صاحب «الهداية» أصح.

لكن قال: في «الكافي»: الأصح: أنه لا يجب ذلك على الصغير، وليس للأب أن يفعله من مال الصغير أيضاً.

وقال في «قاضي خان»: وليس على الرجل أن يضحي عن أولاده الكبار وامرأته إلا بإذنهم.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز بغير أمرهم استحساناً.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزيلعي» (٣/٦).

وفي الولد الصغير عن أبي حنيفة روايتان:

في ظاهر الرواية: يستحب، ولا يجب، بخلاف صدقة [٦٤٨/أ] الفطر؛ فإنها تجب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجب أن يضحي عن ولده، وعن ولد ولده الذي لا أب له.

والفتوى: على ظاهر الرواية.

فإن كان للصغير مال.. قال بعض مشايخنا: يجب على الأب والوصي في قول أبي حنيفة: أن يضحي من مال الصغير؛ قياساً على صدقة الفطر، ولا يتصدق بلحمه، بل يأكل الصغير؛ فإن فضل شيء يمكن ادخاره.. يشتري بذلك ما ينتفع بعينه.

وعلى الرواية التي لا يجب في مال الصغير: ليس للأب والوصي أن يفعل ذلك.

فإن فعل الأب.. لا يضمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعليه الفتوى.

ويضمن في قول محمد وزفر أيضاً [وإن فعل الوصي.. يضمن في قول محمد وزفر][1].

واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.. قال بعضهم: لا يضمن كما لا يضمن الأب.

وقال بعضهم: إن كان الصبي يأكل.. لا يضمن، وإلا.. يضمن.

والمعتوه والمجنون في هذا بمنزلة الصبي.

أما الذي يجن ويفيق.. فهو كالصحيح.

ولو كان الصحيح مسافراً، وله ولد صغير في وطنه.. لا يجب على المسافر أن يضحي عن نفسه.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٣/٦).

وَهِي: شَاةٌ، ....

وعلى الرواية التي يجب على الأب أن يضحي عن ولده الصغير: يجب على المسافر أن يضحي عن ولده؛ فإن مات ولده في أيام النحر.. سقطت أضحيته. انتهى.

(وهي:) أي: الأضحية شروع في بيان ما يجوز من الأضحية وما لا يجوز.

قال في «الفتاوى»: تجوز من أربع من الحيوان: الشاة، والمعز، والبقر، والإبل، ذكورها وإناثها، وكذا الجاموس؛ لأنه نوع من البقر الأهلي.

وإن ندت الأهلية وتوحشت، فرماها عن الأضحية.. جاز.

ولا يجوز الوحشي.

والذي تولد من الوحشي والأهلي؛ إن كانت الأم أهلية.. جاز. كذا في «قاضي خان».

(شاة) ذكر أو أنثى، لكن الذكر منها: أفضل إذا كان خصياً.

والثني منها فصاعداً: جائز.

ولا يجوز ما دون ذلك من كل شيء؛ إلا الجذع العظيم من الضأن؛ كذا في «الخلاصة» وسيأتي تفصيله.

وكذا: يجوز المعز؛ لأنه نوع من الشاة، والذكر منه أفضل أيضاً.

ولو نزا كلب على شاة فولدت.. قال عامة العلماء: لا يجوز.

وقال الإمام الخيزاخيزي: إن كان شبه الأم يجوز.

ولو نزا شاة على ظبي.. قال الإمام الخيزاخيزي: إن كان شبه الأب.. يجوز.

ولو نزا ضبي على شاة.. قال عامة العلماء: يجوز.

وقال الإمام الخيزاخيزي: العبرة للمشابهة. كذا في «الخلاصة».

وقال فيه أيضاً: الغنم أفضل من المعز.

واختلفوا في أن البقرة أفضل أم الشاة الواحدة:

أَو بَدَنَةٌ، ....

قال بعضهم: إذا كانت قيمة الشاة [٦٤٨/ب] أكثر من قيمة البقرة.. فالشاة أفضل؛ لأن الشاة كلها يكون فرضاً، والبقرة سبعها يكون فرضاً، والباقي نفل، وما كان كله فرضاً: أولى.

وقال بعضهم: البقرة أفضل؛ لأنها أكثر لحماً، وإن ذبحت عن واحد.. تكون كلها فرضاً.

وقال أبو حفص الكبير: البقرة أفضل من الشاة إذا استويا في القيمة؛ لأنها أعظم وأكبر.

والشاة أفضل من سبع البقرة إذا استويا في القيمة واللحم.

والبقرة أفضل من ست شياه إذا استويا في القيمة.

وسبع شياه أفضل من البقرة.

والأصل فيه: أنهما إذا استويا في القيمة واللحم.. فأطيبهما لحماً أفضل.

وإن اختلفا.. فالفاضل أولى.

حتى إنَّ الفحل بعشرين - وهو قيمته -: أفضل من خصي بخمسة عشر.

وفي «الفتاوى»: شاة واحدة للأضحية بثلاثين درهماً: أفضل من شراء شاتين بثلاثين درهماً، وشراء شاة بعشرين: أفضل من شراء شاتين بعشرين.

ولو ولدت شاة الأضحية ولداً.. كان عليه أن يذبح ولدها أيضاً.

فإن ترك الولد إلى العام القابل وضحاه عن السنة القابلة.. لا يجوز.

فإن كانت قيمة الولد في السنة الأولى: درهمين، فتصدق بدرهمين بعدما مضت أيام النحر من السنة الأولى، وكبر الولد في العام القابل، فصارت قيمته عشرين، وضحى بها عن القابل.. جاز. كذا في «قاضي خان».

(أو بدنة)، الأنثى منها: أفضل، ولا يجوز منها إلا الثني.

أَو سُبُعُ بَدَنَةٍ، ....

(أو سُبُع) بضم السين (بدنة)، والقياس: أن لا تجوز البدنة كلها إلا عن واحد؛ لأن الإراقة قربة واحدة، وهي لا تتجزأ، إلا أنا تركناه بالأثر، وهو ما روي عن جابر أنه قال: نحرنا مع رسول الله البقر عن سبعة، والبدنة عن سبعة.

ولا نص في الشاة.. فبقي على أصل القياس.

والتقدير بالسُّبُع: لنفي الزيادة لا لنفي النقصان، حتى لو ضحى بقرة أو بدنة عن اثنين أو ثلاثة أو ستة.. جاز، على ما ذكره محمد في «الأصل»؛ لأنه لما جاز عن سبعة.. فعن أقل منها: أولى.

ولا يجوز عن ثمانية وما فوقها؛ لعدم النقل فيه، فيبقى على الأصل.

أطلق السبعة، فشمل: ما إذا كان واحد منهم الأب والباقي أولاده كما في «قاضي خان»؛ حيث قال: ولو ضحى غني بدنة عن نفسه، وعن ستة من أولاده.. ليس هذا في ظاهر الرواية.

وقال الحسن بن زياد في كتاب الأضحية: له ذلك إن كان أولاده صغاراً.. جاز عنه وعنهم جميعاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وإن كانوا كباراً:

إن فعل بإذنهم.. جاز عن الكل في [٦٤٩/أ] قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وإن فعل بغير أمرهم، أو بغير أمر بعضهم.. لا يجوز عنه ولا عنهم في قولهم جميعاً؛ لأن نصيب من لم يأمر.. صار لحماً، فصار الكل لحماً.

وفي قول الحسن بن زياد: إذا ضحى بدنة عن نفسه، وعن خمسة من أولاده الصغار، وعن أم ولده بأمرها أو بغير أمرها.. لا يجوز عنه ولا عنهم.

وقال أبو القاسم: يجوز عن نفسه.

سبعة اشتركوا في تضحية البقرة، ومعهم صبي ضحى عنه أبوه، أو معتوه ضحى عنه أبوه، أو أم ولد مسلمة ضحى عنها مولاها.. جاز الكل.

بأنِ اشْتركَ مَعَ سِتَّةٍ فِي بقرةٍ أَو بعيرٍ، وكلٌّ يُرِيدُ الْقُرْبَةَ، ....

وهل يجوز اشتراك الحي مع الميت؟

ففي «الخلاصة» نقلاً عن «الأصل»: سبعة اشتركوا في بقرة أو بدنة، ثم مات بعضهم قبل أن ينحروا، فقال ورثته: انحروها عنكم وعن فلان الميت.. يجزيهم استحساناً.

وهل يأكل ورثة الميت نصيب الميت أو يتصدق؟

ففي «الخانية»: إن الورثة يحل لهم أكل نصيب الميت في رواية، وهو المختار.

وفي رواية: لا يأكلون، بل يتصدقون.

واعلم: أنه لو قال: «أو سبع بدنة أو بقرة».. لكان أوفق لبيانه بقوله: (**بأن اشترك مع ستة في بقرة أو بعير**).

بخلاف الشاة.. فإنه لا يجوز الاشتراك فيها؛ لعدم النص فيها، بل تقع عن واحد.

(**وكل**)؛ أي: كل واحد من السبعة (**يريد القربة**)، حتى لو نوى أحدهم اللحم.. بطل الكل.

ولا يلزم اتفاق جهة القربة، حتى لو نوى بعض الشركاء: الأضحية، وبعضهم: هديَ المتعة، وبعضهم: هديَ القِران، وبعضهم: جزاء الصيد، وبعضهم: دم العقيقة لولادة ولد له في عامه ذلك.. جاز عن الكل في ظاهر الرواية.

وعن محمد في «النوادر» كذلك.

وعن أبي يوسف في «الأمالي»: الأفضل أن يكون الكل من جنس واحد؛ فإن كان مختلفاً وكل واحد متقرب إلى الله.. جاز.

وعن أبي حنيفة أنه قال: أكره ذلك؛ فإن فعلوا.. جاز.

وقال زفر: لا يجوز، ويكون الكل لحماً. كذا في «قاضي خان».

وَهُوَ مِن أَهلِهَا، وَلَم ينقُص نصيبُ أَحدِهم عَن سُبُعٍ.

فَلَو أَرَادَ أحدُهم بِنَصِيبِهِ اللَّحْمَ، أَو كَانَ كَافِراً، أَو نصِيبُهُ أَقلَّ مِن سُبُعٍ.. لَا تجوزُ عَن وَاحِدٍ مِنْهُم.

وَيجوزُ اشْتِرَاكُ أَقلَّ مِن سَبْعَةٍ، وَلَوِ اثْنَيْنِ.

وَيُقسَمُ لَحمُهَا وزناً، لَا جُزَافاً؛ إِلَّا إِذا خُلِطَ بِهِ مِن أكارِعِه أَو جلده.

وفيه أيضاً: سبعة اشتروا البقرة للأضحية، فنوى أحدهم الأضحية عن نفسه هذه السنة، ونوى أصحابه الأضحية عن السنة الماضية.. قالوا: تجوز الأضحية عن هذا الواحد، ونية أصحابه السنة الماضية: باطلة، وصاروا متطوعين، ووجبت الصدقة عليهم بلحمها وعلى الواحد أيضاً؛ لأن نصيبه شائع.

ولو اشترى بقرة للأضحية، ونوى سبعها منها لعامه هذا، وستة أسبابها عن السنين الماضية.. لا يجوز عن الماضية، ويجوز عن عامه هذا.

ولو نوى بعض [٦٤٩/ب] الشركاء التطوع، وبعضهم الأضحية للعام الماضي الذي صار ديناً عليه، وبعضهم الأضحية الواجبة من عامه هذا.. جاز الكل، ويكون عن الواجب عمن نوى الواجب عن عامه ذلك، ويكون تطوعاً عن الذي نوى القضاء عن العام الماضي، ولا يجوز عن قضائه، بل يتصدق بقيمة شاة وسط لما مضى.

(**وهو من أهلها**)؛ أي: من أهل القربة، حتى لو كان أحد الشركاء كافراً.. لا يجوز عن الكل.

(**ولم ينقص نصيب أحدهم عن سبع؛ فلو أراد أحدهم بنصيبه اللحم، أو كان كافراً، أو**) كان (**نصيبه أقل من سبع.. لا تجوز**) في كل من هذه الصور (**عن واحد منهم**)؛ لفقد الشرط.

(**ويجوز اشتراك أقل من سبعة ولو**) وصلية (**اثنين**) لما ذكرناه.

(**ويقسم لحمها وزناً**) لأنه وزني (**لا جزافاً**).

(**إلا إذا خلط به من أكارعه أو جلده..**) فإنه حينئذ يصرف الجنس إلى خلافه،

وَلَو شرى بَدَنَةً للأُضحيةِ ثمَّ اشتركَ فِيهَا سِتَّةٌ.. جَازَ اسْتِحْسَاناً.

والاشتراكُ قبلَ الشِّرَاءِ أَحَبُّ.

وَأَوَّلُ وَقتِهَا: بعدَ فجرِ النَّحْرِ.

وَلَا يذبحُ فِي الْمصرِ قبلَ صَلَاةِ الْعِيدِ.

فيعرى عن شبهة الربا.

(**ولو شرى بدنة للأضحية، ثم اشترك فيها ستة**) أخرى (**.. جاز استحساناً**).

والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه أعدها للقربة، فيمنع عن بيعها تمولاً، وفي الاشتراك: ذلك.. فلا يجوز.

وجه الاستحسان: أنه قد يجد بقرة سمينة، وقد لا يظفر بالشركة وقت الشراء فيشتريها، ثم يطلب الشركاء، ولو لم يجز ذلك لحرجوا، وهو مدفوع.

(**والاشتراك قبل الشراء أحب**)؛ لبعده عن الخلاف ومن صورة الرجوع عن القربة.

(**وأول وقتها**)؛ أي وقت الأضحية: (**بعد**) طلوع (**فجر**) يوم (**النحر، ولا يذبح في المصر**) احترز به عن القرى كما يظهر لك وجهه (**قبل صلاة العيد**)؛ يعني: لا يجوز لأهل المصر أن يذبحوا أضحيتهم قبل صلاة العيد، ويجوز لأهل القرى، والأصل فيه: قوله ﷺ: «من ذبح قبل الصلاة.. فليعد ذبيحته، ومن ذبح بعد الصلاة.. فقد تم نسكه، وأصاب سنة المسلمين».

قالوا: هذا في حق من عليه صلاة العيد؛ كيلا يشتغل عنها بها، ولا معنى للتأخير عن القروي؛ إذ لا صلاة عليه.

ثم المعتبر في ذلك: مكان الأضحية لا مكان المضحي، حتى لو كانت الأضحية في السواد، والمضحي في المصر.. يجوز الأضحية كما انشق الفجر.

وفي عكسه: لا يجوز إلا بعد الصلاة.

وحيلة المصري إذا أراد التعجيل: أن يبعث بها إلى خارج المصر في موضع

يجوز للمسافر أن يقصر فيه، فيضحي فيه كما طلع الفجر؛ لأن وقتها من طلوع الفجر.

وإنما أخرت إلى ما بعد الصلاة في المصر؛ لما ذكرناه.

وهذا: لأن الأضحية تتعلق بالمال لا بالذمة كالزكاة، فيصير فيها مكان المحل، لا مكان الفاعل [٦٥٠/أ].

بخلاف صدقة الفطر؛ فإنها تتعلق بالذمة لا بالمال، فيعتبر فيها مكان الفاعل لا مكان المحل؛ لأن المال ليس بمحل لها، حتى لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر من يوم الفطر.

ولو ضحى بعدما صلى العيد أهل المسجد، قبل أن يصلي أهل الجبانة.. أجزأه استحساناً؛ لأنها صلاة معتبرة.

وإن كان على العكس.. قيل: على القياس والاستحسان أيضاً.

وقيل: يجوز قياساً واستحساناً؛ لأن المسنون في صلاة العيد: الخروج إلى المصلى، فكان أصلاً، والآخر كالخلف عنه.

ولو ضحى بعدما قعد الإمام قدر التشهد قبل أن يسلم.. لم يجز في ظاهر الرواية.

ويجوز في رواية الحسن.

ولو لم يصل الإمام العيد في اليوم الأول.. أخروا التضحية إلى الزوال، ثم ذبحوا؛ إذ لا تجزيهم التضحية ما لم يصل الإمام، إلا بعد الزوال.. فحينئذٍ تجوز؛ لخروج وقتها.

وكذا في اليوم الثاني: لا يجزئهم قبل الزوال.

وقيل: في الغد وبعد الغد: يجوز قبل الصلاة؛ لأنه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في الأول، والصلاة في الغد: تقع قضاء لا أداء.. فلا يظهر هذا في حق التضحية.

وَآخِرُهُ: قُبَيلَ غرُوبِ الْيَوْمِ الثَّالِثِ.

ولو صلى الإمام، ثم تبين أنه صلى بغير طهارة.. تعاد الصلاة دون الأضحية.

ولو وقعت في البلد فتنة، ولم يبق فيها وال يصلي بهم العيد، فضحوا بعد طلوع الفجر.. أجزأهم؛ لأن البلد صارت حينئذ في هذا الحكم كالسواد.

ولو شهدوا عند الإمام أنه يوم العيد فصلى، ثم انكشف أنه يوم عرفة.. أجزأتهم التضحية؛ لأنه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ، فيحكم بالجواز؛ صيانة لهم.

بخلاف ما إذا صلى بغير شهادة.

ثم أيام النحر: ثلاثة، وأيام التشريق: ثلاثة أيضاً، والكل يمضي بمضي أربعة أيام.

أولها: نحر لا غير، وآخرها: تشريق لا غير، والمتوسطان: نحر وتشريق.

والتضحية في أيام النحر: [أفضل](١) من التصدق بثمن الأضحية؛ لأنها تقع واجبة عند البعض، وسنة عند البعض، والتصدق بالثمن: تطوع محض، فكانت هي أفضل، ولأنها تفوت بفوات وقتها، والتصدق لا يفوت. كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(وآخره)؛ أي: آخر وقتها: **(قبيل غروب اليوم الثالث)**، وهو الثاني عشر من ذي الحجة.

إلا أن الأفضل: الذبح في العاشر، ثم الثاني، ثم الثالث.

وفيه إشارة: إلى أن التضحية تجوز في الليلتين الأخيرتين لا الأولى؛ لأن الليل تابع النهار والمستقبل، إلا في أيام الأضحية؛ فإن الليل فيها [٦٥٠/ب] تابع لنهار ماض كما في «شرح النقاية» نقلاً عن «المضمرات».

واستشكل عليه بليلة اليوم الرابع؛ فإنه ليس بوقت للأضحية بلا خلاف، ولو كان تابعاً لنهار ماض.. لكان وقتاً لها.

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٥/٦).

وَاعْتُبِرَ آخِرُهُ لِلْفَقرِ، وضدِّهِ، والولادةِ وَالْمَوْتِ.

وأَوَّلُها: أَفضلُهَا.

وأجيب: بأن المراد: فيما بين أيام الأضحية.

قال في «قاضي خان»: ويجوز في الليلتين الحادية عشرة والثانية عشرة، لكنه يكره.

(واعتبر آخره)؛ أي: آخر وقتها (للفقر وضده)؛ أي: الغنى، حتى لو كان غنياً في أول وقتها، ثم صار فقيراً في آخره.. لا يجب عليه الأضحية؛ لسقوطها بالفقر.

ولو كان فقيراً في أول وقتها، ثم أيسر في آخره.. تجب عليه الأضحية؛ لأن السببية إنما تتقرر في آخر الجزء، فيعتبر هو لا ما قبله، وقد تقدم بيانه في الصلاة.

(والولادة والموت)؛ فلو مات في آخر الوقت.. سقطت الأضحية عنه، حتى لا يجب عليه الإيصاء.

ولو ولد في آخر الوقت.. فعلى أبيه أن يضحي عنه.

وكذا: لو أسلم الكافر، أو بلغ الصبي، أو أقام المسافر في آخر الوقت.. وجبت الأضحية عليه.

ولذا: قال في «قاضي خان»: موسر اشترى شاة للأضحية في أول أيام النحر ولم يضح حتى افتقر قبل مضي أيام النحر، أو أنفق حتى انتقص النصاب.. سقطت عنه الأضحية.

وإن افتقر بعدما مضت أيام النحر.. كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها، ولا تسقط عنه الأضحية. انتهى.

(وأولها: أفضلها)؛ يعني أن الأضحية جائزة في ثلاثة أيام: يوم النحر ويومان بعده؛ لما روي عن عمر وعلي وابن عباس: أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة؛ أفضلها: أولها.

وَكُرِهَ الذَّبْحُ لَيْلاً.

فَإِن فَاتَ وَقتُهَا قَبلَ ذَبحِهَا.. لَزِمَ التَّصَدُّقُ بِعَينِ الْمَنْذُورَة حَيَّةً.

وَكَذَا: مَا شراها فَقِيرٌ للتَّضحيةِ.

والغنيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهَا؛ شراها أَو لا.

فكلام المصنف مقلوب عنه، وإنما كان أولها أفضلها؛ لما فيه من المسارعة إلى أداء القربة.

(وكره الذبح ليلاً).

أما جوازه فيه: فلأن الليالي تتبع الأيام، وأما الكراهة: فلاحتمال الغلط في ظلمة الليل.

(فإن فات وقتها)؛ أي: وقت الأضحية (قبل ذبحها.. لزم التصدق بعين المنذورة حية، وكذا ما شراها فقير للتضحية، والغني: يتصدق بقيمتها؛ شراها أو لا).

يعني: لو مضى أيام النحر ولم يضحّ.. فلا يخلو:

إما إن أوجب على نفسه، بأن قال: «لله علي أن أضحي بهذه الشاة»؛ سواء أكان الموجِب فقيراً أو غنياً، أو لم يوجب.

فإن أوجب على نفسه.. يلزمه أن يتصدق بعين المنذورة؛ فقيراً كان الموجب أو غنياً.

وإن لم يوجب على نفسه:

فإن كان فقيراً وقد اشترى شاة بنية الأضحية.. يلزمه أن يتصدق بما اشتراه بنيتها حية أيضاً.

وإن كان غنياً ولم يوجب على نفسه شاة بعينه.. يلزمه تصدق قيمتها، اشترى لها، أو لم يشتر.

وهذا: لأنها وجبت [٦٥١/أ] على الغني بغناه؛ اشترى أو لم يشتر؛ فإذا فات الوقت.. لزمه تصدق قيمتها.

وأما على الفقير.. فإنما وجب عليه إما بالشراء أو بالإيجاب، فتعين بذلك عليه فيتصدق بعينه بعد فوت الوقت.

وكذا: إذا أوجبها الغني.. يلزمه أن يتصدق عين المنذورة.

وأما ما وجب عليه بسبب غناه من الأضحية.. فإنه يجب عليه أن يتصدق عين الشاة أو قيمتها.

قال في «الزيلعي»: ولا يجب على الغني من الأضحية أكثر من الواجب، [إلا إذا التزم التضحية بالنذر، وعنى][1] به غير الواجب في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار.. فحينئذٍ يجب عليه أن يتصدق بالمنذور مع الواجب الذي في ذمته.

وكذا إذا أطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته.. يجب عليه غيره معه.

وإن أراد به الواجب بسبب اليسار.. لا يلزمه غيره؛ لأن النذر إيجاب ينصرف إلى غير الواجب ظاهراً، ولكن يحتمل الصرف إلى الواجب؛ تأكيداً له، ونظيره: النذر بالحج وعليه حجة الإسلام.. فإنه يلزمه حجة أخرى، إلا إذا عنى به ما هو الواجب عليه. انتهى.

وهل تصير أضحية بمجرد نية الأضحية، وبغير إيجاب، أو لا؟

فهذه على وجوه ثلاثة:

الأول: إذا اشترى شاة ينوي بها الأضحية.

والثاني: أن يشتري بغير نية الأضحية، ثم نوى الأضحية.

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزيلعي» (٦/٥).

والثالث: أن يشتري بغير نية، ثم يوجب بلسانه أن يضحي، فيقول: لله علي أن أضحي بها عامنا هذا.

ففي الوجه الأول: لا تصير أضحية في ظاهر الرواية، ما لم يوجبها بلسانه.

وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنها تصير أضحية بمجرد النية؛ كما لو أوجبها بلسانه، وبه أخذ أبو يوسف وبعض المتأخرين.

وعن محمد في «المنتقى»: إذا اشترى شاة ليضحي بها، وأضمر نية التضحية عند الشراء.. تصير أضحية.

وفي الوجه الثاني: لم يذكر في ظاهر الرواية شيء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنها لا تصير أضحية، حتى لو باعها.. يجوز بيعها، وبه نأخذ.

وفي الوجه الثالث: تصير أضحية في قولهم، كذا في «قاضي خان».

وقال في «الخلاصة»: لو نذر في الأضحية بأن قال: لله علي أن أضحي بهذه الشاة.. تجب عليه بالإجماع.

وأجمعوا: أنها لا تصير واجبة بمجرد النية، حتى لو نوى أن يضحي بهذه الشاة، ولم يذكر بلسانه شيئاً.. لا يجب.

وبالشراء بنية الأضحية؛ إن كان المشتري غنياً.. لا يجب عليه باتفاق الروايات، حتى لو باعها واشترى أخرى بثمنها، والثانية [٦٥١/ب] شر من الأولى.. جاز ولا يجب عليه شيء.

وإن كان المشتري فقيراً.. قال في «شرح الشافي»: من اشترى شاة ليضحي بها.. تعينت لها بالنية عند الطحاوي.

قال: ومذهب الجمهور: أنها لا تصير لها، إلا أن يقول: على أن يضحي بها؛ لأن نفس النية غير موجبة، هكذا ذكره شمس الأئمة الحلواني.

وذكر الإمام خواهر زاده: في ظاهر الرواية عن أصحابنا: تصير واجبة، وهكذا ذكره الطحاوي.

وفي «الزيادات» في كتاب الهبة: رجل اشترى شاة فأوجبها أضحية.. وجبت عليه؛ موسراً كان أو معسراً.

واختلف المشايخ في قوله: «فأوجبها أضحية».. قال بعضهم: أوجبها بلسانه بعد الشراء، فيقول: لله علي أن أضحي بهذه الشاة.

وقال بعضهم: أراد به: أنه اشتراها بنية الأضحية، وقوله: أوجبها؛ أي: بذلك الشراء.

قال: وظاهر المذهب هذا. إلى هنا كلام «الخلاصة».

وقال في «القهستاني»: اعلم: أن وجوب الأضحية بالشراء فصل اختلفت فيه الروايات والمشايخ، فقال بعضهم: إن كلام «الزيادات» دال على أن شراء الموسر والمعسر موجب لها.

وكلام «النوادر»: على أن شراء المعسر غير موجب، على ما روي عن الشيخين.

وذكر شيخ الإسلام: أن شراء الموسر: غير موجب باتفاق الروايات.

وشراء المعسر: موجب في ظاهر الرواية.

وروى «الزيلعي»: أنه غير موجب، وهو المختار عند السرخسي.

وذكر الحلواني: أن شراء المعسر غير موجب في ظاهر الرواية.

وروى الطحاوي: أنه موجب؛ كما في «الظهيرية».

وذكر في «المشارع»: أنه من اشترى شاة.. تعينت بالنية عند الطحاوي، ولم تتعين عند الجمهور. انتهى كلام القهستاني.

بقي: أن الفقير إذا اشترى شاة للأضحية، فسرقت أو ماتت.. فهل يلزمه شراء أخرى للأضحية؟

ففي «الفتاوى»: إنها لا تلزم.

والغني إذا سرقت شاة الأضحية أو ضلت.. يجب عليه أخرى؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء تناول هذا المعين، فوجب التضحية به؛ فإذا سرق المعين.. سقط الواجب، والواجب على الغني: بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب تضحية هذا المعين.. فلا يسقط الواجب بهلاك هذا المعين.

هذا، والفقير إذا اشترى مكان المسروق أخرى مع عدم وجوبه عليه، ثم وجد الأولى.. فهل يجب عليه أن يضحي بهما؟

ففي «الفتاوى» أيضاً: إنه يجب عليه أن يضحي بهما.

بخلاف الغني؛ فإنه إذا سرقت الشاة، فاشترى مكانها أخرى [٦٥٢/أ]، ثم وجد الأولى.. لا يجب عليه إلا واحدة منهما.

والفرق: أن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء للأضحية قد تعدد، فيتعدد الوجوب.

وعلى الغني: الوجوب بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب إلا أضحية واحدة.

وقيل: إن أوجب الثانية بدلاً عن الأولى.. له أن يذبح أيتهما شاء، من غير فرق بين الفقير والغني.

أما إذا أوجبها إيجاباً مبتدأ بعد شراء الأولى.. فعليه أن يضحي بهما.

قال في «الخلاصة»: وفي «الأصل»: اشترى أضحية، ثم باعها.. جاز في ظاهر الرواية.

ولو اشترى مثلها وضحى بها:

إن كانت الثانية مثل الأولى أو خيراً منها.. جاز، ولا يلزمه شيء آخر.

وَإِنَّمَا يجزئُ فِيهَا: الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ، والثنيُّ فَصَاعِداً مِنَ الْجَمِيعِ.

وإن كانت دون الأولى.. تصدق بفضل ما بين القيمتين.

قال الإمام السرخسي: ومن أصحابنا من قال: هذا إذا كان المشتري فقيراً؛ فإن كان غنياً.. ليس عليه أن يتصدق بفضل القيمة.

قال: والأصح عندي: أن الغني والفقير سواء. انتهى.

(**وإنما يجزئ فيها**)؛ أي: في الأضحية: (الجَذَع) بفتحتين (من الضأن)، وهذا ذوات من الغنم.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «نعمت الأضحية: الجذع من الضأن».

قال في «الهداية»: قالوا: وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو اختلف اثنان يشتبه على الناظر من بعيد، والجذع من الضأن: ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء.

وذكر الزعفراني: أنه ابن سبعة أشهر، وعنه: ثمانية أو تسعة.

وإنما قال: في مذهب الفقهاء؛ لأن عند أهل اللغة:

الجذع من الشاة: ما تمت له سنة، قال في «المغرب»: الجذع من البهائم قبل الثني، إلا أنه من الإبل قبل السنة الخامسة، ومن البقر والشاة: ما دخل في السنة الثانية، ومن الخيل في الرابعة.

وعن الأزهري: الجذع من المعز: لسنة، ومن الضأن: لثمانية أشهر.

هذا، وإنما قيد بقوله: «من الضأن»؛ لأن الجذع من المعز: لا يجوز، وكذا من غيره؛ كذا في «شرح النقاية» و«شرح المجمع».

(**والثني فصاعداً من الجميع**)؛ أي: من الضأن والمعز والإبل والبقر.

الثني من الضأن والمعز: ابن سنة.

ومن البقر: ابن سنتين.

ومن الإبل: خمس سنين، كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

وَتجوزُ الْجَمَّاءُ، والخَصيُّ، والثَّولاءُ، والجَرباءُ السمينةُ.

(**وتجوز الجمَّاء**)، وهي: التي لا قرن لها؛ لأن القرن لا يتعلق به مقصود، ألا ترى أن التضحية بالإبل جائزة، ولا قرن لها.

وفي «الزيلعي»: وكذا بمكسورة القرن، بل أولى من الجماء. انتهى.

ولا بد أن يقيد الكسر بما لم يبلغ [٦٥٢/ب] المخ؛ لما قال في «الخلاصة»: والتي لا قرن لها من الأصل: تجوز؛ فإن انقطع وانكسر بعض قرنها.. يجوز، إلا إذا بلغ المخ.

(**والخَصِيّ**)؛ أي: منزوع الخصيتين.

(**والثولاء**)؛ أي: المجنونة؛ إن كانت سمينة، على ما في «الخلاصة».

(**والجرباء السمينة**)؛ لأن الجرب في الجلد، ولا نقصان في اللحم في السمينة، بخلاف ما إذا كانت مهزولة؛ لأن الجرب حينئذ في اللحم فينتقص.

قال في «الخلاصة»: وفي «نظم الزند وستي»: خمس عشرة من العيوب: لا تمنع جواز الأضحية:

منها: أن يكون لا أسنان لها، إن كانت تعتلف في ظاهر الأصول، وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز مطلقاً.

والتي لا لسان لها في الغنم: تجوز، وفي البقر: لا؛ لأن الغنم يعتلف بالأسنان، والبقر باللسان.

والجرباء إن كانت سمينة.

والتي لا قرن لها من الأصل: تجوز، وإن انقطع أو انكسر بعض قرنها.. تجوز أيضاً، إلا إذا بلغ المخ.

وصغيرة الأذن.

والتي في أذنها ثقب أو شقاق من الأعلى إلى الأسفل.

لَا العمياءُ، والعوراءُ، والعجفاءُ الَّتِي لَا تُنقي، ....

والتولاء.

والعرجاء التي تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها، إلا أنها تتمايل مع ذلك وتضعها وضعاً خفيفاً: تجوز.

والمجبوب العاجز عن الجماع.

والتي بها السعال.

والعاجزة عن الولادة لكبر سنها.

والتي بها كيّ.

والتي لا ينزل لبنها من غير علة.

والتي لها ولد. انتهى.

(لا العمياء)، وهي: التي ذهبت عيناها.

(والعوراء)، وهي: التي ذهبت إحدى العينين.

هذا بيان العيوب التي لا تجوز بها الأضحية.

والأصل فيه: أن العيب الفاحش: مانع، واليسير: غير مانع؛ لأن الحيوان قلّ ما يخلو عن يسير العيب، واليسير ما لا أثر له في لحمها، والعمى والعور مما لهما أثر في لحمها:

أما العمى: فظاهر.

وأما المعور: فلأنها لم تبصر بعين واحدة من العلف ما تبصر بالعينين، وقلة العلف تورث الهزال.

(والعجفاء التي لا تنقي)، في «المصباح»: النِّقو وزان حِمْل: كل عظم ذي مخ، والنِّقي بالياء: لغة.

أي: لا مخ لها من الهزال.

والعرجاءُ الَّتِي لَا تمشي إِلَى المنسكِ، وَمَقْطُوعَةُ الْيَدِ أَوِ الرِّجلِ، وذاهبةُ أَكثرِ الْعينِ أَوِ الْأُذُنِ، أَوِ الذَّنبِ، أَوِ الإليةِ.

وفي «الخانية»: لا يجوز العجفاء التي لا تنقي، إلا أن يكون فقيراً أو نذر بعينه.. فيجوز. انتهى.

(والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك)، احترز به عن العرجاء التي تضع الرابعة على الأرض؛ فإنها تجوز كما ذكرناه آنفاً.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «لا تجزئ في الضحايا أربعة: العوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي».

(ومقطوعة اليد أو الرجل)؛ لأنها عيب فاحش.

(وذاهبة أكثر العين) الواحدة؛ لأن للأكثر حكم الكل، وحكم ذهاب كل العين: تقدم.

(أو الأذن) يجوز عطفه على [٦٥٣/أ] العين وعلى الأكثر، وكذا قوله: (أو الذنب أو الإلية).

قال في «الهداية»: لا يجوز مقطوعة الأذن والذنب.

أما الأذن: فلقوله ﷺ: «استشرفوا العين والأذن»؛ أي: اطلبوا سلامتهما.

وأما الذنب: فلأنه عضو كامل مقصود، فصار كالأذن.

ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها.

وإن بقي الأكثر من الأذن والذنب.. جاز؛ لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهاباً، ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه، فجعل عضواً.

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر، ففي «الجامع الصغير» عنه: وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الإلية الثلث أو أقل.. أجزأه، وإن كان أكثر.. لم يجز؛ لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة، فيعتبر قليلاً، وفيما زاد على الثلث: لا تنفذ إلا برضاهم، فاعتبر كثيراً.

وَفِي ذهَابِ النّصْفِ: رِوَايَتَانِ.

وَيجوز إِن ذَهَبَ أَقلُّ مِنْهُ.

وروي عنه: أن الربع كثير.

وعنه أيضاً: أن الثلث كثير.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقي الأكثر من النصف.. أجزأه؛ اعتباراً للحقيقة على ما تقدم في الصلاة، وهو اختيار الفقيه أبي الليث.

وقال أبو يوسف: أخبرت بقولي أبا حنيفة، فقال: قولي كقولك.

قيل: هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف.

وقيل: معناه: قولي قريب من قولك.

وفي كون النصف [مانعاً][1]: روايتان عنهما؛ كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف. انتهى.

وذكر فيها أيضاً: طريق معرفة المقدار.. فارجع إليه.

فظهر: أنه لا خلاف في أن ذهاب الأكثر من الأعضاء المذكورة: مانع، ولهذا جعله المصنف مانعاً مطلقاً.

وإنما الخلاف في ذهاب النصف وفي مقدار الأكثر، وإليه أشار بقوله: (**وفي ذهاب النصف روايتان**)؛ أي: عن أبي يوسف ومحمد، على ما في «الهداية» و«الخلاصة».

في رواية عنهما: أن مقدار النصف كثير عندهما.

وفي أخرى: قليل.

والأول: ظاهر الرواية عنهما.

(**ويجوز إن ذهب أقل منه**)؛ أي: من النصف. وإن أكثر من الثلث؛ لأن الأقل

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «فتح القدير» (٩/٥١٥).

وَقِيلَ: إِنْ ذهبَ أَكثرُ من الثُّلُثِ.. لَا يجوز.

وَقِيلَ: إِنْ ذهبَ الثُّلُثُ.. لَا يجوزُ.

وَلَا يضرُّ تعيُّبُها مِن اضطرابِها عِنْدَ الذّبْحِ.

من النصف قليل عندهما في ظاهر الرواية، دون النصف.

(**وقيل: إن ذهب أكثر من الثلث.. لا يجوز**) عند أبي حنيفة.

وقدر الثلث: يجوز، وعليه اعتمد في «الجامع الصغير».

(**وقيل: إن ذهب الثلث.. لا يجوز**)، وهو رواية عن أبي حنيفة.

ولو علم المشتري بذلك بعد الذبح.. جازت الأضحية إن كان أقل من الثلث، ويرده على البائع بنقصان العيب، ويتصدق بأرش النقصان [٦٥٣/ب] أيضاً.

وإن كان العيب مما لا تجوز معه الأضحية.. يرجع على البائع بنقصان العيب، ويطيب له أرش النقصان، كذا في «قاضي خان».

وقال في «الخلاصة»: لا يجوز مقطوعة رؤوس ضروعها، وإن ذهب من واحد أقل من النصف.. فعلى ما ذكرناه من الخلاف في العين والأذن. انتهى.

وهل تجمع الخروق في أذني الأضحية؟

فقد اختلف المشايخ.

قيل: يجمع حتى يكون مانعاً.

وقيل: لا.

(**ولا يضر تعيُّبها من اضطرابها عند الذبح**) كما لو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها أو يدها فذبحها.. أجزأه استحساناً عندنا؛ لأن حالة الذبح ومقدماته تلحق بالذبح.

قال في «الخلاصة»: ولو ذهبت عينها في معالجة الذبح؛ إن لم يرسلها.. جاز، وإن أرسلها بعد إصابة الآفة، ثم ضحى بها في وقت آخر في يومه أو في يوم آخر.. لا رواية لها في الأصول.

وَإِن مَاتَ أَحدُ سبعةٍ وَقَالَ وَرَثَتُهُ: إِذبحوها عَنْكُم وَعنهُ.. صَحَّ.

وَكَذَا لَو ذَبَحَ بَدَنَةً عَن أُضْحِيَةٍ ومُتعَةٍ وقِرانٍ.

وفي «العيون» و«المنتقى» وأضاحي الزعفراني عن أبي يوسف: أنه يجوز.

وقال الزعفراني في كتابه: إنه لا يجوز.

وبه قال بعض العلماء، ولا نأخذ به.

قيد بقوله: «من اضطرابها عند الذبح»؛ احترازاً عما تعيب عنده لا عن اضطرابه؛ لما قال في «الخلاصة»: ولو كانت صحيحة العينين فاعورت عنده بعد إيجابه إياها على نفسه، أو كانت سمينة فصارت عجفاء أو عرجاء؛ إن كان موسراً.. لا يجوز أن يضحي، وإن كان فقيراً.. جاز له ذلك في رواية أبي سلمان.

وفي رواية أبي حفص: يجوز؛ معسراً كان أو موسراً.

والمختار: رواية أبي سلمان؛ لأن الوجوب على الغني: بالشرع ابتداء لا بالشراء، فلم يتعين به، وعلى الفقير: بشرائه بنية الأضحية، فتعينت.

وإن لم يكن لها إلية ولا أذن خلقة.. لا يجوز.

وإن كانت صغيرة الأذنين.. جاز، كذا في «قاضي خان».

(وإن مات أحد سبعة، وقال ورثته: اذبحوها عنكم وعنه.. صح)؛ لأن مقصود الكل: قربة، وموت أحدهم لا يمنع الوقوع عنه بعد إذن الورثة؛ لأنهم قائمو مقامه.

ولو ذبحوا بغير إذن الورثة.. لا يجزيهم؛ لأن بعضها لم يقع قربة.

والأصل فيه: أن التضحية عن الغير جائزة؛ لأنه ﷺ ضحى عن أمته.

(وكذا)؛ أي: صح **(لو ذبح بدنة عن أضحية ومتعة وقران)**؛ لأن اختلاف الجهات لا يضر، بعد أن وُجِد الاتفاق في قصد القربة.

بخلاف ما لو كان قصد بعضهم اللحم.. فإنها لا تجوز على ما تقدم.

وَيَأْكُلُ مِن لحمِ أُضحيتِهِ، وَيُطْعِمُ مَن شَاءَ مِن غَنِيٍّ وفقيرٍ.

وَنُدِبَ:

أَن لَا يُنقصَ الصَّدَقَةَ عَنِ الثُّلُثِ.

(ويأكل من لحم أضحيته، ويطعم من شاء، من غني وفقير)، ويدخر أيضاً؛ لقوله ﷺ: «كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي، ألا فكلوا منها وادخروا».

ومتى جاز أكله وهو غني.. جاز أن يؤكله [٦٥٤/أ] أيضاً.

(وندب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث)؛ لأن الجهات ثلاث: الإطعام، والأكل، والادخار.. فانقسم أثلاثاً.

وهذا في الأضحية الواجبة والسنة سواء؛ إذا لم تكن واجبة بالنذر.

وإن وجبت بالنذر.. فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئاً، ولا أن يطعم غيره من الأغنياء؛ سواء كان الناذر غنياً أو فقيراً؛ لأن سبيلها التصدق، وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم غنياً كذا في «الزيلعي».

فعلم منه: أن الفقير إذا اشترى شاة للأضحية من غير أن ينذر لها.. جاز له الأكل منها، كما صرح به في «التاتارخانية» نقلاً عن «العتابية»؛ حيث قال: إن المضحي يطعم منها من شاء؛ من الغني والفقير، والمسلم والذمي، وإن أكل الكلَّ أو أطعم الكل.. فهو جائز.

ويستحب له: أن يتصدق بثلثه، وإن كان فقيراً ذا عيال.. فالأفضل أن يأكل حينئذ نقلاً عن «فتاوى أهل سمرقند»؛ حيث قال: سئل قاضي بديع الدين عن الفقير إذا اشترى شاة للأضحية حتى تصير واجبة عليه؛ فإذا ضحى.. هل يحل له أكله؟

قال: نعم.

وقال القاضي برهان الدين: لا يحل. انتهى.

قلت: إطلاق المتون والفتاوى: يؤيد حل أكله، وهو المختار؛ لأن عدم حله مبني على القول بالوجوب بالشراء، وفيه خلاف كما عرفت، وعلى تقدير وجوبه

وَتَرْكُهُ لِذِي عِيَالٍ توسعةً عَلَيْهِم.

وأَنْ يذبحَ بِيَدِهِ إِنْ أحسن، وإِلَّا.. يَأْمرُ غَيرَهُ ويَحضُرُها.

وَيُكرَهُ:

أَن يذبحَها كتابيٌّ.

بالشراء.. لا تثبت الحرمة أيضاً؛ لأن الوجوب بالفعل ليس سبيله التصدق، بل لزوم الأداء: مثل الواجب بالشرع.

وأما الوجوب بالنذر: فسبيله التصدق؛ لأنه أوجبه بلسانه عليه لله تعالى؛ فصاحب الحق في النذر: هو الله تعالى، والفقير نائب عنه، والدفع إلى الله تعالى غير ممكن.. فلا بد أن يدفع إلى نائبه.

وأما في الواجب بالفعل: فإنما أوجب بفعله على نفسه إيقاع ذلك الواجب، فاللازم عليه: هو الإيقاع لا التصدق؛ كما في أضحية الغني.

ولو ضحى عن أبويه.. يجوز له التناول منه عند عامة مشايخ بلخ.

وعند مشايخ بخارى: لا يحل، وهو اختيار الفضلي؛ كذا في «التاتارخانية».

(و) ندب (تركه)؛ أي: ترك التصدق (لذي عيال)؛ أي: لمن عليه نفقة جماعة، وهو ظرفٌ لـ:«ندب».

(توسعة عليهم)؛ أي: على العيال، وفيه إشعار بأنه لو كان عليه نفقة واحد.. لم يكن الترك ندباً؛ كذا في «شرح النقاية».

(و) ندب (أن يذبح بيده إن أحسن) التضحية؛ أي: علم بشرائطها وقدر على ذلك.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يحسن التضحية (.. يأمر غيره ويحضرها)؛ أي: التضحية بنفسه؛ لقوله ﷺ لفاطمة: «قومي فاشهدي أضحيتك؛ فإنه يغفر لك [٦٥٤/ب] بأول قطرة من دمها كل ذنب».

(ويكره أن يذبحها كتابي)؛ لأنه عمل قربة، وهو ليس من أهلها.

وَيَتَصَدَّقُ بجلدِها، أَو يعمَلُهُ آلَةً؛ كجرابٍ أَو خُفٍّ أَو فروٍ، أَو يَشْتَرِي بِهِ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ؛ كغربال، وَنَحْوِهِ، لَا مَا يُستَهلَكُ كمُنخلٍ وَشبهِهِ.

فَإِنْ بدَّلَ اللَّحْمَ أَوِ الْجلدَ بِهِ.. يتَصَدَّق بِهِ.

ولو أمره فذبح.. جاز؛ لأنه من أهل الذكاة، والقربة أقيمت بإناباته ونيته.

بخلاف ما إذا أمر المجوسي؛ لأنه ليس من أهل الذكاة، فكان إفساداً لا تقرباً.

(ويتصدق بجلدها)؛ لأنه جزء منها.

(أو يعمله آلة؛ كجراب أو خف أو فرو، أو يشتري به ما ينتفع به مع بقائه؛ كغربال ونحوه)، وهذا: لأن الانتفاع بعينه غير محرم، فكذا ما هو بدل منه؛ لأن للبدل حكم المبدل منه.

(لا ما يستهلك كخل وشبهه)؛ لأنه تصرف على قصد التمول والتمول بها حرام.

(فإن بدل اللحم أو الجلد به)؛ أي: بما لا ينتفع به إلا باستهلاكه من الدراهم وغيره (.. يتصدق به)؛ لأن القربة انقلبت إلى بدله.

ولا يعطي أجر الجزار منها؛ لقوله ﷺ لعلي: «تصدق بجلالها وخطامها، ولا تعط أجر الجزار منها شيئاً».

وهذا يدل على النهي عن البيع أيضاً؛ لأن إعطاء أجر الجزار منه في معنى البيع.

ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها؛ لأنه التزم القربة بجميع أجزائها.

بخلاف ما بعد الذبح؛ لأنه أقيمت القربة بها كما في الهدي.

ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به؛ كما في الصوف.

وَلَو ذبحَ أُضْحِيَةَ غَيرِهِ بِغَيْرِ أمرِهِ.. جَازَ.

وَلَو غلطَ اثْنَانِ فذبَح كلٌّ شَاةَ الآخرِ.. صَحَّ، وَلَا ضَمَان، ....

(ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره.. جاز، ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الآخر.. صح) الأضحية عن كل منهما.

(ولا ضمان) عليهما استحساناً.

وأصل هذا: أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه.. لا يحل له ذلك، وهو ضامن بقيمتها، ولا تجزئه من الأضحية في القياس، وهو قول زفر.

وفي الاستحسان: يجوز ولا ضمان على الذابح، وهو قولنا.

وجه القياس: أنه ذبح شاة غيره بغير إذنه فيضمن؛ كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب.

ووجه الاستحسان: أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية، حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر، ويكره أن يبدل بها غيرها، فصار المالك مستعيناً بكل من يكون أهلاً للذبح، آذناً له دلالة؛ لأنها تفوت بمضي هذه الأيام، وعساه يعجز عن إقامتها لعوارض، فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها.

فإن قيل: يفوته أمر مستحب، وهو أن يذبحها بنفسه، أو يشهد الذبح، فلا يرضى به.

قلنا: يحصل له مستحبان آخران:

أحدهما: صيرورته مضحياً لما عينه، والآخر: كونه معجلاً به فريضة.

فإذا صحت الأضحية عنهما.. يأخذ كل واحد منهما أضحيته، ولو مسلوخة إن كانت باقية، ولا يضمنه إن هلكت.

وإن كان كل واحد منهما أكل ما ذبحه.. يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزيه؛ لأنه لو أطعمه الكل في الابتداء.. يجوز وإن كان [٦٥٥/أ] غنياً، فكذا: له أن يحلله

ويتحالَّانِ.

وإِنْ تشاحَّا.. ضمَّنَ كلٌّ صَاحبهُ قيمَةَ لَحْمِهِ، وَتصدَّقَ بهَا.

وَصحَّتِ التَّضْحِيَةُ بِشَاةِ الْغَصْبِ، دونَ شَاةِ الْوَدِيعَةِ، ....

في الانتهاء، وهو المراد بقوله: **(ويتحالان)**؛ أي: يحلل كل واحد منهما صاحبه؛ لما ذكرناه.

(وإن تشاحا) عن التحليل؛ أي: تنازعا عنه **(.. ضمن كل صاحبه قيمة لحمه، وتصدق بها)**؛ أي: بتلك القيمة؛ لأنها بدل عن اللحم، فصار كما لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها، فلو كان غيرها أنقص من الأولى.. تصدق بما فضل على الثانية.

ولو لم يشتر غيرها حتى مضت أيام النحر.. تصدق بثمنها كلها.

والأصل فيه: أن التضحية لما وقعت من صاحبه.. كان اللحم له؛ فإذا تشاحا عن التحليل.. كان كل واحد منهما متلفاً لحم أضحية صاحبه، ومن أتلف لحم أضحية صاحبه.. يكون ضامناً لقيمة لحمه.

(وصحت التضحية بشاة الغصب، دون شاة الوديعة)؛ لأن في الغصب يثبت الملك من وقت الغصب، وفي الوديعة: يصير غاصباً بالذبح، فيقع الذبح في الأول في ملكه، وفي الثاني في غير ملكه.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: خمسة أموال إذا أخذها من ملك الغير يجوز بها الأضحية، وضمن قيمتها:

أولها: من غصب شاة وضحى بها.

والثاني: لو سرق وضحى بها.

والثالث: لو غصب من ولده الصغير أو الكبير.

وضَمِنَها.

والرابع: لو غصب من عبده المأذون المديون.

والخامس: الشراء الفاسد.

وستة لا تجوز:

أولها: المودع إذا ضحى بشاة الوديعة، والمعير، والمستبضع، والمرتهن، والوكيل بشراء الشاة أو الوكيل بحفظ ماله إذا ضحى بشاة موكله.

والسادس: الزوج أو الزوجة إذا ضحى بشاة صاحبه لنفسه بغير إذنه. انتهى.

(وضمنها)؛ لأنه أتلف مال الغير بالذبح فيها.

* * *

(كتاب الكراهية)

(كتابُ الكَرَاهِيَةِ)

الْمَكْرُوهُ: إِلَى الْحرامِ أقربُ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: كلُّ مَكْرُوهٍ: حرَامٌ، وَلم يلفِظْ بِهِ؛ لعدمِ الْقَاطِعِ.

(كِتَابُ الكَرَاهِيَةِ)

الكراهة ضد الإرادة والرضاء في اللغة.

وشرعاً: ما كان تركه أولى، وهو على نوعين:

كراهة تحريم، وكراهة تنزيه.

وذكر كراهة التحريم على المذهبين بقوله: **(المكروه إلى الحرام أقرب)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ أي: من الحلال.

فعلم منه: أن المكروه كراهة تنزيه.. فإلى الحل أقرب.

(وعند محمد: كل مكروه: حرام، ولم يلفظ) محمد **(به)**؛ أي: بلفظ الحرام؛ أي: لم يطلق عليه لفظ الحرام، مع أنه حرام عنده؛ **(لعدم القاطع)** على حرمته.

فالحرام: ما منع بدليل قطعي، وتركه فرض؛ كشرب الخمر والزنا.

والمكروه: ما منع بظني، وتركه واجب؛ كأكل الضب واللعب بالشطرنج؛ كما في «الكشف».

* * *

(فَصلٌ فِي الْأَكلِ)

مِنْهُ فرضٌ، وَهُوَ: مَا يَنْدَفعُ بِهِ الْهَلَاكُ.

ومندوبٌ، وَهُوَ: مَا زَادَ ليتَمَكَّنَ مِنَ الصَّلَاةِ قَائِماً، ويَسهُلَ عَلَيْهِ الصَّوْمُ.

ومباحٌ، وَهُوَ: مَا زَادَ إِلَى الشِّبَعِ؛ لزِيَادَةِ قُوَّةِ الْبدَنِ.

وَحرَامٌ، وَهُوَ: الزَّائِدُ عَلَيْهِ، إِلَّا لقصدِ التَّقْوِّي على صَوْمٍ ....

(فَصلٌ فِي) بَيَانِ أَحْوَالِ (الأَكْلِ)

(منه)؛ أي: من أنواع الأكل:

- **(فرض، وهو: ما يندفع به الهلاك)**، فيحرم تركه ويثاب عليه ولو من حرام؛ كأكل الميتة ومال الغير.

بخلاف ما لو امتنع [٦٥٥/ب] من التداوي بحرام حتى مات، على ما سيأتي، ومقدار هذا الأكل: ما يسد به رمقه.

- **(ومندوب)**؛ أي: مأجور عليه، **(وهو ما)**؛ أي: أكل **(زاد)** على ما يندفع به الهلاك؛ **(ليتمكن من الصلاة قائماً، ويسهل عليه الصوم)** الفرض.

وفيه إشعار بأنه جاز تقليل الأكل بحيث [يضعف] عن أداء الفرض، لكنه قال في «الاختيار»: إنه لم يجز، كذا في «شرح النقاية».

- **(ومباح: وهو ما زاد)** على المندوب منتهياً **(إلى الشبع؛ لزيادة قوة البدن)**، فهذا الأكل مما لا أجر فيه ولا وزر، ويحاسب عليه حساباً يسيراً إن كان من حل، وفيه إشعار بأنه لو أكل للسمن لا لقوة البدن.. كره نقله في «شرح النقاية» عن ابن مقاتل.

وعن أبي مطيع: لا بأس بأكله خبزاً مكسوراً في الماء البارد للسمن.

وفيه أيضاً: لو أكل الطعام، ثم تقيأ فوجده نافعاً.. لا بأس به؛ لأنه علاج.

- **(وحرام: وهو الزائد عليه)**؛ أي: على المباح، **(إلا لقصد التقوي على صوم**

الْغَدِ، أَو لِئَلَّا يستحيي الضَّيْفُ.

وَلَا تجوزُ الرياضةُ بتقليلِ الْأَكْلِ حَتَّى يَضْعُفَ عَن أَدَاءِ الْعِبَادَةِ.

وَمنِ امْتنعَ منَ الْميتَةِ حَالَ المصةِ أَو صَامَ وَلم يَأْكُلْ حَتَّى مَاتَ.. أَثِمَ.

بِخِلَاف مَنِ امْتنعَ مِنَ التَّدَاوِي حَتَّى مَاتَ.

وَلَا بَأْسَ بالتفكُّهِ بأنواعِ الْفَوَاكِهِ.

وَتَركُهُ: أفضلُ.

واتِّخاذُ الْأَطْعِمَةِ سَرَفٌ.

الغد، أو لئلا يستحيي الضيف)؛ سواء كان الضيف حاضراً معه في ابتداء الأكل، أو جاء بعدما أكل قدر حاجته.. فإنه غير حرام فيهما.

قالوا: إن الإكثار في ألوان الطعام: إسراف، إلا قصد قوة الطاعة، أو دعوة الأضياف قوماً بعد قوم.

(ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادة) لقوله ﷺ: «إن نفسك مطيتك، فارفق بها»، وليس من الرفق أن تجيعها وتذيبها؛ لأن ترك العبادة لا يجوز، فكذا ما يفضي إليه.

(ومن امتنع من الميتة حال المخمصة، أو صام ولم يأكل حتى مات.. أثم)؛ لأنه ترك ما هو الفرض من الأكل.

(بخلاف من امتنع من التداوي حتى مات)؛ حيث لا يأثم؛ لأن الشفاء منه غير متيقن.

(ولا بأس بالتفكه بأنواع الفواكه، وتركه أفضل)؛ لما فيه من مخالفة اشتهاء النفس.

(واتخاذ الأطعمة)؛ أي: أنواع الطعام: **(سرف)**؛ يقال: أسرف: جاوز القصد، والسَّرَف بفتحتين: اسم منه.

وَكَذَا: وضعُ الْخبزِ على الْمَائِدَةِ أَكثرَ مِن قدرِ الْحَاجةِ.

وَمسحُ الْأَصَابِعِ والسِّكِّينِ بالخبزِ.

وَوضعُ المملحةِ عَلَيْهِ: مَكْرُوهٌ.

(وكذا: وضع الخبز على المائدة أكثر من قدر الحاجة)؛ أي: إسراف.

(ومسح الأصابع والسكين بالخبز، ووضع المملحة عليه)؛ أي: على الخبز: (مكروه).

قال في «قاضي خان»: قال أبو القاسم الصفار: ويكره وضع المملحة على الخبز، ويوضع الملح وحده على الخبز؛ لأن وضع المملحة على الخبز: استخفاف بالخبز، وقال: لا أجد في نية الذهاب إلى الضيافة.. سوى أن آمر برفع المملحة عن الخبز.

وكذا يكره تعليق الخبز بالخوان، وإنما يوضع بحيث لا يتعلق؛ كرامة للخبز.

وكذا لو وضع الخبز تحت القصعة لأجل التسوية.

وقال فيه أيضاً: إذا كان الرجل على مائدة، فناول غيره من [٦٥٦/أ] طعام المائدة:

إن علم أن صاحبه لا يرضى به.. لا يحل له ذلك.

وإن علم أنه يرضى به.. لا بأس به.

وإذا اشتبه عليه.. لا يناول.

ولا يعطي سائلاً.

وإن ناول الضيف شيئاً من الطعام إلى من كان ضيفاً معه على الخوان.. تكلموا فيه:

قال بعضهم: لا يحل له أن يفعل ذلك، ولا يحل لمن أخذه أن يأكل ذلك، بل يضعه على المائدة.

وَسنَّةُ الْأَكلِ: الْبَسْمَلَةُ فِي أَوَّلِهِ، والحمدَلَةُ فِي آخِرِه، وَغسلُ الْيَدينِ قبلَهُ وَبعدَهُ.

وَيُبدأُ بالشُّبَّانِ قَبلَهُ، وبالشيوخِ بعدَهُ.

وأكثرهم: جوزوا ذلك؛ لأنه مأذون بذلك عادة.

ولا يجوز لمن كان على المائدة: أن يعطي إنساناً دخل هناك لطلب إنسان أو لحاجة أخرى.

وكذلك لا يدفع إلى ولد صاحب المائدة وعبده وكلبه وسنوره.

رجل دعا قوماً إلى طعام، وفرقهم على أخونة، ليس لأهل هذا الخوان أن يتناول من طعام خوان آخر؛ لأن صاحب الطعام إنما أباح لأهل كل خوان أن يأكل ما كان على خوانه لا غير.

وقال الفقيه أبو الليث: القياس: كذلك.

وفي الاستحسان: إذا أعطى من كان في ضيافته تلك.. جاز.

وإن أعطى بعض الخدام هناك.. جاز أيضاً.

رجل أكل خبزاً مع أهله، فاجتمع كسرات الخبز، ولا يشتهي أكلها.. فله أن يطعم الدجاجة والشاة والبقر، وهذا أولى من الإلقاء في النهر أو الطريق، إلا إذا وضع في الأرض ليأكلها النمل.

(وسنة الأكل):

(البسملة في أوله، والحمدلة في آخره، وغسل اليدين قبله وبعده، ويبدأ) في غسل اليد (بالشبان قبله)؛ أي قبل الأكل، (وبالشيوخ بعده).

وإذا غسل قبل الطعام.. لا يمسح يده بالمنديل، بل يتركه حتى يجف؛ ليكون أثر الغسل قائماً عند الأكل. كذا في «قاضي خان».

وَلَا يَحِلُّ شُربُ لبنِ الأَتانِ، وَلَا بَوْلُ إِبلٍ.

(ولا يحل شرب لبن الأتان)؛ لأن حكم لبنه حكم لحمه؛ لتولده منه، ولحمه: حرام.. فكذا لبنه.

وكذا: يكره شرب لبن الخيل عند أبي حنيفة كلحمه عنده.

ولا يشرب لبن الجلّالة، ولا يؤكل لحمها؛ لأن النبي ﷺ نهى عن أكلها وشرب لبنها.

والجلّالة: هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسات؛ لأن لحمها يكون منتناً، فكذا لبنها.

ولو حبست حتى يزول النتن.. حلت.

ولم يقدر لذلك مدة في «الأصل»، وقدرها في «النوادر»: بشهر.

وقيل: بأربعين يوماً.

وبعشرة أيام في الشاة.

وثلاثة أيام في الدجاجة.

هذا في الجلالة التي لا تخلط، وأما التي تخلط؛ بأن تتناول النجاسة والجيف، وتتناول غيرهما على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها.. فلا بأس به.

ولهذا: يحل أكل جدي غذي بلبن الخنزير؛ لأن لحمه لا يتغير، وما غذي به.. يصير مستهلكاً لا يبقى له أثر.

وعلى هذا قالوا: لا بأس [٦٥٦/ب] بأكل الدجاج؛ لأنه يخلط، ولا يتغير لحمه.

وما روي: أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام، ثم يذبح.. فذلك على سبيل التنزه.

ولو سقى ما يؤكل لحمه خمراً فذبح من ساعته.. حل أكله ويكره.

(ولا بول إبل)؛ لأنه حرام عند أبي حنيفة مطلقاً.

وقال أبو حنيفة: يحل للتداوي.

وقال: يحل مطلقاً، وقد تقدم في كتاب الطهارة.

وإِناءُ ذهبٍ أَو فضَّةٍ لرجلٍ، أَوِ امْرَأَةٍ.

وَحلَّ اسْتِعْمَالُ إِنَاءِ عقيقٍ وبلَّورٍ وزُجاجٍ ورَصَاصٍ.

(و) لا استعمال (**إناء ذهب أو فضة لرجل أو امرأة**) بالأكل والشرب والادهان والتطيب منها.

والأصل فيه: ما روي عن حذيفة أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا تشربوا من آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها؛ فإنها لهم في الدنيا، ولكم في الآخرة**».

والادهان والتطيب في معناهما، فيلحق بهما بدلالة النص المذكور.

وقال في «النهاية»: صورة الادهان المحرَّم: هو أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس؛ أما إذا أدخل يده وأخذ الدهن، ثم صبه على الرأس من اليد.. لا يكره.

(**وحل استعمال إناء عقيق وبلّور وزجاج ورصاص**).

وكذا: حل الشرب من إناء مفضض، والركوب على سرج مفضض، والجلوس على كرسي مفضض.

ويتقي موضع الفضة في الشرب من الإناء، وفي الجلوس على السرير والسرج والكرسي.

وكذا: الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب.

وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف أو السكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة.

وكذا: اللجام المفضض، والركاب المفضض: لا يكره.

هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يكره ذلك كله.

ومحمد مع أبي حنيفة في رواية، ومع أبي يوسف في رواية، على ما سيأتي مصرحاً.

* * *

(فصلٌ فِي الكَسْبِ)

أفضلُهُ: الْجِهَادُ، ثمَّ التِّجَارَةُ، ثمَّ الحِراثةُ، ثمَّ الصِّنَاعَةُ.

وَمِنْه فرضٌ، وَهُوَ: قدرُ الْكِفَايَةِ لنَفسِهِ وَعِيَالِهِ، وَقَضَاءِ دُيُونِهِ.

ومستحبٌّ، وَهُوَ: الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ؛ ليواسيَ بِهِ فَقِيراً، أَو يَصِلَ بِهِ قَرِيباً.

ومُباحٌ، وَهُوَ: الزِّيَادَةُ للتجمُّلِ.

وَحرَامٌ، وَهُوَ: الْجمعُ للتفاخرِ والبَطَرِ ....

(فَصْلٌ فِي) بَيَانِ أَنْوَاعِ (الكَسْبِ)

(**أفضله: الجهاد**) في سبيل الله لإعلاء كلمة الله.

(**ثم التجارة**)، وكان إبراهيم عليه السلام بزازاً، وكذا كان أبو بكر الصديق بزازاً، وكان عثمان تاجراً يجلب الطعام ويبيعه، وكذا كان علي تاجراً يكتسب.

(**ثم الحراثة**)، وكان آدم عليه السلام مزارعاً.

(**ثم الصناعة**)، وكان داود عليه السلام يصنع الدرع من الحديد، وسليمان عليه السلام كان يصنع المكاييل، وزكريا عليه السلام كان نجاراً، ونبينا محمد ﷺ كان يرعى الغنم. وكلهم يأكلون من أكسابهم.

(**ومنه**)؛ أي: من الكسب:

- (**فرض: وهو قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه**)؛ لقوله ﷺ: «**الكسب فريضة على كل مسلم**».
- (**ومستحب: وهو الزيادة عليه**)؛ أي: على الفرض؛ (**ليواسي**)؛ أي ليقارن (**به**)؛ أي: بذلك الزيادة؛ أي: المستحب (**فقيراً، ويصل به قريباً**) من [٦٥٧/أ] جهة الأبوة أو البنوة أو الأخوة.
- (**ومباح: وهو الزيادة للتجمل**)؛ أي: إظهار النعمة.
- (**وحرام: وهو الجمع للتفاخر والبطر**) يقال بطر بطراً: كفر النعمة ولم يشكرها.

وَقيل: إن كَانَ لَا يتخطَّى رِقَابَ النَّاسِ، وَلَا يمرُّ بَينَ يَدي مصلٍّ.. لَا يُكرهُ.

وَلَا يجوزُ قَبُولُ هَدِيَّةِ أُمراءِ الْجَورِ، إِلَّا إِذا عَلِمَ أَنَّ أَكثرَ مَالِهِ مِن حِلٍّ.

وَلَا تكرهُ إِجَارَةُ بَيتٍ بِالسَّوَادِ ليُتَّخذَ بَيتَ نَارٍ، أو كنيسةً، أَو بِيعَةً، أَو يُبَاعَ فِيهِ الْخمرُ.

وَعِنْدَهُمَا: يُكرَهُ.

وَيُكرَهُ فِي الْمصرِ إِجْمَاعاً.

(وقيل: إن كان لا يتخطى رقاب الناس، ولا يمر بين يدي مصل.. لا يكره)؛ لما روي أنهم كانوا يسألون في المسجد على عهد رسول الله، حتى روي أن علياً تصدق بخاتمه في الصلاة، فمدحه الله تعالى بقوله: ﴿وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَهُمْ رَٰكِعُونَ﴾.

بخلاف من يتخطى رقاب الناس ويمر بين يدي المصلي؛ فإنه مكروه؛ لما فيه من أذى الناس، وفي التصدق: إعانة على الأذى.

(ولا يجوز قبول هدية أمراء الجور)؛ لأن الغالب في مالهم الحرمة.

(إلا إذا علم أن أكثر ماله من حل)؛ بأن كان صاحب تجارة أو زرع أو عقار.. فحينئذٍ لا بأس به؛ لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام، والمعتبر: الغالب، وكذلك أكل طعامهم.

(ولا تكره إجارة بيت بالسواد)؛ أي: بالقرية **(ليتخذ بيت نار، أو كنيسة، أو بيعة، أو يباع فيه الخمر)**، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يكره)؛ لأن فيه إعانة على المعصية.

ولأبي حنيفة: أن الأجرة على منفعة البيت، ولهذا: يجب الأجر بمجرد التسليم، ولا معصية فيه، وإنما المعصية في فعل المستأجر، وهو فاعل مختار يفعل باختياره.

(ويكره في المصر إجماعاً)؛ لأنهم لا يمكنون من إظهار هذه الأفعال في

وَإِن كَانَ مِن حِلٍّ.

وَينْفقُ على نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ بِلَا إِسْرَافٍ وَلَا تَقتِيرٍ.

وَمن قَدَرَ على الْكَسْبِ.. لزمَهُ.

وإِنْ عجزَ عَنهُ.. لزمَهُ السُّؤَالُ؛ فَإِنْ تَركَهُ حَتَّى مَاتَ.. أَثِمَ.

وإِنْ عجزَ عَنهُ.. يفْرَضُ على من عَلِمَ بِهِ أَنْ يُطعِمَهُ أَو يدلَّ عَلَيْهِ مَن يُطعِمهُ.

وَيُكرهُ إِعْطَاءُ سُؤَّالِ الْمَسْجِدِ.

(وإن) وصلية **(كان من حل)**؛ لأن الحرمة كانت لقصده التفاخر.. فلا يفيد كونه من حلّ.

(وينفق) من كسبه **(على نفسه وعياله، بلا إسراف ولا تقتير)**؛ أي: بلا تضييق في نفقتهم؛ لأن الإسراف: إفراط، والتقتير: تفريط، وكل منها مذموم شرعاً، بل يتوسط بينهما؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾.

(ومن قدر على الكسب.. لزمه) أن يكتسب؛ لما روينا: من أن الكسب فريضة على كل مسلم.

(وإن عجز عنه.. لزمه السؤال)؛ فإنه نوع اكتساب، لكنه لا يحل إلا عند العجز، قال ﷺ: «السؤال آخر كسب العبد».

(فإن تركه)؛ أي: السؤال **(حتى مات)** جوعاً **(.. أثم)**؛ لأنه ألقى نفسه إلى التهلكة.

(وإن عجز عنه)؛ أي: عن السؤال **(.. يفرض على من علم به)**؛ أي: بحاله **(أن يطعمه، أو يدل عليه من يطعمه)**؛ لأن من دل على الخير كفاعله.

(ويكره إعطاء سُؤَّال المسجد)، وإن كان لا يتخطى الناس، ولا يمشي بين يدي المصلي؛ لما فيه من اشتغال الناس عن العبادة.

وَكَذَا: فِي سَوادٍ غالبُهُ أَهلُ الْإِسْلَامِ.

وَمَن حملَ لذِمِّيّ خمراً بِأَجْرٍ.. طَابَ لَهُ.

وَعِنْدَهُمَا: يُكرَهُ.

وَلَا بَأْسَ:

بِقَبُولِ هَدِيَّةِ العَبْدِ التَّاجِرِ.

وَإِجَابَةِ دَعوتِهِ.

واستعارةِ دَابَّتِهِ.

الأمصار؛ لظهور شعائر الإسلام في الأمصار، وفي إظهاره هتك شعائر الإسلام، بخلاف السواد؛ لعدم ظهور [٦٥٧/ب] شعائر الإسلام فيها.

(وكذا)؛ أي: يكره (**في سواد غالبه أهل الإسلام**)؛ لما ذكرناه في المصر؛ لأن للأكثر حكم الكل.

بخلاف ما كان غالب أهله الذمي من السواد؛ كسواد الكوفة.

(**ومن حمل لذمي خمراً بأجر.. طاب له**) الأجر؛ لأن المعصية في شربه، وهو فعل فاعل مختار، لا في حمله، فيجوز له الأجر.

(**وعندهما: يكره**)؛ لأنه أعانه على المعصية.

والجواب عنه لأبي حنيفة: منع كونه إعانة على المعصية.

(**ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر**)؛ لأن النبي ﷺ قبل هدية سلمان حين كان عبداً، وقبل هدية بريدة حين كانت مكاتبة.

(**وإجابة دعوته، واستعارة دابته**)؛ لأن كلاً من إجابة دعوته واستعارة دابته في معنى قبول هديته، بل دونها.

وَكُرِهَ:

قَبُولُ كِسوتِهِ ثوباً.

وإهدائِهِ أَحدَ النَّقْدَيْنِ.

وَيُقبَلُ فِي الْمُعَامَلَاتِ قَوْلُ الْفَرِدِ وَلَو أُنْثَى أَو عبداً أَو فَاسِقاً أَو كَافِراً؛ كَقَوْلِه: شريتُ اللَّحْمَ مِن مُسلِمٍ أَو كتابيٍّ، فَيحلُّ.

أَو مِن مَجُوسِيٍّ فَيحرُمُ.

(**وكره قبول كسوته ثوباً، وإهدائه أحد النقدين**)؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهل التبرع، إلا أنه جوزت في الأمور المباحة عادة بالنص على خلاف القياس.. فلا يتعدى غيره.

(**ويقبل في المعاملات قول الفرد، ولو**) وصلية (**أنثى أو عبداً أو فاسقاً أو كافراً؛ كقوله: شريت اللحم من مسلم أو كتابي فيحل، أو من مجوسي فيحرم**).

قال في «الكنز»: ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة.

وقال الشارح الزيلعي: هذا سهو منه؛ لأن الحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل قول الكافر في الديانات، وإنما يقبل في المعاملات خاصة للضرورة.

ولأن خبره صحيح؛ لصدوره عن عقل ودينٍ يعتقد فيه حرمة الكذب؛ لأن الكذب حرام في جميع الأديان، والحاجة ماسة إلى قبول قوله؛ لكثرة وقوع المعاملات معهم.

ولا يقبل في الديانات؛ لعدم الحاجة إليه، إلا إذا كان فيها ضرورة، وكم من شيء لا يصح [قصداً][1]، ويصح ضمناً.

ألا ترى: أن بيع حقِّ الشرب وحده لا يجوز، وبيعه مع الأرض يجوز، فكذا: هنا، حتى إذا كان له خادم أو أجير مجوسي، فأرسله ليشتري له لحماً، فقال: اشتريته

---

(١) زيادة من الزيلعي (٦/١٢).

وَقَولُ العَبْدِ وَالْأَمةِ وَالصَّبِيِّ فِي الْهَدِيَّةِ ....

من يهودي أو نصراني أو مسلم.. وسعه أكله.

وإن قال: اشتريته من مجوسي.. لا يسعه أكله؛ لأنه لما قبل في حق الشراء منه.. لزمه قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة؛ لما ذكرناه.

وإن كان لا يقبل قوله فيه قصداً؛ بأن قال: هذا حلال، وهذا حرام. انتهى كلامه.

فظهر: أنه لو حمل الحل والحرمة في كلام «الكنز» على الحل والحرمة في ضمن المعاملات.. لم يكن كلامه سهواً.

وفي كلام المصنف إشارة إلى ما ذكره «الزيلعي». تأمل.

(و) قُبل (قول العبد والأمة والصبي في الهدية) [٦٥٨/أ]؛ أي: إذا جاء العبد أو الأمة أو الصبي بشيء في يده، فقال: أهدى فلان إليك هذا الشيء.. قبل قولهم؛ لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء.

وكذا: إذا جاءت الأمة وقالت لرجل: بعثني مولاي إليك هدية.. وسعه أن يأخذها ويستعملها ويطأها بهذا الخبر؛ لأنه لا فرق بينها إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها، ولأن قبول الهدية من باب المعاملات، وقول هؤلاء مقبول في المعاملات للتميز لا غير.

فإذا كان المخبر مميزاً.. يقبل قوله؛ عبداً كان أو حراً، مسلماً كان أو كافراً، صغيراً كان أو كبيراً.

ولا يشترط العدالة فيها؛ لأن وقوع المعاملات كثير، واشتراط العدالة فيها يفضي إلى الحرج، بخلاف الديانات؛ فإن وقوعها قليل.. فلا يفضي اشتراط العدالة فيها إلى الحرج.

فإن قيل: إن حل وطء الأمة التي قالت لرجل: «بعثني مولاي إليك هدية» من باب الديانات، فكيف يقبل قول الأمة فيها؟

وَالْإِذنِ.

وَشُرِطَ الْعَدْلُ فِي الدِّيانَاتِ؛ كالخبرِ عَن نَجَاسَةِ المَاءِ، فيتيمَّمُ إنْ أَخبرَ بهَا مُسلمٌ عدلٌ وَلو أُنْثَى أَو عبدٌ.

ويتحرَّى فِي الْفَاسِقِ والمستور، ....

قلنا: إن حل وطئها إنما ثبت في ضمن قبول نفسها هدية، لا قصداً، ورب شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً.

(والإذن)؛ كما إذا قال العبد أو الصبي: أنا مأذون فلان؛ لأنه لو لم يقبل قوله في الإذن.. لوقع الناس في حرج عظيم؛ لأنه لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض والمبايعة في السوق.

وخبر الوكالة: مثل الإذن.

(**وشرط العدل في الديانات**)؛ لأنها لا يكثر وقوعها مثل وقوع المعاملات.. فلا يفضي اشتراط العدالة فيها إلى الحرج كما في المعاملات.

فلا يقبل فيها قول: الفاسق، والكافر، والصغير؛ لعدم عدالتهم.

أما الفاسق: فظاهر، وكذا الكافر.

وأما الصغير: فلأنه ليس من أهل العدالة، ولأن الكافر والصغير ليسا من أهل أن يلتزما حكماً من الديانات، فليس لهما أن يلزما غيرهما.

وكذا: لا يقبل قول العبيد والإماء في الديانات إذا كانا فاسقين.

وأما إذا كانا عادلين.. فيقبل قولهما فيها؛ لترجح جانب الصدق بالعدالة.

(**كالخبر عن نجاسة الماء، فيتيمم إن أخبر بها مسلم عدل ولو**) وصلية (**أنثى أو عبد**).

يعني: يقبل قول الواحد العدل المسلم ولو أنثى أو عبد في إخبار نجاسة الماء.. فلا يتوضأ به، بل يتمم.

(**ويتحرى في الفاسق والمستور**)؛ يعني: لو أخبر الفاسق أو المستور بنجاسة

ثمَّ يعْملُ بغالبِ رَأْيِهِ.

وَلو أراقَ فَتَيَمَّمَ عِنْدَ غَلَبَةِ صدقِهِ وَتَوَضَّأ عِنْدَ غَلَبَةِ كَذِبِهِ.. كَانَ أحوطَ.

الماء.. لا يقبل قوله، بل يتحرى.

(ثم يعمل بغالب رأيه) إن كان أكبر رأيه أنه صادق.. تيمم، وإن كان أنه كاذب.. يتوضأ.

(ولو أراق) ذلك الماء **(فتيمم عند غلبة صدقه وتوضأ)** وتيمم [٦٥٨/ب] **(عند غلبة كذبه.. كان أحوط)**؛ لأن التحري دليل ظني، فلا يسقط به احتمال الكذب؛ فلو أراقه ثم تيمم عند غلبة صدقه.. لكان أحوط.

قال في «الهداية»: ومن الديانات: الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك.

يعني: أن الحل والحرمة يقبل فيها خبر الواحد العدل؛ [كالإخبار][1] بحل الأكل والشرب والإطعام، ولو أخبر بحله.. يجوز الأكل والشرب؛ لأن الحل والحرمة حق الله تعالى، فيثبت خبر الواحد العدل، ولا يخرج عن ملكه؛ لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك.

وأما إذا تضمن زوال الملك.. فلا يقبل قوله؛ كما إذا أخبر رجل أو امرأة عدل الزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة.. لا يقبل، بل لا بد فيها من شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين؛ لأن الحرمة هنا مع بقاء النكاح غير متصور، فكان متضمناً لزوال الملك.

* * *

---

(١) زيادة من «العناية» (١١/١٠).

(فصلٌ فِي اللُّبْسِ)

الْكِسْوَةُ مِنْهَا فرضٌ، وَهُوَ: مَا يَسْتُرُ الْعَوْرَةَ، وَيدْفَعُ ضَرَرَ الْحَرِّ وَالْبردِ.

وَالْأَولَى: كَوْنُهُ مِنَ الْقُطنِ أَوِ الْكَتَّانِ، بَينَ النفيسِ والخَسيسِ.

ومُستَحبٌّ، وَهُوَ: الزَّائِدُ لأَخذِ الزِّينَةِ وَإِظْهَارِ نعْمَةِ اللهِ تَعَالَى.

(فَصلٌ فِي) بَيَانِ (اللُّبْسِ)

(الكسوة منها)؛ أي: من الكسوة:

- **(فرض، وهو: ما يستر العورة ويدفع ضرر الحر والبرد)؛ لقوله تعالى: ﴿خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾؛ أي: ما يستر عوراتكم عند الصلاة، ولأنه لا يؤدي الصلاة إلا بستر العورة، فتكون فرضاً؛ لأن كل ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به.. فهو فرض.. فالكسوة فرض، فصار نظير الطعام والشراب الفرض.**

(والأولى: كونه من القطن أو الكتان)، قال في «الاختيار»: وهو المأثور، وأبعد عن الخيلاء.

(بين النفيس والخسيس)؛ لأنه لو كان خسيساً.. يحتقر، ولو كان نفيساً.. يأخذه الجبارون، وعن النبي ﷺ أنه نهى عن الشُّهرتين، وعما كان فيه نهاية النفاسة، وما كان فيه نهاية الخباثة، وخير الأمور: أوسطها.

وينبغي أن يلبس الغسيل في عامة الأوقات، ولا يتكلف الجديد، كذا في «الاختيار».

- **(ومستحب، وهو: الزائد لأخذ الزينة، وإظهار نعمة الله تعالى)، قال في «الاختيار»: الكسوة منها:**

فرض، وهو: ما يستر العورة ويدفع الحر والبرد، قال الله تعالى: ﴿خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾؛ أي: ما يستر عوراتكم عند الصلاة.

ومُباحٌ، وَهُوَ: الثَّوْبُ الْجَمِيلُ للتَّزيُّنِ.

ومستحب، وهو: ستر العورة وأخذ الزينة قال ﷺ: «**إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده**». انتهى.

أقول: في كل من كلام المصنف و«الاختيار» بحث.

أما في كلام المصنف: **فلأنه إن أراد بأخذ الزينة: ستر العورة كما ذكره في** «الاختيار» في تفسير الآية المذكورة.. فليس هذا بزائد على الفرض، بل عين الفرض.

وإن أراد به: أخذ الشهرة والتلذذ الدنيوي.. فهو ليس بمستحب، بل مباح أو مكروه.

وإن أراد: إظهار نعمة الله تعالى [٦٥٩/أ].. **فلا بد من بيانه.**

وأما في كلام «الاختيار»: **فلأنه إن أراد بأخذ الزينة: ستر العورة كما فسره أولاً في الآية المذكورة.. فلا مغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه، فلا يكون مستحباً، بل فرضاً.**

وإن أراد به: إظهار أثر نعمة الله تعالى كما دل عليه ما رواه مرفوعاً.. **فاللائق أن يذكر معنى أخذ الزينة: بمعنى إظهار أثر نعمة الله تعالى.**

قال في «الخلاصة» نقلاً عن «النوازل»: خرج رسول الله ﷺ ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم، وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم.

وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار، وكان يقول لتلامذته: إذا رجعتم إلى أوطانكم.. فعليكم بالثياب النفيسة.

وقال الإمام السرخسي: ينبغي أن يلبس في عامة الأوقات الغسيل، ويلبس الأحسن في بعض الأوقات إظهاراً لنعمة الله تعالى، ولا يلبس في جميع الأوقات؛ لأن ذلك يؤذي المحتاجين.

- (ومباح، وهو الثوب الجميل للتزين) في الجمع والأعياد ومجامع الناس.

ومكروهٌ، وَهُوَ: اللُّبْسُ للتَّكبُّرِ.

وَيسْتَحبُّ الْأَبْيَضُ وَالْأَسودُ.

وَيكرَهُ: الْأَحْمَرُ والمُعَصفَرُ.

وَالسُّنَّةُ: إرخاءُ طرفِ الْعِمَامَةِ بَينَ كَتفيهِ قَدْرَ شبرٍ.

وَقيلَ: إِلَى وَسَطِ الظَّهْرِ.

وَقيلَ: إِلَى مَوضِعِ الْجُلُوسِ.

وَإِذا أَرَادَ تَجْدِيدَ لِفِّها.. نقضَهَا كَمَا لفَّها.

ومن هذا القبيل: ما ذكرناه عن «الخلاصة» من رداء رسول الله ﷺ، ورداء أبي حنيفة.

وقد وري أيضاً أنه ﷺ كان له جبة فنك يلبسها يوم عيد، وأهدى له المقوقس قباء مكفوفاً بالحرير، كان يلبسه للجمع والأعياد.

- (**ومكروه، وهو: اللبس للتكبر**)؛ للنهي عنه.

(**ويستحب: الأبيض**)؛ لقوله ﷺ: «خير ثيابكم البيض، وإن الله تعالى يحب الثياب البيض».

(**والأسود**)؛ كذا في «السير الكبير»، ذكره في «الخلاصة».

(**ويكره الأحمر والمعصفر**)؛ لأن النبي ﷺ نهى عنه.

(**والسنة: إرخاء طرف العمامة بين كتفيه قدر شبر**).

(**وقيل: إلى وسط الظهر**).

(**وقيل: إلى موضع الجلوس**).

والمروي عن رسول الله ﷺ: هو الإرخاء بين كتفيه.

ثم اختلفوا في قدر المرسل على هذه الأقوال الثلاثة؛ لعدم التيقن بالقدر.

(**وإذا أراد تجديد لفها.. نقضها كما لفها**)؛ أي: لا يلقيها على الأرض دفعة

وَيَحلُّ للنِّسَاءِ لُبسُ الْحَرِيرِ.

وَلَا يَحِلُّ للرِّجَالِ إِلَّا قدرُ أَربعِ أَصَابعَ، كَالْعلَمِ.

وَلَا بَأْسَ بتوسُّدِهِ وافتراشِهِ.

خلافاً لَهما.

واحدة، بل ينقضها كوراً كوراً؛ كذا نقل عنه ﷺ.

ولا بأس بلبس القلانس، وقد صح: أنه كان لرسول الله ﷺ قلانس يلبسها.

(ويحل للنساء لبس الحرير، ولا يحل للرجال إلا قدر أربع أصابع كالعَلَم).

والأصل فيه: ما رواه أبو موسى الأشعري: أن النبي ﷺ أحل الذهب والفضة والحرير للإناث من أمته، وحرم على ذكورها.

وروي كثير في معناه.

وقال في «الخلاصة»: إن كان الثوب من غير الحرير، وعلمه من الحرير:

إن كان قدر أربع أصابع مضمومة.. لا بأس به [٦٥٩/ب].

فإن زاد على أربع أصابع.. يكره.

فقدر أربع أصابع بما كانت مضمومة لا منشورة.

وقيل: منشورة في العرض دون الطول.

وقيل: قدر الأصابع كما هي.

وقال في «قاضيخان»: روى بشر عن أبي حنيفة: أنه لا بأس بالعلم في الثوب من الحرير إذا كان أربع أصابع أو دونها.

(ولا بأس بتوسده)؛ أي: استعمال الوسادة من الحرير تحت رأسه أو جنبه.

(وافتراشه) عند أبي حنيفة، (خلافاً لهما).

قال في «الخلاصة»: وتعليق الستور من الحرير على الأبواب والحيطان: على هذا الخلاف.

وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ مَا سُدَاهُ إبريسمٌ، وَلُحْمَتُهُ غَيرَهُ.

وَعَكسُهُ لَا يُلبَسُ إِلَّا فِي الْحَرْبِ.

وَيُكرَهُ لُبسُ خالصِهِ فيها.

خلافاً لَهما.

ثم ما ذكره المصنف من اتفاق الإمامين في ذلك: هو وضع الصدر الشهيد والقدوري.

وذكر أبو الليث قول أبي يوسف مع أبي حنيفة.

فعلم منه: أنه عن أبي يوسف روايتين.

(ولا بأس بلبس ما سداه: إبريسم، ولحمته: غيره)، من القطن أو الكتان أو الجز؛ سواء كان غالباً أو مغلوباً أو مساوياً للحرير مختلطاً أو خالصاً؛ لأن الثوب لا يصير ثوباً إلا بالنسج، والنسج باللحمة.. فكانت هي المعتبرة.

ولأن اللحمة تظهر في المنظر، فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى.

قال في «المصباح»: السَّدَى - وزان الحصى -: من الثوب خلاف اللحمة، وهو ما يمد طولاً في النسج، ولَحمة الثوب بالفتح: ما ينسج عرضاً، والضم لغة فيه، أنكره الكسائي.

(وعكسه)؛ أي: ما لحمته إبريسم وسداه غيره (... لا يلبس) بالإجماع.

(إلا في الحرب) للضرورة فيه، ولأنه يري هيبته في عين العدو.

(ويكره لبس خالصه فيها)؛ أي: في الحرب عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لما روي أنه ﷺ رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب.

ولأبي حنيفة: إطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير؛ لأنه لا يفصل فيها بين مال ومال، والضرورة المرخصة في الحرب اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير.. فلا حاجة إلى الخالص.

وَيجوزُ للنِّسَاءِ التَّحلِّي بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.

لَا للرِّجَالِ، إلاّ الْخَاتِمَ والمِنطقَةَ، وَحليةَ السَّيْفِ مِنَ الْفضَّةِ، ومِسمارَ .....

(ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة، لا للرجال)؛ لورود النهي عنه في حق الرجال دون النساء، فبقي في حقهن على الأصل.

(إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) دون الذهب؛ لورود الآثار في جواز التختم بالفضة دون الذهب.

والقول بأنه لا بأس به.. غير صحيح، على ما في «الخلاصة».

وكان للنبي ﷺ خاتم فضة وكان في يده الشريفة، حتى توفي، ثم في يد أبي بكر إلى أن توفي، ثم في يد عمر إلى أن توفي، ثم في يد عثمان إلى أن وقع في البئر، فأنفق مالاً عظيماً في طلبه، فلم يجده، ووقع الخلاف فيما بينهم والتشويش من ذلك الوقت إلى أن استشهد رضي الله عنه.

ولا ينقش [٦٦٠/أ] في خاتمه صورة إنسان أو طير أو هوام أو حيوان.

بل ينقش: اسمه أو اسم أبيه أو اسماً من أسماء الله تعالى.

ولا ينقش: «محمد رسول الله»؛ لأنه نقش خاتم رسول الله بثلاثة أسطر، كل كلمة سطر.

ونقش خاتم أبي بكر: «نعم القادر الله».

ونقش خاتم عمر: «كفى بالموت واعظاً يا عمر».

ونقش خاتم عثمان: «لتصبرن أو لتندمن».

ونقش خاتم علي: «الملك لله».

وخاتم أبي حنيفة: «قل الخير وإلا فاسكت».

(و) يجوز (مسمار) قال في «المصباح»: المسمار: ما يسمر به، والجمع مسامير،

وَكِتَابَةَ الثَّوْبِ بِذَهَبٍ أَو فضَّةٍ، وَشدَّ السِّنِّ بِالْفِضَّةِ.

وَلَا يجوزُ بِالذَّهَبِ.

خلافاً لَهما.

وَلَا يتختَّمُ بِحَجَرٍ وَلَا صُفرٍ وَلَا حَدِيدٍ.

وَقيلَ: يُبَاحُ بِالْحَجَرِ اليَشَبِ.

وسمرت عينه: كحلتها بمسمار محمر في النار، والمراد به ههنا: وتد من **(الذهب في ثقب الفص)**؛ لأنه تابع للفص؛ كالعلم في الثوب، فيجوز تبعاً للفص.

(و) يجوز **(كتابة الثوب بذهب أو فضة)**؛ لأنها تابعة للثوب، فيجوز.

(وشد السن بالفضة، ولا يجوز) شد السن **(بالذهب)** عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، جَعَلَ أبا يوسف مع محمد، وهو اختيار بعض المشايخ.

وجعله بعضهم مع أبي حنيفة.

وإذا سقط السن: هل يعيدها إلى مكانها؟

ففي «الخلاصة»: لا يعيدها، لكن يأخذ سن شاة ذكية ويضعها مكانها.

وقال أبو يوسف: يأخذ سن نفسه، ولا يأخذ سن غيره.

ويجوز الصلاة مع سنّه، ولا تجوز مع سن غيره، وبينهما فرق لم يحضره.

قال محمد: تجوز الصلاة مع سن غيره إذا كانت مشدودة بالذهب أو الفضة.

(ولا يتختم بحجر، ولا صفر، ولا حديد)؛ لأن النبي ﷺ نهى عن التختم بها.

(وقيل: يباح بالحجر اليشب)، قال في «الخلاصة» نقلاً عن «الجامع الصغير»: لا يتختم إلا بالفضة، ثم قال: وهذا نص على أن التختم بالحجر الذي قال له: «يشب»: حرام.

والأصح: أنه لا بأس به.

وَتركُ التَّخَتُّمِ أفضلُ لغيرِ السُّلْطَانِ وَالْقَاضِي.

وَيجوزُ الْأَكلُ وَالشُّربُ مِن إِنَاءٍ مفضَّضٍ، وَالْجُلُوسُ على سَرِيرٍ مفضَّضٍ؛ بِشَرْطِ اتِّقاءِ مَوضِعِ الْفضَّةِ.

وَيُكرَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعَن مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ.

وَيُكرَهُ إِلباسُ الصَّبِيِّ ذَهَباً أَو حَرِيراً.

وَيُكرهُ حملُ خِرقَةٍ لمسحِ الْعرقِ أَو المُخاطِ أَوِ الْوضُوءِ إِنْ للتكبُّرِ.

ثم قال: إذا تختم بالفضة.. ينبغي أن يكون الفص إلى بطن الكف، بخلاف النساء، ويجعله في اليد اليسرى في الخنصر، وقوله ﷺ: «اجعلها في يمينك» كان في الابتداء، ثم صار ذلك من علامات أهل البغي.

والحلقة: هي المعتبرة.

وإنما يجوز التختم بالفضة إذا كان على هيئة خاتم الرجال؛ أما إذا كان على هيئة خاتم النساء؛ بأن كان له فصان أو ثلاثة.. يكره.

وللرجال اتخاذ خاتم فضة من عقيق أو فيروزج أو ياقوت، ولو نقش عليه اسمه أو اسماً من أسماء الله تعالى.. لا بأس به. انتهى.

(وترك التختم أفضل لغير السلطان والقاضي)، وقال في «الخلاصة»: ونحوهما: من احتاج إلى التختم.

(ويجوز الأكل والشرب من إناء مفضض، والجلوس على سرير مفضض؛ بشرط اتقاء موضع الفضة، ويكره عند أبي يوسف) [٦٦٠/ب].

(وعن محمد: روايتان)؛ في رواية: مع أبي حنيفة، وفي رواية: مع أبي يوسف.

(ويكره إلباس الصبيّ ذهباً أو حريراً)؛ لأنه لما حرم لبسهما.. حرم إلباسهما أيضاً؛ كالخمر لما حرم شربه.. حرم سقيه أيضاً، وأثمه على الملبس.

(ويكره حمل خرقة لمسح العرق أو المخاط أو الوضوء إن) كان **(للتكبر)**.

وإنْ للْحَاجةِ.. فَلَا هُوَ الصَّحِيحُ.

والرَّتَمُ لَا بَأْسَ بِهِ.

(وإن) كان (للحاجة.. فلا) يكره. (هو الصحيح).

قال في «الخلاصة»: إن كل ما كان على وجه التكبر يكره، وما كان للحاجة.. لا يكره.

ونظيره: التربع في الجلوس، والاتكاء؛ إن فعل تكبراً.. يكره، وإن فعل لحاجة.. لا يكره.

(والرَّتَمُ لا بأس به)، وهو: خيط التذكر، يعقد في إصبعه أو في خاتمه ليتذكره؛ كما في عادة الحالية، والرتيمة: بمعنى الرتم.

* * *

(فَصلٌ فِي النَّظَرِ وَنَحْوِهِ)

وَيَحرمُ النَّظرُ إِلَى الْعَوْرَةِ.

إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ؛ كالطبيب، والخاتِنِ، والخافِضَةِ، والقابلةِ، والحاقِنِ.

وَلَا يتَجَاوَزُ قدرَ الضَّرُورَةِ.

وَينظرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجلِ إِلَى مَا سِوى الْعَوْرَةِ، وَقد بُيِّنَتْ فِي الصَّلَاةِ.

(فَصلٌ فِي النَّظَرِ وَنَحْوِهِ) من المس والمصافحة وتقبيل اليد.

(ويحرم النظر إلى العورة) من رجل أو امرأة.

(إلا عند الضرورة؛ كالطبيب والخاتن والخافضة).

وفي «المغرب»: الخفض للجارية: كالختن للغلام، وجارية مخفوضة؛ أي: مختونة.

(والقابلة)؛ أي: المرأة التي تقطع سرة الولد عند الولادة؛ فإنهما لو نظرا عند الخفض والقطع والولادة فرج المرأة.. تجوز للضرورة.

(والحاقن)؛ أي: من يستعمل الحقنة؛ فإنه لو نظر إلى دبر الرجل عند الحقنة.. تجوز للضرورة.

(ولا يتجاوز قدر الضرورة)؛ لأن ما ثبت بالضرورة لا يتجاوز محلها.

(وينظر الرجل من) عضو (الرجل إلى ما سوى العورة)، وهي: ما تحت سرته إلى تحت الركبة، فالركبة: عورة لا السرة.

لكن حكم العورة في الركبة: أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ: أخف منه في الفرج.

(وقد بينت في الصلاة) وبيناه ثمة أيضاً.

وَتنظرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلِ إِلَى مَا ينظرُ الرَّجلُ مِنَ الرَّجلِ إِنْ أَمِنَتِ الشَّهْوَةُ.

وَينظرُ إِلَى جَمِيعِ بدنِ زَوجتِهِ وَأَمَتِهِ الَّتِي يحلُّ لَهُ وَطْؤُهَا.

وَمِن مَحَارِمِهِ وَأَمةِ غَيرِهِ إِلَى: الْوَجْهِ، وَالرَّأْسِ، والصَّدرِ، والسَّاقِ، والعَضُدِ.

وَلَا بَأْسَ بمسِّهِ بِشَرْطِ أَمْنِ الشَّهْوَةِ فِي النّظَرِ والمَسِّ.

(**وتنظر المرأة**) حرة أو أمة مسلمة أو كافرة كما في «القهستاني» (**من**) عضو (**المرأة**) حرة أو أمة مسلمة أو كافرة كما سبق.

(**و**) من عضو (**الرجل إلى ما ينظر الرجل من**) عضو (**الرجل**)؛ أعني: ما تحت السرة إلى ما تحت الركبة.

لكنه (**إن أمنت**) المرأة الناظرة (**الشهوة**)؛ لأن ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال، وإلا.. فلا يجوز النظر.

(**وينظر**)؛ الرجل (**إلى جميع بدن زوجته وأمته التي يحل له وطؤها**)؛ لقوله ﷺ: «غض بصرك، إلا عن أمتك وامرأتك» قيد، لا من يحل الوطء؛ لأنها إذا لزمت عليه كالأمة المجوسية أو المشركة أو كانت أمه أو أخته من الرضاع أو أم امرأته أو بنتها.. فلا يحل له النظر إلى فرجها.

(**ومن محارمه**)؛ أي: من لا يجوز له نكاحه على التأبيد كان، أو سبباً كالرضاع والمصاهرة (**وأمة غيره: إلى الوجه**) [٦٦١/أ]، (**والرأس، والصدر، والساق، والعضد**)؛ لأن بعض المحارم يدخل بعضها بلا استئذان والمرأة في بيتها في ثياب البذلة عادة؛ فلو حرم النظر إلى هذه المواضع منها.. لأدى إلى الحرج.

(**ولا بأس بمسّه**)؛ أي: مسّ الرجل عضواً من الأعضاء المذكورة من محارمه ومن أمة غيره، كما لا بأس في النظر إليه، لكنه لا مطلقاً، بل (**بشرط أمن الشهوة في النظر والمسّ**)، وإلا.. فلا يجوز أصلاً.

وَلَا ينظرُ إِلَى: الْبَطنِ وَالظَّهْرِ والفخِذِ وإِنْ أَمِنَ.

وَلَا إِلَى الْحُرَّةِ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ إِنْ أَمِنَ.

وإِلَّا.. فلا يجوزُ لغيرِ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْأَدَاءِ وَالْحَاكِمِ عِنْدَ الحُكْمِ.

وَلَا يجوزُ مَسُّ ذَلِكَ وإِنْ أَمِنَ إِن كَانَت شَابَّةً.

وَيجوزُ إِن عجوزاً لَا تُشْتَهى، أَو هُوَ شيخٌ يَأْمَنُ على نَفسِهِ وَعَلَيْهَا.

وَيجوزُ النَّظَرُ والمسُّ مَعَ خوفِ الشَّهْوَةِ عِنْدَ إِرَادَةِ الشِّرَاءِ أَوِ النِّكَاحِ.

(ولا ينظر إلى البطن والظهر والفخذ) من محارمه ومن أمة غيره (وإن) وصلية (أمن)؛ إذ لا ضرورة في كشف هذه الأعضاء، بخلاف الأعضاء السابقة.

(ولا إلى الحرة الأجنبية، إلا إلى الوجه والكفين إن أمن) الشهوة للضرورة في النظر إلى الوجه والكفين؛ لحاجتهما إليه في المعاملة في الأخذ والإعطاء.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يأمن الشهوة (.. فلا يجوز) النظر إلى الوجه والكفين أيضاً (لغير الشاهد عند الأداء، والحاكم عند الحكم)؛ فإنه يجوز للشاهد عند أداء الشهادة أن ينظر إلى وجه المرأة وإن خاف أن يشتهي؛ لضرورة الأداء.

وينبغي: أن يقصد بنظره أداء الشهادة لا قضاء الشهوة.

وكذا: الحاكم يجوز له ذلك عند الحكم لضرورة القضاء، ويقصد به القضاء.

وكذا: الطبيب يجوز له أن ينظر إلى موضع المرض لضرورة الدواء، لا غيره؛ لعدم الضرورة في غيره، ويقصد به الدواء.

(ولا يجوز مسّ ذلك)؛ أي: مس وجه الأجنبية، ولا كفيها (وإن) وصلية (أمن) الشهوة (إن كانت شابة)؛ لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى.

(ويجوز) مسّ وجهها وكفيها (إن) كانت (عجوزاً لا تشتهى، أو هو شيخ يأمن على نفسه وعليها)؛ لعدم المحرم أيضاً.

(ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند إرادة الشراء أو النكاح)؛ يعني:

وَالْعَبْدُ مَعَ سيِّدتِهِ: كَالْأَجْنَبِيِّ.

والمجبوبُ والخَصِيُّ: كالفحلِ.

يجوز له النظر والمسّ لكل موضع يجوز له أن ينظر إليه ويمس به؛ كالصدر والساق والذراع والرأس وتقليب شعرها إن أمن الشهوة.

وإلا.. فلا، إلا عند قصد الشراء أو النكاح؛ فإنه حينئذ يجوز له النظر والمس بتلك المواضع وإن لم يأمن الشهوة؛ لضرورة الشراء والنكاح.

ثم جواز المس في شراء الأمة، لا في نكاح الحرة.

(والعبد مع سيدته كالأجنبي)، حتى لا يجوز لها أن تبدي من زينتها إلا ما يجوز أن تبديه للأجنبي.

ولا يحل له أن ينظر من سيدته إلا ما يجوز أن ينظر إليه من الأجنبية.

وقال مالك والشافعي: نظر العبد إلى سيدته كنظر الرجل إلى محارمه [٦٦١/ب].

(والمجبوب)؛ أي: من تقطع آلته، (والخصي)؛ أي: من تقطع خصيته.. (كالفحل).

أما المجبوب؛ فلأنه يسحق فينزل.

قيل: إن كان المجبوب قد جف [ماؤه][1].. لا بأس في اختلاطه مع النساء؛ لوقوع الأمن من الفتنة.

وأما الخصي.. فلقول عايشة رضي الله عنها: الخصاء مثلة، فلا يبيح ما كان حراما قبله.

وقيل: هو أشد الناس جماعاً؛ لأن آلته لا تفتر بالإنزال.

وكذا المخنث في الرديء من الأفعال كالفحل.. فلا يجوز اختلاطه مع النساء؛ لأنه كغيره من الرجال، بل هو من الفساق، فيبعد من النساء.

---

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/٢٠).

وَيُكرهُ للرَّجلِ أَن يُقَبِّلَ الرَّجلَ أَو يعانِقَهُ فِي إِزَارٍ بِلَا قَمِيصٍ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يُكرَهُ.

وَلَا بَأْسَ: بالمُصافَحَةِ، وتقبيلِ يَدِ الْعَالِمِ، أَوِ السُّلْطَانِ العادلِ.

ويعزلُ عَن أَمَتِهِ بِلَا إِذْنِهَا، لَا عَن زَوجتِهِ إِلَّا بِالْإِذْنِ.

وَلَا تُعرَضُ الْأَمةُ إِذا بَلَغَت فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ.

بخلاف من كان مخنثاً لتكسر ولين في أعضائه ولسانه، ولا يشتهي النساء.. فإنه قد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنساء.

(ويكره للرجال أن يقبِّل) من التقبيل (الرجل أو يعانقه في إزار بلا قميص، وعند أبي يوسف: لا يكره).

قيل: إن كان على وجه الشهوة.. يكره، وإن كان على وجه البر والكرامة.. لا يكره.

وقيل: أول من عانق: إبراهيم خليل الله مع الإسكندر في مكة.

(ولا بأس بالمصافحة)؛ لما روي: أن أنساً قال: قلنا لرسول الله: أينحني بعضنا ببعض؟ قال: «لا»، قلنا: أيعانق بعضنا ببعض؟ قال: «لا»؛ قلنا: أيصافح بعضنا ببعض؟ قال: «نعم».

(وتقبيل يد العالم أو السلطان العادل)؛ أي: لا بأس به؛ لأنه تعظيم لمن هو أهل له.

(ويعزل عن أمته بلا إذنها)؛ لقوله ﷺ لمولى الأمة: «اعزل عنها إن شئت».

(لا عن زوجته)؛ لنهيه ﷺ عن العزل عن الحرة (إلا بإذن)، العزل: أن يطأ؛ فإذا قرب إلى الإنزال.. أخرج الآلة ولم ينزل في الفرج.

(ولا تعرض الأمة) على البيع (إذا بلغت) حد الشهوة (في إزار واحد)؛ أي: ما يسترها بين السرة إلى الركبة؛ لأن ظهرها وبطنها عورة لا يجوز كشفها، فلا يعرض على البيع مكشوفاً.

* * *

(فَصْلٌ فِي الِاسْتِبْرَاءِ)

مَن ملكَ أَمةً بشرَاءٍ أَو غَيرِهِ.. يحرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا ودواعيهِ، حَتَّى يستبرئَ بِحَيْضَةٍ فِيمَن تحيضُ، وبشهرٍ فِي غَيرهَا.

(فَصْلٌ فِي الِاسْتِبْرَاءِ)

يقال: استبرأ الجارية، بمعنى: طلب براءة رحمها من الحبل.

واعلم: أن الاستبراء واجب، وله: سبب، وعلة، وحكم.

أما وجوبه: فلقوله ﷺ في سبايا أوطاس: «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى يُستبرأن بحيضة»؛ لأن هذا النهي مع وجود الملك واليد لا يكون إلا للوجوب.

وأما سببه: وهو استحداث الملك، واليد سبب من أسباب الملك.

وأما علته: فهو إرادة الوطء.

وأما حكمه: فهو التعرف عن براءة الرحم؛ صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط، والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بماء محترم بأن لا يكون من بغي.

(مَن ملك أمة بشراء أو غيره)؛ كهبة أو وصية أو ميراث [٦٦٢/أ] أو بدل خلع أو مهر أو صلح (.. يحرم عليه وطؤها ودواعيه)؛ من: المس والقبلة والنظر إلى فرجها بشهوة (حتى يستبرئ بحيضة فيمن تحيض، وبشهر في غيرها)؛ من الصغيرة والآيسة والمنقطعة عن الحيض؛ فإن الشهر قائم مقام الحيض في العدة، فكذا في الاستبراء.

فإذا حاضت في أثنائه.. بطل الاستبراء بالأيام؛ لأن القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل.. تبطل حكم البدل؛ كالمعتدة بالشهر إذا حاضت.

وَفِي مُرْتَفِعَةِ الْحيضِ لَا بِإِيَاسٍ: بِثَلَاثَةِ أشهرٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ بأَرْبعَةِ أَشهرٍ وَعشرٍ.

وَفِي رِوَايَةٍ بِنِصْفِهَا.

وَفِي الْحَامِلِ بِوَضْعِهِ.

وَلَو كَانَت بكراً أَو مشريةً مِنِ امْرَأَةٍ أَو مَالِ طِفْلٍ أَو مِمَّن يحرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا.

وَيسْتَحبُ الِاسْتِبْرَاءُ للْبَائِعِ، وَلَا يجبُ عَلَيْهِ.

(وفي مرتفعة الحيض لا بإياس)؛ بأن صارت ممتدة الطهر، وهي ممن تحيض: **(بثلاثة أشهر)**.

وعند محمد: بأربعة أشهر وعشر) أيام.

(وفي رواية) عن محمد: **(بنصفها)**؛ أي: شهران وخمسة أيام.

وقيل: بتركها حتى تبين أنها ليست بحامل.

(وفي الحامل: بوضعه)؛ أي: الحمل **(ولو)** وصلية **(كانت)**؛ أي: من ملك أمة يحرم عليه وطؤها حتى يستبرئ، ولو كانت تلك الأمة **(بكراً أو مشرية من امرأة، أو مال طفل)**؛ بأن باعها أبوه أو وصيه، أو اشتراها من مال ولده الصغير.

(أو ممن يحرم عليه وطؤها)؛ لوجود السبب، وهو استحداث الملك واليد.

وتحقق العلم بعدم وطء المولى: مما لا أثر له فيه؛ لأن الأحكام تدور على الأسباب.

وصورة الأخير: فيمن ورث الأمة وهي موطوءة أبيه أو أخته رضاعاً.

(ويستحب الاستبراء للبائع، ولا يجب عليه)؛ يعني: إذا أراد المولى أن يبيع أمته وقد كان يطؤها.. يستحب له أن يستبرئها قبل البيع بحيضة، وليس ذلك بواجب عليه؛ كذا في «الحاوي القدسي».

وَلَا تَكْفِي حَيْضَةٌ مَلَكَهَا فِيهَا، وَلَا الَّتِي قبلَ الْقَبْضِ، أَو قبلَ الْإِجَازَةِ فِي بيعِ الْفُضُولِيّ.

وَكَذَا: الْوِلَادَةُ.

وقال في «قاضي خان»: من أراد أن يشتري جارية ولا يلزمه الاستبراء.. فالحيلة: أن يزوجها البائع من رجل يثق به، ثم يبيعها من المشتري، فيقبضها المشتري، ثم يطلقها زوجها.

ويستحب للبائع أن يستبرئها قبل أن يزوجها. انتهى.

فعلى هذا: المناسب أن يذكر هذه المسألة في بيان الحيلة.

(ولا تكفي) في الاستبراء: **(حيضة ملكها)**؛ أي: الأمة **(فيها)**؛ أي: في تلك الحيضة يعني في أثنائها.

(ولا) الحيضة **(التي)** رأتها **(قبل القبض)** بعد استحداث الملك بالشراء أو غيره من أسباب الملك؛ من الهبة والوصية والإرث.

خلافاً لأبي يوسف فيهما؛ فإنه قال: يكفي كل من هاتين الحيضتين؛ لحصول المقصود بهما، وهو تعرف براءة الرحم.

قلنا: الواجب عليه هو الحيضة، وهو اسم للكاملة، وهي في الأولى: لم تكمل بعد استحداث الملك، بل وجد بعضها [٦٦٢/ب] بعده.

وفي الثانية: وجدت الحيضة قبل أن تجب عليه باستحداث الملك.

(أو قبل الإجازة في بيع الفضولي)؛ يعني: باع الفضولي أمة رجل من رجل، فحاضت الأمة بعد البيع قبل إجازة المولى البيع.. لا تكفي تلك الحيضة في الاستبراء؛ سواء كان المشتري قبضها أو لم يقبضها، بل لا بد له من الحيضة بعد الإجازة والقبض.

(وكذا الولادة)؛ أي: لا تكفي الولادة الحاصلة بعد وجود أسباب الملك من البيع والهبة وغيرهما قبل القبض؛ لتحقق تلك الولادة قبل تمام السبب؛ فإن السبب

وتكفي حَيْضَةٌ وُجِدَت بعدَ الْقَبْضِ وهي مَجُوسِيَّةٌ فَأَسلمت.

وَيجبُ عِنْدَ تملُّكِ نصيبِ شَرِيكِهِ.

لَا عندَ عَودِ الآبقةِ، وردِّ الْمَغْصُوبَةِ، والمستأجرَةِ، وَفكِّ الْمَرْهُونَةِ.

- وهو: استحداث الملك - إنما يتم بالقبض.

وفيه خلاف أبي يوسف أيضاً.

(وتكفي حيضة وجدت بعد القبض، وهي)؛ أي: الأمة (مجوسية فأسلمت)؛ لأن تلك الحيضة وجدت بعد السبب - وهو استحداث الملك - مع اليد، فتكفي من الاستبراء.

وكذا: لو اشترى أمة مسلمة، ثم كاتبها وحاضت هي في أثناء الكتابة، ثم عجزت عن الكتابة.. تكفي تلك الحيضة عن الاستبراء؛ لوجودها بعد السبب.

بخلاف الحيضة الحاصلة بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتري صحيحاً.. فإنها لا تكفي.

(ويجب) الاستبراء (عند تملك نصيب شريكه) من جارية مشتركة بينهما؛ لأن السبب قد تم في ذلك الوقت، والحكم يضاف إلى تمام العلة، وهو آخر الأوصاف.

(لا) يجب (عند عود الآبقة، ورد المغصوبة، والمستأجرة، وفك المرهونة)؛ لانعدام السبب في كل من هذه الصور الأربع وهو استحداث الملك مع اليد، وهو سبب متعين ههنا فأدير الحكم عليه وجوداً وعدماً، كذا في «الهداية».

وفسر الآبقة في «العناية»: بالتي أبقت في دار الإسلام، ثم رجعت إلى مولاها؛ فإن أبقت إلى دار الحرب، ثم عادت إليه بوجه من الوجوه.. فكذلك الحال عند أبي حنيفة؛ لأنهم لم يملكوها، فلم يحدث الملك.

وعندهما: يجب عليه الاستبراء؛ لأنهم ملكوا عندهما.

ولو أقال البيع قبل قبض المشتري.. لا يجب على البائع الاستبراء.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: على البائع الاستبراء؛ لأنها زالت عن ملكه بالبيع،

وَلَا تكرَهُ الْحِيلَةُ لِإسقاطِهِ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَأخذنا بِالْأَوَّلِ إِنْ عُلِمَ عدمُ الْوَطْءِ مِنَ الْمَالِكِ الأَوَّلِ، وَبِالثَّانِي إِنِ احْتَمَلَ.

والآن ملكها، ثم رجع عنه وقال: لا يجب، وهو قولهما؛ لأن الإقالة فسخ من الأصل، فصار كأنه لم يكن.

ولو اشترى من عبده المأذون له في التجارة أمة قد حاضت عنده؛ إن لم يكن على العبد دين.. تكفي تلك الحيضة عن الاستبراء؛ لأنها كانت في ملكه ويده؛ لأنها دخلت في ملك المولى ويده وقت الشراء [٦٦٣/أ].

وإن كان عليه دين مستغرق.. فكذا عندهما.

وعند أبي حنيفة: لا يعتد بتلك الحيضة.

ولو باع جارية على أنه بالخيار وقبضها المشتري، ثم أبطل البيع في مدة الخيار.. لا يجب الاستبراء؛ لعدم خروجها عن ملكه.

بخلاف ما لو باعها بيعاً فاسداً وسلمها إلى المشتري، ثم استردها بقضاء أو رضاء.. كان عليه الاستبراء.

ولو باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري، ثم استردها.. لا يجب عليه الاستبراء إن كان المشتري لم يطأها، وإن كان وطئها.. فعليه الاستبراء.

فلو زوجها بعد الاستبراء وطلقها الزوج قبل الدخول.. لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية.

ولو زوجها قبل الاستبراء وطلقها الزوج قبل الدخول.. فالمختار: أنه يجب.

(ولا تكره الحيلة لإسقاطه)؛ أي: الاستبراء (عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد)، والوجه ما تقدم في الشفعة.

(وأخذنا بالأول)؛ أي: بقول أبي يوسف (إن علم عدم الوطء من المالك الأول)؛ أي: في الطهر الذي يوجد فيه سبب الملك.

(و) أخذنا (بالثاني)؛ أي: بقول محمد (إن احتمل) وطء المالك الأول في الطهر

وَالْحِيلَةُ إِنْ لَم تَكُن تَحْتَهُ حرَّةٌ: أَنْ يَتَزَوَّجهَا، ثمَّ يَشْتَرِيَهَا.

وإِنْ كَانَت تَحْتَهُ حرَّةٌ: أَنْ يُزَوِّجَهَا البَائِعُ قبلَ البيعِ، أَوِ المُشْتَرِي بعدَ البيعِ قبلَ الْقَبْضِ، ثمَّ يُطلقُ الزَّوْجُ بعدَ الشِّرَاءِ وَالْقَبْضِ، أَوِ الْقَبْضِ.

الذي وجد فيه السبب.

(**والحيلة إن لم تكن تحته**)؛ أي: تحت المشتري (**حرة**)؛ لأنه لو كان تحته حرة.. لا تتمشى هذه الحيلة؛ لعدم جواز نكاح الأمة على الحرة: (**أن يتزوجها**)؛ أي: يتزوجُ تلك الأمة مَن يريد شراءها، (**ثم يشتريها**)، هكذا أطلقه في بعض الكتب.

ولا بد أن يقيد الشراء بكونها بعد قبض الأمة بعد التزوج؛ لما ذكره في «قاضي خان» في بيان هذه الحيلة: أنه إذا أراد أن يشتري الجارية.. يتزوجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة، ثم يسلمها إليه المولى، ثم يشتري منه.. فلا يجب عليه الاستبراء، وإنما شرط تسليم الجارية إليه قبل الشراء؛ كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح بحكم الشراء.

وقال الإمام ظهير الدين: عندي: يشترط أن يدخل بها بحكم النكاح قبل الشراء؛ لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقاً على الشراء؛ ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين؛ فإذا كان فساد النكاح سابقاً على الشراء.. لم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة.

أما إذا دخل بها قبل الشراء؛ فإذا فسد النكاح.. تصير معتدة قبل الشراء، فلا يلزم الاستبراء. انتهى ما ذكره «قاضي خان».

(**وإن كانت تحته حرة**).. فالحيلة: (**أن يزوجها البائع قبل البيع، أو**) يزوجها (**المشتري بعد البيع قبل القبض**)؛ أي: ممن يوثق به في التطليق [٦٦٣/ب]، (**ثم يطلق الزوج بعد الشراء والقبض**) إن زوجها البائع، (**أو**) بعد (**القبض**) إن زوجها المشتري قبل القبض، لأنه عند وجوب السبب - وهو: استحداث الملك المؤكد بالقبض - إذا لم يكن فرجها حلالاً له؛ لكونها منكوحة الغير.. لا يجب عليه الاستبراء وإن حل

وَمَن ملكَ أَمَتَينِ لَا يَجْتَمِعَانِ نِكَاحاً.. فَلهُ وطءُ إِحْدَاهُمَا فَقَط ودواعيهِ.

بعد ذلك؛ لأن المعتبر أوان وجود السبب؛ كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة، هكذا ذكره في «الهداية» و«الزيلعي».

وقال في «قاضي خان» في بيان هذه الحيلة: ويشترط أن يكون طلاق الزوج بعد قبض المشتري؛ فإن طلقها قبل القبض.. كان على المشتري أن يستبرئها إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد؛ لأنه إذا طلقها قبل القبض؛ فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد.. فيصير كأنه استبرأها في هذه الحالة، وهي ليست في نكاح ولا عدة، فيلزم الاستبراء. انتهى.

وإنما قيدنا الزوج بمن يوثق به؛ لأنه إذا لم يوثق به.. ربما لا يطلقها، فكان احتيالاً عليه.. فالحيلة في تمشية هذه الحيلة: أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء.

ومعنى كون أمرها في يده في التطليق: ما ذكره الإمام «قاضي خان» في فصل النكاح على الشرط: إذا زوج المولى أمته من عبده، وابتدأ المولى فقال: زوجتك هذه على أن أمرها بيدي، فقال العبد: قبلت.. جاز النكاح، ويكون الأمر بيد المولى في التطليق.

وقال في «قاضي خان» أيضاً نقلاً عن أبي الليث: إذا ابتدأت المرأة فقالت: زوجت نفسي منك على أني طالق، أو على أن يكون الأمر بيدي أطلق نفسي متى شئت، فقال الزوج قبلت.. جاز النكاح، ويقع الطلاق، ويكون الأمر بيدها، على ما بينه ثمة، فارجع إليه.

فالحيلة في تمشية الحيلة المذكورة: على وجهين:

أحدهما: كون المولى مخيراً في تطليقها.

والثاني: كون الأمة مخيرة فيه.

(ومن ملك أمتين لا يجتمعان نكاحاً) كالأختين، أو البنت وأمها نسباً أو رضاعاً (.. فله وطء إحداهما قط ودواعيه)؛ كالقبلة والمس والنظر بشهوة.

فإنْ وطِئَهما أَو فعلَ بهما شَيئاً مِنَ الدَّوَاعِي.. حَرُمَ عَلَيْهِ وطءُ كلٍّ مِنْهُمَا ودواعيهِ حَتَّى يُحَرِّمَ إحداهما.

(فإن وطئهما أو فعل بهما شيئاً من الدواعي.. حرم عليه وطء كل منهما ودواعيه، حتى يحرِّم) من التحريم (إحداهما):

بملك؛ أي: بأن يملكها من الغير بالبيع أو الهبة ونحوهما.

أو نكاح، أو عتق، أو كتابة، قال في «الزيلعي»: تمليك البعض من إحداهما: كتمليك الكل، وكذا إعتاق البعض: كإعتاق الكل.

أما عندهما: فظاهر.

وأما عند أبي حنيفة: فلأنه وإن كان لا يتجزأ.. لكنه يحرم به الفرج؛ لأن معتق البعض كالمكاتب [٦٦٤/أ] عنده، وكتابة إحداهما كإعتاقها في تحريم فرجها.

وأما لو رهن إحداهما أو أجر إحداهما، أو دبر.. فلا تحل له الأخرى؛ لأن فرجها لا يحرم بهذه الأسباب.

والمراد بالنكاح: النكاح الصحيح، على ما يشعر به إطلاقه؛ لأنه إذا زوج إحداهما بالنكاح الفاسد.. لا تحل له الأخرى؛ لأن فرجها لا يحرم عليه بالنكاح الفاسد، فلا يباح له وطء الأخرى، إلا أن يدخل الزوج بها في النكاح الفاسد؛ لأنه حينئذ تجب العدة عليها، والعدة: كالنكاح الصحيح في التحريم.

وهل يلزم عليه الاستبراء بعد تحريم إحداهما بهذه الأسباب؟

فقال في «شرح النقاية»: المستحب أن يمس الأخرى بعد تحريم إحداهما حتى تمضي حيضته على المحرمة بالإخراج عن ملكه بهذه الأسباب.

وهذا أحد أنواع الاستبراء المستحب، وله أنواع أخر؛ منها: ما إذا أراد أن يبيع جاريته، ومنها: ما إذا أراد تزوجها، ومنها: ما إذا تزوجها.

* * *

(فَصلٌ فِي البَيْعِ)

وَيُكرهُ بيعُ الْعَذِرَةِ خَالِصَةً.

وَجَازَ لَو مخلوطةً فِي الصَّحِيحِ.

وَجَازَ بيعُ السِّرقينِ.

(فَصلٌ فِي البَيْعِ)

(**ويكره بيع العَذِرَة**) بفتح العين وكسر الذال؛ أي: الغائط.

وكذا: بيع كل ما انفصل عن الآدمي؛ كالشعر والظفر.. فإنه جزء الآدمي انفصل منه، ولذا وجب دفنه، على ما في «شرح النقاية» نقلاً عن التمرتاشي وغيره.

والمراد بالكراهة: البطلان، على ما في «شرح النقاية» أيضاً.

(**خالصة**) عن التراب؛ لأنها نجسة العين.

وعن أبي حنيفة: يجوز الانتفاع بها خالصة أيضاً.

(**وجاز**) بيعها (**لو مخلوطة**) بالتراب، وذلك بأن يحمل إليها التراب أو الرماد، دون العكس؛ فإن حمل النجس ممنوع.

(**في الصحيح**)، احترز به عما نقل عن «المحيط»: أنه إنما يصح بيع المخلوط لو كان ما خلط فيه من التراب وغيره غالباً، وإلا.. فلا، والصحيح: أنه صحيح غالباً أو مغلوباً.

(**وجاز بيع السرقين**)، وقال الشافعي: لا يجوز؛ كبيع العذرة.

قلنا: إنه مما ينتفع به في عموم البلد؛ لاستكثار الريع وإن كان نجساً، بخلاف العذرة؛ فإنه لم تجر العادة بالانتفاع بخالصها.

وكذا بيع ما انفصل من غير الآدمي كما في «الكفاية».

ويكره بيع طين الأكل وخاتم الحديد والصفر ونحوه، كما في «القنية».

وَالِانْتِفَاعُ كَالْبيعِ.

وَمَن رأَى جَارِيَةَ رجلٍ مَعَ آخرَ يَبِيعُهَا قَائِلاً: وكَّلني صَاحبُهَا بهِ، أَو اشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ، أَو وَهبهَا لي، أَو تصدَّقَ بهَا عَليّ، وَوَقع فِي قلبِهِ صِدْقُهُ.. حلَّ لَهُ شراؤُها مِنْهُ ووطؤُها.

وَيجوزُ بيعُ بِنَاءِ مَكَّةَ.

وَيكرَهُ بيعُ أَرْضِهَا وإِجارتُها.

خلافاً لَهما.

وقولُهما رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ.

(والانتفاع: كالبيع) فما جاز بيعه.. جاز الانتفاع بعينه أيضاً بسائر الوجوه، وما لا.. فلا.

(ومن رأى جارية رجل مع آخر يبيعها قائلاً: وكلني صاحبها به، أو اشتريتها منه، أو وهبها لي، أو تصدق بها علي، ووقع في قلبه صدقه.. حل له شراؤها منه ووطؤها)؛ لأنه أخبر بخبر صحيح [٦٦٤/ب] لا منازعة له فيه، وقول الواحد في المعاملات: مقبول بشرط أن يكون مميزاً.

(ويجوز بيع بناء مكة) بالإجماع؛ لأنه ملك بانيها؛ كمن بنى على أرض الوقف بإذن المتولي.. جاز بيعه.

(ويكره بيع أرضها وإجارتها) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما، وقولهما رواية عن الإمام).

لهما: أن أرضها مملوكة؛ لظهور الاختصاص الشرعي بها كبنائها.

ولأبي حنيفة: قوله ﷺ: «مكة حرام، لا تباع رباعها، ولا تورث» ولأنها حرة معتبرة؛ لأنها فناء الكعبة، وقد ظهر أثر التعظيم فيها، حتى لا ينفر صيدها، ولا يختلى خلاها، ولا يعضد شوكها، فكذا: في حق البيع.

وَيُكرَهُ الاحتكارُ فِي أَقْواتِ الْآدَمِيِّينَ والبهائِمِ بِبَلَدٍ يضرُّ بأَهْلِهِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: فِي كلِّ مَا يضرُّ احتكارُهُ بالعامَّةِ وَلَو ذَهَباً أَو فضَّةً أَو ثوباً.

بخلاف البناء؛ لأنه خالص ملك الباني.

وله أيضاً: قوله ﷺ: «إن أجر أرض مكة.. فكأنما أكل الربا».

(ويكره الاحتكار)؛ أي: احتباس الطعام لإرادة الغلاء في الثمن.

(في أقوات) جمع قوت، وهو: ما يؤكل ليمسك الرمق. كذا في «المصباح».

(الآدميين والبهائم ببلد يضر) الاحتكار **(بأهله)**؛ بأن كان البلد صغيراً.

بخلاف ما إذا لم يضر بأهله؛ بأن كان البلد كبيراً.. فإنه لم يكره؛ لأنه حابس ملك نفسه من غير إضرار بأهله.

والأصل في هذا: قوله ﷺ: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»، ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع: إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم، فيكره.

وتلقي الجلب: على هذا التفصيل أيضاً، على ما تقدم قبيل باب الإقالة من كتاب البيع.

ثم تخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت[1]: قول أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف:) يكره الاحتكار **(في كل ما يضر احتكاره بالعامة)**؛ أي: عامة البلد.

(ولو ذهباً أو فضة أو ثوباً)؛ اعتباراً بحقيقة الضرر؛ لأنه هو المؤثر في الكراهة.

---

(١) القَتُّ: قال في «المصباح» نقلاً عن الأزهري: القتُّ: حبٌّ بريٌّ لا ينبه الآدمي؛ فإذا كان عام قحط وفقد أهل البادية ما يقتاتون به من لبن وتمر ونحوه.. دقُّوه وطبخوه واجترؤوا به، على ما فيه من الخشونة.

وَإِذا رُفِعَ إِلَى الْحَاكِمِ حَالُ المحتَكِرِ.. أَمَرهُ بِبيعِ مَا يفضلُ عَن حَاجتِهِ.

فَإِنِ امْتنعَ.. بَاعَ عَلَيْهِ.

وَلَا احتكارَ فِي غلَّةِ ضيعتِهِ وَلَا فِيمَا جَلَبَهُ من بلدٍ آخرَ.

وقالا: المعتبر: الضرر المتعارف المعهود.

قالوا: لا احتكار إذا قصرت المدة؛ لعدم الضرر فيه.

وإذا طالت المدة.. يكون احتكاراً؛ لتحقق الضرر فيه.

ثم اختلفوا في حد المدة:

قيل: إنها مقدرة بأربعين يوماً؛ لقوله ﷺ: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة.. فقد برئ من الله تعالى، وبرئ الله منه».

وقيل: مقدرة بالشهر؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه: آجل.

ويقع التفاوت في المأثم: بين أن يتربص العِزّة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله.

وقيل: تقدير المدة: للمعاقبة في الدنيا، وأما الإثم.. فيحصل بمجرد الاحتكار وإن قلت المدة.

والحاصل: أن التجارة في الطعام غير محمودة، كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(وإذا رفع إلى الحاكم حال المحتكر.. أمره) الحاكم (ببيع ما [٦٦٥/أ] يفضل عن حاجته)؛ أي: حاجة المحتكر.

(فإن امتنع) المحتكر عن البيع (.. باع) الحاكم (عليه)؛ أي: على المحتكر؛ دفعاً لضرر العامة.

(ولا احتكار في غلة ضيعته)؛ أي: أرضه لأنه خالص حقه، لم يتعلق به حتى العامة، ألا ترى: أن له أن لا يزرع.. فكذلك له أن لا يبيع.

(ولا فيما جلبه من بلد آخر)؛ لعدم تعلق حق العامة به؛ لأن حق العامة إنما

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يُكرَهُ.

وَكَذَا: عِنْدَ محمَّدٍ إِنْ كَانَ يُجلَبُ مِنْهُ إِلَى الْمصرِ عَادَةً وَهُوَ الْمُخْتَارُ.

وَيجوزُ بيعُ الْعصيرِ مِمَّن يَتَّخِذُهُ خَمراً.

وَلَو بَاعَ مُسلمٌ خمراً وأَوفى دينَهُ مِن ثمنِهَا.. كُرِهَ لربِّ الدَّينِ أَخذُهُ.

يتعلق بما جمع في المصر أو جلب إلى فنائها، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: يكره**) الاحتكار فيما جلبه من بلد آخر؛ لإطلاق ما روينا في الاحتكار.

(**وكذا**)؛ أي: يكره احتكار ما جلبه من بلد آخر (**عند محمد إن كان يجلب منه إلى المصر عادة، وهو المختار**)؛ لأن حق العامة تعلق به ؛ لأنه بمنزلة فناء المصر للعادة، ألا ترى: أنه كان ينقل إليه لو لم يأخذه هو.

بخلاف ما إذا نقله من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حقهم، ألا ترى: أنه لو لم يأخذه لم ينقل إليهم، فصار كغلة ضيعته.

(**ويجوز بيع العصير ممن يتخذه خمراً**)؛ لأن المعصية لا تقوم بعينه، بل بعد تغيره.

بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه، فيكون إعانة لهم وتسبيباً، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية، ولأن العصير يصلح لأشياء كثيرة كلها جائزة شرعاً، فيكون الفساد إلى اختياره، هكذا أطلقه في «الهداية» و«الزيلعي».

وقال في «شرح النقاية»: جواز بيع العصير ممن يتخذه خمراً: قول أبي حنيفة.

وقالا: لا يجوز.

ثم قال: وقيل: إنما لا يكره عند أبي حنيفة إذا باعه من ذمي بثمن لا يشتريه مسلم بذلك الثمن، وإلا.. فمكروه بالاتفاق، كما في «الخانية» وغيره.

(**ولو باع مسلم خمراً وأوفى دينه من ثمنها.. كره لرب الدين أخذه**) إن كان المديون مسلماً.

وإِنْ كَانَ الْمَدْيُونُ ذِمِّياً.. لَا يُكرَهُ.

وَيُكرَهُ التَّسعيرُ ....

(وإن كان المديون ذمياً.. لا يكره).

والفرق: أن البيع في الوجه الأول قد بطل؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم، فبقي الثمن على ملك المشتري.. فلا يحل أخذه من البائع.

وفي الوجه الثاني: صح البيع؛ لأنه مال متقوم في حق الذمي، فيملكه البائع.. فيحل الأخذ منه، كذا في «الهداية».

وقال في «النهاية» عن محمد: هذا إن كان القضاء والاقتضاء بالتراضي؛ أما إذا كان بقضاء القاضي؛ بأن قضي عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر.. يطيب له ذلك بقضائه.

واستشكله الشارح «الزيلعي» بأنه مال الغير، فكيف يطيب له بالقضاء؟ ومحمد لا يرى نفوذ القضاء باطناً، وإنما ينفذ ظاهراً فقط.

وعلى هذا: إذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها.. لا يحل [٦٦٥/ب] لورثته أن يأخذوا ذلك؛ لأنه كالمغصوب.

وقال في «النهاية»: قال بعض مشايخنا: كسب المغنية كالمغصوب، لم يحل أخذه.

وعلى هذا: قالوا: لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق[1] أو الظلم أو أخذ الرشوة.. يتورع الورثة، ولا يأخذون منه شيئاً، وهو أولى بهم، ويردونها على أربابها إن عرفوهم، وإلا.. تصدقوا بها؛ لأن سبيل الكسب الخبيث: التصدق إذا تعذر الرد على صاحبه.

(ويكره التسعير)؛ أي: تسعير السلطان أو نائبه؛ لقوله ﷺ: «لا تسعروا؛ فإن الله هو المسعر، القابض الباسط»، ولأن الثمن حق البائع، فكان إليه تقديره.. فلا ينبغي

(١) الباذق: من عصير العنب: ما طبخ أدنى طبخة فصار شديداً. «المصباح».

إِلّا إِذا تعدَّى أَرْبَابُ الطَّعَامِ فِي الْقيمَة تَعَدِّياً فَاحِشاً؛ فَلَا بَأْسَ بِهِ بمشورةِ أَهلِ الْخِبْرَةِ.

للإمام ولا لنائبه: أن يتعرض لحقه.

(إلا إذا تعدى أرباب الطعام في القيمة تعدياً فاحشاً.. فلا بأس به بمشورة أهل الخبرة)؛ لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع.

فإذا فعل الإمام ذلك فتعدى رجل عن ذلك، فباعه بثمن فوق ما قدره الإمام أو القاضي.. أجازه القاضي، ولا يمنعه عنه؛ لأن الثمن حقه.

قالوا: وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ، وكذا عندهما، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم.

ومن باع منهم بما قدره الإمام.. جاز بلا كراهة؛ لأنه غير مكره على البيع، وإنما باع برضاه، كذا في «الهداية».

وقال في «الزيلعي» نقلاً عن «المحيط» و«الاختيار»: إنَّ البائع إذا كان يخاف أنه إن نقص عما قدره الإمام يضربه الإمام.. لا يحل للمشتري ذلك؛ لأنه في معنى المكره.

والحيلة فيه: أن يقول: بعني بما تحب.. فحينئذٍ بأي شيء باعه.. يحل.

ولو اصطلح أهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم، فاشترى رجل منهم خبزاً بدرهم أو لحماً، فأعطاه البائع ناقصاً والمشتري لا يعرف ذلك.. كان له أن يرجع بالنقصان إذا عرف؛ لأن المعروف كالمشروط.

وإن كان المشتري من غير أهل تلك البلد.. كان له أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم؛ لأن سعر الخبز يظهر عادة في البلدان، وسعر اللحم لا يظهر إلا نادراً، فيكون شارطاً في الخبز مقداراً معيناً باعتبار العرف، وفي اللحم: لا.

وَيجوزُ شِرَاءُ مَا لَا بُدَّ للطِّفْلِ مِنْهُ، وَبيعُهُ لِأَخِيهِ وَعَمِّهِ وَأُمِّهِ ومُلتَقِطِهِ؛ إِنْ هُوَ فِي حِجْرِهم.

وتُؤَجِّرُهُ أُمُّهُ فَقَط.

(ويجوز شراء ما لا بد للطفل منه) كالنفقة والكسوة (وبيعه)؛ أي: يجوز بيع ما لا بدَّ للطفل من بيعه (لأخيه) الجار متعلق بيجوز، والضمير راجع إلى الطفل، وكذا الضمير في قوله: (وعمه وأمه وملتقطه إن كان هو)؛ أي: الطفل (في حجرهم).

قال في «الهداية»: وأصل هذا: أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة:

نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي له؛ كالإنكاح [٦٦٦/أ] والبيع والشراء لأموال الغنية؛ لأن الولي هو الذي قام مقامه بإنابة الشرع.

ونوع آخر، ما كان من ضرورة حال الصغار، وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وإجارة الأظآر، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه؛ كالأخ والعم والأم والملتقط، إذا كان في حجرهم.

وإذا ملك هؤلاء هذا النوع من التصرف.. فالولي أولى به، إلا أنه لا يشترط في حق الولي: أن يكون الصبي في حجره.

ونوع ثالث، ما هو نفع محض؛ كقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه الملتقط والأخ والعم والصبي بنفسه أيضاً إذا كان يعقل؛ لأن اللائق بالحكمة: فتح باب مثله؛ نظراً للصبي، فيملكه بالعقد.

وههنا نوع رابع لم يذكره صاحب «الهداية»، وذكره في «الزيلعي» وغيره، وهو: ما كان ضرراً محضاً للطفل؛ كالطلاق والعتاق، ولا يملكه أحد بمثل هذا على الصغير.

وما ذكره المصنف: هو النوع الثاني مما ذكره صاحب «الهداية»، إلا أن المصنف لم يذكر الولي فيه، بل ذكر من يشترط فيه كون الطفل في حجرهم من أرباب هذا النوع.

(وتؤجره)؛ أي: الطفل (أمه فقط)؛ أي: إذا كان في حجرها.

يعني: لا يؤجر الطفل من المذكورين: أخوه، ولا عمه، ولا ملتقطه، إلا أمه إذا كان في حجرها؛ لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه، فكذا تملك إيجاره، ولا كذلك الملتقط والأخ والعم.

ولو أجر الصبي نفسه.. لا يجوز؛ لأنه مشوب بالضرر، إلا إذا فرغ من العمل؛ لأنه عند الفراغ من العمل: تمحض نفعاً.. فيجب المسمى، وهو نظير العبد المحجور لو أجر نفسه.

قال في «الزيلعي»: والأقرب: أن الملتقط يجوز أن يؤاجر الطفل ويسلمه في صناعة؛ لأنه نفع محض للصغير، على ما هو رواية الملتقط، فعلم منه: أنه يجوز للأخ والعم ذلك كذلك.

* * *

(فَصلٌ فِي المُتَفَرِّقَاتِ)

تجوزُ الْمُسَابقَةُ بِالسِّهَامِ، وَالْخَيْلِ، وَالْحمير، وَالْإِبِلِ، والأَقدام.

فإِن شُرِطَ فِيهَا جُعْلٌ مِن أَحدِ الْجَانِبَيْنِ، أَو من ثَالِثٍ لأَسبقِهِما.. جَازَ وإن شُرِطَ مِنَ كلا الْجَانِبَيْنِ.. يحرُمُ، إِلّا أَنْ يكونَ بَينَهمَا مُحَلِّلٌ كفيٌّ لَهما؛ إِنْ سبقَهما.. أَخذ مِنْهُمَا، وإِنْ سبقَاهُ لَا يُعطيهما، ....

(فَصلٌ فِي المُتَفَرِّقَاتِ)

(تجوز المسابقة بالسهام، والخيل، والحمير، والبغال، والإبل، والأقدام)؛ لأنها من أسباب الجهاد، ويحتاج إليها في إقامة هذه الفريضة.

(فإن شرط فيها جُعل) بضم الجيم **(من أحد الجانبين)**؛ بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك كذا، وإن سبقتك فلا شيء **(أو من ثالث)**؛ بأن يقولا للثالث: إن سبقتنا فلك كذا، وإن سبقناك فلا شيء **(لأسبقهما)** متعلق بشرط **(.. جاز)**؛ لما فيه من التحريض على أسباب الجهاد.

(وإن شرط) الجعل **(من كلا الجانبين.. يحرم)**؛ لكونه قماراً.

(إلا أن يكون بينهما محلِّل كفيٌّ لهما) بتشديد الياء، على وزن فعيل، بمعنى: النظير [٦٦٦/ب]؛ أي: إلَّا أن يكون بينهما ثالث محلل بفرس نظير لفرسيهما يتوهم أنه يسبقهما، وإنما قيد بالكفي؛ لأن الفرس المحلل لو لم يكن مثلهما.. لم يجز؛ لأنه لا فائدة في إدخاله بينهما، ولم يخرج من أن يكون قماراً، كذا في «شرح المجمع».

(إن سبقهما)؛ أي: إن سبق الفرس المحلل الكفي فرسيهما **(.. أخذ)** المحلل الجعل **(منهما)**.

(وإن سبقاه)؛ أي: إن سبقا المحلل **(.. لا يعطيهما)** المحلل شيئاً من الجعل.

وَفِيمَا بَينهمَا: أَيُّهمَا سَبَقَ أَخذَ مِنَ الآخرِ.

وعَلى هَذَا: لَو اخْتلفَ اثْنَانِ فِي مَسْأَلَةٍ وأَرادا الرُّجُوعَ إِلَى شيخٍ، وَجعلا على ذَلِكَ جُعلاً.

ووليمةُ الْعرسِ سنَّةٌ، وَمَن دُعِيَ.. فليُجِب، وإِنْ لم يُجِبْ.. أَثِمَ.

وَلَا يرفعُ مِنْهَا شَيْئاً، وَلَا يُعْطِي سَائِلاً إِلّا بِإِذنِ صَاحبِهَا.

وإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهَا لَهواً.. لَا يُجيبُ، وَإِن لم يَعلَمْ حَتَّى حَضَرَ؛ فإِنْ قدر على الْمَنْعِ.. فعلَ، ....

(وفيما بينهما)؛ أي: فيما إذا كان الجعل فيما بينهما؛ يعني: من كلا الجانبين: (أيهما سبق.. أخذ) الجعل (من الآخر) وإن لم يجز هذا الاشتراط، كذا في «شرح المجمع» و«الدرر».

(وعلى هذا) التفصيل: (لو اختلف اثنان في مسألة وأرادا الرجوع إلى شيخ وجعلا على ذلك جعلاً)؛ بأن يقول أحدهما: إن كان الجواب كما قلت فلك كذا، وإن كان كما قلت فلم آخذ منك شيئاً.. يجوز؛ حثاً له على العلم.

وإن شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه.. لم يجز كما في المسابقة.

(ووليمة العرس سنة، ومن دعي) إلى دعوة (.. فليجب، وإن لم يُجب.. أثم)؛ لقوله ﷺ: «من لم يجب الدعوة.. فقد عصى أبا القاسم»، لكنه مقيد بعدم المنكر في الدعوة، وإلا.. فلا يجب.

(ولا يرفع منها)؛ أي: من طعام الدعوة (شيئاً)؛ لعدم الإذن للرفع، وإنما الإذن للأكل.

(ولا يعطي سائلاً إلا بإذن صاحبها)، استثناء من كل من الرفع والإعطاء.

(وإن علم) المدعو (أنَّ فيها لهواً.. لا يجيب)؛ لأنه منكَر. وحضور المنكر: حرام.

(وإن لم يعلم) أن فيها منكراً (حتى حضر؛ فإن قدر على المنع.. فعل) المنع؛

وَإِلَّا؛ فَإِن كَانَ مقتدىً بِهِ أَو كَانَ اللَّهْوُ على الْمَائِدَةِ.. فَلَا يقْعدُ.

وإِلَّا فَلَا بَأْسَ بالقعودِ.

وَقَالَ الإِمَامُ: ابْتليتُ بِهِ مرَّةً فَصَبَرتُ، وَهُوَ مَحْمُولٌ على مَا قَبلَ أَنْ يصيرَ مقتدىً.

وَدلَّ قَوْلُهُ: «ابْتليتُ» على حُرْمَةِ كُلِّ الملاهي؛ لأَنَّ الِابْتِلَاءَ إِنَّمَا يكونُ بالمحَرَّمِ.

وَالْكَلَامُ:

مِنْهُ مَا يُؤْجَرُ بِهِ؛ كالتَّسبيحِ وَنَحْوِهِ.

وَقد يَأْثَم بِهِ إِذا فعلَهُ فِي مجْلِسِ الْفسقِ وَهُوَ يَعلمُهُ.

لأنه نهي عن المنكر، وهو فرض عند القدرة عليه.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يقدر على المنع؛ (فإن كان مقتدى به) بأن كان سلطاناً أو قاضياً أو مفتياً أو عالماً من العلماء يقتدى به، (أو كان اللهو على المائدة.. فلا يقعد)؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يكن مقتدى به، ولا اللهو على المائدة (.. فلا بأس بالقعود)؛ رعاية لحق الداعي.

(وقال الإمام) أبو حنيفة: (ابتُليت) على صيغة بناء المفعول (به مرة فصبرت، وهو محمول: على ما قبل أن يصير مقتدى).

(ودل قوله: «ابتليت» على حرمة كل الملاهي؛ لأن الابتلاء إنما يكون بالمحرم).

(والكلام: منه)؛ أي: من الكلام (ما يؤجر به كالتسبيح ونحوه) من الأذكار والأدعية المأثورة.

(وقد يأثم به) أي بالتسبيح (إذا فعله) أي التسبيح (في مجلس الفسق وهو يعمله)؛ أي: الفسق.

وإِنْ قصدَ بِهِ فِيهِ الِاعْتِبَارَ وَالْإِنْكَارَ.. فَحسنٌ.

وَيكرَهُ فعلُهُ للتَّاجِرِ عِنْدَ فَتْحِ مَتَاعِهِ.

(وإن قصد به فيه) أي بالتسبيح في مجلس الفسق: **(الاعتبار والإنكار)** على أهل المجلس ممن يعمل الفسق (.. **فحسن**)؛ [٦٦٧/أ] لما فيه من النهي عن المنكر.

(ويكره فعله)؛ أي: التسبيح **(للتاجر عند فتح متاعه)**؛ لما فيه من جعل التسبيح وسيلة إلى وصول التجارة.

وفي كتاب الحظر والإباحة من «قاضي خان»: الحارث في الحراثة إذا قال: «لا إله إلا الله» وما أشبه ذلك، والفقاعي يقول عند فتح الفقاع للمشتري: «صلى الله على محمد». قالوا: يكون آثماً.

بخلاف العالم إذا قال في المجلس: صلوا على النبي؛ فإنه ثياب على ذلك.

وكذا: القارئ إذا قال: كبروا.. يثاب على ذلك.

لأن الفقاعي والحارث يأخذ بذلك عوضاً.

رجل جاء إلى بزاز ليشتري منه ثوباً، فلما فتح المتاع.. قال: «سبحان الله» أو قال: «اللهم صل على محمد»؛ إن أراد بذلك إعلام المشتري جودة ثوبه ومتاعه.. كره. انتهى.

في «البزازية»: إن سبَّح على أنه يعمل الفسق.. أثم كالتاجر يذكر الله تعالى أو يصلي على النبي عليه الصلاة والسلام عند فتح قماشه، أو الفقاعي عند فتح فقاعه على قصد ترويج المتاع وتحسينه.

وعن هذا: يمنع إذا قدم واحد من العلماء إلى مجلس، فسبح وصلى على النبي عليه الصلاة والسلام إعلاماً بقدومه حتى يتفرج له الناس، أو يقوموا له.. يأثم؛ لأنه جعل اسم الله تعالى وصلاته على رسوله ﷺ وسيلة إلى تعظيم الغير، واستحلاله هذا الصنيع واعتقاده عبادة، لا خفاء في أنه أمر هائل عظيم نعوذ بالله. انتهى.

وَالتَّرجيعُ بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، وَالِاسْتِمَاعِ إِلَيْهِ.

وَقيلَ: لَا بَأْس بِهِ.

وَعَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنهُ كَرِهَ رفعَ الصَّوْتِ عِنْدَ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ والجنازةِ، والزَّحفِ والتَّذكيرِ؛ فَمَا ظَنُّكَ بِهِ عِنْدَ الْغناءِ الَّذِي يسمُّونَهُ وجداً؟!

(و) يكره (الترجيع)؛ أي: ترديد الصوت بالخفض والرفع (بقراءة القرآن والاستماع إليه، وقيل: لا بأس به).

والصحيح: هو الأول؛ لما فيه من الألحان.

وفي «الحاوي القدسي»: الترجيع بقراءة القرآن بالصوت الطيب مختلف فيه، والأصح: أنه إن لم يزد فيه الحروف.. يجوز، وإن زاد.. لم يجز.

(وعن النبي ﷺ أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن)؛ أي: سواء كان من القارئ أو من السامع، وهذا دليل على حرمة الترجيع بالقرآن، وهذا: لأن فيه سوء أدب.

وفي «شرح النقاية» عن «الحقائق»: أن قراءة القرآن بالألحان معصية، حتى قال مشايخنا: التالي والسامع آثمان.

وعن المرغيناني: من قال لمثل هذا القارئ: أحسنت.. فقد كفر.

(و) عند (الجنازة والزحف والتذكير)؛ أي: الوعظ.

(فما ظنك به)؛ أي: برفع الصوت (عند الغناء) بالكسر والمدّ من التغنية (الذي يسمونه) الصوفية (وجداً؟!)؛ يعني: هو أشد حرمة.

قال في «شرح النقاية» عن الإمام السرخسي: إن ما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة: مكروه لا أصل له في الدين.

ويمنع الصوفية مما يعتادونه من رفع الصوت؛ فإن ذلك مكروه [٦٦٧/ب] في الدين عند قراءة القرآن والوعظ؛ فما ظنك عند سماع الغناء؟!

وَكَرِهَ الإِمَامُ الْقِرَاءَةَ عِنْدَ الْقَبْرِ، وجوَّزها مُحَمَّدٌ، وَبِهِ أَخذَ.

وَمِنْهُ مَا لَا أَجرَ فِيهِ وَلَا وِزْرَ؛ نَحْو قُم واقعد.

وَقيلَ: لَا يُكْتَبُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهُ مَا يَأْثَمُ بِهِ، كالكذبِ والغيبةِ والنميمةِ والشَّتيمَةِ.

فظهر من هذا: أن الغناء حرام.

قال في «شرح النقاية»: الغناء عرفاً ترديد الصوت بالألحان في الشعر، مع انضمام التصفيق المناسب، فلم يتحقق الغناء بفقدان قيد من الثلاثة.

كون الألحان في: الشعر، وانضمام التصفيق بالألحان، ومناسبة التصفيق لها من أنواع اللعب.

وهو كبيرة في جميع الأديان، حتى يمنع المشركون عن ذلك كما في «الاختيار».

(وكره الإمام القراءة)؛ أي: قراءة القرآن (عند القبر، وجوزها محمد، وبه أخذ) في الفتوى.

(ومنه)؛ أي: من الكلام: (ما لا أجر فيه، ولا وزر؛ نحو قم واقعد)؛ لأنه مباح.

(وقيل: لا يكتب عليه)؛ أي: في كتب أعماله.

(ومنه)؛ أي: من الكلام: (ما يأثم به؛ كالكذب والغيبة)، ولو بغمز العين والإشارة باليد؛ فإنه أيضاً حرام على ما في «التنوير».

(والنميمة، والشتيمة).

الغيبة: من الاغتياب؛ يقال: اغتابه اغتياباً؛ إذا ذكره بما يكره من العيوب، وهو حق، والاسم: الغيبة؛ فإن كان باطلاً.. فهو الغيبة [في بهتان][1].

---

(١) زيادة من «المصباح».

وَالْكذبُ حرَامٌ؛ إِلَّا:

فِي الْحَرْبِ للخُدعَةِ.

وَفِي الصُّلْحِ بَينَ اثْنَيْنِ.

وَفِي إِرضاءِ الْأَهْلِ.

وَفِي دفعِ الظَّالِمِ عَنِ الظُّلمِ.

وَيكرَهُ التَّعْرِيضُ بِهِ إِلَّا لحَاجَةٍ.

وَلَا غيبَةَ لظَالِمٍ.

وَلَا إِثْمَ فِي السَّعْيِ بِهِ.

والنميمة: اسم من نَمَّ الرجل الحديث نمّاً: سعى به ليوقع فتنة أو وحشة، فالرجل: نَمٌّ، تسمية بالمصدر، ونمّام مبالغة، والاسم: النميمة.

والشتيمة: اسم من شتمه شتماً، الكل في «المصباح».

(**والكذب حرام**) في جميع الأديان والأوقات.

(**إلا في:**

الحرب للخدعة.

وفي الصلح بين اثنين.

وفي إرضاء الأهل.

وفي دفع الظالم عن الظلم).

لأن في هذه المواضع مصلحة كثيرة.

(**ويكره التعريض به**)؛ أي: بالكذب (**إلا لحاجة**)؛ كقولك لرجل: كل، فيقول: أكلت؛ يعني به: أمس، فلا بأس به؛ لأنه صادق في قصده.

وقيل: يكره؛ لأنه كذب في الظاهر، كذا في «الاختيار».

(**ولا غيبة لظالم، ولا إثم في السعي به**)؛ أي: إلى السلطان؛ لأنه من باب النهي

وَلَا غيبَةَ إِلَّا لمعلومٍ؛ فاغتيابُ أَهلِ القريةِ لَيْسَ بغيبةٍ.

وَيحرمُ اللَّعِبُ بالنَّردِ والشِّطرنجِ ....

عن المنكر ومنع الظلم.

قال في «قاضي خان»: الرجل يصوم ويصلي ويضر الناس باليد واللسان، فذكر بما فيه من الإضرار بالناس.. لا يكون غيبة، وإن أخبر السلطان بذلك ليزجره.. فلا إثم عليه.

والحاصل: أن مجرد ذكر مساوئ أخيه ليس بغيبة، ولو لغير ظالم، إنما الغيبة: أن يذكر على وجه الغضب، يريد به السب.

(**ولا غيبة إلا لمعلوم؛ فاغتياب أهل قرية.. ليس بغيبة**)؛ لعدم كون المغتاب معلوماً.

(**ويحرم اللعب بالنرد**)؛ أي: بجميع أنواعه؛ سواء كان الثلاثة عشر أو الأربعة عشر، وهو حرام مسقط للعدالة بالإجماع؛ فإنه كبيرة، كذا في «شرح النقاية».

(**والشطرنج**) [٦٦٨/أ] قال في «المصباح»: الشطرنج: معرب، قيل: بفتح أوله، وقيل: بالكسر، وهو المختار. انتهى.

وجزم في «القاموس» بأنه لا يفتح أوله.

وقال في «شرح النقاية» نقلاً عن «الكافي»: لعب الشطرنج: حرام وكبيرة عندنا، وفي إباحته: إعانة للشيطان على الإسلام والمسلمين، وهو حرام بالآثار والقياس، ومن قال: إنه لم يثبت حرمته بالكتاب، ولا بالسنة، ولا بالقياس.. ليس كما ينبغي.

وفي «شرح المختار»: أن علياً مر على قوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم، وقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون؟!

وعن ابن عمر مثله.

ولم ير أبو حنيفة بأساً بالسلام عليهم؛ ليشغلهم عن اللعب.

وقال صاحباه: إن السلام عليهم مكروه؛ استحقاراً بهم وإهانة لهم.

وَقَولُهُ: «أَسأَلُكَ بِحَقِّ أنبيائِكَ ورُسلِكَ».

واستماعُ الملاهي حرَامٌ.

وَيُكرَهُ تعشيرُ الْمُصحفِ، ونقطُهُ إِلّا للعَجَمِ، فإِنّه حَسَنٌ، وَلَا بَأْسَ بتحليتِهِ.

وفي «الزيلعي»: الأحوط: الامتناع عنه لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي؛ إذ المتشابه يثبت بالقطعي.

(و) يكره (قوله) في الدعاء: (أسألك بحق أنبيائك ورسلك)، وكذا: بحق البيت أو المشعر أو الملائك أو فلان؛ لأنه لا حق للمخلوق على الخالق [٦٦٨/ب]، وإنما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه.

(واستماع الملاهي) بأنواعه: (حرام) كفعله؛ لورود النهي عنه، ولأنه من فعل الكفرة.

(ويكره تعشير المصحف)؛ أي: كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات، وذلك بأن يكتب العواشر.

(ونقطه)؛ لما روي عن ابن مسعود قال: «جردوا القرآن»، وفي التعشير والنقط: ترك التجريد.

(إلا للعجم)؛ الذي لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة إلا بالتعشير والنقط.

(.. فإنه) أي كل من التعشير والنقط: (حسن) للعجمي؛ إعانة للحفظ والقراءة، وما روينا عن ابن مسعود.. فبالنسبة إلى زمنهم؛ لأنهم كانوا يتلقون القرآن عن النبي ﷺ كما أنزل، وكانت القراءة سهلاً [عليهم، لكونهم أهلاً][1] وكانوا يرون النقط مخلاً بحفظ الإعراب، والتعشير بحفظ الآي، ولا كذلك العجم في زماننا.. فيستحسن؛ لعجز العجمي عن التعلم إلا به.

(ولا بأس بتحليته) وتزيينه.

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/٣٠).

وَالْأَرْبَعَةَ عَشَرَ، وكلِّ لَهوٍ.

وَيُكرَهُ اسْتِخْدَامُ الخِصيانِ، وَوصلُ الشَّعْرِ بِشَعْرِ آدَمِيٍّ، وَقَولُهُ فِي الدُّعَاءِ: «أَسأَلُكَ بمعقدِ الْعِزِّ مِن عرشِكَ».

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(والأربعة عشر)، وهذا تكرار بعد ذكر النرد؛ لأنه نوع من النرد، على ما ذكرناه، إلا أن يخص النرد بنوع من اللعب، وهذا بنوع آخر منه.

(وكل لهو)؛ أي: اللعب بجميع أنواعه: حرام؛ كالرقص والسخرية والتصفيق والتعليس وضرب الأوتار بجميع أنواعها، من الطنبور والمزمار والرباب وغيرها.

(ويكره استخدام الخصيان)؛ لأنه يكون باعثاً للناس على هذا الصنع الشنيع؛ أي: إخراج الخصيتين.

(و) يكره أيضاً **(وصل الشعر بشعر آدمي)**؛ سواء كان شعرها أو شعر غيرها؛ لقوله ﷺ: «لعن الواصلة والمستوصلة».

الواصلة: هي التي تصل الشعر بشعر الغير، أو التي تصل شعرها بشعر آخر.

والمستوصلة: هي التي يوصل لها ذلك بطلبها.

(و) يكره **(قوله في الدعاء: أسألك بمعقد)** بتقديم العين وتأخير القاف؛ إذ لا خلاف في عدم جواز الدعاء بعكسه؛ أي: بتقديم القاف؛ لأنه من القعود، وهو محال على الله تعالى **(العز من عرشك)** عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف).

لهما: أنه يوهم تعلق عزه تعالى بالعرش، والعرش حادث، وما يتعلق به: يكون حادثاً أيضاً، والله تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث؛ لأن عزه قديم كسائر صفاته.. فلا يتعلق بالحادث.

ولأبي يوسف: ما روي أنه ﷺ كان من دعائه: «اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك، ومنتهى الرحمة من كتابك، وباسمك الأعظم...» الحديث.

وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الذِّمِّيِّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ، وَلَا بعيادتِهِ.

(ولا بأس بدخول الذمي المسجد الحرام).

وقال مالك: يكره دخوله كل مسجد.

وقال الشافعي: يكره دخوله المسجد الحرام؛ لأنه نجس، ولأنه لا يخلو عن نجاسة، فوجب تنزيه المسجد عنه.

ولنا: أنه ﷺ أنزل وفد ثقيف في المسجد، وضرب لهم خيمة، فقالت الصحابة: المشركون نجس، فقال ﷺ: «ليس على الأرض من نجاستهم شيء، وإنما نجاستهم على أنفسهم».

(ولا بعيادته)؛ لما روي: أن يهودياً مرض بجوار النبي ﷺ، فقال: «قوموا بنا نعود جارنا اليهودي» فعاده وقعد عند رأسه، فقال: «قل لا إله إلا الله محمد رسول الله» فنظر المريض إلى أبيه، فقال له أبوه: أجبه، فأجابه وشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ثم مات، فقال النبي ﷺ: «الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار».

ولأن العيادة نوع من البر، فتجوز.

ولا بأس برد السلام على الذمي، ولا يزيد على قوله: وعليكم؛ فإنه ﷺ لم يزد حين رد على اليهودي على هذا.

ولا يبدأ بالسلام عليه؛ لأن فيه تعظيمه.

وإن كان له إليه حاجة.. فلا بأس ببداءته به.

ولا يدعو له بالمغفرة؛ لأن الله تعالى لا يغفر أن يشرك به.

ولو دعى له بالهدى.. جاز؛ لأنه ﷺ قال: «اللهم اهد قومي».

ولو دعا له بطول العمر.. قيل: لا يجوز؛ لأن فيه التمادي على الكفر.

وقيل: يجوز؛ لأن في طول عمره نفعاً للمسلمين بأداء الجزية.

وَيجوزُ إِخصاءُ الْبَهَائِمِ، وإنزاءُ الْحمير على الْخَيلِ.

والحقنةُ للرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، لَا بِمحرَّمٍ؛ كَالْخمرِ وَنَحْوِهَا.

وَلَا بَأْسَ برزقِ القَاضِي ....

وعلى هذا الاختلاف: الدعاء بالعافية.

وهذا كله إذا كان من أهل الكتاب؛ كاليهودي والنصارى.

وإن كان مجوسياً.. قيل: لا يعوده؛ لأنه أبعد عن الإسلام.

وقيل: يعوده؛ لأن فيه إظهار محاسن الإسلام [٦٦٩/أ] وترغيبه فيه وتأليفه.

واختلفوا في عيادة الفاسق، والصحيح: أنه لا بأس به، وإذا مات الكافر.. يقول لوالده أو قريبه في تعزيته: أخلف الله عليك خيراً منه وأصلحك.

(ويجوز إخصاء البهائم)؛ لأن فيه منفعة البهائم، بخلاف الآدمي؛ لأن في إخصائه قطع نسل الآدمي.. فيكره.

قال في «شرح النقاية» نقلاً عن شيخ الإسلام: إنَّ إخصاء الفرس حرام، وأما إخصاء غيره من الحيوانات؛ كالسنّور وغيره.. فلا بأس به؛ إن كان فيه منفعة، وإلا.. فحرام، كما في «المحيط».

(ويجوز إنزاء الحمير على الخيل)؛ لأن النبي ﷺ ركب البغل واقتناها، ولو كان هذا الفعل مكروهاً.. لما ركبها؛ لما فيه من فتح باب المكروه.

(و) تجوز (الحقنة)، قال في «المصباح»: حقنت المريض: إذا أوصلت الدواء إلى باطنه من مخرجه بالمِحقنة بالكسر، واحتقن هوَ، والاسم: الحُقنة؛ مثل: الغُرقة، ثم أطلقت على ما يتداوى به. انتهى.

(للرجال والنساء)؛ لقوله ﷺ: «لكل داء دواء، وإذا أصاب الدواء الداء.. برئ».

(لا بمحرم؛ كالخمر ونحوها)؛ لما رواه البخاري عن ابن مسعود: أن النبي ﷺ قال: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم».

(ولا بأس برزق القاضي) من بيت المال؛ لأن بيت المال أُعِد لمصالح

كِفَايَةٌ بِلَا شَرطٍ.

وَلَا بَأْس بسفرِ الْأَمَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ بِلَا مَحْرَمٍ.

وَالْخلْوَةُ بهَا.. قيل: تُبَاحُ.

وَقيلَ: لَا.

وَيُكرَهُ جَعلُ الرَّايَةِ ....

المسلمين، والقاضي محبوس لمصالحهم، والحبس من أسباب النفقة، فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة.

وكذا: رزق كل من يحبس نفسه لمصالح المسلمين كالمفتي.

(كفاية)؛ لاندفاع الحاجة بقدر الكفاية.

(بلا شرط)، لأن القضاء طاعة.. فلا يجوز أخذ الأجرة عليه بالشرط والمعاقدة، بل السلطان يعطيه كفاية من بيت المال بلا شرط.

(ولا بأس بسفر الأمة وأم الولد بلا محرم)؛ لأن الأمة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع إلى النظر والمس؛ فكما يجوز للحرة أن تسافر مع المحرم.. فكذا هي مع الأجنبي، وأم الولد: أمة؛ لقيام الرزق فيها.

وكذا: المكاتبة؛ لأنها مملوكة رقبة.

وكذا: معتقة البعض عند أبي حنيفة؛ لأنها كالمكاتبة عنده.

وفي «الكافي»: هذا في زمانهم؛ لغلبة أهل الصلاح فيه، وأما في زماننا.. فلا؛ لغلبة أهل الفساد فيه، كذا في «الزيلعي».

(والخلوة بها)؛ أي: بالأمة (.. قيل: تباح)؛ لما ذكرناه: من أنها بمنزلة المحرم للرجال فيما يرجع إلى النظر.

(وقيل: لا)؛ لاحتمال الشهوة.

(ويكره جعل الراية)؛ أي: الغُل بضم الغين المعجمة، وهو: الطوق من حديد

فِي عُنُقِ العَبْدِ، لَا تَقْيِيدُهُ.

وَيُكرَهُ أَن يُقْرِضَ بقَّالاً درهماً؛ ليَأْخُذَ مِنْهُ بِهِ مَا يحْتَاجُ إِلَى أَن يستغرقَهُ.

وَالسُّنَّةُ: تقليمُ الأَظافيرِ، ونتفُ الْإِبطِ، وَحلقُ الْعَانَةِ والشاربِ، وقصُّهُ حَسَنٌ.

يجعل في العنق، وجمعه: أغلال، كذا في «المصباح» [٦٦٩/ب].

وإنما كره؛ لأنه علامة أهل النار.

(في عنق العبد)، وعن أبي الليث: أن في زماننا جرت العادة بذلك إذا خيف الإباق.

(لا تقييده)؛ لأنه عادة المسلمين في المتمردين.

(ويكره أن يقرض بقالاً درهماً ليأخذ منه)؛ أي: من البقال (به)؛ أي: بالدراهم (ما يحتاج) إليه من حوائجه (إلى أن يستغرقه)، متعلق بيأخذ؛ أي: أن يستغرق الدراهم؛ أي: يستوفيه.

وإنما كره ذلك.. لأنه قرض جر نفعاً، وهو بقاء درهمه وكفاية حاجاته، ولو كان في يده.. لخرج من ساعته، وقد نهى النبي ﷺ عن قرض جر نفعاً.

والمخلص منه: أن يودعه إياه، ثم يأخذ منه شيئاً فشيئاً ما يريده، وإن ضاع الدرهم عنده.. فلا شيء عليه؛ لأن الوديعة أمانة، والأمانات لا تضمن.

(والسنة: تقليم الأظافير)؛ أي: قطعها.

(ونتف الإبط)؛ يقال: نتف الشعر نتفاً: نزعه، كذا في «المصباح».

(وحلق العانة)، يبدأ به من تحت السرة؛ كذا في «الاختيار».

(والشارب، وقصّه)؛ أي: قطع الشارب: (حسن).

قالوا: هذا من سنن الخليل، وفعلها نبينا ﷺ، وأمر بها.

وَلَا بَأْس بِدُخُولِ الْحمَّامِ للرِّجَالِ، وَالنِّسَاءِ؛ إِذا اتَّزرَ وغضَّ بَصَرَهُ.

وَيسْتَحبُّ اتّخَاذُ الأَوعيةِ لنقلِ المَاءِ إِلَى الْبيُوتِ، وَكَونُهَا مِنَ الخَزَفِ أَفضلُ.

وَلَا بَأْس بسترِ حيطانِ الْبَيْتِ باللُّبُودِ للبَرْدِ.

وَيُكرَهُ للزِّينَة.

وَكَذَا إرخاءُ السّترِ على الْبَيْتِ، وَإِذا أَدّى الْفَرَائِضَ وَأَحبَّ أَنْ يتنعَّم بمنظرٍ حَسَنٍ وَجوَارٍ جميلَةٍ.. فَلَا بَأْس.

(**ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء إذا اتزر**)؛ أي: استعمل الإزار؛ حذراً عن كشف العورة، (**وغض بصره**)؛ لما روي: أن رسول الله ﷺ دخل الحمام وتنوَّر[1].

(**ويستحب اتخاذ الأوعية**)، جمع الوعاء (**لنقل الماء إلى البيوت، وكونها من الخزف**) - وهو الطين المعمول آنية؛ كذا في «المصباح» - (**أفضل**)؛ لما روي: «من اتخذ أواني بيته خزفاً.. زارته الملائكة».

ويجوز اتخاذها من نحاس أو رصاص أو أدم.

ولا يجوز من الذهب والفضة؛ للنهي عنهما.

(**ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود**)، هو: ما يتلبد من شعر أو صوف.

(**للبرد**)؛ لما فيه من دفع ضرر البرد عن نفسه.

(**ويكره للزينة**)؛ لأنها فعل الشيطان.

(**وكذا: إرخاء الستر على البيت**)؛ لأنه نوع تكبر.

(**وإذا أدَّى الفرائض وأحب أن يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة.. فلا بأس**)؛ لأن النبي ﷺ فعله كذلك، مع ما كان عنده من الحرائر، وكذا فعله علي، كذا في «الاختيار».

---

(١) تنوَّر: اطلى بالنورة.

والقناعةُ بِأَدْنَى الْكِفَايَةِ، وَصرفُ الْبَاقِي إِلَى مَا يَنْتَفِعُ فِي الْآخِرَةِ: أَولى.

(**والقناعة بأدنى الكفاية**) من المنظر الحسن والجواري، (**وصرف الباقي**) من الكفاية (**إلى ما ينتفع في الآخرة: أولى**)؛ لما فيه من اختيار العقبى؛ كذا في «الاختيار».

* * *

(كتاب إحياء الموات)

(كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ)

هي: أَرضٌ لَا يُنْتَفَعُ بهَا، عَادِيةً أَو مَمْلُوكَةً فِي الْإِسْلَامِ، لَيْسَ لَهَا مَالكٌ مُعَيَّنٌ؛ مُسلمٌ أَو ذمِّيٌّ.

(كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ)

(هي)؛ أي: الموات في الشريعة: **(أرض لا ينتفع بها)**، شبه ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه، أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك؛ بأن غلب عليه الرمال أو صارت سبخة بالميّت [٦٧٠/أ] من الحيوان الذي بطلت منافعه.. فسمي مواتاً، وإحياؤه: عبارة عن جعله بحيث ينتفع به.

(عادية) لا مالك له، وليس المراد بالعادية: أن يكون منسوباً إلى عاد على ما هو المشهور؛ لأن عاد لم يملك جميع أراضي الموات.. بل مراده: ما قدم خرابه؛ كأنها خربت في عهد عاد.

(أو مملوكة في) دار **(الإسلام، ليس لها مالك معين، مسلم أو ذمي)**.

قال في «العناية»: هذا قول بعض المشايخ.

وقال بعضهم: الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها ولم يكن لها مالك معين.. فهي كاللقطة، يتصرف فيها الإمام كما يتصرف في جميع اللقطات، والأموال الضائعة.

ولو ظهر المالك بعد ذلك.. أخذها وضمن له مَن زرعها إن نقصت بالزراعة، وإلا.. فلا شيء عليه.

وفي «القنية»: أرض غرقت وصارت بحراً، ثم نضب الماء عنه، أو خربت بوجه آخر، ثم جاء إنسان وعمرها.. ففيه اختلاف المتقدمين:

قيل: للمالك القديم.

وقيل: لمن أحياها.

وَعندَ مُحَمَّدٍ إِنْ مُلِكَت فِي الْإِسْلَامِ.. لَا تكونُ مَوَاتاً.

وَيشْتَرطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: كَونُهَا بعيدَةً عَنِ العامرِ؛ لَو صِيحَ مِن أَقصاهُ.. لَا يُسمَعُ فِيهَا.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: أَنْ لَا يَنْتَفِعَ بهَا أَهلُ العامرِ وَلَو قريبَةً مِنْهُ.

وفي «روضة الناطفي»: فإن كان لها أرباب ولها آثار عمارة من مسناة وغيرها، ولكن لا يُعرَفون.. ذكر هشام عن محمد: لا يسع لأحد أن يحييها، ولا يأخذ منها طيناً.

وفي رسالة أبي يوسف إلى هارون: هي لمن أحياها، وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف.

قال: فهذا يشير إلى أنه تكون لمن أحياها، لكن للإمام أن يدفعها إلى من أثبت أنها كانت أرضه أو أرض مورثه.

وعلى هذا: لا يتحقق الخلاف بين أبي يوسف ومحمد إلا قبل إثبات أحد حقه فيها؛ فأما إذا ثبت.. فهو أولى بلا خلاف. انتهى كلام «القنية» ملخصاً.

(وعند محمد: إن ملكت في الإسلام.. لا تكون مواتاً، ويشترط عند أبي يوسف: كونها بعيدة عن العامر) بحيث **(لو صيح من أقصاه)**؛ أي: من أقصى العامر **(.. لا يسمع فيها)**؛ أي: في الأرض الموات؛ يعني: لو وقف رجل على طرف عمران المصر أو القرية فنادى بأعلى صوته فإلى أي موضع ينتهي إليه صوته.. يكون من فناء العمران؛ لأن أهل القرية يحتاجون إلى ذلك الموضع لرعي المواشي ولغيره، وما وراء ذلك: يكون مواتاً إذا لم يعرف له مالك.

(وعند محمد: أن لا ينتفع بها أهل العامر)؛ أي: أهل المصر أو القرية **(ولو)** وصلية **(قريبة منه)**؛ أي: من العامر؛ يعني: أرض الموات عند محمد: أرض لا يملكها في الإسلام ولم ينتفع بها أهل العامر بانقطاع الماء، أو لغلبته، أو ما أشبه

وَمَن أَحْيَاهَا بِإِذْنِ الإِمَامِ وَلَو ذِمِّياً.. مَلَكَهَا.

وَبِلا إِذْنِهِ.. لَا.

خِلافاً لَهما.

ذلك.. فهي موات؛ سواء كانت قريبة من العامر أو بعيدة منه، وسواء كانت من أرض العرب [٦٧٠/ب] أو من غيره، في المفازة أو بقرب الجبل.

(ومن أحياها)؛ أي: أرض الموات، وتفسير الإحياء على ما في «النوادر»: أن يزرعها ويلقي البذر؛ حيث قال فيه: إن إحياء الأرض لا يكون بالسقي والكراب، وإنما يكون بإلقاء البذر والزراعة، حتى لو كربها ولم يسقها، أو سقى ولم يكربها.. لا يكون إحياء.

وفي ظاهر الرواية: إذا حفر لها النهر وسقاها.. يكون إحياء.

وكذا لو حوطها أو سنّمها؛ بحيث يعصم.. يكون إحياء.

بخلاف التحجير على ما سيأتي بيانه.

(بإذن الإمام ولو) وصلية (ذمياً.. ملكها، وبلا إذنه لا) يملكها عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: لا يشترط فيه إذن الإمام؛ لقوله ﷺ: «من عمر أرضاً ليست لأحد.. فهو أحق به» رواه البخاري.

ولأنه مباح سبقت يداه إليه، فكان أحق بها؛ كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز.

ولأبي حنيفة: قوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»، ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفرة، ثم صارت في أيدي المسلمين، فصارت فيئاً، ولا يختص بالفيء أحد دون رأي الإمام؛ كالغنائم.

بخلاف المستشهد به من الصيد وأمثاله؛ لأنها لم تكن في أيدي الكفرة، فلم تكن في حكم الفيء، وما روياه: كان إذناً منه ﷺ، لا نصبَ شرعٍ؛ كما في قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً.. فله سلبه»؛ فإنه تحريض منه بالسلب، لا نصب شرع.

وَلَا يجوزُ إِحْيَاءُ:

مَا قَرُبَ مِنَ العامرِ، بل يتْرَكُ مرعىً لأَهلِ الْقَرْيَةِ، ومطرحاً لحصائِدِهم.

وَلَا مَا عَدَلَ عَنهُ مَاءُ الْفُرَاتِ ....

قال في «الزيلعي»: ولو أحياها وترك بعد الإحياء وزرعها غيره.. قيل: الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استغلالها دون رقبتها.

والأصح: أن الأول أحق بها؛ لأنه ملك رقبتها بالإحياء.. فلا تخرج عن ملكه بالترك.

وهكذا ذكره وصححه في «الهداية»، واستدل على الأصحّية بقوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة.. فهي له»، ولأن اللام فيه للتمليك، وملكه لا يزول بالترك.

واعترض عليه في «العناية»: بأن الاستدلال بهذا الحديث إنما يصح على مذهب الإمامين، وأما على مذهب أبي حنيفة.. فلا يصح؛ لأنه حمله على الإذن لا على نصب الشرع، فكيف يصح القول بأنه ملكه؟

وأجيب عنه: بأنه وإن كان إذناً منه، لكنه إذا أذن له الإمام.. كان شرعاً، ألا ترى: أن من قال له الإمام: «من قتل قتيلاً فله سلبه».. ملك سلب من قتله.

هذا، ولا يخفى عليك: أن قولهما: «ولو أحياها» يمكن حمله على رواية «النوادر»، وعلى ظاهر الرواية في تفسير الإحياء على ما ذكرناه آنفاً.

وقال في «الهداية» و«الزيلعي» أيضاً: ولو أحيا أرضاً ميتة، ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة، من أربعة نفر على التعاقب.. تعين طريق الأول في الأرض الرابعة، على ما [٦٧١/أ] هو المروي عن محمد؛ لأنه لما أحيا الجوانب الثلاثة.. تعين الجانب الرابع، وقد ذكرناه في العشر والخراج.

(ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر، بل يترك مرعى لأهل القرية، ومطرحاً لحصائدهم)؛ لتحقق حاجتهم إليه تحقيقاً أو تقديراً.

(ولا ما)؛ أي: موضع (عدل)؛ أي: زال وانكشف الموضع (عنه ماء الفرات) نهر

وَنَحْوِهَا، وَاحْتَمَلَ عودُهُ إليه؛ فَإِنْ لم يحْتَمِل.. جَازَ.

وَمن حَجَرَ أَرضاً ثَلَاثَ سِنِينَ وَلم يَعمُرْها.. أُخِذَت مِنْهُ وَدُفِعَتْ إِلَى غَيرِهِ.

وَمن حَفَرَ بِئْراً فِي أَرَضِ مواتٍ.. فَلَهُ حريمُها إِنْ بِإِذنِ الإِمَامِ.

معروف (ونحوها) من الأنهار، (واحتمل عوده إليه)؛ أي: إلى ذلك الموضع؛ لأنه مع احتمال العود.. لا يكون مواتاً؛ لتعلق حق العامة إليه على تقدير العود؛ لأن الماء حقهم، فكذا موضعه.

(فإن لم يحتمل) العود (.. جاز) إحياؤه؛ لأنه حينئذ يكون مواتاً.

(ومن حجر أرضاً)، التحجير: من الحجر، وهو: المنع للغير بوضع علامة بحجر، أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك، ونقبه عنها، وجعله حولها، أو بإحراق ما فيها من الشوك وغيره، وقد ذكرناه في باب العشر والخراج.

(ثلاث سنين)، تقديره بثلاث سنين؛ لقول عمر: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق».

(ولم يعمرها)، أشار به: إلى أن التحجير ليس إحياء، ولا يفيد الملك، فبقيت مباحة على حالها، لكنه هو أولى من غيره لسبب تحجيره.. فلا يؤخذ منه إلى ثلاث سنين لأنه عمر؛ فإن أحياها وعمرها في ثلاث سنين.. يملكها.

وإلا (.. أخذت منه، ودفعت إلى غيره) ليعمرها؛ فإن الإمام إنما تركها في يده بعد التحجير ليعمرها، فيحصل للمسلمين منفعة العشر إن عشرياً، أو الخراج إن خراجياً.

فإذا لم يحصل المقصود.. فلا فائدة في تركها في يده.

وبيان كونه عشرياً أو خراجياً: تقدم في باب العشر والخراج.

(ومن حفر بئراً في أرض موات.. فله حريمها إن بإذن الإمام) عند أبي حنيفة.

وَكَذَا: إِنْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عِنْدَهمَا.

وحريمُ العَطَنِ: أَرْبَعُونَ ذراعاً مِن كُلِّ جَانبٍ. هُوَ الصَّحِيحُ.

(وكذا)؛ أي: له حريمها (إن بغير إذنه أم عندهما)؛ يعني: أن إذن الإمام ليس بشرط عندهما.

وقد ذكرنا ما يتعلق بحفر البئر في باب العشر والخراج.. فلا نعيده.

ثم شرع في بيان الحريم فقال: (وحريم العطن)؛ أي: بئر العطن، وهي: البئر التي يستقى منها باليد.

والعَطَن: بفتحتين مناخ الإبل ومبركه، ولا يكون إلا حول الماء. كذا في «المصباح».

(أربعون ذراعاً من كل جانب، هو الصحيح).

احترز به عما قيل: الأربعون من الجوانب الأربعة؛ من كل جانب: عشرة أذرع؛ لقوله ﷺ: «من حفر بئراً.. فله حولها أربعون ذراعاً»؛ لأن ظاهر اللفظ بجمع الجوانب الأربعة.

وجه الصحيح: أن المقصود من تشريع حريم البئر: دفع الضرر عنه؛ كي لا يحفر بئراً أخرى بجنبها، فيتحول ماء الأولى إلى الثانية، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب، فيتقدر بأربعين ذراعاً من كل جانب [٦٧١/ب]؛ كي لا يتعطل عليه المصالح.

وهذا: لأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها؛ لأنه يحتاج إلى أن يقف على شفير البئر ما يركب عليه البكرة، وإلى أن يبني حوضاً يجتمع فيه الماء، وإلى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب، وبعده من الإبل وغيره، وهذا: لا يكون إلا بقدر أربعين ذراعاً من كل جانب.

وَكَذَا: حَرِيمُ النَّاضِحِ.

وَعِنْدَهُمَا: لِلنَّاضِحِ سِتُّونَ ذراعاً.

وحريمُ الْعيَن: خَمْسُمائَةِ ذِرَاعٍ مِن كلِّ جَانبٍ.

وَيمْنَعُ غَيرَهُ مِنَ الْحفرِ فِي حريمِهِ، ....

(وكذا)؛ أي: أربعون ذراعاً **(حريم الناضح)**؛ يقال: نضح البعير الماء: حمله من نهر أو بئر لسقي الزرع، فهو: ناضح، ثم استعمل الناضح في كل بعير وإن لم يحمل الماء، وفيما سقي بالنضح؛ أي: بالماء الذي ينضحه الناضح، كذا في «المصباح».

والمراد به ههنا: البئر الذي يستقى منها بالبعير، والإضافة في الموضعين: لأدنى ملابسة، وهذا في الموضعين قول أبي حنيفة.

(وعندهما: للناضح ستون ذراعاً)؛ أي: حريم الناضح ستون ذراعاً عندهما؛ لقوله ﷺ: «حريم العين: خمسمائة ذراع، وحريم العطن: أربعون ذراعاً، وحريم الناضح: ستون ذراعاً»، ولأن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة، وحاجة صاحب بئر الناضح: أكثر منه؛ لأنه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير، وقد يطول الرشا، وفي بئر العطن: يستقي بيده.. فلا بد من التفاوت بينهما.

ولأبي حنيفة في عدم الفرق: ما روينا من غير فصل بينهما، ومن أصله: أن العام المتفق على قبوله والعمل به.. يترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به.

(وحريم العين: خمسمائة ذراع من كل جانب)؛ لما روينا، ولأن العين تستخرج للزراعة.. فلا بد من موضع يجتمع فيه، ومن موضع يجري إليه، ومن موضع يجري منه إلى الزراعة؛ فقدره الشرع: بخمسمائة، ولا مدخل للرأي في المقادير الشرعية.

قيل: إن خمسمائة من الجوانب الأربعة، من كل جانب: مائة وخمسة وعشرون ذراعاً.

والأصح: ما ذكره المصنف.

(ويمنع) صاحب الحريم **(غيره من الحفر في حريمه)**؛ لأنه صار ملكاً له؛

لَا فِيمَا وَرَاءَهُ.

فَإِنْ حفرَ أَحدٌ فِيهِ.. ضُمِّنَ النُّقْصَانَ ويُكبَسُ، ....

ضرورة تمكنه من الانتفاع بها، فكان الحافر متعدياً بالحفر في ملك غيره.

(لا فيما وراءه)؛ لعدم كونه ملكاً له.

(فإن حفر أحد فيه)؛ أي: في الحريم **(.. ضُمِّن)** من التضمين **(النقصان)**؛ أي: نقصان أرضه؛ لأنه متعد، فيضمن النقصان.

(ويكبس)؛ أي: يكبس صاحب الحريم البئر الثاني بنفسه.

وقيل: لا يضمنه، بل يكبسه.

وما ذكره المصنف: أصح؛ كمن هدم جدار غيره.. كان لصاحب الجدار تضمين قيمة جداره، لا التكليف ببناء جداره.

وطريق ضمان النقصان: بأن تقوم الأرض قبل الحفر، وتقوم بعده.. فيضمن تفاوت ما [٦٧٢/أ] بينهما.

وما عطب في البئر الأولى.. فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعد في حفرها؛ أما إذا كان بإذن الإمام.. فظاهر.

وكذا: إذا كان بغير إذن الإمام عندهما؛ لعدم اشتراط إذن الإمام عندهما.

وأما عنده: فيجعل الحفر تحجيراً، وله ذلك بغير إذن الإمام، وإن لم يثبت له ملك إلا بإذنه.. فما عطب في الثاني فهو مضمون على الثاني؛ لأنه متعد في ملك غيره بحفره فيه.

ولو حفر الثاني بئراً في منتهى حريم الأولى بإذن الإمام، فذهب ماء البئر الأولى وتحول إلى الثانية.. فلا شيء عليه؛ لأنه غير متعد في نقله، والماء تحت الأرض غير مملوك لأحد.. فلا يكون له المخاصمة بسبب، كذا في «الزيلعي».

وَلهُ الْحَرِيمُ مِمَّا سوى حَرِيمِ الأَوَّلِ.

وللقناةِ حَرِيمٌ بِقدرِ مَا يُصلِحُها.

وَقِيلَ: لَا حَرِيمَ لَهَا، مَا لم يظْهرْ مَاؤُهَا.

وَعِنْدَهُمَا: هِيَ كالبئرِ.

وإِنْ ظهرَ مَاؤُهَا.. فهي كَالْعَيْنِ إِجْمَاعاً.

وَلَا حَرِيمَ لنهرٍ فِي أَرضِ الْغَيْرِ إِلّا بِحجَّةٍ.

وَعِنْدَهُمَا: لَهُ مَسناةٌ ....

(وله)؛ أي: للحافر الثاني الذي حفر فيما وراء حريم الأول (الحريم مما سوى حريم الأول)؛ يعني: للثاني حريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول؛ لسبق ملك الأول فيه.

(وللقناة)؛ أي: مجرى الماء تحت الأرض (حريم بقدر ما يصلحها)؛ أي: ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه، ولم يقدر حريمه بشيء ممكن ضبطه.

(وقيل: لا حريم لها، ما لم يظهر ماؤها) على وجه الأرض عند أبي حنيفة.

(وعندهما: هي)؛ أي: القناة: (كالبئر) في استحقاقه الحريم.

وقيل: هذا قول محمد وحده.

(وإن ظهر ماؤها) على وجه الأرض (.. فهي كالعين) في استحقاق الحريم (إجماعاً)، فيقدر حريمها: بخمسمائة ذراع.

(ولا حريم لنهر في أرض الغير إلا بحجة) قامت على ذلك عند أبي حنيفة.

(وعندهما: له)؛ أي: لنهر في أرض الغير (مسناة) يمشي عليها، ويلقي عليها طينه من جانبي النهر؛ لأن استحقاق الحريم للحاجة إليه، وصاحب النهر يحتاج إليه مثل صاحب البئر والعين؛ لأنه يحتاج إلى المشي على حافتي النهر ليجري الماء إذا أحس بشيء وقع فيه؛ إذ لا يمكنه المشي في وسط الماء.

وكذا يحتاج إلى موضع يلقي فيه الطين عند الكري؛ لما في النقل إلى أسفله من الحرج ما لا يخفى.

ولأبي حنيفة: أن استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصاً على خلاف القياس.. فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما؛ لأن الحاجة فيهما متحققة في الانتفاع بهما؛ لأن بدون الحريم لا ينتفع، وفي النهر موهومة باعتبار الكري؛ فلعله لا يحتاج إليه أصلاً، نعم: يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في الماء إلى أسفله، لكنه دون الحرج فيهما.. فلا يلحق بهما؛ إذ شرط الإلحاق: أن يكون الفرع نظير الأصل، أو أولى [٦٧٢/ب] منه.

فإذا لم يستحق الحريم:

فإن تنازع في الحريم صاحب الأرض وصاحب النهر، وكل منهما يقول: حريم النهر ملكي.. كان ذلك لصاحب الأرض عند أبي حنيفة؛ لأن الظاهر يشهد له، والقول لمن يشهد له الظاهر، إلا أن يقيم صاحب النهر حجة على ذلك.

وعندهما: لما كان لصاحب النهر حريم.. كان الظاهر له، فكان القول هذا بناء على أن هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في استحقاق الحريم وعدمه؛ لأنه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم ثبوتها فيه؛ فمن كان يده ثابتة.. كان الظاهر شاهداً له، وهذا اختيار بعض المشايخ.

وقال بعضهم: إن هذه مسألة مبتدأة لا مبنية على مسألة أخرى.

فعلى هذا: وجه قولهما: أن صاحب النهر يستعمل الحريم لاستمساك مائه به، والاستعمال: يد فيه، فكان القول قوله؛ كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه.. كان القول له؛ لأنه صاحب يد بالاستعمال.

ولأبي حنيفة: أن الحريم أشبه بالأرض صورة ومعنى؛ لاتحاد المقصود فيهما، والظاهر شاهد لمن هو في يده ما أشبه به؛ كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو

لصَاحبِ الأَرْضِ؛ فَلَا يغْرِسُ فِيهَا صَاحبُ النَّهرِ، وَلَا يلقِي عَلَيْهَا طِينَهُ، وَلَا يمرُّ.

وَقيلَ: لَهُ الْمُرُورُ وإلقاءُ الطِّينِ مَا لم يَفحُش.

وَعِنْدَهُمَا: هي لربِّ النَّهرِ.. فَلَهُ ذَلِكَ.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: أُخذَ بقولِ الإِمَامِ فِي الْغَرْسِ، وبقولِهما: فِي إِلْقَاءِ الطِّينِ.

وَمَن غرسَ شَجَرَةً فِي أَرضِ موَاتٍ.. فَلَهُ حريمُها خَمْسَةُ أَذْرعٍ مِن كلِّ جَانبٍ، يَمْنَعُ غَيْرهُ مِنَ الْغَرْسِ فِيهِ.

حالية؛ إذ لو كانت في يد أحدهما.. فهي له، واليد تثبت؛ بأن يكون له عليها غرس أو طين ملقاة.

(لصاحب الأرض) عند أبي حنيفة، هذا خبر لقوله: «فالمسناة».

(فلا يغرس فيها صاحب النهر، ولا يلقي عليها طينه، ولا يمر) عليه؛ لأنه تصرف في ملك الغير.. فلا يقدر عليه.

(وقيل: له المرور وإلقاء الطين ما لم يفحش)؛ لجريان العادة فيه، والمعروف: كالمشروط.

(وعندهما: هي)؛ أي: المسناة الواقعة بينهما: (لرب النهر)؛ لما تقدم: أن له الحريم، (فله)؛ أي: لصاحب النهر (ذلك)؛ أي: الغرس وإلقاء الطين والمرور عليه.

(قال الفقيه أبو جعفر: أُخِذَ) على صيغة المتكلم (بقول الإمام في الغرس، وبقولهما في إلقاء الطين)، كذا في «الزيلعي».

(ومن غرس شجرة في أرض موات.. فله حريمها خمسة أذرع من كل جانب، يمنع غيره من الغرس فيه)؛ أي: في حريمه؛ لأنه يحتاج إلى الحريم لجذاذ

بِقدرِ نصفِ عَرضِهِ مِن كُلِّ جَانبٍ عِنْدَ أبي يُوسُفَ.

وبقدرِ عَرضِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَهُوَ الأرفقُ.

فالمَسناةُ بَينَ النَّهرِ وَالْأَرْضِ وَلَيْسَت فِي يَدِ أَحدِهما..................

في يدهما، والمصراع الآخر مركب على باب أحدهما.. كان القول له، فكذا هذا.

ولو كان صاحب النهر مستعملاً له بإمساك مائه به.. كان صاحب الأرض أيضاً مستعملاً له بدفع الماء به عن أرضه، فاستويا من هذا الوجه، وترجح صاحب الأرض من الوجه الذي ذكرناه، فكان الحريم له.

ونقل في «الزيلعي» عن كشف «الغوامض»: أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج إلى الكري في كل حين؛ أما الأنهار الصغار التي يحتاج فيها إلى كريها في كل وقت.. فلا حريم بالاتفاق.

وقال في «قاضي خان»: ولو حفر نهراً في مفازة، أو في موضع لا يملك أحد بإذن الإمام.. قال أبو حنيفة: لا يستحق للنهر حريماً.

وقال صاحباه: يستحق مقدار أرض النهر من الجانبين في قول الطحاوي.

ومن كل جانب في قول الكرخي. انتهى.

فظهر أن الاختلاف المذكور ليس بمختص بما ذكره المصنف من كون النهر في ملك أحد.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في مقدار الحريم، وإليه أشار بقوله: (**بقدر نصف عرضه**)؛ أي: عرض النهر (**من كل جانب عند أبي يوسف**)، وهو اختيار الطحاوي، وعليه الفتوى، على ما في «الكرماني».

(**وبقدر عرضه**)؛ أي: من كل جانب (**عند محمد**)، وهو اختيار الكرخي.

(**وهو الأرفق**) لصاحب النهر؛ لأنه توسعة عليه [٦٧٣/أ].

(**فالمسناة**)؛ أي: إذا لم يكن لنهر في أرض الغير حريم.. فالمسناة الواقعة (**بين النهر**)؛ أي: بنهر رجل (**والأرض**)؛ أي: أرض رجل آخر، (**وليست**) المسناة (**في يد أحدهما**) جملة

ثمره وللوضع فيه.

وروي: أن رجلاً غرس شجرة في أرض فلاة، فجاءه آخر وأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنبها، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فجعل له ﷺ من الحريم خمسة أذرع، وأطلق الآخر فيما وراء ذلك.

* * *

(فَصْلٌ فِي الشِّرْبِ)

هُوَ النَّصِيبُ منَ الماءِ.

والشَّفةُ: شربُ بني آدمَ والبهائِمِ.

الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ، كالفراتِ ودِجلةَ غيرُ مَمْلُوكَةٍ، ....

(فَصْلٌ فِي الشِّرْبِ)

(هو) بكسر الشين: (**النصيب من الماء**) نوبة الانتفاع بالماء سقياً للمزارع والدواب، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾.

واعلم: أن الماء نوعان:

أحدهما: الشرب، وهو الذي ذكره بقوله: هو النصيب من الماء، وله أحكام سيأتي ذكرها.

والثاني: الشِّفَة، وهو الذي ذكره بقوله: (**والشِّفَة: شرب بني آدم والبهائم**).

فالشرب: أعم من الشفة؛ لأن الشرب: هو النصيب المعين من الماء الجاري أو الراكد؛ لاستعمال بني آدم والبهائم، والمزارع والأشجار.

والشفة: هو النصيب من الماء؛ لاستعمال بني آدم والبهائم، فالزروع والأشجار: ليسا من أهل الشفة، بل من أهل الشرب.

ثم المراد بشرب بني آدم: هو استعمالهم الماء لدفع العطش، أو الطبخ، أو الوضوء، أو الغسل، أو غسل الثياب، أو نحوها مما يناسبهم.

وبشرب البهائم: استعمالهن للماء للعطش ونحوه، على ما سيظهر في الكتاب.

ثم شرع في بيان أحكامها فقال: (**الأنهار العظام؛ كالفرات ودجلة**) وجيحون وسيحون ونحوهما: (**غير مملوكة**) [٦٧٣/ب]؛ لأن هذه الأنهار ليس لأحد فيها يد

وَلِكُلِّ أَحدٍ فِيهَا حقُّ الشَّفةِ، وَالْوُضُوءِ، وَنصبُ الرَّحَى، وكريُ نهرٍ إِلَى أرضِهِ، إِنْ لم يَضُرَّ بالعامَّةِ.

على الخصوص؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره باليد.. فلا يكون محرزاً في يد أحد والملك بالإحراز.

(**ولكل أحد**) من بني آدم (**فيها**)؛ أي: في الأنهار العظام (**حق الشفة**)؛ أي: الاستعمال بالشفة؛ أعني: الاستقاء، (**و**) حق (**الوضوء ونصب الرحى**) إن كانت تلك الأنهار في أرضه.

وإلا.. فلا يجوز.

وكذا: له نصب الساقية والدالية، (**وكري نهر إلى أرضه إن لم يضر**) الكري (**بالعامة**).

وإلا.. فلا يجوز؛ لأن دفع الضرر عنهم واجب.

وكذا: لكل من البهائم حق الشفة في تلك الأنهار.

والأصل في هذا: قوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث؛ الماء، والكلأ والنار»، مروي عن ابن عباس.

والمراد: شركة انتفاع، لا شركة ملك؛ إذ لا ملك بلا إحراز.

والمراد بالماء: ما ليس بمحرز؛ لأن الماء المحرز مملوك لمن أحرز.. فلا يجوز الانتفاع به إلا بإذن مالكه.

والمراد بالكلأ: الحشيش الذي نبت بنفسه من غير أن ينبته أحد، ومن غير أن يزرعه ويسقيه، فلا يملكه أحد إلا بالقطع والحرز.

والمراد بالنار: الاستضاءة بضوئها، والاصطلاء بها، والإيقاد من لهبها، وليس لصاحبها أن يمنعه من ذلك إذا كان في الصحراء.

بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر؛ لأنه ملكه، ويتضرر بذلك، فكان له أن يمنعه.

وَفِي الْأَنْهَارِ الْمَمْلُوكَةِ والحوضِ والبئرِ والقناةِ: لِكُلٍّ حقُّ الشّفةِ، إِنْ لم يَخَفِ التخريبَ لِكَثْرَةِ الْمَوَاشِي، أَوِ الْإِتْيَانِ على جَمِيعِ المَاءِ.

لَا سقيُ أَرضِهِ أَو شَجَرِهِ، إِلَّا بِإِذنِ مَالِكِهِ.

وَلهُ الْأَخْذُ للْوُضُوءِ وَغَسلِ الثِّيَابِ، وَسقيُ شجرٍ وخَضِرٍ فِي دَارِهِ بالجرارِ فِي الْأَصَحِّ.

(**وفي الأنهار المملوكة**) المخصوصة لقوم بغير إحراز، وكذا المراد بقوله: (**والحوض والبئر والقناة: لكل**) واحد من آحاد القوم والبهائم لهم (**حق الشفة إن لم يخف التخريب**)؛ أي: تخريب جانب النهر والحوض والبئر (**لكثرة المواشي**)؛ فإذا خيف التخريب بكثرة الدواب.. ليس لهم سقي دوابهم، بل لصاحب تلك المياه منعهم من سقي دوابهم.

(**أو الإتيان على جميع الماء**) معطوف على قوله التخريب.

والمراد بالإتيان على جميع الماء: إهلاكها، يقال: أتى عليه الدهر: أهلكه، كذا في «المصباح».

والحاصل: أن لكل من بني آدم والبهائم حق الشفة في كل من هذه المياه الأربعة إن لم يخف تخريب جانب المياه أو إهلاكه بكثرة الدواب والمواشي.

وإن خيف ذلك.. فليس للدواب حق الشفة؛ دفعاً للضرر عن صاحب الماء.

(**لا سقي أرضه أو شجره**) من تلك المياه أو الأنهار المملوكة والحوض والبئر والقناة.

(**إلا بإذن مالكه**)؛ لأنه يتضرر بذلك.. فلا بد من إذنه.

(**وله الأخذ للوضوء، وغسل الثياب، وسقي شجر وخَضِر**) بفتح الخاء وكسر الضاد المعجمتين معروف (**في داره**) متعلق بالسقي (**بالجرار**) جمع جرة [٦٧٤/أ]؛ يعني: أن له أن يسقي شجراً وخضراً بحمل الماء بالجرار إلى دوره.

(**في الأصح**)، كذا في «الهداية».

وعلله: بأن الناس يتوسعون فيه، ويعدون المنع من الدناءة.

واحترز بالأصح: عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ؛ لأنهم قالوا: ليس له أن يسقي شجراً أو خضراً في داره حملاً بالجرار إلا بإذن صاحب النهر والحوض والبئر.

وقال بعض مشايخنا: ليس له أن يأخذ الماء من تلك المياه الأربعة للوضوء وغسل الثياب أيضاً؛ لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير.

وفي «الهداية»: والصحيح: أن له ذلك؛ دفعاً للحرج.

واختاره المصنف ولم يشر إلى الاختلاف فيه بذكر الصحيح كما أشار إليه في «الهداية»؛ لعدم اعتباره الاختلاف فيه.

واعلم: أن قوله: «في الأصح» على خلاف ما قال في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية»؛ قالوا: نهر لقوم، ولرجل أرض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر.. كان لصاحب هذه الأرض أن يشرب ويتوضأ ويسقي دوابه من هذا النهر، وإن أراد أن يرفع منه بالقُرَب والأواني ويسقي زرعه أو شجره.. اختلف فيه المشايخ.

والأصح: أنه ليس له ذلك، ولأهل النهر أن يمنعوه.

وإن أراد قوم ليس لهم شرب من هذا النهر أن يسقوا دوابهم منه.. قالوا: إن كان الماء لا ينقطع بسقي الدواب، ولا يفنى.. ليس لأهل النهر أن يمنعوهم، وإن انقطع الماء بسقيهم؛ بأن كان الدواب كثيراً.. كان لهم حق المنع.

وقال بعضهم: إن كان ينكر صفة النهر ويخرب بالسقي.. كان لهم حق المنع، وإلا.. فلا.

وكذا العين والحوض الذي دخل فيه الماء بغير إحراز واحتيال، فهو بمنزلة النهر الخاص. انتهى.

فإن الذي ظهر منه: أن المراد بالنهر الخاص الذي ذكر في هذه الفتاوى: هو

وَمَا أُحرِزَ مِنَ المَاءِ بجبٍّ أَو كُوزٍ وَنَحْوِهِ.. لَا يُؤْخَذَ إِلَّا برضِا صَاحِبِهِ.

الذي ذكره المصنف في النوع الثاني بقوله: «والأنهار المملوكة»، فكان الأصح في رفع الماء بالقرب والأواني بسقي شجره وزرعه.. على خلاف ما ذكره المصنف.

(وما أحرز من الماء بجب) الجُبُّ بضم الجيم[1]: هو البئر، على ما في «المصباح» و«القاموس»، والمراد ههنا: الكوز الكبير المصنوع من الطين، كما هو المشهور.

(أو كوز ونحوه.. لا يؤخذ إلا برضا صاحبه)؛ لأن هذا النوع من الماء صار مملوكاً بالإحراز، وانقطع حق غيره عنه؛ كما في الصيد المأخوذ، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة؛ نظراً إلى الدليل، وهو قوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث؛ الماء والكلأ والنار».

حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده، وهو يساوي نصاباً.. لم تقطع يده، قال في «الخلاصة» نقلاً [٦٧٤/ب] عن «الفتاوى»: لو صب ماء حب إنسان.. يقال له: املأه، وإن اضطر إليه.. فحينئذٍ ينتفع به؛ أذن صاحبه، أو لم يأذن.

هذا، **واعلم**: المصنف ذكر إلى هنا أنواعاً ثلاثة من المياه:

الأول: ما هو في نهاية العموم؛ كالأنهار العظام المذكورة.

الثاني: ما هو في غاية الخصوص؛ كالماء المحرز بالحب ونحوه.

الثالث: ما هو متوسط بينهما، وهو الأنهار المملوكة والحياض والآبار.

وههنا نوع رابع، ذكره في «قاضي خان» و«الهداية»، ولم يذكره المصنف، وهو: ماء البحار.

وحكمه: أن لكل أحد من الناس فيها حق الشفة، وحق سقي الأراضي،

(١) هكذا ذكره المصنف رحمه الله تعالى (الجب) بالجيم، والصواب: (الحب) بالحاء؛ كما في «شرح المجمع» (٢٣٦/٤)، ومخطوط «الملتقى» (٤١٩).
والحب: الجرّة؛ صغيرة أو كبيرة. «تاج العروس».

وَله بَيْعُهُ.

وَلَو وُجِدَ الْبِئْرُ أَوِ الْعينُ أَوِ النَّهرُ فِي ملكِ أَحَدٍ..

والانتفاع به؛ كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء.. فلا يمنع أحد منه.

وهل يجوز التوضؤ بماء السقاية؟

ففي «قاضي خان»: اختلفوا في التوضؤ بماء السقاية:

جوزه بعضهم.

وقال بعضهم: إن كان الماء كثيراً.. يجوز، وإلا.. فلا.

وكذا: كل ما أعد للشرب، حتى قالوا في الحياض التي أعدت للشرب.. لا يجوز فيه التوضؤ، ويمنع منه، وهو الصحيح.

ويجوز أن يحمل ماء السقاية إلى بيته لشرب أهله. انتهى.

والمراد بالسقاية ههنا: هو المتخذ في الجوامع والأسواق والزقاق بإناء كبير، وعنده كيزان صغار ليشرب بها؛ كما هو المعروف في أكثر البلدان في أيام الصيف مبرداً بالثلج، لا السقاية التي كانت في الزقاق والطريق العامة، المسمى بجشمة؛ لأنها لم تعد لمحض الشرب، بل للتوضؤ وغيره أيضاً.

(وله بيعه)؛ أي: بيع الماء المحرز؛ لأنه ملكه بالحرز، فيملك تمليكه.

بخلاف ما ذكر في النوع الثاني من المياه؛ فإنها ليست بمحرزة.. فلا يملك تمليكه، قال في «قاضي خان»: الماء المحرز بالأواني لا ينتفع به إلا بإذن من أحرزه، ويملك تمليكه كسائر أنواع التمليك؛ نحو: البيع والوصية وغير ذلك، ولو مات.. يورث عنه.

(ولو وجد)، وفي بعض النسخ: «كان» بدل «وجد» (البئر أو العين أو النهر) أو الحوض - على ما في «الزيلعي» - (في ملك أحد).

فَلَهُ منعُ مَن يُرِيدُ الشَّفةَ مِنَ الدُّخُولِ.

فإِنْ لم يَجِدْ غَيرَهُ.. لزِمَهُ أَنْ يُخرِجَ إِلَيْهِ المَاءَ، أَو يُمكِّنَهُ مِنَ الدُّخُولِ.

فإِنْ لم يَفْعَلْ وَخِيفَ الْعَطشُ.. قُوتِلَ بِالسِّلَاحِ.

وَفِي المُحَرزِ: يُقَاتَلُ بِغَيْرِ سلَاحٍ؛ ....

إنما قال: «في ملك أحد»؛ لأنه لو اختص في أرض موات.. ليس له أن يمنعه؛ لأن الموات كان مشتركاً، والحفر فيه لإحياء حق مشترك.. فلا تقطع الشركة في الشفة.

(.. فله منع من يريد الشفة)؛ أي: أخذ الماء بحق الشفة.

ومع هذا: لو أخذ الماء منه.. ليس له أن يسترده على ما صرح به في «البزازية».

وقال في «قاضي خان»: ليس لأحد أن يسقي أرضه أو زرعه من نهر الغير أو عينه أو قناته؛ اضطر لذلك أو لم يضطر، وإن سقى أرضه أو زرعه بغير إذن صاحب النهر.. فلا ضمان عليه فيما أخذ من الماء.

وإن أخذ [٦٧٥/أ] مرة بعد مرة.. يؤدبه السلطان بالضرب والحبس إن رأى ذلك. انتهى.

(من الدخول) في ملكه؛ إذا كان يجد الماء في مكان آخر.

(فإن لم يجد غيره)؛ أي: غير ذلك الماء (.. لزمه)؛ أي: لزم المالك (أن يخرج إليه الماء، أو يمكنه من الدخول) في ملكه.

(فإن لم يفعل) صاحب الماء شيئاً من إخراج الماء والتمكين من الدخول، (وخيف)؛ [أي: خاف] الطالب (العطش) على نفسه، أو على دابته (..قوتل بالسلاح)؛ لأنه قصد إتلافه بمنع حقه، وهو: الشفة.

والماء في البئر مباح غير مملوك؛ لعدم الحرز؛ لأن البئر لم يوضع للإحراز؛ كالظبي إذا تكنس في أرضه.

(وفي المحرز) في الإناء وغيره من أسباب الحرز: (يقاتل بغير سلاح)، بل

كَمَا فِي الطَّعَامِ حَالَ المخمَصَةِ.

بعصاء أو حجر؛ لأنه بالمنع ارتكب معصية، فقام ذلك مقام التعزير؛ (كما في الطعام حال المخمصة)؛ فإن لطالبه أن يخاصمه بلا سلاح، بل بنحو عصا؛ إذ ليس فيه منع حقه المستحق حتى يقاتل بالسلاح، بل كان ارتكب معصية بالمنع، فيستحق التعزير.

وحكم الكلأ إذا نبت في أرض شخص بغير إنبات: مثل حكم الماء؛ حتى إذا كان في أرض مملوكة.. قيل للمالك: إما أن تقطع وتدفع إليه، وإلا.. تتركه ليأخذ قدر ما يريد منه.

بخلاف الشجر إذا نبت في أرض إنسان بغير إنبات.. يكون لصاحب الأرض، كذا في «قاضي خان».

* * *

(فَصْلٌ [فِي كَرْيِ الأَنْهَارِ])

وَكريُ الْأَنْهَارِ الْعِظَامِ مِن بَيتِ المَالِ، وإِنْ لم يكُن فِيهِ شَيْءٌ.. فعلَى الْعَامَّةِ.

وكريُ مَا مُلِكَ: على أربابِهِ، لَا على أَهلِ الشَّفَةِ.

(فَصْلٌ [فِي كَرْيِ الأَنْهَارِ])

لما فرغ عن مسائل الشرب.. شرع في ذكر مؤونة كري الأنهار التي كان الشرب منها.

فاعلم: أن الأنهار ثلاثة:

منها: ما يكون كريه على السلطان.

[ومنها: ما يكون كريه على أصحاب النهر، وإذا امتنعوا.. يجبرون على ذلك][1]

ومنها: ما يكون كريه على أصحاب النهر، وإذا امتنعوا.. لا يجبرون، وقد ذكرناها في باب العشر والخراج ولنذكر ههنا إجمالاً تيمماً للفائدة.

أما الأول: وهو الأنهار العظام التي لم تدخل في المقاسم؛ كالفرات والدجلة، على ما تقدم في الشرب؛ فإذا احتاج هذا النوع إلى الكَرْي.. فمؤنة الكَرْي وإصلاح شطه على السلطان من بيت المال، ولذا قال: (**وكري الأنهار العظام من بيت المال**)؛ لأن منفعة كَرْيِهِ للعَامّة، وبيت المال وضع لمصالح العامة.

(**وإن لم يكن فيه**)؛ أي: في بيت المال (**شيء.. فعلى العامة**)؛ يعني: يجبر العامة على الكري بعد إن لم يكن في بيت المال شيء؛ لأن منفعته للعامة، وقد تقدم أحكام هذه الأنهار في الشرب.

(**وكري ما مُلِك**) على صيغة المجهول (**على أربابه، لا على أهل الشفة**)؛ لأنهم لا يخصون به.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (١١١/٣).

وَيُجْبَرُ مَن أَبى.

(ويجبر) على الكري (من أبى)؛ أي: امتنع من [٦٧٥/ب] الكري؛ لأن فساد ذلك يرجع إلى العامة، وفيه تقليل الماء على أهل الشفة، وعسى يؤدي ذلك إلى عزة الطعام.

فإذا كانت منفعته تعود إليهم، وضرر تركه إلى العامة.. أجبرهم السلطان على الكري؛ دفعاً لضرر العامة.

ولم يذكر المصنف النوع الثالث؛ أعني: ما يكون كريه على أصحابه، ولا جبر عليهم إذا امتنعوا، وفسره في «قاضي خان»: بالنهر الخاص.

واختلفوا في تفسيره على أقوال:

قيل: إن كان النهر لعشرة فما دونها، أو عليه قرية واحدة يفنى ماؤه فيها.. فهو خاص.

وقيل: إن كان لما دون الأربعين.. فخاص، ولما فوقه.. فعام.

وقيل: إن كان لما دون المائة.. فخاص.

وقيل: إن كان لما دون الألف.. فخاص.

وأصح ما قيل فيه: أن يفوض إلى رأي المجتهد، حتى يختار أي الأقاويل شاء.

ثم في النهر الخاص لو أراد بعض الشركاء الكري، وامتنع الباقون.. قال أبو بكر البلخي: لا يجبرهم الإمام.

ولو كرى الذين طلبوا الكري والحفر.. كانوا متطوعين.

وقال أبو بكر الإسكاف: يجبرون على ذلك.

وقال الخصاف: إن القاضي يأمر الذين طلبوا الكري بالكري؛ فإذا فعلوا ذلك.. كان لهم منع الآخرين عن الانتفاع به حتى يدفعوا إليهم حصصهم من مؤنة الكري.

وهكذا روي عن أبي يوسف.

ومؤنتُهُ عَلَيْهِم مِن أَعْلَاهُ.

وَإِذا جَاوزَ أَرضَ رَجُلٍ.. سَقَطَتْ عَنهُ.

وَلَيْسَ لَهُ سقيُ أَرضِهِ مَا لم يفرَغْ شركاؤُهُ.

وَقيلَ: لَهُ ذَلِكَ.

وَعِنْدَهُمَا: هِي عَلَيْهِم جَمِيعاً مِن أَوَّلِهِ، إِلَى آخِرِهِ بحصصِ الشِّرْبِ.

وإن أراد كلهم ترك الكري.. لا يجبرهم الإمام في ظاهر الرواية.

وقيل: يجبر.

والاعتماد: على الظاهر.

(ومؤنته)؛ أي: مؤنة الكري (عليهم)؛ لأن منفعته إليهم، فتكون مؤنته عليهم، لأن الغرم بالغنم.

(من أعلاه)؛ أي: يبدأ الكري من أعلى النهر، هكذا روي عن أبي حنيفة.

وقيل: من أسفله؛ لئلا يكون له سبيل إلى فتح الماء إلى أرضه قبل أن يفرغ الكل عن الكري؛ إذ لو كان ابتداؤه من أعلاه.. كان له أن يفتح إذا جاوز أرضه.

(وإذا جاوز) الكري (أرض رجل) من الملاك (.. سقطت عنه) مؤنة الكري، وكان الكري على من بقي.

(وليس له)؛ أي لذلك الرجل (سقي أرضه ما لم يفرغ شركاؤه) عن الكري؛ نفياً لاختصاصه به.

(وقيل: له ذلك)؛ أي: سقي أرضه بفتح الماء إليه؛ لانتهاء مؤنة الكري في حقه، فله أن يفتح الماء ويسقي أرضه. كذا في «الهداية».

وهذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: هي)؛ أي: مؤنة الكري (عليهم جميعاً، من أوله)؛ أي: أول النهر (إلى آخره بحصص الشرب) والأراضي.

وتَصِحُّ دَعْوَى الشِّرْبِ بِلَا أَرضٍ.

لهما: أن صاحب الأعلى كما ينتفع بكري الأعلى.. كذلك ينتفع بكري الأسفل؛ لتسييل فضل الماء؛ فإنه إذا سد الأسفل.. طغى الماء فأفسد أرضه.

ولأبي حنيفة: أن الكري مؤنة الملك، فيكون على المالك، ولا ملك لصاحب الأعلى [٦٧٦/أ] فيما جاوز ملكه، وإنما ينتفع بما جاوز ملكه بملك الغير.. فلا يلزمه المؤنة بحكم المنفعة؛ كمن له مسيل ماء على سطح جاره، لا يكون عليه عمارة سطح الجار.

ولهذا: لا يجب على أهل الشفة الكبرى بحكم المنفعة.

وفي «قاضي خان»: والفتوى: على قول أبي حنيفة.

هذا فيما جاوز الكري أرضه.

وأما إذا لم يجاوز بل انتهى الكري إلى وسط أرضه، وفي وسط أرضه فوهة يسقي منها أرضه.. فهل تسقط مؤنة الكري أم لا تسقط؟

ففي «قاضي خان»: وإن كان فوهة النهر لأرضه في وسط أرضه، فكري إلى فوهة النهر، هل يسقط عنه الكري؟

اختلفوا فيه على قول أبي حنيفة:

قال بعضهم: يسقط، ويرفع عنه الكري.

وقال بعضهم: لا يسقط ما لم يجاوز أرضه. وهو الصحيح؛ لأن له أن يفتح الماء في أرضه في أوله وآخره. انتهى.

قيد بقول أبي حنيفة؛ لأنه على قولهما لا يسقط؛ لأنها عليهم جميعاً من أوله إلى آخره كما تقدم.

(وتصح دعوى الشِّرب) بكسر الشين بلا أرض في الاستحسان.

والقياس: أن لا تصح (بلا أرض)؛ لأن شرط صحة الدعوى: إعلام المدعي في الدعوى والشهادة، والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ولأنه يطلب من

وَمن كَانَ لَهُ نهرٌ يجْرِي فِي أَرضِ غَيرِهِ، فَأَرَادَ ربُّ الأَرْضِ منعَ الإِجراءِ.. فَلَيْسَ لَهُ ذَلِك.

فإِنْ لم يكن فِي يَدِهِ، أَو لم يكن جَارِياً فَادّعى أَنَّهُ لَهُ، وَقصدَ إِجراءَهُ.. لَا يُسمَعُ بِلَا بَيّنَةٍ: أَنَّهُ لَهُ، وأَنَّهُ كَانَ لَهُ حقُّ الإِجراءِ.

القاضي أن يقضي له بالملك في المدعي إذا ثبتت دعواه بالبينة، والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض.. فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة؛ كالخمر في حق المسلمين.

وجه الاستحسان: أن الشرب مرغوب فيه، منتفع به، ويمكن أن يملك بغير أرض بالإذن والوصية، وقد تباع الأرض دون الشرب.. فيبقى له الشرب وحده؛ فإذا استولى عليه غيره.. كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه فيه بالبينة.

(ومن كان له نهر يجري في أرض غيره، فأراد رب الأرض منع الإجراء.. فليس له ذلك)؛ أي: المنع، بل يجري على ما كان؛ لأن موضع النهر، من أرض في يد رب النهر، مستعملاً له بإجراء مائه فيه، فعند الاختلاف.. يكون القول قوله بشهادة الظاهر.

(فإن لم يكن) النهر **(في يده)**؛ بأن لم يكن مستعملاً بإجراء ماء فيه، أو لم يكن أشجاره في طرفي النهر، **(أو لم يكن جارياً)**، هكذا في النسخ بكلمة «أو»، والذي وقع في «الهداية» و«الزيلعي» بكلمة «الواو» هكذا: «فإن لم يكن في يده، ولم يكن جارياً» وهو الظاهر.

(فادعى: أنه له)؛ أي: رقبة النهر له **(وقصد إجراءه)**؛ أي: ادعى حق المجرى في النهر لا رقبة النهر **(.. لا يسمع بلا بينة: أنه له)**؛ أي: رقبة النهر له؛ فإذا أقامها.. يقضى له بالملك؛ لإثباته [٦٧٦/ب] بالحجة.

(وأنه كان له حق الإجراء) في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها؛ فإذا أقام بينة.. يقضى له بحق الإجراء، لا بملك الرقبة.

وعَلَى هَذَا: المصبُّ فِي نهرٍ، أَو على سطحٍ، أَوِ الميزابُ، والممشى فِي دَارِ الْغَيْرِ.

(وعلى هذا: المصب)؛ أي: موضع اجتماع ما فضل من الماء، كذا فسره في «الكفاية».

(في نهر، أو على سطح، أو الميزاب) عطف على المصب، (والممشى)؛ أي: موضع المشي (في دار الغير)؛ يعني: حكم الاختلاف بين المدعيين في هذه الأمور: مثل الاختلاف في الشرب.

واعلم: أن ههنا ثلاث مسائل:

مسألة النهر في أرض الغير.

ومسألة الميزاب.

ومسألة الممشى في دار الغير.

- **أما مسألة الميزاب والنهر**.. فكما ذكره المصنف، وتفصيله: ما ذكره في دعوى «الخانية»؛ حيث قال: إذا كان للرجل ميزاب في دار رجل، فأراد رب الدار أن يمنعه من أن يسيل فيه الماء.. فله منعه، حتى تقوم البينة أن له حق تسييل الماء فيه.

ولصاحب الدار أيضاً أن يقطعه الميزاب.

وذكر في كتاب الشرب: نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء، واختلفا في ذلك.. فالقول قول صاحب الماء.

إلا أن في مسألة كتاب الشرب وضع المسألة فيما إذا كان الماء جارياً وقت الخصومة، وإذا كان الماء جارياً وقت الخصومة.. لا شك أنه يكون القول قول صاحب الماء، إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه.

وكذلك إذا لم يكن جارياً وقت الخصومة، إلا أنه علم أنه كان يجري إلى أرض هذا الرجل قبل ذلك.. كان القول قول صاحب الماء، ويقضى له بالنهر.

إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه.

حتى إنّ في مسألة النهر إذا لم يكن الماء جارياً إلى أرض هذا الرجل وقت الخصومة، ولم يعلم جريانه إلى أرضه قبل ذلك.. فإنه يقضى لصاحب الأرض بالنهر.

إلا أن يقيم صاحب الماء بينة أن النهر ملكه.

وفي مسألة الميزاب: وضع المسألة فيما إذا لم يكن الماء جارياً وقت الخصومة، ولا يقيم جريانه قبل ذلك.

وإذا كان كذلك.. فصاحب الماء لا يكون صاحب يد في هذه الحالة، ولا يقبل قوله.

وهذا بلا خلاف بين المشايخ.

وأما إذا كان الماء جارياً في الميزاب وقت الخصومة.. فقد اختلف المشايخ فيه:

منهم من قال: القول قول صاحب الميزاب؛ كما في مسألة النهر.

ومنهم من قال: لا يقبل قول صاحب الميزاب.

وذكر الفقيه أبو الليث عن المتأخرين من أصحابنا: أنهم استحسنوا في الميزاب إذا كان تصويب سطح صاحب الميزاب إلى موضع الميزاب، وعلم أن التصويب [٦٧٧/أ] قديم لم يحدثه الميزاب ببينة، فشهدوا: أنهم رأوه يسيل فيه الماء.. فليست هذه الشهادة بشيء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

فإن شهدا أن له مسيل ماء في هذا الميزاب:

فإن بينوا أنه لماء المطر أو لماء الوضوء أو لماء الاغتسال.. فلا شك أن هذه الشهادة مقبولة، فيكون له ما شهدوا له به.

وإن شهدوا أنه لماء المطر.. فهو لماء المطر.

وإن شهدوا أنه لماء الوضوء والاغتسال.. فهو لماء الوضوء والاغتسال، وليس له أن يسيل فيه ماء المطر.

وإن لم يثبتوا شيئاً من ذلك.. ذكر في الكتاب: أن الشهادة مقبولة.

واختلف فيه؛ منهم من قال: المسألة مؤوّلة، وتأويلها: أنهم شهدوا على إقرار صاحب الدار [أن له][1] مسيل ماء في داره من هذا الميزاب وإذا كان هكذا.. لا شك أن الشهادة تقبل.

وأما إذا شهدوا على البتات، ولم يبينوا شيئاً.. اختلفوا فيما بينهم: أنه إذا قبلت هذه الشهادة ماذا يثبت؟

بعضهم قالوا: يثبت تسييل ماء المطر.

ومنهم من قال: يثبت كلا الأمرين؛ حق تسييل ماء المطر وحق تسييل ماء الوضوء والاغتسال جميعاً.

ومنهم من قال: يؤمر صاحب الدار بالبيان؛ فإن قال: هو لماء الوضوء.. فهو لماء الوضوء لا غير، وإن قال: لماء المطر.. فهو لماء المطر لا غير، ويحلف الآخر.

وإن شهدوا: أنه مسيل ماء دائم للوضوء والاغتسال وماء المطر.. فهو جائز، ويثبت جميع ذلك.

ولو لم يكن للمدعي بينة أصلاً.. استحلف صاحب الدار، ويقضى فيه بالنكول. انتهى.

- **وأما مسألة الممشى.. فقال في «الخانية» أيضاً: قال محمد: رجل له باب من داره في دار رجل، فأراد أن يمر من ذلك الباب، ومنعه صاحب الدار من المرور في داره، فقال: ليس لك حق المرور في داري، وادعى صاحب الباب أن له حق المرور.. فالقول قول صاحب الدار، وعلى الخارج البينة.**

(١) زيادة من «المحيط» (١٤٠/٩).

فإن جاء بشهود شهدوا أنه كان يمر فيها من هذا الباب.. لم يستحق بذلك شيئاً، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وإن شهدوا: أن له طريقاً ثابتاً فيها، وسموا حدوده وبينوا طوله وعرضه بالذرعان.. قبلت شهادتهم، وقضي له بذلك.

وكذلك: إن لم يبينوا حدوده، ولا طوله، ولا عرضه.. تقبل شهادتهم، ويقضى به بقدر عرض الباب الأعظم عرضاً، وإلى السماء طولاً.

ومن المشايخ من قال: المسألة مؤوّلة؛ تأويلها: أنهم شهدوا على إقرار المدعى عليه: أن للمدعي طريقاً ثابتاً في هذه الدار؛ أما لو شهدوا على البتات.. لا تقبل شهادتهم.

والأصح: أن هذه الشهادة مقبولة على كل حال. انتهى.

[٦٧٧/ب] قال في «الخلاصة» و«البزازية»: رجل له داران، مسيل أحدهما على سطح الآخر، فباع الدار التي عليها المسيل بكل حق له فيها، ثم باع الأخرى من آخر، فأراد المشتري الأول أن يمنع المشتري الثاني من إسالة الماء على سطحه.. له ذلك، إلا أن يكون اشترط عليه وقت البيع: أني لم أبع منك مسيل الماء في الدار التي بعت منك.

وفي «النوازل»: له داران متلاصقان، إحداهما عامرة، والأخرى خربة، فباع الخراب، وكان مصب الدار العامرة [وملقى] ثلجها في الدار الخربة، فأراد المشتري المنع.. قال الفقيه أبو بكر: إن استثنى البائع لنفسه مسيل الماء في الخراب.. جاز.

وإن ملقى الثلج.. لا؛ لعدم العرف فيه.

وقال الفقيه أبو الليث: إن كان له ميزاب، ومسيل سطوحه إلى هذا الجانب، وعرف أن ذلك قديم.. فمسيله على حاله وإن لم يشترط.

وَإِنِ اخْتصمَ جمَاعَةٌ فِي شِربٍ بَينَهم.. قُسِمَ على قدرِ أَراضيهم، ....

وكذا: لو كان مسيل سطوحه إلى دار رجل وله فيها ميزاب قديم.. فليس لصاحب الدار منعه في الاستحسان، وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

وأما أصحابنا: فأخذوا بالقياس وقالوا: ليس له ذلك، إلا أن يبرهن أن له حق المسيل.

ولو شهدوا: أنهم رأوه يسيل الماء.. فليست هذه بشهادة.

ولو شهدوا: أنه مسيل ماء المطر.. فهو لماء المطر.

ولو شهدوا: أنه مسيل ماء دائم للوضوء والغسل والمطر.. جاز.

وإن لم يبينوا.. فالقول لرب الدار.

وإن لم تكن بينة.. يستحلف صاحب الدار، ويحكم بالنكول.

رجل له مجرى ماء على سطح دار، فخرب السطح.. فإصلاحه على رب السطح؛ كالسفل مع العلو، ولا يجبر على العمارة، ويقال للذي له حق الإجراء: ضع ناوِقاً في مقام الجري على سطح الجار لتنفيذ الماء إلى مصبه.

وذكر في حيطان «الخلاصة» أيضاً: ولو كان له طريق في دار رجل، أراد أهل الدار أن يبنوا في مساحة الدار ما يقطع طريقه.. لم يكن لهم ذلك، وينبغي أن يتركوا من ساحة الدار عرض باب الدار.

داران لجارين، سطح إحداهما أعلى، ومسيل ماء العليا على الأخرى، فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبني على سفله بناء.. له ذلك، وليس للجار منعه، لكن يطالبه حق تسييل مائه إلى طرف الميزاب.

ولو انهدم السفل، أو هدمه المالك.. ليس للآخر أن يكلف بالعمارة لأجل إسالة الماء، لكن يبني هو، ويمنع صاحبه من الانتفاع.

(وإن اختصم جماعة في شرب) مشترك **(بينهم)**، ولم يعرفوا كيف كان أصله، فاختلفوا فيه **(.. قسم)** الشرب بينهم **(على قدر أراضيهم)**؛ لأن المقصود بالشرب:

وَيمْنَعُ الأَعْلَى من سَكْرِ النَّهرِ بِلَا رِضاهُم وإِنْ لم تشرَب أرضُهُ بِدُونِهِ.

بسقي الأراضي، والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها، والظاهر: أن حق كل واحد [٦٧٨/أ] منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته.

بخلاف الطريق إذا اختلف فيه الشركاء؛ حيث يستوون في ملك رقبة الطريق، ولا يعتبر في ذلك بسعة الدار وضيقها؛ لأن المقصود فيها: الاستطراق، وهو لا يختلف باختلاف الدار.

لا يقال: قد استووا في إثبات اليد على النهر، فوجب أن يستووا في الاستحقاق؛ لأنا نقول: الماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة؛ إذ لا يمكن إحرازه، وإنما ذلك بالانتفاع، والظاهر: أن الانتفاع متفاوت بتفاوت الأراضي، فيتفاوت الإحراز الذي هو في ضمن الانتفاع، فيكون في يد كل أحد منهم بحسب ذلك.

(ويمنع الأعلى) من تلك الجماعة (من سَكْر) بسكون الكاف بمعنى السد (النهر) على الأسفل (بلا رضاهم)؛ أي: رضاء الشركاء (وإن) وصلية (لم تشرب أرضه)؛ أي: أرض الأعلى (بدونه)؛ أي: بدون السكر؛ لأن في ذلك إبطال حق الباقين.. فلا يجوز، ولكنه يشرب بحصته.

فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته، أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته.. جاز؛ لأن الحق لهم، وهو المانع من السكر؛ فإذا رضي كلٌّ.. زال المانع.

إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح ونحوه.. لا يسكر بالطين والتراب ونحوهما مما ينكبس به النهر من غير تراض؛ لكونه إضراراً بهم. كذا في «الهداية».

وقال في «الخلاصة»: والمختار: أنه إذا لم يمكنه سقي أرضه من غير سكر.. رفع الأمر إلى القاضي، فيأمرهم بالمهايأة؛ فإن اصطلحوا على أن يسكر كل شارب يومه.. جاز. انتهى.

وقال في «الزيلعي»: ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل

وَلَيْسَ لوَاحِدٍ مِنْهُم:

أَنْ يشقَّ مِنْهُ نَهراً.

أَو ينصُبَ عَلَيْهِ رحىً أَو دالِيةً أَو جِسْراً بِلَا إِذن الْبَقِيَّةِ، إِلَّا رحىً فِي مِلكِهِ......

واحد منهم إلا بالسكر.. فإنه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا لقول ابن مسعود: «أهل النهر الأسفل أمراء على أهل الأعلى حتى يرووا»؛ فإن هذا يوجب بداء أهل الأسفل.

(وليس لواحد منهم)؛ أي: من تلك الجماعة (أن يشق منه)؛ أي: من النهر المشترك بينهم (نهراً) صغيراً إلى أرضه، (أو ينصب عليه)؛ أي: على النهر المشترك (رحى أو دالية أو جسراً بلا إذن البقية)؛ لما فيه من الإضرار بهم.

فإذا أذنوا بذلك.. جاز؛ لزوال المانع.

(إلَّا رحى في ملكه)؛ لأنه في خالص ملكه، فلا يمنع من التصرف فيه، وليس فيه تنقيص الماء، ولا تغييره عن سنته.. فيجوز.

قال في «الزيلعي»: والدالية والسانية: بمنزلة الرحى، بخلاف القنطرة والجسر؛ فإن فيهما إشغال الموضع المشترك.. فيمنع منه ولو في [٦٧٨/ب] ملكه، ولا يكون ذلك إلا برضاهم. انتهى.

فعلى هذا: ينبغي أن تستثنى الدالية والسانية مثل الرحى.

الدالية: جذع طويل مركب تركيب مداق الأرز، وفي رأسه مغرفة كبيرة.

والسانية: البعير يستقى عليه من البئر.

والجسر: اسم لما يوضع ويرفع على الماء مما يكون متخذاً من الخشب والألواح.

والقنطرة: مما يتخذ من الحجر والآجر، [يكون][1] موضوعاً لا يرفع.

---

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/٤٢).

وَلَا تضرُّ بالنَّهرِ وَلَا بمائِهِ.

وَلَا أَنْ يُوسِّعَ فَمَ النَّهرِ.

وَلَا أَنْ يقسِمَ بِالْأَيَّامِ، أَو مُنَاصَفَةً بعدَ كَونِ الْقِسْمَةِ بالكِوَى.

وَلَا أَنْ يزِيدَ كوَّةً وإِنْ لَم تضرَّ بالباقِين.

وَلَا أَن يَنقُصَ بعضَ كُواهُ.

(ولا تضر) الرحى الذي نصبه في ملكه (بالنهر) بكسر ضفته ومسناه، (ولا بمائه) بتنقيصه أو تغييره عن سننه الذي كان يجري عليه.

(ولا)؛ أي: ليس لواحد منهم (أن يوسع فم النهر)؛ لأن فيه كسر ضفته، ويزيد به على مقدار حقه في أخذه الماء.

(ولا أن يقسم) الشرب (بالأيام أو مناصفة بعد كون القسمة بالكوى) جمع كوة: ثقب في الخشب ليجري الماء فيه إلى المزارع والجداول.

وهذا: لأن القديم يترك على حاله؛ لظهور الحق فيه، فتبقى على القسمة الأولى، وهو ما يكون بالكوة.

(ولا أن يزيد كوة)؛ يعني: لو كان لكل واحد منهم كوة مسماة في نهر خاص.. لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة.

(وإن لم تضر) الزيادة (بالباقين)؛ لأن الشركة خاصة.

بخلاف ما لو كانت الكوى في النهر العظيم؛ فإن لكل واحد منهم أن يشق نهراً منه ابتداء، فكانت الكوى: بطريق الأولى.

(ولا أن ينقص بعض كواه)؛ لما ذكرناه من أن الشركة خاصة.

وفي «الخلاصة»: من كان له شرب في أرضه في أسفل النهر، ففتح ذلك في أعلاه.. ليس له ذلك.

بخلاف ما إذا جعل باب داره في أعلى حائط له.. فإن له ذلك.

وَلَا أَنْ يَسُوقَ شُرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى لَهُ لَيْسَ لَهَا مِنْهُ شِربٌ.

فَإِنْ رضيَ الْبَقِيَّةُ بِشَيْءٍ مِن ذَلِكَ.. جَازَ، ....

وعن الإمام السرخسي: أن له أن يجعل شربه أعلى وأسفل؛ مثل باب داره، يجعله في أعلى حائط له أو أسفله.

وذكر مثله في «الزيلعي» أيضاً؛ حيث قال: إذا أراد أن يسفل كوة له، أو يرفعها من حيث العمق والسمك في مكانه.. يكون له ذلك في الصحيح؛ لأن التسفل والترفع من حيث العمق لا يؤدي إلى تغيير موضع [القسمة][1]... فلا يمنع منه.

(ولا أن يسوق شربه إلى أرض أخرى له ليس لها)؛ أي: للأرض الأخرى **(منه)**؛ أي : من شربه **(شرب)**؛ لأنه إذا فعل ذلك.. يخشى أن يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الأولى إذا تقادم العهد.

وكذا: إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى الأخرى.. ليس له ذلك؛ لأنه يستوفي زيادة على حقه؛ إذ الأولى تنشف بعض الماء قبل أن يسقي الأخرى.

وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح باباً إلى دار أخرى [٦٧٩/أ]، ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق.. فإنه ليس له أن يفتح باباً له في ذلك الطريق.

بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحداً؛ حيث لا يمنع من فتح الباب في ذلك الطريق للدار الأخرى له؛ لأن المارّة لا تزداد بذلك، وهو المانع من فتحه، وله حق المرور فيه، ويتصرف في خالص حقه - وهو الجدار - برفعه ونقضه.

(فإن رضي البقية بشيء من ذلك) الأمور المذكورة من قوله: «ولا أن يوسع...» إلى هنا.

(.. جاز)؛ لزوال المانع بالرضاء ووجود المقتضي.

---

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/٤٢).

وَلَهُم نقضُهُ بعدَ الْإِجَازَةِ، ولورثتِهِم مِن بعدِهِمْ.

(ولهم)؛ أي: بقية الشركاء **(نقضه بعد الإجازة، ولورثتهم)** أيضاً **(من بعدهم)**.

قال في «الهداية»: ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص - وفيه كوى بينهما - أن يسد بعضها دفعاً لبعض الماء عن أرضه كي لا ينز.. ليس له ذلك؛ لما فيه من الضرر بالآخر.

وكذا: إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما؛ لأن القسمة بالكوى تقدمت، فلا تتغير، إلا أن يتراضيا؛ لأن الحق لهما، وبعد التراضي: لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك، وكذا لورثته من بعده؛ لأنه إعارة الشرب لا مبادلة؛ لأن مبادلة الشرب بالشرب باطلة، وكذا إجارة الشرب بالشرب باطلة أيضاً.. فتعينت الإعارة، فيرجع فيها هو أو ورثته أي وقت شاء؛ لأن الإعارة غير لازمة، هكذا في «الزيلعي».

ويؤيده ما في بيوع «القاعدية»: الضرر لا يصير لازماً بالرضاء والإذن.

وههنا دقيقة ذكرها في أوائل دعوى «القاعدية»؛ حيث قال: من له حق المرور في أرض غيره في ممر معين، فبنى صاحب الأرض على ذلك الممر بناء بإذن صاحب الحق.. ليس له أن يخاصم بعد ذلك؛ لأن الحق يبطل ويسقط بالرضاء، بخلاف ما إذا كان له رقبة الطريق فبنى صاحب الأرض. انتهى. فليتأمل.

وقال في حيطان «القنية» من كتاب الدعوى: «بخ»[1] إذا استعار من آخر جداراً لوضع جذوعه عليه ووضعها، ثم باعه المعير.. ليس لمشتريه أن يأمر المستعير برفع جذوعه؛ لأن المستعير وإن لم يثبت له حق لازم، لكن المشتري لم يملك الجدار إلا مشغولاً بجذوع المستعير، فكان حقه فيه ناقصاً.. فلا يتمكن من رفعه.

قال أستاذنا: هذا وإن كان حسناً.. لكنني عثرت على مسألة الاستشهاد في «أمالي» «بخ» و«فتاوى أبي الليث» على خلافه.

---

(١) هو رمز «برهان الفتاوى للبخاري» في «القنية»، والمسألة وما بعدها في مخطوط «القنية» ص(٣٣٨).

وَالشِّرْبُ يُورَثُ ويوصى بِالِانْتِفَاعِ بِهِ.

وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُؤَجَّرُ، وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ، وَلَا يُجْعَلُ مهراً، وَلَا بدل صلحٍ.

رجل أذن جاره في وضع الجذوع على حائطه، أو حفر سرداب تحت داره، ثم [٦٧٩/ب] باع داره.. فللمشتري رفع الجذوع والسرداب، إلا إذا شرط في البيع ترك ذلك.. فحينئذٍ لا يكون له ذلك.

ثم ذكر «بخ» مسائل من جنسه، إلى أن قال:

أحدث بناء أو غرفة في سكة غير نافذة برضاء أهلها، فاشترى رجل من غير أهل السكة داراً منها.. فله أن يأمره برفع الغرفة.

ولو باع ضيعة فيها أغصان جاره متدلية.. فللمشتري أن يأمر جاره بتفريغ الضيعة عن أغصان شجرته؛ لأن المشتري يقوم مقام البائع فيما كان للبائع أن يفعله.

وكذا: لو مات صاحب الضيعة.. كان لوارثه أن يأخذ الجار بتفريغ ضيعته عن الأغصان.

قال: وما ذكره «بخ» أوفق للأصول، وأشبه بالصواب، وإن كان مسائل قسمة «الكافي» تشهد بصحة جواب «بخ». انتهى.

ذكر شيخ الإسلام الأنقروي في «فتاواه» نقلاً عن حيطان «القنية»: دهليز مشترك بينهما، بنى أحدهما فوق سطحه حجرة بإذن شريكه، ثم باع الآذن نصيبه من الدهليز.. ليس للمشتري أن يأمره برفع الحجرة عن سطحه. انتهى.

وذكر أيضاً نقلاً عن «العتابية»: لو أذن لجاره بوضع الجذوع على حائط داره، أو أذن له أن يحفر سرداباً تحت داره، ثم باع الدار وشرط على المشتري أن تكون الجذوع والسرداب هكذا.. لم يكن للمشتري أن يطالبه بالنقض.

(والشرب يورث ويوصى بالانتفاع به، ولا يباع، ولا يوهب، ولا يؤجر، ولا يتصدق به، ولا يجعل مهراً، ولا بدل صلح).

والفرق: أن الورثة خلفاء الميت، فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات؛ كالدين والقصاص والخمر، فكذا الشِّرب، والوصية: أخت الميراث.. فكانت مثله.

بخلاف البيع والهبة والإجارة والتصدق.

وكذا: الوصية بهذه العقود؛ حيث لا تجوز؛ إما للجهالة، أو للغرور، أو لعدم الملك فيه للحال، أو لأنه ليس بمال متقوم، حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره.. لا يضمن على رواية «الأصل».

فإذا بطلت هذه العقود.. فالوصية بهذه العقود باطلة أيضاً؛ لأن الوصية بالباطل: باطل.

بخلاف الوصية بالانتفاع بعين الشرب؛ حيث يجوز؛ لما ذكرناه.

ولهذا قيد المصنف الوصية بالانتفاع به.

وكذا: لا يصلح أن يكون مهراً مسمى في النكاح، وبدل الخلع، والصلح عن دم عمد، وعن دعوى، لكنه تصح هذه العقود نفسها؛ لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، ولا يملك الشرب؛ لأنه لا يملك سائر الأسباب [٦٨٠/أ]، فكذا بهذه الأسباب.

ويجب على الزوج مهر المثل في النكاح، وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر في الخلع، وعلى القاتل الدية، وللمدعي أن يرجع على دعواه في الصلح؛ لبطلان المسمى.

ولو مات وعليه ديون.. لا يباع الشرب بدون الأرض؛ لما ذكرناه.

وإن لم يكن له أرض.. قيل: يجمع الماء في كل نوبة في حوض، فيباع الماء؛ لكونه محرزاً، إلى أن تقضى ديونه من ذلك.

وَلَا يَضْمَنُ مَن مَلأَ أَرضَهُ فنزَّت أَرضُ جَارِهِ.

وقيل: ينظر الإمام إلى أرض لا شرب لها، فيضم الشرب إليها، فيبيعهما برضاه، ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب، وإلى قيمتها معه، فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت. كذا في «الزيلعي».

قيد عدم الضمان برواية «الأصل»؛ احترازاً عما ذكره في «الخلاصة» عن علي البزدوي: أن غاصب الماء إن سقى أرضه في نوبة صاحب الشرب.. يكون ضامناً.

بقي: أنه هل يطيب للغاصب ما خرج من ذلك الماء المغصوب؟

ففي «الخلاصة» نقلاً عن مزارعة «النوازل»: عن محمد بن مقاتل في رجل سرق ماء فساقه إلى أرضه أو كرمه.. فإنه يطيب له ما خرج منه، وهو بمنزلة رجل غصب شعيراً وتبناً وسمَّن دابته.. فعليه قيمة العلف، وما زاد في الدابة.. فهو طيب له.

فعلى هذا: لو سرق أوراق التوت، وأعطى دود الصلق.. فالإبريسم يطيب له، وعليه قيمة الأوراق.

(ولا يضمن من ملأ أرضه فنزَّت) الماء **(أرض جاره)**؛ لأنه مسبب، وليس بمتعد فيه.. فلا يضمن؛ لأن شرط وجوب الضمان في السبب: أن يكون متعدياً.

ألا ترى: أن من حفر بئراً في أرضه... لا يضمن ما عطب فيها؛ لعدم التعدي.

وإن حفر في الطريق.. ضمن التعدي.

لكنهم قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقياً معتاداً، وأما إذا سقاها سقياً غير معتاد لا تتحمله أرضه.. فيضمن بالنز؛ كما قالوا فيمن أوقد ناراً في داره فاحترق به دار جاره؛ فإن أوقد ناراً معتاداً.. لا يضمن، وإلا.. يضمن للتعدي.

قال في «الخلاصة» عن «متفرقات» الفقيه أبي جعفر: رجل سقى أرضه، فتعدى الماء إلى أرض جاره؛ إن أجرى الماء إجراء لا يستقر في أرضه قبل أن يستقر في أرض جاره.. يضمن، وإن كان يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى جاره بعد ذلك:

إن كان جاره يقدم إليه بالسد والإحكام، فلم يسد.. يضمن استحساناً.

وإن لم يقدم إليه.. لا يضمن.

وإن كان أرضه في صعدة، وأرض جاره في هبطة يعلم أنه لو سقى أرضه يتعدى إلى أرض جاره.. يضمن، ويؤمر برفع المسناة حتى يحول [٦٨٠/ب] بينه وبين التعدي، ويمنع من السقي حتى يضع المسناة.

وإن لم تكن أرضه في صعدة.. لا يمنع.

قال: والمذكور في عامة الكتب: أنه إذا سقى غير معتاد.. ضمن، وإن كان معتاداً.. لا يضمن.

وإن كان في أرضه ثقب أو حجر:

فإن علم بالثقب ولم يسد حتى فسدت أرض جاره.. يضمن.

وإن كان لا يعلم.. لا يضمن، على ما في نسخة الإمام السرخسي.

وفي «النوازل»: نهر يجري في أرض قوم، فانشق النهر، وخرب بعض أرض قوم.. لأصحاب الأرضين أن يأخذوا أصحاب النهر بعمارة النهر بدون عمارة الأرض.

رجل سقى أرضه وأرسل الماء في النهر حتى جاوز أرضه، وقد كان طرح رجل أسفل منه في النهر تراباً، فمال الماء عن النهر حتى خرب، فجاوز فغرق قطن رجل.. فالضمان على من أحدث في النهر تراباً، لا على مرسل الماء في النهر إن كان له في النهر حق.

ولو سد أنهار الشركاء حتى انشق وامتلأ وغرق قطن رجل، أو أرسل الماء في النهر وعلى النهر أنهار صغار مفتوحة الفوهات، فدخل الماء في الفوهات، فأفسد زرع غيره.. ضمن في الوجهين.

وَلَا يضمَنُ مَن سَقَى مِن شربِ غَيرِه.

وتفسير ضمان الإتلاف: أن تقوم الأرض مزروعة، وتقوم غير مزروعة.. فيضمن الفضل.

(ولا يضمن من سقى) أرضه (من شرب غيره).

هذا في رواية «الأصل»، ووجهه: تقدم من قبل.

وعن علي البزدوي: أنه يضمن؛ كما تقدم أيضاً.

وتفسير ضمان الشرب على القول بضمانه: أن ينظر بكم يشترى لو كان بيعه جائزاً.

والفتوى: على رواية «الأصل».

* * *

(كتاب الأشربة)

(كِتَابُ الأَشْرِبَةِ)

(كِتَابُ الأَشْرِبَةِ)

جمع شراب، **هو: اسم من الشرب؛ أي: ما يشرب مطلقاً؛ ماء كان أو غيره، حلالاً أو حراماً.**

وفي عرف الفقهاء: ما حرم منه.

وهو على أنواع؛ على ما سيأتي في الكتاب.

قال في «الخلاصة» نقلاً عن «النوزل»: قال الفقيه أبو الليث: شرب الأشربة على خمسة أوجه:

في وجه: هو حلال بالإجماع.

وفي وجه: حرام بالإجماع.

وفي وجه: حرام عند أصحابنا حلال عند بعض الناس.

وفي وجه: اختلاف بين أصحابنا.

أما الوجه الذي هو حلال بالإجماع: فهو كل شراب لم يمض عليه ثلاثة أيام وهو حلو.

وأما الوجه الذي هو حرام بالإجماع: فهو الخمر بعينها، والسكر من كل شراب.

وأما الذي هو حرام عندنا: فهو ماء العنب إذا طبخ على النصف وقد اشتد؛ عندنا: لا يجوز شربه، وهو قول عامة الفقهاء، وقال بشر [٦٨١/أ] المريسي: يجوز شربه دون السكر.

وأما الرابع: فهو العصير جعل في الشمس حتى ذهب ثلثاه ولم يطبخ، ولكن عولج بالخردل؛ فإنه يجوز شربه عند علمائنا، ولا يجوز عند بعض الناس.

تَحرُمُ الْخمرُ، وهي: النِّيءُ مِن مَاءِ الْعِنَبِ، إذا غلا وَاشْتَدَّ، وَالْقَذْفُ بالزَّبَدِ شَرطٌ، خلافاً لَهما.

وأما الوجه الخامس: فهو نبيذ التمر أو نبيذ الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة، ثم اشتد؛ فإنه يجوز شربه دون السكر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر؛ إذا أراد به استمراء الطعام دون اللهو.

وقال محمد: لا يجوز شربه، قليله وكثيره حرام.

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

وإن كان شربه للهو... فقليله وكثيره حرام بالاتفاق.

(تحرم الخمر) بالكتاب والسنة والإجماع، فيكفر مستحله.

(وهي)؛ أي: الخمر فإنها من المؤنثات السماعية **(النِّيء)** بكسر النون وسكون الياء والهمزة، ويجوز التشديد على القلب والإدغام؛ أي: غير النضيج، كما في «المغرب».

وقال في «المصباح»: النيء مهموز، وزان: حِمْل، كل شيء شأنه أن يعالج بطبخ أو شيٍّ ولم ينضج، فيقال: لحم نيء، والإبدال والإدغام عامي. انتهى.

فالنضيح والطبيخ: ليس بخمر، كما هو كذلك عندنا، خلافاً للشافعي.

(من ماء العنب)، احترز به عن غير العنب أيِّ شيء كان.

حتى لو أخرج الماء من ثفل العنب بعد عصره.. كان بمنزلة النقيع عند بعض المشايخ.

وقال بعضهم: إنه بمنزلة الخمر، حتى يحد شاربه بقطرة منه. كذا في «شرح النقاية».

(إذا غلا) ارتفع **(واشتد)**؛ أي: قوي بحيث يصلح للإسكار.

(والقذف بالزبد) بفتحتين **(شرط)** عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: إذا غلا واشتد.. يثبت اسم الخمر عليها بلا اشتراط قذف

والطِّلاءُ، وَهُوَ: مَا طُبِخَ مِنْهُ، فَذهبَ أَقَلُّ مِن ثُلُثَيْهِ.

فإنْ ذهبَ نِصفُهُ.. سمِّيَ منصَّفاً.

وإنْ طُبِخَ أَدْنَى طبخةٍ.. سمِّيَ باذقاً، إذا غلا وَاشْتَدَّ.

الزبد؛ لأن اللذة المطربة والقوة المسكرة وستر العقل [تحصل] به، وهو معنى المخامرة بالاشتداد وهو المعنى المؤثر في الفساد وإيقاع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله.

وأما القذف بالزبد.. فلا تأثير له في إجلاب السكر.

ولأبي حنيفة: أن الغليان بداية الشدة، وكماله: بقذف الزبد وسكونه؛ لأنه يتميز الصافي عن الكدر، وأحكام الشرع المعلقة به قطعية؛ كالحد وإكفار مستحلها ونحو ذلك.. فتناط تلك الأحكام القطعية بالنهاية والكمال.

وقيل: يؤخذ في حرمة الشرب: بمجرد الاشتداد.

وفي وجوب الحد على الشارب: بقذف الزبد احتياطاً.

(والطِّلاء)؛ أي: ويحرم الطلاء أيضاً، هو بكسر الطاء، **(وهو: ما)**؛ أي: عصير عنب **(طبخ منه)**؛ أي: من عصير العنب **(فذهب أقل من ثلثيه)**، وهو حرام [٦٨١/ب] وإن قل.

لكن حرمته دون حرمة الخمر على ما سيأتي.

قال في «الزيلعي» نقلاً عن «المحيط»: الطِّلاء اسم للمثلث، وهو ما إذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه.

(فإن ذهب نصفه.. سمي منصفاً)، وهو حرام أيضاً.

(وإن طبخ أدنى طبخة.. سمي باذقاً إذا غلا واشتد) وقذف بالزبد، على الاختلاف المذكور في الخمر.

وهذا حرام أيضاً.

وقال الأوزاعي: إنه مباح، وهو قول بعض المعتزلة.

وَالسَّكَرُ، وَهُوَ: النيءُ مِن مَاءِ الرُّطَبِ إذا غلا وَاشْتَدَّ.

ونقيعُ الزَّبِيبِ إذا غلا وَاشْتَدَّ.

وَاشْتُرِطَ قذفُ الزّبدِ فِيهِنَّ، على مَا فِي الْخمرِ.

وَالكُلُّ حَرَامٌ،..

قلنا: إنه مشروب ملذ مطرب، ولهذا يجتمع عليه الفساق، فيحرم شربه للفساد المعلق به.

(و) يحرم (السَّكَر) بفتحتين (وهو النيء من ماء الرطب)، بضم الراء: تمر النخل معروف.

(إذا غلا واشتد) وقذف بالزبد، على الاختلاف المذكور في الخمر.

وهذا حرام أيضاً.

وقال الأوزاعي: إنه مباح، وهو قول بعض المعتزلة.

قلنا: إنه مشروب ملذ مطرب، ولهذا يجتمع عليه الفساق، فيحرم شربه للفساد المتعلق كما سبق.

وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح وإن قذف بالزبد.

قلنا: حرمته بإجماع الصحابة، فالقول بإباحته: خرق للإجماع.

ولعل مراده بالإباحة: في أوائل الإسلام قبل التحريم.

(و) يحرم أيضاً (نقيع الزبيب)، وهو: النيء من ماء الزبيب (إذا غلا واشتد، واشترط قذف الزبد فيهن)؛ أي: في كل من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع.

(على ما في الخمر) من الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(والكل)؛ أي: كل من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع: (حرام) بإجماع أهل الإجماع، والخلاف فيه: خرق للإجماع.. فلا يعتد به.

وحرمتُها دونَ الْخمرِ؛ فنجاسةُ الْخمرِ غَلِيظَةٌ، ونجاسةُ هَذِه مُخْتَلَفٌ فِي غلظتِها وخفَّتها.

وَيكفرُ مستحلُّ الْخمرِ دونَ هَذِهِ.

وَيحدُّ بِشربِ قَطْرَةٍ مِنَ الْخمرِ وإِنْ لم يَسْكَرْ.

بِخِلَافِ هَذِهِ.

وَيجوزُ بيعُ هَذِهِ، ويضمنُ متلفُها.

(وحرمتها)؛ أي: حرمة هذه الأشربة: (دون الخمر)؛ لأن الخمر حرام لعينها لا لسكرها، والأشربة المذكورة حرام لسكرها، والحرام لعينه: فوق الحرام لا لعينه.

قيل: إن حرمة الخمر لسكرها أيضاً، حتى إنَّ غير المسكر من الخمر ليس بحرام، قالوا: هذا كفر؛ لأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع.

(فنجاسة الخمر: غليظة، ونجاسة هذه) الأشربة: (مختلف في غلظتها وخفتها).

(ويكفر مستحل الخمر)؛ لأن حرمتها قطعية (دون هذه) الأشربة؛ لأن حرمتها اجتهادية لسكرتها.

(ويحد بشرب قطرة من الخمر وإن) وصلية (لم يسكر)؛ لأنها حرام لعينه لا لسكره؛ يعني: أن حرمتها ليست معللة بالسكر.

(بخلاف هذه) الأشربة كلها من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع؛ فإن حرمتها معللة بالسكر.. فلا يحد بشربها ما لم يسكر.

(ويجوز بيع هذه) الأشربة كلها سوى الخمر.

(ويضمن متلفها) قيمتها عند أبي حنيفة؛ لكونها مالاً متقوماً، ولم يثبت ما يسقط [٦٨٢/أ] تقومها.

بخلاف الخمر؛ لأنها ليست مالاً متقوماً بالنص والإجماع.

خلافاً لَهما.

وَفِي الْخمرِ: عدمُ جَوَازِ البيعِ، وَعدمُ الضَّمَانِ: إِجْمَاعٌ.

وَلَو طُبِختِ الْخمرُ أَو غَيرُهَا بعدَ الاشتدادِ.. لَا تَحِلُّ وإِنْ ذهبَ الثُّلُثَانِ.

لَكِن؛ قيل: لَا يُحدُّ مَا لم يسكَرْ.

وَيحلُّ نَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذا طُبِخَ أَدنى طبخةٍ وإِنِ اشْتَدَّ، مَا لم يَسْكَر.

وَكَذَا: نَبِيذُ الْعَسَلِ، والتِّينِ، وَالْحِنْطَةِ، وَالشعِيرِ، والذُّرَةِ، والخليطَينِ؛ طُبِخَتْ أَو لا.

(خلافاً لهما) في البيع والضمان على المتلف؛ لكونها حراماً بالإجماع.

(وفي الخمر: عدم جواز البيع، وعدم الضمان: إجماع)؛ لأن حرمتها قطعية، ونجاستها عينية.

(ولو طبخت الخمر أو غيرها) من الأشربة المذكورة (بعد الاشتداد.. لا تحل وإن) وصلية (ذهب الثلثان)؛ لأن الطبخ للمنع عن ثبوت الحرمة ابتداء، لا لرفعها بعد ثبوتها.

(لكن قيل: لا يحد ما لم يسكر)؛ لأن الحد في النيء خاصة بالنص.. فلا يتعدى إلى المطبوخ منها.

(ويحل نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة وإن) وصلية (اشتد، ما لم يسكر).

(وكذا): يحل (نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة والخليطين)، وهو: أن يجمع بين تمر وزبيب مثلاً في إناء في ماء؛ لما روي عن عائشة قالت: «كنا ننتبذ لرسول الله ﷺ في سقاء، فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه، ثم نصب عليه الماء فننتبذه غدوة فيشربه عشية، وننتبذه عشية، فيشربه غدوة» رواه ابن ماجه.

(طبخت أو لا)؛ لإطلاق ما روينا.

وَكَذَا المثَلَّثُ، وَهُوَ: عصيرُ الْعِنَبِ إِذا طُبِخَ حَتَّى ذهبَ ثُلُثَاهُ وإِنِ اشْتَدَّ.

وَفِي الْحَدِّ بالسُّكرِ مِنْهَا: رِوَايَتَانِ.

وَالصَّحِيحُ: وُجُوبُهُ.

وَوُقُوعُ طَلَاقِ مَن سَكِرَ مِنْهَا: تَابعٌ لِلْحُرْمَةِ.

(وكذا المثلث)؛ أي: حلال، (وهو: عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه) وبقي ثلثه (وإن) وصلية (اشتد، وفي الحد بالسكر منها)؛ أي: من المثلث: (روايتان)، في رواية: يحد به، وفي أخرى: لا.

(والصحيح: وجوبه)؛ أي: الحد؛ لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة المحرمة، بل فوق ذلك.

وكذا: المتخذ من الألبان إذا اشتد على هذا الخلاف.

وقيل: إن المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبي حنيفة؛ اعتباراً بلحمه؛ إذ هو متولد منه.

والأصح: أنه يحل؛ لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه؛ لكونه آلة الجهاد.. فلا يتعدى إلى لبنه.

(ووقوع طلاق من سكر منها)؛ أي: من المثلث: (تابع للحرمة).

فمن قال بحرمتها.. قال بوقوع الطلاق بالسكر منها.

ومن لا.. فلا.

قال في «الهداية»: قال محمد في «الجامع الصغير»: وما سوى ذلك من الأشربة.. فلا بأس به.

قالوا: هذا الجواب على هذا العموم: نصٌّ على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة: حلال عند أبي حنيفة، ولا يحد شاربه عنده وإن سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك.

وَالْكلُّ حرَامٌ عِنْدَ محمَّدٍ، وَبِه يُفْتَى.

وَالْخلافُ إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ قصدِ التَّقَوِّي.

أَمَّا عِنْدَ قصدِ التلهِّي.. فَحَرَامٌ إِجْمَاعاً.

وخلُّ الْخمرِ: حَلَالٌ، وَلَو خُلِّلَتْ بعلاجٍ.

وَلَا بَأْسَ بالانتباذِ فِي الدُّبَّاءِ ....

هذا كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(والكل)؛ أي: كل من الأشربة والأنبذة المتخذة من التمر [٦٨٢/ب] والزبيب والحنطة والشعير والعسل والذرة: (حرام عند محمد، وبه)؛ أي: بقول محمد (يفتى)، ويحد شاربه عنده، ويقع طلاق من سكر منها، وكذا عند الشافعي؛ كما في سائر الأشربة المحرمة.

(والخلاف إنما هو عند قصد التقوي) بالشرب.

(أما عند قصد التلهي.. فحرام إجماعاً)؛ لأن التلهي حرام، فكذا ما يفضي إليه.

(وخل الخمر) الإضافة لأدنى ملابسه؛ أي: الخل المنقلب من الخمر: (حلال، ولو) وصلية (خللت بعلاج)؛ كإلقاء الملح أو الخبز إليها مثلاً.

وقال الشافعي: إن خللها بإلقاء شيء؛ كالملح والخل ونحوهما.. لا يحل ذلك الخل قولاً واحداً.

وإن خللها بالنقل من الظل إلى الشمس، أو إيقاد النار بالقرب منها بغير إلقاء شيء.. فلا تحل في قول، وتحل في قول آخر.

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «نعم الأدام الخل»، فيتناول جميع صورها، ولأن في التخليل إزالة الوصف المفسد، وإثبات صفة الصلاح فيه، والتغذي به.. فيحل.

(ولا بأس بالانتباذ)؛ أي: اتخاذ النبيذ (في الدُّبَّاء) بضم الدال وتشديد الباء وبالمد: القرع.

وَالختمِ، والمزفَّتِ، والنَّقيرِ.

وَيُكرَهُ شُربُ دُردِيّ الْخمرِ، والامتشاطُ بِهِ، وَلَا يُحَدُّ شَارِبُهُ بِلَا سُكْرٍ.

(والحنتم)، وهو: الخزف الأخضر، أو كل خزف، وعن أبي عبيد: هي جرار خمر تحمل فيها الخمر إلى المدينة؛ كذا في «المغرب».

(والمزفت)، وهو: الظرف المطلي بالزفت.

(والنقير)، وهو: ظرف يكون من الخشب المنقورة، كذا في «المغرب».

فإن هذه ظروف تختص بالخمر في الجاهلية، نهي عن الانتباذ فيها في ابتداء الإسلام، ثم نسخ، وأباح النبي ﷺ الانتباذ فيها.

ثم إن كان الانتباذ في هذه الظروف قبل استعمالها في الخمر.. لا إشكال في حله وطهارته.

وإن استعمل فيها الخمر، ثم انتبذ فيها.. ينظر؛ إن كان الوعاء عتيقاً.. يطهر بغسله، وإن كان جديداً.. لا يطهر عند محمد لتشرُّب الخمر فيه، بخلاف العتيق.

وعند أبي يوسف: يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة، كذا في «الزيلعي».

(ويكره شرب دردي الخمر)، وهو: ما بقي من أسفله.

(والامتشاط به)؛ لأن فيه بعض أجزاء الخمر، فكان حراماً نجساً.

ولا يجوز أن يداوى به كالخمر نفسها.

ولا أن يسقى ذمياً، ولا صبياً، والوبال على من سقاه. كذا في «الزيلعي».

(ولا يحد شاربه بلا سكر).

وقال الشافعي: يحد؛ لأن فيه قطرة الخمر.

قلنا: إن وجوب الحد للزجر، والزجر يشرع فيما يميل الطبع إليه، ولا تميل الطباع إلى شرب الدردي، بل تعافه وتنفر منه، فكان ناقصاً، فأشبه غير الخمر من الأشربة، ولا حد في غير الخمر إلا بالسكر، هكذا هنا.

وَلَا يجوزُ الانتفاعُ بِالْخمرِ.

وَلَا أَنْ يُداوى بهَا جُرحٌ، وَلَا دَبَرُ دَابَّةٍ.

وَلَا تُسْقَى آدَمِيّاً ولوْ صَبياً للتداوي.

وَلَا تُسْقَى الدَّوَابُّ.

وَقِيلَ: لَا يُحملُ الْخمرُ إِلَيْهَا؛ فَإِنْ قِيدَت إِلَى الْخمرِ.. ....

(ولا يجوز الانتفاع بالخمر، ولا أن يداوى بها جرح، ولا دبَر) وهو مرض معروف (دابة، ولا تسقى آدمياً ولو) وصلية [٦٨٣/أ] (صبياً للتداوي)؛ لأن الانتفاع بالنجس: حرام.

بخلاف ما لو شرب لضرورة العطش؛ فإنه يجوز مقدار دفع الضرورة.

قال في «الخلاصة» نقلاً عن «شرح الطحاوي»: لا يحل شرب الخمر إلا عند ضرورة العطش، يشرب قدر ما يندفع به عطشه.

وفي «فتاوى القاضي الإمام»: فلو أن المضطر شرب الخمر مقدار ما يرويه وزيادة ولم يسكر.. قال: ينبغي أن يلزمه الحد؛ كما لو شرب هذا القدر حالة الاختيار ولم يسكر.

ولو خلط الخمر بالماء؛ إن كان الماء قليلاً أو كانا سواء.. يحد شاربه إذا وصل إلى جوفه، وإن كان الغلبة للماء.. لا يحد شاربه، إلا إذا سكر.

(ولا تسقى الدواب)؛ لأنه من باب الانتفاع بها.

قال في «الخلاصة»: ولو سقى الشاة خمراً، ثم ذبحها من ساعته.. تحل من غير كراهة، وإن مضى عليها يوم أو أكثر.. تحل مع الكراهة.

وذكر الكرخي: أنه لا يحل النظر في الخمر على وجه التلهي، ولا أن يبل بها الطين.

(وقيل: لا يحمل الخمر إليها) أي إلى الدابة؛ (فإن قيدت) الدابة (إلى الخمر..

فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ كَمَا فِي الْكَلْبِ مَعَ الْميتَةِ.

وَلَا بَأْسَ بِإِلقاءِ الدُّردِيّ فِي الْخلِّ، لَكِن يُحمَلُ الخلُّ إِلَيْهِ، دونَ عَكسِهِ.

فلا بأس به؛ كما في الكلب مع الميتة)؛ فإنه لو قيد الكلب وأرسل إلى الميتة.. لا بأس به.

بخلاف حمل الميتة إلى الكلب؛ لأن حمل النجس للانتفاع لا يجوز.

(ولا بأس بإلقاء الدردي في الخل)؛ لأنه يصير خلاً، **(لكن يحمل الخل إليه، دون عكسه)**.

* * *

(كتاب الصيد)

(كتابُ الصَّيْدِ)

هُوَ الِاصْطِيَادُ، ....

(كِتَابُ الصَّيْدِ)

هو مصدر: «صَادَ يَصِيدُ»، وقد يراد به المفعول؛ تسمية للمفعول بالمصدر، والاصطياد: بمعناه، ولذا قال: **(هو الاصطياد)**.

وهو: حلال وحرام؛ لأن الصائد؛ إمّا أن يكون محرماً أو لا.

فإن كان محرماً.. فهو حرام.

وإن لم يكن محرماً:

فإما إن اصطاد في الحرم، أو لا.

فإن اصطاد فيه.. فكذلك.

وإلا.. فهو حلال بعد وجود شرائطه، وهي خمسة عشر، على ما ذكره في «الخلاصة» و«البزازية».

خمسة في الصائد، وهو:

أن يكون من أهل الذكاة.

وأن يوجد منه الإرسال.

وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده.

وأن لا يترك التسمية عامداً.

وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر.

وخمسة في الكلب، وهو:

أن يكون معلّما.

وأن يذهب على سنن الإرسال.

وأن لا يشاركه في الأخذ كلب من لا يحل صيده.

وَهُوَ جَائِزٌ:

بالجوارحِ المعلَّمةِ.

والمحدَّدِ مِن سهمٍ وَغَيرِهِ.

لما يُؤكَلُ: لأكلِهِ.

وَمَا لَا يُؤكَلُ: لجلدِهِ وشعرِهِ.

وأن يقتله جرحاً.

وأن لا يأكل منه.

وخمسة في الصيد، وهو:

أن لا يكون من الحشرات.

وأن لا يكون من نبات الماء إلا السمك.

وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه.

وأن لا يكون متقوياً بأنيابه أو بمخلبه.

وأن يموت [٦٨٣/ب] بهذا الاصطياد قبل أن يصل إلى ذبحه.

وزاد السرخسي في الصيد شروطاً أخر، وهي: أن يكون مما يباح تناوله، وأن يكون ممتنعاً وحشياً، وأن لا يتوارى عن بصره، وأن لا يقعد عن طلبه حتى يجده.

وفي الكتاب أيضاً إشارة إلى هذه الشروط، على ما سيأتي.

(وهو)؛ أي: الاصطياد **(جائز بالجوارح)**، جمع جارحة، وهي: الكاسبة.

(المعلَّمة) بصيغة المفعول؛ كالكلب المعلم، والفهد المعلم، والشاهن المعلم، والباشق المعلم، والعقاب المعلم.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾.

(والمحدَّد) بصيغة المفعول **(من سهم وغيره)** من المحدد؛ **(لما يؤكل: لأكله، وما لا يؤكل: لجلده وشعره)** أو ريشه أو لاستدفاع شره، وكل هذا مشروع.

وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ: الْجرْحِ.

وَكَونِ الْمُرْسِلِ أَوِ الرَّامِي: مُسلماً، أَو كتابيًّا.

وأَنْ لَا يَتْرُكَ التَّسْمِيَةَ عَمداً عِنْدَ الْإِرْسَالِ أَو الرَّمْيِ.

وَكَونِ الصَّيْدِ مُمْتَنعاً.

وأَنْ لَا يقْعدَ عَن طلبِهِ بعدَ التَّواري عَن بَصَرِه.

وأَنْ لَا يُشَارِكَ الْمعلَّمَ غيرُ الْمعلَّمِ، أَو مُرْسَلُ مَن لَا يَحلُّ إِرْسَالُهُ.

(ولا بد فيه)؛ أي: في الصيد، هذا شروع في بيان شرطه (من الجرح)؛ فيه إشارة إلى ما ذكرناه من «الخلاصة» و«البزازية» من أنه لا بد أن يقتله الكلب جرحاً، وإلى أنه لا بد أن يموت بهذا الاصطياد؛ يعني: لو وجد ميتاً قبل أن يصل إلى ذبحه.. لا بد أن يموت من جرح الكلب ومن هذا الاصطياد.

بخلاف ما لو وصل إليه قبل موته حياً.. لا بد أن يذبحه.

(وكون المرسل)؛ أي: مرسل الكلب ونحوه من الجوارح المعلمة، (أو الرامي)؛ أي: رامي المحدد من السهم وغيره: (مسلماً، أو كتابياً).

فيه إشارة إلى شرط في الصائد، وهو: كونه من أهل الذكاة.

(وأن لا يترك التسمية عمداً عند الإرسال أو الرمي)، بخلاف ما لو تركها نسياناً.. فإنه لا يضر، وهو أحد الشروط الخمسة المذكورة في الصائد.

(وكون الصيد ممتنعاً)؛ أي: يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه؛ يعني: أن يكون متوحشاً، وهو أحد الشروط المذكورة في الصيد.

(وأن لا يقعد) الصائد (عن طلبه بعد التواري عن بصره) حتى يجده.

(وأن لا يشارك المعلَّم)؛ أي: الكلب المعلم أو البازي المعلم (غير) الكلب أو البازي (المعلم، أو مرسَل) اسم مفعول (من لا يحل إرساله)؛ كالمجوسي؛ أي: لا

وأَنْ لَا تَطولُ وَقفتُهُ بعدَ الْإِرْسَالِ، لغيرِ إِكْمَانٍ للصَّيْدِ.

وَيجوزُ بِكُلِّ جارحٍ عُلِّمَ مِن ذِي نَابٍ أَو مِخْلَبٍ.

وَيثبتُ التَّعَلُّمُ: بغالبِ الرَّأيِ، أَو بِالرُّجُوعِ إِلَى أَهلِ الْخِبْرَة.

وَعِنْدَهُمَا - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ -: يثبتُ فِي ذِي النَّابِ: بتركِ الْأَكلِ ثَلَاثاً،

يشارك المعلم معلم من ليس بأهل للإرسال إلى الصيد كالمجوسي؛ لأن الشرط: كون المرسل مسلماً أو كتابياً.

(وأن لا تطول وقفته)؛ أي: وقفة الكلب المعلم (بعد الإرسال لغير إكمان)؛ أي: استتار واختفاء، (للصيد) متعلق: بالإكمان.

يعني: يحل أكل الصيد بشرط أن لا يطول مكثه بعد الإرسال؛ لأن المكث للصيد حيلة منه ليتمكن من الصيد، ثم وثب عليه، فلا يقطع [٦٨٤/أ] الإرسال.

بخلاف ما لو مكث بعد الإرسال للاستراحة.. فإنه يقطع الإرسال، فلم يكن الاصطياد مضافاً إلى الإرسال، فلا يحل.

(ويجوز) الاصطياد (بكل جارح)؛ أي: كاسب (عُلِّم) على صيغة المجهول من التفعيل (من ذي ناب)؛ أي: يصيد بنابه؛ كالكلب المعلم، والفهد المعلم، بخلاف الأسد والذئب والدب والخنزير.. فإنه لا يجوز الاصطياد بها.

أما الخنزير: فلنجاسة عينه لا يجوز الانتفاع بها.

وأما الأسد: فلأنه لا يعمل لغيره لعلو قيمته.

وأما الذئب والدب: فلأنهما لا يعملان لغيرهما؛ لكمال خساستهما، ومن شأن التعليم: أن يعمل المعلَّم اسم مفعول لغيره لا لنفسه.

(أو مخلب)؛ أي: يصيد بمخلبه من الطيور كالشاهن والباشق والعقاب المعلم.

(ويثبت التعلم: بغالب الرأي، أو بالرجوع إلى أهل الخبرة) عند أبي حنيفة.

(وعندهما - وهو رواية عن الإمام -: يثبت في ذي الناب بترك الأكل ثلاثاً)، حتى لا يحل ما اصطاده ثالثاً على هذه الرواية؛ لأنه إنما يصير معلماً بتركه ثلاثاً؛ لأن

وَفِي ذِي المِخلَبِ: بالإجابةِ إذا دُعيَ بعدَ الْإِرْسَالِ؛ فَلَو أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِيُّ.. أُكِلَ، لَا إن أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ أَوِ الفهدُ.

فإِنْ أَكَلَ أَو تركَ الْإِجَابَةَ بعدَ الحُكمِ بتعلُّمِهِ.. حَرُمَ مَا صَادَهُ وبعدَهُ حَتَّى يَتَعَلَّمَ.

وَكَذَا: مَا صَادَ قبلَهُ وَبَقِي فِي مِلكِهِ.

خلافاً لَهما.

تركه مرة أو مرتين يحتمل أن يكون شبعاً منه؛ فإذا تركه ثلاثا.. دل على أنه صار عادة له، وهو من أمارة التعلم، ولأن الكثير هو الذي يقع أمارة على العلم دون القليل، والجمع هو الكثير، وأدناه: الثلاث، فقدر بها.

والمراد بذي الناب: الكلب.

وأما الفهد ونحوه.. فلا بد في معرفة تعلمهما من ترك الأكل والإجابة إذا دعيا؛ كما صرح به في «الدرر».

(**وفي ذي المخلب: بالإجابة إذا دعي بعد الإرسال؛ فلو أكل منه**)؛ أي: من الصيد (**البازي.. أُكل**) ذلك الصيد، وهو على صيغة المجهول، وهذا: لأن أكله مما اصطاده لا يضر تعلمه؛ لأن تعلمه بالإجابة إذا دعي، لا بترك الأكل.

(**لا**) يؤكل (**إن أَكل منه**)؛ أي: من الصيد (**الكلب أو الفهد**)؛ لأن تعلمهما بترك الأكل، فأكله: يدل على عدم تعلمه.. فلا يحل أكل ما أكله من الصيد.

(**فإن أكل**) الكلب أو الفهد، (**أو ترك**) البازي ونحوه من ذي المخلب (**الإجابة بعد الحكم بتعلمه.. حرم ما صاده وبعده حتى يتعلم**)؛ لأن كلا من الأكل والترك آية الجهل، فلا يكون معلماً، فلا يحل.

(**وكذا**)؛ أي: حرم أكل (**ما صاد قبله**)؛ أي: قبل الأكل بعد الترك ثلاث مرات (**وبقي**) ذلك الصيد (**في ملكه**)، هذا عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ يعني: أن الصيود التي أخذها هذا الكلب أو البازي الذي حكم

فَإِن شَرِبَ الْكَلْبُ مِن دَمِهِ أَو نَهَسَهُ فَقَطَعَ مِنْهُ بَضعَةً فَرَمَاهَا وَاتبعَهُ.. أُكِلَ وإِنْ أَكَلَ تِلْكَ الْبَضْعَةَ بعدَ صَيْدِهِ.

وَكَذَا: لَو أَكَلَ مَا أَطْعمهُ صَاحبُهُ مِنَ الصَّيْدِ، أَو ....

بتعلمه قبل الأكل والترك: لا يخلو من ثلاثة أوجه:

فما أكل المالك منها.. فلا تظهر الحرمة فيه؛ لانعدام المحلية.

وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد تثبتِ الحرمة فيه بالاتفاق.

وما هو [٦٨٤/ب] محرز في بيت المالك بأن بقي في بيته بعدما صاد الكلب أو البازي قبل الأكل، ثم أكل صيداً آخر.. فهو حرام عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

هما يقولان: إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما قبله؛ لأن الحرفة قد تنسى، فتقتصر الحرمة على ما أكل وما بعد.

ولأن فيما أحرزه في بيته قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد.. فلا ينقض باجتهاد آخر مثله؛ لأن المقصود - وهو الإحراز - قد حصل بالأول.

بخلاف غير المحرز؛ لأنه ما حصل المقصود من كل وجه؛ لبقائه صيداً من وجه؛ لعدم الإحراز، فحرمناه احتياطاً.

ولأبي حنيفة: أن أكله آية جهله من الابتداء؛ فإذا أكل.. تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم. كذا في «الهداية».

(**فإن شرب الكلب من دمه**)؛ أي: دم ما صاده ولم يأكل لحمه (**أو نهسه**)؛ أي: عضه (**فقطع منه**)؛ أي: مما صاده (**بضعة فرماها**)؛ أي: البضعة (**واتبعه**)؛ أي: الصيد (**أُكِل**) الصيد في كل من الصورتين؛ لأنه تمليك للصيد عليه، وهذا في غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك ما يصلح له (**وإن**) وصلية (**أكل**) الكلب (**تلك البضعة بعد صيده**)؛ لأنه لم يبق صيداً، فصار كما إذا ألقى عليه طعاماً غيره.

(**وكذا:**) يحل أكله (**لو أكل**) الكلب أو البازي (**ما أطعمه صاحبه من الصيد أو

أَكَلَ هُوَ بِنَفسِهِ مِنْهُ بعدَ إِحْرَازِ صَاحِبِهِ.

بِخِلَافِ مَا لَو أَكَلَ الْقِطعَةَ قبلَ أَخذِهِ الصَّيْدَ.

وَإِنْ خنقَهُ وَلم يَجرحْهُ.. لَا يُؤْكَلُ.

وَكَذَا: إِنْ شَارَكَهُ كلبٌ غيرُ معلَّمٍ، أَو كلبُ مَجُوسِيٍّ، أَو كلبٌ تَرَكَ مرسلُهُ التَّسْمِيَةَ عمداً.

وَإِنْ أَرسلَ مُسلمٌ كَلْبَهُ فزجَرَه مَجُوسِيٌّ فانزجرَ.. حلَّ.

وَبِالْعَكْسِ: حَرُمَ.

وَإِنْ لم يُرْسِلْهُ أَحَدٌ فزجرَهُ مُسلمٌ أَو غَيرُهُ.. فَالْعِبْرَةُ: للزاجرِ.

وَإِنْ أرْسلَهُ وَلم يسمِّ ثمَّ زَجرَهُ فسمَّى.. فَالْعِبْرَةُ لحَالِ الْإِرْسَالِ.

أكل هو بنفسه منه)؛ أي: من الصيد (بعد إحراز صاحبه)؛ لأنه لم يبق بعد الإحراز صيداً، فصار كما إذا أكل شيئاً من طعام صاحبه.

(بخلاف ما لو أكل القطعة) المقطوعة من الصيد (قبل أخذه)؛ أي: أخذ الكلب (الصيد)، ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه؛ حيث لا يحل أكله؛ لأنه صيد كلب جاهل؛ حيث أكل من الصيد.

(وإن خنقه) الكلب (ولم يجرحه.. لا يؤكل)؛ لأن الجرح شرط على ما تقدم.

(وكذا إن شاركه)؛ أي: الكلب المعلم (كلب غير معلم، أو كلب مجوسي، أو كلب تَرَك مرسله التسمية عمداً)؛ لانعدام شرط الحل فيها كما تقدم.

(وإن أرسل مسلم كلبه فزجره)، أي: أغراه بالصياح (مجوسي فانزجر) الكلب بالإغراء بالصياح بأن زاد طلبه (.. حل) أكله، (وبالعكس) أي أرسل مجوسي كلبه فزجره مسلم فانزجر (.. حرم)؛ لفقد الشرط، وهو: كون المرسِل مسلماً أو كتابياً.

(وإن لم يرسله أحد، فزجره مسلم أو غيره.. فالعبرة للزاجر).

(وإن أرسله ولم يسم، ثم زجره فسمى.. فالعبرة لحال الإرسال)؛ لأنه بمنزلة

وَإِنْ أرْسلَهُ على صيدٍ فَأَخذَ غَيرَهُ.. حل مَا دَامَ على سَنَنِ إِرْسَالِهِ.

وَكَذَا: لَو أَرْسلَهُ على صيودٍ بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ، فَأَخذَ كلَّهَا.. حلَّت.

إمرار الشفرة بالذبح.

(وإن أرسله على صيد) بعينه (فأخذ) ذلك الكلب (غيره)؛ أي: غير ذلك الصيد المرسل إليه (.. حل) ما أخذه (ما دام) الكلب (على سنن إرساله) [٦٨٥/أ].

وقال مالك: لا يحل؛ لأنه أخذه بغير إرسال؛ إذ الإرسال مختص بالمشار إليه، والتسمية وقعت عليه.. فلا تتحول إلى غيره؛ كما إذا أضجع شاة وسمى عليها، فخلاها وذبح غيرها بتلك التسمية.

وقال ابن أبي ليلى: تتعين المعنية بالتعيين، مثل قول مالك، حتى لا يحل غيره بذلك الإرسال.

ولو أرسل من غير تعيين.. يحل ما أصابه، خلافاً لمالك.

وهذا: بناء على أن التعيين شرط عند مالك.

وعنده: ليس بشرط.

ولكن إذا عين.. يتعين.

وعندنا: التعيين ليس بشرط، ولا يتعين بالتعيين أيضاً؛ لأن الشرط ما يقدر عليه المكلف، ولا يكلف بما لا يقدر عليه، والذي في وسعه: إيجاد الإرسال دون التعيين؛ لأنه لا يمكنه أن يعلم الكلب أو البازي على وجه لا يأخذ غير ما عينه، ولأن التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب؛ لأن الصيود كلها فيما يرجع إلى مقصوده سواء، وكذا في حق الكلب؛ لأن قصده إلى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه.

بخلاف ما استشهد به مالك؛ لأن التعيين في الشاة ممكن، وكذا غرضه متعلق بمعين، فتتعين التسمية هناك بالمضجع للذبح.

(وكذا: لو أرسله على صيود بتسمية واحدة، فأخذ كلها.. حلت) كلها؛ لأن الذبح يقع بالإرسال، ولهذا يشترط التسمية عند الإرسال، والفعل - وهو الإرسال -

وَإِنْ أَرسَلَ الفهدَ فكَمَنَ حَتَّى استمكَنَ، ثمَّ أَخذَ.. حَلَّ.

وَكَذَا: الْكَلْبُ إِذا اعْتَادَ ذَلِكَ.

وَلَو أَرْسَلَهُ على صيدٍ، فَقتلَهُ، ثمَّ أَخذَ آخرَ.. أُكِلا؛ ....

واحد، فيكتفى بتسمية واحدة، فصار كما إذا أضجع شاتين، إحداهما فوق الأخرى، فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة.

(**وإن أرسل الفهد فكمن**) الفهد؛ أي: استتر على ما هو عادته عند الصيد (**حتى استمكن، ثم أخذ**) الصيد (.. **حل**)؛ لأن ذلك عادته، فلا ينقطع به فور الإرسال، وعُدَّ ذلك منه من الخصال الحميدة.

قال الحلواني: للفهد خصال حميدة، ينبغي للعاقل أن يأخذ ذلك منه:

منها: أنها يكمن للصيد حتى يستمكن منه، فيحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه، وهكذا ينبغي للعاقل أن يجاهد عدوه بالخلاف، ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن منه، فيحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه.

ومنها: أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول: هو المحتاج إلى الصيد، فلا أذل نفسي، وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره.

ومنها: أنه لا يتعلم بالضرب، ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد، فيتعلم بذلك، وهكذا ينبغي للعاقل أن يتَّعِظ بغيره.

ومنها: أنه لا يتناول الخبيث من اللحم، وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب، وهكذا ينبغي [٦٨٥/ب] للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب.

ومنها: أنه يثب ثلثا أو خمساً؛ فإن لم يتمكن من أخذه.. تركه ويقول: لا أقتل نفسي لغيري، وهكذا ينبغي لكل عاقل.

(**وكذا الكلب إذا اعتاد ذلك**)؛ أي: الاختفاء؛ لأنه لا يقطع فور الإرسال؛ كما في الفهد.

(**ولو أرسله على صيد فقتله، ثم أخذ**) صيداً (آخر.. **أكلا**) جميعاً؛ لأن الإرسال لم ينقطع.

كَمَا لَو رمى صيداً فَأَصَابَ اثْنَيْنِ.

وَإِذا رمى سَهْمَهُ وسمَّى.. أُكِلَ مَا أَصَابَ إِن جرحَهُ.

(**كما لو رمى صيداً فأصاب**) السهم (**اثنين**).. أكلا جميعاً.

بخلاف ما لو جثم على الأول طويلاً، ثم مر صيد آخر فقتله.. لا يؤكل الثاني؛ لانقطاع الإرسال بمكثه طويلاً إذا لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ، وإنما هو للاستراحة.

ولو أرسل بازيه المعلم على صيد، فوقع على شيء، ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله.. يؤكل؛ إذ لم يمكث زمناً طويلاً للاستراحة، وإنما مكث ساعة للتمكن منه.

ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله، ولا يدرى: أرسله إنسان أو لا.. لا يؤكل؛ لوقوع الشك في الإرسال، ولا تثبت الإباحة بدونه.

وإن كان مرسلاً.. فهو مال الغير، فلا يجوز تناوله إلا بإذن صاحبه.

ولو أرسل كلبين، فجرحه أحدهما، وقتله الآخر.. أكل؛ لأن الامتناع من الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً، ما لم يكن إرسال أحدهما بعدما أثخنه الأول.

ولو أرسل رجلان، كل واحد منهما كلباً، فجرحه أحدهما وقتله الآخر.. أكل إذا كان إرسال الثاني قبل تثخينه الأول؛ كما ذكرناه.

والملك لصاحب الأول إذا كان أثخنه قبل أن يجرحه الثاني ؛ لأنه أخرجه عن حد الصيد، فملكه به، ولا يحرم بجرح الثاني بعدما أثخنه الأول؛ لأن إرسال الثاني حصل إلى الصيد قبل أن يثخنه الأول؛ لأن المعتبر في الحل والحرمة: حالة الإرسال؛ لقدرته على الامتناع، ولا يعتبر بعده؛ لعدم قدرته عليه، كذا في «الزيلعي».

ولما ذكر حكم الآلة الحيوانية.. شرع في بيان حكم الآلة الجهادية، فقال: (**وإذا رمى سهمه وسمى.. أكل ما أصاب إن جرحه**)؛ لما رواه البخاري ومسلم مرفوعاً: أنه ﷺ قال لعدي بن حاتم: «إذا رميت سهمك.. فاذكر اسم الله عليه؛ فإن وجدته قد

قتل.. فكل، إلا أن تجده قد وقع في ماء؛ فإنك لا تدري، الماء قتله أم سهمك».

وفي إطلاق قوله: «ما أصاب»: إشارة إلى ما ذكره «الزيلعي»: ومن سمع حساً؛ أي: صوتاً ظنه حس صيد فرماه، أو أرسل كلباً أو بازياً عليه، فأصاب صيداً، ثم تبين أنه حس صيد.. حل المصاب، سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولاً أو غير مأكول، بعد أن كان المصاب [٦٨٦/أ] مأكولاً؛ لأنه وقع اصطياداً مع قصده الاصطياد.

وعن أبي يوسف: أنه خص من ذلك الخنزير؛ لتغليظ حرمته.

وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه؛ لأن الاصطياد لا يفيد الإباحة فيه.

وجه الظاهر: أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا﴾، فكان اصطياداً مباحاً، وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبلها المحل؛ لحماً أو جلداً، وقد لا تثبت بالكلية إذا لم يقبلها المحل؛ كالخنزير إذا وقع اصطياداً.. صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره.

وإن تبين أنه حس جراد أو سمك.. فالمصاب لا يؤكل؛ لأن الذكاة لا تقع عليهما.. فلا يكون الفعل ذكاة. كذا في «النهاية».

وإن تبين أن المسموع حس آدمي، أو حيوان أهلي، أو ظبي مستأنس، أو موثق.. لا يحل المصاب؛ لأن الفعل لم يقع اصطياداً، ولا يقوم مقام الذكاة.

ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدمياً، فتبين أنه صيد.. حل؛ لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه صيداً، على ما ذكره في «الهداية»، واختاره المصنف؛ كما ذكره في آخر هذا الكتاب.

وذكر في «الزيلعي» عزوا إلى «المنتقى»: إذا سمع حساً، فظن أنه إنسان أو دابة أو حية فرماه؛ فإذا ذلك الذي سمعه صيد، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع، أو أصاب صيداً آخر وقتله.. لا يؤكل؛ لأنه رماه وهو لا يريد الصيد.

ثم قال في «المنتقى»: ولا يؤكل الصيد إلا بوجهين:

وإِنْ تَركهَا عمداً.. حَرُم.

وإِنْ وَقعَ السَّهْمُ بِهِ فتحاملَ وَغَابَ وَلم يقْعُد عَن طلبِهِ، ثمَّ وجدَهُ مَيتاً.. حلَّ إِنْ لم يكن بِهِ جِرَاحَةٌ غيرُ جِرَاحَةِ السَّهْم.

وَلَا يحلُّ إِنْ قعدَ عَن طلبِهِ ثمَّ وجدَهُ.

أن يرميه وهو يريد الصيد.

وأن يكون له الذي أراده أو سمع حسه أو رمى إليه صيداً؛ سواء كان مما يؤكل أو لا.

وهذا يناقض ما ذكره في «الهداية»: من أنه حل؛ لأنه لا معتبر بالظن.

وقال في «الزيلعي»: وما ذكر في «المنتقى» أوجه؛ لأن الرمي إلى الآدمي ونحوه ليس باصطياد، ولا يمكن اعتباره ولو أصاب صيداً.

والجواب عنه: سيأتي في آخر هذا الكتاب.

(وإن تركها)؛ أي: التسمية **(عمداً.. حرم)**؛ لأنها شرط الحل بالنص والإجماع.

(وإن وقع السهم به) أي يصيد **(فتحامل)** الصيد بذلك السهم **(وغاب)** الصيد عن بصره متحاملاً لسهمه **(ولم يقعد)** المالك **(عن طلبه)**؛ أي: طلب الصيد **(ثم وجده ميتاً.. حل إن لم يكن به جراحة غير جراحة السهم)**.

(ولا يحل إن قعد عن طلبه، ثم وجده)؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي، وقال: «لعل هوام الأرض قتلته»، ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم.. فلا ينبغي أن يحل أكله؛ لأن الموهوم في هذا: كالمتحقق [٦٨٦/ب]؛ لما روينا.

إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه، ولا ضرورة فيما إذا كان قعد عن طلبه؛ لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله، والذي رويناه حجة على مالك في قوله: إنّ ما توارى عنه إذا لم يبت.. يحل؛ فإذا بات ليلة.. لا يحل، كذا في «الهداية».

وَالْحكمُ فِيمَا جرحَهُ الْكَلْبُ: كَالْحكمِ فِيمَا جرحَهُ السَّهْمُ.

وإِنْ رَمَاهُ فَوَقعَ فِي مَاءٍ، أَو على سطحٍ، أَو جبلٍ، أَو شجرٍ، أَو حائطٍ، أَو آجرَّةٍ، ثمَّ تردَّى فَمَاتَ.. حَرُمَ.

فظهر منه: أن من شرط الحل عندنا: أن لا يتوارى عن بصره، وإن توارى.. فأن لا يقعد عن طلبه، وإلا.. فيحرم.

وعند مالك: ليس شيء من عدم التواري وعدم القعود عن طلبه بعد التواري شرطاً، بل الشرط: عدم طول التواري بالبيتوتة.

وجعل قاضي خان في «فتاواه» عدم التواري من شروط حل الصيد؛ حيث قال: والشرط السابع: أن لا يتوارى عن بصره، أو لا يقعد عن طلبه، فيكون في طلبه، ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده؛ لأنه إذا غاب عن بصره، ربما يكون موت الصيد بسبب آخر.. فلا يحل؛ لقول ابن عباس: «كل ما أصميت، ودع ما أنميت».

والإصماء: ما رأيته.

والإنماء: ما توارى عنك.

وعن رسول الله ﷺ أنه قال لعدي بن حاتم: «وإن وقعت رميتك في الماء.. فلا تأكل؛ فإنك لا تدري أن الماء قتله أم سهمك». انتهى.

(والحكم فيما جرحه الكلب كالحكم فيما جرحه السهم) فيما ذكر من الأحكام، وكذا الحكم في إرسال البازي: كالحكم فيما جرحه السهم.

(وإن رماه)؛ أي: الصيد، **(فوقع في ماء أو على سطح أو)** على **(جبل)** أو حجر **(أو شجر أو حائط أو آجرة، ثم تردى)** إلى الأرض **(فمات.. حرم)**؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُتَرَدِّيَةُ﴾.

ولما رواه البخاري ومسلم: أنه ﷺ قال لعدي: «إذا رميت سهمك.. فاذكر اسم الله عليه؛ فإن وجدته قد قتل.. فكل، إلا أن تجده قد وقع في ماء؛ فإنك لا تدري، الماء قتله أم سهمك».

وَكَذَا لَو وَقعَ على رُمحٍ مَنْصُوبٍ، أَو قَصَبَةٍ قَائِمَةٍ، أَو حرفِ آجرَّةٍ فجرحَ بهَا.

وَإِن وَقعَ على الأَرْضِ ابْتِدَاءً.. حلَّ.

وَكَذَا: لَو وَقعَ على صَخْرَةٍ أَو آجرَّةً فاستقرَّ، وَلم ينجرح.. حلَّ.

والحاصل: أنه احتمل موته بغيره؛ لأن هذه الأشياء مهلكة، ويمكن الاحتراز عنها.. فيحرم.

بخلاف ما إذا كان لا يمكن التحرز عنه.

(وكذا)؛ أي: حرم **(لو وقع على رمح منصوب، أو قصبة قائمة، أو حرف آجرة فجرح بها)**؛ أي: بهذه الأشياء، وهذا لاحتمال موته بهذه الأشياء؛ لأنها مهلكة، ويمكن الاحتراز عنها.

(وإن وقع على الأرض ابتداء.. حل)؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، فسقط اعتباره؛ كي لا ينسد باب الاصطياد.

بخلاف ما إذا أمكن التحرز عنه؛ كما في الصور المذكورة.. فإنه يعتبر؛ فإنه لا يؤدي إلى سد باب الاصطياد.

(وكذا)؛ أي: حل **(لو وقع)** الصيد **(على صخرة)**؛ أي: حجر عظيم **(أو آجرة فاستقر)** [٦٨٧/أ] **(ولم ينجرح.. حل)**؛ لعدم احتمال موته بسبب آخر.

قيده بعدم الانجراح؛ لما ذكره في «المنتقى»: لو رمى صيداً فوقع، فانفلق رأسه، أو انشق بطنه.. لم يؤكل؛ لاحتمال موته بسبب آخر.

قال الحاكم أبو الفضل: وهذا خلاف إطلاق الجواب المذكور في «الأصل»، وهو قوله: «لو وقع على صخرة فاستقر» بدون تقييده بالانجراح، ولكن يجوز إطلاق الجواب المذكور في «الأصل» فيما عدا هذا المفسر؛ لأن حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن: ظاهر، وبالرمي: موهوم متردد، فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم.. فيحرم.

وإِنْ وَقعَ فِي المَاءِ فَمَاتَ.. حَرُمَ.

وإِنْ كَانَ الطَّيرُ مائياً، فَوَقعَ فِيهِ؛ فَإِن انغمَسَ جُرحُهُ فِيهِ.. حَرُمَ.

وإِلّا.. حلَّ.

وَيحرُمُ مَا قَتلَهُ المِعراضُ بعرضِهِ، ....

بخلاف ما إذا لم ينشق ولم ينفلق؛ لأن موته بالرمي هو الظاهر.. فلا يحرم.

فيحمل إطلاق الجواب في «الأصل» عليه.

وحمل السرخسي ما ذكر في «المنتقى»: على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق كذلك.

وحمل المذكور في «الأصل»: على أنه إذا لم يصبه من الصخرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه.. فحل لذلك. هكذا ذكره في «الزيلعي».

وقال: وكلا التأويلين ومعناهما صحيح؛ لأن كلامهما يحتمل، فيحمل ما ذكر في «الأصل» على ما إذا مات بالرمي، وما ذكر في «المنتقى» على ما إذا مات بغيره.

وفي لفظ «المنتقى» إشارة إليه، ألا ترى: أنه قال: «لاحتمال الموت بسبب آخر غير الرمي»، وهذا يرجع إلى اختلاف اللفظ دون المعنى.. فلا يبالى به. انتهى.

(**وإن وقع في الماء فمات.. حرم**)؛ لما رويناه وبيناه.

(**وإن كان الطير مائياً فوقع فيه؛ فإن انغمس جرحه فيه**)؛ أي: في الماء (**.. حرم**)؛ لاحتمال الموت بانغماسه في الماء دون الرمي؛ لأن شرب الجراحة الماء سبب لزيادة الألم.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم ينغمس جرحه (**.. حل**)؛ لعدم احتمال الموت بالانغماس.

(**ويحرم ما قتله المعراض**)، وهو السهم الذي لا ريش له (**بعرضه**)؛ لأنه يخرق الجلد، ولا يجرح في الأغلب، والأصل: وجود الشرط وهو الجرح. كذا في «الاختيار».

أَو البُندقَةُ وَلم يَجرحْهُ.

وإِنْ أَصَابَهُ بِحجرٍ وجرحَهُ بحدِّهِ؛ فَإِن ثقيلاً.. لَا يُؤْكَل، وإِنْ خَفِيفاً.. أُكِلَ.

(**أو البندقة**)؛ أي: يحرم ما قتلته البندقة، وهي: طينة مدورة، أو رصاص مدور يرمى بها (**ولم يجرحه**) هذا القيد لم يذكر في «الهداية» و«الكنز» وغيرهما.

قلت: الصواب تركه كما في الكتب؛ لأن ذكره يشعر أن البندقة لو جرحته يحل، والحال: أنه لا يحل ولو جرحته، على ما هو الظاهر من «الهداية» و«الزيلعي».

وبه صرح ابن نجيم في «فتاواه»، وسننقله بعبارته: وهذا؛ لأن البندقة؛ أما ثقيل فيحتمل أنه مات من ثقله، أو خفيف غير محدد، وشرط الحل إن كان الرمي [٦٨٧/ب] خفيفاً: أن يكون محدداً.

(**وإن أصابه بحجر وجرحه بحده؛ فإن**) كان الحجر (**ثقيلاً.. لا يؤكل**)؛ لاحتمال أنه قتله بثقله.

(**وإن**) كان (**خفيفاً.. أكل**)؛ لأنه قتله بحده، هكذا ذكره في «الهداية»؛ حيث قال: ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها؛ لأنها تدق وتكسر، ولا تجرح، فصارت كالمعراض إذا لم يخرق.

وكذلك: إن رماه بحجر فمات.. لا يؤكل وإن جرحه إذا كان ثقيلاً وبه حدة؛ لاحتمال أن قتله بثقله.

وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة.. يحل لتعين الموت بالجرح.

ولو كان الحجر خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدة.. فإنه يحل؛ لأنه يقتله بجرحه.

ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعاً.. لا يحل؛ لأنه قتله دقاً.

وهذا: إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه؛ لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع، فوقع الشك، أو لعله مات قبل قطع الأوداج.

ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتل.. لا يحل؛ لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً.

اللهم، إلا إذا كان له حدة فبضع بضعاً.. فحينئذٍ لا بأس به؛ لأنه بمنزلة السيف والرمح.

والأصل في هذه المسائل:

أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين.. كان الصيد حلالاً.

وإن كان مضافاً إلى الثقل بيقين.. كان حراماً.

وإن وقع الشك ولا يدري أنه مات بالجرح أو بالثقل.. كان حراماً احتياطاً. انتهى.

فظهر منه: أن ما قتله الصياد من الطيور بالبندقة الثقيلة من الرصاص ونحوه.. لا يؤكل وإن جرح؛ لاحتمال أنه مات من ثقلها لا من جرحها.

ولهذا قال في «شرح النقاية» للقهستاني: حرم ما قتله معراض بعرضه، أو بندقة ثقيلة ذات حدة وإن جرحته؛ لاحتمال أن يكون بثقلها، ولو كانت خفيفة ذات حدة وجرحته.. حل؛ لأنه قتل بالحدة. انتهى.

وبحرمته صرح ابن نجيم في كتاب الصيد من «فتاواه»؛ حيث قال: سئل عمن اصطاد طيوراً بالبندق الرصاص أو الطين: هل يحل أكلها؟ أجاب: لا يحل أكلها. انتهى بلفظه.

وقال في «الحاوي القدسي»: ولا يؤكل ما أصابته البندقة إن مات منها.

والحاصل: أن شرط الحل ههنا: كون ما يرمى به خفيفاً محدداً، وأن يكون الصيد مجروحاً به، حتى لو كان ما يرمى به ثقيلاً محدداً.. لا يؤكل وإن جرح؛ لاحتمال موته من الثقل.

ولو لم يكن الصيد مجروحاً به.. لا يؤكل أيضاً وإن كان ما يرمى به خفيفاً محدداً، ومطلق الجرح لا يكفي في الحل، بل لا بد أن يكون الجرح من الخفيف المحدد.

وَإِن لم يجرحْهُ.. لَا يُؤْكَلُ مُطلقاً.

وَلَو رَمَاهُ بِسيفٍ أَو سكِّينٍ فَأَصَابَ ظَهرُهُ أَو مقبضُهُ فَقتلَهُ.. لَا يُؤْكَلُ.

وَشُرِطَ فِي الْجرْحِ: الإِدماءُ.

وَقيل: لَا يشْتَرطُ.

وَقِيلَ: إِنْ كَبِيراً.. لَا يشْتَرَطُ، ....

ومنه ظهر ضعف ما قال في «فتاوى قاضي خان»: ومثقل الحديد وغير [٦٨٨/أ] الحديد سواء؛ إن خرق.. حل وإلا.. فلا. انتهى.

فإن المفهوم منه: جواز الأكل بمطلق الجرح، وإن كان الجارح ثقيلاً.

(وإن لم يجرحه.. لا يؤكل مطلقاً)؛ أي: سواء كان الحجر المرمي ونحوه ثقيلاً أو خفيفاً؛ لأن الجرح من شروط الحل، وقد فقد.

(ولو رماه بسيف أو سكين فأصاب ظهره أو مقبضه فقتله.. لا يؤكل).

وكذا: لو أصاب قفاء السكين.

بخلاف ما لو أصاب السكين أو السيف بحده وجرحه.. فإنه يؤكل؛ لأنه بمنزلة الذبح الحقيقي.

(وشرط في الجرح: الإدماء)؛ أي: إنهار الدم.

(وقيل: لا يشترط)؛ فلو جرح ولم يخرج الدم.. لا يحل على القول الأول؛ لانعدام معنى الذكاة فيه، وهو إخراج الدم النجس، وقد شرطه النبي ﷺ: «أنهرِ الدم بما شئت».

ويحل على القول الثاني؛ لأنه أتى ما في وسعه - وهو الجرح - وإخراج الدم ليس في وسعه.. فلا يكون مكلفاً به؛ لأن الدم قد يحبس لغلظه، أو لضيق المنفذ بين العروق.

(وقيل: إن) كان الجرح (كبيراً.. لا يشترط) الإدماء.

وإِنْ أَصَابَ السهمُ ظِلفَهُ، أَو قَرنَهُ؛ فإِنْ أَدماهُ.. حلَّ، وإِلّا.. فَلَا.

وإِنْ رمى صيداً فَقطع عضواً مِنْهُ.. أُكِلَ دونَ الْعُضْوِ.

وإن صغيراً.. يشترط.

(وإن أصاب السهم ظِلفه)، قال في «المصباح»: الظِّلف من الشاة والبقر: كالظفر من الإنسان.

(أو قرنه؛ فإن أدماه.. حل، وإلا.. فلا) يحل بالاتفاق.

(وإن رمى صيداً) بسيف أو سكين (فقطع عضواً منه.. أكل) الصيد إن مات من جرحه، (دون العضو).

وقال الشافعي: أكلا جميعاً وإن مات الصيد منه؛ لأنه مبان بذكاة الاضطرار، فيحل كالمبان بذكاة الاختيار، بخلاف ما إذا لم يمت؛ لأنه ما أبين بذكاة.

ولنا: قوله ﷺ: «ما قطع من بهيمة وهي حية؛ فما قطع منها.. فهو ميتة» ذكر الحي مطلقاً، فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة؛ لأن المبان منه ههنا: حي حقيقة؛ لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً؛ لأنه يتوهم سلامته بعد هذه، ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة، حتى لو وقع في الماء، وفيه قدر هذا من الحياة.. يحرم.

بخلاف ما إذا أبين بذكاة الاختيار؛ لأن المبان منه ميت حكماً، ألا ترى: أنه لو وقع في الماء في هذه الحالة أو تردى من الجبل.. لا يحرم؛ لأن موته قد حصل بالذكاة حكماً، فلا يضاف إلى غيره وإن كان حصل بذلك حقيقة.

والجواب عن قوله: «أبين بالذكاة» أنه حال وقوعه لم تقع ذكاة؛ لقيام الحياة في الباقي حقيقة وحكماً، وإنما تقع ذكاة عند موته، وفي ذلك الوقت: لا يظهر في المبان؛ لعدم الحياة فيه، ولا تبعية؛ لزوالها بالانفصال، فصار الأصل: أن المبان من الحي حقيقة وحكماً [٦٨٨/ب]: لا يحل، والمبان من الحي صورة لا حكماً: يحل. كذا في «الزيلعي».

وإِنْ قطعَهُ وَلم يُبِنْهُ؛ فإِنِ احْتَمَلَ التئامَهُ.. أُكِلَ الْعُضْوُ أَيْضاً، وإِلّا.. فَلَا.

وإِنْ قدَّهُ نِصْفَيْنِ، أَو أَثلَاثاً وَالْأَكْثَرُ مِن جَانبِ الْعَجُزِ.. أُكِلَ الْكلُّ.

وَكَذَا: لَو قَطَعَ نصفَ رَأسِهِ أَو أَكثرَ.

وَإِذا أَدْرَكَ الصَّيْدَ حَيّاً حَيَاةً فَوقَ حَيَاةِ الْمَذْبُوحِ.. فَلَا بُدَّ مِن ذكاتِهِ.

(وإن قطعه ولم يبنه؛ فإن احتمل التئامه.. أكل العضو أيضاً، وإلا)؛ أي: وإن لم يحتمل الالتئام (.. فلا) يؤكل؛ لأنه يعد إبانة.

(وإن قده)؛ أي: قطع الصيد (نصفين) طولاً أو عرضاً على ما في «المضمرات» و«قاضي خان».

(أو أثلاثاً والأكثر)؛ أي: الثلثان (من جانب العجز.. أكل الكل).

أما في الأول: فلأنه لا يتوهم بقاء الصيد حياً بعد ذلك، فكان ذلك بمنزلة الذبح الحقيقي، كذا في «قاضي خان».

وأما في الثاني: فلأن ما بين النصف إلى العنق مذبح؛ لأن الأوداج تكون من القلب إلى الدماغ؛ فإذا أبان الثلث مما يلي الرأس، والثلث مما يلي العجز؛ فلأنه يؤكل الثلثان مما يلي الرأس، ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز؛ لأن فعله هذا لم يقع ذبحاً؛ لعدم قطع الأوداج حينئذ.

وكذا: لو قطع يده أو رجله أو فخذه أو أقل من نصف رأسه.. يحرم المبان، ويحل المبان منه؛ لما ذكرناه.

(وكذا لو قطع نصف رأسه أو أكثر) رأسه؛ أي حل الأكل؛ لأنه لا يتوهم بقاؤه حياً بعد ذلك، فكان ذلك بمنزلة الذبح.

بخلاف ما إذا قطع أقل من نصف رأسه كما ذكرناه.

هذا كله إذا لم تدرك ذكاته.

(وإذا أدرك الصيد حياً حياة فوق حياة المذبوح.. فلا بد من ذكاته)؛ لأنه قدر على الأصل، وهو الذكاة الاختياري قبل تقرر الفرع وهو الذكاة الاضطراري.

فإِنْ تَرَكَهَا مُتَمَكِّناً مِنْهَا.. حَرُمَ.

وَكَذَا: لَو غيْرَ مُتَمَكِّنٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وإِنْ لم يبْقَ مِن حَيَاتِهِ إِلَّا مثلُ حَيَاةِ الْمَذْبُوحِ - وَهُوَ مَا لَا يُتَوَهَّمُ بَقَاؤُهُ - فَلم يُدْرِكْهُ حَيّاً.

(فإن تركها)؛ أي: الذكاة الاختياري **(متمكناً منها.. حرم)** أكله؛ لأنه ترك الأصل وهو الذكاة الاختياري بعد أن قدر عليه قبل تقرر البدل.. فلا بد منه؛ فإذا تركه.. يحرم عليه تناوله؛ لأنه يصير ميتة بتركه الأصل.

(وكذا)؛ أي: يحرم **(لو)** كان المدرك **(غير متمكن)** من الذكاة **(في ظاهر الرواية)** عن أبي حنيفة.

وعنه وعن أبي يوسف: أنه يحل عند عدم التمكن منها، وهو قول الشافعي أيضاً؛ لأنه لم يقدر على الأصل، فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال.

وجه الظاهر: أنه قدر اعتباراً؛ لأنه ثبتت يده على المذبح، وهو قائم مقام التمكن من الذبح؛ إذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة؛ لأنه لا بد له من مدة، والناس متفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح.. فلا يمكن ضبطه، فأدير الحكم على ثبوت اليد؛ لأنه هو المشاهد المعاين.. فلا يحل أكله إلا بالذكاة؛ سواء كانت حياته خفية أو بينة.

بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة قدر ما بقي في المذبوح؛ لأنه ميت حكماً، ولهذا: لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة.. لا يحرم؛ كما إذا وقع فيه وهو ميت.

وفصل بعضهم وقال: إنه إن لم يتمكن [٦٨٩/أ] منها لفقد الآلة.. لم يؤكل؛ لأن التقصير منه.

وإن لم يتمكن منها لضيق الوقت.. يؤكل.

(وإن لم يبق من حياته إلَّا مثل حياة المذبوح - وهو ما لا يتوهم بقاؤه - فلم يدركه حياً)، وهو جواب الشرط المذكور؛ أي: يحل أكله؛ لما ذكرناه من أنه ميت

وَقيلَ: عِنْدَ الإِمَامِ لَا بُدَّ مِن تذكيتِهِ أَيْضاً.

فإِنْ ذكَّاهُ.. حلَّ.

وَكَذَا: إِنْ ذكَّى المترَدِّيةَ، والنَّطيحةَ، والموقوذَةَ، وَالَّتِي بقرَ الذِّئْبُ بَطنَهَا وَفِيهِ حَيَاةٌ خفِيَّةٌ أَو جَلِيَّةٌ.. حلَّ، وَعَلَيهِ الْفَتْوَى.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: إِن كَانَ لَا يعِيشُ مثلُهُ.. لَا يحلُّ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: إِنْ كَانَ يعِيشُ فَوقَ مَا يعِيشُ الْمَذْبُوحُ.. حلَّ، وإِلَّا.. فَلَا.

حكماً، والميت ليس بمذبح؛ لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر، قال الصدر الشهيد: إن هذا بالإجماع.

(وقيل): ليس بإجماع، بل هذا قولهما، والحكم **(عند الإمام: لا بد من تذكيته أيضاً)**؛ أي: كما إذا أدركه حياً حياة فوق حياة المذبوح.

(فإن ذكاة.. حل)، وإلا.. فلا يحل؛ بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده، لا عندهما.

(وكذا)؛ أي: يحل إن **(ذكى المتردية)**؛ أي: الساقطة من مكان مرتفع.

(والنطيحة)؛ أي: المضروبة بالقرن.

(والموقوذة)؛ أي: المضروبة بالخشب.

(والتي بقر)؛ أي: شق **(الذئب بطنها، وفيه)**؛ أي: في كل من هذه الأربعة **(حياة خفية، أو جلية.. حل)** عند أبي حنيفة، **(وعليه الفتوى)**.

(وعند أبي يوسف: إن كان لا يعيش مثله.. لا يحل).

(وعند محمد: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح.. حل، وإلا.. فلا). وجه أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾؛ لأنه استثناء مطلقاً من غير فصل.

ووجه أبي يوسف: أنه إذا كان في هذه الحالة.. لم يكن موته مضافاً إلى الذبح.

ووجه محمد: أنه لا عبرة بالحياة الخفية.

وَمن رمى صيداً فأَثخنَهُ وَأَخرجَهُ عَن حيّزِ الاِمتناعِ، ثـمَّ رَمَاهُ آخرُ فَقتلَهُ.. حَرُمَ، وَضمِنَ قِيمَتَهُ مجروحاً للأَوَّلِ.

(ومن رمى صيداً فأثخنه)، قال في «المصباح»: أثخنه: أوهنه بالجراحة وأضعفه. (وأخرجه عن حيز الامتناع، ثم رماه آخر فقتله.. حرم) أكله؛ لأنه لما خرج بالرمي الأول عن حيز الامتناع وصار الأول قادراً على ذكاة الاختيار.. وجب عليه ذكاته، فلما قتله الثاني قبل ذكاة الأول.. صار قاتلاً له بعد وجوب ذكاة الاختيار، فيحرم أكله لهما.

كيف، ولو ترك ذكاته بعد القدرة عليها.. كان يحرم، فالقتل: أولى أن يحرم به.

لكن هذا إذا كان الصيد بحال يحتمل أن يسلم من الأول؛ لأن موته حينئذ يضاف إلى الثاني فيحرم.

أما إذا كان الرمي الأول بحال لا يسلم الصيد منه؛ بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح.. فيحل؛ لأن موته حينئذ لا يضاف إلى الرمي الثاني، فلا اعتبار بوجوده وعدمه؛ لكونه ميتاً حكماً.

ولهذا: وقع في الماء في هذه الحالة.. لا يحرم؛ لوقوعه فيه بعد موته.

ولو كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد، لكن حياته فوق حياة المذبوح؛ بأن كان يبقى يوماً أو يومين.. فعند أبي يوسف: لا يحرم بالرمية الثانية؛ لأن هذا القدر من الحياة عنده غير معتبر.

وعند محمد: يحرم؛ لأن هذا القدر من [٦٨٩/ب] الحياة معتبر عنده كما تقدم، فصار حكمه: كحكم ما إذا كان الأول يسلم منه.. فلا يحل.

(وضمن) الثاني (قيمته مجروحاً للأول)؛ لأنه أتلف صيداً مملوكاً للغير؛ لأنه ملكه بالإثخان، وقد حرمه الثاني بقتله، فكان متلفاً.. فيلزمه قيمة ما أتلف، وقيمته وقت إتلافه كان ناقصاً بجراحة الأول، فيلزمه ذلك؛ لأن قيمة المتلف تعتبر وقت

الإتلاف، فصار كما لو أتلف عبداً مريضاً، أو شاة مجروحة.. فإنه يلزمه قيمته منقوصاً بالمرض أو الجرح، هكذا ذكره في «الهداية».

ثم قال: تأويله: أنه إذا علم أن القتل بالثاني بأن كان الأول بحال يمكن أن يسلم الصيد منه، والثاني بحال لا يسلم الصيد منه؛ ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني، وقد قتل حيواناً مملوكاً للأول منقوصاً بالجراحة.. فلا يضمنه كملاً؛ كما إذا قتل عبد مريضاً.

وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين، أو لا يدري.. قال في «الزيادات»: ١- يضمن الثاني ما نقصته جراحته، ٢- ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين، ٣- ثم يضمن نصف قيمة لحمه.

أما الأول: فلأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير، وقد نقصه، فيضمن ما نقصه أولاً.

وأما الثاني: فلأن الموت حصل بالجراحتين، فيكون متلفاً نصفه، وهو مملوك لغيره، فيضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين؛ لأن الأولى ما كانت بصنعه، والثانية ضمنها مرة، فلا يضمنها ثانياً.

وأما الثالث: فلأن بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني، فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم، فيضمنه، ولا يضمن النصف الآخر؛ لأنه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حياً، فدخل ضمان اللحم فيه. انتهى.

فعلى هذا: ينبغي أن يحمل كلام المصنف على ما علم: أن القتل وقع بالثاني.

والإمام قاضي خان ذكر هذه المسألة في «فتاواه» مثل ما ذكره المصنف، ولم يتعرض إلى ما ذكره صاحب «الهداية» من الفرق، بين ما علم أن القتل وقع بالثاني وحده، وبين ما وقع بالجراحتين، أو لم يدر؛ حيث قال:

وإن رمى سهماً إلى صيد فأصابه السهم فأثخنه، ثم دماه آخر فقتله.. لا يحل أكله؛ لأن سهم الأول لما أثخنه.. فقد أخرجه من أن يكون صيداً، فلا يحل إلا بذكاة

فَإِنْ لم يُثخنهُ الأَوَّلُ.. حلَّ، وَهُوَ للثَّانِي.

الاختيار، ويضمن الثاني للأول قيمته مجروحاً؛ لأنه صار ملكاً للأول، وقد جرحه الثاني، فيضمن قيمته. انتهى.

وينبغي أن يحمل هذا أيضاً: على ما إذا علم أن القتل وقع بالثاني؛ لأن المطلق يحمل على المقيد في حادثة واحدة.

ثم بيان الضمان: أن الرامي الأول إذا رمى صيداً يساوي عشرة مثلاً، فنقصته درهمين مثلاً، ثم رماه [٦٩٠/أ] الثاني فنقصته درهمين أيضاً، ثم مات الصيد.. فعلى إطلاق ما ذكره «قاضي خان» والمصنف: يضمن الثاني ثمانية، ويسقط عنه من قيمته درهمان؛ سواء علم أنه مات من رمي الثاني، أو من الجراحتين، أو لم يدر.

وعلى طريقة ما ذكره صاحب «الهداية» في الفرق من «الزيادات»: يضمن الثاني أولاً درهمين؛ لأن ذلك القدر من النقصان حصل بفعله، فبقي من قيمته ستة، ثم يضمن نصف الباقي وهو ثلاثة، وهو المراد بقوله في «الزيادات»: «ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين»؛ يعني به: نصف قيمته حياً مجروحاً بجراحتين، ثم إذا مات.. يضمن نصف الآخر بعد الموت، وإن كان تفويت اللحم موجوداً بقتله؛ لأنه ضمن ذلك حياً؛ فلو ضمنه بعد الموت أيضاً.. يلزم تكرار الضمان؛ بأن يضمن قيمته حياً، ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت، وذا: لا يجوز في الشرع.

(**وإن لم يثخنه الأول.. حل، وهو للثاني**)؛ لأنه هو الآخذ له، وقد قال ﷺ: «الصيد لمن أخذه»، وإنما حل أكله؛ لأنه لما لم يخرج بالأول من حيز الامتناع.. كان ذكاته ذكاة الاضطرار، وهو الجرح في أي موضع كان، وقد وجد ذلك.

واعلم: أن في هذه المسألة تفصيلاً لم يستوفه المصنف، وهو: أن الرجلين إذا رميا صيداً.. فهذا على قسمين.

لأنهما ؛ إما أن رميا معاً، أو متعاقباً.

والأول على أوجه:

فإذا رمياه معاً:

١- فإما أن يصيبا معاً.

أو يصيب أحدهما أولاً والآخر ثانياً.

فإن أصاب أحدهما أولاً:

٢- فإما أن يثخنه قبل إصابة الثاني.

٣- أو لا يثخنه.

فبلغت الأقسام ثلاثة.

والثاني كذلك؛ لأنه:

٤- إما أن رماه الثاني قبل إصابة السهم الأول.

أو بعد إصابته.

فإن كان بعد إصابته:

٥- فإما أن يثخنه الأول.

٦- أو لم يثخنه.

فبلغ أيضاً ثلاثة.

والقسم الأول بوجوهه، والوجه الأول من القسم الثاني: غير مذكور في الكتاب، وأنا أذكر ذلك.

- فإن رميا معاً وأصابا معاً فقتلاه.. فهو لهما جميعاً ويؤكل؛ لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح، فيحل تناوله؛ اعتباراً بحالة الرمي؛ فإنه كان صيداً حال رميهما، فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابت الرميتان معاً فاستويا في السببية، وذلك يوجب المساواة في الملك.

وَمَن أَرسَلَ كَلْباً على صيدٍ، فأدركَهُ، فَضَربَهُ، فصرعَه، ثُمَّ ضربَهُ فَقتلَهُ.. أُكِلَ.

وَكَذَا: لَو أَرسلَ كلبَيْنِ، فصرعَهُ أَحدُهمَا، وَقتلَهُ الآخرُ.

وَلَو أرسلَ رجلَانِ كلٌّ مِنْهُمَا كَلْبَهُ، فصرعَهُ أَحدُهمَا، وَقَتلَهُ الآخرُ.. حلَّ، وَهُوَ للأَوَّلِ.

• **وإن رمياه معاً وأصابه سهم أحدهما أولاً فأثخنه، ثم أصاب سهم الآخر فقتله.. فهو للأول، وحل أكله أيضاً عندنا، خلافاً لزفر.**

وهو يعتبر حالة الاتصال، والسهم الثاني أصابه وهو غير ممتنع.. فلا يحل بذكاة الاضطرار.

ونحن نعتبر للحل [٦٩٠/ب] حالة الإرسال؛ لأن الإصابة بالمحل نتيجته، ولهذا تعين التسمية حالة الإرسال، والإرسال قد يحصل منهما والمحل صيد، فلم يتعلق بالثاني حظر، وللملك حالة الاتصال؛ لأن الملك يتصل بالمحل، وسهم الأول أخرجه عن حيز الامتناع، فملكه قبل أن يتصل به الثاني.

• **وإن لم يثخنه.. فهو للثاني، وهو ظاهر.**

• **وإن رماه الثاني بعدما رماه الأول قبل أن يصيب سهمه وهو الوجه الأول من القسم الثاني.. فهو لهما، وحل أكله؛ كذا في «العناية».**

وبيان ما ذكره المصنف من الوجهين للقسم الثاني ذكرناه.

(**ومن أرسل كلباً على صيد**) وسماه، (**فأدركه**) الكلب (**فضربه فصرعه، ثم ضربه فقتله.. أكل**).

(**وكذا: لو أرسل كلبين فصرعه أحدهما، وقتله الآخر**).. حل أكله؛ لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً.

(**ولو أرسل رجلان كل منهما كلبه، فصرعه أحدهما، وقتله الآخر.. حل**) أكله؛ لما بيناه، (**وهو**)؛ أي: الصيد (**للأول**)؛ لأنه أخرجه عن حد الصيدية، إلا أن الإرسال

وَلَو أرسلَ الثَّانِي بعدَ صرعِ الأَوَّلِ.. حَرُمَ، وَضَمِنَ؛ كَمَا فِي الرَّمْي.

وَمن سَمِعَ حِسّاً فَظَنَّهُ إِنْسَاناً، فَرَمَاهُ.. أُكِلَ.

من الثاني حصل على الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة: حالة الإرسال.. فلم يحرم.

(**ولو أرسل الثاني**) كلبه أو بازيه (**بعد صرع الأول.. حرم**)؛ لأنه أرسله بعد خروجه عن الصيدية بالإثخان، (**وضمن**) الثاني للأول؛ (**كما في الرمي**)؛ يعني: إن قتله كلب الثاني أو بازيه بعد إثخان كلب الأول.. ضمن الثاني.

وإن قتله قبل إثخان الأول.. لا يضمن.

(**ومن سمع حساً**).

الحس: الصوت الخفي؛ كذا في «المصباح».

(**فظنه إنساناً، فرماه**) أو أرسل عليه كلبه؛ فإذا هو صيد (**.. أكل**)؛ لأنه لا معتبر بظنه، مع تعينه صيداً؛ كذا في «الهداية».

واعلم: أن من سمع حساً فرماه، أو أرسل كلبه أو بازيه.. لا يخلو عن وجوه:

منها: أنه سمع حساً، فظنه حس صيد فرماه، أو أرسل كلبه أو بازيه، فأصاب صيداً؛ كالظبي الوحشي مثلاً، ثم تبين أن المسموع حسه ليس بصيد، بل آدمي أو حيوان أهلي؛ كالبقر والشاة.. لم يحل الصيد المصاب؛ كالظبي مثلاً في قولهم جميعاً؛ لأنه أرسل إلى غير صيد، فلم يتعلق به حكم الإباحة، وصار كأنه رمى إلى آدمي أو حيوان أهلي عالماً به، فأصاب صيداً.. فإنه لا يؤكل.

ومنها: أنه سمع حساً، فظن أنه حس صيد فرماه، أو أرسله فأصاب صيداً، ثم تبين أن المسموع حس صيد.. حل المصاب أي صيد كان؛ سواء كان مما يؤكل لحمه، أو لم يكن؛ لأنه قصد الاصطياد.

وعن أبي يوسف: أن المسموع حسه؛ إذا ظهر خنزيراً.. لم يحل أكل الصيد المصاب؛ لتلغظ التحريم، ألا ترى [٦٩١/أ]: أنه لا تثبت الإباحة في شيء من أجزائه، بخلاف سائر السباع؛ فإن الاصطياد يؤثر في جلده.

وزفر خص منه ما لا يؤكل لحمه مطلقاً؛ لأن الاصطياد لا يفيد الإباحة فيه، فكان هو والآدمي سواء.

وجه الظاهر: أن الاصطياد لا يختص بالمأكول؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾، وما هو كذلك: فالمأكول وغيره بالنسبة إليه سواء.

فإذا قصد بعقله الاصطياد.. وقع الفعل اصطياداً، والاصطياد فعل مباح في نفسه؛ لما تلوناه، فيفيد إباحة المصاب بشرط قبوله الإباحية، حتى لو لم يقبلها كالخنزير.. لم تثبت الإباحة، ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً مباحاً.

وإذا قبلها:

فإن كان مما يحل تناوله.. تثبت إباحة تناوله؛ كغير السباع من البهائم والطيور.

وإن كان مما لا يحل تناوله.. تثبت إباحة جلده، فثبت أن فعله وقع اصطياداً، وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل: ليس بمخرج له عن ذلك.

وإذا وقع اصطياداً.. كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره، وفي ذلك: يحل، فكذا هذا.

ومنها: أنه سمع حساً، فظن أنه حس صيد فرماه، فأصاب صيداً، ثم تبين أن المسموع حس جراد أو سمك.. ففي «النهاية» عزواً إلى «المغني»: أن المصاب لا يؤكل؛ لأن الجراد والسمك مما لا تقع الذكاة عليهما، ومن شرط حل أكل الصيد: الذكاة، فلا يكون فعله ذكاة.

وعن أبي يوسف: أنه يحل؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي» و«العناية» وغيرها.

ومنها: ما ذكره المصنف، وهو: أنه سمع حساً، فظنه آدمياً، فرماه أو أرسله،

فأصاب صيداً، ثم تبين أن المسموع حس صيد.. حل أكله على ما صرح به في «الهداية»؛ معللاً بما ذكرناه، وتبعه المصنف.

واعترض عليه في «الزيلعي»: بما ذكره عن «المنتقى» وهو: أنه إذا سمع حساً فظن أنه إنسان أو دابة أو حية فرماه؛ فإذا ذلك الذي سمعه صيداً، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع، أو أصاب صيداً آخر وقتله.. لا يؤكل؛ لأنه رمى وهو لا يريد الصيد. انتهى لفظ «المنتقى».

قال: وهذا يناقض ما ذكره صاحب «الهداية» من حل أكل المصاب في هذا الوجه.

ثم قال: والأوجه: ما ذكره في «المنتقى»؛ لأن الرمي إلى الآدمي ونحوه ليس باصطياد، ولا يمكن اعتباره اصطياداً ولو أصاب صيداً.

ثم قال: إن ما ذكره صاحب «الهداية» في هذا الوجه: يناقض ما ذكره في الوجه الأول؛ أعني: إن تبين أن المسموع حس آدمي [٦٩١/ب].. لم يحل أكل المصاب في قولهم جميعاً، بل الحرمة في هذا الوجه: أولى من الوجه الأول؛ لأنه قصد في هذا الوجه رمي آدمي، ورمي الآدمي ليس باصطياد بوجه، وفي الوجه الأول: لم يقصد رمي الآدمي.

وأجيب عنه: ببيان الفرق بين المسألتين: بأن فعله في المسألة الأولى لم يقع اصطياداً؛ لأن سهمه أصاب غير المسموع حسه، وكان قصده إلى المسموع حسه، والمسموع حسه ليس بصيد، بل آدمي.. فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد؛ لأنه إنما قصد بفعله المسموع حسه وهو الآدمي.. فلا يكون اصطياداً وإن وقع فعله على الصيد، فلا يحل المصاب.

بخلاف هذه المسألة؛ فإن فعله وقع اصطياداً؛ لوقوعه على الصيد، وقصده غير الصيد: غير معتبر.

* * *

(كتاب الرهن)

(كتابُ الرَّهْنِ)

هُوَ: حبسُ شَيْءٍ، بِحَقٍّ يُمكنُ اسْتِيفَاؤهُ مِنْهُ؛ كَالدَّينِ.

وَيَنْعَقِدُ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ.

(كِتَابُ الرَّهْنِ)

وهو مشروع؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾، ولما روي أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه بها درعه.

فقد انعقد الإجماع على ذلك، ولأن للدَّين طرفين:

طرف الوجوب، وطرف الاستيفاء.

ولما كانت الوثيقة لطرف الوجوب - وهي الكفالة - مشروعة.. فكذا الوثيقة لطرف الاستيفاء - وهي الرهن - مشروعة أيضاً.

(هو) **في اللغة:** حبس الشيء بأي سبب كان.

وفي عرف الشرع: (**حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه**)؛ أي: الحق (منه)؛ أي: من ذلك الشيء، والمراد بالشيء ههنا: هو الرهن؛ لأن لفظ الرهن كما يطلق على الحبس المخصوص.. كذلك يطلق على الشيء المرهون أيضاً.

(**كالدين**) مثال للحق.

قيد بإمكان الاستيفاء منه؛ احترازاً عن رهن الحر أو المدبر أو الخمر أو الخنزير أو نحوهما مما لا يمكن استيفاء الحق منه.

وأطلق الدين؛ فشمل: الدين الحقيقي وهو ظاهر، والدين الحكمي؛ كالأعيان المضمونة بنفسها كما سيأتي.

(وينعقد) الرهن بلا لزوم، (بإيجاب وقبول)؛ أي: بقول الراهن: رهنتك هذا المال بدين لك علي، وما أشبه ذلك.

وبقول المرتهن: قبلت.

وَيتمُّ: بِالْقَبْضِ، ....

هذا ما ذهب إليه عامة المشايخ.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده ومن تبعه: **ركن الرهن: الإيجاب بمجرده**، وإنه ينعقد به بلا حاجة إلى قبول؛ لأن الرهن عقد تبرع، وكل ما هو كذلك: يتم بالمتبرع.

أما أنه عقد تبرع.. فلأن الراهن لم يستوجب على المرتهن بإزاء ما أثبت له من اليد.

ولا نعني بالتبرع: إلا ذلك.

وأما أن كل ما هو كذلك [٦٩٢/أ] يتم بالمتبرع.. فكالهبة والصدقة.

واعترض عليه: بأنه استوجب عليه صيرورته مستوفياً لدينه عند الهلاك.

(ويتم) الرهن (بالقبض)؛ أي: بقبض المرتهن أو وكيله.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن الرهن هل يجوز قبل القبض أم لا يجوز؟

فاختار شيخ الإسلام خواهر زاده ومن تبعه: أنه يجوز قبل القبض، لكن تمامه يتوقف على القبض، وإليه أشار المصنف بقوله: «ويتم بالقبض»، وهكذا ذكره القدوري أيضاً.

واختار العامة: أنه لا يجوز قبل القبض.

قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً.

وقال الحاكم الشهيد في «الكافي»: لا يجوز الرهن غير مقبوض.

وقال الطحاوي في «مختصره»: ولا يجوز الرهن إلا مقبوضاً.

وقال الكرخي في «مختصره»: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً.

هذا، وقال مالك: يلزم الرهن بنفس العقد؛ لأنه يختص بالمال من الجانبين، فصار كالبيع، ولأنه عقد وثيقة، فلا يكون القبض شرطاً؛ كالكفالة.

محوزاً، مفرَّغاً، مُمَيَّزاً.

والتخليةُ فِيهِ وَفِي البيعِ: قبضٌ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء.. أريد به الأمر؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾؛ أي: فليصم.

فيكون تقديره: وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فارهنوا أو ارتهنوا، لكن ترك كونه معمولاً به في حق ذلك؛ حيث لم يجب الرهن على المديون، ولا قبوله على الدائن حين رهنه الراهن شيئاً بالإجماع، فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض؛ كما في قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة: مثلاً بمثل»؛ أي: بيعوا.

فلم يعمل الأمر في نفس البيع؛ لأن البيع مباح لا واجب، فيصرف إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا.

(محوزاً)؛ أي: مجموعاً، من «الحوز» بمعنى: الجمع.

واحترز به عن رهن الثمر على الشجر، ورهن الزرع في الأرض؛ لأن المرتهن لم يحزه.

(مفرغاً)؛ أي: عن ملك الراهن.

احترز به عن رهن الشجر دون الثمر، ورهن الأرض دون الزرع، ورهن الدار وفيها متاع الراهن، أو الراهن نفسه؛ إذ لا تفريغ فيها.

(مميزاً)، احترز به عن رهن المشاع؛ كرهن نصف العبد أو الدار. كذا في «العناية».

(والتخلية فيه)؛ أي: في الرهن.

والمراد بالتخلية: رفع المانع من القبض في زمان يمكن فيه القبض.

(وفي البيع) وقد تقدم في بابه: (قبض).

اعترض عليه: بأن التخلية تسليم لا قبض؛ لأنه عبارة عن رفع الموانع، وهو فعل المسلِّم؛ أعني: الراهن [٦٩٢/ب] دون المستلم؛ أعني: المرتهن.

والقبض فعل المستلم.. فالصواب أن يقول: «التخلية تسليم».

وأجيب عنه: بأن معناه: أنها في حكم قبض المرتهن، حتى إذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع.. ضمن المرتهن.

وفيه نظر؛ لأن القبول ليس بواجب على المرتهن؛ فلو لم يقبل بعد التسليم والتخلية.. فلا يلزم الرهن، فكيف يضمن بالضياع؟

واعترض أيضاً على اكتفائهم بالتخلية: بأن التخلية ينبغي أن لا يكتفى بها في قبض الرهن؛ إذ القبض في الرهن منصوص عليه في قوله تعالى: ﴿ﯠ ﯡ﴾، بخلاف البيع؛ فإن القبض ليس بمنصوص عليه، والمنصوص عليه: ينبغي أن يراعى وجوده على أكمل الجهات، والتخلية ليست كذلك بالنسبة إلى القبض.

وأجيب عنه: بأن المنصوص عليه: إنما يراعى وجوده على أكمل الجهات إذا نص عليه بالاستقلال، وأما إذا ذكر تبعاً للمنصوص عليه.. فلا يجب أن يراعى وجوده على أكمل الجهات، والقبض في الرهن: ذكر على وجه الشرطية، لا بالاستقلال.

وفيه أيضاً نظر؛ لأنه لو اكتفى بالتخلية.. لزم لزوم الرهن بمجرد التخلية وإن لم يوجد القبض والقبول من المرتهن، وهو يفضي إلى الوجوب والإيجاب، وقد تقدم: أن القبول ليس بواجب، ثم الاكتفاء بالتخلية.. فكذا في الرهن، ولأنها غاية ما يقدر عليه الراهن، والقبض ليس في وسعه؛ لأنه فعل الغير.. فلا يكلف به.

وعن أبي يوسف: أن قبض الرهن في المنقول لا يثبت إلا بالنقل؛ لأنه قبض موجب للضمان ابتداء؛ إذا لم يكن الرهن مضموناً على أحد قبل ذلك، فلا يجب إلا

وللراهنِ أَنْ يرجِعَ عَنهُ قبلَ الْقَبْضِ.

فَإذا قُبِضَ.. لَزِمَ.

وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالْأَقَلِّ مِن قِيمَتِهِ، وَمِنَ الدَّينِ.

فَلَو هلكَ وهُما سَوَاءٌ.. صَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفياً لدَينِهِ.

بالقبض حقيقة، لا بالتخلية كما في الغصب؛ فإن المغصوب لم يصر مضموناً بدون النقل والقبض حقيقة.

بخلاف البيع؛ فإن القبض فيه ناقل الضمان من البائع إلى المشتري؛ فإن المبيع قبل القبض مضمون على البائع بالثمن، ثم ينقل ذلك إلى المشتري بالقبض.

قال في «الهداية» و«الزيلعي»: والأصح: ظاهر الرواية.

وقد عرفت ما يرد عليه.

(وللراهن أن يرجع عنه)؛ أي: عن الرهن **(قبل القبض)**؛ لعدم لزومه قبله؛ لأنه عقد تبرع، فلا يلزم بدون القبض.

(فإذا قبض) المرتهن (.. **لزم**)، حتى لو هلك بعده.. يضمن.

(وهو)؛ أي: الرهن بعد القبض **(مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين)**.

قال صدر الشريعة: إن هذا التركيب مشكل، غفل الناس عن إشكاله، وهو أنه يتوهم أن كلمة «من» هي التي تستعمل مع أفعل التفضيل، وليس كذلك؛ لأنه:

- إن أريد أنه مضمون بأقل من كل واحد.. فهذا [٦٩٣/أ] غير مراد.
- وإن أريد أنه مضمون بأقل من المجموع، أو بأقل من أحدهما أن الواو بمعنى أو، أو بمعنى مع.. فهذا شيء مجهول غير مفيد، بل المراد: أنه مضمون بما هو أقل؛ فإن كان الدين أقل من القيمة.. فهو مضمون بالدين، وإن كانت القيمة أقل من الدين.. فهو مضمون بالقيمة، فتكون «من» للبيان، تقديره: أنه مضمون بما هو أقل من الآخر الذي هو القيمة تارة، والدين أخرى. انتهى.

(فلو هلك وهما سواء)؛ أي: قيمة الرهن والدين سواء (.. **صار المرتهن مستوفياً لدينه)**، حتى لو أخذ دينه من الراهن.. يسترد الراهن من المرتهن.

وإِنْ قِيمَتُهُ أَكثرُ.. فالزائدُ أَمَانَةٌ.

وإِنْ كَانَ الدَّينِ أَكثرَ.. سقطَ مِنْهُ قدرُ الْقِيمَةِ، وطُولِبَ الرَّاهِنُ بِالْبَاقِي.

(وإن) كان **(قيمته أكثر)** من الدين (.. **فالزائد**) على الدين **(أمانة)** عند المرتهن، فلا ضمان عليه بلا تعد.

(وإن كان الدين أكثر سقط منه)؛ أي: من الدين **(قدر القيمة، وطولب الراهن بالباقي)** من الدين.

مثلاً: إذا رهن ثوباً قيمته عشرة، بعشرة، فهلك عند المرتهن.. سقط دينه.

وإن كانت قيمة الثوب خمسة.. يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى.

وإن كان خمسة عشر.. فالفضل أمانة.

ثم هذا عندنا.

وقال الشافعي: الرهن أمانة عند المرتهن مطلقاً، لا يسقط شيء من الدين بهلاكه؛ لقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه» قال: معناه: أنه لا يصير مضموناً بالدين، وزوائده له، وهلاكه عليه، ولأن الرهن وثيقة بالدين، فهلاكه لا يسقط الدين؛ كما أنه لا يسقط بهلاك الصك؛ لأنه للوثيقة، وهذا؛ لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة، والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد؛ إذ الحق به يصير بعرض الهلاك، وهو ضد الصيانة.

ولنا: أنه ﷺ قال للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده: «ذهب حقك»، والإجماع أيضاً؛ فإن الصحابة والتابعين أجمعوا: على أن الرهن مضمون، مع اختلافهم في كيفية الضمان على ثلاثة أقوال، على ما بين في محله.

فالقول بالأمانة المحضة: خرق للإجماع.

والمراد بقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن» على ما قالوا: الاحتباس الكلي؛ بأن يصير مملوكاً له، على ما ذكره الكرخي عن السلف.

ومعنى قوله: «له غنمه، وعليه غرمه» على ما قاله الطحاوي في «شرح الآثار»:

وَتعْتَبرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبضِهِ.

وَيهْلكُ على مِلكِ الرَّاهِنِ؛ فَكَفنُهُ عَلَيْهِ.

ولِلمرتَهِنِ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِدَينِهِ، ويحبسَهُ بِهِ وإِنْ كَانَ الرَّهْنُ عِنْدَهُ.

أنه إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين.. غرم الراهن ذلك النقص، وإن بيع بفضل عن الدين.. أخذ الراهن ذلك الفضل، ولأن يد المرتهن يد استيفاء، وهو يد الملك والحبس، والاستيفاء يتقرر بالهلاك؛ لأن الاستيفاء يحصل من المالية دون العين؛ فإن الاستيفاء بالعين يكون استبدالاً لا استيفاء، والمرتهن مستوف لا مستبدل [٦٩٣/ب]، والاستيفاء إنما يحصل بحبس الحق والمجانسة بين الأموال؛ باعتبار صفة المالية دون العين.

فكان المرتهن:

أميناً محضاً في حق العين، ولهذا: كان نفقة الرهن على الراهن في حياته، وكفنه بعد مماته.

ويحتمل أن يكون هذا معنى قوله ﷺ: «عليه غرمه».

ومستوفياً في حق المالية، ولو كان الاستيفاء بالعين كما ذهب إليه الشافعي.. لزم أن يكون المرتهن مستبدلاً لا مستوفياً، وهو باطل.

(**وتعتبر قيمته يوم قبضه**)؛ لأنه كان مضموناً بقبضه، فيعتبر قيمته يوم قبضه.

(**ويهلك على ملك الراهن**)؛ لما تقدم: أن يد المرتهن يد أمانة في حق العين.

(**فكفنه**)؛ أي: كفن العبد الرهن بعد موته (**عليه**)؛ أي: على الراهن؛ لأنه مات على ملكه، وكذا نفقته في حياته عليه؛ لما تقدم.

(**وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وإن**) وصلية (**كان الرهن عنده**)؛ أي: عند المرتهن؛ لأن الرهن لا يسقط طلب حقه؛ لأن الاستيفاء لم يتقرر قبل هلاكه، فيطلبه ما دام قائماً حتى يستوفي حقه.

وَلهُ أَنْ يحبَسَ الرَّهْنَ بعدَ فسخِ عقدِهِ حَتَّى يقبضَ دَينَهُ.

إِلّا أَنْ يُبرِئَهُ وَلَيْسَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الرَّهْن فِي يَده أن يُمكِّنَ الرَّاهِنَ مِن بَيْعِهِ للإِيفاءِ.

وَلَيْسَ للْمُرْتَهِنِ: الِانْتِفَاعُ بِالرَّهْنِ، وَلَا إِجَارَتُهُ، ....

(**وله أن يحبس الرهن بعد فسخ عقده حتى يقبض دينه، إلا أن يبرئه**)؛ لأن الرهن لا يبطل بمجرد فسخ العقد، بل يرده على الراهن بطريق الفسخ؛ فإنه يبقى مضموناً ما بقي القبض والدين.

(**وليس عليه إن كان الرهن في يده أن يمكن الراهن من بيعه للإيفاء**)؛ أي: من ثمنه؛ لأن حكم الرهن: الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين.. فلا يصح القضاء من ثمنه.

(**وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن**)؛ أي: بالاستخدام لو عبداً، أو بالسكنى لو داراً، أو باللبس لو ثوباً، أو بالقراءة لو مصحفاً.

ولو استعمله بإذن الراهن.. يبطل الرهن، ثم يعود رهناً بعد الفراغ؛ كما في «الخلاصة»؛ حيث قال.

رجل رهن عند رجل مصحفاً وأمره بالقراءة منه، إن قرأ.. صار عارية، حتى لو هلك.. لا يضمن؛ لأن حكم الرهن: الحبس؛ فإذا استعمله بإذنه.. تغير حكمه، ويبطل الرهن.

ولو فرغ من القراءة، ثم هلك.. يهلك بالدَّين؛ لعوده رهناً.

بخلاف الإجارة؛ فإنه لو أجره بإذن الراهن من الأجنبي... يبطل الرهن وتكون الأجرة للراهن، وليس للمرتهن أن يعيده في الرهن إلا بعقد جديد.

وكذا: ليس للراهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن المرتهن.

(**ولا إجارته**)؛ أي: لا من الراهن، ولا من الأجنبي.

وكذا: ليس للراهن إجارة الرهن إلى المرتهن.

وَلَا إِعارتُهُ، وَيصيرُ بذلك مُتَعَدِّياً، وَلَا يبطلُ بِهِ الرَّهْنُ.

وَإِذا طلبَ دينَه.. أُمِرَ بإحضارِ الرَّهْنِ.

وفي «الحاوي»: لا تجوز إجارة الرهن من الراهن، ولا من المرتهن، ولا من الأجنبي؛ فإذا أجر.. خرج عن كونه رهناً، ولا يعود [٦٩٤/أ] إليه إلا بعقد جديد. انتهى.

وفيه نظر؛ لما في «الخلاصة»: لو أن رجلاً رهن عند رجل ثوباً، فقبضه المرتهن، فاستعاره منه الراهن، فأعاره إياه، أو أجره منه، أو أودعه عند الراهن.. كانت الإجارة باطلة، وكان بمنزلة العارية، وللمرتهن أن يسترده.

ولو أمره الراهن أن يودعه إنساناً، أو يعيره، أو يؤجره ففعل:

فإن أودعه.. فهو رهن على حاله؛ فإن هلك في يد المودع.. بطل الدين.

ولو أعاره.. خرج عن ضمان الرهن، وللمرتهن أن يسترده.

ولو أجره.. فالأجر للراهن، وليس للمرتهن أن يعيده في الرهن إلا برهن جديد. انتهى.

فالظاهر منه: الفرق بين إجارة المرتهن من الراهن، وبين إجارته من الأجنبي.

(ولا إعارته)، وهذا: لأن المالك رضي بحبسه لدينه، لا بانتفاعه به.

(ويصير بذلك)؛ أي: بالانتفاع به بدون إذن مالكه **(متعدياً)**، فيكون مضموناً عليه، حتى لو نقص في قيمته.. يضمن تمام قيمته؛ كما في ضمانات «العمادية».

ولو هلك وقت استعماله.. يصير مستوفياً لدينه.

(ولا يبطل به)؛ أي: بالتعدي **(الرهن)**، حتى لو زال التعدي.. عاد الرهن إلى حكمه كما كان.

(وإذا طلب) المرتهن **(دينه)** ولو في غير بلد العقد **(.. أمر)** المرتهن **(بإحضار الرهن)** أولاً؛ ليعلم أنه باق أو لا، ولأن قبض الرهن قبض استيفاء، فلا يجوز أن

فَإِذا أحضرَهُ.. أُمِرَ الرَّاهِنُ بِتَسْلِيمِ كلِّ دَينِهِ أَولاً، ثُمَّ أُمِرَ الْمُرْتَهِنُ بِتَسْلِيمِ الرَّهْنِ.

وَكَذَا: لَو طَالَبَهُ بِالدَّينِ فِي غيرِ بلدِ العقدِ، وَلم يكن للرَّهْنِ حَمْلٌ وَمؤنَةٌ.

فَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمؤنَةٌ.. فَلَهُ أَن يَسْتَوْفِيَ دَينَهُ بِلَا إِحْضَارِ الرَّهْنِ.

وَكَذَا: إِنْ كَانَ الرَّهْنُ وُضِعَ عِنْدَ عدلٍ.

يقبض له مع قيام يد الاستيفاء؛ لأنه يؤدي إلى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن، وهو محتمل. كذا في «الزيلعي».

(فإذا أحضره) المرتهن **(.. أمر الراهن بتسليم كل دينه أولاً، ثم أمر المرتهن بتسليم الرهن)**؛ ليتعين حق المرتهن كما تعين حق الراهن في الرهن؛ تحقيقاً للتسوية بينهما؛ كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع أولاً، ثم يسلم المشتري الثمن؛ ليتعين حق المشتري أولاً في المبيع؛ كما تقدم في البيع.

(وكذا)؛ أي: يؤمر المرتهن أولاً بإحضار الرهن **(لو طالبه)**؛ أي: طالب المرتهن الراهن **(بالدين في غير بلد العقد ولم يكن للرهن حمل ومؤنة)**؛ لأن الأماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم، ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماع.

(فإن كان له حمل ومؤنة.. فله أن يستوفي دينه بلا إحضار الرهن)؛ أي: لا يكلف بإحضار الرهن؛ لأنه نقل، والواجب على المرتهن: التسليم بالتخلية دون النقل؛ لأنه يتضرر به زيادة ضرر.

ولكن.. للراهن أن يحلفه بالله ما هلك الرهن؛ كذا في «الدرر» نقلاً عن [٦٩٤/ب] «الكافي».

(وكذا إن كان الرهن وضع عند عدل)؛ أي: بأمر الراهن.

وهذا: لأن الراهن لم يؤتمن على المرتهن حتى وضع رهنه على يد غيره، فلم

وَلَا يُكَلَّفُ بِإحضارِهِ، وَلَا بِإحضارِ ثمنِ رَهنٍ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ حَتَّى يقبضَهُ.

وَلَا إِن قَضَى بعضَ حَقِّهِ بِتَسْلِيمِ حِصَّتِهِ حَتَّى يقبضَ الْبَاقِي.

يكن تسليمه في قدرة المرتهن، حتى لو أخذ المرتهن الرهن من يد العدل.. يكون غاصباً.

وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله، وغاب، فطلب المرتهن دينه، والذي في يده يقر بالوديعة من العدل ويقول: لا أدري لمن هو.. يجبر الراهن على قضاء الدين؛ لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن؛ لأنه لم يقبض منه.

وكذا إذا غاب العدل، ولا يدري أين هو؛ لما قلنا.

بخلاف ما إذا جحد الذي أودعه العدل الرهن بأن قال: هو مالي.. حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء؛ حتى يثبت أنه رهن؛ لأنه لما جحد.. فقد توى المال، والتوى على المرتهن، فيتحقق الاستيفاء، فلا يملك المطالبة به. كذا في «الزيلعي».

(ولا يكلف) المرتهن (بإحضاره)؛ أي: الرهن، (ولا بإحضار ثمن رهن باعه المرتهن بأمر الراهن حتى يقبضه) أو الثمن؛ يعني: إذا رهن جارية مثلاً، وأذن له ببيعها إذا جاء الأجل بالنقد والنسيئة، فباعها المرتهن عند حلول الأجل بالنسيئة، ثم جاء يطلب الراهن دينه، فامتنع الراهن حتى يحضر الرهن أو ثمنه.. أجبر الراهن على قضاء دينه، ولا يكلف المرتهن بإحضار الرهن ولا ثمنه؛ لأنه باعه بإذنه.

ولو قبض الثمن.. يكلف بإحضاره؛ لقيام البدل مقام المبدل.

(ولا) يكلف أيضاً (إن)؛ أي: مرتهن (قضى بعض حقه) من الدين (بتسليم): متعلق بيكلف.

(حصته)؛ أي: حصة ذلك البعض من الرهن (حتى يقبض الباقي) من الدين؛ لأن له أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية؛ كما في حبس المبيع لقبض الثمن؛ فإن

وللمرتَهِنِ أَن يحفَظَ الرَّهْنَ بِنَفسِهِ وَزَوجتِهِ وَولدِهِ وخادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ.

فَإِن حفظَهُ بغيرِهم، أَو أودَعهُ.. ضَمِنَ كلَّ قِيمَتِهِ.

وَكَذَا: إِن تعدَّى فِيهِ، أَو جعلَ الْخَاتِمَ فِي خِنْصَرِهِ.

فَإِن جعلَهُ فِي إِصْبَعٍ غَيرِهَا.. فَلَا.

للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض جميع الثمن.

(وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه، وزوجته، وولده، وخادمه الذي في عياله).

ودخل في الخادم: أجيره مشاهرة أو مسانهة، والذي يسكن معه؛ فإن العبرة: بالمساكنة لا النفقة، حتى إنّ المرأة لو دفعته إلى زوجها.. لا تضمن؛ مع أن الزوج ليس في نفقتها لكونهما ساكنين معاً.

وهذا: لما تقدم: أن عينه أمانة في يد المرتهن؛ والأمانات تحفظ بنفسه وبمن في عياله الذي يسكن معه.

(فإن حفظه بغيرهم أو أودعه.. ضمن كل قيمته)؛ لما ذكر: أن عينه أمانة، والأمانات تضمن بهذه الأشياء؛ لكونها تعدياً.

وإنما ضمن كل قيمته؛ لأنه صار بذلك غاصباً، وفي الغصب: يضمن كل القيمة [٦٩٥/أ]، فكذا هكذا.

(وكذا)؛ أي: ضمن كل قيمته (إن تعدى)؛ أي: صريحاً، فتحسن المقابلة بما قبله وما بعده.

(فيه)؛ أي: في الرهن.

(أو جعل الخاتم) الرهن (في خنصره)؛ لأنه استعمال بغير إذن صاحبه، فيكون تعدياً.. فيضمن كل قيمته ضمان الغصب.

(فإن جعله في إصبع غيرها)؛ أي: غير خنصره (.. فلا) يضمن؛ لأن جعله في إصبع آخر يميناً أو يساراً: حفظ لا استعمال.

وَعَلَيهِ مُؤنَةُ حفظِهِ وردِّهِ إِلَى يَدِهِ، أَو ردِّ جزئِهِ؛ كَأُجْرَةِ بَيتِ حفظِهِ وحافظِهِ.

أَمَّا جُعْلُ الْآبِقِ والمداوةُ وَالْفِدَاءُ مِنَ الْجِنَايَةِ.. فمنقسِمٌ على الْمَضْمُونِ وَالْأَمَانَةِ.

ولو رهنه بسيفين فتقلدهما.. ضمن، وفي الثلاثة.. لا يضمن؛ لأن العادة بين الشجعان بتقليد السيفين في الحرب دون الثلاثة.

ولو رهنه خاتمين، فلبس خاتماً فوق خاتم؛ فإن كان ممن يحتمل يلبس خاتمين.. ضمن؛ لأنه مستعمل، وإلا.. فلا؛ لأنه حافظ.

(**وعليه**)؛ أي: على المرتهن (**مؤنة حفظه**)، حتى إذا شرط على الراهن.. لا يلزمه.

(و) مؤونة (**رده إلى يده**)؛ أي: يد المرتهن؛ يعني: ما يلزمه لرد العين إلى المرتهن إذا خرج من يده.. فهو على المرتهن.

(**أو**) مؤونة (**رد جزئه**)؛ أي: جزء الرهن؛ (**كأجرة بيت حفظه وحافظه**)، الضمير فيهما إلى الرهن، وكلاهما مثال لمؤونة حفظه؛ يعني: أجرة بيت حفظ الرهن، وأجرة حافظه: على المرتهن؛ لأن إمساك الرهن وحفظه حق له واجب عليه، فتكون مؤونته عليه، هذا على إطلاقه.

جواب ظاهر الرواية: عن أبي يوسف: أن أجرة المأوى للغنم على الراهن، بمنزلة النفقة؛ لأنه سعى في تبقيته.

(**أما جعل الآبق**) هو - بضم الجيم - أي: أجرة رده من الفرار من يد المرتهن، وهذا مثال لقوله: «ورده إلى يده».

(**والمداواة**)؛ أي: أجرة مداواة الرهن من الجروح والقروح، وكذا ثمن الدواء، وهذا مثال لقوله: «أو رد جزئه».

(**والفداء من الجناية**)؛ أي: جناية الرهن (.. **فمنقسم على المضمون والأمانة**)؛

وَمؤنَةُ تبقِيَتِهِ وإِصلاحِهِ: على الرَّاهِنِ كَالنَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ.

وَأُجْرَةُ الرَّاعِي، وَأُجْرَةُ ظِئْرِ ولدِ الرَّهْنِ، وَسقيُ الْبُسْتَانُ، وتلقيحُ نخلِهِ، وجذاذُهُ، وَالْقِيَامُ بمصالحِهِ.

فإن كانت قيمة الرهن مساويةً للدين.. فكل الجعل والمداواة والفداء على المرتهن؛ كأجرة بيت حفظه.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين.. فعلى المرتهن من الجعل والمداواة والفداء: بقدر المضمون؛ أعني: ما يساوي الدين، وعلى الراهن بقدر الأمانة؛ أعني: الزائد على الدين؛ لأن المرتهن في قدر الأمانة بمنزلة المودع، فلا يلزم عليه مؤونته، وليس هذا مثل أجرة بيت حفظه؛ لأن جميعها على المرتهن وإن كانت قيمة الرهن زائداً على الدين؛ لأن ذلك إنما يلزم بسبب حق المرتهن وهو الحبس، وحق الحبس ثابت في الكل، فتلزم مؤونة الحبس كلها عليه أيضاً.

بخلاف جعل الآبق والمداواة؛ فإنهما إنما يلزمان لإعادة يد الاستيفاء في نفس الرهن في الآبق في الجزء الغائب في المداواة [٦٩٥/ب]، وحق الاستيفاء ثابت له في المضمون لا في الأمانة.

(**ومؤنة تبقيته**)؛ أي: مؤنة ما يرجع إلى بقاء الرهن؛ سواء كان في الرهن زيادة على الدين أو لا (**وإصلاحه: على الراهن**)؛ لأن عين الرهن باقية على ملكه، وكذا منافعه مملوكة له.. فتكون مؤونة بقائه وإصلاحه عليه؛ لأن الغرم بالغنم.

(**كالنفقة**) من مأكولاته ومشروباته (**والكسوة**)؛ أي: كسوة العبد الرهن، (**وأجرة الراعي، وأجرة ظئر ولد الرهن، وسقي البستان**)، وكري النهر (**وتلقيح نخله، وجذاذه**)؛ أي: قطعه، (**والقيام بمصالحه**)؛ أي: مصالح الرهن مما يرجع إلى تبقيته كلها: على الراهن لما ذكرناه.

ويجوز أن يكون الضمير إلى البستان.

وعلى الراهن أيضاً عُشْرُ الرهن وخراجه؛ لأن مؤونته على الملك.

وَمَا أَدَّاهُ أَحدُهمَا ممَّا وجبَ على صَاحبِهِ بِلَا أَمرٍ.. فَهُوَ تبرُّعٌ.

وبِأَمرِ القَاضِي: يرجعُ بِهِ.

وَعَنِ الإِمَامِ: أَنَّهُ لَا يرجعُ أَيْضاً؛ إِن كَانَ صَاحبُهُ حَاضراً.

(وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) من الراهن أو المرتهن (بلا) أمر الآخر أو (أمر) القاضي (.. فهو)؛ أي: ما أداه (تبرع)؛ كما إذا قضى دين غيره بغير أمره.

(وبأمر القاضي) بالأداء وجعله ديناً عليه (.. يرجع) المؤدي (به)؛ أي: بما أداه على صاحبه.

وأما بمجرد أمر القاضي من غير تصريح بجعله ديناً على صاحبه.. فلا يرجع عليه، كما في «الزيلعي» نقلاً عن «الملتقط».

(وعن الإمام: أنه لا يرجع) المؤدي على صاحبه (أيضاً)؛ أي: كما لا يرجع عند عدم أمر القاضي وجعله ديناً عليه (إن كان صاحبه حاضراً)، أو إن أداه بأمر القاضي؛ لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي فيأمر القاضي صاحبه بالقضاء.

وقال أبو يوسف: يرجع عليه في الوجهين حاضراً أو غائباً.

* * *

(بَابُ مَا يَجُوزُ ارتِهانُهُ، وَالرَّهْنُ بِهِ، وَمَا لَا يَجُوزُ)

لَا يَصحُّ:

رهنُ الْمشَاعِ، وَإِن مِمَّا لَا يحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، أَو منَ الشَّرِيكِ.

(بَابُ مَا يَجُوزُ ارتِهَانُهُ)

أي: جعله رهناً، (والرهن به)؛ أي: أخذ الرهن بمقابلته، (وما لا يجوز) ارتهانه.

فذكر أوّلاً ما يجوز ارتهانه بقوله: (لا يصح)؛ أي: يفسد (رهن المشاع وإن) وصلية (مما لا يحتمل القسمة).

قال الشافعي: يصح.

له: أن موجب الرهن: استحقاق بيعه وتعينه له، والمشاع يقبل ذلك، ولئن كان موجبه ثبوت يد الاستيفاء.. فالاستيفاء الحقيقي لا يمتنع بالشيوع، فكذا ثبوت يد الاستيفاء.

ولنا: أن موجبه: ثبوت يد الاستيفاء، واستحقاق الحبس: لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق، وذلك لا يحصل إلا بثبوت اليد عليه، ولهذا: شرط في النص أن يكون مقبوضاً.

بخلاف حقيقة الاستيفاء؛ لأن موجبها: ملك العين المستوفاة فقط لا الحبس، والملك يتصور في المشاع، ولا يتصور الحبس الدائم فيه؛ لأنه يبطل بالمهايأة، فيصير كأنه رهنه يوماً دون يوم، ولهذا.. يستوي فيه ما يحتمل [٦٩٦/أ] القسمة وما لا يحتمل.

بخلاف الهبة؛ حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة على ما تقدم؛ لأن موجبها: الملك، وذلك لا يمتنع بالشيوع، وإنما يمنعها: لزوم غرامة القسمة، وذلك فيما ينقسم؛ لا غير.

(أو من الشريك)؛ لما تقدم: من أن ثبوت اليد والحبس الدائم لا يتصور في المشاع ولو من الشريك.

وَلَو طَرَأَ.. فَسَدَ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَلَا رهنُ الثّمرِ على الشّجرِ بِدُونِ الشّجَرِ.

وَلَا الزَّرْعُ فِي الأَرْضِ بِدُونِهَا.

وَلَا الشّجَرِ أَوِ الأَرْضِ مشغولَين بالثّمرِ وَالزَّرْعِ، ....

بخلاف الإجارة؛ حيث تجوز في المشاع من شريكه على ما تقدم؛ لأن حكمها: التمكن من الانتفاع، لا الحبس الدائم، والشريك متمكن من ذلك.. فيجوز، بخلاف غير الشريك.

(**ولو طرأ**) الشيوع؛ بأن رهن داراً، ثم فسخا الرهن في نصفه الشائع مثلاً، أو باع نصفه شائعاً، أو استحق بعض الرهن شائعاً (.. **فسد**) الرهن في رواية «الأصل».

(**خلافاً لأبي يوسف**).

له: حكم البقاء أسهل من الابتداء، فأشبه الهبة، فلا يمنع الشيوع الطارئ بقاء الرهن.

ووجه رواية «الأصل» - وهو الصحيح -: أن الامتناع؛ لعدم المحلية، وفي مثله: يستوي الابتداء والبقاء؛ كالمحرمية في باب النكاح.

بخلاف الهبة؛ لأن غرامة القسمة لا تمنع القبض حال البقاء، ولهذا.. يصح الرجوع في بعض الموهوب، ولا يصح الفسخ في بعض المرهون.

(**ولا رهن الثمر على الشجر بدون الشجر، ولا الزرع في الأرض بدونها، ولا الشجر أو الأرض مشغولين بالثمر والزرع**).

والأصل فيها: ما تقدم: من أن تمامه بالقبض محوزاً مفرغاً مميزاً، وهذه الاتصالات تمنع هذا الشرط؛ لأنه لا يمكن قبض الرهن مع قيام هذه الاتصالات.

وكذا: لا يجوز رهن الأرض مشغولاً بالشجر دون الشجر؛ لما ذكرناه.

وكذا: لا يجوز رهن وقف؛ كما صرح به في إجارة الوقف من «قاضي خان».

وَلَو رهنَ الشّجَرَ بمواضِعِها، أَو الدَّارَ بِمَا فِيهَا جَازَ.

وفي «الهداية» و«الزيلعي»: عن أبي حنيفة: إن رهن الأرض بدون الشجر جائز؛ لأن الشجر اسم للنابت، فيكون استثناء الأشجار بمواضعها.

بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء.. حيث لا يجوز؛ لأن البناء اسم للمبنى، فيصير راهناً جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن.

(ولو رهن الشجر بمواضعها، أو الدار بما فيها.. جاز)؛ لأن هذا [مجاورة]، ومجاورة ما ليس برهن: لا يمنع الصحة، كذا في «الزيلعي».

والمراد بمواضعها: هي الأراضي المملوكة، لا الأميرية والوقف؛ لأن رهن الأشجار المغروسة على الأراضي الأميرية والوقف: لا يصح.

ويدخل في رهن الأرض: النخل، والثمر على النخل، والزرع، والرطبة، والبناء، والغرس؛ لأنه تابع؛ لاتصاله، فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد.

بخلاف البيع؛ حيث لا تدخل هذه الأشياء في بيع الأرض [٦٩٦/ب] سوى النخل؛ لأن بيع الأرض والنخل بدون هذه الأشياء: جائز، فلا حاجة إلى إدخالها في البيع من غير ذلك.

وبخلاف المتاع الموضوع في الدار؛ حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر؛ لأنه ليس بتابع؛ لوجه ما قال في «الزيلعي»: ويمنع تسليم الرهن: كون الرهن أو متاعه في الدار المرهونة، حتى إذا رهن داراً وهو فيها وقال: سلمتها إليك.. لا يتم الرهن حتى يقول بعدما خرج من الدار: سلمتها إليك؛ لأن التسليم الأول - وهو فيها -: وقع باطلاً؛ لشغلها به، فلا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها؛ كما إذا سلمها ومتاعه فيها.

ويمنع تسليم الدابة المرهونة: الحمل عليها، فلا يتم حتى يلقي الحمل.

بخلاف ما إذا رهن الحمل دون الدابة.. حيث يكون رهناً ثابتاً إذا دفعها إليه؛ لأن الدابة مشغولة به، فصار كما إذا رهن متاعاً في دار، ووعاء دون الدار والوعاء.

وَلَا يجوزُ: رهنُ الْحُرِّ، وَالْمُدبَّرِ، وَأمِّ الْوَلَدِ، وَالْمكَاتَبِ، وَلَا بالأَمانَاتِ، وَلَا بالدَّركِ، ....

بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة، أو لجاماً في رأسها، ودفع الدابة مع السرج واللجام.. حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها، ثم يسلمه إليه؛ لأنه من توابع الدابة، بمنزلة الثمر للنخيل.

(ولا يجوز رهن الحر والمدبر وأم الولد والمكاتب) وكذا الوقف؛ لأن موجب الرهن: ثبوت يد الاستيفاء على ما تقدم، والاستيفاء من هؤلاء: متعذر؛ لاستحقاقهم الحرية، فصار كالحر.

(ولا بالأمانات)؛ كالوديعة والعواري والمضاربة ومال الشركة والكتب الموقوفة.

هذا شروع في ذكر ما لا يجوز الرهن بمقابلته، بعد ذكر ما لا يجوز رهنه.

وإنما لا يجوز الرهن بمقابلة الأمانات؛ لأن قبض الرهن: مضمون بما رهن بمقابلته؛ لكونه استيفاء لا بنفسه، فلا بد من ضمان الرهن به؛ ليقع الرهن مضموناً ويتحقق استيفاؤه من الرهن.

والأمانات ليست بمضمونة، ولا يمكن استيفاؤها من الرهن؛ لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها، فصارت - كالعبد الجاني، والعبد المأذون له في التجارة والشفعة - غير مضمونة على المشتري.

بخلاف الأعيان المضمونة بنفسها؛ حيث يصح الرهن بها على ما سيأتي بيانه.

قال في «قاضي خان»: إذا رهن المودع بعين الوديعة رهناً أو المستعير للعارية.. يكون باطلاً، حتى لو هلك الرهن عند المرتهن.. يهلك بغير شيء.

(ولا بالدرك)؛ لأن الرهن استيفاء، ولا استيفاء قبل الوجوب؛ لأن معنى الدرك: ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، فلمّا لم يستحق.. لا يجب على البائع رد [٦٩٧/أ]

وَلَا بِمَا هُوَ مَضْمُونٌ بِغَيْرِهِ؛ كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ.

الثمن، وكذا بعد الاستحقاق، حتى يحكم بردِّ الثمن وبفسخ البيع؛ لاحتمال أن يجيز المستحق.

بخلاف الكفالة بالدرك.. حيث تجوز؛ لأن الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم؛ لأن الكفالة: التزام المطالبة، والتزام الأفعال يجوز معلقاً ومضافاً إلى المال؛ كما في الصوم والصلاة، وليس فيها شيء من معنى التمليك، ولا كذلك الرهن؛ فإنه استيفاء، فيكون تمليكاً، والتمليكات لا يجوز تعليقها ولا إضافتها إلى زمان في المستقبل، فافترقا.

ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق، فهلك عند المشتري.. يهلك أمانة؛ لأنه لا عقد حيث وقع باطلاً.

بخلاف الرهن بالدين الموعود، وهو أن يقول: رهنتك هذا بألف لتقرضني، وهلك في يد المرتهن.. حيث يهلك بما سمى من المال؛ لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة، بل جعل موجوداً اقتضاء؛ لأن الرهن استيفاء، والاستيفاء لا يسبق الوجوب، فيكون الاستيفاء مبنياً عليه، فيكون مضموناً عليه بالأقل مما سمى ومن قيمة الرهن.

وإن لم يسمّ قدر المال؛ بأن رهنه على أن يعطيه شيئاً، فهلك الرهن في يده.. يعطي المرتهن الراهن ما شاء؛ لأنه بالهلاك: صار مستوفياً شيئاً، فيكون بيانه إليه. كذا في «الزيلعي».

(**ولا بما هو مضمون بغيره؛ كالمبيع في يد البائع**)، وهذا: لأن الرهن يجب أن يكون في مقابلة الدين حقيقة أو حكماً، والمبيع في يد البائع ليس بدين حقيقة، وهو ظاهر، ولا حكماً؛ لأنه يجب أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة، والمبيع في يد البائع ليس كذلك، بل مضمون بالغير، وهو الثمن؛ لأنه غير المثل والقيمة، وهذا: لأنه إذا هلك في يد البائع.. سقط الثمن عن ذمة المشتري وهو حق البائع.

وَلَا بِالْكَفَالَةِ بالنفسِ، وَلَا بِالْقصاصِ فِي النَّفْسِ وَمَا دونهَا.

وَلَا بِالشُّفْعَةِ، وَلَا بِأُجْرَةِ النَّائحةِ أَو الْمُغنِّيَةِ.

وَلَا بِالْعَبدِ الجاني، أَو الْمَدْيُونِ.

وَلَا يجوزُ للْمُسلمِ رهنُ الْخمرِ، وَلَا ارتهانُها مِن مُسلمٍ أَو ذمِّيٍ.

وإن قبض الرهن بالمبيع، فهلك.. هلك بلا شيء؛ لأنه باطل، ولا اعتبار بالباطل.

(ولا بالكفالة بالنفس)؛ لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل، فيتعذر الاستيفاء به، حتى لو هلك الرهن.. هلك بلا شيء.

(ولا بالقصاص في النفس وما دونها) من الأطراف؛ لتعذر الاستيفاء بالرهن.

ولو كانت الجناية خطأً.. جاز الرهن؛ لأن الواجب فيها: هو الأرش وهو المال، واستيفاء الأرش ممكن من الرهن.

(ولا بالشفعة)؛ بأن قضى القاضي بالشفعة، فطلب الشفيع من المشتري الرهن بالدار المشفوعة.. لا يجوز؛ لأن المبيع ليس بمضمون [٦٩٧/ب] على المشتري، فلذا لو هلك.. لا يلزم المشتري شيء.

(ولا بأجرة النائحة أو المغنية)؛ لأن الإجارة على ذلك باطلة، والأجرة غير مضمونة، فلا يجوز الرهن بها، حتى لو هلك الرهن.. هلك بلا شيء؛ إذ لم يقابله شيء مضمون.

وكذا لا يجوز بثمن حر؛ لما ذكرناه.

(ولا بالعبد الجاني أو المديون)؛ فإن هذا العبد غير مضمون على المولى؛ فإنه لو هلك.. لا يجب عليه شيء، وإذا لم يكن مضموناً على المولى.. لا يجوز الرهن بهما.

(ولا يجوز للمسلم رهن الخمر)؛ أي: أن يرهن عند شخص **(ولا ارتهانها)**؛ أي: أن يقبلها رهناً **(من مسلم أو ذمي)**؛ لتعذر الاستيفاء منه في حق المسلم؛ لعدم كونها

وَلَا يضمنُ لَهُ مرتهنُها وَلَو ذِمِّياً.

ويضمنُها هُوَ لوِ ارتهنَها مِن ذمِّيٍ.

وَيصِحُّ بِالدّينِ وَلَو مَوْعُوداً؛ بِأَن رَهَنَ ليُقرضَهُ كَذَا؛ ....

مالاً متقوماً في حقه، فلا يكون مضموناً.

(ولا يضمن له)؛ أي: للمسلم **(مرتهنها ولو)** - وصلية - **(ذمياً)**؛ لأن الرهن إيفاء، والارتهان استيفاء، والمسلم لا يمكنه إيفاء الدين من الخمر ولا استيفاؤه منه؛ لعدم كونهما مالاً مضموناً في حقه.

(ويضمنها هو)؛ أي: المسلم **(لو ارتهنها)**؛ أي: الخمر **(من ذمي)**؛ يعني: إذا رهن ذمي خمره من مسلم، فهلكت الخمر في يد المسلم.. يضمن المسلم الخمر للذمي؛ لأنها مال متقوم في حق الذمي؛ كما إذا غصب مسلم خمر الذمي.

(ويصح) الرهن **(بالدين)** كما هو الأصل في الباب، وهو توطئة لقوله: **(ولو)** - وصلية - **(موعوداً؛ بأن رهن)** شيئاً **(ليقرضه كذا)**؛ أي: ألف درهم مثلاً.

وهذا: لأن الرهن استيفاء، والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين ولو موعوداً؛ لأن الدين الموعود: كالموجود باعتبار الحاجة، فيتحقق الوجوب في حقه على ما قدمناه، فيصح الرهن به.

أطلق الدين؛ فشمل:

ما وجب حقيقة وهو ظاهر.

وما وجب ظاهراً دون حقيقة؛ لأن وجوبه ظاهراً فقط: يكفي في صحة الرهن، ولا يشترط وجوبه حقيقة؛ فإنه لو ادعى على رجل ألف درهم ديناً مثلاً، فأنكر المدعى عليه، فصالحه على خمسمائة على الإنكار وأعطاه بها رهناً يساوي خمسمائة، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم تصادقا أن لا دين عليه.. فإن المرتهن يضمن خمسمائة للراهن باعتبار ثبوته ظاهراً. ذكره محمد في «الجامع»، على ما سيأتي هذا في الكتاب أيضاً.

فَلَو هَلَكَ فِي يَد الْمُرْتَهِنِ.. لزمَهُ دفعُ مَا وَعَدَ إن مثلَ قِيمَتِهِ أَو أقلَّ.

وبرأسِ مَالِ السَّلَمِ، وَثمنِ الصَّرْفِ، وبالمُسلَمِ فِيهِ.

وكذا لو اشترى عبداً ورهن بالثمن، فهلك الرهن، ثم ظهر أن العبد حر أو مستحق.. يجب على البائع أن يضمن الأقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد؛ لأن الدين كان ثابتاً ظاهراً، فيترتب عليه أحكامه؛ لأن الأحكام الشرعية تبتنى على الظاهر.

وكذا لو اشترى عبداً أو شاة ذكية أو خلاً، فرهن [٦٩٨/أ] بثمنه ثوباً، ثم ظهر حراً، والشاة ميتة، والخل خمراً.. كان الرهن مضموناً؛ لثبوت الدين ظاهراً. كذا في «الزيلعي».

(فلو هلك) الرهن (في يد المرتهن.. لزمه دفع ما وعد) من المال المسمى إن سمى؛ كألف درهم مثلاً.

وإن لم يسمّ.. قدره؛ بأن رهنه على أن يعطيه شيئاً، فهلك الرهن في يد المرتهن قبل أخذ ما رهن به.. لزم المرتهن دفع ما شاء من الأشياء؛ لأنه بالهلاك: صار مستوفياً شيئاً، فيكون بيانه إليه.

(إن) كان الموعود (مثل قيمته)؛ أي: قيمة الرهن (أو أقل) من قيمته.

وإن كان أكثر.. لزمه دفع مقدار قيمته من الموعود.

(وبرأس مال السلم، وثمن الصرف، وبالمسلم فيه).

وقال زفر: لا يجوز الرهن بهذه الأشياء؛ لأن حكم الرهن: الاستيفاء على ما بيناه، وأخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء؛ لعدم المجانسة بين الرهن وهذه الأشياء، فكان الأخذ استبدالاً لا استيفاءً، وباب الاستبدال في هذه الأشياء مسدود.

ولنا: أن الأخذ فيها استيفاء؛ لوجود المجانسة من حيث المالية؛ فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من حيث المالية لا من حيث العين، والعين أمانة عند المرتهن؛

فَإِنْ هَلَكَ فِي مجْلِس العقدِ قبلَ الافتراقِ.. فقد استُوفِيَ حكماً.

وَإِنِ افْتَرقَا قبلَ النَّقْدِ والهلاكِ.. بَطلَ العقدُ.

وَالرَّهْنُ بِالْمُسلَمِ فِيهِ: رهنٌ بِبَدَلِهِ إذا فُسِخَ.

حتى وجبت نفقته وكفنه على الراهن على ما تقدم، والأعيان من حيث المالية جنس واحد.

فإن قيل: فعلى هذا.. يجوز الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم؛ لوجود المجانسة من حيث المال.

أجيب: بأن المجانسة من حيث المالية لا تكفي في الاستبدال، بل لا بد فيه من تمليك العين أيضاً، وقد قام الدليل على عدم تمليك العين في الرهن.

بخلاف الاستيفاء؛ فإنه يكفي فيه مجرد المجانسة من حيث المالية، بلا حاجة إلى تمليك العين.

وإذا صح الرهن بهذه الأشياء؛ **(فإن هلك)** الرهن **(في مجلس العقد قبل الافتراق.. فقد استوفي حكماً)**، فتم عقد الصرف والسلم؛ لتحقق القبض حكماً مع اتحاد الجنس من حيث المالية.

(وإن افترقا) عن المجلس **(قبل النقد)**؛ أي نقد رأس مال السلم وثمن الصرف (و) قبل **(الهلاك)**؛ أي: هلاك الرهن **(.. بطل العقد)**؛ لفوات القبض حقيقة وحكماً.

أما حقيقة: فلعدم النقد.

وأما حكماً: فلأن المرتهن إنما يصير قابضاً بالهلاك، وقد افترقا قبله، فلم يوجد القبض أصلاً، وهو من شرط العقد.

(والرهن بالمسلم فيه: رهن ببدله إذا فسخ) عقد السلم؛ يعني: لو تفاسخا عقد السلم، وبالمسلم فيه رهن عند رب السلم.. يكون ذلك الرهن رهناً برأس المال استحساناً، حتى يحبسه به [٦٩٨/ب]؛ لأنه بدله، فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن.. يكون رهناً بقيمته.

وهلاكُهُ بعدَ الْفَسْخِ: هَلَاكٌ بِالْأَصْلِ.

وَيصِحُ بالأَعيانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفسِهَا؛ ....

والقياس: أن لا يحبسه به؛ لأنه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض، والمسلم فيه وجب بالعقد، فلا يكون الرهن بأحدهما رهناً بالآخر؛ كما لو كان عليه دينان: دراهم ودنانير، وبأحدهما رهن، فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه.. ليس له حبسه بالدين الآخر.

وجه الاستحسان: أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما، وهو: المسلم فيه عند عدم الفسخ، ورأس المال عند الفسخ.. فيكون محبوساً به؛ لأنه بدله، فقام مقامه؛ إذ الرهن بالشيء: يكون رهناً ببدله؛ كما في المغصوب؛ فإن الرهن به: رهن ببدله، وهو القيمة عند الهلاك.

(وهلاكه)؛ أي: هلاك الرهن **(بعد الفسخ)**؛ أي: فسخ عقد السلم **(هلاك بالأصل)**؛ أي: بالمسلم فيه؛ يعني: لو هلك الرهن بعد التفاسخ.. يهلك بالطعام المسلم فيه، فعلى المرتهن - أي: رب السلم - رد مثل الطعام الذي كان على المسلَم إليه ويأخذ منه رأس ماله؛ لأنه رهنه به.

وإن هلك الرهن بالمسلم فيه قبل التفاسخ.. يصير مستوفياً بالمسلم فيه، فلم يبق السلم. كذا في «الهداية».

(ويصح) الرهن **(بالأعيان المضمونة بنفسها)**.

اعلم: أن الأعيان على ثلاثة أقسام:

قسم غير مضمون أصلاً كالأمانات.

وقسم مضمون بالغير؛ أي: بالثمن، وقد سبق ذكرهما.

وقسم مضمون بنفسها؛ أي: في حد ذاتها.

والوجه فيه: أن الضمان: عبارة عن رد المثل أو القيمة، فالعين إذا كان مثلياً أو قيمياً: يكون بحيث لو هلك.. تعين المثل أو القيمة، فتكون مضمونة في حد ذاتها،

أَي: بِالْمِثْلِ أَوِ الْقِيمَةِ؛ كالمغصوبِ، وَالْمهْرِ، وَبدلِ الْخُلْعِ، وَبدلِ الصُّلْحِ عَن دمِ عمدٍ، وَبدلِ الصُّلْحِ عَن إِنْكَارٍ ....

مع قطع النظر عن العوارض.

والقسم الثاني، لما لم يكن مضموناً بالمثل أو القيمة، بل مضموناً بالثمن وهو غير المثل أو القيمة.. سموه: مضموناً بالغير، ولما كان معنى المضمون بنفسها ما ذكرناه.. فسره المصنف بقوله: **(أي: بالمثل)** في المثليات، **(أو القيمة)** في القيميات؛ **(كالمغصوب)**؛ فإنه مضمون بالمثل لو مثلياً أو بالقيمة لو قيمياً.

(والمهر وبدل الخلع)؛ عيناً كان أو ديناً، على ما في «قاضي خان»، فعلى تقدير كونها عيناً: فهو مضمون بالمثل أو القيمة، فيصح الرهن بها؛ كما إذا كان ديناً.

(وبدل الصلح عن دم عمد)؛ لأن الضمان متقرر فيه؛ فإنه إن كان قائماً.. يجب تسليمه، وإن كان هالكاً.. يجب قيمته، فكان رهناً [٦٩٩/أ] بما هو مضمون، فيصح.

قال في «قاضي خان»: رجل قتل رجلاً عمداً، فصالح من القصاص على مال مع ولي العمد، وأخذ ببدل الصلح رهناً.. جاز في قولهم.

وكذا: لو كان القتل بما لا يوجب القصاص، فأخذ الولي بالدية رهناً من القاتل.

وكذا: لو كان القتل خطأ، فأخذ الولي من العاقلة رهناً بالدية بعد قضاء القاضي.. جاز.

وكذا: الرجل إذا جرح غيره جراحة لا يستطيع فيها القصاص، فقضى القاضي بالأرش للمجروح وأخذ بالأرش رهناً.. جاز.

وكذا: لو قطع يد رجل خطأ، وقضى القاضي بنصف الدية على العاقلة، فأخذ المقطوع يده رهناً من العاقلة.. جاز.

(وبدل الصلح عن إنكار)؛ بأن ادعى على رجل ألف درهم مثلاً، فأنكره المدعى عليه، فصالحه على نصفه على الإنكار، وأخذ ببدل الصلح؛ أعني: خمسمائة رهناً..

وَإِن أَقَرَّ الْمُدَّعِي بِعَدَمِ الدَّينِ.

وَلَو رهنَ الْأَبُ لدَينِهِ عبدَ طِفْلِهِ.. جَازَ.

وَكَذَا: الْوَصِيُّ؛ فَإِن هَلَكَ.. لزِمَهُما مثلُ مَا سقطَ بِهِ مِن دَينِهِما.

صح (وإن) وصلية (**أقرّ المدعي بعدم الدين**)؛ لأن الدين ثابت ظاهراً، وثبوت الدين بحسب الظاهر: يكفي في صحة الرهن، ولا يشترط ثبوته حقيقة على ما تقدم.

(**ولو رهن الأب لدينه عبد طفله**)، قيد بالطفل؛ فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبد ولده الكبير بدين نفسه إلا بإذن ولده (.. **جاز**).

(**وكذا الوصي**)؛ أي: بمنزلة الأب في ذلك.

والأصل فيه: أن هذا أنظر في حق الصبي؛ لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ؛ مخافةَ الغرامة، ولو هلك.. هلك مضموناً، والوديعة: أمانة لا تضمن، وتصرُّف الأب والوصي فيما هو أنفع وأنظر للصبي: نافذ.

وعن أبي يوسف وزفر: أنهما لا يملكان، وهو القياس؛ لأن الرهن إيفاء حكماً، فلا يملكانه؛ كالإيفاء حقيقة.

وجه الاستحسان - وهو الظاهر من الرواية -: أن في حقيقة الإيفاء: إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي الرهن: نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه، فافترقا، فلا يقاس أحدهما على الآخر.

ثم إذا جاز الرهن.. يصير المرتهن مستوفياً دينه عند هلاكه حكماً، ويصيران موفيين له به.

(**فإن هلك**) الرهن؛ أعني: العبد مثلاً (.. **لزمهما**)؛ أي: الأب والوصي؛ لأنهما أوفيا دينهما بماله (**مثل ما سقط به**)؛ أي: بالرهن (**من دينهما**)؛ أي: يضمنان للصغير مقدار دينهما دون الزيادة على دينهما من قيمة الرهن.

قال في «النهاية»: ويضمن الأب والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين، وإن كانت القيمة أكثر.. ضمنا [٦٩٩/ب] مقدار الدين دون الزيادة؛ لأنهما

وَلَو رَهنَهُ الْأَبُ مِن نَفسِهِ، ....

في الزيادة مودعان؛ ولهما الولاية في ذلك. انتهى.

وذكر في «الزيلعي» أيضاً كذلك؛ حيث قال: ولا يضمنان الفضل على الدين؛ لأنه أمانة عند المرتهن، ولهما ولاية الإيداع فقط.

سوَّى بين الأب والوصي في ذلك ولم يفرق، وقد فرق بينهما في «قاضي خان»؛ حيث قال: ولو قضى الوصي دين نفسه بمال اليتيم.. لا يجوز، ولو فعل الأب.. جاز؛ لأن الوصي لا يملك أن يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة، والأب يملك الرهن بمنزلة القضاء، ولو قضى الأب دين نفسه بمال اليتيم.. جاز، ولا يجوز ذلك للوصي، فكذا الرهن. انتهى.

وهل لهما تسليط المرتهن على بيع عبد الصغير؟

ففي «الهداية» و«الزيلعي»: وكذا: يجوز تسليط الأب والوصي المرتهن على بيع مال الصغير؛ لأنه توكيل له على بيعه، وهما يملكانه.

ثم إذا أخذ المرتهن الثمن من المشتري بدينه.. وجب على الأب والوصي ضمان الرهن؛ لأنهما أوفيا دينهما بماله، وأصل هذا: البيع؛ فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصغير من غريم نفسه.. تقع المقاصة، ويضمنان للصغير عندهما.

وعند أبي يوسف: لا تقع المقاصة، ويأخذ البائع الثمن من المشتري للصغير، ويأخذ المشتري دينه من البائع؛ فإذا لم يملك الأب والوصي قضاء دينهما بمال الصغير بطريق البيع عنده.. فكذا لا يملك بطريق الرهن أيضاً.

وعندهما: لما ملكا قضاء دينهما بمال الصغير بطريق [البيع][1].. ملكا أيضاً بطريق الرهن؛ لأن الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة المالية.

(**ولو رهنه**)؛ أي: مال الصغير (**الأب من نفسه**) يريد به: بيان جواز كون الأب راهناً ومرتهناً بالنسبة إلى مال واحد ذكره في ثلاث صور:

---

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/٧٣).

أَو مِن ابْنٍ آخرَ صَغِيرٍ لَهُ، أَو مِن عبدٍ لَهُ تَاجِرٍ لَا دينَ عَلَيْهِ.. صَحَّ. بِخِلَافِ الْوَصِيِّ.

- **أحداها**: أن يكون ديناً للأب على ابنه الصغير، فيأخذ من مال الصغير شيئاً ويحفظه عنده رهناً، فيكون الأب راهناً من جهة ابنه الصغير ومرتهناً لنفسه، وهذا جائز؛ لأن الأب لوفور شفقته: نزل منزلة شخصين، وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه.

- **وثانيتها**: ما ذكره بقوله: (**أو من ابن آخر صغير له**)؛ يعني: لو كان لابنه الصغير ديناً على ابن آخر صغير له، فرهن الأب مال ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الآخر الدائن.. جاز؛ لما ذكرناه، فيكون الأب راهناً من وجه، ومرتهناً من وجه كما عرفت.

- **وثالثتها**: ما ذكره بقوله: (**أو من عبد له تاجر لا دين عليه**)؛ يعني: لو كان [٧٠٠/أ] لعبده التاجر له دين على ابنه الصغير، فرهن الأب مال ابنه الصغير من عبده التاجر.. جاز لما ذكرناه أيضاً.

قيده بعدم الدين؛ لأن الشبهة فيما لا دين عليه؛ أما إذا كان عليه دين.. فلا شبهة في جوازه؛ لأنه يجوز من الوصي على ما سيأتي ذكره، فلأن يجوز من الأب: أولى. كذا في «العناية».

(.. صح) جواب «لو» أي: صح الرهن في الصور الثلاث كلها؛ لأن الأب لوفور شفقته لما نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد؛ كما في بيعه مال الصغير من نفسه.. كان يتولى طرفي العقد.

(**بخلاف الوصي**)؛ فإنه لو رهن مال الصغير من نفسه - أي: ارتهنه أو من ابنه الصغير، أو من عبده التاجر ولا دين عليه - بدين الصغير لهؤلاء.. لم يجز؛ كما لو رهن عيناً له من الصغير بحق الصغير عليه؛ لأن الوصي وكيل محض، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن؛ كما لا يتولاهما في البيع، لكن تركناه في الأب لما

وَإِنِ اسْتَدَانَ الْوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ فِي كِسوَتِهِ، أَو طَعَامِهِ وَرهنَ بِهِ مَتَاعَهُ.. صَحَّ. وَلَيْسَ للطِّفلِ إِذا بلغَ نقضُ الرَّهْنِ فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ، مَا لم يقْضِ الدَّينَ..

ذكرناه من وفور شفقته، والوصي قاصر الشفقة، فلا يعدل في حقه عن الحقيقة إلحاقاً له بالأب.

بخلاف ما لو رهن الوصي مال الصغير من ابنه الكبير أو أبيه أو عبده الذي عليه دين.. فإنه يجوز؛ لأنه أجنبي عنهم؛ لعدم ولايته عليهم.

بخلاف الوكيل بالبيع؛ فإنه لا يجوز بيعه منهم؛ لأنه متهم فيه، ولا تهمة في الرهن؛ لأن له حكماً واحداً، وهو: أن يكون مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين، وذلك لا يختلف بين الأجنبي والغريب.

(وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته أو طعامه، ورهن به متاعه)؛ أي: متاع اليتيم (.. صح)؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة، والرهن يقع إيفاء للحق، فيجوز.

وكذلك لو اتجر الوصي لليتيم فارتهن أو رهن بهذه التجارة.. جاز؛ لأن الأولى لليتيم التجارة له؛ تثميراً لماله، فلا يجد الوصي التاجر بداً من الارتهان والرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء.

(وليس للطفل إذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك)؛ أي: فيما رهن الأب مال الصغير من نفسه، ومن ابن آخر له صغير، ومن عبد له تاجر، وفيما رهن الوصي مال اليتيم بدين لليتيم في كسوته أو طعامه، أو في تجارته بمال [٧٠٠/ب] اليتيم لليتيم.

(ما لم يقض) الطفل البالغ (الدين)؛ لأن تصرف الأب والوصي وقع نافذاً على الطفل، لازماً له، بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ؛ لقيامه مقامه، فلم يقدر نقضه قبل قضاء دينه.

وكذا: ليس للطفل إذا بلغ نقض ما رهن الأب من مال الطفل بدين الأب نفسه، ما لم يقض الطفل بعد البلوغ ذلك الدين؛ فإذا قضاه الابن.. نقض الرهن، ورجع

وَلَو رهنَ شَيْئاً بِثمنِ عبدٍ فَظهرَ حرّاً، أَو بِثمنِ خلٍّ فَظهرَ خمراً، أَو بِثمنِ ذكيَّةٍ فظهرت ميتَةً.. فالرهنُ مَضْمُونٌ.

وَجَازَ رهنُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وكلِّ مَكِيلٍ وموزونٍ.

فَإِنْ رُهِنَتْ بجِنسِها.. فهلاكُها بِمِثْلِهَا مِنَ الدَّينِ، وَلَا عِبْرَةَ للجُودَةِ.

الابن به في مال الأب؛ لأن الابن مضطر فيه؛ لحاجته إلى تخليص ماله للانتفاع به، فأشبه معير الرهن؛ فإنه لو أعار شخص متاعه لشخص لرهنه، فرهنه المستعير لدائنه بدينه، ثم قضى المعير دين المستعير لدائنه لتخليص متاعه من يد المرتهن.. رجع به في مال المستعير؛ لضرورة حاجته إلى تخليص متاعه من يد المرتهن.

ولو رهن الأب مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير.. جاز؛ لاشتماله على أمرين جائزين.

ثم حكمه في حصة دين الأب: كحكمه فيما لو كان كله رهناً بدين الأب.

(ولو رهن شيئاً بثمن عبد، فظهر حراً)؛ يعني: اشترى عبداً ورهن بثمنه شيئاً، فهلك الرهن، ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً (أو) رهن شيئاً (بثمن خلّ) اشتراه، (فظهر) ذلك الخل الذي اشتراه ورهن بثمنه (خمراً، أو بثمن ذكية فظهرت ميتة.. فالرهن مضمون) بعد الهلاك بالأقل من: قيمته، ومن ثمن العبد، أو الخل، أو الذكية؛ لما تقدم: أن وجوب الدين ظاهراً يكفي لصحة الرهن، ولا يشترط وجوبه حقيقة، والدين في هذه الصور ثابت ظاهراً وإن لم يثبت حقيقة.

(وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون)؛ لإمكان الاستيفاء منها، فكانت محلاً للرهن.

(فإن رهنت بجنسها.. فهلاكها بمثلها من الدين، ولا عبرة للجودة)، ولا للقيمة عند أبي حنيفة؛ لسقوط الجودة والقيمة عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية.. فلا يضر اختلافهما في الجودة والقيمة؛ لأن عنده: يصير مستوفياً عند الهلاك باعتبار الوزن دون القيمة؛ فإذا هلك.. هلك بمثلها من الدين وزناً؛ قلّت قيمته أو كثرت؛ فإن

وَعِنْدَهُمَا: هلاكُها بِقِيمَتِهَا إِن خَالَفت وَزنَهَا.. فَيَضمنُ بِخِلَافِ الْجِنْسِ، وَيَجْعَلُ رهناً مَكَانَ الْهَالِكِ.

تساويا وزناً.. سقط الدين، وإذا كان الدين زائداً.. يسقط قدر الرهن منه وبقي الزائد في ذمة المرتهن، وإن عكس.. سقط قدر الدين منه [٧٠١/أ] والفضل للراهن. كذا في «الدرر».

(**وعندهما: هلاكها بقيمتها إن خالفت**) قيمتها (**وزنها**)؛ بأن كانت قيمتها أكثر من وزنها أو أقل، (**فيضمن**) المرتهن قيمتها (**بخلاف الجنس**)؛ لينقض قبض الهالك، (**ويجعل**) الضمان (**رهناً مكان الهالك**)؛ أي: الرهن الهالك، فيتملكه الراهن.

وهذا: لأنا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من الجودة والرداءة، وأسقطنا القيمة فيه.. أضررنا بأحدهما؛ لأن قيمتها لو كانت أكثر من الوزن.. لتضرر به الراهن، ولو كانت أقل.. لتضرر به المرتهن، ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفياً باعتبارها.. أدى إلى الربا، فتعين ما قلنا - أعني: ضمان قيمتها من خلاف الجنس - ويجعل ذلك الضمان مكان الهالك، فيتملكه الراهن بدل الرهن الأول الهالك.

وذكر في «الجامع الصغير» وقال: فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة، فضاع.. فهو قضاء بما فيه من الدين.

وقال صاحب «الهداية»: معناه: أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر؛ فإنه حينئذ يكون مستوفياً بالاتفاق في الوجهين.

أما عنده: فلأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن؛ فإذا كان وزنه مثل الدين.. يكون بالهلاك مستوفياً؛ سواء كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر.

وأما عندهما: فالاستيفاء باعتبار القيمة، والقيمة مثل الدين في الأول؛ أعني: ما كانت قيمته مثل وزنه، وزيادة عليه في الثاني؛ أعني: ما كانت أكثر، فيصير بقدر الدين مستوفياً.

وأما إن كانت قيمته أقل من الدين.. فهو على الاختلاف المذكور بينه وبين صاحبيه:

فعند أبي حنيفة: يهلك بالدين.

وعندهما: يضمن القيمة من خلاف جنسه.

هذا كله فيما إذا كان الإبريق هالكاً.

وأما إذا كان منكسراً عند المرتهن:

• **ففي الوجه الأول** - أعني: ما كانت قيمته مثل وزنه -: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجبر الراهن على الفكاك؛ لأنه إن أجبر عليه؛ فإما أن يكون ذهاب شيء من الدين، أو مع كامل الدين.

لا وجه إلى الأول؛ لأن المرتهن يصير قابضاً دينه بالجودة على الانفراد؛ فإنه لم ينقص من الدين إلا في مقابلة ما فاته من جودة الإبريق بالكسر، وذلك ربا.

ولا إلى الثاني؛ لما فيه من الإضرار بالراهن؛ لأن المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب، وبالانكسار صار معيباً، فيصل إليه [٧٠١/ب] حقه ناقصاً إذا لم يسقط شيء من دينه، وذلك ضرر به، فخيرناه بين أن يفتكه بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين، وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه، أو خلاف جنسه مصنوعاً، فيكون الضمان رهناً عند المرتهن، ويملك المكسور بالضمان.

وقال محمد: إن شاء.. افتكه ناقصاً، وإن شاء.. جعله بالدين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك الحقيقي، وفي الهلاك الحقيقي: مضمون بالدين بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه.

• **وفي الوجه الثالث**[1] - أعني: ما كانت قيمته أقل من وزنه -: بأن يكون

(١) قال في «العناية» (١٠/١٦٥): إنما قدم الوجه الثالث على الثاني؛ لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان، وفيه طول.

الوزن عشرة كالدين، وقيمته ثمانية مثلاً؛ لوجود غش فيه.. يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه؛ احترازاً عن الربا، أو ربا من جنسه، ويكون المضمون رهناً عنده إلى أن يحل الأجل، ويكون المكسور له، وهذا بالاتفاق.

أما عندهما: فظاهر؛ كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار، على ما تقدم.

وكذا عند محمد؛ لأنه يعتبر الانكسار بالهلاك كما تقدم، والهلاك عنده بالقيمة فيما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدين، فكذا الانكسار.

• **وفي الوجه الثاني**؛ أعني: ما كانت قيمته أكثر من وزنه، وزنه: عشرة كالدين، وقيمته: اثني عشر لجودة وصناعة فيه.. عند أبي حنيفة: يضمن جميع قيمته بخلاف جنسه، ويكون رهناً عنده.

وعند أبي يوسف: يضمن خمسة أسداس قيمته، ويهلك خمسة أسداس الإبريق، ويفرز سدسه حذراً عن طريان الشيوع.. فإن الشيوع الطارئ فيه: كالمقارن في إفساد الرهن كما تقدم.

وعند محمد: أن النقص بالانكسار؛ إن كان درهماً أو درهمين.. يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن كان أكثر من ذلك.. يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه، وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين.

وجه قول أبي حنيفة: أن العبرة في الأموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة؛ فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضموناً؛ كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين.. جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة.

وإن كان بعضه مضموناً؛ كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين.. فبعضه مضمون، وهو مقدار الدين، لا الزائد عليه.

وتنقسم الجودة على المضمون والأمانة، فحصة المضمون: مضمون، وغيرها:

أمانة، وهذا [٧٠٢/أ]: لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً.. استحال أن يكون التابع أمانة.

وفي مسألتنا: كان كله مضموناً من حيث القيمة والوزن؛ لأن الفرض: أن وزن الرهن مثل وزن الدين، فيكون كله مضموناً من حيث القيمة؛ لئلا يكون حكم التبع مخالفاً لحكم الأصل.

والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك: أن حالة الهلاك حالة استيفاء، فيقع الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده، بل بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن، فيكون مضموناً بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه.

ووجه قول أبي يوسف: أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة؛ لأن الجودة متقومة في ذاتها؛ بدليل: اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها.

وفي تصرف المريض؛ فإنه إذا باع قلباً وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة.. لم يسلم للمشتري، ويعتبر خروجه من الثلث، وإهدارها عند المقابلة بالجنس: ثابت بالنص، لا لكونها هدراً في ذاتها، فكانت زيادة القيمة بالجودة: كالزيادة في الوزن، فأمكن اعتبارها، ويصير خمسة أسداس الإبريق مضموناً لجودته وصنعته، وسدسه أمانة، فالتغيير بالانكسار فيما هو أمانة: لا يعتبر، وفيما هو مضمون: يعتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضاً، فيضمن قيمة خمسة أسداس من خلاف جنسه.

ووجه قول محمد: أن الوزن مضمون، والجودة أمانة للمناسبة؛ لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه، وصفة الأمانة في المرهون أيضاً كذلك، فيجعل الأصل في مقابلة الأصل، والتبع في مقابلة التبع؛ فإذا ظهر ذلك:

فإن زاد النقصان على الدرهمين.. وقع النقصان في المضمون - وهو العشرة - بالانكسار، [والانكسار] عنده: كالهلاك، وفي هذا الفصل عند الهلاك.. يصير مستوفياً دينه، فكذلك عند الانكسار: يكون مضموناً بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا.

وَمَن شرى على أَنْ يُعْطَى بِالثَّمنِ رهناً بِعَيْنِهِ، أَو كَفِيلاً بِعَيْنِه.. صَحَّ اسْتِحْسَاناً.

فَإِنِ امْتنعَ عَن إِعطائِهِ.. لَا يُجْبَرُ.

وإن لم يزد على الدرهمين.. وقع النقصان في الأمانة، والرهن المضمون باق على حاله، فيجبر الراهن على الفكاك؛ كما لو لم ينقص منه شيء.

واعلم: أن الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك، وإنما الفاصل: نقصان [٧٠٢/ب] مقدار الصناعة كائناً ما كان، وإنما وقع الدرهمان هنا باعتبار: أن الزيادة في المسألة مفروضة كذلك. كذا في «العناية» وتفصيله في «الزيلعي».

(**ومن شرى شيئاً على أن يعطي**) للبائع (**بالثمن رهناً بعينه**)؛ إذ لو كان الرهن غير معين.. لا يصح مطلقاً، (**أو كفيلاً بعينه**)، قيده بذلك: لما ذكرناه (.. **صح**) العقد (**استحساناً**).

والقياس: أن لا يصح؛ لأنه صفقة في صفقة، وهو منهي عنه، ولأنه شرط لا يقتضيه عقد البيع، وفيه منفعة لأحدهما، فلا يصح.

وجه الاستحسان: أنه شرط يلائم العقد؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأن يلائم الوجوب، وإذا كان الكفيل معيناً حاضراً في المجلس، والرهن معيناً.. اعتبرنا فيه المعنى وهو الملائمة للعقد، فيصح العقد.

وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً، أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا.. لم يبق معنى الكفالة والرهن وهو الاستيثاق؛ للجهالة؛ لأن المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه، أو يعطي كفيلاً غير ملي، فيفوت الاستيثاق؛ فإذا لم يبق معنى الكفالة والرهن.. بقي الاعتبار لعين الشرط، فيفسد به العقد.

ولو كان الكفيل غائباً، فحضر في المجلس وقبل ذلك.. صح العقد.

وكذا: لو لم يكن الرهن معيناً، فاتفقا على تعيينه في المجلس.. صح.

(**فإن امتنع**) المشتري (**عن إعطائه**)؛ أي: الرهن (.. **لا يجبر**) على الإعطاء.

وَلِلْبَائِعِ فسخُ البيعِ، إِلَّا إِن دفع الثَّمنَ حَالًا، أَو قيمَةَ الرَّهْنِ رهناً.

وَمن شرى شَيْئاً وَقَالَ لبَائِعِهِ: أمسِك هَذَا حَتَّى أُعْطِيكَ الثّمنَ.. فَهُوَ رهنٌ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: وَدِيعَةٌ.

وقال زفر: يجبر عليه؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع.. صار حقاً من حقوقه؛ كالوكالة المشروطة في الرهن، فتلزمه بلزومه.

ونحن نقول: الرهن: عقد تبرع من جانب الراهن على ما تقدم، ولا جبر على التبرعات.

(وللبائع فسخ البيع)؛ يعني: أن المشتري وإن لم يجبر على إعطاء الرهن، لكن للبائع خيار الفسخ؛ إن شاء.. رضي بترك الرهن، وإن شاء.. فسخ البيع؛ لأن الرهن وصف مرغوب فيه، وما رضي البائع إلا به، فجبر بفواته.

(إلا إن دفع) المشتري **(الثمن حالاً، أو قيمة الرهن رهناً)**.. فحينئذٍ لا خيار للبائع:

أما على الأول: فلحصول المقصود وهو الثمن.

وأم على الثاني: فلأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو قيمة الرهن.

(ومن شرى شيئاً وقال لبائعه: أمسك هذا حتى أعطيك الثمن.. فهو رهن) عند أبي حنيفة؛ لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة في العقود للمعاني [٧٠٣/أ]، حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل: حوالة، وبشرط مطالبة الأصيل: كفالة؛ اعتباراً للمعنى.

قيل: إن «هذا» إشارة إلى غير الشيء المشتري.

وقال في «العناية»: والصواب: أن المشتري وغيره سواء في ذلك.

(وعند أبي يوسف) - وهو قول زفر أيضاً، على ما في «الهداية» و«الزيلعي»، ومعه محمد أيضاً على ما في «قاضي خان» -: **(وديعة)**؛ لأن قوله: «أمسك»: يحتمل الرهن والوديعة، والثاني أقلهما، فيقضى بثبوته.

وَلَو رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ.. فَلَيْسَ لَهُ أَخذُ أَحدِهِمَا بِقَضَاءِ حِصَّتِهِ؛ كَالْبيعِ.

وَلَو رهنَ عيناً عِنْدَ رجلَيْنِ.. صَحَّ، وَكلُّهَا رهنٌ لكلٍّ مِنْهُمَا.

بخلاف ما إذا قال: «أمسك بدينك» أو «بمالك» عليَّ حيث يكون رهناً؛ لأنه لما قابله بالدين.. فقد عين جهة الرهن.

(ولو رهن عبدين بألف.. فليس له أخذ أحدهما بقضاء حصته؛ كالبيع)؛ لأن المجموع محبوس بكل الدين، فيكون الجميع محبوساً بكل جزء من أجزاء الدين؛ تحصيلاً للمقصود، وهو: المبالغة في الحمل على إيفاء الدين، فصار كالمبيع في يد البائع؛ فإن المشتري إذا أدى حصة أحدهما من الثمن.. لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن.

وإن سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من المال الذي رهنه به وهو الدين.. فكذلك الجواب في رواية «الأصل»؛ لأن العقد متحد، فلا يتفرق بتفرق التسمية كالبيع.

وفي «الزيادات»: له أن يقبض أحدهما إذا أدى ما سمى له؛ لأنه لا حاجة فيه إلى اتحاد العقد؛ لأن أحد العقدين لا يصير شرطاً لصحة الآخر؛ حتى إذا قبل الرهن في أحدهما دون الآخر.. جاز فيما قبل.

بخلاف البيع؛ لأن العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن، حتى لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر.. بطل البيع في الكل؛ لأن البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه؛ لأن العادة قد جرت بضم الرديء إلى الجيد في البيع، فيلحقه الضرر بالتفريق.

ولا كذلك الرهن؛ لأن الراهن لا يتضرر بالتفريق، ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الأصح، كذا في «الزيلعي».

(ولو رهن عيناً عند رجلين)؛ سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا شريكين فيه **(.. صح، وكلها)**؛ أي العين **(رهن لكل منهما)**؛ لأن الرهن أضيف إلى كل العين في صفقة واحدة، ولا يكون شائعاً باعتبار تعدد المستحق؛ لأن موجبه جعل العين

وَالمضمونُ على كلِّ حِصَّةُ دَينِهِ.

فَإِن تهاياَ فِي حفظِهَا.. فَكلٌّ فِي نوبَتِهِ كالعدلِ فِي حقِّ الآخرِ.

فَإِن قَضى دَينَ أَحدِهمَا.. فَكلُّهَا رهنٌ عِنْدَ الآخرِ.

محبوساً بالدين، وهو لا يقبل الوصف بالتجزؤ، فصار كله محبوساً بدين كل واحد منهما؛ إذ لا تضايق في استحقاق [٧٠٣/ب] الجنس، ولهذا: الرهن لا ينقسم على أجزاء الدين، بل يكون كله محبوساً بكل الدين، وبكل جزء من أجزائه على ما تقدم.

فكذا: هذا يكون محبوساً بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد، وبكل جزء من أجزاء دينهما، فلا شيوع.

بخلاف البيع أو الهبة من رجلين؛ حيث لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأن العين تنقسم فيهما على الرجلين؛ لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل، فيثبت الشيوع ضرورة، فلا يجوز.

(**والمضمون على كلٍّ حصة دينه؛ فإن تهاياَ في حفظها**)؛ بأن حفظها أحدهما يوماً والآخر يوماً (**.. فكل**) واحد منهما (**في نوبته كالعدل في حق الآخر**).

قال في «الزيلعي»: هذا: إذا كان مما لا يتجزأ.. فظاهر، وأما إن كان مما يتجزأ.. فالواجب: أن يحبس كل واحد منهما النصف؛ فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر.. وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ كما في الوديعة؛ فإنه إذا دفع عند رجلين ما يقبل القسمة، فدفع أحدهما كله إلى الآخر.. يضمن الدافع عنده، خلافاً لهما.

(**فإن قضى**) الراهن (**دين أحدهما.. فكلها رهن عند الآخر**)؛ لما ذكرناه: أن كله محبوس بدين كل واحد منهما على الانفراد، ولكل جزء من أجزاء دينهما، فلا يكون له استرداد شيء منه ما بقي شيء من الدين؛ كما إذا كان المرتهن واحداً، وكما إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن.. كان للبائع حبس البيع كله بنصيب الآخر.

وَلَو رهنَ اثْنَانِ مِن واحدٍ.. صَحَّ، وَله أَنْ يمسِكَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْهُمَا.

وَلَوِ ادّعى كلٌّ منِ اثْنَيْنِ: أَنَّ هَذَا رَهَنَ هَذَا الشَّيْءَ مِنْهُ وَقَبضَهُ وبرهنا عَلَيْهِ.. بَطلَ برهانُهما.

(**ولو رهن اثنان**) شيئاً بدينهما (**من واحد.. صح**) ويصير الرهن رهناً بكل الدين.

(**وله**)؛ أي: للمرتهن (**أن يمسكه حتى يستوفي جميع حقه منهما**) وليس لأحدهما أن يأخذ حصته من الرهن بعد أداء دينه. كما تقدم.

(**ولو ادعى كل من اثنين أن هذا**) الرجل (**رهن هذا الشيء منه**) - مسألة مبتدأة لا تعلق لها بما قبلها، والضمير المجرور: راجع إلى كل من اثنين - (**وقبضه وبرهنا عليه**)؛ يعني: أن رجلاً في يده عبد مثلاً، فأقام رجلان بينة كل واحد منهما، وهذا الرجل رهنه هذا العبد الذي في يده وقبضه.

(**.. بطل برهانهما**)؛ لأن كل واحد منهما أثبت ببينة أنه رهنه كل العبد، فلا يتصور ذلك؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا، وكله رهناً لذلك في حالة واحدة، فيمتنع القضاء به لهما معاً ولا لأحدهما بعينه أيضاً؛ لعدم الأولوية، ولا وجه للقضاء بالنصف؛ لأنه يؤدي إلى الشيوع، فتعذر العمل [٧٠٤/أ] بالبينتين، فتهاترتا.

ولا يمكن أن يقدر كأنهما ارتهناه معاً؛ استحساناً؛ لجهالة التاريخ؛ لأن ذلك يؤدي إلى العمل، بخلاف ما اقتضته الحجة؛ لأن كلاً منهما أثبت ببينته حبساً يكون وسيلة إلى تملك كل العبد بالاستيفاء، وبالقضاء يثبت حبسٌ يكون وسيلة إلى تملك شطره بالاستيفاء، فلا يكون عملاً على وفق الحجة، فكان العمل بالقياس أولى؛ لقوة أثره المستتر؛ لأن كل واحد منهما يثبت الحق ببينة على حدة، ولم يرض بمزاحمة الآخر.

بخلاف ما إذا ارتهنا جملة؛ لأن العقد فيه من جانب الرهن واحد، وهنا: بينة

وفي القياس: أن هذا [٧٠٤/ب] البرهان باطل أيضاً؛ للتهاتر، وهو قول أبي يوسف؛ لأن المقصود من الرهن: الحبس للاستيفاء، وهو الحكم الأصلي في عقد الرهن، فيكون الحكم به حكماً بعقد الرهن؛ إذ لا يثبت الحكم بدون علته، وإنه باطل للشيوع؛ كما في حالة حياة الراهن.

وجه الاستحسان: أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة: الحبس، فالشيوع يضره.

وبعد الموت: الاستيفاء بالبيع: من ثمنه، والشائع يقبل البيع، فصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة، أو ادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل؛ فإن البينات تهاترت في حالة الحياة، وقبلت بعد الممات.

لأن حكمها في حالة الحياة: ثبوت ملك النكاح، وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة.

وبعد الممات: ثبوت ملك المال بالإرث، وهو يقبل الشركة والانقسام.

هذا فيما إذا كان الاختلاف بين الاثنين غير الراهن، وأما إذا اختلف الراهن والمرتهن.. ففيه تفصيل.

فقال في «البزازية»: عليه ألف درهم رهن به مالاً، فاختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: بنصفه، وقال المرتهن: بكل الألف.. فالقول للراهن؛ لإنكاره تعلق الرهن بزيادة الدين.

ولو كان الراهن يدعي بألف، والمرتهن بنصفها، والرهن قائم يساوي ألفاً.. تحالفا وترادّا؛ فإن هلك الرهن قبل التحالف.. فالقول للمرتهن؛ لإنكاره زيادة سقوط الدين.

برهن الراهن على المرتهن أنه رهنه شيئاً وقبضه، ولم يعرفه الشهود.. يؤمر المرتهن ببيانه، والقول له في ذلك.

وَلَو بعدَ موتِ الرَّاهِنِ.. قُبِلا، وَيحكمُ بِكَوْنِ الرَّهْنِ مَعَ كلٍّ نصفُهُ رهناً بِحقِّهِ.

كل واحد منهما أثبتت عقداً آخر، والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز؛ فإذا وقع الرهن باطلاً؛ فإذا هلك الرهن.. هلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له.

وهذا: إذا لم يؤرخا؛ فإن أرّخا.. كان صاحب التاريخ الأقدم أولى؛ لأنه أثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد.

وكذا: إذا كان الرهن في يد أحدهما.. كان صاحب اليد أولى؛ لأن تمكنه من القبض دليل على سبقه؛ كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد.

إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأولى، فيكون هو أولى من ذي اليد؛ فإنه صرح في السبق، والصريح يفوق الدلالة.

(ولو) برهن كل من اثنين **(بعد موت الراهن)** أن العبد الذي في يديهما الآن رهنه منه هذا الراهن قبيل موته وقبضه منه **(.. قبلا)**؛ أي: قُبلَ بينة كل منهما.

(ويحكم بكون الرهن مع كل) واحد منهما **(نصفه رهناً بحقه)**.

والجملة في هذه المسألة: أن العبد الرهن؛ إما أن لا يكون في أيديهما بل في يد ثالث، أو يكون في يد أحدهما، أو يكون في أيديهما.

فإن لم يكن في أيديهما.. فهو المذكور أولاً بقوله: «ولو ادعى كل من اثنين أن هذا رهن هذا الشيء منه وقبضه وبرهنا عليه.. بطل برهانهما» وقد بينا وجهه.

وإن كان في يد أحدهما فقط.. كان صاحب اليد أولى على ما ذكرناه.

وإن كان في أيديهما وهو المذكور بقوله: «ولو بعد موت الراهن» يعني: لو مات الراهن وبقي الرهن في يد كل منهما، فادعى كل أن هذا العبد الذي في يديهما ارتهنه من الراهن قبل موته، وبرهن على وفق دعواه.. قبلت بينة كل منهما، ويحكم بكون الرهن مع كل نصفه رهناً لحقه استحساناً، وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

ولو أقر المرتهن أنه ارتهن منه رهناً، ثم جاء بثوب وقال: هذا ذلك.. فالقول له مع يمينه إن لم يصدقه الراهن فيه. كذا في رواية «الأصل».

ثم اختلفوا في مسألة البينة - أعني: برهن الراهن على المرتهن أنه رهنه شيئاً وقبضه ولم يعرفه الشهود -:

فقال بعض المشايخ: إن هذه المسألة مؤولة بأن يشهد الشهود على إقرار المرتهن به.

وقال الإمام السرخسي: إنها ليست بمؤولة، بل على إطلاقها.

وقال في «البزازية» أيضاً: زعم الراهن أن الرهن هلك عند المرتهن وسقط الدين، وزعم المرتهن أنه رده إليه بعد القبض وهلك في يد المرتهن.. فالقول للراهن؛ لأنه يدعي عليه الرد العارض وهو ينكر، فالقول للمنكر مع يمينه.

وإن برهنا.. فللراهن أيضاً، ويسقط الدين عنه لإثباته الزيادة [٧٠٥/أ].

وإن زعم المرتهن أنه هلك في يد الراهن قبل قبضه.. فالقول للمرتهن؛ لإنكاره دخوله في ضمانه.

وإن برهنا.. فللراهن؛ لإثبات الضمان.

أذن للمرتهن في الانتفاع بالرهن، ثم هلك الرهن، فقال الراهن: هلك بعد ترك الانتفاع به وعود الرهن إلى ضمانه، وقال المرتهن: هلك حال الانتفاع به.. فالقول للمرتهن؛ لاتفاقهما على زوال الرهن، فلا يصدق الراهن في العود إلا بحجة.

رهن عبداً يساوي ألفاً، فوكل المرتهن بالبيع، فقال المرتهن: بعته بنصفها، وقال الراهن: لا، بل مات عندك.. يحلف الراهن بالله ما يعلم أنه باعه، ولا يحلف بالله ما مات عنده.

فإذا حلف.. سقط الدين، إلا أن يبرهن على البيع.

أذن الراهن للمرتهن في لبس ثوب مرهون يوماً، فجاء به المرتهن متخرقاً،

وقال: تخرق في لبس ذلك اليوم، وقال الراهن: ما لبست في ذلك اليوم، ولا تخرق فيه.. فالقول للراهن.

وإن أقر الراهن باللبس فيه، ولكن قال: تخرق قبل اللبس أو بعده.. فالقول للمرتهن أنه أصابه في اللبس؛ لاتفاقهما على خروجه من الضمان، فكان القول للمرتهن في قدر ما عاد من الضمان إليه.

بخلاف أول المسألة؛ لعدم الاتفاق ثمة على الخروج من الضمان؛ لعدم اعتراف الراهن بالخروج.

الرهن: لو كان عبداً، وبرهن الراهن على إباقه عند المرتهن، وبرهن المرتهن على أنه رده إلى الراهن وأبق عنده.. قال ابن سماعة: عن محمد: يؤخذ برهان المرتهن؛ لأنه قد يأبق عنده، فيأخذه، فيرده.

ولو اختلفا في يد ولد المرهونة، فقال المرتهن: ولدت عندي.. فالقول للمرتهن؛ لأنه في يده، ولم يقر بأخذه من غيره.

ولو قال المرتهن: ارتهنت الأم والولد جميعاً، وقال الراهن: بل الأم وحدها.. فالقول للراهن؛ لأنه منكر.

* * *

(بَابُ الرَّهْنِ يُوضَعُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ)

وَلَو اتَّفَقَا على وضعِ الرَّهْنِ عِنْدَ عدلٍ.. صَحَّ، ....

(بَابُ الرَّهْنِ يُوضَعُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ)

أي: من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده، ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل، وهو وكيل الراهن ببيعه، يسمى: بالعدل؛ لعدالته في زعم الراهن والمرتهن.

(ولو اتفقا)؛ أي: الراهن والمرتهن **(على وضع الرهن عند عدل.. صح)**.

قال زفر ومالك وابن أبي ليلى: لا يصح؛ لأن يد العادل يد المالك؛ **بدليل**: أنه يرجع على الراهن فيما إذا هلك الرهن في يد العدل، ثم استحق وضمن العدل قيمته بما ضمن؛ فإذا كانت يده يد الراهن.. انعدم القبض. [٧٠٥/ب]

ولنا: أن يده: **يد المالك في الحفظ**؛ لكون العين أمانة عنده، **ويد المرتهن في حق المالية**؛ لأن كل واحد منهما أمره، فصارت يده كيدهما، ولهذا.. لا يكون لأحدهما أن يأخذ منه الرهن على الخصوص بدون إذن الآخر.

ولو كانت يده أحدهما فقط.. كان له أن يسترده منه؛ ولكون اليد الواحدة في حكم اليدين نظائرُ في الشرع؛ كالساعي للزكاة؛ فإن يده جعلت كيد الفقير، وكيد صاحب المال؛ حتى إذا هلك المال في يده.. أجزأت الزكاة عن صاحب المال.

فإن قيل: إن يده لما كانت بمنزلة يد كل منهما.. ينبغي فيما إذا هلك الرهن في يده، ثم استحق وضمن قيمته: أن لا يرجع على المالك؛ كما لا يرجع على المرتهن، أو يرجع على المرتهن؛ كما يرجع على الراهن.

والحاصل: أن القياس: بشمول الوجود أو شمول العدم.

قلنا: العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل، وذلك يتعلق بالعين دون المالية، والعين ملك الراهن، والمالية للمرتهن؛ فلذا.. رجع على الراهن دون المرتهن.

وَيتمُّ بِقَبضِ الْعدْلِ.

وَلَيسَ لأَحَدِهمَا أَخذُهُ مِنْهُ بِلَا رضا الآخرِ، وَيضمنُ بِدَفْعِهِ إِلَى أَحدِهمَا،

فإن قيل: القبض شرط في الرهن، ولم يوجد من المرتهن:

لا حقيقة وهو ظاهر؛ لأنهما وضعاه عند عدل قبل قبضه على ما هو المفروض.

ولا حكماً؛ لأن ذلك:

إما أن يكون من حيث إنه أمر العدل بالقبض، وذلك غير صحيح؛ لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حقاً مستحقاً للآمر، وبعقد الرهن لم يصر القبض حقاً له؛ حتى كان للراهن أن يمنعه منه.

وإما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه في الوضع على يد العدل، ولا تأثير لذلك؛ لأنهما لو اتفقا على قبض الراهن.. لم يتم الرهن، فكذا لو اتفقا على قبض العدل أيضاً.

أجيب عنه: بأنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض، وهو حق بمستحق له بعقد الرهن، وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه؛ لأنه فسخ للعقد، والراهن يتفرد به؛ لكونه غير لازم، والقبض حقه ما دام العقد باقياً.

(ويتم) الرهن (بقبض العدل) كما ذكرناه: من أن يده يد المرتهن في حق المالية، فيكون قبضه قبض المرتهن.

(وليس لأحدهما)؛ أي: من الراهن والمرتهن (أخذه)؛ أي: الرهن (منه)؛ أي: من العدل (بلا رضا الآخر) [٧٠٦/أ]؛ لما ذكرناه أيضاً: من أنه تعلق به حق الراهن في الحفظ بيده، وأمانته وتعلق حق الأرش به في حق الاستيفاء، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر.

(ويضمن) العدل (بدفعه)؛ أي: الرهن (إلى أحدهما)؛ أي: من الراهن والمرتهن؛ لأنه: مودع الراهن في حق العين، ومودع المرتهن في حق المالية، وكل منهما أجنبي

وهلاكُهُ فِي يَدِهِ على الْمُرْتَهِنِ.

عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي.

(وهلاكه)؛ أي: الرهن **(في يده)**؛ أي: العدل **(على المرتهن)** خبر لقوله: «وهلاكه»، وهذا: لأن يده في حق المالية هو يد المرتهن، والمالية هي المضمون، فيهلك على المرتهن.

هذا إذا هلك في يده من غير تعد فيه.

وأما إذا هلك بالتعدي فيه؛ بأن أتلفه بنفسه أو دفعه إلى واحد من الراهن أو المرتهن أو غيرهما، أو أتلفه المدفوع إليه.. ففي الصورتين: يهلك على العدل، فيضمن قيمته.

ثم إذا ضمن العدل قيمته.. فهل يقدر العدل أن يجعل قيمته رهناً في يده كما كان مثل المتلف؟

قالوا: إنه لا يقدر على ذلك؛ لأن القيمة واجبة عليه، فلو جعلها رهناً في يده بعد ضمانه.. يلزم أن يكون قاضياً ومقتضياً، وبينهما منافاة، فلا يقدر على ذلك.

ولكن: للراهن والمرتهن أن يأخذاها منه ويجعلانها رهناً عنده أو عند غيره.

وإن تعذر اجتماعهما.. يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي ليفعل ذلك؛ أي: يجعل القيمة رهناً عنده أو عند غيره.

ثم إذا جعلت القيمة رهناً عنده أو عند غيره برأيهما أو برأي القاضي، ثم قضى الراهن الدين؛ فإن كان العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن.. فالقيمة سالمة للعدل إن كانت عنده، ويأخذها إن كانت عند غيره؛ لوصول كل حق لصاحبه؛ المرهون: إلى الراهن بالتسليم الأول إليه، والدين: إلى المرتهن بدفع الراهن إليه، ولا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد.

ولو أخذه الراهن.. لاجتمعا في ملكه، وذا لا يجوز.

وإن كان العدل ضمن الرهن بالدفع إلى المرتهن.. فالراهن يأخذ القيمة من

فَإِنْ وكَّلَ الرَّاهِنُ الْعدْلَ أَوِ الْمُرْتَهِنَ أَو غَيرَهمَا بِبيعِهِ عِنْدَ حُلُولِ الدَّين.. صحَّ.

العدل إن كانت عنده، أو من غيره إن كانت عند غيره؛ لأن العين لو كانت باقية.. أخذها ممن هي في يده إذا أدى الدين، فكذلك يأخذ ما قام مقامها، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد.

ثم هل للعدل أن يرجع على المرتهن بذلك؟

ينظر:

إن كان دفعه إليه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن.. لا يرجع.

وإن استهلكه [٧٠٦/ب].. يرجع عليه؛ لأن العدل بأداء الضمان: ملكه، وتبين أنه أعاد أو أودع ملك نفسه؛ فإن هلك في يد المودع أو المستعير.. لا يرجع، وإن استهلكه.. يضمن كما هو حكم العارية والوديعة.

وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهناً؛ بأن قال: هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك.. رجع العدل عليه بقيمته؛ استهلكه المرتهن أو هلك عنده؛ لأنه دفع إليه على وجه الضمان. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

(فإن وكل الراهن العدل أو المرتهن أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين.. صح) الوكالة؛ لأن الراهن مالك، فله أن يوَكّل من شاء ممن كان أهلاً للبيع لماله؛ معلقاً أو منجزاً؛ لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط؛ لكونها من الإسقاطات؛ لأن المانع من التصرف: حق المالك، وبالتسليط على بيعه أسقط حقه، والإسقاطات يجوز تعليقها بالشرط.

ولو أمر صغيراً لا يعقل فباعه بعدما دفع.. لا يصح عند أبي حنيفة.

وقالا: يصح؛ لقدرته عليه وقت الامتثال.

ولأبي حنيفة: أن أمره وقع باطلاً؛ لعدم الأهلية؛ لعدم القدرة وقت الأمر، فلا ينقلب جائزاً، وإطلاق المصنف يساعد قولهما.

وَلَو وَكَّلهُ بِالْبيعِ مُطلقاً.. مَلَكَ بَيْعَهُ بِالنَّقْدِ والنسيئةِ.

فَلَو نَهَاهُ بعدَهُ عَن بَيْعِهِ نَسِيئَةً.. لَا يُعْتَبرُ نَهْيُهُ.

وَلَا يَبِيعَ الرَّاهِنُ وَلَا الْمُرْتَهنُ الرَّهْنَ بِلَا رضا الآخرِ.

الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره من ورثته أو وصيّه.

(ولو وكله بالبيع مطلقاً.. مَلَكَ) الوكيل (بيعه)؛ أي: الرهن (بالنقد والنسيئة)؛ عملاً بإطلاق العقد.

(فلو نهاه)؛ أي: الوكيل (بعده)؛ أي: بعدما ملك البيع بالنقد والنسيئة (عن بيعه نسيئة.. لا يعتبر نهيه)؛ لأن عقد الوكالة لازم بأصله، فكذا بوصفه، وهو الإطلاق؛ لأنه وصف من أوصافه وحق من حقوقه.

(ولا يبيع الراهن، ولا المرتهن الرهن بلا رضا الآخر).

أما الراهن: فلأن المرتهن أحق بماليته من الراهن، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع، وبيع ما لم يقدر على تسليمه: باطل.

وأما المرتهن؛ فلأن الراهن ملَّكه حبسه وما رضي ببيعه، ولو باع الراهن الرهن بلا إذن المرتهن وسلم إلى المشتري.. فللمرتهن خيار:

إن شاء.. ضمن الراهن، وإن شاء.. ضمن المشتري، وإن شاء.. أجاز البيع وأخذ الثمن، كذا في «الخزانة» و«منية المفتي».

فدل: أن بيع الراهن موقوف.

وقال في آخر البيع الموقوف من «قاضي خان»: الراهن إذا باع الرهن، ثم باعه من آخر، فأجاز المرتهن البيع الأول أو الثاني.. نفذ ما أجاز.

ولو باع الراهن الرهن، ثم رهن عند آخر، أو أجر، أو وهب وسلم، أو أعار، فأجاز المرتهن الأول الرهن الثاني، أو الإجارة، أو الهبة، أو العارية.. نفذ البيع وبطل ما سواه. انتهى.

فَإِن شُرِطَت فِي عقدِ الرَّهْنِ.. لَا يَنْعَزِلُ بِالْعَزْلِ، وَلَا بِمَوْتِ الرَّاهِنِ أَوِ الْمُرْتَهن.

وَلهُ بَيْعُهُ بغيبةِ ورثَتِهِ.

وَتبطلُ بِمَوْتِ الْوَكِيلِ.

(فإن شرطت) الوكالة (في عقد الرهن.. لا ينعزل) الوكيل (بالعزل)؛ يعني: ليس للراهن أن يعزل الوكيل بدون رضا المرتهن؛ لأن الوكالة لما شرطت في عقد الرهن.. صارت وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه.

ألا ترى: أنها لزيادة الوثيقة، فتلزم بلزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل بدون رضاه: إبطال حقه، فصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي، حتى لو شرطت بعد تمام العقد.. ينعزل بعزله؛ لعدم تعلق حق المرتهن، ولعدم كونه حقاً من حقوق العقد.

وكذا: لا ينعزل بعزل المرتهن؛ لأنه لم يوكله، فكان أجنبياً عنه بالنسبة إلى الوكالة.

(ولا) ينعزل أيضاً (بموت الراهن أو المرتهن)؛ لأن الرهن لا يبطل بموت الراهن ولو بطل في حق الوراثة، وحق المرتهن متقدم عليه كما يتقدم على حق الراهن، وإذا لم يبطل بموت الراهن.. فبموت المرتهن أولى منه.

وكذا: لا يبطل بارتداد الراهن ولحوقه بدار الحرب؛ لما ذكرناه.

بخلاف الوكالة المفردة؛ حيث تبطل بموت الموكل، وتنعزل بعزله على ما تقدم.

(وله)؛ أي: للوكيل في عقد الرهن (بيعه)؛ أي: الرهن (بغيبة ورثته)؛ يعني: إذا لم تبطل الوكالة بالموت.. فللوكيل بيع الرهن بعد موت الراهن بغيبة ورثته؛ كما كان يبيعه في حال حياته؛ لأنه باق على [٧٠٧/أ] وكالته.

(وتبطل) الوكالة (بموت الوكيل)؛ لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث، ولأن

فَإِن حلَّ الْأَجَلُ والراهنُ غَائِبٌ.. أُجبِرَ الْوَكِيلُ على بَيْعِهِ، كَمَا يجْبرُ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ عَلَيْهَا عِنْدَ غيبَةِ مُوكِّلِهِ.

وَكَذَا: يجْبرُ لَو شَرطَ بعدَ عقدِ الرَّهْنِ فِي الْأَصَحِّ.

(**فإن حل الأجل والراهن غائب.. أجبر الوكيل على بيعه**)؛ لئلا يتضرر المرتهن.

معنى الإجبار ههنا على ما فسره في «العناية»: أن يحبسه القاضي أياماً حتى يبيعه؛ فإن لج في البيع بعدما حبسه أياماً.. ذكر في «الزيادات»: أن القاضي يبيع عليه.

قالوا: هذا على قولهما ظاهر؛ لأن من أصلهما جواز بيع الحاكم مال المديون إذا امتنع.

وأما على قول أبي حنيفة: فقد اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: لا يبيع قياساً على المديون عنده.

وقال بعضهم: يبيعه؛ لتعين جهة البيع، ولتقدم الرضاء منه على البيع، وهو الصحيح، على ما في «البزازية».

والجواب عن القياس على مال المديون: فاسد؛ لأن بيع الرهن صار مستحقاً للمرتهن لقضاء حقه، بخلاف سائر المواضع.

فإن قيل: قد تقدم أن بيع المكره فاسد، فكيف يجبر الوكيل على البيع؟

أجيب: بأن هذا جبر تعين من قبل الشارع، فلا يفسد اختياره به، فلا يعد مكرهاً في بيعه.

(**كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها**)؛ أي: على الخصومة (**عند غيبة موكله**) قيد الوكالة بالخصومة؛ لأن الوكيل [٧٠٧/ب] بالبيع لا يجبر عليه؛ لأن الموكل لا يتضرر به؛ لتمكنه من بيعه بنفسه.

(**وكذا يجبر**) الوكيل ببيع الرهن على بيعه (**لو شرط**) الوكالة (**بعد عقد الرهن في الأصح**)؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

فَإِن بَاعَهُ الْعدْلُ.. فثمنُهُ مقَامُهُ، وهلاكُهُ: كهلاكِهِ.

فَإِن أوفاهُ الْمُرْتَهِنَ فَاسْتحقَّ الرَّهْنُ وَكَانَ هَالكاً.. فللمستحِقّ أَن يُضمِّنَ الرَّاهِنَ.

وَيصِحُّ البيعُ وَالْقَبْضُ أَو الْعدْلُ.

ثمَّ الْعدْلُ مُخَيَّرٌ؛ إِنْ شَاءَ.. ضمَّنَ الرَّاهِنَ ....

وعلله: بخشية أن ينوي حق المرتهن، وعزاه في «البزازية» إلى بعض المشايخ، وهو المروي عن أبي يوسف.

وقيل: لا يجبر، وبه أخذ شيخ الإسلام.

وعللوه: بأن التوكيل بعد عقد الرهن لم يصر وصفاً من أوصافه، ولا حقاً من حقوقه، فكانت مفردة كسائر الوكالات.

(**فإن باعه**)؛ أي: الرهنَ (**العدلُ**)؛ أي: بعد التسليط المشروط في العقد أو بعده على البيع؛ لأن القول إلا يقدر البيع إلا بعد التسليط عليه (.. **فثمنه مقامه**)؛ أي: مقام الرهن وإن لم يقبض الثمن بعد؛ لقيامه مقام ما كان مقبوضاً. كذا في «العناية».

(**وهلاكه**)؛ أي: هلاك الثمن: (**كهلاكه**)؛ أي: هلاك الرهن؛ لقيامه مقامه في كونه رهناً، فيهلك على المرتهن.

(**فإن أوفاه**)؛ أي: إن باعه العدل وأوفى ثمنه (**المرتهن فاستحق الرهن**) بعد البيع (**وكان**) الرهن بعد البيع (**هالكاً.. فللمستحق أن يُضمِّن الراهن**) قيمة الرهن؛ لأنه غاصب في حق المستحق، فيضمن له.

(**ويصح**)؛ أي: نفذ (**البيع**)؛ أي: بيع العدل (**والقبض**)؛ أي: قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه؛ لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب، فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه.

(**أو**) يضمن (**العدل**)؛ لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم.

(**ثم العدل مخيّر؛ إن شاء.. ضمن الراهن**) وقيمة الرهن؛ لأنه وكيل من جهته

ويصحَّانِ، أَوِ الْمُرْتَهنَ ثمنَهُ، وَهُوَ لَهُ.

وَيبْطلُ الْقَبْضُ، فَيرجعُ الْمُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِدِينِهِ.

وإِنْ كَانَ الرَّهْنُ قَائِماً.. أَخذَهُ الْمُسْتَحِقُّ، وَرجعَ المُشْتَرِي على الْعدْلِ بِثمنِهِ، ثُمَّ هُوَ على الرَّاهِنِ بِهِ، ....

عامل له، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته.

(ويصحان)؛ أي: البيع وقبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه؛ لأن العدل لما رجع على الراهن وقرر الضمان عليه.. ملكه الراهن بأداء الضمان، فتبين أنه أمره ببيع ملكه.

(أو) ضمن **(المرتهن ثمنه)**؛ أي: ثمن الرهن؛ لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق؛ لأن العدل ملك الرهن بأداء الضمان، ونفذ عليه بيعه، فصار الثمن له، وإنما أداه إليه على حسبان أنه ملك الراهن؛ فإذا تبين أنه ملكه.. لم يكن راضياً بقبض المرتهن الثمن، فله أن يرجع به عليه.

(وهو)؛ أي: الثمن **(له)**؛ أي: للعدل؛ لما ذكرناه.

(ويبطل القبض)؛ أي: قبض المرتهن الثمن؛ لما ذكرناه أيضاً: من عدم رضاه قبضه.

(فيرجع المرتهن على الراهن بدينه)؛ لأنه باق كما كان.

(وإن كان الرهن قائماً) بعد بيع العدل (.. **أخذه المستحق)** عن يد المشتري؛ لأنه وجد عين ماله.

(ورجع المشتري على العدل بثمنه)؛ لأنه العاقد [٧٠٨/أ]، فتتعلق به حقوق العقد، وهذا من حقوقه؛ لأنه وجب بالبيع، وإنما أدى الثمن إلى العدل ليسلم له المبيع ولم يسلم.

(ثم هو)؛ أي: العدل يرجع **(على الراهن به)**؛ أي: بالثمن؛ لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة، فيجب عليه تخليصه. كذا في «الزيلعي».

وَصَحَّ الْقَبْضُ، أَو على الْمُرْتَهِنِ، ثمَّ الْمُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِدِينِهِ.

وإِنْ لم يكنِ التَّوْكِيلُ مَشْرُوطاً فِي الرَّهْنِ.. يرجعُ الْعدْلُ على الرَّاهِنِ فَقَط؛ قبضَ الْمُرْتَهنُ ثمنَهُ أَو لم يقبَضْ.

وَإِن هلكَ الرَّهْنُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، ثمَّ اسْتحقَّ.. فللمستحِقِّ أَن يُضَمِّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ، وَيصيرُ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفياً، ....

وقال في «الهداية»: إنه يرجع على الراهن بالقيمة، والصواب: هو الأول.

(وصح القبض)؛ أي: قبض المرتهن الثمن، وسَلِمَ له المقبوض، وبرئ الراهن عن الدين.

(أو) يرجع العدل (على المرتهن) بالثمن؛ لأن البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة.

(ثم) يرجع (المرتهن على الراهن بدينه)؛ لعود حقه في الدين على الراهن كما كان.

(وإن لم يكن التوكيل مشروطاً في الرهن.. يرجع العدل) فيما لحقه من العهدة (على الراهن فقط)؛ أي: لا على المرتهن؛ (قبض المرتهن ثمنه، أو لم يقبض)؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن؛ لكونه بعد العقد، فلا رجوع فيه؛ كما في الوكالة المفردة عن الرهن.

إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل، ثم لحقته عهدة.. لا يرجع به القابض، بخلاف الوكالة المشروطة في العقد؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، فيكون البيع لحقه.

(وإن هلك الرهن عند المرتهن، ثم استحق.. فللمستحق أن يضمِّن الراهن قيمته)؛ لأنه متعد في حق المستحق بالأخذ والتسليم.

(ويصير المرتهن مستوفياً)؛ لدينه؛ لهلاك الرهن عنده؛ لأن الراهن ملك الرهن بالضمان مستنداً إلى ما قبل التسليم، فتبين أنه رهن ملك نفسه، فيصير المرتهن مستوفياً لدينه.

وَأَن يُضمِّنَ الْمُرْتَهِنَ وَيرجعُ الْمُرْتَهِنُ بهَا وبدَينهِ على الرَّاهِن.

(**وأن يضمِّن المرتهن**)؛ لأنه متعد في حقه بالأخذ والقبض.

(**ويرجع المرتهن بها**)؛ أي: بما ضمن من القيمة (**وبدينه على الراهن**).

أما بالقيمة: فلأنه مغرور من جهة الراهن.

وأما بالدين: فلأنه انتقض اقتضاؤه وقبضه، فيعود حقه كما كان، فيرجع عليه.

فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان.. فتبين أنه رهن ملك نفسه، فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء في كون المرتهن مستوفياً دينه.

أجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور، والغرور حصل بالتسليم إلى يد المرتهن، فيملك الراهن العين من ذلك الوقت، وعقد الرهن كان سابقاً عليه؛ فلم يتبين [٧٠٨/ب] أنه رهن ملك نفسه، بل ملك غيره، فلا يكون المرتهن مستوفياً لملك الغير.

والثاني: أن الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن؛ لأن المرتهن أولاً يملكه بأداء الضمان، ثم ينتقل إلى الراهن؛ كما في الوكيل بالشراء؛ كأن المرتهن اشتراه من المستحق، ثم باعه من الراهن، وإنما كان كذلك: لأن المرتهن غاصب في حق المستحق بالقبض؛ فإذا ضمن.. تملك المضمون ضرورة؛ كي لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه.. فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن، فصار كأنه رهن غير ملكه.

بخلاف الوجه الأول؛ لأن المستحق فيه يضمن المستحق باعتبار القبض السابق على الرهن، فيستند الملك إليه، فتبين أنه رهن ملك نفسه، فيكون المرتهن مستوفياً بهلاكه.

* * *

(بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ، وجِنَايتِهِ، وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ)

بيعُ الرَّاهِنِ الرَّهْنَ مَوْقُوفٌ على إِجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ، أَو قَضَاءِ دينِهِ.

فَإِن أَجَازَ.. صَارَ ثمنُهُ رهناً مَكَانَهُ.

(بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ وَجِنَايَتِهِ)

أي: جناية الرهن.

(**والجناية عليه**)؛ أي: على الرهن، فكان هذا الباب مشتملاً على ثلاثة أنواع:

الأول: في مسألة التصرف في الرهن.

والثاني: في مسألة الجناية من الرهن.

والثالث: في مسألة الجناية على الرهن.

فشرع في بيان النوع الأول بقوله: (**بيع الراهن موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء**) الراهن (**دينه**).

وعن أبي يوسف: أن بيع الراهن نافذ؛ لأنه تصرف في ملكه.

والصحيح: ظاهر الرواية؛ لأن الرهن تعلق به حق المرتهن مثل حق المالك، وفي نفوذ بيعه: إبطال حقه، فلا ينفذ إلا بإسقاط حقه بإجازته أو بأداء حقه؛ لزوال المانع - وهو تعلق حق المرتهن به - وكونه متصرفاً في ملكه: لا يمنع التوقف لغيره؛ كمن باع ماله لوارثه، أو أوصى به لغيره بأكثر من ثلثه.. فإنه يتوقف على إجازة الورثة.

(**فإن أجاز**) المرتهن بيعه (.. **صار ثمنه رهناً مكانه**)؛ لأن حقه انتقل إلى الثمن؛ لنفاذ البيع بإجازته، فيكون محبوساً عنده بدينه.

وعن أبي يوسف: إن شرط المرتهن أن يكون الثمن رهناً عند إجازته.. كان رهناً، وإلا.. فلا؛ لأنه لما أجاز بيع الرهن.. نفذ بيعه وملك الثمن بسبب جديد، فلا

وَإِن لم يُجِزْ وَفَسَخَ.. لَا يَنْفَسِخُ فِي الْأَصَحِّ.

يصير رهناً إلا بالشرط؛ كما إذا أجره الراهن، فأجاز المرتهن الإجارة.. لا تصير الأجرة رهناً إلا بالشرط.

قلنا: إن الثمن بدل ما تعلق به حق المرتهن وهو المالية، وللبدل حكم المبدل، فوجب انتقال حقه إلى البدل؛ كالعبد المديون إذا بيع برضاء الغرماء.. انتقل حقهم إلى الثمن من غير شرط لما ذكرناه، ولا يسقط [٧٠٩/أ] حقهم بالكلية؛ لعدم رضاهم بذلك، فكذا هذا.

بخلاف ما ذكر؛ فإن الأجرة ليست ببدل حقه - وهو المالية - بل هو بدل المنفعة، فلا ينتقل حقه إليها، ولذا.. نفذ البيع إذا قضى الراهن دينه؛ لزوال المانع من النفاذ مع وجود المقتضي.

(وإن لم يجز) المرتهن البيع **(وفسخ)** البيع.

وقد سها صاحب «الدرر» ههنا حيث فسر الفسخ: بفسخ المرتهن عقد الرهن.. فلا تغفل.

(.. لا ينفسخ) البيع **(في الأصح)**.

احترز به عن رواية ابن سماعة عن محمد؛ حيث قال: انفسخ بفسخه، حتى إذا افتكه الراهن.. لا سبيل للمشتري عليه؛ لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك، فصار كالمالك، فله أن يجيز، وله أن يفسخ.

ووجه الأصح: أن الامتناع لحق المرتهن كي لا يتضرر، والتوقف على إجازته لا يضر حقه؛ لأن حقه في الحبس لا يبطل بمجرد انعقاد البيع من غير نفاذ، فبقي متوقفاً.

ثم المشتري بالخيار: إن شاء.. صبر حتى يفتكّ الراهن الرهن؛ إذ العجز على شرط الزوال، وإن شاء.. رفع الأمر إلى القاضي، فيفسخ القاضي العقد لفوات قدرة

فَإِنَّ الْمُشْتَرِي إن شاءَ صَبَرَ، أَو رَفَعَ الْأَمرَ إِلَى الْقَاضِي ليفسخَهُ.

وَصَحَّ: عِتقُ الرَّاهِنِ الرَّهْنَ، وتدبيرُهُ، واستيلادُهُ.

فَإِن كَانَ مُوسِراً.. طُولِبَ بِدَينِهِ إِن حَالًّا، وَأُخِذَت قيمَةُ الرَّهْنِ فَجُعِلَت رهناً مَكَانَهُ لَو مُؤَجَّلاً.

البائع على التسليم؛ لأن ولاية الفسخ للقاضي، لا للمشتري ولا للبائع، فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض.

(فإن المشتري) بالخيار؛ **(إن شاء.. صبر)** حتى يرجع العبد من الإباق.

(أو) إن شاء **(رفع الأمر إلى القاضي ليفسخه)**؛ أي: العقد.

ولو باع الراهن من رجل، ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن.. فالثاني موقوف أيضاً على إجازته؛ لأن الأول لم ينفذ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني، فأيهما أجاز.. لزم ذلك وبطل الآخر.

ولو باعه الراهن، ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره، وأجاز المرتهن الإجارة أو الرهن أو الهبة.. جاز البيع الأول، دون هذه العقود. كذا في «الزيلعي».

(وصح عتق الراهن الرهن)؛ أي: إعتاقه **(وتدبيره واستيلاده)**؛ لأنه صدر من أهله، مضافاً إلى محله، وهو ملكه، فوجب القول بنفاذه، ولا يلغو تصرفه لعدم إذن المرتهن؛ كما إذا أعتق المشتري المبيع قبل القبض أو الإباق أو المغصوب.. فإنه يصح.

(فإن كان) الراهن **(موسراً.. طولب بدينه إن)** كان الدين **(حالاً)**؛ أي: لا بالرهن؛ لأنه لو طولب بالرهن.. كان له أن يأخذ بدينه إذا كان من جنس حقه، فيكون إيفاء واستيفاء، فلا فائدة فيه.

(وأُخِذت) من المعتق الموسر **(قيمة الرهن)**؛ أي: العبد **(فجعلت)** القيمة **(رهناً مكانه)**؛ أي: مكان العبد الرهن **(لو)** كان الدين **(مؤجلاً)**؛ لأن سبب الضمان قد تحقق منه [٧٠٩/ب].

وَإِن كَانَ مُعسراً.. سعى الْمُعْتَقُ فِي الْأَقَلِّ مِن قِيمَتِهِ وَمِنَ الدَّينِ، وَرجعَ بِهِ على سَيِّدِهِ.

وفي التضمين فائدة: وهو حصول الاستيثاق، فيحبسها إلى حلول الأجل؛ فإذا حل.. اقتضاه بحقه إن كان من جنسه؛ لأن الغريم له أن يستوفي حقه من مال غريمه إذا ظفر بجنس حقه؛ فإن كان فيه فضل.. يرده؛ لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء، وإن كان أقل من حقه.. يرجع بالزيادة؛ لعدم ما يسقطه.

(**وإن كان**) الراهن المعتق (**معسراً.. سعى**) العبد (**المعتَق في الأقل من قيمته ومن الدين**)؛ إن كانت القيمة أقل من الدين.. يسعى في القيمة، وإن كان الدين أقل.. يسعى في الدين.

(**ورجع**) العبد (**به**)؛ أي: بما سعى (**على سيده**).

أما سعايته؛ فلأن حق المرتهن كان متلفاً به، وقد سلمت له رقبته؛ فإذا تعذر رجوع المرتهن على الراهن لعسره.. يرجع على العبد؛ لأنه هو المنتفع بهذا العتق؛ لأن الغرم بالغنم.

وأما رجوعه على مولاه بعد السعاية إذا أيسر المولى؛ فلأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع، فلم يكن متبرعاً، فيرجع عليه بما تحمل عنه بحكم الشرع.

بخلاف المستسعى في الإعتاق؛ لأنه يؤدي ضماناً واجباً عليه؛ لأنه سعى لتحصيل العتق عند أبي حنيفة، ولتكميله عندهما، على ما تقدم في العتق.

وهنا: سعى في ضمانٍ على غيره بعد تمام إعتاقه، فافترقا.

فإن قيل: إن أبا حنيفة قد أوجب السعاية فيما إذا أعتق أحد الشريكين العبد المشترك بينهما في حالتي اليسار والإعسار، وفي العبد المرهون بشرط الإعسار في السعاية، فما الفرق بينهما؟

قلنا: إن الثابت للمرتهن: حق الملك، والثابت للشريك: حقيقة الملك، وحق الملك أولى من حقيقته، فوجب السعاية فيه حالة واحدة، وهي: حالة الضرورة.

وَالْمُدبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ فِي كلِّ الدَّينِ بِلَا رُجُوعٍ.

وفي الأعلى في الحالتين؛ إظهاراً للتفاوت بينهما. هذا كله عندنا.

وللشافعي أقوال:

في قول: لا ينفذ إعتاق الراهن، ولا تدبيره، ولا استيلاده مطلقاً.

وفي قول: ينفذ مطلقاً.

وفي قول: ينفذ لو كان موسراً، لا لو كان معسراً.

(**والمدبر وأم الولد في كل الدين**)؛ يعني: أن الراهن إذا دبر العبد المرهون أو استولد الأمة المرهونة؛ فإن كان موسراً.. ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكر في الإعتاق.

وإن كان معسراً.. سعيا للمرتهن في جميع الدين؛ لأن كسبهما مال المولى.

بخلاف المعتق؛ فإنه يسعى في الأقل من القيمة ومن الدين على ما تقدم؛ لأن كسبه حق نفسه، ولم يحتبس عنده إلا قدر القيمة، فلا يزاد [٧١٠/أ] عليه، وحق المرتهن تعلق بقدر الدين، فلا تلزمه الزيادة.

(**بلا رجوع**) على مولاهما [بما أدّياه العبد يساره][1]؛ لأنهما أدياه من ملك المولى، فلا يرجعان عليه.

بخلاف المعتق؛ فإنه أداه من مال نفسه، وهو مضطر فيه على ما تقدم.

وقيل: إذا كان الدين مؤجلاً.. يسعيان في قيمتهما لا في كل الدين؛ لأنها عوض الرهن، حتى يحتبس مكانه فيتقدر بقدر العوض.

بخلاف ما إذا كان حالاً.. حيث يسعيان في كل الدين؛ لأنه يقضى به الدين؛ لأن كسبهما مال المولى، وقد قدر على أداء الدين بكسبهما.

ولو أعتق الراهنُ المدبرَ أو أمَّ الولد وقد قضي عليهما بالسعاية أو لم يقض.. لم

---

(١) العبارة مشوشة في المخطوط، وتصويبها من «الزيلعي» (٦/٨٧).

وإتلافُهُ: كإعتاقِهِ مُوسِراً.

وَإِن أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ ضمّنهُ الْمُرْتَهِنُ قِيمَتَهُ، وكَانَت رهناً مَكَانَهُ.

يسعيا إلا بقدر القيمة؛ لأن كسبهما بعد العتق ملكهما، وما أدياه قبل العتق.. لا يرجعان به على المولى؛ لأنه مال المولى.

(وإتلافه)؛ أي: إتلاف الراهن الرهن **(كإعتاقه موسراً)**، حتى يجب عليه ضمان قيمته يوم قبضه؛ لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف، ثم الضمان يكون رهناً عند المرتهن؛ لقيامه مقام العين.

(وإن أتلفه أجنبي.. ضمّنه المرتهن قيمته)؛ يعني: أن الخصم في دعوى الضمان: هو المرتهن.

(وكانت)؛ أي: القيمة المأخوذة **(رهناً مكانه)** عند المرتهن؛ لأنه أحق بعين الرهن حالة قيامه، فكذا: في استرداد ما قام مقامه - وهو القيمة - والواجب على هذا المستهلك: قيمته يوم هلك باستهلاكه.

بخلاف ضمانه على المرتهن إذا أتلف الرهن.. فإنه يضمن قيمته يوم قبضه.

حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة، ويوم الارتهان ألفاً.. غرم خمسمائة وكانت رهناً عنده، ويسقط من الدين خمسمائة، فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كأنها هلكت بآفة سماوية، فتكون تلك الزيادة مضمونة على المرتهن لا على الأجنبي.

وهذا: لأن المعتبر في ضمان الرهن: القيمة يوم القبض؛ لا يوم الهلاك؛ لأن القبض السابق مضمون عليه؛ لأنه قبض استيفاء، إلا أنه يتقرر عند الهلاك، فيعتبر وقت قراره.

ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل.. غرم القيمة؛ لأنه أتلف ملك الغير، فكانت رهناً في يده حتى يحل الدين؛ لأن الضمان بدل العين، فأخذ حكمه، وإذا

وَلَو أَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ مِن راهنِهِ.. خرجَ مِن ضَمَانِهِ، وبرجوعِهِ يعودُ ضَمَانُهُ.

حل الدين والمضمون من جنس حقه.. استوفى المرتهن منه دينه، ورد الفضل على الراهن إن كان فيه فضل.

فإن كان دينه أكثر من قيمته.. رجع بالفضل.

وإن نقصت القيمة بتراجع السعر [٧١٠/ب] إلى خمسمائة وقد كان قيمته يوم القبض ألفاً.. وجب بالاستهلاك خمسمائة، وسقط من الدين خمسمائة؛ لأن ما انتقص: كالهالك، وسقط من الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض، فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف، وهو قيمته يوم التلف. كذا في «الهداية».

واستشكله في «الزيلعي»: بأن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً.. فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف؟!

وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط من الدين بقدره، وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر؟!

فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين.

(ولو أعار المرتهن الرهن من راهنه)، أو أجره منه؛ بأن كان الرهن داراً فأجره المرتهن من راهنه.. ففي الصورتين: (خرج) الرهن (من ضمانه)؛ أي: ضمان المرتهن؛ لأن الضمان كان باعتبار قبضه، وقد انتقض بالرد إلى صاحبه، فارتفع الضمان؛ لارتفاع المقتضى به، ولا يكون مضموناً على صاحبه؛ لأن الاسترداد كان بإذنه، حتى لو هلك في يد الراهن.. هلك مجاناً؛ لارتفاع القبض الموجب للضمان.

(وبرجوعه)؛ أي: رجوع المرتهن الرهن، وعن الإعارة والإيجار: (يعود ضمانه)، حتى يذهب الدين بهلاكه؛ لعود القبض الموجب للضمان.

وَلَهُ الرُّجُوعُ مَتى شَاءَ.

وَلَو أَعَارَهُ أَحدَهمَا بِإِذنِ الآخرِ مِن أَجْنَبِيّ.. خرجَ مِن ضَمَانِهِ أَيْضاً.

فَلَو هَلَكَ فِي يَدِهِ.. هلكَ مجَّاناً، وَلكُلٍّ مِنْهُمَا أَنْ يردَّهُ رهناً.

(**وله**)؛ أي: للمرتهن (**الرجوع متى شاء**)؛ لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان؛ فإنه غير باق في تلك الحالة.

ولهذا: لو مات الراهن قبل أن يسترده المرتهن.. كان المرتهن أحق به من سائر غرمائه؛ لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان ليس من لوازم الرهن؛ لأنه قد ينفك عنه.

ألا ترى: أن ولد الرهن: رهن، وليس بمضمون.

(**ولو أعاره**)؛ أي: الرهن (**أحدهما**)؛ أي: الراهن أو المرتهن (**بإذن الآخر من أجنبي.. خرج من ضمانه**)؛ أي: ضمان المرتهن (**أيضاً**)؛ أي كما خرج فيما إذا استعاره الراهن.

واعلم: أن في كلامه ههنا وفيما سبق: مسامحة؛ حيث إن الإعارة: تمليك المنافع بغير عوض، والمرتهن لا يملكها ولو من الراهن؛ لأنه إنما يملك حبسها، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير.. أطلق لفظ الإعارة.

(**فلو هلك في يده**)؛ أي: يد المستعير وهو الأجنبي (.. **هلك مجاناً**)؛ أي: بغير ضمان على المرتهن؛ لانتفاء القبض الموجب للضمان، (**ولكل منهما**)؛ أي: من الراهن والمرتهن: (**أن يرده رهناً**)؛ لأن لكل واحد [٧١١/أ] منهما فيه حقاً محترماً؛ إذ هو باق على الرهنية؛ لبقاء عقد الرهن.

بخلاف البيع والإجارة والهبة من المرتهن أو من الأجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر.. حيث يخرج عن الرهن، ثم لا يعود رهناً إلا بعقد جديد.

فَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ قبلَ ردِّهِ.. فالمرتهِنُ أَحَقُّ بِهِ من سَائِرِ الْغُرَمَاءِ.

وَلَو اسْتعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ من راهِنِهِ، أَو اسْتَعْمَلَهُ بِإِذْنِهِ فَهَلَكَ حَالَ ......

حتى لو مات الراهن قبل أن يرهنه جديداً.. كان المرتهن أسوة للغرماء؛ لأن الرهن قد بطل بهذه التصرفات.

بخلاف الوديعة والعارية؛ فإنهما عقد غير لازم، حتى لو مات الراهن قبل [أن يسترده][1].. كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء، وإليه أشار بقوله:

(**فإن مات الراهن قبل رده**) إلى المرتهن فيما إذا استعاره أو استودعه (.. **فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء**)؛ لما ذكرناه: من عدم اللزوم وبقاء عقد الرهن.

قال في «العناية»: وجملة التصرفات ههنا ستة: العارية، والوديعة، والرهن، والإجارة، والبيع، والهبة.

فالعارية: توجب سقوط الضمان؛ سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبياً، ولا يرفع عقد الرهن بها.

وحكم الوديعة كحكم العارية.

والرهن يبطل عقد الرهن.

وأما الإجارة: فالمستأجر؛ إن كان هو الراهن.. فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه.. فله أن يسترده، وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبياً بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر.. بطل الرهن، والأجرة للراهن، وولاية القبض للعاقد، ولا يعود رهناً إلا بالاستئناف.

وأما البيع والهبة؛ فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما بإذن الآخر، وأما من الراهن.. فلا يتصور. انتهى.

(**ولو استعار المرتهنُ الرهنَ من راهنه، أو استعمله بإذنه، فهلك**) الرهن (حال

---

(١) العبارة مشوشة في المخطوط، والتصويب من «البحر الرائق» (٨/٣٠٥).

اسْتِعْمَالِهِ.. سقطَ ضَمَانُهُ عَنهُ.

وإِنْ هلكَ قبلَ اسْتِعْمَالِهِ أَو بعدَهُ.. فَلَا.

وَصَحَّ اسْتِعَارَةُ شَيْءٍ ليرهنَهُ.

فَإِن أطلقَ.. رَهنَهُ بِمَا شَاءَ، عِنْدَ مَن شَاءَ.

وإِنْ قيَّدَ بِقدرٍ، أَو جنسٍ، أَو مُرْتَهِنٍ، أَو بلدٍ.. تقيَّدَ بِهِ.

استعماله.. سقط ضمانه عنه؛ أي: عن المرتهن؛ لأن يده حالة الاستعمال يد عارية، وهي مخالفة ليد الضمان، فلا يضمن.

(**وإن هلك قبل استعماله أو بعده.. فلا**) يسقط ضمانه.

أما قبل استعماله: فلبقاء عقد الرهن.

وأما بعده: فلارتفاع يد الأمانة بالفراغ من الاستعمال وعود عقد الرهن.

(**وصح استعارة شيء ليرهنه فإن أطلق**) المعير (**.. رهنه**)؛ أي: رهن المستعير ذلك الشيء المستعار (**بما شاء**)؛ أي: بمقابلة ما شاء من الدين (**عند من شاء**) من دائنه.

(**وإن قيد**) المعير [٧١١/ب] (**بقدر**)؛ أي: قدر الدين (**أو جنس**)؛ أي: جنس الدين (**أو مرتهن، أو بلد.. تقيد به**).

يعني: من استعار شيئاً من غيره ليرهنه.. فالمعير:

إما أن يطلق في ذلك، أو يقيده بشيء.

فإن كان الأول.. فما رهنه المستعير به - من قليل وكثير؛ أي: من الدين - جائز؛ عملاً بالإطلاق؛ لأن إطلاقه مثل تقييده، وكان ذلك تبرعاً من المعير بإثبات ملك اليد للمرتهن، فيعتبر بإثبات ملك العين واليد جميعاً؛ بأن استأذن منه أن يقضي دينه بماله؛ فأذن بقضائه بماله؛ فإنه جائز، ويكون تبرعاً منه بإثبات ملك العين واليد جميعاً، فكذا هذا.

فإن قيل: هذا قياس غير صحيح؛ لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع ملك العين واليد جميعاً.

أجيب: بأن انفصال أحدهما عن الآخر: غير مانع للصحة؛ إذ لا استلزام بينهما حتى يلزم من انتفاء أحدهما انتفاء الآخر.

ألا ترى: أنه يجوز أن ينفصل ملك العين عن ملك اليد:

ثبوتاً كالصبي؛ فإنه يثبت له ملك العين دون اليد.

وزوالاً أيضاً؛ كالبيع بشرط الخيار؛ فإنه يزول [ملك][1] اليد دون ملك العين، وإذا كان كذلك.. جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين.

وإن كان الثاني.. لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر مما عينه المعير من قدر الدين ولا بأقل؛ لأن التقييد معتبر مفيد، وهو ينفي الزيادة؛ لأن غرضه: الاحتباس بما تيسر أداؤه، وينفي النقصان أيضاً؛ لأن غرضه: أن يصير مستوفياً للأكثر منه بمقابلته عند الهلاك؛ ليرجع عليه بالكثير، والنقصان يمنع من ذلك [فيكون][2] متعدياً، فيضمن له.

إلا إذا عين له أكثر من قيمته، فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر.. فإنه لا يضمن؛ لأنه خلاف إلى خير؛ لأن غرضه - أعني: الرجوع عليه بالكثير - حاصل بذلك مع تيسير أدائه؛ لأنه لا يرجع إلا بقدر القيمة؛ لأن الاستيفاء لم يقع إلا به، فتقييده بأكثر من قيمته: غير مفيد في حقه، بل فيه ضرر عليه؛ لتعسر أدائه.

وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن والبلد؛ لأن كل ذلك: مفيد؛ لتيسر بعض الأجناس دون بعض في التحصيل، وتفاوت الأشخاص والبلدان في الحفظ والأمانة.

---

(١) زيادة من «العناية» (١٠/١٨٥).

(٢) زيادة من «البحر» (٨/٣٠٦).

فَإِن خَالفَ؛ فإِنْ شَاءَ الْمُعيرُ.. ضَمَّنَ: الْمُسْتَعِيرَ، وَيتمُّ الرَّهْنُ بَينهُ وَبَينَ مرتهِنِهِ. أَوِ الْمُرْتَهِنَ، وَيرجعُ الْمُرْتَهِنُ بِمَا ضَمَّنَهُ وبدَينِهِ على الْمُسْتَعِيرِ.

وإِنْ وَافقَ وَهلكَ عِنْدَ مرتهِنِهِ.. صَارَ مُسْتَوْفياً دَينَهُ، أَو قدرَ قيمَةِ الرَّهْنِ لَو أَقلَّ مِنَ الدَّينِ، وطالبَ راهنَهُ بباقيهِ، وَوَجَبَ لِلْمُعِيرِ على الْمُسْتَعِيرِ مثلُ الدَّينِ

فإذا كان التقييد معتبراً؛ (فإن خالف) المستعير في القدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد.. ضمن عند الهلاك؛ (فإن شاء المعير.. ضمَّن) [٧١٢/أ] من التضمين (المستعير) قيمته؛ لأنه متعد بتصرفه في ماله بغير إذنه، فصار غاصباً؛ لأنه إنما أذن فيما عينه.

(ويتم الرهن بينه)؛ أي: المستعير (وبين مرتهنه)؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه رهن ملك نفسه.

(أو المرتهن)؛ لأنه متعد في حقه بالأخذ والقبض.

(ويرجع المرتهن بما ضمنه) من القيمة، (وبدينه على المستعير) وهو الراهن.

أما بما ضمنه.. فلأنه مغرور من جهته.

وأما بالدين.. فلأنه انتقض قبضه واقتضاؤه، فيعود حقه، وقد تقدم في الاستحقاق بالرهن.

(وإن وافق) المستعير المعير فيما قيده من القدر والجنس والمرتهن والبلد، (وهلك) الرهن (عند مرتهنه.. صار) المرتهن (مستوفياً دينه) إن كانت قيمة الرهن مساوية بالدين أو أكثر، (أو) مستوفياً (قدر قيمة الرهن لو) كانت قيمته (أقل من الدين، وطالب) المرتهن (راهنه بباقيه) من الدين؛ لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته.

(ووجب للمعير على المستعير مثل الدين) فيما إذا كانت قيمته مساوية بالدين أو أكثر؛ لأنه صار قاضياً دينه بمال المعير بقدر الدين، وهو الموجب للرجوع دون

أَو قدرُ الْقِيمَةِ.

وَلَو هلكَ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ قبلَ الرَّهْنِ، أَو بعدَ فكِّهِ، لَا يضمنُ.

وَإِن كَانَ قدِ اسْتَعْمَلَهُ مِن قبلُ.

القبض بذاته؛ لأن القبض برضاه، وقد وافقه في أمره، فتكون الزيادة على قدر الدين أمانة.. فلا يضمنها بالهلاك.

وإنما المضمون عليه بالقبض هو قدر الدين.

وكذلك لو أصاب الرهنَ عيبٌ عند المرتهن.. ذهب من الدين بقدر نقصان العيب، ووجب مثله على المستعير للمعير؛ لكونه قاضياً دينه بماله بذلك المقدار.

(أو قدر القيمة)؛ لما ذكرناه: من أنه صار قاضياً دينه بقدر القيمة فيرجع به.

(ولو هلك) الرهن (عند المستعير قبل الرهن) بدون الاستعمال؛ لأنه لو هلك باستعماله.. يضمن (أو بعد فكه.. لا يضمن) المستعير؛ لأنه لم يصر قاضياً دينه، وهو الموجب للضمان على ما تقدم (وإن) وصلية (كان قد استعمله) المستعير (من قبل)؛ أي: قبل الهلاك.

تفصيله: أنه إذا استعار شيئاً من الثوب أو العبد أو الدابة ليرهنه؛ فإن هلك عند المستعير قبل أن يرهنه بلا استعمال منه.. فلا ضمان عليه.

وإن هلك عنده باستعماله؛ بأن لبس الثوب واستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنه.. ضمن.

وإن استعمله قبل أن يرهنه، ثم رهنه بمال مثل قيمته، ثم [٧١٢/ب] قضى المال ولم يقبض الرهن من المرتهن حتى هلك عند المرتهن.. لا ضمان على الراهن؛ لأنه قد برئ من الضمان حين رهنه؛ فإنه كان أميناً خالف، ثم عاد إلى الوفاق.

وإن رهنه، ثم افتك الرهن، ثم استعمله ولم يهلك، ثم هلك بعد ذلك من غير صنعه.. لا يضمن أيضاً؛ لأنه صار بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير؛

وَلَو أَرَادَ الْمُعيرُ افتكاكَ الرَّهْنِ بِقَضَاءِ دَينِ الْمُرْتَهِنِ مِن عِنْدِهِ.. فَلهُ ذَلِكَ، وَيرجعُ بِمَا أَدَّى على الرَّاهِنِ.

لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك، فصار وديعة لا عارية، وقد عاد عن الخلاف إلى الوفاق، فبرأ عن الضمان.

وهذا: بخلاف المستعير للاستعمال؛ لأن يده يد نفسه، فلا بد من الوصول إلى يد المالك وهو المعير.

وأما المستعير ليرهن: فهو يحصل مقصود المعير وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء، فتكون يده يد المعير، لا يد نفسه.. فلا يلزم الوصول إلى يد المالك. كذا في «الهداية».

(**ولو أراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده**)؛ أي: من مال نفسه (.. **فله ذلك**)؛ لتخليص ماله (**ويرجع بما أدى على الراهن**)؛ لأنه ليس بمتبرع في أدائه؛ لأنه أداه لضرورة تخليص ماله، ولذا: يجبر المرتهن على القبول، فيرجع بما أدى على الراهن.

قال في «العناية» نقلاً عن «النهاية»: إن المعير إنما يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر قيمة الرهن، لا ما كان أكثر منها.

مثلاً: إذا كان قيمة الرهن ألفاً، ورهنه بألفين، فافتكه المعير بألفين.. ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته وهي ألف؛ لأنه لو هلك الرهن.. لم يضمن للمعير أكثر من ذلك. انتهى.

واستشكله في «الزيلعي»: بأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين، فكان المضطر في إيفاء الكل، وباعتبار الاضطرار: ثبت له حق الرجوع، فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار؟! وهذا: لأن غرضه: تخليص ماله لينتفع به، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله؛ إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل. انتهى.

وَلَو قَالَ الْمُسْتَعِيرُ: هَلَكَ فِي يَدي قبلَ الرَّهْنِ أَو بعدَ الفكاكِ، وَادّعى الْمُعيرُ هَلَاكَهُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ.. فَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَعِيرِ.

وَلَو اخْتلفَا فِي قَدْرِ مَا أَمَرَهُ بِالرَّهْنِ بِهِ.. فللمعيرِ. ....

(ولو قال المستعير: هلك في يدي قبل الرهن، أو بعد الفكاك، وادعى المعير هلاكه عند المرتهن.. فالقول للمستعير)؛ أي: الراهن؛ لأنه ينكر الإيفاء بماله، والرجوع عليه إنما هو باعتبار الإيفاء عن ماله.. فالقول له [٧١٣/أ] والبينة للمعير؛ لأنه يدعي عليه الضمان.

فإن قيل: الظاهر: شاهد للمعير؛ لأن سبب الضمان قد وجد بالرهن، والراهن يدعي فسخه، فوجب أن يكون القول للمعير.

أجيب عنه: بأن الرهن لا يوجب الضمان، وإنما يوجب الإيفاء به، ولهذا: يقدر بقدره، ولو كان الرهن يوجب الضمان.. لضمنه كله.

(ولو اختلفا في قدر ما أمره) المعير (بالرهن به.. فللمعير)؛ لأنه لو أنكر الأصل وهو عقد العارية.. كان القول له، فكذا في إنكار وصفه.

ولو رهنه المستعير بدين موعود، وهو: أن يرهنه ليقرضه كذا، فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض، والمسمى والقيمة سواء.. يضمن قدر الموعود المسمى؛ لأنه كالموجود على ما تقدم، ويرجع المعير على الراهن بمثله؛ لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن: كسلامته ببراءة ذمته عنه.

ولو كانت العارية عبداً، فأعتقه المعير.. جاز؛ لقيام ملك الرقبة.

ثم المرتهن بالخيار:

إن شاء.. رجع بالدين على الراهن؛ لأنه لم يستوفه.

وإن شاء.. ضمن المعير قيمته؛ لأن الحق قد تعلق برقبته، وقد أتلفه بالإعتاق، وتكون القيمة رهناً عنده إلى أن يقبض دينه، فيردها إلى المعير؛ لأن استرداد القيمة: كاسترداد العين.

وَجِنَايَةُ الرَّاهِنِ على الرَّهْنِ مَضْمُونَةٌ.

وَكَذَا: جِنَايَةُ الْمُرْتَهِنِ عَلَيْهِ، فَيسْقطُ مِن دَينِهِ بِقَدرِهَا.

وَجِنَايَةُ الرَّهْنِ عَلَيْهِمَا وعَلى مَالِهِما هَدَرٌ، خلافاً لَهما فِي الْمُرْتَهِنِ.

(وجناية الراهن على الرهن مضمونة)؛ لأنها تفويت حق لازم محترم للمرتهن، وهو: الحبس والاستيفاء.

أما لزومه: فلأنه لا يقدر على إسقاطه بانفراده.

وأما كونه محترماً: فلأن غير المرتهن ممنوع عن إبطاله، وتعلق مثل هذا الحق بالمال: يجعل المالك كالأجنبي في حق المالكية؛ كتعلق حق الورثة بمال المرتهن مرض الموت؛ فإنه يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث، حتى صار كالأجنبي؛ فإذا كان المالك كالأجنبي.. يضمن بالإتلاف.

(وكذا جناية المرتهن) على الرهن؛ أي: مضمونة (عليه)؛ لأن العين: ملك المالك، وقد تعدى عليه المرتهن، فيضمن لمالكه.

(فيسقط من دينه بقدرها)؛ أي: قدر الجناية؛ لأنه لو نقص لا بفعله.. سقط، فبفعله أولى.

(وجناية الرهن عليهما)؛ أي: على الراهن والمرتهن، (وعلى مالهما: هدر)، حتى لا يلزم فيها شيء.

هذا على إطلاقه: قول أبي حنيفة.

(خلافاً لهما في المرتهن)؛ أي: في جناية الرهن على المرتهن؛ حيث قالا: إنها معتبرة.

أطلق الجناية في النفس [٧١٣/ب] وما دونها، والمراد بها: جناية لا توجب القصاص، بل توجب المال؛ بأن تكون خطأ؛ لأن ما يوجب القصاص.. فهو معتبر بالإجماع، حتى يجب عليه القصاص فالوفاقية ههنا مسألتان:

أحدهما: هذه.

والأخرى: ما ذكره المصنف وهو جناية الرهن على الراهن هدر، وهذا: لأنها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال؛ لأن رقبته مملوك للمولى؛ بدليل: أنه إذا مات.. وجب الكفن على مولاه، وكل ما كان كذلك.. فهو هدر؛ لأنه لو جنى على غيره.. وجب على مولاه من ماله، ففيما إذا جنى عليه لو وجب عليه شيء.. لكان واجباً له عليه، وذلك باطل.

فإن قيل: إنه منقوض بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه.. فإنها توجب الضمان عليه.

أجيب عنه: بأن الملك عند أداء الضمان: يثبت للغاصب مستنداً، حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية غير المالك، فلم تكن هدراً.

ولهما في الخلافية - وهي الجناية على المرتهن -: أن الجناية حصلت على غير مالكه؛ إذ المرتهن ليس بمالك للعين، والجناية على غير المالك: توجب الضمان؛ كما إذا كانت على أجنبي آخر، فلم تكن هدراً.

فإن قيل: ماليته محتبسة بدينه، فلا فائدة في إيجاب الضمان.

أجيب عنه: بأن في اعتبار هذه الجناية فائدة، وهي: دفع العبد إليه بالجناية وإن كان سقط حقه في الدين؛ فإذا دفع إليه بالجناية.. يملك عينه، بخلاف الرهن؛ فإنه لا يملك عينه بالرهن.

وله فيها: أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن.. كان التطهير عليه؛ لأنها حصلت في ضمانه؛ لكونه مخاطباً بالدفع أو الفداء كالراهن، فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه: في حق شيء واحد بسبب واحد، ولا فائدة في ذلك.

والحاصل: أنا لو اعتبرنا هذه الجناية للمرتهن.. لزم وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، فلا فائدة في اعتبارها.

وَلَو رهنَ عبداً يُسَاوِي أَلفاً: بِأَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ، فَصَارَت قِيمَتُهُ: مائَةً، فَقتلَهُ رجلٌ وَغَرِمَ مائَةً، وَحلَّ الْأَجَلُ.. يقبضُ الْمُرْتَهِنُ الْمائَةَ قَضَاءً عَن حَقِّهِ، وَلَا يرجعُ على راهنِهِ بِشَيْءٍ.

وأما جنايته على مال المرتهن.. فلا تعتبر بالاتفاق؛ إذا كانت قيمته والدين سواء؛ لأنه لا فائدة في اعتباره؛ لأنه لا يتملك العبد، وهو الفائدة.

وإن كانت القيمة أكثر من الدين.. فاختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة:

ففي رواية عنه: أنه يعتبر بقدر الأمانة؛ لأن الفضل ليس في ضمانه، فأشبه جناية العبد الوديعة على [٧١٤/أ] المستودع.

وفي رواية عنه: أنه لا يعتبر؛ لأن حكم الرهن - وهو الحبس -: ثابت فيه؛ فصار كالمضمون.

بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن، أو على ابن المرتهن؛ لأن الأملاك بين الأب والابن حقيقة متباينة، فصار كالجناية على الأجنبي، فتعتبر.

(ولو رهن عبداً يساوي ألفاً بألف)؛ أي: بمقابلة ألف **(مؤجلة، فصارت قيمته)**؛ أي: قيمة العبد **(مائة، فقتله رجل وغرم)** القاتل **(مائة، وحل الأجل.. يقبض المرتهن المائة قضاءً عن حقه، ولا يرجع على راهنه بشيء)** من دينه؛ أعني: تسعمائة.

والأصل فيه: أن نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين؛ لأن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه، وذا غير معتبر في شيء من العقود، حتى إذا نقص قيمة المبيع قبل القبض بنقصان السعر.. لا يوجب للمشتري الخيار.

وكذا لو نقص قيمة المغصوب بنقصان السعر.. لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص عند رد العين المغصوبة:

بخلاف نقصان العين؛ لأن بفوات جزء منه.. يتقرر الاستيفاء؛ إذ اليد يد استيفاء، فلا يقاس عليه نقصان السعر كما قاس عليه زفر.

ثم إذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر.. بقي مرهوناً بكل الدين؛ فإذا

وَإِن بَاعَهُ بِالْمِائَةِ بِأَمْرِ راهنِهِ.. رَجَعَ عَلَيْهِ بِالْبَاقِي.

وإِنْ قَتَلَهُ عبْدٌ يعدِلُ مائَةً، فَدُفِعَ بِهِ.. افتكَّهُ الرَّاهِنُ بِكُلِّ الدَّينِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: إِن شَاءَ.. دَفعَهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، وَإِن شَاءَ.. افتكَّه بِالدّينِ.

قتله حر.. غرم قيمته يوم الإتلاف؛ لأن القيمة في ضمان الإتلاف معتبر وقت الإتلاف وأخذه المرتهن؛ لأنه بدل المالية في حق المستحق، وحق المرتهن متعلق بالمالية، ثم لا يرجع على الراهن بما بقي من دينه؛ لأنه استوفاه كله بالهلاك.

(وإن باعه)؛ أي: باع المرتهن العبد المساوي ألفاً **(بالمائة بأمر راهنه)** وقبض ثمنه وهو المائة **(.. رجع)** المرتهن **(عليه)**؛ أي: على الراهن **(بالباقي)** من الدين؛ لأنه لما باعه بإذن الراهن.. صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان باعه بنفسه.. بطل الرهن، وبقي الدين إلا بقدر ما استوفى، فكذا هذا.

(وإن قتله)؛ أي: العبد المساوي ألفاً **(عبد)** آخر **(يعدل)** ذلك العبد الآخر **(مائة، فدفع)** العبد الآخر القاتل **(به)**؛ أي: بمقابلة العبد المقتول **(.. افتكه الراهن بكل الدين)**؛ أعني: الألف. هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمد): الراهن مخير **(إن شاء.. دفعه)**؛ أي: دفع العبد القاتل الذي قام مقام العبد المقتول **(إلى المرتهن، وإن شاء.. افتكه بالدين)**؛ أي: الألف.

فإن دفعه إليه.. لا شيء عليه غيره.

وقال زفر: يصير [٧١٤/ب] العبد القاتل رهناً عنده بمائة؛ لأن يد المرتهن يد استيفاء، وقد تقرر بالهلاك، إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر، فبقي الدين بقدره.

قلنا: إن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً، ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر.. لا يسقط الدين أصلاً عندنا - كما تقدم - فكذلك إذا أقام المدفوع مقامه.

ولمحمد في الخيار: أن المرهون تغير في ضمان المرتهن، فيخير الراهن؛ كالمبيع إذا قتل قبل القبض، والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب.. يخير المشتري والمغصوب منه، فكذا هذا.

وَإِن جنى الرَّهْنُ خطأً.. فدَاهُ الْمُرْتَهنُ، وَلَا يرجعُ.

فَإِن أَبى.. دَفعَهُ الرَّاهنُ، أَو فدَاهُ، وَسقطَ الدَّينُ.

ولهما: أن التغير لم يظهر في نفس العبد؛ لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً كما تقدم مع زفر، وعين الرهن أمانة عندنا، فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي، وإنه منسوخ بالحديث.

بخلاف البيع؛ لأن الخيار فيه: حكمه الفسخ، وهو مشروع.

وبخلاف الغصب؛ لأن تملكه بأداء الضمان مشروع أيضاً.

وعلى الخلاف المذكور أيضاً: أنه لو تراجع سعر العبد الرهن إلى مائة من ألف، ثم قتله عبد يساوي مائة، فدفع به.

(**وإن جنى**) العبد (**الرهن خطأ**)؛ بأن قتل شخصاً خطأ (**.. فداه المرتهن**)؛ أي: ليس للمرتهن أن يدفع العبد الرهن إلى ولي المقتول؛ لأنه لا يملك التمليك؛ لأن رقبته ملك المولى وهو الراهن؛ فإذا فداه.. أصلح رهنه، وكان دينه على الراهن بحاله، والعبد رهن كما كان.

(**ولا يرجع**) المرتهن على الراهن بشيء من الفداء؛ لأن الجناية حصلت في ضمانه، فكان إصلاح الرهن إليه.

فإذا كان الإصلاح بالفداء إليه؛ (**فإن أبى**) عن الفداء (**.. دفعه**)؛ أي: العبد (**الراهن أو فداه**)؛ لأن الملك له.

يقال للراهن: إذا لم تفتد المرتهن.. ادفع العبد إلى ولي الجناية، أو افده بالدية، وأيهما فعل الراهن.. سقط دين المرتهن، وإليه أشار بقوله: (**وسقط الدين**)؛ أي: من الراهن؛ لأن العبد قد هلك بالدفع بسبب حصل في يد المرتهن، وكذا بالفداء؛ لأنه كالحاصل له بالعوض.

وهذا: بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً.. حيث يخاطب الراهن أولاً بالدفع أو الفداء، على عكس ما ذكر؛ لأنه ليس في ضمان المرتهن، فيبدأ

بالخطاب بالراهن دون المرتهن.

فإن دفع الراهن.. خرج الولد من الرهن، ولم يسقط شيء من الدين؛ كما لو هلك الولد ابتداء.

وإن فداه.. فهو رهن مع أمه كما كان.

ولو استهلك [٧١٥/أ] العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته؛ فإن أداه المرتهن.. فدين نفسه باق على حاله؛ كما في الفداء.

وإن أبى.. قيل للراهن: بعه في الدين، إلا أن يؤدي عنه؛ فإن أدى.. بطل دين المرتهن؛ كما ذكر في الفداء.

وإن لم يؤد وبيع العبد فيه.. يأخذ صاحب دين العبد دينه؛ لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وعلى حق المولى أيضاً؛ لأن حقه مقدم على حق المولى.

وكذا: على حق المرتهن؛ لأنه قام مقام المولى في المالية.

وكذا: على حق ولي الجناية أيضاً؛ لأن ولي الجناية قام مقام المولى في ملك العين؛ فإن فضل شيء من دين العبد، ودين العبد مثل دين المرتهن أو أكثر.. فالفضل للراهن، وبطل دين المرتهن؛ لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمانه، فأشبه الهلاك.

وإن كان دين العبد أقل منه.. سقط من دين المرتهن بقدره، وما فضل من دين العبد.. يبقى رهناً كما كان.

ثم إن كان دين المرتهن قد حل.. أخذ المرتهن من ذلك الفضل دينه؛ لأنه من جنس حقه، وقد ظفر به، وإن كان لم يحل.. أمسكه حتى يحل، ثم يأخذه إذا حل إن كان من جنس حقه.

وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين العبد.. أخذ الثمن، ولا يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد؛ لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته، وقد استوفيت، فيتأخر إلى ما بعد العتق.

ثم إذا أدى العبد بعد العتق.. لا يرجع على أحد؛ لأنه وجب عليه بفعله.

هذا: إذا كان العبد الرهن كله مضموناً؛ بأن كان قيمته مثل الدين.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين؛ بأن كان الدين ألفاً، وقيمته ألفان، وقد جنى جناية خطأً.. قيل لهما: ادفعاه أو افدياه بها؛ **لأن البعض مضمون** وهو قدر الدين، **والبعض أمانة** وهو الزائد على قدر الدين، والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن؛ فإن اجتمعا على الدفع.. دفعا وبطل دين المرتهن.

والدفع في الحقيقة: لا يجوز من المرتهن؛ لما بينا، وإنما له التخليص بالفداء، ولهذا.. يطلب رضاه في الدفع؛ لاحتمال أن يختار الفداء.

وإن تشاحا؛ بأن اختار أحدهما الفداء، والآخر الدفع.. فالقول لمن قال: أنا أفده؛ أيهما كان.

أما إن كان هو المرتهن: فلأنه ليس في الفداء الذي يختاره إبطال حق الراهن [٧١٥/ب]، وفي الدفع الذي يختاره الراهن: إبطال حق المرتهن.

ويكون المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة، حتى لا يرجع على الراهن بذلك؛ لأنه كان يمكنه أن لا يختاره، فيخاطب الراهن، فلمّا التزمه والحالة هذه.. كان متبرعاً، على ما روي عن أبي حنيفة.

بخلاف ما إذا كان الراهن غائباً؛ لأنه تعذر خطابه، والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون عليه، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة، فلا يكون متبرعاً.

وعند أبي يوسف ومحمد وزفر: المرتهن متطوع في الوجهين؛ لأنه [فدى ملك][1] غيره بغير أمره، فصار كالأجنبي.

وأما إذا كان المختار للفداء هو الراهن: فلأن المرتهن ليس له ولاية الدفع كما عرفت، فكيف يختاره؟! ولأن في الدفع الذي يختاره المرتهن: تفويت حق الراهن

(١) في المخطوط: (أملك)، والمثبت من «الهداية» (٤/٤٣٨).

وَلَو مَاتَ الرَّاهِنُ.. بَاعَ وَصِيّهُ الرَّهْنَ وَقضى الدَّينَ.

فَإِن لم يكن لَهُ وَصِيٌّ.. نصَّبَ القَاضِي لَهُ وَصِياً، وَأَمَرَهُ بذلكَ.

في العين من غير فائدة تحصل له؛ لأن حكمه يسقط بالدفع كما يسقط بفداء الراهن.

ثم إذا فداه الراهن.. يجب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه؛ لأن سقوط الدين: أمر لازم؛ دفع أو فداء؛ لأنه بالاستحقاق صار هالكاً؛ فإذا فداه.. صار كأنه حصل بالفداء، فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً.

ثم ينظر:

إن كان حصة المضمون من الفداء مثل الدين أو أكثر.. بطل الدين.

وإن أقل من الدين.. يسقط بحسابه، وكان العبد رهناً بما بقي؛ لأن الفداء في حصة الأمانة: كان عليه، وفي حصة المضمون: كان على المرتهن؛ فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه.. كان له الرجوع عليه، فيصير قصاصاً بدينه كله أو بعضه، فيبقى العبد رهناً بما بقي.

بخلاف ما إذا فداه المرتهن.. حيث يكون متطوعاً في حال حضرة الراهن، لا في حال غيبته، على ما تقدم. كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(ولو مات الراهن.. باع وصيه الرهن وقضى الدين)؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي.

ولو كان الموصى حياً.. كان له أن يبيع الرهن، فكذا وصيه.

(فإن لم يكن له وصي.. نصب القاضي له وصياً وأمره)؛ أي: الوصي المنصوب (بذلك)؛ أي: ببيع الرهن وقضاء الدين منه؛ لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، وقد تعين النظر في نصب الوصي له ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي دينه.

ولو كان على الميت دين [٧١٦/أ]، فرهن الوصي بعض التركة عند غريم آخر للميت.. لم يجز، وللآخرين من غرمائه أن يردوه؛ لأنه إيثار بعض الغرماء بالإيفاء

الحكمي، فأشبه الإيثار الحقيقي؛ بجامع: أن كلاً منهما يستلزم إبطال حق الآخرين من الغرماء.. فلا يجوز ذلك.

بخلاف ما لو لم يكن للميت غريم آخر.. جاز الرهن به؛ اعتباراً بالإيفاء الحقيقي أيضاً.

ولو ارتهن الوصي بدين للميت على آخر.. جاز؛ لأنه استيفاء، فيملكه الوصي، وله أن يبيعه إن وكل به، وإلا.. فلا إلا بإذن الراهن.

* * *

(فَصْلٌ)

رَهَنَ عصيراً قِيمَتُهُ عشرَةٌ بِعشْرَةٍ، فتخمَّرَ ثُمَّ تخَلَّلَ وَهُوَ يساويها.. فَهُوَ رهنٌ بهَا.

(فَصْلٌ)

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب والفصول.

(**رهن عصيراً قيمته عشرة**) دراهم (**بعشرة**) دراهم، الجار: متعلق بـ«رهن» وهو بمعنى المقابلة، (**فتخمر**) العصير؛ أي: صار خمراً، (**ثم تخلل**)؛ أي: صار خلاً بنفسه (**وهو**)؛ أي: الخل (**يساويها**)؛ أي: العشرة التي لم تنقص بشيء من قيمته بالتخلل.

(.. **فهو**)؛ أي: الخل: (**رهن**) كما كان (**بها**)؛ أي: بالعشرة؛ لأن ما يكون محلاً للبيع بقاء.. يكون محلاً للرهن بقاء أيضاً؛ كما أن ما يكون محلاً للبيع ابتداء يكون محلاً للرهن ابتداء أيضاً، والخمر محل للبيع بقاء.

ألا ترى: أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض.. يبقى العقد فيها، إلا أن المشتري يتخير في البيع لتغير وصف المبيع؛ كما إذا تعيب في يده قبل قبض المشتري؛ فإذا كان محلاً للبيع بقاء.. يكون محلاً للرهن بقاء أيضاً.

وهذا: لأن العقد وقع صحيحاً؛ فإذا تخمر.. فقد فسد، لكن بالتخلل يعود العقد صحيحاً؛ لعود المالية المتقومة فيها، وزوال المفسد، كذا في «الهداية» و«الكنز» و«الوقاية».

وفيه نظر؛ لأنه يشعر بأن المعتبر فيه - في الزيادة والنقصان -: القيمة، وليس كذلك.

بل المعتبر فيه: القدر؛ لأن العصير والخل من المقدرات؛ لأنه إما مكيل أو موزون.

وفيهما: نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين؛ كما في القلب إذا انكسر، وإنما يوجب الخيار للراهن: بين أن يفتكَّه بجميع الدين، وبين أن يضمنه

قيمته من جنسه، أو من خلاف جنسه، ويجعل قيمته رهناً مكانه، وملك المرتهن بالضمان ما ضمن قيمته من العين المتعيب، هذا عندهما.

وعند محمد: الراهن مخير بين أن يفتكه بجميع الدين، وبين أن يجعله بالدين؛ كما صرح به في «الزيلعي» و«العناية».

وهذا: لأن الفائت فيه: مجرد الوصف، وفوات [٧١٦/ب] شيء من الوصف في المكيل والموزون وإن كان مرغوباً فيه.. لا يوجب سقوط شيء من الدين عندنا، بل يوجب الخيار كما ذكرناه.

وإنما يوجب سقوط الدين: فوات شيء من قدره، فيكون الحكم فيما نحن فيه: أنه إن نقص شيء من قدر الخل.. سقط من الدين بقدره، وإلا.. فلا، فالأولى أن يقول: «ثم تخلل ولم ينقص من مقداره شيء» كما وقع في «العناية».

وقال فيها أيضاً: إن العصير المرهون إذا تخمر.

فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمَين أو كافرَين، أو يكون الراهن وحده مسلماً، أو بالعكس.

فإن كانا كافرين.. فالرهن بحاله؛ تخلل أو لم يتخلل.

وفي الأقسام الباقية:

إن تخلل.. فكذلك، وإلى هذا يشير إطلاق قوله: «ثم تخلل» أي: بنفسه.

وإن لم يتخلل بنفسه.. فهل للمرتهن أن يخلله أو لا؟

فيه تفصيل:

إن كانا مسلمين، أو كان الراهن مسلماً.. جاز تخليله؛ لأن المالية وإن تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن، وذلك يسقط.. لكن إعادتها ممكنة بالتخليل، فصار كتخليص الرهن من الجناية، وللمرتهن ذلك، وإذا جاز ذلك للمسلمَين والخمر

وَإِن رُهِنَتْ شَاةٌ قِيمتُهَا عشرَةٌ: بِعشْرَةٍ، فَمَاتَتْ، فدُبِغَ جِلدُهَا وَهُوَ يُسَاوِي دِرهماً.. فَهُوَ رهنٌ بِهِ.

ليست بمحل بالنسبة إليهم.. فلئن يجوز في المرتهن الكافر أولى؛ لأنها محل بالنسبة إليه.

وأما إذا كان الراهن كافراً.. فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله؛ لأن صفة الخمرية لا تعدم المالية في حق الكافر، فليس للمرتهن المسلم تخليلها؛ فإن خللها.. ضمن قيمتها يوم خللها؛ لأنه صار غاصباً بما صنع؛ كما لو غصب خمر ذمي فخللها، والخل له، وتقع المقاصة إن كان دينه من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. انتهى.

(وإن رُهِنَتْ) - على صيغة المجهول - (شاة قيمتها عشرة بعشرة، فماتت) الشاة في يد المرتهن (فدبغ)؛ أي: المرتهن (جلدها، وهو)؛ أي: الجلد (يساوي درهماً.. فهو)؛ أي: الجلد (رهن به)؛ أي: بدرهم إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً.

وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين.. فهو رهن بدرهمين، ويعرف ذلك: بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة؛ فإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة تسعة.. كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهماً، وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية.. كانت درهمين.

وإنما وجب النظر إلى قيمة الجلد واللحم يوم الرهن لا يوم الدباغ؛ لأن [٧١٧/أ] الأصل: أن قيمة الرهن إنما يعتبر يوم الارتهان.

هذا: إذا كانت قيمة الشاة مثل الدين.

فإن كانت أكثر أو أقل من الدين.. فقال في «الكفاية»: أما إذا كانت قيمة الشاة أكثر من الدين؛ بأن كانت قيمتها عشرين، وقد دبغ الجلد والدين عشرة.. فإنه ينظر إلى قيمة الجلد وإلى اللحم يوم الارتهان:

فإن كانت قيمته يوم الارتهان درهماً؛ بأن كانت قيمتها حية عشرين، ومسلوخة

تسعة عشر.. علم أن قيمة الجلد كانت درهماً، فيكون الجلد رهناً بنصف درهم؛ لأن بأداء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين، فيكون الجلد رهناً بنصف درهم، ويسقط بإزاء اللحم تسعة ونصف.

وإن كانت قيمة الشاة أقل من الدين؛ بأن كانت قيمتها خمسة، وقد دبغ الجلد، وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهماً.. فقد ذهب من الدين أربعة، والجلد رهن بستة؛ لأن الخمسة من الدين باقية، وبمقابلة الخمسة الأخرى كانت الشاة مرهونة؛ فلما ماتت الشاة.. ذهب ما ذهب، وهو الخمسة، وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة وهو درهم، وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين؛ فلذا: كان الجلد مرهوناً بما بقي من الدين وهو ستة، ولم تعد أربعة؛ لأنها كانت بإزاء اللحم، ولم يزل التوى عن اللحم، وقد كان بقي عليه من الدين خمسة، فكان الباقي من الدين ستة، فصار الجلد رهناً بستة، مضموناً بدرهم.

فإذا هلك الجلد بعد ذلك.. هلك بدرهم واحد، ويرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين.

هذا، قالوا: إن ما ذكر أعني كون الجلد رهناً ما يخصه من الدين لا يشكل إذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لا قيمة له؛ بأن تربه أو شمسه؛ لأنه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئاً، حتى يستحق حبس الجلد.

فأما إذا حصل الدبغ بما له قيمة.. يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه؛ كما لو غصب جلد ميتة وديعة بشيء له قيمة.

وإذا استحق المرتهن حبس الجلد بما زاد الدبغ فيه.. فهل يبطل الرهن الأول، أو لا يبطل؟

قال الفقيه أبو جعفر: فيه قولان:

في أحدهما: يبطل، ويصير الجلد رهناً بقيمة ما زاد الدباغ فيه، حتى لو أدى الراهن قيمة ما زاد الدباغ فيه.. أخذ الجلد؛ لأنه صار مرهوناً بالدين [٧١٧/ب] الثاني حكماً.

ولو صار مرهوناً بالدين الثاني حقيقة؛ بأن قال الراهن: جعلته رهناً بالدين الحادث.. ينفسخ الأول بالثاني، فكذا: إذا صار مرهوناً به حكماً.

وفي القول الآخر: لا يبطل؛ لأن الأصل عندنا: أن الشيء إنما يبطل بما هو مثله أو فوقه، ولا يبطل بما هو دونه؛ كالبيع بألف ينفسخ بالبيع بألف أو بأقل من ألف؛ فإنه مثل البيع الأول، وزيادة الثمن وقلته لا تضر، وينفسخ به الأول.

ولا يبطل بالإجارة أو بالرهن؛ لأنهما دون البيع، والرهن الثاني ههنا: دون الأول؛ لأنه إنما استحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدبغ، وتلك المالية تبع للجلد؛ لأنها وصف له، والوصف يتبع الأصل دائماً، والرهن الأول بمال هو أصل بنفسه، وليس بتبع لغيره وهو الدين، فيكون أقوى من الثاني، فلم ينفسخ الثاني.

ويثبت الثاني أيضاً؛ لأن سببه قد تحقق، وإنه لا يمكن رده، بخلاف الإجارة والرهن؛ لأن ردهما ممكن بالقول ببطلانهما، كذا في «الكفاية» و«الزيلعي».

قال في «قاضي خان»: رجل رهن شاة، وأباح للمرتهن أن يشرب من لبنها.. كان للمرتهن أن يشرب أو يأكل، ولا يكون ضامناً؛ فإن هلكت الشاة بعد ذلك عند المرتهن.. قسم الدين على قيمة الشاة وعلى قيمة اللبن؛ فما أصاب الشاة.. يسقط ذلك القدر من الدين، وما أصاب اللبن.. يرجع المرتهن بذلك على الراهن؛ لأن شرب اللبن بإذن الراهن كشرب الراهن، ولو شرب الراهن.. لا يسقط قدر حصته من الدين؛ كما لو أتلف الراهن عضواً من أعضائها.. كان للمرتهن أن يرجع على الراهن بحصته من الدين، وعلى هذا: جميع النماء والزيادة. انتهى.

ونماءُ الرَّهْنِ؛ كولَدِهِ ولبنِهِ وصُوفِهِ وثمرِهِ: للرَّاهِنِ، وَيكونُ رهناً مَعَ الأَصْلِ.

وهل يرجع المرتهن بالدين على الراهن بعد جعل الرهن بالدين بالهلاك، ثم عاد إلى المرتهن أو يكون ملكاً للمرتهن؟

ففيه خلاف بيننا وبين زفر.

قال زفر: يكون ملكاً له.

وقال أصحابنا: يعود الرهن، ويرجع به على الراهن، على ما صرح به في «الزيلعي»؛ حيث قال: ولو أبق العبد المرهون وجعل بالدين، ثم عاد.. يعود بالدين.

وعند زفر: لا يعود، بل يكون العبد ملكاً للمرتهن؛ لأن القاضي لما جعله بالدين.. فقد ملكه إياه؛ كالمغصوب يعود بعد الضمان؛ فإنه يكون ملكاً للغاصب، ولا يعود إلى ملك المغصوب منه [٧١٨/أ].

قلنا: إن الرهن لا يملك بالدين؛ لأنه حكم جاهلي على ما تقدم، وإنما يقع بقبضه الاستيفاء من وجه، ويتم ذلك بالهلاك؛ فإذا عاد.. ظهر أنه لم يتم، فبقي محبوساً بالدين، بخلاف المغصوب؛ فإنه يملكه بالضمان.

(ونماء الرهن؛ كولده) الكاف: للتمثيل لا للتشبيه، **(ولبنه وصوفه وثمره: للراهن)**؛ لأنه متولد عن ملكه، فيكون له.

(ويكون) النماء: **(رهناً مع الأصل)**؛ لأنه تبع له؛ لكونه متولداً منه، فيكون رهناً معه؛ أي: يحبس معه؛ لأن الأوصاف القارة في الأصل اللازمة له: تسري إلى الفروع المتولدة منه إذا كانت الفروع صالحة لأحكام الأصل، والرهن من هذا القبيل؛ لأنه حق متأكد لازم حتى لا ينفرد الراهن بإبطاله، فيسري إلى الفروع؛ كالحرية والقِنِّيَّة والمكاتبية والمدبرية والبيعية؛ فإن هذه لكونها أوصافاً لازمة.. تسري من الأم إلى الأولاد.

فَإِن هلكَ.. هلكَ بِلَا شَيْءٍ.

وَإِن بَقِيَ وَهلكَ الأَصْلُ.. يُفتَكُّ بِحِصَّتِهِ مِنَ الدَّينِ، ....

بخلاف ولد الجارية الجانية؛ فإن حكم الجناية لا يسري إلى الولد، ولا يتبع أمه فيها؛ لأن الحق فيها غير متأكد، حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء.

وبخلاف ولد المستأجرة، والكفيلة، والمغصوبة، والموصى بخدمتها؛ لأن المستأجر حقه في المنفعة دون العين.

وفي الكفالة: الحق في الذمة، والولد لا يتولد من الذمة.

وفي الغصب: السبب إثبات اليد العارية بإزالة اليد المحقة، وهو معدوم في الولد، ولا يمكن إثباته فيه تبعاً؛ لأنه فعل حسي، والتبعية تجري في الأوصاف الشرعية.

وفي الجارية الموصى بخدمتها: المستحق له هو الخدمة، وهي منفعة، والولد غير صالح لها قبل الانفصال، فلا يكون تبعاً لها، وبعده: لا ينقلب موجباً أيضاً بعد أن ينعقد غير موجب.

(فإن هلك) النماء **(.. هلك بلا شيء)**؛ لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل؛ لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودة؛ لأن اللفظ لا يتناولها، إلا إذا صار مقصوداً بالفكاك؛ كما يظهر لك ذلك.

(وإن بقي) النماء **(وهلك الأصل.. يفتك)** الرهن وهو النماء الباقي **(بحصته من الدين)**؛ لأن النماء حينئذ صار مقصوداً بالفكاك؛ لهلاك الأصل، والتبع إذا صار مقصوداً.. يكون له قسط مما يقابل الأصل؛ كولد المبيع: لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصوداً بالقبض.. صار له حصة من الثمن، حتى إذا هلكت الأم قبل القبض وبقي الولد.. كان للمشتري أن يأخذ الولد بحصته من الثمن.

ولو هلك الولد قبل القبض [٧١٨/ب].. لا يسقط شيء من الثمن.

وَيُقَسمُ الدَّينُ على قيمَةِ الأَصْلِ يَوْمَ الْقَبْضِ وَقِيمَةِ النَّمَاءِ يَوْمَ الفِكَاكِ؛ فَمَا أَصَابَ الأَصْلَ.. سقطَ، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افتَكَّ بِهِ.

وَتَصِحُّ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ، ....

(ويقسم الدين) شروع في بيان معرفة حصة النماء، وحصة الأصل من الدين؛ يعني: إذا كان يفتك النماء بحصته من الدين.. يقسم الدين (على قيمة الأصل يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكاك؛ فما أصاب الأصل.. سقط، وما أصاب النماء.. افتك) الراهن (به)؛ أي: بما أصاب النماء؛ لأن الولد صار له حصة من الدين بالفكاك، لا قبله كما عرفت، والأم دخلت في ضمانه من وقت القبض، فيعتبر قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره.

قال علاء الدين في «شرح الوقاية» نقلاً عن الكرخي: وتفسير ذلك: رجل رهن رجلاً أمة قيمتها ألف بألف، فولدت ولداً يساوي ألفاً، والدين الآن في الظاهر نصفان، نصف في الأمة ونصف في الولد؛ فإن مات الولد.. ذهب بغير شيء؛ لعدم حصته من الدين مع قيام الأصل، فكانت الأم رهناً بجميع الدين.

فإن ماتت الأم بعد موت الولد.. ذهبت بجميع الدين.

فإن ماتت قبل الولد.. ذهبت بنصف الدين، وافتك الراهن الولد بنصف الدين؛ فإن لم يفتكه الراهن حتى مات بعد أمه.. ذهب بغير شيء، وصار كأنه لم يكن، وذهبت الأم بجميع الدين. إلى هنا لفظ الكرخي.

ولو أذن الراهن المرتهن في أكل زوائد الرهن؛ بأن قال: مهما زاد الرهن فكله، فأكله.. فلا ضمان عليه، ولا يسقط شيء من الدين؛ لأنه أتلفه بإذن صاحبه، وهذا إباحة وإطلاق، والإطلاقات: يجوز تعليقها بالشر والخطر.

بخلاف التمليك. كذا في «الفتاوى».

(وتصح الزيادة في الرهن)؛ بأن رهن ثوباً يساوي عشرة بعشرة، ثم يزيد الراهن ثوباً آخر ليكون رهناً مع الأول بالدين الأول.

وَلَا تصحُّ فِي الدَّينِ.. فَلَا يكونُ الرَّهْنُ رهناً بهَا.

خلافاً لأَبي يُوسُفَ.

(ولا تصح في الدين) بأن يزيد ديناً على الدين الأول، على أن يكون الرهن الأول رهناً بالدينين، وهذا غير جائز.

لا بمعنى: أن زيادة الدين على الدين الأول غير جائزة في نفسها؛ لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائزة بالإجماع.

بل بمعنى: أن الرهن لا يكون رهناً بالدين الثاني، ولذا قال: (فلا يكون الرهن رهناً بها)؛ أي: بالزيادة؛ احترازاً عما ذكرناه.

(خلافاً لأبي يوسف) قال: يجوز الزيادة في الدين أيضاً؛ بمعنى: أن الرهن يكون رهناً بالأصل والزيادة معاً.

وقال الشافعي وزفر: لا يجوز الزيادة في الرهن أيضاً.

لهما: أن الزيادة في الرهن تؤدي إلى الشيوع؛ لأنه [٧١٩/أ] لا بد للثاني من أن يكون له حصة من الدين، فيخرج الرهن الأول بقدره من أن يكون مضموناً، وذلك شائع، والشيوع يفسد الرهن.

ولأبي يوسف: أن الدين في باب الرهن: كالثمن في المبيع، والرهن: كالمثمن.. فيجوز الزيادة فيهما؛ كما في البيع.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن؛ لأن الزيادة تُثبت فيه ضمانَ الدين الثاني، فيكون بعض الرهن مضموناً به، وبعضه مضموناً بالدين الأول، وذلك البعض مشاع.

بخلاف الزيادة في الرهن؛ لأنها توجب تحول الدين إلى الدين الثاني؛ لأن الدين ينقسم عليها، فصار الشيوع في الدين لا في الرهن، وذلك غير مانع صحة الرهن.

ألا ترى: أنه لو رهن شيئاً بخمسمائة من ألف درهم عليه.. يجوز.

وَإِنْ رهنَ عبداً يعدِلُ أَلفاً: بِأَلِفٍ، فَدفعَ مَكَانَهُ عبداً يعدِلُها.. فَالْأَوَّلُ: رهنٌ حَتَّى يُرَدَّ إِلَى راهنِهِ، ....

ولو كان الشيوع في الدين مانعاً.. لما جاز هذا.

وإذا صحت الزيادة في الرهن - وتسمى هذه: زيادة قصدية - قسم الدين على قيمتها يوم قبضها، وعلى قيمة الأول يوم قبضه؛ لأن كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه، فكان المعتبر: يوم قبضه.

وإذا رهن جارية بألف تساوي ألفاً، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فأراد الراهن الزيادة على الولد، فقال: زدتك هذا العبد مع الولد رهناً وهو أيضاً يساوي ألفاً.. جاز العقد، ويكون العبد رهناً مع الولد دون الأم.

فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك، وإلى قيمة الأم يوم العقد؛ فما أصاب الولد.. قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة العبد يوم قبضه؛ لأنه دخل في ضمانه بالقبض.

فإن مات الولد بعد الزيادة.. بطلت؛ لأنه إذا هلك.. خرج من العقد، فصار كأن لم يكن، فبطل الحكم في الزيادة.

ولو قال الراهن: زدتك هذا العبد مع الأم.. قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض؛ فما أصاب الأم.. قسم عليها وعلى ولدها؛ لأن الزيادة دخلت على الأم، فصارت كأنها كانت في أصل العقد، فيكون الولد داخلاً في حصة الأم خاصة.

فإن ماتت الأم بعد الزيادة.. ذهب ما كان فيها، وبقي الولد والزيادة بما فيها؛ لأن هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان، بل يقرره.. فلا يبطل الحكم.

وفي الزيادة لو مات الولد بعد الزيادة.. ذهب بغير شيء [٧١٩/ب]، وكان العقد في الأم ولا ولد معها، كذا في «العناية»، وتفصيله في «الزيلعي».

(وإن رهن عبداً يعدل ألفاً بألف، فدفع مكانه)؛ أي: مكان العبد (عبداً) آخر (يعدلها)؛ أي: الألف (فالأول: رهن حتى يرد) المرتهن (إلى راهنه)؛ لأنه دخل في

وَالْمُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الثَّانِي حَتَّى يَجعلَهُ مَكَانَ الْأَوَّلِ بردِّ الْأَوَّلِ.

وَلَو أَبْرَأَ الْمُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ عَنِ الدَّينِ أَو وهبَهُ مِنْهُ فَهَلَكَ الرَّهْنُ.. هَلَكَ بِلَا شَيْءٍ.

ضمانه بالقبض والدين، فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين، إلا أن ينقض القبض.

(والمرتهن أمين في الثاني حتى يجعله)؛ أي: الثاني (مكان الأول برد الأول إلى راهنه؛ لأن الأول لما كان في ضمانه بالقبض، والدين لا يُدخل الثاني في ضمانه ما دام الأول في ضمانه؛ لأنهما إنما رضيا بدخول أحدهما فيه، لا بدخولهما معاً.

فإذا خرج الأول عن ضمانه برده إلى الراهن.. دخل الثاني في ضمانه، فيكون رهناً مكان الأول.. فهل يشترط تجديد القبض في الثاني؟

ففيه اختلاف:

قيل: يشترط؛ لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة، وعلى الأول يد استيفاء وضمان، فلا ينوب عنه؛ كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفاً بظنها جياداً، ثم علم أنها زيوف وطالبه بالجياد وأخذها؛ فإن الجياد أمانة عنده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد.

وقيل: لا يشترط؛ لأن الرهن تبرع كالهبة، وعينه أمانة على ما عرف، وقبض الأمانة ينوب عن قبض الأمانة، ولأن الرهن عينه أمانة، والقبض برد العين، فينوب قبض الأمانة عن قبض العين.

(ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، أو وهبه منه، فهلك الرهن.. هلك بلا شيء) في الاستحسان.

خلافاً لزفر.

له: أن القبض وقع مضموناً، فيبقى الضمان ما بقي القبض.

ولنا: أن ضمان الرهن باعتبار القبض والدين ولو كان الدين موعوداً على ما تقدم، وبالإبراء والهبة: لم يبق أحدهما، وهو الدين؛ لسقوطه بهما، والحكم الثابت

بعلة ذات وصفين.. يزول بزوال أحدهما.

ألا ترى: أنه لو رد الرهن إلى راهنه.. يسقط الضمان؛ لزوال القبض مع بقاء الدين.. فكذلك إذا سقط الدين بالإبراء والهبة.. يسقط الضمان؛ لزوال الدين مع بقاء القبض.

بخلاف ما إذا أحدث المرتهن بعد البراءة منعاً عن القبض؛ بأن طلبه الراهن ومنعه عنه، ثم تلف في يده.. فإنه ضمن قيمته؛ لأن حق المنع لم يبق بعد الإبراء، فصار بالمنع غاصباً، فيضمن.

وكذا: إذا ارتهنت المرأة بصداقها رهناً فأبرأته، أو وهبت له واختلعت عليه، أو ارتدت والعياذ بالله تعالى [٧٢٠/أ] قبل الدخول بها، ثم هلك الرهن في يدها.. يهلك بغير شيء؛ لسقوط الدين.

بخلاف ما لو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن، أو بإيفاء متبرع، ثم هلك الرهن في يد المرتهن؛ فإنه يهلك بالدين، ويجب عليه ردها؛ استوفى إلى الراهن أو إلى المتبرع.

والفرق بينهما: أن الإبراء يسقط به الدين أصلاً، وبالاستيفاء: لا يسقط؛ لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين، لكن يكون المقبوض مضموناً على القابض، فيلتقيان قصاصاً، على ما بينه في «الزيلعي».

وبخلاف ما لو اشترى بالدين عيناً، أو صالح عنه على عين؛ فإنه استيفاء.

وبخلاف ما إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره، ثم هلك الراهن.. بطلت الحوالة، وتملك بالدين؛ لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء؛ لأنه يزول به عن ملك المحيل مثلُ ما كان على المحتال عليه، أو ما يرجع به عليه؛ إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل.

وبخلاف ما إذا تصادقا على أن لا دين عليه، وهلك الرهن في يده.. يملك بالدين أيضاً؛ لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه، فتكون الجهة قائمة.

وَلَو قَبضَ دَينَهُ أَو بعضَهُ مِنْهُ، أَو مِن غَيرِهِ أَو شرى بِهِ عيناً، أَو صَالحَ عَنهُ علَى شَيْءٍ، أَوِ احتالَ بِهِ علَى آخرَ، ثُمَّ هلكَ قبلَ ردِّهِ.. هلكَ بِالدَّينِ، وَيردُّ مَا قَبَضَ إِلَى مَن قُبِضَ مِنْهُ، وَتبطلُ الْحَوَالَةُ.

وَكَذَا: لَو تَصَادقا على عَدَمِ الدَّينِ ثمَّ هَلَكَ.. هَلَكَ بِالدَّينِ.

بخلاف الإبراء، كذا في «الهداية».

وهو على إطلاقه مختار بعض المشايخ، وفصله في «الكافي».

وقال ذكر شمس الأئمة السرخسي في «المبسوط»: إذا تصادقا على أن لا دين.. بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن؛ لأن الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك، ووجوب الدين ظاهراً يكفي لضمان الرهن، فكان مستوفياً.

وأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم، ثم هلك، فيهلك أمانة؛ لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن: لا يبقى بدون الدين، كذا في «الزيلعي».

وإلى ما ذكرنا أشار بقوله: (ولو قبض) المرتهن (دينه أو بعضه منه)؛ أي: من الراهن (أو من غيره)؛ أي: غير الراهن؛ أعني: المتبرع.

(أو شرى به)؛ أي: بالدين (عيناً أو صالح عنه)؛ أي: عن الدين (على شيء، أو احتال) المرتهن؛ أي: قبل الحوالة (به)؛ أي: بالدين (على آخر، ثم هلك) الرهن في هذه الصور (قبل رده) إلى راهنه.

(.. هلك بالدين، ويرد ما قبض إلى من قبض منه) من الراهن أو المتبرع.

(وتبطل الحوالة).

(وكذا: لو تصادقا على عدم الدين، ثم هلك [٧٢٠/ب].. هلك بالدين).

وقد ذكرنا وجهها.

وما ذكره من قوله: «وكذا إذا تصادقا على عدم الدين، ثم هلك.. هلك بالدين»: هو مختار «الهداية»، وفيه تفصيل ذكرناه.

* * *

(كتاب الجنايات)

(كتَابُ الْجِنَايَاتِ)

الْقَتْلُ:

١- إِمَّا عمدٌ، وَهُوَ: أَن يَقْصِدَ ضربَهُ بِمَا يُفَرِّقُ الْأَجْزَاءَ مِن سلَاحٍ أَو محدَّدٍ مِن حَجَرٍ، أَو خَشَبٍ، أَو لِيطَةٍ، أَو حرقَهُ بِنَارٍ.

(كِتَابُ الجِنَايَاتِ)

الجناية في اللغة: اسم لما يكتب من الشر، تسمية بالمصدر، من جنى عليه شراً، وهو عام، إلا أنه في الشرع: خص بفعل محرم شرعاً بالنفوس والأطراف، والأول يسمى: قتلاً، والثاني يسمى: قطعاً وجرحاً.

(القتل) وهو فعل صادر من العباد تزول به الحياة.

واعلم: أن القتل الذي تتعلق به الأحكام الشرعية من القصاص والكفارة والدية وحرمان الإرث: خمسة بدليل الاستقراء، على ما سيظهر في الكتاب.

١- **(إمَّا عمد، وهو: أن يقصد ضربه بما يفرق الأجزاء؛ من سلاح، أو محدد من حجر أو خشب أو ليطة)** وهو قشر القصب أو الزجاج.

(أو حَرْقَه) بالنصب عطف على ضربه **(بنار)**، وهذا: لأن العمد من أفعال القلوب، ولا يوقف عليه إلا بدليل، وهو: استعمال الآلة القاتلة، فعلم تعمده عند استعماله ذلك.

هذا، ثم القصاص بالإحراق بالنار اتفاقي.

بخلاف ما لو ألقاه في النار، ثم أخرجه وبه رمق، فمكث أياماً ولم يزل صاحب فراش؛ فإنه إن مات عنه.. قتل الملقي.

وإن كان يجيء ويذهب، ثم مات.. لم يقتل. كذا في «قاضي خان».

قال في «الكفاية»: الحدة ليست بشرط إذا كانت الآلة من الحديد.

واستدل عليه بما ذكره في «المغني» بقوله: القتل العمد: أن يتعمد الإنسان قتل

وَعِنْدَهُمَا: بِمَا يقتلُ غَالِباً.

ومُوجَبُهُ: الْإِثْمُ وَالْقصاصُ عَيناً، ....

من لا يحل قتله بالحديد؛ سواء كان سلاحاً نحو السيف والسكين، أو لم يكن سلاحاً نحو الإبرة.

وسواء كان له حدة تبضع، أو ليس له حدة ترض رضاً؛ كالعمود وصنجة الميزان.

وسواء كان الغالب منه الهلاك، أو لم يكن.

فهذا: يبين لك: أن العبرة في هذا الباب: للحديد لا الحدة، هذا كله على رواية «الأصل».

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة: أنه إذا قتله بصنجة حديد أو عمود لا حدة له.. فهو ليس بعمد محض، حتى لا يجب القصاص، بل هو خطأ عمد.

وفي كلام المصنف: إشارة إلى رواية «الأصل»؛ حيث شرط الحدة في نحو الحجر والخشب والليطة، مما لم يكن من حديد، ولم يشترط فيما يكون من الحديد.

(وعندهما): أن يقصد ضربه **(بما يقتل غالباً)**؛ كذا في «الكفاية».

حتى إذا ضربه بحجر عظيم، أو خشبة عظيمة فقتل به.. يكون [٧٢١/أ] عمداً عندهما؛ لأنهما مما يقتلان غالباً، والحد ليس بشرط عندهما.

(وموجبه)؛ أي: موجب القتل العمد: **(الإثم)**؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾، ولإجماع الأمة.

(والقصاص)؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾، والمراد به: القتل العمد، ولأن القصاص نهاية الجزاء، فلا يشرع إلا بنهاية الجناية، ولا تتناهى إلا بالعمد؛ لأن الخطأ فيه شبهة، فلا يوجب العقوبة المتناهية.

(عيناً)؛ أي: ليس للولي الخيار بين القصاص وأخذ الدية على القصاص معين.

إِلَّا أَن يُعْفَى، وَلَا كَفَّارَة فِيهِ.

(إلا أن يُعفى)؛ أي: يعفو الولي، فيسقط القصاص بعفو الولي، فلا يجب شيء إن كان العفو بغير بدل.

وإن كان العفو ببدل.. يجب المشروط بالصلح لا بالقتل.

حتى لو قال الولي: أنا آخذ المال بدل القصاص، ولم يرض به القاتل.. ليس له أخذ المال؛ لعدم الصلح، ويسقط القصاص بالعفو.

وقال الشافعي: الواجب أحدهما لا بعينه، ويتعين باختيار الولي.

وروي عنه أيضاً: أن الواجب هو القصاص عيناً، لكن للولي حق العدول إلى المال من غير رضا القاتل.

(ولا كفارة فيه)؛ أي: في القتل العمد.

وقال الشافعي: تجب الكفارة فيه اعتباراً بالخطأ، بل أولى؛ لأنها شرعت لمحو الإثم، وهو في العمد أكثر، فكان أدعى على إنجائها.

قلنا: إن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة، فلا بد أن يكون سبباً دائراً بين العبادة والعقوبة، فلا بد أن يكون سببها دائراً بين الخطأ والإباحة؛ لتعلق الإباحة بالمباح، والعقوبة بالمحظور.

وقيل: العمد كبيرة محض، فلا تناط به؛ كسائر [الكبائر][1] مثل الزنا والسرقة والربا.

ولا يمكن إلحاقه بالخطأ؛ لأنه دونه في الإثم، فشرعه لدفع الأدنى: لا يدل على دفع الأعلى، ولأن في القتل العمد وعيداً محكماً، فلا يمكن أن يقال: يرتفع المأثم فيه بالكفارة، مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع، ولأن الكفارة من المقدرات الشرعية، فلا يجوز إثباتها بالقياس أو بالدلالة.

---

(١) زيادة من «البحر الرائق» (٨/٣٣١).

٢- وَإِمَّا شبهُ عمدٍ، وَهُوَ: ضربُهُ قصداً بِغَيْرِ مَا ذُكِرَ.

ومُوجَبُهُ: الْإِثْمُ، وَالْكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةَ على الْعَاقِلَةِ، ....

٢- (وإما شبه عمد) عطف على قوله: «إما عمد»، وهو الثاني من وجوه القتل.

(وهو: ضربه قصداً بغير ما ذكر) من الآلات في القتل العمد من سلاح أو محدد من حجر أو خشب أو ليطة أو إحراق بالنار.

والمراد بغير ما ذكر: ما لا حد له من الآلة؛ كالحجر والعصا، وكل شيء ليس له حد يفرق الأجزاء. هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: إذا ضربه بحجر عظيم، أو بخشبة عظيمة.. فهو عمد [٧٢١/ب]، وشبه العمد: أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً؛ لأنه يتقاصر فيه معنى العمد؛ لأن استعمال ما لا يقتل به غالباً قد يقصد به غير القتل؛ كالتأديب، فكان شبه العمد.

بخلاف استعمال ما لا يلبث من الآلة؛ لأنه لا يقصد به إلا القتل، فيكون عمداً.

(وموجبه)؛ أي: موجب شبه العمد: (الإثم) لأنه ارتكب محرماً في دينه قاصداً له.

(والكفارة) على القاتل؛ لأنه خطأ من وجه نظراً إلى الآلة، فدخل تحت النص على الخطأ، وهو: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾... الآية.

(والدية المغلظة)، وهي: مائة من الإبل أرباعاً، على ما سيأتي بيانه في الديات.

(على العاقلة).

والأصل فيه: أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعده.. فهي على العاقلة؛ اعتباراً بالخطأ.

بخلاف ما تصالحوا فيه على الدية.

وبخلاف قتل الوالد ولده عمداً.

لا الْقَوَدُ.

وَهُوَ فِيمَا دونَ النَّفسِ: عمدٌ.

٣- وَإِمَّا خطأٌ، وَهُوَ:

فِي: الْقَصْدِ بِأَن يَرْمِيَ شخصاً ظَنَّهُ صَيداً أَو حَرْبِيّاً.. فَإِذا هُوَ ....

وبخلاف إقرار القاتل القتل خطأ وقد كان قتله عمداً؛ فإن في هذه الصور: يجب الدية على القاتل في ماله لا على العاقلة؛ إذ لم تجب بالقتل ابتداء، بل وجبت لمعنى يحدث بعد القتل - وهو الصلح - وكون [الوجوب على العاقلة لأنه خطأ من وجه، فيكون معذوراً، فيتحقق التخفيف لذلك، ولأنها تجب بنفس القتل، تجب على العاقلة كما في الخطأ.

وتجب في ثلاث سنين؛ لقضية عمر رضي الله عنه، وهو ما روي عنه أنه قضى][1] بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروي عنه: كالمروي عن رسول الله ﷺ؛ لأنه مما لا يعرف بالرأي.

(لا القود)؛ لأن رسول الله ﷺ أوجب فيه الدية لا القصاص، ولأنه لما كان خطأ من وجه على ما عرفت، وعمداً من وجه.. كان ذلك شبهة في سقوط القصاص، فسقط.

(وهو)؛ أي: شبه العمد (فيما دون النفس)؛ أي: في الأطراف: (عمد)؛ أي: ليس شبه عمد، بل عمداً وخطأ؛ لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة؛ فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراه.

وأما ما دونها.. فإنه يقصد إتلافه بغيره؛ كما يقصد به.

ألا ترى: أن فقء العين كما يقصد بالسكين.. يقصد بالسوط والعصا الصغيرة أيضاً، كذا في «العناية»، فقصر المصنف على العمد: قاصر.

٣- (وإما خطأ)، وهو النوع الثالث من أنواع القتل، (وهو)؛ أي: الخطأ: (في القصد)؛ أي: قصد القاتل (بأن يرمي شخصاً ظنه صيداً أو حربياً.. فإذا) فجائية (هو)

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «المجمع» (٢/٦١٦).

آدَمِيٌّ مَعْصُومٌ.

أَو فِي: الْفِعْلِ بِأَن يَرْمِيَ غَرضاً فَيُصِيبَ آدَمِيّاً.

٤- وَإِمَّا مَا أُجْرِيَ مُجْرى الْخَطَأَ؛ كنائمٍ انْقَلبَ على آخرَ فَقتلَهُ.

وموجبهما: الْكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ على الْعَاقِلَةِ.

٥- وَإِمَّا قتلٌ بِسَبَبٍ، وَهُوَ: نَحْوُ أَن يحْفرَ بِئْراً أَو يضعَ حجراً فِي غيرِ مِلْكِهِ بِلَا إِذنٍ فَهلَكَ بِهِ إِنْسَانٌ.

أي المرمي إليه (**آدمي معصوم**) الدم.

(**أو في الفعل**)، عطف على: «في القصد»؛ يعني: أن الخطأ على نوعين:

نوع في القصد، ونوع في الفعل.

لأن الرمي إلى شيء مثلاً مشتمل على فعل القلب [٧٢٢/أ] وهو القصد، وفعل الجارحة وهو الرمي؛ فإذا اتصل الخطأ بالأول.. فهو النوع الأول، وإن اتصل بالثاني.. فهو النوع الثاني.

وفسر المصنف الأول بما ذكره.

والثاني بقوله: (**بأن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً**)؛ فإنه لم يقصد برميه آدمياً حتى يكون الخطأ في قصده.

٤- (**وإما ما أجري مجرى الخطأ؛ كنائم انقلب على آخر فقتله**).

(**وموجبهما**)؛ أي: موجب الخطأ وما يجري مجراه: (**الكفارة**) على القاتل؛ لما ذكرناه.

(**والدية**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ﴾... الآية.

(**على العاقلة**)؛ لما ذكرناه من قصة عمر.

٥- (**وإما قتل بسبب**) وهو النوع الخامس من أنواع القتل، (**وهو: نحو أن يحفر بئراً، أو يضع حجراً في غير ملكه بلا إذن**) مالكه، (**فهلك به إنسان**).

ومُوجَبُهُ: الدِّيَةُ على الْعَاقِلَةِ، لَا الْكَفَّارَةُ.

وَكلُّهَا تُوجِبُ حِرمَانَ الْإِرْثِ، إِلَّا هَذَا.

(وموجبه: الدية على العاقلة).

أما وجوب الدية: فلأنه سبب التلف، وهو متعد بالحفر والوضع، فجعل كالدافع الملقي فيه، فيجب فيه الدية؛ صيانة للأنفس.

وأما أنها على العاقلة: لأن القتل بهذا الطريق: دون القتل في الخطأ، فيكون معذوراً، فيجب على العاقلة؛ تخفيفاً عنه كما في الخطأ، بل أولى؛ لعدم القتل منه مباشرة.

(لا الكفارة)؛ لما ذكرناه من عدم القتل منه مباشرة.

(وكلها)؛ أي: كل أنواع القتل **(توجب حرمان الإرث)** للقاتل عن المقتول.

(إلا هذا)؛ أي: القتل بسبب.

وقال الشافعي: يحرم الميراث بالقتل بالسبب أيضاً؛ لأن الشارع جعله كمباشر القتل في إيجاب الضمان عليه، فيتوفر عليه سائر أحكامه.

ولنا: أنه ليس بمباشر للفعل حقيقة، وإنما ألحق بالمباشر في إيجاب الضمان على خلاف القياس؛ صيانة للدم عن الهدر، فبقي في حق الكفارة وحرمان الإرث على الأصل.

* * *

(بَابُ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ، وَمَا لَا يُوجِبُهُ)

يجبُ الْقِصاصُ بقتلِ مَن هُوَ محقونُ الدَّمِ على التَّأْبِيدِ عَمْداً.

فَيُقْتَلُ الْحرُّ بِالْحرِّ وبِالعَبْدِ، وَالْمُسلمُ بالذِّميِّ.

(باب ما)؛ أي: قتل **(يوجب القصاص، وما لا يوجبه)**.

(يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على التأبيد)، وهو: المسلم والذمي.

احترز به عن: الحربي، والمرتد، والزاني المحصن، والحربي المستأمن، ومن سب النبي ﷺ؛ فإن دمهم ليس بمحقون على التأبيد، فقتلهم لا يوجب القصاص.

(عَمداً)؛ لقوله ﷺ: «العمد قود».

ولأن الجناية بالعمد تتكامل، فكان جزاؤها متكاملاً أيضاً، وهو القصاص؛ يعني: أن القصاص جزاء كامل، فيقتضي جناية كاملة وهو القتل بالعمد، فاشترط العمد فيه.

واحترز به عن [٧٢٢/ب] الخطأ؛ لأنه لا يوجب القصاص، بل يوجب الدية.

(فيقتل الحر بالحر، وبالعبد)؛ أما الحر بالحر.. فبالاتفاق؛ لقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾.

وأما الحر بالعبد: فقد اختلفوا فيه:

فذهب أصحابنا: إلى قتل الحر بالعبد؛ بعموم قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾. وبقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»، ولأنهم تساووا في العصمة، فيجب القصاص.

وقال الشافعي: لا يقتل الحر بالعبد؛ لعدم المساواة بينهما.

قلنا: القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدِّين أو بالدار، ويستويان فيهما.

(والمسلم بالذمي).

وَلَا يُقتلانِ بمستأمنٍ، بلِ الْمُستَأْمنُ بمثلِهِ، وَالذَّكَرُ بِالْأُنْثَى، والعَاقِلُ بالمجنونِ، والبالغُ بِغَيْرِهِ، وَالصَّحِيحُ بِغَيْرِهِ، وكامِلُ الْأَطْرَافِ بناقِصِها، وَالْفرعُ بِأَصْلِهِ.

خلافاً للشافعي؛ لقوله ﷺ: «لا يقتل مؤمن بكافر»، ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية، ولأن مبيح، فيورث الشبهة.

ولنا: ما روي أن النبي ﷺ قتل مسلماً بذمي، ولأن المساواة في العصمة ثابت نظراً إلى التكليف أو الدار، والمبيح: هو كفر المحارب دون المسالم، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة.

والمراد بما رواه: الحربي؛ بدليل: سياقه.

(ولا يقتلان)؛ أي: الحر والذمي (بمستأمن)؛ لأنه غير محقون الدم على التأبيد.

وكذا: كفره باعث على الحراب؛ لأنه على قصد الرجوع إلى دار الحرب.

وعند أبي يوسف: أن الذمي يقتل بالمستأمن.

(بل) يقتل (المستأمن بمثله)؛ لوجود المساواة فيه. هذا قياس.

والاستحسان: أنه لا يقتل به؛ لقيام المبيح.

(والذكر بالأنثى، والعاقل بالمجنون)، بخلاف العكس؛ فإنه لا يقتل المجنون بالعاقل؛ كما في «قاضي خان».

(والبالغ بغيره)؛ أي: بالصبي.

(والصحيح بغيره)؛ أي: المريض كالبصير بالأعمى.

(وكامل الأطراف بناقصها)؛ للعمومات الواردة في القصاص، ولوجود المساواة بينهم في العصمة، وهي المعتبرة في القصاص.

ولو اعتبرت المساواة فيما وراء العصمة.. لانسدَّ باب القصاص.

(والفرع) وإن سفل (بأصله) وإن علا، فيقتل الولد بقتل أصله وإن علا من طرف

لَا الْأَصْلُ بفرعِهِ، بل تجبُ الدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

وَلَا السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ أَو مدبَّرِهِ أَو مكَاتَبِهِ وَعبدِ وَلَدِهِ وَعبدُ بعضِهِ: لَهُ.

وَإِن وَرِثَ قِصاصاً على أَبِيهِ.. سقطَ.

وَلَا قِصاصَ على شريكِ الْأَبِ، ....

الأب أو الأم؛ لوجود المقتضي وعدم المانع.

(لا الأصل بفرعه) من طرف الأب أو الأم وإن علا؛ لوجود المانع، وهو قوله ﷺ: «لا يقتل الوالد لولده».

(بل تجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين) لا في الحال.

(ولا السيد بعبده أو مدبره أو مكاتبه وعبد ولده)؛ لقوله ﷺ: «لا يقتل السيد بعبده»، ولأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص.

(وعبد بعضه له)؛ أي: وكذا لا يقتل الرجل بعبد ملك بعضه؛ لأن القصاص لا يتجزأ؛ فإذا سقط في البعض [٧٢٣/أ].. سقط في الكل.

(وإن ورث قصاصاً على أبيه.. سقط)؛ لأن الابن لا يستوجب القصاص على أبيه.

وصورة المسألة: إذا قتل الأب أخا امرأته، ثم ماتت المرأة قبل أن يقتص منه؛ فإن ابنها منه يرث القصاص الذي لها على أبيه، فيسقط لما ذكرناه.

وكذا: إذا قتل امرأته.. فلابنها منه أن يقتص، ثم يسقط القصاص لما ذكرناه.

والأم والأجداد والجدات من أي جهة كانوا: كالأب.

وذلك: لما بينهما من الجزئية؛ كما في «الاختيار». (ولا قصاص على شريك الأب) في قتل ولده.

صورة [المسألة]: أجنبي شارك الأب في قتل ولده؛ يعني: قتلاه معاً.. لا يجب القصاص على الشريك الأجنبي؛ لأنه لا يجب على الأب، فكذا على شريكه؛ لعدم تجزيء القصاص.

أَوِ الْمولى، أَوِ الْمُخْطِئِ، أَوِ الصَّبِيِّ، أَوِ الْمَجْنُونِ، وكلِّ مَن لَا يَجِبُ الْقِصاصُ بِقَتْلِهِ.

وَإِن قتلَ عبدَ الرَّهْنِ.. لَا يَقْتَصّ حَتَّى يَحضُرَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ.

(**أو المولى**)، أي: شريك المولى في قتل عبده؛ لأنه لا يجب على المولى بقتل عبده، فكذا على شريكه فيه؛ بأن قتلاه معاً.

(**أو المخطئ**) أي: اشترك العامد مع المخطئ في قتل رجل، فقتلاه.. لا يجب القصاص على الشريك المخطئ؛ لعدم وجوبه على المخطئ، فكذا على شريكه.

(**أو** شريك (**الصبي**)؛ أي: لا يجب القصاص على شريك الصبي في القتل؛ بأن قتلا معاً رجلاً.

(**أو** شريك (**المجنون**)؛ أي: اشترك العاقل مع المجنون في القتل.. لا يجب القصاص على العاقل؛ لعدم وجوبه على المجنون.

(**وكل من لا يجب القصاص بقتله**)؛ أي: لا يجب القصاص على شريك كل من لا يجب القصاص بقتله كالمذكورين وغيرهم.

(**وإن قتل عبد الرهن.. لا يقتص**) القاتل (**حتى يحضر الراهن والمرتهن**)؛ لأن المرتهن لا يليه؛ لعدم الملك له، والراهن لا يليه؛ لما فيه من إبطال حق المرتهن في الدين؛ لأنه لو قتل القاتل.. لبطل حق المرتهن في الدين وهلك الرهن بلا بدل، وليس للراهن أن يتصرف تصرفاً يؤدي إلى إبطال حق الغير.

وذكر في «العيون» و«الجامع» لفخر الإسلام: أنه لا يثبت لهما القصاص إن اجتمعا، فجعلا كالمكاتب الذي ترك وفاء ووارثاً.

ولكن الفرق بينهما ظاهر؛ فإن المرتهن لا يستحق القصاص؛ لعدم ملكه، ولا ولاء له، فلم يشتبه من له الحق، بخلاف المكاتب على ما سنبينه.

وإن قُتِل العبدُ المبيع قبل القبض.. فالقصاص للمشتري إن أجاز البيع؛ لأنه المالك.

وَإِن قتلَ مكَاتبٌ عَن وَفَاءٍ وَلهُ وَارِثٌ مَعَ سَيّدِهِ.. فَلَا قصاصَ.

وَإِن لم يَكُنْ وَفَاءٌ.. يَقْتَصُّ سَيّدُهُ.

وَكَذَا: إِن كَانَ وَفَاءٌ وَلَا وَارِثَ غيرُ سَيّدِهِ؛ خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وإن نقض.. فللبائع؛ لأن البيع ارتفع، وظهر أنه المالك، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال [٧٢٣/ب] أبو يوسف: هو كذلك إن أجاز البيع؛ لما بيناه.

وإن فسخ.. فلا قصاص للبائع؛ لعدم ملكه عند الجناية، فلم ينعقد موجباً له، ووجبت له القيمة.

وعند محمد: تجب له القيمة في الوجهين؛ لاشتباه المستحق. كذا في «الزيلعي».

(**وإن قتل مكاتب عن وفاء**)؛ بأن ترك مالاً يفي ببدل الكتابة، (**وله وارث مع سيده.. فلا قصاص**) بالاتفاق؛ لاشتباه من له القصاص؛ لأنه إن مات حراً.. فالقصاص للوارث، وإن مات عبداً.. فالقصاص للمولى.

وقد اختلف الصحابة في موته حراً أو عبداً.

(**وإن لم يكن وفاء.. يقتص سيده**)؛ يعني: القصاص لسيده، سواء كان له وارث أو لم يكن؛ لأنه مات رقيقاً؛ لعدم تركه وفاء، فتعين الحق لسيده.

(**وكذا**)؛ أي: يكون القصاص للسيد أيضاً (**إن كان وفاء ولا وارث غير سيده**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**خلافاً لمحمد**)، قال: لا يجب القصاص؛ لأن سبب استحقاق القصاص ههنا قد اختلف، سواء مات حراً أو عبداً؛ لأنه:

الولاء إن مات حراً.

والملك إن مات عبداً.

فاشتبه الحال.. فلا يستحق؛ لأن اختلاف السبب كاختلاف المستحق، فيسقط

وَلَا قصاصَ إِلّا بِالسَّيْفِ.

أصلاً، فصار كما لو قال: بعتني هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوجتها منك.. لا يحل له وطؤها؛ لاختلاف السبب.

ولهما: أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين، وهو معلوم، والحكم أيضاً متحد معلوم.. فلا يفضي اختلاف السبب إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم، فلا يضر مجرد اختلاف السبب؛ لأن السبب لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وقد حصل.

بخلاف المستشهد به؛ لاختلاف حكم السببين فيه، فلا يدرى بأيهما يحكم.

(ولا قصاص إلا بالسيف).

وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً؛ كما إذا قطع يد إنسان عمداً فمات منه.. تقطع يد القاتل، ويمهل مثل تلك المدة؛ فإن مات.. فبها.

وإلا.. فتحزُّ رقبته.

وإن حصل القتل بطريق غير مشروع؛ بأن سقاه خمراً حتى قتله، أو وطئ صغيرة، أو لاط بصبي فمات من ذلك.. اختلف أصحاب الشافعي فيه:

فقال بعضهم: تحزُّ رقبته، ولا يفعل به مثل ما فعل؛ لأنه غير مشروع.

بخلاف القتل بالحجر والسيف؛ فإنه مشروع.

ألا ترى: أن الرجم مشروع - وهو بالحجر - كذا قتل الحربي مشروع، وهو بالسيف ونحوه.

وقال بعضهم: يتخذ له مثل آلته من الخشب في اللواطة [٧٢٤/أ]، ويفعل به مثل ما فعل.

ويوجر في حلقه في سقي الخمر، ويمهل قدر تلك المدة؛ فإن مات.. فبها، وإلا.. تحز رقبته؛ لأنه أمكن المماثلة بهذا الطريق.

ولنا: ما رواه الثوري مرفوعاً أنه ﷺ قال: «لا قود إلا بالسيف».

وَلأبي الْمَعْتُوهِ أَن يقْتَصَّ مِن قَاطِعِ يَدِهِ.

وَقَاتِلِ قَرِيبِهِ، وَأَن يُصَالحَ، لَا أَن يعْفُوَ.

وَالصَّبِيُّ: كالمعتوهِ، ....

والمراد به: الاستيفاء به، لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف؛ لأنه يجب بالقتل بغير السيف أيضاً؛ كالنار إجماعاً.

فدل ذلك: على أن الاستيفاء لا يجوز بغيره، ولأنه قتل واجب، فيستوفى بالسيف؛ كقتل المرتد.

وهذا: لأن القتل المستحق لا يستوفى إلا بما لا يتخلف عنه الموت، وهو القتل بالسيف.

(ولأبي المعتوه أن يقتص من قاطع يده وقاتل قريبه)؛ يعني: إذا قطع رجل يد المعتوه عمداً أو قتل قريبه كولده.. فأب المعتوه: يقتص من جانب المعتوه من القاطع والقاتل؛ لأن لأبيه ولاية على نفس المعتوه، فيليهما كالإنكاح.

بخلاف الأخ وأمثاله؛ حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء القصاص الذي وجب للمعتوه؛ لأن الأب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل له: كالحاصل للابن، ولهذا يعد ضرر ولده ضرراً على نفسه.

بخلاف الأخ والعم.

(وأن يصالح)؛ لأنه أنفع للمعتوه من القصاص؛ فلما ملك القصاص.. فلأن يملك الصلح بطريق الأولى.

لكن هذا: إذا صالح على قدر الدية أو أكثر منها.

وإن صالح على أقل منه.. لا يصح، وتجب الدية كاملة؛ كذا في «الزيلعي».

(لا أن يعفو)؛ أي: ليس لأب المعتوه أن يعفو من القصاص؛ لأنه إبطال لحق المعتوه بلا عوض، ولا مصلحة.. فلا يجوز.

(والصبي: كالمعتوه) فيما ذكر؛ من أن لأبيه القصاص والصلح بمقدار الدية،

وَالْقَاضِي: كَالْأَبِ، هُوَ الصَّحِيح.

وَكَذَا الْوَصِيُّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتَصُّ فِي النَّفسِ.

لا الأقل منها، ولا العفو.

(والقاضي: كالأب) في الأحكام المذكورة.

ألا ترى: أن من قتل، ولا ولي له.. يستوفيه السلطان. والقاضي بمنزلته.

(هو الصحيح)، كذا في «الزيلعي».

احترز به عما روي عن محمد في بعض الروايات: أن القاضي لا يستوفي القصاص للصغير، لا في النفس ولا فيما دونها، ولا أن يصالح، كذا في «قاضي خان».

وقال في «الحاوي القدسي»: ومن قتل مسلماً لا ولي له، أو حربياً دخل دارنا فأسلم:

إن كان القتل خطأً.. فالدية على عاقلة الإمام، وعليه الكفارة.

وإن كان عمداً:

فإن شاء الإمام.. قتله.

وإن شاء.. أخذ الدية، وليس له أن يعفو.

(وكذا الوصي)؛ أي: مثل الأب في جواز الصلح عن النفس [٧٢٤/ب] وعن الطرف، وفي استيفاء القصاص في الطرف، على ما يدل عليه قوله: **(إلا أنه لا يقتص في النفس)**؛ فإن تخصيص الاستثناء بالاقتصاص في النفس: دليل على ما ذكرناه من جواز الصلح عن النفس، وعن الطرف.

وهكذا ذكره في «الزيلعي» أيضاً، ثم ذكر نقلاً عن كتاب الصلح: أن الوصي لا يملك الصلح في النفس؛ لأن الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء.

والمذكور في «الجامع الصغير»: أن له ذلك؛ لأن المقصود من الصلح المال، والوصي يتولى التصرف فيه؛ كما يتولى الأب.

وَمَن قُتِلَ وَلَهُ أَوْلِيَاءُ كبارٌ وصِغارٌ.. فللكبارِ الاقتصاصُ مِن قَاتلِهِ قَبلَ كِبَرِ الصِّغارِ.

خلافاً لَهما.

بخلاف القصاص؛ لأن المقصود الحقيقي منه: التشفي، وهو مختص بالأب.

وهل للوصي العفو؟

قالوا: لا؛ لأن الأب إذا لم يملك العفو لما فيه من إبطال الحق.. فالوصي أولى منه بعدمه.

(ومن قُتِلَ) على صيغة المجهول (وله أولياء).

في إطلاقه: إشارة إلى أن القصاص يورث لكل وارث، حتى الزوجين كما هو عندنا.

وفي الزوجين: خلاف الشافعي على ما سنبينه.

(كبار وصغار.. فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، وكذا: الشافعي، قالوا: ليس للكبار الاقتصاص من القاتل حتى يبلغ الصغار؛ لأنه مشترك بينهم؛ لأن الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حقهم، ولا يمكن استيفاء:

البعض؛ لعدم قبول القصاص التجزيء.

ولا الكل؛ لعدم الولاية عليهم، وفيه إبطال حقهم بغير عوض يحصل لهم، فتعين التأخير إلى إدراكهم كما إذا كان معهم كبير غائب؛ فإنه يتأخر إلى حضور الغائب.

ولأبي حنيفة: أن قاتل علي رضي الله عنه اقتص وقد كان في أولاد عليٍّ صغار، فلم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم، فحل محل الإجماع.

وَلَو غَابَ أَحدُ الْكِبَارِ.. يَنْتَظِرُ إِجْمَاعًا.

وَمَن قُتِلَ بحديدةِ الْمَرِّ.. ....

ثم هذا إذا لم يكن الكبير أجنبياً من الصغير، وإن كان أجنبياً منه.. فلا يملك الكبير الاقتصاص قبل بلوغ الصغير بالإجماع، كما في «الزيلعي».

وذلك بأن قتل عبد مشترك بين أجنبيين صغير وكبير.. فإنه ليس للكبير الاقتصاص قبل بلوغ المولى الصغير، كما في «القهستاني».

وفي «الزيلعي» و«القهستاني» أيضاً: أن الكبير إن كان أباً أو جداً.. يقتص قبل بلوغ الصغير بالإجماع، وإن كان الكبير ولياً للصغير بالقرابة فقط، لا بالتصرف في ماله كالأخ والعم.. فعلى [٧٢٥/أ] الخلاف بينه وبين صاحبيه.

فعلم منه: أن محل الخلاف غير الأب والجد.

(ولو غاب أحد الكبار)؛ أي: لو كان أولياء القتيل كباراً وغاب أحدهم (.. ينتظر) الغائب (إجماعاً)؛ يعني: ليس للحاضر أن يقتص حتى يحضر الغائب؛ لاحتمال العفو من الغائب؛ لكونه أهلاً للعفو.

بخلاف الصغير؛ فإن احتمال العفو منه غير محتمل؛ لعدم أهليته له في الحال، وشبهة عفوهم بعد البلوغ لا تمنع الاستيفاء؛ لأن حق الكبير ثابت الآن بيقين.. فلا يبطل بالشبهة.

وليس لأولياء القتيل، ولا لأحدهم: أن يوكل لاستيفاء القصاص، كذا في «قاضي خان».

ومن قتل عبد رجل.. فولاية استيفاء القصاص إلى المولى.

ولو كان العبد لرجلين أو ثلاثة.. فولاية الاستيفاء لهم جميعاً، لا ينفرد أحدهم.

فإن عفا أحدهم.. ينقلب حق الأولياء إلى القيمة؛ كما ينقلب في حق الحر إلى الدية.

(ومن قتل بحديدة المَرِّ) بفتح الميم وتشديد الراء، وهو: خشبة طويلة في رأسها

اقْتُصَّ مِنْهُ إن جرحَهُ، وَإِن بظهرِهِ أَو عَصَاهُ.. فَلَا، وَعَلَيهِ الدِّيَةُ.

وَعِنْدَهُمَا: يُقْتَصُّ.

وَكَذَا الْخلاف فِي كلِّ مثقَّلٍ، وَفِي التَّغريقِ والخَنقِ.

حديدة عريضة، من فوقها خشبة عريضة، يضع الرجل رجله عليها، ويحفر بها الأرض، وبالفارسية يسمى: بيل.

(.. اقتص منه إن جرحه) بلا خلاف.

(وإن بظهره أو عصاه.. فلا) يقتص، (وعليه)؛ أي: على القاتل بظهره أو عصاه: (الدية) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يقتص)، وهو رواية عن أبي حنيفة أيضاً.

وهذا: لأن الحديد من آلة القتل، فيقتص.

(وكذا الخلاف في كل مثقل).

ذكر في «الأصل»: إذا ضربه بحديد لا حد له كصنجة الميزان والعمود.. يجب القصاص وإن لم يجرح.

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة: لا يجب القصاص إذا لم يجرح؛ كما لو ضربه بعصا كبير، أو بحجر مدوّر ولم يجرح.. فإنه لم يجب القصاص في قول أبي حنيفة؛ كذا في «قاضي خان».

(وفي التغريق) في الماء (والخنق) عند أبي حنيفة: لا يقتص بهما.

وعندهما: يقتص.

قال في «قاضي خان»: ولو ألقاه في الماء فغرق من ساعته.. لا قصاص فيه في قول أبي حنيفة.

وقالا: يجب القصاص إذا كان لا يتخلص منه غالباً.

وكذا: لو ألقاه من جبل أو سطح.. فهو على هذا الخلاف.

وَإِن تكَررَ مِنْهُ.. قُتِلَ بِهِ إِجْمَاعاً.

وَلَا قصاصَ فِي الْقَتْلِ بمُوالاةِ ضربِ السَّوْطِ،.........................

وفي «المجرد»: لو قمط رجلاً وألقاه في البحر وغرق كما ألقاه.. تجب الدية في قول أبي حنيفة.

ولو سبح ساعة، ثم غرق.. لا يجب فيه شيء؛ لأنه غرق بعجزه، وفي الأول: غرق بطرحه في الماء.

ولو خنق رجلاً.. لا يقتل، إلا إذا كان الرجل خناقاً معروفاً [٧٢٥/ب] خنق غير واحد.. فيقتل سياسة.

ولو سقاه سمّاً حتى مات.. فهو على وجهين:

إن دفع إليه السم حتى أكل ولم يعلم به فمات.. لا قصاص فيه، ولا دية، ويحبس ويعزر.

ولو أوجره إيجاراً.. تجب الدية على من قتله.

وإن دفع إليه في شربه فشربه ومات.. لا تجب الدية؛ لأنه شرب باختياره، إلا أن الدافع خدعه، فلا يجب فيه إلا التعزير والاستغفار.

(**وإن تكرر منه**) التغريق والخنق (.. **قتل به إجماعاً**)؛ أي: سياسة لا قصاصاً؛ كذا في «قاضي خان».

(**ولا قصاص في القتل بموالاة ضرب السوط**).

إذا والى الضربات بالسوط الصغير والعصا الصغيرة.. لا يجب به القصاص عندنا.

وقال الشافعي: يجب القصاص إذا والى الضربات؛ لأن الموالاة في الضربات إلى أن يموت: دليل العمد به، فيتحقق الموجب.

وَمن جُرِحَ فَلم يَزَلَ ذَا فراشٍ حَتَّى مَاتَ.. اقْتُصَّ مِن جارحِهِ.

ولنا: أنه لا يصلح دلالة القصد إلى القتل؛ لأنه قد يشرع حداً وتعزيراً في مواضع لا يكون القتل فيها مشروعاً؛ فلو كان ذلك دلالة القصد.. لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعاً.

ولأن احتمال القتل بالضربة الأولى والثانية قائم؛ لأنه من الجائز أن يصاب إلى المقتل، فأفضى إلى فوات الحياة.. فلا يدل على صفة العمدية؛ لأن الضربة والضربتين قد يراد بهما التأديب لا القتل.

ويحتمل: أن القتل حصل بالموالاة بكل الضربات، فيكون القتل بصفة العمدية، فتمكن هذا الاحتمال يوجب تمكن الخلل في العمدية.. فلا يجب القصاص للشبهة.

ولنا **أيضاً**: ما روي: «ألا إن قتيل خطأ العمد: قتيل السوط والعصا»؛ فإنه لم يفصل بين الموالاة وغيرها، ولأن الغالب: هو القتل بالموالاة، فيحمل الحديث عليه.

(ومن جُرِح) بصيغة المجهول (فلم يزل ذا فراش حتى مات.. اقتص من جارحه)؛ لوجود السبب وهو الجرح؛ لأنه سبب ظاهر لموته، فيحال الموت عليه.

حتى لو اختلف ولي القتيل مع الجارح، فقال الجارح: إنه مات بسبب آخر، وقال الولي: إنه مات من تلك الجراحة.. يكون القول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو: إضافة الحكم إلى العلة الظاهرة الحاصلة لإضافته إليها.

قال في «قاضي خان»: رجل قال: ضربت فلاناً بالسيف عمداً، ولا أدري أنه مات منها، ولكنه مات، فقال ولي القتيل: بل مات من ضربك [٧٢٦/أ].. فإنه لا يقتل به.

وإن قال القاتل: مات منها ومن حية نهشته، أو من رجل آخر ضربه بالعصا، فقال الولي: بل مات من ضربك.. كان القول قول الضارب، وعليه نصف الدية.

وَإِذا التقى الصَّفَّانِ مِنَ الْمُسلمينِ وَأَهلِ الْحَرْبِ، فَقتَلَ مُسلمٌ مُسلماً ظَنَّهُ حَرْبِيّاً.. فَعَلَيهِ الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ، لَا الْقصاصُ.

وَمَن مَاتَ بِفعلِ نَفسِهِ وَزيدٍ وحيَّةٍ وَأَسَدٍ.. فعلى زيدٍ: ثُلُثُ دِيَتِهِ.

رجل ضرب سن إنسان فتحرك، فأجله القاضي سنة، فجاء في السنة وقد سقط سنه، فقال المضروب: سقط من ضربك، وقال الضارب: من ضرب رجل آخر.. كان القول قول المضروب.

وإن جاء بعد السنة.. كان القول قول الضارب.

(وإذا التقى الصفان من المسلمين وأهل الحرب، فقتل مسلم مسلماً ظنه حربياً.. فعليه الدية والكفارة، لا القصاص).

أما الدية: فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾... الآية؛ فإن هذا أحد نوعي الخطأ على ما تقدم، ولأن سيوف المسلمين توالت في غزوة الخندق في بعض الليالي على اليمان، أبي حذيفة، فقتلوه على ظن أنه مشرك، فقضى رسول الله ﷺ بالدية على القاتلين، فوهبها لهم حذيفة.

وأما الكفارة: فلما تقدم أيضاً: من أن موجب الخطأ بنوعيه: الدية والكفارة، لا القصاص.

قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين؛ فإن كان المقتول في صف المشركين.. لا تجب الدية؛ لسقوط عصمته بتكثير سوادهم، قال ﷺ: «من كثر سواد قوم.. فهو منهم».

(ومن مات بفعل نفسه و) بفعل (زيد وحية وأسد.. فعلى زيد ثلث ديته).

لأن فعل الأسد والحية: جنس واحد؛ لكونه هدراً مطلقاً.

وفعله بنفسه: جنس آخر؛ لكونه هدراً في الدنيا معتبراً في الآخرة حتى يأثم به.

وفعل زيد: جنس آخر؛ لكونه معتبراً في الدنيا والآخرة.

وَمَن شَهَرَ على الْمُسلمينَ سَيْفاً.. وَجبَ قَتلُهُ، ولا شيءَ عليهِ بقتلِهِ.

وَلَا شَيْءَ فِي قتلِ مَن شَهَرَ على آخرَ سِلَاحاً؛ لَيْلاً أَو نَهَاراً، فِي مصرٍ أَو غَيرِهِ.

أَو شَهَرَ عَلَيْهِ عَصاً لَيْلاً فِي مصرٍ، أَو نَهَاراً فِي غَيرِهِ فَقتلَهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ.

وَلَا على مَن قَتَلَ مَن سَرَقَ مَتَاعَهُ لَيْلاً وَأَخرَجَهُ ....

فصارت ثلاثة أجناس، ولم يعتبر إلا جنس واحد، وهو فعل زيد، فيجب عليه ثلث الدية.

فإن كان عمداً.. ففي ماله، وإن كان خطأ.. فعلى عاقلته في ثلاث سنين.

(ومن شَهَرَ)، قال في «المصباح»: شَهَرَ الرجل سيفه شهراً من باب نَفَع: سلَّه. وشهَّرته بالتشديد: مبالغة.

(على المسلمين) حقيقة أو حكماً، فيشمل: الذمي أيضاً (سيفاً.. وجب قتله)؛ أي: وجب دفع ضرره. كذا في «الهداية».

(ولا شيء عليه بقتله)، وإنما ذكر هذا بعد قوله: «وجب قتله»؛ لجواز أن يجب قتله لدفع الشر ويجب بقتله شيء؛ كما في الجمل الصائل والمجنون والصبي، كما سيأتي.

والأصل في هذا: قوله ﷺ: «من شهر على المسلمين سيفاً [٧٢٦/ب].. فقد أطلَّ دمه»؛ أي: أهدره.

(ولا في قتل من شهر على آخر سلاحاً) سيفاً أو غيره (ليلاً أو نهاراً، في مصر أو غيره)؛ أي: خارج المصر، (أو شهر عليه) أي على الرجل (عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في غيره فقتله)؛ أي: الشاهرَ (المشهورُ عليه)؛ أي: لا شيء عليه من القصاص والدية؛ لما روينا.

ولأنه صار باغياً عليه، فأهدر دمه ببغيه.

(ولا على من قتل من سرق متاعه ليلاً وأخرجه)؛ أي: لا شيء عليه بقتله.

إن لم يُمكنْهُ الِاسْتِرْدَادُ بِدُونِ الْقَتْلِ.

وَيجبُ الْقصاصُ على قَاتلِ مَن شَهَرَ عَصاً نَهَاراً فِي مصرٍ، أَو شَهَرَ سَيْفاً وَضربَ بِهِ وَلم يَقتُلْ وَرجَعَ.

(إن لم يمكنه الاسترداد بدون القتل)؛ لقوله ﷺ: «قاتل دون مالك».

بخلاف ما إذا أمكنه الاسترداد بدون القتل بالصياح مثلاً.. فإنه حينئذ: لا يحل له قتله، ولو قتله.. فعليه القصاص، على ما في «شرح المجمع».

وقال في «قاضي خان»: رجل رأى رجلاً يزني بامرأته وهو محصن، فصاح به ولم يهرب ولم يمتنع عن الزنا.. جاز له قتله، ولا قصاص عليه.

وكذلك إذا رأى رجلاً يسرق ماله فصاح به ولم يهرب، أو رأى رجلاً ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة، فصاح به ولم يهرب.. حلّ له قتله، ولا قصاص عليه.

(ويجب القصاص على قاتل من شهر عصاً نهاراً في مصر، أو شهر سيفاً وضرب به ولم يقتل، ورجع) الشاهر والضارب.

وهذا: لأنه لما شهر.. حلّ دمه؛ دفعاً لشره، ولما ضربه ولم يقتل وكف عنه.. اندفع شره وعادت عصمته؛ فإذا قتله.. فقد قتل شخصاً معصوماً من غير دفع، فيلزم القصاص على قاتله.

وأما في المسألة الأولى: فلأن العصا يلبث، والغوث غير منقطع في المصر: فكان المشهور عليه بالقتل متعدياً، فيقتل.

قيل: هذا عند أبي حنيفة؛ لأنه عنده كالسلاح.

وأما عندهما: لا قصاص عليه؛ لأنه قتله دفعاً لشره، مضطراً إليه، فصار كما لو قصد قتله بالسيف نهاراً أو بالعصا ليلاً، أو في المفازة ليلاً أو نهاراً.

وَلَو شَهَرَ مَجْنُونٌ أَو صبيٌّ على آخر سَيْفاً فَقتلَهُ الآخرُ عمداً.. فَعَلَيهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ.

وَلَو قَتَلَ جملاً صائلاً عَلَيْهِ.. ضَمِنَ قِيمَتَهُ.

(ولو شهر مجنون أو صبي على آخر سيفاً فقتله الآخر عمداً.. فعليه الدية)؛ لأن فعل المجنون والصبي غير متصف بالحرمة، فلم يقع بغياً، فلا تسقط العصمة به؛ لعدم الاختيار الصحيح منهما، ولهذا لا يجب القصاص عليهما بقتلهما إنساناً.

فإذا لم تسقط عصمتهما.. كانت عصمتهما أن يجب القصاص على قاتلهما؛ لأنه قتل نفساً معصوماً، إلا أنه سقط القصاص؛ لوجود المبيح وهو دفع شرهما، فتجب الدية.

(في ماله)؛ أي: لا على العاقلة؛ لأنه [٧٢٧/أ] ليس بخطأ.

وعن أبي يوسف: لا تجب الدية في قتلهما؛ لأن فعلهما معتبر في الجملة، ولهذا: إذا أتلفا مالاً أو نفساً.. وجب عليهما الضمان؛ فإذا اعتبر فعلهما.. فقد سقط عصمتهما بالشهر.

(ولو قتل جملاً صائلاً عليه)؛ أي: هجم **(.. ضمن قيمته)**؛ لأن فعل الجمل غير متصف بالحرمة، فلم يقع بغياً، فلا تسقط عصمته به؛ لعدم الاختيار الصحيح، فيضمن قاتله قيمته.

وفيه خلاف الشافعي؛ حيث قال: لا ضمان فيه، ولا دية في المجنون والصبي.

* * *

(بَابُ القِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ)

هُوَ فِيمَا يُمكنُ فِيهِ حفظُ الْمُمَاثلَةِ.

إِذا كَانَ عَمداً.. فيقتصُّ بِقطعِ الْيَدِ مِنَ الْمِفصَلِ وَإِن كَانَت أكبرَ مِن يَدِ الْمَقْطُوعِ.

وَكَذَا: الرِّجْلُ.

وَفِي مارِنِ الْأَنفِ، ....

(بَابُ القِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ)

(هو)؛ أي: وجوب القصاص فيما دون النفس (فيما يمكن فيه حفظ المماثلة)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾؛ أي: ذو قصاص، ولقوله تعالى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾؛ فإنه ينبئ عن المماثلة.

فكل ما أمكن فيه المماثلة.. يجب القصاص فيه، وإلا.. فلا.

(إذا كان) الجرح (عمداً)؛ إذ لا قصاص في الخطأ مطلقاً.

(فيقتص) شروع في بيان ما يقتص مما يمكن فيه حفظ المماثلة.

(بقطع اليد من المفصل) لإمكان المماثلة فيه، حتى إذا قطع من نصف الساعد.. لم يقتص؛ لامتناع حفظ المماثلة فيه (وإن) وصلية (كانت) يد القاطع (أكبر من يد المقطوع)؛ لأن منفعة اليد - وهو البطش - لا تختلف بكبرها وصغرها.

(وكذا الرِّجل)؛ فإنها إذا قطعت من المفصل.. يقتص بقطع رجل القاطع من المفصل أيضاً؛ لإمكان المماثلة فيه.

حتى لو قطع من نصف الساق.. لم يقتص؛ لامتناع المماثلة فيه.

وكبر الرجل وصغرها غير معتبر أيضاً.

(وفي مارن الأنف)؛ فإنه إذا قطع.. يقتص بقطع مارن القاطع أيضاً؛ لإمكان المماثلة فيه.

وَفِي الْأُذُنِ، وَفِي الْعَينِ إِن ذهبَ ضوؤُها وهي قَائِمَةٌ، لَا إِن قُلِعَتْ، فَيجْعَلَ على الْوَجْهِ قُطْنٌ رَطْبٌ، وتقابلُ الْعَينُ بِمِرْآةٍ محمَّاةٍ حَتَّى يذهبَ ضوؤُها.

وَفِي كلِّ شجَّةٍ تراعى فِيهَا الْمُمَاثلَةُ؛ كالموضِحَةِ.

وَلَا قصاصَ فِي عظمٍ سوى السِّنِّ، ....

حتى لو قطع من قصبة الأنف.. لم يقتص؛ لامتناع حفظ المماثلة فيه.

(وفي الأذن)؛ فإنه إذا قطع عمداً.. يقتص؛ لإمكان المماثلة.

(وفي العين إن ذهب ضوؤها، وهي)؛ أي: العين (قائمة)؛ فإنها إذا ذهب ضوؤها قصداً.. يقتص؛ لإمكان المماثلة فيه.

(لا) يقتص (إن قلعت) العين؛ لامتناع حفظ المماثلة فيه.

ثم بيَّن طريق القصاص في ذهاب ضوئها بقوله: (فيجعل على الوجه قطن رطب)؛ أي: على وجه الضارب، (وتقابل العين)؛ أي: عين الضارب (بمرآة محماة حتى يذهب ضوؤها)؛ فإن ضوءها أيضاً يزول.

وقد وقعت هذه الحادثة في زمن عثمان، فشاور الصحابة، فقضى علي رضي الله عنه بهذه الطريقة، ولم ينكر أحد من الصحابة.. فكان إجماعاً.

وطريق معرفة ذهاب الضوء من الضارب والمضروب: المشاهدة [٧٢٧/ب] وأقوال الأطباء.

(وفي كل شجة تراعى فيها المماثلة) في القدر.

(كالموضحة)، وهي: التي توضح العظم، وفي عمدها: قصاص على ما سيأتي.

(ولا قصاص في عظم سوى السن)؛ لقول عمر وابن مسعود: لا قصاص في عظم إلا السن، ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة، وقد تعذر اعتبارها في غير السن.

بخلاف السن؛ فإن اعتبار المماثلة فيه ممكن؛ سواء قلع أو كسر.

فيُقلَعُ إن قَلَعَ.

ويُبردُ إن كَسَرَ.

وَلَا بَينَ طرفَي ذَكَرٍ وَأُنْثَى، وحرٍّ وَعبدٍ، أَو طرفَي عَبْدَيْنِ.

فأشار إلى تفسير المماثلة بقوله: (**فيقلع**) سن الضارب (**إن قلع**) سن المضروب.

وفي «الكفاية»: يؤخذ الثنية بالثنية، والناب بالناب، والضرس بالضرس، والأعلى بالأعلى، والأسفل بالأسفل؛ لما في خلاف ذلك من الإخلال بالمماثلة.

(**ويبرد**) سن الضارب بالمبرد ما كسر من سن المضروب؛ (**إن كسر**) من سن المضروب.

قال في «النهاية» و«الكفاية»: إن قلع سن المضروب لا يقلع سن الضارب قصاصاً؛ لتعذر اعتبار المماثلة أيضاً.

(**ولا بين طرفي ذكر وأنثى**)، (و) طرفي (**حر وعبد أو طرفي عبدين**)؛ لأن مبنى القصاص على المساواة كما عرفت، ولا مساواة بين طرفي الرجل والمرأة؛ لأن يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح له يد الرجل، فصارت كاليمين واليسار.

وكذلك لا يجري القصاص بين طرفي الحر والعبد؛ للتفاوت في الأرش؛ لأن وجوب القصاص في الأطراف: يعتبر فيه التساوي في الأرش؛ بدلالة أن الصحيح لا يقطع بالأشل، ولا كامل الأصابع بناقص الأصابع؛ لاختلاف الأرش.

فإذا اختلفا في الأرش.. لا يجري فيهما القصاص، بل يجب الأرش.

وكذلك: لا يجري القصاص بين طرفي عبدين؛ لأن العبد يختلف في القيم، ووجوب القصاص في الأطراف: يعتمد على التساوي في القيمة، ولم يوجد التساوي في القيمة.

ولو وجد فيعلم بالحزر والتخمين، والمماثلة الثابتة شرعاً لا يثبت بالحزر والظن؛ كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها.

وَلَا فِي قطعِ يَدٍ مِنْ نصفِ السَّاعدِ.

وَلَا فِي جَائِفَةٍ بَرِئَت.

وَلَا فِي اللِّسَانِ.

وَلَا فِي الذَّكَرِ إِلّا إِن قُطِعَتِ الْحَشَفَةُ فَقَط.

بخلاف طرف الحرين؛ لأن استواءهما متيقن به بتقويم الشارع.

وبخلاف الأنفس؛ لأن القصاص فيما يتعلق بإزهاق الروح، ولا تفاوت فيها. هذا عندنا.

وقال الشافعي: يجب القصاص في جميع ذلك، إلا في الحر بقطع طرف العبد؛ لأن الأطراف تابعة للنفس، وشرع القصاص فيها للإلحاق بالنفس، ففي كل موضع [٧٢٨/أ] يجري القصاص في النفس.. يجري في الطرف أيضاً.

(**ولا في قطع يدمن نصف الساعد**)؛ لتعذر اعتبار المماثلة فيه؛ لأن العظم لا ينكسر من الموضع الذي يراد كسره.

(**ولا في جائفة**)، وهي: التي تصل إلى البطن من البطن أو الصدر.

(**برئت**)؛ لتعذر اعتبار المماثلة فيها أيضاً؛ لأن [البرء][1] في الجائفة نادر، فلا يمكن أن يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منه مثل الأولى، فتكون الجائفة الثانية إهلاكاً له.. فلا يجوز.

(**ولا في اللسان، ولا في الذكر**)؛ لأنهما ينقبضان وينبسطان، فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما.

(**إلا إن قطعت الحشفة فقط**).. فحينئذٍ يقتص؛ لأن موضع القطع معلوم، فصار كالمفصل، فأمكن اعتبار المماثلة.

---

(١) في المخطوط: (الشر)، والمثبت من «اللباب» (٣/١٤٨)، و«الدرر» (٢/٩٦).

وطرفُ الْمُسلمِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ.

وَخُيِّرَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بَين الْقصاصِ وَأخذِ الْأَرْشِ:

لَو كَانَت يَدُ الْقَاطِعِ شلَّاءَ أَو نَاقِصَةَ الْأَصَابِعِ.

أَو رَأسُ الشاجِّ أَصْغَرَ ....

وعن أبي يوسف: أنه إذا قطع الذَّكَر واللسان من أصلهما.. يقتص؛ لأن موضع القطع معلوم.

قلنا: ممنوع؛ لانقباضهما وانبساطهما.

(**وطرف المسلم والذمي سواء**)، فيجري القصاص بينهما؛ للتساوي في الأرش.

(**وخير المجني عليه بين: القصاص، وأخذ الأرش لو كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع**)؛ لأن استيفاء حقه بكماله متعذر؛ فيخير:

بين: أن يتجوز دون حقه في القطع؛ لأن حقه في اليد الصحيحة والكاملة الأصابع.

وبين: أن يأخذ الأرش كاملاً؛ كمن أتلف مثلياً لإنسان، فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه إلا ردياً.. فإنه مخير بين أن يأخذ الموجود ناقصاً، وبين أن يعدل إلى القيمة.

ثم إذا استوفى القصاص.. سقط حقه في الزيادة.

ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه.. بطل حقه، ولا شيء عليه؛ لأن حقه متعين في القصاص عندنا؛ لما مرّ: أن موجب العمد: القود عيناً، وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال؛ فإذا فات المحل.. بطل الحق.

بخلاف ما إذا قطعت يده بقود أو سرقة؛ حيث يجب عليه أرش اليد في الموضعين؛ لأنه أوفى به حقاً مستحقاً، فصارت سالمة له معنى.

(**أو رأس الشاج أصغر**) من رأس المشجوج؛ يعني: مخير أيضاً بين القصاص وأخذ الأرش؛ لتعذر الاستيفاء كملاً؛ لما فيه من زيادة الشان للمشجوج.

أَو أَكبرَ لَا يستوعبُ الشَّجَّةَ مَا بَينَ قرنيهِ، وَقد استوعبَت مَا بَين قَرْنَي المشجوجِ.

(**أو أكبر**) من رأس المشجوج.

ثم فسر الأكبرية بقوله: (**لا يستوعب الشجة ما بين قرنيه**)؛ أي: قرني الشاج؛ أي: جانبي رأسه [٧٢٨/ب]، (**وقد استوعبت**) الشجة (**ما بين قرني المشجوج**).

وهذا: لأن الشجة إنما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها، وفي استيفاء ما بين قرني الشاج: زيادة على ما فعل؛ لأن ما بين قرنيه أكبر مما بين قرني المشجوج، وباستيفاء قدر حقه: لا يلحقه من الشان مثل ما يلحق المشجوج، فيخير بينهما؛ كما في الشلاء والصحيحة.

ثم إذا اختار القود.. يبدأ من أي الجانبين شاء؛ لأن حقه في ذلك المحل، فكان له أن يفعل.

* * *

(فَصْلٌ)

وَيَسْقُطُ الْقِصاصُ:

بِمَوْتِ الْقَاتِلِ.

وَبعفُو الْأَوْلِيَاءِ.

وبصُلْحِهم على مَالٍ وَإِن قَلَّ، وَيَجِبُ حَالاً.

(فَصْلٌ)

(**ويسقط القصاص بموت القاتل**)؛ لفوات المحل؛ لأن موجب العمد عندنا: هو القصاص عيناً، على ما تقدم؛ فإذا مات القاتل.. فات المحل، وسقط الحق.

خلافاً للشافعي؛ فإنه يقول: تجب الدية في ماله، على أنَّ موجب العمد عنده: القصاص أو الدية؛ فإذا فات أحدهما.. ثبت الآخر، وقد تقدم الجواب عنه.

(**وبِعَفْوِ الأولياء**)؛ لأنه حق ثابت، فيجري فيه العفو.

(**وبصلحهم على مال وإن**) وصلية (**قل**) المال؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾.

قال ابن عباس: إنها نزلت في الصلح.

(**ويجب**) المال المصالح عليه (**حالاً**) إن لم يشترط التأجيل ولا التعجيل؛ لأنه دين وجب بعقد الصلح، والأصل فيما وجب بالعقد: الحال؛ كالثمن والمهر.

بخلاف الدية؛ لأنها لم تجب بالعقد، بل وجبت بالقتل ابتداء، فوجبت مؤجلة ابتداء بتأجيل الشارع إلى ثلاث سنين.

ويستوي في بدل الصلح: القليل والكثير، على ما أشار إليه بقوله: «وإن قل»؛ لأنه ليس في الصلح نص مقدر، فيفوض إلى اصطلاحهما؛ كبدل الخلع والكتابة والعتق على مال.

بخلاف الدية؛ فإنها مقدرة بتقدير الشارع.. فلا يجوز الزيادة والنقصان فيها.

وبصُلحِ بَعضِهم أَو عَفوِهِ، وَلِمَن بقي حِصَّتُهُ مِنَ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ...

(**وبصلح بعضهم أو عفوه**)؛ أي: يسقط القصاص بصلح بعض الأولياء من نصيبه أو عفو بعضهم من نصيبه؛ لعدم تجزيء القصاص ثبوتاً وسقوطاً.

(**ولمن بقي**) من الأولياء (**حصته من الدية في ثلاث سنين**)؛ لأنه لما سقط حقهم في القصاص ضرورة عدم التجزيء.. انقلب نصيبهم - أي: نصيب من لم يعف - إلى المال.

حتى لو قتله غير الباقي جاهلاً بعفو.. فعليه الدية عندنا؛ لأنه قتل معصوماً خطأً.

بخلاف ما لو قتل رجل رجلين، فعفا أولياء أحدهما دون الآخر؛ حيث [٧٢٩/أ] يكون لأولياء الآخر قتله؛ لأن الواجب فيه: قصاصان؛ لاختلاف القتل والمقتول، فبسقوط أحدهما.. لا يسقط الآخر، فلا يلزم فيه تجزيء القصاص؛ كما لزم فيما نحن فيه.

واعلم: أن كلاً من القصاص والدية يجري فيه الأرش لكل وارث؛ ذكراً أو أنثى، حتى الزوجين، وإليه أشار المصنف بإطلاق الولي.

وقال مالك والشافعي: لا حق للزوجين في القصاص، ولا في الدية؛ لأن الوراثة خلافة، وهي بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت.

ولنا: قوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقاً.. فللورثة، ومن ترك كلاً أو عيالاً.. فعليَّ»، والقصاص حقه، فيكون لجميعهم كالمال، وقد أمر النبي ﷺ بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم.

ولأن القصاص حق يجري فيه الإرث، حتى إنَّ من قتل وله ابنان، فمات أحدهما عن ابن.. كان القصاص بين الصبي وبين ابن الابن، فثبت لجميع الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في الإرث.

وعن علي: أنه يقسم الدية على من أحرز الميراث، فثبت أن الإرث جار فيهما بين جميع الورثة.

على الْقَاتِلِ، هُوَ الصَّحِيح.

وَقِيلَ: على الْعَاقِلَةِ.

وَلَو قتلَ حرٌّ وَعبدٌ شخصاً، فَأمرَ الْحرُّ وَسيِّدُ العَبْدِ رجلاً بِالصُّلْحِ عَن دمِهما بِأَلفٍ، فَصَالحَ.. فهي نِصْفَانِ.

وَيُقتَلُ الْجمعُ بالفردِ، ....

وقال: إن الدية حكمها حكم سائر الأموال، حتى تقضى ديون المقتول بالدية، وتنفذ وصاياه من ديته، كذا في «الزيلعي».

(على القاتل، هو الصحيح)؛ لأنه عمد سقط فيه القصاص بشبهة عدم التجزيء، فيلزم من مال القاتل.

(وقيل: على العاقلة)، وليس بخطأ حتى يلزم على العاقلة.

(ولو قتل حر وعبد شخصاً، فأمر الحر وسيد العبد رجلاً بالصلح عن دمهما)؛ أي: دم الحر والعبد (بألف، فصالح) ذلك الرجل؛ أي: الوكيل بالصلح (.. فهي)؛ أي: الألف (نصفان) بين الحر وسيد العبد؛ لأن الصلح وقع عن القصاص، والحر والعبد مستويان في وجوب القصاص عليهما، فيستويان أيضاً في بدل القصاص، فيجب على كل واحد من الحر والسيد: نصف الألف.

(ويقتل الجمع)؛ أي: الجمع الذي ليس فيه من لم يجب القصاص عليه.

حتى لو قتل جماعة رجلاً، وفيهم أبو المقتول، أو مجنون، أو صغير.. لا يقتل الجمع؛ كما في «قاضي خان» وغيره.

(بالفرد)؛ يعني: إذا قتل جماعة واحداً عمداً.. اقتص كل واحد منهم استحساناً.

والقياس: أن لا يقتل الجماعة بالواحد؛ لأن القصاص ينبئ عن المساواة، ولا مساواة بين الواحد والجماعة.

وجه الاستحسان: ما روي عن عمر: أنه قتل نفراً من أهل صنعاء خمسة أو سبعة [٧٢٩/ب] برجل قتلوه، وقال: لو [تمالأ عليه أهل صنعاء.. لقتلتهم، ولأن القتل

والفردَ بِالْجمعِ؛ اكْتِفَاءً إِنْ حضرَ أولياؤُهم.

بطريق التغالب غالبٌ، والقصاص شرع][1] لحكمة الزجر، فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به، فيجري القصاص عليهم جميعاً؛ تحقيقاً لمعنى الإحياء، ولولا ذلك.. لسد باب القصاص عليهم، وفتح باب التفاني؛ إذ لا يوجد القتل من واحد غالباً؛ لأنه يقاد منه الواحد، فلم يقدر عليه، فلم يحصل إلا نادراً، والزجر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر.

ولأن زهوق الروح لا يتجزأ، واشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ: يوجب التكامل في حق كل واحد منهم، فيضاف إلى كل واحد منهم كملاً؛ كأنه ليس معه غيره، كذا في «الزيلعي».

فإذا أضيف إلى كل واحد منهم كملا؛ فإذا عفا أولياء المقتول واحداً منهم.. لا يسقط القصاص عن الباقين، بل لهم أن يقتصوا؛ كما في «قاضي خان»؛ حيث قال:

ولو قتل رجلان رجلاً عمداً، فعفا الولي عن أحدهما.. كان له أن يقتل الآخر.

وكذا: لو قتل رجل رجلين، فعفا ولي أحد المقتولين.. فلولي الآخر أن يقتله. انتهى.

(**والفرد بالجمع**)؛ أي: إن قتل رجل عمداً جماعة.. يقتل الرجل بالجماعة.

(**اكتفاء**)؛ أي: يكتفى بقتله، ولا شيء لأولياء المقتولين غير ذلك من الدية.

(**إن حضر أولياؤهم**)؛ أي: يقتل الفرد بالجمع إن حضر أولياؤهم عند القتل اكتفاء.

وفيه خلاف الشافعي؛ فإنه قال: يقتل بالأول منهم إن قتلهم على التعاقب، وقضي بالدية لمن بعده في تركة القاتل؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

وإن قتلهم دفعة واحدة.. يقرع بينهم، ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة، وبالدية للباقين.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزيلعي» (٦/١١٤).

وإِنْ حضرَ وَاحِدٌ.. قُتِلَ لَهُ، وَسقطَ حقُّ الْبَقِيَّةِ.

وَلَا تُقطَعُ يدانِ بيدٍ.

وإِن أَمرّا سكيناً فقطعا مَعاً، بل يضمنَانِ دِيَتَهَا.

وفي قول منه: إنه يقتل بهم جميعاً، وتقسم الديات بينهم؛ لأن الموجود قتلات، وما يتحقق في حقه قتل واحد.. فلا تماثل، وهو القياس في الفصل الأول أيضاً، إلا أنا تركناه بما ذكرناه ورويناه.

ولنا: أن كل واحد من أولياء المقتولين قاتل للقاتل بوصفه الكمال، فحصل التماثل في قتل الواحد بالجماعة.

ألا ترى: أن الواجب في الفصل الأول: القصاص، ولولا أن التماثل ثابت.. لما وجب القصاص، وهذا: لأن المثل اسم مشترك؛ فمن ضرورة كون الشيء مثلاً للآخر: أن يكون الآخر مثلاً له أيضاً، فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل.

له: أن القصاص لا يجب في كل موضع يتعذر فيه اعتبار المماثلة؛ كما تقدم.

(**وإن حضر واحد**) من أوليائهم (**.. قتل**) القاتل (**له**) أي للحاضر، (**وسقط حق البقية**)؛ لفوات المحل بالقتل؛ كما إذا مات القاتل حتف أنفه [٧٣٠/أ].. سقط القصاص؛ لفوات المحل.

وفيه أيضاً خلاف الشافعي، قال: تجب الدية للباقين في ماله؛ بناء على أن الأصل عنده: أن الواجب في قتل العمد القصاص أو الدية، وأما عندنا: القصاص عيناً، على ما تقدم.

(**ولا تقطع يدان بيد**)؛ يعني: إذا قطع رجلان يد رجل واحد عمداً.. لا قصاص على واحد منهما (**وإن**) وصلية (**أمرّا سكيناً**) واحداً (**فقطعا معاً، بل يضمنان ديتها**)؛ أي: دية اليد المقطوعة؛ لأن التلف حصل بفعلهما، فيجب عليهما نصف الدية، على كل منهما: ربع الدية.

أشار بإن الوصلية، وبقوله: «سكيناً» إلى أنهما لو قطعا يد رجل بسكينين؛ بأن

فإِنْ قطعَ رجلٌ يَمِينَي رجلَيْنِ.. فَلَهُمَا قطعُ يَمِينِهِ وديةٌ ....

أخذ كل منهما سكيناً وأمرَّ أحدهما من جانب، والآخر من جانب آخر.. لا تقطع يدهما أيضاً، وهذا بالاتفاق.

وفي الأول: خلاف الشافعي؛ فإنه قال: إذا أخذا سكيناً واحداً من جانب وأمرَّاها على يد رجل حتى انقطعت [.. تقطع][1] يدهما؛ اعتباراً بالنفس؛ فإن الأطراف تابعة للأنفس، وملحقة بها، وأخذت حكمها؛ فكما يقتص الرجلان بقتل رجل.. فكذلك يقتص يدان بيد.

بخلاف ما إذا أمرَّ أحدهما السكين من جانب، والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان في الوسط وانقطعت اليد.. لا يجب القصاص فيه على واحد منهما؛ لأنه لم يوجد من كل واحد منهما إمرار السلاح إلا على بعض العضو.

ولنا في الخلافية: أن كل واحد منهما قطع البعض؛ لأن ما انقطع بقوة أحدهما: لا ينقطع بقوة الآخر، فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض، والاثنين بالواحد؛ لانعدام المساواة، فصار كما إذا أمرَّ كل واحد منهما من جانب آخر.

بخلاف النفس؛ فإن الشرط فيها المساواة في العصمة لا غير، وفي الطرف: تعتبر المساواة في النفع والقيمة، ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء، والنفس السالمة عن العيوب بقتل بالمفلوج والمشلول، فكذا الاثنان بالواحد.. فلا يصح القياس على النفس.

(**فإن قطع رجل**) واحد (**يميني رجلين.. فلهما قطع يمينه**)؛ أي: يمين القاطع؛ سواء كان قطعهما معاً أو متعاقباً، على ما في «الزيلعي».

قيدّ بيميني رجلين؛ لأنه لو قطع يمين رجل، ويسار آخر.. قطع يداه بهما.

وكذا: إذا قطعهما لواحد.

(**ودية**)؛ أي: لهما أخذ الدية؛ أي: نصف دية النفس، فيقتسمان ذلك النصف

---

[1] زيادة من «البحر» (٣٥٥/٨).

بَينهمَا، إِن حضرا مَعاً.

وَإِن حضر أَحدُهمَا وَقُطِعَ.. فللآخرِ الدِّيَةُ.

(بينهما)، لكل منهما: ربع (إن حضرا معاً).

وقال الشافعي [٧٣٠/ب]: إن قطعهما على التعاقب.. يقطع للأول منهما، ويغرم أرش اليد للثاني؛ لأن يده صارت مستحقة له قصاصاً، فمنع استحقاقها للثاني بالقطع، فصار كما إذا رهن شيئاً من إنسان، ثم رهنه من آخر بعد التسليم إلى الأول.

وإن قطعهما دفعة واحدة.. يقرع بينهما، ويكون القصاص لمن خرجت له قرعته، والأرش للآخر؛ لأن اليد الواحدة لا تفي بالحقين، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فوجب المصير إلى القرعة.

ولنا: أن المساواة في سبب الاستحقاق: توجب المساواة في الاستحقاق، ولا معتبر بالتقدم والتأخر؛ كالغريمين في التركة، وهذا: لأن حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد؛ لتقرر السبب في كل واحد منهما وهو القطع، وكونه مشغولاً بحق الأول: لا يمنع تقرر السبب في الثاني، ولهذا لو كان القاطع لهما عبداً.. استويا في استحقاق رقبته، ولو كان يمتنع للأول.. لما شاركه الثاني.

بخلاف الرهن؛ لأنه استيفاء حكماً، فلا يثبت للثاني بعدما ثبت للأول؛ كالاستيفاء حقيقة؛ فإذا لم يمنع الأول ثبوت حق الثاني فيها.. استويا فيها، فينقطع لهما إذا حضرا معاً؛ لعدم الأولوية، ويقضى لهما بنصف الدية، فيقسمانه نصفين لاستوائهما.

(وإن حضر أحدهما وقطع) له يد القاطع (.. فللآخر الدية)؛ أي: دية اليد الواحدة؛ لأن للحاضر أن يستوفي حقه، فلا يجب عليه التأخير إلى أن يحضر الآخر؛ لثبوت حقه في القصاص بيقين، وحق الآخر متردد؛ لاحتمال أن لا يطلب، أو يعفو مجاناً، أو صلحاً، فصار كأحد الشفيعين إذا حضر والآخر غائب؛ حيث يقضى له بالشفعة في الكل لما قلنا.

وَصَحَّ إِقْرَارُ العَبْدِ بقتلِ الْعمدِ، ويُقتَصُّ بِهِ.

وَمن رمى رجلاً عمداً فنفذَ إِلَى آخرَ، فماتا.. اقْتصَّ للْأَوَّلِ، وعَلى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ للثَّانِي.

ثم إذا حضر الآخر بعدما قطعت يده للحاضر فطلب.. يقضى له بالدية؛ لعدم المحل للقصاص له؛ لفواته بالقصاص للأول.

(وصح إقرار العبد بقَتلِ العمدِ، ويقتص به)؛ أي: في الحال.

وكذا: يصح إقرار بحد، فيحد به في الحال، وقد تقدم في كتاب الحجر.

وقال زفر: لا يصح إقراره بذلك؛ لأنه يؤدي إلى إبطاله حق المولى، فصار كالإقرار بالنفس خطأ، أو بالمال في عدم الصحة، ولأن العبد غير متهم في مثله؛ لكونه يلحقه الضرر به، فيصح منه، ولأن العبد مبقي على أصل الحرية في حق الدم؛ عملاً بالآدمية.

ألا ترى: أن إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح.

فإذا صح إقراره بقتل [٧٣١/أ] العمد.. لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وضمناً، وذلك لا يضر، وكم من شيء يصح ضمناً، ولا يصح قصداً.

بخلاف الإقرار بالمال؛ لأنه إقرار على المولى بإبطال حقه قصداً؛ لأن موجبه بيع العبد أو الاستسعاء.

وكذا: إقراره بالقتل خطأ؛ لأن موجبه دفع العبد إلى ولي المقتول أو الفداء على المولى، ولا يجب على العبد شيء.. فلا يصح؛ سواء كان العبد محجوراً عليه، أو مأذوناً له في التجارة.

(ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ) السهم من ذلك الرجل (إلى) رجل (آخر فماتا.. اقتص) الرامي (للأول)؛ لأن قتله عمداً (وعلى عاقلته)؛ أي: عاقلة القاتل (الدية للثاني)؛ لأنه أخطأ في الفعل.

كأنه رمى غرضاً فأصاب آدمياً، ورميه وإن كان شيئاً واحداً.. إلا أن المحلين مختلفان، فينزل الفعل الواحد منزلة الفعلين المختلفين؛ لتعدد الأثر، فينفرد كل واحد منهما بحكم.

* * *

(فَصْلٌ)

وَمَن قطعَ يَدَ رجلٍ، ثمَّ قَتلَه.. أَخَذَ بهما مُطلقاً إن تخللهما برءٌ، وإلّا؛ فَإِن اخْتلفَا عمداً وَخطأً.. أَخذَ بهما: لَا إِن كَانَا خطأين، بل تَكْفِي دِيَةٌ.

وَفِي العمدَينِ: يُؤْخَذُ بهما.

(فَصْلٌ)

(ومن قطع يد رجل، ثم قتله.. أخذ) الجاني (بهما)؛ أي: بموجبي القطع والقتل.

(مطلقاً)؛ أي: سواء كان القطع والقتل عمدين، أو خطأين، أو أحدهما عمداً والآخر خطأ.

ففي الصور الأربع.. أخذ بموجبهما.

(إن تخللهما)؛ أي: تخلل بينهما (برء)؛ لأن البرء بينهما قاطع للسراية، فلا يمكن الجمع بينهما، فيعطى لكل فعل حكمه.

ففي العمدين: يجب القطع والقتل معاً.

وفي الخطأين: يجب الدية ونصف الدية معاً.

وفي الخطأ والعمد: يجب الدية للخطأ، والقود للعمد.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يتخلل بينهما برء؛ (فإن اختلفا عمداً وخطأ)؛ بأن قطع عمداً، ثم قتله خطأ قبل البرء أو بالعكس (.. أخذ بهما)؛ أي: بموجبهما؛ لاختلاف حكم الفعلين باختلافهما جنساً.

(لا إن كانا خطأين، بل تكفي دية) بالاتفاق؛ لإمكان الجمع بينهما لاتحاد الجنس وارتفاع المانع من التداخل وهو البرء، فيكتفى بموجب أحدهما، وهو: دية النفس.

(وفي العمدين)؛ بأن قطع عمداً، ثم قتله عمداً: (يؤخذ بهما) عند أبي حنيفة؛

إما لاختلاف الفعلين؛ بأن يكون أحدهما خطأ والقتل عمداً.. يجب في القطع: دية اليد؛ أعني: نصف دية النفس؛ وفي القتل: القصاص.

ولو كان بالعكس.. يجب في القطع: القصاص قطع اليد، وفي القتل: دية النفس.

وأما لو تخلل البرء؛ فإن البرء قاطع للسراية.. فحينئذٍ يعطى كل واحد حكم نفسه أيضاً؛ سواء **اتحد الفعلان جنساً**؛ بأن كانا خطأين أو عمدين **أو اختلفا جنساً** بأن كان أحدهما خطأ والآخر عمداً.. ففي الصور الثماني: يعطى كل واحد حكم نفسه؛ لعدم إمكان الجمع.

ولو لم يتخلل البرء وقد اتحدا جنساً بأن كانا خطأين.. يجمع بالإجماع؛ لإمكان الجمع؛ لعدم اختلاف الجنس وعدم تخلل البرء.

ولو لم يتخلل البرء واتحدا جنساً؛ بأن كانا عمدين.. فالولي مخير عند أبي حنيفة؛ فإن شاء يقول: اقطعوه ثم اقتلوه، وإن شاء يقول: اقتلوه.

وعندهما: لا خيار للولي، بل له أن يقتل، لا أن يقطع يده؛ لأن الجمع ممكن؛ لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء، فيجمع بينهما، ولا يعطى كل واحد حكم نفسه، بل يكتفى بالقتل بدون القطع.

ولأبي حنيفة: أن الجمع متعذر؛ لأن جزء الرقبة يمنع سراية القطع؛ كالبرء، فيعطى كل واحد حكم نفسه، فيقطع بالقطع، ويقتل بالقتل، ولأن قضية القصاص وهي المماثلة صورة ومعنى: فيما ذكرناه، وفي الاكتفاء بالقتل.. لم توجد المماثلة إلا معنى، فلا يصار إليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى، فيخير الولي.

بخلاف ما إذا كانا خطأين؛ لأن الموجب فيه: الدية، وهي بدل المحل، والمقتول واحد، فيجب بدل واحد.

ألا ترى: أن عشرة لو قتلوا واحداً خطأ تجب عليهم دية واحدة؛ لاتحاد المحل

وَعِنْدَهُمَا: يُقْتَلُ فَقَط.

أي: الولي مخير بين أن يأخذ بهما، وبين أن يقتله؛ بأن يقول: اقطعوه، ثم اقتلوه، أو يقول: اقتلوه.

وما ذكر في «الهداية» من أن الخيار إلى الإمام: سهو.

(وعندهما: يقتل فقط)، فصارت الجملة ثماني صور.

توضيحها: أن كلاً من القطع والقتل؛ إما أن يكونا:

خطأين.

أو يكون القطع خطأ، والقتل عمداً.

أو بالعكس.

فصارت أربع، ثم إن كل واحد منها؛ إما أن يكون:

قبل البرء.

أو بعده.

فصارت ثماني.

وكل ذلك؛ إما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين فصارت ست عشرة [٧٣١/ب].

فإن كانا من شخصين.. يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقاً؛ لأن التداخل غير ممكن؛ لعدم اتحاد المحل.

وإن كانا من شخص واحد وهو المذكور في الكتاب.. فإيجاب موجب كل من القطع والقتل، أو إهدار أحدهما مبني على أصل، وهو: أن الجمع بين الجراحات يعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تتميماً للأول؛ لأن القتل في غالب الأوقات يقع بضربات متعاقبة، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج، فيجعل الثاني متمماً للأول، ويجعل الكل جراحة واحدة، إلا أن لا يمكن الجمع.

وَلَو ضربَهُ مائَةَ سَوطٍ فبرئَ مِن تسعينَ، وَمَاتَ مِن عشرَةٍ.. وَجَبت دِيَةٌ فَقَط.

وَإِن جرحتهُ وَبَقِيَ الْأَثرُ وَلم يَمُتْ.. تجبُ حُكُومَةُ عدلٍ.

وإن تعدد الفعل، ولو قتلوه عمداً.. قتلوا به جميعاً؛ لأن القصاص وهو موجب العمد: جزاء الفعل [٧٣٢/أ]، والفعل متعدد وإن اتحد المحل.

(ولو ضربه مائة سوط) تسعون في مكان، وعشرة في مكان، **(فبرئ من تسعين)** سوطاً **(ومات من عشرة.. وجبت دية فقط)**؛ أي: دية واحدة، وهي دية النفس؛ كما إذا كانا خطأين ولم يتخلل بينهما برء كما ذكر، وهذا: لأن الضربات التي برئ منها ولم يبق لها أثر.. سقط أرشها؛ لزوال الشيء، فلم تبق معتبرة في حق الأرش وإن بقيت في حق التعزير، وهذا عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: فيها حكومة عدل.

وعند محمد: يجب فيها أجرة الطبيب وثمن الأدوية؛ كذا في «الزيلعي».

(وإن جرحته) الضربات **(وبقي الأثر ولم يمت.. تجب حكومة عدل)** بالاتفاق دون الأرش؛ لأن حكومة عدل إنما تكون لبقاء أثر الجرح، وهو موجود هنا، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس؛ بأن لم يبرأ، وهذا ليس بموجود؛ لحصول البرء.. فلا يجب الأرش.

ولو ضربه مائة سوط ولم يجرح ابتداء.. لا يجب شيء من: الأرش، أو من حكومة عدل، أو من أجرة الطبيب وثمن الأدوية، بالاتفاق كذا في «العناية».

وينبغي أن يجب التعزير.

واختلفوا في تفسير حكومة عدل:

قال بعضهم: ينظر إلى المجني عليه أنه لو كان مملوكاً كم ينتقص من قيمته بهذه الجناية؛ إن كانت تنقص عشر قيمته.. ففي الحر تجب عشر دية.

وعلى هذا الاعتبار في النصف، والثلث، ونحو ذلك.

وَمن قُطِعَتْ يَدهُ عمداً فَعَفَا عَنِ الْقطعِ، فَمَاتَ مِنْهُ.. فعلى قاطعِهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفسِ.

وقال بعضهم: ينظر إلى ما يحتاج إليه في هذا من النفقة وأجرة الطبيب.. فهي حكومة عدل.

وقال بعضهم: ينظر إلى أدنى جراحة لها أرش مقدر وهي الموضحة؛ فإن كانت هذه الجراحة نصف الموضحة.. يجب فيها نصف أرش الموضحة.

قال رحمه الله: والفتوى على الأول، وكذا في «قاضي خان».

(ومن قطعت يده عمداً فعفا) المقطوعة يده القاطعَ **(عن القطع)** وهو موجب العمد، **(فمات منه)**؛ أي: من القطع **(... فعلى قاطعه الدية في ماله)** عند أبي حنيفة.

(وعندهما: هو)؛ أي: العفو عن القطع: **(عفو عن النفس)** أيضاً، فلا شيء على القاتل.

لهما: أن العفو عن القطع عفو بموجبه؛ لأن الفعل عرض لا يبقى.. فلا يتصور العفو عنه، فيكون العفو عنه عفواً عن موجبه، وموجبه القطع إذا اقتصر، أو القتل إن سرى، فكان العفو عنه عفواً عنهما، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر، فيكون العفو عنه: عفواً عن نوعيه.

فصار كما إذا عفا عن الجناية؛ فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة [٧٣٢/ب]، فكذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن سبب الضمان - وهو قتل النفس المعصومة المقتولة - قد تحقق، والمانع منتفٍ؛ لأن العفو لم يتناوله بصريحه؛ لأنه عفو عن القطع، وهو غير القتل؛ لأن القطع: إبانة العضو، والقتل: إزهاق الروح، وبالسراية تبين أن الواقع قتل لا قطع، فكان حقه في القتل؛ فما هو حقه.. لم يعف عنه، وما عفي عنه.. فليس بحقه، فلا يكون معتبراً.

وَإِن عَفا عَنِ الْقطعِ وَمَا يحدثُ مِنْهُ، أَو عَنِ الْجِنَايَةِ.. فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفسِ إِجْمَاعاً.

والعمدُ مِن كلِّ المَالِ.

وَالْخَطَأُ مِن ثُلُثِهِ.

ألا ترى: أن الولي لو قال بعد السراية: عفوتك عن اليد.. لم يكن عفواً؛ لأنه في غير حقه.

ولو قال المجني عليه: عفوتك عن القتل واقتصر القطع.. لم يكن عفواً.

فكذا: إذا عفا عن اليد، ثم سرى.

فإذا لم يكن العفو معتبراً.. وجب الضمان، وهو: الدية والقصاص؛ لأن القطع عمد، وموجبه: هو القصاص، إلا أنا تركناه؛ لأن صورة القياس العفو.. أورثت شبهة، وهي دارئة للقصاص، فتجب الدية استحساناً.

ولا نسلم أن الساري نوع من القطع، بل الساري قتل ابتداء؛ لأن القتل إزهاق الروح، ولما انزهق الروح بالسراية.. عرف أنه قتل.

ولا نسلم أيضاً: أن القتل موجب القطع إذا سرى؛ لأنه إذا سرى ومات.. تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً، إنما الثابت: هو موجب القتل، وهو: الدية، فكان العفو المضاف إلى القطع مضافاً إلى غير محله ، فلا يصح.

وإذا لم يصح العفو عن القطع.. لا يكون عفواً عن القتل، فلا يتناوله العفو.

بخلاف العفو عن الجناية؛ لأنها اسم جنس، فيتناول السارية والمقتصرة.

(**وإن عفا عن القطع وما يحدث منه**)؛ أي: عفا عنهما معاً (**أو عن الجناية.. فهو**)؛ أي: كل من هذين العفوين: (**عفو عن النفس إجماعاً**)؛ لأن قوله: «وما يحدث منه» تصريح بالعفو عن السراية، فكان العفو عفواً عن القتل صريحاً.

والجناية: اسم جنس يتناول القطع والقتل جميعاً.

(**والعمد: من كل المال، والخطأ: من ثلثه**)؛ يعني: إذا كانت الجناية عمداً وقد

والشجُّ كالقطعِ.

وَإِن قَطَعَتِ امْرَأَةٌ يَدَ رجلٍ فَتَزَوَّجهَا على يَدِهِ، ثمَّ مَاتَ.. فَعَلَيهِ مهرُ مثلِهَا، وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ فِي مَالَهَا؛ إِن تعمَّدت، وعَلى عاقلتها إِن أَخطأت.

عفا عنها، فيكون العفو معتبراً من كل المال؛ لأن موجب العمد: القود، وهو ليس بمال.. فلم يتعلق به حق الورثة، فيصح العفو عنه على الكمال.

وإذا كانت خطأ وقد عفا عنها.. فهو عفو عن الدية، فيعتبر من الثلث؛ لأن الدية مال، فيتعلق بها حق الورثة، والعفو وصية للعاقلة، فيعتبر من الثلث؛ سواء كان القاتل واحداً من العاقلة أو لا، وعلى الصحيح ؛ لأنه أوصى لمن يجوز له الوصية - وهو غير القاتل من العواقل - ولمن لا يجوز وهو القاتل منهم، فيكون الكل لمن [أ/٧٣٣] تجوز له الوصية؛ كمن أوصى لميت وحيّ؛ فإن الوصية كلها تكون للحيّ.

وقيل: إذا كان القاتل واحداً من العاقلة.. لا تصح الوصية في قدر حصته؛ لأن الوصية للقاتل لا تصح.

(**والشج كالقطع**)؛ يعني: لو كانت الجناية شجة بدل القطع.. فهي على الخلاف المذكور في القطع:

فعند أبي حنيفة: إذا عفا المشجوج عن الشجة، ثم مات من ذلك.. فعلى الشاج الدية في ماله.

وقالا: إذا عفا عنها.. فهو عفو عن النفس أيضاً، فلا شيء على الشاج؛ كما ذكر في القطع.

(**وإن قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على يده، ثم مات**) الرجل (.. **فعليه مهر مثلها، وعليها**)؛ أي: على المرأة (**الدية في مالها إن تعمدت**) المرأة، (**وعلى عاقلتها إن أخطأت**).

توضيحها: إذا قطعت المرأة يد رجل، فتزوجها على يده؛ فإما أن يقتصر أو تسري:

فإن اقتصر.. صحت التسمية، ويصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهراً لها بالإجماع؛ سواء كان القطع عمداً أو خطأ، وتزوجها على القطع فقط، أو عليه وما يحدث منه؛ لأنه لما برأ.. تبين أن موجبها: الأرش دون القصاص والقصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة، والأرش يصلح صداقاً.

وإن سرى وهو المذكور في الكتاب على ما أشار إليه بقوله: «ثم مات»:

فإما أن يكون القطع خطأ أو عمداً.

فإن كان خطأ.. فلها مهر مثلها والدية على عاقلتها.

وإن كان عمداً.. فلها مهر مثلها أيضاً، والدية في مالها؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد، هذا عند أبي حنيفة؛ بناء على ما تقدم: أن العفو عن قطع اليد لم يكن عفواً عما يحدث عنه عنده، فكذا: التزوج على اليد لا يكون تزوجاً على ما يحدث عنه عنده.

وعندهما: يصلح عفواً عما يحدث عنه؛ أي: عن النفس.

فإذا لم يكن تزوجها على ما يحدث عنه.. يكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث عنه، فوجب كل منهما.

ثم إن القطع إذا كان عمداً.. كان التزوج تزوجاً على القصاص في الطرف، والقصاص ليس بمال.. فلا يصلح مهراً؛ سيّما على تقدير سقوط القصاص؛ فإنه إذا لم يصلح مهراً على تقدير ثبوته.. لا يصلح على تقدير سقوطه: متعلق بالقبول؛ فلما قبلت.. سقط.

وأما باعتبار تعذر الاستيفاء؛ فإنه لما جعل القصاص مهراً لها.. جعل لها ولاية الاستيفاء [٧٣٣/ب]، ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسها؛ فإذا لم يصلح القصاص مهراً.. يجب مهر المثل؛ لعدم جواز خلو العقد عن المهر؛ كما إذ تزوجها على خمر أو خنزير.

فإن قيل: الواجب الأصلي في الأطراف بين الرجل والمرأة هو الأرش؛ خمسمائة دينار، لا القصاص، فكيف يصار إلى مهر المثل بسبب عدم صلاحية القصاص للمهر مع تعين الأرش؟

قلنا: لا نسلم أن الواجب الأصلي بين طرفي الرجل والمرأة هو الأرش، بل القصاص؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞ﴾، وإنما سقط؛ لتعذر حفظ المماثلة بينهما على ما تقدم.

ولو سلم أن الموجب الأصلي هو الأرش، ولكنه ليس بمعلوم؛ لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم، فيكون مجهولاً.. فلا يصلح مهراً، فيصار بالضرورة إلى مهر المثل.

والحاصل: أن القصاص وبدله لما لم يصلح مهراً.. وجب لها مهر المثل؛ لعدم خلو العقد عنه؛ فإن قبل قبوله التزوج على اليد: يتضمن العفو، والمعفو لا يضمن؛ فمن أين تجب عليها الدية؟

قلنا: التزوج إنما يتضمن العفو عن القصاص في الطرف، ثم إذا سرى.. تبين أنه قتل لا قطع، والعفو لم يتناول القتل، فتجب الدية في مالها للعمد.

ثم إذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية.. تقع المقاصة بينهما إذا كانا على السواء.

فإن كان في الدية فضل.. ترده على الورثة.

وإن كان في المهر فضل.. ترده الورثة عليها.

وإذا كان القطع خطأ.. كان التزوج على أرش اليد.

وإذا سرى إلى النفس.. تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى معدوم، فيجب مهر المثل؛ كما إذا تزوجها على ما في يده، ولا شيء في يده، ولا تقاص في الدية ههنا؛

وَإِن تزَوَّجهَا على الْيَدِ وَمَا يحدثُ مِنْهَا، أَو على الْجِنَايَةِ ثمَّ مَاتَ. فَعَلَيهِ مهرُ الْمثلِ فِي الْعمدِ، وَيُرْفَعُ عَنِ الْعَاقِلَةِ مِقْدَارُهُ فِي الْخطَأ، وَالْبَاقِي وَصِيَّةٌ لَهُم. فَإِنْ خرجَ مِنَ الثُّلُثِ.. سقطَ، وإِلّا.. فَقدرُ مَا يخرجُ مِنْهُ.

لأن الدية فيه على العاقلة، والمهر لها، فاختلفت ذمة من له وذمة من عليه، وشرط التقاص: اتحاد الذمتين.

(وإن تزوجها على اليد وما يحدث منها)؛ أي: السراية (أو على الجناية، ثم مات.. فعليه مهر المثل في العمد)؛ لأن هذا تزويج على القصاص، وهو لا يصلح مهراً؛ لعدم كونه مالاً، فيجب مهر المثل كما تقدم، ولا شيء عليها من الدية والقصاص أصلاً؛ لأنه لما جعل القصاص مهراً وقد رضي بسقوطه بجهة المهر.. فيسقط أصلاً؛ كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالاً؛ بأن قال: أسقطت [٧٣٤/أ] عنك القصاص بشرط أن يصير مالاً؛ فإنه يصير مالاً.

(ويرفع عن العاقلة مقداره)؛ أي: مقدار مهر المثل (في الخطأ، والباقي) من مقدار مهر المثل (وصية لهم)؛ أي: للعاقلة، وضمير الجمع: باعتبار المعنى.

(فإن خرج من الثلث.. سقط) عن العاقلة.

(وإلا.. فقدر ما يخرج منه).

توضيحها: إذا تزوج على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية، ثم مات من ذلك، فلا يخلو: أن يكون القطع عمداً أو خطأ.

فإن كان عمداً.. فلها مهر مثلها، ويكون الباقي من مهر مثلها وصية للعواقل؛ لأن التزوج على القطع وما يحدث منه لو على الجناية: تزوُّجٌ على موجب الجناية، وموجبها هنا: الدية، وهي تصلح مهراً؛ لأنها مال، فصحّت التسمية، إلا أن مقدار مهر مثلها يعتبر من جميع مال الميت؛ لأنه ليس في مقدار مهر المثل محاباة.

والمريض لا يحجر عليه من التزوج؛ لأنه من الحوائج الأصلية، فينفذ قدر مهر

مثلها من جميع المال، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية: يعتبر من الثلث؛ لأنه وصية؛ لكونه تبرعاً.

والدية هنا تجب على عاقلتها، وقد صارت مهراً.

فإن ساوت مهر مثلها ولا مال له سوى مهر المثل.. تسقط الدية كلها عن العاقلة، ولا ترجع المرأة عليهم بشيء من مهر مثلها؛ لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها، فكيف يغرمون لها؟

وإن كان مهر مثلها أكثر من الدية.. لم تجب الزيادة؛ لأنها رضيت بأقل من مهر مثلها.

وإن كان مهر مثلها أقل من الدية.. سقط عنهم قدر مهر مثلها؛ لما ذكرناه: من أنهم كانوا يغرمون عنها بسبب جنايتها، فلا يغرمون لها شيئاً.

وما زاد على مقدار مهر المثل إلى تمام الدية ينظر:

فإن كان يخرج من الثلث.. يسقط عنهم أيضاً؛ لأنه وصية لهم، وتصح هذه الوصية؛ لأنهم أجانب.

وإن كان لا يخرج من الثلث.. سقط عنهم قدر الثلث، وأدوا الفضل إلى الأولياء؛ لأن الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث.

قال في «الكفاية»: هذا الجواب صحيح على قول من لم يجعل المرأة القاتلة واحدة من العاقلة، وأما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة.. فقال بعضهم: إنه لا يصح؛ لأنه لا بد وأن تبطل الوصية في قدر حصتها؛ إذ لا وصية للقاتل، فلا تصح في نصيبها، فلا يسقط قدر نصيبها.

وقال بعضهم: إنه صحيح [٧٣٤/ب] مطلقاً، فيسقط كله؛ لأنه أوصى لمن تجوز الوصية ولمن لا تجوز له الوصية، فيكون الكل لمن تجوز له الوصية.. فيسقط الكل؛

وَكَذَا: الحكمُ عِنْدهمَا فِي صُورَةِ الأُولى.

وَمن قُتِلَ لَهُ وليٌّ عمداً فَقَطَع يَدَ قَاتلِهِ، ثمَّ عَفا عَنِ الْقَتْلِ.. فَعَلَيهِ دِيَةُ الْيَدِ.

كمن أوصى لحي وميت؛ فإن الوصية كلها تكون للحي، وهو الأصح، على ما في «الزيلعي».

وفي «الكفاية»: إنه الصحيح.

(**وكذا الحكم عندهما في الصورة الأولى**) يعني في صورة التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ؛ فإنهما قالا: إذا تزوجها على اليد، ثم مات.. فعليه مهر مثلها، ويرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها من الدية في الخطأ؛ لأن التزوج على اليد: تزوج على ما يحدث منه عندهما؛ كما أن العفو عن اليد عفو عندهما عما يحدث.

(**ومن قُتِل**) على صيغة المجهول (**له ولي عمداً، فقطَع**) على صيغة المعلوم؛ أي: قطع من له القصاص عمداً أو خطأ وهو من قتل له ولي (**يد قاتله، ثم عفا**) من له القصاص (**عن القتل**)؛ أي: عن موجب القتل وهو القصاص (.. **فعليه**)؛ أي: على قاطع اليد: (**دية اليد**) عند أبي حنيفة.

وقالا: لا شيء عليه؛ لأنه استوفى حقه.. فلا يضمن؛ لأنه استحق إتلاف نفسه بجميع أجزائه؛ إذ الأجزاء تبع للنفس؛ فإذا استحق إتلاف الأصل.. استحق بجميع توابعه؛ فإذا عفا بطل حقه بالعفو فيما بقي؛ لأنه استوفى.

ولهذا: لو لم يقف.. لا يجب عليه ضمان اليد.

وكذا: إذا عفا، ثم سرى.. لا يضمن شيئاً، والقطع الساري: أفحش من المقتصر.

أو قطع وما سرى وما عفا، ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده، فصار كمن له قصاص في اليد فقطع أصابعه، ثم عفا عن اليد.. لا يضمن أرش الأصابع.

والأصابع من الكف: كالأطراف من النفس.

ولأبي حنيفة: أنه استوفى غير حقه.. فيضمن، وهذا: لأن حقه في القتل لا في

القطع، وكان القياس أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة؛ إذ كان له أن يتلف الطرف تبعاً للنفس، وإذا سقط القصاص.. وجبت الدية.

وإنما لا يضمن في الحال، بل يضمن بعد العفو؛ لاحتمال أن يصير قتلاً بالسراية، فيظهر أنه استوفى حقه، وحقه في الطرف: ضرورة ثبوت حق القتل في النفس، وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله.

فإذا وجد الاستيفاء.. يظهر حقه في الأطراف تبعاً.

وإذا لم يستوف.. لم يظهر حقه في الطرف، **لا أصلاً، ولا تبعاً**، فتبين: أنه استوفى غير حقه [٧٣٥/أ].

وأما إذا لم يعف.. فإنما لم يضمن لمانع، وهو: قيام الحق في النفس؛ لاستحالة أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه.

فإذا زال بالعفو.. ظهر حكم السبب.

فإذا سرى.. فهو استيفاء، فتبين: أن العفو كان بعد الاستيفاء.

ولو قطع وما عفا وبرئ.. فهو على الخلاف في الصحيح، فلا يكون مستشهداً به.

ولو قطع، ثم حزّ رقبته.. فهو استيفاء؛ لأن القطع انعقد على وجه يحتمل السراية، فكان حز الرقبة تيمماً لما انعقد له القطع.. فلا يضمن.

حتى لو حز رقبته بعد البرء.. فهو على الخلاف.

على أنّا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التوابع، وإنما دخلت في النفس؛ لعدم إمكان التحرز عن إتلافها، والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف، والكف تابع لها غرضاً؛ لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع.. بخلاف الطرف؛ لأنه تابع للنفس من كل وجه.

وَمَن قُطِعَت يَدُهُ فَمَاتَ بَعْدَمَا اقْتصَّ لَهُ مِنَ الْقَاطِعِ.. قتلَ قاطعه.

وَمَن قُطِعت يَدُهُ فاقتصَّ مِن قاطِعها، فسرى إِلَى نَفسِهِ.. فَعَلَيهِ دِيَةُ النَّفسِ. خلافاً لَهما فيهمَا.

(ومن قطعت يده فمات) ذلك المقطوع يده (بعدما اقتص له من القاطع.. قتل قاطعه) قصاصاً؛ لأنه بالموت بالسراية تَبَيّن أنَّ الجناية كانت قتل عمد، وحق المقتص له في القصاص في النفس، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القتل؛ لأن من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص، ثم قتله.. لا يجب عليه شيء سوى الإساءة، ويبقى حقه في القصاص في النفس.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه سقط حقه في القصاص؛ لأن إقدامه على القطع: دليل على أنه أبرأه عن غيره.

قلنا: إنما أقدم عليه على ظن أنه حقه لا حق له غيره، وبعد السراية: تبين أن حقه في القود، فلم يكن مبرأً عنه.

(ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها، فسرى إلى نفسه)؛ أي نفس: المقتص منه وهو المقطوع يده قصاصاً (.. فعليه)؛ أي: على عاقلة المقتص له وهو المقطوع يده أولاً: (دية النفس) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما فيهما).

وكذا الشافعي، قالوا: لا شيء عليه؛ لأنه استوفى حقه وهو القطع، فيسقط حكم السراية؛ إذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه.. فلا يتقيد بشرط السلامة؛ كي لا ينسد باب القصاص، فصار كالإمام إذا قطع يد السارق فسرى إلى النفس ومات، وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان.

وكما لو قال لغيره: اقطع يدي، فقطعها [٧٣٥/ب] ومات.

وهذا: لأن السراية تبع لابتداء الجناية.. فلا يتصور أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون، والسراية مضمون.

ولأبي حنيفة: أن حقه في القطع، والموجود: قتل، حتى لو قطع ظلماً.. كان قتلاً، فلم يصر مستوفياً حقه.. فيضمن، وكان القياس: أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة، فوجبت الدية.

بخلاف ما ذكروا من المسائل؛ لأن إقامة الحد واجب على الإمام، وكذا الفعل واجب - على غيره من البزاغ والفصاد والحجام والختان - بالعقد، وإقامة الواجب: لا تتقيد بشرط السلامة، وفي مسألتنا: الولي مخير، بل العفو مندوب إليه، فيكون من باب الإطلاق؛ كالمرور على الطريق، وكضرب الزوجة، فيتقيد بشرط السلامة.

* * *

(بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْلِ وَاعْتِبَارُ حَالَتِهِ)

الْقَوَدُ يثبتُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً، لَا بطرِيقِ الْإِرْثِ، ....

(بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْلِ وَاعْتِبَارُ حَالَتِهِ)

أي: حالة القتل، وهو عطف على الشهادة، هذا الباب مشتمل على نوعين من المسائل:

الأول: مسائل الشهادة في القتل.

والثاني: مسائل اعتبار حالة القتل.

(**القود يثبت للوارث ابتداء، لا بطريق الإرث**)؛ أي: عند أبي حنيفة.

اعلم: أن ههنا طريقين:

أحدهما: طريق الخلافة، وهو أن يثبت الملك للوارث ابتداء بسبب انعقد في حق المورث؛ كما إذا اتهب العبد؛ فإن الملك يثبت للمولى ابتداء بطريق الخلافة عن العبد؛ فإن العبد ليس له أهلية للملك.

والثاني: طريق الوراثة، وهو: أن يثبت الملك للمورث ابتداء، ثم للوارث بالنقل منه إليه.

فذهب أبو يوسف ومحمد: إلى الثاني؛ قولاً بأن القصاص موروث عن الميت، حتى يجري فيه سهام الورثة، ويصح عفوه قبل الموت، وتقضى منه ديونه إذا انقلب مالاً، وتنفذ وصاياه منه؛ كما في الدية.

وذهب أبو حنيفة: إلى الأول؛ قولاً بأن القصاص فيه غير موروث؛ لأنه ثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثأر، والميت ليس من أهله، وإنما يثبت للورثة بطريق الخلافة، بسبب انعقد للميت؛ أي: يقومون مقامه فيستحقونه ابتداء من غير أن يثبت للميت؛ لأن القصاص ملك العقل في المحل بعد موت المجروح، ولا يتصور الفعل من الميت.

ولهذا: صح عفو الورثة قبل موت المجروح، وإنما صح عفو المجروح؛ لأن

فَلَا يكونُ أحدُهم خصماً عَنِ الْبَقِيَّةِ فِيهِ.

بِخِلَافِ المَالِ، ....

السبب انعقد له، وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [٧٣٦/أ]: نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء.

بخلاف الدين والدية؛ لأن الميت أهل لملك المال، ولهذا: لو نصب شبكة فتعلق به صيد بعد موته.. يملكه.

وأصل هذا الاختلاف: راجع إلى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده، وحق الميت عندهما.

فإذا كان القصاص يثبت حقاً للورثة ابتداء عند الإمام (.. فلا يكون أحدهم)؛ أي: أحد الورثة (خصماً عن البقية)؛ أي: بقية الورثة.

(فيه)؛ أي: في إثبات القود، بل لا بد للباقي بعد أن حضر إعادة البينة؛ ليتمكن من الاستيفاء، وإلا.. فلا يتمكن منه لا الحاضر ولا الغائب بعد حضوره حتى يقيما معاً، على ما في سنبيته.

وهل يكفي في إثبات القود حضور الوكيل، أم لا بد من حضور الغائب بنفسه؟

قالوا: يكفي حضور الوكيل.

قال في «قاضي خان»: الوكالة في إثبات الدم من جانب المدعي والمدعى عليه: مقبولة في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف آخراً: لا تقبل.

وقول محمد مضطرب.

وإن وُكل باستيفاء القصاص في النفس، أو فيما دون النفس.. لم يكن للوكيل أن يستوفي إلا بمحضر من الموكل عندنا.

وقال الشافعي: له أن يستوفي.

(بخلاف المال)؛ فإن أحد الورثة خصم عن البقية فيه؛ فإن الورثة تملكه بطريق

فَلَو أَقَامَ أَحَدُ ابْنَيْنِ حجَّةً بقتلِ أَبِيهِمَا عمداً، وَالْآخرُ غَائِبٌ.. لزمَ إِعَادَتُهَا بعدَ عَودِ الْغَائِبِ، خلافاً لَهما.

الوراثة، لا بطريق الخلافة، وكل ما يملكه الورثة بطريق الوراثة: فأحدهم يكون خصماً عن الباقين، حتى إذا ادعى أحد الورثة شيئاً من التركة عيناً أو ديناً على أحد، وأقام بينة.. يثبت حق الجميع فيه، فلا يحتاج الباقون بعد حضورهم إلى تجديد الدعوى وإقامة البينة.

وكذا: إذا ادعى واحد على أحد الورثة شيئاً من التركة، وأقام البينة عليه.. يثبت على الجميع، حتى لا يحتاج إلى أن يدعي على كل واحد منهم وإقامة البينة عليهم.

وكذا الحال في القتل الخطأ، على ما سيأتي.

وإذا لم يكن أحد الورثة خصماً عن البقية في إثبات القصاص؛ **(فلو أقام أحد ابنين حجة بقتل أبيهما عمداً، والآخر غائب.. لزم إعادتها بعد عود الغائب)** عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ يعني: إذا قتل رجل رجلاً عمداً، وللمقتول ابنان، أحدهما حاضر، والآخر غائب، فأقام الحاضر البينة على قتل أبيه.. لا يتعجل بقتل القاتل قصاصاً، بل يحبسه؛ لأنه صار متهماً به.

فإن حضر الغائب بعد ذلك.. لا يكون للغائب الذي حضر أن يستوفي القصاص ما لم يعد [٧٣٦/ب] البينة على القاتل عند القاضي، بل لا بد لهما من إعادة البينة؛ ليستوفي القصاص عند أبي حنيفة؛ لأن عنده القصاص ثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة، فلم يكن أحدهم خصماً عن البقية في إثبات حق الآخر من القصاص.

وقالا: لا حاجة للغائب بعد حضوره إلى إعادة البينة؛ بناء على الأصل المذكور: من أن ثبوت القصاص عندهما لما كان بطريق الوراثة.. كان أحد الورثة خصماً عن البقية فيما يدعي للميت، وفيما يدعى على الميت؛ كما في دعوى الخطأ والمال.

وَفِي الْخَطَأَ وَالدَّينِ: لَا تلْزمُ.

وَلَو برهَنَ الْقَاتِل على عَفْوِ الْغَائِبِ.. فالحاضرُ خصمٌ، وَيسْقطُ الْقَوَدُ.

والجواب عنه: أن الميت أهل لملك المال ديناً أو دية، بخلاف القصاص؛ فإن الميت ليس بأهل له، على ما بيناه من قبل.. فلا يقاس أحدهما على الآخر.

(وفي الخطأ)؛ أي: القتل الخطأ **(والدين)**؛ أي: للميت أو على الميت: **(لا تلزم)** إعادة البينة بعد حضور الغائب بالاتفاق؛ لما ذكرناه: من أن ثبوت المال للورثة بطريق الوراثة، وكل ما كان كذلك.. يكون أحدهم خصماً عن الباقين، وكل من الخطأ والدين مال.

(ولو برهن القاتل على عفو الغائب.. فالحاضر خصم) له، **(ويسقط)** عن القاتل **(القود)**؛ لأنه ادعى على الحاضر حقاً وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه مالاً، ولا يتمكن من إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات حقه عليه بالبينة؛ فإذا قضى عليه.. صار الغائب مقضياً عليه أيضاً، تبعاً للحاضر.

ثم إذا حضر الغائب: فإن أقر العفو.. فبها.

وإن أنكر.. فهل يكلف القاتل إعادة البينة أم لا يكلف؟

ففيه تفصيل مذكور في «قاضي خان»؛ حيث قال فيه في باب الوكالة بالدم: رجل قُتِل عمداً، فأقام أخ المقتول بينة أنه وارثه، ولا وارث له غيره، وأقام القاتل بينة أن له ابناً.. فإن القاضي لا يقضي ببينة الأخ، ويتأنى في ذلك.

وإن أقام القاتل بينة: أن له ابناً، وأنه قد صالحه على الدية وقبضها منه، أو أقام بينة أن الابن قد عفا عنه.. قبلت بينة القاتل؛ لأنه أثبت ببينة أنه لا حق للمدعي في استيفاء القود.

فإن جاء الابن بعد ذلك وأنكر العفو أو الصلح.. كلف القاتل أن يعيد البينة على الابن.

وَكَذَا: لَو قُتِلَ عبدٌ لِرجلَيْنِ وَأَحَدُهمَا غَائِبٌ.

ولا يقضى على الابن بالبينة التي أقامها القاتل على الأخ؛ لأن الأخ لا يكون [٧٣٧/أ] خصماً عن الابن.

ولو كان للمقتول أخوان، فأقام القاتل البينة على أحدهما: أن الأخ الغائب صالحه على خمسة آلاف درهم، أو عفا عنه.. جاز ذلك.

فإن حضر الغائب وأنكر الصلح أو العفو.. لا يكلف القاتل إعادة البينة.

بخلاف الأول؛ لأن في الأول الأخ لا يكون وارثاً مع الابن، بل يكون أجنبياً؛ أما الأخوان.. فكل واحد منهما يستحق القصاص على القاتل، فهذه بينة قامت على الخصم، فلا يكلف إعادة البينة.

وإذا لم يكلف القاتل إعادة البينة ههنا.. يكون للحاضر نصف الدية، ولا شيء للغائب. انتهى.

ولو ادعى القاتل عفو الغائب، ولم يكن له بينة، وأراد استحلاف الحاضر.. فهل يكلف أم لا؟

قالوا: لا يكلف الحاضر؛ لأنه يدعي العفو على الغائب، والحاضر ليس بخصم في حق النفس، بل يؤخر حتى يقدم الغائب؛ فإذا قدم.. يكلف.

فإذا حلف.. اقتص القاتل، وإن نكل.. سقط القود. كذا في «شرح الوقاية» نقلاً عن «شرح الكافي».

(وكذا لو قُتِل عبد لرجلين وأحدهما غائب)؛ يعني: لو كان عبد بين رجلين، فقتل عمداً، وأحد الموليين غائب.. فحكمه مثل ما ذكر في المسألة المتقدمة في الوليين، حتى لا يقبل بينة الحاضر في إثبات القصاص من غير إعادة بعد عود الغائب.

ولو أقام القاتل البينة على عفو الغائب.. فالحاضر خصم، ويسقط القصاص.

وَلَو شهد وليّا قصاصٍ بِعَفْوِ أَخيهما.. لَغَتْ، فَإِن صدَّقَهما الْقَاتِلُ فَقَط.. فَالدِّيَةُ بَينَهم أَثْلَاثاً، وَإِن كذَّبهما.. فَلَا شَيْءَ لَهما ولأَخيهما: ثلثُ الدِّيَةِ.

وَإِن صدقهما أخوهما فَقَط.. غَرِمَ الْقَاتِلُ لَهُ ثُلُثَ الدِّيَةِ، ثمَّ يأخذانِهِ مِنْهُ.

(ولو شهد وليا قصاص بعفو أخيهما.. لغت) شهادتهما؛ يعني: إذا قُتل رجل عمداً، وكان له ثلاثة أولياء، فشهد اثنان منهم على الثالث: أنه عفا.. فشهادتهما باطلة؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما مغنماً، وهو انقلاب القود إلى المال، وهو عفو منهما؛ لأنهما زعما أن القصاص قد سقط، وزعمهما معتبر في حقهما لا في حق الغير.

ثم هذه المسألة على أربعة أوجه:

- فأشار إلى الأول بقوله: (فإن صدقهما)؛ أي: الشاهدين (القاتل فقط)؛ أي: كذبهما شريكهما وهو أخوهما الذي شهدا عليه بالعفو (.. فالدية بينهم أثلاثاً)؛ لأن القاتل بتصديقه إياهما: أقر لهما بثلثي الدية، فتلزمه؛ لكنهم يزعمون أن نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه، وهو ينكر.. فلا يقبل قولهم عليه بدون البينة، فينقلب نصيبه أيضاً مالاً، فوجب عليه كل الدية بين الأولياء الثلاث.

- وإلى الثاني بقوله: (وإن كذبهما)؛ أي: كذب القاتل والشريك المشهود عليه الشاهدين (.. فلا شيء لهما) [٧٣٧/ب]؛ أي: للشاهدين؛ لأنهما بإخبارهما أسقطا حقهما في القصاص، فانقلب مالاً.. فلا تصدق دعواهما لأنفسهما مالاً إلا ببينة؛ كتكذيب القاتل والشريك.

(ولأخيهما)؛ أي: المشهود عليه: (ثلث الدية)؛ لأن حق الشاهدين لما سقط في القصاص.. سقط حق شريكهما فيه أيضاً؛ لعدم تجزيء القصاص، وانتقل إلى المال، وسقط حقهما في المال أيضاً؛ لما ذكرناه، فبقي حصة الشريك وهي ثلث الدية؛ لعدم المسقط.

- وإلى الثالث بقوله: (وإن صدقهما)؛ أي: الشاهدين (أخوهما)؛ أي: المشهود عليه (فقط)؛ أي: دون القاتل (.. غرم القاتل له)؛ أي: للشريك المشهود عليه (ثلث الدية)، وهو نصيب الشريك، (ثم يأخذانه منه)؛ أي: يأخذ الشاهدان ذلك الثلث من

وَإِنِ اخْتلَفَ شَاهدا الْقَتْلِ فِي زَمَانِهِ، أَو مَكَانِهِ، أَو آلَتِهِ، أَو قَالَ أَحدُهمَا: ضربَهُ بعصاً، وَقَالَ الآخرُ: لَا أَدْرِي بِمَاذَا قَتلَهُ.. بطلَتْ.

الشريك؛ لأن زعم الشريك أنه يضمن لتصديقه الشاهدين.. فلا شيء له على القاتل، ولهما على القاتل ثلث الدية، وما في يده وهو ثلث الدية: مال القاتل، وهو من جنس حقهما، فيصرف إليهما.

والقياس: أنه لا يلزمه شيء؛ لأنهما ادعيا المال على القاتل، والقاتل ينكر.. فلم يثبت، وما أقر القاتل للشريك: قد بطل بتكذيبه.

وجه الاستحسان: أن القاتل بتكذيبه الشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية؛ لزعمه أن القصاص سقط بإخبارهما بالعفو؛ كابتداء العفو منهما.

والمقر له ما كذب القاتل حقيقة، بل أضاف الوجوب إلى غيره، وفي مثله: لا يرتد الإقرار؛ كمن قال: لفلان علي مائة، فقال المقر له: ليس لي ولكنها لفلان؛ فإن المال للمقر له الثاني؛ كذا هنا.

- ولم يذكر المصنف الوجه الرابع من وجوه المسألة، وهو: أن يصدق الشاهدين القاتل والشريك معاً.. فحكمه: أن لا شيء للشريك؛ لأنه بتصديقه أبطل نصيبه، وللشاهدين ثلثا الدية؛ لأن نصيبهما صار مالاً كذا في «الدرر».

(وإن اختلف شاهدا القتل في زمانه)؛ أي: زمان القتل؛ بأن شهد أحدهما: أنه قتله قبل الظهر، وشهد الآخر: أنه قتله بعد الظهر.

(أو مكانه)؛ بأن: شهد أحدهما: أنه قتله في مكان كذا، والآخر: أنه قتله في مكان آخر.

(أو آلته)؛ بأن شهد أحدهما: أنه قتله بالسيف، والآخر: أنه قتله برمح.

(أو قال أحدهما: ضربه بعصا، وقال الآخر: لا أدري بماذا قتله.. بطلت) الشهادة في الكل؛ لأن القتل ما لم يتكرر.. فالقتل الواقع في زمان: غير القتل في

زمان آخر، وكذا: القتل في مكان، أو بآلة غير القتل [٧٣٨/أ] في مكان آخر وبآلة أخرى، فكان على كل قتل شهادة، فرد، فلم تقبل.

ولأن اتفاقي الشاهدين: شرط القبول، ولم يوجد.

ولو شهد شاهدان: أنه قتله في زمان أو مكان أو بآلة كذا، وشهد آخران: أنه قتله في زمان أو مكان آخر أو بآلة أخرى.. لم يقبل أيضاً وإن قام على كل من القتل نصاب شهادة؛ لأن القاضي تيقن كذب أحد الطرفين؛ لاستحالة اجتماعهما؛ لعدم التكرر كما ذكرناه، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر؛ لعدم الأولوية بالقبول.. فبطلتا.

بخلاف ما إذا كمل أحد الطرفين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما؛ لعدم المساواة؛ كذا في «الزيلعي».

ولو قال أحدهما: إنه ضربه بآلة كذا، وقال الآخر: لا أدري بأي آلة قتله.. بطلت أيضاً؛ لأن أحدهما: مطلق، والآخر مقيد، والمطلق غير المقيد.. فاختلفا، فلم تقبل، ولأن حكم المقيد يغاير حكم المطلق؛ فإن من قال: «قتله بعصا»: موجبه الدية على العاقلة، ومن قال: «لا أعلم»: موجبه الدية على القاتل.. فاختلف المشهود به، فلم تقبل.

وكذا: لو شهد أحدهما: بالقتل معاينة، سواء كان القتل عمداً أو خطأ. والآخر: على إقرار القاتل بذلك.. لم يقبل؛ لاختلاف المشهود به.

فإن أحدهما: فعل، والآخر: قول؛ كما لو شهد أحدهما: بالغصب، والآخر على إقرار الغاصب بالغصب.

وكذا: لو شهد أحدهما: أنه قتله عمداً، والآخر: أنه قتله خطأ.. لم تقبل؛ لاختلاف المشهود به.

ولو شهد رجل وامرأتان بقتل العمد.. لم تقبل.

وكذا: الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي.

وَإِن شَهدا بِالْقَتْلِ وجهلا الْآلَةَ.. لزمتِ الدِّيَةُ.

وَلَو أقرَّ كلٌّ مِنَ الرجلَيْنِ بقتلِ زيدٍ، وَقَالَ وليُّهُ: قتلتماه جَمِيعاً.. فَلهُ.....

بخلاف قتل الخطأ؛ لأن موجب قتل الخطأ: المال - وهو الدية - لا القصاص، فتقبل فيه: شهادة النساء مع الرجال، والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي.

وكذا: لا تقبل شهادة بعض أهل المحلة على بعض في القتل؛ لما فيها من دفع المغرم عن أنفسهم؛ كما سيأتي في القسامة.

(**وإن شهدا بالقتل وجهلا الآلة.. لزمت الدية**)؛ يعني: لو شهدا: أنه قتله، وقالا: لا ندري بأي شيء قتله.. وجب فيه الدية في ماله استحساناً.

والقياس: أن لا تجوز هذه الشهادة أصلاً؛ لأنهما شهدا بقتلٍ مجهول؛ لأن الآلة إذا جهلت.. فقد جهل القتل؛ لأن القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة، فيكون هذا غفلة من الشهود.

وجه الاستحسان: أنهما شهدا بقتلٍ مطلق، والمطلق ليس بمجمل [٧٣٨/ب]؛ لإمكان العمل به، فيجب أقل موجبه، وهو الدية.

ولا يحمل قولهما: «لا ندري» على الغفلة، بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب إليه في العقوبات؛ إحساناً للظن بهما، ومثل ذلك شائع في الشرع وإن كان كذباً؛ لأن الشرع أطلق الكذب في إصلاح ذات البين.

وإنما وجبت الدية في ماله دون العاقلة؛ لأن المطلق يحمل على الكامل، فلا يثبت الخطأ بالشك إذا ادعى على رجل أنه قتل أباه عمداً، وأقام شاهدين فشهدا: أنه ضرب فلاناً بالسيف، فلم يزل صاحب فراش حتى مات.. قبلت هذه الشهادة، ويقضى بالقصاص وإن لم يذكر العمد.

وكذا: لو شهدا أنه طعنه برمح أو رماه بسهم.

(**ولو أقر كل من الرجلين بقتل زيد، وقال وليه: قتلتماه جميعاً.. فله**)؛ أي:

قَتلُهمَا..

وَلَو شَهدا بقتلِ زيدٍ عمراً، وَآخران: بقتل بكرٍ إِيَّاهُ، وَادّعى وليُّهُ قَتلَهمَا.. لغتا.

للولي (قتلهما) قصاصاً؛ لأن كلاً منهما أقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص عليه، والمقر له صدقه في وجوب القتل عليه أيضاً، لكنه كذبه في انفراده بالقتل، وتكذيب المقر له في بعض ما أقر به: لا يبطل إقراره في الباقي؛ لأن ذلك يوجب تفسيقه، وفسق المقر لا يمنع صحة إقراره.

كما لو أقر لرجل بألف درهم فصدقه المقرّ له في النصف، وكذبه في النصف.. فإن الإقرار صحيح في النصف المقر به.

بخلاف ما لو قال: «صدقتما» بدل «قتلتماه»؛ فإنه ليس له أن يقتل واحداً منهما؛ لأن تصديقه كل واحد منهما تكذيب للآخر؛ لأن كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل، فتصديقه يوجب، فصار كأنه قال لكل واحد منهما: قتلته وحدك، ولم يشاركك فيه أحد؛ كما تقول أنت، فيكون مقراً بأن الآخر لم يقتله، فسقط القصاص بإقراره.

(**ولو شهدا بقتل زيد عمراً، أو آخران بقتل بكر إياه**)؛ أي: عمرو، (**وادعى وليه**)؛ أي: ولي عمرو (**قتلهما**)؛ أي: قتل زيد وبكر عمراً، والإضافة إلى الفاعل (**.. لغتا**)؛ أي: الشهادتان؛ لأن تكذيب المشهود له الشاهدَ في بعض ما شهد به.. يبطل شهادته؛ لأن تكذيب الشاهد تفسيق له، وتفسيق الشاهد يوجب رد شهادته؛ كما تقدم في الشهادة.

بخلاف فسق المقر؛ فإنه لا يمنع صحة إقراره؛ كما تقدم قال في شهادات «قاضي خان»:

المدعي إذا كذب شهوده فيما شهد له في بعضه.. لا تقبل شهادتهم؛ إما لأنه تفسيق للشاهد، أو لأن الشهادة لا تقبل بدون الدعوى، وفيما كذب لم توجد الدعوى من المدعي.

وإذا تكلم المدعي بكلام يحتمل أن يكون [٧٣٩/أ] تكذيباً؛ إن كان ذلك قبل القضاء.. لا يقضى له، وإن كان بعد القضاء.. لا يبطل قضاؤه.

إلا أن يكون تكذيباً للشاهد قطعاً.

ثم ذكر فروعه.. فارجع إليه.

ولو شهدا على رجل بقتله خطأ، وحكم بالدية، فجاء المشهود بقتله حياً.. ضمَّنت العاقلة:

الولي؛ لأنه قبض الدية بغير حق.

أو الشهود؛ لأن المال تلف بشهادتهما.

ثم يرجع الشهود على الولي بما ضمنوا.

والعمد كالخطأ؛ إلا في الرجوع عند أبي حنيفة؛ فإنهم إذا شهدوا عليه بقتل العمد، فقتل المشهود عليه، ثم جاء المشهود بقتله حياً.. يخير الورثة بين: تضمين الولي الدية، وبين تضمينه الشهود.

فإن ضمنوا الشهود.. لم يرجعوا على الولي عند أبي حنيفة؛ لأنهم أوجبوا هنا للولي ما ليس بمال وهو القصاص.. فلا وجه لأن يرجعوا بمال؛ إذ لا مماثلة بينهما.

وعندهما: يرجعون على الولي كما في الخطأ.

ولو شهدا على إقرار القاتل بالقتل عمداً أو خطأ، ثم جاء حياً.. لم يضمنا؛ لعدم ظهور كذبهما في شهادتهما.

وكذا: لو شهدا على شهادة غيرهما في الخطأ، وقضي بالدية على العاقلة، ثم جاء حياً.. لم يضمنا؛ لعدم ظهور كذبهما؛ لأن المشهود به شهادة الأصول على القتل، لا نفس القتل، وضمن الولي الدية في الصورتين للعاقلة؛ إذ ظهر أنه أخذها منهم بغير حق.

ولما فرغ من مسائل الشهادة في القتل.. شرع في مسائل اعتبار حالة القتل،

وَالْعِبْرَةُ بِحَالَةِ الرَّمْيِ لَا الْوُصُولِ فِي تبدُّلِ حَالِ المرميّ عِنْدَ الإِمَامِ؛ فَلَو رمى مُسلماً فَارْتَدَّ، فوصلَ إِلَيْهِ فَمَاتَ.. تجبُ الدِّيَةُ.

خلافاً لَهما.

وَلَو رمى مُرْتَداً فَأَسلمَ قبلَ الْوُصُولِ.. لَا يجبُ شَيْءٌ اتّفاقاً.

فقال: (**والعبرة بحالة الرمي لا الوصول في تبدل حال المرمي**) إليه (**عند الإمام**)؛ أي: في حق الضمان والحل، يعني: أن المرمي إليه لو كان معصوم الدم حالة الرمي.. يضمنه الرامي بإهلاكه، وإلا.. فلا.

وهذا: لأن الضمان إنما يجب بالجناية، والشخص إنما يصير جانياً بفعل يدخل تحت اختياره وهو الرمي، لا وصول المرمي إلى المرمي إليه.

إذا عرفت هذا؛ (**فلو رمى**) الرامي (**مسلماً فارتد**) المرمي إليه بعد الرمي، قبل وصول السهم إليه، (**فوصل**) السهم (**إليه**)؛ أي: إلى المرتد، (**فمات**) المرتد من ذلك الرمي (.. **تجب الدية**) على الرامي عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: لا شيء على الرامي؛ لأن التلف حصل في محل غير معصوم، وإتلاف غير المعصوم:

هدر.

ولأبي حنيفة: أن المرمي إليه معصوم الدم وقت الرمي، والعبرة به؛ لما ذكرناه، فوجب الدية عليه لورثة المرتد، لا القصاص؛ لأنه وقت الوصول لم يكن معصوم الدم، فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص.

(**ولو رمى مرتداً فأسلم قبل الوصول** [٧٣٩/ب] .. **لا يجب شيء اتفاقاً**).

أما عند أبي حنيفة: فظاهر.

وأما عندهما: فلأن الرمي لم ينعقد موجباً للضمان؛ لعدم تقوم المحل وقت الرمي، فلا ينقلب موجباً بصيرورته متقوماً بعد ذلك.

وَإِن رمى عبداً فَأُعتِقَ، فوصلَ.. فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ عبداً.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: فضلُ مَا بَينَ قِيمَتِهِ مرميّاً وَغيرَ مرميّ. ....

(وإن رمى عبداً فأعتق) العبد؛ أي: أعتقه مولاه بعد الرمي قبل وصول السهم إليه، (فوصل) السهم إليه فمات منه (.. فعليه)؛ أي: فعلى الرامي (قيمته) حال كونه (عبداً).

(وعند محمد: فضل ما بين قيمته مرمياً وغير مرمي)؛ لأن العتق قاطع للسراية.

ألا ترى: أن من قطع يد عبد، ثم أعتقه مولاه، ثم مات.. لا يجب عليه إلا أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى العتق، ولا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة.

فإذا انقطعت السراية.. بقي مجرد الرمي، وهو جناية تنتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي، فيجب عليه ذلك، حتى لو كانت قيمته قبل الرمي: ألف درهم، وبعده: ثمانمائة.. لزمه مائتان.

ولأبي حنيفة: أن الرامي يصير قاتلاً له من وقت الرمي، وهو مملوك في تلك الحالة، فيجب قيمته؛ لما مر من أصله: أن المعتبر حالة الرمي، بخلاف قطع اليد؛ فإنه إتلاف لبعض المحل، والإتلاف يوجب الضمان للمولى؛ لأنه ورد على محل مملوك له، ثم إذا سرى بعد العتق.. لا يوجب شيئاً؛ لأنه لو أوجب شيئاً.. للعبد؛ لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه، فتصير نهاية الجناية مخالفة للبداية، فصار ذلك كتبدل المحل، وعند تبدل المحل: لا تتحقق السراية، فكذا هنا.

وأما الرمي.. فقبل الاتصال بالمحل: ليس بإتلاف شيء منه؛ لأنه لا أثر له في المحل، وإنما قلّت فيه الرغبات، فلا يجب فيه الضمان قبل الاتصال بالمحل.

وعند الاتصال بالمحل: يستند الوجوب إلى وقت الانعقاد، فلا تخالف النهاية البداية، فتجب قيمته للمولى.

وأبو يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسألة.

والفرق له بين هذه المسألة وبين ما تقدم من مسألة الارتداد: أنه اعترض على

(١) زيادة من «الزيلعي» (٦/١٢٥).

وَإِن رمى محرمٌ صيداً فَحلَّ، فوصلَ.. وَجبَ الْجَزَاءُ.

وَإِن رَمَاهُ حَلَالٌ فَأَحْرمَ، فوصل.. فَلَا.

وَإِن رمى مَن قُضِيَ عَلَيْهِ برجمٍ فَرجعَ شُهُودُهُ، فوصلَ.. لَا يضمنُ.

وَلَو رمى مُسلمٌ صيداً فتمجَّسَ، فوصلَ.. حلَّ.

وَفِي الْعَكْس: يحرمُ.

الرمي ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم، فيجعل ذلك بمنزلة الإبراء؛ أما هنا.. اعترض على الرمي ما يؤكد عصمة المحل وهو الإعتاق.. فلا تبطل به الجناية.

(وإن رمى محرم صيداً، فحل، فوصل) السهم إلى الصيد بعد كونه حلالاً (.. وجب الجزاء)؛ لأنه وقت الرمي كان محرماً.

(وإن رماه حلال، فأحرم) أي دخل في الإحرام قبل الوصول [٧٤٠/أ]، (فوصل) السهم إلى الصيد (.. فلا) يلزمه الجزاء؛ لأنه وقت الرمي ليس بمحرم.

(وإن رمى من قضي عليه برجم) يعني رجل قضى القاضي عليه برجم، فرماه رجل بحجر، (فرجع شهوده) قبل وصول الحجر إليه، (فوصل) الحجر إليه (.. لا يضمن) الرامي شيئاً؛ لأن المعتبر حالة الرمي، وهو مباح الدم حالة الرمي.

(ولو رمى مسلم صيداً فتمجّس)؛ أي: صار مجوسياً، (فوصل) السهم إلى الصيد بعد كونه مجوسياً (.. حل) أكل الصيد؛ لأن حالة الرمي كان مسلماً.

(وفي العكس)؛ أي: رمى مجوسي صيداً، فأسلم، فوصل السهم بعد إسلامه (..يحرم) أكله.

أما عند أبي حنيفة: فظاهر.

وأما عندهما: فلأن الرمي انعقد محرماً.. فلا ينقلب محللاً.

* * *

(كتاب الديات)

(كِتَابُ الدِّيَاتِ)

الدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ مِنَ الْإِبِلِ: مِائَةٌ أَرْبَاعاً؛ بَنَاتُ مَخَاضٍ، وَبَنَاتُ لَبُونٍ، وحِقَاقٌ، ....

(كِتَابُ الدِّيَاتِ)

تجمع دية، مصدر «ودى القاتل المقتول»: إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس.

ثم قيل لذلك المال: دية؛ تسمية له بالمصدر، وفاؤها محذوفة؛ كما في «عدة» كذا في «المغرب».

والأرش: للواجب فيما دون النفس.

واعلم: أن الدية عند أبي حنيفة لا تكون إلا من: الذهب، والفضة، والإبل.

من الذهب: ألف دينار.

ومن الفضة: عشرة آلاف درهم.

ومن الإبل: مائة.

وقالا: تكون من هذه الثلاثة، ومن البقر، والغنم والحُلَل؛ كما سيأتي.

ثم هي على نوعين: مغلظة، ومخففة.

فذكر الأول بقوله: (**الدية المغلظة من الإبل**).

واعلم: أن الدية المغلظة لا تكون إلا من الإبل دون غيره، على ما سيصرح به.

وهي: (**مائة**) إبل (**أرباعاً**)؛ أي: من حيث الأرباع، لا من حيث الأخماس؛ كما في المخففة.

ثم بين الأرباع بقوله: (**بنات مخاض**)، وهي: التي طعنت في السنة الثانية.

(**وبنات لبون**)، وهي: التي تم عليها الحولان.

(**وحقاق**)، جمع حقة، وهي: التي تمت عليها ثلاث سنين.

وجِذاعٌ؛ من كُلٍّ خمسٌ وَعشرون.

وَعِندَ مُحَمَّدٍ: ثَلَاثُونَ حُقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً؛ كلهَا خَلِفاتٌ فِي بطونِها أَوْلَادُهَا.

(**وجذاع**)، وهي: التي تمت عليها أربع سنين.

ثم بين عدد كل نوع بقوله: (**من كل**) من هذه الأنواع الأربعة: (**خمس وعشرون**)، فصار الكل: مائة.

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ثنية**)، وهي: التي تمت عليها خمس سنين، (**كلها**)؛ أي: كل الثنية (**خلفات**) جمع خلفة، وهي: الحامل من النوق، (**في بطونها أولادها**)، صفة كاشفة لخلفات.

واستدل محمد بقوله ﷺ: «ألا إن قتيل خطأ العمد: قتيل السوط والعصا، فيه مائة من الإبل، أربعون منها في بطونها أولادها»، ولأن دية شبه العمد [٧٤٠/ب]: أغلظ من دية الخطأ المحض بالإجماع، وذلك فيما قلنا؛ لأنا نقول: أثلاثاً، وأنتم تقولون: أرباعاً، والأثلاث أغلظ من الأرباع.

واستدل بقوله ﷺ: «في نفس المؤمن: مائة من الإبل» وجه الاستدلال به: أن الثابت منه ﷺ هذا، وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ، ولا بد منه بالإجماع، وما روياه غير ثابت؛ لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ؛ فإن عمر وزيداً وغيرهما قالوا مثل ما قال محمد.

وقال علي: تجب أثلاثاً ثلاثة وثلاثون حقة، وثلاثة وثلاثون جذعة، وأربعة وثلاثون خلفة.

وقال ابن مسعود: تجب أرباعاً؛ مثل ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف.

والرأي لا مدخل له في المقادير الشرعية، فكان كالمرفوع، وصار معارضاً لما رواه محمد، وإذا تعارضا.. كان الأخذ بالمتيقن - وهو الأدنى - أولى.

وَلَا تَغْلِيظَ فِي غيرِ الْإِبِلِ.

وَهِيَ فِي شبهِ الْعمدِ.

والمخفَّفةُ - وَهِيَ فِي الْخَطَأ وَمَا بعده -:

من الذَّهَب: أَلْفُ دِينَارٍ.

وَمِنَ الْوَرِقِ: عشرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ.

(**ولا تغليظ في غير الإبل**)؛ لأن الشرع ورد به، وعليه الإجماع، والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً؛ إذ لا مدخل للرأي في المقدرات الشرعية، فلم تتغلظ بغير الإبل، حتى لو قضى القاضي به.. لا ينفذ قضاؤه؛ لكونه على خلاف النص والإجماع، فلا يزاد في الدراهم: على عشرة آلاف درهم، ولا في الدنانير: على ألف دينار تغليظاً.

(**وهي**)؛ أي: الدية المغلظة: (**في شبه العمد**)، وقد تقدم بيانه في أول الجنايات، وأنها على العاقلة، لا على القاتل؛ كما تقدم أيضاً.

(**والمخففة**)؛ أي: الدية المخففة: (**وهي في الخطأ**) جملة حالية من المبتدأ، أطلقه، فشمل: الخطأ في القصد، والخطأ في الفعل، وقد تقدم بيانهما في أول الجنايات.

(**وما بعده**)؛ أي: ما بعد الخطأ، وهو ما يجري مجرى الخطأ، وما قتل بسبب، على ما تقدم بيانه.

(**من الذهب**) متعلق بالمخففة: (**ألف دينار**)، خبر قوله: «والمخففة».

(**ومن الوَرِق**) بكسر الراء؛ أي: الفضة: (**عشرة آلاف درهم**).

وقال مالك والشافعي: من الورق اثني عشر ألفاً؛ لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قضى بذلك.

ولنا: ما روي عن عمر أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم.

وَمنَ الْإِبِلِ: مائَةٌ أَخْمَاساً؛ من: ابْن مَخَاضٍ، وَبنتِ مَخَاضٍ، وَبنتِ لَبونٍ، وحُقَّةٍ، وجَذَعَةٍ؛ من كلِّ عشرُونَ.

وَلَا دِيَةَ مِن غيرِ هَذِهِ الْأَمْوَالِ.

وَقَالَا: مِنْهَا وَمنَ الْبَقرِ أَيْضاً؛ مِائَتَا بقرةٍ.

وَمنَ الْغنمِ: ألفا شَاة.

وَمِنَ الْحُلَلِ مِائَتَا حلَّةٍ، كلُّ حلَّةٍ ثَوْبَانِ.

وتأويل ما روي: أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر، فأبطل عمر ذلك الوزن.

(**ومن الإبل: مائة**) إبل (**أخماساً**)؛ أي: من حيث الأخماس.

وبين الأخماس بقوله: (**من ابن مخاض، وبنت مخاض، وبنت لبون، وحقة، وجذعة**).

ثم بين عدد كل من هذه الأنواع الخمسة [٧٤١/أ]: (**من كل**) من هذه الخمسة: (**عشرون**)، فبلغت مائة.

هكذا روي عن ابن مسعود، ولأن هذا أخف؛ فكان أليق بحالة الخطأ؛ لأن الخاطئ معذور، وهذا قول الشافعي أيضاً، إلا أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض.

(**ولا دية من غير هذه الأموال**)؛ أي: الأنواع الثلاثة: الذهب، والفضة، والإبل، عند أبي حنيفة.

(**وقالا: منها**)؛ أي: من هذه الثلاثة، (**ومن البقر أيضاً: مائتا بقرة، ومن الغنم: ألفا شاة، ومن الحُلل: مائتا حلة، كل حلة ثوبان**).

لهما: ما روي أن عمر جعل على أهل كل مال هكذا.

قال أبو يوسف: حدثنا ابن أبي ليلى، عن الشعبي، عن عبيدة السلماني قال:

وَكَفَّارَةُ شِبهِ الْعمدِ وَالْخَطَأ: عتقُ رَقَبَةٍ مُؤمنَةٍ.

فَإِن عجزَ.. فَصِيَام شَهْرَيْنِ مُتَتَابعَين، وَلَا إِطْعَام فِيهَا.

وَصَحَّ إعتاقُ رَضِيعٍ أَحدُ أَبَوَيْهِ مُسلمٌ.

لَا الْجَنِينُ.

وللمرأةِ فِي النَّفْسِ وَمَا دونهَا: نصفُ مَا للرَّجلِ.

وضع عمر بن الخطاب الديات على أهل الذهب: ألف دينار، وعلى أهل الورق: عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الإبل: مائة من الإبل، وعلى أهل البقر: مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة: ألفي شاة، وعلى أهل الحلل: مائتي حلة.

ولأبي حنيفة: أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء ليست كذلك، ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالإتلاف أو غيره.

فإن قيل: فالإبل كذلك؟

أجيب عنه: بأن التقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة، وغيرها ليس في معناها، فلا يلحق بها.

(**وكفارة شبه العمد والخطأ: عتق رقبة مؤمنة**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ إلى قوله ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾.

(**فإن عجز.. فصيام شهرين متتابعين**)؛ لما تلوناه.

(**ولا إطعام فيها**)؛ أي: في كفارة شبه العمد والخطأ؛ لعدم النص فيها، والمقادير الشرعية تعرف بالنص؛ إذ لا مدخل للرأي فيها.

(**وصح إعتاق رضيع أحد أبويه مسلم**)؛ لأنه مسلم تبعاً له؛ لأنه يتبع خير الأبوين ديناً، والظاهر سلامة أطرافه.

(**لا الجنين**)؛ إذ لم تعرف حياته، ولا سلامته.

(**وللمرأة**)؛ أي: الدية للمرأة (**في النفس وما دونها: نصف ما للرجل**)، هكذا

وللذميِّ مِثلُ مَا للْمُسلمِ.

روي مرفوعاً وموقوفاً عن علي رضي الله عنه.

فإذا قتلت المرأة خطأ.. تجب خمسة آلاف درهم، وفي قطع يدها: ألفان وخمسمائة.

(**وللذمي: مثل ما للمسلم**)؛ أي: من الدية؛ لقوله ﷺ: «دية كل ذي عهد في عهده: ألف دينار».

وكذلك قضى أبو بكر وعمر، وفيه خلاف مالك والشافعي.

* * *

(فَصْلٌ)

فِي النَّفْسِ: الدِّيَةَ.

وَكَذَا: فِي المارنِ، وَفِي اللِّسَانِ إِن منعَ النُّطْقَ، أَو أَدَاءَ أَكْثرِ الْحُرُوفِ.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ الدِّيَةِ فِيمَا دُون النَّفْسِ

لكن ذكر فيه وجوب الدية في النفس أيضاً بقوله: (في النفس: الدية) تمهيداً لذكر ما بعده، أطلق النفس [٧٤١/ب]، فشمل: الذكر، والأنثى، والصغير، والكبير، والوضيع، والشريف، والمسلم، والذمي.

والمراد: نفس الحر؛ لأن دية العبد ستأتي في فصل على حدة.

(وكذا في المارن)؛ أي: كما يجب الدية في النفس.. يجب أيضاً الدية الكاملة في إتلاف مارن الأنف، وما عطف عليه من الأطراف، إلى قوله: «وفي أشعار العينين» يعني: أن هذه الأطراف تعادل النفس في الدية، ولهذا ذكر النفس في هذا الفصل تمهيداً لما بعده، وإلا.. فقد ذكر لزوم الدية فيها من قبل.

والأصل ههنا: أن الجاني إن فوت في الأطراف جنس المنفعة على الكمال، أو أزال ما قصد في الآدمي من الجمال.. يجب عليه كل الدية؛ كما في النفس؛ لإتلافه النفس من وجه، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه؛ تعظيماً للآدمي.

وقد قضى رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف.

وقد قضى عمر رضي الله عنه لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه، وذهب به: عقله، وسمعه، وبصره، وكلامه.

ففي قطع مارن الأنف: أزال الجمال، وكذا المنفعة المقصودة من الأنف، وهو: الشم، فيجب فيه كمال الدية.

(وفي اللسان؛ إن منع النطق أو أداء أكثر الحروف)؛ أي: فيه دية النفس؛ لأنه أزال منفعة مقصودة من اللسان، وهو: النطق.

وَفِي الصُّلبِ إِن منعَ الْجِمَاعَ.

وَفِي الْإِفْضَاءِ إِذا منعَ استمساكَ الْبَوْلِ.

وَفِي الذَّكَرِ، وَفِي حشفتِهِ، وَفِي الْعقلِ، وَفِي السّمعِ، وَفِي الْبَصَرِ، وَفِي الشَّمِّ، وَفِي الذَّوْقِ، ....

ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون بعض؟

قيل: تقسم الدية على الحروف مطلقاً.

وقيل: تقسم على عدد حروف تتعلق باللسان، وهي: الألف، والتاء، والثاء، والجيم، والدال، والذال، والراء، والزاي، والسين، والشين، والصاد، والضاد، والطاء، والظاء، واللام، والنون، والياء؛ فما أصاب الفائت.. يلزمه. ولا مدخل للحروف الحلقية فيه، وهي: الحروف الستة المشهورة: الهاء، والهمزة، والعين، والغين، والحاء، والخاء.

ولا الشفوية، وهي: الباء، والميم، والواو.

وقيل: إن قدر على أكثرها.. تجب حكومة عدل؛ لحصول الإفهام مع الاعتلال، وإن عجز عن أداء الأكثر.. تجب كل الدية.

(وفي الصلب)؛ أي: فيه دية كاملة (إن منع الجماع)؛ لأنه حينئذ أزال المنفعة المقصودة منه، وإلا.. فلا.

(وفي الإفضاء)؛ أي: إفضاء أحد المسلكين إلى الآخر، وفيه دية كاملة (إذا منع استمساك البول)؛ لما ذكرناه.

(وفي الذكر)؛ أي: في قطعه (وفي) قطع (حشفته): دية كاملة؛ لما فيه من تفويت منفعة الوطء [٧٤٢/أ]، والإيلاد، واستمساك البول.

(وفي العقل)؛ أي: في إذهابه: دية كاملة؛ لتفويت منفعة الإدراك المقصود من الإنسان.

(وفي السمع، وفي البصر، وفي الشم، وفي الذوق)؛ أي: في ذهاب كل منها:

وَفِي اللِّحْيَةِ إِن لم تنْبت ....

دية كاملة؛ لما ذكرناه، ولما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه، ذهب بها: عقله، وسمعه، وبصره، وكلامه.

والشم والذوق في معناه، فيلحق بها.

واختلفوا في طريق معرفة ذهابها:

قال أبو يوسف: لا يعرف الذهاب، بل القول فيه قول الجاني؛ لأنه المنكر، ولا يلزمه شيء، إلا إذا صدّقه الجاني، أو نكل عن اليمين.

وقيل: ذهاب البصر يعرفه الأطباء، فيكون قول رجلين عدلين حجة.

وقيل: يستقبل به الشمس مفتوح العين؛ فإن دمعت عينه.. علم أنها باقية، وإلا.. فلا.

وقيل: تلقى بين يديه حية؛ فإن هرب منها.. علم أنها باقية، وإلا.. فلا.

وطريق معرفة ذهاب السمع: أن يغافل، ثم ينادى؛ فإن أجاب.. علم أنها باقية، وإلا.. فذاهبة.

(**وفي اللحية**)؛ أي: في حلقها دية كاملة (**إن لم تنبت**)؛ لما فيه من إزالة كمال الجمال؛ لأن اللحية في أوانها من كمال الجمال.

وإن نبت حتى استوفى كما كان.. لا يجب شيء؛ لأنه لم يبق لفعل الجاني أثر، ولكنه يؤدب على ارتكابه المحرم؛ كما في الضربة التي لم يبق لها أثر في البدن.

ولو نبت اللحية أبيض.. فقد ذكر في «النوادر»: لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة في الحر؛ لأن الكمال: ببياض شعر اللحية.

وعندهما: يجب حكومة عدل.

وفي العبد: يجب حكومة عدل بالاتفاق؛ لأنه ينتقص به قيمة العبد.

واختلفت الروايات أيضاً في عدم نبات لحية العبد:

وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ.

ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة: يجب كمال الدية.

وفي ظاهر الرواية عنه: لا يلزمه شيء؛ لأن المقصود من العبد: الاستخدام دون الجمال، وهو لا يفوت بحلق اللحية، بخلاف الحر؛ لأن المقصود منه كمال الجمال.

وفي حلق الشارب: حكومة عدل، على ما سيأتي.

واختلفوا في لحية الكوسج، والأصح: أنه إن كان على ذقنه شعرات معدودة.. فليس في حلقه شيء؛ لأن وجودها يشنيه، ولا يزينه.

وإن كان ذلك على الخد والذقن جميعاً، ولكنه غير متصل.. ففيه [٧٤٢/ب] حكومة عدل.

وإن كان متصلاً.. ففيه كمال الدية؛ لأنه ليس بكوسج.

(**وفي شعر الرأس**)؛ أي: في حلقه: دية كاملة؛ لما فيه من إزالة كمال الجمال، ولهذا: يتكلف الأصلع في ستره.

وكذا: في قطع ظفيرة المرأة.

وفي جنايات «القنية» بعلامة «بخ»[1]: امرأة قطعت ذؤابتي امرأة أخرى عند الرأس، ومضت سنة، فلم تبلغ الذؤابتان النهاية القديمة، بل بقيت كما قطعت.. ففيها حكومة عدل.

«قب»[2]: قطع ذؤابة امرأته.. يستأنى حولاً؛ فإن نبتت.. فلا شيء عليه، وإن لم تنبت.. ففيه حكومة عدل، وهو اختيار الطحاوي.

ويستوي الخطأ والعمد في حلق اللحية وشعر الرأس فيما ذكر؛ من لزوم الدية؛ إذ لا يجب القصاص؛ لأنه عقوبة مقدرة، فلا تثبت رأياً، وإنما تثبت نصاً، والنص

(١) «بخ» رمز: برهان الفتاوى للبخاري، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٧٧).

(٢) «قب» رمز: فتاوى البرهاني للبخاري، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٧٧).

وَكَذَا: الحاجبانِ، والأَهدابِ، وَفِي الْعَينَيْنِ، وَفِي الْأُذُنَيْنِ، وَفِي الشَّفَتينِ، وَفِي ثديَي الْمَرْأَةِ، وَفِي الْيَدَيْنِ، وَفِي الرِّجلَيْنِ، وَفِي أَشفارِ الْعَينَيْنِ.

إنما ورد في النفس والجراحات، وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص حتى يلحق به دلالة؛ لأنه لم يتألم به، ولا يتوهم منه السراية، ويؤجل فيه سنة؛ فإن لم ينبت فيها.. وجبت الدية، ويستوي فيه الصغير والكبير، والذكر والأنثى؛ فإن مات قبل تمام السنة ولم ينبت.. فلا شيء عليه.

(وكذا الحاجبان)؛ أي: في حلقهما دية كاملة.

وفي أحدهما: نصف الدية.

(والأهداب) جمع هُدْب، وهو ما نبت من الشعر على أشفار العين، على وزن قفل وأقفال، كذا في «المصباح».

وأهداب العينين أربعة، ففي كلها: دية كاملة، وفي الاثنين منها: نصف الدية، وفي الثلاثة منها: ثلاثة أرباع الدية، وفي واحد منها: ربع الدية.

وهذا: لأنها يتعلق بها دفع الأذى والقذى عن العين، وتفويت ذلك ينقص البصر، ويورث العمى، وفيه أيضاً: تفويت كمال الجمال.

(وفي العينين): تمام الدية.

وفي أحدهما: نصف الدية.

(وفي الأذنين، وفي الشفتين، وفي ثديي المرأة، وفي اليدين، وفي الرجلين، وفي أشفار العينين)؛ أي: في كل منها: تمام الدية.

وفي واحد من كل واحد منها؛ مما كان اثنين: نصف الدية؛ لما ذكرناه.

الأشفار: جمع شُفْر؛ مثل قفل وأقفال، وهي: أطراف العين التي ينبت عليها الشعر، والعامة تجعل أشفار العين: الشعر، وهو غلط، وإنما الشعر: هو الأهداب، كذا في «المصباح».

والأشفار: أربع، ففي كل شفر: ربع الدية، وفي كلها: تمام الدية.

وَفِي كلِّ وَاحِدٍ مِمَّا هُوَ اثْنَانِ فِي الْبَدَنِ: نصفُ الدِّيَةِ.

وَمِمَّا هُوَ أَرْبَعَةٌ: ربُعُهَا.

وَفِي كلِّ إِصْبعٍ مِن يَدٍ أَو رِجلٍ: عُشُرهَا.

وَفِي كلِّ مِفصَلٍ مِنْهَا مِمَّا فِيهِ مِفصَلَانِ: نصفُ عُشُرِهَا.

وَمِمَّا فِيهِ ثَلَاثَةٌ مفاصلَ: ثُلُثُهُ.

وَفِي كلِّ سنٍّ: نصفُ عُشرِهَا.

(وفي [٧٤٣/أ] كل واحد مما هو اثنان في البدن)؛ كالحاجبين، والعينين، والأذنين، والشفتين، والثديين، واليدين، والرجلين:

(نصف الدية).

(ومما هو أربعة: ربعها)، وهي: الأهداب، والأشفار.

(وفي كل إصبع من يد أو رجل: عشرها)؛ يعني: في كل من أصابع اليد وهي عشرة: تمام الدية، وفي قطع واحد منها: عشر الدية، وكذا في أصابع الرِّجل.

(وفي كل مفصل منها)؛ أي: من الأصابع **(مما فيه مفصلان: نصف عشرها، ومما فيه ثلاثة مفاصل: ثلثه)**؛ أي: ثلث دية الإصبع.

(وفي كل سن: نصف عشرها)؛ أي: عشر الدية، وهي: خمس من الإبل، فكانت الأعضاء خمسة أنواع:

منها: ما هو أفراد.

ومنها: ما هو اثنان.

ومنها: ما هو أرباع.

ومنها: ما هو أعشار؛ كالأصابع.

ومنها: ما هو زائد عليه؛ كالمفاصل والأسنان.

وكلُّ عُضْوٍ ذهبَ نَفعُهُ.. فَفِيهِ دِيَةٌ وَإِن كَانَ قَائِماً؛ كيدٍ شَلَّتْ، وَعَينٍ ذَهبَ ضَوؤُها.

(**وكل عضو ذهب نفعه.. ففيه دية وإن**) وصلية (**كان قائماً؛ كيد شُلَت، وعين ذهب ضوؤها**)؛ لأن الحكم يتعلق بتفويت جنس المنفعة، لا بتفويت الصورة.

* * *

(فَصْلٌ)

لَا قَوَدَ فِي الشِّجاجِ إِلَّا فِي الْمُوَضّحَةِ إِن كَانَت عمداً.

وفيهَا خطأً: نصفُ عُشْرِ الدِّيَةِ.

(فَصْلٌ)

(**لا قود في الشِّجاج**)، هي: بكسر الشين، جمع شجة؛ مثل: كلبة وكلاب، الشجة: الجراحة، وإنما تسمى بذلك إذا كانت في الوجه أو الرأس، كذا في «المصباح».

الشجاج عشرة - كما ذكر في الكتاب - لا قود في كلها.

(**إلا في الموضحة إن كانت عمداً**)؛ لما روي أن النبي ﷺ قضى بالقصاص في الموضحة، ولأنه يمكن أن ينهي السكين إلى العظم، فيتساويان، فيتحقق القصاص؛ لإمكان حفظ المماثلة.

بخلاف بقية الشجاج:

لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيها؛ لأنه لا حد تنتهي السكين إليه.

ولأن فيما فوق الموضحة: كسر العظم، ولا قصاص فيه؛ لقوله ﷺ: «لا قصاص في عظم». هذا رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وفي ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما دون الموضحة، على ما سيصرح به في الكتاب؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه؛ إذ ليس فيه كسر العظم، ولا خوف التلف؛ كالجائفة فيسبر غورها بمسبار، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك، فيقطع منها مقدار ما قطع، فيتحقق استيفاء القصاص بذلك.

(**وفيها**)؛ أي: في الموضحة حال كونها (**خطأ: نصف عشر الدية**)؛ لقوله ﷺ: «في الموضحة: خمس من الإبل».

قال في «شرح النقاية» للقهستاني: والمتبادر أن يكون المشجوج غير أصلع، وإلا.. ففيها حكومة عدل؛ لأن جلده [٧٤٣/ب] أنقص زينة من غيره؛ كما في «الذخيرة».

وَهِيَ: الَّتِي توضِحُ الْعظمَ.

وَفِي الهاشمةِ - وَهِيَ: الَّتِي تهشِمُ الْعظمَ -: عُشْرُهَا.

وَفِي الْمُنقِلَةِ - وَهِيَ: الَّتِي تنقِلُ الْعظمَ -: عُشْرُهَا وَنصفُهُ.

وَفِي الآمَّةِ - وَهِيَ: الَّتِي تصلُ إِلَى أُمِّ الدِّمَاغِ -: ثلُثُهَا.

وَكَذَا: فِي الْجَائِفَةِ؛ ....

(وهي)؛ أي: الموضحة: (التي توضح العظم)؛ أي: تبينه.

(وفي الهاشمة، وهي: التي تهشم)؛ أي: تكسر (العظم: عشرها)؛ أي: عشر الدية، وهي: عشرة من الإبل.

سواء كان أصلع، أو غيره؛ كذا في «شرح النقاية».

ثم ذكر نقلاً عن «المنتقى»: أنه لو كان أصلع.. ففيه أرش دون أرش الهاشمة.

وإنما لم يقيد الهاشمة وما بعدها بالخطأ كما قيد الموضحة؛ لأن كل شجة لا قود فيها.. فالعمد والخطأ فيه: سواء؛ كما في «الذخيرة».

(وفي المنقلة، وهي: التي تنقل)، من النقل والتحويل من موضع إلى موضع (العظم)؛ أي: بعد كسرها: (عشرها) راجع إلى الدية، (ونصفه) راجع إلى العشر؛ أي: فيها عُشر الدية ونصفُ عشر الدية، وهي: خمسة عشر من الإبل.

(وفي الآمة) بالمد (وهي: التي تصل إلى أم الدماغ)، وهي: الجلدة التي تحت العظم فوق الدماغ؛ كما في «الظهيرية»: (ثلثها)؛ أي: ثلث الدية؛ لما ورد فيه من الأحاديث.

وبعد الآمة شجة تسمى: «الدامغة» بالغين المعجمة، وهي التي تخرق الجلدة التي تسمى أم الدماغ، وتصل إلى الدماغ.. لم يذكرها محمد؛ لأن النفس لا تبقى بعدها حياً عادة، فتكون قتلاً لا شجة، ولهذا لم يذكرها المصنف.

(وكذا: في الجائفة)؛ أي: فيها ثلث الدية أيضاً؛ للحديث، وهي: التي تصل إلى الجوف.

فَإِن نَفذَتْ.. فهما: جائفتانِ، وَيجبُ ثلثاها.

وَفِي كلِّ مِنَ:

الحارصةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تشقُّ الْجلدَ.

والدامعةِ، وَهِي: الَّتِي تُخرِجُ مِنْهُ مَا يُشبهُ الدَّمعَ.

والداميةِ، وَهِي: الَّتِي تُسيلُ الدَّمَ.

والباضعةِ، وَهِي: الَّتِي تُبضِعُ الْجلدَ.

إنما غير الأسلوب فيها؛ حيث أتى باسم الإشارة؛ لأنها ليست من الشجاج؛ لأن الشجاج تختص بالرأس والوجه، على ما سيصرح به، فكان ذكرها في فصل الشجاج استطرادياً؛ فلذا غير الأسلوب.

(فإن نفذت) الجائفة إلى جانب آخر (.. فهما)؛ أي: ما في الجانبين: (جائفتان) إحداهما من جانب البطن، والأخرى من جانب الظهر.

(ويجب ثلثاها)؛ لأن في كل جائفة: ثلث الدية، فيكون في الجائفتين: ثلثاها.

(وفي كل من الحارصة) بالحاء المهملة بعدها راء وصاد مهملتين، (وهي: التي تشق الجلد)، ولا تخرج الدم.

(والدامعة) بالعين المهملة؛ لأن الدامغة بالغين المعجمة لم يذكرها في الكتاب على ما ذكرناه، وهي عطف على الحارصة، (وهي: التي تخرج منه)؛ أي: من البدن (ما يشبه الدمع)؛ أي: لا يسيل، بل يجتمع في موضع الجراحة؛ كالدمع في العين.

(والدامية) عطف على الدامعة والحارصة، (وهي: التي تسيل الدم)، فصار فوق الدامعة.

(والباضعة، وهي: [٧٤٤/أ] التي تبضع)؛ أي: تقطع (الجلد) مأخوذ من البضع، بمعنى: القطع.

والمتلاحمةِ، وَهِيَ: الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ.

والسِّمحاقِ، وَهِيَ: جلدَةٌ فَوقَ الْعظمِ تصلُ إِلَيْهَا الشَّجَّةُ.

حُكُومَةُ عدلٍ.

وَعَن مُحَمَّدٍ: فِيهَا الْقصاصُ كالموضحةِ.

والشِّجاجُ تخْتَصُّ بِالْوَجْهِ وَالرَّأْسِ.

(**والمتلاحمة، وهي: التي تأخذ في اللحم**)؛ أي: تقطعه بعد قطع الجلد.

(**والسمحاق**)، وهي: التي تصل إلى السمحاق، ثم بين السمحاق بقوله: (**وهي: جلدة فوق العظم، تصل إليها الشجة**)، تسمى هذه الشجة: سمحاقاً أيضاً.

(**حكومة عدل**) مبتدأ تقدم عليه خبره، وهو: قوله: «وفي كل من الحارصة»؛ أي: في كل من هذه الستة من الشجاج: حكومة عدل؛ إذ ليس فيها أرش مقدر شرعاً، ولا يمكن إهدارها بالكلية، فيجب فيها حكومة عدل، وهو مروي عن النخعي وعمر بن عبد العزيز، ورواه الحسن عن أبي حنيفة.

(**وعند محمد: فيها**)؛ أي: في الست المذكورة من الحارصة إلى السمحاق: (**القصاص**) في العمد؛ (**كالموضحة**)، وهو ظاهر الرواية.

وفي «الزيلعي»: وهو الأصح.

(**والشجاج تختص بالوجه والرأس**)، هي عشرة، ضابطها:

أن قطع الجلد لا بد منه في الشجة.

وبعد قطع الجلد:

إما أن يظهر الدم، أو لا.

والثاني: هو الحارصة، والأول:

إما أن يسيل الدم بعد الإظهار، أو لا.

والثاني: هو الدامعة، والأول.

والجائفةُ بالجوفِ وَالْجنبِ وَالظّهْرِ.

وَمَا سوى ذَلِكَ: جراحاتٌ، وفيهَا حُكُومَةُ عَدلٍ، وَهِيَ: أَن يُقَوَّمَ عبداً بِلَا هَذَا الْأَثرِ، وَمَعَهُ؛ فَمَا نقصَ

إما أن يقطع بعض اللحم، أو لا.

والثاني: هو الدامية، والأول:

إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم، أو لا.

والثاني: هو الباضعة، والأول:

إما أن يظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم، أو لا.

والثاني: هو المتلاحمة، والأول:

إما أن يقتصر على الإظهار، أو يتعدى، والأول: هو السمحاق، والثاني:

إما أن ينحصر على إظهار العظم، أو لا، والأول: هو الموضحة، والثاني:

إما أن يقتصر على كسر العظم، أو لا، والأول: هو الهاشمة، والثاني:

إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلدة التي بين العظم والدماغ، أو لا، والأول: هو المنقلة، والثاني:

هو الآمة، وهي العاشرة.

كذا في «العناية».

(**والجائفة**) تختص (**بالجوف، والجنب، والظهر**) والصدر، أيضاً.

فعلى هذا: يكون ذكرها في فصل الشجاج استطراداً.

(**وما سوى ذلك**)؛ أي: الشجاج والجائفة مما كان في اليد والساق والرجل؛ (**جراحات، وفيها حكومة عدل**).

(**وهي**)؛ أي: حكومة عدل: (**أن يقوَّم**) من التقويم؛ أي: يقوم المجروح حال فرضه (**عبداً بلا هذا الأثر**) من الجراحة، (**ومعه**)؛ أي: يقوم مع هذا الأثر؛ (**فما نقص**

من قِيمَته.. وَجب نسبتُهُ مِن دِيَتِهِ وبِهِ يُفْتى.

من قيمته.. وجب نسبته)؛ أي: [٧٤٤/ب] مقدار نسبة ما نقص من قيمته **(من ديته)**، متعلق بـ«وجب».

توضيحه: أنه يفرض أن هذا الحر عبد، وقيمته بلا هذا الأثر: ألف درهم مثلاً، ومعه: تسعمائة؛ فما نقص من قيمته: مائة درهم، وهو عشر الألف التي هي قيمته، فيؤخذ عشر الدية، وهو ألف درهم؛ لأن الدية: عشرة آلاف درهم، وعُشره: ألف، فيؤخذ منها؛ لأن قيمة الحر: ديته.

وإن كان ما نقص من القيمة: ثلث عشر القيمة.. يجب ثلث عشر الدية.

وإن كان ربع عشر القيمة.. يجب ربع عشر الدية، وهكذا، وهذا التفسير: هو المروي عن الطحاوي.

(وبه يفتى)، على ما في «قاضي خان».

وقال الكرخي: ينظر: كم مقدار هذه الشجة من الموضحة، فيجب مقدار ذلك من نصف عشر الدية؛ يعني: أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً؛ فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة؛ فإن كان مقدارها: نصف الموضحة.. يجب فيها نصف أرش الموضحة.

وإن كان ثلث الموضحة.. وجب ثلث أرش الموضحة.

وإن كان ربع الموضحة.. يجب ربع أرش الموضحة.

وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة.. يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة.

قال شيخ الإسلام: قول الكرخي: أصح؛ لحديث علي؛ فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار، ولم يعتبر بالعبيد كما اعتبره الطحاوي.

وأيضاً: لو اعتبر حكومة العدل بهذا الطريق الذي اعتبره الطحاوي.. فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف عشر الدية، فيؤدي إلى أن يوجب في هذه

وَفِي أَصَابِعِ الْيَدِ وَحدِهَا، أَو مَعَ الْكَفّ: نصفُ الدِّيَةِ.

ومَعَ نصفِ السَّاعدِ: نصفُ الدِّيَةِ وحكومةَ عدلٍ.

وَفِي كفٍّ فِيهَا إصْبعٌ عُشُرُ الدِّيَةِ.

وَإِن فِيهَا إصبعانِ: فخمُسُها، وَلَا شَيْءَ فِي الْكَفّ.

الشجاج - مع كونها دون الموضحة -: أكثر مما أوجبه الشرع في الموضحة، وهو محال.

وقال الصدر الشهيد: ينظر المفتي في هذا:

إن أمكنه بقول الكرخي؛ بأن كانت الجناية في الوجه والرأس.. يفتي به.

وإن لم يتيسر عليه ذلك: بقول الطحاوي.

وإن شاء.. أفتى به؛ لأنه أيسر.

(وفي أصابع اليد) الواحدة **(وحدها، أو مع الكف: نصف الدية)**؛ يعني: أن الأرش لا يزيد بسبب الكف؛ لأنه تابع لها، بل الواجب فيها وحدها، ومع الكف: نصف الدية.

وهذا: لأن في كل إصبع عشر الدية؛ لقوله ﷺ: «في كل إصبع: عشر من الإبل»، فكان في خمس أصابع: خمسون من الإبل، وهو نصف الدية.

ولأن في قطع الأصابع: تفويت جنس منفعة [٧٤٥/أ] البطش، وهو الموجب للأرش، فوجب فيها ما وجب في الكف، وهو نصف الدية.

(ومع نصف الساعد: نصف الدية، وحكومة عدل)؛ الأول للأصابع مع الكف، والثاني للزيادة عليها.

(وفي كف فيها إصبع) واحدة: **(عشر الدية)** للإصبع.

(وإن فيها إصبعان.. فخمسها)؛ أي: خمس الدية للإصبعين.

(ولا شيء في الكف) عند أبي حنيفة.

وَإِن فِيهَا ثَلَاثُ أَصَابِعَ.. فديَةُ الْأَصَابِعِ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَعشارٍ إِجْمَاعاً.

وَفِي الْإِصْبِعِ الزَّائِدَةِ: حُكُومَةٌ.

الأصل - أي الأصابع - فهو أولى وإن قل، ولا يظهر حكم التبع معه وهو الكف وإن كثر.

وروى الحسن عنه: أن الباقي إذا كان دون إصبع.. يعتبر أكثرها أرشاً؛ لأن أرش ما دون الإصبع غير منصوص عليه، وإنما ثبت اعتباراً بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد، وكونه أصلاً باعتبار النص؛ فإذا لم يرد النص في أرش [٧٤٥/ب] مفصل ولا مفصلين.. اعتبرنا فيه الأكثر.

والأصح: ظاهر الرواية؛ لأن أرشه ثبت بالإجماع، وهو كالنص.

ولو لم يكن في الكف إصبع، ولا بعضها.. يجب عليه حكومة عدل، لا يبلغ أرش إصبع؛ لأن قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع.

(وإن) كان (فيها)؛ أي: في الكف (ثلاث أصابع.. فدية الأصابع) الثلاث، (وهي: ثلاثة أعشار) الدية؛ لأن في كل إصبع: عشر الدية، وفي الأصابع الثلاث: ثلاثة أعشار.

ولا يجب في الكف شيء (إجماعاً)؛ لأن الأصابع أصل على ما ذكرناه، وللأكثر حكم الكل، فاستتبعت الكف؛ كما إذا كانت كلها قائمة.

بخلاف ما إذا كانت إصبعاً أو إصبعين؛ لأنه ليس في حكم قيام كل الأصابع؛ لكون القائم أقل، ولهذا وقع الاختلاف بينهم كما تقدم.

(وفي) قطع (الإصبع الزائدة: حكومة) عدل؛ عمداً كان أو خطأً؛ لأنها جزء الآدمي، فيجب فيها الأرش؛ تشريفاً له، وليس له أرش مقدر، فيجب حكومة عدل وإن لم يكن له نفع ولا زينة؛ كما في السن الزائدة، ولا يجب فيها القصاص وإن كان للقاطع إصبع زائدة أيضاً؛ لعدم العلم بالمماثلة بينهما، وهو شرط في القصاص.

وَعِنْدَهُمَا: يجبُ الْأَكْثَرُ مِن أَرشِ الْكَفِّ وديةِ الْإِصْبِعِ والإِصبَعَينِ، وَيدخلُ الْأَقَلُّ فِيهِ.

(وعندهما: يجب الأكثر من أرش الكف ودية الإصبع أو الإصبعين، ويدخل الأقل فيه)؛ يعني: إذا كان في الكف إصبع أو إصبعان، فقطعهما.. يجب عشر الدية في الإصبع الواحدة، وخمسها في الإصبعين، ولا شيء في الكف عند أبي حنيفة.

وقالا: ينظر إلى أرش الكف وإلى أرش ما فيها من الأصابع، فيجب أكثرها، ويدخل القليل في الكثير؛ لأن:

الجمع بين الأرشين متعذر إجماعاً؛ لأن الكل شيء واحد؛ فضمان الإصبع: هو ضمان الكف، وضمان الكف: هو ضمان الإصبع.

وكذا: إهدار أحدهما متعذر؛ لأن كل واحد منهما أصل من وجه؛ أما الكف: فلأن الأصابع قائمة به، وأما الأصابع: فلأنها هي الأصل في منفعة البطش؛ فإذا كان كل واحد منهما أصلاً من وجه.. رجحنا بالكثرة.

ولأبي حنيفة: أن الأصابع:

أصل حقيقة؛ لأن منفعة اليد - وهي البطش والقبض والبسط - قائمة بها.

وكذا حكماً؛ لأنه ﷺ جعل الدية بمقابلة الأصابع؛ حيث أوجب في اليد نصف الدية، ثم جعل في كل إصبع عشراً من الإبل، ومن ضرورته: أن يكون كلها بمقابلة الأصابع دون الكف، والأصل أولى بالاعتبار وإن قلّ، ولا يظهر التبع بمقابلة الأصل، ولا تعارض حتى يصار إلى الترجيح بالكثرة.

ولئن تعارضا.. فالترجيح بالأصل حقيقة وحكماً: أولى من الترجيح بالكثرة.

وعلى هذا: لو كان في الكف مفصل واحد من إصبع واحدة.. يجب أرش المفصل عند أبي حنيفة في ظاهر الرواية عنه.

ولا يجب في الكف شيء؛ لأن أرش ذلك المفصل مقدر شرعاً، وما بقي من

وَكَذَا فِي: الشَّارِبِ، ولحيةِ الكَوسَجِ، وثديِ الرَّجُلِ، وَذَكَرِ الْخصيّ والعِنِّينِ، ولسانِ الْأَخْرَسِ، وَالْيَدِ الشَّلَّاءِ، وَالْعينِ العَوراءِ، وَالرِّجلِ العَرجاءِ، وَالسِّنِّ السَّوْدَاءِ.

وَكَذَا فِي: عينِ الطِّفْلِ، وَلِسَانِهِ، وَذَكَرِهِ.. إِذا لم تُعلَم صِحَّةُ ذَلِكَ بِمَا يدلُّ على: إِبصارِهِ، وتحرُّكِ ذَكَرِهِ، وَكَلَامِهِ.

(وكذا: في الشارب ولحية الكوسج)؛ أي: فيهما حكومة عدل، لكن في لحية الكوسج اختلاف:

قيل: لا شيء فيه مطلقاً.

وقيل: فيه حكومة عدل مطلقاً.

والأصح: التفصيل:

بأنه إن كان على ذقنه شعرات معدودة.. فلا شيء فيه.

وإن كان ذلك على الخد والذقن جميعاً، ولكنه غير متصل.. ففيه حكومة عدل.

وإن كان متصلاً.. ففيه كمال الدية؛ لأنه ليس بكوسج.

(وثدي الرجل)، بخلاف ثدي المرأة؛ لأن فيه الدية على ما تقدم.

(وذكر الخصي والعنين، ولسان الأخرس، واليد الشلاء، والعين العوراء، والرِّجل العرجاء، والسن السوداء)؛ أي: في جميعها حكومة عدل؛ لما ذكر.

(وكذا: في عين الطفل، ولسانه، وذكره؛ إذا لم تعلم صحة ذلك)؛ أي: عينه ولسانه وذكره.

(بما يدل على إبصاره) في عينه، **(وتحرك ذكره)** في صحة ذكره، **(وكلامه)** في صحة لسانه.

وإن علم ذلك بالبينة، أو بإقرار الجاني.. كان حكمه حكم البالغ.

وإن أنكر الجاني ولم يقم به بينة.. فالقول قول الجاني.

وَإِن شَجَّ رجلاً فَذهبَ عقلُهُ أَو شَعْرُ رَأْسِهِ.. دخلَ أَرْشُ الْمُوضحَةِ فِي الدِّيَةِ.

وَإِن ذهبَ سَمعُهُ، أَو بَصَرُهُ، أَو كَلَامُهُ.. لَا يدْخلُ.

وكذا: إذا قال: لا أعرف صحته.. لا يجب عليه الأرش كاملاً [٧٤٦/أ] إلا بالبينة.

وقال الشافعي: يجب الدية كاملاً كيفما كان، إلا إذا عرفت أنها غير صحيحة؛ لأن الغالب فيه الصحة، فأشبه الأذن والمارن.

قلنا: الظاهر: ليس بصالح للاستحقاق، وإنما يصلح للدفع.

(وإن شج رجلاً) موضحة **(فذهب عقله، أو شعر رأسه.. دخل أرش الموضحة في الدية)**؛ لأن فوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء، فيدخل أرشها في دية العقل؛ كما دخل في دية النفس فيما إذا شج موضحة ثم قتل، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت.. يسقط، وتجب الدية بفوات كل الشعر، وقد تعلقا بسبب واحد - وهو فوات الشعر - فيدخل الجزء في الكل؛ كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده كلها.

ولا فرق في هذا: بين أن تكون الجناية عمداً، أو خطأ؛ كذا في «الزيلعي».

(وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه.. لا يدخل)؛ أي: لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الأشياء.. لا يدخل أرش الموضحة في أرش هذه الأشياء عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يدخل أرش الموضحة في دية السمع والكلام، ولا يدخل في دية البصر؛ لأنها ظاهر، فلا يلحق بالعقل، فلا يدخل فيه أرش الموضحة.

بخلاف السمع والكلام.. فإنهما مبطنان، فيلحقان بالعقل، فيدخل فيهما أرش الموضحة؛ كما يدخل في دية العقل.

ولهما: أن كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسه، فيتعدد الحكم بتعددها، ولا

وَإِن ذهبَ بهَا عَيناهُ.. فَلَا قِصاصَ، وَيجبُ أَرْشُهَا، وَأَرْشُ الْعَينَيْنِ.

وَعِنْدَهُمَا: الْقصاصُ فِي الْمُوضحَةِ.

وَالدِّيَةُ فِي الْعَينَيْنِ.

يدخل بعضها في بعض؛ لأن العبرة لتعدد أثر الفعل، لا لاتحاد الفعل، بخلاف العقل؛ لأن منفعته تعود إلى كل الأعضاء، فصار كالنفس.

(وإن ذهب)؛ أي: إن شجه موضحة وذهب **(بها)**؛ أي: بالشجة الموضحة **(عيناه.. فلا قصاص، ويجب أرشها)**؛ أي: أرش الموضحة، **(وأرش العينين)** عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يجب القصاص في الموضحة) إن كان عمداً، **(والدية في العينين)**.

والأصل ههنا عند أبي حنيفة: أن الفعل الواحد إذا أوجب مالاً في البعض.. سقط القصاص؛ سواء كانا عضوين أو عضواً واحداً.

وعندهما: في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال، وإن كان عضواً واحداً.. لا يجب.

لهما: أن الفعلين وقعا في محلين مختلفين، فيكون جنايتين؛ لأن الفعل يتعدد بتعدد أثره، فكان كجنايتين مبتدأتين، والشبهة في أحدهما لا تتعدى إلى الأخرى؛ كمن رمى إلى رجل سهماً عمداً فأصابه ونفذ السهم إلى غيره فقتله [٧٤٦/ب]: يجب القصاص في الأول، والدية في الثاني.

ولأبي حنيفة: أن الجزاء بالمثل، والجرح الأول سار، وليس في وسعه الجرح الساري، فيسقط القصاص؛ لعدم اعتبار المماثلة بينهما، ويجب المال، ولأن الفعل واحد حقيقة، وهي الحركة الثابتة حالة الشج، وكذا محل الجنايتين متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر، ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق، فأورثت نهايتها شبهة الخطأ في بدايتها؛ نظراً إلى اتحادهما، فلم يجب القصاص.

بخلاف النفسين؛ لأن أحدهما: ليس من سراية الآخر؛ فإن العقل في النفس

وَلَا قِصاصَ فِي إِصْبعٍ قُطِعَتْ فَشَلَّتَ أُخْرَى.

وَعِنْدَهُمَا: يقْتَصُّ فِي المقطوعةِ، وَتجبُ الدِّيَةُ فِي الْأُخْرَى.

وَلَو قطعَ مِفصَلَها الأعلى، فَشلَّ مَا بَقِيَ.. فَلَا قِصاصَ، بلِ الدِّيَةُ فِيمَا قُطِعَ، وحكومُة عَدل فِيمَا شَلَّ.

وَلَا لَو كَسَرَ نصفَ سنٍّ فاسودَّ بَاقِيهَا، بل دِيَةُ السِّنِّ كلِّهَا.

الثابتة بطريق المباشرة على حدة: ليس من سراية الجناية على النفس الأولى؛ كما هو كذلك فيما نحن فيه؛ إذ لا يتصور السراية من نفس إلى نفس أخرى، فتجعل كل واحد منهما جناية مستقلة، فتعدد الجناية؛ لأن السراية إنما يتصور في نفس واحدة، لا في نفسين.

وبخلاف ما إذا وقع السكين خطأ باضطرابه على إصبع آخر فقطعه؛ لأن القطع في الإصبع الآخر: ليس بالفعل الأول، ولا بأثره، بل بفعل آخر مقصود، فتفرد بحكمه.

(ولا قصاص في إصبع قطعت) عمداً **(فشلت)** إصبع **(أخرى)** جنبها، بل يجب دية كل من الإصبعين؛ لأنهما عضوان مستقلان، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يقتص في المقطوعة، وتجب الدية في الأخرى)، ووجه الطرفين: ما ذكر في المسألة الأولى من الطرفين.

(ولو قطع مفصلها الأعلى، فشل ما بقي) من الإصبع **(.. فلا قصاص)** بالاتفاق، **(بل الدية فيما قطع، وحكومة عدل فيما شل)**؛ لأنه لا يمكن أن يجعل فعلين مبتدأين؛ لاتحاد المحل والفعل.. فلا وجه لإيجاب القصاص أصلاً، فتجب الدية في المفصل؛ لكونه مقدراً شرعاً، وحكومة عدل فيما شل؛ لعدم التقدير فيه شرعاً.

(ولا) قصاص أيضاً **(لو كسر نصف سن فاسودّ باقيها، بل دية السن كلها)** بالإجماع، كذا في «الكافي» و«الزيلعي» و«الهداية».

وَكَذَا: لَوِ احمرَّ، أَوِ اصفرَّ، أَو اخضرَّ.

وَلَوِ اسودَّت كلُّهَا بضربةٍ وَهِيَ قَائِمَةٌ.. فَالدِّيَةُ فِي الْخَطَأ: على الْعَاقِلَةِ، وَفِي الْعمد: فِي مَالِهِ.

وَلَو قُلِعَت سِنُّ رجلٍ فَنَبَتَ مَكَانَهَا أُخْرَى.. سَقَطَ أَرْشُهَا. خلافاً لَهما.

(وكذا: لو احمرّ أو اصفرّ أو اخضرّ).

قال في «الخلاصة»: ثم فيهما إذا اخضرت أو اسودت أو احمرت.. إنما تجب الدية إذا فات منفعة المضغ، وإلا: فلو كان السن مما يرى في حال التكلم.. يجب الدية أيضاً، وإلا.. فلا شيء.

فعلى هذا: لا يبقى كلام «الكافي» و«الزيلعي» و«الهداية» على إطلاقه.

ثم المصنف لم يفرق بين الاصفرار وغيره من الألوان المذكورة، ومنهم من [٧٤٧/أ] فرق.

والأصح: ما اختاره المصنف من عدم الفرق.

(ولو اسودت كلها بضربة، وهي)؛ أي: السن (قائمة.. فالدية في الخطأ: على العاقلة، وفي العمد: في ماله).

قال في «قاضي خان»: رجل ضرب سن رجل فاسودّ، فجاء آخر فنزعها.. كان على الأول: أرش تمام خمسمائة، وعلى الثاني: حكومة عدل.

(ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها أخرى.. سقط أرشها) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: يجب عليه أرش السن كاملاً؛ لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت: نعمة مبتدأة من الله تعالى، فصار كما لو أتلف مال إنسان، فحصل للمتلف عليه مال آخر؛ فإنه لا يسقط عن المتلف الضمان.. فكذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن الجناية قد زالت معنى، ولهذا: لو قلع سن صبي فنبت مكانها

وَفِي سِنِّ الصَّبِيِّ: يسْقط الأرْش إِجْمَاعاً.

وَإِن أَعَادَ الرَّجُلُ سِنَّهُ المقلوعةَ إِلَى مَكَانِهَا، فنبت عَلَيْهَا اللَّحْمُ.. لَا يسْقطُ أَرْشُهَا إِجْمَاعاً.

وَكَذَا: لَو قطعَ أُذُنَهُ فأَلصقَها فالتحمَت.

وَمَن قُلِعَت سنُّهُ فاقتصَّ مِن قالعِها، ثمَّ نَبتَ.. فَعَلَيهِ دِيَةُ سنِّ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ.

أخرى.. لا يلزمه شيء بالإجماع، وهذا: لأن الموجب فسادُ المنبت، ولم يفسد حيث نبت مكانها سن أخرى، فلم تفت المنفعة به، ولا الزينة.

وعن أبي يوسف: أنه تجب حكومة العدل؛ لمكان الألم الحاصل.

هذا إذا نبت مثل الأولى، وإن نبت معوّجة.. فعليه حكومة عدل عند أبي حنيفة.

ولو نبت إلى النصف.. فعليه نصف الأرش.

(وفي سن الصبي: يسقط الأرش إجماعاً).

والفرق: أن سن الصبي يخرج وينبت مكانها أخرى غالباً.

(وإن أعاد الرجل سنه المقلوعة إلى مكانها، فنبت عليها اللحم.. لا يسقط أرشها إجماعاً)؛ لأن هذا الالتحام لا يعتد به؛ إذ العروق لا تعود.

وفي «النهاية»: قال شيخ الإسلام: هذا إذا لم تعد إلى حالتها الأولى بعد النبات في المنفعة والجمال، وأما إذا عادت.. فلا شيء عليه؛ كما لو نبت.

(وكذا: لو قطع أذنه فألصقها فالتحمت)؛ أي: لا يسقط أرشها إجماعاً؛ لما ذكرناه.

(ومن قلعت سنه فاقتص من قالعها، ثم نبت) سن المقتص به (.. فعليه)؛ أي: على المقتص له: (دية سن المقتص منه)؛ لأن بالنبات تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأن الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى، وانعدمت الجناية

ويُستأَنَى فِي اقتصاصِ السِّنِّ والموضحَةِ:

حولاً.

وكَذَا: لَو ضَرَبَ سِنَّهُ فتحرَّكَت؛ فَلَو أَجَّلَهُ القَاضِي فجَاءَ الْمَضْرُوبُ وَقد سَقطَت سنُّهُ، فاختلفا فِي سَبَبِ سُقُوطِهَا؛ فَإِن قَبلَ مُضِيِّ السّنةِ.. فَالْقَوْلُ للمضروبِ.

(ويستأنى)؛ أي: يؤجل (في اقتصاص السن و)، الشجة (الموضحة حولاً)؛ فإذا مضى الحول ولم ينبت السن ولم تبرأ الموضحة.. قضينا بالقصاص.

ثم إذا نبت.. تبين أنه أخطأنا فيه، وكان الاستيفاء بغير حق، غير أنه يسقط القصاص للشبهة، فتجب الدية على المقتص له للمقتص منه.

وفي «النهاية»: الصحيح: أنه يستأنى في سن البالغ حتى [٧٤٧/ب] يبرأ؛ لأن نباته نادر، فلا يفيد تأجيله إلى سنة، فيؤخر إلى البرء؛ لتعلم عاقبته.

وقال في «قاضي خان»: ولو ضرب سن إنسان فتحرك.. ينتظر حولاً، وإن سقطت.. لا ينتظر حولاً، إلا أن يكون صبياً؛ فينتظر حولاً؛ لأن سن البالغ لا ينبت إلا نادراً، وسن الصبي ينبت، فينتظر حولاً؛ فإن لم ينبت.. كان عليه أرشها.

وقال الحسن: يجب حكومة عدل، وبه أخذ الفقيه أبو الليث. انتهى.

(وكذا)؛ أي: يؤجل حولاً (لو ضرب سنه فتحركت)، وهذا ما ذكرناه من «قاضي خان».

(فلو أجله)؛ أي: (القاضي) حولاً، (فجاء المضروب وقد سقطت سنه، فاختلفا في سبب سقوطها؛ فإن) كان الاختلاف (قبل مضي السنة.. فالقول للمضروب) في أنه سبب السقوط ضرب الضارب، وهذا: ليفيد التأجيلُ؛ لأن التأجيل سنة ليظهر عاقبة الأمر؛ فلو لم يقبل قول المضروب.. كان التأجيل وعدمه سواء.

بخلاف ما إذا شجه موضحة، فجاء المشجوج وقد صارت منقلة، واختلفا؛ حيث يكون القول فيه للضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة؛ أما تحريك السن..

وَإِن بعدَ مضيّها.. فللضَّارِبِ.

وَلَو شجَّ رجلاً فالتحَمَتْ وَنبتَ الشّعَرُ وَلم يبْقَ لَهَا أثرٌ.. يسْقطُ الْأَرْشُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يجبُ أَرْشُ الْأَلَمِ، وَهُوَ: حُكُومَةُ عدلٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: أُجْرَةُ الطَّبِيبِ.

وَكَذَا: لَو جَرَحَهُ بِضَرْبٍ فَزَالَ أَثَرُهُ.

وَإِن بقيَ.. فَحُكُومَةُ عدلٍ بِالْإِجْمَاعِ.

يؤثر في السقوط، فافترقا.

(وإن) كان (بعد مضيها.. فللضارب)؛ لأنه منكر، وقد مضى الأجل الذي ضرب، فيكون القول له.

(ولو شج رجلاً، فالتحمت، ونبت الشعر، ولم يبق لها)؛ أي: للشجة (أثر.. يسقط الأرش) عند أبي حنيفة؛ لأن الموجب هو الشان الذي يلحقه بفعله أو زوال منفعته، وقد زال ذلك بزوال أثره، والمنافع لا تتقوم إلا: بالعقد؛ كالإجارة الصحيحة، أو شبه العقد؛ كالإجارة الفاسدة، ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني، فلا يلزمه الغرامة.

وكذا: مجرد الألم لا يوجب شيئاً؛ لأنه لا قيمة له.

(وعند أبي يوسف: يجب أرش الألم، وهو حكومة عدل)؛ لأن الشان الموجب وإن زال.. فالألم الحاصل لم يزل.

(وعند محمد: أجرة الطبيب)، وثمن الدواء؛ لأن ذلك لزمه بفعله، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله وأعطاه الطبيب والدواء.

(وكذا: لو جرحه بضرب فزال أثره)؛ أي: يسقط أرش الضرب عند أبي حنيفة، ويجب أرش الألم عند أبي يوسف، وأجرة الطبيب وثمن الدواء عند محمد.

(وإن بقي) أثره؛ أي: أثر الشجة والجراحة (.. فحكومة عدل بالإجماع)؛ لما فيه

وَعمدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ: خطأٌ، وديتُهُ على عَاقِلَتِهِ.

وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ، وَلَا حرمَانَ إِرْثٍ.

وَالْمَعْتُوهُ: كَالْمَجْنُونِ.

وكذا: كل أرش وجب بالصلح، فهو في مال القاتل حالاً؛ لقوله ﷺ: «لا تعقل العواقل عمداً، ولا اعترافاً».

وإنما وجب حالاً؛ لأنه مال وجب بعقد الصلح، فأشبه الثمن في المبيع؛ فإنه وجب حالاً، إلا إذا شرط فيه التأجيل.

بخلاف ما تقدم في مسألة الكتاب؛ فإن المال فيه وجب بالقتل ابتداء، لا بعقد الصلح، فوجب في ثلاث سنين.

وكذا: كل جناية اعترف بها الجاني.. فأرشها في مال الجاني لا على العاقلة؛ لما روينا، ولأنه لو وجب في مال العاقلة.. لكان إقراراً على الغير، وذا لا يجوز؛ لقصور ولايته عن العاقلة، فلا يتعدى إقراره من نفسه إليهم.

وكذا: كل أرش كان أقل من نصف عشر الدية.. فهو في مال الجاني؛ لأنه لا يؤدي إلى الإجحاف والاستئصال [٧٤٨/ب] بالجاني، وتحمُّلُ العاقلة عن: لخوف الاستئصال به، فلا حاجة إلى تحمل العاقلة عنه؛ كذا في «الزيلعي».

(وعمد الصبي والمجنون: خطأ، وديته على عاقلته، ولا كفارة فيه، ولا حرمان إرث، والمعتوه: كالمجنون).

وقال الشافعي: عمده: عمد، فتجب الدية في ماله؛ لأن العمد هو القصد، وهو ضد الخطأ، وقد تحقق منه القصد، ولهذا يؤدب ويعزر، والتعزير يكون على العمد لا على الخطأ، وكان ينبغي أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة؛ لأنهم ليسوا من أهل العقوبة، فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال؛ لأنهم أهل لوجوبه عليهم، فصار نظير السرقة؛ فإنهم إذا سرقوا.. لا تقطع أيديهم، ويجب عليهم ضمان المال لما قلنا.

وَلَا يُقْتَصُّ لجُرحٍ أَو طرفٍ أَو مُوضحَةٍ إِلَّا بعدَ الْبُرْءِ. وَكُلُّ عمدٍ سقطَ فِيهِ الْقَوَدُ لشُبْهَةٍ؛ كَقَتلِ الْأَبِ ابْنَهُ.. فَالدِّيَةُ فِيهِ فِي مَالِ الْقَاتِلِ.

نوع وتفويت أجزاء، وليس له شيء مقدر شرعاً، ولا إهدار بالكلية أيضاً، فتلزم الحكومة [٧٤٨/أ].

ولو ضربه ولم يجرح.. ليس فيه غرامة مالية؛ لعدم تفويت شيء من الأجزاء، ولكن فيه تعزير؛ لما فيه من إلحاق الألم، فيعزر؛ لعدم الإهدار.

(ولا يقتص لجرح أو طرف)؛ كقلع السن أو قطع الأذن.

(أو موضحة)؛ أي: شجة موضحة (إلا بعد البرء).

وقال الشافعي: يقتص منه في الحال؛ اعتباراً بالقصاص في النفس؛ لأن الموجب قد تحقق، فلا يعطل بالتأخير.

ولنا: قوله ﷺ: «يستأنى في الجراحات سنة»، ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها؛ لأن حكمها في الحال: غير معلوم؛ فلعلها تسري إلى النفس، فيظهر أنه قتل، وإنما يستقر الأمر بالبرء.

(وكل عمد سقط فيه القود لشبهة؛ كقتل الأب ابنه) عمداً (.. فالدية فيه في مال القاتل) في ثلاث سنين.

وقال الشافعي: تجب حالَّة؛ لأن الأصل: أن ما يجب بالإتلاف: يجب حالاً، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ، وهذا عامد، فلا يخفف عنه، ولأن المال وجب عليه جبراً لحق الابن المقتول في نفسه، وحقه في نفسه حال، فلا ينجبر بالمؤجل.

ولنا: أنه مال وجب بالقتل ابتداء، فيكون مؤجلاً؛ كدية الخطأ وشبه العمد، وهذا: لأن القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال؛ لعدم التماثل، والتقويم ثبت شرعاً على خلاف القياس، وقد ورد به الشرع مؤجلاً لا معجلاً، فلا يعدل عنه، لا سيما إلى زيادة، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً.. لا يجوز وصفاً أيضاً.

ولهذا: وجب عليهم التكفير بالمال؛ لأنهم أهل للغرامة المالية دون الصوم؛ لعدم الخطاب، ولهذا يحرم الميراث عنده بالقتل العمد.

ولنا: أن صبياً مال على رجل ضعيف فضربه، فرفع ذلك إلى علي، فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة، وقال: عمده خطأ، وخطؤه سواء، ولأن الصبي مظنة المرحمة، والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته.. فهؤلاء وهم أعذر: أولى بالتخفيف، فتجب على العاقلة إذا كان الأرش الواجب قدر نصف العشر أو أكثر.

بخلاف ما دونه؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال؛ كما في البالغ العاقل، ولا نسلم تحقق العمد منهم؛ لأنه عبارة عن القصد، وهو يترتب على العلم، والعلم بالعقل الكامل، وهو عديم العقل أو قاصره.. فلا يتحقق منهم القصد، فصاروا كالنائم.

وحرمان الميراث: عقوبة، وهم ليسوا من أهل العقوبة، والكفارة - كاسمها -: ستارة للذنب، ولا ذنب لهم تستره؛ لأنهم مرفوع القلم.

* * *

(فَصْلٌ)

وَمَن ضَرَبَ بطنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَت جَنِيناً مَيِّتاً.. فعلى عَاقِلَتِهِ: غرَّةٌ؛ خَمْسمِائَةِ دِرْهَمٍ.

(فَصْلٌ)

(ومن ضرب بطن امرأة) حرة؛ لأن حكم الأمة سيأتي بيانه، (فألقت) تلك المرأة (جنيناً) على وزن: «دليل»، هو: اسم ولد ما دام في الرحم، كذا في «المغرب».

قيل: سمي بذلك لاستتاره؛ فإذا ولد.. فهو منفوس؛ كذا في «المصباح».

(ميتاً.. فعلى عاقلته)؛ أي: عاقلة الضارب: (غرة)، الغرة: الخيار من المال؛ كالفرس، والبعير، والنجيب، والعبد والأمة الفارهة.

وقيل: إنما سمي ما يجب في الجنين من الأرش غرة: لأنها أول مقدار ظهر في باب الدية، وغرة الشيء: أوله؛ كما سمي أول الشهر: غرة.

ثم بين الغرة [٧٤٩/أ] بقوله: (خمسمائة درهم)؛ سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى.

وفسر بعضهم الغرة: بنصف عشر الدية، وقالوا: هذا في الذكر، وفي الأنثى: عشر دية المرأة، وكل منهما خمسمائة درهم؛ لأن نصف العشر من دية الرجل - وهي عشرة آلاف درهم - هو العشر من دية المرأة، وهي: خمسة آلاف درهم، وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يجب في الجنين شيء؛ لأنه لم يتيقن بحياته، والظاهر: لا يصلح حجة للاستحقاق.

ولهذا: لا يجب في جنين البهيمة شيء، إلا نقصان الأم إن نقصت الأم، وإلا.. فلا يجب شيء أصلاً؛ كما في «الخانية»؛ حيث قال فيها: ولو ضرب بطن بهيمة فألقت جنيناً ميتاً.. فإنه لا يضمن في الجنين شيئاً، ويضمن نقصان الولادة إن نقصتها الولادة.

فَإِن أَلقَتْهُ حَيّاً فَمَاتَ. فديَةٌ.

وَإِن مَيِّتاً وَمَاتَت الْأُمُّ.. فغرَّةٌ ودِيَةٌ.

وَإِن مَاتَت فأَلقَتْهُ حَياً فَمَاتَ.. فديتُها وديتُهُ.

وَإِن مَيتاً.. فديتُها فَقَط.

والقياس: أنه يجب كمال الدية؛ لأنه بضربه منع حدوث الحياة فيه، فيكون بذلك كالمزهق للروح، ولهذا المعنى.. وجب قيمة ولد المغرور؛ فإنه منع من حدوث الرق فيه.

وكذا: وجب قيمة بيض الصيد بكسره.

وجه الاستحسان: ما روي أن امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقضى: أن دية جنينها غرة: عبد أو أمة، قيمته خمسمائة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها، رواه في «الصحيحين».

(فإن ألقته حياً، فمات.. فدية) كاملة؛ لأنه أتلف آدمياً خطأً أو شبه عمد، فيجب فيه الدية الكاملة.

(وإن) ألقته (ميتاً وماتت الأم.. فغرة) للجنين الميت، (ودية) كاملة للأم؛ لما ذكرناه.

(وإن ماتت) الأم أولاً، (فألقته حياً فمات.. فديتها وديته)؛ أي: تجب عليه ديتان: دية الأم، ودية الجنين؛ لأنه قتلهما، فصار كما إذا ألقته حياً وماتا.

(وإن) ألقته بعد موتها (ميتاً.. فديتها فقط)؛ أي: تجب دية الأم، لا دية الجنين؛ لأن موت الأم مسبب لموته ظاهراً؛ لأن حياته بحياتها، وتنفسه بتنفسها، فيختنق بموتها.. فلا يكون في معنى ما ورد فيه النص.

ولم يذكر حال جنينين ميتين، وذكر في عتاق «الأشباه»: لو ضرب بطن امرأة فألقت جنينين، فخرج أحدهما قبل موتها، والآخر بعد موتها وهما ميتان.. ففي الأول: غرة فقط. انتهى.

وَمَا يجبُ فِي الْجَنِينِ: يُورَثُ عَنهُ.

وَلَا يَرِثُ مِنْهُ الضَّارِبُ.

وَفِي جَنِينِ الْأَمَةِ: نصفُ عُشرِ قِيمَتِهِ لَو ذكراً، وَعشرُ قِيمَتِهِ لَو أُنْثَى.

(**وما يجب في الجنين: يورث عنه**)؛ أي: عن الجنين؛ أي: يرثه ورثته؛ لأنه بدل نفسه، فيرثه ورثته.

(**ولا يرث منه الضارب**) [٧٤٩/ب]؛ فلو ضرب بطن زوجته فألقت جنيناً ميتاً.. فعلى عاقلة الأب: غرة، ولا يرث منها الزوج، وإنما يرث باقي الورثة.

(**وفي جنين الأمة: نصف عشر قيمته**)؛ أي: قيمة الجنين على تقدير كونه حياً (لو) كان الجنين (**ذكراً، وعشر قيمته لو**) كان (**أنثى**)، وقال: يجب فيه عشر قيمة الأم؛ لأنه جزء منها، وضمان الأجزاء: يؤخذ مقداره من الأصل، ولهذا وجب في جنين الحرة: عشر ديتها بالإجماع، وهو الغرة.

ولنا: أنه بدل نفسه، فلا يقدر بغيره؛ إذ لا نظير له في الشرع، والدليل على أنه بدل نفسه لا ضمان الأطراف: أنهم أجمعوا على أنه لا يشترط فيه نقصان الأصل، ولو كان ضمان الطرف.. لم يجب فيه شيء إلا نقصان الأصل إن نقص الأصل، وإلا.. فلا يجب شيء أصلاً؛ فإذا كان ضمان النفس.. كانت ديته مقدرة بنفس الجنين، لا بنفس غيره؛ كما في سائر المضمونات.

ولا نسلم أن الغرة في جنين الحرة مقدرة بدية الأم، بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً، فيجب نصف عشر دينه إن كان ذكراً، وعشر ديته إن كان أنثى، فكذا: في جنين الأمة: تجب تلك التسمية من قيمته؛ لأن كل ما كان مقدراً من دية الحر.. فهو مقدر من قيمة العبد، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى، وطريق معرفة قيمته: أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حياً، فينظر كم قيمته، ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكراً، وعشره إن كان أنثى أطلقه، ولا بد من التقييد بعدم كون الحمل من المولى، ولا من المغرور؛ لأنه لو

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: إِن نَقَصَتِ الْأُمُّ.. ضَمِنَ نقصانَهَا.

وإِلَّا.. فَلَا ضَمَانَ.

فَإِن ضُرِبت فحرَّرَ سَيِّدُهَا حملَهَا، فأَلقتهُ حَيّاً فَمَاتَ.. تجبُ قِيمَتُهُ لَا دِيَتُهُ.

كان من المولى أو من المغرور.. لزمت الغرة؛ كما في جنين الحرة؛ لكونه حراً؛ كذا في «العناية» و«الزيلعي».

ولو ضاع الجنين ووقع النزاع في قيمته بين الضارب ومولى الأمة المضروبة.. فالقول للضارب؛ لأنه ينكر الزيادة، والقول للمنكر؛ كمن قتل عبداً خطأً ولم يشاهده القاضي حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيئاته لو كان حياً، ووقع النزاع بين القاتل ومولى المقتول.. فالقول قول القاتل مع يمينه؛ لإنكاره الزيادة، فكذا هنا.

(**وعند أبي يوسف**) هكذا في النسخ، ولو قال: «وعن أبي يوسف» بدل «عند».. لكان أولى؛ لأن هذا رواية غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف؛ لأن ظاهر الرواية [٧٥٠/أ] عنه: مثل ما روي عن أبي حنيفة ومحمد؛ كذا في «العناية».

(**إن نقصت الأم.. ضمن نقصانها**)؛ أي: الأم (**وإلا.. فلا ضمان**).

وجه هذه الرواية عنه: أنه اعتبر بجنين البهيمة.

(**فإن ضُرِبت**) على صيغة المجهول (**فحرر سيدها حملها**)؛ أي: بعد الضرب، (**فألقته**)؛ أي: الحمل (**حياً، فمات.. تجب قيمته**) حياً (**لا ديته**) وإن مات بعد العتق؛ لأن وجوب الأرش عليه: بضربه، والضرب صادفه وهو رقيق وقت المصادفة، فتجب قيمته حياً؛ لأنه صار قاتلاً إياه وهو حي، فنظرنا حالتي السبب والتلف، فأوجبنا عليه القيمة؛ باعتبار حالة السبب وهو الضرب؛ لأنه رقيق حينئذ، وأوجبنا عليه جميع القيمة حال كونه حياً؛ باعتبار حالة التلف. قيل: هذا عندهما.

وعند محمد: تجب قيمة ما بين كونها مضروبة إلى كونها غير مضروبة؛ يعني: يجب تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمتها غير مضروبة: ألف درهم، وقيمتها

وَلَا كَفَّارَةَ في الجنينِ.

والمستَبِينُ بعضُ خلقِهِ: كتمامِ الْخلقِ.

وَإِن شَرِبَتْ دَوَاءً أَو عَالَجَت فرجَهَا لِطَرحِ جَنِينِهَا.. فالغرَّةُ على عاقلتِها إن فعلت بِلَا إِذنِ أَبِيهِ.

وَإِن بِإِذْنِهِ.. فَلَا.

مضروبة: ثمانمائة درهم.. يجب على الضارب مائتا درهم، وهذا: لأن العتق قاطع للسراية على ما سيأتي في جناية المملوك وعليه.

نظيره: أنه لو قطع يد عبد أو جرحه، فأعتقه المولى، ثم مات العبد.. يجب عليه أرش اليد أو الجرح، وما نقص من قيمته إلى العتق.

(**ولا كفارة في الجنين**).

وقال الشافعي: تجب فيه الكفارة؛ لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً.

ولنا: أن الكفارة فيها معنى العقوبة؛ لأنها شرعت زاجرة، وفيها معنى العبادة أيضاً؛ لأنها تتأدى بالصوم، وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة، فلا تتعداها؛ لأن العقوبة لا يجري فيها القياس، وقول الشافعي متناقض؛ لأنه اعتبره جزءاً حتى أوجب عليه عشر قيمة الأم كما تقدم من قبل، وهنا: اعتبره نفساً حتى أوجب فيه الكفارة؛ لأن الأعضاء لا كفارة فيها.

(**والمستبين بعض خلقه كتام الخلق**) في جميع الأحكام المذكورة.

(**وإن شربت**) المرأة (**دواء، أو عالجت فرجها لطرح جنينها.. فالغرة على عاقلتها إن فعلت بلا إذن أبيه**)؛ أي: أب الجنين.

(**وإن بإذنه.. فلا**) يجب شيء؛ لأنها أتلفته متعدية عند عدم إذن أبيه، فيجب عليها ضمانه لأبيه وتتحمل عنها عاقلتها، ولا ترث المرأة من الغرة شيئاً؛ لأنها قاتلة بغير حق، والقاتل لا يرث.

بخلاف ما إذا فعلت بإذن الزوج.. لا يجب شيء؛ لعدم [٧٥٠/ب] التعدي منها.

* * *

(بَابُ مَا يُحدَثُ فِي الطَّرِيقِ)

مَن أحدثَ فِي طَرِيقِ الْعَامَّةِ: كنيفاً، أَو ميزاباً، أَو جِرصِناً، أَو دُكَّاناً.. وَسعَهُ ذَلِكَ إِن لم يَضُرَّ بهِمْ، وَلكُلٍّ مِنْهُم نَزعُهُ.

(بَابُ مَا يُحْدَثُ فِي الطَّرِيقِ)

(من أحدث في طريق العامة كنيفاً)، وهو: المستراح.

(أو ميزاباً)، وهو: مجرى الماء يركب في الحائط على السطوح.

(أو جُرصُناً) قيل: هو البرج.

وقيل: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبني عليه.

(أو دكاناً.. وسعه ذلك)؛ أي: جاز إحداثه هذه الأشياء؛ لأنه تصرف فيما له فيه حق التصرف، لكنه لا مطلقاً، بل (إن لم يضر بهم)؛ أي: بالعامة؛ مسلماً أو ذمياً ممن له حق المرور في ذلك الطريق.

وإن أضرّ بهم.. لا يجوز له إحداثه؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر، ولا ضرار في الإسلام».

(ولكل منهم)؛ أي: من العامة مسلماً أو ذمياً، ذكراً أو أنثى: (نزعه)؛ أي: نقضه؛ لأن كلاً منهم صاحب الحق بالمرور فيه بنفسه، وبدوابه.

واعلم: أن الكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع:

أحدها: في أنه هل يحل له إحداثه في الطريق أم لا؟

والثاني: في الخصومة في منعه من الإحداث فيه، ورفعه بعد الإحداث.

والثالث: في ضمان ما يتلف بهذا الإحداث.

أما الأول: فقد قالوا: إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق.. ليس له إحداثه، وإن كان لا يضر بهم لسعة الطريق.. جاز له ذلك، ما لم يُمنع منه، وإن مُنع منه.. فلا هكذا ذكره في «الزيلعي»، نقلاً عن شمس الأئمة.

وَفِي الطَّرِيقِ الْخَاصِّ: لَا يَسعُهُ بِلَا إِذنِ الشُّرَكَاءِ وَإِن لم يضرَّ.

وأما الثاني: فقد اختلفوا فيه:

فقال أبو حنيفة: لكل واحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع، وأن يكلفه بالرفع؛ سواء كان فيه ضرر أو لم يكن؛ إذا وضع بغير إذن الإمام؛ لافتئاته على رأيه؛ لأن التدبير في أمور العامة إلى الإمام.

وقال أبو يوسف: لكل أحد أن يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده؛ لأنه بالوضع صار في يده خاصة، والذي يخاصمه بعد ذلك: يريد إبطال حقه الخاص من غير دفع ضرر عن نفسه، فيكون متعنتاً، ولا كذلك قبل الوضع؛ لأنه ليس فيه إبطال يده الخاصة ولكل أحد يد فيه، والذي يريد الإحداث.. يقصد إبطال أيديهم، وإبطال يده الخاصة، فكان لكل أحد أن يمنعه من ذلك.

وقال محمد: ليس لأحد أن يمنع قبل الوضع ولا بعده إذا لم يكن فيه ضرر بالناس؛ لأنه مأذون له في إحداثه شرعاً.

ألا ترى: أنه يجوز له ذلك إن لم يمنعه أحد، والمانع منه: متعنت، فلا يمكَّن من ذلك، فصار كما لو أذن له الإمام، بل أولى؛ لأن إذن الشارع فوق إذن الإمام [٧٥١/أ].

وقال إسماعيل الصفار: وإنما يخاصمه بالنقض والرفع من لم يكن له مثل ذلك، وإن كان له مثل ذلك.. فلا يلتفت إلى خصومته؛ لأنه لو أراد إزالة الضرر للمسلمين.. لبدأ بنفسه، وحيث لم يزل في قدرته.. علم أنه متعنت، فكلام المصنف ظاهر في قول أبي حنيفة، لكنه لا بد فيه من قيد الوضع بغير إذن الإمام.

وأما الثالث: فسيأتي بيانه في الكتاب.

(**وفي الطريق الخاص**)، وذلك بأن تكون سكة غير نافذة (**لا يسعه**)؛ أي: لا يجوز إحداث شيء مما ذكر من الكنيف والميزاب والجرصن (**بلا إذن الشركاء وإن**) وصلية (**لم يضر**)؛ لأن هذا الطريق ملك لأهله وهم الشركاء، ولهذا يستحقون بها

وعَلى عَاقِلَتِهِ دِيَةُ مَن مَاتَ بسقوطِها فيهمَا.

وَكَذَا: لَو عثر بنقضِهِ إِنْسَانٌ.

وَإِن وَقعَ العاثِرُ على آخرَ فماتا.. فَالضَّمَانُ على من أَحدَثَهُ.

الشفعة؛ والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له.. لا يملك إلا بإذن الكل؛ أضرّ بهم أو لم يضرَّ.

بخلاف طريق العامة؛ لأنه ليس لأحد منهم فيه ملك، بل لكل واحد منهم حق الانتفاع، فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد.

أهل هذا الطريق إذا أرادوا أن ينصبوا على رأس سكنهم درباً، ويسدوا رأس السكة.. ليس لهم ذلك؛ لأن مثل هذه السكة وإن كانت ملكاً ظاهراً لهم.. لكن للعامة فيها نوع حق أيضاً، وهو: أنه إذا ازدحم الناس في الطريق.. كان لهم أن يدخلوا في تلك السكة حتى يخف الزحام، ذكره في «نوادر ابن رستم».

وقد ذكرنا ما يتعلق بهذا في آخر كتاب القضاء.

(وعلى عاقلته)؛ أي: على عاقلة من أحدث في الطريق كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً: **(دية من مات بسقوطها)**؛ أي: سقوط هذه الأشياء.

(فيهما)؛ أي: في طريق العامة، وفي الطريق الخاص.

يحتمل أن يكون ظرفاً مستقراً، وأن يكون ظرفاً لغواً للسقوط، وهذا: لأن المحدث فيهما متسبب لهلاكه، متعد في إحداث ما يضر بالعامة والخاصة، فيضمن دية من مات به.

(وكذا: لو عثر)؛ أي: سقط **(بنقضه)** أي: بنقض ما أحدث فيه **(إنسان)**.. فعلى عاقلة المحدث ديته؛ لما ذكرناه.

(وإن وقع العاثر على آخر فماتا.. فالضمان)؛ أي: ديتهما **(على من أحدثه)**؛ لأن الواقع كالمدفوع من جهة المحدث على الآخر.

وَإِن أَصَابَهُ طرفُ الْمِيزَابِ الَّذِي فِي الْحَائِطِ.. فَلَا ضَمَانَ.

وإِنْ أَصابَهُ الْخَارِجُ.. ضمِنَ؛ كمن حفرَ بِئْراً، أَو وضعَ حجراً فِي الطَّرِيقِ فَتلفَ بِهِ إِنْسَانٌ.

وإِنْ تلفَ بِهِ بَهِيمَةٌ.. فضمانُها فِي مَالِهِ.

وإِلقاءَ التُّرَابِ واتِّخاذُ الطِّينِ: كوضعِ الْحَجَرِ.

(وإن أصابه طرف الميزاب الذي في الحائط.. فلا ضمان) على من أحدث؛ لأنه وضع ذلك في ملكه، فلا يكون متعدياً في وصفه.

(وإن أصابه) الطرف **(الخارج)** عن الحائط **(.. ضمن)** الواضع، فتعقل عنه [٧٥١/ب] عاقلته؛ لأنه متعد فيه بشغل هواء الطريق.

(كمن حفر بئراً، أو وضع حجراً في الطريق، فتلف به إنسان): فديته عاقلته، فكذا ما نحن فيه.

وإن أصابه وسطُه.. يضمن أيضاً؛ كذا في «البزازية».

وإن أصابه الطرفان وعلم.. وجب النصف، وهدر النصف، فصار كما إذا جرحه سبع وإنسان ومات منهما.

وإن لم يعلم أي طرف أصابه.. ففي القياس: أن لا يجب عليه شيء؛ لأنه إن أصابه ما كان خارجاً.. يضمن، وإن أصابه ما كان داخلاً.. لا يضمن، فلا يضمن بالشك؛ لأن فراغ ذمته كان ثابتاً بيقين، وفي الشغل: شك، واليقين لا يزول بالشك.

وفي الاستحسان: يضمن النصف؛ لأنه في حال يضمن الكل، وفي حال لا يضمن شيئاً، فيضمن النصف.

(وإن تلف به بهيمة.. فضمانها)؛ أي: البهيمة **(في ماله)**؛ أي: لا على العاقلة؛ لأن العاقلة تتحمل النفس دون المال.

(وإلقاء التراب، واتخاذ الطين) في الطريق: **(كوضع الحجر)** في الحكم المذكور، حتى لو تلف به إنسان.. فديته على عاقلة الملقي.

وَهَذَا إِذَا فعلَهُ بِلَا إِذنِ الإِمَامِ.

فَإِن فعلَ شَيْئاً مِن ذَلِكَ بِإِذْنِه.. فَلَا ضَمَانَ.

وَلَو مَاتَ الْوَاقِعُ فِي الْبِئْرِ جوعاً أَو غمّاً.. فَلَا ضَمَانَ على حَافِرِهِ وَإِن بِلَا إِذنٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: عَلَيْهِ الضَّمَانُ.

وَكَذَا: عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْغَمِّ لَا فِي الْجُوعِ.

ولو تلف به البهيمة.. فضمانها في ماله.

(وهذا) كله (إذا فعله بلا إذن الإمام).

(فإن فعل شيئاً من ذلك) من إحداث الكنيف والميزاب وحفر البئر ووضع الحجر وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق (بإذنه.. فلا ضمان)؛ لأنه صار مأذوناً فيه ممن له ولاية الإذن، فلم يكن متعدياً.

وكذا: لا ضمان إذا فعل شيئاً من ذلك في ملكه؛ لعدم التعدي أيضاً.

وكذا: إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان؛ كما سيأتي ذكره.

(ولو مات الواقع في البئر جوعاً أو غماً)؛ أي: اختنق بعفونة الهواء، وفي «الصحاح»: يوم غم إذا كان يأخذ النفَس من شدة الحر.

(.. فلا ضمان على حافره وإن) وصلية (بلا إذن) الإمام.

(وعند محمد: عليه الضمان).

(وكذا عند أبي يوسف: في الغم لا في الجوع)؛ لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع في البئر، وأما الجوع، وكذا العطش.. فلا يختص بالوقوع في البئر؛ لجواز أن يكون له سبب آخر، فلا يتقين بسبب التلف.. فلا يضمن به.

ولمحمد: أن الموت حصل بسبب الوقوع فيه، ولولا ذلك.. لتناول الخبز والماء، فيضمن مطلقاً.

وَإِنْ وضعَ حجراً فنحَّاهُ آخرُ.. فضمانُ مَا تَلِفَ بِهِ: على الثَّانِي.

وَلَو أَشرعَ جنَاحاً فِي دَار، ثمَّ باعها.. فضمانَ مَا تَلِفَ بِهِ: عَلَيْهِ.

وَكَذَا: لَو وضعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ، ثمَّ بَاعهَا، وبرئَ منها إِلى الْمُشْتَرِي، فَتَركهَا الْمُشْتَرِي.. فضمانُ مَا تَلِفَ بهَا على البَائِعِ.

ولأبي حنيفة: أنه مات بمعنى في نفسه، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع فيه، لا لمعنى في نفسه.

(**وإن وضع**) في الطريق (**حجراً فنحاه آخر**) عن موضعه (.. **فضمان ما تلف به**) من النفس أو المال: (**على الثاني**)؛ أي: المنحي [٧٥٢/أ]؛ لأن فعل الأول قد انفسخ بفعل المنحي؛ لفراغ ما شغله، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر.. فالضمان على الثاني.

(**ولو أشرع جناحاً في دار**)؛ أي: إلى الطريق، (**ثم باعها**)؛ أي: الدار (.. **فضمان ما تلف به**) من النفس أو المال: (**عليه**)؛ أي: على البائع؛ أي: صاحب الدار؛ لأن فعله وهو إشراع الجناح لم ينفسخ بزوال ملكه، وهو الموجب للضمان.

لكن إن تلف به إنسان.. فعلى عاقلته، وإن تلف به مال.. فالضمان في ماله؛ لما تقدم: أن العاقلة لا تعقل عنه المال، وإنما تعقل النفس.

(**وكذا: لو وضع خشبة في الطريق، ثم باعها**)؛ أي: الخشبة (**وبرئ**)؛ أي: البائع (**منها**)؛ أي: من الخشبة (**إلى المشتري، فتركها**)؛ أي: الخشبة (**المشتري.. فضمان ما تلف بها**)؛ أي: بالخشبة (**على البائع**)؛ لما ذكرناه: من أن فعله لم ينفسخ بزوال ملكه.

نظيره: حفر بئراً في الطريق، ثم كبسها بالطعام، ثم جاء آخر وحفرها بإخراج الطعام عنها، فوقع فيها إنسان وتلف.. يضمن الأول لا الثاني؛ لأن بالكبس الثاني لم ينفسخ فعل الأول، ولم يزل عنها اسم البئر.

ألا ترى: أنه يقال: بئر مملوء من الطعام.

وَلَو وضعَ فِي طَرِيقٍ جمراً، فَأحرقَ شَيْئاً.. ضَمِنَهُ.

وَلَو أحرقَ بَعْدَمَا حرَّكتهُ الرِّيحُ إِلَى مَوضِعٍ.. لَا يضمنُ إِن كَانَتِ الرِيحُ سَاكِنَةً عِنْدَ وَضعِهِ.

وكذا: لو حفر، ثم غطى رأسه، ثم جاء آخر وفتحها، فوقع فيه إنسان وحيوان.. فالضمان على الأول لا على الثاني؛ لما ذكرناه.

بخلاف ما لو حفر بئراً، ثم كبسها بتراب أو بأجزاء الأرض، ثم جاء آخر وحفرها، فوقع فيه إنسان وتلف.. فالضمان على الثاني؛ لأن فعل الأول قد انفسخ بالكبس بأجزاء الأرض.

ثم المراد بالطريق: طريق العامة؛ لأن الطريق الخاص لكل واحد من أهله وضع الخشبة فيه؛ لما في «البزازية» عن الإمام: إذا كان الطريق غير نافذة: لكل واحد وضع الخشبة وربط الدابة.

أما لو حفر أو بنى فيها فعطب به شيء.. يضمن؛ كالدار المشتركة بين الشركاء، يضمن بحفر البئر، لا بالحفر فيه.

وعدم لزومه بوضع الخشبة، لكن المشايخ فرقوا بينها في لزوم ضمان النقصان بالحفر؛ فإنهم قالوا: لو حفر في الدار المشتركة.. يضمن ما نقصه الحفر؛ لأن الدار مملوكة لهم على الحقيقة، ليبيعونها ويقسمونها.

ولو حفر في الطريق الخاص؛ أي: السكة الغير النافذة.. لا يضمن ما نقصه الحفر، وإنما يضمن ما تلف بالحفر إنساناً أو مالاً؛ كذا في «البزازية» و«الزيلعي».

(**ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً.. ضمنه**)؛ لأنه متعد فيه.

(**ولو أحرق بعدما حركته**)؛ أي: عين الجمر؛ لأنه لو بقي العين [٧٥٢/ب].. يضمن؛ سواء حركت الشرارة أو لم يتحرك.

(**الريح إلى موضع**) آخر (.. **لا يضمن إن كانت الريح ساكنة عند وضعه**)؛ لأن الريح ليست فعله بالتحويل إلى موضع آخر.

بخلاف ما إذا لم تكن الريح ساكنة عند وضعه؛ فإنه يضمن وإن حولته الريح إلى موضع آخر؛ لأنه فَعَلَ ذلك مع علمه بعاقبته؛ لأن الريح لا تخلو عن التحويل، وقد أفضى إليه.. فيضمن؛ كما إذا باشره بنفسه.

هذا التفصيل مختار بعض مشايخنا.

وبعضهم أطلق الجواب ولم يقيد بكون الريح ساكنة عند وضعه؛ ففي «العمادي»: من وضع في طريق لا يملكه شيئاً، فعثر به رجل وهلك.. فعليه ضمانه.

ولو زال ذلك الشيء عن موضعه إلى موضع آخر.. لا يؤاخذ الواضع بما تولد منه.

والأصل في جنس هذه المسائل أن يقول: كل موضع كان للواضع فيه حق الوضع.. لا يضمن على كل حال إذا تلف بذلك الوضع شيء؛ سواء تلف به وهو في مكانه، أو بعدما زال عن مكانه.

وفي كل موضع لم يكن للواضع فيه حق الوضع؛ إذا عطب بالموضوع فيه شيء:

إن عطب والموضوع في مكانه لم يزل.. يضمن الواضع.

وإن عطب بعدما زال الموضوع عن مكانه:

إن زال بمزيل؛ نحو إن وضع جمرة في الطريق، فهبت الريح وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً.. لا يضمن الواضع.

وإن كان الزوال عن الموضع لا بمزيل؛ بأن وضع جرة في الطريق، ثم جاء آخر ووضع جرة أخرى في الطريق، فتدحرجت إحداهما على الأخرى، فانكسرتا.. قال أبو يوسف: يضمن كل واحد منهما قيمة جرة صاحبه.

وعنه في رواية: أنه يضمن صاحب الجرة القارة في موضعها قيمة الجرة التي

زالت عن موضعها؛ لما ذكر من أنه: إذا زال عن موضعه.. لا ضمان فيه، وإذا ثبت في مكانه.. يضمن.

وإن دحرجتها الريح ونحَّتها عن مكانها، فعطب بها شيء.. لا يضمن صاحب الجرة المدحرجة.

بخلاف ما لو تدحرجت بنفسها.

هكذا ذكره قاضي ظهير في «فتاواه».

وقال فيها أيضاً: إنه لا ضمان على الذي تدحرجت جرته؛ لأن جنايته قد زالت، وبرأ عن الضمان.

وإن انكسرت الجرة المدحرجة.. يضمن قيمتها صاحب الجرة القارة؛ لبقاء جنايته.

وفي «فتاوى النسفي»: سئل عمن أوقد ناراً في ملك غيره بغير إذنه، فتعدت النار إلى كدس حنطة، أو شيء آخر فأحرقته، هل يضمن؟

قال: لا.

ولو أحرقت شيئاً في المكان الذي [٧٥٣/آ] أوقد فيه.. ضمن.

ولو أوقد النار في أرض نفسه، فتعدت إلى أرض غيره، فأحرقت شيئاً.. لا يضمن.

بخلاف ما لو أسال الماء إلى أرض نفسه، فسال إلى أرض غيره وأتلف شيئاً.. ضمن.

والفرق بينهما:

أن طبع النار الخمود، والتعدي إنما يكون بفعل الريح ونحوه، فلم يضف التلف إلى فعل الموقد، فلم يضمن.

ومن طبع الماء: السيلان، فأضيف السيلان والإتلاف إلى فعله، فيضمن.

ومن مشايخنا من فصّل الجواب، فقال:

إن أوقد النار في يوم الريح، وهو يعلم أن الريح هبت بها إلى مال غيره فأتلفه.. يضمن.

وإن أسال الماء إلى أرض نفسه وهو يعلم أن أرضه لم تتحمل ذلك.. يضمن.

لكن أصحابنا أطلقوا الجواب كما ذكرناه. انتهى.

هكذا في «العمادي».

وذكر فيه أيضاً تفصيلاً آخر في هذه المسألة؛ حيث قال: وفي «التجريد البرهاني»: أوقد ناراً في داره، وأحرقت دار جاره بالسراية:

إن أوقد ناراً يوقد مثله.. لا يضمن، وإلا: يضمن، هكذا ذكره شيخ الإسلام.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه لا يضمن مطلقاً بلا تفصيل؛ لأنه في ملكه.

ثم ذكر تفصيلاً في هبوب الريح وقال: سئل صاحب «المحيط» عن مُزَارع أوقد ناراً في أرضه المملوكة له في يوم الريح ليسخنه، فاحترق الحشيش، وسرت النار إلى الأكداس فاحترقت، هل يضمن الموقد؟

أجاب: بأنه إن كانت الريح وقت الإيقاد ريحاً يذهب مثلها بمثل تلك النار إلى تلك الأكداس.. يضمن، وإلا.. فلا.

وذكر قاضي ظهير: ولو مر بنار في ملكه أو ملك غيره، فوقعت شرارة منها على ثوب إنسان فأحرقته، قال محمد بن الفضل: يضمن؛ لأنه لم يتخلل بين حمل النار والوقوع على الثوب واسطة ليكون مضافاً إلى تلك الواسطة.

حتى لو أطارت الريح بشرر من النار فألقتها على ثوب إنسان.. لا يضمن؛ لأنه غير مضاف إليه، بل إلى الريح، هكذا ذكره في «النوادر» عن أبي يوسف.

وقال بعض مشايخنا: هذا التفصيل فيما إذا مر بالنار في موضع ليس له فيه حق المرور، وإن مر بها في موضع له حق المرور فوقعت منها شرارة في ملك إنسان

وَيضمنُ مَن حملَ شَيْئاً فِي الطَّرِيقِ: مَا تَلِفَ بسقوطِهِ مِنْهُ.

وَكَذَا: مَن أَدخلَ حَصِيراً أَو قِنْدِيلاً أَو حَصَاةً إِلَى مَسْجِدِ غَيرِهِ بِلَا إِذْنٍ، فَعَطِبَ بِهِ أَحدٌ.

خلافاً لَهما.

وأحرقته، أو ألقاها الريح.. لا يضمن مطلقاً.

وذكر الناطفي: حدّاد جلس في دكانه، فاتخذ في حانوته كيراً يعمل به، والحانوت على جانب طريق العامة، فأخرج [٧٥٣/ب] حديدة من كيره وضربها بمطرقة، فتطاير شرار، فقتل رجلاً، أو فقأ عين إنسان، أو أحرق شيئاً، أو قتل دابة.. كان ضمان ما تلف بذلك من المال على الحداد، ودية القتيل والعين يكون على عاقلته.

ولو لم يدق الحدّاد، ولكن حملت الريح.. كان ذلك هدراً.

(ويضمن من حمل شيئاً في الطريق ما تلف بسقوطه منه)؛ سواء كان التلف بالوقوع أو العثرة به بعد الوقوع؛ لأن حمل المتاع في الطريق على ظهره أو رأسه مباح، لكنه مقيد بشرط السلامة؛ كالرمي إلى الهدف أو الصيد.

(وكذا)؛ أي: يضمن **(من أدخل حصيراً أو قنديلاً أو حصاة إلى مسجد غيره بلا إذن، فعطب به)**؛ أي: بسقوط شيء منها **(أحد)**؛ لأن فعله ذلك في مسجد غيره بلا إذن واحد من أهل ذلك المسجد، وإن كان مباحاً.. إلا أنه مقيد بشرط السلامة.

بخلاف فعله ذلك في مسجد حيّه؛ فإنه مباح مطلقاً، غير مقيد بشرط السلامة؛ لأن تدبير مسجد حيّه لأهله، وهو من أهله أيضاً.. فلا يضمن فيه، هذا عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: لا يضمن مطلقاً؛ سواء كان مسجد حيه أو مسجد غيره؛ لأن هذا قربة، ولكل واحد إقامتها، فلا يتقيد بشرط السلامة؛ كما إذا فعله بإذن واحد من أهل ذلك المسجد.

وَلَو أَدخلَ هَذِهِ الْأَشيَاءَ إِلَى مَسْجِدِ حيّهِ.. لَا يضمنُ إِجْمَاعاً.

وَكَذَا لَو تَلِفَ شَيْءٌ بِسُقُوطِ رِدَاءٍ هُوَ لابِسُهُ.

وَمَن جلسَ فِي الْمَسْجِدِ غيرَ مُصَلٍّ فَعَطِبَ بِهِ أحدٌ ضَمِنَهُ.

خلافاً لَهما.

وَلَا فرقَ بَينَ جُلُوسِهِ لأَجلِ الصَّلَاةِ، أَو للتَّعليمِ، أَو يقْرَأُ الْقُرْآنَ، أَو نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ، وَبَينَ أَن يمرَّ فِيهِ، أَو يقْعدَ للْحَدِيثِ.

(ولو أدخل هذه الأشياء إلى مسجد حيّه)، وتلف بسقوطه شيء (.. لا يضمن إجماعاً)؛ لأنه مباح مطلقاً؛ لكونه مأذوناً فيه، فلا ضمان.

(وكذا): لا يضمن (لو تلف شيء بسقوط رداء هو)؛ أي: المتلف (لابسه)؛ أي: الرداء.

قيد باللبس؛ لأنه إن كان حاملاً له فسقط على إنسان فعطب به إنسان.. ضمن.

والفرق بينهما: أن حامل الشيء يقصد حفظه، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة، فيصير مقيداً به، بخلاف اللابس؛ فإنه لا يقصد حفظه؛ فلو قيدناه بوصف السلامة.. لزم الحرج، فجعل مباحاً مطلقاً.

(ومن جلس في المسجد غير مصلٍ، فعطب به أحد) بأن سقط عليه أعمى فتلف (.. ضمنه)؛ لأنه متعد في جلوسه؛ لأنه إنما بني للصلاة، هذا عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: لا يضمن؛ لما ذكر في الخلاف السابق.

قيده بغير مصلٍّ؛ لأن من جلس مصلياً.. لا يضمن بالإجماع؛ كما سيصرح به.

(ولا فرق) في لزوم الضمان (بين جلوسه لأجل الصلاة)؛ يعني: منتظراً لها، (أو للتعليم)؛ أي: لتعليم القرآن أو الحديث أو الفقه وغيره [٧٥٤/أ] من العلوم الدينية.

(أو يقرأ القرآن، أو نام فيه في أثناء الصلاة ، وبين أن يمر فيه، أو يقعد للحديث)؛ يعني: لأخذ الحديث.

وَلَا بَينَ مَسْجِدِ حيِّهِ وَغَيرِهِ.

أَمَّا الْمُعْتَكِفُ.. فَقِيلَ: على هَذَا الْخلافِ.

وَقِيلَ: لَا يضمنُ بِلَا خلافٍ.

وَفِي الْجَالِسِ مُصَلِّياً.. لَا يضمنُ إِجْمَاعاً وَإِن مِن غيرِ أَهلِهِ.

وَلَو اسْتَأْجَر ربُّ الدَّارِ عَمَلَةً لإِخْرَاجِ الْجَنَاحِ أَوِ الظُّلَّةِ، فَتَلِفَ بِهِ شيءٌ.. فَالضَّمَانُ عَلَيْهِم إِن قبلَ فرَاغِ عَمَلِهِم، ....

وإلا.. فيدخل في عموم قوله: أو للتعليم.

(ولا بين مسجد حيّه وغيره)؛ يعني: يضمن في كلها من يمر، بلا فرق عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يضمن، كذا في «الهداية».

قيل: هذا الخلاف اختيار بعض مشايخنا، وقال بعضهم: لا خلاف في المسألة، بل لا ضمان بالاتفاق، وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني.

(أما المعتكف.. فقيل: على هذا الخلاف).

(وقيل: لا يضمن بلا خلاف).

(وفي الجالس مصلياً: لا يضمن إجماعاً وإن) وصلية (من غير أهله)؛ لأنه بني للصلاة، فلا يكون متعدياً في جلوسه مصلياً؛ فرضاً كانت الصلاة أو نفلاً.

(ولو استأجر رب الدار عملة لإخراج الجناح أو الظلة، فتلف به شيء.. فالضمان عليهم إن) كان (قبل فراغ عملهم)؛ لأن التلف كان بفعلهم؛ لأن العمل لم يكن مسلماً إلى ربّ الدار قبل فراغهم منه، فانقلب فعلهم قتلاً، حتى وجب عليهم الكفارة، ويحرمون من الإرث.

بخلاف ما تقدم من إخراج الجناح أو الميزاب إلى الطريق فقتل إنساناً بسقوطه؛ حيث لا يجب فيه الكفارة، ولا يحرم الإرث؛ لأنه تسبب، وهذا مباشرة، والقتل غير

وَإِن بعدَهُ.. فَعَلَيهِ.

داخل في عقده، فلم يستند فعلهم إليه، فاقتصر عليهم.

(وإن) كان (بعده.. فعليه)؛ أي: على رب الدار.

وهذه المسألة على وجوه، وهي: أن المستأجر:

- إما أن يقول للعملة؛ أي: الأُجراء أخرجوا جناحاً أو ظلة على فناء داري؛ فإن لي حقاً في ذلك؛ أي: في إخراج الجناح، ولم يعلم الأُجراء غير ما قال، ففعلوا بأمره، فسقط ذلك الشيء وأصاب شيئاً قبل الفراغ أو بعده.. فالضمان عليهم، ويرجعون به على الآمر قياساً واستحساناً؛ لأن الضمان وجب بأمره، فلهم أن يرجعوا به عليه.

كما لو استأجر رجلاً ليذبح شاة له، ثم استحقت الشاة بعد الذبح.. فللمستحق أن يضمِّن الذابح، ويرجع به الذابح على الآمر.

- أو يقول لهم: أخرجوا جناحاً على فناء داري، وأخبرهم أن لا حق له في ذلك، أو لم يخبرهم، ففعلوا، فسقط وأتلف شيئاً قبل الفراغ من العمل.. فعليهم الضمان، ولم يرجعوا به على الآمر قياساً واستحساناً.

وإن سقط بعد الفراغ منه.. فكذلك في القياس؛ لأنه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه، وقد علموا بفساد الأمر، فلم يحكم بالضمان على المستأجر [٧٥٤/ب]؛ كما لو استأجر ليذبح شاة جار له، فذبح، ثم ضمن الذابح للجار.. لم يرجع به على الآمر.

وفي الاستحسان: يكون الضمان على الآمر؛ لأن هذا الأمر:

صحيح: من حيث إن الفناء مملوك له من وجه، على معنى: أنه مباح له الانتفاع بشرط السلامة.

غير صحيح: من حيث إنه غير مملوك له من حيث لا يجوز بيعه.

فمن حيث الصحة.. يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن

وَيضمنُ مَن صبَّ المَاءَ فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ: مَا عَطِبَ بِهِ.

وَكَذَا: إن رشَّهُ بِحَيْثُ يُزلَق، أَو تَوَضَّأَ بِهِ واستوعبَ الطَّرِيقَ.

وَإن فعلَ شَيْئاً مِن ذَلِك فِي سكَّةٍ غيرِ نَافِذَةٍ وَهُوَ مِن أَهلِهَا، أَو قعدَ فِيهَا، أَو وضعَ مَتَاعَهُ.. لَا يضمنَ.

وَكَذَا: إن رشَّ مَاءً لَا يُزلَقُ بِهِ عَادَةً، ....

حيث الفساد.. يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه؛ عملاً بهما، وإظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل: أولى من إظهارها قبل الفراغ؛ لأن الأمر إنما صح من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

وكلام المصنف هنا ظاهر فيما إذا قال لهم: أخرجوا جناحاً على فناء داري، ولم يخبرهم أن لا حق له في الإخراج.

وكلامه في آخر هذا الباب في مسألة استئجار الحافر في غير فنائه: يشير إلى هذا التفصيل.

(**ويضمن من صبَّ الماء في الطريق العام: ما عطب به**) من الإنسان أو الحيوان.

(**وكذا: إن رشه**)؛ أي: الماء (**بحيث يُزلَق**) على صيغة المجهول.

(**أو توضأ به واستوعب الطريق**)، وهذا: لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمارة، ومتسبب به.. فيضمن.

(**وإن فعل شيئاً من ذلك**)؛ يعني: الصب والرش والتوضؤ (**في سكة غير نافذة، وهو من أهلها**)؛ أي: من أهل هذه السكة، (**أو قعد فيها**)؛ أي: في هذه السكة، (**أو وضع متاعه.. لا يضمن**) في هذه الصور؛ لأن لكل واحد من أهل هذه السكة أن يفعل ذلك؛ لكونه من ضرورات السكنى؛ كما في الدار المشتركة، فلم يكن متعدياً.

(**وكذا**)؛ أي: لا يضمن (**إن رش ماء لا يزلق به عادة**)؛ أي: ماء قليلاً.

وَوضعُ الْخَشَبَةِ في الطريقِ: كالرَّشِّ فِي اِستيعابِ الطَّرِيقِ وَعَدَمِهِ.

وَإن رشَّ فنَاءَ حَانُوتٍ بِإِذنِ صَاحِبِهِ.. فَالضَّمَانُ على الْآمِرِ اسْتِحْسَاناً؛ كَمَا لَو اسْتَأْجرَهُ ليبنِيَ لَهُ فِي فناءِ حانوتِهِ، فَتلفَ بِهِ شَيْءٌ بعد فَرَاغِهِ.

وَلَو كَانَ أَمرَهُ بِالْبِنَاءِ فِي وسْطِ الطَّرِيقِ.. فَالضَّمَانُ على الْأَجِيرِ.

وَلَو كنسَ الطَّرِيقَ.. لَا يضمنُ مَا تلفَ بِموضعِ كَنسِهِ.

وَلَو جمعَ الكناسةَ فِي الطَّرِيقِ.. ضمنَ مَا تلفَ بهَا.

(**أو**) رش (**بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه**)؛ أي: على موضع صبت فيه الماء؛ لأنه ليس بمضطر في المرور عليه؛ لوجدانه موضعاً لا أثر فيه للماء، فيضاف التلف إليه لا إلى الراش.

بخلاف ما إذا استوعب الماء الطريق؛ لأنه مضطر في المرور عليه، فلا يضاف التلف إلى المار، بل إلى الراش.

(**ووضع الخشبة في الطريق: كالرش في استيعاب الطريق وعدمه**)؛ فإن استوعبت الخشبة الطريق.. يضمن ما تلف به، وإن لم تستوعب.. فلا ضمان.

(**وإن رش فناء حانوت**) [٧٥٥/أ] (**بإذن صاحبه**) وهلك به شيء (**.. فالضمان على الآمر استحساناً؛ كما لو استأجره ليبني له في فناء حانوته فتلف به**)؛ أي: بالبناء (**شيء بعد فراغه**).. فإن الضمان فيه على المستأجر، على ما بيناه من قبل، فكذا في رش فنائه بإذنه.

(**ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق.. فالضمان على الأجير**) لا على المستأجر؛ لفساد أمره؛ لأنه أمره بما لم يملك مباشرته بنفسه، وقد علموا بفساد أمره؛ لعلمهم بأنه لا حق له بالبناء في طريق العامة.

(**ولو كنس الطريق.. لا يضمن ما تلف بموضع كنسه**)؛ لأنه ليس بمتعد في فعله؛ فإنه ما أحدث شيئاً فيه، وإنما قصد رفع الأذى عن الطريق.

(**ولو جمع الكناسة في الطريق**)، وتلف به إنسان أو دابة (**.. ضمن ما تلف بها**)؛

وَلَا ضَمَانَ فِيمَا تلف بِشَيْءٍ فُعِلَ فِي الْملكِ، أَو فِي فنَاءٍ لَهُ فِيهِ حقُّ التَّصَرُّفِ؛ بِأَن لم يكن للعامَّةِ، وَلَا مُشْتَركاً لأَهلِ سكَّةٍ غيرِ نَافِذَةٍ.

وَإِنِ اسْتَأْجرَ مَن حَفَرَ لَهُ فِي غيرِ فنائِهِ.. فَالضَّمانُ على الْمُسْتَأْجِرِ إِن لَم يعلمِ الْأَجِيرُ أَنَّهُ غيرُ فنائِهِ.

لأنه صار متعدياً بشغله الطريق.

(ولا ضمان فيما تلف بشيء فُعِل) صفة شيء (في الملك) لعدم التعدي فيه.

(أو في فناء له فيه حق التصرف؛ بأن لم يكن) الفناء (للعامة، ولا مشتركاً لأهل سكة غير نافذة)؛ لأنه إذا كان للعامة أو مشتركاً بين أهل سكة غير نافذة.. يضمن ما تلف به؛ لأنه مسبب متعد.

وقال في «الهداية»: وهذا صحيح.

واختلف في معنى الفناء.

قيل: الفناء: سعة أمام البيوت.

وقيل: ما امتد من جوانبها.

وقيل: ما أعدّ لحوائج الدار؛ كربط الدابة وكسر الحطب.

(وإن استأجر من حفر له في غير فنائه)؛ يعني: بأن كان الفناء للغير أو طريقاً للعامة، لكنه غير مشهور، فحفر له وتلف به شيء (.. فالضمان على المستأجر؛ إن لم يعلم الأجير أنه غير فنائه)، ولا شيء على الأجير، وهذا؛ لأن الإجارة صحت ظاهراً إذا لم يعلم أنه غير فنائه، فنقل فعله إلى المستأجر.. فيضمن هو، وكان الأجير مغروراً من جهته.. فلا شيء عليه؛ لكونه مغروراً.

وصار هذا: كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها، ثم ظهر أن الشاة لغيره، إلا أن هناك يضمن المأمور؛ أي: الذابح، ويرجع على الآمر؛ لأن الذابح مباشر، والآمر مسبب، والمباشر مقدم على المسبب.. فيضمن الذابح لمباشرته، ثم يرجع على الآمر للغرور من جهته.

وَإِن عَلِمَ.. فعلى الْأَجِيرِ.

وَإِن قَالَ: هُوَ فنائي وَلَيْسَ لي فِيهِ حقُّ الْحفرِ.. فَالضَّمَانُ على الْأَجِيرِ: قِيَاساً، وعَلى الْمُسْتَأْجِرِ: اسْتِحْسَاناً وَمَن بنى قنطرةً بِغَيْرِ إِذنِ الإِمَامِ فتعمَّدَ أَحدٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا، ....

وههنا: يجب الضمان على المستأجر ابتداء؛ لأن كل واحد منهما مسبب لا مباشر، والأجير غير متعد، والمستأجر متعدّ، فيرجح جانبه، فيضمن هو.

(وإن علم) الأجير أنه غير فنائه (.. فعلى الأجير)؛ لأنه لم يصح [٧٥٥/ب] أمره بما ليس بمملوك له، فلا ينقل فعله إلى المستأجر، وليس بمغرور من جهته؛ لعلمه بأنه غير فنائه، فبقي الفعل مضافاً إليه.. فيضمن هو لا المستأجر.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة، والمسألة المتقدمة؟ أعني الأمر بإشراع الجناح؛ فإن الأجير هناك إذا لم يعلم.. ضمن ويرجع على المستأجر، وههنا إذا لم يعلم.. لم يضمن أصلاً، بل يضمن المستأجر؟

أجيب: بأن إشراع الجناح: كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها في كونهما مباشرة؛ كذا في «العناية».

(وإن قال) المستأجر: (هو فنائي، وليس لي فيه حق الحفر)، فحفر ومات فيه إنسان أو دابة (.. فالضمان على الأجير: قياساً، وعلى المستأجر: استحساناً)؛ لأن كونه فناء داره بمنزلة كونه مملوكاً له؛ لانطلاق يده في التصرف فيه من: إلقاء الطين، والحطب، وربط الدابة، والركوب فيها، وبناء الدكان، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى انطلاق يده في هذه التصرفات، فكفى ذلك في نقل فعل الأجير إلى المستأجر.. فيضمن هو لا الأجير.

وجه القياس: أن الأجير علم بفساد الأمر، فلم تصح الإجارة، وليس بمغرور من جهته؛ لعلمه.. فيضمن.

(ومن بنى قنطرة)، أو جسراً (بغير إذن الإمام، فتعمد أحد المرور عليها،

فَعَطِبَ.. فَلَا ضَمَانَ على الْبَانِي.

فعطب.. فلا ضمان على الباني)؛ لأنه مسبب، وعامد المرور: مباشر، فيضاف التلف إلى المباشر لا إلى المسبب.

أطلق، فشمل: أنواع الأنهار، وهو ثلاثة.

نهر مملوك، ونهر خاص لأقوام مخصوصين، ونهر عام.

- فلو وضع قنطرة أو جسراً على نهر مملوك له، فتلف به شيء.. لا ضمان عليه؛ لأنه ليس بمتعد.
- وإن وضع على نهر خاص [لأقوام] مخصوصين، فمر أحد عليها، وهلك بالتعلق بها أو عطب؛ فإن تعمد المرور عليها.. لا ضمان على الواضع؛ لما ذكرناه، وإن لم يعلم المار به.. ضمن؛ كواضع الحجر والخشب أو الحديد في طريق المسلمين، فمر به دابة بلا سوق أحد.. يضمن.

وعلى قياس مسألة الرش في الطريق؛ إذا لم يجد المار طريقاً غيرها.. يضمن الواضع وإن تعمد المرور عليها.

- وإن وضعها على نهر العامة.. فالجواب كذلك في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه لا يضمن؛ كما إذا وضع القنطرة على نهر العامة بإذن الإمام؛ كذا في «البزازية».

ثم قال فيها أيضاً: بنى على نهر جسراً أو قنطرة بلا إذن الإمام، فمر عليها رجل عمداً فعطب.. فلا ضمان على الباني.

هذا: إذا كان [٧٥٦/أ] النهر مملوكاً للثاني لا إشكال، وإن كان النهر لعامة المسلمين:

فتعمد المشي عليها.. فكذلك لا ضمان على الباني.

وإن لم يتعمد؛ بأن كان المار أعمى، أو مر ليلاً.. يضمن لو بلا إذن الإمام.

وإن بإذن الإمام.. لا يضمن؛ لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل.

وذكر شيخ الإسلام في النهر الخاص بين قوم مخصوصين: لو وضع قنطرة بلا إذن، فمر عليها رجل أو دابة عمداً وانخسفت.. لا يضمن؛ لأن هلاكه يضاف إلى مروره، لا إلى اتخاذ القنطرة.

* * *

(فَصْلٌ)

إن مَال حَائِطٌ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ، فطُولِبَ ربُّهُ بنقضِهِ مِن مُسلمٍ أَو ذمِّيٍّ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ، فَلَم ينقضْهُ فِي مُدَّةٍ يُمكِنُ نقضُهُ فِيهَا، فَتلفَ بِهِ نفسٌ أَو مَالٌ.. ضمنَ عَاقِلَتُهُ النَّفسَ وَهُوَ المَالَ.

(فَصْلٌ)

فِي أَحْكَامِ الحَائِطِ المَائِلِ

(إن مال حائط إلى طريق العامة)، وكذا: إلى طريق الخاصة، وهو من قبيل: «الاكتفاء».

(فطولب ربُّه بنقضه) بلفظ يفهم منه طلب النقض؛ مثل أن يقول: إن حائطك هذا مخوف، أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيئاً، أو اهدمه؛ فإنه مائل.

(من مسلم أو ذمي)، ذكراً أو أنثى، حراً أو مكاتباً؛ لأن لهم حق الطلب لحق المرور لهم في ذلك الطريق.

(وأشهد) ربه (عليه)؛ أي: على النقض بأن تكلم اللفظ المذكور بحضرة الشهود، أو يقول: اشهدوا أني تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا.

وأما لو قال لرب الحائط: ينبغي لك أن تهدمه.. فليس هذا بطلب ولا إشهاد وإن قاله بحضرة الشهود، بل هو مشورة.

واعلم: أن الشرط ههنا: هو طلب النقض، لا الإشهاد، حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه.. وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه، وإنما الإشهاد ليتمكن من إثباته عند جحوده الطلب، أو جحود عاقلته، فكان الإشهاد من باب الاحتياط: كالإشهاد على طلب الشفعة، لا من باب الاشتراط لصحة الطلب؛ كالإشهاد في عقد النكاح؛ فإنه شرط لصحة النكاح.

(فلم ينقضه في مدة يمكن نقضه فيها، فتلف به نفس أو مال.. ضمن عاقلته النفس وهو)؛ أي: رب الحائط (المال)؛ لأن العاقلة تتحمل النفس تخفيفاً عنه؛ كي لا

يؤدي إلى الاستئصال، لا المال؛ فضمان المال: في ماله.

لكن قال محمد: لا تتحمله العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على المتقدم إليه في النقض، وعلى أنه مات بالسقوط عليه، وعلى أن الدار له.

لأن إقراره لا يكون حجة على الغير، والملك الثابت بظاهر اليد: لا يصلح حجة للاستحقاق.

ثم لزوم الضمان ههنا جواب الاستحسان.

والقياس: أن لا ضمان أصلاً، وهو قول الشافعي؛ لأنه لم يوجد منه صنع هو لعدٍّ، لا مباشرة علة [٧٥٦/ب] ، ولا مباشرة سبب؛ لأن البناء كان في ملكه مستقيماً، والميلان وشغل هواء الطريق: ليس من فعله.. فلا يضمن؛ كما لو لم يشهد عليه.

ووجه الاستحسان: مروي عن علي وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين.

ولأن الحائط لما مالَ.. فقد أشغل هواء الطريق بملكه، ورفعُهُ في يده؛ فإذا تقدم إليه أحد ممن له حق الطلب؛ من المسلم أو الذمي، ذكراً أو أنثى، حراً أو مكاتباً - لا صبياً أو عبداً محجورين عليهما، أو مجنوناً؛ لأنه ليس عليهم حق الطلب - وطولب بتفريغه.. لزمه تفريغه.

فإذا امتنع عنه مع التمكن منه.. صار متعدياً؛ بمنزلة: ما لو وقع ثوب إنسان في حجره.. يصير متعدياً بالامتناع عن تسليمه بعد الطلب، حتى يضمن بهلاكه في يده.

بخلاف ما قبل الإشهاد؛ لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب.

ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان.. يمتنع عن التفريغ، فينقطع المارة حذر الوقوع عليهم، فينفرون بذلك، ودفع الضرر العام: واجب، وله تعلق بالحائط؛ لأنه ملكه، فتعين لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص: يجب تحمله لدفع هذا الضرر العام؛ كالرمي إلى الكفار وإن تترسوا بأسارى المسلمين.

وَكَذَا: لَو طُولِبَ بِهِ مَن يَملكُ نقضَهُ؛ كأبِ الطِّفْلِ ووصيّهِ، ....

والتقدم في الدواب؛ كما تقدم في الحائط المائل؛ حيث قال في ضمانات «العمادية»: رجل له كلب عقور؛ كلما مر عليه مار.. يعضه، فعض إنساناً؛ هل يجب عليه الضمان؟

إن تقدموا في صاحب الكلب قبل العض.. يضمن، وإن لم يتقدموا فيه قبل العض.. لا يضمن؛ بمنزلة الحائط المائل. انتهى.

(**وكذا**)؛ أي: يجب النقض (**لو طولب به**)؛ أي: بالنقض (**من يملك نقضه؛ كأب الطفل ووصيّه**) أو جدّه أو أمه عند عدم الأب والوصي؛ فإن لهما ولاية التصرف في مال الصغير عند عدم الأب والوصي، والجدُّ مذكور في «الزيلعي»، والأم في «الهداية».

وهذا: لأن التقدم إلى هؤلاء: كالتقدم إلى الصغير بعد البلوغ، ولو تقدم إليه بعد البلوغ.. وجب عليه النقض، فكذا: لو تقدم إلى هؤلاء؛ لأن لهم ولاية التصرف في مال الصغير.

اعترض عليه: بأنه لو كان كذلك.. لما هدر القتيل بسقوط الحائط إذا بلغ الصبي بعد التقدم إلى الأب والوصي.

وأجيب عنه في «العناية»: بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصغير ما دامت ولايتهما باقية عليه، وقد زالت بالبلوغ، وصار كما أن التقدم لم يوجد في حق الصغير، ثم إن الأب والوصي [٧٥٧/أ] لو تركا الهدم بعد التقدم إليهما.. كان الضمان في مال الصغير لا في مالهما؛ لأنهما يعملان للصغير في ترك الهدم، وينظران له، فيكون الغرم في مال الصغير.

فإن قيل: إنهما بترك الهدم بعد التقدم إليهما ألحقا ضرراً بمال اليتيم، فكان الواجب أن يكون الضمان عليهما، أو يرجع اليتيم في مالهما بعد البلوغ.

أجيب: بأن في ترك الهدم دفع مضرة متحققة، وهي مضرة مؤنة النقض وبنائه

والراهنُ بفكِّ الرَّهْنِ، وَالْعَبْدُ التَّاجِرُ ....

ثانياً، وفي النقض: دفع مضرة موهومة؛ لجواز أن لا يسقط، وعلى تقدير سقوطه: يحتمل أن لا يهلك به شيء، فكان تركه أنظر لليتيم.. فلا يلزم الأب والوصي ضمان. الكل في «العناية».

(**والراهن بفك الرهن**)؛ يعني: لو تقدم إلى الراهن في الدار المرهونة، أو الحائط المرهون بالنقض.. صح التقدم، ووجب على الراهن نقضه؛ لأنه يملك نقضه بواسطة فك الرهن.

(**والعبد التاجر**) مديوناً كان أو لا، ولذا: أطلقه.

بقي: لو رهن العبد المأذون له في التجارة حائطاً أو داراً، وتقدم إليه مسلم أو ذمي بالنقض.. وجب عليه نقضه؛ لأن ولاية نقضه له؛ سواء كان عليه دين أو لا، والتالف بسقوطه بعد التقدم إليه: في رقبته:

إن كان التالف مالاً.. فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة استحساناً.

وإن كان التالف نفساً.. فعلى عاقلة المولى؛ لأن الإشهاد عليه إشهاد على المولى من وجه.

أما إذا لم يكن على العبد دين.. فظاهر؛ لأن ما في يده من الدار وغيرها للمولى رقبة وتصرفاً، والعبد خصم من جهته فقط، حتى لو ادعى أحد حقاً في دار في يده.. ينتصب خصماً له من جهة المولى.

وأما إذا كان عليه دين.. فعندهما: ظاهر؛ لأن المولى يملك ما في يده، ولو كان الدين مستغرقاً عندهما.

وعند أبي حنيفة: أن المولى وإن لم يملك ما في يده إذا كان الدين مستغرقاً.. لكنه أحق باستخلاصه بقضاء دينه، فعلى التقديرين: العبد كان الإشهاد عليه والتقديم إليه: تقدماً وإشهاداً على المولى من وجه، وتقدماً إلى العبد من وجه:

فاعتبر في ضمان النفس تقدماً إلى المولى؛ لأن فك الحجر عنه بالإذن له لم

وَالْمكَاتبُ، وَلَا يضمنُ إِن بَاعَهُ بعد الْإِشْهَادِ وَسلَّمهُ إِلَى الْمُشْتَرِي فَسقطَ.

يتناول التزام ضمان الجناية على النفس، فبقي محجوراً عليه في حق ضمان الجناية على النفس، فيلزم على عاقلة المولى.

واعتبر في ضمان الأموال تقدماً إلى العبد؛ لأنه بمنزلة الحر في ضمان الأموال؛ لأنه منفك الحجر عنه في اكتساب [٧٥٧/ب] سببه.

والقياس: أنه يكون ضمان الأموال على المولى أيضاً، إلا أنه ترك استحساناً بهذا الفرق.

(والمكاتب)؛ لأن ولاية النقض له؛ لأنه من كسبه.

وإن تقدم إليه ولم ينقض، وتلف به شيء:

فإن تلف في حال بقاء الكتابة.. يجب عليه قيمته؛ لأن دفع نفسه متعذر.

وإن بعد عتقه.. فعلى عاقلة المولى.

وإن بعد العجز عن الكتابة.. لا يجب على أحد شيء؛ لعدم قدرة المكاتب، وعدم الإشهاد على المولى؛ كذا في «الزيلعي».

وهل يجوز التقدم إلى ورثة من له حق النقض؟

ففي «الهداية»: يصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده.

وقال في «العناية»: وهذا جواب الاستحسان، والقياس: أن لا يضمن أحد من الورثة شيئاً بعدم النقض بعد التقدم إلى أحدهم.

أما الذي تقدم إليه.. فلعدم تمكنه من نقضه وحده، فلم يكن التقدم إليه مفيداً.

وأما غيره من الورثة.. فلعدم التقدم إليهم، فلم يوجد التعدي منهم في ترك النقض.

(ولا يضمن) من أشهد عليه بطلب النقض (إن باعه)؛ أي: داره (بعد الإشهاد، وسلمه إلى المشتري، فسقط) وهلك به شيء: نفس أو مال؛ لأن الجناية بترك الهدم

وَلَا إِن طُولِبَ بِهِ مَن لَا يَملِكُهُ؛ كالمرتهنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُودَعِ.

وَإِن بناهُ مائلاً ابْتِدَاءً.. ضَمِنَ مَا تلفَ بسقوطِهِ وَإِن لم يُطَالَب بنقضِهِ؛ كَمَا فِي إِشراعِ الْجنَاحِ وَنَحْوِهِ.

فَإِن مَالَ إِلَى دَارِ رجلٍ.. فالطَّلَبُ لِرَبِّهَا أَو ساكنِها، فَيَصحُّ تَأْجِيلُهُ وإِبراؤُهُ وَلَا يَصحُّ التَّأْجِيلُ فِيمَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ وَلَو مِنَ القَاضِي أَوِ المُشهِدِ.

مع تمكنه منه، وقد زال بالبيع.

بخلاف إشراع الجناح؛ لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع.

قيّد بقوله: «وسلمه إلى المشتري»، وهكذا في «الهداية» أيضاً؛ حيث قال: «وقبضه المشتري»، لكنه قال في «الدرر»: قبض المشتري ليس بشرط في سقوط الضمان عن البائع بعد بيعه، نقله عن «الكافي».

وهل يضمن المشتري؟

ففي «الهداية»: لا يضمن أيضاً؛ لأنه لم يشهد عليه، فلم يكن متعدياً.

(ولا إن طولب به من لا يملكه)؛ أي: النقض (كالمرتهن والمستأجر والمودع)؛ لعدم قدرتهم على التصرف.. فلا ضمان على أحد من هؤلاء ومن المالك بترك النقض بعد التقدم إلى هؤلاء؛ لأن التقدم إليهم غير مفيد.

(وإن بناه مائلاً ابتداء.. ضمن ما تلف بسقوطه وإن لم يطالب بنقضه)؛ لأنه تعدي بالبناء نفسه، فصار (كما في إشراع الجناح ونحوه) كالكنيف؛ فإنه جانٍ فيه بنفس الوضع على طريق المسلمين.

(فإن مالَ إلى دار رجل.. فالطلب لربها)؛ أي: الدار (أو ساكنها)؛ لأن الحق لهما على الخصوص، (فيصح تأجيله وإبراؤه)؛ لأن الحق له على الخصوص.

(ولا يصح التأجيل فيما)؛ أي: في حائط (مال إلى الطريق ولو) وصلية (من القاضي أو المشهد)؛ لأن الحق لعامة المسلمين المارين [٧٥٨/أ] فيه، وليس للقاضي ولا لغيره أن يبطل حقهم.

وَلَو كَانَ الْحَائِطُ بَينَ خَمْسَةٍ، فَأُشهِدَ على أَحدِهم.. ضَمِنَ خُمْسَ مَا تَلِفَ بِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: نصفُهُ.

(ولو كان الحائط بين خمسة، فأشهد على أحدهم.. ضمن خمس ما تلف به) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: نصفه)؛ لأنه متعدٍ اعتباراً بملك شريكه، وغير متعد باعتبار ملكه، فاعتبر قسمين، فانقسم نصفين؛ كما إذا هلك بجرح الرجل ونهش الحية وعقر الأسد؛ فإنه يعتبر قسمين لا ثلاثة أقسام؛ كما تقدم.

ولأبي حنيفة: أن الموت حصل بعلة واحدة، وهو الثقل المقدر في الحائط؛ لأن أصل الثقل ليس بعلة؛ لأن التقليل من الثقل لا يوجب التلف بحال، حتى يعتبر كل جزء منه علة على حدة، فتجتمع العلل؛ فإذا كان كذلك.. يعتبر الكل علة واحدة، فيضاف التلف إلى العلة الواحدة، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك، من خمس الدية أو خمس قيمة المال المتلف.

بخلاف الجراحات؛ فإن كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف، صغرت الجراحة أو كبرت.

إلا أن التلف عند المزاحمة يضاف إلى الكل؛ لعدم الأولوية؛ فإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في إضافة الضمان إليه - وهو جرح الرجل - وبعضها غير معتبر، وهو جرح الحية والأسد.. فجعل غير المعتبر شيئاً واحداً وإن تعدد، وبذلك صار الضمان نصفين، فاعتبر أحدهما، وأهدر الآخر.

فإن قيل: الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيئاً من الحائط، فكيف يصح التقدم إليه؟

أجيب: بأنه وإن لم يتمكن من هدمه، لكنه يتمكن من إصلاحه بوجه، وهو المرافعة إلى الحكام، وبه يحصل الغرض؛ لأن المقصود إزالة الضرر بأي طريق كان،

وَإِن حفرَ أَحدُ ثَلَاثَةٍ فِي دَارٍ هي لَهُم بِئْراً بِغَيْرِ إِذنِ شريكَيه أَو بنى حَائِطاً.. ضَمِنَ ثُلُثَي مَا تَلِفَ بِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: نِصفَهُ.

ولا يتعين بالهدم.

(وإن حفر أحد ثلاثة في دار هي لهم)؛ أي: مشترك بينهم (بئراً بغير إذن شريكيه، أو بنى) أحد ثلاثة في دار بينهم (حائطاً) بغير إذن شريكه (.. ضمن) الحافر والباني (ثلثي ما تلف به)؛ أي: بالبئر والحائط عند أبي حنيفة.

(وعندهما: نصفه)؛ لما ذكرناه من أن الحفر باعتبار ملكه: ليس بتعدٍ، وباعتبار ملك شريكه: تعدٍّ، فكانا قسمين، فانقسم عليهما نصفين.

ولأبي حنيفة: ما تقدم أيضاً من أن الموت حصل بعلة واحدة، وهو العمق المقدر في البئر؛ لأن أصل العمق ليس بعلة؛ لأن القليل من العمق لا يوجب التلف بحال، حتى يعتبر كل جزء منه علة على حدة، فتجتمع العلل؛ فإذا كان كذلك.. يعتبر الكل علة واحدة، فيضاف [٧٥٨/ب] التلف إلى العلة الواحدة، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك، فيضمن ثلث قيمة ما تلف؛ إنساناً أو حيواناً.

* * *

(بَابُ جِنَايَةِ الْبَهِيمَةِ وعَلَيْهَا)

يضمنُ الرَّاكِبُ مَا وطِئَت دَابَّته، أَو أَصَابَت بِيَدِهَا، أَو رجلِهَا، أَو رَأسهَا، أَو كَدَمت أَو خَبَطَت أَو صَدَمَت، ....

(بَابُ

جِنَايَةِ البَهِيمَةِ وَعَلَيْهَا)

والأصل فيه: أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه، وفي حق غيره من وجه؛ لكونه مشتركاً بين كل الناس، فقلنا بالإباحة بشرط السلامة؛ ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه، لا فيما لا يمكن؛ لأن تقييده بالسلامة مطلقاً: يؤدي إلى المنع من التصرف، وينسد بابه، وهو مفتوح.

وعلى هذا الأصل تبتنى المسائل المذكورة في الباب، قال: (يضمن الراكب) على الدابة في طريق المسلمين (ما وطئت دابته، أو أصابت)؛ أي: أهلكت (بيدها، أو رجلها أو رأسها، أو كدمت)؛ أي: عضت بمقدم أسنانها، (أو خبطت)، قال في «المصباح»: خبط البعير الأرض: ضربها بيده. انتهى.

وهو بالخاء المعجمة، وفيه شائبة التكرار مع الإصابة باليد.

(أو صدمت)؛ أي: ضربت بنفسها، قال في «المصباح»: تصادم الفارسان واصطدما: أصاب كل واحد الآخر بثقله وحدته. انتهى.

وإنما ضمن فيها؛ لأن الاحتراز عن كل هذه الأشياء: ممكن؛ لأنه ليس من ضرورات السير، فقيد كل منها بشرط السلامة؛ لما تقدم من الأصل.

فإذا لم توجد السلامة.. ضمن.

وهذا في الطريق.

ولو حدثت هذه الأشياء في ملكه.. لا يضمن شيئاً من ذلك إلا الإيطاء وهو

راكبها؛ لأن الإيطاء حال الركوب مباشرة؛ لأنه فعله بفعله، حتى يحرم من الميراث، وتجب عليه الكفارة.

وغير الإيطاء: تسبيب، وفي التسبيب يشترط التعدي، فصار كحفر البئر في ملكه.

وفي المباشرة: لا يشترط التعدي، ولو حدثت في ملك غيره؛ فإن كان بإذن مالكه.. فهو كما لو كان في ملكه، وإن كان بغير إذنه:

فإن دخلت الدابة من غير أن يدخلها هو ولم يكن هو معها أيضاً.. لا يضمن شيئاً.

وإن أدخلها هو.. ضمن الجميع؛ سواء كان هو معها، أو لم يكن؛ لوجود التعدي بالإدخال.

والملك المشترك؛ كملكه فيما ذكرنا؛ لأن لكل أحد من الشركاء: السير والإيقاف فيه.

وباب المسجد: كالطريق في الإيقاف.

ولو جعل الإمام موضعاً لوقوف الدواب عند باب المسجد.. فلا ضمان فيما حدث من الوقوف به.

وكذلك: إيقاف الدواب في سوق [٧٥٩/أ] الدواب؛ لأنه مأذون له من جهة السلطان.

وكذلك: الفلاة وطريق مكة إذا أوقف في غير المحجة؛ لأنه لا يضر بالناس، فلا يحتاج فيه إلى الإذن.

أما المحجة: فهي كالطريق، فيضمن فيه.

وكذلك: لو أوقفها في باب السلطان.. يضمن كما في الطريق.

لَا مَا نفحت برجلِها أَو ذَنَبِها، إِلَّا إِذا أَوقَفَها.

وَلَا مَا عَطِبَ بروثِها أَو بولِها سائرةً أَو موقوفةً لأَجله.

فَإِن أَوقفَها لَا لأَجلِهِ.. ضَمِنَ مَا عَطِبَ بِهِ.

فَإِن أَصَابَت بِيَدِهَا أَو رجلِهَا حَصَاةً أَو نواةً، أَو أَثارَت غُباراً أَو حجراً صَغِيراً، ففقأَ عيناً، أَو أَفسدَ ثوباً.. لَا يَضمنُ.

(لا ما نفحت) بالحاء المهملة **(برجلها)**؛ أي: ضربت بها، قال في «المصباح»: نفحت الدابة نفحاً: ضربت بحافرها.

(أو ذنبها)؛ أي: لا ضمان في النفح بهما؛ لعدم التعدي منه؛ لعدم إمكان التحرز عنهما، فلم يقيد بشرط السلامة.

(إلا إذا أوقفها) في الطريق فنفحت برجلها أو ذنبها.. فحينئذٍ يضمن للتعدي منه بالإيقاف في الطريق.

(ولا ما عطب)؛ أي: هلك **(بروثها أو بولها)** في الطريق **(سائرة أو موقوفة لأجله)**؛ أي: لأجل الروث أو البول. الجارُّ: متعلق بالموقوفة؛ أي: لا ضمان فيه؛ لأن سير الدابة لا يخلو من روث وبول، فلا يمكن التحرز عنه.. فلا يضمن ما تلف به.

وكذا: إذا أوقفها في الطريق للروث والبول؛ لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا واقفاً، فلا يمكن التحرز عنه أيضاً، فلا يقيد بشرط السلامة.

(فإن أوقفها لا لأجله.. ضمن ما عطب به)؛ أي: بالروث أو البول؛ لأنه متعد في هذا الإيقاف؛ لأنه ليس من ضرورات السير.

(فإن أصابت) الدابة وهو راكب عليها **(بيدها أو رجلها حصاة، أو نواة، أو أثارت غباراً، أو حجراً صغيراً، ففقأ عيناً)** لإنسان أو حيوان، **(أو أفسد ثوباً.. لا يضمن)**؛ لعدم التعدي منه في ذلك؛ لأن التحرز عنه غير ممكن؛ لأن سير الدابة لا يخلو عن ذلك، فلا يقيد بشرط السلامة.

وَإِن كَبِيراً.. ضَمِنَ.

وَيضمَنُ الْقَائِدُ مَا يضمنُهُ الرَّاكِبُ.

وَكَذَا: السَّائِقُ فِي الْأَصَحِّ.

وَقِيلَ: يضمنُ النفحةَ أَيْضاً. ....

(وإن) كان الحجر المثار **(كبيراً.. ضمن)**؛ لأن التحرز عنه ممكن؛ لأن ذلك إنما يكون من قلة هداية الراكب، فيقيد بشرط السلامة.

(ويضمن القائد كل ما يضمنه الراكب) من الأشياء المذكورة.

(وكذا: السائق في الأصح).

(وقيل) - قائله القدوري، وتبعه بعض المشايخ -: **(يضمن)** السائق **(النفحة)** بالرجل أو الذنب **(أيضاً)**؛ يعني:

كل شيء يضمنه الراكب.. يضمنه القائد والسائق أيضاً؛ لأنهما مسببان كالراكب، فيجب فيهما الضمان بالتعدي كالراكب.

وكل شيء لا يضمنه الراكب.. فهما لا يضمنان أيضاً، هكذا ذكره أكثر المشايخ، وهو المراد بقوله: «في الأصح».

وذكر القدوري وتبعه بعض المشايخ [٧٥٩/ب]: أن السائق يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها أيضاً؛ لأن النفحة بهما بمرأى عينه، فيمكن الاحتراز عنه مع السير، فيقيد بشرط السلامة، بخلاف القائد والراكب؛ فإن النفحة بهما ليس بمرأى عينهما، بل غائبة عن نظرهما، فلا يمكنهما التحرز عنها، فلا يقيد بشرط السلامة.

وجه الأصح: أن السائق ليس معه على رجل الدابة شيء يمنعها به عن النفحة، فلا يمكن التحرز عنها، بخلاف الكدم والصدم.

وبالجملة ههنا: إن جناية الدواب لا تخلو من أوجه ثلاثة لأنها:

إما أن تكون في ملك صاحبها.

أو في ملك غيره.

أو في طريق المسلمين.

• **فإن كانت في ملك صاحبها ملكاً كاملاً، أو مشتركاً، متساوياً أو متفاضلاً؛ فإما:**

أن يكون صاحبها معها، أو لا يكون:

فإن لم يكن صاحبها معها.. لم يضمن صاحبها معها شيئاً؛ سواء كانت الدابة واقفة أو سائرة، وطئت بيدها أو برجلها، أو نفحت أو كدمت أو أثارت حجراً كبيراً.

وإن كان صاحبها معها:

فإما أن يكون سائقاً لها، أو قائداً، وإما أن يكون راكباً عليها.

فإن كان سائقاً أو قائداً.. لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها، أتلف نفساً أو [مالاً]؛ لأن صاحبها في هذه الوجوه مسبب؛ لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً، ولا تعدي في إيقاف الدابة وتسييرها في ملكه.

وإن كان راكباً عليها وهو يسير: فإن وطئت بيدها أو رجلها.. يضمن.

وإن كدمت أو نفحت بيدها أو رجلها أو ضربت بذنبها.. فلا ضمان.

لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر بالإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف، وكأنهما وطئاه جميعاً، والمباشر ضامن؛ متعدياً كان أو لم يكن.

وفي الوجه الثاني: مسبب غير متعد، ولا ضمان على المسبب بدون التعدي.

• **وإن كانت الجناية في ملك غير صاحبها؛ فإما:**

أن أدخلها صاحبها فيه، أو لا.

وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِمَا، وَلَا حِرمَانَ إِرْثٍ أَو وَصِيَّةٍ.

بِخِلَافِ الرَّاكِبِ.

فإن لم يدخلها فيه.. فلا ضمان عليه على كلّ حال، ليلاً أو نهاراً؛ لأنه ليس بمسبب، ولا مباشر.

وإن أدخلها فيه.. فعليه الضمان على كل حال؛ سواء كان معها سائقها أو قائدها أو راكبها، أو لا، واقفة كانت الدابة أو سائرة؛ لأن صاحبها: إما مباشر، أو مسبب متعد؛ إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها [٧٦٠/أ] في ملك الغير بغير إذنه.. فيضمن.

• **وإن كانت في طريق المسلمين** وقد أوقفها صاحبها.. فعليه ضمان ما أتلف في الوجوه كلها؛ لأنه بالإيقاف مسبب متعد؛ إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه.

وإن كانت سائرة؛ فإما:

أن يكون صاحبها معها، أو لم يكن.

فإن لم يكن؛ فإما: أن سارت بإرساله، أو انفلتت.

فإن سارت.. ضمن ما أتلفت، ما لم تتحول عن وجهة الإرسال يمنة أو يسرة؛ لأن إرسالها بلا حافظ: سبب للإتلاف، وهو فيه متعد.

وإن انفلتت.. فلا ضمان عليه في الوجوه كلها.

وإن كان صاحبها معها.. ضمن ما أتلفت؛ راكباً كان أو قائداً أو سائقاً، إلا النفحة بالرجل أو الذنب؛ لأنه؛ إما مباشر أو مسبب متعد؛ كذا في «العناية».

(**ولا كفارة عليهما**)؛ أي: على القائد والسائق.

(**ولا حرمان إرث أو وصية**).

(**بخلاف الراكب**)؛ فإن عليه كفارة القتل، ويحرم عن الميراث والوصية، لكن مراده: لزوم الكفارة والحرمان في الإيطاء دون غيره؛ إذ لا كفارة على الراكب أيضاً

وَإِنِ اجْتمعَ الرَّاكِبُ والقائدُ، أَو الرَّاكِبُ والسائقُ.. فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا.

وَقِيلَ: على الرَّاكِبِ وَحدَهُ.

في الإصابة بيدها أو رجلها، وفي الكدم والخبط والصدم، ولا يحرم بها عن الميراث والوصية؛ مثل القائد والسائق.

وهذا: لأن الراكب مباشر في الإيطاء؛ لأن التلف في الحقيقة بثقله، وثقلُ الدابة تبع له؛ لأن سير الدابة مضاف إليه، والدابة آلة له، والقائد والسائق مسببان لا مباشران؛ لأنه لا يتصل منهما بالمحل شيء.

وكذلك الراكب مسبب في غير الإيطاء.

والكفارة وحرمان الإرث والوصية؛ حكم المباشرة، لا حكم السبب.

(وإن اجتمع الراكب والقائد، أو الراكب والسائق.. فالضمان عليهما).

(وقيل: على الراكب وحده)؛ لأن الراكب مباشر، والسائق والقائد مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى من الإضافة إلى المسبب إذا اجتمعا.

وبه ما اختاره المصنف - أعني: الإضافة إليهما نصفين -: أن كلاً منهما سبب الضمان على الانفراد.. فكذلك على الاجتماع مع الراكب.

ويؤيد هذا: ما ذكره محمد في «الأصل»: أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس المأمور الدابة، فوطئت إنساناً.. كان الضمان عليهما، فاشتركا في الضمان، والناخس: سائق والآمر راكب، فتبين بهذا: أنهما يستويان.

وقدم في «الهداية» القول الثاني على ما اختاره المصنف.

وقال في «الزيلعي»: وهو الصحيح.

والجواب عنه: أن المسبب إنما لا يضمن المباشر إذا كان السبب سبباً لا يعمل بانفراده في الإتلاف [٧٦٠/ب]؛ كما في الحفر مع الإلقاء؛ فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الإلقاء.. فلا يضمن الحافر مع الملقي، بل الضمان على الملقي وحده.

وأما إذا كان السبب سبباً يعمل بانفراده.. فيشتركان.

وَإِنِ اصطدمَ فارسانِ أَو ماشيانِ فماتا.. ضَمِنَ عَاقِلَةُ كلٍّ دِيَةَ الآخرِ.

وما نحن فيه: من هذا القبيل؛ فإن السوق والقود متلفان منفرداً وإن لم يكن على الدابة راكب، فيضاف الضمان إليهما معاً.

(وإن اصطدم فارسان أو ماشيان)؛ أي: ضرب أحدهما الآخر بنفسه، **(فماتا.. ضمن عاقله كل)** منهما **(دية الآخر)**.

وقال زفر والشافعي: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر، روي ذلك عن علي، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه؛ لأن الاصطدام فعل يقوم بهما، فيهدر نصفه، ويعتبر النصف الآخر؛ كما إذا كان الاصطدام عمداً، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه، أو حفرا معاً على قارعة الطريق بئراً، فانهدم البئر عليهما، أو وقعا فيه.. يجب على كل واحد منهما النصف، فكذا: هنا.

ولنا: أن موت كل واحد منهما مضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله في نفسه مباح - وهو المشي في الطريق - فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة إلى نفسه؛ لأنه مباح مطلقاً في حق نفسه، ولو اعتبر ذلك.. لوجب نصف الدية فيما إذا وقع في بئر في قارعة الطريق؛ لأنه لولا مشيه وثقله في نفسه.. لما سقط في البئر، وفعل صاحبه وإن كان مباحاً أيضاً.. لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره، فيكون سبباً للضمان عند وجود التلف به.

وروي عن علي أيضاً: أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما، فتعارضت الرواية عنه.. فرجحنا بما ذكرناه.

أو: يحمل ما روي عنه: أنه واجب النصف على أنهما تعمّدا ذلك؛ فإن في العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما: نصف الدية.

ويحمل ما روي أنه أوجب كل الدية: في الخطأ؛ توفيقاً بينها.

وأما ما استشهدا به من المسائل المذكورة من الاصطدام عمداً، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه، وحفر البئر في الطريق.. ففعلُ كل واحد منهما في هذه

وَإِنْ تجاذبا حبلاً فَانْقَطَعَ، فماتا:

فَإِن وَقعا على ظهرِهِما.. فهما هَدَرٌ.

المسائل محظور مطلقاً، فيعتبر في حق نفسه أيضاً، فيكون قاتلاً لنفسه.

ثم الحكم الذي ذكرناه - أعني: وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل منهما، وفي الخطأ: الدية الكاملة - فيما إذا كانا حرين.

ولو كانا عبدين.. يهدر الدم في العمد والخطأ.

أما في الخطأ: فلأن الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداء، وقد فاتت لا إلى خلف، من غير فعل من [٧٦١/أ] المولى يصير المولى به مختاراً للفداء.

وأما في العمد.. فكذلك؛ لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى، ولم يخلف بدلاً.

ولو كان أحدهما حراً، والآخر عبداً.. ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد كلها، فيأخذها ورثة الحر المقتول، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة، عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن على أصلهما: أن تجب القيمة على العاقلة؛ لأنه ضمان الآدمي؛ فقد أخلف الحرُّ المقتولُ بدلاً بقدر القيمة، فيأخذها ورثة الحر، ويبطل ما زاد على القيمة؛ لعدم الخلف فيه؛ إذ لا فعل من المولى يصير به مختاراً للفداء.

وفي العمد: يجب على عاقلة الحر المقتول نصف قيمة العبد؛ لأن المضمون: هو النصف في العمد، وهذا القدر يأخذه ورثة الحر المقتول، وما على العبد في رقبته - وهو نصف دية الحر - يسقط بموته، إلا قدر ما أخلف من البدل، وهو نصف القيمة.

(وإن تجاذبا حبلاً، فانقطع، فماتا؛ فإن وقعا على ظهرهما.. فهما هدر)؛ لأن كل واحد منها مات بقوة نفسه.

وَإِن على وجهيهما.. فعلى عَاقِلَةِ كلٍّ دِيَةُ الآخرِ.

وَإِن اخْتلفَا.. فديَةُ مَن على وَجهِهِ: على عَاقِلَةِ مَن على ظَهرِه.

وَإِن قَطَعَ آخرُ الْحَبلَ فماتا.. فديتُهما على عَاقِلَتِهِ.

وَإِن سَاقَ دَابَّةً فَوَقعَ سَرجُها أَو غَيرُهُ مِن أَدواتِها على إِنْسَانٍ فَمَاتَ.. ضَمِنَ.

وَكَذَا: قَائِدُ قطارٍ ....

(**وإن**) وقعا (**على وجهيهما.. فعلى عاقلة كل**) واحد منهما (**دية الآخر**)؛ لأن كل واحد منهما مات بقوة صاحبه.

(**وإن اختلفا**)؛ بأن وقع أحدهما على القفاء، والآخر على الوجه (.. **فدية من على وجهه على عاقلة من على ظهره**)، ولا دية لمن وقع على ظهره؛ لأنه مات بقوة نفسه.

بخلاف من وقع على وجهه؛ فإنه مات بقوة صاحبه.

(**وإن قطع آخر**)؛ أي: قطع إنسان آخر (**الحبل**) الذي بينهما، (**فماتا**)؛ أي: المتجاذبان (.. **فديتهما على عاقلته**)؛ أي: عاقلة الآخر، وهو: من قطع الحبل.

(**وإن ساق دابة فوقع سرجها أو غيره من أدواتها**) كاللجام (**على إنسان، فمات.. ضمن**)؛ لأنه متعد في هذا التسبيب؛ لأن الوقوع عليه بتقصير منه بترك الشد والإحكام فيه.

بخلاف الرداء؛ لأنه لا يشد عادة، ولأنه قاصد لحفظ نحو السرج وغيره من الأدوات؛ كما في المحمول على عاتقه، دون اللباس، وقد تقدم من قبل، فيتقيد بشرط السلامة.

وكذا الحال: فيما يحمل على الدابة، فوقع على إنسان، فمات.. ضمن؛ لما ذكر.

(**وكذا: قائد قطار**).

وَطِئَ بعيرٌ مِنْهُ إِنْسَاناً.

والنَّفْسُ: على عَاقِلَتِهِ، وَالْمَالُ: فِي مَالِهِ.

وَإِن كَانَ مَعَ الْقَائِدِ سائِقٌ.. فالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا.

وإِن رُبِطَ بعيرٌ على قطارٍ بِغَيْرِ عِلْمِ قائدِهِ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ.. ضَمِنت عَاقِلَةُ الْقَائِدِ الدِّيَةَ، ....

القِطار - بكسر القاف - من الإبل: عدد على نسق واحد، والجمع: قُطُر؛ مثل: كتاب وكتب. كذا في «المصباح».

(وطئ بعير منه إنساناً)؛ أي: ضمن عاقلةُ القائد الديةَ [٧٦١/ب] ؛ لأن القائد يلزمه حفظ القطار؛ كالسائق، وقد أمكنه التحرز عنه، فصار متعدياً بالتقصير.

(والنفس على عاقلته)؛ أي: عاقلة القائد.

(والمال في ماله)؛ أي: مال القائد؛ لأن العاقلة إنما تعقل النفس لا المال.

(وإن كان مع القائد سائق.. فالضمان عليهما)؛ لأن قائد الواحد: قائد للكل، وكذا سائقه؛ لاتصال الأزمَّة، فاستويا في التسبب، فيجب على عاقلتهما الدية.

لكن هذا إذا كان السائق في جانب من الإبل؛ أما إذا توسطها وأخذ بزمام واحد.. يضمن هو وحده ما عطب مما هو خلفه، ويضمنان ما تلف مما هو قدامه؛ لأن القائد لا يقود ما خلف السائق؛ لانفصام [الزمام][1]، والسائق يسوق ما يكون قدامه.

(وإن رُبِط بعيرٌ على قطار بغير علم قائده، فعطب به إنسان.. ضمنت عاقلة القائد الدية)؛ لأنه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به؛ فإذا ترك الصيانة.. صار متعدياً بالتقصير، وهو سبب للضمان، وفي التسبيب: الدية على العاقلة؛ كما في القتل الخطأ.

(١) زيادة من «فتح القدير» (٣٣١/١٠).

وَرَجَعُوا بِهَا على عَاقِلَةِ الرَّابِطِ.

(ورجعوا)؛ أي: عاقلة القائد **(بها)**؛ أي: بالدية **(على عاقلة الرابط)**؛ لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة.

وإنما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء، مع أن كل واحد منهما سبب.. لأن القود بمنزلة المباشرة بالنسبة إلى الربط؛ لاتصال التلف به دون الربط، فيجب عليه الضمان وحده، ثم يرجع به عليه.

أطلق الرجوع على عاقلة الرابط، ولم يقيده بتسيير القطار على ما هو كذلك وضع «الجامع الصغير»، لكن المشايخ قيدوه وقالوا: رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط الرابط والقطار يسير.

أما إذا ربط والإبل قيام، ثم قادها القائد.. فإنه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد؛ لأن الربط حين سير القطار: أمر بالقود دلالة، وإذا لم يعلم القائد ذلك.. لا يمكنه التحفظ عنه، ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه؛ لتحقق الإتلاف منه، وهو الموجب، وإنما ينفى الإثم؛ لأنه عذر في حق الإثم، فيكون قرار الضمان على الرابط.

بخلاف ما إذا ربط والإبل واقفة؛ فإنه يضمن عاقلة القائد بلا رجوع على عاقلة الرابط؛ لأن القائد قاد بعير غيره بغير إذنه: لا صريحاً، ولا دلالة، فلا يرجع بما لحقه على أحد.

غاية الأمر: أنه متعد بالربط والإيقاف على الطريق، لكنه زال ذلك [٧٦٢/أ] التعدي بقود القائد، فصار كما لو وضع حجراً على الطريق، وحوله غيره عن ذلك الموضع.

وكذا: إذا علم القائد بالربط.. لا ترجع عاقلته على أحد بما لحقهم من الضمان؛ لأن القائد رضي بذلك، والتلف اتصل بفعله.. فلا يرجع، وهو القياس فيما

وَمَن أَرسَلَ بَهِيمَةً أَو كَلْباً وَسَاقَهُ.. ضَمِنَ مَا أَصَابَ فِي فورِهِ.

وَفِي الطَّيرِ.. لَا يَضْمَنُ وَإِن سَاقَهُ.

وَكَذَا: فِي الدَّابَّةِ والكَلْبِ إِذا لَمْ يُسَق أَوِ انْفَلَتَتْ بِنَفسِهَا لَيْلاً أَو نَهَاراً، فَأَصَابَت مَالاً أَو نَفْساً.

إذا لم يعلم؛ لأن الجهل لا ينافي الضمان، ولكن استحسن الرجوع؛ لما ذكرناه، ولهذا قيّده بعدم العلم.

(**ومن أرسل بهيمة أو كلباً**)، اقتصر في «الهداية» على «البهيمة».

وقال في «النهاية» و«العناية»: مراده بالبهيمة: الكلب؛ بقرينة بعض عبارته، فجمع المصنف كليهما، ولقد أحسن.

(**وساقه**)؛ بأن يمشي خلفه معه (**.. ضمن ما أصاب في فوره**)؛ لأنه الحامل لها، فأضيف فعلها إليه؛ كما يضاف فعل المكرَه إلى المكرِه فيما يصلح آلة له.

ولو لم يسقه؛ فما دامت في فورتها.. ضمن ما أصاب أيضاً؛ لأن ما أصابته في فورتها.. فهو ملحق بالسابق حكماً؛ فتقييده بالسوق لا يشمله، إلا إذا عمم بالحقيقي والحكمي.

(**وفي الطير: لا يضمن وإن**) وصلية (**ساقه**)؛ لأن بدنه لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه سواء؛ فلو قتل صيداً مملوكاً.. لم يضمن.

ولو كان ذلك في الحرم، وقتل صيد الحرم.. لم يلزمه شيء.

(**وكذا**)؛ أي: لا يضمن (**في الدابة والكلب إذا لم يسق**)؛ لا حقيقة؛ بأن يمشي خلفه، ولا حكماً؛ بأن أصاب في فورتها بلا تراخ.

(**أو انفلتت**) الدابة؛ أي: أطلقت من قيدها (**بنفسها**)؛ أي: بلا صنع صاحبها (**ليلاً أو نهاراً، فأصابت مالاً أو نفساً**)، وهذا: لأن الضمان بالتعدي، أو التعدي بالسوق حقيقة أو حكماً؛ فإذا لم يوجد السوق.. لم يوجد التعدي، فكذا الضمان.

فإن قيل: قد ذكر في كتاب الصيد: أنه إذا أرسل الكلب إلى صيد.. يؤكل ما

أصابه وإن لم يكن له سائق، لا حقيقة ولا حكماً؛ فما الفرق بين هذا وبين ما نحن فيه؛ حيث اشترط فيما نحن فيه في وجوب الضمان: وجود السائق حقيقة أو حكماً؟

قلنا: الفرق بينهما على ما ذكره في «الهداية»: أن البهيمة فاعل مختار في فعلها، ولا تصلح نائبة عن المرسل، ولا يضاف فعلها إلى غيرها كما هو الأصل في الأفعال الاختيارية، إلا أن الحاجة مست في الاصطياد، فأضيف فعل المرسَل إلى المرسِل؛ لأن الاصطياد أمر مشروع، ولا طريق له سواه؛ فلو شرط السوق.. لانسد باب الاصطياد، وهو مفتوح، فأضيف إلى المرسِل ما دام الكلب المرسَل في تلك الجهة [٧٦٢/ب] ولم يفتر عنها وإن غابت مع الصيد عن بصره، ولا حاجة إليه في ضمان العدوان، فبقي على الأصل، فكان مضافاً إلى الكلب نفسه؛ لأنه مختار في فعله ولم يكن مضافاً إلى المرسِل، فلم يضمن.

وعن أبي يوسف: أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً لأموال الناس، والمشايخ أخذوا بقوله.

وذكر في «الهداية» نقلاً عن «المبسوط»: أنه إذا أرسل دابة في طريق المسلمين؛ فما أصاب في فورها.. فالمرسل ضامن؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها، ولو انعطفت يمنة ويسرة.. انقطع حكم الإرسال، إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه.

وكذا: إذا وقفت، ثم سارت.. ينقطع حكم الإرسال بالوقفة.

بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد، ثم سار فأخذ الصيد؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل؛ لأنه يمكنه من الصيد، وهذه الوقفة - أي: وقفة الدابة - تنافي مقصود المرسل؛ لأن مقصوده: هو السير لا الوقوف، فينقطع حكم الإرسال.

وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره.. لا يضمن من أرسله.

وَمَن ضَرَبَ دَابَّةً عَلَيْهَا رَاكِبٌ، أَو نخَسَها ....

وفي الإرسال في الطريق.. يضمنه؛ لأن شغل الطريق تعد، فيضمن ما تولد منه.

وأما الإرسال للاصطياد.. فمباح، ولا تسبيب إلا بوصف التعدي.

وفي «العمادية»: لو دخل رجل دار قوم.. فعقره كلبهم.. فلا ضمان عليهم؛ لأنه لم يوجد الإغراء والإشلاء منهم.

وفي «التجنيس»: رجل له كلب عقور، كلما مر عليه مارّ يعضه، فعض إنساناً، هل يجب عليه الضمان؟

إن تقدموا في صاحب الكلب قبل العض.. يضمن، وإن لم يتقدموا فيه قبل العض.. لا يضمن.

وفي «قاضي خان»: ينبغي أن لا يضمن إذا لم يكن من صاحبه إشلاء.

وفي «شرح الطحاوي»: ولو أغرى كلباً حتى عقر رجلاً.. لا ضمان على المغري عند أبي حنيفة؛ كما إذا أرسل طائراً فأصاب في فوره ذلك.. فإنه لا يضمن بالإجماع.

وعند أبي يوسف: سواء يسوقه أو يقوده بعد أن كان أغراه.

وقال محمد: إن كان قائداً له أو سائقاً.. يضمن، وإلا.. فلا، وبه أخذ الطحاوي.

ولو أخذ هرة وألقاها إلى حمامة رجل أو دجاجته، فأكلت الهرة الحمامة؛ فإن أخذته الهرة برميه إليها.. يضمن.

وإن أخذتها بعد الرمي.. لا يضمن.

(ومن ضرب دابة عليها راكب) في الطريق، **(أو نخسها)**.

النخس - بالمعجمة -: الطعن بالعود ونحوه، قال في «المصباح»: نخست الدابة [٧٦٣/أ]: طعنته بعود أو غيره فهاج.

فنفحت أَو ضربَت بِيَدِهَا أَحداً، أَو نفرَت فصدَمته، فَمَاتَ.. ضَمِنَ هُوَ لَا الرَّاكِبُ إن فعَلَ ذَلِكَ حَالَ السّيرِ.

وَإِن أَوقفَها لَا فِي ملكِهِ.. فعلَيْهِمَا.

وَإِن نفحَتِ الناخسَ.. فدَمُهُ هَدَرٌ.

وَإِن أَلْقَتِ الرَّاكِبَ.. فضمانُهُ على الناخِسِ.

وَإِن فعلَ ذَلِكَ بِإِذنِ الرَّاكِبِ.. فَهُوَ كَفعلِ الرَّاكِبِ، ....

(فنفحت) الدابة؛ أي: ضربت بحد حافرها أو ذنبها، (أو ضربت بيدها أحداً أو نفرت) الدابة من ضربه أو نخسه، (فصدمته)؛ أي: أحداً (فمات) ذلك الرجل من صدمها (.. ضمن هو)؛ أي: الضارب والناخس، (لا الراكب؛ إن فعل ذلك)؛ أي: الضرب والنخس (حال السير).

والقياس: أن يضمن الراكب دون الناخس والضارب؛ لأن الراكب مباشر، والتعدي ليس بشرط في المباشرة، إلا أنا تركنا القياس؛ لما روي عن عمر وابن مسعود: أنهما أوجبا على الناخس والضارب: دون الراكب، ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الضارب والناخس، فأضيف فعل الدابة إليهما؛ كأنهما فعلا بيديهما.

(وإن أوقفها)؛ أي: الدابة (لا في ملكه)؛ أي: في طريق المسلمين، أو في ملك غيره (.. فعليهما)؛ أي: فالضمان على الراكب وعليهما نصفين؛ لأنه متعد في الإيقاف؛ مثل الناخس والضارب.

(وإن نفحت) الدابة (الناخس) أو الضارب (.. فدمه هدر)؛ لأنه بمنزلة الجاني على نفسه.

(وإن ألقت الراكب) بالنخس أو الضرب فقتله (.. فضمانه على الناخس) أو الضارب؛ أي: على عاقلتهما؛ لأنه متعد في تسببه، وفيه الدية على العاقلة.

(وإن فعل ذلك)؛ أي: الضرب والنخس (بإذن الراكب.. فهو كفعل الراكب) أو بنخسها بنفسه؛ أي: لا ضمان عليه؛ لأن الراكب له ولاية الضرب والنخس؛ فإذا أمر

لَكِن إِنْ وطِئت أحداً فِي فورِها بعدَ النخسِ بالإذنِ.. فديتُهُ عَلَيْهِمَا، وَلَا يرجعُ الناخسُ على الرَّاكِبِ فِي الْأَصَحِّ؛ ....

غيره به.. كان ذلك كفعله؛ لأنه أمر بما يملكه، فيصح أمره، فينتقل فعل المأمور إليه؛ لكونه آمراً.

ولو نخسها الراكب بنفسه ونفحت رجلاً.. لا ضمان على الراكب؛ لعدم إمكان التحرز عنه، فكذا: لا ضمان على الناخس في نفحها إذا نخس بإذن الراكب.

(**لكن إن وطئت أحداً في فورها بعد النخس بالإذن.. فديته عليهما**)؛ لأن سيرها في تلك الحالة - والإذن يتناوله - فعله من حيث إنه سوق، ولم يتناوله من حيث إنه إتلاف.

فمن هذا الوجه: يقتصر على الناخس.

فإن قيل: الراكب صاحب علة للوطء، ولهذا وجب عليه الكفارة، والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطء، حتى لم يجب عليه الكفارة، والإضافة إلى العلة أولى.

أجيب عنه: بأن الركوب، وإن كان علة للوطء، لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة؛ لتأخره عن الركوب، بل هو شرط أو علة للسير، والسير علة للوطء، فكان الوطء ثابتاً بعلتين، فيجب الضمان عليهما؛ كمن جرح إنساناً فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة [٧٦٣/ب] الطريق ومات.. فالدية عليهما؛ لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح، فكذا هذا.

(**ولا يرجع الناخس على الراكب في الأصح**).

وقيل: يرجع عليه بما ضمن في الإيطاء؛ لأنه فعل بأمره.

وجه الأصح: أنه لم يأمره بالإيطاء، بل بالنخس، والنخس منفصل عن الإيطاء، ليس عينه ولا لازمه.

كَمَا لَو أَمرَ صَبياً يسْتَمسكُ على دَابَّةٍ بتسييرِها، فوطئَت إِنْسَاناً فَمَاتَ.. لَا يرجعُ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ بِمَا غَرموا منَ الدِّيَةِ على الْآمِرِ.

وَكَذَا: لَو ناولَ الصَّبِيَّ سِلَاحاً فَقتلَ بِهِ أحداً.

وَكَذَا: الحكمُ: فِي نخسِها وَمَعَهَا قَائِدٌ أَو سائقٌ.

وَإِن نخسَها شَيْءٌ مَنْصُوبٌ فِي الطَّرِيقِ.. فَالضَّمَانُ على مَن نَصبَهُ.

(**كما لو أمر صبياً يستمسك**) صفة لصبي إنما قيد به؛ لأنه إذا لم يستمسك على الدابة.. لا ضمان على أحد:

أما على الصبي: فلأن مثله بمنزلة الحمل على الدابة.. فلا يضاف السير إليه.

وأما على الرجل: فلأنه لم يسيرها، وإذا لم يضف سيرها إلى أحد.. كانت منفلتة، وفعلها: جبار.

(**على دابة بتسييرها**) الباء متعلق بالأمر، (**فوطئت**) الدابة (**إنساناً، فمات.. لا يرجع عاقلة الصبي بما غرموا من الدية على الآمر**)؛ لأنه أمر بالتسيير، والإيطاء منفصل عنه.

(**وكذا: لو ناول الصبي سلاحاً فقتل**) الصبي (**به**)؛ أي: بذلك السلاح (**أحداً**).. ضمن عاقلة الصبي الدية، ثم لا يرجعون على عاقلة من ناول سلاحاً؛ لأنه لم يأمره بالقتل، بل أمره بإمساك السلاح، والقتل منفصل عنه.

(**وكذا الحكم: في نخسها ومعها قائد أو سائق**)؛ يعني: رجل قاد دابة أو ساقها، فنخسها رجل آخر، فانفلتت الدابة من يد القائد أو السائق، فأصابت في فورها إنساناً.. فالضمان على الناخس دون القائد أو السائق؛ لأن الناخس متعد في التسبيب، فيضاف الإتلاف إليه.

(**وإن نخسها**)؛ أي: الدابة (**شيء منصوب في الطريق.. فالضمان على من نصبه**)؛ لأنه متعد بشغل الطريق، فأضيف الهلاك إليه؛ كأنه نخسها بفعله.

وَلَا فرقَ بَينَ كَونِ الناخِسِ صَبياً أَو بَالغاً.

وَإِن كَانَ عبداً.. فَالضَّمَانُ فِي رقبتِهِ.

وَجَمِيعُ مسَائِلِ هَذَا الْفَصْلِ وَالَّذِي قبلَهُ إِن كَانَ الْهَالِكُ آدَمِيّاً.. فَالدِّيَةُ على الْعَاقِلَةِ وإِنْ غَيرَهُ.. فالضمانُ في مالِ الجاني، ومَن فقأَ عينَ شاةِ قَصَّاب.. ضَمِنَ مَا نَقصهَا.

وَفِي عينِ الْفرسِ أَوِ الْبَغْلِ أَوِ الْحمارِ أَو بعيرِ الجزَّارِ أَو بقرتِهِ: ربعُ الْقِيمَةِ.

(**ولا فرق بين كون الناخس صبياً أو بالغاً**)؛ لأنهما مؤاخذان بأفعالهما.

(**وإن كان**) الناخس (**عبداً.. فالضمان في رقبته**)، فيدفع بها، أو يفدى؛ يعني: إذا نخسه بغير إذن الراكب.

(**وجميع مسائل هذا الفصل والذي قبله إن كان الهالك آدمياً.. فالدية على العاقلة، وإن**) كان (**غيره.. فالضمان في مال الجاني**)؛ لأن العاقلة لا تعقل المال، وإنما تعقل النفس.

ولمّا ذكر ما يتعلق بجناية البهيمة.. شرع فيما يتعلق بالجناية على البهيمة، فقال: (**ومن فقأ عين شاة قصاب.. ضمن ما نقصها**)؛ لأن المقصود من شاة القصاب: اللحم، فلا يعتبر فيها إلا النقصان.

(**وفي عين الفرس، أو البغل، أو الحمار، أو بعير الجزار**)؛ أي: القصاب (**أو بقرته**)؛ أي: بقرة الجزار: (**ربع القيمة**).

قال الشافعي: فيه النقصان [٧٦٤/أ] أيضاً؛ اعتباراً بالشاة.

ولنا: ما روي أنه ﷺ قضى في عين الدابة بربع القيمة، وهكذا قضى عمر أيضاً، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم؛ كالركوب، والزينة، والحمل، والعمل؛ فمن هذا الوجه: يشبه الآدمي، وقد تُمسك لغيره؛ كالأكل، ومن هذا الوجه: تشبه المأكول.. فعملنا بالشبهين؛ بشبه الآدمي: في إيجاب ربع القيمة، وبالشبه الآخر: في نفي النصف؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

هذا في الجناية عليها بفقء عينها.

وبقي الكلام في الجناية عليها بقطع طرفها من يدها أو رجلها أو ذنبها أو أذنها، وقد استوفينا الكلام فيها في كتاب الغصب.. فارجع إليه.

* * *

(بَابُ جِنَايَةِ الرَّقِيقِ وَعَلَيْهِ)

جنايةُ الْمَمْلُوكِ لَا تُوجِبُ إِلَّا دفعاً واحداً لو محلاً للدَّفْعِ.

وَإِلَّا قيمَةً وَاحِدَةً لَو غيرَ مَحلٍّ لَهُ.

فَلَو جنى عبدٌ خطأً؛ ....

(بَاب)

(جِنَايَةِ الرَّقِيقِ وَعَلَيْهِ)

(**جناية المملوك**)؛ أي: على غير المولى؛ لأن جناية العبد على المولى: هدر؛ كما أن جناية المولى على العبد: هدر في غير العمد؛ كما في «الحاوي».

(**لا توجب إلا دفعاً واحداً**)؛ أي: توجب دفع رقبته إذا كانت الجناية في النفس موجبة للكمال؛ بأن كانت خطأ؛ لأنها إذا كانت عمداً.. توجب القصاص؛ سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر.

(**لو محلاً للدفع**)؛ بأن كان قناً لم ينعقد له شيء من أسباب الحرية؛ كالتدبير وأمومية الولد والكتابة.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن محلاً للدفع بأن انعقد له شيء من التدبير وأمومية الولد والكتابة (**.. قيمة واحدة**)؛ أي: تجب قيمة واحدة وإن تكررت الجناية.

(**لو غير محل له**)؛ أي: للدفع.

هذا: مما لا حاجة إليه بعد الاستثناء المذكور.

(**فلو جنى عبد خطأ**) هكذا وقع في «الهداية» و«الكنز» أيضاً، لكن التقييد بالخطأ إنما يفيد في الجناية في النفس؛ لأن الجناية في النفس إذا كانت عمداً.. يجب فيها القصاص، فيفيد قيد الخطأ، وأما فيما دون النفس؛ أي: الأطراف.. فلا يفيد؛ لأن خطأ العبد وعمده فيما دون النفس: سواء؛ فإنه يوجب المال في الحالين؛ إذ القصاص لا يجري بين العبيد، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس.

فَإِن شاءَ مولاهُ.. دفَعَهُ بهَا، ويملكُهُ وَلِيُّهَا.

وَإِن شَاءَ.. فدَاهُ بأَرشِها حَالّاً؛ فَإِن مَاتَ العَبْدُ قبلَ أَن يخْتَارَ شَيْئاً.. بَطلَ حقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ.

وهل تثبت هذه الجناية بإقرار العبد؟

ففي أحكام العبيد من «الأشباه»: أنها لا تثبت بالإقرار؛ حيث قال: وكذا إقرار العبد بجناية موجبة للدفع أو الفداء: غير صحيح، بخلافه بحد أو قود. انتهى.

(**فإن شاء مولاه.. دفعه**)؛ أي: دفع العبد إلى ولي الجناية (**بها**)؛ أي: بمقابلة الجناية، (**ويملكه**)؛ أي: العبد (**وليها**)؛ أي: الجناية.

(**وإن شاء.. فداه بأرشها**)؛ يعني: أن المولى مخير بين دفع رقبة العبد الجاني، وبين الفداء [٧٦٤/ب] بالأرش؛ لتخليص عبده.

لكن اختلف في الواجب الأصلي: هو الدفع، أو الفداء بالأرش؟

والصحيح على ما اختاره صاحب «الهداية»: هو الدفع، وللمولى أن يتخلص بالفداء.

ولهذا: سقط الواجب عن المولى بموت العبد الجاني؛ لفوات محل الواجب، ولو كان الواجب الأصلي غير الدفع.. لما برئ المولى بهلاكه.

بخلاف موت الحر الجاني؛ حيث لا يسقط الواجب عن العاقلة، بل يجب الأرش على العاقلة.

(**حالاً**)؛ أي: حال كون كل من الدفع والفداء حالاً.

أما الدفع: فلأن الواجب عند اختياره الدفع: هو عين العبد، والتأجيل في الأعيان باطل؛ لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفيهاً، وتحصيل الحاصل: باطل.

وأما الفداء؛ فلأنه لما جعل بدلاً عن العبد في الشرع.. قام مقامه، ولهذا: سمي فداء، فيأخذ حكمه، وهو الحلول.

(**فإن مات العبد قبل أن يختار**) المولى (**شيئاً**) من الدفع والفداء (**.. بطل حق المجني عليه**)؛ لفوات محل حقه.

وَإِن بَعْدَمَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ.. لَا يبطلُ حَقُّهُ.

فَإِن فدَاهُ فَجنى.. فَالْحكمُ كَذَلِكَ.

وَإِن جنى جنايتَينِ.. دَفعَهُ بهما، فيقتسمانِهِ بِنِسْبَةِ حقوقِهما، أَو فدَاهُ بأَرشِهما؛ ....

(وإن) مات **(بعدما اختار الفداء.. لا يبطل حقه)**؛ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى.

(فإن فداه فجنى) ثانياً **(.. فالحكم كذلك)**؛ أي: كحكم الجناية الأولى؛ لأنه لما فدى.. خلص الجاني عن الجناية الأولى، فصارت كأن لم تكن، فيجب بالثانية ابتداءً الدفعُ والفداء؛ لأنها ابتداء جناية.

(وإن جنى جنايتين.. دفعه بهما)؛ أي: بمقابلة الجنايتين، **(فيقتسمانه)**؛ أي: يقتسم وليا الجنايتين العبد الجاني **(بنسبة حقوقهما)**.

لو قال: «حقيهما» كما وقع في «الهداية».. لكان أولى.

ومعنى نسبة حقوقهما: على قدر أرش جنايتهما؛ كذا في «الهداية».

وهذا: لأن المستحق إنما يستحقه عوضاً عما فات عليه، فلا بد أن يقسم على قدر المعوض.

(أو فداه)؛ أي: العبد الجاني **(بأرشهما)**؛ لأن تعلق الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية برقبته أيضاً؛ كالديون المتلاحقة.

ألا ترى: أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية، فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين [ما إن تعلق حق المرتهن به]؛ فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به، حتى إنَّ الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده.. لا تتعلق سائر الديون بالرهن؛ فقد منع تعلق الدين الأول برقبة غيره، وههنا لم يمنع؟

....

أجيب: بأن في الرهن إيفاء واستيفاء حكماً؛ فكأن المرتهن قد استوفاه، فلا يتعلق به غيره، وليس في الجناية كذلك.

وإن جنى جنايات.. فكذلك الحكم [٧٦٥/أ]؛ أي:

إما أن يدفعه المولى إلى أولياء الجنايات بها، فيقتسمون العبد المدفوع إليهم على قدر حصصهم.

وإما أن فداه لجميع أروشهم؛ لما ذكرناه من أن تعلق الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني بهما.

ولو جنى جنايتين مختلفتين؛ بأن قتل واحداً، وفقأ عين آخر.. يقتسمانه أثلاثاً؛ لأن أرش العين على النصف من أرش النفس.

وعلى هذا: حكم الشجات؛ فإنه لو شج رجلاً موضحة، ورجلاً آخر هاشمة، وآخر منقلة.. فللمولى الدفع والفداء.

وإن اختار الدفع.. يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد؛ لأن له خمسمائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه؛ لأن له ألفاً، وإلى صاحب المنقلة نصفه؛ لأن له ألفاً وخمسمائة، فيقتسمون الرقبة؛ هكذا ذكره في «العناية».

ثم للمولى أن يفدي من بعضهم، ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد في الجنايات والشجات؛ لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها - وهي الجنايات المختلفة، والشجات المختلفة - فيجوز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر.

بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان؛ حيث لم يكن له أن يفدي من أحدهما، ويدفع إلى الآخر؛ لأن الحق متحد؛ لاتحاد سببه، وهو: الجناية المتحدة.

فإن قيل: إن الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب.. فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين، فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسألة مثل الأولى؟

فَإِن بَاعَهُ، أَو وهبَهُ، أَو أَعْتَقَهُ، أَو دبَّرهُ، أَوِ اسْتَوْلَدَهَا غيرَ عَالِمٍ بهَا.. ضَمِنَ الْأَقَلَّ؛ مِن قِيمَتِهِ، وَمنَ الْأَرْشِ.

وَإِن عَالماً بهَا.. ضَمِنَ الْأَرْشَ؛ ....

أجيب: بالمنع؛ بأنّا لا نسلم أن المستحق متعدد هنا، بل هو واحد؛ لأن الحق يجب للمقتول أولاً، ثم للوارث خلافة عنه، فلا يملك التفريق في موجبها.

(**فإن باعه**)؛ أي: إن باع المولى بيعاً صحيحاً العبد الجاني، (**أو وهبه، أو أعتقه، أو دبره**)، أو كاتبه، (**أو استولدها**)؛ أي: الأمة الجانية (**غير عالم بها**)؛ أي: الجناية (.. **ضمن**) المولى (**الأقل من قيمته**)؛ أي: قيمة العبد الجاني، (**ومن الأرش**).

(**وإن**) كان المولى (**عالماً بها**)؛ أي: بالجناية (.. **ضمن الأرش**)؛ لأنه:

في الأول: فوت حقه فيضمنه، وحقه: في أقلهما، ولا يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لا اختيار بدون العلم.

وفي الثاني: صار مختاراً؛ لأن التصرفات المذكورة تمنعه من الدفع؛ لزوال ملكه بها، فالإقدام عليها: اختيارٌ منه للآخر؛ أعني: الفداء.

بخلاف الإقرار على رواية «الأصل»؛ فإنه إذا جنى العبد جناية، فقال وليّها: هو عبدك فادفعه أو افده، فقال: هو لفلان الغائب وديعة عندي، أو عارية، أو، إجارة، أو رهن.. لا يصير المولى بذلك [٧٦٥/ب] مختاراً للفداء؛ لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية؛ فإن المقر له مخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل الملك؛ لجواز أن الأمر كما قاله المقر.

فإن كان الأمر كذلك.. خوطب المقر له بالدفع أو الفداء، وإلا.. خوطب المقر بذلك.

وعلى رواية الكرخي: إن الإقرار بذلك مثل البيع ونحوه؛ لأنه ملكه في الظاهر، فيستحقه المقر له، فأشبه البيع.

وذكر في «العناية» نقلاً عن «الإيضاح»: أن رواية الكرخي خارجة عن الأصول.

أطلق البيع، فشمل: البيع البات، والبيع بشرط الخيار للمشتري؛ لأنه يزيل الملك.

بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه.

وبخلاف العرض على البيع؛ لأنه يصير بهما مختاراً للفداء؛ لأن الملك ما زال بهما.

فإن قيل: المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه.. كان مجيزاً للبيع، والبائع بشرط لنفسه إذا عرض على البيع.. كان فاسخاً للبيع، فلِمَ لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختاراً للفداء؟

أجيب: بأن ثمة ضرورة لم تتحقق ههنا، وهي: أنه لو لم يجعل مجيزاً وفاسخاً هناك.. لكان تصرفاً واقعاً في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الأولى وتقدير الإجازة في الثانية.

وأما ههنا؛ فلو لم يجعل مختاراً للفداء بهذا التصرف.. لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير، فافترقا؛ كذا في «العناية».

ولو باع المولى بيعاً فاسداً.. لم يصر مختاراً للفداء حتى يسلمه؛ لأن الزوال بالتسليم.

بخلاف الكتابة الفاسدة؛ مثل: إن كاتب المسلم عبده الجاني على خمر أو خنزير؛ فإنه يصير مختاراً للفداء؛ لأن موجبه يثبت بنفس العقد مثل القبض، وهو تعليق العتق بالأداء.

ولو باعه مولاه من المجني عليه.. فهو مختار للفداء.

بخلاف ما إذا وهبه منه؛ لأن المستحق له أخذه بغير عوض، وهو متحقق في الهبة دون البيع.

وإعتاق المجني عليه بأمر المولى: بمنزلة إعتاق المولى في اختياره للفداء.

كَمَا لَو علَّق عِتْقَهُ بقتلِ زيدٍ، أَو رميِهِ، أَو شجِّهِ، فَفعلَ.

ولو ضربه المولى فنقصه.. فهو مختار للفداء إذا كان عالماً بالجناية؛ لأنه حبس جزء منه.

وكذا: إذا كانت بكراً فوطئها وإن لم يكن معلقاً؛ لأنه نقصها.

بخلاف التزويج؛ لأنه عيب من حيث الحكم.. فلا يلزم منه أن يختار الفداء.

وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية؛ لأنه لا ينقص من غير إغلاق.

وبخلاف الاستخدام [٧٦٦/أ]؛ لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط.

ولا يصير مختاراً للفداء بالإجارة والرهن في الأظهر.

وكذا: بالإذن في التجارة وإن ركبه دين؛ لأن الإذن لا يفوت الدفع، ولا ينقص الرقابة، إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى، فيلزم المولى قيمته.

(**كما لو علق عتقه بقتل زيد، أو رميه، أو شجه، ففعل**)؛ يعني: إذا علق عتق عبده بجناية توجب الدية؛ مثل أن يقول: إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته.. فأنت حر، ففعل العبد ذلك الفعل.. يصير المولى مختاراً للفداء عندنا.

خلافاً لزفر؛ لأن اختيار الفداء إنما يكون بعد الجناية والعلم بها، وعند تكلم المولى ذلك الكلام: ليس شيء من الجناية والعلم بها بموجود، وبعد الجناية: لم يوجد من المولى فعل يصير به مختاراً للفداء.

ولنا: أنه علق الإعتاق بالجناية، والمعلق بالشرط: ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، لا قبله، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية.

ألا ترى: أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك.. يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول.

وَإِن قَطَعَ عبدٌ يَدَ حرٍّ عمداً، فَدُفِعَ إِلَيْهِ، فَأَعْتَقَهُ، فسرى.. فَالْعَبْدُ: صلحُ الْجِنَايَةِ.

وَإِن لم يَكُن أَعتقَهُ.. يُرَدُّ على سَيِّدِهِ، فيقادُ أَو يُعْفَى.

وكذا: إذا قال لها: إذا مرضتُ فأنت طالق، فمرض حتى طلقت، ومات من ذلك المرض.. يصير فاراً؛ لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض.

ولأن مولاه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إلى القتل، والظاهر: أنه يفعله، وهذا دلالة الاختيار.

هذا إذا علقه بجناية توجب الدية؛ كالخطأ وشبه العمد.

وإن علقه بجناية توجب القصاص؛ بأن قال له: إن ضربته بالسيف فأنت حر.. فلا يجب على المولى شيء بالاتفاق؛ لأنه لا فرق بين الحر والعبد في القصاص، فلم يكن المولى مفوّتاً حق ولي الجناية بالعتق.

(**وإن قطع عبد يد حر عمداً، فدُفع**) العبد (**إليه**)؛ أي: إلى الحر المقطوع يده، (**فأعتقه**) الحر المدفوع إليه، (**فسرى**) القطع، فمات الحر منه (.. **فالعبد: صلح الجناية**)؛ سواء كان دفعه بالقضاء، أو لا.

(**وإن لم يكن**) المقطوع يده (**أعتقه.. يرد**) العبد (**على سيده، فيقاد أو يعفى**)، وهذا: لأنه إذا لم يعتقه وسرى.. تبين أن الصلح كان باطلاً؛ لأن الصلح وقع على المال - وهو العبد - عن دية اليد؛ لأن القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الأطراف، وبالسراية: تبين أن دية اليد غير واجبة، وإنما الواجب: القصاص، فكان الصلح واقعاً بغير بدل، فبطل، والباطل: لا يورث شبهة [٧٦٦/ب].

كما لو وطئ مطلقته الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها؛ فإنه لا يصير شبهة في درء الحد، فكذا هذا، فوجب القصاص.

بخلاف ما إذا أعتقه؛ لأن الإقدام على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح؛ لأن الظاهر: أن من يقدم على تصرف: يقصد تصحيحه، ولا صحة لهذا

وَكَذَا لَو كَانَ الْقَاطِعُ حرّاً، فَصَالحَ الْمَقْطُوعُ على عبدٍ وَدفعَهُ إِلَيْهِ؛ فَإِن أَعْتَقَهُ ثُمَّ سرى.. فَهُوَ صُلْحٌ بهَا.

وَإِن لم يُعتِقْهُ فَسرى.. رُدَّ وَأُقِيدَ.

الصلح إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها، ولهذا: لو نص عليه ورضي المولى به.. يصح، وقد دل الدليل على الرضاء؛ لأنه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل.. يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير؛ فإذا أعتق.. يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء.

وإذا لم يعتق.. لم يوجد الصلح ابتداء، والصلح الأول وقع باطلاً، فيرد العبد إلى المولى، والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل.

(**وكذا: لو كان القاطع حراً فصالح**) القاطع (المقطوع) يده (**على عبد ودفعه**)؛ أي: دفع القاطع العبد المصالح عليه (**إليه**)؛ أي: إلى المقطوع يده.

(**فإن أعتقه**) المقطوع يده، (**ثم سرى**) القطع إلى النفس ومات منه (.. **فهو**)؛ أي: هذا الصلح (**صلح بها**)؛ أي: بالجناية.

(**وإن لم يعتقه، فسرى**) القطع (.. **ردّ**) العبد إلى سيده (**وأقيد**)، أو يعفى كما في المسألة الأولى، والأَولى أن يذكره.

ولم يقتصر على ذكر القود؛ لأن ولي الجناية مخير بين القود والعفو بعد الرد إلى سيده؛ كما في المسألة الأولى، على ما صرح به في «الهداية» و«الزيلعي».

ثم قال في «الزيلعي»: إن هذه المسألة ترد إشكالاً على قول أبي حنيفة في مسألة تقدم ذكرها، وهي: أن من قطعت يده عمداً فعفا عن القطع، فمات منه.. فعلى قاطعه الدية في ماله عند أبي حنيفة، لا القود؛ فإنه حكم في هذه المسألة ببطلان العفو عن القطع، وعدم وجوب القود، وحكم فيما نحن فيه: ببطلان الصلح ووجوب القود؛ فيما إذا لم يعتق العبد، وببقاء الصلح فيما إذا أعتقه.

ثم أجاب عنه:

بأن ما ذكر - فيما نحن فيه من مسألة الصلح فيما إذا لم يعتق - جواب القياس.

وما ذكر - فيما تقدم من مسألة العفو عن القطع، ثم السراية - جواب الاستحسان.

فيكون وضع المسألتين على القياس والاستحسان.

وقيل: بالفرق بينهما.

ووجه الفرق: أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية، ولا يبطلها؛ لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنًى؛ لاستيفاء بدلها، وإذا بقيت الجناية.. يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص [٧٦٧/أ]، وأما العفو: فهو مقدم للجناية، والعفو عن العفو وإن بطل بالسراية إلى النفس، لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو، وهي كافية لدرء الحد.

وأما إذا أعتقه.. فجوابه: هذا الفرق الذي ذكرناه؛ لأن العتق يحصل صلحاً ابتداء.

بخلاف العفو.

وعلى قولهما: ترد إشكالاً أيضاً في الصورتين؛ لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع في المسألة المتقدمة عفواً عما يحدث منه، وفي هذه المسألة - أي: مسألة الصلح - لم يجعلا كذلك، بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه، وجعلاه صلحاً مبتدأ إذا أعتقه.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة والمسألة التي ذكرت قبلها، وهي قوله: «وإن قطع عبد يد حر فدفع إليه فأعتقه.. إلخ»، حتى خص في «الهداية» و«الزيلعي» ورود الإشكال المذكور بهذه المسألة دون ما ذكر قبلها؟

أجيب: بأن دفع العبد في هذه المسألة بطريق الصلح؛ حيث قال: «فصالح المقطوع»، والصلح متضمن للعفو، فتكون هذه المسألة نظير المسألة المتقدمة؛

وَإِن جنى مَأْذُونٌ مديونٌ خطأً، فَأَعْتَقَهُ غيرَ عَالِمٍ بهَا.. ضَمِنَ:

لربِّ الدّينِ: الْأَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ، وَمِن دَيْنِهِ.

ولولي الْجِنَايَة: الْأَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ، وَمِن أَرْشِهَا.

أعني: مسألة العفو عن القطع، فترد الإشكال المذكور، ولا كذلك المسألة المذكورة قبل هذه المسألة؛ لأن الدفع فيها ليس بطريق الصلح، بل بطريق الدفع، ولهذا قال فيها: «فدفع إليه»، فلا ترد هذه المسألة؛ أي: مسألة الدفع إشكالاً على مسألة العفو.

(**وإن جنى مأذون مديون خطأ، فأعتقه**) سيده (**غير عالم بها**)؛ أي: بالجناية (**..ضمن لرب الدين: الأقل من قيمته ومن دينه، ولولي الجناية: الأقل من قيمته ومن أرشها**)؛ أي: أرش الجناية، وهذا: لأن السيد أتلف بالإعتاق حقين: الدفع لولي الجناية، والبيع للدائن، وكل منهما مضمون بكل القيمة عند الانفراد إذا كانت القيمة أقل من الدين ومن الأرش.. فكذلك عند الاجتماع؛ لأن الاجتماع بين الحقين ههنا: ممكن إيفاء من الرقبة الواحدة؛ بأن يدفع إلى ولي الجناية أولاً، ثم يباع للغرماء؛ فإذا كان كذلك.. يضمنهما؛ لأن الإتلاف ورد عليهما لاجتماعهما فيه.

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها؛ حيث تجب عليه قيمة واحدة للمولى، ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك.. فلا يظهر في مقابلته حق الدفع؛ لأنه دون الملك؛ لأن الحق دون الحقيقة.

وههنا: يجب لكل منهما بإتلاف الحق، فلا ترجح، فيظهران، فيضمنهما؛ كذا في «الهداية».

والأصل هنا [٧٦٧/ب]: أن العبد إذا جنى وعليه دين.. يخير المولى بين الدفع والفداء؛ فإن دفع إلى ولي الجناية.. بيع في دين الغرماء؛ فإن فضل شيء.. كان لأصحاب الجناية؛ لأن الغريم مقدم في المطالبة على ولي الجناية معنى، وإنما بدأنا بالدفع إلى ولي الجناية؛ لأن فيه توفير الحقين؛ فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع، ثم يباع بعده لأرباب الديون، ومتى بدأنا ببيعه في الدين.. تعذر الدفع للجناية؛ لأنه تجدد الملك للمشتري ولم يوجد في يده جناية.

وَلَو ولدَت مأذونةٌ مديونةٌ.. يُبَاعُ مَعهَا فِي دَينهَا.

وَلَو جَنَت.. لَا يُدْفَعُ فِي جنايتِها.

فإن قيل: ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً؟

أجيب: بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين؛ فإن للناس في الأعيان أغراضاً.

وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية؛ لأن موجبها: صيرورته حراً، فإن كان مشغولاً.. وجب دفعه مشغولاً.

ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء.. صرف إلى ولي الجناية؛ لأنه بيع على ملكه.

وإن لم يف بالدين.. تأخر الدين إلى حال الحرية؛ كما لو بيع على ملك المولى الأول.

وإنما قيد المسألة بعدم العلم بشيء عليه لضمان القيمتين؛ لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية.. كان عليه الدية في النفس لأولياء الجناية، وقيمة العبد لصاحب الدين؛ لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية: يوجب الأرش دون القيمة.

(**ولو ولدت**) أمة (**مأذونة مديونة.. يباع**) الولد (**معها**)؛ أي: مع الأمة (**في دينها**)؛ أي: دين الأمة.

(**ولو جنت**) الأمة المأذونة لها (**.. لا يدفع**) ولدها (**في جنايتها**).

والفرق بينهما: أن الدين وصف حكمي في الأمة، واجب في ذمتها، متعلق برقبتها استيفاء، حتى صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما، فكانت من الأوصاف الشرعية القارة في الأم، فتسري إلى الولد؛ كالكتابة والتدبير والرهن.

وأما موجب الجناية: فالدفع أو الفداء، وذلك في ذمة المولى، لا في ذمة الأمة، حتى لم يصر المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام، وإنما

يلاقيها أثر الفعل الحقيقي الحسي، وهو: الدفع، فلا يسري إلى الولد؛ لكونه وصفاً غير قار، حصل عند الدفع.

وأما قبل الدفع.. فرقبتها كانت خالية عن حق ولي الجناية.

فإن قيل: لا نسلم أن دين الأمة في ذمتها؛ فإن المولى إن أعتقها.. ضمن قيمتها، ولو كان في ذمتها.. لما ضمن؛ كما لو قتل مديون إنساناً؛ فإنه لا يضمن دينه.

أجيب: بأن وجوب ضمان [٧٦٨/أ] قيمة الأمة المديونة أو العبد المديون على المولى؛ لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعاً واستيفاء من ثمنه، لا باعتبار وجوب الدين على المولى، وإلا.. لوجب عليه إيفاء الديون، لا ضمان قيمة العبد.

وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله؛ لعدم المماثلة بين المتلف - وهو الدين - وما يقابله من العين ضماناً، وضمان العدوان يعتمد المماثلة.

لا يقال: إن تلك الأمة الجانية إذا جنى عليها قبل دفعها، وأخذ المولى الأرش ممن جنى عليها.. وجب دفع الأرش مع الأمة الجانية، فلم لم يدفع ولدها معها؟

لأنا نقول: إن الأرش بدل جزئها، وحق ولي الجناية: يتعلق بجميع أجزائها.

فإن فات جزء منها وأخلف بدلاً.. تعلق به كما إذا قُتِلت وأخلفت؛ اعتباراً للجزء بالكل.

بخلاف الولد؛ فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلاً عن جزء.

ثم شرط سراية الدين إلى الولد: أن تكون الولادة بعد لحوق الدين، وإليه أشار بقوله: «ولو ولدت مأذونة مديونة»؛ لأنها إذا ولدت، ثم لحقها الدين.. لا يتعلق حق الغرماء بالولد، فلا يباع الولد معها في دينها.

بخلاف الأكساب؛ حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده؛ لأن لها يداً معتبرة في الكسب، حتى لو نازعها فيه أحد.. كانت هي الخصم فيه، فباعتبار الخصم: كانت هي أحق به من سيدها لقضاء دينها، بخلاف الولد؛ فإنه إنما يستحق

وَلَو أقرّ رجلٌ أَنَّ زيداً حرَّرَ عَبدَهُ فَقتَلَ ذَلِكَ العَبْدَ وليُّ الْمقرِّ خطأً.. فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَإِن قَالَ مُعتَقٌ: قتلتُ أَخا زيدٍ قَبلَ عِتقي، وَقَالَ زيدٌ: بل بعدَهُ.. فَالْقَوْلُ للْمُعْتَقِ.

بالسراية، وذلك قبل الانفصال لا بعده؛ كولد المكاتبة والمدبرة وأم الولد، وكولد الأضحية.

(**ولو أقر رجل أن زيداً حرر عبده**) الضمير راجع إلى زيد، (**فقتل ذلك العبد ولي المقر خطأ.. فلا شيء له**) أي: للمقر؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه.. فقد أقر أنه لا يستحق على المولى شيئاً من دفع العبد أو الفداء بالأرش، وإنما يستحق الدية على عاقلة العبد؛ لأنه حر على زعمه، فيصدق في حق نفسه لزعمه، فسقط الدفع والفداء عن المولى، ولا يصدق في دعواه الدية عليهم إلا بحجة.

واعلم: أن المصنف وضع المسألة فيما إذا كان الإقرار بالحرية قبل جناية العبد كما ترى، وهكذا وضع صاحب «الهداية».

وذكر في «المبسوط» الإقرار بالحرية بعد جناية العبد، وهما لا يتفاوتان في الحكم.

(**وإن قال معتَق**) على صيغة اسم المفعول: (**قتلت أخا زيد قبل عتقي، وقال زيد: بل**) قتلت أنت (**بعده**)؛ أي: بعد عتقك (.. **فالقول للمعتَق**)؛ لأنه منكر للضمان [٧٦٨/ب]؛ لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه؛ إذ الكلام في عبد معروف الرق، والوجوب في جناية العبد: على المولى دفعاً أو فداء، وصار كما إذا قال البالغ العاقل: طلقت امرأتي وأنا صبي، أو بعت داري وأنا صبي، أو طلقت امرأتي وأنا مجنون، وكان جنونه معروفاً.. كان القول قوله؛ لما ذكرنا.

وَإِن قَالَ الْمولى لأَمَةٍ أَعْتقَهَا: قطعتُ يَدكِ قبلَ الْعتْقِ، وَقَالَت: بل بعدَهُ.. فَالْقَوْلُ لَهَا.

وَكَذَا: كلُّ مَا نَالَ مِنْهَا، إِلَّا الْجِمَاعَ وَالْغلَّةَ.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا يضمنُ إِلَّا شَيْء بِعَيْنِهِ يُؤمَرُ بردِّهِ إِلَيْهَا.

(**وإن قال المولى لأمة أعتقها: قطعت يدك قبل العتق، وقالت: بل بعده.. فالقول لها، وكذا: كل ما نال منها**)؛ أي: من الأمة؛ كقوله: أخذت منك هذا المال قبلما أعتقتك، وقالت الأمة: بل بعده.. فالقول لها؛ لأن المولى أقر بسبب الضمان، ثم ادعى البراءة، وهي تنكر.. فالقول للمنكر.

(**إلا الجماع والغلة**)؛ أي: قال لها: جامعتك وأنت أمتي، وقالت هي: بل جامعتني بعد العتق.. فالقول قول المولى استحساناً.

وكذا: لو قال لها: أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي، وقالت هي: بل أخذت مني بعد العتق.. فالقول للمولى استحساناً، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: لا يضمن إلا شيئاً بعينه**)؛ يعني: لو كان المولى أقر بأخذ شيء منها بعينه، والمأخوذ قائم في يده، واختلفا فيه على الوجه المذكور.. يضمن بالإجماع؛ فإنه (**يؤمر برده**)؛ أي: ذلك الشيء القائم في يده بعينه (**إليها**)؛ أي: إلى الأمة؛ لأنه منكر وجوب الضمان؛ لإسناد الفعل إلى حاله معهودة منافية للضمان؛ كما في المسألة الأولى، وهي: حالة الرق.

وفي الجماع والغلة، وفي القائم في يده: أقر بيدها؛ حيث اعترف بالأخذ منها، ثم ادعى التمليك عليها، وهي تنكر، والقول قول المنكر، ولهذا يؤمر بالرد إليها.

ولهما: أنه أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرأ به، فلا يكون القول قوله بلا بينة، وهذا: لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن يد أمتها لو قطعها وهي مديونة، بخلاف الجماع والغلة؛ لأن وطء المولى أمته المديونة: لا يوجب العقر.

وَلَو أَمَرَ عبدٌ مَحْجُورٌ أَو صبيٌّ صَبياً بقتلِ رجُلٍ فَقتلَهُ.. فَالدِّيَةُ على عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ، ورجَعوا على العبدِ بعدَ عتقِهِ، لا على الصبيّ الآمرِ.

ولو كانَ مأمورُ العبدِ مثلَهُ. ....

وكذا: إذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة.. لا يوجب الضمان، فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حق الجماع والغلة.

(**ولو أمر عبد محجور، أو صبي صبياً بقتل رجل، فقتله**) الصبي المأمور (**.. فالدية على عاقلة القاتل**)، وهو: الصبي المأمور بالقتل؛ لأن الصبي هو المباشر، وعمده وخطؤه سواء، فتجب الدية على عاقلته.

ولا شيء على الآمر عبداً محجوراً أو صبياً؛ لأنهما لا يؤاخذان بقولهما؛ لأن المؤاخذة [٧٩٦/أ] باعتبار الشرع والشرع لم يعتبر قولهما.

(**ورجعوا**)؛ أي: عاقلة القاتل (**على العبد بعد عتقه**)؛ لأنه أوقع الصبي في هذه الورطة، ولا قصور في أهليته، لكن قوله غير معتبر؛ لحق المولى.. فيضمن بعد العتق، لزوال حقه بالإعتاق.

(**لا على الصبي الآمر**)؛ لأنه قاصر الأهلية.

قال في شرح «الزيادات» للعتابي: لا ترجع العاقلة على العبد أيضاً؛ لأن هذا ضمان جناية، وهو على المولى لا على العبد، وقد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر.

وقال في «الزيلعي»: وهذا أوفق للقواعد الفقهية.

ألا ترى أن العبد إذا أقر بعد العتق بالقتل قبله.. لا يجب عليه شيء؛ لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان.

وكذا: لو حفر العبد بئراً فأعتقه مولاه، ثم وقع فيها إنسان.. لا يجب على العبد شيء، وإنما تجب على المولى قيمته؛ لأن جناية العبد لا توجب عليه شيئاً، فيجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها ألف نفس، فيقتسمونها بالحصص.

(**ولو كان مأمور العبد مثله**)؛ أي: لو أمر عبد محجور عليه عبداً محجوراً عليه

دفعَ السَّيِّدُ الْقَاتِلَ أَو فدَاهُ إِن كَانَ: خطأً، أَوِ الْمَأْمُورُ صَغِيراً، وَلَا يرجعُ على الْآمِرِ فِي الْحَالِ.

وَيجبُ أَن يرجعَ عَلَيْهِ بعدَ عتقِهِ بِالْأَقَلِّ مِن قِيمَتِهِ وَمِنَ الْفِدَاءِ.

وَإِن كَانَ عمداً والمأمورُ كَبِيراً.. اقْتصَّ.

وَإِن قَتَلَ عبدٌ حُرَّيْنِ، لكلٍّ مِنْهُمَا وليَّانِ، فَعَفَا أَحدُ وليَّي كلٍّ مِنْهُمَا.. دَفَعَ نصفَهُ إِلَى الآخرَينِ، أَو فدى بديةٍ لَهما.

مثله بقتل زيد، فقتله العبد المأمور (.. دفع السيد)؛ أي: سيد العبد (القاتلَ) العبد القاتل إلى ولي المقتول (أو فداه إن كان) القتل (خطأً أو) كان العبد (المأمور صغيراً)؛ لأن خطأ الصغير وعمده سواء؛ لأن الصغير لا يؤاخذ بقوله شرعاً.

(ولا يرجع) سيد القاتل (على الآمر في الحال)؛ لأن الآمر قول، وقول المحجور عليه غير معتبر شرعاً.. فلا يؤاخذ به في الحال.

(ويجب أن يرجع عليه)؛ أي: على الآمر (بعد عتقه، بالأقل من قيمته ومن الفداء)؛ لأنه غير مضطر في دفع الزيادة حتى يرجع عليه بالزيادة أيضاً، بل هو مختار في دفعها؛ لأنه يتخلص عن عهده بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد؛ لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منها.

(وإن كان) القتل (عمداً، والمأمور كبيراً.. اقتص)؛ لجريان القصاص بين الحر والعبد؛ لأن العبد من أهل العقوبة بالقصاص.

(وإن قتل عبد حرين)؛ أي: عمداً كذا في «الهداية».

(لكل منهما وليان فعفا أحد وليي كل منهما.. دفع) المولى (نصفه)؛ أي: نصف العبد القاتل (إلى) الوليين (الآخرين)؛ أي: اللذَين لم يعفوَا.

(أو فدى بدية) كاملة: عشرة آلاف درهم (لهما)؛ أي: للآخرين؛ لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما.. سقط القصاص في الكل، وانقلب نصيب الساكتين مالاً، وهو دية كاملة؛ لأن كل واحد من [٧٦٩/ب] المقتولين يجب له قصاص كامل على حدة؛ فإذا سقط القصاص.. وجب أن ينقلب كله مالاً، وذلك ديتان، فيجب على

وَإِن قتلَ أَحدَهمَا عمداً وَالْآخرَ خطأً، فَعَفَا أحدُ وليَّي الْعمدِ فدى بديةٍ لوَلِيِّ الْخَطَأ، وبنصفِهَا لأحدِ وليّي الْعمدِ أَو دَفَعَ إِلَيْهِم يقتسمونَهُ أَثلَاثاً عولاً.

وَعِنْدَهُمَا: أَربَاعاً مُنَازعَةً.

المولى عشرون ألفاً، أو دفعُ العبد، غير أن نصيب العافين سقط مجاناً، فانقلب نصيب الساكتَين مالاً، وذلك دية واحدة لكل واحد منهما؛ نصف الدية أو نصف العبد لهما، فيخير المولى بينهما.

(وإن قتل) العبد (أحدهما)؛ أي: أحد الحرين (عمداً، والآخر خطأً، فعفا أحد وليي العمد.. فدى بدية) كاملة (لولي الخطأ، وبنصفها لأحد وليي العمد، أو دفع) العبد (إليهم)؛ لأن حقهما في الدية عشرة آلاف درهم، وحق وليي العمد في القصاص؛ فإذا عفا أحدهما.. انقلب نصيب الآخر مالاً وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم؛ فإذا فداه.. فدى بخمسة عشر ألف درهم، عشرة آلاف: لولي الخطأ، وخمسة آلاف: لغير العافي من وليي العمد.

وإن دفعه إليهم.. دفعه (.. يقتسمونه أثلاثاً)؛ ثلثاه: لولي الخطأ، وثلثه للساكت من وليي العمد (عولاً)؛ لأن حقهم في الدية فيضرب لولي الخطأ وهو اثنان في خمسة عشر ألفاً، ويضرب لغير العافي من ولي العمد بخمسة آلاف، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: أرباعاً منازعة)؛ أي: يقتسمونه أرباعاً بطريق المنازعة، لا بطريق العول؛ فثلاثة أرباعه: لولي الخطأ، وربعه: لغير العافي من ولي العمد؛ لأن نصفه مسلم لولي الخطأ، فلا منازعة فيه، واستوت منازعتهم في النصف الآخر، فيتنصف النصف الآخر المتنازع فيه، وأصل هذا الاختلاف: ما اتفقوا عليه: أن قيمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة.. كانت القسمة بطريق العول والمضاربة؛ لعدم التضايق في الذمة، فثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال، فيضرب بجميع حقه.

أما إذا وجبت قيمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة؛ كما في مسألة

وَإِن قَتَلَ عبدٌ لاثْنَيْنِ قَرِيباً لَهما، فَعَفَا أَحدُهمَا.. بَطَلَ الْكلُّ.

الفضولي؛ بأن باع فضولي عبد إنسان كله، وفضولي آخر باع نصفه، وأجاز المالك البيعين.. كان العبد بين المشتريين أرباعاً، فكانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداء: لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة؛ لأن العين الواحدة تضيق من الحقين على وجه الكمال.

وإذا ثبت هذا.. قال أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة: ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ، وربعه للساكت من ولي العمد؛ لأن [٧٧٠/أ] حق ولي العمد كان في جميع الرقبة؛ فإذا عفا أحدهما.. بطل حقه، وفرغ النصف، فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من وليي العمد في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهم نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً؛ كما في مسألة الفضوليين.

ولأبي حنيفة: أن أصل حقهما ليس في عين العبد، بل في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة، وهذا؛ لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف، وحق شريك العافي في خمسة آلاف، فيضرب كل واحد منهما بحصته؛ كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم؛ ألفان لرجل، وألف لآخر، مات وترك ألف درهم، فكانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة؛ ثلثاها: لصاحب الألفين، وثلثها: لصاحب الألف، كذلك هذا.

بخلاف بيع الفضولي؛ لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء.

(وإن قتل عبد لاثنين)؛ أي: مشترك بينهما **(قريباً لهما)** من أبيهما أو أخيهما أو ابنهما أو غيره، وكذا: إذا كان العبد لقريب لهما أو لمعتقهما، فقتل ذلك العبد مولاه، فورثاه - كذا في «الزيلعي» - **(فعفا أحدهما.. بطل الكل)**؛ أي: حق كل واحد من العافي وغير العافي، ولا يستحق غير العافي منهما شيئاً غير نصيبه الذي كان له من قبل، هذا عند أبي حنيفة.

وَقَالا: يدْفعُ الْعَافِي نصفَ نصِيبِهِ إِلَى الآخرِ أَو يفْدِيهِ بِربعِ الدِّيَةِ.

وَقيلَ: مُحَمَّدٌ معَ الإِمَامِ.

(وقالا: يدفع العافي نصف نصيبه إلى الآخر، أو يفديه بربع الدية)؛ أي: مخيّر بينهما؛ لأن حق القصاص عليه ثابت للمولى على سبيل الشيوع؛ لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له؛ لأن العبد في حق الدم يبقى على أصل الحرية، والمولى من دمه كأجنبي، فيستحق دمه بالقصاص؛ فإذا عفا أحدهما.. انقلب نصيب الآخر - وهو النصف - مالاً، غير أنه شائع في الكل، فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه:

فما يكون في نصيبه.. سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً.

وما كان في نصيب صاحبه.. بقي، وهو نصف النصف، وهو: الربع؛ فلذلك يدفع نصف نصيبه إلى الآخر - وهو الربع - أو يفديه ربع الدية.

ولأبي حنيفة: أن نصيب العافي قد سقط، ونصيب الآخر - وهو النصف - يحتمل:

أن يكون كله في [٧٧٠/ب] ملك شريكه فينقلب مالاً.

ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلاً.

ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف - وهو الربع - مالاً.

فلما احتمل هذا، واحتمل ذلك.. لا ينقلب مالاً؛ لأن المال لا يجب بالشك.

(وقيل: محمد مع الإمام).

والأشهر: أنه مع أبي يوسف.

* * *

(فَصْلٌ)

دِيَةُ العَبْدِ: قِيمَتُهُ.

فَإِن كَانَت قدرَ دِيَةِ الْحرِّ أَو أَكْثرَ.. نقصَت عَنِ دِيَةِ الْحرِّ عشرَةُ دَرَاهِمَ.

وَكَذَا: لَو كَانَت قِيمَةُ الْأمةِ كديةِ الْحرَّةِ أَو أَكْثرَ.

وَفِي الْغَصْبِ: تجبُ الْقِيمَةُ بَالِغَةً مَا بلغت.

(فَصْلٌ)

(دية العبد: قيمته)؛ أي: من قتل عبداً خطأً.. تجب عليه قيمة العبد.

(فإن كانت) قيمته **(قدر دية الحر)** وهو عشرة آلاف درهم **(أو أكثر.. نقصت عن دية الحر عشرة دراهم)**؛ إشعاراً بانحطاط درجة الرقيق عن درجة الحر.

وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس، وهو: «لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر، وينقص منه عشرة دراهم»، وهكذا روي عن ابن مسعود أيضاً.

(وكذا)؛ أي: نقصت عشرة دراهم عن دية الحرة وهي خمسة آلاف **(لو كانت قيمة الأمة كدية الحرة أو أكثر)**؛ لما ذكرناه.

هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال به أبو يوسف أيضاً أولاً، ثم رجع، وقال والشافعي معه: تجب قيمته بالغة ما بلغت.

(وفي الغصب تجب القيمة بالغة ما بلغت)، حتى لو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده.. يجب عشرون ألفاً بالاتفاق.

لأبي يوسف والشافعي في الخلافية: أن الضمان بدل المالية لا بدل الدم، وبدل المالية: بالقيمة؛ فالضمان بالقيمة:

أما أنه بدل المالية؛ فلأنه يجب للمولى، وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض.. يبقى العقد، وبقاؤه ببقاء المالية:

أصلاً إن بقي العين.

أو بدلاً إن هلكت، فصار كقليل القيمة وكالغصب.

ولو كان بدل الدم.. لوجب العبد؛ إذ العبد في حق الدم مبقي على الحرية.

وأما أن بدل المالية بالقيمة: فظاهر؛ لأن ضمان المال بالمال.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فيمن قتل خطأً، حراً كان أو عبداً؛ لقوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ﴾، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية:

ولأن فيه معنى الآدمية، حتى كان مكلفاً.

وفيه معنى المالية، حتى ورد عليه الملك بلا خلاف، والآدمية: أعلاهما لا محالة، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما؛ إذ العكس يفضي إلى إهدارهما جميعاً؛ لأن الآدمية أصل؛ لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل: إهدار التابع، وإهدار أحدهما: أولى من إهدارهما معاً [٧٧١/أ].

فإن قيل: لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر، بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما.

أجيب: بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة، وكذلك لا يجوز القول به، لخروجه عن الإجماع.

بخلاف ضمان الغصب؛ فإنه بمقابلة المالية دون الآدمية؛ لأن الغصب لا يرد إلا على المال، وبقاء العقد يتبع فائدته، لا المالية.

ألا ترى: أنه يبقى بعد قتله عمداً أيضاً وإن لم يكن القصاص مالاً، ولا بدلاً عن المالية، وفي قليل القيمة: الواجب بمقابلة الآدمية، إلا أنه لم يسمع فيه نص، فقدرناه بقيمته رأياً؛ إذ هو الأعدل.

بخلاف كثير القيمة؛ فإنه وإن لم يسمع فيه نص أيضاً؛ لأنه ورد في الحر، إلا أن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف، ونقصنا منها في العبد؛ إظهاراً لانحطاط رتبته، وتعيين العشرة: بأثر ابن عباس وابن مسعود كما ذكرناه.

وَمَا قُدِّرَ مِن دِيَةِ الْحرِّ.. قُدِّرَ مِن قيمَةِ الرَّقِيقِ؛ فَفِي يَدِهِ: نصفُ قِيمَتِهِ، وَلَا يُزَادُ على خَمْسَةِ آلَاف إِلَّا خَمْسَةً.

(وما قدر)؛ أي: لطرف الحر **(من دية الحر.. قدر)**؛ أي: لطرف الرقيق **(من قيمة الرقيق)**؛ لأن القيمة في العبد: كالدية في الحر؛ لأنها بدل الدم.

ففي موضحة العبد مثلاً: نصف عشر قيمة العبد؛ لأنه يجب في موضحة الحر نصف عشر الدية.

ومما يتفرع عليه أيضاً: ما ذكره بقوله: **(ففي يده)**؛ أي: في إتلاف يد الرقيق: **(نصف قيمته)**؛ لأنه يجب في إتلاف يد الحر: نصف الدية، ففي يد العبد: نصف القيمة.

(ولا يزاد) نصف القيمة **(على خمسة آلاف إلا خمسة)**.

يعني: يجب في يد الرقيق خمسة آلاف إلا خمسة إذا كانت قيمته عشرة أو أكثر؛ لأن الواجب في نفسه: عشرة آلاف إلا عشرة على ما تقدم، ففي يده: خمسة آلاف إلا خمسة؛ لأن اليد نصف الآدمي، فيجب فيه نصف ما في النفس؛ اعتباراً للجزء بالكل، إلا أنه ينقص هذا المقدار؛ أي: خمسة؛ إظهاراً لدنو مرتبته من الحر؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي» وأكثر الكتب.

وقال في «النهاية»: هذا الذي ذكره صاحب «الهداية» خلاف ظاهر الرواية؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: فأما طرف المملوك.. فقد بينا أن المعتبر فيه المالية؛ لأنه لا يضمن بالقصاص، ولا بالكفارة، ولهذا كان الواجب فيه: القيمة، بالغة ما بلغت، إلا أن محمداً قال في بعض الروايات: القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله بأن كانت قيمته مثلاً مائة ألف درهم؛ فإنه تقطع يده: تجب خمسون ألفاً، وبقتله: عشرة آلاف إلا [٧٧١/ب] عشرة.. فلا يزاد على نصف بدل نفسه، فيكون الواجب: خمسة آلاف إلا خمسة.

وصحح في «الدرر»: الرواية الظاهرة.

وعلى هذا: سائر الأعضاء.

قُطِعَ يَدُ عبدٍ عمداً، فأُعتقَ، فسرى، اقْتُصَّ مِنْهُ إِن كَانَ وَارِثُهُ سَيِّدَهُ فَقَط. وَإِلَّا.. فَلَا.

وفي لحيته: روايتان، والصحيح: أنه يجب فيها حكومة عدل؛ لأن المقصود من العبد: الخدمة لا الجمال.

(قُطِعَ) على صيغة المجهول **(يدُ عبد عمداً، فأعتق)**؛ أي: أعتقه مولاه، **(فسرى)** القطع إلى النفس ومات العبد منه **(.. اقتص)** القاطع **(منه)**؛ أي: من ذلك القتل **(إن كان وارثه سيده فقط، وإلا)**؛ أي: وإن كان له وارث غير سيده **(.. فلا)** يقتص منه؛ لاشتباه من له حق الاستيفاء حينئذ؛ لأنه:

على اعتبار حالة الجرح.. يكون الحق للسيد.

وعلى اعتبار حالة الموت.. يكون الحق للورثة، فيتعذر الاستيفاء.. فلا يجب على وجه يستوفي.

فإن قيل: سلمنا أن من له حق الاستيفاء مشتبه، لكن قد يزول الاشتباه باجتماعهما.

قلنا: اجتماعهما لا يزيل الاشتباه؛ لأن الملكين في الحالين؛ فإن الملك للمولى وقت الجرح، وعند الاجتماع: لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين.. فلا يكون الاجتماع مفيداً.

فإن قيل: يجوز أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه، فيكون مفيداً.

أجيب: بأن الإذن إنما يصح إذا كان الإذن ممن يملك الإذن، وهذا ليس كذلك.

بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل، وبرقبته لآخر.. فإن كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص؛ لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص.. سقط حق الموصى له بالخدمة، فأتت لا إلى بدل.. فلا يملك إبطال حقه، ولكن إذا اجتمعا.. فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه، فيستوفيه الآخر؛ لزوال الاشتباه، فكان الاجتماع فيه مفيداً. هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا قصاص أصلاً، وَعَلِيهِ أَرشُ الْيَدِ وَمَا نَقصَهُ إِلَى حِينِ الْعِتْقِ.

(وعند محمد: لا قصاص أصلاً، وعليه أرش اليد وما نقصه إلى حين العتق)، قال: لا قصاص فيه مطلقاً؛ سواء كان له وارث غير سيده، أو لم يكن، بل على القاطع: أرش اليد للمولى وما نقصه القطع إلى وقت العتق، ولا يجب عليه ما نقصه بعد العتق؛ لأنه لما أعتقه.. فقد أخرجه عن ملكه، فيبطل حكم السراية.

له في الخلافية: أن سبب الولاية قد اختلف؛ لأن الملك: على اعتبار حالة الجرح، والوراثة بالولاء: على اعتبار حالة الموت، فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق في الاتفاقية فيما يحتاط فيه، وفي اختلاف المستحق لا قصاص بالاتفاق [٧٧٢/أ]، فكذا هذا، فصار كما إذا قال لآخر: بعتني هذه الجارية، وقال الآخر لا، بل زوجتها منك.. لا يحل له وطؤها؛ لاختلاف سبب الحل، والوطء مما يحتاط فيه.

بخلاف ما إذا أقر لرجل بألف درهم من القرض، وقال المقر له من ثمن مبيع.. فإنه يقضى له عليه بالألف وإن اختلف السبب؛ لأن الأموال تثبت مع الشبهة، فلا يبالى باختلاف السبب عند اتحاد الحكم.

ولهما: أنا تيقنا ثبوت الولاية للمولى عند عدم الوارث غيره، فيستوفيه؛ لأن المقضي له معلوم، والحكم متحد، فأمكن الإيجاب والاستيفاء؛ لاتحاد المستوفي والمستوفى، ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك؛ كما في مسألة الإقراض.

بخلاف المسألة الأولى؛ أعني: اختلاف مستحق الاستيفاء؛ لأن المقضي له مجهول كما عرفت.

وبخلاف مسألة الجارية؛ لأن الحكم فيها مختلف؛ إذ ملك اليمين يخالف ملك النكاح في الحكم؛ لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً، وملك اليمين لا يثبته مقصوداً، وقد لا يثبته أصلاً.

وَمَن قَالَ لعبدَيه: «أَحَدُكُمَا حرٌّ»، فشُجَّا، فَبَيَّنَ فِي أَحدِهِمَا.. فأَرشُهما لَهُ.

وَإِن قُتِلا.. فَلهُ دِيَةُ حرٍّ وَقِيمَةُ عبدٍ إِنِ الْقَاتِلَ وَاحِداً.

وَإِن قَتَلَ كلاً وَاحِدٌ فقيمةُ الْعَبْدَيْنِ.

(ومن قال لعبديه: أحدكما حر فشُجَّا) على صيغة المجهول؛ أي: صارا مشجوجين (فبيَّن) المولى الحرية (في أحدهما) بأن قال: أردت هذا، (فأرشهما: له)؛ أي: [للمولى]؛ لأن العتق أضيف إلى أحدهما لا على التعيين، فلم يكن نازلاً في المعين، والشجة تصادف المعين، فبقيا مملوكين في حق الشجة، فيجب أرشهما للمولى.

(وإن قُتِلا)؛ أي: بعد أن قال المولى: [أحدكما] حر، هو على صيغة المجهول أيضاً (.. فله)؛ أي: للمولى على القاتل (دية حرّ) لورثته، (وقيمة عبد) لمولاه (إن) كان (القاتل واحداً).

(وإن قتل كلاً)؛ أي: كل واحد من العبدين (واحدٌ.. فقيمة العبدين).

والفرق هنا: أن البيان وهو تعيين العتق المبهم في أحدهما: إنشاء من وجه، إظهار من وجه، على ما عرِّف في الأصول: من أن البيان:

إنشاء من وجه، حتى يشترط فيه صلاحية المحل للإنشاء؛ فلو مات أحدهما فبين العتق فيه.. لا يصح البيان؛ لفوات المحل.

وإظهار من وجه، حتى يجبر عليه.

ولو كان إنشاء من كل وجه.. لما أجبر عليه؛ لأن المرء لا يجبر على إنشاء عتق عبده.

بخلاف الشجة؛ فإن العبد بعد الشجة: محل للبيان، فاعتبر إنشاء في حقهما، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان، فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما: حر بيقين، فيجب قيمة عبد ودية حر.

بخلاف ما إذا قتل كلّا رجلٌ آخر [٧٧٢/ب] حيث تجب فيه قيمة العبدين؛ لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً، وكل من القاتلين ينكر ذلك.. فعليهما قيمتهما.

قال في «العناية»: والأصل في هذا: أن القاتل؛ إما أن يكون: واحداً، أو اثنين.

- فإن كان واحداً:

فإما أن قتلهما معاً، أو متعاقباً.

فإن كان الأول.. فالحكم: وجوب القيمة للمولى، والدية للورثة.

فإن لم يكن له وارث غير المولى.. فظاهر.

وإن كانت.. فكل واحد منهما تجب ديته في حال، وقيمته في حال، فيقسم ذلك باعتبار الأحوال.

وهذا إذا استوت القيمتان.

وأما إذا اختلفا.. فعليه نصف قيمة كل واحد منهما، ودية حر؛ لأنا تيقنا أنه قتل عبداً وحراً وقتل الحر: يوجب الدية، وليس أحدهما أولى من الآخر، فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد.

وإن كان الثاني: فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول، فكان على القاتل قيمة الأول للمولى، ودية الثاني للورثة.

- وإن كان القاتل اثنين:

فإما أن قتلا معاً، أو متعاقباً.

فإن كان الأول: كان على كل واحد منهما قيمة عبد؛ لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، فالمعتق في حق المعين.. كان غير نازل، وإنما هو نازل بالمنكَّر، ولا يتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكَّر، فيجب على كل واحد منهما: القدر المتيقن به، وهو: القيمة.

ولم يبين في «المبسوط» أن ذلك للمولى أو لورثتهما.

وقيل: هذا والأول سواء؛ النصف للمولى من كل واحد منهما، والنصف للورثة؛ لأن العتق في حق المولى ثابت في أحدهما، فلا يستحق بدل نفسه، فيوزع ذلك عليهما نصفين.

وَمن فَقَأَ عَيْنَي عبدٍ؛ فَإِن شَاءَ سَيِّدُه.. دَفعهُ إِلَيْهِ وَأخذَ قِيمَتَهُ، أَو أمسكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَعِنْدَهُمَا: إِن أَمسكَهُ.. فَلهُ أَن يضمِّنَهُ نقصانَهُ.

وإن لم يدر أيهما قتل أولاً: فالحكم كذلك.

وإن كان الثاني: فعلى القاتل الأول: قيمة الأول لمولاه، وعلى الثاني: دية الثاني لورثته؛ لأن العتق تعين فيه، وقد ظهر لك من هذا: أن ما ذكره المصنف فيما إذا قتلهما معاً؛ سواء كان القاتل واحداً أو اثنين.

(ومن فقأ عيني عبد؛ فإن شاء سيده.. دفعه إليه وأخذ قيمته، أو أمسكه ولا شيء له)؛ أي: لسيده ما نقصه الفقوء عند أبي حنيفة.

(وعندهما: إن أمسكه.. فله أن يضمنه نقصانه).

وقال الشافعي: يضمنه كل القيمة، ويمسك الجثة؛ لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت، فبقي الباقي على ملكه؛ كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه، ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات، وهي معتبرة في حق الأطراف؛ لسقوط اعتبارها في حق [٧٧٣/أ] الذات فقط، بل هي معتبرة في الأطراف أيضاً، بل اعتبارها في الأطراف أولى؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال.

فإذا كانت المالية معتبرة فيها - وقد وجد إتلاف النفس من وجه أيضاً بتفويت جنس المنفعة، وهذا الضمان يتقدر بقيمة الكل - فوجب أن يتملك الجثة؛ دفعاً للضرر، ورعاية للمماثلة.

بخلاف ما إذا فقأ عيني حر؛ لأنه ليس فيه معنى المالية.

وبخلاف عيني المدبر؛ لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك.

وفي قطع إحدى اليدين، وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة.

ولهما: أن معنى المالية لما كان معتبراً.. وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلنا؛ كما في سائر الأموال؛ فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً:

إن شاء المالك.. دفع الثوب إليه وضمَّنه قيمته.

وإن شاء.. أمسك الثوب وضمّنه النقصان.

ولأبي حنيفة: أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات.. فالآدمية غير مهدرة فيه، وفي الأطراف أيضاً، ألا ترى: أن عبداً لو قطع يد عبد آخر.. يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية؛ لأن موجب الجناية على المال: أن تباع رقبته فيها.

ثم من أحكام الآدمية:

أن لا تنقسم على الأجزاء أو الجثة، ولا يتملك الجثة؛ أي: لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف، بل يكون بإزاء الفائت لا غير؛ كما في فقء عيني الحر.

وأن لا يتملك الجثة.

ومن أحكام المالية: أن ينقسم موجب الجناية - وهو الضمان - على الأجزاء والجثة، ويتملك الجثة؛ كما في تخريق الثوب. فوفونا على الشبهين حظهما من الحكم، وقلنا: إنه لا ينقسم؛ اعتباراً للآدمية، ويتملك الجثة اعتباراً للمالية.

وهذا أولى مما قالاه؛ لأن فيما قالاه.. اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى، وإهدار جانب الآدمية وهو أعلى.

ومما قاله الشافعي أيضاً؛ لأن فيه اعتبار الآدمية فقط.

*   *   *

(فَصْلٌ)

وَإِن جنى مُدبَّرٌ أَو أُمُّ ولدٍ.. ضَمِنَ السَّيِّدُ الْأَقَلَّ مِنَ الْقِيمَةِ، وَمِنَ الْأَرْشِ.

فَإِن جنى أُخْرَى.. شَارَكَ وليُّ الثَّانِيَة وليَّ الأُولى فِي الْقِيمَةِ إِن دُفِعَت إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ.

وَإِلَّا؛ فَإِن شَاءَ.. ....

(فَصْلٌ)

(وإن جنى مدبر أو أم ولد.. ضمن السيد)؛ أي: لا العاقلة؛ لأن جنايتهما في مال المولى لا على العاقلة؛ كذا في «العناية».

(الأقل من القيمة ومن الأرش)؛ لما روي عن أبي عبيدة بن الجراح: أنه قضى بجناية المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم، فحل محل الإجماع.

ولأن المولى صار مانعاً بالتدبير والاستيلاد عن تسليم رقبته بالجناية من غير اختياره الفداء [٧٧٣/ب]؛ لعدم علمه بما يحدث، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم.

وإنما يجب الأقل من القيمة ومن الأرش: لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش، ولا منع للمولى في أكثر من القيمة.

ولا يخير بين الأكثر والأقل؛ لأنه لا يفيد في جنس واحد؛ لأنه يختار الأقل يقيناً.

بخلاف ما إذا كان الجاني رهناً؛ حيث يخير بين الدفع والفداء.. فلا يجب الأقل؛ لأن فيه فائدة؛ لاختلاف الجنس؛ لأن من الناس من يختار دفع العين، ومنهم من يختار دفع النقد، على ما هو الأيسر عنده.

(**فإن جنى**) جناية (**أخرى.. شارك ولي**) الجناية (**الثانية ولي**) الجناية (**الأولى في القيمة إن دفعت**) القيمة (**إليه**)؛ أي: إلى ولي الجناية الأولى (**بقضاء**) القاضي.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم تدفع القيمة إليه بالقضاء؛ (**فإن شاء**) ولي الجناية الثانية

اتَّبعَ وليَّ الأُولى، وَإِن شَاءَ.. اتَّبعَ الْمولى.

وَعِنْدَهُمَا: يتبعُ وليَّ الأُولى بِكُلِّ حَالٍ.

(..اتبع ولي الأولى، وإن شاء.. اتبع المولى) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يتبع ولي الأولى بكل حال).

والأصل ههنا: أن جنايات المدبر لا توجب إلا قيمة واحدة وإن كثرت؛ لأنه لا منع من المولى إلا في رقبة واحدة، ولأن دفع القيمة فيه: كدفع العين في القن، ودفع العين في القن: لا يتكرر، فكذا: ما قام مقامها.

ويتضاربون بالحصص في القيمة.

فإذا كان كذلك: إذا جنى المدبر جناية، ثم جنى أخرى وقد دفع المولى قيمته إلى ولي الجناية الأولى.

إن بقضاء قاض.. فلا شيء عليه، فيتبع ولي الجناية الثانية وليَّ الأولى، ويشاركه فيما أخذه؛ لأن الضمان لزوم المولى لأجل المنع الذي حصل منه في الرقبة بالتدبير والاستيلاد، وهو منع واحد.. فلا يلزم إلا قيمة واحدة، فصار كالجنايات التي اجتمعت، ثم دبره المولى - كما سيأتي - ويتعلق حقهم برقبته على قدر حصصهم.

وأما إن دفعه بغير قضاء.. فولي الجناية الثانية بالخيار:

إن شاء.. اتبع ولي الجناية الأول.

وإن شاء.. اتبع المولى؛ لأن المولى سلم إلى ولي الأولى ما تعلق به حق الثاني.

هذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا خيار له، بل يتبع ولي الأولى؛ سواء دفعه بقضاء أو لا؛ لأن المولى دفع إلى الأول، ولا حق للثاني فيه؛ لأن الجناية الثانية ليست بموجودة حين دفع، ولا علم به بما يحدث، فلم يكن متعدياً في الدفع، فلا يلزمه الضمان.

ثم إن قيمته تعتبر لكل واحد منهم في حال الجناية عليه؛ لأنه يستحقه في ذلك

وَإِن أَعْتَقَ الْمولى الْمُدبَّرَ وَقد جنى جناياتٍ.. لَا يلْزمُهُ إِلَّا قيمَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَإِن أقرَّ الْمُدبَّرُ بِجِنَايَةٍ خطأً.. لَا يلْزمُهُ شَيْءٌ فِي الْحَالِ، وَلَا بعدَ عِتقِهِ.

الوقت، حتى إذا قتل رجلاً خطأً وقيمته ألف، ثم قتل آخر خطأً وقيمته ألفان، ثم قتل [٧٧٤/أ] آخر وقيمته خمسمائة.. يجب على المولى ألفا درهم؛ لأنه جنى على الأوسط، وقيمته ألفان، فيكون لولي الوسط منهما: ألف، لا يشاركه فيه أحد؛ لأن ولي الأول لا حق له فيما زاد على الألف، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم، وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة؛ لما ذكرناه، ثم يعطي خمسمائة فتقسم بين الأول والأوسط يضرب الأول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم، ويضرب الأوسط بما بقي من حقه وهو تسعة آلاف؛ لوصول الألف فيه، فيبقى من قيمته خمسمائة: يقسم بين الثلاثة؛ لاستوائهم فيها، فيضرب الثالث بعشرة آلاف، ويضرب الأول بعشرة إلا ما أخذ تلك المرة، ويضرب الأوسط بعشرة آلاف، إلا ما أخذ في المرتين، كذا في «الزيلعي».

(وإن اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات.. لا يلزمه إلا قيمة واحدة)؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع، ولا منع من المولى إلا في رقبة واحدة، فصار وجود الإعتاق من بعدُ وعدمُه: بمنزلة واحدة، وكذا الحال في أم الولد.

(وإن أقر المدبر بجناية خطأً.. لا يلزمه شيء) على سيده (في الحال، ولا بعد عتقه)؛ لأن موجب جنايته: خطأً على سيده، وإقراره به لا ينفذ على سيده.

* * *

الفهرس

كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥ هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء الحادي عشر

تتمة الديات، المعاقل، الوصايا،
الخنثى، مسائل شتى، الفرائض



كمال الدراية وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـب العلميـة – بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

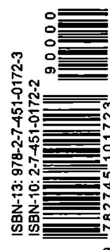
Pages	(11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2017 A.D. - 1438H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon لبنـان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	الطبعة

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



(بَابُ غَصْبِ العَبْدِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُدبَّر، وَالْجِنَايَةُ فِي ذَلِكَ)

وَلَو قطعَ سيِّدٌ يدَ عَبدِهِ، فغُصبَ، فَمَاتَ مِنَ الْقطعِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.. ضَمِنَ قِيمَتَهُ مَقْطُوعاً.

وَإِن قَطعَ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْغَاصِبِ، فَمَاتَ - برِئَ الْغَاصِبُ.

(بَابُ غَصْبِ العَبْدِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُدبَّرِ، وَالْجِنَايَةُ فِي ذَلِكَ)

أي: في الغصب، لمَّا ذكر حكم المدبر في الجناية.. ذكر في هذا الباب ما يرد عليه، وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به؛ أعني: العبد والصبي.

(ولو قطع سيد يد عبده، فغصب) العبد (فمات) العبد المغصوب (من القطع)؛ أي: من سرايته (في يد الغاصب.. ضمن الغاصب قيمته)؛ أي: قيمة العبد (مقطوعاً) يده.

(وإن قطع سيده) يده (عند الغاصب، فمات.. برئ الغاصب)؛ لأن الغصب يوجب ضمان ما غصب إن لم يسترده المولى، وإن استرده.. برئ الغاصب من الضمان.

ففي المسألة: لما قطعه المولى في يده.. نقصت قيمته بالقطع، فيجب على الغاصب قيمته حال كونه مقطوعاً.

وفي الثانية: حين قطع المولى العبد في يد الغاصب.. صار مسترداً له؛ لاستيلائه عليه، فبرئ الغاصب من ضمانه؛ لوصول المغصوب إلى المالك. كذا في «الزيلعي».

وذكر صاحب «الهداية» في هذه المسألة: أن غصب العبد بعد قطع المولى يده [٧٧٤/ب] بعد السراية وقبله.. لا يقطعها، وبين الفرق بينهما: بأن الغصب سبب الملك كالبيع، فيصير كأنه هلك بآفة سماوية، فيجب قيمته مقطوعاً، ولم يوجد القاطع - أي: قاطع السراية - في المسألة الثانية، فكانت السراية مضافة إلى البداية،

وَلَو غصبَ مَحْجُورٌ مثلَهُ، فَمَاتَ فِي يَدِهِ.. ضَمِنَ.

وَلَو غصبَ مُدبَّرٌ فجنى عِنْدَ غاصبِهِ، ثُمَّ عِنْدَ سَيِّدِهِ،..........

فصار المولى متلفاً له، فيصير مسترداً له، وكيف لا يكون مسترداً وإنه استولى عليه، والاستيلاء: استرداد، فيبرأ الغاصب من الضمان.

واعترض: بأن هذا يخالف مذهبنا؛ فإن الغصب لا يقطع السراية، ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاء؛ لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب؛ أما قبله.. فلا.

فإن قيل: إذا لم تنقطع السراية بالغصب، فلم يضمن الغاصب قيمته مقطوعاً؟

أجيب: بأنه إنما ضمنه كذلك؛ لأن السراية وإن لم تنقطع.. فالغصب ورد على مال متقوم، فانعقد سبب الضمان، فلا يبرأ عنه الغاصب، إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع؛ لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لا حقيقة؛ لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً، فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى، فتقرر عليه الضمان.

ورد: بأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً؛ فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً، ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما، واليد الحقيقية واجبة الدفع؛ لكونها عدواناً لا يصلح: لا معارضاً، ولا مرجحاً.

(ولو غصب) عبد (محجور مثله)؛ أي: عبداً محجوراً عليه (فمات) العبد المغصوب (في يده)؛ أي: يد الغاصب (.. ضمن) الغاصب؛ لأن المحجور عليه:

مؤاخذ بأفعاله في حال رقه، فيؤاخذ بالغصب؛ لأنه من أفعاله.

وأما في أقواله؛ فإن كان مما يوجب الحدود والقصاص.. فكذلك، وإن كان مما يجب به المال، فلا يؤاخذ به في رقه، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية.

(ولو غصب مدبّر فجنى عند غاصبه، ثم) جنى (عند سيده)؛ أي: بعد رد

أَو بِالْعَكْسِ.. ضَمِنَ سَيِّدُهُ قِيمَتَهُ لَهما، وَرجعَ بِنِصْفِهَا على الْغَاصِبِ، وَدفعَهُ إِلَى ربِّ الأُولى فِي الصُّورَةِ الأُولى، ثُمَّ رَجَعَ بِهِ ثَانِياً عَلَيْهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا يَدْفَعهُ، وَلَا يرجعُ ثَانِيًا.

الغاصب إليه، (**أو بالعكس**)؛ أي: جنى عند سيده، ثم جنى عند الغاصب (..**ضمن سيده قيمته لهما**)؛ أي: لوليي الجنايتين؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع، من غير أن يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لم يعلم حين دبر بجناية تحدث من المدبر في [٧٧٥/أ] المستقبل، فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية، إذ حقهم فيه، ولم يمنع منهم إلا رقبة واحدة، فلا يزاد على قيمتها، وتكون بين وليي الجنايتين نصفين؛ لاستوائهما في الموجب.

(**ورجع**) السيد (**بنصفها**)؛ أي: نصف القيمة (**على الغاصب**)؛ لأنه ضمن القيمة بالجنايتين؛ نصفها بسبب كان عند الغاصب، والنصف الآخر بسبب وجد عنده، فيرجع عليه بسبب من عند الغاصب، فصار كأنه لم يسترد نصف؛ لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب: كلا رد.

(**ودفعه**)؛ أي: النصف المأخوذ من الغاصب (**إلى رب**) الجناية (**الأولى في الصورة الأولى**)؛ أعني: أنه غصب مدبراً، فجنى عند غاصبه، ثم عند سيده بعد الرد.. فالجناية الأولى: هي الجناية عند الغاصب.

(**ثم رجع**) السيد (**به**)؛ أي: بما دفعه إلى ولي الجناية الأولى (**ثانياً عليه**)؛ أي: على الغاصب، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: لا يدفعه، ولا يرجع ثانياً**)؛ لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب: عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الأولى؛ لأنه إنما يرجع به على الغاصب بسبب ذلك.. فلا يدفعه إليه؛ كي لا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد، وكي لا يتكرر الاستحقاق؛ فإذا لم يدفعه.. سلم له ما أخذه من الغاصب، فلم يتصور الرجوع عليه ثانياً.

وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ: يَدْفَعُهُ...

ولهما: أن حق ولي الجناية الأولى في جميع القيمة؛ لأنه حين جنى عليه.. لا يزاحمه أحد، فيستحق كله، وانتقص حقه باعتبار مزاحمة الثاني.

فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً عن الحق.. أخذه؛ ليتم حقه، وإذا أخذه منه هو.. يرجع المولى بما أخذه على الغاصب؛ لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب.

واعترض عليه: بأن الجناية الثانية مقارنة للأولى، فكيف يكون حق الأولى في جميع القيمة؟

وأجيب: بأن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير، حتى ضمن السيد لهما نصفين، والجناية الأولى متقدمة حقيقة، وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم، وأمكن توفير موجبها.. فلا يمنع بلا مانع.

والجواب عن قول محمد - أنه عوض ما سلم لولي الجناية الأولى -: أن الأمر كذلك، لكن ذلك في حق المولى والغاصب؛ لأن ما أخذه المولى من الغاصب: عوض المدفوع إلى ولي الجناية الأولى، وأما في حق المجني عليه.. فليس كذلك، بل هو عوض ما لم يسلم له بالنسبة إليه من حقه؛ لأن حقه في جميع [٧٧٥/ب] القيمة؛ لعدم المزاحم حين جنى عليه، على ما تقدم، ويجوز أن يكون الشيء الواحد عوضاً لشيء بالنسبة إلى شخص، ولشيء آخر بالنسبة إلى شخص آخر، كالذمي إذا باع خمراً وقضى بثمنها دين مسلم: يجوز له أخذه؛ لأن ملك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي، وبدل الدين في حق المسلم.

(**وفي الصورة الثانية**)؛ أعني: صورة العكس: (**يدفعه**)؛ أي: يدفع النصف المأخوذ من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى بالإجماع.

أما عندهما: فظاهر؛ لما بيناه في الصورة الأولى.

وَلَا يرجعُ ثَانياً بِالْإِجْمَاعِ.

والقِنُّ فِي الْفَصْلَيْنِ: كالمدبَّرِ، إِلَّا أَنَّهُ يَدْفَعُهُ، وَفِي الْمُدبَّر: يدْفعُ الْقِيمَةَ.

وأما عند محمد: فلأنه إنما منع الدفع إلى ولي الأولى في الصورة الأولى كي لا يجتمع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد - على ما تقدم بيانه - وفي هذه الصورة: لا يلزم ذلك؛ لأن ما أخذه المولى من الغاصب في هذه الصورة: عوض ما دفع إلى ولي الجناية الثانية؛ فإذا دفعه إلى ولي الأولى.. لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد.

(ولا يرجع)؛ أي: لا يرجع المولى بما دفعه إلى ولي الجناية الأولى على الغاصب (ثانياً بالإجماع)؛ لأن ما دفعه إلى ولي الأولى بسبب جناية وجدت عنده لا عند الغاصب.. فلا يتصور الرجوع إليه بما دفعه إلى ولي الأولى.

(والقن في الفصلين)؛ أي: الصورتين المذكورتين: (كالمدبر)؛ يعني: من غصب عبداً فجنى عنده، ثم رده إلى سيّده فجنى جناية أخرى عند سيّده.. فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين نصفين، ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته، فيدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى، ثم يرجع بما دفعه على الغاصب ثانياً. عندهما.

وقال محمد: لا يدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الأولى، ولا يرجع به على الغاصب، بل يسلم له ما أخذه من الغاصب؛ أعني: نصف القيمة.

وإن جنى عبد عند المولى، ثم غصبه رجل فجنى عند الغاصب جناية أخرى.. دفعه المولى إلى ولي الجنايتين نصفين.. ويرجع بنصف قيمته على الغاصب، ويدفعه إلى ولي الأولى، ولا يرجع به ثانياً على الغاصب؛ لما تقدم.

والجواب في العبد في الصورتين: كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرناه.

(إلا أنه)؛ أي: المولى (يدفعه)؛ أي: العبد إلى ولي الجنايتين، (وفي المدبر: يدفع القيمة)؛ لعدم إمكان دفع عين المدبر؛ لما تعلق به من الحرية.

وَحكمُ تكْرَارِ الرُّجُوعِ وَالدَّفْعِ: كَمَا فِي الْمُدبَّرِ اخْتِلَافاً واتفاقاً.

وَلَو غصبَ رجلٌ مُدبراً مرَّتَيْنِ، فجنى عِنْدَهُ فِي كلٍّ مِنْهُمَا.. غَرِمُ سَيِّدُهُ قِيمَتَهُ لَهما، وَرجعَ بهَا على الْغَاصِبِ، وَدفعَ نصفَهَا إِلَى ولِيِّ الأُولى، وَرجعَ بِهِ عَلَيْهِ ثَانياً...

(وحكم تكرار الرجوع) على الغاصب (و)حكم تكرار (الدفع) إلى ولي الجناية الأولى: (كما في المدبر؛ اختلافاً واتفاقاً).

ففي الصورة الأولى: يتكرر الدفع والرجوع عندهما لا عند محمد.

وفي الصورة الثانية [٧٧٦/أ]: يتكرر الدفع، ولا يتكرر الرجوع بالاتفاق.

(ولو غصب رجل مدبراً مرتين، فجنى عنده في كل منهما)، وذلك بأن غصب مدبراً فجنى عنده، ثم رده على المولى، ثم غصبه، ثم جنى جناية أخرى عنده (.. غرم سيده قيمته لهما)؛ أي: لولي الجنايتين نصفين؛ لأنه منعه بالتدبير، فيلزمه قيمة واحدة؛ لأن الممنوع: رقبة واحدة.. فلا يلزمه إلا قيمة واحدة.

(ورجع) السيد (بها)؛ أي: بتلك القيمة (على الغاصب)؛ لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب، فاستحق المولى كله بسبب كان في يده، فيرجع عليه بالكل.

بخلاف المسألة المتقدمة؛ فإنه هناك استحق النصف بسبب كان في يد المالك، فيرجع بالنصف كذلك.

(ودفع) المولى (نصفها)؛ أي: نصف القيمة المأخوذة من الغاصب (إلى ولي) الجناية (الأولى)؛ لأنه استحق كل القيمة؛ لعدم المزاحم عند الجناية عليه، وإنما انتقص حقه؛ لوجود المزاحم بعده، ثم إذا وجد شيئاً في يد المالك.. أخذه ليتم حقه كما تقدم.

(ورجع) المولى (به)؛ أي: بالنصف المدفوع إلى ولي الأولى (عليه)؛ أي: على الغاصب (ثانياً)؛ لأن استحقاق هذا النصف ثانياً كان في يد الغاصب، فيرجع به عليه، ويسلم له ذلك، ولا يدفعه إلى ولي الأولى؛ لأنه استوفى حقه، ولا إلى ولي الثانية؛

اتِّفَاقًا.

وَقِيلَ: فِيهِ خلافُ مُحَمَّدٍ.

وَمَن غصبَ صَبيّاً حراً، فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَجْأَةً، أَو بحمًّى.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَإِن بصاعقةٍ، أَو نهشِ حَيَّةٍ.. فعلى عَاقِلَتِهِ دِيَتُهُ.

لأنه لا حق له إلا في النصف؛ لسبق حق الأول عليه، فيزاحمه في النصف، وقد وصل إليه ذلك النصف.. فكان مستوفياً حقه أيضاً.

(**اتفاقاً**) على الصحيح.

(**وقيل: فيه خلاف محمّد**).

ووجه الفرق له: مذكور في «الهداية» وغيرها.

(**ومن غصب صبيّاً**).

قال في «العناية»: أي: ذهب به بغير إذن وليه، فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة. انتهى.

والأصل فيه: أن الحر لا يدخل تحت اليد، فلا يتحقق فيه حقيقة الغصب؛ لأنه إزالة اليد المحققة وإثبات اليد المبطلة.

(**حرّاً**)؛ لأن غصب العبد قد تقدم.

(**فمات في يده فجأة أو بحمى.. فلا شيء عليه**)؛ أي: على الغاصب.

(**وإن**) مات (**بصاعقة أو نهش حية.. فعلى عاقلته**)؛ أي: عاقلة الغاصب (**ديته**)، وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر والشافعي؛ لأن الغصب في الحر لا يتحقق، ألا ترى: أنه لا يتحقق في المكاتب وإن كان صغيراً؛ لكونه حراً يداً، مع أنه رقيق رقبة، فالحر رقبة ويداً: أولى أن لا يضمن به.

وجه الاستحسان: أن هذا [٧٧٦/ب] ضمان إتلاف لا ضمان غصب، والصبي

وَلَو قتلَ صبيٌّ عبداً مودَعاً عِنْدَهُ ضَمِنَ عَاقِلَتُهُ ديتَهُ.

يضمن بالإتلاف؛ لأن نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق: إتلاف سبباً، وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ - وهو الولي - فيضمن.

وهذا: لأن الحيات والصواعق والسباع لا تكون في كل مكان، فأمكن حفظه عنه؛ فإذا نقله إليه وهو متعد فيه.. فقد أزال حفظ الولي عنه متعدياً، فيضاف إليه؛ لأن شرط العلة: بمنزلة العلة إذا كان تعدياً؛ كالحفر في الطريق.

بخلاف الموت فجأة أو بحمى؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن.

حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض.. نقول: إنه يضمن، وتجب الدية على العاقلة؛ لكونه قتلاً تسبيباً.

بخلاف المكاتب؛ لأنه في يد نفسه وإن كان صغيراً؛ فإنه ليس لأحد ولاية تزويجه، فكان كالحر الكبير، والحر الكبير: في يد نفسه، فكذا المكاتب وإن كان صغيراً، والحر الصغير: ليس في يد نفسه، ألا ترى: أن وليه يزوجه بغير رضاه، وهو عاجز عن حفظ نفسه؛ فإذا أخرجه من يد المولى فمات متعدياً.. ضمن.

فإن قيل: ما حكم الحر الكبير إذا غصب؛ أي: نقل إلى هذه الأماكن تعدياً فأصابه شيء من ذلك؟

أجيب عنه: بأن حكمه أن ينظر:

إن كان الناقل قيّده ولم يمكن التحرز عنه.. ضمن؛ لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صُنِع فيه من القيد، فيجب الضمان على الغاصب.

وإن لم يمنعه من حفظ نفسه.. لا يضمن؛ لأن العاقل البالغ إذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه منه.. كان التلف مضافاً إلى تقصيره، لا إلى الغاصب، فلا يضمن، فكان حكم الحر الصغير: مثل حكم الحر الكبير المقيد؛ كذا في «العناية».

(ولو قتل صبي عبداً مودعاً عنده)؛ أي: أودعه مولاه عند الصبي (.. ضمن عاقلتُه) الصبيِّ (ديته)؛ أي: قيمته؛ لأن دية العبد: قيمته.

وَالإِقْرَاضُ وَالْإِعَارَةَ: كَالإِيدَاعِ فِيهِمَا.

وَالْمُرَادُ بِالصَّبِيِّ: الْعَاقِلُ.

وَفِي غَيْرِ الْعَاقِلِ.. يَضْمَنُ المَالَ أَيْضاً بِالاتِّفَاقِ؛ كَمَا يَضْمَنُ الْعَاقِلُ مَالاً أَتْلَفَهُ بِلَا إِيدَاعٍ وَنَحْوِهِ.

وأجمعوا: على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة.. ضمن في الحال. انتهى.

هكذا ذكره في «العناية»، وقال: هذا تقسيم حسن.

(**والإقراض والإعارة: كالإيداع فيهما**)؛ أي: في الصبي والعبد.

يعني: لو أقرض لهما، أو أعير.. فالحكم فيهما: كالحكم في الإيداع عندهما.

(**والمراد بالصبي: العاقل**)، ويدل عليه ما قال محمد في أصل «الجامع الصغير»: صبي قد عقل.

وفي «الجامع الكبير» وضع المسألة في صبي ابن اثني عشر.

(**وفي غير العاقل: يضمن المال أيضاً بالاتفاق**)؛ لأن التسليط غير معتبر، وفعل غير العاقل: معتبر.

(**كما يضمن العاقل**) أيضاً (**مالاً أتلفه بلا إيداع ونحوه**).

* * *

وَإِن أَكَلَ طَعَاماً، أَو أتلفَ مَالاً أُودِعَ عِنْدَهُ.. فَلَا ضَمَانَ.

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَلَو أُودِعَ عِنْدَ عبدٍ مَحْجُورٍ مَالٌ، فاستهلكَهُ.. ضَمِنَ بعدَ الْعِتْقِ، لَا فِي الْحَالِ.

خلافاً لَهُ.

(**وإن أكل**) الصبي (**طعاماً، أو أتلف مالاً أودع عنده.. فلا ضمان**) على الصبي عند أبي حنيفة ومحمد.

(**خلافاً لأبي يوسف**) والشافعي معه، قالا: يضمن في الوجهين؛ لأنه أتلف مالاً معصوماً.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن غير العبد معصوم لحق المالك، وقد فوته لدفعه إلى يد الصبي، وأما العبد.. فعصمته لحقه؛ لبقائه على أصل الحرية في حق الدم.

(**ولو أُودع عند عبد محجور مال فاستهلكه.. ضمن بعد العتق لا في الحال**).

(**خلافاً له**)؛ أي: لأبي يوسف، قال: يؤاخذ به في الحال، وهو قول الشافعي.

وذكر في «شرح الطحاوي»: ومن أودع [٧٧٧/أ] عند صبي مالاً فهلك في يده.. لا ضمان عليه بالإجماع.

وإن استهلكه الصبي؛ فإنه ينظر:

إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة.. يضمن بالإجماع.

وإن كان محجوراً عليه، ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه.. ضمن بالإجماع.

فإن قبل بغير إذن وليه.. فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد، لا في الحال، ولا بعد الإدراك.

وقال أبو يوسف: يضمن في الحال.

(بَابُ الْقَسَامَةِ)

إِذا وُجِدَ ميِّتٌ فِي مَحَلَّةٍ بِهِ أَثَرُ الْقَتْلِ مِن جُرحٍ أَو خُرُوجِ دمٍ مِن أُذُنهِ، أَو عينِهِ، أَو أَثَرُ خَنِقٍ، أَو ضَربٍ، وَلم يُدْرَ قَاتلُهُ، وادّعى وليُّهُ قَتلَهُ على أَهلِهَا، أَو بَعضِهِم، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ.. حُلِّفَ خَمْسُونَ رجلاً مِنْهُم، يختارُهُم الْوَلِيُّ............

(بَابُ القَسَامَةِ)

وهي في اللغة: اسم للاقتسام.

وفي الشرع: أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وُجِدَ فيها قتيلٌ به أثر جراحه، يقول كل منهم: بالله ما قتلت، وما علمت له قاتلاً.

وسببها: وجود القتيل فيما ذكرناه.

وشرطها: بلوغ، وعقل، وحرية، ووجود أثر القتل في الميت، وتكميل اليمين.

وحكمها: القضاء بوجوب الدية إن حلفوا، والحبس إلى الحلف إن أبوا؛ إن ادعى المولى العمد، وبالدية عند النكول إذا ادعى الخطأ؛ كذا في «العناية».

(**إذا وجد ميت في محلة به**)؛ أي: بالميت (**أثر القتل؛ من جرح أو خروج دم من أذنه أو عينه**) احترز به عما خرج عن فمه أو أنفه أو دبره أو ذكره؛ إذ لا قسامة فيها على ما سيأتي.

(**أو أثر خَنِق**) بكسر النون، (**أو ضرب، ولم يدر قاتله**)؛ إذ لو علم قاتله.. كان هو الخصم وسقطت القسامة.

(**وادعى وليه قتله**) عمداً أو خطأ (**على أهلها**)؛ أي: المحلة، (**أو بعضهم**) عطف على «الأهل»؛ أي: على بعض أهل المحلة، إنما شرط الدعوى؛ لأنه صاحب الحق، فشرط دعواه.

(**ولا بينة له**)؛ إذ لو كانت له بينة.. سقطت القسامة.

(.. **حُلِّف**) من التحليف على صيغة المجهول (**خمسون رجلاً منهم**)؛ أي: من أهل المحلة، (**يختارهم**)؛ أي: الخمسين: (**الولي**)؛ إشارة إلى أن خيار تعيين

بِاللهِ: مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا علمنَا لَهُ قَاتلاً، ثمَّ قُضِيَ على أَهلهَا بِالدِّيَةِ.

وَمَا تمَّ خَلقُهُ: كالكبيرِ.

الخمسين إلى الولي لا إلى الإمام؛ لأن اليمين حق الولي [٧٧٧/ب]، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل، وهو: الفسقة والشبان.

أو صالحي أهل المحلة؛ لأن تحرزهم عن اليمين الكاذبة: أبلغ، فيظهر القاتل.

ثم بيَّن اليمين بقوله: (**بالله ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً**) هذا على طريق الحكاية عن الجميع.

وأما عند الحلف.. فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلتُ، ولا علمتُ له قاتلاً.

ولا يحلف بالله ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً؛ لجواز أنه باشر قتله بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً؛ يعني: جميعاً.

والأصل فيه: ما روى ابن عباس: أن النبي ﷺ كتب إلى أهل خيبر: «أن هذا قتيل وجد بين أظهركم؛ فما الذي يخرجه عنكم؟» فكتبوا إليه: أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل، فأنزل الله على موسى ﷺ أمراً؛ فإن كنت نبياً.. فاسئل الله مثل ذلك، فكتب ﷺ إليهم: «إن الله تعالى أراني أن اختار منكم خمسين رجلاً، فيحلفون بالله ما قتلنا، ولا علمنا له قاتلاً، ثم يغرمون الدية»، قالوا: لقد قضيت فينا بالناموس؛ أي: بالوحي.

(**ثم قُضِيَ على أهلها**)؛ أي: على عاقلة أهل المحلة (**بالدية**)؛ لوجود القتيل بينهم، وقد ثبت أنه ﷺ جمع بين القسامة والدية، وكذا عمر؛ أي: قضى على عاقلتهم بالدية في ثلاث سنين.

(**وما تم خلقه**)؛ أي: وجد سقط تام الخلق وبه أثر الضرب.. فهو (**كالكبير**)؛ حيث وجبت القسامة والدية عليهم؛ لأن تمام الخلقة ينفصل حياً ظاهراً.

وإن كان ناقص الخلقة.. فلا شيء عليهم؛ لأنه انفصل ميتاً ظاهراً.

وَلَا يحلفُ الْوَلِيُّ وَإِن كَانَ لَوْثٌ.

(ولا يحلف الولي وإن) وصلية (كان لَوثٌ)؛ أي: علامة القتل على واحد بعينه؛ أي: لا يحلف أولياء المقتول بأن أهل المحلة قتلوه وإن كان هناك لوث.

وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث.. استحلف الأولياء خمسين يميناً: أن أهل المحلة قتلوه؛ فإن حلفوا.. يقضى على أهل المحلة بالدية؛ عمداً كانت الدعوى أو خطأً.

وقال مالك: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد، وهو أحد قولي الشافعي.

والمراد باللوث عندهما: أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه، أو ظاهر يشهد للمدعي؛ أي: الولي؛ من عداوة ظاهرة.

أو يشهد عدل أو جماعة غير عدل عند القاضي: أن أهل المحلة قتلوه.

وإن لم يكن ثمة لوث.. استحلف المدعى عليهم؛ أي: يبدأ بيمين أهل المحلة؛ فإن حلفوا.. فلا دية عليهم.

وإن أبوا أن يحلفوا.. استحلف المدعون، واستحقوا ما ادعوا.

وللشافعي في البداية بيمين المدعي: ما روي أن عبد الله بن سهل وجد قتيلاً في قليب خيبر، فقال [٧٧٨/أ] عمر: يا رسول الله؛ إنا وجدنا قتيلاً في قليب خيبر، وذكر عداوة يهود لهم، فقال ﷺ: «يبريكم يهود بخمسين يميناً: أنهم لم يقتلوه»، قال: قلت: فكيف ترضى بأيمانهم وهم مشركون؟! قال: «فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه».

ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر، ولهذا: يجب على صاحب اليد؛ فإذا كان الظاهر شاهداً للولي وهو المدعي.. يبدأ بيمينه، فيكون اليمين حجة له، لا أن في هذه الحجة نوع شبهة، والقصاص عقوبة تسقط بالشبهة؛ فلذا أوجب الدية في القول الجديد.

فَإِن نقصَ أَهلُهَا عَنِ الْخمسينَ.. كُرِّرتِ الْيَمينُ إِلَى أَن يتمَّ.

وَمَن نكلَ.. حُبِسَ حَتَّى يحلفَ.

وَمَن قَالَ مِنْهُم: قَتَلَهُ فلَانٌ.. اسْتَثْنَاهُ فِي يَمِينِهِ.

وَإِنِ ادّعى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ على غَيرِهم......................................

ولنا: قوله ﷺ: «البينة للمدعي، واليمين على من أنكر»، فسوى في ذلك بين الدماء والأموال، وحكم فيها بحكم واحد، ولأن اليمين ليست بحجة لاستحقاق فلس.. فكيف تكون حجة في استحقاق نفس؟! واليمين عندنا: ليظهر القتل بتحرزهم في اليمين الكاذبة فيقروا، فيجب القصاص، وإذا حلفوا.. حصل البراءة في القصاص.

(فإن نقص أهلها عن الخمسين.. كررت اليمين إلى أن يتم) الخمسون؛ لأن الخمسين واجب بالنص، فيجب إتمامه ما أمكن، ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة والحكمة؛ لأنه ثبت بالنص.

(ومن نكل) من أهل المحلة عن اليمين (.. حبس حتى يحلف)؛ لأن الحلف فيه واجب بالنص، وللتعظيم لأمر الدم، ولهذا: يجمع بينه وبين الدية.

بخلاف النكول في الأموال؛ لأن الحلف فيها بدل عن أصل حقه، ولهذا يسقط ببذل المدعي المال.. فلا معنى للحبس.

وهنا: لا يسقط ببذل الدية، فيحبس.

(ومن قال منهم)؛ أي: من الذين طلب منهم اليمين من أهل المحلة: (قتله)؛ أي: هذا المقتول (فلان.. استثناه في يمينه)؛ أي: استثنى الفلان في يمينه؛ بأن قال: ما قتلته، ولا عرفت له قاتلاً غيره؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله ذلك.. فلا يقبل، فيحلف على ذلك الوجه؛ لأنه لما أقر بالقتل.. صار مستثنى عن اليمين، فبقي حكم من سواه، فيحلف عليه.

(وإن ادعى الولي القتل) عمداً أو خطأً (على غيرهم)؛ أي: غير أهل المحلة

سَقَطَت عَنْهُم وَلَا تقبلُ شَهَادَتُهم على غَيرِهم.

خلافاً لَهما.

(..سقطت) القسامة والدية (عنهم)؛ أي: عن أهل المحلة؛ لأن ذلك إبراء منه لأهل المحلة، حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك عليهم؛ كذا في «قاضي خان».

بخلاف ما لو ادعى ولي القتيل: القتل عمداً أو خطأ على رجل بعينه من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل؛ حيث لا تبطل القسامة والدية عن أهل المحلة، على ما صرح به [٧٧٨/ب] في «قاضي خان» أيضاً، قبيل المسألة الأولى.

وهذا: لأن إيجاب القسامة عليهم: دليل على كون القاتل منهم، فتعيينه واحداً منهم لا ينافيه؛ لأنه منهم، هذا هو المشهور من الرواية.

وفي رواية عن أبي حنيفة: تكون تلك الدعوى أيضاً إبراء منه لأهل المحلة، فسقط عنهم القسامة والدية، ويقال للولي: ألك بينة؟ فإن قال: لا.. يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة.

وهكذا روي عن أبي يوسف أيضاً.

(ولا تقبل شهادتهم)؛ أي: شهادة أهل المحلة (على غيرهم)؛ أي: غير أهل المحلة؛ يعني: لو أقام ولي القتيل شاهدين من أهل المحلة بالقتل.. لا تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: تقبل شهادة أهل المحلة على غيرهم؛ لأن الولي لما ادعى القتل على غيرهم.. تبين أنهم ليسوا بخصماء له، غاية الأمر: أنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء، وقد بطل ذلك بما ذكرناه.. فلا يمنع من قبول الشهادة؛ كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة.

ولأبي حنيفة: أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين؛ بالتقصير الصادر منهم.. فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من الخصومة بعارض فإنهم دفعوا عنهم مغرماً؛ كالوصي إذا

خرج من الوصية بعدما قبلها ببلوغ الغلام، أو بعزل القاضي؛ فإنه لا تقبل شهادته في حق الصغير.

والحاصل: أن من صار خصماً في حادثة.. لا تقبل شهادته فيها، ومن كان بعرضية أن يصير خصماً... لم ينتصب خصماً بعد تقبل شهادته فيها، وهذان الأصلان مما اتُّفق عليهما.

غير أن الإمامين يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية أن يصير خصماً، فتقبل شهادتهم.

وأبا حنيفة جعلهم ممن انتصب خصماً؛ يعني: من الأصل الأول.. فلا تقبل شهادتهم.

ولو ادعى أهل المحلة على رجل غائب من محلة أخرى: أن ذلك الرجل قتله وغاب، وأشهدوا على ذلك الرجل شاهدين ليسا منهم، بل من محلة أخرى.. تقبل شهادتهم، وتدفع عنهم القسامة والدية؛ كما في «قاضي خان»؛ حيث قال في باب ما يبطل دعوى المدعي:

ومن جنس المسائل التي تقبل الشهادة فيها لدفع الخصومة عن نفسه وإن كان مثبتاً حقاً لغيره: أنه إذا وجد القتيل في محلة، فادعى أهل المحلة أنه قتله رجل آخر من محلة أخرى، وأقاموا البينة من غير المحلة التي وجد فيها القتيل على ذلك الرجل بالقتل.. ذكر في «الأصل»: أن هذه البينة مقبولة.

فإن ادعى أولياء القتيل على ذلك الرجل.. أخذوه بالدية [٧٧٩/أ].

وإن إبرؤوه.. لم يكن للأولياء عليه، ولا على أهل المحلة شيء، جوز هذه البينة وإن أثبتوا الدية لغيرهم. انتهى.

وقال في «شرح الطحاوي»: وإن لم يدع أولياء المقتول، لكن ادعى أهل المحلة على رجل منهم أن من غيرهم.. فإنه تصح دعواهم.

وَلَا قسَامَةَ، وَلَا دِيَةَ فِي ميتٍ لَا أَثرَ بِهِ، أَو يخرجُ الدَّمُ مِن فَمِهِ، أَو أَنفِهِ، أَو دُبُرِهِ، أَو ذَكَرِهِ، أَو وُجِدَ أَقلُّ مِن نصفِهِ وَلَو مَعَ الرَّأسِ، أَو نصفُهُ مشقوقاً بالطُّولِ.

وَإِن وُجِدَ على دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رجلٌ.. فَالدِّيَةُ على عَاقِلَتِهِ.

وَكَذَا: لَو كَانَ يَقُودُهَا، أَو راكبُها.

وَإِنِ اجْتَمَعُوا.. فَعَلَيْهِم.

(ولا قسامة، ولا دية) على أحد أصلاً (في) حق (ميت لا أثر به، أو يخرج الدم من فمه، أو أنفه، أو دبره، أو ذكره)؛ لأنه ليس بقتيل؛ لأن القتيل عندنا: كل ميت به أثر الضرب والجرح؛ فما لا أثر به.. ليس بميت.

وكذا: ما يخرج الدم من المواضع المذكورة: ليس بميت؛ لأن هذه المواضع قد يخرج الدم منها عادة بلا صنع.. فلا يستدل به على كونه قتيلاً.

لكنه أطلق خروج الدم من الفم، وفصله في «قاضي خان»؛ حيث قال: وإن كان الدم يخرج من الفم؛ إن كان يعلو من الجوف.. فهو قتيل، وإن كان ينزل من الرأس.. لا يكون قتيلاً.

فيحمل إطلاق المصنف على هذا.

(أو وجد أقل من نصفه ولو) وصلية (مع الرأس، أو نصفه مشقوقاً بالطول)؛ لأن هذا ليس [٧٧٩/ب] في حكم القتيل، عرف ذلك بالنص.. فلا شيء فيه من القسامة والدية.

(وإن وجد) ميت (على دابة يسوقها رجل.. فالدية على عاقلته)؛ أي: عاقلة الرجل، لا على أهل المحلة؛ لأن الميت في يد الرجل، فصار كأنه في داره.

(وكذا لو كان) الرجل (يقودها)؛ أي: الدابة، (أو راكبها)؛ أي: على عاقلة القائد والراكب، لا على أهل المحلة؛ لما ذكرناه.

(وإن اجتمعوا)؛ أي: السائق والقائد والراكب (.. فعليهم)؛ أي: فالدية عليهم؛ لأنه في أيديهم جميعاً.

وَلَا على بَعضِهِم إِذا ادَّعَاهُ؛ إِجْمَاعاً.

وَوُجُودُ أَكثرِ الْبدنِ أَو نصفُهُ مَعَ الرَّأسِ: كوجودِ كُلِّهِ.

وَلَا قسَامَةَ على صبيٍّ، وَمَجْنُونٍ، وَامْرَأَةٍ، وَعبدٍ.

فإن أقاموا بينة على ذلك الرجل.. يجب عليه القصاص في العمد، والدية في الخطأ إذا وافقهم الأولياء في الدعوى.

وإن لم يوافقهم الأولياء في الدعوى على ذلك الرجل.. فلا يجب على ذلك الرجل شيء؛ لأن الأولياء أبرؤوه حيث أنكروا قتله، ولا يجب على أهل المحلة شيء أيضاً؛ لأنهم أثبتوا القتل على غيرهم.

وإن لم تقم لهم البينة، وحلف ذلك الرجل.. فإن القسامة تجب على أهل المحلة: يحلفون بالله ما قتلوه وما علموا له قاتلاً غير فلان في قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي قول أبي يوسف: يحلفون بالله ما قتلناه؛ كذا ذكره في فتاوى أنقروي نقلاً عن «شرح الطحاوي».

(ولا على بعضهم إذا ادعاه)؛ أي: لا تقبل شهادة أهل المحلة على بعضهم بعينه إن ادعى الولي القتل على ذلك البعض بعينه؛ لأن الخصومة قائمة على الكل بإنزالهم قاتلين - على ما تقدم - والشاهد يدفعها عن نفسه، فيكون متهماً.

(إجماعاً)، في دعوى الإجماع: نظر؛ لأنه ذكر في «الهداية» و«الزيلعي» خلاف أبي يوسف في هذه المسألة.

(ووجود أكثر البدن أو نصفه مع الرأس: كوجود كله) في الأحكام المذكورة.

(ولا قسامة على صبي ومجنون)؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح، واليمين: قول.

(وامرأة وعبد)؛ لأنهما ليسا من أهل النصرة، واليمين على أهل النصرة.

وَإِن وُجِدَ على دَابَّةٍ بَينَ قريتَينِ.. فعلى أقربِهما.

وَإِن وُجِدَ فِي دَارِ نَفسِهِ.. فعلى عَاقِلَتِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا شَيْءَ فِيهِ.

(**وإن وجد على دابة بين قريتين.. فعلى أقربهما**).

وكذا: إن وجد بين قبيلتين؛ لأن قتيلاً وجد بين قريتين على عهد النبي ﷺ فأمر أن يمسح بينهما، فوجد إلى إحدى القريتين أقرب، فقضى عليهم بالقسامة والدية.

وروي عن عمر مثله.

وإن استوى بين القريتين والقبيلتين.. فعليهما معاً.

ثم هذا - أي: لزوم القسامة والدية على أقرب القريتين في الصورة الأولى وعلى أهل القريتين معاً في الصورة الثانية - إن كان القتيل في موضع يسمع منه الصوت لأهل قرية في الصورة الأولى، ولأهلهما في الصورة الثانية؛ لأنه حينئذ إذا كان الميت في موضع يسمع الصوت.. يلحقه الغوث، فيمكنهم النصرة، وقد قصروا، فيجعلون قاتلين تقديراً.

بخلاف ما إذا لم يكن في موضع يسمع منه الصوت؛ فإنه حينئذ لا تلزمهم النصرة، فلا ينسبون إلى التقصير، فلا يجعلون قاتلين تقديراً.

(**وإن وجد**) القتيل في (**دار نفسه**)؛ أي: في دار سكن فيه بنفسه، ولو بالإجارة أو العارية (**.. فعلى عاقلته**)؛ أي: فديته على عاقلة القتيل لورثته عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا شيء فيه**)، وهو قول زفر أيضاً.

وفي «الدرر»: وبه يفتى.

وفي «الحاوي»: وبه نأخذ.

لهم: أن الدار في يده حين وجد الجرح، فيجعل كأنه قتل نفسه، فيكون هدراً.

ولأبي حنيفة: أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحالُ ظهورِ القتل: الدارُ للورثة.. فتجب على عاقلتهم.

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه؛ لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه، فيصير كأنه قتل نفسه، فيهدر دمه؛ كذا في «الهداية».

واعترض عليه في «العناية» بأن قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة.

ثم قال في دليله: وحال ظهور القتل: الدار للورثة، فتجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر، ومخالفة بين الدليل والمدلول، ودفع ذلك [٧٨٠/أ] بأن يقال: عاقلة الميت: إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم.

فإن كان الأول.. كانت الدية على عاقلة الميت، وهم عاقلة الورثة؛ فلا تنافي بينهم.

وإن كان الثاني.. كانت الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل منها ممكناً.. أشار إلى الأول في حكم المسألة، وإلى الثاني في دليلها.

وعلى التقدير الثاني: يقدر في قوله: «فالدية على عاقلته» مضاف؛ أي: على عاقلة ورثته.

فإن قيل: إن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة على التقدير المذكور.. فإنما وجبت للورثة، فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم؟

أجيب: بأنها تجب للمقتول، حتى تقضى منها ديونه، وتنفذ وصاياه، ثم يخلفه الوارث فيه، نظيره: الصبي والمعتوه إذا قتل أباه.. تجب الدية على عاقلته، ويكون ميراثاً له.

واعلم: أنهم اتفقوا في وجوب الدية على العاقلة في هذه المسألة، واختلفوا في وجوب القسامة عليهم على قول أبي حنيفة.

منهم من قال: لا تجب القسامة؛ لأنها تختص بمن يعلم بحال القتيل، وليس ههنا من يعلمه.. فلا تلزم القسامة.

وَإِن وُجِدَ فِي دَارِ إِنْسَانٍ.. فَعَلَيهِ الْقَسَامَةُ، وعَلى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ.

ومنهم من قال: إنها تجب؛ لجواز أن تكون جماعة اتفقوا على قتله، فقتلوه في داره، فيكون ثمة من يعلم بحاله، ولهذا أطلق المصنف المسألة، ولم يصرح بوجوب الدية على ما صرح به في «الهداية».

(وإن وجد) القتيل (في دار إنسان.. فعليه القسامة)؛ أي: على صاحب الدار القسامة إن ثبت بالحجة أن الدار له؛ لأن التدبير في حفظ الملك الخاص: إلى المالك.

(وعلى عاقلته الدية)؛ لأن نصرته منهم، وقوته بهم.

هذا إذا كان له عاقلة، وإلا.. فعليه؛ كذا في «الدرر».

واعلم: أن صاحب «الهداية» ذكر هذه المسألة أولاً على طبق ما ذكره المصنف، وعلل بما ذكرناه من العلتين، ثم ذكر وقال: وإذا وجد قتيل في دار.. فالقسامة على رب الدار وعلى قومه جميعاً.

واعترض عليه: بأن بينهما تدافعاً؛ فإنه قال فيما ذكره أولاً: إن القسامة على صاحب الدار.

وقال فيما ذكره ثانياً: إنها على صاحب الدار وعلى قومه؛ أي: عاقلته جميعاً.

وأجيب عنه: بأنه إذا وجد قتيل في دار إنسان.. فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات، وفي القسامة روايتان، ففي إحداهما: تجب على صاحب الدار، وفي الأخرى: عليه وعلى عاقلته.

فصاحب «الهداية»: اختار أولاً: الرواية الأولى [٧٨٠/ب]، وثانياً: الرواية الثانية.

وحكي عن الكرخي أنه يوفق بين الروايتين ويقول: الرواية التي توجب القسامة على صاحب الدار: محمولة على ما إذا كان قومه؛ أي: عاقلته غُيَّباً.

والرواية التي توجبها على قومه: محمولة على ما إذا كانوا حضوراً، وكلام «الهداية» يدل على أن القسامة عليهما جميعاً إذا كانوا حضوراً.

وَإِن كَانَتِ الْعَاقِلَةُ حضوراً.. يدْخلُونَ فِي الْقِسَامَة أَيْضاً.

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَإِلَّا.. كُرِّرت عَلَيْهِ.

والقِسامةُ على الْمُلَّاكِ دونَ السُّكَّانِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ على الْجَمِيعِ، ....

قال في «العناية»: ويوافقه رواية «فتاوى العتابي».

قلت: ويوافقه أيضاً: كلام المصنف؛ فإنه قال: (وإن كانت العاقلة حضوراً.. يدخلون في القسامة أيضاً)؛ أي: مثل صاحب الدار.

(خلافاً لأبي يوسف)؛ فإنه قال: لا قسامة على العاقلة؛ لأن رب الدار أخص به من غيره، فيكون تدبير حفظه إليه.

(وإلا)؛ أي: وإن لم تكن العاقلة حضوراً (.. كررت) الأيمان (عليه)؛ أي: على صاحب الدار.

(والقسامة على الملاك دون السكان) عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: على الجميع).

والمراد بالملاك: أصحاب الرقبة، وبالسكان: هم المستأجرون، والمستعيرون، والمودعون، والمرتهنون. كذا في «التاتارخانية».

ولأبي يوسف: أن ولاية التدبير كما تكون بالملك.. تكون بالسكنى أيضاً، ألا ترى: أن النبي ﷺ جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخيبر.

ولهما: أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان؛ لأن سكنى الملاك ألزم، وقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم.

وأما أهل خيبر.. فالنبي ﷺ أقرهم على أملاكهم، فكان يأخذ منهم على وجه الخراج، لا على وجه الإجارة.

وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الخطَّة وَلَوْ بَقِيَ مِنْهُم وَاحِدٌ دونَ المُشْتَرين.
وَعِنْدَهُ: على المُشْتَرِينَ أَيْضاً.
وَإِن لم يبْقَ مِن أَهلِ الخِطَّةِ أَحدٌ.. فعلى المُشْتَرين.
وَإِن بِيعَتْ دَارٌ وَلم تُقبَضْ.. فعلى البَائِعِ.
وَعِنْدَهُمَا: على المُشْتَرِي.

(وهي)؛ أي: القسامة، هذا ابتداء مسألة: (على أهل الخطة) وهم الذين خط لهم الإمام، وقسم الأراضي بخطه لتتميز أنصباؤهم وملكهم حين فتح البلدة (ولو) وصلية (بقي منهم واحد دون المشترين) عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعنده)؛ أي: عند أبي يوسف: (على المشترين أيضاً)؛ لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ، ولهذا: جعلوا مقصرين جانين، وولاية الحفظ باعتبار فيه، وقد استووا فيه، فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري، ولو كان للخطة تأثير في التقديم.. لما شاركه المشتري.

ولهما: أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف، فيختص بعهدتها؛ لأن الدية والقسامة تجبان بحسبها، ولأن أهل الخطة أصيل، والمشتري دخيل، وولاية التدبير إلى الأصيل.

وفي [٧٨١/أ] الدار المشتركة: ولاية التدبير إلى الملاك مطلقاً.

بخلاف القرية والمحلة.

وقيل: أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد من عادة أهل الكوفة.

(وإن لم يبق من أهل الخطة أحد) بأن باعوا كلهم (.. فعلى المشترين)؛ لأن الولاية انقلبت إليهم؛ لزوال من يتقدمهم على قول أبي حنيفة ومحمد، أو خلصت لهم لزوال من يزاحمهم.

(وإن بيعت دار، ولم تقبض.. فعلى البائع، وعندهما: على المشتري).

وَفِي البيعِ بِخِيَارٍ: على ذِي الْيَدِ.
وَعِنْدَهُمَا: على مَن يصيرُ الْملكُ لَهُ.

(وفي البيع بخيار) لأحد العاقدين من البائع والمشتري: (على ذي اليد، وعندهما: على من يصير الملك له)؛ يعني: إذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل.. فضمانه على عاقلة البائع.

وإن كان في البيع بخيار.. فهو على عاقلة الذي كان في يده عند أبي حنيفة.

وقالا: إن لم يكن فيه خيار.. فعلى عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار.. فعلى عاقلة الذي يصير الملك له؛ لأنه إنما نزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ، فلا يجب إلا على من له الحفظ، والولاية تستفاد بالملك.

ولهذا: لو كانت الدار وديعة.. تجب الدية على صاحب الدار دون المودع، والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات.

وفي الذي شرط فيه الخيار.. يعتبر قرار الملك؛ كما في صدقة الفطر.

ولأبي حنيفة: أن القدرة على الحفظ: باليد، دون الملك، ألا ترى: أنه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك، ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة، وفي البيع البات: اليد للبائع قبل القبض.

وكذا: فيما فيه الخيار لأحدهما؛ لأنه دون البات.

ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له.. فهو أخص الناس به تصرفاً.

وإن كان الخيار للبائع.. فهو في يده مضمون عليه بالقيمة؛ كالمغصوبة، فتعتبر يده؛ إذ بها يقدر على الحفظ.

بخلاف صدقة الفطر؛ لأنها تجب على المالك لا على الضامن، وهذه ضمان جناية، فيجب على الضامن؛ لأن ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك.

وبخلاف ما إذا كانت الدار في يده وديعة؛ لأن هذا الضمان ضمان ترك الحفظ، وهو إنما يجب على من كان قادراً على الحفظ، وهو: من له يد أصالة لا يد صيانة،

وَلَا تدي عَاقِلَة ذِي الْيَدِ إِلَّا بِحجَّةٍ أَنَّهَا لَهُ.

وَإِن وُجِدَ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ سهاماً مُخْتَلفَةً.. فالقِسامةُ وَالدِّيَةُ على الرؤُوسِ.

وَإِن وُجِدَ فِي سفينةٍ.. فعلى مَن فِيهَا مِنَ الملَّاحينَ والرُّكَّابِ.

ويد المودَع يد نيابة، كذا المستعير والمرتهن.

وكذا: الغاصب؛ لأن يده يد أمانة؛ لأن العقار لا يضمن بالغصب عندنا؛ كذا في «الزيلعي».

(ولا تدي عاقلة ذي اليد إلا بحجة أنها له)؛ أي: إذا كانت دار [٧٨١/ب] في يد رجل، فوجد فيها قتيل.. لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود: أنها لصاحب اليد؛ لأن ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقله عاقلته، لكنها محتملة.. فلا تكفي لإيجاب الضمان على العاقلة؛ كما لا تكفي في استحقاق الشفعة في الدار المشفوعة؛ لأن ما ثبت بالظاهر: لا يصلح حجة للاستحقاق، ويصلح للدفع، ولا فرق في ذلك: بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار وغيره، عند أبي حنيفة؛ كذا في «الزيلعي».

(وإن وجد) القتيل (في دار مشتركة سهاماً مختلفة)؛ أي: سهامهم في تلك الدار متفاوتة؛ بأن كانت بين ثلاثة نفر مثلاً، لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس (.. فالقسامة والدية على الرؤوس)، ولا معتبر بتفاوت السهام ؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير، فيكون على عدد الرؤوس، بمنزلة الشفعة.

وكذا: إذا وجد القتيل في محلة.. فالقسامة والدية على الرؤوس لا على الأموال.

(وإن وجد) القتيل (في سفينة.. فعلى من فيها)؛ أي: فالقسامة والدية على من فيها (من الملاحين والركاب)؛ لأنها في أيديهم، فيستوي المالك وغيره فيها.

وَإِن وُجِدَ فِي مَسْجِدِ محلّةٍ.. فعلى أَهلِهَا.

وَإِن بَينَ قريتَينِ.. فعلى أَقربِهما.

وَإِن فِي سوقٍ مَمْلُوكٍ.. فعلى الْمَالِكِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: على السُّكَّانِ.

وَفِي غيرِ الْمَمْلُوكِ، كالشوارِعِ: على بَيتِ المَالِ.

أما على قول أبي يوسف: فظاهر؛ لأنه كان يسوي في الدار بين الساكن والملاك كما تقدم.

والفرق لهما بين الدار والسفينة: أن السفينة تنقل وتحول، فتكون في اليد حقيقة، فيعتبر فيها اليد، دون الملك؛ كما في الدابة، بخلاف الدار: فإنها لا تنقل، فتكون اليد فيها حقيقة للساكن.

(وإن وجد) القتيل (في مسجد محلة.. فعلى أهلها)؛ أي: أهل المحلة؛ لأن التدبير والتصرف في حفظ المسجد إليهم.

وفي «الدرر»: ولو وجد القتيل في أرض أو دار موقوفين على أرباب معلومة.. فعليهم؛ لأنهم أحق الناس بالتدبير فيهما، ولو كانت موقوفة على مسجد.. فكالمسجد. انتهى.

(وإن) وجد القتيل (بين قريتين) أو قبيلتين (.. فعلى أقربهما)؛ لما ذكرناه عند قوله: «وأن وجد على دابة بين قريتين».

(وإن) وجد القتيل (في سوق مملوك.. فعلى المالك) عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: على السكان) في ذلك السوق؛ لأن الأسواق المملوكة محفوظة بحفظ أربابها أو ساكنها، على الخلاف.. فالعهدة عليهم.

(وفي غير المملوك؛ كالشوارع) الأعظم: (على بيت المال)؛ أي: الدية على بيت المال؛ لأن التدبير والتصرف في الشوارع: إلى الإمام؛ لأنه نائب المسلمين [٧٨٢/أ]،

وَكَذَا: إن وُجِدَ فِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ.

ولا قسامة فيها؛ لأنها لنفي تهمة القتل، وذلك لا يتحقق في حق العامة وأهل الشوارع العامة.

بخلاف شارع المحلة؛ فإن القسامة والدية فيها على أهل المحلة؛ كما في مسجد المحلة.

اعلم: أن الطريق ينقسم ابتداء إلى قسمين:

أحدهما: طريق خاص، وهو: ما يختص بواحد أو أكثر، ويكون له مدخل لا مخرج.

والآخر: طريق عام، وهو: ما لا يختص بواحد أو أكثر، ويكون له مدخل ومخرج، ويسمى هذا: بالشارع، وهو أيضاً قسمان:

أحدهما: شارع المحلة، وهو: ما يكون المرور فيه أكثرياً لأهل المحلة، وقد يكون لغيرهم أيضاً، وهذا ما قال في «الينابيع»: وفي مسجد محلة على أهلها؛ كما لو وجد في شارع المحلة.

والآخر: الشارع الأعظم، وهو: ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية؛ كالطريق الواسعة في الأسواق وخارج البلدان، وهذا ما قال في «الهداية»: ومن وجد في الجامع والشارع الأعظم.. فلا قسامة فيه؛ كذا في «الدرر».

هذا صريح في أن الشارع الأعظم غير مختص بخارج البلد، وهو الظاهر من إطلاق المتون والشروح والفتاوى، لكن أفتى شيخ الإسلام أبو السعود أولاً بعدم الاختصاص، ثم رجع وأفتى باختصاصه بخارج البلدة، وعمل القضاة اليوم بالاختصاص.

(وكذا) لا قسامة، والدية على بيت المال **(إن وجد)** القتيل **(في المسجد الجامع)**؛ لما ذكرناه في الشوارع.

قال في «الزيلعي» نقلاً عن «المنتقى»: إذا وجد قتيل في صف من السوق:

وَكَذَا: إِن وُجِدَ فِي السِّجْنِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: على أَهلِ السجْنِ.

وَإِن وُجِدَ فِي بَرِيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهِ قَرْيَةٌ يسمعُ مِنْهَا الصَّوْتُ.. فَهُوَ هَدَرٌ.

وَكَذَا: لَو فِي وسطِ الْفُرَاتِ.

فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم.. فدية القتيل عليهم.

وإن كانوا لا يبيتون فيها.. فالدية على ملاك الحوانيت.

(وكذا)؛ أي: لا قسامة، والدية على بيت المال **(إن وجد)** القتيل **(في السجن)**؛ لأن تدبير السجن إلى الإمام، هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: على أهل السجن)؛ أي: السكان فيه؛ لما تقدم من أصله في مسألة السكان والملاك.

(وإن وجد) القتيل **(في برية)** غير مملوكة، **(ليس بقربه قرية يسمع منها الصوت.. فهو)**؛ أي: القتيل المذكور **(هدر)**؛ لأن في هذه الحالة لا يلحقه غوث من غيره، فلا يوصف أحد بالتقصير، ولا ينزل قاتلاً.

بخلاف ما إذا كان بقربه قرية يسمع منها الصوت؛ فإن القسامة والدية على أهل تلك القرية؛ لتقصيرهم.

ولو كانت البرية مملوكة لأحد.. فالقسامة والدية على المالك [٧٨٢/ب]، ولهذا قيدناها بغير المملوكة.

ولو وجد القتيل في موضع مباح؛ نحو الفلاة إلا أنه في أيدي المسلمين.. كانت الدية في بيت المال؛ كذا في «قاضي خان».

(وكذا)؛ أي: هدر **(لو)** وجد القتيل **(في وسط الفرات)**؛ لأن الفرات ليس في يد واحد، ولا في ملكه؛ إذا كان يمر به الماء، فيهدر ما وجد فيه من القتيل.

بخلاف ما إذا كان النهر صغيراً تستحق به الشفعة؛ حيث يكون ضمانه على أهله؛ لقيام يدهم عليه.

وَإِن محتبساً بالشَّطِّ.. فعلى أَقربِ الْقُرى مِنْهُ.

وَإِنِ التقى قومٌ بِالسُّيُوفِ، ثمَّ أُجلُوا عَن قَتِيلٍ.. فعلى أَهل الْمحلَّةِ، إِلَّا أَن يَدَّعِيَ وليُّهُ على الْقَوْمِ، أَو على معَيَّنٍ مِنْهُم،..........

قال في «الزيلعي» نقلاً عن شيخ الإسلام: إن النهر العظيم إذا كان موضع انبعاث مائه في دار الإسلام.. تجب الدية في بيت المال؛ لأنه موضع المسلمين.

بخلاف ما إذا كان موضع انبعاث مائه في دار الحرب؛ لأنه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب، فيهدر.

والمراد بالفرات: النهر العظيم مطلقاً، لا النهر المخصوص؛ لعدم خصوصية الفرات بذلك الحكم.

وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص، بل الماء ما دام جارياً بالقتيل غير محتبس.. كان حكم الشط كحكم الوسط؛ كذا في «العناية».

(**وأن**) كان القتيل (**محتبساً بالشط**)؛ أي: طرف النهر (.. **فعلى أقرب القرى منه**)؛ أي: من ذلك الطرف؛ لأن ذلك الطرف في أيديهم يسقون منه، ويوردون دوابهم عليه، فكانوا أخص بتصرفه من غيرهم، فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم؛ لأنه كالموضوع في الشط.

لكن هذا إذا كان ذلك الطرف بحيث يصل الصوت منه أهل تلك القرى والأراضي، إلا.. فلا قسامة ولا دية على أحد؛ كذا في «قاضي خان».

(**وإن التقى قوم**) من المسلمين عصبية، بخلاف ما إذا التقى المسلمون مع الكافر؛ فإن ذكره سيأتي مصرحاً (**بالسيوف، ثم أجلوا**)؛ أي: تفرقوا (**عن قتيل**)؛ أي: ظهر في موضع التقائهم قتيل (.. **فعلى أهل المحلة**)؛ لأن حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم؛ فإذا لم يعرف قاتله.. جعل عليهم القسامة والدية؛ لتقصيرهم في الحفظ.

(**إلا أن يدعي وليه**)؛ أي: ولي القتيل (**على القوم**) كلهم (**أو على معين منهم**)؛

فَتسقط عَنْهُم وَلَا تثبتُ على الْقَوْمِ إِلَّا بِحجَّةٍ.

وَلَو وُجِدَ فِي معسكرٍ بِأَرْضٍ غيرِ مَمْلُوكَةٍ؛ فَإِن فِي خباءٍ أَو فُسطاطٍ.. فعلى ربِّهِ، وإِلَّا.. فعلى الْأَقْرَبِ مِنْهُ.

أي: من القوم، (**فتسقط**) القسامة والدية (**عنهم**)؛ أي: عن أهل المحلة؛ لأنه أبرأهم بهذه الدعوى.

(**ولا تثبت**) دعوى الولي (**على القوم**) كلهم أو على معين (**إلا بحجة**)؛ إذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق، لكن يسقط به الحق عن أهل المحلة؛ لأن قوله حجة على نفسه؛ لاستلزامه الإبراء عن أهل المحلة.

(**ولو وجد**) القتيل (**في معسكر**) أقاموا (**بأرض غير مملوكة**) لأحد:

(**فإن**) وجد (**في خباء**)؛ أي: خيمة (**أو فسطاط.. فعلى ربه**)؛ أي: فالقسامة [٧٨٣/أ] والدية على ربه؛ أي: لرب الخباء أو القسطاط.

الخباء: الخيمة من الصوف.

والفسطاط: الخيمة العظيمة.

والمراد بربهما: من يسكن فيهما، وهذا؛ لأنه في يد الساكن كما في الدار، فيكون تدبيره إليه.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يوجد في خباء أو فسطاط، بل وجد في خارج منهما (.. **فعلى الأقرب منه**)؛ أي: على أقرب الأخبية منه؛ اعتباراً لليد عند انعدام الملك؛ كذا في «الهداية».

قالوا: هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين؛ أما إن نزلوا مختلطين.. فالقسامة والدية عليهم جميعاً؛ لأنهم لما نزلوا جملة.. صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة، فيكون من وجد فيهم من القتيل منسوباً إليهم جميعاً، فيكون من وجد خارج الأخبية والفسطاط مضموناً عليهم.

وقال في «الزيلعي»: إن وجد القتيل في خارج الأخبية والفسطاط؛ ينظر: إن

وَإِن كَانُوا قد قَاتلُوا عدوّاً.. فَلَا قِسَامَةَ وَلَا دِيَةَ.

وإِنِ الأَرْضُ مَمْلُوكَةً.. فالعسكرُ: كالسُّكَّانِ، والقسامةُ على الْمَالِكِ لَا عَلَيْهِم.

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَمن جُرِحَ فِي قَبيلَةٍ، ثمَّ نُقِلَ إِلَى أَهلِهِ وَلم يزل ذَا ....

كانوا ينزلون قبائل متفرقين.. فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل، وإن وجد بين القبيلتين.. فعلى أقربهما، وإن استويتا.. فعليهما جميعاً.

(**وإن كانوا قد قاتلوا عدواً.. فلا قسامة، ولا دية**)؛ لأن الظاهر: أن العدو قتله، فيكون هدراً.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين المسألة المتقدمة؛ من أنه إذا التقى قوم بالسيوف، ثم أجلوا عن قتيل.. فلا قسامة ولا دية عليهم، بل على أهل المحلة؟

قيل في الفرق: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في موضع في دار الإسلام، ولا يدرى أن القاتل من أيهما.. يرجح احتمال قتل المشركين؛ حملاً لأمر المسلمين على الصلاح؛ لأنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الموضع، ويقتلون المسلمين.

وأما في المسلمين بين الطرفين عصبية.. فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح؛ حيث كان الفريقان مسلمين، فبقي حال القتل مشكلاً، فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان؛ لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال.

(**وإن** كانت (**الأرض مملوكة**) لأحد؛ أي: الأرض التي نزل فيها العسكر (.. **فالعسكر كالسكان، والقسامة على المالك**)؛ أي: مالك الأرض، وكذا الدية.

(**لا عليهم**)؛ أي: على السكان في تلك الأرض، عند أبي حنيفة ومحمد.

(**خلافاً لأبي يوسف**)، فإن عنده: على السكان؛ كما تقدم وجه الطرفين من قبل.

(**ومن جُرِح**) على صيغة المجهول (**في قبيلة، ثم نقل إلى أهله ولم يزل ذا**

فَرَاشٍ حَتَّى مَاتَ.. فالقسامةُ على الْقَبِيلَةِ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا شَيْءَ فِيهِ.

وَلَو مَعَ الجريحِ رجلٌ، فَحُمِلَ إِلَى أَهلِهِ وَمَاتَ فِي أَهلِهِ.. فَلَا ضَمَانَ على الرَّجُلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَفِي قِيَاسِ قَولِ الإِمَامِ: يضمنُ.

وَلَو أَنَّ رجلَيْنِ كَانَا فِي بَيتٍ، فَوُجِدَ أَحدُهمَا مذبوحاً.. ضَمِنَ الآخرُ دِيَتَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

خلافاً لِمُحَمَّدٍ.

فراش حتى مات.. فالقسامة) وكذا الدية: (**على القبيلة عند الإمام**).

(**وعند أبي يوسف: لا شيء فيه**)؛ لأن الذي وجد في القبيلة [٧٨٣/ب] أو المحلة ليس بقتل؛ لأن الجرح غير القتل.. فلا ضمان فيه.

ولأبي حنيفة: أن الجرح إذا اتصل به الموت.. صار قتلاً، ولهذا وجب القصاص في العمد، والدية في الخطأ.

وإن لم يكن صاحب فراش.. احتمل أن يكون الموت من غير الجرح، فلا يلزم بالشك.

(**ولو**) كان (**مع الجريح رجل، فحمل**) الجريح (**إلى أهله**) فمكث يوماً أو يومين (**ومات في أهله.. فلا ضمان على الرجل عند أبي يوسف، وفي قياس قول الإمام: يضمن**)؛ لأن يده بمنزلة المحلة، فوجوده جريحاً في يده: كوجوده جريحاً في المحلة؛ كذا في «الهداية».

(**ولو أن رجلين كانا في بيت**)، وليس معهما ثالث، (**فوجد أحدهما مذبوحاً.. ضمن الآخر ديته عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد**)؛ لأنه يحتمل أنه قتل نفسه، ويحتمل أن الآخر قتله.. فلا يضمن بالشك، فصار كما إذا وجد كلاهما مذبوحاً في ذلك البيت.

وَلَو وُجِدَ فِي أَرضِ رجلٍ فِي جَنبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحبُ الأَرْضِ مِنْهَا.. فَهُوَ على صَاحبِ الأَرْضِ.

اختلف فيه المشايخ:

قال بعضهم: لا يلزمها، وكذلك لو كان الجاني مجنوناً أو صبياً؛ فإن جميع الدية يكون على عاقلته في قول هؤلاء.

والصحيح: أن القاتل يشارك العاقلة؛ كان القاتل امرأة أو صبياً [٧٨٤/أ] أو مجنوناً. انتهى.

(ولو وجد) القتيل (في أرض رجل في جنب قرية ليس صاحب الأرض منها)؛ أي: من تلك القرية (.. فهو) يعني القسامة والدية (على صاحب الأرض)؛ لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية؛ لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحبه، لا إلى أهل القرية.

ولو وجد القتيل في أرض موقوفة، أو دار موقوفة على أرباب معلومة.. فالقسامة والدية على أربابها لو كانوا في موضع يسمع منه الصوت؛ لأن تدبيره إليهم.

ولو كانت موقوفة على المسجد.. فهو كما لو وجد في المسجد، وقد تقدم حكمه.

ولو كان الأرباب في موضع لا يسمع منه الصوت.. فلا.

* * *

وَلَو وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي قَرْيَةٍ لامْرَأَةٍ.. كُرِّرَ الْيَمِينُ عَلَيْهَا، وتدي عاقلتُها.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: على عاقلتِها الْقِسَامَةُ أَيْضاً.

وَقَالَ الْمُتَأَخِّرُونَ: وَالْمَرْأَةُ تدخلُ فِي التَّحَمُّلِ مَعَ الْعَاقِلَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

ولأبي يوسف: أن الظاهر: أن الإنسان لا يقتل نفسه، فكان توهم ذلك ساقطاً، فصار كما إذا وجد في محلة.

وأفتى بعض مشايخ الإسلام: بضمان نصف الدية؛ عملاً بالقولين؛ كما في الأجير المشترك.

(ولو وجد القتيل في قرية) أو محلة أو دار (لامرأة.. كرر اليمين عليها)؛ أي: على امرأة، (وتدي)؛ أي: تضمن الدية (عاقلتها)؛ أي: عاقلة المرأة؛ يعني: القسامة عليها وتكرر، والدية على عاقلتها، عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: على عاقلتها القسامة أيضاً)؛ أي: كالدية؛ لأن القسامة لا تجب إلا على من كان من أهل النصرة، وهي ليست من أهلها، فأشبهت الصبي، فتكون على عاقلتها؛ مثل الدية.

ولهما: أن القسامة لنفي التهمة، وتهمة القتل من المرأة متحققة، فتكون القسامة عليها.

(وقال المتأخرون) من أصحابنا: (والمرأة تدخل في التحمل)؛ أي: تحمل الدية (مع العاقلة في هذه المسألة) دون غيرها، على ما يجيء في المعاقل.

وإنما دخلت في هذه الصورة؛ لأنها نزلت قاتلة تقديراً؛ حيث دخلت في تحمل الدية أيضاً.

بخلاف غيرها من الصور؛ فإن المرأة لا تدخل فيها في القسامة، بل تجب على الرجال، فلا تدخل في الدية أيضاً.

وفي «قاضي خان»: امرأة قتلت رجلاً خطأً حتى وجبت الدية على عاقلتها، هل يجب عليها شيء من تلك الدية؟

(كتاب المعاقل)

(كِتَابُ المَعَاقِلِ)

وَهِي: الدِّيَةُ.

والعاقلةُ: من يُؤَدِّيهَا، وهم: أَهلُ الدِّيوَانِ.

إِن كَانَ الْقَاتِلُ مِنْهُم.. تُؤْخَذُ مِن عطاياهم فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

(كِتَابُ المَعَاقِلِ)

هي جمع مَعقُلة بفتح الميم وضم القاف بمعنى العقل.

(وهي: الدية) سميت به؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك.

(والعاقلة: من يؤديها)؛ أي: الدية.

قال في «المصباح»: ودافع الدية: عاقل، والجمع: عاقلة، وجمع العاقلة: عواقل.

(وهم)؛ أي: العاقلة (أهل الديوان)؛ أي: من أهل ديوانهم من أهل مصرهم، لا من مصر آخر، فيعقل عن أهل سواده لا عن أهل مصر آخر، ولا عن أهل البادية.

وقيل: يعقل عن أهل مصر آخر، لا عن أهل البادية.

فعاقلة الرجل: أهل ديوانه من أهل مصره أو سواده؛ فإن كان من الغزاة.. فالغزاة، وإن كان من الكتاب.. فالكتاب.. وهكذا. كذا في «شرح النقاية».

والديوان: هي جريدة الحساب، مجموعة من القراطيس، يقال: أن عمر أول من دون الدواوين في العرب؛ أي: رتب الجرائد للعمال والولاة والقضاة، ويقال: فلان من أهل الديوان؛ أي: ممن أثبت نفسه في الجريدة.

(إن كان القاتل منهم)؛ أي: من أهل الديوان (.. تؤخذ من عطاياهم)؛ أي: من وظائفهم التي كانوا يأخذونها من بيت المال، لا من أصل مالهم؛ لأن أهل الديوان هم الذين لهم رزق في بيت المال، وكتب أسماؤهم في الديوان، والمراد بعطاياهم هنا: عطاياهم الثلث؛ تحقيقاً للتخفيف.

وهي تخرج غالباً في ثلاث سنين، ولهذا قال: (في ثلاث سنين)؛ فإن عمر لما

فَإِن خَرَجَت ثَلَاثُ عطايا فِي أَقَلَّ أَو أَكثَرَ.. أُخِذَ مِنْهَا.

دون الدواوين.. جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير.

والتقدير بثلاث سنين: مروي عن النبي ﷺ، وحكي عن عمر، ولأن الأخذ من عطاياهم للتخفيف، وهي تخرج [٧٨٤/ب] في كل سنة مرة واحدة، فتؤخذ في ثلاث سنين.

(فإن خرجت ثلاث عطايا في أقل) من ثلاث سنين؛ بأن خرجت في سنة واحدة أو سنتين ثلاث عطايا (أو أكثر) من ثلاث سنين (.. أخذ منها)؛ أي: مما خرج في أقل من ثلاث سنين أو أكثر منها؛ لحصول المقصود به؛ لأن المقصود: التخفيف، وقد حصل ذلك بالأخذ منها.

والحاصل: أن الدية تجب على العاقلة في ثلاث عطاياهم؛ فإن خرجت عطاياهم الثلاث في ثلاث سنين كما هو الغالب.. تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين، وإن خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة.. يؤخذ جميع الدية في سنة واحدة؛ لحصول المقصود من التفريق إلى ثلاث سنين، وهو التخفيف.

وإن خرجت عطاياهم الثلاث في أكثر من ثلاث سنين.. تؤخذ منها، كما لو خرجت في ست سنين.. تؤخذ الدية منها في كل سنة: سدسها، وهكذا؛ لأن المقصود يحصل بذلك.

ثم المراد من العطايا الثلاث: هي العطايا المفروضة للسنين المستقبلة، لا للسنين الماضية، حتى لو كانت عطايا السنين الماضية اجتمعت قبل قضاء القاضي بالدية على العاقلة، ثم قضى بها عليهم.. لا تؤخذ من العطايا الماضية، بل تؤخذ من العطايا المستقبلة؛ لأن ابتداء وجوب الدية على العاقلة: من حين قضاء القاضي، لا من حين القتل؛ لأن من عليه الدية غير معلوم قبل القضاء بها؛ لكونه مجتهداً فيه؛ لأن في العاقلة كلاماً:

قال بعضهم: هم أهل الديوان، وعليه مشايخنا.

وَمَن لم يكن مِنْهُم – فعاقلتُهُ: قبيلتُهُ، تُؤخَذُ مِنْهُم فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، مِن كُلِّ وَاحِدٍ: ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، أَو أَرْبَعَةٌ، كلَّ سنةٍ: دِرْهَمٌ، أَو دِرْهَمٌ وَثلثُ درهمٍ لَا أَزِيدُ.

وقال بعضهم: هم العشيرة، وعليه الشافعية.. فلا يتعين إلا بالقضاء.

وكذا: الواجب في نفسه غير متعين قبل القضاء؛ فإن ولاية التعيين فيه إلى القاضي؛ إن شاء قضى بالإبل، وإن شاء بالدراهم، وإن شاء بالدنانير.

(**ومن لم يكن منهم**)؛ أي: من أهل الديوان (.. **فعاقلته: قبيلته**)؛ لأن التناصر بالقبيلة.

فسر القبيلة في «شرح المجمع»: بالعصبة من النسب، واستدل عليه بما روي: أنه ﷺ أوجب الدية على عصبة القاتل.

قال علاء الدين الأسود في «شرح الوقاية» نقلاً عن «شرح الكافي»: ومن جنى من أهل البادية الذين لا ديوان لهم.. فرضت الدية على عواقلهم في ثلاث سنين، على الأقرب فالأقرب: على الأخوة، ثم بني الأخوة، ثم الأعمام، ثم بني الأعمام [٧٨٥/أ]، على ما عرف من ترتيب العصبات.

وهل يدخل البنون والآباء؟

بعضهم قالوا: يدخلون؛ لأنهم أقرب.

وبعضهم قالوا: لا يدخلون؛ لأن الانتصار غير معتاد من الأبناء والآباء. انتهى.

(**تؤخذ منهم**)؛ أي: من قبيلته (**في ثلاث سنين**)، والتقدير بثلاث سنين؛ لما ذكرناه من قبل.

(**من كل واحد**)؛ أي: يؤخذ من كل واحد من آحاد القبيلة في مجموع ثلاث سنين: (**ثلاثة دراهم، أو أربعة**) دراهم، (**كل سنة: درهم**)؛ أي: يؤخذ من كل منهم في كل سنة درهم فقط؛ ليكون المأخوذ في مجموع ثلاث سنين: ثلاثة دراهم.

(**أو درهم وثلث درهم**)؛ أي: يؤخذ من كل منهم في كل سنة: درهم وثلث درهم؛ ليكون المأخوذ في مجموع ثلاث سنين: أربعة دراهم.

(**لا أزيد**) لواحد على ثلاثة دراهم أو أربعة، وينقص منها.

هُوَ الْأَصَحُّ.

وَقِيلَ: فِي كلِّ سنةٍ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ أَو أَرْبَعَةٌ.

فَإِن لم تَتَّسِعِ الْقَبِيلَةُ لذَلِكَ.. ضُمَّ إِلَيْهِم أَقربُ الْقَبَائِلِ نسباً، على تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ، ....

(**هو الأصح**)؛ لأن محمداً نص عليه؛ حيث قال: لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين: على ثلاثة أو أربعة.. فلا يؤخذ من كل واحد من جميع الدية في ثلاثة سنين: على ثلاثة أو أربعة، فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة: إلا درهم أو درهم وثلث درهم.

(**وقيل: في كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة**).

وإنما كان الأول أصح؛ لحصول معنى التخفيف بذلك.

بخلاف هذا؛ لأنه لو أخذ في كل سنة ثلاثة دراهم.. يكون في ثلاث سنين: تسعة دراهم، ولو أخذ في كل سنة أربعة.. يكون في ثلاث سنين: اثني عشر، فيخرج من التخفيف.

(**فإن لم تتسع القبيلة لذلك**)؛ أي: الدية (.. **ضم إليهم**)؛ أي: إلى القبيلة (**أقرب القبائل نسباً على ترتيب العصبات**) الأخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، ثم بنوهم.

وأما الآباء؛ أي: آباء القاتل وأبناؤهم.. فقد اختلفوا فيه:

قيل: يدخلون فيهم لقربهم.

وقيل: لا يدخلون؛ كما تقدم.

قالوا: هذا في حق العرب؛ لأنهم حفظوا أنسابهم، فأمكن إيجابه على أقرب القبائل.

وأما العجم: فقد ضيعوا أنسابهم، فلا يمكن ذلك في حقهم؛ فإن لم يمكن.. فقد اختلفوا فيه:

وَالْقَاتِلُ كأَحدِهم.

وَإِن كَانَ مِمَّن يتناصَرُون بالحِرَفِ أَو بِالْحِلْفِ.. فعاقلتُهُ أَهلُ حِرفتِهِ، أَو حِلْفِهِ.

وعاقلةُ الْمُعْتَقِ وَمولى الْمُوَالَاة: مَوْلَاهُ وعاقلتُهُ.

قال بعضهم: يعتبر المحال والقرى، الأقرب فالأقرب.

وقال بعضهم: يجب الباقي من الدية في مال الجاني.

(والقاتل كأحدهم)؛ أي: كواحد من العاقلة؛ لأنه هو القاتل.. فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره.

وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية؛ لأنه معذور، ولهذا لا يجب عليه الكل، فكذا البعض؛ إذ الجزء لا يخالف الكل.

قلنا: إيجاب الكل عليه إجحاف [٧٨٥/ب] واستئصال، ولا كذلك إيجاب البعض، ولأنها تجب للنصرة، وهو ينصر نفسه مثل ما ينصر غيره، بل أشد، فكان أولى بالإيجاب عليه.

(وإن كان) القاتل **(ممن يتناصرون بالحِرف أو بالحِلف)** هو بكسر الحاء: العهد بين القوم، ومنه قولهم: تحالفوا على التناصر، والمراد به: ولاء الموالاة؛ كذا في «العناية».

(.. فعاقلته: أهل حرفته أو حلفه)؛ لأنهم يتناصرون به.

(وعاقلة المعتَق ومولى الموالاة: مولاه وعاقلته)؛ أي: عاقلة مولاه؛ يعني: أن عاقلة المعتَق: قبيلة مولاه؛ لأن نصرته بهم، وعاقلة مولى الموالاة: مولاه وقبيلة مولاه؛ أي: الذي عاقده؛ لأن العرب تتناصر به، فأشبه ولاء العتاقة؛ كذا في «الزيلعي».

ولا يخفى عليك: أن قوله: «ومولى الموالاة: مولاه وعاقلته» تكرار بعد قوله: «أو بالحلف»؛ لأن المراد بالحلف: ولاء الموالاة؛ على ما في «العناية».

وعاقلةُ ولدِ الْمُلَاعِنَةِ: عَاقِلَةُ أُمِّهِ.

فَإِنِ ادَّعَاهُ الْأَبُ بَعْدَمَا عَقَلوا عَنهُ.. رجعُوا على عَاقِلَتِهِ بِمَا غَرِموا.

وَإِنَّمَا تعقلُ الْعَاقِلَةُ مَا وَجبَ بِنَفسِ الْقَتْلِ، فَلَا تعقلُ جِنَايَةَ عمدٍ،.........

(وعاقلة ولد الملاعنة: عاقلة أمه)؛ لأن نسبه ثابت منها دون الأب.

فإن عقلوا عنه؛ **(فإن ادعاه الأب)**؛ أي: **(بعدما عقلوا عنه.. رجعوا على عاقلته بما غرموا)**؛ أي: على عاقلة الأب في ثلاث سنين، من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لأنه تبين: أن الدية واجبة عليهم؛ لأن عند الإكذاب.. ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب؛ حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر أن النسب كان ثابتاً منه من الأصل: فقوم الأم تحملوا ما كان واجباً على قوم الأب، فيرجعون عليهم؛ لأنهم مضطرون في ذلك؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(وإنما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل)؛ لأن القتل إنما قصر في القتل بانتصاره بالعاقلة، فكانوا مقصرين في ترك مراقبته.

بيانه: أن القاتل خطأً معذور، وكذا القاتل شبه عمد معذور؛ لأن الآلة ليست للقتل، بل للتأديب، وللنفس احترام لا يجوز إهدارها، ولا وجه لإيجاب القود على القاتل المعذور، وفي إيجاب مال عظيم - أي: تمام الدية -: استئصال له، فضم إليه العاقلة؛ لأنه إنما قصر بقوة حاصله فيه، وهي بانتصاره بالعاقلة، فكانوا مقصرين في ترك مراقبته، فخصوا به.

ولأن النص الوارد في إيجاب الدية على العاقلة: ورد في نفس القتل بالخطأ، وهو قوله ﷺ لأولياء الضاربة: «قوموا فدوه»، وشبه العمد [٧٨٦/أ] في معناه.

وتتحمل العاقلة أيضاً قدر أرش موضحة فصاعداً؛ لأن الواجب فيه: الدية، وهي على العاقلة.

(فلا تعقل) العاقلة **(جناية عمد)** إلا في مسألة، وهي: ما إذا عفا بعض الأولياء،

وَلَا جِنَايَةَ عبدٍ، وَلَا مَا لزمَ بصُلحٍ أَو باعترافٍ، إِلَّا أَن يُصدِّقوهُ.

أو صالح عنه؛ فإن نصيب الباقين ينقلب مالاً، وتتحمله العاقلة؛ كذا في جنايات «الأشباه» نقلاً عن «شرح المجمع».

قلت: هذا خلاف الصحيح، بل الصحيح أنه يلزم القاتل؛ كما تقدم في فصل سقوط القصاص.

(**ولا جناية عبد، ولا ما لزم بصلح أو اعتراف**)؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لا تعقل العواقل عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما دون أرش الموضحة»، كذا روي.

وفي «القاموس»: أنه ليس بحديث كما توهمه الجوهري، ولأنه لا يتناصر بالعبد، والصلح والاعتراف لا يلزمان العاقلة؛ لقصور ولايته عنهم، ولا يلزم عليهم مراقبته على العمد، ولأن ما لم يجب بنفس القتل ابتداء.. لم يلزم العاقلة.

(**إلا أن يصدقوه**)؛ لأن التصديق إقرار، فيلزمهم بإقرارهم؛ لأن لهم ولاية على أنفسهم، والامتناع كان لحقهم، وقد زال، أو أن تقوم البينة؛ فإن العاقلة حينئذ تعقل أيضاً في الصور المذكورة؛ لأن ما ثبت بالبينة: كالمشاهد؛ لأنها كاسمها مبيِّنة، وتقبل البينة ههنا مع الإقرار وإن كانت لا تعتبر معه؛ لأنها تثبت ما ليس بثابت بإقرار المدعى عليه، وهو: الوجوب على العاقلة.

ولو أقر بالقتل خطأ ولم يرتفعوا إلى الحاكم إلا بعد سنين، فقضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين.. كان أول المدة يوم يقضى عليه؛ لأن التأجيل من وقت القضاء بالبينة، فكذا: في الثابت بالإقرار، بل أولى؛ لأنه أضعف.

ولو تصادق القاتل أولياء المقتول على أن قاضي بلد بكذا قضى بالبينة على عاقلته، وكذبتهما العاقلة.. فلا شيء على العاقلة؛ لأن تصادقهما لا يكون حجة عليهم، ولم يكن عليه شيء في ماله؛ لأن الدية بتصادقهما تضرب على العاقلة بالقضاء، وتصادقهما حجة في حقهما، فلم يلزمه إلا حصته.

وَلَا أقلَّ مِن نصفِ عُشرِ الدِّيَةِ، بل ذَلِكَ على الْجَانِي.

وَلَا تدخلُ النِّسَاءُ وَالصِّبيانُ فِي الْعَقلِ.

وَلَا يعقِلُ مُسلمٌ عَن كَافِرٍ، وَبِالْعَكْسِ.

وَيعْقلُ الْكَافِرُ عَن الْكَافِرِ وَإِن اخْتلفَا مِلَّةً؛ إِن لم تكنِ الْعَدَاوَةُ بَينَ الملَّتينِ ظَاهِرَةً، كاليهودِ مَعَ النَّصَارَى.

وَإِن لم يكن للذِّمِّيِ عَاقِلَةٌ.. فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

بخلاف الصلح والإقرار؛ حيث تجب جميع الدية على المقر؛ لأنه لم يوجد التصديق من الولي والقضاء بالدية على العاقلة، وقد وجد ههنا، فافترقا؛ كذا في «الزيلعي» و«الهداية».

(**ولا**)؛ أي: لا تعقل العاقلة (**أقل من نصف عشر الدية**)؛ أي: أقل من أرش الموضحة فصاعداً؛ لما روينا.

(**بل ذلك**)؛ أي: بل يجب [٧٨٦/ب] موجب الجناية في هذه الصور كلها (**على الجاني**) لا على العاقلة.

(**ولا تدخل النساء، و**)لا (**الصبيان في العقل**)؛ لقول عمر: «لا يعقل مع العواقل صبي، ولا امرأة»، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة؛ لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالنساء والصبيان.

(**ولا يعقل مسلم عن كافر، و**)لا (**بالعكس**)؛ لعدم التناصر بين كل كافر ومسلم.

(**ويعقل الكافر عن الكافر وإن**) وصلية (**اختلفا ملة**)؛ لأن الكفر كله ملة واحدة (**إن لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة؛ كاليهود مع النصارى**)؛ لأن عند عدم ظهور العداوة بينهما: يتحقق التناصر، بخلاف ما إذا ظهرت العداوة بينهما؛ فإنه حينئذ ينقطع التناصر بينهم.

(**وإن لم يكن للذمي عاقلة.. فالدية في ماله في ثلاث سنين**) من يوم قضي عليه بها؛ لأن الوجوب بعد القضاء؛ كما في حق المسلم.

وَالْمُسلمُ: يعقلُ عَنهُ بَيتُ المَالِ.

وَقيل: كالذِّمِّيِّ.

وَإِن جنى حرٌّ على عبدٍ خطأً.. فعلى الْعَاقِلَةِ.

(والمسلم يعقل عنه بيت المال) إن لم يكن له عاقلة؛ لأن بيت المال لمصالح المسلمين.

(وقيل: كالذمي)؛ أي: في ماله.

(وإن جنى حر على عبد خطأً.. فعلى العاقلة)؛ أي: جنى عليه بالقتل؛ لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد.

وقال الشافعي: لا تتحمل النفس أيضاً، بل يجب في مال القاتل؛ لأنه بذل المال، وقد ورد في الحديث: «لا تعقل العاقلة عمداً، ولا عبداً».

قلنا: إنه آدمي، فتحمله العاقلة كالحر، بخلاف ما دون النفس؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال، والمراد بالحديث: جناية العبد على الحر؛ بطريق إضافة المصدر إلى الفاعل ولا جناية الحر على العبد.

* * *

(كتاب الوصايا)

(كتابُ الْوَصَايَا)

الْوَصِيَّةُ: تمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَى مَا بعدَ الْمَوْتِ.

(كِتَابُ الوَصَايَا)

إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب؛ لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا: الموت، والوصية معاملة وقت الموت، وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات؛ لأن الجناية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية.

والوصية: اسم بمعنى المصدر؛ سمي به الموصى به.

والإيصاء لغة: طلب شيء من غيره [ليفعله][1] في غيبته حال حياته وبعد وفاته.

وشرعاً: يستعمل تارة باللام؛ يقال: أوصى فلان لفلان بكذا، بمعنى: ملكه بعد موته.

ويستعمل أخرى بإلى؛ يقال: أوصى فلاناً إلى فلان بكذا، بمعنى: جعله وصياً له يتصرف في ماله وأطفاله بعد موته.

والمصنف عقد لكل من الوصية باباً، وقسم الأول على ستة أبواب، والثاني على بابين كما ترى قال: (الوصية) شرعاً: (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت)، لا بطريق [٧٨٧/أ] اللزوم، بل بطريق التبرع، حتى جاز رجوعه.

وركنها: أن يقول: أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة في الوصية.

وشرائطها:

كون الموصي أهلاً للتبرع.

ولا يكون مديوناً.

وكون الموصى له حياً وقت الوصية وإن لم يولد، وأجنبياً عن الميراث.

---

(١) في المخطوط: (ليقطمه)، والمثبت من «الدرر» (٤٢٦/٢).

وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ بِمَا دونَ الثُّلُثِ إِن كَانَ الْوَرَثَةُ أَغْنِيَاءَ، أَو يَستغنونَ بأَنصبائِهِم.

وَإِلَّا.. فَتَركُهَا: أحبُّ.

وَلَا تصحُّ بِمَا زَادَ على الثُّلُثِ...

وأن لا يكون قاتلاً.

وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي؛ سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً.

وأن يكون مقدار الثلث، حتى لا يجوز الزائد عليه إلا بإجازة الورثة.

(وهي)؛ أي: الوصية، شروع في بيان صفتها: (مستحبة)، هذا إذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى، وإلا.. فهي واجبة؛ كالزكاة والصيام والحج والصلاة التي فرط فيها.

(بما دون الثلث إن كان الورثة أغنياء، أو يستغنون بأنصبائهم)؛ لأنه حينئذ تردد بين الصدقة على الأجنبي والهبة للقريب، والأول أولى؛ لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى.

(وإلا) أي: وإن لم تكن الورثة أغنياء ولا مستغنين بأنصبائهم، أو لم يكن أحدهما (.. فتركها أحب)؛ لأنه حينئذ ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية، والوصية للأجنبي: تصدق عليه، فالأول أولى؛ لقوله ﷺ: «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح».

(ولا تصح) شروع في بيان شرائطها: (بما زاد على الثلث)؛ لأن حق الورثة تعلق بماله؛ لانعقاد سبب الزوال إليهم، وهو استغناؤه عن المال، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث؛ ليتدارك تقصيره، وأظهره في حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم؛ تحرزاً عما يتفق لهم من التأذي بالإيثار.

قالوا: ومن الحيف في الوصية: الزيادة على الثلث، والوصية للورثة.

وَلَا لقاتلِهِ مُبَاشَرَةً، وَلَا لوَارِثِهِ...

بخلاف ما إذا لم يكن له وارث؛ فإنه تصح وصيته بكل ماله؛ لعدم المانع، وهو: تعلق حق الورثة، حتى لو قال لرجل: هذا وارثي، أو قال: ورَّاثي ومات مصراً على إقراره.. أخذ الرجل جميع التركة بحكم الوصية؛ لأن هذا اللفظ وصية، ولم يكن له وارث معروف، فتعمل الوصية عملها.

(**ولا لقاتله مباشرة**)؛ لقوله ﷺ: «لا وصية لقاتل»، وهو بإطلاقه يتناول القاتل مباشرة؛ عمداً أو خطأ، ولذا أطلقه ولم يقيد بالعمد.

بخلاف التسبيب؛ لأن التسبيب ليس بقتل حقيقة.. فلا يتناوله، ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى، فتحرم الوصية كالميراث، [٧٨٧/ب] سواء أوصى قبل القتل ثم قتله، أو أوصى له بعد الجرح؛ لإطلاق ما روينا.

فإن قيل: المقتول ميت بأجله، فكيف يصح أن يقال: استعجل ما أخره الله تعالى؟

قلنا: هذه مسألة كلامية، بسطنا الجواب عنها في شرحنا على ما رتبناه في الكلام.

ولا بد أن يستثنى الصبي والمجنون؛ لأن القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً.. تصح الوصية وإن لم تجز الورثة؛ كما في «قاضي خان».

وكذا: تجوز الوصية لقاتله، وليس له وارث غير قاتله.

وكذا: تجوز الوصية لأصول قاتله وفروعه.

وهل يصح عفو المجروح قاتله عن دم العمد والخطأ؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: أنه يجوز، لكن يعتبر عفوه عن دم العمد من كل المال؛ لأنه ليس بمال، وعفوه عن دم الخطأ يعتبر من ثلث التركة؛ لأنه مال؛ لأنه عفو عن الدية، وقد تقدم في الجناية.

(**ولا لوارثه**)؛ لقوله ﷺ: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه؛ فلا وصية

لوارث»، ولأن البعض يتأذى بإيثار البعض، ففي تجويزه: قطعية الرحم، والمعتبر: وقت الموت لا وقت الوصية؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر وقت التمليك.

حتى لو أوصى لأخيه وهو وارث، ثم ولد له ابن.. صحت الوصية للأخ؛ لأنه ليس بوارث وقت الموت.

بخلاف عكسه؛ بأن أوصى لأخيه وله ابن، ثم مات الابن قبل موت الموصي.. بطلت الوصية للأخ؛ لأنه وارث وقت الموت، ولهذا قال في «قاضي خان»: ولو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين، وله ابن.. جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً؛ لأنهم لا يرثون مع الابن؛ فإن كانت له بنت مكان الابن.. جازت الوصية للأخ لأب وللأخ لأم، وبطلت للأخ لأب وأم؛ لأنه يرث مع البنت.

وإن لم يكن له ابن ولا بنت.. كانت الوصية كلها للأخ لأب؛ لأنه لا يرثه، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم؛ لأنهما يرثانه.

والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا: نظير الوصية؛ لأنهما وصيتان حكماً، حتى كانا معتبرين من الثلث.

بخلاف إقرار المريض لوارثه؛ فإنه على عكس الوصية في هذا؛ حيث يعتبر كونه وارثاً أو غير وارث عند الإقرار؛ لأنه تصرف في الحال، فيعتبر حاله في ذلك الوقت، حتى لو أقر لشخص وهو ليس بوارث.. جاز الإقرار له وإن صار وارثاً بعد ذلك، ولكن شرطه: أن يكون وارثاً بسبب حادث بعد الإقرار وهو الحرية، وأما إذا كان وارثاً [٧٨٨/أ] بسبب كان وقت الإقرار.. فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت أيضاً؛ كذا في «العناية».

ثم بين ذلك نقلاً عن «النهاية» في مريض أقر بدين لابنه العبد، فأعتق الابن، فمات الأب.. صح الإقرار؛ لأن وراثة الابن تثبت بسبب حادث بعد الإقرار، وهو:

إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ.

الحرية، وقبله كان عبداً.. فلا يكون وارثاً لأبيه، فهذا الإقرار في المعنى: حصل للمولى وهو أجنبي، فلا يبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث بعد الإقرار.

(إلا بإجازة الورثة) راجع إلى كله من الثلاثة المذكورة.

وهل يشترط علم المجيز بالوصية في صحة الإجازة؟

قالوا: نعم؛ ففي «قاضي خان»: رجل أوصى بوصايا، فبلغ ورثته أن أباهم أوصى بوصايا، ولا يعلمون ما أوصى به، فقالوا: قد أجزنا ما أوصى به.. ذكر في «المنتقى»: أنه لا تصح إجازتهم، وإنما تصح إجازتهم إذا أجازوا بعد العلم. انتهى.

ويشترط: أن يكون المجيز من أهل التبرع؛ بأن يكون عاقلاً بالغاً.

وإن أجاز البعض دون البعض.. يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره؛ لولايته على نفسه لا على غيره.

وهل تعتبر إجازته في حال حياة الموصي؟

قالوا: لا تعتبر إجازتهم في حال حياته؛ لأنها وقعت قبل ثبوت الحق لهم؛ إذ الحق إنما يثبت لهم بالموت، فكان لهم أن يرجعوا عن الإجازة بعد موت الموصي، وترد تلك الإجازة؛ لأنها وقعت ساقطة؛ لعدم مصادفتها المحل، وكل ساقط في نفسه: مضمحل متلاش، فكان لهم أن يردوه بعد موت المورث.

فإن قيل: كيف تكون الإجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة في ماله من أول ما مرض؛ بدليل: منعه من التصرف به لحقهم، لكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف؛ فإذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتاً من أول المرض، وأن الإجازة صادفت محلها لاستناد حقهم إلى أول المرض.. فصار كإجازتهم بعد موته؟

أجيب: بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم؛ فإجازتهم حين وقعت في حياته.. وقعت باطلة، وما وقع باطلاً: لا يكون قائماً بنفسه، فلا يظهر في حقه الاستناد.

وبأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت، وقبله يثبت لهم مجرد الحق؛ فلو استند من كل وجه.. لانقلب الحق حقيقة قبل موته، وهذا لا يتصور؛ لوجود المانع [٧٨٨/ب] - وهو: ملك المورث حقيقة - فإذا لم يتصور.. بقي حقاً على حاله لا حقيقة، والرضاء ببطلان ذلك الحق لا يصير رضاء ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته.

بخلاف ما إذا أجازوها بعد موته؛ فإنه لا يكون لهم أن يرجعوا عنها؛ لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة.. فتلزم.

ثم إذا وقعت الإجازة بعد موت الموصي.. فهل يتملك المجاز له من قبل الموصي أو من قبل المجيز؟

فيه اختلاف:

فقال أصحابنا: إنه يتملك من قبل الموصي، حتى يجيز الوارث على التسليم، ولو أعتق عبداً في مرضه، ولا مال له غيره، وأجازت الورثة العتق.. كان الولاء كله له.

ولو كان الوارث متزوجاً بجارية الميت، ولا مال له غيرها، فأوصى بها لغيره، فأجاز الوارث - وهو الزوج - الوصية.. لا يبطل نكاحه.

وقال الشافعي: إنه يتملك من قبل المجيز، حتى لا يجبر على التسليم، ويكون له ثلث الولاء في مسألة العتق، ويبطل نكاحه؛ لأن الميت لا حق له إلا في الثلث، ولهذا لا تنفذ وصيته فيما زاد على الثلث، ويبطلها الوارث، فيكون الزائد على الثلث ملكاً للوارث حقيقة؛ فإذا أجاز.. صار ملكاً له من جهته ضرورة، وتمامه في «الزيلعي».

وكذا: تصح الوصية بالنصف للأجنبي؛ كما إذا ماتت المرأة وتركت [زوجاً][1]،

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (٣/٣٠٨).

وَتَصِحُّ بِالثُّلُثِ وَإِن لم يجيزوا.

وَتَصِحُّ مِنَ الْمُسلمِ للذِّمِّيِّ، وَبِالْعَكْسِ.

وَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ وَبِهِ إِن كَانَ بَينهَا وَبَينَ وِلَادَتِهِ أَقَلُّ مِن سِتَّةِ أَشهرٍ.

وقد أوصت بنصف مالها للأجنبي.. كان للأجنبي نصف مالها، وللزوج ثلث مالها، والسدس لبيت المال؛ لأن الأجنبي يأخذ ثلث المال أولاً بلا منازعة، يبقى ثلثا المال، فيأخذ الأجنبي تمام وصيته وهو السدس، فيبقى السدس لبيت المال؛ كذا في «قاضي خان».

(وتصح) الوصية (بالثلث) للأجنبي (وإن) وصلية (لم يجيزوا)؛ أي: الورثة؛ ليتدارك به تقصيره.

(وتصح) الوصية (من المسلم للذمي)؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ﴾ الآية.

(وبالعكس)؛ أي: من الذمي للمسلم؛ لأنهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات، ولهذا جاز التبرع المنجز في حالة الحياة من الجانبين، وكذا المضاف إلى ما بعد الموت.

قال في «الجامع الصغير»: الوصية لأهل الحرب باطلة؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ الآية، ويخالفه ما ذكر في «النهاية» نقلاً عن «السير الكبير»: أن الوصية لأهل الحرب جائزة، ووفق بينهما: بأنه لا ينبغي أن يفعل [٧٨٩/أ]، وإن فعل.. ثبت الملك لهم؛ لأنهم من أهل الملك.

وأما المستأمن.. فكالذمي في جواز الوصية؛ لأن له أن يملك المال بالمال في حياته، فكذا مضافاً إلى ما بعد وفاته؛ كذا ذكره في «الزيلعي» و«العناية».

(وتصح) الوصية (للحمل، وبه)؛ أي: بالحمل (إن كان بينها)؛ أي: بين الوصية (وبين ولادته أقل من ستة أشهر).

صورة الأول: مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة.

وصورة الثاني: كما إذا أوصى بما في بطن جاريته لفلان، ولم يكن من المولى.

لكن إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به.

واختلفوا في طريق معرفة ذلك:

واختار الطحاوي وصاحب «الهداية» والإسبيجابي وصاحب «الكنز» والمصنف: بأن جاءت بالحمل لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إلى وقت الولادة.

واختار الفقيه أبو الليث وصاحب «النهاية»: من وقت موت الموصي؛ فإنه ذكر أنه تجوز الوصية للحمل وبه إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي.

وقيل: إن أوصى له.. يعتبر من وقت الوصية، وإن أوصى به.. يعتبر من وقت موت الموصي.

- أما وجه الأول: وهو الوصية للحمل.. فلأنها استخلاف من وجه؛ لأنه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته، والجنين يصلح خليفة له في الإرث، فكذا في الوصية؛ إذ هي أخته، غير أنها ترتد بالرد؛ لما فيها من معنى التمليك دون الميراث؛ إذ لا تمليك فيه.

فإن قيل: الوصية شرطها القبول، والجنين ليس من أهل القبول، فكيف يصح؟

أجيب عنه: بأن الوصية شبه الهبة والميراث؛ فلشبهها بالهبة: يشترط القبول كما في الهبة إذا أمكن، ولشبهها بالميراث: تسقط إذا لم يمكن؛ عملاً بالشبهين، ولهذا تسقط بموت الموصى له قبل القبول.

- وأما وجه الثاني: وهو الوصية بالحمل.. فلأن الحمل بوصية الوجود؛ إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية لا محالة، فتجري فيه الوصية كما يجري فيه الإرث.

وهل تصح الوصية لمملوكه؟

وَلَا تصحُّ الْهِبَةُ لَهُ.

وَإِن أَوصى بِأُمةٍ دونَهُ.. صحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاء.

ففي «الدرر»: أنها صحت لمملوكه بثلث ماله.

وفي «الخلاصة»: الوصية للعبد بعين من أعيان ماله.. لا تصح؛ أما لو أوصى بثلث ماله مطلقاً.. تصح، وتكون وصية بالعتق إن خرج من الثلث قيمة العبد كله بغير سعاية، وإن خرج بعضه.. عتق وسعى في بقية [٧٨٩/ب] قيمته.

ولو أوصى له بشيء من الدراهم أو الدنانير المرسلة.. قال الإمام النسفي: الأصح: أنه لا يصح؛ كالوصية بالعين.

وفي «المنية»: ولو أوصى لعبده القن، أو لأمته القنة.. جازت الوصية.

وهذا يخالف لما في «الخلاصة»؛ فإما أن يقيد هذا بما سوى العين، أو يطلق ويحمل على غير الأصح.

وفي «قاضي خان»: ولو أوصى لمكاتب نفسه، أو لأم ولد نفسه، أو لمدبر نفسه.. جاز الكل استحساناً.

ولو أوصى لعبده القن، أو لأمته القنة، ثم مات.. جازت الوصية في قولهم، إلا عند أبي حنيفة في الوصية للقن: يعتق ثلثه مجاناً، ويجب عليه ثلثا قيمته، وله ثلث ماله من سائر التركة، فيتقاصان ويترادان الفضل.

وعند صاحبيه: يعتق العبد كله، وتصرف الوصية إلى العتق؛ فإن فضل من الثلث شيء.. كان الفضل للعبد. انتهى.

(**ولا تصح الهبة له**)؛ أي: للحمل؛ لأن من شرط الهبة: القبول والقبض، ولا يتصور ذلك من الجنين.

(**وإن أوصى بأمة دونه**)؛ أي: دون حملها؛ بأن قال: أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها (.. **صحت الوصية والاستثناء**)؛ لأن الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظاً؛ لأنه ليس بموضوع له، ولا هو داخل في الموضوع له، وما لا يتناوله اسم الجارية:

وَلَا بُدَّ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الْقَبُولِ،........................

صح استثناؤه من الجارية؛ كقميصها وسراويلها مما تتلبس بها، بخلاف اليد والرجل؛ فإن اسم الجارية يتناولهما.. فلا يصح استثناؤهما.

فإن قيل: لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل، كيف ولو لم يستثن.. استحقه الموصى له، ولو لم يتناوله.. لما استحقه كغيره من أمواله؟

أجيب: بأنه إنما يستحقه عند عدم الاستثناء تبعاً لا تناولاً.

فإن قيل: كيف صح الاستثناء، وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ؟

أجيب: بأن صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية، لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه؛ كما لو قال: أوصيت لفلان ألف درهم إلا فرساً؛ فإن الوصية في الألف صحيحة، والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس، لا باعتبار خروجه من المستثنى منه؛ فإنه لم يكن داخلاً فيه.

(**ولا بد في الوصية من القبول**)، وذلك بالصريح أو بالدلالة، وذلك بأن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فيكون موته قبولاً لوصيته، ويكون ذلك ميراثاً لورثته؛ كما سيأتي.

وهكذا في «الخلاصة»، قال زفر والشافعي [٧٩٠/أ]: لا يشترط فيها القبول، بل الموصى له يملكه بدون القبول؛ لأنها خلافة.. فلا يحتاج فيها إلى القبول كالميراث.

ولنا: أن الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يرد به عليه، ولا يملك أحد إثبات الملك بدون اختياره.

بخلاف الميراث؛ لأنها خلافة، حتى تثبت هذه الأحكام، فتثبت جبراً من الشارع من غير قبول؛ لولايته عليه، ولأنه لو ثبت الملك له بدون القبول منه.. لتضرر به؛ بأن يوصى له بعبد أعمى، أو بدنان مكسرة في داره.. فإنه يجب عليه نفقة العبد، ونقل المكسر إلى داره تفريغاً لملك الغير عن ملكه.

وَيعْتَبَرُ بعدَ موتِ الْمُوصي.

وَلَا اعْتِبَارَ بِالرَّدِّ وَالْقَبُولِ فِي حَيَاتِهِ، وَبِه يملك، لَا بُدَّ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الْقَبُولِ،..

(ويعتبر)؛ أي: قبول الموصى له **(بعد موت الموصي، ولا اعتبار بالرد والقبول في حياته)**؛ لأن أوان ثبوت حكمها: بعد الموت، فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله؛ كما لا يعتبر إن قبل عقد الوصية، فصار كما إذا قال لامرأته: أنت طالق على ألف درهم غداً؛ فإن ردها وقبولها: باطل قبل مجيء الغد.

واعلم: أن القبول ليس بشرط لصحة الوصية على ما هو الظاهر من كلام المصنف سابقاً، بل هو شرط لثبوت الملك للموصى له، على ما صرح به في «العناية».

ويشعر كلام المصنف فيما بعد: «فلا يملك الموصى له قبل القبول وإن صحت الوصية» بملكه بعد القبول من غير حاجة إلى القبض؛ لأن الوصية تشبه الميراث من حيث إنها تملك بالموت، وتشبه الهبة من حيث إنها تملك بتمليك الغير تبرعاً، فاعتبرنا:

شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكناً من الموصى له، فقلنا: لا يملك قبل القبول.

واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول، فقلنا: إنه يملكها بعد القبول من غير قبض؛ عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

(وبه)؛ أي: بالقبول **(يملك)**؛ أي: الموصى له الوصية.

وهل يملكها من وقت قبوله، أو من وقت موت الموصي؟ ففي «الأشباه»: أنه يملكه مستنداً إلى وقت موت الموصي، مستدلاً بمسألة نقلها عن «الولوالجية»، وهي: رجل أوصى بعبد لإنسان، والموصى له غائب.. فنفقته في مال الموصي؛ فإن

إِلَّا أَن يَموتَ الْمُوصى لَهُ بعدَ موتِ الْمُوصي قبلَ الْقَبُولِ؛ فَإِنَّهُ يملِكُهَا، وَتصيرُ لوَرثَته ولا تصحُّ مِن صبيٍّ.......................................

حضر الغائب؛ إن قبل.. رجع الموصى عليه بالنفقة إن فعل ذلك بأمر القاضي، وإن لم يقبل.. فهو ملك الورثة. انتهى.

(إلا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي) [٧٩٠/ب] **(قبل القبول)**، استثناء من مفهوم قوله: «وبه يملك»؛ أي: لا يملك بدون القبول، إلا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول.

(فإنه يملكها) بدون القبول في الاستحسان.

والقياس: أن لا يملكه؛ لما ذكرناه: أن أحداً لا يقدر على إثبات الملك لأحد بدون اختياره وقبوله؛ لئلا يعود على موضوعه بالنقض؛ لأن إثبات الملك للغير لمنفعة الغير، ولو أثبتنا الملك له بدون اختياره.. لربما يتضرر به؛ فإنه لو أوصى له بعبد أعمى.. وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه.

وجه الاستحسان: أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته، فلا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما يتوقف لحق الموصى له؛ فإذا مات.. دخل في ملكه؛ كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع، ثم مات من له الخيار قبل الإجازة.

وكذا: إذا أوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول منه استحساناً؛ لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه ما له.

فإن قيل: بعد موت الموصى له قبل القبول، فلمن تصير الوصية؟

فأجاب عنه بقوله: **(وتصير لورثته)**؛ أي: لورثة الموصى له، ردوها أو قبولها على ما في «العناية»؛ لأنهم خليفته.

(ولا تصح)؛ أي: الوصية **(من صبي)**، ولو مميزاً.

وكذا: لا تصح من مثله ممن كان في أهليته خلل؛ كالمجنون؛ كذا في «القهستاني».

ولا مكاتَب وإن تركَ وفاءً.

قلت: وكذا: المعتوه؛ لأن في أهليته خللاً أيضاً.

وقال الشافعي: تصح وصية الصبي إذا كان في وجوه الخير؛ لأن عمر أجاز وصية يافعٍ، وهو الذي راهق الحلم، ولأن في تنفيذ وصيته نظراً له بإبقاء ماله لنفسه بتحصيل القُرب له، ولو لم ينفذ.. كان ماله لغيره، وهو الوارث، ولا نظر له فيه.

ولنا: أن الوصية تبرع، فلا تصح من الصبي؛ لأنه ليس بأهل له؛ كالصدقة والهبة، وهذا: لأن اعتبار عقله في النفع والضرر باعتبار أوضاع التصرفات، لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال، ألا ترى: أن طلاقه لا يقع وإن تضمن نفعاً في بعض الأحوال، ولأن قوله غير ملزم، وتصحيح وصيته يؤدي إلى أن قوله ملزم، وما رواه من أثر عمر: محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم، فسمي يافعاً مجازاً؛ تسمية للشيء باسم ما كان عليه، أو كانت وصيته في تجهيزه وتكفينه [٧٩١/أ]، وذلك جائز عندنا.

أطلقه، فشمل: ما إذا أوصى الصبي، ثم مات بعد الإدراك؛ فإنه لا تجوز تلك الوصية أيضاً؛ لعدم الأهلية وقت المباشرة، وكذا: لا تصح إذا قال: إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية؛ لأنه ليس بأهل لقول ملزم، فلا يملكه تنجيزاً ولا تعليقاً؛ كما في الطلاق والعتاق.

بخلاف العبد والمكاتب؛ فإنها تصح منهما تعليقاً على ما سيأتي.

(ولا) من (مكاتب وإن) وصلية (ترك المكاتب (وفاءً)؛ لأنه ليس من أهل التبرع، بخلاف الوصية للمكاتب؛ فإنها على ما سنذكره.

واعلم: أن وصية للمكاتب على ثلاثة أقسام:

- قسم باطل بالإجماع، وهو: الوصية بعين من أعيان ماله؛ لأنه لا ملك له حقيقة؛ كمن أوصى بعتق عبد غيره، ثم ملكه، ولو أجازها بعد العتق.. جازت وصيته؛ بناء على أن الإجازة إنشاء للوصية؛ لأن الوصية تصح بلفظ الإجازة.

بخلاف ما إذا أعتق عبده، ثم أجاز العتق بعد الحرية؛ حيث لا يجوز؛ لأن العتق لا يجوز بلفظ الإجازة.

- وقسم يجوز بالإجماع، وهو: ما إذا أضاف الوصية إلى ما يملكه بعد العتق؛ بأن قال: إذا أُعتقت.. فثلث مالي وصية لفلان، أو قال: أوصيت بثلث مالي له.. فإنها صحيحة.

حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة أو غيره، ثم مات.. كان للموصى له: ثلث المال.

وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء.. بطلت الوصية؛ لأن الملك حقيقة لم يوجد؛ إذ لم تثبت الحرية له في حياته مطلقاً، وإنما ثبتت بطريق الضرورة في حق نفاذ الوصية.

- وقسم مختلف فيه، وهو: ما إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان.. فالوصية باطلة عند أبي حنيفة.

وعندهما: جائزة.

وهذا: لأن للمكاتب ملكاً حقيقياً، وهو: ما بعد العتق، ومجازياً، وهو: ما قبل العتق.

فعند أبي حنيفة: ينصرف إلى المجازي؛ لأنه هو الظاهر؛ لأنه بقاء ما كان على ما كان، والآخر ليس موجوداً، والظاهر: بقاؤه على العدم، فلا ينصرف إليه اللفظ.

وعندهما: ينصرف إلى الحقيقي، وهو ما يملكه بعد الجهة المطلقة، وهو القابل للوصية؛ تصحيحاً لتصرفه، أو يتناول النوعين، فيصح فيما يقبل، ولا يصح فيما لا يقبل؛ كما إذا قال الحر: كل عبد اشتريته فهو حر.. ينصرف إلى ما يشتريه لنفسه ولغيره، فيعتق ما يشتريه [٧٩١/ب] لنفسه ولا يعتق الآخر، وتنحل به اليمين، حتى إذا اشتراه بعد ذلك.. لا يعتق، هكذا ذكره في «الزيلعي» نقلاً عن «شرح الزيادات».

ثم قال: ينبغي أن تكون هذه المسألة مثل مسألة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان «الجامع الكبير»، وهو: ما إذا قال أحدهما: إذا أعتقت فكل مملوك أملكه فهو حر.. يصح العتق إذا ملك عبداً بعد العتق.

ولو قال: كل مملوك أملكه، فهو حر فأعتق، ثم ملك عبداً.. لا يعتق؛ لأن قوله: «أملكه» يتناول الحال، وهو غير قابل للعتق.

ولو قال: كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر.. يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق؛ لأنه ينصرف إلى ملك قابل له، وهو ما يملكه بعد الحرية.

ولا يعتق عند أبي حنيفة؛ لأنه ينصرف إلى الملك الظاهر، وهو ما قبل العتق؛ كما إذا قال للمنكوحة نكاحاً فاسداً: إن طلقتك فعبدي حر.. ينصرف إلى الطلاق في هذا النكاح؛ لأنه هو الظاهر. انتهى.

وكذا: لا تجوز وصية العبد والمدبر وأم الولد.

وكذا: معتق البعض عند أبي حنيفة؛ لأنه بمنزلة المكاتب عنده.

والمجنون بمنزلة الصبي؛ كذا في «قاضي خان».

وهل تجوز الوصية من معتقل اللسان والأخرس؟

فقد قال في آخر وصية «البزازية»: - ومعتقل اللسان لا تجوز إشارته، ولا تعتبر كتابته، بخلاف الأخرس؛ فإنه تعتبر إشارته.

وعن الثاني: أنه تقوم مقام عبارته.

وذكر محمد رواية عن الإمام: أنه إن دامت العقلة إلى الموت.. يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه أنه عجز عن النطق بوجه لا يرجى زواله، فكان كالأخرس، وعليه الفتوى.

وَالْوَصِيَّة مؤَخَّرةٌ عَنِ الدَّينِ.. فَلَا تصحُّ مِمَّن يُحِيطُ دَينُهُ بِمَالِهِ، إِلَّا أَنْ يُبرِئَهُ الْغُرَمَاءُ.

وللموصي أَن يرجعَ فِي وَصيَّتِهِ..

فإن صحت يوماً فكتب أو أشار بشيء.. لا يعتبر؛ لأنه ناطق بحاله، وإن صمت بعارض.. فهو كالمريض المعتقل لسانه؛ كذا في «المحبوبي».

وهكذا ذكره في «الدرر»، وزاد فيه الاختلاف في مدة العقلة، وقال: إنها قدرت بسنة، وقيل: إلى الموت.

(والوصية مؤخرة عن الدين)؛ لأنه أهم الحاجتين؛ فإنه فرض، والوصية بغير الواجب تبرع، وبالواجب وإن كان فرضاً، لكن حق العبد وحق الشرع من الصلاة وغيرها يسقط بالموت، فيكون الوصية به كالتبرع.

(فلا تصح ممن يحيط دينه بماله، إلا أن يبرئه الغرماء).. فحينئذٍ تصح الوصية؛ لزوال المانع، وهو: حق الغرماء.

(وللموصي) [٧٩٢/أ] **(أن يرجع في وصيته)**، بخلاف العتق؛ فإنه لا يصح رجوعه عن إعتاقه.

اعلم: أن الرجوع في الوصية على أربعة أوجه:

- منها: ما يكون رجوعاً بالقول والفعل جميعاً؛ نحو: أن يوصي لرجل بشيء من أعيان ماله، ثم قال: رجعت.. كان رجوعاً.

وكذا: لو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه.. بطلت الوصية، حتى لو عاد إلى ملكه بعد ذلك لا تعود الوصية.

- ومنها: ما يكون رجوعاً بالقول لا بالفعل؛ نحو: أن يوصي بثلث ماله، ثم قال: رجعت.. صح رجوعه، ولا يكون رجوعاً بغير ذلك.

- ومنها: ما يكون بالفعل لا بالقول؛ نحو: أن يقول لعبده: إن مت من مرضي هذا فأنت حر.. فهو مدبر مقيد، ثم لو قال: رجعت عنه.. لا يصح الرجوع.

قولاً، أَو فعلاً بقطعِ حقِّ الْمَالِكِ فِي الْغَصْبِ، أَو يزِيلُ ملكَهُ، كَالْبيعِ وَالْهِبَةِ وَإِنِ اشْتَرَاهُ أَو رَجَعَ بعدَ ذَلِك.

أَو يُوجبُ فِي الْمُوصى بِهِ زِيَادَةً لَا يُمكنُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بهَا؛ كلتِّ السَّوِيقِ، وَالْبناءِ فِي الدَّارِ، والحشوِ بالقطنِ.

وَقطعُ الثَّوْبِ،...

ولو باع العبد.. جاز بيعه، ويكون رجوعاً عن الوصية.

● ومنها: ما لا يكون رجوعاً لا بالفعل، ولا بالقول؛ نحو: أن يدبر عبده تدبيراً مطلقاً لا يمكنه أن يرجع عنه؛ لا فعلاً ولا قولاً؛ كذا في «قاضي خان»، وإليه أشار المصنف بقوله: (**قولاً**) نحو: رجعت عما أوصيت، أو عن وصيتي؛ لأنه تبرع لم يتم بعد، فصار كالهبة، فصح الرجوع عنها.

(**أو فعلاً بقطع حق المالك في الغصب**)؛ كقطع الثوب وخياطته؛ يعني: لو فعل الموصي في الموصى فعلاً إن فعله الغاصب في المغصوب يقطع حق المالك عنه؛ كقطع الثوب وخياطته.. كان رجوعاً عن الوصية.

(**أو يزيل**) ذلك الفعل (**ملكه**)؛ أي: يزيل الموصى به عن ملكه؛ (**كالبيع والهبة**) والعتق والتدبير والكتابة (**وإن**) وصلية (**اشتراه**)؛ أي: وإن اشترى الموصى به بعد إخراجه عن ملكه بهذه التصرفات.

(**أو رجع بعد ذلك**)؛ أي: بعد الهبة؛ فإن الوصية لا تجوز بعود الموصى به إلى ملكه بعد إخراجه عن ملكه بهذه التصرفات.

(**أو يوجب**) ذلك الفعل (**في الموصى به زيادة لا يمكن التسليم**) إلى الموصى له (**إلا بها**)؛ أي: بتلك الزيادة (**كلت السويق**) بسمن، (**والبناء في الدار**)؛ بأن أوصى بدار ثم بنى فيها، (**والحشو بالقطن**)؛ بأن أوصى بالقطن فحشى به.

وكذا: لو أوصى ببطانة فبطن بها، أو بظهارة فظهر بها؛ كذا في «الزيلعي».

(**وقطع الثوب**)؛ بأن أوصى بثوب، ثم قطعه أو خاطه.

وَذبحُ الشَّاةِ: رُجُوعٌ.

لَا غسلُ الثَّوْبِ وتجصيصُ الدَّارِ أو هدمُها.

والجحودُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ عِنْدَ محمَّدٍ، خلافاً لأبي يُوسُفَ.

وكذا: لو أوصى بقطن ثم غزله، أو بغزل ثم نسجه؛ لأنه ينقطع به حق المالك إذا وجد ذلك من الغاصب، فتبطل به الوصية (**وذبح الشاة رجوع، لا غسل الثوب**) الموصى به [٧٩٢/ب].

(**وتجصيص الدار**) الموصى بها، (**أو هدمها**)؛ لأنه تصرف في التبع.

ومن أراد أن يعطي ثوبه غيره: يغسله عادة، فكان تقريراً للوصية معنى.. فلا تبطل به.

(**والجحود ليس برجوع عند محمد، خلافاً لأبي يوسف**).

اعلم: أن محمداً ذكر في «الجامع الكبير»: أن جحود الوصية ليس برجوع.

وذكر في «المبسوط»: أنه رجوع.

واختلفوا في التوفيق:

فمنهم: من حمل المذكور في «الجامع» على الجحود في غيبة الموصى له، وهو ليس برجوع في الروايات كلها، لأن الجحود إنما يلتفت إليه إذا صح الإنكار، والإنكار على الغائب: لا يصح.

وحمل المذكور في «المبسوط»: على الجحود بحضرة الموصى له، وهو رجوع في الروايات كلها؛ لصحة الإنكار.

ومنهم: من حمل المذكور في «الجامع»: على صورة الجحود، لا على الجحود الحقيقي.

والمذكور في «المبسوط»: على الجحود الحقيقي، وهو رجوع في الروايات كلها.

وَلَا قَوْلُهُ أَخَّرتُ الْوَصِيَّةَ، أَو: كلُّ وَصِيَّةٍ أوصيتُ بهَا لفُلَانٍ.. فَهِيَ حرَامٌ.

ومنهم: من قال: المذكور في «الجامع»: جواب القياس، والمذكور في «المبسوط»: جواب الاستحسان.

ومنهم: من قال: في المسألة روايتان، قال شيخ الإسلام: وهو الأصح.

ومنهم: من قال: المذكور في «الجامع»: قول محمد، والمذكور في «المبسوط»: قول أبي يوسف، وهو مختار المصنف.

وقال شمس الأئمة السرخسي: هو الأصح؛ لأن المعلى قال في «نوادره»:

سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية، ثم جحد؟ قال: يكون رجوعاً.

وسألت محمداً؟ قال: لا يكون رجوعاً.

وهو مختار صاحب «الهداية» أيضاً.

لأبي يوسف: أن الرجوع إثبات في الماضي نفي في الحال، [والجحود][1] نفي في الماضي والحال معاً، وإذا كان نفي الحال وحده رجوعاً.. فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً.

ولمحمد: أن الجحود نفي في الماضي، والرجوع: نفي في الحال فقط، فبينهما تناف، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة.

(**ولا قوله: أخرت الوصية، أو كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام**)، أو: فهي ربا، وهذا: لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل، فوصف التأخير والحرمة والربوية: يقتضي بقاء أصل الوصية، فلا يكون رجوعاً.

بخلاف ما لو قال: فهي باطلة؛ فإنه رجوع عنها؛ لأن الباطل ذاهب متلاش لا أصل له.

ولو قال: تركتها.. يكون رجوعاً؛ لأن الترك إسقاط.

---

(١) نقص في المخطوط، تم استدراكه من «فتح القدير» (١٠/٤٣٨)

وَلَو قَالَ: مَا أوصيتُ بِهِ فَهُوَ لفُلَانٍ.. فرجوعٌ، إِلَّا أَن يكونَ فلَانٌ الثَّانِي مَيتاً.

وَتبطلُ هبةُ الْمَرِيضِ، ووصيَّتُهُ لأَجنبيَّةٍ نكَحَهَا بعْدهَما.

بخلاف التأخير؛ فإنه ليس بإسقاط، بل هو وصف يقتضي بقاء الموصوف، ولهذا لم يكن رجوعاً؛ كتأخير الدين؛ فإن الدائن لو قال [٧٩٣/أ]: أخرت الدين.. لا يكون إبراء.

(**ولو قال: ما أوصيت به فهو**)؛ أي: ذلك الشيء (**لفلان**) آخر (**.. فرجوع**)؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة وإثبات التخصيص له، فاقتضى رجوعاً عن الأول.

وكذا: لو قال: فهو لفلان وارثي.. يكون رجوعاً عن الأول؛ لما ذكرناه.

ثم الورثة بالخيار؛ إن شاؤوا.. أجازوا، وإن شاؤوا.. ردوا.

بخلاف ما إذا وصى به لرجل، ثم أوصى به لآخر.. فإنه لا يكون رجوعاً عن الأول؛ لأن اللفظ صالح للشركة، والمحل يقبلها، فيكون الموصى به مشتركاً بينهما.

(**إلا أن يكون فلان الثاني ميتاً**)؛ أي: وقت الوصية الأولى؛ فإنه حينئذ لا يكون رجوعاً، بل الوصية الأولى على حالها؛ لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني، ولم تتحقق للثاني، فبقيت للأول على حاله.

ولو كان فلان الثاني حين ذلك حياً، ثم مات قبل موت الموصي.. فهو للورثة؛ لبطلان الوصيتين؛ الأولى: بالرجوع، والثانية: بالموت؛ كذا في «الزيلعي».

(**وتبطل هبة المريض ووصيته لأجنبية نكحها بعدهما**)؛ أي: بعد الهبة والوصية؛ يعني: إذا وهب المريض لأجنبية، أو أوصى لها بوصية، ثم تزوجها، ثم مات المريض.. لم يجز كل من الهبة والوصية.

أما الوصية: فلأن المعتبر فيها: يوم الموت؛ لأنها إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت؛ فإن كان الموصى له وارثاً يوم الموت.. لا تصح الوصية، وإن كان غير

وَكَذَا: إِقْرَارُهُ، ووصيَّتُهُ، وهبتُهُ لِابْنِهِ الْكَافِرِ أَوِ الرَّقِيقِ إِن أَسلَمَ أَو أُعتِقَ بعدَ ذَلِكَ.

وارث.. تصح، وتلك المرأة وارثة يوم الموت.. فلا تصح الوصية لها؛ لأن الوصية للوارث باطلة.

بخلاف ما لو أوصى لامرأته بثلث ماله، ثم أبانها بثلاث أو بواحدة، ثم انقضت عدتها، ثم مات الموصي.. صحت الوصية لها؛ لأنها ليست وارثة وقت الموت؛ كذا في «قاضي خان».

وأما الهبة: فهي وإن كانت منجَّزة صورة، لكنها كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً؛ لأنها وقعت موقع الوصية؛ لأنها تبرع يعتبر حكمه عند الموت.

بخلاف إقرار المريض لأجنبية نكحها بعد الإقرار؛ فإنه يجوز؛ لأن المعتبر في جواز الإقرار وفساده: كون المقر له وارثاً للحال، وغير وارث، وتلك المرأة: غير وارثة حال الإقرار، فيجوز، وهذا: لأن الإقرار تمليك للحال، فيعتبر وقت الإقرار؛ فإن كان المقر له أجنبياً وقت الإقرار.. يصح، وإن كان وارثاً وقته.. لا يصح.

(**وكذا**)؛ أي: يبطل (**إقراره**)؛ أي: المريض [٧٩٣/ب]، (**ووصيته، وهبته لابنه الكافر أو الرقيق**)؛ أي: لابنه الرقيق (**إن أسلم**) ابنه الكافر، (**أو أعتق**) ابنه الرقيق (**بعد ذلك**)؛ أي: بعد الإقرار والوصية له، والهبة منه.

أما الوصية والهبة: فلما ذكرناه، من أن المعتبر فيهما: وقت الموت، والابن ههنا وارث يوم الموت؛ لكونه مسلماً يومئذ.

وأما الإقرار: فلأنه وإن كان ملزماً بنفسه.. لكن سبب الإرث - وهو البنوة - قائم وقت الإقرار، فيورث تهمة الإيثار، فصار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصية.

بخلاف ما تقدم من إقراره لأجنبية نكحها بعده؛ حيث يجوز؛ لأن سبب الإرث ثمة: الزوجية، وهي طارئة، حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية، ثم أسلمت قبل موته.. لا يصح إقراره لها؛ لقيام سبب الإرث حال إقراره لها.

وَهِبةُ المُقعَدِ، والمفلوجِ، والأَشَلِّ، والمسلولِ: مِن كُلِّ مَالِهِ إِن طَالَ وَلَم يُخَفْ مَوتُهُ مِنْهُ، وإلّا.. فَمِن ثُلُثِهِ.

ولم يفرق المصنف بين ابنه الرقيق المديون، وابنه الرقيق الغير المديون في بطلان الإقرار لهما بعد طرئان العتق بعد الإقرار لهما، لكنه قال في «الهداية»: وكذا يبطل إقرار المريض لابنه الرقيق عبداً أو مكاتباً فأعتق؛ لما ذكر.

ثم قال: وذكر في كتاب الإقرار: إن لم يكن عليه دين.. يصح إقراره؛ لأنه إقرار لمولاه وهو أجنبي، وإن كان عليه دين.. لا يصح؛ لأنه إقرار له وهو ابنه وقت إقراره.

(**وهبة المقعد**)، وهو: العاجز عن المشي لداء في رجليه.

(**والمفلوج**) الفلج: داء يعرض نصف البدن، فيمنعه عن الحس والحركة الإرادية.

(**والأشل**)، وهو: الذي في يده ارتعاش وحركة.

(**والمسلول**)، وهو: الذي يكون له علة السِّل، وهو قرحة تحدث في الرئة؛ إما تُعقِب ذات الجنب، أو ذات الرئة، أو [هو] زكام ونوازل، أو سعال طويل، وتلزمها حمى هادية؛ كذا في «القاموس».

وفي «المصباح»: لا يكاد صاحبه يبرأ منه.

(**من كل ماله إن طال ولم يخف موته منه**)؛ لأنه في حكم الصحيح؛ لعدم خوف الموت.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يطل ويخاف موته منه؛ بأن يزداد يوماً فيوماً (.. **فمن ثلثه**)؛ لأنه حينئذ يكون مريضاً، فتعتبر وصاياه من ثلث ماله.

* * *

(بَابُ الْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ)

وَلَو أَوصى لكلٍّ مِنِ اثْنَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ وَلم يُجِزْ وَارِثُهُ.. قُسِمَ الثُّلُثُ بَينَهمَا نِصْفَيْنِ.

وَلَو لأَحَدِهمَا بِثُلثِهِ، وَللْآخرِ بسُدُسِهِ.. قُسِمَ أَثلَاثًا.

(بَابُ الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ)

(**ولو أوصى لكل من اثنين بثلث ماله**) بأن أوصى لرجل بثلث ماله، ثم أوصى لآخر بذلك المال أيضاً بلا رجوع عن الأول.. فالورثة؛ إما أن يجيزوهما، أو لا؛ فإن أجازوا.. فلهما الثلثان، وللورثة الثلث [٧٩٤/أ]، وإن لم يجيزوا وإليه أشار بقوله: (**ولم يجز وارثه.. قسم الثلث بينهما نصفين**)؛ لأنها لا تزاد على الثلث حينئذ؛ لعدم إجازة الورثة، وليس أحدهما أولى به من الآخر، فتساويا في سبب الاستحقاق، والتساوي فيه: يوجب التساوي في الاستحقاق.

فإن كان المحل يقبل الشركة.. جعل بينهما، وإن لم يقبل؛ كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة.. تُبطل البينتان جميعاً؛ لعدم قابلية المحل - وهو النكاح - الشركة.

ولو أوصى بثلث ماله للفقراء ولقرابته.. قال نصر: الوصية بين الفقراء والقرابات نصفان.

وقال محمد بن سلمة: إن كانت القرابات يحصون.. فالثلث بين الفقراء والقرابات، لكل واحد من القرابات سهم واحد، وللفقراء سهم واحد.

وإن كانوا لا يحصون.. فالثلث بينهما نصفان.

ومشايخنا أخذوا بهذا القول؛ كذا في «قاضي خان».

(ولو) أوصى (**لأحدهما بثلثه، وللآخر بسدسه**) والحال أن الورثة لم يجيزوا السدس؛ لكونه زائداً على الثلث (.. **قسم**) الثلث (**أثلاثاً**)، فثلثاه لصاحب الثلث، وثلثه لصاحب السدس؛ لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح وضاق الثلث

وَلَو لأَحَدِهمَا بِثُلثِهِ، وَللْآخرِ بِثُلُثَيهِ أَو بِنصفِهِ أَو بكلِّهِ.. يُنَصَّفُ الثُّلُثُ بَينَهمَا.

وَعِنْدَهُمَا: يثلّث فِي الأَوَّلِ.

ويَخمَّسُ خُمُسَينِ وَثَلَاثَةَ أَخمَاسٍ فِي الثَّانِي.

ويربَّعُ فِي الثَّالِثِ.

وَلَا يُضربُ الْمُوصى لَهُ بِالزَّائِدِ على الثُّلُث عِنْدَ الإِمَامِ، إِلَّا فِي الْمُحَابَاةِ، والسِّعايَةِ، وَالدَّرَاهِمِ الْمُرْسلَةِ.

عن حقهما؛ إذ لا مزية للوصية على الثلث بدون إذن الورثة، فيقسمان الثلث على قدر حقهما، والثلث ضعف السدس، فكان قد أوصى لأحدهما ضعف ما للآخر.

(ولو) أوصى (**لأحدهما بثلثه، وللآخر بثلثيه أو بنصفه أو بكله**) ولم يجز الورثة (.. **ينصَّف الثلث بينهما**) في كل من هذه الصور الثلاث عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يثلَّث**) الثلث (**في الأول، ويخمس خُمُسَين وثلاثة أخماس في الثاني**)؛ أي: يجعل الثلث خمسة أخماس، فيعطى خمسان لصاحب الثلث، وثلاثة أخماس لصاحب النصف.

(**ويربَّع**) الثلث (**في الثالث**)، فيحصل ربع واحد لصاحب الثلث، وثلاثة أرباع لصاحب الكل.

(**ولا يُضرب**) على صيغة المجهول بمعنى لم يجعل، وقوله: (**الموصى له**) قائم مقام فاعله؛ أي: لم يجعل للموصى له شيء ولا يعطى له أكثر من الثلث (**بالزائد**) متعلق بالموصى له (**على الثلث**) متعلق بالزائد (**عند الإمام، إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة**)؛ أي: المطلقة عن كونها ثلثاً أو نصفاً أو نحوهما؛ يعني: أن الإمام أبا حنيفة لم يجعل للموصى له بالزائد على الثلث شيئاً في صورة من الصور، إلا في صورة [٧٩٤/ب] المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة، بل جعل الثلث نصفين بينهما، سواء كان الزائد على الثلث: ثلثان، أو النصف، أو الكل، على ما ذكر.

له: أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير المشروع عند عدم إجازة الورثة، فتبطل أصلاً، ولا معتبر للباطل، والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق، فيبطل ببطلان الاستحقاق.

بخلاف المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة؛ لأن لها نفاذاً في الجملة، بدون إجازة الورثة؛ بأن كان في المال سعة، فيعتبر فيها التفاضل، فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه؛ لكونه مشروعاً.

ولهما: أن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق، والتفضيل، فامتنع الاستحقاق؛ لعدم إذن الورثة، ولا مانع من التفضيل.. فثبت؛ كما في المحاباة وأختيه.

والجواب عنه: ما مر: أن التفضيل يبطل ببطلان الاستحقاق.

وصورة المحاباة: عبدان لرجل، قيمة أحدهما: ألف ومائة، وقيمة الآخر: ستمائة، وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة، والآخر لفلان بمائة.. فإنه حصلت المحاباة لأحدهما بألف، وللآخر بخمسمائة، والكل وصية؛ لأنه في حال المرض؛ فإن لم يكن له غيرهما، ولم تجز الورثة.. جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثاً، يُضرَب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة؛ فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة.. وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة.

وصورة السعاية: أن يوصي بعتق عبدين، قيمة أحدهما: ألف، وقيمة الآخر: ألفان، ولا مال له غيرهما؛ إن أجازت الورثة.. عتقا جميعاً، وإن لم يجيزوا.. عتقا من الثلث، وثلث ماله: ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما؛ ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي، والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي.

وصورة الدراهم المرسلة: أن يوصي لرجل بألفين، ولآخر بألف درهم، وثلث ماله ألف درهم، ولم يجز الورثة.. فإنه يكون بينهما أثلاثاً؛ كل واحد منهما يضرب

وَتبطلُ الْوَصِيَّةُ بِنَصِيبِ ابْنه، وَتَصِحُّ بِمثلِ نصيبِ ابْنِهِ.

فَلَو كَانَ لَهُ ابْنَانِ.. فللموصَى لَهُ: الثُّلُثُ.

وَإِن ثَلَاثَةٌ.. فالرُّبُع.

بجميع وصيته؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة؛ لجواز أن يكون له مال آخر يخرج من هذا القدر من الثلث.

ولا كذلك [٧٩٥/أ] فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصف ماله، أو بجميع ماله؛ لأن اللفظ في مخرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر، أو خرج له مال.. تدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث.

(وتبطل الوصية بنصيب ابنه) والابن موجود وقت الوصية، حتى لو لم يكن له ابن.. صحت الوصية، على ما في «العناية»، وهذا: لأن الوصية بنصيب الابن الموجود: وصية بمال الغير؛ لأن نصيب الابن: ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب، والوصية بمال الغير لا تجوز.

(وتصح بمثل نصيب ابنه)؛ سواء كان له ابن أو لم يكن، وهذا: لأن الوصية بمثل نصيب الابن ليست وصية بنصيب الابن، بل هي وصية بغير نصيب الابن؛ لأن مثل الشيء: غيره - وإن كان يتقدر به - فيجوز.

(فلو كان له ابنان... فللموصى له: الثلث).

والقياس: أن يكون له النصف عند إجازة الورثة؛ لأنه أوصى بمثل نصيب ابنه، ونصيب كل واحد منهما: النصف.

وجه الاستحسان: أنه قصد أن يجعله مثل نصيب ابنه، و[ولا يكون به مثل][1] نصيب كل واحد منهما وإلا بأن يجعل الموصى له كأحدهم، فيقسم أثلاثاً بينهم.. فالثلث للموصى له، والثلثان للابنين.

(وإن) كان له **(ثلاثة)** أبناء (.. **فالربع)** للموصى له؛ لما ذكرناه من جعل

---

(١) زيادة من «بدائع الصنائع» (٣٥٨/٧).

وَإِن أَوصى بِجُزْءٍ مِن مَالِهِ.. فالتعيينُ إِلَى الْوَرَثَةِ.

وَإِن بِسَهْمٍ.. فالسُّدُسُ.

وَعِنْدَهُمَا: مثلُ نصيبِ أَحدِهم، إِلاَّ أَن يَزِيدَ على الثُّلُثِ وَلَا إِجَازَةَ.

قَالُوا: هَذَا فِي عُرفِهِم، وَفِي عُرفنَا: السَّهْمُ: كالجزءِ.

الموصى له كأحدهم، فيقسم المال أرباعاً.

(**وإن أوصى بجزء من ماله.. فالتعيين إلى الورثة**)؛ فيقال لهم: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول، يتناول القليل والكثير، والوصية لا تمتنع بالجهالة، والورثة قائمون مقام الموصي، فكان إليهم بيانه.

(**وإن**) أوصى (**بسهم.. فالسدس**)؛ لما روي عن ابن مسعود مرفوعاً: «وإن السهم هو السدس»، ولأن إياس بن معاوية قاضي بصره قال: السهم في اللغة: عبارة عن السدس، وبه أخذ أبو حنيفة، وقال: السهم هو السدس.

(**وعندهما**): السهم: (**مثل نصيب أحدهم**)؛ أي: أحد الورثة، (**إلا أن يزيد على الثلث**)؛ أي: يراد بالسهم ههنا مثل نصيب أحدهم، إلا أن يزيد نصيب أحدهم على ثلث المال.

(**ولا إجازة**) من الورثة.. فإنه حينئذ لا يراد به نصيب أحدهم، بل يرد إلى الثلث؛ لأن الوصية لا تزاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة.

(**قالوا: هذا**)؛ أي: الفرق بين الجزء والسهم (**في عرفهم، وفي عرفنا: السهم كالجزء**) في التعيين إلى الورثة.

اعلم: أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع [٧٩٥/ب] اختلفت اختلافاً كثيراً بسبب اختلاف رواية «المبسوط» و«الجامع الصغير»، قال في «الكافي»: فعلى رواية «الأصل».. جوز أبو حنيفة النقصان من السدس، ولم يجوز الزيادة على السدس.

وعلى رواية «الجامع الصغير».. جوز الزيادة على السدس، ولم يجوز النقصان

عن السدس؛ فإنه قال في «الأصل»: له أخس سهام الورثة، إلا أن يكون أكثر من الثلث، فلا يزاد عليه.

وقال في «الجامع الصغير»: له أخسُّ سهام الورثة، إلا أن يكون أقل من السدس.. فحينئذٍ يعطي له السدس.

ففي «الأصل»: جعل السدس يمنع الزيادة عليه، ولا يمنع النقصان عنه.

وفي «الجامع الصغير»: جعله يمنع النقصان، ولا يمنع الزيادة.

وذكر في «الهداية» ما يخالف كل واحد من روايتي «الأصل» و«الجامع»؛ فإنه قال: ولو أوصى بسهم من ماله.. فله أخس السهام، إلا أن ينقص عن السدس فيتم السدس، ولا يزاد عليه، فهذا مخالف لكل من الروايتين المذكورتين؛ فإن قوله: «إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس» ليس في رواية «الأصل»، وقوله: «ولا يزاد عليه» ليس في رواية «الجامع».

وهكذا ذكره في «العناية»، ثم قال: لعل صاحب «الهداية» اطلع على رواية غير رواية «الأصل» و«الجامع»، أو جمع بين روايتيهما.

وقال: صورة المسألة: ما إذا أوصت امرأة بسهم من مالها، ثم ماتت وتركت زوجاً وبنتاً.. فعلى رواية: يعطى السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما: يعطى مثل الربع، فيعطى الخمس، فإنا نجعل المسألة على قوله من ستة؛ لحاجتنا إلى السدس، للموصى له سهم، فبقيت خمسة، للزوج منه الربع، ولا يستقيم عليه، فيضرب في أصل مخرج المسألة؛ أعني: الستة مخرج الكسر - وهو أربعة - تبلغ أربعة وعشرين.

كان للموصى له سهم يضرب في أربعة، وهو: أربعة، وهو سدس المال.

بقي عشرون، للزوج منها الربع، وهو خمسة.

والباقي: للبنت، وهو على قولهما من خمسة، يزاد مثل أخس سهام الورثة، وهو الربع، وهو واحد على الفريضة، وهي أربعة، فتصير المسألة: خمسة، يعطى للموصى

وَإِن أَوصى لَهُ بِسُدُسِ مَالِهِ، ثُمَّ بِثُلُثِ مَالِهِ وأَجازوا.. فَلَهُ الثُّلُثُ.

وَإِن بِسُدُسِهِ.. فَلَهُ السُّدسُ؛ سَوَاءٌ اتَّحد الْمَجْلِسُ أَوِ اخْتلفَ.

وَلَو بِثُلُثِ دَرَاهِمِهِ أَو غنمِهِ أَو ثِيَابِهِ وَهِيَ مِن جنسٍ وَاحِدٍ، فَهَلَكَ الثُّلُثَانِ.. فَلَهُ الْبَاقِي إِن خرجَ مِنَ الثُّلُثِ.

له سهماً، وللزوج سهماً، وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له، وما بقي: فللبنت.

وإنما كان كذلك [٧٩٦/أ]؛ لأن الموصي أوصى بمثل نصيب الزوج؛ لأنه أخس النصيب، ومثل الشيء: غيره، فيزاد مثل الربع على الأربعة؛ ليكون المزيد مثلاً للربع.

(**وإن أوصى له بسدس ماله، ثم بثلث ماله وأجازوا**)؛ أي: الورثة (.. **فله**)؛ أي: للموصى له (**الثلث**)؛ لأن الثلث يتضمن السدس؛ لأنه أقل منه، فيدخل فيه، فلا يتناول أكثر من الثلث.

أطلق، فشمل: ما إذا قال ذلك في المجلس أو في مجلس آخر؛ كذا في «الهداية».

(**وإن**) أوصى (**بسدسه**)، ثم بسدسه بأن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال: له سدس مالي (.. **فله السدس**)؛ أي: سدس واحد؛ (**سواء اتحد المجلس أو اختلف**)؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرف متى أعيد معرفاً.. كان الثاني عين الأول.

ثم الظاهر: أن قوله: «سواء اتحد المجلس أو اختلف» قيد للمسألتين.

(**ولو**) أوصى (**بثلث دراهمه أو غنمه أو ثيابه وهي**)؛ أي: الثياب (**من جنس واحد**) قيدها به؛ لأن الحكم في الجنسين منها ليس كذلك على ما سيصرح به (**فهلك الثلثان**)؛ أي: ثلثا دراهمه أو غنمه أو ثيابه (.. **فله**)؛ أي: للموصى له (**الباقي**)؛ أي: الباقي من دراهمه أو غنمه أو ثيابه؛ أعني: ثلثها.

(**إن خرج**) ذلك الباقي (**من الثلث**)؛ أي: من ثلث جميع ماله.

وقال زفر: له ثلث ما بقي من دراهمه أو غنمه أو ثيابه، لا ثلث جميع ماله؛ لأن

كل واحد من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى له، والمال المشترك: يهلك ما يهلك منه على المشتركة، ويبقى ما يبقى منه على الشركة، فصار كما إذا كانت التركة الموصى بها أجناساً مختلفة، وهو القياس.

قلنا: إن هذا جنس واحد، والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق [أحدهم في](1) الواحد من الورثة والموصى له في البعض المعين من ذلك الجنس، ولهذا كان يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع؛ فإذا أمكن الجمع.. جمعنا حق الموصى له فيما بقي من الموصى به؛ تقديماً للوصية على الإرث؛ لأن الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتبع، وحق الموصى له كالأصل، والأصل في مال اشتمل على أصل وتبع إذا هلك شيء منه: أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل؛ كمال المضاربة إذا كان فيه ربح وهلك بعضه.. يصرف الهالك [٧٩٦/ب] إلى الربح؛ لأنه تبع، لا إلى رأس المال؛ لأنه أصل، فصارت الوصية بثلث دراهمه كالوصية بالدرهم الواحد.

ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم، فهلك درهمان وبقي درهم، وهو يخرج من ثلث ماله.. كان للموصى له الدرهم، فكذا هذا.

بخلاف الأجناس المختلفة؛ فإن الجمع فيها غير ممكن؛ فإنه إذا ترك أجناساً مختلفة وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون.. فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة؛ لأن الغرض من القسمة: الانتفاع، فلا بد منه، وهي في الأجناس المختلفة متعذرة، وإذا تعذر الجمع.. تعذر التقديم؛ لأن فيه الجمع، فبقي الكل مشتركاً بين الورثة والموصى له أثلاثاً؛ فما هلك منها.. يهلك على الشركة، وما بقي.. يبقى عليها أثلاثاً، فلا يصح قياس ما يتحد جنسه عليها.

---

(١) زيادة من «العناية» (١٠/٤٤٦).

وَكَذَا: كلُّ مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ.

وَإِن بِثُلُثِ ثِيَابِهِ وَهِيَ مُتَفَاوِتَةٌ، فَهَلَكَ الثُّلُثَانِ.. فَلَهُ ثُلُثُ مَا بقِيَ.

وَإِن بِثُلُثِ عبيدِهِ.. فَكَذَلِكَ.

وَعِنْدَهُمَا: كلُّ الْبَاقِي.

وَقِيلَ: يوافقانِ.

(وكذا)؛ أي: مثل الوصية بثلث دراهمه أو غنمه وصية ثلث (**كل مكيل وموزون**)؛ لأنها من جنس واحد.

(**وإن**) أوصى (**بثلث ثيابه وهي متفاوتة**)؛ أي: ليست من جنس واحد، (**فهلك الثلثان**) من تلك الثياب (.. **فله**)؛ أي: للموصى له بثلث تلك الثياب: (**ثلث ما بقي**) من تلك الثياب؛ إن كان ثلث ما بقي يخرج من ثلث جميع ماله؛ لأن الجنس لما كان مختلفاً.. لا يمكن جمعه - على ما بيناه - فله ثلث ما بقي، لا جميع ما بقي؛ كما في متحد الجنس.

(**وإن**) أوصى (**بثلث عبيده.. فكذلك**)؛ أي: لو أوصى بثلث عبيده، وله ثلاثة عبيد، وهلك اثنان من عبيده... فللموصى له ثلث ما بقي من عبيده، وهو واحد إن خرج ثلثه من ثلث جميع ماله؛ لكثرة التفاوت منها، فلا يمكن الجمع، قالوا: هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما**): للموصى له (**كل الباقي**)، وهو العبد الباقي، وإلى قولهما مال الفقيه أبو الليث، والإمام فخر الإسلام؛ لإمكان جمع نصيب واحد منهم في عبد واحد باعتبار القيمة؛ لاتحاد الجنس.

(**وقيل: يوافقان**) لأبي حنيفة في القول بأن للموصى له ثلث ما بقي من عبيده؛ يعني: لا مخالفة بينه وبينهما في هذه المسألة.

قال في «العناية»: الخلاف في هذه المسألة أشبه للفقه؛ بناء على أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة؛ لأنه يجعله أجناساً مختلفة،

وَالدَّوَابُّ: كالعبيدِ.

وَإِن أَوصى بِأَلفٍ وَلهُ عينٌ وَدَينٌ.. فَهِيَ عينٌ إِن خَرَجَتْ مِن ثُلُثِ الْعَينِ.

وإِلَّا.. دَفَعَ ثلثَ الْعينِ وَثُلُثَ مَا يُسْتَوْفَى مِنَ الدَّينِ حَتَّى يتمَّ.

وَإِن أَوصى بِالثُّلثِ لزيدٍ وَعَمْرٍو وَأَحَدُهمَا ميِّتٌ.. فكلُّهُ للحيِّ.

وهما يريان ذلك؛ لأنهما يجعلانها جنساً واحداً.

(**والدواب**)، وكذا [٧٩٧/أ] الدور: (**كالعبيد**) على ما تقدم بيانه في العبيد.

(**وإن أوصى بألف**) درهم، (**وله**)؛ أي: للموصي (**عين ودين.. فهي**)؛ أي: الوصية: (**عين**)؛ أي: يصرف إلى العين (**إن خرجت**) الألف الموصى بها (**من ثلث العين**)؛ بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً؛ فإنه يدفع الألف منه إلى الموصى له؛ إذ لا ضرر فيه للورثة.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم تخرج الألف من ثلث العين (.. **دفع**) إلى الموصى له (**ثلث العين**)؛ بأن كان له ألف درهم نقداً مثلاً، فيعطى للموصى له ثلث الألف النقد، (**وثلث ما يستوفى من الدين حتى يتم**) الألف الموصى به؛ لأن فيه نظراً للورثة وللموصى له؛ لأن للعين فضلاً على الدين، ولو تخصص أحدهم بالعين.. يتضرر به الآخر.

(**وإن أوصى بالثلث لزيد وعمرو، وأحدهما ميت.. فكله للحي**)؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم لمن هو أهل لها وهو الحي، فيكون الثلث كله للحي؛ كما إذا أوصى لزيد وجدار.. صار الثلث كله لزيد.

وعن أبي يوسف: أنه إذا لم يعلم بموته.. فله نصف الثلث؛ لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو، فلم يرض للحي إلا نصف الثلث.

بخلاف ما إذا علم موته؛ لأن الوصية لعمرو لغو، فكان راضياً بكل الثلث للحي.

وإنما لم يفرق في ظاهر الرواية بين علم الموصى بحياته وعدمه؛ لأن استحقاق

وَإِن قَالَ: بَينَ زيدٍ وَعَمْرٍو.. فالنصفُ للحيِّ.

وَإِن أوصى بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَا مَالَ لَهُ، فاكتسبَ.. فَلهُ ثُلُثُ مَالِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ.

الحي منهما لجميع الثلث بعد المزاحمة عند إيجاب الموصي، وفي هذا: لا فرق بين العلم وعدمه، ألا ترى: أنه لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة، ثم مات أحدهما.. فإن للباقي منهما نصف الثلث؛ لوجود المزاحمة بينهما حال الوصية، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه، بل يقوم وارثه فيه مقامه؛ كموت أحد الورثة بعد موت المورث.

(**وإن قال: بين زيد وعمرو.. فالنصف للحي**)؛ يعني: إذا قال: ثلث مالي بين زيد وعمرو، وعمرو ميت.. كان لزيد نصف الثلث؛ لأن كلمة «بين» توجب التنصيف.

بخلاف المسألة الأولى؛ فإن الجملة الأولى؛ أعني: قوله: «ثلث مالي لزيد» كلام يقتضي اختصاص الثلث به، إلا أن العطف عليه بكلمة «الواو» بقوله: «ولعمرو» يقتضي المشاركة في الحكم المذكور؛ أي: الوصية بالثلث، والتنصيف بحكم المزاحمة؛ فإذا زالت المزاحمة بكون عمرو ميتاً.. يكون الثلث كله للحي.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإن التنصيف هنا [٧٩٧/ب] ليس بحكم المزاحمة، بل بمقتضى كلمة «بين»، ولهذا لو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت.. لم يستحق المذكور الثلث كله، بل يستحق نصفه.

بخلاف ما لو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت كان الثلث له جميعاً؛ لعدم ما يوجب التنصيف أصلاً.

(**وإن أوصى بثلث ماله**) لشخص، (**ولا مال له**) وقت الوصية، (**فاكتسب**) بعدها مالاً (.. **فله**)؛ أي: للموصى له (**ثلث ماله**) الذي وجد (**عند الموت**)؛ لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت؛ سواء اكتسبه بعد الوصية وهو المذكور في المتن، أو قبل الوصية، لكن

وَإِن بِثلُثِ غنمِهِ وَلَا غنمَ لَهُ، أَو كَانَ فَهَلَك قبلَ مَوتِهِ.. بطلَت.

وَإِنِ اسْتَفَادَ غنماً ثمَّ مَاتَ.. صحَّت فِي الصَّحِيحِ.

وَإِن أَوصى بِشَاةٍ مِن مَالِهِ وَلَا شَاةَ لَهُ.. فَلهُ قيمتُهَا.

وَتبطلُ لَو بِشَاةٍ مِن غنمِهِ وَلَا غنمَ لَهُ.

الموصى به لم يكن عيناً أو نوعاً معيناً؛ فإنه في هذه الصورة: يشترط وجود المال عند الموت أيضاً، وإلا.. فالوصية باطلة.

وأما إذا أوصى بعين من ماله، أو بنوع معين منه؛ كثلث غنمه، ولا غنم له وقت الوصية، أو كان فهلك الغنم قبل موته.. تبطل الوصية؛ لأنها تعلقت بالعين، فتبطل بفواتها قبل الموت.

حتى لو اكتسب عيناً أخرى أو غنماً آخر بعد ذلك.. لا يتعلق به حق الموصى له، وإلى هذا أشار بقوله: (**وإن بثلث غنمه، ولا غنم له، أو كان فهلك قبل موته.. بطلت**) على ما بيناه.

(**وإن استفاد غنماً**)؛ يعني: أوصى لشخص بثلث غنمه، ولا غنم له وقت الوصية، فاستفاد غنماً، (**ثم مات**) الموصي (.. **صحت**) الوصية (**في الصحيح**)؛ لأنها لو كانت بلفظ المال.. تصح، فكذا إذا كانت بلفظ نوعه، والمعتبر وجوده عند الموت.

قوله: «في الصحيح»: احتراز عن قول بعض المشايخ: إن الوصية باطلة؛ لأنه مال خاص، فصار بمنزلة التعيين؛ كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه، ثم ملكها.. فإنها غير صحيحة، على ما سيصرح به في الكتاب.

(**وإن أوصى بشاة من ماله، ولا شاة له.. فله**)؛ أي: للموصى له (**قيمتها**)؛ لأنه لما أضاف إلى ماله.. علم أن مراده: الوصية بمالية الشاة، وماليتها توجد في مطلق المال.

(**وتبطل**) الوصية (**لو**) أوصى (**بشاة من غنمه ولا غنم له**)؛ لأنه لما أضاف إلى

وَإِن أَوصى بِثُلُثِ مَالِهِ لأُمَّهاتِ أَوْلَادِهِ وهُنَّ ثَلَاثٌ وللفقراءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَخماسِهِ، وَلِكُلِّ فريقٍ خُمُسٌ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: ثَلَاثَةُ أَسباعِهِ، وَلِكُلِّ فريقٍ سُبُعانِ.

الغنم.. علم أن مراده: عين الشاة، لا ماليتها.

ولو أوصى بشاة ولم يضفها إلى ماله، ولا إلى غنمه.. اختلفوا فيه:

قيل: لا تصح؛ لأن المصحح إضافتها إلى المال، وبدون الإضافة إلى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها.

وقيل: تصح؛ لأنه لما ذكر [٧٩٨/أ] الشاة، وليس في ملكه شاة.. علم أن مراده المالية.

وعلى هذا: يخرج كل نوع من أنواع المال؛ كالبقر والفرس والبغل الثياب وغيرها من الحيوانات.

(**وإن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده، وهن**)؛ أي: أمهات أولاده (**ثلاث**)، وهي جملة معترضة بين المعطوف والمعطوف عليه (**وللفقراء والمساكين**)؛ يعني: أوصى بأن قال: أوصيت بثلث مالي لأمهات أولادي وللفقراء والمساكين، وأمهات أولاده ثلاث (.. **فلهن**)؛ أي: لأمهات أولاده (**ثلاثة أخماسه، ولكل فريق**)؛ أي: من الفقراء والمساكين: (**خمس**)؛ يعني: يجعل المال على خمسة أسهم، ثلاثة منها لأمهات أولاده، ولكل من الفقراء والمساكين سهم، عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد ثلاثة أسباعه**) لأمهات أولاده، (**ولكل فريق**) من الفقراء والمساكين: (**سبعان**)؛ لأن المذكور لفظ الجمع، وأدناه في الميراث: اثنان؛ كما قال تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ فكان من كل طائفة من الفقراء والمساكين: اثنان، وأمهات أولاده: ثلاث، فكان المجموع: سبعة، فتقسم أسباعاً.

ولهما: أن الجمع المحلى باللام: يراد به الجنس، وإنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل، لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل، فيعتبر من كل فريق واحد، وأمهات

وَإِن أَوصى بِثلثِ مَالِهِ لزيدٍ وللفقراءِ.. فَلهُ نصفُهُ، وَلَهُم نصفُهُ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَهُ ثلثُهُ، وَلَهُم ثُلُثَاهُ.

وَإِن أَوصى بِمِائَةٍ لزيدٍ، وَمِائَةٍ لعَمْرٍو، ثُمَّ قَالَ لْبكرٍ: أَشْرَكتُكَ مَعَهُمَا.. فَلهُ ثلثُ مَا لكلٍّ.

وَلَو بِمِائَةٍ لزيدٍ، وَخمسينَ لعَمْرٍو.. فلبكرٍ نصفُ مَا لكلٍّ مِنْهُمَا.

الأولاد ثلاث، فكان المجموع: خمسة.

وكذا: تصح الوصية لمكاتبه ومدبره.

وأما لعبده القن وأمته القنة.. ففيه اختلاف:

قال في «قاضي خان»: ولو أوصى لعبده القن، أو لأمته القنة، ثم مات.. جازت الوصية للقن بعتق ثلثه مجاناً، ويجب عليه ثلثا قيمته، وله ثلث ماله من سائر التركة، ويتقاصان، ويترادان الفضل.

وعند صاحبيه: يعتق العبد كله، تصرف الوصية أولاً إلى العتق؛ فإن فضل من الثلث شيء.. كان الفضل للعبد. انتهى.

(**وإن أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء.. فله نصفه، ولهم نصفه**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: له**)؛ أي: لزيد (**ثلثه، ولهم ثلثاه**)، وقد ذكرنا وجه كل من الطرفين في المسألة المتقدمة.

(**وإن أوصى بمائة لزيد، ومائة لعمرو، ثم قال لبكر: أشركتك معهما.. فله**)؛ أي: لبكر (**ثلث ما لكل**) من زيد وعمرو.

(**ولو**) أوصى (**بمائة لزيد، وخمسين لعمرو**) ثم [٧٩٨/ب] قال لبكر: أشركتك معهما (.. **فلبكر نصف ما لكل منهما**)؛ لأن الشركة تقتضي المساواة لغة، ولهذا حمل قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ على المساواة بين الكل، وقد أمكن

وَإِن قَالَ: لِفُلَانٍ عليَّ دَينٌ فصدِّقوهُ.. فإِنَّهُ يُصَدَّقُ إِلَى الثُّلُثِ.

ذلك في المسألة الأولى؛ لاستواء المالين، فيأخذ بكر من كل واحد منهما ثلث المائة، فتم له ثلث المائتين، ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة.

ولا يمكن المساواة بين الكل في المسألة الثانية؛ لتفاوت المالين، فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما يماثله، فيأخذ النصف من كل واحد من المالين.

ولو أوصى لرجل بجارية، ولآخر بجارية أخرى، ثم قال لآخر: أشركتك معهما؛ فإن كانت قيمة الجاريتين متفاوتة.. كان له نصف كل واحدة منهما بالإجماع.

وإن كان قيمتهما على السواء.. فله ثلث كل واحدة منهما عندهما.

وعند أبي حنيفة: له نصف كل واحدة منهما؛ بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق، فيكون كجنسين مختلفين، وهما يريانها، فصار كالدراهم المتساوية.

(وإن قال) في مرضه: **(لفلان علي دين فصدِّقوه.. فإنه)**؛ أي: الفلان **(يصدق إلى الثلث)**؛ أي: في الاستحسان.

والقياس: أن لا يصدق؛ لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً.. لا يحكم به إلا بالبيان من المقر، ولا بيان.

وقوله: «فصدقوه» لا يصلح بياناً؛ لأنه صدر مخالفاً للشرع؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة، فيتعذر جعله إقراراً من كل وجه.. فلا يعتبر، فصار نظير من قال: كل من ادعى علي شيئاً فأعطوه؛ فإنه باطل؛ لكونه مخالفاً للشرع.

إلا أن يقول: إن رأى الوصي أن يعطيه.. فحينئذٍ يجوز من الثلث.

وجه الاستحسان: أنا نعلم أن قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق دون مقداره، فيسعى في تفريغ ذمته، فنجعله وصية، ونجعل التقدير فيها إلى الموصى له، فيصدق إلى الثلث دون الزائد على الثلث.

فَإِن أَوصى مَعَ ذَلِكَ بوصايا.. عُزِلَ ثُلُثٌ لَهَا، وَثُلُثَانِ لِلْوَرَثَةِ، وَيُقَالُ لكلٍّ: صدِّقوهُ فِيمَا شِئْتُم، فَيُؤْخَذُ أَصْحَابُ الْوَصَايَا بِثُلُثِ مَا أَقرُّوا بِهِ، وَالْوَرَثَةُ بِثُلُثَي مَا أَقرُّوا بِهِ، وَيحلفُ كلٌّ على الْعلمِ بِدَعْوَى الزِّيَادَةِ على مَا أَقرُّوا.

وَإِن أَوصى بِعَينٍ لوَارِثِهِ ولأَجنبيٍّ.. فللأَجنبيّ نصفُهَا، وَلَا شَيْءَ لِلْوَارِث.

هذا، ولو قال في مرضه: لفلان علي دين، وهو صادق في دعواه.. قال في «البزازية»: لا رواية فيه عن أصحابنا، وينبغي أن يكون الجواب كما قال أبو القاسم؛ من أنه: إن لم يسبق من فلان دعوى شيء معلوم.. لا يلزم بهذا القول، وإن سبق دعوى شيء معلوم.. فهو ثابت.

(فإن أوصى مع ذلك)؛ أي: مع قوله: لفلان علي دين فصدقوه **(بوصايا.. عزل ثلث لها)**؛ أي: لأصحاب [٧٩٩/أ] الوصايا، **(وثلثان للورثة)**؛ لأن الوصايا حقوق معلومة في الثلث، وكذا الميراث: حق معلوم في الثلثين بعد عزل الثلث، وما أقر به لفلان من الدين: ليس بمعلوم.. فلا يزاحم المعلوم، فقدمنا عزل المعلوم على المجهول، ثم يؤمر كل من أصحاب الوصايا والورثة بتصديق المقر له.

وإليه أشار بقوله: **(ويقال لكل)**؛ أي: لكل من أصحاب الوصايا والورثة: **(صدِّقوه)**؛ أي: المقر له **(فيما شئتم، فيؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به)**؛ أي: يؤمر أصحاب الوصايا بدفع ثلث ما أقروا به للمقر له، فيسلم ما بقي من الثلث لهم، **(والورثة)**؛ أي: ويؤخذ الورثة **(بثلثي ما أقروا)** به؛ لأن إقرار كل فريق نافذ في حق نفسه، فيلزمه بحصته.

واستشكل صاحب «الزيلعي» ههنا، فانظر إليه.

(ويحلف كل) من أصحاب الوصايا والورثة **(على العلم بدعوى الزيادة على ما أقروا)** به؛ يعني: إن ادعى المقر له أكثر مما أقر به كل من أصحاب الوصايا والورثة.. يحلف كل منهم على العلم؛ لأنه تحليف على فعل الغير.

(وإن أوصى بعين لوارثه ولأجنبي.. فللأجنبي نصفها، ولا شيء للوارث)؛ لأنه

وَإِن أَوصى لكلٍّ مِن ثَلَاثَةٍ بِثَوْبٍ وَهِي مُتَفَاوِتَةٌ، فَضَاعَ ثوبٌ وَلم يُدْرَ أَيُّها هُوَ، وَالْوَرَثَةُ تَقولُ لكلٍّ: هلكَ حَقُّكَ.. بطلتِ الْوَصِيَّةُ.

أوصى بما يملك الإيصاء به، وبما لا يملك.. فصح في الأول، وبطل في الثاني.

بخلاف ما لو أوصى لحي وميت؛ لأن الميت ليس بأهل الوصية، فلا يصلح مزاحماً، فيكون الكل للحي، والوارث من أهلها، حتى صح لهم بإجازة الورثة، فافترقا.

وعلى هذا: إذا أوصى للقاتل وللأجنبي.

بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي؛ حيث لا يصح للأجنبي أيضاً؛ لأن الوصية إنشاء تصرف، وهو تمليك مبتدأ لهما، والشركة تثبت حكماً للتمليك، فيصح في حق من يستحقه دون الآخر؛ لأن بطلان التمليك لأحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر.

وأما الإقرار: فإخبار عن كائن، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي، ولا وجه في إثباته بدون هذا الوصف؛ لأنه خلاف ما أخبر به، ولا إلى إثبات هذا الوصف؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكاً.

وفي «الزيلعي» نقلاً عن «النهاية»: هذا إذا تصادقا؛ أما إذا أنكر الأجنبي شركة الوارث، أو أنكر الوارث شركة الأجنبي.. فإنه يصح إقراره في حصة الأجنبي عند محمد، وعندهما: يبطل في حق الكل، وهكذا في إقرار «المجمع» أيضاً.

(**وإن أوصى لكل من ثلاثة بثوب، وهي متفاوتة**)؛ أي: أوصى لثلاثة أنفس [٧٩٩/ب] بثلاثة ثياب متفاوتة؛ جيد ووسط ورديء.. يخرج من ثلث ماله.

ولو أوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه، ثم مات الموصي، (**فضاع ثوب ولم يدر أيها هو**)؛ أي: الضائع، (**والورثة تقول لكل**) من الموصى له: (**هلك حقك**)، أو تقول: هلك حق أحدكم ولم ندر من هو، فلا ندفع إليكم شيئاً (**.. بطلت الوصية**)؛

فَإِن سلَّمُوا مَا بَقِيَ.. فلذي الْجيِّدِ: ثُلُثا جيِّدِهما، وَلِذِي الرَّديءِ: ثُلُثا رديئهما، وَلِذِي الْوسطِ: ثلثُ كلٍّ مِنْهُمَا.

لأن الموصى له مجهول، وجهالته تمنع صحة الوصية؛ لأنه هو المستحق لها؛ كما لو أوصى لأحد هذين الرجلين.

(**فإن سلموا**)؛ أي: الورثة إلى الموصى له (**ما بقي**) من الثياب بعد الهلاك (**..فلذي الجيد ثلثا جيدهما، ولذي الرديء ثلثا رديئهما ولذي الوسط ثلث كل منهما**)؛ أي: من الجيد والرديء.

يعني: إن سلم الورثة ما بقي بعد الهلاك.. تصح الوصية؛ لأنها كانت صحيحة في الأصل، وإنما بطلت بجهالة طارئة مانعة عن التسليم، وبالتسلم إذا سلموا الباقي وهو الاثنان من الثياب.. زال المانع، فصارت صحيحة كما كان، فيقسم الباقي بينهم بحيث يصيب كل واحد منهم ثلثاً الباقي؛ لأن الاثنين إذا قسم على ثلاثة.. أصاب كل واحد منهم الثلثين، تعيَّن حق صاحب الجيد في الجيد؛ إذ لا حق له في الرديء بيقين.

ويحتمل أن يكون حقه في الجيد من الباقي؛ بأن يكون الجيد من الباقي هو الجيد الأصلي.

ويحتمل أن يكون حقه في الضائع؛ بأن يكون الضائع هو الأجود.

فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه - وهو الجيد -: أولى.

وإنما تعين حق صاحب الرديء في الرديء؛ إذ لا حق له في الجيد بيقين.

ويحتمل أن يكون حقه في الرديء من الباقي؛ بأن يكون الباقي هو الرديء الأصلي.

ويحتمل أن يكون حقه في الضائع؛ بأن يكون الضائع هو الأردأ.

فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه - وهو الرديء -: أولى.

وإنما تعين حق ذي الوسط في ثلث كل من الثوبين؛ لأن صاحب الجيد لما

وَإِن أَوصى بِبَيْتٍ معيَّنٍ من دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ.. قُسمتْ؛ فَإِن خرجَ الْبَيْتُ فِي نصيبِ الْمُوصي.. فَهُوَ لِلْمُوصى لَهُ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَهُ نصفُهُ.

وإِلَّا.. فَلَهُ قَدرُ ذَرعِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: قدرُ نصفِ ذَرعِهِ.

أخذ ثلثي الجيد، وصاحب الرديء ثلثي الرديء.. لم يبق إلا ثلث كل واحد منهما، وقد تعين حقه في ذلك ضرورة.

(**وإن أوصى ببيت معين من دار مشتركة**) بين اثنين، ثم مات الموصي (**.. قسمت**) الدار.

(**فإن خرج**) ذلك (**البيت في نصيب الموصي.. فهو**)؛ أي: ذلك البيت الموصى به (**للموصى له**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: له**)؛ أي: للموصى له (**نصفه**)؛ أي: نصف البيت إن خرج في نصيب الموصي [٨٠٠/أ].

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يخرج في نصيب الموصي، بل خرج في نصيب الشريك الآخر (**.. فله**)؛ أي: للموصى له (**قدر ذرعه**)؛ أي: ذرع البيت عندهما.

(**وعند محمد: قدر نصف ذرعه**).

له: أنه أوصى بملكه وملك غيره؛ لأن الدار كلها مشتركة بينهما، فينفذ في ملكه، ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه، ثم إذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة.. لا تنفذ الوصية السابقة؛ كما إذا أوصى بملك الغير، ثم اشتراه.

ثم إذا أصابه ذلك البيت في القسمة.. كان للموصى له نصفه؛ لأنه عين الموصى به.

وإن وقع في نصيب شريكه.. كان للموصى له مثل نصف ذلك البيت؛ لأنه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به؛ كالجارية الموصى

وَالْإِقْرَارُ: كَالْوَصِيَّةِ.

وَقِيلَ: لَا خلافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ.

بها إذا قتلت.. تنفذ الوصية في بدلها.

بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به؛ حيث لا تتعلق الوصية بثمنه؛ لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع، على ما تقدم في مسائل الرجوع عن الوصية، ولا تبطل بالقسمة.

ولهما: أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة؛ لأنه يقصد الإيصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهراً، وذلك يكون بالقسمة؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه، فتنفذ الوصية فيه.

وإن وقع في نصيب شريكه.. تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي؛ لأنه عوضه.

(**والإقرار كالوصية**)؛ أي: الإقرار ببيت من دار مشتركة مثل الوصية به، حتى يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع في نصيب الآخر.. يؤمر بتسليم مثله.

وعند محمد: يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف؛ كما في الوصية.

وقيل: محمد معهما في الإقرار.

والفرق له على هذه الرواية: أن الإقرار بملك الغير للغير صحيح، حتى أن من أقر بملك الغير للغير، ثم ملكه في يوم من الأيام.. يؤمر بالتسليم إلى المقر له، والوصية بملك الغير باطلة، حتى لو ملكه بوجه، ثم مات.. لا تنفذ فيه الوصية، وإلى هذه الرواية أشار بقوله:

(**وقيل: لا خلاف فيه لمحمد**) ورجحه، فقال: (**وهو المختار**) للفتوى؛ لما بيناه من الفرق.

وَإِن أَوصى بِأَلفِ عينٍ مِن مَالِ غَيرِهِ.. فلربّها الْإِجَازَةُ بعدَ موتِ الْمُوصِي، وَلهُ الْمَنْعُ بعدَ الْإِجَازَةِ.

بِخِلَافِ الْوَرَثَةِ لَو أَجَازُوا مَا زَادَ على الثُّلُثِ.

وَإِن أَقَرَّ أَحدُ الابنينِ بعدَ الْقِسْمَةِ بِوَصِيَّةِ أَبِيهِ بِالثُّلُثِ.. فَعَلَيهِ دَفعُ ثُلُثِ نَصِيبِهِ.

(وإن أوصى بألف عين)؛ أي: ألف درهم بعينها (من مال غيره.. فلربها)؛ أي: لرب الألف (الإجازة) للوصية (بعد موت الموصى، وله)؛ أي: لرب [٨٠٠/ب] الألف (المنع بعد الإجازة)؛ لأنه تبرع بمال الغير، فيتوقف على إجازة صاحبه؛ فإذا أجاز.. كان منه هذا ابتداء تبرع، فله أن يمنع من التسليم؛ كسائر التبرعات.

(بخلاف الورثة لو أجازوا ما زاد على الثلث) من وصية المورث؛ حيث لا يكون لهم أن يمتنعوا من التسليم بعد الإجازة؛ لأن الوصية في نفسها صحيحة؛ لمصادفتها ملكه، وإنما امتنع لحق الورثة؛ فإذا أجازوها.. سقط حقهم، فتنفذ من جهة الموصي، فليس لهم الرجوع.

وكذا: لو أوصى للقاتل أو الوارث فأجازها الورثة.. فلا رجوع لهم بعده؛ لما ذكرناه.

(وإن أقر أحد الابنين بعد القسمة)؛ أي: قسمة تركة أبيهما (بوصية أبيه بالثلث.. فعليه دفع ثلث نصيبه) إلى المقر له بالوصية، وهذا استحسان.

والقياس: أن يعطيه نصف نصيبه، وهو قول زفر؛ لأن إقراره بالثلث له: تضمن إقراره بمساواته إياه، والتسوية: في إعطاء النصف؛ ليبقى له النصف، فصار كما إذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما.

وجه الاستحسان: أنه أقر له بثلث شائع في جميع التركة، وهو في أيديهما، فيكون مقراً له بثلث ما في يده، وبثلث ما في يد أخيه، فيقبل إقراره في حق نفسه؛ لولايته على نفسه، ولا يقبل في حق أخيه؛ لعدم الولاية عليه، فيعطيه ثلث ما في يده.

وَإِن أَوصى بِأَمَةٍ فَولدت بعدَ مَوتِهِ.. فهما لِلْمُوصى لَهُ إِن خرجا مِنَ الثُّلُثِ.

وإِلَّا.. أَخذَ الثُّلُثَ مِنْهَا، ثُمَّ مِنْهُ.

وَعِنْدَهُمَا: مِنْهُمَا على السَّوَاءِ.

(وإن أوصى بأمة فولدت بعد موته.. فهما)؛ أي: الأمة وولدها (للموصى له إن خرجا من الثلث)؛ لأن الأم دخلت في الوصية أصالة، والولد تبعاً، حتى كان متصلاً بها؛ فإذا ولدت قبل القسمة - والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضي بها دينه وتنفذ منه وصاياه - دخل الولد في الوصية، فيكونان للموصى له إن خرجا من الثلث.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يخرجا من الثلث (.. أخذ الثلث منها)؛ أي: من الأم (ثم منه)؛ أي: من الولد، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما): أخذ الثلث (منهما على السواء).

هذا إذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له.

ولو ولدت بعد القسمة وبعد قبول الموصى له.. فالولد للموصى له؛ لأنه نماء ملكه؛ لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت، فحدثت الزيادة في خالص ملك الموصى له.

ولو ولدت بعد القبول وقبل القسمة.. ذكر القدوري: أنه لا يكون موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصى له من جميع المال؛ كما لو ولدت بعد القسمة.

ومشايخنا قالوا [٨٠١/أ]: يصير موصى به، حتى يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصى له؛ كما لو ولدت قبل القبول.

ولو ولدت قبل موت الموصي.. لم يدخل في الوصية، فيكون لورثته كيفما كان.

والكسب: كالولد في جميع ما ذكرناه؛ كذا في «الزيلعي».

* * *

والمحاباةُ وَالْكَفَالَةُ وَالْهِبَةُ: وَصِيَّةٌ فِي اعْتِبَارِهِ مِنَ الثُّلُثِ.

فَإِن أَعتَقَ وحابى وضاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا.. فالمحاباةُ أَولى إِن قُدِّمت.

وهما سَوَاءٌ إِن أُخِّرَت.

وَإِن أَعتقَ بَينَ محاباتَين..

(والمحاباة)، صورتها: أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين، أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة؛ فالزائد على قيمة المثل في الشراء، والناقص عنها في البيع: محاباة، حكمها: حكم الوصية.

(والكفالة) بالمال (والهبة) وهو أيضاً ظاهر.

(وصية)؛ أي: حكم هذه التصرفات: حكم الوصية (في اعتباره)؛ أي: اعتبار كل من هذه التصرفات (من الثلث)؛ يعني: أنها في حكم الوصية في كونها معتبرة من الثلث لا حقيقة الوصية؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال.

(فإن أعتق وحابى)؛ أي: فعلهما (وضاق الثلث عنهما.. فالمحاباة أولى إن قدمت) على العتق بأن حابى أولاً، ثم أعتق.

(وهما)؛ أي: المحاباة والعتق: (سواء إن أخرت) المحاباة.

صورة المحاباة، ثم الإعتاق: ما إذا باع المريض عبداً قيمته مائتان بمائة، ثم أعتق عبداً قيمته مائة، ولا مال له سواهما.. يصرف الثلث [٨٠١/ب] إلى المحاباة، ويسعى العبد في كل قيمته.

وصورة الإعتاق، ثم المحاباة: أعتق العبد الذي قيمته مائة، ثم باع العبد الذي قيمته مائتان بمائة.. فإنه يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين؛ فالعبد المعتق: يعتق نصفه محاباة، ويسعى في نصف قيمته، وصاحب المحاباة: يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين.

(وإن أعتق بين محاباتين) بأن حابى عبداً، ثم أعتق عبداً آخر، ثم حابى عبداً

(بَابُ العِتْقِ فِي الْمَرَضِ)

الْعِبْرَةُ بِحَالِ التَّصَرُّفِ: فِي التَّصَرُّفِ الْمُنجَّزِ.

فَإِن كَانَ فِي الصِّحَّةِ.. فَمن كلِّ المَالِ، وَإِن فِي مرضِ الْمَوْتِ.. فَمِن ثُلُثِهِ.

والمضافُ إِلَى الْمَوْتِ: مِنَ الثُّلُثِ وَإِن كان فِي الصِّحَّةِ.

وَمرضٌ صَحَّ مِنْهُ: كالصِّحَّةِ.

فالتَّحريرُ فِي مرضِ الْمَوْتِ..

(بَابُ العِتْقِ فِي المَرَضِ)

(العبرة بحال التصرف: في التصرف المنجز)؛ أي: ما لا يضاف إلى الموت، بل أوجب في الحال بطريق الإنشاء؛ كقوله: أعتقت أو وهبت وغيرهما مما فيه معنى التبرع.

(فإن كان) ذلك التصرف (في الصحة.. فمن كل المال)، حتى لو قال في الصحة: أعتقت عبدي هذا.. يعتق من كل ماله.

(وإن في مرض الموت.. فمن ثلثه).

بخلاف الإقرار بالدين؛ فإنه ينفذ من كل ماله ولو أقر في مرضه؛ لأنه ليس بإنشاء، ولذا قلنا: «بطريق الإنشاء»، وكذا النكاح في مرض الموت بمهر المثل.. ينفذ من كل المال؛ كذا في «المنح».

(والمضاف إلى الموت)؛ أي: التصرف المضاف إلى الموت؛ كأنت حر بعد موتي، أو هذا لزيد بعد موتي (.. من الثلث)؛ أي: يعتبر من الثلث (وإن) وصلية (كان في الصحة)؛ لأن وصية فيعتبر من الثلث.

(ومرض صح منه: كالصحة)؛ لأن حق الورثة والغرماء لا يتعلق بماله إلا في مرض موته، وبالبرء تبين أنه ليس بمرض الموت.. فلا حق لأحد في ماله.

(فالتحرير في مرض الموت) وهو ظاهر.

فَنصفٌ للأُولى، وَنصفٌ بَينَ الْعِتْقِ والأَخيرَةِ.

وَإِن حابى بَينَ عِتقَينِ.. فَنصفٌ للمحاباةِ، وَنصفٌ للعتقَينِ.

وَعِنْدَهُمَا: الْعِتْقُ أَولى فِي الْجَمِيعِ.

وَإِن أَوصى بِأَن يُعْتَقَ عَنهُ بِهَذِهِ الْمِائَةِ عبدٌ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ.. بطلتِ الْوَصِيَّةُ.

وَعِنْدَهُمَا: يُعْتَقُ بِمَا بَقِيَ.

آخر.. قسم الثلث بين المحاباتين نصفين؛ لتساويهما.

(**فنصف**) من الثلث (**للأولى**) من المحاباتين، (**ونصف**) آخر من الثلث (**بين العتق والأخيرة**) من المحاباتين.

(**وإن حابى بين عتقين**) بأن أعتق، ثم حابى، ثم أعتق (.. **فنصف**) من الثلث (**للمحاباة، ونصف**) آخر من الثلث (**للعتقين**)، هذا كله - من قوله: «وأن أعتق وحابى» إلى هنا - عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: العتق أولى في الجميع**)؛ أي: الصور الأربع.

لهما: أن العتق أقوى؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلحقها الفسخ، ولا معتبر في التقديم بالذكر؛ لأنه لا يوجب التقديم في الثبوت.

وله: أن المحاباة أقوى؛ لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة، فكانت تبرعاً في معنى عقد المعاوضة لا بصيغتها، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى؛ فإذا وجدت المحاباة أولاً.. دفعت الأضعف، وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع.. كان من ضرورته المزاحمة للمحاباة.

(**وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد، فهلك منها درهم.. بطلت الوصية**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يعتق بما بقي**)؛ لأنه وصية بنوع قربة، فيجب تنفيذها ما أمكن، كما في صورة الحج.

وَلَو مَكَانَ الْعِتْقِ حجٌّ.. حُجَّ بِمَا بَقِيَ إِجْمَاعاً.

وَتبطلُ الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِ عَبدِهِ لَو جنى بعدَ موتِ سَيِّدِهِ فَدُفِعَ بهَا.

وَإِن فدي.. فَلَا.

وَلَو أَوصى لزيدٍ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَتركَ عبداً، فَادّعى زيدٌ عِتقَهُ: فِي الصِّحَّةِ، وَالْوَارِثُ عتقَهُ: فِي الْمَرَضِ.. فَالْقَوْلُ للْوَارِثِ، وَلَا شَيْء لزيدٍ، إِلَّا أَن يفضُلَ الثُّلُثُ عَن قِيمَتِهِ، أَو يبرهِنَ على دَعْوَاهُ.

ولأبي حنيفة: أنه وصية بعبد يشترى بمائة من ماله، وتنفيذها فيما يشترى بأقل منها: تنفيذ في غير الموصى به، وذلك لا يجوز، بخلاف الوصية بالحج؛ لأنها قربة محضة، فتنفذ بأي وجه كان.

(**ولو**) كان (**مكان العتق حجٌّ: حجَّ بما بقي**) بعد الهلاك (**إجماعاً**)؛ لما ذكرناه.

(**وتبطل الوصية بعتق عبده لو جنى**) العبد (**بعد موت سيده، فدفع**) العبد إلى ولي الجناية (**بها**)؛ أي: بسبب الجناية؛ لأن الدفع قد صح؛ لأن حق الجناية مقدم على حق الموصي، فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه؛ لأنه يتلقى الملك من جهة الموصي، وملك الموصي باق إلى أن يدفع، وبه يزول ملكه؛ فإذا خرج به عن ملكه.. بطلت الوصية.

(**وإن فُدي**)؛ أي: فداه الورثة (.. **فلا**) تبطل الوصية؛ لأن الفداء كان في مالهم [٢/٨٠٢].

(**ولو أوصى لزيد بثلث ماله، وترك عبداً، فادعى زيد عتقه في الصحة، والوارث عتقه في المرض.. فالقول للوارث، ولا شيء لزيد، إلا أن يفضل الثلث عن قيمته، أو يبرهن**) زيد (**على دعواه**)، وهو: أن العتق كان في الصحة.

وهذا: لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد؛ لأن العتق في الصحة ليس بوصية، فينفذ من جميع المال، والوارث ينكر ذلك؛ لأن العتق في المرض: وصية، وهو مقدم على غيره من الوصايا، فذهب الثلث بالعتق، وبطل حق

وَلَوِ ادّعى رجلٌ على الْمَيِّتِ ديناً، وَالْعَبْدُ إعتاقَهُ فِي صِحَّتِهِ، وصدَّقهما الْوَارِثُ.. سعى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ، وتدفعُ إِلَى الْغَرِيمِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يسْعَى.

الموصى له بالثلث، فكان منكراً لاستحقاق الموصى له، والقول: قول المنكر مع يمينه، ثم إذا فضل شيء من الثلث عن قيمة العبد.. سلم للموصى له ذلك الفضل.

وإن برهن على دعواه.. يكون له ثلث جميع المال، سوى العبد.

(ولو ادعى رجل على الميت ديناً، و)ادعى (العبد إعتاقه في صحته)؛ أي: صحة الميت، ولا مال له غير ذلك العبد، (وصدقهما)؛ أي: الدائن والعبد: (الوارث.. سعى العبد في قيمته، وتدفع)؛ أي: تلك القيمة (إلى الغريم) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: لا يسعى) في شيء؛ لأن الدين والعتق ظهرا في الصحة معاً بتصديق الوارث في كلام واحد، فصار كأنهما وجدا معاً، وثبت ذلك بالبينة، والعتق في الصحة: لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين.

ولأبي حنيفة: أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق، ولهذا يعتبر إقراره بالدين من جميع ماله، وبالعتق من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، فصار كإقرار المورث نفسه؛ بأن ادعى عليه رجل ديناً، وادعى عبدُه عتقاً في الصحة، فقال في مرضه: صدقتما.. فإنه يعتق العبد، ويسعى في قيمته، فكذا هذا، قضية دفع الأقوى: أن يبطل العتق أصلاً، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان، فأبطلناه من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه.

قال في «الزيلعي»: وعلى هذا الخلاف ما إذا مات فترك ألف درهم، فقال رجل: على الميت ألف درهم ديناً، وقال الآخر: هذا الألف لي كان عنده وديعة.. فعند أبي حنيفة: الوديعة أولى، وعندهما: سواء؛ كذا في «الهداية».

وقال في «النهاية»: ذكر فخر الإسلام والكاشاني: فقال لو ترك ألفاً، وهذا يدعي ديناً، وذلك قال: هو مودعي، والابن قد صدق هذين معاً [٨٠٢/ب].. استويا.

وَإِنِ اجْتمعت وَصَايَا وضاقَ الثُّلُثُ عَنْهَا.. قُدِّمَتِ الْفَرَائِضُ وَإِن أَخَّرهَا؛ فَإِن تَسَاوَت فِي الْفَرْضِيَّةِ أَو غيرهَا.. قُدِّمَ مَا قَدَّمَهُ.

وَقيلَ: تقدَّمُ الزَّكَاةُ على الحجِّ.

وَقيلَ: بِالْعَكْسِ.

وَيُقَدَّمُ الْحَجُّ وَالزَّكَاةَ على الْكَفَّارَاتِ فِي الْقَتْلِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ، وَ.....

وجه قول من يقدم الوديعة: أن الوديعة تثبت في عين الألف، والدين يثبت في الذمة أولاً، ثم ينتقل إلى العين، فكانت الوديعة أسبق، فكان صاحبها أسبق.

ووجه قول من سوى بينهما: أن الوديعة لم تظهر إلا مع الدين، فيستويان.

(وإن اجتمعت وصايا)، بعضها واجب؛ كالحج والزكاة والكفارات، وبعضها نفل، (وضاق الثلث عنها)؛ أي: عن الوصايا (.. قدمت الفرائض)؛ لأنها أهم من النافلة.

قال في «قاضي خان»: رجل أوصى بأن يعطي مائة درهم للفقراء، ومائة درهم للأقرباء، وأن يطعم الفقراء لما ترك من الصلوات الخمس، فمات وعليه صلوات شهر، وثلث ماله لا يبلغ جميع وصيته.. قال أبو بكر محمد بن الفضل: يقسم الثلث على: مائة للفقراء، وعلى مائة للأقرباء، وعلى قيمة ما يبلغ من قيمة الطعام لكل صلاة: منوَين من الحنطة؛ فما أصاب الأقرباء.. أعطوا من ذلك، وما أصاب الفقراء والطعام.. أدي الطعام أولاً، ويجعل النقصان في حصة الفقراء. انتهى.

فقدم الطعام على الفقراء؛ لأنه أهم (وإن) وصلية (أخرها) الموصي.

(فإن تساوت في الفرضية)؛ بأن كانت كلها فريضة، (أو غيرها) كلها نافلة (..قدم ما قدمه)؛ لأن الظاهر أن الإنسان يبتدئ بالأهم.

(وقيل: تقدم الزكاة على الحج)، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

(وقيل: بالعكس)، وهو الرواية الأخرى عن أبي يوسف، وهو قول محمد.

(ويقدم الحج والزكاة على الكفارات في القتل والظهار واليمين، و)تقدم

الْكَفَّارَاتُ على صَدَقَةِ الْفطرِ، وَصدقَةُ الْفطرِ على الْأُضْحِيَةِ.

وَإِن أوصى بِحجَّةِ الْإِسْلَامِ.. أَحجُوا عَنهُ رجلاً مِن بَلَدِهِ رَاكِباً إِن وَفَتِ النَّفَقَةُ، وإِلَّا.. فَمن حَيْثُ تفي.

وَإِن خَرَجَ حَاجّاً فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ، وَأَوصى أَن يُحَجَّ عَنهُ.. حُجَّ عَنهُ مِن بَلَدِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: مِن حَيْثُ مَاتَ اسْتِحْسَاناً.

(**الكفارات على صدقة الفطر وصدقة الفطر، على الأضحية**).

(**وإن أوصى بحجة الإسلام.. أحجوا عنه رجلاً من بلده راكباً**) لأن الواجب عليه أن يحج من بلده.. فكذا: يجب عليه الإحجاج كما وجب عليه؛ لأن الوصية لأداء الواجب عليه.

وإنما شرط أن يكون راكباً؛ لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً، فوجب عليه الإحجاج على ذلك الوجه.

(**إن وفت النفقة، وإلا**)؛ أي: وإن لم تف النفقة (.. **فمن حيث تفي**).

والقياس: أن لا يحج عنه إذا لم تف النفقة؛ لأنه أوصى بالحج على صفة، وقد عدمت تلك الصفة فيه.

وجه الاستحسان: أن مقصوده تنفيذ الوصية، فيجب تنفيذها ما أمكن، ولا يمكن على هذا الوجه، فيؤتى به على وجه يمكن، وهو أولى من إبطاله.

(**وإن خرج**) من بلده (**حاجاً فمات** [٨٠٣/أ] **في الطريق، وأوصى أن يحج عنه.. حج عنه من بلده**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: من حيث مات استحساناً**)؛ لأن سفره بنية الحج وقع قربة، وسقط فرض قطع المسافة بقدره، وقد وقع أجره على الله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ

وعَلى هَذَا الْخلاف: إِذا مَاتَ الْحَاجُّ عَن غَيرِهِ فِي الطَّرِيق.

بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾.. الآية، ولم ينقطع سفره بموته، بل يكتب له حج مبرور، فيبدأ من ذلك المكان.

بخلاف ما إذا خرج من بيته للتجارة؛ لأن سفره لم يقع قربة، فيحج عنه من بلده.

ولأبي حنيفة: أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده؛ لأنه الواجب عليه كما تقدم، وعمله قد انقطع بالموت، والمراد بالمتلو: في حق أحكام الآخرة من الثواب.

وهذا الخلاف فيمن له وطن.

وأما من لا وطن له.. فيحج عنه من حيث مات بالإجماع؛ لأنه لو حج بنفسه: إنما كان يحج من حيث هو؛ فكذا إذا حج عنه غيره.

(**وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق**)؛ حيث يحج عنه ثانياً من وطنه عند أبي حنيفة.

وعندهما: من حيث مات، وقد تقدم تفصيله في كتاب الحج.

* * *

(بَابُ الْوَصِيَّةِ للأَقَارِبِ وَغَيرِهِم)

جَارُ الْإِنْسَانِ: ملاصقُهُ.

وَعِنْدَهُمَا: مَن يسكنُ محلَّةً ويجمعُهم مسجِدُها.

وَيَسْتَوِي السَّاكِنُ وَالْمَالِكُ، وَالذَّكَرُ والأُنثى، وَالْمُسلم وَالذِّمِّيُّ.

(بَابُ الوَصِيَّةِ)

(لِلأَقَارِبِ وَغَيْرِهِم)

(جار الإنسان: ملاصقه)؛ فلو أوصى لجيرانه.. فهم الملاصقون بداره، فتصرف الوصية إليهم، وهذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: من يسكن محلة، ويجمعهم مسجدها)؛ أي: مسجد محلته، وهذا استحسان.

وجهه: أن كل من يسكن محلة ويجمعهم مسجدها: يسمون جيراناً عرفاً وشرعاً، قال ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»، ففسر: بكل من يسمع النداء.

ولأن المقصود بالوصية للجيران: أن يبرهم ويحسن إليهم، وإحسانه يعمُّ الملاصقين وغيرهم، إلا أنه لا بد من الاختلاط؛ لتحقق معنى الاسم، والاختلاط: عند اتحاد المسجد، ولهذا شرط اتحاد المسجد.

ولأبي حنيفة - وهو القياس -: أن اسم الجار مأخوذ من المجاورة، وهي الملاصقة، ولهذا لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع.. صرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق، ولهذا: لا يدخل عليه جار المحلة، ولا جار الأراضي، ولا جار القرية.. فوجب صرفه إلى أخص الخصوص.. وهو الملاصق.

(ويستوي الساكن والمالك، والذكر والأنثى، والمسلم والذمي)؛ لأن اسم الجار يتناول الكل.

ويدخل فيه: العبد الساكن، عنده؛ لإطلاق الاسم.

ولا يدخل [٨٠٣/ب] عندهما؛ لأن الوصية له وصية لمولاه، وهو ليس بجار.

وتدخل فيه الأرملة؛ لأن سكناها يضاف إليها.

ولا تدخل التي لها بعل؛ لأن سكناها غير مضافة إليها، وإنما هي تبع، فلم تكن جاراً حقيقة؛ كما في «الزيلعي».

وقال في «العناية»: قال محمد في «الزيادات»: وينبغي على قياس قول أبي حنيفة: أن يدخل السكان تحت الوصية: الجيران المتلازقين وإن كانوا لا يملكون المسكن.

ومن كان مالكاً ولم يكن ساكناً.. لا يدخل.

قال أبو بكر بن شاهويه: هذه كدخدائية من محمد في مذهب أبي حنيفة، وليس كذلك؛ فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة، وهي للملاك، وأقول: ينبغي على قول محمد: أن لا يدخل الذمي؛ لأن المسجد لا يضمه، إلا إذا أريد باتحاد المسجد: سماع الأذان. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: رجل أوصى بثلث ماله لجيرانه؛ قال بعضهم: إن كانوا يحصون.. تقسم الوصية على أغنيائهم وفقرائهم.

وكذا: لو قال: لأهل مسجد كذا.

ولو أوصى لمجاوري مكة.. قال أبو نصر: الوصية جائزة؛ فإن كانوا لا يحصون.. تصرف لأهل الحاجة منهم، وإن كانوا يحصون.. قسمت على رؤوسهم. انتهى.

فظهر منه: أن الجيران إن لم يحصوا.. كانت الوصية باطلة؛ لأن لفظ الجيران ليس بمشعر الحاجة حتى تصرف الوصية إلى فقرائهم، ولم يمكن تصحيحه بطريق التمليك للكل؛ للجهالة الفاحشة.

وصِهرُهُ: مَن هُوَ ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنِ امْرَأَتِهِ.

وَخَتَنُهُ: مَن هُوَ زَوجُ ذَاتِ رحمٍ مُحرَّمٍ مِنْهُ.

يَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْحرُّ وَالْعَبْدُ، وَالْأَقْرَبُ والأَبعدُ.............

ولم يذكر المصنف في الوصية للجيران: الإحصاء؛ لأن الملاصق ومن يسكن محلته ويجمعهم مسجدها على المذهبين: يكونون يحصون غالباً.

(**وصهره: مَن هو ذو رحم محرم من امرأته**)؛ يعني: أوصى بصهره.. يدخل فيه ذو رحم محرم من امرأته.

هذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة.

وفي «الصحاح»: الأصهار: أهل بيت المرأة، ولم يقيده بالمحرم.

ويؤيد تفسير محمد: ما روي أنه ﷺ لما تزوج صفية.. أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها؛ إكراماً لها، وكانوا يسمون: «أصهار النبي ﷺ».

وهكذا ذكره في «الهداية» وقال: وكذا يدخل في الصهر: كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه، وزوجة ابنه، وزوجة كل ذي رحم محرم منه؛ لأن الكل أصهار.

ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي.. فالصهر يستحق الوصية، وإن كانت [٨٠٤/أ] في عدة من طلاق بائن.. لا يستحقها مطلقاً؛ لأن بقاء الصهرية: ببقاء النكاح، وهو الشرط وقت الموت. انتهى.

(**وخَتَنُه**) بفتحتين، جمعه أختان: (**من هو زوج ذات رحم محرم منه**)؛ أي: من الموصي؛ كأزواج البنات والأخوات والعمات والخالات.

قال في «المصباح» نقلاً عن الجوهري: والخَتَن بفتحتين عند العرب: كل من كان من قبل المرأة؛ كالأب والأخ، وختن الرجل عند العامة: زوج ابنته. انتهى.

فتفسير المصنف: على عرف العامة.

(**يستوي في ذلك**)؛ أي: في الختن: (**الحر والعبد، والأقرب والأبعد**)؛ لأن اللفظ يتناول الكل.

وأَقَارِبُهُ وأَقرِباؤُهُ، وذُو قرَابَتِهِ وأرحامِهِ، وذو أَرحامِهِ وأَنسابِهِ: الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ مِن كلِّ ذِي رحمٍ مَحرَمٍ مِنْهُ.

وَلَا يدْخلُ فِيهِ الْوَالِدَانِ وَالْولدِ.

وَفِي الْجدِّ: رِوَايَتَانِ.

وَإِن لم يكن لَهُ ذُو رحمٍ مَحرَمٍ.. بَطَلَتْ.

وَتَكونُ للاِثنينِ فَصَاعِداً.

(**وأقاربه، وأقرباؤه، وذو قرابته، وأرحامه، وذو أرحامه، وأنسابه**)؛ أي: لو أوصى لواحد مما ذكر - يراد به: (**الأقرب فالأقرب، من كل ذي رحم محرم منه**)؛ أي: من الموصي.

(**ولا يدخل فيه: الوالدان**)؛ أي: الأب والأم، (**والولد**) ذكراً أو أنثى.

(**وفي الجد: روايتان**).

وكذا: في الجدة: روايتان؛ ففي ظاهر الرواية: يدخلان.

وكذا الحال: في ولد الولد، على ما في «الزيلعي».

أما عدم دخول الوالدان.. لأنهم لا يسمون أقرباء عادة، ومن سمى والده أو ولده قريباً.. كان منه عقوقاً؛ إذ القريب في عرف اللغة: من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره، والوالد والولد يقربا بنفسها بلا واسطة.

(**وإن لم يكن له**)؛ أي: للموصي (**ذو رحم محرم.. بطلت**) الوصية.

(**وتكون**) تلك الوصية (**للاثنين فصاعداً**)؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يراد بالجمع: ما فوق الواحد، فكذا في الوصية، والمذكور في هذه الوصية: لفظ الجمع، فيراد به المثنى. هذا كله عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: مَن يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ؛ بِأَن أَسلَمَ أَو أَدْرَكَ الْإِسْلَامَ وَإِن لم يسلم.

(وعندهما): هذه الوصية لكل (من ينسب إلى أقصى أب له)؛ أي: من ينسب إلى الموصي من قبل الأب أو من قبل الأم إلى أقصى أب له (في الإسلام؛ بأن أسلم) أقصى أب، (أو أدرك الإسلام وإن) وصلية (لم يسلم).

اختلف في اشتراط إسلام أقصى أب:

قيل: إنه شرط.

وقيل: لا، بل الشرط إدراكه الإسلام وإن لم يسلم.

وثمرة الخلاف: تظهر فيما لو أوصى أحد من أولاد علي لأقربائه؛ فمن شرط الإسلام.. صرفه إلى أولاد علي لإسلامه، لا إلى أولاد أبي طالب؛ لعدم إسلامه.

ومن اكتفى بإدراكه الإسلام.. صرفها إلى أولاد أبي طالب؛ لإدراكه الإسلام، فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر، ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالإجماع [٤/٨٠ب]؛ لأنه لم يدرك الإسلام.

لهما: أن اسم القريب يتناول الكل؛ لأنه مشتق من القرابة، فيكون اسماً لكل من قامت القرابة به، فيتناول مواضع الخلاف.

ولأبي حنيفة: أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث: يعتبر الأقرب فالأقرب؛ فكذا في أخته؛ لأن الأخت لا تخالف الأخ في الأحكام.

قالوا: ويستوي فيه الحر والعبد، والمسلم والكافر، والصغير والكبير، والذكر والأنثى، على المذهبين؛ مذهب أبي حنيفة، ومذهب صاحبيه.

وإنما تكون لاثنين فصاعداً عند أبي حنيفة؛ لأن المذكور فيه بلفظ الجمع، وفي الميراث.. يراد بالجمع: المثنى؛ فكذا في الوصية؛ لأنها أخته.

فَمن لَهُ عمَّانِ وخالانِ: الْوَصِيَّةُ لعمَّيهِ.

وَعِنْدَهُمَا: للْكُلِّ على السَّوَاءِ.

وَمَن لَهُ عَمٌّ وخالانِ: نصفُ الْوَصِيَّةِ لِعَمِّهِ، وَنِصْفهَا بَينَ خالَيه.

وَإِن لَهُ عمّ فَقَط.. فنصفُها لَهُ.

وقال في «الزيلعي»: هذا ظاهر في الأقارب ونحوه، وأما في الأنساب.. فمشكل؛ لأنه جمع نسب، وفيه لا تدخل قرابته من جهة الأم؛ فكيف دخلوا فيه هنا؟ انتهى.

(فمن له عمَّان وخالان.. الوصية لعميه) عند أبي حنيفة؛ أي: لو أوصى لأقاربه.. وله عمان وخالان.. فالوصية لعميه عنده؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب في الوصية لأقاربه وأقربائه كما تقدم، والعمان: أقرب من الخالين كما تقدم.

(وعندهما: للكل على السواء)؛ يعني: يقسم بينهما أرباعاً؛ لأن الاسم يتناولهم، وهما لا يعتبران الأقرب؛ كما تقدم.

(ومن له عم وخالان: نصف الوصية لعمه، ونصفها بين خاليه) عند أبي حنيفة؛ لأن اللفظ جمع.. فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه، وهو الاثنان في الوصية، فيضم إلى العم خالان، فيصير جمعاً، فيأخذ هو النصف؛ لأنه أقرب، ويأخذ الخالان النصف؛ لعدم من يتقدم عليهما في القرابة.

وعندهما: يقسم أثلاثاً بينهم؛ لما تقدم.

هذا إذا أوصى لأقاربه أو أقربائه بلفظ الجمع بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته؛ حيث يكون جميع الوصية للعم، ولا شيء للخال؛ لأنه لفظ واحد، فيحوز الواحد جميع الوصية عنده؛ لأنه أقرب، ولا حاجة إلى ضم الخال إلى العم لتصحيح معنى الجمع؛ لأن اللفظ مفرد.

(وإن) كان (له)؛ أي: للموصي فيما إذا أوصى للأقارب أو الأقرباء بلفظ الجمع (عمّ فقط.. فنصفها له)؛ أي: للعم؛ لما تقدم أنه لا بد من اعتبار معنى الجمع فيه،

وَإِن عَمٌّ وعمَّةٌ، وخالٌ وَخَالَةٌ.. فَالْوَصِيَّةُ للعمّ والعمَّةِ على السَّوَاءِ.

وَعِنْدَهُمَا: الْوَصِيَّةُ لِلْكُلِّ على السَّوِيَّةِ فِي جَمِيعِ ذَلِك.

وَأَهلُ الرَّجُلِ: زَوجتُهُ.

وَعِنْدَهُمَا: مَن يعولُهم وتضمُّهم نَفَقَتُهُ.

وَآلُهُ: أَهلُ بَيْتِهِ.

وأقله: اثنان في الوصية، فيكون لكل منهما نصف، فيعطى للعم نصف، ويرد النصف الآخر إلى الورثة ممن لا يدخل في الأقارب من الوالدين والولد [٨٠٥/أ] كما تقدم؛ لعدم من يستحقه سوى الورثة.

(**وإن**) كان له (**عم وعمة، وخال وخالة.. فالوصية للعم والعمة على السواء**)؛ لأن قرابتهما مستويان، ومعنى الجمع تحقق فيهما.. فاستحقا الوصية جميعاً على السواء، ولا شيء للخال والخالة منها؛ لأن العم والعمة أقرب، ولا حاجة للضم إليهما؛ لوجود نصاب الجمع مع العم والعمة بدونهما. هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: الوصية للكل**) من العم والعمة والخال والخالة (**على السوية في جميع ذلك**)؛ لأنهما لم يعتبرا الأقرب فالأقرب، بل اعتبرا تناول الاسم كما تقدم.

(**وأهل الرجل: زوجته**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: من يعولهم وتضمهم نفقته**)؛ أي: من كان في عياله ونفقته غير مماليكه؛ اعتباراً للعرف، قال الله تعالى: ﴿فَأَنجَيْنَٰهُ وَأَهْلَهُۥٓ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾، والمراد: من كان في عياله.

ولأبي حنيفة: أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة، قال الله تعالى: ﴿قَالَ لِأَهْلِهِ﴾؛ أي: لامرأته، يقال: تأهَّل؛ أي: تزوج.

(**وآله: أهل بيته**)؛ لأن الآل: القبيلة التي ينسب إليها، فيدخل فيه كل من ينسب إليه من ابنه إلى أقصى أب له في الإسلام، الأقرب والأبعد، والذكر والأنثى، والمسلم والذمي، والصغير والكبير: سواء.

وَأَبوهُ وجدُّهُ مِن أَهلِ بَيْتِهِ.

وَأَهلُ نسبِهِ: مَن يُنْسَبُ إِلَيْهِ مِن جِهَةِ الْأَبِ.

وجِنسُهُ: أَهلُ بَيتِ أَبِيهِ.

وَالْوَصِيَّةُ لبني فلَانٍ، وَهُوَ أَبُ صلبٍ.. للذكورِ خَاصَّة.

وَعِنْدَهُمَا - وَهُوَ رِوَايَة عَن الإِمَامِ -: يدخلُ الْإِنَاثُ أَيْضاً.

ولوَرَثَةِ فلَانٍ: للذّكر مثلُ حَظّ الْأُنْثَيَيْنِ.

ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أمه؛ كذا في «الزيلعي».

(**وأبوه وجده من أهل بيته**)، فيدخلان في الوصية للآل.

(**وأهل نسبه: من ينسب إليه من جهة الأب**)؛ لأن النسب يعتبر من الآباء لا من الأمهات.

(**وجنسه: أهل بيت أبيه**)؛ لأن الإنسان يتخصص بأبيه، فصار كآله ونسبه.

(**والوصية لبني فلان وهو**) - أي: والحال يراد به؛ أي: بلفظ بني فلان معناه الإضافي أعني - (**أب صلب**)، بخلاف ما إذا لم يرد به معناه الإضافي، بل يراد به اسم قبيلة أو فخذ؛ فإن حكمه سيأتي مصرحاً (.. **للذكور خاصة**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما - وهو رواية عن الإمام -: يدخل الإناث أيضاً**).

لهما: أن جمع الذكور يتناول الإناث أيضاً.

وله: أن حقيقة الاسم للذكور، وانتظامه الإناث تجوُّز، والأصل في الكلام: الحقيقة (**ولورثة فلان: للذكر مثل حظ الأنثيين**)؛ أي: كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين؛ لأن الاسم مشتق من الوراثة، والوراثة بين أولاده وإخوته كذلك.. فكذلك الوصية؛ لأن التنصيص على المشتق [٨٠٥/ب]: يدل على ترتب الحكم على مأخذ الاشتقاق.

ولولد فلَان: للذّكرِ وَالْأُنْثَى على السَّوَاءِ.

وَلَا يدْخلُ أَوْلَادُ الابْنِ عِنْدَ وجودِ أَوْلَادِ الصُّلبِ.

ويدخلونَ عِنْدَ عدمِهِم دونَ أَوْلَادِ الْبِنْتِ.

قال في «الزيلعي»: شرط هذه الوصية: أن يموت الموصى لورثته قبل موت الموصي، حتى يعلم ورثته من هم؛ أما لو مات الموصي قبل موت الموصى لورثته.. بطلت الوصية.

(**ولولد فلان: للذكر والأنثى على السواء**)؛ لأن لفظ الولد ينتظم الكل.

(**ولا يدخل أولاد الابن عند وجود أولاد الصلب، ويدخلون**)؛ أي: أولاد الابن (**عند عدمهم**)؛ أي: عدم أولاد الصلب، (**دون أولاد البنت**).

قال في «العناية»: ومن أوصى لولد فلان.. ففلان: إما أن يكون أباً خاصاً، أو فخذاً.

- فإن كان الأول.. فالوصية تناولت الأولاد الصلبية دون أولادهم الذكر والأنثى، عند الانفراد والاختلاط: سواء؛ لأن اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاماً واحداً بطريق الحقيقة، وولد الولد مجاز لا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة.

فإن لم يكن له ولد من الصلب.. يدخل أولاد الأبناء رواية واحدة.

وفي أولاد البنات: روايتان.

هذا ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الوصية لولد فلان: يتناول الولد وولد الولد أيضاً، فهِمَ ذلك من قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾.

قال القدوري: والصحيح: أنهم لا يدخلون.

- وإن كان الثاني.. يدخلون وإن كان الصلبي قائماً؛ لأن فلاناً إذا كان فخذاً.. فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة، فتكون مرادة: فتدخل.

وَإِن أَوصى لبني فلَانٍ وَهُوَ أَبُو قَبِيلَةٍ لَا يُحصَونَ.. فَهِيَ بَاطِلَةٌ.

وَإِن لأَيتامِهِم، أَو عُميانِهِم، أَو زُمناهم، أَو أَرامِلِهِم.. فللغنيّ وَالْفَقِير مِنْهُم،

بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً؛ فإن بنيه وبناته قد تخلو عن الأولاد، فلا تكون مرادة. انتهى.

(**وإن أوصى لبني فلان وهو**)؛ أي: لفظة «فلان» (**أبو قبيلة**)؛ أي: اسم قبيلة لا معناه الإضافي؛ أعني: ابن صلب كما تقدم (**لا يحصون.. فهي باطلة**)؛ لأنه حينئذ لا يمكن التمليك، والوصية تمليك.

حتى لو كانوا يحصون.. فالوصية صحيحة، يدخل فيه الذكر والأنثى، ومولى العتاقة والموالاة.

والحاصل: أنه إذا أوصى لبني فلان.. فلا يخلو:

إما أن يريد مفهومه الإضافي؛ أي: ابن الصلب.

أو يكون اسم قبيلة لا يحصون.

أو اسم قبيلة يحصون.

أو اسم فخذ:

فإن كان الأول.. فحكمه تقدم من قبل.

وإن كان الثاني.. فهي باطلة.

وإن كان الثالث والرابع.. فهي صحيحة، يدخل فيه الذكر والأنثى، ومولى العتاقة والموالاة؛ لأن المراد به حينئذ: مجرد الانتساب؛ كبني آدم [٨٠٦/أ]؛ كذا في «العناية».

وقال في «الدرر»: الفخذ في العشائر: أقل من البطن، أولها: الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ.

(**وإن**) كانت الوصية (**لأيتامهم**)؛ أي: أيتام بني فلان، (**أو عميانهم، أو زمناهم، أو أراملهم.. فللغني والفقير منهم**)؛ أي: من هؤلاء.

ولمواليه: فَهِيَ لِمَن أَعتَقَهم فِي الصِّحَّةِ، أَو الْمَرَضِ..............

وإن كانوا يحصون.. تصح الوصية، ويدخل فيها الغني والفقير.

وهل يدخل الذكر في الأيامى مثل الأنثى؟

ففيه اختلاف:

فقال الكرخي: إنه يدخل؛ لأن الأيم هي: التي لا زوج لها؛ بكراً كانت أو ثيباً، ويقال: رجل أيم أيضاً.

وقال محمد: الأيم: هي الثيب من النساء خاصة.

قال في «العناية»: وإنما بطلت الوصية في الشبان والأيامى عند عدم الإحصاء.. لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الحاجة والفقر حتى تصرف الوصية إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تملكياً في حق الكل؛ للجهالة الفاحشة بسبب عدم الإحصاء، فبطلت. انتهى.

(ولمواليه)؛ أي: لو أوصى لمواليه:

فإن كان له المولى الأعلى والأسفل.. فالوصية باطلة على ما سيصرح به.

وإن لم يكن له المولى الأعلى، بل له المولى الأسفل [٨٠٦/ب].. فالوصية جائزة.

(.. فهي)؛ أي: هذه الوصية: (لمن أعتقهم)؛ أي: أعتقهم الموصي، وهم المولى الأسفل.

(في الصحة أو) في (المرض)؛ لتناول اللفظ إياهم.

ولا يدخل فيها مدبَّروه وأمهات أولاده؛ لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت؛ لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية.. يتبعه وجوداً، والوصية تضاف إلى حالة الموت؛ لأنها أخت الميراث، والميراث كذلك.. فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت، ولم يوجد فيهما.

وَالذَّكرِ وَالْأُنْثَى إِن كَانُوا يُحصَونَ.

وللفقراءِ مِنْهُم خَاصَّةً إِن كَانُوا لَا يُحصَونَ.

(والذكر والأنثى)؛ أي: يدخل في الوصية لهؤلاء: أغنياؤهم وفقراؤهم، وذكورهم وإناثهم.

الأرامل: جمع أرمل، وهو: الذي لا يقدر على شيء، رجلاً كان أو امرأة، من «أَرْمَلَ» إذا افتقر.

وقيل: الأرمل في النساء خاصة.

والمختار عند المصنف: هو الأول؛ حيث قال: والذكر والأنثى، وهو مختار صاحب «الهداية» أيضاً، وهو المروي عن الشعبي.

(إن كانوا يحصون)؛ لتحقق إمكان التمليك حينئذ.

(وللفقراء منهم)؛ أي: من بني فلان (خاصة إن كانوا لا يحصون)؛ لأن المقصود من الوصية: القربة وهي في سد الحاجة ورد الجوعة، وهذه الأسامي تشعر تحقيق الحاجة، فجاز حمله على الفقراء.

واختلفوا في تعرف الإحصاء:

قال بعضهم: هو أن لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب وحساب؛ فإن احتيج إلى ذلك.. فهم لا يحصون، وهذا هو المروي عن أبي يوسف.

وقال بعضهم - وهو المروي عن محمد -: إذا كانوا أكثر من مائة.. فإنهم لا يحصون.

وقال بعضهم: هو مفوض إلى رأي القاضي، قال في «قاضي خان»: وعليه الفتوى.

والأيسر: ما قال محمد.

ولو أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون، أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون.. تبطل الوصية.

ولأَولادهِم.

وَلَا يدْخلُ مَولى الْمُوَالَاةِ، وَلَا مَوَالِي المَوَالِي.. إِلَّا عِنْدَ عَدَمِهِم.

وعن أبي يوسف: أنهم يدخلون؛ لأن سبب استحقاق الولاء - وهو التدبير والاستيلاد -: ثابت.

قالوا: والأصح: هو الأول؛ لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق، بل بالإحياء الحاصل بالعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت.

ويدخل فيها بالإجماع: عبد قال له مولاه: «إن لم أضربك فأنت حر»؛ لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه، فيتحقق فيه اسم المولى قبيل الموت؛ كذا في «الهداية».

(ولأولادهم)؛ أي: أولاد من أعتقهم الموصي؛ لأن نسبتهم إليه بالولاء للمعتق الذي باشر في آبائهم، والفروع أجزاء الأصول، فكان إطلاق «المولى»: حقيقة فيهم؛ كما في أصولهم، ولهذا لا يصح نفي اسم الموالي عنهم؛ كذا في «العناية».

(ولا يدخل) في الوصية لمواليه: (مولى الموالاة)، وهو شخص مجهول النسب قال لآخر: أنت مولاي، ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت، وقال الآخر: قبلت.

وعن أبي يوسف: أنهم يدخلون أيضاً في هذه الوصية، والكل شركاء؛ لأن الاسم يتناولهم على السواء.

وقال محمد: إن جهة الولاء مختلفة؛ لأنها في المعتق: الإنعام، وفي موالي الموالاة: عقد الالتزام، والإعتاق لازم، فكان الاسم له أحق؛ كذا في «الهداية».

(ولا موالي الموالي)؛ لأنهم موالي غيره حقيقة، بخلاف مواليه وأولاد مواليه؛ لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه؛ لأن إضافة المشتق في لفظة «مواليه»: تفيد اختصاص معناه إلى المضاف إليه باعتبار مفهومه؛ مثلاً: «مكتوب زيد»: ما يختص به باعتبار مكتوبيته.

(إلا عند عدمهم)؛ أي: عدم مواليه الحقيقية، وهي الموالي بولاء العتاقة؛ فإن

وَتبطلُ إِن كَانَ لَهُ معتِقون ومعتَقونَ.

الموالي حقيقة: هم الذين وقع عليهم العتق، وموالي الموالي: ينسب إليه مجازاً، فلا يتناولهم الاسم إلا عند عدم الموالي الحقيقية؛ لأن المجاز لا يصار إليه عند تعذر الحقيقة.

فلو كان له [٨٠٧/أ] معتق واحد، وموالي موالاة أو موالي الموالي.. فالوصية: نصفها لمعتق واحد، ونصفها للورثة؛ لأن اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعداً، فيستحق الواحد النصف، ويسقط مولى الموالاة ومولى الموالي؛ لتعذر العمل بالحقيقة والمجاز، فيصرف إلى الورثة.

(وتبطل) الوصية لمواليه (إن كان له)؛ أي: للموصى لمواليه (معتِقُون) على صيغة اسم الفاعل، (ومعتَقُون) على صيغة المفعول؛ أي: لو أوصى لموالي فلان، ولفلان: موال أعتقهم، وموال أعتقوه.. فالوصية باطلة.

وقال الشافعي في رواية عنه: إن الوصية لهم جميعاً.

وفي رواية أخرى عنه: إن الوصية توقف حتى يصالحوا.

له: أن الاسم يتناولهم جميعاً؛ لأن كلاً منهم يسمى: «مولى»، فصار كالإخوة في التناول على: بني الأعيان، وبني العلات، وبني الأخياف[1].

ولنا: أن جهة الولاية مختلفة؛ لأن المولى الأعلى: مولى النعمة؛ فهم المنعمون، والأسفل منعم عليهم، فصار مشتركاً لفظياً.. فلا ينتظمهما معاً في موضع الإثبات:

بخلاف موضع النفي؛ بأن حلف لا يكلم موالي فلان؛ حيث يتناول: الأعلى والأسفل؛ لأنه مقام النفي، فيقوم. هكذا ذكره بعض مشايخنا، وهو اختيار شمس الأئمة.

---

(١) أولاد الإخوة الأعيان: هم الإخوة الأشقاء، متحدي الأب والأم.
أولاده الإخوة الأخياف: هم الإخوة من أم واحدة وآباء مختلفين.
أولاد الإخوة العلّات: هم الإخوة من أب واحد، وأمهات شتى.

وَأَقَلُّ الْجمعِ اثْنَانِ فِي الْوَصَايَا كالمواريث.

وعامة أصحابنا: على أن لا عموم للمشترك أصلاً، لا في النفي ولا في الإثبات.

وأجابوا عن مسألة الحلف: بأن ترك الكلام مع الموالي مطلقاً ليس لوقوعه في سياق النفي، بل لأن الحامل على اليمين: بغضه، وهو غير مختلف، فيصير بذلك المعنى كالشيء الواحد.

فإن قيل: سلمنا أن لفظ «الموالي» مشترك بين الأعلى والأسفل، ولكن حكمه: التوقف، لا البطلان؛ فكيف يصح الحكم ببطلانه؟

أجيب: بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان، والتوقف في مثله لا يفيد، ومن هنا قال في «الدرر» و«التنوير»: إن هذه الوصية باطلة، إلا إن بينه في حياته؛ يعني: وجب الوقف في حياته حتى يقوم منه البيان؛ فإن بيَّن قبل موته.. فبها، وإلا.. بطلت[1].

* * *

---

(١) نقص من المتن هذه العبارة، وهي موجودة في نسختي المخطوط اللتين اعتمدناها في ضبط المتن، وهو: «وأقَلُّ الجمعِ: اثنانِ في الوصايا؛ كالمواريثِ».

(بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْخِدمَةِ وَالسُّكْنَى وَالثَّمَرَةِ)

تصحُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبدِهِ، وسُكنى دَارِهِ، وبِغلَّتهما مُدَّةً مُعيَّنَةً وأبداً.

فَإِن خرجَ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ.. سُلِّمَ إِلَى الْمُوصى لَهُ، وإلَّا.. قَسِمَتِ الدَّارُ...

(بَابُ الوَصِيَّةِ)

(بالخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى وَالثَّمَرَةِ)

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان.. شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع.

(تصح الوصية بخدمة عبده، وسكنى داره)؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حال الحياة، ببدل وبدونه.. فكذا بعد الممات لحاجة؛ كما في الأعيان، ويكون محبوساً في ملكه في حق [٨٠٧/ب] المنفعة، حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصي؛ كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف.

ويجوز مؤقتاً ومؤبداً؛ كما في العارية؛ فإنها تمليك على أصلنا.

بخلاف الميراث؛ فإنه خلافة فيما يتملكه المورِّث، وهو في عين تبقى، والمنفعة عرض لا تبقى، حتى أن الموصى له بالخدمة إذا مات.. لا تورث، كذا في «الدرر».

(وبغلَّتهما مدة معينة، وأبداً)؛ أي: غلة عبده وغلة داره؛ لأنها بدل المنفعة، فأخذت حكمها.

(فإن خرج ذلك)؛ أي: رقبة العبد والدار (من الثلث.. سلم) ذلك؛ أي: رقبتهما (إلى الموصى له)؛ لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة بعد أن خرج من الثلث.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يخرج ذلك من الثلث (.. قسمت الدار).

يعني: لو أوصى بسكنى داره ولم تخرج الدار من الثلث.. قسمت الدار أثلاثاً

وتهاياً فِي العَبْدِ؛ يَوْمَيْنِ لَهُم، وَيَوْماً لَهُ.

للانتفاع بها؛ لأنها تقبل القسمة أجزاء، فتقسم بالأجزاء؛ لأن القسمة أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً.

وفي المهايأة: تقديم أحدهما زماناً.

ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان لا بالأجزاء.. يجوز أيضاً؛ لأن الحق لهم، إلا أن الأول أولى؛ لكونه أعدل.

(وتهايآ)؛ أي: يقتسمان مهايأة (في العبد يومين لهم، ويوماً له)؛ أي: يخدم العبد يومين للورثة، ويخدم يوماً للموصى له بخدمته؛ لأن حقه في الثلث، وحقهم في الثلثين؛ كما في الوصية بالعين، ولا يمكن قسمة العبد أجزاء؛ لأنه لا يتجزأ، فصرنا إلى المهايأة بالضرورة؛ إيفاء للحقين.

بخلاف الدار؛ فإنها تقبل القسمة بالأجزاء، فتقسم بالأجزاء كما تقدم.

قال في «العناية»: في هذه المسألة تفصيل، وهو: أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص، فإما أن قال أبداً، أو جعل ذلك زماناً.

فإن كان الأول وخرجت رقبة العبد من الثلث، أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه.. سلم إليه ليخدمه.

وإن لم يجزه الورثة.. خدم الورثة يومين، والموصى له يوماً إلى أن يموت العبد.

وإن كان الثاني، فإما أن عين له سنة؛ مثل أن يقول: سنة ست وستين وسبعمائة، أو لم يعين.

فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي.. بطلت الوصية.

وإن مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة، أو مات قبل مضيها:

فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازه الورثة.. فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته.

وَإِن مَاتَ الْمُوصى لَهُ.. رُدَّتْ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي.

وإِنْ مَاتَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي.. بطلَتْ.

وإن كان [٨٠٨/أ] لا يخرج ولم يجز الورثة.. يخدم الموصى له يوماً و الورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها، ثم سلمه إلى الورثة.

وإن لم يعين:

فإن كان العبد يخرج من الثلث أو لا يخرج وأجازت الورثة.. يسلم العبد إلى الموصى له يستخدمه سنة كاملة، ثم يرده إلى الورثة.

وإن لم يخرج ولم يجزه الورثة.. يخدم الموصى له يوماً، والورثة يومين إلى ثلاث سنين، ثم يرده إلى الورثة.

وهذا الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة؛ فإن له ثلث غلة تلك السنة. انتهى.

قال في «قاضي خان»: رجل أوصى للمساكين بنزل كرمه ثلاث سنين فمات ولم يحمل كرمه ثلاث سنين شيئاً.. قال نصير: تبطل وصيته.

وقال محمد بن سلمة: لا تبطل.

وقال الفقيه أبو الليث: قول محمد بن سلمة يوافق قول أصحابنا؛ فإنهم قالوا فيمن أوصى بخدمة عبده سنة لفلان، وفلان هذا غائب.. فإن العبد يخدمه سنة بعد رجوعه.

ولو أوصى لفلان بخدمة عبده هذه السنة، فقدم فلان بعد هذه السنة.. بطلت وصيته.

وكذلك الغلة ونزل الكرم. انتهى.

(**وإن مات الموصى له.. ردت إلى ورثة الموصي**).

(**وإن مات**) الموصى له (**في حياة الموصي.. بطلت**) الوصية؛ لأنها إيجاب عند موت الموصي لا قبله، على ما تقدم من قبل؛ فإذا مات الموصى له قبل وقت

وَمَن أوصيَ لَهُ بغلَّةِ الدَّارِ أَوِ العَبْدِ.. لَا يَجوزُ لَهُ السُّكْنَى والاستخدامُ فِي الْأَصَحّ.

وَلَا لِمَن أُوصِيَ لَهُ بِالْخدمَةِ وَالسُّكْنَى أَن يُؤَاجر.

الإيجاب.. لم يصح الإيجاب؛ كما لم يصح إيجاب البائع للمشتري بعد موته.

ولو مات الموصى له بعد موت الموصي.. يعود العبد والدار إلى ورثة الموصي.

(**ومن أوصي له بغلة الدار أو العبد.. لا يجوز له السكنى**) في الدار، (**والاستخدام**) للعبد (**في الأصح**)؛ لأنه أوصي له بالغلة، وهي: دراهم أو دنانير، وهذا استيفاء المنفعة نفسها لا الغلة، ولا شك أنهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة؛ فإنه لو ظهر دين.. يمكنهم أداؤه من الغلة باستردادها منه بعد استغلالها، ولا يمكنهم ذلك من المنافع بعد استيفائها بعينه.

قوله: «في الأصح»؛ احتراز عن قول بعض المشايخ: إنه يجوز ذلك؛ لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود.

(**ولا**) يجوز (**لمن أوصي له**)؛ أي: للموصى له (**بالخدمة والسكنى: أن يؤاجر**) العبد والدار؛ لأن الوصية: تمليك بغير بدل، مضاف إلى ما بعد الموت.. فلا يملك تمليكه ببدل [٨٠٨/ب]؛ اعتباراً بالإعارة؛ فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا.

ولهذا: لا يملك المستعير الإجارة؛ لأنها تمليك ببدل؛ كذا هذا.

وكذا: لا يجوز للموصي أن يخرج العبد الموصى بخدمته من البلدة، إلا أن يكون الموصى له مع أهله في غير تلك البلدة.. فحينئذٍ يخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان العبد يخرج من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث.. فلا يخرجه منها إلا بإذن الورثة؛ كذا في «الهداية».

وَإِن أَوصى لَهُ بثمرةِ بستانِهِ فَمَاتَ وَفِيه ثَمَرَة.. فَلهُ هَذِهِ فَقَط.

وَإِن زَاد: «أبداً» فَلهُ هي وَمَا يسْتَقْبل.

وَإِن أَوصى لَهُ بصوفِ غنمِهِ، أَو لَبَنِهَا، أَو أَوْلَادهَا.. فَلهُ مَا يُوجدُ مِن ذَلِكَ عِنْدَ مَوتِهِ فَقَط، قَالَ: «أبداً»، أَو لم يقل.

(**وإن أوصى**) الموصي (**له**)؛ أي: لرجل (**بثمرة بستانه، فمات**) الموصي (**وفيه**)؛ أي: في البستان (**ثمرة.. فله**)؛ أي: للموصى له (**هذه**) الثمرة (**فقط**)؛ أي: لا ما يحدث بعدها.

(**وإن زاد**) الموصي: (**أبداً**)؛ بأن قال: ثمرة بستاني له أبداً (.. **فله**)؛ أي: للموصى له (**هي**)؛ أي: الثمرة الأولى (**وما يستقبل**) إلى ما عاش الموصى له.

(**وإن أوصى له بصوف غنمه أو لبنها أو أولادها.. فله ما يوجد من ذلك**)؛ أي: الصوف أو اللبن أو الأولاد (**عند موته**)؛ أي: موت الموصي (**فقط**)؛ أي: لا ما يحدث من ذلك بعده؛ سواء (**قال**) الموصي: (**أبداً، أو لم يقل**).

واعلم: أن مسائل الوصية المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي إلى ما يحدث بعدها.. على وجوه ثلاثة:

- في وجه: إن ذكر الأبد.. يقع [على] الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه.

وإن لم يذكره:

فإن كانت الثمرة موجودة وقت موت الموصي.. تتناولها الوصية.

وإلا.. فالقياس أن تبطل الوصية.

وفي الاستحسان: تقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له.

وجه القياس: أن الثمرة حقيقة في الموجود، وإن لم تكن موجودة وقت موته.. تبطل الوصية؛ لأنها لا تقع على المعدوم.

ووجه الاستحسان: أنها تحمل على المجاز عند تعذر الحقيقة؛ صوناً لكلام الموصي عن الإلغاء.

وكلام المصنف ظاهر في جواب القياس.

• وفي وجه: يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له؛ ذكر الأبد أو لم يذكر؛ كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده.

والفرق بينه وبين الوجه الأول: أن الثمرة اسم للموجود.. فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة؛ كالتنصيص على الأبد؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناوله المعدوم أيضاً، وأما الغلة.. فتتناول: الموجود، وما هو بعرضية الوجود مرة بعد أخرى [٨٠٩/أ] عرفاً؛ فإن أطلقت.. تتناولهما بلا توقف على دلالة أخرى.

• وفي وجه: يقع على الموجود دون الحادث بعده؛ ذكر الأبد أو لم يذكر؛ كالوصية بالصوف على ظهر غنمه، أو الولد في بطن جاريته، أو بطن غنمه ونحوهما.

والفرق بينه وبين الوجهين الأُوَل: أن القياس يأبى تمليك المعدوم؛ لأنه لا يقبل الملك، إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها؛ كالمعاملة والإجارة، فاكتفي بذلك؛ لجوازه في الوصية بالطريق الأولى؛ لأن بابها أوسع، وأما الولد المعدوم، والصوف على ظهر الغنم، واللبن في الضرع.. لا يجوز أن يرد العقد عليهما أصلاً، ولا يستحق بعقد ما.. فكذلك لا يدخل تحت الوصية.

بخلاف الموجود منها؛ لأنه يجوز: بعقد البيع استحقاقها تبعاً، وبعقد الخلع مقصوداً، فكذا بالوصية.

قال في «قاضي خان»: رجل أوصى بغلة كرمه لإنسان.. قال الفقيه أبو بكر: يدخل في هذه الوصية: القوائم، والأوراق، والثمار، والحطب؛ فإنه لو دفع الكرم معاملة.. تكون كل هذه الأشياء بينهما كالثمر.

وقال في «الهداية»: ولو أوصى بخدمة عبده، ولآخر برقبته، وهو يخرج من

الثلث.. فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة عليها لصاحب الخدمة؛ لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً، عطفاً منه لأحدهما على الآخر، فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة؛ فلو لم يوص في الرقبة بشيء.. لصارت الرقبة ميراثاً للورثة، مع كون الخدمة للموصى له، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر؛ إذ الوصية أخت الميراث؛ من حيث إن الملك يثبت فيها بعد الموت، فتكون الرقبة للموصى له بالرقبة، والخدمة للموصى له بالخدمة.

ثم هذا العبد؛ إما أن يكون أدرك حد الخدمة أو لا.

فإن كان الثاني.. فنفقته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة؛ لأن بالإنفاق عليه تنمو العين، وذلك منفعة لصاحب الرقبة؛ فإذا أدرك الخدمة.. صار كالكبير، والنفقة في الكبير: على من له الخدمة؛ لأن الغرم بالغنم.

وإن جنى جناية.. فالفداء على من له الخدمة؛ كذا في «العناية».

ولو أوصى بأمة لرجل، وما في بطنها لآخر، وهي تخرج من الثلث، أو أوصى لرجل بخاتم، ولآخر بفصه [٨٠٩/ب]، أو أوصى بقوصرة لرجل، وما فيها من الثمر لآخر.. كان كما أوصى، فالظرف والأمة والخاتم: لصاحبها، والمظروف والولد والفص: لآخر، وتمامه في «الهداية».

* * *

(بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ)

وَلَو جعلَ ذمِّيٌّ دَارَهُ بِيعَةً أَو كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ مَاتَ.. فهيَ مِيرَاثٌ.

وَلَو أَوصى بِهِ لقومٍ مسمَّين.. جَازَ مِنَ الثُّلُثِ.

وَكَذَا: فِي غير المسمَّينَ،..

(بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ)

(**ولو جعل ذمي داره بيعة أو كنيسة في صحته، ثم مات.. فهي ميراث**) بالاتفاق.

أما عند أبي حنيفة: فلأنه بمنزلة الوقف عنده، والوقف عنده غير لازم بدون التسجيل إذا كان لمسلم.. فهذا أولى، فيورث بين ورثته.

وأما عندهما: فلأن هذا معصية وإن كانت قربة في اعتقادهم.. فلا يصح.

واستشكل على قول أبي حنيفة: بأن هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين، والمسلم ليس له أن يبيع المسجد، فوجب أن يكون الذمي فيها كذلك؛ لأنهم عنده يتركون وما يعتقدون.

وأجيب: بأن المسجد محرز عن حقوق الناس، وصار خالصاً لله تعالى، ولا كذلك البيعة في اعتقادهم.. فإنها لمنافع الناس؛ لأنهم يسكنون فيها، ويدفنون فيها موتاهم، فلم تصر محرزة عن حقوقهم، فكان ملكه فيها ثابتاً، وفي هذه الصورة: يورث المسجد أيضاً.

(**ولو أوصى به**)؛ أي: بداره (**لقوم مسمَّين.. جاز من الثلث**) بالاتفاق.

يعني: إذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لناس معينين.. فهو جائز من الثلث بالاتفاق؛ لأن في الوصية: معنى الاستخلاف والتمليك، وللذمي ولاية لهما، فأمكن تصحيحه باعتبارين، فجوزناه باعتبار معنى التمليك، وجعلناه من الثلث باعتبار معنى الاستخلاف.

(**وكذا**)؛ أي: جاز من الثلث (**في غير المسمَّين**) عند أبي حنيفة؛ لأنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، وهذا قربة عندهم.. فيجوز وإن لقوم غير محصورين.

خلافاً لَهما.

(**خلافاً لهما**)، قالا: إنها وصية باطلة؛ لأنها معصية في الحقيقة وإن كان في معتقدهم قربة، والوصية بالمعصية باطلة؛ لما في تنفيذها من تقريرها، ولا يمكن تنفيذها بطريق التمليك كما في الصورة الأولى؛ لأن التمليك غير ممكن ههنا.

قالوا: هذا الاختلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى؛ فأما في الأمصار.. فلا يجوز بالاتفاق؛ لأنهم لم يمكنوا من إحداث ذلك في الأمصار.

وعلى هذا الخلاف: إذا أوصى أن تذبح خنازيره وتطعم المشركين من غير تعيين؛ كذا في «الزيلعي».

ثم قال: والحاصل: أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام:

- منها ما هو [٨١٠/أ] جائز بالاتفاق، وهو: ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم؛ كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس، أو جعل ثلث ماله للفقراء، أو أعتق الرقبة؛ سواء كان لقوم معينين، أو غير معينين؛ لأنه وصية بما هو قربة عندنا وعندهم.

- ومنها: ما هو باطل بالاتفاق، وهو:

ما إذا أوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم؛ كما إذا أوصى للنائحات والمغنيات؛ فإنها معصية عندنا وعندهم.

أو أوصى بما هو قربة عندنا لا عندهم؛ كما إذا أوصى بالحج أو بناء مسجد للمسلمين، أو بما يسرج مساجدهم؛ لأنها معصية عندهم، وكلاهما لا تصح بالاتفاق، إلا أن يكون لقوم معينين.. فإنها حينئذ تصح بطريق التمليك.

- ومنها ما هو مختلف فيه، وهو: ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم لا عندنا؛ كبناء الكنيسة والبيعة لقوم غير معينين؛ فعند أبي حنيفة: يجوز، وعندهما: لا يجوز.

وإن كان لقوم معينين.. يجوز بالاتفاق.

وحاصله: أن وصيته لقوم معينين.. تجوز في الكل، على أنه تمليك لهم، وما

وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ مُستأمَنٍ لَا وَارِثَ لَهُ فِي دَارِنَا بِكُلِّ مَالِهِ لِمُسلمٍ أَو ذِمِّيٍّ.
وَإِن أوصى بِبَعْضِهِ.. رُدَّ الْبَاقِي إِلَى ورثَتِهِ.
وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ مَا دَامَ فِي دَارِنَا مِن مُسلمٍ أَو ذِمِّيٍّ.

ذكره من الجهة مثل تسريج مساجد المسلمين، أو بناء مساجدهم وغيرهما.. خرج منه على طريق المشورة، لا على طريق الإلزام، حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في تلك الجهة، بل يفعلون به ما شاؤوا؛ لأنه ملكهم.

(وتصح وصية مستأمن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم، أو ذمي)، أو لمستأمن آخر؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة، وليس لورثة المستأمن حق مرعي؛ لأنهم أموات في حقنا، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه لا لحق الورثة، وقد أسقط حقه.. فيجوز؛ لأنه أهل للتمليك منجزاً كالهبة؛ فكذا: مضافاً إلى ما بعد الموت.

قيد بقوله: «لا وارث له في دارنا»؛ لأنه لو كان له وارث في دارنا.. لا يجوز له الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازتهم؛ لأنه بالأمان التزم أحكامنا، فصار كالذمي.

ثم إن كان له وارث آخر في دار الحرب.. شارك الوارث الذي في دارنا في ميراثه؛ لأنه لما بطل وصيته فيما زاد على الثلث.. كان ذلك ميراثاً عنه بين جميع ورثته.

(وإن أوصى) المستأمن (ببعضه)؛ أي: بعض ماله (.. رد الباقي)؛ أي: الباقي بعد أخذ الوصية (إلى ورثته)؛ رعاية لحق الأمان.

(وتصح الوصية له)؛ أي: للمستأمن (ما دام في دارنا) [٨١٠/ب] (من مسلم أو ذمي)؛ لأنه ما دام في دار الإسلام.. فهو كالذمي في المعاملات، فتصح عقود التمليكات منه، وتبرعاته في حال حياته، فكذا: بعد مماته.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: وصية المسلم والذمي للمستأمن: لا تجوز؛ لأنه في دارهم حكماً، حتى تمكن من الرجوع إليها، فصارت كالإرث.

وَصَاحِبُ الْهوى إِن لـم يَكفُرْ بهواهُ.. فَهُوَ كَالْمُسلمِ فِي الْوَصِيَّةِ، وإِلَّا.. فكالمرتدِّ..

والأظهر: ما اختاره المصنف؛ لأن الوصية تمليك، بخلاف الإرث؛ كذا في «الزيلعي».

(وصاحب الهوى)؛ أي: أهل البدع (إن لم يكفر بهواه.. فهو كالمسلم في الوصية)؛ لأنا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام.

(وإلا)؛ أي: وإن كان يكفر بهواه (.. فكالمرتد)، فيكون على الخلاف السابق في تصرفات المرتد، من أنها: جائزة عندهما، موقوفة عند أبي حنيفة؛ إن أسلم.. نفذ كسائر تصرفاته، وإلا.. فلا.

قال: «فكالمرتد»، وأما المرتدة.. فقال في «الهداية»: وفي المرتدة: الأصح أنه تصح وصاياها؛ لأنها تبقى على الردة، بخلاف المرتد؛ لأنه يقتل أو يسلم، فصارت المرتدة كالذمية.

وقال في «النهاية»: وذكر صاحب الكتاب في «الزيادات» على خلاف هذا، وقال: قال بعضهم: لا يكون بمنزلة الذمية، وهو الصحيح، حتى لا يصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية: أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة.. فلا تقر على اعتقادها.

هذا، ومراده بصاحب الكتاب: صاحب «الهداية».

وأجاب عن هذا صاحب «العناية» بأنه: لا منافاة بين كلاميه؛ لأنه قال في «الهداية»: الأصح، وقال في «الزيادات»: الصحيح.

ورجح في «الزيلعي» ما ذكره في «الهداية»؛ حيث قال: الأشبه: أن تكون كالذمية، فتصح وصيتها؛ لأنها لا تقتل، ولهذا تجوز جميع تصرفاتها، فكذا الوصية.

وذكر العتابي في «الزيادات»: أن من ارتد عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية

وَوَصِيَّةُ الذِّمِّيِّ: تعْتَبرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَا تصحُّ لوَارِثِهِ، وَتجوز لذِمِّيٍّ مِن غيرِ مِلَّتِهِ، لَا لحربيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

أو المجوسية.. فحكم وصاياه: حكم من انتقل إليهم؛ فما صح منهم.. صح منه؛ هذا عندهما.

وأما عند أبي حنيفة: فوصية المرتد موقوفة، ووصايا المرتدة: نافذة بالإجماع؛ لأنها لا تقتل. انتهى ما ذكره العتابي.

وصحح «قاضي خان» بأن المرتدة كالذمية، فجاز منها ما جاز من الذمية، وما لا.. فلا.

(**ووصية الذمي تعتبر من الثلث**)، فلا تجوز في الزيادة عليه، (**ولا تصح لوارثه**)؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات.. فلا تجوز وصيته في الزيادة على الثلث بدون إجازة الورثة [٨١١/أ]، ولا لوارثه أيضاً؛ كالمسلم.

(**وتجوز**) وصيته (**لذمي من غير ملته**)؛ اعتباراً بالإرث؛ إذ الكفر كله ملة واحدة.

(**لا لحربي في دار الحرب**)؛ لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين، فكذا الوصية؛ لأنها أخت الميراث.

قال في «الزيلعي»: وعلى رواية «الجامع الصغير»: ينبغي أن تجوز هذه الوصية.

وههنا مسألتان مهمتان:

- إحداهما: ما ذكر في «الدرر» و«الغرر» وصدرها بالتنبيه: إشارة إلى ما ذكر، وقال: الوصية المطلقة بأن يقول مثلاً: هذا القدر من مالي، أو ثلث مالي وصية، أو أوصيت هذا القدر من مالي، أو ثلث مالي.. لا يحل للغني؛ لأنها صدقة، وهي على الغني: حرام وإن كان الموصي عممّ بأن يقول: يأكل منها الفقير والغني؛ لأن أكل الغني من الوصية: لا يصح إلا بطريق التمليك، والتمليك لا يصح إلا للمعين، والغني لا يعين ولا يحصى.

وإذا خصت الوصية بغني؛ بأن يقول مثلاً: هذا القدر من مالي أوصيته لزيد - وهو غني - أو خصت بقوم أغنياء محصورين.. حلت لهم الوصية؛ لصحة التمليك لهم لتعينهم.

وكذا الحال: في الوقف؛ أي: أن الوقف المطلق: مختص بالفقراء، لا يحل للغني وإن عمّم الواقف.

وإذا خصّص بغني معين، أو بقوم محصورين أغنياء.. حل لهم ذلك الوقف، ويملكون منافعه لا عينه، حتى إذا ماتوا.. يتقرر عينه في ملك الواقف أو وارثه، وإذا ماتوا.. يكون للفقراء. انتهى.

وهذا دليل واضح: على أنه لا يجوز للأغنياء أن يشربوا من ماء السقاية الموضوع في مساجد البلدان وطرق العمران مع الكيزان المبرد بالثلج في أيام الصيف، بل هو مختص بالفقراء، ولا يحل للأغنياء.

وما ذكر في المتون والشروح والفتاوي في كتاب الوقف من أن السقايات والخانات الموقوفة: لا تختص بالفقراء، بل تعم الأغنياء أيضاً.. فالمراد بالسقاية ههنا: هي السقاية التي مسّت إليها حاجة العامة؛ أعني: السقاية الموضوعة في الطرقات النائية، والتي سميت بجشمه في العمران؛ لأن العامة من الفقراء والأغنياء محتاجة إلى هذه السقاية بالضرورة؛ كالخانات والقنطرات.

ولقد بسطنا الكلام فيه في كتاب الوقف.

- وثانيتهما: أن الوصية لقراءة القرآن لا تجوز، على ما ذكر في الفتاوى.

قال في «الخلاصة»: لو أوصى لقارئ القرآن يقرأ عند قبره بشيء [٨١١/ب].. فالوصية باطلة. انتهى.

وهكذا في «البزازية» و«المحيط» السرخسي يعنيه.

وعلله في «المحيط»: بأن أخذ الشيء للقراءة بمنزلة الأجرة على القراءة، وذا لا يجوز. انتهى.

وهكذا علله في «المحيط البرهاني» أيضاً، وزاد عليه: بأن أخذ الأجرة للقراءة باطلة، ولم يفعلها أحد من الخلفاء.

وقال في «الاختيار»: وأخذ الشيء للقراءة لا يجوز؛ لأنه كالأجرة. انتهى.

وقال العيني في «شرح الهداية»: والآخذ والمعطي للقراءة آثمان.

ظهر من هذه النقول: أن ما اشتهر بين الناس من الوصية لقراءة القرآن عند قبره حين يدفن بشيء من الدراهم والدنانير، والناس يجتمعون عند قبره ويقرؤون الأجزاء من القرآن، ويأخذون من تلك الوصية: باطل لا أصل له في الشرع بالاتفاق، وكل من المعطي والآخذ آثمان.

نعم، لو قرأ القارئ لمحض رضاء الله من غير طلب أجرة وطمعها، وأعطى المعطي من غير طلب ثواب منه ولا طمع.. لكان ذلك صلة جائزة، لكن ذلك المشهور بينهم ليس من هذا القبيل، بل المعطي يعطي لأجل الثواب، والقارئ يقرأ لأخذ الأجرة من تلك الوصية، حتى لو علم القارئ عدم إعطائه.. لم يقرأ، ولو علم المعطي عدم وصول الثواب لروح الميت.. لم يعط، فلم تكن صلة، بل أجرة، فكانت باطلة.

* * *

(بَابُ الْوَصِيِّ)

وَمَن أَوصى إِلَى رجلٍ فَقبلَ فِي وَجهِهِ، وردَّ فِي غيبتِهِ.. لَا يَرْتَدُّ.

(بَابُ الوَصِيِّ)

لما فرغ من بيان الموصى له.. شرع في بيان أحكام الموصى إليه، وهو الوصي، فقال: (**ومن أوصى إلى رجل**)؛ أي: جعله وصياً (**فقبل**)؛ أي: الوصي (**في وجهه**)؛ أي: وجه الموصي، (**ورد في غيبته.. لا يرتد**)؛ لأنه لما قبل في وجهه.. اعتمد الموصي على قبوله، فلم يوص إلى غيره؛ فلو جوزنا رده في غيبته أو بعد موته.. صار الميت مغروراً، وذلك باطل، فيرتد رده.

قال في «الهداية»: من أوصى إلى رجل فقبل في وجهه ورد في غير وجهه.. ليس برد.

وفسر في «العناية» الوجه: بالعلم، وغير الوجه: بغير العلم؛ حيث قال: فقبل الوصي في وجه الموصي؛ أي: بعلمه، وردها في غير وجهه؛ أي: بغير علم الموصي؛ هكذا ذكره في «الذخيرة»، إشارة إلى أن المقصود بذلك: علم الموصي؛ ليتدارك حاله عند رد الوصي، فليس هذا برد؛ لأن الميت مات معتمداً عليه؛ فلو صح رده [٨١٢/أ] بغير علمه في حياته أو بعد مماته.. صار مغروراً من جهته، فلا يجوز. انتهى كلام «العناية».

فينبغي أن يحمل كلام المصنف على هذا التفسير.

فإن قيل: ما الفرق بين الموصى له، والموصى إليه؛ حيث إن قبول الموصى له في الحال غير معتبر على ما تقدم، حتى لو قبله في حال حياة الموصي، ثم رده بعد وفاته.. كان صحيحاً، بخلاف الموصى إليه؟

أجيب: بأن نفع الموصى له بالوصية: لنفسه، ونفع الموصى إليه: للموصي لا لنفسه، فكان في رده بغير علمه إضرار به.. فلم يجز.

وَإِن ردَّ فِي وَجهِهِ.. يرْتَدُّ.

بخلاف الموصى له؛ لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصي.. فلا ضرر له في ذلك.

• وإلى هذا الجواب أشار صاحب «الهداية» بقوله: بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه، أو بيع ماله؛ حيث يصح رده في غير وجهه؛ لأنه لا ضرر هنالك؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه. انتهى.

فإنه جعل علة جواز رده بغير علمه: عدم الضرر؛ كما في رد الموصى له.

قال صاحب «النهاية»: هذا الذي ذكره صاحب «الهداية» من جواز رد الوكيل بغير علم الموكل: مخالف لعامة روايات الكتب؛ من «الذخيرة» و«التتمة» و«أدب القاضي» للصدر الشهيد و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي و«فتاوى قاضي خان».

ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل بغير عله.. لا يصح، حتى لم يخرج عن الوكالة.

واعترض صاحب «العناية» نصرة «للهداية»، وقال: ليس فيما نقله صاحب «النهاية» من الكتب المذكورة ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه.

وعن هذا قال بعض الشارحين: رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، وإليه أشار صاحب «الهداية» أيضاً في باب الوكالة بالبيع والشراء؛ حيث قال: ولو وكله بشراء شيء بعينه.. فليس له أن يشتريه لنفسه؛ لأن فيه عزل نفسه عن الوكالة، ولا يملكه على - ما قيل - إلا بمحضر من الموكل. انتهى.

فإن لفظة «قيل» تشير إلى أن هذا قول المشايخ.

(وإن رد) الوصي (في وجهه)؛ أي: وجه الموصي؛ أي: بعلمه (.. يرتد)؛ لأنه متبرع في ذلك؛ فإن شاء دام عليه، وإن شاء رجع؛ إذ ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه أيضاً؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره مقامه؛ لعلمه برجوعه.

فَإِن لم يَقبلْ وَلم يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ الْمُوصي.. فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَينَ الْقَبُولِ وَعَدَمِهِ. وَإِن بَاعَ شَيْئاً مِنَ التَّرِكَةِ.. لَم يَبْقَ لَهُ الرَّدُّ وَإِن غيرَ عَالِمٍ بالإِيصاءِ.

(فإن لم يقبل ولم يرد) بل سكت (حتى مات) [٨١٢/ب] (الموصي.. فهو)؛ أي: الوصي (مخير بين القبول وعدمه).

إن شاء.. قبل، وإن شاء.. لم يقبل؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام، فبقي مخيراً، فصار كالوكيل؛ فإنه لو وكل حال حياته.. فالوكيل مخير بين القبول وعدمه، ما لم يوجد منه قبول نصاً أو دلالة.

فإن قيل: ما كان يجب أن لا يكون مخيراً؛ لأنه لما بلغه الإيصاء ولم يرده.. اعتمد عليه الموصي ولم يوص إلى غيره، وفي ذلك ضرر به، والضرر مدفوع.

أجيب: بأن الموصي مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول.. فلا يبطل الاختيار بالاغترار.

بخلاف ما إذا قبل، ثم رد في غيبته؛ فإنه غار، فيبطل الخيار.

وفي «البزازية»: قبل الوصاية أو تصرف بعد الموت، ثم أراد عزل نفسه.. لم يجز إلا عند الحاكم، وإذا حضر عند الحاكم.. نظر في حاله؛ إن مأموناً قادراً على التصرف.. لا يخرجه، وإن عرف الحاكم عجزه وكثرة اشتغاله.. أخرجه؛ للضرر في إبقائه.

(وإن باع) الوصي (شيئاً من التركة.. لم يبق له الرد وإن) وصلية؛ أي: وإن كان (غير عالم بالإيصاء)؛ لأن بيعه التركة: قبول دلالة؛ سواء علم الإيصاء أو لم يعلم، فلم يبق له الرد، وينفذ بيعه؛ لصدوره من الوصي.

بخلاف الوكيل إذا لم يعلم التوكيل له فباع شيئاً، حيث لا ينفذ؛ لأن الوصاية خلافة؛ لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الميت، فتنتقل الولاية إليه، وإذا كانت خلافة.. لا تتوقف على العلم كالوراثة؛ أما التوكيل: فإنه إنابة؛ لثبوته حال قيام الميت.. فلا يصح بغير علم؛ كإثبات الملك بالبيع والشراء.

فَإِن رَدَّ بعدَ مَوتِهِ ثُمَّ قَبِلَ.. صَحَّ مَا لم ينفِّذ قاضٍ رَدَّهُ.

وَإِن أَوصى إِلَى عبدٍ أَو كَافِرٍ أَو فَاسِقٍ.. أَخرَجَهُ القَاضِي وَنَصَبَ غَيرَهُ.

(فإن رد بعد موته)؛ أي: موت الموصي، (ثم قبل.. صح) قبوله، (ما لم ينفِّذ) من التنفيذ (قاض رده) بأن أخرجه القاضي من الوصاية حين قال: «لا أقبل»؛ لأن بمجرد قوله: «لا أقبل» لا يبطل إيصاء الموصي؛ لأن في إبطاله مضرة بالميت، وضرر الوصي في الإبقاء على الوصاية مجبور بالثواب.

إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية.. يصح ذلك؛ لأنه مجتهد فيه؛ إذ للقاضي ولاية دفع الضرر، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية، فيدفع القاضي الضرر عنه، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه، فيندفع الضرر من الجانبين، فلهذا ينفذ إخراجه.

فلو قال بعد تنفيذ القاضي رده: «أقبل».. لا يلتفت إليه؛ لأنه قبل بعد إبطال القاضي؛ كذا في «الهداية».

(وإن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق)؛ أي: جعل واحداً منهم وصياً [٨١٣/أ] (.. أخرجه القاضي) عن الوصاية، (ونصب غيره) وصياً.

والمراد بالعبد ههنا: عبد غيره، لا عبد نفسه.

والكافر أعم من: الذمي، والمستأمن، والحربي.

قوله: «أخرجه القاضي ونصب غيره» هكذا وقعت العبارة في «الهداية» وغيرها أيضاً، وهي تشير إلى صحة الوصية إليهم؛ لأن الإخراج يكون بعد الصحة، وذكر محمد في الصور الثلاث: أن الوصية باطلة.

ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً، أو معناه سيبطل بعد إخراج القاضي:

- قال الفقيه أبو الليث - وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوي وعامة مشايخنا -: إن معناه: سيبطل، ووجهه: أن العبد أهل للتصرف، ولهذا جاز توكيله، ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنوناً؛ لكون منافعه للمولى،

وَإِن إِلَى عَبدِهِ؛ فَإِن كَانَ كُلُّ الْوَرَثَةِ صغَاراً.. صَحَّ، خلافاً لَهما.

والظاهر منع المولى عن التبرع بها، وعلى تقدير إجازته له.. كان الرجوع عن الإجازة، وعند ذلك: يعجز العبد عن التصرف بالوصاية.

قلنا: إنها ستبطل بإخراج القاضي عنها، وأما الكافر.. فقد ذكر في كتاب القسمة: أنه لو قاسم شيئاً قبل أن يخرجه القاضي عن الوصاية.. جاز، فثبت أن الإيصاء صحيح، لكنه لا يتوفر البياعات الفاسدة، فجاز للقاضي أن يخرجه من الوصية.

وأما الفاسق.. فلأن ولايته على نفسه وعلى غيره ثابتة، إلا أن القاضي يخرجه لاتهامه بالخيانة.

- وقال بعضهم:

إنه باطل في العبد، وإليه ذهب السرخسي، وذلك: لأن الوصاية ولاية متعدية، وليس للعبد ولاية على نفسه، فضلاً أن يكون له ولاية على غيره.

وفي غير العبد: معناه ستبطل.

- وقال بعضهم: معناه في الكافر أيضاً باطل؛ لعدم ولايته على مسلم.

هذا في إيصاء المسلم إلى كافر ظاهر، وهل للذمي الإيصاء إلى المستأمن؟

قالوا: لا يجوز، قال في «التاتارخانية»، والذمي إذا أوصى إلى الحربي - مستأمناً أو غير مستأمن -؛ فإنه لا يجوز؛ لأن الذمي من الحربي: بمنزلة المسلم من الذمي، والمسلم لو أوصى إلى ذمي.. كانت الوصية باطلة، فكذا الذمي إذا أوصى إلى الحربي؛ فإن القاضي يخرجه.

(وإن) أوصى (إلى عبده)؛ أي: إن جعل عبد نفسه وصياً؛ (فإن كان كل الورثة صغاراً.. صح) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: لا يصح، وهو القياس؛ لأن الولاية متقدمة فيه؛ لأن الرقية تنافيها، ولأن فيه [٨١٣/ب] إثبات ولاية المملوك على المالك، وهو قلب المشروع

وَإِن فيهم كَبِيرٌ.. بَطَلَ إِجْمَاعاً.

وَلَو كَانَ الْوَصِيّ عَاجِزاً عَنِ الْقِيامِ بِالْوَصِيَّةِ.. ضَمَّ إِلَيْهِ غَيرَهُ.

ونقض الموضوع، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه الولاية تجزيئها؛ لأن هذا العبد لا يملك بيع رقبته، والأب كان يملكه، وهو خلاف الموضوع الشرعي.

ولأبي حنيفة: أنه مخاطب مستبد بالتصرف، فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد ولاية عليه؛ فإن الصغار وإن كانوا مالكين له.. فليس لهم ولاية النظر عليه، فلا منافاة.

بخلاف ما إذا كان في الورثة كباراً وكان الإيصاء إلى عبد الغير؛ لأنه لا يستبد بالتصرف؛ إذ كان للمولى منعه، بخلاف الأول؛ لأنه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعدما ثبت الإيصاء إليه.

وكذا: ليس له بيعه.

وإيصاء المولى إليه يؤذِن بكونه ناظراً لهم، فصار كالمكاتب، والوصية قد تتجزأ على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة؛ كما إذا أوصى لرجلين؛ أحدهما يكون في الدَّين، والآخر في العين.. يكون كل واحد منهما وصياً فيما أوصي إليه خاصة؛ كذا في «الزيلعي».

(وإن فيهم)؛ أي: في الورثة **(كبير.. بطل إجماعاً)**؛ لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه، فيمنعه المشتري، فيعجز عن الوفاء بما التزم.. فلا يفيد.

(ولو كان الوصي عاجزاً عن القيام بالوصية)؛ أي: الوصاية **(.. ضم)** القاضي **(إليه غيره)**، ولا يخرجه عن الوصاية، بل يضم إليه غيره؛ لأن في الضم رعاية الحقين: حق الموصي، وحق الورثة؛ لأن تكميل النظر يحصل بذلك؛ لأن النظر يتم بإعانة غيره بدون الإخراج.. فلا يخرجه عنها.

وَإِن كَانَ قَادِراً أَميناً.. لَا يخرجُ وَإِن شكا إِلَيْهِ الْوَرَثَةُ أَو بَعضُهم منهُ، مَا لم تظهر مِنْهُ خِيَانَةٌ.

ولو شكى إليه الوصي عن القيام بسبب عجزه لا يجيبه القاضي حتى يعلم عجزه حقيقة؛ لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه.

ولو ظهر عجزه.. أخرجه وأقام غيره مقامه؛ رعاية للنظر من الجانبين.

(وإن كان) الوصي **(قادراً)** على الوصاية، **(أميناً)** عن الخيانة **(.. لا يخرج)** القاضي **(وإن)** وصلية **(شكا إليه الورثة أو بعضهم منه، ما لم تظهر منه خيانة)**؛ فإذا ظهر منه خيانة.. أخرجه القاضي وأقام غيره مقامه.

واعلم: أن الأوصياء ثلاثة:

عدل غير كاف، وعدل كاف، وفاسق.

فالأول: يضم إليه من يعينه.

والثاني: لا يخرج، ولا يضم إليه غيره.

والثالث: يخرجه القاضي، ويقيم [٨١٤/أ] غيره مقامه.

وكذا: من ظهرت خيانته في أمر الوصاية، وهو داخل في الفاسق.

وذكر في «قاضي خان»: أن القاضي لو عزل العدل الكافي عن الوصاية.. ينعزل أيضاً، نقله عن الإمام خواهر زاده، وقال: وعند بعض المشايخ: لا ينعزل العدل الكافي بعزل القاضي؛ لأنه مختار الميت، فيكون مقدماً على القاضي، هذا في وصي الميت.

وأما وصي القاضي.. فهو مخالف لوصي الميت في ثمان مواضع:

١- منها: أن القاضي ليس له أن يعزل وصي الميت العدل، وله أن يعزل وصي القاضي ولو كان عدلاً.

٢- ومنها: أن وصي الميت له أن يبيع من نفسه، ويشتري لنفسه إن كان فيه نفع ظاهر عند أبي حنيفة، ووصي القاضي ليس له ذلك بالاتفاق.

وَإِن أَوصى إِلَى اثْنَيْنِ.. لَا يَنْفَرِدُ أَحدُهمَا، إِلَّا بشرَاءِ كَفَنٍ، وتجهيزٍ، وخصومةٍ، وَقَضَاءِ دَينٍ،..........

٣- ومنها: أن وصي الميت إذا خصه الميت.. لا يخص، بخلاف وصي القاضي؛ فإنه يخص بتخصيص القاضي.

٤- ومنها: أن وصي القاضي إذا باع ممن لا تقبل شهادته له.. لم يصح، بخلاف وصي الميت.

٥- ومنها: أن وصي الميت يؤجر الصغير للأعمال، بخلاف وصي القاضي.

٦- ومنها: أن وصي القاضي لا يملك القبض إلا بإذن مبتدأ من القاضي بعد الإيصاء، بخلاف وصي الميت.

٧- ومنها: يعمل نهي القاضي عن بعض التصرفات، ولا يعمل نهي الميت.

٨- ومنها: أن وصي القاضي إذا جعل وصياً عند موته.. لا يصير وصياً، بخلاف وصي الميت.

الكل في وصايا «الأشباه»، لكن المذكور في المسألة الثالثة من عدم التخصيص: قول أبي حنيفة، وعلى قول الإمامين: يخص بما سماه؛ كما ذكر في «الظهيرية» و«فتاوى الأنقروي».

(**وإن أوصى إلى اثنين**)؛ أي: جعلهما وصيان (**.. لا ينفرد أحدهما**) في التصرف.

وعند أبي حنيفة ومحمد: (**إلا بشراء كفن وتجهيز**) ميت؛ لأن في تأخيرهما فساد الميت، فينفرد أحدهما بلا توقف على إذن الآخر، ولهذا يملكه الجيران أيضاً.

(**وخصومة**) في حقوق الميت على الناس؛ لأن اجتماعهما فيهما متعذر وقت الخصومة عند القاضي، فينفرد أحدهما فيها.

(**وقضاء دين**) الميت إذا كانت التركة من جنس الدين؛ لأن قضاء دينه حينئذ ليس من باب الولاية، وإنما هو من باب الإعانة له، ولهذا: إن صاحب الحق؛ أي:

وَطَلَبِهِ، وَشِرَاءِ حَاجَةِ الطِّفْلِ، وَقَبُولِ الْهِبَةِ لَهُ، وردِّ وَدِيعَةٍ مُعيَّنَةٍ، وتنفيذِ وَصِيَّةٍ مُعيَّنَةٍ، وإِعتاقِ عبدٍ معيَّنٍ، وردِّ مَغْصُوبٍ، ومشترٍ بشِرَاءٍ فَاسِدٍ، وَجمعِ أَمْوَالٍ ضائعةٍ وَحفظِ المَالِ، وَبيعِ مَا يُخَافُ تَلَفُهُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يجوزُ الانفرادُ مُطلقاً..........

الدائن يملكه متى ظفر بحقه، بخلاف اقتضاء دين الميت [٨١٤/ب]؛ لأنه رضي بأمانتهما في القبض جميعاً؛ كذا في «الزيلعي».

(**وطلبه**)؛ أي: طلب دين الميت؛ لأن الطلب ليس اقتضاء للدين، فينفرد أحدهما به.

(**وشراء حاجة الطفل**)؛ لأنه إعانة له؛ إذ قد يخاف الهلاك عليهم بسبب الجوع والعري، فينفرد أحدهما عن الآخر بلا توقف على رضاه.

(**وقبول الهبة له**)؛ لما ذكر في الشراء.

(**وردّ وديعة معينة**)؛ لما ذكر في قضاء دينه.

(**وتنفيذ وصية معينة، وإعتاق عبد معين، ورد مغصوب ومشترى بشراء فاسد، وجمع أموال ضائعة، وحفظ المال**)؛ لأن كلها من باب الإعانة للميت.. فلا يحتاج فيها إلى رأي الآخر.

(**وبيع ما يخاف تلفه**)؛ لأن في تأخيره خوف الضرر، هذا كله عندهما.

(**وعند أبي يوسف: يجوز الانفراد مطلقاً**)؛ أي: في جميع الأشياء، ولا اختصاص عنده بالأشياء المذكورة.

واعلم: أنهم اختلفوا في محل هذا الاختلاف على ثلاثة أقوال:

- قال بعضهم: إن هذا الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة؛ بأن أوصى إلى أحدهما أولاً، ثم إلى آخر بعقد آخر.

وأما إذا أوصى إليهما معاً بعقد واحد.. فلا ينفرد أحدهما عن الآخر بالإجماع؛ كذا ذكره الكيساني.

● وقال بعضهم: الخلاف فيما إذا أوصى إليهما معاً بعقد واحد.

أما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة.. ينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع؛ ذكره الحلواني عن الصغار.

قال أبو الليث: وهو الأصح، وبه نأخذ.

● وقال بعضهم: الخلاف في الفصلين جميعاً، ذكره أبو بكر الإسكاف.

وقال في «المبسوط»: وهو الأصح.

بخلاف الوكيلين إذا وكلهما متفرقاً؛ حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالإجماع.

والفرق: أن ضم الثاني في الإيصاء دليل عجز الأول عن المباشرة وحده، فيكون بمنزلة الإيصاء إليهما جميعاً.

بخلاف الوكالة؛ فإن رأي الموكل قائم، ولو كان الوكيل عاجزاً.. لباشر الموكل بنفسه؛ لتمكنه من ذلك، ولما وكل.. علم أن مراده: أن ينفرد كل منهما بالتصرف؛ كذا في «الزيلعي» وشروح «الهداية».

قال في «قاضي خان»: ولو باع أحد الوصيين شيئاً من تركة الميت لصاحبه.. لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأن عندهما أحد الوصيين لا ينفرد عن الآخر بالتصرف.

وقال فيه أيضاً: رجل جعل رجلاً وصياً في شيء بعينه - نحو التصرف في الدين - وجعل [٨١٥/أ] آخر وصياً في شيء آخر؛ فإن قال: جعلتك وصياً في قضاء ما علي من الدين، وقال للآخر: جعلتك وصياً في القيام بأمر مالي، أو جعل أحدهما وصياً لهذا الولد في نصيبه، وجعل الآخر وصياً في نصيب ولد آخر له، أو قال: أوصيت إلى فلان بتقاضي دَيني، ولم أوص إليه غير ذلك، وأوصيت بجميع مالي فلاناً آخر.. فكل واحد من الوصيين يكون وصياً في الأنواع كلها عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ كأنه أوصى إليهما.

فَإِن مَاتَ أَحدُ الْوَصِيّيِنِ.. أَقَامَ القَاضِي غَيرَهُ مقَامَهُ إِن لم يُوصِ إِلَى آخرَ. وَإِن أَوصى إِلَى الْحَيّ.. جَازَ، ويتصرَّفُ وَحدَهُ.

وعند محمد: لكل واحد منهما يكون وصياً فيما أوصي إليه.

رجل أوصى إلى رجل، فقال له: اعمل برأي فلان.. فهو على وجهين:

أحدهما: أن يقول: اعمل برأي فلان.

والثاني: أن يقول: لا تعمل إلا برأي فلان.

اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

● قال بعضهم: في الوجهين الوصي هو المخاطب.

● وقال بعضهم: في الوجهين جميعاً كلاهما وصيان؛ كأنه أوصى إليهما.

● وقال بعضهم: في قوله: «اعمل برأي فلان»: الوصي هو المخاطب، وفي قوله: «لا تعمل إلا برأي فلان»: هما وصيان.

واختار أبو الليث هذا القول، وهو أشبه بقول أصحابنا؛ فإنهم قالوا: إذا وكل الرجل غيره بالبيع وقال له: «بعه بشهود»، فباعه بغير شهود.. جاز.

ولو قال له: «لا تبعه إلا بشهود»، أو قال: «لا تبع إلا بمحضر فلان» فباع بغير شهود أو بغير محضر فلان.. لا يجوز؛ كذا هذا.

وكذا: لو أوصى إلى رجل وقال له: اعمل بعلم فلان.. كان له أن يعمل بغير علمه.

ولو قال: لا تعمل إلا بعلم فلان.. لا يجوز له أن يعمل بغير علم فلان.

والفتوى على هذا القول؛ كذا في «قاضي خان».

(فإن مات أحد الوصيين.. أقام القاضي غيره مقامه إن لم يوص) الوصي الذي مات (إلى آخر، وإن أوصى) الوصي الميت (إلى الحي)؛ أي: إلى الوصي الحي (.. جاز، ويتصرف) الحي (وحده) في ظاهر الرواية.

ووصيُّ الْوَصِيِّ: وَصِيٌّ فِي التَّركتَينِ.

وَكَذَا: إِن أَوصى إِلَيْهِ فِي إحداهمَا.

خلافاً لَهما.

ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر؛ لأن رأي الميت باق حكماً برأي من يخلفه.

وعن أبي حنيفة: أنه لا ينفرد بالتصرف؛ لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده.

بخلاف ما إذا أوصى إلى غير الحي؛ فإنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضي المتوفى؛ كذا في «الهداية».

(ووصي الوصي: وصي في التركتين)؛ أي: في تركة الوصي الميت، وتركة الميت الأول.

وقال الشافعي: لا يكون وصياً في تركة الميت الأول؛ اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة، والجامع: أنه رضي [٨١٥/ب] برأيه لا برأي غيره.

ولنا: أن الوصي متصرف بولاية منتقلة إليه، فيملك الإيصاء إلى غيره؛ كالجد في النفس؛ فإنه إذا مات الأب.. كان ولاية تزويج الصغار واستيفاء القصاص للجد؛ لانتقال الولاية إليه.. فكذا الوصي فيما انتقل إليه من الولاية؛ لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة: يجعل الأول قائماً حكماً، والخلف يعمل على الأصل عند عدمه.

بخلاف الوكيل؛ لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه، فلا يرضى بتوكيل غيره أو الإيصاء إلى غيره.

(وكذا)؛ أي: وصي الوصي: وصيٌّ في التركتين (إن أوصى) الوصي (إليه)؛ أي: إلى وصيه (في إحداهما)؛ أي: إحدى التركتين، هذا عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: إنه وصي في تركة الوصي لا في تركة الميت الأول.

وَتَصِحُّ قسْمَةُ الْوَصِيِّ عَنِ الْوَرَثَةِ مَعَ الْمُوصى لَهُ،........

قال في «شرح المجمع»: إذا أوصى الوصي إلى آخر في تركة نفسه.. فهو وصي في التركتين.

وقالا: هو وصي في تركة نفس الوصي دون الموصي الأول؛ لأنه نص على الإيصاء من تركة نفسه، فيقتصر عليه.

ولأبي حنيفة: أن الوصية استخلاف؛ فما كان له من الولاية عند الموت.. كانت له ولاية في التركتين، فنزل منزلته فيهما. انتهى.

وقال علاء الدين الأسود في «شرح الوقاية»: ولو قال الوصي لآخر: جعلتك وصياً في تركتي.. فقد روي عن أبي حنيفة: أنه وصي في التركتين جميعاً.

وقالا: هو وصي في تركة الثاني خاصة؛ لأنه يتصرف بالأمر، فاختص تصرفه بما خص بالأمر؛ كالوكيل.

ولأبي حنيفة: أن تركة موصيه: تركة له أيضاً، فللموصي الثاني أن يتصرف فيهما جميعاً. انتهى.

فظهر من هذين النقلين: أن محل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في هذه المسألة فيما أوصى الوصي إليه في تركة نفسه، لا فيما أوصى إليه في تركتهما؛ بأن يقول له: أوصيك في تركتي وتركة الأول؛ فإنه وصي في التركتين في هذه الصورة بالاتفاق؛ فعلى هذا: ينبغي أن تحمل الإضافة في كلام المصنف: للعهد، والمعهود: تركة نفسه.

ولو قال: «إن أوصي إليه في تركة نفسه» كما وقع في «المجمع».. لكان أولى.

(وتصح قسمة الوصي) نائباً (عن الورثة) الغيب (مع الموصى له)؛ يعني: إذا مات رجل له ورثة غيب، وأوصى إلى زيد لبكر بمبلغ.. جاز لزيد الوصي أن يقسم تركته بين ورثته الغيب نائباً عنهم، وبين بكر الموصى له [٨١٦/أ] بأن يأخذ حق الورثة، ويسلم الباقي إلى الموصى له؛ لأن الوارث خليفة الميت، حتى يرد بالعيب،

ويرد عليه به، ويصير مغروراً بشراء المورث، حتى يكون الولد حراً؛ كما إذا اشترى جارية فماتت، ثم استولدها الوارث، ثم استحقت الجارية.. فإنه يصير الولد حراً، ويرجع على بائع الميت، ويكون الولد ولد المغرور.

والوصي خليفة الميت أيضاً، فيكون خصماً للوارث إذا كان غائباً، فصحت قسمته عليه في المنقول والعقار إن كانوا صغاراً.

وفي المنقول إن كانوا كباراً.

والفرق بين المنقول والعقار: أن الورثة إذا كانوا صغاراً.. كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً؛ أما إذا كانوا كباراً.. فليس له بيع العقار عليهم، وله ولاية بيع المنقول، فكذا [القسمة][1]؛ لأنها نوع بيع كذا في «العناية».

وقال في «البزازية» نقلاً عن «الأصل»: الوصي قسم وعزل نصيب كل من الورثة فهذا على خمسة:

- [الأول]: لو كلهم صغاراً.. لا يجوز قسمته أصلاً؛ كما لو باع مال أحد اليتيمين من الآخر.

ولو قسم الأب مال أولاده الصغار.. جاز؛ كالبيع.

والحيلة للوصي: أن يبيع مال أحد الصغيرين مشاعاً من رجل، ثم يقاسم مع المشتري حصة صغير لم يبع حصته، وبعد القسمة: يشترك تلك الحصة، فيحصل الامتياز.

- والثاني: لو كلهم كباراً [بعضهم حضور]، وبعضهم حضور، فقاسم الحضورَ وأفرز نصيبهم.. جاز في المنقول لا في العقار؛ لأنه يلي بيع المنقول لا العقار على الكبار الغيب.

(١) زيادة من «العناية» (١٠/٥٠٥).

فَلَا يرجعُونَ على الْمُوصى لَهُ لَو هلكَ حظُّهم فِي يَدِ الْوَصِيّ، لَا مقاسمَتُهُ مَعَهم عَنِ الْمُوصى لَهُ، فَيرجع عَلَيْهِم بِثُلُثِ مَا بَقِيَ، لَو هلكَ حَظُّه فِي يَدِ الوَصِيّ.

- الثالث: لو صغاراً وكباراً، والكبار غيب.. لا يجوز في العقار، وكذا في العروض؛ لأن الوصي ليس له ولاية القسمة في العروض على الكبار الغيب، فصار كأن الكل صغاراً.
- الرابع: لو صغاراً وكباراً حضوراً، فعزل نصيب الكبار وهم حضور، فدفعه إليهم وعزل نصيب الصغار جملة، ولم يفرز نصيب كل واحد من الصغار.. جاز.
- الخامس: عزل نصيب كل واحد من الصغار والكبار، وقسم بين الكل.. فالقسمة فاسدة.

ولو دفع إلى الكبار نصيبهم وأمسك حصة الصغار جملة، ثم قسم حصة الصغار فيما بينهم.. فالقسمة بين الصغار والكبار جائزة، لا بين الصغار.

فإذا صحت قسمته عنهم (.. فلا يرجعون)؛ أي: على الورثة (على الموصى له لو هلك حظهم)؛ أي: الثلثان (في يد الوصي)؛ لأن قسمته ليست بفضولي.

(لا مقاسمته معهم)؛ أي: مع الورثة (عن الموصى له)؛ يعني: إذا كان [٨١٦/ب] الوارث حاضراً، والموصي له غائباً، فقاسم الوصي مع الورثة عن الموصى له الغائب، فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له.. لم تنفذ القسمة على الموصى له؛ صغيراً كان أو كبيراً، في المنقول والعقار؛ كما لم تنفذ إذا كان الموصى له حاضراً؛ لأن الموصى له ليس خليفة الميت من كل وجه؛ لأنه ملكه بسبب جديد، حتى لا يرد بعيب، ولا يرد عليه به، ولا يصير مغروراً بشراء الموصي.. فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته.

فإذا لم تصح قسمته على الموصى له (.. فيرجع) الموصي له (عليهم)؛ أي: على الورثة (بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الوصي)؛ لأنه شريك الوارث، فيتوى

وَصحَّت لِلْقَاضِي لَو قاسمَهم عَنهُ وَأَخَذَ قِسْطَهُ.

ما توي من مال الشركة على الشركة، ويبقى ما بقي على الشركة، غير أن الوصي لا يضمن ما هلك وإن كان تصرفه غير مشروع؛ لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقي.

(**وصحت للقاضي**)؛ أي: صحت القسمة للقاضي بين الورثة والموصى له (**لو قاسمهم**)؛ أي: لو قاسمهم القاضي (**عنه**)؛ أي: نائباً عن الموصى له الغائب، (**وأخذ قسطه**)؛ أي: قسط الموصى له.

وهو عطف على ضمير «صحت» للفصل.

والفرق بين القاضي والوصي: أن القاضي نصب ناظراً لأمور المسلمين، سيّما في حق الأموات والغُيَّب؛ لعجزهم عن التصرف بأنفسهم، ومن النظر: أن يفرز نصيب الغائب.

بخلاف الوصي؛ لأنه ليس كذلك، فلم يقدر على القسمة عن الموصى له الغائب، وإنما جاز عن الورثة.. لكونه خليفة عنهم، لا لكونه نصب ناظراً.

وفائدة الجواز: أنه لو حضر الغائب وقد هلك نصيبه في يد القاضي أو أمينه.. ليس له أن يرجع لا على القاضي ولا على الورثة.

قال في «الزيلعي»: وهذا في المكيل والموزون؛ لأنه إفراز، ومعنى المبادلة فيه تابع، حتى جاز أخذه لأحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء.

وكذا: يجوز بيع نصيبه مرابحة.

وأما ما لا يكال ولا يوزن.. فلا يجوز؛ لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغير: لا يجوز. انتهى.

وهكذا قيده الإمام المحبوبي.

قلت: ويدل عليه ما في «الهداية»؛ فإنه قال: من أوصى بثلث ألف درهم، فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها، والموصى له غائب.. فقسمته جائزة؛ لأن الوصية

وَفِي الْوَصِيَّةِ بِحَجٍّ لَو قَاسم الْوَصِيُّ الْوَرَثَةَ فَضَاعَ عِنْدَهُ.. يُؤْخَذ لِلْحَجِّ ثلثُ مَا بَقِيَ.

وَكَذَا: لَو دَفعَهُ لِمَن يحجُّ، فَضَاعَ فِي يَدِهِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: إن بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ.. أَخذَ، وإِلَّا.. فَلَا.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا يُؤْخَذُ شَيْءٌ.

صحيحة [٨١٧/أ]، ولهذا: لو مات الموصى له قبل القبول.. يصير نصيبه ميراثاً لورثته. انتهى.

وجوز دلالته عليه: أن الدراهم من الموزونات.

(**وفي الوصية بحج؛ لو قاسم الوصي الورثة**) مفعول قاسم (**فضاع**) ما في يده من المال بعد المقاسمة (**عنده**)؛ أي: عند الوصي (.. **يؤخذ**)، والآخذ هو الوصي (**للحج ثلث ما بقي**).

(**وكذا**)؛ أي: يؤخذ للحج (**لو دفعه**)؛ أي: لو دفع الوصي ما في يده من المال (**لمن يحج**) عن الميت، (**فضاع**) ما (**في يده**)؛ أي: يد المدفوع إليه، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: إن بقي من الثلث**)؛ أي: ثلث جميع المال (**شيء.. أخذ**) ذلك الباقي من ثلث الجميع.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يبق (.. **فلا**) يؤخذ ثانياً.

(**وعند محمد: لا يؤخذ شيء**).

صورته: رجل مات وترك أربعة آلاف درهم، وقد أوصى أن يحج عنه، وكان مقدار الحج ألف درهم، فأخذ الوصي ألفاً ودفعها إلى الذي يحج عنه، فسرقت في الطريق.

قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم؛ فإن سرقت ثانياً.. يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى، وهو ست مائة وستون وثلثا درهم، وهكذا.

وَلَو بَاعَ الْوَصِيُّ مِنَ التَّرِكَةِ عبداً مَعَ غيبَةِ الْغُرَمَاءِ.. جَازَ.

وَإِن أَوصى بِبيعِ شيءٍ مِن تركته وَالتَّصدُّقِ بِهِ، فَبَاعَهُ وَصِيّه وَقبض ثمنَهُ، فَضَاعَ فِي يَدِهِ، وَاسْتحقَّ الْمَبِيعُ...

وقال أبو يوسف: يؤخذ مما بقي من التركة من ثلث جميع المال، وهو ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث درهم؛ فإن سرقت ثانياً.. لا يؤخذ مرة أخرى.

وقال محمد: إذا سرقت الألف الأولى.. بطلت الوصية، فلا يؤخذ منه مرة أخرى؛ لأن القسمة حق الموصي وهو الميت، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه، فهلك في يد المدفوع إليه.. لا يلزمه شيء، وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرز وصيه؛ لأنه نائب عنه، قائم مقامه باختياره.

ولأبي يوسف: أن محل الوصية هو الثلث، فيجب تنفيذها ما بقي محلها، وإذا لم يبق.. بطلت؛ لفوات محلها.

ولأبي حنيفة: أن القسمة لا تراد لذاتها، بل لمقصودها، وهو تأدية الحج، فلم تعتبر دونه، وصار كما إذا هلك قبل القسمة، فيحجح بثلث ما بقي، ولأن تمامها: بالتسليم إلى الجهة المسماة؛ إذ لا قابض لها؛ فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه.. لم يتم، فصار كهلاكه قبلها.

(**ولو باع الوصي من التركة عبداً مع غيبة الغرماء.. جاز**)؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي، ولو تولى الموصي حياً بنفسه.. يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته، بعدما كان بثمن مثله.. فكذا: إذا تولاه من قام مقامه.

وهذا: لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والعين، والبيع لا يبطل المالية، بل يحققها؛ لأنها يفوت [٨١٧/ب] إلى خلف وهو الثمن.. فلا يفوت حق الغرماء.

بخلاف العبد المأذون المديون؛ لأن للغرماء حق الاستيفاء منه؛ أما ههنا.. فلا.

(**وإن أوصى ببيع شيء من تركته**) عروضاً أو عقاراً، (**والتصدق**) عطف على بيع شيء (**به**)؛ أي: بالثمن، (**فباعه وصيه وقبض ثمنه، فضاع في يده واستحق المبيع**) في

ضَمِنَهُ وَرجعَ بِهِ فِي التَّركَةِ.

وَلَو قَسَمَ الْوَصِيُّ التَّرِكَةَ فَأَصَابَ الصَّغِيرَ شَيْءٌ، فَقَبَضَهُ، وَبَاعَهُ، وَقبضَ...

يد المشتري (.. ضمنه) الوصي؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم، فقد أخذ الوصي البائع مال الغير؛ أي: الثمن بغير رضاء صاحبه.. فيجب عليه رده.

(ورجع) الوصي (به)؛ أي: بالثمن الذي ضمنه (في التركة)؛ أي: تركة الميت الموصي؛ لأنه عامل للميت، فيرجع عليه كالوكيل؛ لأنه عامل للموكل.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: إنه لا يرجع؛ لأنه ضمنه بقبضه، وهو فعل نفسه، ثم رجع إلى القول بالرجوع في جميع التركة.

وعند محمد: أنه يرجع في الثلث؛ لأن الرجوع بحكم الوصية، فأخذ حكمها، ومحل الوصية: الثلث.

ووجه ظاهر الرواية: أنه يرجع عليه بحكم التغرير من جهته، وذلك ألفان دين عليه، والدين يقضى من جميع التركة.

بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى بيع شيء من التركة للغرماء وقبض الثمن وضاع؛ حيث لا عهدة عليه؛ لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء؛ إذ يتحامى عن تقلده حذراً عن لزوم الغرامة عليه، فتتعطل مصلحة العامة، وأمينه سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصي؛ لأنه كالوكيل.. فعليه العهدة.

هذا: إذا كانت التركة قائمة، وإن كانت التركة هالكة، أو لم يكن بها وفاء.. لم يرجع الوصي بشيء؛ كما في سائر ديون الميت.

وفي «الزيلعي» عن «المنتقى»: لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء، وإنما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن؛ لأن غنمه لهم، فكان غرمه عليهم.

(ولو قسم الوصي التركة، فأصاب الصغير شيء فقبضه) الوصي، (وباعه وقبض

ثمنَهُ، فَضَاعَ وَاسْتحقَّ ذَلِكَ الشَّيْءُ.. رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ، وَالصَّغِيرُ على بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ بِحِصَّتِهِ.

وَلَا يَصِحُّ بيعُ الْوَصِيِّ وَلَا شِرَاؤُهُ إِلَّا بِمَا يُتَغَابَنُ فِيهِ.

ثمنه، فضاع، واستحق ذلك الشيء.. رجع في مال الصغير)؛ لأنه عامل له، فيرجع في ماله.

(والصغير) يرجع (على بقية الورثة بحصته)؛ لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه.

(ولا يصح بيع الوصي) مال الصغيرمن الأجنبي، (ولا شراؤه)؛ أي: للصغير من الأجنبي، (إلا بما يتغابن) الناس (فيه)؛ لأن تصرف الوصي في مال الصغير نظر فيه، ولا نظر في الغبن الفاحش، بل بيعه بالغبن الفاحش: باطل على الأصح.

وقيل: فاسد؛ كما ذكرناه [٨١٨/أ] في البيع الفاسد.

بخلاف الغبن اليسير؛ لأن في اعتباره انسداد بابه؛ لعدم إمكان التحرز عنه.. فلا يعتبر.

أطلقه، فشمل: العروض والعقار، وفيه تفصيل:

ففي «قاضي خان»: وصي الأب إذا باع شيئاً من تركة الأب.. فهو على وجهين:

أحدهما: أن [لا][1] يكون على الميت دين ولا أوصى هو بوصية.

والثاني: أن يكون على الميت دين، أو أوصى بوصية.

ففي الوجه الأول: قال في «الكتاب»: للوصي أن يبيع كل شيء من التركة؛ من المتاع، والعروض، والعقار، إذا كانت الورثة صغاراً.

أما بيع ما سوى العقار: فلأن ما سوى العقار يحتاج إلى الحفظ، وعسى أن يكون حفظ الثمن أيسر.

---

(١) زيادة من «قاضي خان» (٣/٣٢٣).

ويبيع العقار أيضاً في جواب «الكتاب»، قال شمس الأئمة الحلواني: ما قال في «الكتاب»: قول السلف؛ أما على قول المتأخرين: لا يجوز للوصي أن يبيع العقار إلا بشرائط:

أحدهما: أن يرغب الإنسان في شرائها بضعف قيمتها.

أو يحتاج الصغير إلى ثمنها لنفقته.

أو يكون على الميت دين لا وفاء له إلا بثمنها.

أو يكون في التركة وصية مرسلة يحتاج في تنفيذها إلى ثمن العقار.

أو يكون بيع العقار خيراً لليتيم؛ بأن كان خراجها ومؤنتها يربو على غلاتها، أو كان العقار حانوتاً أو داراً يريد أن ينقض ويتداعى إلى الخراب.

فإن وقعت الحاجة للصغير إلى أداء خراجها؛ فإن كان في التركة مع العقار عروض.. يبيع ما سوى العقار، وإن كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار.. فحينئذٍ يبيع العقار بمثل القيمة أو بغبن يسير.

ولا يجوز بيع الوصي بغبن فاحش لا يتغابن الناس في مثله.

وكذا: لو اشترى الوصي شيئاً لليتيم لا يجوز شراؤه بغبن فاحش.

هذا: إذا كانت الورثة كلهم صغاراً.

فإن كان الكل كباراً وهم حضور.. لا يجوز بيع الوصي شيئاً من التركة إلا بأمرهم.

فإن كان الكبار غيباً.. لا يجوز بيع الوصي العقار، ويجوز بيع ما سوى العقار، وتجوز إجارة الكل؛ لأن الوصي يملك حفظ مال الغائب، وبيع العروض يكون من الحفظ؛ أما العقار.. فمحفوظة بنفسها، إلا أن يكون العقار بحال يهلك لو لم يبع.. فحينئذٍ يصير العقار بمنزلة العروض.

وإن كانت الورثة كباراً كلهم؛ بعضهم غائب أو واحد منهم غائب والباقي

حضور [٨١٨/ب].. فإن الوصي يملك بيع نصيب الغائب فيما سوى العقار لأجل الحفظ عند الكل؛ فإذا.. جاز بيعه في نصيب الغائب عند الكل.. جاز بيعه في نصيب الحاضر أيضاً عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز بيعه في نصيب الحاضر.

هذا: إذا لم يكن في التركة دين؛ فإن كان عليه دين يستغرق التركة.. للوصي أن يبيع جميع التركة للدين؛ عروضاً كان أو عقاراً.

فإن كان الدين قليلاً لا يستغرق التركة.. ملك الوصي البيع بقدر الدين عند الكل، وإذا ملك ذلك.. يملك بيع الباقي عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يملك.

وكذا: لو كان في التركة وصية مرسلة؛ فإن الوصي يملك البيع بقدر ما ينفذ الوصية عند الكل.

وإذا ملك بيع البعض.. يملك بيع الباقي، عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يملك.

ولو كان في الورثة صغير واحد والباقي كبار، وليس هناك دين، ولا وصية، والتركة عروض.. فإن الوصي يملك بيع نصيب الصغير عند الكل، فيملك بيع الباقي عند أبي حنيفة؛ فإذا باع الكل.. جاز بيعه في الكل.

وعندهما: لا يجوز بيعه في نصيب الكبار.

والأصل عند أبي حنيفة: أنه إذا ثبت للوصي بيع بعض التركة.. يثبت له ولاية بيع الكل.

هذا كله في موصي الأب.

ووصي وصي الأب: يكون بمنزلة وصي الأب.

وكذا: وصي الجد يكون بمنزلة وصي الأب.

ويصحَّانِ مِن نَفسِهِ إِن كَانَ فِيهِ نفعٌ، خلافاً لَهما.

ووصي وصي الجد: بمنزلة وصي الجد.

ووصي وصي القاضي: بمنزلة وصي القاضي إذا كان عاماً.

وأما وصي الأخ ووصي الأم إذا ماتت الأم وتركت ابناً صغيراً وأوصت الأم إلى رجل، أو مات الرجل وترك أخاً صغيراً له، وأوصى إلى رجل.. يجوز بيع هذا الوصي فيما سوى العقار من تركة هذا الميت.

ولا يملك بيع العقار؛ لأنه لا يملك إلا الحفظ، وبيع ما سوى العقار من الحفظ.

ولا يجوز لهذا الوصي أن يشتري شيئاً للصغير إلا الطعام أو الكسوة؛ لأن ذلك من جملة حفظ الصغير هذه الجملة ذكرها قاضي خان في «فتاواه».

وهل يجوز بيع الوصي مال الصغير ممن لا تقبل شهادته له؛ من: أصله وفرعه وغيرهما.

ففي «العمادية»: قيم الوقف إذا باع الوقف ممن لا تقبل شهادته له.. لا يجوز عند أبي حنيفة.

وكذا: إذا أجر منه.

وكذا: الوصي.

وقيل: يجوز في الوصي كالمضارب، وتفصيله في «العمادية».

(**ويصحان**)؛ أي: بيع الوصي مال الصغير [٨١٩/أ] (**من نفسه**) أو مال نفسه من الصغير.

صورته على ما في «قاضي خان»: لو اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه.. جاز.

وكذا: لو باع ماله من اليتيم.. جاز.

(**إن كان فيه**)؛ أي: في هذا البيع والشراء (**نفع**) للصغير، على قول أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قال محمد: إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى مال اليتيم لنفسه..

لا يجوز على كل حال، وهو قول أبي يوسف أولاً، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة.

فسر السرخسي النفع فقال: إذا اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر.. يكون خيراً لليتيم، وإن باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر بعشرة.. كان خيراً لليتيم.

وقال بعضهم: إن باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي عشرة بثمانية.. يكون خيراً لليتيم، وإن اشترى ما يساوي ثمانية بعشرة.. يكون خيراً لليتيم.

هذا، ولو باع الأب ماله من ولده الصغير، أو اشترى لنفسه مال ولده الصغير؛ إن كان ذلك شراً للولد.. لا يجوز، وإن لم يكن شراً للولد.. جاز.

ولا يشترط الخيرية والنفع للولد، ويكفي فيه أن لا يكون شراً.

ولو اشترى الوكيل بالبيع أو بالشراء مال الموكل لنفسه، أو باع مال نفسه من موكله.. لا يجوز عندهم جميعاً؛ سواء كان خيراً أو شراً للموكل أو للوكيل؛ كذا في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: وصي اشترى لنفسه شيئاً من تركة الميت؛ إن لم يكن للميت وارث لا صغير ولا كبير.. جاز.

وفي «العمادية» عن «شرح الطحاوي»: الجد في شراء مال اليتيم من نفسه أو بيع ماله من اليتيم: بمنزلة الأب.

بقي الكلام في بيع القاضي وشرائه مال اليتيم، ففي «العمادية»: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه.. لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز من القاضي على وجه الحكم، فلا يجوز حكمه لنفسه.

وفي بيوع «القنية»: لا يملك القاضي التصرف في مال اليتيم مع وجود الوصي ولو كان منصوباً.

وَلَهُ دفعُ المَالِ: مُضَارَبَةً..

وذكر في «الصغرى» وقال: وما ذكر في «السير الكبير» من عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه: محمول على قول محمد.

وأما على قول أبي حنيفة: فينبغي أن يجوز.

وذكر في «المنتقى» شراء القاضي مال اليتيم لنفسه في موضعين، ذكر في موضع: أنه لا يجوز، وفي موضع آخر: أنه بمنزلة شراء الوصي لنفسه، حتى لو رفع إلى قاض آخر.. ينظر فيه؛ فإن كان خيراً لليتيم.. أجاز، وإلا.. رده.

وفي [٨١٩/ب] «قاضي خان» عن الناطقي: لا يجوز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه، ولا بيع ماله من اليتيم، وكذا لو زوج اليتيم من نفسه.. لا يجوز.

قلت: وكذا: من ابنه، ذكره في «الصغرى».

بخلاف ما إذا اشترى مال اليتيم من وصيه، أو باع ماله من اليتيم وقبل الوصي؛ حيث أجازوا إن كان وصياً من جهة هذا القاضي.

هذا في بيع الوصي مال الصغير، وهل يجوز بيع الصغير المأذون؟

ففي «العناية»: والصبي المأذون أو العبد المأذون له والمكاتب: يجوز بيعهم وشراؤهم، ولو بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة؛ لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والأهلية، لا بأمر المولى والوصي؛ لأن الإذن فك، فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد.

بخلاف الوصي؛ فإن تصرفه نيابة فيتقيد بالنفع والخيرية.

(وله)؛ أي: للوصي (دفع المال)؛ أي: مال الصغير (مضاربة).

وهل له أن يأخذه مضاربة؟

ففي «العمادية»: للوصي أن يدفع مال اليتيم مضاربة، وأن يعمل به مضاربة؛ ففي «قاضي خان»: لا وصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة.

أطلقه، فشمل: المضاربة الصحيحة والفاسدة، وفيه تفصيل.

ففي «البزازية»: للوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة، وإن أخذه على أن له عشرة من الربح.. فمضاربة فاسدة، وإن عمل.. لا أجر له.

وهو مشكل؛ فإن المضاربة إذا فسدت.. تكون إجارة فاسدة، والمنافع تتقوم في الإجارة الفاسدة، ويلزم أجر المثل.

والجواب: أنه قد برهن على أن المنافع غير متقوم، وأنه الأصل فيها؛ فلو أوجب الأجر.. لزم إيجاب المتقوم في غير المتقوم نظراً إلى الأصل، وإنه لا يجوز في مال اليتيم والصغير، والمتقوم بالعقد الصحيح: بالتقوم الدالة عليه، والنص لم يرد في الفاسدة والدار.

وفي الصحيح: لا يكون وارداً في الفاسد في حق الصغير. انتهى.

وهل للأب ذلك؟

ففي «العمادية»: إن للأب أن يجعل مال الصغير مضاربة عند نفسه، وينبغي له أن يُشهد على ذلك عند الابتداء، ولو لم يُشهد.. يحل له فيما بينه وبين ربه، ولكن القاضي لا يصدقه.

وكذلك إذا شاركه ورأس ماله أقل من مال الصغير؛ فإن أشهد.. يكون الربح على ما شرط، وإن لم يشهد.. يحل ديانة، ولا يصدقه القاضي، ويجعل الربح على قدر رأس المال.

وهذا كله في الوصي. انتهى.

ثم قال نقلاً عن «شرح الطحاوي»: لو تصرف الأب أو الوصي [٨٢٠/أ] من مال الصغير وظهر الربح، ثم قال: كنت مضاربة.. لا يكون له من الربح شيء، إلا أن يُشهد عند التصرف أنه يتصرف بحكم المضاربة، وهذا في [...][١] ويحل له الربح ديانة.

---

(١) بياض في المخطوط.

وَشركَةٍ، وبضاعةٍ، وَقبُولُ الْحَوَالَةِ على الْأَمْلَأ لَا على الأَعْسَرِ.

وَلَا يجوزُ لَهُ وَلَا للْأَبِ الْإِقْرَاضُ.

وفي آخر «القنية»: إذا أخذ الوصي مال اليتيم مضاربة لنفسه؛ هل يشترط التلفظ به، أم يكفيه النية؟

لا رواية فيه منصوصاً، ولا جواب عن المتأخرين. انتهى.

(وشركة، وبضاعة)؛ لأنه قائم مقام الأب، وللأب ذلك.. فكذا للوصي.

(وقبول الحوالة على الأملأ)؛ أي: الأقدر على أداء الدين من المحيل المديون، (لا على الأعسر)؛ أي: من المحيل المديون؛ لما فيه من الضرر للصغير.

وكذا: لا يجوز لو كان الثاني؛ أي: المحال عليه مثل الأول لا أملأ منه؛ كذا في «قاضي خان».

(ولا يجوز له)؛ أي: للوصي (ولا للأب الإقراض).

في «العمادية» نقلاً عن «العدة»: الوصي لا يقرض مال اليتيم، ومع هذا لو أقرض.. لا يكون خيانة، حتى لا يستحق به العزل.

والقاضي يقرض مال اليتيم، ومع هذا: لو أقرض لا يكون خيانة، حتى لا يستحق به العزل، والقاضي يقرض مال اليتيم.

وتكلموا في الأب، والأصح: أنه بمنزلة الوصي؛ لأن القاضي يملك الاسترداد، ولا كذلك الأب والوصي.

وفي موضع آخر منها: وليس للوصي الذي نصبه القاضي: أن يقرض مال اليتيم، وإن أقرض.. كان ضامناً.

والأب لو أقرض من غيره.. قالوا: لا يجوز؛ لأنه تبرع.

وبعضهم جوزوا له القرض؛ فإنه يكون ديناً على المستقرض.

ولو أودع.. جاز؛ فكذا إذا أقرض، بل أولى.

وَيجوزُ للأَبِ الاقتراضُ، لَا الْوَصِيّ.

والقاضي يملك إقراض مال اليتيم والغائب.

وذكر ظهير الدين: القاضي إنما يملك إقراض مال اليتيم، إذا لم يجد ما يشتري به.. يكون غلة لليتيم.

وأما إذا وجد ذلك.. فلا يملك الإقراض، بل يتعين عليه الشراء.

وكذا: إذا وجد من يدفع إليه مضاربة.. لا يملك الإقراض؛ لأن المضاربة أنفع من القرض.

واختلفوا في الأب، والصحيح: أنه بمنزلة الوصي لا القاضي.

(**ويجوز للأب الاقتراض**)؛ أي: أخذ مال اليتيم قرضاً لنفسه، (**لا الوصي**)؛ أي: لا يجوز للوصي أخذ مال اليتيم قرضاً.

في «العمادية»: ولو استقرض الوصي من مال اليتيم لنفسه.. ضمن.

وعن محمد: أنه لا يضمن.

والأب لو فعل ذلك.. لا يضمن.

وفي «فوائد» صاحب «المحيط»: الوصي إذا استقرض مال اليتيم [٨٢٠/ب].. هل يصح؟

ذكر شيخ الإسلام: أنه لا يملك ذلك في قول أبي حنيفة.

وذكر شمس الأئمة: أن فيه اختلاف المشايخ.

وقال بعضهم: إن كان الوصي ملياً.. يملك، وإلا.. فلا يملك.

والأصح: أنه لا يملك.

ولو قضى الوصي دين نفسه من مال الصغير.. لا يجوز.

ولو فعل الأب ذلك.. يجوز.

وفي «العمادية» أيضاً نقلاً عن «فوائد» صاحب «المحيط»: الوصي إذا استقرض

وَلَا يتَّجرُ فِي مَالِ الصَّغِيرِ.

وَيجوزُ بَيْعُهُ على الْكَبِيرِ الْغَائِبِ غيرَ الْعقارِ.

مال اليتيم وتصرف فيه وربح، ثم أنفق على اليتيم مدة من هذا المال الذي تصرف فيه.. يكون متبرعاً، وليس له أن يأخذ بحساب ماله؛ لأنه صار ضامناً، فلا يخرج عن العهدة ما لم يرفع الأمر إلى القاضي، أو إلى منصوب القاضي.

وكذا المتولي. والله أعلم.

(**ولا يتجر في مال الصغير**) لنفسه؛ لأن المفوض إليه: الحفظُ دون التجارة.

في «قاضي خان»: لا يجوز للوصي أن يتجر لنفسه مال اليتيم؛ فإن فعل وربح.. يضمن رأس المال، ويتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف: يسلم إليه الربح أيضاً، ولا يتصدق بشيء من الربح، وإنما.

قلنا: «لنفسه»؛ لأنه لا يجوز للوصي أن يتجر في مال الصغير للصغير؛ كما في «قاضي خان» وغيره.

(**ويجوز بيعه على الكبير الغائب غير العقار**)؛ لأن الأب إنما يلي ما سوى العقار دونه، فكذا: وصيه، وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يلي الوصي غير العقار أيضاً؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير الغائب.

وجه الاستحسان: أن غير العقار يتسارع الفساد إليه، وأما العقار.. فمحصن بنفسه.

ولا يخفى عليك: أن هذا إذا لم يكن في التركة دين؛ فإن كان فيها دين؛ فإن كان مستغرقاً.. فله أن يبيع الجميع، وإن كان غير مستغرق.. يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار.

والزيادة عليه من المنقول: بالاتفاق.

ومن العقار أيضاً: عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، وقد تقدم من قبل.

ووصيُّ الْأَبِ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِن جدِّهِ.

فإِنْ لم يُوصِ الْأَبُ.. فالجدُّ: كَالْأَبِ.

(**ووصي الأب: أحق بمال الصغير من جده؛ فإن لم يوص الأب.. فالجد كالأب**)؛ لأنه أقرب الناس إليه، وأشفقهم عليه، حتى يملك الإنكاح دون الوصي، غير أن وصي الأب يقدم عليه في التصرف؛ لأنه اختاره مع علمه بقيام الجد، فيقدم عليه.

هذا قول محمد؛ فإنه أقام الجد - أب الأب - مقام الأب في التصرف في تركة الميت.

وفرق [٨٢١/أ] أبو حنيفة بين وصي الأب وبين الجد، وقال: يجوز بيع الوصي تركة الميت على الصغير لقضاء دين الميت، ولا يجوز ذلك للجد.

ففي «قاضي خان»: إذا مات الرجل وترك أولاداً صغاراً وأباً، ولم يوص إلى أحد.. كان الأب بمنزلة الوصي في حفظ التركة والتصرف فيهما؛ أيَّ تصرف كان.

وإن كان على الميت دين كثير.. فأب الأب - وهو جد الصغار - لا يملك بيع التركة لقضاء الدين.

وكذا: الرجل إذا أذن لابنه الصغير المراهق الذي يعقل البيع والشراء، فتصرف الابن تصرفاً وركبته ديون، ثم مات هذا الابن وترك أباً.. فإن الأب لا يملك التصرف في تركته لقضاء الدين.

وصي الميت إذا باع التركة لقضاء الدين والدين غير محيط.. جاز بيعه عند أبي حنيفة.

ولا يجوز عندهما.

وإن لم يكن في التركة دين، ولكن في الورثة صغير، فباع القاضي كل التركة.. نفذ بيعه في قول أبي حنيفة.

وفرق أبو حنيفة بين الوصي وأب الميت فقال: لوصي الميت أن يبيع التركة لقضاء الدين، وينفذ الوصية.

فأما أب الميت وهو جد الأولاد الصغار.. فليس له أن يبيع التركة على الأولاد الصغار لولده لأجل قضاء الدين على الميت.

قال شمس الأئمة الحلواني: هذه فائدة تحفظ من الخصاف.

وأما محمد: أقام الجد مقام الأب، فقال: إذا مات الرجل وترك وصياً وأباً.. كان الوصي أولى من الأب.

وإن لم يكن له وصي.. فالأب أولى، ثم وثم، إلى أن قال: فوصي الجد، ثم وصي القاضي.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: بقول الخصاف يفتى. انتهى.

* * *

(فَصْلٌ)

شهدَ الوصيَّانِ أَنَّ الْمَيّتَ أَوصى إِلَى زيدٍ مَعَهُمَا.. لَا تُقْبَلُ إِلَّا أَن يَدَّعِيهِ زيدٌ.

وَكَذَا: لَو شهدَ ابْنا الْمَيّتِ.

ولَغَت شَهَادَةُ الْوَصِيّينِ بِمَالٍ للصَّغِيرِ.

(فَصْلٌ)

(**شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى زيد معهما**)؛ أي: جعله وصياً له معهما (.. **لا تقبل**)؛ لأنهما يجران نفعاً لأنفسهما بإثبات المُعِين لهما، فترد للتهمة؛ فإذا ردت شهادتهما.. ضم القاضي إليهما ثالثاً؛ لأن في ضمن شهادتهما: إقراراً منهما بوصي آخر معهما للميت، وإقرارهما: حجة عليهما، فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه، وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي؛ لامتناع تصرفهما بدونه؛ لإقرارهما عليهما.

(**إلا أن يدعيه زيد**)؛ أي: يدعي أنه وصي للميت.. فحينئذٍ تقبل شهادتهما استحساناً.

والقياس: أن لا تقبل كالأول.

وجه الاستحسان: أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثاً؛ لما بيناه آنفاً، فسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه، فيكون [٨٢٠/ب] وصياً معهما بنصب القاضي.

(**وكذا**) عطف على المستثنى منه؛ أي: لا تقبل (**لو شهد ابنا الميت**) بأن أباهم أوصى إلى زيد؛ لجرهم نفعاً لأنفسهم بشهادتهم بنصب حافظ للتركة، فصاروا متهمين.

وإن ادعى المشهود له - وهو زيد - تقبل شهادتهم استحساناً؛ كما ذكرناه.

(**ولغت شهادة الوصيين بمال للصغير**)؛ سواء كان ذلك المال منتقلاً إلى الصغير من مال الميت المورث، أو لا، ولذا أطلقه.

وَكَذَا: للكبيرِ فِي مَالِ الْمَيّتِ.

وَصحَّت لَهُ فِي غَيرِه.

وَعِنْدَهُمَا: تصحُّ للكبيرِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَشَهَادَةُ الْوَصِيّ على الْمَيّتِ: جَائِزَةٌ،.........................

(**وكذا**)؛ أي: لغت شهادة الوصيين (**للكبير**)؛ أي: للوارث الكبير (**في مال الميت**).

قيده بمال الميت؛ لأن شهادتهما للكبير مقبولة في غير مال الميت؛ لانقطاع ولايتهما عن غير مال الميت؛ لأن الميت أقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها.

بخلاف ما إذا كان الوارث صغيراً؛ حيث لا تقبل شهادتهما في الكل؛ لأن لوصي الأب التصرف في مال الصغير جميعاً من تركة الميت، أو لا.. فيكونان بشهادتهما متهمين في الكل؛ لأنهما يجران نفعاً لأنفسهما في شهادتهما؛ أعني: إثبات الولاية لهما، وكذا: يجران لأنفسهما ولاية الحفظ، وولاية بيع المنقول بشهادتهما للوارث الكبير في مال الميت عند غيبة الوارث، فيتهمان.. فلا تقبل.

(**وصحت له**)؛ أي: للوصي لو قال: «لها».. لكان أنسب.

(**في غيره**)؛ أي: في غير مال الميت؛ لما ذكرناه من انقطاع ولايتهما عنه، هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: تصح للكبير في الوجهين**)؛ أي: في مال الميت وغيره؛ لأن ولاية التصرف لا تثبت للوصي في مال الميت إذا كان الوارث كبيراً.. فلا تهمة في شهادتهما، فتقبل.

والجواب: ما ذكرناه؛ من أن للوصي ولاية الحفظ وبيع المنقول عند غيبة الوارث.

(**وشهادة الوصي على الميت جائزة**) إذا لم يكن في هذه الشهادة جر نفع لنفسه.

لَا لَهُ، وَلَو بعدَ الْعَزْلِ، وَإِن لم يُخَاصِم.

(لا له، ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل)؛ أي: عزل الوصي عن الوصاية.

(وإن لم يخاصم)؛ لأن الوصي لا ينعزل إلا بعزل القاضي، وذلك لا يكون إلا بعد ثبوت الوصاية عند القاضي، فالوصاية لمَّا اتصل بها القضاء.. صار الوصي خصماً في حقوق الميت الموصي على غرمائه، فشهادته بعد العزل: شهادة الخصم.

فلا تقبل وإن لم يخاصم بالفعل.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: شهادة الموصي بحق للميت على غيره بعدما أخرجه القاضي عن الوصاية، قبل الخصومة أو بعدها [٨٢٢/أ].. لا تقبل. انتهى.

أقول: هذه المسألة مشكلة بما ذكره في «البزازية» قبيل هذه المسألة بأسطر؛ حيث قال: وشهادة الوصي بعد العزل للميت إن خاصم.. لا تقبل، وإلا.. تقبل. انتهى.

هذا بخلاف الوكيل؛ فإن الموكل لو عزله عن الوكالة بعد الخصومة.. لا تقبل شهادته للموكل؛ سواء كانت الوكالة عامة أو خاصة.

وفيه تفصيل؛ ففي «الخلاصة»: وأما شهادة الوكيل للموكل.. فالوكالة خاصة أو عامة:

أما الخاصة: إذا وكل رجلاً بطلب ألف درهم قِبَلَ رجل معين وبالخصومة فيها؛ إذا خاصمه عند غير القاضي، ثم عزل الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء، ثم شهد بهذا الألف لموكله.. جازت شهادته عندهما.

وعند أبي يوسف: لا تجوز؛ بناء على أن عنده بنفس الوكالة قام مقام الموكل؛ فلو أن القاضي جعله خصماً، ثم أخرجه الموكل من الوكالة، فشهد له بعد ذلك بحق كان له يوم وكله، أو حدث له بعد ذلك عليه قبل أن يخرجه من الوكالة.. لم تجز شهادته.

قال: «جعله وكيلاً فيما يحدث له بعد ذلك»، وفيه نظر؛ لأن المسألة محفوظة

فيما إذا وكله بالخصومة في كل حق له بقبضه قِبَل رجل معين، وإنه لا يتناول ما يحدث.

أما إذا وكله بطلب كل حق له قِبَل الناس أجمعين.. فالخصومة تنصرف إلى الحقوق القائمة يوم وكله وإلى ما يحدث أيضاً، فيحمل ذاك على الوكالة العامة.

رجل وكل رجلاً بالخصومة في كل حق له، وقبضه من الناس مطلقاً، وقدم الوكيل رجلاً وأقام عليه البينة، وجعله القاضي خصماً، ثم أخرجه الموكل من الوكالة.. لم تجز شهادته له، لا على هذا الرجل، ولا على غيره ممن كان للموكل عليه حق يوم وكله، ولا مما حدث بعد ذلك على الناس إلى يوم أخرجه من الوكالة.

قال في «البزازية»: وكَّله بالخصومة عند القاضي، فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضي، ثم أخرجه الموكل عنها، فشهد الوكيل: أن للموكل على المطلوب مائة دينار.. تقبل.

ولو وكله عند غير القاضي فأشهد على الوكالة، فخاصم المطلوب بألف، وبرهن على الوكالة، ثم عزله الموكل عنها، فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كان له عليه بعد القضاء له بالوكالة.. لا تقبل؛ لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء.. صار الوكيل خصماً في حقوق الموكل على [٨٢٢/ب] غرمائه؛ فشهادته بعد العزل: شهادة الخصم.. فلا تقبل.

بخلاف الأول؛ لأن القاضي علم بوكالته، وعلمه ليس بقضاء، فلم يتصل القضاء بوكالته.. فلا يصير خصماً، فتقبل في غير ما صار خصماً.

بخلاف ما إذا اتصل القضاء بوكالته؛ لأنه صار خصماً في جميع حقوقه.

وإن خاصمه في غير مجلس القضاء، ثم عزله فشهد.. تقبل اتفاقاً.

ولو جعله القاضي خصماً، ثم أخرجه عنها فشهد بحق كان له يوم الوكالة، أو حدث له بعدها عليه قبل إخراجه عنها.. لا تقبل لو كانت الوكالة عامة.

وَلَو شهدَ رجلَانِ لآخرَيْنِ بدَينِ ألفٍ على ميّتٍ، والآخرَان لَهما بِمثلِهِ.. صحَّتا.

خلافاً لأَبي يُوسُفَ.

ولو كانت خاصة.. لا تقبل فيما كان له يوم الوكالة.

والحاصل في الوكالة العامة بعد الخصومة: لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب، ولا على غيره في الحقوق القائمة يوم الوكالة، ولا في الحادثة إلا في الواجب بعد العزل. انتهى.

(ولو شهد رجلان لآخرين بدين ألف على ميت) كلٌّ مِنَ الباء، واللام، وعلى: متعلق بشهد، (والآخران)؛ أي: ولو شهد الآخران المذكوران؛ أي: المشهود لهما؛ لأن النكرة إذا أعيدت معرفة.. كان اللاحق عين السابق، (لهما)؛ أي: لرجلين سابقين؛ أي: الشاهدين (بمثله)؛ أي: بمثل الدين المذكور (.. صحتا) كل من الشهادتين عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف).

وفي رواية الخصاف: أن أبا حنيفة مع أبي يوسف.

وجه القبول: أن الدين يجب في الذمة، وهي قابلة لحقوق شتى.. فلا شركة فيها، ولهذا: لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما.. ليس للآخر حق المشاركة فيه.

ووجه الرد: أن الدين بالموت يتعلق بالتركة؛ إذ الذمة خرجت بالموت، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة.. يشاركه الآخر فيه، فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة، فتحققت بالتهمة.

بخلاف حياة المديون؛ لأنه في الذمة لبقائها، لا في المال، فلا تتحقق الشركة.

والجواب عنه: لا نسلم أن الدين ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة، ألا ترى: أن التركة لو هلكت.. لا يسقط الدين، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر.. فلا تتمكن الشركة بينهم.

وَلَو شهدَ كلُّ فريقٍ للآخرِ بِوَصِيَّةِ ألفٍ.. لَا تصحُّ.

وَلَو شهدَ أَحدُ الْفَرِيقَيْنِ للآخرِ بِوَصِيَّةِ جَارِيَةٍ، وَالْآخرُ لَهُ بِوَصِيَّةِ عبدٍ.. صحَّت.

وَإِن شهدَ الآخرُ لَهُ بِوَصِيَّةِ ثُلُثٍ.. لَا تصحُّ.

(ولو شهد كل فريق للآخر بوصية ألف.. لا تصح)؛ فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة، حتى لا تبقى بعد هلاك التركة، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر.

ولو قبض أحد الفريقين [٨٢٣/أ] شيئاً من التركة.. كان للفريق الآخر أن يشاركه، فكان كل فريق في الوصية بثلث ماله.

صورتها: لو شهد رجلان لآخرين بوصية ألف مرسلة، أو بوصية ثلث ماله، وشهد المشهود لهما للشاهدين المذكورين بمثل تلك الوصية.. لا تصح؛ لما ذكرناه.

(ولو شهد أحد الفريقين للآخر بوصيةِ جاريةٍ، و)شهد الفريق (الآخر له)؛ أي: للفريق الأول (بوصية عبد.. صحت) بالاتفاق؛ إذ لا شركة.. فلا تهمة.

(وإن شهد) الفريق (الآخر له)؛ أي: للفريق الأول؛ أي: الشاهدين (بوصية ثلث.. لا تصح) بالاتفاق؛ لأن هذه الشهادة تثبت شركة في المشهود به.

* * *

(كتاب الخنثى)

(كِتَابُ الْخُنْثَى)

هُوَ: مَن لَهُ ذَكَرٌ وَفَرْجٌ.

وإنْ بَالَ من أَحدِهمَا.. اعْتُبِرَ بِهِ.

(كِتَابُ الخُنْثَى)

لما فرغ من بيان أحكام غالب الوجود.. ذكر أحكام نادر الوجود عقبه.

(هو من له ذكر وفرج)، وهو تعريفه.

وعرفه بعضهم: بمن له آلة الرجال وآلة النساء معاً، أو ليس شيء منهما أصلاً.

وهذا التعريف أعم مما ذكره المصنف.

وكلمة «أو» في هذا التعريف ليس للشك، ولا للتشكيك، بل للتقسيم والتنويع.

ثم شرع في بيان أحكامه مفرعاً على تعريفه، فقال: (فإن بال من أحدهما.. اعتبر به).

واعلم: أن الاشتباه في الخنثى المشكل حال الولادة؛ إما بتعارض الآليتين أو بفقدانهما جميعاً.

فإن وقع الاشتباه بالتعارض.. فالحكم للمبال؛ لأن منفعة الآلة عند انفصال الولد من الأم: خروج البول، فهو المنفعة الأصلية للآلة، وما سواه من المنافع: تحدث بعد ذلك؛ فإن بال من آلة الرجال.. فهو ذكر والآلة الأخرى زيادة، خرق في البدن.

وإن بال من آلة النساء.. فهو نساء، والآلة الأخرى كثؤلول في البدن.

روى محمد، عن أبي يوسف، عن الكلبي، عن ابن صالح، عن ابن عباس: أنه ﷺ لما سئل كيف يورث مولود كذلك. قال: «من حيث يبول».

وقد روي مثله عن علي وجابر.

وَإِن بَالَ مِنْهُمَا.. اعْتُبِرَ الأَسبقُ.

وإِنِ اسْتَويَا في السبق.. فَهُوَ مُشكِلٌ وَلَا اعْتِبَارَ بِالْكَثْرَةِ.

خلافاً لَهما.

فَإذا بلغَ؛ فَإِن ظَهَرَتْ بعضُ عَلَامَاتِ الرِّجَالِ مِن: نَبَاتِ لحيةٍ،..........

وإن وقع الاشتباه بفقدان الآلتين جميعاً.. فقد قال محمد: هو عندنا والخنثى المشكل: سواء.

وقال الشريف: ومراده: أنه مات قبل أن يدرك فيستبين حاله بنبات اللحية أو بشهود الثدي.

(بال منهما.. اعتبر الأسبق)؛ لأن السبق من أسباب الترجيح، وذلك: لأنه لما خرج من أحدهما.. حكم حال الخروج بأنه على تلك الصفة، فلا يتغير هذا الحكم بخروجه من الأخرى؛ كما إذا أقام رجل بينة على نكاح امرأة، فقضي له بها، ثم أقام آخر بينة [٨٢٣/ب] أخرى.. لم يلتفت إليها.

وكذا: إذا أقام بينة على نسب مولود فحكم له به، ثم ادعاه آخر وأقام البينة.. لم يلتفت إلى الثاني.

(وإن استويا في السبق)؛ أي: لم يوجد سبق في الخروج (.. فهو مشكل) عند أبي حنيفة، حتى قال: لا علم لي بذلك.

(ولا اعتبار بالكثرة) عنده.

(خلافاً لهما)، قالا: يعتبر أكثرهما بولاً؛ لأن الكثرة تدل على زيادة القوة.

وإذا استويا في المقدار.. قالا: لا علم لنا بذلك.

قالوا: إن الاعتراف بعدم العلم يدل على فقه الرجل وديانته.. فلا طعن على أبي حنيفة وصاحبيه.

(فإذا بلغ) صاحب الآلتين؛ (فإن ظهرت بعض علامات الرجال من نبات لحية

أَو قُدرَةٍ على الْجِمَاعِ، أَوِ احْتِلَامٍ كَالرّجلِ فَرجلٌ.

وإِن ظَهَرَ بعضُ عَلَامَاتِ النِّسَاءِ مِن: حيضٍ، وَحَبَلٍ، وانكسارِ ثديٍ، ونزولِ لبنٍ فِيهِ، وتمكينٍ مِنَ الْوَطْءِ.. فامرأَةٌ.

وَإِن لم يظْهر شَيْءٌ، أَو تَعَارَضَت.. فمُشْكِلٌ.

قَالَ مُحَمَّدٌ: الْإِشْكَالُ قبلَ الْبلُوغِ، فَإِذا بلغَ.. فَلَا إِشْكَالَ.

وَإِذا ثَبتَ الْإِشْكَالُ.. أُخِذَ فِيهِ بالأَحوطِ:

فيصلّي بقناعٍ.

وَيقفُ بَينَ صفَّيِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، فَلَو وقفَ فِي صفِّهِم.. يُعِيدُ مَن لاصقَهُ مِن جانبيهِ، وَمَن..

أو قدرة على الجماع) بذكره، **(أو احتلام كالرجل)** تمثيل لكل من الجماع و الاحتلام **(فرجل)**.

(وإن ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدي ونزول لبن فيه، وتمكين من الوطء.. فامرأة)؛ عملاً بالعلامات الظاهرة.

(وإن لم يظهر شيء) من العلامتين بعد البلوغ، **(أو تعارضت)** العلامتان الظاهرتان بعد البلوغ **(.. فمشكل)**.

(قال محمد: الإشكال قبل البلوغ) لتعارض الآلتين وقت الولادة.

(فإذا بلغ.. فلا إشكال)؛ لأنه بعد البلوغ لا بد وأن يظهر عليه بعض علامات الذكر أو الأنثى من العلامات المذكورة من الطرفين، فلا يبقى إشكال بعده.

(وإذا ثبت الإشكال) بعد البلوغ؛ أي: تقرر كما كان قبل البلوغ ولم يزل بظهور علامة **(.. أخذ فيه بالأحوط، فيصلي بقناع)**؛ لاحتمال أنه امرأة.

(ويقف) في الصلاة خلف الإمام **(بين صفي الرجال والنساء؛ فلو وقف في صفهم)**؛ أي: الرجال **(يعيد)** الصلاة **(من لاصقه)** من الرجال **(من جانبيه، ومن)**

بحذائِهِ مِن خَلفِهِ، وَإِن فِي صفِّهنَّ.. أَعَادَ هُوَ.

وَلَا يلبَسُ حَرِيراً، وَلَا حُلِيّاً.

ويلبس الْمَخيطَ فِي إِحْرَامِهِ.

وَلَا يَكْشِفُ عِنْدَ رجلٍ وَلَا امْرَأَةٍ.

وَلَا يَخْلُو بِهِ غيرُ مَحْرَمٍ من رجلٍ أَوِ امْرَأَةٍ.

وَلَا يُسَافر بلا محرَمٍ.

وَلَا يختِنُهُ رجلٌ وَلَا امْرَأَةٌ..

عطف على «من» السابق (بحذائه من خلفه).

(وإن) وقف **(في صفهن)**؛ أي: صف النساء **(.. أعاد هو)** صلاته احتياطاً؛ لاحتمال أنه رجل.

(فلا يلبس حريراً، ولا حلياً، ويلبس المخيط في إحرامه، ولا يكشف).

والمراد بالانكشاف هنا: هو أن يكون في إزار واحد، لا إبداء موضع العورة؛ لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً؛ كذا في «العناية».

وقال فيها أيضاً: وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة: كنظر الرجال إلى ذوات المحارم، لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل.. لجاز له التكشف للنساء في إزار واحد. انتهى.

وفيه [٨٢٤/أ] نظر؛ لأنه إنما لم يجز له التكشف في إزار واحد؛ لاحتمال أنه ذكر، لا لعدم جواز نظر المرأة للمرأة مثل نظر الرجل إلى الرجل.

(عند رجل)، الكل: لاحتمال أنه امرأة.

(ولا امرأة)؛ لاحتمال أنه رجل.

(ولا يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة)؛ لاحتمال أنه امرأة.

(ولا يسافر بلا محرم، ولا يختنه رجل، ولا امرأة) حتى يستبين أمره أنه رجل أو امرأة.

بل تُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تختِنُهُ مِن مَالِهِ إِن كَانَ لَهُ مَالٌ، وإلَّا.. فَمِن بَيتِ المَالِ، ثمَّ تُبَاعُ.

فَإِن مَاتَ قبلَ ظُهُورِ حَالِهِ.. لَا يُغَسَّلُ، بل ييَمَّمُ.

ويكفَّنُ فِي خَمْسَةِ أَثْوَابٍ.

وَلَا يحضرُ بَعْدَمَا راهقَ غُسْلَ رجلٍ وَلَا امْرَأَةٍ.

وَنُدِبَ تسجيةُ قَبرِهِ، وَيُوضَعُ الرَّجُلُ مِمَّا..........................

(بل تباع له أمة تختنه من ماله إن كان له مال، وإلا)؛ أي: وإن لم يكن له مال (.. فمن بيت المال، ثم تباع) الأمة، ويوضع ثمنها في بيت المال.

(فإن مات قبل ظهور حاله.. لا يغسل)؛ لأن حل غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت بين الرجال والنساء في الشرع؛ فإن النظر إلى العورة: حرام، والحرمة لم تنكشف بالموت، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس: أخف؛ فلأجل الضرورة: أبيح نظر الجنس إلى الجنس عند الغسل؛ فإذا مات مشكلاً.. لم يعرف له جنس، فتعذر غسله؛ كمن تعذر غسله لعدم ما يغسل به.. فلا يغسل.

(بل ييمم) بالصعيد؛ كامرأة ماتت بين رجال، أو رجل مات بين النساء؛ فإنه ييمّم بالصعيد مع الخرقة إن ييمّم الأجنبي، وبغيرها إن كان الميمم ذا رحم محرم من الميت.

وينظر الميمم إلى وجهه، ويعرض وجهه عن ذراعيه؛ لجواز أن يكون امرأة، ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان؛ لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية؛ فالشراء غير مفيد، بخلاف الشراء للختان؛ فإنه في حال الحياة: له أهلية الملك فيها.

(ويكفن في خمسة أثواب)؛ لاحتمال أنه امرأة.

(ولا يحضر بعدما راهق غسل رجل)؛ لاحتمال أنه امرأة.

(ولا امرأة)؛ لاحتمال أنه رجل.

(وندب تسجية قبره، ويوضع الرجل)؛ أي: في المصلى حين يصلى عليه: (مما

يَلِي الإِمَامَ، ثمَّ هُوَ، ثمَّ الْمَرْأَةُ إِن صُلِّيَ عَلَيْهِم جملَة.

وَله أَخَسُّ النَّصِيبَيْنِ مِنَ الْمِيرَاثِ عِنْدَ الإِمَامِ؛..........................

يلي الإمام)؛ أي: يقرب منه، (ثم) يوضع (هو)؛ أي: الخنثى المشكل، (ثم) توضع (**المرأة إن صلي عليهم جملة**)؛ اعتباراً بحال الحياة؛ لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء في الحياة.

(**وله**)؛ أي: للخنثى: (**أخس النصيبين من الميراث عند الإمام**)، وهو قول أبي يوسف أولاً.

والمراد به: أقل نصيبي الذكر والأنثى، وهو: نصيب الأنثى.

فإن قيل: لماذا لم يقل: «له نصيب الأنثى»؟

أجيب: بأن نصيب الأنثى:

قد يساوي نصيب الذكر؛ كما في أولاد الأم.

وقد يزيد عليه؛ كما إذا تركت زوجاً، وأماً، وأختاً لأم، وخنثى لأب.. فالمسألة من ستة، وتصح منها [٨٢٤/ب]:

إذا جعلت الخنثى ذكراً.. فللزوج نصفها وهو ثلاثة، وللأم سدسها وهو واحد، ولولد الأم سدس آخر، فيبقى واحد وهو للخنثى بالعصوبة؛ لكونه أخاً لأب.

وإن جعلته أنثى.. كان أختاً لأب، وحينئذ: تعول المسألة إلى ثمانية، ثلاثة منها للزوج، وواحد للأم، وواحد آخر للأخت لأم، وثلاثة أخرى للخنثى؛ لكونها صاحبة نصف.

ومن الظاهر: أن ثلاثة من ثمانية: أكثر من واحد من ستة.

فإن قيل: فما فائدة التعبير بأخسّ النصيبين دون أقل النصيبين؟

أجيب: بأنه لو لم يرد بأقل النصيبين أخسّهما؛ أي: أسوأ حالتي الذكورة والأنوثة.. لاشتبه الأمر فيما إذا كان بحيث يورث في إحدى الحالتين، ويحرم في الأخرى؛ كما إذا تركت زوجاً وأختاً لأب وأم وخنثى لأب.

فَلَو مَاتَ أَبوهُ عَنهُ وَعَن ابْنٍ.. فللابنِ: سَهْمَانِ، وَله: سهم.

وَعند الشّعبيّ: لَهُ نصفُ النَّصِيبَيْنِ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ مِن سَبْعَةٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ،

فإنه إذا جعل أنثى.. كان له سهم من سبعة؛ لأن المسألة تعول إلى سبعة.

وإن جعل ذكراً.. لم يكن له شيء؛ فلما أريد بأقل النصيبين: أخس الحالين؛ أي: أسوأهما.. كان الحكم شاملاً لهذه الصورة؛ فإنه يجعل ذكراً، فلا يستحق شيئاً.

(فلو مات أبوه عنه)؛ أي: عن الخنثى، **(وعن ابن.. فللابن سهمان، وله سهم)**، وهو نصيب الأنثى مع الذكر، فيقدر أنثى عنده في الميراث، إلا أن يتبين حاله بظهور إحدى علامات الذكر بلا تعارض.. فحينئذٍ يكون ذكراً.

(وعند الشعبي)، وابن أبي ليلى، والثوري، وهو مذهب ابن عباس، واتفق عليه الإمامان أبو يوسف ومحمد، لكنهما اختلفا في تخريجه على ما سنبينه: **(له نصف)** مجموع **(النصيبين)**؛ أي: نصيب ذكر ونصيب أنثى.

روى محمد عن الشعبي: أنه سئل عن ميراث الخنثى، فقال: له نصف حظ الذكر، ونصف حظ الأنثى؛ بناء على المنازعة التي بينه وبين باقي الورثة؛ فإنه يقول: أنا ذكر ولي نصيب الذكورة، وهم يقولون: أنت أنثى ولك نصيب الأنوثة، فيدفع إليه نصف النصيبين باعتبار الحالتين؛ إذ لا يمكن ترجيح إحداهما على الأخرى، فيجب أن يعمل بهما بقدر الإمكان.

وأجيب: بأن العمل بهما: جمع بين صفتين متضادتين، وهو محال، فوجب العمل بالأقل، وهو قول أبي حنيفة.

(وهو)؛ أي: نصف النصيبين، وهذا شروع إلى بيان اختلاف أبي يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي **(ثلاثة من سبعة عند أبي يوسف)** وأربعة أخرى منها للابن في المثال [٨٢٥/أ] المذكور.

بيانه: أن أبا يوسف اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده؛ فإن الذكر لو كان وحده.. كان له كل المال؛ لأنه عصبة الميت وهو منفرد، والخنثى لو كان وحده؛

وَخَمْسَةٌ مِنِ اثْنَي عَشَرَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

فإن كان ذكراً.. كان له كل المال؛ لكونه ابن الميت، وإن كان أنثى.. كان له نصف المال؛ لأن سهم البنت عند الانفراد: هو النصف.

وهذا - أي: استحقاق الخنثى عند الانفراد للكل - على تقدير وللنصف على تقدير متيقن، ولا ترجيح لأحد التقديرين على الآخر، فيأخذ نصف مجموع النصيبين؛ عملاً بالتقديرين مهما أمكن، وهو ثلاثة أرباع المال، وللابن كل المال كما عرفت، فيجعل كل ربع سهماً، فبلغ سبعة أسهم: للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة.

وإنما كان كذلك؛ لأن الابن لما استحق الكل عند الانفراد، واستحق الخنثى ثلاثة أرباعه عند الانفراد.. فلا بد لنا عند الاجتماع من مخرج للكل وثلاثة أرباع، وليس للمال كلٌّ وثلاثة أرباع، فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه بطريق العول؛ أي: البسط إلى الكسر، فبلغ: سبعة أرباع، فيجعل كل ربع سهماً، أربعة للابن وثلاثة للخنثى. هذا بيان تخريج أبي يوسف.

ثم أشار إلى بيان تخريج محمد بقوله: **(وخمسة)** عطف على قوله ثلاثة **(من اثني عشر عند محمد)**، قال: المال بينهما على اثني عشر سهماً: سبعة للابن، وخمسة للخنثى؛ لأنه اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة الاجتماع، فقال:

لو كان الخنثى ذكراً.. كان المال بينهما نصفين، ولو كان أنثى.. كان أثلاثاً؛ ثلثاه للابن، وثلثه للخنثى.

فالمسألة على تقدير ذكورته: من اثنين، وعلى تقدير أنوثته: من ثلاثة، ولا موافقة بين المسألتين، بل مباينة، فتضرب إحداهما في الأخرى، فبلغ: ستة، للخنثى على تقدير أنوثته: سهمان، وعلى تقدير ذكورته: ثلاثة.. فله نصف النصيبين، وليس للثلاث نصف صحيح، فتضرب الستة في اثنين: يبلغ اثني عشر، فيكون للخنثى ستة على تقدير ذكورته، وأربعة على تقدير أنوثته، فيأخذ نصف النصيبين وهو خمسة؛ لأن نصف الستة: ثلاثة، ونصف الأربعة: اثنان.

وهو يعتبر الأحوال في كل حادثة؛ في حق الخنثى، وفي حق غيره أيضاً من

الورثة، حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه على التقديرين، ألا ترى: أن الابن يأخذ في هذه المسألة [٨٢٥/ب] سبعة؛ لأن نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر: ستة، وعلى تقدير أنه أنثى: ثمانية؛ فنصف النصيبين: سبعة.

هذا، ولو كان معهما في المسألة المذكورة بنت.. فعند أبي يوسف: تكون المسألة من تسعة؛ لأن نصيب البنت: النصف حالة انفرادها، ونصيب الابن: الكل حالة انفراده، ونصيب الخنثى: ثلاثة أرباع عند انفراده؛ كما تقدم.. فلا بد لنا من مخرج للأنصباء الثلاث عند الاجتماع، فيجعل كل ربع سهماً، فبلغ تسعة: أربعة للابن، واثنان للبنت، وثلاثة للخنثى.

وعند محمد: للخنثى في هذه المسألة: خمس وثمن؛ لأنه على تقدير أنه ذكر: له خمسان، فله نصفه وهو الخمس، وعلى تقدير أنه أنثى: كان له ربع، فله نصفه وهو الثمن، فمخرج الخمس من خمسة، ومخرج الثمن من ثمانية، وليس بينهما موافقة، فيضرب أحدهما: في الآخر: فبلغ أربعين، ومنها تصح المسألة:

فللخنثى: خمسها، وهي: ثمانية، وثمنها، وهي: خمسة، فاجتمع له ثلاثة عشر سهماً.

وللبنت على تقدير ذكورية الخنثى: الخمس، وهي: ثمانية.

وعلى تقدير أنوثيته: الربع، وهي: عشرة.. فيكون لها نصف النصيبين وهو تسعة؛ لأن نصف الثمانية: أربعة، ونصف العشرة: خمسة، فمجموع النصفين: تسعة.

وللخنثى على تقدير ذكوريته: خمسان، وهي: ستة عشر.

وعلى تقدير أنوثته: ربع، وهي: عشرة.. فيكون له نصف النصيبين: ثلاثة عشر.

وللابن خمسان على تقدير ذكورية الخنثى، وهي: ستة عشر.

ونصف على تقدير أنوثته، وهي: عشرون.. فله نصف النصيبين: ثمانية عشر.

ولا يخفى عليك أن في تأخير قول محمد: إشارة إلى اختياره، وذلك لأن الكل

متفقون على تقليل نصيب الخنثى، وما ذهب إليه محمد: أقل مما ذهب إليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهماً.

وطريق معرفته: أن يضرب السبعة في المثال المذكور في اثني عشر؛ حيث لا موافقة بينهما، يبلغ المجموع: أربعة وثمانين، ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر، وحصة الخنثى منه: ثلاثة، فاضربه في اثني عشر.. يبلغ ستة وثلاثين، واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة، وللخنثى منه [٨٢٦/أ]: خمسة، فاضربه في سبعة.. يكون خمسة وثلاثين، فظهر: أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين؛ كذا في «العناية».

واعلم: أن الفتوى في مسألة الخنثى: على قول أبي حنيفة، وصاحباه وإن خرَّجا قول الشعبي على الوجه المذكور.. لكنهما لم يأخذا قوله؛ كما صرح به في «الزيلعي» و«العناية».

واحتج أبو حنيفة: بأن الحاجة ههنا: إلى إثبات المال ابتداء؛ لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة والأنوثة، ولا شيء منهما بمعلوم، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق: غير مشروع.. فلا بد من البناء على المتيقن، والأقل وهو ميراث الأنثى: متيقن، فأوجبناه؛ كما إذا كان إثباته بطريق آخر؛ فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك، إلى أن يقوم الدليل على الزائد؛ فإن من قال: لفلان علي دراهم.. يحكم بالثلاثة، حتى يقوم الدليل على الزائد، لكون الأول متيقناً به دون الزائد.

لا يقال: سبب استحقاق الميراث: هي القرابة، وهي ثابتة في الخنثى، والجهالة وقعت في القسمة بقاء.. فلا تمنع الوجوب.

لأنا نقول: ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث، وإنما هو في استحقاق المقدار، وسببه: الذكورة أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه؛ كذا في «العناية».

وَلَو قَالَ سَيّدُهُ: كلُّ عبدٍ لي حرٌّ وكل أَمةٍ لي حرَّةٌ.. لَا يَعْتِقُ مَا لم يَستَبِن.
وَلَو قَالَ بعدَ تقرُّرِ إشكالِهِ: أَنا ذَكَرٌ، أَو أُنْثَى.. لَا يُقبَلُ، وَقَبلَهُ.. يُقْبَلُ.

(ولو قال سيده: كل عبد لي حر، وكل أمة لي حرة)، هكذا وقع في النسخ التي عندنا بكلمة واو الجمع، وهو خطأ، والصواب: أنه بكلمة «أو» التشكيكية، سقطت من قلم الناسخ؛ كما سيظهر لك.

(.. لا يعتق ما لم يستبن) حاله أنه ذكر أو أنثى؛ لأن الحنث لا يثبت بالشك.

بخلاف ما لو قال: «كل عبد لي حر، وكل أمة لي حرة» بكلمة واو الجمع.. فإنه يعتق؛ للتيقن بأحد الوصفين؛ لأنه ليس بمهمل؛ كذا في «الزيلعي».

(ولو قال) الخنثى **(بعد تقرر إشكاله: أنا ذكر أو أنثى.. لا يقبل)** قوله؛ لأنه دعوى بلا دليل؛ كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

وقال في «النهاية» نقلاً عن «الذخيرة»: إن قال الخنثى المشكل: أنا ذكر أو أنثى.. كان القول قوله؛ لأن الإنسان أمين في حق نفسه، والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال؛ كالمعتدة إذا قالت: انقضت عدتي وأنكر الزوج.. كان القول قولها، ما لم يعرف خلاف قولها؛ بأن قالت ذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة. انتهى.

(وقبله)؛ أي: قبل تقرر إشكاله **(.. يقبل)** [٨٢٦/ب]؛ لأن الإنسان أمين في حق نفسه ما لم يعلم خلاف ما قال.

ومنه يعلم التوفيق بين: ما ذكره في «الهداية» و«الزيلعي»، وبين ما ذكره في «النهاية»؛ بأن يحمل ما ذكره في «الهداية»: على ما قبل تقرر الإشكال.

* * *

(مسائل شتی)

(مَسَائِلُ شَتَّى)

كِتَابَةُ الْأَخْرَسِ وإِيماؤُهُ بِمَا يُعرَفُ بِهِ إِقْرَارُهُ - بِنَحْوِ تزوُّجٍ وَطَلَاقٍ وَبيعٍ وَشِرَاءٍ وَوَصِيَّةٍ وَقَوَدٍ.

(مَسَائِل شَتَّى)

(كتابة الأخرس)؛ أي: الممنوع من الكلام خلقة، (وإيماؤه)؛ أي: إشارته (بما)، متعلق: بكل من الكتابة والإيماء على وجه التنازع.

(يعرف به)، قيد به؛ لأن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين:

أحدهما: ما يكون ذلك منه دلالة للإنكار؛ كما إذا حرك رأسه عَرْضاً مثلاً.

والثاني: ما يكون ذلك منه دلالة للإقرار؛ كما إذا حرك رأسه طولاً إذا كان ذلك معهوداً منه في نعم، راجع إلى «ما».

(إقراره بنحو) - متعلق بالإقرار - (تزوج، وطلاق، وبيع، وشراء، ووصية، وقود) خبر «كتابة».

قال في «فتح القدير»: صورة النكاح بالكتاب: أن يكتب إليها يخطبها؛ فإذا بلغ الكتاب.. أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت: زوجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً كتب إلي يخطبني، فاشهدوا أني زوجت نفسي منه.

أما لو لم تقل بحضرتهم سوى: زوجت نفسي من فلان.. لا ينعقد النكاح؛ لأن سماع الشطرين: شرط صحة النكاح، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها.. قد سمعوا الشطرين.

بخلاف ما إذا انتفيا.

ومعنى الكتاب بالخطبة: أن يكتب زوجيني نفسك؛ فإني رغبت فيك، ونحوه.

ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوماً، فقال: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا علي بذلك.. لم يجز في قول أبي حنيفة، حتى يعلم الشهود ما فيه.

وجوزه أبو يوسف من غير شرط إعلام بما فيه.

وأصله: كتاب القاضي إلى القاضي.

قال في «المصفى»: هذا إذا كان بلفظ التزوج؛ أما إذا كان بلفظ الأمر، كقوله: «زوّجي نفسك مني».. لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب؛ لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة.

ونقله من «الكامل»، قال: وفائدة الخلاف: فيما إذا جحد الزوج الكتاب بعدما أشهدهم عليه من غير قراءة عليهم وإعلامهم بما فيه، وقد قرأ المكتوب إليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم، فشهدوا: أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه.. لا تقبل هذه الشهادة عندهما، ولا يقضى بالنكاح.

وعنده [٨٢٧/آ]: يقبل، ويقضى به.

أما الكتاب.. فصحيح بلا إشهاد، وهذا الإشهاد لهذا، وهو: أن تتمكن المرأة من إثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب؛ كذا في «الأشباه».

قال محمد: إن الكتاب من الغائب: بمنزلة الخطاب من الحاضر، إلا أن الكتاب من الغائب مع الخطاب من الحاضر.. يفترقان من وجه؛ فإن الحاضر إذا خطبها، فلم تجبه في مجلس الخطاب، وأجابته في مجلس آخر.. لا يصح النكاح.

وإذا بلغها الكتاب وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في ذلك المجلس، وإنما زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمع الشهود كلامها وما في الكتاب أيضاً.. يجوز النكاح.

وإذا بلغها الكتاب فقالت: زوجت نفسي من فلان، وكان ذلك بمحضر من الشهود.. لا ينعقد النكاح وإن بلغه الخبر وأجاز عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن سماع الشهود كلام العاقدين: شرط انعقاد النكاح؛ فالشهود وإن سمعوا كلامها.. لم يسمعوا كلام الزوج؛ كذا في «الخلاصة».

وأما وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة.. ففي «البزازية»: الكتابة من الصحيح والأخرس على ثلاثة أوجه:

إن كتب على وجه الرسالة مصدّراً معنوناً، وثبت بإقراره أو بالبينة.. فكالخطاب، وإن قال: لم أنو به الخطاب.. لم يصدق قضاء وديانة.

وفي «المنتقى»: أنه يدين.

ولو كتب على شيء يستبين عليه أثر الخط؛ كالجدار والأوراق والألواح: امرأته طالق، أو عبده حر؛ إن نوى.. صح، وإلا.. فلا.

ولو كتب على الهواء أو الماء.. لم يقع شيء وإن نوى.

وإن كتب: امرأته طالق.. فهي طالق؛ بعث إليها أو لا.

وإن كان المكتوب: «إذا وصل إليك فأنت كذا»؛ فما لم يصل.. لم تطلق، وإن ندم ومحا من الكتاب ذكر الطلاق، وترك ما سواه وبعث إليها.. فهي طالق إذا وصل، ومحوه الطلاق: كرجوعه عن التعليق.

وإنما يقع: إذا بقي ما سمي كتابة أو رسالة؛ فإن لم يبق هذا القدر.. لا يقع.

وإن محا الخطوط كلها وبعث إليها البياض.. لا تطلق؛ لأن ما وصل ليس بكتاب.

ولو جحد الزوج الكتاب، وأقامت البينة عليه: أنه كتبه بيده.. فرق بينهما في القضاء. انتهى.

وأما وقوع البيع و الشراء بالكتابة.. ففي «فتح القدير»: صورة الكتاب:

أن يكتب: أما بعد؛ فقد بعت عبدي منك بكذا [٨٢٧/ب]، فلما بلغه وفهم ما فيه.. قال: قبلت، في المجلس.

وما في «المبسوط» - من تصويره بقوله: بعني بكذا، فقال: بعت.. يتم - فليس مراده: إلا الفرق بين البيع والنكاح في شرط الشهود.

وقيل: بل يفرق بين الحاضر والغائب؛ فبعني من الحاضر: استفهام، ومن الغائب: إيجاب. انتهى.

وأما الوصية بالكتابة.. ففي شهادات «قاضي خان»: رجل كتب صك وصية، وقال للشهود: اشهدوا بما فيه، ولم يقرأ وصيته عليهم.. قال علماؤنا: لا يجوز للشهود أن يشهدوا بما فيه.

وقال بعضهم: وسعهم أن يشهدوا.

والصحيح: أنه لا يسعهم أن يشهدوا، وإنما يحل لهم أن يشهدوا بإحدى معان ثلاث:

إما بأن يقرأ الكتاب عليهم.

أو كتب الكتاب غيره وقرأ الكتاب عليه بين يدي الشهود، فيقول هو لهم: اشهدوا علي بما فيه.

أو يكتب هو بين يدي الشاهد، والشاهد يعلم بما فيه، ويقول: اشهدوا علي بما فيه.

وإن كتب بين يدي الشهود صكاً وعرف الشاهد ما كتب فيه، ولم يقل هو: اشهدوا علي بما فيه.. لا يسعه أن يشهد عليه.

قال أبو علي النسفي: هذا إذا لم يكن الكتاب مكتوباً على الرسم؛ فإن كان مكتوباً على الرسم، وكتب بين يدي الشهود، والشاهد يعلم ما في الكتاب.. وسعه أن يشهد وإن لم يقل له الكاتب: اشهد علي بما فيه.

وإنه حسن، أشار إليه محمد في كتاب النكاح.

وهكذا روي عن أبي حنيفة في «النوادر»، وتمامه في «قاضي خان» فليراجع.

عَلَيْهِ أَو لهُ - كالبيانِ.

وقال في «الهداية»: إذا قرئ على الأخرس كتاب وصية، فقيل له: أنشهد عليك بما في هذا الكتاب؟ فأومى برأسه أي: نعم، أو كتب؛ فإذا جاء من ذلك بما يعرف أنه إقرار.. فهو جائز. انتهى.

وأما الإقرار بالكتابة.. ففي إقرار «البزازية»: كتب كتاباً فيه إقرار بين يدي الشهود، فهذا على أربعة أقسام، ثم بين الأقسام الأربعة بما لا مزيد عليه، فليراجع.

هذا بيان الكتابة من الأخرس ومن غيره.

وأما الإشارة من الأخرس.. ففي «الأشباه»: الإشارة من الأخرس معتبرة، وقائمة مقام العبارة في كل شيء؛ من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وإبراء إقرار وقصاص، لا في الحدود، ولو حد قذف.

وهذا مما خالف فيه القصاص الحدود.

وفي رواية: أن القصاص كالحدود هنا.. فلا يثبت بالإشارة [٨٢٨/أ]، وتمامه في «الهداية».

(عليه)؛ أي: يقتص منه إن كان عاقلاً.

(أو له)؛ أي: يقتص له من قاتله.

(كالبيان)، خبر لقوله: «كتابة الأخرس».

وفي طلاق «فتح القدير»: أن المراد من الإشارة التي يقع بها طلاق الأخرس: الإشارة المقرونة بتصويت منه؛ لأن العادة منه ذلك، فكانت بياناً لما أجمله الأخرس.

وفي كلامه: إشارة إلى أن الإشارة من الأخرس معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة، وقيل: إنما تعتبر إشارته إن لم يقدر على الكتابة؛ لأن الإشارة حجة ضرورية، ولا ضرورة عند القدرة على الكتابة.

والصحيح: هو الأول؛ لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، ففي الكتابة: زيادة

وَلَا يُحَدُّ لقذفٍ وَلَا لغيرِهِ.

ومُعتَقَلُ اللِّسَانِ إِنِ امْتَدَّ بِهِ ذَلِك وَعُلِمَت إِشَارَتُهُ.. فَهُوَ كالأَخرسِ، وإِلَّا.. فَلَا.

بيان لم يوجد في الإشارة؛ لأن قصد البيان معلوم حساً، وفي الإشارة: زيادة أثر لم يوجد في الكتابة؛ لأن الأصل في البيان: هو الكلام، والإشارة أقرب إليه.

(ولا يحد) الأخرس (لقذف، ولا غيره)؛ أي: لو أقر الأخرس بالإشارة أو بالكتابة بما يوجب حد القذف، أو حد الشرب، أو حد الزنا، والسرقة.. لا يحد؛ لأن الحدود مما تندرئ بالشبهة؛ لكونها حقوق الله الخالصة، وفي الثبوت بالإشارة أو الكتابة: شبهة؛ لعدم صريح اللفظ.

وكذا: لا يحد من قذف الأخرس؛ لما فيه من الشبهة أيضاً.

(ومعتقَل اللسان)، على صيغة اسم المفعول، يقال: اعتُقل لسانه بضم التاء، على صيغة المفعول: إذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه؛ من المرض أو من غيره.

(إن امتد به ذلك)؛ أي: اعتقاله.

حد الامتداد: سنة، على ما ذكره التمرتاشي.

وقال الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت.. يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه؛ لأنه حُجِر عن النطق بمعنى لا يرجى زواله، فكان كالأخرس.

قالوا: وعليه الفتوى.كذا في «الكفاية».

(وعلمت إشارته.. فهو كالأخرس)، فيجوز إقراره بالإشارة والكتابة والإشهاد عليه.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يمتد اعتقاله بالمعنى المذكور (.. فلا) يكون كالأخرس، بل يكون كالناطق، فلا يعتبر إقراره بالإشارة والكتابة، بل يعتبر بالعبارة.

واعلم: أن إشارة غير الأخرس ومعتقل اللسان الذي دام اعتقاله: غير معتبرة،

وَالْكِتَابَةُ مِنَ الْغَائِبِ لَيست بِحجَّةٍ.

قَالُوا: الْكِتَابَةُ إِمَّا مستبينٌ مرسومٌ، وَهُوَ: كالنطقِ فِي الْغَائِبِ والحاضرِ.

إلا في: الكفر، والإسلام، والنسب، والإفتاء، ورواية الحديث، وأمان الكافر، والطلاق إذا كان تفسيراً للمبهم؛ كما لو قال: أنت طالق هكذا وأشار بثلاث.. وقعت.

بخلاف ما إذا قال: أنت طالق وأشار بثلاث [٨٢٨/ب]..لم يقع إلا واحدة؛ كذا في «الأشباه».

(والكتابة من الغائب: ليست بحجة) عند عامة العلماء؛ لأنها قد تكون للتجربة لا للإقرار.

وقال بعضهم: إنها حجة؛ كما في إقرار «البزازية»: إذا كتب للغائب على وجه الرسالة: أما بعد: فلك علي كذا.. يكون إقراراً؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، ويكون متكلماً.

والعامة على خلافه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة.

وفي حق الأخرس يشترط أن يكون معنوناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب، وتمامه فيها.

وقال في «الهداية»: أما الكتابة.. فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى: أن النبي ﷺ أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة، وتارة بالكتابة إلى الغيب، والمجوز في حق الغائب: هو العجز، وهو في الأخرس أظهر وألزم. انتهى.

فعلم منه: أن الكتابة تكون حجة من الغائب، ولعله أشار إليه بقوله: (قالوا)؛ أي: بعض العلماء: (الكتابة؛ إما مستبين)؛ أي: ظاهر الأثر على الورق (مرسوم)؛ أي: منسوب؛ أي: مصدر بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره: من فلان إلى فلان، على ما جرت به العادة.

(وهو)؛ أي: هذا القسم من الكتابة: (كالنطق في الغائب والحاضر)، فتكون حجة.

وَإِمَّا مستبينٌ غيرُ مرسومٍ؛ كالكتابةِ على الْجدارِ وورقِ الشّجرِ، وَيَنْوِي فِيهِ.

وَإِمَّا غيرُ مستبينٍ؛ كالكتابةِ على الْهَوَاءِ وَالْمَاءِ، وَلَا عِبْرَة بِهِ.

وَإِذا اخْتَلَطت الذَّكِيَّةُ بميتةٍ أَقلَّ مِنْهَا.. تحرَّى وَأَكَلَ.

وإِلَّا.. فلا تُؤكَلُ حالةَ الاختيارِ، ويتحرَّى عِنْدَ الاضطرارِ.

(وإما مستبين غير مرسوم؛ كالكتابة على الجدار وورق الشجر) أو الكاغد، (وينوي فيه)؛ أي: يطلب منه النية إن كان نوى.. يعتبر، وإلا.. فلا.

قال في «الزيلعي»: الكتابة على هذا الوجه لا تكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليها؛ كالنية، والإشهاد عليه، والإملاء على الغير حتى يكتبه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وقد تكون للتحقيق، وبهذه الأشياء: تتعين الجهة.

وقيل: الإملاء من غير إشهاد: لا يكون حجة.

والأول: أظهر. انتهى.

(وإما غير مستبين؛ كالكتابة على الهواء والماء، ولا عبرة به) وإن نوى.

(وإذا اختلطت الذكية)؛ أي: المذبوحة (بميتة) كانت (أقل منها)؛ أي: من المذبوحة (.. تحرى وأكل)؛ لأن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة.

ألا ترى: أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمغصوب، ومع ذلك يباح الانتفاع؛ اعتماداً على الغالب، وهذا: لأن القليل لا يمكن التحرز عنه، فسقط اعتباره؛ رفعاً للحرج؛ كقليل النجاسة في البدن أو الثوب.

(وإلا)؛ أي: وإن لم تكن الميتة أقل من الذكية، بل أكثر منها أو مساوية لها (.. فلا تؤكل حالة الاختيار)؛ لأنه لا ضرورة إليه حينئذ، فيمكنه الاحتراز حالة الاختيار.

(ويتحرى عند الاضطرار)، فيأكل ما يقع تحريه أنه طاهر.

فإن قيل: [٨٢٩/أ] ما الفرق بين هذا وبين الثياب؛ فإن المسافر إذا كان معه

وَإِذا أَحرقَ رَأسَ الشَّاةِ المتلطِّخِ بِدَمٍ وَزَالَ دَمُهُ، فَاتخذَ مِنْهُ مرقةً.. جَازَ.

والحرقُ كالغَسْلِ.

وَلَو جعلَ السُّلْطَانُ الْخراجَ لربِّ الأَرْضِ.. جَازَ،......................

ثوبان، أحدهما نجس، والآخر طاهر، ولا يميز بينهما، وليس معه ثوب غيرهما.. فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر؛ فقد جوز التحري هنا فيما إذا كان النجس والطاهر نصفين، وفي الذكية والميتة لم يجز؟

أجيب: بأن الفرق: أن حكم الثياب أخف من غيرها؛ لأن الثياب لو كانت كلها نجسة.. كان له أن يصلي في بعضها، ثم لا يعيد صلاته؛ لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه.

(**وإذا أحرق رأس الشاة المتلطخ بدم، وزال دمه، فاتخذ منه مرقة.. جاز**) أكله.

(**والحرق كالغسل**) بالماء؛ لأن النار.

إما مزيلة لما فيها من النجاسة بأكلها، حتى لا يبقى شيء منها.

أو محيلة، فيصير الدم رماداً، فيطهر بالاستحالة، وكل من الإزالة والاستحالة: مطهر كالغسل.

ولهذا: لو أحرقت العذرة وصارت رماداً.. تصير طاهرة بالاستحالة.

والخمر إذا تخلل.. يصير طاهراً بالاستحالة.

والخنزير إذا وقع في المملحة وصار ملحاً.. كان طاهراً.

والتنور إذا تنجس.. يطهر بالنار، حتى لا يكون الخبز نجساً.

(**ولو جعل السلطان الخراج لرب الأرض.. جاز**) عند أبي يوسف، وعليه الفتوى.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز؛ لأنه فيء لجماعة المسلمين.

ولأبي يوسف: أن صاحب الخراج له حق في الخراج، فيجوز تركه له، ويكون ذلك صلة من الإمام.

بِخِلَافِ الْعُشْرِ.

وَلَو دفعَ الْأَرَاضِي الْمَمْلُوكَةِ إِلَى قومٍ، ليعطُوا الْخراجَ.. جَازَ.

(**بخلاف العشر**)؛ فإنه لا يجوز تركه لرب الأرض بالاتفاق؛ لأن العشر حق الفقراء على الخلوص؛ كالزكاة.. فلا يجوز تركه عليه.

(**ولو دفع**) السلطان (**الأراضي المملوكة إلى قوم ليعطوا الخراج.. جاز**).

قال في «البزازية»: تفسير أراضي المملكة [بطريقين]:

إما أن يكون أراضي لا مالك لها، فيعطيها الإمام لرجل ليقوم عليها كالمالك، ويعطي الخراج.

والثاني: أن المالك إذا عجز عن أداء الخراج.. يعطيها الإمام لرجل، ويقوم مقام المالك في إعطاء الخراج والزراعة، ولا يملك هو - أي: هذا الرجل - البيع؛ لأن الإمام ما ملكها، وإنما قام مقام المالك في أمر خاص، لكن يأخذ الخراج من نصيب الدهقانية.

وكذا: الإمام يؤاجرها ويأخذ الخراج من الأجرة. ولو باع وأعطى الثمن للمالك، وأخذ الخراج من المشتري.. جاز.

قيل: جواز البيع قولهما.

وقيل: قول الكل. انتهى.

قال في «قاضي خان»: إذا عجز صاحب الأرض، ولم يجد ما ينفق [٨٢٩/ب] في عمارتها.. يدفعها الإمام إلى غيره مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع، وتكون الغلة لصاحب الأرض، يؤدي عنها الخراج، ويمسك ما بقي.

وإن لم يجد الإمام من يأخذها مزارعة.. يؤاجرها الإمام، فيكون الأجر لصاحب الأرض، يؤدي عنه الخراج.

وإن لم يجد من يستأجرها.. يبيع، فيكون الثمن لصاحب الأرض، يؤدي عنه، ويمسك الفضل.

وإن لم يجد من يشتري.. يدفع إليه من بيت المال مقدار ما ينفق في عمارة الأرض قرضاً؛ لأن الإمام مأمور بتثمير مال بيت المال بأي وجه يتهيأ له.

قالوا: هذا قول أبي يوسف ومحمد.

أما على قول أبي حنيفة: لا يبيع، ولا يؤاجر؛ لأن ذلك حجر عليه، وعنده: الحجر على الحر العاقل البالغ باطل.

وكذا: قرية فيها أراضٍ مات أربابها، أو غابوا عنها، وعجز أهل القرية على خراجها، فأرادوا التسليم إلى السلطان.. فإن السلطان يفعل ما قلنا. انتهى.

ولا يخفى عليك ما بينهما من المخالفة:

حيث قال في «البزازية» في صورة البيع: إن السلطان يأخذ الخراج من المشتري.

وقال في «قاضي خان» في تلك الصورة: إن صاحب الأرض يؤدي الخراج من ثمنها، ويمسك فضله.

ويمكن التوفيق بينهما: بحمل مراد «البزازية»: على الخراج الآتية في السنة المستقبلة، ويحمل مراد «قاضي خان»: على الخراج الباقية في ذمة المالك للسنين الماضية.

ويدل على هذا التوفيق: ما ذكره «الزيلعي»؛ فإنه قال: إذا باعها الإمام.. يأخذ الخراج للسنين الماضية من الثمن إن كان عليهم خراج، ويرد الفضل إلى أصحابها. انتهى.

وإنما جاز بيع الإمام عند عدم وجدان من يستأجرها؛ لأنه لو لم يبعها.. لفات حق المقاتلة في الخراج أصلاً.

ولو باعها.. يفوت حق المالك في العين فقط، لا في الثمن، والفوات إلى خلف.. كلا فوات، فيبيع تحقيقاً للنظر من الجانبين.

وَلَو نوى قَضَاء رَمَضَانَ وَلم يعيِّنْ عَن أَيِّ يَوْمٍ.. صَحَّ.

وَلَو عَن رمضانَين.. فَلَا، فِي الْأَصَحِّ.

وَكَذَا: فِي قَضَاءِ الصَّلَاةِ لَو نوى ظهراً عَلَيْهِ مثلاً وَلم ينْوِ أَوّلَ ظُهرٍ أَو آخرَ ظُهْرٍ، أَو ظهرَ يَوْمِ كَذَا.

وليس له أن يملكها بغير عوض.

وأطلق المصنف الدفع؛ ليشمل الوجوه المذكورة كلها، وتفصيل الأراضي سبق في باب العشر والخراج.

(**ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن أي يوم**)، بأن قال: نويت قضاء صوم علي من رمضان هذا (.. **صح**) نيته؛ سواء كان عليه صوم يوم أو يومين أو أكثر، ويقع عن صوم يوم؛ لأن تعيين اليوم في النية ليس بشرط في الجنس الواحد، وصوم رمضان واحد: جنس واحد، وهو شهود الشهر.

وكذا: لو كان عليه صوم يوم بعينه، وصام بنية يوم آخر.. صح نيته [٨٣٠/أ]، ووقع عن صوم ذلك اليوم، ولا يضره الخطأ في التعين.

(**ولو**) نوى (**عن رمضانين.. فلا**) يصح (**في الأصح**)؛ لاختلاف السبب؛ لأن كل رمضان سبب على حدة، فلا يقع عن واحد منهما.

وكذا: لو كان عليه قضاء صوم هذه السنة، ونوى عن صوم سنة أخرى.. لا يصح؛ لاختلاف السبب.

وقيل: يصح عن رمضانين أيضاً.

(**وكذا: في قضاء الصلاة لو نوى ظهراً عليه مثلاً**)؛ أي: لا يصح بلا تعيين ظهر يوم؛ لأن الصلاة كلها من قبيل مختلف الأسباب، حتى الظهر من يومين، والعصر من يومين.

(**ولم ينو أول ظهر، أو آخر ظهر، أو ظهر يوم كذا**).

وَقيلَ: يَصحُّ فيهمَا أَيْضاً.

وَلَوِ ابتلعَ الصَّائِمُ بزاقَ غَيرِهِ؛ فَإِن كَانَ حَبِيبَهُ.. لزمَهُ الْكَفَّارَةُ، وَإِلَّا.. فَلَا.

وَقَتْلُ بعضِ الْحَاجِّ عُذرٌ فِي تركِ الْحَجِّ.

وَمَن قَالَ لامْرَأَةٍ عِنْدَ شَاهِدَينِ: «تو زن من شدى»، فَقَالَت: «شدم».. لَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بَينهمَا، مَا لم يَقُلْ: «قبُول كردم».

وَلَو قَالَ لَهَا: «خويشتن رازن من كردا يندي»، فَقَالَت: «كردا يندم»، فَقَالَ: «ذر فتم».. ينْعَقدُ.

ولو نوى أول ظهر، أو آخر ظهر.. صح؛ لأن الصلاة كما تعينت بتعيين اليوم: كذلك الوقت يتعين بكونه أولاً أو آخراً.

(**وقيل: يصح فيهما أيضاً**)؛ أي: في صورة النية عن رمضانين، وفي قضاء الصلاة.

(**ولو ابتلع الصائم بزاق غيره؛ فإن كان حبيبه.. لزمه الكفارة**)؛ لأن طبعه لا يكره بزاق حبيبه، فيكون كالثريد والخبز في ميل الطبع إليه.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن بزاق حبيبه (.. **فلا**) كفارة عليه، بل عليه القضاء؛ لدخوله في بطنه، ولا كفارة؛ لتنفر طبعه عنه.

(**وقتل بعض الحاج: عذر في ترك الحج**)؛ لعدم أمن الطريق، وهو معتبر في الاستطاعة.

(**ومن قال لامرأة عند شاهدين: تو**)؛ أي: أنت أداة خطاب (**زن من**) تركيب إضافي (**شدى**)؛ أي: كن امرأتي، (**فقالت**) المرأة: (**شدم**)؛ أي: كنت امرأتك (.. **لا ينعقد النكاح بينهما ما لم يقل**) الرجل: (**قبول كردم**)؛ لأنه حينئذ يوجد القبول من الرجل.

(**ولو قال لها: خويشتن رازن من كردايندي**) هذا طلب التزوج، (**فقالت: كردايندم**) هذا إيجاب من المرأة، (**فقال: يذرفتم**) هذا قبول من الرجل (.. **ينعقد**) النكاح؛ لوجود الإيجاب القبول من الطرفين.

وَلَو قَالَ لرجلٍ: «دختر خويشتن را يسر من أرذاني داشتي»، فَقَالَ: «داشتم».. لَا ينْعَقدُ.

وَلَو منعت الْمَرْأَةُ زَوجَهَا مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهَا، وَهُوَ يسكنُ مَعهَا فِي بَيتِهَا.. كَانَت نَاشِزَةً.

وَلَو سكنَ فِي بَيتِ الْغَصْبِ فامتنعَت مِنْهُ.. فَلَا.

وَلَو قَالَت: لَا أسكنُ مَعَ أَمَتِكَ وَأُرِيدُ بَيْتاً على حِدةٍ.. فَلَيْسَ لَهَا ذَلِك.

وَلَو قَالَت: «مرا طلاق ره» فَقَالَ: «داده كير، أَو كرده كير، أَو داده باد، أَو كرده باد»؛ إِن نوى.. يَقعُ، وَإِلَّا.. فَلَا.

(**ولو قال لرجل: دختر خويشتن را**)؛ أي: بنتك (**يسر من**)؛ أي: لابني (**أرذاني**) بمعنى اللائق (**داشتي فقال**) الرجل: (**داشتم.. لا ينعقد**)؛ لأن بهذا اللفظ لا يوجد القبول، ما لم يقل بذرفتم.

(**ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها، وهو يسكن معها في بيتها.. كانت ناشزة**)، فلا يجب عليه نفقتها؛ للنشوز.

(**ولو سكن**) الزوج (**في بيت الغصب**)؛ أي: المغصوب (**فامتنعت منه.. فلا**) تكون ناشزة؛ لأن السكنى فيه حرام، فتكون هي محقة، ولهذا وجب إعادة الصلاة التي صلت فيه.

(**ولو قالت: لا أسكن مع أمتك وأريد بيتاً على حدة.. فليس لها ذلك**)؛ لأنه لا بد له [٨٣٠/ب] ممن يخدمه، فلا يمكن المنع من ذلك، فتكون هي متمردة في المنع عن ذلك.

(**ولو قالت: مرا طلاق ره**)؛ أي: طلقني، (**فقال**) الزوج: (**داده كير، أو كرده كير، أو داده باد، أوكرده باد؛ إن نوى**) الطلاق (.. **يقع، وإلا.. فلا**)؛ لأن هذا الألفاظ من كنايات الطلاق، فلا يقع بدون النية.

وَلَو قَالَ: «داده است»، أَو «كرده است».. يَقعُ وَإِن لم ينْوِ.

وَلَو قَالَ: «داده آنكار».. لَا يَقعُ وَإِن نوى.

وَلَو قَالَ: «وي مرانشايد تاقيامت» أَو «همه عمر» لَا يَقعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ.

وَلَو قَالَ لَهَا: «حيله ذنان كن».. فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ.

وَلَو قَالَ: «حيله خويشتن كن».. فَلَا.

وَلَو قَالَت لَهُ: «كابين ترابخشيدم مرا ازجنك بازار».. فَإِن طَلقهَا.. سقطَ المهرُ، وَإِلَّا.. فَلَا.

وَلَو قَالَ لعَبْدِهِ: يَا مالكي، أَو لأمته: أَنَا عَبْدكِ.. لَا يعْتقُ.

(ولو قال: داده است، أو كرده است.. يقع وإن لم ينو)؛ لأنه للطلاق، فلا يحتاج إلى النية.

(ولو قال: داده آنكار.. لا يقع وإن نوى)؛ لأنه وعد محض.

(ولو قال: وي مرانشايد تاقيامت أو همه عمر.. لا يقع إلا بالنية)؛ لأنه من جملة كنايات الطلاق.

(ولو قال لها: حيلة ذنان كن.. فهو إقرار بالطلاق الثلاث).

(ولو قال: حيلة خويشتن كن.. فلا).

(ولو قالت له: كابين ترابخشيدم مرا ازجنك بازار؛ فإن طلقها.. سقط المهر، وإلا.. فلا).

(ولو قال لعبده: يا مالكي، أو لأمته: أنا عبدك.. لا يعتق)؛ لأنه ليس من صريح العتق، ولا من كناياته، فيكون كذباً.

بخلاف ما لو قال: يا مولاي.. فإنه يعتق؛ لأن الحقيقة تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد، وذلك بالعتق، فيعتق؛ لأنه يمكن إثباته من جهته.

بخلاف: يا مالكي، وأنا عبدك؛ لأن حقيقته تنبئ عن ثبوت الملك للعبد على

وَلَو دُعي إِلَى فعلٍ فَقَالَ: «بر من سوكندست كه اينَ كار نكنم».. فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالْيَمِينِ بِاللهِ تَعَالَى.

وَإِن قَالَ: «برمن سوكندست بِطَلَاق».. فإقرارٌ بِالْحَلِفِ بِالطَّلَاق.

فَإِن قَالَ: قلتُ ذَلِكَ كذباً.. لَا يصدَّقُ.

وَلَو قَالَ: «مراسوكندخانه است اينَ كارنكنم»، وَلَو قَالَ الْمُشْتَرِي للْبَائِع بعدَ البيعِ: «بها بازره» فَقَالَ البَائِع: «بدهم».. يكونُ فسخاً للْبيعِ.

الْعقارُ..

المولى، وذلك لا يمكن إثباته من جهة المولى. لا مقصوداً؛ لعدم قدرته عليه، ولا مقتضى؛ لأن من شرطه: أن يثبت المقتضي، فثبت في ضمنه المقتضى، وثبوت المقتضي - وهو الملك - متعذر لما ذكرناه.. فلا يثبت المقتضى بدونه.

(ولو دعي إلى فعل، فقال: بر من سوكندست كه اين كار نكنم)؛ أي: لم أفعل (.. فهو إقرار باليمين بالله تعالى).

(وإن قال: برمن سوكندست بطلاق.. فإقرار بالحلف بالطلاق).

(فإن قال: قلت: ذلك كذباً.. لا يصدق)؛ لأن ظاهر اللفظ يكذبه.

(و)كذا (لو قال: مراسوكندخانه است اين كارنكنم).

(ولو قال المشتري للبائع بعد البيع: بها بازره، فقال البائع بدهم.. يكون فسخاً للبيع)؛ لأن قول المشتري يتضمن فسخ البيع، وقول البائع يتضمن القبول.

(العقار) وهو في عرف الفقهاء: اسم للعرصة المبنية؛ كما ذكره في آخر الفصل الثاني من «العمادية»، وفرق بينه وبين الضيعة؛ حيث قال: إن العقار اسم للعرصة المبنية، والضيعة اسم للعرصة لا غير.

ويدل على هذا الفرق: مسألة، هي: ادعى العقار ميراثاً عن أبيه، فشهد أحد الشاهدين: أن هذا العقار ملكه، وشهد الآخر أن هذه الضيعة ملكه.. لا تقبل، هكذا ذكره.

الْمُتَنَازِعُ لَا يخرجُ مِن يَدِ ذِي الْيَدِ مَا لم يُبَرْهِنِ الْمُدَّعِي.

ثم قال: وقيل: تقبل هذه الشهادة؛ لأنه يجوز إطلاق اسم الضيعة على العقار [٨٣١/أ].

وقال القهستاني في النفقات: العقار في عرف الشرع: اسم للعرصة المملوكة؛ مبنية أو لا، كالضيعة.

(المتنازع) فيه (لا يخرج من يد ذي اليد.. ما لم يبرهن المدعي)؛ أي: إذا ادعى عقاراً.. لا يكتفى بذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه، وبتصديق المدعى عليه في ذلك، بل لا بد من:

إقامة البينة: أنه في يد المدعى عليه، حتى تصح دعواه.

أو علم القاضي في الصحيح؛ لأن يد المدعى عليه لا بد منه؛ لتصح الدعوى عليه؛ إذ هو شرط فيها، ويحتمل أن يكون في يد غيره؛ فبإقامة البينة: تنتفي تهمة المواضعة، فأمكن القضاء عليه بإخراجه من يده.

بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه مشاهدة، فتنتفي تهمة المواضعة، فلا يحتاج إلى إثباتها بالبينة، ولهذا: قيد بالعقار.

قال في «العمادية» نقلاً عن دعوى «الصغرى»: إذا ادعى المنقول، فأقر المدعى عليه أنه في يده.. يقبل إقراره، وفي العقار.. لا يقبل حتى يقيم البينة.

فإن أنكر اليد ولم يكن للمدعي بينة.. يحلفه.

قال فيه أيضاً: إذا قال المدعى عليه: هذه الضيعة ليست في يدي؛ فإن للمدعي أن يحلفه حتى يقر؛ فإذا أقر باليد.. حلف أنها ليست بملكه حتى يقر بالملك للمدعي؛ فإذا أقر.. يأمره بترك التعرض.

لكن إذا أراد المدعي إقامة البينة.. لا بد أن يثبت اليد بالبينة.

وقال صاحب «المحيط» في فصل دعوى العقار: إنما يشترط شهادة الشهود أنها في يد المدعي عليه بتوجيه الحكم واستماع البينة؛ أما لو أنكر من الابتداء أن

وَلَا يَصحُّ قَضَاءُ القَاضِي فِي عقارٍ لَيْسَ فِي ولَايَتِهِ.

يكون في يده.. يحلف على ذلك.

(ولا يصح قضاء القاضي في عقار ليس في ولايته).

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: الصحيح: أن ولاية القاضي في المحدود: تصح وإن لم يكن المحدود في ولايته.

والمسألة منصوصة في «أدب القاضي» للخصاف، فيقضي القاضي ويكتب إلى القاضي الذي هو في ولايته: أن يسلمه إليه. انتهى.

وقالا قبله أيضاً: إن اختصم غريبان من أهل ولاية أخرى عند قاضي أهل هذه البلدة.. يصح قضاؤه، ويكون ذلك بمنزلة التحكم منهما لهذا القاضي.

حتى لو كان الدعوى في دين أو عين منقول حاضر.. يصح قضاؤه بينهما؛ لأن ولايته ثابتة على الدين والعين الحاضر.

وهل العبرة لقاضي المدعي أو لقاضي المدعى عليه؟

ففي «الخلاصة» [٨٣١/ب] و«البزازية»: العبرة لقاضي المدعي عند أبي يوسف.

ولقاضي المدعى عليه عند محمد، وعليه الفتوى.

فلو كان قاضيان في مصر واحد، كل واحد منهما في نصف المصر، ولرجل من محلة هذا القاضي على رجل من محلة قاض آخر دعوى.. عند أبي يوسف: يعتبر حال المدعي.

وعند محمد: يعتبر حال المدعى عليه.

وهل المصر شرط في القضاء أو لا؟

ففي «الزيلعي»: أنه ليس بشرط عند أبي يوسف، وإليه أشار محمد أيضاً.

ووجه من اشترط أن القضاء من أعلام الدين.. فيكون المصر شرطاً فيه؛ كالجمعة والعيدين.

وَإذا قضى القَاضِي فِي حَادِثَةٍ بِبَيِّنَة، ثمَّ قَالَ: رجعتُ عَن قضائي، أَو: بدا لي غيرُ ذَلِك، أَو وقعتُ فِي تلبيسِ الشُّهُودِ، أَو أَبطلتُ حكمي، وَنَحْوَ ذَلِك.. لَا يعْتَبرُ، وَالْقَضَاءُ ماضٍ إِن كَانَ بعدَ دَعْوَى صَحِيحَةٍ وَشَهَادَةٍ مُسْتَقِيمَة.

(**وإذا قضى القاضي في حادثة**)؛ أي: في دعوى حادثة (**ببينة، ثم قال: رجعت عن قضائي، أو بدا لي غير ذلك**) القضاء؛ بأن تحول رأيه واجتهاده، (**أو وقعت في تلبيس الشهود، أو أبطلت حكمي، ونحو ذلك.. لا يعتبر، والقضاء ماض إن كان بعد دعوى صحيحة**)؛ بأن وجدت الشروط المعتبرة في دعوى الدين والعين في العقار؛ كما ذكر في باب الدعوى.

(**وشهادةٍ مستقيمة**)، وذلك؛ لأن رأيه الأول قد ترجح بالإمضاء، فلا ينقض باجتهاد مثله، ولا يملك الرجوع عنه، ولا إبطاله؛ لأنه تعلق به حق الغير، وهو المدعي، ألا ترى: أن الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء.. لا يصح رجوعه، ولا يملك إبطاله؛ لما ذكرنا فكذا القاضي.

لكنه يقضي في المستقبل باجتهاده الثاني.

ولو قضى باجتهاده، ثم تبين نص بخلافه.. فإنه يبطل قضاؤه؛ لأن الرأي دون النص.

قال في «الخلاصة»: إذا قضى القاضي في حادثة، ثم ظهر له رأي بخلافه.. قال محمد: ينقض قضاؤه.

وقال أبو يوسف: لا ينقض.

والقاضي إذا بدا له أن يرجع عن القضاء؛ إن كان الذي قضى خطأ لا خلاف فيه.. يرده، وإن كان مختلفاً فيه.. أمضاه، وفي المستقبل: يقضي بالذي يرى أنه أفضل؛ فإن ظهر له نص بخلاف قضائه.. ينقض قضاؤه. انتهى.

ثم قال فيه أيضاً: إن كان الدعوى في حقوق العباد؛ كالقصاص والطلاق والنكاح والعتق؛ إن ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف، إن قال القاضي:

وَمَن لَهُ على آخرَ حقٌّ فَخَبَأ قوماً، ثمَّ سَأَلَهُ عَنهُ، فأَقَرَّ بِهِ وهم يرونَهُ ويسمعونَهُ، وَهُوَ لَا يراهم.. صحَّتْ شَهَادَتهم عَلَيْهِ.

وَإِن سمعُوا كَلَامه وَلم يَروه.. فَلَا.

تعمدت.. يضمن، والضمان في ماله، ويعزر للجناية.

وإن كان خطأ.. يضمن المقضي له الدية.

وفي الطلاق [٨٣٢/أ]: ترد المرأة إلى زوجها.

وفي العتق: يرد العبد إلى مولاه.

وفي حقوق الله تعالى؛ كحد الزنا والشرب والسرقة؛ إذا ظهر أن الشهود عبيد، وقال: تعمدت.. فهو ضامن الدية.

وإن كان خطأ.. فضمانه في بيت المال.

وهذا: إذا ظهر الخطأ بالبينة.

أما إذا أقر القاضي بذلك.. لا يصدق، ولا يبطل القضاء؛ كالشهود إذا رجعوا. انتهى.

وهكذا ذكره في «البزازية» وقال: وهذا إذا ظهر الخطأ بالبينة أو بإقرار المقضي له.

(**ومن له على آخر حق فخبأ**) في «المصباح»: خبات الشيء خبأ مهموز، من باب نفع: سترته، وترك الهمز تخفيفاً؛ لكثرة الاستعمال، وربما همزت على الأصل.

(**قوماً، ثم سأله عنه**)؛ أي: عن الحق، (**فأقر به**)؛ أي: أقر الآخر بالحق (**وهم**)؛ أي: القوم المستورون (**يرونه**)؛ أي: الآخر، (**ويسمعونه**)؛ أي: يسمعون إقراره، (**وهو**)؛ أي: الآخر (**لا يراهم.. صحت شهادتهم عليه**)؛ لأن الإقرار موجب بنفسه، وقد علموه يقيناً، وهو الركن في أداء الشهادة.

(**وإن سمعوا كلامه ولم يروه.. فلا**) تصح شهادتهم عليه؛ لأن الصوت يشبه الصوت، فيحتمل أن يكون المقر غيره.. فلا تجوز الشهادة مع الاحتمال.

وَلَو بِيَع عقارٌ وَبَعض أَقَارِبِ البَائِعِ حَاضِرٌ يَعلمُ البيعَ وَسكتَ.. لَا تُسمَعُ دَعْوَاهُ بعدَهُ.

إلا إذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه غيره، ثم جلسوا على الباب، وليس للبيت مسلك غيره، ثم دخل رجل، فسمعوا إقرار الرجل ولم يروه وقت الإقرار؛ لأن العلم حصل لهم في هذه الصورة، فجاز لهم أن يشهدوا عليه.

(ولو بيع عقار، وبعض أقارب البائع حاضر يعلم البيع وسكت.. لا تسمع دعواه بعده).

أطلق الأقارب فشمل السببية والنسبية، فيشمل: الزوج والزوجة أيضاً.

وإنما قيد بالأقارب؛ لأنهم فرقوا في هذه المسألة بين الأقارب والأجنبي. ففي آخر كتاب الدعوى من «البزازية»: إذا باع عقاراً وامرأته أو ولده حاضر ساكت، ثم ادعاه لنفسه.. قال صاحب «المنظومة»: اتفق أساتيذنا على أنه لا تسمع دعواه، ويجعل سكوته رضا للبيع؛ قطعاً للتزوير والأطماع، والحيل والتلبيس، وجعل الحضور وترك المنازعة إقراراً بأنه ملك البائع.

وقال الإمام ظهير الدين: فتوى أئمة بخارى على أن سكوته لا يكون تسليماً له، وله المطالبة والدعوى؛ كما إذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب؛ لأن سكوت الناطق لا يكون إقراراً، وأئمة خوارزم على رأي أئمة سمرقند [٨٣٢/ب].

وفي الفتاوى: يتأمل المفتي في ذلك؛ إن رأى المدعي الساكت ذا حيلة.. أفتى بعدم السماع، لكن الغالب على أهل الزمان: الفساد.. فلا يفتي بما اختاره أهل خوارزم. انتهى كلام «البزازية».

وهكذا ذكر قاضي خان قبيل باب الربا.

وقال في «الزيلعي»: لا فرق في ذلك بين الأقارب والأجنبي في كون سكوت الحاضر إقراراً، واستدل على ذلك بمسألة نقلها عن «كفاية النهاية»، وذكرت في «شرح الأشباه»: أنه استدلال فاسد؛ لأنه من قبيل القياس مع الفارق، فليراجع.

وَلَو وهبتِ امْرَأَةٌ مهرَهَا مِن زَوجِهَا ثمَّ مَاتَت، فَطلبَ أَقَارِبُها الْمهْرَ وَقَالُوا: كَانَتِ الْهِبَةُ فِي مرضِ مَوتِهَا، وَقَالَ: بل فِي صِحَّتهَا.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

وَلَو أقرَّ بِحَقٍ، ثمَّ قَالَ: كنتُ كَاذِباً فِيمَا أَقرَرتُ.. حلفَ الْمقَرُّ لَهُ: أَنَّ الْمقِرَّ لم يكن كَاذِباً فِيمَا أقرَّ، وَلستَ بمبطلٍ فِيمَا تَدَّعِي عَلَيْهِ، عِنْدَ أَبي يُوسُفَ، وَبِه يُفْتى.

وَالْإِقْرَارُ لَيْسَ سَبباً للْملكِ.

(ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها، ثم ماتت، فطلب أقاربها المهر وقالوا: كانت الهبة في مرض موتها، وقال) الزوج: **(بل في صحتها.. فالقول له)**؛ أي: للزوج.

والقياس: أن يكون القول للورثة؛ لأن الهبة حادثة، والأصل في الحوادث: أن تضاف إلى أقرب الأوقات.

وجه الاستحسان: أنهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج، والوارث يدعي العود إليه، والزوج ينكر العود، والقول: قول المنكر مع يمينه، والبينة: بينة المدعي.

(ولو أقر بحق، ثم قال: كنت كاذباً فيما أقررت.. حلف المقر له أن المقر لم يكن كاذباً فيما أقر، ولست) أنت **(بمبطل فيما تدعي عليه، عند أبي يوسف، وبه يفتى)**.

فإن قيل: كيف يدعي المقر كذبه، وكيف يحلف المقر على عدم كذبه، مع أن سبب الملك تحقق منه وهو الإقرار؟

فأجاب عنه بقوله: **(والإقرار ليس سبباً للملك)**، وهذا استحسان، وبه أخذ أبو يوسف.

وجهه: أن العادة جرت بين الناس: أنهم يكتبون الصك إذا أرادوا الاستدانة قبل الأخذ، ثم يأخذون المال.. فلا يكون الإقرار تمليكاً وتسبباً للملك، وعليه الفتوى؛

وَلَو قَالَ لآخرَ: وَكَّلتُكَ بِبيعِ هَذَا، فَسكتَ.. صَارَ وَكيلاً.

وَمنَ وكَّلَ امْرَأَتَهُ بِطَلَاقِ نَفسِهَا.. لَا يملكُ عزلَها.

وَلَو قَالَ لآخرَ: وَكَّلتُكَ بِكَذَا، على أَنِّي مَتى عزلتُكَ فَأَنتَ وَكيلِي.. فطريقُ عَزلِهِ أَن يَقُولَ: عزلتُكَ، ثمَّ عزلتُكَ.

لتغير أحوال الناس، وكثرة الخداع والخيانات، وهو يتضرر بذلك، والمدعي لا يتضرر باليمين إن كان صادقاً، فيصار إليه.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له، وهو القياس؛ لأن الإقرار حجة ملزمة شرعاً.. فلا يصار معه إلى اليمين؛ كالبينة.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن الإقرار هل هو تمليك أو إخبار؟ وقد مر بيانه في الإقرار.. فليراجع.

(ولو قال الآخر: وكلتك ببيع هذا، فسكت.. صار وكيلاً)؛ لأن سكوته قبول عادة، وقد ذكرنا في هذا الشرح، وفي «شرح الأشباه»: أن السكوت في مواضع كثيرة: قبول وإقرار.

(ومن وكل امرأته بطلاق نفسها.. لا يملك عزلها)؛ لأنه يمين من جهته، لما فيه من معنى التعليق، وهو تعليق بفعلها.. فلا يصح الرجوع في اليمين، وهو تمليك من جهتها؛ لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، وهي عاملة لنفسها.. فلا تكون وكيلة، بخلاف الأجنبي.

(ولو قال لآخر: وكلتك بكذا، على) [٨٣٣/أ] (أني متى عزلتك فأنت وكيلي فطريق عزله أن يقول: عزلتك، ثم) يقول: (عزلتك)؛ لأنه لما قال: عزلتك.. ينعزل عن الوكالة المنجزة، وتنجزت المعلقة بالعزل، فصار وكيلاً جديداً، ثم بالعزل الثاني: انعزل عن الوكالة الثانية.

والأصل في هذا: أن الوكالة مما تقبل التعليق بالشرط، أي شرط كان، فيجوز تعليقها بالعزل؛ فإذا عزله.. انعقدت المعلقة بالعزل، فتصير منجزة؛ فإذا عزله.. انتهت الوكالة.

وَلَو قَالَ: كلَّما عزلتُكَ فَأَنت وَكيلِي.. فطريقه أَن يَقُولَ: رجعتُ عَنِ الْوَكَالَةِ الْمُعَلَّقَةِ وعزلتُكَ عَنِ المنجَّزَةِ.

(ولو قال: كلما عزلتك فأنت وكيلي.. فطريقه) أي: طريق عزله (أن يقول: رجعت عن الوكالة المعلقة، وعزلتك عن المنجزة).

واعلم: أن هذه الوكالة سماها الفقهاء: «وكالة معلقة»، اختلف فيها نصير بن يحيى، ومحمد بن سلمة:

فقال نصر: تجوز هذه الوكالة بهذا الشرط.

وقال محمد: لا تجوز؛ لأن الوكالة شرعت غير لازمة؛ فلو جاز التوكيل بهذا الشرط.. لا يتمكن من إخراجه عن الوكالة، فتصير لازمة، وهو قلب الموضوع.

ووفق الفقيه أبو جعفر بينهما وقال: تفسير هذا الكلام على قول محمد: أني كلما أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي بهذه الوكالة، ولو صرح بذلك.. كان باطلاً؛ لأن الوكالة شرعت على وجه يرد عليها العزل، وهو قصد بهذا: أن لا يرد العزل على الوكالة.. فيكون باطلاً.

وتفسيره على قول نصير: أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة.. يصير وكيلاً بوكالة مستقبلة، تعلق لزومها ببطلان الوكالة الأولى، ولو صرح بذلك.. كان جائزاً، ولا يكون مخالفاً حكم الشرع.

ثم إذا ثبت الاختلاف بينها في هذه المسألة؛ فمن أراد تصحيح هذه الوكالة عند الكل.. ينبغي أن يقول: «كلما أخرجتك عن هذه الوكالة».

قال بعضهم: يقول الموكل: رجعت عن قولي: «متى أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي»، فيصح رجوعه، ثم يقول بعد ذلك: أخرجتك عن هذه الوكالة؛ لأن الوكالة المعلقة بطلت بالرجوع؛ فإذا عزل عن الوكالة المنجزة.. لا يصير وكيلاً، وإنما يذكر «رجعت عن الوكالة»؛ احترازاً عن قول أبي يوسف؛ فإن عنده العزل عن الوكالة المعلقة: قبل وجود الشرط، وبه أخذ نصير بن يحيى، والفتوى على قول محمد.

وَقبضُ بدلِ الصُّلْحِ قبلَ التَّفَرُّقِ: شَرطٌ إن كَانَ دَيناً بدَينٍ، وإلَّا.. فَلَا.

وقال بعضهم: طريق الإخراج عن هذه الوكالة أن يقول: عزلتك كما وكلتك.

وقال شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي: أن يقول: عزلتك عن الوكالات، فينصرف ذلك إلى المعلق والمنجز.

هذه الجملة في «فتاوى قاضي خان».

ومنه ظهر: أن المصنف اختار قول أبي يوسف في طرق العزل؛ فإنه اختار لفظ: «رجعت».

(**وقبض بدل الصلح قبل التفرق: شرط إن كان**) الصلح (**ديناً بدين**)، وذلك بأن وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة؛ بأن صالح على دراهم عن دنانير في الذمة؛ لأن الصلح متى وقع على ما يستحقه الدائن بعقد المداينة [٧٣٣/ب].. يحمل على المعاوضة.

وإذا حمل على المعاوضة.. يكون صرفاً أو بيعاً، وفيهما: لا يجوز الافتراق قبل قبض البدل؛ لما فيه من الافتراق عن الدين بالدين، وذلك منهي عنه؛ لأن النبي ﷺ نهى عن الكالئ بالكالئ، ولذا قال في «قاضي خان»: رجل ادعى على رجل ألف درهم، فأنكر، فاصطلحا على عشرة دنانير وافترقا قبل القبض.. بطل؛ لأن الصلح على غير جنس الحق لا يكون إلا مبادلة، والصرف يبطل بالافتراق من غير قبض.

ولو كان له على رجل ألف درهم جياد، فاصطلحا على عشرة دنانير وافترقا قبل القبض.. بطل.

ولو صالح من الجياد على البنهرجة.. جاز، ولا يكون صرفاً، بل يكون إسقاطاً لصفة الجودة.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن الصلح ديناً بدين (.. **فلا**) يشترط قبض بدل الصلح، وذلك:

- إما بأن وقع الصلح على بعض جنس ما يستحقه الدائن بعقد المداينة؛ لأن

وَمَنِ ادّعى على صبيٍّ دَاراً، فَصَالَحَهُ أَبوهُ على مَالِ الصَّبِي؛ فَإِن كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ.. جَازَ الصُّلْحُ إِن كَانَ بِمثلِ الْقِيمَةِ أَو أَكثرَ ممَّا يَتَغَابَنُ فِيهِ.

وَإِن لم يكن لَهُ بَيِّنَةٌ، أَو كَانَت غيرَ عادلةٍ.. لَا يجوزُ.

الصلح عما يستحق الدائن بعقد المداينة على بعض جنسه: أخذٌ لبعض حقه، وإسقاطٌ لباقيه، لا معاوضة؛ لأن حمله على المعاوضة يفضي إلى الربا، فلا يحمل عليها.

فلو صالح عن ألف دين على بعضه، أو على ألف مؤجل.. جاز؛ لأنه يجعل مستوفياً لبعض حقه، ومسقطاً لبعضه في الأولى، وفي الثانية: يجعل كأنه أجل نفس الحق؛ تحرياً للجواز.

ولو حمل على المعاوضة.. لفسد؛ لأن بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز إلا مثلاً بمثل يداً بيد، فلا يصار إليه.

وكذا: لو صالح عن الألف على خمسمائة مؤجلة.. جاز، وكأنه أبرأه عن النصف، وأخر النصف.

- وإما بأن وقع الصلح على غير معين؛ كما إذا وقع على شعير بعينه، عن حنطة في الذمة مثلاً.. فإنه لا يبقى ديناً في الذمة، فجاز الافتراق عنه قبل القبض، وإن كان مال الربا.

(**ومن ادعى على صبي داراً، فصالحه أبوه على مال الصبي؛ فإن كان له**)؛ أي: للمدعي (**بينة.. جاز الصلح إن كان بمثل القيمة**)؛ بأن يساوي قيمة الدار بدل الصلح، (**أو أكثر**)؛ أي: أو كان البدل أكثر (**مما يتغابن فيه**)؛ أي: بقدر ما يتغابن فيه عادة.

كلمة «من»: بيان للأكثر، وهذا لأن في هذا الصلح منفعة للصبي بسلامة عين الدار له.. فيجوز.

(**وإن لم يكن له**) أي: للمدعي (**بينة، أو كانت**) بينة (**غير عادلة.. لا يجوز**)؛ لأن الأب صار في هذا الصلح متبرعاً بمال الصبي؛ لأن المدعي لم يستحق شيئاً من مال

وَمَن قَالَ: لَا بَيِّنَةَ لي، ثمّ برهَنَ.. صَحَّ.

وَكَذَا لَو قَالَ: لَا شَهَادَة لي فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ، ثمّ شهدَ.

الصبي عند عدم الصلح؛ لعدم بينة أو لعدم عدالة بينة.. فلا يجوز.

بخلاف الصورة الأولى؛ لأن المدعي فيها استحق عين الدار بالبينة العادلة لولا الصلح.. فلا يكون الأب متبرعاً بمال الصبي بالصلح، بل مشترياً له، فيجوز.

ولو كان الأب هو المدعي للصغير، ولا بينة له.. يجوز؛ لأنه لم يثبت للصغير فيما ادعاه الأب له ملك [٨٣٤/أ]، ولا التمكن من الأخذ؛ لعدم البينة، فكان بالصلح محصلاً له مآلاً من غير أن يخرج بشيء من مال الصبي، فكان نفعاً محضاً.

وإن كان للأب بينة عادلة.. لا يجوز إلا بالمثل أو بأقل قدر مما يتغابن الناس فيه.

ووصي الأب في هذا: مثل الأب؛ كذا في «الزيلعي».

(ومن قال: لا بينة لي، ثم برهن.. صح) برهانه؛ لإمكان التوفيق بينهما؛ بأنه كانت له بينة فنسيها، ثم ذكرها بعد ذلك، أو كان لا يعلمها، ثم علمها.

وعن أبي حنيفة: أنها لا تقبل؛ لأنه أكذب نفسه.

(وكذا لو قال: لا شهادة لي في هذه القضية، ثم شهد)؛ أي: تقبل شهادته؛ لإمكان التوفيق بينهما؛ بأنه يقول: نسيت ثم تذكرت.

وكذا: تقبل لو قال المدعي: ليس لي عند فلان شهادة، ثم جاء به فشهد له؛ لإمكان التوفيق أيضاً؛ لأنه يقول: نسيت، أو لا يعلمها، ثم علمها.

وكذا لو قال: لا أعلم حقاً على فلان، ثم أقام البينة أن له عليه حقاً.. تقبل؛ لإمكان الخفاء عليه، فأمكن التوفيق.

بخلاف ما إذا قال: ليس لي عليه حق، ثم ادعى عليه حقاً؛ حيث لا تسمع دعواه؛ لأن المناقضة بين الإقرار والدعوى ثابتة، فلا يمكن التوفيق بينهما، ونفي الحجة في هذا: كنفي الشهادة، لا كنفي الحق.

وَلِلْإِمَامِ الذِي ولَّاهُ الْخَلِيفَةُ أَن يُقطِعَ إِنْسَاناً مِنْ طَرِيقِ الجادَّةِ إِن لم يَضُرَّ بالمارَّةِ.

وَمَن صادَرَهُ السُّلْطَانُ وَلم يُعيِّنْ بِبيعِ مَالِهِ فَبَاعَ مَالَهُ.. نَفَذَ.

وَلَو خوَّفَ امْرَأَتَهُ بِالضَّرْبِ حَتَّى وَهَبَت مهرَهَا مِنْهُ.. لَا تصحُّ الْهِبَةُ إِن قَدَرَ على الضَّرْبِ.

وَإِن أَكرَهَهَا على الْخُلْعِ فَفعلَت.. يَقعُ الطَّلَاقُ.........................

حتى لو قال: لا حجة لي على فلان، ثم أتى بحجة.. تقبل؛ لإمكان التوفيق.

ولو قال: هذه الدار، أو هذا العبد ليس لي، ثم أقام بينة أن الدار أو العبد له.. تقبل بينته؛ لأنه لم يثبت بهذا الإقرار حقاً لغيره، وكل إقرار لم يثبت به حق للغير: كان لغواً.

(وللإمام الذي ولاه الخليفة: أن يُقطع إنساناً من طريق الجادة إن لم يضر بالمارة)؛ لأن للإمام ولاية التصرف في حق العامة فيما فيه نظر للعامة؛ فإذا رأى في ذلك مصلحة لهم.. كان له أن يفعله؛ لأن تصرف الإمام دائر على المصلحة.

وله فروع ومباحث في «الأشباه» وبيناه في شرحه.

(ومن صادره السلطان ولم يعين) في مصادرته (ببيع ماله، فباع ماله.. نفذ) البيع؛ لأن الإكراه لم يقع على بيع ماله، فيكون بيعه اختيارياً، غاية الأمر: أنه صار محتاجاً إلى بيعه لإيفاء ما طلب منه السلطان، وذلك ليس بكره عليه؛ كما لو باع المحبوس ماله لدينه؛ فإنه لا يكون كرهاً.

(ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه.. لا تصح الهبة إن قدر) الزوج (على الضرب) الذي هددها به؛ لأن بالقدرة على إيقاع ما هددها به من الضرب: تحقق الكره، فتفسد الهبة.

(وإن أكرهها على الخلع ففعلت.. يقع الطلاق)؛ لأن طلاق المكره واقع كما تقدم في بابه.

وَلَا يجبُ المَالُ.

وَلَو أَحالَت إِنْسَاناً بِالْمهْرِ على الزَّوْجِ، ثمَّ وهَبَتهُ مِنَ الزَّوْجِ. لَا تصحُّ الْهِبَةُ.

وَمنِ اتَّخذَ بِئْراً أَو بالوعةً فِي دَارِهِ، فنزَّ مِنْهَا حَائِطُ جَارِهِ، وَطلبَ تحويلَه.. لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ.

وَإِن سقطَ الْحَائِطُ مِنْهُ.. لَا يضمَنُهُ.

وَمَن عمَّر دَارَ زَوجتِهِ بِمَالِهِ بِإِذْنِهَا.. فالعمارةُ لَهَا،..........

(ولا يجب المال)؛ لعدم الرضاء [٨٣٤/ب]، وهو شرط في وجوب المال.

(ولو أحالت) المرأة (إنساناً بالمهر) الكائن (على الزوج) متعلق بكل من «أحالت» و«الكائن» على طريق التنازع.

صورة المسألة: امرأة أحالت دائنها على زوجها بمهرها الكائن على الزوج، أو وهبت مهرها الذي على الزوج إنساناً من أقربائها، أو أجنبياً، فسلطت الموهوب له على الزوج بقبضه، (ثم وهبته)؛ أي: المهر (من الزوج.. لا تصح الهبة) للزوج؛ لتعلق حق المحتال، وهذا حيلة في عدم سقوط المهر عن الزوج بالهبة منه، ولنا في هذه المسألة بحث لطيف ذكرناه في شرح كتاب الهبة من «الأشباه»، فليراجع.

(ومن اتخذ بئراً أو بالوعة)، في «المصباح»: البالوعة: ثقب ينزل فيه الماء.

(في داره، فنزَّ منها حائط جاره، وطلب تحويله.. لا يجبر عليه)؛ لأنه تصرف في ملكه، وهو غير متعد فيه.

(وإن سقط الحائط منه.. لا يضمنه)؛ لما ذكرناه.

(ومن عمّر دار زوجته)؛ في «المصباح»: عمرت الدار من باب قتل: عمَّر أبنيتها، والاسم: العِمارة بالكسر.

(بماله بإذنها)؛ أي: إذن الزوجة (.. فالعمارة)؛ أي: البناء: (لها)؛ أي: للزوجة؛

وَالنَّفَقَةُ دَينٌ لَهُ عَلَيْهَا.

وَإِن عمَّرها بِلَا إِذْنهَا.. فالعمارةُ لَهَا، وَهُوَ مُتَبَرِّع.

وَإِن عَمَّرَ لنَفسِهِ بِلَا إِذْنهَا.. فالعمارةُ لَهُ.

أي: ملك لها، (والنفقة)؛ أي: الذي صرفه في العمارة من الدراهم: (دين له) للزوج (عليها) على الزوجة؛ لأنها بالإذن بالعمارة: التزمت النفقة له عليها، وإذا لزمت النفقة له عليها.. يكون البناء ملكاً لها؛ لئلا يجتمع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد.

(وإن عمرها بلا إذنها.. فالعمارة لها)؛ أي: للزوجة، (وهو)؛ أي: الزوج (متبرع في النفقة؛ لعدم إذن الزوجة.

هذا، إن عمرها للزوجة، أو سكت ولم ينو شيئاً لنفسه أو للزوجة؛ بقرينة قوله: (وإن عمر لنفسه بلا إذنها.. فالعمارة له)؛ أي: للزوج.

ذكر هذا التفصيل في العمارة في «البزازية» أيضاً؛ حيث قال: أقر بدار لامرأته في صحته، وهي خراب، وعمرها بملكه، ثم مات عن هذه الدارِ وابنٍ له، فادعى الابن: أن العمارة بينهما، وهي: أنها لها وعمارتها؛ إن كان عمرها بإذنها.. فالعمارة لها، والنفقة دين عليها، فتغرم حصة الابن من النفقة.

وإن عمرها بغير إذنها لنفسه.. فالعمارة ميراث، ولها أن تغرم قيمة نصيب الابن من العمارة، وسلمت العمارة لها.

ولو عمرها لها بلا إذنها.. فلها العمارة، ولا شيء عليها من النفقة، وهو متطوع فيه.

وكذا: عمارة كرم زوجته وسائر أملاكها.

وذكر العتابي: عمر دار امرأته بإذنها.. فالعمارة لها، وإلا.. فهي تركة. انتهى كلام «البزازية» ذكره في كتاب الهبة [٨٣٥/أ] في نوع أحكام العمارة.

وَمَن أَخذَ غريماً لَهُ فَنَزَعَهُ إِنْسَانٌ مِن يَدِهِ.. فَلَا ضَمَانَ على النَّازِع.

وَمَن فِي يَدِهِ مَالُ إِنْسَانٍ فَقَالَ لَهُ سُلْطَانٌ: ادفعهُ إِلَيّ، وإِلَّا.. قطعتُ يدَكَ، أَو ضربتُكَ خمسينَ سَوْطاً.. لَا يضمنُ لَو دَفَعَ.

وذكر في حيطان «الخلاصة»: رجل بنى السقف الأعلى في منزل امرأته، ثم أراد رفعه؛ إن بناها بأمرها.. ليس له الرفع، والبناء لها، والنفقة دين عليها.

وكذا: كل من بنى في دار غيره بأمره.. يكون البناء له، وإن بنى بغير أمرها.. له أن يرفع، إلا أن يضر بها.. فحينئذٍ يمنع عن الرفع.

وهذا على وفق ما ذكره العتابي؛ حيث لم يثلث المسألة كما ثلثه المصنف و«البزازية» أولاً.

ثم قال في «الخلاصة» نقلاً عن كتاب «الوصايا» للفضلي: إن بنى لها.. تكون العمارة لها.

وهذا إشارة منه إلى التثليث.

(**ومن أخذ غريماً له**)؛ أي: مديونه، (**فنزعه إنسان من يده.. فلا ضمان على النازع**)؛ لأن ضياع حقه لم يحصل بفعل النازع وهو نزعه، بل إنما حصل بفعل فاعل مختار، وهو: هرب الغريم، فصار النزع سبباً بعيداً، والهرب سبباً قريباً، والأصل: إضافة المسبب إلى السبب القريب دون البعيد؛ كما إذا حل قيد العبد فأبق العبد؛ فإن الحال لا يضمن؛ لأن التلف يضاف إلى إباق العبد؛ لأنه سبب قريب، لا إلى حل الرجل؛ لأنه سبب بعيد.

وكدلالة السارق على مال الغير؛ فإن الدال لا ضمان عليه؛ لأن التلف بفعل السارق، لا بدلالة الدال.

وكمن أمسك هارباً عن عدو حتى قتله العدو؛ فإنه لا ضمان على الممسك، وله نظائر كثيرة.

(**ومن**) كان (**في يده مال إنسان، فقال له سلطان: ادفعه إلي، وإلا قطعت يدك، أو ضربتك خمسين سوطاً.. لا يضمن**) الدافع (**لو دفع**)؛ لأن أمر السلطان كره معتبر

وَلَو وضعَ فِي الصَّحرَاءِ مِنْجَلاً ليصيدَ بِهِ حمَارَ وَحشٍ وسمَّى عَلَيْهِ، فجَاءَ فِي الغد وَوجدَ الْحمارَ مَجروحاً مَيتاً.. لَا يحلُّ أَكلُهُ.

وَيكرَهُ مِنَ الشَّاةِ: الحَياءُ، والخصيةُ، والمثانةُ،.....................

شرعاً؛ لأنه قادر على إيقاع ما هدده.. فلا ضمان عليه، ويضمن السلطان؛ لأنه مكره متلف.

ولو قال السلطان: ادفعه إلى فلان، وأخذه فلان مختاراً.. فالضمان على السلطان أو الآخذ، وصاحب المال مخير أيهما شاء يضمِّن.

ولو كان الآخذ مجبوراً.. فالضمان على السلطان فقط.

(**ولو وضع في الصحراء منجلاً ليصيد به حمار وحش**) ونحوه (**وسمى عليه**) ليحل أكله، (**فجاء في الغد**) قيد اتفاقي لا احترازي؛ إذ لو جاء في ساعته فالحكم أيضاً كذلك.

(**ووجد الحمار مجروحاً ميتاً.. لا يحل أكله**)، علله في «الزيلعي» بأن شرط الحل: أن يذبحه أو يجرحه، وبدون ذلك لا يحل، فصار كالنطيحة والمتردية في الآية.

يريد: أنه لم يتيقن أنه مات من جرحه، وقد تقدم ما يتعلق بهذه المسألة في كتاب الصيد.

(**ويكره من الشاة**) أكل (**الحياء**)، في «المصباح» [٨٣٥/ب]: حياء الشاة ممدود.

وقال أبو زيد: الحياء: اسم للدبر من كل أنثى من الظلف والخف وغير ذلك.

وقال الفارابي: الحياء: فرج الجارية والناقة. انتهى.

(**والخصية**) معروف، مثناه: خصيتان.

(**والمثانة**)، في «المصباح»: هو مستقر البول من الإنسان والحيوان، وموضعها من الرجل: فوق المعا المستقيم، ومن المرأة: فوق الرحم، والرحم فوق المعا المستقيم.

وَالذَّكَرُ، والغُدَّةُ، والمرارةُ، وَالدَّمُ المسفوحُ.

وللقاضي أَن يُقْرِضَ من مَالِ الْغَائِبِ والطِّفلِ واللُّقَطَةِ.

وَلَو كَانَت حَشَفَةُ الصَّبِيِّ ظَاهِرَةً، مَن رَآهُ ظَنَّه مختتناً وَلَا تُقطَعُ جِلدَةُ ذَكَرِهِ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ.. جَازَ تركُ خِتَانِهِ.

وَكَذَا شيخٌ أَسلَمَ وَقَالَ أهلُ البصرِ: لَا يُطيقُ الْخِتَانَ.

(والذكر) معروف.

(والغدة)، في «المصباح»: الغدة: لحم يحدث عن داء بين الجلد واللحم، يتحرك بالتحريك.

(والمرارة) معروف.

(والدم المسفوح)؛ أي: المصبوب.

(وللقاضي أن يقرض من مال الغائب والطفل واللقطة)؛ لأن في الإقراض مصلحة لهم؛ لبقاء مالهم محفوظة مضمونة، والقاضي يقدر على الاستحفاظ والاسترداد.

(ولو كانت حشفة الصبي ظاهرةً، مَن) موصولة (رآه) صلة لمَن (ظنه) خبر لمن (مختتناً، ولا تقطع) عطف على «ظاهرة» (جلدة ذكره إلا بمشقة.. جاز ترك ختانه)؛ لأن ترك الواجب بالعذر: جائز، وترك السنة أولى.

والختان من سنة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام من زمان إبراهيم ﷺ.

قيل: أربعة عشر نبياً ولد مختوناً: آدم عليه السلام وشيث عليه السلام، ونوح عليه السلام، وهود عليه السلام، [ولوط عليه السلام]، وصالح عليه السلام، وشعيب عليه السلام، ويوسف عليه السلام، وموسى عليه السلام، وسليمان عليه السلام، وزكريا عليه السلام، وعيسى عليه السلام. وحنظلة بن صفوان، ونبينا محمد ﷺ.

(وكذا شيخ أسلم وقال أهل البصر: لا يطيق الختان)؛ لأنه معذور، وخبر أهل البصر معتبر.

وَوقتُ الْخِتَانِ غيرُ مَعْلُومٍ.

وَقيلَ: سبعُ سِنِينَ.

وَلَا يجوزُ أَن يُصَلَّى على غيرِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمَلَائِكَةِ إِلَّا بطرِيقِ التَّبَعِ.

وَلَا الْإِعْطَاءُ باسمِ النَّيروزِ والمَهرجانِ.

وَلَا بَأْسَ بِلُبْسِ القَلانسِ.

وللشَّابِّ الْعَالِمِ أَن يتَقَدَّمَ على الشَّيْخِ الْجَاهِلِ.

(ووقت الختان غير معلوم) على الصحيح.

(وقيل: سبع سنين)، وقيل: تسع سنين، وقيل: حتى يبلغ، وقيل: عشر سنين.

(ولا يجوز أن يصلي على غير الأنبياء والملائكة إلا بطريق التبع)؛ بأن يقول: اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم، وذلك لما فيه من تعظيم النبي ﷺ.

واختلف في الترحم، قيل: يجوز، وقيل: لا.

(ولا الإعطاء باسم النيروز والمهرجان)؛ أي: لا يجوز الإهداء باسم هذين اليومين، قال أبو جعفر الكبير: لو أن رجلاً عبدَ الله خمسين سنة، ثم جاء النيزوز وأهدى إلى بعض المشركين بيضة يريد تعظيم ذلك اليوم.. فقد كفر وحبط عمله[1] فصاعدا (ولا بأس بلبس القلانس)[2]؛ لما روي أن النبي ﷺ كان له قلانس يلبسها، وقد صح ذلك.

(وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل)؛ لما مر أنه أفضل منه، قال الله

---

(١) إلى هنا ينتهي مخطوط الكتاب، وبقي جزء من المسائل المنثورة، و كتاب الفرائض، لم يذكره المصنف، وإتماماً للفائدة رأينا إلحاق تمام شرح المتن من «مجمع الأنهر»، والله الموفق والهادي للصواب.

(٢) من هنا إلى نهاية الكتاب التتمة من كتاب «مجمع الأنهر».

ولحافظِ الْقُرْآنِ أَن يخْتمَ فِي أَرْبَعِينَ يَوْماً.

تعالى: ﴿هَلۡ يَسۡتَوِي ٱلَّذِينَ يَعۡلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعۡلَمُونَ﴾، ولهذا.. يقدم في الصلاة وهي أحد أركان الإسلام، وقال الله تعالى: ﴿أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡ﴾، والمراد بأولي الأمر: العلماء في أصح الأقوال، والمطاع شرعاً.. يقدم، والعلماء ورثة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة.

(ولحافظ القرآن أن يختم في أربعين يوماً)؛ لأن المقصود من قراءة القرآن: فهم معانيه، والاعتبار بما فيه، لا مجرد التلاوة، وذلك يحصل بالتأني لا بالتواني في المعاني؛ فقدروا للختم: أقله بأربعين يوماً يقرأ في كل يوم حزباً ونصف حزب وأقل.

ولله در المصنف رحمه الله تعالى أنه ختم كتابه في بيان قراءة القرآن وكيفية الختم.

* * *

(كتاب الفرائض)

(كتابُ الْفَرَائِضِ)

يبْدَأُ مِن تَرِكَةِ الْمَيّتِ بتجهيزِهِ وَدَفنِهِ، بِلَا إِسْرَافٍ وَلَا تقتيرٍ.

(كِتَابُ الفَرَائِضِ)

وجه التأخير: بيّن، فلا يحتاج إلى البيان.

هي: جمع فريضة من الفرض، وهو التقدير، يقال: فرض القاضي النفقة؛ أي: قدّرها، وسمي هذا العلم: **فرائض**؛ لأن الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره إلى ملك مقرب، ولا نبي مرسل، وبين نصيب كل واحد؛ من: النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس، بخلاف سائر الأحكام؛ كالصلاة والزكاة والحج وغيرها؛ فإن النصوص فيها مجملة، وإنما السنة بيّنتها.

وهذا العلم من أشرف العلوم؛ قال ﷺ: «العلم ثلاثة، وما سوى ذلك فضل: آية محكمة، أو سنة قائمة، أو فريضة عادلة»، وقد حث ﷺ على تعليمه وتعلمه بقوله: «تعلموا الفرائض وعلموها؛ فإنها نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينزع من أمتي».

(**يبدأ من تركة الميت**) الخالية عن تعلق حق الغير بعينها؛ كالرهن، والعبد الجاني، والمشتري قبل القبض؛ فإن صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال حياته، وإن لم يكن.. يبدأ (**بتجهيزه ودفنه**)؛ اعتباراً لحالة الحياة؛ فإن المرء يقدم نفسه في حياته فيما يحتاج إليه من: النفقة والكسوة والسكنى على أصحاب الديون، ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله، فكذا بعد وفاته؛ فإنه يقدم تجهيزه ودفنه.

(**بلا إسراف، ولا تقتير**) وهو قدر كفن الكفاية، أو كفن السنة، أو قدر ما يلبسه في حياته من أوسط ثيابه، أو من الذي يتزين به في الأعياد والجُمَع والزيارات، على ما اختلفوا فيه.

وقال أبو يوسف: كفن المرأة على زوجها، خلافاً لمحمد.

قال الصدر الشهيد وقاضي خان: الفتوى على قول أبي يوسف.

ثُمَّ تُقضَى دُيُونُهُ، ثُمَّ تُنَفَّذُ وَصَايَاهُ مِن ثُلُثِ مَا بَقِيَ بعدَ الدَّينِ.

ثُمَّ يقسمُ الْبَاقِي بَينَ ورثتِهِ.

وَيُسْتَحقُّ الْإِرْثُ: بِنسَبٍ، وَنِكَاحٍ وَوَلَاءٍ.

وَيُبدَأُ بأصحابِ الْفُرُوضِ، ثمَّ بالعَصَباتِ النسبيَّةِ،..........

(**ثم تقضى ديونه**) من جميع ماله الباقي بعد التجهيز والدفن؛ أي: ثم يبدأ بوفاء دَينه الذي له مُطالِب من جهة العباد، لا دَين الزكاة والكفارات ونحوها؛ لأن هذه الديون تسقط بالموت، فلا يلزم الورثة أداؤها، إلا إذا أوصى بها أو تبرعوا بها من عندهم.

(**ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد الدين**)؛ أي: ثم يبدأ بوصيته؛ أي: بتنفيذها من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين، وفي أكثر من الثلث.. لا يجوز إلا بإجازة الورثة على ما مر.

ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى، بل تشريك لهم؛ حتى إذا سلم له شيء.. سلم للورثة ضعفه أو أكثر.

(**ثم يقسم الباقي بين ورثته**)؛ أي: الذين ثبت إرثهم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

(**ويستحق الإرث: بنسب، ونكاح، وولاء**)؛ كما سيأتي مفصلاً.

(**ويبدأ بأصحاب الفروض**)؛ أي: كل صاحب سهم مقدر في الكتاب أو في السنة أو الإجماع؛ كما ذكره السرخسي، وتقديمهم على العصبة؛ لقوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقته.. فلأولى رجل ذَكَرٍ».

(ثم) يبدأ (**بالعصبات النسبية**)؛ فإن العصوبة النسبية أقوى من السببية.

يرشدك إلى ذلك: أن أصحاب الفروض النسبية: يرد عليهم دون أصحاب الفروض السببية؛ أعني الزوجين.

ثمَّ بالمعتِقِ، ثمَّ عصبتِهِ، ثمَّ الردِّ ثمَّ ذَوي الْأَرْحَامِ، ثمَّ مولى الْمُوَالَاةِ، ثمَّ الْمَقرِّ لَهُ بِنَسَبٍ لم يَثبُتْ، ثمَّ الْمُوصى لَهُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ، ثمَّ بَيتِ المَالِ.

(ثم) يبدأ (بالمعتِق) - بكسر التاء - مذكراً كان أو مؤنثاً؛ فإن من أعتق عبداً أو أمةً.. كان الولاء له، ويرثه، ويسمى ذلك: ولاء العتاقة والنعمة.

(ثم عصبته)؛ أي: يبدأ عند عدم مولى العتاقة بعصبته من الذكور.

وهذا قيد لا بد منه؛ لقوله ﷺ: «ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن»... الحديث.

(ثم الرد)؛ أي: يبدأ بعد العصبات السببية بالرد على ذوي الفروض النسبية؛ لبقاء قرابتهم بعد أخذ فرائضهم دون ذوي الفروض السببية.

(ثم ذوي الأرحام)؛ أي: يبدأ عند عدم الرد؛ لانتفاء ذوي الفروض النسبية بذوي الأرحام، وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة، ولا ذوي سهم.

(ثم مولى الموالاة)؛ أي: عند عدم هؤلاء المذكورين.. يبدأ في جميع الميراث بمولى الموالاة إن لم يوجد أحد الزوجين، وإن وجد.. يبدأ به أيضاً، لكن في الباقي من فرضه، وتفصيل حال مولى الموالاة قد مر في موضعه.

(ثم المقر له بنسب) على الغير (لم يثبت) نسبه بإقراره من ذلك الغير إذا مات المقر على إقراره؛ يعني: أن هذا المقر له مؤخر في الإرث عن مولى الموالاة، ومقدم على الموصى له بجميع المال، وفصله السيد في شرح الفرائض.. فليطالع.

(ثم الموصى له بأكثر من الثلث)؛ أي: إذا عدم من تقدم ذكره.. يبدأ بمن أوصى له بجميع المال، فيكمل له وصيته؛ لأن منعه عما زاد على الثلث لأجل الورثة؛ فإذا لم يوجد أحد منهم.. فله عندنا ما عين له كاملاً، وإنما أخر عن المقر له: بناءً على أن له نوع قرابة، بخلاف الموصى له.

(ثم بيت المال)؛ أي: إذا لم يوجد أحد من المذكورين.. توضع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع، فصار فيئاً لجميع المسلمين، فيوضع هناك، وليس ذلك بطريق الإرث.

وَيَمْنَعُ الْإِرْثَ: الرِّقُّ وَالْقَتْلُ - كَمَا مرَّ - وَاخْتِلَافُ المِلَّتَينِ، وَاخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ حَقِيقَةً أَو حكماً.

وَالْمُجْمَعُ على توريثهم من الرِّجَالِ عشرَةٌ: الْأَبُ وَأَبوهُ، وَالِابْن وَابْنه، وَالْأَخُ وَابْنُهُ، وَالْعمُّ وَابْنُهُ، وَالزَّوْجُ، ومولى النِّعْمَةِ.

وَمنَ النِّسَاءِ سبعٌ: الْأُمُّ، وَالْجدَّةُ، وَالْبِنْتُ، وَبنتُ الابْنِ، وَالْأُخْتُ، وَالزَّوْجَةُ، ومولاةُ النِّعْمَةِ.

وعند الشافعية: أن بيت المال منتظماً يقدم على ذوي الأرحام والرد، ولا ميراث عندهم أصلاً لمولى الموالاة، ولا للمقر له بالنسب على الغير، ولا للموصى له بجميع المال.

(ويمنع الإرث):

١-(الرقُّ)؛ وافراً كان أو ناقصاً؛ لأن جميع ما في يده من المال.. فهو لمولاه، فلو ورثناه عن أقربائه.. لوقع الملك لسيده، فيكون توريثاً للأجنبي بلا سبب، وإنه باطل إجماعاً.

٢-(والقتل كما مر) تفصيله في الجنايات.

٣-(واختلاف الملتين)، فلا يرث الكافر من المسلم إجماعاً، ولا المسلم من الكافر على قول علي وزيد وعامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

وإليه ذهب علماؤنا والشافعي كما مر تفصيله.

٤-(واختلاف الدارين حقيقةً)؛ كالحربي والذمي (أو حكماً)؛ كالمستأمن والذمي أو الحربيين من دارين مختلفين كما مر ذكره، فلا حاجة إلى التكرار.

(والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة: الأب، وأبوه)؛ أي: أب الأب، (والابن، وابنه، والأخ، وابنه، والعم، وابنه، والزوج، ومولى النعمة)؛ أي: مولى العتاقة.

(ومن النساء سبع: الأم، والجدة)؛ أي: أم الأم، (والبنت، وبنت الابن، والأخت، والزوجة، ومولاة النعمة)؛ أي: مولاة العتاقة.

وهم ذَوُو فرضٍ وعصبةٍ.

فذو الْفَرْض: من لَهُ سهمٌ مقدّرٌ.

والسِّهامُ الْمقدَّرَةُ فِي كتابِ اللهِ تَعَالَى سِتَّةٌ: النّصْفُ، وَالرّبعُ، وَالثمنُ، وَالثُّلُثَانِ، وَالثلثُ،..

(وهم)؛ أي: الوارثون المجمع على توريثهم قسمان: (ذوو فرض، وعصبة)؛ أي: المورث.

(فذو الفرض: من له سهم مقدر).

(والسهام المقدرة في كتاب الله تعالى ستة) :

١-(النصف)، وقد ذكر في كتاب الله تعالى في ثلاثة مواضع:

فقال:﴿ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً ﴾؛ أي: البنت ﴿فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ﴾.

وقال: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ ﴾.

وقال: ﴿وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾.

٢-(والربع)، وقد ذكر في موضعين؛ حيث قال:﴿فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾، وقال:﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾.

٣- (والثمن)، وقد ذكر في موضع؛ حيث قال: ﴿فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾.

٤- (والثلثان)، وقد ذكر في موضعين:

قال: في حق البنات: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾.

وفي حق الأخوات: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ ﴾.

٥- (والثلث)، وقد ذكر في موضعين؛ حيث قال:﴿فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾، وقال: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ ﴾؛ أي: أولاد الأم أكثر من ذلك ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾.

وَالسُّدُس.

فالنصف: للْبِنْتِ، وَبنتِ الابْنِ عِنْدَ عدمِهَا، وَللْأُخْتِ لِأَبَوَيْنِ، وَللْأُخْتِ لأَبٍ عِنْدَ عدمهَا إِذا انفردنَ.

وَللزَّوْجِ عِنْدَ عدمِ الْوَلَدِ وَولدِ الابْنِ.

وَالرّبعُ: لَهُ عِنْدَ وجودِ أَحدِهِمَا،..

٦- (والسدس)، وقد ذكر في ثلاثة مواضع؛ حيث قال: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾.

وقال: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾.

وقال: في حق ولد الأم: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾.

ثم شرع في التفصيل، فقال:

[بيان من يستحق النصف]:

(فالنصف: للبنت، وبنت الابن عند عدمها)؛ أي: عدم البنت؛ لأن بنت الابن قامت مقامها إذا عدمت البنت.

(و) النصف (للأخت لأبوين، وللأخت لأب عند عدمها)؛ أي: عدم الأخت لأبوين (إذا انفردن) عن إخوتهن، وأما إذا اختلطن بهم.. تصير عصبات بهم، ويكون للذكر حظ الأنثيين كما سيأتي.

(و) النصف (للزوج عند عدم الولد وولد الابن)، وقيد بولد الابن ليخرج ولد البنت؛ فإن الحكم لا يكون كذلك، بل يكون لها الربع معه.

[بيان من يستحق الربع]:

(والربع له)؛ أي: للزوج (عند وجود أحدهما)، وإن سفل؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾ فيستحق كل زوج: إما النصف وإما الربع مما تركته امرأته.

وللزوجةِ وَإِن تعدَّدت عِنْدَ عدمِهما.

وَالثمنُ: لَهَا كَذَلِكَ عِنْدَ وجودِ أَحدِهِمَا.

وَالثُّلُثَانِ لكلِّ اثْنَيْنِ فَصَاعِداً مِمَّن فرضُهنَّ النّصْفُ.

وَالثلثُ: للْأُمِّ عِنْدَ عدمِ الْوَلَدِ وَولدِ الابْنِ، والاثنينِ مِنَ الْإِخوةِ وَالْأَخَوَاتِ،

(وللزوجة) الربع (وإن) وصلية (تعددت عند عدمهما)؛ أي: الولد أو ولد الابن؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّكُمۡ وَلَدٌ﴾.

[بيان من يستحق الثمن]:

(والثمن لها)؛ أي: للزوجة.

(كذلك عند وجود أحدهما)؛ أي: الولد أو ولد الابن وإن سفل؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَكُمۡ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكۡتُم﴾، وإن كن أكثر من واحدة.. اشتركن فيه لوجهين:

أحدهما: أن يلزم الإجحاف ببقية الورثة؛ لأنه لو أعطى كل واحدة منهن.. يأخذن الكل إذا ترك أربع زوجات بلا ولد، والنصف مع الولد.

والثاني: أن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد؛ كقوله: ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم، فيكون لواحدة الربع أو الثمن عند انفرادها بالنص، وإذا كثرت.. وقعت المزاحمة بينهن، فيصرف إليهن جميعاً على السواء؛ لعدم الأولوية، ولفظ الولد: يتناول ولد الابن، فيكون مثله بالنص أو بالإجماع، فتصير له حالتان.

[بيان من يستحق الثلثين]:

(والثلثان: لكل اثنين فصاعداً ممن فرضهن النصف)، وهن: البنات والأخوات؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾.

[بيان من يستحق الثلث]:

(والثلث للأم عند عدم الولد وولد الابن و) عدم **(الاثنين من الإخوة والأخوات)**، ولها مع هؤلاء السدس.

وَلها ثلثُ مَا يَبْقى بعدَ فرضِ أحدِ الزَّوْجَيْنِ فِي: زوجٍ وأبوينِ، أَو زَوْجَةٍ وأبوينِ.

وَلَو كَانَ مَكَانَ الْأَبِ فيهمَا جدٌّ.. فلهَا ثلثُ الْجَمِيعِ، خلافاً لأبي يُوسُفَ.

وللاثنينِ فَصَاعِداً مِنْ ولدِ الْأُمِّ، يُقسَم لذكرِهم وأُنثاهم بِالسَّوِيَّةِ.

ولفظ الجمع في الإخوة في قوله: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ﴾: يطلق على الاثنين، فيحجب الأم لهما من الثلث إلى السدس من أي جهة كانا أو من جهتين؛ لأن لفظ الإخوة: يطلق على الكل، وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه لم يحجب الأم من الثلث إلى السدس إلا بثلاثة منهم؛ عملاً بظاهر الآية.

(ولها)؛ أي: للأم **(ثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين)**، فيكون لها السدس مع الزوج والأب، والربع مع الزوجة والأب؛ لأنه هو الثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، فصار للأم ثلاثة أحوال: ثلث الكل، وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين، والسدس.

وابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا يرى ثلث الباقي، بل يورثها ثلث الكل، والباقي للأب، وخالف فيه جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

(ولو كان مكان الأب فيهما جد.. فلها)؛ أي: للأم **(ثلث الجميع)** عند الطرفين، فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه.

(خلافاً لأبي يوسف)؛ فإن لها مع الجد أيضاً ثلث الباقي عنده كما في الأب، فعلى هذه الرواية.. جعل الجد كالأب، فيعصب الأم كما يعصبها الأب.

(و) الثلث **(للاثنين فصاعداً من ولد الأم: يقسم)** الثلث **(لذكرهم وأنثاهم بالسوية)**؛ يعني: الأنثى منهم تأخذ مثل ما يأخذ الذكر منهم بلا تفضيل الذكر منهم على الأنثى؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾، والشركة تقتضي المساواة.

وَالسُّدُسُ: لِلْوَاحِدِ مِنْهُم؛ ذكراً أَو أُنْثَى، وَلِلْأُمِّ عِنْدَ وجودِ الْوَلَدِ أَو ولدِ الابْنِ أَو الِاثْنَيْنِ مِنَ الْإِخوةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَلِلْأَبِ مَعَ الْوَلَدِ أَو ولدِ الابْنِ.

وَكَذَا السُّدسُ للْجدّ الصَّحِيحِ عِنْدَ عَدمهِ، وَهُوَ: مَن لَا يدْخلُ فِي نسبتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أُمٌّ؛ فَإِن دخلت.. فجدٌّ فَاسدٌ.

[بيان من يستحق السدس]:

(والسدس للواحد منهم)؛ أي: من أولاد الأم (ذكراً أو أنثى)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمۡرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ والمراد به: أولاد الأم، ولهذا قرأ بعضهم: «وله أخٌ أو أختٌ لأم».

(و) السدس (للأم عند وجود الولد أو ولد الابن أو) وجود (الاثنين من الإخوة والأخوات) كما سبق.

(و) السدس (للأب مع الولد أو ولد الابن)؛ فإن كان مع الأب ابن.. فله فرضه؛ أعني: السدس، والباقي للابن، وإن كان معه بنت.. فله السدس أيضاً؛ لأن اسم الولد يتناول: الابن والبنت، وللبنت النصف بالفرض، وما بقي للأب أيضاً؛ لأنه أولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن، وولد الابن: ولدٌ شرعاً بالإجماع، قال الله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾، وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز، بل هو من باب عموم المجاز، أو: عُرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد.. بدليل آخر، وهو: الإجماع.

(وكذا: السدس للجد الصحيح عند عدمه)؛ أي: عدم الأب؛ لأن الجد الصحيح كالأب، إلا في أربع مسائل مشهورة.

ثم عرفه فقال: (وهو)؛ أي: الجد الصحيح: (من لا يدخل في نسبته إلى الميت: أمٌّ) كأب الأب؛ (فإن دخلت) في نسبته إلى الميت أم (..فجد فاسد)، فلا يرث إلا على أنه من ذوي الأرحام؛ لأن تخلل الأم في النسبة: يقطع النسب؛ إذ النسب إلى الآباء؛ لأن النسب للتعريف والشهرة، وذلك بالمشهور، وهو الذكور دون الإناث.

وللجدَّةِ الصَّحِيحَةِ وَإِن تعدّدت، وَهِي: مَن لَا يدْخلُ فِي نسبتِها إِلَى الْمَيِّتِ جدٌّ فَاسدٌ.

ولبنتِ الابْنِ وَإِن تعددت مَعَ الْوَاحِدَةِ مِن بَنَاتِ الصُّلبِ.

وَلِلْأُخْتِ لأَبٍ كَذَلِكَ مَعَ الْأُخْتِ الْوَاحِدَةِ لِلْأَبَوَيْنِ.

(و) السدس (للجدة الصحيحة وإن) وصلية (تعددت)؛ كأم الأم مع الأب، فيشتركن في السدس إذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة؛ لقوله ﷺ: «أطعموا الجدة السدس»، وأبو بكر رضي الله تعالى عنه أشرك بين الجدتين في السدس، وكان ذلك بمحضر الصحابة، ولم ينكر عليه أحد.. فكان إجماعاً.

ثم عرّفها فقال: (وهي)؛ أي: الجدة الصحيحة: (من لا يدخل في نسبتها إلى الميت: جد فاسد).

هي: من يتخلل في نسبتها إلى الميت ذكر بين أنثيين.

(و) السدس (لبنت الابن وإن) وصلية (تعددت مع الواحدة من بنات الصلب) تكملةً للثلثين؛ لأن حق البنات: الثلثان، وقد أخذت الواحدة النصف لقوة القرابة، فبقي السدس من البنات، فيأخذه بنات الابن؛ واحدةً أو متعددةً، وما بقي من التركة.. فلأولى عصبةٍ، فبنات الابن من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات.

هذا إذا لم يكن في درجتهن ابن ابن، وأما إذا كان معهن ابن ابن.. يكنّ عصبةً معه، ولا يرثن السدس كما سيأتي.

(وللأخت لأب.. كذلك)؛ أي: لها السدس، وإن تعددت (مع الأخت الواحدة للأبوين)؛ لأن حق الأخوات: الثلثان، وقد أخذت الواحدة للأبوين النصف، فبقي منه سدس، فيعطى للأخوات لأب تكملةً للثلثين، ولا يرثن مع الأختين لأب وأم، إلا أن يكون معهن أخ لأب فيعصبهن كما سيأتي.

* * *

(فَصْلٌ)

والعَصَبَةُ بِنَفسِهِ: ذكرٌ لَيسَ فِي نسبتِهِ إِلَى الْمَيّتِ أُنْثَى، وَهُوَ يَأْخُذُ مَا أَبقتْهُ الْفَرَائِضُ. وَعندَ الانفرادِ: يحرزُ جَمِيع المَالِ.

وأَقربُهم: جُزْءُ الْمَيّتِ، وَهُوَ: الابْنُ وَابْنُهُ وَإِن سَفَلَ.

(فَصْلٌ فِي العَصَبَاتِ)

العَصَبَةُ النسبية ثلاثة: عَصَبَةٌ بنفسه، وَعَصَبَةٌ بغيره، وَعَصَبَةٌ مع غيره.

(والعصبة بنفسه: ذكَر) - فإن الأنثى لا تكون عصبةً بنفسها، بل لغيرها أو مع غيرها - (ليس في نسبته إلى الميت أنثى).

فإن قلت: «الأخ لأب وأم: عصبة بنفسه، مع أن الأم داخلة في نسبته إلى الميت».

قلت: قرابة الأب: أصل في استحقاق العصوبة؛ فإنها إذا انفردت.. كفت في إثبات العصوبة، بخلاف قرابة الأم؛ فإنها لا تصلح بانفرادها علةً لإثباتها، فهي ملغاة في إثبات العصوبة، لكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد، فرجحنا بها الأخ لأب وأم على الأخ لأب.

(وهو: يأخذ ما أبقته الفرائض، وعند الانفراد)؛ أي: انفراده عن غيره في الوراثة (..يحرز جميع المال) بجهة واحدة.

وفي «التبيين»: هذا رسم، وليس بحد؛ لأنه لا يفيد إلا على تقدير أن يعرف الورثة كلهم، ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم، فيكون تعريفاً بالحكم، والمقصود: معرفة العصبة حتى يعطى ما ذكر، ولا يتصور ذلك إلا بعد معرفته.

(وأقربهم)؛ أي: أقرب العصبات: (جزء الميت، وهو: الابن وابنه وإن) وصلية (سفل)؛ لدخولهم في اسم الولد، وغيرهم محجوبون بهم؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ إلى أن قال سبحانه: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا

ثمَّ أَصلُهُ، وَهُوَ: الأَبُ وَالْجدُّ الصَّحِيحُ، وَإِن علا.

ثمَّ جُزْء أَبِيهِ وهم: الْإِخوةُ لِأَبَوَيْنِ أَو الْأَبِ، ثمَّ بنوهم وَإِن سَفَلوا.

ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ﴾، فجَعل الأبَ: صاحبَ فرض مع الولد، ولم يجعل للولد الذكر سهماً مقدراً، فتعين الباقي له، فدل أن الولد الذكر: مقدم عليه بالعصوبة.

وابن الابن: ابن؛ لأنه يقوم مقامه، فيقدم عليه أيضاً.

ومن حيث المعقول: أن الإنسان يؤثر ولد ولده على ولده، ويختار صرف ماله، ولأجله يدخر ماله عادةً؛ على ما قال ﷺ: « الولد مبخلة مجبنة »، وقضية ذلك: أن لا تجاوز بكسبه محل اختياره، إلا أنا صرفنا مقدار الفرض إلى أصحاب الفروض بالنص، فبقي الباقي على قضية الدليل، وكان ينبغي أن تقدم البنت أيضاً عليه وعلى كل عصبة، إلا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها، وجعل الباقي لأَولى رجل.

(ثم أصله، وهو: الأب والجد الصحيح)؛ أي: أب الأب (وإن) وصلية (علا)، وأولاهم به: الأب؛ لأن الله تعالى شرط لإرث الإخوة: الكلالةَ - وهو الذي لا ولد له، ولا والد - على ما بيناه، فعلم بذلك: أنهم لا يرثون مع الأب ضرورةً، وعليه إجماع الأمة؛ فإذا كان ذلك مع الإخوة وهو أقرب الناس إليه بعد فروعه وأصوله.. فما ظنك مع من هو أبعد منهم كالأعمام وغيرهم، والجد يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب، ويقدم على الإخوة فيه، فكذا في الميراث، وهو قول أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه، وبه أخذ الإمام.

(ثم جزء أبيه، وهم: الإخوة لأبوين أو) الإخوة (لأب، ثم بنوهم وإن) وصلية (سفلوا)، وإنما قدموا على الأعمام؛ لأن الله تعالى جعل الإرث في الكلالة للإخوة عند عدم الولد والوالد، فعلم بذلك: أنهم يقدمون على الأعمام، وإنما قدم الأخ لأب وأم؛ لأنه أقوى؛ لاتصاله من الجانبين.

ثُمَّ جُزْءُ جدِّهِ، وهمُ الْأَعْمَامُ لِأَبَوَيْنِ أَو لأَبٍ، ثُمّ بنوهُم وَإِن سفلوا.

ثُمَّ جُزْءُ جدِّ أَبِيهِ كَذَلِك.

والعصبةُ بِغَيْرِهِ: مَن فَرْضُهُ النّصْفُ وَالثُّلُثَانِ.. يَصِرْنَ عصبَةً بِإِخوتِهِنَّ، وَيُقسَمُ للذّكرِ مثلُ حَظّ الْأُنثيينِ.

وَمن لَا فرضَ لَهَا وأَخوها عصبَةٌ.. لَا تصيرُ عصبَةً بِهِ، كالعمَّةِ...........

(ثم جزء جده وهم الأعمام لأبوين أو لأب، ثم بنوهم وإن) وصلية (سفلوا، ثم جزء جد أبيه كذلك)؛ أي: أولاهم بالميراث بعد الإخوة: أعمام الميت؛ لأنهم جزء الجد فكانوا أقرب.

ثم أعمام الأب؛ لكونهم أقرب بعد ذلك؛ لأنهم جزء الجد.

ثم أعمام الجد؛ لأنهم أقرب بعدهم.

ويقدم العم لأب وأم على العم لأب.

ثم العم لأب على ولد العم لأب وأم.

(والعصبة بغيره: مَن فرضُه النصف والثلثان)، وهم أربع من النساء (يصرن عصبةً بإخوتهن، ويقسم للذكر مثل حظ الأنثيين):

فالبنات: بالابن.

وبنات الابن: بابن الابن؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾.

والأخوات لأب وأم: بأخيهن.

والأخوات لأب: بأخيهن؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ﴾.

(ومن لا فرض لها) من الإناث (وأخوها عصبة.. لا تصير عصبةً به)؛ أي: بأخيها (كالعمة)، لا تصير عصبةً بالعم الذي هو أخوها، فالمال كله للعم دون العمة،

وَبنتِ الْأَخِ.

والعصبةُ مَعَ غَيرِهِ: الْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَو لأَبٍ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الابْنِ.

وَذُو الْأَبَوَيْنِ منَ الْعَصَبَاتِ مقدَّمٌ على ذِي الْأَبِ، حَتَّى إِنَّ الْأُخْتَ لِأَبَوَيْنِ مَعَ الْبِنْتِ تحجبُ الْأَخَ لأَبٍ.

وبنت العم لا تصير عصبةً بابن العم، فالمال كله لابن العم دون بنت العم.

(وبنت الأخ) لا تصير عصبةً بأخيها، فالمال كله لابن الأخ؛ لأن النص الوارد في صيرورة الإناث بالذكور عصبةً، إنما هو في موضعين؛ البنات بالبنين، والأخوات بالإخوة، والإناث في كل منهما: ذوات فروض، فمن لا فرض له من الإناث.. لا يتناوله النص.

(والعصبة مع غيره: الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات وبنات الابن) والأَولى أن يقول: «أو» بدل الواو. تدبر.

لقوله ﷺ: «اجعلوا الأخوات مع البنات عصبةً»، وإنما سُمِّين عصبة مع غيره ومع إخوتهن عصبةً بغيره؛ لأن ذلك الغير - وهو البنات - شرط بصيرورتهن، ولم يجعلهن عصبةً بهن؛ لأن أنفسهن ليست بعصبة، فكيف يجعلن غيرهن عصبةً بهن.

بخلاف ما إذا كن عصبةً بإخوتهن؛ لأن الإخوة بنفسهم عصبة فيصرن بهم عصبةً تبعاً.

(وذو الأبوين من العصبات: مقدم على ذي الأب) الواحد؛ لأن ذا القرابتين من العصبات أولى من ذي قرابة واحدة مع تساويهما في الدرجة؛ ذكراً كان ذو القرابتين أو أنثى؛ لقوله ﷺ: «إن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات»، والمقصود من ذكر الأم ههنا: إظهار ما يرجح به بنو الأعيان على بني العلات.

(حتى إن الأخت لأبوين مع البنت)؛ سواء كانت صلبيةً أو بنت ابن، وسواء كانت واحدةً أو أكثر (تحجب الأخ لأب)، خلافاً لابن عباس رضي الله تعالى عنهما؛ فإن الأخت لا تصير عصبةً مع البنات عنده.

وعصبةُ ولدِ الزِّنَا وَولدِ الْمُلَاعنَةِ: مولى أُمِّهِ.

وَالْأَبُ مَعَ الْبِنْتِ صَاحبُ فرضٍ وعصبةٌ.

وَآخرُ الْعَصَبَاتِ: مولى الْعتَاقَةِ، ثمَّ عصبتُهُ على التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ.

فَمن ترك أَب مَوْلَاهُ وَابْنَ مَوْلَاهُ.........................

(وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة: مولى أمه)؛ لأنه لا أب له، والنبي ﷺ ألحق ولد الملاعنة بأمه، فصار كشخص لا قرابة له من جهة الأب، فيرثه قرابة أمه ويرثهم؛ فلو ترك أماً وبنتاً والملاعن.. فللبنت النصف، وللأم السدس، والباقي يرد عليهما؛ كأنه لم يكن له أب.

وكذا لو كان معهما زوج أو زوجة.. أخذ فرضه، والباقي بينهما فرضاً ورداً.

ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن.. فلأمه الثلث، ولأخيه لأمه السدس، والباقي رد عليهما، ولا شيء لابن الملاعن؛ لأنه لا أخ له من جهة الأب.

ولو مات ولد ابن الملاعنة.. ورثه قوم أبيه - وهم الإخوة - ولا يرثونه قوم جده وهم الأعمام وأولادهم، وبهذا تعرف بقية مسائله.

وهكذا ولد الزنا، إلا أنهما يفترقان في مسألة واحدة، وهو: أن ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأم، وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث أخ لأب وأم؛ كما في «الاختيار».

(والأب مع البنت: صاحب فرض وعصبة) كما مر ذكره.

(وآخر العصبات: مولى العتاقة)؛ لقوله ﷺ: «الولاء لُحمة كلُحمة النسب»، ولأنه أحياه معنى بالإعتاق، فأشبه الولادة.

(ثم عصبته)؛ أي: عصبة مولى العتاقة، (على الترتيب المذكور) بأن يكون جزء المولى أولى وإن سفل، ثم أصوله، ثم جزء أبيه، ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء، وبعلو الدرجة عند التفاوت.

(فمن ترك أب) الأَولى: بالألف؛ لأنه في موضع النصب (مولاه، وابن مولاه..

فَمَالُهُ كُلُّهُ لِابْنِ مَوْلَاهُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: للْأَبِ السُّدس، وَالْبَاقِي لِلِابْنِ.

وَلَو كَانَ مَكَانَ الْأَبِ جدٌّ.. فكلُّهُ لِلِابْنِ اتِّفَاقًا.

وَلَو تركَ جدَّ مَوْلَاهُ وأخاهُ.. فالجدُّ أَولى.

وَعِنْدَهُمَا: يستويان.

والعصبةُ إِنَّمَا يَأْخُذُ مَا فضلَ عَن ذَوِي الْفُرُوضِ؛.........................

فماله كله لابن مولاه)؛ لما أن الابن وابن الابن، وإن سفل: مقدم على الأب، وهذا عند الطرفين.

(وعند أبي يوسف: للأب السدس، والباقي للابن)، هذا قوله الآخر، وهو إحدى الروايتين عند ابن مسعود، وبه قال شريح والنخعي، وقولهما هو اختيار سعيد بن المسيب، ومذهب الشافعي، والقول الأول لأبي يوسف.

(ولو كان مكان الأب جد.. فكله للابن اتفاقاً)، وذلك؛ لأن الأب كالابن في العصوبة بحسب الظاهر؛ لأن اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة، وكون الابن أقرب: يحتاج إلى ما مر من أن زيادة قربه أمر حكمي، فوقع الخلاف هناك، بخلاف الجد؛ فإن اتصاله بواسطة الأب، فيكون الأب أقرب من الجد، ويكون الابن أقرب منه بلا اشتباه، فلا يزاحمه الجد في الولاء.

أما ابن الابن مع الجد.. فالأظهر: أن يرث ابن الابن عند أبي يوسف أيضاً؛ لأنه أشبهُ بالابن من الجد بالأب؛ كما في الفتاوى.

(ولو ترك جدَّ مولاه وأخاه)؛أي: أخا مولاه (..فالجد أولى)، ويكون الولاء كله للجد عند الإمام؛ لأنه أقرب للميت في العصوبة من الأخ على مذهبه.

(وعندهما: يستويان)، فيكون الولاء بينهما نصفين.

(والعصبة إنما يأخذ ما فضل عن ذوي الفروض) كما مر.

فَلَو تركَت زوجاً وإخوةً لأُمٍّ وإخوةً لِأَبَوَيْنِ وَأماً.. فالنصفُ للزَّوْجِ، وَالسُّدُسُ للْأُمِّ، وَالثلثُ للإخوةِ لأُمٍ، وَلَا يشاركهم الْإِخْوَةُ لِأَبَوَيْنِ، وَتَسمى: الْمُشْتَرَكَةَ والحِمارِيَّةَ.

(فلو تركت زوجاً وإخوةً لأم، وإخوةً لأبوين، وأُمّاً.. فالنصف للزوج، والسدس للأم، والثلث للإخوة لأم، ولا يشاركهم الإخوة لأبوين)؛ لأن المسألة من ستة؛ نصفه وهو ثلاثة: للزوج، وثلثه وهو اثنان: للإخوة لأم، وسدسه وهو واحد: للأم، وما فضل عن فرض ذوي الفروض شيء حتى يعطى للإخوة لأبوين وهم عصبة، وبه قال أبو بكر الصديق رضي الله تعالى عنه وأخذ به علماؤنا.

وقال عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه: تشترك الأولاد لأب وأم مع الأولاد لأم، وبه أخذ مالك والشافعي.

وكان عمر رضي الله تعالى عنه يقول أولاً مثل ما قال الصديق رضي الله تعالى عنه، ثم رجع عنه إلى قول عثمان رضي الله تعالى عنه، وسبب رجوعه: أنه سئل عن هذه المسألة، فأجاب كما هو مذهبه، فقام واحد من الأولاد لأب وأم وقال: يا أمير المؤمنين، ولئن سُلِّم أن أبانا كان حماراً.. ألسنا من أم واحدة؟

فأطرق رأسه ملياً وقال: صدق؛ لأنه بنو أم واحدة، فشركهم في الثلث، فلهذا سميت المسألة: **حماريةً، ومشتركةً، وعثمانيةً**.

وعن هذا قال: (**وتسمى المشتركة والحمارية**).

* * *

(فَصْلٌ)

حجبُ الحرمانِ مُنْتَفٍ فِي حقِّ سِتَّةٍ: الابْنُ، وَالْأَبُ، وَالْبِنْتُ، وَالأُمُّ وَالزَّوْجُ، وَالزَّوْجَةُ.

وَمَن عداهُم: يُحْجَبُ الْأَبْعَدُ بالأَقربِ، ذُو الْقَرَابَةِ بِذِي القرابتَينِ.

وَمَن يُدْلِي بشخصٍ.. لَا يَرثُ مَعَه إِلا أَوْلَادُ الْأُمِّ؛ حَيْثُ يُدلونَ بهَا، ويرثونَ مَعهَا.

فَصلٌ
[في الحَجْبِ]

وهو في اللغة: المنع.

وفي اصطلاح أهل هذا العلم: منع شخص معين عن ميراثه:

إما كله، ويسمى: حَجْبٌ الحرمان.

أو بعضه، ويسمى: حَجْبُ النُّقْصَان بوجود شخص آخر.

فشرع في تفصيل كل منهما فقال: (**حجب الحرمان منتف في حق ستة**) من الورثة: (**الابن، والأب، والبنت، والأم، والزوج، والزوجة**).

فإن قلت: قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرِّقِّيَّة.. فلا يصح أن حجب الحرمان منتف في هذا الفريق!

قلت: الكلام في الورثة، وهم على ذلك التقدير: ليسوا بورثة.

(**ومن عداهم: يحجب الأبعد بالأقرب، و**) يحجب (**ذو القرابة**) الواحدة (**بذي القرابتين، ومن يدلي بشخص.. لا يرث معه**)؛ أي: مع وجود ذلك الشخص؛ كابن الابن مثلاً، فإنه لا يرث مع الابن، (**إلا أولاد الأم؛ حيث يدلون**)؛ أي: ينسبون إلى الميت (**بها**)؛ أي: بالأم.

(و) لكن (**يرثون معها**)؛ أي: مع الأم، قال الفاضل الشريف: وتحقيق هذا

وتحجَبُ الْأُخوةُ بالابنِ وَابْنِهِ وَإِن سَفَلَ، وبالأبِ وَالْجدِّ.

ويُحجَبُ أَوْلَادُ العلَّاتِ بالأَخِ لِأَبَوَيْنِ أَيْضاً.

الأصل: أن الشخص المدلى به:

إن استحق جميع التركة.. لم يرث المدلي مع وجوده؛ سواء اتحدا في سبب الإرث كما في الأب والجد، والابن وابنه، أو لم يتحدا؛ كما في الأب والإخوة والأخوات؛ فإن المدلى به لما أحرز جميع المال.. لم يبق للمدلي شيء أصلاً.

وإن لم يستحق المدلى به الجميع:

- فإن اتحدا في السبب.. كان الأمر كذلك؛ كما في الأم وأم الأم؛ لأن المدلى به لما أخذ نصيبه بذلك السبب.. لم يبق للمدلي من النصيب الذي يستحق بذلك السبب شيء، وليس له نصيب آخر، فصار محروماً.
- وإن لم يتحدا في السبب؛ كما في الأم وأولادها.. فإن المدلى به حينئذ يأخذ نصيبه المستند إلى سببه، والمدلي يأخذ نصيباً آخر، مستنداً إلى سبب آخر.. فلا حرمان.

فإن قلت: أليست الأم تستحق جميع التركة إذا انفردت عن غيرها من أصحاب الفرائض والعصبات.

قلنا: ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة؛ فإنها تستحق بعض التركة بالفرض، وبعضها بالرد، والمراد: استحقاق جميعها من جهة واحدة؛ كما في العصبة.

(**وتُحجَب الإخوة**) مطلقاً حجب الحرمان (**بالابن وابنه وإن**) وصلية (**سفل، وبالأب**)؛ لأنهم كلالة وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد والوالد؛ كما مر، (**والجد**) عند الإمام.

(**وتحجب أولاد العلات**) وهي الإخوة والأخوات لأب (**بالأخ لأبوين أيضاً**)؛ لأن ميراث الإخوة والأخوات لأب وأم: جارٍ مجرى ميراث الأولاد الصلبية، وأن

وَعِنْدَهُمَا: لَا يُحَجبُ الْأُخوةُ لِأَبَوَيْنِ أَو لأَبِ بالجدِّ، بل يقاسمونَهُ، وَهُوَ كأَخٍ إِن لم تَنقُصْهُ الْمُقَاسَمَةُ عَنِ الثُّلُثِ عِنْدَ عدمِ ذِي الْفَرْضِ.................

ميراث الإخوة والأخوات لأب؛ كميراث أولاد الابن، ذكورهم كذكورهم، وإناثهم كإناثهم، فكما تحجب أولاد الابن بالابن.. كذلك تحجب الإخوة والأخوات لأب وأم.

(**وعندهما: لا تحجب الإخوة لأبوين أو لأب بالجد، بل يقاسمونه، وهو**)؛ أي: الجد: (**كأخ إن لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي الفرض**).

قال الفاضل الشريف: **إن الجد يشبه الأب في:**

- حجب أولاد الأم.
- وفي أنه إذا زوج الصغير أو الصغيرة.. لم يكن لهما خيار إذا بلغا.
- وفي أنه لا ولاية للأخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالأب.
- وفي أنه لا يقتل الجد بولد الولد.
- وفي أن حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر.
- وفي عدم قبول الشهادة.
- وفي صحة استيلاد الجد مع عدم الأب.
- وفي أنه لا يجوز دفع الزكاة إليه.
- وفي أنه يتصرف في المال والنفس كالأب.

ويشبه الأخ في:

- أنه إذا كان للصغير جد وأم.. كانت النفقة عليهما أثلاثاً، على اعتبار الميراث؛ كما على الأخ والأم.
- وفي أنه لا يفرض النفقة على الجد المعسر؛ كالأخ.
- وفي عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد.

أَو عَنِ السُّدسِ عَندَ وجودِه........

- وفي أن الصغير لا يصير مسلماً بإسلام الجد.
- وفي أنه إذا أقر بنافلة وابنه حي.. لا يثبت النسب بمجرد إقراره.
- وفي أنه لا يجر ولاء نافلته إلى مواليه، **كل ذلك كما في الأخ.**

فلتعارض هذه الأحكام.. اختلفت العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم رضي الله تعالى عنهم في مسألة الجد مع الإخوة:

فجعل كالأب في: حجب الإخوة لأم.

وكالأخ في: قسمة الميراث، ما دامت المقاسمة خيراً له؛ فإذا لم تكن خيراً له.. أعطينا له ثلث المال؛ لأنه مع الأولاد: يرث السدس، ومع الإخوة: يضاعف ذلك.

وأيضاً: إذا قسم المال بين الأبوين.. فللأم: الثلث، وللأب: الثلثان وهما في الدرجة الأولى، ولما كان الجد والجدة في الدرجة الثانية، وكان للجدة السدس.. كان للجد ضعفه؛ أعني: الثلث.

فإذا كان مع الجد أخ واحد.. أخذ بالمقاسمة نصف المال، فهو خير له من الثلث.

وإذا كان معه أخوان.. فهما؛ أي: المقاسمة والثلث: متساويان.

وإذا كان معه ثلاثة إخوة.. فالثلث خير له؛ لأن نصيبه بالمقاسمة حينئذ ربع، هذا إذا لم يكن معه صاحب فرض.

(أو) إن لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عند وجوده)؛ أي: وجود ذي الفرض؛ يعني: إذا كانت معه أختان لأب وأم.. يجعل الجد كأخ، ويكون المال بينه وبين الأختين، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وكذا: إذا كانت معه ثلاث أخوات.

وإن كانت معه أربع أخوات.. فالمقاسمة والثلث سواء؛ لأنه إذا جعل كأخ.. يكون كأختين، ويكون عدد الأخوات: ستةً ويكون الاثنان من الستة له، والاثنان:

وَالْفَتْوَى على قَولِ الإِمَامِ.

وَإِذا اسْتكْمَلَ بَنَاتُ الصُّلبِ الثُّلثَيْنِ.. سقطَ بَنَاتُ الابْنِ؛ إِلَّا أَن يكونَ بحذائِهِنَّ أَو أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ابْنُ ابْنٍ فيُعَصِّبُ مَن بحذائِهِ وَمَن فَوْقَه مَن لَيست بِذَاتِ سهمٍ، وَيَسْقطُ مَن دُونَهُ.

ثلث الستة، وتكون المقاسمة والثلث مستويتين.

وإن كانت معه خمس أخوات.. يكون الثلث خيراً له؛ لأنه إن جعل كأخ.. يكون بمنزلة أختين، فيكون عدد الأخوات سبعاً، فتكون حصته ناقصةً عن السدس، فيكون الثلث خيراً له.

وباقي أحكام المقاسمة مذكور في كتب الفرائض وشروحها.. فليراجع.

(**والفتوى على قول الإمام**)، وهو: سقوط الإخوة والأخوات بالجد، لكن المختار في زماننا: أن يفتى بعد أخذ الجد السدس: بالمصالحة في الباقي بين الإخوة والأخوات وبينه.

(**وإذا استكمل بنات الصلب الثلثين.. سقط بنات الابن**)؛ لأن إرثهن كانت تكملةً للثلثين، وقد كمل بينهن، فيسقطن؛ إذ لا طريق لتوريثهن فرضاً وتعصيباً.

(**إلا أن يكون بحذائهن أو أسفل منهن ابن ابن، فيعصب من بحذائه ومن فوقه**).

لكن (**من ليست بذات سهم**)؛ فإنه لا يعصب ذات السهم كالبنات الصلبية مثلاً.

(**ويسقط من دونه**)، وإذا كانت يعصب ابن الابن من بحذائه ومن هو فوقه.. يكون الباقي بينهم؛ للذكر مثل حظ الأنثيين؛ سواء كان أخاً لهن أو لم يكن، وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما، وبه أخذ عامة العلماء.

وروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه قال: يسقطن بنات الابن ببنتي الصلب، وإن كان معهن غلام، ولا يقاسمنه.

وإن كانت البنت الصلبية واحدةً وكان معهن غلام.. كان لبنات الابن أسوأ الحالين؛ من السدس والمقاسمة، وأيهما أقل.. أعطين.

والأَبويَّاتُ خَاصَّةً بِالْأَبِ أَيْضاً.

وَكَذَا بالجدّ، إِلَّا أُمَّ الْأَبِ.

والقربى مِنْهُنَّ مِن أَيِّ جِهَةٍ كَانَت: تَحْجُبُ البعدى مِن أَيِّ جِهَةٍ كَانَت؛..

(والأبويات خاصةً)؛ أي: دون الأميات (بالأب أيضاً)؛ أي: كما يسقطن بالأم، وهو قول عثمان وزيد بن ثابت وعلي وغيرهم.

ونقل عن عمر وابن مسعود وأبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنهم: أن أم الأب ترث مع الأب، واختاره شريح والحسن وابن سيرين؛ لأن إرث الجدات ليس باعتبار الإدلاء؛ لأن الإدلاء بالأنثى لا يوجب استحقاق شيء من فرضيتها، بل استحقاقهن الإرث باسم الجدة، ويتأدى في هذا الاسم: أم الأم، وأم الأب، وكما أن الأب لا يحجب الأولى.. لا يحجب الثانية أيضاً.

وهو مردود: بأن مجرد الاسم بدون القرابة لا يوجب الاستحقاق، والقرابة لا تثبت بدون اعتبار الإدلاء، فوجب الإدلاء، **ألا ترى**: أن الجدة الفاسدة لا ترث مع كونها جدةً؛ لعدم الإدلاء؟

(وكذا) تسقط الأبويات (بالجد، إلا أم الأب) وإن علت كأم أم الأب... وهكذا؛ فإنها ترث مع الجد؛ لأنها ليست من قبله.

(و) الجدة (القربى منهن)؛ أي: من الجدات (من أي جهة كانت)؛ أي: سواء كانت من قبل الأم، أو من قبل الأب (..تحجب) الجدة (البعدى من أي جهة كانت) البعدى، فيثبت الحجب ههنا في أقسام أربعة، وهذا مذهب علمائنا رحمهم الله تعالى، وإحدى الروايتين عن زيد بن ثابت.

وفي رواية أخرى عنه: أن القربى إن كانت من قبل الأب، والبعدى من قبل الأم.. فهما سواء، فيكون حينئذ حجب القربى في أقسام ثلاثة فقط من تلك الأربعة، وقد عمل بهذه الرواية مالك والشافعي في الأصح من أحد قوليه.

ودليل الطرفين: مبين في شروح الفرائض.. فليطالع.

وَإِذا اسْتَكْمَلَ الْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ الثُّلثَيْنِ.. سقطَ الْأَخَوَاتُ لأَبٍ، إِلاّ أَن يكون مَعَهُنَّ أَخٌ لأَبٍ.

والجدَّاتُ كلُّهنَّ يسقطنَ بِالْأُمِّ.

ثم الأصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب: أن أقربهن إلى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية، والتي تليها في القرب: منزلة بنات الابن، وهكذا، وإن سفلن.

مثاله: لو ترك ثلاث بنات ابن، بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض.. فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد، فيكون لها النصف، والوسطى من الفريق الأول توازيها العليا من الفريق الثاني.. فيكون لهما السدس تكملةً للثلثين، ولا شيء للسفليات.

إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام.. فيعصبها.

ومن بحذائها ومن فوقها من لم يكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول.. عصبها، وعصب الوسطى من الفريق الثاني، والعليا من الفريق الثالث، فسقطت السفليات.

ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني.. عصبها، وعصب الوسطى منه، والوسطى والعليا من الفريق الثالث، والسفلى من الفريق الأول.

ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث.. عصب الجميع، غير أصحاب الفرائض.

(**وإذا استكمل الأخوات لأبوين الثلثين.. سقط الأخوات لأب**)؛ لأن إرثهن كان تكملةً للثلثين، وقد كمل بأختين، فيسقطن.

(**إلا أن يكون معهن أخ لأب**) فيعصبهن كما في بنات الابن.

(**والجدات كلهن يسقطن بالأم**)؛ سواء كانت أبويات أو أميات.

وارثةً كَانَتِ الْقُرْبَى أَو محجوبةً؛ كَأُمِّ الْأَبِ مَعَه.. فإنَّها تَحجُبُ أُمَّ أُمِّ الْأُمِّ.

وَإِذا اجْتمعَ جدَّتان؛ إِحْدَاهمَا ذَاتُ قَرَابَةٍ؛ كَأُمِّ أُمِّ الْأَبِ، وَالْأُخْرَى ذَاتُ قرابتَينِ؛ كَأُمِّ أَبِ الْأَبِ وَهِيَ أَيْضاً أُمُّ أُمِّ الْأُمِّ.. فثلثُ السُّدسِ لِذاتِ الْقَرَابَةِ، وثلثاهُ لِلْأُخْرَى، عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

ويُنَصَّفُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

والمحرومُ بِالْقَتْلِ وَنَحْوِهِ لَا يُحْجَبُ.

(وارثةً كانت القربى)؛ كأم الأب عند عدمه، مع أم أم الأم، وكأم الأم عند عدمها مع أم أم الأب.

(أو محجوبةً؛ كأم الأب معه)؛ أي: مع وجود الأب (..فإنها تحجب أم أم الأم)؛ أعني: إن خلف الميت الأب وأم الأب وأم أم الأم.. يكون المال كله للأب عندنا؛ لأن البعدى محجوبة بالقربى، والقربى محجوبة بالأب.

(وإذا اجتمع جدتان؛ إحداهما ذات قرابة) واحدة؛ (كأم أم الأب، و) الجدة (الأخرى ذات قرابتين؛ كأم أب الأب وهي أيضاً أم أم الأم.. فثلث السدس لذات القرابة) الواحدة، (وثلثاه للأخرى)؛ أي: التي هي ذات قرابتين (عند محمد).

(وينصف عند أبي يوسف) باعتبار الأبدان، وهو قول زفر.

وتوضيحها: أن امرأةً زوجت ابن ابنها بنت بنتها، فولد بينهما ولد، وهذه المرأة جدة لهذا الولد الذي مات من قِبَل أبيه؛ لأنها أم أب أبيه، ومن قبل أمه؛ لأنها أم أم أمه.. فهي جدة ذات قرابتين.

ثم نقول: هناك امرأة أخرى قد كانت تزوج بنتها ابن المرأة الأولى، فولد من بنت الأخرى: ابن ابن الأولى، الذي هو أبو الميت.. فهذه الأخرى أم أم أب الميت، فهي ذات قرابة واحدة، وهاتان المرأتان جدتان في مرتبة واحدة؛ فإذا اجتمعتا.. فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة، ودليل الطرفين مبين في شروح الفرائض.

(والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر: (لا يحجب) غيره أصلاً؛ لا حجب

والمَحجوبُ بحجبِ الحرمانِ يَحجُبُ كَمَا مرَّ فِي الْجدَّةِ، وكالإِخوةِ وَالْأَخَوَاتِ يحجبُهمُ الْأَبُ ويحجبونَ الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدسِ.

حرمان، ولا حجب نقصان، وهو قول عامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم.

(والمحجوب بحجب الحرمان.. يحجب) غيره؛ (كما مر في الجدة، وكالإخوة والأخوات يحجبهم الأب، ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس).

أما عند ابن مسعود: فلأن المحروم عنده حاجب، مع أنه ليس بوارث أصلاً، فكذا المحجوب، بل هو أولى؛ لأنه أقرب وارث من وجه دون وجه.

وأما عندنا: فلأن المحروم إنما جعلناه بمنزلة المعدوم؛ لأنه ليس بأهل للميراث من كل وجه، بخلاف المحجوب؛ فإنه أهل من وجه دون وجه آخر، فيجعل كالميت في حق استحقاق الإرث، حتى لا يرث شيئاً، ويجعل حياً في حق الحجب.. فهو وارث في حق محجوبه لولا حاجبه يحجبه.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِذا زَادَتْ سِهَامُ الْفَرِيضَةِ.. فقد عَالَتْ.

وَأَرْبَعَةَ مخارجَ لَا تعولُ: الِاثْنَان، وَالثَّلَاثَةُ، وَالْأَرْبَعَةُ، وَالثَّمانِيَةُ.

فَصْلٌ

[فِي العَوْلِ]

هو في اللغة: يستعمل بمعنى الميل؛ لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾.

أو بمعنى: كثرة العيال.

أو بمعنى: الارتفاع، ومن هذا المعنى الأخير.. أخذ المعنى المصطلح عليه، وهو: أن يزاد على المخرج من أجزاء إذا ضاق عن فرض.

وعن هذا قال: (**وإذا زادت سهام**) أصحاب الفريضة على (**الفريضة.. فقد عالت**) الفريضة.

واعلم: أن مجموع المخارج سبعة، لكنها في الحقيقة تسعة؛ **ستة**: لكل فرض من الفروض الستة حال الانفراد، **وثلاثة**: لها حال الاختلاط.

إلا أن مخرج الثلث والثلثين واحد، ومخرج السدس واختلاط النصف أيضاً واحد.. فسقط اثنان، وبقي سبعة.

(**وأربعة**) منها (**مخارج لا تعول**) أصلاً؛ لأن الفروض المتعلقة بهذه المخارج أربعة؛ إما أن يفي المال بها، أو يبقى منه شيء زائد عليها.

(**الاثنان، والثلاثة، والأربعة، والثمانية**).

أما الاثنان: فلأن الخارج منه؛ إما نصفان؛ كزوج وأخت لأبوين أو لأب، أو نصف وما بقي؛ كزوج أو أخت أو بنت وعصبة.. فلا يتصور في مسألة قط اجتماع.

وأما الثلاثة: فلأن الخارج منها؛ إما ثلث وثلثان؛ كأختين لأم وأختين لأبوين أو لأب،وإما ثلث وما بقي؛ كأم أو أختين لأم وعصبة، وإما ثلثان وما بقي؛ كبنتين أو

وَثَلَاثَةٌ تعولُ:

السِّتَّةُ إِلَى عشرَةٍ وتراً وشفعاً.

والاثني عشرَ إِلَى سَبْعَةَ عشرَ وتراً لا شفعاً.

أختين وعصبة، ولا يتصور في مسألة قط اجتماع ثلثين وثلثين، أو ثلث وثلث وثلثين.

وأما الأربعة: فلأن الخارج منها إما ربع ونصف وما بقي؛ كزوج وبنت، أو زوجة وأخت وعصبة، أو ربع وما بقي؛ كزوجة وعصبة، أو ربع وثلث ما بقي وما بقي؛ كزوجة وأبوين، ولا يتصور في مسألة قط اجتماع ربعين ونصف.

وأما الثمانية: فلأن الخارج منها؛ إما ثمن وما بقي؛ كزوجة وابن، أو ثمن ونصف وما بقي؛ كزوجة وبنت وأخ لأب وأم.

(**وثلاثة**) منها (**تعول**):

(**الستة إلى عشرة؛ وتراً**)؛ أي: من حيث الوتر، وأراد به السبعة والتسعة.

(**وشفعاً**)؛ أي: من حيث الشفع، وأراد به الثمانية والعشرة.

- مثال عولها إلى سبعة: زوج، وأختان لأبوين أو لأب، أو: زوج وجد، وأخت لأب.

- ومثال عولها إلى ثمانية: زوج، وأخت من أب، وأختان، وأم، أو: زوج، وثلاث أخوات متفرقات، أو: زوج، وأم، وأخت من أب، أو: زوج، وأختان من أبوين، وأخت من أم، أو: زوج، وأم، وأختان من أب.

- ومثال عولها إلى تسعة: زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب وأختان من أم أو زوج وأختان من الأبوين وأم وأخت من أم.

- ومثال عولها إلى عشرة: زوج وأختان من أب وأختان من أم والأم.

(**والاثني عشر**)، يعول (**إلى سبعة عشر وتراً لا شفعاً**)، وأراد به: ثلاثة عشر: وخمسة عشر: وسبعة عشر.

وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ عولاً وَاحِداً فِي المنبريَّةِ، وهي: امْرَأَةٌ وبنتانِ وأَبوانِ.

وَالرَّدُّ: ضدُّ الْعَوْلِ، بِأَن لَا تستغرقَ السِّهَامَ الْفَرِيضَةَ مَعَ عدمِ الْعصبَةِ، فَيردُّ الْبَاقِي على ذَوي السِّهَام، سوى الزَّوْجَيْنِ بِقدر سِهَامهمْ.

مثال عولها إلى ثلاثة عشر: زوج، وبنتان، وأم، أو: زوجة، وأختان لأبوين، وأخت لأم، أو: زوج، وبنتا ابن، وأم، أو جدة.

ومثال عولها إلى خمسة عشر: زوج، وبنتان، وأبوان، أو: زوجة، وأختان لأب، وأختان لأم.

ومثال عولها إلى سبعة عشر: أربع أخوات لأم، وثماني أخوات لأب، وجدتان، وثلاث زوجات.

(**وأربعة وعشرون**)، تعول (**إلى سبعة وعشرين، عولاً واحداً في**) المسألة (**المنبرية**)، وعند ابن مسعود: تعول إلى أحد وثلاثين.

(**وهي: امرأة، وبنتان، وأبوان**).

وجه تسميتها بالمنبرية: مذكور في شروح الفرائض.

(**والرد ضد العول**)؛ إذ بالعول.. ينتقض سهام ذوي الفروض ويزداد أصل المسألة، وبالرد.. يزداد السهام وينتقض أصل المسألة، وذلك: (**بأن لا تستغرق السهام الفريضة، مع عدم**) المستحق من (**العصبة، فيرد الباقي على ذوي السهام**) الفريضة، (**سوى الزوجين بقدر سهامهم**)، وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم؛ أي: جمهورهم، وبه أخذ أصحابنا.

وقال زيد بن ثابت: لا يرد الفاضل على ذوي الفروض، بل هو لبيت المال، وبه أخذ مالك والشافعي.

وقال عثمان رضي الله تعالى عنه: يرد على الزوجين أيضاً.

وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: لا يرد على ثلاثة؛ الزوجين والجد.

فَإِن كَانَ من يرد عَلَيْهِ جِنْسا وَاحِدًا فَالْمَسْأَلَة من عدد رؤوسهم.

وَإِن كَانُوا جِنْسَيْنِ أَو أَكثر فَمن عدد سِهَامهمْ، فَمن اثْنَيْنِ لَو كَانَ فِي الْمَسْأَلَة سدسان.

وَمن ثَلَاثَة لَو سدس وَثلث.

وَمن أَرْبَعَة لَو سدس وَنصف.

(**فإن كان من يرد عليه جنساً واحداً.. فالمسألة من عدد رؤوسهم**)؛ كبنتين وأختين؛ فأنهما لما استويا في الاستحقاق.. صارا كابنين أو أخوين، فجعل المال بينهما نصفين، وأعطي لكل واحد منهما نصف التركة.

وكذا: الجدتان.

والمراد بالأختين: أن تكونا من جنس واحد؛ بأن يكون كلاهما لأب، أو لأم، أو لأبوين.

(**وإن كانوا**)؛ أي: من يرد عليه (**جنسين أو أكثر**) من جنسين (**..فمن عدد سهامهم**)؛ أي: تجعل المسألة من عدد سهامهم؛ أي: من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين المأخوذ من مخرج المسألة.

(**فمن اثنين**)؛ أي: تجعل المسألة من اثنين (**لو كان في المسألة سدسان**) كجدة وأخت لأم؛ لأن المسألة حينئذ من ستة، ولهما منها اثنان بالفريضة.. فاجعل الاثنين أصل المسألة، واقسم التركة عليهما نصفين.

(**و**) تجعل (**من ثلاثة؛ لو**) كان فيها (**سدس وثلث**)؛ كولدي الأم مع الأم، أو أخوين لأم وجدة، أو أم وأخ لأم.

(**و**) تجعل (**من أربعة؛ لو**) كان فيها (**سدس ونصف**)؛ كبنت وبنات ابن، أو أخت لأبوين أو أخوات لأب أو أخت لأب وأخ لأم أو جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الإناث.

وَمن خَمْسَة لَو ثلث وَنصف، أَو سدسان وَنصف أَو ثلثان وَسدس.

فَإِن كَانَ مَعَ الأَوَّلِ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ. أُعْطِيَ فَرْضَهُ مِن أَقَلِّ مَخارِجِه، ثمَّ قُسِمَ الْبَاقِي على رؤُوسِهِم.

فَإِنِ استقامَ؛ كَزَوجٍ وَثَلَاثِ بَنَاتٍ.

وَإِلَّا؛ فَإِن وَافق.. ضُرِبَ وَفْقَ رؤُوسهِم فِي مخرجِ فَرضِ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ؛ كَزَوجِ وستِّ بَنَاتٍ.

(و) تجعل (من خمسة؛ لو) كان فيها (ثلث ونصف)؛ كأم وأخت لأب أو أختين لأم، وكأخت لأب وأم أو أم.

(أو سدسان ونصف)؛ كبنت وبنت ابن وأم (أو ثلثان وسدس) كبنتين وأم، فالمسألة في هذه الصور الثلاث أيضاً من ستة، والسهام التي أخذت منها خمسة، ففي الصورة الأولى: للأخت من الأبوين ثلاثة أسهم، وللأختين لأم سهمان، وقس عليها سائرها.

(فإن كان مع الأول)، الظاهر: بالواو؛ أي: مع الجنس الواحد ممن يرد عليه (من لا يرد عليه)؛ كالزوج أو الزوجة (..أعطي فرضه)؛ أي: فرض من لا يرد عليه (من أقل مخارجه، ثم قسم الباقي) من ذلك المخرج (على) عدد (رؤوسهم)؛ أي: رؤوس من يرد عليه؛ أعني. ذلك الجنس الواحد؛ كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤوسهم إذا انفردوا عمن لا يرد عليه.

(فإن استقام) الباقي عليهم.. فبها ونعمت هي؛ إذ لا حاجة إلى ضرب؛ (كزوج وثلاث بنات)، للزوج الربع فأعطه من أقل مخارجه الربع وهو أربعة؛ فإذا أخذ ربعه وهو سهم.. بقي ثلاثة أسهم، فاستقام على رؤوس البنات.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يستقم الباقي على عدد رؤوس من يرد عليهم؛ (فإن وافق) رؤوسهم ذلك الباقي؛ فما حصل تصح منه المسألة (..ضرب وفق رؤوسهم)؛ أي: رؤوس من يرد عليهم (في مخرج فرض من لا يرد عليه؛ كزوج وست بنات)؛ فإن

وَإِن باينَ.. ضُرِبَ كلُّ رؤوسِهم فِيهِ؛ كَزَوج وَخمْسِ بَنَات.

وَإِن كَانَ مَعَ الثَّانِي مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ.. قُسِمَ الْبَاقِي على مَسْأَلَةِ مَن يُرَدُّ عَلَيْهِ؛ فَإِنِ استقامَ؛ كَزَوْجَةٍ وَأَرْبعِ جدَّاتٍ وستِّ أَخَوَاتٍ لأُمٍّ.

أقل مخرج فرض من لا يرد عليه: أربعة؛ فإذا أعطيت الزوج واحداً منها.. بقي ثلاثة، فلا ينقسم على عدد رؤوس البنات الست، لكن بينهما موافقة بالثلث، فيضرب وفق عدد رؤوسهن وهو اثنان في الأربعة، تبلغ ثمانيةً،فللزوج منها اثنان، وللبنات ستة.

(وإن باين) رؤوسهم ذلك الباقي (..ضرب كل رؤوسهم)؛ أي: رؤوس من يرد عليهم (فيه)؛ أي: في مخرج فرض من لا يرد عليه؛ (كزوج وخمس بنات)، أصلها من اثني عشر؛ لاجتماع الربع والثلثين، لكنها يرد مثلها إلى الأربعة التي هي أقل مخارج فرض من لا يرد عليه؛ فإذا أعطينا الزوج ههنا واحداً منها.. بقي ثلاثة، فلا يستقيم على البنات الخمس، بل بينها وبين عدد الرؤوس مباينة، فضربنا كل عدد رؤوسهن في مخرج فرض من لا يرد عليه؛ أي: الأربعة، فحصل عشرون، ومنها تصح المسألة، كان للزوج واحد ضربناه في المضروب الذي هو خمسة، فكان خمسةً فأعطيناه إياها، وكان للبنات ثلاثة ضربناها في الخمس حصل خمسة عشر، فلكل واحد منهن ثلاثة.

(وإن كان مع الثاني)؛ أي: مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه (من لا يرد عليه.. قسم الباقي) من مخرج فرض من لا يرد عليه (على مسألة من يرد عليه؛ فإن استقام).. فبها؛ (كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم)؛ فإن أقل مخرج فرض من لا يرد عليه: أربعة؛ فإذا أخذت المرأة واحداً منها.. بقي ثلاثة وهي ههنا مستقيمة على مسألة من يرد عليه؛ لأنها أيضاً ثلاثة؛ لأن حق الأخوات لأم: الثلث، وحق الجدات: السدس.. فللأخوات سهمان، وللجدات سهم واحد، ففي هذه الصورة: استقام الباقي على مسألة من يرد عليه، وتمامه في شروح الفرائض..فليطالع.

وَإِلَّا.. ضُرِبَ جَمِيعُ مسألتِهم فِي مَخرَجِ فَرضِ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ؛ كأَربعِ زَوْجَاتٍ وتسعِ بَنَاتٍ، وستِّ جدَّاتٍ، ثُمَّ يُضْرَبُ سِهَامُ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ مَن يُرَدُّ عَلَيْهِ، وسهامُ مَن يُرَدُّ عَلَيْهِ فِيمَا بَقِيَ مِن مَخرَجِ فَرضِ مَن لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ،..

(وإلا)؛ أي: وإن لم يستقم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه (..ضرب جميع مسألتهم)؛ أي: مسألة من يرد عليه (في مخرج فرض من لا يرد عليه)، فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب: مخرج فرض الفريقين؛ (كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات)؛ فإن أقل مخرج فرض من لا يرد عليه: هو الثمانية؛ فإذا دفعناه ثمنها إلى الزوجات بقي سبعة، فلا يستقيم على الخمسة التي هي مسألة من يرد عليه ههنا؛ لأن الفرضين ثلثان وسدس، بل بينهما مباينة، فيضرب جميع مسألة من يرد عليه؛ أعني: الخمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية، فيبلغ أربعين، فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين.

فإذا أردت أن تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذي هو مخرج فروضهما.. فطريقه ما أشار إليه بقوله: (ثم يضرب سهام من لا يرد عليه) من أقل مخارج فرضه (في مسألة من يرد عليه)، فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور.

(و) يضرب (سهام من يرد عليه) من مسألتهم (فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه).. فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه، وذلك؛ لأن حق كل فريق ممن يرد عليه إنما هو في الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم.

ففي المسألة المذكورة: للزوجة من ذلك المخرج واحد؛ فإذا ضربناه في الخمسة التي هي مسألة من يرد عليه.. كان الحاصل خمسةً، فهي حق الزوجات من أربعين، وللبنات أربعة؛ فإذا ضربناها فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو

وتُصحَّحُ بالأُصولِ الْآتِيَةِ.

سبعة.. بلغ ثمانيةً وعشرين، فهي لهن من الأربعين، وللجدات واحد؛ فإذا ضربناه في السبعة.. كان سبعةً، فهي للجدات، وقد استقام بهذا العمل فرض من لا يرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه وإن انكسر السهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين على البعض أو الجميع، (وتصحح) المسألة (**بالأصول الآتية**).

* * *

(فَصْلٌ)

ذُو الرَّحِمِ: قريبٌ لَيْسَ بعَصَبَةٍ، وَلَا ذِي سهمٍ، ويَرِثُ كَمَا ترثُ الْعصبَةُ عِنْدَ عدمِ ذِي السَّهْمِ.

فَمَنِ انْفَرَدَ مِنْهُم.. أَحرزَ جَمِيعَ المَالِ.

فَصْلٌ

[فِي ذَوِي الأَرْحَامِ]

(ذو الرحم) **هو في اللغة:** بمعنى القرابة مطلقاً.

وفي الشريعة: (**قريب ليس بعصبة، ولا ذي سهم**) مقدر في كتاب الله تعالى، أو سنة رسوله ﷺ، أو إجماع الأمة.

(**ويرث**) ذو الرحم (**كما ترث العصبة عند: عدم ذي السهم**)، وعدم العصبة، إلا إذا كان ذو السهم أحد الزوجين، فيرث معه بعد أخذ فرضه؛ لعدم الرد عليه.

وإنما قيدنا بعدم العصبة؛ لأنه لا يكفي بعدم ذي السهم؛ فعلى هذا لو قيده.. لكان أصوب.

(**فمن انفرد منهم**) فـ«منهم» ليس بصلة «انفرد»، بل بيان لـ«من» (**..أحرز جميع المال**).

كان عامة الصحابة؛ أي: أكثرهم رضي الله تعالى عنهم يرون توريث ذوي الأرحام، وهو مذهبنا.

وقال زيد بن ثابت: لا ميراث لهم، ويوضع المال في بيت المال، وبه قال مالك والشافعي.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾؛ أي: أولى بميراث بعض بالنقل، وقال ﷺ: «الخال وارثُ مَن لا وارث له».

وروي أن ثابت بن دحداح مات، فقال رسول الله ﷺ لعاصم بن عدي: «هل

ويُرجَحُّونَ بِقربِ الدَّرجَةِ، ثمَّ بِقُوَّةِ الْقَرَابَةِ، ثمَّ بِكَوْنِ الأَصْلِ وَارِثاً عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِهَةِ.

وَإِنِ اخْتلفت.. فلقرابةِ الْأَبِ: الثُّلُثَانِ، ولقرابةِ الْأُمِّ: الثُّلُثُ.

تعرفون له فيكم نسباً؟» فقال: إنه كان فينا غريباً، فلا نعرف له إلا ابن أخت هو أبو لبابة بن عبد المنذر، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه له.

ولأن أصل القرابة: سبب لاستحقاق الإرث على ما بيناه، إلا أن هذه القرابة أبعد من سائر القرابات، فتأخرت عنها، والمال متى كان له مستحق.. لا يجوز صرفه إلى بيت المال.

وكثير من أصحاب الشافعي -منهم ابن شريح - خالفوه، وذهبوا إلى توريث ذوي الأرحام، وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا؛ لفساد بيت المال، وصرفه في غير المصارف كما في «التبيين».

(**ويرجحون بقرب الدرجة، ثم بقوة القرابة**)؛ لأن إرثهم بطريق العصوبة، فيقدم الأقرب على الأبعد، ومن له قوة القرابة على غيره، في كل صنف كما في العصبات.

(**ثم بكون الأصل وارثاً عند اتحاد الجهة**) إذا استووا في الدرجة؛ فمن يدلي بوارث: أولى من كل صنف:

كبنت بنت الابن: أولى من ابن البنت.

وابن بنت الابن: أولى من ابن بنت البنت؛ لأن الوارث أقوى قرابةً من غير الوارث؛ بدليل تقدمه عليه في استحقاق الإرث، والمدلي بجهتين: أولى؛ كبني الأعيان مع بني العلات.

(**وإن اختلفت**) جهة القرابة (**..فلقرابة الأب: الثلثان، ولقرابة الأم: الثلث**)؛ لأن قرابة الأب أقوى، فيكون لهم الثلثان، والثلث لقرابة الأم:

مثاله: أبو أم الأب، وأبو أب الأم، وهذا لا يتصور في الفروع، وإنما يتصور في الأصول والعمات والأخوال.

ثم يعتبرُ الترجيحُ في كلِّ فريقٍ كما لو انفردَ.

وَعندَ الاسْتوَاءِ فِي الْقربِ، وَالْقُوَّةِ، والجهةِ.. للذّكرِ مثلُ حَظّ الأُنثيينِ.

وَتعْتَبَرُ أَبدانُ الْفُرُوعِ إنِ اتفقت صفةُ الأُصولِ.

وَكَذَا: إنِ اخْتلفت عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: تُؤْخَذُ الصّفةُ مِنَ الْأُصُولِ، وَالْعدَدُ مِنَ الْفُرُوعِ، وَيقسمُ على أَوَّلِ بطنٍ وَقعَ فِيهِ الِاخْتِلَافُ..

(ثم يعتبر الترجيح في كل فريق كما لو انفرد)؛ يعني: إذا كان لأبي الميت جدان من جهتين، وكذلك لأمه.. فلقوم الأب الثلثان، ولقوم الأم الثلث، ثم ما أصاب قوم الأب.. ثلثاه لقرابته من جهة أبيه، وثلثه لقرابته من جهة أمه.

وكذلك: ما أصاب قوم الأم؛ كما لو انفرد أيضاً مثاله: أبو أم أبي الأب، وأبو أبي أم الأب، وأبو أم أبي الأم، وأبو أبي أم الأم.

(وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة.. للذكر مثل حظ الأنثيين)؛ لأن الأصل في المواريث: تفضيل الذكر على الأنثى، وإنما ترك هذا الأصل في الإخوة والأخوات لأم؛ للنص على خلاف القياس.

(وتعتبر أبدان الفروع) المتساوية الدرجات (إن اتفقت صفة الأصول) في الذكورة والأنوثة؛ كابن البنت وبنت البنت؛ لإدلاء كلهم بوارث.

(وكذا إن اختلفت) صفة الأصول (عند أبي يوسف) وحسن بن زياد؛ كبنت ابن البنت، وابن بنت البنت؛ لخلوهم عن ولد الوارث.

فإن كانت الفروع ذكوراً فقط، أو إناثاً فقط.. تساووا في القسمة.

وإن كانوا مختلفين.. فللذكر مثل حظ الأنثيين، ولا تعتبر في القسمة صفات أصولهم أصلاً، وهو رواية شاذة عن الإمام.

(وعند محمد: تؤخذ الصفة من الأصول، والعدد من الفروع، ويقسم) المال (على أول بطن وقع فيه الاختلاف)؛ أي: اختلاف الأصول بالذكورة والأنوثة؛ للذكر مثل حظ الأنثيين.

ثمَّ يُجْعَلُ الذُّكُورُ على حِدةٍ، وَالْإِنَاثُ على حِدةٍ، فَيقسَمُ نصيبُ كلِّ طَائِفَةٍ على أَوَّلِ بطنٍ اخْتلفَ كَذَلِك إن كَانَ، وإلَّا.. دُفِعَ حِصَّةُ كلِّ أَصلٍ إِلَى فَرعِهِ.

(ثم يجعل الذكور) من ذلك البطن (على حدة)، ويجعل (والإناث على حدة) بعد القسمة على الذكور والإناث، (فيقسم نصيب كل طائفة على أول بطن اختلف كذلك إن كان) فيما بينهما اختلاف، (وإلا)؛ أي: وإن لم يكن بينهما اختلاف في الذكورة والأنوثة؛ بأن يكون جميع ما توسط بينهما ذكوراً فقط أو إناثاً فقط (..دفع حصة كل أصل إلى فرعه).

وفي «السراجية» و«شرحه»: وعند محمد:

«تعتبر أبدان الفروع إن اتفقت صفة الأصول» موافقاً لهما.

«وتعتبر الأصول إن اختلفت صفاتهم، ويعطى الفروع ميراث الأصول» مخالفاً لهما؛ كما إذا ترك ابن بنت وبنت بنت، عندهما: المال بينهما؛ للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان؛ أي: أبدان الفروع وصفاتهم، فثلثي المال لابن البنت، وثلثه لبنت البنت.

وعند محمد: يكون المال بينهما كذلك؛ لأن صفة الأصول متفقة.

ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت، عندهما: المال بين الفروع أثلاثاً باعتبار الأبدان، ثلثاه للذكر، وثلثه للأنثى.

وعند محمد: المال بين الأصول؛ أعني: في البطن الثاني أثلاثاً، لبنت ابن البنت نصيب أبيها، وثلثه لابن بنت البنت نصيب أمه.

وكذلك عند محمد إذا كان في أولاد البنات بطون مختلفة.. يقسم المال على أول بطن اختلف في الأصول، ثم تجعل الذكور طائفةً، والإناث طائفةً بعد القسمة؛ فما أصاب للذكور من أول بطن.. وقع فيه الاختلاف، يجمع ويعطي فروعهم بسحب صفاتهم إن لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الأصول اختلاف في الذكورة والأنوثة؛ بأن يكون جميع ما توسط بينهما ذكوراً فقط، أو إناثاً فقط.

وَبقول مُحَمَّدٍ: يُفْتى.

وَيُقَدَّمُ جُزْءُ الْمَيِّتِ وهم أَوْلَادُ الْبَنَاتِ، وَأَوْلَادُ بَنَاتِ الابْنِ، وَإِن سفلنَ.

ثمَّ أَصلُهُ، وهم: الأَجدادُ الفاسدون، والجدَّاتُ الفاسداتُ ثُمَّ جزءُ أَبيهِ، وهم: أولادٌ لأخواتِ وَأَوْلَادِ الْإِخْوَةِ لأُمٍّ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ.

وإن كان فيما بينهما من الأصول اختلاف.. يجمع ما أصاب الذكور، ويقسم على أعلى الخلاف الذي وقع في أولادهم، ويجعل الذكور ههنا أيضاً طائفةً، والإناث طائفةً، على قياس ما سبق.

وكذلك: ما أصاب الإناث يعطى فروعهن إن لم تختلف الأصول التي بينهما.

وإن اختلفت.. يجمع ما أصاب لهن، ويقسم على أعلى الخلاف الذي وقع في أولادهن، وهكذا يعمل إلى أن ينتهي. وتمامه فيهما إن شئت فليراجع.

(وبقول محمد) وهو أشهر الروايتين عن الإمام، والقول الأول لأبي يوسف: **(يفتى)**.

وذكر بعضهم: أن مشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في مسائل ذوي الأرحام والحيض؛ لأنه أيسر على المفتي.

(ويقدم جزء الميت)؛ أي: وترتيبهم: كترتيب العصبات، فيقدم فروعه، **(وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن وإن سفلن)**.

(ثم) يقدم **(أصله)**؛ أي: أصل الميت، **(وهم: الأجداد الفاسدون)**، وإن علوا؛ كأبي أم الميت وأبي أمه، **(والجدات الفاسدات)** وإن علون؛ كأم أبي أم الميت، وأم أبي أمه.

(ثم) يقدم **(جزء أبيه، وهم: أولاد الأخوات)** وإن سفلوا؛ سواء كانت تلك الأولاد ذكوراً أو إناثاً، وسواء كانت الأخوات لأب وأم، أو لأب، أو لأم.

(وأولاد الإخوة لأم وبنات الإخوة) وإن سفلن؛ سواء كانت الأخوة من الأبوين أو من أحدهما.

ثمَّ جُزْءُ جدِّهِ، وهم العمَّاتُ، والخالاتُ، والأَخوالُ، والأَعمامُ لأُمٍّ، وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ، ثمَّ أَوْلَادُ هَؤُلَاءِ.

ثمَّ جُزْء جدِّ أَبِيهِ أَو أُمِّهِ، وهم: عمَّاتُ الْأَبِ أَوِ الْأُمِّ، وخالاتُهما، وأَخوالُهما، وأَعمامُ الْأَبِ لأُمٍّ، وأَعمامُ الْأُمِّ، وَبَنَاتِ أَعمامِهما، وَأَوْلَادُ أَعمامِ الْأُمِّ.

(ثم) يقدم **(جزء جده، وهم: العمات، والخالات، والأخوال، والأعمام لأم)**؛ فإنهم إخوة لأبيه من أمه، واعتبر فيهم: كونهم لأم؛ لأن العم من الأبوين، أو من الأب: عصبة.

(وبنات الأعمام) مطلقاً، **(ثم أولاد هؤلاء)**.

(ثم جزء جد أبيه أو أمه، وهم: عمات الأب أو الأم، وخالاتهما، وأخوالهما، وأعمام الأب لأم، وأعمام الأم، وبنات أعمامهما، وأولاد أعمام الأم)؛ فإن جميعها من ذوي الأرحام.

وروي عن الإمام: أن أقرب الأصناف إلى الميت وأقدمهم في الوراثة عنه:

هو الصنف الثاني، وهم الساقطون من الأجداد والجدات وإن علون.

ثم الصنف الأول، وإن سفلوا.

ثم الثالث، وإن نزلوا.

ثم الرابع، وإن بعدوا.

وروى أبو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه: أن أقرب الأصناف الأول، ثم الثاني، ثم الثالث، ثم الرابع، وهو المأخوذ للفتوى.

وعندهما: الثالث، وهم: أولاد الأخوات وبنات الإخوة وبنو الإخوة لأم مقدم على الجد أبي الأم. وتمامه مبين في شروح الفرائض.. فليطالع.

* * *

(فَصْلٌ)

الغرقى والهَدْمى إذا لم يُعلَم أَيُّهمْ مَاتَ أَوّلاً.. يُقسَمُ مَالُ كلٍّ على ورثَتِهِ الْأَحْيَاءِ، وَلَا يَرِثُ بعضُ الْأَمْوَاتِ مِن بعضٍ.

فَصْلٌ

[فِي مِيرَاثِ الغَرْقَى وَالهَدْمَى]

(**الغَرْقى**): جمع الغريق.

(**والهَدْمى**)؛ أي: الطائفة التي هدم عليهم جدار أو غيره، وكذلك الحرقى.

(**إذا لم يعلم أيهم مات أولاً**)، كما إذا غرقوا في السفينة معاً، أو وقعوا في النار دفعةً، أو سقط عليهم جدار أو سقف بيت عياذاً به تعالى، أو قتلوا في المعركة، ولم يعلم التقدم والتأخير في موتهم.. جعلوا كأنهم ماتوا معاً.

(**..يقسم مال كل على ورثته الأحياء، ولا يرث بعض**) هؤلاء (**الأموات من بعض**)، هذا هو المختار عندنا؛ لأنه قول أبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما وعلي في الرواية المشهورة، وإحدى الروايتين عن ابن مسعود.

ووجهه: أن الإرث يبتني على التيقن بسبب الاستحقاق، **وشرطه**: هو حياة الوارث بعد الموت، فلما لم يتيقن بوجود الشرط.. لم يثبت الإرث بالشك.

وفي إحدى الروايتين عن علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما، وبه أخذ ابن ليلى: يرث بعضهم من بعض، إلا ممن ورث كل واحد منهم من مال صاحبه؛ فإنه لا يرث منه.

صورته: رجل وابنه، انهدم الحائط عليهما، ولم يدر أيهما مات أولاً، ولكل منهما امرأة وابن، وترك كل منهما ستة عشر ديناراً:

فعلى قول الجمهور: تركته بين زوجته وابنه الحي، وكذا تركة الابن إن لم تكن زوجة أبيه أمه، وإن كانت.. فيزاد لها الثلث.

وَإِنِ اجْتمع ابْنا عَمٍّ أَحدُهمَا أَخٌ لأُمٍّ.. أُعطِيَ السُّدسَ فرضاً، ثمَّ اقْتَسمَا الْبَاقِي عصوبةً.

وَلَا يَرِثُ الْمَجُوسِيُّ بالأَنكحةِ الْبَاطِلَةِ وَإِنِ اجْتمعَ فِيهِ قرابتانِ لَو انفردا فِي شَخْصَيْنِ ورثا بهما، وَيَرِثُ بهما.

وَإِن كَانَت إِحداهما تحجُبُ الْأُخرَى.. يَرِثُ بالحاجبةِ.

وَيُوقَفُ للْحَمْلِ نصيبُ ابْنٍ وَاحِدٍ هُوَ الْمُخْتَار.

وعلى القول الآخر: للزوجة من تركة الأب الثمن، والباقي بين ابنه الحي والميت بالسوية، فيصيب الميت سبعة دنانير.

وأما تركة الابن: فلزوجته منها الثمن، ولأبيه السدس، ولزوجة أبيه إن كانت أمه أيضاً السدس، والباقي للابن في الحالين؛ فما أصاب أباه من تركته وهو دينار وثلثا دينار يقسم بين ورثة أبيه سوى الابن الميت وما أصابه من تركة أبيه وهو سبعة دنانير.. يقسم بين ورثته، سوى الأب الميت.

(**وإن اجتمع ابنا عم؛ أحدهما أخ لأم.. أعطي السدس**) له (**فرضاً، ثم اقتسما**)؛ أي: ابنا العم (**الباقي عصوبةً**) كما مر.

(**ولا يرث المجوسي بالأنكحة الباطلة**)؛ أي: إذا تزوج المجوسي أمه أو غيرها من المحارم.. لا يرث منها بالنكاح (**وإن اجتمع فيه**)؛ أي: في المجوسي (**قرابتان لو انفردا**)، والظاهر: «لو انفردتا» (**في شخصين ورثا**)؛ أي: الشخصان (**بهما**)؛ أي: بالقرابتين، (**ويرث**) ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه قرابتان (**بهما**)؛ أي: بالقرابتين.

(**وإن كانت إحداهما**)؛ أي: إحدى القرابتين (**تحجب الأخرى.. يرث بالحاجبة**)؛ يعني: لو اجتمعت في المجوسي قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجبت إحداهما الأخرى.. يرث بالحاجبة، وإن لم تحجب.. يرث بالقرابتين.

(**ويوقف للحمل نصيب ابن واحد**)، و(**هو المختار**)، وعليه الفتوى.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: نصيبُ ابْنَيْنِ، فَإِن خرج أَكْثَرُهُ حَيّاً وَمَاتَ.. وُرِّثَ.

وإِن أقلُّهُ.. فلا.

وذلك: لأن من المعتاد الغالب: أن لا تلد المرأة في بطن واحد إلا ولداً واحداً، فيبنى عليه الحكم ما لم يعلم خلافه.

(**وعند أبي يوسف: نصيب ابنين**).

وفي «السراجية»: وعند محمد: يوقف نصيب ثلاثة بنين، رواه ليث بن سعد، لكن هذه الرواية ليست موجودةً في شروح الأصل، ولا في عامة الروايات.

وفي رواية أخرى عنه: نصيب ابنين، وهو قول الحسن، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، رواه عنه هشام.

وروى الخصاف عن أبي يوسف: نصيب ابن واحد؛ كما في المتن.

فعلى هذا: لو قال: «وعن أبي يوسف».. لكان أولى.

وعند الإمام: نصيب أربعة بنين.

(**فإن خرج أكثره**)؛ أي: أكثر الحمل (**حياً، ومات.. وُرِّث**)؛ لأن الأكثر له حكم الكل؛ فكأنه خرج كله حياً.

(**وإن**) خرج (**أقله**)، وظهر منه شيء من هذه العلامات، ثم مات (**..فلا**) يرث؛ لأنه لما خرج أكثره ميتاً.. فكأنه خرج كله ميتاً.

وإن خرج مستقيماً - وهو أن يخرج رأسه أولاً - فالمعتبر: صدره؛ يعني: إذا خرج صدره كله.

وإن خرج منكوساً - وهو أن يخرج رجله أولاً - فالمعتبر: سرته، وإن لم يتخرج السرة.. لم يرث.

* * *

(فَصْلٌ)

المُنَاسَخَةُ أَن يَمُوتَ بعضُ الْوَرَثَةِ قبلَ الْقِسْمَةِ.. فصحِّحِ الْمَسْأَلَةَ الأُولى ثمَّ الثَّانِيَةَ؛..

فَصْلٌ

[فِي المُنَاسَخَةِ]

(**المُنَاسَخَةُ**) هي مفاعلة من النسخ، بمعنى: النقل والتحويل.

والمراد بها ههنا: أن ينقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة إلى من يرث منه، وعن هذا قال: (**أن يموت بعض الورثة قبل القسمة**):

فإن كان ورثة الميت الثاني من عداد ورثة الميت الأول ولم يقع في القسمة.. تغير؛ فإنه يقسم المال حينئذ قسمةً واحدةً؛ إذ لا فائدة في تكرارها؛ كما إذا ترك بنين وبنات من امرأة واحدة، ثم ماتت إحدى البنات، ولا وارث لها سوى تلك الإخوة والأخوات لأب وأم.. فإنه يقسم مجموع التركة بين الباقين؛ للذكر مثل حظ الأنثيين قسمةً واحدةً؛ كما كانت، يقسم بين الجميع كذلك، فكأن الميت الثاني لم يكن في البنين.

وإن وقع تغير في القسمة بين الباقين؛ كما إذا ترك ابناً من امرأة، وثلاث بنات من امرأة أخرى، ثم ماتت إحدى البنات وخلفت هؤلاء؛ أعني: الأخ لأب والأختين من الأبوين.

أو كان ورثة الميت الثاني غير ورثة الميت الأول؛ كزوج وبنت وأم، فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وأبوين، ثم ماتت البنت قبلها أيضاً عن ابنين وبنت وجدة هي أم المرأة التي ماتت أولاً، ثم ماتت هذه الجدة عن زوج وأخوين.

(**..فصحح المسألة الأولى**) ويعطى سهام كل وارث من هذا التصحيح (**ثم**) صحح المسألة (**الثانية**)، وتنظر بين ما في يده من التصحيح الأول، وبين التصحيح الثاني في ثلاثة أحوال، هي: المماثلة، والموافقة، والمباينة.

فَإِن استقامَ نصيبَ الْمَيِّتِ الثَّانِي على مَسْأَلَتِهِ.

وإِلَّا.. فَاضْرب وفْقَ التَّصْحِيحِ الثَّانِي فِي التَّصْحِيحِ الأَوَّلِ؛ إِن وَافق نَصِيبُهُ مَسْأَلَتَهُ،..

(**فإن استقام**) بسبب المماثلة (**نصيب الميت الثاني**) من فريضة الميت الأول (**على مسألته**).. فبها ونعمت؛ لأن التصحيح الأول ههنا بمنزلة أصل المسألة هناك، والتصحيح الثاني ههنا بمنزلة رؤوس المقسوم عليه ثمة، وما في يد الميت الثاني بمنزلة سهامهم من أصل المسألة، ففي صورة الاستقامة: تصح المسألتان من التصحيح الأول؛ كما إذا مات الزوج في المثال المذكور عن امرأة وأبوين؛ لأن أصلها اثنا عشر؛ فإذا أخذ الزوج منها ثلاثةً والبنت ستةً والأم اثنين.. بقي منها واحد يجب ردها على البنت والأم بقدر سهامهما؛ فإذا رددنا المسألة إلى أقل مخارج فرض من لا يرد عليه.. صارت أربعةً؛ فإذا أخذ الزوج منها واحداً.. بقي ثلاثة، فلا يستقيم على الأربعة التي هي سهام البنت والأم، بينهما مباينة، فتضرب هذه السهام التي هي بمنزلة الرؤوس في ذلك الأقل، فيحصل ستة عشر؛ فللزوج منها أربعة، وللبنت تسعة، وللأم ثلاثة، ثم تلك الأربعة التي هي للزوج منقسمة على ورثته المذكورين؛ فلزوجته واحد منها، ولأمه ثلث ما يبقى وهو أيضاً واحد، ولأبيه اثنان، فاستقام ما في يد الزوج من التصحيح الأول على التصحيح الثاني، وصحت المسألتان من التصحيح الأول.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يستقم نصيب الميت الثاني من فريضة الميت الأول على مسألته (.. **فاضرب وفق التصحيح الثاني في**) جميع (**التصحيح الأول إن وافق نصيبه مسألته**)؛ لأن في التصحيح إذا انكسر سهام طائفة واحدة عليهم، وكان بين سهامهم ورؤوسهم موافقة.. يضرب وفق عدد الرؤوس في أصل المسألة، فكذا هنا يضرب وفق التصحيح الثاني الذي هو بمنزلة الرؤوس هناك في التصحيح الأول القائم هنا مقام أصل المسألة، فيحصل به ما تصح منه المسألتان؛ كما إذا ماتت البنت أيضاً في ذلك المثال وخلفت كما ذكر ابنين وبنتاً وجدةً؛ فإن ما في يدها في التصحيح الأول:

وَإِلَّا.. فَاضْـرب كـلَّ الثَّـانِي فِـي الأَوَّلِ، فَالْحَاصِـلُ مِـنَ الضَّـرْبِ: مخـرجُ الْمَسْأَلَتَيْنِ، ثـمَّ اضْرِب سِهَامَ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ الأَوَّلِ فِي وَفْقِ التَّصْحِيحِ الثَّانِي أَو فِي كُلِّهِ، وسهامَ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ الثَّانِي فِي وَفْقِ مَا فِي يَدِهِ أَو فِي كُلِّهِ، فَمَا خرجَ.. فَهُوَ نصيبُ كلِّ فريقٍ.

تسعةً، وتصحيح مسألتها: ستة، وبينهما موافقة بالثلث، فيضرب ثلث الستة - وهو اثنان - في ستة عشر، فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون: مخرج المسألتين.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يوافق نصيبه مسألته (.. **فاضرب كل**) التصحيح (**الثاني في**) كل التصحيح (**الأول**) على قياس ما في باب التصحيح على تقدير المباينة بين رؤوس الطائفة وبين سهامهم.

(**فالحاصل من الضرب: مخرج المسألتين**)؛كما إذا ماتت في ذلك المثال الجدة التي هي أم المرأة المتوفاة أولاً، وخلفت زوجاً وأخوين؛ فإن ما في يدها تسعةً كما عرفت آنفاً، وتصحيح مسألتها: أربعة، وبين التسعة والأربعة مباينة.. فاضرب حينئذ الأربعة في التصحيح السابق؛ أعني: اثنين وثلاثين، يبلغ مائةً وثمانيةً وعشرين، فهي مخرج المسألتين، وتمامه في «السيد الشريف».

(**ثم اضرب سهام ورثة الميت الأول**) من تصحيح مسألته (**في وفق التصحيح الثاني**) على تقدير الموافقة، (**أو في كله**) على تقدير المباينة، فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم في هذا المضروب: نصيبه من المبلغ المذكور، والسبب: أن التصحيح الثاني ووفقه ههنا: بمنزلة الضروب في أصل المسألة ثمة.

(و) اضرب (**سهام ورثة الميت الثاني**) من تصحيح مسألته (**في وفق ما في يده**) على تقدير الموافقة.

(**أو في كله**) على تقدير المباينة؛ (**فما خرج.. فهو**)؛ أي: الحاصل من هذا الضرب (**نصيب كل فريق**)؛ لأن حق ورثة الميت الثاني إنما هو فيما في يده، فصار سهام كل واحد منهم مضروبةً فيه.

فَإِن مَاتَ ثَالِثٌ فَاجْعَلِ الْمبلغَ مَكَانَ الأَوَّلِ، وَالثَّالِثَ مَكَانَ الثَّانِي، وَكَذَا تفعلُ إِن مَاتَ رَابعٌ أَو خَامِسٌ، وهلمَّ جرّاً.

(**فإن مات ثالث**) من الورثة قبل القسمة (**..فاجعل المبلغ**) الذي صح منهم المسألة الأولى والثانية (**مكان الأول، والثالث مكان الثاني**) في العمل؛ كأن الميت الأول والثاني صارا ميتاً واحداً، فيصير الميت الثالث ميتاً ثانياً.

(**وكذا تفعل إن مات رابع أو خامس، وهلم جرا**) إلى غير النهاية؛ فإنه لما صار تصحيح الميت الأول والثاني والثالث تصحيحاً واحداً.. صاروا كلهم ميتاً واحداً، فيصير الميت الرابع ميتاً ثانياً.

وكذا الحال إذا صار تصحيح أربعة من الموتى تصحيحاً واحداً.. كانوا بمنزلة ميت واحد، فصار الخامس ميتاً ثانياً، وهكذا... إلى ما لا يتناهى، وتفصيل هذا الباب في «شرح الفرائض» للسيد فليراجع.

*　*　*

(حِسَابُ الْفَرَائِض)

الْفُرُوضُ نَوْعَانِ:

الأَوَّلُ: النّصْفُ، وَنصفُهُ، وَهُوَ: الرّبعُ، وَنصفُ نصفِهِ وَهُوَ: الثُّمُنُ.

وَالثَّانِي: الثُّلُثَانِ، ونصفُهما، وَهُوَ: الثُّلُثُ، وَنصفُ نصفِهما، وَهُوَ: السُّدسُ.

فالنصفُ: يخرجُ مِنِ اثْنَيْنِ، وَالرّبُعُ مِن أَرْبَعَةٍ، وَالثُّمُنُ مِن ثَمَانِيَةٍ، وَالثُّلُثَانِ وَالثُّلُثُ مِن ثَلَاثَةٍ، وَالسُّدُسُ مِن سِتَّةٍ.

(حِسَابُ الفَرَائِضِ)

(**الفروض**) الستة المذكورة في كتاب الله تعالى (**نوعان**):

على التنصيف إن بدأت بالأكثر.

أو على التضعيف إن بدأت بالأقل.

فثلاثة منها نوع، وثلاثة أخرى نوع آخر.

(**الأول: النصف، ونصفه**)؛ أي: نصف النصف (**وهو: الربع، ونصف نصفه**)؛ أي: نصف الربع (**وهو: الثمن**)

(و) النوع (**الثاني: الثلثان، ونصفهما**)؛ أي: نصف الثلثين (**وهو: الثلث، ونصف نصفهما**)؛ أي: نصف نصف الثلثين (**وهو: السدس**).

(**فالنصف يخرج من اثنين، والربع من أربعة، والثمن من ثمانية، والثلثان والثلث من ثلاثة، والسدس من ستة**)؛ فإن لمخرج كل فرض من هذه الفروض سميه من الأعداد؛ إذ الربع سميه الأربعة.

وكذا الباقي، إلا النصف؛ فإنه من اثنين، والاثنان ليس سمياً للنصف.

فإن كان في مسألة النصف فقط؛ كما فيمن خلف بنتاً وأخاً لأب وأم.. فهي من اثنين.

وَإِن اِخْتَلَطَ النّصْفُ بالنوعِ الثَّانِي أَو بِبَعْضِهِ.. فَمن سِتَّةٍ.

أَوِ الرّبعُ.. فَمنِ اثْنَي عشرَ.

وإن كان فيها الربع وحده؛ كما فيمن تركت الزوج مع الابن.. كانت من أربعة.

وإن كان فيها الثمن فقط؛ كما فيمن ترك الزوجة والابن.. كانت من ثمانية.

وإن كان فيها الثلث وحده؛ كما إذا ترك أماً وأخاً لأب وأم.

وإن كان فيها الثلثان فقط؛ كما إذا ترك بنتين وعماً.. فهي من ثلاثة.

وإن كان فيها السدس فقط؛ كما إذا ترك أباً وابناً.. فهي من ستة.

(وإن اختلط النصف) من النوع الأول (بالنوع الثاني) كله؛ أي: بالثلثين والثلث والسدس؛ كما إذا تركت زوجاً وأماً وأختين لأب وأم وأختين لأم.

(أو) اختلط (ببعضه)؛ أي: بعض النوع الثاني؛ كما إذا اختلط النصف بالثلث فقط، أو بالثلثين فقط، أو بالسدس وحده، أو بالثلث والثلثين معاً، أو بالثلثين والسدس معاً، أو بالثلث والسدس معاً (..فمن ستة)؛ أي: فالمسألة من ستة؛ لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان في الستة فهي مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثاني على جميع الوجوه المذكورة، وأيضاً بين مخرج النصف والثلث مباينة؛ فإذا ضرب أحدهما في الآخر.. حصل ستة، فهي مخرج لهما.

(أو) اختلط (الربع) من النوع الأول بكل الثاني؛ كما إذا خلف زوجةً وأما وأختين لأب وأم وأختين لأم.

أو ببعضه؛ كما إذا اختلط بالثلثين فقط، أو بالثلث فقط، أو بالسدس فقط، أو بالثلثين والسدس معاً، أو بالثلثين والثلث، أو بالثلث والسدس معاً، (..فمن اثني عشر).

فالمسألة: من اثني عشر؛ لأن مخرج أقل جزء من النوع الثاني: هو الستة، وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين، فاكتفينا بها مخرجاً للكل.

أَوِ الثّمنُ.. فَمن أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ.

وَإِذا انْكَسَرَ سهام فريقٍ عَلَيْهِم وباينَتْ سِهَامُهمْ عَددَهمْ.. فَاضْرب عَددَهمْ فِي أصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كامرأةٍ وأخوين.

(أو) اختلط (الثمن) من النوع الأول بكل الثاني، هذا إنما يتصور على رأي ابن مسعود رضي الله تعالى عنه، وأما على رأينا.. فهو غير متصور؛ كما قرر في موضعه.

أو ببعضه؛ كما إذا اختلط بالثلثين والسدس، أو بالثلث والسدس على رأيه، أو بالثلثين والثلث على رأيه، أو بالثلثين فقط، أو بالسدس فقط، أو بالثلث فقط (.. فمن أربعة وعشرين)؛ أي: فالمسألة من أربعة وعشرين؛ لأن مخرج أقل جزء من النوع الثاني: هو الستة التي دخل فيها مخرج الثلث والثلثين، فوجب الاكتفاء بها - لما عرفت - وبين الستة ومخرج الثمن؛ أعني: الثمانية موافقة بالنصف، فضربنا نصف إحداهما في كل الأخرى، فحصل أربعة وعشرون، وأيضاً بين مخرج الثلث والثلثين، ومخرج الثمن مباينة.. فضربنا الكل في الكل، فصار الحاصل أيضاً أربعةً وعشرين، فمنها تخرج الفروض المختلطة بالثمن.

(وإذا انكسر سهام فريق عليهم)؛ أي: على الورثة من ذلك الفريق، (وباينت سهامهم)؛ أي: سهام من انكسر عليهم (عددهم.. فاضرب عددهم)؛ أي: كل عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام (في أصل المسألة) إن لم تكن عائلةً.

وفي أصلها مع عولها إن كانت عائلةً.

(كامرأة وأخوين)، أصل المسألة: أربعة؛ فإذا أخذت المرأة منها واحداً.. بقي ثلاثة، ولا يستقيم على الأخوين، وبينهما مباينة، فضربنا الاثنين في أصل المسألة، فحصل ثمانية، فللمرأة من أصل المسألة واحد، ضربناها في الاثنين، فلم يتغير، فالاثنان لها، وللأخوين من أصل المسألة ثلاثة، ضربناها في الاثنين، فحصل ستة، فلكل واحد ثلاثة منها.

وَإِن وَافَقَ سِهَامُهُمْ عَدَدَهُمْ.. فَاضْرِبِ وَفْقَ عَدَدِهِمْ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كامرأَةٍ وَسِتَّةِ إِخْوَةٍ.

وَإِنِ انْكَسَرَ سِهَامُ فريقَين أَو أَكثرَ، وتماثلَت أعدادُ رؤوسِهِم.. فَاضْرب أَحَدَ الْأَعْدَادِ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كثلاثِ بَنَاتٍ، وَثَلَاثَةِ أَعمامٍ.

وَإِن تداخلتِ الْأَعْدَادُ.. فَاضْرِب أَكْثَرَهَا، فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كأربعِ زَوْجَاتٍ وَثَلَاثِ جدَّاتٍ واثني عشرَ عَمًّا.

(**وإن وافق سهامهم عددهم.. فاضرب وفق عددهم**)؛ أي: عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام (**في أصل المسألة**) إن لم تكن عائلةً.

وفي أصلها مع عولها إن كانت عائلةً.

(**كامرأة وستة إخوة**)، أصل المسألة: أربعة، وإذا أخذت المرأة واحداً منها.. يبقى ثلاثة، ولا تستقيم على الستة، وبينهما موافقة بالثلث، فضربنا وفق عددهم وهو اثنان في أصل المسألة وهو أربعة، فيكون ثمانيةً، كان للزوج واحد، فضرب في اثنين، فيكون اثنين، وللإخوة ثلاثة، فضرب في اثنين، فيكون ستةً، لكل واحد منهم سهم.

(**وإن انكسر سهام فريقين أو أكثر، وتماثلت أعداد رؤوسهم.. فاضرب أحد الأعداد في أصل المسألة**) حتى يحصل ما تصح منه المسألة على جميع الفرق.

(**كثلاث بنات، وثلاثة أعمام**)، أصل المسألة: ثلاثة، اثنان منها للبنات، وواحد للأعمام، فينكسر على الفريقين، لكن بين أعداد رؤوس البنات وأعداد رؤوس الأعمام تماثل، فيضرب عدد أحدهما وهو ثلاثة في أصل المسألة، فيكون تسعةً، الثلثان منها ستة، وهي حق البنات الثلاث، والباقي وهو ثلاثة للأعمام.

(**وإن تداخلت الأعداد.. فاضرب أكثرها**)؛ أي: أكثر الأعداد (**في أصل المسألة**) حتى يحصل ما تصح منه المسألة؛ (**كأربع زوجات وثلاث جدات واثني عشر عما**)، أصلها: من اثني عشر، للزوجات الربع وهو ثلاثة، ولا يستقيم عليها وللجدات،

وَإِن وَافقَ بعضُ الْأَعْدَادِ بَعْضاً.. فَاضْرِب وَفْقَ أَحدِهَا فِي جمعِ الثَّانِي، والمبلغَ فِي وَفْقِ الثَّالِثِ إِن وَافقَ.

وَإِلَّا.. فَفِي جَمِيعِهِ، والمبلغَ فِي الرَّابِعِ كَذَلِك، ثمَّ الْحَاصِلَ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كأربعِ زَوْجَاتٍ وَخمْسَ عشرَةَ جدَّةً وثمانيَ عشرَةَ بِنتاً وَسِتَّةِ أَعمامٍ.

السدس وهو سهمان، ولا يستقيم عليها أيضاً، وللأعمام الباقي وهو سبعة، ولا موافقة بين الأعداد والسهام، لكن الأعداد متداخلة، فيضرب أكثرها وهو اثني عشر في أصل المسألة وهو اثني عشر، فيكون مائةً وأربعةً وأربعين، كان للزوجات ثلاثة، فيضرب في اثني عشر، فيكون ستةً وثلاثين، وللجدات سهمان فيضربان في اثني عشر، فيكون أربعةً وعشرين، وللأعمام سبعة، فيضرب في اثني عشر، فيكون أربعةً وثمانين.

(**وإن وافق بعض الأعداد بعضاً.. فاضرب وفق أحدها في جميع الثاني**، و) اضرب (**المبلغ في وفق الثالث إن وافق، وإلا**)؛ أي: وإن لم يوافق (**..ففي جميعه**، و) اضرب (**المبلغ في الرابع كذلك**)؛ أي: في وفقه إن وافق، وإلا.. ففي جميعه، (**ثم**) اضرب (**الحاصل في أصل المسألة**) حتى يحصل ما تصح منه المسألة؛ (**كأربع زوجات وخمس عشرة جدةً وثماني عشرة بنتاً وستة أعمام**)، أصلها: من أربعة وعشرين:

للزوجات الثمن وهو ثلاثة، ولا تستقيم عليها ولا توافق.

وللجدات السدس وهو أربعة، ولا تستقيم عليها ولا توافق.

وللبنات الثلثان وهو ستة عشر، ولا تستقيم عليهن، وبين رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف، فرجع إلى النصف وهو تسعة، وبقي للأعمام سهم، فمعنا أربعة وخمسة عشر وتسعة وستة، ثم طلبنا بينهما التوافق، فوجدنا الأربعة موافقةً للستة بالنصف، فرددنا إحداهما إلى نصفها، وضربناه في الأخرى، صار المبلغ اثني عشر، وهو موافق للتسعة بالثلث، فضربنا ثلث إحداهما في جميع الأخرى، صار المبلغ

وَإِن كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ عائلةً.. فَاضْرِب مَا ضَربتَهُ فِي الأَصْلِ فِيهِ مَعَ الْعَوْلِ فِي جَمِيعِ ذَلِك.

المجموع خمسة آلاف وأربعين، فمنها تستقيم المسألة على جميع الطوائف، هذا إذا لم تكن المسألة عائلةً.

(و) أما **(إن كانت المسألة عائلةً.. فاضرب ما ضربته في الأصل فيه مع العول في جميع ذلك)** على ما قررناه في المسائل المذكورة.

* * *

أَو إِن تباينَتِ الأعدادُ.. فَاضْرِب كُلَّ أَحدِها فِي جَمِيعِ الثَّانِي، ثمَّ الْمبلَغَ فِي الثَّالِثِ، ثمَّ الْمبلغَ فِي الرَّابِعِ، ثمَّ الْحَاصِلَ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ؛ كامرأَتَينِ وَعشرَ بَنَاتٍ وستَّ جدَّاتٍ وَسَبْعَةَ أَعمامٍ.

ستةً وثلاثين، وبين هذا المبلغ الثاني وبين خمسة عشر موافقة بالثلث أيضاً، فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلاثين، فحصل مائة وثمانون، ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث في أصل المسألة؛ أعني: أربعةً وعشرين، فصار الحاصل أربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين، وتمامه في شروح الفرائض.. فليطالع.

(أو إن تباينت الأعداد.. فاضرب كل أحدها في جميع الثاني، ثم المبلغ في الثالث، ثم المبلغ في الرابع، ثم) اضرب **(الحاصل في أصل المسألة)** حتى يحصل ما تصح منه المسألة؛ **(كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة أعمام)**، أصلها: أيضاً أربعة وعشرون:

للزوجين الثمن وهو ثلاثة، لا تستقيم عليهما وبين رؤوسهن وسهامهن مباينة، فأخذنا عدد رؤوسهن.

وللجدات السدس وهو أربعة، لا تستقيم عليهن وبين أعداد رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف، فأخذنا نصف عدد رؤوسهن.

وللبنات الثلثان وهو ستة عشر، لا تستقيم عليهن وبين رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف، فأخذنا نصف عدد رؤوسهن.

وللأعمام الباقي وهو واحد، لا يستقيم عليهم وبينه وبين عدد رؤوسهم مباينة، فأخذنا عدد رؤوسهم فصار معنا من الأعداد المأخوذة للرؤوس: اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة، وهذه كلها أعداد متباينة، فضربنا الاثنين في ثلاثة صارت ستةً، ثم ضربنا هذا المبلغ في خمسة فصار ثلاثين، ثم ضربنا الثلاثين في سبعة، فحصل مائتان وعشرة، ثم ضربنا هذا المبلغ في أصل المسألة وهو أربعة وعشرون، فصار

(فَصْلٌ)

وتداخلُ العددَينِ يُعرَفُ: بِأَن تَطْرَحَ الْأَقَلَّ مِنَ الْأَكْثَرِ مرَّتَيْنِ أَو أَكثرَ، فيفنيهِ.

أَو يُقسَمُ الْأَكْثَرُ على الْأَقَلِّ، فينقسمُ قسْمَةً صَحِيحَةً؛ كالخمسةِ مَعَ الْعشْرينَ.

وتوافقُهما: بِأَن ينقصَ...

فَصْلٌ
[فِيمَا يُعْرَفُ بِهِ تَدَاخُلُ العَدَدَيْنِ]

(**وتداخل العددين يعرف بأن تطرح الأقل من الأكثر مرتين أو أكثر فيفنيه**)؛ أي: يفني الأقل الأكثر؛ كالثلاثة والستة.

(**أو يقسم الأكثر على الأقل فينقسم قسمةً صحيحةً**)؛ أي: قسمةً لا كسر فيها؛ كالستة فإنها منقسمة على الثلاثة وعلى الاثنين أيضاً بلا كسر، فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان، ومن اثنين ثلاثة، وقس على ذلك سائر المتداخلين.

والسبب فيه: أنه إذا عد عدد ما هو أكثر منه.. كان الأكثر مثلي الأقل أو أمثاله، فيصيب بالقسمة كل واحد من آحاد الأقل آحاد صحيحة بعد أمثال الأقل في الأكثر.

ثم مثّل المتداخلين بقوله: (**كالخمسة مع العشرين**)؛ لأنك إذا طرحت الخمسة من العشرين أربع مرات.. أفنيت العشرين، فهما متداخلان، وكذلك إذا قسمت العشرين على الخمسة.. يجيء أربعة أقسام صحيحة.

أو نقول: التداخل هو أن يزيد على الأقل مثله أو أمثاله.. يساوي الأكثر، أو أن يكون الأقل جزء الأكثر جزءاً مفرداً من الأكثر.. فلا تداخل بين الستة والتسعة، وإن كان الستة ثلثي التسعة؛ لأنها ليست جزءاً مفرداً، ومن شرط التداخل: أن لا يكون الأقل زوجاً، مع كون الأكثر فرداً، وأن لا يزيد الأقل على نصف الأكثر.

(و) يعرف (**توافقهما**)؛ أي: العددين في جزء؛ كالنصف ونظائره: (**بأن ينقص**

الْأَقَلُّ فِي الْأَكْثَرِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ حَتَّى يتوافقا فِي مِقْدَارٍ، فَإِن توافقا فِي وَاحِدٍ.. فهما متباينانِ، وَإِن فِي أَكثرَ.. فهما متوافقانِ؛ فَإِن كَانَ اثْنَيْنِ.. فهما متوافقان بِالنِّصْفِ، وَإِن ثَلَاثَةً.. فبالثُّلُثِ، أَو أَرْبَعَةً.. فبالربعِ، هَكَذَا إِلَى الْعشْرَةِ.

وَإِن فِي أَحدَ عشرَ.. فبجزءٍ مِن أحدَ عشرَ، وهلم جراً.

وَإِن أردْتَ معرفَةَ نصيبِ كلِّ فريقٍ.............................

الأقل من الأكثر من الجانبين، حتى يتوافقا في مقدار؛ فإن توافقا في واحد.. فهما متباينان)؛ كالخمسة مع السبعة، والتسعة وأحد عشر مع عشرة.

(**وإن**) توافقا (**في أكثر**) من واحد (**..فهما متوافقان؛ فإن كان**) الأكثر (**في اثنين.. فهما متوافقان بالنصف**)؛ كثمانية عشر مع الثمانية؛ فإنه إذا ألقيت من ثمانية عشر ثمانيةً مرتين.. بقي منها اثنان، وإذا ألقي اثنان من الثمانية ثلاث مرات.. بقي منها أيضاً اثنان، فهما متوافقان بالنصف.

(**وإن**) كان الأكثر (**ثلاثةً.. فبالثلث**)؛ كما في التسعة والاثني عشر.

(**أو**) كان الأكثر (**أربعةً.. فبالربع**)؛ كالثمانية والاثني عشر.

(**هكذا إلى العشرة**)؛ أي: يكون التوافق في الأعداد التي هي العشرة وما دونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة، وهي: النصف إلى العشرة، وتسمى هي مع ما يتركب منها بالإضافة أو التكرير: بالكسور المنطقة.

(**وإن**) توافقا (**في أحد عشر**)؛ كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين (**في جزء من أحد عشر**)؛ أي: هما متوافقان بجزء من أحد عشر (**وهلم جراً**)؛ أي: إن توافقا في ثلاثة عشر.. يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر؛ كستة وعشرين وتسعة وثلاثين؛ فإن العاد لهما ثلاثة عشر.

وفي خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر؛ كثلاثين مع خمسة وأربعين؛ فإن خمسة عشر يعدهما معاً، فهما متوافقان بجزء منهما.

(**وإن أردت معرفة نصيب كل فريق**)؛ كالبنات والجدات والزوجات والأعمام

مِنَ التَّصْحِيحِ.. فَاضْرِبْ مَا كَانَ لَهُ مِن أَصلِ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا ضَربتَهُ فِي أَصلِ الْمَسْأَلَةِ، فَمَا خرجَ.. فَهُوَ نصِيبُهُ.

وَكَذَا الْعَمَلُ فِي معرفَةِ نصيبِ كلِّ فَردٍ.

وَإِن شِئْتَ فانسُبْ سِهَامَ كلِّ فريقٍ مِن أَصلِ الْمَسْأَلَةِ إِلَى عددِ رؤوسهِم، ثمَّ أَعْطِ بِمثلِ تِلْكَ النِّسْبَةِ مِنَ الْمَضْرُوبِ لكلِّ فَردٍ مِنْهُم.

وَإِن أَردْتَ قِسْمَةَ التَّرِكَةِ بَينَ الْوَرَثَةِ والْغُرَمَاءِ.. فَانْظُر بَينَ التَّرِكَةِ والتصحيحِ؛ فَإِن كَانَ بَينهمَا مُوَافقةٌ.. فَاضْرِب سِهَامَ كلِّ وَارِثٍ مِنَ التَّصْحِيحِ فِي وَفْقِ التَّرِكَةِ، ثمَّ قسِمِ الْحَاصِلَ على وَفْقِ التَّصْحِيحِ؛ فَمَا خرجَ.. فَهُوَ نصيبُ ذَلِك الْوَارِثِ...

وغيرها (من التصحيح) الذي استقام على الكل (.. فاضرب ما كان له)؛ أي: لكل فريق (من أصل المسألة فيما ضربته في أصل المسألة)؛ أي: في المضروب الذي ضربته في أصلها؛ (فما خرج) من هذا الضرب (..فهو نصيبه)؛ أي: نصيب ذلك الفريق.

(وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد) من أفراد ذلك الفريق من التصحيح.

(وإن شئت) سهام كل فرد من أصل المسألة (..فانسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم) مفرداً عن أعداد رؤوس غيرهم، (ثم أعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم) من أفراد ذلك الفريق.

(وإن أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء).

الواو الواصلة ههنا: مستعارة لـ «أو» الفاصلة؛ إذ لا يتصور القسمة بين الطائفتين معاً؛ لأن التركة إن وفت بجميع الديون.. فلا قسمة بين الغرماء، وإلا.. فلا قسمة بين الورثة.

(فانظر بين التركة والتصحيح؛ فإن كان بينهما موافقة.. فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة، ثم اقسم) المبلغ (الحاصل) من هذا الضرب (على وفق التصحيح؛ فما خرج.. فهو نصيب ذلك الوارث).

وَإِن لم يكن بَينهمَا مُوَافقةٌ.. فَاضْرِب سِهَامَ كلِّ وَارِثٍ فِي جَمِيعِ التَّرِكَةِ ثمَّ اقْسِمِ الْحَاصِلَ على جَمِيعِ التَّصْحِيحِ؛ فَمَا خرجَ.. فَهُوَ نصِيبُهُ.

مثاله: زوج وأم وأختان لأب وأم، أصلها: من ستة، وتعول إلى ثمانية، فللزوج منها ثلاثة، وللأم واحد، ولكل من الأختين سهمان.

فإن فُرِض أن جميع التركة خمسون ديناراً يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف، فيضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلاثة، في وفق التركة وهو خمسة وعشرون، يبلغ خمسةً وسبعين، ثم تقسم الخمسة والسبعون على وفق التصحيح وهو أربعة، فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر ديناراً وثلاثة أرباع دينار، ويضرب سهم الأم من التصحيح، وهو واحد في خمسة وعشرين، وهو وفق التركة، فيكون خمسةً وعشرين، ثم نقسمها على وفق التصحيح وهو أربعة، فيكون للأم ستة دنانير وربع دينار، ويضرب سهم كل من الأختين وهو سهمان، في وفق التركة، فيبلغ خمسين، ثم نقسمها على وفق التصحيح، وهو أربعة، فيكون لكل واحد من الأختين اثنا عشر ديناراً ونصف دينار.

(**وإن لم يكن بينهما موافقة.. فاضرب سهام كل وارث في جميع التركة، ثم اقسم**) المبلغ (**الحاصل على جميع التصحيح؛ فما خرج**) من هذه القسمة (**..فهو نصيبه**)؛ أي: نصيب ذلك الوارث؛ كما إذا فرض أن جميع التركة خمسة وعشرون ديناراً.. كان بينهما وبين التصحيح الذي هو ثمانية مباينة؛ فإذا أردت أن تعرف نصيب كل وارث من هذه التركة.. فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في كل التركة، يحصل خمسة وسبعون، ثم اقسم هذا المبلغ على التصحيح؛ أعني: ثمانيةً، يخرج تسعة، دينار وثلاثة أثمان دينار فهذه نصيب الزوج، واضرب أيضاً نصيب الأم من التصحيح، وهو واحد من جميع التركة، فيكون الحاصل خمسةً وعشرين؛ فإذا قسمتها على الثمانية.. خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار فهي نصيب الأم، واضرب نصيب كل أخت من التصحيح، وهو اثنان في كل التركة، يحصل خمسون؛ فإذا

وَكَذَا الْعَمَلُ لمعْرِفَةِ نصيبِ كلِّ فريقٍ.

وَفِي الْقِسْمَةِ بَينَ الْغُرَمَاءِ: اجْعَل مَجْمُوعَ الدُّيُونِ كالتَّصحيحِ، وكلَّ دَينٍ كسهامِ الْوَارِثِ، ثمَّ اعْمَلِ الْعَمَلَ الْمَذْكُورَ.

قسمت هذا الحاصل على الثمانية.. خرج ستة دنانير وربع دينار، فهو نصيب كل أخت من التركة.

(وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق) من الورثة؛يعني: فاضرب ما كان لكل فريق من أصل المسألة في وفق التركة، ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسألة إن كان بين التركة وتصحيح المسألة موافقة، وإن كان بينهما مباينة.. فاضرب ما كان لكل فريق في كل التركة، ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسألة، فالخارج: نصيب ذلك الفريق في الموافقة والمباينة، وتمامه في «السيد» فليطالع.

(وفي القسمة بين الغرماء: اجعل مجموع الديون كالتصحيح، وكل دين) من ديون الغرماء؛ (كسهام الوارث، ثم اعمل العمل المذكور).

فإذا كان للميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف، وستة غرماء لكل منهم ألفان، وكانت التركة عشرين.. كان بين جميع الديون - وذلك ثمانية عشر - وبين التركة موافقة نصفية، فتضرب الثلاثة التي كانت لكل من الغريمين في نصف التركة، وذلك عشرة، تبلغ ثلاثين، وتقسم على نصف الديون، وذلك تسعة، فالخارج - وذلك ثلاثة وثلاثة وثلث -: نصيب كل منهما، فيكون لكليهما ستة وثلثان، ويضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة في العشرة.. يبلغ عشرين، ويقسم على التسعة، فالخارج وذلك سهماً وتُسْعان: نصيب كل منهم، فيكون للغرماء الستة: اثنا عشر سهماً واثنا عشر تُسُعاً، وذلك سهم وثلث سهم؛ فإذا ضممت ثلاثة عشر وثلثاً إلى ستة وثلثين.. يبلغ عشرين.

وإن كانت التركة تسعة عشر.. فبينهما وبين جميع الديون مباينة، فتضرب ثلاثة كل من الغريمين في تسعة عشر، تبلغ سبعة عشر وخُمُسَين، فتقسم على ثمانية عشر،

وَمن صَالحَ مِنَ الْوَرَثَةِ أَوِ الْغُرَمَاءِ على شَيْءٍ مِنْهَا.. فاطرَح نصِيبَهُ مِنَ التَّصْحِيحِ أَو الدُّيُونِ، واقسِمِ الْبَاقِي على سِهَامِ مَن بَقِيَ أَو دُيُونِهِم.

فالخارج وهو ثلاثة أسهم وتُسْع ونصف تُسْع لكل منهما، فيكون لكليهما ستة أسهم وثلاثة أتساع، وذلك ثلث سهم، فيضرب سهما كل من الغرماء الستة في تسعة عشر.. يبلغ ثمانيةً وثلاثين، فيقسم على ثمانية عشر، فالخارج وهو سهمان وتُسْع لكل منهم، فللغرماء الستة: اثنا عشر، على ثمانية وستة أتساع سهم، وذلك ثلثاه؛ فإذا ضممت اثني عشر وثلثين إلى ستة وثلث.. يبلغ تسعة عشر.

(ومن صالح من الورثة أو الغرماء على شيء) معلوم (منها)؛ أي: من التركة (..فاطرح نصيبه من التصحيح أو الديون، واقسم الباقي على سهام من بقي) من الورثة، (أو) على (ديونهم)؛ أي: ديون من بقي من الغرماء.

مثاله: زوج وأم وعم، ففيها نصف وثلث الكل وما بقي، فأصلها وتصحيحها: من ستة؛ فإذا صالح الزوج على شيء كما في ذمته من المهر، وخرج من البين.. تطرح سهامه من التصحيح، وذلك ثلاثة، وتقسم باقي التركة على سهام الباقين على ما كان أثلاثاً، ثلثاه للأم، وثلثه للعم.

*   *   *

[خَاتِمَةُ الكِتَابِ]

قالَ الفقيرُ: هَذَا آخرُ «ملتقى الأبحُرِ»، وَلـم آلُ جهداً فِي عَدَمِ تركِ شَيْءٍ مِن مسَائِلِ الْكُتُبِ الْأَرْبَعَةِ، وَالْتمسُ مِنَ النَّاظرِ فِيهِ إِنِ اطَّلعَ على الْإِخْلَالِ بِشَيْءٍ مِنْهَا: أَن يُلْحِقَهُ بمحلِّهِ؛ فَإِنَّ الْإِنْسَانَ مَحلُّ النسْيَانِ، وَليكن ذَلِكَ بعدَ التَّأَمُّلِ فِي مظانِّ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ؛ فَإِنَّهُ رُبَّمَا ذُكِرَتْ بعضُ الْمَسَائِلِ فِي بعضِ الْكُتُبِ الْمَذْكُورَةِ فِي مَوضِعٍ، وَفِي غَيرِهِ فِي مَوضِعٍ آخرَ، فاكتفيتُ بذِكرِها فِي أَحدِ الْمَوْضِعَيْنِ، ثُمَّ إِنِّي زِدْتُ مسَائِلَ كَثِيرَة مِنَ «الْهِدَايَة»، وَمِن «مجمعِ الْبَحْرَينِ».

[خَاتِمَةُ الكِتَابِ]

(**قال الفقير**)، يريد المولى الفاضل، روَّح الله روحه، وزاد في أعلى غرف الجنان فتوح نفسه النفيسة: (**هذا آخر**) كتاب (**ملتقى الأبحر، ولم آل**) من الأَلْوِ وهو: التقصير (**جهداً**)؛ أي: لم أمنعك جهداً (**في عدم ترك شيء من مسائل الكتب الأربعة**)، وهي: «القدوري»، و«المختار»، و«الكنز»، و«الوقاية»، كما مر في الخطبة.

(**وألتمِسُ**) على صيغة المتكلم، من الالتماس (**من الناظر فيه**)؛ أي: هذا الكتاب (**إن اطلع على الإخلال بشيء منها**)؛ أي: من مسائل الكتب الأربعة بأن لا يذكره في محله (..**أن يلحقه**) مفعول ألتمس (**بمحله؛ فإن الإنسان محل النسيان**) سمي الإنسان؛ لأنه الناسي، ولذلك قيل: أول الناس أول الناسي.

(**وليكن**) أمر غائب (**ذلك**)؛ أي: الإلحاق بمحله الأصلي (**بعد التأمل في مظان تلك المسألة**)؛ أي: بعد التأمل في مواضع يظن تلك المسألة منها؛ (**فإنه ربما ذكرت بعض المسائل في بعض الكتب المذكورة في موضع، وفي غيره في موضع آخر، فاكتفيت بذكرها**)؛ أي: بذكر تلك المسألة (**في أحد الموضعين**)، فيظن أن هذا ليس بمحله، لكن بعد التأمل.. يظهر وجهه.

(**ثم إني زدت**) فيه (**مسائل كثيرةً من «الهداية» ومن «مجمع البحرين»**).

وَلم أَزِدْ شَيْئاً مِن غَيرِهمَا؛ حَتَّى يسهُلَ الطّلبُ على مَنِ اشْتبهَ عَلَيْهِ صِحَّةُ شَيْءٍ مِمَّا لَيْسَ فِي الْكُتُبِ الْأَرْبَعَةِ.

وَاللهُ حسبي، وَنعمَ الْوَكِيلَ.

قال في الخطبة: ونبذة من «الهداية»، فيكون مناقضاً لما قال هناك، لكن أسلفنا التوفيق بينهما ثمة.. فلا حاجة إلى التكرار.

(**ولم أزد شيئاً من غيرهما**)؛ أي: غير «الهداية» و«مجمع البحرين».

(**حتى يسهل الطلب على من اشتبه عليه صحة شيء مما ليس في الكتب الأربعة، والله حسبي**)؛ أي: كافيَّ، (**ونعم الوكيل**).

الحمد لله على الكمال والتمام، والصلاة والسلام على أفضل الرسل الكرام، محمد سيد الأنام، وعلى آله وصحبه العظام، ما بقي على وجه الأرض علماء أعلام، بعون الله العزيز الجليل، وعليه الاعتماد والتعويل، في أن يهديني سواء السبيل، ويجعلني من رحمته في ظل ظليل، ويعصمني عن مزلة الأفهام، ويثبتني يوم تزل الأقدام؛ إنه قريب مجيب، وما توفيقي إلا بالله، عليه توكلت وإليه أنيب.

وقد انتهى هذا الشرح، وتم بفضله تعالى ببلدة أدرنة، صانها الله عن البلية، قاضياً بالعساكر المنصورة، في ولاية الروم أيلي المعمورة، راجياً من الله عز وجل العفو مما وقع مني فيه من القصور والخبط والزلل.

وذلك في ليلة الخميس، في اليوم التاسع عشر من جمادى الآخرة، من شهور سنة سبع وسبعين وألف، من هجرة من له العز والشرف.

اللهم اجعله لي ذخراً نافعاً، وخيراً باقياً، بحرمة جميع الأنبياء والمرسلين، خصوصاً بحرمة حبيبك محمد المصطفى، صلوات الله تعالى وعليهم أجمعين. آمين.

* * *

الفهرس